





# القانون الدولي الخاص

في أوروبا وفي مصر

تأليف (GOAL)

الاستاذ الدكتور

عبد الحميد أبو هيف

وكيل مدرسة الحقوق الملكية

ومدرس المرافعات المدنية والتجارية والقانون الدولي بها  
ومؤلف كتاب « المرافعات المدنية والتجارية والنظام القضائي في مصر »  
وكتاب « طرق التنفيذ والتحفظ في المواد المدنية والتجارية في مصر »  
وصاحب « التكييف القانوني لمشروع قواعد الاتفاق بين بريطانيا العظمى ومصر »  
ومحام أمام محكمة الاستئناف العليا

قرر مجلس ادارة مدرسة الحقوق الملكية تقرير هذا الكتاب  
في « أساسه » الانجليزى لدراسة القانون الدولى انخاص بالسنة الرابعة بها  
وصادقت وزارة الحقانية على ذلك القرار

« حقوق الطبع والنقل والترجمة محفوظة للمؤلف »

مطبعة الإعتماذ بشارع حسن الأکبر بمصر

١٣٤٢ — ١٩٢٤



## بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على نبيه الكريم

---

### مقدمة الكتاب

القانون الدولى الخاص مادة كُثرت فيها المؤلفات واختلف فيها الكتاب اختلافًا كبيراً من حيث الطريقة فى التأليف والتفكير وعلى الخصوص من حيث وجهة النظر التى يتوخونها وهى مادة قد تغيرت طرق البحث فيها من زمان الى زمان ومن بلد الى بلد بحسب الظروف الاجتماعية والسياسية والقانونية وتشعبت فيها النظريات تشعباً يفوق الوصف وكثرت فيها المناظرات والمجادلات بحسب الظروف المذكورة حتى أصبح من المستحيل على من يريد الاطلاع بهذه المادة أن يرتكن الى أى مؤلف واحد أو الى عدد قليل من المؤلفين فيها

وهى مادة تحتاج فى كشف معانيها الى معرفة طائفة كبيرة من الأصول والقواعد المتبعة عملاً فى سائر أقطار المعمورة والتى كثيراً ما تختلف باختلاف قوانين تلك الأقطار وعاداتها وما تحكم به محاكمها

وهى مادة حية نمت فى العصور الوسطى وازدادت نماؤها بزيادة اتصال الأفراد فى بلد ما بأمتثالهم فى البلاد الأخرى ونمو العلاقات التجارية والمدنية والشخصية بين الأفراد المذكورين : كلما ازداد العمران وسمح للأجانب بالتعامل مع أهالى



البلاد المختلفة والدخول في صلات المصاهرة معهم ازدادت الحاجة الى تعرف القواعد التي تحكم تلك الصلات: فهي مادة عملية في منتهى الأهمية وتعرف قواعدها من الصعوبة بمكان نظراً لنشوء تلك العلاقات من قبل أن يوجد تشريع خاص يحكمها على أن أكثر البلاد التي قطعت شوطاً كبيراً في اقرار حقوق الأجانب فيها وتسهيل المعاملات معهم لم تضع للآن قواعد كاملة للحكم في المسائل التي تنشأ عن علاقات يكون فيها عنصر أجنبي ولا ينتظر أن يوجد في أى بلد من البلاد تشريع كامل أو واف بالحاجة نظراً لقيام ظروف متنوعة وموانع مختلفة تحول دون ذلك. ومن وضع من المشرعين الحديثين بعض قواعد للقانون الدولي الخاص ليطبقها القضاة في بلده فقد وضعها بصفة قواعد عامة تحتاج هي أيضاً في فهمها وتطبيقها والتفرع عنها الى دراسات طويلة تاريخية وقانونية والى مقارنات كبيرة لاستنباط الأحكام في المسائل التي لم يرد فيها نص خاص: فكانت لذلك دراسة القانون الدولي الخاص في تاريخه وتطوره في الأقطار المختلفة واجبة وجوباً مطلقاً رغم النصوص التشريعية التي قد توجد في الموضوع

وتزداد صعوبة دراسة القانون الدولي الخاص في مصر بالنظر الى المعاملات الاستثنائية المختلفة التي يتمتع بها الأجانب عندنا فيما يختص بالمحاكمات الجنائية وبعض المسائل المدنية ، وبالنظر الى خضوع طائفة كبيرة من المسائل القانونية لأحكام الأديان المختلفة والقوانين الأجنبية المختلفة الخاصة بالأجانب : تلك هي مسائل الأحوال الشخصية التي لم يكتف نظامنا الحاضر بأن جعلها خاضعة للقانون الشخصي مصرياً كان أو أجنبياً بلا قيد ولا شرط بل جعلها أيضاً داخلة في اختصاص محاكم شخصية تجلس للحكم في مصر بجانب المحاكم المصرية الأخرى

لذلك كان من المفيد لدراسة القانون الدولي الخاص في مصر أن نبين أولاً حالته في البلاد الأخرى ثم نأتي على أثر ذلك ببيان الحالة في مصر حتى يقف القارئ على مقدار مسافة الخلف بين الحالة عندنا والحالة عندهم ويكون في ذلك درس



مفيد لطلاب الاطلاع وطلاب الاصلاح في وقت قطعت فيه مصر شوطاً كبيراً  
في التقدم من الوجهة العمرانية ومن الوجهة السياسية



لم تنقيد في وضع هذا الكتاب بمؤلف معين أو بكتاب معين أو بكتب بلد  
معين بل توخينا بيان المادة كما تظهر لمن اطلع على ثمرات أفكار مختلف العلماء في  
مختلف البلدان

ولم نشأ أن نخلط بين الوجهة النظرية والوجهة العملية — لذلك قسمنا هذا الكتاب  
الى كتب متعددة تسبقها مقدمة لدراسة العلم نفسه  
ويلى هذه المقدمة أربعة كتب :

الأول في النظريات العامة أو المبادئ الأولية

الثاني في تنازع القوانين والاختصاص ويشتمل على خلاصة علم الغرب في  
موضوع القانون الدولي الخاص وتاريخه وما دار فيه من المناظرات والنقد وهذا هو  
القسم العلمى الذى لا يمكن بدونه ادراك حكمة مشروعية الحلول التى تعطى للمسائل  
التي يبحث فيها القانون الدولي الخاص والذي بدونه يتعسر استنباط الحلول العملية  
لأية مسألة من المسائل إذا لم يكن فيها نص خاص أو قاعدة ثابتة : لذلك يمكن اعتبار  
هذا القسم روح القانون الدولي الخاص وما يليه متفرعاً عنه ونتيجة لازمة له

الثالث في دراسة الأحوال المهمة في تنازع القوانين والاختصاص وهو الجزء  
العملى المشتمل على تطبيق القواعد على القضايا كما وردت في النصوص التشريعية  
أو كما حكمت بها المحاكم أو أقرتها المبادئ الأكثر احتراماً وتناسباً مع حالة البلاد  
الأجنبية والمصرية

الرابع في دراسة تنازع القوانين والاختصاص داخل القطر المصرى  
وعلى ذلك يكون الكتابان الثالث والرابع عمليين شاملين لحل المسائل الدولية



الخاصة التي تعرض في مصر أو التي يطلب الحكم فيها من محكمة مصرية أو أجنبية  
تقيم العدل في مصر

هذا ولا يغيب عن فكر القارئ مقدار ما لاقيناه من الصعوبات في نقل هذا  
العلم الى اللغة العربية وما كابديناه في وضع الاصطلاحات المناسبة للمعاني الأجنبية  
الغريبة عن اللغة العربية أو الغريبة عندنا

لذلك نحن نرجو أهل العلم أن يتكروا ببيان ما يجدونه من الألفاظ أو  
العبارات أكثر دلالة على المعنى أو أقرب الى الفهم حتى تتداركه والله سبحانه  
وتعالى وليّ التوفيق .

راس البر في ١٥ يوليو سنة ١٩٢٣

---

# المراجع المهمة

في القانون الدولي الخاص<sup>(١)</sup>

## ١ - الكتب العامة

### (١) الكتب الفرنسية

- Arminjon** — Nature, objet et portée des Règles de Droit international privé, leur place dans la législation, Paris 1920.
- » — Le domaine du Droit international privé, Paris 1922.
- » — Le Droit international privé interne, Paris 1912.
- Bartin** — Etudes de Droit international privé, 1889.
- Despagnet et de Boeck** — Précis du Droit international privé, 5<sup>e</sup>. édition. Paris 1909
- Foelix** — Traité du Droit international privé ou du Conflit des lois de différentes nations en matière de Droit privé, Paris 1<sup>ère</sup> éd. 1843, 4<sup>e</sup> éd. 1866
- Lainé** — Introduction au Droit international privé 2 vol., Paris 1889 - 1892
- Pillet** -- Principes de Droit international privé, Paris 1903
- Surville et Arthuys** — Cours élémentaire de Droit international privé, 5<sup>e</sup> éd. Paris 1910.
- Valéry** — Manuel de Droit international privé, Paris 1914.
- Vareilles - Sommières** -- La synthèse du Droit international privé, 2 vol, Paris 1897.
- Weiss** — Traité élémentaire de Droit international privé, Paris 1890.
- Weiss** — Traité théorique et pratique de Droit international privé, 6 vol. 2<sup>e</sup> édition. Paris 1907 - 1913

### (٢) الكتب الانجليزية

**Dicey** — A Digest of the Law of England with Reference to the

---

(١) تنبيه — ذكرنا اسماء المؤلفين وحدها في صلب الكتاب، منعا لتكرار اسماء الكتب واذا كان لمؤلف عدة كتب واردة هنا ذكرنا اسم الكتاب المقصود منها

Conflict of Laws, 3rd ed. by Dicey and Berridale Keith  
London, 1922.

فوت **Foot** — Foreign and Domestic Law : A Concise Teatise on  
Private International Law 1 vol., 1904.

فيليمور **Phillimore** — Commentaries upon international Law 4th  
vol. : Private International Law, or Comity, 3rd  
ed. 1880

وستليك **Westlake and Bentwich** — A Treatise on Private Interna-  
tional Law 5th ed., London, 1922 ورجوعنا فيه الى الطبعة الرابعة

### ( ٣ ) الكتب الالمانية

بار **Bar (Von)** — The Theory and Practice of Private International  
Law, Translated by Gillespie 1892.

سافيني **Savigny (Von)** — A Treatise on the Conflict of Laws and the  
Limits of their Operation in respect of Place  
and Time, Translation into English by  
Gutherie, 1880 and into French by Guenoux

زيتلمان **Zitelmann** -- Internationales Privatrecht 2 vol., Leipzig 1912

### ( ٤ ) الكتب الامريكية

بيل **Beale** — AT reatise on the Conflict of Laws or Private Interna-  
tional Law, Cambridge ( Mass. ) 1916 First Part, 190  
pages, with a full General Bibliography of about 70  
extra pages

لورنس **Lawrence** — Commentaires sur les éléments du droit interna-  
tional privé, 3<sup>e</sup> vol.

لورنزن **Lorenzen** — Cases on the Conflict of Laws, selected from the  
decisions of English and American Courts,  
1 vol. St. Paul, 1909

ستورى **Story** — Commentaries on the Conflict of Laws, 8th ed., 1883  
by Melville Bigelow

وارتون **Wharton** — A Treatise on the Conflict of Laws or Private  
International Law, 1 vol., 2<sup>e</sup> edition, Philadelphia,  
1905.

### ( ٥ ) الكتب السويسرية باللغة الالمانية

ميلي **Meili** — International Civil and Commercial Law translated into  
English by Kuhn 1905.

» International Civil Procedure.



## (٦) الكتب البلجيكية

لوران **Laurent** — Droit civil international, 8 vol. 1881

رولان **Rolin** — Principes du droit international privé et applications aux diverses matières du Code Civil, 3 vol.

## (٧) الكتب الهولندية

آسر **Asser** — Eléments de Droit international privé ou des conflits des lois, traduit par Alphonse Rivier, Paris 1884.

جيتا **Jitta** — La méthode du Droit international privé 1890

» La renovation du Droit international sur la base d'une communauté juridique du genre humain, La Haye 1919.

## (٨) الكتب الإيطالية

فيور **Fiore** — Le Droit international privé, traduit par Antoine, 4 vol., Paris 1907

مانشيني **Mancini** — Della nazionalità come fondamento delle genti, 1851.

## ٢ — الكتب الخاصة بمواضيع معينة

ارستارشي بك **Aristarchi Bey** — Législation Ottomane, 6 vol, Constantinople 1873 - 1881.

ارمانجون **Arminjon** — Etrangers et Protégés dans l'Empire ottoman Paris 1903.

II — Les Qualifications légales en Droit international privé, Revue de Droit international et de Législation comparée 1923, No. 2 et. 3 p. 272-290

بركات بك **Barakat Bey** — Les privilèges et immunités dont jouissent les étrangers en Egypte, Paris 1902

دورواس **Du Rausas** — Le Régime des Capitulations dans l'Empire Ottoman, 2 vol. 2<sup>e</sup> ed. 1910 - 1911

سيداروس بك **Sidarouss Bey** — Les Patriarcats dans l'Empire Ottoman, et spécialement en Egypte, Paris, 1906.

ينج **Young** — Corps de Droit Ottoman 7 vol., Oxford 1905.

قانون البوليس المصرى طبعة ١٩٠٦

مجموعة القوانين الادارية والجنائية لوزارة الداخلية ١٩١٤

قانون مصلحة الجمارك المصرية

( الدولى — ٢ )

### ٣ - المجلات المهمة

- كلونيه **Journal du Droit international privé par Clunet** à partir de 1874, continué par André Prudhomme depuis 1923
- مجلة القانون الدول ومقارنة الشرائع **Revue de Droit international et de Législation comparée**
- مجلة القانون الدول الخاص والقانون الجنائي الدول **Revue de Droit international privé et de Droit pénal international**, fondée par Darras en 1905, continué par de Lapradelle

### ٤ - الفترات المهمة

- Annuaire de Législation étrangère publiée par la Société de Législation comparée, à partir de 1873  
نشرة التشريع الاجنبي
- وتنشر ترجمة فرنسية للقوانين الاجنبية التي تصدر كل عام في مختلف البلدان  
وقد صدر منها عدد عظيم وعليه تعليقات قيّمة
- Bulletin mensuel de la Société de Legislation comparée depuis 1892  
مجوعة جمعية مقارنة الشرائع
- وتصدر في سبعة اجزاء كل سنة وتشتمل على دراسات تحليلية وانتقادية  
للنظمات القانونية الاجنبية

### المراجع الأساسية في القانون الدول العام

- Hall** — A Treatise on International Law, 1 vol. Oxford 1917.
- لورنس **Lawrence** — The Principles of Public International Law 1 vol. London 1910.
- أوبنهايم **Oppenheim** — International Law 2 vol London 1921.
- وستليك **Westlake** — International Law, 2 vol. Cambridge 1904- 1907.
- هايد **Charles Cheney Hyde** — International Law chiefly as applied by the United States. 2 vol. Boston 1922.
- فوشيل **Fauchille** - Traité de Droit international Public, Paris 1922

تأليه هام : لمرفة سائر الكتب والمقالات والرسائل في القانون الدول الخاص يرجع الى كتاب « فائيس » الجزء الثالث وهي منشورة في نحو سبعين صفحة وكذلك يرجع الى كتاب « بيل » وهي مفصلة في نحو سبعين صفحة أيضاً

## جدول الرموز

ص ١٥	=	صفحة ١٥ من هذا الكتاب وما بعدها
بند ٢٥	=	بند ٢٥ من هذا الكتاب وما بعده
٧٧/٥٤ مدنى	=	مادة ٥٤ مدنى أهلى ومادة ٧٧ مدنى مختلط التى تقابلها
س	=	حكم صادر من محكمة الاستئناف الأهلية
س م	=	» » » » المختلطة
حس	=	حكم استئنافى صادر من محكمة كلية
ل ت م أ	=	لائحة ترتيب المحاكم الأهلية
ل ت م م	=	» » » المختلطة الجزء الأول
ل ت م ش	=	» » » الشرعية
مج ١٢ ص ١٠	=	المجموعة الرسمية للمحاكم الأهلية السنة الثانية عشرة صفحة ١٠
مج ت م	=	مجموعة التشريع والقضاء المختلطة B. L. J.
مج ر م	=	المجموعة الرسمية المختلطة R.O.
جازيت ١٠	=	جازيت المحاكم المختلطة المصرية السنة العاشرة
المرافعات	=	كتابنا فى المرافعات المدنية والتجارية والنظام القضائى الطبعة الثانية
التنفيذ	=	» » طرق التنفيذ والتحفظ الطبعة الثانية
ت م	=	تجارى مختلط
م م	=	مدنى مختلط
ت ج م	=	تحقيق جنايات مختلط

تنبية : جعلنا أرقام الحواشى متسلسلة فى البند الواحد وذكرنا رقم البند فى قوس مربع [ ] قبل أرقام حواشيه تسهيلا للرجوع اليها



## منهج الدراسة في القانون الدولي الخاص في مدرسة الحقوق الملكية

- عموميات — مبادئ أولية — موضوعه — تعريفه — تاريخ منشئه ؛
- الموطن والجنسية ؛
- الجنسية ؛
- الجنسية العثمانية ( التجنس بها — تغييرها — فقدانها — الحصول عليها ثانية ) ؛
- الحماية — الرعوية المحلية ؛
- معاملة الاجانب في مصر ؛
- الامتيازات — العوائد المتبعة في مصر ؛
- تنازع القوانين ؛
- الاحوال الشخصية للاشخاص، للجمعيات والاشخاص الاعتبارية الاخرى ؛
- العلاقات العائلية والحقوق الشخصية الاخرى ؛
- الميراث ؛
- ترتيب الحقوق العينية ؛
- العقار ؛
- المنقول ؛
- الالتزامات ؛
- المقود ( قواعد العمومية — الآراء المختلفة ) ؛
- مناشئ الالتزامات الأخرى — انتهاؤها ؛
- أشكال التصرفات الاختيارية ؛
- الاختصاص والاجراءات ؛
- تأثير الاحكام القضائية والادارية الصادرة من الدول الاجنبية ؛
- الافلاس .

## مقدمة

### لدراسة القانون الدولي الخاص

١ — تختلف مصر عن الاقطار الاوروبية والامريكية بوجود الامتيازات الاجنبية وبعدم وجود قانون وطني للاحوال الشخصية لكل المصريين أو لكل طائفة معينة منهم تسكن جزءاً معيناً من القطر المصري . لذلك كانت سلطة الحكومة المصرية على القاطنين في مصر محدودة وكانت سلطة الحاكم المصرية محدودة بالتبعية وسلطان القوانين المصرية محدوداً كذلك — بعكس البلاد الاوروبية والامريكية فان سلطان الحاكم والقوانين فيها شامل لكل من يوجد فيها من الاشخاص اجنبياً كان أو وطنياً وشامل للاحوال الشخصية كما هو شامل للاحوال العينية

لذلك كان من المفيد الكلام أولاً على حالة القانون الدولي الخاص في البلاد المتمتعة بكامل سلطتها على الوطنيين والاجانب والتي لحاكمها الموحدة سلطان كامل على مسائل الاحوال الشخصية والاحوال العينية على السواء ثم الكلام على الحالة في مصر بعد ذلك

## الفصل الأول

### القانون الدولي الخاص

#### في أوروبا وأمريكا

٢ — القانون الدولي الخاص مادة كثر اختلاف على تعريفها كما كثر الجدل في صحة اسمها وفي هل يؤدي المعنى المقصود منه تماماً . كذلك يختلف

في موضوعه وما يبحث فيه وما ينطوى تحت ذلك البحث وما لا ينطوى تحته

٣ - التعريف . تعددت التعاريف ، وليس من المفيد اختيار تعريف منها أو اثنين بل المفيد ايراد عدد كبير منها حتى تظهر من خلاله حقيقة المراد بالمادة التي ندرسها

قال ومستليك ( الاستاذ بجامعة كبر ديج ، ص ١ ) انه ذلك القسم من القانون الوطني الذي ينشأ عن وجود محاكم متعددة في العالم لكل منها اختصاص اقليمي<sup>(١)</sup> معين ، ويحكم كل منها بمقتضى قانونه الخاص به

وقال دايسى ( الاستاذ بجامعة اكسفورد ، ص ١٥ ) انه القواعد التي تعتبرها محاكم بلد معين ونحكم بمقتضاها لاختيار القانون الذي يجب أن يطبق في القضايا التي يكون فيها عنصر أجنبي وكذلك القواعد التي تقرها ونحكم بمقتضاها لتحديد اختصاصها هي ، بوجه عام ، أو اختصاص غيرها من المحاكم

وقال فيليكس ( الذي ظل كتابه الحجة الكبرى في فرنسا نحو خمسين عاماً ص ٢ ) ان القانون الدولي الخاص هو مجموعة القواعد التي يحكم بها فيما يحصل النزاع فيه بين قوانين الامم المختلفة في الجزء الخاص منها

[ ٣ | ١ ) الاقليم في اللفظ قسم من الارض يختص باسم ، ويشير به عن غيره . فمصر اقليم والشام اقليم واليمن اقليم وهو لفظ معرب وقيل عربي مأخوذ من قلامة الظفر لانه قطعة من الارض ( قاموس اقرب الموارد ، لفظ قام ) وقد اخترنا لفظ الاقليم للدلالة على المعنى المقصود بلفظ Territoire وهو متسع من الارض تابع لدولة أو مديرية أو مدينة أو لاختصاص محكمة من المحاكم أو ملك من الملوك أو نحو ذلك Etendue de terre qui dépend d'un empire, d'une province, d'une ville, d'une juridiction etc. ولفظ اقليمي لاوصف وهو Territorial والاقليمية Territorialité والخروج عن الاقليم Extraterritorialité هذا والمفروض اصطلاحاً في القانون الدولي الخاص ان الاقليم قسم سياسي من الارض أو قسم ذو نظام قانوني أو قضائي معين

وقد تكون كلمة « أرض » قريبة ايضاً في الدلالة على المقصود وكذلك لفظ قطر ودار ولكن لفظ اقليم هو الأقرب الى المعنى المقصود . ومتى فهم أن تحديد من الوجهة السياسية أو القانونية جوهرى فانه يؤدي المعنى المطلوب تماماً

وقد تكون كلمة « محلي » أقرب لفظ لمعنى التمتع territorial ولكننا نفصل الاصطلاح على لفظ اقليمي حتى لا يحصل لبس مع لفظ Local ولزيادة الايضاح راجع بند ٦٥ في « الاقليم »



وقال يتييه ( الاستاذ بجامعة باريس ، ص ٧ ) انه العلم الذى موضوعه تنظيم العلاقات الدولية الخاصة بالأفراد تنظيمًا قانونيًا

وقال فاليرى ( ناظر كلية مونبلييه ص ٣ ) انه ذلك الجزء من القانون الذى موضوعه صلات القانون الخاص التى يكون فيها عنصر أجنبي

وقال قايس ( الامتاذ بجامعة باريس ، ص ٣٠ روماني من المختصر ) انه مجموعة القواعد الموضوعية لحل النزاع الذى يمكن أن يحصل بين دولتين مستقلتين بخصوص قوانينهما الخاصة أو المصالح الخاصة برعاياهما

وقال دسپانييه ( الامتاذ بجامعة بوردو ، ص ١٩ ) انه القواعد التى يجب اتباعها فى تنازع القوانين الخاصة ، بين الحكومات المختلفة

وقال ميل ( الامتاذ بجامعة زوريخ بسويسره ، ص ٧ ) ان القانون الدولى الخاص يشتمل على مجموعة القواعد والمبادئ القانونية الخاصة التى تفصل بين محاكم الأمم المختلفة وقوانينها اذا ما نشأ أو خيف أن ينشأ نزاع أو تنافس بين تلك المحاكم أو القوانين بسبب الصلات القانونية بين الأفراد

وله أيضاً : ان القانون الدولى الخاص عبارة عن ذلك الجزء من القانون الخاص الذى تناسقت قواعده بحيث ان صلة من الصلات القانونية يمكن أو يجب أن يرجع فيها الى القوانين المحلية لمحكمة معينة أو لمحاكم أخرى مستقلة حتى تفصل فى أصلها وصحتها وأثرها وانقضائها

وقال آسر ( الامتاذ بجامعة أمستردام ، § ١ ) انه مجموع المبادئ التى تبين أى القوانين يطبق على الصلات القانونية التى تنشأ بين أشخاص تابعين لحكومات مختلفة أو بالنسبة لأعمال حصلت فى الخارج أو بالاختصار فى كل الأحوال التى يكون فيها محل لتطبيق قانون حكومة معينة داخل حدود حكومة أخرى

وقال ستورى ( الامتاذ بجامعة هارفارد بالولايات المتحدة الامريكية ص ٩ )

انه الاحكام الناشئة عن تنازع قوانين الامم المختلفة عند تطبيقها العملى على التجارة الحديثة والصلات الحديثة

وقال فيور ( الاستاذ بجامعة نابولى بايطاليا ، ص ٣ ) انه العلم الذى يضع القواعد التى بها يحل تنازع القوانين وتنظم الصلات المتبادلة بين رعايا الحكومات المختلفة وقال بار ( الاستاذ بجامعة جوتنجن § ١ ص ١ ) القانون الدولى الخاص يبين ما هو محل تطبيق النظم القانونية واختصاص الهيئات الموكول اليها الحكم من لدن الحكومات المختلفة ، فى العلاقات القانونية الخاصة بالافراد

ويصف سافيني ( الاستاذ الاكبر بجامعة برلين ، ص ٤٥ ) القانون الدولى الخاص بكونه الحدود أو القيود المحلية لسلطة قواعد القانون Local limitations of the authority of the rules of law

وعرفه رولان ( الاستاذ بجامعة جان بيلجيكا ، ص ١٢ ) بأنه مجموعة القواعد التى تحدد حقوق الاجانب وتبين حدود سلطة قوانين الحكومات المختلفة فيما يتعلق بالحقوق الخاصة

وعرفه لينيه ( الاستاذ بكلية باريس ، ص ١٧ ) بأنه القانون الذى يتكلم عن الجنسية وينظم علائق الحكومات فيما يختص بحالة رعايا كل منها من الوجهة القانونية ويبين مقدار سلطان أحكام محاكم كل منها وسلطان الاعمال الرسمية التى يقوم بها موظفوها وعلى الخصوص يبين تنازع قوانينها

وقال زيتمان الاستاذ بجامعة بون Bonn فى المانيا ( ص ١ ) انه القواعد القانونية التى تبين أى قانون من القوانين المتعددة المعمول بها فى الجهات المختلفة يجب تطبيقه على قضية معينة خاصة بالأفراد ، وبتعبير آخر هو القواعد القانونية التى تتعلق بتطبيق القوانين الخاصة من حيث المكان أو قواعد تطبيق القانون بالنسبة للمكان

وقد أخذ بيل ( الاستاذ بجامعة هارفارد ص ١ ) بهذا التعريف الاخير المختصر وقارن بين تطبيق القانون من حيث المكان وبين تطبيقه من حيث الزمان

( بند ٥ هنا ) وقد جمع سافيني بين الموضوعين في كتابه الجليل حيث درس « الحدود المكانية والزمانية للقانون » فاشتغل الكتاب على دراسة القانون الدولي الخاص ونظرية استناد القوانين أو عدم استنادها ، في آن واحد ( بند ٥ )

خلاصة  
التعاريف

٤ - يفهم من مجموع هذه التعاريف أن القانون الدولي الخاص هو جزء من قانون كل أمة من الأمم <sup>(١)</sup> وأن هذا الجزء يحكم صلات الافراد فيما بينهم أى الصلات الفردية <sup>(٢)</sup> دون الصلات الدولية التى هى صلات بين دولة ودولة والتى هى موضوع دراسة القانون الدولي العام <sup>(٣)</sup> وأنه يفصل فى الصلات التى يكون فيها عنصر أجنبى تمييزاً لها عن الصلات التى تحصل بين رعايا دولة واحدة داخل حدود تلك الدولة وعلى منقولات أو عقارات داخلية ضمن حدودها كذلك فإن هذه الصلات الاخيرة ليس فيها عنصر أجنبى ولذلك يحكمها قانون تلك الدولة بصفة مطلقة ومن كل الوجوه وهى الصلات التى وضع لها فى الأصل ذلك القانون - بعكس الصلات التى يكون فيها عنصر أجنبى فانها استثنائية ويوضع لها قواعد خاصة تكون جزءاً من قانون الدولة ويحكم بها قضاتها وهى التى يعبر عنها بقواعد القانون الدولي الخاص المعروفة فى تلك الدولة

[٤] (١) ينازع بعض العلماء فى هذه النقطة مدعين بأن القانون الدولي الخاص ليس جزءاً من قانون أى بلد بمعنى أن قواعده لا تتوقف على ارادة أى دولة لانه لا يصح لدولة ان تعتبر قوانينها مطلقة السلطان غير ملتزمة الى وجود دول أخرى لها من الحقوق مثل ما للدولة المذكورة ولذلك يقولون باستقلال قواعد القانون الدولي الخاص عن قانون أى بلد وهذا صحيح من الوجهة النظرية ( فون بار ص ٢ و ٣ ) ولكن الواقع هو ان كل دولة من الدول المتعدية قد قبلت بعض القواعد المناسبة لحالتها فأقرتها اما بقانون واما بالسلح لمحاكمها بالحكم بها ولو بصفة ضمنية وهذا الخلاف مبنى على وجود طريقتين لدراسة القانون الدولي الخاص سيأتى شرحهما فى بند ٢٩ ،، وسنعود الى هذه النقطة فى بند ١٩

(٢) ويدخل تحت هذه الصلات ما تكون فيه احدى الحكومات طرفاً او ما يكون طرفاه حكومتين بشرط ان تكون الحكومة قد تعاملت بصفتها شخصاً مدنياً طادياً لا بصفتها سلطة حاكمة والا فان الصلات لا تعتبر فردية بل « عمومية » وتكون خاضعة فى الغالب لقواعد خاصة - قارن بار حاشية ٤ ص ١

(٣) راجع فى الفرق بين القانونين الدولي الخاص والدولي العام بند ٢٠ ،،

( الدولي - ٣ )



أسماء الدول  
الخاص

٥ - الاسم : ان الاسم الذي استقرت عليه الحال الآن هو القانون الدولي الخاص Droit International privé أو Private International Law ويسميه بعضهم القانون الخاص الدولي Droit privé International أو International Private Law لأنه قانون خاص قبل كل شيء أى أنه يحكم العلاقات الخاصة أى التى تكون بين الافراد ، دون علائق الدول بعضها ببعض ويكمون الاسم بلفظ « دولى » حتى يتبين انه يحكم الصلات التى يكون فيها عنصر أجنبي وحتى يتبين أن قواعده شائعة ومتشابهة فى كل الدول (١)

ويرى البعض أنه جزء من القانون الدولي العام أى المعمول به بين الدول ولكنه خاص بعلائق أفراد هذه الدول بعضهم البعض الآخر ، كما يرى آخرون استقلال كل من العلمين عن الآخر استقلالاً تاماً - وهناك آراء وسط بين الرأيين (٢) ولكن مما لا شك فيه أن العلمين يلتقيان كثيراً ويتماسان غالباً بمعنى أن بعض الاعتبارات المرعية فى القانون الدولي العام تؤثر حتماً فى القانون الدولي الخاص فمثلاً أهم الأسئلة التى يمكن أن تعرض فى أغلب القضايا هى ماهية الحقوق التى يعترف بها للأجانب ؛ ثم ان كثيراً من الحقوق المعترف بها فى الدولي الخاص مقرر بواسطة معاهدات وهى اتفاقات بين الدول ، وأخيراً فان المعاهدات الدولية التى هى الحجر الأساسى فى بناء القانون الدولي العام كثيراً ما تتناول تقرير المصالح العامة والخاصة على السواء (٣) وما أمر معاهدة فرساي ببيعيد (٤)

ويسميه كثير من علماء الانجليز والامريكان تنازع القوانين Conflict of Laws لأن أهم ما يبحث فيه هو معرفة أى القوانين يعمل به اذا ما وجد عنصر

عند الانجليز  
والامريكان

[ ٥ ] (١) دابسى ص ١٤

(٢) راجع فى هذا الموضوع بحث پييه فى الفصل الثالث والفصل الرابع ص ٤٨ ، حيث يرى ( ص ٥٧ ) ان القانون الدولي الخاص هو فرع من القانون الدولي العام

(٣) قارن مبلى ص ٨

(٤) قارن أيضاً ما مر فى الحاشية الاولى على بند ٤

أجنبي في قضية ما فإذا حصل النزاع فصلت فيه قواعد « تنازع القوانين » وعيب هذا الاسم أنه لا يشمل تنازع الاختصاص بين المحاكم المختلفة أيها المختص بنظر القضية وهذا جزء هام جداً من مشتملات القانون الدولي الخاص . كما أنه لا يشمل كثيراً من المسائل التي جرى العمل على دراستها في القانون الدولي الخاص مثل حقوق الأجانب ومسائل الجنسية والموطن وغيرها مما يدرس فيه عادة

ولفظ « تنازع القوانين » لا يبين أن النزاع بين قانونين مختلفين لأمتين مختلفتين أو أكثر ، لأنه قد ينشأ النزاع بين قانونين في بلد واحد أحدهما قديم والآخر جديد أيهما يطبق على الحادثة وهي النظرية المعروفة بنظرية استناد القوانين أو عدم استنادها *Rétroactivité ou non-retroactivité des lois* (٥)

ومن الاسماء التي اطلقت على القانون الدولي الخاص في الماضي أو اقترح أسماء قديمة اطلاقها عليه لفظ « القانون الأجنبي » *Foreign Law* أو « قوانين الاجانب » *Droit des étrangers, Droit pérégrinal* أو « قواعد المجاملة » *Comity* ( بند ١٨ )

ولكل من هذه الاسماء عيوب ظاهرة مما سبق شرحه

وسماه العلامة سافيني علم الحدود المكانية لسلطة القانون *Science of the local limits of the empire of rules of Law* أو حدود القانون المكانية *Local Limits of Law* ( بند ٣ ) وهذه التسمية جديدة بالاحترام لانه من الثابت أن لكل قانون من قوانين العالم حد ينتهي عنده في التطبيق وينتدى من بعده حد القوانين الاخرى التي يوجد لكل منها أيضاً حد مكاني تنتهي اليه ؛ فإذا عرفنا حدود كل قانون من قوانين العالم فقد أصبح النزاع مرفوعاً . وقد رأينا أن سافيني قد درس في كتابه العظيم المشهور في القانون الدولي الخاص موضوعين متقاربين جمعهما في جزء واحد أسماه « حدود القانون المكانية والزمانية » ففي الحدود

(٥) راجع ما ذكرناه عن سافيني في بند ٣ ص ١٦

المكانية درس القانون الدولي الخاص وفي الحدود الزمانية درس نظرية استناد القوانين وعدم استنادها . لذلك كانت تسمية سافيني جديدة بالاعتبار

موضوع الدولي  
الخاص

٦ — موضوع القانون الدولي الخاص : اختلف المؤلفون في هذا الموضوع فرأى بعضهم أن يقصره على دراسة قواعد تنازع القوانين فيما بينها وتنازع الاختصاص ورأى آخرون أن دراسته لا تكون كاملة الا اذا اشتملت على بيان ما ذكر ، وهو الجزء الأساسى ، مضافاً اليه بيان حقوق الاجانب في بلاد العالم المختلفة وبيان الآثار التى تترتب فى كل بلد على الاعمال القانونية les actes juridiques التى وقعت خارج ذلك البلد وهذا ما يعبر عنه «بالآثار الدولية للحقوق المكتسبة»<sup>(١)</sup> وهذا الاحصاء صحيح فى نظرنا ويطابق ما جاء فى منهج الدراسة ( ص ١٢ )

كيفية نشوء  
الدولى الخاص

٧ — كيفية نشوء القانون الدولي الخاص : أصبحت علاقة الانسان بالانسان فى العصور الحديثة غير محصورة فى بلد واحد فان التجارة أصبحت منتشرة بين جميع أجزاء العالم وصار الناس كثيراً ما يتزوجون بالأجنيب وكثيراً ما يتعاقدون أو يلتزمون بالتزامات أخرى خارج البلاد التى هم تابعون اليها من حيث الجنسية أو الموطن وأصبح كثير من الناس يموتون فى بلاد أجنبية ويذرون وراءهم تركت كبيرة فى تلك البلاد أو فى غيرها . وكثيرون منهم يحررون عقودهم أو يكتبون وصيتهم أو يتزوجون فى بلاد أجنبية ومنهم من يملك عقارات أو منقولات موجودة فى بلاد أجنبية . ففى جميع هذه الاحوال يصح التساؤل عن القانون الذى يعمل به وعن المحكمة المختصة بتطبيقه وهذه المسائل تتعلق بالقوانين التجارية والمدنية من أحوال عينية وشخصية والتزامات وموارث وغيرها

وبجانب هذه المنازعات المدنية والتجارية قد يوجد النزاع أيضاً بخصوص قواعد المرافعات مثلاً اذا ما رفعت الدعوى من أو على أجنبي ، أو من أو على

[٦] (١) قارن دسپانييه بند ٧ والحاشية عليه وفيها اتفاقه مع بيبه على هذا الرأى — راجع بيبه ص ٢٤ — ٤٣ بند ٩ — ١٦

شخص قاطن في بلاد أجنبية ، أو اذا ما حصل اشهار افلاس شخص يكون له معاملات في الخارج ؛ كما يجوز أن ينشأ النزاع بخصوص القوانين الجنائية اذا ما ارتكبت جرائم في الخارج من أشخاص عادوا الى بلادهم أو فروا الى بلاد أخرى كل هذه المسائل يجب أن توجد لها قواعد تبين المحكمة المختصة بالنظر فيها والقانون الذي يطبق عليها وهو ما يجب أن يلتفت اليه المشرع ويبحث فيه القاضي<sup>(١)</sup>

ما يبحث فيه  
القاضي في مسائل  
الدول الخامس

فاذا ما عرضت على القاضي مسألة من المسائل المتقدمة مشتملة بالضرورة على عنصر أجنبي<sup>(٢)</sup> فيجب عليه أن يبحث اما صراحة واما ضمناً في نقطتين على الاقل

٨ - النقطة الاولى : هل القضية التي أمامه داخلة في اختصاصه بحسب قانونه ؟ ١ - الاختصاص

الاصل أن قضاة كل دولة انما يختصون بالفصل في الخصومات الحاصلة في اقليم دولتهم أى ضمن حدودها<sup>(١)</sup> وبين الافراد التابعين الى تلك الدولة أو بالاقل بين الافراد المقيمين في تلك الدولة . ذلك لانه من المقرر وجود كثير من المسائل تحدث بين أجنب في بلاد أجنبية ، ولا يكون للقاضي عليها سلطان ما . فمثلاً لا يجوز لاية محكمة انجليزية أن تفصل في أى نزاع يتعلق باستحقاق قطعة أرض كائنة في أية جهة أخرى غير انجلترا ولذلك كان من الضروري كلما عرضت قضية فيها عنصر أجنبي أمام أى قاض من القضاة أن يبحث اما بصفة صريحة وأما بصفة ضمنية في هل هو مختص بالحكم فيها ؟ وهذا البحث يسمى بحثاً في الاختصاص أو في اختصاص المحكمة Jurisdiction أو Forum<sup>(٢)</sup>

٢ - القانون  
الذى يحكم به

٩ - الثانية : اذا ما ثبت أن القضية من اختصاص القاضي فيجب عليه

[ ٧ ] (١) قارن ميلى ص ١

(٢) راجع في معنى العنصر الاجنبى البند المتقدم وكذلك بند ١٤ ولزيادة التفصيل

والايضاح بالنسبة لمصر راجع بند ٣١٤

[ ٨ ] (١) راجع في معنى الاقليم بند ٣ حاشية ١

(٢) وهذا البحث مستقل عن البحث في اختصاص المحكمة من حيث نوع القضية او

المركز او من حيث وظيفة الحكم بالنسبة للمحاكم الاخرى في البلد الواحد مما هو معروف في دراسة الرافعات ، ولزيادة الايضاح نحيل القارئ على بند ٣٣١ وما بعده



أن يبحث فيما هو القانون الذي يجب أن يطبق عليها طبقاً للمبادئ المقررة في قانون القاضي . مثلاً اذا حصل في فرنسا بيع منقولات موجودة فيها من انجليزى الى آخر فهل يطبق القانون الانجليزى على البيع كما يطبقه في المنازعات الحاصلة بين الانجليز على بيع حصل في انجلترا على منقولات موجودة فيها أم يطبق القانون الفرنسى بسبب وجود العنصر الأجنبي في القضية وهو حصول العقد في فرنسا على منقولات موجودة فيها ؟ وهذا البحث ليس بحثاً في اختصاص المحكمة وإنما هو بحث خاص بالقانون الذي يطبق ويسمى بحثاً في القانون Choice of Law أو Lex

١٠ - هاتان النقطتان جوهريتان في كل قضية يوجد فيها عنصر أجنبي

ويجب على القاضي أن يجد لكل منهما حلاً يطبقه أو يقضى به عند النزاع على أنه قد يضطر الى البحث في نقطة ثالثة وهي تعرض عند ما يطلب اليه أحد الخصوم ، سواء كان مدعياً أو مدعى عليه ، أن يقرّ حقه الذي اكتسبه بمقتضى حكم صادر من بلد أجنبي وهذا بحث خاص بقوة الأحكام الأجنبية وما لها من الآثار في غير البلاد التي صدرت فيها

٣- قوة الاحكام  
الأجنبية

١١ - هذه النقط الثلاث يجب أن توجد لها أحكام ثابتة يقضى بها القاضي الذي ينظرها . وهذه الاحكام يجب أن يأخذها القاضي عن قانونه . فاذا كان القاضي انجليزياً وجب عليه أخذها عن القانون الانجليزى واذا كان فرنسياً رجع فيها الى القانون الفرنسى واذا كان ايطالياً أخذها عن القانون الايطالى<sup>(١)</sup>

خلاصة

وهذه الاحكام عبارة عن القانون الدولي الخاص في كل بلد وتبحث في تنازع القوانين ويمكن أن يطلق عليها لفظ « القواعد المتعلقة بتطبيق القانون خارج أرضه أو حدوده الارضية أو خارج اقليمه Extra-territorial operation of law أو « القواعد المتعلقة باقرار الحقوق التي اكتسبت في الخارج » أى خارج اقليمها

[١١] (١) هذا على المذهب العلمى الذى سیرد شرحه فى بند ٢٩ راجع ايضاً ما مر بهذا الخصوص فى بند ٤ حاشية ١

Extra-territorial recognition of rights<sup>(٢)</sup> وهذه الاحكام هي في كل اقليم جزء من قانونه كأي قانون آخر ينسب الى ذلك الاقليم<sup>(٣)</sup>

١٢ - ومع ما سبق بيانه فان الموضوع الذي نحن بصدده لا يخلو من الغموض الناشئ عن التعبير اللغوي وعن أسباب أخرى بحيث يكون من المفيد استجلاء لغامض المعاني السابقة أن نشرحه بشكل آخر ناظرين اليه من وجهة أخرى<sup>(١)</sup>

١٣ - يشتمل قانون كل بلد كإنجلترا مثلاً على مجموع المبادئ والقواعد والاصول التي تحكم بها محاكم ذلك البلد تحت سلطان الحكومة البريطانية . ومن المقرر أنه لا محل للتمييز هنا بين ما اذا كانت هذه القواعد واردة في قانون مسطور أو غير واردة فيه وسواء كانت نتيجة نصوص تشريعية أو أصول حكمت بها المحاكم وثبتت عليها . اذ كل قاعدة ، مهما كان منشأها ، يحكم بمقتضاها القضاة الانجليز تحت سلطان الحكومة البريطانية ، عند ما تقضى عليهم الظروف بالحكم ، تعتبر جزءاً من القانون الانجليزي

١٤ - ويمكن تقسيم قانون أي بلد من البلاد المتعدينة كإنجلترا وفرنسا وإيطاليا مثلاً الى قسمين :-

القسم الأول يمكن وصفه بكونه مجموعة القواعد التي تنظم حقوق سكان ذلك البلد - الانجليز مثلاً في إنجلترا - وتبين الآثار القانونية للمعاملات التي يترافقونها فيما بينهم داخل حدود إنجلترا . واذا كانت هذه القواعد قد تتعدى في بعض الظروف الى المعاملات التي تحدث في الخارج فان أثرها المباشر مقصود به قبل كل شيء تنظيم صلات الانسان بالانسان في إنجلترا نفسها أي في الاقليم الانجليزي ولذلك يمكن تسمية هذه القواعد ، من أجل الغرض الذي نرعى اليه هنا ، بالقانون

(٢) قارن دايسى ص ٣

(٣) راجع معنى اقليم في بند ٣ حاشية ١

[١٢] (١) اخذنا هذا الشرح من دايسى ص ٣ وما بعدها

الاقليمي<sup>(١)</sup> أو المحلي<sup>(٢)</sup>قسم الدولي  
الخاص

القسم الثاني من قانون البلد — انجلترا مثلاً — يشتمل على مجموعة قواعد لا تبين بصفة مباشرة حقوق أو واجبات أفراد معينين ولكنها تبين حدود الاختصاص المعطى للمحاكم الانجليزية على العموم وكذلك تبين ما هو القانون — سواء كان القانون الانجليزي الاقليمي أو قانون فرنسا أو غيرها — الذي يرجع اليه القضاة الانجليز ليحكموا في الخلاف المرفوع اليهم . وهذه القواعد خاصة بالمسائل المشتملة على عنصر أجنبي : هي قواعد وضعت لارشاد القاضي عند ما تعرض أمامه قضايا خاصة بمعاملات يكون فيها أحد الخصمين أو كلاهما أجنبياً أو يكون أحد عناصر القضية قد حصل أو وجد في بلد أجنبي أو يكون الاتفاق الذي حصل بينهما قد وقع أو ينتظر تنفيذه في بلد أجنبي أو على مقتضى قانون أجنبي ولذلك يكون من المحتمل أن يرجع فيها القاضي الانجليزي الى قانون أجنبي ليحكم به فيها بدلاً من القانون الانجليزي

هو قواعد ارشاد  
أو تبين

وقواعد الارشاد المذكورة تبين ، فيما يتعلق باختيار القانون اذا كانت القضية مطروحة أمام القاضي الانجليزي ، ما اذا كان قانون انجلترا الاقليمي هو الذي يجب تطبيقه على ظروف القضية كلها ، أو ان قانون أى بلد آخر مثل قانون فرنسا هو الذي يكون واجب التطبيق على ظروف القضية كلها أو بعضها فقط<sup>(٣)</sup>

١٥ — فإذا ما تبين للقاضي ما هو القانون الذي سيطبقه — انجليزيا كان أو أجنبياً — فإن الحكم في القضية يبقى معالماً اذ كل ما فصل فيه القاضي أو كل ما تبينه القاضي هو انه سيحكم في كل القضية أو في نقطة معينة منها بمقتضى قانون معين هو الانجليزي أو الفرنسي أو غيره

قضايا الدول  
الخاصة هي مسائل  
أولية

[١٤] (١) راجع معنى اقليم في بند ٣ حاشية ١

(٢) ربما كانت كلمة « محلي » هنا احسن الالفاظ ومع ذلك ففيها غموض يزيله اصطلاحنا

على لفظ إنليبي territorial لان كلمة محلي هي ترجمة لفظ Local كما ذكرنا في بند ٣ حاشية ١

(٣) دابسي ص ٣ — ٧

لذلك كان من الجائز أن نسمى مسائل القانون الدولي الخاص « مسائل أولية »  
 Questions préjudicielles لان حل هذه المسائل ليس الحل النهائي للقضية وإنما  
 هو التمهيد الأولى لللازم قبل الحكم فيها

شروط نشوء  
 الدولى الخاص

١٦ — شروط نشوء القانون الدولي الخاص ونموه : القانون الدولي الخاص  
 حديث العهد بالنسبة للقانون الاقليمى أو المحلى فى كل بلد ( بند ١٤ ) ووجوده ونموه  
 يستلزمان أولاً وجود دول متعددة لكل منها قانون معين وهذه الحالة لم تكن متحققة  
 وقت ان كان القانون الرومانى هو القانون المعمول به فى كثير من أنحاء العالم لأن  
 تعدد القوانين لم يكن أمراً واقعاً . ثانياً وجود علاقات سلمية ومتاجر ومعاملات بين  
 الدول المستقلة المختلفة وهذه الحالة لم تكن مستمرة فى خلال القرون الوسطى  
 ولذلك ما كان من الميسور أن تنشأ مسائل القانون الدولي الخاص وبهمم بها  
 رجال القانون الاهتمام الكافى الا فى بيئة سلمية تشبه ما كانت عليه الحال فى أوربا  
 قبل الحرب العظمى أو بعدها

على أنه مما تجب ملاحظته فى التاريخ أن البلاد التى تقدم البحث فى القانون  
 الدولى الخاص فى ربوعها وكثرت فيه التأليف والافكار فيها كانت بلاداً —  
 مثل هولاندا والمانيا وبريطانيا العظمى والولايات المتحدة — يوجد فى كل منها  
 عدة أقوام مختلفين محكومين بقوانين متعددة يحكم كل قانون منها جزءاً معيناً من  
 البلد ويربط اجزاءها بعضها البعض الآخر رابطة سياسية قانونية أو أدبية بحيث  
 يعتبر المجموع كأنه وحدة سياسية لا تتجزأ فأمثال هذه البلاد قد شعرت قبل  
 غيرها بوجوب احترام وتطبيق القوانين الاقليمية السائدة فى كل اقليم منها خارج  
 الاقليم الذى وضعت له : أى انها شعرت بوجوب الالتجاء الى قواعد القانون الدولي  
 الخاص قبل غيرها من البلاد التى لا تتكون من أجزاء مختلفة لكل جزء منها قانون  
 خاص . غير أنها لم تشعر بالضرورة بوجود صعوبات للوصول الى الحكم بقانون غير  
 قانونها مثل الصعوبات التى يلاقها أى بلد آخر مستقل ومنفرد التكوين وذلك



لأن القوانين الإقليمية المعتبرة في أجزاء أخرى من المملكة أو الامبراطورية والتي كان يطبقها القضاة دون قوانينهم الإقليمية لم تكن قوانين أجنبية بمعنى الكلمة بل كانت قوانين معمولاً بها في أقاليم أخرى تابعة لحكومة واحدة هي حكومة القاضي نفسه فكان العمل بها حيناً بعكس ما اذا كانت أجنبية بالمعنى الحقيقي أى شرعتها حكومة أجنبية مستقلة

وفي هذا الموضوع نجد في تاريخ فرنسا استثناءً غريباً يؤيد القاعدة : ذلك أن فرنسا لم تكن مكونة من عدة حكومات يجمعها اتحاد سياسى وإنما كان لكل ولاية من ولاياتها قانون خاص والكل خاضع لسلطة الملك ويستمد سلطته منه ولذلك كان من الضروري فيها أيضاً الالتجاء الى القواعد التى تبين أى قانون يعمل به من بين القوانين المتعددة الجارى العمل عليها فى الولايات المختلفة التى تتكون منها المملكة الفرنسية (١)

خلاصة

يتبين مما تقدم أن قواعد القانون الدولي الخاص إنما تنشأ عند وجود علاقات سلمية بين الشعوب المختلفة سواء كانت هذه الشعوب حكومات مستقلة أو مكونة لجزء مياسى من حكومة مستقلة أو حتى ولو كانت خالية عن الصبغة السياسية بالكلية وكانت محكومة بقانون خاص يشمل جزءاً معيناً من أرض حكومة معينة (٢)

تعليق نشوء  
الدول الخاص

١٧ — تعليق نشوء القانون الدولي الخاص : ان نشوء قواعد القانون الدولي الخاص نتيجة لازمة لوجود دول مستقلة متعددة فى العالم المتمدين أو شعوب أو طوائف ذات قوانين مختلفة مع استتباب السلام بينها ونمو العلاقات التجارية والمدنية ؛ والدليل على ذلك يظهر لا محالة من بحث ما يمكن أن تحكم به المحاكم فى أى بلد ما ، اذا لم تلجئ الى قواعد القانون الدولي الخاص : —

أولاً: يمكنها أن تمتنع عن الحكم فى أى قضية يكون فيها عنصر أجنبى

[١٦] (١) قارن دايى ص ٨ وبند ٤٧ هنا

(٢) قارن بار حاشية ١ ص ١

ثانياً : يمكنها أن تحكم في كل قضية ، حتى التي يكون فيها عنصر أجنبي ،  
بمقتضى القواعد المحلية المعمول بها دائماً أمامها بدون التفات الى تطبيق أى قانون  
أجنبي

ففي الحالة الأولى تنشأ اضرار جسيمة لأن العدل لا يجرى مجراه ويكون حالة عدم الحكم  
القاضي قد سكت عن الحق فلم يحكم به ، وضرر هذه الخطة لا يقتصر على  
الاجانب بل يتعداهم الى أهالى البلاد التي وجدت المحكمة للحكم في قضاياهم ؛ وإذا  
اتبعت محاكم البلاد الأخرى نفس هذه الخطة كان من المستحيل مادياً إيجاد  
محكمة للفصل في أى قضية يكون فيها عنصر أجنبي وهذا ما لا يمكن أن يقبل لأن  
الحقوق تضيع على أربابها لمجرد وجود عنصر أجنبي في القضية ، ويركب الناس  
جميعاً متن الحذر فيمتنعون عن التعامل مع الأجانب وعلى العموم يمتنعون عن  
الانجاء والتعامل مع البلاد الأجنبية أو الاشخاص الذين يخضعون لقانون آخر ،  
وهو ما يشل حركة الاتصال بين أفراد الدول المختلفة ويقضى على العلاقات التي  
يكون فيها عنصر أجنبي مهما خف شكله

وفي الحالة الثانية تركب المحاكم أيضاً من الشطط لأنها اذا حكمت بمقتضى  
قانونها هي ، في كل الأحوال ، ربما كان ذلك منها حكماً بمقتضى قاعدة لم يرد الخصوم  
أن تكون هي القاضية بينهم أو لم يعتمدوا عليها وقت التعامل ، بل تكون قد منحت  
أحد الخصوم حقاً لم يكن له وتكون قد أنشأت له حقوقاً جديدة بدلا من الحقوق  
التي يمكن أن يكون قد اكتسبها بالفعل . فاذا كانت الحقوق التي أراد الخصوم أن  
يرتبوها بينهم مطابقة للحقوق المقررة في قانون القاضي فان النتيجة لا تتغير ولكن  
اذا كان هناك خلاف بين قانون القاضي والقانون الذي كان يجب أن يحكم العلاقات  
بين الطرفين فان الظلم يتحقق : وذلك لأن غاية الاحكام التي يصدرها  
القاضي هي تقرير حقوق الخصوم وقت رفع الدعوى لا منحهم حقوقاً غير التي كانت  
لهم اللهم الا اذا كان ذلك ضرورياً لتأييد الحقوق المقررة من قبل ؛ وفوق ذلك فان

حالة اتباع  
قانون القاضي  
في كل حال

عدم الاعتداد بالقانون الذي يجب الحكم به هو بمثابة انكار للسلطة أو الحكومة التي وضعت ذلك القانون وهو ما لا يحسن حصوله بين الحكومات على أيدي المحاكم من أجل ذلك كان واجباً على محاكم كل بلد أن تبحث في القانون الذي يجب أن يطبق على القضية وأن تختار ذلك القانون من بين قوانين قد تكون متعددة ويصعب تقرير أيها هو الواجب الاتباع ؛ ويجب عليها متى حكمت الظروف أن تقرر تارة وجوب الحكم بقانونها هي خارج إقليم حكومتها وتارة وجوب الحكم بقانون أجنبي داخل إقليم حكومتها <sup>(١)</sup>

وجوب الحكم  
بالقوانين  
الأجنبية

أساس الدولي  
الخاص : المجاملة

١٨ — وقد جاء في تاريخ القانون الدولي الخاص في بعض العصور أن قواعد القانون الدولي الخاص إنما وجدت بمقتضى واجب « المجاملة » بين الدول ( بند ٢٣٠ ) وهي ما يسمى بالمجاملات الدولية *courtoisie internationale* أو *Comity* أو *comitas gentium*

وهذا صحيح إذا كان المراد منه ان ليس الحكومة أن تجبر أخرى على تطبيق قانون أجنبي في أرضها وأنه إذا كان قضاء أية دولة من الدول يحكمون بمقتضى قانون أجنبي في بعض المسائل فإن ذلك إنما حصل باذن ولو ضمنى من الحكومة التابع اليها القاضى والتي يراد تطبيقه وتنفيذه في أرضها ؛ غير أنه من الثابت الآن ان السبب الحقيقي في السماح بالحكم بمقتضى قانون أجنبي في بعض المسائل ليس بمجاملة الحكومات بعضها للبعض الآخر وإنما هو طبيعة الاحوال القاضية باستحالة الحكم بالعدل بدون الالتجاء الى تطبيق القوانين الأجنبية في كل الاحوال التي يكون ذلك فيها واجباً <sup>(١)</sup>

من أجل ذلك قرر العلامة سافيني أن أساس القانون الدولي الخاص هو الفائدة المشتركة أو اتحاد المصلحة بين الحكومات المختلفة في الوصول الى تحقيق العدالة

[١٧] (١) دايسى ص ٨ — ١٠ وقارن بار ص ٢  
[١٨] (١) قارن دايسى ص ١٠ — رديسباينيه ص ٣٠

١٩ — ولقد ذهب بعض علماء العصر الحاضر<sup>(١)</sup> إلى أن الواجب المفروض على كل حكومة في احترام الحقوق التي اكتسبت في الخارج وتنفيذها بواسطة محاكمها هو واجب يمليه القانون الدولي العام الذي يعتبر القانون الدولي الخاص جزءاً منه ولكن من الثابت أيضاً أن قواعد هذا الأخير لا يدينها القانون الدولي العام. ورأى آخرون أنها في كل بلد جزء من قانون ذلك البلد فهي لذلك مستقلة استقلالاً تاماً عن القانون الدولي العام<sup>(٢)</sup>.

ومن الكتاب من يوفق بين الرأيين قائلاً بصحتها من وجوه مختلفة لأن سبب نشوء قواعد القانون الدولي الخاص هو وجود العلائق بين الدول المختلفة وهذه العلاقات توجب على كل دولة احترام قوانين غيرها المتعلقة بحقوق الأفراد وذلك لأن رفض تطبيق القوانين الأجنبية على ما يجب أن تطبق عليه من الحوادث والقضايا يعتبر إنكاراً لحقوق الحكومة على رعاياها فيما يدخل في اختصاصها. فإذا كان الأمر كذلك كان أساس القانون الدولي الخاص هو نفس أساس القانون الدولي العام؛ ومن جهة أخرى فإن القانون الدولي العام لا يبين قواعد القانون الدولي الخاص ولا يتصدى لحصرها وإن كان وجوبها مبنياً على افتراض التزام سابق بين الدول يوجب عليها في بعض الأحوال أن تطبق القوانين الأجنبية. وليس من قواعده ما جرى الاتفاق عليه بين الدول إلا النذر اليسير ولذلك فإن القانون الدولي العام يترك لكل دولة الحرية في تقرير القواعد التي تراها إلا فيما تم فيه الاتفاق بمعااهدات<sup>(٣)</sup> هذا وسوف تبين وجهة النظر التي توخيناها في الموضوع عند بحث مذاهب الكتاب في بند ٢٩،

٢٠ — ومن المفيد هنا بيان الفرق بين القانونين الدوليين العام والخاص

الفرق بين  
الدول الخاص  
والدول العام

[١٩] (١) مثل ديسپانييه ص ٤٠ وبييه ص ٥٦، راجع أيضاً بار ص ٢،،

(٢) دابسي ص ٤،، وبييه جز ١٠ ص ٢٠ وغيرهما

(٣) ملحوظات الاستاذ بك Boeck في كتاب ديسپانييه ص ٤١ و ٤٢ في الحاشية



فالقانون الدولى العام أو « القانون الدولى » بالمعنى الحقيقى هو مجموعة القواعد التى تبين حقوق الامم وواجباتها فى علاقاتها المتبادلة فى زمان السلم وزمان الحرب .  
أما القانون الدولى الخاص فقد سبق تعريفه فى بند ٣

وتوجد فروق مهمة بين القانونين تظهر من تعريفهما وأهمها ما يأتى : —

٢١ — الفرق الاول : ان الاشخاص الذين هم أصحاب الحقوق وعليهم

الاشخاص

الواجبات فى القانون الدولى العام «أمم» لا أفراد Nations and not individuals وموضوعه دراسة الصلات القانونية الموجودة بين تلك الامم بعكس القانون الدولى الخاص فان أصحاب الحقوق فيه ومن عليهم الواجبات هم أفراد أو أشخاص طبيعىون — وقد يكونون أشخاصاً اعتباريين وقد تكون الحكومة منهم بصفتها شخصاً اعتبارياً مدنياً<sup>(١)</sup> — وموضوعه تنظيم حقوق الافراد بعضهم قبل البعض الآخر

٢٢ — الفرق الثانى : ان القانون الدولى العام هو « دولى » بالمعنى الحقيقى

الدولية

أى ان قواعده هى التى تحكم صلات الدول أو الامم فيما بينها بعكس القانون الدولى الخاص فهو ليس دولياً وانما هو قانون خاص بالافراد فيما بينهم

٢٣ — الفرق الثالث : ان القانون الدولى العام ليس « قانوناً » بالمعنى

كل منهما  
قانون

الحقيقى أو الدقيق لان قواعده ليست أوامر صادرة من حكومة لها سلطة الحكم على رعاياها وانما هى قواعد قد اتبعتها الدول فيما بينها أو تعهدت باتباعها ولم تضعها لها سلطة تشريعية لها حق الحكم عليها بعكس قواعد القانون الدولى الخاص فهى قانون بكل معنى الكلمة تحكم بمقتضاه المحاكم التى عهد اليها الشارع فى الحكم به وتنفذ أحكامها على الافراد بقوة الحكومة وسلطانها قياماً بواجب العدالة منها نحو الافراد

٢٤ — الفرق الرابع : للقانون الدولى الخاص محاكم قضائية تحكم بقواعده

من حيث السلطة  
التي تتولى الحكم

واصوله وترفع اليها الخصومات كما ترفع في المسائل القانونية المحلية أو المعتادة في البلد بعكس القانون الدولي العام فليس من محكمة نظامية تحكم بقواعده وتلزم الخصوم باحترام أحكامها وتنفيذها بالقوة لان الخصوم أمم أو دول وليس لمحكمة عليهم سلطان وأما محكمة التحكيم المستديمة التي كانت تجلس في « لاهي » عاصمة البلجيكي ومحكمة « القضاء الدولي المستديمة » Permanent Court of International Justice التي نص عليها صك جمعية الامم في المادة الرابعة عشرة من معاهدة فرساي فان اختصاصها محدود جداً ولا يمكن اعتباره كالختصاص المحاكم القضائية المعتادة التي تحكم في مسائل القانون الدولي الخاص<sup>(١)</sup>

تشابه قواعد  
الدولي الخاص

٢٥ — تشابه قواعد القانون الدولي الخاص في كل الدول : من المقرر انه وان كانت قواعد القانون الدولي الخاص في كل بلد هي جزء من قانون ذلك البلد الا أن هذا الجزء متشابه في قوانين جميع دول العالم المتعدين . نعم هو متشابه وان لم يكن مطابقاً تمام المطابقة لأمثاله في الدول الاخرى والسبب في ذلك التشابه يرجع الى طبيعة الامور اذ الاختيار محدود فاذا التجأ القاضى الى قواعد القانون الدولي الخاص ليبحث عن القانون الذى يجب العمل به وتطبيق قواعده على القضية المطروحة أمامه فان اختياره لا يخرج دائماً عن احد القوانين الآتية يطبقه بأمر أو بإباحة من قانونه هو كما قدمنا وهذه القوانين لا تخرج عما يأتى : —

أولاً — قانون القاضى أو قانون المحكمة Lex fori وهو القانون الذى يحكم به القاضى في المسائل المعتادة التي ينظرها عادة أو هو قانون المحكمة التي رفعت اليها القضية والتي طلب منها الحكم فيها فاذا تبين أن هذا القانون هو الذى يجب

[٢٤] (١) قارن دايى ص ١٤ ومبلى ص ٥ وراجع المادة ١٤ من معاهدة فرساي التي تقول باختصاص المحكمة المذكورة في سماع أى نزاع له صبغة دولية والحكم فيه متى رفعه اليها الخصوم ، وباختصاصها أيضاً في اعطاء رأيها الشورى في أى نزاع أو سؤال يرفع اليها من مجلس عصبة الامم أو الجمعية العمومية

العمل به دون أى قانون آخر فالقاضى يطبق قانونه ويغلب ذلك فى مسائل المرافعات والافلاس وما تعلق بالنظام العام الدولى ( بند ٢٧٤ )

ثانياً — قانون موقع الشئ المتنازع فيه منقولا كان أو عقارا *Lex rei sitae* وينلب ذلك فيما يتعلق بأسباب الملكية عليه وما يتعلق به من الحقوق العينية

ثالثاً — القانون الشخصى أو قانون الأحوال الشخصية للخصم *Lex personalis* وقد يكون هذا القانون قانون جنسية الخصم *Lex nationalis* كما اذا كان فرنسياً أو ايطالياً أو يكون قانون موطنه *Lex domicilii* كما اذا كان انجليزيا أو امريكياً وقد يكون قانون دينه *Lex religionis* كما اذا كان مصرياً مسلماً أو قبطياً أرثوذكسياً أو كاثوليكياً . ويرجع الى هذا القانون غالباً فى جميع مسائل الأحوال الشخصية من زواج أو طلاق أو ميراث أو وصية

رابعاً — قانون الحادث أو العمل القانونى *Lex loci actus* وهو قانون البلد الذى حصل فيه حادث أو عمل قانونى فاذا كان الحادث جريمة سعى قانون محل الجريمة *Lex loci delicti* أو عقداً سعى قانون محل العقد *Lex loci contractus* خامساً — قانون محل الوفاء *Lex loci solutionis* وهو قانون البلد الذى يجب أن يحصل فيه الوفاء بما حصل التعهد به وهذا محله فى التعهدات المبنية على اتفاق الطرفين

هذا واختيار احد هذه القوانين ليس من الأمور التى يجوز للقاضى أن يحكم فيها بمطلق رأيه وحسب ارادته بدون قيد ولا شرط بل هو أمر من الأمور التى تبنى على البحث والنظر وله قواعد وروابط وأسباب قد تقنع قضاة جميع محاكم العالم وقد يأخذ بها كثير من المشرعين ؛ واختيار القانون الواجب العمل به من بينها هو موضوع دراسة القانون الدولى الخاص

خذ مثلاً عقداً حصل فى فرنسا ووقع صحيحاً فى الشكل طبقاً للقواعد الشكلية المقررة فى القانون الفرنسى فهذا العقد يعتبر صحيحاً شكلاً أمام المحاكم الانجليزية

مثلا لمجرد حصوله صحيحاً طبقاً لقانون البلد الذي حصل فيه وذلك طبقاً لقاعدة مشهورة Locus regit actum معناها ان شكل العقد خاضع لقانون بلد تحريره ، وهذه القاعدة مبنية على أسباب عملية وجبة يأخذ بها القضاة الانجليز بصفة مطلقة كما يصح أن يأخذ بها غيرهم أيضاً : فهذه الأسباب قد تقنع المشرع الفرنسى ومحاكم فرنسا بأن يأخذوا بها أيضاً كما تقنع أغلب مشرعى ومحاكم العالم بأن يقرروها جزءاً من قانونهم . وهناك فائدة ظاهرة فى اختيار حل واحد فى هذه المسألة وفى غيرها فى جميع بلاد العالم ، لذلك كان من المسلم به انه كلما تقرر الحكم فى مسألة من المسائل فى بلد من البلاد أو أكثر كان ذلك من خير الاسباب لطلب تقرير ذلك الحكم أمام محاكم البلاد الاخرى وان كانت هذه غير مقيدة قانوناً باتباع أحكام المحاكم الأجنبية ولكنها كثيراً ما تأخذ بحكم تقرر فى البلاد الاخرى وعلى الخصوص تميل المحاكم بل ويميل المشرعون الى طرق الحلول التى اتخذها من سبقهم من الدول لان اتحاد التشريع والاحكام فى المسائل الشائعة بين قوانين ومحاكم الدول المختلفة أمر يسوق بطبيعته الى الانقياد فى سبيل واحدة

لذلك نشأت فى قوانين أغلب العالم المتمددين وأحكام محاكمه ومؤلفات علمائه مبادئ وقواعد ، وان اعتبرت مقررمة بمقتضى قانون كل بلد على انفراد وبأمر صريح أو ضمنى من ذلك القانون ، وان كانت غير مطابقة تمام المطابقة بعضها للبعض الآخر فى كل بلد ، الا أنها مع ذلك تنبعث من خلالها آيات التشابه فى كل بلد دبت فيه حياة المدنية والرقى<sup>(١)</sup>

وهذا التشابه يزداد وينمو بعوامل خاصة لا تفر عن العمل لايجاد اكبر عوامل التشابه

نسبة ممكنة منه وهذه العوامل ثلاثة : —

٢٦ — العامل الأول هو أن الغرض الذى يتوخاه القضاة فى جميع محاكم ١- اتحاد الغرض

العالم فيما يتعلق باختيار القواعد التى يطبقونها لمعرفة ما اذا كان سلطان قانون معين

[٢٥] (١) قارن دايسى ص ١٠ ،



يمتد الى ما بعد الحدود الاقليمية<sup>(١)</sup> الموضوعة له ، هو غرض واحد في كل الاحوال  
 أو في معظمها . وهذا الغرض هو على العموم احترام الحقوق التي اكتسبت في  
 الخارج تحت سلطان القوانين الاجنبية المختلفة ، ذلك ان كل أو جل القواعد  
 المتعلقة باختيار القانون الذي سيحكم به ، والتي أقرها العالم المتمدين هي قواعد ترمى  
 في الغالب الى تقرير مبدأ واحد هو « ان الحقوق التي اكتسبت بطريقة مشروعة  
 تحت سلطان قانون بلد معين يجب أن تحترم وتنفذ في أى بلد آخر » فمثلا القانون  
 الفرنسى والقانون الانجليزى يريان في هذا الموضوع الى غرض واحد وهو ضمان  
 ان الحقوق التي اكتسبها الانسان بالزواج أو الشراء أو غيرها في ايطاليا مثلا  
 تكون موضع الاحترام وجديرة بالتنفيذ في فرنسا وانجلترا وبالعكس أن تكون  
 الحقوق التي اكتسبها في انجلترا أو فرنسا مضمونة الاحترام والنفاذ في ايطاليا  
 وهذا الاتحاد في الغرض الذى يسعى اليه القضاة والمشرعون في مختلف البلاد  
 هو الاساس الذى تقوم عليه مادة القانون الدولي الخاص ، وهو وحده يكاد يكون  
 كافياً لايضاح وتنمية التشابه الموجود بين قواعد اختيار القانون والتي قد أقرتها  
 البلاد المختلفة<sup>(٢)</sup>

٢ — الجمعيات  
العاملة

٢٧ — العامل الثانى في ازدياد التشابه هو وجود جمعيات خاصة لترقية  
 القانون الدولي الخاص وقد أنشئ للآن جمعيتان عظيمتان قام بإنشائهما العلماء  
 والكبراء في مختلف البلاد المتمدينة تحقيقاً لهذا الغرض السامى واخذوا على أنفسهم  
 التوسع في دراسة القانون الدولي الخاص . وكل منهما على لا دخل للحكومات في  
 انشائه وهما

جمعية القانون الدولي International Law Association وهذه أنشئت  
 في عاصمة البلجيك سنة ١٨٧٣ ومركزها الآن مدينة لندن ولا قيود اعضويتها .

[٢٦] (١) راجع في معنى اقليم بند ٣ حاشية ١

(٢) دايس ص ١١ — ١٢

وأغراضها هي الاصلاح والتجميع في القوانين الدولية وهي تسعى لترقية القانون الدولي من وجهة تطبيقاته العملية وعند رأى العام في الأمم المختلفة وقد عقدت لها المؤتمرات العديدة السنوية في أهم مدن أوروبا وأمريكا واتخذت فيها قرارات كثيرة كانت أساساً لاصلاحات متعددة في التشريع وهي تنشر عقب كل مؤتمر محاضر جلساته

والمجمع العلمى للقانون الدولي Institute of International Law وأنشئ في مدينة جان من أعمال البلجيك أيضاً في سنة ١٨٧٣ ولسان حاله مجلة القانون الدولي Revue de Droit international et Legislation comparée وله نشرة سنوية يصدرها كل عام <sup>(١)</sup> وغرضه العمل على ترقية القانون الدولي أولاً : بمحاولة وضع القواعد العامة للعلم طبقاً للاحتياجات القانونية في العالم المتمدين الحديث ؛ ثانياً بالسعى التدريجى المتواصل في تدوين وتجميع القانون الدولي ؛ ثالثاً بالحصول على اقرار رسمى للمبادئ المعترف بها التى تتناسب مع احتياجات الهيئة الاجتماعية الحديثة ؛ رابعاً بالسعى بقدر استطاعته في المحافظة على السلم أو احترام قوانين الحرب ؛ خامساً ببحث المشكلات التى تنشأ عن تفسير أو تطبيق القانون وعند اللزوم باظهار رأى القانونى في المسائل المشكوك فيها أو المختلف عليها ؛ سادساً بالسعى في نصرة مبادئ العدل والانسانية التى يجب أن تسود بين الشعوب المختلفة في صلاتها بعضها مع البعض الآخر وذلك بواسطة النشرات وتعايم الجمهور وقرارات المجمع العلمى قيمة علمية كبرى وقد أخذ عنها كثير من المشرعين قواعدهم الجديدة وكانت هذه القرارات أساساً للمعاهدات التى اتفقت عليها الدول في المؤتمرات الرسمية الآتى ذكرها حالاً <sup>(٢)</sup>

ولا بد أن ننوه هنا عما أحدثته انتشار المجلات الدولية الكبرى وعلى الخصوص

[٢٧] (١) راجع مبلى ص ٩ — ١٠ وص ١٤٣ نمرة ٧ وديسپانييه ص ٨٥ ،،

(٢) ديسپانييه ص ٨٧

جريدة « كلونيه » من قريب مسافة الخلف بين علماء الأمم المختلفة بنشر القوانين والأحكام في مختلف البلاد والمقالات العلمية القانونية التي يدبجها يراع العلماء من كل أمة<sup>(٣)</sup>

٣- المؤتمرات ٢٨ - العامل الثالث : المؤتمرات الرسمية Official Conferences التي عقدت في لاهاي من سنة ١٨٩٣ الى سنة ١٩٠٤ وحضرها ممثلون لست عشرة دولة وقد وضعت نصوصاً لاجزاء معينة من القانون الدولي الخاص أقرتها بعض الحكومات وسنت بها قوانين خاصة لها<sup>(١)</sup> وسوف يأتي ذكر هذه الاتفاقات في المواضيع المختلفة المتعلقة بها<sup>(٢)</sup>

(٣) راجع ذكر هذه المجلات في ص ١٠

[٢٨] (١) راجع مبلى ص ١٤ ، ، وقايرى ص ٤٧ — ٥١ ويل ص ٥٤ ، وفيه مراجع مهمة منها مقالة على هذا الموضوع لادوار أودان في كلونيه ١٩١٤ جزء ٤١ ص ٨٧٦ ، ،

(٢) عقد المؤتمر الاول في سنة ١٨٩٣ واتفق فيه على أربعة أمور : الزواج والطلاق والفرقة القضائية وغير القضائية وندب المحاكم الاجنبية ( بند ٣٢٩ ) والموارث ولكن لم تصادق الدول على أى مشروع مما تقدم

وعقد المؤتمر الثانى في سنة ١٨٩٤ واتفق فيه على ستة أمور وهى الزواج والطلاق والفرقة الجنسية والوصاية على القصر والمرافعات المدنية والافلاس والموارث مع الوصايا والهبات المستندة الى الموت فصودق على المعاهدة المتعلقة بالرافعات ثم استبدلت بنيرها في سنة ١٩٠٥ وقد تناولت الكلام على اثبات وتنفيذ الاحكام الاجنبية والسندات الرسمية وندب القضاة والكفالة التى يدفعها الاجانب عند رفع الدعاوى والاعفاء القضائى للاجانب والقبض على الجناة

وعقد المؤتمر الثالث في سنة ١٩٠٠ وقدمت فيه أربعة مشروعات لمعاهدات على الزواج والطلاق والفرقة الجنسية والوصاية على القصر وتكملة للموارث فصودق على ثلاثة منها وهى الزواج والطلاق والوصاية وقد صادقت عليها الدول الآتية وجددتها وهى هولاندا والسويد ولكسنبورج ورومانيا والمانيا والبلجيكا وسويسره وايطاليا والبرتغال والمجر ولم تصادق النمسا مع انها كانت طرفا في المؤتمر أما فرنسا فصادقت ثم امتنعت عن تجديد المصادقة ورفضت العمل بالمعاهدات المذكورة

وعقد المؤتمر الرابع في سنة ١٩٠٤ واتفق فيه على خمسة أمور : المرافعات وتأثير الزواج على المال والحجر والموارث والوصايا والافلاس وتبج عن ذلك ثلاث معاهدات على المرافعات المدنية وآثار الزواج والحجر وصادق عليها نهائياً أغلب الدول — راجع بند ٣٠٧ ، ، هنا والاتفاق بخصوص الزواج والطلاق عقب بند ٣٨٢ هنا

ولم تدخل إنجلترا ولا أمريكا ولا تركيا في هذه المؤتمرات واعتذرت إنجلترا بكون القانون الانجليزي له طبيعة خاصة وهذه حجة غير مديدة نظراً لان الغرض من المؤتمر كان تقريب الافكار وتوحيد القوانين بقدر الامكان هذا وقد عقدت مؤتمرات عديدة في أمريكا الجنوبية والشمالية من قبل<sup>(٣)</sup> واتخذت قرارات كثيرة في منتهى الاهمية ولكن لم تصادق الحكومات الاعلى قليل منها

وجاءت الحرب أخيراً فأكملت مابداً قبلها من عدم الاهتمام بالحركة التشريعية النهضة الحديثة الدولية في مسائل القانون الدولي ومع ذلك فقد نصت المادة ٢٨٧ من معاهدة فرساي على تجديد أجل معاهدة لاهاي المعقودة في ١٧ يولييه سنة ١٩٠٥ المتعلقة بالمرافعات بين الدول ذوات الشأن باستثناء فرنسا والبرتغال ورومانيا فان المعاهدة لا تتجدد في حقن . وفوق ذلك فقد بدأ النشاط حديثاً وقام العلماء ينادون بوجوب الاهتمام بوضع معاهدات جديدة يتسنى بها تجميع Codification قواعد القانون الدولي الخالص<sup>(٤)</sup>

(٣) في مدينة لجا سنة ١٨٧٨ ومونتفيدو سنة ١٨٨٩ وعلى الخصوص مؤتمر واشنطن الذي استمر منعقداً من اكتوبر ١٨٨٩ الى ابريل ١٨٩٠ ولكن موافقة الحكومات على القرارات التي اتخذت في هذه المؤتمرات كانت جزئية أو لم تحصل بالكلية ( ميلي ص ١٤ ، ) وراجع فيما يلي بند ٣٠٧ — ٣١١

(٤) راجع مقالة الاستاذ بيتا Jitta المستشار في مجلس الحكومة في لاهاي في مجلة القانون الدولي ومقارنة الشرائع سنة ١٩٢٣ ص ١ — ٢٠ وعنوانها تثبيت وتوسيع اعمال مؤتمرات لاهاي للوصول الى تجميع القانون الدولي الخاص وهي ملخصة في كلونيه ١٩٢٣ ص ٧٢٤ — ٧٣٠



## مذاهب الكتاب

### أو طرق الدراسة فى القانون الدولى الخاص

٢٩ — ذهب العلماء فى كتاباتهم عن القانون الدولى الخاص مذهبين مختلفين الأول المذهب النظرى The Theoretical Method والثانى المذهب العلمى The Positive Method

المذهب النظرى

٣٠ — أما المذهب النظرى فقد اتبعه عدد كبير من علماء القارة الاوروية ( اخرجوا لانجلترا ) ولا يزال أكبر اسم من بينهم اسم العلامة الالماني العظيم ساينى ومنهم فختر وشفر وبار فى المانيا وبيتى فى فرنسا وارمانجون فى مصر وهم يختلفون بعضهم عن البعض اختلافاً كبيراً فى نقط كثيرة ذات أهمية كبرى ومع ذلك فلمذهبيهم ميزتان مشتركتان

مميزاته

٣١ — الميزة الاولى : انهم يتدوّن عملهم بفكرة ان قواعد القانون الدولى الخاص المعروفة فى بلد ما هى مشابهة أو مطابقة فى أغلب الاحوال للقواعد السائدة فى البلاد الاخرى وان هذه المشابهة تزداد كثيراً تحت تأثير التمدين الحديث لذلك هم يعتبرون قواعد القانون الدولى الخاص بمثابة قواعد عمومية مشتركة وشائعة بين جميع الامم المتعدينة ( الاوربية ) Common Law of Europe ومقبولة ضمناً منها جميعاً . وهم بالضرورة لا ينكرون انه مهما كان لهذه القواعد الشائعة من القوة والسلطان فى احدى الممالك — انجلترا مثلاً — فان هذه القواعد انما تستمد قوتها وسلطانها فى انجلترا من حكومة ذلك البلد . كذلك هم لا يغفلون عن كون هذه القواعد ليست متبعة تمام الاتباع فى جميع بلاد العالم وان كثيراً من القوانين وأحكام المحاكم يشذ فى كثير من الاحوال عن تلك القواعد التى يقولون بشيوعها وعموميتها

ومذهبهم يقضى حتماً بوجوب زوال هذا الشذوذ وبأن قواعد القانون الدولى الخاص الامامية يمكن تعرفها بالدراسة والتفكير وان سداد أو عدم سداد القواعد المعروفة فى بلد معين كأنجلترا مثلاً من حيث احترام الحقوق خارج البلاد التى نشأت فيها تلك الحقوق ، يمكن أن يقاس ويعرف بمطابقته للقواعد المشتركة أو مخالفته لها

٣٢ — الميزة الثانية انهم متفقون فى رأى على أن مهمة الكاتب فى القانون الدولى الخاص هى استكشاف المبادئ المكونة للقانون العام أو للقواعد العامة التى يجب أن تسود فى قوانين اوربا وغيرها من العالم المتمددين . فاذا وضع أحدهم — سافيني مثلاً — قاعدة من القواعد التى يعتقد بانها توصل الى حل المشكلات فى كل المسائل العملية التى تنشأ عن القانون الدولى الخاص فانه يطبقها على كل المسائل المذكورة ويبين كيف يمكن أن تستنبط منها مجموعة القواعد العامة التى يجب أن يأخذ بها جميع أمم العالم لحل تلك المسائل . خذ مثلاً القاعدة التى وضعها سافيني وهى وجوب البحث فى كل مسألة قانونية عن القانون الذى يوافق طبيعتها أو الذى قد ارتكزت عليه هذه المسألة ( بند ٢٤٢ هنا ) فانه يطبق هذه القاعدة على كل المسائل التى تعرض للنظر ويبين القواعد الفرعية الناشئة عن القاعدة الرئيسية والتى يمكن أن يأخذ بها جميع الأمم لحل مسائل القانون الدولى الخاص على العموم

وليس المراد هنا البحث فى قيمة القواعد التى وضعها سافيني وأمثاله من العلماء ولكن موضوع البحث هو الغرض الذى يرمى اليه طائفة العلماء الذين يتقدمهم سافيني أى العلماء النظريين . ان غرضهم بلا نزاع هو انشاء مجموعة من القواعد المنطقية المتناسكة ترمى الى حل المسائل الدولية الخاصة طبقاً لما هو معمول به فى البلاد المختلفة ، أو ليعمل بها فى كل دولة اذا لم يكن معمولاً بها فيها من قبل

وغير خاف ان المؤلفين الذين يتبعون هذا المذهب يخرجون من دائرة البحث فيما هى مبادئ القانون الدولى الخاص الى دائرة بحث آخر هو ماهية القواعد التى يجب أن تسود فى القانون الدولى الخاص ؛ فانه لا يمكن أن يقال ان سافيني وبار

مثلا قد أتيا باحصاء أو شرح القواعد المعمول بها فعلا فى أى بلد من بلاد أوروبا أو فيها جميعها فان المؤلف منهم انما يحاول أن يأتى بسلسلة قواعد أو مبادئ يرى وجوب العمل بها نظراً لمناسبتها وسهولة تطبيقها ، فيأخذ بها قضاة كل بلد لحل التنازع بين القوانين : وهم فى الواقع يكتبون ليدينوا ما هو الحل الذى يجب حتما أن يعمل به فى أية قضية من قضايا القانون الدولى الخاص

فوائد

٣٣ — لهذا المذهب النظرى قائدتان جليلتان الأولى أنه يبقى أمام أذهان الطلبة فكرة اتحاد المبادئ الواجبة الاتباع لاختيار القانون فى البلاد المختلفة . الثانية انه يلفت النظر الى اعتبار مهم جداً وهو أن اختيار قانون معين للحكم به فى المسائل الدولية الخاصة دون أى قانون آخر أمر مبنى على أسباب مستمدة من المنطق والمصلحة والعدالة وليس أمراً يحكم به لمجرد الهوى أو لمجرد سبق الحكم بمثله فتثلاً لمعرفة ما اذا كانت الآثار القانونية المترتبة على عمل قانونى معين تخضع لقانون محل العقد أو لقانون الموطن أو لقانون القاضى أو غيره يجب البحث والتفكير وتأيد الرأى الذى يبدى ، بالحجج والأسانيد المعقولة المرتكزة على مبادئ مقبولة والمذهب النظرى هذا لا يتنافر مطلقاً مع امكان فحص قواعد القانون الدولى الخاص المتبعة فى بلد معين كفرنسا أو امريكا مثلاً فحسباً دقيقاً لان ما يتبع من المبادئ عملاً أمام المحاكم يبين مقدار صحة الابحاث النظرية

مضاره

٣٤ — على أن الخطأ الذى يمكن توجيهه الى المذهب النظرى هو انه يقود الكتاب الذين يختارونه الى اعتبار المبادئ التى يقولون هم بها كأنها قانوناً معمولاً به أو واجب الاتباع عملاً الى وضع قواعد لارشاد جميع محاكم بلاد العالم فى الوقت الذى يصح فيه أن هذه المبادئ لا تكون متبعة بالفعل أمام أية محكمة من المحاكم ولا معمولاً بها فى أى قانون من القوانين

ولقد قال الاستاذ الأمريكى المشهور « ستورى » فى كتابه عن تنازع القوانين فى بند ٢٦ ان علماء القارة الاروپية قد حاولوا بكل ما أوتوا من نباهة وقوة ، أن

يجمعوا قواعد ومبادئ لتنظيم هذه المادة في جميع الأمم ولكن من المشكوك فيه جداً أن يكون نجاحهم قد تناسب مع المجهود العظيم الذي بذلوه وأنه على فرض التسليم بمبادئهم في كل جهة ، تكون نتيجتها مقبولة أو مرغوباً فيها أو محققة للعدالة في كل الاحوال

٣٥ — وهذه الملاحظة تبين نقطة الضعف الجوهرية الموجودة في المذهب النظري المبني على انه يوجد في هذا العالم مبادئ معينة في العدالة ظاهرة من طبيعتها وغير محتاجة الى تدليل ومنها يمكن استنباط سلسلة قواعد قانونية يقتنع بصحتها وعدالتها جميع قضاة العالم

٣٦ — المذهب العملي : ويأخذ به عدد كبير من الكتاب منهم مستورى المذهب العملي وفوت ودائسى وفيلكس وقاليرى وآخرون ونحن معهم وفي هذا المذهب تدرس قواعد القانون الدولي الخاص باعتبارها جزءاً من قانون كل بلد ، يعمل بها فيه ، ويحكم بها قضاته ، باعتبارها جزءاً من قانونهم ولا يهتم علماء هذا المذهب بايجاد قواعد يقولون انها هي التي يجب اتباعها في كل بلاد العالم أو يقررون انها سائدة وجوباً في كل بلاد العالم بل يجعلون كل همهم تبين قواعد القانون الدولي الخاص المتبعة فعلاً في بلد معين أو في بلاد معينة

٣٧ — ولا يتنافر مع المذهب العملي أن يحاول متبعوه درس حالة القانون في بلاد متعددة أو في جميع بلاد العالم بلداً بلداً لأن مذهبهم يقتضى تقرير الواقع فسواء كانت الدراسة مقصورة على بلد واحد أو شاملة لبلاد متعددة أو لجميع البلاد فإن الغرض واحد وهو تعرف حالة القانون الدولي الخاص كما هي في أى بلد من البلاد . لذلك كان واجباً على الكاتب العملي أن يمتنع عن استنباط قواعد القانون الدولي الخاص من مبادئ نظرية معينة وذلك لأن ما ترمى اليه أبحاثهم هو استكشاف ما هو القانون المعمول به فعلاً لا ما يجب أن يكون عليه القانون مثلاً لا يمكن ان يقال ان القاعدة المقررة في القانون الانجليزى والتي بمقتضاها



تكون الأحوال الشخصية تابعة لقانون موطن الشخص ، والقاعدة المقررة في القانون الايطالى والتي بمقتضاها تكون الاحوال الشخصية تابعة لقانون جنسية الشخص قاعدتان غير مختلفتين اذ الواقع أنهما تؤديان الى حلول قد تختلف اختلافاً تاماً ولذلك لا يمكن اعتبارهما مستنبطتين من قاعدة عامة واحدة ولا يمكن أن يكون كل منهما جزءاً من القانون العام المعمول به في أوروبا . الا أن الحقيقة في نظر أصحاب المذهب العملي أن كلا منهما قاعدة معروفة في القانون الدولي الخاص وهما موضوعتان لاختيار القانون الذى يعمل به — الأولى جزء من القانون الانجليزى والثانية جزء من القانون الايطالى

مزاياء

٣٨ - أهم مزايا المذهب العملي انه يجعل الكاتب والقارئ يركنان دائماً الى تلك الحقيقة الثمينة وهى انه لا يمكن أن تعتبر قاعدة من القواعد قانوناً الا اذا كانت معتبرة جزءاً من قانون بلد معين وان الطريقة السديدة في تعرف ماهى قواعد القانون الدولي الخاص في فرنسا أو في انجلترا مثلاً هى دراسة القوانين والاورام العالية التى أصدرتها السلطات التشريعية وأحكام المحاكم التى يتكون منها القانون في هذين البلدين وما تنبّعه تلك المحاكم عملاً في حالة عدم النص أو عدم كفايته

أما الرجوع الى المبادئ العامة النظرية فانه ، حتى في رأى العلماء الذين يعتبرونها المأخذ أو الاساس الوحيد للقانون الدولي الخاص ، فانه لا يكون الا حيث يخلو القانون عن النص أو حيث لا يكون ثمت مبادئ ثابتة أقرتها المحاكم من قبل ، في مسألة معينة لم يثبت فيها لا تشريعاً ولا قضائياً . ففى هذه الاحوال التى لا يندر حصولها يضطر الكاتب الى الالتجاء الى المبادئ العامة ليقرر الحكم الذى يتبعه في الحالة التى تعرض أمامه

٣٩ - أما عيوب المذهب العملي فهى أولاً انه يشغل الكاتب عن تعرف مقدار احترام بعض المبادئ أو القواعد المعينة ، في أعين الامم المختلفة ، فيما يتعلق

بالقانون الدولي الخاص وثانياً انه يلقي الستار على حقيقة ثابتة فيخفيها وهذه الحقيقة هي ان عدد القواعد الثابتة والمقررة فيما يتعلق بالقانون الدولي الخاص الموجودة في قانون أى بلد من البلاد قليل جداً ، وانه عند ما تعرض حالة لم تقرر فيها قاعدة معينة من قبل ، يكون من واجب القضاة أن يحكموا فيها ؛ وهم يحكمهم هذا يضعون أساساً جديداً في التشريع وسنة قد تكون واجبة الاتباع فيما يحدث من المسائل من بعدها ، وهم في حكمهم هذا لا يفترون عن الرجوع الى المبادئ المقررة في البلاد الاخرى والتي يمكن أن يطلق عليها من باب المجاز لفظ القانون العام

الاوروبي Common Law of Europe

• ٤ — ومع ذلك فان المذهب العملي هو الذي يجب اتباعه ، رغم عيوبه ، وجوب اتباعه لدراسة قواعد القانون الدولي الخاص اذا ما أراد الانسان أن يدرسها بصفتها فرعاً أو جزءاً من قانون بلاده أو قانون أى بلد آخر ، وذلك لأن التمسك بهذا المذهب ينفي عن الكاتب وجوب البحث والنظر في مواضيع متعددة كثير منها غريب في بابه مثل تاريخ نشوء قواعد القانون الدولي الخاص كما ينفي عنه وجوب الدفاع عن رأى معين لتأييده وتفضيله على سائر الآراء الاخرى متى ثبت ان هذا الرأى هو الذي قد اتبعه المشرع أو ثبتت عليه الاحكام في القانون الذي يدرسه ، لأن شارح القانون ليس بمضطر أن يقف موقف المادح أو المعتذر . ومع ذلك فان السعى في تبيان حالة القانون كما هي مقررة في بلد معين لا يمنع مطلقاً من تبيان الاسباب والوجوه التي بنيت عليها القواعد التي أخذ الشارح على نفسه شرحها

اذا نظرنا الى قواعد القانون الدولي الخاص المعمول بها في أى بلد من البلاد المتمدينة — انجلترا مثلاً — وجدنا انها ليست مزيجاً متنافراً من المبادئ بل هي على العكس مجموعة متناسقة من القواعد لكل واحدة منها اتصال محكم بغيرها ولدى تعرف حقيقة هذه القواعد يوجد مجال كبير ، كما سبق بيانه ، للالتجاء المشروع الى تطبيق المذهب النظري . ذلك انه كلما وجدت حالة أو حالات معينة

خلت عن الاحاطة بها النصوص القانونية أو الأحكام الثابتة فإن الباحث المتبصر يكون مضطراً الى الالتجاء الى القوانين والاحكام الاجنبية والى أقوال العلماء ليسترشد بها ، ولا يكون أساس هذا الالتجاء ما للقانون العام الاوربي المزعوم من السلطان أو الحكم ، بل يكون أساسه ان القضاة مضطرون في أحكامهم الى تقدير قيمة أبحاث العلماء ومدفوعون بعامل توحيد الاحكام في المسائل التي تهم رجال القانون في كل العالم المتمددين ( قارن المادة ١١ مدني مختلط )

٤١ — ان اتباع المذهب العملي واجب على كل مؤلف يريد أن يبين حالة القانون الدولي الخاص في بلده — يجب عليه بقدر الاستطاعة أن يسلك السبيل التي يسلكها القضاة في بلده كلما اضطروا للحكم في قضية تثير تنازعاً بين قوانين مختلفة فيجب البحث أولاً عما اذا كان هناك نص خاص في القوانين أو الاوامر العالية المعمول بها في البلد فاذا ما وجد النص فلا محل لاهماله أو الخروج عنه حتى ولو كانت قواعده مخالفة لما هو متبع في البلاد الاخرى أو لقواعد القانون العام الاوربي . فاذا لم يكن ثمة نص فيجب الرجوع الى ما حكمت به المحاكم من قبل في مثل هذا الموضوع اذا ثبتت على مبدأ معين ، حتى تكون الاحكام على وتيرة واحدة أما اذا لم يكن ثمة نص ولا أحكام ثابتة في الموضوع فيجب الاسترشاد بما جاء فيه في القوانين والاحكام الاجنبية وما رواه فيه الشراح من الآراء والأفكار<sup>(١)</sup>

### التطورات التاريخية في القانون الدولي الخاص

سوف نعود الى دراسة هذا الموضوع اذا ما وصلنا الى قواعد تنازع القوانين حتى يكون مقدمة نافعة لها ( بند ٢١٨ ، ، )

احالة

## الفصل الثاني

### القانون الدولي الخاص في مصر

٤٢ — ليس ثمة من كتاب في القانون الدولي الخاص في مصر غير الذي وضعناه باللغة الانجليزية فيه ويكاد يكون هذا الكتاب طبعة ثانية عربية منه<sup>(١)</sup> ولم يضع المدرسون الاجانب الذين سبق لهم تدريس هذا العلم في مدرسة الحقوق الملكية كتباً فيه بل وضعوا مذكرات لم يصل الى علمنا منها غير مذكرات المستر ساندرس المستشار بمحكمة الامتئناف الاهلية الآن ومذكرات المسيو ارمانچون القاضى بمحكمة مصر المختلطة الآن — الاولى في غاية الاختصار والثانية ذات شكل خاص في التعبير وفي الطريقة وتكاد تتبع المذهب النظرى منظوراً اليه من وجهة خاصة كما سيتبين مما يلي ( بند ٥١ ، )

وفيما عدا ذلك توجد بعض المؤلفات في مواضيع خاصة مفيدة جداً ولكنها لا تشمل نطاق القانون الدولي الخاص وأهم هذه المؤلفات كتاب العلامة دو روزاس ناظر مدرسة الحقوق الفرنسية في موضوع الامتيازات الاجنبية وكتاب الامتاذ ارمانچون في « الاجانب وأصحاب الحماية في الامبراطورية العثمانية » وبعض مقالات له أيضاً في المجلات الاوربية بخصوص طريقة الدراسة في القانون الدولي الخاص على العموم وفي مصر على الخصوص وتوجد بعض مواضيع لا تخلو من الفائدة في تقارير المستشار القضائى للحكومة المصرية في تنازع الاختصاص بين المحاكم المختلفة التى تقيم العدل فى مصر . على ان أهم ما أخذ القانون الدولي الخاص فى مصر بعد النصوص القانونية القليلة المبعثرة فى القوانين المصرية هو أحكام

[٤٢] (١) يوجد كتاب عربى فى القانون الدولي الخاص لجمال الدين وبسطورس بشاره ولكننا لم نشر له على اثر



المحاكم المختلطة فى المسائل المتنوعة التى تعرض عليها وأحكام أهلية قليلة فى الموضوع وبعض المنشورات الادارية التى تصدر من وزارة الحقانية الى المحاكم الشرعية على الخصوص لبيان حدود اختصاصها فى بعض المسائل

لذلك كانت مهمة المؤلف فى هذا الموضوع بالنسبة لمصر على الخصوص مهمة شاقة جداً وذات مسئولية كبيرة. على أننا توخينا فيما كتبنا عن مصر المذهب العلمى الذى شرحناه فى بند ٣٦ ، وجعلنا كل همنا تعرف الحالة الحقيقية للقانون الدولى الخاص كما جاءت بها النصوص وحكمت بها المحاكم مكملين ما لم يرد فيه نص ولا حكم باستنتاجاتنا الخاصة من القواعد العامة المناسبة لحالة القانون فى مصر. وفهم هذه الحالة تماماً يجب أن نبين الفرق بين مصر وأوروبا فيما يتعلق بحكم القانون الاقليمى على سكان البلاد وحكم محاكم البلاد على من يقطنها من الناس

٤٣ - غير خاف أن تعريف القانون الدولى الخاص الوارد فى بند ٣ وبيان طبيعته وموضوعه كما تقدم فى بند ٤ ، يفترضان العمل بقواعده بين امم او بلاد يحكم كل منها قانون واحد خاص به ، يطبق على كل من كان فيه من السكان كما يفترضان وجود نوع واحد من المحاكم فى كل بلد ، ويشمل اختصاصه سكان ذلك البلد جميعهم ويشمل كل ما يمكن ان يقع من الخلاف بينهم فى أى موضوع من المواضيع المدنية والشخصية والجنائية ؛ وسواء كان مذهب القانون المعمول به فى اى بلد من البلاد الاوروبية والامريكية شخصياً personal او اقليمياً territorial فان قوانين هذه البلاد المختلفة لا تميز مطلقاً بين الديانات المختلفة لتعطى لكل دين حكماً فان القوانين المذكورة قد اصبحت كلها اما اقليمية سارية على كل من يتوطن فى البلد ، واما وطنية سارية على كل من يتجنس بجنسية البلد فمثلاً لا محل للتمييز فى فرنسا بين مسيحي وامرائيلى ولا بين من كان بروتستانتياً او كاثوليكياً ، فكلهم ذوو جنسية فرنسية وكلهم خاضع للقوانين الفرنسية السارية على جميع الفرنسيين بلا فرق فى الايمان والمعتقدات وكلهم خاضع للمحاكم الفرنسية التى هى

واحدة بالنسبة لجميع الفرنسيين بلامتياز أيضاً . وفضلاً عن ذلك فإن هناك طائفة كبيرة من القوانين أو القواعد في فرنسا وإنجلترا وغيرهما تسرى في كل من هذه البلاد على جميع الأفراد الذين يوجدون فيها بصرف النظر عن كونهم تابعين للبلاد من حيث الجنسية أو غير تابعين له كما أن هناك طائفة كبيرة من الامتيازات يتمتع بها اهالى كل بلد اوروبى او امريكى وهى محرمة فيه على من كان اجنبياً . كذلك توجد دائماً طائفة من القيود يتقيد بها الاجانب في كل بلد متمدين ، ولا يوجد امتيازات للاجانب في غير بعض بلاد الشرق التى لم تتخلص منها الآن . مثلاً لا يمكن ان يعين اجنبى قاضياً في فرنسا ولا يجوز لاجنبى ان يكون محامياً فيها ، وعلى كل اجنبى واجبات يؤديها باعتباره اجنبياً كأن يبلغ البوليس عن حضوره والغرض من وجوده في البلد ويستحصل على تصريح بالاقامة او نحو ذلك مما لا يتطلب من اهل البلاد الفرنسية مثلاً<sup>(١)</sup>

٤٤ — فالحالة المذكورة اعلاه لا تسمح مطلقاً بوجود اى تنازع داخلى بين قانونين او أكثر في فرنسا لان التنازع يقتضى وجود قوانين مختلفة تتنازع العمل في وقت واحد وفي مكان واحد وليس ثمت قوانين من هذا القبيل في فرنسا لانه لا يوجد فيها سوى القانون الفرنسى وحده وهو واحد ، وكل ما يمكن ان يوجد من النزاع بين القوانين المختلفة في فرنسا يتعلق بمادة استناد القوانين او عدم استنادها وهذا نزاع بين قانون فرنسى جديد وقانون فرنسى قديم ايها يعمل به في للقضية المطروحة امام القاضى الفرنسى وهذا النزاع لا علاقة له مطلقاً بالقانون الدولى الخاص ( قارن بند ٥ )

كذلك لا تسمح تلك الحالة المذكورة اعلاه بوجود اى تنازع في الاختصاص بين محاكم متعددة تجلس للحكم في فرنسا مثلاً لانه ليس ثمت من محاكم متعددة

فبها بل كلها محاكم فرنسية وما يمكن ان ينشأ بينها من التنازع انما يتعلق بأنواع الاختصاص الداخلى وهو الاختصاص بالنسبة لنوع القضية او لمركز المحكمة وهذا أيضاً لا علاقة له بالقانون الدولى الخاص

من اجل ذلك لا يذكر علماء القانون الدولى الخاص فى البلاد الاوروبية عند ما يتكلمون عن القوانين والمحاكم المختلفة غير الفاظ تشعر بانهم انما يتكلمون عن قانون بلد من البلاد التى ذكرت حالتها آنفاً وعن محاكم البلاد نفسها فيقولون مثلاً « القانون الاقليمى أو المحلى » ويقصدون به القانون الفرنسى مثلاً الذى يطبق على كل سكان فرنسا و « المحاكم الاقليمية أو المحلية » ويقصدون بها المحاكم ذات السلطان الكامل على كل سكان البلد ؛ واذا عرفوا القانون الدولى الخاص ذكروا انه القواعد التى تبين القانون الذى يختار من بين عدة قوانين لأمم او لبلاد مختلفة كما تبين محاكم اى البلاد هى المختصة . واذا تكلموا عن قانون معين قالوا « قانون بلد معين » او محاكم معينة قالوا « محاكم بلد معين » لان التنازع فى نظرهم يكون على العموم بين قانون بلد وقانون بلد آخر او بين محاكم بلد ومحاكم بلد آخر

٤٥ — وتختلف الحالة فى مصر عنها فى البلاد الاخرى اختلافاً كبيراً من حيث ما ذكرناه . فالمرشع المصرى يقر ويعترف بوجود قوانين دينية متعددة تحكم مسائل الاحوال الشخصية لرعاياه المختلفين — كل بحسب دينه — ويقر ويعترف بوجود محاكم مصرية متعددة للاحوال الشخصية لكل طائفة من رعاياه ، تطبق القوانين الدينية المختلفة المذكورة . وفى المسائل الاخرى وهى الاحوال العينية والالتزامات المدنية والتجارية والمسائل الجنائية ، جعل المشرع المصرى القانون واحداً لجميع المصريين كما جعل المحاكم واحدة ، فنتبع بذلك خطوات الامم الغربية فى توحيد القوانين والمحاكم لرعايا البلد الواحد وهى الفكرة الوطنية التى تتمشى نحوها كل النظم ولا يتم تحقيقها من حيث القانون والقضاء الا اذا توحدت

الأحوال الشخصية أيضاً من حيث القانون ومن حيث المحاكم التي تفصل فيها وأصبح القانون واحداً للجميع والمحاكم واحدة للجميع ولكن دون تحقيق ذلك في مصر عقبات لا يستهان بها

ومن جهة أخرى فإن الامتيازات الأجنبية قد ضمنت للأجانب حالة ممتازة في مصر انعكست بها الآلية فبدلاً من أن يكون الامتياز في مصر للمصريين كان الامتياز فيها للأجانب على المصريين وكانت نتيجة هذه الحالة من الوجهة العملية أن تمتع الأجانب في مصر بحقوق كثيرة في منتهى الأهمية مثل عدم خضوعهم لسلطة الحكومة المصرية فيما يتعلق بالضرائب وعدم خضوعهم للقوانين واللوائح المحلية إلا التي تسن بطرق مخصوصة ، ومنها تمتعهم بحرية المساكن على شكل يكاد يكون مطلقاً ومشاركتهم للمصريين في الوظائف والقضاء والحمامة والحرف الخاصة بل وتفوقهم في كثير منها عليهم

وكانت نتيجة امتيازاتهم من الوجهتين القضائية والقانونية أن وجدت محاكم خاصة — هي المحاكم المختلطة وتتبع قانوناً خاصاً بها هو القانون المختلط — للنظر أولاً في المنازعات التي تقوم بين الأجانب وثنانياً في المنازعات التي تقوم بين الأجانب والأهالي ، فدخل بذلك المصريون جميعاً تحت سلطة هذه المحاكم الخاصة التي يتغلب فيها العنصر الأجنبي وخضعوا لقانونها في مصر رغم وجود المحاكم الأهلية والقوانين الأهلية . وظل الأجانب فيما يتعلق بأحوالهم الشخصية وأهم مسائلهم الجنائية خاضعين للمحاكم القنصلية ولقوانينهم الجنسية

فنشأ عن ذلك كله أن تعددت المحاكم في القطر المصري وتعددت معها القوانين المعمول بها بحيث إذا قيل لفظ « القانون المصري » لم يكن من الممكن أن ينصرف اللفظ إلى ما يمثله في فرنسا مثلاً ؛ وإذا قيل « المحاكم المصرية » لم يدل ذلك على ما يدل عليه لفظ « المحاكم الفرنسية » مثلاً وذلك لوجود قانون واحد ومحاكم واحدة في فرنسا ولوجود قوانين متعددة ومحاكم متعددة في مصر



المحاكم المختلطة  
في مصر

٤٦ — وإذا حلولنا حصر المحاكم التي تقوم باعباء العدالة في مصر وجدناها لا تقل عن ثلاثين صنفاً وهي ( ١ ) المحاكم الاهلية ( ٢ ) المحاكم المختلطة ( ٣ ) المحاكم القنصلية التابعة للحكومات الموقعة على نظام المحاكم المختلطة وعددها خمس عشرة على الاقل ( ٤ ) المحاكم الشرعية ( ٥ ) البطريركيات وعددها على الاقل اثنتا عشرة وهي بطريركيات الاقباط الارثوذكس<sup>(١)</sup> والاقباط الكاثوليك<sup>(٢)</sup> واليونانية الارثوذكسية واليونانية الكاثوليكية ، والموارنة ، والارمن الارثوذكس والارمن الكاثوليك<sup>(٣)</sup> ، والكلدان الكاثوليك ، والسوريين الارثوذكس ، والسوريين الكاثوليك ، والبروتستانت الاهلية ( أو الانجيليين الوطنيين )<sup>(٤)</sup> والمخاضجات الاسرائيلية ، ومجموعها لا يقل عن الثلاثين ولكل منها قانون خاص<sup>(٥)</sup>

[٤٦] (١) راجع الامر العالي الصادر في ١٤ مايو ١٨٨٣ والمعدل بالقانون نمرة ٨ الصادر في ٣١ ديسمبر ١٩٠٨ والقانون نمرة ٣ الصادر في ١٢ فبراير ١٩١٢ بترتيب واختصاص مجلس الاقباط الارثوذكسين وهو مشتمل على لائحة مكونة من ٣٨ مادة ولهم لائحة لانتخابات المجلس الملى العام والمجالس الفرعية التابعة وهي مكونة من ٢٢ مادة ولهم لائحة داخلية مكونة من ٣٠ مادة وكلها منشور في مجموعة القوانين لبعيد الفتح بك السيد وكامل بك مرسى ص ١٩٧ — ٢١١

(٢) ولهم قانون خاص للاحوال الشخصية يقع في ١٨٤ مادة وهو منشور بالفرنسية في كتاب سيداروس بك في البطريركيات ص ٤٢٠ — ٤٤٣ ولهم كذلك قانون مرافعات منشور في الكتاب المذكور ص ٤٤٤ — ٤٦٢ وقانون لادارة الاوقاف الخاصة بهم ومنشور في ص ٤٦٣ — ٤٧٠

(٣) ولهم مجلس ادارى مشكل بمقتضى القانون نمرة ٢٧ الصادر في ١٨ نوفمبر ١٩٠٥ الذى أقر القانون النظامى للطائفة المذكورة وهو يقع في ٢٧ مادة وهو منشور في المجموعة السابق ذكرها ص ١١٦ — ١٢٠

(٤) ولهم مجلس عمومى صدر بتشكيله الامر العالي المؤرخ في أول مارس ١٩٠٢ ومنشور في مجموعة القوانين السابق ذكرها ص ٢٤٨ — ٢٥٣ ولهم لائحة داخلية مصادق عليها من وزارة الداخلية في ٢٩ يونية ١٩١٦ ومنشورة في المجموعة المذكورة ص ٢٥٣ — ٢٦٣ (٥) البطريركيات الثلاث الصادرة بشأنها أوامر عالية معبرية وهي بطريركيات الاقباط الارثوذكس والارمن الكاثوليك والانجيليين الوطنيين هي وحدها المنظمة بقوانين مصرية واما ما عداها فهو سائر طبقاً للفرمانات الشاهانية وعلى الخصوص طبقاً للخط الهاميونى الصادر في ١٨ فبراير ١٨٥٦ ( بند ١٦٦ ) وهو منشور في المجموعة المشار اليها ص ٢٨٤ — ٢٩٤

نتائج تعدد  
المحاكم

٤٧ — واذا أردنا معرفة آثار هذه الحالة من وجهة القانون الدولي الخاص وجدنا ان المركز الاستثنائي الذي توجد فيه مصر في الوقت الحاضر من حيث تعدد القوانين والمحاكم فيها ينشئ حالة خاصة في القانون الدولي الخاص يجب ملاحظتها كلها وجدت أية قضية فيها عنصر أجنبي في مصر ، اذ يكون نطاق تنازع القوانين عندنا أوسع منه في أية جهة أخرى من بلاد العالم المتمدين ، ونطاق تنازع الاختصاص في مصر كذلك أوسع منه في أية جهة أخرى

واذا نزلنا الى البحث والتحليل وجدنا ان هذه الحالة الاستثنائية تخلق نوعين من التنازع في القوانين والاختصاص

النوع الأول هو التنازع بين أى قانون مصرى معين وقانون أجنبي بمعنى الكلمة أى قانون بلد أجنبي كفرنسا مثلاً بسبب كون العقد مثلاً قد عمل في فرنسا أو ان تنفيذه سيكون في فرنسا ، ونحوه التنازع في الاختصاص بين محكمة مصرية معينة ومحكمة فرنسية في فرنسا لنفس السبب المذكور وهذا النوع هو الذى يمكن ان يطلق عليه لفظ نزاع فيما يتعلق بالقانون الدولي الخاص من الوجهة التى يدركها ويدرسها علماء القانون الدولي الخاص باعتبار أن النزاع حاصل بين قوانين بلدين معينين أو محاكم بلدين معينين وهذا هو النزاع الذى يرجع فيه دائماً الى مبادئ القانون الدولي الخاص المعروفة في اوروپا والعالم المتمدين وهو الذى يشتمل دائماً على عنصر أجنبي خارجى ( بند ٣١٤ ) يمكن ان يدعو الى تطبيق قانون أجنبي في مصر

النوع الثانى هو التنازع في مصر بين القوانين المختلفة المعمول بها في مصر أو بين المحاكم المختلفة الخول لها الحكم في مصر وهذا النزاع كما يمكن ان يحصل بين قوانين مصرية بحتة أى سنّها المشرع المصرى ، وفي اختصاص محاكم مصرية بحتة أى رتبها المشرع المصرى للحكم بين المصريين في مسائل مختلفة ، يمكن ايضاً ان ينشأ بين قانون مصرى بحت وقانون أجنبي سمح المشرع المصرى بتطبيقه في مصر أو جرى العمل على تطبيقه في مصر ولم يعارض المشرع المصرى في ذلك ؛

ويمكن أيضاً ان ينشأ بين محكمة مصرية بحتة وبين محكمة أجنبية تقيم العدل في مصر بتسامح من المشرع المصرى

النزاع الداخلى

وهذا النوع الثانى من التنازع بين القوانين والمحاكم فى مصر لا يمكن ان يكون نزاعاً مصرياً داخلياً بحتاً نظراً لكونه قد يحصل بين قوانين طوائف مختلفة او محاكم طوائف مختلفة من الناس ، او بين قوانين سلطان كل منها محدود ، أو بين محاكم اختصاص كل منها معين كما يمكن ان يكون لتلك الطوائف جنسية أجنبية مستمدة من حكومة أجنبية فيكون القانون اجنبياً مسموحاً له بسلطان محدود فى مصر ، او تكون المحكمة اجنبية محدودة الاختصاص داخل الاقطار المصرية . واذا تركت جميع المحاكم فى مصر يحكم كل منها مستقلاً عن الآخر ويقضى بقانونه الخاص ينشأ عن ذلك تضارب فى الاحكام فى القضية الواحدة ، فتحار فى تنفيذها سلطات الحكومة المحلية وتوجد حالة من الفوضى لا يمكن تحملها فى بلد راق . كما ان الحكومة المصرية عاجزة عن التشريع فى الواقع لوضع حد للنزاعات المذكورة كافة نظراً لقلة سلطتها على الاجانب ونظراً لما قد ينشئه تدخلها التشريعى من اختلاف بين الطوائف المختلفة والنفور المتبادل الذى ينجم عن انتصار الحكومة لقانون دون قانون او محكمة دون محكمة ، والواقع ان النصوص التشريعية الموجودة فى مصر فيما يتعلق بحل النزاع الذى ينشأ عن وجود القوانين والمحاكم المختلفة فيها نصوص قليلة جداً ضائلة الفائدة تكاد تكون لا قيمة لها من الوجهة العملية وان التنازع بين القوانين والمحاكم المختلفة فى مصر مهمل امره من الوجهة التشريعية ومهمل امره فى الدراسات القانونية ومترك للمحاكم المختلفة تقضى فيه كل بحسب القانون الذى تعتقد انه واجب التطبيق ، وكل محكمة تفصل فى امر اختصاصها ، ومنها ما يمكنه مركزه الخاص من الفصل فى اختصاص غيره ، ومنها ما تنفذ احكامه دائماً ومنها ما يتعطل تنفيذ بعض احكامه عملاً لادم وجود من يساعد على تنفيذه واما لوجود احكام اخرى فى نفس الموضوع صادرة من محاكم اخرى نفذت من قبل او نفذت من بعد صدور الحكم

القانون الدولي  
الخاص الداخلي

فالغت تنفيذاً سابقاً قد حصل لحكم آخر صادر من سلطة أخرى  
لذلك رأى بعض العلماء ومنهم العلامة الالماني بار<sup>(١)</sup> والمسيو ارمانچون ان  
النوع الثانى من النزاع اى النزاع الداخلى يجب ان ينظر اليه بمنظار القانون الدولى  
الخاص ايضاً وسماه الثانى القانون الدولى الخاص الداخلى Droit international  
privé interne<sup>(٢)</sup> لأنه نزاع بين قوانين طوائف مختلفة او محاكمها وان لم تكن  
تلك الطوائف امماً او شعوباً مستقلة الا انها يجب ان يصيبها من العدل فى تطبيق  
قوانينها واحترام اختصاص محاكمها ما يصيب الامم الاخرى من العدل فى مثل  
ذلك وهذا مذهب نظرى يصبو الى تحقيقه كل محب للعدل ولكن دون تحقيقه  
خطر القتاد ودراسته على هذا المنهج محفوفة بصعوبات جمة وغير منتجة نتيجة  
تناسب مع المجهود الذى يصرف فى الوصول الى القواعد التى يمكن ان توضع لها  
وذلك للأسباب الثلاثة الآتية :

اولا — ان هذه المادة تكاد تكون خالية عن قواعد عامة او مبادئ اساسية  
مقررة لها

ثانياً — ان المحاكم المختلفة التى تقوم باعباء الحكم فى مصر لا يجمعها غرض  
واحد ترمى كلها اليه ولا هى مدفوعة فى احكامها بعامل واحد بل ان طبيعة اغليتها وما  
جبلت عليه من حب بقاء القديم على قدمه وتصلبها فى الحكم بما توجه عليها قوانينها  
التي تكاد لا تقر وجود محاكم اخرى ولا قوانين اخرى بجانبها وبجانب قوانينها —  
هذا وذاك يجعلها تنفر من احترام قوانين غيرها وتكاد لا تعبأ بأحكام غيرها الا  
فما يلزمها فيه نص خاص او قوة ظاهرة قاهرة

ثالثاً — ان اصول الدراسة والبحث والمآخذ التى يرجع اليها اعضاء المحاكم  
المختلفة التى تجلس للحكم فى مصر ، مختلفة كلها اختلافاً كبيراً ، وعقلية كل طائفة

[٤٧] (١) بار ص ١ حاشية ١

(٢) وقد وضع فيه رسالة نشرت فى مجلة كلونيه ١٩١٢ — ١٩١٣ وقع فى ٧١ صفحة



منها تختلف عن عقلية الطوائف الاخرى ؛ وللاديان المختلفة نفوذ مختلف ، وللجنسية عصبية خاصة خصوصاً في بلاد مثل مصر ؛ وكل محكمة من المحاكم تسعى جهدها في توسيع اختصاصاتها على حساب المحاكم الاخرى وتميل الى جعل سلطة قانونها هي العليا غير ناظرة في كثير من الاحوال الى اى حقوق يمكن ان تكتسب تحت سلطان اى قانون آخر ؛ ووسائل التنفيذ واداته مختلفة ، فمن المحاكم ما تُنفذ احكامه بواسطة رجاله الخاصين وهم المحضرون في المحاكم المختلطة والاهلية ؛ ومنها ما تُنفذ احكامه بواسطة الادارة وهذه تنفذ الحكم اذا كان لا يخالف قواعد الاختصاص الموضوعية للمحاكم التى اصدرته وعند النزاع كثيراً ما يرفع الامر الى اقسام قضايا الحكومة لتبدي رأيها في مسائل الاختصاص كما يجوز ان ترفع دعاوى على الحكومة امام المحاكم الاهلية لعدم تنفيذ الاحكام الشرعية او الشخصية على العموم او ترفع دعاوى امام المحاكم المختلطة قد تنتهى بالحكم باختصاص او عدم اختصاص المحكمة التى اصدرت الحكم الذى تسببت عنه الدعوى المختلطة

من اجل ذلك كان واجباً على من يتصدى لبيان حالة تنازع الاختصاص والقوانين في مصر ان يدرسها طبقاً للمذهب العملى ( بند ٣٦ ، ) تاركاً البحث على الطريقة النظرية للاحوال التى لم يجز العمل فيها على نمط معين وذلك لا يمنع بالضرورة من بيان عيوب النظام المتبع عملاً اذا كان تمت نظام ، ولا يمنع من الاشارة الى وجوب الاصلاح كلما كان لذلك محل

٤٨ — ومن اجل ما ذكرناه ايضاً من اختلاف المرامى والافكار والنظم السائدة في محاكم الطوائف المختلفة وعدم التشابه بينها قد اقتصر اغلب علماء القانون الدولى الخاص في ابحاثهم على دراسة مسائله التى تنشأ عن تنازع القوانين والاختصاص عند الامم التى يسمونها بالامم المتعدية — لا لأنها هى وحدها التى امتازت بالمدنية بل لأن غيرها قد يكون له مدنيات تختلف عن المدنية السائدة

عندهم

قصر الابحاث  
على بلاد المدنية



يقول العلامة دايى « ان قواعد القانون الدولى الخاص لا يمكن أن يعمل بها الا بين الامم التى وصلت الى درجات متشابهة أو متقاربة فى المدنية أى حيثما يوجد تشابه فى المبادئ بين الافكار القانونية والادبية السائدة فى الشعوب المختلفة »

٤٩ - ومن هذه الوجهة يقصد بالدول « المتمدينة » أية دولة من الدول البلاد المتمدينة الاوروبية المسيحية وأى بلد من البلاد التى تستعمرها أو تحكمها حكومة اوروبية طبقاً للمبادئ المقررة عند الحكومات الاوروبية المسيحية <sup>(١)</sup> « فمن المؤكد ان المحاكم الانجليزية تحترم الحقوق التى اكتسبت تحت سلطان القانون الفرنسى أو القانون الايطالى ولكن ليس من المؤكد ان تحترم المحاكم الانجليزية حقوقاً اكتسبت تحت سلطان قانون الصين أو قانون بلاد بتشوانا <sup>(٢)</sup> وأقل ما يقال عن ذلك ان الامر مشكوك فيه » ودايى لا يريد ان يقول بعدم احترامها مطلقاً فى هذه الاحوال فلا ينفى ذلك امكان احترام حقوق اكتسبت تحت سلطان القانون العثمانى أو القانون اليابانى مثلاً ولكنه لا يتكلم عن النزاع الذى يمكن أن يحصل بسبب امكان تطبيق مثل هذه القوانين واحترامها خارج حدود بلادها ، وطبعاً لا يتعرض دايى بالكلية لبحث الحد الذى تحترم فيه الحقوق الناشئة عن التمسك بقانون بلد من البلاد غير المتمدينة بالكلية أو « البلاد البربرية » بالمعنى التام ، ويرى ان دراسة قواعد القانون الدولى الخاص ، بهذا الشكل ، تكون خالية من التعقيد الذى لا ضرورة له متى رفعنا عنها كل ما يتعلق بمقدار احترام المحاكم الانجليزية لقوانين العالم غير المتمددين <sup>(٣)</sup>

[٤٩] (١) دايى ص ٣٠ حيث يقرر ان انجلترا وفرنسا والمكسيك والولايات المتحدة الامريكية والهند البريطانية فيها هى محكومة بقوانين بريطانية تعتبر بلاداً متمدينة بعكس الصين وتركيا فلا تعتبران بلاداً متمدينة بالمعنى المقصود هنا . ونحن نرى ان هذا الرأى قد يتغير عند امثال دايى بعد امضاء معاهدة لوزان فانها خلقت باقرار الدول العظمى تركيا جديدة من تركيا القديمة

(٢) دايى ص ٣١

(٣) دايى ص ٣٠

ودايسى لا يكرس في كتابه الكبير غير أربع صفحات ( في الطبعة الثالثة )  
للأعمال التي تقع في بلاد غير متمدينة ( ص ٧٨١ ، ، )<sup>(٤)</sup>

٥٠ — أما الصعوبات التي اشرنا اليها في مصر فقد تدلل قليل منها بما ذكرناه عنها في كتاب المرافعات حيث درسنا الخلاف الذي يقع في الاختصاص في المسائل المدنية والتجارية بين المحاكم الاهلية والمختلطة وبين هذه والقنصلية وبين المحاكم الاهلية والشرعية<sup>(١)</sup> وسنتكلم عن الموضوع برمته هنا في الكتاب الرابع حيث يكون مقصوداً على النزاع في المسائل الداخلية في مصر

### مجهودات الاستاذ ارمانجون

في القانون الدولي الخاص في مصر

٥١ — كان الاستاذ پيير ارمانجون القاضى بمحكمة مصر المختلطة مدرسا للقانون الدولي بمدرسة الحقوق الملكية من عهد بعيد وقد تخرج على يديه عدد كبير من طلبة الحقوق الذين درسوا القانون الدولي الخاص على طريقته النظرية الخاصة وبالألفاظ الخاصة التي يستعملها هو وحده والتي قد لا يرد لها ذكر مطلقاً في كتب القانون المتداولة ولا يزال الاستاذ يهتم بنشر آرائه وطريقته في المجلات العلمية وبذلك أصبح واجبا علينا ان نشير بإيجاز الى مجهوداته حتى نستفيد مما فيه

(٤) قارن أيضا وستليك ص ٥٣ حيث يقول : وكما انه توجد أمم مثل الترك والصين تختلف في افكارها وطرقها عنا اختلافاً يمنعنا معنا تماماً من ان يكون بيننا وبينهم نظام معين في القانون الدولي الخاص كذلك قد توجد اختلافات بين الامم المسيحية نفسها توجب وضع قيود للقاعدة العامة التي تقضى باحترام قوانينها واحكامها في بعض المسائل وكذلك ص ٦٨ § ٣٤ و ص ٣٠٩ — ٣٢١ وبه ص ٣٢٠ في الحاشية حيث يقول في معرض اختلاف القوانين بخصوص الجنسية والموطن : القانون الدولي الخاص ليس علماً عالمياً لانه لا يتيسر الا بين الامم ذوات التمدن المتقارب واذا كانت عموميتها أو عالميتها امرأ مرغوباً فيه فان . . . خير القوانين الوضعية هو ما لم يتعارض مع النظام الطبيعي للأشياء [٥٠] (١) راجع كتاب المرافعات بند ٣٧٨ ، ،

الفائدة ونستبعد ما كان شاذاً أو غير مقرر عليه من المبادئ أو الطرق الخاصة به  
المسيو أرمانيون لا يستعمل لفظ « بلد أو أمة » عند ما يتكلم عن القوانين  
أو المحاكم ولكنه يستعمل لفظ نظام قانونى *systeme juridique* <sup>(١)</sup> حتى يشمل  
الكلام قانون بلد معين كفرنسا وقانون طائفة معينة من الناس كقانون الاقباط  
الارثوذكس المصريين أو قانون جزء من بلد معين كقانون اسكوتلندا مثلاً. فيقول  
النظام الفرنسى أو القبطى الارثوذكى أو الاسكوتلندى

ويعرف الاستاذ «النظام القانونى» بأنه مجموعة أشخاص تجمعهم رابطة خضوعهم  
لقانون مخصوص ينظم حياتهم الاجتماعية وقد تجمعهم ايضاً رابطة أخرى هي وجود  
محاكم خاصة بهم لتطبيق قانونهم ولكن هذه الرابطة الاخيرة ليست أساسية في  
نظره؛ ويعرف القانون الدولى الخاص بأنه علم الغرض منه تنظيم تنازع القوانين أو  
تنازع الاختصاص بين نظامين قانونيين أو أكثر لمعرفة أيها يرجع اليه لاختياره للحكم  
في القضية بمقتضى قاعدة من قواعد الميمنة للحقوق *règle positive* أو لمعرفة  
الحكمة المختصة <sup>(٢)</sup>

٥٢ — ويعرف القاعدة الميمنة للحقوق *règle positive* بأنها القاعدة التى  
تبين حل المسألة بصفة مباشرة وعملية مثل المواد التى تبين حقوق وواجبات البائع  
أو المشتري أو المالك أو المستأجر. والاستاذ يبيده يستعمل لفظ القانون المادى *Droit*  
*matériel* ص ١٥٦ ودائسى يستعمل لفظ القانون الاقليمى أو المحلى *Territorial*

[٥١] (١) راجع مقالته عن طبيعة وموضوع وغاية القانون الدولى الخاص فى مجلة القانون  
الدولى الخاص وقانون العقوبات الدولى وقد طبعت على حدة فى ٨٨ صفحة فى مارس ١٩٢٠  
واشتملت على معظم أفكاره التى درسها لطلبة الحقوق وقت ان كان استاذاً بالدرسة. كذلك  
كتب هذه الافكار بشكل آخر فى مجلة كلونيه مجلد ٤٩ سنة ١٩٢٢ ص ٩٠٥ بعنوان  
*Le domaine du Droit International Privé*

ويظهر ان هذا الاصطلاح قد اخذه المسيو أرمانيون من بار — راجع المؤلف المذكور  
ص ١ بند ١ فان بار استعمل لفظ *Systems of law*

(٢) قارن بار ص ١ بند ١ وراجع التعاريف الواردة فى بند ٣

or local law، بند ١٤ ؛ ومما يؤسف له ان المؤلفين يستعملون الفاظاً مختلفة لبيان غرض واحد ولكن اللفظ الذي يستعمله الاستاذ ارمانچون غير صحيح في نظرنا من الوجهة اللغوية الفرنسية لان لفظ *règle positive* ينصرف عندهم الى « القاعدة المعمول بها » بالفعل بمقتضى قانون معين أو بمقتضى احكام المحاكم في بلد معين تمييزاً لها عن القاعدة النظرية التي لا يكون معمولاً بها ولكن يكون مرغوباً في ان يعمل بها <sup>(١)</sup>

قواعد الاسناد ٥٣ — ويسمى قواعد القانون الدولي الخاص الموجودة في أى تشريع ، مثلاً في القانون المختلط ، قواعد الربط أو الاسناد *règles de rattachement* أى أنها تربط واقعة معينة أو عملاً قانونياً ما بقانون مخصوص فتجعلها خاضعة اليه وهو الكاتب الوحيد الذي يستعمل هذا التعبير بهذا الشكل ولو ان بعض الكتاب الفرنسيين مثل دسپانييه وقايس وبارتان قد استعملوا كلمتي *se rattacher* أو *rattacher* بالمعنى نفسه ولكن لم يستعمل احد غيره مطلقاً لفظ « قواعد الاسناد » واستعمل دسپانييه لفظ *rattachement* وحدها مرة أو اثنتين واغلب العلماء يستعملون اللفظ المطول « قواعد القانون الدولي الخاص » والبعض يستعمل لفظ قواعد التنازع *rules of conflict* أو *Kollisionsnormen* <sup>(١)</sup>

اقسام القواعد القانونية ٥٤ — يقسم المسيو ارمانچون القواعد الموجودة في اى قانون او تشريع الى خمسة اقسام

الاول القواعد المبينة للحقوق وهى التى سبق شرحها في بند ٥٢

الثانى قواعد الاسناد ويسمىها ايضاً قواعد التوزيع *règles distributives*

وقد سبق شرحها في بند ٥٣

الثالث قواعد الانشاء او قواعد التكييف *Règles constructives ou de*

[٥٢] (١) قارن چيى في طرق التفسير ص ١٦ حاشية ٦ حيث يستعمل لفظ *Droit positif* وعكسها *Droit naturel* وكتاب هولاند في مقدمة القوانين ص ٩ و ٣٤ و ٤١ .

[٥٣] (١) راجع مبلى ص ١٠٦

qualification وهي القواعد التي تنص على التعاريف والتقسيمات فيما يتعلق بالأشخاص والأشياء والحقوق<sup>(١)</sup> وهذه القواعد تختلف كثيراً من بلد الى آخر مثلاً الوقف والخنى المشكل والمهر والطلاق الرجعى : انظمة فى الشريعة الاسلامية الغراء ليس لها مقابل بالذات فى القوانين الاجنبية

الرابع القواعد الاسياسية Règles constitutives وهي التي يبنى عليها ويرتب بها النظام القانونى Système juridique التابعة تلك القواعد الى قانونه وهي تبين حدود هذا النظام ونطاقه ومن يشملهم حكمه واختصاص محاكمه أى الاقليم الذى يشمل النظام وينتج فيه آثاره المعتادة والأشخاص المكونين للهيئة الاجتماعية الخاضعة للنظام المذكور والذين لاجلهم وضع ذلك النظام أى شروط الجنسية أو الوطن أو الشروط اللازمة للعضوية فى طائفة دينية معينة الى آخره

الخامس القواعد المطلقة الميينة للحقوق Règles positives absolues أو قواعد الاسناد الوطنية المحضة Règles de rattachement purement nationales أو طبقاً للتسمية المعتادة قواعد النظام العام الدولى Règles d'ordre public international وهذه القواعد الاخيرة تعتبر استثناء من قواعد الاسناد<sup>(٢)</sup>

ويقرر الاستاذ ان القانون الدولى الخاص ليس له مجال مطلقاً فيما يتعلق بقواعد التكييف qualification ولا فيما يتعلق بالقواعد الاسياسية Règles constitutives فاتها خارجة عن نطاقه ويجب ان يحكم فيها دائماً بمقتضى قانون النظام الذى رفعت أمام محاكمه ، وان قواعد الاسناد تبين فى حالة الشك ما هو القانون الذى نلتجىء الى قواعده الميينة للحقوق لحل المسألة المطروحة أمام المحكمة ، وان جميع قواعد التكييف وجميع القواعد الميينة للحقوق يجب أيضاً ان تحل بمقتضى قانون المحكمة ، وان القواعد الميينة للحقوق هي وحدها التي يمكن ان يستعاض عنها

[٥٤] (١) الكتاب المذكور ص ٣١

(٢) راجع كتابه فى طبيعة القانون الدولى الخ ص ٣٠.



بالقواعد الميئنة للحقوق ، المأخوذة عن القانون الاجنبى الذى ترشدنا اليه قواعد الاسناد

والعيب الاساسى فى طريقة المسيو ارمانچون لحل مسائل القانون الدولى الخاص هو اعتباره ان قواعد التكييف خاضعة دائماً لقانون القاضى وهذا ما لا يوافق عليه أحد بالشكل المطلق الذى يقول به وسيتبين هذا العيب عند ما ندرس نظرية التكييف القانونى ( بند ٢٧٨ ، ) وقد أخذ المسيو ارمانچون فكرة التكييف القانونى عن الاستاذ بارتان ولكنه لم يتبع تقاسيم بارتان ولا افكاره فى الموضوع ولا هو اتبع أحداً من المؤلفين السابقين فى هذا الموضوع ولم يبين قوله على حجة مقبولة حتى يتسنى لمن يتبع رأيه وطريقته ان يطمئن الى صحة الحلول التى يصل اليها بالطريقة الآتية الذكر فضلاً عما فى هذه الطريقة من الغموض والشذوذ عن كل أئوف وهى بطبيعة الحال طريقة نظرية محضة ( بند ٣٠ ، ) لا مراعاة فيها للمذهب العملى الصحيح

تقد

٥٥ — أما النظمات القانونية les systèmes juridiques فان المسيو ارمانچون يقسمها الى ثلاثة أقسام بحسب وجهة النظر التى يتوخاها

النظمات  
القانونية  
وأقسامها

٥٦ — القسم الاول : من وجهة نطاق النظمات أو مشتملاتها ، تنقسم الى نوعين

النوع الاول النظمات المقتصرة على أقل العناصر أى التى ليس لها محاكم خاصة تحكم بها مثال ذلك الشريعة الاسلامية وشريعة الهندوس فى الهند فان قواعدهما تطبق بواسطة المحاكم المعتادة وليس لها محاكم خاصة بها

النوع الثانى النظمات التى لها محاكم خاصة مثل أغلب النظمات القانونية فى مصر كالشريعة الاسلامية وشريعة الاقباط الارثوذكس وغيرها فان لها محاكم خاصة هى المحاكم الشرعية وبطركhanات الاقباط الارثوذكس

٥٧ — القسم الثانى : من وجهة الدائرة التى يطبق فيها النظام ، تنقسم  
النظمات القانونية الى نوعين

الاول : نظمات اقليمية دائرتها عبارة عن جزء من الارض يمتد عليه سلطان  
النظام وتحكم المحاكم الخاصة به على كل ما يقع فى الجزء المذكور

الثانى : نظمات شخصية تسرى على طوائف معينة من الناس تربطهم روابط  
القومية أو الاصل أو الجنسية أو الدين

٥٨ — وتنقسم النظمات الاقليمية الى ثلاثة أقسام

الاول : نظمات حكومية أو ذوات سيادة *Étatiques ou souverains* مثل

فرنسا والنرويج

الثانى : نظمات الولايات وهى مكونة من عدة وحدات متحدة سياسيا

*Fédéraux* مثل الولايات المتحدة الامريكية وفى السابق سويسره والمانيا

الثالث : نظمات مديريات أو مقاطعات مثل فرنسا القديمة *Interprovinciaux*

٥٩ — وتنقسم النظمات الشخصية الى ثلاثة أقسام

الاول : وطنية أو أهلية *Nationaux* أى مكونة من رعايا الدولة التى تقرر وجود

هذه النظمات بين رعاياها فى القطر الخاص بهم مثل طائفة الاقباط وطائفة

البروتستانت المصرية

الثانى : اجنبية أى مكونة من طوائف أجنبية من جنسية أجنبية واحدة مثل

الجاليات البريطانية والفرنسية والايطالية الموجودة فى البلاد الخاضعة للامتيازات

الاجنبية

الثالث : نظمات دولية مكونة من اناس مختلفى الجنسيات *Internationaux*

*ou hétérogènes* مثل مذهب الامام مالك أو الامام أبى حنيفة أو القانون المختلط

٦٠ — القسم الثالث : من وجهة اتساع نطاق حكمها بصرف النظر عن

كونها شخصية أو اقليمية : تنقسم الى نوعين

الاول : نظمات بسيطة Simples أى مكونة من عنصر واحد مستقل قائم بذاته على وجه كامل مثل فرنسا في أوروبا

الثانى : نظمات مركبة Complexes أى مكونة من عدة نظمات ؛ وتكون النظمات المركبة ، من نظمات « مشتركة » يسمى كل واحد منها نظاما مشتركا système conjoint ومنها واحد يعتبر النظام الغالب système dominant والآخرى نظمات خاضعة subordonnés مثلا النظام الفرنسى بالنسبة لمذهب الامام مالك وغيره في الجزائر

٦١ - والنظام المركب يصح أن يكون إقليمياً مثل الولايات المتحدة الأمريكية والامبراطورية البريطانية وفي الماضى سويسره والمانيا ويصح أن يكون شخصياً مكوناً من عدة نظمات شخصية أو أغلبها شخصى وواحد منها أقليمى مثل القطر المصرى

٦٢ - والقطر المصرى يعتبر مثلاً لنظام مركب مكون من نظم شخصية وسكانه مقسمون الى نظمات شخصية ليس لها جزء معين من الارض خاص به أو مكون من نظمات شخصية شائعة في جميع جهات القطر . ويعتبر فيه النظام الاسلامى أى الشريعة والمحاكم الشرعية ، والنظام المختلط أى القانون المختلط والمحاكم المختلطة نظامين غالبين ويوجد فيه بعض القوانين والمحاكم لها سلطة اقليمية نظراً لكونها سارية على جميع بقاع القطر ( راجع مادة ١٠ مدنى مختلط مثلاً )

وصف  
القطر المصرى

٦٣ - ونتيجة هذه الحال في القطر المصرى هي

نتيجة

أولاً : ان حالة الاشخاص ( الاحوال الشخصية ) وحالة الاشياء ( الاحوال العينية ) كثيراً ما تخضع في وقت واحد لعدة قوانين ومحاكم تابعة للنظمات المتعددة المشتركة . خذ مثلاً حالة رجل قبطى أرثوذكسى متمتع بحماية فرنسا فإنه يكون خاضعاً من حيث الاهلية العامة الى نظام الاقباط الارثوذكس ، وأهليته

التجارية تكون خاضعة للقانون التجارى المختلط ( مادة ١٠ ) وحقوقه فى الارث خاضعة لشرعية الاقباط وشرعية الاسلام وهو خاضع بحسب الاحوال الى محاكم الاقباط الارثوذكس والمحاكم الشرعية والمختلطة والقنصلية الفرنسية ( راجع بند ٢١١ )

ثانياً : ان القواعد الاساسية وقواعد التكييف وقواعد الاسناد ( بند ٥٤ ) هى فى أغلب الاحوال واحدة ومشاركة بين النظمات المشتركة الخاضعة لأنها وضعت لذلك فى نصوص القانون الغالب

ثالثاً : ان نظرية الاحالة أو الرجوع *Theorie du renvoi* التى سننكلم عنها فى بند ٢٨٥ ، تكون دائماً ممكنة وجائزة من النظام الغالب الى النظام الخاضع<sup>(١)</sup>

---

[٦٣] (١) لزيادة التفصيل راجع الكتاب السابق ذكره ص ٢٨ ،

# الكتاب الأول

## في النظريات العامة

### أو المبادئ الأولية

## الباب الأول

(١) في الإقليم Le territoire

٦٥ - إن تقسيم سطح الكرة الأرضية الى عدد كبير من الاقاليم لكل منها قوانين خاصة به ، كان من شأنه أن كل إقليم يعتبر القوانين التي توضع أو يعمل بها في الاقاليم الاخرى قوانين أجنبية ولا يعتبر قوانين وطنية أو خاصة به الا القوانين التي توضع له خاصة

تتأرجح تعدد  
الاقاليم

وقد كان من شأنه أيضاً أن فصل بين مكان أى إقليم من الاقاليم فمن كان منهم من رعايا حكومة الاقليم اعتبر وطنياً national أو من الاهالى indigène ومن لم يكن منهم كذلك ، اعتبر أجنبياً étranger

وعلى ذلك فان اختلاف القوانين في الاقاليم المختلفة يتفرع عنه مسألتان من المسائل المهمة في القانون الدولي الخاص وهما تنازع القوانين وبيان حالة الأجانب



ويكون تحديد حدود كل إقليم على الوجه الدقيق اداة مهمة لحل القضايا التي تنشأ عن المسألتين المذكورتين . وذلك لأن جنسية nationalité الشخص قد تتوقف في كثير من الاحوال على معرفة الاقليم الذي ولد فيه . وقد تتوقف على معرفة الاقليم الذي يقطنه أو يستقر فيه وذلك اذا أراد أن يغير جنسيته ويتجنس بجنسية بلد آخر لان أغلب قوانين العالم تتطلب لاكتساب جنسية جديدة الإقامة في بلد تلك الجنسية زمناً معيناً مثل خمس سنين أو أكثر وأقل بحسب الاحوال وكذلك عند ما يضم بلد أو جزء من بلد الى أملاك بلد آخر Annexion أو Annexation فان جنسية أهالي البلاد المنضمة تتغير تبعاً للملكية الارض التي يسكنونها ، ويوجد تنازع في القوانين كما دعت الحال الى معرفة أى القانونين يطبق أقانون هذا الاقليم أم قانون ذاك . فمثلا اذا أراد أجنبي أن يتزوج في فرنسا فيجب معرفة ما اذا كان القانون الفرنسى هو الذى يجب ان يحكم الزواج باعتباره قانون البلد الذى حصل فيه العقد Lex loci actus أم قانون جنسية الاجنبى الذى تزوج في فرنسا . فاذا ما عرض سؤال من هذا القبيل فيجب ان يلتفت الى جميع العناصر الاقليمية les éléments territoriaux التي قد يكون لها أثر في الحل اذ تارة يكون الحكم بحسب قانون الاقليم الذى حصل فيه العقد أو يكون الاختصاص لمحكمة الجهة التي تم فيها ذلك العقد ؛ وتارة يكون الحكم بحسب قانون الجهة التي سينتج فيها العقد نتائجها أو بواسطة محاكم تلك الجهة - Lex, forum, loci solutionis وتارة أخرى يكون الحكم بمقتضى قانون الاقليم الذى اتخذ الشخص مستقراً له Lex domicilii أو بواسطة محاكم ذلك الاقليم<sup>(٢)</sup>

٦٦ - مقدار السلطان الاقليمى للقوانين Etendue de l'application territoriale des lois إقليم الحكومة يشمل ذلك الحيز من الكرة الارضية الذى يكون فيه لهذه الحكومة سلطة بها تجعل أو امرها مطاعة فيه . فمثلا إقليم فرنسا

(٢) قارن فاليرى ص ٥٤ - ٥٥ والمراجع التي به وراجع هنا بند ٢٥

يشمل جميع الجهات التي يعترف فيها بسلطة الحكومة الفرنسية . لذلك كان من الواجب معرفة الحدود الإقليمية لكل حكومة وهذا البحث من شأن القانون الدولي العام ويكفى ان نعرف هنا ان اقليم الحكومة لا يقتصر على ما تمتلكه من الاراضى أى المنطقة الارضية *domaine terrestre* بل يشمل أيضا المنطقة المائية أو المياه الإقليمية *les eaux territoriales* والمنطقة البحرية وتشمل المراكب التي في عرض البحر *ships on the high seas* أو *domaine naval* والمنطقة الهوائية *aerial zone* أو *domaine aérien*

المنطقة الارضية ٦٧ — فالمنطقة الارضية تشمل البلد الاصلى *motherland* أو *territoire* *métropolitain* والمستعمرات *colonies* والبلاد المحمية *protectorats* ومناطق النفوذ *spheres of influence*

المياه الاتليبية والمنطقة المائية تشمل أجزاء البحر والانهار والترع *canaux* الموضوعة تحت سيادة الحكومة بمقتضى القانون الدولي العام وتحديد هذه المنطقة مهم جداً في حالة حصول أى حادث أو عمل في دائرتها مثال ذلك الزواج والولادة والوفاة اللاتي تحصل في المراكب ، والوصايا والعقود التي تكتب فيها وحوادث التصادم بين المراكب فهل قانون الحكومة صاحبة المنطقة المائية هو الذي يعمل به وهل يكون ذلك في كل الاحوال ؟

المنطقة البحرية والمنطقة البحرية وتشمل

أولاً : المراكب العمومية *Public ships* والمراكب الحربية *War ships* التابعة للحكومة في أى جهة تكون ، وبلا استثناء فهي خاضعة دائماً هي وما عليها ومن عليها لقانون تلك الحكومة

ثانياً : المراكب الخاصة *Private ships* وهذه تخضع تماماً لقانون حكومتها متى كانت داخل ميناء أو في مياه حكومتها أو في عرض البحر *on the high seas* ولكنها اذا دخلت في المنطقة المائية التابعة لحكومة اخرى فانها يجب أن تخضع لقانون تلك

الحكومة في كل ما ينص عليه ذلك القانون فاذا نص على خضوع جزئى قاتها تكون خاضعة فيما عدا ذلك الى قانونها الخاص وهو قانون العلم الذى تحمله ويسمى قانون العلم Loi du pavillon أو Law of the flag <sup>(١)</sup>

والمنطقة الهوائية تشمل الفضاء الذى يعاو جميع اراضى الدولة ومياهاها الاقليمية المنطقة الهوائية وليس لهذه المنطقة للآن أهمية من وجهة القانون الدولى الخاص ومع ذلك ينتظر لها شأن كبير فى المستقبل <sup>(٢)</sup>

٦٨ — والقاعدة العامة أن قوانين أى بلد هى وحدها التى يعمل بها داخل اقليم ذلك البلد ولا سلطة لقانون بلد آخر داخل اقليم البلد الأول ؛ مثلا القانون الفرنسى هو القانون الوحيد الذى يعمل به فى فرنسا . ومع ذلك فهذه القاعدة خاضعة لبعض القيود لان النصوص القانونية الموجودة فى حكومة من الحكومات قد لا تكون واحدة لكل جزء من الاجزاء التى يتكون منها البلد أو تقوم عليها الحكومة فان هذه الاجزاء قد يكون بعضها محكوماً بقانون معين والبعض الآخر محكوماً بقوانين اخرى أى أنه يكون فى البلد الخاضع لحكومة واحدة عدة قوانين يحكم كل منها جزءاً معيناً من البلد الخاضع لسلطة حكومة واحدة — مثال ذلك المملكة المتحدة لبريطانيا العظمى وارلاندا فان فيها على الاقل أربعة أصناف من القوانين المختلفة كل منها يحكم جهة معينة وهذه الجهات هى انجلترا واسكتلندا وايرلاندا

[٦٧] (١) فاليرى ص ٥٨ — ٦٢ وراجع هول فى القانون الدولى العام ص ٢٠١ ، فى الموضوع وكذلك تشينى هايد ١ ص ٣٩٣ ، حيث يقول فى ص ٣٩٥ ان المراكب الاجنبية التجارية تخضع هى ومن عليها للقوانين المدنية والجناية السائدة فى البلد الذى تدخل فيه المراكب المذكورة وذلك بمجرد دخولها . وهذه هى النظرية الانجليزية بعكس النظرية الفرنسية فاتها لانهم بما يحصل فى المراكب الموجودة فى مياهاها الا اذا كان الامر يهدد الامن فى الميناء أو اذا كان بهم اشخاصا آخرين غير البحارة وقد اتبعت بلاد اخرى هذا المبدأ : لورنس المختصر فى الدولى العام ص ٦٥ و ٦٦

(٢) راجع فاليرى ص ٥٧ والمقالات المشار اليها فيه جاشية ١ وكتاب هايد فى الدولى العام ١ ص ٣٢٤ ، خصوصاً الاتفاق الدولى الذى حصل سنة ١٩١٩ بخصوص الطيران وشروطه فى زمان السلم ص ٣٢٨ ، ومقالة حديثة للاستاذ ريبير فى كلونيه ١٩٢٣ ص ٧٧٥ .

الشمالية والجنوبية وجزيرة مان<sup>(١)</sup> وسويسره قبل توحيد القوانين كان لها من القوانين بعدد مقاطعاتها ، والمانيا قبل سنة ١٨٩٦ كان لها من القوانين بقدر عدد الممالك المكونة لها . ومن المهم جداً ملاحظة هذه الأقسام الاقليمية اذا ما أراد الانسان حل مسألة من مسائل القانون الدولي الخاص التي تقوم بشأن أحد الرعايا البريطانيين أو الأمريكيين مثلاً ، فيجب في هذه الحالة معرفة ما اذا كان ذلك البريطاني انجليزي الموطن أو اسكتلاندياً أو ايرلاندياً أو مانياً Mensh لان الحل قد يختلف في القوانين الاربعة . واذا اريد معرفة القانون الذي يبين حالة عقار معين كائن في أرض بريطانية فيجب حتماً معرفة الجهة الكائن فيها ذلك العقار حتى يعرف القانون الذي يحكمه . ويصح أن يرد السؤال نفسه على الاشخاص التابعين للمستعمرات والحمايل ، والاشياء أو الأموال الكائنة بها أو الاعمال التي تحدث فيها لانه يجوز أن يكون لكل منها قانون خاص بها مع تبعيةها للحكومة البريطانية أو الفرنسية مثلاً .

مشكلة خاصة

٦٩ — وفي الحالة المذكورة آنفاً — حالة تعدد القوانين المعمول بها في أجزاء مختلفة من بلاد تابعة لحكومة واحدة — يصح أن توجد قضايا يصعب فيها معرفة القانون الواجب العمل به اذا حصلت ظروف القضية في مكان غير داخل ماديا في جزء من الاجزاء المحكومة بقانون خاص وان كان ذلك المكان خاضعاً لسلطة الحكومة ذات القوانين المتعددة . مثلاً اسكتلاندي يرتكب عملاً غير مشروع في مركب يرفع العلم البريطاني أو في بلد يتمتع فيه الاجانب بالقضاء القنصلي مثل مصر أو في سفارة من السفارات البريطانية . فاذا كان قانون محل الحادث هو الذي سيطبق فما هو ذلك القانون ؟ يصح أن يكون المشرع قد نص على ذلك فيتبع ما أمر به النص ولكن اذا لم يكن تمت نص فما هو المحل الذي يعتبر محلاً للحادث حتى يحكم بقانونه : الجواب أنه يمكن اعتبار الحادث واقعاً في المحل التابع



اليه أو الواقع فيه . مركز الحكومة ففي المثال المتقدم يكون القانون الانجليزي هو المعمول به دون القانون الاسكوتلاندى . كذلك اذا كان الحادث في أمريكا يكون القانون المعمول به قانون مركز كولومبيا التابعة اليه مدينة واشنطن عاصمة الولايات الامريكية دون قانون أية ولاية أخرى <sup>(١)</sup>

٧٠ - استنتاجا من القاعدة العامة المذكورة في بند ٦٨ وتكملة لها توجد القاعدة الثانية قاعدة عامة أخرى هي أن ليس لقانون بلد ما أى سلطان خارج حدود ذلك البلد فمثلا القانون الفرنسى له سلطان كامل داخل الاقاليم الفرنسية ولكن لا سلطان له خارج فرنسا على العموم وذلك لانه توجد خارج فرنسا قوانين البلاد الأخرى ولكل قانون سلطان فى بلده ولا سلطان فيه لغير ذلك القانون

ومع ذلك فهناك طائفة من الأشخاص يعتبرون فى كل بلد خارجين عن حكم القانون المحلى فى ذلك البلد أو كما يقول الناس « فوق القانون » وذلك بمقتضى القواعد السائدة فى القانون الدولى العام وفى المعاهدات الخاصة المعروفة فى الشرق باسم الامتيازات الاجنبية . والسلطة الوحيدة التى يخضع اليها الأشخاص المذكورون هى سلطة قانون حكومتهم وينبنى على ذلك أنهم اذا خرجوا عن حدود سلطة قانونهم ووجدوا داخل حدود سلطة قانون آخر فانهم يظلون معتبرين خاضعين لسلطان قانونهم وحده خارج الحدود الاقليمية لذلك القانون وذلك بمقتضى مبدأ تصورى يسمى « الخروج عن الاقليم » Extraterritorialité وهو خروج حكمى من شأنه أن يجعل قانونهم الخاص سارياً عليهم خارج اقليم ذلك القانون أو من شأنه أن يجعلهم كأنهم خارجين حكماً عن سلطة قانون الاقليم الاجنبى الذى

[٦٩] (١) فارن فاليرى ص ٦٤ وراجع ما رواه الميسوار مايجون عن النظام القانونى الناب ( بند ٦٠ ) ومع ذلك راجع ما سيأتى بعد بخصوص الإقامة فى البلاد الشرقية ( بند ٩٧ ) ودائسى ص ٦٦٩ حاشية p طبعة ١٩٢٢ حيث يرى أن قانون العاصمة هو الذى يعمل به بدليل أن البريطانيين الذين يستقرون فى بلاد جديدة يحملون معهم قواعد القانون الانجليزي دون قانونهم الاصلى الاسكوتلاندى أو نحوه



يوجدون فيه بالفعل

لذلك كان الاشخاص المتمتعون بمبدأ « الخروج عن الاقليم » معفيين من اطاعة القوانين الاجنبية السائدة في البلاد التي يدخلونها أو يسكنونها ويقيمون فيها خاضعين لقانون حكومتهم الخاص بهم . وبتعبير آخر يستمرون خاضعين لقانونهم الشخصي حينما كانوا ولو كانوا خارجين طبيعياً عن حدود ذلك الاقليم فيسمون

خاضعين لنظام شخصية القوانين Régime de la personnalité des lois

٧١ — وأهم أحوال « الخروج الاقليمي » أو شخصية القوانين هي أحوال من يأتي بيانهم :

أهم أحوال  
الخروج  
الاقليمي

( ١ ) الملوك أو رؤساء الحكومات على العموم ( ٢ ) معتمدو الدول السياسيون ( ٣ ) القناصل ( ٤ ) القوات الحربية الاجنبية ( ٥ ) الاجانب أصحاب الامتيازات في بلاد الشرق ( ٦ ) الاجانب في البلاد غير المتمدينة أو المتوحشة

٧٢ — أولاً : الملوك أو الممثلون الرسميون للحكومات الاجنبية سواء كانوا من ذوى التيجان ، امبراطرة أو ملوك ، أو كانوا رؤساء جمهوريات ، وسواء كانوا مستقلين استقلالاً تاماً أو تحت السيادة أو الحماية الاجنبية ، وسواء كانوا مسافرين رسمياً أو متخفين incognito فانهم لا يخضعون للقوانين الاجنبية ومعنى ذلك

الملوك

١ أنهم غير خاضعين لأوامر البوليس المحلي واجراءاته

٢ إذا رزقوا ذرية في بلاد أجنبية فلا يأخذ الطفل جنسية البلد الذي

ولد فيه

٣ إذا مات الملك تاركاً وراءه أملاكاً في بلد أجنبي فلا تدفع ضرائب

الميراث عن هذه الاملاك ولكن هذا الحكم مختلف فيه وغير ثابت في انجلترا

٤ أنهم غير خاضعين لاختصاص المحاكم المحلية أى أنهم لا يمكن رفع

الدعوى عليهم أمام أية محكمة قضائية ولا يمكن أن يطلبوا أمامها حتى لتأدية الشهادة

ولا يمكن أن تتخذ أية اجراءات تنفيذية ضدهم وتمتد هذه الامتيازات بوجه عام الى جميع أفراد عائلة الملك الى الحد اللازم للمحافظة على مقامه وكرامته بصفته ملكاً وكذلك تمتد الى حاشيته أو بطانته وخدمه المسافرين معه

والحكمة في هذا الامتياز في الأصل أن اتخاذ أى اجراءات ضد الملك أو رجاله في بلد أجنبي يثير عواطف الشعب الذي يحكمه الملك ويعتبر اهانة له أو خطاً من كرامته فيصح أن يقوم النزاع بين الشعبين وتكون الحرب نتيجة لذلك

المعتمدون  
السياسيون

٧٣ - ثانياً : المعتمدون السياسيون أثناء تأدية الواجبات العمومية الموكل أمرها اليهم في البلاد الأجنبية . ويجب أن يكونوا مزودين من حكوماتهم بأوراق الاعتماد ويجب أن يكونوا ممثلين لحكومة من الحكومات المقر عليها رسمياً في البلد الذي أرسل اليه المعتمد ولا أهمية لكون الحكومة مستقلة استقلالاً تاماً أو ناقصة الاستقلال - وهؤلاء هم : في المرتبة الاولى ، السفراء Ambassadors وممثلوا البابا وهم قسمان : المعتمدون فوق العادة Papal Legates والمعتمدون الدائمون Nuncios ؛ ثم في المرتبة الثانية ، المبعوثون أو المندوبون Envoys أو Envoyés وقد يطلق عليهم وصف « فوق العادة » Envoy Extra-ordinary والوزراء المفوضون Ministers Plenipotentiary ؛ ثم في المرتبة الثالثة ، الوزراء المقيمون Ministers Resident وكلهم يقدمون أوراق اعتمادهم الى الملك أو رئيس الجمهورية ؛ وأخيراً في الدرجة الرابعة القائمون بالاعمال Chargés d'affaires وهؤلاء يعتمدون من وزير الخارجية (١)

ويمتد الامتياز ، من باب المجاملات الدولية ، الى البلاد التي يكونون مضطرين بحكم الطبيعة أن يمروا منها ليصلوا الى مقر عملهم . ويمتد الامتياز الى الاشخاص

[٧٣] (١) راجع في التفاصيل كتب القانون الدولي العام مثل هول ، ص ٣٠١ ، وهابيد الجزء الاول ص ٧١٤ ، ولورنس المختصر ص ٧٩

الذين يراقون المعتمد من أهل و موظفين و خدم و يعمل بهم كشف يرسل الى وزير الخارجية

القناصل

٧٤ — ثالثاً : قناصل الدول الاجنبية . ويمكن القول بأنهم يتمتعون عادة ببعض ما يتمتع به المعتمدون السياسيون في أغلب البلاد ولا يتمتع القناصل في إنجلترا بالامتيازات السياسية مطلقاً<sup>(١)</sup>

غير ان القنصل انما يمثل حكومته امام السلطات المحلية في البلد الذي يقوم فيه بعمله بعكس المعتمدين السياسيين فانهم يمثلون حكومتهم أمام الحكومة الاجنبية باعتبارها حكومة لا امام سلطة محلية تابعة للحكومة . وواجبات القناصل على العموم السهر على مصالح مواطنيهم وعلى متاجر بلادهم ونفوذها الادبي في البلد الاجنبي وليس للقناصل في الاصل أى عمل سياسى لأن هذا مترك للمعتمدين السياسيين<sup>(٢)</sup> ولكن لهم في الشرق صبغة سياسية ولذلك فان ممثلى الدول الأجنبية الذين كانوا يرسلون الى مصر قبل اعلان استقلالها في ٢٨ فبراير ١٩٢٢ كان يطلق عليهم لفظ قنصل جنرال ومعتمد سياسى Consul General and Diplomatic Agent ولكن حصل الفصل بين هاتين الصفتين بعد اعلان الاستقلال ومنحت أغلب الدول الاجنبية ممثليها في مصر لقب وزير

في مصر

٧٥ — ومع ذلك فان المركز القانونى للقناصل والمعتمدين السياسيين في مصر قد تحدد فيما يتعلق باختصاص المحاكم المختلطة بالذكروتو الخديوى الصادر في أول مارس سنة ١٩٠١ بعد الاتفاق مع الدول على مضمونه . ويتكلم الذكروتو المذكور

[٧٤] (١) وستليك § ١٩٥ الا في بلاد الشرق لان لهم فيها صبغة سياسية وبناء على هذا الاختلاف في المعاملة يراعى تبادل المعاملة بين الدول فالدولة التي لا تمنح للقناصل امتيازات سياسية مثل إنجلترا يعاملها الدول الاخرى نفس المعاملة بالنسبة لقناصلها ( قاليرى ص ٨٧ ) وقد وضع مجمع القانون الدولى مشروعاً لقانون الامتيازات القنصلية راعى فيه المعاهدات العديدة الموجودة في الموضوع والسياسة المتبعة عملاً في أغلب البلاد

(٢) راجع في اختصاص القناصل وتعيين عملهم قاليرى ص ٨٥ ،

على خضوعهم للمحاكم المختلطة أو اعفائهم من اختصاصها ولكنه يتضمن أيضاً وبطريق التبعية خضوعهم لقوانينها أو اعفاءهم منها وهذا نص الدكرينو :

لجميع الموظفين السياسيين أو القنصلين المبعوثين من الخارج missi وعائلاتهم الحق في رفع الدعاوى على الغير امام المحاكم المختلطة بدون أن يكون للغير حق مقاضاتهم امام هذه المحاكم بطريق الدعاوى الفرعية المرفوعة من المدعى عليهم ضدهم ، ولا تقبل الدعاوى الفرعية الا لحد قيمة الدعاوى الاصلية . فاذا كانوا مشغولين بالتجارة أو الصناعة أو كانوا يملكون أو يستثمرون عقارات في مصر فيكونون خاصين باختصاص المحاكم المختلطة في كل ما يتعلق بالمسائل التجارية أو الصناعية وبالدعاوى العينية العقارية ، التي لا مساس لها بصفتهم الرسمية — وجميع الموظفين الآخرين غير المذكورين في الفقرة الاولى وكذلك القواسون يكونون خاضعين لاختصاص المحاكم المختلطة في كل القضايا التي لا تتعلق بوظائفهم الرسمية

ومع ذلك فان دولة البرتغال قد وضعت بعض تحفظات الغرض منها اعتبار قنصلها الجنرال دائماً بصفته تابعاً لطائفة المبعوثين<sup>(١)</sup>

٧٦ — رابعاً : القوات الحربية الاجنبية التي تمر في بلد من البلاد أو توجد القوات الحربية فيه فانها معفاة من حكم القوانين المحلية ولقد قل نابوليون الاول في هذا الخصوص ما معناه « حيث يوجد العلم توجد فرنسا أيضاً »<sup>(١)</sup> وذلك لان الجنود يجب ألا يخضعوا الا لقانون حكومتهم وذلك مهما كان البلد الذي يوجدون فيه

٧٧ — خامساً : البلاد الخاضعة لنظام الامتيازات الاجنبية وتسمى pays de juridiction — قضت المعاهدات المعروفة باسم الامتيازات الاجنبية بأن يعفى

امتيازات  
الاجانب

[٧٥] (١) راجع تقرير المستشار القضائي عن سنة ١٨٩٩ ص ٣٥ — ٣٦ وثركلر في

الامتيازات السياسية سنة ١٨٩١ باسم Les franchises diplomatiques

[٧٦] (١) Là ou est là drapeau là est aussi la France

الاوروبيون والامريكيون في الشرقين الأدنى والاقصى من حكم القوانين والمحاكم المحلية فيظلون خاضعين فيها لحكم قانونهم الوطني ومحاكمهم القنصلية وقد كان هذا النظام طبيعياً في بلاد تعتبر فيها القوانين شخصية محضة أو تسود فيها فكرة شخصية القوانين. فمثلاً لا يزال العثمانيون خاضعين في تركيا بالاقول بالنسبة للاحوال الشخصية لقوانين متعددة ومختلفة تبعاً لاختلاف الاصل والدين فلا يكون من المستغرب أن يكون الاجانب خاضعين فيها لقوانينهم الشخصية أيضاً

وقد قضت الظروف السياسية أن يمتد هذا الامتياز الى الرعايا الذين تحميهم دول أوروبية لها امتيازات وهؤلاء الرعايا يصح أن يكونوا أجنباً كما يصح أن يكونوا من أهالي الدولة الخاضعة للامتيازات وعلى الخصوص تركيا سابقاً ومصر الآن (راجع بند ٢٠٩ في الحماية)

٧٨ — والبلاد الآتية ذكرها لا تزال خاضعة للامتيازات الاجنبية : مصر وامامة مسقط وبلاد العجم والصين ومراكش وبلاد الحبشة

البلاد التي  
تخلصت منها

وقد الغيت الامتيازات الاجنبية بواسطة معاهدات خاصة في بلاد الصرب ورومانيا واليونان والجبل الاسود والبوسنة والهرسك وقبرص وتونس واليابان وسيام ولا توجد الامتيازات في بلغاريا الا بالاسم فقط والغيت الامتيازات الاجنبية من سوريا وفلسطين مادامت تحت الانتداب الفرنسي والبريطاني لأن الدولتين قد اخذتا على عاتقهما ملاحظة أن النظام القضائي الذي يوضع لهذين البلدين يكفل حفظ حقوق الاجانب والاهالي على السواء <sup>(١)</sup> والغيت اخيراً الامتيازات الاجنبية في تركيا بأمر من الحكومة العثمانية ابتداء من اول اكتوبر سنة ١٩١٤ واخيراً اتفقت الدول على الغائها بمعاهدة لوزان الموقع عليها في ٢٤ يولييه ١٩٢٣ الموافق ليوم العيد الاكبر عند المسلمين سنة ١٣٤١ هجرية <sup>(٢)</sup>

[٧٨] (١) صك الانتداب الفلسطيني مادتي ٨ و ٩ وصك الانتداب السوري مادتي ٥ و ٦

(٢) قررت المعاهدة أن المتعاقدين قد قبلوا كل منهم فيما يخصه الغاء الامتيازات



وأما في مصر فإن نظام الامتيازات قد تحول كثيراً بإنشاء المحاكم المختلطة  
وسن القوانين المختلطة في سنة ١٨٧٦ وسنتكم عن هذا الموضوع بصفة خاصة في  
بند ١٥١ وما يليه

البلاد غير  
التمدينة

٧٩ — سادساً البلاد غير التمدينة أو المتوحشة : كما أن المركب الذي يخرج  
الى عرض البحر يستمر خاضعاً لقانون بلده ( بند ٦٩ ) كذلك الفرد الذي ينتقل  
الى بلد غير متمدين بالكلية <sup>(١)</sup> يستمر خاضعاً لسلطة قانونه الوطنى . ويصح أن  
يكون هذا الفرد جاهلاً بقانون بلده كما يصح أن تكون الاجراءات الشكلية التى  
يتطلبها هذا القانون غير ميسورة فى المكان الذى هو موجود به ففى هذه الحالة  
تعتبر الاعمال الحاصلة فى البلد غير المتمدين صحيحة متى أمكن اثبات حصولها أو  
وقوعها ومتى كانت نية الشخص ظاهرة وغير مشكوك فيها بصرف النظر عن  
مقتضيات القانون الوطنى — مثال ذلك فى الزواج والوصية ونحوهما <sup>(٢)</sup>

الاجنية فى تركيا الناء تاماً من كل وجه

[٧٩] (١) فى البلاد التمدينة راجع بند ٤٩ وبند ٩٨

(٢) فاليرى ص ١٠٩ ودابسى ص ٧٢٤

## الباب الثاني

### الموطن والجنسية والديانة

٨٠ — يقصد بقانون الموطن *Lex domicilii* ، في تطبيقه على مسائل القانون الدولي الخاص ، أن هناك طائفة من المسائل القانونية الدولية الخاصة تخضع دائما لقانون البلد الذي توطن فيه الشخص فعلا أو اعتبر أنه متوطن فيه حتى ولو لم يكن مقيما فيه بالفعل

وكذلك قانون الجنسية أو القانون الوطني يقصد به ذلك القانون الذي يحكم طائفة معينة من المسائل في القانون الدولي الخاص باعتباره قانون الحكومة التابع اليها الشخص بحسب جنسيته فمثلا المواد ٧٧ و ٧٨ و ١٩٠ من القانون المدني المختلط تجعل الموارث والاهلية لعمل الوصية وشكل الوصية والاهلية على العموم خاضعة لقانون جنسية المتوفى أو الموصى أو المتعاقد على العموم

والقانون الديني يقصد به ذلك القانون الذي يحكم في بعض البلاد طائفة معينة من المسائل في القانون الدولي الخاص باعتباره قانون الدين الذي قد اعتنقه الشخص مثال ذلك المواد ٥٤ و ٥٥ و ١٣٠ من القانون المدني الاهلي فانها تجعل المسائل المذكورة فيها خاضعة لقانون الشخص وتقصد به قانون ديانته لأن كل الاشخاص الذين يحكمهم القانون الاهلي مصريون فلم يبق الا التمييز بينهم بحسب دينهم .

٨١ — وتلك الطائفة من المسائل التي يحكم فيها في القانون الدولي الخاص

تارة بقانون الموطن وتارة بقانون الجنسية وأخرى بالقانون الديني هي الصلات

الاحوال  
الشخصية  
يجب أن تكون  
ثابتة ومعتمة

القانونية التي تعتبر متأصلة في الشخص ومنها تكون شخصيته القانونية والتي تسمى « الاحوال الشخصية » . ويجب أن تكون هذه المسائل خاضعة دائماً لقانون واحد ويجب أن يحكم بمقتضى هذا القانون بالنسبة للشخص الواحد في كل الاحوال ومهما كانت المحكمة التي يطلب منها الحكم ، وذلك لأنه ليس من العدل ولا من المبادئ الطبيعية في شيء أن تتغير الحقوق والواجبات المكونة لشخصية الانسان ، باختلاف المحكمة التي يطلب منها الحكم ؛ من أجل ذلك اقرت جميع الشرائع مبادئ معينة وان اختلفت عن بعضها البعض اختلافاً يسيراً إلا أنها ترمى جميعها الى جعل الانسان خاضعاً في أحواله الشخصية دائماً الى قانون واحد يكون قانون الشخص الذي تطبقه عليه جميع المحاكم في جميع بلاد العالم احتراماً لشخصه وتقديساً للحقوق والواجبات التي التصقت به فكانت قطعة منه لا تتغير بتغير الجهة التي ترفع فيها القضية فمثلاً بعض البلاد تعتبر الاحوال الشخصية خاضعة دائماً لقانون الموطن كإنجلترا وأمريكا والدنمارك والنرويج ؛ وبعضها يجعلها خاضعة لقانون الجنسية مثل القانون المصري المختلط وقوانين فرنسا وإيطاليا وبلجيكا وهولاندا وإسبانيا والبرتغال وألمانيا واليونان ورومانيا والمكسيك واليابان وغيرها <sup>(١)</sup> وأخيراً في البلاد التي سادت فيها الامتيازات الاجنبية تخضع الاحوال الشخصية لقانون الدين المنتسب اليه الشخص مثال ذلك تركيا ومصر فإن العثمانيين والمصريين خاضعون بمقتضى قوانين هذه البلاد في احوالهم الشخصية الى أحكام الأديان المختلفة المقر عليها من حكومات هذه البلاد

## الفصل الأول

(١) Domicile الموطن

٨٢ — لفظ Domicile من الالفاظ الافرنجية ذوات المعانى العديدة التى  
تختلف باختلاف الظروف والسياق وقد وضعنا لها ترجمتين مختلفتين بحسب المعانى  
المقصودة منها : الاول لفظ « محل » والثانى لفظ « موطن » وهذا التمييز يسمح  
بتقريب المعنى الى الفهم ويمكننا من حصر المعنى المراد هنا بسهولة امتنعصت على  
المؤلفين الأجانب الذين يدرسون الموضوع فى الغالب من وجهة خاصة هى وجهة  
تشريةهم الخاص فاذا رجع القارىء الى تعاريفهم المختلفة المتنوعة بحسب الوجهة  
الخفية التى يتوخونها حار فى فهم المراد

موطن ومحل

والمقصود من هذا المبحث هو دراسة الموطن Domicile من الوجهة المشار  
اليها فى بند ٨٠ حيث ذكرنا أن المقصود بالموطن هو ذلك القانون الذى يحكم  
طائفة معينة من المسائل القانونية الدولية الخاصة باعتباره قانون البلد الذى توطن  
فيه الشخص فعلاً أو اعتبر أنه متوطن فيه ولو لم يكن مقياً فيه بالفعل . وهو بهذا  
المعنى على طرفى نقيض مع قانون الجنسية أو التبعية السياسية . لذلك كان واجباً  
لمعرفة حقيقة معنى الموطن فى القانون الدولى الخاص أن يلتجئ الباحث الى المعنى  
الذى يقصد فى البلاد التى تعتبر الموطن . وثراً على طائفة المسائل المذكورة أى  
الاحوال الشخصية طارحاً وراءه كل معنى يذكره علماء البلاد التى تدين بقانون  
الجنسية ، لانهم من بعد ان يجعلوا الاحوال الشخصية تابعة لقانون الجنسية لا يمكنهم  
أن يبحثوا فى لفظ Domicile الا من حيث المعانى الأخرى التى ليس الموطن جزءاً منها

وجهة النظر  
الخاصة فى الموطن

[٨٢] (١) المقصود هنا اللفظ فى اللغة الانجليزية أو الامريكية ويكتب ايضا Domicil  
وأما اللفظ الفرنسى وحروفه واحدة فينعرف الآن دائماً الى المعنى المقصود بلفظ « محل »

المحل قالقانون الفرنسى مثلاً الذى يربط الاشخاص بقانون جنسيتهم فى الاحوال الشخصية ، يعرف لفظ Domicile بما يأتى فى مادة ١٠٢ مدنى : ان محل كل فرنسى فيما يتعلق باستعمال حقوقه المدنية هو الجهة التى بها مقره الاساسى  
le lieu de son principal établissement

كذلك القانون الايطالى فى مادة ١٦ يقول ان المحل المدنى لأى شخص هو فى المركز الاساسى لأشغاله ومصالحه وان محل الإقامة Residence هو فى الجهة التى فيها سكنه الأساسى

ويقول القانون السويسرى فى مادة ٣ ان محل الشخص ، بالمعنى المقصود فى هذا القانون هو الجهة التى يسكن فيها بنية البقاء فيها دائماً  
ويقول الأستاذ قاليرى ان محل الشخص هو الجهة التى يعتبر مركز مصالحه موجوداً فيها<sup>(٢)</sup>

وبديهى أنه فى الحالة المتقدمة لا تأثير مطلقاً للموطن أو المحل على الاحوال الشخصية للفرنسيين أو الايطاليين أو السويسريين لأن أحوالهم الشخصية خاضعة لقانون جنسيتهم وانما الغرض من تعريفهم للمحل هو التوصل لتطبيق الاحكام القانونية المدنية اذا تعلق تطبيقها بالمحل الذى يسكنه الشخص عادة أو يكون فيه مركز أشغاله على العموم

٨٣ — لذلك كان المقصود بلفظ Domicile فى البلاد التى تدين بقانون الجنسية المحل فى بلاد الجنسية فيما يتعلق بالاحوال الشخصية هو محل سكن الشخص أو مركز أشغاله فيقولون مثلاً

١ — ان المحل يعين القانون الذى تخضع اليه الاشخاص المعنوية أى أن مقر الشركة مثلاً أو مركزها يبين ما هو القانون الذى يحكمها

٢ — التجنس بجنسية اجنبية ( بند ١٠٧ ) يقتضى اتخاذ محل لمدة طويلة



معينة أى يقتضى الإقامة تلك المدة فى البلاد الذى اختيرت جنسيته  
٣ - الاشخاص المتخذون محلا لهم فى أرض ضمت الى بلد معين تتغير

جنسيتهم بذلك الضم

٤ - بمقتضى قوانين كثير من البلاد التى تتخذ الجنسية أساساً للأحوال  
الشخصية تكون العبرة فى ميراث المنقولات بقانون المحل التابع اليه المتوفى أى  
محل إقامته<sup>(١)</sup>

٥ - الديون تعتبر واجبة الأداء فى محل المدين وتكون خاضعة فى أحكامها  
لقانون ذلك المحل

٦ - اذا ما تعددت القوانين التى يمكن أن يكون الانسان خاضعاً اليها  
بحسب جنسيته بان كان من المحتمل أن يكون له جنسيتان فان قانون المحل الذى  
استقر فيه الشخص هو الذى يحدد تلك الجنسية اذا كان مقيماً فى بلد من البلدين  
الذين يتنازعان جنسيته ( بند ١٢٩ )

وقد يختلف الحكم فى البلاد المذكورة ، من حيث آثار المحل الذى يقيم فيه  
الشخص بحسب ما اذا كان قد حصل على تصريح سابق بالإقامة فيه Autorisation  
de domicile أو لم يحصل وفى هذه الحالة يكون من حصل على تصريح فى مركز

[٨٣] (١) تراجع تطبيقاً لهذا المبدأ قضية ورثة البرنس نظلى هانم ضد شركة تأمين نيويورك  
الصادر فيها حكم من الاستئناف المختلط بتاريخ ٣١ يناير ١٩١٨ جازبت ٨ من ٦٦ نمرة  
١٦١ ووقائع الدعوى أن الشركة دفعت بكون المحاكم المختصة ببيان من هم ورثة الاميرة  
هى محاكم تونس نظراً لكونها أصبحت تونسية بعد زواجها بتونسى وأن محلها القانونى هو  
تونس طبقاً للمادة ١٠٨ من القانون المدنى الفرنسى وبناء عليه تعتبر التركية مفتوحة فى تونس  
طبقاً للمادة ١١٠ منه لان المادة الاولى تنص على ان المرأة المتزوجة لا يكون لها محل غير  
محل زوجها والمادة الثانية تنص على ان جهة فتح التركية تتمين بالمحز . والمحكمة قضت بان  
الاميرة مسلمة وانها يمكنها ان تجعل محلها غير محل زوجها بانفاقها معه وقد حصل ذلك فى حالة  
الاميرة نظلى ولذلك فالمحاكم الشرعية المصرية تكون المختصة باصدار الاعلام الشرعى عن الوراثة  
ولا يتصور أن المحاكم التونسية تصدر اعلاماً فى الموضوع بدون أن تلتجئ الى المحاكم  
المصرية التى يقيم فى دائرتها جميع الورثة

أحسن من مركز من لم يحصل على ذلك التصريح

٨٤ — واللفظ Domicile بمعنى المحل أهمية خاصة في المرافعات والاختصاص المحل في كل قوانين العالم فيقال ان محل الشخص دخل في دائرة اختصاص محكمة مصر أو محكمة اسكندرية المختلطة مثلاً ويصح أن يكون محله في القطر المصري أو في الخارج بالمعنى المقصود في المواد ٦/٨، ١٠/٩، ١٠/٩، و١٩/٢١ من قانون المرافعات وهذا يطلق عليه المحل من وجهة المحكمة Forensic domicile أى ان الشخص يجوز أن ترفع عليه الدعوى في محكمة معينة بالنظر الى وجود محله في دائرتها ويصح أن يكون هذا المحل « مختاراً » Domicile élu كما في المادة ٣٤/٣٥ فقرة ٥ مرافعات ويكون حينئذ مبنياً على اتفاق الطرفين في عقد من العقود فلا يكون أساسه الإقامة في جهة معينة بل اتفاق المتعاقدين

وقد حكمت المحاكم المختلطة بوجوب الالتفات دائماً فيما يتعلق بالمحل ، من وجهة اعلان الاشخاص امام المحاكم ، الى نية الشخص المطلوب توجيه الاعلان اليه قررت أن المحل القانوني le domicile légal لا يفقد بمجرد تغيير الشخص محل اقامته ولو طال الأجل مع عدم وجود قصد صريح أو مستتبع بشكل ظاهر من الظروف ، من جانب الشخص الذي غير محل اقامته أنه أراد أن يجعل مستقره الاساسي ومركز أشغاله في المحل الجديد<sup>(١)</sup>

[٨٤] (١) راجع س م ٣١ يناير ١٩١٨ جازيت ٨ ص ٩٣ نمرة ٢١٠ حيث حكم بذلك في قضية الاوقاف السلطانية ضد الحراسة القضائية على دائرة سمو عباس حلمي باشا خديوى مصر سابقاً وقررت المحكمة بأن الخديوى السابق قد ترك كل أمواله في مصر ولا يوجد ما يدل على أنه اختار محلاً خاصاً في الخارج ليستقر فيه وفضلاً عن ذلك فإذا لم يكن له محل في مصر فإنه يكون مستجيلاً على الغير مقاضاته فيها ومن جهة أخرى فإن تنقله من بلد الى آخر قد يكون محارباً وقد يكون محايداً يجعل فكرة الحصول على محل ثابت أمراً واجب الاستبعاد ولكن هذه الحالة تغيرت الآن وأصبح سموه ممنوعاً بصفة نهائية من الرجوع الى القطر المصري وراجع الاحكام المختلفة المنشورة ملخصاتها في مجموعة العشر سنين الاولى مع ت م نمرة ١١٢٢ والثالثة نمرة ١٦٧٤ ، وكلها تجمع على وجوب الالتفات الى النية في معرفة محل الشخص

وقد قضت المادة ٦٧٤/٧٦١ مرافعات بأن مجرد عدم وجود محل مستقر للمدين في القطر المصري يميز أخذ اذن بتوقيع حجز تحفظي (الحجز على المدين المتنقل — تنفيذ، بند ١٢٨١) على أمتعة المدين الموجودة في القطر المصري وبديهي أيضاً أن الايضاح المتقدم فيما يتعلق بلفظ « المحل » Domicile لا علاقة له بالقانون الدولي الخاص وإنما هو من شأن أحد القوانين الداخلية في البلد وهو قانون المرافعات فيما يتعلق بالاختصاص والاعلان<sup>(٢)</sup>

٨٥ — ولفظ محل Domicile في القانون الدولي العام معنى خاص يقصد به « المحل التجاري في زمن الحرب » Commercial domicile in time of war

والمراد بذلك أن صفة الشخص في كونه عدواً أو صديقاً أو محايداً تتحدد بصفة البلد الذي يسكنه ويتخذ له فيه مقراً تجارياً<sup>(١)</sup> فمثلاً في الحرب بين إنجلترا والمانيا يعتبر عدواً اجنبياً كل شخص بريطاني يسكن في ألمانيا وبالعكس إذا كان بريطانياً أو ألمانياً يسكن في هولندا ويتجر فيها فإنه يعتبر محايداً ولو كان يتاجر مع ألمانيا

٨٦ — وظاهر أن لا شأن للقانون الدولي الخاص في المعاني المتقدمة لكلمة استئناف هام

Domicile ولكن القانون الدولي الخاص يهتم بمعرفة البلد الذي يكون الشخص قد اتخذ موطناً له حتى تكون أحواله الشخصية خاضعة لقانون ذلك البلد ويكون لمحاكمه عليه اختصاص باعتباره متوطناً في دائرة اختصاصها الاقليمي . لذلك كان ضرورياً أن يكون البحث خاصاً ببلد يكون له قانون معين يحكمه فيمكن نسبة الشخص اليه

٨٧ — وقد عرف سافيني « الموطن » بكونه المحل الذي اختاره الشخص تعريف الموطن

اختياراً حراً ليسكن فيه سكناً نهائياً وليكون مركزاً لصلاته القانونية ولأشغاله<sup>(١)</sup> وعرفه ستوري بأنه الجهة التي اتخذها الانسان مأوى home له بصفة حقيقية

(٢) راجع في تعريف المحل كتاب المرافعات طبعة ثانية بند ٥٨٣ و ٦٧٩

[٨٥] (١) قارن دايبي من ١٤٦ ووستليك من ٣٤٦ وهايد الجزء الثاني من ٥٦٠ و ٥٦١

[٨٧] (١) سافيني جزء ٨ ص ٩٧ من الترجمة الانجليزية

وثابتة ومستمرة وجعل فيه مركز أشغاله والذي اذا غاب عنه كان عنده نية العودة اليه<sup>(٢)</sup>

وَعَرَفَ وارتون الموطن بأنه هو محل الإقامة الذي يُختار لأن يكون سكناً نهائياً ومن أجل وجوده يجب تحقيق شرطين الأول الإقامة بالفعل أو بالتمكن Residence actual or inchoate الثاني عدم وجود أى نية لاختيار موطن آخر<sup>(٣)</sup>

٨٨ — وعرفه دايسى (ص ٨٢) بأنه الجهة أو البلد الذي هو في الواقع المأوى النهائي للشخص ولكنه يجوز أن يكون في بعض الاحيان الجهة أو البلد الذي يعتبره القانون مأوى له سواء كان مقيماً فيه أو لا

٨٩ — يتبين من التعريف الأخير ، وهو أوفى التعاريف بالغرض<sup>(١)</sup> ، أنه ابضاح ليس من المحتم أن يكون للشخص مأوى أو مسكن خاص في البلد الذي يعتبر موطنه فان بعض الناس قد يسكنون في الفنادق ويتنقلون من جهة الى أخرى ومع ذلك يكون لهم موطن وذلك لأن المراد من البحث عن الموطن هو كما ذكرنا في بند ٨٦ معرفة القانون الذي يخضع اليه الشخص في أحواله الشخصية فلا يهمنا مثلاً أن نعرف ان كان الشخص يسكن أو يتوطن في لندن أو في ليفربول لأن القانون الانجليزي يحكم البلديتين ولكن يهمنا أن نعرف ما اذا كان متوطناً في لندن أو في ادنبره وذلك لأن البلديتين واقعتان في اقليمين قانونيين مختلفين الاولى في انجلترا والثانية في اسكتلندا ولكل منهما قانون خاص

٩٠ — واذا بحثنا عن العناصر التي يتكون منها الموطن في القانون الدولي عناصر الموطن الخاص في البلاد التي تجعله اداة لبيان القانون الذي يحكم الأحوال الشخصية

(٢) ستورى § ٤١

(٣) وارتون § ٢١

[٨٩] (١) لقد قرر دايسى أنه لم يوجد تعريف يرتضيه القضاة الانجليز بشكل تام (ص ٨٣ و ٧٩٣) فانها كلها تكاد ينقصها أشياء جوهرية لم تذكرها التعاريف الشائعة

والمواريث و يبين اختصاص المحاكم أو عدم اختصاصها في كثير من الأحوال ،  
وجدنا أنه يجب أن يتوافر شرطان أساسيان لوجود الموطن

أولاً العنصر المادى Factum وهو الإقامة أو الوجود المادى في البلد ذى  
القانون المخصوص

ثانياً العنصر الارادى أو النية — نية البقاء في البلد المذكور وعدم تركه  
Animus manendi وإذا تركه الشخص مؤقتاً فيجب أن تكون عنده نية  
الرجوع أو العودة اليه Animus revertendi

فانون انجليزى ٩١ — قواعد القانون الانجليزى في الموطن — اذا أردنا معرفة موطن  
الشخص في القانون الانجليزى فيجب ملاحظة القواعد الآتية وهى احدى  
عشرة قاعدة

القاعدة الاولى : لا يصح أن يكون أى شخص من الاشخاص في أى وقت  
من الاوقات بلا موطن ( دايسى ص ٩٨ )

القاعدة الثانية : لا يصح لأى شخص أن يتخذ له موطنين أو أكثر في  
آن واحد ( دايسى ص ٩٩ )

القاعدة الثالثة : اذا اكتسب الانسان موطناً فيستمر عليه الى أن يتغير  
ذلك الموطن :

أولاً في حالة الشخص المستقل ( البالغ الرشيد غير التابع لحكم غيره كالزوجة  
مثلاً ) بمقتضى عمله الخاص

ثانياً في حالة الشخص غير المستقل أى التابع لغيره ، بمقتضى عمل الشخص  
المتبوع ( الوالد أو الوصى أو القيم الى آخره )

القاعدة الرابعة : لكل شخص مستقل ، في أى وقت من الاوقات ، موطن  
معلوم هو :



إما الموطن الذى اكتسبه وقت ولادته ويسمى الموطن الاصلى Domicile of origin

واما الموطن الذى اكتسبه أو استبقاه وهو مستقل وبمقتضى عمله الخاص وهذا يسمى الموطن المختار Domicile of choice وهو حتما غير الموطن الاصلى  
القاعدة الخامسة : يكون لكل انسان فى القانون الانجليزى موطن أصلى يكتسبه من مولده أو عند ولادته :

أولاً فى حالة الأولاد الشرعيين الذين يولدون فى حياة والدهم يكون الموطن الاصلى للولد هو موطن الوالد وقت ولادة الطفل ؛

ثانياً فى حالة الأولاد غير الشرعيين ، أو الذين يولدون بعد وفاة والدهم ، يكون موطن الولد موطن الأم وقت الوضع ؛

ثالثاً فى حالة اللقطاء يكون موطن اللقيط هو البلد الذى ولد أو وجد فيه ؛

رابعاً فى حالة الاشخاص الذين قد أصبح مركزهم شرعياً بعد أن كان غير شرعى Legitimated persons اختلف العلماء فقال دايسى بأن موطن الوالد وقت ولادة الطفل يصبح ويعتبر موطناً أصلياً للأبن ( دايسى ص ١٠٥ الطبعة الثانية ) ورأى وستليك أن موطن الولد هو موطن والده وقت حصول الاقرار بالبنوة ( ص ٣٢٣ § ٢٤٧ ) وقد اتبعه دايسى فى الطبعة الثالثة ( ص ١٠٩ ) وذلك لأن البلد الذى حصل فيه الاقرار بشرعية الولد هو الذى يجب عليه تربيته والمحافظة عليه وبما أن صلاته الشخصية إنما تتكون بهذه التربية والمحافظة فإن قانونه الشخصى يكون نتيجة لازمة لذلك

٩٢ — ويجب ملاحظة أن وجود الموطن الاصلى إنما هو أمر اعتبارى أو تصورى أو افتراض قانونى وأنه لا يتحتم أن يكون هذا الموطن الاصلى — الذى قد اكتسب حين الولادة — هو البلد الذى ولد فيه الولد بالفعل أو الذى

يكون الوالدان ساكنين فيه أو يكون الوالد تابعاً إليه من حيث السلالة أو الجنسية السياسية فمثلاً رجل إنجليزي الأصل ومن رعايا الحكومة البريطانية رزق بولد في فرنسا حيث كان الرجل ساكناً فيها رغم كونه قد اتخذ له موطناً في أمريكا بدون أن يتجنس بالجنسية الأمريكية . فوطن الطفل لا يعتبر في إنجلترا ولا في فرنسا وإنما يعتبر في أمريكا ( دايسى ص ١٠٦ )

## الوطن المختار

٩٣ — القاعدة السادسة : يجوز لكل إنجليزي مستقل أن يكتسب « موطناً مختاراً » بل أن يجمع إلى الإقامة *Factum* نية الإقامة المستمرة أو غير المحدودة *Animus manendi* ولكن لا يمكن ذلك بدون الجمع . ويلاحظ أن النية لا يشترط فيها أن ينوى تغيير جنسيته فإذا ترك إنجليزي إنجلترا حيث كان موطنه ، وذهب إلى الولايات المتحدة الأمريكية فبتغيير موطنه إذا قصد أن يتوطن في البلد الجديد ويجعله مركزاً لشغاله الأساسي أو مأواه النهائي ، حتى ولو لم يفكر فيها يمكن أن ينتج هذا العمل من النتائج القانونية ، حتى ولو لم يقصد أن يصبح أمريكي الجنسية وقصد أن يستمر إنجليزيًا إلى آخر لحظة من حياته ( دايسى ص ١١٤ )

ويلاحظ كذلك أن إرادة الشخص في أن يحفظ موطنه الأول في بلد معين لا تكفي في حفظ ذلك الوطن إذا كان قد سكن في غيره بنية البقاء فيه نهائياً . وإن اكتساب الوطن لا يمكن أن يتأثر بمفعول أى قانون أجنبي فمثلاً بمقتضى القانون الفرنسى يجب على كل من يريد أن يتخذ فرنسا محلاً له ( وهنا يلاحظ الفرق بين المعنى الفرنسى والمعنى الانجليزى للفظ *Domicile* ولذا ترجمنا المعنى الفرنسى بلفظ محل ) أن يقوم بعمل اجراءات مخصوصة وهى أن يطلب التصريح له بالإقامة فيها فإذا لم يحصل ذلك فلا يعتبر مقيماً فيها طبقاً للقانون الفرنسى ومع ذلك فهذا لا يؤثر على تطبيق القانون الانجليزى ولا يمنع من اعتباره موطناً فيها إذا كان مقيماً فيها بالفعل بنية البقاء فيها نهائياً ( دايسى ص ١١٧ )

٩٤ - القاعدة السابعة : يبقى للانسان موطنه الأصلي الى أن يختار بالفعل تغيير الموطن موطناً آخر ؛ ويبقى الموطن المختار الى أن يهجر وحينئذ فاما أن يختار موطناً جديداً واما أن يحصل الرجوع الى الموطن الأصلي فاذا لم يختار موطناً جديداً فيكون الموطن الأصلي موطناً له دون الموطن المختار الأخير

القاعدة الثامنة : موطن الشخص التابع من حيث الموطن لغيره ، هو موطن ذلك الغير ويتغير بتغيره ؛ ولكن لا يتغير موطن الصغير لمجرد زواج والدته ؛ واذا غيرت الوالدة أو الوصى موطنها فلا يؤثر ذلك على موطن الصغير اذا كان التغيير حاصلًا من طريق الغش

القاعدة التاسعة : موطن المرأة المتزوجة طول مدة الزواج هو موطن الزوج ويتغير بتغيره

القاعدة العاشرة : لا يجوز لشخص تابع لغيره من حيث الموطن أن يغير موطنه بعمله

القاعدة الحادية عشرة : آخر موطن للشخص التابع لغيره يستمر موطناً له الى أن يختار موطناً جديداً له

٩٥ - هذا وفيما يتعلق بتعرف الموطن أو اثبات الموطن يجب مراعاة ارشادات القواعد الآتية وهي : -

انه يمكن معرفة موطن الشخص أولاً من بعض القرائن القانونية وثانياً من وقائع الدعوى المعروفة

فأما القرائن القانونية فهي اثنتان

الاولى : ان وجود الشخص في بلد معين قرينة على وجود موطنه فيه

الثانية : اذا كان ثابتاً انه في وقت من الاوقات كان للشخص موطن في بلد

معين فانه يعتبر متوطناً فيه اذا لم يستطع ان يثبت هو أنه قد غير موطنه وجعله في بلد آخر

وأما وقائع الدعوى المثبتة للموطن فهي

أولاً : الظروف التي يفهم منها أن الشخص قد أقام بالفعل في جهة معينة أو أنه قصد أن يقيم في ذلك البلد فتمت إثبات اقامته أو ثبتت نيته فلائبات يكون حاصلًا من وقائع الدعوى

ثانياً : إذا أظهر الانسان ارادته في أن يسكن في بلد معين سكناً مستمراً فهذا يكون دليلاً على أنه قد اتخذ موطناً له  
ثالثاً : مجرد الإقامة في بلد يكون مبدئياً دليلاً على أنه قصد أن يسكنه نهائياً وبذلك يكون دليلاً على الموطن

رابعاً : مجرد الإقامة في بلد معين لا يعتبر دليلاً ولو مبدئياً على الموطن إذا كانت طبيعة الإقامة لا تتفق مع كونه قد أراد أن يتخذ هذا البلد له موطناً أو كانت نافية لقرينة نية الإقامة النهائية . وهذه حالة الاشخاص الذين يسمون متوطنين للضرورة ، فهذا النوطن لا يعطيهم موطناً قانونياً مهما طال أجل الإقامة وهؤلاء هم المسجونون والمنفيون أو المهاجرون السياسيون والمجانين والمرضى الذين يسكنون في الخارج لأسباب صحية والموظفون على العموم والسفراء والقناصل ورجال البحرية والبحرية ورجال الدين والطلبة والخدم (دايسى ص ١١٩ - ١٦٩)

٩٦ - موطن الاشخاص المعنويين أو الشركات والجمعيات - موطن أى شركة أو جمعية هو المحل أو البلد الذى يعتبر قانوناً أنه مركز أشغالها وهو

• موطن  
الاشخاص  
المعنويين

أولاً : فيما يتعلق بالشركات التجارية محل عملها الاساسى أى المحل الذى يوجد فيه مركز أعمال الشركة الادارية أو مركز ادارة الشركة وهذا يصح أن يكون في غير المحل الذى تقوم فيه بأعمالها أو أشغالها

ثانياً : فيما يتعلق بأى شركة أو جمعية أخرى هو المحل الذى تقوم فيه بأعمالها (دايسى ص ١٦٠ - ١٦٣)

البلاد غير  
المسيحية

٩٧ - التوطن في غير بلاد المسيحية : هذا الموضوع محفوف بالمصاعب والشكوك في القانون الانجليزي فقد ذكر ومستليك في كتابه ص ٣٢١ « ان الموطن في النظام البريطاني هو فرع من الفروع القانونية الذي لا يسمح فيها بالاتصال القانوني مع البلاد التي لا تحكمها حكومات مسيحية

فمثلا الرعايا البريطانيون الذين يقيمون في تركيا أو في الصين يستبقون حتما موطنهم البريطاني الأخير أو موطن آبائهم أو أجدادهم »

وقال دايسى ان الرجل الانجليزي وكذلك أى شخص تابع لدولة متمدينة لا يمكن ، على ما يظهر ، أن يعتبر متوطناً من الوجهة القانونية ، في بلد من البلاد غير المتمدينة ، اذا هو جعلها مأواه النهائي . فمثلا الانجليزي الذي يستقر في الصين ومن باب أولى في بلد من البلاد الخالية عن التمدن بالكلية يحتفظ بموطنه الانجليزي بالرغم من ذلك . ( دايسى ص ٧٢٤ )

هذا ما يقوله العلماء ومع ذلك فقد صدر أخيراً حكم من مجلس اللوردات نفى ما زعم المؤلفون انه القانون الانجليزي في الموضوع وشرحه شرحاً جديداً بشكل جديد خفف فيه من خشونة المبدأ المتقدم<sup>(١)</sup> وقد حصلت ظروف القضية التي صدر فيها الحكم ، في القطر المصري ، ولذلك كان لهذا الموضوع أهمية خاصة بالنسبة لنا خصوصاً لبيان الرأي الصحيح في حالة الامتيازات الاجنبية وما ينبني عليها من الآثار

٩٨ - قضية الميسز كازداغلي ضد المستر كازداغلي : تلخص وقائع القضية قضية كازداغلي

[٩٧] (١) ولذلك غير دايسى لهجته في الطبعة الجديدة ( سنة ١٩٢٢ ) وروى في المكان السابق ان الفكرة المذكورة لا يمكن الآن اعتبارها قاعدة قانونية مطلقة وانه يصح القول الآن بان الإقامة في بلد غير متمدين تختلف قوانينه وطاداته عما هو معروف في إنجلترا لا تعتبر بالنسبة لاثبات الموطن ذات دلالة كافية على الموطن كالإقامة في فرنسا او إيطاليا مثلا ( ص ٧٨٢ ) وأشار الى قضية كازداغلي التي نوقشت فيها الاحكام السابقة وانتقدت



فيما يأتي : دمتر يوس كازداغلي انجليزى المولد وبريطانى الجنسية بحسب القانون البريطانى وكان أبواه مصريين ( يونانى الأصل ومن رعية الحكومة المحلية ) أمضيا زمناً ما فى انجلترا بسبب التجارة فرجع دمتر يوس معهما الى مصر من نحو ربع قرن ولم يغادر مصر من ذلك الحين وله فيها محل تجارى كبير وقد تزوج فيها سنة ١٩٠٥ بسيدة يونانية تدعى چان كازولى بعقد زواج حصل فى كنيسة الاروام الارثوذكس التى هى كنيسة الزوجين وتجدد امام قنصل انجلترا فى اسكندرية ؛ حصل خلاف بين الزوجين فأرادت الزوجة أن تطلب الطلاق فرفعت الدعوى امام القنصلية البريطانية فى مصر فلم تقبل الدعوى نظراً للنظام الخاص المقرر للقنصليات فى البلاد العثمانية Ottoman Order in Council of 1910 § 163 ثم بدا للزوجة أن تخصصه امام المحاكم فى انجلترا نفسها فرفعت عليه الدعوى امام محكمة لندن باعتبار أنه ذو موطن انجليزى فدفع الزوج الدعوى بكونه متوطناً فى مصر لا فى انجلترا فردت الزوجة بأنه لم يفقد موطنه الانجليزى رغم اقامته فى مصر لأن مصر ذات مدنية منحطة بالنسبة للمدنية البريطانية أو بالأقل مختلفة عنها اختلافاً بيناً ويعيش الزوج فيها خاضعاً للقانون الانجليزى بصفته عضواً من جالية أجنبية ممتازة فلا يكتسب موطناً مصرياً ولا يفقد موطنه الانجليزى . نظرت القضية ابتداءً امام المحكمة العليا المكونة من القاضى هورريدج Mr. Justice Horridge فحكم فى ٩ نوفمبر ١٩١٧ بقبول دعوى الطلاق المرفوعة فى انجلترا واعتمد فقط على الاحكام السابقة فى الموضوع التى لا يمكنه قانوناً أن يخالفها ومنها قضية معروفة باسم قضية « عبد المسيح » وكان تحت حماية بريطانيا ومقيماً فى مصر والقضية الاخرى خاصة بالتوطن فى الصين وتسمى قضية توتال تراستس Toolal's Trusts استأنف كازداغلي الحكم امام محكمة الاستئناف فأيدت الحكم الابتدائى فى ٢٠ ديسمبر ١٩١٧ بصوتين ضد صوت واحد ( المداولات علنية فى انجلترا — المرافعات بند ٢٢٢ ) فرغ التظلم الى المحكمة المسماة مجلس اللوردات واستند المتظلم الى أقوال القاضى اللورد

سكراتون Lord Justice Scrutton الذى خالف زميله في الحكم في الاستئناف كانت محكمة اللوردات مشكلة من القاتيكاونت هولدين Viscount Haldane واللورد دانيدن Lord Dunedin واللورد أتكينسون Lord Atkinson وقد أصدر كل منهم حكمه في يوم الاثنين ٢٨ أكتوبر ١٩١٨ بقبول استئناف الحكم الأول وبعدم اختصاص محكمة لندن ببناء على أن كازداغلي يعتبر ذا موطن مصرى فلا تقبل الدعوى ضده في محاكم إنجلترا

( ١ ) حكم اللورد هولدين : ظاهر جداً أن المستأنف كان له موطن أصلي ( بند ٩١ ) في إنجلترا وأنه هجره الى مصر في سنة ١٨٩٥ حيث جعل فيها مأواه النهائي بغير نية الرجوع الى إنجلترا . ففي هذه الحالة كان يجب اعتباره متوطناً في مصر اذا كانت مصر من البلاد التي يصح التوطن فيها ولم يصدر منه ما يمنع من حصوله على ذلك الموطن ، ولكنه استمر على جنسيته البريطانية وقيد اسمه في القنصلية البريطانية في مصر باعتباره أحد أفراد الجالية البريطانية المقيمة فيها . ومحل النظر الآن هو ما اذا كان هذا القيد مع كل ما يستتبعه من النتائج قد منعه من فقد موطنه الاصلى الانجليزى . لا شك أن الاشخاص المقيدة أسماؤهم في القنصليات يتمتعون بامتيازات خاصة منها أن قضاياهم ومخاضاتهم فيما بينهم تنظر امام القنصليات البريطانية واذا كانت فيما بينهم وبين المصريين أو الاجانب فانها تنظر امام المحاكم المختلطة . وبعد نشوب الحرب استمرت الحال كذلك بمقتضى دكرتو سلطاني صادر في ٩ فبراير ١٩١٥ من عظمة سلطان مصر نص فيه على أنه « الى أن يصدر أمر آخر وبدون اخلال بأى اجراء تتخذه السلطات العسكرية ( البريطانية ) بسبب كون البلاد تحت الاحكام العرفية تستمر المحاكم الاستثنائية المعترف بها للآن في مصر في العمل الذى كانت مختصة به وقت ان زالت السيادة العثمانية . وبناءً على ذلك تمنح المحاكم المذكورة بصفة مؤقتة هي وما تفرع عنها من السلطات ، جميع الاختصاصات والوظائف التى استمدتها للآن من المعاهدات

مصر بلد متمدين والفرمانات والبراءات العثمانية . ولكن مصر بلد متمدين لا شك عندى فى جواز التوطن فيه ما لم يكن هناك موانع خاصة ؛ وما يجب الحكم فيه الآن هو هل تعتبر العضوية فى الجالية البريطانية المتمتعة بالامتيازات المذكورة فى مصر مانعاً من القرينة على امكان الحصول على موطن مختار . ثم انتقل اللورد الى فحص الاحكام السابقة بقرار « أولاً فيما يتعلق بالقضية المسماة توتالز ترستس Toolal's Trusts » أن القاضى انما أراد أن يقرر أن النظمات السائدة فى الصين مختلفة عن مثلها فى انجلترا اختلافاً كبيراً جداً لدرجة أنها تعتبر قرينة عملية قوية يرتفع معها كل قصد أو ارادة فى الحصول على موطن فى تلك البلاد ( لأن اكتساب الموطن يغير قانون الاحوال الشخصية وينتج نتائج أخرى لا يظن معها مطلقاً أن الشخص قد أراد اكتساب الموطن الجديد ) ثانياً وفى قضية عبد المسيح تقرر أن الموطن لا يمكن أن يعتبر مكتسباً بمجرد كون الشخص عضواً فى جالية معينة لكونه تحت الحماية البريطانية وهو من طائفة السككدان الكاثوليك العثمانيين اذا لم يكن تمت أى اتصال بينه وبين المكان المستقرة فيه تلك الجالية ( والتى هو منتسب اليها بالحماية ومكانها انجلترا ) بحيث يمتد اليه منها سلطان قانونها الاقليمى حتى تقاس به أهليته الشخصية وكانت النتيجة أن الوارث للموصى اعتبر خاضعاً للقانون العثمانى السارى على طائفة السككدان الكاثوليك التابع هو اليها وهذا القانون يعمل به فى مصر التى كانت جزءاً من الاملاك العثمانية « وبمعنى آخر كما يقول وستليك فى ص ٣١٩ إن الحماية البريطانية فى الامبراطورية العثمانية لا تجعل القانون الانجليزى هو القانون الشخصى لصاحب الحماية غير مكتسبة بالعواطف الوطنية والموطن والدين والقومية كلها مجتمعة ( بند ٢١٠ و ٢١١ فى الحريات ) .

مصر بلد متمدين « وفى الوقت الذى أنكر على المدعى عليه موطنه فى مصر قد أصبحت

القاهرة مدينة حديثة متمدينة وواقعة فى بلاد سلطان صديق لنا Cairo has

be come a modern and civilized city sitting in the country of a

friendly Sultan: ولذلك يجب قبول الاستئناف

( ٢ ) حكم اللورد دانيدين : المسألة العملية في هذه القضية هي هل تختص بحاكم إنجلترا بالحكم بالطلاق بناء على طلب المدعية ؟ كان للمدعى عليه موطن أصلي في إنجلترا ولذلك يكون خاضعاً لقضائها ما لم يكن قد ترك موطنه فيها واكتسب موطناً جديداً ؛ والحجة ضد الموطن المصرى هي أن المدعى عليه مقيد اسمه في القنصلية البريطانية ولذلك فهو ممتاز بعدم خضوعه للمحاكم المحلية فلا يمكنه أن يكتسب موطناً مصرياً — يا حضرات اللوردات. انى اعتقد أن هذا القول ليس مؤيداً بقوة الاحكام السابقة ولا هو صحيح من حيث المبدأ :

فمن حيث الاحكام السابقة لا تتقيدون بقضية توناز ترستس ولا بقضية عبد المسيح فانه يظهر لى أن خطأ الرأى المعارض مبنى على فكرة الخروج عن الاقليم Extra-territoriality ولكن هذه الفكرة لا تطبق مطلقاً في الموضوع الذى نحن بصدده

يظهر لى أن جميع الامتيازات الممنوحة للاجانب Capitulations والتي تستمر الآن بمقتضى أمر الحاكم الحالى في مصر هي امتيازات أقرها وشرعها القانون المصرى وهي ليست من أمر القانون الانجليزى . وهل يوجد أدنى تناقض بين وجود موطن مصرى وبين امتياز أعطى بالقانون المصرى لفئة من الناس من مقتضاه أنهم يعاملون في بعض الاحوال بقانون غير القانون المصرى ؟ ان الرأى المعارض يريد أن يفترض أنه لا يمكنك أن تعتبر متوطناً في بلد ما اذا لم يكن هناك أدنى فرق بين القانون الذى يسرى عليك والقانون الذى يسرى على أهالى البلد الذى تريد أن تقطن فيه . وبناء على هذه النظرية كيف يمكن أن تفسر الحالة في الهند حيث لا يشكر أحد أن يجوز للانسان أن يكون له موطن في الهند ؟ ومن المقرر أنه بعد توطئه فيها يختلف القانون الذى يسرى عليه بحسب ما اذا كان من الهندوس أو المسلمين أو غيرهم . لذلك أرى أنه يجب قبول الاستئناف .



( ٣ ) حكم اللورد اتكنسون : يا حضرات اللوردات أنا أواقكم . نعم انه حصل النزاع في امكان الحصول على موطن في مصر بسبب قيد اسم المدعى عليه في القنصلية البريطانية وثانياً بدعوى أن جلالة ملك الانجليز له حق الحكم في مصر ، بمقتضى فكرة الخروج عن الاقليم ، وذلك بواسطة محاكمة القنصلية المؤسسة على الامتيازات الاجنبية والمؤكددة بمعاهدة الدردنيل المحررة في سنة ١٨٠٩ بين سلطان تركيا وبريطانيا العظمى والمرتببة بالأمر الصادر من مجلس الملك في ٧ نوفمبر سنة ١٩١٠ . لذلك قالوا بأن المدعى عليه باعتباره مقيداً في القنصلية لا تعتبر اقامته كاقامة أحد من السكان ولكنها اقامة فرد ممتاز من جالية معتبرة خارجة عن الاقليم الذى تقيم فيه بالفعل وغير متصلة بجهة معينة تخضع لقانونها ولذلك فلا تعتبر متوطنة قانوناً حيث تقيم . وظاهر أن القاضى هوريدج كان يحكم في أول درجة بأن المدعى عليه متوطن في مصر توطناً مختاراً لولا أن اعترضته الاحكام الصادرة في قضيتى توتالز وعبد المسيح ؛ وان الاغلبية في محكمة الاستئناف رأت نفسها مقيدة بالحكمين المذكورين وقضت بما فهمته المبدأ فيهما . أما اللورد سكراتون الذى خالف الاغلبية المذكورة فانه أظهر في حكم متين جداً أن المبادئ المدعى بوجودها في هذين الحكمين اذا كانت حقيقة كما يقولون هي مبادئ غير صحيحة وان المدعى عليه قد اكتسب حتماً موطناً مصرياً . ثم انتقل اللورد اتكنسون الى فحص الحكمين المذكورين فخصاً تفصيلاً . . . وانتقد حكم اللورد واتسون Lord Watson في قضية عبد المسيح قائلاً : لقد أثار الجدل في هذه القضية نبذتان وردتا في الحكم المذكور فقد قال الحكم في معرض الكلام على الموطن الانجليزى — المصرى المختار Anglo-Egyptian domicile of choice المدعى بحصول الموصى عليه في قضية عبد المسيح ، وبعد أن ذكر أن القاهرة ليست من الاملاك البريطانية ولا هي محكومة بمقتضى القانون الانجليزى ولا هي أرض انجليزية ولكنها من أملاك حكومة أجنبية وخاضعة لسيادة الباب العالى ، قال :



« اعطيت امتيازات معينة بواسطة معاهدات للاجانب من سكان مصر . فهم خاضعون لسلطة محاكمهم القنصلية وحدها في قضاياهم المدنية والجنائية وهم معفون من حكم القانون الاقليمي أو المحلي ومن الضرائب ، ويكوتون طائفة خاصة تعيش تحت سلطان القانون الانجائزى في الديار المصرية ومستقلة عن المحاكم المصرية ومحصى الضرائب المصريين . . . . » فهذه النبذة هي وصف غير صحيح بالكلية للحالة الحقيقية السائدة الآن في مصر بالنسبة للطائفة الممتازة المذكورة . غير صحيح ان أفرادها لا يخضعون الا لمحاكمهم القنصلية في المواد المدنية والجنائية . . . . ذلك لأنهم خاضعون لحكم المحاكم المختلطة التي هي محاكم مصرية انشئت بقوانين مصرية . حتى المحاكم القنصلية فان أحكامها وأوامرها لا تنفذ بواسطة رجال القنصليات وانما بواسطة السلطات المصرية . كذلك غير صحيح انهم معفون من حكم القانون الاقليمي ومن دفع الضرائب أو مستقلين عن حكم المحاكم المصرية ومحصى الضرائب . كلا . انهم يدفعون الضرائب التي اتفقت الحكومة الانجليزية مع خديوى مصر على أن يدفعوها . . . . وقد اعتبرت المدعية أن المحاكم القنصلية قد انشئت واعطى لها الاختصاص الذى تتولاه الآن ، بمقتضى أمر من التاج البريطانى ، بحض سلطته و ارادته ، وبدون التفات مطلقاً الى السيادة التي اتركيا أو الخديوى مصر . وهذا فى رأى ليس النظر الصحيح فانها انما انشئت وأعطيت ما لها من الاختصاصات بموافقة السلطة التشريعية الحاكمة فى مصر وتنفيذاً لحقها فى الحكم والتشريع . فقانون موطن الانجليز المقيمين فى مصر هو القانون العام المعمول به فى مصر على الوطنيين المصريين معدلاً بنصوص الامتيازات الاجنبية والاتفاقات الخاصة بالمحاكم المختلطة . ولا أهمية مطلقاً لكون هذه المحاكم قد انشئت وتحدد اختصاصها بمقتضى معاهدة . . . . وهنا أورد الحكم ذكر نصوص المواد ٩ ل م م ٣ و ١٣ و ١٤ مدنى مختلط وانتقل الى الكلام عن المادة ١٥ من الامتيازات التي امضيت فى سنة ١٦٧٦ فذكر أنها قررت أن

الخصومات الحاصلة بين الانجليز وغيرهم تنظرها المحاكم المصرية مع ضمانه لمصالحهم قررت المادة ٢٤ وهي حضور القنصل وكذلك المادة ٥٢ وأخيراً فإن المادة ١٦ وضعت الأساس الذي بنى عليه الاختصاص المدعى بكونه خارجاً عن الأقاليم Extraterritorial jurisdiction فقد نصت المادة المذكورة على أنه « إذا حصل نزاع بين الانجليز فيما بينهم فإنه يترك لسفيرهم أو قنصلهم ليفصل فيه طبقاً للعادات المرعية بينهم بدون أن يتدخل القاضي أو أى حاكم آخر من عبيدنا في هذه المسائل ». وثابت أن الأمر البريطاني الصادر في ٧ نوفمبر سنة ١٩١٠ لا يصل بنا الى أبعد من ذلك . فمع وجود هذه النصوص جميعها لا يمكن القول ، بأى شكل يقرب من الحقيقة ، بأن الرعايا البريطانيين الحقيقيين ومن تحميمهم بريطانيا العظمى يعتبرون طائفة ممتازة تعيش تحت سلطان القانون الانجليزى في الديار المصرية وتخرج عن حكم المحاكم المصرية ومحصى الضرائب فيها . لذلك كان الدفع بأن الخروج الحكى عن الاقليم يمنع من الحصول على موطن في مصر دفعاً غير مبنى على أحكام سابقة، ويجب رفضه، وأخيراً أقر مع اللورد سكراتون أنه ليس ما يلزم للحصول على موطن مختار في مصر سوى ما يلزم من الشروط لاكتساب الموطن في أى بلد أوروبى وهو شرط الإقامة بالاختيار مع قصد الاستمرار فيها الى أجل غير محدود (١)

٩٩ — هذا ويلاحظ أخيراً أن رأى علماء قارة أوروبا الآن ( اخراجا النزعة الى استبدال الموطن بالجنسية لانجلترا ) ونزعة القوانين الأجنبية الجديدة على العموم برميان الى تغيير «الموطن» بالجنسية في كل ما يتعلق بالمسائل المدنية وما يتفرع عنها وجعلها الحكم الفصل في

[٩٨] (١) حصلنا على هذا الحكم من دوسيه القضية الاصلى واختصرناه بقدر الامكان ونشر بعد ذلك في المجلات القضائية ومنها Law Times الجزء ١١٩ ص ٤٠٣ والجزء ١٢٠ ص ٥٢ وفي كلونه مجلد ٤٨ ص ٢٥٢ ومعه تعليق للاستاذ روجيه المدرس بجامعة جرينول في كلونه المذكور ونشرت خلاصته في المجازيت ١٢ ص ٣٢

جميع هذه المسائل كما هي في المسائل السياسية<sup>(١)</sup>

## الفصل الثاني

### الجنسية Nationalité

١٠٠ — ليس للجنسية أهمية كبيرة من وجهة القانون الدولي الخاص في أهمية الجنسية الاقطار التي تسود فيها فكرة الموطن مثل إنجلترا مثلاً ومع ذلك ، حتى في هذه الاقطار ، لا تخلو معرفة القواعد المبنية عليها الجنسية من فوائد جلية نظراً للنزعة التي عليها الآن أغلب بلاد أوروبا في احلال الجنسية محل الموطن باعتبارها الأساس الذي تقوم عليه الاحوال الشخصية والاختصاص ؛ وفوق ذلك فان الحرب الماضية قد ألفت نظر الحكومات بوجه عام الى اصلاح قوانينها المتعلقة بالجنسية نظراً لما يترتب عليها من الحقوق والواجبات أثناء الحرب وبعدها<sup>(١)</sup>

أما في البلاد التي هي مثل فرنسا وإيطاليا والمانيا ومصر فانه من المهم جداً من وجهة القانون الدولي الخاص فيها الوقوف على القواعد المتعلقة بالجنسية<sup>(٢)</sup>

١٠١ — والجنسية صلة قانونية بين دولة أو أمة وشخص معين . وهي منشئة تعريف الجنسية لحقوق وواجبات معينة . فيجب على الدولة أن تحمي رعاياها وعلى هؤلاء أن

[٩٩] (١) دايبي ص ١٠٧ حاشية ج ووستليك ص ٢٥ حيث يقرر أن مادة القانون الدولي الخاص قد تأثرت كثيراً باعتبار الجنسية أساساً للاحوال الشخصية في كثير من البلاد الأوروبية الآن بدلا من « الموطن » وسنرى الصعوبات الكبيرة التي تنشأ عن وجود أساسين في الموضوع للاحوال الشخصية وغيرها تحت نظرية « الاحالة » في بند ٢٨٥ ،

[١٠٠] (١) مثلاً اضطرت إنجلترا الى سن قانون جديد يحكم الاطراف ضمنته أحسن القواعد وأحدثها فيما يتعلق بالجنسية وصدر القانون المذكور في سنة ١٩١٤ وتمدل في ١٩١٨ ( راجع دايبي الطبعة الثالثة ١٩٢٢ ص ١٦٧ — ٢١١ )

(٢) راجع بند ٨١ تجد فيه البلاد التي تتخذ الجنسية أساساً للاحوال الشخصية ( الدولي — ١٣ )

يقوموا لها بواجب الولاء والاخلاص وبالخدمة العسكرية ونحو ذلك من الواجبات وهذه الصلات يختص ببيانها القانون العام لكل دولة وقد تنسب الجنسية الى شخص معنوى أو الى المراكب وفي هذه الاحوال التصورية تختلف الظروف التى تنشأ تلك النسبة عن الظروف التى ينتسب بها الانسان الى جنسية معينة والتى هى موضوع دراستنا هذه

بيان الموضوع ١٠٢ — وفيما يتعلق بانتساب الانسان الى جنسية معينة يجب معرفة طرق اكتساب الجنسية وأسباب ضياعها وكيف تتغير كما يجب معرفة كيفية اثبات الجنسية وكيف تحل المنازعات التى تنشأ عن اعتبار الانسان ذا جنسيتين مختلفتين بمقتضى قانونين مختلفين أو اعتباره غير ذى جنسية بالكلية وأخيراً يجب معرفة تأثير الجنسية على الاحوال الشخصية ؛ هذا ومنعود بعد ذلك كله الى بيان الاسباب التى يمكن أن يفضل بها أحد النظامين — الجنسية والموطن — على الآخر ( بند ١٣٧ )

قوانين الجنسية ١٠٣ — ويوجد فى أغلب بلاد العالم قوانين خاصة بالجنسية فيوجد فى انجلترا قانون خاص بها صادر فى سنة ١٨٧٢ ويسمى The Naturalization Act حل محله قانونان آخران صادران فى سنة ١٩١٤ وسنة ١٩١٨ ويسميان The British Nationality and Status of Aliens Act استلزامتهما حالة الحرب والهدنة ( وستليك ص ٣٤٨ ، ودائسى ص ١٦٧ ) وفى فرنسا القانون الصادر فى ٢٦ يونيه سنة ١٨٨٩ الذى وضع فى المادة السابعة وما بعدها من القانون المدنى الفرنسى ؛ وفى البلاد العثمانية يوجد قانون خاص للجنسية وضع فى سنة ١٨٦٩ وكان سارياً على مصر لغاية اعلان الحماية البريطانية عليها فى سنة ١٩١٤ حيث حصل الشك فى سريانه على مصر<sup>(١)</sup> ومع ذلك فقد فلت من قالوا بعدم استمرار سريان هذا

فى مصر

[١٠٣] (١) حكمت محكمة مصر الجزئية المختلطة مشكلة من المستر بوث فى ١٧ ديسمبر ١٩٢١

القانون في مصر أنه يجب ملاحظة انه لم يسن قانون آخر للآن يحمل محله وبما أنه أصبح جزءاً من القوانين المصرية بتطبيقه في مصر ردحاً من الزمن ابان سيادة تركيا عليها فيجب العمل به الى أن يصدر قانون آخر خاص بمصر وذلك باعتباره جزءاً من القوانين المصرية لا باعتباره قانون الدولة صاحبة السيادة<sup>(٢)</sup> وبديهي أن قانون الجنسية البريطاني لا يسرى على مصر على أثر اعلان الحماية البريطانية عليها<sup>(٣)</sup>

ومع ذلك فقد تقرر الآن استقلال مصر بعد انتهاء الحماية البريطانية في ٢٨ الجنسية المصرية فبراير سنة ١٩٢٢ وصدر الدستور المصري ناصاً على أن الجنسية المصرية يحددها قانون ( مادة ٢ ) ولما يصدر هذا القانون للآن ، ويظهر أنه توجد صعوبات سياسية في سبيل سنه ( بند ٢١٤ ) نظرا لجواز مساسه بحقوق الاجانب الموجودين بمصر والذين ليس للحكومة المصرية عليهم سلطان كامل ؛ فوجب استمرار الرجوع الى أحكام القانون العثماني باعتباره قانوناً مصرياً الى أن تغير قواعده بقانون مصري جديد

جازيت ١٢ ص ٩٠ نمرة ١٦٠ أن لا محل لتطبيق القانون العثماني الآن فيما يتعلق بأخذ اذن للجنس بجنسية أجنبية ، بعد ان أصبحت مصر غير تابعة لتركيا وذلك رغم كون المحاكم كانت دائما تطبق القانون العثماني ولم يفرق القاضي بين الجنسية العثمانية والجنسية الإيطالية واعتبر الاثنين أجنبيين وفضل بينهما الجنسية التي اختارها الشخص وقد كان خدم في الجيش الإيطالي مدة الحرب فاعتبره إيطاليا رغم كونه لم يحصل على تصريح بتغيير جنسيته ( قارن بند ١٣٠ ) (٢) وقد اتبع هذا الرأي دائماً امام المحاكم المختلطة — اذا استثنينا هذا الحكم الفرد الصادر من القاضي الانجليزي ( الحاشية السابقة ) — وحكمت به حديثاً محكمة المنصورة المدنية المختلطة في ٧ يونه سنة ١٩٢٣ جازيت ١٣ ص ٢٠٢ نمرة ٣٣٩ حيث قالت انه يجب العمل بهذا القانون في مصر مع مراعاة الاختلافات التي يمتد بها انفصال مصر عن تركيا دون غيرها وقد قضت ببطالان التجلس بالجنسية البرتغالية لكونه حصل بدون تصريح من الحكومة العثمانية مع كون هذه الحكومة قد وافقت على تعيين الشخص قنصلاً للبرتغال ولكن هذا شيء وتغيير الجنسية شيء آخر كما يتضح في بند ٢٠٣ ،،

(٣) راجع الخطاب المبلغ من الحكومة البريطانية الى المرحوم السلطان حسين كامل سلطان مصر ومنشور في الوقائع المصرية يوم ١٩ ديسمبر ١٩١٤ حيث ورد فيه « وقد فوضت الى حكومة جلالتك أن أصرح بأنه بعد اعلان الحماية البريطانية يكون لجميع الرعايا المصريين أيها كانوا



## المبحث الاول - قانون الجنسية العثمانية

١٠٤ - صدر هذا القانون في ١٩ يناير سنة ١٨٦٩ للعمل به في الامبراطورية العثمانية ( بما فيها مصر قبل انفصالها عن تركيا في سنة ١٩١٤ ) وهالك نصوصه وهو مكون من تسع مواد

المادة الاولى - يكون عثمانياً <sup>(١)</sup> كل شخص ولد من أبوين عثمانيين أو كان أبوه عثمانياً

المادة الثانية - يصح لكل شخص ولد في الديار العثمانية من أبوين أجنبيين أن يختار لنفسه ( أو يسترد ) الجنسية العثمانية اذا طلب ذلك في خلال ثلاث سنين من بلوغه سن الرشد

المادة الثالثة - يجوز لكل أجنبي بالغ سن الرشد وأقام في الديار العثمانية مدة خمس سنين متوالات أن يحصل على الجنسية العثمانية اذا قدم طلباً بذلك الى وزارة الخارجية اما مباشرة واما بواسطة

المادة الرابعة - يجوز للحكومة الامبراطورية أن تمنح الجنسية العثمانية بصفة استثنائية اذا لم تتوافر الشروط المذكورة في المادة السابقة متى تبين أن الاجنبي يستحق هذه المنحة الاستثنائية

المادة الخامسة - يعتبر العثماني الذي حصل على جنسية أجنبية بتصريح من الحكومة الامبراطورية أجنبياً ويعامل بهذه الصفة . ولكنه بالعكس اذا تنجنس

الحق في أن يكونوا بحماية حكومة جلالة الملك « والحماية شيء والجنسية شيء آخر كما سيتضح مما يلي - بند ٢٠٣ في الحماية

[١٠٤] (١) كان يصح أن يستبدل لفظ عثمانى هنا بمصري والحكومة العثمانية أو الامبراطورية بلفظ الحكومة المصرية ولكننا أبقينا النص على أصله وكذلك في الشرح لم نخرج عن الالفاظ الاصلية ولقارئ أن يجرى هذا التغير في كل موضع اذا شاء فان المقصود هو الكلام دائماً فيما يتعلق بمصر عن المصريين والحكومة المصرية

بجنسية أجنبية بدون تصريح سابق من الحكومة الامبراطورية يعتبر تجنسه بالجنسية الاجنبية باطلا ويستمر اعتباره من كل الوجوه من رعايا الحكومة العثمانية ولا يمكن لعثماني في كل الاحوال أن يتجنس بجنسية أجنبية الا بعد حصوله على تصريح يعطى بمقتضى ارادة امبراطورية

المادة السادسة — ومع ذلك يجوز للحكومة الامبراطورية أن تقرر زوال الجنسية العثمانية عن أى عثماني تجنس وهو في الخارج بجنسية اجنبية ، أو قبل القيام بواجبات عسكرية في خدمة حكومة أجنبية ، بدون تصريح من الحكومة العثمانية وفي هذه الحالة يترتب على زوال جنسيته العثمانية انه يمنع بنص القانون من الدخول في الامبراطورية العثمانية

المادة السابعة — يجوز للمرأة العثمانية التي تزوج نفسها من أجنبي أن تسترد Recouvrer جنسيتها العثمانية اذا ترمات ويكون ذلك بتقرير يقدم منها بهذا المعنى في خلال ثلاث سنين من تاريخ وفاة زوجها . ولا تسرى هذه القاعدة الا على شخصها أما أملاكها فتظل خاضعة للقوانين واللوائح العامة التي تحكمها من قبل

المادة الثامنة — اذا تجنس العثماني بجنسية اجنبية أزيلت عنه الجنسية العثمانية فان أولاده ولو كانوا صغاراً لا يتبعونه في حالته بل يستمرون عثمانيين . وكذلك اذا أصبح الاجنبي عثمانياً فان أولاده لا يتبعونه في جنسيته الجديدة بل يستمرون أجناب

المادة التاسعة وهي الأخيرة — يعتبر كل شخص مقيم في الديار العثمانية عثمانياً ويعامل كذلك الى أن تثبت جنسيته الاجنبية بطريق رسمى

١٠٥ — هذا ولما كان من المنتظر قريباً صدور قانون خاص بالجنسية المصرية فاننا سنوجز شرح القانون العثماني هنا الآن ونحيل من يريد الاسهاب ، على كتاب الاستاذ ارمانچون في « الاجانب وأصحاب الحماليات في الامبراطورية

العثمانية الذي طبع في سنة ١٩٠٣ ص ٨١ - ١٥٠

أقسام الجنسية ١٠٦ - تنقسم الجنسية الى ثلاثة أقسام تبعاً للسبب الذي أوجب اكتسابها فهي :

١ - أصلية أما جنسية أصلية ( قارن الموطن الأصلي ، بند ٩١ ) وهي التي يقرها القانون

لكل انسان عند ولادته كما هي الحال في المادة الاولى من القانون العثماني فمن ولد من أبوين عثمانيين أو كان أبوه عثمانياً كانت جنسيته الأصلية عثمانياً

٢ - مكتسبة وأما جنسية مكتسبة أو مختارة ( قارن الموطن المختار ، بند ٩١ ) وهي اما أن

تكتسب بالتجنس بجنسية أخرى بإرادة الشخص نفسه بطريقة مباشرة كما في المواد ٢ و ٣ و ٤ من القانون المذكور واما بطريقة غير مباشرة كما في الزواج طبقاً للمادة السابعة

٣ - مفروضة وأما جنسية مفروضة على الشخص Imposée وهي التي تكون نتيجة للفتح

أو للتنازل عن الاراضي وقد يكون سببها وجود الشخص في بلد معين وعدم تمكنه من اثبات جنسيته الأجنبية كما في المادة التاسعة فانها تفترض الجنسية العثمانية في حق كل شخص مقيم في الديار العثمانية الى أن يثبت جنسيته الاجنبية

سبب الجنسية ويمكن نظرياً أن تبني الجنسية الأصلية على أحد سببين طبيعيين الأول

التناسل أو النسب فيأخذ الولد جنسيته عن والده وقت الولادة كما في المادة الاولى

وتتصل بالجنسية في هذه الحالة بالمولود بحكم الدم jus sanguinis ؛ والسبب الثاني

الولادة في قطر معين فيأخذ الولد جنسيته عن قانون البلد الذي ولد فيه كما هي الحال

في القانون البريطاني<sup>(١)</sup> وكما في المادتين ٢ و ٩ من القانون العثماني لحد محدود

وتتصل الجنسية في هذه الحالة بالمولود بحكم قانون الارض التي ولد عليها jus soli

وقد كان حق الجنسية المبني على الدم أو النسب مقرراً في القانون الروماني

[١٠٦] (١) راجع أول بند ٩٨ بخصوص قضية كازداغلي فان هذا لم يعتبر بريطانياً الا لكونه قد ولد في إنجلترا مع أن أبويه كانا من رعايا الحكومة المحلية

أما حق الجنسية المبني على المولد أى محل الولادة فقد كان القاعدة فى زمن حكم الاقطاعات فى القرون الوسطى فى أوروبا

فلما زال حكم الاقطاعات أصبحت القاعدة بناء الجنسية على الدم وأخيراً بنيت قوانين الجنسية فى القرنين الأخيرين على المولد والدم سوياً بحيث أقيم لكل منهما على السواء وزن خاص فى جميع قوانين العالم المتمددين . ولا يصح أن يخلو قانون من الاعتماد عليهما على السواء <sup>(١)</sup> نظراً لما للحكومة من السلطان على رعاياها ونظراً لما لها من السلطان على اقليمها فى آن واحد <sup>(٢)</sup>

شرح قانون  
الجنسية العثمانية

١٠٧ - هذا والمادتان الأولى والثانية من قانون الجنسية الصادر فى تركيا فى سنة ١٨٦٩ تتكلمان عن «الاصل العثمانى» أو الجنسية الاصلية العثمانية : الأولى تبين الجنسية الناشئة عن الدم العثمانى والثانية امكان الحصول على الجنسية العثمانية بالنسبة للاجنىب الذى يولد فى أرض عثمانية والنقص فيها ظاهر اذ لا نص فيها على اللقطاء ولا على الاولاد الذين ليس لأبائهم جنسية معلومة . ومع ذلك فهذه النقطة فصلت فيها المادة التاسعة بطريقة غير مباشرة بما أوجدت من قرينة قانونية تقضى بأن تكون جنسيتهم عثمانية الى أن يثبت العكس . فيعتبر اللقيط الذى وجد فى أرض عثمانية عثمانياً . وفى حالة وجود طفل مجهول الوالد ومعلوم الوالدة —

اللقيط  
والمجهول الوالد

[١٠٦] (١) جاء فى مشروع اللورد ملر ( المادة الثانية . حرف ب ) الذى رفضته الامة المصرية ما معناه أن قانون الجنسية الذى يسن لمصر يجب ألا يشتمل الا على الجنسية التى أساسها الدم فلا يترتب على توالد الاجانب فى مصر امكان ضياع جنسيتهم وصيرورتهم يوماً ما من المصريين مهما طال العهد عليهم فى مصر وبذلك لا يمكن أن يكلفوا بواجبات وطنية نحو البلاد التى يقطنون فيها وهذا ليس فى مصلحة مصر ؛ ولا يحتاج بأن بقاءهم اجانب يحرمهم من امتيازات الرعوية المصرية فان الامتيازات التى يتمتع بها الاجانب عندنا تفوق فى مجموعها مجموع حقوق المصريين فالقيد المذكور غرم على المصريين وكله غنم للاجانب — راجع ايضا ص ١٠٥ هنا (٢) وفى هذه الاحوال يجب أن ينص القانون على تخيير الشخص بين الجنسية التى ورثها

من أبيه وبين الجنسية التى اكتسبها من مولده فى بلد معين وقد قرر القانون الانجليزى الجديد فى هذا الموضوع جواز التخلي عن الجنسية الانجليزية المكتسبة من المولد فى أرض بريطانيا أو المكتسبة من الوالد اذا كان المولد فى جهة غير بريطانية ويكفى فى ذلك اقرار بسيط ( دايسى ) ص ١٩٩ قاعدة نمرة ٤١

وهي في الغالب حالة الاولاد غير الشرعيين — لا يكون ثمت مفعول للقرينة المذكورة اذا كان قانون جنسية الأم يقرر اكتساب الجنسية عن الأم في الحالة المذكورة وهذه قاعدة تكاد تكون عامة في جميع القوانين — فمثلا الولد الذي تكون أمه ألمانية ويكون والده غير معلوم يعتبر ألمانياً لأن القانون الألماني يلحق الاولاد غير الشرعيين بأهمهم من حيث الجنسية وحينئذ يتمكن الولد من اثبات جنسيته الألمانية عن أمه . أما اذا كان والد الولد الغير الشرعى ألمانياً وكانت الأم عثمانية فيكون الولد عثمانياً بمقتضى المادة التاسعة المذكورة وذلك لأن القانون الألماني لا يجيز اكتساب الجنسية عن الوالد بالنسبة للاولاد غير الشرعيين حتى ولو كان الوالد معلوماً

تطبيقات :  
قانون ألمانيا

وأما اذا أقر الوالد بأبوة للطفل وكان قانون جنسية الوالد يجيز اكتساب الجنسية عن الوالد في حالة الاقرار فان القرينة المقررة في المادة التاسعة تهر ، وثبتت للولد جنسية أبيه الاجنبية

هذا ومن المقرر في القانون البريطاني أن الجنسية لا تكتسب عن النساء واذا كان الطفل غير شرعى فلا يكتسب الجنسية عن أبيه حتى ولو أقر بينوته له بعد الزواج بأمه ( بند ٣٨٤ ) فان الاقرار بالبنة لا يكسب الولد جنسية أبيه في القانون الانجليزي وان أكسبه الحقوق المدنية المتفرعة عن صيرورته ولداً شرعياً . والسبب في ذلك أن الجنسية المكتسبة عن النسب لا تكتسب الا عند الولادة . فلا تنشأ بعدها فيكون الاولاد المذكورون مصريين متى ولدوا في مصر (١) كذلك نص القانون البريطاني الجديد على أن الجنسية البريطانية لا تورث الا من طبقة واحدة بمعنى أن الابن يكون بريطانياً أما ابن الابن فلا يكون كذلك بحكم

تطبيقات :  
قانون بريطانيا

[١٠٧] (١) قارن وستليك ص ٩٨ — ١٠٠ وهذا لا ينفي أن الطفل يكتسب الجنسية البريطانية بسبب آخر غير أخذها عن والده ، فاذا كان مولده في أرض انجليزية فهو بريطانياً بحكم الولد لا بحكم النسب أو الاقرار بالبنة



الدم بل يجب أن يولد في البلاد البريطانية أو يطلب التجنس بعد بلوغه ولكنه يستثنى من ذلك من يولدون في بلاد يكون فيها الملك بريطانيا العظمى حق الحكم على رعاياه فيها Where the King exercises extra-territorial jurisdiction over British subjects مثل تركيا سابقاً ومصر والعجم ، كذلك لا تنتقل الجنسية في القانون البريطاني عن الوالد الى ولده الا اذا كانت الولادة في حياة الوالد فاذا ولد لانجليزى ولدته هنا بعد وفاة والده Posthumous child فلا يكون انجليزياً بل عثمانياً الى أن يختار الجنسية البريطانية ويصح ذلك في حالة صغره

نقص السيادة  
الاقليمية

والمادة الثانية ناقصة جداً من حيث أنها تترك للاجنبي الخيار بعد بلوغه بين جنسيته الاجنبية المكتسبة عن والديه والجنسية العثمانية التي ولد في بلادها وهذه النقطة دقيقة جداً لأنها مبنية على اعتبارات سياسية خطيرة اذ بمقتضى المادة المذكورة تظل العائلات الاجنبية متمتعاً بجنسيتها الاجنبية ويكون أبنائها أجنب دائماً مهما تقادم عهد سكنها في البلاد العثمانية ولا يلزم هؤلاء الأبناء بالجنسية العثمانية بل يكون لهم حق اختيارها اذا أرادوا وطبعاً لا يختارونها الا اذا كان لهم من ورائها مقم خاص يرعون اليه بعكس ما اذا كانت القاعدة أن كل من يولد في البلاد العثمانية يعتبر عثمانياً فان الاجانب الذين يولدون فيها يضطرون بحكم جنسيتهم الى الرضوخ الى جميع الواجبات التي توجبها الجنسية العثمانية فلا يهبط الى البلاد من الاجانب الا من يقبل أعباء الواجبات المذكورة ويلاحظ أن الامتيازات الاجنبية تجعل الاجانب يفضلون دائماً بقاءهم أجنب لما يجدون في هذه الصفة من المزايا<sup>(٢)</sup> خصوصاً في مصر

وتتكلم المادتان الثالثة والرابعة عن التجنس Naturalisation بالجنسية العثمانية التجنس بالعثمانية بالنسبة لمن لم يولد في البلاد العثمانية أو بالنسبة له اذا أراد التجنس بعد مرور

(٢) قارن المادة ١ من قانون الجنسية البريطانية الجديد ودائسي ص ١٦٩ و ٧٩٩ وعلى الخصوص ٨٠٤ ، والمادة ٨ من القانون المدني الفرنسى المعدلة بقانون ٢٦ يونيو ١٨٨٩ (الدولى — ١٤)

ثلاث سنين من بلوغه

والبلوغ الوارد أمره في المادتين الثانية والثالثة هو البلوغ بحسب قانون الاحوال الشخصية الذى نشأ عليه الاجنبى الذى يريد التجنس بالجنسية العثمانية ويشترط هنا ان يكون الاجنبى قد أمضى خمس سنوات كاملة فى الديار العثمانية ومع ذلك فقد جرت العادة بأن يعفى من هذا الشرط من اعتنق الدين الاسلامى أو كان فلاحاً يريد الإقامة فى الديار العثمانية ويقسم بين الولاء لحكومتها

١٠٨ - وقد اختلف فى حالة الاجنبى الذى تنطبق عليه المادة الثانية هل يعتبر عثمانياً من يوم ولادته أم يعتبر كذلك من يوم قبول طلبه بعد البلوغ . النص الفرنسى للقانون يقول « يمكنه أن يسترجع الجنسية العثمانية *Peut revendiquer la qualité de sujet ottoman* وكذلك حكمت المحاكم الفرنسية بأن المادة التاسعة من القانون الفرنسى التى قيل بأخذ المادة العثمانية عنها، اعتبرت فى ذلك الوقت ذات أثر رجعى يستند الى يوم الولادة فكان من المحتم اعتبار الاجنبى المذكور عثمانياً من يوم ولادته<sup>(١)</sup> ولكن اذا راعينا أن الامر موكل لاختيار الاجنبى وانه لا يستعمل هذا الاختيار الا بعد من معين وان المعاملات يجب أن تبني على وقائع ثابتة يعلمها الغير ويعتمد عليها وان على الجنسية تتوقف معرفة قانون الاحوال الشخصية ومعرفة المحاكم المختصة فى أمور كثيرة ؛ حكنا بدون تردد بأن التجنس لا ينتج نتائج الا من يوم حصوله ولا يعتبر ذا أثر رجعى<sup>(٢)</sup> وقد أيدت محكمة الاستئناف المختلطة هذا الرأى ( حكم ٥ ديسمبر ١٨٨٨ مج ت م ١ ص ١٤٥ )

آثار اختبار  
الجنسية العثمانية

١٠٩ - وتتكلم المادتان الخامسة والسادسة على ما يسمى الخروج عن

الخروج عن  
الجنسية

[١٠٨] (١) ارمانجيون « الاجانب وأصحاب الحماية » ص ٨٤  
(٢) فارن ماكتبه الاستاذ « سالم » المحامى فى سلانيك فى مجلة كلونيه ١٩٠٥ ص ٨٨٢ نجد فيه من الاعتبارات العملية ما يقضى باتباع الرأى المذكور

الجنسية العثمانية Dénationalisation وهذا قد يكون بتصريح من الحكومة العثمانية<sup>(١)</sup> وحينئذ ينتج كل نتاجه ؛ وقد لا يكون بتصريح وحينئذ يعتبر لاغياً في نظر الحكومة العثمانية ويعامل الشخص كما لو لم يكتسب اية جنسية أجنبية مطلقاً<sup>(٢)</sup> . وقد اختلف في حالة التجنس بجنسية أجنبية خارج الاقطار العثمانية هل من ضرورة فيه لتصريح الحكومة العثمانية فمن قائل بضرورة التصريح في كل الاحوال سواء كان التجنس حاصلًا في الاقطار العثمانية أو خارجاً عنها<sup>(٣)</sup> وذلك لأن القانون لم يميز بل نص على وجوب التصريح في كل الاحوال اعتماداً على أن الجنسية صلة بين فرد وحكومة فلا بد لقطع هذه الصلة من موافقة الحكومة حتى ولو كان الفرد خارج أرض تلك الحكومة ؛ ومن قائل بأن التصريح لا يكون لازماً اذا حصل التجنس خارج أرض الحكومة العثمانية ؛ وأصحاب هذا الرأي يستندون الى المذكرة الايضاحية التي ظهرت مع القانون وهي تبثدي بما معناه أن « الغرض الوحيد من الحصول على تصريح سابق لتغيير الجنسية هو منع العثماني الذي يكون مقيماً في الديار العثمانية من الخروج عن حكم السلطة العثمانية الشرعية »<sup>(٤)</sup> ولكن هذه المذكرة قد وضعت لتأييد فكرة التصريح السابق وبينت الحالة التي يكون

التجنس  
خارج البلاد  
العثمانية

[١٠٩] (١) هذا وقد حكم بأن للحكومة المصرية أن تمنع التصريح بتغيير الجنسية في حق أي عثماني وذلك لان الباب العالي قد أقر ضمناً بسيادة الحكومة المصرية في هذا الموضوع بعدم اعتراضه مطلقاً على الاتفاق الذي حصل مباشرة بين الحكومة المصرية والحكومة اليونانية في ٢ فبراير سنة ١٨٩٠ بخصوص شخص حالة اليونانيين والبث في أمر جنسيتهم في مصر (النصورة المختلطة في ٢١ يناير ١٩١٣ جازيت ٣ ص ٩١ نمرة ١٨٣ ونحوه اسكندرية المختلطة في ١٦ يونيو ١٩٢٣ جازيت ١٣ ص ٢٠٠ نمرة ٣٣٨ خصوصاً بعد الاستقلال عن تركيا

(٢) حتى ولو كان حاصلًا على حاية أجنبية بتعيينه قنصلاً للحكومة أجنبية في مصر وبرضاء الدولة العلية عن هذا التعيين وموافقتها عليه (بند ٢١١) فان التصريح واجب على كل حال ( محكمة النصورة المدنية في ٧ يونيو ١٩٢٣ جازيت ١٣ ص ٢٠٢ نمرة ٣٣٩ قضية عبد الله بك شديد ضد السكونت سليم دى شديد

(٣) س م ٢٢ فبراير ١٩١٢ جازيت ٢ ص ٨٦

(٤) س م ٢٦ ديسمبر ١٩١٢ جازيت ٣ ص ٦٦ نمرة ١١١ وارمانچون ص ٣٤١

فيها الخطر ظاهراً حتى تقتنع الدول بحكمة النص ؛ وذلك لا يمكن أن يعارض نص القانون الصريح في وجوب أخذ الاذن في كل الاحوال بدليل أن المادة الخامسة قررت أن التجنس الحاصل بدون اذن يعتبر باطلاً ويعتبر الشخص عثمانياً من كل الوجوه ونصت على وجوب أخذ الاذن في كل الاحوال وجاءت على أثرها المادة السادسة مقررة حق الحكومة العثمانية في حرمان الشخص المذكور من الجنسية العثمانية ومزاياها اذا كان التجنس حاصلًا خارج الديار العثمانية وهذا الحرمان يقتضى منع الشخص من الدخول في الديار العثمانية : فاذا كان التجنس حاصلًا في تلك الديار اعتبرته باطلاً من كل الوجوه واذا كان حاصلًا خارجها اعتبرته كذلك وبجاز لها فوق ذلك حرمان الشخص من الجنسية العثمانية وما يتفرع عنها من المزايا ومنها الرجوع الى الديار العثمانية

ويلاحظ أن عدم أخذ التصريح انما يجعل التجنس باطلاً في نظر القانون العثماني ولكن قد يكون التجنس صحيحاً في نظر القوانين الاخرى وقد لا يكون صحيحاً وذلك تبعاً لنصوص كل قانون : فمثلاً بعض القوانين ، مثل قانوني سويسره واسپانيا ، لا يمنح جنسيته الا اذا كانت الجنسية الاولى قد زالت بحكم قانونها فلا يكون التجنس بجنسيتي سويسره واسپانيا صحيحاً الا اذا حصل العثماني على التصريح من حكومته ويكون الحل واحداً في القانون العثماني وفي كل من القانونين السويسري والاسپاني . وفي القانون الانجليزي السابق على سنة ١٩١٤ تفصيل جميل وهو ان التجنس بالجنسية البريطانية يكسب تلك الجنسية بلا توقف على تصريح سابق من حكومة الجنسية الاولى ولكن اذا عاد الشخص الى دياره الاولى فلا يعتبر فيها بريطانياً الا اذا زالت جنسيته الاولى بحكم قانون تلك الديار أو بمقتضى معاهدة بهذا المعنى<sup>(٥)</sup>

تطبيقات :  
سويسرة  
واسپانيا

(٥) وستليك ص ٣٥١ وبخصوص النص الجديد راجع دايسى الطبعة الثالثة ص



وينبنى على ذلك كله أنه اذا رفعت القضية الى محكمة بلد ثالث ولم يكن ثمت تصريح من الحكومة العثمانية فيكون للشخص من الوجهة النظرية جنسيتان يتنازعه كل منهما على السواء ( بند ١٢٥ ) وبما أنه قد لا يكون ثمت مرجح لاحدى الجنسيتين فقد اختلفت الانظار في أيهما يكون الحكم به وهذا ما سنراه مفصلا في بند ١٢٩ ،

زواج العثمانية  
من أجنبي

١١٠ - ولم تنص المادة السابعة بصراحة على جنسية المرأة العثمانية التي تزوج بأجنبي هل تنتقل اليها جنسية زوجها ؟ نعم تنتقل اليها وتصبح المرأة أجنبية رغم عدم النص الصريح ، بشرط أن يكون قانون الزوج مانحاً ايها جنسيته الاجنبية فاذا كان الامر كذلك فانها تصبح أجنبية في نظر قانون الزوج بمقتضى نصه أو حكمه وبمقتضى القانون العثماني الذي ينص في مادته السابعة على جواز استرجاع الجنسية العثمانية بالنسبة للأرملة العثمانية التي كان زوجها أجنبياً فكان هذا القانون اقترض جواز اكتساب الجنسية الاجنبية بالزواج ثم نص على جواز استرجاع الجنسية العثمانية . أما اذا كان قانون الزوج لا يمنح جنسيته للمرأة العثمانية فتظل عثمانية رغم الزواج . وقد كان الحكم في تركيا قبل قانون ١٨٦٩ أن المرأة العثمانية تحتفظ بجنسيتها دائماً رغم الزواج وكان زواج العثمانيات من الاجانب طريقة يلتجئ اليها هؤلاء للحصول بواسطة زوجاتهم العثمانيات على ملكية الاراضي العثمانية التي ما كان يحل لأجنبي امتلاكها قبل قانون سنة ١٨٦٧ الذي أباح تلك الملكية للاجانب . وقد قيل انه ربما كان السبب في عدم نص القانون العثماني صراحة على اكتساب المرأة جنسية زوجها الأجنبي أن الشريعة الاسلامية لا تبيح زواج المسلمات من غير المسلمين فلا تنتقل الجنسية بالزواج الباطل ولكن غاب عن قلوبهم ذلك أن الاجنبي قد يكون مسلماً<sup>(١)</sup> كما غاب عنهم أن المرأة

[١١٠] (١) راجع حكم المحكمة الجزئية المختلطة باسكندرية في ٢٢ مارس ١٩١٣  
جازيت ٣ ص ١١٦



العثمانية قد تكون مسيحية وقد يكون زوجها اجنبياً مسيحياً أو اجنبياً مسلماً . وعلى كل حال فمن المقرر أنه متى كان الزواج صحيحاً فإنه ينقل جنسية الرجل الاجنبى الى زوجته العثمانية بالشرط المتقدم<sup>(٢)</sup> وقد أفتت بذلك دائماً السلطات العثمانية السياسية واتبعت في أعمالها<sup>(٣)</sup>

١١١ — ولم يشر القانون العثماني الى مركز المرأة الاجنبية التي تزوج من عثماني ولذلك اختلفت الانظار في هذه النقطة اختلافاً كبيراً<sup>(١)</sup> وصدرت فيها أحكام متناقضة من المحاكم المختلطة فمضى بعضها بأن المرأة تحتفظ بجنسيتها ولا تصبح عثمانية بالزواج من عثماني<sup>(٢)</sup> وقضت أحكام أخرى بأنها تكتسب الجنسية العثمانية<sup>(٣)</sup> وقد اختلفت القنصليات الاجنبية أيضاً في الحكم في هذه النقطة ويعتمد أصحاب الرأي الاول على عدم النص فيقولون باحتفاظ المرأة بجنسيتها الاصلية ما دام أن القانون العثماني لم يكسبها جنسيتها ولا يصح أن تضع جنسيتها الاصلية ولا نجد من نصوص القانون العثماني ما يمنحها الجنسية العثمانية . وعلى

الاجنبية التي  
تزوج عثمانياً

- (٢) قارن حكمي الاستئناف المختلط في ١٠ مايو ١٩٠٤ مج ت م ١٦ ص ١٥٨  
وفي ٢١ يناير ١٩٠٨ مج ت م ٢٠ ص ٦٧  
(٣) راجع مقالة الاستاذ سالم المحامى في مجلة كلونية ١٥ سنة ١٨٨٨ ص ٤٨١  
وارمانجيون ص ٩٣ — ١٠١ وتستو في المجلة الانتقادية سنة ١٨٩٤ ص ٣٥٨  
[١١١] (١) راجع تقرير المستشار القضائي للحكومة المصرية عن سنة ١٩٠١ ص ٩٦ — ٩٨  
وأرمانجيون ص ١٠١ — ١٠٧ والجازيت ٣ ص ٨٢ — ٨٤  
(٢) س م ١١ ابريل ١٨٩٥ مج ت م ٧ ص ٢١٩ وكذلك ٢٥ يناير ١٩٠١  
وايضاً حكم محكمة مصر المختلطة بصفة استئنافية في ١٨ مايو ١٩١٢ في حق المرأة الفرنسية  
و ١٣ مايو ١٩١٢ في حق المرأة الايطالية ( جازيت ٢ ص ١٦٢ و ١٦٣ )  
(٣) س م ١٠ فبراير ١٩١٠ وهي قضية مدام زهراب ضد الحكومة المصرية  
روى في الجازيت ٢ ص ٨٤ وحكم محكمة اسكندرية المدنية في ١٣ يونيو ١٩١١ جازيت  
١ ص ١٣٢ وقد كان في حق امرأة فرنسية وأخيراً س م ٣٠ ديسمبر ١٩١٤ جازيت ٥  
ص ٥١٠ نمرة ١٢٠ الذي قرر اكتساب الجنسية العثمانية في حق المرأة الاجنبية . وهذا هو  
الرأي الاخير للاستاذ ارمانجيون ص ١٠٦ أما رأيه القديم فوارد في مجلة القانون العام Revue  
de droit public سنة ١٩٠١ ص ٥٣٠ — ٥٣٣

المخصوص يقولون ان القانونين الفرنسى والايطالى ينصان صراحة على أن المرأة لا تفقد جنسيتها الاولى بالزواج الا اذا كان قانون الزوج يمنحها جنسيته ولكن يرد على هذا الرأى بأربع حجج : الاولى القياس على المادة السابعة فاذا كانت هذه تفترض أن المرأة العثمانية تكتسب جنسية زوجها الاجنبى فيجب أيضاً أن تكتسب المرأة الاجنبية جنسية زوجها العثمانى ، الثانية أن الشريعة الاسلامية تقضى بأن الاجنبية التى تزوج من أحد الرعايا غير المسلمين تخضع بزواجها للسلطة الاسلامية ولم يغير قانون ١٨٦٩ من هذه الحال فوجب استمرارها وخضوع المرأة الاجنبية لجنسية زوجها العثمانى ؛ الحجة الثالثة أن المادة ٥٥ من قانون نظام القنصليات العثمانى الصادر بإرادة شاهانية فى نفس السنة تقضى صراحة بذلك حيث تقول « بما أن المرأة الاجنبية التى تزوج من عثمانى تدخل بطبيعة الحال فى الجنسية العثمانية ، فيجب أن تقيد فى القنصليات باعتبارها عثمانية » ؛ الحجة الرابعة تقضى بوجوب اتباع هذا الرأى نظراً لكونه متبعاً فى جميع بلاد العالم الاخرى حتى تكون القاعدة واحدة بالنسبة للجميع ونظراً لما ينجم عنه من الفوائد فى حفظ التضامن بين العائلة الواحدة اذ لو بقيت المرأة على جنسيتها الاجنبية لكان لها بها امتياز على أفراد عائلتها باعتبارها أجنبية وهذا ما لا يصح ولا يليق

١١٢ — وقد حصل شك كبير بخصوص زواج المصريين ( المسلمين )  
 بالانجليزيات هل ينقل اليهن الجنسية العثمانية المصرية ؟ قال المستشار القضائى  
 للحكومة المصرية انه زواج يصح فيه تعدد الزوجات وهو زواج مشكوك فى صحته  
 فى نظر القانون الانجليزى فهل تنتقل به الجنسية ؟ وهذه المشكلة ليست راجعة الى  
 الجنسية بل هى راجعة الى الزواج وصحته ولذلك لا نتكلم عنها الا فى باب الزواج  
 ( بند ٣٧٢ ) فاذا صح الزواج انتقلت الجنسية طبقاً لما قدمنا واذا كان الزواج  
 باطلا فلا تنتقل . ومع ذلك فقد نص قانون الجنسية البريطانية الجديد فى مادة ١٠  
 على أن المرأة البريطانية التى تزوج من أجنبى تصبح أجنبية . ولم يقل تأخذ

زواج المصريين  
 بالانجليزيات

جنسية زوجها والغرض من ذلك هو مراعاة بعض القوانين الأجنبية التي لا تمنح جنسيتها للزوجة فأراد القانون البريطاني أن يخرجها عن الجنسية البريطانية وهي شأنها في الحصول على جنسية زوجها أو عدم حصولها عليها (١)

آثار  
تغيير الجنسية

١١٣ - وتنكلم المادة الثامنة على آثار تغيير الجنسية فتجعلها شخصية مقصورة على من تجنس بجنسية أخرى فلا تنتقل جنسيته الجديدة الى أولاده وليس من اجراءات خاصة ليسهل بها على الأولاد أن يتبعوا مثل والدم فاذا كانوا كبارا صح لهم أن يطلبوا التجنس كما طلبه والدم واذا كانوا صغارا استمروا في جنسيتهم الاصلية وبعد البلوغ يصح لهم ما يصح لكل بالغ

وتتلخص آثار التجنس في أنها تغيير يحصل في الاحوال الشخصية بالنسبة لمن تجنس بجنسية جديدة . وهذا يشمل في الشرق - عدا الحقوق والواجبات الشخصية والعائلية التي يطلق عليها لفظ الحالة الشخصية L'état ( مادة ٤ مدني مختلط بند ٣٥٦ ) وعدا الشروط اللازمة لاستعمال الحقوق المختلفة المسماة « بالاهلية » - يشمل أيضاً الحقوق المدنية والعمومية المختلفة الناشئة عن الامتيازات الأجنبية والتي منها حق التقاضي أمام محاكم بلاده وبمقتضى قوانينها . فاذا تجنس عثمانى بجنسية أجنبية بعد التصريح بذلك من حكومته فيكون له كل الحقوق التي يتمتع بها رعايا الحكومة التي اتخذ جنسيتها ؛ بمقتضى الامتيازات والمعاهدات ( راجع بند ٧٨ فيما يتعلق بالغاء الامتيازات من تركيا )

أما اذا تجنس أجنبي بالجنسية العثمانية فيدخل « الدين » في الامر ويسوى الشخص في المعاملة فيما يتعلق بالاحوال الشخصية ، بالرعايا العثمانيين ذوي الديانة التي هو عليها . ويعتبر تغيير الجنسية غير ذي أثر رجعي أى لا يستند الى أبعد من يوم التجنس وتبقى الحقوق المكتسبة من قبله محفوظة لا تتأثر به ومع ذلك فان في تطبيق هذه النقطة صعوبات جمة فيما يتعلق بقواعد الاختصاص أمام المحاكم

[١١٢] (١) دابسي ص ١٩٧ و ١٩٨ والمفروض في هذا صحة الزواج بالضرورة

في تركيا ومصر حيث تتوقف في أغلب الاحيان معرفة القانون الذي يعمل به على معرفة المحكمة المختصة<sup>(١)</sup> وسوف ترد دراسة هذا الموضوع في الكتاب الرابع

المبحث الثاني : أهمية الجنسية من الوجهة العلمية في مصر

١١٤ — للجنسية أهمية عملية كبرى في مصر اذ يتوقف عليها في كثير من الاحوال معرفة المحكمة المختصة كما يتوقف عليها معرفة القانون الذي يطبق على القضية

فالحاكم الشرعية لا تفصل في قضايا الاجانب ولو كانوا مسلمين وذلك نظراً لعدم امكان تنفيذ أحكامها على الاجانب ؛ كذلك الحاكم الاهلية لا تفصل في قضايا الاجانب وان كان هناك خلاف فيما يتعلق بالاجانب التابعين لدول أجنبية لم توقع على اتفاق الحاكم المختلطة ( المرافعات بند ١٢٥ و ٢٧٧ )

وفيما يتعلق باختصاص الحاكم المختلطة يرجع الى نص المادة التاسعة من لائحة ترتيبها وهي تقول : تختص هذه المحاكم دون غيرها بالفصل في المنازعات المدنية والتجارية بين الوطنيين والاجانب وبين الاجانب مختلفي الجنسية في غير مسائل الاحوال الشخصية وتختص في الدعاوى العينية العقارية بين الوطنيين والاجانب وبين الاجانب متحدى الجنسية أو مختلفيها — والمادة ٦ من القسم الثاني من لائحة الترتيب وهي تنص على ما يأتي : تختص المحاكم المختلطة بمحاكمة الاجانب عن مخالفات البوليس — والمادة ١٣ من القانون المدني المختلط حيث تنص على انه تجوز اقامة الدعوى على كل من رعايا الحكومة بالحاكم المحلية ولو كان العقد حاصل في البلاد الاجنبية ؛ وتنص المادة ١٤ منه على ما يأتي : تكون المحاكم المذكورة مختصة أيضاً بالنظر والحكم في القضايا المقامة على الاجانب الموجودين بالقطار المصرية ؛

[١١٣] (١) راجع أرمانچون ص ١٠٧

أما الاجانب الذين خرجوا من تلك الاقطار فلا تقام الدعاوى عليهم أمام المحاكم المذكورة الا في الاحوال الآتية : أولا اذا كانت متعلقة بتعهدات ناشئة عن أعيان موجودة بالاقطار المصرية سواء كانت منقولة أو ثابتة ، ثانياً اذا كانت متعلقة بتعهدات ناشئة عن عقود حاصلة بالاقطار المذكورة أو واجبة التنفيذ فيها أو عن أعمال وقعت في تلك الاقطار — وفيما يتعلق بالقانون الذى يطبق والذي يختلف باختلاف الجنسية يرجع الى المادة ٤ من القانون المدنى المختلط التى تنص بطريقة غير مباشرة على القانون الذى يعمل به وان كان ظاهرها يتعلق بالاختصاص وحده وهاك نصها : المسائل المتعلقة بالاحوال الشخصية والأهلية للنصرف والمتعلقة بالزواج وبالحقوق الآيلة بالارث أو الوصية والمتعلقة بالوصاية تبقى من خصائص القاضى المنوط بالحكم فى الاحوال الشخصية ؛ ومتى رفعت مسألة من هذا القبيل فى أثناء النظر فى قضية أصلية ورأت المحكمة لزوم الحكم فى تلك المسألة مقدماً وجب عليها تأخير الحكم فى القضية الأصلية وتحديد ميعاد للخصم الذى اقيمت عليه هذه المسألة لاستحصله على حكم نهائى من القاضى المنوط بذلك فان لم تر المحكمة لزوم الحكم فى المسألة المذكورة مقدماً يصرف النظر عنها ويحكم فى الموضوع

كذلك تنص المادة ٧٧ على أن يكون الحكم فى الموارىث على حسب شرائع الأمة التابع لها المتوفى أما حق الارث فى منفعة الاموال الموقوفة أو فى منفعة الاراضى الخراجية فتتبع فيه أحكام الشريعة المحلية *La loi locale*

والمادة ٧٨ تقول : وتراعى فى أهلية الموصى لعمل الوصية وصيغتها الاحكام المقررة لذلك فى شريعة الأمة التابع لها الموصى . أما الأحكام المتعلقة بفسخ الملكية فى الاموال الثابتة وردها لمستحقها بسبب تجاوز الواهب أو الموصى حد النصاب أو عدم ابقائه لورثته القدر المفروض لهم شرعاً أو نحو ذلك فلا تضر بحقوق من انتقلت اليهم ملكية الاموال المذكورة من الموهوب له أو الموصى اليه ولا بحقوق



الدائنين له برهنها اذا كان التمليك أو الرهن حصل اليهم وهم معتقدون صحة ملكيته وتصرفه

والمادة ١٩٠ مدنى مختلط ، حيث تنص على أن الحكم فى الاهلية المقيدة والمطلقة يكون على مقتضى شريعة الامة التابع لها العاقد

والمادة ١٠ من القانون التجارى المختلط ، حيث تقول : يجوز لمن بلغ سنه احدى وعشرين سنة كاملة أن يشتغل بالتجارة واما من بلغ سنه ثمان عشرة سنة فلا يجوز له أن يتجر الا بالشروط المقررة فى قانون أحواله الشخصية إن عده قاصراً واما ان اعتبره راشداً فلا يتجر الا بأذن من محكمة التجارة

والمادة ٤٧ من القانون التجارى المختلط ، حيث تقول : جميع شركات الاسهم التى يحصل تأسيسها بالقطر المصرى يجب أن تكون مصرية وأن يكون مركزها الاصلى بالقطر المصرى

تلك أهمية الجنسية فى القانون المصرى ولذلك كان من الواجب معرفة القواعد التى تثبت بها الجنسية فى مصر والسلطات المختصة بالفصل فيها وهو ما سنراه فى المبحث الآتى<sup>(١)</sup>

### المبحث الثالث : اثبات الجنسية

١١٥ — اثبات الجنسية من المواضيع المحفوفة بالمصاعب . وهو فى تركيا من فى تركيا المسائل الموكولة الى الادارة أو السلطة الادارية ، تتولى الحكم فيها بمفردها أى دون المحاكم القضائية ؛ وهو من اختصاص لجنة خاصة تجلس فى وزارة الخارجية وفى الولايات من اختصاص لجان محلية خاصة ويشمل اختصاص اللجان المذكورة الحكم نهائياً فى جنسية الاشخاص المفروض فيهم أنهم عثمانيون اذا ما ادعوا

[١١٤] (١) ملحوظة هامة : المواد المتقدمة تكاد تكون جميع المواد المهمة المتعلقة بالقانون الدولى الخاص فى مصر ولذلك يجب على الطالب أن يعلقها فى ذهنه ويفهمها فهما جيداً لانها الاساس الذى يشاد عليه أهم ما يتعلق بالقانون الدولى الخاص عندنا من الاحكام

أنهم تابعون لجنسيات أخرى أو تحميمهم دول أخرى<sup>(١)</sup> ويسرى حكم اللجان أمام جميع السلطات والمحاكم في الامبراطورية العثمانية

في مصر

١١٥ — أما في مصر فإن الأمر موكول الى القضاء أى الى المحاكم القضائية تفصل فيه باعتباره مسائل أولية يجب البت فيها قبل الحكم في مواضع الدعاوى المختلفة وهذه الطريقة خير من الطريقة الادارية حيث قد تتحكم الاميال السياسية أو الوسائط والمصالح المادية ومع ذلك فإن للفصل في موضوع الجنسية على حدة ومستقلا عن القضايا المعتادة فائدة كبرى وهى أن يصدر حكم مستقل واحد في الجنسية المتنازع فيها فيعمل به أمام جميع السلطات والمحاكم وفي كل القضايا فتصبح الجنسية مثبتة ومعلومة ولا يصيب الناس ضرر من اختلاف الحكم بحسب المحاكم والقضايا كما سنراه في البنود التالية . وفوق ذلك فانه من المستحسن أن يكون البت في مسائل الجنسية عند ما تكون الجنسية المصرية أو العثمانية احدى الجنسيات المتنازع فيها ، في أرض الدولة المصرية أو العثمانية ، بواسطة السلطات الوطنية العليا التى تتخصص لهذا العمل وتراعى تطبيق القانون بما هو في مصلحة الدولة من الوجهتين السياسية والاجتماعية — ولكنه ليس كذلك في مصر

ويفهم مما ذكرنا أن أمر الجنسية في مصر لا يمكن البت فيه منفصلا عن القضاء في نزاع معين ترفع به الدعوى أمام المحاكم القضائية وهذا نقص في التشريع لأنه قد تختلف الاحكام بحسب اختلاف المحاكم بل وفي القضايا المختلفة التى تنظر أمام محكمة واحدة في أوقات مختلفة لان مسألة الجنسية تنظر في كل قضية يرفع النزاع بخصوصها فينتج عن ذلك احتمال صدور احكام متناقضة في مسألة اساسية في منتهى الاهمية وهى مسألة « الحالة الشخصية » للانسان وبالعكس ما اذا كانت هناك سلطة ادارية مختصة بالفصل في هذا الموضوع باعتباره مستقلا بنفسه فان حكمها يكون واجب الاتباع في كل الاحوال وينتج عنه الطمأنينة عند الجميع. واذا

[١١٥] (١) راجع الفرق بين الحماية والجنسية في بند ٢٠٣ ،،

خشى الشارع ان يكل الامر الى السلطة الادارية فيمكنه ان يكلفه بنص خاص واجراءات خاصة الى المحاكم القضائية التي يختارها لذلك وينص على أن حكمها يكون واجب الاحترام في كل الاحوال وأمام جميع السلطات العاملة في القطر ومسائل اثبات الجنسية قد تعرض في مصر امام أية محكمة من المحاكم المتنوعة الموكل اليها الحكم في مختلف القضايا، ومن هذه المحاكم ما يحكم في تلك المسائل ومنها ما لا يستطيع الحكم فيها فيلتجىء الى وزارة الحقانية لتجيبه عن السؤال الذي يطرحه عليها، وتلتجىء هي الاخرى الى وزارة الخارجية وهذه تلتجىء الى الابحاث الادارية والقنصلية قبل أن تكون رأيها

فالمحاكم المختلطة والمحاكم الاهلية تقضى في مسائل الجنسية تبعاً للقضاء فيما يدخل في اختصاصها متى توقف الحكم على معرفة الجنسية. أما المحاكم الشرعية فاتها تلتجىء في اشكالات الجنسية الى وزارة الحقانية كما تقدم والمحاكم القنصلية والمختلطة والاهلية تفصل في مسائل الجنسية ويظهر أن البطاركخانات تتبع أيضاً طريق وزارة الحقانية أو طريق وزارة الداخلية

في المحاكم  
المختلطة

١١٦ - اثبات الجنسية امام المحاكم المختلطة : جرى العمل على تصديق المتقاضين مبدئياً فيما يتخذون لانفسهم أو فيما يصفهم به خصوصهم من الجنسيات أمام القضاء ما دام النزاع لم يرفع من أحد الخصوم بخصوص جنسيته أو جنسية خصمه . فالجنسية الظاهرة المنتحلة أو المنسوبة الى الشخص تعتبر الجنسية الحقيقية بالنسبة للقضية المطروحة أمام المحكمة الا أن يقوم النزاع بخصوصها وينبنى على هذا الاعتبار أن قد تفصل المحكمة في قضية لم تكن مختصة بالحكم فيها اذا ما كانت الجنسية الظاهرة مخالفة للجنسية الحقيقية ؛ والمحاكم لا تنهم غالباً بالحقيقة لانه اذا كان ذلك واجباً عليها فاتها تضطر الى تحقيقات طويلة في كل قضية وتعطل مصالح العباد باثبات الجنسيات مقدماً من قبل الفصل في القضايا . ولذلك لا يلتفت الى اثبات الجنسية الا حين يرفع النزاع بخصوصها وحينئذ يجب الاثبات على من

تكون له مصلحة في اثبات جنسية معينة لنفسه أو لخصمه . فإذا دفع المدعى عليه بعدم الاختصاص لكونه على جنسية غير التي وصفه بها المدعى ، أو لكون المدعى من جنسية المدعى عليه فيجب الإثبات على المدعى لأن دعواه لا تنظر أمام المحاكم المختلطة إلا عند اختلاف الجنسية فيجب عليه إثبات اختلاف الجنسية متى قام النزاع بخصوص ذلك<sup>(١)</sup>

وقد حكم تطبيقاً لهذا المبدأ ، ولأن المحاكم المختلطة لا تختص على العموم بالنسبة للاهالي إلا إذا كان الخصم أجنبياً ، بأن الأصل أنه يجب على المصرى الذى رفع الدعوى أمامها أن يثبت أن خصمه أجنبى<sup>(٢)</sup> ومع ذلك فإن هذا الأصل لا يعمل به إذا ما قرر الخصم فى العقد الذى حرر لمصلحة المصرى ورفع بشأنه النزاع الى القضاء ، بأنه ذو جنسية أجنبية ، فهذا الاقرار يعكس الآية وينقل عبء الإثبات الى عاتق الخصم الذى يجب عليه حينئذ ، ليخرج من اختصاص المحاكم المختلطة ، أن يثبت أنه من رعايا الحكومة المحلية<sup>(٣)</sup>

ومن البديهي أنه لا يكلف الخصم بالإثبات كلما حاول خصمه انكار الجنسية المنسوبة اليه أو الى خصمه وذلك لأنه لا بد من قيام النزاع حقيقة على الجنسية ولا يقوم النزاع ولا تعتبر الاحالة على التحقيق واجبة إلا إذا جاء المعارض بأوجه أولية يؤيد بها ما يدعيه ، فتلقى تلك الأوجه الشك فى ذهن القاضى وتوجب عليه الاحالة على التحقيق ليثبت الخصم عكس ما يدعيه خصمه فإذا لم يبد المعارض أى وجه يشكك به القاضى فإنه لا يلتفت الى الاعتراض ولا يضطر الى الاحالة على التحقيق لإثبات الجنسية المعارض عليها<sup>(٤)</sup> بل يعتبر الجنسية الظاهرة هى

[١١٦] (١) س م ١٧ مايو ١٨٧٦ مج ر م ١ ص ٧٦ حيث قضى بأنه إذا أنكر المدعى عليه اختلاف الجنسية فيجب على المدعى الإثبات لأن قبول قضيته يتوقف على إثبات ذلك

(٢) س م ٥ نوفمبر ١٩١٩ جازيت ١٠ ص ٢٤ نمرة ٢٧

(٣) الحكم السابق

(٤) س م ١٣ يونيه ١٨٧٨ مج ر م ٣ ص ٢٨٩ وراجع فى شروط الاحالة على التحقيق كتابنا فى المرافعات بند ٨٢٢

الجنسية الحقيقية ما دام أنه لم يوجد من الوجوه ما يدعو الى مخالفة الظاهر أو اجازة اثبات مخالفته

اغفال المادة  
التاسعة

وهنا يصح الاعتراض على المحاكم المختلطة بأنها لا تقيم وزناً لنص المادة التاسعة من القانون العثماني التي تقضى باعتبار كل شخص مقيم في الديار العثمانية أنه عثماني ومعاملته كذلك الى أن يثبت أنه أجنبي وكان يجب على المحاكم المختلطة معاملة كل شخص ينازع في جنسيته أنه من رعايا الحكومة المحلية الى أن يثبت العكس ؛ ومع ذلك فهي لم تلتفت الى نص المادة التاسعة المذكورة نظراً لاعتبارات عملية هامة وهي المساواة النامة بين الاجانب والعثمانيين في الديار العثمانية فيما يتعلق باثبات الجنسية وتقليل شأن سلطة الدولة العثمانية على السكان الموجودين في الديار العثمانية وهذا يكاد يكون طبيعياً من محاكم تشكل من أغلبية أجنبية في بلاد شرقية يراد استمرار الامتيازات الاجنبية فيها أبداً الدهر وتنميتها كلما فرطت الحكومة المحلية في حقوقها ولم تتمسك بكامل سلطتها فوق أرضها (قارن بند ١٥٨) — هذا وقد اعتبرت المحاكم المختلطة أن الحالة الظاهرة في مادة الجنسية *La possession d'état en matière de nationalité* هي حالة يجب احترامها متى كانت غير متنازع فيها حتى ولو شطبت من سجلات إحدى القنصليات أسماء عائلة من العائلات التي كانت مسجلة بها ، وقررت المحاكم ان هذا الشطب لا يعتبر ذا اثر رجعي ولا يعمل به الا من يومه <sup>(٥)</sup> وعلى الخصوص بعد الوفاة يجب احترام الجنسية التي كان يتمتع بها الميت بدون نزاع ، وعدم قبول اثبات ما يخالفها من اجل الحصول على جزء في تركة الميت <sup>(٦)</sup>

(٥) راجع س م ٥ فبراير ١٩١٨ جازيت ٨ ص ٧٩ نمرة ١٩٣

(٦) راجع حكم اسكندرية المدنية المختلطة في ١٦ يونيه ١٩٢٣ جازيت ١٣ ص ٢٠٠

نمرة ٣٣٨ وقد استند على أحكام عديدة من الاستئناف وفسر المراد منها وقد بنى الطعن في جنسية الميت على كونه لم يحصل على تصريح سابق من الحكومة العثمانية ولكن المحكمة قررت عدم امكان البحث في ذلك لانه عاش طول حياته بدون أن ينازعه في جنسيته الاسبانية



١١٧ - كيفية الاثبات والحكم في الجنسية : لا شك أن خير الطرق العملية لاثبات الجنسية أو لنفيها هو استخراج الشهادات المثبتة أو النافية لها من القنصليات الأجنبية في مصر أو من السلطة المحلية أى وزارة الخارجية المصرية لذلك رأينا المحاكم تأخذ بتلك الشهادات وتعتبرها مقررّة للحقيقة وتكتفى بها عن وجوب اثبات الوقائع المتعددة التي قد يقتضيها اثبات جنسية معينة أو نفي تلك الجنسية فالشهادات يعمل بها وتعتبر اثباتاً كافياً<sup>(١)</sup> اللهم الا اذا كان هناك شهادتان متناقضتان صادرتان من قنصلية واحدة فلا يعمل باحدهما دفعاً للتناقض<sup>(٢)</sup> أو كانت الشهادة مقدمة من قنصلية أجنبية لمصلحة شخص كان من رعايا الحكومة المحلية فلا تكفى الشهادة حتى يثبت أنه حصل على تصريح من الحكومة العثمانية أو المصرية لتغيير جنسيته طبقاً للقانون العثماني<sup>(٣)</sup>

أما اذا قدم الخصوم شهادتين أو أكثر من قنصليتين مختلفتين أو أكثر أو من السلطة المحلية وكان بعضها مخالفاً لما جاء في البعض الآخر وكان كل منها مؤكداً تبعية الشخص للقنصلية أو السلطة التي صدرت منها الشهادة فإن الحالة تصبح دقيقة جداً وقد تغير قضاء المحاكم المختلطة في هذه النقطة تغيراً لمصلحة

أى منازع بل الحكومة نفسها اعتبرته دائماً أجنبياً وقد كان حاصلًا على الحماية الاسبانيولية قبل قانون ١٨٦٣ ( بند ٢٠٩ و ٢١٠ ) فاحترمت المحكمة حالته لان الخصوم يريدون الحصول على الميراث باثبات كونه رعية . ومع ذلك ففي قضية أخرى كان ثابتاً أن الشخص من أصحاب الحماية المؤقتة مع بقاءه عثمانياً ونص في فرمان الذى عينه قنصلاً في مصر على زوال حمايته بزوال وظيفته ( بند ٢١١ ) وكان ثابتاً أيضاً حصوله على الجنسية البرتغالية ولكن لم يثبت أنه حصل على تصريح بتغيير الجنسية فلم تقبل المحكمة فكرة احترام الحالة الظاهرة نظراً لكونها منقوضة بفرمان الحماية ولكون الشخص لم يكن معتبراً أجنبياً ولا هو قد سلك دائماً سلوك ( الاجانب المنصورة ٧ يونيه ١٩٢٣ جازيت ١٣ ص ٢٠١ نمرة ٣٣٩ )

[١١٧] (١) س م ١١ يونيه ١٨٩٠ مج ت م ٢ ص ١٨٠ وس م ٢٦ مارس ١٨٩٦ مج ت م ٨ ص ١٨٠

(٢) س م ١٢ مارس ١٩١٨ جازيت ٨ ص ٩٧ نمرة ١٩٢

(٣) راجع بند ١٠٩ وس م ٢٩ يناير ١٨٩٦ مج ت م ٨ ص ١٠٠ وبحكمة مصر

الجزئية المختلطة في ٢٦ يونيه ١٩١٣ جازيت ٣ ص ١٩٦ نمرة ٤٢٧

الخصوم ولمصلحة العدالة فقد كانت المحاكم في أول الامر تعتبر أن هناك نزاعاً سياسياً *Conflit diplomatique* على الجنسية المختلف عليها منشأه ادعاء كل من حكومتين أو أكثر بأن الشخص تابع الى جنسيتها وان هذا النزاع لا يزول الا باتفاق الحكومات المختلفة ولذلك كانت المحاكم توقف النظر في القضية وتكلف الخصوم بالسعى لدى الحكومات المختصة حتى تتفق على الجنسية المتنازع فيها وقد صدرت أحكام عديدة بهذا المعنى<sup>(٤)</sup>

١١٨ - ثم تبين بعد ذلك للمحاكم أنه من المحتمل جداً عدم امكان اتفاق الحكومات المختلفة على الجنسية المتنازع فيها وان السكوت على هذه الحالة يكاد يعتبر، في حكم العدالة، سكوتاً عن الحق اذا ما استمر النزاع واستمرت القضية موقوفة معه لذلك بدا للمحاكم أن تفصل هي بنفسها في موضوع النزاع فتقرر جنسية الخصم لتحكم بعد ذلك في موضوع الدعوى أو في اختصاصها بها ومع ذلك فهي لا تعتبر حكمها في نقطة الجنسية حكماً فاصلاً بصفة نهائية ومطلقة وانما تقرر أن حكمها في مسألة الجنسية ليس الا تمهيداً ضرورياً للفصل في الموضوع المطروح أمامها فقط ولا يكون له حجة الشيء المحكوم فيه نهائياً لا بالنسبة لغير الخصوم ولا بالنسبة للخصوم أنفسهم في قضية أخرى وقد بذت المحاكم حكمها هذا على أنه ليس من نص قانوني يمنع المحاكم المختلطة في المواد المدنية من أن تفصل في أمر اختصاصها حتى لو تعلق ذلك بجنسية الخصوم في القضية . فاذا ما رفعت اليها قضية خاصة بحقوق الافراد فلا تستطيع أن تمتنع عن البحث، بصفة تبعية أو قبل الدخول في الموضوع، في مسألة جنسية متنازع فيها ولا تجبر على الانتظار حتى تحل تلك المسألة بالطرق السياسية لأنه من المحتمل جداً أنها

(٤) مثلاً س م ٢٥ ابريل ١٨٩٥ مج ت م ٧ ص ٢٣٥ و س م ٢٠ يناير ١٨٩٨

مج ت م ١٠ ص ١٠٥

لا تحل وتكون المحاكم قد سكنت عن الحق فلم تحكم به ؛ وظاهر أن المحاكم بفصلها في مسألة الجنسية هذه لا تتعرض مطلقاً لحل نزاع سياسى أو للفصل فيه ولكنها تقتصر على الحكم في أمر اختصاصها من عدمه في القضية المطروحة أمامها والحكم في الاختصاص هو وحده الذى يجوز قوة الشيء المحكوم فيه نهائياً<sup>(١)</sup>

١١٩ — ولقد ذهب بعض الاحكام الى اعتبار الجنسية من مسائل الاحوال الشخصية الممنوع نظرها أمام المحاكم المختلطة طبقاً للمادة ٤ مدنى مختلط<sup>(١)</sup> ولكن هذا رأى لم يتبع وقد حكمت بعكسه المحاكم المذكورة حيث قررت أنها ليست مكلفة بالايقاف الا اذا تراءى لها ضرورة طلب البت مقدماً في مسألة من مسائل الاحوال الشخصية الواردة في المادة ٤ المذكورة وهى مسائل تتعلق كلها بالحقوق الخاصة . أما النزاع على الجنسية فهو خارج عن حكم المادة الرابعة اذ هذه تفرض أن مسألة الجنسية خالية عن النزاع أو مفروغ منها مقدماً<sup>(٢)</sup>

هل الجنسية  
من الاحوال  
الشخصية ؟

١٢٠ — فمسائل الجنسية ليست اذاً من مسائل الاحوال الشخصية التى يجب فيها الايقاف والحكم من محكمة الاحوال الشخصية طبقاً للمادة ٤ المذكورة

الجنسية  
والاحوال  
الشخصية

[١١٨] (١) س م ١٧ ديسمبر ١٩٠٢ مج ت م ١٥ ص ٦٨ — كذلك قد حكم بأنه في حالة حصول الايقاف ريثما يفصل في جنسية متنازع فيها بين الحكومة المصرية وحكومة أجنبية وعدم الوصول الى حل النزاع المذكور وعدم وجود ما يحمل على الاعتقاد بجواز الوصول الى حل ، فان المحاكم المختلطة ترى نفسها مضطرة للفصل في مسألة الجنسية من وجهة اختصاصها وحده وضمن حدود القضية الميئة المطروحة أمامها . س م ٢٠ يناير ١٩٠٣ مج ت م ١٥ ص ١٠٢ وشرحه س م ٢٨ يناير ١٩٠٣ مج ت م ١٥ ص ١١٥ و س م ٢٧ مايو ١٩٠٨ مج ت م ٢٠ ص ٢٥٩

[١١٩] (١) س م ٧ ديسمبر ١٨٧٦ مج ر م ٢ ص ٣٩ ويرى قاليرى ( س ٣٠٦ ) هذا رأى حيث يقول ان الجنسية هى من مسائل الاحوال الشخصية question d'état ويستشهد بجارسونيه في الموضوع ( ٢ § ٤٤٥ طبعة ثانية ) ولكن من يرجع الى احصاء جارسونيه يجده خالياً عن ذكر الجنسية بين مسائل الاحوال الشخصية وراجع ايضاً في تنفيذ الفكرة ، أرمانجون ص ١٥٢

(٢) س م ٢٨ يناير ١٩٠٣ مج ت م ١٥ ص ١١٥

ومع ذلك فإذا عرضت مسألة من مسائل الاحوال الشخصية أمام المحاكم المختلطة ورأت هذه وجوب الايقاف حتى يبت فيها من السلطة الشخصية المختصة فانه يكون من اختصاص هذه السلطة الشخصية ( قنصلية أو محكمة شرعية مثلاً ) أن تفصل في المسألة الشخصية ويكون لها تبعاً لذلك أن تفصل في مسألة الجنسية توطئة للحكم في الموضوع الاصلى وهو المسألة الشخصية المسلم باختصاصها فيها وهذا ما حصل في قضية عبد الحليم الكابلي الوارد أمرها في بند ١٢٣

١٢١ - على أن المحاكم المختلطة ليست ملزمة بالايقاف في مسائل الجنسية حتى ولو عرض أحد الخصوم أن يرفع أمرها الى قاضي الاحوال الشخصية ولا هي ملزمة باحترام حكمه في هذه النقطة لأن القاضي المذكور لا يختص بالنظر في الجنسية الا بصفة فرعية توطئة للحكم فيما هو من اختصاصه . لذلك قررت محكمة الاستئناف المختلطة تطبيقاً لهذا المبدأ وللبادئ المتقدمة أن قاضي الامور المستعجلة يختص كما يختص قاضي الموضوع تماماً ، بنظر مسألة الجنسية لا يحكم فيها بصفة مطلقة ولكن ليفصل فيها فقط من وجهة اختصاصه في القضية المطروحة أمامه ولا يؤثر القرار الذي يتخذه في نقطة الجنسية الا من حيث اختصاصه في القضية المذكورة دون غيرها ، وذهبت الى أن اتفاق الحكومة المصرية مع حكومة أجنبية في الحكم سياسياً على جنسية شخص من رعايا الحكومة المحلية وان كان يعتبر قرينة قوية جداً على صحة هذه الجنسية الا أنه لا يعفى المحاكم المختلطة من البحث في هذه النقطة<sup>(١)</sup> وأن عزم أحد الخصوم على رفع النزاع المتعلق بالجنسية الى محكمة أجنبية من محاكم الاحوال الشخصية أو رفعه بالفعل اليها لا يصح سبباً لايقاف القضية أمام المحاكم المختلطة وذلك لأن القرار الذي تصدره المحكمة الاجنبية لا يمكن أن يلزم المحاكم المذكورة بالعدول عن الفصل فيما هو من اختصاصها<sup>(٢)</sup>

عدم لزوم  
الايقاف الآن

[١٢١] (١) خشية ان يقع مثل ما حصل في قضية الكابلي ، بند ١٢٣

(٢) س م ٢٥ فبراير ١٩١٤ جازيت ٤ ص ٨٦ نمرة ٢١٣



قضية خاصة

١٢٢ - كذلك قررت المحاكم المختلطة أن مجرد اقرار الحكومة المصرية بأن تركة من التركات تعتبر فارسية Persane لا يكفي من أجل الحصول من المحاكم المختلطة على تنفيذ الاوامر الادارية القنصلية فيما يتعلق بالتركة اذا كانت الاموال في أيدي مصريين أو أجانب آخرين منازعين في جنسية التركة وقد حكمت المحاكم المختلطة بتعيين حارس قضائي في هذه الحالة بعد ان قررت عدم اختصاصها في تقدير ما اذا كانت الحكومة محقة أو غير محقة في الامتناع عن المساعدة لتنفيذ أمر قنصلي صادر بخصوص الاستيلاء على التركة اذا كان واضعوا اليد من الاهالي أو الاجانب . وفي الحكم بحث في اختصاص القنصليات في التركات وفي المعاهدة التي أمضيت في ديسمبر سنة ١٨٧٥ وحصلت بها دولة الفرس على الامتيازات في الدولة العثمانية (١)

قضية الكابلي

١٢٣ - هذا ومن القضايا المهمة التي أدى الاعتماد على الشهادات وحدها فيها الى نتائج وخيمة العاقبة قضية متعلقة بتركة شخص يدعى عبد الكريم الكابلي توفي سنة ١٨٨٩ وترك وصية مؤرخة في سنة ١٨٧٣ يوصي بها لولد وبنت له (درويش عبد الكريم ولطيفه) بثروته الطائلة وظهر بعد ذلك بقليل شخصان يدعيان الاستحقاق في تركته وهما امونه وأرملته وآخر يدعى عبد الحليم الكابلي ابنه من زوجة مطلقة تدعى زينب الخضرى ولدته بعد الوصية وأنكر أفراد هذه العائلة بنوته وكلهم من رعايا دولة بريطانيا . عمدت زينب أم عبد الحليم والوصية عليه الى حيلة تجعل النزاع من اختصاص المحاكم المختلطة فتنازلت في سنة ١٨٩٣ الى شخص اسمه زينوب جرمير من غير رعايا بريطانيا عن بعض حقوق ولدها في التركة فرفع هذا الشخص دعوى الى المحاكم المختلطة ضد بعض من آلت التركة اليهم فأصدرت محكمة مصر في مايو سنة ١٨٩٤ حكماً تأيد في الاستئناف بايقاف النظر في الدعوى الى أن يعين قاضي الاحوال الشخصية من ينحصر الارث فيهم . بعد ذلك رفعت

[١٢٢] (١) راجع س م ١٠ مارس ١٩١٨ جازيت ٨ ص ٢٦٧ نمرة ٣٣٩



زينب امام المحكمة القنصلية البريطانية دعوى طلبت فيها الحكم بأن ولدها ابن شرعى للمتوفى وببطلان الوصية طبقاً للاعلام الشرعى الصادر فى ٢٢ أغسطس سنة ١٨٩٢ من محكمة مصر الشرعية الكبرى ثم نحرر عقد صلح فى ٢٨ ديسمبر ١٨٩٧ وتصدق عليه من المحكمة العليا للقنصلية البريطانية بالامتانة رضى فيه زينب بصفتها وصية على ولدها عبد الحليم كما رضىت أمونه أرملة المتوفى بالتنازل عن دعواهما على شروط معاوية . فى سنة ١٨٩٨ رفع جرمير من جديد دعوى امام محكمة مصر المختلطة لأنه لم يكن داخلاً فى عقد الصلح ولو أنه علم به فرفضت فاستأنف الحكم فحكمت محكمة الاستئناف بتكليفه باثبات استحقاقه امام محكمة القنصلية البريطانية فرفضت هذه المحكمة دعواه لأنها اعتبرته ملزماً بعقد الصلح بسبب علمه به فرفضت محكمة الاستئناف الدعوى التى كانت مرفوعة امامها

دخلت المسألة بعد ذلك فى طور جديد بتقديم عبد الحليم طلباً لادراجيه فى سجل الرعايا البريطانيين الموجود بالقنصلية وانتهى الأمر بقبول هذا الطلب فبعث وزير خارجية إنجلترا الى اللورد كرومر كتاباً فى ٣١ ديسمبر سنة ١٩٠٤ يأذن فيه بادراج اسمه فى السجل وتحصل عبد الحليم من القنصلية فى سنة ١٩٠٧ أى بعد قيد اسمه فى السجل بثلاث سنين على صورة من خطاب وزارة الخارجية المعترف فيه برعويته لدولة بريطانيا وبينوته الشرعية لعبد الكريم الكايلى من زوجته زينب . فحكمت اخيراً محكمة الاستئناف المختلطة فى ٤ يناير ١٩١١ باستحقاق عبد الحليم الحصة فى تركة عبد الكريم الكايلى اسوة بباقي الورثة لأنه يؤخذ من كتاب وزارة الخارجية انه ولد شرعى له ، وعليه امرت محكمة الاستئناف بتقويم اعيان التركة من ثابت ومنقول وبتقديم الحساب ؛ على اثر صدور هذا القرار اسرع باقى الورثة برفع الامر الى المحكمة القنصلية البريطانية وطلبوا منها الحكم بعدم استحقاق عبد الحليم فى التركة وبمنعه من المطالبة بشيء لا مباشرة ولا بواسطة أى محكمة . فقضت المحكمة القنصلية فى ٣٠ ديسمبر ١٩١١ بعدم

استحقاق عبد الحليم في تركة الموصى وحفظت للمدعين الحق في استصدار أمر المنع اذا كانت تصرفات المدعى عليه تستدعى ذلك فيما بعد . وقد جاء في الحكم القنصلي استنكار للخطة التي اتبعها المحاكم المختلطة باعتمادها على رأى وزير خارجية إنجلترا واعتباره تصرفاً ذا قيمة كأنه صادر من سلطة قضائية حيث قالت بأنه « قرار صادر من أعلى سلطة » ووصفته بأن « في عبارته من الصراحة ما لا يصح للمحكمة معه البحث فيما بنى عليه من الاسانيد نظراً لمركز السلطة التي أصدرته » مع أنه من الوجهة القانونية ليس له قيمة مطلقاً فان ادراج شخص في سجل الرعايا البريطانيين يحصل بناء على طلب من صاحب الشأن مقرون بأدلة يؤخذ من البحث السطحي فيها أن الطالب محق في طلبه وليس لهذا الادراج تأثير في حقوق صاحبه قبل الغير كما انه لا قوة لرأى وزير الخارجية وأوامره في الفصل في مثل هذه المسائل ولا يمكن أن يكون ذلك واذا عرض من المسائل ما يتعلق بالنسب أو بالارث فانما يكون الفصل فيه بالطريق القضائي بقضية تحكم فيها محاكم جلالة ملك الانجليز التي انشئت بمقتضى قانون المحاكم القنصلية البريطانية بالملك العثمانية<sup>(١)</sup> طرح النزاع ثانية أمام المحاكم المختلطة في سنة ١٩١٢ فانه بعد أن قدم الحساب الذى امرت به هذه المحاكم في سنة ١٩٠٩ طلب المدعى الحكم على باقى الورثة بأن يدفعوا قسطاً من نصيب عبد الحليم وقدره ثلاثون الف جنيه مستنداً في ذلك على الحساب المقدم فأصبحت محكمة الاستئناف المختلطة حينذاك في مأزق لأنها لم تستطع غض النظر عن الحكم الاخير الصادر من المحكمة القنصلية والقاضى بعدم استحقاق عبد الحليم في تركة المتوفى . ومن جهة ثانية كان الحكم الذى أصدرته المحكمة المختلطة في سنة ١٩٠٩ مناقضاً لحكم القنصلية كل التناقض . ولو أنها اعترفت بأنها أخطأت في تقدير قيمة الكتاب الوارد من وزارة الخارجية فان

[١٢٣] (١) راجع باقى تعليق المحكمة القنصلية واحتجاجها على المحاكم المختلطة بشأن الفصل في

مسألة الاحوال الشخصية ، في تقرير المستشار القضائي عن سنة ١٩١١ ص ١٩ — ٢١

ما قرره في حكمها أصبح حائزاً لقوة الاحكام النهائية ولا سبيل لفتح باب المناقشة فيه من جديد ومع ذلك فانها توصلت الى استنباط حل للمشكلة دل على حذقها فأخذت بحكم القنصلية من دون أن تمس كرامة المحاكم المختلطة وذلك بأن قضت برفض طلب المدعى بناء على ان حكمها السابق قرر استحقاق عبد الحليم لنصيب في التركة فقط بدون ان يعين مقدار ذلك النصيب ولا يمكن تنفيذ ذلك الحكم الا بعد معرفة قيمة ذلك النصيب من طريق المحكمة القنصلية وبناءً على أن ذلك الحكم استثنى صراحة مسألة مقدار النصيب وهو ما يجعل هذه المسألة غير مقضى فيها نهائياً وعلى ان المحكمة القنصلية حكمت بعد ذلك بعدم استحقاق عبد الحليم لشيء ما في التركة فلم يبق محل لما أمرت به المحكمة المختلطة في حكمها السابق<sup>(٢)</sup>

وسبب هذا الخلاف وذلك المأزق هو الاعتماد على شهادة الجنسية واعتبار ما فيها صحيحاً من الوجهة القضائية وهو ما تبين عدم صحته

١٢٤ — ويلاحظ أخيراً أن الحكومة المصرية قد تعاهدت مع الحكومة اليونانية في سنتي ١٨٩٠ و ١٩٠٣ على انشاء لجنة خاصة Commission spéciale de l'Indigénat للبت في جنسية الرعايا العثمانيين الذين كانوا من أصل يوناني وهي لجنة ادارية ومع ذلك فقد حكمت المحاكم المختلطة بأن قراراتها تعتبر نهائية ولا ينزع فيها لاي سبب من الاسباب<sup>(١)</sup> كذلك يجب عدم اغفال المعاهدة الجديدة التي أمضتها الحكومتان المذكورتان ونشرت في الوقائع الرسمية عدد ١٧ أكتوبر ١٩١٨ في النسخة الفرنسية فقط<sup>(٢)</sup>

(٢) راجع تقرير المستشار القضائي عن سنة ١٩١٢ ص ١٥ و ١٦

[١٢٤] (١) س م ٩ أبريل ١٩١٨ جازيت ٨ ص ٢٦٨ نمرة ٣٤١

(٢) راجع تطبيق هذه المعاهدة في الحكم الصادر من الاستئناف المختلط في ١٥ مايو ١٩١٩ جازيت ٩ ص ١٥٧ نمرة ٢٦٨ والمعاهدة خاصة باعتراف الحكومة المصرية بالرعية اليونانية لمن كان أصلهم من البلاد اليونانية التي انضمت حديثاً لليونان وبشرط تقييد

في المحاكم الاهلية ١٢٥ — اثبات الجنسية امام المحاكم الاهلية: من المبادئ المقررة امام هذه

المحاكم أنه اذا أراد مصري أو عثماني أن يعامل معاملة الاجانب من حيث اختصاص المحاكم الاهلية فلا يكفي في ذلك أن يبرز شهادة قنصلية أو أية ورقة أخرى تذكر فيها القنصلية انه يتمتع بالحماية الاجنبية او انه ذو جنسية اجنبية بل يجب عليه ان يثبت ان الحكومة المصرية أو العثمانية قد وافقت على تغيير جنسية او بالاقل قد اعتبرته غير خاضع لاختصاص المحاكم الاهلية (١)

قضية

أنطونيو مآجري

من القضايا المهمة التي تظهر حدود اختصاص المحاكم الاهلية في المسائل الجنائية قضية النيابة العمومية ضد أنطونيو مآجري البريطاني الجنسية ومالطي الاصل ارتكب سرقة مع آخرين وحكمت عليه محكمة المنشية الجزئية باسكندرية بالحبس ثلاث سنين فاستأنف وتمسك بعدم الاختصاص نظراً لكونه أجنبياً ولكن تبين للمحكمة ان النزاع في الاختصاص لم يقم الا من المتهم نفسه ولم تتعرض القنصلية البريطانية الى المطالبة بالتهم او المنازعة في تبعيته بل تبين ايضاً انها نزعتم حمايتها عنه منذ بضع سنين وتخلت تماماً عن سلطتها عليه وسلمته للحكومة من قبل ذلك لتسرى عليه أحكامها بعد ان شطبت اسمه من سجل الرعايا البريطانيين . فحكمت المحكمة باختصاصها بالحكم عليه وبنت حكمها على الحثيات الآتية « حيث من المبادئ العمومية التي قررها علماء القانون في كل البلاد وافقت المحاكم على العمل بها أن السلطة القضائية في المواد الجنائية التي هي جزء من السلطان الخاص بدولة من الدول تمتد على كافة انحاء الدولة كأنها لازمة بأرض الدولة اي ان احكامها تسرى وجوباً على جميع الاشخاص القاطنين فيها بدون فرق بين الوطني والاجنبي . وبناء على هذا المبدأ تكون كافة الوقائع

أسماهم في القنصليات اليونانية في المواعيد المقررة بمعاملة أثينا الموقع عليها في ١٤ / ١ نوفمبر ١٩٨٣ وفيها بيانات أخرى

[١٢٥] (١) س ١٣ ابريل ١٩٥٥ مج ٦ ص ١٩٢ وس ١٦ فبراير ١٩٥٧ حقوق ٢٣ ص ٢٥١ ومحكمة الجنح ببابدين في ٤ أغسطس ١٩٥٨ حقوق ٢٣ ص ٢٤٩



الجنائية التي تحدث في أرض دولة من الدول خاضعة وجوباً لأحكام تلك الدولة؛  
وحيث مع ذلك فإن لهذا المبدأ استثناء فيما يتعلق بالامتيازات الأجنبية التي  
يتحصل عليها الأجانب بمقتضى معاهدات . . . . . وحيث أنه لا يؤخذ من وجود  
الامتيازات أن السلطة القضائية المحلية أصبحت لا تأثير لها بالكلية على الأجانب  
بل أنه من الثابت المعقول أن تلك السلطة ما زالت ولا تزال هي القاعدة وإن  
السلطة القنصلية هي الاستثناء . . . . . وحيث أنه فضلاً عن عدم مطالبة القنصلية  
البريطانية بالمتهم قد تبين أنها نزعته حمايتها عنه . . . . . وحيث أنه ليس من  
شؤون المحاكم البحث فيما إذا كان يحق لقنصلية دولة من الدول أن تنزع حمايتها  
عن أحد رعاياها فإن من البديهي أن تلك المسألة تتعلق بقوانين الدولة التابعة لها  
القنصلية ولا شأن للمحاكم إلا أن تتأكد من صدور حكم القنصلية القاضي بنزع  
حمايتها وما يليها من الامتيازات عن الخصم الذي يتمسك بها . . . . . وحيث أنه قد  
ثبت لدى المحكمة بأجلى بيان مما تقدم أنه وإن كان المتهم تابعاً في الأصل لدولة  
أجنبية إلا أنه نظراً لثبوت حرمانه من حماية تلك الدولة يجب معاملته بالأحكام  
المحلية ( الإقليمية ) التي يسقط تحت حكمها بناء على قاعدة السلطة القضائية المحلية  
( الإقليمية ) التي سبق إيضاحها في الحثيات المتقدمة فيتعين إذاً الحكم باختصاص  
المحكمة « (١)

وهذا الحكم مبنى من حيث اثبات الجنسية والحكم فيها على المبادئ التي  
كانت مقررة في ذلك الوقت في المحاكم المختلطة وهي أنه إذا حصل نزاع في  
الجنسية بين حكومتين فإنه يفض بالطريق السياسى دون القضاء وهذه نظرية  
أقلعت عنها المحاكم وثبت خطأها؛ ولكن حكم محكمة الاستئناف الأهلية سديد  
في الموضوع من حيث اختصاصها بمحاكمة المتهم الذى لا تطلبه قنصليته ولقد انتقد

[١٢٥] (١) س ٢٧ فبراير ١٩٠٠ مج ٢ س ٤٣



المسيو ارمانجون هذا الحكم انتقاداً مرّاً في كتابه « الاجانب وأصحاب الحماية » ( ص ١٥٠ وص ١٥٦ ) مستنكراً أن يخضع الاجانب للمحاكم الأهلية التي تدعى لنفسها سلطة المحاكم العامة في القطر المصري وتدعى أن قانونها يسرى على الجميع باعتباره قانوناً اقليمياً الا ما استثنى من ذلك ! طبعاً هذه نزعة أجنبية من المؤلف الذي يعزّ عليه أن يرى المحاكم المصرية تمتد اختصاصها الى ما يجب أن يمتد اليه من القضايا والاشخاص وماذا عسى المسيو ارمانجون وأمثاله يريدون في حالة تخلي القنصلية عن شخص معين ؟ أريدون أن يعثو هذا الشخص في مصر فساداً ولا تمتد اليه سلطة الحكومة المحلية المصرية ؟ ان هذا يكون منتهى الاجحاف بحق تلك السلطة ومنتهى انكار جميل الحكومة التي تعطف على الاجانب وتقدم لهم من الامتيازات ما لا يتمتع به رعاياها هي

### المبحث الرابع - تنازع الجنسية في مصر

اسباب التنازع ١٢٦ - بما أن كل بلد من البلاد يقرر بواسطة قوانينه الخاصة بالجنسية القواعد التي يبنى عليها اكتساب الجنسية وتغييرها وفقدانها بالنسبة لرعاياه ، وبما أن هذه القواعد تختلف من بلد الى آخر نظراً لكونها مبنية على ظروف مختلفة فانه من الجائز أن يكون في هذه الحالة للشخص الواحد جنسيتان مختلفتان أو يكون الشخص عاطلاً عن أية جنسية : ففي الحالة الاولى يسمى التنازع ايجابياً *Conflit positif* وفي الحالة الثانية يسمى سلبياً *Conflit négatif* . مثال ذلك القانون البريطاني يجعل الشخص المولود في انجلترا من أبوين عثمانيين بريطانيا والقانون العثماني يجعله عثمانياً نظراً لكون والديه عثمانيين فهذا تنازع ايجابي<sup>(١)</sup> وبعض القوانين يتطلب لتغيير الجنسية أن يحصل الشخص على تصريح سابق من حكومته ( المادة الخامسة من

[١٢٦] (١) وهذا التنازع ينتهي بالضرورة اذا تنازل الشخص عن جنسيته البريطانية طبقاً للقانون البريطاني — راجع بند ١٠٦ حاشية ٢

القانون العثماني ، بند ١٠٤ ) فإذا اتخذ العثماني جنسية اجنبية في الخارج بدون تصريح من حكومته فإنه يظل عثمانياً طبقاً للقانون العثماني ولكن اذا طبقت عليه المادة السادسة من القانون العثماني بعد أن التحق بجيش إحدى الحكومات الاجنبية ولم يحصل على تصريح سابق بذلك من الحكومة العثمانية ولم يكن قد حصل على جنسية الحكومة التي التحق بجيشها فإنه يعتبر عاطلاً عن الجنسية : لا هو استمر عثمانياً ولا هو اكتسب جنسية جديدة ؛ ولا يخفى أن حالة هذا الشخص مقررة في القانون العثماني صراحة — راجع بند ١٠٤ في آخر المادة السادسة<sup>(٢)</sup>

١٢٧ — التنازع السلبي — يجب الرجوع هنا بالنسبة لمصر الى المادة التنازع السلبي التاسعة من القانون العثماني فيعتبر الشخص مصرياً الى أن تثبت صفته الاجنبية بطريقة قانونية ( وتكون أحواله الشخصية في أثناء ذلك هي الاحوال الشخصية المقررة لمن كانوا على ديانتهم من المصريين ) وعلى هذه الفكرة حكمت محكمة الاستئناف الأهلية باختصاصها في محاكمة انطونيو ماجري البريطاني الجنسية لأن دولته تخلت عنه فلم تحميه من عمل رجال السلطة المحلية المصرية وذلك رغم كونه معترفاً بجنسيته الاجنبية ولكن العبرة هنا هي بالمرأى التي تمنعها هذه الجنسية لا بمجرد انتمائه اليها فأصبح بذلك خاضعاً لحكم القانون المحلي ( الاقليمي ) باعتباره مطروداً من جنسيته الأصلية<sup>(١)</sup> ومع ذلك يظهر أن المحاكم المختلطة لا تقيم الآن وزناً للمادة ٩ من قانون الجنسية العثماني ( قارن بند ١١٦ ) وكذلك الحكومة المصرية على لسان وزارة خارجيتها فقد اعتبرت وزارة الخارجية شخصاً اسمه رياض من غير رعايا الحكومة المحلية مع كونه من أهالي طرابلس الغرب بحسب أصله

إغفال المادة  
التاسعة ايضاً

(٢) وفوق ذلك فإنهم يمنعون من أن يرثوا ومن أن تكون لهم أملاك في الديار العثمانية ( الارادة السنية المبادرة في ٢٥ ربيع الآخر سنة ١٣٠٠ وأخرى صادرة في ٢١ شوال سنة ١٢٩٨ ) ويعتقضى ذلك تقسم أموالهم على وراثتهم الشرعيين — قارن أرمانيون « الاجانب وأصحاب الحماية » ص ٨٨ — ٨٩  
[١٢٧] (١) الحكم وارد هنا في بند ١٢٥

وهو مولود في مصر ومتوطن فيها وهناك شك كبير جداً في تبعيته الإيطالية فقالت وزارة الخارجية في خطاب منها في هذا الموضوع « انه لا يمكن مطلقاً اعتبار رياض من رعايا الحكومة المحلية لأنه من الاشخاص الذين لم يبت في أمر جنسيتهم للآن »<sup>(٢)</sup> وهذا بلا شك انكار تام لسيادة الحكومة المحلية وهو مخالف للقواعد المتبعة في البلاد المستقلة المتمدينة وعلى الخصوص لأنه لم يكن ثمت تنازع على الجنسية لان الرجل كان عثمانياً بلا شك ولم يثبت مطلقاً انه حصل على الجنسية الإيطالية وهو مولود ومقيم في مصر (قارن بند ١٣٠) ؛ وفي البلاد الاخرى يرجع دائماً في التنازع السلبي الى قانون الاقليم المتوطن فيه الشخص لأنه يكاد لا يوجد مرجح آخر غير الموطن<sup>(٣)</sup> ويرى « بار » أن الجنسية الاصلية تستمر عملاً ما دام أن غيرها لم يحمل محلها ( § ٨٨ ) ولكن هذا قد لا يمكن تحقيقه في كثير من الاحوال كما اذا تزوجت انجليزية بأجنبي فانها تفقد جنسيتها بمقتضى القانون البريطاني بنص صريح ( دابسي ص ١٩٧ قاعدة ٣٩ وبند ١١٢ هنا ) ويجوز أن يكون زوجها ممن لاجنسية لهم فتكون هي ممنوعة عن الجنسية البريطانية<sup>(٤)</sup>

التنازع الايجابي

١٢٨ - التنازع الايجابي : وهذا ليس بالنادر ، ويمكن حصوله في مصر فيما يتعلق باختصاص المحاكم وفي الخدمة العسكرية وفي مسائل الاحوال الشخصية ؛ وعندنا صعوبات خاصة في مصر بالنسبة للتنازع الايجابي نظراً لنقص سلطان الحكومة المحلية على الاجانب المقيمين في الديار المصرية فان هذا النقص من شأنه

(٢) س م ٥ مارس ١٩١٩ جازيت ٩ ص ٩٧ نمرة ١٥٧

(٣) قارن حكم المنصورة المختلطة في ٢١ يناير ١٩١٣ جازيت ٣ ص ٩٢ نمرة ١٨٣

(٤) وقد حكمت محكمة مصر الجزئية المختلطة بأنها مختصة بقضايا الاجانب الذين لاجنسية

لهم وهم المسمون heimattlos وكانت القضية خاصة بشخص أصله روماني ولكن القنصلية الرومانية قررت أنه ليس الآن من رعايا رومانيا فقالت المحكمة انه ليس أيضاً من رعايا الحكومة المحلية لان أصله من رومانيا وقالت ان المادة ٩ من القانون العشاني محترمة التطبيق في هذه الحالة لان الشخص أجنبي ولكن غير مشبوت أنه من الجنسية الرومانية لاحتمال ضياعها منه

لسبب من الاسباب ( ١٢ ابريل ١٩٢٣ جازيت ١٣ ص ٢٠٢ نمرة ٣٤٠ )

أن يضعف حكم السلطة المحلية أو يشله في كثير من الأحيان فلا يجعل حكمها نافذاً في اقليمها ؛ وقد كان من السهل حل تلك الصعوبات اذا كانت سيادة الحكومة كاملة على اقليمها كما هي الحال في البلاد الغربية . فقد يحدث أن يكون الشخص الواحد عثمانياً أو مصرياً وفي الوقت نفسه معتبراً من رعايا دولة أجنبية . فهل تكون الافضلية للسيادة الاقليمية المصرية ولأى حد ؟ الجواب على ذلك أنه مهما كانت المزايا المقررة بالامتيازات الاجنبية واجبة الاحترام في مصر فاتها لا يمكن أن تقف مانعاً في سبيل تنفيذ القانون المصري داخل البلاد المصرية متى كان هذا القانون غير ماس بها ولا متعرض لجوهرها

خذ مثلاً شخصاً أوروبياً فرمى الخدمة العسكرية من بلاده وتجنس بالجنسية المصرية هل يصح القبض عليه في مصر بواسطة السلطة القنصلية التي كان تابعاً لحكومتها ؟ خذ المثل نفسه وتصور ان الاجنبي قد اختار الجنسية المصرية طبقاً للمادة الثانية من القانون العثماني بمعنى أنه ولد في مصر من أبوين أجنبيين وحصل على الجنسية المصرية بعد بلوغه ؟ مثل آخر : مصري تجنس بالجنسية الفرنسية بدون تصريح سابق من الحكومة المصرية هل يجوز له أن يطلب التمتع بمزايا جنسيته الجديدة في الديار المصرية ؟ طبعاً لا يمكنه أن يطلب ذلك من الحكومة المصرية ولكن هل يمكنه أن يطلبه من القنصلية الفرنسية ؟ مثلاً هل له أن يرفع الدعوى على فرنسي آخر امام القنصلية الفرنسية ؟ وهل يجب على هذه القنصلية أن تحكم بعدم اختصاصها ؟ رفع شخص دعوى على آخر أمام القنصلية الفرنسية ورأت هذه وجوب الحكم مبدئياً في مسألة فرعية من مسائل الاحوال الشخصية متعلقة بالمدعى فوجدت أن للمدعى قانونين للاحوال الشخصية فأيهما تتبع ؟ شخص رفع دعوى على آخر في المحكمة المختلطة فدفع المدعى عليه بعدم الاختصاص نظراً لكونه من جنسية المدعى<sup>(١)</sup> فما هي القواعد التي يجب أن

[١٢٨] (١) برامى هنا أنه اذا أراد أحد المعريين الذين تنجسوا بجنسية أجنبية أن يرفع



يسترشد بها القضاة في مثل هذه المواضع ؟

حل هذه المسائل يجب التمييز بين حالتين الأولى أن تكون الجنسية المصرية  
احدى الجنسيات المتنازع فيها الحالة الثانية أن لا تكون

١ — الجنسية  
المصرية احدى  
المتنازع فيها

١٢٩ — الحالة الاولى : الجنسية المصرية احدى الجنسيات المتنازع فيها :  
في هذه الحالة يجب على القاضى المصرى — أهليا كان أو مختلطاً — أن  
يحكم بالجنسية المصرية لأن الجنسية المصرية يجب أن تسود في اقليمها ويجب  
أن تطبق فيه دون أية جنسية أخرى . وإذا كان القاضى تابعا لاحدى القنصليات  
التي تتولى الحكم في مصر فيجب عليه أيضاً أن يحكم بالمبدأ نفسه ويغلب الجنسية  
المصرية على أية جنسية أجنبية أخرى ، فإذا كان النزاع بين جنسية القنصل  
والجنسية المصرية فانه يجب أيضاً أن يحل بتغلب الجنسية المصرية ، على رأى  
الصحيح ، وذلك لأنها جنسية الاقليم وهو يحكم بمقتضى تصريح من حكومة الاقليم  
فيجب أن يحترم قانون تلك الحكومة في اقليمها ، ويغلب قانونها على قانونه الشخصى  
وهذا رأى العلامة فائس حيث يقول (١) « ان الاختصاص القضائى الممنوح  
للقناصل الاوربيين في الشرق بالنسبة لرعاياهم كثيراً ما يعطل حق السيادة الواجبة  
للباب العالى على اقليمه أسوة بالحكومات الاخرى ؛ وهو استثنائى ولذلك يجب  
أن يكون مقصوراً مثل جميع الاستثناءات ، على حدوده الضيقة . لذلك كان  
القانون الاقليمى أى القانون العثمانى هو القانون الوحيد الذى بمقتضاه يحكم فيمن  
يكون عثمانياً ومن يكون أجنبياً ؛ وإذا حصل تنازع بين القانون العثمانى وأى قانون  
آخر فيجب دائماً أن يغلب القانون العثمانى في اقليمه ومن جهة أخرى فان تنفيذ

الدعوى على مصرى آخر امام المحاكم المختلطة فلا بد له من اثبات حصوله على تصريح بتغيير  
جنسيته من الحكومة المصرية والا فلا تقبل دعواه ( بند ١٠٩ و ١١٧ و ١٢٥ ) — قارن  
أرمانجون « الاجانب والمحبين » ص ١٦٠ ،

[١٢٩] (١) فائس الجزء الاول ص ٦٨٦ وفي الطبعة الاخيرة ص ٧٩٤



الاحكام القنصلية مناط بالسلطة المحلية وهذه لا تنفذ ما كان مخالفاً لقانونها « (٢) »  
 واذا رجعنا الى التاريخ والى الوجهة النظرية الصحيحة وجدنا أن القناصل انما  
 يستعملون سلطتهم فى البلاد العثمانية بمقتضى تسامح من السلطة المحلية ولذلك  
 يجب عليهم أن يحترموا قوانين تلك السلطة ما دامت لا تتعارض مع امتيازاتهم  
 (قارن حكم مجلس اللوردات فى قضية كازداغلى بند ٩٨ هنا)

واذا رجعنا الى أفكار المسيو أرمانچون الجديدة وجدنا الحل فيها يكون  
 بالشكل الآتى : القاضى القنصلى هو أحد النظمات المصرية المشتركة المكونة  
 للنظام القانونى المصرى فيجب عليه دائماً أن يرجع الى النظام الغالب (بند ٦٠)  
 ليأخذ منه القواعد الاساسية (بند ٥٤) التى تبين من هو مصرى ومن هو غير  
 مصرى (بند ٦٣)

١٣٠ — الجنسية المصرية ليست احدى الجنسيات المتنازع فيها — فى ٢ — الجنسية  
 المصرية ليست  
 احدهما

هذه الحالة ينظر فيما اذا كان الشخص متوطناً فى إقليم احدى الجنسيتين اللتين  
 تتنازعانه واذاً يكون قانون الاقليم الذى توطن فيه هو الواجب الاتباع مبدئياً وذلك  
 لان الاقامة فى هذا الاقليم تشعر بأنه قد اختار جنسيته وفضلها على جنسية البلد  
 الذى لم يرد الاقامة فيه وعلى كل حال فالجنسية المضاف اليها الموطن أقوى دائماً  
 من الجنسية التى لم ينتفع بها الشخص ولم يظهر ارادته فى الالتجاء الى أهلها اللهم  
 الا أن يقوم دليل آخر على عكس الظاهر كما سيتضح مما يلى . أما اذا لم يكن  
 الشخص مقيماً فى اقليم أى الجنسيتين فان السؤال يصبح من المسائل العويصة  
 فى القانون الدولى الخاص والمختلف عليها كثيراً وفيها على الاقل أربعة آراء :

هذه نصها صريحة  
 شكاى من جنسية بلدها  
 من الجنسية المصرية

(٢) قارن المرافعات بند ٣٩٣ وراجع أرمانچون ص ١٦٣ و ١٦٤ حيث روى  
 أيضاً تأييداً لهذا رأى قول بعضهم (كوجوردان فى الجنسية ص ٦٨٦) ان فرنسا قد فحصت  
 قانون الجنسية العثمانية ووجدته غير مناقض للامتيازات فيجب عليها حينئذ أن تحتزم نصوصه  
 وبناء على ذلك لا يمكنها بعد هذا القانون أن تسمى عثمانياً لم يحصل على التصريح من حكومته  
 عند ما تجلس بالجنسية الفرنسية

أربعة آراء

الاول أن القاضى يجب أن يحكم بمقتضى أى القانونين كان أقرب شبهاً الى قانونه هو<sup>(١)</sup> ولكن برد على هذا بأن ليس للقاضى أن يتحكم فى هذه المسألة ويجعل لقانونه دخلاً فيها وهو خارج عنها والواقع أنه ليس من مرجح ظاهر فى هذا الموضوع يقتضى تفضيل قانون أجنبى آخر ولذلك فالرأى الثانى أن يتمتع القاضى عن الحكم حتى يتفق الخصمان على إحدى الجنسيتين لانه لا يوجد مرجح فى هذه الحالة فمثل القاضى فيها كمثله اذا ما عرضت عليه قضية متناقضة فيضطر الى الحكم بعدم اختصاصه برؤيتها<sup>(٢)</sup> وقد كانت المحاكم المختلطة تتبع هذا الرأى تقريباً عند ما كانت تأمر بإيقاف الدعوى ريثما يحل الخلاف على الجنسية بالطرق السياسية (بند ١١٧) وهذا الرأى معيب جداً من الوجهة القضائية كما ثبت بعدول المحاكم المختلطة عنه الآن (بند ١١٨) وفوق ذلك فإن رأى يديه هذا مناقض لما يوجب القانون على القاضى من الحكم فى أية قضية تكون من اختصاصه وترفع اليه فلا يستطيع عدم الحكم لغموض القانون أو لعدم وجود حل عادل الى آخره. الرأى الثالث قال به يديه أيضاً<sup>(٣)</sup> وهو خاص ببعض الاحوال دون الكل وهو مبنى على نظرية « الحقوق المكتسبة دولياً » ويانه أنه اذا كان للشخص جنسية أصلية وأخرى مكتسبة ولكن بطريقة لا تزول معها آثار الجنسية الأصلية بصفة كاملة فيجب اعتباره باقياً على الجنسية الاولى وذلك لان أولى الشأن فى الموضوع قد أصبح لهم حق مكتسب فى اعتباره على جنسيته الأصلية حتى تزول هذه بالطريقة القانونية التى ينص عليها قانونها ولا يجوز أن تصبح الجنسية المكتسبة جنسية ثانية له مع بقاء الاولى وقد حكمت محكمة السين بناء على الفكرة بأن المرأة التى تزوج من رجل ليس له جنسية معينة

[١٣٠] (١) وقد جاء هذا الرأى فى مشروع القانون المدنى البلجيكي المادة ١٢ من الفصل الافتتاحى فيه ، ورولان الجزء الاول نمرة ٤٢٥ ، ،

(٢) هذا رأى يديه فى مؤلفه « النظام العام فى القانون الدولى » ص ٩٠ و ٩١

(٣) فى كتابه « مبادئ القانون الدولى الخاص » ص ٥٦٧

تحتفظ بجنسيتها التي كانت لها قبل الزواج لان زواجها لم يكسبها جنسية زوجها المشكوك فيها فتبقى على ما كانت عليه<sup>(٤)</sup>

والرأى الرابع وهو الصحيح في كل الأحوال هو الرأى الذى قال به « بار » الرأى الصحيح في § ٨٨ وتبعه فيه رولان ( ١ بند د ٤٢ مكرراً ) وأرمانجون ( ص ١٦٨ ) هو أن القاضى يجب عليه أن يحكم بالجنسية التي أظهر الشخص نفسه انه اختار خضوعه اليها . والمراد بذلك أن يبحث القاضى في تاريخ الشخص وما قام به من الاعمال التي يفهم منها أنه فضل جنسية من جنسياته على غيرها : ينظر الى الحالة التي يعيش عليها هذا الشخص Possession d'état ( بند ١١٦ ) وفي هذا البحث لا يلتفت الى الأحوال الخاصة أو الشاذة التي يكون قد أراد فيها مجرد الانتفاع من فائدة معينة تمنحها له إحدى الجنسيتين بصفة خاصة بل لا بد من الالتفات الى الاعمال أو الافعال أو الظروف التي يمكن معها القول بأنه قد فضل بها نهائياً إحدى الجنسيتين . مثال ذلك أن يكون قد التحق بخدمة حكومة احدهما أو قام بالخدمة العسكرية لاحدهما أو استعمل حقوقه السيامية في احدهما أو كانت له علاقات خاصة مع قنصليات احدهما<sup>(٥)</sup> وهذا الحل مطابق للقاعدة المقررة في مصر والتي توجب على القاضى أن يحكم في أحوال الشك والغموض بمقتضى قواعد العدل والقانون الطبيعي

(٤) محكمة السين في ٢١ مايو ١٨٩٧ كلونه ١٨٩٨ ص ١٣٥

(٥) فارن فاليري ص ٣٢٦ ،،

## الفصل الثالث

### الديانة

الدين والقوانين  
الوضعية

١٣١ — كانت الشريعة الاسلامية الغراء هي القانون المعمول به في مصر قبل ادخال القوانين والنظامات الوضعية الحديثة . فلما فصلت أغلب أجزاء المادة القانونية عن الدين ومحاكمه ، بإنشاء المحاكم والقوانين المختلطة والاهلية ، وأصبحت مسائل الأحوال العينية والالتزامات وبعض مسائل الاوقاف والمسائل الجنائية خاضعة للقوانين الحديثة الخاصة بها ، بقيت مسائل الأحوال الشخصية خاضعة لأحكام الدين الحنيف واستمرت أيضاً قوانين الطوائف غير الاسلامية ومحاكمها عاملة في مسائل الأحوال الشخصية . لذلك كان الدين في مصر الآن فيما بين المصريين عاملاً مهماً من العوامل التي تبين القانون الواجب الاتباع والمحاكم المختصة في جميع مسائل الأحوال الشخصية . ولقد كادت هذه الحالة تمتحى نهائياً من اوروبا اللهم الا في اسبانيا والنمسا — وكانت الحال كذلك في روسيا حين الثورة البلشفية — حيث لا يزال الزواج والطلاق خاضعين لأحكام القانون الديني وحيث توجد جزاءات مادية تطبق على من يخالف أحكام الدين في هذه المسائل أما في باقي بلاد أوروبا المسيحية فلا جزاء مطلقاً على مخالفة أحكام الدين فيها لأن المعمول به هو القانون الوضعي بل وفي بعض البلاد — فرنسا — يحاكم رجال الدين الذين يعتقدون الزواج بالاجراءات الدينية قبل أن تتم الاجراءات المدنية (مادتي ١٩٩ و ٢٠٠ عقوبات فرنسي)

مذهب مصر  
بالنسبة للمسلمين

١٣٢ — هذا والمذهب الشرعي المقرر في الديار المصرية والذي يحكم بمقتضاه قضاء الشرع الشريف ويتبعه غيرهم من المحاكم عند اللزوم هو مذهب الامام ابي حنيفة النعمان حيث أقرته لائحة ترتيب المحاكم الشرعية في المادة ٢٨٠

منها ولكن المشرع المصرى قد نص فى أحوال خاصة على اتباع أحكام خاصة  
 اما من المذهب واما من غيره فقد جاء فى المادة المذكورة أن يكون صدور الاحكام  
 بناء على أرجح الاقوال من مذهب أبى حنيفة وبقول أبى يوسف عند اختلاف  
 الزوجين فى مقدار المهر ، وما دون باللائحة ، وان المسائل المنصوص عليها فى القانون  
 نمرة ٢٥ سنة ١٩٢٠ يكون الحكم فيها طبقاً لاحكام ذلك القانون ، وهذه المسائل  
 متعلقة بالنفقة والعدة وأسباب الطلاق والفرقة والمفقود

١٣٣ — أما البطر كخانات المختلفة فلكل منها نظام خاص مقرر اما بالفرمانات الاديان الاخرى  
 العثمانية واما بالأوامر العالية المصرية ولها على العموم محكم خاصة وقوانين خاصة  
 ولم تقرر بعد نظمات جديدة للبطر كخانات فى عهد السلطة المصرية ولا المملكة  
 المصرية الحديثة ( راجع بند ٤٦ )

١٣٤ — اكتساب الديانة : يكتسب الانسان ديانته وقت ولادته فيأخذ اكتساب الدين  
 المولود دين والديه ويلحق أولاد السفاح بأمهاتهم ويتبع اللقطاء ديانة الأشخاص  
 الذين قاموا بتربيتهم . وخضوع الانسان لدين معين أو لمذهب معين أمر من  
 الامور الناشئة عن التربية ، وفى الزواج المختلط يكون الشأن الاكبر فى ديانة الاولاد  
 للزوج الذى هو رئيس العائلة ما لم يحصل الاتفاق على غير ذلك

١٣٥ — وتكتسب الديانة أيضاً بالردة وهى التحول عن ديانة الى غيرها  
 وفى هذه الحالة يجب لصحة الاختيار أن يكون المختار بالغاً راشداً ويتبع فى ذلك  
 اجراءات خاصة تنحصر فى تقديم طلب الى المحافظ أو المدير أو المأمور وهذا  
 يوجه الاسئلة اللازمة الى الطالب لمعرفة ما اذا كان يفقه حقيقة ما يريد ويعرف  
 شيئاً عن أصول الديانة التى يريد أن يعتنقها وهل يعمل عن اعتقاد واخلاص  
 وحرية ؛ ثم يرسل الطالب الى الرئيس الدينى الذى يريد التخلي عن ديانته  
 أو يستحضر مندوب من طرفه لجهة الادارة حتى ينصح الطالب فاذا لم تشر  
 النصيحة بجرر محضر بمعرفة الادارة وينذكر فيه اعتناق الطالب للديانة الجديدة



مفسدات الردة

ويلاحظ أنه لا قيمة لتغيير الدين من الوجهة القانونية إذا كان حاصلًا بطريق الإكراه أو بدون اعتقاد أو كان حاصلًا لمصلحة شخصية معينة أو لمجرد الإضرار بالغير أو كان حاصلًا بطريق الغش والخداع . والمسوغ للبطلان هو السبب الذي حدا إلى الردة . مثال ذلك في الأحكام الصادرة من المحاكم الأهلية الحكم الصادر من الاستئناف الأعلى بتاريخ ٢١ إبريل سنة ١٩٠٤ مج ٦ ص ٣١ نمرة ١٥ فانه قضى بأن اسلام شخص في صباح اليوم الذي صدر عليه فيه حكم بالنفقة لزوجته من البطركخانة المختصة لا يمنع من تنفيذ ذلك الحكم عليه لان جميع قرائن الدعوى تدل على أنه إنما قصد بذلك التهرب من سلطة البطركخانة ؛ وبنت حكمها على أن هذا التغيير الذي طرأ في حالته الشخصية لا يؤثر على اختصاص البطركخانة لانه حصل بعد رفع الدعوى عليه أمامها ولا يجوز لاحد الخصمين أن يسلب اختصاص محكمة مختصة ، بفعله ؛ ولو جاز ذلك لا يمكن لكل انسان أن يغير حالته على حسب أغراضه وتبقى المنازعات قائمة الى الأبد لتغيير الاختصاص تبعاً لتغيير الحالة الشخصية

نظرية الغش  
نحو القانون

ومبنى هذا الحكم من الوجهة النظرية معروف في القانون الدولي الخاص ويسمى نظرية الغش نحو القانون *Théorie de la fraude à la loi* والغرض منها منع تطبيق القانون الذي كان يجب تطبيقه عادة لو لم يكن هناك قصد سيئ من جانب الخصم أو الخصوم الذين التجأوا اليه لمجرد التخلص من حكم قانون آخر يجب أن يحكم به باعتباره صاحب السلطان الشرعي على الخصوم . ولهذا النظرية أساس متين في أحكام المحاكم ويقول بصحتها أغلب المؤلفين الفرنسيين . ومع ذلك فلا يسلم بها آخرون بالاقول في بعض تطبيقاتها وسوف نرى تطبيق هذه النظرية في مواضع متعددة أهمها ما يأتي : تأسيس الشركات بطريق الغش نحو القانون الواجب خضوعها اليه ( بند ٣٦٤ و بند ٣٦٧ ) وعمل العقود في جهات معينة حتى يتوصل أصحابها الى الانتفاع من قاعدة أن « قانون الجهة يحكم شكل

المقد Locus regit actum — بند ٣٩٢

١٣٦ — وعلى كل حال فإن آثار الردة لا يمكن أن تستند الى ما قبل الردة بل يجب ألا تمس الحقوق المكتسبة من قبلها ويصبح من بعدها الشخص خاضعاً لقوانين ديانتة الجديدة ومحاكمها . وهذه الآثار شخصية للمرئد فلا يتأثر بها أولاده ولا تتأثر بها زوجته اللهم الا اذا أصبحت الحالة الجديدة مخالفة للنظام العام المقرر عندنا . فمثلا تنحل عقدة الزواج اذا أسلمت امرأة مسيحية متزوجة بمسيحي ولم يتحول زوجها عن دينه وذلك لانه لا يحل في بلاد الاسلام أن يتزوج مسيحي بمسلمة بعكس ما اذا أسلم الرجل فإن الزواج يستمر لانه ليس ما يمنع المسلم من الزواج من مسيحية ، واذا أسلم الزوجان يستمر الزواج بدون اجراءات<sup>(١)</sup> وأما أوجه النزاع الاخرى التي يمكن أن تنشأ عن الديانة فانها سوف ترد في الكتاب الرابع هنا

## الفصل الرابع

ما هو المحور الذي يجب أن ترتكز عليه الاحوال الشخصية  
الجنسية أم الموطن أم الدين ؟

١٣٧ — من المشاهد أن نزعة التشريع الحديث ترمى الى فصل القانون النزعة الحديثة  
عن أحكام الدين Sécularisation des lois وما مثل تركيا<sup>(١)</sup> ومصر عنا ببعيد

[١٣٦] (١) راجع « ينج » في القوانين العثمانية الجزء الثاني ص ١٠ وما بعدها وأرمانجيون في القانون الدولي الخامس الداخلي ص ٣٥

[١٣٧] (١) كانت القوانين في تركيا اسلامية الاساس مبناها القرآن ومنح سلاطين آل عثمان للاجانب امتيازات كي لا يلزمهم باحكام الاسلام فلما أرادت تركيا أن تقنع الحكومات الاجنبية بقبول الغاء الامتيازات في مؤتمر لوزان كانت الحجة الكبرى أن قوانين تركيا من الآن لا تكون دينية بل ستكون قوانين حديثة مشربة بروح الحرية وقد تم فصل الخلافة الآن عن الحكم وأصبحت تركيا جمهورية

لذلك لا يمكن القول الآن بجعل الدين محوراً للأحوال الشخصية في أية جهة من الجهات التي لم يكن فيها كذلك . بل بالعكس ان المشاهد هو أن التطور سائر حثيثاً نحو ادماج جميع القوانين الدينية المعمول بها في أى بلد من البلاد واخراج قانون واحد منها يكون قانوناً وطنياً للجميع سارياً على كل من يجمعهم وطن قومي واحد ، ونحقق هذا العمل أمر موكول الى الزمان وان كان فيه مشقة وآلام لابناء كل طائفة من الطوائف الدينية المختلفة . ولسنا ندعو هنا الى هذا العمل وانما نحن نقرر التاريخ وتنبأ بما يخبئه المستقبل الذي هو وليد الماضي والحاضر . فالتطور سائر في هذا الطريق رغم ايمان الافراد ورغبة الطوائف . ألم يكن في أوامر السلاطين والتدريسين باتباع مذهب الامام الاعظم أبى حنيفة تقييداً لحرية المسلمين في التعامل بمقتضى أى مذهب آخر غير مذهبه ؟ أو ليس التشريع الحديث الوارد في القانون نمرة ٢٥ سنة ١٩٢٠ مثبت للتطور في هذا الموضوع ؟ ومع ذلك ففي التطور المذكور وفي الادماج المنتظر فوائد مادية للمجتمع تنحصر في التخلص من تعدد القوانين وتعدد جهات الحكم وان كان كثير من الناس يعز عليه أن يتخلص ظل قانونه الخاص ومحامكه الخاصة

التفاضل بين  
الموطن والجنسية

١٣٨ — أما من حيث اختيار قانون الموطن أو قانون الجنسية فان بلاد العالم قد اتفادت اما بحكم الضرورة واما بحكم الشعور الوطني . والنزعة الحالية الآن في البلاد التي تسود فيها فكرة الموطن هي احوال الجنسية محل الموطن فمثلا الاستاذ دايسى الذي كتب كتاباً خاصاً عن الموطن قد أيد فيه فكرة الجنسية وقال انها الاساس الصحيح للتشريع<sup>(١)</sup> كذلك السير ولتر فيليمور المستشار بالمحكمة العليا في لندن قد حشد فكرة الرجوع الى الجنسية في مسائل الاحوال الشخصية في تقرير المؤتمر العشرين لجمعية القانون الدولي ( ص ٢٣٠ ) ونحوهما وستليك ( ص ٣٤٨ ) وكثير غيرهم أنحوا باللائمة على فكرة الموطن المملوءة بالتعقيدات

[١٣٨] (١) دايسى « الموطن » ص ٣٦٢

والتصورات التي لا معنى لها والتي تدخل الحرج في النفوس بدون أدنى مسوغ غير أنني أرى شخصياً أن هذه النزعة قد تسببت عندهم عن تفسير لفظ

خطأ التوسع في  
فكرة الموطن

الموطن تفسيراً واسعاً جداً لا يخلو من الخطأ إذ لم يلتفتوا في تعريفهم للموطن الى وجوب قصره على الموطن داخل الامبراطورية البريطانية مثلاً فيما يتعلق بالبريطانيين بل جعلوه عاماً حيث يقيم الانسان بنية البقاء طوعاً واختياراً ثم ما لبثوا أن قضوا ما قرروا ، بحيلة التجأوا اليها وتسمى نظرية « الاحالة أو الرجوع » Le renvoi الآتي شرحها تفصيلاً في بند ٢٨٥ ، ، واخيراً عمدوا الى هدم القاعدة من طريق آخر فقالوا بعدم امكان الحصول على موطن في بلد من البلاد غير المتمدينة على طريقته : اذا نظرنا الى حكم القاضى الانجليزى في أهلية رجل بريطانى متوطن فى سكوتلاندا فجعل أهليته خاضعة لقانون سكوتلاندا وجدنا أن المبدأ صحيح لانه لا يوجد قانون بريطانى عام للأهلية ولكن توجد قوانين متعددة يحكم كل منها جزءاً من الامبراطورية البريطانية فالقاضى مضطر لان يجعل قانون توطنه متحكماً فى أهليته بعكس ما اذا كان الرجل متوطناً فى فرنسا وهو من أهالى سكوتلاندا أصلاً فان الحكم يجعل أهليته خاضعة للقانون الفرنسى يكون فى نظرنا حكماً غير صحيح من الوجهة الطبيعية والنظرية لان مجرد الاقامة مدة الحياة فى جهة معينة لا يمكن أن يفهم منه أن الانسان قد أراد أن يجعل أحواله الشخصية خاضعة لقانون البلد الجديد ولا يخول للناس أن يعتقدوا أنه قد أراد ذلك . بالعكس ان الرجل قد كان ولا يزال بريطانياً من اصل سكوتلاندى ولم يرد ان يعامل بالقانون الفرنسى فى اعز شىء لديه وهو حالته الشخصية ( بند ٩٣ ) لذلك كان حقاً أن يستمر خاضعاً الى قانون البلد الذى يتمتع بحمايته من الوجهة السيامية واذ كان هذا البلد عاطلاً عن قانون وطنى لجميع رعاياه بل به قوانين متعددة للأجزاء المختلفة فيكون للشخص قانون الجهة التى كان متوطناً بها داخل حدود جنسيته . والدليل على صحة ما نقول به من وجود الخطأ فى التوسع فى معنى الموطن



عند الانجليز مثلاً التجاؤم الى نظرية الاحالة أو الرجوع ليصححوا بها وجهة نظرهم وليحكموا بمقتضاها بطريقة غير مباشرة بما نقول به بطريقة مباشرة (راجع ايضاح ذلك في بند ٢٩٩) والدليل الثانى على صحة ذلك كما قدمنا قولهم ان الانجليزى لا يعتبر متوطناً قانوناً في بلد من بلاد الشرق حتى لو كان متوطناً فيها بالفعل هو وآباؤه وأجداده وانه يحتفظ قانوناً بآخر موطن بريطانى كان له أو لآبائه (بند ٩٧) ١٣٩ - ومن جهة أخرى لا يستطيع الانسان أن يحكم حكماً صحيحاً اذا أراد استبدال قانون الموطن بقانون الجنسية في مثل الامبراطورية البريطانية لانه كما قدمنا لا يوجد قانون وطنى واحد وكل جزء من الامبراطورية يرى قانونه عزيزاً عليه فلا يوافق على توحيد القانون بالنسبة لجميع الأجزاء فانجلترا لا ترى التنازل عن قانونها كذلك سكوتلندا وايرلندا وغيرها

تعذر الفاء  
فكرة الموطن

١٤٠ - أما المدافعون عن فكرة قانون الجنسية فكثيراً ما يقال عنهم انهم يتوسعون في النظرية الى حدود غير معقولة وانهم يتأثرون بها تأثراً يجعلهم ثملين بمحاسن نتائجها وانهم ينتظرون منها المعجزات في كل وقت ويتوقعون بواسطتها أن يصلوا دائماً الى الحلول الصحيحة (مبلى ص ١٣٠ وهنا بند ٢٧٤)

عدم التحمس  
للجنسية

١٤١ - هذا وقد جرت عادة اكثر الكتاب النظريين في القانون الدولى الخاص بأن يبينوا وجوه النفع والضرر في اختيار فكرة الموطن أو فكرة الجنسية وتفضيل احدهما على الاخرى فالبعض يقول بصحة فكرة الموطن والبعض يقول بصحة فكرة الجنسية وآخرون يقولون بمبادئ مستقلة بأن يوفقوا بين الفكرتين في آن واحد من وجوه مختلفة ، وعلى هذا رأى العلامة مبلى (ص ١٢٩) حيث يقول « يجب علينا أن نبين العناصر التي تسمح للمشرع بتطبيق فكرة الموطن من جهة ، والعناصر التي تسمح له بتشجيع فكرة تلك الرابطة العامة التي تسمى الجنسية وتقوية روابطها ، من جهة أخرى . وأفضل حل يكون باحترام جزء من قانون الجنسية في مسائل خاصة وجزء من قانون الموطن في مسائل أخرى

الدفاع عن كل  
منهما



وقد رأينا أن نجارى الكتاب هنا في ذكر الأسباب التي يؤيدون بها كلا من الفكرتين متبعين في هذا المبحث المذهب النظري ( بند ٣٠ ، )

الدفاع عن  
الموطن

١٤٢ — أوجه تأييد فكرة الموطن :

(١) هذه الفكرة خليفة بأن تسمى دولية أى انها فكرة تتمشى مع اختلاط الشعوب لانها لا تفرق بين وطنى وأجنبى وهى تقدم للأجنبى حماية قانون الجهة التى يتوطن فيها لكونه قد أصبح عضواً فى الهيئة الاجتماعية التى يعيش بينها. وحتى فى حالة استبقائه جنسيته الاصلية فانه قد اختار مع ذلك الوطن الجديد مأوى نهائياً له home ( بند ٨٧ )

(٢) وبمقتضاها يعامل الاجنبى معاملة أهالى البلاد بمجرد اقامته بينهم بنية البقاء وبدون لزوم لأى بحث أو تحقيق أو استئذان

(٣) اذا قررت الفكرة فى جميع أنحاء العالم فانه يترتب عليها وضوح حالة كل انسان فى كل جهة لان الموطن مبنى على وقائع خارجية ظاهرة ويمكن معرفته لكل انسان وفى هذا نفع كبير للعالم من حيث العلائق التجارية على الخصوص (٤) لا يمكن أن يكون للمرء غير موطن واحد ولذلك تجنب الأبحاث الطويلة التى تنشأ عن تنازع الجنسيات بالنسبة لشخص واحد

(٥) بفكرة الموطن يتحقق للقانون الاقليمى كل سلطانه الشرعى على الأحوال الشخصية لكل من يسكن الاقليم ويتصل به بشكل نهائى ، وهو بذلك أحق من البلد التابع اليه الشخص من حيث الجنسية فقط (قارن ميلى ص ١١٦ وبند ١٤٤ هنا) ١٤٣ — أوجه تأييد فكرة الجنسية :

الدفاع عن  
الجنسية

(١) أساس هذه الفكرة هو الوحدة الوطنية وهذا الشعور آخذ فى النمو والانتشار (٢) ان الوصول الى معرفة جنسية الشخص أسهل بكثير من الوصول الى معرفة موطنه الذى لا بد فيه من معرفة « نية البقاء » وهذه صعوبة التحقيق و « الاقامة » وهى من الممكن ألا تكون ثابتة فى مكان واحد . واذا كان الموطن

في كثير من الأحيان ظاهراً للانسان الا أنه لابد في اثباته من عمل أبحاث كثيرة وطويلة في الغالب . أما تحقيق جنسية الشخص عند الشك فأمر أسهل بكثير منه في حالة الموطن

(٣) ان مسائل الأحوال الشخصية مثل الأهلية والزواج والسلطة الأبوية من المسائل التي يجب أن تنظم بحيث لا تكون خاضعة للتغيير بحسب انتقال الانسان من جهة الى جهة ؛ وتغيير الجنسية أمر نادر بالنسبة للانتقال من بلد الى بلد لان الأول يقتضى تصريحاً وقبولاً من إحدى الحكومات او من حكومتين بعكس الثاني فهو مقصور على ارادة الشخص وحده ينتقل في الغالب حيث يريد

(٤) ليس من حكمة ظاهرة في اخضاع الأجنبي الى قواعد قد تكون غريبة عليه وقد تأبى نفسه أن يتمثلها لتنافرها مع مزاجه أو تربته الوطنية أو الشخصية . ان تغيير محل الإقامة يقصد به في الغالب الحصول على منافع اقتصادية أو تجارية فلا يجوز أن تتغير حالة الانسان الشخصية تبعاً لتلك المسائل المادية المحضة (قارن ميلي ص ١٢٣)

١٤٤ — ملاحظات تكميلية على ما تقدم — ان الأبحاث المتقدمة تقترض ان الحلول المعروضة كلها مشروعة ومقبولة وان مجهودات العلماء يجب أن تبين لنا ما هو الأصح منها وما هو أخفها اضراراً وصعوبات ولكن هذا ليس السؤال الصحيح الذي يجب أن يطرح في الموضوع طبقاً لرأى بعض الكتاب النظريين الآخرين لان ما يجب اكتشافه هو أمر آخر وهو :

تكلمة البحث  
النظري

ما هو القانون الذي له بالفعل (من الوجهة النظرية أيضاً) سلطان على الشخص ويجب خضوعه اليه والذي يجب أن لا يكون لارادته دخل فيه والذي يجب ألا يتوقف على رأى العلماء ونظرهم ولكن يجب أن يكون خاضعاً لتعريف صحيح للسلطة الطبيعية للقانون Empire naturel de la loi ؟ يلاحظ الأستاذ يتييه ان ما يجب معرفته هو ما يأتي : ما هو ، من بين قوانين متعددة ، القانون الذي يرمى

الى حماية الانسان ؟ أو لأي حكومة الحق في حماية شخص معين ؟ يقول يديه انه لا نزاع في ان الحق هو للحكومة التابع اليها الشخص من حيث جنسيته ولا محل مطلقاً للمقارنة بين الحكومة الوطنية وبين الحكومة التي اتخذ الانسان بلدها موطناً له . ان الاختصاص السياسى هو الدلالة الظاهرة المرشدة الى الاختصاص المدنى

La compétence diplomatique est ici le signe certain de la compétence

civile ان الامتيازات الاجنبية في الشرق كانت شخصية وقد أعطيت لتمييز رعايا

الحكومة المتعاقدة التي حصلت على هذه الامتيازات دون غيرهم . أما الموطن

فلا يلتجأ اليه الا بصفة احتياطية في الاحوال الشخصية وهذا ليس لكونه المعيار

الصحيح بل لكون الظروف قد تضطرننا الى ذلك . اذ ليس لقانون الموطن أى

سلطة بها يفضل فيما يتعلق بالاحوال الشخصية ، على قانون الجهة التي حصل فيها

العمل Lex loci actus أو على قانون المحكمة Lex fori ( بند ٢٥ ) ولكن قد

يعرض من المسائل ما يستحيل فيه تطبيق قانون الجنسية . فحينئذ يصح تطبيق

قانون الموطن بالتفضيل على أى قانون آخر ، وهذه المسائل تعرض في التنازع السلبى

أو الايجابى في الجنسية ( بند ١٢٧ و ١٢٨ ) كذلك يصح الالتجاء الى قانون

الموطن بصفته موصى به من قانون الجنسية الذى يشير بالرجوع اليه ( بند ١٣٨

وبند ٢٩٦ مكرراً ) فلا يكون له سلطة الا التي يستمدّها من الاحالة عليه من قانون

الجنسية : فيكون له في المسائل الدولية سلطة تعيين قانون الاحوال الشخصية لرعايا

الدول التي تحكمها في أجزاءها المختلفة قوانين مختلفة مثل الامبراطورية البريطانية

هذه نظرية يديه في طريق تعيين قوانين الاحوال الشخصية<sup>(١)</sup> وهذه الافكار وان

كانت صائبة وطلية الا أنها لا تخرج عن ميدان البحث والنظر وهى افكار نظرية

قد تكون أبعد من غيرها في هذه الصفة ولكنها ليست متمشية مطلقاً مع المذهب

العملى الذى يجب توخيه بقدر ما تسمح الظروف بذلك

[١٤٤] (١) يديه في مبادئ القانون الدولى الخاص ص ٣٠١ — ٣١٨

نتيجة

١٤٥ — نتيجة الأبحاث المتقدمة : ان ما يجب أن نعرفه في نهاية هذا البحث هو ما يأتي : ما هو القانون الذي يحكم الأحوال الشخصية فعلاً في أى نظام من النظمات وعلى الخصوص في القطر المصري ؟ الجواب قصير جداً ومحكم . هو بالنسبة للمصريين القانون الديني لكل منهم وبالنسبة للأجانب في مصر هو قانون جنسية الشخص . وما زاد عن ذلك من البحث خارج عن ميدان المذهب العملي وداخل في ميدان المذهب النظري ( بند ٢٩ ، و ٣٦ )

ازدياد المصاعب

١٤٦ — ويجب ألا نترك هذا الموضوع قبل أن نشير الى أن وجود قواعد الموطن بجانب قواعد الجنسية في وقت واحد والتنازع الشديد بينهما في البلاد المختلفة قد أدى الى شدة الاهتمام بنظرية من النظريات المهمة في القانون الدولي الخاص التي كثر الجدل والخلاف بخصوص صحتها وهذه هي نظرية « الإحالة أو الرجوع » Renvoi لذلك يُرى مقدار ازدياد الصعوبات عند ما يضاف الى اختلاف القوانين التي يمكن أن تتنازع الحكم في قضية من قضايا الأحوال الشخصية ، صعوبات جديدة بخصوص طريقة حل هذا التنازع <sup>(١)</sup> أما الكلام على هذه النظرية فسوف يأتي في بند ٢٨٥ وما بعده هنا

# الباب الثالث

## حقوق الاجانب

### الفصل الأول

#### حقوق الاجانب على العموم

١٤٧ - يتمتع الاجانب على العموم في العالم المتمدين بحقوق تقل في مجموعها عما يتمتع به مواطنو البلد المضيف. كثيراً عن حقوق الاهالي ولاجل ادراك كنه هذه الحقوق يجب التمييز بين ما اصطلح على تسميته في هذا الموضوع الحقوق العامة والحقوق الخاصة والحقوق السيامية فالحقوق العامة Droits publics هي الحقوق التي تكتسب أو نستعمل في مواجهة الهيئة الاجتماعية بشكل عام كالحق في الحياة وحق اكتساب الاشياء الضرورية للحياة وللمتاع الحسن وحق التحرك والانتقال وحق التفكير والتكلم والكتابة واعتناق أى فكر من الافكار . وبالاختصار الحق في أن يكون الانسان حراً والحقوق الخاصة Droits privés هي التي تكون للشخص قبل الاشخاص الآخرين على وجه التعيين في معاملاتهم المتبادلة مثل الحقوق العائلية وحق الملكية وحق الدائنية وحق التصرف بلا عوض وحق التقاضي بالنظم أمام القضاء والسلطات الادارية ونحو ذلك

والحقوق السياسية Droits politiques هي التي تسمح للشخص بأن يشترك بالفعل في نظام الحكومة بشكل من الاشكال

١٤٨ - الحقوق العامة : يتمتع الاجانب بوجه عام بالحقوق العامة في الزمان والحقوق العامة الحاضر في كل بلاد العالم تقريباً ومع ذلك فتوجد بعض القيود بالنسبة اليهم قد



تقتضيها مصلحة الأمن العام في الدولة أو مصالحها الاقتصادية . فمثلا ينص القانون الإيطالي المتعلق بالأمن العام على أن لمديرى المديريات الواقعة على حدود الدولة الإيطالية أن يمنعوا من الدخول فيها كل أجنبي يكون عاطلا عن المستندات المثبتة لشخصيته أو عاطلا عن موارد الرزق ، وينص القانون الإيطالي الصادر في ٢٥ يناير سنة ١٩٢٣ على أن كل أجنبي موجود في إيطاليا أو يدخل في إيطاليا يجب عليه أن يقدم بنفسه في مركز البوليس سلسلة بيانات عن نفسه وحالته وأغراضه وممتلكاته وغير ذلك مما يطول شرحه . وينص القانون المذكور للمديرين حق طرد الأجنبي في حالة مخالفته لبعض نصوصه . وحق منع الأجانب من الإقامة في أما كن معينة يمكن ان يخشى فيها من وجود الأجانب على الدفاع الوطنى <sup>(١)</sup> ويوجد في الولايات المتحدة الأمريكية سلسلة قوانين تمنع من الدخول فيها طوائف معينة من الأجانب منهم المجانين وذوو الغايات المنفرة او الامراض المعدية والعاشرات وذوو الزوجات المتعددات والفوضاويون والمجرمون المحترفون بالاجرام والمتسولون والذين لا يؤمنون بالله . وقد كانت إنجلترا ملجأ للمنفين والمطرودين والفوضاويين ولكنها ابتدأت تطاردهم في سنة ١٩٠٥ حيث صدر قانون خاص للأجانب Aliens act أبيض به استبعاد « غير المرغوب فيهم » من الأجانب Undesirables وكثير من البلاد يتطلب جوازاً بالمرور passport وخصوصاً من بعد الحرب وقد كان المرور حراً في مصر قبل الحرب ولكنه قيد بعد ذلك . ( بند ١٦٨ ) وبعض البلاد يتطلب من الأجنبي اقراراً امام البوليس مثال ذلك فرنسا

وحق الطرد expulsion مقرر ضد الأجانب وكذلك حق تسليم المجرمين extradition ولا يجوز استعمال هذين الحقين ضد الاهالى

ولاسباب اقتصادية يمنع كثير من البلاد الاجانب عن الاشتغال ببعض الحرف ، أو يفرض عليهم بعض الشروط او الضرائب وبعض البلاد يمنع العمال

[١٤٨] (١) القانون منشور ومعلق عليه في كلوتيه ١٩٢٣ ص ٧١٨ — ٧٢٥

ذوى الأجر الزهيد مثل الصينيين واليابانيين والسوريين ومن هذه البلاد الولايات المتحدة الأمريكية وكندا وأستراليا وسيام وكوستريكا<sup>(٢)</sup> وقد أثرت حالة الحرب الماضية تأثيراً سيئاً في أغلب قوانين العالم بالنسبة للاجانب وعلى الخصوص بالنسبة للاعداء فصدرت قوانين استثنائية في إنجلترا مثلاً تبيح للحكومة طرد أى شخص كان من الاعداء وتمنع دخولهم إلا بتصريح خاص لمدة معينة تمنعهم في خلالها من بعض الحرف والمتاجر وقد وضعت قيود دائمة في سنة ١٩١٩ في إنجلترا ضد الاجانب الاعداء السابقين وغيرهم أهمها حرمان الجميع من وظائف الحكومة Civil service<sup>(٣)</sup> ومن تغيير الاسماء التى كانت لهم قبل أغسطس ١٩١٤ إلا بتصريح خاص من الحكومة . وفوق ذلك كله فقد تحدت حقوق الاجانب على العموم في الامبراطورية البريطانية بالقانون الصادر في سنة ١٩١٤ المسمى British Nationality and Status of Aliens Act وهذه خطوة جريئة أقدمت عليها الحكومة البريطانية بسبب حالة الحرب . ولكنها استمرت بعدها

#### ١٤٩ — الحقوق الخاصة : لقد أظهر بعض البلاد تسامحاً كبيراً في هذا الحقوق الخاصة

الموضوع فان ايطاليا مثلاً تقر للاجانب بجميع الحقوق الخاصة التى للايطاليين وهذا لا يمنع من أنها أصدرت قانوناً في ٢٥ يناير سنة ١٩٢٣ به تتمكن من مراقبة جميع الاجانب فيها ومعرفة حقيقة كل واحد منهم بشكل دقيق وعرضتهم لجزاءات مختلفة منها الطرد من ايطاليا اذا خالفوا بعض القواعد الموضوعة بالقانون ( بند ١٤٨ ) ويظهر أن كثيراً من بلاد العالم قد سلك هذا المسلك بعد الحرب

ومع ذلك فان أغلب بلاد العالم يضع قيوداً خاصة على حقوق الاجانب في هذا الموضوع بعد ان يخص رعاياه بمزايا وامتيازات خاصة . فمثلاً في الافلاس ينص بعض القوانين على أن الاهالى يستولون على ديونهم قبل الاجانب ( في النمسا

(٢) قارن فاليرى ص ٣٥٠ — ٣٥٥

(٣) دايسى ص ٢٠٨ — ٢١١

وأوراجوي ) وفي إنجلترا يوجد من طرق التنفيذ ما لا يجوز الاضد الاجانب  
 Theory of foreign attachment وفي فرنسا لا يستطيع أجنبي أن يرفع دعوى  
 أمام القضاء الا اذا قدم ضماناً مالياً بالمصاريف والتعويضات لخصمه تدفع اليه اذا  
 ما خسر الاجنبي الدعوى Cautio judicatum solvi<sup>(١)</sup> ولا مسبب متعلقة بالامن  
 العام لا يسمح بعض البلاد للاجانب أن يقتنوا عقارات فيها ففي إنجلترا كان  
 الأمر كذلك لغاية سنة ١٨٧٠ وفي تركيا لغاية سنة ١٨٦٣ . وحكمة هذا الحرمان  
 هو التخوف إما من النفوذ السياسي الخطر وإما من سهولة الاعمال الحربية وإما من  
 التأثير على مصالح الاهالى الاقتصادية . ففي رومانيا لا يستطيع الاجانب أن يقتنوا  
 أراضي زراعية وتوجد قيود مشابهة لذلك في السويد والنرويج والمكسيك واليابان  
 والولايات المتحدة الامريكية وقد سلكت فرنسا أخيراً مسلكاً شديداً جداً ضد  
 حق ملكية الاجانب للعقارات فيها<sup>(٢)</sup> . وفي جميع بلاد العالم لا يجوز تملك المراكب  
 التي تحمل علم الدولة الا لرعايا الدولة دون الاجانب ( راجع المادة الاولى من  
 القانون التجارى البحرى المصرى ) وتظهر أهمية هذا المنع فى أثناء الحروب<sup>(٣)</sup>  
 والسبب نفسه لا يصح أن يكون ربان السفينة والجزء الاكبر من ضباطها ورجالها  
 من غير رعايا الدولة سواء كانت السفينة عمومية أو خصوصية للركاب أو التجارة  
 أما الجمعيات أو الشركات فاتها تعتبر خطرة على النظام بما لها من حق البقاء

[١٤٩] (١) راجع فيها قاليرى ص ٦٤١ وما بعدها

(٢) وقد اعتبر القانون الجديد المصدق عليه من مجلس النواب الفرنسى فى ٦  
 نوفمبر سنة ١٩٢٢ شديداً الوطأة جداً وكان له مفعول سيى فى البلاد الاجنبية خصوصاً فى  
 بلجيكا ولكن قالوا ان السبب فيه هو منع تسرب الاجانب فى المصالح الحيوية لفرنسا  
 contre l'infiltration étrangère راجع مقالة الاستاذ يرودوم فى كلونيه ١٩٢٣  
 ص ٤٦

(٣) ولهذا السبب حكمت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه لا يجوز لاجنبي ( فرنسى )  
 اشترى مركباً مصرى أن يمنع حجزاً توقيع عليها بواسطة المحاكم الاهلية لوفاء دين على المالك  
 المصرى البائع . من أن ينتج نتائج ضد البائع المذكور وذلك لانه لا يجوز للاجنبي أن  
 يملك مركباً مصرى — م ١٩٢٠ نوفمبر ١٩١٩ جازيت ١٠ ص ٢٦ نمرة ٣١

الأبدى وما تستطيع أن تمتلكه من مال وفير، ونظراً لكثرة عدد أعضائها الذى قد لا يكون له حد مقرر؛ ويزداد هذا الخطر اذا تألفت تلك الجمعيات أو الشركات من أجانب — لذلك كان فى أغلب قوانين العالم قيود هامة على حرية انشائها<sup>(١)</sup> وقد وضعت إنجلترا قيوداً شديدة على الشركات الاجنبية فى سنة ١٩١٧ حتى تضمن بها مصالح أهالى البلاد ضد تصرف الأجانب<sup>(٢)</sup>

١٥٠ — الحقوق السياسية — تحرم جميع قوانين العالم المتمدين على الحقوق السياسية الأجانب أن يشتركوا بأى شكل من الاشكال فى النظام السياسى للبلد الذى يقيمون فيه فلا يمكنهم أن يكونوا أعضاء فى أى مجلس تشريعى أو ادارى ولا يمكنهم ان يشغلوا وظائف حكومية ولا أن يكونوا محامين فيها أو محافين ( بند ٦٥ ) وبالعكس لا يخضع الأجانب للقوانين العسكرية ولا يكلفون بدفع ضريبة الاعفاء أو بدل الخدمة العسكرية فان الشخص لا يلزم بالخدمة العسكرية الا فى جيوش حكومته الوطنية<sup>(٣)</sup> وتنص بعض القوانين على أنه ليس للأجانب أن يتدخلوا بأى شكل فى المسائل السياسية الخاصة بها ولا فى أى شىء يمكن أن يمس ذلك<sup>(٤)</sup>

١٥٠ مكرراً — ويحسن بنا هنا أن نذكر حقوق الأجانب التى تقررته حقوق الأجانب فى إنجلترا فى القانون الانجليزى الصادر فى سنة ١٩١٤ فانه نص على أنه يجوز للأجانب أن يأخذوا ويملكوا ويقتنوا المنقولات والعقارات من أى نوع كانت ويتصرفوا فيها من كل الوجوه مثل الرعايا البريطانيين الاصليين بشرط الا يمس ذلك بما يأتى : ( ١ ) ليس لأجنبى أن يدعى بمقتضى ذلك حق تملكه لعقارات كائنة فى غير

[١٤٩] (١) راجع فيما يتعلق بحالة القانون المصرى نحو الشركات التى تكون فى مصر بند ٣٦٤ هنا

(٢) دابسى ص ٢١٠ و ٢١١ وفى الموضوع على العموم قاليرى ص ٣٥٦ — ٣٦٠

(٣) قارن قاليرى ص ٣٦١ — ٣٦٢

(٤) قانون الأجانب الصادر فى فنزويلا فى ١٣ ابريل ١٩١٣ المادة السادسة منه

— قاليرى ص ٣٦١ وحاشية ٢

المملكة المتحدة (٢) ليس لأجنبي أن يحصل على أى وظيفة فى الحكومة أو على أى حق من الحقوق البلدية أو البرلمانية (٣) ان يكون صاحب سفينة من السفن البريطانية (٤) ان يكون له اى حق او امتياز من الحقوق أو الامتيازات الخاصة بالرعايا البريطانيين فيما عدا الحقوق المتعلقة بالاموال السابق ذكرها (٥). ومعنى ذلك منع الاجانب عما عدا ما ذكر من الحقوق المتعلقة بالاموال فالمنع هو القاعدة والاستثناء هو الحقوق المالية المذكورة وهذا منتهى ما يمكن من التضييق على الاجانب فى الحقوق بوجه عام

## الفصل الثانى

### حقوق الاجانب فى مصر

نظرة عامة ١٥١ — ان حالة الاجانب فى مصر الآن ناتجة عن المعاهدات المسماة بالامتيازات الاجنبية Capitulations وهى التى عقدها سلاطين آل عثمان مع دول أوروبا المسيحية المختلفة ومع الولايات المتحدة الامريكية وقد تغيرت فى مصر الحالة المرسومة بمقتضى نصوص الامتيازات المذكورة تغيراً يذكّر ، بعاملين مهمين الأول ما جرت به العادة فى مصر من التسامح وثانياً ما استجد من النظام المسمى بالاصلاح القضائى La Réforme judiciaire بسبب الاتفاقات الخاصة التى عقدها الحكومة المصرية مع الدول صاحبات الامتيازات بخصوص انشاء القوانين والمحاكم المختلطة . اذاً تكون حالة الاجانب فى مصر مبنية على الامتيازات كما عدتها العادة ونظام المحاكم المختلطة ونحن لانستطيع أن نأتى هنا على تاريخ تفصيلى للامتيازات الاجنبية التى كتبت



عنها مجلدات ضخمة بل نحيل مرید الاطلاع على تلك الكتب<sup>(٢)</sup> مكتفين ببيان الاسباب التي قامت عليها الامتيازات وما دار في ذلك من الخلاف، وبيان الحالة القانونية الناشئة عنها الآن وما اعقبها من عادات مخالفة لها نشأت في مصر بسبب تسامح السلطات المحلية وتهاونها في حقوق البلاد، أو عن نظام المحاكم المختلطة

١٥٢ — ان حالة الأجانب في مصر هي على عكس حالتهم في البلاد المسيحية أو البلاد المتمدنية على العموم

مقارنة بين مصر  
وأوروبا

ينما يحرم الأجنبي في البلاد المذكورة من حقوق كثيرة يمتاز بها الوطني اذا الأجنبي في مصر يتمتع بحقوق غريبة هادمة لسيادة الحكومة المحلية فيمتاز بمركزه الاستثنائي على أهالي البلاد — لذلك سميت حقوقه بالامتيازات الاجنبية وقد كان من الواجب أن تكون حقوقه أقل من حقوق أهالي البلاد اذا كانت مصر من البلاد التي تتقارب مدنياتها من مدنيات الأمم الغربية . وقد تخلصت تركيا أخيراً من الامتيازات الاجنبية وامتردت حقوقها كاملة على الاجانب كأى دولة أخرى بمعاهدة لوزان ( بند ٧٨ ) والحالة عندنا على ما هي عليه

لقد ضمنت الامتيازات الاجنبية للاجانب على العموم مركزاً ممتازاً في مصر اذ بعد أن أمنتهم على حريتهم الشخصية وحريتهم الدينية وابلحت لهم حرية الاتجار — وفي هذا لا يكادون يزيدون عن الاهالى في شيء من الحقوق — جعلتهم بعد

(٦) أهمها كتاب المسيو دو روزاس ناظر مدرسة الحقوق الفرنسية بالقاهرة وعنوانه Le Régime des Capitulations dans l'Empire Ottoman وهو في طبعته الثانية صدر سنة ١٩١٠ و ١٩١١ والجزء الثاني متعلق بالحماية وبمصر ، وثانياً كتاب المستر سكوت المدرس بمدرسة الحقوق الخديوية سابقاً وعنوانه The Law affecting Foreigners in Egypt as the Result of the Capitulations صدر سنة ١٩٠٨ وثالثاً رسالة الاستاذ الدكتور بهي الدين بك بركات وعنوانها Des privilèges et immunités dont jouissent les étrangers en Egypte باريس سنة ١٩١٢

ذلك متمتعين بما يسمى حرمة المساكن Inviolabilité du domicile ( وهذه  
ضمنت للمصريين بالدستور ) ثم حلتهم من أن يسرى عليهم القانون الاقليمي أو المحلي  
في المسائل المدنية والجنائية في بعض الاحوال . هذا في البلاد العثمانية على العموم  
أما في مصر فإن العادة قد نفخت في هذه الامتيازات حتى أخرجتها عن كل حد  
معقول وأخيراً تعدل النظام تمديلاً مفيداً بإنشاء المحاكم المختلطة المصرية وجعل  
نظامها مؤقتاً بحيث يرجع الى النظام السابق اذا لم يستمر الاتفاق على بقائها

١٥٣ - علة وجود الامتيازات الاجنبية : من المسلم به بوجه عام أن  
الامتيازات لم تنشأ للاجانب مركزاً جديداً في البلاد العثمانية بل انها ثبتت دعائم  
حالة سابقة كانت موجودة بفضل تسامح حكومة كريمة . ومع ذلك فهناك اختلاف  
كبير في معرفة الاسباب التي بنى عليها نظام الامتيازات

علة وجود  
الامتيازات

١٥٤ - الرأي الاول هو اختلاف العالم المسيحي عن العالم الاسلامي اختلافاً  
ناشئاً عن الدين والاخلاق والنظمات . ومتى وجد الخلف بهذا الشكل أصبح  
من المستحيل وجود علاقات مستمرة بين هذين العالمين الا اذا أعطيت للشعب  
الذي قضى نشاطه بالهبط في بلاد الشعب الآخر ضمانات استثنائية لا يكون بدونها  
محل للامن لا على الشخص ولا على المال <sup>(١)</sup> ولكن هذا التفسير ليس علمياً بل  
متأسس من الواقع empirique واذا كان اختلاف الدين وغيره مبيهاً صحيحاً فانه  
كان من الواجب أن يكون للعثمانيين أيضاً امتيازات مثلها في بلاد الغرب ومع ذلك  
فلا تبادل في الامتيازات بمعنى ان العثمانيين لا يتمتعون بها في بلاد الغرب

اختلاف العالمين  
من حيث الدين :

واذا كانت الامتيازات قد أملاها قائد جيش منتصر ، على ملك مهزوم فانه  
يكون من السهل جداً تصور حقيقة الحال ولكن ذلك لم يكن . لأن الامتيازات  
الاولى قد منحها الخلفاء أو السلاطين الفاتحون الى المسيحيين الذين افتتحت بلادهم

[١٥٤] (١) فيرو - جيرو جزء ١ ص ٢٩ Féraud - Giraud, Juridiction  
Francaise dans les Echelles du Levant, t 1, Introduction p. 29

أو الذين هبطوا الى بلاد الشرق يطلبون رزقا وعطفا فقد كان الجيش الفرنسى مهزوماً في واقعة المنصورة سنة ١٢٥٠ ميلادية وقت أن سمح سلطان مصر الملك الظاهر بيبرس لملك فرنسا القديس لوى ( التاسع ) Saint Louis بإنشاء قنصلية فرنسية في مدينة الاسكندرية؛ ويجب ألا ننسى هنا أن فرانسوا الاول ملك فرنسا كان سجيناً في مدريد بعد واقعة پافي Pavie وقت أن ابتدأت في القسطنطينية المفاوضات التي انتهت بتأييد السلطان سليمان اللامتيازات التي منحها سلاطين مصر في ذلك الوقت الى فرنسا، وبالاتفاق بعد ذلك بسبع سنين على الامتيازات الاولى المعقودة في سنة ١٥٣٥ . وكانت الامبراطورية العثمانية وقتئذ في ابان أكبر مجد وعظمة وقوة وصلت اليها في التاريخ<sup>(٢)</sup>

١٥٥ — الرأى الثانى انها مسببة عن أغراض اقتصادية محضة أى ان سلاطين السب اقتصادى الشرق منحوها ليجلبوا اليهم تجار الغرب ولكن هذا الرأى ليس سبباً كافياً . هو في الواقع يفسر منح بعض الضمانات ولكنه لا يفسر مطلقاً منحها على الشكل الذى اتخذته ومارت فيه<sup>(١)</sup>

١٥٦ — الرأى الثالث وهو رأى الامتياز دو روزاس أن السبب في وجود الشريعة لا تحمى غير المسلمين الامتيازات هو أن القانون في الدولة العثمانية مبنى على الدين والدين شخصى بالطبيعة ولذلك لم يكن القانون الدينى ليطبق على من لم يكن يدين بذلك الدين وانبنى على هذا ان سمح لغير المسلمين باتباع قوانينهم الشخصية . لم تكن الشريعة الاسلامية لتحمى الاجنبى ولا لتحكم في مخصصاته ولا لتعاقبه لأنها لا تحمى الا المسلم ولا تحكم الا في مخصصات المسلمين ولا تعاقب الا المسلمين . لذلك بقى الاجنبى خاضعاً لقانونه الشخصى في كل ذلك . ان الامتيازات الاجنبية مشروعة نظرياً لأنها مبنية على وجوب احترام حرية المعتقدات بالنسبة للشعوب الأخرى لأنه

(٢) دو روزاس الجزء الاول ص ١٣ و ١٤

[١٥٥] (١) دو روزاس الجزء الاول ص ١٤

إذا كان القانون مرتبطاً ارتباطاً تاماً بالدين فإنه يكون من المحرم تطبيقه على من لم يكن من أهل ذلك الدين <sup>(٢)</sup>

الدفاع عن  
الامتيازات

١٥٧ — وأما مشروعية الامتيازات الأجنبية من الوجهة العملية فقد ثبتت في نظر الأستاذ دو روزاس بما أدته من المنافع العظيمة للملك الإسلامية والمسيحية على السواء . فقد أدت الى فصل القوانين الجنائية والمدنية والتجارية عن أحكام الدين وجعلتها قوانين وضعية وقد استمرت الامتيازات مدة أربعة قرون لم تتغير لا في روحها ولا في نصها وقد كانت طبيعية في نشأتها فاصبحت في الوقت الحاضر نظاماً استثنائياً . وسوف يتبين مما يلي كيف حصل هذا التغير وفي أى وقت حصل <sup>(١)</sup> وبرى كثيرون أنه قد يصح الدفاع الآن عن وجوب إلغاء الامتيازات ولكن من الثابت المؤكد في نظرهم انه لولا وجودها في الماضي ما كان من اليسور مطلقاً أن يسود السلام بين البلاد الإسلامية والبلاد المسيحية

رأى مصرى  
تاريخى صحيح

١٥٨ — رأى الرابع هو الذى أبداه الأستاذ الدكتور بهى الدين بك بركات في كتابه في الامتيازات وهو خاص بالبحث في الاختصاص القضائى أكثر منه في الامتيازات الأخرى

وأولى ملاحظاته أن المعاهدات التى عقدها صلاح الدين لم تمنح الاجانب امتيازاً الا فيما يتعلق بصلاتهم فيما بينهم فقط . لذلك كان تدخل القاضى الشرعى أمراً واقعاً في كل المسائل التى كان يخشى أن يتحيز فيها ، لأنه كان من حقه الفصل في المنازعات التى تقوم بين الاهالى والاجانب . فالقول بأن الامتيازات وضعت

(٢) دو روزاس الجزء الاول ص ٢٠ و ٢١

[١٥٧] (١) دو روزاس الجزء الاول ص ٢١ و ٢٢ و ص ١٢٢ و ١٢٣ حيث يرى الأستاذ أنه في اليوم الذى يتم فيه تمازج المسلمين والمسيحيين على السواء في اقامة الإصلاح الادبى في الامبراطورية العثمانية وفي اليوم الذى تصبح فيه القوانين العثمانية مفسولة فعلا عن الدين يصح أن يحصل الكلام في إلغاء الامتيازات ! ! ! ولكنها الغيت الآن وكان لازماً لانها أن تقوى تركيا الى الحد الذى نستطيع به أن نجبر العالم المسيحي على احترام ارادتها

لحماية الاجانب من السلطة المحلية قول سليم ولذلك يجب البحث عن مسبب آخر غير حماية الاجانب

الملاحظة الثانية ان القضاء القنصلي لم يكن مقصوراً على البلاد الاسلامية بل كان موجوداً أيضاً في البلدان الفرنسية والاطالية فمثلاً من الثابت أن « كونت دو تولوز » قد منح امتيازات لقناصل مدينة جنوا الايطالية . وكان يوجد قناصل لمدينة فلورنسا في مدينة لندن من سنة ١٤٩٢ ومن الامتيازات ما كان للمسلمين في البلاد المسيحية اذ من الثابت انه فيما بين بعض الامراء المسلمين والملوك المسيحيين كانت الامتيازات متبادلة فقد حصل الاتفاق بين بايزيد الاول ومراد الثاني من جهة ، وبين امبراطور البيزانتين المسيحي وحكومة البندقية من جهة أخرى على أن يكون للمسلمين قضاة اترك في القسطنطينية وفي سالونيك اللتين لم تكونا قد دخلتا في حكم المسلمين في ذلك الوقت

شروع القضاء القنصلي في اوربا

امتيازات للمسلمين على المسيحيين

الملاحظة الثالثة أن تفسير المسيو دو روزاس لا يلتئم مع نظرية القضاء في الاسلام لأن هذه تميز للقضاة أن يحكموا في كل المنازعات التي يكون فيها أحد الخصوم — سواء في ذلك المدعى عليه أو المدعى — من المسلمين وبذلك يكون هذا القضاء مختصاً في القضايا المختلطة وفوق ذلك فانه يعتبر نفسه مختصاً بالحكم في القضايا الحاصلة بين غير المسلمين اذا ترفع اليه أحدهم وأخيراً يعتبر نفسه مختصاً أيضاً في جميع القضايا الحاصلة بين الذميين والاجانب اذا رضى أحد الخصوم باختصاصه . والحكومة الاسلامية ترى الحماية واجبة عليها لجميع رعاياها بلا تمييز في الدين بل بالعكس ان احترام الاديان الاخرى هو الذي جعل القضاء المحلي يتخلى عن القضايا الحاصلة بين غير المسلمين فيما بينهم . ولكن يجب أن يفهم جيداً أن القضاء الاسلامي لا يتخلى عن الحكم في أية قضية الا اذا اتفق الخصمان على عدم عرض قضيتهم عليه<sup>(٢)</sup>

الاسلام لا يتخلى عن الحكم مطلقاً



وانتقل الاستاذ بعد ذلك الى بيان تطورات اختصاص القضاة الشرعيين فقال ان هذا التطور قد حصل - على عكس النظرية التي يقول بها المسيو دوروزاس وغيره - في السبيل المؤدية الى اخراج القضايا المختلطة من اختصاص قضاة الاسلام ويجب أن نعتبر ما بقي من الاختصاص في ايدي القضاة كدليل على سبق اتساع اختصاصهم لا كاختصاص جديد اعطى اليهم ابتداءً وعلى شكاه الحاضر

سبب اعمال  
اختصاص القاضي

ويرى الاستاذ بركات بك أن السبب الحقيقي لاختصاص القناصل في القضايا المختلطة هو أن المدعى المصرى كان يرى من مصلحته أن يلتجئ الى القنصل ليطلب منه الحكم في قضيته لأن سلطة القنصل الادبية على رعايا دولته ومعرفته التامة بهم كانت تجعله في مركز ممتاز عن أى قاض آخر عند ما يفصل في قضاياهم ويبادر الى مباشرة تنفيذ الحكم الذى يصدره . ولم يكن فى ذلك الوقت من المحتمل مطلقاً أن القنصل يظهر أى تحيز لأحد من مواطنيه وذلك لان مجرد تقديم القضية الى القنصل لا يحرم المدعى من أن يلتجئ من جديد الى القاضي أو رئيس ديوان الجمر ك ليطلب منه الحكم في قضيته ؛ لذلك لم يكن القنصل ليقصر على المحافظة على عدم اهاجة عواطف الوطنيين ضده بل انه كان يعلم أنه اذا حابى أحد مواطنيه فان هذا لا يمكنه أن يستفيد من هذه الحماية اذ كان من الجائز فى كل وقت للقضاء الاقليمى أن يتدخل ويحكم اذا شاء . لذلك كان تدخل القنصل حاصلًا من باب الصداقة ليس الا amicabiliter وفى المسائل الجنائية كان تدخله لاصلاح ذات البين وكان للقاضى الحق دائماً فى التدخل سواء كان النزاع مدنياً أو جنائياً ولكن مع الاسف لم يكن هذا القاضي فى مركز يسمح له بأنه يباشر أمور العدالة . اذ كانت معلوماته عن العادات والاصطلاحات التجارية قليلة جداً ولم يكن فى استطاعته دائماً أن يظهر الكفاءة اللازمة أو التسامح الواجب فى معاملة الاجانب لذلك حصل تفضيل رئيس ديوان الجمر ك عليه فيما يتعلق بالاختصاص وجعل الاختصاص فى بعض المسائل من شأن قاضى القسطنطينية وحده ( امتيازات

مدينة فلورنسا سنة ١٤٦٠ ) وكان حكم الرئيس أوقاضى القضاة جازز الاستئناف أمام السلطان . ولذلك جاء زمن وجد الناس فيه أن الأولى لهم هو رفع الامر الى السلطان مباشرة في المسائل المهمة وقد ساعد على سرعة هذا التطور أن الباب العالي ترك هذه النظمات بلا تغيير ولا تبديل ردحاً طويلاً من الزمان

سبب بقاء  
الامتيازات

وفي هذه الاثناء كانت أوروبا تتقدم وتصلح من شأن نظماتها وتغير في افكارها وعقائدها بينما الفوضى والاستبداد والحروب الداخلية لم تدع للشرق لحظة واحدة يتفرغ فيها للاصلاح . كانت أوروبا لا تقتر عن طلب المنح والامتيازات وكان الامراء يوافقون او يقاومون بحسب الظروف : فتركيا التي كانت دائماً تحافظ على سيادتها الاقليمية كانت تأبى الموافقة على ما يطلبه منها قناصل الدول الاوروبية ولكن مصر التي تطلعت الى الاستعانة بأوروبا بالعكس أهملت تنظيم نفسها ورفع مستوى الاهالى والاجانب على السواء واقتنعت بأن اغدقت على الأجانب امتيازات لا حصر لها طلباً في رضاهم . ولم يلتفت أولو الامر في مصر الى عمق الهوة التي أوقعوا بلادهم فيها الا في زمن نوبار باشا حيث بدأ في التفكير في الاصلاح القضائي<sup>(١)</sup>

تاريخ  
الامتيازات

١٥٩ — هذا والامتيازات الاجنبية مذكورة في مجموعة من المعاهدات أهمها المعاهدتان الآتيتان :

أولاً : معاهدة سنة ١٥٣٥ وهى التى يطلق عليها « الامتياز الأول »  
La première Capitulation وان لم تكن هى الاولى من نوعها ولكنها هى أول معاهدة ذات أهمية كبرى

ثانياً : معاهدة سنة ١٧٤٠ وهذه تسمى المعاهدة الكبرى أو الامتياز الاكبر La Grande Capitulation وكلاهما معقود بين فرنسا وتركيا

وقد كانت الامتيازات الاجنبية في أول نشأتها مؤقتة بأجل المعاهدات يجب تجديدها كلما تولى سلطان جديد ولكنها أصبحت نهائية في سنة ١٧٤٠ بمعنى أنها لم تكن في حاجة الى التجديد وهذان الامتيازان خاصان بفرنسا ولكن الدول الاخرى حصلت بالتدريج على نفس الامتيازات التي حصلت عليها فرنسا وحاولت تركيا في سنة ١٨٥٦ أن تتخلص من الامتيازات في مؤتمر باريس فلم توافق الدول على ذلك . وكانت الامتيازات تجارية في أول الامر ثم انقلبت مع الزمان الى حقوق سياسية كما سيتضح مما يلي . وقد زالت الآن الامتيازات الاجنبية نهائياً من تركيا بموافقة الدول بمعاهدة لوزان الموقع عليها في ٢٤ يولييه سنة ١٩٢٣ بعد ان كانت قد زالت فعلاً من أول الحرب الماضية وأصر الاتراك على رفض الصلح اذا لم توافق الدول الاوروبية على زوال حقها نهائياً في الامتيازات ففاز الاتراك بذلك نهائياً بعد ان حاولت أوروبا استبقاءها أو تجديدها أو أخذ ضمان آخر بدلا منها فلم تفلح . والامتيازات باقية في مصر للآن وقد تغلغت فيها وفي نظامها القضائي بشكل مريع بحيث يكاد يستحيل استئصالها الآن بدون ابقاء شيء من آثارها ( على الاقل المحاكم المختلطة )

الامتياز الاول ١٦٠ — الامتياز الاول . لم يكن في هذا الامتياز من أثر مطلقاً للاغراض

السياسية وهو مكون من سبعة مواد أو رؤوس ( capitula ومفردها capitulum وهو الرأس الصغير أو الفصل من كتاب أو نحوه ) وهو منقسم الى قسمين مهمين الاول عبارة عن معاهدة تجارية Traité de commerce والثاني عبارة عن معاهدة لتنظيم الأمور بين البلادين Traité d'établissement

الجزء التجاري فالجزء التجاري ينص على أن يكون لرعايا ملك فرنسا ولرعايا السيد العظيم Grand Seigneur الحق في بيع وشراء واستبدال ومباشرة وحمل جميع أنواع البضائع غير الممنوع الاتجار فيها ، في البر والبحر ، وذلك مع دفع الضرائب والرسوم المعتادة الجارية دفعها من قديم الزمان دون غيرها . فيدفع الاتراك في بلاد

الملك ما يدفعه الفرنسيون ؛ ويدفع الفرنسيون في بلاد السيد العظيم ما يدفعه الاتراك ولا يجوز ارغامهم على دفع ضرائب أو رسوم جديدة ( بند ١٧٥ )

والجزء التنظيمي يضمن الحرية الشخصية للفرنسيين المقيمين أو المسافرين الجزء التنظيمي في كل البلاد التابعة للامبراطورية العثمانية . ويضمن لهم الحرية الدينية ويعترف لملك فرنسا بحق تعيين واستبقاء قناصل له في جميع المدن في الامبراطورية العثمانية وينص على اختصاص هؤلاء القناصل دون المحاكم المحلية ، على رعاياهم في المسائل الجنائية والمدنية طبقاً للقوانين الفرنسية وبمنح القناصل الفرنسيين حق طلب المساعدة من موظفي الحكومة المحلية العثمانية لتنفيذ الاحكام القنصلية كما ينص على حضور مندوب عن القنصل أمام المحاكم العثمانية عند نظر القضايا بين العثمانيين والفرنسيين <sup>(١)</sup>

هذا ويجب فصل الجزء التجاري عن الجزء التنظيمي في الامتيازات لان الجزء التجاري قد تغير كثيراً مع الزمان ووضعت له معاهدات خاصة فيما بعد بينما الجزء التنظيمي ظل على حاله الى أن زالت الامتيازات الاجنبية من تركيباً نهائياً في سنة ١٩٢٣ وكان بوضع في كل المعاهدات التي عقدت مع فرنسا فيما بعد ومع الدول الأخرى

١٦١ — وقد حصلت جمهورية البندقية (فينيزيا) على امتياز في سنة ١٥٤٠ امتيازات للدول الأخرى وانجلترا كذلك في سنة ١٥٨٣ وهولاندا في سنة ١٦١٣ وقد كانت هي وغيرها من الدول قبل امتيازاتها هذه ترفع العلم الفرنسي على مراكبها بموافقة الباب العالي وبنصوص صريحة في الامتيازات الفرنسية المتجددة <sup>(١)</sup>

[٢٦٠] (١) دو روزاس ١ ص ٢٦ — ٢٨

[١٦١] (١) وقد كانت فرنسا تمنع في حصول الدول الأخرى على امتيازات مثلها حتى لا تقل سطوتها على الاجانب التي تعتبر حامية لهم من الوجهة التجارية بتصریح من الباب العالي وتاريخ ما دار من النزاع على هذه الامور خصوصاً بين فرنسا وانجلترا وارد في دو روزاس ١ ص ٢٩ — ٣٩

١٦٢ — هذا ولما ارتقى لوى الرابع عشر على عرش فرنسا أراد أن يجعل  
للمطامعة السياسية الكبرى منفذاً في البلاد العثمانية يخفف به من وطأة التزاحم  
التجارى الذى ازداد بمحصول الدول الأخرى على امتيازات من تركيا فأراد أن  
يحصل من هذه على اعترافها بحق فرنسا في حماية المسيحية الكاثوليكية في الدولة  
العلية وتنظيم هذه الحماية التى كانت موجودة لفرنسا في الواقع لحد محدود على جميع  
رجال الدين المسيحي في البلاد العثمانية ولكن سلطان تركيا أبى أن يعترف رسمياً  
بهذا الحق وصدر الامتياز في سنة ١٦٧٣ خالياً عن ذكر حماية لوى الرابع عشر  
للمسيحية في تركيا . واكتفى بتقرير الحرية الدينية لرجال الدين التابعين  
للمذهب اللاتينى من رعايا فرنسا

تطلع فرنسا الى  
حماية المسيحيين  
رسمياً

وهذا تأييد ضمنى محدود لحق الحكومات الأجنبية في التدخل في الامور  
الدينية المسيحية في بلاد الاسلام (١)

١٦٣ — وقد جعل امتياز سنة ١٧٤٠ حقوق الاجانب ثابتة بشكل نهائى  
بدون حاجة الى تجديدها ( بند ١٥٩ ) وهو يشتمل على خمس وثمانين مادة وهو  
أكمل من أى امتياز آخر أعطى من قبله

الامتياز الاكبر

١٦٤ — وما كاد ينتهى القرن الثامن عشر حتى منحت الامبراطورية  
العثمانية امتيازات لجميع ممالك أوروبا ما عدا سويسره وكانت كلها على نمط الامتياز  
الفرنسى المعقود في سنة ١٧٤٠ ونظراً لأن كل دولة تحصل على امتياز تضع فيه  
شرطاً خاصاً يضمن لها جميع المنافع التى تحصل عليها أية دولة أخرى تكون قد  
فضلت عليها فى شيء ما ، ومعنى هذا الشرط « شرط الامة الاكثر تفضيلاً »

امتيازات الدول  
الأخرى

Clause de la nation la plus favorisée

وفي سنة ١٨٣٠ حصلت الولايات المتحدة الامريكية على امتياز وفي سنة ١٨٣٨

[١٦٢] (١) قارن دو روزاس ٤١—٥٥

[١٦٣] (١) جميع الامتيازات منشورة تفصيلاً في قاموس القضاء والادارة للمرحوم جلال  
بك تحت أسماء الدول المختلفة



حصلت البلجيكي على امتياز لها وكذلك وأخيراً حصلت بلاد اليونان على امتياز خاص بها في سنة ١٨٥٥

١٦٥ — هذا وليس من فروق محسوسة بين الامتيازات التي منحت قديماً والامتيازات الحديثة العهد نوعاً فاتها لم تتغير في جوهرها ولكن الذي تغير هو قوة الامبراطورية العثمانية التي كلما اضمحل جزء منها ازدادت دول أوروبا طمعاً فيها وتشبثاً بأحققتها ومشروعيتها وطلب المزيد منها ومع ذلك فان الامتيازات الاجنبية أصبحت الآن في تركيا أمراً تاريخياً فقط وبقي دور القطر المصري في اثبات حقه أمام الدول الاجنبية في الغاء الامتيازات ولو تدريجياً . ان التطور الذي حصل أخيراً في القطر المصري قد أثبت لكل انسان انه لا معنى مطلقاً لا تنقاص السيادة الوطنية المصرية بوجود امتيازات تقف حجر عثرة في سبيل كل رقي مادي وأدبي في البلاد وتشل حركة الحكومة عن العمل فيما هو من واجباتها نحو أهالي البلاد ونحو الاجانب أنفسهم الذين تتأثر مصالحهم حتماً تأثيراً سيئاً بضعف سلطة الحكومة المحلية ضعفاً عاماً اذ لا معنى لزيادة التشديد على أهالي البلاد في ضرائب ونظام وغير ذلك في مقابل اراحة الضيوف المستمرين وعدم مشاركتهم لآخوانهم أهالي البلاد فيما يجب عليهم من الواجبات وهذا موضوع عام لا محل هنا لزيادة التبسط فيه

١٦٦ — ويجدر بنا قبل أن ننقل الى بيان حقوق الاجانب في مصر الآن أن نشير الى أن تركيا قد بذلت غاية جهدها في ارضاء الاجانب وتقرير الحقوق العامة والخاصة لكل من تظله سماؤها وأصدرت قراراتين عظيمي الشأن في التاريخ تقر بهما اعترافها بالمبادئ الحديثة المتبعة في الحكومات المتسامحة وهما الخط الشريف المنسوب الى جللخانه أو لأئحة التنظيمات، الصادر في سنة ١٨٣٩ والخط الهايوني الصادر في سنة ١٨٥٦ قبيل افتتاح مؤتمر باريس الذي عقد في ٢٨ فبراير سنة ١٨٥٦ ولغاية هذا التاريخ لم تكن تركيا معتبرة من هيئة الدول الاوروبية فقرر المؤتمر في ١٨ مارس سنة ١٨٥٦ السماح لها بذلك فدخلت في عداد عصبة

زوال  
الامتيازات  
في تركيا

دور مصر

ما علمته تركيا  
لأغائها

الامم الاوروبية ونص في المادة السابعة من معاهدة باريس على أن « أصحاب الجلالة ( ملوك أوروبا ) يقررون السماح للبواب العالي بأن يشترك في الانتفاع من مزايا القانون العام وهيئة الدول الأوروبية ويتعهدون ، كل منهم من جهته ، باحترام استقلال وسلامة أراضي الامبراطورية العثمانية ويضمنون جماعةً مراعاة هذا التعاهد مراعاة دقيقة ولذلك يعتبرون أن كل عمل من شأنه المساس بذلك هو من المسائل ذات المصلحة العامة<sup>(١)</sup>

كسبها الصلح  
بمعاهدة لوزان

ومع ذلك فقد كابدت تركيا من الالهوال بعد ذلك على أيدي الدول الأوروبية وخصوصاً على أثر انتهاء الحرب الأوروبية العظمى ما تمزق به شمل امبراطوريتها الكبيرة الى أن جمع شتات العناصر التركية الخالصة بطل تركيا الحديثة الغازي مصطفى كمال باشا فبعد أن قواها من الوجهة المادية وجعل نواة الدولة الجديدة بعيداً عن منال الجيوش والاساطيل الأوروبية كسب المفاوضات بينه وبين الدول الأوروبية في مؤتمر لوزان وحصل على اقرار منها بكامل حقوق السيادة الواجبة للحكومة « التركية » الجديدة وعلى الغاء الامتيازات والحمايات وسائر أنواع أسباب الضعف التي فتكت بالامبراطورية « العثمانية » القديمة أشد فذك ونكلت بها تنكيلاً<sup>(٢)</sup>

[١٦٦] (١) دو روزاس ١ ص ١١٤ وهذا نص المادة بالفرنسية

« Leurs Majestés déclarent la Sublime Porte admise à participer aux avantages du droit public et du concert européens. Leurs Majestés s'engagent, chacune de son côté à respecter l'indépendance et l'intégrité territoriale de l'Empire Ottoman, garantissent en commun la stricte observation de cet engagement et considéreront en conséquence tout acte de nature à y porter atteinte comme une question d'intérêt général »

(٢) من المفيد جداً مطالعة مقالة الاستاذ بارامى المدرس بجامعة باريس في المجلة السياسية والبرلمانية Revue Politique et Parlementaire عدد ١٠ أغسطس ١٩٢٣ السنة الثلاثين ص ٣٠٤ — ٣١٣ والمقالة الافتتاحية في العدد نفسه من المجلة للاستاذ

١٦٧ - كيف تحورت الامتيازات الاجنبية في مصر : تحورت هذه تحور الامتيازات في مصر  
الامتيازات أولاً بحكم العادة التي جرت على خلاف نصوصها في مواطن كثيرة  
وكان لها شأن خاص في تفسيرها وتطبيقها . وثانياً تحورت بمقتضى الوفاق الذي  
أنشأ المحاكم المختلفة وغيره من الاتفاقات اللاحقة له . أما الدول التي تتمتع بالامتيازات  
الاجنبية في مصر الآن فهي البلجيكي والدنمارك واسبانيا والولايات المتحدة الامريكية  
وفرنسا وانجلترا واليونان وايطاليا وهولاندا والبرتغال والسويد والنرويج

أما المانيا فاتها تنازلت عن الامتيازات التي كانت لها في مصر بعد أن اعترفت  
بالحماية البريطانية عليها مادة ١٤٧ من معاهدة فرساي التي عمل بها من يناير سنة  
١٩٢٠ ويستند هذا التنازل الى ٤ اغسطس ١٩١٤ وهو تاريخ دخول انجلترا في  
الحرب الاوروبية المشؤومة وبمقتضى المادة ١٤٨ منها تعتبر جميع المعاهدات بين  
مصر والمانيا لاغية الغاء مستنداً كذلك . وتعهدت المانيا ألا تتدخل بأي شكل  
في المفاوضات التي تحصل بين انجلترا والدول الاجنبية بخصوص مصر وبمقتضى  
المادة ١٤٩ تختص المحاكم القنصلية البريطانية بالحكم في كل ما يتعلق بالالمانيين  
وأموالهم في مصر وذلك الى أن يصدر قانون مصري بتنظيم القضاء في مصر وانشاء  
محاكم عامة لها اختصاص عام على جميع الناس ( المرافعات بند ١١٢ )

وقد تضمنت معاهدة سان جرمان مع النمسا ( مادة ١٠٢ - ١٠٩ ) مثل  
النصوص التي وضعت لالمانيا

ويظهر أن النية منصرفة الآن الى تحديد حقوق الالمانيين في مصر طبقاً  
للادة ١٥٠ من معاهدة فرساي التي تنص على أن للحكومة المصرية الحرية المطلقة  
في تحديد حالة الالمانيين في مصر والشروط التي يجب توافرها لمن يريدون منهم

ان يتخذوا مصر مستقراً لهم ولكن للآن لم تتخذ مصر أى قرار بالنسبة لهم  
وقد أصبح المركز دقيقاً بعد استقلال مصر الذى أعلن فى ٢٨ فبراير ١٩٢٢

بيان اجمالى للحقوق المختلفة التى أصبح الاجانب يتمتعون بها  
بمقتضى الامتيازات محورة كما ذكر : —

١٦٨ — أرو : حق الانتقال والاقامة فى داخل القطر وهذا الحق يكاد  
يكون كاملاً ومطلقاً اذ قد تكفلت العادة بعدم الزام الاجانب بالحصول على جوازات  
السفر passports وبزوال القيود الاخرى التى ينص عليها القانون العثمانى<sup>(١)</sup>

١ : حق الانتقال  
والاقامة

ومع ذلك فقد قضت حالة الحرب بضرورة الحصول على جوازات السفر وظلت  
الحالة هكذا فى وقتنا الحاضر رغم زوال الاحكام العرفية البريطانية وذلك بمقتضى  
قرار أصدره وزير الداخلية فى ٤ يولييه سنة ١٩٢٣ بعد موافقة مجلس الوزراء للعمل  
به مؤقثاً مع عدم الاخلال بما قد يوضع من الاحكام فى أمر المهاجرة الى الديار  
المصرية وقد نص فيه على انه لا يجوز لأى شخص أن يدخل القطر الا اذا كان  
حاملاً جوازاً passport او تذكرة مرور Laissez-passer من السلطة ذات  
الشأن فى البلاد التى يكون تابعاً لها أو من القنصلية السياسية لبلاده أو من السلطة  
ذات الشأن فى البلاد التى يقيم فيها . ويجب أن يؤشر على الاوراق المذكورة ما عدا  
جوازات السفر المصرية، من السلطة السياسية أو القنصلية المصرية فى الخارج؛ وتقوم  
السلطات البريطانية ذات الشأن فى مباشرة الاختصاصات المخولة فى أمر جوازات  
السفر الى وكلاء مصر السياسيين أو القنصلين فى الخارج طبقاً للتعليمات التى يقرها  
وزير الداخلية والخارجية الا اذا عهد فى ذلك الى سلطة أجنبية أخرى بقرار من  
مجلس الوزراء (وذلك لا يكون بالطبيعة الا اذا كانت انجلترا فى حالة حرب مع الدولة

جوازات السفر  
فى مصر

[١٦٨] (١) دوروزاس ١ ص ١٤٩ ،، بخصوص تركيا وجزء ٢ ص ١٨١ ،، بخصوص  
مصر وتراجع الاوانح العثمانية المتعلقة بجوازات السفر فى قاموس القضاء والادارة تحت كلمة  
Passports جزء ٣ ص ٦٢٥ ،،

التي ينط فيها الأمر المذكور بوكلاء دولة أخرى — قارن بند ٢٠٦ فى الحماية وذلك لان انجلترا لا تسمح لمصر بأن تمثلها اية دولة أجنبية أخرى ( وجواز السفر يكون صحيحاً لمدة سنتين من تاريخ اصداره أو من تاريخ تجديده ؛ ولا يجدد لمدة تزيد فى مجموعها عن عشرة سنين من يوم صدوره بعكس تذكرة المرور فاتها تكون صحيحة لمدة سنة ولا تمتد مدتها بعد التجديد لا كثر من خمس سنوات من تاريخ تسليمها

ولا يجوز لاي شخص أن يخرج من القطر المصرى الا اذا كان حاملا جواز سفر صادراً من قسم الجوازات فاذا كان أجنبياً يصدر الجواز من السلطة التي يكون الشخص تابعاً لها<sup>(٢)</sup> والجزاء على مخالفة احكام القرار هو المنع من النزول الى البر والمنع من السفر

هذا ويجوز للبوليس المصرى القبض على كل شخص تابع لدولة أجنبية فى حالة التلبس بالجناية وكذلك اذا كان مطلوباً البحث عنه بأمر القنصل التابع له لجناية أو جنحة ارتكبها ويرسل فى الحال الى مركز البوليس ومنه الى القنصلاتو التابع لها بأسرع ما يمكن<sup>(٣)</sup>

وقد اتفقت الحكومة المصرية مع ممثلى الدول الاجنبية فى مصر فى سنة ١٨٦٦ طرد الاجانب على جواز طرد الاجانب من القطر المصرى اذا لم يكن لهم وارد للكسب وكان سلوكهم يضر بالآداب أو بالامن العام ولكن بشرط موافقة القنصل على ذلك واذا لم يقبل القنصل فتعرض المسألة على لجنة من القناصل مكونة بالاتفاق بين الحكومة المصرية والقنصل المختص . ومع ذلك فقد حكمت المحاكم المختلطة بأن للحكومة

(٢) وقد نص القرار على تفصيلات أخرى وهو منشور فى الوقائع الرسمية عدد ٧٧

الصادر فى ٢ اغسطس ١٩٢٣ ص ١٠ و ١١ وعمل به ابتداء من ٥ يولية ١٩٢٣

(٣) مادتي ١٤٣ و ١٤٥ من قانون البوليس المصرى والمادة ٥ من القرار الصادر

فى ٢٨ اكتوبر ١٨٩٣ بتعليمات لالبوليس المصرى



المصرية حق طردهم في حالة اضرارهم بالامن العام أو براحة الاهالى (٤)

الحرف والفنون  
والصناعات

هذا وفيما يتعلق بحقوق الاجانب في ممارسة أى صناعة أو حرفة أو فن أو  
تجارة قد أصدرت الحكومة المصرية أمراً عالياً بتاريخ ٨ مارس سنة ١٨٩١ بعد  
تصديق الدول عليه ويسمى «قانون رخصنات الصنائع» Loi sur les patentes  
أقرت فيه بأنه مباح لكل شخص قاطن بالديار المصرية وطنياً كان أو أجنبياً أن  
يمارس أى صناعة أو حرفة أو تجارة على شرط مراعاة القوانين العمومية المتبعة في  
القطر المصرى ويستثنى من ذلك الصنائع الخطرة أو التى تكون متعلقة بأشياء احتكرتها  
الحكومة أو يمكن أن تحتكرها في المستقبل (٥)

٢ : حرمة  
السكن

١٦٩ - ثانياً : حرمة المساكن Inviolabilité du domicile وهذه  
قد حصل التوسع في معناها بحيث اتسع نطاق هذا الحق فبعد أن كان مقصوراً  
بحكم الاتفاقات الدولية على منازل السكن وملحقاتها من حدائق ورجبات مسورة  
أصبح الآن في مصر شاملاً لجميع المحلات التى يتعاطى فيها الاجنبى التجارة أو  
الصناعة أو الحرفة أو الصنعة على العموم . وكما تمسكت الحكومة المصرية بالنصوص  
الخاصة بالموضوع فلم تدعن الدول لما جاء في تلك النصوص وتمسكت هى أيضاً  
بحكم العادة التى جرت من قديم باحترام التفسير الواسع كما سيبين في بند ١٩٩

بروتوكول بوريه

والنصوص الخاصة بالموضوع موجودة فيما يسمى بروتوكول بوريه Protocole  
Bourée وهو الاتفاق الذى تم بين فرنسا والدولة العلية على يد السفير الفرنسى  
المسيو بوريه في سنة ١٨٦٨ ووافقت عليه الدول الاخرى بعد ذلك والذي بمقتضاه  
وضعت الحلول المناسبة للمسائل التى طرحها الباب العالى وطلب من الدول الموافقة

(٤) راجع الاتفاق والاحكام في جلد بك ، قاموس القضاء والادارة الفرنسى تحت  
كلمة اجانب جزء ٢ ص ٦٥٤

(٥) وفيما يتعلق بالرسوم التى تفرضها الحكومة على ذوى الصناعات كالاطبـاء  
مثلاً وما حصل فيها من معارضات بعض الدول الاجنبية راجع بند ١٩٩

عليها قبل تنفيذ فرمان الذي منح الاجانب في سنة ١٨٦٧ حق تملك العقارات في البلاد العثمانية فيما عدا الحجاز<sup>(١)</sup> . وقد وضعت النصوص المذكورة ، في المادة

المساكن في نظر  
البوليس المصرى

١١ من التعليمات المصرية الصادرة الى البوليس المصرى في ٢٨ اكتوبر سنة ١٨٩٣ بخصوص حقوقه قبل الاجانب فقالت المادة المذكورة ان المقصود بالمحل أو السكن Domicile ou demeure « البيت وما يتبعه من الملحقات كالأبنية الخارجية والاحواش والجناين والمحلات المتصلة بها المحاطة بالاسوار . وأما خلاف هذه الاملاك فلا يدخل تحت تلك العبارة ولا يتوقف البوليس عند تنفيذ اجراءاته في الاماكن الخارجية عن محل السكن » ويلاحظ الفرق بين القواعد الموضوعة للبوليس عند ما يكون محل الاجنبى واقعاً على أقل من مسافة تسع ساعات وعند ما يكون واقعاً على بعد تسع ساعات من القنصلية ففي الحالة الاولى يكون حضور القنصل ضرورياً الا عند الاستغاثة من الداخل بطلب المساعدة أو عند حدوث حريق أو غرق أو اذا صرح صاحب المنزل بالدخول من تلقاء ذاته وفي الحالة الثانية تخف الاجراءات ويستغنى عن حضور القنصل في أغلب الاحوال<sup>(٢)</sup>

وقد اعترضت الدول الاجنبية على خطة الحكومة المصرية في تمسكها بالمعنى احتياج الدول

[١٦٩] (١) دو روزاس ١ ص ٤٦٥ و ٢ ص ١٨٢ والنص العربى منشور في مجموعة القوانين والقرارات لكامل بك . رسمى وعبد الفتاح بك السيد القسم الاول ص ٣٧—٣٩ وقد جاء فيه تعريف المحل كما يأتى : منزل السكن ومشمولاته أى المطبخ والاسطبل وأمثالهما والاحواش والجناين والمحلات المتصلة بها المحاطة بالاسوار ما عدا جميع الباقي من أجزاء الملك فانه لا يعد محل اقامة والسبب الذى أورده المسيو بوريه في منشور ايضا حى هو انه ما كان يصح أن مقداراً واسعاً من الاراضى بمجرد كونه ملكاً لاجنبى يعد كحل اقامة غير مأذون للمأوى الحكومة المحلية الحضور اليه أو الدخول فيه ، وطلب الحصول على أكثر من ذلك يعد من قبيل الزعم بأن كل أرض يملكها اجنبى حق لها الامتياز بمعاملتها حسب قانون الدولة التابع لها المالك وكان ذلك يعد تناقضاً في الطلب لانه من العطلات المستحيلة اذ أن الباب العالى لا يسمح مطلقاً بحمل الاملاك العقارية في البلاد العثمانية خاضعة لاحكام الدول الاجنبية

(٢) هذه المسائل واردة في قانون البوليس المطبوع سنة ١٩٠٦ تحت مادة ١٥٣ — ١٦٠ وفيها تفاصيل بخصوص الاجراءات التى تتبع في كل الاحوال وهى مأخوذة في الاصل عن قانون امتلاك الاجانب للعقارات في الدولة العثمانية الصادر في سنة ١٨٦٧

الضيق مدعية بأن اتفاق بوريه لم توافق عليه الدول بالنسبة لمصر ولم تتمسك به الحكومة المصرية الا بعد مرور نحو عشرين عاماً عليه ( راجع بند ١٩٩ )

٣: حرية الاديان ١٧٠ - ثانياً : حرية الاديان وهذه كاملة في مصر الا فيما يتعلق بأمر واحد قيدت فيه العادة هذه الحرية وهو أن الشعائر الدينية يجب دائماً أن تحصل داخل الكنائس الا في حالة الوفاة . وفي تركيا لا يجوز مطلقاً انشاء كنيسة أو تعميرها الا بتصريح خاص من الحكومة العثمانية

هنا وقد نصت المادة ١٢ من الدستور المصري الصادر في سنة ١٩٢٣ على أن حرية الاعتقاد مطلقة ، والمادة ١٣ على أن تحمي الدولة ( المصرية ) حرية القيام بشعائر الاديان والعقائد طبقاً للعاديات المرعية في الديار المصرية على أن لا يخل ذلك النظام العام ولا ينافي الآداب

٤: حرية التجارة ١٧١ - رابعاً : حرية التجارة : لغاية سنة ١٨٧٣ كانت علاقات مصر التجارية بالدول الاجنبية تابعة في المسائل الكمركية للمعاهدات المبرمة بين الباب العالي والدول الاجنبية وللنظمات التي صدرت بعدها لتكون سارية في جميع الممالك العثمانية ؛ وفي تلك السنة حصل الخديوى اسماعيل باشا على فرمان يبيح لمصر حق عمل معاهدات تجارية خاصة بها <sup>(١)</sup> . وقد انتفعت مصر من ذلك فرمان ابتداء من سنة ١٨٨٤ حيث كانت المعاهدات العثمانية قد انتهت مدتها

والنظام المصري الحالي نظام واحد بالنسبة لجميع الدول التي دخلت في معاهدات مع مصر <sup>(٢)</sup> الا أن مصر قد حفظت لنفسها الحق في عمل اتفاقات خاصة

[١٧١] (١) نص في فرمان المذكور على انه قد « رخص الخديوى مصر ايضاً في تجديد وعقد وقات مع معتمدى الدول الاجنبية بلا اخلال بالمعاهدات السياسية لبابنا العالي وذلك فيما يتعلق بالكمارك والتجارة وكل العلائق الخاصة بالاجانب وجميع المسائل الداخلية وغيرها في البلاد بقصد تقدم التجارة والصناعة ووضع نظام للاجانب خاص بالضبط وبحالتهم وعلاقتهم مع الحكومة والاهاى »

(٢) وهى بريطانيا العظمى والنبرتنال والنمسا والمجر وبلجيكا وايطاليا والمانيا واليونان

مع تركيا وبلاد العجم وآخر معاهدة تجارية أمضتها مصر حصلت في سنة ١٩٠٢ وصدق عليها في سنة ١٩٠٦ (٣)

١٧٢ - هذا وليس من غرضنا أن نشرح النظام التجاري المقرر بالمعاهدات فان هذا ليس محله (١) ولكن يكفي أن نقرر أن اشتراط الحصول على المنافع الممنوحة للدولة الاكثر رعاية أو تفضيلاً في المعاملة يجعل النظام واحداً لجميع الدول التي تعاقدت مع مصر ( بند ١٦٤ ) (٢) وهذه الدول قد وافقت جميعها على قانون الجمارك المصرية Règlement douanier الذي ينص على الجزاءات اللازمة لحفظ الاتفاقات المذكورة وضمان تنفيذها . فقد نص على معاقبة التهريب وعلى ارتكاب أية مخالفة لقانون الجمارك وفيه بيان لحق السلطات المصرية في المراقبة والتفتيش براً وبحراً

ففي البر هذا الحق ثابت في جميع جهات القطر فيما يختص بالبضائع الممنوعة أو المحتكر بيعها للحكومة ، وبالدخان والتبناك متى كان تداولهما بوجه مخالف للنظامات أما فيما يختص بالبضائع الاخرى فهذا الحق مقصور على ما يسمى دائرة المراقبة Zone de surveillance وهذه حدها كيلو متران اثنان من حدود مصر البرية أو من ساحل البحر المالح ومن ضفتي قنال السويس والبحيرات التي يمر بها وفيما وراء هذه الحدود يجوز نقل البضائع بحرية غير ان البضائع المهربة التي يطاردها عمال الحكومة يجوز ضبطها ولو بعد قطعها حدود دائرة المراقبة وللجمرك حق الكشف والتفتيش على القوافل المارة في الصحراء متى اشتبه

ووافقت على هذه المعاهدات الولايات المتحدة الامريكية وهولاندا والسويد والنرويج واسبانيا واما البلاد الخارجة عن هذه الاتفاقات فتستمر ماملتها بمقتضى احكام المعاهدات التركية

(٣) دو روزاس ٢ ص ١٩٠

[١٧٢] (١) جميع المعاهدات التي عقدتها مصر منشورة في قانون الكمارك المصرية من ص ٣ الى ص ١١٦

(٢) دون الدول التي استمرت على الحالة القديمة ( ص م ٢ يناير ١٩٠١ القضاء

٨ ص ١٠٣ ) وورد في مقدمة قانون الجمارك



بكونها تتعاطى تجارة يمنعها القانون ؛ وفي البحر يستعمل هذا الحق فيما يسمى دائرة المراقبة البحرية Zone de surveillance maritime وتمتد الى عشرة كيلومترات من الشاطئ ولكن يشترط من أجل التفتيش أن تكون حمولة السفينة الاجنبية تقل عن مائتي طن وأن تكون مشبوهة . ولكن هذا القيد لا يشترط اذا كانت السفينة داخل احدى المين فاذا كانت في ميناء صح تفتيشها بشرط اشعار القنصل مقدماً حتى يحضر اذا أراد وهناك تفاصيل أخرى في هذه المسائل و بيان للاجراءات التي تتبع في كل حال ويرجع فيها كلها الى قانون الجمارك الذي وافقت عليه الدول وقد نص فيه على عقوبة المصادرة وعلى الغرامات التي تحكم بها لجنة الجمارك La Commission douanière ويعارض في قراراتها أمام محكمة التجارة المختلطة<sup>(١)</sup> ويستأنف حكم محكمة التجارة دائماً أمام محكمة الاستئناف العليا<sup>(٢)</sup>

نظام التجارة  
المصرية

١٧٣ — هذا وتتلخص المبادئ الاساسية المبينة عليها الاتفاقات التجارية المصرية الخاصة ، فيما يأتي

أولاً : حق التصدير يكاد يكون غير مقيد ومع ذلك فلمصر أن تمنع تصدير

[١٧٢] (١) تفاصيل هذه المسائل في دو روزاس ص ٢١٩ — ٢٣٩ وفي قانون الكمارك مادة ٣٢ تحت عنوان الملاحظة في البحر وقد نص في المادة المذكورة على انه اذا طارد عمال الكمارك أو ضباط سفن البوسطة المصرية أو ضباط سفن الحكومة سفينة تقل حمولتها عن ٢٠٠ طن وامتنعت عن تمكينهم من الصعود اليها يجب عليهم رفع الراية أو اشارة قاربهم أو سفيلتهم وانذار السفينة المطاردة بطلاق بارود فاذا لم تقف يطلاق طلق ثان من قنابل أو كلل على شراعها وبعد هذين الانذارين يستعمل المطارد الاسلحة استعمالاً حقيقياً ويجوز استمرار المطاردة وضبط السفينة فيما وراء عشرين كيلومترًا واما السفن التي تزيد حمولتها عن ٢٠٠ طن فتكون الملاحظة قاصرة على مراقبة حركاتها على طول الساحل وفي حالة الشروع في تفريغ بضائع يجوز للعمال والضباط المذكورين اجبارها على مرافقتهم الى الكمارك الاقرب والاسهل وصولاً وبحرورن محضراً بالخالفه . اما السفن والقوارب والمراكب الحربية الخاصة بالدول الاجنبية فلا يجوز تفتيشها بل يجب الاكتفاء على مراقبة حركاتها واذا رأوا دلائل التهريب فيبلغون ادارة الكمارك الحوادث التي شاهدها ونصت المادة ٣٣ على لجان الكمارك وما يتعلق بعملها

(٢) احكام الاستئناف الواردة في قانون الجمارك مادتي ١٣٩٢ و ١٣٩٣



أى صنف تريد بشرط أن تجسّل المنع عامّاً سارياً على كل الدول ؛ وحق تصدير الاشياء الاثرية ممنوع الا بتصريح خاص

ثانياً : حق الاستيراد مقيد ببعض قيود ويجوز اتخاذ قرارات مؤقتة بمنع ادخال ما تقضى الصحة العامة بمنعه مثلاً توريد المواشى من الجهات الموبوءة وهناك أشياء ممنوعة بصفة دائمة أو مقيدة بقيود خاصة وهى مذكورة فى الاتفاقات وهى المفرقات وبعض أنواع الاسلحة والتبّاك وملح البارود والملح والنظرون والحشيش أما الدخان فله نظام خاص ويجوز منعه بالكلىة<sup>(١)</sup>

١٧٤ — أما فيما يختص بالتجارة الداخلية فى القطر فان الاتفاقات انما تتناول التجارة الداخلية تنظيم بعض مسائل خاصة مثل الاتجار فى الاسلحة وفيما عدا ذلك فان التجارة الداخلية فى مصر مفتوحة للأجانب بصفة مطلقة<sup>(١)</sup> وللحكومة المصرية أن تضع الضرائب التجارية التى تراها لازمة — مثال ذلك ضريبة السكر الحديثة وضريبة الكؤل — ولكن يجب عليها التميز فى الموضوع بين الاهالى والاجانب ولها أن تضع من القرارات ما تشاء بخصوص الدخان والنظرون والملح وملح البارود والحشيش ولكن لا يمكنها أن تمنع الاتجار فى الدخان كما لا يمكنها أن تحتكره<sup>(٢)</sup>

١٧٥ — فأمّا : الاجانب معفون من الضرائب . القاعدة العامة أنه لا يمكن أن يلزم الاجانب فى مصر بدفع الضرائب التى تفرضها الحكومة المصرية عليهم الا اذا وافقت الدول عليها وهذه الموافقة قد حصلت فعلاً فى أربعة أنواع من الضرائب وهى : —

( ١ ) الرسوم الجمركية والضرائب التجارية ( بند ١٧٤ ) المفروضة طبقاً للمعاهدات التجارية

[١٧٣] (١) تفاصيل هذه المسائل فى دو روزاس من ١٩٨ — ٢٠٢

[١٧٤] (١) دو روزاس ٢ من ٢٠٤ ،، و ٢٣٩ ،،

(٢) دو روزاس ٢ من ٢٤٣

( ٢ ) ضريبة الاراضى طبقاً للفرمان العثمانى الصادر فى شهر صفر سنة ١٢٨٤  
( يونيه ١٨٦٧ ) وهو الذى أباح لهم حق تملك العقارات

( ٣ ) عوايد المباني طبقاً لاتفاق لندن الحاصل فى سنة ١٨٨٥ وللدكترو  
الخدوى الصادر فى ١٣ مارس ١٨٨٤ الذى حصل الاتفاق عليه  
( ٤ ) عوايد مجلس بلدى اسكندرية طبقاً للمادة ٣١ من الدكترو الخديوى

المؤرخ ٥ يناير ١٨٩٠

فاذا ما حصلت الحكومة من أحد الاجانب رسوماً أو ضرائب غير ما ذكر  
كان له الحق فى طلب استردادها أمام المحاكم المختلطة التى تحكم طبقاً للمادة ١١  
من لائحة الترتيب فيما يمس حقوق الأجانب المكتسبة بالمعاهدات<sup>(١)</sup>  
وهالك بيان أهم القضايا الحديثة المختصة بالموضوع : —

( ١ ) قضية الشيكونت دو فونتارس وقد حكم فيها فى ٢١ مارس ١٩١٢  
( س م ، جازيت ٢ ص ١٢٢ ) بأن الضرائب التى تفرضها مجالس المديريات  
للعرف منها على المنافع العمومية ليست خاضعة لشرط موافقة الجمعية العمومية المقررة  
فى المادة ٢٤ من القانون النظامى الصادر فى أول مايو ١٨٨٣

( ٢ ) قضية شركة سكة حديد القاهرة الكهربائية وواحة عين شمس ليمتد  
التي حكم فيها فى ٣٠ ابريل ١٩١٣ ( س م ، جازيت ٣ ص ١٥٨ نمرة ٣٤٠ ) بأن  
دكترو ١٣ مارس ١٨٨٤ المصدق عليه باتفاق لندن فى ١٨٨٥ يعطى للحكومة المصرية  
الحق فى الحصول على ضريبة الواحد من اثني عشر على جميع الاراضى المبنية فى  
مصر بدون لزوم لتصريح من الدول من أجل اضافة أسماء مدن جديدة فى  
الكشف أو توسيع نطاق المدن الحالية

( ٣ ) قضية أوجست فالجيه ضد مديرية البحيرة بخصوص ضريبة الخفر

والتي حكم فيها في ٨ ديسمبر ١٩١٧ ( جازيت ٨ ص ٥٠ نمرة ١١٩ حكم المحكمة الجزئية المختلطة باسكندرية ) بصحة الحجز الادارى الذى أوقعته المديرية للحصول على ضريبة الخفر التى التزم الاجانب بها مثل المصريين بمقتضى الأمر العرفى البريطانى الصادر فى ٢٣ سبتمبر ١٩١٥

هذا ومن عهد اعلان الاحكام العرفية البريطانية على مصر فى سنة ١٩١٤ الى الغائها فى سنة ١٩٢٣ كانت السلطة العسكرية البريطانية تصدر أوامر تسرى على الوطنيين والاجانب على السواء وقد كان منها ما يتعلق بالضرائب مثل الأمر المتعلق بضريبة الخفر التى حصل النزاع عليها فى القضية الثالثة . هذا وقد أثار الغاء الحكم العرفى البريطانى دقائن العصيان العلنى لأوامر الحكومة المصرية فامتنع كثير من الاجانب عن دفع ضريبة الخفر وأشار بعض القناصل بعدم دفعها لان دولهم لم توافق عليها وما كانوا ليقولوا كلمة وقت ان كان دفعها واجباً بمقتضى الاحكام العرفية. إن قيام الاجانب متمسكين فى وجه الحكومة المصرية بامتيازاتهم ليمتنعوا عن دفع الضرائب التى يدفعها المصريون سيكون له شأن عظيم فى تقريب أجل الغاء الامتيازات الاجنبية لانه لا يمكن أن تدوم الحال طويلا على هذا المنوال

١٧٦ - سادسا : اعفاء الاجانب من الخضوع للقضاء المحلى المصرى : ٦ : عدم الخضوع

للقضاء المحلى

هذا الامتياز اكبر فى مصر منه فى أية جهة أخرى من جهات الامبراطورية العثمانية وقد استفحل أمره بحكم الاسادة التى نشبت أظفارها فى مصر متخطية فى ذلك نصوص الامتيازات الاجنبية وروحها ولكن هذا المركز قد تغير تغيراً جزئياً بانشاء المحاكم المختلطة باتفاقات دولية بين الحكومة المصرية والحكومات ذوات الامتيازات وقد جعل النظام - وان شئت فقل عدم النظام كما يتضح من بند ١٧٨ - الذى كان سائداً قبل انشاء المحاكم المختلطة هو القاعدة الاصلية أو القانون العام الذى ترجع اليه الحال اذا انقطع الاتفاق على استمرار نظام المحاكم

المختلطة وقد قبلت بذلك الحكومة المصرية صراحة في كل أدوار المفاوضات وفي آخر عهد تجديد به نظام المحاكم المختلطة الى أجل غير مسمى في سنة ١٩٢٢ لذلك وجبت الإشارة الى حالة هذا النظام التعيس الذي تهدد به مصر اذا انقطع اتفاق المحاكم المختلطة

١٧٧ - النظام السابق على انشاء المحاكم المختلطة - يمكن القول بأن هذا النظام كان مبنياً على قاعدتين نشأت الثانية منهما عن الاولى

ما قبل المحاكم  
المختلطة

١٧٨ - القاعدة الاولى : في المسائل الجنائية لا يخضع الاجنبي الى حكم محكمته القنصلية ؛ وفي المسائل المدنية يضطر الى ولوج أبواب المحاكم الاهلية اذا كان المدعى عليه من الاهالى وفي غير ذلك لا يخضع الى حكم قنصليته

القاعدة الاولى

وهذه القاعدة في كلتا الحالتين الجنائية والمدنية مخالفة لنصوص الامتيازات ومخالفة لما كان متبعاً في تركيا تفسيراً للامتيازات . اذ كان المتبع في تركيا أن المحاكم العثمانية تختص بالحكم في المسائل الجنائية اذا كان المجنى عليه عثمانياً فيكون الاجنبي خاضعاً لها متى كان معتدياً على العثماني ولا يكون له حق مطلقاً في التخلص من القضاء المحلي وفي هذا اظهر الحق سيادة الدولة على إقليمها . وفي المسائل المدنية كانت المحاكم العثمانية مختصة بالحكم كلما كان أحد العثمانيين مدعياً أو مدعى عليه

فالقاعدة المصرية كانت اذاً أن المدعى يسعى دائماً الى محكمة المدعى عليه Actor sequitur forum rei وكانت متبعة باضطراد في كل الاحوال حتى في القضايا العينية العقارية فانها كانت ترفع أمام القنصليات متى كان المدعى عليه أجنبياً . وهذا منتهى ما يصل اليه انكار سيادة السلطة المحلية وسلطان محاكمها . وفي هذه النقطة على الخصوص تناقض مريع مع حالة القانون المقررة بالفرمان العثماني الذي منح الاجانب حق تملك الاراضي العثمانية في سنة ١٨٦٧ إذ نص هذا الفرمان على خضوع الاجانب في كل ما يتعلق بالعقارات الى السلطة المحلية ولكن مصر

الاختصاص  
لمحكمة المدعى  
عليه دائماً

كانت غارقة من قبل ذلك في بحار تسامحها بالنسبة للاجانب فكانت تُملكهم الاراضى المصرية من قبل أن يسمح لها قانوناً بذلك إذ ابتداءً الاجانب يملكون العقارات في مصر من عهد محمد على باشا وأصبحت القاعدة في الاختصاص في كل الامور هي اختصاص محكمة المدعى عليه لافرق في ذلك بين عقارات ومنقولات فلم تتمكن مصر مطلقاً من الانتفاع من حرص السلطنة العثمانية على سيادتها التي حافظت عليها في كل الازمان واستردتها قانوناً كاملة في مؤتمر لوزان بعد ان استردتها بالفعل بحسن سياستها الاجنبية

أما أساس قاعدة اختصاص محكمة المدعى عليه فهو أن تنفيذ الاحكام الصادرة أساس القاعدة من القنصليات ضد الاجانب كان مضموناً من جانب القنصل . بعكس ما اذا كان الحكم صادراً من الحاكم المصرية فان تنفيذه لم يكن مضموناً مطلقاً لانها ما كانت تستطيع أن تنفذ ضد الاجنبى الا بمساعدة القنصل ووساطته ، وما كان القنصل ليسمحوا بتلك المساعدة الا بعد أن يفحصوا الحكم الاهلى المراد تنفيذه . وكان هذا مساوياً لنظر الدعوى من جديد فاختصاراً للوقت واقتصاداً في المصاريف التجأ الاهلى الى القنصليات مباشرة لرفع الدعوى فيها مباشرة ولذلك توطدت أركان القاعدة وأصبحت قاعدة عامة <sup>(١)</sup>

١٧٩ — القاعدة الثانية : فقدت الحكومة المصرية ، في نظر الدول ذوات الامتيازات ، سلطة التشريع فيما يتعلق بالاجانب فأصبحت في نظر هذه الدول لا تملك أن تضع قانوناً مصرياً ينفذ في الاقليم المصرى على أى أجنبى . والقاعدة الاولى ( بند ١٧٨ ) كانت متعلقة بطرق المرافعات أى كانت مسألة اجراءات ولكن القاعدة الثانية قاعدة جوهرية لها اساس تام بسيادة الدولة المصرية على اراضيها وهي مخالفة للقواعد التي يقرها القانون الدولي العام لأن لكل دولة حق



الحكم على أراضيها وعلى كل شخص وكل شيء فيها الا ما استثنى لاغراض خاصة ( بند ٦٨ ) وهي مخالفة أيضاً لما جرى عليه العمل في البلاد العثمانية سواء منها ما كان أوروبياً وما كان أسيوياً . وقد نشأت هذه القاعدة الثانية بطريق الاستنتاج والتخريج عن القاعدة الاولى وهي اختصاص محكمة المدعى عليه دون غيرها . أصبح الاجانب لا يقاضون الا أمام المحاكم القنصلية وهذه المحاكم لا تحكم الا بمقتضى قانونها أى قانون الحكومة صاحبة القنصلية . وحتى في الاحوال التى تطبق فيها القنصليات قانوناً أجنبياً فذلك انما يكون على مقتضى قواعد القانون الدولى الخاص التى تعتبر جزءاً معيناً من قانونها ( بند ٤ ) وكانت كل قنصلية تتبع فى العمل قانون دولتها معدلاً فى المسائل المدنية والتجارية طبقاً لما جرى عليه العرف فى القطر المصرى وما اتفق عليه الخصوم فى عقودهم ( نظرية حكم ارادة المتعاقدين Autonomie de la volonté بند ٢٥١ ) وبمراعاة قاعدة أن شكل العقد يخضع لقانون بلد تحريره locus regit actum ( بند ٢٥٠ )<sup>(١)</sup>

لذلك لم يكن هناك محل لتطبيق القوانين الصادرة من السلطات المصرية ، على الاجانب . حتى فى الاحوال التى كانت ترفع فيها الدعوى من الاجنبى على الوطنى أمام المحاكم الاهلية لم يكن ثمة محل لخضوع الاجنبى للقانون المصرى من وجهة ايجابية وذلك لان هذه المحاكم لا تستطيع الحكم على الاجنبى الا برفض دعواه على الا كثر ولكنه كان ينتفع من القانون المصرى اذا صدر الحكم لمصلحته . لذلك كانت حقوق الاجانب فى عدم الخضوع الى القوانين المصرية ناشئة جميعها عن تطبيق قاعدة اختصاص محكمة المدعى عليه

وقد خففت وطأة الحالة المذكورة عند ما انشئت المحاكم التجارية المختاطة المسماة « مجالس التجار » فى مصر واسكندرية فى سنة ١٨٦١ على نمط المحاكم التى

انشئت في تركيا للغرض نفسه وفيما عدا ذلك استمرت الحال كما تقدم الى أن انشئت المحاكم المختلطة المصرية الحالية

١٨٠ — النظام الناشئ عن المحاكم المختلطة ويسمى الاصلاح القضائي : بعد انشاء المحاكم المختلطة

La Réforme judiciaire وهو نظام مؤقت بالرغم من كونه قد عاش نحو نصف قرن وقد كان من الضروري الحصول على موافقة الدول ذوات الامتيازات عليه فوافقت عليه أولاً لمدة سنة ثم لمدد مختلفة تتراوح بين خمس سنين وتسعة أشهر أو ستة أشهر ثم انتهت الحال بأن وافقت عليه الدول لأجل غير مسمى فأصبح نظاماً مستمراً وهو مع ذلك غير دائم بل لا يزال مؤقتاً الى أن تعلن الدول أنها لا تريد الاستمرار عليه فحينئذ تعلن عن ذلك قبل ميعاد الانتهاء بسنة كاملة وقد صدر بهذا المعنى القانون نمرة ٢٨ سنة ١٩٢٢ فاذا ما جاء اليوم الذي تعدل فيه الدول عن قبولها استمرار النظام المختلط فان الحالة القديمة المرسومة في بند ١٧٧ — ١٧٩ تعود من تلقاء نفسها

هذا وقد أدخلت تعديلات على النظام المختلط بعد موافقة الدول عليها ، وأهم تعديل هو ما صدر به القانون نمرة ١٧ في ١١ نوفمبر ١٩١١ الذي عدل المادة ١٢ من القانون المدني المختلط الخاصة بالتشريع بالنسبة للاجانب والتي منتهك منها في بند ١٩٧ وبانشاء النظام المختلط قد تنازلت الدول مؤقتاً وجزئياً عن اعفاء الاجانب من الخضوع للقضاء المصري والقوانين المصرية ضمن الحدود المرسومة بالاتفاقات المذكورة

١٨١ — وليس غرضنا هنا أن نتكلم عن نظام المحاكم المختلطة من الوجهة نظرة اجمالية واحالة

العامة ولا من حيث اختصاصها في المسائل المدنية والتجارية فان طلبه السنة الرابعة في مدرسة الحقوق الملكية قد درسوا هذا النظام بالتفصيل في مادة المرافعات المدنية والتجارية والنظام القضائي في مصر <sup>(١)</sup> ولذلك يجب مذاكرته من الوجهة العامة ومن حيث اختصاص المحاكم المذكورة بنظر المواد المدنية والتجارية وما خرج عن

[١٨١] (١) راجع في ذلك كتابنا في المرافعات بند ٢٧٥ — ٣٥٩ وبند ٥٣٢ — ٥٥٩

وظائفها من المسائل ونظرية الصواع المختلطة Théorie de l'intérêt mixte والاحوال التي يجب فيها الايقاف في نظر المحاكم المختلطة أو لا يجب عند ما تعرض أمامها مسألة من مسائل الاحوال الشخصية بصفة فرعية طبقاً للمادة ٤ من القانون المدني المختلط<sup>(٢)</sup>

تلخيص هام

١٨٢ - وإذا أردنا تلخيص الحالة بالنسبة لامتياز الاجانب من الوجهة القضائية في مصر يمكننا أن نقول ان هذا الامتياز حاصل في المسائل المدنية التجارية في الاحوال التي يكون فيها الخصوم كلهم من اجانب من جنسية واحدة ولا تكون الدعوى عينية عقارية . اما في الاحوال الشخصية فان امتيازهم كامل اللهم الا فيما يتعلق بتطبيق المادة ٤ م م عند ما تنشأ مسائل الاحوال الشخصية بصفة فرعية في الدعوى المنظورة أمام المحاكم المختلطة والتي هي من اختصاصها كما رأت هذه المحاكم أن لا محل للايقاف للحصول على حكم من قاضي الاحوال الشخصية وفي هذه الحالة تطبق المحاكم المختلطة قانون الاحوال الشخصية وعلى أثر هذا التطبيق تحكم في الموضوع المطروح أمامها بصفة أصلية<sup>(١)</sup> ومن جهة أخرى فان الاجنبي يخضع بنص المادة ١٢ ل ت م م ( ٨ م م ) والتفسير الذي أعطى لها في الاعمال التحضيرية للقوانين المختلطة<sup>(٢)</sup> الى اختصاص المحاكم الشرعية اذا كان مدعياً كما أراد المطالبة بحق ملكية عقار في حيازة وقف من الاوقاف بمقتضى حق وضع اليد ( المرافعات بند ٢٩٧ ) وفيما يتعلق بتنفيذ الاحكام المختلطة والاجنبية

(٢) وسوف تتضح هذه الامور من دراسة تنازع الاختصاص والقوانين داخل القطر المصري في الكتاب الرابع هنا - هذا ومن القضايا التي رأت فيها المحاكم المختلطة تطبيق قواعد الشريعة الاسلامية مباشرة وعدم ضرورة الايقاف ريثما تطبقها المحاكم الشرعية قضية الاميرة صالحة هانم التي صدر فيها حكم الاستئناف المختلط بتاريخ ١١ يونيه ١٩١٣ ( جازيت ٣ ص ١٥٩ نمرة ٤٢٨ ) وهي مشروحة في بند ٣٧١ هنا

[١٨٢] (١) راجع قضية الاميرة صالحة هانم في بند ٣٧١ بالنسبة لتطبيق قانون الاحوال الشخصية الاسلامي والقضايا العديدة المشار اليها في بند ٣٦٠ ، بخصوص تطبيق القوانين الاجنبية الخاصة بالاحوال الشخصية بدون لزوم للايقاف والحصول على حكم من القنصلية المختصة (٢) قارن دوروزاس ٢ ص ٣٧٥

والسندات الرسمية يراجع كتابنا في التنفيذ بند ٢٢ — ٧٠ (٣)

١٨٣ — لم يبق علينا بعد ذلك الا أن نتكلم عن نظام المحاكم المختلطة <sup>النظام الجنائي المختلط</sup> من الوجهة الجنائية وهنا نجد اختصاصات متنوعة لكل من المحاكم الكلية والمحكمة الاستئناف

فالمحكمة الكلية بصفتها محكمة جنائية تتكون من ثلاث هيئات الاولى محكمة البوليس أو المخالفات Tribunal de contraventions الثانية غرفة المشورة Chambre du conseil والثالثة محكمة الجنج Tribunal correctionnel ومحكمة الاستئناف تجلس أولاً بصفتها محكمة جنائيات Cour d'assise وثانياً بصفتها محكمة نقض وإبرام Cour de cassation

١٨٤ — محكمة المخالفات وتشكل من قاض واحد يجب أن يكون قاضي المخالفات أجنبياً متى كان المتهم أجنبياً ( مادة ١ جزء ٢ ل ت م م ) وله اختصاص في المخالفات ( التي تنظرها المحاكم المختلطة — راجع بند ١٩٠ ) وأحكامه قابلة للاستئناف اذا كانت العقوبة الحبس ( ١٥٠ ت ج م ) ويصح الطعن في أحكامه بطريق النقض والابرام في الاحوال المنصوص عليها في المادة ١٥٣ ت ج م

١٨٥ — وتشكل محكمة المشورة او غرفة المشورة من ثلاثة قضاة اثنان من غرفة المشورة الاجانب والثالث مصري ( ٢ جزء ٢ ل ت م م ) وليس لها شأن في المخالفات ولكن اختصاصها يشمل الجنج والجنايات فانها جميعها تعرض عليها لعمل التحقيق الابتدائي والأمر بما يترأى لها من بعده فاما أن تصدر أمراً بعدم وجود وجه لاقامة الدعوى العمومية ( ١٢٠ ت ج م ) والامر لا يطعن فيه باى وجه من الوجوه ( ١٢١ ت ج م ) ؛

واما أن تحيلها على قاضي المخالفات اذا وجدت ان هناك ادلة على انها مخالفة

( ١٢٣ ت ج م ) واما ان تميلها على محكمة الجنح او الجنائيات اذا وجدت أن هناك أدلة على كونها جنحة أو جنائية ( ١٢٤ و ١٥٢ ت ج م )

وفي حالة صدور قرار بالاحالة لوجود أدلة الجنائية يجوز الاستئناف فيما يتعلق بالاختصاص فقط ( ١٢٧ ت ج م ) ،

محكمة الجنح

١٨٦ - وتشكل محكمة الجنح من ثلاثة قضاة اثنان اجانب والثالث مصرى ومن أربعة محلفين *assesseurs* فاذا كان المتهم اجنبياً كان المحلفون كلهم من الاجانب واذا كان مصرياً او كانوا مصريين وأجانب ، كان نصف المحلفين من المصريين ( ٣ جزء ٢ ل ت م م ) وأحكامها غير قابلة للاستئناف وهذه المحكمة تجلس بصفة محكمة استئناف لاحكام قاضى المخالفات فى الاحوال التى يصح فيها الاستئناف ( بند ١٨٤ ) وعلى كل حال يصح الطعن فى أحكامها بطريق النقض والابرام ( ١٧٥ ت ج م )

محكمة الجنائيات

١٨٧ - وتشكل محكمة الجنائيات من ثلاثة مستشارين منهم اثنان من الاجانب والثالث مصرى وتنظر فى الجنائيات بحضور اثنى عشر محلفاً *jurés* يكونون من الاجانب اذا كان المتهم اجنبياً ويكون نصفهم من الاهلى اذا كان مصرياً او كان المتهمون مصريين وأجانب

المحلفين

١٨٧ مكررا - ويجب ان يكون نصف المحلفين الاجانب فى محكمة الجنح ونصف المحلفين الاجانب فى محكمة الجنائيات من جنسية المتهم اذا طلب ذلك فاذا كان كشف المحلفين الذين من جنسيته لا يشتمل على العدد اللازم يجوز له أن يختار المحلفين الباقين من أية جنسية يريد واذا كان هناك متهمون متعددون جاز لسكل منهم أن يطلب عدداً مساوياً من المحلفين من جنسيته بالقيود المذكورة فى القانون ( ٤ و ٥ جزء ٢ ل ت م م )

١٨٨ - وتشكل محكمة النقض والابرام من خمسة مستشارين كماهى الحال

محكمة النقض والابرام

فى محكمة الاستئناف المدنية وسلطتها محددة بالمواد ١٥٣ و ١٥٤ و ١٧٥ و ٢٥٠



و ٢٥٢ ( ت ج م ) وتتلخص هذه السلطة فى ان لها حق نظر الطعن المرفوع عن أحكام قضاة المخالفات وأحكام محاكم الجنح ومحاكم الجنايات، اذا حكم على المتهم ، فى الاحوال الآتية :

أولاً : اذا تبين أن الفعل المنسوب الى المتهم لا يعاقب عليه القانون  
ثانياً : اذا تبين ان القانون لم يطبق تطبيقاً صحيحاً على الوقائع الثابتة بالحكم  
ثالثاً : اذا كان تمت وجه بطلان جوهرى فى الاجراءات

١٨٩ — لأى حد أعفى الاجانب من الخضوع للقضاء المصرى بعد انشاء الامتياز القضائى  
المحاكم المختلطة ؟ هذا الحد مقرر فى لأئحة ترتيب المحاكم المختلطة ( الجزء الثانى )  
ويلاحظ ان القواعد الموضوعية فى هذه اللأئحة ليست كافية لانها لا تنص على  
العقوبات التى يجب تقريرها للجرائم المذكورة فيها . ومن حيث مخالفات البوليس  
لا نص فيها على تعداد هذه المخالفات . والحقيقة التى يجب تذكرها هنا هى أن  
قانون العقوبات المختلط وقانون تحقيق الجنايات المختلط لم يحوزا مصادقة الدول  
عليهما كما صادقت على القوانين الاربعة الاخرى وهى المدنى والتجارى والتجارى  
البحرى والمرافعات . ومع ذلك فقد وضعت نصوص لأئحة الترتيب بحيث يرجع  
منها الى قانونى العقوبات وتحقيق الجنايات باعتبارها أساساً لها فما نصت عليه اللأئحة  
يرجع فيه الى هذين القانونين وفيما لم تنص عليه لا يكون لهذين القانونين فيه أدنى قيمة

١٩٠ — مخالفات البوليس : نصت المادة ٦ ل ت م م جزء ٢ على أن  
الاجانب يكونون خاضعين لاختصاص المحاكم المختلطة فى جميع مخالفات البوليس  
وهذه هى المسائل التى نص عليها قانون العقوبات المختلط فى المادة الرابعة وجعل  
عقوبتها الحبس أسبوعاً أو أقل أو غرامة مقدارها مائة قرش أو أقل أو الاثنين  
معاً وهى مبنية فى المواد ٣٣١ — ٣٤٠ منه وكذلك كل المخالفات التى اعتبرت  
كذلك فيما بعد أو التى تعتبر كذلك فيما بعد طبقاً للدكتور الذى أجاز للحكومة  
( الدولى — ٢٤ )

الامتياز القضائى  
بعد المحاكم  
المختلطة

مخالفات  
البوليس :  
اختصاص

المصرية التشريع في مسائل البوليس ( بند ١٩٩ )

١٩١ - لذلك كانت القاعدة أنه فيما يتعلق بمخالفات البوليس يكون نتيجة الاختصاص على الاجانب للمحاكم المختلطة دون غيرها ولكن يلاحظ أن المقصود هو مخالفات البوليس المصرى المتقدم بيانها وهذا لا ينفي اختصاصات القناصل فيما يتعلق بمخالفات رعاياهم ضد قوانينهم الخاصة بهم كما لا يشمل المخالفات الاخرى التى ليست مخالفات بوليس<sup>(١)</sup>

١٩٢ - الجنح والجنايات : هنا اختصاص المحاكم المختلطة باستثنائى محض الجنح والجنايات بمعنى أنه مقصور على جنح وجنايات معينة نصت عليها المواد من ٦ الى ١٠ ل ت م م جزء ٢ وهذا الاختصاص ليس مقصوراً على الاجانب بل انه شامل للمصريين أيضاً وذلك لأن الجرائم المذكورة تعتبر وجهة ضد نظام المحاكم المختلطة نفسه فلا يفلت منها لا أجنبى ولا وطنى

فقد نصت المادة السابعة على الجنايات والجنح التى ترتكب ضد قضاة المحاكم المختلطة والمحلفين ومساعدى القضاء فيها اذا حصل الاعتداء أثناء تأدية وظائفهم أو بسبب تأدية هذه الوظائف . ولكن هذا لا يشمل الاعتداء على أموالهم لانه مقصور على الاعتداء على أشخاصهم . ونصت المادة الثامنة على الجنح والجنايات التى ترتكب ضد تنفيذ الاحكام والاوامر المختلطة . ونصت المادة التاسعة على الجنح والجنايات التى يتهم فيها قضاة المحاكم المختلطة ومحلفوها وموظفوها اذا كان ارتكابها أثناء تأدية وظائفهم أو خروجاً عن حدود سلطتهم . ونصت المادة العاشرة على تعيين الاشخاص الذين يدخلون فى عداد الموظفين الذين تنطبق عليهم هذه النصوص

كذلك نصت المادة السادسة المعدلة بذكر تو ٢٦ مارس سنة ١٩٤٠ على امتداد اختصاص المحاكم المختلطة الى الفاعلين الاصليين والشركاء فى جميع

الجنح المنصوص عليها في الفصل التاسع من الباب الثالث من قانون العقوبات المختلط ( مادة ٢٩٣ - ٣٠١ ) وهي الخاصة بالافلاس الداخل في اختصاص المحاكم المختلطة : وهي الجرائم المتنوعة التي يمكن حصرها في التفالس البسيطة والتفالس بتدليس وما ارتبط بهما من الجرائم التي يرتكبها أشخاص غير المفلس

نتيجة

١٩٣ - خلاصة : يتبين من ذلك أن اختصاص المحاكم القنصلية في المسائل الجنائية هو القاعدة بمعنى أنه لا يخرج منه الا ما استثنى صراحة بنص خاص كما تقدم لذلك كانت المحاكم القنصلية هي المختصة بنظر مخالفات البوليس القنصلية والمخالفات الاخرى التي ليست مخالفات بوليس وبجميع الجنح والجنايات غير المتقدم ذكرها في المواد ٦ - ١٠ ل م م جزء ٢

التعويض المدني  
في القنصليات ؟

١٩٤ - التعويض المدني أمام المحاكم القنصلية : اذا نظرت المحكمة القنصلية في قضية جنائية من اختصاصها فهل يكون لها الحق في الحكم بالتعويض المدني على المتهم اذا كان المجنى عليه أجنبياً من جنسية أخرى او كان مصرياً ؟ لا يخفى أن القوانين الفرنسية والاطالية تميز تدخل المدعى بالحق المدني وتحويل للمحكمة الجنائية الحكم بالتعويض اذا كان له وجه وذلك تبعاً للدعوى الجنائية . ولذلك يصح التساؤل عما اذا كان انشاء المحاكم المختلطة قد أثر على حق الحكم في التعويض المدني وحرم القناصل منه أو أنه لم يؤثر على اختصاص القناصل به باعتبار أنه تابع للمسألة الجنائية فيصح لها أن تحكم فيه بالتبعية ؟ المسألة خلافية فالمحاكم القنصلية كثيراً ما تحكم باختصاصها وقد كانت قنصلية ايطالية تقضي بعدم اختصاصها ولكن صدر حكم من محكمة النقض والابرار في روما في ٢٧ سبتمبر ١٩٠٧ خطئ فيه ما اتبعته القنصلية الايطالية وقضى باختصاصهم في الحق المدني ومع ذلك فقد حكمت محكمة الاستئناف المختلطة في ٦ مايو سنة ١٩٠٨ بأنه ليس للقناصل حق مطلقاً في نظر التعويض المدني لأن اختصاصها قد زال نهائياً في المسائل المدنية بحكم المادة ٩ من لائحة ترتيب المحاكم المختلطة التي تقول « نحاكم المحاكم

المختلطة وحدها . . . » وهذا هو الرأي الذي أقره الاستاذ دوروزاس وهو الرأي الصحيح وهو الرأي الذي يحترم عملاً إذا ما حصل تنازع في الموضوع بين إحدى القنصليات والمحاكم المختلطة لأن هذه تنتصر دائماً باعتبارها السلطة القضائية الإقليمية المستمدة حكمها من السلطة المحلية والدول الأجنبية معاً<sup>(١)</sup>

١٩٥ — الاجراءات الجنائية التي تتبع أمام المحاكم المختلطة عند ما يكون المتهم أجنبياً وتنفيذ الاحكام الصادرة من هذه المحاكم : لأجل معرفة هذا الموضوع يجب مقارنة مواد قانون تحقيق الجنايات المختلط الذي لم تصادق عليه الدول ، بمواد لائحة ترتيب المحاكم المختلطة ( الجزء الثاني ) مقارنة دقيقة . ذلك لأن اللائحة تتكلم في الفصل الثاني من الجزء الثاني منها ( في المواد ١١ — ٣٨ ) على ما أسمته « الاستثناء من أحكام قانون تحقيق الجنايات Dérégation au Code d'instruction criminelle وهذا العنوان أدخل بذكر نو ٢٤ ديسمبر ١٩٠٦ ( قانون نمرة ٢٣ لسنة ١٩٠٦ ) وليس من غرضنا هنا أن ندخل في التفاصيل ويكفي أن نلفت النظر الى أن العقوبة المقررة في قانون تحقيق الجنايات ضد الشهود الذين يتخلفون عن الحضور لاداء الشهادة ( ٦٨ ت ج م ) قد زيدت بنص المادة ١٨ من اللائحة ؛ وانه بينما قانون تحقيق الجنايات يوقف قاعدة حرمة المساكن والاشخاص بالنسبة للمتهم اذا اللائحة تنص في المواد ١٣ و ٢٠ و ٢١ على وجوب اخبار القنصل بمحاكمة الاجنبي وأنه اذا كان دخول المنزل حاصل في الليل فلا بد من حضور القنصل أو مندوبه أو أخذ اذن صريح منه بالعمل في غيابه الا في أحوال التلبس بالجريمة أو الاستغاثة من داخل المنزل

ويلاحظ أن اجراءات التحقيق الاولى أمام غرفة المشورة مقصود بها تمكين القنصل من طلب المتهم اذا كانت الجنحة أو الجناية من اختصاص القنصل

[١٩٤] (١) قارن دو روزاس ٢ ص ٤٢١ — ٤٢٥ والمرافعات بند ٣٩٣



وسوف نتكلم في الكتاب الرابع على تنازع الاختصاص بين السلطات الفصلية وبين المحاكم المختلطة . أما لغة المحاكمة أمام المحاكم المختلطة فيجب أن تكون إحدى اللغات التي يفهمها المتهم الأجنبي وللتنصل الحق في زيارة السجون ( مادة ٣٧ ل ت م م جزء ٢ ) وفي حالة الحكم بالاعدام يجوز للدولة التابع إليها الجاني أن يطلبه لتنفيذ عليه الحكم بنفسها أو لتعاقبه بالعقوبة التي تحل محل الاعدام اذا لم يكن الاعدام عقوبة مقررة فيها ( ٣٨ )

١٩٦ - سابقا : اعفاء الاجانب من التشريع المصري : يجب التمييز هنا ٧ : التشريع بين المسائل المدنية أو التجارية والمسائل الجنائية والمسائل الادارية

١٩٧ - ( ١ ) المسائل المدنية والتجارية : كانت المادة الثانية عشرة من مدني وتجارى من القانون المدني المختلط تنص على أنه يمكن تعديل القوانين المختلطة أو الاضافة إليها بموافقة هيئة القضاة Corps de la magistrature وعند اللزوم بناء على اقتراح هذه الهيئة ومع ذلك فلم ترد الحكومة المصرية ، لأسباب غير ظاهرة ، أن تجعل لقضاة المحاكم المختلطة دخلا في التشريع ولذلك فقد جرت العادة لغاية سنة ١٩١١ بأن تسعى الحكومة دائما في الحصول على موافقة الدول دولة دولة على كل دكرتو تريد أن تصدره ليكون ساريا على الاجانب<sup>(١)</sup> وكانت النتيجة أن الحكومة لا تستطيع ماديا أن تشرع مطلقا بالنسبة للأجانب الا بعد موافقة جميع الدول في كل نقطة يراد فيها التشريع

[١٩٧] (١) راجع ما ذكره الاستاذ دو روزاس في هذا الموضوع في الجزء الثاني ص ٤٣٩ ، ويظهر أن السبب الحقيقي كان أن الاحتلال البريطاني لم يكن ليريد أن يجتمع جميع قضاة المحاكم المختلطة الثلاثة في جهة واحدة لان الهيئة تتكون منهم جميعا ، ومنهم المصريون ومنهم الاجانب ؛ وقد لا يرتضون ما تقترحه الحكومة فيكون في الاجتماع أولا لغات النظر الى وجود سلطة تشريعية دولية قد تؤثر اجتماعاتها على الرأي العام المصري ويكون رفضها لاي مشروع انخدالا للحكومة ربما عكس عليها سياستها ومن جهة أخرى كانت هذه الاجتماعات تعطل القضاة عن أعمالهم القضائية



لذلك بذلت الحكومة مساعي جديدة لدى الدول فحصلت على موافقتها على تغيير المادة ١٢ مدني بشكل يسمح بالتشريع بطريقة سهلة بالنسبة لما كان عليه العمل من قبل ؛ وقد صدر بالتعديل الجديد القانون نمرة ١٧ لسنة ١٩١١ وهالك نص المادة بعد التعديل :

المادة ١٢ مدني « اذا اقتضى الحال تعديل القوانين المختلطة أو الاضافة اليها فيكون اجراء ذلك بطلب نظارة الحفانية وطبقاً لمداولة الجمعية العمومية لمحكمة الاستئناف المختلطة<sup>(٢)</sup> ويدعى الى الجمعية المذكورة أقدم قاض من كل دولة من الدول التي وافقت على انشاء المحاكم المختلطة سنة ١٨٧٥ وليس لها مستشار بمحكمة الاستئناف ( ليحصل التمثيل بالنسبة لكل الدول ) ولا يكون تشكيل الجمعية صحيحاً الا اذا حضرها خمسة عشر عضواً من أعضائها على الأقل ؛ واذا غاب أحد مستشاري محكمة الاستئناف أو حدث ما يمنعه من الحضور وثبت ذلك طبقاً لأحكام اللائحة الداخلية التي تضعها الجمعية العمومية لتلك المحكمة في جلسة اعتيادية يحل محله أقدم قاض من القضاة التابعين لدولته . فاذا غاب أقدم هؤلاء القضاة أو حدث ما يمنعه عن الحضور بالكيفية السابقة حل محله القاضي التالي له في الاقدمية من القضاة التابعين لدولته

« ويجب أن يكون القرار بأغلبية ثلثي عدد الاعضاء الحاضرين

« ومشروعات القوانين المصدق عليها بتلك الكيفية لا يجوز اصدارها الا بعد ثلاثة أشهر من تاريخ التصديق عليها ( حتى تتمكن الدول من الاطلاع عليها والمعارضة فيها بواسطة معتمديها السياسيين في مصر اذا كان لذلك وجه ) وتعرض المشروعات المذكورة للمداولة فيها من جديد بعد انقضاء الميعاد المذكور ان طلبت ذلك دولة أو أكثر من الدول المذكورة قبل انقضاء المدة المشار اليها

« والمشروع الذى يكون قد حاز فى المداولة الجديدة أغلبية الاصوات المقررة يجوز اصداره بدون اجراءات ولا مواعيد أخرى

«والجمعية العمومية بمحكمة الاستئناف المنعقدة بهيئة جلسة اعتيادية ( أى دون أن يضم اليها قضاة الدول التى ليس لها مستشارون ) أن تبلغ ناظر الحقاينة الاقتراحات المتعلقة بالتعديلات التى ترى ادخالها فى القوانين المختلطة ( أى لها حق الاقتراح ) ومع ذلك لا يجوز بمقتضى هذه المادة اجراء أى تعديل أو اضافة أى نص بالأتمة ترتيب المحاكم المختلطة ( فان هذه الأتمة لا يمكن تعديلها الا بموافقة الدول خاصة من أجل ذلك باعتبارها القانون الاساسى للمحاكم المختلطة ) ويجرى العمل بالقوانين التى يصير اقرارها بالطريقة الآتية الذكر بمجرد نشرها فى الجريدة الرسمية واذا مضى على مشروع قانون ثلاثة شهور بعد الميعاد الذى كان يمكن فيه نشره ولم ينشر يعتبر المشروع متروكاً ولا يجوز الرجوع اليه الا باعادة تطبيق أحكام هذه المادة »

مزايها  
ومنتجتها

ومزايا التشريع الجديد غير خافية فانه خلق أداة محلية للتشريع تستطيع بها الحكومة أن تسن القوانين اللازمة بدون التجاء الى الدول وان كانت هذه الأداة مختلطة أو دولية الا أنها مع ذلك قريبة من الحكومة وقد دلت التجارب من وقت انشائها الى الآن على أنها كانت أداة نافعة جداً ولم تكن متحيزة ولا مضرّة بما فيه مصلحة الوطن ومع ذلك فوجدها قيد من القيود الناشئة بصفة غير مباشرة عن الامتيازات الاجنبية وفي وجودها تنقيص لسيادة الحكومة المحلية لا يبرره مبرر وقد تمكنت الحكومة بهذه الطريقة من سن قوانين عديدة مفيدة أهمها القانون نمرة ٣٣ لسنة ١٩١٣ والقانون نمرة ٣١ لسنة ١٩١٢ المعلومين تماماً لطلاب المرافعات والتنفيذ فى المواد المدنية والتجارية ، وقانون التسجيل الحديث نمرة ١٩ لسنة ١٩٢٣ وغيرها من القوانين الضرورية

ويلاحظ أخيراً أن المادة ١١ من القانون المدنى المختلط ( ٣٤ ل م م ) التشريع القضائى

التي تنص على أنه يجوز للقاضي في حالة غموض القانون أو نقصه أن يحكم بحسب قواعد العدالة والقانون الطبيعي قد جعلت الاجانب يخضعون في مصر دائماً للقواعد التي يرى القضاء المصري تقريرها ولو لم يكن قد ورد فيها نص خاص في القوانين المتفق عليها بين مصر والدول وهذا يكاد يكون تشريعا قضائيا

التشريع الجنائي ١٩٨ - (٢) المسائل الجنائية : تلخص حالة التشريع الجنائي بالنسبة للاجانب في مصر في أنه لا يجوز تقرير جنايات أو جنح جديدة أو مخالفات ( عدا مخالفات البوليس ) لتضاف الى التي وردت في لائحة ترتيب المحاكم المختلطة الا اذا وافقت عليها الدول كافة . أما الطريق التشريعي المرسوم بالمادة ١٢ م م فانه لا يمكن الحكومة المصرية من ذلك لانه لا يمكنها من تعديل اللائحة ولكنه يمكنها من تعديل نصوص القانون الجنائي وقانون تحقيق الجنايات ؛ وقد تم فعلا من هذه الوجهة بعض التعديلات في القانون الاخير بالكيفية الواردة في المادة ١٢ المذكورة ؛ هذا من حيث الجنح والجنايات وتغيير نصوص قانون العقوبات وتحقيق الجنايات والمخالفات على العموم ، أما من حيث مخالفات البوليس فهذه تحتاج الى ايضاح خاص

١٩٩ - مخالفات البوليس : لهذا الموضوع أهمية تاريخية كبرى اذ لا يخفى أن أحوال الجمهور وحياته الاجتماعية وحركاته تقتضى تنظيماً مستمراً بقواعد واجراءات تتغير من وقت الى آخر بحسب الاحتياجات فاذا كانت سلطة الحكومة مشغولة في هذه المسائل فانها لا تستطيع أن تقوم بأعمالها بصفتها حكومة لذلك كانت حاجة الحكومة المصرية الى سهولة التشريع في مسائل البوليس متقدمة على غيرها ولذلك أمكنها الحصول على موافقة الدول على الدكرتو الذي أصدرته في ٣١ يناير سنة ١٨٨٩ فيما يتعلق بالتشريع في مخالفات البوليس البسيطة Contraventions de simple police بعد ان رأت تقلص ظل سلطاتها على التشريع في هذه المسائل اذا هي لم تلجئ الى الدول قبل سن أية لائحة من اللوائح البسيطة

مخالفات  
البوليس :  
تشريع

التي يراد سرانها على الاهالى والاجانب على السواء . فقد حدث قبل الدكرتو المذكور ان استندت الحكومة الى بعض نصوص القانون الجنائي المختلط<sup>(١)</sup> وأرادت أن تضع بعض لوائح لتسرى على الاجانب وسنّها بالفعل بمحض سلطتها وبدون أن تلتجئ الى المادة ١٢ مدني مختلط القديمة التي تتطلب في تعديل القوانين موافقة هيئة قضاة المحاكم المختلطة ( بند ١٩٧ ) ولكن محكمة الاستئناف المختلطة قضت مرتين بأن هذه اللوائح لا يمكن أن تسرى على الاجانب<sup>(٢)</sup> فلما رأت الحكومة انهزامها أمام المحكمة اسرعت الى الدول وحصلت على موافقتها على دكرتو ٣١ يناير ١٨٨٩ المذكور . وهذا الدكرتو يمنح الحكومة حق عمل لوائح بوليس تسرى على الاجانب في المسائل الذي نصت عليها المادة الاولى منه<sup>(٣)</sup> ويشترط اتباع الاجراءات الآتية وهي أن تعرض اللوائح المذكورة على الجمعية العمومية المعتادة لمحكمة الاستئناف المختلطة<sup>(٤)</sup> من أجل أن تنظر هذه الجمعية فيما

[١٩٩] (١) مادتي ٣٣١ و ٣٤٠ جنائي مختلط اللتين تشيران الى حق البلديات والحكومة المحلية في سن لوائح تضيف بها الى قائمة التحالفات المذكورة فيها حيث تقول مادة ٣٣١ «بالجملة كل من لم يمثل لما هو مدون في لائحة صادرة من الدائرة البلدية فيما يتعلق بمحدود وظائفها» وحيث تقول مادة ٣٤٠ «تبين في اللوائح التي تصدر بخصوص الحوادث الغير منصوص عليها بالمواد السابقة عقوبة كل مخالفة تطرأ بدون أن تتجاوز حداً من حدود المقوبات المقررة للمخالفات . . . » — راجع في هذا الحق حكماً متيناً سديداً صادراً من محكمة مخلفات اسكندرية المختلطة في ٢١ يونيو سنة ١٨٨٦ نشره المستشار فركامر في كتابه المسمى «القضاء المختلط ووظيفته التشريعية»  
La juridiction mixte et ses attributions législatives ص ٨٥ — ٩١

(٢) فركامر المذكور ص ٩١ و ٩٢

(٣) وهي المتعلقة بنظام الاراضي والجسور والترع والمحافظة على الآثار القديمة والتنظيم والاجراءات الصحية والنظافة العمومية والضبط والربط في المحلات العمومية مثل الفنادق والقهاوي والمنازل المفروشة والمعدة للإيجار وحانات الخمر وعربات النقل ووسائله الاخرى والضبط والربط في الموانئ والملاحة والكباري ، والتسول والتشرد والتجول لبيع وغيره ، والمحلات المقلقة للراحة والمضرة بالصحة والخطرة وعلى العموم جميع اللوائح الدائمة والعامة المختصة بالضبط والربط والامن العمومي

(٤) دون هيئة القضاة كافة ( بند ١٩٧ ) ودون الجمعية الخاصة للتشريع طبقاً

للمادة ١٢ مدني مختلط ( بند ١٩٧ ص ١٩٠ ، ، )

إذا كانت الشروط الثلاثة الآتية قد تحققت فيها وهي : —

أولاً — أن القوانين واللوائح المقدمة للنظر فيها هي عمومية وتسرى على جميع سكان القطر بدون استثناء

ثانياً — أنها لا تشمل على حكم مخالف لنص المعاهدات والاتفاقات أى الامتيازات الأجنبية

ثالثاً — أن أحكامها لا تشمل على عقوبات أشد من عقوبات المخالفة

أزمة تاريخية ومع ذلك فلم تستطع الحكومة المصرية بعد هذا الدكرتو أن تكون حرة فى التشريع فى نفس المسائل التى نص عليها الدكرتو وذلك نظراً للاحتجاجات الشديدة المتكررة التى كانت تقوم بها فرنسا قبل أن تنفق مع إنجلترا فى سنة ١٩٠٤ الاتفاق الودى L'Entente Cordiale المبني على أن لا تتعرض لها فيما يختص بمصر فى مقابل ألا تتعرض إنجلترا لها فيما يختص بمراكش . فقد مننت الحكومة المصرية بضعة قوانين ضرورية جداً بخصوص تطعيم الجدرى ودقتر المواليد والوفيات وممارسة صناعة الطب والصيدليات وغير ذلك وحصلت على موافقة الجمعية العمومية لمحكمة الاستئناف المختلطة عليها طبقاً للدكرتو المذكور ومع ذلك احتجت فرنسا عليها احتجاجاً شديداً بدعوى أن هذه القوانين التى صادقت عليها المحكمة قد تعدت الحدود المرسومة بالدكرتو أو هى مخالفة لامتياز حرمة المساكن ولا امتياز عدم دفع الضرائب . فتمسكت الحكومة المصرية بتعريف « المسكن » الوارد فى بروتوكول بوريه ( بند ١٦٩ ) وبحجج أخرى لم تعرها فرنسا أهمية ما فاضطرت الحكومة الى تغيير القوانين بغيرها وأعفت الاطباء من الرسم الذى كانت قد فرضته بمقتضى لائحة ممارسة الطب الصادرة فى ١٣ يونيه سنة ١٨٩١<sup>(٥)</sup>

٢٠٠ — وقد تحسنت الحال بعد الاتفاق الودى المذكور وزالت معارضات

انفراجها



فرنسا وغيرها بعد سنة ١٩٠٤ وعلى الخصوص تحسن مركز الحكومة المصرية من حيث التشريع على العموم بعد تعديل المادة ١٢ مدني مختلط التي تعتبر أداة عامة للتشريع لا فرق بين مسائل مخالفات البوليس وبين غيرها . ويلاحظ أن المادة ١٢ المذكورة لا تلغى دكرتو سنة ١٨٨٩ ولا تؤثر على تطبيقه في شيء <sup>(١)</sup> بل الحكومة المصرية حرة في الالتجاء في مسائل المخالفات المتعلقة بالضبط والربط الى أى الطريقين طريق الدكرتو أو طريق المادة ١٢ ولكن طريق الدكرتو أسهل وأخصر لما فيها من توفير الوقت اذ يكفي بمقتضاها أن تتحقق الجمعية العمومية من وجود الشروط المطلوبة فاذا وجدتها صادقت وصدر القانون على الفور بعكس الطريق الأخرى فانها طويلة وتحتل مناقشات كبيرة وتعديلات من جانب محكمة الاستئناف وانتظار ثلاثة أشهر على كل حال

٢٠١ - ( ٣ ) المسائل الادارية : من المقرر أنه يجوز لموظفي الحكومة في مصر أن يتخذوا كل الاجراءات القانونية الجائرة لهم بمقتضى القوانين المعمول بها ولا يكون للمصريين الحق في الاعتراض على تلك الاجراءات متى كانت قانونية . أما بالنسبة للاجانب فحقوقهم مبينة في المادة ١١ ل م م التي نصت على اختصاص المحاكم المختلطة في الحكم بالتعويضات التي يطلبها الاجانب من الحكومة المصرية عن الضرر الناشئ عن أعمال الادارة اذا مست هذه الاعمال حقوقاً مكتسبة لهؤلاء الاجانب ومقررة بالمعاهدات الدولية أو بالقوانين أو بالاتفاقات ، وان كانت المحاكم المذكورة لا تستطيع الامر بايقاف تنفيذ العمل الادارى

وقد طبقت المادة المذكورة على المسائل الآتية : أولاً - تعويض الموظفين الاجانب الذين ترقهم الحكومة المصرية من خدمتها ، ثانياً - عدم توزيع مياه الري طبقاً لقواعد العدل ، ثالثاً - عدم مراعاة القانون في وضع الضرائب ،

[٢٠٠] (١) كذلك يرى فركامر ص ٤٨ و ٣٥ - ٣٧ وهذا حقيق لان الحكومة للآن تستعمل طريق الدكرتو باطراد

رابعاً - في مسائل المالية العمومية وعلى الخصوص من أجل المحافظة على المال الاحتياطي وهذا الأمر الأخير أصبح تاريخياً محضاً<sup>(١)</sup>

نظرة انتقادية في  
الاحكام المختلطة

٢٠٢ - ومع ذلك فقد تراخت أحكام المحاكم المختلطة في السنين الأخيرة الى درجة جعلت حقوق الاجانب غير محمية في نظرهم الحماية الكافية كما كان ذلك ثابتاً من الاحكام القديمة والسبب في ذلك ناشئ عن حالة الحرب التي ألحقت بمصر بدولة أجنبية ذات شوكة ويهمها أن يكون للحكومة المحلية سلطان على الاجانب يسمح بعدم تعطيل الاعمال الحكومية و باحترام الحكومة في نظر الجميع على السواء . لذلك يلاحظ التغيير الذي طرأ على عقلية هذه المحاكم فآثر في أحكامها تأثيراً لمصلحة حقوق السلطة المحلية أو الاقليمية خذ مثلاً حكم محكمة مصر الجزئية المختلطة في ١٦ ابريل ١٩١٤ ( جازيت ٤ ص ١٥٤ نمرة ٣٨١ ) الذي يقرر حق الحكومة بصفة مطلقة فيما يتعلق بما يسمى « أعمال الحكومة » *Actes de gouvernement* وقضى بحقها في تدمير آلة تلغراف لاسلكي لأحد الاجانب ؛ وأحكاماً متعددة قضت بنظرية المحاكم الاهلية فيما يتعلق بحق الموظفين الاجانب الذين نرقهم الحكومة<sup>(٢)</sup> وقد كانت المحاكم المختلطة من قبل لا تحترم حكماً تأديبياً ولو كانت الاجراءات الادارية التي اتخذت صحيحة وتشكيل مجلس التأديب قانونياً<sup>(٣)</sup> فأصبحت تقضى بأنه متى كان مجلس التأديب مشكلاً تشكيلاً قانونياً وكان قراره حاصلًا بعد اجراءات صحيحة فلا محل للقول بأن الرفت كان في غير أوانه وأنه متى كان القرار مسبباً فالمحكمة يمكنها التحقق مما اذا كانت حرية الدفاع قد احترمت أم لا

[٢٠١] (١) دو روزاس ٢ ص ٤٦٣ - ٤٨٦ وراجع المرافعات بند ٢٩٠ و ٢٩٥ مع

مقارنتهما فيما يتعلق بالمصريين بيند ١٢٧ و ١٣١ و ١٣٢

[٢٠٢] (١) مثلاً ٣١ م ديسمبر ١٩١٤ جازيت ٥ ص ٤٥ نمرة ١٠٨ و ٣ مارس

١٩١٥ جازيت ٥ ص ٩١ نمرة ٢٣٠

(٢) راجع المرافعات بند ٢٩٠ و ٢٩٥

وفما يتعلق بمجلس الصحة والبحرية والكورنتينات قضت بعض المحاكم بكونه مصلحة مصرية أهلية<sup>(٣)</sup> وهذا عكس ما كان متبعاً ولكن محكمة الاستئناف رجعت عن هذا الرأي أخيراً<sup>(٤)</sup> وكذلك يمكن القول بحصول بعض التراخي في تقرير مسؤولية الحكومة عن أعمال البوليس<sup>(٥)</sup> وعن الرى<sup>(٦)</sup> وعن البيوع الادارية<sup>(٧)</sup> . وربما كان السبب المباشر في هذا التغير كثرة تعيين قضاة من المحاكم الاهلية بدلاً من القضاة الذين يعتزلون الخدمة في المختلط من مصريين وأجانب ، وحلول قضاة من جنسيات أخرى محل القضاة الالمانيين والنمساويين

## الفصل الثالث

### الحمايات

٢٠٣ — تختلف الحماية Protection عن الجنسية Nationalité اختلافاً كبيراً . والحماية لفظ ذو معان متعددة تختلف باختلاف سببها أو منشئها ولذلك فهي تشمل نظمات متعددة لكل منها قواعد خاصة به ولها تاريخ . طول لا حاجة بنا الى التوغل فيه . ففي البلاد العثمانية والمصرية يوجد وطنيون محميون Protégés étrangers واجانب محميون Protégés sujets ottomans ou égyptiens والوطنيون قد يكونون محمين حماية مؤقتة وقد تكون حمايتهم دائمة ووراثية ،

(٣) محكمة اسكندرية المدنية في ٢٣ يناير ١٩١٤ جازيت ٥ ص ٤٥ نمرة ١٠٩

(٤) س م ٢١ يناير ١٩٢٠ جازيت ١٠ ص ٤٩ نمرة ٧١ رابعاً

(٥) محكمة مصر المختلطة بهيئة استئنائية في ١٩ يناير ١٩١٥ جازيت ٥ ص ٧٤

نمرة ١٩٢

(٦) س م ٢١ نوفمبر ١٩١٦ جازيت ٧ ص ٢٣ نمرة ٦٠

(٧) س م ١٠ مايو ١٩١٦ جازيت ٧ ص ١٢٧

ومن الحماية ما هو ميساسى وما هو مدنى وما هو دينى وما هو قانونى وهذا الاخير نتيجة لازمة للانواع الأخرى . وكل هذا غير الحماية المعروفة فى القانون الدولى العام Protectorat وهى حماية دولة لدولة أخرى

حماية سياسية

٢٠٤ — الحماية السياسية Protection diplomatique هذه هى الحماية الوحيدة المقرر على وجودها فى البلاد الاوروبية المسيحية وما يشابهها من البلاد المتمدينة مثل الولايات المتحدة الامريكية واليابان الآن . وهى نظام مقرر فى القانون الدولى الخاص لكل دولة عند الدول الأخرى . فالاجانب ( عند ما يكونون خارج بلادهم ) لهم الحق فى أن يلتجئوا لحماية دولتهم ويطلبون هذه الحماية من الوكلاء السياسيين والقناصل الذين عينتهم هذه الدولة فى البلاد الاجنبية . وهذا الحق يشمل تأمينهم على حياتهم وعلى أموالهم وتمكينهم من التمتع بالحقوق التى يخولها لهم القانون الاقليمى الاجنبى الموجودون هم تحت لوائه والمعاهدات والاتفاقات المعقودة لمصلحتهم (١)

الدول غير المشئة  
فى الخارج

٢٠٥ — ومع ذلك فقد لا يكون لدولة من الدول معتمدون سياسيون فى دولة أخرى أو فى الدول الأخرى مثال ذلك سويسره وكثير من جمهوريات أمريكا الجنوبية . فرعايا هذه الدول يوضعون باتفاقات خاصة أو بمقتضى العادة أو التقاليد تحت حماية دولة أخرى فمثلا كانت ألمانيا وايطاليا والولايات المتحدة الأمريكية وفرنسا تحمى رعايا سويسره فيما بينها فى بلاد العالم (١) وتحمى رعايا الدول الأمريكية الجنوبية الولايات المتحدة الأمريكية وأسبانيا والبرتغال ؛ ويحمى رعايا مصر الآن ممثلو بريطانيا العظمى فى الدول الاجنبية الى أن يتم تحقيق تمثيل مصر فى الخارج

[٢٠٤] (١) قالبرى ص ٤٥٩

[٢٠٥] (١) راجع حكم محكمة مصر الجزئية المختلطة فى ٦ ابريل ١٩١٢ جازيت ٢ ص ١٦٠ الذى قضى فى حالة وجود شخصين من رعايا سويسره أحدهما مقيد اسمه فى قنصلية فرنسا والآخر غير مقيد اسمه مطلقاً ، بأن المحاكم المختلطة مختصة بنظر القضية بينهما لان أحدهما يعتبر تابعاً لفرنسا من حيث الاختصاص والاخر غير تابع

فى كل البلاد فكلما تحقق التمثيل المصرى فى بلاد انتقلت الحماية من السلطة البريطانية الى وكلاء مصر السياميين أو القنصلين فيها الا اذا عهد فى ذلك الى سلطة أجنبية أخرى بقرار من مجلس وزراء مصر<sup>(٢)</sup> وذلك فى حالة الحرب مع بريطانيا كما سيأتى فى بند ٢٠٦ (راجع أيضا بند ١٦٨)

الحماية تنتج امتيازات

ولهذه الحماية السيامية ، سواء كانت حماية الدولة الوطنية أو دولة أخرى تنوب عنها ، فى البلاد التى لا تزال فيها امتيازات أجنبية ، مثل مصر ، نتائج هامة هى الخروج عن سلطة القوانين والمحاكم المحلية للمصرية وهذا الخروج يسمى حماية قانونية *Protection juridique* ولها النتائج الأخرى المتفرعة من الامتيازات الأجنبية . فإذا كان الأجنبى غير تابع بالحماية الى دولة ذات امتيازات فى مصر فانه لا يكون له الحماية القانونية ويكون خاضعاً بالأقل فى المسائل الجنائية الى المحاكم الأهلية . مثال ذلك انطونيو ماجرى الذى تخلت عن حمايته الدولة البريطانية فانه حوكم أمام المحاكم الأهلية ( بند ١٢٥ ) ومثال آخر أحد رعايا دولة سويسره لم يكن اسمه مسجلاً فى أية قنصلية تحميه . حكمت عليه المحكمة القنصلية الفرنسية فى مصر باعتبار أنه من حق فرنسا حماية من لا تحميه دولة معينة اذا كان من رعايا سويسره ( والواقع ان فرنسا كانت تدعى أكثر من ذلك من الحقوق — بند ٢٠٨ ) فلما استؤنف الحكم أمام محكمة استئناف اكس التى برفع اليها استئناف القضاء القنصلى الفرنسى فى مصر الغت حكم القنصلية وحكمت بعدم الاختصاص وقررت أن المحكمة الوحيدة المختصة هى المحكمة الأهلية . لأن فرنسا لا تستطيع أن تحمى الا من قيد اسمه فى سجلاتها القنصلية بإرادته واختياره فهى تحميه وتكون مسئولة

(٢) قرار وزير الداخلية الصادر بموافقة مجلس الوزراء فى ٤ يوليه سنة ١٩٢٣

المتعلق بوضع الاحكام الخاصة بجوازات السفر ( بند ١٦٨ ) وهو مبنى فى الاصل على الحماية البريطانية التى ضربت على مصر فى سنة ١٩١٤ فقد جاء فى الخطاب المرسل من وزارة خارجية انجلترا الى المرحوم السلطان حسين أنه « بعد اعلان الحماية البريطانية يكون لجميع الرعايا المصريين أينما كانوا الحق فى أن يكونوا مشمولين بحماية حكومة جلالة الملك »



الحماية القهرية

عنه وقد أثار هذا الحكم سخط الاستاذ دوروزاس الذى يريد أن يجعل فرنسا حامية من لا حامى له مستنداً في ذلك على تاريخ الامتيازات والحمايات في تركيا<sup>(٣)</sup>

٢٠٦ - وللحماية السياسية أسباب قهرية أيضاً وذلك اذا ما قطعت العلائق السياسية بين دولتين اما بسبب الحرب واما بسبب اختلاف شديد فى الرأى فى نزاع معين فان رعايا احدى الدولتين يوضعون تحت حماية دولة أخرى محايدة لتحميمهم فى الدولة الثانية وذلك يكون باتفاق بين الدول المختصة فمثلا فى الحرب الكبرى وضع الالمانيون فى بريطانيا العظمى وملحقاتها تحت حماية الولايات المتحدة الامريكية وحصل ذلك فى مصر الى أن صدر بلاغ عر فى بريطانيا فى ١٥ ابريل ١٩١٥ بإنشاء محاكم بريطانية خاصة للامان<sup>(١)</sup> واستمرت حماية امريكا للالمانيين من الوجهة السياسية المجردة عن الاختصاص القضائى ، الى أن قطعت العلاقات السياسية بين امريكا والمانيا

الحماية الدولية وآثارها

٢٠٧ - كذلك اذا وضعت دولة تحت حماية دولة أخرى طبقاً للقانون الدولى العام فيوضع رعايا الدولة المحمية تحت حماية الدولة الحامية ويخضعون فى مصر لقضاء الدولة الحامية فمثلا رعايا تونس ومراكش يتمتعون بحماية فرنسا عندنا ويخضعون لقضاء المحاكم القنصلية الفرنسية كما لو كانوا فرنسيين ولكن تطبق عليهم القنصليات الفرنسية قوانين أحوالهم الشخصية الاسلامية أو غيرها بحسب أديانهم بيد أنه يلاحظ أن الحماية المبنية على دخول دولة فى حماية أخرى لا تنتج اثرها السياسى فى مصر الا بعد اقرار الدول صاحبات الامتيازات فى مصر على الحماية<sup>(١)</sup>

(٣) القضية واردة فى كلونيه سنة ١٨٩٦ ص ٨٦٧ ودوروزاس ٢ ص ١٨ وقد قررت محكمة اكس أنه اذا فرض وكان لفرنسا حق ما فى محاكمة الاجانب الذين لم يكن لهم ممثلين فى تركيا فان هذا الحق قد زال فعلا بوجود ممثلين للحكومات المختلفة التى أخذت امتيازات من تركيا وقررت أيضا أن الامتيازات لم يوجد فيها أثر لهذا الحق وهذا صحيح

[٢٠٦] (١) جازيت ٥ ص ١١٢ - ١١٣

[٢٠٧] (١) مثال ذلك حكم محكمة مصر الجزئية المختلطة فى ٢٧ فبراير سنة ١٩١٣، جازيت ٣ ص ١١٦ نمرة ٢١٤

وقد حكمت المحاكم بأن الانتداب Mandat ليس كالحماية فلا يعتبر السوريون كالفرنسيين من حيث اختصاص المحاكم المختلطة في قضاياهم مع الاهالي (٢)

٢٠٨ — الحماية المدنية protection civile — يلاحظ أن الحماية السياسية التي تقدم الكلام عليها هي حماية للأشخاص باعتبارهم طوائف أو جماعات سياسية . ولكن تاريخ الامتيازات الأجنبية في الدولة العثمانية يشتمل على نوع آخر من الحماية كانت تتمتع به فرنسا من قديم ومن بعدها بعض الدول الأخرى وهو حمايتهم لرعايا الدول التي لم يكن لهم في وقت معين امتيازات في الدولة العلية إذا طلبوا ذلك من السلطات الفرنسية أو غيرها ولكن هذه الحماية كانت لأغراض خاصة يلتجئ إليها الأجانب الذين يتفقون مع تلك السلطات على الانتفاع من الامتيازات التجارية ومن الحماية السياسية التي تقوم بها الدول صاحبات الامتيازات في الدولة العلية وهي حمايت فردية بمعنى أنها مقصورة على من يحصل عليها شخصياً له ولعائلته وليست حماية طوائف كما تقدم في الحماية السياسية ؛ ومبنيها عدم وجود ممثلين سياسيين لبعض الدول أو امتيازات لها في الدولة العلية ولم تنص الامتيازات على أن فرنسا تكون الحامية لرعايا الدول التي ليس لها امتيازات بل إنما نصت على جواز سير سفنهم تحت الإعلام الفرنسية . وإذا كان الفرنسيون يدعون حماية رعايا جميع الدول ولو لم يطلبوا ذلك منهم فإن التاريخ لا يصدقهم في ذلك وعلى كل حال فقد انتهى عصر تلك الدعوى من الوقت الذي أصبح فيه لكل الدول تقريباً امتيازات خاصة وممثلون خاصون في تركيا كما أكد ذلك حكم محكمة استئناف اكس ( بند ٢٠٦ ) والنتيجة أنه في الوقت الحاضر في مصر

(٢) محكمة اسكندرية المدنية بهيئة استئنافية ٢ يونيو ١٩٢٣ جازيت ١٣ ص ٢٠٣

نمرة ٣٤١ وراجع بخصوص حقوق وواجبات الحكومات المنتدبة وحالة البلاد الوصى عليها مقالة متينة في مجلة Law Quarterly Review عدد اكتوبر ١٩٢٣ نمرة ١٥٦ مجلد ٣٩

ص ٤٥٨ — ٤٧٥

لا يمكن للقنصليات بوجه عام أن تدعى حماية أى أجنبي إلا اذا لم تكن له قنصلية تابعة لدولته في مصر وبشرط أن يكون قد سجل اسمه في سجل القنصليات المذكورة ولهذا الحماية الخاصة أساس في النصوص لأن امتياز سنة ١٧٤٠ كان دائماً ينص على الرعايا الفرنسيين ومن هم تابعون الى فرنسا أو من تحميهم فرنسا

Français et dépendant de la France ou protégés de la France

ويترتب على هذه الحماية تشبيه المحميين بالفرنسيين مثلاً في كل حقوقهم في الامتيازات الاجنبية قبل الحكومة العثمانية من كل الوجوه ولكن اذا نظرنا الى حقوقهم من حيث علاقتهم بالدولة الحامية وجدنا أنهم ليسوا برعاياها وهم لا يزالون يحفظون جنسيتهم والحماية لا تنزع هذه الجنسية ولا تلحقهم بالفرنسيين من حيث الحقوق والواجبات الوطنية الخاصة بالفرنسيين فلا يمكنهم أن يكونوا محلفين مثلاً في القنصليات ولا يلزمون بالخدمة العسكرية للدولة الحامية بل حقوقهم من هذه الوجهة وواجباتهم تكون قبل الدولة التي هم تابعون لها من حيث الجنسية . وقانون أحوالهم الشخصية الوطنية هو الذي تحكم لهم بمقتضاه سلطات الدولة الحامية (١)

آثار الحماية المدنية  
للأجانب

٢٠٩ — وهناك نوع آخر من الحماية المدنية هو النوع الذي لا تزال له آثار عظيمة باقية الآن والذي ألحق ضرراً كبيراً جداً بسيادة الدولة العلية على رعاياها وهو حماية العثمانيين أنفسهم . وقد ظهر هذا النوع الخبيث من الحماية غير المشروعة عند ما أساء ممثلوا الدول الاجنبية استعمال حق الامتياز السياسي المعطى لهم في اختيار أتباعهم وموظفيهم في الدولة العلية وملحقاتها . وقد كانت فرنسا هي البادئة بهذا الافتيات وتفوقت عليها فيه بعض الدول الأخرى وعلى الخصوص روسيا واليونان . وقد كان لرعايا الدولة العلية نصيب كبير من هذا الاجرام فانهم أرادوا أن يتشبهوا بالأجانب ويتمتعوا بامتيازاتهم في وجه حكومتهم خصوصاً من كان منهم من أصل

الحماية المدنية  
(٢) العثمانيين

أرمنى أو رومى أو من كان مغضوباً عليه من حكومته المحلية فرأوا منفذاً سهلاً للحصول على تلك الامتيازات ، فتحت لهم سياسة التوسع فى النفوذ من جانب ممثلى الدول الاجنبية وسعيهم فى الحصول على أكبر عدد ممكن ممن ينتمون اليهم من أهل البلاد فزاد بذلك عظمتهم وتوسع دائرة سيطرتهم وتتضاعف متاجرهم فتنافست الوكالات السياسية والقنصليات الاجنبية فى الاكثار من عدد المستخدمين منها بالاسم من مترجمين وكتاب وقواسين وخدم يخلصون جميعاً على براءات من السلطة المحلية فيصيحون « براءتليّه » وتجعلهم براءاتهم فى عداد الاجانب حكماً فتعفيهم من الضرائب المفروضة على غير الاجانب وترفع من شأنهم فى نظر السلطة المحلية وفى نظر من لم يستطع الحصول على هذه الامتيازات ثم جاء وقت امتغتت فيه السلطات القنصلية عن موافقة الدولة العلية على منح الامتيازات لرعاياها بواسطة شهادات حماية تمنحها من نفسها بلا اذن ولا حساب فأصبحت القنصليات وموظفوها وخدمها يبيعون البراءات والشهادات القنصلية بيعاً وازداد عدد المتمتعين بالحمايات زيادة فاقت كل حد متصور <sup>(١)</sup> حتى اضطرت الحكومة العثمانية الى اتخاذ اجراءات شديدة لمنع هذه التجارة المفسدة لكل نظام والمقوضة لدعائم السيادة فيها — والتجأت فى ذلك الى طرق مختلفة منها أنها فى سنة ١٧٩٩ قررت مساواة الاهالى بالاجانب فيما يتعلق بالضرائب الجمركية حتى يقل الاقبال

[٢٠٩] (١) راجع تاريخ هذه المسائل فى دو روزاس ٢ ص ٢٢ ، خصوصاً ص ٣٠ ، وقد كانت انجلترا أول من حصل بالنسب فى امتيازاته فى سنة ١٦٧٥ على حق تعيين أى عدد من الياستجية فى خدمتها وتأملت من ذلك فرنسا الملكاً شديداً الى أن حصلت على ذكر الحق نفسه فى امتياز سنة ١٧٤٠ وكذلك روسيا حصلت عليه بالنسب فى سنة ١٧٨٣ فكان هذا العصر مبدأ الفساد الذى ذكرناه وقد بلغ عدد من تحميمهم روسيا فى سنة ١٧٧٤ سبعة ملايين عثمانى من أروام وأرمن . وفى أقل من عشرين سنة بعد استقلال بلادالبونان كان لبونان من الحميين فى الدولة العلية ١٥٠٠٠٠٠ عثمانى مولودين من آباء عثمانيين فى البلاد العثمانية وكان فى ذلك الوقت فى الاستانة وحدها ٢١٠٠٠ رومى عثمانى حصلوا على الجنسية اليونانية بطريق الغش والتدليس — دو روزاس ٢ ص ٣٤ و ٣٥ والمراجع التى به .



على الحماية ومنها الاحتجاج لدى ممثلي الدول وطلب اقتصارهم على منح البراءات لموظفيهم القائمين فعلاً بخدمتهم في السفارات والقنصليات وعدم اعطاء جوازات passports بدون موافقة الحكومة العثمانية وعدم منح شهادات بالحماية الى أى عثمانى مطلقاً . ولما وجدت أن هذه الوسائل المشروعة لم تجد نفعاً أساءت معاملة الاهالى المحبين فصادرت من أموالهم وأودعت منهم في السجون وطردهم من بلادها وأعدمت عدداً منهم على ما قيل ومع ذلك فقد استمر الفساد مستحكماً الى سنة ١٨٦٣ . قبيل ذلك التاريخ احتجت لدى الدول احتجاجاً شديداً وهددت بالتنكيل برعاياها الذين يخرجون عن سلطتها وبذلك تمكنت من الاتفاق مع الدول على تعيين لجنة مختلطة لفحص أوراق الحماية ومن مصادقة الدول بعد ذلك على قانون القنصليات الاجنبية في الديار العثمانية الذي صدر في ٢٣ صفر سنة ١٢٨٠ ( أغسطس سنة ١٨٦٣ ) فتبدلت به الحال وتحسنت بشكل مطلق بالنسبة للمستقبل ولكن القانون المذكور لا يسرى على الماضي بحسب الاتفاق الشفهي<sup>(٢)</sup> المنعقد في التاريخ نفسه بين الحكومة العثمانية وممثلي الدول المختصة

حدد قانون القنصليات عدد المترجمين Dragomans فجعلهم أربعة وعدد الياسقجية Yassakdjis فجعلهم أربعة أيضاً للقنصليات العمومية ( الجنراليه ) وجعلهم ثلاثة من كل نوع للقنصليات الأخرى واثنين من كل نوع لوكلاء القناصل فاذا احتاج الحال لاكثر من ذلك وجب الاتفاق مع الباب العالي من أجل الاقرار على امتياز من زادوا عن العدد المحدد . وعلى كل حال لا بد من تصريح وزاري من أجل التعيين حتى يحصلوا على الامتيازات السيامية . ولا يصح تعيين عثمانى بصفة قنصل أو وكيل قنصل لأية دولة أجنبية الا في أحوال استثنائية وبشرط موافقة

قانون القنصليات  
العثماني

(٢) هو شفهي اسماً ولكن حقيقة الاتفاق الشفهي Convention ou note verbale في القانون الدولي العام أنه يكتب ويتفق على نصه ولكنه لا يأخذ الشكل الرسمي للمعاهدات الدولية مع ذلك تبقى نصوصه ليرجع اليها عند لزوم — النص في دوروزاس ٢ ص ٤٠



الباب العالى مقدماً . ويجوز للبعثات الدينية missions ecclésiastiques أن يكون لكل منها وكيل procureur ومترجم يتمتعان بالامتيازات السياسية مثل موظفى القنصليات المسموح بهم<sup>(٣)</sup>

٢١٠ — حالة أصحاب الحمايات السابقة على سنة ١٨٦٣ : هؤلاء لا يسرى عليهم القانون الجديد طبقاً لما ذكرناه فى البند السابق بناء على الاتفاق الشفهى المذكور . ولكن يلاحظ فى حالتهم أمران الاول أنهم مستقلون عن السلطة المحلية هم وعائلاتهم وأولادهم ونسلهم جميعاً ؛ الامر الثانى أنهم لا يزالون عثمانيين ولم يكتسبوا الجنسية الاجنبية من الحكومة التى تحميهم . فباستقلالهم عن السلطة المحلية وبمحكم الحماية التى تظلمهم من جانب الدولة الاجنبية يتمتعون بالحقوق التى خولتها الامتيازات للأجانب فى البلاد العثمانية : لهم حق الاقامة والانتقال (بند ١٦٨) وحرية الاتجار (بند ١٧١) ، والحرية الدينية (بند ١٧٠) وحرمة المساكن والخروج عن حكم المحاكم المدنية والجنائية كالأجانب وحق عدم دفع الضرائب المفروضة على الوطنيين<sup>(١)</sup> ومع ذلك فمسائل الاحوال الشخصية مستثناة مما ذكر بمعنى أنها تبقى خاضعة لقانون أحوالهم الشخصية الاصلى ولحاكم ذلك القانون<sup>(٢)</sup> لان الحماية لا تنزع الجنسية

(٣) راجع قانون القنصليات فى ارمانيون « الاجانب وأصحاب الحمايات ص ٣٢٥ ، و ص ١٢ يناير ١٩١٨ جازيت ٦ ص ٧٣ نمرة ٢٢٦ حيث قضت المحكمة بأن وكيل الكنيسة المشهولة بحماية فرنسا يعتبر مثل الاجانب ويحاكم أمام المحاكم المختلطة مع كونه عثمانياً بحسب الجنسية وذلك رغمًا من كوز فرنسا قد فصلت الكنائس عن الحكومة فى سنة ١٩٠٥ لان هذا الفصل يعتبر سارى المفعول على فرنسا فقط وغير حاصل بالنسبة للشرق بل بالعكس فان الحكومة الفرنسية تحمى فى الشرق الكنائس الكاثوليكية لاسباب سياسية مع أنها جردتها من أموالها ومن سلطتها فى فرنسا — قارن أيضاً حكم المنصورة الجزئية المختلطة فى ١٠ مايو ١٩١١ جازيت ١ ص ١١٩ — ١٢٠ وحكم مصر الجزئية المختلطة فى الجازيت ٣ ص ٩٠ نمرة ١٧٤ [٢١٠] (١) دوروزاس ٢ ص ٥٧ والمادة ١١ من قانون القنصليات الاجنبية التى تمنح الحميين بمقتضى القانون الجديد من الضرائب مدة حمايتهم المؤقتة وبند ١٦٩ ، هنا

(٢) ومع ذلك فقد حكمت محكمة التجارة المختلطة بالقاهرة بأنه ما لم يكن الحمى مسلماً فان أحواله الشخصية فى حالة عدم امكان معرفة جنسيته (ويقصد بها قانون حاله

العثمانية فتبقى الاحوال الشخصية خاضعة لقانون الجنسية ولحاكم هذا القانون أى للقانون العثماني وللمحاكم العثمانية وهي تختلف بحسب الدين غير أن القنصليات الاجنبية قد اعتبرت نفسها دائماً مختصة بتصفية تركت أصحاب الحماية الدائمة وبالحكم في تقسيم هذه التركات على من يستحقها طبقاً للشرعة الاسلامية أو للشرعة التي كان عليها الميث بحسب الاحوال وذلك لأن هذه المسائل ليست من اختصاص المحاكم غير الاسلامية بالنسبة للعثمانيين فكان الاختصاص بها في نظر القنصليات أولى لها منه للمحاكم الشرعية الاسلامية ولكن هذا لا ينفي اختصاص المحاكم الشرعية أيضاً لأن هذه لا يرتفع اختصاصها في الدولة العلية الا برضاء جميع الخصوم غير المسلمين في مادة الموارث<sup>(٣)</sup>

وبخضع المحميون في كل الاحوال لقوة قنصل الدولة الحامية وسلطانهم غير أنه ليس لهؤلاء أن يطردوهم من أراضي الدولة العلية<sup>(٤)</sup>

٢١١ - حالة أصحاب الحماية بعد سنة ١٨٦٣ : هذه مدينة في قانون سنة ١٨٦٣ وتتلخص في أن القاعدة بالنسبة اليهم هي مساواتهم من حيث الحقوق بأصحاب الحماية الدائمة أو المعتادة ولكن القيد الجوهري بالنسبة اليهم أن حمايتهم « شخصية » محضة أى لا ينتفع منها غير أشخاصهم ذون عائلاتهم أو أولادهم وهي « مؤقتة » حتماً تنتهى بانتهاء أعمال الوظيفة التي يشغلها الشخص أو بوفاته ولا تنتقل من بعده الى ورثته مطلقاً . ومع كونهم يتمتعون بالامتيازات الاجنبية فان أموالهم تخضع للضرائب العقارية ولا يعفون من الخدمة العسكرية أو البدلية ومع ذلك فان قانون القرعة

الحماية الجديدة  
مؤقتة وشخصية

( الشخصية ) الاصلية تكون خاضعة لقانون البلد الذي يحويه وبذلك حكمت بان من كانت تحميه دولة النمسا حاية دائمة ووراثية يكون خاضعاً لذلك القانون ولا يبلغ الرشد قبل ٢٤ سنة ( ٩ دسبر ١٩١١ جازيت ٢ ص ٤٣ آخر النهر الاول )

(٣) قارن دو روزاس ٢ ص ٥٨ - ٦٢ حيث يدافع عن هذا الرأي مع اقراره بكونه مخالفاً لما اثبتته من وجوب بقاء أحوالهم الشخصية خاضعة من كل الوجوه للقانون والقضاء المحليين

(٤) دو روزاس ٢ ص ٦٣

العسكرية المصرى الصادر فى ٤ نوفمبر سنة ١٩٠٢ قد نص صراحة فى المادة الأولى فيه على استثناء العثمانيين الذين تحميمهم دولة أجنبية من الخدمة العسكرية وهذه بجاملة للدول أهدتها الحكومة المصرية فى ذلك الوقت عن طيب خاطر مخالفة فى ذلك نص القانون العثمانى الصريح

و بتطبيق قواعد الدكرتو المصرى المتعلق بالقناصل ونحوهم (بند ٧٥) عليهم فيما يتعلق باختصاص المحاكم المصرية ، نجد أنهم يعتبرون كالأجانب فيخضعون للمحاكم المختلطة دون المحاكم الاهلية ولا يخضعون للمحاكم المصرية مطلقاً فيما يختص بأعمالهم الرسمية لان لهم الامتياز السياسى باعتبارهم فى خدمة الوكالات السياسية أو القنصلية

وباعتبار أن امتيازهم شخصى خاص بهم فهو لا يمتد الى حالة ما اذا كانوا ممثلين لأولادهم القصر مثلاً أو وكلاء عن غيرهم فالعبرة فى هذه الحالة بجنسية القاصر أو الموكل ولا تتأثر أحوالهم الشخصية مطلقاً بانصالهم بالقنصليات بل تبقى كما كانت أى خاضعة من كل الوجوه للقانون والاختصاص المحليين<sup>(١)</sup> واذا ماتوا فان تركاتهم تكون أيضاً خاضعة للقانون المحلى والسلطات المحلية<sup>(٢)</sup>

## ٢١٢ — الحماية الدينية Protection religieuse بجانب الحماية السياسية الحماية الدينية

والحماية المدنية كان يوجد فى البلاد العثمانية نوع ثالث هو الحماية الدينية وسميت كذلك لانها ممنوحة للهيئات الدينية الاجنبية ولأعضاء هذه الهيئات فيما يمثلونها فيه وتنحصر فى النيابة عن هذه الهيئات أو تمثيلها والدفاع عنها أمام الحكومة المحلية وهى عبارة عن الكنائس والمستشفيات والمدارس والمعاهد الاجنبية التى تحميها دولة أجنبية فاذا ما لاقى صعوبات فى أعمالها الدينية من جانب السلطات المحلية

[٢١١] (١) س م ٢٩ دسبر ١٨٩٨ ج ت م ١١ ص ٧٦ و س م ٢٠ فبراير ١٩٠١

ج ت م ١٣ ص ١٦٢ و س م ١٨ ابريل ١٩٠١ ج ت م ١٣ ص ٢٢٥

(٢) س م ١٢ يونيه ١٩٠١ ج ت م ١٣ ص ٣٦٧

التجأت الى قنصل الدولة الحامية تطلب منه أن يساعدها عند هذه السلطات ويدافع عن حقوقها ويحصل لها على ما تبغيه من عمل أو ترصية أو نحو ذلك . وهذه المساعدات مضمونة من جانب القنصل . مهما كانت جنسية العضو أو الاعضاء المحتاجين الى المساعدة بسبب أعمالهم الدينية . وهي عبارة عن حماية سياسية يقوم بها قناصل دول معينة بدعوى المحافظة على حرية الأديان للمضمونة بالامتيازات الاجنبية . وأساسها التبشير بالدين المسيحى فى الاقطار الشرقية وتاريخها طويل جداً ومملوء بالتعقيد والغموض بحيث لا نستطيع أن ندخل فيه هنا ويكفينا أن نشير الى أن هذه الحماية الدينية كانت تقوم بها بعض الدول فقط وأهمها فرنسا والنمسا والمانيا وايطاليا وأهم بقعة كانت تظهر فيها هذه الحماية هى البقعة المقدسة أو الامكنة المقدسة فى فلسطين

ونتائج هذه الحماية الدينية تمتع أصحابها بالامتيازات الاجنبية كما لو كانوا جميعاً أجانب تابعين للدولة التى تحميهم وقد نصت المعاهدات التى قارنت انشاء المحاكم المختلطة على استثناء جميع المعاهد الدينية الاجنبية المذكورة من حكم هذه المحاكم غير أن الدول عادت فاتفقت مع الحكومة المصرية على معاملة هذه المعاهد بمقتضى الدكرتو الصادر فى سنة ١٩٠٠ بخصوص القناصل ( بند ٧٥ ) ولم يتفق بعض الدول على هذه الحالة الاخيرة ولكن المحاكم المختلطة قررت أن الدكرتو يجب أن يعتبر أنه القاعدة العامة الواجب اتباعها فى حق كل المعاهد سواء وافق أصحابها على سريانه عليها أم لم يوافقوا وقضت بذلك بصفة خاصة بالنسبة لرجال البعثة الامريكية البروتستانتية (١)

٢١٢ مكرراً — هذا ولا بد قبل اختتام هذا الموضوع التعريف عن أن جميع الامتيازات والحمايات الاجنبية الشاذة ( أى التى كانت منتقصة لسيادة الحكومة المحلية ) قد ألغيت فى تركيا الغاء تاماً بمقتضى معاهدة لوزان ( بند ١٦٦ ) فأصبح

[٢١٢] (١) س م ١٨ يناير ١٩٠٦ ع ت م ١٨ ص ٧٧ والمرافعات بند ٢٧٩

الاجانب الآن في تركيا مثلهم في سائر الدول الأخرى وأصبح للحكومة التركية عليهم من السلطة من كل الوجوه ما للحكومات الأخرى مثل فرنسا وانجلترا ولم تضمن معاهدة لوزان للكنائس والمدارس والمعاهد الدينية الأجنبية أية معاملة استثنائية أو احتراماً خاصاً حتى ولم تنقيد تركيا الجديدة باحترام الامتيازات الاقتصادية الخاصة التي منحت للأفراد الاجانب فيما مضى ؛ وقد سكنت المعاهدة بالكلية عن حماية الأرمن وحماية أرمنيا فتبددت بذلك أحلام جميلة كانت سائدة في الاذهان الى قبيل انتهاء مفاوضات لوزان ولم يبق مقيداً لتركيا الا القيود العامة الموضوعة لها ولغيرها لضمان حماية الاقليات ولكن لا دخل لهذه القيود في مسائل الامتيازات والحمايات الأجنبية التي زالت نهائياً من تركيا . أما في مصر فانتا سوف تتحمل زمناً غير قصير جميع المتاعب التي ورنناها عن الامبراطورية العثمانية والتي لا تريد بريطانيا العظمى أن نستريح منها بسهولة الا اذا ضمنت لنفسها مركزاً خاصاً في مصر ( بند ٢١٣ )

## الفصل الرابع

### رعية الحكومة المحلية

٢١٣ — الرعية المحلية Indigénat أو Egyption Local Nationality

اصطلاح تاريخي ممقوت يدل على أن الحكومة التي يطلق على رعاياها لفظ « رعايا الحكومة المحلية أو الاهالى » حكومة ناقصة السيادة على سكان بلادها فيكون منهم من هو تابع لها وهم الاهالى ومنهم من ليس خاضعاً لاحكامها من كل الوجوه وهم الاجانب وفي حالة مصر الخاصة الرعية المحلية لفظ يشعر بأن مصر



ليست حكومة مستقلة ولذا ليس لأهلها جنسية خاصة بهم مشتقة من حكومتهم المحلية بل أن جنسيتهم يشتركون فيها مع غيرهم وهم سائر العثمانيين الآخرين فتعينت صفة أهلها بكونهم رعية الحكومة المحلية ولم تتعين بكونهم « مصريين » لهم جنسية حكومتهم المصرية

مصر دولة  
مستقلة ذات  
سيادة

وقد انتهى هذا العهد من الوجهة النظرية بانفصال مصر عن الامبراطورية العثمانية في ١٨ ديسمبر سنة ١٩١٤ بقرار الحكومة البريطانية المحتلة للقطر المصري والتي أعلنت حمايتها عليه ، على أثر وقوع الحرب العظمى الماضية وباقرار الحكومة العثمانية على هذه الحال أولاً في معاهدة سيفر ( مادة ١٠١ ، ) وثانياً بمعاهدة لوزان المصدق عليها من تركيا في ٢٤ يولييه سنة ١٩٢٣ وثالثاً باعلان الحكومة البريطانية الغاء الحماية التي ضربت على مصر في سنة ١٩١٤ واقرارها بأن مصر أصبحت دولة حرة مستقلة ذات سيادة وذلك بمقتضى تصريح ٢٨ فبراير سنة ١٩٢٢

أين قانون  
الجنسية المصرية ؟

ومع ذلك فالآن لم يصدر قانون مصري بالجنسية المصرية ولم يتسن لمصر أن تنفع من استقلالها من حيث بسط سيادتها على الجزء المنتقص فعلا من تلك السيادة فلا هي تمكنت من ازالة الامتيازات الاجنبية ولا هي تستطيع ذلك بسهولة وقد حفظت انجلترا لنفسها حق حماية الاجانب والاقليات في مصر فيما احتفظت به من المسائل في تصريح ٢٨ فبراير ؛ ولا هي تمكنت من عمل أى تغيير ظاهر من وجهة القانون الدولي الخاص ، في الحالة التي كانت عليها من قبل . ولذلك لا بد لنا من الكلام على الرعية المحلية باعتبار الماضى والحاضر

لا أهمية للرعية  
المحلية في الخارج

فهذا اللفظ يجب الاهتمام بتعريفه من حيث كونه مانحاً لبعض الحقوق وموجباً لبعض الواجبات داخل القطر المصري فقط . أما خارج القطر فانه لا أهمية له بالكلية . والمهم خارج مصر ، أى في المسائل الخارجية ، هو معرفة الجنسية التي ينسب اليها سكان القطر المصري غير الاجانب . وهذه الجنسية كانت قبل سنة ١٩١٤ الجنسية العثمانية في نظر القانون الدولي العام بلا شك ولا جدال وان

تطور حالة  
المصريين  
السياسية

كان اتصال مصر بالحكومة العثمانية يكاد يكون مقطوعاً مادياً منذ زمن طويل بدليل أنه في سنة ١٩١١ لما وقعت الحرب الإيطالية العثمانية وقفت مصر على الحياد بسبب وجود القوات البريطانية المحتلة وقد كان الواجب اذا كانت مصر عثمانية ألا تقف محايدة ولكنها وقفت على الحياد التام . ولم يكن ليؤثر الاحتلال البريطاني على جنسية المصريين العثمانية ولا أثرت الحوادث للمادية أى تأثير على ذلك الموقف الى أن أعلنت بريطانيا العظمى حمايتها على مصر من تلقاء نفسها بإبلاغ أصدرته ولم توافق عليه مصر ولا هي اعترفت به في أى وقت من الأوقات فكانت الحماية باطلة في نظر المصريين وهو ما أدى بها الى اعلان انتهائها بتصريح ٢٨ فبراير ولكن الدول الأجنبية صادقت على حماية سنة ١٩١٤ فاعترفت بمركز بريطانيا في مصر ؛ وتصريح ٢٨ فبراير<sup>(١)</sup> وان تضمن انتهاء الحماية فانه ينص على تحفظات تصرح بريطانيا ببقاء الحال فيها كما هي الآن الى أن يتم الاتفاق عليها بينها وبين مصر بطريق المفاوضات فلا يمكن والحالة هذه أن تعتبر الدول الأجنبية ان مصر مستقلة تمام الاستقلال من وجهة القانون الدولي العام<sup>(٢)</sup> ؛ ومع ذلك فتمت صدور قانون الجنسية المصرية<sup>(٣)</sup> وكان على نخط قوانين البلاد المستقلة فعلاً (بند ١٠٦ ،) وبعد

[٢١٣] (١) منشور في الوقائع المصرية عدد ٢٨ فبراير ١٩٢٢ نمرة ٢٠

(٢) يرجع في هذا الموضوع الى الكتب الحديثة الآتية : كتاب الدكتور لطيف

حماد المحامى في مصر وعنوانه حالة مصر الدولية ابتداء من سنة ١٩١٤ La condition internationale de L'Egypte depuis 1914, Paris 1922 وفيه تفاصيل تاريخية دقيقة وأبحاث جلية ومراجع كثيرة ؛ وكتاب فوشيل في القانون الدولي العام بند ١٨٧ سابقاً و١٨٩ و ١٩١ و ٣٠١ سابقاً من الجزء الاول القسم الاول وهو مملوء بالبيانات الحديثة المفيدة وكتاب هايد في الدولي العام الجزء الاول من ٢٧ و ٣٨ ، ومقالة في مجلة القانون الدولي ومقارنة الشرائع سنة ١٩٢٢ ص ٣٨٥ ، وسنة ١٩٢٣ ص ٦٦ ، ، للدكتور روزيه المحامى

(٣) راجع في الصعوبات المحيطة بالموضوع بند ١٠٣ هنا وكلمة جاءت في جورنال

الحاكم المختلطة عدد ٧ مايو ١٩٢٣ ونشرها كلونيه ١٩٢٣ ص ٧٤٢ — ٧٤٣ وفيها الصعوبات التي نشأت على الخصوص بعد الحرب وهي انفصال أجزاء كثيرة عن الامبراطورية العثمانية وصعوبة تحديد جنسية رعايا بعض الاجزاء المنفصلة ، وكذلك ليس من السهل بيان

أن يتم تمثيل الحكومة المصرية في أهم أقطار العالم فإن المصريين يتمتعون حينئذ في البلاد الأجنبية بحماية الحكومة المصرية من الوجهة السياسية . أما الآن فإن السلطات البريطانية السياسية والقنصلية تقوم بحمايتهم في البلاد الأجنبية وهو ما نص عليه خطاب وزير خارجية إنجلترا المبلغ إلى المرحوم السلطان حسين ( بند ١٠٣ حاشية ٣ ) وهو ما أقرته الوزارة المصرية أخيراً بموافقتها على قرار وزير الداخلية المتعلق بجوازات السفر ( بند ١٦٨ )

٢١٤ - أما من حيث الأمور الداخلية في مصر فإن بعض الحقوق والواجبات تتوقف على كون الشخص من رعايا الحكومة المحلية فمثلاً وظائف الحكومة المحلية محفوظة لرعايا الحكومة المحلية ( من الوجهة النظرية أو القانونية لا في الواقع ) وقد نص الدستور المصري في المادة الثالثة على أن يعهد إلى « المصريين » بالوظائف العامة مدنية كانت أو عسكرية ولا يولى الأجانب هذه الوظائف إلا في أحوال استثنائية يعينها القانون - وهي لم تتعين بعد ولم تتغير الحال في هذه النقطة الا قليلاً باعتزال بعض الموظفين الأجانب خدمة الحكومة في مقابل تعويضات استثنائية تشرطها بريطانيا العظمى من أجل ذلك . وتطلب الخدمة

أهمية الرعية  
المحلية في مصر

من حيث  
الوظائف

من تنصب عليهم الجنسية المصرية من الافراد الذين كان أصلهم من الاجزاء المذكورة ولذلك ينتظر أن يتأخر صدور قانون الجنسية الى أجل قد يطول كثيراً

وقارن ما ينتظر من الخلاف بين مصر وإنجلترا من جهة ومصر والدول الاخرى من جهة أخرى ، بما حصل بالفعل بين إنجلترا وفرنسا من الخلاف الذي قضت فيه محكمة القضاء الدولي المستدعية في ٧ فبراير ١٩٢٣ بصفة استشارية وسبب الخلاف أن فرنسا أصدرت قوانين للجنسية في تونس ومراكش في ٨ نوفمبر ١٩٢١ وطبقتها على رعايا بريطانيين ( مالطيين ) فاحتجت إنجلترا وطلبت رفع الامر الى القضاء الدولي فرفعه مجلس عصبة الامم وعارضت فرنسا مدعية بأن الامر انما يخصها هي وتمسكت إنجلترا بأن تطبيق قوانين الجنسية الفرنسية بالنسبة للبريطانيين أمر ليس متعلقاً بالسيادة الداخلية لحسب بل هو مما يدخل في نطاق القانون الدولي لانه يتوقف على سيادة حكومتين ويدخل ضمن اختصاص المحكمة طبقاً للمادة ١٥ بند ٨ من صك جمعية الامم - راجع كازنيه ١٩٢٣ من ١٨٦ - ١٨٨ ومجلة القانون الدولي ومقارنة الشرائع ١٩٢٣ من ٢٩١ - ٣٠١ والحكم نفسه في المجلة المذكورة من ٣٢٨ - ٣٤٤ وفيه دفاع الطرفين

من حيث  
التجنيد

العسكرية من العثمانيين المقيمين في مصر أو الذين تتوافر فيهم شروط خاصة بالاقامة في مصر يعينها القانون الخاص بذلك الصادر في ٤ نوفمبر سنة ١٩٠٢ وقد نص الدستور المصري في المادة ١٤٧ على أن القانون يبين طريقة التجنيد ونظام الجيش ولما يتقرر في ذلك شيء للآن

من حيث  
الانتخاب

وكانت الانتخابات لمجالس المديريات والجمعية التشريعية من حق « المصريين رعايا الحكومة المحلية » طبقاً لقانون الانتخاب الصادر بنمرة ٣٠ لسنة ١٩١٣ فنص قانون الانتخاب الجديد على أن لكل « مصري » حق الانتخاب وقضت المادة ٩٣ من هذا القانون بأنه « إلى أن يصدر قانون بشأن الجنسية المصرية يعتبر مصرياً كل من ورد ذكره في المادتين الأولى والثانية من الأمر العالي الصادر في ٢٩ يونيو ١٩٠٠ بشأن من يعتبرون من المصريين » وهؤلاء في نظر ذلك القانون هم ( ١ ) كل من توطن في مصر قبل سنة ١٨٤٨ وحفظ فيها موطنه ( ٢ ) العثمانيون المولودون في مصر من والدين متوطنين فيها متى كانوا قد حافظوا على موطنهم في مصر ( ٣ ) العثمانيون المولودون والمتوطنون في مصر الذين قاموا بواجبات الخدمة العسكرية أو بدفع البديل ( ٤ ) الذين يولدون في مصر من والدين مجهولين وذلك كله باستثناء الأجانب والذين تحميمهم دولة أجنبية وكذلك يمكن اعتبار العثمانيين الذين أقاموا في مصر أكثر من ١٥ سنة مصريين إذا قرروا ذلك رسمياً في المحافظة أو المديرية

من حيث  
الاختصاص

وتختص المحاكم الأهلية في قضايا « الاهالي » طبقاً للمادة ١٥ من لائحة ترتيبها ونطاق اختصاصها الجنائي أوسع بالنص الصريح من نطاقه المدني ( ١ عقوبات أهلي ) وتنص المادة ١٣ مدني مختلط على اختصاص المحاكم المختلطة على كل شخص من رعايا الحكومة المحلية بسبب الالتزامات التي يتقيد بها قانوناً حتى ولو حصلت في الخارج والأمر الذي تجب ملاحظته هو أن لفظ المصريين أو الاهالي أو رعايا الحكومة المحلية له في الاحوال المختلفة المذكورة معان قد تختلف كثيراً في كل حالة عنها في

ملاحظات هامة



الآخرى والسبب في ذلك اختلاف وجهة النظر ووجود قوانين خاصة بالخدمة العسكرية وأخرى بالانتخابات وثالثة للوظائف العمومية وفوق ذلك تناقض بين أحكام المحاكم الأهلية والمختلطة على من يشملهم اختصاص المحاكم الأهلية ومن لا يشملهم بسبب ذكر لائحة ترتيب المحاكم الأهلية لكلمة « الأهالي »<sup>(١)</sup> ومحل هذا الموضوع في الكتاب الرابع . ولا يهمنا من وجهة القانون الدولي الخاص معرفة التعاريف الواردة في قانون القرعة العسكرية ولا القوانين الإدارية ونحوها فإنها ملحقة بالقانون العام في مصر من إداري ونظامي . والنتيجة هو أن لفظ رعايا الحكومة المحلية أو الأهالي ليس له معنى واحد معين وواجب التطبيق بشكل عام بل يجب أن يفسر دائماً بحسب المقام إما بالقوانين الخاصة بالموضوع وأما بحسب أحكام المحاكم المختلطة أو الأهلية طبقاً لوجهة نظر كل منها

النتيجة

## الفصل الخامس

### مركز المصريين في الخارج

٢١٥ - ليس من سبيل للدراسة مركز المصريين في الخارج في هذا الكتاب إلا من حيث القانون المصري لأن مركز المصريين في نظر القوانين الأجنبية إنما يرجع فيه إلى تلك القوانين ( بند ١٧٤ ، ) وهو يتوقف في نظرنا من حيث الجنسية في المسائل الدولية على تنفيذ ما ذكرناه من الأمور في بند ٢١٣ أما من حيث القوانين المصرية فإن فيها نصوصاً تتعلق بالمصريين غير الموجودين بمصر وهي : -

أولاً - المادة ١٣ من القانون المدني المختلط وهي تنص على أنه يجوز مقاضاة أى شخص من رعايا الحكومة المحلية بسبب الالتزامات التي يتقيد بها حتى ولو

المادة ١٣ م ٢



حصلت في الخارج . فالحاكم المختلطة تختص اذا بقضايا الاهالى ولو كانوا في الخارج بعكس الاجانب الذين في الخارج فلا تختص بالحكم بالنسبة اليهم الا في احوال خاصة نصت عليها المادة ١٤ م م وسيرد شرح هذا كله في بند ٣٣١ ،،

والحاكم الاهلية نفس الاختصاص على الاهالى اذا كان الخصم أيضاً من الاهالى  
ثانياً — تنص المادة ٣ عقوبات أهلى على أن كل مصرى تابع للحكومة المحلية ارتكب وهو في خارج القطر فعلاً يعتبر جنائية أو جنحة في هذا القانون يعاقب بمقتضى أحكامه اذا عاد الى القطر وكان الفعل معاقباً عليه بمقتضى قانون البلد الذى ارتكبه فيه وفي المادة الرابعة قيود خاصة بالنص المتقدم كما أن المادة الثانية تجعل القانون يسرى في احوال أخرى على من ارتكب خارج القطر جرائم خاصة أو في احوال معينة

٢١٦ — ومجرد اقامة المصرى خارج القطر لا يجرمه من حقوقه بصفته مصرياً  
ومع ذلك فبعض الحقوق لا يمكن استعمالها بطبيعة الحال الا لمن كان موجوداً بالفعل داخل القطر مثلاً لا يمكن الانتخاب لا يمكن استعماله الا لمن كان في مصر وقت الانتخاب وقد نصت المادة الثانية من قانون الانتخاب الجديد على ذلك فقررت أن كل ناخب يتولى حقوقه الانتخابية بنفسه في دائرة الانتخاب التى بها موطنه؛ واذا غير مصرى جنسيته وهو في الخارج أو التحق بالخدمة العسكرية في جيش أجنبى بدون تصريح من الحكومة المصرية فانه يعاقب بالعقوبة المقررة في المادة السادسة من قانون الجنسية العثمانية ( بند ١٠٤ )

٢١٧ — وتلاحظ أخيراً نصوص قانون المرافعات من أهلى ومختلط بخصوص المرافعات بالنسبة لمن هو في الخارج  
اعلان الاوراق الى الاشخاص الذين ليس لهم محل معلوم في القطر — وهؤلاء يجوز أن يكونوا مصريين — والاشخاص الذين لهم محل معلوم في الخارج — وهؤلاء يجوز أيضاً أن يكونوا مصريين — ( ١٠/٨ و ١٠/٩ مرافعات )

وتلاحظ أيضاً المواعيد المقررة فيه لمن كان مقبلاً خارج القطر واختلاف هذه  
المواعيد باختلاف الجهات (٢١/١٩) (١)

حقوق المصري  
في الخارج  
وواجباته

وبعض الحقوق لا يمكن استعمالها الا في الخارج وهذا حق الانتفاع من حماية  
مصر السياسية (بند ٢٠٤) بالالتجاء الى ممثلها في الخارج أو من يقوموا مقامهم (٢)  
ليتخذوا الاجراءات اللازمة لتأمين المصري على حياته وحرية وأمواله ولكن بما أن  
هذا الحق لا يكون الا للمصريين فيجب على من يريد التمتع به أن يثبت للسلطة  
السياسية أو القنصلية المصرية أو من يقوم مقامها أنه مصري ويحصل ذلك الثبوت  
عادة اما بجوازات السفر أو شهادات تحقيق الشخصية الصادرة من السلطات المصرية  
أو بتسجيل الاسم في القنصلية المصرية أو ما يقوم مقامها . واذا أراد المصري الذي  
لم يكن حاملاً جوازاً مصرياً بالسفر أن يعود الى مصر فيجب عليه الحصول على جواز  
سفر من السلطة السياسية أو القنصلية المصرية في الخارج او ما يقوم مقامها واذا  
كان معه جواز أجنبي فيجب التأشير عليه من السلطة المذكورة حتى يتسنى له  
الدخول في مصر (٣)

[٢١٧] (١) قارن قاليري بخصوص الفرنسيين في الخارج ص ٤٥٧ — ٤٦٤  
(٢) وهم ممثلو بريطانيا العظمى الى ان يتم بالفعل تمثيل مصر في الخارج ، أو ممثلو  
أى دولة أخرى في الظروف المبينة في بند ١٦٨  
(٣) قرار جوازات السفر المصري الصادر في ٤ يولي ١٩٢٣ ( وقائع رسمية  
عدد ٧٧ في ٢ اغسطس ١٩٢٣ ص ١٠ ) المادة الاولى

# الكتاب الثاني

## تنازع القوانين والاختصاص

### الفصل الأول

#### تاريخ تنازع القوانين والاختصاص

٢١٨ - لا شك أن التاريخ خير مبيّن لما خفى أو غمض من المسائل التاريخية المرتبطة بالتطور الحديث الحاصل في مادة القانون الدولي الخاص . وليس من غرضنا هنا أن ندخل في تفاصيل تاريخية كبيرة فإن ذلك يستلزم مجلدات ضخمة<sup>(١)</sup> وكل ما نرمى اليه هنا هو بيان الافكار المختلفة التي سادت في العصور المختلفة وكيف تطورت من عصر الى آخر وكيف انتقلت من بلد الى آخر وتشكلت فيه بما يناسب حالته وفي هذا البيان ايضاح للبادئ المختلفة يأتي عرضاً وقد يتكرر فيكون من وراء هذا التكرار وذلك الايضاح مساعد ومعين على ادراك القواعد الحالية بأقل ما يمكن من العناء

هذا ولم يكن في القانون الروماني آثار ظاهرة لقواعد القانون الدولي الخاص في القانون الروماني

[٢١٨] (١) أفضل كتاب في هذا الموضوع هو كتاب لينيه وهو جزءان ولم يشمل غير التطور القديم والحديث لنظرية « الاحوال » الآتي الكلام عليها في بند ٢٢٥ ، وقد رجع اليه أغلب العلماء الحديثين

وذلك بالرغم من أن متشرعى القرون الوسطى حاولوا أن يركزوا استنتاجاتهم على نصوص من القانون الرومانى ( بند ٢٢٥ ) ولكن هذا كان لاغراض خاصة ستوضح فيما يلى وقد أجمع علماء العصر الحاضر على أن القانون الدولى الخاص لم يكن له أصل فى القانون الرومانى مطلقاً بل اجمعوا على أن أصل منشئه الحقيقى كان فى العصور الوسطى فيما بين الشعوب الجرمانية ( بند ٢٢٢ ) وقد اعترف بوجوده كعلم من العلوم فى أواخر تلك العصور فى بلاد ايطاليا على أيدي متشرعين من جنسيات مختلفة أهمهم من الايطاليين والفرنسيين

القانون الرومانى  
وقانون الشعوب

٢١٩ - القانون الرومانى : لم يكن قانون الجمهورية الرومانية ليهم مطلقاً بوجود الاجانب ولا يعترف لهم بقوانين . واعتبر الرومانيون قوانينهم الرومانية كامتياز مقدس يحتفظون به لأنفسهم وأولادهم ولا يقللون من أهميته بأن يشركوا الاجانب فيه ولكن لما بدأت الفتوحات الاجنبية وازدادت التجارة الدولية أصبح من المستحيل على الرومان أن يتركوا رعاياهم المغلوبين على أمرهم ، والتجار الاجانب ، يعيشون بلا قانون يحميهم . ولم تكن روما لترضى بأن تسمح للاجانب أن يعيشوا فى ظل قوانينهم الاصلية كما فعلت الامبراطوريات الاستعمارية الحديثة لذلك ابتدع علماء الرومان سلسلة من القواعد القانونية تسرى على العلاقات التى يكون فيها اجانب وجعلتها واحدة فى كل الاحوال بصرف النظر عن جنسية المتقاضين وهى ليست القانون الرومانى نفسه ولا هى بقانون أحد من الشعوب الأجنبية ، بل هى القانون الذى قرره الرومان ليسرى على العلاقات التى يكون فيها اجانب ، هى جزء من القانون الرومانى المستحدث يحكم به القضاة الرومانيون ويسمى قانون الشعوب Jus gentium . فأصبح القانون الرومانى قسمين قسماً للرومان وقسماً للشعوب المختلفة . وفى سنة ٢١٢ ميلادية تغيرت الحال بقانون جديد يسمى بلاغ كارا كالاً Edit de Caracalla مكن الاجانب من الحصول على حقوق

الرومانيين بلجاءات سهلة فاصبح القانون الرومانى الاصلى قانوناً إقليمياً<sup>(١)</sup> من بعض الوجوه سارياً فى كل أجزاء الامبراطورية الرومانية ومع ذلك فقد استمرت العادات والافكار التى كانت عليها الولايات الرومانية ردياً من الزمن معمولاً بها بالفعل فى تلك الولايات رغم جواز تطبيق القانون الرومانى الاصلى . ولذا كان من الممكن حصول تنازع بين تلك العادات والقانون الرومانى ولكن ذلك التنازع لم يكن له شأن مطلقاً بالقانون الدولى الخاص وأخيراً تلاشت الفروق ودخل فى القانون الرومانى كثير من عادات وقوانين الشعوب المحكومة<sup>(٢)</sup>

القوانين  
الجرمانية

٢٢٠ — قوانين القبائل الجرمانية أو البربرية — والمراد بها قوانين الشعوب الجرمانية المختلفة التى غزت الامبراطورية الرومانية واستقرت فى اوربا بين القرن الخامس والقرن التاسع بعد المسيح — اشتملت هذه القوانين على مبدأ شخصية القوانين ( بند ٧٠ ) فلما حصل الغزو واستقروا فى بلاد الامبراطورية طلب كل من الغزاة أن يعامل بمقتضى قانونه الشخصى فى المسائل المدنية والجنائية على السواء وكانت هذه القوانين متعددة بتعدد الشعوب الفاتحة ومنهم اللومبارديون والفيزيجوتيون والبرجانيديون والباثاريون والفرنكة وغيرهم ولم يكونوا ليقبلوا أن ياملوا بمقتضى القانون الرومانى الذى كان القانون الاقليمى لجميع الامبراطورية ولم يكن فى استطاعة المشرعين الرومانيين أن ينكروا عليهم حق استبقائهم قوانينهم المختلفة وهم الغزاة الفاتحون فاضطر رجال القانون الى التفكير فى المبادئ الجديدة التى تتبع فى هذا الموضوع والتى بمقتضاها يجب احترام قوانين تلك الشعوب وتطبيقها بجانب القانون الرومانى الاقليمى . ولذلك وضعت قواعد لتسوية هذه الحال وتبيين حدود تطبيق تلك القوانين وكانت هذه القواعد أساساً لبعض القواعد التى سادت فى العصور الوسطى لحل مسائل تنازع القوانين « وقد كان

[٢١٩] (١) راجع فى معنى الاقليمية بند ٣ حاشية ١

(٢) قارن قايس ٣ ص ١٣١ — ١٤٠ و ييل ص ١٨ — ٢٤



يحدث كثيراً أن يكون خمسة أشخاص سائرين أو جالسين سوياً ويكون كل منهم خاضعاً لقانون خاص به «<sup>(١)</sup> وقد كانت هذه الحالة سبباً في وضع بعض بيانات في العقود التي يتعامل بها الأشخاص الخاضعون لقوانين مختلفة فيذكر فيها بالنسبة لكل شخص القانون الذي هو خاضع اليه وهذا ما كان يسمى الاعتراف بالقانون *Professio juris* أو *Professio legis* «<sup>(٢)</sup> وقد استمرت هذه الحالة الى وقتنا هذا في البلاد التي لا تزال يعمل فيها بقوانين مختلفة ومنها مصر الآن فيذكر الشخص في عقود واعلاناته الرسمية بعد ذكر اسمه لفظ «التابع لدولة ايطاليا أو المشمول بحماية فرنسا أو من رعايا الحكومة المحلية أو الخاضع للقوانين المختلطة *Administré mixte* مثلاً»

٢٢١ - ولما ساد حكم الإقطاعات «<sup>(١)</sup> انقلبت معه الأسس القانونية انقلاباً تاماً فاصبحت جميع الأشخاص وجميع الأشياء أى جميع المخلوقات والموجودات الكائنة داخل حدود أية اقطاع من الاقطاعات محكومة بقانون تلك الاقطاعة وحده دون غيره ، بعد ان كان كل شخص يعامل بقانونه الخاص بعشيرته الاصلية ؛ وقد زاد في سرعة هذا الانقلاب في فرنسا تجميع *codification* القوانين السائدة في كل مديرية والمعروفة بالعادات *coutumes* وتدوينها . وانحصرت نظرية حكم الاقطاعات ، من الوجهة القانونية في قاعدة بسيطة مؤداها أن «جميع القوانين تعتبر عينية» أى اقليمية *Toutes coutumes sont réelles* أو

[٢٢٠] (١) مستخرج من كتاب القس « أجوبار » الى لودفيج النقي — ميلى ص ٥٨ و ٥٩

(٢) قارن قايس ٣ ص ١٤٤ — ١٤٦ وميلى ص ٥٩ ،

[٢٢١] (١) جمع اقطاعة وهى طائفة من أرض الحراج يقطعها الجند فتجزل لهم ما بها رزقاً وأقطع الامير الجند البلد : جمل لهم غلته رزقاً ( أقرب الموارد ، لفظ قطع ) والمقصود به *La féodalité* وحكم الاقطاعات *Le féodalisme* مبنى على الاستيلاء على الارض بعد حلف يمين الطاعة والاخلاص للامير والتعهد بخدمة عسكرياً .

Omnes consuetudines sunt reales : وبذلك التحق الاشخاص بالارض  
أو الاقليم فحكمهم قانونه دون أى قانون آخر وتلك نظرية اقليمية القوانين  
theorie de la territorialité des lois فى أقصى درجات تطرفها (٢)

المدن الإيطالية  
وقوانينها الخاصة

٢٢٢ — وبينما كانت فرنسا والمانيا تتوغلان فى نظام الاقطاعات فى القرن  
العاشر وما بعده باعتباره الوسيلة الطبيعية لحمايتهما من الغزو والنهب المستمرين  
كانت ايطاليا منبتاً لحركة تشييد حكومات أو جمهوريات صغيرة أو « بلديات »  
فى مدنها المختلفة (١) وصلت بها سنة الترقى فى القرن الثانى عشر الى وضع قانون  
« بلدى أو مدنى » خاص لكل منها وسميت هذه القوانين الخاصة statuta  
تميزاً لها عن القانون العام السارى على اقليم جميع الامبراطورية الذى يطلق عليه  
لفظ Lex وكانت هذه المدن الصغيرة الناشطة تقوم بحركة تجارية كبيرة فيما بينها  
فتشأ عن هذا التعامل تنازع بين قوانينها المختلفة conflits des statuts أو  
statutory conflicts هو أول ما عرف من نوعه وهو الذى كان أول تنازع  
حقيقى حصل بين القوانين فى العالم واليه يرجع نشوء قواعد القانون الدولى الخاص  
ولكنه كان على حال تنازعا بين قوانين مختلفة سارية فى بلد واحد أو اقليم واحد  
خاضع لحاكم سياسى واحد ( بند ١٦ ) (٢)

منشأ القانون  
الدولى الخاص

ولما كانت دراسة القانون الرومانى قد انتعشت فى ذلك الزمان انتعاشاً  
كبيراً بالنهضة العلمية فى ايطاليا وعلى الخصوص فى بولونيا Bologne فقد اعتبر  
ذلك القانون بمثابة القانون العام لاطالينا وكان من الطبيعى وقتئذ أن يلتجئ  
اليه علماء ذلك العصر (٣) ليستخرجوا منه القواعد التى يحل بها ذلك التنازع

(٢) بلى ص ٦١

[٢٢٢] (١) مثل ميلانو وچنوه وبيزا وفلورنسا وبولونيا وبارما وبادوا وغيرها — لينيه  
١ ص ١٠٠ وكانت تمان الحرب وتتحالف ولها حركة تجارية كبيرة جداً

(٢) قارن قايى ص ٣ ص ١٢

(٣) يسمى اسم علماء ذلك العصر « الشارحون اللاحقون » Post-glossateurs

وقد نشأت ثلاث مسائل في هذا الموضوع : —

الأولى : هل كانت قوانين المدن المذكورة *les statuts* مشروعة بجانب القانون الروماني ؟

الثانية : وإذا كانت مشروعة فما هي حدود تطبيقها بالنسبة للقانون الروماني الذي هو القانون العام ؟

الثالثة : كيف الوصول الى حل ذلك التنازع ؟

وقد نشأت أمثال هذه المسائل أيضاً في فرنسا فيما بعد ، عند ما ابتدأ التنازع بين قوانين العادات المختلفة فيها *les coutumes* <sup>(٤)</sup>

ملاحظة مامة

٢٢٣ — ويلاحظ الاستاذ قايس في هذا المقام ملاحظة مهمة وهي أن تنازع القوانين يتلشى في كل الأحوال التي يعتبر فيها القانون شخصياً محضاً — وقد كان كذلك عند الرومان وعند الجرمانيين غزاة فرنسا ، — كما يتلشى في كل الأحوال التي يكون فيها اقليمياً محضاً ، — وقد صيره نظام الاقطاعات كذلك واستمر رديحاً طويلاً من الزمن على هذه الحالة ؛ ومع هذا التلشى لا يكون ثمت محل للبحث عن القواعد التي يحل بها التنازع اذ يكاد يكون هذا التنازع في حكم المستحيل . وكل ما يصح التساؤل عنه في هذه الأحوال هو معرفة القواعد التي تتبع عند وجود قانونين شخصيين أو أكثر أيها يحكم به في قضية تهم عدداً معيناً من الاشخاص من أصول أو قبائل مختلفة

لذلك كان نشوء القانون الدولي الخاص موقوتاً بنشوء نظرية القوانين البلدية *La doctrine statutaire* أو نظرية «الأحوال» *La théorie des statuts* الآتي الكلام عليها في بند ٢٢٥ والتي أضافت الحجاب عن سيادة القانون المزدوجة *double souveraineté de la loi* وكان من النزق محاولة البحث

عن أصله في القوانين والنظمات السابقة والتي اندثرت من قبل ذلك بزمان طويل (١)

تأييد القواعد  
بنصوص القانون  
الروماني

٢٢٤ — ولقد حاول علماء القرون الوسطى وهم شراح القانون الروماني اللاحقون les post-glossateurs أن يجدوا لقواعد تنازع القوانين أساساً في القانون الروماني فزعموا أنهم وجدوا ذلك الأساس في القانون الاول من الفصل الاول من مجموعة قوانين Code يوستينيانوس الذي عنوانه « الثالث الاعظم De Summa Trinitate » حيث وردت فيه جملة مشهورة استندوا اليها ليكسبوا نظرياتهم الجديدة قوة مشروعة تستند الى القانون الروماني . وهذه الجملة تبدى بالالفاظ الآتية « جميع الشعوب التي » cunctos populos quos. . . ومعناها « اننا نرى أن يتبع جميع الشعوب التي يظلمها وارفع حكمنا الرحيم ديانة بطرس الرسول المقدس التي أنزلها الى الرومان » — جعل الشراح هذه الجملة سلباً ارتقوا به لنظريتهم في حل تنازع القوانين مدعين بأن الكلمتين الاوليين « جميع الشعوب التي » تدل على وجود شعوب أخرى غير من يحكمهم قانون الامبراطورية الرومانية وأن هذه القوانين لا تسرى الا على الاجزاء التي اعتنقت الدين المسيحي وعلى ذلك يصح أن يكون هناك تنازع في القوانين — غير أن علماء العصر الحالي ينكرون هذا التفسير ولا يقرون بوجود أدنى صلة بين قانون يوجب التعصب الديني وينفي حرية الاديان وبين مسائل تنازع القوانين ( بند ٢١٨ و ٢١٩ )

٢٢٥ — ولكن الشراح اللاحقين اعتمدوا على السلطة التي استمدوها سبب ذلك

[٢٢٣] (١) فائس ٣ ص ١٣٠ وقارن لينيه ١ ص ٧٣ ، — راجع ما ذكرناه في القانون الروماني في آخر بند ١١٩ وهو ما استنبذه أغلب العلماء أن يكون أساساً للقانون الدولي الخاص وعلى كل حال فان الصلة مقطوعة بين العصر الذي وجدت فيه فكرة بسيطة ثم تلاشت باندماج قواعد العادات الاجنبية في القانون الروماني ، وبين العصر الذي تتكلم عنه الآن والذي فيه توجهت الافكار بشكل جدى ثابت لحل المشاكل الجديدة التي نشأت عن تطبيق قوانين المدن الجديدة بجانب القانون الروماني العام

من نصوص القانون الروماني حتى يكون عملهم مشروعاً أمام الناس وطفقوا يطبقون قواعد العدل التي تقضى باحترام مقتضيات حرية التجارة ونحوها والتجأوا الى روح القانون الروماني ليقودهم فيما ذهبوا اليه من الابحاث

بارولوس  
وزملاؤه

وكان أول عالم خاض غمار هذا الموضوع وتفوق على غيره ممن ابتدأوا فيه ،  
الاستاذ بارتولوس Bartolus ( سنة ١٣١٤ — ١٣٥٧ ) وكان مدرساً بجامعة

بولونيا وبيزا وپيروچيا وقد تبعه « بالدوس » Baldus وساليسيت Salicet

ونتلخص نظريتهم — التي يطلق عليها نظرية « الاحوال » <sup>(١)</sup> Théorie de ، نظرية الاحوال

statuts أو Statutory theory ، والمراد بها في الاصل القوانين البلدية أو المدنية ،

بند ٢٢٢ — في أن القاعدة العامة هي أن جميع القوانين Statuts تعتبر مبدئياً أنها

عينية Réels أو اقليمية Territoriaux — وذلك لان النظام الاقطاعي قد جعلها

كذلك ، بند ٢٢١ — وان هناك استثناءات يكون فيها القانون شخصياً

Personnel

فالاحوال العينية تطبق على جميع الاشخاص وجميع الاشياء الكائنة في

الاقليم

والاحوال الشخصية تطبق فقط على الاشخاص المتوطنين Domiciliées

الاحوال  
الشخصية

في الاقليم ولكنها تطبق عليهم أيضاً بواسطة محاكم أي مدينة أخرى اذا رفعت

فيها القضية ، بمعنى أنها تتبع الشخص حينما توجه

وهنا يقسم بارتولوس « الاحوال الشخصية » الى « احوال نافعة » أو مفيدة

للشخص Statutum favorable قررت لمصلحته وللمحافظة عليه مثل الحجر للسفه

[٢٢٥] ( ١ ) نسيها « نظرية الاحوال » اقتباساً من لفظي الاحوال الشخصية

Statut personnel والاحوال العينية Statut réel اللذين صغلهما الانسان العربي الآن

وان كان المقصود بلفظ statut هو القانون حتى ان هذا اللفظ لغاية الآن يستعمل في القانون

الانجليزي Statute كمرادف للفظ قانون . والمراد بالاحوال الشخصية والعينية هو قوانين

تلك الاحوال



ولها أثر خارج الاقليم الذى يتوطنه ؛ و « احوال ممقوتة » Statutum odiosum وهى التى تضر الشخص فتكون فى غير مصلحته وهذه يجب أن يقتصر مفعولها على إقليمها فلا يعمل بها خارجه ولا تتبع الشخص فى أية جهة أخرى ومثلها حرمان البنات من الميراث

وقد بنى كثير من الحلول التى وضعها الشراح المذكورون على أسباب وحجج تقدير النظرية قد تظهر لنا الآن كأنها صبيانية أو مضحكة <sup>(١)</sup> ؛ وقد وجد كثير من التناقض والخلط فيما ذكروا من الابحاث والافكار . ومع ذلك فإن مؤلفاتهم لا تزال ينباع الفياضة التى تنفجر من خلالها الآيات البينات فى القانون الدولى الخاص ولا يزال بعض نظرياتهم وآرائهم معتبراً من القواعد القانونية المحترمة فى وقتنا هذا — مثال ذلك القاعدة التى بمقتضاها يعتبر العمل القانونى صحيحاً ، عقداً كان أو وصية ، اذا كان صحيحاً فى الشكل طبقاً للشروط التى تتطلبها العادات السائدة فى الاقليم الذى عمل فيه وهى قاعدة Locus regit actum ؛ والقاعدة التى بمقتضاها يسرى على العقد من حيث آثاره قانون الجهة التى عمل فيها Lex loci contractus ؛ والقاعدة التى تجعل آثار العقد العرضية خاضعة لقانون محل الوفاء Lex loci solutionis وأخيراً القاعدة التى تجعل مسائل المرافعات خاضعة دائماً لقانون المحكمة المرفوعة أمامها الدعوى Lex fori ولم يقم علماء العصر الحاضر بأكثر من التوسع والبحث والنظر فى المبادئ التى وضعها الشراح اللاحقون المذكورون <sup>(٢)</sup>

[٢٢٥] (١) مثلاً قل بارتولوس ان الاحوال تكون شخصية اذا كان القانون يتكلم عن الاشخاص وتكون عينية اذا تكلم عن الاموال فمثلاً النص الآتى Primogenitus succedat in omnibus bonis وهو أن الولد الأكبر يرث كل التركة ، هو من الاحوال الشخصية بكس النص الآتى وهو Bona decedentium veniant in primogenitum أمثال الميت تؤول الى الولد الأكبر ، فانه يكون من الاحوال العينية فهذا مضحك لان النصين بمعنى واحد فلا يغير الحكم الابتدأ بالشخص أو بالمال بل العبارة بالمعنى ( قارن قايس ٣ ص ١٨ )

(٢) قارن ميلى ص ٦٣ — ٧٠ و قايس ٣ ص ١٦ — ٢٠

النظرية في فرنسا  
في القرن ١٦

٢٢٦ — نظرية « الاحوال » في القرن السادس عشر في فرنسا : انتقلت نظرية « الاحوال » من ايطاليا الى فرنسا وفي القرن السادس عشر ظهر عدد من العلماء الفرنسيين الذين اهتموا بدراساتها بنوع خاص فانتقلت بذلك الحركة العلمية الى فرنسا وظهرت المجهودات العلمية لمن تفوق منهم وهم ثلاثة أرجانثريوس ومولينوس وجى كوكى . وقد ظلت مؤلفاتهم للآن أساساً لأبحاث أصحاب نظرية « الاحوال » الحديثة في فرنسا مثل الكونت فارى سومبير ( بند ٢٥٩ ، ) وقد كان لأرائهم في هولندا في القرن السابع عشر شأو عظيم جداً كما سيتبين في بند ٢٣٠ ، ومن هولندا تسربت تلك الآراء الى إنجلترا وفي القرن الثامن عشر انتعشت النظرية من جديد في فرنسا على أثر اهتمام علماء ذلك العصر بها اهتماماً كبيراً ثم دخلت في نصوص القانون المدنى الفرنسى ( بند ٢٣٦ ) وقد أخذ المشرع المصرى فكرة « الاحوال الشخصية » عن هذا القانون ، في كل موضوع ذكرت فيه في القانون المدنى أو التجارى أو لوائح ترتيب المحاكم

أرجانثريوس

٢٢٧ — أرجانثريوس Argentraeus أو في الفرنسية الحديثة دارجنثريه d'Argentré كان عالماً وقاضياً من أشرف البريتون ( Bréttons ) وهم سكان مقاطعة بريتانىا الكائنة في شمال فرنسا وهو بطل الدفاع عن الحكم الاقطاعى féodalisme ( بند ٢٢١ ) وعن مقاطعة بريتانىا بوجه خاص بدون التفات الى مصلحة فرنسا بوجه عام ، عاش من سنة ١٥١٩ الى ١٥٩٠ ولم يعرف لنظرياته (١) فضل في بلده لأن السيامة الفرنسية قضت بالسير على عكس رأيه لعدم تمشيه مع فكرة الاتحاد الاقتصادى والوطنى لأنه كان كمن يطالب باستقلال كل جزء من أجزاء فرنسا عن غيره ولكن تلك النظريات حازت اقبالا عظيماً في هولندا كما سيتوضح في بند ٢٣٠

[٢٢٧] (١) لم يكن أرجانثريوس مؤلفاً ولكنه شرح المادة ٢١٨ من طادات بريتانىا فكان في شرحه يان لقواعد القانون الدولى الخاص جاءت عرضاً لا بصفة كتاب منتظم في الموضوع

قسم دارچنتريه « الاحوال » أو القوانين الخاصة أو عادات كل إقليم من الاقاليم الفرنسية المتعددة Les status الى شخصية Personnels وإلى عينية Réels وإلى مختلطة Mixtes وهي التي تختص بأهلية الشخص أو عدم أهليته في التصرف في الاموال الكائنة داخل الاقليم وهي تعتبر كالعينية تماماً مثال ذلك تصرف الصبي القاصر في عقارات كائنة في إقليم غير الذي هو تابع اليه من حيث قانونه الشخصي . ففي هذه الحالة يجب أن يكون الحكم للقانون الاقليمي أى الكائن في دائرته العقار ولا يحكم بالقانون الشخصي . فالاصل عنده اذاً أن كل القوانين عينية أو اقليمية ولا يستثنى من ذلك الا الاحوال الشخصية المحضة أما اذا تعلقت بعقار فانها تخضع لقانون العقار<sup>(٢)</sup>

٢٢٨ — مولينيوس Molinacius أو بالفرنسية الحديثة Dumoulin عاش مولينيوس من سنة ١٥٠٠ الى ١٥٦٦ وكان محامياً ومدرساً في ستراسبورج وغيرها وكان مدافعاً عن مبدأ وحدة فرنسا قانوناً تحت حكم الملك وضد الاشراف حكم الاقطاعات وقد عارض أرجانتريرس معارضة شديدة وأيد النظرية الايطالية القديمة ، نظرية بارتولوس ، فغالب بذلك فكرة شخصية القوانين وقلل من عينيته أو اقليميتها ولكنه لم يكن له رأى قاطع في المسائل التي تمس فيها الاحوال الشخصية الاحوال العينية فانه قرر أنه اذا كانت المسألة خاصة بالشخص بصفة أصلية ولا تمس المال الا بصفة ثانوية فانها تتبع الاحوال الشخصية ومع ذلك فقد تناقض كثيراً في التطبيقات

غير أنه قد جاء بأفكار جديدة كان لها فضل كبير في عالم القانون الى يومنا هذا ونقصه بذلك ما يتعلق بالعقود فان صحتها وأثرها كانا الى ذلك الوقت طبقاً لرأى بارتولوس ، خاضعين لقانون المحل الذي حصل فيه العقد ولكن دومولان قرر

أن هذه القاعدة واسعة أكثر مما يلزم وأنه يجب الالتفات دائماً الى نية المتعاقدين وتغليبها على كل اعتبار آخر وهذا أساس نظرية « حكم الارادة » Autonomie de la volonté التي سنشرحها في بند ٢٥١ وقد قدر قايس أعمال دومولان تقديراً جليلاً فقال إنه بما أفسح من المجال في كتاباته ومؤلفاته لتطبيق قوانين الاحوال الشخصية وما أوتيته من سعة في الفكر وبعد في النظر وحرية في الرأي يصح اعتباره ، مثل بارتولوس وأكثر من بارتولوس ، كواضع لأساس النظرية الحديثة في شخصية القوانين <sup>(١)</sup>

جى كوكى

٢٢٩ - جى كوكى Guy Coquille وعاش من ١٥٢٣ الى ١٦٠٣ وكان أكثر جرأة من معاصريه السابقين . اذ أنه لم يقبل القاعدة الاقطاعية « جميع القوانين تعتبر عينية » - بند ٢٢١ ، بل جعل مبدأه الالتفات دائماً الى « نية المشرع » لمعرفة ما اذا كان قد قصد أن يكون القانون شخصياً أو اقليمياً . ولكن في نظريته غموضاً كبيراً وقد وقع في التناقض كثيراً أثناء التطبيق <sup>(١)</sup>

النظرية  
في هولندا في  
القرن السابع عشر

٢٣٠ - المذاهب الهولندية في القرن السابع عشر : بينما أهملت أفكار دارجنثريه في فرنسا اذا هي قد لاقت في الخارج بعد نحو قرن رواجاً كبيراً فان علماء هولندا قد أخذوا عنها وتمسكوا بها تمسكاً شديداً وغالوا في التخرج منها والبناء عليها حتى سادت في القرن السابع عشر في هولندا وما جاورها من البلاد فكرة اقليمية القوانين بشكل يكاد يكون تاماً وانتقلت تلك الفكرة الى انجلترا فلاقت تأييداً ومن هذه انتقلت الى أمريكا فكان مذهب دارجنثريه أساس الافكار السائدة في تلك البلاد الى الآن

لم تسد أفكار دارجنثريه في فرنسا لأن أغلب المسائل التي كانت تسبب تنازعا في القوانين كانت تحصل بين ولايات المملكة الفرنسية فكانت فكرة

[٢٢٨] (١) فارن قايس ٣ ص ٢١ - ٢٥ وميلى ص ٧٤ - ٧٥

[٢٢٩] (١) فارن قايس ٣ ص ٣٠ وميلى ص ٧٥



الاقليمية واستقلال الولايات بقوانينها ، خطرة على المملكة فلم تنل فيها تأييداً كبيراً . أما في الخارج فكان ثمة أمم فنية ناهضة نالت استقلالها عن الامبرطورية الرومانية المقدسة وجعلتها جامعة سياسية لم تؤثر على كيان كل واحدة منها — وهذه هي حكومة اتحاد البلاد المنخفضة أو هولاندا — وأخرى كانت في حكم المستقلة لانها تمتعت باستقلالها الفعلي وحرصت عليه أكبر حرص وهذه هي الولايات الباجيكية فأصبحت مسائل تنازع القوانين بين هذه البلاد المختلفة كأنها تنازع قوانين بلاد مستقل بعضها عن البعض الآخر استقلالاً سياسياً تاماً . على أن حكم الاقطاعات في جميع هذه البلاد قد جعل الاقليمية فيها أساساً للقوانين فلما ازدادت العلاقات الدولية نمواً واتسعت المناجر الدولية أقبل علماء البلاد المنخفضة ، على مبادئ تنازع القوانين التي ابتكرها دارجنترية لما وجدوا فيها من الموافقة لاهوائهم ولمصالحهم وتغالوا فيها وأغرقوا الى حد بعيد

وأشهر أسماء علماء ذلك العصر بورجنندوس (Bourgoigne) (١) علماء هولاندا

ورودنبرج Rodenburg (٢) وپول فويت Paul Voet (٣) وچان فويت Jean Voet (٤) وأولريكوس هوبر Ulricus Huber (٥) وينهم اختلاف كبير في النظر ولكن أساس نظرياتهم واحد وقد فاقوا دارجنترية في اقليميته أو اقطاعيته (بند ٢٢٧) فقد ذهب منهم بورجنندوس مثلاً الى أن شكل العقود أو التصرفات

[٢٣٠] (١) عاش من ١٥٨٦ الى ١٦٤٩ وكان محامياً في مدينة جان واستاذاً في انجولستات — راجع لينيه ١ ص ٤٠١

(٢) عاش من ١٦١٨ الى ١٦٦٨ وكان عضواً في مجلس قضاء أوترخت وقد كان لمؤلفه استقلال نوعي عن كل من قدموه وطأروه . راجع لينيه ١ ص ٤٠٤ وقايس ٣ ص ٣٤ (٣) عاش من ١٦١٩ الى ١٦٧٧ وكان استاذاً في أوترخت — راجع لينيه ص ٩٦ ، وقايس ٣ ص ٣٥

(٤) عاش من ١٦٤٧ الى ١٧١٤ وهو ابن المذكور قبله وكان كأبيه استاذاً في أوترخت — راجع لينيه ٢ ص ٩٩ وقايس ٣ ص ٣٨

(٥) عاش من ١٦٣٦ الى ١٦٩٤ وكان استاذاً في مدينة فرانكر — راجع لينيه ٢ ص ١٠٧ وقايس ٣ ص ٤٠



المال مفضل  
على الانسان

يجب أن يكون طبقاً لقانون الجهة التي يوجد فيها الشيء الذي هو موضوع التصرف وذلك لأن المال ( من منقول وعقار ) في نظره هو دم الانسان وروحه وهو لا يتبع الانسان بل يجر الانسان اليه وما شكل الوصية مثلاً الا وصف خاص يطبع به المال الموصى به

٢٣١ - ويمكن تلخيص آراء أصحاب المذاهب الهولندية فيما يأتي : —  
أولاً : ان مسائل تنازع القوانين هي من مسائل القانون الدولي العام ( بند ١٩ وقارن بند ٤ ) لان كل بلد قائم بذاته يعتبر مستقلاً في القانون وليس عليه أى واجب مطلقاً يقتضى تطبيق أى قانون أجنبي فيه ( راجع بند ١٧ )

ثانياً : اذا ما روعي أى قانون أجنبي في بلد معين فذلك انما يكون باختيار ذلك البلد ورضائه به طبقاً لفكرة المجاملة بين الدول ( بند ١٨ ) ويلاحظ هنا أن دارجنترية قد جعل في نظريته مجالا ضيقاً لتطبيق القوانين الاجنبية في الاحوال الشخصية المحضة ( بند ٢٢٧ ) بطريق الاستثناء المشروع ، ولكن المذاهب الهولندية جعلت مبدأ الاقليمية عاماً لا استثناءه ولم تجز مراعاة الاحوال الشخصية المحضة الا من طريق المجاملة اذا أرادت الدولة طبعاً وبدون وجوب في ذلك

ثالثاً : الاحوال الشخصية لكل انسان تتحدد بقانون الجهة التي يستقر فيها واذا كانت حالتا الصغر وبلوغ الرشد قد اعتبرتا بالفعل في هولندا محكومتين بقانون البلد الاصلى التابع اليه الاجنبي فلم يكن ذلك الانشاء على فكرة المصلحة الخاصة التي أسامها المجاملة بين الدول دون فكرة العدالة والقانون<sup>(١)</sup>

٢٣٢ - وقد وضع هوبر على الخصوص ثلاث بديهيات Tria Axiomata

نتائج هوبر الثلاث

نقل بها مسائل تنازع القوانين الى ميدان السياسة وجعل أساسها القانون الدولي العام وقد أصبحت قواعد مشهورة يذكرها أغلب الكتاب ويهتدى بها في كثير من المواضع وهي : —

أولاً : ان قوانين كل حكومة لها سلطان تام داخل اقليم الحكومة وتسرى على كل رعاياها ولكن لا سلطان لها خارج ذلك الاقليم ( قارن بندى ٦٨ و ٧٠ )  
ثانياً : جميع الاشخاص الذين يوجدون داخل اقليم أى حكومة ، سواء كانوا مقيمين فيه أو عابري سبيل فقط يعتبرون من رعاياها ( الحذر ! )

ثالثاً : ان حاكم كل دولة يسمح من باب المجاملة بأن قوانين البلاد الاجنبية التى قد صار تطبيقها فى اقليم تلك البلاد تستمر حافظة لاثرها فى كل جهة بشرط أن لا يضر ذلك بسلطة الحكومات الاخرى ولا بحقوق رعاياها<sup>(١)</sup>

ومع البديهيات الثلاث المذكورة فانه يرجع الى قانون الجهة التى حصل فيها العقد ليحكمه فى صحته ويرجع الى قانون الجهة التى توطن فيها الشخص ليحكمه فى حالته الشخصية ومن المشكوك فيه كثيراً امكان استنتاج هذين الحكمين من البديهيات المذكورة . كذلك يجعل الصلات القانونية الواقعة على العقارات مثل الوصية والموارث والعقود محكومة بقانون الجهة الكائن فيها العقار<sup>(٢)</sup>

٢٣٢ — وهكذا انقلبت نظرية « الاحوال » الى نظرية « الاقليمية » وصف النظرية

المطلقة « Territorialité absolue — فضاء ما بناه أصحاب النظرية الايطالية القديمة بانتشار المذاهب الهولندية لان هذه قد نقلت القانون الدولى لخاص من ميدان العدالة والقانون الى ميدان المجاملة ذلك الميدان الغامض الغير المحدود وبذلك كانت ضربة قاضية على تقدم العلم المذكور فتأخر الى الوراء بدلا من أن يتقدم ولا تزال الافكار المذكورة سائدة فى بعض البلاد ويشعر الناس بخطئها<sup>(١)</sup>

٢٣٤ — وقد كان المذاهب الهولندية تأثير شديد فى انجلترا ومنها انتقل التأثير الى الولايات المتحدة الامريكية بواسطة الكتب الانجليزية ؛ وكيفية

آثار المذاهب  
الهولندية

[٢٣٢] (١) وستيك ص ٢١ ومبلى ص ٨٠

(٢) مبلى ص ٨٠

[٢٣٣] (١) قارن مبلى ص ٧٩

انتقالها كان بتلقى الانجليز العلم في الجامعات الهولندية ؛ ولم يكن في انجلترا قبل ذلك العهد أثر للآراء العلمية في هذا الموضوع كما قرر ذلك العلامة ستوري الأمريكي ( بند ٢٣٧ ) الذي تأثر كثيراً بمؤلفات هوبر وقرر أن الامة البريطانية أخذت علم القانون الدولي الخاص عن هولندا كما وجدته فيها<sup>(٢)</sup>

٢٣٥ — ويرى وستليك أن انجلترا قد أخذت من مبادئ القانون الدولي الخاص التي كانت سائدة في العالم في القرن الثامن عشر<sup>(١)</sup> ما كان موافقاً لمزاجها الوطني أو ما كان متمشياً مع مبادئ القانون الانجليزي في ذلك الوقت فمثلاً مبدأ قانون موقع العقار كان مناسباً لما يعقده الانجليز من الاهمية على الثروة العقارية وقد توسعوا فيه لآخر حد ممكن وبذلك تغلب مبدأ قانون الجهة التي حصل فيها العمل أو العقد . ومن جهة أخرى فقد كانت المحاكم الانجليزية متأخرة جداً في قبول مبدأ خضوع الاحوال الشخصية لقانون الموطن لان فكرة المحكمة الشخصية التي هي أساس تطبيق القانون الشخصي لم تكن معتبرة في انجلترا انها خاضعة لعلاقة دائمة بين القاضى وبين المتقاضين بل كانت معتبرة خاضعة لفكرة مجرد وجود الشخص داخل الاقليم . وكانت فكرة خضوع شكل العقد أو الاقرار ، لقانون بلد تحريره مخالفة لاعتبارات خاصة كانت سائدة فيما يتعلق بالعقارات ولاعتبارات أخرى محلية . ولم يعترف فيها بجعل قانون محل التحرير نافذ المفعول بالنسبة للوصية الا في سنة ١٨٦١<sup>(٢)</sup>

٢٣٦ — « مذهب الاحوال » في فرنسا في القرن الثامن عشر وكان له أنصار ثلاثة هم بولنوا Boullenois<sup>(١)</sup> وبويسيه Bouhier<sup>(٢)</sup> وفرولان

(٢) مبلى ص ٨٣ — ٨٥

[٢٣٥] (١) وقد عددها وستليك في ص ٨ — ٩

(٢) وستليك ص ٩ — ١٠

[٢٣٦] (١) وعاش من سنة ١٦٨٠ الى سنة ١٧٦٢ وكان محامياً أمام برلمان باريس وله

ثلاث مؤلفات — راجع لينيه ١ ص ٨١

(٢) وعاش من سنة ١٦٧٣ الى ١٧٤٦ وكان رئيساً لبرلمان ديجون وعضواً في

Froland<sup>(٢)</sup> ويرتكز مذهبهم على النقط الثلاثة الآتية وهي

( ١ ) تنقسم القوانين الى أحوال عينية Statuts réels وإلى أحوال شخصية

Statuts personnels

( ٢ ) القاعدة الرئيسية هي أن القوانين عينية ومع ذلك فبعض القوانين

يعتبر شخصياً وذلك ليس لمجرد الاستثناء

( ٣ ) عينية القوانين مبدأ نشأ عن الحكم الاقطاعي ؛ وشخصية بعض

القوانين مبدأ توحيه العدالة ويقضى به الحق

وقد كان هؤلاء الكتاب تحت تأثير فكرتين :

الاولى : ان من القوانين ما يقصد تطبيقه داخل اقليم الحكومة المحلية فقط

— قارن بند ٢٢٩

الثانية : ان الحكومات المختلفة قد أخذت على نفسها ، لما رأته من المصلحة

والفائدة ، أن تتجاوز فيما بينها في تطبيق القوانين الخاصة

وبذلك أخذ الفرنسيون بجزء من النظرية الايطالية القديمة وجزء من النظريات

نتيجة

الهولندية . فكانت النتيجة تقليل عدة القوانين المعتبرة عينية

قال فرولان « ان الانسان اشرف من المال لأن هذا لم يخلق في الواقع الا له

الانسان اشرف  
من المال

وحده » وهذا المبدأ يناقض ما قاله بورجنديوس على خط مستقيم ( بند ٢٣٠ )

وكان الغرض منه نقض القاعدة السائدة من قديم والقائلة بأن « العادات هي

عينية « Les coutumes sont réelles ، بند ٢٢١

وقد لاحظ ميلي ( ص ٨٨ ) ان روح مبادئ أرجانتر يوس ( بند ٢٢٧ )

المجمع العلمي الفرنسي Académie Française وله مؤلف واحد ولكنه عظيم القيمة

— راجع لينييه ١ ص ٤١١

( ٣ ) وكان محامياً أمام برلمان باريس وتوفي في سنة ١٧٤٦ وله مؤلف عظيم يقع

في جزئين — راجع لينييه ١ ص ٤١٨

مذهب الاحوال  
في القانون المدني  
الفرنسي

قد انتصر في فرنسا بعد حين من الدهر وان كانت المبادئ نفسها قد تحولت قليلا بمرور الزمان . وبذلك دخلت نظرية « الاحوال » في عهد جديد وجاء قانون نابوليون المدني مبيناً للمبادئ التي سادت في ذلك العهد ومطبوعاً بطابعها فان المادة الثالثة منه تقول : « تنفذ قوانين الضبط والربط ( البوليس ) والنظام العام على جميع الاشخاص داخل الاقليم الفرنسي . وتخضع العقارات للقانون الفرنسي ولو كانت مملوكة لأجانب . وتسرى القوانين المتعلقة بالاحوال الشخصية والاهلية Capacité ، على جميع الفرنسيين ولو كانوا في بلاد أجنبية » . قارن المادتين ١٠ و ١١ م .

وقد ساد مذهب « الاحوال » في فرنسا في القرن التاسع عشر أيضاً وناصره أغلب المؤلفين في القانون مثل فيلكس واوبري ورو ودومولومب ويارد وأخيراً فاري سومير

الدولي الخاص  
في امريكا

٢٣٧ - القانون الدولي الخاص في امريكا في أوائل القرن التاسع عشر : لما تكونت الوحدة الامريكية بين الولايات المختلفة التي كان كل منها مستقلاً قانوناً، توجهت انظار العلماء الى الحلول العملية اللازمة لحسم المشكلات الناشئة عن تنازع القوانين في تلك الولايات فانتقلت بذلك الحركة العلمية الى امريكا وقد كان أول المؤلفين ليقرمور Livermore ( ١٧٨٦ - ١٨٣٣ ) المحامي في لويزيانا ولكنه لم ينجح في عمله الا من حيث الفات النظر الى نظرية « الاحوال » التي كانت سائدة في القرون الوسطى وذلك لان هذه النظرية لم تكن تستطيع أن تسود وتفيد الفائدة المرجوة في بلاد جديدة كثيرة النشاط من حيث العلائق التجارية والاجتماعية المنتشرة باستمرار في كل جزء من أجزائها - أبان ليقرمور رأى كل مؤلف من مؤلفي « الاحوال » مظهراً بذلك اختلافهم فيما بينهم وخالفهم جميعاً فيما ذهبوا اليه فأظهر بذلك عدم استطاعة « نظرية الاحوال » أداء ما يطلب منها

ليقرمور



للحكم في تنازع القوانين . ولكن عمله كان أساساً مفيداً لأعمال من جاء بعده<sup>(١)</sup> أما المحور الذي ارتكزت عليه الأعمال الحديثة في القانون الدولي الخاص في العالم كله فان مؤلف الاستاذ ستورى Story الذى ظهر في سنة ١٨٣٤ فانه جمع نتائج أفكار أصحاب نظرية « الاحوال » — وكان متأثراً دائماً بآراء هوبر ، بند ٢٣٠ ، ومع ذلك فقد كان مستقلاً جداً في التفاصيل — ووضع بجانبها المبادئ التى شرحتها المحاكم الانجليزية والأمريكية لحل القضايا التى عرضت عليها . وكان الوقت الذى ظهر فيه كتابه وقتاً تنبهت فيه الأذهان الى وجوب الوصول الى قواعد معقولة . لأن عمل أصحاب نظرية الاحوال قد وقف والمجهودات التى أريد بها احياء النظرية قد أخفقت في أمريكا وكانت ثم مجتهدات في هذه البلاد الجديدة الغنية لايجاد حلول لتنازع القوانين ، مستمدة من القانون العام American and English Common Law ، ومبتكرة على هدى التجارب الجديدة في الدنيا الجديدة وبدون أن يكون القامعون بتلك المجهودات على علم بما كتبه اصحاب نظرية « الاحوال » في أوروبا . فقام ستورى ووفق بين المجهودات الجديدة وبين العلم القديم فكان منشئ العلم الحديث وكان كتابه أول أساس في بناء النظريات الحديثة في القانون الدول الخاص<sup>(٢)</sup> وكان أول المؤلفات التى شعر العالم بضرورتها لاشباع احتياجات العصر الجديد ؛ وظهرت من بعده نهضة كبرى في حياة القانون الدولي الخاص فبرز الى عالم الوجود في خلال خمسة عشر عاماً عدد كبير جداً من المؤلفات لكبار العلماء في البلاد المختلفة ومنها المؤلفات الالمانية التى اضاءت السبيل لعلماء العالم طراً الى يومنا هذا<sup>(٣)</sup>

منشئ العلم  
الحديث

[٢٣٧] (١) ولقد أهدى ليقرمور للجامعة هارفارد مجموعة كتبه البالغ عددها أربعمائة مجلد والمشتتة على علم القرون السادس عشر والسابع عشر والثامن عشر وكانت هذه المجموعة أساساً أيضاً لأعمال الاستاذ ستورى الذى كان مدرساً بالجامعة — بيل ص ٤٩

(٢) بيل ص ٥٠ و ٥١ ولوران ١ ص ٥٥٣ ورولان ١ ص ١٠١ وبار ص ٤٦

(٣) لينيه ١ ص ٨ رومانى وويل ص ٥١ ولقد ذكر فيلنكس أنه اعتدى بآراء

٢٣٨ — النظريات الألمانية في القرن التاسع عشر وتتميز بنزعتها الفلسفية وي طرح أصحابها المذهب الهولندي القائل بأن أساس القانون الدولي الخاص هو المعاملات الدولية ويهجرونه لما فيه من تحكم وهم مع اقرارهم بوجوب تطبيق القوانين الأجنبية في بعض الاحوال بواسطة المحاكم يرون أنه من المحتم عليها أن تبحث في المبادئ القانونية العامة عن القانون الواجب تطبيقه في كل مسألة من المسائل مهتدية في ذلك بمبادئ العدالة وبما يمليه العقل والحكمة . وقد جعلوا أساس أفكارهم أن السماح بتطبيق القوانين الأجنبية ، من جانب أية حكومة من الحكومات ، ليس من باب القيام بما توجبه المعاملات الدولية ولكنه واجب يقضى به القانون الدولي العام الذي هو المنظم الأعلى لعلاقات الحكومات فيما بينها . وقد تعددت النظريات الألمانية بتعدد أصحابها الذين منهم أيشهورن Eichhorn وجوشن Goschen وهوس Hauss وأخيراً زيتلمان Zitelmann<sup>(١)</sup> ولكن النظريات التي فاقت غيرها وانتشرت في العالم كانت نظريات فختر وشفتر وسافيني<sup>(٢)</sup> وسنوجز الكلام على كل منها لما لها من جليل الفائدة<sup>(٣)</sup>

٢٣٩ — نظرية فختر Wächter<sup>(١)</sup> وتتلخص في ثلاث قواعد : —

فختر

ستورى ، وكذلك شفتر ( بند ٢٤٠ ) وقال عنه سافيني ( بند ٢٤١ ) ما يأتي : ان آراء الكتاب وأحكام المحاكم في مادة القانون الدولي الخاص كانت للآن في منتهى الفوضى والتضارب . وان أعظم تصور لهذه الحالة البعيدة عن الكمال القريبة الى الامل قد ورد في الكتاب الجليل الذي وضعه ستورى وهو مفيد جدا باعتباره مجموعة ثمينة للواد اللازمة لكل باحث ( سافيني ص ٤٤ )

[٢٣٨] (١) راجع فيها بار ص ٤٨ ، ،

(٢) فايس ٣ ص ٥٤

(٣) يلاحظ القارئ أننا في هذا الفصل انما نعرض النظريات بلا نقد عليها . أما النقد فحله الفصل الثاني ( بند ٢٦٩ ، ) وذلك لان وجه النقد لا يظهر بوضوح الا بعد استعراض نظريات الناقدين أولا حتى يعلم مقدار الصحة أو الخطأ أو التحامل فيما ينتقدون . غيرهم

[١٣٩] (١) عاش من سنة ١٧٩٧ الى سنة ١٨٨٠ وكان أستاذا في جامعة توبنغ وليبنج ورئيساً للاولى ، ورئيساً للمحكمة العليا في لوبك في المانيا — راجع فايس ٣ ص ٥٥ — ٥٧

الاولى — أنه يجب على القاضى ، عند ما يطلب منه أن يحكم بقانونه قواعد فخر أو بقانون أجنبى ، أن يتقيد بإرادة الشارع الذى هو ترجمانه أو مفسر لقوانينه ومطبق لها . فاذا أظهر الشارع ارادته فى أن يحكم فى جميع المسائل المتعلقة بالعقارات مثلا بتمتضى قانون موقعها Lex rei sitae فيجب أن يطبق هذا القانون دون غيره

الثانية — عند عدم وجود نص فى الموضوع يجب على القاضى أن يبحث فى روح قوانينه ونزعاتها لينظر هل يفهم منها أنه يجب تفضيل القانون الاقليمى أو تفضيل القانون الاجنبى أو هل يكون من المصلحة عدم الركون الى القانون الاجنبى خذ مثلا على ذلك حالة الزواج . فان القوانين المتعلقة به فى أمة من الأمم قد وضعت للعائلات التى تتكون من مجموعها تلك الأمة . وهذه الأمة لا تقصد مطلقاً أن تجعل لقوانينها هذه سلطاناً على أفراد الامم الاخرى الذين يعيشون بعيداً عن هيتها الاجتماعية المحلية والذين لا يشاركونها فى الافكار ولا فى الاخلاق . ولذلك فان هذه العائلات وأفرادها الذين يهاجرون من بلادهم يستمرون خاضعين لقانونهم الشخصى فيما يتعلق بأهليتهم للزواج والحصول على رضاء آبائهم وغير ذلك من مسائل الزواج وليس للقانون المحلى عليهم من سبيل فى هذا الموضوع لأنه ليس له صفة فى الحكم عليهم وليس له مصلحة فى سريانه عليهم

أما اذا أراد ألمانى مثلاً أن يتزوج فى المانيا من امرأة أجنبية فان القانون الالمانى يهتم بالأمر ويكون من شأنه وحده أن يتم الزواج طبقاً لشروطه وأحكامه ؛ فيبطل الزواج الذى لا تراعى فيه تلك الشروط والاحكام ولو كان صحيحاً طبقاً لقانون الزوجة ، اذ من مصلحة سيادة الحكومة المحلية أن تكون الكلمة الاخيرة لقانونها فى هذا الموضوع لأن أحد الطرفين وهو الزوج تابع اليها . وتظهر نفس هذه المصلحة ويكون الحل واحداً فى حالة ما اذا كان الزواج حاصلًا فى المانيا بين اثنين من الاجانب وكان محتملاً أن يؤثر على النظام العام أو الآداب الحسنة فى

المانيا ولو كان صحيحاً طبقاً لقانونهما الشخصي

يقول « بار » عن هذين القاعدتين وقوله صحيح ، إنهما لا يمكن تفنيدهما ومن المقرر الآن أنه يكاد لا يوجد حكم قضائي واحد في مادة متعلقة بالقانون الدولي الخاص ، يخلو من تطبيق هاتين القاعدتين الأساسيتين . والقاعدة الأولى ناتجة عن تقييد القاضي بقانونه والثانية أساسها أن رفع الدعوى لا يمكن أن ينشئ حقاً جديداً للطالب بل الغرض منه طلب اقرار الحق الذي اكتسب قبل رفعها ( بند ١٧ ) — بار ص ٤٣

تقدير « بار »  
للقاعدتين

الثالثة — اذا لم يكن ثمت وجه يتبين من القانون أو من روحه أو مفهوه ، لحل المشكلة ، فيكون من واجب القاضي أن يحكم بقانون حكومته التي يستمد منها حق الحكم أى يحكم بمقتضى قانونه Lex fori (٢)

٢٤٠ — نظرية شيفنر Schaeffner (١) وهي تقضى كما قال فختر بوجوب تطبيق قانون القاضي فيما نص عليه ذلك القانون . فاذا كان صامتاً فيجب عليه أن يبحث في كل علاقة قانونية على حدة ويطبق عليها قانون الجهة التي نشأت فيها تلك العلاقة أو ظهرت فيها الى عالم الوجود Where it came into existence أو OÙ il a pris naissance وتقرّب نظريته هذه من نظرية الحقوق المكتسبة التي سيأتى الكلام عليها في بند ٢٦٢

شيفنر

وقد طبق هذه القاعدة على العلائق القانونية المختلفة فقرر أن الحالة الشخصية للانسان l'état, status وأهليته Capacité تخضعان لقانون موطنه الاصلى (بند ٨٧) لأنه قانون الجهة التي ظهر فيها الشخص في عالم الوجود لأول مرة . وكذلك لمعرفة ما اذا كان الطفل الغير الشرعى يصبح شرعياً بزواج والده بوالدته يلتجئ شيفنر

(٢) فائس ٣ ص ٥٥ — ٥٧ وبار ص ٥٢ — ٥٤ وفيما يتعلق بالنقد راجع

بند ٢٧٥ فيما يلى

[٢٤٠] (١) ولد في سنة ١٨١٥ في فرانكفورت على المين وصار محامياً فيها في سنة ١٨٣٦ وله مؤلفات متعددة أهمها كتابه في القانون الدولي الخاص . . .



الى قانون الجهة التى ولد فيها الطفل ( قارن بند ٩١ ) لأن فى هذه الجهة نشأت علاقة الطفل بأبويه<sup>(٢)</sup>

وبخصوص الاموال يفرق شفر بين حالة النظر اليها من حيث مجموعها وبين حالة النظر اليها منفردة أو مجزأة ut singuli وفى الحالة الأولى يحكمها قانون الموطن لأن مركز الانسان القانونى Siège légal هو فى موطنه وفى هذا المركز قد حصل الانسان على أهلية امتلاك الاموال بوجه عام ؛ وفى الحالة الثانية تخضع العلاقات القانونية المتعلقة بأى مال من الاموال لقانون الجهة التى يوجد فيها ذلك المال لأن الانسان لا يكتسب حقوقاً عليه الا فى هذه الجهة ولذلك يطبق قانون موقع الشئ بالنسبة للتصرفات الواقعة عليه<sup>(٣)</sup>

السلامة  
الا كبرسافيني

٢٤١ — نظرية سافيني Savigny : كان سافيني أستاذاً بجامعة ماربورج ولاندسهوت وبرلين وعاش من سنة ١٧٧٩ الى ١٨٦١ وهو فخر علماء القانون الرومانى والقانون الدولى الخاص فى القرن التاسع عشر . قال عنه العلامة وستليك أستاذ جامعة كبرديج ( ص ٢٢ من كتابه ) ما يأتى : ان أعظم ما قدم من الاعمال بعد القرن الثامن عشر الى يومنا هذا خدمة للعلم فى مادة القانون الدولى الخاص هو ما قام به سافيني وضمنه الجزء الثامن من كتابه فى القانون الرومانى الحديث System des heutigen Römischen Rechts الذى وضع فى سنة ١٨٤٩ وترجم الى اللغتين الفرنسية والانجليزية وغيرهما ( راجع بندى ٣ و ٥ ) وقد كان لآراء ما يبنى تأثير عظيم جداً فى تقدم دراسة علم القانون الدولى الخاص فى جميع انحاء العالم وقد اتبعه فى افكاره وطريقته عدد عظيم من العلماء

(٢) يلاحظ هنا أن العلاقة القانونية بين هذا الولد ووالده لم تنشأ عند الولادة لان المفروض أن الطفل لم يكن شريعياً ، وأن العلاقة لم تولد الا بالزواج فيما بعد فيكون رأى شفر غير وجيه وتكون القاعدة التى وضعها ليست سديدة فى بعض تطبيقاتها خصوصاً وأنه لم يبين الوقت الذى تعتبر فيه العلاقة قد نشأت أو تولدت — بار ص ٤٩ والنقد فيها يلى ، بند ٢٧٥ (٣) فائس ٣ ص ٥٧ — ٥٨ وبار ص ٤٩ و ٥٠



في مختلف البلاد منهم ويندشايد ومومسن وبار في ألمانيا ، وآسر ورثييه ورولان في هولندا والبلجيك ، ومارتانس في الروميا ، ولينيه ودسپانييه واودينيه وبييه وقاليري في فرنسا ؛ وكان له تأثير عظيم جدا على علماء انجلترا وامريكا مثل فيليمور ووستليك ولورنس ووارتون<sup>(١)</sup> . ويقول مؤلفو الپاندكت الفرنسية وهي أحدث الموسوعات الفرنسية القانونية وأجلها ، عن سافيني ، انه كان صاحب الفضل في تبين الطريقة الصحيحة التي يجب اتباعها لحل مسائل تنازع القوانين<sup>(٢)</sup>

وجهة نظر سافيني ٢٤٢ — يختلف سافيني من حيث وجهة نظره اختلافاً كبيراً مع الكتاب

الذين أخذوا بنظرية « الاحوال » ، بند ٢٢٥ ، ومع العلماء الالمانيين الآخرين فهو لا يعول على شخصية القوانين أو عينيتها لمنع التنازع بينها أو حلها كما أنه لا يعير أهمية خاصة لقانون المحكمة التي ترفع فيها القضية مثل فخر في قاعدته الثالثة ( بند ٢٣٩ ) ولا لقانون الجهة التي نشأت فيها العلاقة القانونية مثل شفر في قاعدته الاساسية . كل هذه العناصر ليس لها في نظره الا أهمية ثانوية . فانه قد ابتكر نهجاً جديداً للحكم حيث رأى مبدئياً وجوب اجتناب وضع قواعد عامة يكون الغرض التنفيذ بها مقدماً وتطبيقها وجه عام ومطلق ولذلك فهو يرى انه كلما عرضت على القاضي قضية حصل التنازع فيها بين قوانين مدنية فيكون من واجبه أولاً أن يحلل طبيعة العمل القانوني الذي تسبب عنه النزاع تحليلاً دقيقاً . ومتى تحددت هذه الطبيعة فيجب عليه ثانياً أن يبحث فيما هو القانون الذي يكون أكثر موافقة أو ملاءمة للموضوع ؛ أو بتعبير آخر يبحث لكل صلة من الصلات القانونية أي لكل نقطة من النقاط المتعددة في القضية ، عن القانون الذي يناسب طبيعتها أو القانون الذي تخضع اليه تلك النقطة ؛ أو بمعنى آخر يجب عليه أن يكتشف لكل علاقة قانونية القانون الذي تركز عليه أو الذي يحكمها بحسب طبيعتها

القانون الملائم  
لطبيعة العمل  
القانونية

[٢٤١] (١) فارن قايس ٣ ص ٨٥ — ٥٩ ويل ص ٨٩

(٢) الپاندكت لفظ قوانين ودكرينات Lois et décrets ج ٣٧ نمية ٦٤٢

الخاصة . فتمت انكشف له ذلك القانون فانه يطبقه على العلاقة المذكورة ولو كان ذلك القانون من صنع مشرع أجنبي وذلك لأنه يرى أن الدول تعيش في هذه الايام في اتصال مستمر كأنها مجتمع واحد تسود فيه التجارة والصلات القانونية الأخرى وأن النتيجة الطبيعية لهذه الحالة ليست التحاسد والتخايل والتنابد بالسيادة الاقليمية وانما هي الاقرار الودى — المبني على مقتضيات الطبيعة والبعيد عن فكرة التحكم — للأنظمة القانونية Legal systems السائدة في البلاد الأخرى فيما يتعلق بالصلات القانونية التي بطبيعتها تكون ملحقة بتلك الأنظمة ( بند ١٨ ) غير أن سافيني يستثنى من القاعدة المذكورة حالتين الأولى حالة القواعد المشتملة على أمر واجب الاتباع بشكل مطلق ومقرر للمصلحة العامة أى متعلق بالنظام العام فإن هذه القواعد يجب أن تحترم دائماً وتنفذ بواسطة محاكمها والثانية حالة النظم القانونية الخاصة بحكومة أجنبية والتي لا يقرها قانون المحكمة فيجب أن يمنع كل أثر لها (٣)

٢٤٣ — وربما يظهر من أول وهلة أن هذه النظرية تتجاهل حقوق السيادة النظرية والسيادة الاقليمية

الاقليمية التي تنفر من استيراد القوانين الاجنبية والعمل بها فوق أرضها . ولكن سافيني يلاحظ أن حقوق السيادة محدودة بما يكفل لها المحافظة عليها والدفاع عنها وأنه قد كفل لها ذلك بأن جعل جميع القواعد الناهية والتي وضعت للمحافظة على المصالح العامة سارية على جميع الاشخاص القاطنين في البلد سواء كانوا وطنيين أو أجنبان . أما في الاحوال التي ليس فيها مساس مباشر بالمصالح العام فإن حقوق الحكومة لا تتأثر اذا ما امتنعنا عن تطبيق القوانين التي وضعتها على كل الاشخاص وكل الاشياء الموجودة داخل اقليمها دون غيرها من القوانين ، وقصرنا اهتمامنا على النقطة المطلوب البحث فيها

(٣) سافيني بند ٣٤٨ من ٦٨ ، ترجمة جوتري ويلاحظ أن هذين الاستثنائين طامان ويوجدان في كل نظرية وفي كل قانون تقريباً كما سيوضح فيما يلي وقرن بند ٢٧٤

وليس في ذلك من حرج فان من كتبوا عن نظرية « الاحوال » وهم الذين يفرقون في تقدير السيادة الاقليمية يعترفون بأن القوانين المتعلقة بالحالة الشخصية والاهلية ليست مقصورة التطبيق على الافليم الذى وضعت فيه ولا أهمية مطلقاً لكون السبب الباعث على تطبيق قانون أجنبي هو « المجاملات » الدولية التى قل بها أصحاب نظرية « الاحوال » أو قواعد العدل والقانون التى يقول بها ساقئين اذ المقرر فى كل النظريات أن القاضى ملزم بتطبيق القوانين الاجنبية فى بعض المسائل

٢٤٤ — وقد طبق ساقئين نظريته على المواد القانونية المختلفة فجعل  
تطبيق نظرية  
ساقئين  
١ : الاشخاص أن يخضع اليه برادته واختياره فيطبق عليه هذا القانون فيما يتعلق بحالته الشخصية وأهليته اللهم الا اذا كان قانون القاضى يشتمل على قاعدة أخرى أملت المصلحة العامة الادبية أو الاقتصادية وفى هذه الحالة تسترد السيادة الاقليمية كامل حقوقها فلا تسمح بتطبيق القانون الاجنبى . ولذلك لا يصح مثلاً لأجنبي يستطيع تعدد زوجاته بمقتضى قانونه الشخصى أن يعقد زواجاً ثانياً فى بلد يحرم قانونه هذا الزواج الثانى باعتباره مخالفاً للآداب . وكذلك اذا حكم على شخص بعدم الاهلية لخروجه على أحكام الدين فى موطنه فانه يعتبر ذا أهلية فى كل البلاد التى تمنح قوانينها وآدابها فكرة الحجر على الاشخاص بسبب الدين أو بأسباب أخرى مشابهة لذلك

٢ : الاموال فاذا ما أريد تقرير حقوق الشخص بالنسبة لشيء معين داخل ضمن ثروته وهى الحقوق المقررة على الاشياء بصفة خاصة Jura in re وطرق اكتساب الملكية عليها أو التصرف فيها — فان القانون الذى يبين تلك الحقوق هو قانون الجهة الموجود بها ذلك الشيء أى قانون موقعه وذلك « لأن الاشياء المادية واقعة تحت حواس الانسان وشاغلة لجزء من الفراغ فيكون المحل الذى تشغله مركزاً للعلاقات

القانونية التي يصح أن تقع على تلك الاشياء ومن المشاهد أن من يريد أن يكتسب حقاً على شيء معين ينتقل الى موقع الشيء وفي نيته اكتساب الحق المذكور ويخضع برادته واختياره فيما يتعلق بالصلة القانونية الخاصة المقصودة ، لقانون الجهة التي يوجد فيها الشيء فاذا قلنا بناء على ذلك ان الحقوق العينية تخضع لقانون موقع الشيء Lex rei sitae فاننا نبدأ أيضاً بنفس الفكرة التي بدأنا بها عند ما قررنا أن الاحوال الشخصية للانسان خاضعة لقانون موطنه «<sup>(١)</sup> فان كلا من الفكرتين يرتكز على الخضوع الاختياري Voluntary submission

ويلاحظ أن سافيني يلتقي في هذه النقطة وكذلك في نقطة حالة الاشخاص وأهليتهم ، مع أصحاب نظرية « الاحوال » ولكن آراءه في هذا الموضوع أبعد مدى من نظرية الاحوال لأنه لا يسمح بالتمييز بين المنقولات والعقارات فانها كلها خاضعة مبدئياً من حيث الحقوق التي تترتب عليها ، لسلطة قانون موقعها فشلا اذا أردنا معرفة القانون الذي يحكم اكتساب ملكية شيء معين فانه الملكية ونحوها يكون قانون موقع ذلك الشيء الذي يرشدنا الى كونه قابلاً لان يملكه الافراد أو قابلاً للتملك بالاستيلاء عليه occupation أو بالتسليم tradition أو بمضى المدة usucapion ومع ذلك فيجب ان يستثنى من ذلك مسألة الاهلية capacité اللازمة على العموم للمتصرف ولن حصل اليه التصرف فانها خاضعة بالنسبة لكل منهما الى قانون موطنه

وما جاز على الملكية الكاملة يجوز على الحقوق المنتزعة منها فالملكية اذاً وكل الحقوق العينية تخضع لقانون موقع الشيء ولكن يرجع في كل الاحوال الى قانون موطن الشخص للحكم في الموارث بدون تمييز بين العقارات والمنقولات<sup>(٢)</sup>

[٢٤٤] (١) سافيني بند ٣٦٦ ص ١٧٤ في ترجمة جوتري

(٣) سافيني بند ٣٦٦ ص ١٧٥ ، وبند ٣٦٧ ص ١٨٢ ، وبند ٣٦٨



٣ - الالتزامات وأخيراً إذا أردنا معرفة القانون الذى يحكم مادة الالتزامات obligations فإن سافيني يفرق لنا بين كل من العناصر المختلفة التى تشتمل عليها تلك المادة ويحلها فاما الشكل أو مجموع المظاهر الخارجية للعمل القانونى الذى انبعث منه الالتزام فانه يخضعه لقانون المحل الذى حصل فيه العمل المذكور وأما جوهر الالتزام أو الشروط اللازمة لصحته من حيث مشروعيته وآثاره فانه يخضعها لقانون الجهة التى سينفذ فيها الالتزام اللهم الا اذا ظهرت ارادة الطرفين صراحة وتوجهت الى غير ذلك القانون أو اذا تبين من الظروف انهم لم يقصدوا الخضوع اليه (٣)

٢٤٥ - النظرية الايطالية الحديثة فى شخصية القوانين : ظهرت هذه النظرية فى سنة ١٨٥١ وقد ابتكرها مانشيني Mancini وهو من رجال السياسة الايطاليين وهى نظرية شخصية القوانين المبنية على الجنسية . واساسها ان الحكومة أو الدولة هى قبل كل شىء مجموعة من الاشخاص المتصلين برابطة عامة من مقتضاها الخضوع الى الملك أو الحاكم ولذلك فان جميع القوانين التى يسنها الحاكم المذكور تكون شخصية لرعاياه ويجب ان تتبعهم حيث يتوجهون . ومع ذلك فلا حكومة فى الوقت الحاضر متسع من الارض أو اقليم ينسبط عليه سلطانها ولها عليه السلطة اللازمة لتنفيذ قوانينها على كل شخص يوجد فيه سواء كان تابعا أو غير تابع واذا جاز تصور وجود حكومة بدون ان يكون لها اقليم (وقد كانت هذه حالة بعض الحكومات فى أثناء الحرب العظمى مثل بلجيكا والصرب ) فانه لا يتصور ولو نظريا وجود حكومة بدون ان يكون لها رعايا وبذلك يكون الاقليم شرطا ثانويا فى وجود الحكومة ويجب ان تتلاشى فكرة اقليمية القوانين بجانب فكرة شخصية القوانين ما لم يكن هناك مصلحة قوية ذات أهمية خاصة تتعارض مع هذا الترتيب ٢٤٦ - وتكون القاعدة العامة اذاً ، بناء على هذه النظرية ، ان القوانين

نظرية مانشيني

القاعدة العامة  
فيها

(٣) سافيني بند ٣٦٩ ص ١٩٤ ، وبند ٣٨١ ص ٣١٨ ، وقايس ٣



التي اصدرتها الحكومة التابع اليها شخص معين يجب أن نحكم هذا الشخص في الاستثناءات  
كل اعماله وعلاقته القانونية . ولا يستثنى من هذا الحكم الا ثلاثة أمور وهي :  
أولا — قواعد النظام العام الدولي règles d'ordre public international  
ثانيا — قاعدة ان شكل العقد او العمل الاختياري خاضع لقانون بلد تحريره  
locus regit actum

ثالثا — قاعدة احترام ارادة المتعاقدين L'autonomie de la volonté  
٢٤٧ — وقد دون المشرع الإيطالي هذه النظرية في القانون المدني الإيطالي  
الصادر في سنة ١٨٥٥ ( بند ٢٦٧ فيما يلي ) واخذ بها القانون المدني الألماني  
( بند ٢٦٨ فيما يلي ) وقد أخذ بها أيضاً بعض علماء العصر الحاضر مثل قايس  
وسورثي وأرتوى وأودينييه في فرنسا ولوران في بلجيكا وهي النظرية التي عول عليها  
في ملحق موسوعات دالوز تحت لفظ قوانين Lois

النظرية كما  
يشرحها قايس

٢٤٨ — ويضع الاستاذ قايس هذه النظرية بالشكل الآتي :

« اذا ما نص القانون على مصالح خاصة بالافراد فانه يتوخى دائماً منفعة الشخص  
فلا يجوز ان يسرى الا على الافراد الذين وضع لهم القانون ؛ ولكن بالنسبة لهؤلاء  
يجب ان يحكمهم القانون المذكور في أى جهة يكونون وفي علاقتهم القانونية كافة  
ولا يستثنى من ذلك الا المسائل المتعلقة بالنظام العام الدولي ، وقاعدة خضوع  
الاعمال من حيث الشكل لقانون البلد الذي حصلت فيه ، وقاعدة احترام ارادة  
المتعاقدين »

ولتسهيل ادراك هذه النظرية واستثناءاتها نشرح الآن ما تنطوي عليه تاركين

نقدها الى محله الطبيعي في بند ٢٧٤

١ — النظام  
العام الدولي

٢٤٩ — الاستثناء الاول : قواعد النظام العام الدولي : يجب على كل  
حكومة ان تبدأ بالاهتمام بمصالح رعاياها أى مصالحها هي قبل كل شيء . ولذلك لا  
تسمح أى حكومة للاجانب بان يعفوا في اقليمها من اتباع القواعد التي ترى أن مخالفتها

في اقليمها ضارة بها ومجرد كون القانون الشخصى لاى اجنبى يسمح له بعمل ما هو محرم في القانون الاقليمى لا يعتبر مسوغا للسماح لهذا الاجنبى بعمل ما هو محرم على اهالى الاقليم فيمتاز بما يجرمون هم منه ولا يكون لأى اجنبى ان يتمتع بالحقوق التى جعلتها الحكومة مقصورة على رعاياها . ومع ذلك فكثير من القواعد الواردة بطريق الامر وهى المسماة القواعد اللازمة *règles impératives* قد وضع لمصلحة الفرد نفسه وليس له مساس بالحكومة ، مثال ذلك القواعد المتعلقة بالاهلية *capacité* فإن الحكومة لا تتأثر مطلقاً اذا ما التزم الاجنبى بمقتضى قانونه الخاص فى سن أقل من السن التى قررت لها لأهلية رعاياها . ولذلك يجب التمييز بين « القواعد اللازمة » التى وضعت لرعايا الحكومة دون غيرهم أى اللازمة على رعاياها — التى تعتبر ماسة بالنظام العام الوطنى وحده — و « القواعد اللازمة » التى وضعت اتراعى بالنسبة لجميع من يوجدون داخل اقليمها سواء كانوا من الرعايا أو من الاجانب — والتى تعتبر ماسة بالنظام العام الدولى — وهذه وحدها هى التى يجب ان يخضع لها الاجانب داخل اقليم الحكومة فلا يعبأ فيما يختص بها بقانون الشخص الاجنبى ويسرى عليه بالنسبة لها حكم القانون الاقليمى وبذلك يتحقق الاستثناء الاول من قاعدة تطبيق القانون الشخصى بالنسبة لكل شخص

وتشمل قواعد النظام العام الدولى ما يأتى : —

اولا : القانون العام للدولة *Le Droit public* ويدخل تحته القوانين المنظمة للصحافة ولحق الاجتماع والقوانين المتعلقة بالدستور وبمحكمة البلاد واستعمال حقوق السيادة واساس نظام الادارة والقضاء واختصاصات المحاكم والقوانين الميينة لحقوق الوطنيين

ثانيا : القوانين المتعلقة بالاراضى المكونة لاقليم الدولة — وهى المسماة بالنظام العقارى *régime de propriété foncière*

ثالثا : القوانين المتعلقة بتنفيذ الاحكام والسندات

رابعاً : القوانين والوائح ذات الصبغة الجنائية

خامساً : جميع القوانين التي يرى المشرع أو ترى المحاكم أنها قد وضعت للمصلحة العامة والتي يؤدي انتهاك حرمتها في نظرهم الى فوات الغرض الذي وضعت من أجله وتلك المصلحة العامة يصح أن تكون سياسية أو أدبية أو اقتصادية أو دينية<sup>(١)</sup>

٢٥٠ — الاستثناء الثاني : خضوع الشكل لقانون محل التعامل Locus regit actum هذه القاعدة لا تنطبق الا على الشكل دون غيره من الأمور . أما الشروط الجوهرية لصحة العمل وهي الشروط الداخلية ، وكذلك أهلية المتعاقدين فلا تدخل تحت هذه القاعدة التي من مقتضاها أن العمل القانوني ، مثل العقد والوصية ، الذي يكون صحيحاً من حيث الشكل طبقاً لقانون البلد الذي عمل فيه يعتبر صحيحاً أيضاً في أى جهة أخرى . وتعتبر هذه القاعدة استثناء من نظرية شخصية القوانين بمعنى أن الاصل أن يكون شكل العقد كأي أمر آخر محكوماً بقانون جنسية الشخص ولكن من باب الاستثناء اذا لم يكن الشكل صحيحاً طبقاً لقانون الجنسية وكان صحيحاً طبقاً لقانون البلد الذي حصل فيه العقد أو نحوه فانه يعتبر صحيحاً على الاطلاق في كل بلد من بلاد العالم ما لم يكن قانون الجنسية قد نص بطريقة الزامية على وجوب اتباع الشكل المقرر فيه فيجب في هذه الحالة احترام القانون الشخصي وذلك بمقتضى فكرة « النظام العام الدولي » التي سبق شرحها ويكون ذلك بمقتضى النهي الوارد في القانون الشخصي الذي يتطلب الشكل الخاص به<sup>(١)</sup>

هذا وتعتبر قاعدة خضوع الشكل لقانون البلد الذي حصل فيه العمل من القواعد العامة في القانون الدولي الخاص وان حصل اختلاف في طبيعتها وقوتها

[٢٤٩] (١) قارن قايس ٣ ص ٩٤ — ١٠٧ وراجع النقد هنا بند ٢٧٤

[٢٥٠] (١) قايس ٣ ص ٧٠١ — ١٢٥

من حيث هي قاعدة لازمة أو اختيارية بجانب الشكل المرسوم بالقانون الشخصي<sup>(٣)</sup>

٢٥١ — الاستثناء الثالث : حكم ارادة المتعاقدين : لا ريب أن كثيراً من القواعد الواردة في القانون الشخصي للانسان مقصود بها أن تكون اختيارية بمعنى أنها وضعت لتطبق في حالة عدم اتفاق المتعاقدين صراحة على غيرها أو وضعت لتفسر ما اتفقوا عليه . كما لا شك أنه يجوز للشخص وهو في بلده أن يتفق مع الغير أو يقرر أنه يستبدل هذه القواعد بما يريد من القواعد الاخرى وهو يخرج عن ذلك البلد لا يفقد ذلك الحق . فمثلا القواعد المقررة في المواريث مقصود بها في كثير من بلاد العالم ترتيب الميراث في حالة عدم ترك المتوفى لوصية . والمتوفى يستطيع ان يوصي وان يغير ترتيب أو نظام الاستحقاق في ميراثه الا انه اذا نص قانون المواريث على قيود فيما يختص بالايصاء أو الهبة — مثل ما جاء في المادة ٧٨م من عدم تجاوز حد النصاب *Quotité disponible* أو عدم ابقاء القدر المفروض شرعا للورثة *Légitime réserve* — فيجب احترام مثل هذا النص من جانب الوطنيين الذين وضع لهم النص المذكور ويجب ان يحكمهم في اى جهة يكونون أما فيما يختص بمضمون الوصية وما تشتمل عليه وآثارها فان ارادة الموصى تعتبر كنص الشارع واجبة الاحترام وهي ليست مقيدة باى قانون معين فيصح له يختار التوريث بمقتضى اى قانون اجنبى يريد ما دام هذا لا يخالف ما سبق ذكره بخصوص حد النصاب أو ابقاء القدر المفروض شرعا للورثة وهذا بالضرورة لا ينطبق على الاهلية اللازمة لعمل الوصية لانها من أمر قانون جنسية الموصى ولا ينطبق على الشروط الشكلية لانها من أمر قانون الجهة التى حصلت فيها الوصية ولا ينطبق على ما تعلق بالنظام العام الدولى فانه لا يصح مخالفته بحال من الاحوال . وما جاز على الوصية يصح ايضاً فى مادة العقود *contrats* فانه ليس فيها ما يكون متعلقا بارادة

(٣) راجع البنود الانية ٢٢٥ و ٢٤٤ و ٢٥٩ و ٢٦٢ و ٢٦٤ و ٢٦٧ و ٢٦٨

و ٣٧٤ و ٣٩١ و ٣٩٢

المتعاقدين ويخضع حتماً لحكم قانون جنسيتهم فالقانون الذى يعمل به فى هذه الاحوال هو القانون الذى اختاره الخصوم وقصدوا أن يحكموه فيما اتفقوا عليه ويصح أن يكون قانونهم الشخصى اذا كانوا من جنسية واحدة كما يصح أن يكون قانوناً أجنبياً محضاً . لذلك كان واجباً أن يعمل دائماً فى التصرفات الاختيارية بالقانون الذى قصده الشخص أو المتعاقدان ، وأن يستبعد حكم القانون الشخصى فى كل ما قصد الرجوع فيه الى قانون آخر اللهم الا فيما لا تتفق فيه ارادة الشخص مع ما أمر به القانون من القواعد اللازمة (١)

٢٥٢ — تلك اذا قاعدة النظرية الايطالية الحديثة واستثناءاتها وهى لم تقدر النظريات الايطالية وغيرها

تتل رضاء أغلب متشرعى هذا العصر ( وسيرد نقدها فى بند ٢٧٤ ) فمنهم من يفضل طريقة سافيني ومنهم من يفضل تجديد نظرية الاحوال وتهذيبها ومنهم من ينتكر طرقاً أخرى . لذلك كان حقاً علينا أن نأتى هنا على « نظرية الاحوال » الجديدة كما صورها الكونت فارى سومير ناظر كلية الحقوق بالجامعة الكاثوليكية بمدينة ليل فى كتابه المسمى *La Synthèse du Droit international privé* المطبوع فى باريس سنة ١٨٩٤ وفى مقالة فى كلونيه ١٩٠٠ ص ٥٥ . ثم نتكلم عن نظريات الاستاذ پييه المدرس بجامعة باريس والاستاذ فاليرى ناظر كلية مونبلييه وأخيراً نتكلم عن نظريات أو مبادئ الأستاذ دايسى المدرس بجامعة أكسفورد

٢٥٣ — نظرية « الاحوال » كما صورها فارى سومير : يصح أن نلخص

هذه النظرية فى ستة مبادئ منها المبدأ الأولان يعتبران بمثابة قواعد عامة والإربعة الأخرى إما استثناءات من القواعد العامة واما استثناءات من الاستثناءات ولكن تلك الاستثناءات متسعة النطاق اتساعاً يسمح بمعاملتها كقواعد مستقلة . وها هى المبادئ الستة المذكورة : —



القاعدة الاسلية  
اقليمية القوانين

٢٥٤ - المبدأ الاول : قوانين الحكومة تحكم بصفة شرعية داخل اقليم الحكومة سلوك كل شخص سواء كان من الاجانب أو من الوطنيين - وبتعبير آخر : كل عمل يحصل في اقليم الدولة من أى شخص كان ، يعتبر مبدئياً خاضعاً لحكم القانون الاقليمى العام . لذلك يجب على الاجانب الذين يقطنون في دولة معينة أن يجعلوا جميع أعمالهم الحاصلة في اقليم تلك الدولة مطابقة لمقتضيات القانون الاقليمى ولذلك أيضاً كان واجباً على كل الاشخاص ، سواء كانوا وطنيين أو أجناب ، الذين لهم أملاك في الاقليم والذين هم خارج ذلك الاقليم ، أن يخضعوا للقانون الاقليمى في كل تصرفاتهم المتعلقة بتلك الأملاك حتى ولو حصل التصرف خارج حدودها : فجميع التصرفات وانشاء حقوق الارتفاق ونحوها تخضع لقانون موقع الشيء Lex rei sitae فإذا حصلت وتم الاتفاق عليها خارج الاقليم فهي مع ذلك واقعة على أموال داخلية ضمن حدوده وتعتبر في آخر الأمر أنها تمت ونفذت داخل تلك الحدود . وكثيراً ما يقال ان القانون الاقليمى يحكم جميع الاشخاص وجميع الأشياء الموجودة داخل حدوده ولكن هذا القول ليس في دقة المبدأ الذى ذكرناه لأن هذا القانون لا يحكم الأشخاص بشكل مطلق اذ هو لا يحكمهم الا بالنسبة للاعمال التى تم وتنفذ في الاقليم ؛ وبوجه عام هو لا يحكمهم بالنسبة للاعمال الحاصلة خارج الاقليم . وفوق ذلك فان القانون لا يحكم الأشياء أو الاموال وانما يحكم أصحابها فيما يختص بها سواء كانوا موجودين في الاقليم أو خارجين عنه . وحكم القانون الاقليمى يعتبر مشروعاً في نظر الحكومة المختصة وفي نظر الحكومات الاخرى على السواء : لذلك كانت الاعمال الحاصلة في اقليم أية دولة طبقاً لقانونها ، معتبرة صحيحة ومشروعة في كل جهة ، والاعمال التى ليست صحيحة طبقاً لذلك القانون لا تعتبر صحيحة في أية جهة

القاعدة الفرعية :  
لا حكم للقانون  
خارج اقليمه

٢٥٥ - المبدأ الثانى : قوانين الدولة لا تحكم خارج اقليمها سلوك أى شخص سواء كان وطنياً أو أجنبياً - ويقال بتعبير أقل دقة بما ذكر ان قوانين

الدولة لا تحكم الاشخاص والأشياء خارج اقليم الدولة . والحقيقة أن ائتمانون يحكم الاشخاص القاطنين خارج اقليمه في كل ما يتعلق بالأموال المملوكة لهم داخل الاقليم . وهذه القاعدة تشتمل على فكرتين :

الأولى : ان الحكومة لا تستطيع أن تنفذ قوانينها على رعاياها في بلاد حكومات أخرى

الثانية : ان هذه القوانين ليست ملزمة لهم حتى في نظر حكومتهم نفسها لأن هذه القوانين لم تشرع للأعمال التي يقوم بها رعاياها خارج اقليمها . ولكن هذا المبدأ ليس معناه أن تزول آثار القوانين الوطنية بالنسبة للوطني الذي هجر بلده فإن ذلك يكون متناقضاً مع المبدأ الأول . لذلك كان واجباً أن تحكم القوانين الاجنبية سلوك رعاياها بشكل نهائي فيما يتعلق بماضي أعمالهم ويكون لتلك القوانين أثر في الحاضر وفي المستقبل لأنها مبنية على الماضي . ولا يكون للقوانين في هذه الحالة أثر خارج الاقليم . ولكن الاعمال القانونية التي تمت تحت سلطان تلك القوانين هي التي يكون لها أثر خارج الاقليم

ويدمج قارى سومير المبدأين الأول في الثاني ويخرج منهما مبدأ واحداً يلبسه ثوب نظرية عدم استناد القوانين *La non retroactivité des lois* وهو ما لا يتسع المقام لشرحه هنا <sup>(١)</sup>

الاستثناءات  
الاربعة  
١ — الاحوال  
الشخصية

٢٥٦ — المبدأ الثالث : القوانين المتعلقة بالشخص ، أو القوانين المتعلقة بالحالة الشخصية والاهلية ، تتبع الشخص خارج اقليم حكومته وتحكمه هي الاخرى بدورها ، في كل أعماله وحقوقه . وهذا هو المبدأ القديم المسمى مبدأ شخصية القوانين توصى بتطبيقه نظرية الاحوال فيما يتعلق بالحالة الشخصية والاهلية . وتسمى القوانين الخاصة بالحالة الشخصية والاهلية « الاحوال الشخصية » لأنها تبين حالة الاشخاص ولأنها تتبع الشخص في كل مكان . وهنا يرد السؤال المخرج وهو كيف

يكون التمييز بين الاحوال الشخصية والاحوال العينية ؟ ولكن يجب ان نتذكر ان « العادات » *coutumes* في فرنسا لم يكن لها قواعد خاصة الا من حيث الاشخاص والاشياء . أما القانون العام والقانون الجنائي والمرافعات والقانون المالى فانها كانت على العموم شائعة وعامة بالنسبة لفرنسا كلها وكانت القواعد المتعلقة بالالتزامات والعقود متحدة في جميع المملكة . وقد اقتضت « العادات » على بيان حالة الاشخاص وأهليتهم والحقوق على الاشياء وطرق تملكها ولم تشمل الا على « الاحوال الشخصية » و « الاحوال العينية » وقد كان التمييز بين كل منها عند اصحاب نظرية الاحوال من الامور العسيرة المضنية . على ان الفكرة الصائبة للوصول الى ذلك هي الركون الى الغرض الاساسى من القانون والنظر فيما كان يشغل المشرع من الحالتين : حالة الاشخاص أو حالة الاشياء : فمثلا القاعدة التى كانت تقضى في فرنسا قديما بمنع تصرف القصر فى العقارات المملوكة لهم قبل سن ٢٥ سنة هي قاعده الغرض منها حماية القاصر وليس الغرض فيها حماية العقار ولذلك فهي قاعدة من قواعد الاحوال الشخصية . وقد اجمع علماء « نظرية الاحوال » على اعتبار قواعد الموارىث من مسائل الاحوال العينية وليس هذا الآن محل بيان صحة نظرهم هذا أو خطئه

٢٥٧ — المبدأ الرابع : تعتبر المنقولات من حيث الموارىث وحقوق الامتياز كلها موجودة دائما في موطن المالك لها أو البلد الذى ينتمى اليه بجنسيته ومحكومة بقانون هذا المحل التصورى . والسبب في ذلك ان القاعدة العامة هي ان المنقولات كالعقارات تماما محكومة بقانون الجهة التى توجد فيها ماديا وانه لا يستثنى من ذلك الا حالات الموارىث والامتياز ففيهما تعتبر المنقولات تابعة للشخص وتتبعه حيث يكون موطنه أو بلد جنسيته . ويعبر عن هذه القاعدة بالجملة الآتية « المنقولات تتبع الشخص » *mobilia sequuntur personam* أو المنقولات تلتصق بعظام الشخص *mobilia ossibus personæ inhaerent* والغرض من القاعدة هو منع

المنقولات من  
حيث الميراث  
والامتياز

الثروة المنقولة من الخضوع في مادة الموارث والامتياز لقانون الجهة التي ينتقل اليها الانسان لمجرد تغيير محل اقامته

٢٥٨ — المبدأ الخامس : يجب تطبيق قواعد التفسير والتكميل الواردة في ارادة المتعاقدين

القانون الذي اختاره واعتمده الطرفان صراحة أو ضمنا ليكون اساسا لاتفاقهم أو تكميلا له وبتعبير آخر لا تطبق النصوص التكميلية في قانون اى حكومة على الاعمال الحاصلة داخل اقليمها متى أظهر الطرفان ارادتهما في اختيار نصوص قانون آخر . وهذه هي نظرية حكم الارادة في العقود ونحوها ( بند ٢٢٨ و ٢٥١ ) وهي مقيدة حتما بالقواعد اللازمة — الآمرة أو الناهية — التي لا يمكن للخصوم ان يخالفوها في البلد الذي هي سارية فيه ؛ فاذا لم يكن قصد المتعاقدين صريحا فيصح ان تدل عليه الظروف أو طبيعة العقد أو محتوياته . واذا كان جميع الخصوم من جنسية اجنبية واحدة فيصح ذلك سببا لتطبيق قانون جنسيتهم الخاص باعتباره هو الذي اختاروه مكملا لاتفاقهم ومفسرا له . وقد يكون موطن الخصوم أو محل تنفيذ العقد مينا لا رادة الطرفين فاذا لم يتبين قصد خاص لا صراحة ولا ضمنا فالعبرة بقانون البلد الذي حصل فيه العقد أو نحوه . وقواعد التفسير والتكميل ليست من مسائل الاحوال الشخصية ولا هي من مسائل الاحوال العينية . وهي مقصورة على تحديد التزامات معينة من جانب الطرفين لا لمساسها بأحوالهم الشخصية ولا لمساسها بطبيعة الاموال التي هي موضوع الاتفاق أو التعامل ولكن بسبب التعامل نفسه . أما من حيث الاثر فهي ملحقه بالاحوال العينية لانها تطبق في كل الاحوال التي لا تظهر فيها النية لا صراحة ولا ضمنا

٢٥٩ — المبدأ السادس : شكل العقد أو العمل يخضع لقانون الجهة التي

شكل الاعمال  
الاختيارية

حصل فيها ؛ أو بتعبير آخر مختلف نوعا ما : يعتبر العمل صحيحا من حيث الشكل ولذلك يجب ان يعتبر صحيحا في كل البلاد اذا تم طبقاً للشكل المقرر في البلد الذي حصل فيه

لذلك يجب ان يعتبر صحيحا في كل جهة :

أولا — العقود ونحوها الحاصلة بين رعايا حكومة ما ، في بلاد تلك الحكومة وطبقا لشكل قوانينها

ثانيا — العقود ونحوها الحاصلة من رعايا حكومة معينة خارج اقليم تلك الحكومة وطبقا لقانون الجهة التي يتم فيها العقد أو نحوه

ثالثا — العقود ونحوها الحاصلة من الاجانب في اقليم حكومة معينة طبقاً لقانون ذلك الاقليم وهذه هي القاعدة المعروفة *Locus regit actum* ( بند ٢٥٠ ) وتطبق على العقود العرفية والرسمية على السواء وتسرى على الاجراءات الشكلية اللازمة لصحة العمل القانوني بالنسبة لوجوده *ad solemnitatem* واللازمة لصحته بالنسبة للاثبات *ad probationem* وتسرى على الهبة والوصية بالنسبة للمنتولات وعلى القبول والقسمة ولكنها لا تسرى على الاجراءات المطلوبة لتنظيم الاهلية *forma-lités habilitantes* التي بمقتضاها يصبح القاصر أهلاً لتمام العمل القانوني مثال ذلك تصريح الزوج أو مجلس العائلة *conseil de famille* ( أو المجلس الحسبي ) أو تصديق المحكمة *homologation* ونحو ذلك فان هذه الاجراءات ليست متعلقة بالشكل ( قارن بند ٣٧٦ ) بل بشروط الاهلية ولذلك تبقى خاضعة لقانون موطن الشخص أو جنسيته

وأما من حيث قوة القاعدة ولزومها فان قارى سوميير يجعلها لازمة بالنسبة للاعمال التي يقوم بها الاجانب داخل اقليم أى دولة فيجب ان تخضع للقانون الاقليمي من حيث الشكل حتى تكون صحيحة في نظر محاكم الدولة ، ولكنها تكون اختيارية بالنسبة لرعايا الدولة في تعاملهم في الخارج

٢٦٠ — تقدير النظرية عند واضعها : يقول الاستاذ عن نظريته هذه انها نظرية محكمة لم تفرط في شيء . فاذا اصطدم استثناء من القواعد الاربعة الاخيرة بصعوبة لا تحل فان الملجأ الاخير يكون لاحدى القاعدتين الاوليين وبذلك يحل

رأى الاستاذ  
في نظريته



كل خلاف أو تنازع يتصور حصوله بين القوانين<sup>(١)</sup>

٢٦١ — نظرية الامتياز يديه المدرس بجامعة باريس : ابتداء الامتياز يكتب نظرية يديه  
عن القانون الدولي الخاص في مجلة كلونيه من سنة ١٨٩٤ الى سنة ١٨٩٦<sup>(١)</sup> ثم  
وضع في سنة ١٩٠٣ كتابه المعروف في مبادئ القانون الدولي الخاص ( ص ٧  
هنا ) وكان نظريا متعمقا متكلفا في جميع ما كتب<sup>(٢)</sup> وله ملاحظات بديعة في  
بعض المواضيع وافكار غريبة في البعض الآخر وقد رأينا في بند ٦ هنا رأيه فيما  
يتعلق بموضوع القانون الدولي الخاص وقد وضع المبدأ الآتي لحل مسائل تنازع  
القوانين وهو : اذا اقتضت الحال تفضيل قانون على آخر فيجب تطبيق قانون  
الدولة التي يكون لها أعظم مصلحة في تطبيق قانونها . ويسمى هذا المبدأ « قانون  
أكبر قسط من الاحترام لسيادة الحكومات فيما بينها » La loi du maximum  
de respect des souverainetés entre elles ويمكن تلخيص نظريته في حل  
التنازع بين القوانين في قاعدتين : —

الأولى : تعتبر اقليمية القوانين التي لا يمكن تحقيق الغرض منها اذا لم تطبق  
في كل بلد على الاجانب والاهالي على السواء ومثالها القوانين المتعلقة بالعقارات  
وبالامن العام ونحو ذلك . فاذا لم تطبق هذه القوانين في فرنسا مثلا ، وقد وضعت  
لها خاصة ، فانها لا تثمر الثمرة المرجوة منها

الثانية : تعتبر القوانين سارية خارج الاقليم الذي وضعت له اذا كان الغرض  
منها أنها تتبع الشخص الذي وضعت له ، في أي جهة يكون ؛ ومثالها القوانين  
الموضوعة لنظام العائلة

[٢٦٠] (١) فاري سويير ص ٧٧

[٢٦١] (١) كلونيه ١٨٩٤ مجلد نمرة ٢١ ص ٤١٧ و ٧١١ وسنة ١٨٩٥ مجلد نمرة  
٢٢ ص ٢٤١ و ٥٠٠ و ٩٢٩ وسنة ١٨٩٦ مجلد نمرة ٢٣ ص ٥ ،

(٢) الا انه قد ظهر له في هذه الايام كتاب حمل بعنوان Traité pratique  
de Droit international privé ولكنه لم يصل لمصر وقت كتابة هذه الاسطر واشترك  
في كتاب آخر مع الاستاذ زيبوايه من جامعة ستراسبورج وهو تحت الطبع

وله قاعدة أخرى لحفظ الحقوق التي يدعى باكتسابها في بلد آخر (٣) ويقرر فيه أن لا علاقة لنظريته بنظرية شخصية القوانين التي قال بها مانثيني (بند ٢٤٥) ولا بنظرية اقليمية القوانين التي وضعها قارى سومير (بند ٢٥٣) وانها تنبذ كلا من النظريتين المذكورتين . ويقول بالعكس انها في نظره قريبة من آراء سافيني وقريبة كذلك من نظرية الاحوال (٤)

٢٦٢ — نظرية الامتياز قاليري : ظهرت هذه في كتابه الحديث الذي وضعه في سنة ١٩١٤

ويرى الأستاذ قاليري فيما كتب الى تبيان ماهي القواعد التي يجب أن تحل بها ، طبقاً للقانون الفرنسي ، مسائل تنازع القوانين فهو من الكتاب العمليين الذين يتوخون تقرير حقيقة القانون في بلد معين (بند ٣٦ هنا)

يرى الامتياز أنه توجد قاعدتان أساسيتان عامتان بهما تحل جميع مسائل التنازع بين القوانين

القاعدة الاولى : يجب أن تخضع كل صلة rapport من صلات القانون الدولي الخاص ، من كل وجهة من الجهات التي يمكن ان ينظر اليها منها ، الى حكم القانون الذي يكون أكثر تناسبا مع طبيعتها qui convient le mieux à sa nature قارن سافيني بند ٢٤٢ ؛ هنا وتتم هذه القاعدة الاولى بثلاث نتائج corollaires :

الاولى : ان أى صلة من صلات القانون الدولي الخاص تخضع للقانون الذي اختاره جميع ذوى الشأن في الصلة المذكورة متى أظهروا ارادتهم بهذا الخصوص اما صراحة واما ضمناً — وهذا حكم ارادة المتعاقدين السابق شرحه في بند ٢٥١ و٢٥٨

(٣) راجع المبادئ التي وضعها دايسى في بند ٢٦٤ هنا وقد أخذ عنها بييه قاعدة هذه .

(٤) بييه ، مبادئ القانون الدولي الخاص ص ٢٨١ راجع نقد افكار بييه فيما يلي في بند ٢٧٦

الثانية : يجب أن يحترم في فرنسا كل حق من الحقوق التي اكتسبت بشكل أصولي في أى بلد أجنبي<sup>(٣)</sup>

الثالثة : شكل الاعمال القانونية يخضع للقانون الذى يُلتجأ اليه لجعلها نافذة  
La loi appelée à les rendre efficaces — قارن القانون المدنى الالمانى ، بند

٢٦٨ هنا وراجع بند ٢٥٠

هذا وان تطبيق القاعدة الاولى وتناجها قد يتقيد وفي بعض الاحوال قد يمنع بالكلية كلما قصت الظروف بتطبيق القاعدة الثانية وهى الآتية : —

القاعدة الثانية : تطبق القوانين الفرنسية التى يكون الغرض منها حماية الحكومة أو الهيئة الاجتماعية ، تطبيقاً مطلقاً في فرنسا ، ومهما كانت طبيعة الصلات الموجبة لتطبيقها . وهذه هى فكرة النظام العام الدولى السابق الكلام عليها في بند ٢٤٩<sup>(٤)</sup>

٢٦٣ — مبادئ دايسى : وضع هذا الاستاذ ستة مبادئ عامة منها اثنان للنظريه دايسى للاختصاص ولاختيار القانون ، واثنان للاختصاص وحده ، واثنان لاختيار القانون وحده

٢٦٤ — فالمبدآن الآتيان يشعلان الكلام على قواعد الاختصاص واختيار القانون بشكل عام وهما : —

المبدأ العام الأول : كل حق اكتسب بشكل أصولي تحت سلطان قانون البلد متمدين ، يعترف به وعلى العموم ينفذ بواسطة المحاكم الانجليزية ؛ ولا ينفذ أمام هذه المحاكم أى حق لم يكتسب بطريقة أصولية وعلى العموم لا يعترف به ( دايسى ص ٢٣ )

(٣) راجع المبادئ التى وضعها دايسى في بند ٢٦٤ هنا وقد أخذ منها فاليرى نتيجة هذه .

(٤) فاليرى ص ٤٩٧ — ٥٨٣

وقد أخذ بهذا المبدأ كل من بييه وقاليري ( بند ٢٦١ و ٢٦٢ ) ولم يكن  
لنظرية الحقوق المكتسبة شأن يذكر بصفتها نظرية عامة قبل أن يدونها دايسى  
بهذا الشكل ويفرع عنها ( قارن بند ٢٤٠ )

الثانى

المبدأ العام الثانى : لا تنفذ المحاكم الانجليزية حقاً من الحقوق ولو اكتسب  
بصفة أصولية تحت سلطان قانون أجنبى فى الاحوال الآتية : —

أولاً — اذا كان تنفيذ ذلك الحق يتنافر مع قاعدة مقررة فى القوانين  
الصادرة من البرلمان الامبراطورى اذا كان مقصوداً بها أن يكون لها أثر خارج  
الاقليم البريطانى

ثانياً — اذا كان تنفيذ ذلك الحق يتنافر مع السيادة التى يتوخاها القانون  
الانجليزى ( أى مع روحه ) أو مع قواعد الآداب العامة التى ينشدها القانون  
الانجليزى أو مع المحافظة على النظمات السيامية الانجليزية

ثالثاً — اذا كان تنفيذ ذلك الحق يترتب عليه التعرض لسيادة حكومة  
أجنبية داخل البلاد التى لها عليها حق السيادة ( دايسى ص ٣٤ )

ولا يخفى أن الاستثناءات الثلاثة المتقدمة تقابل فكرة «النظام العام الدولى»  
السابق الكلام عليها فى بند ٢٤٩

٢٦٥ — والمبدءان الآتيان يتضمنان القواعد التى وضعها دايسى للاختصاص:

الثالث

المبدأ العام الثالث : لحاكم كل بلد من البلاد ، وهو يقضى بواسطة القضاة  
الموكل اليهم الحكم فى بلاده ، اختصاص أو ولاية فى الحكم jurisdiction  
فى كل موضوع يمكنه أن يصدر بخصوصه حكماً يكون نافذ المفعول Effective  
judgment ؛ وليس له ولاية فى الحكم على أى موضوع لا يستطيع أن يصدر  
فيه حكماً نافذ المفعول ( دايسى ص ٤٠ )

قاعدة فرعية : اذا كان من المستحيل بالنسبة لأية محكمة من المحاكم أن تصدر  
حكماً يكون نافذ المفعول نفاذاً تاماً A completely effective judgment ولكن

كان لمحاكم متعددة أن تصدر أحكاماً متفاوتة في مقدار نفاذ مفعولها فإن الولاية تكون لمحاكم البلاد التي تستطيع أن تنفذ مفعول حكمها بشكل أوفى من غيرها ( دايسى ص ٤٣ )

المبدأ العام الرابع : لمحاكم أى بلد من البلاد ، وهو يقضى بواسطة القضاة الموكل اليهم الحكم في بلادهم ، اختصاص أو ولاية في الحكم على أى شخص يخضع لحكمه طوعاً واختياراً وبتعبير آخر ان محاكم كل دولة تصبح مختصة بالحكم على أى شخص يقبل الرضوخ لحكمها بإرادته واختياره ( دايسى ص ٤٤ )

٢٦٦ — واخيراً يتضمن المبدأان الآتيان بيان قواعد اختيار القانون :

المبدأ العام الخامس : لمعرفة طبيعة أى حق اكتسب تحت سلطان قانون بلد متمدين يجب الرجوع الى القانون الذى اكتسب الحق تحت سلطانه ( دايسى ص ٥٩ )

المبدأ العام السادس : كلما توقف الاثر القانونى لعمل من الاعمال على ارادة الشخص أو الاشخاص الذين كانوا طرفاً فيه ، بالنظر الى القانون الذى يجب ان يحكم هذا العمل ، فيكون أثر ذلك العمل محكوماً بالقانون الذى قصده الشخص أو الاشخاص المذكورون ( دايسى ص ٦٠ )

\*\*\*

قبل ان نترك موضوع التطورات التاريخية في القانون الدولى الخاص يجدر بنا ان نذكر خلاصة القواعد التى وردت في بعض القوانين الاوروبية الحديثة بخصوص القانون الدولى الخاص وهما القانون الايطالى والقانون الالماني<sup>(١)</sup>

[٢٦٦] (١) لمعرفة القواعد المثبتة بخصوص القانون الدولى الخاص في أغلب بلاد العالم بلداً بلداً يمكن الرجوع لكتاب فولان وبيك في حالة الاجانب والقوانين الاجنبية Manuel pratique de la condition des étrangers et de législation étrangère par Voland et Beck, Paris 1914



القانون الايطالى ٢٦٧ - قواعد القانون الدولى الخاص فى القانون المدنى الايطالى الصادر فى سنة ١٨٦٥ :

اتخذ هذا القانون قاعدة الجنسية اساسا له وبند نظرية « الاحوال »  
فقرر فى المادة السادسة منه ان حالة الاشخاص وأهليتهم وعلاقتهم العائلية  
محكومة بقانون الدولة التابعين اليها  
ونصت المادة ٧ على ان الاموال المنقولة تخضع لقانون جنسية المالك الا اذا  
خالف قانون البلد الذى توجد فيه ؛ والاموال العقارية تخضع لقانون البلد الذى  
هى واقعة فيه

ونصت المادة ٨ على ان الحكم فى الموارىث والوصايا من حيث ترتيب  
الميراث والنصيب وصحة الوصية من حيث الشروط الداخلية يكون بمقتضى قانون  
جنسية المتوفى أو الموصى مهما كانت طبيعة الاموال والبلد الذى توجد فيه  
ونصت المادة ٩ على ان الاجراءات الشكلية فى الاعمال الحاصلة بين الاحياء  
والتصرفات المتعلقة على الوفاة تخضع لقانون البلد الذى عملت فيه ومع ذلك يصح  
للمتصرفين أو المتعاقدين ان يراعوا قانون جنسيتهم بشرط ان يكون قانون الجميع  
وفى الهبة والوصية تكون الشروط الجوهرية والآثار خاضعة لقانون الجهة التى حصلت  
فيها ، ولقانون جنسية أولى الشأن اذا كانوا اُجانب من جنسية واحدة ما لم يقر  
الدليل على ان ارادتهم كانت على غير ذلك

وتنص المادة ١٠ على ان قواعد الاختصاص والمرافعات المتبعة أمام المحكمة  
التي ترفع امامها الدعوى هى وحدها التى يعمل بها . وطرق الاثبات فى الالتزامات  
هى الطرق التى يقررها قانون البلد الذى حصل فيه التعامل . والاحكام الصادرة  
من سلطات اجنبية فى المواد المدنية تنفذ فى ايطاليا متى صدر الامر بتنفيذها  
بالطرق المبينة فى قانون المرافعات المدنية الا اذا نص على غير ذلك فى المعاهدات

الدولية . وطرق تنفيذ السندات والاحكام هي الطرق المقررة فى قانون البلد الذى يحصل فيه تنفيذها

وتنص المادة ١١ على ان القوانين الجنائية وقوانين البوليس والامن العام تسرى على كل من يوجد فى الاقليم الايطالى

وتنص المادة ١٢ على انه استثناءً مما تقدم لا يصح لاي حكم أو سند صادر فى بلد أجنبي ولا لاي تصرف أو اتفاق بين الافراد ان يخالف فى أى حالة من الاحوال نصا من النصوص الناهية lois prohibitives الواردة فى القانون الايطالى فيما يتعلق بالاشخاص أو الاموال أو الاعمال ولا نصا من نصوص القوانين المتعلقة بالنظام العام والآداب الحسنة

وتنص المواد ١٠٠ الى ١٠٣ على قواعد زواج الايطاليين فى الخارج وزواج الاجانب فى ايطاليا

٢٦٨ — قواعد القانون الدولى الخاص فى قانون مقدمة القانون المدنى القانون الالماني

الالماني الصادر فى سنة ١٨٩٦ :

اتخذ هذا القانون فى مادته السابعة مبدأ الجنسية للاحوال الشخصية <sup>(١)</sup> دون غيرها وتخضع فيه العقارات لقانون موقعها مهما كانت جنسية المالك . والمنقولات يحكمها قانون موطن المالك . واذا كان له أكثر من موطن أو كان موطنه محلا للشك فالعبرة بقانون موقعها . وقد جعل شكل العقد أو العمل خاضعا فيه للقانون

---

[٢٦٨] (١) ومع ذلك اذا كان الاجنبى قاصرا أو كانت أهليته محدودة بمقتضى قانونه الشخصى واقترف عملا من الاعمال القانونية فى المانيا فانه يعتبر فيها بالغا بمقتضى المادة السابعة اذا كان القانون الالماني يعتبره بالغا . وهذه القاعدة مقصود بها حماية سكان المانيا ضد نصوص القوانين الاجنبية التى يكون فيها سن البلوغ متأخرا حتى لا يفتنع الاجنبى من نص قانونه الخاص ويبطل تصرفات تعتبر صحيحة اذا صدرت من المانيين . ولكن هذا الاستثناء لا يسرى فى المسائل العائلية ولا فى الموارث ولا فى حالة التصرف فى عقار واقع خارج المانيا وقد ورد هذا الحكم نفسه فى قانون سويسره فى المادة ٦١ من الفصل الاخير من القانون المدنى الصادر فى ١٠ ديسمبر ١٩٠٧ — راجع هنا بند ٣٦١ بخصوص فرنسا ومصر

الذى يحكم نفس العقد أو العمل من حيث الجوهر ومع ذلك فاذا كان صحيحا من حيث الشكل طبقا لقانون البلد الذى عمل فيه فيكفى ذلك لجعله صحيحا بصفة مطلقة الا فيما يتعلق بالاعمال القانونية التى تتضمن انشاء حق على شيء أو حق على ذلك الحق . هذا وتنص المادة ٢٧ على انه كلما أمكن الرجوع الى القانون الالماني بمقتضى تصريح من القانون الاجنبى الواجب التطبيق ، فيجب الحكم بمقتضى القانون الالماني وهذه هى نظرية « الاحالة أو الرجوع » قررها المشرع الالماني كلما كانت نتيجتها تطبيق القانون الالماني بدلا من القانون الاجنبى المقرر العمل به فى المسائل التى بيثها المادة ٢٧ المذكورة (٢)

وأخيراً نصت المادة ٣٠ على منع تطبيق القوانين الاجنبية فى الاحوال المقرر تطبيقها فيها متى كان ذلك يخالف الآداب الحسنة أو يخالف الغرض الذى يتوخاه أى قانون الماني (٣)

## الفصل الثانى

### نقد النظريات المهمة

المقترحة لحل مسائل القانون الدولى الخاص

« النقد يسير والانشاء عسير » \*

٢٦٩ — مهما يكن الاساس الذى بنيت عليه قواعد القانون الدولى الخاص

نظرة عامة  
فى الاساس

— وسواء كان هذا الاساس هو النص الرومانى المشهور « جميع الشعوب الذين .. »  
الذى قال به شارحون اللاحقون ( بند ٢٢٤ ) أو كان المجاملات الدولية بحسب

(٢) راجع فى نظرية الاحالة بند ٢٨٥ ، وخصوصا بند ٢٩٦

(٣) راجع شرح النظام الالماني فى قايس ٣ ص ٢٣٩ — ٢٥٠

\* أو النقد سهل ولكن الفن عسير La critique est aisée et l'art est difficile

رأى علماء هولاندا في القرن السابع عشر ( بند ٢٣٠ ) وسواء كانت شخصية بعض القوانين مقررة لصالح العدالة كما جاء في مذهب علماء فرنسا في القرن الثامن عشر ( بند ٢٣٦ ) أو كان أساس القانون الدولي الخاص هو المصلحة الدولية المشتركة أو اتحاد مصالح الدول المختلفة في الوصول الى قضاء عادل كما يرى سافيني ( بند ١٨ ) أو كان الأساس الصحيح هو استحالة القضاء بالعدل اذا لم تحترم وتنفذ الحقوق خارج الاقليم الذي اكتسبت فيه كما يرى دايسى ( بند ١٨ ) — فان البحث في هذه المواضيع كافة لا يخرج عن الميدان النظري البحث أو ميدان الفلسفة . ولقد سادت كل نظرية من النظريات المذكورة في وقت من الاوقات وانتهت الحال الآن بأن أدرك العصر الحاضر أن الأساس الحقيقي الذي شيد عليه القانون الدولي الخاص في العالم هو فكرة الحق ومبدأ العدل المتجسمان في احترام الحقوق التي اكتسبت بصفة اصولية وتنفيذها

ولقد أصبح مقررًا في جميع قوانين العالم المتمددين — ومنه القطر المصري — انه لا بد من احترام القوانين الاجنبية والحكم بها ولا بد من احترام الحقوق المكتسبة وتنفيذها خارج البلاد التي صدرت فيها أو نشأت فيها

النقد شامل  
لكل النظريات

٢٧٠ — أما المذاهب والنظريات والطرق التي سادت في مادة القانون الدولي الخاص فلم ينج منها مذهب أو نظرية أو طريقة من التنفيذ أو النقد العادل أو الجائر ، ولم يعتبر أحد منها انه واف بالمراد منه بشكل تام . بيد أنه يجب مع ذلك ألا يظن أن المذاهب والنظريات والطرق المذكورة تؤدي جميعها دائماً الى اختلاف في الحكم من حيث القانون الواجب تطبيقه على قضية معينة . ان الأمر في الغالب بعكس هذا الظن فانه من الثابت ان أغلب النظريات يتفق بعضها مع البعض الآخر في الحكم في القضية الواحدة وان اختلفت الطرق أو الاسباب أو الحكمة التي أوصلتنا الى الحكم

الاختلاف هو في الوسائل لا في الغايات

لقد بين قارى سومير<sup>(١)</sup> في كتابه الجليل<sup>(٢)</sup> ان النظرية الايطالية الحديثة المبنية على شخصية القوانين القائمة على الجنسية (بند ٢٤٥) قد أخذت كل قواعدها تقريباً عن نظرية « الاحوال » الا فيما يتعلق بحق ارث الاجانب للعقارات وقد قلبت الاستثناء المقرر في نظرية الاحوال فجعلته القاعدة ، وأخذت القاعدة في نظرية الاحوال فجعلتها الاستثناء

وجوه اختلاف حلول سائتي عن غيرها

حتى الاحكام التي وصل اليها سافيني ومن اتبعه من العلماء الحديثين فانها تطابق الاحكام المقررة في نظرية الاحوال على وجه العموم الا في المسائل الاربع الآتية :

اولاً : استبدال متبعوه الفرنسيون ( بند ٢٤١ ) مبدأ الموطن بمبدأ الجنسية

ثانياً : لم تميز نظرية سافيني بين المنقولات والعقارات من حيث الحقوق التي تترتب عليها بينما نظرية الاحوال تقول بهذا التمييز ( بند ٢٤٤ مع بند ٢٥٧ )

ثالثاً : يوجد فرق بينهما في مادة العقود من حيث القانون الذي يجب العمل به في حالة عدم اتفاق الطرفين على قانون معين يتبع بالنسبة للعقد ، ومن حيث تحديد اختيار الطرفين أو حريتهم في ذلك الاختيار ( بند ٢٤٤ مع بند ٢٥٨ )

رابعاً : في المواريث لا يفرق سافيني بين المنقولات والعقارات فيجعلها كلها خاضعة لقانون موطن المتوفي ويجعلها متبعوه خاضعة لقانون الجنسية بينما تقصر نظرية « الاحوال » هذا الحكم على المنقولات دون العقارات ، وتجعل هذه خاضعة دائماً لقانون موقعها ( بند ٢٤٤ مع بند ٢٥٧ )

٢٧١ — ومما يلاحظ هنا مع الغرابة وعلى سبيل الفكاهة انه بينما يقول يديه مثلاً عن نظريته ( بند ٢٦١ ) انها لا تشترك في شيء مع نظرية مانشيني في

تناقض العلماء في النظر في أمر واقع

[٢٧٠] (١) راجع نظريته الحديثة في بند ٢٥٣ ، ، منا

(٢) اشار اليه في بند ٢٥٢ منا ، س ١٢٥ من كتابه



شخصية القوانين يقول فايس تحبيداً لنظرية يديه « انها بما تفرع عنها من النتائج تقرب كثيراً من نظرية شخصية القوانين التي يتجه اليها استحساننا » ! فأى الامتازين أحق بالتصديق ؟ المؤلف أم المحبد ؟ ويقول فاى سومير بأن نظرية يديه تأخذ بجميع الحلول التي قالت بها نظرية الاحوال الا فى نقطة واحدة ( بند ٢٧٦ ) بينما يتبرأ يديه نفسه من اشتراك نظريته مع نظرية الاحوال فى شىء ما ( بند ٢٦١ ) ! ان فى ذلك لحجة بالغة على أن الاختلافات الشديدة ليست فى الاحكام التي يجب أن تسود فى حل القضايا ولكنها فى المبادئ والطرق الموصلة الى تلك الاحكام ، وفى التعبير والتدليل

٢٧٢ — والآن نزل الى ميدان النقد لئرى ماذا قال كل من علماء القانون ميدان النقد

الدولى الخاص فى نظريات غيره وأفكاره<sup>(١)</sup> وهذا الموضوع شغى فكبه جزيل الفائدة ، لأن النقد المتبادل — بينما يبين نقط الضعف فى كل نظرية وما هو غير مقبول فيها من الافكار والآراء وتميز كثير من الكتاب أو المؤلفين ، أو انحرافهم عن الطريق السوى ، ومحاولة أغلبهم أن يأتى بمجديد مهما كلفه ذلك من المشاق ، أو ينحدر الى ميدان النظر المجرد أو المطلق حتى يصوغ ما يريد صوغه فى عبارات مملوءة بالتكاف والشذوذ — هذا النقد المتبادل يكاد يهدم ما يظهر لأية نظرية من النظريات من القوة والمتانة بصفاتها نظريات عامة وضعت لحل جميع مسائل القانون الدولى الخاص . ومع ذلك فلا بد من التلويح هنا بأمر يكاد لا ينازع فيه أحد وهذا الأمر هو ما القته النظريات الالمانية على ميدان القانون الدولى الخاص

من نور أضاء السبيل فى وجه الباحثين عن « طريقة » حل المسائل الدولية الخاصة بصرف النظر عن صحة الحلول التي قال بها العلماء الالمانيون أو عدم صحتها —

فضل النظريات  
الالمانية

[٢٧٢] (١) وفى هذا الموضوع لابد من التنويه بالمثل الفرنسى السائر الذى صدرنا به

هذا الفصل

وعلى الخصوص ما استفاده علماء القانون الدولي كافة من تطبيق القاعدتين الاوليين من قواعد فخر والركون الى طريقة سافيني في البحث والتحليل

ولقد بينا في بند ٤١ أن المذهب العملي هو المذهب الوحيد الذي يجب أن يتبعه كل مؤلف يأخذ على عاتقه بيان قواعد القانون الدولي الخاص التي تسود بالفعل في بلده — كذلك قد بينا في بند ٤٠ كيف ينتفع بالمذهب النظري بجانب المذهب العملي ولذلك فإن النقد الموجز الذي نوردته للنظريات المختلفة هنا لا نقصد به غير ما قدمنا في صدر هذا البند

وجوب اتباع  
المذهب العملي

٢٧٣ — نقد نظرية « الاحوال » (١) قال عنها سافيني ما يأتي : اننا لا نستطيع أن ننبذها باعتبارها نظرية غير صحيحة أو خاطئة خطأ تاماً ، وذلك لأنها قابلة لكل انواع التفسير والتطبيق ويوجد بلاشك من هذه التفسيرات والتطبيقات ما هو صحيح من كل الوجوه ومع ذلك فهي نظرية لا تؤدي الى الغرض منها لأنها ناقصة وغامضة ولذلك هي لا تصلح أيضاً لأن تكون أساساً للقانون الدولي الخاص (٢) وقد جرت عادة الكتاب على نقد نظرية « الاحوال » من حيث أساسها عند علماء هولاندا وهو « المجاملات الدولية » (٣) لأن أساس القانون الدولي الخاص لا يمكن أن يكون كذلك . ونقدوها أيضاً من حيث جوهرها فإن التمييز بين أحوال شخصية وأحوال عينية ليس مبنياً على تحقيق علمي ولا هو تمييز محكم فإن تطبيقات النظرية مفككة غير محكمة : — ما هي الاحوال الشخصية ؟ وما هي الاحوال العينية ؟ وأين يمكن أن تدخل المسائل العديدة التي تختص بالأشخاص والأشياء على السواء ؟ وقد اختلف أصحاب نظرية « الاحوال » على تقسيم القوانين

نقد نظرية  
« الاحوال »

[٢٧٣] (١) راجع فيها بند ٢٢٤ — ٢٢٩ وبند ٢٣٦ وبند ٢٥٣ — ٢٦٠

(٢) سافيني ، الترجمة الانجليزية ص ١٤٢ والفرنسية ص ١٢٣

(٣) راجع بند ١٨ وبند ٢٣٣ ولاحظ ان هذا الاساس لم يظهر الا مع النظريات

وعلى نطاق كل قسم وعلى تعريفه . وقال الناقدون إن النظرية في آخر الأمر ليست قائمة على أى أساس قانوني<sup>(٤)</sup>

٢٧٤ - نقد النظرية الايطالية الحديثة ( بند ٢٤٥ ) لم يطعن فى هذه النظرية أحد من العلماء طعن قارى سومير عليها حيث قال « اننا منشرع فى هدمها رأساً على عقب ومنهدم كذلك انقاضها مثبتين بكل دقة :

أولاً : ان مبدأها الاساسى خطأ فى ذاته

ثانياً : انه اذا كانت القاعدة فيها صحيحة فان الاستثناء الاساسى لها وهو « النظام الدولى العام » هو موضوع الخطأ

ثالثاً : انه اذا كان الاستثناء صحيحاً فانه يهدم القاعدة من أساسها<sup>(١)</sup>

ولقد كرس الاستاذ تسعة عشر صفحة من كتابه لهدم هذه النظرية والاستهزاء بها مع انها عزيزة على غيره من كبار الكتاب مثل الاستاذ قايس وكيل محكمة القضاء الدولى المستديمة فى لاهى الآن

والواقع ان اساس النظرية غير صحيح لانه مبنى على الخلط بين الجنسية والقومية أو الاصل race وذلك لان قوام النظرية هو الجنسية السياسية ومن الثابت انه لا يمكن القول بان جميع من تضمهم جنسية واحدة هم من مزاج واحد واخلق واحدة وان قانون الجنسية هو خير ما يلائم الجميع . وفوق ذلك فالنظرية لا تتناسب مع حالة من تجنسوا حديثاً ولا حالة النساء الاجنبيات اللاتي يتزوجن من اصحاب الجنسية ولا مع حالة رعايا المستعمرات وغيرهم ممن ليسوا من الجنسية بحسب الاصل ومن لا يمكن ان يكونوا على حالة واحدة مع اصحاب الجنسية الاصلية ؛ وفي البلاد التي تجمعها جامعة سياسية واحدة كالا مبراطورية البريطانية وجمهورية الولايات المتحدة الامريكية والتي تتكون من عدة اجزاء وكانت فى السابق مكونة من وحدات سياسية

(٤) راجع قايس ٣ ص ٥٤ ولكن هذا النقد جاز : راجع بند ٢٥٦

[٢٧٤] (١) قارى سومير ١ ص ١١٠

مختلفة ولا تزال محكمة بقوانين مختلفة لكل جزء من اجزائها الاقليمية ، لا يمكن القول مطلقا بان خير ما يناسبها هو قانون وطني واحد يسرى على جميع أهل الجنسية فتكون النظرية غير ممكنة التطبيق في مثل هذه البلاد<sup>(٢)</sup>

وباعتبارها نظرية قانونية يقرر سافيني انها غير مرغوب فيها : اذا كانت النزعة الحديثة في هذه الايام قد قضت بالعمل لنشر مبدأ الجنسية والانتصار له فان هذه النزعة لا يصح ان تجد لها محلا في علم يرمى بطبيعته الى ادماج الامتيازات والاختلافات الوطنية ليخرج منها مجتمع واحد للامم المختلفة مشترك بينها ومقر عليه من كل منها<sup>(٣)</sup>

وباعتبارها طريقة للوصول الى حل مسائل القانون الدولي الخاص هي عاجزة عن بيان نطاق تطبيق القانون الشخصي . فان ذلك الاستثناء الذي تسميه هي وعدد كبير من الكتاب « النظام العام الدولي » قد تضمن من الحالات أضعاف ما تناولته القاعدة وهذه الحالات نفسها لا تدخل تحت حصر ولا هي قابلة للتحديد الدقيق . اذ ليس أكثر غموضا في الوجود من فكرة « النظام العام الدولي » الذي يختلف من بلد الى بلد ومن شعب الى شعب ولقد أقر بذلك جميع المؤلفين الذين شحنوا اذهانهم ومؤلفاتهم بهذه الفكرة المضطربة ؛ ان النظام العام يتوقف على المثل الاعلى الذي تراه وتتوخاه كل دولة ، من حيث الدين والآداب والسياسة والاقتصاد السياسي ، وهو يختلف باختلاف الجهات والاقوات والافكار والمعتقدات<sup>(٤)</sup>

عجز النظرية  
عن التحديد

النظام العام  
الدولي

لذلك فنحن نرى عدم محاولة تعريف فكرة النظام العام الدولي التي يكاد يستعملها كل كاتب في القانون الدولي الخاص والتي هي فكرة تدل في بعض الظروف على معنى

فكرة مرتبكة  
غير محدودة

(٢) راجع ييل ص ٧٢ ، وما اورد فيها من آراء علماء الانجائز والامريكان في

هذا الموضوع وراجع فيما مر بند ١٣٨ — ١٤٠

(٣) سافيني ص ٤٤ و ٤٥ من الترجمة الانجليزية

(٤) قارى سومبير ١ ص ١٠٥

حقيقى وصحيح ولكنها فكرة غير ثابتة وخالية عن التحديد ؛ ولا احاول تحديد الفرق بين ما يسمى بالنظام العام الدولى أو كما يسميه بعضهم « النظام العام المطلق » *ordre public absolu* الذى يمنع من تطبيق القانون الاجنبى ، وبين ما يسمى « النظام العام الداخلى » *ordre public interne* أو « النظام العام » فقط ، الذى يمنع من احترام اتفاقات الافراد المخالفة له وهو الذى اشارت اليه المادة ٢٨ ل ت م أ حيث قالت « كل اتفاق خصوصى يخالف للقوانين المتعلقة بالنظام العمومى والآداب باطل لا يعمل به » والمادة ٥٣٣/٦٥٤ حيث قالت « لا يجوز الصلح فى المسائل المتعلقة بالنسب أو بالنظام العام » والمادة ٦٨ مرافعات مختلط حيث تقول بوجوب تبليغ القضايا المدنية المتعلقة بالنظام العام الى النيابة<sup>(٤)</sup>

كذلك لا نحاول أن نشرح الفرق بين الاقسام المختلفة التى يقول بها الاستاذ

فاليرى مثلا حيث يقسم النظام العام الى أربع درجات وهى

- ( ١ ) القوانين المتعلقة بالنظام العام الشخصى أو الوطنى
- ( ٢ ) » » الاقليمى
- ( ٣ ) » » الشخصى والاقليمى معاً
- ( ٤ ) » » المطلق

ومع ذلك فقد رأينا أن فكرة « النظام العام الدولى » ترد دائماً فى أغلب

النظريات غير أنه يوجد منها ما لا ترد فيه هذه الفكرة — مثال ذلك : —

( ١ ) نظرية الاحوال والسبب فى كونها لا تحتاج لان تكمل بفكرة النظام العام الدولى أن هذه النظرية فيها أكبر قسط من الاحترام للسيادة الاقليمية فلا تطبق القوانين الاجنبية الا فى أحوال محصورة

( ٢ ) نظرية فخر والسبب فيها كونها تعطى أكبر قسط من التطبيق لقانون

(٤) يلاحظ أن هذه التفرقة أساسية فى نظرية الجنسية الإيطالية ، كما ذكرنا فى

بند ٢٤٩ ، ومع ذلك فالتبيز يكاد يكون مستحيلاً



المحكمة فلا تطبق القوانين الاجنبية الا في الاحوال التي يكون من العدل تطبيقها فيها والحقيقة أن فكرة « النظام العام الدولي » ، إنما ترمى الى أحد مطلبين معينين أولاً : أنها ترمى الى منع تطبيق القانون الاجنبى في الحالة التي كان يجب فيها تطبيقه تحقيقاً للعدالة متى كان تطبيقه في تلك الحالة يتنافر مع قانون القاضى أو مع اعتبار أساسى يحترمه القاضى ولا يستطيع مخالفته مثال ذلك الغاء كل اتفاق يتعلق بالحشيش في مصر مع كونه قد يكون صحيحاً في بلاد اليونان حيث عمل ، والغاء كل اتفاق يتعلق بتجارة العبيد في مصر مع كونه قد يكون صحيحاً في بلاد اليمن حيث كان التعاقد

مرى فكرة  
النظام العام الدولي

ثانياً : أنها ترمى الى القول بأن حق التشريع في مسائل معينة يجب أن يكون للمشرع الاقليمى دون غيره ولذلك يجب تطبيق التشريع الذى وضعه ، دون أى تشريع آخر مثال ذلك في المادة ٢٢/٧ مدنى في مسائل الاوقاف حيث يجب اتباع اللوائح الاقليمية في جعل منفعة العين الموقوفة على الاشخاص بالشروط المقررة في تلك اللوائح أى دون الشروط التي تكون صحيحة بحسب القانون الشخصى للواقف ؛ أو ترمى الى القول بأن الاختصاص في مسائل معينة يجب أن يكون للمحاكم التي انشأها المشرع دون غيرها كالنص على اختصاص المحاكم المختلطة المصرية في المسائل العينية العقارية بين الاجانب متحدى الجنسية<sup>(٥)</sup>

ويجب ان نلاحظ اخيراً الاختلاف الكبير في كمية المسائل التي تدخل تحت النظام العام الدولي في النظريات التي تلتنجى الى هذه الفكرة اذ بينما نجد حدود هذا النظام ضيقة ومعقولة في نظريات سافيني ودائسى وفاليرى اذا هي واسعة النطاق في النظرية الايطالية الحديثة بحيث يكون من المستحيل مادياً تعريف حدود ما يسمى بالنظام العام الدولي الا اذا كان ذلك مقصوراً على نظرية معينة وحتى في هذه الحالة

اختلاف نطاق  
الفكرة بحسب  
كل نظرية

(٥) راجع في نظرية فاليرى فكرة النظام العام الدولي بند ٢٦٤ هنا وفي نظرية

سافيني بند ٢٤٣

يتعذر معرفة مقدار ما يدخل تحت من الأمور وما لا يدخل  
هذا وقد أفلح الاستاذ دسپانييه في تنوير هذا الموضوع من بعض الوجوه  
بحيث يصح ان يجعل كلامه عنه خاتمة البحث فيه

محاولة حصر  
الفكرة

قسم دسپانييه قواعد النظام العام الدولي الى ثلاثة أقسام : —

الاول : القواعد المتعلقة بالآداب المعمول بها في جميع بلاد العالم المتعدين ولها  
عند الامم التي تغنت بأفكار متشابهة قيمة مطلقة . ومثالها منع تعدد الزوجات  
ومنع الزواج بين الاقارب على عمود النسب وبين الاخوة والاخوات . ولذلك لا  
يمكن ان يسرى قانون أجنبي يناهض هذه الآداب ، في أى بلد من البلاد المتعدية  
فلا يصح لركي مثلا ان يتزوج مرة ثانية في أى بلد من البلاد المسيحية

الثاني : القواعد المعمول بها في بعض البلاد فقط ولكن لها فيها قيمة مطلقة  
بحيث لا يصح التجاوز عنها لانها تعتبر المثل الاعلى الواجب في مادة الاخلاق ومثالها  
تحريم الطلاق في بلاد المسيحية العتيقة

الثالث : القواعد الاخرى التي لا تعتبر واجبة التطبيق في جميع البلاد والتي  
قد تختلف من بلد الى آخر بحسب طبيعة الظروف وان كانت معتبرة لازمة في بلد  
معين ومثالها الاتفاق على سعر الارباح وعدم تجاوزه الحد المعين في قانون كل بلد  
فهذه مسألة قد يصح التجاوز فيها بالنسبة للاتفاقات الحاصلة في الخارج أو بالنسبة  
للاتفاقات الحاصلة بين أشخاص غير خاضعين للقانون الذي يحرم زيادة السعر عن  
حد معين <sup>(٦)</sup> ( راجع بند ٣٩٦ بخصوص سعر الفائدة في ايطاليا )

نقد النظريات  
الالمانية

٢٧٥ — نقد النظريات الالمانية : قال فيها الاستاذ فايس : « لنشهد لها  
أولا انها قد خلصت القانون الدولي الخاص لدرجة كبيرة ، من الفوضى والتردد اللذين

(٦) دسپانييه بند ١٠٨ ص ٣٦٢ ، — وفي موضوع « النظام العام الدولي »  
على العموم يمكن الرجوع الى الدراسات الخاصة التي قام بها بارتان في كتابه المذكور في ص ١٠  
هنا وأرمانيون في كتابه « طبيعة القانون الدولي الخ . . . » حيث كرس له فيه ٢٥ صفحة

احاطه بهما اصحاب نظرية « الاحوال » . اذ بالالتجاء الى قانون القاضى ، أو الى القانون الذى نشأت العلاقة القانونية تحت سلطانه ، أو الى طبيعة الصلة القانونية قد تمكن فخر وشفر وسافينى من استبدال النظريات السابقة المبنية على مجرد التجربة العملية والخالية عن أى اساس علمى *théories empiriques* باساس جديد للحكم وان يكن غير خال عن العيوب الا انه مبنى على فكرة خالدة لا تتغير وهى المصلحة الدولية المشتركة فى تحقيق العدالة فلم يعد اساس القانون الدولى الخاص بمجرد المجاملات الدولية وهو اساس غامض وتحكمى ، لم يعد اساسه مجرد اعتبارات مرماها المنفعة الخاصة ، بل أصبح اساس تطبيق القانون خارج البلاد التى من فيها ، فكرة القانون الذى يعلو على جميع الامم وتشارك فيه كافة وهذا تقدم عظيم مهد السبيل لكل ما أعقبه من اصلاح

« ولكن اذا كانت الفكرة الاساسية التى انبعثت منها النظريات الالمانية هى فكرة صائبة تماماً فان النتائج التى وصلت اليها تلك النظريات ليست مارة ويجب ان تطرح لانه يظهر ان الذين قالوا بها قد كانوا تحت تأثير تقاليد حكم الاقطاعات وربما كانوا غير منتبهين بذلك فانهم قد اكبروا من أهمية العناصر المادية فى الصلات القانونية المقتضى بحثها فضاغفوا فى أهمية الجهة التى ترفع فيها الدعوى ( فخر ) والجهة التى نشأت فيها العلاقة القانونية ( شفر ) والطبيعة الداخلية للعلاقة القانونية ( سافينى ) وكثيراً ما توجد صعوبات عملية فى تطبيق نظرياتهم

نقد فخر

« ان الزام القاضى بالحكم فى قضية ما ، طبقاً لقانون بلاده ، كما هى النتيجة العملية لنظرية فخر ، معناه منع الاجنبى من الانتفاع بقانونه الاصلى والرجوع الى نظرية « اقليمية القوانين » بشكل مطلق مفعم بالاجحاف <sup>(١)</sup> وقد يحدث كثيراً ان يكون

[٢٧٥] (١) هذا النقد ليس صحيحاً بصيغة مطلقة لان فخر أوجب البحث والنظر طبقاً لقاعدته الثانية فإذا لم يمكن القاضى الاهتمام الى القانون الواجب تطبيقه فانه يلتجئ الى آخر الامر الى قانونه الاقليمى — راجع بند ٢٣٩

الاختصاص بنظر القضية معترفاً به لمحكتين أو أكثر على حسب اختيار المدعى فيكون الحكم في كل حالة بحسب قانون أية محكمة من المحاكم المذكورة وينتهى الامر بأن يختار المدعى المحكمة التي يريد أن يصدر الحكم طبقاً لقانونها

وثانياً هل يمكن دائماً تعيين المحل الذي نشأت فيه العلاقة القانونية تعييناً صحيحاً كما يرى شفر . ان كل علاقة قانونية لها حدٌّ أن ويجب أن يكون لها طرفان فيكون لكل منهما مركز مختلف . أف يكون الركون الى الشيء الذي هو موضوع العلاقة أم يكون الى الشخص ؟ واذا كان الى الشخص فالى أى واحد من الاشخاص عند التعدد ؟ ان شفر لا يبين ذلك (٢)

وأخيراً ليس من السهل دائماً تحديد الطبيعة الداخلية للعلاقة القانونية طبقاً للاساس الذي وضعه سافيني لنظريته لأن القوانين لا تتفق دائماً في هذه النقطة من حيث كونها تجعل علاقة قانونية معينة داخلية في صنف *Catégorie* معين دون أى صنف آخر . وتلقاء هذا التعدد يضطر الانسان الى البحث في أى القوانين يكون من شأنه تحديد التكيف اتمانونى الذى توصف به العلاقة المذكورة . وهذا سؤال مبدئى قد يكون الجواب عليه في بعض الاحوال دقيقاً جداً ويتوقف على الجواب عليه معرفة القانون الذى يختار ليطبق على النزاع نفسه (٣)

الحلطة عند الناقد  
بين تحليل الطبيعة  
والتكيف  
القانونى

« ان سافيني لم يحل الاشكال بل اكتفى بأن صاغه في شكل آخر وذلك

(٢) هذا أيضاً نقد لا يخلو من التغالى لان شفر قد بين ذلك في تطبيقاته —

راجع بند ٢٤٠

(٣) هذه الملاحظة التى أبداهما قاييس غير صحيحة بالكلية . أولاً لانه لم يقل أحد بأن التكيف ( راجع بند ٥٤ وبند ٢٧٨ ) واحد في جميع القوانين ولم تنب هذه النقطة من سافيني ، ثانياً لانه لا يمكن أن يقال كما يدعى قاييس ، بأن معرفة القانون الذى يطبق على العلاقة القانونية تتوقف على معرفة القانون الذى يطبق على التكيف بل ان هذا يكاد يشبه الحلط . وهذه الحلطات التى أثارها نظرية « التكيف » في ميدان القانون الدولى الخاص وسوف يتوضح هذا الموضوع في دراسة النظرية في موضعها الخاص في بند ٢٧٨

( الدولى — ٣٥ )

لان البحث ، في طبائع الاشياء ، عن حل مسائل تنازع القوانين ، وان كان مبنياً على فكرة صحيحة ، الا أنه ليس من الدقة بحيث يمكن اعتباره مبدأ أو أساساً لقاعدة محل بها هذه المسائل . والدليل على ذلك أن سافيني في إيجانه التي أجراها للوصول الى معرفة مركز العلائق القانونية المختلفة ، قد استعار أسباب أحكامه من مختلف الافكار فتارة يعتمد على « نية الطرفين » وتارة يعتمد على « محل وجود الشيء » وأخرى على هذا الطرف أو ذاك فيجعل له ، من سبيل التحكم ، قيمة أو تأثيراً عظيماً<sup>(٥)</sup>

« ان سافيني لم يضع قاعدة عامة تسمح بتعيين القانون الواجب الحكم به عند التنازع ونظريته تؤدي الى التجزئة والشتات Sa doctrine aboutit à l'émiettement ولذلك يمكن القول بأن النظريات الالمانية وان بنيت على أفكار علمية أكثر مما بنيت عليه نظرية « الاحوال » إلا أنها ليست أكثر منها دقة ولا أماناً من الوجهة العملية وان عيبها المشترك كما قال بيتا انها وضعت قواعد عامة لا تنطبق انطباقاً صحيحاً الا في احوال معينة ومن وجهات خاصة ولكنها لم تضع القاعدة الاخيرة الصحيحة التي يبنى عليها القانون الدولي الخاص »<sup>(٥)</sup>

ولكن لسوء الحظ أن قايس لم يجد هذه القاعدة الاخيرة الصحيحة الا في النظرية الايطالية التي ابتكرها مانشيني ( بند ٢٤٥ ، ) والتي رأينا نقدها في بند ٢٧٤ ويصح أن نلاحظ هنا أن هذا العيب الاخير لا يمكن أن يلحق نظرية من النظريات الالمانية بقدر ما يلحق النظرية الايطالية التي لا يمكن حصر مستثنياتها

٢٧٦ — نقد نظرية بيبه : يقول الناقد المعتدل عن هذه النظرية انها ترمي الى استقصاء الاسباب البعيدة Théorie téléologique وانها لا توصل في الغالب الى أي حل لأنه من المؤكد أن يحصل الاختلاف كثيراً على معرفة طبيعة

(٤) مقتطف من مقالة لببيه في مجلة كلونيه ١٨٩٤ ص ٤٢٢

(٥) قايس ٣ ص ٦٥ — ٦٦



« الغرض » but الذي من أجله وضع القانون أو معرفة الطرق الموصلة الى هذا الغرض<sup>(١)</sup>

ويقول قايس « ان المحور الوحيد الثابت الذي تركز عليه النظرية وهو « الغرض الاجتماعي » مع احترام الحقوق المكتسبة ، هو أمر يعتبر الوصول اليه والاتفاق عليه من الصعوبة بمكان اذ ليس اشد غموضا من معرفة الغرض الاجتماعي لاي قانون وليس ما يوجب حيرة القاضى أكثر من ان يطلب منه تطبيق هذه النظرية »<sup>(٢)</sup> ويقول مبل « ان تعبيره لا ينفذ الى الفكر ويعجز عن ان يذلل المصاعب التي يلاقيها . ان پييه لم يصل الى حل المسائل التي يتكلم عنها لانه يقتصر على عرضها بشكل جديد »<sup>(٣)</sup>

اما الناقد المتشدد مثل قارى سومير فانه يقول عن نظرية پييه « ألم يكن في النقد القارس مجرد بيانها تفنيد لها ؟ ألم ير كل مطلع ان هذا التركيب الفخم المصطنع قد هوى وتهدم ؟ الا ان الحقيقة في القانون مثلها كمثل الجمال في فن البناء وآيتها البساطة والوضوح والاسترواح وليس من هذه الاوصاف ماله نصيب في نظرية المسيو پييه . . . ولنقتنع بالتصدي لبعض اجزاء هذا البناء ، فلا يلبث ان ينهار من تلقاء نفسه . وفي تصدينا للجزئى لهذه النظرية سيكون سلاحنا الاساسى الدليل التهكمى<sup>(٤)</sup> إن أول مبدأ للمسيو پييه هو ان كل قانون هو بطبيعته اقليمى ومتجاوز الاقليم فى آن واحد - Toute loi, par nature, est à la fois territoriale et extra-territoriale ويتمسك المؤلف بهذا المبدأ تمسكا شديداً يظهر منه انه يريد الانتفاع من وضعه على هذا الشكل ليجعل لنظريته روتقا جديدا غريبا لا يلبث ان يزول

[٢٧٦] (١) قاليرى بند ٣٦٤ ص ٤٧٥

(٢) قايس ٣ ص ٦٥

(٣) مبل ص ٩٨ — كذلك انتقد كل من « مبل » ودسپانييه نظرية پييه نقدا معتدلا ولكنه هادم للنظرية — مبل ص ٨٥ ودسپانييه ص ٣٢٧ — ٣٢٩

(٤) l'argumentation par l'absurde

فيما بعد . انه غطاء كاذب اسدله على النظرية الايطالية « وقد ابرى الكاتب بعد ذلك للطن على الافكار الجديدة والالفاظ الجديدة التي جاء بها بييه بشكل تهكمي شديد بحيث جعلها موضع السخرية ، وختم نقده بما يأتي : هل من حاجة بنا الى بيان ان نظرية الميسورييه ، بعد ان طوحت بنا في كل طريق حالك وفي كل منعطف ومنعرج زلق ، توصلنا الى النتائج العامة التي تقول بها نظرية « الاحوال » ولا تشذ عن نتائج هذه النظرية الا في حالة واحدة هي حالة التوريث الشرعي وقد رأينا انها لا تتمشى مع مبادئه التي كان يصح ان تكون هذه الحالة هي نتيجة العملية الوحيدة !<sup>(٥)</sup>

٢٧٧ — مبادئ دايسى : يقول دايسى نفسه عن حقيقة مبادئه ( بند ٢٦٣ ، ) انها ليست بديهيات يمكن ان تستنتج منها القواعد الواردة في كتابه استنتاجاً منطقياً . وهي ليست نظريات شاملة لجميع نطاق القانون الدولي الخاص ولها من الدقة والاتقان ما يجعلها تطبق باطمئنان وثقة لحل المسائل الجديدة التي تنشأ كل يوم بخصوص الاعتراف بالحقوق خارج الاقليم الذي تولدت فيه . واذا كان من الممكن التسليم بانه ، في بعض المواد القانونية ، كالعقود Law of contract مثلاً ، التي قد بحثت بحثاً تاماً ووضعت اصول التشريع فيها في انجلترا بمقتضى الاحكام القضائية السائرة على وتيرة واحدة ردحاً طويلاً من الزمن ، يصح ان توضع قواعد رئيسية تشمل الموضوع برمته ، فان ذلك يكون مستحيلاً اذا كان الامر متعلقاً بجميع مواد القانون الدولي الخاص المعتبرة في المحاكم الانجليزية . اذ قواعد هذا القانون حديثة العهد ( في انجلترا ) وهي معرضة للتغير والتوسع وبينما يصح القول بان بعض القواعد المنفردة تعتبر ثابتة الاساس الآن ، فان كثيراً من النقاط الاساسية

تقدير مبادئ  
دايسى عند  
نفسه

(٥) قارى سومير ١ ص ١٥٤—١٨٣ ويلاحظ ان رد المؤلف هو على المقالات التي كان بييه قد كتبها قبل ان يضع كتابه المشهور في مبادئ القانون الدولي الخاص ، والمقالات منشورة في كلونه سنة ١٨٩٤ ص ٤١٧ و ٧١١ وسنة ١٨٩٥ ص ٢٤١ و ٥٠٠

المبنى عليها النظام نفسه لم تصل بعد الى درجة ثابتة من التحديد ولا تزال موضع الخلاف . ولا بد من ملاحظة ان كثيرا من القواعد المقررة فى الكتب الدراسية وفى الاحكام نفسها قد يكون ارتكازها على اساس ضيق جداً من الاحكام الثابتة <sup>(١)</sup> rest on a very narrow basis of precedent وان ما تحكم به المحاكم فى بعض الاحوال قد لا يتفق تماما مع ماهو ظاهر تقريره فى احكام موثوق بوجوب احترامها

« ومع ذلك فان هذه المبادئ العمومية ( التى اوردها دايلى ) لها وصف ظاهر وقيمة ذاتية خاصة . اذ هى عموميات ضرورية أوحى بها احكام المحاكم بعد ان ووجهت بحجثيات الاحكام والنظريات العلمية التى قررها علماء القانون الدولى الخاص الذين يصح الاعتماد على رأيهم ونظرهم مثل ستورى ووستليك وسافيني . وهذه العموميات تبين الاساس الذى يمكن ان تبنى عليه من الوجهة المنطقية ، الاحكام التى صدرت من القضاء ونشرت فى المجموعات ؛ هى مبادئ ترمى المحاكم تدريجيا الى تقريرها وتحقيقها فانه لا يمر شهر واحد الا وتصدر فيه احكام يظهر منها النفوذ المتزايد للنزعة السائدة فى جميع انحاء العالم المتمدين والقاضية بالاعتراف التام بآثار الحقوق التى اكتسبت تحت سلطان قانون اجنبى أو التى يجب النظر اليها من وجهة قانون اجنبى ولو من بعض الوجوه كذلك الحال بالنسبة لمبدأ نفاذ مفعول الاحكام test of effectiveness من حيث الاختصاص الدولى ( المبدأ الثالث العام ، بند ٢٦٣ ) حتى الاحوال الشاذة التى يهمل فيها تطبيق المبدأ العام لا يمكن ان تدرك الا اذا حصل الاقرار بالمبدأ لان النطاق الحقيقى للاستثناء لا يفهم تماما بدون معرفة القاعدة التى يشذ عنها وهذه المبادئ العامة تكشف الستار أمام

[٢٧٧] (١) مثال ذلك ما قرره العلماء قبل الحكم النهائى فى قضية كازداغلى وما قرره نفس قضاة أول وثانى درجة فى الموضوع وما أظهر خطأ مجلس اللوردات فى حكمة المنشور فى بند ٩٨

الطالب عن منظر عام لجميع مواضع القانون الدولي الخاص كما تحكم فيها المحاكم الانجليزية  
واذا كانت لا تعتبر وسيلة مباشرة لحل المسائل الجديدة في القانون الدولي الخاص  
فإنها تساعدنا على استقصاء كنه المسائل التي تحتاج الى الحل وهي تضع القارئ في  
الموقف الصحيح الذي به يقدر معنى وآثار مجموعة القواعد التي ينظم بها الاقرار  
بالحقوق خارج الاقليم الذي نشأت فيه (٢)

ولا يخلو من الفائدة أن نلاحظ هنا نقد پييه لدايسى في هذا الموضوع حيث  
يقول « اننا نأبى أن نسير مع دايسى حيث يريد أن يجعل هذه القاعدة — وهي  
احترام الحقوق المكتسبة — الاساس الوحيد للقانون الدولي الخاص : إن فكرة  
الاحترام الواجب للحقوق المكتسبة ، مع ما تنقيد به من القيود ، لا يمكن أن  
تكون أساساً لتبيان حالة الاجانب من الوجهة القانونية ولا هي بنافعة في حل تنازع  
القوانين وان لها لمجالاً خاصاً تطبق فيه ولكنه مجال واسع يستحق ان نمتدح  
من أجله المستر دايسى الذي استخلص هذه القاعدة وشرحها بالشكل الذي  
شرحها به »

نقد پييه لدايسى  
باطل

وذكر هذا النقد يكفي للحكم بأن پييه لم يقرأ ما قاله دايسى نفسه عن مبادئه  
وقيمتها ومكانتها من العلم

## الفصل الثالث

تنازع القوانين بشأن

### تكييف العلائق القانونية

٢٧٨ — ان التغالى فى التدقيق والتفكير فى مسائل القانون الدولى الخاص من شأنه — فى الظاهر على الاقل — أن يزيد فى الصعوبات التى تكتنف هذه المادة ويفتح أبواباً جديدة للشك فى موضوع مملوء بالمصاعب ومحاط بالاختلافات فى كل نقطة تقريباً . وآفة العلم الباحثون بحثاً سطحياً وآفة الحقيقة من يشتغلون ببيانها ولا يترشون ولا يثبتون عند ما يتبدى نورها فى الظهور بل ينهرون لأول قبس فيخطف النور أبصارهم فلا هم اهتدوا ولا هم تركوا غيرهم يسير فى سبيله من ذلك أنه فى الوقت الذى ابتدأ بعض المشرعين ومعهم بعض الحكومات يشعرون بضرورة توحيد قواعد القانون الدولى الخاص فى العالم المتمدين أو بالأقل ضرورة وضع مجموعة نصوص فى بعض مواضع فيه ( بند ٢٧ و ٢٨ ) ويعملون لذلك ، قام بعض رجال القانون يعلنون أن هذه الجهودات مقضى عليها بالفشل مقدماً . وعلى الخصوص هبّ المسيو بارتان الامتاز بجامعة ليون اذ ذاك وبجامعة باريس الآن ، يقول باستحالة الوصول الى ازالة تنازع القوانين ازالة نهائية وجعل هذه الدعوى عنواناً لسلسلة مقالات كتبها فى جورنال كلونيه فى سنة ١٨٩٧<sup>(١)</sup>

وأطلق على أفكاره هذه اسم نظرية التكييف *Théorie des qualifications* ولم يسبقه فى البحث فى موضوع التكييف الا عالم ألماني اسمه فرانتز كاهن *Frantz*

[٢٧٨] (١) كلونيه ١٨٩٧ ص ٢٢٥ و ٤٦٦ و ٧٢٠ وقد جمع هذه المقالات الثلاث فى كتابه المشار اليه فى ص ٧ هنا وكتب فيه عن مسائل اخرى وقد رد الامتاز دسپانييه عليها فى مقالة نشرها فى كلونيه ١٨٩٨ ص ٢٥٣



Kahn كتب في الموضوع ذاته في سنة ١٨٩١<sup>(٢)</sup> وقد عارض الاستاذ دسپانييه المقالات المذكورة بمقالة بدیعة متينة نشرت في كلونيه أيضاً<sup>(٣)</sup> رد فيها مزاعم بارتان وبين وجه الصواب في كثير من المسائل

أما معنى التكييف فقد مر في بند ٥٤ والمراد به على وجه العموم ، الاوصاف والتعاريف والتقسيمات القانونية المختلفة التي قد تنصب على الاشخاص والاشياء والحقوق والنظامات Institutions القانونية على العموم والصلات أو العلاقات Rapports القانونية على الخصوص<sup>(٤)</sup>

أراد بارتان ان يثبت انه لا فائدة من توحيد قواعد القانون الدولي الخاص لانها ، بفرض الوصول الى توحيدها ، لا ينتج عنها اتحاد في الحلول في جميع القوانين وذلك نظراً لاختلاف الاوصاف في القوانين المختلفة فما يكون عملاً تجارياً هنا يصح ان يكون عملاً مدنياً في جهة أخرى وما يكون متعلقاً بالشكل في بلد يصح أن يكون متعلقاً بالاهلية أو عدم الاهلية في بلد آخر وما يكون هبة هنا قد يكون وصية هناك وما يكون بيعاً في جهة قد يكون اجارة أو هبة في جهة أخرى وما يكون منقولاً في قانون قد يكون عقاراً في قانون آخر . وقد يختلف الحل في قانون الفاضى المطلوب منه الحكم ، بحسب الاختلاف في تكييف الموضوع الذي أمامه . وهذه الملاحظات صحيحة من حيث وجود الاختلاف ومع ذلك فلا بد من التنويه هنا بانه في مادة القانون التجارى البرى والبحرى وفي القانون الجنائى وفي كثير من مواطن القانون المدنى يوجد تشابه كبير قد يصل الى حد التطابق في كثير من الاحوال في أغلب

(٢) ونشر مقالة في مجلة المانية تسمى Iherings Jahrbücher مجلد ١٨ سنة ١٨٩١ ص ٥٥ ، وأشار اليه بارتان وقال انه لم يكن قد اطلع عليه وقت ان كتب مقالته في سنة ١٨٩٧

(٣) كلونيه ١٨٩٨ ص ٢٥٣ — ٢٧٣

(٤) لم يحدد تماماً للآن ما يجب ان يقتصر عليه التكييف ولذلك فقد توسع البعض في فكرته حتى ادخلوا فيها كل شيء فضاع بذلك قدر النظرية واصبحت غير منتجة نتيجة ظاهرة بل اصبحت بذلك نظرية خطيرة ( بند ٢٨٤ )

بلاد العالم المتمددين . وفي المواد الاخرى قد لا تختلف الاوصاف اختلافاً كبيراً<sup>(٥)</sup> بيد أنه بالرغم من هذه الحالة فهناك فروق لاحالة من بقائها نظراً لاختلاف القوانين في العالم وهناك أيضاً اختلاف كبير فيما يتعلق بمعرفة القانون الذي يجب أن يحكم الاوصاف أو يحصل بمقتضاه التكييف . هل يكون بمقتضى قانون القاضي الذي ينظر في القضية أم يجوز أن يكون بمقتضى أى قانون آخر وما هو ذلك القانون ؟ وقد ازدادت الشكوك وازداد الخلط في الموضوع بما يتكره بعض الكتاب من الافكار الغريبة التي قد تكون بعيدة عن الحقيقة وما يسيئون به الى العلم من التطلع الى التعميم لوضع قواعد تكاد تكون حسابية أو جبرية في مادة يجب أن يكون الحكم فيها مقتصرأ على الصعوبات الموجودة دون أن يتعداها الى ما لا شك فيه

٢٧٩ - يرى الاستاذ أرمانجون أن التكييف بجميع أنواعه ومهما كان رأى أرمانجون

موضوعه<sup>(١)</sup> هو من أمر قانون القاضي وحده دون أى قانون آخر . ومادة التكييف في نظره مادة خارجة عن نطاق القانون الدولي الخاص بمعنى أنها لا تخضع لحكم أى قانون أجنبي بل تخضع لقانون القاضي دون غيره ويجب أن تفصل عن قواعد القانون الدولي الخاص بل ان قواعد التكييف هي التي تحكم قواعد القانون الدولي الخاص بمعنى أن هذه القواعد تتوقف على التكييف الذي يجب أن يحصل قبل البحث في قواعد القانون الدولي الخاص<sup>(٢)</sup> وحجته في ذلك أن طبيعة الامور

(٥) وعلى التخصيص تكاد تقاسم المسائل القانونية الى طوائف من أجل معرفة القانون الذي يناسب طبيعتها ، تكون واحدة في كل القوانين والنظريات ، وهي تدور حول أحوال شخصية وأحوال عينية واردة المتعاقدين وشكل التصرفات الاختيارية وهذه هي وحدها النقطة الجوهرية في نظرنا ( بند ٢٨٤ )

[٢٧٩] (١) التعميم هنا خطر جدا لانه يدخل كل وصف قانوني للأشخاص أو الاشياء أو الحقوق أو الدعاوى أو العلائق القانونية ضمن قواعد التكييف وهذا ما جعل نظريته غير صحيحة لان نظرية التكييف يجب أن تقتصر على العلائق القانونية كما يتبين في بند ٢٨٤

(٢) أرمانجون ، طبيعة قواعد القانون الدولي الخاص الى آخره ص ٣١ - ٣٢

وص ٣٤ - ٤٢ والمقالة المشار اليها في حاشية ٤ بعد

( الدولي - ٣٦ )

هى التى تملى الحل المذكور أولاً لأنه يجب أن تكون التعاريف والافصاف واحدة للأمر الواحد فى القانون الواحد . وثانياً لأن الركون فى هذه المسائل الى أى قانون غير قانون القاضى يجعل هذا ناقص السلطان ويهدم كيان قانون القاضى . وقد ضرب لنا مثلاً القاعدة المقررة فى القانون الانجليزى وهى أن التوريث فى المنقولات يكون بحسب قانون موطن المالك وقت الوفاة ( دايلى قاعدة ١٩٣ ص ٧١٦ ) فقال ان الحل يختلف بحسب المعنى الذى يعطى للفظ التوريث ولللفظ المنقولات ولللفظ الموطن وقال هل يعقل أن محكمة فرنسية تفسر هذه الالفاظ بغير ما نصت عليه المواد ١٠٢ و ١١٢ و ٥٢٧ و ٥٣٧ و ٧١٨ و ٩٣١ من القانون المدنى الفرنسى وما هى الاسباب التى يرتكن عليها فى تفضيل أى قانون آخر عليه فى هذا الموضوع؟<sup>(٣)</sup>

ويقول الامتاذ أرمانجون فى مقالة حديثة<sup>(٤)</sup> كيف يمكن معرفة القانون الذى يطبق على العلاقة القانونية إلا اذا عرفت أولاً طبيعة هذه العلاقة ؟ يجب حتماً أن يحصل التكييف قبل البحث عن القانون الذى سيحكم العلاقة La qualification doit nécessairement précéder le rattachement<sup>(٥)</sup>

٢٨٠ — ورأى الامتاذ بارتان واضع نظرية التكييف فى فرنسا وجوب التمييز بين أحوال مختلفة وهى

أولاً : حالة كون قانون القاضى أحد القوانين التى تتنازع تكييف العلاقة القانونية وقد قرر فى هذه الحالة وجوب اجراء التكييف بمقتضى قانون القاضى اللهم

(٣) أرمانجون ، طبيعة قواعد القانون الدولى الخاص الى آخره ص ٣٧ — ولقد اخطأ هنا أرمانجون خطأ فاحشاً بادخاله مسائل تفسير القانون ضمن مسائل تكييف العلاقات القانونية وأراد ان يثبت أمراً لا شك فيه عند أحد ولكن الخطأ الذى لا يغتفر هو ادخال هذا الامر ضمن نظرية التكييف ومحاولة حلها بالحكم عليها بسبب مواضع ليست منها — راجع بند ٢٨٤

(٤) نشرت فى مجلة القانون الدولى ومقارنة الشرائع سنة ١٩٢٣ عدد ٢ و ٣ ص ٢٧٢ — ٢٩٠ وعلى الخصوص ص ٢٨٠  
(٥) راجع الرد على ذلك فى بند ٢٨٤

الا في حالة واحدة وهي حالة الاختلاف على « المال » هل هو منقول أو عقار  
قرر أن يكون تكييفه طبقاً لقانون محل وجوده<sup>(١)</sup>

ثانياً : حالة كون القانونين المتنازعين أجنبيين وقد مال بارتان هنا الى اجراء  
التكييف بمقتضى قانون القاضى بشرط اتفاه مع أحد القانونين الاجنبيين في  
التكييف<sup>(٢)</sup> وهنا تبدأ نظريته في التدهور حيث يقول ان هذا الحل يجب العمل  
به حتى في حالة كون التكييف بمقتضى قانون القاضى غير متفق مع التكييف الذى  
يقول به أحد القانونين الاجنبيين

ثالثاً : حالة كون المادة المختلف على تكييفها داخلية في دائرة اتفاق المتعاقدين  
أى داخلية في التعاقد فيرى بارتان أن يكون تكييفها طبقاً للقانون الذى اختاره  
الخصوم وذلك بناء على نظرية حكم ارادة المتعاقدين<sup>(٣)</sup>

٢٨١ - ويرى العلامة المحقق قاليرى أن فى الامر مغالاة وأن جميع رأى قاليرى  
المصاعب التى تنشأ عن الاختلاف فى التكييف يجب أن نحل بتطبيق القواعد  
المقررة لحل النزاع فى المسائل الاخرى<sup>(١)</sup>

٢٨٢ - ورأى العلامة دسپانييه ، رداً على آراء بارتان فى مقالة نشرت فى  
كلونيه سنة ١٨٩٨ ( ص ٢٥٣ ، ) ان أساس آراء بارتان مبنى على خطأ فى

[٢٨٠] (١) بارتان ايضا يجعل مسألة التكييف طامة شاملة لكل شىء. ولذلك يستثنى بعض  
المسائل مع انها خارجة عن ميدان التكييف بحكم الاصطلاح الذى يقصره على تكييف العلائق  
القانونية لتعطى الحكم الذى يلائمها وهو اما الحكم بقانون القاضى واما الحكم بقانون آخر  
حسب ما يتبين من البحث. أما معرفة طبيعة المال فخارجة عن نظرية التكييف

(٢) قارن هذه الفكرة القريبة بما يشابهها فى التنازع على الجنسية ، بند ١٢٩ هنا  
وراجع الرد عليها فى بند ٢٨٤

(٣) بارتان ، ص ١ - ٨٢ ، وهذا أيضا يثبت ما نرمى الى اثباته من ان التكييف  
فى العلائق القانونية لا يكون بمقتضى قانون القاضى مطلقاً بل بمقتضى القانون الذى يحكم العلاقة  
راجع بند ٢٨٤

[٢٨١] (١) وهذا رأى قد ورد فى حاشية ٢ على بند ٣٧٩ من كتابه ص ٥٠١ ، وهذا  
الرأى هو رأى الصحيح وهو يشعر بأن المؤلف العظيم لم يعر هذه النظرية ادنى التفات لانها  
لم تؤثر عنده مطلقاً على صحة الحلول التى يراها علماء القانون الدولى الموثوق برأيهم



التفكير وخطأ في المبدأ وخلط بين أمور متعددة جمعت في صعيد واحد ما كان ينبغي أن تعرض فيه جملة واحدة. رأى دسپانويه وجوب استبعاد تكييف « الأشياء » من المناقشة لأن تقسيم الاموال وتحديد طبيعتها المنقولة أو العقارية وكونها قابلة للتجارة فيها أو غير قابلة : كل ذلك من الأمور المتعلقة بالنظام العام في البلد الذي توجد فيه الأشياء نظراً لما لعلاقتها المتينة بالمصالح الاقتصادية والمالية لكل حكومة فيجب أن يحكمها قانون البلد الذي توجد فيه وقت الحكم بخصوصها

كذلك رأى وجوب استبعاد تكييف « الدعاوى » فان معرفة كون الدعوى مدنية أو تجارية مثلاً أمر من الأمور التي لا يمكن أن يكون الحكم فيها لغير قانون القاضى الذى ترفع أمامه تلك الدعاوى ولا يتصور أن يحصل نزاع في هذا الموضوع ولذلك كان من الضروري قصر مسائل التكييف على ما يسمى بالعلائق القانونية *les rapports juridiques* وهنا قرر دسپانويه أنه من الخطأ أن يكون التكييف فيها بحسب قانون القاضى وانه يجب ان يكون التكييف دائماً بحسب القانون المقرر تطبيقه على العلاقة القانونية المختصة وذلك لأنه اذا رأى القاضى تطبيق قانون أجنبي على العلاقة المطروحة أمامه ، سواء كان رأيه مبنياً على نص صريح في قانونه أو على القواعد العامة المقررة في القانون الدولي الخاص ، فان معنى ذلك انه يريد تطبيق ذلك القانون الاجنبى ضمن الحدود التي ينظم بها تلك العلاقة <sup>(١)</sup> وأول ما يلفت نظر المشرع وأول ما يحدده هو طبيعة العلائق التي

[٢٨٢] (١) وقد جاء في كتاب دسپانويه ( الطبعة الخامسة المنقحة والمكبرة بواسطة الاستاذ « بك » ص ٣٥٣ ) انه يستثنى من ذلك الحكم حالة ما اذا كان التكييف يحس النظام العام المقرر في بلد القاضى فانه يجب ان يحصل التكييف في هذه الحالة طبقاً لقانون القاضى وضرب مثلاً بوصف الشيء هل هو منقول او عقار والعلائق القانونية التي تتصل بالشيء . وهذا المثل غير صحيح وغير منسجم مع نظرية دسپانويه نفسه كما رواها في كلونه سنة ١٨٩٨ ولذلك يجب علينا ان نترك مسؤولية هذا المثل على طاقى المنقح أما المؤلف فانه يقرر في مقالته انه لا يرى من مسائل التكييف في العلاقات القانونية ما هو متعلق بالنظام العام وهذا صحيح وسيتضح من ملاحظتنا في بند ٢٨٤



يفكر فيها وينظمها او بتعبير آخر هو تكييف تلك العلاقات فاذا لم يلتفت الى حكمه في هذا الموضوع فان معنى ذلك عدم تطبيق القانون الذي تقرر اخضاع العلاقة القانونية الى حكمه . مثلاً اذا كان القانون الوطني لشخص ما ، ينص على ان شرطاً من الشروط يعتبر واجباً للاهلية *capacité* أفيظن القاضي أنه يطبق ذلك القانون الواجب تطبيقه على أهلية الخصوم اذا كان يعتبره من الشروط الشكلية لا من الشروط اللازمة للأهلية<sup>(٢)</sup> كلا فان ذلك انتهاك لحرمة في مبدئه الاساسي . اذ الامر للجوهوي والذي ترتب عليه النتائج النهائية هو التكييف الذي يقرر للعلاقة القانونية ، ويتم الوقوع في التناقض متى أوجب القاضي حصول التكييف بمقتضى قانونه هو في الوقت الذي يرى فيه وجوب تطبيق القانون الاجنبي<sup>(٣)</sup>

(٢) مثال ذلك : القانون الفرنسي يتطلب لصحة الزواج الحصول على رضا الوالدين ويجعل الابن غير قادر على الزواج قبل الخامسة والعشرين والبنات غير قادرة على الزواج قبل الواحدة والعشرين الا اذا رضى الوالدان أو رضى الوالد بالاقبل ( ١٤٨ مدني فرنسي ) فاذا لم يمكن الحصول على الرضا فلا يصح الزواج الا بعد مرور شهر من بعد اعلان رسمي بطلب الرضا . وهذه الشروط معتبرة من الشروط اللازمة للاهلية للزواج . أما في إنجلترا فان هذه المسائل تعتبر شكلية ولذلك يصح زواج الفرنسيين في إنجلترا بدون الرضا اللازم من الوالدين مادام ان الزواج يكون صحيحاً في إنجلترا بدون رضا الوالدين فيعتبر زواج الفرنسيين فيها صحيحاً رغم كون القانون الفرنسي يعتبر المسألة من مسائل الاهلية له ومادام القانون الانجليزي يعتبر زواج الفرنسيين خاضعاً للقانون الفرنسي فكان يجب ان يحصل تكييف هذه النقطة بمقتضى القانون الفرنسي فاذا قال القاضي الانجليزي بان قانونه يجعل الشروط شكلية فكأنه لم يتبع القانون الفرنسي حيث قرر وجوب اتباعه للحكم في صحة الزواج : راجع دايس ص ٦٦٤ ، وهنا بند ٣٧٦

(٣) مثال آخر ذكره بارتان وتناقضه المؤلفات : المادة ٩٩٢ من قانون هولاندا تمنع الهولانديين في الخارج من عمل الوصية بخط يد الموصي *en la forme olographe* ( قارن مادة ٩٧٠ مدني فرنسي التي تجيزها متى كانت مكتوبة كلها ومؤرخة وممضاة بخط يده ) وهذا يعتبر قيداً على حريةهم فلا تكون وصيتهم صحيحة بهذا الشكل ، بعكس القانون الفرنسي فانه يجعل الوصية صحيحة متى كانت كذلك طبقاً لقانون البلد الذي عملت فيه فاذا اعتبرها القاضي الفرنسي صحيحة لكونها صحيحة طبقاً لقانون البلد الذي عملت فيه ، وهي باطلة بحكم قانون هولاندا الذي يمنع الايصاء على الشكل المتقدم فقد خالف هذا القانون في الوقت الذي يجب عليه ان يحكم بمقتضاه ، طبقاً للقانون الفرنسي نفسه الذي يجعل الحكم في الوصية من أمر قانون جنسية الموصي

رأى يديه

٢٨٣ - ويتلخص رأى دسپانييه حينئذ في وجوب اجراء التكييف القانوني طبقا للقانون المقرر تطبيقه على العلاقة القانونية نفسها دون قانون القاضى ويرى الاستاذ يديه ان موضوع التكييف هو من الحجج النيرة التى تقوم ضد فكرة توحيد قواعد القانون الدولى الخاص ومع ذلك فهو يقرر أولا انه لا يحاول حل المشكلات التى تنشأ عن اختلاف التكييف فى القوانين المختلفة لانها فى نظره غير قابلة للحل *Nous les regardons comme insolubles* (١) وثانيا ان هذه الاختلافات ليست عديدة وانها لن تقف حجر عثرة فى سبيل توحيد القواعد ولكنها تذكرنا دائما بانه مهما توحدت فان تطبيقها لا يخلو من الاختلاف وهنا نجد للاستاذ افكاراً نيرة حقيقة فانه يقول « اذا أردنا ان نقرر احكاما سديدة فى جميع الاحوال التى تنشأ فيها مسائل خاصة باختلاف التكييف فيكون من الواجب حصر هذه المسائل وقصرها على الاحوال المقر فيها بوجود اختلاف ثابت فى تكييف نظام واحد فى بلدين مختلفين . وهذا ما لم يقم به بارتان ولذلك يجب عدم الخلط بين الاحوال المذكورة وبين الاختلاف الذى يوجد فى تشريعين معينين بخصوص تكييف شيء معين . اذ يكفى فى أغلب الاحيان الرجوع الى قواعد القانون الدولى الخاص لمعرفة الحل الصحيح . انهم يضر بون لنا مثلاً باختلاف وصف شيء معين فى بلاد مختلفة بعضها يجعله منقولا وبعضها يجعله عقاراً . فهذه النقطة عارية عن الصعوبة من حيث معرفة القاعدة الخاصة بها فى القانون الدولى الخاص . اذ من المقرر المتفق عليه ان قانون موقع الشيء هو الذى يحكم فى هل هو منقول أو عقار . ويصح ان يحصل - وان كان الامر نادرا - ان يعتبر الشيء الواحد الذى ينقل من جهة الى اخرى ، منقولا فى جهة وعقاراً فى الجهة الاخرى .

[٢٨٣] (١) هذا رأيه أيضاً فى مسائل أخرى مثلاً ما ذكرناه له فى بند ١٣٩ هنا بخصوص تنازع الجلسيات ، وقد أخذ عنه هذا رأى كاتب آخر اسمه دونديو دو قارب فى مقالة نشرت فى كلوينة سنة ١٩٠٥ ص ٥٩٦ وهو متشبع بأراء يديه كثيراً

فيتغير الحكم على وصفه باعتبار الجهة التي يوجد فيها ولكن هذا لا مساس له مطلقاً بمعرفة النظام الذي يخضع اليه في وقت معين ولذلك يكون من المفيد ملاحظة أن تطبيق قاعدة ثابتة في القانون الدولي الخاص يكون كافياً لحل الخلاف الذي يمكن ان ينشأ بخصوص اختلاف التكييف . وبناء على ذلك يقصر بيده الصعوبة على الاحوال التي يوجد فيها اختلاف حقيقي في طبيعة الوصف الذي يلحق نظاماً قانوناً معيناً وفي هذه الحالة يقرر عدم وجود حل للمسألة

النظرية  
الصحيحة

٢٨٤ — ملاحظتنا الخاصة : يجب قبل البحث في الموضوع تعيين نطاق المسائل التي يشملها التكييف حتى يكون الحكم صحيحاً ومنزهاً عن التعميم الذي يوقع في الخطأ . يجب ان يستبعد من الموضوع كل ما يتعلق بوصف الاشخاص والاشياء والحقوق والدعاوى وكذلك تفسير النصوص القانونية

فان هذا كله خارج بطبيعته عن حكم القانون الدولي الخاص ولا اتصال له بنظرية التكييف القانوني التي يجب ان تقتصر على العلاقات القانونية المطروحة للحكم امام المحكمة . ان تفسير قانون القاضى لا يكون الا بحسب أصول ذلك القانون ولا يتصور ان يحصل خلاف في ذلك . ان وصف الدعاوى لا يكون الا بحسب قانون القاضى حتى يتسنى له معرفة ما اذا كانت من اختصاصه أم لا وحتى يعرف القواعد الخاصة بها . كذلك وصف أو أسماء الحقوق التي يدخل نظرها في اختصاصه . أما وصف المال باعتباره كائناً وجوداً في جهة معينة وداخلاً في دائرة اختصاص قانون معين فلا يكون الا طبقاً لقانون الجهة التي هو موجود بها فعلا وقت قيام النزاع بخصوصه امام محكمة معينة ( بند ٣٨٨ ) . كذلك وصف الاشخاص انما يكون بحسب القانون الذي يرشدنا قانون القاضى الى تطبيقه . فلم يبق الا تكييف العلاقات القانونية le rapports juridiques وهذا يجب حتماً ان يحصل طبقاً للقانون الذي يرشدنا قانون القاضى الى تطبيقه أيضاً ولكنه لا يكون طبقاً للتكييف الموجود فعلاً في قانون القاضى ومواءم اتفاق القانونان في التكييف أم

اختلفا وسواء وجد قانونان أجنيان يتنازع كل منهما الحكم في العلاقة القانونية أو لم يكن الا قانون أجني واحد يأمر بتطبيقه قانون القاضي . أما هذا القانون فليس له شأن مطلقاً في تكييف العلاقات القانونية التي سيكون الحكم فيها بمقتضى قانون أجني وذلك : —

أولاً : لجواز أن تكون العلاقة القانونية غير معروفة في قانون القاضي كما لو طالبت امرأة مسلمة بظهرها أمام محكمة فرنسية فان المهر ليس معروفاً في القانون الفرنسي وثانياً : لجواز أن تكون العلاقة القانونية ليست مطابقة للعلائق الاخرى المشابهة لها في قانونه والحكم في هذا يكون من باب أولى بالنسبة للحالة السابقة كما اذا طلبت امرأة تونسية مسلمة الحكم لها بالطلاق من قنصلية فرنسية في مصر بعد أن أوقعه الزوج وانكره فان الطلاق في فرنسا لا يحصل بالقبول ولكنه دعوى تسير باجراءات مخصوصة ولا تقبل الا لاسباب مخصوصة ولا يحصل الطلاق الا بمقتضى الحكم الذي ينشئه ولا بد من تسجيله بعد ذلك حتى ينتج نتيجه النهائية

وثالثاً : لانه متى أوجب قانون القاضي ان يكون الحل طبقاً لقانون أجني معين فيجب ان يكون تحديد العلاقة القانونية من أمر هذا القانون الاجنبي لانه هو الذي سيحكم ولا يتصور مطلقاً ان يترك الحكم للقانون الاجنبي ولا يترك تكييف الوقائع المراد تطبيق القانون عليها لهذا القانون . خذ مثل الطلاق المتقدم . اذا تكون الحال لو حصل تكييف الامر المدعى به ، طبقاً لقانون القنصلية الفرنسية ؟ ان قول الرجل للمرأة « أنت طالق » لا يكون له في القانون الفرنسي أى أثر في الطلاق ولا يعتبر على الاكثر الا اهانة للزوجة ولكنه لا يترتب عليه وقوع الطلاق بالفعل واصدار حكم بحصوله . ان تكييف العلاقة القانونية لا يمكن ان يكون بغير القانون الذي سيحكم هذه العلاقة ( قارن المبدأ الخامس لدایسی ، بند ٢٦٦ هنا )

ولكن يقولون كيف الوصول الى معرفة القانون الذي سيحكم العلاقة اذا لم يحصل تكييفها مقدماً وكيف يتسنى للقاضي ان يكيف بمقتضى قانون غير قانونه



لأنه سيسترشد بقانونه لمعرفة القانون الواجب تطبيقه فكيف يسترشد ؟

وهذا سؤال في منتهى الوجاهة ولكنه مبنى على خلط كبير جداً قائم في  
 أذهان من وضعوه<sup>(١)</sup> ظنوا أن التكييف هو الموصل لمعرفة القانون الذي سيطبق  
 وهذا هو موطن الخطأ . ويصح أن يكون موطن الاصطلاح ولكنه الآن لم يكن .  
 وإذا كان غرضهم أن يكون التكييف هو الموصل لمعرفة القانون فما أقل حظهم  
 إذ قد خابهم البيان . وإذا كان التكييف هو الموصل لمعرفة القانون الذي سيطبق  
 فلا يختلف اثنان في أنه يكون بحسب قانون القاضى ولكن ماذا عسى أن يكون  
 مداه ؟ هل يكون تكييفاً قانونياً دقيقاً موثقاً للحكم الموضوعى مباشرة في العلاقة  
 القانونية المطروحة ؟ إذاً لكان القانون الدولى الخاص معدوم الوجود بالكلية لأنه  
 لا فائدة من القول مطلقاً بوجوده متى كان القاضى سيحكم دائماً وفي كل الاحوال  
 بمقتضى قانونه هو ( بند ١٧ ) والتكييف القانونى الدقيق بمقتضى قانون القاضى  
 ينتج حتماً حكماً قانونياً مستمداً من قانون القاضى والا فلا معنى مطلقاً للتكييف  
 القانونى الدقيق بمقتضى قانون القاضى اذا كان الحكم فى الموضوع سيحصل بمقتضى  
 قانون آخر ؛ ان الامر على عكس ذلك فى مسائل القانون الدولى الخاص

ان التكييف الذى يكون بمقتضى قانون القاضى هو ، طبقاً لنظريةنا الشخصية  
 التكييف المبدئى Qualification préliminaire أو التكييف الاجمالى  
 Grosso modo : هو وضع العلاقة القانونية فى دائرة قاعدة من القواعد التى قررها  
 القانون الدولى الخاص المعمول به عند القاضى . ومتى عرفنا بذلك أن العلاقة القانونية  
 يحكمها بناء على هذا التكييف المبدئى ، قانون جنسية المتوفى مثلاً فننتقل الى هذا  
 القانون ومنه نطلب التكييف القانونى الدقيق للعلاقة القانونية المطروحة أمام القاضى

[٢٨٤] (١) وضعه الاستاذ ارمانجون وكان محور حججه ، وذكره فى كتابه « طبيعة القانون  
 الدولى الخاص » ص ٣٨ ، وفى المقالة الحديثة التى نشرها فى مجلة القانون الدولى ومقارنة  
 الشرائع سنة ١٩٢٣ ص ٢٨٠ ولكن الذى أوقعه فيه هو بارتان كما سيتضح من حاشية ٥ الآتية  
 ( الدولى — ٣٧ )



ومنه نطلب الحكم في هذه العلاقة

وعلی ذلك يكون التكييف المبدئي هو البحث عن طبيعة العلاقة القانونية  
التكييف المبدئي وحده يكون  
القانون القاضي الذي أشار به سافيني ودسپانييه وقاليري وغيرهم وهو البحث المؤدى الى وضع  
العلاقة في دائرة القواعد المقررة للقانون الدولي الخاص المعلومة في قانون القاضي .

(٢) la répartition des rapports de droit en telles ou telles catégories.

فالمسألة هنا هي البحث عن الطائفة التي تدخل فيها العلاقة القانونية مثل الاحوال  
الشخصية ، أو التعهدات الاختيارية أو صحة العمل القانوني من حيث شكله ،  
أو انشاء حقوق عينية على عقار معين أو غير ذلك من الامور المحصورة في القانون

الدولي الخاص (٣) وليست مسألة تكييف قانوني دقيق لان هذا لا يمكن أن يحصل  
التكييف الدقيق يكون بالقانون  
الذي يحكمه الا طبقاً للقانون الذي أشار به قانون القاضي  
العلاقة

ونظريتنا هذه انما تفسر الطريق التي سلكها للآن علماء القانون الدولي

الخاص الموثوق بنظرهم (٤) وهي الطريقة التي جرى عليها العمل من قديم الزمان  
الى يومنا هذا ولم يكن ثمة صعوبة في ادراكها بل كان المفروض دائماً أنها مقبولة  
ومفهومة ولا شك فيها ولم يلق عليها ستاراً من الظلام الا ما تمثل لبارتان ومن بعده  
لارمانجون من الارتباك والشك في فهم الامور على حقيقتها ومحاولتهما ايجاد نظرية  
عامة للتكييف اتقلوا بها كاهل علماء القانون الدولي والقوا الشك حيث كان يجب  
أن يساعدوا على بيان الهدى أو يبشحوا ويفكروا أو يصمتوا حتى تنضح لهم السبيل (٥)

(٢) فارن دسپانييه في كلونييه ١٨٩٨ ص ٢٦٣ وراجع هنا حاشية ٥ بند ٢٧٨

(٣) يلاحظ ان هذه الطوائف محصورة ويدخل تحت كل منها مسائل لا حصر لها  
فارن مادة ٤ مدني مختلط قالمهم هو ادخال العلاقة القانونية تحت المادة برمتها وبكل ما فيها من  
مسائل فهذا امر يتعلق بطبيعة العلاقة وليس تكليفاً الا من وجهة مبدئية محضة فاذا ما اعتبرت  
العلاقة من الاحوال الشخصية فيكفيها قانون الاحوال الشخصية ويعطيها الحكم اللازم

(٤) اخذ عنا ، من كتابنا الانجليزي ، الاستاذ ارمانجون هذا الشرح في مقالته  
الاخيرة المشار اليها في بند ٢٨٤ حاشية ١ ولم يقل انه اخذنا عنا وقد أظهر عدم رضاه عنه واعتبره  
شرحاً مزدوجاً للمسألة وغير منطقي وانه يستحق نقد الرأيين المختلفين مما وقد قاته ان رأبي  
يفسر له ما حار فيه ، وبدون رأبي هذا لا يمكنه ان يثبت صحة ما يدعى

(٥) أول من قاد الى الخطأ هو لبارتان فاته ظن ان الطبيعة التي ينشدها سافيني

والخلاصة أن التكييف المبدئي يكون بواسطة قانون القاضي ليدخل به العلاقة خلاصة البحث تحت قاعدة من قواعد القانون الدولي المعمول بها في قانونه ومتى علم له القانون الاجنبي الذي يطبق فإن التكييف القانوني الدقيق يكون بمقتضى القانون الذي يحكم العلاقة ولا شأن فيه لقانون القاضي بوجه من الوجوه

ويلاحظ أنه قد يحصل الخلاف على القانون الذي يحكم العلاقة هل هو القانون الاجنبي أم هو قانون القاضي . فهذا الخلاف لا شأن فيه للتكييف ومتى تقرر أن يكون الحكم للقانون الاجنبي كان التكييف للقانون الاجنبي أيضاً ومتى يقرر أن يكون الحكم لقانون القاضي دون القانون الاجنبي كان التكييف لقانون

( بند ٢٤٢ ) هي الطبيعة القانونية الدقيقة أو التكييف القانوني للعلاقة القانونية — ذكر الدفاع عن رأى ذلك منتقداً سائيني ، في كتابه ص ٧٦ ثم ذكر فيه ذلك أيضاً في حاشية حيث قال اولاً : سائيني

C'est là pour le dire en passant, que se trouve le point faible dans la formule célèbre de Savigny, la détermination de la loi applicable à un rapport de droit dépend en fin de compte de la nature juridique de ce rapport.

وقال في الحاشية La détermination de la loi applicable à un rapport de droit dépend, pour Savigny, du siège de ce rapport, dont la détermination dépend elle-même de la nature de ce rapport.

وقد كان وضع لفظ « القانوني » Juridique بعد لفظ التكييف هو أساس الخطأ وهذا ما جعلني شخصياً انتقد فأيس في بند ٢٧٥ حيث كان يعرض باراء العالم العظيم سائيني . وهذه الفلطة قد ابتكرها بارتان لعدم فهمه رأى سائيني فاراد ان يكمل الفاظ سائيني حتى يرفع شأن نظريته الخاصة على حساب سائيني أو يظهر ان نظريته هي اوضح لما لم يستطع سائيني ان ياتي به . ان هذا الاستاذ الكبير لم يفكر مطلقاً في ان يجعل التكييف القانوني الدقيق من شأن قانون القاضي ولم يقل مطلقاً انه يبحث عن الطبيعة القانونية للعلاقة . ان نظريته برمتها ليست متصلة بمشروع معين حتى يتقيد بتكييف العلاقة القانونية بمقتضى قانون هذا المشروع ( قانون وستليك ص ٢٢ حيث يقول his whole system is not connected with a law-giver ) ان الطبيعة التي ينشد سائيني البحث عنها هي الطبيعة من الوجهة العامة أو من وجهة الطوائف العامة التي تدخل المسائل القانونية في دائرتها وليست الوصف القانوني الدقيق للعلاقة القانونية لان هذا من شأن القانون الذي سيحكم نهائياً في الموضوع لا من شأن قانون القاضي

القاضي لا باعتباره مفضلاً في التكيف على قانون اجنبي بل لأن قانون القاضي هو وحده الذي تقرر أن يحكم العلاقة القانونية فيحكمها من حيث التكيف كما يحكمها من حيث الموضوع

## الفصل الرابع

### نظرية الاحالة أو الرجوع

*Théorie du renvoi*

أو التنازع بشأن القانون المقرر وجوب تطبيقه

وضع السؤال ٢٨٥ — قد يظن ان كل الصعوبات لا محالة زائلة متى وصلنا الى معرفة القانون الواجب تطبيقه على العلاقة القانونية المطروحة للحكم أمام المحكمة ولكن هذا بالأسف ظن غير صحيح وذلك لأنه ، بعد ان يتقرر القانون الأجنبي الواجب تطبيقه ، يصح التساؤل من جديد عن هذا القانون وما المقصود به ؟ وذلك لان كل قانون يشتمل حتماً على نوعين من النصوص : الاول النصوص المادية أو القواعد المدينة أو المحلية أو الاقليمية : والثاني قواعد القانون الدولي الخاص في ذلك القانون فإذا ما علمنا بعد البحث والتدقيق ان القانون الواجب التطبيق في قضية ميراث عقارات كائنة في إيطاليا ، ومرفوعة أمام محكمة انجليزية ، ان القانون الواجب التطبيق هو القانون الايطالي باعتباره قانون موقع العقارات ، انفتح أمامنا باب جديد للتساؤل وهو بأي قاعدة من القانون الايطالي نأخذ ؟ نأخذ بقواعد التوريث المعتادة التي ترشدنا الى بيان الورثة ونصيب كل واحد منهم أم نأخذ بتلك القاعدة الأخرى التي وضعها القانون الايطالي في مادة ٨ حيث قل ان التوريث يكون بحسب قانون جنسية الميت بصرف النظر عن طبيعة المال المتروك والبلاد التي يوجد

وضع السؤال

مثال أول

فيها . اذا اخذنا بقواعد التوريث المعتادة طبقناها على القضية وانتهى كل شيء الجواب الصحيح بذلك وهذا هو في نظرنا الرأي الصحيح أما اذا أخذنا بالقاعدة الواردة في المادة ٨ فانها « تحيل » على قانون جنسية الميت ولا تعطى حلاً إيجابياً وهذه « الاحالة » الجواب الباطل Renvoi هي المقصودة في هذا الفصل فاذا ما طوحت بنا « الاحالة » الى القانون البريطاني ( الانجليزى هنا ، بند ٢٩٦ مكرراً ) أخذنا منه قواعد التوريث وطبقناها على القضية ويقول محبذو نظرية الاحالة انه في الحالة الاولى يكون القاضى الانجليزى قد حكم بما لا يحكم به القاضى الايطالى اذا كانت القضية أمامه ، بعكسه في الحالة الثانية فانه يكون قد أصدر حكماً مطابقاً لما كان يحكم به القاضى الايطالى <sup>(١)</sup> ولكن يلاحظ أيضاً أن القاضى الانجليزى يكون قد خالف القاعدة الاساسية المقررة في القانون الانجليزى وهى أن التوريث فى العقارات يكون بحسب قانون موقعها . وإذا كانت العقارات مملوكة لاطالى فى انجلترا فانه ما كان يتردد فى الحكم بتوريثها طبقاً للقانون الانجليزى فكأنه يورث العقارات الانجليزية طبقاً للقانون الانجليزى ويورث العقارات الايطالية طبقاً للقانون الانجليزى ايضاً مع أن قواعد القانون الدولى المقررة فى انجلترا تقضى بأن يكون توريث العقارات الايطالية طبقاً للقانون الايطالى مثل آخر : انجليزى متوطن قانوناً فى فرنسا ، تكون أهليته طبقاً لقانون موطنه وهو فرنسا فاذا أراد القاضى الفرنسى أن يحكم فى أهليته طبقاً للقانون الانجليزى أيطبق عليه النصوص الانجليزية المتعلقة بالاهلية أم يطبق عليه قاعدة القانون الدولى الخاص المعروفة فى انجلترا وهى أن الحكم فى الاهلية يكون من شأن قانون موطن الشخص وهو القانون الفرنسى هنا ؟ اذا حكم القاضى بقواعد الاهلية فى القانون الانجليزى فقد حكم طبقاً لأمر القانون الفرنسى لأن هذا هو قانون جنسيته واذا استعمل « الاحالة » فقد رجع الى قواعد الاهلية المقررة فى القانون الفرنسى فطبقها على الانجليزى وحكم كما كان يحكم القاضى الانجليزى لوجاهات

[٢٨٥] (١) راجع فى تنفيذ هذه الدعوى ما يأتى فى بند ٢٩٨ هنا



القضية امامه ولكنه خالف قانونه الفرنسي لانه حكم على أهلية أجنبي بالقانون الفرنسي .

تعريف الاحالة

٢٨٦ — والنظرية التي بمقتضاها يفسر القاضى لفظ « القانون الاجنبى » الذى يأمره قانونه باتباعه ، بأنه قواعد القانون الدولى الخاص الموجودة فى ذلك القانون الأجنبى ، هى نظرية الاحالة أو الرجوع وهى من المشكلات العويصة فى القانون الدولى الخاص وقد اختلف فيها العلماء والمحاكم اختلافا كبيرا وقد شغلت المناقشات فيها جزءاً عظيماً فى الكتب والمجلات وانقسم من قالوا بصحة النظرية ففارقوا فيها مذاهب وشيعاً ( بند ٢٩٦ )

حقيقة هامة

ومع ذلك من السهل الآن تقرير الحقيقة المتبعة بشأنها وهى أن أغلبية المؤلفين والكتاب<sup>(١)</sup> ضدها ، وأغلبية أحكام المحاكم<sup>(٢)</sup> معها

رأى المجمع العلمى ضدها

٢٨٧ — وقد عرضت صحة نظرية الاحالة على المجمع العلمى للقانون الدولى ( بند ٢٧ ) فأفتى مرتين بوجوب عدم اتباعها ، مرة فى مدينة لاهاى سنة ١٨٩٨ ومرة فى نويشاتل فى سنة ١٩٠٠ وفى المرة الاولى كان النص الذى طرح للتصويت

[٢٨٦] (١) العلماء الذين هم ضدها أولهم فى فرنسا وبلجيكا لوران ولايه وأهمهم لينيه وبك وتورناد وبارتان وديبانييه وفاليرى وغيرهم ممن صوت ضدها فى المجمع العلمى وهم آسر وبواصو وبوزاتى وكاتيلانى وكورسى وديكان ودوبوى وفوشيل وهلتى وهولاند وكبدجى ولهر وفون ليست ولبون كان وموديسى ورينو والكونت روستوروسكى وروسزكوسكى وساردوتى وسترايت وفستشر . اما الذين معها فكانوا فى المجمع العلمى بار وبروسا وهاربورجر وروجان وقايس ووستليك — راجع ديبانييه ص ٣٣٠ ووستليك ص ٣٦ — ٣٧

(٢) المحاكم الانجليزية تأخذ بنظرية الاحالة مطلقاً — دايسى ص ٧٧١ — ٧٨١ ووستليك ص ٣٦ — ٤٠ وقد أحصى كاتب انجليزى نسبة تطبيق نظرية الاحالة فى المحاكم الاجنبية ، من سنة ١٨٥٦ حيث ظهرت فكرة الاحالة لأول مرة امام محاكم القارة الاوروبية الى سنة ١٩٠١ ، فقال انها فى فرنسا ١٣ معها ٣ ضدها ( راجع فى هذا ديبانييه ص ٣٣١ حاشية ٤ ) وفى بلجيكا ٥ معها وليس ضدها شئ وفى اسبانيا ١ معها ولا شئ . ضدها وفى هولندا وسويسره واحد معها وواحد ضدها وفى المانيا قبل القانون الذى عمل به فى سنة ١٩٠٠ معها عشرة احكام وضدها ١٢ والمجموع ٢٩ معها ١٧ ضدها — راجع مذكرات الدكتور بولى بيت على نظرية الاحالة ص ٢٤ — ٢٦ ووستليك ص ٣٦



عليه ما يأتي : « اذا ما نص المشرع عند وضعه قاعدة من قواعد القانون الدولي الخاص على وجوب اتباع قانون اجنبي لتطبيقه محاكمه مباشرة ، فيجب عليه أن لا يعلق تطبيق ذلك القانون على شرط كونه واجب التطبيق أيضاً من جانب التشريع الاجنبي الذي يكون القانون المدني المشار اليه جزءاً منه » <sup>(١)</sup> وكانت النتيجة طرح نظرية الاحالة بشكل رسمي وكانت الاصوات ١٧ ضد ٧ وفي نويشاتل وضع النص بالشكل الآتي : « كلما نظم قانون دولة حلاً للنزاع في مسألة من مسائل القانون الدولي الخاص كان من المرغوب فيه أن يذكر النص نفسه الذي يعمل به في كل قضية دون النص الاجنبي المتعلق بالنزاع المذكور » وكان الغرض من هذا أن يبدى المجمع العلمي رغبته في أن يقلع المشرعون عن نظرية الاحالة وكان عدد الاصوات ٢١ ضد ٦ ومن هؤلاء ثلاثة من كبار العلماء وهم بار وقايس ووستليك <sup>(٢)</sup>

٢٨٨ — وبالعكس اختار بعض القوانين الاجنبية الحديثة نظرية الاحالة <sup>بعض القوانين معها</sup> في بعض الاحوال فمثلاً قانون سويسره الخاص بالحالة الشخصية والزواج الصادر في سنة ١٨٧٤ وقانون المجر الصادر في سنة ١٨٩٤ وقانون مقدمة القانون المدني الالماني مادة ٢٧ ( بند ٢٦٨ هنا ) والقانون الياباني الصادر في سنة ١٨٩٨ وقررت النظرية أيضاً في معاهدة لاهي بخصوص الزواج والطلاق في سنة ١٩٠٥ حيث نصت المادة <sup>والمعاهدات أيضاً</sup> الاولى على ان « حق عقد الزواج يقرر بمقتضى قانون جنسية كل من المتعاقدين الا اذا « احال » قانون الجنسية صراحة على قانون آخر » فتكون أهلية كل من الطرفين محكومة بقانون جنسيته الا اذا احال هذا على قانون الموطن مثلاً فيتبع ما أمر به قانون الجنسية . كذلك نصت المادة الثالثة من معاهدة الطلاق على ما يأتي

[٢٨٧] (١) من المقرر ان هذا النص على جانب عظيم من التعقيد ولكنه مقصود — راجع دسپانييه ص ٣٣٤ ، كذلك قرر وستليك ص ٣٧ وراجع النقد في يبيه ص ١٦٣ ، (٢) راجع دسپانييه ص ٣٣٤ ، وستليك ص ٣٦ و ٣٧

« ومع ذلك فرغما من نص المادتين الاولى والثانية يكون الحكم بمقتضى قانون الجنسية وحده كلما نص قانون الجهة التى طلب فيها الطلاق على ان يكون الحكم كذلك أو كلما سمح بان يكون الحكم كذلك »<sup>(١)</sup>

ونصت المادة ٧٤ من معاهدة لاهاى التى وضعت فى المؤتمر المعقود فى سنة ١٩١٢ بخصوص توحيد القوانين فى مادة الكيالات والشيكات على ان أهلية الشخص لان يلتزم ... تكون بمقتضى قانونه الوطنى فاذا قرر هذا القانون اختصاص قانون بلد آخر فى الموضوع يتبع القانون الآخر<sup>(٢)</sup>

٢٨٩ — ويقول الامتاذ وستليك (ص ٣٧) ان المسألة المسماة الآن بالاحالة كانت معروفة أمام المحاكم الانجليزية من قبل ظهورها فى القارة الاوروبية (بند ٢٨٦ حاشية ٢) بزمن طويل

الاحالة قديمة فى  
المجملات

٢٩٠ — وترى المحاكم الانجليزية ان لفظ « قانون أى بلد Law of a country » الذى يمكن ان يرد فى أى قاعدة انجليزية مقررة فى القانون الدولى الخاص ، معناه عند ما يطبق على بلد أجنبى ( ايطاليا مثلاً ) أى مبدأ أو قانون ، سواء كان هو القانون الايطالى الاقليمى أو غيره ، تطبقه المحاكم الايطالية للحكم فى القضية التى تتعلق بها القاعدة : « يجب على المحكمة الجالسة هنا للحكم فى القضية ان تعتبر نفسها جالسة فى ايطاليا تحت الظروف الخاصة بالقضية »<sup>(١)</sup>

وجهة نظر المحاكم  
الانجليزية

٢٩١ — وتطبق المحاكم الانجليزية نظرية الاحالة فى المواريث كما تطبقها

النظرية عندهم  
تامة

[٢٨٨] (١) راجع نصوص المعاهدات المذكورة فيما بعد بند ٣٨٢ هنا

(٢) وستليك طبعة ١٩٢٢ ص ٣١ الحاشية الاولى

[٢٩٠] (١) دايسى ص ٧٧٣ حيث يروى الجملة المذكورة عن أحد الاحكام المشهورة حيث تقول المحكمة - The court sitting here to determine the case, must consider itself sitting in Belgium under the particular circumstances of the case.... The court sitting here decides the case from the evidence of persons skilled in Belgian law and decides it as it would if sitting in Belgium.

في المسائل الاخرى — مثلاً في الطلاق — فقد حكم بأن الحكم بالطلاق الصادر من محكمة غير محكمة موطن الخصوم ( بند ٧٨٢ ) قد اعتبر صحيحاً في إنجلترا بناء على أن قانون الموطن يجعله صحيحاً

كذلك تطبق نظرية الاحالة ، عند الحكم بمقتضى قانون موقع العقار مثال قضية ييز ذلك ان بريطانيا متوطناً في إنجلترا ( على الاحتمال لاعلى التأكيد — راجع بند ٩٨ ) كان يمتلك قطعة أرض في القطر المصرى ومات تاركاً وراءه وصية صحيحة في الشكل طبقاً للقانونين الانجليزى والمصرى وقد بيعت الارض بواسطة الموكلين بتنفيذ الوصية وكان ثمنها ١٦٠٠٠ جنيه وقد أودع في أحد البنوك في إنجلترا وكانت شروط الوصية صحيحة طبقاً للقانون الانجليزى ولكنها كانت باطلة طبقاً للشريعة الاسلامية التى هى القانون الاقليمى للمواريث في مصر<sup>(١)</sup> وقد كان مقرراً أن حق الميراث في المبلغ المذكور يتوقف على حق الميراث في الارض المصرية . ولكن هذا الميراث محكوم في مصر طبقاً لنصوص المادتين ٧٧ و ٧٨ من القانون المدنى المختلط بموجب قانون الامة التابع اليها المتوفى . وقد اختلف في

[٢٩١] (١) القاعدة في القانون الانجليزى أن التوريث في المقارات يكون دائماً بحسب قانون موقعها ( بند ٣٨٦ ب ) فاذا كانت المقارات في فرنسا مثلاً حيث تطبق نفس هذه القاعدة فان القاضى الانجليزى يحكم بالتوريث طبقاً للقانون الفرنسى ولا مفر له من ذلك فاذا كان هذا يجعل الوصية باطلة فيحكم ببطالانها رغم صحتها في القانون الانجليزى — اما والمقارات واقعة في مصر ومصر ليست من البلاد التى تسود فيها السيادة الاقليمية والقوانين ذات السلطان الاقليمى فان القاضى الانجليزى يجد في هذه القوانين مخرجاً . يجد أن المواريث في مصر ولو تعلقت بالمقارات ، خاضعة لاحكام الامة التابع اليها الميت وليس تمت من قانون اقليمى يحكم التوريث في المقارات المصرية بالنسبة للجميع . فالقاضى الانجليزى اخطأ في اعتباره الشريعة الاسلامية هى القانون الاقليمى لانها لا تكون كذلك الا اذا كانت تحكم التوريث في المقارات المصرية للمصريين والاجانب على السواء وبشكل لازم اما وهى سمحاء تميز معاملته تركه كل ميت بمقتضى قانون جنسيته فهى ليست اقليمية وبذلك لا يرجع اليها لتوريث الانجليز وانما يرجع الى قانون أمتهم وبذلك لا تكون نظرية الاحالة أساساً للحكم في هذه القضية — وربما كان سبب بطلان الوصية في الشريعة الفراء كونها جعلت لوارث أما في إنجلترا فالوصية جائزة لوارث ولغيره

معنى المادتين فأخذ رأى أهل الخبرة ( بند ٣٠٣ ) فبت حينئذ أن المحاكم المصرية كانت تحكم في ظروف هذه القضية بأن ميراث الميت يخضع بمقتضى نصوص القانون المصرى الى القانون الاقليمى الانجليزى وبذلك حكمت المحكمة بصحة الوصية <sup>(٢)</sup> وهذا الحكم صحيح وعادل. ولكن هل أساسه نظرية الاحالة؟ <sup>(٣)</sup>

٢٩٢ - وفي قضية أخرى تدعى قضية تورى جرات In re Goods of Torrey Grant حكمت المحكمة القنصلية البريطانية العليا في مصر بأن تقسم تركة اسكوتلاندى توفى بدون أن يكون له وصية ، وترك عقارات في مصر يكون طبقاً للشريعة الاسلامية الغراء وقد توصلت الى ذلك بأن قررت مبدئياً أن المادة ٧٧ من القانون المدنى المختلط تجعل الموارث خاضعة لحكم قانون الامة التابع اليها الميت وقد فسرت القنصلية هذه المادة بقولها ان القانون البريطانى الذى أمرت المادة باتباعه قد طبق التطبيق الكامل ولكنها بدلا من أن تأخذ بنصوص قانون اسكوتلاندى لتقسم التركة بمقتضاها أخذت بقاعدة القانون الدولى الخاص الموجودة في قانون اسكوتلاندى وبما أن هذا يشير باتباع قانون موقع العقار وهو الشريعة الاسلامية فوجب تطبيق الشريعة - هكذا حكمت القنصلية ولقد انتقد القاضى ساندرسن الاستاذ بمدرسة الحقوق الخديوية سابقاً هذا الحكم انتقاداً شديداً <sup>(١)</sup> بناء على أن حكم الشريعة الاسلامية لا يقصد به أن يمتد الى البريطانيين الساكنين في القطر المصرى وانه كان يجب على المحكمة أن تحتال بأى سبيل حتى تطبق على التركة قانون الوطن الاصلى للمتوفى وهو اسكوتلاندى <sup>(٢)</sup>

(٢) هذه القضية تسمى قضية بينز In re Baines وقد حكم فيها في ١٩ مارس ١٩٠٣ - راجع دابى ص ٧٨١

(٣) سنرى شرح ذلك في بند ٢٩٧ وراجع ما مر في حاشية ١ هنا

[٢٩٢] (١) في مجلة Law Mag. & Rev. سنة ١٩٠٩ ص ٢٩٧ وكذلك المستر بنتويتش

منقح كتاب وستليك في طبعة سنة ١٩٢٢ في كتابه على الوطن ص ١٧٣ - ١٧٥

(٢) والواقع أن القنصلية اخطأت في الحكم أولاً لان القانون الاقليمى للموارث



٢٩٣ - ولقد اخترنا قضيتين انجليزيتين عمداً طبقت في الاولى منهما تأمل ونظر نظرية الاحالة - اذا صح أنها حقيقة طبقت ، لأننا سنرى في بند ٢٩٧ أن هذه ليست الاحالة بالمعنى الحقيقي المقصود من النظرية - وطبقت في الثانية أيضاً ولكن بشكل خال عن التبصر ولذلك كان الحكم فيها غريباً جداً وغير مطابق للقانون من أى وجه واننا نرمي بهذا الى اثبات رأينا الخاص في نظرية الاحالة وهو الذى أوصلتنا اليه التأملات الطويلة فيما كتب عنها الاستاذ العلامة وستليك ( بند ٢٩٩ ) وان كنا لا نشاركه رأيه في القول بصحة الالتجاء الى تلك النظرية

٢٩٤ - في المحاكم الفرنسية : أول قضية مهمة عرضت على هذه المحاكم وطبقت فيها نظرية الاحالة كانت قضية المدعو فورجو *Affaire Forgo* وحكمها صادر من محكمة النقض والابرام الفرنسية في سنة ١٨٧٥

كان فورجو باقارياً مقبلاً في فرنسا ولكنه غير متوطن فيها قانوناً وقد كان ابن سفاح ومات فيها غير تارك وراءه لا زوجة ولا ولداً . فطالبت مصلحة الاملاك الفرنسية بتركته طبقاً للمادة ٧٦٦ مدنى فرنسى القديمة فرفعت دعوى من حواشيه<sup>(١)</sup> بالمطالبة بتركته التى كانت مكونة من منقولات وذلك اعتماداً على القاعدة المقررة في القانون الفرنسى والتى تقضى بأن الارث في المنقولات يكون طبقاً لقانون موطن الشخص وكان فورجو ذا موطن قانونى في باقارياً وينص قانونها على أن تركه ابن السفاح تكون لحواشيه . فكانت النتيجة أن محكمة استئناف بوردو حكمت لورثته

في مصر غير موجود بالمعنى الذى يفهمه الانجليز كما أوضحناه في حاشية ١ بند ٢٩١ وثانياً لأنه بفرض انه كان القانون الاقليمى بالمعنى المذكور فانها تكون قد اخطأت في استعمال نظرية الاحالة كما يفهمها المدافعون عنها لأنها ابتدأت بتطبيق المادة ٧٧ مدنى مختلط وهو القانون العام في مصر بالنسبة للاجانب والمصريين وهو قانون موقع العقارات فاذا ارشدتها هذه المادة الى قانون اسكوتلاند فكان يجب أن تطبقه لا أن ترجع منه الى القانون البريطانى ثم من هذا الى الشريعة الاسلامية . واستعمال نظرية الاحالة هنا ربما كان يؤدي الى تطبيق قانون اسكوتلاند قياساً على القضية السابقة اذا كان تمت احالة بالمعنى الصحيح

[٢٩٤] (١) الحواشي القرية الاخوة والاخوات والحواشي البعيدة الاعمام والعمات



البائارين بالتركة ورفضت ما ادعته مصلحة الاملاك الفرنسية من حقها في التركة . رفعت المصلحة نقضاً عن الحكم و بنته على أن القانون الفرنسى يرشد الى قانون باقاريا من أجل تعيين الورثة لأن الرجل متوطن قانوناً في باقاريا ولكن هذا القانون يقسم تركة البائارى الذى يكون مقماً بالفعل في بلد أجنبى طبقاً لقانون ذلك البلد أى أنه يحيل على القانون الفرنسى فيجب أن يطبق هذا القانون في آخر الأمر وتكون دعوى الورثة الباقارين واجبة الرفض طبقاً لنص المادة ٧٦٦ المذكورة . أخذت محكمة النقض والابرام بهذا المبدأ ونقضت الحكم وأحيلت القضية على محكمة تولوز فطبقت القانون كما رأت محكمة النقض<sup>(٢)</sup> وقد سارت المحاكم الفرنسية بعد ذلك على هذا المبدأ في أغلب أحكامها وكذلك أغلب المحاكم الاجنبية ولكن عدداً عظيماً من العلماء لا يقبلون هذا المبدأ وسيأتى تفصيله في بند ٢٩٨ هنا<sup>(٣)</sup>

حظ النظرية في  
مصر

٢٩٥ - في المحاكم المصرية : اذا استثنينا حكماً واحداً عثرنا عليه وفيه قد طبقت محكمة الاستئناف المختلطة « نظرية الاحالة » فيمكننا أن نقول ان خطة المحاكم المصرية ليس فيها ما يسمح بالقول بأنها تطبق هذه النظرية أو ترفضها بشكل صريح ومع ذلك فسوف نرى في بند ٢٩٦ مكرراً أن فكرة الاحالة أو ما يشابهها قد يلتجأ اليها في مصر وما يشابهها من الممالك ذات النظم المركبة (بند ٦٠) للوصول الى حلول صحيحة في مسائل القانون الدولى الخاص ويكون الالتجاء اليها اذاً من باب الضرورة كما سيوضح فيما بعد ( بند ٢٩٦ مكرراً )

ومع ذلك فمن المشاهد أن جميع أحكام المحاكم المصرية المتعلقة بتطبيق القوانين الاجنبية في مصر تطبق القواعد المبينة ( بند ٥٢ ) الموجودة في تلك

(٢) حكم بورديو صادر في ٢٤ مايو ١٨٧٦ دلاوز ٧٨ ، ٢ ، ٧٩ وحكم النقض صادر في ٥ مايو ١٨٧٥ كلوئيه سنة ١٨٧٩ من ٢٨٥ وحكم تولوز صادر في ٢٢ مايو ١٨٨٠ كلوئيه ١٨٨١ من ٦١ ودلاوز ١٨٨١ ، ٢ ، ٩٣  
(٣) فارن فاليرى من ٦٠٦ — ٦٠٧ بند ٤٤٢

القوانين و يظهر أن قضائنا لم يروا أنفسهم مضطرين الى الالتجاء الى فكرة نظرية الاحالة أو مدفوعين بأى عامل يقنعهم بالالتجاء الى تطبيقها فانهم — سواء كانوا من قضاة المحاكم المختلطة أو الاهلية — قلما يطبقون القوانين الاجنبية الا في مواد الاحوال الشخصية حينما ترفع اليهم مسائلها بصفة فرعية ولا يرون ضرورة الحصول فيها مقدماً على حكم من قاضى الاحوال الشخصية المختص . وبما أنهم يرجعون في هذه المسائل الى قوانين جنسية الخصوص أو قوانين ديانتهم فانهم يأخذون الاحكام والقواعد الموضوعية التى تحل بها المسائل المطروحة أمامهم ولا يفكرون مطلقاً فى أن يأخذوا قواعد القانون الدولى الخاص المتعلقة بالموضوع والموجودة فى تلك القوانين . وما يحملهم على ذلك فى نظرى هو عدم وجود قانون اقليمى مصرى للاحوال الشخصية يكون قانون المحكمة وتتاثر المحكمة به تأثيراً يجعلها تميل الى الاحالة عليه ولو فى بعض الاحوال اذا ما سنحت فرصة للاحالة عليه من القانون الاجنبى الذى رأت تطبيقه على مسألة الاحوال الشخصية المطروحة أمامها بصفة فرعية . وبما أن المسائل الخارجة عن الاحوال الشخصية والتى تدعو الحاله فيها الى تطبيق قانون أجنبى هى مسائل تكاد تكون نادرة ، فلم نتختر فى المحاكم فكرة تطبيق نظرية الاحالة أو عدم تطبيقها ويساعد على ذلك أن القوانين المدنية والتجارية المختلطة هى قوانين اقليمية بالمعنى الكامل من حيث سريانها على جميع ما يتم فى مصر من الاعمال القانونية بين الاشخاص التابعين لاختصاصها وتطبيق تلك القوانين بحيث لا يكاد يخرج عن اختصاصها غير مسائل محصورة جداً ومنها العلاقات القانونية التى تحصل بين أجناب من جنسية واحدة فى غير المواد العينية العقارية وفيها يكون قانونهم الاجنبى هو الواجب التطبيق ( بند ٣٩٦ ) وقد صدر حكم فى موضوع من هذا القبيل

قضيه مصريه  
حكم فيها بالرجوع  
من قانون اليونان  
الى القانون  
المصرى

طبقت فيه محكمة الاستئناف المختلطة نظرية الاحالة وهو الحكم الوحيد الذى اشرنا اليه فى صدر هذا البند : قررت المحكمة مبدئياً أن القانون الذى يطبق على العقد الحاصل فى مصر بين أجناب من الجنسية اليونانية والواجب تنفيذه فى مصر هو

قانون جنسيتهم ولكنها بدلا من أن تطبق هذا القانون على العقد وتحكم به في الموضوع ، التجأت الى قاعدة القانون الدولي الخاص المقررة في القانون اليوناني بشأن العقود التي تحصل بين اليونانيين في الخارج وحيث تنص هذه القاعدة على أن هذه العقود تخضع لقانون الجهة التي يجب أن تنفذ فيها فيكون القانون الواجب التطبيق وهو القانون المصري المختلط<sup>(١)</sup>

مدى الاحالة ٢٩٦ - مدى الاحالة : يختلف العلماء الذين يقولون بصحة « الاحالة »

في تحديد ميدان تطبيقها وتنقسم الآراء في هذا الموضوع الى أربعة بالاقول

الرأى الاول : تطبق نظرية الاحالة في جميع الاحوال وبشكل مطلق وهذه

قاعدة المحاكم البريطانية على الخصوص ( بند ٢٩١ )

الرأى الثانى : تقصر الاحالة على مسائل الاحوال الشخصية دون غيرها وذلك

لأن هذه المسائل خاضعة للقانون الشخصى للانسان فيكون هذا القانون وحده هو

المختص ببيان القواعد التي تطبق على من كان تابعا له . وفي هذا الرأى لا يعمل

بالاحالة في غير الاحوال الشخصية فلا تطبق فيما يتعلق بشكل العقد ولا في الحكم

بصحة الالتزامات أو انقضائها مثلا ( بند ٢٩١ و ٢٩٥ و ٢٩٦ ) ولا في الاختصاص

ولا غيره ماعدا الاحوال الشخصية نفسها

الرأى الثالث : تقصر الاحالة على الاحوال التي يؤدي تطبيقها الى الحكم

بقانون القاضى فاذا كان قانون القاضى الفرنسى يقضى بالحكم بمقتضى القانون

البريطانى باعتباره قانون جنسية الشخص وأحال هذا على القانون الفرنسى باعتباره

قانون موطن الشخص فيجب أن يحكم بذلك وهذه الحالة لها اسم خاص عند

الالمانيين هو « الرجوع » Rückverweisung وتطبيقها غير مقيد بموضوع فكما

أحال القانون الاجنبى على قانون القاضى باعتباره مثلا قانون الموطن أو قانون

[٢٩٥] (١) س م ١٢ فبراير سنة ١٩١٤ ج ت م ٢٦ ص ٢٢٥ راجع فيه أيضا بند ٣٩٦

موقع الشيء أو قانون محل العقد أو قانون محل الوفاء وجب الرجوع الى قانون القاضى والحكم بقواعده المبيّنة . وقد أخذ القانون الالماني بهذه الفكرة ولكنه قصرها على حالات مخصوصة فى الاحوال الشخصية ( بند ٢٦٨ هنا ) وهذه طريقة عملية بديعة يتوصل بها لمنع تطبيق القوانين الاجنبية — أو بالحرى لهدم قواعد القانون الدولى الخاص — كلما كان ذلك جائزاً بمقتضى تصريح من تلك القوانين . ويلاحظ أن حكم محكمة النقض والابرام فى قضية فورجو ( بند ٢٩٤ ) لم يكن الا مظهراً من هذه المظاهر غايته تطبيق القانون الفرنسى وتوريث الحكومة الفرنسية أموال المتوفى لمجرد جواز ذلك بمقتضى قانون باقاريا . ويمكننا أن نسمى هذا النوع « رجوع الانانية » Renvoi d'égoïsme لأن مرماه تطبيق قانون القاضى حيث كان يجب تطبيق غيره — مرماه عود منفعة خاصة بعدم تطبيق القانون الاجنبى الذى نص قانون القاضى على تطبيقه ثم « الرجوع » الى أحكام قانون القاضى وتطبيقها لما لم توضع له من الوقائع . وهل يصح ذلك فى ميدان العدالة وفى دائرة تطبيق القانون ؟ هذا ما سنراه فى بند ٢٩٨ ،

٢٩٦ مكرراً — نظرية الاحالة كما صورها « بار » : قدم هذا الاستاذ نظرية بار  
لجميع العلمى للقانون الدولى سنة ١٩٠٠ قاعدتين فى شأن نظرية الاحالة وهما : —  
القاعدة الاولى : يجب على كل محكمة أن تراعى قانون بلادها من حيث  
تطبيق القوانين الأجنبية

القاعدة الثانية : ومع ذلك اذا لم يوجد نص صريح يخالف ما سيأتى فانه  
يجب على المحكمة طبقاً لمبادئ القانون الدولى الخاص أن تحترم :

( ١ ) نص القانون الاجنبى الذى يتنازل عن تقييد رعاياه من حيث الاحوال  
الشخصية وهم فى البلاد الاجنبية ويجعل هذه الاحوال الشخصية محكومة بقانون  
الموطن أو بقانون الجهة التى حصل فيها العمل القانونى

( ٢ ) حكم قانونين أو أكثر من القوانين الأجنبية المؤكد أن واحداً منها



مختص حتماً بالحكم في الدعوى إذا ما اتفق القانونان المذكوران أو القوانين المذكورة على أن يكون الحكم لواحد معين منها<sup>(١)</sup>

ويلاحظ أن القاعدة الأولى تفترض بلداً (أ) يجعل الجنسية أساساً للقوانين الشخصية وإن بلد الجنسية المشار إليها (ب) يجعل الأحوال الشخصية تابعة لقانون البلد (ج) الذي كان موطناً للمتوفى أو الذي حصل فيه العمل المتنازع بخصوصه (وصية مثلاً) فإذا كان البلد (ج) هو نفس البلد (أ) فإن الاحالة تكون بالرجوع إلى قانون المحكمة كما في القانون الألماني مادة ٢٧ (بند ٢٦٨) ويجب الحكم طبقاً لقانون القاضي. أما إذا كانت البلد (ج) غير البلد (أ) فإنه يحكم بقانون (ج) وفي الحالة الأولى تسمى «الرجوع» Rückverweisung أو Reference

back لأنها رجوع إلى قانون القاضي وفي الحالة الثانية تسمى «الاحالة» Weiterverweisung أو Further reference وبالفرنسية يجمعهما لفظ Renvoi والحل فيهما واحد وهو الحكم بالقانون الذي حصل الرجوع إليه وهو قانون القاضي أو القانون الذي حصلت الاحالة عليه وهو غير قانون القاضي. والمثل الذي ضربه

وستليك للحالة هو حالة شخص انجليزي متوطن في إيطاليا يعمل وصية في سن العشرين ويموت وتأتي القضية بخصوص صحة الوصية أمام محكمة المانية فحكمها يكون كما يأتي: القانون الألماني يرشد إلى قانون جنسية الميت وهذا يرشد إلى قانون موطنه وبما أن قانون موطنه هو الإيطالي فتكون الوصية صحيحة لأن البلوغ في القانون الإيطالي يكون في التاسعة عشرة. ولكي تأتي الاحالة أمام محكمة انجليزية ضرب وستليك المثل الآتي: شخص متوطن في إحدى ولايات أمريكا وعمل عقد زواجه في بلد آخر فأوجب القانون الانجليزي أن يكون الحكم بمقتضى قانون الولاية المذكورة باعتباره قانون موطنه ولكن هذا القانون أوجب الحكم

مثل الاحالة أمام  
محكمة المانية

أمام محكمة  
انجليزية

[٢٩٦] (١) النشرة السنوية للمجمع العلمي للقانون الدولي السنة الثامنة عشرة ص ٤١

وستليك ص ٣٤،



في الاهلية بمقتضى قانون الجهة التي حصل فيها الزواج فاذا كان قانون محل الزواج يتطلب أن يكون الحكم في الاهلية طبقاً لنصوصه المبيّنة فان القاعدة الثانية من قاعدتي بار تتحقق لأن قانون البلد الذي أحال عليه القانون الانجليزي وهو قانون الولاية الامريكية ، وقانون البلد الذي حصل فيه العقد يتفقان على جعل القانون الاخير هو الفاصل في أمر الاهلية وفي الوقت نفسه يرى القاضى الانجليزي أن الحكم لا يخلو حاله من أن يكون بواسطة أحد القانونين المذكورين ولذلك قد لا يتردد في الحكم بمقتضى قانون الجهة التي حصل فيها العقد ولكن اذا كان قانون هذه الجهة يحيل هو أيضاً على قانون جهة أخرى ، مثلاً على قانون الجنسية فان القاضى الانجليزي يحكم في الموضوع برمته طبقاً للقواعد المناسبة لطبائع العلائق القانونية والقواعد التي تحكم هذه العلائق<sup>(٢)</sup> (١١)

وما يجب ملاحظته هنا أن القاعدة الثانية التي وضعها « بار » مبنية على ضرورة عملية يلتجئ معها المشرع لايجاد حل لا بد من الوصول اليه في حالة لا تؤدي فيها القواعد العامة في القانون الدولي الخاص الى أية نتيجة فلا يتمكن المشرع من الخروج من هذا المأزق ، بدون أن يلتجئ الى وسيلة من الوسائل كلاحالة أو الرجوع أو ما يشابهها وذلك لأن القاعدة تفترض وجود قانون يتنازل عن حكم الاحوال الشخصية لرعاياه اذا كانوا في الخارج ويجعلها خاضعة لحكم الموطن الذي اتخذوه في الخارج . فاذا كان قانون القاضى يرشدنا الى القانون البريطاني مثلاً باعتباره قانون جنسية الشخص فانه لا يوجد قانون بريطاني للاحوال الشخصية لجميع البريطانيين بل توجد قوانين مختلفة تحكم هؤلاء الرعايا منها قوانين اسكوتلاندا وايرلاندا وانجلترا ولكن لا يوجد قانون بريطاني واحد للاحوال

(٢) وستليك ص ٣٥ و ٣٦ وهو يتلخص هنا ، بتحكيم هذه القواعد ، من النتائج الغريبة التي يمكن أن تؤدي اليها النظرية وهذه النقطة سيأتي توضيح بخصوصها وقد كذلك في بند ٢٩٩ ص ٣١٠ ،

الشخصية . فيكون اذاً من المستحيل وجود قانون مبین للاحوال الشخصية في هذه الحالة . فيجب التفكير فيما يوصلنا الى الحل ؛

وهنا يقول لنا وستليك ان حالة المنظمات الاقليمية المركبة ( بند ٦٠ ) مثل الامبراطورية البريطانية والولايات المتحدة الامريكية لم تخطر على بال واضعي القوانين الايطالية والفرنسية والمصرية مثلاً الذين جعلوا الجنسية محوراً للاحوال الشخصية فلا مناص اذاً من اعتبار قانون الجنسية بالنسبة للبريطانيين مثلاً هو قانون موطنهم الذي يرتبطون به داخل جنسيتهم السياسية . فيكون قانون الجنسية في ايطاليا مثلاً بالنسبة لبريطاني متوطن في انجلترا هو القانون الانجليزي ويكون بالنسبة للبريطاني المتوطن في اسكتلاند هو القانون الاسكتلندي<sup>(٣)</sup> ؛

حالة بريطانيا

ويصل علماء آخرون الى هذه الفكرة بعينها من طريق آخر . فيرى بيبه أن يصل الى النتيجة نفسها بما يسميه « التفويض » Délégation وهو غير « الاحالة » فيكون الالتجاء الى قانون الموطن بتفويض من قانون الجنسية<sup>(٤)</sup> ويرى أرمانجون أن هذه حالة من الحالتين ( والاخرى في نظره حالة المنظمات الشخصية المركبة بند ٦٣ وبند ٢٩٧ هنا ) اللتين يجوز فيهما استعمال نظرية « الاحالة » للوصول الى الحل المطلوب ؛ وتعرض نفس الصعوبة التي وضعت من أجلها نظرية « بار » عند ما يشير قانون المحكمة الى القانون المصري بالنسبة للاحوال الشخصية لمصرى أو لأي شخص آخر : اذ لا يوجد قانون موحد للاحوال الشخصية في مصر بل توجد قوانين متعددة بتعدد جنسيات الاجانب في القطر ومتعددة بتعدد أديان المصريين في القطر . ولا تدخل هذه الحالة صراحةً تحت قاعدة « بار » ولكنها تدخل بحكم كونها متشابهة تمام الشبه مع الحالة التي ذكرها

التفويض بحسب رأي بيبه

احالة بحسب رأي أرمانجون

وهنا أيضاً يحصل الشك فيما هو القانون الذي يوصلنا اليه هذا النوع من

(٣) وستليك ص ٢٩ — ٣٠

(٤) بيبه ص ٣١٥ — ٣١٩ وراجع فيما مر هنا بند ١٤٤

الاحالة الذى يمكن تسميته « الاحالة الضرورية » Renvoi de nécessité وذلك الاحالة الضرورية لان بعض العلماء يرى أن تحصل الاحالة هنا من النظام القانونى البريطانى ( وهو اقليمى مركب ) أو النظام القانونى المصرى ( وهو شخصى مركب ) الى القانون الذى أحال عليه كل منهما ومهما كانت طبيعة أو صفة ذلك القانون المحال عليه بلا فرق بين أن يكون أجنبياً أو وطنياً أى تابعاً للنظام المذكور . ويرى البعض الآخر أن تكون الاحالة جائزة فقط الى أحد النظامات المشتركة داخل النظام المركب الذى أشار قانون التقاضى بتطبيق قواعده . والرأى الأول يقول به المدافعون عن نظرية الاحالة . والرأى الثانى يقول به من لا يعتقدون بصحة هذه النظرية

٢٩٧ — ويعلم مما تقدم أن يبيى يصل الى رأيه من طريق « التفويض » ليست من نظرية الاحالة فى شيء من النظام المركب الى أحد نظاماته المشتركة ( بند ٦٠ ) وان هذا التفويض مختلف فى نظره عن « الاحالة » ؛ كما أن ارمانجون يحصل على الحل نفسه من طريق « الاحالة » التى يقول بقبولها فقط فى الحالتين المذكورتين فى البند السابق ؛ والامر الجوهري فى هذا الموضوع أن التفويض الذى يقول به يبيى والاحالة التى يقول بها ارمانجون فى النقطة المتقدمة ليسا من « نظرية الاحالة » . الحقيقة فى شيء ، كما يفهمها ويقول بها المدافعون عنها مثل بار ووستليك : بالنسبة للاول تنص قاعدته على احترام رغبات القانون الذى يتنازل عن تقييد رعاياه من حيث الاحوال الشخصية فى البلاد الاجنبية ؛ وبالنسبة لوستليك فانه يبدأ كلامه باقتراض يسلم به وهو أن قانون جنسية البريطانيين المتوطنين فى إنجلترا والذى يشير اليه قانون ايطاليا مثلاً هو قانون موطنهم داخل الامبراطورية البريطانية أى قانون إنجلترا ومن بعد ذلك فقط يتكلم على الاحالة التى يميزها قانون إنجلترا . ويظهر أن ارمانجون يقبل الاحالة الحقيقية أيضاً فى هذه الحالة بعد أن يجرى احالته الخاصة به من النظام المركب الى أحد نظاماته المشتركة<sup>(١)</sup> ولكن هذا يتناقض مع مايقوله

[٢٩٧] (١) راجع كتابه فى طبيعة القانون الدولى الخاص الى آخره ص ٣٣ و ٣٤ وقد كان

عن النظرية باعتبارها غير صحيحة<sup>(٢)</sup>

تفنيد نظرية  
الاحالة

٢٩٨ — تفنيد نظرية « الاحالة » : اذا نظرنا الى الاحالة من الوجهة النظرية وجدنا أنها طريقة آلية *méthode mécanique* وأنها ليست واسطة علمية لحل مسائل القانون الدولي اخص . ومن حيث المنطق هي مفسدة قوامها التليس *sophisme par équivoque*<sup>(١)</sup> بسبب استعمال لفظ « قانون » بمعنيين مختلفين حيث يُظن أن المعنى واحد . مثلاً في قضية فورجو (بند ٢٩٤) تقول محكمة النقض « ان القانون الفرنسى يحيل على القانون الاجنبى وهذا يحيل على القانون الفرنسى فيجب تطبيق القانون الفرنسى » ولكن لِمَ ينتهى الاستنتاج هنا ؟ ان المنطق يقضى باستمراره فيقال من جديد « والقانون الفرنسى يحيل على القانون الاجنبى وهذا يحيل على القانون الفرنسى » وهكذا لا ينتهى الدور والتسلسل الى الأبد فلأجل الخروج من هذا الدور<sup>(٢)</sup> الذى لا ينتهى ما دمنا نستعمل الالفاظ التى تستعملها الاحكام ، يجب وضع وصف للفظ « قانون » المستعمل فى الجمل المذكورة ومتى أضيف الوصف ينقطع التسلسل فيقال ان القانون الفرنسى الدولى يحيل على القانون الاجنبى الدولى وهذا يحيل على القانون الفرنسى الداخلى ولذلك يجب

يجب عليه اذا كان يريد أن يرفض نظرية الاحالة أن يكتفى بالقاعدة الاولى لانها شاملة لثانية أو يكتفى بالثانية وهى أصح من الاولى لان الاولى قد تطوح بنا الى أى قانون للموطن ولو كان خارجاً عن بلاد الجنسية

(٢) قارن ما كتبه عن نظرية الاحالة حديثاً فى مجلة القانون الدولى الخاص سنة ١٩٢٢ — ١٩٢٣ جزء ١٨ ص ٥٦٥ — ٥٨٧ حيث تقادى من ذكر الاحوال التى يجيزها فيها : قارن ما قاله فى ص ٥٨٣ بباقي المقال ابتداء من الاول فلا نجد ما يحيل عليه ، بعكس الحال فى كتابه المشار اليه فان استثناءه واضحان كما تقدم

[٢٩٨] (١) هذا ما قاله العلامة فاليرى ص ٦٠٧ ، ، والسفطة قياس مركب من الوهميات والفرض منه اغلام الخصم واسكاته والتليس من لبس عليه الامر ، بالتشديد ، خلطه وجعله مشتبهاً بغيره وسبب ذلك هنا هو استعمال لفظ يشترك فيه معنيان

(٢) يسمى الدور فى اللغة الفرنسية *cercle vicieux* وهو فى اللاتين *circulus inextricabilis* وهذا اللفظ مستعمل عند الانجليز



تطبيق القانون الفرنسى الداخلى . بهذا ينتهى الدور والتسلسل ولكن يقع القائل فى السفسطة لأن لفظ قانون قد استعمل بمعنيين مختلفين من أجل الوصول الى هذا الاستنتاج وذلك تحقيقاً للغرض الذى يريده المستنتج ولذلك كان الاستنتاج غير صحيح

أما القول الصحيح فيكون كما يأتى : القانون الفرنسى يحيل الحكم فى مسألة معينة على القانون الاجنبى وهذا يجعل الحكم فيها كذا وكذا ولذلك يجب أن يكون الحكم فى المسألة طبقاً لما يحكم به القانون الاجنبى . فمثلاً فى قضية فورجو يكون الحل الصحيح كما يأتى : بما أن الموطن الشرعى لفورجو هو فى بافاريا فالقانون الفرنسى يقضى بأن يكون ميراثه حاصلاً طبقاً لقانون بافاريا وبما أن قانون بافاريا يجعل الميراث للحواشى الاقربين فيكون ميراث فورجو للحواشى الاقربين

٢٩٩ — ان استعمال « الاحالة » يوجب التناقض فى التشريع الواحد كما بينا فى بند ٢٨٥ لأن الفرنسى يكون خاضعاً لقانون جنسيته فى الاحوال الشخصية بينما الاجنبى لا يكون خاضعاً فى فرنسا لقانون جنسيته بل للقانون الذى يشير قانون جنسيته بالاحالة عليه فلا تكون الاحوال الشخصية محكومة فى فرنسا بالنسبة للجميع بقوانين الجنسية بل البعض يكون محكوماً بها والبعض بقوانين أخرى . ولم هذا الفرق ؟ يقول بييه ان السبب فى ذلك هو الرجوع الى فكرة الاقليمية بالاعتداء على احوال الانسان الشخصية مثلاً واخضاعه الى قانون المحكمة بغير سبب مشروع<sup>(١)</sup> والواقع أن « الاحالة » طريقة آلية بديعة جداً يتوصل بها لانتهاك حرمة قواعد القانون الدولى الخاص وهى طريقة منظمة للرجوع فى أغلب الاحوال الى قانون القاضى بتصريح منتزع من القانون المختص بالحكم فى الموضوع . على أننى أرى سبباً آخر فاتها قد استعملت لاصلاح خطأ تشريعى كبير سائد للآن فى البلاد

[٢٩٩] (١) بييه ص ١٦٠ حيث يقرر السبب كما يأتى un retour offensif de la territorialité.



التي تدین بفكرة الوطن فی الاحوال الشخصية ( بند ١٣٨ ، ) ولقد دل علی ذلك الخطأ ، محاولة أكبر الكتاب الانجائز اثبات صحة الحل الذی وصلوا الیه باستعمال فكرة الاحالة فكانت عندهم نظریة صائبة لانها أوصلتهم الی حل صائب ما كانوا یصلوا الیه بدونها وهم یقرون أن عدم الالتجاء الیها یجعل الحل خطأ فاذا ما استعملوها زال الخطأ فدل ذلك علی أنهم لا بد أن یخطئوا مرتین ، أو یصلحوا خطأ بخطأ ، حتی یصلوا الی الحل الصحیح

الدلیل علی صحة ما نقول هو المثل الذی أورده العلامة المحقق ومستلیک فی كتابه ( ص ٣٠ ) وبه أظهر أن فكرة الوطن فكرة خاطئة من حیث التشریع وان المحاکم الانجلیزیة تحسن صنعا کما خففت من نتائجها الجائرة وفککت من قیود قوانینها العتیقة التی اصبحت أثریة ومعیقة لتحقيق العدالة بجانب القواعد التی وضعت فی البلاد التی تدین بالجنسیة . وهاک المثل :

انجلترا تصحیح  
معنی الوطن  
بالاحالة

یجعل المشرع الانجلیزی من الرشد إحدى وعشرین سنة ویجعله المشرع الایطالی تسع عشرة سنة فاذا توطن انجلیزی من رعایا الحكومة البریطانیة فی ایطالیا وكتب وصیة فیها ثم مات فیها فی سن العشرین فانه یعتبر فی نظر المحاکم الانجلیزیة قاصراً لأن القانون الانجلیزی یتبقیه قاصراً فی سن العشرین والمحاکم المذكورة تصل الی هذا الحكم بطریقة تشبه أو تطابق نظریة الاحالة لأنها تضع نفسها موضع المحكمة الایطالیة فتقضى بما كانت تقضى به هذه لوجاءت القضية أمامها . واذ كان أساس الاحوال الشخصية فی القانون الایطالی هو الجنسیة فتطبق علیه القانون الانجلیزی . یقول ومستلیک هنا « ان هذه النتيجة تطابق النتيجة التی توصلنا الیها نظریة الاحالة ولكن السبب أو الاساس الحقیقی الذی ترتکز علیه هذه النتيجة لیس نظریة الاحالة وانما هو الواجب الذی یقضى بفحص الطبیعة الجوهریة للعلاقة القانونیة المقتضى الحكم فیها فی قضية معینه والمعنی الحقیقی لقواعد القانون الدولی الخاص المتبعة فی البلاد ذات الشأن : ان

المثل علی ذلك

المشرع الايطالى لا يستطيع أن يطلب الحكم فى مسألة بلوغ الرشد بالنسبة لهذا الانجليزى لأنه لا يستطيع أن يحكم الا فى أهلية رعاياه « ان هذا اعتراف عظيم الشأن من جانب الاستاذ الكبير وهو يريد به أن يقول ان قانون الوطن ليس له سلطان على احوال الانسان الشخصية وان ذلك لا يكون الا لقانون جنسيته . وبذلك تمجد المحاكم الانجليزية عن ذلك المبدأ المقدس عندها وهو أن الاحوال الشخصية خاضعة لقانون الموطن وبذلك يقر الاستاذ ومحاكمه بأن قانون الموطن حينما اتفق لا يصح أن يكون أساساً للاحوال الشخصية . ان الحل الذى وصلوا اليه حل صحيح فى نظرى ولكن لا لأن أساسه نظرية الاحالة ولا لأن القاضى الانجليزى يجب أن يضع نفسه محل القاضى الايطالى ليصدر الحكم الذى كان يحكم به القاضى الايطالى ؛ ولكنه صحيح كما قال وستليك لانه عادل ومطابق للقواعد الاساسية فى القانون الدولى الخاص . وان لهم لحقاً فى تصحيح المبنى الخطأ الذى يفسرون به لفظ « الموطن » وان لهم لحقاً فى تحديده بالموطن داخل حدود الجنسية دون الموطن فى أية جهة أخرى . من البلاد الاجنبية كما شرحناه فى بند ١٣٨ ولكن ليس لهم أن يقولوا ان نظرية الاحالة صحيحة لانها أنتجت حلاً صحيحاً . لو كانوا يجعلون الموطن مقصوراً كما قلنا لما اضطروا أن يجعلوا قانون ايطاليا حكماً فى الموضوع ثم يفرون من حكمه ويرجعون الى قانون الجنسية بتصريح من القانون الايطالى ويقولون فى آخر الامر ان نظرية الاحالة صحيحة لانها أوصلتنا الى حل صحيح

ومما يظهر تناقض مجبى نظرية الاحالة أنهم من أجل الدفاع عن هذه ١. اصح فى حالة النظرية يضحون كل منطق ؛ وبيان ذلك أنه اذا جاءت القضية هذه المرة أمام القاضى الفرنسى وأراد النافرون من الاحالة أن يقولوا بوجوب الحكم بمقتضى القانون الانجليزى بالنسبة لانجليزى متوطن فى فرنسا قالوا لهم « لاتكونوا ملكيين أكثر من الملك : انكم تريدون أن تجعلوا هذا الانجليزى محكوماً بالقانون

الانجليزى ! ألا فلتذكروا أن هذه المسألة لا يحكم فيها فى انجلترا على مقتضى القانون الانجليزى بل على مقتضى القانون الفرنسى الذى هو قانون الوطن لأنها معتبرة داخلية فى اختصاص قانون الوطن فلم هذا العناد فى فرنسا ولماذا التثبت بالقانون الانجليزى اذا كانت انجلترا لا تريد ذلك ؟ الرد سهل جداً وهو أن المحاكم الفرنسية لا تبحث عن ارادة القانون الانجليزى وانما هى تحكم بما يأمر به القانون الفرنسى<sup>(٢)</sup> وفوق ذلك هل نسينا ما قاله المدافعون عن النظرية فى قضية الوصية التى جعلها وستليك حجته الاساسية فى وجوب العمل بالنظرية ؟ كيف يقول بأن المشرع الايطالى لا يحكم الا فى الاحوال الشخصية للايطاليين وكيف يقال هنا ان المشرع الانجليزى يريد أن يكون الحكم بقانون الوطن بالنسبة لانجليزى متوطن فى فرنسا ؟ ان اختلاف التعليل ناشئ عن اختلاف الحالتين : فى الحالة الاولى القضية أمام محكمة انجليزية واستعمال النظرية يؤدى الى حل عادل الاسباب التى ذكرناها . وفى الحالة الثانية القضية أمام محكمة أجنبية فاذا طبقت النظرية لم يمكن الدفاع عن صحة الحل الذى تنتجه فيقولون ان القانون الانجليزى يريد ذلك والواقع أنه اذا اقتضى العدل أن تكون الاحوال الشخصية بالنسبة للانجليزى محكومة بقانونهم فكان يجب ألا تطبق الاحالة فى الحالة الثانية وهو ما يهدم النظرية فالتجأوا الى تعليل آخر ناقض التعليل الاساسى للدفاع عن النظرية

من اسباب الاحالة الانانية  
ومن الاسباب العملية الرئيسية التى أوجبت الالتجاء الى نظرية الاحالة هو ما نسميه « الانانية » التى تظهر من رجوع القاضى الى قانونه ليحكم بمقتضاه كما حصل فى قضية فورجو مثلاً ( بند ٢٩٤ ) فان التعصب للقانون الفرنسى هو الذى أوحى بالمحكم المذكور حتى يؤول الميراث لمصلحة الاملاك الفرنسية دون الورثة المقر عليهم فى القانون الذى أشار القانون الفرنسى بوجوب تطبيقه

( ٢ ) راجع بيه ص ١٦١ حيث يأسف على أن يكون من أنصار النظرية أساتذة كبار مثل وستليك وإبار : وبهم من كلامه أن أحداً قد قال بما بين الاقواس فى المتن

وقلوا ان من مزايا العمل بنظرية الاحالة أن يقضى في الخلاف نفسه قانون دعوايا وتنفيدها واحد في بلد القاضى وفي البلد الذى حصلت الاحالة منه : فمثلا في حالة الانجليزى المتوطن في فرنسا اذا استعمل القاضى الفرنسى « الاحالة » فانه يقضى بأن تكون أحواله الشخصية محكومة بقانون فرنسا وهو ما يحكم به القاضى الانجليزى اذا كانت القضية أمامه ؛ وقالوا ولذلك يسهل تنفيذ الحكم الذى يصدر بهذا الشكل في كل من البلدين . ولكن هذا القول باطل ويظهر بطلانه من اعتبار نظرية الاحالة واجبا العمل بها أمام القاضى الفرنسى وغير واجب العمل بها أمام القاضى الانجليزى ، لأننا اذا قلنا ان الحكم الفرنسى الصادر طبقا للقانون الفرنسى يطابق ما يحكم به القاضى الانجليزى ذكرنا ذلك ونحن معتبرين أن القاضى الانجليزى لم يستعمل الاحالة لأنه اذا استعملها في حكمه فقد طبق القانون الانجليزى ولم يطبق القانون الفرنسى وتكون النتيجة أنه اذا طبق القاضيان « الاحالة » فقد اختلف حكمهما كما كان يختلف لو لم يطبقاها سويا ، أما اذا طبقها أحدهما ولم يطبقها الآخر فانهما قد يتحدان في الحل وفوق ذلك فان تطبيقها يجعل القاضى في كل من البلدين يطبق مبدأ غير الذى أقره قانونه فلا يكون القاضى الفرنسى بانبا الأحوال الشخصية على الجنسية ولا يكون القاضى الانجليزى بانبا الأحوال الشخصية على الموطن أى أنه فضلا عن عدم رفع التناقض بين الأحكام فان تطبيق النظرية يؤدى بكل قاض الى مخالفة مبدأ قانونه واتباع مبدأ يحجه هذا القانون وبزوال هذه الحجة ينهار أساس نظرية الاحالة

ان قواعد القانون الدولى انحصار مبنية على الحجة وبعد النظر والسعى في تحقيق العدالة ؛ وفي كل نقطة خاصة لا بد من الالتجاء الى البحث عن القانون الذى يلائم طبيعتها ويوافقها أكثر من غيره

ونحن نبذل مجهودا كبيرا للوصول الى معرفة هذا القانون . أفىكون من المعقول ، بعد أن نصل الى معرفته ، أن لا يؤخذ الحل المباشر للقضية من هذا ( الدولى — ٤٠ )

الاحالة تتناقض  
مع العدالة



القانون نفسه بل من أى قانون آخر تطوح بنا « الاحالة » عليه ، عفواً ولا تبصر  
 الاحالة تمنع من معرفة القانون المختص  
 ولا روية ولا بحث . وهذا ليس آخر درجات التخبط في العشواء فان القانون الذى  
 أحالنا عليه القانون الذى أرشدنا اليه قانون اتقاضى قد يحيلنا هو أيضاً على قانون  
 أجنبي آخر ، وقد يرجعنا اما الى قانون القاضى واما الى القانون الذى أشار اليه قانون  
 القاضى في أول الأمر كما هي الحال في الشرط الثانى من القاعدة الثانية من قاعدتى  
 « بار » — كل ذلك غير معقول وكيف يتسنى لأولى الشأن في العلاقة القانونية أن  
 يتنبثوا بما يمكن أن توصل اليه « الاحالة » ؟

٣٠٠ — النتيجة أننا نرى مع الجمهور الأ كبر من علماء العالم ( بند ٢٨٦ )  
 خلاصة البحث  
 أن نظرية الاحالة نظرية باطلة وانه كلما أشار القانون باتباع قانون أجنبي فيجب أن  
 يتبع هذا القانون الاجنبى في قواعده الداخلية أو المينة للحقوق والواجبات والاحكام  
 ولا يتبع فيما أمر به من قواعد القانون الدولى الخاص التى تحيل على قانون آخر سواء  
 كان قانون المحكمة المنظورة أم أمها القضية أو أى قانون آخر . ولا يشذ عن هذه  
 القاعدة الا في الاحوال التى لا يكون فيها قواعد داخلية في القانون الذى أشير اليه  
 بأن كان مجموعة من القوانين المشتركة في نظام مركب شخصى أو اقليمى ففى هذه  
 الحالة ، وهى حالة استحالة طبيعية لا بد من الخروج منها ، يحصل ذلك بالركون الى  
 أحد القوانين المشتركة طبقاً للقاعدة الاساسية المقررة لحل هذه الامور في القانون  
 المركب الذى أشير الى تطبيقه <sup>(١)</sup> وهذا الاستثناء لا دخل له في نظرية الاحالة  
 أو اذا شئت قل انه احالة للضرورة : انه طريقة لايجاد القانون الواجب العمل به ؛

[ ٣٠٠ ] ( ١ ) ويجب علينا في هذا المقام أن ننوه بفضل التقاسيم التى ابتكرها الاستاذ أرمانيجون  
 فيما يتعلق بالنظامات القضائية ( بند ٥٥ ، ) فانها وصف صحيح للحالة السائدة في العالم ونحن  
 على ثقة من أنه اذا انتشرت معرفة هذه التقاسيم وما يلائمها من الاحكام فان مادة القانون  
 الدولى الخاص تزداد جلاء ووضوحاً وتزول حاجة المؤلفين والمحاكم الى التمسك باهداب نظرية  
 الاحالة لتصحيح ما يرون فيه أنفسهم من الخطأ الذى صور لهم وجوب الاخذ بأحكام غير صحيحة  
 يضطرون لتصحيحها بفكرة الاحالة



وفي القضية التي رواها وستليك ( بند ٢٩٩ ) يمكن الوصول الى الحل الصحيح ولكن لا من طريق الاحالة كما يظن وستليك ولا من طريق أن المحاكم الانجليزية تصور نفسها جالسة بمجالس القضاة الايطاليين ، بل من طريق البحث عن طبيعة العلاقة وفي رأبي ان الخاص يكون ذلك من طريق تحديد فكرة الموطن بقصره على الموطن داخل حدود النظام المشترك الذي يخضع اليه الشخص من حيث الجنسية السياسية<sup>(٢)</sup>

\* \* \*

هذا ولما كان من المفيد بيان تطبيقات نظرية الاحالة ، رغم كونها نظرية تطبيق الاحالة باطلة ، وذلك لأنها متبعة عملا في بعض محاكم العالم ويقول بها بعض كبار رجال القانون ، فاننا قد رسمنا لها جداول خاصة لبيان الاحوال التي لا تصور فيها الاحالة بأي شكل من الاشكال ، والاحوال التي تصور فيها من حيث امكان تطبيقها ماديا وبيان درجات وأوجه الاحالة والنتائج المختلفة التي يمكن الحصول عليها . وقد ضربنا لذلك ثلاثة أمثلة ففي الجدول الأول نتكلم على الاحالة في مسائل الاحوال الشخصية وفي الثاني عليها في توريث العقارات وفي الثالث في شكل التصرفات الاختيارية :

---

(٢) راجع ما مر في بندي ١٣٨ و ٢٩٩

## جداول الاحالة

جدول تفسير الحروف المستعملة في الجداول الآتية



ب ج	=	بلاد من بلاد الجنسية
بر	=	بريطانيا العظمى
ب م	=	بلاد من بلاد الموطن
س	=	سكوتلاند
ط	=	ايطاليا
ك	=	أمريكا
ق	=	قانون
ق بر	=	قانون أو قوانين بريطانيا العظمى
ق ج	=	قانون الجنسية أو قانون جنسية
ق د	=	قانون الديانة أو قانون ديانة
ق س	=	قانون سكوتلاند
ق ق	=	قانون القاضى
ق م	=	قانون الموطن أو قانون موطن
ق م ع	=	قانون موقع العقار

## الجدول الاول

### الاحوال الشخصية

١ في ب ج مثل فرنسا يشير ق الى ق ب ج مثل ايطاليا } الحل واحد في كل جهة والذي يطبق هو ق الاحوال الشخصية الايطالي وهنا لا تتصور فكرة الاحالة

٢ في ب م مثل أمريكا يشير ق الى ق ب م مثل سكوتلاند } الحل واحد في كل جهة والذي يطبق هو ق الاحوال الشخصية في س وهنا لا تتصور فكرة الاحالة

٣ في ب ج مثل فرنسا يشير ق في ق في الحجر مثلاً الى تطبيق ق بر بالنسبة لرجل متوطن في س فما هو القانون ؟

(١) هو في نظر وستليك ، بدون احالة ، أى ق من قوانين سكوتلاند

(٢) هو في نظر بيبه ، بطريق التفويض من ق بر الى ق س ، ق س أيضاً

(٣) هو في نظر أرماتيجون بواسطة الاحالة ق س أيضاً

أهو المتعلق بالحجر مباشرة أم هو قاعدة القانون الدولي الخاص الموجودة في ق س بشأن الحجر ؟ راجع ٣\*

٣\* (١) تقرر تطبيق ق س : اعداء الاحالة يطبقون قواعد هذا القانون الخاصة بالحجر — لا احالة (٢) : القائلون بالاحالة يطبقون قواعد القانون الدولي الخاص في ق س :

فاذا كان الرجل متوطناً في س فالاحالة غير ممكنة وتطبق قواعد الحجر والحل واحد في كل الجهات

واذا كان الرجل غير متوطن فيها فاما الرجوع واما الاحالة :

١ اذا كان التوطن في بلد القاضى فيحصل الرجوع الى ق ق

(١) إما الى ق ب ج مثل ط وهنا تستمر الاحالة متسلسلة ما بالرجوع الى ق جنسيته وهو الغالب واما بالاحالة على ق آخر بحسب قواعد الدولي الخاص المعروفة في ط ( بار )

(٢) واما الى ق ب م مثل ك وهنا قد تقف الاحالة ويطبق ق الموطن الحقيقي وهو ق البلد الثالث أى ك ( بار )

٢ واذا كان التوطن في بلد آخر فتحصل احالة ثانية

(١) اذا كان القانون المشار اليه هو في الوقت نفسه ق ج الشخص فلا تتصور الاحالة والحل واحد في كل جهة

(٢) اذا لم يكن هو ق ج الشخص فيصح أن يكون هناك احالة من هذا القانون الى ق ج الشخص ، مثلاً الى القانون البريطاني ، ويكون الحل هنا كما في الحالة ٣ ومن بعدها كما في الحالة ٣\*

٤ في ب م مثل ك يشير ق ق في الاحوال الشخصية الى ق ب ج مثل فرنسا باعتباره محل توطن الشخص

## الجدول الثاني

### التوريث في العقارات

٥ في ط يشير ق ق بشأن الارث { يطبق ق د المتوفى مسلماً كان أو غير مسلم ، ولا تنازع  
في عقار ، الى ق ب ج مثل مصر } ولا احالة ( قارن حالة ٣ )

٦ في فرنسا ( حيث للموارث في العقارات خاضعة  
لقانون موقعها ) بشأن الارث في عقار واقع فيها { يطبق القانون الفرنسي مباشرة ولا تنازع

٧ في ط ( حيث يعمل بقانون الجنسية ) يشير  
ق ق بشأن عقار واقع في ط الى ق ب ج { (١) اما قواعد الموارث في فرنسا : وهذا بلا احالة  
(٢) واما قاعدة الدولي الخاص المعروفة في فرنسا  
وهذه نحيّلنا على ق ط باعتباره ق م ع  
مثل فرنسا فما هو القانون الفرنسي الذي  
يطبق ؟

٨ في ط يشير ق ق بشأن عقار في ط مملوك  
لرجل اسكتلندي الى ق ب م مثل بر { (١) القانون الاسكتلندي في الموارث وهذا بلا احالة  
(٢) قواعد الدولي الخاص الموجودة في ق س وهي تحيل  
( حالة ٣ ) فما هو القانون الذي يعمل به ؟  
على ق ط باعتباره ق م ع وهنا الحل كما في حالة ٧

٩ في انجلترا يشير ق ق بشأن عقار كائن في ط  
الى ق م ع وهو ق ط فما هو القانون ؟ { (١) اما قانون الموارث في ايطاليا ولا احالة هنا  
(٢) واما قواعد الدولي الخاص في ق ط وهذه تحيل  
على قانون الجنسية وهو ق س مثلاً اذا كان الرجل  
اسكتلندياً والحال هنا كما في حالة ٣\*  
(٣) واذا أشار ق ط الى قانون ثالث ، الفرنسي مثلاً  
باعتباره ق ج المتوفى فتكون الاحالة كما لو كانت  
في حالة ٧

## الجدول الثالث

### شكل التصرفات الاختيارية

<p>(١) القانون الايطالى بشأن شكل الوصية — لا احالة</p> <p>(٢) قواعد الدولى الخاص فى ط وهي اثنتان ( بند ٢٦٧ )</p> <p>١ ق ج المتوفى ( وهذا جائز لا واجب )</p> <p>فإذا كان ايطالياً فلا تنازع</p> <p>واذا كان فرنسا فلاحالة جائزة</p> <p>واذا كان انجليزيا فلاحالة جائزة ايضا وتكون للقانون الانجليزى اى يحصل الرجوع لقانون المحكمة وهذا هدم لقاعدة خضوع شكل الوصية لقانون البلد الذى عملت فيه</p> <p>٢ او فى البلد الذى عملت فيه الوصية اى ق ط فيكون هذا ق ط بشأن شكل الوصية — ولا احالة</p>	<p>١٠ فى انجلترا يشير ق ق بشأن شكل الوصية الى ق البلد الذى عملت فيه وهو ط ، وهذا يصح أن يكون</p>
<p>(١) اما القانون الانجليزى بشأن شكل الوصية ( حالة ٣ ) ولا احالة</p> <p>(٢) واما قواعد القانون الدولى الخاص فى ق بر بشأن شكل الوصية وهو ق ط باعتباره ق الجهة التى حصلت فيها . وق ط اما ان يطبق فى الشكل واما ان يحيل على ق ج المتوفى كما فى حالة ١٠</p>	<p>١١ فى مصر يشير ق ق بشأن شكل الوصية الحاصلة فى ط الى ق ج المتوفى وهو ق بر طبقاً للمادة ٧٨ مدنى مختلط</p>
<p>(١) اما القانون الانجليزى بشأن شكل الوصية ( حالة ٣ ) ولا احالة</p> <p>(٢) واما قواعد القانون الدولى الخاص فى ق بر بشأن شكل الوصية وهو ق أمريكا واذا كان هذا يحتم الشكل المرسوم فى ق أمريكا باعتباره قانون الجهة التى حصلت فيها الوصية فيجب الحكم به : احالة طبقاً لقاعدة « بار » الثانية الشرط الثانى</p>	<p>١٢ فى مصر يشير ق ق بشأن شكل وصية حصلت فى أمريكا الى ق بر باعتباره ق ج الميت طبقاً للمادة ٧٨ مدنى مختلط</p>



# الفصل الخامس

تطبيق

## القوانين الاجنبية والمعاهدات

واثبات حالتها

٣٠١ - من واجبات القاضي حينما يقوم باعباء العدالة في القضايا التي ليس فيها عنصر أجنبي أن يطبق القوانين التي وضعت لمحاكمه ويكون ذلك من تلقاء نفسه حتى في حالة سكوت المتقاضين عن طلب تطبيق تلك القوانين ومع ذلك فهناك مسائل استثنائية مثل أحكام مضي المدة ليس للقاضي أن يطبق النصوص الخاصة بها الا اذا تمسك بها الخصم صراحة

واجب القاضي  
نحو العمل بقانونه

أما بالنسبة للوقائع المادية فيجب على القاضي ، طبقاً للنظرية اللاتينية القديمة التي لا تزال معمولاً بها للآن ، أن يقتصر على ما يعرضه عليه الخصوم ويجب عليه من باب الحكمة والترف ، بصفته قاضياً ، أن يتجاهل من الوقائع ما يعلمه أو يصل الى علمه بصفته فرداً من الأفراد

نحو معرفة  
الوقائع

وأما بالنسبة للقانون فالمفروض أنه يعرفه واذا كان في الواقع يجهل الحكم القانوني في أمر معين فيجب عليه أن يجتهد في الوصول الى معرفته ومن مصلحة الخصوم دائماً أن يؤيدوا الآراء القانونية التي يقولون بها ، بالنصوص والمؤلفات والأحكام: يلفتون نظر القضاة اليها ويمكنونهم بالفعل من التأكد من صحتها بعرضها عليهم أو نقلها اليهم وهم في الواقع يفعلون ذلك كل يوم لأن مصلحتهم تقتضي ذلك .

نحو معرفة  
قانونه

٣٠٢ - القوانين الاجنبية وواجب القاضي نحوها : يجب التساؤل عما اذا كان القاضي مقيداً بالمبادئ المتقدمة من حيث تطبيق القوانين الاجنبية ومعرفتها ؟ الجواب على هذا السؤال مختلف فيه :

نحو تطبيق  
قانون اجنبي  
ومعرفته

ففي إنجلترا وفي بعض مجموعات القوانين في البلاد الأخرى ( مثل قانون الجمهورية الفضية ، مادة ١٣ ) يعتبر القانون الاجنبى ، من باب الافتراض فقط ، كأنه مطابق لقانون المحكمة ولذلك يجب على من يريد الانتفاع من قانون أجنبى ، وسواء كان مدعياً أو مدعى عليه ، أن يتمسك بذلك كما يجب عليه أن يثبت اختلاف القانون باعتباره من الوقائع فإذا لم يتمكن الخصم من الاثبات يطبق عليه قانون المحكمة (١)

وبعكس ذلك يرى أغلب علماء القارة الاوروبية ما يأتى :  
الرأى الثانى  
أولاً : ان القاضى مكاف بحكم وظيفته أن يطبق القانون الأجنبى الذى يشير قانونه بوجوب تطبيقه على القضية حتى فى حالة عدم طلبه والتمسك به من جانب أى خصم من الخصوم

ثانياً : ان وجود القانون الاجنبى وألفاظه ومؤداه ليس ذلك كله من الوقائع التى تترك للخصوم اثبتوها ولكن من واجب المحكمة أن تستعمل كل وسيلة ممكنة لتتوصل لمعرفة حقيقة القواعد المقررة فى القانون الاجنبى الواجب تطبيقه فى القضية

وقد أقر الجمع العلمى للقانون الدولى هذه الآراء الاخيرة ونظم اجراءات خاصة لتتبع من جانب المحكمة حتى تصل الى معرفة القواعد الحقيقية السائدة فى القانون الاجنبى ، بواسطة الطرق السياسية (٢)

٣٠٣ - ومع ذلك فقد أيدت محكمة الاستئناف المختلطة الرأى الاول  
رأى المحاكم المصرية  
فى أحد أحكامها فقررت أنه لا يصح لخصم أن يتمسك أمام المحاكم المختلطة بقانون أجنبى الا اذا أمكنه أن يثبت وجوده ويبرز نصوصه (١)

[٣٠٢] (١) وستليك من ٣٩٣ وقايس ٣ من ١٨٢

(٢) قايس ٣ من ١٨٩ ،

[٣٠٣] (١) س م ٩ يونيه ١٨٩٢ مج ت م ٤ من ٢٥٥

بزياده

وهذا الرأى عملى ومفيد لان القضاة يجهلون القوانين الاجنبية فى أغلب الاحوال ؛ واذا عرفوها فى زمن معين فمن المحتمل كثيراً أنها تكون قد تغيرت بعد ذلك الزمن أو تكون قد أخذت تفسيراً معيناً بتطبيقها امام محاكم تلك القوانين؛ وهذا الرأى يقتضى وجوب اثبات حالة القانون الاجنبى من جديد فى كل قضية ولو أصبحت المحكمة على علم به من طريق الاثبات الذى حصل فى القضايا السابقة والقاعدة امام المحاكم الانجليزية أن القوانين الاجنبية يجب اثباتها دائماً بواسطة تقارير من خبراء اخصائيين فيها : حتى فى حالة حصول التمسك بمقتضى نص فى قانون معين لا يكفى مطلقاً ابراز القانون بنصه أمام المحكمة ولا ضرورة لابرازه اذا ما أشار اليه الخبير . اذ يجب أن يؤخذ برأى العلماء فيما يتعلق بالوقائع الخاصة بالعلوم التى اقتصوا فيها وتشمل هذه القاعدة الاثبات الذى يقدمه رجال القانون . . . ان المسألة التى أمامنا ليست ماهية ألفاظ القانون وعباراته المكتوبة ولكنها ماهية القانون على العموم كما يظهر من البيان والتفسير وأحكام القضاء<sup>(٢)</sup>

اخذ رأى الخبراء  
فى القانون الاجنبى

ما يحصل فى العمل

٣٠٤ — وليس فى هذا الموضوع من صعوبة كبرى من الوجهة العملية وذلك لان الخصوم أنفسهم قلما يهتمون بالتمسك باختصاص القوانين الاجنبية والمحامون عنهم قلما يفكرون فى العنصر الاجنبى الموجود فى القضية . ويقتصر القضاء فى العمل ، على فحص أقوال الخصوم وطلباتهم بالنسبة للقانون الواجب التطبيق . ولذلك ففى أغلب الاحوال يمر المحامون والقضاة مر الكرام على مسائل القانون الدولى الخاص حتى من غير أن يسألوا أنفسهم هل من واجبهم بحث ما اذا كانت ظروف القضية تستلزم أن يطبق قانون أجنبى . وقد رأينا أن هذه الخطة مأمور بها فى بعض القوانين ( بند ٣٠٢ ) حيث يفترض عدم اختلاف القانون الاجنبى عن قانون المحكمة . لذلك كان اهتمام الخصوم ومحاميهم مقصوراً على الاحوال الاستثنائية التى يكون الالتجاء فيها للقانون الاجنبى ظاهر الفائدة بالنسبة لقضاياهم

ويكونون قادرين على اثبات نصوصه وحالته على العموم امام المحكمة وفي هذه الاحوال يجدون أنفسهم مضطرين الى اثبات وجود القانون الاجنبى الذى يدعون وجوب تطبيقه ، واثبات القواعد أو المبادئ التى يتمسكون بها ؛ ويحصل ذلك بإبراز شهادات خاصة بالموضوع ومحررة من السلطات الرسمية المختصة أو مذكرات من رجال القانون المشهود لهم بالعلم فى البلاد التى يتمسكون بقانونها<sup>(١)</sup>

وللقاضى سلطة كبيرة فى التقدير فى هذا الموضوع لأن ما يقدمه الخصوم يجب أن يعتبر كإرشاد أو مساعدة له للوصول الى الحقيقة<sup>(٢)</sup> وأما الحكم فى القضية بتطبيق القانون المذكور عليها فهذا هو عمل القاضى وحده ولا يتم الا بعد الابحاث الخاصة التى يجريها فى القضية

٣٠٥ — وقد يحدث ألا يقتصر الخصوم على عدم طلب الحكم بمقتضى القانون الاجنبى المختص بل يختارون جميعاً قانون المحكمة ويحكمونه فيما بينهم إما صراحة وإما ضمناً بأن يتمسك كل منهم بنصوص أو قواعد من هذا القانون ويطلب تطبيقها على القضية . وهذا ما حصل فى احدى القضايا المهمة أمام محكمة المنصورة المختلطة فقد قررت المحكمة أن القانون الواجب تطبيقه بلا شك هو القانون اليابانى باعتباره قانون العلم ( بند ٦٧ ) وهو وحده المختص ببيان حقوق امتياز الديون البحرية وكيفية انقضائها ومع ذلك فقد رأت المحكمة أن الخصوم لم يوجهوا ارادتهم نحو طلب تطبيق القانون اليابانى وقد رجعوا دائماً الى نصوص القانون التجارى البحرى المختلط فكان من اللازم اعتبارهم متفقين على تحكيم نصوص القانون المختلط فى قضيتهم ولذلك وجب على المحكمة أن تطبق هذا القانون نظراً لاتفاقهم عليه<sup>(١)</sup>

[٣٠٤] (١) وفى القانون الانجليزى يصح أن تكون الشهادة حاصلة بالكتابة وبعد حلف اليمين وتسمى affidavit

(٢) وهذا يعكس الحالة فى المحاكم الانجليزية — راجع بند ٣٠٣

[٣٠٥] (١) حكم ٤ ابريل ١٩١٨ جازيت ٨ ص ٢٦٩ نمرة ٣٤٢ ثالثاً

تقدم

وانى أرى أن هذا الحكم ليس صحيحاً من حيث التطبيق القانونى . ومع اقرارى بأن تطبيق القانون اليابانى قد يؤخر الحكم فى القضية بضعة أشهر ريثما يتأكد القاضى من حقيقة حالة ذلك القانون أو ريثما تصل حقيقته الى علمه ، فانى أرى أن التأخير أقل ضرراً على العدالة من حكم لا تتوافر فيه شروط العدالة والصحة ذلك لأن الاحكام يجب أن تكون مقررة للحقوق التى ثبتت للخصوم بطريقة قانونية ويجب الا تقرر الاحكام للخصوم حقوقاً جديدة لم يكونوا ليعتقدوا أنهم قد اكتسبوها ( بند ١٧ ) وفوق ذلك فالصعوبات العملية فى هذا الموضوع كبيرة : هل يصح للمحامى ، بدون أن يحصل على توكيل خاص ، أن يقبل صراحة أو ضمناً أن يكون الحكم فى القضية طبقاً لأى قانون غير القانون الواجب تطبيقه حقاً وعدالة ؟ ويصح أن يكون الخصوم من القصر فلا يكون لأحد الحق فى قبول الحكم ، بالنيابة عنهم ، بأى قانون غير القانون المختص وفى نظرى يجب حتماً لصحة القبول بقانون المحكمة دون القانون المختص ، أن يكون الخصوم ذوى أهلية و يملكون التصرف فى الحقوق المنظورة أمام المحكمة والا وجب على القاضى أن يحكم بالقانون المختص دون غيره . إن ارادة المتعاقدين واجبة الاحترام فى مادة العقود ولكن التمييز واجب بين العقود المعتادة وعقد التحكيم compromis ويشترط القانون لاعفاء المحكمين من اتباع حكم القانون أن يعينوا بصفتهم محكمين مفوضين بالصلح arbitres amiable compositeurs ( ٧١٨ / ٨٠٧ مرافعات ) وهم يحكمون نهائياً<sup>(٢)</sup> ولا يخفى أن كل هذه الشروط لم تتحقق بدليل أنه لم تحصل الاشارة فى الحكم الى شىء منها فيكون الحكم فى غير محله

رأينا الخاص

٣٠٦ - الخلاصة أننا نرى وجوب تقييد قضائنا بتطبيق القوانين الاجنبية

كلما كان تطبيقها واجباً بنص صريح فى القانون المصرى أو بموجب قواعد القانون الدولى الخاص الواجب تطبيقها طبقاً للمادة ١١ من القانون المدنى المختلط و ٢٩



من لأئحة ترتيب المحاكم الأهلية ، وأنه يكون دائماً من واجب القاضى أن يسعى بنفسه بكل وسيلة للوصول الى معرفة القواعد المقررة فى القانون الاجنبى الواجب التطبيق ، وأنه يكون للخصوم دائماً الحق فى تسهيل مهمة القاضى ولا يكون عليهم واجب اثبات القانون الاجنبى الا فى أحوال الضرورة <sup>(١)</sup>

٣٠٧ — المعاهدات وواجب القاضى نحوها : يوجد عدد عظيم من المعاهدات الدولية بعضها يشتمل على نصوص متعلقة بالقانون الدولى الخاص فيجب على القاضى دائماً أن يراعى وجودها متى كانت دولته طرفاً فيها وأن يطبق القواعد المقررة فيها بدلا من القواعد المعتادة فى الموضوع . وله الحق فى تفسيرها كلما كان ذلك ضرورياً لحل المسألة المطروحة أمامه للحكم . ويجب عليه أن يتحقق من وجود المعاهدة بالفعل وهل هى واجبة التطبيق بالنظر لظروف القضية وبالنسبة للخصوم فيها ؛ ومن أجل أن تكون المعاهدة واجبة التنفيذ يجب أن تكون قد عقدت بالفعل وأن تكون المصادقة عليها قد تمت بالفعل وأن تكون واجبة التنفيذ حال توقيع الحكم بمعنى أن لا تكون مجرد مشروع معاهدة أهمل لعدم المصادقة عليه من الدول ذات الشأن وألا تكون قد ألغيت لعدم تجديدها مدتها أو بانتهاء المدة المعينة لها اذ أغلب المعاهدات مؤقتة بزمان معين

٣٠٨ — ومن المفيد ملاحظة أن أغلب المعاهدات التى عقدتها مصر مع شكل المعاهدات الدول تأخذ فى مصر شكل القوانين المصرية أو الأوامر العالية أو المراسيم . مثال ذلك جميع القوانين المختلطة التى صادقت عليها الدول والدكرينات المسجلة لها مثل دكرتو القنابل ( بند ٧٥ ) ولوائح الجمارك المصرية ودكرتو سنة ١٨٩٦ بخصوص الاتجار بالرقيق وغير ذلك مما يطول شرحه . ومع ذلك فهناك معاهدات لا تأخذ شكل القوانين لأنها سياسية أو تجارية أو متعلقة بمسائل خاصة وليست ذات صبغة عامة مثال ذلك معاهدة السودان والمعاهدات المشار إليها فى بندي ١٢٣ و ١٧١ ،

هنا . فجميع المعاهدات التي وافقت عليها مصر يجب حتماً أن يطبقها قضاة المحاكم المصرية من تلقاء أنفسهم وكذلك المحاكم القنصلية التي تحكم في مصر كلما كانت دولة القنصل طرفاً فيها ومصر طرفاً ثانياً فيها

٣٠٩ — هذا ولا يصح أن ننهي من هذا الموضوع قبل أن نشير الى مجهودات بعض الدول

أولاً : بعض الدول من أجل توحيد نظاماتها القانونية والقضائية مثل ألمانيا فان وحدة القانون فيها أصبحت أمراً واقعاً من ابتداء سنة ١٩٠٠ وقد كان لكل دولة من دولها قبل ذلك قانون خاص به ، وسويسره قائماً أصدرت قوانين متعددة في أوقات مختلفة لتسرى على جميع اقليمها المكون من ست وثلاثين ولاية cantons وقد كان لكل منها قانون خاص به ، وقد اتفقت السويد والنرويج والدنمارك على اصدار قوانين متفقة في النصوص في مواد الكمبيالات والقانون التجاري البحري والجنسية والشيكات، وعقدت فرنسا مع عدد كبير من الدول اتفاقات خاصة بتنفيذ الاحكام الفرنسية فيها وبالعكس

ثانياً : بعض الدول من أجل توحيد القوانين في مسائل خاصة (١)

٣١٠ — عقدت الدول الامريكية الجنوبية مؤتمرات عديدة ابتداء من سنة ١٨٧٧ في مدن مختلفة منها ليما ومونتفيدو وواشنطن وكانت نتيجتها وضع مشروعات لسبع معاهدات خاصة بالقانون المدني والمرافعات والقانون الجنائي والملكية الأدبية والفنية وعلامات التجارة وبراءات الاختراع والقانون التجاري وحق ممارسة الحرف الحرة . وصادق على هذه المشروعات خمس دول وهي الجمهورية الفضية والبرازيل وبيرو وأوراجوى وپاراجوى وبوليفيا وصادقت فرنسا على للمعاهدة الخاصة بحماية الملكية الادبية والفنية (١)

[٣٠٩] (١) راجع مايلي وما ذكرناه في بند ٢٨ وحواشيه فان هذا الموضوع يكمله

[٣١٠] (١) قاليري ص ٤٥ — ٤٦

٣١١ - وفي أوروبا حاول السنيور مانشيني ( بند ٢٤٥ ) ابتداء من الدول الاوروبية سنة ١٨٦٧ أن يصل الى عقد معاهدات بشأن القانون الدولي الخاص، بين ايطاليا وفرنسا وبروسيا ولكن الحرب الفرنسية الپروسية حالت دون وصوله ما تمنى وأخيراً منع ذلك ما استجد من الفتور في العلاقات بين فرنسا وايطاليا على أثر احتلال فرنسا لبلاد تونس

وكان الفضل بعد ذلك لحكومة هولاندا التي عملت بناء على طلب العلامة آسر الاستاذ في جامعة أمستردام والحاحه في دعوة الدول الاوروبية الى مؤتمرات مدينة لاهاي التي انتجت بعض معاهدات صادق عليها بعض الدول<sup>(١)</sup>

ومن المفيد هنا ملاحظة أن بعض المحاكم يعتبر الاتفاقية المذكورة كأنها مقررة للقانون العام الواجب الاتباع بين الدول المتمدينة حتى ولو لم يكن بعض الدول طرفاً فيها أو لم يصادق عليها<sup>(٢)</sup>

وسوف نشير الى هذه المعاهدات في المواضيع الخاصة بها عند دراسة تفاصيل مسائل القانون الدولي الخاص

[٣١١] (١) راجع في تفاصيل ذلك بند ٢٨ حاشية ٢  
(٢) راجع قاليرى ص ٤٧ و قادن ما ورد هنا في بند ٢١٢

## الفصل السادس

### طريقة الدراسة في مصر

٣١٢ — ان اختيارنا للطريقة العملية لدراسة القانون الدولي الخاص يوضح السبيل التي سنتبعها في دراسة هذا العلم في مصر ( بند ٤٠ ) لذلك سيكون أساس أعمالنا النصوص القانونية المتعلقة بالقانون الدولي الخاص نتولى شرحها ونقدها حيث يجب النقد وسنبين كيف فسرت هذه النصوص في أحكام المحاكم وكيف كملت . كذلك سنبين عند اللزوم كيف يجب أن تكمل تلك النصوص بالقواعد العامة المقررة في القانون الدولي الخاص

وكما قدمنا في ص ٥ من جعل الكتاب الرابع خاصاً بدراسة تنازع القوانين والاختصاصات في القطر المصري ولذلك يكون الكتاب الثالث مقصوداً على دراسة المنازعات الخارجية أى التي تشتمل على عنصر أجنبي خارجي والتي تقابل في أوروبا وأمريكا مسائل القانون الدولي الخاص بالمعنى الحقيقي عندهم تميزها لها عن المنازعات التي تحصل بين القوانين والمحاكم المختلفة التي تتنازع الحكم داخل القطر المصري والتي ترد في الكتاب الرابع

٣١٣ — ومهما كان التفريق في الدراسة بين هذين النوعين من التنازع محفوظاً بالصعوبات فإننا سنقدم عليه لما نعتقد فيه من الفائدة التي تعود على الموضوع نفسه من حيث الوضوح والاتقان وذلك للأسباب الآتية : —

أولاً — ان عدداً كبيراً من المنازعات الداخلية قد أصبح مرفوعاً من يوم أن أنشئت المحاكم المختلطة وسنت القوانين المختلطة

ثانياً — ان عدداً معيناً من المنازعات المذكورة قد وضعت له نظمات خاصة بأن أنشأ له المشرع المصرى محاكم خاصة لحسم النزاع<sup>(١)</sup>

ثالثاً — أن هناك قاعدة ثابتة متبعة في مصر في اختصاص القنصليات في مسائل الأحوال الشخصية وفي المسائل الجنائية وهى قاعدة أن المدعى يسعى الى محكمة المدعى عليه وهى متبعة أيضاً في مسائل الأحوال الشخصية أمام المحاكم الأخرى المختصة بها

رابعاً — ان تنفيذ الأحكام الصادرة في مصر ليس خاضعاً على العموم للإجراءات الخاصة بتنفيذ الأحكام الأجنبية بل هو خاضع لنظام آخر تقل فيه الإجراءات عنها في تنفيذ الأحكام الأجنبية

خامساً — توجد بعض قواعد خاصة تتبع في حل بعض المنازعات الداخلية وقواعد خاصة تتبع في تنفيذ أحكام السلطات الموكل إليها الحكم في الأحوال الشخصية

وفوق ذلك فهناك أسباب علمية توجب التفريق فإن المنازعات الخارجية تحدث بين نظامين مختلفين ومستقلين مثل النظام المصرى والنظام الفرنسى الاقليمى ، أو الانجليزى الاقليمى ، ولذلك تكون خاضعة للقواعد المقررة في القانون الدولى الخاص ، بعكس المنازعات الداخلية فانها يصح أن تعتبر لحد ما<sup>(٢)</sup> انها مسائل مصرية أو محلية وانها اذا كانت في بعض الأحوال تشتمل على عنصر أجنبى أى غير مصرى أو وطنى بالمعنى الضيق أو على عنصر الأحوال الشخصية الا أنها مع ذلك لا تسبب نزاعاً بين دولتين مختلفتين أو سيادتين مختلفتين (قارن بند ٢٢٣) اذ قد رأينا أن القوانين المختلفة والمحاكم المختلفة التى تتنازع

[٣١٣] (١) راجع المواد ٢٢ — ٢٥ ل ت م م الجزء الثانى والمواد ٨٠ — ٨٥ ل ت م أ

(٢) أى انها ليست مسائل مصرية بحتة — راجع بند ٤٧

( الدولى — ٤٢ )



الحكم بين الناس في مصر تكون في مجموعها نظاماً واحداً مركباً ( بند ٦٢ )  
لذلك كان استبقاء دراسة هذه المسائل الداخلية مفيداً من حيث أنه يخلص دراسة  
منازعات القانون الدولي الخاص بالمعنى الضيق أو دراسة المنازعات الخارجية ، من  
التعميم الذي لا ضرورة له ومن التعقيد الذي لا فائدة فيه .

غير ان الفصل بين الدراستين لا يعنى مطلقاً أن قواعد القانون الدولي الخاص  
ليست ذات تأثير عظيم على دراسة المنازعات الداخلية . ان الأمر بالعكس فاننا  
سنرى أن هذه القواعد هي التي تلقى النظام والعدالة وترشد الى مراعاة الحقوق  
الواجبة الاحترام ، في دراسة المنازعات الداخلية وهي التي توحى بالحلول العادلة في مادة  
تحتاج أشد الاحتياج لدخول مبادئ العدل والحق فيها ( راجع بند ٤٧ ) ولا  
تدل التفرقة بين الدراستين على أن الحلول تكون دائماً مختلفة بحسب ما اذا كانت  
المنازعات خارجية أو داخلية وذلك لأن المسألة الواحدة كثيراً ما يكون حلها  
واحداً سواء كانت خارجية أو داخلية - لذلك كانت الدراسات الواردة في  
الكتابين الثالث والرابع متممة ثابتيهما للأولى ومكملة لها وليست التفرقة بين  
الاثنين بمانعة مطلقاً من أن نضرب الامثال من المنازعات الداخلية أو نبين أحكام  
بعض هذه المنازعات أثناء البحث في المسائل الخارجية اذا ما اتفقت الحالتان  
في الحكم . وبتعبير آخر سوف يكون الكتاب الرابع متمماً للكتاب الثالث  
ومشتملاً على المسائل الداخلية التي تبقى غير محلولة بعد الانتهاء من الكتاب  
الثالث

# الكتاب الثالث

## دراسة الاحوال المهمة

في المنازعات المشتعلة على عنصر أجنبي خارجي

٣١٤ - يصح أن يكون العنصر الخارجي<sup>(١)</sup> في القضايا التي تطرح أمام العنصر الخارجي المحاكم المصرية أحد الأمور الآتية : -

(١) اقرار أو ارتكاب أو حدوث أى عمل قانوني acte juridique خارج الاقليم المصرى - مثال ذلك العقود والاعمال النافعة والاعمال الضارة التي تحصل خارجه أى جميع الالتزامات التي تعقد أو تتم خارج القطر المصرى أو المياه المصرية

(٢) حصول اتفاق فى مصر على أن يكون تنفيذه فى الخارج

(٣) حصول اتفاق فى الخارج على أن يكون تنفيذه فى مصر

(٤) دخول سفينة أجنبية فى المياه المصرية وحصول أى عمل قانوني

بخصوصها أو فيها

(٥) الدخول فى صلات قانونية مع شخص وجد فى مصر فى وقت معين

وهو غير مقيم فيها

(٦) كون أحد الخصوم فى أية قضية بعيداً عن القطر المصرى أو لم يتخذ له

محل فيه

(٧) مجرد كون الصلة القانونية واقعة على شئ موجود فى مصر سواء كان

عقاراً أو منقولا

[٣١٤]. (١) راجع البنود ٤ و ٧ و ١٤ بخصوص العنصر الاجنبى وكذلك بند ٣١٢ ،،

٨ ( تأسيس شركات أجنبية أو في الخارج لتقوم بأعمال خاصة في مصر

٩ ( طلب تنفيذ أحكام أجنبية داخل القطر المصرى

١٠ ( التمسك بالأحكام الأجنبية للاثبات أمام المحاكم المصرية

في جميع المسائل المذكورة التي تعتبر أمثالا للعنصر الاجنبى ، يحصل دائماً أو يصبح أن يحصل نزاع على القانون الواجب التطبيق وعلى المحكمة صاحبة الاختصاص وبتعبير آخر يصبح التساؤل عما اذا كانت المحاكم المصرية مختصة بالحكم في مثل هذه الاحوال ، واذا كانت مختصة فما هو القانون الذى تطبقه للحكم في القضية ؟

وسيتناول البحث في هذا الكتاب مسائل المرافعات والاختصاص الدولى والأحكام الأجنبية ثم علائق القانون المدنى في المسائل الشخصية والعينية والالتزامات ثم علائق القانون التجارى البرى والقانون التجارى البحرى

## الفصل الأول

### المرافعات المدنية الدولية

٣١٥ - القاعدة العامة المقررة في قوانين العالم كافة هي أن جميع مسائل

القاعدة العامة

المرافعات خاضعة لحكم قانون المحكمة Lex fori بشكل مطلق بمعنى أن المرافعات أمام أى محكمة من المحاكم لا يمكن أن تخضع بأى شكل من الاشكال لحكم قانون أجنبى ومع ذلك فهناك اختلاف في رأى على ما يعتبر داخلا ضمن المرافعات وما لا يعتبر وهذا ما سيتضح من الدراسة التالية

أما أساس هذه القاعدة فهو أن الاجراءات المتبعة امام أية محكمة محددة بوجهة النظر التي يراها البلد الذى تجلس فيه المحكمة ، من حيث اجبار الخصوم على

أساسها

الحضور امامها وطرق الاثبات والتنفيذ ونحو ذلك ؛ ومجرد وجود عنصر أجنبي في القضية لا يصح سبباً للركون الى طرق أخرى غير التي يراها المشرع واجبة الاتباع باعتبارها خير الطرق المؤدية للغرض الذي يتوخاه من القضاء . إن مسائل المرافعات ليست من الحقوق التي يصح للخصوم أن يدعوها لانفسهم لانها إنما تمثل الطرق والاجراءات التي يرى المشرع الذي أنشأ المحاكم ، وجوب اتباعها في محاكمه لموافقتها لوجهة نظره في حسن سير القضايا وفي الوصول الى تحقيق العدالة<sup>(١)</sup>

وأما الاختلاف الحاصل بشأن ما يدخل تحت المرافعات وما لا يدخل فيه في سبب الاختلاف نظرنا سببان : الأول جنوح بعض البلاد الى فكرة الاقليمية المطلقة وقصر تطبيق القوانين الأجنبية على الأحوال الاستثنائية الظاهرة ولهذا السبب قرر علماء الانجيز أن لفظ المرافعات عندهم واسع المدى ( بند ٣١٦ ) والثاني الاتصال الكبير الحاصل بين المرافعات والقوانين الأخرى المقررة للحقوق وهي المدني والتجاري والبحري وصعوبة التمييز في بعض الأحوال بين ما يتعلق بالمرافعات وما يتعلق بجوهر الحق المقرر باحدى القوانين المذكورة

القانون  
الانجيزي

٣١٦ — معنى المرافعات في القانون الانجيزي : يفسر لفظ المرافعات في هذا القانون بأوسع المعاني فيدخل فيه جميع الوسائل القانونية الموصلة الى الحقوق All legal remedies وكل ما يتعلق بتنفيذ الحقوق من دعاوى واجراءات process أى جميع ما يتعلق بالتقاضى أمام المحاكم the whole field of practice كما يدخل فيه جميع ما يتعلق بالاثبات the whole law of evidence وكذلك ما يتعلق بتحديد أجل لسماع الدعوى every rule in respect of the limitation

[٣١٥] (١) قارن دابسي ص ٣٧ — ٣٨ و ص ٢٦١ ، وراجع بند ٢٢٥ هنا . وقارن ما قلناه هنا بما يقال عند البحث في ماهية القانون الذي تطبقه المحكمة عند صدور قانون جديد هل تتبعه أم تحكم طبقاً للقانون القديم ؟ راجع كتاب المرافعات بند ٦٢٥ ، وكتاب التنفيذ بند ٢٦١ ،

of an action<sup>(١)</sup> وما يصح أن يدفع به المدعى عليه الدعوى وما لا يصح set - off or counter-claim<sup>(٢)</sup> وغير ذلك مما يعتبر عندهم داخلا في المرافعات وطرق التنفيذ : فهذا يرجع فيه كله الى قانون المحكمة الحاصل أمامها التقاضى أو التنفيذ. ولا يلتفت فيه الى حكم أى قانون أجنبي

أما ما يتعلق بجوهر حقوق الخصوم every thing which goes to the substance of a party's rights ولا شأن له فى المرافعات، فيكون الحكم فيه طبقاً للقانون المناسب له the law appropriate to the case<sup>(٣)</sup> ومع ذلك فهناك نقط كثيرة مختلف عليها عندهم

وقد اختلف معهم أهل القارة الأوروبية فى هذه القواعد وهو ما يدعوننا الى تحليل المواضيع المختلفة لئرى ما يحكم فيه قانون المحكمة وما لا يحكم

عدم التسليم  
بقواعده

٣١٧ - ويجب قبل البدء فى التحليل أن نبين المعنى المقصود من القول بخضوع المرافعات الى قانون القاضى فهذا معناه أن كل ما هو من المرافعات يتبع فيه ما نص عليه قانون القاضى وما جرت عليه المحكمة التى ترفع أمامها القضية من أصول وقواعد واجراءات فى نظر ما يطرح أمامها من القضايا وما يتخذ بواسطتها من الاجراءات للتنفيذ. وللتحفظ ولكن ليس معناه أن هذه القواعد والاصول والاجراءات واحدة حتماً فى كل قضية سواء وجد فيها عنصر أجنبي أو لم يوجد . فانه يصح أن توجد فى قانون القاضى أحكام خاصة ببعض المسائل التى يوجد فيها

إيضاح  
وتحليل

[٣١٦] (١) وذلك غير ما يتعلق بسقوط الحق نفسه بمضى مدة معينة فان هذا يتصل بالحق فلا يخضع لقانون المحكمة وأما ما يتصل بالدعوى وتحديد أجل لرفعها بدون تأثير على الحق نفسه فهذا من أمر قانون القاضى وقد يصعب التمييز بين الحالتين

(٢) ويراد بهذا دعاوى المدعى عليه Demandes reconventionnelles فهذه تقبل أو لا تقبل حسب قانون المحكمة . أما سقوط الدين بالمقاصة القانونية فنظن أن له حكماً آخر لانه من الامور التى ينتهى بها الالتزام فى بعض القوانين على الاقل وهذه نقطة مشكوك فيها

(٣) دايسى ص ٧٦١ - ٧٦٩ ووستليك ص ٣٩٠ - ٣٩٣



عنصر أجنبي ؛ كذلك ليس معناه أن الاحكام الاجنبية الصادرة بطريقة قانونية في البلاد الاجنبية توضع على قدم المساواة مع الاحكام الصادرة من محاكم البلد الذي يطلب تنفيذها فيه ؛ كذلك ليس من معناه أن تكون أهلية الخصوم وحقوقهم في رفع الدعوى أو في دفعها خاضعين لحكم قانون القاضي ، وليس من معناه أخيراً أن لا يتأثر اختصاص المحكمة بوجود عنصر أجنبي ما . ولشرح ذلك نجمل أولاً فيما يتعلق بالاختصاص على الفصل الخاص به ( بند ٣٣١ ، ) وفيما يتعلق بالاحكام الاجنبية على الفصل الخاص بها ( بند ٣٤٤ ، ) وما عدا ذلك تكلم عنه هنا

٣١٨ - الشروط اللازمة لرفع الدعوى أو دفعها أمام أى محكمة : وهي  
المنحصرة في الصفة والاهلية والكفاءة اللازمة للتقاضى la qualité, la capacité  
et l'aptitude d'agir en justice هذه كلها خاضعة بالنسبة لكل خصم لحكم  
قانون جنسيته أو ديانته بحسب الاحوال ( بند ١٣٠ / ١٩٠ مدنى )

الصفة فإذا كان أحد الخصوم أجنبياً قسراً فإن قانون جنسيته يبين من هو الشخص  
الذى يمثله أمام القضاء وإذا كان أحد المتقاضين شركة من الشركات فإن القانون  
الذى يحكم الشركة ( بند ٣٦٤ ، ) هو الذى يبين من يمثليها . وإذا كان الأمر متعلقاً  
بافلاس أحد التجار أو غيرهم فإن القانون الذى يحكم التفليسة - وهو عادة قانون  
المحكمة التى حكمت بافلاس - هو الذى يعين من يقوم مقام المفلس  
من « وكيل دائنين أى سنديك » أو نحوه . كل ذلك متعلق بالصفة la qualité  
وقد حكم بناء على هذه القاعدة بأن وكيل الدائنين المعين من المحاكم الأهلية  
في حكم اشهار الافلاس الصادر من هذه المحاكم له صفة قانونية في تمثيل المفلس  
أمام المحاكم المختلطة (١)

كذلك يجب توافر نفس الشروط فيما يتعلق بالاهلية la capacité للتقاضى

الاهلية

أمام أى محكمة أى لمعرفة ما اذا كان الخصم أهلاً لذلك أو فى حاجة لأن يمثله وكيل أو غيره أو كان غير أهل بالكلية

جمعية شيفلد

وقد حكم بناء على ذلك أن جمعية صانعى الاسلحة فى مدينة شيفلد بإنجلترا لها من الاهلية القانونية ما يكفى لأن تنقضى امام المحاكم المختلطة ، نظراً لكونها مقرراً عليها من البرلمان البريطانى وأهلاً للتقاضى فى إنجلترا ، كما لها الاهلية اللازمة للدفاع عن مصالح المجتمع الذى تتكون الجمعية من أفرادها<sup>(٢)</sup>

الدائرة السنية

كذلك حكمت محكمة قنصلية هولاندا فى القاهرة بأن الدائرة السنية ، باعتبارها مصلحة عمومية مصرية الغرض منها استثمار جزء من أملاك الحكومة فى مصر ، كان لها الشخصية الكافية لتمكينها من التقاضى امام محكمة هولاندية<sup>(٣)</sup> ويجب التفريق بين الاهلية والكفاءة l'aptitude فان الانسان قد يكون كفء ولكنه غير أهل للتقاضى فمثلاً المرأة الفرنسية المتزوجة لها الكفاءة اللازمة للتقاضى امام المحاكم ولكنها لا تكون أهلاً للتقاضى الا اذا كانت حاصلة على تصريح بذلك من زوجها فالكفاءة قد توجد فى الشخص ولكن قد يلزم معها التصريح أو أى اجراء آخر حتى يكون الشخص أهلاً للتقاضى

الكفاءة

وقد حكم بناء على ذلك — لان القانون الايطالى المدنى يقضى بعدم جواز حضور المرأة المتزوجة امام المحاكم فى قضايا معينة بدون أن تكون حاصلة على اذن من زوجها — بأن الحكم الصادر ضد مثل هذه المرأة بدون اعلان زوجها للحضور امام المحكمة ليأذن لها فى التقاضى وليساعدها فيه فى أمر من الامور التى يجب ذلك فيها قانوناً يعتبر حكماً باطلاً ولا قيمة له<sup>(٤)</sup>

٣١٩ — هذا وحق التقاضى فى مصر بالنسبة للاجانب خال من كل القيود

الاجانب  
والاجراءات

(٢) محكمة التجارة باسكندرية فى ٢ يناير ١٨٩٧ مج ت م ٩ ص ٢٩٢

(٣) حكم القنصلية الهولاندية بمصر فى ٨ مايو ١٨٩١ مج ت م ٣ ص ٢٠٦

(٤) س م ٦ يونيه ١٨٩٩ ع ت م ١١ ص ٢٦٩

الاستثنائية التي توجد في القوانين الأجنبية . فإن الكفالة أو الامانة التي يجب على الاجانب في فرنسا أن يودعوها في المحكمة قبل رفع الدعوى *La cautio judicatum solvi* لا يتطلب مثلها في القوانين المصرية ( بند ١٤٩ )

وتمنح المساعدة القضائية أو الاعفاء القضائي *Assistance judiciaire* للاجانب في مصر بصرف النظر عن جنسيتهم ولكن يجب في نظرنا أن يكون الاجنبي مقبلاً في مصر أو بالاقبل موجوداً بها وقت رفع الدعوى حتى يتسنى التثبت ادارياً من حالة عدم امكانه القيام بمصاريف الدعوى<sup>(٢)</sup>

٣٣٠ — بدء الاجراءات امام المحاكم : أول اجراءات التقاضى اعلان بدء الاجراءات يرسل الى المدعى عليه على يد أحد المحضرين أو بواسطة أحد الاشخاص الذين عينهم قانون المحكمة لاعلان صحف الدعوى امام تلك المحكمة . فاذا كانت الدعوى تنتظر امام المحكمة المختلطة فلا يصح الاعلان بواسطة محضر من المحاكم الاهلية<sup>(١)</sup> ويجب أن يكتب الاعلان طبقاً للشكل الذي يتطلبه قانون المحكمة وبلغة من اللغات المقررة رسمياً امام هذه المحكمة ؛ ويجب أن يراعى في تحديد الجلسة مواعيد الحضور المقررة في قانون المحكمة وعلى الخصوص مواعيد الحضور بالنسبة للمدعى عليهم المقيمين في الخارج وهي ستون يوماً أو مائة وعشرون أو مائة وثمانون أو ثلاثمائة وستون يوماً بحسب الاحوال ( ٢١/١٩ مرافعات ) ويصح تنقيص هذه المواعيد في القانون المختلط بأمر من قاضي الأمور الوقفية في المحكمة المختلطة اذا كان المحل المراد فيه الاعلان قريباً أو كان الأمر يقتضى الاستعجال ويجب اعلان الأمر الصادر من القاضي مع اعلان التكليف بالحضور ويلاحظ أن المواعيد المذكورة هي في القانون المختلط الذي عدل في سنة ١٩١٣ أقل منها في

(٢) بخصوص القيود الموجودة في فرنسا ضد الاجانب راجع فاليري ص ٦٤١—٦٦٩

[٣٢٠] (١) راجع بند ٤٨٥ من كتاب التنفيذ حاشية ١ عليه

( الدول — ٤٣ )

القانون الاهلى . وقد نص القانون على أن هذه المواعيد لا تراعى إذا كان الخصم موجوداً بالقطر المصرى فتسرى عليه فى هذه الحالة أحكام المسافة المقررة داخل القطر ولكن من باب الاستثناء يجوز للمحكمة أن تزيد فى هذه المواعيد بالنسبة اليه نظراً لكونه غريباً وأقل علماً بأحوال البلاد ممن هو مقيم فيها ولكونه قد يحتاج الى أوراق أو معلومات من بلده فيرسل فى طلبها ( ١٩ و ٢٠ / ٢٢ مرافعات )<sup>(٢)</sup>

وإذا كان الاعلان مراداً توجيهه الى شخص ليس له محل معلوم فى مصر أو فى الخارج فتسلم صورة الاعلان الى وكيل النائب العمومى فى المحكمة المراد رفع الدعوى فيها وتعلق صورة أخرى فى اللوحة المعدة للاعلانات فى نفس المحكمة<sup>(٣)</sup> أما اذا كان له محل معلوم فى الخارج فيجب أن يذكر المحل فى ورقة الاعلان ويسلم الى وكيل النائب العمومى فى المحكمة التى تنتظر امامها القضية وهذا يرسلها الى وزير الخارجية الذى يرسلها بالطرق السيامية الى المعلن اليه فى بلاده فى محله المعلوم ويعتبر الاعلان حاصلاً قانوناً بمجرد تسليمه الى النيابة ولا ينتظر لمعرفة ما اذا كان الخصم قد استلمه بالفعل أم لا وذلك لأن النيابة تقوم بعمل الاعلان من نفسها وليس على الطالب الا تسليمه اليها<sup>(٤)</sup> ومع ذلك فقد تأثرت هذه القاعدة أثناء الحرب العظمى بسبب عدم امكان تسليم الاوراق لاربابها فراعت المحاكم ظروف الحال وقررت لها الاحكام المناسبة<sup>(٥)</sup>

لا يحل  
المعلن اليه

له محل  
فى الخارج

(٢) راجع هذه السائل فى كتاب المرافعات بند ٦٤٦ ، ،

(٣) فى الشروط اللازمة لصحة الاعلان فى هذه الحالة راجع المرافعات بند ٦٨٣

وفىما يترتب عليه من الاثر راجع البند نفسه والحاشية عليه ص ٤٩٧

(٤) راجع مادة ١٠ / ٨ مرافعات وكتاب المرافعات بند ٦٨٣ ثالثاً ، والفكرة

أن سلطة رجال المحاكم المكلفين بالاعلان تنتهى عند حدود البلاد فلا سلطة لهم خارجها ومن جهة أخرى فالعلائق مع البلاد الاجنبية تكون دائماً بواسطة رجال السياسة الموكلين بذلك

(٥) راجع تفاصيل المبادئ التى قررت فيها الاحكام فى كتاب المرافعات حاشية ٣

ص ٤٩٦ و ٤٩٧ وقد زالت أهمية المبدأ الآن برجع العلائق السياسية والتجارية الى مجراها الطبيعى فى كل بلاد العالم تقريباً



ومما هو جدير بالملاحظة في التاريخ أن القانون الفرنسى القديم كان يقرر أن اعلان الاجانب يكون بانتهاء عليهم رسمياً *par cri public* عند حدود فرنسا ولكن هذا الاجراء الوهمى ألغى بالامر الصادر فى ابريل سنة ١٦٦٧ واستعيض عنه بالاعلان فى النيابة <sup>(٦)</sup>

ويعتبر الاعلان فى النيابة بالنسبة لمن لم يكن له محل فى مصر ملجأ أخيراً بمعنى أنه لا يصح اذا كان الشخص معتبراً ذا محل فى القطر المصرى مع وجوده فى الخارج ( بند ٨٤ ) كما أنه لا يصح اذا كان للشخص « محل مختار » فى مصر وكان اختياره بشأن القضية التى سيعلم للحضور اليها امام المحكمة المصرية

واذا كان المدعى عليها شركة أو بيتاً تجارياً له فرع *succursale* فى مصر الى فرع الشركة الاعلان فوجود الفرع يقوم مقام المحل المختار بمعنى أن تسليم الاعلان يجوز فيه كما لو كانت الشركة قد اتخذت لها محلاً مختاراً فى مصر ( قارن بند ٣٣٦ )

٣٣١ - الاتفاقات الدولية بخصوص تسليم الاعلانات : هذه الاتفاقات الماهدات كثيرة وأغلبها حاصل بين حكومتين فقط وأهمها معاهدة لاهى المؤرخة ١٧ يوليه ١٩٠٥ سنة الموقع عليها من خمسة عشر دولة <sup>(١)</sup> والسارية الآن بين اثنتى عشرة دولة طبقاً للمادة ٢٨٧ من معاهدة فرساي فان هذه المادة نصت على أنه من تاريخ العمل بها يتفق المتعاقدون السامون كل منهم فيما يخصه على أن يعمل بمعاهدة لاهى المذكورة المتعلقة بالمرافعات المدنية ولكن لا يسرى هذا التجديد على فرنسا والبرتغال ورومانيا ؛ وقد نصت المواد السبع الاولى من هذه المعاهدة على تسليم وتسلم أوراق الاعلانات القضائية ؛ وغير القضائية بين الدول المتعاقدة بشرط ألا تشمل على ما يمس سيادة الحكومة أو الامن العام فى البلاد المراد تسليم

(٦) قاليرى بند ٥٣٣ من ٧٣٦

(١) [٣٢١] هى فرنسا والمانيا والنمسا والمجر والبلجيكا والدنمارك واسپانيا وايطاليا ولكسمبورج والنرويج وهولندا والبرتغال ورومانيا والروسيا والسويد وسويسرة



الاعلان فيها والغرض منها تنظيم الاجراءات التي يتم بها توصيل الاعلان فعلا الى المعلن اليه<sup>(٢)</sup>

اتفاق بين مصر  
والسودان

هذا ولم تدخل الحكومة المصرية في اتفاقات مع الدول الاجنبية بخصوص هذا الموضوع ومع ذلك فهناك اتفاق بين الحكومتين المصرية والسودانية على تبادل تسليم الاعلانات بين مصر والسودان وعلى تسليم المجرمين الفارين أو تنفيذ الاحكام الصادرة ضدهم بين البلدين وهو مؤرخ في ١٧ مايو ١٩٠٢ ومنظم لكيفية التسليم والتسليم<sup>(٣)</sup>

هذا والاعلانات الصادرة من بلاد أجنبية تسلم في مصر لاصحابها بواسطة قناصل الدول الاجنبية في مصر<sup>(٤)</sup> وذلك اعتماداً على ما لهذه الدول من امتيازات تميز لها اعطاء الاختصاص لقناصلها في هذا الموضوع أو بالاكل لا تمنع من ذلك . ويصح أن يكون التسليم بواسطة الحكومة المصرية ؛ أما في البلاد الاجنبية فان تسليم الاعلانات المصرية يكون بواسطة رجال السلطة المحلية الاجنبية في بلادها

(٢) راجع تفاصيل ذلك في قاليري ص ٧٤٧ — ٧٥٠ ونحن لم نتعرض للتفاصيل هنا لانها لا تدرى على مصر

(٣) تنص المواد الخمس الاولى المتعلقة بالاعلانات على ما يأتي : ١ — أن يتعهد كل من الحكومتين مبدئياً بأن يجري اعلان أوراق التكليف بالحضور وغيرها من الاوراق القضائية التي ترسل اليه من جانب الحكومة الاخرى ٢ — كل ورقة تسلم لاعلانها تكون على نسختين اذا أمكن ويرفق بها كل المعلومات الموجودة عند الحكومة الطالبة والتي من شأنها بيان المحل الموجود به الشخص المراد اعلانه بقدر ما يستطيع من الدقة ٣ — الاعلانات المطلوب تسليمها في السودان تسلم بواسطة وزارة الحقائق المصرية الى مندوب حكومة السودان بالقاهرة وهذا يتخذ ما يلزم لاعلانها طبقاً للتعليمات الصادرة من الحاكم العام ، ٤ — الاعلانات المطلوب تسليمها في مصر تسلم بواسطة مندوب حكومة السودان الى وزارة الحقائق المصرية وهذه تسلمها لاربابها بالطرق الادارية ٥ — الحكومة المكلفة بالاعلان ترسل الى الحكومة الطالبة ، بالطرق الموضحة في المادتين ٣ و ٤ ، بعد حصول الاعلان مباشرة ، شهادة مصدقة عليها رسمياً ومثبتاً فيها مكان وزمان وطريقة الاعلان واذا كان الاعلان في نسختين تماد الثانية منهما مع الشهادة واذا لم يتيسر الاعلان فيصير الاخبار بذلك بنفس الطرق المتقدمة

(٤) قارن قاليري ص ٧٤٦ حاشية ١

وقد حكمت المحاكم الفرنسية بأن المعاهدات لا تغير من القواعد المقررة في قانون المرافعات من حيث اعتبار الاعلان في الخارج حاصلًا بمجرد تسليم الاوراق لوكيل النائب العمومي فان العبرة تكون دائماً بهذا التسليم ( بند ٣٣٠ ) لايصول الاوراق الى أصحابها<sup>(٥)</sup>

٣٣١ مكرراً — السير في الدعوى : يجب على الخصوم أن يحضروا امام السير في الدعوى المحكمة اما شخصياً واما بواسطة وكيل عنهم يكون تعيينه طبقاً للاصول المقررة في قانون المحكمة ؛ ويصح أن يكون المحامي مقبولا امام بعض المحاكم وغير مقبول أمام المحكمة المختصة

ويجب أن يتبع قانون المحكمة وحده في كل ما يتعلق بالاجراءات والمواعيد المتعلقة بقيد الدعوى وبسيرها والاستمرار فيها ؛ ومن أجل أن تصبح القضية صالحة للحكم فيها يجب أن نهياً له وقد يقتضى ذلك حصول تحقيق حتى يتسنى لمن عليه الاثبات أن يقوم به فما هو القانون الذي يجب أن يرجع اليه في مادة الاثبات ؟

٣٣٢ — الاثبات والاجراءات الخاصة به Instruction de l'instance : الاثبات اذا حصل النزاع بخصوص عقد من العقود هل عقد بالفعل أم لا فهل يكون الاثبات بمقتضى قانون فرنسا حيث ادعى أحد الطرفين بحصوله فيها أو يكون بمقتضى قانون المحكمة ؟ يظهر لنا أن علماء انجلترا ومحكميها يقولون بخضوع الاثبات في هذه الحالة لقانون المحكمة<sup>(١)</sup>

(٥) قاليري ص ٧٥٠ بند ٥٤٠ والاحكام المشار اليها فيه في الحاشية ٢ وحجتها

في ذلك أن المعاهدات مبنية فقط لطريقة التسليم

[٣٣٢] (١) راجع دايبي ص ٧٦٦ حيث روى القضيتين الآتيتين تحت رقمي ٨ و ١٠ :

١ — رفع شخص دعوى على آخر يطالبه بدين نشأ في بلد أجنبي طبقاً لقانون ذلك البلد وقدم المدعى الاثبات الجائز طبقاً لقانون البلد الاجنبي المذكور ولكن هذا الاثبات غير مقبول في القانون الانجليزي الذي هو قانون المحكمة فيعتبر الاثبات غير مقبول ؛ ٢ — فرنسي تعاقد مع انجليزي في فرنسا على أن يخدمه من ابتداء تاريخ مستقبل لاجل معين وحصل الاتفاق

المساعدة  
الانجليزية

ويقولون ذلك في الوقت الذي يقررون فيه أن الاجراءات الشكلية الواجبة طبقاً لقانون الجهة التي حصل فيها العقد تكفي لجعله صحيحاً من حيث الشكل امام المحاكم الانجليزية : فقد يكون صحيحاً من حيث الشكل طبقاً لقانون البلد الذي عمل فيه وفي الوقت نفسه لا يمكن اثباته cannot be evidenced الا بالطريقة التي يتطلبها القانون الانجليزي وبذلك قد يعتبره القانون الانجليزي صحيحاً شكلاً ولكنه مع ذلك غير مثبت أو غير موجود ولذلك قال وستليك في هذه النقطة ان القول بأن العقد صحيح شكلاً بدون أن يعمل بالكتابة ( لان قانون الجهة التي عمل فيها يبيح ذلك ) ولكن لا يمكن اثباته الا بالكتابة<sup>(٢)</sup> طبقاً لمقتضيات قانون القاضي ، هذا يعتبر تمييزاً حيث لا فرق<sup>(٣)</sup>

وقال آخرون إن القانون الواجب اتباعه في مادة الاثبات هو القانون الذي يحكم العلاقة المتنازع فيها مع استثناء القواعد الماسة بالنظام العام في نظر المحكمة المطروحة امامها القضية<sup>(٤)</sup> ورأى آخرون ومنهم المشرع الايطالي ( بند ٢٦٧ وهنا حاشية ٢ المتقدمة ) أن تكون العبرة بقانون محل التعامل

ونحن نرى وجوب التمييز بين نوعين من القواعد في مادة الاثبات : النوع رأينا الخاص

شعبياً ولم توجد مستندات كتابية بخصوصه ، وهو عقد صحيح في القانون الفرنسي الذي حصل العقد تحت لوائه ويصح أن ترفع الدعوى به اذا لم يحصل تنفيذه ومع ذلك فالدعوى لا تقبل به امام المحكمة الانجليزية نظراً لعدم وجود مستند كتابي فلا يجوز للفرنسي أن يثبت حصول العقد امام محكمة انجليزية . راجع أيضاً وستليك بند ٢٠٧ وبند ٣٤٨

(٢) وستليك بند ٢٠٧ و ٢٠٨ حيث يقول ان نطلب قانون المحكمة حصول الاثبات بالكتابة يصح فوق اعتباره من مسائل المرافعات اعتباره متعلقاً بالنظام العام لمنع الناس من شهادة الزور . ولكن هذا غير صحيح لان اختلاف الانظار في هذه النقطة نسبي وأنه في حالة صدور قانون جديد يقيد الاثبات يحصل احترام الحقوق التي كان اثباتها سهلاً طبقاً لقانون القديم . وثانياً لان طرق الاثبات تعتبر جزءاً من الرابطة القانونية vinculum obligationis كما قال بولتوا ( بند ٢٣٦ ) وكما قررها القانون المدني الايطالي في المادة ١٠ حيث نص على أن طرق اثبات الالتزامات تقرر بواسطة قانون الجهة التي تم فيها التعامل

(٣) قارن ما سيأتى في موضوع العقود واثباتها في بند ٣٩١

(٤) فاليري ص ٧٥٢

الاول ما يتعلق باجازة أو عدم اجازة طريق من طرق الاثبات ، مثل نص المادة ٢١٥ / ٢٨٠ مدنى مصرى التى لا تميز الاثبات بالشهادة أو بالقرائن فيما زاد عن عشرة جنيهات مصرية ، والنوع الثانى ما يتعلق باجراءات طريق الاثبات التى يميزها القانون أو بكيفية الاثبات بالطريقة التى أجازها القانون — النوع الاول يعتبر من القواعد المدنية أو التجارية والنوع الثانى يعتبر من قواعد المرافعات والنوع الاول لا يخضع لقانون القاضى بل يخضع للقانون الاجنبى الذى يناسبه ؛ والنوع الثانى يخضع لقانون القاضى بشكل مطلق ولا عبرة فيه بما جاء فى أى قانون أجنبى وعلى هذا التمييز نتكلم عن كل من هذين النوعين من القواعد على حدة ونبين الحكمة فيما يكون لكل منهما من الاحكام

### ٣٢٣ — القواعد المدنية أو التجارية فى الاثبات : ان الغرض من الشكل ١ — ما هو مدنى وتجارى

القانونى الذى يحيط بالالتزام الاختيارى هو فى الغالب مجرد تمكين الطرفين من الاثبات وهو دائماً متضمن فكرة تسهيل الاثبات عليهما <sup>(١)</sup> وبما أن الخصوص قد يجهلون فى الغالب وقت التعامل ما هى المحكمة التى يمكن أن يطلب منها تنفيذه أو الحكم فيما ينجم عنه من الخلاف بينهم فلا يكون من المقبول مطلقاً أن يجعل قانون المحكمة التى يمكن أن ترفع فيها القضية هو الحكم فيما يتعلق باثبات وجود الالتزام وقد يكون الاختصاص لمحكتين أو أكثر وقد تختلف قوانينها فيما تتطلبه من الشروط لاثبات الالتزام . لذلك كانت القاعدة الانجليزية فى هذا الموضوع تمكينية تجعل لقانون القاضى سلطة على اثبات ما تم من الالتزامات فى البلاد الاجنبية مع ان هذا القانون لم يكن له أدنى علاقة بالالتزام وقت نشوئه . أما القانون الذى يصح أن يحكم الاثبات فهو أحد قانونين اما قانون المحل الذى

[٣٢٣] (١) نقول ذلك لان الاجراءات الشكلية قد تكون لازمة حتما لوجود العقد قانوناً لا لمجرد الاثبات فمثلاً لا يكون عقد الرهن التأمينى الا رسمياً فلا ينمقذ الا بالصفة الرسمية كذلك الهبة فى العقار الا اذا أخذت شكل عقد آخر ولكن فيما عدا هذه الاحوال الخاصة وأمثالها فان الشكل مقصود به تمكين الخصوص من الاثبات أو تسهيله عليهم



حصل فيه الالتزام بالفعل *lex loci actus* وأما القانون الذى يخضع اليه الالتزام على العموم سواء كان قانون الجهة التى حصل فيها أو أى قانون آخر بحسب الموضوع الذى يتناوله الاثبات أى بحسب الاحوال كما يتضح مما يلى :

جواز الاثبات

٣٢٤ - جواز الاثبات على العموم : اثبات الوقائع التى يتوقف عليها وجود الحق بكون طبقاً للقانون الذى يعتبر منشأً لذلك الحق وهذه القاعدة أساسها مبدأ احترام الحقوق المكتسبة اذ السماح بوجوب احترام الحق المكتسب بصفة أصولية تحت سلطان قانون بلد من البلاد ، فى جميع بلاد العالم الاخرى ، يقتضى أن يكون اثبات الظروف التى نشأ فيها وعنها ذلك الحق ، طبقاً للقانون الذى انشأ الحق نفسه . وبناء على هذه الفكرة يجب ملاحظة المبدأين الآتين :

١ : طريق  
الاثبات

( ١ ) تكون طريقة الاثبات الواجب العمل بها هى الطريقة المقررة فى القانون الذى يحكم العلاقة دون الطرق المقررة لمثل هذه العلاقة فى قانون القاضى فاذا كان الأول يميز الاثبات بالشهادة جازت رغم كون قانون المحكمة لا يميزها واذا كان لا يميزها لم تجز رغم كون قانون المحكمة يميزها <sup>(١)</sup>

وبناء على هذا المبدأ حكمت محكمة الاستئناف المختلطة بأن القاعدة كانت فى القانون الايطالى قبل سن القانون المدنى فى سنة ١٨٦٦ أن رجال الدين كانوا هم المكافين بحفظ سجلات المواليد وكانت لهم صفة فى تدوين ما يبلغ اليهم من الاقرارات رسمياً فى موضوع الابوة والامومة وكون الولد من زواج أو من سفاح ولذلك تعتبر شهادة التنصير أو التعميد *Baptême* المذكور فيها اقرار الأم بولدها غير الشرعى اثباتاً تاماً بما فيها <sup>(٢)</sup>

كذلك حكم بأن الاقرار بالولد غير الشرعى فى فرنسا بطريق المراسلة أى فى الخطابات لا يعتبر فى حكم الاقرار الرسمى بالابوة ولا يقوم مقامه <sup>(٣)</sup>

[٣٢٤] (١) فارن قالبرى ص ٧٥٣ وقايس ٥ ص ٤٧٤ و ٤٨٥ و ٤٩١

(٢) س م ٣٠ مايو سنة ١٨٩٥ مج ٢ م ٧ ص ٣١٣

(٣) س م ٥ ديسمبر سنة ١٨٩٥ مج ٢ م ٨ ص ٣٦



( ٢ ) القانون الواجب تطبيقه على العلاقة هو للذى يبين ما اذا كان تمت ٢ : القرائن قرائن قانونية تعفى الخصم الذى يدعى أمراً ما من أن يقدم الاثبات على ذلك الأمر مثال ذلك أن القاعدة القانونية المقررة فى مادة ١١٢/١١٨ تجارى والتي من مقتضاها أن قبول الكمبيالة يعتبر قرينة على وجود مقابل الوفاء ، لا يصح التمسك بها بالنسبة لكمبيالة يحكمها قانون أجنبي لا يقر هذه القاعدة بشكل صريح أو يمج النظرية الفرنسية فى موضوع مقابل الوفاء

فى القانون اليونانى كذلك قد احترمت المحاكم المختلطة دائماً تلك القرينة المسماة فى القانون اليونانى « قرينة موسيانا » *Présomption Muciana* والتي من مقتضاها أن جميع ما تكتنيه المرأة أثناء زواجها يعتبر مشترى أو مدخراً من أموال الزوج الا اذا اثبتت المرأة أنها اشترته أو ادخرته من أموالها الخاصة<sup>(٤)</sup> فهذه قرينة مقررة فى قانون أجنبي وتحتزم فيما يدخل تحت حكم هذا القانون من مسائل الاحوال الشخصية وقد أقرتها المحاكم المختلطة بالنسبة لمبلغ أودعته زوجة يونانية فى بنك الخصم والتوفير فادعى الزوج أنه من أمواله فأثبتت الزوجة العكس مع أنه لو لم تكن هذه القرينة واجبة الاحترام ما كان هناك محل لتكليف الزوجة باثبات ملكيتها لمبلغ أودعته هى نفسها وباسمها الخاص فى أحد المصارف<sup>(٥)</sup>

وبمقتضى القانون الايطالى تعتبر المنقولات المملوكة للزوجة مملوكاً مشتركاً بينها وبين زوجها ما لم تكن مدرجة فى قائمة جرد *inventaire* خاصة ولذلك لا يصح الحجز عليها من أحد دائنى الزوجة<sup>(٦)</sup>

(٤) راجع س م ٣١ ديسمبر ١٩٠١ مج ت م ١٤ س ٦٩ وس م ٢٣ ديسمبر

١٩٠٢ مج ت م ١٥ س ٧٢ ومحكمة التجارة المختلطة بألكندرية فى ١٢ ديسمبر ١٩١٨ جازيت ٩ س ٦٤ غمرة ١٠٢ رابعا

(٥) راجع حكم محكمة التجارة المشار اليه فى الحاشية السابقة

(٦) س م ٧ يونيه ١٨٩٩ مج ت م ١١ س ٢٧٨

القانون الاسلامي

كذلك قررت المحاكم المختلطة أن العرف قد جرى بأن المرأة المسلمة تدخل  
بجهاز لا يملكه الزوج فلا يجوز الحجز عليه وفاءً لدينه رغم كونه موجوداً في البيت  
الذي يملكه الزوج أو يستأجره ويقيم فيه<sup>(٧)</sup>

قرينة اقلية

ومع ذلك فقد قرر القانون المختلط استثناءً هاماً في موضوع القرائن وهو أنه  
قد أنشأ قرينة خاصة اقلية في مادة الافلاس بالنسبة لزوجة المفلس فجعل  
القرينة المذكورة محترمة مهما كانت الشريعة التي تحكم الزواج : قررت المادة  
٣٧٤ ت م اعتبار العقارات التي اشترتها زوجة المفلس أو اشترت باسمها انها  
مملوكة للزوج وان ائتمانها دفعت من ماله وانه يلزم ضمها الى روكية التفليسة ما لم  
تثبت الزوجة خلاف ذلك . فهذه قرينة قانونية قرر المشرع المختلط وجوب  
اتباعها بصرف النظر عن أحكام القانون الشخصي الذي يحكم الزواج والمادة ٣٧٤  
مكملة بالمادتين ٣٧٢ و ٣٧٣ وأحكامها كلها تعتبر استثناء في الموضوع من حيث  
عدم الالتفات الى القرائن القانونية التي يمكن أن توجد في قوانين الاحوال  
الشخصية التي كانت تعتبر واجبة الاتباع في العلائق المالية بين الزوجين ، ووجوب  
وضع قاعدة اقلية واحدة تطبق على جميع المفلسين بصرف النظر عن القانون  
الشخصي الذي يكونون تابعين اليه . وتطبق هذه المادة على المرأة المسلمة فيكون  
واجباً عليها اثبات أن العقارات التي اشترتها في مدة الزوجية كانت مشتراة من  
مالها الخاص فاذا لم تستطع اثبات ذلك ضاعت عليها تلك العقارات نهائياً وأخذها  
دائنو الزوج

٢ — ما هو من  
الرافعات في  
الاثبات

٣٢٥ — قواعد المرافعات في مادة الاثبات : يتبع في الاجراءات التي يحصل  
بها الاثبات قانون المحكمة المنظورة أمامها القضية أي أن كيفية حصول الاثبات  
طبقاً للطريقة التي أجازها القانون الاجنبي المختص هي الكيفية التي يبينها قانون

(٧) راجع تفاصيل هذه النقطة والاحكام الواردة فيها في كتاب التنفيذ بند ٤٢٢،

القاضي دون غيره من القوانين . فاذا تقرر مثلاً أنه يجوز سماع شهادة الشهود لاثبات عقد من العقود فإن الطريقة التي بها يؤدي الشهود شهادتهم ووجوب حلف اليمين بطريقة مخصوصة دون أى طريقة أخرى وغير ذلك مما يتعلق بالاجراءات الخاصة باستحضار الشاهد والحصول على شهادته كل ذلك يكون طبقاً لقانون المحكمة ولا يتأثر بحكم أى قانون آخر . وهذه القاعدة لا شك فيها ولا جدال وهى متفرعة عن نفس المبدأ الذى يجعل المحكمة تحكم فى مسائل المرافعات دائماً طبقاً للقانون الجديد دون أى قانون قديم رفعت الدعوى وقت سريانه فقواعد المرافعات السائدة فى محكمة ما ، يجب أن تتبع فيها دائماً سواء كان فى القضية عنصر أجنبي أو لم يكن كما يجب على المحكمة تطبيق القواعد السائدة وقت جلوسها للقيام بمهمتها بدون التفات الى القضايا القديمة والقضايا الجديدة فكما لا يصح العمل فى مسائل المرافعات بقانون قديم كذلك لا يصح العمل فيها بقانون أجنبي . ولزيادة الايضاح نتكلم عن أنواع طرق الاثبات بالاجاز .

٣٢٦ - أولاً : الاثبات بطريق الكتابة : ان معرفة ما اذا كان من الاثبات بالكتابة

اللازم لاثبات العقد حصوله بطريقة رسمية أو عرفية تتوقف على القانون الذى يحكم العقد كما قدمنا فى بندى ٣٢٣ و ٣٢٤ فاذا تطلب هذا القانون أن يكون الشكل رسمياً فيرجع لمعرفة ما اذا كان هذا الشكل صحيحاً ومستوفياً لشروط العقود الرسمية ، الى قانون الجهة التى حصل فيها العقد . وهذا القانون نفسه يبين قوة الاثبات المقررة للعقد لأن هذه القوة مستمدة منه . واذا اكتفى قانون العقد بالشكل العرفى فان هذا الشكل يرجع فيه الى قانون الجهة التى حصل فيها العقد .

مثال ذلك القانون الفرنسى يتطلب فى المادة ١٣٢٦ أن تكتب العقود أو السندات العرفية كلها بخط المتعهد أو المقر فاذا لم تكن كلها بخطه فيجب بالاقول أن تكون ممضاة وأن تقترن بالامضاء كتابة ما معناه « يعتمد لحد مبلغ كذا » <sup>(١)</sup> كتابة

فى القانون  
الفرنسى

[٣٢٦] (١) يجب أن تنتهى بهذا الشكل approuvé ou bon pour mille francs

بالحروف الكاملة . فاذا حصل العقد في فرنسا وجب أن يكون مكتوباً كله بخط المتعهد أو مشتملاً على العبارة المذكورة والا كان باطلاً ( بند ٣٩١ مكرراً )

أما اذا حصل النزاع بخصوص رسمية العقد أو عدم رسميته أو اذا حصل انكار الامضاء أو الكتابة فإن التحقيق في ذلك كله يكون من شأن قانون المحكمة دون غيره ويجب أن يباح للطاعن اثبات ما يدعى ولا يمكن الاحتجاج ضده بقوة العقد أو رسميته لأن هذه النقطة هي محل النزاع ولا يقبل من شخص دعواه بأن له حقاً مكتسباً في منع خصمه من اثبات التزوير أو الغش<sup>(٢)</sup>

التصديق الرسمي ٣٢٧ — ولا بد لقبول السندات الرسمية الاجنبية كسندات في الدعوى

أن تكون مصدقاً عليها légalisés من أحد قناصل الدولة التابع اليها القاضي ويصدق على امضاء القنصل من وزارة خارجية الحكومة التابع اليها القاضي . وعدم التصديق لا يجعل المستند باطلاً أو غير ذي مفعول ولكنه يوقف قوته في الاثبات لحين اتمام اجراءات التصديق ؛ والاوراق المكتوبة بلغات أجنبية يجب أن تترجم الى لغة المحكمة حتى يصح الاعتماد عليها . ويجب ان تكون الترجمة حاصلة بواسطة القنصل او احد المترجمين الرسميين المحلفين وأن يصادق عليها من القنصل . وهما كانت صفة المترجم يجوز للخصوم دائماً أن ينتقدوا ترجمته وأن يبينوا اغلاطه او هفواته . أما اثبات تاريخ الاوراق العرفية فانه يتوقف مثل اثبات تاريخ الاوراق الرسمية على قانون الجهة التي كتبت فيها الاوراق وذلك طبقاً لقاعدة أن شكل العقد خاضع لقانون محل تحريره

الترجمة

٣٢٨ — ثانياً : الاثبات بالطرق الأخرى : ليس في هذا الموضوع من صعوبات خاصة فإن القاعدة المتقدمة تشمله كما شملت الاثبات بالكتابة ويجب

وليها الامضاء ما لم تكن الورقة محررة من التجار أو العمال أو الكرامين أو الخدمة أو المشتغلين باليومية



حينئذ التمييز بين مسألة جواز الاثبات أو عدم جوازه — فهذه يحكمها القانون الذى يحكم العلاقة القانونية — ومسألة طريقة تقديم الاثبات وهذه يحكمها قانون القاضى بشكل مطلق<sup>(١)</sup>

٣٢٩ — الانابات القضائية Commissions rogatoires أو الانابات القضائية Letters of Request فى البلاد الاجنبية : نصت بعض مواد قانون المرافعات مثل ٤٦/٧٢ و ١٥٨/١٧٥ و ١٧٥/١٩٨ و ٢٣١/١٨٣ على جواز استداب المحكمة أحد قضاتها أو قاضياً آخر هو قاضى المحل الذى يسكنه الشهود أو بعض الخصوم ليسمع شهادتهم أو أقوالهم بالنيابة عن المحكمة المختصة . وهذا الاستداب سعى كذلك نظراً لما فيه من عمل اضافى يرجى من القاضى القيام به فوق أعماله المعتادة وقد يحدث أن يكون الخصم أو الشاهد أو أى عنصر آخر من عناصر القضية موجوداً فى بلاد أجنبية فماذا يكون حكم هذه الحالة وسلطة القاضى أو المحكمة لا تمتد الى ما وراء حدود بلاده ولا سلطة له ولا حق له على القضاة الاجانب حتى يكلفهم بما يريد طبقاً لقانونه ؟ جرت العادة فيما بين محاكم أغلب الدول أن تطلب المحكمة المختصة اجراء الامر المراد عمله من المحكمة الاجنبية الموجود بدائرتها الشخص أو الاشخاص المراد أخذ أقوالهم أو التحقيق معهم . وقد يظن أن كل ما تتطلبه المحكمة المختصة يمكن عمله بواسطة قناصل دولتها فى البلاد الاجنبية . ولكن هذا قد لا يتيسر نظراً لعدم وجود سلطة لهؤلاء القناصل على غير رعاياهم وفى البلاد التى ليست فيها امتيازات الاجانب قد لا يكون للقنصل السلطة اللازمة على رعايا دولته وهذا ما يحكم فيه قانون البلد الاجنبى الذى يقيم فيه القنصل<sup>(١)</sup>

[٣٢٨] (١) قارن قالبرى ص ٧٥٧ — ٧٦٣

[٣٢٩] (١) فى البلاد التى يكون فيها للاجانب امتيازات ، يكون للقناصل سلطة فى القضاء على رعاياهم ولهم عليهم سبيل فيما يكلف به القناصل من جانب الحاكم فى البلاد التابع اليها القنصل . أما فى غير بلاد الامتيازات فليس للقناصل أدنى سلطة على رعاياهم أو غير رعاياهم بها يجبرونهم على الحضور أمامهم أو الاثبات بأوامرهم الاخرى وفوق ذلك فبعض البلاد



من أجل ذلك اضطرت المحاكم الى الالتجاء للمحاكم المحلية في البلاد الاجنبية لتقدم لها ما تتطلبه من مساعدة ويحصل هذا الطلب بالطرق السيامية بمعنى أن يرسل بواسطة وزارة الخارجية الى وزارة الخارجية في البلد الآخر . ومن المقرر قانوناً أن محاكم البلاد الاجنبية ليست مكلفة بالقيام بالمهمة المطلوبة ومع ذلك فإنها تقوم بهذه المهمة من باب المجاملة وانتظاراً للمعاملة المتبادلة من جانب المحاكم الاجنبية التي سبق تكليفها بمثل تلك المهمة (٢)

في مصر

والمحاكم المختلطة تلجئ الى المحاكم الاجنبية للاستعانة بها كما تقوم بما يطلب منها من جانب المحاكم الاجنبية وقد جعلت وزارة الخارجية المصرية مسائل الانابات القضائية من اختصاص ادارة الشؤون الادارية أو العامة فيها طبقاً للقرار الوزاري الصادر منها في ٤ أغسطس ١٩١٣ بتقسيم وتنظيم الاعمال فيها (٣) فدل ذلك على أن الحكومة المصرية تميز رسمياً الانابة القضائية وقد حكمت المحاكم المختلطة بأنه يشترط لقبول طلب انابة محكمة أجنبية أن يشتمل الطلب — عدا بيان الوقائع تفصيلاً ، واقعة واقعة ، وبدقة تسمح للقاضي الاجنبي بتقدير تعلقها بالموضوع — على بيان أسماء ومحال إقامة الشهود المقيمين في الخارج والذين تكون شهادتهم ضرورية في الدعوى (٤)

كذلك حكم بان للشخص الذي يقيم في سويسره الحق في أن يطلب من المحكمة المصرية انابة المحكمة السويسرية التي يقيم في دائرتها لتباشر تحليفه اليمين

لا يسمح للقناصل الاجانب بأى عمل من هذا القبيل لانه يعتبره افنياً تاغلى حقوق السيادة الاقليمية — راجع — قاليرى ص ٧٦٥ ،

(٢) وبعض البلاد لا تقوم بمثل هذه المهمات ومنها أمريكا فتمتنع البلاد الاخرى عن مساعدتها في هذا الموضوع — قاليرى ص ٧٦٨ حاشية ١ وفي الموضوع برمته راجع ص ٧٦٣ — ٧٧٤

(٣) الوقائع الرسمية عدد ٩٥ الصادر في ٢٩ سبتمبر ١٩٢٣ وعن هذا القرار أخذنا اللفظ العربي للموضوع الذي نحن بصدد

(٤) س م ٤ يناير ١٩١١ جازيت ١ ص ٥٠

المطلوب منه اداؤها أمام المحكمة المصرية (٥)

وحكم أيضاً بأنه اذا كان اداء الشهادة حاصلاً في الخارج بناء على طلب الانابة المرسل من المحكمة المختلطة فلا يكون ثمت محل للبطلان في اجراءات الشهادة اذا لم يتبع نص المواد ٢١١ و ٢١٦ و ٢١٧ مرافعات مختلط أى اذا لم يحصل اعلان الخصم الآخر بالمحل واليوم والساعة اللاتى يجب أن يحصل فيها امتناع الشهود ، أو اذا لم يحصل اعلانه بالحكم أو الأمر الذى يصدر بشأن التحقيق أو تحديد ميعاده ومحله ، أو اذا لم يحصل اعلانه بكشف الشهود وغير ذلك فان هذه الاجراءات انما تطبق في التحقيق المعتاد الذى يحصل في مصر ولكنها لا تطبق في تحقيق يحصل في الخارج بناء على طلب محكمة مصرية (٦)

هذا وتقدر المحكمة المصرية نتائج التحقيق الذى أجرته المحكمة الاجنبية ، طبقاً للقانون المصرى بصرف النظر عما يقرره القانون الاجنبى الذى حصل التحقيق بواسطة محكمته . فمثلاً اذا كان هذا القانون يجعل رأى الخبراء واجب الاتباع (قارن بند ٣٠٣) فان المحكمة المصرية لا تراعى غير ما نصت عليه المادة ٢٤٣/٢٧٨ مرافعات فلا تنقيد برأى الخبراء (٧)

هذا وقد نظمت اجراءات الانابة القضائية في معاهدة لاهى المتعلقة بالمرافعات الانابة في معاهدة المؤرخة في ١٧ يولييه سنة ١٩٠٥ والتي اشير الى تجديدها في المادة ٢٨٧ من معاهدة فرساي وقد شرحتها الحكومة الفرنسية شرحاً مسهباً في منشور اصدرته وزارة حقائنها وآخر اصدرته وزارة خارجيتها ادرجت فيهما كل القواعد التفصيلية المتعلقة بالرجوع ولكن فرنسا لم تجدد العمل بمعاهدة لاهى بعد الحرب كما يتبين

(٥) محكمة التجارة المختلطة باسكندرية في ١٢ يونيه ١٩١٦ جازيت ٦ ص ١٦٥

نمرة ٥٢١

(٦) س م ٤ مارس ١٨٩١ مج ت م ٣ ص ٢١٩ .

(٧) قارن قالمبرى ص ٧٧٣ بند ٥٥٥

من معاهدة فرساي (٨)

٣٣٠ — طرق التحفظ وطرق التنفيذ : كل ذلك من امر قانون المحكمة التي التجأ الطالب الى معونتها أو معونة رجالها لاجراء التحفظ أو التنفيذ المطلوب. كذلك تحصل قسمة النقود بين الدائنين أو توزيعها عليهم طبقاً لقانون المحكمة التي تباشر القسمة أو التوزيع ومع مراعاة امتيازات الديون المقررة في هذا القانون وحده . وقد حكمت بذلك المحاكم المختلطة فقضت بأن القسمة المفتوحة امامها لفائدة دائنين من جنسيات مختلفة لا يمكن ان تحصل الا بالطرق المقررة في القانون المختلط ومع مراعاة الامتيازات المقررة في القانون المختلط (١)

طارق التحفظ  
والتنفيذ

كذلك حكم بأن ليس للمرأة المسلمة التي لها امتياز بالنسبة لدين نفقتها بحسب الشريعة الاسلامية ان تتمسك بذلك الامتياز في توزيع مفتوح امام المحاكم المختلطة وذلك لأن درجات امتياز الديون يجب ان يتبع فيها القانون المختلط دون غيره (٢)

نفقة المسلمة  
هل تمتاز ؟

هذا ولا يوجد في القانون المصري اجراءات مشددة خاصة بالاجانب بصفتهم اجانب لا من حيث التنفيذ ولا من حيث التحفظ . ومع ذلك فتوجد بعض اجراءات يصح اتخاذها بسبب كون المدين أو المخصم غير ذى محل أو مقر في القطر المصري بصرف النظر عن كونه اجنبياً أو مصرياً . وهي : —

أحكام خاصة  
بسبب عدم وجود  
محل للشخص  
في مصر

(١) الحجز على المدين المتنقل La saisie foraine وهو حجز تمفظى يحصل بعد اخذ إذن من القاضي ويتوقع ضد كل مدين ليس له محل مستقر في القطر المصري سواء كان اجنبياً أو وطنياً والمسوغ فيه هو التخوف من اختفاء المدين بامتعته وعدم تمكن الدائن من معرفة مقره الجديد والاصل في هذا الحجز

المدين المتنقل

(٨) راجع الموضوع في قالبرى ص ٧٧٠ — ٧٧٣ ومنشور الحقانية الفرنسية في كلونه ١٩١٠ ص ١٩١٠ ومنشور الخارجية في كلونه ١٩١١ ص ٧٠٠ وفيهما تدوين جميع القواعد المتعلقة بالموضوع والتي كانت مقبولة في فرنسا في ذلك الوقت

[٣٣٠] (١) س ٢٨ ديسمبر ١٨٩٣ مج ت م ٦ ص ٩١

(٢) س ٢٦ مارس ١٩٠٠ مج ت م ١٣ ص ٧١

انه كان يتخذ ضد الاجانب ولكنه اصبح عندنا مقصوراً على المعنى السابق<sup>(٢)</sup>

(٢) ان المواعيد المحددة للحضور امام المحاكم المصرية في مادة نزاع الملكية أو التنفيذ العقارى لا تزداد بمواعيد المسافة المقررة لمن كان بعيداً عن الديار المصرية اذا كان محل المدين خارج القطر مثال ذلك المادة ٦٠٧ مرافعات مختلط التى تنص على انه اذا مضى على تسجيل التنبيه العقارى مائة وستون يوماً من تاريخه غير ميعاد المسافة بين مقر المحكمة المختصة بالحجز وبين محل المدين « في مصر » ولم تسجل على الوجه الآتى بيانه صورة محضر الحجز يبطل فعل التسجيل المذكور بالغائه ويؤشر قلم كتاب المحكمة بذلك من تلقاء نفسه

والأحكام المختلطة سائرة على هذا المبدأ فى كل ما يتعلق بالتنفيذ العقارى هذا وسنتكلم عن شروط تنفيذ الاحكام والسندات الاجنبية فى مصر فى مسائل متنوعة

بند ٣٤٤ ،، ويكفى أن نلاحظ هنا أنه لا يمكن تنفيذ حكم أجنبي فى مصر الا بعد أن يوضع عليه الأمر بالتنفيذ Exequatur من محكمة مصرية أو قاض مصرية بحسب الاحوال . كذلك يجب تحقق الشرط نفسه من قبل الحصول على حق اختصاص Droit d'affection على عقارات المدين الموجودة فى مصر بمقتضى حكم أجنبي ؛ ولا يمكن تنفيذ السند الرسمى الاجنبى الا بعد الحصول على حكم مصرية يقضى بما فى السند ، ومع ذلك فالحكم الاجنبى والسند الرسمى الاجنبى يعتبر كل منهما مسنداً وبذلك يجوز توقيع حجز ما للمدين لدى الغير فى مصر بموجبهما بدون حاجة لاذن من أى قاض مصرية وذلك طبقاً للمادة ٤١٠/٤٧١ مرافعات ولكن لا يمكن توقيع حجز تنفيذى لدى الغير بدون الحصول على الامر بالتنفيذ على الحكم الاجنبى ولا الحصول على حكم مصرية لتنفيذ السند الرسمى

(٣) راجع فى هذا الحجز المادة ٦٧٤/٧٦٤ مرافعات وراجع الشرح فى كتاب

التنفيذ بند ١٢٨١

الاجنبى . كذلك يعتبر العقد العرفى المحرر فى الخارج سنداً يميز توقيع حجز ما للمدين لدى الغير تحفظياً . وتعتبر الكمبيالة المحررة فى الخارج وكذلك السند تحت الاذن كل منهما كافياً لطلب توقيع الحجز التحفظى التجارى حتى ولو كان المدين مقيماً فى القطر المصرى وذلك طبقاً للمادة ٦٧٥ / ٧٦٤ مرافعات

وبعد أن يحصل المحكوم له بحكم أجنبى على الأمر بالتنفيذ من المحاكم المصرية يعتبر حكمه بمثابة حكم مصرى ويجوز تنفيذه فى مصر مثل كل الأحكام المصرية المعتادة . وعلى ذلك يكون القانون المصرى وحده مختصاً ببيان الاجراءات التى تتبع فى التنفيذ والاموال التى يصح حجزها والتى لا يصح

وبناء على هذا المبدأ اذا توقع حجز *saisie-arret* لدى شخص مقيم فى مصر على ما للمدين المقيم فى الخارج فان المحكمة المختصة بالحكم بصحة الحجز تكون محكمة المحجوز لديه المقيم فى مصر . وذلك خلافاً للقاعدة العامة التى تجعل محكمة المحجوز عليه هى المختصة بالحكم فى صحة الحجز . والسبب فى ذلك أن الدين هو فى ذمة المحجوز لديه المقيم فى مصر أى ان المال الذى توقع عليه الحجز موجود فى مصر فكان الاختصاص فيما يتعلق به للمحاكم المصرية وبذلك تقضى المحاكم الفرنسية<sup>(١)</sup> ومن جهة أخرى فان اتباع الطريق المعتادة يقتضى أخذ حكم بصحة الحجز من المحكمة الاجنبية المقيم فى دائرتها المدين المحجوز عليه وهذا الحكم لا يمكن تنفيذه فى مصر الا بعد أخذ الامر بالتنفيذ . لذلك كان اختصاص المحاكم المصرية فى هذا الموضوع ثابتاً فى آخر الأمر فيصح لها أن تحكم فى صحة الحجز مباشرة بدلا من سلوك الطريق الاخرى الطويلة



# الفصل الثاني

## الاختصاص الدولي

### Jurisdiction

٣٣١ - تقتصر في هذا الفصل على الكلام على اختصاص المحاكم المصرية بالقضايا التي يكون فيها عنصر أجنبي خارجي . وبذلك يخرج بالضرورة بيان حدود الاختصاص التي وضعها المشرع المصري لحاكمه المختلفة لمعرفة اختصاص كل منها بالنسبة لغيره فان هذا الموضوع لا شأن له مطلقاً بالاختصاص من الوجهة الدولية وقد سبق الكلام عليه في دروس المرافعات المدنية والتجارية <sup>(١)</sup> وهو من المسائل الداخلية المصرية ، وسترد دراسة النزاع الذي يحصل في الاختصاص بين المحاكم المختلفة في مصر على حدة في الكتاب الرابع هنا أما دراسة اختصاص المحاكم الاجنبية في القضايا التي يكون فيها عنصر مصري فانها من شأن القوانين الاجنبية التي تنقيد بها المحاكم المذكورة ولا شأن للقانون المصري فيها اللهم الا اذا جئنا بالحكم الاجنبى في مصر وأريد التمسك به باعتباره فاصلاً نهائياً في موضوع النزاع ومانعاً المحاكم المصرية من أن تنظر في الموضوع من جديد أو اذا أريد تنفيذه في مصر بمساعدة المحاكم المصرية أو بأمرها فهناك يكون للقانون المصري أن يبين ما اذا الحكم يعتبر مانعاً من سماع الدعوى أو جائز التنفيذ في مصر وهذا ما سنراه في الفصل الثالث هنا تحت عنوان الاحكام الاجنبية

٣٣٢ - ان اختصاص المحاكم المصرية بالقضايا المتضمنة عنصراً أجنبياً خارجياً هو امر من الامور التي يحكمها القانون المصري دون غيره من القوانين فاذا نص القانون المصري على أن قضية متضمنة عنصراً أجنبياً تكون من اختصاص

يتبع القانون  
المصري وحده  
في الاختصاص  
الدولى

[٣٣١] (١) راجع هنا بخصوصه بندى ٤٦ و ١٨١ والمراجع التي بهما

محكمة مصرية فيجب على هذه المحكمة أن تحكم فيها وليس عليها أن تبحث فيها إذا كان من الممكن تنفيذ حكمها في البلاد الأجنبية أم لا . وبتعبير آخر ليس لها أن تنقيد بأى قانون أجنبي يحرمها الاختصاص في هذه القضية ولا بأية قاعدة من قواعد القانون الدولى الخاص تجعل مثل هذه القضية خارجة عن اختصاصها . مثال ذلك المادة ١٤ من القانون المدنى الفرنسى ( التى لا مقابل لها فى القانون المصرى ) تجعل المحاكم الفرنسية مختصة بالحكم على الأجانب الذين يتعاقدون مع فرنسيين فى الخارج ولو كان هؤلاء الأجانب غير مقيمين أو موجودين فى فرنسا فيجب على القاضى الفرنسى أن يحترم هذا النص ويحكم فى هذه الحالة بالرغم من كونه يعلم أن هذه القاعدة مخالفة للقواعد المقررة فى القانون الدولى الخاص ورغم كونه يعلم أن حكمه هذا لا يمكن تنفيذه خارج فرنسا ( بند ٣٤٦ ، )

القواعد العامة

٣٣٣ - اما القواعد العامة التى تحكم موضوع الاختصاص من وجهة القانون الدولى الخاص فقد سبق بيانها فى بند ٢٦٤ و ٢٦٥ والتعليق عليها فى بند ٢٧٧ وهى القواعد التى قررها الاستاذ دايسى فى الموضوع وهى قواعد سديدة ومع ذلك فنحن لا نتقيد بها فى مصر باعتبارها قواعد قانونية ثابتة وواجبة الاتباع فى كل الظروف . هى قواعد يمكن بها أن تفهم النصوص والاحكام المصرية فى الموضوع ونكمل بها ما لا حكم فيه عندنا من المسائل بدون أن نعيد عن الطريق المرسومة بالنصوص والاحكام

النصوص المصرية

٣٣٤ - نصوص القانون المصرى فى الاختصاص الدولى من الوجهة المدنية والتجارية هى المواد ١٣ و ١٤ من القانون المدنى المختلط اللذين لا نظير لهما فى القانون الاهلى وقد وردت نصوصهما فى بند ١١٤ هنا (١) والمادة ٣٥ من قانون المرافعات المختلط وهاك نصوصها المتعلقة بالموضوع :

١ - مدنى

[٣٣٤] (١) المادة ١٤ م م لم ترد كلمة فى بند ١١٤ م ١٣ وهاك بقيتها : « وهذا وذاك يشير اخلال باختصاص المحاكم التجارية فى الاحوال المبينة فى القانون أينما كان المدعى عليه »

الفقرة السابعة : فى المواد التجارية يكلف المدعى عليه بالحضور امام المحكمة التابع لدائرتها محله او المحكمة التابع لها المحل الذى حصل الاتفاق وتسليم البضاعة فيه او المحكمة التى بدائرتها المحل المقتضى دفع القيمة فيه

الفقرة التاسعة : اذا كان محل المدعى عليه بالبلاد الاجنبية ولم يوجد وجه من الأوجه المبينة فى الأحوال السابق ذكرها يستدعى اختصاص احدى المحاكم المصرية برؤية الدعوى ، يكلف المدعى عليه المذكور بالحضور امام المحكمة التابع لها محل اقامة المدعى والا امام محكمة الاسكندرية واذا أقيمت الدعوى فى هذه الحالة امام المحكمة التابع لدائرتها محل اقامة المدعى جاز لرئيسها أن يأذن بناء على طلب المدعى المذكور بتكليف المدعى عليه بالحضور فى المواعيد المقررة فى المواد ٣٧ و ٣٨ و ٣٩ بدون مراعاة مواعيد المسافات

٣٣٥ — نصوص القانون المصرى فى الاختصاص الدولى من الوجهة ٢ — جنائى

الجنائية : هى المواد ٢ و ٣ و ٤ من القانون الجنائى الاهلى وهاك نصها : —

المادة ٢ — تسرى أحكام هذا القانون أيضاً مع مراعاة الاستثناء السابق<sup>(١)</sup>

على الاشخاص الآتى ذكرهم : —

أولاً — كل من ارتكب فى خارج القطر جريمة من الجرائم الآتية وهى :  
( أ ) جنائية مخلة بأمن الحكومة مما نص عليه فى البابين الأول والثانى من الكتاب الثانى من هذا القانون ( أى الجنائيات المضرة بأمن الحكومة من جهة الخارج والجنائيات والجنح المضرة بالحكومة من جهة الداخل )

( ب ) جنائية تزوير مما نص عليه فى المادة ١٧٤ من هذا القانون

( ج ) جنائية تزيف مسكوكات مما نص عليه فى المادتين ١٧٠ و ١٧١ من

[٣٣٥] (١) هذا الاستثناء مراد به اخراج من كان غير خاضع لقضاء المحاكم الاهلية بناء على قوانين أو معاهدات أو عادات رسمية ( ١ عقوبات ) وهؤلاء هم على العموم الاجانب الذين لهم امتيازات اجنبية ( بند ١٦٧ و ٢٠٥ ) الذين لم تتدخل عنهم حكومتهم ( بند ١٢٥ ) والاهالى أو المصريين المنتمين بالحماية الاجنبية ( بندى ٢١٠ و ٢١١ )

هذا القانون بشرط أن تكون تلك المسكوكات متداولة قانوناً في القطر المصري  
المادة ٣ — كل مصري تابع للحكومة المحلية ارتكب وهو خارج القطر فعلاً  
يعتبر جنائية أو جنحة في هذا القانون يعاقب بمقتضى أحكامه إذا عاد الى القطر  
وكان الفعل معاقباً عليه بمقتضى قانون البلد الذى ارتكبه فيه

المادة ٤ — لا تقام الدعوى العمومية على مرتكب جريمة أو فعل في الخارج  
الا من النيابة العمومية ولا تجوز اقامتها على من يثبت أن المحاكم الاجنبية برأته  
مما أسند اليه أو أنها حكمت عليه نهائياً واستوفى عقوبته

ويلاحظ أن المادة الثانية تعاقب من كان مصرياً من رعايا الحكومة المحلية  
ومن لم يكن كذلك بعكس المادة الثالثة فإنها تشترط الجنسية المصرية والتبعية  
للحكومة المحلية<sup>(٢)</sup> والسبب في الحالة الأولى خطورة الجريمة وكونها مهددة لكيان  
الحكومة أو سلامتها أو مراقبتها الحيوية والسبب في الحالة الثانية هو علاقة الجنسية  
التي تربط الفرد بالحكومة فتجعل قوانينها سارية عليه ولو كان في بلد أجنبي فإذا  
رجع الى مصر حاكمتها ولم يكن للدولة الاجنبية التي ارتكبت فيها الجريمة  
وجه في طلب المجرم، أولاً لأن الحكومة لا تسلم رعاياها (بند ١٤٨) وثانياً لأن  
عدم التسليم لا ينتج عدم المحاكمة لأنها مقررة في القانون المصري<sup>(٣)</sup> فلا يترتب  
على فرار الجاني الى مصر تخلصه من العقوبة

٣٣٦ — شرح المواد المدنية : بمقتضى هذه المواد تختص المحاكم المصرية  
بالحكم على كل شخص متوطن أو مقيم أو موجود في القطر المصري وبصرف  
النظر عما اذا كان ذلك الشخص مصرياً أو أجنبياً وبصرف النظر عن المكان  
أى البلد الذى نشأ فيه الالتزام أو وجد فيه الشيء الذى هو موضوع النزاع

القاعدة العامة  
في الاختصاص  
المدنى

(٢) أى عدم الخروج عن سلطة الحكومة المصرية بالحماية الاجنبية (بند ٢١٠

و ٢١١)

(٣) لزيادة الايضاح يرجع لكتب القانون الجنائى — مثال ذلك شرح قانون

العقوبات للاستاذ الدكتور محمد كامل مرسى بك ص ٢٥٦ — ٢٦٠

وأساس هذا الاختصاص هو السلطة الاقليمية التى للدولة المصرية على كل الاشخاص الموجودين فى مصر فى أى وقت من الاوقات فانهم يخضعون جميعاً لسلطان محاكمها — وان كان الخضوع غير كامل لأنه يكاد يكون منعزلاً فى المسائل الجنائية من جهة ومن جهة أخرى فان المحاكم التى لها هذا الاختصاص المدنى هى محاكم وان كانت مصرية اسماً الا أنها فى الواقع مكونة من اغلبية اجنبية دولية — لمجرد وجودهم داخل الاقليم المصرى ولو لم تدم اقامتهم فيه الا قليلاً ما دامت الاجراءات القضائية قد وجهت اليهم اثناء وجودهم فى القطر

ومن حيث الشركات الاجنبية التى تتكون فى الخارج ويكون مركزها بالنسبة للشركات القانونى بناء على ذلك فى الخارج ( بند ٣٦٤ ، ) فانها تعتبر من حيث الاختصاص مثل الاجنبى الذى لم يكن مقيماً أو موجوداً فى مصر اللهم الا اذا اتخذت لها فرعاً فى مصر فوجود هذا الفرع يجعلها فى حكم المستقرة فى القطر فيجعل لمحاكمها عليها اختصاص اقليمى لأن المفروض أن هذا الفرع يقوم مقام الشركة هنا ويتناول أعمالها المختلفة كما لو كان هو ادارتها الرئيسية فى كل ما يرتبط بعمله . ولذلك فان وجود الفرع هنا لا يخول الاختصاص للمحاكم المصرية على الشركة نفسها فيما لا ارتباط له من أعمالها بالفرع وذلك لأن مركز الشركة هو فى الخارج فهى مبدئياً غير خاضعة لاختصاص المحاكم المصرية ؛ فاذا ما اتخذت فرعاً فى مصر فتعتبر خاضعة لاختصاص محاكم مصر فيما له ارتباط أو تعلق بهذا الفرع دون المسائل الاخرى التى لا يكون للفرع دخل فيها <sup>(١)</sup>

هذا ويجب التمييز فى مثل هذه الاحوال بين الفرع Succursale أو Branch الفرع والتوكيل

[٣٣٣] (١) قارن س م ٢٣ ابريل ١٩١٩ جازيت ٩ من ١٧٩ نمرة ٣٠٤ حيث قرر أن محكمة محل الفرع لشركة من شركات الملاحة لا يمكن مقاضاة الشركة امامها الا فيما يتعلق بالاعمال الخاصة بالفرع وراجع أيضاً بند ٣٣٨ رابعاً ، حكم س م ٧ فبراير ١٩١١ ففيه مثل لذلك



وبين مكتب التوكيل Agence أو Agency لأن الفرع يقوم مقام الشركة في كل ما يتعلق بأعماله أو بأعمال الشركة بواسطة أما الوكيل فانه لا يقوم مقام الشركة الا في الاعمال الفردية التي يكاف بها وهو مستقل عن الشركة وله شخصية مختلفة عنها بعكس الفرع فهو هو الشركة نفسها اشتق منها ولا وجود له الا بها وهو امتداد لشخصيتها في البلد الذي أنشئ فيه ولا أهمية للاسم الذي تختاره الشركة فقد تسمى فرعها توكيلا لما يترتب على الاختلاف من اختلاف الاحكام ولكن العبرة بالواقع فقد حكمت المحاكم المختلطة بأن محل التوكيل Agence لاحدى الشركات الأجنبية المشتغلة بالنقل البحري والذي يوجد به عدد من المستخدمين يدفع أجورهم ومن وظيفتهم استقبال البواخر واستلام وتسليم شحناتها ، يعتبر لا محالة فرعاً للشركة لا مجرد توكيل بسيط ويكون لمديره صفة في تمثيل الشركة امام القضاء في كل ما يتعلق بالشحن التي سلمت في مصر لأن هذا التسليم يدخل في اختصاصه<sup>(٢)</sup>

أما من حيث الشركات الأجنبية التي ليس لها أعمال في غير مصر فان المحاكم المختلطة تعتبرها خاضعة للقضاء المختلط بالرغم من كون مركزها ليس في مصر وحتى بالرغم من كونها عاطلة عن الفروع في القطر المصري وعن مكاتب خاصة بها وموظفين مقصورين على القيام بأعمالها بل تشتغل بواسطة موظفي شركة أخرى وفي مكاتب هذه الشركة وذلك حتى لو كانت الدعوى شخصية منقولة وسببها أعمال اتفق عليها مع الادارة الرئيسية في الخارج<sup>(٣)</sup>

الشركات التي  
لا عمل لها  
في غير مصر

(٢) س م ٩ مايو ١٩١٧ جازيت ٧ ص ١٣٨ نمرة ٤١٢ وس م ٢٣ ابريل ١٩١٩ جازيت ٩ ص ١٧٩ نمرة ٣٠٤

(٣) س م ٦ يناير ١٩١١ جازيت ٩ ص ٧٩ نمرة ١٢٧ قضية هنري أرنت جابل ضد البنك العقاري الشرق وهي شركة فرنسية ولكن كل أعمالها في مصر فقررت المحكمة أن مثل هذه الشركات يجب أن تخضع للقضاء المصري بحكم وجودها هنا لمباشرة عملها الرئيسي أو الوحيد وفوق ذلك فاذا كانت المحاكم الأجنبية وحدها هي المختصة دون المحاكم

الاستثناءات من القاعدة المتقدمة : هذه الاستثناءات على نوعين النوع الأول يتعلق بالأشخاص فتخرج طائفة منهم عن حكم المحاكم المصرية . والنوع الثانى يتعلق بمواد معينة تخرج عن اختصاص المحاكم المصرية لأسباب خاصة

الاستثناء الاول : ليس لمحكمة من المحاكم المصرية حق الحكم بالنسبة ١ — بالنسبة للأشخاص معينين وهم : —

أولاً : الملوك الأجانب أو الممثلين لحكومات أجنبية على التفاصيل التى وردت فى بند ٧٢

ثانياً : المتمدون السياسيون الأجانب على التفاصيل التى وردت فى بند ٧٣

ثالثاً : القناصل الأجانب على ما ورد فى بندى ٧٤ و ٧٥ ومعلوم أن للمحاكم المختلطة اختصاص محدود فيما يتعلق بالقناصل والمتمدين السياسيين وأن هذا الاختصاص واقع على المسائل المدنية والتجارية بلا شك ولا جدال . أما فيما يتعلق بالمسائل الجنائية الداخلة فى اختصاص المحاكم المختلطة فقد كان فى الأمر شك غير أن محكمة الاستئناف المختلطة قررت بصفحتها محكمة للنقض والإبرام ( بند ١٨٨ ) أن دكرتو ١٩٠١ الخاص بالقناصل والمتمدين السياسيين ومن يليهم من الموظفين والقواسين لا يسرى على المواد الجنائية فلا يكون للمحاكم المختلطة عليهم سبيل فيها — لذلك لا تكون مختصة بالحكم فى مخالفات التنظيم التى يرتكبها أحد القواسين<sup>(٤)</sup> وهذه نتيجة محزنة لأن القواس يكون فى هذه الحالة غير محاسب

المصرية فان الحكم الاجنبى الذى يصدر لا بد أن يؤتى به لمصر لينفذ فيها وحينئذ يرفع أمر تنفيذه الى المحاكم المختلطة فكان الاختصاص حقا على كل حال بالنسبة للمحاكم المختلطة ( قارن بند ٣٣٠ ص ٣٥٤ بخصوص الاختصاص فى حجز ما للمدين لدى الغير )

(٤) س م نقض وإبرام ١٧ ديسمبر ١٩١٣ جازيت ٤ ص ٤٠ نمرة ١٠٠ الذى الذى نقض حكم محكمة بور سعيد فى الموضوع وقد ارتكن حكم النقض على أسباب تاريخية وردت فيه فيما يتعلق بالأعمال التحضيرية للدكرتو المذكور

بالكلية على ما يرتكب من الاعمال المخالفة للتنظيم لأن المحاكم المحلية لا تكون مختصة والمحاكم القنصلية لا يمكنها أن تنحاكمه من أجل مخالفته للقانون المصرى المتعلق بالتنظيم اذ القاعدة أن محاكم أى بلد لا تحكم بالقوانين الجنائية المتبعة فى بلد آخر (آخر هذا البند) فيقلت من المحاكمة مع أن هذه المخالفة متعلقة بأمر جوهري هو نظام المدن وتخطيطها وكان يجب أن يكون هذا كله من اختصاص المحاكم المحلية تطبق فيه القانون المحلى

القوات الحربية

رابعاً : القوات الحربية الاجنبية على ما مر فى بند ٧٦ وقد طبق هذا المبدأ فى قضايا كان المدعى فيها أحد ضباط جيش الاحتلال البريطانى فقبلت منه الدعوى باعتباره راضياً بحكم القضاء المختلط (البند التالى) ولكن لم تقبل الدعوى الاصلية عليه من الغير نظراً لامتيازه هذا ، المقرر بالقانون الدولى العام<sup>(٥)</sup>

خامساً : الاجانب التابعون لدول متمتعة بالامتيازات الاجنبية (بند ١٦٧) فانهم لا يخضعون فى المسائل الجنائية لاحكام المحاكم المصرية من أهلية ومختلطة على التفاصيل التى وردت فى بند ١٩٠ ، وفى المسائل المدنية غير العينية العقارية المصرية لا يخضعون لهذه المحاكم فى القضايا الحاصلة بينهم وبين من كانوا من جنسيتهم فقط ؛ وفى مسائل الاحوال الشخصية لا يخضعون لهذه المحاكم فى الدعاوى الاصلية المرفوعة بتلك المسائل (بند ١٨٢)

الحكومات  
الاجنبية

سادساً : الحكومات الاجنبية لا تخضع لحكم غير محاكم بلادها وينبنى على ذلك عدم اختصاص المحاكم المصرية بالنسبة للحكومات الاجنبية<sup>(٦)</sup> . وهذه هى القاعدة العامة فى القانون الدولى وأساسها احترام سيادة الدولة الاجنبية واستقلالها وعدم وجود سلطة قانونية تستطيع التنفيذ ضد الدولة الاجنبية (قارن

(٥) راجع حكم المحكمة الجزئية المختلطة باسكندرية فى ٤ يناير ١٩١٧ جازيت ٧ ص ٥٦ نمرة ١٦٤ وقد قررت المحكمة أن القاعدة المتبعة بدكرتو التفاصيل يصح أن تتبع فى حالة رجال الجيش المختل

(٦) س م ٢٥ مايو ١٨٩٣ مج ت م ٥ ص ٢٧٤

بند ٧٢) ولكن استثناء من هذه القاعدة تختص المحاكم المختلطة في قضايا الحكومات الاجنبية في الاحوال الآتية : -

- ( ١ ) اذا رفعت القضية أمامها حكومة أجنبية برضاها واختيارها بصفتها مدعية وفي هذه الحالة تعتبر متنازلة عن امتيازها ( البند التالى ) (٧)
- ( ٢ ) اذا كانت الدعوى متعلقة بأموال موجودة في القطر المصرى سواء كانت منقولة أو عقارية وما دامت الدعوى لا تمس سلطة الحكومة من الوجهة السياسية أو الادارية لأن التنفيذ يكون ممكناً في هذه الحالة مع بقاء الاحترام اللازم لسلطة الحكومة الاجنبية بصفتها حكومة : مثال ذلك الدعاوى التى ترفع على حكومة أجنبية بشأن عقارات مصرية أو تركت آلت الى تلك الحكومة من رعاياها الذين توفوا بمصر (٨)

( ٣ ) اذا كان العمل المنسوب الى الحكومة الاجنبية واقعاً من موظفيها

(٧) س م ٢٩ مايو ١٩٠١ م ج ت م ١٣ ص ٣٣٤ القضية خاصة بطراد حربى هولاندى اسمه جلد رلاند Gelderland والقضية معروفة بهذا الاسم وكان هذا الطراد داخلًا في ميناء بور سعيد فصدته باخرة تجارية بريطانية كانت خارجة من الميناء فرفعت الحكومة الهولندية دعوى التعويض امام المحاكم المختلطة وسيرد بحث هذه القضية من وجهة أخرى في بند ٣٣٨ ويلاحظ هنا ان الحالة المذكورة هي الوحيدة التى تقبل فيها الدعوى امام المحاكم البريطانية بعكس الحالتين التاليتين

(٨) قارن حكم س م ٩ مايو ١٩١٢ م ج ت م ٢٤ ص ٣٣٠ جازيت ٢ ص ١٦١ حيث ينص على المبادئ الآتية : تختص بمحاكم أى بلد بالمحكم على أى حكومة أجنبية ما دامت سيادتها بعيدة عن متناول القضية ، وهذه هي الحالة كلما تعاملت الحكومة بصفتها شخصاً مدنياً معتاداً كفرد من الافراد لا كسلطة عمومية أى كلما تعاقدت مع الغير أو امتلكت أو باعت بدون أن تتخذ على نفسها عهداً بهم حياتها السياسية أو الادارية وعلى الخصوص متى كانت القضية متعلقة بتركة فتحت في الديار المصرية وكانت مشتلة على عقارات يتكون منها معظم التركة وعليها رهون عقارية . ولما كانت المحاكم المختلطة قد استمدت سلطتها من الدول ذوات الاستيازات الاجنبية وكانت فرعاً عنها وكان لها كامل السلطان على المسائل المدنية فهم بالنسبة لاي حكومة أجنبية أقل أجنبية من محاكم أى بلد آخر أنشئت بموجب سلطة الحكومة الاقليمية . وكانت القضية خاصة بالحكومة اليونانية بسبب ميراثها لتركة عظيمة عن أحد اليونانيين الذين توفوا في مصر وأرادت الحكومة اليونانية أن تدفع بعدم الاختصاص فرفضته المحكمة



لإدارة شؤونها الخاصة أو متاجرها وخارجاً عن عملها بصفتها حكومة : مثال ذلك رفع الدعوى على ربان باخرة خصوصية تجارية مملوكة للحكومة البريطانية بسبب تصادم حصل بينها وبين مركب آخر في المياه المصرية ومنسوب إلى خطأ الربان المذكور (٩)

الاستثناء الثاني : ليس لأية محكمة مصرية أن تحكم في المواضيع الآتية :  
أولاً : ملكية أى عقار خارج عن القطر المصرى أو حقوق وضع اليد عليه أو الحق في التعويض عن الضرر الناشئ عن التعرض لوضع اليد على العقار المذكور وذلك لا ينفي اختصاص المحكمة في الحكم في أى دعوى سببها عدم القيام بالتعهدات الخاصة بالعقارات فإن الحكم بالتعويض بمقتضى التعهد شئ والحكم بتسليم العقار أو بتمكن المحكوم له من وضع يده أو بالتعويض لعدم احترام الملكية أو وضع اليد شئ آخر . ومبنى هذا النوع من الاستثناء هو عدم إمكان تنفيذ الحكم الخاص بالأرض الأجنبية أو عدم إمكان تنفيذه إلا بالتعرض لسلطان الحكومة الأجنبية الكائن في إقليمها العقار ، أو عدم جواز تعرض محاكم بلد ما لتنفيذ قوانين بلد آخر في نفس ذلك البلد الآخر إذ من البديهي أن كل ما يتعلق بملكية العقار ووضع اليد عليه هو من أمراً قانون موقع العقار (١٠) ويلاحظ

٢ - بالنسبة  
الموضوع

(٩) س م ٢٤ نوفمبر ١٩٢٠ جازيت ١١ ص ٢٣ نمرة ٤١ وتسمى القضية « صوماطرا » تبعاً لاسم الباخرة البريطانية . وفيها قررت المحكمة ما يأتي : ان تطبيق قواعد القانون الدولى العام التى تخرج الحكومات الأجنبية عن حكم المحاكم التابعة لبلد آخر لا يمكن أن يعترض عليه عند ما يكون العمل المادى أو القانونى الذى هو سبب النزاع قد حصل أثناء تأدية الحكومة أعمالها بصفتها سلطة عامة وتكون الحكومة قد طلبت إتمام القضاء بصفتها المذكورة ولكن الحالة تختلف كثيراً إذا ما ارتكب العمل بواسطة عمال الحكومة الأجنبية أثناء إدارتهم لمصالحها الخاصة وبدون دخل لصفتها العامة أو أعمالها العامة في الموضوع ولذلك يصح رفع الدعوى على ربان الباخرة التجارية صوماطرا المملوكة للحكومة البريطانية بسبب تصادم نسب إلى خطئه — ونظرية المحاكم الانجليزية على عكس هذا على خط مستقيم (١٠) قارن دايسى ص ٢٢٣ — ٢٣٠ وراجع بند ٣٥١ في شروط تنفيذ الاحكام المصرية في السودان فإنه يشترط فيها ألا تكون متعلقة بملكية أرض واقعة خارج القطر المصرى إلى آخره



أن هذا الاستثناء لم تنص عليه القوانين المصرية ولم تصدر بشأنه أحكام مصرية ،  
ومع ذلك فهو واجب الاحترام للأسباب التى ذكرناها

ثانياً : تنفيذ أى قانون جنائى أو نص جنائى من قوانين أية حكومة أجنبية  
وسواء كان ذلك بصفة مباشرة أو بصفة غير مباشرة حتى ولو كان مرتكب الجريمة  
مصرياً من رعايا الحكومة المحلية . وذلك لأنه لا يجوز مطلقاً لأى بلد أن ينفذ  
القوانين الجنائية التى وضعها غيره اذ تعتبر الجرائم مسائل محلية محضة لا يهتم بها  
ولا يحاكم عليها غير قانون الجهة التى حصلت فيها وغير محاكم الجهة التى وقعت  
فيها واذا اهتم بها قانون أجنبى بأن نص على معاقبة مرتكبيها فى أى جهة ارتكبت  
( كما فى قانون العقوبات الاهلى مادة ٢ ) فإن ذلك يكون بنص فيه يطبق بواسطة  
محاكمه لا بمقتضى نص قانونى أجنبى وما لم تكن الجريمة موجهة ضد سلامة  
الحكومة أو مراقبتها الحيوية فلا يعاقب عليها أجنبى متى ارتكبت فى الخارج لأنه  
لا يصح لحكومة أن تعتبر نفسها مسؤولة عما يرتكب فى بلاد حكومات أخرى  
من الجرائم غير المذكورة . أما التى تعاقب عليها بمقتضى قانونها الجنائى فلها  
( ولكن لا يجب عايلها ) أن تحاسب رعايلها عنها ولو ارتكبت فى الخارج لأن الفرد  
مكلف بالطاعة نحو قوانينه الوطنية ولو كان خارج بلاده

والقوانين الجنائية هى على العموم ما أوجبت عقوبات على الفرد لمصلحة  
الامة أو الدولة لا لمصلحة شخص المعتدى<sup>(١١)</sup>

ثالثاً : تنفيذ أى قانون الى سنته حكومة أجنبية سواء تعلق بضرائب  
أو بغرامات مالية فان ذلك لا يدخل فى اختصاص المحاكم المصرية للأسباب  
المتقدمة بالنسبة للقوانين الجنائية<sup>(١٢)</sup>

رابعاً : تنفيذ أى حكم أجنبى صادر فى مادة من المواد الثلاث المتقدمة المنوع

(١١) قارن دايى ص ٢٣٠ — ٢٣٣

(١٢) المرجع المتقدم

فيها الحكم من المحاكم المصرية وذلك لأنه إذا صح تنفيذ الحكم في مادة ممنوعة جاز تنفيذ القوانين الأجنبية الممنوعة ، في كل جهة ، بمجرد الحصول على حكم بها في بلادها<sup>(١٣)</sup> وفي هذه الأحوال يرفض وضع الأمر بالتنفيذ على الحكم الأجنبي المشتعل على شيء مما ذكر ويكون أساس الرفض مخالفة الحكم للنظام العام على ما سيذكر في بند ٣٤٦ ،

الخضوع

٣٣٦ مكرراً — الخضوع Submission لاختصاص المحكمة : من المقرر أنه يجوز للملك ومعتدى الدول الأجنبية والحكومات الأجنبية وغيرهم ممن يتمتعون بالاستثناء الأول المقرر في البند السابق ( ص ٣٦١ ، ) أن يتنازلوا عن امتيازهم ويقبلوا اختصاص المحكمة التي لم تكن مختصة بالنسبة اليهم وهذه القاعدة سبق تقريرها في المبدأ العام الرابع من مبادئ دابسي ( بند ٢٦٥ ) وهي مبنية على القاعدة التي تقضى على كل شخص باحترام الاتفاقات التي هو طرف فيها<sup>(١٤)</sup> ويحصل الخضوع لاختصاص المحكمة بطرق مختلفة منها أن يرفع الشخص الممتاز الدعوى على خصمه أمام المحكمة أو يحضر أمامها بإرادته واختياره كمدعى عليه أو يتفق في عقود الخاصة على عرض المنازعات التي تنشأ عن مسائل معينة على محاكم بلد معين . فإذا خضع للمحكمة بصفته مدعياً فيكون خضوعه مقصوراً على الدعوى التي رفعها ولا يخضع في أكثر منها ولذلك يقبل من المدعى عليه كل دفع يدفع به الدعوى وكل دعوى يوجهها ضد المدعى وتكون مقبولة بحسب قانون المحكمة<sup>(١٥)</sup> ولكن لا يكون للمحكمة أن تحكم عليه بأكثر من الحد الذي

(١٣) أحكام المحاكم الانجليزية الواردة في دابسي ص ٢٣١

(١٤) دابسي ص ٤٥ ويقول في ص ٢٣٥ أن لكل محكمة الحق في الحكم على أى شخص أسقط عمله حق نفسه في التمسك بعدم اختصاص المحكمة أى تنازل — ولكن يجب أن يكون عدم الاختصاص بالنسبة للشخص لا بالنسبة للموضوع ( دابسي ٢٣٦ )

(١٥) دابسي ص ٢٢١ ويلاحظ أن المحاكم تختلف في الشروط التي تتطلبها لقبول دعاوى المدعى عليه demandes reconventionnelles (بالنسبة للمعاكم المصرية راجع كتاب المرافعات بند ٥٢٤ ) ويقول دابسي هنا ان دعوى المدعى عليه تقبل إذا كانت

خضع فيه وهو قيمة دعواه<sup>(١٦)</sup>

ويقول وستليك<sup>(١٧)</sup> ان الحكومة الاجنبية أو الشخص الذى يستحق الاعفاء من القضاء المحلى اذا رفع الدعوى امام المحاكم الانجليزية يكونان ملزمين كأي مجموع آخر أو شخص آخر بأن يعدلا العدل الكامل بالنسبة للمدعى عليه فى كل ما يتعلق بالدعوى ويكونان بذلك خاضعين للقضاء المحلى فى كل دعاوى المدعى عليه وكل طلباته ودفعه واجراءات المرافعات التى يرى اتخاذها كما لو كان خصمه شخصاً عادياً حتى يحصل بذلك على العدل الكامل أو يدافع عن نفسه ضد المدعى . وقد حكمت احدى محاكم إنجلترا على ملك أسبانيا فى سنة ١٨٣٣ بأن يحضر شخصياً ليحلف اليمين فى دعوى كان قد رفعها هو امام تلك المحكمة وقالوا ان رفع تلك الدعوى أمام المحكمة يجعل المدعى تحت سيطرة المحكمة فى كل ما يتعلق بتلك الدعوى .

وحكمت محكمة باريس بجواز تنازل السفراء عن امتيازهم<sup>(١٨)</sup>

وقد قرر علماء الباندكت الفرنسية ان المحاكم الفرنسية تختص بنظر قضايا السفراء فى حالة التنازل الصريح باذن حكومتهم وحالة التنازل الضمنى أيضاً وهذا يكون أولاً : اذا حضر السفير ليدافع عن نفسه فى الدعوى المرفوعة عليه وطالب

كدفع فى الدعوى الاصلية كالمقاصة القانونية أو ما يشابهها اما اذا كانت دعوى حقيقية من المدعى عليه cross - action فانها لا تقبل والفرض على ما يظهر لنا هو هل كان طلب المدعى عليه متصلاً بالدعوى الاصلية أم منفصلاً عنها فاذا كان متصلاً قبل واذا كان منفصلاً رفض لانه ليس للمحكمة اختصاص الا فى الدعوى وما اتصل بها ، ومع ذلك فالاستاذ وستليك (ص ٢٥٠) لا يقول بتعيين بل يذكر النوع الاخير بالنسب للصريح ضمن ما يدخل فى الاختصاص

(١٦) قانون بند ٧٥ فى القناصل وبند ٣٣٦ ص ٣٦٢ رابعا وسادسا

(١٧) وستليك ص ٢٥٠

(١٨) باريس فى ٢ مايو ١٩١٢ مجلة كلونيه ١٩١٢ ص ١١٢٧ ولم يرو علماء الباندكت الفرنسية الا حكماً واحداً مخالفاً صدر من محكمة السين فى ٨ مارس ١٨٨٦ — باندكت جزء ٥ تحت لفظ Agent diplomatique نمرة ٢٢٢ ص ١٣٨ وبكس ذلك يرى قاليرى ( ص ٦٩٤ ) عدم جواز التنازل عن الإمتياز ولكن المعمول به هو ما روينا

في الموضوع بدون أن يتمسك بامتيازته ؛ ثانياً اذا كان هو المدعى ورفع الدعوى أمام محكمة مقره فبذلك يعتبر متنازلاً عن امتيازته وقابلاً بحكم المحكمة فيما يتعلق بالمصاريف وفيما يتعلق بالاستئناف الذي يرفعه خصمه وكذلك الحال في نظرهم اذا قدم المدعى عليه دعوى فرعية ضده ؛ وذلك رغم الاختلاف في هذه النقطة الأخيرة (١١)

وقد حكمت المحاكم المختلطة باختصاصها بنظر قضايا الحكومات الأجنبية في أحوال مختلفة غير أحوال الرضا والاختيار ( ص ٣٦٣ ) وأجازت الاختصاص لنفسها في جميع أحوال الرضا والاختيار على مقتضى القاعدة الأساسية المقررة في دكرتو القناصل ( بند ٧٥ )

٣٣٧ - اختصاص المحاكم المصرية على المصريين : تنص المادة ١٣ م م على اختصاص المحاكم المختلطة بالنسبة لكل مصرى بسبب الالتزامات التي يرتبط بها ولو حصلت في الخارج : هذا الاختصاص مبني على الجنسية المصرية ، على الرابطة الموجودة بين المصرى والدولة المصرية فيطلب أمام المحاكم المصرية باعتباره خاضعاً لحكم الدولة المصرية

اختصاص المحاكم  
المصرية على  
المصريين

ويلاحظ أن مقابل هذا الأساس في المحاكم البريطانية والأمريكية هو الموطن Domicile فتختص المحاكم المذكورة بالحكم على كل شخص متوطن في دائرتها ولو لم يكن موجوداً فيها بالفعل وبصرف النظر عن جنسيته ( قارن بند ٩٨ ) (١١) كما تختص على كل شخص موجود بالفعل في دائرتها بصرف النظر عن كونه متوطناً أو غير متوطن ، أو كونه من الجنسية البريطانية أو ليس منها . ولما كنا نفس هذا الاختصاص الذي أساسه استعمال السلطة الإقليمية على كل من تظله

(١٩) - الأندكت المحل المتقدم في الحاشية السابقة نمرة ١٤٥ ص ١٢٧

[٣٣٧] (١) في قضية كازداغلي رفعت الدعوى امام محاكم إنجلترا باعتباره انجليزياً متوطناً في إنجلترا فرفضت لكونه متوطناً في مصر لا في إنجلترا ولم يكن ثمة أهمية لكونه بريطانياً انجليزياً لان العبارة عندهم ليست بالجنسية كما هي عندنا بل بالموطن وما دام غير متوطن في البلد فلا اختصاص لمحاكمه عليه



سواء الاقليم كما مرّ في بند ٣٣٦

ويلاحظ أيضاً أن لفظ « obligations contractées » العقد « الوارد في المادة ١٣ م لا يقتصر على العقود أو المشاركات التي تصدر من المصرى بل ينصرف الى جميع أنواع الالتزامات obligations بالمعنى الصحيح الواسع<sup>(٢)</sup> سواء كان منشؤها عقداً أو شبه عقد أو جنحة مدنية أو شبه جنحة أو كان سببها نص القانون مباشرة كما هي الحال في النفقة الواجبة بين الاصول والفروع والازواج

الاختصاص  
الاقليمى على  
الاجانب في مصر

٣٣٨ — اختصاص المحاكم المصرية على الاجانب<sup>(١)</sup>: اذا لم يكن الشخص مقيماً في الديار المصرية أو موجوداً بها بالفعل ولم يكن مصرياً ( بند ٢١٣ )  
فالقاعدة العامة بالنسبة اليه أنه لا يخضع لحكم المحاكم المصرية فلا تصح اقامة الدعوى عليه أمامها وذلك أولاً لكون السيادة الاقليمية المصرية لا تمتد اليه اذ هو غير موجود أو مقيم عادة في الاقليم المصرى<sup>(٢)</sup> ، وثانياً لكون السيادة الوطنية المصرية لا تشمل اذ هو غير مصرى فلا يكون ثمت مسوغ لاختصاص المحاكم المصرية عليه

(٢) يفهم ذلك بوضوح من نص المادة ١٤ م م فانها تنص بعد العقود على الافعال الحاصلة في مصر وهذه تشمل الافعال النائمة والافعال الضارة وهذه كلها خارجة عن مادة الاتفاقات

[٢٣٨] (١) ليس المقصود هنا الكلام على الامتيازات الاجنبية التي تعفى الاجنبى من حكم المحاكم الاهلية واپس المقام بيان أى المحاكم المصرية هي المختصة بالنسبة اليه وانما الكلام هو على الاختصاص الدولى للمحاكم المصرية بصفة عامة ( بلا بحث عن نوعها ) على الاجانب بصفة عامة أى من لم يكونوا من رعايا ملك مصر وسواء كانوا ممن لهم امتيازات أو ممن لهم امتيازات

(٢) حكمت المحاكم المختلطة باختصاص المحاكم المصرية بالنسبة لاي أجنبى وجد في الديار المصرية واستلم وهو فيها اعلان صحيفة الدعوى للحضور أمام محكمة مصرية حتى لو كان غير مقيم في مصر — س م ٢ مارس ١٨٩٩ مج ت م ١١ ص ١٢٨ — قارن دابسى بالنسبة للمحاكم الانجليزية من ٤٨ حيث يقول إن هذه القاعدة وان نشأت عن أصول المرافعات الا أنها مبنية في الحقيقة عن مبدأ امكان تنفيذ الحكم الوارد في بند ٢٦٥ وذلك لان ملك الانجائز الذى استطاع أن يعلن الشخص وهو في بلده يستطيع أن ينفذ عليه الحكم اذا أراد ( راجع أيضاً بند ٣٤٢ ص ٣٨٢ )



القاعدة

ويستثنى من هذه القاعدة — قاعدة عدم اختصاص المحاكم المصرية بالحكم على أجنبي غير موجود في مصر — أحوال خاصة ذكرتها المادة ١٤ م م . وهذه الاحوال مشتملة على عناصر اقليمية مصرية تسوغ الاختصاص للمحاكم المصرية ولا يخلو حالها من كونها مسببة عن وجود الشيء الذي هو موضوع النزاع ، في مصر أو حصول العمل الذي هو محل النزاع ، في مصر

الاستثناءات

فالمحاكم المصرية مختصة بالنظر في الدعاوى التي توجه ضد الاجانب — مهما كانت جنسية المدعى وسواء كان أجنبياً أو مصرياً<sup>(٣)</sup> — في الاحوال الخمس الآتية : —

المال في مصر

أولاً — اذا كان النزاع على التزامات متعلقة بأموال منقولة أو عقارية موجودة داخل القطر المصري . فهذا الطرف وحده كافٍ لجعل المحاكم المصرية مختصة بصرف النظر عن حالة المدعى عليه وكونه أجنبياً موجوداً في الخارج<sup>(٤)</sup>

الالتزام في مصر

ثانياً — اذا كان النزاع على التزامات ناشئة عن اتفاقات عقدت في مصر ؛ ولذلك فمجرد حصول العقد في مصر يجعل المحاكم المصرية مختصة بالحكم فيه حتى لو كان مقرراً حصول تنفيذه في الخارج<sup>(٥)</sup>

التنفيذ في مصر

ثالثاً : اذا كان النزاع على التزامات ناشئة عن اتفاقات يجب أن تنفذ في مصر ، ولا يهمننا في هذه الحالة كون العقد قد حصل في مصر أو في الخارج لأن مجرد كون الديار المصرية هي محل الوفاء يجعل محاكمها مختصة<sup>(٦)</sup> واذا كان المدعى

(٣) س م ١٠ مايو ١٩٠٦ مج ت م ١٨ ص ٢٤٧

(٤) قارن رأى سافيني بخصوص القانون الذي يتبع بالنسبة للأموال بند ٢٤٤ وكون الفكرة الاساسية في الموضوع هي الخضوع الاختياري لقانون الجهة الكائن بها المنقول أو العقار والكلام هنا على الاختصاص ولكن التعليل واحد ، وبالنسبة للقانون راجع بندي

٣٨٨ و ٣٨٩

(٥) الحكم الوارد في حاشية ٣ السابقة

(٦) س م ٣١ مايو ١٨٩٩ مج ت م ١١ ص ٢٥٣ وس م ٢٢ فبراير ١٩٠٥

مج ت م ١٧ ص ١٢٢

عليه شركة أجنبية لها فرع في مصر موكل اليه تفريغ الشحن التي تسلم في مصر فيكون له صفة في تمثيل الشركة في القضايا المتعلقة بالتفريغ المذكور الذي هو داخل ضمن أعماله<sup>(٧)</sup>

رابعاً : اذا كان النزاع على التزامات ناشئة عن أفعال أو أعمال وقعت العر في مصر أو تمت في مصر وقد حكمت المحاكم المختلطة تطبيقاً لهذا المبدأ ان الاجنبى الذى يترك مصر في حالة توقف عن الدفع ( ٢٠٢ ت م ) ويستقر في بلد أجنبى ، يجوز رفع الدعوى عليه بطلب اشهار افلاسه أمام المحاكم المصرية بسبب الاعمال التي أجراها أو ارتكبها وهو في مصر<sup>(٨)</sup>

هذا ومن خير الامثال على الاعمال التي تحصل في مصر ومن أهمها اصطدام *abordage* البواخر والمراكب في المياه المصرية ( بند ٦٧ ) فان مجرد حصول التصادم في المياه المصرية يجعل المحاكم المصرية مختصة بالحكم في التعويض الذي يطالب به المتضرر ولو كان المدعى عليه أجنبياً ليس له محل في مصر . وقد حكم تطبيقاً لهذا المبدأ بأن المحاكم المختلطة مختصة بالحكم ضد احدى شركات الملاحة الاجنبية — التي ليس لها محل في القطر المصرى ولا فرع فيه يخول الاختصاص للمحاكم المصرية ( بند ٣٣٦ ) بل مكتب توكيل بسيط ( ص ٣٦٠ ) — بسبب اصطدام احدى بوآخرها عند مدخل احدى الموانى المصرية داخل المياه الاقليمية المصرية<sup>(٩)</sup> كذلك حكم في قضية جلدلاند *Gelderland* وهو طراد حربى مملوك للحكومة الهولندية اصطدمت به باخرة بريطانية تجارية تسمى *پيترسون* *Peterson* عند مدخل ميناء بور سعيد فرفع قومندان الطراد الهولندى الدعوى أمام المحاكم المختلطة بصفته المذكورة ضد أصحاب الباخرة الذين ليس لهم محل

(٧) س م ٩ مايو ١٩١٧ جازيت ٧ ص ١٣٨ نمرة ٤١٢ وراجع ما مر في

بند ٣٣٦ بخصوص الشركات وفروعها وتوكيلاتها

(٨) س م ٥ يونيه ١٩٠١ مج ت م ١٣ ص ٣٥٠

(٩) س م ٣ مارس ١٨٩٧ مج ت م ٩ ص ١٧٣ ونحوه س م ١٠ ابريل ١٩٠٢

مج ت م ١٤ ص ٢٤٢

في القطر المصري ولم يكونوا موجودين فيه ولا وجدوا فيه من قبل<sup>(١٠)</sup> : دفع اصحاب الباخرة البريطانية بعدم الاختصاص لسبيين : الأول كون المدعى يمثل حكومة أجنبية فلا تقبل منها الدعوى امام المحاكم المصرية فرفض هذا الدفع بناء على مبدأ الخضوع للاختصاص ( بند ٣٣٦ مكرراً ) والثاني لكون المدعى عليه ليس مقيماً في القطر المصري ولا محل له فيه فرض أيضاً بناء على أن هذا الشرط ليس مطلوباً اذ يكفي حصول التصادم في المياه المصرية<sup>(١١)</sup>

ويلاحظ أنه اذا كان المسوغ الوحيد للاختصاص هو مجرد حصول الحادث أو العمل داخل القطر المصري فان حصوله خارج المياه الإقليمية المصرية وعلى الخصوص في عرض البحر وعلى باخرة اجنبية يجعل المحاكم المصرية غير مختصة : فاذا قتل أحد الركاب عمداً في احدى بواخر شركة « المساجيرى ماريتيم » في عرض البحر أثناء إبحارها الى مصر فلا تكون المحاكم المصرية مختصة بالدعوى المدنية ضد الشركة المذكورة لانها ليست ذات محل في مصر ، ولأن مجرد وجود فرع لها في مصر لا يكفي في جعل المحاكم المصرية مختصة بالحكم عليها فيما لا علاقة له بهذا الفرع من الاعمال ولا يدخل ضمن حدود اختصاص الفرع<sup>(١٢)</sup>

المسائل التجارية خامساً - في المسائل التجارية : حيث لا تأثير مطلقاً لنصوص المادة ١٤ م م على اختصاص محاكم التجارة المختلطة أى حيث لا أهمية لمقر المدعى عليه ( بند ٣٣٤ حاشية ١ ) هل هو في مصر أم في الخارج ما دام الاختصاص قد

(١٠) أهمية نقطة عدم وجودهم فيه من قبل ستظهر من البحث الذي سنورده في بند ٣٤٠ لان نص المادة يفيد شرط سبق وجود الاجنبي في مصر ود تركه اياها بعد وجوده فيها

(١١) س م ٢٩ مايو ١٩٠١ ج ت م ١٣ ٣٣٤

(١٢) س م ٧ فبراير ١٩١١ جازيت ص ٨٧ - ٨٨ الذي ألغى حكم محكمة اسكندرية المختلطة التجارية الصادر في ١٩ ابريل ١٩١١ جازيت ١ ص ١٣٣ وكان هذا الحكم قد اعتبر الحادث ناشئاً عن الاخلال بمقد قتل الركاب من مرسيليا الى اسكندرية فاعتبرت محكمة الاستئناف الحادث جنحة مدنية لا خطأ ناشئاً عن التعاقد *faute contractuelle*

أعطى بالنص لمحاكم التجارة وإذا رجعنا الى المادة الأولى وما بعدها من القانون التجارى المختلط المتعلقة باختصاص محاكم التجارة لم نجد فيها إشارة الى الاختصاص الدولى بل وجدناها تنص فقط على المسائل التى تدخل ضمن اختصاص المحاكم المذكورة باعتبارها أعمالاً تجارية أو حاصلة بين التجار . اما النص المتعلق بالموضوع فهو نص المادة ٣٥ مرافعات مختلط فى فقرتيه السابعة والتاسعة ( ص ٣٥٧ ) فإذا قارنا الفقرة السابعة بآخر فقرة من المادة ١٤ م م وجدنا أن الحالة الوحيدة التى يمكن أن تعتبر استثنائية فى المسائل التجارية هى حالة اختصاص المحكمة التى بدائرتها المحل المقتضى دفع القيمة فيه فإذا اشترط دفع القيمة فى مصر كانت المحاكم المصرية مختصة ومع ذلك فالدفع يدخل تحت الوفاء المنصوص عليه فى المادة ١٤ م م وبذلك لا يكون ثمة استثناء خاص فى المسائل التجارية رغم للنص على جواز وجوده (١٣)

وقد حكم بناء على النصوص المتقدمة بأن محكمة اسكندرية التجارية مختصة بالحكم على أجنبى لم يكن له محل فى مصر اذا كان المتفق عليه هو عمليات بيع وشراء أقطان يجب أن تنتهى اما بالتسليم واما بدفع الثمن فى الاسكندرية (١٤) كذلك حكم بأن المدعى عليه الاجنبى المقيم فى الخارج يعتبر خاضعاً لاختصاص محكمة التجارة المختلطة المشترط حصول الدفع فى دائرتها ما دامت المادة تجارية (١٥) فى غير الاحوال الاستثنائية المتقدمة لا يصح رفع الدعوى امام احدى المحاكم المصرية على أجنبى غير مقيم فى مصر أو غير موجود فيها وقت اعلان صحيفة

تلخيص

(١٣) فيما بين المحاكم المصرية تعيين محل الوفاء فى عقد مدنى لا يعطى الاختصاص لمحكمة ذلك المحل ( المرافعات بند ٦١٤ حاشية ٣ والمراجع التى بها ) ولكن الحالة هنا مختلفة لانتا فى مقام الاختصاص الدولى المقررة أحكامه بنص المادة ١٤ م م وهى تنص صراحة على اختصاص المحاكم المصرية اذا كان تنفيذ العقد سيكون فى مصر ولذلك يكون تعيين محل لتنفيذ العقد فى مصر بخولا الاختصاص للمحاكم المصرية بوجه عام

(١٤) س م م ٢٢ فبراير ١٩٠٥ مج ت م ١٧ ص ١٢٢

(١٥) س م م ٢٨ مارس ١٩٠٦ مج ت م ١٨ ص ١٧٤



الدعوى اليه شخصياً أثناء وجوده فيها . وقد رأينا أن مجرد وجود فرع للشركة في مصر لا يخول الاختصاص للمحاكم المصرية اذا كان مركز الشركة في الخارج ( بند ٣٣٦ ) ولذلك حكم بأن الشركة التي يكون مركزها في السودان والتي يكون لها فرع في مصر لا يصح مقاضاتها امام المحاكم المصرية بخصوص عقد حصل في السودان بينها وبين شركة أخرى مركزها في إنجلترا اذ لا دخل للفرع في هذا العقد ووجود الفرع وحده لا يخول الاختصاص<sup>(١٦)</sup> وان صح الاعلان في الفرع في حالة وجود الاختصاص بناء على أى سبب من الاسباب التي تسوغه

شركة مركزها في السودان

٣٣٩ - طبيعة الاختصاص المقرر في المادة ١٤ م م : حكمت المحاكم المختلطة بأن قواعد الاختصاص الدولي المبينة على أسس اقليمية هي قواعد متعلقة بالنظام العام بمعنى أن كل اتفاق يوجب انفراد محكمة أجنبية بالاختصاص فيها دون المحاكم المصرية فيما جعله القانون المصرى من اختصاصها بناء على أسباب اقليمية ، يعتبر باطلاً بطلاناً جوهرياً فيما يتعلق بمنع المحاكم المصرية عما هو من اختصاصها فمثلاً في حالة حصول عقد في الخارج على أن يكون تنفيذه في مصر وفي حالة الاتفاق على أن يكون النظر في جميع المنازعات المتعلقة بتنفيذه من اختصاص محكمة أجنبية يعتبر الشرط المتعلق بمنع المحاكم المصرية عن الاختصاص لاغياً وتكون هذه المحاكم مختصة بنظر المنازعات المذكورة رغم الشرط فاذا رفعت أمام المحاكم المصرية قبلتها واعتبرت الشرط باطلاً وهذا لا ينفي اختصاص المحكمة الأجنبية اذا اختار الطالب رفع النزاع اليها ولكنه اذا رفع النزاع امام المحاكم المصرية تكون هذه مختصة طبقاً للمادة ١٤ رغم كل اتفاق يخالف لذلك<sup>(١)</sup>

بحث في المادة ١٤ هل هي متعلقة بالنظام العام

(١٦) محكمة اسكندرية الجزئية المختلطة في ٢٣ نوفمبر ١٩١٦ جازيت ٧ ص ٦٠  
نمرة ١٨٠ والحكم متين جداً وبه ايضاحات مفيدة  
[٣٣٩] (١) حكم محكمة التجارة المختلطة في القاهرة في ٢٠ ابريل ١٩١٢ جازيت ٢ ص ١٦٠  
وحكم محكمة التجارة المختلطة باسكندرية في ١٠ يناير ١٩١٥ جازيت ٦ ص ٥٤ نمرة ١٥٤  
وكذلك في ١٥ يناير ١٩١٧ جازيت ٧ ص ٥٠ نمرة ١٤٣ المؤيد في الاستئناف ، جازيت ٧



وبالعكس يعتبر الشرط صحيحاً وناظراً كلما كان المدعى عليه غير مقيم في مصر وكان العقد حاصلًا وواجب التنفيذ في الخارج فإذا ما اشترط في عقد التأمين أن يكون الاختصاص للمحكمة الأجنبية فالشرط صحيح وناظف في مصر متى كان مركز شركة التأمين في غير مصر « ولم يكن لها فرع فيها » ولو كان لها فيها محل توكيل بسيط وكان عقد التأمين حاصلًا في الخارج وواجب التنفيذ في الخارج<sup>(٢)</sup>

أما إذا كانت المحاكم المصرية غير مختصة طبقاً للعادة ١٤ م م وقبل المدعى عليه الاختصاص صراحة أو ضمناً بأن دخل في موضوع الدعوى ولم يتمسك بعدم الاختصاص في بدء القضية *in limine litis* فيسقط حقه في التمسك به بعد ذلك لأن هذا الدفع قد شرع لمصلحته هو فهو بالنسبة له عدم اختصاص شخصي *ratione personae* ولا يمكن اعتباره عدم اختصاص بالنسبة للموضوع *ratione materiae* وإن كان أساسه الاختصاص الدولي<sup>(٣)</sup>

كذلك إذا اتفق شخص مع آخر على اختصاص المحاكم المصرية في عقد من العقود ولم يكن لها اختصاص عليه طبقاً للعادة ١٤ فإن هذا الاتفاق يكون صحيحاً ولامراً لمن لم يكن خاضعاً لهذه المحاكم<sup>(٤)</sup>

س ١٣٨ نمرة ٤١٢ وكذلك س م ٢٦ بونه ١٩١٨ جازيت ٨ ص ٢٩٧ نمرة ٤٠٧ وس م ٢٠ نوفمبر ١٩١٨ جازيت ٩ ص ٣١ نمرة ٤٨ وقارن حكم محكمة التجارة بالسكندرية في ٩ ديسمبر ١٩١٢ جازيت ٣ ص ٤٢ نمرة ٤٠ وأول فبراير سنة ١٩١٤ جازيت ٣ ص ٨١ نمرة ١٥٤

(٢) محكمة التجارة المختلطة بالسكندرية في ٧ أبريل ١٩١٩ جازيت ٩ ص ١٢٧ نمرة ٢٠٨ ويلاحظ أن لا معنى هنا لقول الحكم « ولم يكن لها فرع في مصر » لأن مجرد وجود الفرع لا يعطى الاختصاص للمحاكم المصرية في غير ما يتعلق بالفرع أو يدخل في اختصاصه كما تقدم

(٣) قارن دايسى ، قاعدة ٥٦ ص ٢٣٥ و ٢٣٦ حيث يفرق بعض التفريق بين الخضوع لمحكمة القاضي والخضوع لمحكمة أجنبية وهذا صحيح في الواقع راجع القضية الواردة فيه ص ٢٣٧ نمرة ٤

(٤) قارن دايسى ص ٢٣٧ في القضية نمرة ٣

خلاصة

ومن ذلك كله يتبين أن المحاكم في أى بلد لا تتجاوز عن نظر قضية هى من اختصاصها بحسب قانونها أو بحسب المبادئ العامة ولو كان المدعى عليه قد رضى بانفراد محكمة أجنبية فى الاختصاص ، بعكس ما اذا كان الاختصاص لمحكمة أجنبية واشترط اختصاص المحكمة التى رفعت إليها القضية فإنها تقبل الاختصاص المشروط كما تقبل الاختصاص اذا ما تنازل عنه المدعى عليه امامها صراحة أو ضمناً : فى الحالة الاولى يكون الامر متعلقاً بالنظام العام فلا يصح فيه الاتفاق لانه يحرم المدعى عليه من محكمته الطبيعية وفى الحالة الثانية يعتبر القبول أو التنازل مسوغاً للاختصاص

الاجنبى الذى ترك الديار المصرية ؟

٣٤٠ - تفسير المادة ١٤ م م بالنسبة للاجنبى الذى ترك الديار المصرية : تنص المادة المذكورة على اختصاص المحاكم المختلطة فى الاحوال الاقليمية المذكورة فيها بالنسبة للاجنبى الذى ترك الديار بعد ان نصت على الاجنبى الذى هو موجود فى الديار ولذلك يصح التساؤل عن اختصاصها بالنسبة للاجنبى الذى لم يحضر مطلقاً الى الديار المصرية هل تختص بنظر قضاياها وفى أى الاحول ؟

اختلفت المحاكم المختلطة فى هذا الموضوع اختلافاً كبيراً ويمكن القول بأن الاحكام قد جاءت فيه بثلاثة آراء

الرأى الاول

الرأى الاول : يجب الأخذ بألفاظ المادة وجعلها مقصورة على الاجنبى الذى كان فى مصر ثم تركها وبذلك لا تختص المحاكم المختلطة بالنسبة للاجنبى الذى لم يدخل البلاد ، الا فى المسائل التجارية حيث نصت المادة على اختصاص محاكم التجارة فى الاحوال الميئنة فى القاتون أينما كان المدعى عليه فلا يكون لها اختصاص بالنسبة للمنقول أو العقار الموجود فى مصر ولا بالنسبة للعقود التى حصلت أو يجب تنفيذها فى مصر ولا بالنسبة للأفعال التى وقعت فى مصر (١)

الرأى الثانى : قال به حكم حديث<sup>(٢)</sup> قضى بأن المشرع المختلط يميز تمييزاً الرأى الصحيح ظاهراً بين الاجانب الذين وجدوا فى مصر ثم تركوها وبين الذين لم يوجدوا بها مطلقاً وانه بمقارنه الجملة الاولى التى ذكرها المشرع فى الفقرة الثانية من المادة ١٤ بالجملة « أينما كان المدعى عليه » الواردة فى الفقرة الاخيرة منها ، يتبين أن الشارع أراد التميز التام بين الحالتين . وانه وان كان المشرعون الاجانب لم يميزوا بين الاجنبى الذى ترك البلاد والاجنبى الذى لم يوجد فيها بالكلية فان هؤلاء المشرعين كانوا أحراراً فى وضع القواعد التى يرونها بعكس المشرع المصرى فانه مقيد بالامتيازات الاجنبية وانه مفهوم أن الدول الاجنبية لا تسمح باعطاء اختصاص واسع المدى مثل اختصاص محاكمها هى وان اختصاص المحاكم المختلطة بالنظر فى قضايا العقارات بصفة مطلقة ناشئ عن قانون ٧ صفر سنة ١٢٨٤ ( بند ١٦٩ ) لا عن حكم المادة ١٤ وكذلك اختصاصها فى أحوال الاصطدام الحاصل فى المياه المصرية فانه مقرب عليه بناء على تصور قانونى *fiction légale* من مقتضاه اعتبار الاجنبى كأنه كان موجوداً فى الديار المصرية . وفى غير هذه الاحوال لا اختصاص للمحاكم المختلطة على الاجنبى الذى لم يوجد فى الديار المصرية الا فى الحالتين المنصوص عليهما فى المادة ٣٥ فقرة سابعة مرافعات مختلط

الرأى الثالث : وهو الصحيح فى نظرنا والذى عليه أغلب الاحكام المختلطة الرأى الثانى هو أن نصوص المادة ١٤ م م يجب ألا تفسر حرفياً وأن المادة تسرى على من كان فى مصر ثم تركها كما تسرى على من لم يوجد فيها مطلقاً فى حالة توافر أحد العناصر الاقليمية المسوغة للاختصاص<sup>(٣)</sup> أما الاسباب التى يرتكن اليها هذا الرأى فهى

(٢) س م ١٠ مايو ١٩٢١ جازيت ١٢ ص ١٣٣ نمرة ٢٣٣ وهو صادر من الدائرة الاولى

(٣) س م ٣١ مايو ١٨٩٩ مج ت م ١١ ص ٢٥٣ وهو مختص بقدر كان يجب تنفيذه فى مصر ، و س م ٩ مايو ١٩١٢ جازيت ٢ ص ١٦١ الذى صدر ضد الحكومة ( الدولى — ٤٨ )

حكم جلد رلان

حكم شركة  
القنال ضد  
الهافريز

كما روته محكمة الاستئناف المختلطة في قضية « جلد رلان » أن المادة ١٤ م م أرادت بلاريب أن تقرر قواعد القانون الدولي الخاص المعترف بها بشكل عام في الوقت الحاضر من حيث اختصاص محاكم كل دولة بالنسبة للأجانب الذين ليس لهم موطن ولا مقر في تلك الدولة ؛ وكما روته في قضية شركة قنال السويس ضد شركة الملاحة « الهافريز » \* أن المادة ١٤ م م خالفت المادة ١٤ من القانون المدني الفرنسي بأن قصرت حق مقاضاة الاجنبي غير الموجود في البلد على أحوال خاصة بينما المادة الفرنسية ( بند ٣٣٣ ) تبيح لكل فرنسي أن يقاضى أى أجنبي أمام المحاكم الفرنسية حتى في حالة نشوء الالتزام في الخارج وذلك لأن المادة الفرنسية تقرر امتيازاً يتعدى كل حد مشروع ويخاف القواعد العامة المقررة في القانون الدولي الخاص ، وإن المشرع المصري الحديث لم يرد أن يقرره وأنه لا يمكن أن يستنتج من ذلك أن المشرع المصري أراد أن يحرم المصريين من مقاضاة الأجانب الذين لم يحضروا لمصر ، أمام المحاكم المصرية ، اذا تعاقدوا على منقولات أو عقارات موجودة في مصر أو اذا حصل الاتفاق أو اشترط التنفيذ في مصر أو حصل الحادث في مصر لأن ذلك يكون مناقضاً للبادئ المقررة في

اليونانية ( بند ٣٣٦ من ٣٣٣ ) بأن المحاكم المختلطة مختصة بالنظر في القضايا المرفوعة على حكومة أجنبية بسبب استيلائها على إحدى التركات المكونة من منقولات وعقارات كائنة في مصر ، و س م ٢٩ مايو ١٩٠١ مج ت م ١٣ من ٣٣٤ الصادر في قضية جلد رلان ( بند ٣٣٦ ) وقد دفع في جميع هذه القضايا بأن الاجنبي المدعى عليه لم يوجد مطلقاً في مصر فلا تكون المحاكم المختلطة مختصة بالنسبة اليه ولو كان العقد واجب التنفيذ في مصر أو كانت المنقولات والعقارات المطلوبة موجودة في مصر أو كان الاصطدام حاصلًا في المياه المصرية . وحكم محكمة المنصورة المدنية المختلطة في ٢٤ مايو ١٩٢١ جازيت ١٢ من ٢٥ نمرة ٤٣ الصادر في قضية الشركة العمومية لقنال السويس ضد الشركة الهافريز للملاحة المؤيد في الاستئناف الاعلى في ٩ فبراير ١٩٢٢ جازيت ١٢ من ١٣٤ نمرة ٢٣٤ ومقر كل من الشركتين في باريس ولكن القضية نشأت بسبب تحصيل رسوم المرور عن إحدى بواخر الشركة الثانية في قنال السويس فببب القضية عقد ينفذ في مصر بالمرور من القنال ويبيع رفع الدعوى أمام المحاكم المصرية بصرف النظر عن مقر المدعى عليه

\* راجع آخر الحاشية السابقة



جميع قوانين العالم ولأنه لا يمكن مطلقاً أن يفهم السبب الذى من أجله لا يصح معاملة الاجنبى الذى لم يوجد فى مصر مطلقاً ، بسبب التزاماته السابق ذكرها ، بنفس القواعد التى يعامل بها الاجنبى الذى وجد فى مصر مرة ثم تركها واقترب فيما بعد ذلك التزامات مما ذكر . واذا كان المشرع المصرى قد تكلم أولاً عن الاجنبى الموجود فى مصر ثم عن الاجنبى الذى ترك مصر فذلك لأن طبيعة الالتزامات المذكورة هى التى تسوغ الاختصاص ، ولا شأن مطلقاً لكون الاجنبى قد وجد فى مصر ثم تركها أو أنه لم يوجد فيها بالكلية . واذا كان الشارع قد قصد التمييز حقيقة فانه ما كان يتأخر عن الافصاح عن الحكم بالنسبة للاجنبى الذى لم يوجد فى مصر مطلقاً

ونحن نرى فوق ذلك أن واضع القانون المصرى قد أخطأ فى عدم تصوره إمكان حصول عقد أو حادث فى مصر بدون أن يكون المتعاقدان أو الفاعل فى مصر ، لأنه قد لا يتصور منطقياً أن يتعاقد أجنبى أو يصدر عنه فعل فى مصر ولا يكون موجوداً فى مصر وقت التعاقد أو حدوث الفعل ولو دقائق أو ساعات معدودة — لذلك نص على « الاجنبى الذى تركها » ولكن من الثابت قانوناً أن الاتفاق قد تقع بالمراسلة أو المخاطبة بجميع أنواعها وأن العقد يعتبر حاصلًا فى مصر متى التقت فيها الارادتان من جانب من عرض ومن جانب من قبل ، وان الاتفاقات تصح بواسطة الوكلاء الذين ينوبون عن المتعاقدين وان الافعال أو الحوادث قد تقع بواسطة الوكلاء عن الشخص أو بسبب وجود شيء مملوك للانسان ويسبب ضرراً للغير كما فى حوادث الاصطدام فان الباخرة مثلاً تتحرك وتمضى فى سبيلها بين أطراف البحار العالمية بينما يكون المالك لها والمسؤول عن أعمالها شركة من الشركات المستقرة فى لندن أو باريس والتى لم يتغير مقرها مطلقاً

والحقيقة أنه لا محل للتمييز مطلقاً لأن الاسباب المسوغة للاختصاص بالنسبة للاجنبى الذى لم يكن موجوداً فى مصر هى أسباب مستمدة من فكرة الاقليم

الاسباب  
التاريخية



أساس  
الاختصاص  
الدولي في التاريخ:  
القانون الروماني

في القرون  
الوسطى

territoire<sup>(٤)</sup> نظراً لحصول العقد أو وجوب تنفيذه فيه أو نحو ذلك مما تقدم  
ان نصوص المادتين ١٣ و ١٤ م م كما شرحناها مبنية على تطور تاريخي من  
المفيد جداً أن يقف الباحث عليه وهي في مجموعها تثبت الاسباب التي بنى عليها  
الاختصاص في القانون الروماني<sup>(٥)</sup> قديماً وفي القرون الوسطى والاسباب التي بنى  
عليها الاختصاص في فرنسا من القرون الوسطى الى يومنا هذا<sup>(٦)</sup> والاسباب التي  
بنى عليها أيضاً في إنجلترا . وليس من المناسب هنا أن ندخل في أى تفصيل  
ويكفي أن نقرر أن اختصاص محكمة المدعى عليه forum rei في مادة الالتزامات  
هو من مبادئ القانون الروماني التي كانت ثابتة في عصر يوستينيانوس وان هذه  
المحكمة الشخصية للمدعى عليه كانت اما محكمة المدينة civitas أو الحكومة  
respublica التابع اليها واما محكمة محل اقامته : الاولى تسمى محكمته الاصلية  
forum originis والثانية محكمة محله forum domicilii وبجانب محكمة المدعى  
عليه أباح القانون الروماني مقاضاة الشخص أمام المحكمة المختصة بالالتزام forum  
contractus أو forum rei gestae وهي على العموم المحكمة التي يكون في دائرتها  
التنفيذ والسبب في اختصاصها اقتراض خضوع المدين لحكمها بارادته واختياره  
حيث رضى أن يكون التنفيذ في دائرتها ؛ ونشأ الاختصاص بسبب ارتكاب الجريمة  
في عصر الامبراطورية الرومانية ولم يكن معروفاً قبلها وهو ليس مبنياً على فكرة  
الخضوع الاختياري لاختصاص محل ارتكاب الجريمة وانما هو مبنى على الخضوع  
القهرى أو اللازم الذي هو نتيجة مباشرة للاعتداء من جانب الجاني على حق مقرر  
للغير وكان للمجنى عليه الخيار بين محكمة محل الجاني أو محكمة الجريمة forum delicti  
وفي القرون الوسطى انتشرت فكرة جعل العقد خاضعاً لاختصاص المحكمة

(٤) راجع بند ٣ حاشية ١ وبند ٦٥ ، وبند ٣٣٨

(٥) وستليك ص ٢٢١ — ٢٢٦ وسافيني § ٣٧٠ ص ١٦٠ — ١٦٤ من

ترجمة جوتري

(٦) وستليك ص ٢٢٤

التي وقع في دائرتها *locus celebrati contractus* لا المحكمة التي يكون فيها التنفيذ فجعل اختصاص الاولى هو القاعدة ولا يشذ عنه الا في حالة التعهد بدفع

مبلغ من المال في جهة معينة *locus solutionis*

ولم يكن الاختصاص المبني على حصول العقد أو على تنفيذه معروفاً في فرنسا في القرون الوسطى وذلك بسبب أن القضاء كان من امتيازات حكام الاقطاعات وكان يساع ويشرى ويأتى بالايراد الكبير فما كان الحكام يسمحوا بالمقاضاة أمام محكمة غير محكمة مقر المدعى عليه ولورضى أو تعهد بالقبول من قبل بأن نص على الاختصاص وقت التعاقد ؛ وبذلك كان التمسك باختصاص محكمة المدعى عليه مما يهم القضاة شخصياً فأغفلت مصلحة الناس بتقرير قاعدة منمقة الالفاظ مؤداها أنه لا يصح الاتفاق على مخالفة قواعد الاختصاص نظراً لتعلقها بالقانون العام وهذا مخالف بالطبيعة لما كان مقررأ في القانون الرومانى من بناء الاختصاص على مادة النزاع . ولم يعترف في فرنسا بهذه النقطة الا في الأمر التجارى الصادر في سنة ١٦٧٣ حيث أعطى المدعى الخيار بين محكمة محل المدين أو المحكمة التي حصل فيها العقد وتسليم البضاعة أو المحل الذي يجب فيه الدفع ، وعن ذلك الأمر أخذت المادة ٤٢٠ من قانون المرافعات الفرنسى والتي لا تسرى الا على المحاكم التجارية . وللآن لا يقر القانون الفرنسى باختصاص محكمة العقد أو تنفيذ العقد أو الدفع في المسائل المدنية <sup>(٧)</sup> وان أجاز اختصاص محكمة المحل الذي اتفق الطرفان على تعيينه في العقد للتنفيذ ( ٥٩ ، رافعات فرنسى و ٣٤ / ٣٥ مصرى ) فهذا التقييد الحاصل بالاتفاق هو الذى يسوغ الاختصاص دون حصول العقد نفسه أو تنفيذه <sup>(٨)</sup>

(٧) اللهم الا اذا كان التعهد اليه فرنسياً والتعهد أجنبياً فتختص المحاكم الفرنسية طبقاً للمادة ١٤ مدنى فرنسى ولكن لمصلحة الفرنسى فقط ضد الاجنبى الذى تعاقد معه في فرنسا ومع ذلك فالمادة نفسها تبيح الاختصاص بعد ذلك ولو حصل العقد في الخارج

(٨) وستليك ص ٢٢٧ وكتاب هنريون دوپانسى في السلطة القضائية في فرنسا الجزء الاول ص ٣٧٠ و ٣٧١ وراجع المرافعات بند ٦١٣ ص ٤٤٨ و ص ٤٤٩ وحواشيها

في إنجلترا

وفي إنجلترا كان مقرراً من قديم الزمان أن للمحاكم الانجليزية اختصاصاً لا تحده غير الحدود الإقليمية للمملكة *coextensive with the realm* فلم يكن تمت تمييز بين محل داخل في اختصاص محكمة وآخر داخل في اختصاص محكمة أخرى وكل ما كان يتطلب هو حصول الاعلان شخصياً الى المدعى عليه وهو في المملكة *the writ should be served on the defendant personally and within the realm* فإذا لم يكن في المملكة فلا وسيلة للاختصاص ضده ولو كان متوطناً فيها أو كان تابعاً لها من حيث الجنسية أما اذا كان موجوداً فيها واستلم الاعلان شخصياً فلا اختصاص ثابت بالنسبة اليه ولو لم يكن متوطناً فيها أو تابعاً اليها<sup>(٩)</sup>

هل يجب أن يكون المدعى مصرياً ؟

بقيت نقطة واحدة لايضاح المادة ١٤ م م : هل ينتفع بها كل مدع أم يجب أن يكون المدعى مصرياً ، قياساً على ما جاء في المادة ١٤ مدنى فرنسى أم يكتفى بأن يكون مقيماً في مصر ؟ جاء في أحد أحكام محكمة الاستئناف المختلطة<sup>(١٠)</sup> أن نصوص المادة فيما خالفت فيه قاعدة كون المدعى يسعى لمحكمة المدعى عليه *actor sequitur forum rei* يجب أن يقتصر نفعها على المدعى المقيم في مصر قياساً على ما جاء في قوانين البلاد الأوروبية من قصر مثل هذه النصوص على رعايا تلك البلاد . وجاء في حيثيات حكم شركة القنال ضد شركة الهاثيرز<sup>(١١)</sup> ما يمكن أن يفهم منه اقتصار فائدة المادة على المصرى الذى يقاضى أجنبياً بسبب التزاماته المشتملة على عنصر اقليمى مصرى (ص ٣٧٠ ، ٣٧١)

المدعى يصح أن يكون أجنبياً

ولكن الصحيح في نظرنا أن المادة تنطبق على كل مدع بلا تمييز بين من كان مصرياً أو أجنبياً أو مقيماً في مصر أو غير مقيم وذلك لكون الاختصاص

(٩) وستليك من ٢٢٨ — ٢٢٩ ولاحظ أن الحكم الوارد عندنا في بند ٣٣٨ حاشية ٢ مبنى على هذه الفكرة

(١٠) س م ١٠ مايو ١٩٢١ جازيت ١٢ من ١٣٣ نمرة ٢٣٣

(١١) س م ٩ فبراير ١٩٢٢ جازيت ١٢ من ١٣٤ نمرة ٢٣٤ وبند ٣٤٠ هنا من ٣٧٨

فيها في حالة عدم وجود الاجنبى في مصر مبنى على عناصر اقليمية بحتة بدون التفات الى وصف المدعى أو حالته (١٢)

اختصاص  
محكمة المدعى  
أو محكمة  
الاسكندرية

٣٤١ — تطبيق الفقرة التاسعة من مادة ٣٥ مرافعات مختلط ( بند ٣٣٤ )  
يلاحظ أن هذه الفقرة مطلقة وقد يفهم منها جواز مقاضاة من كان مقيماً في الخارج ،  
امام محكمة مقر المدعى أو أمام محكمة اسكندرية بدون قيد ولا شرط ولكن  
الحقيقة هي أن هذه الفقرة لا تطبق الا من بعد أن يكون الاختصاص ثابتاً  
للمحاكم المصرية من الوجهة الدولية المقررة في المادتين ١٣ و ١٤ مدنى ومن أجل  
تطبيقها لابد أن يكون المدعى عليه مصرياً طبقاً للمادة ١٣ أو أجنبياً ملتزماً بالتزام مما  
هو مقرر في المادة ١٤ ففي هذه الاحوال وعند عدم وجود أى وجه لاختصاص أى  
محكمة مصرية دون غيرها من المحاكم المصرية طبقاً لل فقرات الثمانى الأولى من المادة ٣٥  
مرافعات مختلط يصح رفع الدعوى عليه أمام محل محكمة المدعى فاذا لم يكن له محل  
في مصر فيصح رفعها أمام محكمة اسكندرية بصفتها أكبر المحاكم المختلطة وأقرب  
محكمة مصرية لاوروبا وفيها مقر محكمة الاستئناف وذلك هو التفسير الصحيح  
الذى اتبعته جميع الاحكام المختلطة (١)

(١٢) راجع حكم المنصورة المشار اليه في حاشية ٣ هنا والحكم الاستثنائى الذى  
يؤيده وكلاماً صادر فى قضية حاصلة بين شركتين مركزهما الاصلى والادارى فى باريس وحصل  
النزاع بينهما بسبب مرور بواخر احدهما فى قنال السويس المعطى امتيازاه للآخرى . فهذان  
الحكمان يؤيدان الرأى الذى نقول به بعدم اشتراط مصرية المدعى أو اقامته فى مصر وما  
كان المشرع المختلط ليقول بذلك وقد وضعت قوانينه لجميع سكان مصر من مصريين وأجانب  
ونصوصه مطلقة ومبنية على الاصول التاريخية التى أوردناها هنا والتى لا تميز فيها مطلقاً بين  
مدع يسكن فى بلد المحكمة وآخر لا يسكن فيها — كذلك س م ١٠ مايو ١٩٠٦ م ج ت م  
١٨ ص ٢٤٧ الذى يقرر أن فائدة المادة ١٤ هى لصالح الاجانب كما هى لصالح الاهالى

[٣٤١] (١) س م ١٨ مايو ١٨٩٩ م ج ت م ١١ ص ٢٤٤ و س م ٣١ مايو ١٨٩٩  
م ج ت م ١١ ص ٢٥٣ و س م ٢٩ مايو ١٩٠١ م ج ت م ١٣ ص ٣٣٤ و س م ١١ مايو  
١٩٠٤ م ج ت م ١٦ ص ٢٣٩ و س م ١٠ مايو ١٩٠٦ م ج ت م ١٨ ص ٢٤٧ و س م  
٢٩ ديسمبر ١٩١٠ جازيت ١ ص ٥١ وراجع المرافعات بند ٦١٧ فى آخر حاشية ١ بخصوص



التقاضى

فيما بين الاجانب

٣٤٢ - الاختصاص الدولى فى قضايا الاجانب فيما بينهم : ليس من ضرورة لبحث هذا الموضوع فى مصر لأنه يوجد فيها محاكم تقضى فى كل خلاف يتصور بين الاجانب فيما بينهم : المحاكم المختلطة تختص فيما يدخل تحت نص المادة ١٤ فى جميع المسائل المدنية والتجارية والمحاكم القنصلية تقضى فيما كان منها بين الاجانب ذوى الجنسية الواحدة وفى مسائل الاحوال الشخصية بحسب جنسية المدعى عليه وكل ما يمكن أن يتبقى بعد ذلك هو قضايا الاجانب الذين ليس لبلادهم قنصليات فى مصر وهؤلاء قليلون جداً والنقص بالنسبة اليهم يرجع الى بلادهم التى لم تنشئ لهم قنصليات ويرجع الى الحكومة المصرية التى لم تنص على اعطاء محاكمها من أى نوع كانت ، سلطة اقليمية على كل الاجانب الذين ليس لهم امتيازات

فى فرنسا

واذا رجعنا الى فرنسا حيث لا امتيازات تمنع المحاكم الفرنسية من بسط نفوذها على كل ما يمكن أن يقع من النزاع داخل بلادها أو بسبب وجود المدعى عليه فى بلادها وجدنا أن المحاكم الفرنسية تقرر قاعدة خاصة فى الموضوع من مقتضاها أنها لا تختص بنظر قضايا الاجانب فيما بينهم وأن الاصل انها وضعت للفرنسيين دون الاجانب وهذه القاعدة استثناء ان الأول يجب بمقتضاه على المحاكم الفرنسية أن تحكم وهذا فى القضايا المتعلقة بالمقاربات الفرنسية أو التبركات التى تفتح فى فرنسا أو المسائل التجارية التى يكون لها علاقة بفرنسا كما هى الحال عندنا فى المادة ٣٥ مرافعات فقرة سابعة أو فى الاحوال التى ينتج الحكم فيها آثاره فى فرنسا . والاستثناء الثانى يجوز بمقتضاه للمحاكم الفرنسية أن تنظر فى قضايا الاجانب أو لا تنظر حسب ما تشاء وتختار<sup>(٢)</sup> وبناء على ذلك لا تختص المحاكم الفرنسية بالنظر فى دعوى الطلاق بين الاجانب ولا فى دعوى خاصة بأعمال تجارية حصلت

تحديد المحكمة المصرية المختصة فى حالة وجود مدعى عليه فى مصر مع آخرين ممن تنطبق عليهم الفقرة التاسعة مادة ٣٥

(٢) راجع قالبرى ص ٦٩٨



في الخارج ولا ينتظر أن يكون لها نتائج في فرنسا ولا بدعوى متعلقة باصطدام حصل بين بواخر أجنبية خارج المياه الفرنسية ولا في النزاع الذي يحصل بين رئيس معرض دولي أقيم في باريس وبين أحد مواطنيه الأجانب بخصوص المعرض<sup>(٣)</sup> ويقولون ان السبب الحقيقي في ذلك هو أن المحاكم الفرنسية لا يصح أن تضيع وقتها في نظر قضايا أجنبية محضة ؛ ولقد انتقد العلماء هذه القاعدة ومع ذلك فهي معمول بها — ويصح هنا مقارنة ما رويناه في الامتيازات الأجنبية في بند ١٥٣ ، ويظهر أن هذه القاعدة لا أساس لها في البلاد البريطانية حيث لا يتوقف الاختصاص على الجنسية ولا على الموطن بل يمتد الى كل الأحوال التي يمكن تسليم عريضة الدعوى فيها الى المدعى عليه وهو في الديار البريطانية التي تجلس فيها المحكمة ( بند ٣٤٠ ص ٣٨٢ و بند ٣٣٨ حاشية ٢ ) بصرف النظر عن أي اعتبار آخر الا بالنسبة للأشخاص الممتازين ( ص ٣٩١ )

### ٣٤٣ — الاختصاص المبني على التيسير: considerations of convenience : الاختصاص المبني

على التيسير

تحكم المحاكم المصرية باختصاصها في أحوال معينة لمجرد التيسير وعلى الخصوص لتحقيق العدالة باصدار حكم واحد في قضية تهم عدداً من الأشخاص فنقضى في شأنهم جملة واحدة كما تحكم المحاكم الأجنبية بناء على نفس المبدأ في مثل هذه الحالة<sup>(١)</sup> فمثلاً اذا لم يكن من الجائز مقاضاة أحد الأجانب في مصر طبقاً للمادة ١٤ م م فيجوز مع ذلك مقاضاته فيها اذا كان مدعى عليه مع آخرين يمكن مقاضاتهم أمام المحكمة المصرية ولكن يجب في هذه الحالة أن يكون مدعى عليه حقيقة بمعنى أن لا يلتجئ المدعى الى مقاضاة غيره معه لمجرد اعطاء الاختصاص للمحاكم المصرية ضده وهو في الحقيقة غير متصل بغيره بما يبيح مقاضاة الجميع أمام محكمة أحدهم لأن ذلك لا يكون عدلاً بل يكون غشاً حاصلًا لمجرد جلب الأجنبي الى

(٣) راجع فاليري ص ٧٠٨ و ٧٠٩ و راجع القضية التي رواها في ص ٧٠٩

[٣٤٣] (١) قارن دابسي ص ٥٨ و ٥٩

محكمة غير مختصة بالنسبة اليه<sup>(٢)</sup>

كذلك حكم بأنه عند وجود شرط استثنائي متعلق بالاختصاص ومنازع في صحته لكونه يحرم المحاكم المصرية من سلطانها الاقليمي على القضية ( بند ٣٣٩ ) فان وجود مدعى عليه آخر لا شبهة في اختصاص المحاكم المصرية بالنسبة اليه يسوغ لهذه المحاكم الاختصاص بصرف النظر عن الشرط وصحته أو بطلانه<sup>(٣)</sup> كذلك يصح للمدعى عليه أن يدخل في الدعوى شخصاً ثالثاً باعتباره ضامناً فيها اذا رفعت عليه في مصر وكان له حق في الضمان من جانب ذلك الشخص ولو كانت المحاكم المصرية غير مختصة بالنسبة اليه وحده طبقاً للمادة ١٤ م م<sup>(٤)</sup>

## الفصل الثالث

### الاحكام والسندات الرسمية الاجنبية

٣٤٤ — ليس من بلد في الوجود يعامل الاحكام والسندات الرسمية الاجنبية معاملة الاحكام الصادرة من محاكمه أو السندات المحررة على يد موظفيه الموكل اليهم أمر تحريرها ؛ بل لا بد من المراقبة أو البحث أو التحقيق أو اعادة النظر بشكل من الاشكال قبل أن يصح التمسك بها أو تنفيذها في بلد غير الذي صدرت فيه ؛ وتختلف القوانين في بلاد العالم في هذا الموضوع شدة وتساهلاً ولا يخفى أن للاحكام في كل قوانين العالم آثاراً متعددة أهمها وأكثرها شيوعاً في القوانين كافة

معلومات

الاحكام

(٢) راجع المادة ٣٥ فقرة ثالثة مرافعات مختلط و س م ١٨ مايو ١٨٩٩ م م ت

١١ م ٢٤٤

(٣) س م ٣١ مايو ١٩١٨ جازيت ٨ ص ٨١ نمرة ١٤٢ ثانياً وحكم اسكندرية

المدينة المختلطة في أول فبراير ١٩١٣ جازيت ٣ ص ٨٧ نمرة ١٥٤

(٤) قارن دابني ص ٥٩

هو التنفيذ وحجة الشيء المحكوم فيه . فاما حجة الشيء المحكوم فيه فأساسها احترام الحقوق التي اكتسبت في الخارج وعدم المساس بها وأما التنفيذ فهو من الآثار المباشرة للحكم ومن مقتضاه تحريك السلطة العامة في البلد المطلوب فيه التنفيذ لمساعدة الطالب بالقوة الجبرية عند اللزوم للوصول الى حقه المحكوم له به وسنبدأ هنا بالكلام على التنفيذ نظراً لأهميته ولكونه مظهراً كبيراً يتجلى تنفيذ الاحكام فيه مقدار احترام الحكومات المختلفة لاحكام البلاد الاجنبية ومقدار استعدادها لمساعدة الافراد في تحريك السلطة العامة فيها لتنفيذ أحكام صادرة من سلطة تابعة للحكومة أخرى

ففي بلاد السويد والنرويج لا يمكن تنفيذ الاحكام الاجنبية ولا بد من رفع في بلاد السويد والنرويج دعوى بالموضوع الاصلى الذى شمله الحكم ويعتبر هذا الحكم على الاكثر بمثابة قرينة بسيطة لمصلحة المدعى (١)

وفي إنجلترا صعوبات كبرى في معرفة قيمة الاحكام الاجنبية واختلاف في رأى فيما لهذه الاحكام من الآثار ؛ وتختلف أولاً قوة الاحكام الاجنبية في الجزر البريطانية الآن بحسب الاحوال الآتية : —

( ١ ) اذا كانت تلك الاحكام صادرة من محكمة عليا من محاكم المملكة المتحدة United Kingdom فيصح تسجيلها في محكمة عليا أخرى من محاكم المملكة المذكورة بعد التحقق من شروط شكاية خاصة وباستثناء أحوال لا يصح فيها التسجيل ؛ ومتى سجلت كان لها قوة الاحكام الصادرة من المحكمة الحاصل فيها التسجيل (٢)

[٣٤٤] (١) وستليك وبتوينش ص ٣٧٩

(٢) لم يدخل هذا الحكم في القانون الانجليزي الا في سنة ١٨٦٨ بقانون مخصوص The Judgments Extension Act, 1868 وفي سنة ١٨٨٢ جعل الحكم عاماً للمحاكم الصغرى بقانون خاص اسمه The Inferior Courts Judgments Extension Act, 1882 راجع دايى ص ٤٥٨ قاعدة ١١٦ وستليك وبتوينش ص ٣٧٩ و ٣٩٠

٢ : أحكام  
الممتلكات  
البريطانية

( ٢ ) اذا كانت صادرة من محكمة عليا من محاكم الممتلكات البريطانية British Dominions الخارجة عن المملكة المتحدة فيصح تسجيلها في محكمة عليا من محاكم المملكة المتحدة اذا رأت هذه المحكمة انه من العدل ومن المناسب just and convenient اجازة تسجيلها بعد التحقق من استيفاء شروط متعددة . ترجع الى الاختصاص والشكل وعدم مخالفة الحكم للنظام العام أو نحوه في البلد المطلوب فيه تسجيل الحكم<sup>(٣)</sup>

٣ : الاحكام  
الاجنبية

( ٣ ) بحسب ما اذا كانت صادرة من محاكم أجنبية غير محاكم الممتلكات البريطانية أى أجنبية بالمعنى الحقيقي<sup>(٤)</sup> وهنا لا تميز محاكم إنجلترا بين أحكام البلاد المختلفة من حيث كونها تميز تنفيذ الاحكام الانجليزية فيها أولا تميزها وكل ما يهم في نظرها هو الالتفات الى الحكم نفسه وتقدير قيمته من حيث هو حكم ولا شك أولا في انه ليس لأى حكم اجنبى أية قيمة مباشرة باعتباره حكماً أى ان الحكم الاجنبى لا يمكن أن يكون له أثر مباشر فى إنجلترا فمثلا لا يصح فيها اجراء مفعول حكم فرنسى بواسطة التنفيذ<sup>(٥)</sup> ثانياً لا شك فى وجوب رفع دعوى من أجل المطالبة بقيمة المحكوم به أو ما يعادله . فرغ الدعوى واجب محتم فى كل الاحوال ؛ ولكن الشك كبير جدا فى معرفة قيمة الحكم الاجنبى من حيث تأثيره

( ٣ ) لم يدخل هذا الحكم فى القانون الانجليزى الا فى سنة ١٩٢٠ بقانون خاص اسمه Administration of Justice Act. 1920 سن بناء على توصية من المؤتمر الامبراطورى الذى انعقد فى سنة ١٩١١ وطلب تسهيل تنفيذ الاحكام داخل الامبراطورية ويلاحظ ان هذا القانون لا يسرى الا على الممتلكات التى يصدر أمر من مجلس الملك برياها عليها — راجع دايسى ص ٤٦٢ قاعدة ١١٧ ووستليك طبعة بلتويش ص ٣٩٠ ،

( ٤ ) السبب فى عدم اعتماد احكام سكوتلاندا وايرلاندا مثلاً قبل سنة ١٨٦٨ والاحكام الاخرى الصادرة من الممتلكات البريطانية قبل سنة ١٩٢٠ هو ان الحكم لا بد من أن يسجل فى المحكمة الانجليزية قبل ان يمكن تنفيذه وما كان من الممكن تسجيل احكام غير الصادرة من نفس المحكمة . أما الاحكام الاجنبية الاخرى فلا بد من رفع دعوى بطلب تنفيذها . والحكم الذى يصدر فيها هو الذى يسجل

( ٥ ) دايسى ص ٤٢٩ ، قاعدة ١٠٣

على الحق نفسه الذى صدر به الحكم هل يتحول الحق الى ما حكم به فيسقط الحق الاصلى ويحل الحكم محله doctrine of merger <sup>(٦)</sup> ترفع الدعوى أمام المحكمة الانجليزية بمضمون ما فى الحكم الاجنبى أم يبقى الحق الاصلى وترفع الدعوى به ويكون الحكم كستند عليه Doctrine of non - merger <sup>(٧)</sup> وإذا كان ذلك فهل يكون الحكم الاجنبى اثباتاً مبدئياً يمكن نقضه أى قرينة على وجود الحق ويمكن دحضها باثبات ما يخالفها doctrine of prima-facie evidence أم لا يعتبر اثباتاً تاماً للحق المحكوم به not conclusive evidence أم يعتبر اثباتاً تاماً؟ ويظهر أن رأى الذى ساد أخيراً فى انجلترا هو أن الحكم الاجنبى يعتبر على العموم كستند قاطع فى الدعوى ومع ذلك فيسمح ضده ببعض الدفع لا بكل الدفع <sup>(٨)</sup>

ولا بد لقبول الدعوى بما فى الحكم الاجنبى أن يكون الحكم صادراً من محكمة مختصة طبقاً لقواعد القانون الدولى الخاص فى موضوع الاختصاص ، ويجب أن يكون المحكوم به مبلغاً من النقود وطريق الدعوى هو الطريق المعتاد فى الدعاوى المبنية على سندات . ويجب أن يكون الحكم الاجنبى ملزماً بالدفع حالاً فإذا كان لا يمكن تنفيذه فى بلده بسبب ميعاد الاستئناف أو قيام الاستئناف فلا يمكن رفع الدعوى به فى انجلترا فى تلك الاثناء . ولكن اذا كان الاستئناف غير موقف للتنفيذ فى بلده تصح الدعوى

ويجب ألا يكون الحكم قد صدر فى مادة جنائية لأن تنفيذ حكم من هذا القبيل يكون مخالفاً لقاعدة وجوب عدم تنفيذ القوانين الجنائية فى البلاد الأجنبية

(٦) قارن كتاب المرافعات بند ١١٠٩ فى تحول حق المدعى بمقتضى الحكم

(٧) يقول بذلك الاستاذ دايسى ص. ٤٥٤ و ٤٥٥

(٨) راجع كتاب السير فرانيس بيچوت قاضى قضاء هونكويچ وهو ثلاثة اجزاء

على الاحكام الاجنبية والاختصاص وهو مطبوع سنة ١٩٠٨ ، الجزء الاول ص ٢٨ و ص ١٥ — ٣٠ فى بحث الموضوع وستليك بند ٣٢٨



(بند ٣٤٦) ومع ذلك تصح الدعوى بالحق المدني المحكوم به تبعاً للحكم في الجريمة<sup>(٩)</sup> ولا يصح الحكم بتنفيذ مضمون حكم أجنبي في إنجلترا إذا أمكن اثبات أن الحصول عليه كان بطريق الغش من جانب الخصم الذي حصل عليه وهذه القاعدة صحيحة للدرجة أنه يمكن لاثبات الغش أن تنظر المحكمة في الموضوع برمته من جديد<sup>(١٠)</sup>

خلاصة

ومن ذلك يتبين أن الأحكام الأجنبية لا تنفذ في إنجلترا بصفتها أحكاماً وأنه فيما خلا أحكام محاكم المملكة المتحدة ومحاكم الممتلكات البريطانية لا يمكن تنفيذها بصفتها أحكاماً بل لا بد من رفع دعوى بها باعتبارها أسباباً لدعوى جديدة sued upon as new causes of actions بعكس الحال في كثير من البلاد الأخرى الأوروبية فإن الحكم الأجنبي يصح تنفيذه فيها بعد اجراءات خاصة كما سيتبين مما يلي<sup>(١١)</sup> وإن الأحكام غير الانجليزية التي تنفذ حقيقة في إنجلترا هي فقط أحكام المملكة المتحدة ، وهذه تنفذ دائماً بعد تسجيلها ، وأحكام محاكم الممتلكات وهذه قد تسجل فتنفذ وقد لا تسجل فلا تنفذ ، بحسب ما ترى المحكمة<sup>(١٢)</sup>

(٩) وستليك وبنثويتش الطبعة السادسة ص ٣٨٢ وهو ما حكم به في قضية رولان ضد فيشر سنة ١٩١١

(١٠) المرجع المتقدم ص ٣٩٦

(١١) > > ص ٣٨٠

(١٢) المرجع المتقدم ص ٣٩٠ وهذه النقطة في منتهى الأهمية بالنسبة لنا في مصر لأن مصر بلاد أجنبية تماماً بالنسبة لإنجلترا

ويتوقف تنفيذ الأحكام الأجنبية عندنا على شرط التبادل كما يتبين مما يلي فبهنا معرفة حظ الأحكام الأجنبية في إنجلترا ليتسنى تطبيق القانون المصري بالنسبة للأحكام الانجليزية خصوصاً لأن الأحكام المختلطة الجديدة تريد أن تقول بأن الأحكام الأجنبية تنفذ في إنجلترا على ما يمكن أن يفهم بالنسبة للأحكام الإيطالية مثلاً وهذا غير صحيح في نظرنا لأنه إذا كانت أحكام محاكم الامبراطورية معرضة لعدم التسجيل وعدم التنفيذ كأحكام مع أن حالتها تقتضى العناية والمجاملة الخاصة فإن مركز الحكم الأجنبي البحث يكون أقل وضوحاً وأقل قيمة (راجع بند ٣٤٥)

٣٤٤ ب — وفي أوروبا وفي مصر يقضى النظام السائد بالنسبة لتنفيذ في أوروبا ومصر  
الاحكام الاجنبية باصدار أمر أو حكم بتنفيذ الحكم الاجنبى ويسمى « الأمر  
بالتنفيذ » exequatur وهو أمر بتنفيذ الحكم الاجنبى باعتباره حكماً  
ومع ذلك فهناك اختلافات كثيرة فى الموضوع : —

أولاً : من حيث السلطة التى يكمل اليها الشارع النظر فى تنفيذ الاحكام  
الاجنبية : يرى بعض البلاد وجوب تقديم الطلب الى محكمة كلية كفرنسا  
مثلاً (١٣) ويرى البعض تقديمه الى محكمة استئنافية كإيطاليا مثلاً ويرى البعض  
تقديمه الى رئيس المحكمة الكلية أو قاضى الامور الوقتية فيها كما فى القانون  
المختلط ، والبعض الآخر لم يحدد السلطة القضائية المختصة بالأمر بالتنفيذ كما فى  
القانون الأهل

ثانياً : من حيث وجوب سبق فحص الحكم أو عدم فحصه من حيث الموضوع  
قبل الأمر بتنفيذه : هل هو حكم صحيح من حيث الوقائع التى اعتمدها ومن حيث  
التطبيق القانونى ؟ استقرت الاحكام الآن فى فرنسا على وجوب فحص كل حكم  
أجنبى فحصاً تاماً من كل الوجوه المذكورة اللهم الا اذا كان هناك معاهدة بين  
فرنسا والبلد الصادر منه الحكم ومن مقتضاها أن تنفذ الاحكام بين البلدين بلا  
مراجعة ففي هذه الحالة لا يراجع الحكم (١٤) ومع ذلك فهناك شروط لا بد من  
استيفائها دائماً حتى فى حالة وجود معاهدات ( بند ٣٤٤ د ) ويسمى هذا النظام  
نظام المراجعة Systeme de revision لأن المحكمة تفحص القضية وتراجع  
الحكم فيها من جديد

(١٣) وان كان بعض الشراح يرى جواز تقديم الطلب على عريضة ترفع الى غرفة  
المشورة فى المحكمة المدنية ليحكم فيه نهائياً حتى ولو كان الحكم تجارياً ( جارسونيه طبعة  
ثانية ٨ بند ٢٩٥٢ )

(١٤) فى فرنسا النص الوحيد فى الاحكام الاجنبية هو الفقرة الاخيرة من المادة  
٢١٢٣ مدنى المحال عليها من المادة ٥٤٦ مرافعات وهى خاصة بالرهن القضائى فتتمس الفقرة  
على عدم جوازه بمقتضى الاحكام الاجنبية الا اذا تقرر جعلها نافذة بواسطة محكمة فرنسية

نظام التبادل

٣٤٤ ج — وهناك نظام آخر يسمى نظام التبادل *Système de réciprocité* وقد أخذ به اتحاد الحكومات الألمانية الذي أنشأه مؤتمر فيينا فتقرر أن تنفذ الأحكام الصادرة من المحاكم الألمانية ، والصادرة من المحاكم الأجنبية التي تقر حجة الشيء المحكوم به من المحاكم الألمانية ، بدون فحص ولا مراجعة وقد نصت على ذلك المادة ٦٦١ من قانون المرافعات الألماني الذي عمل به من سنة ١٨٧٩ فقالت بصور حكم التنفيذ *jugement d'exequatur* بدون بحث في صحة الحكم المطلوب تنفيذه *sans examen du bien - fondé de la décision* بشرط من التأكد من جواز تنفيذ الأحكام الألمانية في البلد الصادر منه الحكم المطلوب تنفيذه وقد انتشر نظام التبادل هذا في أوروبا انتشاراً كبيراً فقررتة سويسرا وحكومات إيطاليا وفي أسبانيا يشترط التبادل في حالة عدم وجود معاهدات خاصة ومع ذلك ينفذ الحكم الأجنبي إذا تبين أنه لم يسبق أن رفضت المحاكم الأجنبية تنفيذ الأحكام الأسبانية<sup>(١٥)</sup>

ويظهر أن أكثر القوانين تسامحاً وتفصيلاً في موضوع الأحكام الأجنبية هو القانون الإيطالي الذي يجيز تنفيذها بدون اشتراط التبادل وبدون لزوم لفحصها من حيث الموضوع ويليه القانون الألماني الذي يشترط التبادل والقانون المختلط الذي يشترطه أيضاً ويسهل التنفيذ فيجعله بطريق الأمر على عريضة

٣٤٤ د — وبجانب شرط التبادل وفي الأحوال التي لا ضرورة فيها لبحث الحكم الأجنبي من حيث الموضوع وحتى في حالة عدم اشتراط التبادل ولا البحث في الموضوع ، وحتى في حالة وجود معاهدات تجيز التنفيذ بلا بحث موضوعي ، نجد أن جميع قوانين العالم تتطلب استيفاء شروط خاصة تضمن أن يكون الحكم في ذاته حكماً صحيحاً محترماً بصرف النظر عن صحته من حيث الموضوع

الشروط الذاتية للحكم

في القانون  
الايطالى

فمثلا يتطلب القانون الايطالى ، وهو الذى يميز تنفيذ الاحكام الاجنبية بلا تمحيص ولا تبادل ، ان يكون الحكم صادراً من محكمة تملك الاختصاص فى القضية <sup>(١٦)</sup> وأن يكون الخصوم قد أعلنوا طبقاً للقانون ومثلوا فيها تمثيلاً قانونياً أو اعتبروا غائبين بعد اتخاذ الاجراءات الصحيحة ضدهم وان لا يشمل الحكم على أمر يخالف النظام العام أو القانون العام الايطالى <sup>(١٧)</sup>

في القانون  
الالماني

وينص القانون الالماني الذى لا يتطلب تمحيصاً من حيث الموضوع ، على عدم منح الأمر بالتنفيذ فى الاحوال الخمس الآتية : ١ إذا لم يميز الحكم الأجنبي قوة الشيء المحكوم فيه نهائياً بحسب قانون المحكمة التى أصدرته ؛ ٢ إذا كان الغرض من التنفيذ قهر المدين على عمل معين لا يقهره عليه القانون الالماني ؛ ٣ إذا لم يكن الحكم صادراً من محكمة مختصة بحسب القانون الالماني ؛ ٤ إذا كان المدين المانياً ولم يكن حاضراً فى الدعوى ما لم يكن الاعلان قد سلم اليه شخصياً فى البلد الذى صدر فيه الحكم أو ارسل اليه فى المانيا بالطرق المتبعة بين المحاكم من باب المساعدات المتبادلة ؛ ٥ إذا لم يتوافر شرط التبادل ( مادة ٦٦١ مرافعات الماني )

٤٣٤ هـ — هذا والمادتان المصريتان الوحيدتان فى الموضوع هما المادة ٤٦٨ القانون المصرى

مرافعات مختلط والمادة ٤٠٧ مرافعات أهلى التى تقابلها وهذا نصهما : —

المادة ٤٦٨ مختلط : الاحكام الصادرة فى البلاد الأجنبية من محاكم أجنبية تكون نافذة فى الديار المصرية بمجرد صدور أمر من رئيس المحكمة بشرط التبادل <sup>(١٨)</sup>

المادة ٤٠٧ أهلى : أحكام المحاكم الاجنبية تصير نافذة فى مصر بنفس

(١٦) الاختصاص المقصود هنا هو الاختصاص الدولى على ما سيرد شرحه فى بند

٣٤٦ مكرراً

(١٧) مادة ٩٤١ من قانون المرافعات الايطالى المعدلة فى سنة ١٩١٩ وراجع

التعليقات على قانون المرافعات الالماني طبعة وزارة حقانية فرنسا تحت مادة ٦٦١ وقارن

لامانا فى الجازيت ٢ من ١٧٥ و ١٨ م يناير ١٩٢٣ جازيت ١٤ ص ١٩ نمرة ٢٧

(١٨) فى الترجمة العربية للقانون : بشرط ان احكام المحاكم المصرية تكون نافذة

أيضاً فى تلك البلاد والاصل à charge de réciprocité



الشروط ومع مراعاة نفس الاجراءات المطلوبة ، في الأحوال المشابهة ، في قوانين البلاد التي صدرت فيها تلك الاحكام<sup>(١٩)</sup>

القانون المختلط ٣٤٤ و — يقرر القانون المختلط شرط التبادل صراحة لكل الاحكام الصادرة في الخارج وبذلك لا تسرى هذه القاعدة على الاحكام الاجنبية الصادرة في مصر أى أحكام المحاكم القنصلية الصادرة في مصر فانها تنفذ بواسطة رجال القضاء المختلط بلا حاجة للأمر بالتنفيذ ومع ذلك فيجب وضع الصيغة التنفيذية المصرية عليها من المحاكم المختلطة أموة بالاحكام المختلطة نفسها ويكون وضع هذه الصيغة بواسطة كبير الكتاب في المحكمة المختلطة المطلوب منها التنفيذ<sup>(٢٠)</sup>

والاحكام الصادرة في الخارج تنقسم الى قسمين قسم صادر في الاستثناءات أو طرق الطعن الأخرى التي رفعت عن أحكام قنصلية صادرة في مصر وهذا القسم يأخذ حكم الاحكام القنصلية تماما فأحكام محكمة اكس Aix مثلا بالنسبة للاستثناءات المرفوعة عن أحكام قنصليات فرنسا وأحكام محكمة أنكونا Ancona وبالنسبة للاستثناءات المرفوعة عن أحكام قنصليات ايطاليا تعتبر كأحكام قنصلية لا كأحكام أجنبية صادرة في الخارج<sup>(٢١)</sup> أما القسم الآخر وهو الشامل للاحكام الاجنبية الصادرة في الخارج بدون أن تكون الدعوى قد ابتدأت في مصر في احدى

(١٩) في الترجمة العربية لقانون : الاحكام الصادرة من محاكم بلدة من البلاد الاجنبية يجب لجعلها نافذة في الديار المصرية ان توضع عليها صيغة التنفيذ بمراعاة الشروط والجراءات التي تقتضيها قوانين تلك البلدة فيما يتعلق بتنفيذ احكام غيرها من البلاد فيها . وشتان ما بين الاصل والترجمة خصوصا في قول الترجمة « توضع عليها صيغة التنفيذ » وهذه الجملة ليس لها أثر في النص الفرنسي وهي خطأ لان المطلوب هنا جعلها تنفيذية بأى شكل إلا بواسطة وضع صيغة التنفيذ fromule exécutoire عليها اذ شتان بين هذه والامر بالتنفيذ Exequatur الذى هذا عمله الطبيعي

(٢٠) س ٢٦ مارس ١٨٩٠ مج ت م ٢ ص ٦٣ و س م ٢٢ نوفمبر ١٨٩٣  
مج ت م ٦ ص ٢٨ وغيره كثير وراجع كتاب التنفيذ بند ٤٤

(٢١) راجع حكم محكمة مصر المختلطة في ٣١ يناير ١٩١٩ جازيت ٩ ص ٨٠  
رة ١٢٩ ثانيا



الفصليات فهي وحدها التي يجب لها الامر بالتنفيذ باعتبارها داخلة تحت نص المادة ٤٦٨ (٢٢)

والاجراءات التي نص عليها القانون لتنفيذ الاحكام الاجنبية هي اجراءات الاوامر على العرائض *ordonnances sur requêtes* المقررة في المواد ١٣٠ الى ١٣٥ مرافعات مختلط ولكن هذا النص لا يمنع مطلقاً من جواز رفع دعوى معتادة بطلب تنفيذ الحكم الاجنبي أمام المحاكم المدنية الكلية المختلطة ولذلك تكون الطريقتان جائزتين (٢٣)

٣٤٥ - هذا وأغلب الاحكام الصادرة من المحاكم المختلطة بالنسبة للشروط الواجب توافرها قبل الامر بتنفيذ الاحكام الاجنبية مرتبك ومملوء بالخلط بين شرط التبادل وغيره (١) ولم نعثر الا على حكم واحد قرر النظرية التي نراها صحيحة ووضعها بالوضوح الكافي (٢) وهذه النظرية توحى بها مقارنة الشرائع في الموضوع وقد وصلنا اليها قبل أن نكون قد اطلعنا على الحكم المذكور وكان ذلك من باب القياس على حالة تنفيذ الاحكام الاجنبية في فرنسا عند ما يكون الحكم صادراً من بلد متعاهد مع فرنسا على التنفيذ بلا بحث من حيث الموضوع مع التبادل الناشئ عن التعاهد فقضت المحاكم الفرنسية ورأى كبار الشراح ضرورة استيفاء شروط خاصة في الحكم نفسه تجعله محترماً بصفته حكماً وبدونها لا يستحق هذا الاسم (٣) وتتلخص هذه النظرية فيما يأتي : كلما قدمت عريضة الى رئيس المحكمة المختلطة ليأمر عليها بتنفيذ حكم أجنبي وجب عليه البحث في توافر الشروط التي

(٢٥) في الفرق بين الصيغة التنفيذية والامر بالتنفيذ راجع لامانا في الجازيت ٢ من

١٣٥ و ١٥٥ وكتاب التنفيذ بندي ١٩ و ٢٠

(٢٦) س ٢٧٢ يناير ١٨٩٨ مج ت م ١٠ ص ١١٦ و س ٢٢ مايو ١٩٠١

مج ت م ١٢ ص ٢٧٩

[٣٤٥] (١) راجع مجموعة العشر سنين الاولى مج ت م نمرة ١٤٧٤ - ١٤٨٧ والثانية

نمرة ١٤٤٣ - ١٤٥٢

(٢) س ٢٧٢ ابريل ١٩١١ مج ت م ٢٣ ص ٢٨٩

(٣) (ب) قارن جارسوني ٨ بند ٢٩٥٠ ص ١٩٣ وما مر هنا في بند ٣٤٤ د

شروط التنفيذ  
قسمان  
تحويل التنفيذ في القطر المصري وإثبات هذه الشروط موكل إلى الطالب (٣) وتلك  
الشروط قسمان قسم يرجع إلى قابلية تنفيذ الحكم بصفته صادراً من بلد أجنبي معين  
وقسم يرجع إلى قابليته للتنفيذ في ذاته

الأول  
الثاني  
تحت القسم الأول ينظر الرئيس فيما إذا كان شرط التبادل قد توافر، وتحت  
القسم الثاني ينظر، في حالة توافر شرط التبادل، فيما إذا كان الحكم مستكملاً لشرائط  
الحكم الصحيح الواجب التنفيذ لذاته بصفته حكماً واجب الاحترام والتنفيذ  
في مصر

القسم الأول :  
التبادل  
أولاً — ينظر القاضي في توافر شرط التبادل : ومعنى ذلك أنه ينظر فيما إذا  
كان الحكم صادراً من بلد يجيز تنفيذ الأحكام المصرية فيه أم لا يجيزه : فإن  
وجد أنه لا يجيزه كما هي الحال في السويد والنرويج ( بند ٣٤٤ ) رفض الأمر  
بالتنفيذ بآدى الرأي (٤)

وان وجد أنه لا يجيزه إلا بعد رفع دعوى وإجراء أبحاث وتطلب شروط فيجب  
عليه البحث ، في القانون الأجنبي الذي صدر الحكم تحت سلطانه ، في ماهية  
الشروط المذكورة وكنهها — فإذا كانت شروطاً داخلية تحت القسم الثاني ولا مساس  
لها مطلقاً بصحة الحكم أو بطلانه من حيث الموضوع ، وكان البحث يرمى ، بعد  
التحقق من الشروط المذكورة ، إلى تقرير إجازة تنفيذ الحكم الأجنبي بصفته حكماً

(٣) اذ يجب عليه ان يقتنع الرئيس بتوافرها جميعاً — قارن س م ١٧ ديسمبر  
١٨٩٦ مج ٩ ص ٨٣ — ومعلوم ان الخصم لا يطلب للحضور امام الرئيس لان اجراءات  
الاوامر على العرائض لا تستلزم ذلك فيكون كل اعتماد الرئيس على ما يقدمه الطالب من  
البيانات فإذا اشكل عليه أمر جاز له ان يطلب اعلان الخصم اذا كان حضوره أو حضور وكيل  
عنه ميسوراً وعلى كل حال فللخصم ان يمارض في أمر التنفيذ امام الرئيس نفسه وله ان يطمئن  
فيه امام المحكمة المدنية كسائر الاوامر على العرائض ( المرافعات بند ١٠٦٣ )

(٤) لان الحكم يكون صادراً من بلد لا يجيز تنفيذ الاحكام المصرية بصفته أحكاماً  
وهذا هو محك شرط التبادل فنحن أيضاً لا نجاز تنفيذ احكامه ويجب على المحكوم له ان يرفع  
دعوى بما يدعى ويكون للحكم قوة الاثبات التي يمنحها القانون الأجنبي للحكم المصري أمام  
محاكم البلد المذكور

أجنبياً فان شرط التبادل يعتبر متوافراً سواء كانت الاجراءات المتبعة في البلد الاجنبى هي اجراءات الدعوى المعتادة أو اجراءات استثنائية خاصة ، وبصرف النظر عن السلطة التى يكمل اليها القانون الاجنبى النظر فى الاحكام الاجنبية هل هي رئيس المحكمة أم محكمة كلية أم محكمة استثنائية لأنه لا تبادل فى الاجراءات ولا فى الاختصاص<sup>(٥)</sup> وانما التبادل هو فى إجازة التنفيذ للحكم أولاً بصفته حكماً وثانياً بدون اجراء أية رقابة ما على المحكمة التى أصدرته لمعرفة ما اذا كان مطابقاً للقانون والعدالة أو غير مطابق — واذا كانت الشروط التى يتطلبها القانون الاجنبى ترجع الى الرقابة المذكورة كما هي الحال فى فرنسا وبلجيكا فانه يرفض الامر بالتنفيذ<sup>(٦)</sup> لأنه لا سلطة له فى مراجعة الحكم بالشكل المذكور ولطالب التنفيذ أن يرفع دعوى معتادة يطلب فيها التنفيذ<sup>(٧)</sup>

(٥) لان الاجراءات فى كل بلد من خاصة ذلك البلد والمهم ما توصل اليه الاجراءات ولا تبادل فى الاختصاص لانه ايضا مرتبط بالنظام القضائى لكل بلد ولان المهم هو النتيجة التى تصل اليها المحكمة أو السلطة المختصة — وقد جاء فى مقالة كتبها المرحوم فيدال باشا ناظر مدرسة الحقوق المصرية قديماً ، فى مجلة كلونيه ١٨٨٧ ص ٢٨٠ ما يقتضى وجوب التبادل فى اختصاص الرئيس ايضا أو فى الاجراءات ، بان تكون طريقة الاوامر على العرائض هي المستعملة فى البلد الاجنبى الذى صدر منه الحكم ولكن هذا الرأى غير صحيح فى نظرنا والمحاكم المختلطة لم تقل به ( الا فى حكم ابتدائى — جازيت ٥ ص ٤٣ نمرة ١٠٠ ) وذلك لان الشرع المختلط أراد بلا شك تسهيل تنفيذ الاحكام الاجنبية لا منع تنفيذها بالكلية لانه من الثابت عندنا عدم وجود بلاد أجنبية تجعل النظر فى الاحكام الاجنبية من شأن رئيس المحكمة وباجراءات الاوامر على العرائض وفيدال باشا نفسه لم يذكر بلداً هذه حاله وقد أراد الشرع المختلط التسهيل كما قلنا فمنح الاختصاص فى هذا الموضوع للرئيس متى توافر شرط التبادل

(٦) س م ٢ مايو ١٩٠١ مج ت م ١٣ ص ٢٨٠ وقارن س م ١٧ ديسمبر ١٨٩٦ مج ت م ٩ ص ٨٣ الذى قرر بان القاضى لا يتعرض لوفائى الدعوى الواردة بالحكم الاجنبى — وانما ينحصر عمله فى البحث وراء شرط التبادل والشروط الشكلية الاخرى دون التعرض لاعادة النظر ووضوحاً فى الحكم سواء كانت هذه الاعادة جزئية أو كلية

(٧) وفى هذه الحالة يعاد النظر فى الحكم الفرنسى كما يفعلون هم بممكننا ولكن ذلك لا يقتضى اعادة النظر فى كل اعمال التحقيق واعتبارها كان لم تكن وان كان للمحكمة ان تنظر فيها اذا كانت قد حصلت طبقاً للقانون الفرنسى مثلاً — س م ٣٠ مايو ١٩٠١ مج ت م ١٣ ص ٣٤٩

كذلك يجب أن يرفضه إذا كان لابد من رفع دعوى بالدين المحكوم به في مصر أو بمضمون الحكم الصادر في مصر، أمام المحاكم الأجنبية الصادر منها الحكم لأن هذه الدعوى قد تقبل وقد لا تقبل وعلى كل حال فإن الحكم الذي يصدر هو الذي ينفذ دون الحكم المصري وهذه حالة الأحكام الصادرة من محاكم انجليزية أو بريطانية على العموم<sup>(٨)</sup> وقد صدر حديثاً بعض أحكام من المحاكم المختلطة يقضى بوجوب تنفيذ الأحكام الانجليزية في مصر بدون مراجعة باعتبار أن شرط التبادل متوافراً<sup>(٩)</sup> وسبب ذلك أن لهجة القانون الانجليزي أو الأحكام الانجليزية تغرى بالقول بهذا الرأي حيث يقولون مثلاً بتنفيذ الأحكام الأجنبية عندهم وبقبول هذه الأحكام<sup>(١٠)</sup> ولكن أساس الأحكام المختلطة الجديدة غير صحيح إذا الأحكام الأجنبية لا تنفذ مطلقاً في إنجلترا وإنما ترفع بها دعاوى جديدة وتختلف قوه الحكم في الإثبات بحسب الأحوال والظروف (بند ٣٤٤) ولا يستثنى من هذه القاعدة غير أحكام المملكة المتحدة وأحكام الممتلكات البريطانية طبقاً لما ذكرناه في بند ٣٤٤ فهذه هي وحدها التي تنفذ في إنجلترا بعد تسجيلها وبعد مراقبة وفحص شديدين جداً وبعضها لا ينفذ بالنص الصريح فهل بعد هذا البيان يصح

(٨) قانون س م ٣٠ مايو ١٩٠١ مج ت م ١٣ ص ٣٤٢

(٩) س م ١٥ يونيو ١٩٢١ جازيت ١٢ ص ٤١ نمرة ٦١ وقد قرر هذا الحكم أن الحكم السابق إما أن يكون مبنياً على معلومات خاطئة وإما أن تكون الأحكام قد تغيرت في إنجلترا من بعده وقد اعتمدت المحكمة على حكم انجليزي نشر في كلونيه ١٩١٣ ص ٦٣٤ وهو صادر من المحكمة العليا في ٢٦ أبريل ١٩١٢ وكان الحكم المطلوب تنفيذه أمام المحكمة الانجليزية صادراً من كندا Canada . راجع أيضاً س م ١٣ أبريل ١٩٢٢ جازيت ١٢ ص ١٦٦ نمرة ٢٩٠ فانه حاول أن يشبه الاجراءات الانجليزية بالاجراءات المصرية والفرق كبير (راجع بند ٣٤٤ ص ٣٨٧) قانون هذا بما يقوله وستليك نفسه من اختلاف الحال عندهم وفي البلاد التي تميز التنفيذ باصدار أمر به (س م ٣٨٠ منه) بدون لزوم لرفع قضية جديدة للمطالبة (١٠) راجع مثلاً العنوان الوارد في وستليك Enforcing foreign judgments

ولكن أول كلمة في الموضوع هي وجوب رفع دعوى جديدة بالمطالبة بما جاء في الحكم الاجنبي أو بالدين الثبوت في الحكم الاجنبي كالدعاوى التي ترفع بالديون المثبتة بسندات (س م ٣٧٩ منه) ويقول دايسى ص ٤٢٩ أن الحكم الاجنبي لا يمكن تنفيذه مباشرة بواسطة التنفيذ



القول بأن الاحكام الانجليزية تنفذ في مصر لان التبادل موفور؟ ان الطريقة الصحيحة لتنفيذ هذه الاحكام في مصر هي رفع الدعوى بها لا سلوك اجراءات الاوامر على العرائض كما في المادة ٤٦٨ مرافعات مختلط . وهذه الدعوى غير مقيدة بقيود خاصة ، ويطلب فيها الحكم بما يحكم به محاكم انجلترا بالنسبة للاحكام المصرية فيطلب فيها الحكم بالدين المثبوت بالحكم الانجليزي ولا تحكم به المحكمة الا اذا ثبتت لديها صحة الحكم من حيث هو حكم ، وتقبل في هذه الحالة كل الدفع التي يجيزها القانون الانجليزي ضد الحكم المصري<sup>(١١)</sup>

وكذلك يعتبر شرط التبادل متوافراً من بادئ الامر اذا نص القانون الاجنبي على تنفيذ الاحكام الاجنبية بشرط التبادل كما هي الحال في القانون الالماني (٣٤٤د) وفي النمسا وفي المجر<sup>(١٢)</sup> أو كان ينص على استيفاء الابحاث الخاصة بالقسم الثاني دون أن ينص على وجوب التبادل كما هي الحال في القانون الايطالي ( ٣٤٤ د )

القسم الثاني :  
في الحكم ذاته

ثانياً — اذا وجد القاضي أن شرط التبادل قد توافر فيجب عليه أن يبحث في الحكم نفسه من الوجوه الآتية قبل الامر بتنفيذه حتى يتأكد أن هذا الحكم قد توافرت فيه شروط الحكم الصحيح الواجب التنفيذ في مصر وهي ستة شروط (١) أن يكون صادراً من محكمة مختصة بحسب القانون الذي صدر الحكم تحت سلطانه<sup>(١٣)</sup>

(١١) القانون المصري لم ينص على ذلك ولكن القواعد العامة تقتضي المعاملة المتبادلة في هذه المسائل وهنا يظهر الضرر الذي سببته نظرية المجاملات الدولية ( بند ٢٣٠ ) وكان العدل لو ائير تنفيذ الحكم بدون التفات الى شرط التبادل لان الحكم يعتبر حقاً مكتسباً للمحكوم له — ويلاحظ ان الحكمين المختلطين الواردين في حاشية ٩ المتقدمة لم يميزا بين طلب التنفيذ من الرئيس وبين رفع دعوى بالحكم مع ان الفرق عظيم من وجوه متعددة

(١٢) ، كلونه سنة ١٨٧٧ ص ٢١٠

(١٣) الفرض من ذلك ان تكون مختصة دولياً بحسب قانونها ولا يهم كونها لم تكن مختصة بالنظر لكون الشارع قد جعل الاختصاص لمحكمة اخرى من محاكمه فاذا كانت القضية تجارية مثلاً ونظرت امام محكمة مدنية وحكم فيها فهذا الحكم يكون صحيحاً دولياً لان الدفع بعدم الاختصاص كان يجب تقديمه قبل الحكم النهائي وكل ما يهم دولياً هو ان تكون محاكم الاقليم الصادر فيه الحكم مختصة بصرف النظر عن أيها المختص — وستليك وينتويتش بند



(٢) أن يكون صادراً من محكمة مختصة طبقاً لقواعد الاختصاص المقررة لمحاكم كل دولة في القانون الدولي<sup>(١٤)</sup>

(٣) أن يكون المدعى عليه قد أعلن إعلاناً صحيحاً للحضور أمام تلك المحكمة وإذا كان الحكم صادراً غيباً فيجب أن يكون مشتملاً على بيان ذلك<sup>(١٥)</sup>

(٤) أن يكون الحكم المطلوب تنفيذه نهائياً، له قوة الشيء المحكوم فيه، وقابلاً للتنفيذ في البلد الذي صدر فيه<sup>(١٦)</sup>

(٥) ألا يكون قد صدر حكم واجب التنفيذ في نفس الموضوع وبين الخصوم

٣١٩ ص ٣٨٢، ودائسي ص ٤٣١ و ٤٣٢ راجع أيضاً المرافعات مقارناً بند ٥٣٤،،  
ببند ٥٥١،، وراجع ما سيأتي في بند ٣٤٦ مكرراً

(١٤) راجع في تفصيل هذا الموضوع بند ٣٤٦ مكرراً

(١٥) الغرض التأكد من أن الإعلان قد حصل طبقاً للقانون حتى تنفنى بذلك مظنة التواطؤ أو الغش لعدم توصيل الإعلان إلى المعلن إليه وراجع في هذه الاجراءات كتاب المرافعات بند ٦٨٣ و ٦٩١،، خصوصاً حاشية ٣ ص ٤٩٦ منه وقارن حكم محكمة مصر المختلطة في ١٤ فبراير ١٩٢١ جازيت ١١ ص ٩٢ نمرة ١٢٦ حيث ذكر أن من موجبات عدم السماح بالامر بالتنفيذ أن يكون المحكوم له قد حصل على الحكم بطريق الظلم أو الغش بدون أن يعلم المحكوم عليه بقيام الدعوى ضده

(١٦) وقد حكم بأن النقض والايبرام المرفوع في أثينا عن حكم يوناني لا يوقف تنفيذ ذلك الحكم في مصر — س م ١٤ دسبر ١٨٩٨ مج ت م ١١ ص ٤٥ وقارن حكم اسكندرية المختلطة في ٣٠ مايو ١٩٢١ جازيت ١٢ ص ٤٠ نمرة ٦٠ الذي لم يبرز التنفيذ لحكم قنصلي صادر من محكمة أدريس أبابا في بلاد الحبشة لانه كان مرفوعاً عنه استئناف ورغم كونه كان مشمولاً بالتنفيذ المعجل لان التنفيذ المطلوب لا بد وأن يكون نهائياً حتى لا يمرض أمر التنفيذ لسحب اذا ما ألغى التنفيذ أو الحكم . ولنا على هذا الحكم ملحوظتان الاولى أن تطلب كون الحكم نهائياً هو شرط في محله نظراً لان المحكمة المصرية ستأمر بالتنفيذ فيجب ألا تأمر به الا اذا كان الحق فيه نهائياً بعكس الحالة في انجلترا مثلاً فان الحكم الاجنبي لا يؤمر بتنفيذه بل ترفع به دعوى ولذلك قررنا قبول الدعوى ولو لم يكن الحكم نهائياً وحتى ولو كان مرفوعاً عنه استئناف لان الدعوى ليست تنفيذاً فتقبل ويجوز للقاضي ان يوقف تنفيذ حكمه حتى يصبح الحكم الاجنبي نهائياً (دائسي ص ٤٥٠) والملاحظة الثانية ان الاحكام الفرنسية لا تنفذ بأمر من رئيس المحكمة لان التبادل غير متوافر ولعل طلب تنفيذ الحكم القنصلي قدم بطريق الدعوى أمام المحكمة الكلية فهذه الطريقة تجعل المحكمة في حل من البحث في صفة الحكم من أول الامر

أنفسهم من المحاكم المصرية (١٧)

٦ ( ألا يكون مخالفاً لمبادئ النظام العام المعتبرة في القانون المصرى أو القانون

الدولى على العموم (١٨)

الاطمن فى أمر التنفيذ  
فإذا تحققت هذه الشروط جميعاً فإن القاضى يأمر بالتنفيذ والا فيرفضه (١٩)  
أو إذا كان قد سمح به فيسحب أمره أو يلغيه إذا ما حصلت المعارضة فيه أمامه  
وكذلك تفعل المحكمة الكلية إذا ما طعن فى الأمر أمامها ويجوز التظلم من حكم  
هذه المحكمة أمام محكمة الاستئناف (٢٠)

رفع الدعوى بالحكم الاجنبى  
وإذا خشى الطالب عدم توافر شرط التبادل أو كان الحكم المطلوب تنفيذه  
غير نهائى فيجدر به أن يرفع الدعوى بطلب تنفيذه أمام المحكمة الكلية المدنية  
التي كان يصح رفع الدعوى فيها إذا لم يكن تمت حكم أجنبى ، وتنظر هذه المحكمة  
فى الدعوى بمراعاة مثل الاصول التي تتبعها المحكمة الاجنبية الصادر منها الحكم

(١٧) فإن التنفيذ يكون واجبا فى هذه الحالة للحكم المصرى دون الاجنبى — قارن

جارسونيه ٨ طبعة ثانية بند ٢٩٥٠ من ١٩٣ و س م ١٧ ديسمبر ١٨٩٦ مج ت م ص ٨٣  
حيث كان المطلوب تنفيذ حكم صادر من محكمة جدة العناية لمصلحة تاجر هندي من كلكتا  
ضد أحد المصريين وكان الحكم مخالفاً للحكم مختلط صدر فى الموضوع ضد التاجر الهندي  
و س م ٢ مايو ١٩١٣ جازيت ٣ من ١٩٢ نمرة ٤١٦ وهو متعلق بحجة الشيء المحكوم فيه  
فى الخارج وفى مصر والمبدأ واحد سواء كان الغرض تنفيذ الحكم الاجنبى أو التمسك به باعتباره  
مقررًا للمحكوم به فى الخارج وتطبيق الموضوع واراد هنا فى بند ٤١٣ فى الافلاس وقارن أيضا  
حكم اسكندرية فى ٢٧ مايو ١٩٠٥ مج ت م ١٨ من ٣٣٧ فى المبدأ على العموم وفى تنفيذ  
حكم قنصلى استئنافى صادر من محكمة انكونا بايطاليا ومنافى لحكم مختلط وقد قررت المحكمة  
من الوجهة القانونية ان مبدأ سيادة الحكومة المحلية يقضى بتضحية الاحكام الاجنبية فى سبيل  
تنفيذ الاحكام الصادرة من محاكم السلطة المحلية

(١٨) راجع فى معنى ذلك ما يأتى فى بند ٣٤٦ شرحا على هذا الموضوع

(١٩) راجع معظم هذه المبادئ فى حكم مهم صادر من الاستئناف المختلط فى ٢

مايو ١٩٠١ مج ت م ١٣ ص ٢٧٩ ، و س م ٢٧ ابريل ١٩١١ مج ت م ٢٣ ص ٢٨٩

وكذلك س م ١٨ يناير ١٩٢٣ جازيت ١٤ من ٩ نمرة ٢٧ بخصوص حكم ايطالى

(٢٠) راجع المرافعات بند ١٠٦٣ وحكم محكمة مصر المختلطة فى ١٤ فبراير ١٩٢١

جازيت ١١ من ٩٢ نمرة ١٢٦ حيث قضت المحكمة بالمعنى المتقدم وبأنه لا تجوز المعارضة فى

الحكم الاجنبى نفسه لان ذلك لا يكون الا امام المحكمة التي أصدرته

تلقاء الاحكام المصرية وحكمها هو الذى يكون سند الطالب فى التنفيذ<sup>(٢١)</sup>

فى المحاكم الاهلية ٣٤٥ مكرراً - تنفيذ الاحكام الاجنبية بواسطة القضاء الاهلى : تراجع المادة ٤٠٧ أهلى فى ص ٣٩٣ هنا وهى تقرر شرط التبادل كما هو موضح فى ص ٣٩٦ فلا نعود الى تكراره هنا ، بيد أن المادة المذكورة لا تعين المحكمة أو السلطة المختصة بتنفيذ الاحكام الاجنبية والرأى الصحيح فى هذا الموضوع هو اختصاص المحاكم الكلية لا الجزئية ولا رؤساء المحاكم كما جاء فى القانون المختلط بالنص الصريح<sup>(٢٢)</sup>

وتتبع المحكمة الكلية فى نظر الحكم الاجنبى المعروض عليها نفس القواعد المقررة فى قانون المحكمة التى أصدرت الحكم من حيث سير الدعوى والتحقيق فيها فاذا كان القانون الاجنبى يقرر شرط التبادل حكمت بالتنفيذ بعد التحقق من توافر الشروط المتعلقة بالحكم ذاته الواردة تحت القسم الثانى فى ص ٣٩٩، وان كان يقرر عدم التنفيذ ووجوب النظر فى الموضوع من جديد فعلت ذلك أيضاً وان كان يكتفى بمراجعة مسائل القسم الثانى المذكور اعتبرت التبادل متوافراً واكتفت بمراجعة المسائل المذكورة

ويلاحظ أن الاحكام الاجنبية التى يطلب تنفيذها من المحاكم الاهلية يجب حتماً أن تكون صادرة بين اثنين أو أكثر من الاهالى أثناء وجودهم أو اقامتهم خارج القطر أو فى ظروف يكون فيها للمحكمة الاجنبية الصادر منها الحكم سلطان

(٢١) قانون الامر الصادر من رئيس محكمة اسكندرية المختلطة فى ٢٧ مارس ١٩١٤ جازيت ٤ ص ١٤٧ نمرة ٣٥٦ بعدم اختصاصه باصدار أمر بتنفيذ حكم فرنسى والمستند الى حكم مهم صادر من الاستئناف المختلط فى ٢ مايو ١٩٠١ مج ت م ١٧ ص ٢٧٩ يقرر المبادئ الهامة فى الموضوع والتى لا تختلف عما ذكرناه هنا والحكم المطلوب تنفيذه كان فرنسياً و س م ٣٠ مايو ١٩٠١ مج ت م ١٣ ص ٣٤٢ وكان الحكم انجليزيا فقررت المحكمة العليا برفض طلب التنفيذ ووجوب رفع الدعوى امام المحكمة المختصة

(٢٢) راجع التعليل فى كتاب التنفيذ بندى ٥٨ و ٥٩ ص ٤٨ و ٤٩

عليهم طبقاً لقواعد الاختصاص الدولي ( ص ٤٠٤ ) فإذا كان أحد أصحاب الشأن في تنفيذ الحكم من الاجانب كان الاختصاص في تنفيذه للمحاكم المختلطة بحسب القواعد العامة

النظام العام  
الدولى ؟

٣٤٦ — ما هي مبادئ النظام العام المشار اليها في بند ٣٤٥ ص ٤٠١ في رقم ٦ والتي تمنع من تنفيذ الحكم الاجنبى في الديار المصرية ؟ هذه المسائل متنوعة ولا تدخل تحت حصر ونحن نذكر منها هنا مسألتين امتنع فيهما رئيس المحكمة عن اعطاء الامر بالتنفيذ

الاولى : طلب تنفيذ حكم صادر في جزيرة كاسوس Kassos وهي محتلة البلاد المحتلة بالجيوش الايطالية وكان الحكم متوجاً باسم ملك ايطاليا فرفض رئيس محكمة المنصورة اعطاء الامر بتنفيذ ذلك الحكم بناء على كونه مخالفاً للنظام العام الدولي الذى لا يبيح لملك يحكم بلاداً محتلة أن يصدر الاحكام باسمه فيها لأن الاحكام في تلك البلاد يجب أن تصدر إما باسم الملك الشرعى ( وهو امبراطور تركيا في ذلك الوقت ) وإما باسم القانون au nom de la loi واما بدون اسم بالكلية (١) sans aucun enlèle

الثانية : طلب تنفيذ حكم صادر من احدى المحاكم الايطالية في لوبة Lybie البلاد المنضمة ( طرابلس وبرقة ) قبل اليوم الذى اعترفت فيه الدول صاحبات الشأن بحقوق ايطاليا على لوبة فيكون الحكم صادراً من محكمة غير مختصة ولا يمكن تنفيذه (٢)

[٣٤٦] (١) أمر رئيس محكمة المنصورة في ٢٢ يونية ١٩١٣ جازيت ٣ ص ١٧٧ نمرة ٣٦٩ ويقول الرئيس ان الامر بتنفيذ حكم من هذا القبيل يفهم منه التبادل وبما ان الاحكام المصرية يجب ان تصدر طبقاً للمادة ١١٨ من لائحة الاجراءات الداخلية للمحاكم المختلطة باسم سمو خديوى مصر ( جلالة ملك مصر الان ) فان تنفيذ الحكم الصادر في بلاد عثمانية باسم ملك ايطاليا قد يفهم منه ان المحاكم المصرية تستطيع ان تصدر أحكاماً باسم ملك آخر غير ملك مصر وهذا ما لا يجوز مطلقاً في القانون الدولي

(٢) أمر رئيس محكمة اسكندرية في ١٥ سبتمبر ١٩١٣ جازيت ٣ ص ٢٢٤



لأن ذلك يخالف النظام العام الدولي

وكلا المسألتين خاص بالاختصاص السياسى لكل دولة

٣٤٦ مكرراً — وفضلاً عما ذكرنا عن الاختصاص السياسى فإن قواعد النظام العام الدولى تشمل كل ما يتعلق بالاختصاص الدولى أى المقربه دولياً للمحكمة الاجنبية التى أصدرت الحكم<sup>(٣)</sup> وهذه نقطة من الصعوبة بمكان نظراً لأن كل محكمة فى العالم تتبع قانونها فيما يتعلق بالاختصاص الداخلى وفيما يتعلق بالاختصاص الدولى ( بند ٣٣٢ ) فتصدر أحكاماً تكون صحيحة بمقتضى قانون المحكمة التى أصدرتها وقد تكون باطلة بمقتضى قوانين البلاد الأخرى وفى الوقت نفسه هذه المحاكم قد لا تقر غيرها من المحاكم الاجنبية على الاختصاص الدولى المقرر فى قوانين تلك المحاكم الاجنبية ؛ وفوق ذلك فإن هناك طائفة من الاحكام لا تنفذ مطلقاً بواسطة محاكم أجنبية لان تنفيذها مقصور بحسب طبيعتها على البلاد التى صدرت فيها . وأخيراً قد تنساق المحاكم عند تقدير الاختصاص الدولى الى مراعاة التبادل فى الاختصاص فتقرر عدم تنفيذ الحكم الاجنبى اذا كان صادراً من بلد لا يقول بالاختصاص الدولى للمحاكم الاجنبية فى بعض الاحوال

الاختصاص  
الدولى من النظام  
العام

( ١ ) ففى هذا الموضوع لا أهمية للالتفات لكون المحكمة التى أصدرت الحكم الاجنبى مختصة به طبقاً لقانونها اذ هذه النقطة ليست محلاً للاعتبار فى الخارج ؛ هذه نقطة داخلية لا دولية اذ تختلف مسألة تنفيذ الحكم فى بلد أجنبى عن مسألة تنفيذه فى بلده وهل بنى اختصاص المحكمة التى أصدرته على أساس مقبول بالنظر للاعتبارات المرعية فى بلده ؛ كذلك لا شأن فى هذا الموضوع بالقواعد

(٣) يلاحظ ان ما ورد فى بند ٣٣١ ،، عن الاختصاص الدولى مقصور على « الاختصاص الدولى للمحاكم المصرية » بحسب قانونها وبحسب القواعد المقررة فى القانون الدولى الخاص على العموم ولكن الحالة هنا هى على عكس ما ذكر لان المقصود هو معرفة « الاختصاص الدولى للمحاكم الاجنبية » التى أصدرت حكماً يراد تنفيذه فى مصر فلا بد ان يكون للقانون المصرى رأى فى هل كانت المحكمة الاجنبية مختصة دولياً أم لا



التي يقسم بها الشارع المحلى الاختصاص بين محاكمه المختلفة كما تقسم مثلاً المسائل الى مدنية أو تجارية في مصر وفي فرنسا . فاذا رفعت الدعوى في محكمة غير مختصة من محاكم بلد له اختصاص دولي في الحكم في القضية فالدفع بعدم الاختصاص يعتبر من مسائل الدفاع التي كان يجب أن تقدم الى المحكمة المنظورة أمامها القضية ومتى صدر الحكم في الموضوع فلا يلتفت الى الدفع المذكور عند ما يطلب تنفيذ الحكم في الخارج ( اللهم اذا كان الحكم غايياً )<sup>(٤)</sup>

وتعتبر المحاكم الاجنبية مختصة دولياً باصدار الحكم الاجنبى المراد تنفيذه في مصر في الاحوال الآتية : —

أولاً — اذا كان المدعى عليه قد اختار محلاً له في دائرة اختصاص المحكمة اختياراً صريحاً ليكون محلاً للتقاضى بخصوص مسائل معينة فتكون محكمة المحل المختار مختصة دولياً بالحكم في المسائل المذكورة ( قارن بند ٣٣٩ )<sup>(٥)</sup>

ثانياً — اذا كان الحكم الاجنبى صادراً من محكمة المدعى عليه *Forum rei* سواء كانت محكمة البلاد التي ينتمى اليها بالجنسية أو البلاد التي تعتبر موطنه القانونى داخل حدود جنسيته السيامية ( بند ١٣٨ ) فان اختصاصها طبيعى بالنسبة اليه نظراً للعلاقة السياسية التي تربطه بدولته أو للعلاقة الطبيعية أو المادية التي تربطه بموطنه بالمعنى الانجليزى الأمريكى ( بند ٨٧ )، ولهذا الاختصاص عندنا مقابل هو ما نصت عليه المادة ١٣ م م بالنسبة للمصرى وهو مقر عليه في القواعد العامة الدولية<sup>(٦)</sup>

ولكن بالعكس لا يكون الحكم صادراً من محكمة مختصة اذا كان اختصاصها مبنياً على مجرد كونها محكمة المدعى *forum actoris* كما هي الحال في المادة ١٤

(٤) قارن بند ٣٣١ ووستليك وبتويتش بند ٣١٩ من ٣٨٣ ودايسى من ٤٣٠ ،  
وس ٣٨٦ ، س م ٣١ مايو ١٩٢٣ جازيت ١٤ من ٢٠ نمرة ٢٨ بشأن الحكم النيابى

(٥) وستليك وبتويتش بند ٣١٩ أ، من ٣٨٣

(٦) وستليك وبتويتش بند ٣٢١ من ٣٨٤ وراجع بند ٣٣٧ هنا

مدنى فرنسى فهذا الحكم يكون غير ممكن النظر فيه ولا مراجعته بالكلية بصفته حكماً لأن اختصاص المحكمة فيه يكون منعزلاً من الوجهة الدولية (٧)

ثالثاً — اذا كان صادراً ضد شخص مقيم فى بلد المحكمة وقت رفع الدعوى عليه ولو لم تدم اقامته فيها الا زمناً يسيراً مادام قد استلم صحيفة الدعوى وهو فيها (٨)

رابعاً — اذا كان الحكم صادراً من محكمة لها اختصاص اقليمى على موضوع القضية كما فى المادة ١٤ م م مع تغيير الالفاظ طبقاً لمقتضى الحال فتكون مختصة اذا كان الالتزام متعلقاً بمنقولات أو عقارات كائنة فى البلد الذى تجالس فيه المحكمة أو كان ناشئاً عن عقود حصلت (٩) أو يجب تنفيذها فى البلد المذكور (١٠) أو أعمال حصلت فيه . والمادة ١٤ المذكورة ليست مبنية لقواعد القانون الدولى الخاص فى موضوع الاختصاص فحسب ، كما قررت مراراً محكمة الاستئناف المختلطة ، بل هى أيضاً جزء من قانون وافقت عليه الدول الاجنبية ويصح أن تعتبر قواعدها أساساً للاختصاص الدولى لمحاكم الدول الاجنبية ومع ذلك فهناك استثناء سيرد تحت قولنا (٣) وقد حكم تطبيقاً لما تقدم ان الحكم العثمانى الصادر من محكمة لا اختصاص لها طبقاً للقانون العثمانى ولا طبقاً لمبادئ الاختصاص المقررة فى القانون المختلط هو حكم صادر من محكمة غير مختصة ولا يمكن تنفيذه فى مصر متى كان صدوره ضد

(٧) وستليك وبتويتش بند ٣٢٤ ص ٣٨٧ وراجع بند ٣٣٢ هنا

(٨) وستليك وبتويتش بند ٣٢١ ص ٣٨٤ وراجع بند ٣٣٨ حاشية ٢ ص ٣٨٢

(٩) مجرد حصول العقد فى جهة لم يكن سبباً كافياً فى الاختصاص فى القانون الرومانى

ولم ينشأ الا فى القرون الوسطى ( ص ٣٨٠ ) وكان يجب لاختصاص محكمة العقد ، فى القانون الرومانى ، ان يكون المدعى عليه موجوداً شخصياً فى الجهة أو يكون له فيها املاك فيصح التنفيذ عليها بعد الحكم وفى انجلترا لم يكن الاختصاص معروفاً بسبب حصول العقد فأنشأ قرار من البرلمان وجعله شاملاً للعقود التى تحصل فى البلد والجرائم التى تقع فيه واستمر زمناً معيناً فقط وستليك وبتويتش بند ٣٢٢ ص ٣٨٥ و ٣٨٦

(١٠) اختصاص محكمة التنفيذ كان مقرراً فى القانون الرومانى ولم يعرف هذا

الاختصاص فى انجلترا الا أخيراً ( وستليك ص ٣٨٦ ) وراجع فى مناقشة هذه النقطة س م

١٨ يناير ١٩٢٣ جازيت ١٤ ص ١٩ نمرة ٢٧

مصرى متوطن في مصر أو ضد أجنبي خاضع لاختصاص المحاكم المختصة بسبب كون محل اقامته في مصر<sup>(١١)</sup>

خامسا — اذا كان الحكم صادراً ضد شخص من الاشخاص المتازين أى المعفين من حكم المحاكم الاجنبية وخضع هذا الشخص بإرادته واختياره لاختصاص المحكمة فتعتبر مختصة بالنسبة اليه ويصح تنفيذ حكمها عليه في مصر اما في غير حالة الخضوع كما سبق شرحه في بند ٣٣٦ مكرراً فيكون الحكم صادراً من محكمة غير مختصة ولا ينفذ<sup>(١٢)</sup>

(٢) من المقرر ان الاحكام المتعلقة بحق ملكية العقارات أو المنقولات أو أحكام لا تنفذ مطلقاً في الخارج وضع اليد عليها لا تنفذ اذا كانت صادرة من محكمة غير التي يكون فيها وقع العقار أو المنقول ( قارن ص ٣٦٤ ) اللهم الا اذا كانت تلك الاحكام صادرة في مادة من مواد الاحوال الشخصية المذكورة في المادة ٤ م م فيصح حينئذ تنفيذها في مصر لان مواد الاحوال الشخصية من اختصاص جهات الاحوال الشخصية ، أجنبية كانت أو مصرية

وكذلك الاحكام الصادرة تنفيذاً لقانون جنائى أو قانون مالى لا تنفذ خارج حدود البلد الذى صدرت فيه ( قارن بند ٢٣٦ ص ٣٦٥ )

(٣) يرى بعض البلاد اختصاص محاكمه بنظر القضايا المتعلقة بالعقود مراعاة التبادل في أحوال خاصة الحاصلة فيه وبالعقود الواجبة التنفيذ فيه وفي الوقت نفسه ينكر هذا الاختصاص على المحاكم الاجنبية اذا ما جرى بالحكم الأجنبي الصادر في مثل هذه الحالة وأريد تنفيذه فيه ، فمثلا الاحكام الانجليزية تنكر اختصاص المحاكم الاجنبية بسبب مجرد حصول العقد أو اشتراط تنفيذه في دائرتها<sup>(١٣)</sup> وقد راعت محكمة الاستئناف

(١١) س م ١٧ ديسمبر ١٨٩٦ مج ت م ٩ ص ٨٣

(١٢) قارن دابسى ص ٣٨٦ — ٤١٥

(١٣) وستليك وبفتوبتش ص ٣٨٦ حيث يقولان في معرض الكلام على الاختصاص

بسبب حصول العقد أو تنفيذه forum speciale obligationis ان هذا السبب يجب ان

المختلطة هذه النقطة عند ما طلب منها الحكم بالغاء أمر التنفيذ الذي حكمت به محكمة مصر المدنية تنفيذاً لحكم انجليزي ( بند ٣٤٥ ص ٣٩٩ ) صادر من محكمة عدن في بلاد العرب قررت الغاء أمر التنفيذ بناء على عدم التبادل في هذه النقطة لان المحاكم الانجليزية لا تميز اختصاص محاكمنا دولياً طبقاً للعادة ١٤ م وان أجازته لنفسها ، ثم قضت المحكمة بان الخصوم أن يرفعوا دعوى جديدة بما يدعون وقد كان اختصاص محكمة عدن مبنياً على كون العقد واجب التنفيذ فيها فحسب (١٤)

٣٤٧ — هذا ويجب ملاحظه أنه اذا كان الحكم الاجنبى المطلوب تنفيذه في مصر متضمناً البت في مسألة من مسائل الاحوال الشخصية وهي غير داخلة ضمن اختصاص المحاكم المختلطة فلا يصح طلب تنفيذه من هذه المحاكم بل يجب أن يطلب تنفيذه من محكمة الاحوال الشخصية التابع اليها المحكوم عليه (١)

٣٤٨ — وللأحكام الاجنبية آثار أخرى منها أنها تبيح للمحكوم له الحصول على حق اختصاص Droit d'affection على عقارات مدينه الكائنة في مصر أسوة بالأحكام المصرية متى كانت ملزمة للمدين شخصياً بشيء معين يجب عليه وفاؤه ويعتبر مديناً به (١) ويشترط أن يحصل الطالب على أمر بتنفيذها من المحاكم المصرية مقدماً فلا يصدر الامر بالاختصاص الا بعد صدور الامر بالتنفيذ وقد

آثار أخرى  
للأحكام

١ : حق  
الاختصاص

يطرح بالكلية That ground of international competence should be altogether rejected.

(١٤) س م ١٣ ابريل ١٩٢٢ جازيت ١٢ ص ١٦٦ نمرة ٢٩٠ وهو مؤيد بالاسانيد الانجليزية في الموضوع

[٣٤٧] (١) س م ٢٧ يناير ١٨٩٨ ج ت م ١٠ ص ١١٧

[٣٤٨] (١) راجع في حق الاختصاص كتابنا في التنفيذ ص ٨٦٨ — ٨٧٥ وكتابنا الفرنسي في حق اختصاص الدائن بعقارات مدينه في مصر ( ص ٦٤ — ٧٠ ) وهو مطبوع في تولوز من اعمال فرنسا في سنة ١٩١٢ ، والمراجع المذكورة في التنفيذ حاشية ١ على بند ١٢٩٦



يطلب الامر ان معاً وينحان معاً اذا كانت الظروف تسمح بذلك ؛ والسبب في اشتراطنا الحصول على أمر التنفيذ مقدما هو أن حق الاختصاص بمنح المحكوم له حقاً عينياً على عقار مصري ضمناً لتنفيذ حكم فيجب اذا كان الحكم أجنبياً أن يكون للقضاء المصري الرقابة عليه ولا تتيسر هذه الرقابة الا بفحصه لجعله تنفيذياً ومن جهة أخرى فلا فائدة من حق الاختصاص اذا لم يكن من الميسور للمحكوم له أن ينفذ في المستقبل

هذا وينتظر صدور قانون مصري بإلغاء حق الاختصاص على عقارات المدين والاستعاضة عنه باتخاذ اجراءات تحفظية أخرى لا تنشئ للدائن حق امتياز على العقار بل تمنع المدين من التصرف فيه اضراً بالدائن<sup>(٢)</sup>

٣٤٩ — هذا ومن الآثار المهمة للأحكام أنها تعتبر « حجة » بما فيها بمعنى ٢ : حجة الشيء المحكوم فيه

أنها تعتبر عنواناً للحقيقة *res judicata pro veritate habetur* فلا يجوز البحث من جديد فيما قرره الحكم ، لا أمام المحكمة التي أصدرته ولا أمام غيرها<sup>(١)</sup> واذا حاول خصم أن يعيد النظر في الشيء المحكوم فيه فلخصمه أن يتمسك بحجة الشيء المحكوم به فلا تنظر القضية ثانية<sup>(٢)</sup> والاحكام الاجنبية لا تشذ عن هذه القاعدة فتمت كانت مستكملة شرائط الاحكام الصحيحة ( بند ٣٤٥ ص ٣٩٩ ، ) فانها تكون حجة بما فيها ، ولا يشترط في ذلك أى تبادل لأتنا لسنا في مقام التنفيذ وانما في مقام الاعتراف بالحقوق المكتسبة وهذا المبدأ مقرر في الأحكام الصادرة من المحاكم المصرية فقد حكمت بأنه اذا حصل التمسك بحكم أجنبي لا ثبات ان الشخص الذى يتمسك به له صفة خاصة بأن عينه الحكم المذكور وكيلا للدائنين (سنديك)

(٢) راجع مشروع القانون في الجازيت ١٤ ص ٦ والمقالة على الموضوع ص ٣ [٣٤٩] (١) بشرط الا يكون الخصم قد حصل على الحكم بطريق الغش أو الاكراه الادبى كما في القضية التي انتهت بالحكم الصادر في ٢٢ يناير ١٩١٧ من الاستئناف المختلط (جازيت ٧ ص ٧٤٠ نمرة ٢٢٥) والواقع ان الغش يفسد كل شيء *fraus omnia corrumpit* وقارن بند ٣٤٤ ص ٣٩٠ في الاحكام الانجليزية

(٢) راجع في الموضوع كتابنا في المرافعات بند ١١١٠ و١١١١ والمراجع التي بهما (الدولى — ٥٢)



مثلاً فلا ضرورة للحصول على أمر بالتنفيذ<sup>(٣)</sup> وإذا كان الغرض من التمسك به اثبات أن المدين المحكوم عليه يعتبر ناقص الأهلية نظراً لكونه مفلساً فلا ضرورة كذلك للحصول على أمر بالتنفيذ<sup>(٤)</sup> وبالاختصار كلما حصل التمسك بحكم أجنبي، في غير الأحوال التي يطلب التنفيذ في مصر بمقتضاه، وكان الغرض من ذلك التمسك اثبات حصول أمر وقع أو ثبت أو قضى به في الخارج فلا حاجة لأمر التنفيذ ويعتبر الحكم الأجنبي حائزاً لقوة الإثبات *force probante* الناشئة عن الأحكام وهذه هي القاعدة ولا يشذ عنها إلا إذا كان هناك بطلان جوهري في الإجراءات أو غش صادر من الخصم أو الخصوم أو المحكمة<sup>(٥)</sup> أو عدم اختصاص دولي أو مخالفة للنظام العام مما يجعل الحكم غير مستكمل أو صاف الحكم الصحيح<sup>(٦)</sup> وأخيراً لا يعتمد بحجة الشيء المحكوم به في الخارج إذا كانت مخالفة لما قضت به المحاكم المصرية في نفس الموضوع وبين الخصوم أنفسهم (قارن ص ٤٠٠)<sup>(٧)</sup> هذا وللأحكام الصادرة في مواد التفاليس بحث خاص يرجع إليه في بند ٤٠٩،

٣٥٠ - تنفيذ السندات الأجنبية الرسمية وقوة الثبوت الواجبة لها :  
السندات المذكورة ليست أحكاماً فلا تسرى عليها المادة ٤٠٧ / ٤٦٨ مرافعات ولذلك فلا يجوز تنفيذها في مصر بالإجراءات التي تنفذ بها الأحكام<sup>(١)</sup> بل لا بد

السندات الرسمية  
الأجنبية

(٣) س م ١٨ أبريل ١٨٩٥ ج ت م ٧ ص ٢٧٦

(٤) س م ٢ ديسمبر ١٨٩٦ ج ت م ٩ ص ٣٩

(٥) قارن دايبي ص ٤٣٣ - ٤٣٩

(٦) راجع بند ٣٤٥ ص ٣٩٩،

(٧) س م ٢١ مايو ١٩١٣ جازيت ٣ ص ١٩٢ نمرة ٤١٦ ( بند ٤١٣ )

[٣٥٠] (١) وقد ظن بعض الكتاب مثل لامانا ( جازيت ٢ ص ١٥٦ و ١٥٧ ) وأورفانيلي في كتابه القانون الخاص بالمحضرين بند ١٢٨١ أن السندات تعامل معاملة الأحكام وتنفذ بشرط التبادل ولكن هذا غير صحيح وتأيداً لرأينا نذكر حكم محكمة اسكندرية المختلطة في ٢٨ مارس ١٨٩١ ( جازيت ٢ ص ١٥٦ النمر الثاني ) فإنه قضى بوجوب سحب الأمر الصادر من الرئيس بتنفيذ سند أجنبي بناء على أن القانون المصري إنما أجاز تنفيذ الأحكام الأجنبية بشرط التبادل وأنه أغفل عمداً ذكر العقود والسندات الرسمية الأجنبية مع أن في أمرها خلافاً كبيراً

في كل الاحوال من مقاضاة المدين بمقتضاها ويكون السند مستنداً كافياً للحكم ما لم يطعن فيه بطريق التزوير فتوقف قيمته في الاثبات حتى يحكم في دعوى التزوير طبقاً للعادة ٢٧٨/٣١٩ مرافعات مع المادة ٢٢٦/٢٩١ مدنى السارية على السندات الرسمية المصرية والاجنبية على السواء ، أو ما لم يكن لدى المدعى عليه من الوجوه القانونية ما يدفع به دعوى الطالب . ولا يخفى الفرق بين قوة الاثبات التى للسند فهذه كاملة ما لم يطعن فيه كما تقدم ، وقوة التنفيذ وهى غير معترف بها مطلقاً في مصر للسندات الاجنبية

٣٥٠ مكرراً - يراعى في كل الاحوال التى يطلب فيها تنفيذ حكم أجنبي وجوب التصديق على الحكم أو التمسك بحكم أو سند رسمى أجنبي انه لا يصح قبول الحكم أو السند أمام المحاكم المصرية الا بعد أن يكون قد حصل التصديق عليه من الحكومة المصرية بالطرق السياسية المتقدم ذكرها في بند ٣٢٧<sup>(٢)</sup>

٣٥١ - هذا ولم تدخل الحكومة المصرية في اتفاقات خاصة مع الدول الاجنبية بخصوص تبادل أو تنظيم تنفيذ الاحكام وقيمتها من حيث الاثبات ومع ذلك فلما كان القانون المصرى ينص على شرط التبادل وكان من المرغوب فيه تسهيل تنفيذ الاحكام السودانية في مصر باعتبارها أحكاماً أجنبية<sup>(١)</sup> فقد اتفقت نظارة الحفانية المصرية مع القلم القضائى لحكومة السودان على وضع قانون يتعلق

في فرنسا وان رأى السائد هو عدم اعتبارها قابلة للتنفيذ حتى يحكم بمقتضاها ( جارسونيه ٨ بند ٢٩٤٩ وجلاسون ٢ بند ١١٥٥ )

(٢) راجع في تفاصيل الموضوع قاليرى بند ٥٤٥ ص ٧٥٧ وقارن س ٨ مايو ١٩٠٧ حقوق ٢٣ ص ٣٢١ الذى قضى بأن المستندات الصادرة من بلد معتبرة في البلد الاخر بشرط التصديق على صحة نسبتها لمصدرها من حكومة المحاكم المحتج أمامها

[٣٥١] (١) يفهم ذلك من تقرير المستشار القضائى عن سنة ١٩٠٠ ص ٣٢ ، فانه ذكر في ص ٣٤ أن الاحكام التركية تعتبر أجنبية في نظر المحاكم المحتلطة زعماً من السيادة العثمانية في ذلك الوقت وذلك بسبب الولاية العامة المعطاة للقطر المصرى في ادارة القضاء وان حالة السودان مشابهة لذلك تمام المشابهة فتعتبر احكامه أجنبية

باعتبار وتنفيذ أحكام المحاكم المصرية في السودان وصدر ذلك القانون في السودان في سنة ١٩٠١ بخصوص تنفيذ الأحكام الأهلية والأحكام الشرعية المصرية ثم صدر فيه قانون آخر في سنة ١٩٠٤ بخصوص الأحكام المختلطة

وهناك القواعد الرئيسية في القانون السوداني فيما يتعلق بالأحكام المصرية مع مراعاة الاستثناءات التي تلي هذه القواعد

أولاً : يكون الحكم الصادر من محكمة مصرية في أية قضية مدنية أو تجارية (غير الحكم التمهيدي) مستنداً قاطعاً في السودان بين طرفي الخصوم المقيدين بهذا الحكم فيما فصل فيه من المواد

ثانياً : يكون هذا الحكم مانعاً مطلقاً من تجديد الدعوى في الموضوع نفسه في السودان وذلك فيما عدا الأحوال التي تكون المحكمة المصرية قد حكمت فيها بعدم الاختصاص

ثالثاً : يمكن بوجه العموم تنفيذ الحكم المصري في السودان بواسطة اقامة دعوى يكون فيها للمدعى ذات الحقوق التي له حق فيها في الديار المصرية بأقرب ما يسمح به التفاوت بين القوانين والإجراءات في مصر والسودان وذلك ضد أي شخص يكون مقيماً في السودان أو يكون له أموال فيه

رابعاً : الأحكام الصادرة من أجل دين أو مبلغ معين آخر لا حاجة لاقامة الدعوى ثانية في السودان بالنسبة لها إذ أن الحكم ينفذ بالكيفية عينها كما لو كان صادراً من محكمة سودانية

والاستثناء الأول وهذه القواعد لا تكون واجبة بصفة مطلقة بل لا بد من مراعاة استيفاء الحكم للشروط التي تجعله حكماً عادلاً من حيث الإجراءات والاختصاص الدولي وذلك يتحقق في الأحوال الآتية فقط : —

أولاً : في حالة حضور الشخص المراد تنفيذ الحكم عليه أمام المحكمة المصرية أو حضور من ينوب عنه قانوناً أمام تلك المحكمة

ثانياً : في حالة ما تكون ورقة التكليف بالحضور أعلنت له في القطر المصري  
ثالثاً : أن يكون المحكوم عليه من الرعايا المصريين الذين محل سكنهم أو اقامتهم

الإعتيادية فيه

رابعاً : أو في حالة ما تكون الدعوى متعلقة بمال كائن فيه أيضاً  
خامساً : أو كان سبب الدعوى عقداً حصل في القطر المصري أو قصد تنفيذه  
كله أو بعضه فيه أو نشأ عن أمور وقعت فيه كلها أو جزء منها  
ويلزم في هذه الاحوال ان يظهر من الحكم أو من طريقة أخرى أن ورقة  
التكليف بالحضور أعلنت قانوناً طبقاً للقواعد المقررة في القوانين المصرية ولمن يراد  
التنفيذ ضده ان يثبت ، عند ما يطلب للحضور أمام الجهة الساكن فيها أو  
الموجود بها ماله المراد التنفيذ عليه ، انه لم يحضر أمام المحكمة المصرية وان الحكم  
قد كان الحصول عليه بطريق الغش

ومع كل ذلك فان القواعد الواردة في القانون السوداني لا تسرى مطلقاً على الاستثناء الثاني  
أى حكم مصرى يراد التمسك به أو التنفيذ بمقتضاه في السودان في الاحوال الآتية :  
أولاً : اذا كان الحكم فاصلاً في ملكية عقارات موجودة في بلد غير القطر  
المصري أو في وضع اليد عليها أو في شأن أى رهن أو حق عيني آخر عليها أو منح  
تعويضات بسبب ضرر حدث بالنسبة لها

ثانياً : اذا كان الحكم صادراً ضد حكومة السودان أو أى موظف في تلك  
الحكومة بسبب أى عمل رسمى

ثالثاً : اذا كان الحكم صادراً في مادة الافلاس<sup>(٢)</sup>

ففي هذه الاحوال لا يكون للحكم المصري قيمة في السودان في كل ما ورد  
من القواعد المتقدمة

(٢) راجع تقرير المستشار القضائي عن سنة ١٩٠٠ ص ٣٢ — ٣٤ والقوانين

السودانية Sudanese Ordinances من سنة ١٨٩٩ الى سنة ١٩٠٥ ص ٤٥ و ١٠٧

٣٥٢ - تلك قواعد القانون السوداني الحالي بالنسبة للأحكام المصرية وتلقاء هذه القواعد لا بد للمحاكم المصرية من معاملة الأحكام السودانية مثل المعاملة المقررة لأحكامنا في السودان الى ان تضع مصر يدها على السودان وتجعل النظام القضائي واحداً في القطرين

الأحكام  
السودانية  
في مصر

٣٥٣ - هذا وهناك اتفاق بين الحكومة المصرية والحكومة السودانية على تبادل تسليم الاعلانات وتسليم المجرمين وقد ذكرناه تفصيلاً في بند ٣٢١ ص ٣٤٠

اتفاق آخر

٣٥٤ - أحكام المحكمين Arbitration awards أو Sentences arbitrales أحكام المحكمين وأثارها : لمعرفة ما يتعلق بالتحكيم وأحكام المحكمين في القانون المصري يرجع الى كتابنا في التنفيذ ، بند ١٣٦٤ - ١٣٨٧

أحكام المحكمين

واذا أردنا معرفة القواعد المتعلقة بهذا الموضوع في القانون الدولي الخاص وجب تحليل هذه المادة والنظر الى اجزائها من كل وجهة من الوجاهات الممكنة : - أساس التحكيم عقد التحكيم Contrat d'arbitrage ou compromis أو شرط التحكيم في عقد من العقود Clause compromissoire وصحة هذا العقد أو صحة الشرط في العقد يرجع فيها الى البحث في صحة العقود على العموم وهو ما سيرد في بند ٣٩٣

عقد التحكيم

والاهلية فيه وفيما يتعلق بالاهلية اللازمة للدخول في عقد التحكيم أو اشتراطه في عقد من العقود فهي تتوقف على القانون الشخصي لكل من المتعاقدين وعلى الأحكام الخاصة في القانون المذكور فيما يتعلق بالاهلية الخاصة المشترطة فيه لعقد التحكيم على الخصوص أو الشروط الأخرى التي يتطلبها القانون الشخصي مثال ذلك لا يصح التحكيم في القانون الاهلي ( ٧٠٣ مرافعات ) الا لمن له التصرف المطلق في حقوقه ولا يصح التحكيم الا في المنازعات التي يمكن تسويتها بالصالح بين الخصوم وفي القانون المختلط ( ٧٩٢ مرافعات ) لا يصح التحكيم الا في المنازعات التي ليست من قبيل

الاهلية فيه



ما يجب تبليغه لوكلاء النائب العمومي ( المرافعات بند ٣٤١ )

وتختلف الشروط اللازمة لصحة عقد التحكيم بحسب اختلاف القوانين :

فالقانون الفرنسى مثلاً يجعل شرط التحكيم باطلاً بينا القانون المصرى يجيزه<sup>(١)</sup>

أما من حيث شكل عقد التحكيم فنتبع قاعدة خضوع الشكل لقانون بلد  
التحرير كما سيأتى فى بند ٣٩١ مكرراً ، ومع ذلك يكون العقد صحيحاً اذا حصل  
فى الخارج طبقاً لقانون المتعاقدين الشخصى أو طبقاً لقانون البلد الذى سينتج فيه  
التحكيم نتائج<sup>(٢)</sup> ثم يجب بعد ذلك معرفة الاجراءات التى يتبعها المحكمون فى  
الحكم وهذه تختلف من بلد الى اخر ولكنها تخضع لقانون البلد الذى يجلس فيه  
المحكمون للحكم<sup>(٣)</sup>

القانون  
الانجليزى

وأخيراً تختلف القيمة التى يعترف بها فى الخارج لحكم المحكمين بحسب  
اختلاف القوانين فى البلاد المطلوب فيها التمسك بالحكم أو تنفيذه : فالمحاكم  
الانجليزية لا تعتبر أحكام المحكمين الصادرة فى الخارج أحكاماً يصح تنفيذها .  
ولذلك يجب أن ترفع بها دعوى جديدة دائماً أمام هذه المحاكم<sup>(٤)</sup>

وفى فرنسا يجب لتنفيذ أحكام المحكمين أن تكون واجبة التنفيذ أولاً فى بلادها القانون الفرنسى  
وأن يوضع عليها أمر التنفيذ من المحاكم الفرنسية واختلفوا بعد ذلك هل يطلب  
الأمر من رئيس المحكمة كما هى الحال فى أحكام المحكمين الفرنسية أم من المحكمة  
الكاملة كالأحكام الاجنبية<sup>(٥)</sup>

كذلك يجب أن يشترط فى مصر كون الحكم واجب التنفيذ فى بلاده كما القانون المصرى

[٣٥٤] (١) التنفيذ بند ١٤٦٤ وقايرى ص ٨١٩ وكذلك القانون الانجليزى يجيزه بينا  
القانون الاسكتلندى كان يجمله باطلاً — راجع الحكم الوارد فى دايسى ص ٥٩٢ سادساً

(٢) قارن قاييرى ص ٨١٩

(٣) قارن قاييرى ص ٨١٨ — ٨٢١

(٤) راجع وستليك وبنتويتش بند ٣٣١ أ ، ص ٣٩٧

(٥) قاييرى ص ٨٢٠ اعتماداً على النقص الفرنسى دائرة الطلبات ٢٨ ديسمبر ١٨٩٢

كلونه ١٨٩٤ ص ٩٩

يشترط الحصول على أمر التنفيذ *exequatur* أما من رئيس المحكمة المختلطة وأما من المحكمة الكلية الأهلية بحسب الاحوال

ومع ذلك فقد حكمت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه اذا كان تنفيذ الحكم الصادر من المحكمين غير مطلوب ولكن حصل التمسك به ، بصفته حجة بما حكم به في الموضوع ، أمام المحاكم المصرية ، فلا ضرورة مطلقاً لاشتراط وضع أمر التنفيذ عليه <sup>(٦)</sup>

واذا ما طلب من المحكمة المصرية أن تعتد بحجة الشيء المحكوم به من قبل المحكمين في الخارج فانه يكون من حقها بل ويجب عليها أن تفحص الحكم لتقدر ما اذا كان صحيحاً أم لا فاذا وجدته صحيحاً اعتبرته قانون المتعاقدين من كل الوجوه <sup>(٧)</sup>

## الفصل الرابع

### علائق القانون المدني

٣٥٥ — ينطوى تحت هذا الفصل درس كل ما يتعلق بالاحوال الشخصية للأشخاص الحقيقيين والشركات والجمعيات والأشخاص الاعتبارية الأخرى ، والعلائق العائلية والحقوق الشخصية الأخرى ، والموارث ، وترتيب الحقوق العينية ، والعقارات والمنقولات ، والالتزامات على العموم وأشكال التصرفات الاختيارية وهذا النظام يتفق مع منهج الدراسة الوارد في ص ١٢ هنا

أما العلائق الخاصة بالقانونين التجاريين البرى والبحرى وعلى الخصوص مادة الافلاس فاتها ترد في الفصلين التاليين وأما ما كان من العلائق المذكورة خلاصاً

(٦) س م ٤ فبراير ١٨٩٧ ج ت م ٩ ص ١٧٩

(٧) الحكم السابق

بالنزاع بين القوانين أو المحاكم داخل القطر المصرى فسوف يرد فى الكتاب الرابع وغير خاف أن درس جميع المواد التى يتضمنها هذا الفصل هو من شأن القانون المدنى فى البلاد الأوروبية بعكس الحالة عندنا فإن قوانيننا المدنية ناقصة عاجزة فاقدة لجزء مهم من كيانها الأساسى وهو ما يتعلق بالأشخاص والعائلات أو الأحوال الشخصية

ان قوانيننا المدنية من مختلطة وأهلية لا تشتمل على قواعد مبينة الا فى تقسيم الاشياء والاموال ( وبعضها مستثنى من حكم القانون المدنى لحد ما ، مثل الاموال الموقوفة والمحكرة ) وفى الالتزامات على العموم وفى الحقوق العينية . أما فى مسائل الأحوال الشخصية فإن قوانيننا تكتفى فى الغالب بذكر قاعدة عامة بها نجعل الحكم مسنداً الى قانون آخر أى أنها تقرر قاعدة من قواعد القانون الدولى الخاص

ويجب ألا يغيب عن الفكر أن عدم وجود قانون اقليمى واحد فى القطر المصرى للأحوال الشخصية للمصريين على العموم ، من شأنه أن يوجب اعتبار القانون المدنى مكملًا فى مسائل الأحوال الشخصية بجميع قوانين الأحوال الشخصية المعروفة فى مصر وفى بلاد العالم كافة . فتعتبر جميع القوانين المذكورة كأنها جزء من القوانين المصرية واجب التطبيق بواسطة المحاكم المصرية كلما أشار بذلك قانون المحكمة والواقع أن محاكمنا المدنية والتجارية تحكم بقوانين الأحوال الشخصية المختلفة فى جميع القضايا التى تعرض فيها أمامها مسائل فرعية متعلقة بالأحوال الشخصية كلما رأت عدم ضرورة ايقاف النظر فى القضية الاصلية واحالة تلك المسائل على محاكم الأحوال الشخصية المختصة لتحكم فيها قبل الرجوع الى موضوع القضية الاصلية ( راجع بندى ١٨١ و ١٨٢ )

## المبحث الأول : حالة الانسان الشخصية

État des personnes naturelles

٣٥٦ — تشمل الاحوال الشخصية للانسان جميع المسائل المذكورة في المادة  
 الرابعة من القانون المدني المختلط وهي المسائل المتعلقة بالحالة état والاهلية capacité  
 والزواج statut matrimonial والحقوق الآيلة بالارث أو بالوصية droits de succession naturelle ou testamentaire والمتعلقة بالوصاية tutelle والولاية  
 (١) curatelle

٣٥٧ — وغير خاف أن المادة الرابعة المذكورة انما تتكلم عن اختصاص  
 المحاكم المختلطة وعدم اختصاصها وعن بقاء المسائل المذكورة خاضعة لاختصاص  
 القاضى المنوط به الحكم فى الأحوال الشخصية بصفة أصلية ، ولكنها لا تتكلم  
 عن القانون الذى يحكم المسائل التى ذكرتها والواقع أن بعض هذه المسائل قد  
 وردت أحكامه فى مواد أخرى من القانون المدنى نفسه فتكلمت المادتان ٧٧ و ٧٨  
 على القانون الذى يحكم الموارىث وأهلية الموصى لعمل الوصية وصيغة الوصية أو  
 شكلها ، ونصت المادة ١٩٠ على القانون الذى يحكم الاهلية ( بند ١١٤ ) ولم ينص  
 القانون صراحة على القانون الذى يحكم المسائل الأخرى المذكورة فى المادة ٤ وهى  
 الزواج والوصاية والولاية ومع ذلك فالوصاية والولاية تدخلان تحت حكم الاهلية  
 التى نصت عليها المادة ١٩٠ فلم يبق الا الزواج  
 على أن المادة ٤ وان كانت لا تتكلم عن القانون الذى يعمل به فى المسائل

[٣٥٦] (١) قارن المادة ١٦ من لائحة ترتيب المحاكم الاهلية التى تذكر المسائل المتعلقة  
 بأصل الاوقاف constitution des Wakfs ومسائل الانكحة وما يتعلق بها من قضايا  
 المهر والنفقة وغيرها ومسائل الهبة والوصية والموارىث وغيرها مما يتعلق بالاحوال الشخصية  
 فتجمله كله خارجا عن اختصاص المحاكم الاهلية وبما أن هذه المادة لا يمكن أن ينشأ عنها غير  
 منازعات داخلية حيث لا تختص المحاكم الاهلية بالحكم على الاجانب ، فيكون موضع درسها  
 فى الكتاب الرابع

المتقدمة الا أنه من الميسور جداً استنباط ذلك القانون من خلال نصوصها . فهي تقول إن « المسائل المذكورة تبقى من اختصاص القاضى المنوط به الحكم فى الاحوال الشخصية » وهذا القاضى متى رفعت اليه الدعوى سيحكم فى الغالب بقانونه مباشرة فيكون القانون الواجب تطبيقه على المسائل المذكورة هو قانون قاضى الاحوال الشخصية المختص وهو قانون جنسية الشخص اذا كان أجنبياً وقانون ديانته اذا كان مصرياً أو عثمانياً أو منتبياً الى دولة من الدول التى تجعل الأحوال الشخصية خاضعة لحكم الأديان المختلفة فاذا كان الأجنبى ممن تجعل قوانينه مسائل الاحوال الشخصية خاضعة لحكم قانون موطنه كالانجليز والأمريكان فيكون القانون السارى عليه قانون جنسيته أيضاً أو على الأصح قانون موطنه هو أو موطن آبائه داخل بلاد الجنسية التابع اليها على ما رأيناه فى بندى ٢٩٦ مكرراً و ٢٩٧ هذا وسنقتصر فى هذا المبحث على المواضيع الآتية : الحالة والاهلية ومن الرشد والحجر وسيرد كل منها فى مطلب على حدة

وميشمل المبحث الثانى درس حالة الشركات ونحوها من الاشخاص الاعتبارية أما العلائق العائلية فتكون موضع الدرس فى المبحث الثالث وسيكون المبحث الرابع خاصاً بالمواريث والوصايا والمبحث الخامس بالهبة والسادس بالعقارات والسابع بالمنقولات والثامن بالالتزامات

### المطلب الاول : الحالة

( بالفرنسية *État* ، وبالانجليزية *Status* )

٣٥٨ — الحالة أو الحال لغةً ما كان عليه الانسان من خير أو شر ؛ وهى التعريف قانوناً مجموعة الأوصاف التى تميزه وتبين ما هو الدور المهيأ له فى الحياة الاجتماعية ومن هذه الأوصاف ما هو ناشئ عن الطبيعة وهى السن والجنس *sexe* والنمو الطبيعى السليم أو عجز المواهب العقلية أو ضعفها ؛ ومنها ما يتعلق بمركز الانسان فى الهيئة



الاجتماعية وتختلف تلك الأوصاف حينئذ بحسب ما اذا كان ذا آل ينتسب اليهم شرعاً أم لا ، وبحسب ما اذا كان ضرورياً أى عازباً أم متزوجاً أم أرملاً أم مطلقاً ، وبحسب ما اذا كان تحت ولاية ولى أو قيم أو كان ولياً أو قima على غيره ، وبحسب ما اذا كانت سمعته وشرفه لم يمس بسوء من الوجهة القانونية أم يكونان قد مسا بأحكام جنائية أو غيرها كافلاس أو نحوه<sup>(١)</sup>

هذا ولفظ « الحالة الشخصية » لا بد وأن يكون اصطلاحاً نسبياً يختلف وصفه وحكمه باختلاف قوانين البلاد أو الشعوب المختلفة فيصح أن يكون الإنسان ولداً شرعياً اذا رجعنا لحالته فى قانون فرنسا مثلاً ويكون غير شرعى اذا رجعنا لها فى قانون انجلترا ويلاحظ أن قوانين العالم لا تختلف فى موضوع أكثر منها فى موضوع الأحوال الشخصية فمثلاً الأحوال الخاصة مثل الرق وضرورة الرهبان أى عزوبتهم Monastic celibacy والموت المدنى والتبنى وجعل ولد السفاح شرعياً بالتزوج من أمه legitimatio per subsequens matrimonium وتعدد الزوجات وغير ذلك من الأحوال المشروعة فى بعض القوانين قد تكون غير مقبولة بل محرمة فى قوانين أخرى وفوق ذلك فالأحوال المقبولة أو المعروفة فى العالم المتمدين قد تتفاوت وقد تكون محكومة بقواعد مختلفة فى الأجزاء المختلفة من هذا العالم وقد يتفرع عنها حوادث مختلفة لها أحكام مختلفة<sup>(٢)</sup>

الحالة نية  
بحسب اختلاف  
القوانين

واذ كنا فى معرض شرح القانون المصرى فيجدر بنا أن نشير الى أن معنى « الحالة » المذكورة فى المادة الرابعة يجب أن يفهم عندنا على هدى المسائل التى ذكرها المشرع فى المادة ٤ بعد لفظ « الحالة » فيتضمن موضوعها البحث فيما يكون عليه كل خصم من الخصوم أو كل طرف فى علاقة قانونية على العموم ، من حيث الأهلية والزواج والارث والوصية والوصاية والولاية وما تفرع عن هذه الأمور

الحالة فى القانون  
المصرى

[٢٥٨] (١) قارن قاليدى ص ٨٣٠

(٢) قارن دابى ص ٥٠٠ و ٥٠١

وينطوى تحتها البحث عما اذا كان الشخص أهلاً للتعاقد أو التصرف على العموم وهل يرتبط بتعهداته ولأى حد ، وهل هو قاصر أو مأذون في التجارة أو في الادارة وهل هو متزوج ، وهل هو ولد شرعى أو وارث لليت ، أو هو والد شرعى للمتوفى وهل هو وارث بسيط أم وارث بشرط الجرد *sous bénéfice d'inventaire* ؛ وإذا كانت امرأة هل هي مأذونة من زوجها في التعامل أو التقاضى ( بند ٣١٨ ) أو التصرف وهل هي تابعة لنظام اشتراك الزوجين في المال *régime de la communauté* أو أى نظام آخر مثل نظام حبس « الدوطة » *régime dotal* الذى يجعلها غير قابلة للحجز عليها ، أو هي ليست متزوجة أو هي مطلقة (٣)

وعلى العموم يكون هناك أهمية لتعيين « الحالة » كلما نص القانون المصرى على أحكام خاصة بناها على ظرف معين في حياة الشخص كما في المادة ٢٥ جنائى أهلى فان الحكم على شخص بعقوبة جنائية يبنى عليه حرمانه من الحقوق والمزايا التى ذكرتها المادة ويجعل أهليته مقيدة ( بند ٣٦٠ )

### المطلب الثانى : الأهلية

#### Capacité

٣٥٩ - الأهلية هي اجتماع الشروط اللازمة للتمكن من استعمال أى حق من الحقوق ؛ ولأجل استكمال تلك الشروط لابد من بلوغ السن القانونية وكون الانسان من الجنس *sex* الذى يتطلبه القانون واستكمال القوى العقلية ويشترط في بعض الاحوال كون الانسان عضواً في عائلة معينة أو فرداً من الامة المصرية أو لم يحكم عليه بعقوبة جنائية أو ما يشابهها . وليس من ضرورة في القانون المصرى للتمييز من حيث موضوعنا هذا بين الاهلية المطلقة *capacité absolue* والاهلية المقيدة أو النسبية *capacité relative* ولا بين الاهلية والكفاءة *aptitude*

(٣) قارن جارسونيه ٢ بند ٤٤٥ من الطبعة الثانية وهنا بند ١١٩ حيث لا نرى أن الجنسية من المسائل الداخلة في « الحالة » بالنظر لمشتلات المادة ٤ م م والاسباب التى أبديناها

( بند ٣١٨ ) فان الاهلية باتواعها كافة <sup>(١)</sup> من شأن قانون الاحوال الشخصية التابع له الشخص من حيث الدين أو الجنسية ( ١٣٠ / ١٩٠ مدنى ) : من حيث الدين بالنسبة للمصريين <sup>(٢)</sup> ومن حيث الجنسية بالنسبة للاجانب <sup>(٣)</sup>

الاهلية  
في الاتفاقات

هذا وللاهلية أهمية عظيمة في الالتزامات المبنية على الاتفاقات فان المادة ١٢٨ / ١٨٨ تنص على أن « من عقد مشاركة تعهد فيها بشئ ولم يكن ذا أهلية للعقد أو لم تكن مبنية على رضا صحيح منه فلا يكون ملزماً بوفاء ما تعهد به في تلك المشاركات » كذلك تنص المادة ١٣١ / ١٩١ على أن « مجرد عدم الاهلية موجب لبطلان المشاركة ولو لم يكن فيها غبن *lésion* »

في غيرها

وتزول أهمية الاهلية بمجرد الخروج عن مادة الاتفاقات أو المشاركات فان الالتزامات المبنية على الافعال لا يشترط فيها اهلية الملزم كما يتبين من عدم اشتراط الاهلية في المواد ١٤٤ / ٢٠٥ وما بعدها من القانون المدنى وعلى الخصوص « كل فعل نشأ عنه ضرر للغير يوجب ملزومية فاعله بتعويض الضرر » ولم يشترط القانون ان يكون الفاعل أهلاً للتعاقد ، كذلك « يلزم الانسان بضرر الغير الناشئ عن اهمال من هم تحت رعايته أو عدم الدقة والانتباه منهم أو عن عدم ملاحظته اياهم » — ١٥١ / ٢١٢ و ٢١٣ مدنى وهكذا

أهمية الاهلية

ويلاحظ انه حتى في الالتزامات الناشئة عن التعاقد يعتبر البطلان الناشئ عن عدم اهلية العاقد نسبياً بمعنى انه « لا يجوز لذى الاهلية من المتعاقدين ان يتمسك

[٥٣٩] (١) راجع هذه الانواع وقائمة التقسيم كتاب المرحوم فتحى باشا زغلول في شرح القانون المدنى ص ٢٦ ،،

(٢) هذه القاعدة أصبحت الآن مقيدة بالقوانين الوضعية التى تصدرها الحكومة المصرية وأهم ما فيها تحديد سن البلوغ بنهائى عشرة سنة ( بند ٣٦٢ ) وتحديد سن الزواج بست عشرة سنة للمرأة ونهائى عشرة سنة للرجل ( بندى ٣٦٢ و ٣٧١ ) وتحديد سن خاصة وقواعد خاصة للتجار في مصر بالنسبة للجميع كما سورد في بند ٤٠٠

(٣) مع مراعاة أن قانون الجنسية بالنسبة لمثل الأمريكان والانجليز هو قانون موطنهم داخل بلاد الجنسية (بند ٢٩٩) أو موطنهم حيث يكون اذا استعملت نظرية الاحالة (بند ٢٩٧)

بعدم اهلية من تعاقد معه بقصد ابطال المشاركة « - ( ١٣٢ / ١٩٢ )

ففيما خلا العقود أو الاتفاقات لا تشترط الاهلية لكي يلزم الشخص وقد طبقت المادة ١٣١ / ١٩١ مدني هذه القاعدة فنصت على ان « من استحصل على بطلان مشاركة لعدم اهليته لا يكون ملزماً الا بردية المنفعة التي استحصل عليها بتنفيذ المشاركة من المتعاقد ذي الاهلية » ورد المنفعة المذكورة مبني على التزام ناشئ بسبب يختلف عن العقد نفسه الذي قد حكم ببطلانه

٣٦٠ - وتطبيقاً لمبدأ جعل الاهلية محكومة على مقتضى قانون الاحوال

الشخصية التابع اليه التعاقد حكمت المحاكم المختلطة بما يأتي :

( ١ ) تعتبر كفالة المرأة الايطالية لزوجها في دين عليه ، باطلة اذا هي لم تكن قد استفادت شخصياً من ذلك الدين ولم تكن قد حصلت على تصريح من القضاء بتوقيع الكفالة المذكورة طبقاً لما يقتضيه القانون الايطالي وهو قانون الزوجة في الاحوال الشخصية (٤)

( ٢ ) كذلك تعتبر كفالة المرأة اليونانية لزوجها باطلة طبقاً للقانون اليوناني الذي كان يأخذ بما يسمى في القانون الروماني قرار فليانوم *Senatus-consultum Velléianum* وبما ان البطلان مبني هنا على عدم اهلية المرأة من الوجهة الطبيعية نظراً للضعف العقلي الناشئ عن جنسها *propter sexus imbecillitatem* فيصح التمسك به باعتباره من مسائل الاحوال الشخصية التابعة لقانون الجنسية (٥) وقد الغيت هذه القاعدة في القانون اليوناني الحديث في سنة ١٩١١ ولكنها لا تزال تحكم الاتفاقات الحاصلة قبل هذا التاريخ (٦) كما انها لا تزال تحكم اليوناني الاصل

(٤) محكمة التجارة المختلطة باسكندرية بهيئة استئنافية في ٣ فبراير ١٩١٣ جازت

٣ ص ٩١ نمرة ٩١٧

(٥) محكمة مصر الجزئية المختلطة في ٣٠ نوفمبر ١٩١٠ جازت ١ ص ١٥٨

(٦) س م ٥ يونيه ١٩١٩ جازت ٩ ص ١٦٩ نمرة ٢٨٧ الذي قضى بأن الفاءها

في سنة ١٩١١ لا يجمل الاتفاقات الحاصلة قبل ذلك التاريخ صحيحة

من العثمانيين أو المصريين الذين لا تتغير احوالهم الشخصية بتغير قانون بلاد اليونان فانهم ليسوا تابعين لأئتنا في التشريع بل لقوانين بطركخاناتهم (٦ ب)

قانون النسا ( ٣ ) يعتبر غير المسلم الذي تحميه دولة النمسا حماية وراثية (بند ٢١٠) قاصراً قبل سن الرابعة والعشرين وهي السن المطلوبة طبقاً للقانون النمساوي<sup>(٧)</sup> الذي هو قانون احواله الشخصية المعروف

قانون عقوبات أهل ( ٤ ) تطبيقاً لما ذكرناه في الفقرة الأخيرة من بند ٣٥٨ حكمت المحاكم المختلطة ببطالان بيع أوقعه مصرى كان محكوماً عليه بعقوبة جنائية ومحروماً من حق التصرف طبقاً للمادة ٢٥ عقوبات أهل ، وقررت ان هذا البطلان ماس بالنظام العام في مصر ويصح ان تلاحظه المحكمة من تلقاء نفسها وتحكم به . ومثل البيع المتقدم لا يمكن ان ينقل الملكية حتى لو حصلت من بعده بيوع أخرى لاشخاص آخرين على نفس العقار<sup>(٨)</sup>

( ٥ ) يقضى القانون المدني الايطالى ( مادة ١٨٣ ) بانه لا يجوز للمرأة المتزوجة التى لم تحصل على اذن من زوجها ان تهب أموالها العقارية أو تصرف فيها أو ترهنها ولا يجوز لها ان ترض تقوداً أو تحيل الغير بدين لها أو تقبض ديناً لها كما لا يجوز لها ان تكفل الغير ولا ان تصالح على كل ما تقدم أو تتقاضى فيما يتعلق به أمام المحاكم وبناء على ذلك حكمت المحاكم المختلطة ببطالان حكم صادر ضد امرأة ايطالية متزوجة لم يعلن زوجها فى الدعوى لياذنها فى التقاضى أو يساعدها فيه متى كان موضوع الدعوى هدم حائط حصل الادعاء بكونه مشتركاً بينها وبين الجار وطلب هدمه واقامة غيره محله<sup>(٩)</sup>

( ٦ ب ) س م ٢٠ يولي ١٩١٨ مج ت م ٣٠ ص ٤٧٥

( ٧ ) محكمة التجارة المختلطة بالقاهرة فى ٩ ديسمبر ١٩١١ جازيت ٢ ص ٤٣ ( بند ١١٠ حاشية ٢ )

( ٨ ) س م ٣ فبراير ١٩١٦ جازيت ٦ ص ٧١ نمرة ٢١٧

( ٩ ) س م ٦ يونيه ١٨٩٩ مج ت م ١١ ص ٢٦٩



ويلاحظ أنه يوجد في القوانين الفرنسية ما يقرب من النص الايطالى الشريعة الغراء المتقدم<sup>(١٠)</sup> وان الشريعة الاسلامية لا تعرف مثل هذه القيود وان المرأة المتزوجة على مقتضاها لا تفقد بالزواج شيئاً من أهليتها ولا يكون لزوجها رقابة ما عليها فيما يتعلق بمالها وادارته والتقاضى بشأنه ولا بغير ذلك من الحقوق المالية

٦ ( يقضى القانون اليونانى بأن التصرف الحاصل فى عقارات القاصر بدون القانون اليونانى اتباع الاجراءات التى يوجبها القانون المذكور ، يصبح غير قابل للطعن فيه من القاصر بعد مرور خمس سنين من بلوغه وبما أن قانون جنسيته الشخصى هو الذى يبين نطاق وحدود عدم أهليته والميعاد الذى تقبل فيه الدعوى لنقض التصرفات المذكورة ( ما لم يكن هذا الميعاد أطول من الميعاد المقرر فى القانون المحلى أو قانون المحكمة — راجع البند التالى ) فيتعين الحكم برفض الدعوى المرفوعة بعد خمس سنين من بلوغ القاصر<sup>(١١)</sup>

٧ ( حكمت محكمة الاستئناف المختلطة<sup>(١٢)</sup> بأن لا محل للتفريق مطلقاً بين مبدأ هام ونقده الاهلية المطلقة والاهلية المقيدة ولا محل للاستثناء ولا للتمييز مطلقاً فى هذا الموضوع فكل ما يتعلق بالاهلية خاضع لقانون جنسية المتعاقد بلا شرط ولا قيد

(١٠) فيجب على المرأة أن تحصل من زوجها دائماً على اذن بالتقاضى اللهم الا فى حالة طلب أجرها اذا كانت عاملة فان قانون ١٣ يولى سنة ١٩٠٧ الفرنسى ينص على حرمتها فى التقاضى بخصوص أجرها وقد حكم عندنا بأن البطلان الناشئ عن عدم الاذن حيث يجب هو بطلان نسبي ليس لمن كان خصماً فى الدعوى ضد المرأة أن يتمسك به ، كذلك حكم بأنه اذا رفعت المرأة الدعوى فلخصمها أن يدخل الزوج خصماً ثالثاً ليأذن لزوجته فى التقاضى أو يطلب الايقاف ريثما تحصل المرأة على الاذن — محكمة مصر الكلية المختلطة بهيئة استئنافية فى ١٤ فبراير ١٩٢١ جازيت ١١ ص ١٦٢ نمرة ٢٢٥

(١١) محكمة مصر الكلية المدنية المختلطة فى ٨ ديسمبر ١٩٢١ جازيت ١٢ ص ٧٦ نمرة ١٣٨ وقد كانت المخالفة هى حصول بيع عقارات فى مصر من الوصى بدون اتباع ما يوجب القانون اليونانى ولم يطعن فيه القصر ويطلبوا استرداد العقارات المبيعة الا بعد مرور خمس سنوات من بلوغهم وبعد مرور ثلاثين عاماً على البيع الذى حصل فى سنة ١٨٩٠

(١٢) س م ٢ ديسمبر ١٩٢٠ جازيت ١١ ص ٢٣ نمرة ٤٢

وان الاحكام الجديدة كلها متمشية مع هذا المبدأ<sup>(١٣)</sup> ومع ذلك فنحن نخالفها فيما تنسبه لهذه الاحكام الجديدة ونخالفها في جعل المبدأ المذكور مطلقاً من كل الوجوه خالياً من كل استثناء لأن الاحكام المذكورة لم تقرر المبدأ الذي تدعيه المحكمة ولأن المسائل القانونية كما قل الاستاذ قاليري يجب ألا تحل مثل المسائل الحسابية<sup>(١٤)</sup> وهناك احكام صادرة من محكمة الاستئناف المختلطة تقرر وجوب قبول بعض استثناءات للقاعدة المقررة في المادة ١٣٠/١٩٠ أى تقرر وجوب عدم الاعتماد بما ينص عليه قانون الاحوال الشخصية في حالات خاصة ( ص ٤٣٠ ،، )

٣٦١ — أما المبادئ التي أوجت الى العلماء والى المحاكم أن يقيّدوا قاعدة خضوع الأهلية الى قانون الاحوال الشخصية الخاص بالعقد فقد كانت دائماً محل اختلاف كبير وتفاوت في الرأي عظيم . وأما أسباب الجروح الى باب الاستثناء أو التقييد فهي السعى وراء حماية السكان ضد الاجانب الذين يتمسكون بعدم اهليتهم في أحوال قد يكون فيها العقد معهم حسن النية ومعذوراً في جهلة السبب الخاص الذي يجعل الاجنبي عديم الاهلية أو يجعل أهليته مقيدة أو يكون العقد فيها قد وقع في حبال الغش التي نصبها له القاصر أو وقع في خطأ تسبب فيه القاصر

مخالفة الاحوال الشخصية

ومما يؤسف عليه أن المشرع المصري لم يذكر استثناء في الموضوع ولم يبين حالاً من الاحوال التي يصح أن يعدل فيها عن نص المادة ١٣٠/١٩٠ مدني بينما نجد المشرع الالماني قد نص في مادته السابعة من مقدمة القانون المدني الالماني على الموضوع برمته فقال :

« الأهلية القانونية للشخص محكومة بقوانين الدولة التابع اليها ذلك الشخص

قانون المانيا

(١٣) ذكرت المحكمة حكيمين بهذا المعنى وهما س م ٢٨ يناير ١٩١٨ ع ت م ٣٠ ص ٤٧٥ و س م ٥ يونيه ١٩١٩ جازيت ٩ ص ١٦٩ نمرة ٢٨٧ ولنا ملاحظات على هذا الادعاء منها أن المحكمة طبقت فيها مبدأ المادة بدون بحث في جواز الاستثناء  
(١٤) قاليري ص ٨٥٣ — راجع الاحكام المختلطة المذكورة في حاشية ٨، بند ٣٦١ والاحكام الفرنسية في حاشية ١٤ ،،

ومع ذلك فاذا أصبح الأجنبي البالغ أو الذي هو في حكم البالغ، من رعايا الامبراطورية فيظل حافظاً لحالة البلوغ حتى ولو لم يكن في الواقع بالغاً طبقاً للقانون الالماني<sup>(١)</sup>.  
واذا اُتُرف أجنبي عملاً قانونياً في المانيا وكان فاقد الاهلية أو ناقصها بالنسبة للعمل المذكور طبقاً لقانونه الشخصي فيعتبر أهلاً لذلك العمل متى كانت القوانين الالمانية تجعله كذلك . ولا يمتد هذا الاستثناء الى المسائل العائلية ولا يعمل به في المواريث ولا في حالة التصرف في عقار واقع خارج المانيا »

وقد نصت المادة ٦١ من الفصل الاخير من القانون المدني السويسري الصادر قانون سويسره في ١٠ ديسمبر ١٩٠٧ على نفس المبدأ ( بند ٢٦٨ حاشية ١ )

وقد اختلف في فرنسا في هذا الموضوع فرأى البعض عدم قبول أى استثناء علماء فرنسا لقاعدة خضوع الاهلية لقانون الجنسية ما لم يكن الأجنبي قد أدخل الغش على من تعامل معه<sup>(٢)</sup> . ورأى آخرون عدم امكان تمسك الأجنبي بعدم اهليته طبقاً لقانون جنسيته ، ضد مصلحة أى فرنسي<sup>(٣)</sup> ورأى الاستاذ فاليري وجوب استثناء حالة الغش الصريح وحالة سلوك الأجنبي مسلماً يخدع الناس فيحملهم على الظن بعدم وجود مانع من اهليته . وكذلك رأى وجوب التقييد بالقواعد المقررة في المداد ١٣٠٥ و ١٣١٢ و ١١١٣ من القانون المدني الفرنسي بخصوص فسخ العقد للغبين وعدم استرداد ما دفع الا بقدر ما عاد على عديم الاهلية

[٣٦١] (١) وهذا النص وجيه جداً نظراً لكون الاجنبي قد اكتسب حق البلوغ تحت سلطان قانونه الشخصي فلا يصح للقانون الالماني أن يجعله قاصراً بعد ذلك . ومن جهة أخرى فان النصوص المتعلقة بعدمى الاهلية قد وضعت لجرد المحافظة عليهم فاذا كان القانون الشخصي قد رفع حمايته عن الشخص بعد سن معينة أو بعد اجراءات وسن معينة فلا يصح لهذا الشخص أن يسترد الحماية بركونه الى الجنسية الالمانية . فالنص حافظ لحق الاجنبي في الاهلية التي اكتسبها طبقاً لقانونه الاصلي وحافظ لحقوق الغير الذين اعتمدوا على بلوغه طبقاً لقانونه الاصلي (٢) ومنهم تاييس ٣ ص ١٦٤ فهو لا يستثنى غير حالة الغش الحاصل من القاصر

الاجنبي وكذلك دسپانييه بند ٢٣٢ وسورفي وارتوى بند ١٥١

(٣) قالت شرخاً على پرودون ، حالة الاشخاص جزء ١ ص ٨٥ و ٩٨ وديمانچا ،

حالة الاجانب ص ٣٧٣

بالمنفعة<sup>(٤)</sup>

أحكام فرنسا

ورأت المحاكم الفرنسية أن عدم الأهلية الناشئ عن قوانين أجنبية لا يمكن التمسك به ضد الفرنسيين الذين تعاملوا مع الاجنبي في فرنسا متى كان هؤلاء قد تعاملوا بنية حسنة وبدون خفة ولا عدم تبصر وكانوا معتقدين أن الاجنبي هو في الواقع فرنسي أو انه خاضع لقانون أجنبي لا يختلف أحكامه عن احكام القانون الفرنسي<sup>(٥)</sup> وتسمى هذه « نظرية المصلحة الوطنية » Théorie de l'intérêt National

لأنها ترمى الى حماية الوطنيين من مفاجآت القوانين الأجنبية

الحالة في مصر

ونحن نرى أن الصعوبة في مصر أكبر منها في أى بلد آخر نظراً لمبدأ شخصية القوانين الذى راعاه الشرع المصرى بشكل يكاد يكون مطلقاً ونظراً لعدم وجود قانون وطنى واحد لكل المصريين يصح أن يعتبر القانون الاقليمى فى الأهلية للمصريين كافة ويصح أن يكون المثل الذى يمكن الرجوع اليه فى الاحوال الاستثنائية ولذلك يجب فى نظرنا عدم وضع الاستثناءات بشكل عام بل يجب أن تدرس كل قضية على حدها لمعرفة ما اذا كان يجب الاخذ بمبدأ المادة ١٣٠ / ١٩٠ بصفة مطلقة أم يصح ألا يعمل به فى بعض الاحوال الخاصة اذا اقتضت ذلك مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة المنصوص عليها فى المادة ٢٩ ل م أ و ٣٤ ل م م

ويجب أن يراعى أولاً وقبل كل شئ نص المادة ١٣١ / ١٩١ مدنى وهى تقضى بالتزام عديم الاهلية برد قيمة المنفعة التى استحصل عليها بتنفيذ المشاركة من المتعاقد معه ذى الاهلية ( بند ٣٥٩ )<sup>(٦)</sup>

(٤) قاليرى ص ٨٥٠ — ٨٥٢

(٥) قاليرى ص ٨٥٣ — ٨٥٤ والاحكام المشار اليها فى المتن والحاشية الاولى ص ٨٥٤ فيه

(٦) مثال ذلك حكمت محكمة بوربدو فى فرنسا على سفيه من سبلالة طائفة المانية غنية بدفع ٦٥٨٠ فرنسكا كانت باقية من حسابه لصالح طبيب أسنان طالجه ( حكم ١١ ابريل ١٩٠٦ كلونيه ١٩٠٦ ص ١١١٩ ) — قاليرى ص ٨٥٠ وراجع كتاب الاستاذ والتون فى الالتزامات ١ ص ٣٥٤ ..



ثانياً : يجب طبقاً للمادة ١٣٢/ ١٩٢ مدنى عدم قبول طلب البطلان المبني على عدم أهلية العاقد اذا كان الطلب حاصلًا من ذى الاهلية

ثالثاً : يجب أن تراعى النصوص الاخرى التى جعلها المشرع المصرى عامة التطبيق بصرف النظر عما يوجد مخالفاً لها فى القوانين الشخصية للمتعاقدين ومثال ذلك المادتان ٣٣٦/ ٤١٩ و ٣٣٧/ ٤٢٠ مدنى وهما تقضيان بعدم جواز فسخ البيع بسبب الغبن ولو كان المبيع عقاراً مملوكاً لقاصر ولا يجوز فى هذه الحالة غير طلب تكملة الثمن اذا كان الغبن زائداً عن خمس ثمن العقار ولا تقبل الدعوى فى هذه الحالة الا فى خلال سنتين من بلوغ البائع سن الرشد أو من وفاته ويزيد القانون المختلط أن هذه الدعوى لا تضر الدائنين المرتهنين المسجلين<sup>(٧)</sup>. كذلك نصت المادة ٧٨ م م على أن الفسخ فى مادة الموارث لا يضر بحقوق الغير ومنهم الدائنون المرتهنون ( بند ٣٨٦ )

رابعاً : يلاحظ أن أسباب عدم الاهلية قد تكون عادية سببها نص خاص ملاحظات خاصة فى قانون الاحوال الشخصية التابع اليه العاقد وقد تكون استثنائية كعدم الاهلية الناتجة عن حكم الافلاس أو عن الحجر أى وضع الشخص تحت ولاية ولى . ففى الحالة الاولى يكون السبب ظاهراً كصغر السن وفى الحالة الثانية لا يكون ظاهراً وقد لا يوجد حينئذ من الوسائل ما يمكن الغير من معرفة الحالة الخفية التى تحيط بعدم الاهلية نظراً لصدور حكم الافلاس أو الحجر فى الخارج وعدم الاعلان عنه فى البلد الذى يتعامل فيه من صدور الحكم ضده . كذلك يصح أن يكون نوع عدم الاهلية المقرر فى قانون جنسية الشخص من الانواع غير المعلومة فى كل القوانين المشهورة أو فى أغلبها فيكون أمراً خفياً كما هى الحال فى منع الزوجة عن أن تكفل

(٧) يلاحظ هنا أن البيع الحاصل من عديم الاهلية نفسه باطل لمجرد عدم الاهلية حتى ولو لم يكن هناك غبن طبقاً للمادة ١٣١ / ١٩١ ولكن المفروض فى البيع المذكور فى المتن أن تكون الاجراءات القانونية قد اتخذت لتمثيل القاصر أو نحوه ولكن الثمن كان قليلاً من النصاب — قارن بند ٥٣٩ حاشية ١١



زوجها طبقاً للقاعدة التي ألغيت الآن في القانونين اليوناني والإيطالي . وفي كل الأحوال قد يكون الشخص العديم الأهلية قد استعمل الغش لفهم الطرف الآخر انه أهل للتصرف أو يكون قد موّه عليه وأخفى حالته باعتناء وتعمد واتخذ حالة الشخص الكامل الأهلية مظهرًا من مظاهره المعتادة

لذلك كان من الضروري دائماً الالتفات الى جميع الظروف المتقدمة واعطاءها الحكم الذي يناسبها . وقد أقرت هذا المبدأ أحكام متعددة صادرة من المحاكم المختلطة نذكر منها ما يأتي :

احكام المحاكم  
المصرية

(١) حكمت هذه المحكمة بأن الكفالة التي تقدمها الزوجة اليونانية المتوطنة في مصر ، لمصلحة شخص ليس من جنسيتها ولوفاء دين على زوجها تعتبر صحيحة خصوصاً متى ذكرت في التعهد أنها متنازلة عن الدفوع التي يمكن التمسك بها في هذا الموضوع وأنها تكون ملزمة بالتعويض اذا تمسكت بها<sup>(٨)</sup>

(٢) حكمت أيضاً بأنه اذا كانت المادة ١٩٠ مدني تطبق في حالة الصغر والحجر وعدم الحصول على اذن الزوج وفي مسائل الوصاية فانها لا يمكن ، طبقاً للبادئ العامة المسلم بها ، ان يسرى حكمها على حالة المرأة التي تعاقدت بمساعدة زوجها ورهنت عقاراً واقماً خارج الاقليم الذي يسرى عليه قانون أحوالها الشخصية (أي عقاراً مصرياً) وهي بالغة ومتوطنة في مصر فلا يصح لها وقت تنفيذ العقد أن تمسك بعدم أهليتها النسبية المشتقة من قانون أحوالها الشخصية التي كانت مجهولة للطرف الآخر وقت عمل العقد وفي هذه الحالة تكون ملزمة قانوناً بتعويض الضرر الناشئ عن ذلك بدون أن يسمح لها بالتمسك بقرار قليانوم (بند ٣٦٠) لان المسألة ليست مسألة أحوال شخصية وبفرض كونها كذلك فهذا لا يخلّيها من المسؤولية المدنية عن عملها هذا<sup>(٩)</sup>

(٨) س ٦ م مايو ١٨٩٦ مج ت ٨ م ص ٢٦٨

(٩) س ٢ م مايو ١٨٩٥ مج ت ٧ م ص ٢٨٢ — وهذا الحكم منتقد نوعاً ما لان مسائل الأهلية تابعة للأحوال الشخصية وا كانت المحكمة في حاجة للتعليل بهذا الشكل وهي في مصر وعندها وجه الاستثناء مفتوح وهو المسؤولية المدنية عن عملها هذا ويراجع بند ٢٢٧ في قسم أريجاتريوس الأحوال الى شخصية وعينية ومختلطة

( ٣ ) كذلك حكمت بأنه يصح الشذوذ عن القاعدة المقررة في المادة ١٩٠ اذا كان عدم الاهلية استثنائياً كما هي الحال في حكم الحجر أو في حكم الافلاس أو اذا حصل غش من الاجنبي الذي أبرز أوراقاً مزورة مثلاً لاثبات أهليته أو كان هناك من الظروف ما يحمل الطرف الآخر على أن يعتقد بأن خصمه مصرى يبلغ بعد الثامنة عشرة من عمره، وقد كان هذا الخصم ايطالياً وكانت منه ثمانى عشرة سنة ولكنه كان قاصراً طبقاً للقانون الايطالى<sup>(١٠)</sup>

ونحن نرى أن كل ما يتعلق بالاهلية بدون تمييز خاضع لقانون الاحوال الشخصية سواء تعلق بعقارات أو بمنقولات وسواء كان عدم الاهلية خفياً أو ظاهراً وذلك لان القانون قد قضى بذلك في المادة ١٣٠ / ١٩٠ فلا معقب لحكمه. ويدخل تحت ذلك وجوب الاعتداد بالاحكام الصادرة من محاكم الاحوال الشخصية المختصة في كل ما يتعلق بتلك الاحوال واحترام تلك الاحكام بدون ضرورة لاختلاف أمر بالتنفيذ من المحاكم المصرية ما دام التمسك بها حاصلًا للاثبات كما تقدم في بند ٣٤٩<sup>(١١)</sup>. ومع ذلك يجب على المحاكم أن تمنع عديم الاهلية من أن يسبب ضرراً للغير بسبب غشه أو سلوكه المخالف لمقتضى عدم أهليته وبشرط أن لا يكون الخصم ذو الاهلية الذى يتعامل معه مهملًا أو مقصراً في الوقوف على حقيقة حال خصمه<sup>(١٢)</sup>. ففي هذه الاحوال يلزم عديم الاهلية بنتائج عمله وهو العقد بالرغم من عدم أهليته ويكون ذلك الالتزام ناشئاً عن خطئه الذى يجب أن يعرض لا عن العقد الذى يعتبر غير ملزم له نظراً لعدم الاهلية. وبذلك يحترم النص وتراعى مصلحة الغير في آن واحد<sup>(١٣)</sup>

(١٠) س م ٦ يناير ١٩٠٨ ج ت م ٢٠ ص ٥٠

(١١) وبالشرط الوارد فيه وقارن قأبرى ص ٨٤٣ و ٨٤٤

(١٢) قارن مبدأ الاحكام الفرنسية ص ٤٢٨ قبل

(١٣) قارن قأبرى ص ٨٥٠ وقأبرى ص ١٦٥ ويلاحظ نص المادة ١٣٠٧

مدنى فرنسى قائمها تنص على أن مجرد ادعاء الاهلية ليس مانعاً من فسخ العقد ، ونص المادة ١٣١٠ التى تقول بالزامه الناشئ من جنحة مدنية أو شبه جنحة

ويختلف الاهتمام الذى يبذله العاقد ذو الاهلية بحسب طبيعة العقد وظروفه فمدير المصرف الذى يسلف الاجنبى تقوداً وقد يرتهن عقاراً تأميناً لدينه مكلف بالبحث التام والتحرى الكامل طبقاً للعادة التى تتبعها المصارف وبحكم طبيعة عمله فلا يقبل منه العذر بجعل حالة عديم الاهلية بعكس البائع المعتاد فى المحال التجارية فانه يعذر فى عدم امتثاله البحث المتقدم لان اصول تجارته تأبى أن يطلب من المشتري ابراز مستنداتهم الخاصة بجنسيتهم وأهليتهم فلا يكون مدير المصرف وبائع البنزين مثلاً فى مركز واحد<sup>(١٤)</sup> كذلك يلتفت الى صلة المتعاقدين وهل هما من جنسية واحدة وهل يعلم ذو الاهلية بحالة خصمه أو لا يعلم أو كان فى مركز يمكنه من العلم أم لا وهل استعمل عديم الاهلية الغش أو سلك سلوكاً يدعو الى الاطمئنان لحالته أم لا<sup>(١٥)</sup>

ويلاحظ أن كل حكم فى هذا الموضوع ونحوه مما سيرد ذكره فى بند ٣٧٨ وفى بند ٣٨١ قد يكون مضراً بأحد الطرفين فيراعى ايهما أحق بالرعاية وفى هذه الحالة ينظر الى جميع ظروف القضية كما تقدم

(١٤) قارن الحكمين الفرنسيين الصادرين فى قضية شاب من بلاد المكسيك كان عمره يزيد على ٢١ سنة وهى السن القانونية فى فرنسا ويقل عن خمس وعشرين سنة وهى السن المطلوبة للبلوغ فى قانون المكسيك وقد حرر كيبالات على نفسه بمبلغ ٦٠٠٠٠ فرنك واشترى مجوهرات بمبلغ ٧٠٠٠٠ فرنك فلما رفعت الدعاوى على وصيه فى باريس تمسك بكونه قاصراً لحكم ببطالان الكيبالات نظراً لعدم أهليته وحكم عليه بدفع قيمة المجوهرات لان صاحب البنك الذى يسلف يجب عليه البحث كما قدمنا بعكس التاجر المعتاد الذى لا تخوله العادة حق البحث الدقيق (قالبيرى ص ٨٥٤ و ٨٥٥)

(١٥) أما الغش فيكون بالادعاء بخلاف الواقع مع تعزيز الدعوى بمستندات أو أمور أخرى تقنع الطرف الآخر بصحة المدعى به وأما السلوك الذى يدعو الى الاطمئنان فهو تعمد اخفاء حالة غير ظاهرة بطبيعتها كما حصل فى فرنسا (حكم السين فى ٥ ابريل ١٨٩٥ كلونيه ١٨٩٥ ص ٦٠٧) فان امرأة ايطالية متزوجة كانت تتظاهر دائماً بأنها مطلقة وكان يوافقها زوجها على ذلك فلما باعت عقاراً لها فى فرنسا رفع الزوج الدعوى على المشتري ببطالان البيع لكونها لم تحصل على اذن منه فرفضت الدعوى لان سلوك الزوجين هو الذى أدى الى عدم تطلب الاذن (قالبيرى ص ٨٥١ — ٨٥٢)

ويجدر بالمشرع المصرى أن يضع نصاً فى الموضوع يشبه نص القانون الالماني طلب الاصلاح والقانون السويسرى ( بند ٣٦١ ) وأن يستثنى صراحة أحوال الغش وما يشابهها ويضع الشروط اللازمة لسريان قوانين الاحوال الشخصية على العقارات المصرية كوجوب ذكر الحالة الخاصة فى دفاتر التسجيلات العقارية أو التأشير بها على هامش التسجيلات السابقة أو نحو ذلك مما يرى فيه ضمان حقوق المتعاقدين والغير

### المطلب الثالث — سن الرشد

٣٦٢ — تختلف سن الرشد من بلد الى بلد فبينما نجدتها خمس عشرة سنة أو أقل أو أكثر فى الشريعة الاسلامية الفراء ( وهى غير معمول بها فى هذه النقطة فى مصر ) على حسب البلوغ الطبيعى للطفل وظهور الرشد وحسن التصرف فى المال ، اذا هى تصل الى اربع أو خمس وعشرين فى بعض القوانين الاجنبية<sup>(١)</sup> وسن الرشد فى مصر الآن بالنسبة للمصريين الخاضعين لاختصاص المحاكم الشرعية من مسلمين وغير مسلمين<sup>(٢)</sup> هو طبقاً للمادتين الثانية والثامنة من الامر العالى الصادر فى ١٩ نوفمبر ١٨٩٦ الخاص بالغاء أقلام بيت المال وبترتيب المجالس الحسبية هى الثامنة عشرة فاذا بلغها القاصر تنتهى الوصاية عليه

سن الرشد  
فى مصر

[٣٦٢] (١) سن الرشد فى الصين ١٨ سنة وفى ايطاليا ١٩ سنة وفى المانيا ٢١ ولكن يجوز اصدار قرار من محكمة الوصايا بالبلوغ بعد ١٨ سنة وفى فرنسا وانجلترا واليابان وبلاد اليونان ٢١ وفى اسبانيا وهولاندا ٢٣ سنة وفى النمسا وفى المجر ٢٤ سنة وفى بلاد الدنمارك والمكسيك ٢٥ وفى الشريعة الاسلامية يعتبر الصبي ممبزا بعد السابعة من عمره وتختلف حالته بعد ذلك بحسب ما اذا كان مأذوناً فى التجارة أو غير مأذون وفى بعض القوانين الاجنبية ايضا تمييز بين المأذون وغير المأذون أو المحرر emancipé وغير المحرر non émancipé راجع المواد ٤٧٦ — ٤٨٧ من القانون المدنى الفرنسى

(٢) م ١٠ مايو ١٩٠٠ م ١٢ م ٢٤٩ الذى قرر سريان الامر العالى على جميع العثمانيين من مسلمين ومسيحيين وان الامر المذكور يسرى على البطريركيات ولا يصح لها ان تحكم بغيره وقررت المحكمة ان الامر العالى مشروع من حيث الشرع لان لولى الامر ان يختار رأى الاصلح من بين آراء الائمة



ونحتسب طبقاً للتقويم العربى الهجرى دون التقويم الميلادى (٣)  
وبمرور الثامنة عشرة يصبح المصرى بالغاً بنص القانون وتنتهى الوصاية أو  
الولاية كذلك بنص القانون (٤) ما لم يكن المجلس الحسبى قد قرر استمرارها  
( المادة ٨ ) فإذا لم يثبت صدور قرار منه بذلك قبل مرور الثمانى عشرة سنة فتعتبر  
الوصاية قد زالت (٥)

استمرار الوصاية فإذا قرر المجلس استمرار الوصاية فتستمر الى المدة التى يراها بحيث لا تصل  
الى أكثر من خمس وعشرين سنة حيث تنتهى الوصاية شرعاً ببلوغ تلك السن  
ويصح أن تحمل محلها القوامة للسفه أو لغيره من الاسباب  
ولا محل للتمييز من وجهة الاهلية عند المصريين بين من كان من القصر تحت  
ولاية الأب أو نحوه ومن كان تحت وصاية الوصى بسبب وفاة أبيه فان من الرشد  
لكل منهما ثمانى عشرة سنة (٦)

بعد الثامنة عشرة يصبح الصغير بالغاً وما دام أنه لم يصدر قرار المجلس  
الحسبى باستمرار الوصاية فان أعماله وتصرفاته تعتبر صحيحة بعد الثامنة عشرة  
فإذا صدر قرار استمرار الوصاية بعد بلوغه الثامنة عشرة فلا يكون له تأثير رجعى  
على ما تم من التصرفات قبل صدوره (٧) ويعتبر حجراً عليه لأن الوصاية التى  
زالت لا يمكن أن تستمر (٨) وعلى كل حال يجب نشر قرار استمرار الوصاية فى

(٣) حكم اسكندرية المختلطة ١٤ يونيه ١٩١٣ جازيت ٣ ص ١٨١ نمرة ٣٩٢  
المؤيد من الاستئناف المختلط فى ٢٢ يناير ١٩١٤ جازيت ٤٠ ص ٦٥ نمرة ١٦٥ وحكم  
محكمة مصر فى ١٥ مايو ١٩١٦ جازيت ٦ ص ١٦٣ نمرة ٥١٢ و س م ١٥ مارس ١٩١٥  
جازيت ٥ ص ٩١ نمرة ٢٢٠ و س م يونيه ١٩١٨ جازيت ٨ ص ٢٩٣ نمرة ٣٩٦

(٤) س م ١٣ فبراير ١٩٠١ مج ت م ١٣ ص ١٥٤

(٥) الحكم السابق

(٦) س م ١٤ نوفمبر ١٩١٢ جازيت ٣ ص ٢٠ نمرة ١٤

(٧) س م ٢٩ يونيه ١٩١٨ جازيت ٨ ص ٢٩٣ نمرة ٣٩٦ والاحكام الاهلية

المشار اليها فيه

(٨) ورد فى منشور للمجالس الحسبية صادر من وزارة الحقانية فى ١٣ يناير ١٩١٦



الجريدة الرسمية بمعرفة الوصى لأجل احاطة الجمهور علماً به<sup>(٩)</sup>  
والسلطة المختصة بتعيين الاوصياء أو عزلهم أو استبقائهم هي المجالس الحسبية المحكمة المختصة  
أو البطر كخانات أو القنصليات بحسب الأحوال<sup>(١٠)</sup>  
ويرجع الى قانون الأحوال الشخصية التابع اليه القاصر لمعرفة حدود سلطة القانون المختص  
الوصى على أمواله أو الوالد والجد بصفتهم أولياء على المال ومنوط بهما ادارته  
مثال ذلك لا يجوز في الشريعة الاسلامية فسخ البيع الذي وقعه الوالد على أموال  
الولد اذا كان البيع حاصلًا بقيعة المثل أو بفن يسير وبدون اذن من المجلس  
الحسبي لانه للآن ليس للمجالس الحسبية سلطة على الأولياء وهم أصحاب السلطة  
الأبوية لأن هؤلاء تابعون لسلطة المحاكم الشرعية ولقواعد الشريعة الاسلامية  
مباشرة<sup>(١١)</sup>

نمرة ٥٥٠ ان الوزارة لاحظت من حوادث عرضت عليها ان بعض المجالس الحسبية ينظر في  
طلب استمرار الوصاية بعد بلوغ القاصر سن الاهلية ، وحيث ان هذا يخالف القانون من جهة اذ  
متى بلغ القاصر سن الثماني عشرة سنة تزول عنه الوصاية بحكم القانون وتنقطع مدتها فلا يكون  
هناك محل للقول باستمرارها بعد ذلك ، ومن جهة اخرى فان اتباع هذه الطريقة فيه ضرر  
بمصلحة القاصر الذي يبلغ السن غير رشيد حيث تكون تصرفاته من ذلك الوقت الى ان يحجر  
عليه نافذة في ماله — لهذا كان من الواجب على رؤساء المجالس الحسبية ان يتعروا عن احوال  
القاصر قبل بلوغهم سن الرشد بشهر على الاقل أو شهرين على الاكثر ويعرضوا نتيجة هذه  
التحريات على هيئة المجلس ليرى ما اذا كانت حالة القاصر المتناور في شأنه تستدعي استمرار  
الوصاية عليه من عدمه — راجع أيضاً حكم المجلس الحسبي العالي في ١٤ يونيو ١٩٢٣  
مج ٢٤ من ١١٣ نمرة ٦٩

(٩) وذلك طبقاً للمادة ١٩ من لائحة ٢٦ يناير ١٨٩٧ الخاصة بتنفيذ الامر العالي  
الصادر بترتيب المجالس الحسبية وهو مستند الى الامر العالي المذكور الذي أوجب على نظار  
الداخلية والمالية والمحاسبة في المادة ٢١ نشر ما يلزم لتنفيذه من الاحكام النظامية أو التسمية .  
وفيما يتعلق بقيعة النشر راجع ما سيرد في الحجز بخصوصه ( بند ٣٦٣ )  
(١٠) لمعرفة النزاع الذي يمكن ان يحصل بين هذه الجهات المختلفة في معر يرجع الى

الكتاب الرابع

(١١) س ٢٥ مارس ١٩١٥ جازيت ٥ من ١٠٨ نمرة ٢٩٠ وهناك مشروع  
قانون تحت النظر الان يقضى باخضاع الاوصياء على المال لسلطة المجالس الحسبية وكذلك يقضى  
بتشييه الوصى المختار بالوصى المعين من قبل المجالس الحسبية في كل الامور مع اختلافهما في الحكم  
شرطاً في بعض المسائل — وراجع في موضوع الولاية على المال كتاب الاستاذ داريو پلاجي المحامي

وإذا كان الولد مصرياً مسيحياً فإن حقوق والده عليه باعتباره ولياً على ماله تكون محكمة بقانون البطريركخانة التابعين اليها لا بالشريعة الاسلامية . وبناء على ذلك يعتبر الرهن الذى أوقعه الوالد على مال الولد باطلا . بعكس ما اذا كانت الشريعة الاسلامية هي التى تحكم فى الموضوع فإن الرهن يكون صحيحاً فى بعض الاحوال<sup>(١٢)</sup> ولا تسرى هذه القاعدة على المسيحيين كما قدمنا<sup>(١٣)</sup>

كذلك تكون العبرة دائماً بجنسية القاصر عند ما يراد معرفة السلطة المختصة بالنظر فى الوصاية أو الولاية على ماله ، ولا يلتفت الى جنسية الوصى أو الولى  
سن الانحجار  
ترد فى بند ٤٠٠

وأما من الزواج فهى غير محددة فى الشريعة الاسلامية الغراء ولذلك لم يكن  
سن الزواج  
والقانون الجديد  
تمت قيد على الزواج بين المسلمين فى مصر من حيث السن الى أن صدر القانون  
نمرة ٥٦ لسنة ١٩٢٣ ( فى ١١ ديسمبر ١٩٢٣ ) ققرر : —

أولاً : عدم جواز سماع دعوى الزوجية اذا كانت من الزوجة تقل عن ست  
عشرة سنة ومن الزوج تقل عن ثمانى عشرة سنة وقت العقد الا بأمر من صاحب  
الجلالة الملك . وأضيف هذا الحكم الى نص المادة ١٠١ من لائحة ترتيب المحاكم  
الشرعية

ثانياً : عدم جواز مباشرة عقد الزواج ولا المصادقة على زواج مسند الى ما  
قبل العمل بهذا القانون ما لم تكن من الزوجة ست عشرة سنة ومن الزوج ثمانى  
عشرة سنة وقت العقد . وأضيف هذا الحكم الى نص المادة ٣٦٦ من اللائحة  
الشرعية

امام المحاكم المختلطة Dario Palagi, De la puissance paternelle sur les biens  
des enfants d'après le droit Musulman, Alexandrie 1915.

(١٢) س م ٢٥ مارس ١٩١٥ جازيت ٥ س ١٠٨ نمرة ٢٩٠

(١٣) س م ٣١ مايو ١٩١٩ جازيت ٩ س ١٥٨ نمرة ٤٦٢

وهذه النصوص تعتبر ناهية عن عقد الزواج قبل السن المذكورة فلا يجوز لماذون أو قاض أن يعقده قبلها كذلك تعتبر مانعة من سماع دعوى الزوجية قبل السن المذكورة ؛ وبما أنها لم تنص على بطلان الزواج الذي يحصل قبل السن القانونية ، وبما أن الشريعة الإسلامية تميز الزواج في أى زمن بشروطها المعلومة فلا يكون الزواج باطلا ولكن لا تسمع به الدعوى ولا يعتبر أمام المحاكم الا اذا تجدد العقد بعد السن القانونية . وبما أن البلاد قد اعتادت الزواج قبل هذه السن ولم يكن المشرع صريحا حتى ينص على البطلان فستوجد صعوبات كبيرة في تطبيق هذا القانون وفي معرفة حالة الاولاد الذين يولدون من زواج لم يصل فيه أحد الوالدين الى السن القانونية ؛ وفي هذا التشريع خطر على العائلات الإسلامية لأنه خال عن الاحكام الوقفية التي بها يصحح مركز من تزوجوا قبل صدوره . وجدير بالمشرع أن يتمم هذا العمل الناقص بنصوص تكمله بالنص على بطلان الزواج الذي يقع مخالفا لحكمه ، اذا كان هذا هو المقصود ، وبنصوص تصحح مركز المتزوجين من قبله

سن الزواج  
في الخارج

هذا ومن المفيد ذكر السن التي تتطلبها القوانين الأجنبية للزواج ففي فرنسا وبلجيكا وإيطاليا ورومانيا لا يجوز للمرأة أن تتزوج قبل خمس عشرة سنة ولا يجوز للرجل أن يتزوج قبل الثامنة عشرة ومع ذلك يجوز لرئيس الجمهورية في فرنسا أن يعفى من قيد السن لأسباب هامة . وفي ألمانيا لا يجوز للرجل أن يتزوج قبل الحادية والعشرين ولا يجوز للمرأة أن تتزوج قبل السادسة عشرة ويجوز للمرأة أن أن تحصل على اعفاء من قيد السن ، ويعتبر التحديد من باب النهي فلا يعتبر البطلان مطلقا الا اذا كان الطفل أقل من السابعة . وفي إنجلترا يجوز للذكور أن يتزوجوا من الرابعة عشرة وللإناث من الثانية عشرة . وفي النمسا يجوز لكل من الذكور والإناث أن يتزوج في الرابعة عشرة من عمره وفي النرويج في الخامسة عشرة وفي الدنمارك سن الزواج للرجل احدى وعشرون سنة وللرأة ست عشرة سنة وفي اسبانيا للرجل أربع عشرة سنة وللرأة اثنتى عشرة وكذلك في بلاد اليونان

وفي هولاندا السن للرجل ثمانى عشرة وللرأة ست عشرة سنة وفي السويد سن الزواج احدى وعشرون للرجل وسبع عشرة للرأة . وفي سويسرا عشرون للرجل وثمانى عشرة للرأة

معاهدة لاهى  
فى الوصاية

ويلاحظ أخيراً أنه توجد معاهدة بين بعض الدول فيما يتعلق بالوصاية Tutelle وقد أمضيت فى لاهى سنة ١٩٠٢<sup>(١٤)</sup> وهى تقضى بأن تنظيم الوصاية يكون من شأن قانون جنسية القاصر واذا كان القاصر مقيماً فى بلد أجنبى فقد تكفلت المعاهدة بتنظيم الوصاية عليه اما بواسطة السلطات القنصلية أو السياسية التابع اليها القاصر واما بواسطة محاكم البلد الموجود به القاصر بحسب الاحوال

### المطلب الرابع - الحجر للسفه وغيره

٣٦٣- الحجر نظام لم يقرر بصفة عامة فى بعض البلاد مثل انجلترا وأمريكا فهما لا تعرفان الحجر للسفه مثلاً<sup>(١٥)</sup> . وفى البلاد التى أقرت الحجر لا مناص من وجود اختلافات كبيرة فيما يتعلق بالاسباب الداعية اليه وفى الاجراءات الموصلة اليه وفى مصر يعتبر الحجر متوقفاً على قانون جنسية الشخص أو ديانته ويعتبر الحكم أو القرار الصادر به صحيحاً متى صدر من السلطة الوطنية أو الدينية التابع اليها المحجور عليه . وللحجر الآثار التى يسندها اليه القانون الشخصى للمحجور عليه ، وهو يصدر بالنسبة للمسلمين من المجالس الحسينية وبالنسبة للسيحيين من بطركاناتهم وللأجانب من قنصلياتهم أو من محاكم بلادهم الاصلية التابعين اليها من حيث الجنسية أو الموطن بحسب الاحوال .

فى مصر

ومن المبادئ المقررة فى الموضوع أن مجرد تغيير الجنسية أو الدين لا يرفع قيد

مدم زواله  
بتغيير الجنسية

(١٤) راجع فيها قاليرى ص ١١٧٤ وباتى Baty, Polarized Law ص ١٨٦

[٣٦٣] (٠) فى الشريعة الاسلامية يحجر على الصغير والمجنون وذى الفعلة والسفيه والمديون ( ماده ٤٨٢ من الاحوال الشخصية ) ولكن النرض هنا الكلام على الحجر الذى يصدر به قرار من السلطة المختصة



الحجر عن المحجور عليه<sup>(١)</sup> خصوصاً في نظر محاكم البلاد التي صدر فيها قرار الحجر<sup>(٢)</sup>

كذلك لا يرفع الزواج قيد الحجر في الشريعة الاسلامية اذا كان الحجر بسبب السفه لان الحجر لا يقصد به مجرد المحافظة على المحجور عليه وانما يقصد به أيضاً المحافظة على مال المحجور عليه الذي للعائلة حق استبقائه وحفظه من التبذير حتى يؤول اليهم بالطريق الشرعى بعد وفاته وينفق منه عليهم حال حياته . وقد تقرر هذا المبدأ في القضايا التي رفعت أمام المحاكم المختلطة بخصوص حالة صالحة قضية صالحة هانم التي جردت من لقب الامارة المصرية وقد كانت محجوراً عليها من مجلس حسبي مصر بقرار صادر في ٦ يونية ١٩٠٩ تأيد من محكمة الاستئناف الاهلية في ٢٩ ديسمبر ١٩٠٩ بعد أن تزوجت في خلال ذلك وبتاريخ ١٩ يولية ١٩٠٩ من رجل روسى مسيحي يدعى فلاديمير يوركفتش أمام أحد القسيسين في كنيسة اللوثرين البروتستانتية في سان بطرسبرج وهي محل اقامة الزوج وتوطنت معه فيها باعتبارها زوجته الشرعية فحكمت المحاكم المختلطة بأن الزواج بفرض صحته ، وتغيير الجنسية بفرض حصوله فعلاً لا يفكان الحجر المحكوم به من السلطة المختصة وان زواج السفه في الشريعة الفراء لا يرفع عنه الحجر طبقاً للمادتين ٥١ و ٤٩٠ من قانون الاحوال الشخصية<sup>(٣)</sup>

ويلاحظ أن ليس للمحجور عليه عندنا حق مقاضاة الغير بخصوص الاموال بدون مساعدة القيم عليه ولذلك حكمت بعض المحاكم برفض الدعوى الفرعية التي يرفعها

[٣٦٣] (١) س م أول يونيه ١٨٩٧ مج ت م ٩ ص ٣٧٣ وقد قضى بأن الحكم الصادر من احدى القنصليات بالحجر لا يلغى لمجرد تغيير جنسية المحجور عليه بعد صدور الحكم

(٢) أما محاكم البلاد الاخرى فانها ليست مقيدة بهذا القيد ولها أن تقعن الظروف وتحكم بحسب ما يترأى لها خصوصاً اذا كانت هي البلاد التي اعتنق المحجور عليه جنسيتها أو ديانها

(٣) س م ١١ يونيه ١٩١٣ جازيت ٣ ص ١٩٦ مع حكم محكمة اسكندرية المدنية المختلطة في ١٥ مايو ١٩١٧ جازيت ١٣٧ عمرة ٤١٠ وسيرد لحص هذه القضايا من حيث صحة الزواج وعدوها في بند ٣٧١ مكررا



المدعى عليه ضده بتعويض الضرر الناشئ عن الدعوى الكيدية التي رفعها منفرداً بدون مساعدة القيم<sup>(٤)</sup>

نشر قرار الحجر هذا وقد أوجبت المادة ١٩ من لأئحة تنفيذ الأمر العالى القاضى بالغاء اقلام بيت المال وبترتيب المجالس الحسبية ، نشر القرارات القاضية بتوقيع الحجر وباستمرار الوصاية الى ما بعد الثامنة عشرة ( بند ٣٦٢ ) فى الجريدة الرسمية بمعرفة القيم أو الوصى لاجل احاطة الجمهور علماً بها

التنازع بشأن قرار الحجر وقد حصل التنازع أمام المحاكم المدنية والتجارية المصرية على معرفة الوقت الذى يجب أن يعمل فيه بقرار الحجر حتى تلغى التصرفات الحاصلة من بعده هل هو وقت صدوره أم وقت نشره وقد حصل التساؤل أيضاً عن قيمة التصرفات الحاصلة فى الفترة ما بين طلب الحجر وصدور القرار به

لا شك مطلقاً فى أن القرار الذى نشر فى الجريدة الرسمية ينتج كامل نتائجه بعد النشر سواء علم به من تعاقد مع المحجور عليه أم لم يعلم

أما قبل النشر فالمسألة مختلف فيها فى أحكام المحاكم المختلطة حيث يقضى بعضها بأن قرار الحجر ينتج نتائجه من يوم صدوره ولا عبء بكونه لم ينشر نظراً لان اجراءات النشر من الاجراءات الخارجية التى لا تأثير لها على قرار الحجر نفسه وانها تحصل لمجرد احاطة الجمهور علماً بالقرار<sup>(٥)</sup> وقضى البعض الآخر بأن عدم نشر القرار يجعله غير ذى قيمة بالسكينة<sup>(٦)</sup> وهناك رأى ثالث يقضى بأن

(٤) قضية صالحة هاتم ، حكم محكمة الاسكندرية المختلطة فى ١٥ مايو ١٩١٧ جازيت ٧ ص ١٣٧ نمرة ٤١٠ وهنا يصح التساؤل عما اذا كان الحكم صحيحاً لان الحكم بالتعويض الناشئ عن فعل الشخص لا ضرورة معه للاهلية ولكن يرد على ذلك بأن الحكم يجب أن يكون فى مواجهة القيم ولذلك رفضت المحكمة الطلب بحالته التى هو عليها ولا مانع من رفع دعوى به فى مواجهة القيم

(٥) حكم محكمة التجارة باسكندرية بهيئة استئنافية فى ٢ يونيو ١٩١٣ جازيت ٣ ص ١٨٠ نمرة ٣٧٥ حيث الغت كميالة كتبها محجور عليه لم يمان من قرار حجره وراجع التطبيق عليه ، وحكم محكمة التجارة فى القاهرة فى ٩ مايو ١٩١٤ جازيت ٤ ص ١٧٠ نمرة ٤١٢ وقارن س م ٢٧ يناير ١٩١٥ جازيت ٥ ص ٧٢ نمرة ١٨٥

(٦) س م ٢٩ مارس ١٨٩٤ مج ت م ٦ ص ٢١٨ وس م ١٦ مايو ١٩٠٠

آثار قرار الحجر تنتج إما من يوم نشره أو من تاريخ ثبوت علم الشخص الذى تعاقد مع المحجور عليه ، بصدور قرار الحجر<sup>(٧)</sup>

وأما الاعمال التى تمت قبل صدور قرار الحجر فاتها تعتبر صحيحة ولا يؤثر عليها قرار الحجر الصادر بعدها<sup>(٨)</sup> اللهم الا اذا كانت قد حصلت بطريق الغش والتواطؤ أى اذا كان العاقد الآخر يعلم أن طلب الحجر على السفينة الذى تعاقد معه قد قدم الى الجهة المختصة<sup>(٩)</sup> وعلى الخصوص تلغى الاعمال التى حصلت بعد تقديم طلب الحجر اذا كان الغرض منها الوصول الى منع صدور قرار الحجر فيكون الغش ظاهراً فى هذه الحالة وأمثالها ويترتب عليه بطلان الاعمال المذكورة رغم حصولها قبل قرار الحجر وقبل نشره<sup>(١٠)</sup>

واننا نستنتج من الاحكام المذكورة ، ومن كون الاهلية هى القاعدة العامة بالنسبة لمن بلغ السن القانونية ، ومن كون الحجر للسفينة استثناء خفياً لا يظهر من رؤية السفينة كما قد يظهر الصغر أو الجنون ، نستنتج من ذلك أن البالغ يعتبر ذا أهلية ما لم يكن قد صدر قرار بالحجر عليه ونشر ذلك القرار بالطريقة الرسمية فى الوقائع المصرية ويسرى هذا القرار على كل من يتعاقد مع السفينة بعد النشر المذكور سواء كان حسن النية أو غير حسن النية أى عالماً بالحجر أو غير عالم فاذا ما أريد طلب بطلان تصرف أو عمل أجراه السفينة قبل النشر المذكور فيجب لصحة الطلب ولقبوله أن يثبت القيم علم الطرف الآخر بقيام الاجراءات التى اتخذت لطلب الحجر عليه أو من باب أولى علمه بصدور قرار الحجر

ميج ت م ١٢ ص ٢٥٢ وحكم محكمة التجارة المختلطة بالقاهرة مرتين فى سنة ١٩١٢ جازيت ٣ ص ٤٣ نمرة ٥٠ وأخيراً س م ٢ مارس ١٩١٦ جازيت ٦ ص ٨٩ نمرة ٢٧٨ الذى قرر بأن الاحكام قد استقرت على هذا الرأى نهائياً

( ٧ ) س م ٢٩ ديسمبر ١٩١٥ جازيت ٦ ص ٣٩ نمرة ٩٧

( ٨ ) س م ١٦ مايو ١٨٨٩ ج ت م ١ ص ١٨٩

( ٩ ) س م ١٧ مارس ١٩٠٣ ج ت م ١٥ ص ١٩٥

( ١٠ ) س م ٣ فبراير ١٩٠٤ ميج ت م ١٦ ص ١٢٣ وس م ٢٧ يناير ١٩١٥

جازيت ٥ ص ٧٢ نمرة ١٨٥

التاريخ الثابت

هذا وتتطلب محكمة الاستئناف المختلطة ، طبقاً للقواعد القانونية الثابتة في مادة الاثبات ، أن يكون التصرف أو العمل المدعى بصحته وصدوره قبل الحجر أو قبل النشر ، في حالة عدم وجود غش أو تواطؤ ، ثابت التاريخ رسمياً قبل الحجر أو النشر وذلك لأنه إذا لم يتطلب التاريخ الثابت فيكون من السهل تقديم تاريخ التصرفات أو الاعمال الحاصلة بعد الحجر أو النشر ومنع الحجر أن ينتج نتائجه بالنسبة لما تم بالفعل من بعده<sup>(١١)</sup>

فك الحجر

أما القرار الصادر بفك الحجر عن السفينة فينتج نتيجه من يوم صدوره<sup>(١٢)</sup> ولكن تعتبر الاجراءات القانونية الموجهة ضد القيم صحيحة رغم فك الحجر مادام القرار الصادر بذلك لم يعلن للخصم في تلك الاجراءات<sup>(١٣)</sup>

الحجر  
للعته والجنون

هذا ويعتبر الحجر للعه أو للجنون مقررًا لحالي العته والجنون وإذا كان قرار الحجر لهذين السببين ينتج نتائجه في العادة بالنسبة للمستقبل فقط إلا أنه من المقرر أيضاً أنه من الممكن الحصول على بطلان جميع الاعمال أو التصرفات التي تمت من قبل صدوره متى أمكن اثبات وجود حالة العته أو الجنون بشكل ظاهر أو معلوم لدى الجمهور قبل صدور قرار الحجر وذلك لان حالة الجنون تجعل التصرفات الحاصلة أثناء قيامها باطله<sup>(١٤)</sup> ومع ذلك فما حصل منها في أثناء انقطاع حالة الجنون أى وقت الادراك أو الإفاقة يكون صحيحاً<sup>(١٥)</sup>

واثبت سابق وجود الجنون على تاريخ الحجر يكون واجباً على القيم على

(١١) س م ٢٠ مارس ١٩١٧ جازيت ٧ ص ١٠٦ نمرة ٣١٢

(١٢) س م ١١ مايو ١٩٠٥ مج ت م ١٧ ص ٢٦٥

(١٣) س م ٣ مارس ١٩١٥ جازيت ٥ ص ٩١ نمرة ٢٢٧

(١٤) س م ١٦ مايو ١٨٨٩ مج ت م ١ ص ١٨٩ وهو يقارن في هذا الموضوع

وبميز بين حالة الحجر للعه ( حاشية ٥ ) وبين حالات الحجر للجنون والجنون وس م ١٩

فبراير ١٨٩١ مج ت م ٣ ص ٢٠١ والتعليق عليه وس م ٢٤ يناير ١٩١٨ جازيت ٨

ص ٦٨ نمرة ١٦٥

(١٥) راجع الحكم الآتي في الحاشية الآتية

المجنون متى صدر قرار الحجر<sup>(١٦)</sup> وبعد صدور القرار يكون اثبات حالة الادراك او الافاقة على من يدعى حصول التعاقد أثناء تلك الحالة

هذا وجميع القواعد المتقدمة خاصة بالمسلمين المصريين

أما الاجانب فان القواعد بالنسبة اليهم هي قواعد قوانين احوالهم الشخصية. حالة الاجانب وقد حكم تطبيقاً لذلك أن القوانين الفرنسية واليونانية تنص صراحة على أنه لا يصح مطلقاً أن يطعن في أعمال الشخص بعد وفاته اذا لم يكن محجوراً عليه ولم يكن قد طلب الحجر عليه حال حياته ، اللهم الا في حالتين فقط وهما :

الحالة الأولى : أن يكون التصرف قد حصل أثناء وجوده في مستشفى المجاذيب

الحالة الثانية : أن يتبين المجنون من نفس العمل أو التصرف المطعون فيه<sup>(١٧)</sup>

هذا وبخصوص الحجر الناشئ عن الحكم على الجاني ( وهو في الغالب مصرى

— بند ٣٣٥ ) بعقوبة جنائية فان هذا النوع من الحجر ينتج نتيجته ولو لم ينشر عنه شيء طبقاً لما ذكرناه في بند ٣٦٠

ويلاحظ أخيراً أنه توجد معاهدة خاصة بين بعض الدول الاوروبية بخصوص

الحجر وقد أمضيت في لاهي سنة ١٩٠٥<sup>(١٨)</sup>

## المبحث الثاني — حالة الأشخاص المعنوية

٣٦٤ — النقطة الجوهرية في موضوع الاشخاص المعنوية هي معرفة « القانون الذى يحكم الشخص المعنوى » والذى قد يختلف عن القانون أو القوانين التابع اليها كل فرد من الافراد الذين اشتركوا في تكوين الشخص المعنوى المذكور

(١٦) حكم محكمة التجارة باسكندرية في ٦ مايو ١٩١٢ جازيت ٢ ص ١٤٦

(١٧) س م ١١ نوفمبر ١٩١٥ جازيت ٦ ص ١٧ نمرة ١٩ وفيه ابحاث مفيدة جداً

وس م ٣ يونيو ١٩١٦ جازيت ٦ ص ٨٦٢ نمرة ٥٠٨

(١٨) راجع بشأنها قاليرى ص ١١٧٥ بند ٨٣٢ وباتى Baty, Polarized Law

ص ١٨٨ وعنوانها Interdiction أو committeeship



ولا شك أن هناك أشخاصاً معنوية مصرية مثل الحكومة المصرية ومجلس بلدى الاسكندرية وشركة بنك مصر كما لا شك أن هناك أشخاصاً معنوية أجنبية مثل الحكومات الأجنبية والشركات المستندة الى قوانين أجنبية معينة والتي ليس تمت محل للشك فى كونها أجنبية وهناك طائفة أخرى من الشركات ليس من السهل معرفة القانون الذى يحكمها أو الذى يجب أن يحكمها . ومن ذلك يفهم أن للأشخاص المعنوية أو للشركات جنسية كما للأفراد جنسية وان من اللازم معرفة ما هى الجنسية بالنسبة لشخص معنوى معين أو لشركة معينة <sup>(١)</sup> اذ معرفتها هى التى ترشدنا الى القانون الذى يحكم الشخص المعنوى

والتساؤل عن القوانين التى تخضع اليها الاشخاص المعنوية المختلفة أو عن حقيقة جنسية الشخص المعنوى يستلزم الاعتراف بحقيقة هامة هى أن المحاكم المصرية تقر وجود الاشخاص المعنوية الأجنبية المكونة تكويناً صحيحاً طبقاً لقوانين البلاد الأجنبية المنتسبة اليها والتي لم يكن الغرض من نسبتها الى تلك القوانين الأجنبية محاولة الافلات من حكم القانون المصرى حيث يكون من اختصاصه الحكم

ومن المشاهد كل يوم أمام المحاكم المصرية أن الشركات أو الاشخاص المعنوية الأجنبية على العموم ترفع الدعاوى باسمها وترفع عليها الدعاوى شخصياً أمام هذه المحاكم بصفتها شركات أو اشخاص معنوية أجنبية . مثال ذلك بنك الكريدى ليونيه وشركة المساجيرى ماريتيم وشركة ترامواى مصر وشركات الترام والمياه والنور

[٣٦٤] (١) وقد نازع بعض المؤلفين فى هذه النقطة ولكنها أصبحت فوق النزاع عند ما ثبت الرأى الآن على أن الشركات والاشخاص المعنوية على العموم هى حقائق موجودة يقر القانون وجودها ولا ينشأ — راجع الرد على هؤلاء المؤلفين فى ارماتيجون : جنسية الاشخاص المعنوية ص ٣٨٠ فى مجلة القانون الدولى سنة ١٩٠٢ وقد أخذ المشرع المصرى برأى الجنسية فنص عليه فى المادة ٤٧/٤١ تجارى حيث قال عن الشركات التى تؤسس فى مصر أنها تكون « مصرية الجنسية » de nationalité égyptienne



بالاسكندرية ومسكة حديد الدلتا الضيقة وشركة عربات النوم الدولية وغيرها —  
كلها شركات أجنبية معترف بأجنيبتها وبشخصيتها المعنوية بلا شك ولا جدال  
( راجع بند ٣١٨ بخصوص جمعية صانعي الاسلحة في شيفلد )<sup>(٢)</sup>

والشركات المذكورة وأمثالها ، وان كانت أجنبية ، يصح أن تتخذ القطر  
المصرى ميداناً لعملها كله أو بعضه ويصح أن تنشئ لنفسها فرعاً أو فروعاً فيه  
وليس في القطر المصرى قانون ينظم الاعتراف بالشركات الاجنبية وجواز مباشرتها  
العمل فيه وانشائها الفروع فيه . بعكس البلاد الحريضة على كيانها المحافظة على  
مراقبتها الحيوية والاقتصادية فانها تضع شروطاً وقيوداً على الشركات الاجنبية التي  
تتخذ تلك البلاد ميداناً لعملها كله أو بعضه أو تنشئ لها فروعاً فيه ، بند ١٤٩<sup>(٣)</sup>

(٢) قارن قاليرى نمرة ٣٤٥ ص ٤٤٧ حيث ينتقد فكرة العلامة البلجيكي لوران  
( جزء ٤ نمرة ٧٢ ) وغيره من أن الشخص المعنوي لا يوجد الا بإرادة المشرع وذلك لان  
الفكرة الصحيحة التي تركز عليها الشخصية المعنوية الآن هي فكرة حقيقة principe de  
la réalité des personnes morales فالشخص المعنوي يوجد بوجود عناصره المكونة  
له والقانون يقرر وجوده ولا ينشئه فاذا ما أقر القانون بوجوده فهل يعتبر موجوداً في نظر  
القوانين الاخرى وماذا تكون حقوقه في البلاد الاخرى ؟

(٣) مثلاً في فرنسا يقضى القانون الصادر في ٣٠ مايو ١٨٥٧ بأنه لا يجوز  
لشركات المساهمة الاجنبية أن تستعمل أى حق في فرنسا الا اذا كان مصرحاً لها بذلك بدكرتو  
فرنسى ( قاليرى ص ٤٥١ وص ١٢٦٥ وحاشية ١ فيها ) وقد حصل التصريح للشركات  
المكونة في بلاد معينة منها تركيا ومصر واطاليا وغيرها ويحصل التصريح بدكرتو خاص في  
الاحوال الخاصة ( قاليرى ص ١٢٦٥ حاشية ٣ ) وفي ايطاليا يجوز للشركات الاجنبية أن  
تتقاضى أمام المحاكم وأن تشتغل في ايطاليا بشرط أن تنشر فيها عقد الشركة وأن تكون  
مصالح أصحاب الاسهم من الايطاليين مضمونة « وذلك على مقتضى قانون التجارة الايطالى  
الذى صار العمل بمقتضاه من أول يناير سنة ١٨٨٣ . كذلك في النمسا شروط تضمن معرفة  
تفاصيل أعمال الشركات الاجنبية وقيود على انشائها الفروع واذا أرادت شركة أجنبية أن تفتح  
لها فرعاً في البلجيكيك أو في سويسرا وجب عليها نشر قانونها مثل الشركات الوطنية . ولا يجوز  
في تركيا لشركة أجنبية أن تفتح لها فرعاً أو توكيلاً الا اذا حصلت على ارادة بذلك — بار  
ص ٢٤٤ و ٢٤٥ وقاليرى بند ٩١٤ ص ١٢٧٥ « وبه تقسيم للبلاد المختلفة من حيث  
قبولها الشركات الاجنبية وتقييد عملها أو عدم تقييده » هذا ومن العقبات الكبرى لفتح فروع  
للشركات الاجنبية في بعض البلاد وجوب دفع ضرائب كبيرة عليها ولذلك فكثير منها يطلب  
ترخيصاً بشركات جديدة تستمد جنسيتها من البلاد التي تشتغل فيها وتكون على اتصال بالشركات الاصلية  
وتسمى الشركة الجديدة في هذه الحالة « وليدة » الشركة الاصلية filiale ( قاليرى ص ١٢٧٧ )

نقص التشريع  
المصرى

ومحل التساؤل الآن هو ماهية القانون الذى يحكم هذه الاشخاص المعنوية الاجنبية وأهمية هذا السؤال ظاهرة فان هذا القانون هو الذى يستند اليه الشخص المعنوى : هو الذى يبين شروط وجوده فى العالم القانونى وشروط صحته وهل هو شخص مدنى أو تجارى وما هى أوصافه الاخرى وكيف يجب أن يكون اسمه وتكوين رأس ماله ومقدار حقوقه وواجباته وطبيعتها ومن هم المسؤولون عن ادارة أعماله وغير ذلك مما يتعين كله بتعيين القانون الذى ينتسب اليه الشخص المعنوى<sup>(٤)</sup>

النظريات المختلفة

كبيراً ولا تقل النظريات فى هذه النقطة عن ست : —

النظرية الاولى : أن الشخص المعنوى يكون تابعاً فى الجنسية للدولة التى سمحت بتأليفه وتكوينه وهذه النظرية مبنية بالضرورة على نظرية أن الدولة هى التى تستحدث الاشخاص المعنوية وقد ثبت فساد هذه النظرية وأصبح من المقرر الآن أن الدولة لا تستحدث الاشخاص المعنوية وانما تقرر وجودها والاقرار شئء والانشاء شئء آخر فاذا كان الشخص موجوداً فلا تكون جنسيته جنسية الدولة التى أقرت بوجوده لأنه يصح أن يقر بوجوده عدد من الدول فأبها تكون جنسيته هى جنسية الشخص ( راجع حاشية ٢ )

١ : جنسية الدولة التى أوجدته

النظرية الثانية : أن يكون للشخص المعنوى جنسية أعضائه أو بالاقبل جنسية أغلبية أعضائه<sup>(٥)</sup> ولكن فى هذه النظرية انكاراً للشخصية الخاصة التى تكون له والتى هى مستقلة عن شخصية الاعضاء وقد يكون الاعضاء من جنسيات مختلفة وقد تتغير جنسيات الاعضاء بانسحابهم وحلول غيرهم مكانهم وقد لا يكون لشخصية الاعضاء أدنى دخل فى تكوين الشخص المعنوى كما اذا كانت شركة مساهمة عامة، أو شركة أموال على العموم<sup>(٦)</sup>

٢ : جنسية الاعضاء

(٤) قاردن فاليرى بند ٩٠٠ ص ١٢٦٢

(٥) قارى سومبير جز ٢٠ ص ٢٦٧

(٦) فاليرى ص ٤٤٣

النظرية الثالثة : تقضى بأن تكون جنسية الشخص المعنوى هي جنسية البلد الذى تمت فيه الاجراءات التى أنشأته pays où l'acte qui lui a donné naissance est devenu définitif<sup>(٧)</sup> وهذا تطبيق لمبدأ النشوء فى قطر أو إقليم معين jus soli كما يتصل المولود بجنسية البلد الذى ولد فيه ( بند ١٠٦ ) ولكن تطبيق هذا المبدأ على الشركات غير مديد لانه من المحتمل أن يتعين هذا البلد بطريق الصدفة وقد يحصل النزاع على معنى تمام الاجراءات وهل هو امضاء العقد أو تسجيله أو الحصول على دكرتو أو غير ذلك من الاجراءات وقد تتخذ هذه النظرية شكلا آخر فيقال ان جنسية الشركة تتحدد بالبلد الذى نشأت فيه الشركة pays où elle se constitue ويكون الغرض البلد الذى حصلت فيه على الترخيص بوجودها أو على تسجيلها طبقاً لمقتضيات القانون الانجليزى مثلاً ولكن الاعتراض على ذلك هو ما قدمنا من أن الالتجاء الى هذا البلد قد يكون عرضياً وقد يكون لمجرد الخروج من حكم القانون الذى يجب أن يحكمها<sup>(٨)</sup>

النظرية الرابعة : تمنح للشخص المعنوى جنسية البلد الذى يكون فيه ميدان عمله ou s'exerce son activité<sup>(٩)</sup> وهذه النظرية مفيدة من الوجهة العملية لانها لا تجعل الشخصية خاضعة لشخصية المؤسسين ولا تجعلها خاضعة لتقدير المحاكم وانما تربط الشخصية بقيد مادي هو محل عمل الشخص المعنوى فكل الاشخاص المعنوية التى تجعل فرنسا مثلاً محلاً لعملها يجب أن تعتبر فرنسية ولكن عيب هذه

(٧) فيور من ٦٣٨ نقلاً عن ارمانيون من ٣٨٨ المحل المتقدم فى حاشية ١ هنا

(٨) فارن فاليرى من ١٢٥٦—١٢٥٧ وراجع ما سياتى فى بند ٢٦٧ بخصوص

الشركات الانجليزية التى الغتها المحاكم المختلطة رغم صحتها تكوينها طبقاً للقانون الانجليزى حيث سجلت طبقاً لمقتضياته

(٩) ليون كان ورينو فى الشركات جزء ٢ نمرة ١١٦٧ وقايس ٢ من ٤٨٠ وهذه

النظرية مفيدة لفرنسا مثلاً حيث تجعل جميع الشركات التى تشتغل فيها فرنسية ولكن ماذا عسى أن تكون جنسية الشركات التى تكونت فى فرنسا والتى تشتغل فى الخارج وفى بلاد مختلفة؟

٣ : جنسية البلد  
الذى تمت فيه  
الاجراءات

٤ : جنسية  
ميدان العمل

النظرية أنها تخطط بين تكوين الشركة وبين ميدان العمل وأن هذا يصحح أن يكون في بلاد مختلفة أو في جميع بلاد العالم مثال ذلك شركة عربات النوم الدولية وشركات الملاحة التي تشتغل في جميع أنحاء العالم

٥ : ترك  
التقدير للمحكمة

النظرية الخامسة : تقضى بترك الامر لتقدير المحكمة نظراً لكونه مسألة مادية متعلقة بالوقائع فتقدر المحكمة ما هي جنسياتها بحسب الظروف مستندة الى محل تكوين الشركة ومركزها ومحل ادارتها أو أعمالها والبلد الذي جمع فيه رأس مالها ومجموع هذه الامور أو أغلبها مع مراعاة طبيعة كل شركة ومراعاة عدم استعمال الغش لنسبة جنسية معينة الى الشركة لم تكن جنسياتها الحقيقية <sup>(١٠)</sup> وعيب هذه النظرية أنها لا تخرج من الشك الى اليقين في مادة يجب فيها التدقيق وان كانت مراعاة الظروف المذكورة من المسائل التي تجعل القاضي ينقاد الى الحكم الصحيح في أغلب الأحوال

٦ : نظرية  
المركز الرئيسي

النظرية السادسة : وهي في نظرنا النظرية الصحيحة تقضى بأن تكون جنسية الشخص المعنوي هي جنسية البلد الذي به مركزه الرئيسي أو مركزه الادارى *siège social* أو *siège administratif* دون مركز أعماله *centre d'exploitation* وقد يجمع المركزين لفظ المركز الاصلى *principal établissement* ولكن بناء الجنسية على مركز الاعمال قد سبق نبذه في النظرية الرابعة فلم يبق الا الاعتماد بالمركز الادارى أو كما يسميه القانون المصرى مركز الشركة الاصلى *principal siège social* ( ٤١ / ٤٧ تجارى ) <sup>(١١)</sup>

(١٠) دسپانييه بند ٥١ ص ١٦٨

(١١) يرى المسيو أرمانيون أنه يجوز لمؤسسى الشركة أن يختاروا لها أحد قانونين : اما قانون البلد الذي يكون فيه ميدان عملها واما قانون البلد الذي يكون فيه مركزها الادارى وتكون القاعدة في نظره هي هذا القانون الاخير الا اذا اختاروا الاول ( راجع مقالته عن الاشخاص المعنوية المشار اليها في حاشية ١ هنا وص ٢٤—٢٦ من الطبعة المستقلة وكتابه في الاجاب وأصحاب الحمايات ص ٢٠٠ ) ولكن هذا الرأى منقوض بالرد على النظرية الرابعة والمحاكم المصرية قد رفضته صلباً كما سيتضح من بند ٣٦٧



بيان النظرية  
المصحيحة

ولتفسير ذلك نقول نقلا عن الاستاذ فاليري<sup>(١٢)</sup> انه كلما تأسست se fonde شركة أو جمعية أو أى مجتمع آخر من الأشخاص أو مجموعة من الاموال فالترتيب الطبيعي يوجب عليها أولا أن تبرز الى عالم الوجود exister، ثم بعد ذلك يمكنها أن تشرع فى الاعمال التى جعلتها من أغراضها . فاذا ما كوَّنت شركة فى باريس مثلا لاستثمار منجم فى بلاد روسيا أو سكة حديدية فى بلاد الصين أو لإنشاء ميناء فى البرازيل فانها قبل أن تبدأ أى أمر فى هذه البلاد التى ستكون ميدان العمل بالنسبة اليها يجب عليها قبل كل شئ أن تضع الأساس الذى تقوم عليه الشركة : يلزمها من أول لحظة أن يكون لها جنسية معينة يحكمها قانونها كما يجب أن يكون للمولود جنسية معينة من وقت ولادته لتتعين حقوقه وواجباته بمقتضى قانونها . وهذه الجنسية هى جنسية البلد الذى تجعل فيه الشركة مركزها والذى يكون فيه محل ادارتها الرئيسية . لأن من هذا المركز تصدر أوامرها لعمالها أو وكلائها وفى هذا المركز توجد خزائن أموالها وفيه انشاء دفاتر حساباتها وبالاختصار يكون هذا البلد محلا لمركزها الاصلى principal siège social ولا وجه للنظر فى خضوعها لجنسية البلد الذى سيكون فيه ميدان عملها مثل روسيا أو الصين أو البرازيل لأن هذا أمر حادث بعد تكوينها وقد يكون عرضياً وقد يكون عملها فى بلاد مختلفة فلا محل للبحث فى اخضاعها لجنسيات تلك البلاد المختلفة

استبعاد حالة  
الفش

غير أنه يجب من أجل القول بجنسية مركز الشركة الاصلى أن يكون هذا المركز حقيقياً أى أن يكون وجوده أمراً واقعاً مطابقاً للحقيقة لا مختاراً بطريق الفش لمجرد الوصول الى عدم الخضوع لقانون الجهة التى تأسست فيها الشركة بالفعل والتى كان يجب أن يوجد فيها المركز الاصلى ولكنه لم يوجد نظراً لكون المؤسسين أرادوا أن يخرجوا عن حكم قانونها الى حكم قانون جهة أخرى قد يكون أخف قيوداً وأسهل أحكاماً

(١٢) فاليري ص ٤٤٣ - ٤٤٧ وص ١٢٥٩ - ١٢٦١



وهذه النظرية هي التي أخذ بها المشرع المصري في المادة ٤١/٤٧ تجارى  
والتي أخنت بها المحاكم المختلطة للتمييز بين الشركات التي يجب أن تخضع للقانون  
المصري والشركات الأجنبية التي لا تخضع لحكمه ( بند ٣٦٧ )

وفي تطبيق هذه النظرية محل للبحث عن حقيقة الحال وتطبيق نظرية الغش  
نحو القانون Fraude à la Loi التي سبقت الإشارة إليها في بند ١٣٥ ، عند  
اللزوم ؛ ويظهر الغش هنا من اختيار الشركاء أو الاعضاء لمركز الشركة في بلد  
معين غير البلد الذي أسست فيه بالفعل والذي كان يجب أن يوجد فيه مركز  
ادارتها ويكون ذلك الاختيار لمجرد الحصول على منفعة خاصة من قانون البلد الذي  
اختاروه حتى يسهل انشاء الشركة أو يسهل عملها أو جعلها وتصفياتها عند اللزوم  
طبقاً لهذا القانون دون قانون البلد الآخر

٣٦٥ - هذا ومنعاً للتكرار في الفصل الثاني المختص بالعلائق التجارية  
سنتكلم هنا عن الاشخاص المعنوية الخاضعة للقانون المدني والخاضعة للقانون التجاري  
ونجمع بينهما هنا وبذلك لا يتجزأ الموضوع وتكون الفائدة كاملة خصوصاً لأنه  
ليس ثمة من نصوص مدنية في الموضوع

ملاحظة شكاية

٣٦٦ - المادة الوحيدة التي تتكلم على موضوع الاشخاص المعنوية في  
القانون المصري هي المادة ٤١/٤٧ من القانون التجاري ولا يوجد في القانون  
أحكام وإرشادات أخرى غيرها . وإذا كانت المادة التاسعة من لائحة ترتيب  
المحاكم المختلطة المعدلة بذكرتو ٢٥ مارس ١٩٠٠ تنص على أن مجلس بلدى  
الاسكندرية يكون في علاقته مع الاهالى غير خاضع لاختصاص المحاكم المختلطة  
فإن الغرض الوحيد من هذه المادة هو منع المحاكم المختلطة من تطبيق نظرية الصالح  
المختلط Théorie de l'intérêt mixte على هذا المجلس وبالتالي اعتباره مصلحة  
وطنية في قضاياها مع الاهالى كما هي الحال في مصالح الحكومة الأخرى رغمًا من كون  
أعضائه من جنسيات مختلفة ومن كونه يمثل مصالح المدينة وفيها الاهالى

النصوص  
المصرية

والاجانب على السواء<sup>(١)</sup>

والمادة ٤١ من القانون التجارى الاهلى انما تسرى على الشركات التى تؤسس القانون الاهلى فى مصر من مصريين فقط . فاذا تأسست الشركة من مصريين وأجانب فاتها تكون خاضعة للقانون المختلط والمحاكم المختلطة طبقاً للقواعد العامة المعتبرة فى التمييز بين ميدان تطبيق القانونين الاهلى والمختلط<sup>(٢)</sup> فاذا نشأت الشركة صحيحة طبقاً للقانون الاهلى فلا أهمية لما يحدث بعد ذلك فى حياتها من انتقال أسهمها الى أيد أجنبية أو انتقال ادارتها الى أيد أجنبية وتظل خاضعة للقانون الاهلى طول حياتها وذلك لا يمنع من أن يصبح الاختصاص فى شؤونها من أمر المحاكم المختلطة اذا وجد للاجانب مصلحة فيها ، ولكن الاختصاص أمر والقانون أمر آخر ويكون مثلها كمثل الفرد المصرى الذى يقاضى أمام المحاكم المختلطة بسبب علاقته مع الاجانب<sup>(٣)</sup> وسيأتى تقرير مبدأ عدم امكان تغيير جنسية الشركة أو القانون الذى نشأت عليه فى بند ٣٦٧ مكرراً بالنسبة للشركات الاجنبية التى تنقل مركز ادارتها وميدان عملها الى مصر ، طبقاً لأحكام القضاء المختلط فى الموضوع والسبب فى ذلك هو استقلال شخصية الشركة عن شخصية الشركاء والمثل الحى على شركة مصرية خالصة عن العناصر الاجنبية بمقتضى نظام تكوينها هو شركة المساهمة المعروفة باسم « بنك مصر » وتنص المادة ٤٧ من القانون التجارى المختلط على أن « جميع شركات المساهمة التى تؤسس qui se fonderont بالقطر المصرى يجب أن تكون مصرية

[٣٦٦] (١) راجع فى النظرية كتابنا المرافعات بند ٢٨٤ — ٢٨٩ وخصوصاً ٢٨٦ و٢٨٧

(٢) راجع المرافعات بند ٢٨٥

(٣) راجع نص النظرية فى المرافعات بند ٢٨٤ وحكم س م ٢١ يونيه ١٨٩٤ مع ت م ٦ ص ٣٢٠ فى قضية يوسف زاده ضد شركة مياه القاهرة وهى شركة مصرية حيث قرر « ان المنازعات التى تحصل بين شركات المساهمة حتى المصرية منها وبين أى شخص آخر حتى لو كان مصرياً هى من اختصاص المحاكم المختلطة لان هذه الشركات التى يكون مساهموها أو يصح ان يكون مساهموها من جنسيات أجنبية مختلفة تمثل مصالح مختلطة وهذه المصالح قد عهد الى المحاكم المختلطة بالمحافظة عليها

seront toutes de nationalité égyptienne وأن يكون مركزها الاصلى  
devront y avoir leur principal siège social بالقطر المذكور «

عمل تطبيق  
المادة

وظاهر ان المادة لا تعنى غير شركات المساهمة التى « تؤسس » فى القطر وهى  
تجعلها جميعاً من جنسية مصرية أى خاضعة للقانون المصرى وللمحاكم المصرية واذ  
كانت كلها تقريباً تشتمل على عنصر أجنبى فى تكوينها فانها تكون خاضعة للقوانين  
والمحاكم المختلطة حتى فى الاحوال التى يكون فيها عنصر مصرى وحتى فى الاحوال  
التى يكون فيها جميع الاعضاء والمؤسسين أجنب من جنسية واحدة فانها تعتبر  
مصرية الجنسية خاضعة للقوانين والمحاكم المختلطة ويكفى أن تؤسس الشركة فى  
مصر حتى تكون مصرية الجنسية

ولكن المادة لا تسرى على الشركات التى لا تؤسس فى مصر ولا تسرى على  
الشركات التى ليست شركات مساهمة فلا تطبق على شركات التوصية  
en commandite ولا شركات التضامن en nom collectif ولا على الشركات  
المدينة التى لا تتخذ الشكل التجارى « بالمساهمة »<sup>(٤)</sup> ولا على الجمعيات التى ليس  
لها غاية فى الربح بل تتوخى أغراضاً أدبية أو سياسية مثل الجمعيات الخيرية والعلمية  
وجمعيات التبشير بالدين المسيحى التى جعلت الشرق ميداناً لنشاطها . هذا وسنتكلم  
أولاً عن شركات المساهمة ثم ننقل الى غيرها

(٤) ليست كل شركة مساهمة شركة تجارية اذ الصنة التجارية أو المدنية انما تكون  
بحسب الغرض من الشركة كما هو مبين فى عقدها لا بحسب الشكل فالشركة التى غرضها استثمار  
منجم تكون مدنية وان اتخذت الشكل التجارى بان كونت نفسها فى شكل شركة مساهمة — من  
م ١٤ يونيه ١٩١١ مج ت م ٢٣ من ٣٦٣ وكذلك الشركة التى غرضها استغلال عقارات  
تعتبر مدنية : س م ٤ فبراير ١٩١٤ مج ت م ٢٦ من ١٩٥ ولا عبرة باستنتاج صفة الشركة  
التجارية من مجرد دخولها فى بعض أعمال تجارية اذا لم يكن غرضها الاساسى الاتجار اذ  
العبرة هى بما هو مدون فى عقدها : س م ٢٦ مارس ١٩١٣ مج ت م ٢٥ من ٢٦٣

## المطلب الاول - شركات المساهمة

٣٦٧ - يدخل تحت عنوان شركات المساهمة جميع الشركات المعروفة في القانون الفرنسى ونحوه باسم شركات المساهمة sociétés anonymes وجميع الشركات المعروفة في القانون الانجليزى باسم الشركات محدودة المسؤولية Limited Liability Companies التى يرمز لها بلفظ Ltd. أو جميع الشركات المعروفة في القانون الالماني باسم شركات الاسهم Aktiengesellschafts التى يرمز لها بحرف A. G. ونحوها

فاذا تأسست شركة من مثل الشركات المذكورة في مصر فيجب عليها حتما أن تتبع القانون المصرى من حيث الشروط التى يتطلبها لتكوينها ولاستصدار مرسوم من جلالة ملك مصر مصدق على الشروط المندرجة في عقد الشركة ومرخص بتشكيلها ويجب اجراء الاعلان والنشر اللازم عنها في مصر طبقاً للقانون<sup>(١)</sup> كما يجب عليها أن تجعل مركزها الاصلى في القطر المصرى

فاذا لم تتبع الشركة التى تأسست في مصر نصوص القانون المصرى في كل ما تقدم فانها تعتبر باطلة في نظر القانون المصرى والمحاكم المصرية حتى لو كانت قد أنشئت أو حصلت على ترخيص أصولى طبقاً لقانون بلد آخر كقانون انجلترا مثلاً فسجلت طبقاً لمقتضيات ذلك القانون وذلك لأن صحة انشاء الشركة طبقاً للقانون الانجليزى وكونها تعتبر صحيحة أمام المحاكم الانجليزية ليس لها أدنى تأثير في نظر

---

[٢٦٧] (١) جرت العادة بأن يذكر في المرسوم الالفاظ الآتية : رخص افلان وفلان . . . انؤسسوا على ذمتهم ونحت مسؤولتهم في القطر المصرى شركة مساهمة تدعى . . . بحيث لا يترتب على هذا الترخيص أدنى مسؤولية تمود في اية حال من الاحوال على الحكومة وبشرط ان يتبع المذكورون في ذلك قوانين البلاد وعاداتها ونصوص النظام المرفقة نسخة منه بهذا المرسوم موقعا عليها منهم ولا يترتب على اعطاء هذه الرخصة أدنى مسؤولية أو احتكار أو امتياز من الحكومة أو عليها ، وعلى وزير المالية تنفيذ هذا المرسوم . ويحصل النشر اللازم في الجريدة الرسمية على مصاريف الشركة



القانون المصرى متى كانت الشركة قد تأسست فعلا فى مصر ولم تقم بمقتضيات القانون المصرى وتستحصل على مرسوم من جلالة ملك مصر ليقر وجودها

وقد قررت محكمة الاستئناف المختلطة فى هذا الموضوع فى قضية هامة متعلقة بشركة انجليزية تسمى شركة الاراضى المدنية والزراعية المصرية City and Agricultural Lands of Egypt Company Limited أن جنسية الكائنات المعنوية ليست مما يدخل فى ميدان الاتفاقات غير المقيد : ليس لشركة مساهمة ولا يمكن أن يكون لها جنسية غير التى تستنتج قانوناً من الظروف التى انشئت فيها وكل بيان أو اتفاق أو اجراء يخالف هذه القاعدة المعتبرة من النظام العام يكون باطلا قانوناً ولا يعمل به (٢)

قضية هامة

وقد بينت المحكمة فى القضية نفسها معنى كلمة التأسيس الواردة فى المادة ٤٧ ماهو التأسيس ؟

تجارى فقالت « تأسيس الشركة معناه تكوينها بواسطة الاجتماع للتوقيع على العقد المبين لقواعد وشروط ادارة اشغالها بقصد الحصول على الترخيص اللازم وبواسطة الاكتتاب برأس المال ولا تعتبر الشركة موجودة كشركة مساهمة قبل صدور الامر العالى بانشاءها ولكن المرسوم لا يؤسس الشركة وانما يؤسسها المؤسسون . واذا كان وضع قواعد وشروط ادارة أعمال الشركة والا ككتاب فى رأس المال وامضاء مشاركة الشركة وقانونها أو نظامها انخاص قد تم كله فى مصر وكان غرضها الاساسى هو الاستثمار فى مصر وكان مركزها وادارتها وأساس أعمالها قائماً فى مصر وجميع مصالحها متجمعة فيها فان هذه الشركة يجب أن تعتبر فى مصر شركة مصرية وخاضعة للقانون المختلط واذا لم تكن قد حصلت على المرسوم اللازم لها فانها تعتبر باطلة وغير موجودة قانوناً ولا يمكن مطلقاً ان تغفل من هذا الحكم بتمسكها بأنها قد

(٢) س م ٢٩ ابريل ١٩٠٨ مج ت م ٢٠ ص ٢٢١ . كذلك حكم بان شركة المساهمة الانجليزية التى ليس فيها من انجليزى سوى اسمها والتى لم تتبع القانون المصرى لكونها تأسست فى مصر هى شركة باطلة قانوناً ولا وجود لها : س م ١٣ ابريل ١٩١٠ مج ت م ٢٢ ص ٢٥٧ ( راجع حاشية ٦ فيما يلى )



سجلت عقدها في بلد آخر غير مصر وتكون الحال كذلك حتى اذا ما انتقل الشركاء المؤسسون ليحرروا العقد في الخارج (٣)

وكذلك حكمت في ٢٩ مايو ١٩٠٩ ببطالان شركة أخرى كانت تسمى شركة تنمية حلوان Helouan Development Co. Ltd. واعتبرتها غير موجودة قانونا وعينت لها ثلاثة مصفيين ليقوموا بتصفيتها بصفة قضائية وقد كانت الشركة شرعت في تصفية اعمالها بصفة ودية طبقاً للقانون الانجليزي بعد مرور ثمانية عشر شهرا على وجودها فطلب أحد حملة الاسهم الانجليز من قاضي قنصليته ان يمنع المصفي المعين من قبل الشركة من تسليم ما بيده من الدفاتر والاموال فحكم له قاضي القنصلية بذلك بانبا حكمه على عدم اختصاص المحاكم المختلطة بالحكم ببطالان شركة انجليزية مسجلة طبقا للقانون الانجليزي وبذلك وجد خلاف حاد بين المحاكم المختلطة والمحاكم القنصلية (٤)

وظاهر جدا أن فكرة الغش نحو القانون المصري (٥) هي التي جعلت المؤسسين في الحالتين السالفتين وامثالهما يفرون من اجراءاته ويحصلون باجراءات بسيطة على الجنسية الانجليزية لشركتهم ولكن المحاكم المصرية لا يمكنها ان تسمح بالافلات من من حكم القانون المصري في الاقليم المصري ذاته ولذلك فهي تحكم ببطالان الشركة وعدم وجودها في نظر القانون المصري رغم كونها تعتبر شركة صحيحة طبقاً للقانون الانجليزي ( بند ٣٦٤ ) (٦)

(٣) م ٢٩ ابريل ١٩٠٨ مج ت م ٢٠ ص ٢٢٢

(٤) راجع تقرير المستشار القضائي عن سنة ١٩١٠ ص ٢٠ ، والجازيت ١ ص

٣٦ حيث نشر حكم قاضي القنصلية و م ٦٥ حيث انتقدت الحكم وملاحظات المسيو ارمانيجون على الموضوع في مقالة له في مصر المصرية علقت عليها الجازيت ١ ص ٩٧ — ٩٩

(٥) راجع رأينا في نظرية الغش نحو القانون في بند ٣٩٢

(٦) ذكر المستشار القضائي في تقريره عن سنة ١٩١٠ ص ٢٠ ، حقائق في

غاية الاهمية عن موضوع الشركات في مصر من ذلك قوله عن انشاء الشركات في مصر بطريق الغش « انه في عصر الرخاء العظيم أو عصر المضاربات في سنة ١٩٠٥ وما بعدها انشئت في

حالة الشركات  
الباطلة

ويجب ان يلاحظ ان الشركات الباطلة لعدم تشكيلها طبقاً للقانون المصرى تعتبر باقية بالفعل من أجل تصفيتها وان البطلان ليس له من أثر سوى جلب التصفية بدون ان يترتب عليه المساس بالأعمال التى تمت أو تتم من وقت اشتغال الشركة من بدء عملها الى يوم الحكم ببطلانها<sup>(٧)</sup> وان بطلان الشركة لا يمنع من مطالبة المكتتبين بدفع باقى ثمن ما اكتتبوا به وفاءً لديون دائنى الشركة<sup>(٨)</sup>

٣٦٧ مكرراً — الشركات التى لم تؤسس فى مصر : هذه لا تلزم بالخضوع للقانون المصرى اذا ما ارادت ان تشتغل فى مصر اذ يكفيها أن تكون قد اتبعت

الشركات التى  
لم تؤسس فى مصر

مصر شركات عديدة وكان من اشهر الطرق التى يتخذها منشؤها لانتشار اسمها طريقة « حصص التأسيس » فكان بعض ذوى الأغراض يشيع ان الشركة المراد تأسيسها لها مستقبل باهر عديم النضير وان حصص التأسيس لا تلبث ان تبلغ فيها قيمة عالية فيقبل الناس على الاكتتاب وكان منشئو الشركة يحفظون لانفسهم طبعاً كل حصص التأسيس ولا يسطون منها المكتتبين الا قليلا بنسبة ما يكتتبون به وفى اثناء ذلك يكون القائمون بالشركة قد « تخلصوا » من حصص التأسيس التى لديهم بأثمان عالية فيصبحون ولا يعينهم من أمر الشركة شيء لانهم لم يصرفوا في سبيلها درهما ولم يعد بهمهم أنجححت أم خابت ، واذا انصرفت عن الشركة عناية منشئها أخذت في الحال قيمة اسمها في النزول وكسدت لان حصص التأسيس وهى التى أغرت الجمهور في الاقبال على ابتياع الاسهم واصبحت لا تباع ولا تشرى وأولئك يتمتعون بما كسبوا . ويقال ان بعض مهرة المالىين في هذه البلاد تمكن بهذه الوسيلة من انشاء أربع شركات في نصف شهر وربح من وراء كل منها ربحا كبيرا . . . . بعد ذلك وضع قرار مجلس النظار في ٣ يونيو ١٩٠٦ بان لا يرحض بتشكيل الشركات في المستقبل اذا كان من نظاماتها ايجاد حصص تأسيس بها ما لم يكن الغرض من هذه الحصص مكافأة من يقدم للشركة اختراعا أو امتيازا من الحكومة مما لا تقدر قيمته بمال . . . . عمدت الحكومة الى عدم الترخيص بانشاء الشركات اذا كان من ورائه ما يخشى منه على اموال المكتتبين الذين يصدقون كل ما يقال . ولكن هذا الاحتياط لم يؤثر في الشركات التى شكلت في البلاد الاجنبية طبقا لقوانين تلك البلاد خصوصا في انجلترا حيث وجدوا من سهولة قوانينها في مواد الشركات ما يعينهم على تنفيذ اغراضهم فاصبحنا نرى شركات جل اعمالها بل كلها في مصر تؤسس على نظام شركات المساهمة الانجليزية . . . . وليس في انجلترا غير مكتب وكاتب . . . . ضج المساهمون فطلبوا من المحاكم الحكم بالغناء هذه الشركات عند ما طلب منهم دفع التأخر من رأس المال . . . .

(٧) س م ٢٧ يناير ١٩٠٩ مج ت م ٢١ ص ١٤٦

(٨) س م ١٥ مايو ١٩١٢ مج ت م ٢٤ ص ٣٤١ و س م ٢٦ مارس ١٩١٤

مج ت م ٢٦ ص ٢٩٦ و س م ٢٦ مايو ١٩١٥ مج ت م ٢٧ ص ٣٥١

ما يمليه عليها قانون البلد الذى تأسست فيه <sup>(١)</sup> والمراد بالتأسيس ما مر بحسب أحكام المحاكم المختلطة الواردة فى البند السابق

والشركات التى تؤسس فى الخارج تتخذ مركزها الاصلى فى الخارج وتعتبر <sup>ما هو المركز الاصلى ؟</sup> اجنبية ويجب أن تتبع القانون الذى تأسست تحت سلطانه وهو قانون مركزها الاصلى وقد حكمت المحاكم المختلطة بأن المركز الاصلى هو المحل الذى توجد فيه هيئات الشركة الاساسية ( رئيسها ومجلس ادارتها وجميعيتها العمومية ونحو ذلك ) وفيه حياتها القانونية ومنه مصدر الادارة والمراقبة وبالاختصار هو محل ادارة الشركة الرئيسية <sup>(٢)</sup> Head office أو lieu de son administration sociale

وقد حكمت هذه المحاكم بأن من حق كل شركة مساهمة اجنبية حقيقة أن <sup>حقوق الشركات الاجنبية</sup> يعترف بها فى مصر بصفتها شخصاً معنوياً يصح له التقاضى أمام المحاكم المصرية ويصح له أن يشتغل بالتجارة والصناعة فى مصر سواء بطريق مباشر أو بواسطة فروع يفتحها فى مصر <sup>(٣)</sup> كذلك حكم بأن مجرد وجود ميدان حركة الشركة ودائرة أعمالها فى مصر لا يجعل الشركة مصرية الجنسية ما دامت انها قد أسست فى الخارج وخصوصاً اذا حصل تأسيسها من أشخاص من جنسية اجنبية واحدة وبشكل من الاشكال غير المعتبرة فى القانون المصرى <sup>(٤)</sup> ( ولكن هذا ليس شرطاً )

ويتفرع عن كون الشركة اجنبية ذات جنسية معينة أنها لا تخضع لاختصاص <sup>نتائج الجنسية الاجنبية</sup> المحاكم المختلطة فى القضايا الحاصلة بينها وبين من كان من جنسيتها الاجنبية فى غير المواد العقارية طبقاً للمادة ٩ ل ت م م ولذلك حكمت بعض المحاكم بأن الشركة

(١) ولكن يجب حتماً أن تكون قد اتبعت هذا القانون باعتباره قانون جنسيتها ومتى اتبعته كانت محكومة بمقتضاه فى كل ما يتعلق بتكوينها واسمها وشروط صحتها — س م ١٥ يناير ١٩١٣ مج ت م ٢٥ ص ١٣١

(٢) س م ٢٩ إبريل ١٩٠٨ مج ت م ٢٠ ص ٢٢٢ و س م ١٥ يناير ١٩١٣ مج ت م ١٥ ص ١٣١

(٣) س م ٢٩ إبريل ١٩٠٨ مج ت م ٢٠ ص ٢٢٢

(٤) س م ١٢ ديسمبر ١٨٩٥ مج ت م ٨ ص ٤١

الأجنبية المكونة تكويناً صحيحاً طبقاً لقانون بلادها لا تفقد جنسيتها الأجنبية التي أصبحت لها فيها حق مكتسب ولا تصبح خاضعة لاختصاص المحاكم المختلطة في المنازعات الحاصلة بينهما وبين من كان على جنسيتها بمجرد وجود مساهمين أو مديريين من جنسيات أخرى فيها<sup>(٥)</sup> ومع ذلك فإذا كانت الشركة الأجنبية مشتملة على عنصر مصري في تشكيلها وفي إدارتها — كما هي الحال في شركة مياه الإسكندرية وهي شركة إنجليزية مشكلة طبقاً للقانون الإنجليزي وتحمل في آخر اسمها لفظ ليند Alexandria Water Cy. Ltd. — أو كان لها مركز « في مصر » فإنها تعتبر من حيث اختصاص المحاكم المختلطة ممثلة لمصالح مختلطة وتخضع لهذه المحاكم حتى في علاقتها مع من هم من جنسيتها الأجنبية<sup>(٦)</sup> ويلاحظ أن الحكومة المصرية كثيراً ما تشترط اختصاص المحاكم المصرية عند ما تمنح الشركات امتيازاً خاصاً كما حصل مع شركة مياه الإسكندرية فإنها اشترطت معها أن تخضع لاختصاص المحاكم المختلطة في كل ما يتعلق بالمنازعات التي تحصل بخصوص تفسير عقد الامتياز وتنفيذه وفي كل صلات الشركة وعقودها واتفاقاتها مع الجمهور وفي كل ما يتعلق بالمنازعات الأخرى حتى التي يكون للحكومة شأن فيها

هذا وكما يستمر الإنسان خاضعاً لقانون أحواله الشخصية كذلك تستمر الشركة خاضعة للقانون الذي نشأت عليه حتى لو تغيرت الظروف التي انشئت فيها أي حتى

عدم تغير  
جلسة الشركة

(٥) حكم محكمة التجارة بالإسكندرية في ١٧ يونيو ١٩١٢ جازيت ٢ ص ١٩٤ ولا محل هنا لتسك بنظرية المصالح المختلط لان المبرة قبل كل شيء هي بجنسية الشركة التي تختلف عن جاسية المساهمين والمديرين

(٦) راجع س م ١١ أبريل ١٩١٢ جازيت ٢ ص ١٤٦ قضية شركة البواخر الحديوية ( وهي إنجليزية ) ضد شركة مياه الإسكندرية ( وهي إنجليزية أيضاً ) حكم فيها في أول درجة بعدم الاختصاص من تلقاء نفس المحكمة وفي الاستئناف ألغى الحكم الابتدائي وقررت البادئ المذكورة اعتماداً على مداوات اللجنة الدولية في سنة ١٨٨٤ حيث تقرر اختصاص المحاكم المختلطة كلما كان للشركة الأجنبية مركز في مصر un siège en Egypte وذلك فضلاً عن الاتفاق المبرم المذكور في عقد امتياز شركة المياه وهذه الشركة مركز إداري في الإسكندرية تجتمع فيه كافة هيئات الشركة والحكومة ممثلة فيه قانوناً — راجع الحكم



لو تغيرت جنسيات حملة أسهمها ولو تغير مركز اعمالها أو ميدان اشغالها ولو اضطرت الى تغيير محل ادارتها أى مركزها الاصلى *siège social* وبذلك قضت محكمة الاستئناف المختلطة وبينت أن القوانين المصرية لا تتطلب أية اجراءات تتخذ من جانب الشركات التى لم تؤسس فى مصر فلا هى ملزمة بأخذ تصريح بالعمل فى مصر ولا هى مضطرة الى نشر شىء عن قانونها كما هى الحال بالنسبة للشركات التى تؤسس فى مصر . ومسائل النشر هذه لا تعتبر متعلقة بالنظام العام فلا تتطلب من جانب الشركات التى تتخذ مصر ميداناً لعملها فتأزم بالنشر سواء أسست فى مصر أم لم تؤسس فيها وقد قررت هذه المبادئ المهمة فى قضية بنك روما ضد شركة رودوكاناكى ورينولدز ليمتد *Rodocanachi Raynolds Cy. Ltd.* وكان المطلوب الحكم على المؤسسين شخصياً فحكمت المحكمة بعدم ملزوميتهم بأكثر مما لهم فى الشركة من الاموال بناء على قانون تكوين الشركة وهو القانون الانجليزى خصوصاً وان عدم الملزومية ظاهر من استعمال لفظ « ليمتد » فى اسم الشركة<sup>(٧)</sup> وتقرير هذا المبدأ يغنيننا عن البحث النظرى فى هل يصح أو لا يصح لشركة من الشركات أن تغير جنسيتها اذ الجواب ظاهر من المبدأ المذكور وهو عدم جواز تغيير الجنسية الا اذا نفضت الشركة جنسيتها الاولى بانحلالها ثم بتكوينها من جديد طبقاً لما يقضى به قانون الجنسية الجديدة وكل ما يهمنا هو البحث فى هل تأمست الشركة فى مصر ؟ فاذا كان كذلك فهى شركة مصرية ويجب أن تستصدر مرسوماً من جلالة ملك مصر والا فهى باطلة<sup>(٨)</sup> فاذا لم تؤسس فى مصر فهى أجنبية وقانونها

(٧) س م ١٥ يناير ١٩١٣ جازيت ٣ ص ٧٠ نمرة ١٣٢ مج ت م ٢٥ ص ١٣١

(٨) قارن س م ٢٣ فبراير ١٩١٠ مج ت م ٢٢ ص ١٥٤ حيث قرر ان الشركة

الاجنبية التى لها محل تجارى فى مصر وأرادت ان تحول الى شركة مساهمة لها شخصية مستقلة عن شخصية الشركة الاصلية لا يمكنها ان تفعل ذلك الا باتخاذ الاجراءات التى يوجبها القانون المصرى ( وفى الواقع ارادت الشركة ان تكون لها شركة اخرى وليدتها فى مصر *filiale* راجع حاشية ٣ بند ٣٦٤ ) فكان يجب ان تستصدر أمراً بذلك من خديوى مصر ( جلالة الملك الان ) وما لم تستحصل على ذلك ففى باطلة بصفتها شركة قانونية وبذلك تكون الشركة الاصلية الاجنبية مسؤولة عن جميع اعمال المحل المذكور بصفته فرعاً عنها



هو القانون الذى تأمست تحت سلطانه واتخذت مركزها الاصلى فى دائرة اختصاصه وتظل الشركة حافظة لجنسيتها الاجنبية المستمدة من ذلك القانون حتى لو نقلت كل شىء يخصها الى مصر فلا هى لازمة حينئذ باستصدار مرسوم مصرى ولا هى مكلفة بالنشر فى مصر اذ هى تحمل معها الى مصر قانون حالتها الشخصية طبقاً للمادة ١٩٠ م م<sup>(٩)</sup> وفى حالة الشركات الانجليزية تكون حالتها الشخصية ظاهرة من لفظ « ليمتد » الذى يوضع عقب اسم الشركة<sup>(١٠)</sup>. وقد انتقد المسيو فركامر المستشار بمحكمة الاستئناف المختلطة سابقاً هذا الرأى فى نشرة صدرت فى بروسل سنة ١٩١٣ بعنوان « الشركات التجارية المكونة فى الخارج » ولكن الجازيت قد ردت على نقده بما لا ضرورة لايضاحه هنا حيث قد شملته أبحاثنا المتقدمة<sup>(١١)</sup>

(٩) قالت المحكمة فى هذه القضية ان للشركات أو الاشخاص المعنوية حالة شخصية مثل ما للأفراد وهذا صحيح ولكن يلاحظ اختلاف الظروف بين الانسان وبين الشخص المعنوى وتأثير هذا الاختلاف فى مصر اذ لو انعدم الاختلاف لكان البت فى مسائل وجود الشركات وصحتها من اختصاص المحاكم القنصلية أو الشرعية وكان مجرد تسجيل الشركة فى انجلترا وهو ما يكسبها الجنسية الانجليزية مانها من ان تنظر المحاكم المصرية فى أمرها والعكس ثابت كما رأينا فى بند ٣٦٧ والواقع ان الشركات أو الاشخاص المعنوية لا توجد كلها أو جلها الا بالتعاقد وصحة العقد الذى كان السبب فى وجودها متوقفة على مراعاة احكام القانون المصرى اذا كانت هذه الشركات مصرية فى الحقيقة وعلى مراعاة احكام القوانين فى بلادها اذا كانت أجنبية . ومن الثابت على كل حال أن هذه المسائل فى نظر الشارع المصرى من مسائل العقود ولا دخل للاحوال الشخصية فيها ولهذا جعل الاحكام المختصة بالشركات التجارية الاهلية فى قانون التجارة الاهلى تفصل فيها المحاكم الاهلية طبقاً للقوانين المدنية والتجارية ولم يجعلها من اختصاص قضاة المحاكم الشرعية أى قضاة الاحوال الشخصية — قارن تقرير المستشار القضائى عن سنة ١٩١٠ ص ٢٠ ،، (١٠) يلاحظ ان القانون الانجليزى يميز وضع اسماء الاشخاص الاساسيين فى المساهمة وهذا ما نراه كثيراً فى اسماء الشركات الانجليزية مثل وكر وميمراكى ليمتد وسليم وسمعان صدناوى وشركاهم ليمتد وغيرها خلافاً للقانون المصرى مادة ٣٨ / ٣٢ و ٣٩ / ٣٣ تجارى — راجع حكم التجارة المختلطة باسكندرية فى أول اغسطس ١٩١١ جازيت ١ ص ١٤٥ حيث حكمت بأن افلاس شركة انجليزية ليمتد لا يستلزم الحكم بافلاس من تظهر اسماؤهم فى اسم الشركة لان ذلك جائز طبقاً للقانون الانجليزى وراجع أيضاً م ١٥ يناير ١٩١٣ ج ٢٥ م ١٣١

(١١) نقد الجازيت عليها فى السنة الثالثة م ١٣٢ — ١٣٣ وراجع نقدنا المتقدم فى بند ٣٦٤ ص ٤٤٥

## المطلب الثاني - الشركات الأخرى والجمعيات

٣٦٨ - لا شك في أن الشركات التجارية الاخرى وهي شركات التضامن وشركات التوصية وكذلك الشركات المدنية <sup>(١)</sup> والجمعيات بسائر أنواعها تتمتع بالشخصية المعنوية بحسب أحكام المحاكم المصرية الآن <sup>(٢)</sup> رغماً من عدم وجود نص على ذلك في القوانين المصرية كذلك ليس من نص يصح الرجوع اليه لمعرفة جنسية هذه الهيئات المختلفة

ونحن نرى شخصياً وجوب التمييز أولاً بين الهيئات التي يكون مركز ادارتها في مصر وبين التي يكون مركز ادارتها في الخارج . فإذا كانت الحالة الأخيرة ولم تكن الهيئة قد أسست في مصر فتكون جنسيتها أجنبية وتكون خاضعة للقانون الاجنبي الذي تأسست تحت سلطانه

أما اذا كانت الهيئة قد تكونت في مصر أو كان مركز ادارتها في مصر فلا بد التأسيس في مصر من التفصيل الآتي : -

١ : اتحاد جنسية الشركاء اذا كان المؤسسون من جنسية أجنبية واحدة أو كانوا جميعاً مصريين فتكون

[٣٦٨] (١) س م ١٣ فبراير ١٩١٣ م ج ت م ٢٥ ص ١٧٨ بخصوص الشركات المدنية التي لها أموال خاصة موقوفة على أعمالها بصفتها شركة

(٢) راجع كتابنا في المرافعات بند ٤٢٣ ص ٣٣١ حيث ذكرنا الاشخاص المدنيين على العموم في مصر وهم ولي الامر أى صاحب الجلالة الملك ويمثله أمام المحاكم ناظر الخاصة الملكية ونقابتا المحامين المختلطة والاهلية ويمثل كلا منها مجلس النقابة ودائنوا المفلس ويمثلهم في التفليسة وكيل الدائنين أو السنديك والشركات التجارية ( الا شركات الخاصة ) ويمثلها رئيس الشركة أو مديرها والشركات المدنية ذات الشكل التجارى والشركات المدنية المعتادة والجمعيات الخيرية كالجمعية الخيرية الاسلامية وجمعية العروة الوثقى والجمعيات الفنية والعلمية والتعاونية بحسب ما قرره المحاكم المختلطة والاهلية فيمثلها مجلس ادارتها أو من يعينه قانونها والاقواف الاهلية فيمثلها ناظر الوقف وقد صدرت مراسيم سلطانية بتكوين وتنظيم الجمعية السلطانية للاقتصاد السياسى والتشريع والاحصاء والجمعية الجغرافية السلطانية وغيرها وقد صدر قانون خاص نمرة ٢٧ لسنة ١٩٢٣ في ٥ يولييه يقرر لشركات التمساون الزراعية المصرية المسكونة طبقاً لاحكامه الشخصية المعنوية ويجيز لها قبول الهبة والوصية والانتفاع بالاقواف الهبوسنة لها ويجعلها خاضعة لقضاء المحاكم الاهلية

اختبار القانون  
المصرى جائز  
للشركة جنسية أعضائها<sup>(٣)</sup> اللهم الا اذا كان المؤسسون الاجانب المتحدون الجنسية  
قد التجأوا الى شكل من أشكال الشركات المقررة في القانون المصرى واتخذوه  
لشركتهم فيجب احترام ارادتهم في هذه الحالة ويكون قانون الشركة هو القانون  
المختلط وهذا تطبيق خاص لمبدأ احترام ارادة المتعاقدين السابق شرحه في بند ٢٥١  
والآتى الكلام عليه في بند ٣٩٥ ب<sup>(٤)</sup> وتقديساً لهذا المبدأ قد قررت المحاكم المختلطة  
أن أقلام تسجيل عقود الشركات فيها مفتوحة لجميع الشركات التى تؤسس في  
مصر حتى يتسنى لكل من يهمهم أمر هذه الشركات ان يحصل على المعلومات  
اللازمة له<sup>(٥)</sup>

٢ : اختلاف  
الجنسية  
أما اذا تكونت في مصر من أشخاص من جنسيات مختلفة فاتها تكون حتماً مصرية  
الجنسية خاضعة للقوانين والمحاكم المختلطة في كل ما يتعلق بتكوينها وشكلها وحقوقها  
وواجباتها ويطلق عليها في العمل لفظ « مختلطة الجنسية » *de nationalité mixte*  
وهو لفظ غريب انما يراد به الخضوع للنظام المختلط<sup>(٦)</sup> وهذه الشركات يجب عليها  
أن تختار شكلاً مقررًا في القانون المصرى ويجب عليها أن تقوم بالنشر المطلوب  
بحسب هذا القانون ولذلك حكمت المحاكم المختلطة بأن المشرع المصرى لا يعترف  
الا بثلاثة أنواع من الشركات التجارية وهى شركات المساهمة والتضامن والتوصية  
( عدا شركات المحاصة التى ليس لها شخصية معنوية<sup>(٧)</sup> ) فلا يجوز لهذه المحاكم  
ان تعترف بصحة شركة محدودة المسؤولية تستند الى القانون الالماني الذى يميز  
شكلاً خاصاً هو عبارة عن شركات توصية بدون تضامن من جانب الشركاء

(٣) س م أول مارس ١٨٩٩ مج ت م ١١ ص ١٣٨

(٤) قارن ارمانيون « الاجانب وأصحاب الحماية » ص ٢٣٥

(٥) س م ١٢ يونيه ١٩٠٧ مج ت م ١٩ ص ٣٠٤

(٦) قارن س م ٢٧ يناير ١٩٠٤ مج ت م ١٦ ص ١١٥ و س م ٣٠ مايو ١٨٩٥

مج ت م ٧ ص ٣١١ و س م ١٧ يونيه ١٩١٥ جازيت ٥ ص ١٤٥ نمرة ٣٧٣

(٧) قارن س م ٢١ فبراير ١٩١٢ مج ١٣ ص ١٧٥

المديرين أو المذكورة اسماؤهم ضمن اسم الشركة وهي التي يمكن تسميتها -comman-  
 dite sanscommandités أو بحسب القانون الالماني Gesellschaft mit Bes-  
 chraenker Haftung اذا كانت هذه الشركة قد تكونت في مصر بين اشخاص  
 مختلفي الجنسية اللهم الا اذا كان من الممكن ان تدخل تحت نوع من الانواع الثلاثة  
 المتقدمة الذكر وبشرط ان تكون الاجراءات التي يتطلبها القانون المصري للمحافظة  
 على المصلحة العامة قد روعيت ومع اهمال شرط تحديد المسؤولية بالنسبة لمن يسألون  
 طبقا للقانون المصري <sup>(٨)</sup> ذلك لانه اذا سمحت المحاكم بصحة شركة من هذا  
 القبيل فانها تكون قد منحتها امتيازاً يبلغ حد اللامسؤولية لا تتمتع به الشركات المشككة  
 تشكيميا صحيحاً طبقاً للقانون المصري وقد اكدت محكمة الاستئناف المختلطة هذا  
 المبدأ من جديد في قضية اخرى تختلف ظروفها عن القضية الاولى من حيث ان  
 الشركة بعد ان شكلت نفسها طبقا للشكل الالماني السابق ، وسجلت عقدها في  
 القنصلية الالمانية ، رجعت الى المحاكم المختلطة فسجلت عقدها فيها من جديد  
 فاعتبرت المحاكم المختلطة الشركة مصرية صحيحة الشكل طبقا للقانون المختلط  
 باعتبارها شركة تضامن أو توصية والغت شرط المسؤولية المحدودة لصالح الشركاء  
 المديرين أو المذكور اسمهم ضمن اسم الشركة لكونه مخالفاً لنص المادة ٢٩ تجارى  
 مختلط وما بعدها <sup>(٩)</sup>

(٨) س م ١٢ يونيه ١٩٠٧ مج ت م ١٩ ص ٣٠٤

(٩) س م ١٧ يونيه ١٩١٥ جازيت ٥ ص ١٤٥ نمرة ٣٧٣ مج ت م ٢٧

ص ٤١٩ وهذه الشركة كانت تسمى Stern frères G. M. B. II. والحروف رمز  
 لنوع الشركة وهي الحروف الاولى من الكلمات الالمانية الاربعة المذكورة في المتن هنا

# الفصل الثالث

## الصلات العائلية

والحقوق الشخصية الأخرى

الزواج - الطلاق - البنوة الشرعية

المبحث الأول - الزواج

٣٦٩ - لم تتسع دوائر الخلاف في موضوع من المواضيع القانونية بين قوانين العالم اتساعها في موضوع الزواج . اختلفت فيه قوانين البلاد الأوروبية وعاداتها فيما بينها اختلافاً كبيراً ؛ والخلاف أشد وأعظم بينها وبين قوانين الشرق وعلى الخصوص بينها وبين قانون المسلمين وهو الشريعة الإسلامية الغراء . حتى في هذه الشريعة السمحاء اختلف في موضوع لزواج كبير بين أئمة المسلمين ؛ والتاريخ مفعم بالتطورات الغريبة في قوانين الزواج في أوروبا وأمريكا ، بين قوانين دينية وكنيسية وعلمانية <sup>(١)</sup> والتشريع في مادة الزواج قلم على قدم وساق في جميع أنحاء العالم تحت ضغط الحوادث وتغير الأفكار واسترداد النساء حقوقهن التي يطالبن بها كاملة ومساوية لحقوق الرجال

فمن اختلف في السن التي يصح فيها الزواج (ص ٤٣٦ ، ) الى اختلف في شروط القرابة المانعة منه وفي شروط الدين واللون وفي رضا الوالدين ولأى

---

[٣٦٩] راجع في الخلاف في هذا الموضوع بين قوانين إنجلترا وسكوتلندا مثلاً مقالة بديعة دمجها راجع الاستاذ برودى انيس المحامي في إنجلترا وسكوتلندا Brodie - Innes في مجلة الينواس القانونية Illinois Law Review عدد أكتوبر - نوفمبر ١٩١٨ جزء ١٣ ص ١٨٣ - ١٩٩ بعنوان « بعض غرائب قانون الزواج الدولي Some Curiosities of International Marriage Law » وهي مكتوبة في قالب أدبي طال



سن يطلب وفي الشكل الذي يعقد به أهو الشكل الرسمي أم العرفي وبأى علنية يحصل ؟ أم أمام شهود أم بإعلانات في جهات معينة أم يجوز في الخفاء ؟ وهل يصح أمام السلطات الدينية أم لا بد من حصوله أمام سلطة مدنية وهل يصح أمام القنصليات والسفارات وبأى الشروط وهل يصح حل عقدة الزواج أم لا يصح وبأى الشروط ولأى الأسباب وبأى الاجراءات يكون الحل وهل يصح زواج المطلقة ومتى ؟ وهل يصح الزواج من أخت المطلقة أو الميتة ؟ وهل يصح الجمع بين الزوجات ولأى حد وبأى الشروط وما الذي يترتب على الزواج من الحقوق وخصوصاً فيما يتعلق بأموال الزوجين وغير ذلك مما لا حصر له

وفوق ذلك فقد قطعت بعض القوانين شوطاً بعيداً في اقرار حقوق الاولاد الطبيعيين Les enfants naturels وهم المرزوقون خارج النكاح الصحيح فشبهم بالاولاد الشرعيين وأقرت الصلة بينهم وبين آبائهم من كثير من الوجوه وبعض القوانين يجيز للرجل والمرأة أن يصححا مركز أولادهما بالزواج بعد الولادة والبعض لا يجيز

هذا ورغمما مما يحيط بالزواج المختلط من الغرابة أو النفور أو الحذر الذي يقابله به الشعور العام في أغلب البلاد وكونه غير مرموق دائماً بعين الاستحسان فإن الناس قد انساقوا اليه بحكم الميل الى الغريب أو الى مدنية أرقى من مدينتهم أو الى السهولة أو لمجرد الميل أو الطموح الى المال أو الجاه أو غير ذلك من المرغبات وذلك بالرغم من صعوبة عقد الزواج في كثير من الاحوال بطريقة تكون مقبولة دولياً أى أمام محاكم البلاد المختلفة التي يمكن ان يرفع اليها النزاع بخصوص هذا النوع من الزواج وفي اثناء الحرب العظمى ومن بعدها قد تزوج عدد عظيم من الجنود الاجنبية من النساء الفرنسيات في فرنسا ، وبين المصريين نجد عدداً كبيراً منهم قد اختاروا الزواج بالاجنبيات

وتزداد الصعوبة إذا ما انتقل الزوجان الى بلد آخر ليقبها فيه أو كان لهما املاك في بلاد غير التابعين اليها من حيث جنسيتهما أو موطنهما أو غير التي تزوجا فيها وأمس المصاعب في الموضوع تمسك كل بلد أو كل قوم أو كل طائفة دينية بالقواعد التي تسود فيها فيما يتعلق بالزواج واعتبارها كلها أو جلها المثل الاعلى الذي لا يصح مخالفته نظراً لتعلقها بالنظام العام عندهم أو لمساسها بالدين أو الاخلاق أو الآداب التي لا يمكن التسامح فيها ولا مخالفتها بشكل من الاشكال والزواج يدخلنا حتماً في موضوع النظام العام الدولي الذي سبق الكلام عليه في بندي ٢٤٩ و ٢٧٤ والذي يحار الانسان في كنه معناه ومرماه وحدوده بشكل دقيق بيد ان الفكرة الاساسية فيه هي ، كما يقولون ، عدم التجاوز عن القواعد الاساسية التي يرتكز عليها الفرق بين الامم المختلفة من حيث وجهة النظر والعادات والاخلاق : يقول مستليك « كما أنه يوجد أمم كالترك والصين تختلف وجهة نظرها واحوالها عن مثلها في البلاد الاوروبية أو المسيحية لدرجة عدم امكان ترتيب صلات محكمة للقانون الدولي الخاص معها بحيث لا يمكن اعتبار قوانينها واحكامها في البلاد الاوروبية ، كذلك تختلف الدول المسيحية فيما بينها من حيث وجهة النظر والاحوال اختلافاً قد يترتب عليه وجوب وضع استثناءات للقواعد العامة التي توجب احترام قوانينها واحكامها مثال ذلك انه بينما كان الرق مسموحاً به في بعض البلاد المسيحية لم يكن ليعترف البعض الآخر من البلاد المسيحية التي لم يوجد فيها الرق ، بكل ما يترتب عليه من الآثار في القوانين التي تميزه : ومع ذلك فان أهم ما يطبق فيه مبدأ النظام العام الدولي هو موضوع الزواج والطلاق . لتصور أنه يراد الشروع في الزواج في بلد ما بين شخصين من الاجانب : يصبح في هذه الحالة ان يتطلب قانون ذلك البلد — وهو الذي سيكون فيه العقد *Lex loci actus ou contractus celebrati* والذي سيبتدى فيه وجود عقدة الزواج ويصبح استمرارها فيه زمناً ما وفيه تنتج تلك العقدة جميع نتائجها أو بعضها بالاقول — توافر شروط

خاصة من حيث بُعد القرابة أو النسب ، والدين أو الآداب أو القومية أو اللون ، ويعتبرها كلها مما يرتبط بالنظام العام . كذلك قانون موطن الزوجين — وهو الذى ينتظر ان يعيشا فيه معظم حياتهما — أو قانون الدولة التى يمتان اليها من حيث الجنسية السيامية — والى ينتظر ان يخرججا لها الى عالم الوجود رعايا جديدين — قد يتطلب كل منهما شروطاً خاصة لصحة الزواج

« ويمتاز الزواج عن العقود الاخرى فى اغلب البلاد بان عقده لا تنشأ الا من بعد اجراءات رسمية مدنية أو دينية تحصل أمام موظف عمومى مختص وان ادخال أى عنصر أجنبى أو غير رسمى فى شكل الزواج قد يكون مخالفاً لمبادئ النظام العام لكونه قد يجعل الزواج أمراً خفياً »<sup>(٢)</sup>

كذلك يختلف الزواج عن العقود الاخرى فى كونه عقداً لا يترك القانون ترتيب آثاره ونتائجه لارادة المتعاقدين كما هى الحال فى أغلب العقود بل يرتبها القانون نفسه مباشرة<sup>(٣)</sup> قارن بند ٢٥١

٣٧٠ — لذلك كله يجوز أن الزواج الصحيح الحاصل فى بلد معين يعتبر باطلاً اذا حكم فيه طبقاً لقانون بلد آخر واذا صح وجوب مراعاة الحقوق المكتسبة فان مخالفة الحق للنظام العام قد تمنعه من الاحترام وقد يكون من المفيد جداً معرفة قواعد الزواج فى كل بلاد العالم أو فى أهمها وكذلك معرفة قواعد القانون الدولى انحصار المقر بها فى البلاد المختلفة ولكن نطاق هذا الكتاب لا يتسع لهذه البيانات التى تقتضى محلاً كبيراً جداً<sup>(١)</sup> وفى الواقع هى ليست ضرورية بالنسبة لنا فى مصر وذلك لأن المشرع المصرى قد جعل جميع مسائل الزواج من اختصاص قضاة

(٢) وستليك وبنترتش ص ٥١ — ٥٢ حيث يذكر المادة ١٢ من القانون الايطالى والمادة ٦٥ من القانون الفرنسى المقابلتين للفقرة الاخيرة من مادة ٢٨ ل ت م أ المتعلقة بعدم امكان الاخلال بالقواعد المتعلقة بالنظام العام والآداب .

(٣) بار من ٣٤٣ بند ١٥٦

[٣٧٠] (١) ويمكن الرجوع اليها فى كتاب قولان وبك المشار اليه فى حاشية ١ بند ٢٦٦ فهو قد كتب عن الزواج فى كل البلاد المهمة

الأحوال الشخصية في مصر حيث نص في المادة الرابعة من القانون المدني المختلط على أن « المسائل المتعلقة . . . بالزواج . . . تبقى من اختصاص قاضي الأحوال الشخصية »<sup>(٢)</sup> وإذا كان هذا القاضي متعدداً بتعدد الأديان بالنسبة للمصريين ومتعددًا بتعدد الجنسيات بالنسبة للأجانب وكانت القاعدة المتبعة عملاً في اختصاص قضاة الأحوال الشخصية هي رفع الدعوى في محكمة المدعى عليه<sup>(٣)</sup> فإن أغلب الصعوبات المشار إليها فيما تقدم يتلشى قبل أن يدخل الخصوم المحكمة ، أو يقضى عليه نهائياً بأن لا يكون له حل وذلك من جهة نظراً لتقيد المحاكم الدينية بقوانينها وحكمها دائماً بمقتضاها ، ومن جهة أخرى نظراً لكون المشرع المصري قد حكم بطريق الاستنتاج بجعل الزواج خاضعاً لقانون الأحوال الشخصية التابع إليه الطرفان إذ جعله « باقياً في اختصاص قاضي الأحوال الشخصية » وهذا هو قاضي ديانة الخصم أو الخصوم أو قاضي جنسية الخصم أو الخصوم ، بحسب ما إذا كانوا مصريين أو أجانب

والحقيقة أن عدم وجود قاض واحد أو محكمة واحدة للحكم في جميع مسائل الأحوال الشخصية بالنسبة لجميع القضايا التي يمكن أن تحصل بشأن هذه المسائل في مصر وعدم وجود قانون وطني واحد للمصريين كافة يجعلان العنصر

(٢) لائحة ترتيب المحاكم الأهلية في المادة ١٦ لم تذكر ذلك ولكنها قالت بعدم اختصاص هذه المحاكم بنظر « مسائل الانسكحة وما يتعلق بها من قضايا المهر والنفقة وغيرها . . . مما يتعلق بالأحوال الشخصية »

(٣) هكذا يقرر المستشار القضائي في تقريره عن سنة ١٩٠١ حيث يقول « إن الحكومة المصرية قد جرت في أحوال النزاع على اختصاص البطريركيات والمحاكم الشرعية على أن تتطلب من المدعى رفع دعواه في محكمة المدعى عليه وما لم يحصل على حكم من هذه المحكمة فإنها تتمتع من مساعدته وهذه طريقة سليمة لمنع النزاع وأن خير طريق هو إنشاء محكمة لحل مسائل تنازع الاختصاص . . . تلك هي القاعدة التي نحتزمها الحكومة وتنفذ الأحكام التي تصدر مطابقة لها ولكن ذلك لا يمنع الطالب من رفع دعواه أمام الجهة التي يعتقد أنها تنصفه سواء كانت محكمة أو محكمة خصمه وهذه قد ترى نفسها مختصة وتزداد الصعوبات في حالة تغير الجنسية أو الدين — راجع الكتاب الرابع



الاقليمى فى الموضوع مفقوداً أو ضائعاً<sup>(٤)</sup> ويجعلان أمر النظام العام الدولى أو الوطنى فى موضوع الزواج فى حكم المنعدم اذ المثل الاعلى فى موضوع الزواج فى مصر لا يكون موجوداً ما دامت الحال هى ان كل شخص يكون محكوماً بقانونه الشخصى مهما كانت نصوصه ؛ ولولا بقية باقية من الكرامة القومية سببها أن للبلد ديناً رسمياً هو دين الاسلام كما قررت ذلك المادة ١٤٩ من الدستور المصرى ولولا ان للمحاكم المختلطة اختصاصاً مستنتجاً من نص المادة الرابعة المذكورة تحكم بمقتضاه فى مسائل الاحوال الشخصية التى ترفع اليها بصفة فرعية اذا رأت عدم ضرورة الايقاف من أجلها ( بند ١٨٢ ) لما وجد أى ضابط فى موضوع الزواج عند اختلاف الدين بين الزوجين كما سيتبين من البند التالى للآتى

٣٧١ — لذلك كان الزواج محكوماً فى مصر بقانون الاحوال الشخصية التابع اليه الطرفان ولا شك مطلقاً ولا صعوبة اذا ما كانا من ديانة واحدة أو جنسية واحدة وقت انعقاد الزواج فان قانونهما الدينى أو الوطنى يحكم زواجهما من كل الوجوه أى من حيث صحة الزواج شكلاً<sup>(١)</sup> وموضوعاً ومن حيث حقوق الزوجين وواجباتهما أثناء الزواج ومن بعده ، ومن حيث تعلق هذه الحقوق بالشخص ومن حيث تعلقها بالمال

وقد حكمت محكمة الاستئناف المختلطة تطبيقاً لهذا المبدأ — مبدأ خضوع الزواج لقانون ديانة أو جنسية الطرفين — ان العبد المأذون لا يمكنه ، طبقاً لقواعد

(٤) راجع بند ٢٢٣ حيث يلاحظ فائس أن تنازع القوانين يتلشى فى كل الاحوال التى يعتبر فيها القانون شخصياً محضاً كما كانت الحال عن الرومانيين وعن الجرمانيين فزاة فرنسا فى القرون الوسطى . . . وأن كل ما يصبغ التساؤل عنه فى هذه الحالة هو معرفة القواعد التى تتبع عند وجود قانونين شخصيين أو أكثر ايها يحكم فى قضية تهم عدداً معيناً من الاشخاص من اصول أو قبائل مختلفة

[٣٧١] (١) أى من حيث شكل عقد الزواج وهنا قد تعرض صعوبات سببها عدم امكان الالتجاء الى الشكل الذى يوجبه قانون الاحوال الشخصية نظراً لكون الطرفين غير مقيمين فى بلدهما الذى يمكنهما مباشرة العقد فيه طبقاً لقانونه وسنتكلم عنها فى بند ٣٧٥

انعدام المثل  
الاعلى فى الزواج  
فى مصر

القاعدة هى  
القانون الشخصى

العبد المأذون



الشرعية الإسلامية ، أن يتزوج الا بنصریح من سيده<sup>(٢)</sup>

القانون الوضعي  
بجانب الشريعة

ويلاحظ بالنسبة للمصريين المسلمين ما وضع من القوانين المصرية مفسراً أو متمماً لأحكام الشريعة الإسلامية الغراء في موضوع الزواج فان لائحة ترتيب المحاكم الشرعية قد أدخلت قيوداً على المذهب الرسمي ( بند ١٣٢ ) لا مناص من مراعاتها ومن هذه القيود ما يتعلق باثبات الزواج وهو ما يرد في بند ٣٧٤ ومنها ما يتعلق بالنسب اللازمة للزواج وهو ما سبق الكلام عليه في بند ٣٦٢ ص ٤٣٦ ،

اختلاف الدين  
أو الجنسية

٣٧١ مكرراً — تلك اذا القاعده عند اتحاد الدين أو الجنسية ولكن ما الحكم اذا اختلف الطرفان ديناً أو جنسية ؟ هذا الاختلاف يجعل الأمر في منتهى الصعوبة في مصر وذلك لأنه يضطرنا الى تحليل مادة الزواج تحليلاً دقيقاً ثم يكون الحل غالباً في آخر الامر على مقتضى قانون المحكمة أو السلطة القضائية التي يطلب منها الحكم وكثيراً ما يختلف باختلافها وبحسب ما اذا كانت تفصل فيه بصفة أصلية باعتبارها السلطة المختصة بالحكم في الاحوال الشخصية أو تفصل فيه بصفة فرعية باعتباره من المسائل التي يتوقف عليها الحكم في موضوع الدعوى الأصلية المنظورة أمامها والداخلية في اختصاصها أصلاً . فقد يكون الزواج صحيحاً بحسب قانون الزوج وباطلاً بحسب قانون الزوجة وقد يكون صحيحاً بحسب قانونها وباطلاً بحسب قانونه واذا حصل الزواج في مصر فلا نجد قانوناً اقليمياً للزواج يصح أن يقال بوجود اتباعه وحده أو تحكيمه في الموضوع باعتباره قانون محل حصول العقد .

<sup>(٣)</sup> Lex loci contractus celebrati

(٢) س م ٦ فبراير ١٨٩٥ مج ت ر ٧ ص ١١٠

(٣) تطبيقاً لهذه الفكرة وبعد تحويلها بما يناسب حالة مصر اقترح الاستاذ سيزوستريس بك سيداروس وكيل مدرسة الحقوق الملكية سابقاً في كتابه الفرنسي عن البطر كخانات ص ٣٨٦ ان يستوفى باختصاص السلطة الدينية « التي باشرت عقد الزواج » في الحكم في كل تنازع : من حيث صحته ومن حيث الطلاق والفرقة والمشرية وحضانة الاولاد والمهر والنفقة وذلك بصرف النظر عما يطراً من تغيير الى الدين — راجع ما مر في بند ١٣٦ بخصوص آثار الردة

ومع ذلك فهناك قاعدة أساسية في القانون المصري قررتها المادة ١٣٠ / ١٩٠ كل طرف أهلية من القانون المدني وهي تقضى بان الحكم في الاهلية المقيدة والمطلقة يكون على مقتضى قانون الاحوال الشخصية أو قانون الجنسية التابع اليه العاقد وقد حكمت محكمة الاستئناف المختلطة بان هذه المادة يجب ان تراعى في تقدير صحة الزواج الحاصل بين اشخاص من جنسيات مختلفة أو أديان مختلفة بحيث يكون كل من الزوجين اهلاً لعقد الزواج على الآخر بمقتضى قانون أحواله الشخصية فإذا كان كل منهما أهلاً له بحسب قانونه صح الزواج والا فلا <sup>(٤)</sup> وسيرد تطبيق هذه القاعدة واستثناءها الوحيد في البندين التاليين

قررت محكمة الاستئناف المختلطة هذه القاعدة في قضية صالجه هاتم التي كانت قضية صالجه هاتم مجبوراً عليها من المجلس الحسبي في مصر ( بند ٣٦٣ ) وتزوجت في اجدى كنائس مدينة بيان بطرسبرج من رجل مسيحي روسي أرثوذكسي المذهب اسمه فلاديمير يوركفتش تمذهب بالبروتستانتية حتى يتمكن من زواجها نظراً لأن مذهبه الاول لم يكن يسمح له بالزواج من مسلمة . وقد ثبت أمام المحكمة المذكورة أن الزواج صحيح طبقاً للقانون الرومي ( وهو قانون الزوج وقانون البلد الذي حصل فيه الزواج ) من حيث الشكل ومن حيث الشروط الاخرى وانه يمنح الزوجة الجنسية الروسية طبقاً لقانون روسيا . فخصت المحكمة بعد ذلك ما اذا كان هذا الزواج مع ما يستتبعه من الجنسية الروسية يصح الاعتراف بصحتها في مصر : فنظرت أولاً في أهلية الطرفين لعقد الزواج وقررت وجوب تطبيق المادة ١٩٠ المتقدمة ثم قالت « ان هذه المادة تقرر حكماً يطابق ما جاءت به النظريات وأقره العمل في القانون الدولي الخاص : من ذلك أن المادة الاولى من معاهدة لاهاي التي امضيت في ١٢ يونيه ١٩٠٢ بخصوص تنظيم تنازع القوانين الذي يمكن أن يحصل في مادة الزواج قررت

(٤) ولهذه القاعدة استثناء واحد في مصر سببه احترام الشريعة الإسلامية الغراء

باعتبارها القانون الاصل الاساسي في البلاد — راجع بندي ٣٧٢ و ٣٧٣

أن حق عقد الزواج محكوم بالقانون الوطنى لكل من المتعاقدين ( راجع المعاهدة بين بندى ٢٨٢ و ٢٨٣ ) ورغمما من كون الحكومة المصرية ليست طرفاً فى هذه المعاهدة ولا الحكومة الروسية فإن قيمة المعاهدة عظيمة جداً من حيث هى مستند قانونى<sup>(٥)</sup> والواقع أن القانون الوطنى الذى تخضع اليه صالحه هانم من حيث جواز زواجها أو عدم جوازه هو نص المادة ١٢٢ من قانون الاحوال الشخصية وهو كما يأتى : لا تزوج المسلمة الا مسلماً فلا يجوز تزوجها مشركاً ولا كتابياً يهودياً كان أو نصرانياً ولا ينعقد النكاح أصلاً — وبناء على ذلك لا يكون العقد الذى عقده صالحه هانم مع فلاديمير يوركةتش عقداً صحيحاً من الوجهة المصرية ولا يترتب عليه تغيير جنسيتها وقالت إنه مما يؤسف عليه أن يعتبر الزواج صحيحاً فى بلد وباطلاً فى بلد آخر وأن يترتب على ذلك أن السيدة المذكورة تعتبر روسية فى روسيا ومصرية فى مصر ومع ذلك فتلقا وجود اختلافات عظيمة فى الدين وفى الاخلاق والآداب عند الأمم المختلفة قد لا يكون هناك مفر من الاعتراف بهذا الشذوذ غير المؤلف وقد يحصل ذلك حتى بالنسبة لرعايا الدول التى وقعت على معاهدة لاهى المذكورة التى كان الغرض الاساسى منها هو منع مثل هذا التنازع<sup>(٦)</sup> وإذا أردنا ان نواجه نقيض هذه القضية وهو حالة تزوج امرأة روسية من مصرى مسلم فإن هذا الزواج يكون باطلاً فى روسيا اذا كانت المرأة ارثوذكسية المذهب مع كونه يعتبر صحيحاً فى مصر — راجع المادة ١٢٠ من قانون الاحوال الشخصية . . .<sup>(٧)</sup> »

(٥) قارن بند ٢١٢ وراجع بند ٣١١

(٦) راجع المادة الثالثة من المعاهدة المذكورة ، بعد بند ٢٨٢ هنا

(٧) تنص هذه المادة على ما يأتى : يصح للمسلم أن يتزوج كتابية نصرانية كانت أو يهودية ، ذمية أو غير ذمية وان كره . ويصح عقد نكاحها بمباشرة ولها السكتاى وشهادة كتابيين ولو كانا مخالفين لدينها ولا يثبت النكاح بشهادتهما اذا جعده المسلم ويثبت بها اذا انكرته الكتابية

وبناء على ما تقدم رأيت المحكمة في المسألة الفرعية المتعلقة بالزواج أنه باطل الحكم في قضية  
 وان صالحه هانم تعتبر مصرية محجوراً عليها رغماً من صحة زواجها طبقاً لقانون  
 زوجها<sup>(٨)</sup>

ويلاحظ أن حكم الاستئناف هذا قد ألغى الحكم الابتدائي في القضية نفسها الحكم الابتدائي  
 حيث رأيت محكمة مصر المدنية المختلطة<sup>(٩)</sup> أن الزواج صحيح طبقاً للمادة ٨٧ من  
 القانون الروسي ومن شأنه طبقاً لقواعد القانون الدولي الخاص أن يجعل الزوجة تتبع  
 حالة زوجها وان ذلك مطابق لما جاء في المادة السابعة من القانون العثماني الخاص  
 بالجنسية حيث يفهم منها أن المرأة العثمانية تتبع زوجها من حيث الجنسية (بند ١١٠)  
 وانه متى كان عقد الزواج باعتباره كأي عقد من العقود المدنية أو التجارية صحيحاً  
 طبقاً للقانون الذي يحكمه ، ولكنه مشتمل على وجه بطلان مطلق أو نسبي مسبب  
 عن عدم أهلية أحد المتعاقدين ، فيجب حتماً لأجل إيقاف مفعوله أن يصدر حكم  
 بالغائه أولاً من السلطة المختصة ولذلك حكمت المحكمة بالإيقاف حتى تحكم ببطلانه  
 السلطة المختصة ، ورأت محكمة الاستئناف أن لا محل للإيقاف نظراً لعدم وجود  
 أدنى شك في بطلان الزواج للأسباب التي ذكرناها عنها وانه يصح نظر الموضوع  
 باعتبار صالحه هانم مصرية محجوراً عليها<sup>(١٠)</sup>

(٨) س م ١١ يونيو ١٩١٣ جازيت ٣ ص ١٩٦ نمرة ٤٢٨

(٩) في حكمها الصادر في ٢٥ مارس ١٩١٢ جازيت ٢ ص ١٢٤ تحت لفظ « زواج »

(١٠) حصل بعد ذلك انه ، لكي تتخلص السيدة المذكورة من مسألة بطلان الزواج

ومن الحرج ( بند ٣٦٣ ) أرادت ان تصحح مركزها فتوجهت الى لندن هي وزوجها وهناك

عقد لهما زواج جديد في جامع ووكنج سيري Woking Surrey في ١١ ديسمبر ١٩١٣

( أي بعد صدور حكم الاستئناف المذكور ) بعد ان اتخذ بوركفاش اسماً اسلامياً هو

« عبد الرحمن شيخ جلال الدين محمد » واخيراً رفعت السيدة المذكورة دعوى امام محكمة

اسكندرية المختلطة باعتبارها روسية ومتزوجة وطالبت القيم عليها وغيره بفسخ بيع ١٩٨٢ فدان

وغير ذلك معتبرة نفسها غير محجور عليها ثم في آخر جلسة تنازلت عن القضية ولكن المحكمة لم

تقبل التنازل لعدم توافر شروطه حيث كان احد المدعى عليهم قد طلب الحكم عليها فرصاً بمبلغ

( ٦٠ — الدول )



اختلاف الحكم  
باختلاف المحكمة

ويلاحظ أخيراً أنه إذا كانت مسألة زواج السيدة المذكورة قد رفعت إلى القنصلية الروسية في مصر فأنها ما كانت تتردد في الحكم بصحة الزواج طبقاً لقانون روسيا وأنه إذا كانت المسألة قد رفعت إلى المحاكم الشرعية فأنها ما كانت تتردد في الحكم ببطالان الزواج وعدم وجوده بالكلية وإنما كانت تأمر على الفور بالحيلولة أي التفريق بينهما من تلقاء نفسها نظراً لمخالفة اجتماعهما للشريعة الغراء

زواج مصري  
بأجنبية

٣٧٢ - ولنبحث الآن في زواج المصري من أجنبية ( بند ١١٢ ) : لا

صعوبة في الموضوع بالنسبة للمسيحي إذا كانت المرأة مسيحية ولكن الحال ليست كذلك بالنسبة للمسلمين الذين يتزوجون من مسيحيات فإن زواجهم وإن صح من وجهة الشريعة الإسلامية إلا أنه مشكوك في صحته في بعض البلاد المسيحية أو من وجهة بعض القوانين التي تتمسك بالترعة المسيحية وقد بحث المستشار القضائي الإسبق السير مالكولم مكاريث هذا الموضوع في تقريره عن سنة ١٩٠١

الانجليزيات

ص ٩٧ فقرر أن الأمر لا يخلو من الشك حيث أن زواج الانجليزية من مسلم يبيح له قانونه الشخصي أن يكون بعلاً لأربع زوجات وأن يطلقهن جميعاً أو يطلق بعضهن بمجرد اخبارهن بذلك وبدون ابتداء الأسباب ، هو زواج يتعدد فيه الزوجات أما حقيقة وأما حكماً وإن معرفة درجة اعتراض المحاكم الانجليزية بصحته من المسائل المحفوفة بالمصاعب الكبرى وقد أثار اختلافاً كبيراً في الرأي . . وقد قررت فيه بعض الأحكام قواعد عامة جلية فرأى بعض القضاة أن اجتماع الرجل بامرأة في بلد أجنبي حيث يطلق عليه لفظ زواج وحيث يسمى فيه الشخصان زوجين ، لا يعتبر زواجاً صحيحاً طبقاً للقانون الانجليزي إلا إذا كان قائماً على أساس الزواج في بلاد المسيحية وكان في جوهره « الاجتماع الاختياري طول مدة الحياة لرجل واحد مع

ماتى جنينة بصفة توبيخ من هذه الدعوى السكيدية فقررت المحكمة عدم قبول التنازل وحكمت في الموضوع بأنها لا تزال محجوراً عليها رغم الزواج ولو كان صحيحاً ورفضت طلب التوبيخ كما مر في بند ٣٦٣ ص ٤٣٩ وحاشية ٤ عليه



امرأة واحدة اخراجاً لأى انسان آخر» وقل المستشار إن مغزى هذا الحكم عام وصرح بشكل يجعل الانسان يتصور بادئ الرأى أنه قاطع فى الموضوع ومع ذلك قد أثار هذا الحكم اختلافاً كبيراً فى الرأى فقال البعض ان القاضى أراد أن يقرز مبدأ عاماً من مقتضاه أن كل زواج فيه تعدد الزوجات حقيقة أو احتمالاً يجب أن يعتبر أمام المحاكم الانجليزية باطلاً بطلاناً جوهرياً مهما كانت الظروف ورأى البعض الآخر قصر هذه القاعدة على الزواج الذى يحكمه القانون الانجليزى مع اعتبار الزواج بين غير المسيحيين صحيحاً ينظر اليه كما هو موجود فعلاً طبقاً للقانون الذى يحكمه — وهذا صحيح طبقاً لمبدأ احترام الحقوق المكتسبة فى الخارج — وعلى ذلك يرى المستشار أن المسألة ليست مقطوعاً فيها فى القانون الانجليزى وبرى وستليك فى § ٣٤ أنه متى كان القانون الذى يحكم الزواج يبيح تعدد الزوجات فإن الزواج تحت سلطانه حتى فى حالة الزوج لأول مرة لا يعتبر زواجا فى إنجلترا ولا تنفذ الواجبات الزوجية المترتبة عليه ولا يجوز الطلاق ولا غيره فسخاً له ولكن يحترم زواج غير المسيحي اذا كان زواجا بواحدة فقط ، وفى أحد الأحكام الانجليزية أنه « اذا جاءت الى إنجلترا احدى زوجات المسلم وتزوجت فيها فلا تعتبر أنها عدت أزواجها لأن قوانيننا لا تقر الزواج الحاصل فى بلادها ولا تعامله معاملة الزواج فى بلاد المسيحية »<sup>(١)</sup>

لذلك كان زواج المصريين بالانجليزيات زواجا اسلامياً لا زواجا انجليزياً النتيجة  
فهو صحيح باعتباره خاضعاً للشريعة الاسلامية ولكنه باطل اذا نظر اليه من وجهة القانون الانجليزى وبطلانه هذا لا أهمية له عندنا لأن وطن الزوجية يكون فى الغالب القطر المصرى فيكون التقاضى فيه ولا يقوم حينئذ أدنى مانع من احترام أحكام الشريعة فيه والحكم بصحة الزواج رغم كون قانون الزوجة لا يبيحه  
هذا ولا يضع القانون الفرنسى أى قيد على زواج الفرنسيات لا من حيث

الفرنسيات

الجنسية ولا من حيث الدين ولا من حيث اللون ، والواقع أن الزواج في فرنسا ليس عقداً دينياً بل هو عقد مدنى فلا ينظر فيه الى أى اعتبار خاص مما يوجد عند الامم المتمسكة بآراء خاصة<sup>(٢)</sup> مثل انجلترا حيث يتمسكون بما ينتج عن الدين ، وأمريكا حيث يتمسكون بمسألة الألوان فلا يتزوج السود من البيض

زواج الامراء ويتطلب بعض القوانين استئذان الملك في زواج الامراء من سلالة رئيس

أو مؤسس العائلة المالكة فمثلا يعتبر زواج أحد ذرية جورج الثانى في انجلترا باطلا اذا لم يتم طبقاً لمقتضيات قانون الزواج الملكى وهناك محل للشك في هل يعتبر هذا الزواج باطلا في بلاد غير انجلترا والرأى الراجح عدم البطلان خارج انجلترا<sup>(٣)</sup> وتتطلب بعض القوانين القديمة شروطاً خاصة بالنسبة لزوجات الامراء الذين يحتمل ان يرتقوا الى عروش بلادهم فتلغى الزواج الحاصل من نساء لسن من درجتهم وتحرم أولادهم من العرش ويسمى هذا النوع من الزواج *Mariage morganatique* والراجح عدم بطلان هذا الزواج في البلاد الاخرى<sup>(٤)</sup> وقد أصاب المشرع المصرى في القانون نمرة ٢٥ لسنة ١٩٢٢ الخاص بوضع نظام الاسرة المصرية المالكة في عدم النص على بطلان الزواج الحاصل بغير اذن أو على خلاف الاذن الصادر من جلالة الملك والاقتصار على تقرير حق جلالتهم في حرمان الامير أو الاميرة أو ذريتهما من لقب الامارة اذا كانت الزوجة أو الزوج غير حائز للقب الامارة ( مادة ٦ )<sup>(٥)</sup>

٣٧٣ - هذا وبما ان المحاكم المختلطة تنقيد دائماً بقانون الاحوال الشخصية

ما يترتب على اتباع القانون الشخصى في مصر

( قانون الجنسية أو قانون الدين ) لكل من الطرفين فانه يترتب على ذلك انها لا

تعباً بصحة الزواج الواقع صحيحاً طبقاً لقانون البلد الذى وقع به بالفعل *Lex loci*

*contractus celebrati* ولا بد ان تراعى صحته طبقاً لقانون الاحوال الشخصية

(٢) قالبرى ص ١٠٣٧ بند ٧٢٦

(٣) راجع دابسى ص ٦٧٥ — ٦٧٧

(٤) ببليه في كتابه الحديث « القانون الدولى الخاص من الوجهة العملية » ص ١٦٥

(٥) ومع ذلك كان يصح وضع قيود خاصة على زواج « ولى العهد »

التابع اليها كل من الزوج والزوجة معا فاذا حصل زواج بين أسود وبيضاء مثلا وكان باطلا طبقاً لقانون أحدهما أو كلاهما كما اذا كانا امريكيين وتزوجا في فرنسا حيث لا يلتفت الى الموانع الدينية أو المذهبية أو اللونية ، وكان صحيحاً في فرنسا رغم ذلك ، فان المحاكم المختلطة تعتبره باطلا لمخالفته لقانون الزوجين أو قانون أحدهما ولا عبرة عندها بقانون الجهة التي حصل فيها العقد <sup>(١)</sup>

والحكمة في أن الزواج قد يكون صحيحاً بحسب قانون الجهة التي حصل فيها انباع قانون بلد  
المقد في اغلب البلاد  
رغم أن كونه باطلا بحسب القانون الشخصي أن بعض البلاد لا يقر الموانع الدينية أو المذهبية أو الوطنية التي قد توجد في البلاد الأخرى لأنه يعتبرها غير مقبولة عنده لمخالفتها النظام العام الذي يتوخاه متى كان الزواج حاصل خارج البلاد التي تقرر المنع : فاذا تزوج زنجى بامرأة بيضاء في إنجلترا وكان قانونهما الشخصي وهو قانون الموطن عند الانجليز ، أو قانون أحدهما يجعل الزواج باطلا بسبب اختلاف اللون فالزواج صحيح في إنجلترا لأن قانونها لا يقر المانع المذكور بل يجعله مخالفاً للنظام العام وان كانت القاعدة أن الاهلية للزواج تعتبر طبقاً للقانون الشخصي <sup>(٢)</sup> وكذلك لا يعتد في إنجلترا ببطلان سببه منع الراهب عن الزواج بمقتضى قانون أحواله الشخصية اذا حصل الزواج في بلد مثل إنجلترا لا يرى المنع بسبب الرهبانية ، ولا ببطلان سببه فوارق الطبقات الدينية Castes في الهند مثلا <sup>(٣)</sup>

أما في مصر فان المثل الأعلى ، وهو القانون الوطنى للأحوال الشخصية ، غير الحالة في مصر  
موجود للآن ولذلك فليس من مبادئ للنظام العام عندنا تجعل المحاكم المصرية تحكم بعدم الاعتداد بالموانع الخاصة الموجودة في القوانين الشخصية الاجنبية اذا

[٣٧٣] (١) قارن دلبرى ص ١٠٤٤

(٢) وقد حكم بأن منع الزواج في امريكا بين البيض والود من مسائل الضبط والربط (البوليس) ولذلك فهي نظام محلى لا يكون له تأثير خارج البلاد التي هو سائد فيها (دايسى ص ٦٨٤ حاشية ٩ وقارن ما سياتى في آخر هذا البند حاشية ٥)

(٣) قارن دايسى ص ٦٨٤

ما يترتب على اتباع  
الشريعة النراء

حصل الزواج في مصر ، أو في بلد لا يعتمد بالموانع الخاصة المذكورة وكانت تلك الموانع تخالف النظام العام في ذلك البلد ولذلك فالعبرة أمام المحاكم المصرية في كل زواج هي بالاهلية المقررة في قانون كل من الزوجين - ومع ذلك فلا مفر من وجوب احترام أحكام الشريعة الإسلامية في بلد إسلامي مثل مصر ( المادة ١٤٩ من الدستور ) ولذلك فكل ما أحلته تلك الشريعة وأقره المشرع المصري يكون واجب الاحترام في مصر وواجب النفاذ فيها. ولو خالف القانون الشخصي لأحد الزوجين وكل ما حرّمته الشريعة يكون باطلاً في مصر ولو كان صحيحاً طبقاً لقانون أحد الشخصين متى كانت الشريعة هي التي تحكم الزواج وقد رأينا تطبيق هذا الرأي في قضية صالحه هانم فإن الزواج كان صحيحاً طبقاً لقانون الزوج وطبقاً لقانون البلد الذي عقد فيه العقد ومع ذلك أبطلته المحاكم المختلطة نظراً لمخالفته لقانون الزوجة كذلك إذا اعتبر الزواج باطلاً في البلد الذي عقد فيه وكان بطلانه بسبب مخالفته النظام العام في ذلك البلد ولم يكن باطلاً طبقاً للشريعة باعتبارها قانون أحد المتعاقدين فهو صحيح فإذا تزوج مصري مسلم في إنجلترا أو فرنسا زواجاً ثانياً من امرأة أجنبية كتائية مع بقاء زواجه الأول قائماً فيعتبر الزواج الثاني صحيحاً رغم بطلانه هناك وذلك لأن تعدد الزوجات المبطل للزواج هناك لا يعتبر مبطلاً له في مصر عند المسلمين وبذلك تبقى للزوجة الثانية حقوقها وللأولاد صفتهم الشرعية فلا تزول هذه المزايا ولو خالف الزواج النظام العام في البلد الذي عقد فيه مادام صحيحاً طبقاً للشريعة . نعم إن ذلك يكون مخالفاً للقاعدة المقررة في المادة ١٣٠ / ١٩٠ ولكن لهذه المخالفة أساساً متيناً في القانون الدولي الخاص عند سائر أمم العالم المتمدنين وهذا الأساس هو عدم الاعتراف بالموانع الدينية أو المذهبية أو الوطنية الخاصة التي توجد في بعض القوانين الأجنبية ويعتبرها قانون المحكمة غير مشروعة أو غير عادلة وهذه القاعدة فرع عن القاعدة التي سبق شرحها في ص ٤٧٧ هنا (٤)



زواج الفارسي  
بعثمانية صحيح  
في مصر

وقد حكمت محكمة الاستئناف المختلطة تطبيقاً لهذا المبدأ بأن الزواج المعقود بين مسلم من رعايا حكومة فارس ومسلمة عثمانية هو زواج صحيح بالرغم من كونه منهيًا عنه بأمر عالٍ عثماني يسرى على البلاد التركية المتاخمة لبلاد فارس وقد اعتبرت المحكمة هذا الأمر العالي من قوانين الضبط (البوليس) الداخلية في تركيا. ولم تر فيه تحريماً مانعاً من صحة الزواج وموجباً للبطلان<sup>(٥)</sup>.

٣٧٤ - شكل عقد الزواج : الزواج عقد يجب أن يصاغ في شكل صحيح كما هي الحال في جميع العقود . وهذا الشكل هو بحسب القانون المصري الشكل الذي يميزه قانون الأحوال الشخصية للتعاقدين إذا كانا تابعين لقانون واحد قبل الزواج . وهذه القاعدة مستنبطة من نص المادة ٤ م م

ويختلف شكل الزواج من بلد إلى بلد ومن دين إلى دين . وينعقد الزواج الشكل الاسلامي صحيحاً في الشريعة الاسلامية بإيجاب من اخذ العاقدين وقبول من الآخر بحضور شاهدين عاقلين بالغين مسلمين لنكاح مسلم مسلمة وينعقد بكتابة الغائب لمن يريد ان يتزوجها بشرط ان تقرأ الكتاب على الشاهدين وتسمعهما عبارته أو تقول لهما فلان بعث الى يخطبني وتشهدهما في المجلس انها زوجت نفسها منه (٥ - ٩ من كتاب الاحكام الشرعية في الاحوال الشخصية) ولا يتطلب من الاجراءات اكثر من ذلك بالنسبة لحصول العقد *ad solemnitatem actus* فليس من اجزاءات دينية أو مذهبية يوجبها الشرع غير ما ذكر . ومع ذلك فيلتجئ الطرفان ، من أجل إيجاد مستند للزواج يمكن الرجوع اليه للاثبات عند اللزوم ، الى مساعدة المأذون أو

(٥) س م ٢٥ مارس ١٨٩٧ م ٩٢٧ ج م ٩٢٧. وهذه الفكرة تشبه ما تقدم في

من ٤٧٧ وعاشية ٢ هنا نظراً لكون الزوجين مسلمين ولكن بين عقائدهما اختلاف مذهبي سيده كون الفرس من الشيعة والأتراك من السنيين فالزواج وان كان منهيًا عنه ويجب عدم مباشرته على يد رجال الشرع المكون اليهم الامر في تركيا الا انه اذا تم لا يترتب عليه البطلان خصوصاً خارج تركيا لان الفرض عدم الاختلاط بين المذهبيين وهذه سياسة محلية لا يهتم بها في الخارج وقد لاحظت المحكمة ان الامر العالي المذكور لا ينص على بطلان الزواج وان كل ما يترتب على التحالف هناك هو معاقبة الموظف الذي يباشره واعتبار الاولاد عثمانيين من كل الوجوه



القاضي يعطى للزواج شكلاً رسمياً قانونياً بكتابته في الدفتر الرسمى المعد لذلك  
وبتسليم صورة منه لكل من الزوجين لتكون له مستنداً بالزوجية وما يتفرع عنها  
من الحقوق . ولا يتطلب الالتجاء الى المأذون أو القاضي لصحة العقد فان ذلك لا  
يفيد الا من حيث الاثبات <sup>(٦)</sup>

قيد اللائحة من  
حيث الاثبات

ومع ذلك فمن حيث الاثبات ليس الشكل الرسمى وحده هو المقبول بصفة  
مطلقة فان طرق الاثبات الاخرى التى تميزها الشريعة الغراء تقبل دائماً الا فى حالة  
واحدة وهى التى يريد القانون الوضعى فيها ان يمنع الغش أو النزاع على وجه العموم  
حيث تتعلق القضية فى الغالب بحق الميراث ولذلك قرر فى المادة ١٠١ من لائحة  
ترتيب المحاكم الشرعية <sup>(٧)</sup> عند الانكار عدم سماع دعوى الزوجية أو الطلاق أو  
الاقرار بهما بعد وفاة أحد الزوجين فى الحوادث السابقة على سنة ١٩١١ الفرنجية  
سواء كانت مقامة من أحد الزوجين أو من غيره الا اذا كانت مؤيدة بأوراق  
خالية من شبهة التزوير تدل على صحتها — ومع ذلك يجوز سماع دعوى الزوجية أو  
الاقرار بهما المقامة من أحد الزوجين فى الحوادث السابقة على سنة ١٨٩٧ فقط  
بشهادة الشهود وبشرط أن تكون الزوجية معروفة بالشهرة العامة — ولا يجوز  
ما ذكر كله من أحد الزوجين أو من غيره فى الحوادث الواقعة من سنة ١٩١١ الا  
اذا كانت ثابتة بأوراق رسمية أو مكتوبة كلها بخط المتوفى وعليها امضاؤه كذلك  
الشكل الاسلامى ينضح من ذلك أن شكل الزواج عند المسلمين ليس شكلاً دينياً بالمعنى  
شكل مدنى راق المعروف عند المسيحيين وانه خاضع للقواعد المدنية

فى فرنسا وبالعكس يعتبر زواج المصريين غير المسلمين زواجا دينياً من حيث الشكل .  
وفى فرنسا يعتبر الشكل المدنى واجباً دائماً ويجب عمله حتماً قبل الشكل الدينى اذا  
اراد الطرفان ان يلتجئا الى الشكلين معا ولا يصح مطلقاً عمل الشكل الدينى

(٦) س م ٢٥ مارس ١٨٩٧ ج ٩ م ٢٤٧ ( قارن بند ٣٢٣ وحاشية ١ )

(٧) المعدلة بالقانون نمرة ٢٣ لسنة ١٩١٣

قبل الشكل المدنى . وهذا الشكل رسمى يجب أن تسبقه اجراءات نشر خاصة يقوم بها الموظف المختص بالحالة المدنية <sup>(٨)</sup> Officier de l'état civil

ولا شك أن الشكل المرسوم فى قانون الأحوال الشخصية للطرفين يكون دائماً هو القاعدة فى مصر  
ممكناً اذا حصل الزواج فى بلد الطرفين أو بين أهل طائفتها الدينية فى بلدهما الاصلى  
أما اذا كانا بعيدين عن بلدهما أو عن أهل الطائفة التى ينتميان اليها فيجوز  
لها أن يلتجئتا الى احدى قنصليات أو سفارات الدولة التابعين اليها فى البلد الذى  
يكونان فيه

وقد جرت العادة بأن أغلب الحكومات تمنح قنصلياتها أو سفاراتها حق  
مباشرة عقد الزواج « بين رعاياها » <sup>(٩)</sup> فى البلاد الاجنبية التى ترسل اليها قناصل  
أو يكون لها فيها سفارات

كذلك جرت العادة بأن أغلب البلاد ، وعلى الخصوص مصر ، تقر  
إختصاص القناصل والسفراء الاجانب فى عقد الزواج بين رعايا حكوماتهم  
ويلاحظ أن الأئمة الذين أرسلتهم حكومة حضرة صاحب الجلالة المصرية  
يكون لهم الحق بحكم وظائفهم فى المفوضيات والوكالات السياسية المصرية <sup>(١٠)</sup>  
أن يباشروا عقود الزواج بين المصريين الذين يطلبون اليهم ذلك فى البلاد الاجنبية  
وقد كان المصريون يلتجئون فى السابق الى أئمة السفارات العثمانية ليعقدوا لهم عقداً  
اسلامياً يسجل فى دفاتر السفارات ويعتبر كأنه حاصل فى تركيا بمقتضى فكرة  
مجاوزه الاقليم Extra - territorialité التى هى من حق السفارات فى كل بلاد العالم

(٨) راجع المادة ٦٣ وما بعدها من القانون المدنى الفرنسى

(٩) أما اذا كان أحدهما من الرعايا والاخر ليس منهم فالحال يختلف . كذلك قد  
تختلف مع الظروف الاخرى التى سنورها فى البند التالى اذ الكلام هنا مقصور على حالة  
اتحاد الجنسية والدين

(١٠) ارسلت مصر للاثنتين أربع مفوضيات للخارج وهى فى انجلترا وأمريكا وفرنسا وإيطاليا  
ورتبة وكيل الحكومة المصرية فيها هى « مندوب فوق العادة ووزير مفوض » (راجع ص ٧١)  
وأرسلت قناصل لها فى مدن كثيرة

والتي يعتبر الزواج بمقتضاها كأنه حاصل في البلد التابعة اليه السفارة أو القنصلية كذلك يعتبر الزواج الحاصل على السفن الخاصة في عرض البحر أو الحاصل على السفن العامة في أى جهة كانت ، أو الحاصل في ميدان القتال أو في صفوف أى جيش أجنبي في الخارج ، صحيحاً دائماً متى كان حاصلًا طبقاً لمقتضيات قانون علم السفينة أو الجيش <sup>(١١)</sup>

الزواج في السفن  
أو في الجيش

ومن المعلوم أن شكل الزواج قد يكون دينياً حتى في بعض بلاد أوروپا وقد كان كذلك في روسيا قبل حكم البلشفيك وقد كان للروميا رجال دينيون يعتقدون الزواج بين ذوى ديانتهم ويختصون بذلك دون رجال أى دين آخر . ولذلك حكمت محكمة الاستئناف المختلطة بأن زواج الروسيين من ذوى الديانة اليونانية الارثوذكسية لا يكون صحيحاً ولو حصل في الخارج الا اذا تم طبقاً لمقتضيات قانون الكنيسة اليونانية الارثوذكسية . ويبطل زواج هذه الكنيسة اذا باشره قسيس قبطى ما لم يكن هناك تفويض من الكنيسة المذكورة <sup>(١٢)</sup> .

زواج الروس  
قديماً في مصر

٣٧٥ — تنضاعف الصعوبات في هذا الموضوع من وجهتين مختلفتين: —  
الاولى : اذا ما اختلفت ديانة طالبي الزواج أو جنسيتها

نوعاً الصعوبات

الثانية : اذا ما امتنع عليهما جواز الالتجاء الى شكل الزواج المرسوم بقانونهما  
الشخصى في الجهة التي يريدان التزوج فيها

في الحالة الاولى قد يقوم الطرفان بعمل الشكل اللازم في قانون كل منهما وهذا كثير الحصول ويكون الزواج قد عقد مرتين على التوالي مرة بحسب قانون الزوج ومرة بحسب قانون الزوجة <sup>(١)</sup> ولا بد أن يعتبر صحيحاً بحسب أحد القانونين

١ : اختلاف  
الدين أو الجنسية

(١١) قارن فاليرى ص ١٠٧٠ حاشية ١ ودابى ص ٦٦٧ — ٦٧٢

(١٢) ص ٢٢ نوفمبر ١٨٩٣ ج ٦ م ٥٢

[٣٧٥] (١) قارن ما حصل في قضية كازداغلي حيث عقد العقد مرتين الاولى في كنيسة الاروام الارثوذكس والثاني امام قنصل انجلترا في اسكندرية ومعلوم ان الزوجين كانا من ديانة واحدة هي المذكورة ( ص ٩٠ هنا ) ولكنهما التجأ الى القنصلية نظراً لتبعية الزوج حتى

بالأقل ولكن اذا اراد أن يقتصر على عقد واحد فيجب حتماً أن يلتجئ الى شكل قانون الزوج دون قانون الزوجة وقد حكمت بذلك المحاكم المختلطة قضت بأنه في حالة كون الزوج من جنسية أجنبية وكون الزواج مضيقاً لجنسية الزوجة العثمانية لا يمكن أن تستنتج صحة الزواج الا بالأعمال والاوراق الصادرة عن سلطة الاحوال الشخصية التابع اليها الزوج (٢)

ويعتبر الزواج القنصلي في الخارج صحيحاً في فرنسا طبقاً للقانون الفرنسي الصادر في ٢٩ نوفمبر ١٩٠١ اذا كان الزوج تابعاً لجنسية القنصل وذلك بالنسبة لبعض البلاد دون البعض الآخر ومن ضمن هذه البلاد مصر فيكون القنصل الفرنسي مختصاً فيها متى كان الزوج فرنسياً وبلاستنتاج العكسي يكون زواج الفرنسية صحيحاً طبقاً للقانون الفرنسي اذا عقد في قنصلية زوجها الاجنبي في الخارج (٣)

ومع ذلك فليس كل زواج قنصلي بصحيح في كل البلاد حتى لو حصل بين شخصين من رعايا القنصل وذلك لأن بعض البلاد لا يقر باختصاص القناصل الاجانب فيه بالنسبة لمباشرة عقود الزواج بصفة مطلقة وقد حدث من عهد قريب أن فرنسياً وفرنسية تزوجا في مدينة « بال » من أعمال سويسره أمام القنصل الفرنسي فالزمتها الحكومة المحلية في بال باجراء عقد الزواج طبقاً للشكل المحلي والا حاكمتها باعتبارهما مجتمعين اجتماعاً غير مشروع Concubinage (٤)

كذلك في القنصليات الاجنبية الموجودة في فرنسا لا تصح مباشرة الزواج الا بين رعايا حكومة القنصل فقط فاذا كان أحد الطرفين من غير جنسية القنصل

يكون زواجه انجليزيا وهذا وجه آخر من وجوه الصعوبة في هذا الموضوع لان الزواج الانجليزى ربما كان غير كاف في نظر ديانة الطرفين ، ولذلك يكونان قد احتاطا للامر من وجهته الدينية والمدنية

(٢) س م ٢٥ مارس ١٨٩٧ ع ت م ٩ ص ٢٤٦

(٣) قأبرى ص ١٠٦٩

(٤) قأبرى ص ١٠٧٠



فالزواج باطل في فرنسا نظراً لعدم اختصاص القنصل الاجنبي بمقد مثل هذا الزواج بمقتضى القوانين الفرنسية ونظراً لأن الزواج في هذه الحالة يجب أن يحصل طبقاً للشكل المحلى الفرنسى دون غيره<sup>(٥)</sup>

ويظهر أن هذه القاعدة بالذات مقررة في القانون البريطانى<sup>(٦)</sup>

في إنجلترا

ومن ذلك يتضح جلياً أن زواج المصريين من انجليزيات في إنجلترا أمام السفارة العثمانية في السابق أو السفارة المصرية في لندن لا يعتبر صحيحاً من حيث الشكل<sup>(٧)</sup> طبقاً للقانون البريطانى وان كان صحيحاً طبقاً للقانون المصرى

ومع ذلك فهذه القاعدة التى تتبع بالنسبة للقنصليات الاجنبية قد لا تتبع بالنسبة لزواج أحد رعايا الدولة من أجنبية ، أو زواج احدى رعاياها من أجنبي ، في قنصليات الدولة فيكون الزواج صحيحاً في انحاء الدولة رغم بطلانه بحسب قانون البلد الموجودة به القنصلية أو السفارة<sup>(٨)</sup> وتنفيذ هذه القاعدة الاخيرة التى مرت في بند ٣٧٤ يتوقف بطبيعة الحال على رضا أو سكوت حكومة البلد المذكور<sup>(٩)</sup>

وفي الامبراطورية البريطانية قانون خاص للزواج المشتمل على عنصر أجنبي ويسمى The Foreign Marriage Act of 1892 وهو متمم بلائحة عدلت في سنة

(٥) فاليرى ص ١٠٧٠

(٦) دايسى ص ٦٦٨ حيث يقول ان امتياز مجاوزة الاقليم ربما كان لا يمتد الا في الاحوال التى يكون فيها الطرفان من جنسية القنصل ولا يكون له وجود مطلقا وعلى وجه التأكيد اذا كان الطرفان من غير جنسية القنصل والسبب في ذلك بالطبيعة هو المحافظة على سلطة الحكومة الاقليمية وعدم السماح للحكومات الاجنبية باى سلطة بواسطة قناصلها أو سفاراتها فيما لا يختص برعاياهم . ويؤكد وستليك وبتوينش هذه القاعدة في ص ٦٣ ويقولان انه عند اختلاف الجنسية لا يكون للاجنبي أى حق في التمتع بالامتياز السياسى واجراء عقده في قنصلية أو سفارة دولة غير دولته

(٧) اما من حيث الجوهر فقد سبق الكلام عليه في بند ٣٧٢

(٨) وستليك وبتوينش ص ٦٣ و ٦٤

(٩) وقد جاء في أمر مجلس ملك إنجلترا الصادر في سنة ١٩١٣ بخصوص الزواج

ما يؤيد هذا الشرط بالذات — وستليك ص ٦٥



١٩١٣ عنوانها Foreign Marriages Order in Council, 1913 وهما يسريان على الزواج الذى يعقد خارج الاقليم البريطانى الاصلى فيتناولان الزواج الحاصل فى القنصليات والسفارات البريطانية وفى صفوف الجيش البريطانى فى الخارج أو على ظهر السفن البريطانية . واللائحة تنص على جواز مباشرة العقد متى كان الطرفان بريطانيين أو أحدهما بريطانى والآخر من غير رعايا الدولة الموجودة بها القنصلية أو السفارة وإذا كان من رعايها فيجب ان لا يكون هناك التسهيل الكافى فى الاجراءات المحلية فى تلك الدولة طبقاً لقانونها المحلى . ولكن يشترط فى هذه الحالة الا يكون هناك اعتراض من الحكومة المحلية على الزواج القنصلى المذكور وهناك احتياطات أخرى فى منتهى الحكمة تتخذ فى حالة زواج البريطانىة من أجنبى حتى تضمن النساء البريطانىات صحة الزواج طبقاً لقانون الزوج الاجنبى <sup>(١٠)</sup>

الحالة الثانية — استجابة الالتجاء الى الشكل المقرر فى قانون الاحوال الشخصية وهنا يجب الركون الى قاعدة خضوع الشكل لقانون محل التحرير . الشكل الشخصى <sup>٢ : تعذر الالتجاء الى الشكل الشخصى</sup> وبهذه القاعدة يكون صحيحاً كل زواج لم يأخذ شكل القانون الشخصى للمتعاقدين متى كان صحيح الشكل طبقاً لقانون البلد الذى حرر فيه العقد . وهذه قاعدة عامة مقررة فى القانون الدولى الخاص فى كل بلاد العالم أوحث بها الضرورة وأوجبت احترامها العدالة <sup>(١١)</sup> وقد أوردها القانون المدنى الفرنسى بالنص الصريح فى مادة ١٧٠ حيث قال : الزواج المعقود فى بلد أجنبى بين فرنسيين أو فرنسيين وأجانب يكون صحيحاً اذا حصل طبقاً للشكل المتبع فى ذلك البلد dans les formes usitées dans le pays وكذلك اقترتها المحاكم الانجليزية <sup>(١٢)</sup> وحكمت بها المحاكم

(١٠) وستليك وبتويتش ص ٦٥

(١١) راجع بند ٢٢٥ ص ٢٢٥ وبند ٢٤٤ ص ٢٤٤ وبند ٢٥٠ و٢٥٩ و٢٦٧ و ٢٦٨ وخصوصاً بند ٣٢٦ فى الاثبات بالكتابة وبند ٣٩١ مكرراً فى شرح القاعدة تحت الالتزامات

(١٢) دايسى قاعدة ١٨٢ ص ٦٦١ وشرحها ص ٦٦٤ ..

المصرية في قضية الرومي الارثوذكسي التي وردت في بند ٣٧٤ (ص ٤٨٢) حيث قررت محكمة الاستئناف المختلطة « انه عند ما يقوم المانع من طلب التفويض وعلى الخصوص اذا كان الطرفان في الخروطم أثناء حوادث الثورة وفي وقت كانت فيه المواصلات مع مصر مقطوعة ، يعتبر الزواج صحيحاً »

الدفاع عن شكل  
بلد العقد

واذا صرفنا النظر عن حالة تعذر عقد الزواج طبقاً للشكل المقرر في قانون الاحوال الشخصية فان الشكل المتبع في البلد الذي حصل فيه الزواج بالفعل يعتبر دائماً شكلاً صحيحاً يجعل الزواج صحيحاً وذلك للسببين الآتين : —

أولاً : نظراً لكون أغلب قوانين العالم بخصوص الزواج يجعل الشكل المحلي مقبولاً ويقر بصحة الزواج الحاصل على مقتضاه ، واذا استعملت نظرية الاحالة (بند ٢٩٦ ،) في هذه النقطة أدت الى تصحيح الزواج

ثانياً : نظراً لكون قاعدة خضوع العقد لقانون بلد تحريره قاعدة محترمة بصفة مطلقة بصرف النظر عن استعمال الاحالة أو عدم استعمالها كما سيتوضح في بند ٣٩١ مكرراً

ولقد رأينا بكل وضوح في بند ٢٥٠ ان شكل العقود أو التصرفات الاختيارية على العموم ليس مما يجب حتما ان ينطوي تحت نظرية « شخصية القوانين » وانه احد الاستثناءات الثلاثة لهذه النظرية بمعنى ان العمل الاختياري يجب ان يعتبر صحيحاً في الشكل اذا كان صحيحاً طبقاً لقانون الجهة التي حصل فيها وهذا أكبر دليل قاطع على صحة الرأي الذي نقول به

ومع ما تقدم فان الشكل المحلي قد يكون في بعض الاحوال مستحيلاً فلا يكون تمت وجه لتطلبه لصحة الزواج كما اذا كان الزواج حاصل في بلاد متوحشة أو لم تصل اليها أنوار المدنية ولم يوجد فيها شكل محلي مقبول عند الامم المتمدينة أو كان الشكل مما تأباه الآداب العامة للطرفين فلا يستطيعان الالتجاء اليه

ففي هذه الاحوال البادرة يترك الامر لتقدير القاضي للظروف التي كانت

محيطة بالطرفين وما كان ممكناً وهل يعتبر الزواج قد حصل بالفعل أم لا فيلتفت الى نية المتعاقدين وما قاما به من الاقوال المثبتة لتلك النية مع مراعاة قانون احوالها الشخصية بالنسبة للاهلية وغيرها من الشروط ويمكن اعتبار القاعدة العامة في هذا الموضوع من حيث الشكل ، حيث لا يوجد شكل محلي مقبول يلتجأ اليه ، اقرار كل من المتعاقدين الحاضرين بقبوله الزواج *per verba de praesenti* ولو بغير حضور رئيس ديني (١٣)

ويظهر لنا أن هذه الصعوبات لا يمكن أن تنهض اذا كان الزواج اسلامياً <sup>بحث في الشكل الاسلامي</sup> بأن كان الزوجان مسلمين أو كان الزوج مسلماً أو حصل الزواج في ديار اسلامية مهما كانت ديانة الطرفين وذلك لأن كل شكل من الاشكال يمكن رده الى الشكل المقرر في الشريعة الغراء وهو الايجاب والقبول بحضور شاهدين ويلاحظ أن هذا الشكل ليس دينياً بالمعنى المعروف عند المسيحيين لان اتباعه لا يستلزم مراعاة طقوس دينية بالمعنى المذكور فهو شكل مدني راق ولا يستنكره مسيحي ولا غيره (١٤)

ويعتبر الشكل الاسلامي في مصر هو الشكل المحلي ( الاقليمي — أي بالنسبة لكل شخص يريد أن يتزوج عليه ) ويصح أن يتزوج عليه كل من يشاء بدون تمييز من حيث الجنسية أو الديانة ويكون الزواج صحيحاً على مقتضاه ، وعلى مقتضى القوانين الاجنبية المعروفة باعتباره الشكل المحلي في مصر وقد حكمت المحاكم المختلطة بناء على ذلك بأن الزواج الحاصل في مصر على يد أحد قضاة المحاكم الشرعية بين فرنسي وفرنسية أو أجنبية هو زواج صحيح طبقاً للقانون الفرنسي ( ص ٤٨٥ ) (١٥)

زواج فرنسي  
أمام القاضي  
الشرعي

(١٣) قارن دايبي ص ٦٧١ و ص ٧٨٢ ووستليك وبتوبتش بند ٢٦ ص ٦٣

(١٤) قارن مارواه الاستاذ عبد الحميد مصطفى باشا المستشار الملكي في عاشره

المنشورة في مجلة « مصر العصرية » السنة التاسعة ص ٣١١ — ٣٢٩ بعنوان شكل زواج الاجانب في مصر

(١٥) محكمة مصر المختلطة في ٩ يونيه ١٩١٩ جازيت ٩ ص ١٧١ نمرة ٢٨٩

كذلك حكم بأن زواج فرنسي ديانته اليونانية الكاثوليكية ، بامرأة من أهل ديانته أمام بطريركخانة المتبع في مصر بالنسبة لأهل الديانة المذكورة (١٦)

زواج فرنسي  
أمام بطريركخانة

وعلى ذلك يكون الشكلان الاسلامي واليوناني الكاثوليكي صحيحين في الحالتين المذكورتين طبقاً للمادة ١٧٠ مدني فرنسي لانهما شكلان متبعان في مصر ويكون الشكل الاسلامي مقبولا في كل الاحوال والشكل الديني الآخر مقبولا كلما كان الطرفان تابعين للدين الذي اختاراه شكله أو كان الزوج بالاقل تابعا لذلك الدين

خلاصة

٣٧٦ — ما معنى الشكل في الزواج ؟ تحديد معنى الشكل وما يدخل تحته وما لا يدخل من الامور التي يبينها القانون الذي يحكم الزواج نفسه وهو قانون جنسية الطرفين أو موطنهما أو دينهما (١) وهذا القانون هو الذي يحصل بمقتضاه التمييز بين الشروط المتعلقة بالاهلية والشروط المتعلقة بالشكل فأما شروط الاهلية فالمرجع فيها الى القانون الشخصي من كل الوجوه مع استثناء ما يعتبره قانون المحكمة متعلقاً بالنظام العام (بند ٣٧٣) وأما الشروط المتعلقة بالشكل فاتها وان كان تحديدها متوقفاً على القانون الشخصي أيضاً الا أن تحقيقها أي حصولها بالفعل يصح أن يرجع فيها الى قانون الجهة التي تم فيها الزواج بالفعل طبقاً لقاعدة خضوع الاعمال

ما معنى الشكل ؟

(١٦) الحكم السابق وقد تزوج الرجل بامرأتين : الاولى تزوج بها امام القاضي الشرعي في بورسعيد سنة ١٩٠٥ ثم طلقها ( ولكن هذا الطلاق غير صحيح طبقاً للقانون الفرنسي لان الزواج الذي انعقد صحيحاً طبقاً لقانون الجهة لا ينحل الا طبقاً للقانون الفرنسي بعد رفع دعوى للأسباب التي يجيزها هذا القانون — راجع بند ٣٨٢ ) وتزوج بالثانية امام بطريركخانة اليونان الكاثوليك في اسكندرية سنة ١٩٠٦ ثم حكم بعدم ذلك بيطلاق هذا الزواج من محكمة روما الدينية التابعة اليها البطريركخانة وسبب الدعوى كان طلب تبويض قدم من الزوجة الثانية ضد تركة الزوج فرفضته المحكمة المختلطة نظراً لكون الزوج كان معتقداً ان زواجه صحيح لان طلاقه صحيح وان نفس رجال الدين الذين عقدوا العقد الثاني كانوا معتقدين صحة الطلاق

[٣٧٦] (١) راجع في ذلك نظرية التكييف القانوني بند ٢٧٨ وما بعده وخصوصاً بند ٢٨٢



الاختيارية من حيث الشكل لقانون الجهة التي تمت فيها تلك الاعمال (بند ٣٩١ مكرراً) وقد حفظ التاريخ في هذا الموضوع في إنجلترا قاعدتين غريبتين سييهما أن الاحكام الانجليزية القديمة كانت تجعل الاهلية والشكل معاً محكومين بقانون الجهة التي حصل فيها الزواج فلما حصل التمييز والفصل بين الاهلية والشكل استمرت مع ذلك المحاكم الانجليزية على بعض النتائج القديمة وظلت تعتبر أخذ رضا الوالدين أو غيرهم والاعلانات اللازمة عن الزواج من ضمن مسائل الشكل واستبقته خاضعة لقانون الجهة التي يحصل فيها الزواج مع أن هذه المسائل متعلقة بالاهلية في الواقع لأن الشخص الذي لا يستطيع الزواج بغير رضا ذويه يكون ناقص الاهلية ويكون زواجه باطلا بدون ذلك الرضا

كذلك ظلت المحاكم الانجليزية تعتبر الزواج الصحيح الشكل طبقاً لقانون الهرب من القانون البلد الذي عمل فيه صحيحاً في كل جهة حتى لو تبين أن الطرفين لم يذهبا لعقد زواجهما في البلد المذكور الا هرباً من الشروط المطلوبة في قانونهما الشخصي من حيث رضا ذويهم والاعلان عن الزواج أو غير ذلك ، أو للالتجاء الى الشكل البسيط الذي يميزه قانون البلد الذي حصل فيه الزواج<sup>(٢)</sup> وبناء على ذلك تعتبر المحاكم الانجليزية زواج الاجانب (الفرنسيين مثلاً) صحيحاً اذا حصل في إنجلترا طبقاً للعقود الشكلىة الانجليزية ولو لم يحصلوا على الرضا اللازم لعقد الزواج المذكور من ذويهم طبقاً لقانونهم الشخصي وحتى في حالة كون هؤلاء الاجانب قد التجأوا الى إنجلترا لعقد الزواج فيها فراراً من حكم قانونهم الشخصي وحتى لو حكمت محاكمهم الشخصية ببطلانه ؛ وهاتان القاعدتان يجب كما قدمنا اعتبارهما من آثار عدم التمييز السابق بين الاهلية والشكل فلما حصل التمييز بقيت القاعدتان

(٢) دابسي ص ٦٦٤ و ٦٦٥ وراجع هنا بند ٢٨٢ حاشية ٢ في تفصيل مسألة الرضا في القانون الفرنسي . ولاحظ ان النقطة التاريخية المذكورة هي التي تقرر ما تحكم به المحاكم الانجليزية الان في موضوع الشكل في الزواج وما رويناه في الحاشية المذكورة



كما كانتا ولم يؤثر عليهما التمييز المذكور فوجب النظر اليها باعتبارهما شاذتين من شواذ القوانين الانجليزية وقد انتقدهما علماء انجلترا أنفسهم<sup>(٣)</sup> وسيرد شرح القاعدة الثانية وهي عدم الاعتداد بالغش الحاصل نحو القانون الواجب تطبيقه ، ونقد هذه القاعدة في بند ٣٩٢

التوكيل بالزواج ويدخل تحت شكل الزواج البحث في هل يجوز حصوله بواسطة وكيل ؟ معلوم أن الشريعة الاسلامية الغراء تميز للزوجين أن يوكلوا من شاءا وللولى اباً كان أو غيره أن يوكل بنكاح من له الولاية عليهم ( ٥٧ ، من الاحوال الشخصية ) بعكس القوانين الاجنبية فانها على ما نعلم لا تميز التوكيل في عقد الزواج مطلقاً بل يعتبر الزواج غير منعقد اذا لم يشترك فيه كل من الزوجين بنفسه وبدون وكيل وينبئ على خضوع الشكل لقانون محل العقد جواز زواج الاجانب والاجنبيات على الخصوص ، في مصر بواسطة وكيل يحضر عنهم أو عنهن أمام القاضي الشرعى ويعتبر العقد صحيحاً بناء على هذه القاعدة

أموال الزوجين ٣٧٧ — تأثير الزواج على أموال الزوجين : هذا الموضوع غريب جداً بالنسبة للطلبة المصريين وعلى الخصوص المسلمين الذين تجعل شريعتهم أموال المرأة مستقلة عن أموال الزوج من حيث الملكية والايراد ومن حيث الادارة كما أنها لا تقلل من حقوق المرأة على أموالها ولا تمنحج عليها في تصرفاتها ولا في المقاضاة أمام المحاكم بشكل من الاشكال ( ص ٤٢٥ ) ويكفى لمعرفة صعوبة هذا الموضوع وتنوع أبحاثه مراجعة نصوص المواد ١٣٨٧ الى ١٥٨١ من القانون المدنى الفرنسى والمواد ١٣٦٣ الى ١٥٦٣ من القانون المدنى الالماني مثلاً

ونسمى مجموعة القواعد التى تضبط شؤون الزوجين من الوجهة المالية « نظام الزواج » régime matrimonial والمقصود به النظام المالى للزوجية وهو يشمل

(٣) دابسى ص ٦٦٤ حاشية لا حيث يقول ان القاعدة الاولى منتقاة منطقياً للاسباب التى قدمناها وقارن وستليك وبتويتش بند ٢٥ ص ٥٩ — ٦٣

القواعد القانونية أو المتفق عليها بين الزوجين والتي من مقتضاها بيان حقوق وواجبات كل منهما من حيث ملكية أموالهما وإيرادات الأموال المذكورة وإدارتها والانتفاع بها ومن حيث الديون التي يقرفاتها قبل الزواج وأثناءه وبعد انحلال عقده ، وتسوية حقوق كل من الزوجين أو ورثتهما بعد انتهاء الزوجية

و يفرض بعض القوانين نظاماً قانونياً يكون نظاماً واجب الاتباع بالنسبة . النظام القانوني

للزوجين الذين لا يتفقان على نظام آخر ويسمى النظام القانوني *Le régime légal* فإذا اتفق الزوجان على نظام معين سمي النظام المتفق عليه *Régime conventionnel* وكثيراً ما يحدد القانون أنواع النظم التي يجوز الاتفاق عليها فلا يجوز الخروج عنها بل يجب اختيار أحدها . فإذا ما أراد الطرفان اختيار نظام يتفقان عليه فيجب عليهما أن يحررا عقداً خاصاً يأخذ شكلاً خاصاً ويطلق عليه لفظ مختصر غامض هو « عقد الزواج » *Le contrat de mariage* أو *Marriage contract*

*settlement* والمقصود به العقد المتعلق بالمال دون العقد الذي يحصل بمقتضاه الزواج نفسه وهذا يطلق عليه لفظ وثيقة الزواج *acte de mariage* فلا تضاف إليه كلمة « عقد » فإذا أضيفت انصرف الى الاتفاق على المال ويمكننا أن نصطلح هنا

على تسمية العقد المالى الخاص بالزواج « مشاركة الزواج » ويكون الغرض منها مشارطة الزوج المشاركة المالية قياساً على التسمية الافرنجية ويجب دائماً لصحة هذه المشاركة أن تتخذ شكلاً خاصاً يأتي الكلام عليه في بند ٣٨٠ كما يجب في كل الاحوال أن يكون الطرفان فيها أهلاً للتعاقد وللتصرف طبقاً لقانون الاحوال الشخصية التابع اليه كل منهما

هذا والنظام القانوني المقرر في فرنسا هو نظام اشتراك الزوجين *Régime de* نظام الاشتراك

*la communauté* وهو يسرى في حالة عمل مشاركة باطلة وفي حالة عدم عمل مشاركة بالكلية وللزوجين أن يتفقا عليه ولهما أن يعدلا فيه بأن يقصراه على بعض المال دون البعض الآخر وقد جرت العادة الآن بأن يقصراه على الأموال التي

تقتنى أثناء الزوجية ويسمى حينئذ *communauté réduite aux acquêts*

ومن خصائص هذا النظام وجود مال مشترك *masse commune* يتكون من أموال مشاعة مملوكة للزوجين بحق النصف لكل منهما في العادة ويجب أن يبقى على حالة الشيوع هذه طول مدة الزواج وهذا المال المشترك هو الذى يطلق عليه لفظ مجموعة الاموال *la communauté* وهى موضوع شركة أموال *société de biens* من نوع خاص ويصح أن تتكون الاموال المذكورة من مال الزوجين أو من جزء من أموال كل منهما وهذا هو الغالب . وتكون ادارة الاموال المشتركة للزوج وله عليها سلطة تكاد تشبه سلطة المالك . وتسمى الاموال الغير المشتركة « خاصة الزوجة » *les propres de la femme* وللزوج ادارتها ، وأرباحها للمال المشترك ، لا للزوجة خاصة

وللزوجين أن يتفقا فى « مشاركة الزواج » على أى نظام آخر من النظم الثلاثة الآتية : —

أولاً — نظام عدم الاشتراك *régime sans communauté* ويختلف هذا عن النظام السابق بعدم وجود أموال مشتركة ولكن يتفق معه فى أن ادارة أموال الزوجة وأرباحها تكون للزوج

نظام  
عدم الاشتراك

ثانياً — نظام انفصال الاموال *régime de la séparation des biens* ويتفق هذا مع النظام السابق فى عدم وجود مال مشترك ويختلف عنه فى أن المرأة تكون حائزة لجزء من الاهلية فى ادارة مالها ويكون الايراد لها ولا ينتفع به الزوج

نظام الانفصال

ثالثاً — نظام الدوط *régime dotal* وهذا نظام انفصال يمتاز بوجود ما يسمى « الدوط » وهى أموال تأتى بها الزوجة وتقدمها لزوجها فيحصل على ارباحها أو ايراداتها وقد يحصل على ملكيتها وأموال الدوط غير قابلة للتصرف فيها ولا للحجز عليها والاموال الخارجة عن الدوط تسمى أموال الزوجة *biens paraphernaux* (١) وقد تحررت المرأة الفرنسية نوعاً ما من هذه القيود بمقتضى القانون الصادر

نظام « الدوط »

[٣٧٧] (١) يلائول ٣ من ٥ بند ٧٦٧ — ٧٧٠ وفيها يتعلق بملكية الزوج الا بطلان للدوط المكونة من مثليات راجع س م ٢٧ يونيو ١٩٢٣ جازيت ١٤ س ٦٦ نمرة ١١٠

في ١٣ يولييه ١٩٠٧ الذي منح الزوجة حقاً مطلقاً على ما تكتسبه من عملها وتجنبيه من ثمار تعبها فجعله بعيداً عن حكم الزوج وأطلق لها الحرية في التقاضى والتعامل بخصوصه ( راجع ٣٦٠ حاشية ١٠ ص ٤٢٥ )

وقد كانت النظم الجائزة في المانيا قبل قانون سنة ١٩٠٠ تقرب من مائة في المانيا فادخل القانون الجديد « نظام عدم الاشتراك » وجعله النظام القانوني وجعل جميع مال الزوجة تحت ادارة الزوج وكذلك جميع ايراد الزوجة ملكاً للزوج ما عدا ما تكتسبه الزوجة من كدها وما أبعدته بالاتفاق عن متناول يد الزوج من الاموال التي استبقته لنفسها بمشارطة الزواج أو نص القانون على حفظها لها<sup>(٢)</sup>

ويلاحظ أن لكل نظام من النظم المذكورة قواعد وتفاصيل كثيرة يصعب ادراكها على من لم يمارس دراستها في القوانين الاجنبية الخاصة بها وقد أصبحت هذه النظم عتيقة وغير ملائمة للافكار الحديثة التي تصبو الى تحقيق حرية النساء واستقلالهن ومما يلاحظ بمزيد السرور ان اتجاه التشريع الحديث الآن سائر نحو تقرير نظام انفصال الاموال وهو النظام المقرر في الشريعة الاسلامية الغراء<sup>(٣)</sup>

٣٧٧ مكرراً — القانون الذي يحكم أموال الزوجين : نصت المادة ٤ م م على القانون الذي يحكم الاموال أن المسائل المتعلقة بالزواج تبقى من اختصاص قضاة الاحوال الشخصية ومن هذه المسائل ما يتعلق بأموال الزوجين وتأثير الزواج عليها فكل ذلك داخل في اختصاص قضاة الاحوال الشخصية وهو محكوم أيضاً بقوانين الاحوال الشخصية كما ينهه في بند ٣٧٠

وقد حكمت بذلك المحاكم المختلطة فقررت بان جميع النصوص القانونية المختصة بنظام الاموال بين الزوجين والاجراءات والشروط اللازمة لعقود انشاء « الدوط » والمشارطات المالية الأخرى وكذلك الالتزامات الناشئة عنها ، كل ذلك

(٢) مادة ١٣٦٣ — ١٣٧٠ مدني الثاني

(٣) قارن مثلاً مارواه بلايول ٣ بند ٧٧٣ والحاشية عليه وبند ٩٩٢



جزء من نظام الزواج تابع للأحوال الشخصية وغير داخل في اختصاص المحاكم المختلطة<sup>(٤)</sup>

فلا محل للنزاع حينئذ إذا كان الطرفان من جنسية واحدة أو ديانة واحدة قبل الزواج فإن قانونهما الشخصي المشترك يحكم كل الشؤون المالية بينهما ما داما مقيمين في البلاد التي يحكمها ذلك القانون ولم تكن لهما أموال ثابتة أو منقولة في بلاد أخرى

ولكن النزاع محتم إذا ما اختلف الطرفان جنسية أو ديناً فيجب البحث عن القانون الذي يجب أن يحكم زواجهما من الوجهة المالية وهو ما سنراه في بند ٣٧٩ كذلك يجب البحث عن القانون الذي يعمل به إذا ما كان لهما أو لاحدهما أموال في بلد غير بلدهما الأصلي وهو ما سنراه في البند التالي

الاحوال  
المتنازع عليها

٣٧٨ — الحالة الاولى : للزوجين أموال خارج بلدهما الأصلي — بلد الجنسية أو الموطن :

١ : المال في  
الخارج

كثر الخلاف في هذا الموضوع فالبعض يعتبر آثار نظام الاموال بين الزوجين غير قابلة للتجزئة بمعنى انها تكون محكومة بقانون واحد مهما تعددت البلاد التي يكون للزوجين فيها أموال ثابتة أو منقولة ؛ ويضطر اصحاب هذا الرأي الى مراعاة قواعد النظام العام في كل الاحوال التي لا يصح فيها تطبيق القانون الاجنبي ، كما في حالة العقارات الواقعة في بلاد أجنبية فانهم يراعون قوانين هذه البلاد ويفرقون بين البلاد التي لاتمنع في تطبيق القانون الاجنبي والبلاد التي تمنع فيه<sup>(١)</sup>

مبدأ وحدة  
النظام

(٤) س ٧٢ يونيو ١٨٩٣ ج ت م ٥ ص ٢٩٨

[٣٧٨] (١) قارن قاليرى بند ٢٨٢ ص ١١٣ وبيليه ونيبوايه بند ٥٢٠ ص ٦٠٠ و ٦٠١ حيث يقولان بأن الاحكام الفرنسية تعتبر النظام المالى غير قابل للتجزئة الا فيما يتعلق بالاحوال العينية المحضة le pur statut réel ثم يقولان بوجوب اعتبار قانون موقع العقارات لحد محدود مثال ذلك ان نظام الدوط لا يكون محترماً في بلد يجهل عدم التصرف في الدوط وكذلك بالنسبة للرهن التأمينى المغربي في القانون الفرنسى مثلاً للزوجة على اموال زوجها تأميناً



ويرى آخرون وجوب التمييز من أول الامر بين المنقولات والعقارات . مبدأ التفريق فالمنقولات تخضع دائما لحكم القانون الذى يحكم الزواج <sup>(٢)</sup> بعكس العقارات فان الحكم فيها يختلف باختلاف النظام العقارى فى البلاد التى توجد فيها العقارات مثال ذلك انجلترا وامريكا حيث يقضى القانون بعدم خضوع العقارات لحكم أى قانون أجنبى بأى شكل من الاشكال فلا يسرى عليها « النظام القانونى » الاجنبى للزواج ولا يسرى عليها « مشارطات الزواج » المعقودة طبقا لاي قانون أجنبى الا اذا استوفت الشكل المطلوب فى قانون موقع العقار ولم يكن فيها ما يخالف أصوله وقواعده <sup>(٣)</sup>

وقد اختلفت المحاكم المصرية فى الحكم فى طبيعة نظام « الدوط » وعدم التصرف الناشئ عنه *L'inaliénabilité du fonds dotal* هل يعتبر من مسائل الاحوال الشخصية أم من مسائل الاحوال العينية <sup>(٤)</sup> فقضى بعض الاحكام بانه من مسائل الاحوال العينية *statut réel* وعلى ذلك يجوز للزوجة ان تقيّد نفسها وتلتزم فى أموالها ولو كانت تلك الاموال داخلة ضمن « الدوط » التى لا يجوز التصرف فيها ولا الحجز عليها طبقا للقانون الشخصى ، ما دامت هذه الاموال

---

لها على حسن ادارته لاموالها فانه لا يستبر اذا كان النظام العقارى فى البلد الاجنبى لا يبيع الرهون العامة على الاموال لمصلحة عديمى الاهلية . ويجب فى نظرهما على كل حال الالتفات الى وجوب التسجيل فى الجهة التى يراد التمسك فيها بمشارطة الزواج وهذه نقطة هامة جداً

(٢) دابسى ، القاعدة ١٨٤ من ٦٨٥ وبار من ٤٠٦

(٣) بار من ٤٠٦ وقارن دابسى من ٦٨٥ ووستليك وبنوتيتش نمرة ٣٨ من ٧٦

وراجع ما ذكرناه فى الحاشية الاولى هنا

(٤) وأهمية هذا السؤال ظاهرة لانه اذا كان الامر من شأن الاحوال الشخصية وحدها قيتبع حكم القانون الشخصى فى مصر بين الزوجين ، وبينهما وبين الغير بدون ان يلزم الزوجان باتباع القانون المدنى المصرى فيما يتعلق بتسجيل مشارطة الزواج فى المحكمة أو المحاكم الكائنة بدائرتها المقارات المختلفة ، بعكس ما اذا كان الامر من شأن الاحوال العينية فان اتباع القانون المدنى يكون واجبا كما تقدم والواقع انه لا يمكن الثبات على أحد هذين الرأيين بصفة مطلقة نظرا لكون المادة مادة احوال شخصية من جهة ومرتبطة بالنظام العقارى من جهة أخرى — قارن بند ٢٢٧ فيما يسميه أرجانتيروس « الاحوال المختلطة »

خارجة عن الاقليم الذى يسود فيه القانون الشخصى المذكور وواقعة فى اقليم آخر مثل مصر حيث لا يوجد ما يمنع قانونا من التصرف فى الاموال المذكورة<sup>(٥)</sup> وقد حكم أيضاً بأن عدم التصرف الناشئ عن قانون الاحوال الشخصية لا يعتبر ذا قيمة ضد الغير اذا لم تكن مشاركة الزواج مسجلة فى مصر وذلك لان عدم التصرف هذا يعتبر عبثاً على العقار يكاد يشبه الحق العيني ولذلك يجب تسجيله حتى يحتاج به على الغير الذين يعتبرون غير عالمين به من قبل التسجيل<sup>(٦)</sup>

رأى ثان

وقضى البعض الآخر بأن نظام الدوط هو جزء من قوانين الاحوال الشخصية فى مصر<sup>(٧)</sup> وأنه خارج عن حكم القانون المدنى الذى لا ينظم المسائل المالية بين الزوجين كما أنه لم يبين قواعد التوريث بل جعل كلامهما خاضعاً للقانون الشخصى وأنه يجب ألا يشذ مطلقاً عن هذه القاعدة الا اذا نص القانون على ذلك صراحة كما حصل فى المادة ٧٨ م م التى نصت على عدم مساس احكام فسخ الملكية العقارية وردّها لمستحقها بسبب تجاوز الواهب أو الموصى حد النصاب أو عدم ابقائه لورثته القدر المفروض لهم شرعاً أو نحو ذلك ، بحقوق من انتقلت اليهم ملكية الاموال المذكورة من الموهوب له أو الموصى اليه ولا بحقوق الدائنين المرتهنين اذا كانوا حسنى النية ولم ينص القانون المصرى على استثناء ما فيما يتعلق بأموال

(٥) س م ٣ مايو ١٨٩٥ ج ت م ٧ ص ٢٨٢

(٦) اسكندرية المدنية فى ٣ نوفمبر ١٩١٤ جازيت ٥ ص ١٥ نمرة ٣١ وقد قرر هذا الحكم ان القوانين الاجنبية الحديثة أوجبت تسجيل المشاركة المشتعلة على الدوط مثال ذلك المادة ٩٤٣ فقرة ثانية من قانون البرتغال فلها تذكر الدوط من ضمن الحقوق العينية الواجب اعلانها التسجيل حتى تسرى ضد الغير ، راجع أيضاً رأى الوارد فى حاشية ١

(٧) ومبنى هذا رأى اعتبار « عدم التصرف » ناشئاً عن عدم الاهلية وبذلك يحفظ العقار فى العائلة وهناك رأى آخر أساسه ان عدم التصرف لا يدخل لا فى الاحوال الشخصية ولا فى الاحوال العينية وأنه مبنى على « ارادة المتعاقدين » التى يجب احترامها فى العقود وقد جرت المحاكم الفرنسية على اعتبار عدم التصرف فى العقار المكون للدوط من المسائل العينية وانما محكومة بقانون موقع العقار ( راجع الاحكام الواردة فى كلونه سنة ١٨٩٩ ص ٣٤٧ )

الدوط فوجب اعتبارها خاضعة بصفة مطلقة الى قانون الاحوال الشخصية<sup>(٨)</sup> ونحن نرى أن القانون المصرى ناقص فى هذا الموضوع نقصاً فاحشاً وأن القول بأن عدم التصرف الناشئ عن نظام الدوط أو نحوه هو من المسائل العينية البهجة قول غير صحيح بدليل أن المشرع لو اعتبره كذلك لكان قد نص عليه فيما يجب الاعلان عنه أو تسجيله فى مصر أو كان قد استثناه من حكم الاحوال الشخصية كما فعل فى المادة ٧٨ بالنسبة لفسخ الحقوق الناشئة عن الموارث ( بند ٣٨٦ ) وفوق ذلك فانه ليس لهذه البلاد نظام إقليمى فى الموضوع يصح أن يكون هو المتبع فى حالة عدم الاتفاق على غيره ولأن استقلال الزوجين فى العلائق المالية المقرر فى الشريعة الفراء لا يسرى على غير المسلمين فكان من المحتم القول بان جميع ما يدخل فى النظام المالى بين الزوجين وما ارتبط به هو من أمر قانون الاحوال الشخصية الذى يحكم الزواج ومع ذلك فلا مناص من الاعتراف بان اتباع القانون الشخصى بصفة مطلقة يستلزم حتماً التأثير على النظام العقارى المصرى تأثيراً ضاراً لانه يؤدى الى تطبيق قوانين أجنبية غير معلومة فى مصر وغير معلنة عنها فى مصر بشكل من الاشكال ، على سكان القطر وبشأن عقارات كائنة فى القطر وبدون أن تدل دفاتر التسجيل المحفوظة فى مصر على ماهية النظام الذى تقرره القوانين الاجنبية المذكورة ، كما قد يؤدى الى اجبار

(٨) محكمة اسكندرية المدنية ١٦ يناير ١٩١٧ جازيت ٧ ص ٥٧ نمرة ١٦٨ وقد استند الى حكم سابق صادر من الاستئناف المختلط فى ٢٢ يناير ١٩١٤ ج ت م ٢٦ ص ١٧٨ جازيت ٤ ص ٦٤ نمرة ١٥٧ قضى ضمناً بان عدم التصرف فى أموال الدوط يسرى على المقاربات الموجودة فى مصر وان مبدأ عدم التصرف فى الدوط وهو المميز الوحيد لنظام الدوط هو من النظام العام ولا يجوز مطلقاً التصرف فى الاموال التى يشملها \* فى غير الاحوال المنصوص عليها فى قانون الاحوال الشخصية الخامس بالزوجين ولذلك يصح للزوجة ان ترفع دعوى ببطالان الحجز الحاصل على أموال الدوط وتعتبر بمثابة دعوى استحقاق من نوع خاص لا ترمى الى طلب الحكم بالمسكية وانما تكون الاموال داخلة فى الدوط وبمنوعا التصرف فيها ، وبما ان التصرف الاختيارى غير جائز فكذلك الامتناع أو الاملال المؤدى الى بيعها بواسطة الدائنين غير جائز

السكان على احترام عقود واتفاقات خاصة بالعقارات المصرية وبدون أن تبين طبيعتها ومراميها من دفاتر التسجيل المصرية — ومن المقرر الثابت الآن أن التصرفات العقارية وما يلحق بها يجب حتماً أن تكون موضع العلنية في كل بلاد العالم المتمددين حتى يأمن الناس على حقوقهم على العقارات ولذلك كانت حماية القانون لسكان مصر واجبة لمنع حقوقهم من الضياع إذا لم تكن الحقوق الناشئة عن الأحوال الشخصية معلومة لديهم شخصياً أو بالاقبل ظاهرة من دفاتر التسجيل وغير خاف أنه إذا أريد التمسك ضد الدائنين بكون العقار غير قابل للتصرف فيه فكان يجب بالاقبل أن يمكن القانون هؤلاء الدائنين من التثبت من حالة نظام أموال الزوجية حتى يتمكن الدائن من معرفة مقدار الثقة التي يمنحها للزوجين ولذلك كان من الواجب في نظرنا دائماً فحص ظروف كل قضية على حدة لمعرفة أى الطرفين فيها أحق بحماية القانون : المرأة التي تدعى دخول العقار المصرى ضمن الدوط أو نحوها ، أم الطرف الآخر الذى يريد أن يدعى حقاً يتنافى مع ما يقرره قانون أحوالها الشخصية بالنسبة للعقار المذكور مثال ذلك فى القضية التى انتهت بحكم اسكندرية الوارد فى الحاشية السابقة كان الخصم تابعاً للقانون الشخصى الذى هو قانون المرأة لأنهما جميعاً من ديانة اليونان الارثوذكس والمفروض أنه يعلم بطبيعة العقار وكونه داخلاً فى الدوط <sup>(٩)</sup> وفى القضية التى انتهت بحكم ٢٢ يناير ١٩١٤ المشار اليه فى حاشية ٨ كان عقد شراء العقار موضوع النزاع مسجلاً فى المحكمة المختلطة وهو عقد رسمى مبين فيه أن نقود الدوط هى التى دفعت ثمناً

الرأى الصحيح :  
فحص كل حالة  
على حدة

(٩) قالت المحكمة فى هذه النقطة د وعلى كل حال فإن الدائش الطالب ايسا كيدس لا يمكنه أن يدعى جهله بنظام الدوط الذى يعيش عليه الزوجان ما فريدس وما أولادهم لأنه هو أيضاً يونانى ارثوذكسى من رعية حكومة اليونان وإن المقد الذى به سجل العقار داخلاً فى الدوط وهو المحرر أمام بطريركيسة اليونان الارثوذكس قد ذكر فى عقد الرهن بصفته سند ملكية الراهن وهو اسكندر ما فريدس فى عقد الرهن الاول جازيت ٧ ص ٥٧ نمرة ١٦٨ المذكور فى الحاشية السابقة



العقار وكان هذا التسجيل السبب الذي اعتمدت عليه المحكمة في حكمها باحترام طبيعة العقار الظاهرة من تسجيل عقده<sup>(١٠)</sup> أما اذا كان الطرف الآخر حسن النية بمعنى أنه لم يكن يعلم بحكم القانون الشخصي وكانت ظروفه لا تسمح له بمعرفته فلا يكون ثمة محل لحماية المرأة التي كان يجب عليها لكي تنفع من نصوص قانونها الشخصي المطبقة على عقار كائن في مصر أن تتخذ من اجراءات النشر أو الاعلان أو الاخبار ما يسمح للغير بالوقوف على حقيقة الحال<sup>(١١)</sup> وذلك لأن مسألة عدم جواز التصرف هي كما قدمنا من الحقوق التي وان نشأت عن الاحوال الشخصية فانها تنقل العقار وكان يجب أن تظهر من دفاتر التسجيل المحفوظة في المحكمة الكائن بدائرتها العقار طبقاً للنظام المقرر للعقارات في مصر<sup>(١٢)</sup>

هذا ولا يفوتنا هنا أن ننوه بالفوائد الجليلة التي تترتب على نصوص القانون نس تجارى  
التجارى المصرى الواردة فى المواد ٢٠/٦ الى ٢٤/١٠ المنظمة لملاية النظام المالى فى زواج التجار حيث أوجبت على كل تاجر أن يقرر فى قلم كتاب المحكمة بالنظام المالى الذى يخضع اليه فى زواجه أو يقدم الى القلم المذكور المشاركة المتعلقة بالنظام المالى المتفق عليه بين الزوجين حتى يسجل ذلك كله فى دفتر خاص يطلع عليه الجمهور وقد جعل القانون جزاء عدم الاقرار اعتبار افلاس التاجر بالتقصير (وهو يستدعى الحبس) اذا تبين أن عدم حصول الاعلان السالف ذكره قد

(١٠) راجع المذكرة المنشورة تعليقاً على الحكم فى مج ت م ٢٦ ص ١٨٢

(١١) قارن بند ٣٨١ فيما يتعلق بتغيير النظام المالى بين الزوجين حيث يمس العقارات المصرية

(١٢) فى فرنسا يسجل الزواج نفسه فى سجلات عمومية فى بلد الزوجين ويشار فى ورقة الزواج الى المشاركة المتعلقة بالمال حتى يمكن الرجوع الى موثق المعنود الذى حررها والاطلاع على ما بهم معرفته منها طبقاً للقانون ، فاذا لم تحصل الاشارة الى مشاركة الزواج اعتبرت المرأة أهلاً للتعاقد طبقاً للقانون العام كما هو وارد فى المادة ١٣٩١ مدنى فرنسى اللهم الا اذا نصت فى التعاقد على أنها قد أمضت مشاركة للزواج . وهذا القيد يؤيد رأى الذى ذهبنا اليه من وجوب فحص كل قضية على حديثها لمعرفة ما اذا كان هناك تسجيل وفى حالة عدم التسجيل هل يعلم المتعاقد مع الزوجة بوجود مشاركة زواج أم لا ؟



أوجب اعتماد الغير للتاجر وثقته به ثقة لا يستحقها . وكان يجدر بالمشرع المصرى أن يجعل النظام عاماً ويوجب الملاينة على الجميع سواء كانوا تجاراً أو غير تجار حتى لا يؤخذ الناس على غرة وهم آمنون

قضايا الدوط والنيابة المختلطة هذا وقد نصت المادة ٦٨ مرافعات مختلط على وجوب تبليغ القضايا المتعلقة بالنساء التى يترافعن بشأن « الدوط » التى لهن ، الى النيابة العمومية فى المحاكم المختلطة حتى تبدى النيابة رأياها فى تلك القضايا (١٣)

الرهن القانونى للمرأة المتزوجة ويرتبط بهذا الموضوع بيان موقف الاحكام المصرية فيما يتعلق باجازة الرهن التأمينى القانونى المقرر فى بعض القوانين الأجنبية لصالح الزوجة على أموال زوجها تأميناً لها على حسن ادارته لأموالها وهو رهن عام على جميع أموال الزوج ويقر به للمرأة بلا حاجة لتسجيل خاص على كل عقار من العقارات . فقد قيل بان هذا الرهن ضمان خاص تابع لعدم أهلية الزوجة (أو القاصر على العموم) فيجب أن يحكمه قانون الأحوال الشخصية ولكن هذا رأى غير صحيح لان هذا الرهن من الحقوق العينية التى ترتب على العقار ولم يقره المشرع المصرى بل على شكل من الاشكال (١٤) وقد استنكرته الاحكام المختلطة (١٥) كما استنكرت امتياز المرأة المسلمة بدين النفقة وتقدمها على الدائنين الآخرين فى التوزيع الذى يحصل أمام المحاكم المختلطة (١٦)

٣٧٩ - الحالة الثانية : اختلاف الجنسية أو الدين مع عدم وجود مشاركة للزوج : لقد كثر الخلاف أيضاً فى هذه الحالة ولكن الرأى الذى أخذت به محكمة الاستئناف المختلطة فى الحكم الوحيد الذى صدر منها فى الموضوع هو الرأى

٢ : اختلاف الجنسية أو الدين

(١٣) المرافعات بند ٣٤٠ و ٣٤١ ثانياً

(١٤) راجع ما ذكره بخصوص هذا الرهن فى حاشية ١ بند ٣٧٨ ص ٤٩٤

(١٥) جرائعولان فى التأمينات بند ٣٠٠ ص ٨٢ و ص ١٩ يناير ١٨٨٢

ج ر م ٧ ص ٧٥ و راجع التعليق على حكم ٢٢ يناير ١٩١٤ مج ت م ٢٦ ص ١٨٢

(١٦) راجع بند ٣٣٠ حاشية ٢ فيما مر وجرائعولان المحل المتقدم

نص الرأى  
الصحيح  
قضية دبانه

القائل بخضوع أموال الزوجين فى هذه الحالة لقانون جنسية الزوج<sup>(١)</sup> وتسمى القضية التى صدر فيها هذا الحكم قضية « دبانه » نسبة الى اسم الخصم فيها وهى أرملة المرحوم يوسف دبانه الذى كان قنصلاً لحكومة البرازيل فى مصر وتزوج بها فى قنصلية البرازيل زواجا قنصلياً معتبراً كأنه حاصل فى تلك البلاد ولم يدخلا فى مشاركة زواج فحصل الاختلاف بعد وفاته على تركته بين الارملة والورثة الآخرين واعتبرت محكمة الدرجة الأولى أن الخلاف بشأن الميراث فأوقفت القضية حتى تحكم فيه محكمة الاحوال الشخصية<sup>(٢)</sup> ورأت محكمة الاستئناف أنه ليس هناك أى خلاف على التوريث لان الخصوم متفقون جميعاً على أن المتوفى برازيلي وأن وراثته التركة تؤول بمقتضى قانونه ( ٧٧ م ) الى أولاده بالتساوى بينهم دون زوجته وأن الخلاف الوحيد فى موضوع القضية ينحصر فى معرفة القانون الذى يحكم النظام المالى<sup>(٣)</sup> بين القنصل دبانه المتوفى وأرملته هل هو قانون الزوج أى قانون البرازيل الذى يقضى عند عدم وجود اتفاق خاص أى مشاركة زواج ، باشتراك الزوجين

[٣٧٩] (١) على هذا الرأى المادة ٢ من معاهدة لامي المؤرخة ١٧ يولييه ١٩٠٥ وسيرد نصها بعد بند ٣٨٢ وكذلك المادة ٦ من القانون المدنى الايطالى والمادة ١٥ من مقدمة القانون المدنى الالمانى والمادة ١٥ من القانون اليابانى الصادر فى سنة ١٨٩٨ . وتحكم المحاكم الفرنسية تارة بقانون جنسية الزوج وتارة بقانون موطن الزوجين بحسب ما تكتشف من «ارادة المتناقين» — راجع بيليه ونيبوايه بند ٥٢١ ص ٦٠١

(٢) حكم اسكندرية المدنية المختلطة فى ٢٧ ابريل ١٩١٥ جازيت ٥ ص ١٤٠ نمرة ٣٥٦ الذى قضى بالايقاف ريثما يحكم من جهة الاحوال الشخصية المختصة ، فى نصبة حقوق الورثة . والواقع كما سيتبين من حكم الاستئناف ان المسألة ليست مسألة وراثه بل مسألة نظام الزوجية المالى كيف كان وما القانون الذى يحكمه ؟ وهذه النقطة كثيراً ما يحصل فيها التباس كما سيتبين من الحاشية الآتية

(٣) يجب التمييز دائماً بين وراثه أحد الزوجين للآخر وبين تأثير الزواج على أموال الزوجين لانه يصح أن يكون كل منهما محكوماً بقانون غير الذى يحكم الآخر وقد لا يكون من السهل التمييز فى كثير من الاحوال بين ما اذا كانت مسألة من المسائل متعلقة بالميراث أو متعلقة بالنظام المالى للزوجية — وستليك وبتنوتيش بند ٤٢ ص ٨٢ وسائينى بند ٣٧٩ ترجمة جوتزى ص ٢٤٧

بصفة عامة في كل أموالهما أم هو القانون العثماني الذي يفصل بين مال كل منهما باعتباره قانون الزوجة وأن هذا الخلاف إنما يتوقف في حله على قواعد الدولي الخاص ولذلك يكون من اختصاص المحاكم المختلطة نظره والحكم فيه باعتباره طبقاً لأقوال المستأنف عليهم تقريراً لأمر واقع *question de fait* هو معرفة ماهو القانون الذي قصد المتعاقدان الخضوع لحكمه عند الزواج<sup>(٤)</sup>

الآراء المختلفة « وحيث أن الآراء المختلفة التي قيل بها في القانون الدولي الخاص لمعرفة القانون الذي يعمل به فيما يتعلق بالنظام المالي عند عدم اتفاق الزوجين وحصول زواجهما في الخارج<sup>(٥)</sup> يمكن حصرها في ثلاثة : —

الأول : مبني على « عينية » *réalité* النظام المالي ويقضى باتباع قانون موقع العقارات ؛

الثاني : مبني على « شخصية » *personnalité* النظام المالي ويقضى باتباع قانون جنسية الزوج أو قانون موطنه ؛

الثالث : يقضى باعتبار النظام المالي مما يدخل في دائرة الاتفاق والتعاقد فيكون محكوماً بإرادة المتعاقدين التي يجب الحكم فيها طبقاً للظروف ،

ملاحظات « وحيث أن الرأي الأول المبني على فكرة محدودة وعينية هي فكرة السيادة الإقليمية والذي قد يؤدي إلى المساس بمبدأ عدم جواز تغيير النظام المالي *l'immutabilité du régime matrimonial*<sup>(٦)</sup> لا يصح الحكم به في مصر وهي التي تعترف للأجانب بالامتيازات ، وسيادتها محدودة - *de souveraineté limitée* وحيث يلتحق فيها النظام المالي بقوانين الأحوال الشخصية وحيث

(٤) راجع حاشية ١ ص ٥٠١ وما سبلي في هذه الصفحة تحت قولنا « الثالث »

(٥) الزواج حصل في قنصلية البرازيل في مصر فهو معتبر كأنه تم في البرازيل

( بند ٣٧٤ ص ٤٨١ )

(٦) راجع بند ٣٨١ فيما يلي

لا يوجد قانون واحد يحكم الجميع بل يخضع الأجانب فيها لقوانين جنسيتهم والأهالي لقوانين ديارتهم ،

« وحيث أن الرأي الثالث المبني على ارادة الزوجين المفترضة *volonté présumée* والذي كان معمولاً به في فرنسا وبلجيكا لغاية سنة ١٩٠٥ يترتب عليه مصاعب جمة فيما يتعلق بالاثبات وبعدم الطمأنينة التي تحيق بكل من يتعامل مع الزوجين من حيث عدم امكان الجزم بماهية النظام الذي يعيش عليه الزوجان وهو رأى لا يمكن قبوله فيما يتعلق بزواج القصر الذين لا يمكنهم أن يبدوا ارادتهم قانوناً ، ولا بزواج البالغ الذين أظهروا ارادتهم صراحة في مشاركة زواج باطلة لعدم استيفائها الشكل القانوني اذا اشتملت على ما يخالف النظام القانوني الذي يراد فرضه عليهم بالرغم من ذلك <sup>(٧)</sup> »

« وحيث أن الرأي المنطقي الذي من حسناته الأيدع مجالا لأي شك والذي الرأى الصحيح قد يطابق في الواقع ارادة الزوجين المفترضة ، في أغلب الأحوال ، هو الذي يجعل النظام المالي للزوجين محكوماً بقانون جنسية الزوج وهو الذي أخذت به معاهدة لا هي المعقودة في ١٧ يولييه سنة ١٩٠٥ <sup>(٨)</sup> والمعمول بها قانوناً في البلاد التي وافقت عليها ومنها فرنسا والبلجيكا <sup>(٩)</sup> وهي رأى ظاهر السداد لانه من المعقول جداً جعل علائق الزوجين الشخصية وعلائقهما من الوجهة المالية محكومة بقانون واحد . وهذا القانون لا يمكن أن يكون غير قانون الزوج وهو رئيس العائلة . واذا كان بعض المؤلفين يقولون بان هذا القانون هو قانون موطن الزوجية *domicile matrimonial* وهو موطن الزوج فلا محل للشك في أن قانون موطن الزوج في

(٧) قارن مذكراته في آخر ص ٤٩١ عن بطلان المشاركة شكلاً

(٨) راجع النص بعد بند ٣٨٢

(٩) سحبت فرنسا والبلجيكا موافقتهما على هذه المعاهدة ابتداء من أول يونيه سنة ١٩١٤ وما الآن ليسا طرفين في أية معاهدات من معاهدة لا هي المعقودة في سنة ١٩٠٢ أو سنة ١٩٠٥ ( الا استثناء بسيطاً ) — راجع بيليه ونيبوايه ص ٤٠٢ و ٤٠٣



مصر يندمج في قانون جنسية الزوج طبقاً للأسباب التي ورد شرحها في الرأي الأول خصوصاً وأن المتوفى الذي كان قنصلاً للبرازيل وقت زواجه كان متمتعاً بامتياز مجاوزة الاقليم ولذلك فإن قانون البرازيل هو وحده الواجب التطبيق ؛ « وحيث أنه حتى على الرأي الذي تقول بوجوب تطبيقه « مدام دبانه » وهو ارادة المتعاقدين المفترضة فإن الحل يكون واحداً ... »<sup>(١٠)</sup>

شكل المشاركة ٣٨٠ — شكل مشاركة الزواج<sup>(١)</sup> : يعتبر هذا الشكل صحيحاً اذا تم طبقاً لمقتضيات قانون جنسية الزوجين أو قانون جنسية الزوج عند اختلاف جنسيتهما وذلك مستنتج من ترك موضوع الزواج برمته الى قضاة الاحوال الشخصية ليحكموا فيه فيكون الشكل الشخصي صحيحاً وعند اختلاف الزوجين جنسيةً يجب اتباع قانون الزوج باعتباره رئيس العائلة وقد قضت المحاكم بأن مراعاة العادات المحلية في مصر يقضى بالامتناع عن انكار رسمية مشاركة الزواج الحاصلة أمام السلطة القنصلية التابع اليها الزوج ، والتي تشمل على تنظيم شؤون الزوجية من الوجهة المالية حتى في حالة ككون المتبرع بالدوط شخصاً من جنسية مختلفة عن جنسية الزوج وحتى لو كانت القنصلية المذكورة لا يصح لها مباشرة عقد الزواج نفسه نظراً لاختلاف جنسية الزوجين<sup>(٢)</sup> كذلك حكم بان مشاركة الزواج المشتملة على انشاء « دوط » لمنفعة أحد الزوجين من الغير تعتبر صحيحة اذا حصلت أمام القنصلية التابع اليها الزوج<sup>(٣)</sup> مهما كانت جنسية منشئ الدوط<sup>(٤)</sup>

(١٠) س ٢٣٢ مارس ١٩١٦ جازيت ٦ ص ١٢٢ نمرة ٣٨٠ مج ت م ٢٨ ص ٢١١

[٣٨٠] (١) هناك فرق كبير بين مشاركة الزواج contrat de mariage وثيقة الزواج نفسه acte de mariage — راجع بند ٣٧٧ ص ٤٩١

(٢) س م ٥ يونيه ١٩١٢ جازيت ٢ ص ١٩٢ ومج ت م ٢٤ ص ٣٨٢

(٣) تقول الزوج ولكن وقت عقد المشاركة لا يكون زوجاً لان المشاركة تتم قبل الزواج نفسه حتماً فاذا وقع الزواج قبلها فلا يجوز في أغلب الشرائع الاجنبية نظراً لانها توجب في هذه الحالة « النظام القانوني » على الزوجين لعدم التجاها الى مشاركة زواج من قبله

(٤) س ٢٢٢ يناير ١٩١٤ مج ت م ٢٦ ص ١٧٩ جازيت ٤ ص ٦٤ نمرة ١٥٧ ثانياً



كذلك تعتبر مشاركة الزواج صحيحة دائماً اذا عملت طبقاً لقانون البلد الذى وقع فيه الاتفاق عليها وذلك طبقاً للقاعدة المشهورة الخاصة بشكل التصرفات الاختيارية ( بند ٣٩١ مكرراً ) وينبنى على ذلك أن المشاركات المعقودة أمام اقليم كتاب المحاكم المختلطة تكون دائماً صحيحة كلما تطلب قانون الزوج حصولها بالشكل الرسمى *forme authentique* وذلك بصرف النظر عن جنسية الخصوم<sup>(٥)</sup>

هذا ومن المسائل المهمة المرتبطة بموضوع شكل مشاركة الزواج ، معرفة  
 وصف التصرف المنشئ للدوت *Constitution de dot* على عقارات كائنة في  
 مصر : هل يعتبر انشاء الدوت من جانب الوالد أو العم أو غيرهما مثلاً هبة منه  
 لابنته أو ابنة أخيه وإذا كان عقد انشاء الدوت من العقود التى يجب أن تتخذ  
 الشكل الرسمى طبقاً للمادة ٧٠ مدنى مختلط وغير خاف أن هذه من مسائل  
 التكييف القانونى الدقيق التى يجب أن يحكم فيها القانون الذى يحكم العلاقة  
 القانونية نفسها التى هى موضوع النزاع طبقاً لما اثبتناه في بند ٢٨٤ “

وتؤيدنا في رأينا هذا أحكام المحاكم المختلطة جميعاً فهى لا تبحث في طبيعة  
 أو صفة انشاء الدوت الا في القانون الشخصى الذى يحكم الزواج من حيث الشؤون  
 المالية : مثال ذلك — قضت محكمة مصر المختلطة بأن انشاء الدوت يعتبر في  
 القانون الفرنسى من التصرفات المعقودة بعوض بالنسبة للزوج وقد استنتج من  
 ذلك أن مشاركة الزواج التى تثبتها أو تنص عليها والتى لا يجوز فسخها تحتفظ  
 بهذه الصفة بالنسبة لمن انشأوا الدوت ولو كان انشاؤها يعتبر تبرعاً من جانبهم ؛  
 وأنه في القانون الالماني يعتبر انشاء الدوت دائماً تنفيذاً لالتزام واجب على الابوين  
 ولذلك تبقى له بالنسبة اليهم صفة التصرف بعوض ويترتب على ذلك أن نصوص  
 المادة ٧٠ لا تنطبق في هذه الحالة . ومن ثم لا محل للبحث فيما اذا كان عقد

(٥) راجع كتاب التنفيذ بند ٦٦ ،

انشاء الدوط قد صيغ في الشكل الرسمي أم لا<sup>(٦)</sup> وقد أيدت محكمة الاستئناف المختلطة هذا المبدأ قائلة ان الدوط ليست تبرعاً خالصاً ينطوي تحت مادة ٧٠ م م التي تتطلب عقداً رسمياً لصحة الهبات<sup>(٧)</sup>

كذلك قررت بأن انشاء الدوط الحاصل طبقاً لالتزام طبيعي ليس هبة لأنه يتضمن الضمان obligation de garantie من جانب من انشأها فيكون صحيحاً وملزماً ولولم يكن حاصله في شكل عقد رسمي<sup>(٨)</sup>

كذلك حكمت طبقاً للقانون اليوناني بأن الوالد الذي ينشئ الدوط لابنته لا يقوم بوفاء التزام طبيعي فحسب ولا يعتبر أنه قام بأداء واجب بسيط من واجبات الذمة او الآداب لأنه اذا امتنع عن الأداء فإن القضاء يجبره عليه بموجب نص صريح في القانون اليوناني<sup>(٩)</sup> وقد ذهبت المحكمة في هذه القضية الى حد بعيد حيث اعتبرت أن تغيير الجنسية والديانة ( من اليونانية الى العثمانية الاسلامية ) لا يؤثر مطلقاً على حق البنت قبل والدها بل يبقى التزام الوالد قائماً فيجب عليه رغم التغيير المذكور أن يقدم لابنته الدوط الواجبة لأن حق البنت قد ولد معها ويعتبر بمثابة حق مكتسب لا يؤثر عليه التغيير المذكور ويكون للبنت حق مدني قبل والدها ما دام حياً أو قبل تركته بعد وفاته<sup>(١٠)</sup>

وعلى كل حال فإن عقد انشاء الدوط على أموال عقارية كائنة في مصر يدخل وجوب تسجيل حق انشاء الدوط في مصر حتماً تحت العقود الحاصلة بين الاحياء entre vifs الناقلة للملكية ويجب تسجيله ، بناء على ذلك ، في قلم التسجيل في المحاكم المختلطة حتى يتسنى التمسك به فيما بين

(٦) مصر المختلطة في ١٩ ابريل ١٩١٢ جازيت ٢ ص ١٠٣

(٧) س م ٥ يونية سنة ١٩١٢ جازيت ٢ ص ١٩٢

(٨) س م ٢٦ ابريل ١٩١٧ جازيت ٧ ص ١٢٤ نمرة ٣٧٤

(٩) س م ٢٢ ابريل ١٩٢٠ جازيت ١٠ ص ١٦٥ نمرة ٢١٤

(١٠) الحكم السابق

المتعاقدين وبالنسبة للغير طبقاً لقانوني التسجيل الصادرين في ٢٦ يونيو ١٩٢٣  
بمترى ١٨ و ١٩

تغيير النظام  
المالى

٣٨١ - تغيير النظام المالى : هل يجوز للزوجين أن يغيرا فى نظام الزوجية ؟  
الجواب ان ذلك لا يجوز الا اذا كان القانون الذى يحكم الزواج يجيز ذلك  
التغيير . مثال ذلك أن القانون الفرنسى لا يجيز مطلقاً أى تغيير يراد اجراؤه  
بعد حصول الزواج ( ١٣٩٥ مدنى فرنسى ) ويعتبر هذا المنع من قواعد الحالة  
الشخصية التى تتبع الفرنسيين فى أية جهة يكونون . ولكن اذا أجاز القانون  
الشخصى التغيير فلا يكون ثمت مانع منه فى مصر ومع ذلك يجب حماية غير  
المتعاقدين ضد التواطؤ الذى يحصل بين الزوجين فى هذا الموضوع وكذلك اذا  
تضمن التغيير انشاء حق الملكية العقارية فى مصر أو أى حق عيى عقارى آخر  
أو نقل حق من تلك الحقوق أو تغييره أو زواله فلا يعتبر انه انشئ أو نقل أو تغيير  
أو زال لا فيما بين المتعاقدين ولا بالنسبة للغير الا بتسجيل العقد المتضمن الاتفاق  
الجديد فى قلم تسجيل المحكمة المصرية الكائن بدائرتها العقار الذى حصل الاتفاق  
بشأنه وذلك طبقاً لقانون التسجيل المشار اليه فى البند السابق

تغيير الجنسية  
وثأثيره

ويراعى أن تغيير جنسية أحد الزوجين أو كلاهما لا يترتب عليه من الآثار  
بالنسبة لنظام الزوجية الا ما يقرره قانون الجنسية التى عقد الزواج تحت سلطانه .  
مثال ذلك انه لا يجوز للفرنسيين أن يغيروا نظامهم المالى بالتخلص من الجنسية  
الفرنسية أو بغيره<sup>(١)</sup> وذلك ارتكناً الى مبدأ احترام الحقوق المكتسبة الذى يطبق  
هنا للمحافظة على حقوق أحد الزوجين قبل الآخر كما يطبق للمحافظة على حقوق  
الغير ضد أحد الزوجين أو كليهما<sup>(٢)</sup>

[٣٨١] (١) قارن قالبرى من ١١٣٢ - ١١٣٧

(٢) قارن بيليه ونيوايه من ٦٠٥ بند ٥٢٣ مكرراً . وراجع هنا بند ٣٧٩

## المبحث الثاني — الطلاق

طلاق المسلم

٣٨٢ — الطلاق المعروف عند المسلمين هو تسريح المرأة بإرادة الرجل وكلمته وهذا ما يسمى عند الأفرنج الرفض أو الترك أو إخلاء السبيل *répudiation* ولا يجوز للمرأة في الإسلام أن ترفع قيد الزواج بالطلاق إلا إذا فوضها الزوج في ذلك فتكون عصمتها بيدها كما يقولون ويصح أن يشترط أن تكون بيد شخص معين غير الزوجين<sup>(١)</sup> فهو طلاق من جانب واحد هو الزوج وهو طلاق لا يحتاج فيه إلى قرار أو حكم من محكمة ويجوز اثباته بالشهادة وبالاعتراف أو بالتقرير أمام المأذون : هذا النوع من الطلاق غير معترف به نظاماً في البلاد الأوروبية والأمريكية حيث الطلاق حكم أو قرار *Décision, Décrée* يصدر من المحكمة أو السلطة القضائية المدنية غالباً يقضى بحل عقدة الزواج بعد اجراءات خاصة ولأسباب خاصة بناء على طلب أحد الزوجين — ذلك هو الطلاق *Divorce* ويختلف عما يسمى عند الأمم المسيحية « الانفصال » *Séparation* وهو أيضاً قرار أو حكم يقضى بانقطاع العيشة المشتركة بدون أن يحل عقدة الزواج حلاً عاجلاً وقد ينتهي الانفصال بإجازة الطلاق فيصح من بعده . وينقسم الانفصال إلى جسماني *Séparation de corps* وهو المتقدم شرحه ، ومالي *Séparation de biens* وهذا لا تأثير له على عقدة الزواج بل على مشارطته المالية فقط

طلاق الاجنبي

هذا وبعض قوانين البلاد المسيحية لا يميز الطلاق وبعضها لا يميز الانفصال وبعضها يميز الاثنين سوياً . ويختلف عنهما جميعاً ، الحكم بالغاء الزواج أو بطلانه فإن هذا يعتبر مقررّاً للبطلان من أول الأمر

[٣٨٢] (١) في زواج الاميرات المصريات نص في المادة ٦ من قانون الاسرة المالكة ( بند

٣٧٢ ) على انه يجوز أن يشترط في اذن الزواج الصادر للاميرة أو لوليتها من جلالة الملك أن

ينص في عقد زواجها بمصادقة زوجها على أن عصمتها بيدها أو بيد من يبين في الاذن

ويخضع الطلاق - ومثله تماماً الانفصال - في مصر لقانون الاحوال الشخصية التابع اليه الطرفان خضوعاً تاماً ولا يعتبر صحيحاً الا اذا حكمت به محكمة الاحوال الشخصية التابع اليها الطرفان وهذه المحكمة لا تحكم بغير قانونها فيما يتعلق باجراءات الطلاق ولا تأخذ عادة بغيره فيما يختص بأسباب الطلاق<sup>(٢)</sup>

ولذلك حكمت المحاكم المصرية بأن الزواج الذي عقد صحيحاً أمام القاضي طلاق الفرنسي الشرعي في مصر بين فرنسي وفرنسية أو أجنبية ( بند ٣٧٥ ) لا يجوز حل عقده بالاقرار بالطلاق لفظاً أمام نفس القاضي وتسجيل ذلك الاقرار بل يعتبر ذلك كله باطلاً بطلاناً تاماً في نظر القانون الفرنسي لأن التسريح ليس سبباً للطلاق في هذا القانون واذا صح ان تنشأ عقدة الزواج أو تنحل طبقاً للاجراءات المتبعة في البلاد الاجنبية التي يعيش فيها الفرنسيون formes usitées dans le pays فانه يشترط لذلك ان لا يكون الامر مخالفاً لما هو مقرر في القانون الفرنسي<sup>(٣)</sup>

كذلك قرر الحكم المتقدم ان الغاء الزواج الحاصل في مصر أمام سلطة فسخ الزواج

(٢) نقول « مادة » لانه يصح أن تدخل في القضية اعتبارات أخرى كما سيتضح

مما يلي

(٣) حكم محكمة مصر المختلطة في ٩ يونيه ١٩١٩ جازيت ٩ ص ١٧١ نمرة ٢٨٩ حيث كان من ظروف القضية أن حصل الزواج بين فرنسي يدعى سليم الطلي أصله من سوريا ودياته اليونانية الكاثوليكية، وامرأة فرنسية ، أمام القاضي الشرعي في مدينة بور سعيد في ١١ اكتوبر ١٩٠٥ ( وهذا زواج صحيح في الشكل — بند ٣٧٥ ) ثم حصل الطلاق أمام نفس القاضي في ١٧ مارس ١٩٠٦ وهو طلاق باطل لمخالفته للقانون الفرنسي الذي يقتضي رفع دعوى بالطلاق وصدر حكم مبني على الاسباب التي يميزها القانون الفرنسي . حصل بعد ذلك أن تزوج سليم الطلي المذكور بامرأة أخرى سورية من دياته أمام بطركثانتهما في اسكندرية في ١٥ يولييه ١٩٠٦ وكان الزواج صحيحاً كما مر في بند ٣٧٥ ولكنه كان باطلاً موضوعاً لان الزوج مسيحي ولا يجوز له أن يتزوج امرأة ثانية قبل حل عقدة الزواج الاول ولذلك حكمت محكمة روما بطلانه في ٨ يولييه ١٩٠٧ نظراً لقيام الزواج الاول . وهذه القضية التي رفعت أمام محكمة مصر المختلطة كان مطلوباً فيها دفع تعويض الى الزوجة الثانية من جانب ورثة الزوج الذي توفي ولكن محكمة مصر المختلطة رفضت الطلب بناء على أن الزوجة الثانية كانت تعلم بكل الظروف وان نفس البطرركثانة التي زوجها كانت تعتبر الزواج الاول قد انحل بالطلاق الحاصل امام القاضي الشرعي فلم يكن تمت محل للحكم بالتعويض المطلوب



دينية ( بطر كخانة اليونان الكاثوليك ) بين فرنسي وأجنبية تابعين ديانة للسلطة المذكورة لا يمكن أن يحكم فيه غير السلطة الدينية المذكورة<sup>(٤)</sup> ولا يكون ذلك من اختصاص المحاكم الفرنسية المدنية التي لا تستطيع أن تفصل في المسائل الدينية وذلك رغماً من الآثار المدنية التي يحدثها هذا الزواج الديني الواقع صحيحاً طبقاً لقانون الجهة التي حصل فيها وهي مصر ( بند ٣٧٥ ) وفي هذا الحكم تطبيق لنفس المبدأ الذي ذكرناه وهو اختصاص محكمة الطرفين ، حيث كانا من ديانة واحدة رغم اختلاف جنسيتهما<sup>(٥)</sup> وقد تزوجا زواجاً دينياً وهو جائز في مصر وغير جائز إذا حصل في فرنسا إلا بعد الدخول في الشكل المدني أولاً ( بند ٣٧٤ )

اختصاص :  
اختلاف الدين

أما إذا اختلف الطرفان من حيث الدين فإن الاختصاص في مصر في موضوع الطلاق يكون لمحكمة « المدعى عليه » إذا كان الطرفان قد أجريا عقدين للزواج أحدهما أمام السلطة التابع اليها الزوج والآخر أمام السلطة التابعة اليها الزوجة ( بند ٣٧٥ ) فيكون هناك زواجان لا تحمل عقدة كل منهما بالنسبة لأحد الزوجين إلا بواسطة السلطة التي باشرت الزواج بالنسبة اليه . أما إذا كان هناك عقد واحد وهو يحصل في الغالب لدى السلطة التابع اليها الزوج فإن السلطة التي باشرت العقد هي التي تختص بفك عقده . والمحكمة أو السلطة الدينية إما كانت المرفوعة أمامها دعوى الطلاق لا تستطيع الحكم بغير قانونها

اختلاف الجنسية

وإذا اختلفا من حيث الجنسية فإن الزواج كثيراً ما يجعلهما من جنسية واحدة وحينئذ تزول الصعوبة فتكون محاكم قنصليتهما أو دولتهما هي المختصة فإذا ما استمرت جنسيتهما مختلفة بعد الزواج فإن المحكمة المختصة تكون محكمة المدعى عليه ولكن في كلا الحالتين قد يختلف القانون الذي تطبقه محكمة القنصلية أو محكمة الدولة بحسب قواعد القانون الدولي الخاص التي تتبعها المحكمة

(٤) قارن بند ٣٧١ مكرراً خصوصاً حاشية ٣ عليه ص ٤٧٠

(٥) راجع الحاشية المتقدمة على السابقة

وسوف نرجع الى هذا الموضوع في الكتاب الرابع فيما يتعلق بالنزاع الداخلي بين المحاكم والقوانين في مصر ومعرفة مقدار السلطان المقرب له للاحكام التي تصدر فيه من السلطات المختلفة

هذا وقد حكمت المحاكم الفرنسية بأن مسائل الطلاق تدخل ضمن اختصاص المحكمة المختصة في فرنسا المحاكم الاجنبية التابع اليها الطرفان بمقتضى قانون جنسيتهما وان الطلاق الصادر في الخارج ضد الفرنسيين لا ينفذ في فرنسا الا اذا وضع الامر بالتنفيذ من احدى المحاكم الفرنسية على الحكم الاجنبى المتضمن للطلاق ( بند ٣٤٤ ) أما بين الاجانب فلا ضرورة للأمر بالتنفيذ من المحاكم الفرنسية متى كانت المحكمة التي أصدرت حكم الطلاق مختصة بحسب القانون الشخصى للخصوم<sup>(٦)</sup>

وفي إنجلترا تختص المحاكم الانجليزية أو لا تختص بالحكم في الطلاق بحسب ما اذا كان الطرفان متوطنين في إنجلترا أو غير متوطنين فيها . ومع ذلك فان هذه المحاكم تقر الطلاق الصادر من محكمة أجنبية لها اختصاص عليهما نظراً لتبعيتهما اليها من حيث الجنسية ، وبصرف النظر عن الموطن التابعين اليه قانوناً ومن باب أولى تقر الطلاق الصادر من محكمة الموطن<sup>(٧)</sup> ومع ذلك فتختص المحاكم الانجليزية في الطلاق أيضاً اذا كان الزوج المدعى أو المستأنف عليه مقياً فيها (مع كونه غير متوطن — بند ٨٩ ، ) لا على سبيل الزيارة أو بصفته سائحاً ولم يتخذ الإقامة المذكورة لجرد الحصول على الطلاق أو تسهيله<sup>(٨)</sup>

وقد رأينا في بند ٩٨ كيف حكمت المحاكم الانجليزية بعدم اختصاصها بنظر الطلاق المطلوب ضد انجليزى ( المستر كازداغلى ) متوطن في القطر المصرى رغماً من كونه بريطانى الجنسية

(٦) راجع قالبرى ص ١٠٩٧ وما بعدها

(٧) راجع وستليك وبتويتش ص ٨٦

(٨) راجع وستليك وبتويتش ص ٨٤

طلاق المسلمين في نظر الانجليز وقد حكمت المحاكم الانجليزية في سنة ١٩١٧ بأنها لا تعترف بالطلاق الذي أوقعه هندي مسلم تزوج في إنجلترا من امرأة انجليزية أثبت أن تراقه الى الهند حتى لو كان الطلاق صحيحاً ومعتبراً في الجالية الاسلامية التي يعيش فيها الزوج في الهند والسبب في ذلك أن الطلاق المذكور لم تحكم به محكمة في الهند حتى يتسنى الاعتراف به في إنجلترا ( ص ٥٠٨ )<sup>(٩)</sup>

الاحكام الفرنسية أما بالنسبة لجواز الطلاق والاسباب التي يبنى عليها في حالة جوازه فان المحاكم الفرنسية ترى نفسها مقيدة أولاً بنصوص القانون الفرنسي التي يجب أن تراعى لمعرفة ما اذا كان يحيز الطلاق في ظروف القضية أو لا يحيزه وثانياً بنصوص قانون جنسية الخصوم الذي يجب أن يراعى أيضاً بالنسبة لجواز الطلاق فيه وبالنسبة لأسبابه<sup>(١٠)</sup>

(٩) وستليك وبتوتش ص ٨٦ — ٨٧ ومن ظروف القضية أن الهندي كان متوطناً في الهند وتزوج وهو في إنجلترا من امرأة انجليزية في مكتب تسجيل Registry office كما هو النظام في إنجلترا ثم عاد الى الهند ولم تعد معه زوجته فحمل على حكم ضدها بوجوب رجوعها الى طاعته فلم تقبل ولذلك أرسل اليها ورقة الطلاق ثم رجع الى إنجلترا وطلب الطلاق فرفضت دعواه لكونه غير متوطن في إنجلترا وعلى ذلك طلب اذناً بالزواج مرة ثانية فرفض بناء على وجود مانع شرعي ( وهو قيام الزواج الاول ) وذلك رغماً من جواز تعدد الزوجات بحسب دينه ( فتظلم الهندي من رفض الاذن لحكمت المحاكم ابتدائياً واستئنافية بأنه ليس من قاعدة تجيز حل عقدة الزواج الحاصل في إنجلترا بمجرد قواعد قانون ديانة الزوج وبدون حكم محكمة بالطلاق : ان المرأة الانجليزية تحصل بالزواج على موطن زوجها وتخضع لقانونه ولكنها اذا كانت مسيحية فانها لا تحصل على ديانة زوجها غير المسيحي ولا تدخل ضمن طائفته الدينية ولا تخضع لقانون ديانته الخاص . واذا كان الزوج قد حصل على حكم بالطلاق من محاكم الهند فان المحاكم الانجليزية تعتمد ولكن المحاكم الهندية لا تحكم بالطلاق الا اذا كان الطرفان من ديانة واحدة وفي هذه القضية لم يطلب الحكم . وقد اقترح ان يكون طلاق المسلم طبقاً للشرعة الاسلامية ولكن مهما كانت قيمة هذا الطلاق في بلاد اسلامية فانه لا يعتبر أمام المحاكم الانجليزية ضد زواج عقد في إنجلترا بتفاهم ضمنى على أن الزوجة ستظل زوجته الوحيدة الدائمة لا زوجة لجرد متاع الزوج وهواه

(١٠) راجع قالبرى ص ١٠٩٨ وقارن حكم محكمة مصر المختلطة ( بند ٣٨٢ حاشية ٣ ) الذي لم يعتمد الطلاق الحاصل بالقرار أمام القاضي الشرعي لخالفته للقانون الفرنسي

الاحكام  
الانجليزية

وفي إنجلترا يقضى النظام العام بانخضاع أسباب الطلاق ( بالنسبة لغير الخاضعين للقانون الانجليزي ) لقانون المحكمة بصفة تامة اذا جاز الطلاق في هذا القانون ولا عبرة مطلقاً بما ينص عليه القانون الشخصى التابع اليه الخصوم اذا كان لا يميز الاسباب التى يقبلها قانون المحكمة أو اذا كان لا يميز الطلاق بالكلية وهذه القاعدة متبعة في اصدار أحكام الطلاق كما هى متبعة في الاعتراف بصحة الاحكام الأجنبية الصادرة في الطلاق<sup>(١١)</sup>

هذا ومن المقرر أن تغيير الجنسية لا يؤثر على حق الحصول على الطلاق تغيير الجنسية لانه لو أثر لكان ذلك مخالفاً لمبدأ احترام الحقوق المكتسبة<sup>(١٢)</sup> وتتوقف صحة طلب الطلاق على القانون الذى يحكم الطرفين وقت رفع دعوى الطلاق<sup>(١٣)</sup>

الطلاق والمسائل  
المالية

ومما لا شك فيه في مصر أن المحكمة المختصة بالحكم في الطلاق أو الانفصال أو أى نزاع خاص بالقوانين الدينية تكون مختصة أيضاً بالحكم في المسائل المالية المتصلة بالقضية أو المتفرعة عنها مثل الحكم بالنفقة ونحوها<sup>(١٤)</sup> ولكن اذا تعهد الزوج أمام محكمة الاحوال الشخصية بدفع مبلغ بصفة نفقة لزوجته التى طلبت الطلاق فيعتبر تعهده عقداً قضائياً يجب تنفيذه بصرف النظر عن البحث في المسائل الشخصية التى يثيرها الزواج أو الطلاق<sup>(١٥)</sup>

(١١) وستليك وبتوينش بند ٥٢ ص ٩٤ و ٩٥

(١٢) فاليرى ص ١١٠١، و ١١٠٠ وراجع هنا بند ١٢٦٢،

(١٣) س م أول يونيه ١٨٩٧ مج ت م ص ٣٧٣

(١٤) س م ٢٩ يناير ١٨٩١ مج ت م ص ٣ ص ١٤٥

(١٥) س م ٢٧ نوفمبر ١٨٩٥ مج ت م ص ٨ ص ١٩

## نصوص معاهدات لاهي

### بخصوص الزواج والطلاق وآثار الزواج

#### ١ - صحة الزواج<sup>(١)</sup>

الدول الموقعة : النمسا ، بلجيكا ، فرنسا ، المانيا ، المجر ، لكسمبورج ، هولندا ، رومانيا ، اسبانيا ، السويد ( ١٢ يونيه ١٩٠٢ ) ، ايطاليا ، سويسرا ( ١٧ يوليه ١٩٠٥ ) البرتغال ( ٢ مارس ١٩٠٧ )

الدول المصادقة : بلجيكا ، فرنسا ، المانيا ، المجر ، ايطاليا ، لكسمبورج ، هولندا ، البرتغال ، رومانيا ، السويد ، سويسرا ، الدول المصادقة للان : المانيا ، المجر ، ايطاليا ، لكسمبورج ، هولندا ، البرتغال ، السويد ، سويسرا ،

وتقع المعاهدة في احد عشر مادة سبقتها مقدمة تقتبس منها ما يأتي :

رغبة في وضع قواعد مشتركة أو واحدة لحل النزاع الذي يمكن أن يحصل في مادة الزواج . . . . قد اتفق على النصوص الآتية : —

المادة الأولى : حق عقد الزواج محكوم بقانون جنسية كل من المتعاقدين الا اذا اشتمل ذلك القانون على نص من مقتضاه الاحالة صراحة على قانون آخر

القانون الشخصي  
و « الاحالة »

المادة الثانية : لقانون الجهة التي يعقد فيها الزواج أن يمنع زواج الاجانب في الاحوال التي يكون فيها ذلك مخالفاً لنصوصه فيما يتعلق :

النظام العام

أولاً ( بدرجة القرابة أو المصاهرة المعتبرة مانعاً مطلقاً من الزواج  
ثانياً ) بتحريم الزواج بتاتاً على من ارتكبا جريمة الزنا التي من أجلها فسخ  
زواج أحدهما

(١) مبلى بر ٥٢٧ ، نصوص فرنسية وإنجليزية وباتي Polarized Law, Baty



ثالثاً ) تحريم الزواج بنتاً على الاشخاص الذين حكم عليهم بسبب الشروع فى قتل زوج أو زوجة أحدهما

والزواج المعقود مخالفاً لأحوال المنع المذكورة لا يعتبر باطلا مادام صحيحاً طبقاً للقانون المذكور فى المادة الاولى ( وهو قانون الجنسية )

ومع مراعاة تطبيق الفقرة الاولى من المادة السادسة من هذه المعاهدة لا تنزم احدى الدول المتعاقدة بمباشرة عقد زواج يخالف قوانينها بسبب وجود زواج سابق أو بسبب مانع دينى فاذا خولفت قوانينها لهذين السببين فلا يعتبر الزواج باطلاً فى غير البلاد التى حصلت فيها هذه المخالفة

المادة الثالثة : يجوز لقانون الجهة التى حصل فيها الزواج أن يبيح زواج الاجانب بالرغم من تحريمه فى القانون المنصوص عليه فى المادة الاولى (قانون جنسية المتعاقدين) اذا كانت الموانع مبنية على مجرد أسباب دينية

والدول الاخرى الحق فى عدم الاعتراف بصحة الزواج المعقود فى هذه الظروف  
المادة الرابعة : يجب على الاجانب الذين يريدون الزواج أن يثبتوا توافر الشروط التى يتطلبها القانون المشار اليه فى المادة الاولى ( قانون الجنسية ) وبحصل هذا الاثبات اما بشهادة من المعتمدين السياسيين أو القنصلين لدولهم واما بأى طريقة أخرى للاثبات معتمدة فى المعاهدات الدولية أو لدى السلطة التى تبشر عقد الزواج فى بلادها

المادة الخامسة : يعتبر الزواج الحاصل صحيحاً من حيث الشكل طبقاً لقانون البلد الذى بوشر فيه صحيحاً فى كل مكان آخر

ومع ذلك فمن المتفق عليه أنه يجوز للبلاد التى يتطلب قانونها شكلاً دينياً للزواج ألا تعترف بصحة الزواج المعقود لرعاياها فى الخارج من غير مراعاة الشكل الدينى المذكور .

ويجب احترام نصوص قانون الجنسية فيما يتعلق بالاعلان أو النشر عن

الزواج ولكن لا يترتب على عدم حصول هذا الاعلان أو النشر بطلان الزواج في بلاد غير التي خولف قانونها .

ويجب أن ترسل صورة رسمية من ورقة الزواج الى السلطة العمومية في البلاد التابع اليها كل من الزوجين .

المادة السادسة : يعتبر الزواج صحيحاً في كل جهة من حيث الشكل اذا بوشر أمام معتمد سياسى أو قنصلى طبقاً لقانونه ولم يكن أحد المتعاقدين تابعاً للحكومة التي حصل في بلادها الزواج وبشرط عدم اعتراض هذه الحكومة وليس لها الحق في الاعتراض اذا كان الزواج يخالف قوانينها نظراً لوجود زواج سابق أو لمانع من الموانع الدينية

ويسرى التحفظ الوارد في الفقرة الثانية من المادة الخامسة على الزواج السياسى أو القنصلى

المادة السابعة : الزواج الباطل شكلاً طبقاً لقانون البلد الذى بوشر فيه يجوز اعتباره مع ذلك صحيحاً في البلاد الاخرى اذا اتبع فيه الشكل المقرر في قانون جنسية كل من المتعاقدين .

المادة الثامنة : لا تسرى هذه المعاهدة الا على الزواج المعقود في اقليم الدول المتعاقدة ومتى كان أحد الطرفين بالأقل من رعايا احدى هذه الدول ولا تلزم أية دولة بمقتضى هذه المعاهدة ، بان تطبق قانوناً ليس من قوانين الدول المتعاقدة .

المادة التاسعة : تحصل المصادقة على هذه المعاهدة التي لا تسرى الا على الاقاليم الاوروبية للدول المتعاهدة وتودع المصادقات في مدينة لاهاي متى تمكنت أغلبية الدول المذكورة من المصادقة عليها .

ويعمل محضر بالايداع المذكور وتسلم صورة رسمية منه بالطريق السياسى الى كل دولة من الدول المتعاقدة .

المادة العاشرة : للدول غير الموقعة ، التي مثلت في المؤتمر الثالث للقانون الدولي الخاص أن توافق بلا قيد ولا شرط على هذه المعاهدة .

وعلى الدولة التي تريد الموافقة أن تعلن نيتها بكتابة تودع في قلم محفوظات حكومة هولاندا قبل يوم ٣١ مارس سنة ١٩٠٤ . وترسل هذه الحكومة صورة رسمية من هذه الكتابة بالطريق السياسي لكل من الدول المتعاقدة

المادة الحادية عشرة : يعمل بهذه المعاهدة بعد ستين يوماً من ايداع التصديقات أو من تاريخ اعلان الموافقات

المادة الثانية عشرة : أجل هذه المعاهدة خمس سنين من تاريخ ايداع التصديقات

ويسرى هذا الميعاد حتى بالنسبة للدول التي لا تودع الا بعد التاريخ المذكور أو التي لا توافق الا بعده

وتتجدد المعاهدة ضمناً كل خمس سنين الا اذا أعلن انتهاءها ويكون اعلان انتهائها بتبليغه الى حكومة هولاندا قبل الأجل المعين في الفقرات السابقة بستة أشهر على الأقل وتبلغه هذه الحكومة الى كل الدول الاخرى المتعاقدة ولا يسرى انتهاء المعاهدة الا بالنسبة للدولة التي أعلنته وتستمر المعاهدة نافذة في حق جميع الحكومات الأخرى .

## ٢ - الطلاق والانفصال

( الدول والتواريخ كما في معاهدة الزواج )

المادة الاولى : لا تقبل دعوى الطلاق من أحد الزوجين الا اذا اتفق قانون <sup>مراعاة قانون</sup> جنسيتها وقانون المحكمة المرفوعة أمامها الدعوى على أنجاز الطلاق وكذلك الحال <sup>الجنسية</sup> والمحكمة في دعوى الانفصال

المادة الثانية : لا يحكم بالطلاق الا اذا توافرت أسبابه المسوغة له طبقاً لقانون أسباب الطلاق

جنسية الزوجين ولقانون المحكمة المرفوعة أمامها الدعوى  
وكذلك الحال في دعوى الانفصال

« الاحالة »

المادة الثالثة : ومع ذلك فبالرغم من نص المادتين الاولى والثانية يعمل بقانون جنسية الزوجين وحده اذا أمر بذلك قانون المحكمة المرفوعة أمامها الدعوى أو أجاز ذلك

تغيير الجنسية المادة الرابعة : لا يجوز التمسك بقانون الجنسية المشار اليه في المواد السابقة من أجل جعل واقعة من الوقائع التي حصلت وقت ان كان الزوجان أو أحدهما من جنسية أخرى ، سبباً للطلاق أو للانفصال

المحكمة المختصة المادة الخامسة : يجوز رفع دعوى الطلاق : —

أولاً — أمام المحكمة المختصة طبقاً لقانون جنسية الزوجين

ثانياً — أمام المحكمة المختصة طبقاً لقانون الجهة المتوطن فيها الزوجان ؛ فإذا لم يكن لهما بحسب قانون جنسيتهما موطن مشترك كانت المحكمة المختصة هي محكمة المدعى عليه ، وفي حالة ترك الموطن المذكور أو تغييره بعد حدوث سبب الطلاق أو الانفصال يصح أيضاً رفع الدعوى في المحكمة المختصة في آخر موطن مشترك كان لهما ، ومع ذلك يبقى اختصاص محكمة الجنسية فيما تختص به دون غيرها بالنسبة لطلب الطلاق أو الانفصال ويستمر اختصاص المحكمة الاجنبية بالنسبة للزواج الذي لا يجوز فيه طلاق أو انفصال أمام محكمة الجنسية

اجراءات وقتية المادة السادسة : في حالة عدم جواز قبول دعوى الطلاق في البلد الذي توطن

فيه الطرفان يجوز لكل منهما أن يطلب من المحاكم المختصة في هذا البلد أن تحكم بالاجراءات الوقتية التي يميزها قانونه من أجل انتهاء العيشة المشتركة وتستمر تلك الاجراءات اذا أقرتها محكمة الجنسية في خلال مدة سنة ولكنها لا تستمر لمدة أطول مما يصرح به قانون الموطن

الطلاق المكتسب المادة السابعة : الطلاق أو الانفصال المحكوم به من محكمة مختصة طبقاً

المادة الخامسة يعترف به في كل جهة بشرط أن تكون نصوص هذه المعاهدة قد اتبعت ، وأنه في حالة صدور حكم غيابي يكون المدعى عليه قد أعلن للحضور طبقاً للنصوص الخاصة المقررة بقانون جنسيته من أجل الاعتراف بالأحكام الأجنبية كذلك يعترف في كل جهة بالطلاق أو الانفصال المحكوم به من محكمة إدارية إذا كان قانون كل من الزوجين يقر هذا الطلاق أو هذا الانفصال

المادة الثامنة : إذا لم يكن الزوجان من جنسية واحدة فيكون قانون آخر تنبئ الجنسية جنسية مشتركة لهما هو القانون المعتبر بالنسبة لتطبيق المواد السابقة أنه هو قانون جنسيتهما .

المادة التاسعة : لا تسري أحكام هذه المعاهدة إلا على طلبات الطلاق أو أحكام عامة الانفصال المقدمة في إحدى الدول المتعاقدة إذا كان أحد المتخاصمين بالأقل من رعايا إحدى هذه الدول

ولا تلزم أي دولة بمقتضى هذه المعاهدة بتطبيق قانون لا يكون قانون إحدى الدول المتعاقدة (١)

### ٣ - آثار الزواج

( بتاريخ ١٧ يولييه ١٩٠٥ )

وهي سارية الآن بين ألمانيا والبلجيكة وإيطاليا وهولندا والبرتغال ورومانيا وسويسرا والسويد

#### ١ - حقوق الزوجين وواجباتهما

المادة الأولى : حقوق الزوجين وواجباتهما المتبادلة محكومة فيما يتعلق بالصلوات الشخصية بقانون جنسيتهما ومع ذلك فلا يجوز تنفيذ هذه الحقوق والواجبات إلا بالوسائل المقررة في مثل هذه الظروف في قانون البلد المطلوب فيه التنفيذ

(١) ملحوظة : المواد ١٠ و ١١ و ١٢ و ١٣ من هذه المعاهدة مطابقة للمواد ٩ و ١٠ و ١١ و ١٢ من معاهدة الزواج السابق نشرها هنا .



## ٢ - أموال الزوجين

قانون الزواج المادة الثانية : في حالة عدم حصول اتفاق خاص تكون آثار الزواج بالنسبة

لأموال الزوجين المنقولة والعقارية محكومة بقانون جنسية الزوج وقت حصول الزواج ولا يتغير مصير الأموال بأى تغيير يحصل في جنسية الزوجين أو أى واحد منهما

الاملية المادة الثالثة : أهلية كل من المتعاقدين للدخول في مشاركة الزواج خاضعة لقانون جنسيته وقت حصول الزواج

تغيير نظام الزوجية المادة الرابعة : يختص قانون جنسية الزوجين ببيان ما اذا كان لهما أثناء الزوجية أن يعقدا مشاركة للزواج أو يفسخا مشاركة الزواج المعقودة بينهما أو يمدلا فيها .

ولا يترتب على أى تغيير يحصل بالنسبة لمصير الأموال أى اخلال بحقوق الغير التى اكتسبت قبل ذلك التغيير .

جوهر المشاركة المادة الخامسة : صحة مشاركة الزواج من حيث جوهرها ، وآثارها محكومة بقانون جنسية الزوج وقت حصول الزواج واذا حصلت المشاركة بعد الزواج تكون محكومة بقانون جنسية الزوجين وقت عقد المشاركة

كذلك يرجع للقانون المذكور لمعرفة ما اذا كان يجوز للزوجين اختيار نظام مالى آخر للزوجية فاذا ما حصل ذلك الاختيار فان النظام الجديد هو الذى يحدد آثار الزواج بالنسبة للأموال

شكل المشاركة المادة السادسة : فيما يتعلق بالشكل تكون مشاركة الزواج صحيحة اذا تمت طبقاً لمقتضيات قانون البلد الذى حصلت فيه أو طبقاً لمقتضيات قانون جنسية كل من راغبي الزواج وقت حصول الزواج أو طبقاً لقانون جنسية الزوجين ( اذا حصلت المشاركة بعد الزواج )

النظام العقارى المادة السابعة : لا تسرى أحكام هذه المعاهدة على الأموال العقارية الموضوعة

بقانون موقعها تحت نظام عقارى خاص .

المادة الثامنة : تحتفظ كل من الدول المتعاقدة :

أولاً : بأن تتطلب تحقق اجراءات خاصة من قبل أن يجعل النظام المالى للزوجة سارياً ضد الغير

ثانياً : بأن تنص فى قوانينها على حماية الغير فى معاملاتهم مع النساء المتزوجات اللاتى يتخذن الحرف والصناعات فى إقليم الدولة . وتتعهد الدول المتعاقدة بتبليغ نصوص القوانين التى تضعها طبقاً لنصوص هذه المعاهدة

### ( ٣ ) — قواعد عامة

المادة التاسعة : اذا حصل الزوجان أثناء الزواج على جنسية جديدة مشتركة فيكون قانون هذه الجنسية الجديدة هو القانون المنصوص عليه فى المواد الاولى والرابعة والخامسة من هذه المعاهدة

واذا حصل أنه أثناء الزواج لم يكن الزوجان على جنسية واحدة فان آخر قانون كان يحكمهما سوياً يعتبر قانون جنسيتهما بالنسبة لتطبيق المواد السابقة

المادة العاشرة : لا تطبق نصوص هذه المعاهدة اذا كان القانون الواجب تطبيقه طبقاً للمواد السابقة قانون دولة ليست من الدول المتعاقدة

وبلى ذلك نصوص تشبه ما تقدم فى المعاهدتين السابقين ايرادهما هنا .<sup>(١)</sup>

(١) ترجمنا المعاهدة الاخيرة عن النص الانجليزى الوارد فى « باتى » المشار اليه قبل ص ١٨٤ — ١٨٦ ومن أراد مراجعة الاعمال التحضيرية لهذه المعاهدات يجدها فى كتاب حديث ظهر فى لاهى سنة ١٩٢١ بعنوان Les Conventions de la Haye de 1902 et, 1905 par Koster et Bellemans

## المبحث الثالث - الأبوة والبنوة الشرعية

## Paternité et Filiation

٣٨٣ - الغرض من هذا المبحث معرفة القانون والمحكمة المختصة ببيان من هو والد شخص معين ومن هي والدته أو على العموم ما هي قواعد ثبوت النسب وما هي طبيعة القرابة المدعى بها هل هي شرعية سببها الزواج أو طبيعية سببها السفاح وهل يجوز اثباتها في كل الأحوال وما هي طرق الإثبات التي تجوز في هذا الموضوع وما الذي يترتب على الثبوت - هذه المسائل من الأحوال الشخصية وهي خاصة بالحالة état ، بند ٣٥٨ ، وهي متروكة في القانون المصري لحكم محاكم الأحوال الشخصية

وتختلف القوانين في هذا الموضوع اختلافاً كبيراً وتزداد الصعوبة كلما كان الأشخاص الذين قام النزاع بينهم من جنسيات أو أديان مختلفة أو كلما غيروا جنسيتهم الأولى فيما بين يوم الحمل أو الولادة واليوم الذي ترفع فيه الدعوى بخصوص البنوة أو الأبوة وكلما دخل في الموضوع عنصر اقليمي خاص بدولة من الدول التي ترتب نتائج خاصة طبقاً لقانونها على كل ما يتم من الاعمال داخل اقليمها من ولادة أو زواج أو اعتراف<sup>(١)</sup> وعلى كل حال فإن معرفة القانون الشخصي الذي هو أساس أحكام هذا الموضوع ، تتوقف على معرفة ثبوت النسب في أغلب الاحيان ولكن جميع مسائل ثبوت النسب الشرعي (دون الطبيعي) تتوقف على معرفة وجود زواج سابق واذا ولد الطفل قبل زواج امه من أبيه فانها تتوقف على وجود نظام خاص هو جعل الولد شرعياً بعد زواج امه من أبيه بعد ان كان ولد سفاح ( بند ٣٨٤ ) كذلك قد تتوقف صحة الزواج على صحة طلاق أحد الزوجين من زوج سابق في حالة عدم تعدد الزوجات :

[٣٨٣] (١) مثال ذلك أن الفرنسيين يرون أنه ليس لانجليزى مثلاً حق في أن يتمسك بالقانون الانجليزى في فرنسا لتصل من التبعة الناشئة عن كونه قد رزق فيها أولاداً من سفاح لمجرد كون قانونه لا يقر نظام الاولاد الطبيعيين وذلك لان الفرنسيين يرون هذه المسائل متعلقة بالنظام العام فيجب أن تسرى على جميع من يولدون في فرنسا ولو كانوا أجانب (فارن فاليري ص ١١٤٢ ، ،)

لذلك كله كان من المستحيل تقريباً على المحاكم المختلطة أو الاهلية أن المحكة المختصة تفصل فرعياً في مسائل البنوة الشرعية المتفرعة عن القضايا الاصلية الداخلة في اختصاصها ولذلك فهي تضطر الى الأمر بالايقاف ريثما تحكم المحكة الشخصية المختصة<sup>(٢)</sup> وهذه المحكة هي محكمة الاحوال الشخصية التابع اليها المدعى عليه وهي تحكم غالباً بقانونها في موضوع البنوة والابوة نظراً لمساسه بالنظام العام المعترف به في قانونها<sup>(٣)</sup> ولذلك فنحن لا نبحث هنا فيما أورده المؤلفون من الحلول المختلفة التي يمكن أن تحل بها المصاعب في هذا الموضوع لان الحكم فيها متروك للمحاكم الاحوال الشخصية كما تقدم ويكفي أن نذكر المبادئ التي تقرت من المحاكم المختلطة فيما له مساس به :

فقد حكم فيما يتعلق بقوة الشهادات الشرعية في اثبات قرابة بعض الاشخاص الاعلام الشرعي الى المتوفى من أجل اثبات الوراثه ، بأن الاعلام الشرعي المقرر لوراثه الزوجه <sup>وقوته</sup> في الاثبات والاولاد المرزوقين لها من المتوفى ليس من شأنه مطلقاً حرمان أى شخص آخر من الادعاء بالوراثه اذا كانت صفته باعتباره ابناً شرعياً للمتوفى مثبتة بمستندات قاطعة ومعترف بصحتها من الورثة الآخرين ومن الغير ولم يكن ذلك الشخص طرفاً

(٢) قارن ما حصل في قضية عبد الحليم الكابلي ، بند ١٢٣ هنا فانه درس مفيد جدا للمعالم المختلطة حتى لا تتعرض للحكم في المسائل الشخصية من قبل أن يصدر فيها حكم من جهة الاحوال الشخصية المختصة ( والحكم منشور برمته في الجازيت ٣ من ٤٥ نمرة ٦٤ )  
(٣) تلخص القواعد المعروفة في فرنسا في هذا الموضوع فيما يأتي . اذا كانت ولادة الطفل في فرنسا فان القاعدة العامة بالنسبة لحالته هي اتباع قانون جنسية الوالدين ومع ذلك فلا مناص من تطبيق القانون الفرنسي كلما قضي بذلك النظام العام وهو يقضى بذلك في هذا الموضوع . أما اذا كانت ولادة الطفل في الخارج فان الآراء كثيرة منها ما يقضى باتباع قانون جنسية الوالدين ومنها ما يقضى باتباع قانون جنسية الولد ومنها ما يقضى بمراعاة القانونين معاً ومنها ما يقضى باتباع القانون الاصلح للولد كما في رأى بارتولس ( بند ٢٢٥ ) والرأى المقبول من جميع هذه الآراء هو اتباع قانون جنسية الوالدين . وفي حالة تغيير الجنسية يجب ألا يلتفت الا الى جنسية الوالدين وقت الولادة دون أى وقت آخر ( مثل وقت الحمل أو وقت الاعتراف به أو وقت رفع الدعوى ) اللهم الا اذا كان قانون جنسية الوالدين الجالى يبيع لهما الاعتراف بالولد فان هذا القانون يجب أن يتبع لمصلحة الولد ( فاليري من ١١٣٩ - ١١٤٦ )

في الاعلام الشرعى المشار اليه (٤)

عدم اختصاص  
المحاكم المختلطة

كذلك حكم بأن المحاكم المختلطة لا تستطيع الحكم في مسألة البنوة المتنازع فيها والتي أوقفت بسببها الحكم في القضية الاصلية ريثما يحكم في مسألة البنوة من محكمة الاحوال الشخصية المختصة حتى لو امتنعت هذه المحكمة من الحكم في موضوع البنوة واكتفت بتقرير عدم جواز سماع الدعوى فيها بناء على قبول دفع فرعى اعتبرته من المسائل الأولية المانعة من سماع الدعوى

وفي هذه الحالة لا تحكم المحاكم المختلطة برفض الدعوى الاصلية بشكل قاطع وانما تحكم فقط برفضها بالحالة التي هي عليها *rejet en l'état* نظراً لعدم صدور حكم في موضوع البنوة نفسه (٥)

وجوب الايقاف

وقضت كذلك بأن المحاكم المختلطة ليس مسموحاً لها بأن تقرر اختصاصها بالفصل في مسألة من مسائل الاحوال الشخصية المتنازع عليها بين الخصوم مثل مسألة البنوة الشرعية الخاصة بأحد الخصوم في قضية مرفوعة أمامها . بل يكون من واجب محكمة الاحوال الشخصية أن تحكم فيما اذا كان من الجائز قانوناً اثبات البنوة الشرعية المدعى بها وهل هي ثابتة فعلاً بمقتضى الحالة الظاهرة *Possession d'état* المدعى بها ومثلها في ذلك كمثل السلطة الشخصية التابع اليها المتوفى : تختص بنظر ما يتعلق بوراثته ويجب عليها طبقاً لقواعد القانون الدولى الخاص أن تحكم في كل الطلبات المتعلقة بوراثته المتوفى مهما كانت جنسية الخصوم في دعوى الارث ويجب على المحاكم المختلطة أن توقف القضية في مثل هذه الاحوال وتأمر الخصوم

(٤) س م ١٢ يونيو ١٩٠١ مج ت م ١٣ ص ٣٦٦ — ويلاحظ أن المحاكم المختلطة لها عند النزاع ان تبين ما هي السلطة المختصة بالحكم في المسائل المتنازع عليها حتى تقضى موضوعياً في القضية الاصلية المرفوعة اليها بمقتضى حكم سلطة الاحوال الشخصية المختصة — قان س م ١٤ مارس ١٩٠٠ مج ت م ١٢ ص ١٦٢

(٥) س م ٢٦ فبراير ١٩٠٢ مج ت م ١٤ ص ١٦١ وكان حكم الاحوال الشخصية صادراً من القضاء الانجليزى في احدى قضايا عبد الحليم السكايلي ( بند ١٢٣ )



بالالتجاء الى قاضى الاحوال الشخصية ليفصل بينهم فى موضوع البنوة ، فى مدة تحددها لذلك (٦)

وأخيراً قضت المحاكم المختلطة بأنه ليس لها سلطان تراقب بمقتضاه ما حكمت به محكمة الاحوال الشخصية فى موضوع البنوة الشرعية لتتظر بناء على أى المستندات قد بنت هذه المحكمة حكمها هذا (٧)

### المبحث الرابع - جعل الولد شرعياً بالزواج

*Legitimatio per subsequens matrimonium*

٣٨٤ - يميز بعض القوانين ، مثل قانون فرنسا وقانون سكوتلاند ، للرجل والمرأة أن يقرأ بالاولاد الذين حمل بهم أو ولدوا لها قبل الزواج ويكون من شأن ذلك الاقرار جعل الاولاد فى حكم الاولاد المرزوقين من نكاح صحيح . وهذا أمر اختياري للوالدين لا يتم الا برضاها و بعض القوانين لا يميز هذا النظام ومنها القوانين الانجليزية (١) والامريكية . وفى الشريعة الاسلامية لا يحتاج الامر الى زواج جديد تنسب الاولاد اليه حكماً بل يعتبر الاقرار بالبنوة اقراراً بهما من طريقها الشرعى وهو الزواج وبدون لزوم لاثباته حتى ولا لدعائه ، ويترتب عليه اعتبار الولد شرعياً من كل الوجوه . بعكس الحال فى فرنسا مثلاً ففيها تميز بين الاقرار بالبنوة أو دعوى ثبوت النسب خارج الزواج ، والاقرار قبل الزواج أو بمناسبة الزواج بوالدة الطفل . الاول يجعل الطفل ولداً طبيعياً له حقوق معينة فى القانون الفرنسى والثانى يجعله شرعياً استناداً الى الزواج الجديد

ويتوقف هذا الموضوع فى مصر على قانون الاحوال الشخصية التابع اليه الزوجان أو المدعى عليه كما لا يحكم فيه الا السلطة القضائية أو الدينية التى تطبق

(٦) س م ١٥ مارس ١٩٠٦ ع ت م ١٨ ص ١٥٠

(٧) س م ٤ فبراير ١٩٠٩ ع ت م ٢١ ص ١٥٨

[٣٨٤] (١) قدم مشروع لبرلمان البريطانى بطلب اجازة هذا النظام ولآن لم يصدر به قانون

القانون المذكور . ويختلف الحل بحسب ما اذا كان هذا القانون يجيز النظام الذى نحن بصدده أو لا يجيزه ومع ذلك لابد من احترام الحقوق المكتسبة تحت سلطان القانون الذى يختص بالحكم فى هذا الموضوع . وهنا لاشأن لقانون الجهة التى ولد فيها الطفل كما لاشأن أيضاً لقانون الجهة التى حصل فيها الزواج بالفعل . ولا يمكن أن يعتبر الولد شرعياً الا اذا أجاز ذلك القانون الشخصى للزوج وقت الزواج . وما دام الامر أن الطفل سيكون له القانون الشخصى الذى لأبيه فلا يقبل القول بجواز صيرورته شرعياً رغم مقتضى قانون الوالد وقت صيرورة الولد شرعياً لان ذلك يعد تناقضاً<sup>(٢)</sup>

كذلك يشترط بعض الاحكام الانجليزية أن يكون ذلك جائزاً بقانون الوالد وقت ولادة الطفل<sup>(٣)</sup> ولكن هذا شرط غير لازم فى نظرنا لان للانسان حقاً ثابتاً فى تغيير حالته ومتى تم تغيير الحالة قانوناً بتغيير الدين أو الجنسية تمتع الانسان بالحقوق الجديدة التى تميزها الحالة الجديدة ويصح أن يكون منها الاقرار بالبنوة وهذا فى مصلحة الطفل البائس فيكون من التعتت حرمانه منه وهذا الرأى يطابق رأى سافيني<sup>(٤)</sup>

### المبحث الخامس - التبني

#### Adoption

٣٨٥ - التبني جائز فى القانون الفرنسى ( مادة ٣٤٣ ، مدنى ) وفى بعض

القوانين الاخرى وهو غير جائز فى الشريعة الاسلامية

ولكى يكون التبني معتبراً فى مصر يجب أن يكون صحيحاً طبقاً لقانون الاحوال

(٢) وستليك وبتويتش بند ٥٤ ص ١٠١

(٣) وستليك وبتويتش بند ٥٥ ص ١٠٢

(٤) المرجع المتقدم وسافيني بند ٣٨٠ و ص ٢٥٠ من ترجمة جوتزى

الشخصية التابع اليه كل من الطرفين المتبنى والمتبنى<sup>(١)</sup> ولا حاجة عندنا لمراعاة ما زاد عن مقتضيات هذين القانونين فاذا حصل التبني في جهة يتطلب قانونها شروطاً اقليمية أخرى ولم تتحقق هذه الشروط فلا يكون التبني في مصر باطلا مادامت مقتضيات القانونين الشخصيين قد تحققت ، كذلك لا تأثير لمنع التبني في الشريعة الغراء على اعتباره صحيحاً في مصر لان الشريعة سمحاء لا تتعرض للاحوال الشخصية بين غير المسلمين

### المبحث السادس - الموارث والوصايا

٣٨٦ - الموارث والوصايا محكومة من حيث القانون الذي يطبق عليها في مصر بمقتضى المادتين ٧٧ و ٧٨ من القانون المدني المختلط والمادتين ٥٤ و ٥٥ من القانون المدني الاهلي اللذين يقابلاتهما<sup>(١)</sup> وهي خاضعة لاختصاص محاكم الاحوال الشخصية بمقتضى المادة ٤ م م<sup>(٢)</sup> والمادة ١٦ ل م أ وسنتكلم هنا أولاً على الاختصاص ثم نتكلم على القانون

أولاً : من حيث الاختصاص - ربما يظن أن النص على جعل مسائل الاختصاص الموارث والوصايا من اختصاص قضاة الاحوال الشخصية يمنع المحاكم المختلطة والمحاكم الاهلية من نظر أية قضية متعلقة بهذه المسائل ولكن الواقع أن هذه المحاكم لم تمنع منعاً قطعياً من نظرها الا اذا رفعت اليها بصفة أصلية .

[٣٨٥] (١) قارن قاليرى ص ١١٥٢

[٣٨٦] (١) راجع نصوص المادتين المختلطتين في ص ١١٤ هنا والمادتان الاهليتان مختلفتان عنهما في أن الاولى تنص على « الاحوال الشخصية المختصة بالملة التابع لها المتوفى » والنص العربي يقول « الاحوال الشخصية المختصة بالملة التابع لها المتوفى » والفرض متفق بلا شك . وأما المادة الثانية الاهلية فهي تقابل الفقرة الاولى فقط من المادة ٧٨ المختلطة ولا تذكر الفقرة الثانية منها ولكنها تنص أيضاً عن « الاحوال الشخصية » بينما المادة المختلطة تنص على « شريعة الامة » التابع لها المتوفى أو الموصى

(٢) راجع نصها هنا في ص ١١٤ وراجع شرحها في بند ١٨١ و ١٨٢ و ٣٥٥

و ٣٥٧ ثم في الكتاب الرابع

أما اذا رفعت اليها بصفة فرعية — بان حصل التمسك أمامها في احدى القضايا المرفوعة اليها بصفة أصلية والتي هي داخلة في اختصاصها بحسب القواعد العامة المتعلقة بوظائف المحاكم<sup>(٣)</sup> — فانه يكون من اختصاصها أن تنظر في هل من ضرورة للايقاف بسبب نشوء النزاع على الموارث أو الوصايا أم أن نقطة النزاع في هذه المسائل لا تحتاج الى الحصول على حكم من سلطة الاحوال الشخصية المختصة<sup>(٤)</sup> فاذا وجدت أنه ليس ثمة محل للايقاف فانها تطبق القانون الواجب تطبيقه في نقطة الموارث أو الوصايا وتفصل في الموضوع الاصلى المرفوع امامها ، بدون ان تحيل الفصل في النقطة المذكورة الى المحكمة الشخصية المختصة

وفضلا عن ذلك فان المحاكم المختلطة والمحاكم الأهلية مختصة دون غيرها من المحاكم ، بالنظر بصفة أصلية في بعض المواضيع الهامة المتعلقة بالموارث والوصايا وذلك في قضايا القسمة وقضايا وضع اليد على المنقولات أو العقارات التي تتكون منها التركة وفي قضايا الادارة المؤقتة أو الحراسة القضائية في حالة النزاع على الأموال المذكورة وفي قضايا الحساب بشأن التركة بين الورثة فيما بينهم ، أو فيما بينهم وبين الدائنين سواء كانوا دائني التركة أو دائني أحد الورثة

ما تختص به  
المحاكم الأهلية  
والمختلطة

ولذلك فان ما يتبقى لاختصاص قضاة الاحوال الشخصية به في مسائل التركات والوصايا هو القضايا المتعلقة مباشرة بتعيين المحل الذي فتحت فيه التركة أو بيان من هم الورثة أو دعاوى المطالبة بالميراث Action en pétition d'hérédité<sup>(٥)</sup> وأهلية الشخص للورثة وهل هو ممنوع أو محروم منها بسبب خاص<sup>(٦)</sup> كالقتل أو اختلاف الدين أو اختلاف الدارين ، وما هو مقدار نصيب كل وارث وكل

ما تختص به  
المحاكم الشخصية

(٣) راجع فيها كتاب المرافعات بند ١٢٣ ، وبند ٢٧٦ ، وبند ٥٣٢ ،  
(٤) راجع في بيان الاحوال التي يجب فيها الايقاف أو لا يجب كتاب المرافعات

بند ٢٩٣

(٥) س م ١٩ دس ١٨٩٤ ج ت م ٧ ص ٥٥

(٦) س م ١٣ يونيه ١٨٩٥ ج ت م ٧ ص ٣٢٨

ما تعلق بصحة الوصية أو بطلانها وأهلية الموصى له أو عدم أهليته للإيصاء اليه<sup>(٧)</sup> والدعوى المرفوعة بشأن تخفيض المبالغ الموهوبة أو الموصى بها ، للحد الجائز قانوناً للتوفى ان يتصرف فيه بغير عوض<sup>(٨)</sup> اذا مارفت هذه المسائل بصفة دعوى اصلية الى سلطة الاحوال الشخصية المختصة

اما اذا قام النزاع على هذه المسائل بصفة فرعية أثناء نظر دعوى أخرى أمام المحاكم المختلطة أو الاهلية فإنه يجوز لهذه المحاكم أن تطبق فيها القانون المختص اذا لم تر محلاً لطلب الايقاف ريثما يفصل فيها من سلطة الاحوال الشخصية المختصة ( بند ١٨١ )

ثانياً : من حيث القانون — القانون الذى يحكم به فى مادة الموارث هو قانون ديانة المتوفى أو الموصى اذا كان من المصريين وقانون جنسيته اذا كان من الاجانب ( ويصح أيضاً أن يكون قانون موطنه أو ديانته بحسب الاحوال — بند ٢٩٦ مكرراً ) وذلك بصرف النظر عن السلطة التى تحكم فى الموضوع سواء كانت المحاكم المختلطة أو الاهلية أو الشخصية وبصرف النظر عن مشتملات التركة سواء كانت منقولات أو عقارات كائنة فى مصر أو فى غير مصر<sup>(٩)</sup> ومع ذلك فهناك استثناءات نصت عليها المادتان ٧٧ و ٧٨ مدنى مختلط فلا يتبع فيها القانون الشخصى بل تتبع فيها قواعد خاصة

وهذه الاستثناءات التى لا يتبع فيها القانون الشخصى هى ما يأتى : —

( ١ ) ارث حق الانتفاع فى الاموال الموقوفة فتتبع فيه أحكام الشريعة المحلية<sup>(١٠)</sup> ( ٥٤ / ٧٧ ) وقال المرحوم فتحى باشا زغلول انها الشريعة الاسلامية<sup>(١١)</sup>

(٧) س م ٤ فبراير ١٨٩٧ مج ت م ٩ ص ١٧٩

(٨) س م ٣٠ يناير ١٩٠٢ مج ت م ١٤ ص ١٠٦

(٩) س م ٢٥ ابريل ١٩٠٦ مج ت م ١٨ ص ٢٠٧

(١٠) Le droit de succession à l'usufruit des biens wakfs est réglé d'après la loi locale

(١١) أحمد فتحى زغلول باشا ، شرح القانون المدنى ص ٧٧



وهذا النص غامض ولا يمكن تفسيره الا بالرجوع الى المادة ١٨ / ٣٧ مدني التي نصها كما يأتي : حق المنفعة المعطى من ديوان الاوقاف<sup>(١٢)</sup> قابل للانتقال من يد الى أخرى بمقتضى اللائحة المؤرخة في ٧ صفر ١٢٨٤ ( ١٠ يونيو ١٨٦٧ وهو قانون عثمانى خاص بالاوقاف ) ويجوز تأجيله أو اعطاؤه بالغاروقة

المنفعة هنا غير الاستحقاق

من المؤكد أن المادة ٥٤ / ٧٧ ، وهي تنص على ارث حق الانتفاع في الاموال الموقوفة ، لا ترمى الى الكلام على حق الاستحقاق في الوقف<sup>(١٣)</sup> لان انتفاع المستحق بالغلة ليس من الحقوق التي تورث عن الواقف أو عن أحد المستحقين ، وانما تولد بارادة الواقف الظاهرة من شروطه في الوقفية كذلك ليس المراد بالشرعية المحلية نصوص الشريعة الاسلامية لانها لا تميز ارث المنفعة ( قارن اللائحة السعيدية فيما يتعلق بارث منفعة الاراضى الخراجية )

والارث حقيقي وطبقاً للقانون العثماني

وانما المقصود من ارث حق الانتفاع في الاموال الموقوفة هو ارث حقيقي يحصل طبقاً لللائحة ٧ صفر المشار اليها ولا يتناول الاستحقاق طبقاً لشروط الواقف لان المفروض في الاموال الموقوفة التي يسرى عليها حق الارث المذكور انها في الغالب أموال قد انقرض مستحقوها وآلت لوزارة الاوقاف ( ديوانه سابقاً ) فأقطعتها<sup>(١٤)</sup> لشخص أو أشخاص بمقتضى عقد<sup>(١٥)</sup> يطلق عليه اسم « الاجارتين » وهو عقد تؤجر به جهة الوقف مكاناً مبنياً عامراً « المسقفات » أو غير مبنى ولكنه ذو ابراد « المستغلات » ، اجارة مستمرة لفترة أجل مسمى على أن يقوم المستأجر

الاجارتان

(١٢) يلاحظ أن اللائحة المشار اليها بعد تسرى على حق الانتفاع المعطى من وزارة الاوقاف وعلى غيره مما يرد ذكره في حاشية ١٥ بعد

(١٣) قارن دو هلتس ٤ ص ٣٨٦ بند ٥

(١٤) اللفظ وارد في المادة الثامنة من قانون ٧ صفر الآتي بيانه في حاشية ١٦

(١٥) نصت المادة السابعة من القانون المذكور على انه لا يسرى الا على الاوقاف التي أنشأها السلاطين أو أعضاء العائلة الامبراطورية والاوقاف التي أسندت ادارتها الى الحكومة نظرا لانقراض مستحقها وانه يجوز للواقفين من الافراد الآخرين الذين لهم الحق في تعديل شروط الوقف أن يعدلوا طبقاً لهذا القانون

بمفظ العين وصياتها بمصاريف من طرفه مهما عظمت وأن يدفع لجهة الوقف « أجرتين » الاولى « المعجلة » وهى مبلغ يدفع مرة واحدة قبل الاستلام والثانية « المؤجلة » وهى مبلغ يدفع سنوياً<sup>(١٦)</sup> وقد نصت المادة السادسة من قانون ٧ صفر على ان هذا القانون اختياري وانه يجب على واضعى اليد على « المسققات والمستغلات » الذين يريدون الانتفاع من نصوصه أن يجددوا المستندات التى بمقتضاها قد وضعوا أيديهم بطريق الاجارتين ، على الشكل الذى يقرر فيما بعد

وأما طريقة الميراث المنصوص عليها فى قانون ٧ صفر والتى تنتقل بها ملكية طريقة الميراث المنفعة من صاحب الاجارتين الى ورثته فهى واردة فى المادتين الاوليين منه وهى طريقة خاصة يستوى بها الذكر مع الانثى فى الميراث ويقدم الابناء والبنات على من عداهم ويليهام أولاد الابناء والبنات بالتساوى بينهم وفى المرتبة الثالثة يرث الأب والام وفى الرابعة الاخوة والاخوات لأبوين وفى الخامسة الاخوة والاخوات لأب وفى السادسة الاخوة والاخوات لام وفى السابعة الزوج أو الزوجة ويحجب أهل المرتبة الاولى من يليهم وهكذا وهناك بعض تفاصيل أخرى فى المادة الثانية

ذلك معنى لفظ « القانون المحلى » المشار اليه فى المادة ٥٤/٧٧ وهو لا يطبق المحكر وخلق  
الانتفاع بالضرورة الا اذا كان حق المنفعة فى الوقف قد آل بطريق عقد « الاجارتين » وتحققت الظروف الاخرى التى يتطلبها قانون ٧ صفر المشار اليه . فاذا لم تتحقق هذه الشروط كان ارث المنفعة طبقاً للقوانين المحلية الاخرى لان العمل يجب أن يكون طبقاً للقانون المحلى<sup>(١٧)</sup> مثال ذلك المنفعة المعطاة من طريق المحكر وخلق

(١٦) قارن دوهلتس ٤ ص ٣٨٥ و ٣٨٦ وفتحى باشا ص ٢٩١ والمقدمة والتعليقات الرسمية على القانون العثمانى بشأن الاوقاف الصادر فى ٧ صفر ١٢٨٤ وهو المشار اليه فى المادة ١٨/٣٧ وهو بلا شك غير القانون العثمانى ذى التاريخ نفسه الصادر بشأن ملكية الاجانب للمعارات فى الامبراطورية العثمانية : هذا مكون من خمسة مواد وقانون الاوقاف مكون من تسعة وهذا الاخير منشور فى قاموس القضاء والادارة الفرنسى لجلاد بك المجلد السادس ص ٥٧٦ — ٥٧٧ تحت كلمة Wakf

(١٧) قارن دوهلتس ٤ ص ٢٨٦ نمرة ٥ وجرائمولان ، العقود ص ١٦٦ ، ،

الانتفاع وغيرهما مما لا يدخل تحت نصوص لائحة ٧ صفر (١٨)

ويلاحظ أن وجوب اتباع القانون المحلي في ارث حق الانتفاع في الاوقاف لا يشمل حق المالك في وقف أملا كما فقد حكمت المحاكم المختلطة بأنه من اختصاص قضاء الاحوال الشخصية الحكم فيما اذا كان الموصى يستطيع أن يوقف أملا كما طبقاً لقانون جنسيته وذلك لأن المشرع المصري لم يخضع للقانون المحلي غير ارث حق الانتفاع . أما حق الوقف فهو خاضع للقانون الشخصي التابع اليه الواقف ولذلك فالوقفية المشتعلة على استحقاق ذرية الواقف ( وهو فرنسي ) طبقة بعد طبقة الى أن تنقرض الذرية تكون باطلة طبقاً للقانون الفرنسي الذي يمنع ذلك في المواد ١٠٤٨ مدني فرنسي وما بعدها (١٩)

الوقف خاضع  
للقانون الشخصي

هذا وقد نصت المادة ٧٧ مختلط على ارث حق الانتفاع في الاراضي الخراجية فالحقته أيضاً بأحكام الشريعة المحلية وقد أصبحت الاراضي الخراجية في مصر مملوكة ملكاً تاماً لمن كان لهم فيها حق المنفعة وبذلك زال التمييز بين الاراضي الخراجية والاراضي المملوكة ملكاً تاماً لاصحابها ونشأ عن ذلك تعديل المادة السادسة من القانون المدني الأهلي التي أصبحت تنص على ما يأتي : تسمى ملكا العقارات التي يكون للناس فيها حق الملك التام بما في ذلك الاطيان الخراجية (٢٠)

( ٢ ) فسخ الملكية العقارية بمقتضى قوانين الميراث : ينبنى على خضوع مادة الموارث لقوانين الاحوال الشخصية التابع اليها الميراث وجوب اتباع هذه القوانين بشكل مطلق فيما يتعلق بتقسيم التركة بين من يستحقونها طبقاً لتلك القوانين . ولما كان بعض القوانين ينص على وجوب اعطاء بعض الورثة نسبة معينة من

فسخ الملكية  
بسبب الموارث

(١٨) راجع في تعريف خلو الانتفاع ، شرح القانون المدني لفتحي باشا زغلول ص ٣١٨ وهو يسميه « حلول الانتفاع » تقلا عن اللغة الفرنسية

(١٩) م ١٨ مايو ١٩٠٥ مج ت م ١٧ ص ٣١٨

(٢٠) المادة ٦ تعدلت بذكر نو ٢٦ ربيع الاول ١٣١٤ الموافق ٣ سبتمبر ١٨٩٦ وقد كان ميراث منقعة الاراضي الخراجية حاصلًا طبقاً للائحة السعيدية المؤرخة ٢٤ ذى الحجة ١٢٧٤ ( ٥ اغسطس ١٨٥٨ ) دون الشريعة الاسلامية التي لا تميز فيها الميراث

التركة لكل واحد منهم بحيث لا يكون للمتوفى حق حرمانهم منها وهو ما يسمى بالفرنسية *légitime réserve* فقد يضطر الموهوب له أو الموصى له أن يرد الى التركة ما يلزم لتكملة نصيب الوارث الذي لم يوف نصيبه وفي هذه الحالة لا يخلو الحال من أحد أمرين اما أن يكون الموهوب له أو الموصى له قد تصرف في العقارات واما أن لا يكون : فاذا كانت على ملكه ولم ينشئ عليها حقوقاً عينية للغير كالرهن بنوعيه فيجب عليه الرد طبقاً للقانون الذي يحكم التركة أما اذا كان قد تصرف في العقارات الموهوبة له أو أنشأ عليها حقوقاً للغير أو حصل الغير على حق اختصاص عليها ( وهو في حكم الرهن من حيث هو حق عيني عقارى ) فإن المادة ٧٨ م م تنص على احترام التصرف أو الرهن أو الاختصاص وعدم المساس به فلا يحصل الرد الى التركة فيما يضر بحقوق من حصل اليه التصرف أو الرهن أو الاختصاص وهذا يعتبر استثناء اقليمياً من القاعدة التي تقضى بأن فسخ حقوق الاصيل يستلزم فسخ حقوق خليفته *Resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis* ولكنه استثناء أريد به ضمان الثقة العقارية أوجبها القانون الاقليمى ضد ما قد تأمر به القوانين الشخصية

كذلك اذا كان في القانون الذي يحكم التركة نص على تقييد حرية المتوفى في الهبة أو الوصية بحيث لا يتجاوز حقه فيهما نسبة معينة من التركة *la quotité disponible* فإن الرجوع يحصل طبقاً للقانون الشخصى ما دام أن الموهوب له أو الموصى لم يتصرف . أما اذا تصرف أو أنشأ رهوناً على العقار فلا يتبع القانون الذى يحكم التركة بل نصان حقوق الغير طبقاً للمادة ٧٨ م م <sup>(٢١)</sup>

(٢١) القانون الفرنسى مثلاً يجعل للابن الواحد نصف التركة يأخذه كاملاً بعد تقضى الهبات والوصايا التى لا تنفذ في هذه الحالة في أكثر من النصف ، وللأبنين حق في الثلثين وللثلاثة حق في ثلاثة أرباع التركة وكذلك اذا زادوا عن ثلاثة ؛ ولولد السفاح نصيب لا يتقص بالتبرعات أيضاً ( ٩١٣ مدنى فرنسى وما بعدها ) والذي يجعل هنالك فرقاً كبيراً بين هذه النصوص ونصوص الشريعة الاسلامية في الموضوع ان الهبات الحاصلة في القانون الفرنسى حال



ويشترط في كل الأحوال أن يكون هناك حسن نية من الغير بمعنى أنهم لا يعلمون وقت التصرف أو الرهن أن الحق الذي اكتسبوه معرض للفسخ فإذا ثبت

شرط حسن النية من الغير

علمهم صح الفسخ (وفي الرجوع في الهبة على العموم راجع بند ٣٨٧)

وقد حكمت المحاكم المختلطة تطبيقاً للمادة ٧٨ م م أنه في القانون اليوناني وفي

القانون اليوناني

القانون الروماني الذي لا يزال معمولاً به في بلاد اليونان تفقد الارملة التي تزوج ثانية حق ملكية الرقبة *la nue propriété* في الربع الذي ورثته من تركة زوجها الاول ويؤول هذا الحق لأولادها من زوجها المذكور ولا يبقى لها غير حق الانتفاع في ربع التركة المذكور غير أن فسخ الملكية الناشئ عن زواجها الثاني لا يمكن في القانون المختلط أن يضر الدائنين المرتهنين حسن النية فيستمر رهنهم رغم زوال ملكيتها<sup>(٢٢)</sup>

ويلاحظ أن الاستثناء الاقليمي المذكور ليس مقصوراً على الحالتين المنصوص عليهما في ٧٨ م م بل انه يشمل جميع الاحوال المشابهة لها حيث قد ورد في المادة لفظ «أو نحو ذلك etc.» عقب الكلام على «تجاوز الواهب أو الموصى حق النصاب أو عدم ابقائه لورثته القدر المفروض لهم شرعاً» وبناء على ذلك حكمت المحاكم المختلطة بأنه اذا أقرض أحد المصارف تركة من التركات مبلغاً من المال وأخذ رهنًا على عقارات التركة بعد أن نحى عن الورثة واستعمل كل الحيلة والتبصر اللازمين من جانب من يقرض أموالاً لتركة من التركات ولم يكن ثمت ما يحمله على معرفة وجود ورثة آخرين غير من تعاقد معهم فان ظهور ورثة آخرين لم تثبت وراثتهم الا من بعد صدور حكم بشأن جنسية المتوفى ، لا يكون من شأنه رفع الرهن عن الجزء الذي يخص الورثة المستجدين مما تعاقد عليه الورثة الاولون<sup>(٢٣)</sup>

سبب الاستثناء ليس محصوراً

الصحة تدخل ضمن ما يرد الى التركة بعكسها في الشريعة الفراء فان الهبة الحاصلة في غير مرض الموت تكون صحيحة ولو استنفدت جميع اموال الواهب ولا يكون للورثة حق في نقضها

(٢٢) س م ٢٥ ابريل ١٩٠٦ ج ت م ١٨ ص ٢٠٧

(٢٣) س م ١٢ مارس ١٩١٨ ج ت م ٣٠ ص ٢٧٥



٣٨٦ ب — مقارنة الشرائع : يجب ملاحظة أن كثيراً من الشرائع الأجنبية مقارنة الشرائع في الموارث

يميز في التوريث بين المنقولات والعقارات كما يميز بينها في الوصايا

أما العقارات فيكون توريثها في الشرائع المذكورة طبقاً لقانون موقعها *Lex rei sitae* لا طبقاً لقانون جنسية المتوفى أو قانون موطنه فإذا ترك المتوفى عقارات متعددة واقعة في ثلاثة أو أربعة بلاد مختلفة محكومة بقوانين مختلفة فيكون الارث بالنسبة لكل منها خاضعاً لقانون موقعه لا يرثه الا من يكون له الحق فيه طبقاً لقانون موقع العقار وقد يكون الارث في المنقولات خاضعاً لقانون آخر غير جميع القوانين التي تحكم التوريث في العقارات . وهذه الحالة تحصل في إنجلترا وبلجيكا وهولاندا والنمسا والمجر والروميا والولايات المتحدة الامريكية وفرنسا وبعض البلاد الاخرى ومع ذلك يلاحظ أن محاكم هذه البلاد قد تتوصل الى تطبيق قانونها الخاص على العقارات الواقعة في بعض البلاد الاخرى مثل مصر وذلك اما بمقتضى نظرية « الرجوع » *renvoi* واما بمقتضى فكرة أخرى محل محلها كما شرحناه في بند ٢٩١ و٢٩٦ مكرراً و٢٩٧

وأما المنقولات فانها تخضع من حيث الميراث اما لقانون محل المتوفى كما في المادة ١١٠ مدني فرنسي — وقد تلجئ المحكمة الى نظرية « الرجوع » لتطبق قانونها على المنقولات بتصريح من قانون محل المتوفى كما حصل في قضية فورجو الواردة في بند ٢٩٤ — واما لقانون جنسية المتوفى كما هي الحال في القانون الايطالي والواقع أن القانون الايطالي يجعل الموارث والوصايا جميعها محكومة بقانون جنسية المتوفى فيما يتعلق بترتيب الورثة وانصباهم وصحة الوصية من حيث الجوهر ومن حيث الشكل ( وفي هذا تفصيل يرجع فيه الى بند ٢٦٧ ) وذلك بصرف النظر عن طبيعة الاموال الموروثة منقولة كانت أو عقارية وهذه الاحكام مطابقة لنظرية القانون المصري في الموضوع بل ان هذا يتغالى من حيث الشكل في الوصية فيجعله خاضعاً للقانون الشخصي بدون أن ينص على جواز حصول الشكل طبقاً

لقانون الجهة التي حصلت فيها الوصية ( راجع البند التالي ) وغير خاف ما يترتب على هذا النظام من توحيد الحكم في التركة الواحدة باعتبارها مجموعة أموال يحكمها كلها قانون واحد هو قانون جنسية المتوفى ومع ذلك فهناك مضار متعددة تنجم من هذا النظام وهي :

أولاً : أنه يجعل النظام العقاري في البلد خاضعاً لقوانين أجنبية متعددة بتعدد الفوائد ومضار القوانين الشخصية بالنسبة للعقارات  
الأمم الموجودة في العالم فيقل الثقة العقارية بسبب عدم إمكان معرفة الملاك الحقيقيين للعقارات الموروثة ، على وجه ظاهر غير مشكوك فيه ، وهو ما ينشأ عن اختلاف أحكام القوانين المختلفة وما تشترطه لصحة الوصية ولجواز الميراث

ثانياً : انه يجوز تطبيق قوانين أجنبية على عقارات مصرية مع أن مرماها قد يكون مخالفاً لمبادئ النظام العام السائدة في مصر . مثال ذلك توريث أولاد السفاح الجائز بمقتضى القانون المدني الفرنسي في المواد ٧٥٦ ، ، فهذا مخالف للنظام العام في مصر عند المسلمين وعند المسيحيين على السواء ومع ذلك فهو حاصل في مصر بسبب جعل توريث العقارات خاضعاً للقوانين الشخصية بلا شرط ولا قيد . ومن المسلم به في فرنسا أنه لا يجوز تطبيق قانون أجنبي فيها على الميراث اذا كان ذلك القانون يمنح اولاد السفاح المعترف بهم حقوقاً أكثر مما يمنحهم القانون الفرنسي . كذلك يقولون ان النظام العام الفرنسي يأبى الاعتراف بتوريث المالك لتركة الرقيق الذي كان يملكه <sup>(١)</sup> فاذا كان الأمر عندهم كذلك فكيف يجوز القانون المصري توريث الاراضى المصرية لأولاد السفاح على مقتضى القانون الفرنسي !

ثالثاً : يترتب على اتباع القانون الشخصى بالنسبة لتوريث العقارات في مصر انه يؤدي الى تملك العقارات المصرية الى الحكومات الاجنبية التي يتوفى رعاياها في مصر بغير ورثة ولا وصية فان الحكومة ترث من لا وارث له من رعاياها وبذلك

[٣٦٧ب] (١) محكمة تونس المدنية في ٢١ فبراير ١٨٨٩ وقايرى ص ١٢٠٣ حاشية ٢

يمكن أن تنتقل ثروات عقارية مصرية مهمة الى الحكومات الاجنبية في الوقت الذي كان يجب أن تكون الوراثة فيها للحكومة الاقليمية

هذا وتوجد معاهدات خاصة بين بعض الدول — منها فرنسا والنمسا والروسيا والصرب والمكسيك — من مقتضاها جعل وراثة العقارات خاضعة لقانون موقعها ووراثة المنقولات لقانون جنسية المتوفى<sup>(٢)</sup>

كذلك توجد معاهدات أخرى من مقتضاها تحديد الاختصاص القضائي بشأن التركات وتحديد اختصاص القناصل . وقد عمل مشروع معاهدة في مؤتمر لاهاي ولكنه لم يقبل من الدول ( بند ٢٨ حاشية ١ )

وقد اعطت الامتيازات الأجنبية حقوقا خاصة لقناصل الدول على تركات رعاياهم ولكن هذه الامتيازات لا ظل لها داخل البلاد التي حصلت عليها بمعنى أن قناصل الدول التي منحت الامتيازات لا يكون لهم حقوق بالنسبة لتركات رعاياهم في البلاد التي حصلت على الامتيازات وهذا ناشئ عن فكرة عدم التبادل في الامتيازات ( بند ١٥٤ )<sup>(٣)</sup>

ومع ذلك فقد قضت العادة بين الدول بالرغم من عدم وجود معاهدات ، بأن يكون للقناصل دائما حق رجاء السلطات المحلية في وضع الاختتام وعمل الجرد اللازم كلما توفي أحد رعاياهم ولم يترك ورثة بالغين وموجودين حيث توجد التركة أو جزء منها<sup>(٤)</sup>

هذا ويصح الرجوع لما ذكرناه من قبل بشأن الموارث في البنود الآتية ٧٢ بخصوص الضرائب على تركات الملوك ، ٨٣ بخصوص افتتاح التركات في محل

(٢) قاليري ص ١١٩٢

(٣) محكمة اكس في ٩ يولييه ١٩٠٣ كلونه ١٩٠٤ ص ١٥٠ ودلوز ١٩٠٥ ،

٢ ص ٧٣ وتعليق الميسوربوليتيس عليه ، وقاليري ص ١١٩٧ حاشية ٣

(٤) قارن قاليري بند ٨٤٦ ص ١١٩٩ حاشية ١

اقامة المتوفى وتركه البرنيس نظلى ، ١٢٢ بخصوص تركه فارسية متنازع عليها ،  
 ١٢٣ بخصوص تركه عبد الكريم الكابلى ؛ ٢٢٥ بخصوص حرمان البنات من  
 الميراث ، ٢٤٠ فى رأى شفر فى الموارث ، و ٢٤٤ فى رأى ساقينى فيها وبندى  
 ٢٥٦ و ٢٥٧ فى نظرية « الاحوال » الحديثة وبند ٢٦٧ فى القانون الايطالى ،  
 و ٢٧٠ فى المقارنة بين رأى ساقينى وغيره ، وبند ٢٩١ فى تطبيق نظرية « الاحالة »  
 بالنسبة للموارث فى انجلترا ( قضية بينز ) وبند ٢٩٢ قضية جرانت و ٢٩٤ قضية  
 فورجو وبند ٢٩٩ فى الاهلية لعمل الوصية والجدولين الثانى والثالث من جداول  
 الاحالة ص ٣١٨ و ٣١٩ وبند ٣٧٩ حاشية ٣ فى التفريق بين الميراث وما ينشأ  
 عن مشارطات الزواج بعد الوفاة وبند ٣٨٨ فى العقارات .

ويرجع الى الكتاب الرابع لمعرفة القانون الذى يطبق على تركات غير  
 المسلمين من المصريين والاختصاص فى ذلك وفى مسائل الاوقاف على العموم .  
 ٣٨٦ ج - شكل الوصية : تقرر المادة ٥٥ / ٧٨ من القانون المدنى المصرى  
 أن شكل الوصية محكوم بحسب قانون ديانة الموصى أو جنسيته ومعنى ذلك أن  
 الوصية الصحيحة الشكل طبقاً لذلك القانون تعتبر صحيحة أمام المحاكم المصرية  
 من كل الوجوه ؛ وينبنى على ذلك أنه اذا عملت الوصية فى مصر طبقاً للشكل  
 المطلوب فى قانون جنسية المتوفى أو ديانته فانها تعتبر صحيحة أمام جميع محاكم  
 العالم نظراً لان القانون المصرى - وهو قانون الجهة التى حصلت فيها الوصية -  
 يجعلها صحيحة متى كانت مصاغة فى شكل قانون الجنسية أو الديانة ( بندى ٢٩١  
 و ٢٩٧ ) وقد تصل المحاكم الأجنبية الى هذا الحل من طريق نظرية الاحالة كما  
 يمكن القول بصحة الحل المذكور بدون التجاء الى فكرة الاحالة نظراً لعدم وجود  
 قانون وطنى واحد للمصريين يمكن أن يطلق عليه لفظ القانون الاقليمى فى  
 الموضوع ونظراً لوجود قوانين شخصية متعددة يتبع كل منها بالنسبة لطائفة معينة  
 من الاشخاص ( بندى ٢٩٦ مكرراً و ٣٠٠ )

هذا ومن المسائل المحفوفة بالمصاعب معرفة الحكم في حالة ما اذا عرضت أمام احدى المحاكم المصرية الاهلية أو المختلطة وصية صحيحة الشكل طبقاً لقانون الجهة التي عملت فيها أو لقانون الجهة الكائنة بها العقارات الموصى بها ولم تكن صحيحة في الشكل طبقاً للنصوص المتعلقة بالشكل نفسه الواردة في قانون الاحوال الشخصية التابع اليها الموصى . ظاهر أن هذه من مسائل الاحوال الشخصية وخارجة عن اختصاص المحاكم الاهلية والمختلطة ويجب أن يفصل فيها قاضي الاحوال الشخصية التابع اليه الموصى وهذا القاضي يحكم بمقتضى القواعد المقررة في قانونه . فاذا حصل نزاع جدى بخصوص صحة الوصية من حيث الشكل وجب إيقاف القضية الاصلية وحالة الخصوم على قاضي الاحوال الشخصية المختص ليحكم في صحة الوصية أما اذا لم يكن ثمة نزاع جدى بمعنى أن المحاكم الاهلية أو المختلطة لم ترضو للايقاف فانه يكون من واجبها أن تطبق القانون الشخصى طبقاً للمادة ٧٨/٥٥ وهنا محل التساؤل هل تطبقه من حيث نصوصه المبينة للشكل ذاته أو من حيث قواعده المتعلقة بالقانون الدولى الخاص فيما يختص بالشكل هذا البحث هو المعروف بنظرية الاحالة ( بند ٢٨٥ ، ) وهنا يجب ملاحظة عدم اختصاص المحاكم الاهلية أو المختلطة بالحكم بأمر يكون مخالفاً لما تحكم به محكمة الاحوال الشخصية المختصة وذلك رغم نص المادة ٧٨/٥٥ . ومن ثم يصح القول هنا بوجوب الحكم بما كانت تحكم به المحكمة المذكورة لو عرض عليها النزاع ولذلك يتغير وجه السؤال فلا تكون المحكمة الاهلية أو المختلطة مقيدة باتباع النصوص المبينة المتعلقة بالشكل الوارد في القانون الشخصى بل تكون مقيدة باتباع الحكم الذى كانت تقضى به المحكمة المختصة لو عرضت عليها القضية ويكون السؤال المطلوب الاجابة عليه « ما هو الشكل الذى يحكم به قاضي الاحوال الشخصية المختص لو عرضت عليه نقطة النزاع الخاصة بالشكل »

ولذلك يكون شكل الوصية محكوماً في مصر بأحد قانونين أما القانون الشخصى



نفسه عند عدم النزاع واما القانون الذى يشير اليه القانون الشخصى أو يحكم به قاضى الأحوال الشخصية عند النزاع . وتكون النتيجة أن شكل الوصية يعتبر صحيحاً فى أغلب الأحوال اذا كان صحيحاً طبقاً لقانون الجهة التى حصل فيها وذلك لأن أغلب قوانين العام المتمدين تميز شكل قانون الجهة التى عملت فيها الوصية

### المبحث الثالث - الهبة

٣٨٧ - الهبة محكمة فى مصر بمقتضى المواد ٤٤/٦٦ و ٤٨/٧٠ الى ٥٣/٧٦ و ١٤٣/٢٠٤ و ٥٣٩/٦٦١ مدنى والمواد ٢٢٧/٢٣٥ و ٢٢٩/٣٣٦ و ٣٦١/٣٧٢ ، من القانون التجارى ، وبمقتضى قوانين الاحوال الشخصية المختلفة فيما لم ينص عليه القانون المدنى والتجارى : من أجل ذلك وردت بعض أحكامها فيها ونصت لائحة ترتيب المحاكم الاهلية فى المادة ١٦ على عدم اختصاص هذه المحاكم بمسائل الهبة . . . وغيرها مما يتعلق بالاحوال الشخصية . . . (١)

ولم يرد فى القوانين المختلطة نص صريح على منع المحاكم المختلطة من نظر قضايا الهبات اللهم الا النص العام الوارد فى المادة ٩ من لائحة الترتيب فانه يستثنى مسائل الاحوال الشخصية بوجه عام ، على أن المادة ٤ مدنى مختلط لم تذكر الهبة ضمن المسائل الباقية فى اختصاص قضاة الاحوال الشخصية .

والهبة عقد بين الاحياء entre vifs نص القانون المدنى على بطلانه اذا مات الواهب أو زالت أهليته للتصرف قبل قبول الموهوب له ومع ذلك فاذا مات هذا

ما يخص  
القانون المدنى

[٣٨٧] (١) وقد قال المرحوم فتحى باشا زغلول فى هذا الموضوع ص ٨٢ من شرح القانون المدنى ما يأتى : « لم يأت القانون بجميع أحكام الهبة ولكن نقب تنقيها فجاء بطرف من كل معنى تاركا ما لم يذكره لاحكام الشريعة ( والاحوال الشخصية للديانات والجنسيات الاخرى بالضرورة ) ليتحقق بذلك معنى الاستثناء الوارد فى المادة ١٦ من لائحة الترتيب . والمحاكم الاهلية مختصة بنظر الهبة فى جميع ما نص عليه القانون »

صح قبول الهبة من ورثته واذا كان غير أهل للقبول صح قبولها ممن يقوم مقامه كذلك يحكم القانون المدني شكل الهبة من كل الوجوه متى حصلت في مصر أو وقعت على عقارات أو منقولات . وجودة في مصر بمعنى أن الشكل الرسمي واجب للهبة إيجاباً وقبولاً ( مع حصول التسجيل في مصر في المكتب التابع اليه العقار طبقاً لقانون التسجيل الجديد ) ما لم تتخذ وصف عقد آخر فتكون مستترة *déguisée* فلا يكون الشكل الرسمي واجباً وان وجب التسجيل على كل حال لاجل انتقال الملكية ، أو تكون خفية *indirecte* أو يحصل التسليم بالفعل اذا وقعت على منقول وذلك لا ينفي أنه اذا كان الطرفان خارج القطر أو أحدهما خارجه أن يكون العقد الرسمي أو الإيجاب أو القبول مصاغاً في الشكل الرسمي الذي شرعه قانون البلاد الاجنبى <sup>(٢)</sup>

كذلك لا يصح أن تحصل الهبة اضراً بدائى الواهب ( ٧٤ م م ) ولو اتخدت شكل الوقف والا كانت باطلة بالنسبة للدائنين

ما يختص  
الاحوال  
الشخصية

ذلك ما اختص ببيانه القانون المدني أما ما يتعلق باهلية الواهب للتبرع <sup>(٣)</sup> وأهلية الموهوب له لقبول التبرع [ مثال ذلك لا يجوز في القانون الفرنسى ( ٩٣٤ مدنى ) للمرأة المتزوجة أن تقبل هبة الا بموافقة زوجها أو بتصريح من القضاء ، ولا يجوز للأشخاص المعنوية قبول الهبات الا بعد تصريح من الحكومة بذكرتوكا هو موضح في المادتين ٩١٠ و ٩٣٧ مدنى فرنسى ] وبالأحوال التى يجوز فيها الرجوع عن الهبة <sup>(٤)</sup> أو التى توجب بطلانها أو نقص الموهوب بسبب كون الواهب قد

(٢) راجع في هذا الموضوع بند ٣٢٥ ،

(٣) حكم بناء على ذلك بأن القانون الايطالى يجعل الهبة مثل الوصية من حيث جواز الطعن فيها بعد وفاة الواهب بان لم يكن ممالكا لقواء العقلية وقت الهبة فاذا ثبت ذلك بطلت الهبة رغم كونه لم يكن محجوراً عليه ( س م ٢٩ مارس ١٩٢٣ جازيت ١٤ ص ١٦٠ مرة ٢٦ )

(٤) فيما يتناق بالرجوع يرى المرحوم فتحى باشا زغلول انه غير جائز طبقاً للقانون المدني ، حيث يقول ص ٨١ : ان ظاهر القانون وروح التشريع فيه يقضيان بعدم جواز المدول

رزق أولاداً بعد الهبة أو نحو ذلك مما يتصل بالمواريث<sup>(٥)</sup> ، وما يتعلق بالنصيب الذي يجوز للواهب أن يتصرف فيه حال الصحة أو في مرض الموت فإن ذلك كله خاضع لحكم قانون الأحوال الشخصية التابع اليه المتعاقدين

هبة الخطبة هذا وقد حكم بأن جواز الرجوع في الهبة الحاصلة بمناسبة الخطوبة التي عدل عنها هو من اختصاص المحاكم الشخصية المختصة بالزواج لا من شأن المحاكم الأهلية<sup>(٦)</sup>

مق كان العقد رسمياً اما اذا النصت الهبة بعقد آخر فالنص صريح في تطبيق قواعد العقد المسمى والمقرر أن فسخ العقد بإرادة أحد الطرفين وحدها غير جائز ولا مشاحة في ذلك لتصریح القانون بانتقال الملكية في المقار الموهوب الى الموهوب له بمجرد الإيجاب والقبول ( الآن بالتسجيل وحده ) وعدم تمامها الا بالقبض في المنقول وروى الدكتور كامل مرسي بك في كتابه الملكية والحقوق العينية ان القانون الفرنسي لا يجيز الرجوع في الهبة ولكننا نلاحظ على ذلك ان نص المادة ٩٥٣ ، من القانون المدني يقضى بالرجوع في ثلاث أحوال هي أولاً عدم تنفيذ الشروط التي علق عليها الهبة ، ثانياً بسبب اساءة الموهوب له الى الواهب أو عدم مقابلة الاحسان بمثله وثالثاً اذا رزق الموهوب له بأولاد ولم يكن له أولاد وقت الهبة ثم رأى الاستاذ ان القواعد الخاصة بالرجوع في القانون المصري في الهبة من احكام الأحوال الشخصية وأنها خارجة عن اختصاص المحاكم الأهلية أو المختلطة . ونحن نرى ذلك أيضاً ولكن في علائق الواهب مع الموهوب له فقط بمعنى ان الفسخ يجب الا يضر الغير بأي شكل . من الاشكال لان العلاقة بين الواهب والموهوب له علاقة أحوال شخصية فيما لم ينظمه القانون المدني واما علائق الموهوب له مع الغير فعلائق مدنية بحتة فاذا تصرف في الموهوب أو استجبت عليه ديون بعد الهبة فلا يضر من حصل اليه التصرف ولا الدائنون اللاحقون — قارن المادة ٤٣٨ / ٥٠٠ مرافعات التي تنص على ان المبالغ الموهوبة . . . المشترط عدم جواز الحجز عليها تحجز من الدائنين اللاحقين للهبة . . . وذلك لانهم اعتمدوا على وجودها ضمن ثروة الدين أو ماله ، يؤيدنا في رأينا هذا القاعدة المقررة في المادة ٦٠٧ / ٧٣٣ مدني فيما يتعلق بالمنقولات، وفيما يتعلق بالمقاررات المادة ١٩٧ مختلط التي تحفظ حقوق الدائنين المرتبطين تأميناً وهذا النص لا مقال له في الاهلي ومع ذلك فاذا كان الطرفان مسلمين فالرجوع غير جائز بعد التصرف طبقاً للشريعة فلا يكون هناك صعوبة ما — قارن دوهلتس ٢ ص ٢٣ و ٢٤ قارن أيضاً « بار » بند ٢٨٥ حيث يرى أن الرجوع لا يكون الا فيما بقي من الموهوب تحت يد الموهوب له وانه لا يلزم بأكثر من ذلك الا اذا أجازته قانونه الشخصي وان قانون موقع الموهوب هو الذي يبين آثار الهبة

(٥) هذه النقطة بالذات وهي فسخ ملكية الموهوب له بسبب نصوص قوانين الموازيث قد ورد حكمها في الفقرة الاخيره من مادة ٧٨ م . وقد ورد شرحها في ص ٥٣٢ ، (٦) بنى سوف الكلية بهيئة استثنائية في ١٧ ديسمبر ١٩١٤ شرائع ٣ ص ١٠٥

وقضت إحدى المحاكم الجزئية الاهلية بأن الحكم في جواز الرجوع في الهبة على العموم ليس أيضاً من اختصاص المحاكم الاهلية<sup>(٧)</sup>

ويلاحظ أن المحاكم المختلطة كثيراً ما تقضى في المواضيع الخاصة بالاحوال الشخصية فتطبق فيها القوانين الشخصية بدون أن ترى لزوماً للإيقاف وإحالة المسألة الشخصية على المحكمة المختصة وقد حكمت بناء على ذلك : —

(١) بأن الشريعة الاسلامية تجيز الهبة من الوصى الى القاصر بمجرد حصول الهبة وأن الهبة المستترة في عقد آخر صحيحة في الشريعة وفي القانون المختلط ولذلك تصح الهبة الحاصلة من الوالد المصري لاولاده القصر اذا اتخذت شكل عقد الشراء الحاصل بواسطة لمصلحتهم وباسمهم وكان الثمن مدفوعاً من مال الوالد<sup>(٨)</sup> بعكس الحال في القانون الايطالى فان الوالد الذى يريد أن يهب لاولاده القصر حالاً لا يستطيع أن يقبل الهبة عنهم بل لا بد من أن يطلب تعيين وصى خاص *ad hoc* يقبل الهبة وأن الام ليس لها أن تقبل بالنيابة عن الاولاد ، فإلم يقبل الوصى الخاص فان الهبة تكون باطلة بطلاناً تاماً<sup>(٩)</sup>

(٢) بأن المادة ٥٠٣ من قانون الاحوال الشخصية للمسلمين تجيز لكل مالك اذا كان أهلاً للتبرع أن يهب في حال صحته ماله كله أو بعضه لمن يشاء سواء كان أصلاً له أو فرعاً أو قريباً أو أجنبياً منه ولو مخالفاً لدينه بشروطه<sup>(١٠)</sup>

(٣) بأن القانون الرومانى الذى هو متبع في بلاد اليونان بصفته قانوناً القانون اليونانى للاحوال الشخصية يقرر صحة الهبة الحاصلة بين الزوج وزوجته أثناء الزواج اذا نظر اليها باعتبارها تملكاً ينفذ عند انتهاء عقدة الزواج بوفاة الواهب ، وعلى العموم اذا مات الواهب قبل الموهوب له بدون أن يكون قد رجع عن الهبة وذلك لان

(٧) محكمة الموسكى الجزئية في ١٣ مايو ١٩١٩ مج ٢١ ص ٨٠ نمرة ٥٠

(٨) س ٢٢ ابريل ١٨٩١ ج ٣ ص ٢٨٥

(٩) س ٢٩ مارس ١٩٢٣ جازيت ١٤ ص ١٦ نمرة ٢٦

(١٠) س ١٣ مارس ١٨٩٥ مج ٢ ص ١٨٥



المشرع عندهم قد اعتبر عدم الرجوع في الهبة كتأييد ضمنى لها يجعلها في حكم الوصية الصحيحة وينبئ على ذلك أن الزوج اليونانى يعتبر واهباً هبة صحيحة لزوجته اذا اشترى لها عقاراً من ماله وتوفى لأن قانون أحواله الشخصية يبيح له عمل هبة لا رجوع فيها ما دام أنها لا تضر بالحقوق التى يجب أن تحتفظ للورثة<sup>(١١)</sup> والواقع أنه ليس ما يمنع المرأة اليونانية من تملك أى مال أثناء الزواج ولو كان ذلك بسبب تبرع زوجها لها ما دام أنه لم يحصل غش أو تدليس بينهما اضراً بالدائنين وليس لهؤلاء في هذه الحالة عليها أدنى سبيل<sup>(١٢)</sup> وذلك لا يمنع دائماً من احترام قرينة موسيانا السابق شرحها في بند ٣٢٤ التى من مقتضاها أن جميع ما تقتنيه الزوجة أثناء الزواج يعتبر مشترى أو مدخراً من مال الزوج الا اذا اثبتت هي العكس واذا أرادت أن تحتفظ بملكية ما أقتنته فيكفيها أن ترد للدائنين مقدار ما تبرع لها به الزوج<sup>(١٣)</sup>

### المبحث السادس - العقارات

٣٨٨ - يلاحظ أن التمييز بين المنقولات والعقارات قد فقد كثيراً من أهميته في القانون الدولى الخاص ولا يزال مستمراً على ذلك وان تشبيه العقارات بالمنقولات من حيث الاحكام والقواعد في القانون المصرى قد وصل الى أمد بعيد حيث جعلت العقارات أسوة بالمنقولات محكومة من حيث الموارث بقانون الاحوال

عمومات

(١١) س م ٥ دسبر ١٩٠١ مج ت م ١٤ ص ٣٦ وشرحه س م ٣ يونيه ١٩٠٢  
مج ت م ١٤ ص ٣٣٦

(١٢) س م ١٣ فبراير ١٩٠٢ مج ت م ١٤ ص ١٢٧

(١٣) س م ٢٣ دسبر ١٩٠٢ مج ت م ١٥ ص ٧٢ وقد قرر هذا الحكم أن الهبة بين الزوجين في القانون اليونانى باطلة بطلاناً تاماً وممنوعة قانوناً وهذا صحيح اذا أريد به أنها جائزة النقض في أى وقت من الزوج ومن دائنيه حتى ومن ورثته اذا مات ولم يكن قد رجع عنها فانها تعتبر وصية وتنقض فقط بصفة جزئية اذا تمت المقدار الواجب حفظه لهم وهذا يفسر الحكم السابق المشار اليه في الحاشية ١١ هنا



الشخصية التابع اليها المتوفى ولم تجعل خاضعة لقانون اقليمى واحد يحكمها باعتباره قانون موقعها ، وليس فى الموضوع من استثناء الا ما مر شرحه فى الموارىث بناء على نص المادتين ٥٤ / ٧٧ و ٥٥ / ٧٨ مدنى . كذلك جعلت المقارات الداخلة فى نظام الزوجية خاضعة للقانون الشخصى مثل المنقولات ولا يستثنى من ذلك الا ما مر فى بند ٣٧٨ و ٣٨٠ و ٣٨١

وينبنى على ذلك أنه فيما خلا الموارىث وفيما خرج عن مشارطات الزواج أو نظمته المالية فان العنارات يجب أن تخضع فى مصر للقانون الاقليمى وهو قانون موقعها فيحكمها فى كل ما تعلق بنقل ملكيتها فيما بين الاحياء وفى انشاء أى حقوق عينية أخرى عليها

وقانون موقع المقارات المصرية هو القانون الاهلى أو القانون المختلط بحسب الاحوال ويكمل كل من هذين القانونين بمقتضى المراجع المشار اليها فيه بقواعد الشريعة الاسلامية واللوائح الخاصة فى المواضيع المحكومة بتلك القواعد كلياً أو جزئياً مثال ذلك فى مادة الوقف وكل المنظمات المرتبطة به أو المتفرعة عنه مثل الحسكر والاجارين وخلق الانتفاع

وتنشأ عن هذه المسائل صعوبات جمة خصوصاً فيما يتعلق بحقوق الدائنين قبل التركات من حيث تصرفات الورثة ونحو ذلك مما انفصله فى الكتاب الرابع

ويلاحظ انه بمقتضى القانون العثمانى الصادر فى ٧ صفر ١٢٨٤ (فرمان ١٠ يونيه ١٨٦٧ السارى على المقارات الواقعة فى الامبراطورية العثمانية ، وكانت مصر منها وقت صدور القانون المذكور ) قد جعل الاجانب الذين لا يملكون عقارات فى مصر فى مستوى واحد مع الرعايا العثمانيين من حيث المقارات التى يملكونها هنا فأصبحوا بذلك خاضعين لجميع اللوائح المتعلقة بالضبط والربط وجميع اللوائح الخاصة بالمدن والبلديات التى تحكم فى الحال وفى المستقبل حق الانتفاع والتمتع بالمقارات ( الاولى — ٦٩ )

ما يحكم فيه  
قانون الموقع

ما هو  
قانون الموقع

الاجانب  
والمقارات  
فى مصر

وانتقال الملكية فيها<sup>(١٤)</sup>

الدعوى العينية بين الأجانب وكذلك يلاحظ أنه بمقتضى المادة التاسعة من لائحة ترتيب المحاكم المختلطة جميع الدعاوى العينية المتعلقة بعقارات مصرية تدخل فى اختصاص المحاكم المختلطة وحدها دون غيرها إذا حصلت بين أجانب من جنسية واحدة وبذلك تكون المحاكم القنصلية غير مختصة بنظرها واستنتاجاً من ذلك تخضع هذه الدعاوى لحكم القانون المدنى المختلط ولا يحكمها قانون جنسية المتقاضين

الحقوق العينية ولذلك حكمت المحاكم المختلطة بأن الحقوق العينية الواقعة على العقارات مثل حق الرهن الحيازى محكومة بقانون البلد الموجودة به تلك العقارات<sup>(١٥)</sup> وان تنفيذ عقد الرهن النامى المعقود بين أشخاص من جنسية أجنبية واحدة والذي يباشر أمام المحاكم المختلطة محكوم بمقتضى القانون المختلط<sup>(١٦)</sup>

الدعوى الشخصية المقارية أما إذا كانت الدعوى شخصية كاللدعوى الناشئة عن اجارة العقارات فهي لا تدخل فى اختصاص المحاكم المختلطة متى كان الخصوم أجانب من جنسية واحدة ولذلك فالقانون الذى يحكم العلاقات التى تكون موضوع الدعاوى الشخصية المذكورة يصح أن يكون قانون جنسية الخصوم إذا كانت هذه ارادتهم فإذا لم تكن ارادتهم كذلك فيحكمها القانون الاقليمى باعتباره قانون محل العقد كما سيتضح من بند ٣٩٦

الوقفيات والتسجيل وأخيراً يجب ملاحظة ما نصت عليه المادة ١٣٧ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية المعدلة بالقانون نمرة ٣٣ لسنة ١٩٢٠ فإنها قضت بان يمنع عنه الانكار سماع دعوى الوقف أو الاقرار به أو استبداله أو الادخال أو الاخراج وغير ذلك من الشروط التى تشترط فيه الا اذا وجد بذلك اشهاد ممن يملكه على يد حاكم

(١٤) س م ٣ ابريل ١٨٩٠ مج ت م ٢ ص ١٨١  
(١٥) س م ٢٣ مارس ١٩٠٤ مج ت م ١٦ ص ١٦٣  
(١٦) س م ٣٠ يونيه ١٩٠١ مج ت م ١٣ ص ١٢٥

شرعى بالقطر المصرى أو مأذون من قبله كالمبين فى المادة ٣٦٠ من هذه اللائحة (١٧) وكان مقيداً بدقتى احدى المحاكم الشرعية المصرية ؛ وكذلك الحال فى دعوى شرط لم يكن مدونا بكتاب الوقف المسجل وفى دعوى مستحق لم يكن من الموقوف عليهم وقت الدعوى بمقتضى ما ذكر ولا يعتبر الاشهاد السابق الذكر حجة على الغير الا اذا كان هو أو ملخصه مسجلا بسجل المحكمة التى بدائرتها العقار الموقوف طبقاً لاحكام المادة ٣٧٤ من هذه اللائحة (١٨)

القوانين  
الاجنبية

أما القوانين الأجنبية فان منها ما يتطلب أن تخضع العقارات من جميع الوجوه لقانون موقعها حتى فيما يتعلق بالاهلية للتصرف فيها وفيما يتعلق بشكل الوصية الحاصلة عليها وفى ترتيب الورثة وكل ما يتعلق بالميراث — وذلك شأن القوانين الانجليزية والامريكية

وفيما يتعلق بالبيانات السابق ذكرها عن العقارات هنا يرجع الى البنود ٨ و ٦٨ حالة على ما مر و ١١٠ و ١٤٩ و ١٦٩ و ١٧٥ وبخصوص تنازع القوانين بشأنها يرجع الى بند ٢٢٥ و ٢٢٧ و ٢٣٥ ، وفى رأى ساقينى بشأنها بند ٤٢٤ ، وفى مركزها فى النظرية الايطالية الحديثة بند ٢٤٩ ، وفى نظرية الاحوال الحديثة بند ٢٥٤ و ٢٥٦ وفى

(١٧) بهذا النص أصبح من الواجب حصول الاثهاد فى مصر فمن كان خارج القطر لا يتسنى له الايقاف الا بواسطة وكيل شرعى يقوم مقامه فى الديار المصرية . وهذا قيد لا ضرورة له لان المهم هو تسجيل الاثهاد فى المحكمة الكائن فيها العقار وقد قربنا بهذا القيد من القوانين الانجليزية الآتى الكلام عليها فى الفن ولكن المشرع يكتفى بأن يحصل الاشهاد أمام محكمة شرعية مصرية ولا يحتم أن تكون المحكمة الكائن فى دائرتها العقار ولكن من جهة أخرى يوجب على المحكمة التى يحصل فيها الاشهاد أن ترسل ملخصه الى المحكمة الكائن فى دائرتها العقار لتسجيله بها ( ٣٧٤ ل ت م س )

(١٨) يلاحظ أن قانون التسجيل الجديد لم يغير من هذا النص لانه لم يذكر الوقف ضمن ما ذكر من الاعمال القانونية الواجبة التسجيل حتى تعتبر منتجة بين المتعاقدين فيما بينهما لنقل الملكية وبما انه لا يوجد فى الوقف متعاقدان بل شخص واحد أشهد على نفسه فربما كان ذلك هو المانع للمشرع من أن يتطلب التسجيل لانعقاد الوقف فاكنتى بتطلبه ليكون حجة على الغير فقط لا على قس الوقف

حالتها في القانونين الايطالى والامانى بند ٢٦٧ و ٢٦٨ وفي التكييف القانونى بند ٢٨٠ و ٢٨٢ و ٢٨٣ و ٢٨٤ وفي نظرية الاحالة بند ٢٩١ ، وفي الاختصاص الدولى بند ٣٣٤ و ٣٣٦ و ٣٤٦ مكرراً وفي الاهلية بند ٣٦٠ و ٣٦١ وفي الزواج بند ٣٧٨ و ٣٨٠ و ٣٨١ وفي الموارىث بند ٣٨٦ .

### المبحث السابع - فى المنقولات

٣٨٩ - المنقولات الموجودة فى مصر محكومة فيها بحسب القانون الشخصى للمتوفى فيما يتعلق بالموارىث ، وهى محكومة بقانون الزوجين من حيث نظام الزواج أو مشارطته كما سبق بيانه فى بندى ٣٨٦ و ٣٧٨ على التوالى .

ولكن الحقوق على المنقولات الموجودة فى مصر ، منظوراً اليها بالنسبة الى كل منقول منها على حدته ، محكومة بقانون موقعها وهو القانون المصرى فان هذا القانون هو الذى يبين من هو المالك لها وهل هى مرهونة أو غير مرهونة ومن هو واضع اليد عليها وهو وحده الذى يبين المسائل الخاصة بتملكها بمضى المدة (١)

ما يحكم فيه  
قانون الموقع

ولكن يلاحظ ان المشرع المصرى لم يتطلب خضوع الدعاوى الخاصة بالمنقولات بين الاجانب متحدى الجنسية الى المحاكم المختلطة كما تطلب خضوع الدعاوى العينية العقارية لهذه المحاكم ولو كانت بين اجانب من جنسية واحدة ( بند ٣٨٨ ) بل ترك الدعاوى المتعلقة بالمنقولات شخصية كانت أو عينية لحكم القنصليات فيها متى كان المتقاضون اجانب من جنسية واحدة . لذلك كان من الجائز حصول عقود فى مصر ، بالنسبة لمنقولات مصرية بين اجانب من جنسية واحدة ، وخضوع هذه العقود لقانون تلك الجنسية دون القانون المصرى اذا كانت هذه ارادة المتعاقدين الصريحة أو الضمنية . ( بند ٣٩٦ ) أما اذا لم تظهر هذه الارادة فان القانون الذى يسرى على تلك العقود هو القانون المصرى باعتباره قانون

لدعاوى بمنقول  
بين اجانب

موقع المنقول الذي هو محل التعاقد . مثال ذلك انه يصح لألماني باع حصانا لألماني آخر في مصر ان يدعى استمرار ملكيته للحصان الى ان يحصل تسليمه بالفعل اذا كان ذلك هو غرض المتعاقدين ولذلك يصح القول بان العقود الخاصة بالمنقولات قد تخضع في مصر لحكم قانون أجنبي كما في المثل المذكور<sup>(٢)</sup>

هذا ويراجع في تفاصيل المسائل المختلفة المتعلقة بالمنقولات ما سبق شرحه في احالة على ما مر البنود ٢٢٥ ،، و ٢٤٤ و ٢٤٦ و ٢٥١ و ٢٥٧ و ٢٦٧ و ٢٦٨ و ٢٨٠ و ٢٨٤ و ٢٩١ و ٣٣٤ و ٣٣٦ و ٣٤٦ مكرراً ٣٨٦

التملك  
بمضي المدة

هذا وقد توجد بعض الصعوبات في معرفة القانون الذي يحكم مسائل مضي المدة بالنسبة للمنقول الذي يتغير موضعه فينقل من مصر أو الى مصر قبل ان تتم المدة اللازمة قانونا لاسقاط حق المالك الاول أو لامتلاك المنقول من جانب واضع اليد الحالي خصوصاً في حالات السرقة والضيق وحل هذه المسائل يجب التمييز بين حالة مضي المدة كاملة قبل النقل وحالة عدم مضيها كاملة قبله ففي الحالة الاولى يكتسب الحق تحت سلطان قانون موقع المنقول فيجب احترام الحق المكتسب ولا محل للنظر الى أي اعتبار آخر مثل زيادة المدة اللازمة عندنا عنها في البلد الاجنبي الذي جاء منه المنقول

أما اذا كانت المدة لم تنته قبل النقل فلا يكون ثمت حق مكتسب ويكون لقانون الموقع السابق القول الفصل في بيان حقوق الخصوم على المنقول اللهم الا اذا كان قانون الموقع الحالي يقرر مدة أقل من المدة اللازمة في قانون الموقع السابق أو يقرر اكتساب الملكية بوضع اليد نفسه مجرداً عن أي زمن - prescription instan- tanée ويكون أحد الأمرين قد تم قبل رفع الدعوى في محاكم الموقع الحالي للمنقول ففي هذه الحالة يتبع قانون الموقع الحالي<sup>(٣)</sup>

(٢) فارن فاليري بند ٦١٣ حيث يؤكد أن ذلك لا يمكن أن يسلم به في فرنسا لان القانون الفرنسي يجب أن يحكم في فرنسا جميع العقود الحاصلة على منقولات موجودة فيها  
(٣) فارن فاليري بند ٦٢٢ وبيليه ونيبوايه بند ٣٧٠



· حالة أخرى هذا وسيرد الكلام على العقود الحاصلة بالنسبة للمنقولات في مادة الالتزامات ( بند ٣٩٠ ، ) وكذلك ما يتعلق بالمراكب يرد في بند ٤١٧ وفيما يتعلق بملكية الامتعة الموجودة في منارل المتزوجين في مصر يرجع الى كتاب التنفيذ بند ٤٢٣ ،

### المبحث التاسع - في الالتزامات

٣٩٠ - ما هو القانون الذي يحكم الالتزام؟ يطراً هذا السؤال كلما اختلفت جنسية طرفي الالتزام ، أو كلما وقع الالتزام في بلد غير بلدهما الاصلى ، أو كلما كان من المنظور أن ينتج الالتزام آثاره في بلد غير الذى نشأ فيه وهذه الفروض المختلفة توجب البحث لمعرفة القانون الواجب تطبيقه على الالتزام أهو قانون الدائن أو قانون المدين أو قانون الجهة التى يجب أن ينفذ فيها أو قانون المحكمة التى رفعت أمامها القضية

لاجل الوصول الى الغاية المطلوبة يتحتم التمييز بين الالتزامات الناشئة عن تعهدات أو اتفاقات والناشئة عن غير ذلك من الأسباب

### المطلب الاول - التعهدات أو العقود

#### Obligations contractuelles

٣٩١ - لمعرفة القانون الذى يحكم العقد لا بد من تحليله والنظر الى كل الوجوه التى يمكن أن ينظر اليه منها ( راجع بندى ٢٤٢ و ٢٦٢ ) وجوب التحليل

الاهلية ( ١ ) وأول ما يجب البحث فيه فى العقد هو الطرفان وهل هما أهل لعمل العقد ؟ هذه مسألة « أهلية الطرفين للتعاقد » وهى محكمة بالقانون الشخصى بالنسبة لكل منهما طبقاً للمادة ١٣٠ / ١٩٠ مدنى ( بند ٣٥٩ ، )

وجود الاتفاق ( ٢ ) الامر الثانى الذى يجب البحث فيه هو « وجود الاتفاق » هل كان كل

من الطرفين على اتفاق مع الآخر على الالتزام ؟ هذه مسألة وقائع يجب أن يحصل اثباتها طبقاً لمقتضيات قانون المحكمة ، لأن وسائل الإثبات — اثبات هذه الواقعة — من مسائل المرافعات ( بند ٣٢٥ )

ولكن يلاحظ أنه كثيراً ما يحتاج إلى مستند كتابي لإثبات العقد ، وأن بعض المستند الكتابي العقود لا توجد قانوناً إلا إذا صيغت في الشكل الرسمي ، طبقاً لمقتضيات القانون الذي يحكم العقد ( بند ٣٢٦ ) فإذا ثبت وجوب الكتابة أو وجوب الشكل الرسمي فإن صيغة الكتابة أو الصيغة الرسمية المطلوبة لا تنوقف على قانون المحكمة ولا على قانون العقد نفسه وجوباً ، بل تعتبر مسألة شكل فقط وتكون صحيحة إذا كانت كذلك طبقاً لقانون الجهة التي حصل فيها العقد على التفاصيل الآتية في بند ٣٩١ مكرراً . أما إذا طعن في العقد المكتوب بكونه قد انتزع بالقوة أو بالغش أو نحو ذلك فإن هذه تعتبر مسألة وقائع تترك لتقدير المحكمة وهي تستعمل طرق المرافعات المقررة في قانونها للوصول إلى معرفة الحقيقة <sup>(١)</sup>

هذا ومن الظروف التي تجعل اثبات وجود الاتفاقات أمراً محفوفاً بالصعوبات العقود بالتراسل حصولها بطريق المراسلات Contrats par correspondance بين أشخاص موجودين وقت التعاقد في بلاد مختلفة . فيجب البحث في هذه الأحوال عن القانون الذي يبين لنا هل يعتبر الاتفاق حاصلًا وأين كان حصوله ؟ أم يعتبر أنه لم يتم ؟ اختلفت الآراء في هذه النقطة فمن راء أنه يجب العمل بقانون من قبل العرض ، ومن راء وجوب العمل بقانون صاحب العرض ؛ ورأى آخرون ونحن معهم أن كلا الرأيين تحكيمي وإن الرأي الصحيح هو الذي يترك لكل محكمة مختصة الحكم في هذا الموضوع بحسب قانونها وذلك لأنه إذا أريد معرفة ما إذا كان إظهار إرادة الشخص مقيداً له في بلد ما فإن قانون هذا البلد هو الذي يجب

[٣٩١] (١) راجع في هذا الموضوع برمته ما ذكرناه في الإثبات بند ٣٢٢ — ٣٢٨

تحكيمة في هذه النقطة <sup>(٢)</sup> وكذلك الحال في العقود التي يتفق عليها بالتلفون فإن الحكم يكون بحسب قانون القاضي نظراً لعدم إمكان الحكم لا بقانون الطالب ولا بقانون المطلوب ( راجع رأى المجمع العلمى ، مادة ٤ تحت بند ٣٩٥ ج )  
أما العقود الحاصلة بواسطة وكلاء أو وسطاء فيجب فيها التمييز بين علاقة الوكيل بالموكل ثم علاقة كل منهما بالطرف الآخر

فبالنسبة للوكالة تثبت الوكالة وتحدد علائق الوكيل بالموكل أيضاً طبقاً للقانون الذى يحكم الوكالة وهو على العموم قانون البلد الذى حصل فيه التوكيل وهو عادة محل الموكل أو التاجر الذى امضى التوكيل وبالنسبة للعقد الذى أجراه الوكيل مع الطرف الآخر فإن هذا العقد يكون محكوماً من حيث وجوده وكذلك من حيث حقوق الموكل وواجباته قبل الطرق الآخر ، بمقتضى قانون البلد الذى حصل فيه العقد بين الوكيل والطرف الآخر لأن الوكيل ممثل لموكله فكان هذا قد انتقل الى محل العقد ورضى بالخضوع اليه بواسطة وكيله <sup>(٣)</sup>

الشكل ( ٣ ) الامر الثالث الذى يجب بحثه في العقود عامة هو مسألة الشكل أو صحة العقد من حيث الشكل وهو ما يرد بحثه في بند ٣٩١ مكرراً وما بعده

الجوهر ( ٤ ) الامر الرابع هو صحة العقد من حيث جوهره أو موضوعه وهو ما يرد شرحه في بند ٣٩٣ وما بعده

التفسير ( ٥ ) الامر الخامس هو تفسير العقود وقوة الالتزام الناشئ عنها وطبقاً لأى قانون يكون ذلك ، وهو ما نبينه في بند ٣٩٤

شكل العقود ٣٩١ مكرراً — صحة العقود من حيث الشكل : هذا الموضوع ذو أهمية

(٢) قاليرى ص ٩٥١ ، وهو رأى قايس ٤ ص ٣٧٢ ودسپانييه بند ٢٩٩ وسورفى وأرتوى بند ٢٢٩ وآخرون أخذوه عن الأستاذ قاليرى في كتابه الخاص بالعقود بالمراسلة Traité des contrats par correspondance بند ٤١٤

(٣) قارن قاليرى ص ٩٥٠ و ٩٥١ ودابسى ص ٦٥٦ — ويلاحظ أننا في العقود الحاصلة بواسطة الوكلاء لم نكتف هنا ببيان القانون الذى يحكم ثبوت العقد بل أيضاً تكلمنا عن القانون الذى يحكم العقد نفسه وهو ما ابقيناه بالنسبة للعقود على العموم للابحاث التالية

كبرى وهو المعبر عنه في منهج الدراسة بلفظ « شكل التصرفات الاختيارية » وهو الذى طالما أشرنا اليه في مواضع متعددة من هذا الكتاب<sup>(٤)</sup> ولا يخفى أن التصرفات الاختيارية تنصرف الى العقود بوجه عام كما تنصرف الى الوصايا وقد تكلمنا عن شكل الوصايا في بند ٣٨٦ ج، كما تكلمنا عن شكل بعض عقود خاصة مثل الزواج ( بند ٣٧٤ ، ، ) و.مشارطات الزواج ( بند ٣٨٠ ) والعقود الخاصة بالعقارات ( بند ٣٨٨ ) والكلام هنا عام يتناول جميع الأحوال التى لم ترد فيها أحكام خاصة والقاعدة العامة هى أن الشكل محكوم بقانون البلد الذى حصل فيه العقد القاعدة العامة locus regit actum ومعنى ذلك :

أولاً : ان العقد يجب أن يعمل من حيث الشكل طبقاً لمقتضيات قانون البلد الذى عمل فيه

ثانياً : ان العقد الصحيح الشكل طبقاً لقانون الجهة التى عمل فيها يجب أن يعتبر صحيحاً من حيث الشكل فى أى جهة أخرى

ويؤيد هذه القاعدة أسباب عديدة نذكر منها ما يأتى :

أسبابها

أولاً : انه ليس من الميسور دائماً الوقوف بدقة ووضوح على الاجراءات أو الاوضاع التى يتطلبها قانون أجنبي معين لعمل عقد معين بشكل صحيح ؛ حتى رعايا أى دولة أجنبية معينة قد يتعذر عليهم معرفة الشكل الذى يتطلبه قانونهم وقد يكون من المستحيل عليهم الالتجاء الى علماء أو محامين يرشدونهم فى البلد الاجنبى الى حقيقة الشكل المقرر فى قانونهم الخاص

ثانياً : قد يكون من المستحيل تطبيق مقتضيات القانون الاجنبى فى غير بلده اذ قد يتطلب تحرير العقد على يد موثق notaire وقد لا يوجد موثقون فى البلد

(٤) راجع فيه البنود الآتية : ٢٥ و ٢٢٥ و ٢٣٠ و ٢٤٤ و ٢٤٦ وعلى الخصوص ٢٥٠ و ٢٥٩ و ٢٦٢ و ٢٦٧ و ٢٦٨ وحاشيتى ٢ و ٣ من ٢٨٥ والمجدول الثالث فى الاحالة من ٣١٩ وراجع أيضاً بند ٣٢٢ ، ، فى الاثبات وخصوصاً بند ٣٢٦ وبند ٣٥٤ بخصوص شكل عقد التحكيم والبنود المشار اليها فى المتن

الذى يوجد فيه الطرفان

ثالثاً : ان العقد الذى وقع صحيحاً طبقاً لقانون البلد الذى عمل فيه يعتبر صحيحاً فى هذا البلد وبذلك يكون للطرفين حق مكتسب فى صحته فيجب أن يعتبر صحيحاً فى كل بلد آخر

رابعاً : قد يكون المتعاقدون من جنسيات مختلفة فيكون من المستحيل الركون الى أى شكل ما خلا الشكل المقرر فى قانون البلد الذى نشأ فيه العقد

خامساً : قد يجهل المتعاقدون أين يمكن أن يحدث العقد آثاره وأين يكون التقاضى بشأنه فلا يتيسر لهم اجراء العقد طبقاً للشكل المقرر فى بلد التنفيذ أو فى قانون المحكمة التى يمكن أن يرفع اليها النزاع بخصوص العقد<sup>(٥)</sup>

هذا ولا بد من بيان أن القاعدة التى نتكلم عنها متبعة ومحترمة فى كل قوانين العالم تقريباً ومع ذلك يوجد خلاف بشأن طبيعتها هل هى الزامية imperative أم هى اختيارية facultative ولها استثناءات سيرد ذكرها فى البند التالى

طبيعة القاعدة طبيعتها : يرى بعض القوانين أنها الزامية ومنها القانون الانجليزى فهو يقضى بوجوب خضوع العقد للشكل المقرر فى قانون البلد الذى حصل فيه بمعنى انه لا يصح أن يلتجأ الى شكل أى قانون آخر فاذا لم يتبع شكل بلد التحرير كان العقد باطلا شكلا . ومن علماء فرنسا من يقول بهذا رأى ومنهم قاليرى<sup>(٦)</sup>

ويرى آخرون ونحن منهم أن هذه القاعدة اختيارية بمعنى أن المتعاقدين أن يلتجئوا الى الشكل المقرر فى قانون البلد الذى يحررون فيه عقدهم ولكنهم ليسوا مكلفين حتما باستعمال ذلك الشكل وان اهتم اذا كانوا جميعاً من جنسية واحدة أن يختاروا الشكل المقرر فى قانون جنسيتهم المشتركة فيكون العقد صحيحاً فى هذه الحالة ولو خالف شكل بلد التحرير لأن هذا الشكل اختيارى يلتجئ اليه المتعاقدون اذا أرادوا ولكنهم لا يلزمون به<sup>(٧)</sup> كذلك يكون للمتعاقدين دائماً ،

(٥) قارن قاليرى ص ٥١٢ ،

(٦) قاليرى ص ٥٣٧

(٧) وهذا رأى مطابق لما جاء فى النظرة الايطالية وسبق شرحه فى بند ٢٥٠



طبقاً لرأى بعض المؤلفين ، الحق في الالتجاء الى الشكل المقرر في قانون المحكمة التي ستنظر في النزاع الذي ينشأ عنه متى كانت هذه المحكمة معلومة للطرفين او متفقاً على اختصاصها مقدماً<sup>(٨)</sup> وأخيراً يكون لهم دائماً اختيار الشكل المقرر في القانون الذي يحكم العقد نفسه<sup>(٩)</sup> وقد طبق المشرع المصرى هذا الرأى بالنسبة لشكل الوصية فقال انه الشكل المقرر في قانون الاحوال الشخصية التابع اليه المتوفى (بند ٣٨٦ ج) وقد قال بهذا الرأى القانون المدنى الالماني (بند ٢٦٨) والاستاذ فاليرى (بند ٢٦٢)

٣٩٢ — الاستثناءات من القاعدة : ترد على هذه القاعدة استثناءات تجعلها الاستثناءات غير مقبولة وغير منتجة وذلك في الاحوال الآتية :

( ١ ) في التصرفات الخاصة بالعقارات فان هذه التصرفات تكون باطلة في ١ : المقارات أغلب بلاد العالم اذا هي لم تعمل بحسب الشكل المقرر في قانون موقع العقار (بند ٣٨٨) وقد اتبع المشرع المصرى هذا الاستثناء فقرره صراحة بالنسبة للاوقاف وأوجب حصول الوقف في مصر طبقاً لما ذكرناه في بند ٣٨٨ ص ٥٤٦ وقد حكم بهذا المبدأ من قديم حيث قررت محكمة الاستئناف المختلطة في حكمها الصادر في ٢٢ يناير ١٩٠٢<sup>(١)</sup> أن العقود الحاصلة بين الاحياء الناقلة للملكية العقارية أو المنشئة لحقوق عينية عقارية ليست محكومة بقانون الجهة التي عملت فيها ولكن بقانون الجهة التي توجد بها العقارات ، ويجب ان تكون الحال كذلك على الخصوص في مادة الوقف التي لها أثر عظيم جداً بالنسبة لنظام الملكية العقارية في البلاد ، وبما ان القانون المصرى يتطلب في انشاء الوقف عمل وقفية أمام القاضى الشرعى بناء

(٨) راجع في ذلك فاليرى ص ٥١٦ أولاً

(٩) وقد يكون هذا القانون هو نفس قانون المحكمة المختصة كما هي الحال عندنا

في الزواج فهو خاضع للقانون الشخصى وداخل في اختصاص محكمة الاحوال الشخصية

[٣٩٢] (١) مع ت م ١٤ ص ٨٦

على طلب الواقف لتسجيل هذه الوقفية في سجلات المحكمة فإن الاعلام الشرعى الصادر من قاض أجنبي ( فى تركيا ) أثناء دعوى بشأن طبيعة العقارات أو صفتها ، وبناء على شهادة شهود وفى غياب أصحاب الشأن الحقيقين ، والمقرر بأن العقارات قد وقفت شفها ، هو اعلام باطل ولا يعمل به<sup>(٢)</sup>

كذلك فى الرهن التأمينى تتطلب المحاكم المختلطة عقداً رسمياً محرراً فى قلم كتاب احدى المحاكم المختلطة المصرية كما مر فى بند ٣٨٨ ص ٥٤٦ وفيه قد أبدينا رأينا فى هذه النقطة

٢ ( فى الاحوال التى كان ينتظر فيها ان يحدث العقد جميع آثاره فى بلد آخر غير الذى عمل فيه يرى بعض العلماء وجوب اتخاذ شكل البلد الذى يحدث فيه آثاره دون الشكل المقرر فى قانون بلد تحريره ولكن هذا الاستثناء ليس مقطوعاً بصحته لانه قد يكون من المستحيل الالتجاء الى الشكل المطلوب<sup>(٣)</sup>

٢ : العقود  
المنظور تنفيذها  
فى الخارج

٣ ( فى أحوال الغش أو الهرب من القانون Fraude à la loi أى فى الاحوال التى أراد المتعاقدان فيها ان يهربا من قانون البلد الذى يحدث فيه العقد آثاره فالتجأ الى بلد أجنبي وأجريا عقدهما طبقاً لشكله فيجوز لمحاكم البلد الآخر ان تعتبر العقد باطلاً من حيث الشكل وهذا تطبيق هام لنظرية استعمال الغش نحو القانون الواجب العمل به وهى التى سبقت الإشارة اليها فى البنود ١٣٥ و ٣٦٤ و ٣٦٧ و ٣٧٦ مثال ذلك يتوجه فرنسى وفرنسية الى انجلترا ليعقدا فيها الزواج بدون حصولهما على رضا آبائهما وعمل الاعلانات اللازمة كما مر فى بند ٣٧٦ فتحكم المحاكم الفرنسية بطلان هذا الزواج رغم صحته فى الشكل فى البلد الذى عقد فيه

٣ : الغش  
القانون

(٢) هذا الحكم صادر بالطبيعة قبل القانون الجديد ومتفق معه فى الحكم وقاعدتهما مقيدة لاحكام الشريعة فى الموضوع لان هذه لا تتطلب حجة ولا مستنداً كتابياً ولا تسجيلاً ولكن القوانين الوضعية قد أوجبت ذلك على النحو الوارد فى بند ٢٨٨ ص ٥٤٦  
(٣) قارن دايى ص ٥٨٦ وقالبى ص ٥٥٢٠

وقد كان هناك اجماع من المؤلفين الفرنسيين وغيرهم على احترام قاعدة ان الغش يفسد كل الامور *fraus omnia corrumpit* ولذلك كانوا يقررون بطلان العقد الذى لم تراع فيه مقتضيات القانون الواجب تطبيقه في نظرهم<sup>(٤)</sup> وقد استمرت المحاكم الفرنسية على هذه النزعة الى وقتنا هذا

ومع ذلك فقد عارض هذه النظرية كثير من المؤلفين نذكر من بينهم فختر *تفيد النظرية* وماسيني وبار وثايس وحجتهم في ذلك مزدوجة حيث يقولون :

أولاً : انه اذا كان من المسلم به أن الشخص الذى يوجد في بلد معين يكون له حق اتباع الشكل المحلى بالنسبة لما يعقده من الاعمال في هذا البلد فانه يعتبر سالكا مسلكاً حقاً ولا محل للوم عليه اذا هو استعمل حقه هذا حتى لو خرج من بلده الاصلى بنية عمل العقد في الخارج لان من استعمل حقاً له ما أماء

*Neminem lædit qui suo jure utitur*

ثانياً : انه من الواجب ، من أجل توجيه النقد الى عمل العقد في الخارج هرباً من القانون الواجب التطبيق ، أن يلتجئ الباحث الى البحث في نية المتعاقدين حتى يتحقق من أنهم ما التجأوا الى البلد الأجنبي الا للهرب من حكم القانون المذكور وهذا أمر من الصعوبة بمكان لا يسهل اكتشافه واثباته وينتج عنه الوقوع في التحكم والفوضى<sup>(٥)</sup>

ومع ذلك فان أغلبية علماء فرنسا ومحاكمها ترى تتبع آراء السلف ونبد الرأي *تأييد النظرية* المعارض لنظرية الهرب من القانون ووجوب الغاء كل ما حصل هرباً منه أو غشاً نحو أحكامه . يقول فاليري « كيف يجوز لمحاكمنا أن تخرج على أوامر المشرع التى من وظيفتها أن تحافظ على تنفيذها ، فتساعد على اقرار الخيل التى ترمى الى الهرب من نصوص ذلك القانون الذى يجب عليها أن تجعلها محترمة ونافذة . وهل

(٤) لينيه الجزء الثانى ص ٣٩٤ و ٣٩٥

(٥) فاليري ص ٥٥٦

تشارك من يريدون انتهاك حرمتها ؟ أما من حيث الأساس الذى بنيت عليه معارضة النظرية فانه فى الواقع ليس الا سفسطة : انهم يقولون ان قاعدة خضوع الشكل لقانون بلد التحرير تميز الالتجاء الى الشكل المحلى بدون أدنى تمييز ولكنهم ينسون أن هذه القاعدة أساسها الضرورة التى توجب على الشخص الالتجاء الى القانون المحلى وبناء على ذلك تكون القاعدة غير واجبة الاتباع بالنسبة لمن خرج من بلاده بنية الهرب من قانونها . أما البحث فى نيات المتعاقدين فان هذا يحصل كل يوم فى المسائل الجنائية وفى عدد كبير من القضايا المدنية . يشهد بذلك الامثلة التى تقدمت فى الشركات وفى الزواج . . . . . ولقد قل السير ولترفيليمور فى مؤتمر جمعية القانون الدولى ( بند ٢٧ ) الذى عقد فى جلاسجو فى سنة ١٩٠١ « ان اتباع رأى المعارض يترتب عليه أن الاشخاص الذين تمكنهم مايتهم من الخروج من بلادهم يكونون دائماً فى حل من مخالفة قوانينهم فلا يكون القوانين سلطان الا على الفقراء الذين لا يستطيعون السفر » (٦)

غير أنه من المؤكد أن محاكم البلاد الأخرى ليست ملزمة مطلقاً بالركون الى الابحاث النفسية المذكورة ولها دائماً حق اعتبار العقد صحيحاً ما دام كذلك بمقتضى قانون بلد تحريره

صحة العقد فى  
نظر البلاد  
الأخرى

٣٩٣ — صحة العقود من حيث الجوهر أو الموضوع : هذا هو الأمر الرابع الواجب النظر فيه بعد أهلية المتعاقدين ووجود الاتفاق وشكل العقد (بند ٣٩١،) اذ يجوز أن يحصل العقد بين طرفين ذوى أهلية ويكون صحيحاً من حيث الشكل ومع ذلك يكون باطلاً بطلائعاً تاماً أو جزئياً بسبب يتعلق بطبيعته : قد يكون العقد باطلاً لا ينفذ قانوناً كما اذا لم تتوافر فيه الشروط التى تتطلبها المادتان ٩٤ / ١٤٨ و ٩٥ / ١٤٩ من القانون المدنى المصرى : الاولى تشترط لصحة التعهدات

جوهر العقود

والعقود أن تكون مبنية على سبب صحيح جائز قانوناً *cause certaine et licite* والثانية تشترط أن يكون الغرض من التعهد أى أن يكون موضوعه *objet* مشروعاً وممكناً أو جائزاً *icite et possible* فإذا لم تتوافر فيه الشروط المذكورة كان غير صحيح من حيث جوهره أو موضوعه *Essential or material validity* هذا وتختلف قوانين الدول المختلفة في العقود التي تجعلها باطلة أو معرضة للبطلان مثال ذلك عقد يراد به تسهيل الانجرار في الرقيق أو تهريب الحشيش فهو باطل في القطر المصري وقد يكون صحيحاً في بلاد أخرى وقد يكون العقد جائزاً وممكناً ولكنه معرض للبطلان لسبب مما ذكر مثال ذلك العقد الذي يتفق به المحامي مع الموكل على أن يأخذ حصة من المحكوم به *Pacte de quota liti* فإنه غير مشروع في مصر<sup>(١)</sup>

لذلك يجب التساؤل دائماً عن القانون الذي يحكم التعاقد من حيث صحته ومشروعيته ، وآثاره التي تدون فيه ، كلما كان في العقد عنصر أجنبي أو كلما كان هناك محل للتردد في اختيار القانون الواجب اتباعه — لا بد من بيان أن الإجابة على هذا السؤال محفوفة بالشك وهي محل للاختلاف الكبير في الرأي حيث يدور البحث حول قانون الجهة التي حصل فيها العقد *lex loci contractus* وقانون الجهة التي يحصل فيها التنفيذ أو الوفاء *ex loci solutionis* وقانون الجنسية المشتركة للمتعاقدين والقانون الذي اختاره الطرفان صراحة أو ضمناً وقد علمنا أن سافيني يجعل جوهر الالتزام أو الشروط اللازمة لصحته من حيث مشروعيته وآثاره محكومة بقانون الجهة التي سينفذ فيها اللهم إلا إذا ظهرت إرادة المتعاقدين صراحة وتوجهت إلى غير ذلك القانون أو إذا تبين من الظروف أنهم لم يقصدوا الخضوع إليه ( بند ٢٤٤ )



لغة الاحكام  
الانجليزية  
وحقيقتها

وتتجه لغة الاحكام الانجليزية الى القول بقانون محل التعاقد<sup>(٢)</sup> ومع ذلك فان الاسباب التي بنى عليها وجوب العمل بقانون محل التنفيذ قد جعلت المحاكم الانجليزية تمتنع في الواقع عن اعطاء قانون محل التعاقد الاهمية العملية التي يفهم من لغة الاحكام أنها تنسبها الى ذلك القانون ، وذلك لانه من المفهوم دائماً ان محل الوفاء هو الذي يحصل فيه البحث في العقد ووجوب تنفيذه ؛ على ان لغة الاحكام فيها أيضاً اشارات كثيرة لوجوب الحكم بقانون محل التنفيذ دون محل العقد . لذلك كله كان التمييز بين القانونين في إنجلترا من المسائل التي يلتفت فيها الى الظروف المادية ويكون الحكم طبقاً لقانون البلد الذي له اكبر مصلحة حقيقية في العقد دون قانون العقد لذاته<sup>(٣)</sup>

آراء دايسى

ويضع دايسى سلسلة قواعد واستثناءات وقرائن في هذا الموضوع من شأنها القول بجعل العقد محكوماً من حيث صحته بالقانون الذي قصده المتعاقدون أو الذي يعتبر أن المتعاقدين قد قصدوه وهو في نظره قانون الجهة التي حصل فيها العقد مع استثناء أحوال عديدة جداً يخضع فيها العقد لقانون بلد تنفيذه<sup>(٤)</sup> ويسمى دايسى هذا القانون الذي يحكم العقد « القانون الخاص بالعقد أو قانون العقد »

قانون العقد

The proper law of the contract

وهو يستثنى من حكم هذه القاعدة المسائل الثلاث الآتية : —

الاستثناءات

أولاً : يعتبر العقد باطلاً ، سواء كان صحيحاً بحسب القانون الخاص بالعقد أو باطلاً ، اذا كان العقد نفسه أو تنفيذه مخالفاً لمصلحة الدولة الموجودة بها المحكمة أو مخالفاً لروح قانونها أو للقواعد الادبية السائدة في قانونها

(٢) لان هذه القاعدة هي التي كانت شائعة في أوروبا وقت أن ابتدأت إنجلترا تأخذ قواعد القانون الدولي الخاص عن أوروبا وكان سبب شيوعها الخطأ في فهم القانون الروماني (وستليك وبنيتشس ص ٢٨٦ وهنا بند ٣٤٠ ص ٣٨٠ فيما يتعلق بالاختصاص الدولي الذي هو أساس تطبيق القانون )

(٣) المرجع المتقدم ص ٢٨٦

(٤) دايسى ص ٥٧٢ و ص ٥٨٨

ثانياً : يعتبر العقد باطلاً ، سواء كان صحيحاً بحسب القانون الخاص بالعقد أو باطلاً ، اذا كان باطلاً طبقاً لقانون الجهة التي عمل فيها ومع ذلك فهذا الاستثناء مشكوك فيه في نظر دايسى نفسه .

ثالثاً : يعتبر العقد باطلاً ، بصرف النظر عن صحته أو بطلانه بحسب قانونه (١) كلما كان تنفيذه غير مشروع بحسب قانون الجهة التي سينفذ فيها أو (٢) اذا كان العقد جزءاً من اتفاق غير مشروع بحسب قانون الجهة التي سيتم فيها الاتفاق المذكور ومع ذلك فلا يسرى هذا الاستثناء على أى عقد حصل مخالفاً لقانون مالى تهريب البضائع المنوعة أجنبي أو بقصد مخالفته مثل ذلك يتعاقد رجلان في إنجلترا على تهريب بضائع في فرنسا أى بدون دفع الرسوم الجركية أو رغم المنع الوارد بشأنها فهذا العقد صحيح ونصح سماع الدعوى في إنجلترا بخصوص عدم الوفاء به (٥) ومع ذلك فهذه النقطة محل خلاف لان بعض المحاكم والعلماء يرون هذه العقود المؤسسة على التهريب عقوداً مخالفة للآداب ومضرة ويجب اعتبارها باطلة على كل حال (٦) وهذه الاستثناءات ناشئة في نظر دايسى عن المبدأين الظاهرين الآتين وهما : أولاً أن المحاكم الانجليزية لا تنفذ عقداً يخالف القانون الانجليزي أو الآداب السائدة في القانون الانجليزي ، وثانياً أن العقد يعتبر باطلاً في إنجلترا اذا كان يترتب عليه عمل ممنوع في بلد من البلاد المتمدينة وهذا ينصرف الى عمل العقد نفسه أو تنفيذه (٧)

ويضع دايسى ثلاث قواعد فرعية للوصول الى تعيين القانون الخاص بالعقد ، طبقاً لارادة المتعاقدين وهي : —

قواعد دايسى  
لمعرفة ارادة  
المتعاقدين

(٥) دايسى ص ٥٩٣ ، ، وخصوصاً ٥٩٧ وص ٦٠٠ عمدة ٧ وراجع بخصوص

تنفيذ القوانين المالية الاجنبية بند ٣٣٦ ص ٣٦٥ هنا

(٦) دسپانييه بند ٣٠٧ ص ٩٠٨

(٧) دايسى ص ٨٦٢ حيث يرى أن نظريته هذه تتفق مع آراء أعظم المؤلفين مثل

وستليك وستورى وغيرهم

أولاً : اذا ظهرت ارادة المتعاقدين من الفاظهم فيجب أن يعمل بها بدون التفات الى أى قرينة

ثانياً : اذا لم تظهر ارادة المتعاقدين صراحة من الالفاظ المستعملة فيجب لمعرفة ارادتهم الرجوع الى الالفاظ والتعبيرات المستعملة في العقد والى طبيعته والى الظروف العامة فى كل قضية

ثالثاً : فى حالة عدم وجود ما تبين منه ارادة المتعاقدين بخصوص القانون الذى قصده يلتجأ الى القرينتين الآتيتين : الاولى ان قانون العقد هو قانون الجهة التى عمل فيها . وتزداد قوة هذه القرينة اذا كان التنفيذ منظوراً فى نفس هذه الجهة أو يمكن حصوله فى أية جهة . ويصح أن تنطبق هذه القرينة على حالة عقد سينفذ جزئياً أو كلياً فى جهة أخرى — الثانية اذا حصل العقد فى بلد وكان منظوراً تنفيذه جزئياً أو كلياً فى بلد آخر فان قانون العقد ، على الخصوص من حيث طريقة تنفيذه ، هو قانون بلد التنفيذ<sup>(٨)</sup>

القرينتان  
الاساسيتان

التفسير

٣٩٤ — تفسير العقد وحقوق الطرفين وواجباتهما : يتوقف تفسير العقد ومعرفة حقوق وواجبات كل من الطرفين فيه على القانون الذى اختاره الطرفان أو يظن أنهما اختاراه وهو القانون الذى يحكم العقد من حيث جوهره وشروط صحته<sup>(١)</sup> وسوف يتوضح هذا القانون من الابحاث الآتية فى بند ٣٩٥ ب ،

٣٩٥ — انقضاء التعهدات Extinction : تتوقف صحة انقضاء التعهدات على القانون الذى يحكم التعهد نفسه كما سبق ذكره فى بند ٣٩٤ ولذلك فان انقضاء التعهد طبقاً للقانون المذكور يعتبر صحيحاً ومبرئاً لذمة المدين بعكس الانقضاء المدعى به على عكس مقتضيات قانون العقد فانه لا يكون صحيحاً<sup>(١)</sup>

انقضاء التعهد

(٨) دابسى ص ٦٠٦ ، وراجع مقالته فى الموضوع والآراء المختلفة فيه فى التكملة

ص ٨٥٧ — ٨٦٥ فيه

[٤٩٤] (١) دابسى ص ٦٠٢ ، ،

[٤٩٥] (١) دابسى ص ٦١٥ ، ، قاعدة ١٦٢

٣٩٥ ب - الآراء الفرنسية في صحة العقود من حيث الجوهر : يرى  
 دسپاننيه <sup>(١)</sup> أن نظرية الالتزامات ، منظوراً إليها من وجهة القانون الدولى الخاص  
 لا تدخل ضمن الاحوال الشخصية ولا ضمن الاحوال العينية ولا دخل لها في حالة  
 الاشخاص كما لا دخل لها في حالة الاموال من الوجهة القانونية ولا محل فيها لتطبيق  
 قانون واحد معين ومعلوم من قبل مثل القانون الشخصى مثلاً أو قانون الموقع وذلك  
 لان الاتفاقات هي من عمل الطرفين وهي قانونها الخاص فيما حصل الاتفاق عليه  
 ولذلك فان المبدأ العام الذى يصح تقريره في هذا الموضوع هو ما يأتى : اذا لم يوجد  
 تفاهم صريح من جانبهما فان جوهر العقد ومؤداه la substance et la portée  
 يعتبران محكومين بالقانون الذى أرادا الرجوع اليه صراحة أو ضمناً وقد أحسن  
 المؤلفون الالمانيون حيث يقررون أن للمتعاقدين في مادة الاتفاقات أن يحكموا فيما  
 يريدون les parties jouissent de l'autonomie حيث هم يشرعون لانفسهم  
 ولقد كان دومولان ( بند ٢٢٨ ) أول من قال بهذه النظرية <sup>(٢)</sup>

هذا وتكثر المجادلات بين المؤلفين بخصوص الحدود التى تقيد بها حرية  
 الطرفين اذا ما وجدت نصوص يخشى تعلقها بالنظام العام وتأثيرها على تلك الحرية  
 وبما أن المتعاقدين قلما يلتفتون الى بيان القانون الذى يحكم تعهداتهم فلا  
 ينصون عليه حتى يمكن الرجوع اليه فى كل ما يتعلق بالالتزام ( ماعدا الاهلية والثبوت  
 والشكل ) فلا مناص من الالتجاء الى القرائن Présomptions ليتسنى بمقتضاها  
 الوقوف على الحقيقة ( قارن ما ذكرناه عنها فى ص ٥٦٢ هنا )

وان أول قرينة طبيعية فى الموضوع هي أن المتعاقدين قد قصدوا الرجوع الى  
 قانونهم الشخصى أى قانون جنسيتهم اذا كانوا جميعاً من جنسية واحدة فان هذا

[٣٩٥ ب] (١) دسپاننيه بند ٢٩٣ ، ص ٨٧٩ ،

(٢) راجع بخصوصها أيضاً بند ٢٤٤ ، ٢٤٦ ، ٢٥١ ، ٢٥٨ ، ٢٦٢ هنا

القانون مشترك بينهم وهو الذي يعرفونه في العادة أكثر من معرفتهم لغيره (٣) أما إذا اختلفوا من حيث الجنسية فإن الحل يختلف بحسب الآراء المختلفة حيث يرى البعض أن القانون الذي يحكم العقد هو قانون البلد الذي حصل فيه ويرى البعض الآخر أنه قانون البلد الذي يجب فيه التنفيذ ولكن يعتبر أصحاب كل من الرأيين أن رأيه لا يزيد في قوته عن قوة القرينة البسيطة التي يمكن دحضها بآثبات ما يخالفها

نقد قانون  
التنفيذ

وقد انتقد دسپانييه الرأي القائل بقانون محل التنفيذ لأنه يرى أنه لا يتفق مع إرادة المتعاقدين ، حيث يقول بأنه ليس من المعقول مطلقاً أن يفكر المتعاقدون في قانون محل التنفيذ ويتركوا قانون الجهة التي حصل فيها العقد نفسه . إن هذا القانون الأخير معلوم لديهم ويجوز أنهم يجهلون قانون التنفيذ وذلك لأن المدين يقوم بالوفاء عادة في محله إلا إذا كان هناك اتفاق على غير ذلك . ويصح أن يتغير محل المدين مرة أو مرات من يوم العقد إلى يوم الوفاء ، وإذا كان العقد مما يلتزم فيه كل من الطرفين بأمر معين يجوز أن يقوم كل منهما بالتنفيذ في جهات متعددة ويكون من الغريب أن يحكم العقد بقوانين جهات متعددة (٤) ولكن هذا النقد ليس صائباً بصفة مطلقة لأن الالتجاء إلى قانون محل التنفيذ لا يحصل إلا إذا كان هناك محل معين ليحصل فيه التنفيذ أو ليحصل فيه الوفاء بالتفضيل على غيره من الجهات

أما الاستاذ فاليري فإنه يميز بين موضوع العقد *objet* وسببه *cause* ويميز أيضاً

٢ : فاليري

(٣) حكم النقض الفرنسي في ١٩ مايو ١٨٨٤ دلو ١٨٤، ١، ٢٨٦ وحكم المحكمة العليا في لندن في ٦ و ٨ ديسمبر ١٩٠٥ (كلو ١٩٠٧ ص ٤٥٥) حيث قضت بأن العقد الحاصل في فرنسا بين شركتين إنجليزيتين محكوم بالقانون الإنجليزي — دسپانييه بند ٢٩٤ ومع ذلك يقول المؤلف في ص ٨٨٤ إن إنجلترا وأمريكا لا تلتفتان إلى قانون الجنسية الشركة لتحكما بمقتضاء في مادة العقود

(٤) دسپانييه ٢٩٥ ص ٨٨٣



بالنسبة لموضوع العقد بين حالتي الاستحالة وعدم المشروعية ، فلاجل معرفة ما اذا كان الشيء المتعهد به جائزاً أو ممكناً يحيلنا على قانون محل التنفيذ والمثل الذي يضر به لذلك هو بيع يقع في انجلترا على صيدلية فرنسية ويكون المشتري انجائزياً غير حامل لشهادة فرنسية ولا يهم في نظره أن يكون البيع صحيحاً في انجلترا حيث صناعة الصيدلية حرة لا قيد عليها بل يكون العقد غير صحيح لانه لا يمكن تنفيذه في فرنسا . ومن أجل أن يعتبر المتعهد به مشروعاً في القانون لا بد من الرجوع للقانون الفرنسي في كل قضية تأتي أمام أية محكمة فرنسية — غير أننا لا نرى وجهاً للتمييز في المثل المذكور بين الاستحالة وعدم المشروعية لان الاستحالة قانونية محضة اذ المنع وارد بنص في القانون الفرنسي

وأما السبب *cause* فيجب أن يكون قانونياً وحكمه حكم « الموضوع » عند ما نريد معرفة مشروعيته أو عدم مشروعيته .

هذا ولمعرفة حكم الالتزامات في النظرية الايطالية يرجع الى بندي ٢٤٨ و ٢٥١

رأى المجمع  
العلمي الدولي

٣٩٥ ج — الحلول التي أقرها المجمع العلمي للقانون الدولي ( بند ٢٧ ) :

فحص المجمع في اجتماعه الذي حصل سنة ١٩٠٨ في مدينة فلورنس بايطاليا المشروعات المتعددة المقدمة اليه من علماء القانون الدولي ووافق أخيراً على قرارات خاصة بشأن التعهدات وقد ارتكن الى الفكرة الآتية :

« يجب أن يرمى القانون الى اظهار اليقين ولا يتسنى الوصول الى اليقين الا بواسطة القرائن : فاذا لم يظهر الطرفان ارادتهما فيجب أن يكون لدهما قرينة تبين لهما القانون الذي يحكمهما في تعاقدتهما وتغنيهما عن رفع دعوى لحسم الخلاف الذي يحصل بينهما »

وقد تبين من المناقشات أن المعنى الحقيقي للقرار المذكور هو ما يأتي :  
يجب على القاضي ، في الاحوال التي لا تكون فيها حرية الخصوم مقيدة بنصوص قانونية آمرة أو ناهية ، أن يبحث قبل كل شيء فيما توجهت اليه إرادة

المتعاقدين صراحة أو ضمناً . فإذا استحال عليه اكتشاف تلك الإرادة أى اذا استحال عليه تقرير أن ارادة المتعاقدين قضت بالفعل يجعل العقد خاضعاً لقانون مخصوص فيجب عليه أن يبحث فيما هو القانون الذى كان يختاره المتعاقدون لو فكروا فى تسوية الخلاف بينهم وقت عمل العقد ؛ ولأجل الوصول الى حل هذه النقطة يكون من المستحسن ، من باب جلب الطمأنينة وتقليل القضايا والمنازعات ، أن تتقرر قواعد معلومة أو قرائن معينة يصح اثبات ما يخالفها ، وتتلشى تلك القرائن كلما قام الدليل على وجود ارادة سابقة للمتعاقدين سواء كانت صريحة أو ضمنية .

فإذا ما تقرر ذلك وجب البحث عن هذه القرائن وتقريرها وهو ما يتبين من المادة الثانية وما بعدها .

### قرار المجمع العلمى فى التعهدات

المادة الأولى — يحكم آثار الالتزامات التعهدية القانون الذى أظهر المتعاقدون ارادتهم فى الخضوع اليه كلما كانت صحة الالتزام وآثاره غير متعارضات مع القوانين التى تحكم اتفاق الطرفين بشكل الزامى ، وعلى الخصوص فيما يتعلق بأهلية الطرفين وشكل العقد وبشروط صحته من حيث الجوهر ومن حيث النظام العام .

القاعدة

المادة الثانية — اذا لم يظهر الطرفان ارادتهما بالفعل فى قبول قانون معين باعتباره مكملاً *comme loi supplétif* للنقص الذى يوجد فى الاتفاق الحاصل بينهما ، فى الاحوال التى لا تكون حريتهما مقيدة قانوناً فان تعيين القانون الذى يجب الرجوع اليه لتكميل العقد يمكن الوصول اليه بعد بحث طبيعة العقد والظروف الخاصة بالطرفين وموقع الشئ الذى هو موضوع الالتزام

البحث

وينبنى على ذلك تطبيق القوانين الآتية : —

١ ( فى العقود الحاصلة فى البورصة bourse أو فى الموالد والاسواق العامة القواعد يتبع قانون الجهة التى حصل فيها العقد

٢ ( فى العقود التى موضوعها عقارات يتبع قانون موقع العقار  
٣ ( فى العقود المتضمنة البر والاحسان يتبع قانون محل توطن المحسن أو المتبرع (الهبة والاقرض بدون ارباح والوكالة بلا أجر والوديعة بلا مقابل والكفالة)  
٤ ( فى البيوع التجارية الحاصلة من تاجر الى غير تاجر أو الى تاجر يتبع قانون مقر المحل التجارى للبائع بشرط الا يكون العمل تجارياً بالنسبة للمشتري وباستثناء الحالة المنصوص عليها فى نمرة ١ هنا

٥ ( فى عقود استئجار الاشخاص وأهل الصنائع والمقاولات لأعمال عامة وللهباني أو التوريدات للحكومات أو المديريات أو المراكز أو المدن أو المصالح العامة ، يتبع القانون المعمول به فى الحكومة أو المديرية أو نحوها

٦ ( فى عقود التأمين المتبادل assurances mutuelles أو التأمين بعلوم z primes والعقود الأخرى (مثل الايرادات المؤقتة) المعقودة مع شركة تأمين ضد الحريق أو على الحياة أو ضد السرقات والحوادث ونحوها يتبع القانون المعمول به فى مركز الشركة

٧ ( فى العقود الحاصلة مع شخص ذى حرفة منظمة profession réglementée (طبيب ، محام ، وكيل دعاوى ، موثق ، محضر مثلاً) يتبع قانون الجهة التى يتعاطى فيها حرفته بشرط أن يكون العقد متناولا تأدية ذلك الشخص شيئاً من أعمال حرفته  
٨ ( فى عقود اجارة الاشخاص الحاصل من عمال أو مستخدمين مع شركة تجارية أو صناعية أو مدنية أو مع تاجر ، يتبع قانون مقر المحل التجارى أو الصناعى أو المدنى

٩ ( فى مواد الكميالات والسندات تحت الاذن يتبع قانون محل حصول كل تعهد من التعهدات واذا لم يذكر هذا المحل فى الكميالة أو السند فيتبع محل

توطن المتعهد (راجع في الكمبيالات بند ٤٠٢ ،، هنا )

(١٠) في عقود نقل الأشخاص أو الأشياء بواسطة السكك الحديدية أو العربات أو السفن من جانب شركة من الشركات أو أحد الافراد المحترفين بالنقل أو من جانب الوكلاء بالعمولة للنقل أو التصدير يتبع قانون محل الشركة أو المتعهد بالنقل المادة الثالثة — اذا لم يتبين ما القانون الواجب التطبيق عند مكوث الخصوص ولم يمكن الاهتداء اليه لا من طبيعة العقد ولا من حالة الطرفين النسبية ولا من موقع الاشياء الحاصل بشأنها الاتفاق فيحكم القاضي بمقتضى قانون محل توطنهما المشترك فاذا لم يكونا في محل واحد اتبع قانون جنسيتهما المشتركة فاذا لم يشتركا لا من حيث المحل ولا من حيث الجنسية فيتبع قانون الجهة التي حصل فيها العقد

القرينة الاساسية

المادة الرابعة — اذا عمل العقد بطريق المراسلة لا بلغت الى المحل الذي حصل فيه العقد بل يتبع قانون محل توطن من صدر منه العرض أو قانون محله التجارى وكذلك الحال في العقود الحاصلة بالتلفون فيتبع قانون محل توطن من صدر منه العرض أو قانون محله التجارى الا اذا تعذر تطبيق هذا المبدأ وفي هذه الحالة يعمل بقانون محل توطنهما المشترك أو قانون جنسيتهما المشتركة أو من باب الاحتياط قانون محل توطن المدين ( راجع ما مر في بند ٣٩١ هنا )

المادة الخامسة — فيما يختص بكيفية التنفيذ modalités de l'exécution أو بطريق الحساب والوزن والكيل واثبات التأخير على المدين ، وأيام الاعياد ، وصحة الدفع والايداع يجب اتباع قانون محل التنفيذ وعاداته .

المادة السادسة — اذا توقفت آثار العقد على معرفة المعنى المقصود من بعض الالفاظ المستعملة لبيان الثمن أو الوزن أو القياس أو مواعيد ومدد الدفع يجب أن يرجع على العموم للاصطلاحات المستعملة في محل التنفيذ الا اذا تبين من الظروف وعلى الخصوص من «موضوع العقد أى محله » أن الطرفين قد قصدا فعلا استعمال الالفاظ المذكورة في معنى آخر .

المادة السابعة — يترتب على ظهور ارادة الطرفين الحقيقية ولو بشكل ضمنى وجوب عدم الاعتداد بالقرائن السابق ذكرها وضرورة احترام الارادة المذكورة بالرغم من كل ما تقدم من القرائن <sup>(١)</sup>

٣٩٦ — القانون المصرى فى جوهر الالتزامات : القانون الذى يحكم العقود القانون المصرى

المتفق عليها فى القطر المصرى فيما بين المصريين هو القانون الاهلى بلا شك وذلك بصرف النظر عن المحكمة التى ترفع اليها الدعوى اذ يصح أن ترفع أمام المحاكم المختلطة ، بسبب حدوث عنصر أجنبى أو أمام محاكم دولة أجنبية بسبب خارجى وقد حكمت المحاكم المختلطة بأن العقد الحاصل بين وطنيين يجب أن تحكمه نصوص القانون الاهلى التى تتبع دائماً فى علائق الوطنيين فيما بينهم <sup>(١)</sup>

أما العقود الحاصلة فى مصر بين مصريين وأجانب أو أجانب من جنسيات مختلفة فانها خاضعة لسلطان القانون المصرى المختلط .

وَأما العقود الحاصلة فى مصر بين « أجانب من جنسية واحدة » فهي خاضعة « مبدئياً » لقانونهم الشخصى باعتباره القانون الذى اختاروه ليحكم بينهم خصوصاً وأن المشرع المحلى لا يريد أن يقيدهم فى هذه الحالة بالقانون المحلى حيث جعل الاختصاص فى هذه المسائل لمحاكمهم الشخصية

جواز الربا الفاحش وبناء على هذه القاعدة حكمت محكمة مصر الجزئية المختلطة بأنه اذا كان كاتب السند تحت الاذن وحامله ايطاليين فليس الأول أن يتمسك ضد الثانى بالربا الفاحش وذلك لان القانون الايطالى ، وهو الذى يحكم بينهما فى هذا الأمر ، لا يضع حداً لنسبة الفوائد وينبنى على ذلك أنه حتى لو ثبتت الارباح الفاحشة فانها لا يكون من شأنها جعل الاتفاق باطلاً طبقاً لقانونه <sup>(٢)</sup>

[٣٩٥] ج (١) راجع المناقشات الهامة التى حصلت فى الموضوع والشروط المتعددة التى قدمت

للمجمع العلمى فى مجلة القانون الدولى الخاص سنة ١٩٠٩ ص ٣٥٥ ..

[٣٩٦] (١) س م ٢٤ ديسمبر ١٨٩٠ مج ٣ م ٣٢ ص ٩٢

(٢) مصر الجزئية المختلطة فى ٨ نوفمبر ١٩١٣ جازيت ٤ ص ٢٦ عمرة ٦٧ ويلاحظ

(الدولى — ٧٢) .



كذلك قررت محكمة الاستئناف المختلطة نفس المبدأ في قضية أخرى ولكنها لم تطبق حكم القانون الأجنبي في الموضوع بل لجئت الى « نظرية الاحالة » فطبقت القانون الذي يشير اليه القانون الأجنبي في الموضوع فقالت : ان القانون الذي يعمل به في العقود الحاصلة في مصر بين شخصين من الجنسية اليونانية هو قانون جنسيتهم ثم قالت ان المادة السادسة من القانون اليوناني الصادر في ٢٩ أكتوبر سنة ١٩٠٦ تقضى بأن الالتزامات محكومة من حيث آثارها بقانون البلد الذي قصد المتعاقدون اما صراحة واما ضمناً أن يكون تنفيذها فيه اللهم الا اذا اتفق المتعاقدون على غير ذلك وينبني على هذا أن العقود الحاصلة والواجب تنفيذها في مصر بين يونانيين تكون خاضعة للقانون المصري ( وعلى الخصوص فيما يتعلق بمضى المدة — راجع بند ٣٩٥ ) وأن هذه القاعدة تسرى في القانون اليوناني على العقود الواجبة التنفيذ في بلاد تامة السيادة كما تسرى على العقود الواجبة التنفيذ في بلاد خاضعة للامتيازات الأجنبية (٢)

استثناءان

ومع ذلك فهناك أحوال لا يتبع فيها قانون جنسية الطرفين وهي : —  
أولاً : في المسائل العينية العقارية حيث الحكم فيها للقانون المختلط أو القانون المحلي على العموم دون القانون الشخصي ( بند ٣٨٨ )

ان هذه النقطة مختلف عليها حيث يرى البعض ان زيادة الارباح أو عدم تحديدها بموجب قانون أجنبي أمر لا يصح قبوله أمام محكمة أجنبية يكون الربح بحسب قانونها محدودا ولكن الرأي الصحيح ان هذه المسألة ليست متعلقة بالنظام العام الدولي بمعنى ان الحكم بالقانون الأجنبي الذي يحكم الخصومة لا يعتبر مخالفا للنظام العام ولذلك يصح تطبيقه على يد قاض يحدد قانونه الربح بسعر معلوم . هذا ومن البلاد التي لا تحدد الربح بل تتركه لاتفاق المتعاقدين ، إنجلترا والنمسا و - ويسر والبلجيكا وهولندا واسبانيا وإيطاليا — دسبانية بند ٣٠٨ والحكمة ان تحديد الربح أمر محلي متعلق بالسياسة الاقتصادية المحلية وليس من الامور الماسة بالمبادئ العالية التي تعتبر متصلة بالنظام العام بحيث لا يسمح فيها بتطبيق قانون أجنبي يخالف تحديد القانون المحلي أو يكون خاليا عن التحديد

(٣) س م ١٢ فبراير ١٩١٤ مج ت ٢٦ ص ٢٢٥ وهو وارد في نظرية الاحالة

بند ٢٩٥ ص ٣٠١

ثانياً : في الأحوال التي يظهر من طبيعة الامور فيها أن الطرفين قد ارتضيا حكم القانون المختلط مثال ذلك حكمت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه في حالة سكوت الطرفين يجب الالتجاء الى قرائن خاصة لمعرفة القانون الذي اتجهت ارادتهما الى تحكيمه : فاذا حصلت عمليات تجارية من طبيعتها أنها قابلة للتحويل من شخص الى آخر وأنها تخضع لعادات المحل الذي حصلت فيه فيجب أن يكون الحكم فيها طبقاً للقانون المحل ؛ وينبنى على ذلك أن البيوع المقتضى التسليم فيها *ventes à livrer* والحاصلة في مصر والمنفذة في بورصة اسكندرية والتي اذا حصل نزاع بخصوصها كان الفصل فيه بموجب شرط خاص موضوع فيها ، أمام لجنة شركة المحاصيل العمومية باسكندرية *Alexandria General Produce Association* التي تحكم بدون استئناف ، هذه البيوع تعتبر معقودة تحت سلطان القانون المختلط حتى في حالة كون الطرفين أجنبى من جنسية واحدة هي الجنسية اليونانية والواقع ان المضاربات غير جائزه في القانون اليونانى وهى جائزة في القانون المختلط<sup>(٤)</sup>

والعقود الواجبة التنفيذ في مصر تعتبر خاضعة لحكم القانون المصري من أهلى أو مختلط بحسب الاحوال ، اللهم الا اذا كان المتعاقدون جميعا من جنسية أجنبية واحدة فيرجع الى قانونهم الشخص أو القانون المصري بحسب اختيارهم أو بحسب الظروف كما مر في العقود الحاصلة في مصر

ومع ذلك فلا ينفذ عقد في مصر ولا يعترف بصحته اذا كان باطلا في نظر القانون المصري باعتبار أن موضوعه غير مشروع

وقد حكمت المحاكم المختلطة تطبيقاً لهذا المبدأ بان « موضوع الالتزام يجب حتماً أن يكون فعلاً مشروعاً *action licite* وأن الالتزام لا يوجد قانوناً اذا كان سببه غير مشروع وبناء على ذلك فان ادخال الاسلحة في مصر بطريقة خفية وهو

(٤) س م ٢٩ مايو ١٩١٦ مج ت م ١٣ ص ٣٣٧ وهذا مطابق لرأى المجمع

العلمي الوارد في ص ٥٦٧ نمرة ١

أمر ممنوع بمقتضى القوانين المصرية ومخالف لنصوص المعاهدات التجارية ( بند ١٧٣ ) لا يترتب عليه جواز مقاضاة المشتري أمام المحاكم المصرية ومطالبته بشحن البضائع المسلمة اليه بطريق التواطؤ بينه وبين البائع ويجب على المحاكم أن ترفض الدعوى في هذه الحالة من تلقاء نفسها <sup>(٥)</sup>

ويجدر بنا في هذا الموضوع الإشارة الى المادة ١٤ م م قائمها تبين الاختصاص للمحاكم المصرية في حالة التعهدات الحاصلة في مصر أو الواجبة التنفيذ في مصر ففى هذه الحالة يكون اختيار المحكمة المصرية في الغالب موجبا لتطبيق القانون المصرى باعتباره قانون البلد الذى حصل فيه العقد أو الواجب تنفيذه فيه أى قانون البلد الذى يكون له أعظم اتصال بالعقد أو بتنفيذه .

أما تفسير العقود فهو خاضع في نظر المحاكم المختلطة لارادة المتعاقدين فيجب أن يرجع فيه اليها دائماً . ولذلك فقد حكمت بأنه يجب في تفسير العقود أن يحصل البحث دائماً فيما هي ارادة المتعاقدين المشتركة دون المعنى الحرفي للالفاظ التى استعمالوها أو الاوصاف التى ذكروها <sup>(٦)</sup> ، وأن العبرة هي بالمقاصد المشتركة دون الشكل الذى اتخذته العقد <sup>(٧)</sup> وانه مهما كان المعنى الحرفي للالفاظ المستعملة فان العقود يجب أن تفسر بحسب الغرض الذى يظهر أن الطرفين قد رميا اليه والى طبيعة العقود والى حكم العادة <sup>(٨)</sup>

التفسير

كذلك قد حكم بأنه عند النزاع لابد من اعتبار العقد قانون المتعاقدين ولا محل للالتجاء الى العادة المتبعة في البلد الذى حصل فيه العقد الا لتكميل ما لم يرد في العقد أو لتفسير ما غمض من نصوصه . فاذا لم يكن ثمة دليل ظاهر على صحة العادات المحلية المتمسك بها فان القاضى المرفوعة أمامه الدعوى لا يستطيع أن يحكم

(٥) س م ٢٧ يناير ١٩٠٩ مج ت م ٢١ ص ١٣٦

(٦) س م ٩ مارس ١٨٩٩ مج ت م ١١ ص ١٥٢

(٧) س م ٢٧ ابريل ١٨٩٩ مج ت م ١١ ص ١٩٧

(٨) س م ٧ فبراير ١٩١٧ مج ت م ٢٩ ص ٢٠٤

بغير قانون محكمته<sup>(٩)</sup>

وأخيراً حكم بأن الالفاظ المستعملة في مشاركة إيجار السفينة *charte-partie* المكتوبة بلغة أجنبية عن المتعاقدين أو عن أحدهما يجب تفسيرها طبقاً للمعنى الاصطلاحي والقانوني المقرر لها في تلك اللغة<sup>(١٠)</sup>

## المطلب الثاني - المصادر الأخرى للالتزامات<sup>(١١)</sup>

٣٩٧ - الالتزامات الناشئة عن شبه العقد *quasi ex contractu* — شبه العقد

هذه سببها عمل شخص واحد أو طرف واحد وهي تشبه العقد نظراً لكون سببها عملاً مشروعاً مثال ذلك تصرف الفضولى *negotiorum gestio* أو الدفع خطأ وكلاهما يترتب عليه اثرات شخص بلا سبب ويدخل تحت ذلك ما ينشأ عن انقاذ السفن *sauvetage* فانه كثيراً ما يحصل بدون اتفاق من الجانبين<sup>(١)</sup>

هذه لالتزامات محكمة في نظر جمهور المؤلفين بقانون الجهة التي حصل فيها العمل المسبب للالتزام

ويرى وستليك أن المحكمة المختصة بهذه الالتزامات في القانون الروماني هي

(٩) س م ٢٠ أبريل ١٩١١ مج ت م ٢٣ ص ٢٧٣

(١٠) س م ١٥ أبريل ١٩١٤ مج ت م ٢٦ ص ٣٣٣ وقد كان البحث دائراً في القضية حول كلمة *Customary* الواردة في مشاركة إيجار السفينة فاخذت المحكمة بالمعنى الذي تقول به المحاكم الانجليزية بالنسبة للسرعة التي يجب ان تشحن أو تفرغ بها البضائع وهو المعتاد في كل ميناء من الميناء المختلفة التي يحصل فيها الشحن أو التفريغ

(١١) جارينا علماء القانون الدولي في تقسيم الالتزامات الى عقود وشبه عقود وجنح وشبه جنح وقد اضاف بعضهم « القانون » ايضاً باعتباره مصدراً من مصادر الالتزام ونحن لا نعرض هنا لنقد هذا التقسيم فان ذلك يرجع اليه في القانون المدني ولكتنا نقرر هنا ان التقسيم مفيد جدا في القانون الدولي الخاص ومنتج

[٣٩٧] (١١) في حالة الانقاذ في عرض البحر يتبع قانون السفينة التي انتقلت غيرها وذلك بناء على فكرة مجاوزة الاقليم أو اعتبار السفينة جزءاً من البلد التابعة اليه وبناء على فكرة تبعية السفينة التي حصل انقاذها للسفينة المنقذة ( النقص الفرنسي في ٦ مايو ١٨٨٤ كلونه ١٨٨٤ ص ٥١٢ وديسبانييه ص ٩٣١ )

محكمة البلد الذى له أكبر صلة بالعمل الذى نشأ عنه الالتزام ولذلك يكون قانون هذا البلد هو الذى يحكم الالتزام<sup>(٢)</sup>

ويرى قاليرى أنها محكمة بقانون المحكمة<sup>(٣)</sup>

وهناك رأى ثالث يقضى بأنها تكون محكمة بقانون جنسية الطرفين اذا كانا من جنسية واحدة<sup>(٤)</sup>

الجنحة وشبه  
الجنحة

٣٩٧ ب — الالتزامات المسببة عن جنحة ex delicto أو شبه جنحة quasi ex delicto : القاعدة العامة هى خضوع هذه الالتزامات من الوجهة المدنية أى من حيث المسؤولية المدنية لقانون الجهة التى حصل فيها الضرر الذى نشأ عنه الالتزام وعلى هذا رأى أغلب علماء فرنسا وأساس هذه القاعدة اختصاص المحكمة التى وقعت فى دائرتها الجريمة - ذلك الاختصاص المبني على حق المجنى عليه فى الحصول على التعويض بأسرع سبيل وفى أقرب جهة لحل الحادث وبدون أن يضطر الى متابعة الجانى أمام محكمته الشخصية ، والمبنى من جهة أخرى على الخضوع القهرى لمحكمة الجريمة كما مر فى بند ٣٤٠ ص ٣٨٠

وإذا كان الطرفان من جنسية واحدة فيرى البعض خضوع الالتزام لقانون جنسيتهما وهذا تفريع عن نظرية شخصية القوانين المبنية على الجنسية<sup>(٥)</sup>

ويرى فريق آخر ومنهم علماء انجلترا وأحكامها وقد تبعهم الاستاذ قاليرى أنه يجب من أجل اعتبار العمل أو الامتناع غير قانونى ومنتج لالتزامات ضد الفاعل أو الممتنع أن يتفق قانون القاضى مع قانون الجهة التى نشأ فيها الالتزام<sup>(٦)</sup>

(٢) وستليك وبتويتش بند ٢٣٥ ص ٣٠٨ و ٣٠٩ وقارن دسپانيه بند ٣٢١ ص ٩٣٢

(٣) قاليرى ص ٩٧٠

(٤) راجع بند ٢٤٨ وقارن بند ٣٩٥ ب فيما يتعلق بالعقود

(٥) قايس ٤ ص ٤١٦

(٦) وستليك وبتويتش ص ٢٦٧ ، وقاليرى ص ٩٧٢



وذلك لان القانون الذى يمنح تعويضاً عن ضرر ما يجب أن يكون مبنياً على اسس من العدالة والمناسبة فاذا كان قانون القاضى يرفض التعويض فى حالة معينة وقانون الجهة التى حصل فيها الحادث يبيحه فحكم القاضى بالتعويض يترتب عليه اثاره الشعور بأكثر مما يحدثه حكم الرفض . واذا كان قانون القاضى يبيح التعويض وقانون محل الحادث يمنعه فيكون من حق المدعى عليه أن يدفع بكون سلوكه لم يترتب عليه الاخلال بأى واجب قانونى فى الجهة التى كان فيها وأنه اذا كان لجهة معينة أن تتأذى من هذا السلوك فهى الجهة التى حصل فيها الحادث (٧)

التصادم وفى حالة اصطدام البواخر فى عرض البحر يعتبر قانون محل الاصطدام هو قانون الباخرة المعتدية أو المخطئة وذلك بناء على المبدأ التصورى الذى يعتبر السفينة جزءاً من اقليم الدولة التابعة اليها السفينة ( بند ٦٧ ) أو بناء على أن الحادث لم يحصل فى جهة خاضعة لقانون معين فلا يلتزم المخطئ بأى قانون سوى قانونه الشخصى وهناك قواعد خاصة فيما يتعلق بتحديد مسؤولية أصحاب السفن بسبب الاصطدام الذى يحصل منها اذ يقرر بعض القوانين ( وأولها القانون الانجليزى ) أن تكون المسؤولية محدودة بنسبة كمية معينة من النقود عن كل طن من حمولتها فلا يتحمل أصحابها أكثر من ذلك . هما كانت قيمة الخسائر التى لحقت بالسفينة الاخرى (٨) ويقرر القانون المصرى ( ٢٤٢ / ٢٤٣ بحرى ) أنه اذا تصادم سفينتان وكان التصادم بسبب قهرى فالضرر الذى ينشأ عنه يكون على السفينة المصابة منهما بدون مطالبة الاخرى ، واذا حصل التصادم بتقصير أحد القبودانين فتكون الخسارة على من تسبب فى ذلك وأما اذا حصل بتقصير القبودانين أو اشتبه فى الانسباب

(٧) المرجع الاول المتقدم من ٢٦٨

(٨) راجع فى هذا الموضوع الفيد وستليك وبتويتش من ٢٧٢ — ٢٧٧ ودسپانييه بند ٣٢٣ من ٩٣٨ وراجع قرار المجمع العلمى الصادر فى لوزان سنة ١٨٨٨ فى موضوع الاصطدام فى مجموعة ألبريك رولان من ٣١٨ — ٣٢١

الموجبة له فيجبر الضرر بمصاريف تشترك فيها السفينتان وتقسم عليهما بنسبة قيمة كل واحدة منهما ويكون تقويم الضرر في الحالتين بمعرفة أهل خبرة ويلاحظ ان اضطرار السفينة بحسب قانون الميناء الى الاستعانة بدليل compulsory employment of a pilot يرفع مسؤولية اصحاب السفينة في القانون الانجليزي عن أى ضرر يحدث بسبب خطأ الدليل<sup>(٩)</sup>

هذا ويجب الرجوع في هذا الموضوع لما كتبناه عنه في الاختصاص الدولي بند ٣٣٦ و ٣٣٧ وعلى الخصوص بند ٣٣٨ ص ٣٧١ وقضية القتل الواردة في ص ٣٧٢ ، وبند ٣٤٠ ص ٣٨٠ في الاسباب التاريخية التي بنى عليها الاختصاص الدولي وفي اختصاص المحاكم المختلطة بقضايا الحق المدني دون القنصليات بند ١٩٤

القانون ٣٩٧ ج - الالتزامات الناشئة عن القانون : المقصود بهذا هو الالتزامات الناشئة عن مصادر غير العقود واشباهها والجنح المدنية واشباهها وهذه الالتزامات لا حصر لها لانها في الواقع عبارة عن الآثار القانونية لصلات أو علائق قانونية متباينة . وجميع هذه الالتزامات محكومة بالقانون الذي يحكم الوقائع التي انتجت الالتزام . مثال ذلك أولا واجبات الوصى فانها محكومة بالقانون الشخصي للقاصر ( بند ٣٦٢ ) ثانيا الالتزامات الناشئة عن الجوار فانها محكومة بقانون موقع العقارات

القانون البحري . وفي القانون التجاري البحري أمثال عديدة على هذه الالتزامات مثل مسؤولية مالك السفينة عن الاعمال التي يقترفها الربان حيث تنص المادة ٣٠ / ٣٠ تجارى مسؤولية مالك السفينة بدفع الخسارة الناشئة عن أى عمل من أعمال القبودان وبوفاء ما التزم به القبودان المذكور فيما يختص بالسفينة وتسفيرها ، ويجوز للمالك في جميع الاحوال أن يتخلص من التزامات القبودان المذكور بترك السفينة والاجرة اذا كانت هذه

(٩) الرجوع الاول المتقدم بند ٢٠٤ ص ٢٧٧ وبالمعنى نفسه قرار المجمع العلمي

في المادة ٣ في المرجع السابق ذكره ص ٣١٩

الالتزامات لم تحصل بناء على اذن مخصوص « وتنحدد مسؤولية المالك طبقاً للقانون التابعة اليه السفينة وهو قانون العلم

كذلك مسؤولية الربان فان المادة ٣٥/٣٥ حددتها فقالت « على كل قبودان مسؤولي الربان أو رئيس مأمور بإدارة سفينة أو مركب من المراكب البحرية ضمان ما يحصل منه من التفريط في اثناء تأدية وظيفته ولو كان يسيراً ويلزم باداء مقابل الخسارة الناشئة عنه <sup>(١)</sup>

وأخيراً فان الالتزامات الناشئة عن القانون التي ذكرها القانون المدني المصري تحت المواد ٢١٧/١٥٥ وما بعدها وهي الخاصة بالنفقات بين الفروع والاصول والازواج والاصهار ليست الا نتائج للزواج في الاصل ولذلك وردت في القانون المدني الفرنسي في المواد ٢٠٣، تحت عنوان الالتزامات الناشئة عن الزواج فهي خاضعة حينئذ لقانون الاحوال الشخصية التابع اليه الطرفان أو المدعى عليه منهما. ومع ذلك فقد اعتبرت المحاكم المصرية هذه المواد مقررة للنفقة بين الاصول والفروع بصرف النظر عن الزواج فافترتها للاولاد الطبيعيين ، ويكون حكم هذه المواد شاملاً لكل شخص خاضع لاختصاص المحاكم الاهلية أو المختلطة بصرف النظر عن الدين أو الجنسية <sup>(٢)</sup>

وبالاختصار يمكن القول بان القانون هو مصدر جميع الالتزامات ولذلك يبحث نتيجة في كل موضوع من المواضيع عن حقوق الطرفين والتزاماتهم فيه طبقاً للقانون الذي يحكم الموضوع نفسه ولهذا السبب استغنى أغلب المؤلفين عن افراد بحث خاص لهذا الموضوع

(١) قارن دسپانيه بند ٣١١ ، ولتسكلة الالتزامات البحرية يرجع الى ماسنورده

في بند ٤١٦ ،

(٢) قارن حكم محكمة اسكندرية المدنية ٢٤ فبراير سنة ١٩٢٣ جازيت ١٤ ص ٤٠ نمرة ٥٥ فانه قضى بالنفقة للولد وبالتعويض للام بسبب هجر الرجل اياها وتركها بلا نفقة أو تعويض بعد أن اقر بالولد وطاش مع المرأة مالياً اياها بالزواج بها من أول الامر

( الدول — ٧٣ )

# الفصل الخامس

## علائق القانون التجارى

٣٩٨ — نبحث فى هذا الفصل فى قواعد القانون الدولى الخاص المتعلقة بأعمال التجارة actes de commerce وبالتجار وبالأهلية للتجار والشركات التجارية وبالكبيالات والاوراق التجارية الأخرى وبالفلاس، وبالنقل براً وبحراً

### المبحث الاول — التجار وأعمال التجارة

٣٩٩ — ما هو القانون الذى يحكم بمقتضاه على شخص معين أنه تاجر أو غير تاجر وما هو القانون الذى يقضى به لمعرفة ما إذا كان عملاً معيناً هو عمل تجارى؟ اختلفت الآراء فى هاتين النقطتين الى ثلاثة : —

السؤال

الرأى الأول : يقول بأن القانون الذى يحكم الصفتين المذكورتين هو القانون الذى قصد الطرفان أن يخضعا الى حكمه<sup>(١)</sup> ولكن هذا الرأى غير مديد لأن تعيين الصفة يجب أن يكون من شأن المشرع لا من شأن الفرد، والدقة تقتضى عدم جواز تغيير الوصف بحسب ارادة الشخص

الرأى الثانى : يجعل الحكم فى هذا الموضوع من شأن قانون القاضى<sup>(٢)</sup> وهذا خطأ أيضاً لأن قانون القاضى لا يستطيع أن يحكم صفات جميع الاشخاص والاعمال الخارجة عن اقليم دولته — راجع نظرية التكييف القانونى وتفنيد الحكم فيها بمقتضى قانون القاضى، بند ٢٨٤،

[٣٩٩] (١) آسر ورينييه نمرة ٩١ وسورفى وارتوى نمرة ٤٤٦

(٢) ليون كان ورينو جزء ١ نمرة ١٨٣ و ٢١١

الرأى الثالث : وهو الصحيح فى نظرنا هو الذى يجعل العمل تجارياً أو غير الرأى الصحيح تجارى طبقاً لقانون البلد الذى حصل فيه العمل ويجعل الشخص تاجراً أو غير تاجر طبقاً لقانون البلد الذى يقطنه أو يستقر فيه<sup>(٣)</sup> ولا محل للنظر فى هذا الأمر بمقتضى قانون جنسية المتعاقدين لانه لا دخل للجنسية فى هذه المسائل وانما المهم هو قانون بلد التعامل والاقامة كما قدمنا وذلك لان قانون محل حصول العمل هو الذى يبين لنا حكم هذا العمل وآثاره . لذلك كان من شأن هذا القانون أن يبين ماهو وصفه . كذلك بالنسبة للأشخاص يخضع الشخص عادة لقانون الجهة التى يعيش فيها فيكون الحكم فى صفته التجارية من شأن قانون تلك الجهة

### المبحث الثانى - الأهلية للتجارة

٤٠٠ - لقد خرج المشرع المصرى فى قانون التجارة عن القواعد المقررة قواعد اقلبية للأهلية فى المسائل المدنية فلم يتركها لحكم القوانين الشخصية بشكل مطلق كما فعل فى المادة ١٣٠ / ١٩٠ ( بندى ٣٥٩ و ٣٦٢ ) بل انه نص على قواعد عامة فى الموضوع أدخل بها عنصراً اقليمياً فيما يتعلق بالأهلية للتجارة نص القانون التجارى فى المادة ٤ / ١٠ على قاعدة عامة تتبع فى حق جميع الأشخاص الذين يشتغلون بالتجارة فى مصر قضى بأنه يسوغ لمن بلغ منه احدى وعشرين سنة كاملة أن يشتغل بالتجارة وأن من لم يبلغ منه الثامنة عشرة لا يجوز له الاتجار . وأما من بلغ منه الثامنة عشرة وكان معتبراً بالغاً راشداً بحسب قانون أحواله الشخصية فيجوز له الاتجار اذا حصل على اذن من المحكمة الابتدائية ( محكمة التجارة فى القانون المختلط<sup>(١)</sup> ) فاذا كان قاصراً بحسب قانونه الشخصى بعد الثامنة عشرة فلا يستطيع أن يتجر الا بحسب الشروط المقررة فى قانونه المذكور

(٣) قالبرى ص ١٢٥١

[٤٠٠] (١) س م ٤ ديسمبر ١٨٩٥ ج ت ٨٢ ص ٢١



ومرمى هذا النص جعل الاشخاص خاضعين لقانون أحوالهم الشخصية بصفة كاملة ما بين الثامنة عشرة والحادية والعشرين اذا كانوا قاصرين بمقتضى ذلك القانون

تطبيقات

وعلى ذلك يكون الشاب الفرنسى محكوماً بين الثامنة عشرة والحادية والعشرين بمقتضى القانون الفرنسى من حيث أهليته للتجار بينا الشاب المصرى يكون أهلاً للتجارة بعد الثامنة عشرة بشرط الحصول على اذن من المحكمة فاذا لم يحصل على ذلك الاذن فلا يعتبر تاجراً ولا يصح الحكم عليه بالافلاس بالرغم من كونه قد قام فعلاً بأعمال تجارية لا شك فيها<sup>(٢)</sup> ولا يجوز محاكته من أجل الافلاس بالتدليس<sup>(٣)</sup> كذلك لا يصح الحكم بالافلاس على شاب انجليزى سنه بين ١٨ و ٢١ وهو قاصر فى القانون الانجليزى كما أنه لا يستطيع أن يستفيد من الصلح الاحتياطى أو المانع من الافلاس concordat préventif وذلك لأنه وان صح له اجراء أعمال تجارية فى القانون الانجليزى الا انه لا يجوز اشهار افلاسه فى ذلك القانون<sup>(٤)</sup>

استنتاج هام

هذا ومن الاستنتاجات المهمة من نص المادة ١٠/٤ تجارى أن الاشخاص المعتبرين قاصرين بحسب قانونهم الشخصى بعد الحادية والعشرين ( بند ٣٦٢ ) يعتبرون من أهل الرشد بالنسبة للتجار فى مصر رغم كونهم قاصرين بحسب قانونهم الشخصى . وفى هذا الحكم غرابة لأن الشخص يكون معتبراً من حيث الاهلية المدنية خاضعاً لقانونه الشخصى مهما تقدم عمره بعكس حالته من حيث الاهلية التجارية فانه بعد الحادية والعشرين ينفك عنه قيد عدم الاهلية ويصبح أهلاً للتجارة بمقتضى القانون المصرى الاقليمى ( قارن بند ٣٦١ )

(٢) محكمة التجارة باسكندرية فى ١٣ يناير ١٩١٣ جازت ٤ من ٦٥

(٣) النقض والابرار المختلط فى ٣ مايو ١٩١٦ جازت ٦ من ١٥٨ نمرة ٤٥٣

(٤) محكمة التجارة بالنصورة فى ١٥ ابريل ١٩١٥ جازت ٥ من ١٢٢ نمرة ٣١٦

وراجع النقد فى الجازيت تحت الحكم ومقالة ضد النقد بقلم الاستاذ ليون كاسترو . جازيت ٥ من ١٥١ - ١٥٢

و يلاحظ أن الشريعة الإسلامية تميز الوصى أن يتجر في أموال القاصر وقد حكمت بناء على ذلك محكمة التجارة المختلطة بمصر بأن القاصر يعتبر مقيداً في هذه الحالة بأعمال الوصى على كل أمواله لغاية الافلاس أى انه يجوز اشهار افلاسه لأنه يعتبر تاجراً والافلاس جائز على كل تاجر<sup>(٥)</sup>

وهذا الحكم في نظرى غير صحيح لأنه لا يصح أن ينسب الاتجار الى الطفل بسبب أعمال الوصى وفضلاً عن ذلك فما نظن الا أن الوصى يتجر في جزء معين من أموال القاصر ويجوز ضياع هذا الجزء كما يضيع رأس مال شركات المساهمة مثلاً ويجب ألا يجر ذلك الى اشهار افلاس القاصر ولا الرجوع على باقي أمواله باعتبارها الضمان العام للدائنين الذين تعاملوا مع الوصى . فيكون الوصى في آخر الامر كمدير شركة محدودة المسؤولية لا يضر عمله حملة الاسهم أو الشركاء الموصين في شركات التوصية وهم بلغ رشده تتجر الشركة في أموالهم . أما مجرد جواز اتجار الوصى في أموال القاصر فانه لا يجوز له بيع عقاراته ولا رهنها مثلاً بدون تصريح من المجلس الحسبى والا فانه يكون من السهل على كل وصى أن يبدد ثروة القاصر بمجرد اعلان انه سيتجر فيها . هذا ولم نستطع العثور على حكم الاستئناف في القضية المذكورة

وتحتسب السن الواردة في المادة ١٠٠/٤ طبقاً للحساب الشمسى باعتبارها سبباً للأهلية التجارية ولكون المادة مأخوذة عن القانون الفرنسى وان المشرع يريد بالطبيعة أن يكون الحكم واحداً طبقاً لحساب واحد بالنسبة لجميع المتجرين في مصر<sup>(٦)</sup>

أما أهلية النساء للتجارة فقد نصت عليها المادة ١١/٥ فقالت انها تكون على

أهلية النساء  
للتجارة

(٥) ٩ ديسمبر ١٩١٦ جازيت ٧ ص ٧٠ نمرة ٢١١

(٦) قارن حكم محكمة التجارة باسكندرية في ١٤ فبراير ١٩٢١ جازيت ١١

حسب قانون أحوالهن الشخصية وهذه المادة عسيرة الفهم نوعاً ما ولكن اذا تذكرنا أن المرأة الاجنبية تنقص أهليتها بالزواج في الغالب كما توضح في بند ٣٧٧ ، فإن الصعوبة تزول قليلا ويكون المقصود أن الحكم واحد بالنسبة للمرأة والرجل كما في المادة ١٠/٤ اذا لم تكن متزوجة لأن المادة تسرى على الرجال والنساء على السواء حيث قد ورد فيها الكلام على « الشخص » أما اذا كانت متزوجة وكانت أهليتها تنقص بالزواج فانها لا تتجرأ بالشروط المقررة في قانون أحوالها الشخصية فكان الزواج وحده هو المفرق في الحكم بين الرجل والمرأة وبدون هذا التفسير لا يكون للمادة معنى بعد المادة السابقة التي لا تقتصر على الرجال وأما لفظ « وكذلك également » فانه يظهر لنا في غير محله لان الغرض ليس التشبيه أو التعادل وإنما الغرض اشتراط الرجوع الى قانون الاحوال الشخصية للمرأة المتزوجة في كل الاحوال بجانب النص الاقليمي الوارد في المادة ١٠/٤

### المبحث الثالث - الشركات التجارية

٤٠١ - تكلمنا عن الشركات التجارية عند ما شرحنا حالة الاشخاص احالة  
المعنوية في علائق القانون المدني منعاً للتكرار، فلا نعود اليها الآن، ونكتفي بالاحالة على ما جاء في بندي ٣٦٤ ، وبخصوص الاختصاص الدولي في مسائل الشركات والفروع والتوكيلات يرجع الى بندي ٣٣٦ و ٣٣٨ وفي الافلاس يراجع ما سيرد تحت بندي ٤١١ و ٤١٣

### المبحث الرابع - الكمبيالات ونحوها

٤٠٢ - الكمبيالة وثيقة لا تتضمن عقداً واحداً فقط بل سلسلة عقود مختلفة حقيقة هامة  
مرتبط بعضها ببعض الآخر ومعلقة كلها على أمر واحد له تأثير خاص على جميع العقود الاخرى وهذا الأمر هو حق الساحب في السحب على المسحوب عليه

ولهذه الوثيقة صفات ومميزات خاصة لا محل للتنازع عليها . وقد شرعت لغرض خاص هو أنها تضمن لحاملها دفع قيمتها في الميعاد المحدد للدفع ومع ذلك فإن العقود أو التعهدات المتعددة التي ارتبط بها كل من صاحب الكبيالة والقابل لها والمحيل endosseur والضامن لها le donneur de l'aval كل ذلك مستقل بعضه عن البعض الآخر ومختلف ، وكذلك الحقوق والواجبات التي تقع على عاتق كل واحد من هؤلاء . وهذه النقطة في منتهى الأهمية ويجب الالتفات إليها دائماً لأن كثيراً من الصعوبات التي يحار فيها رجال القانون عند ما يريدون حل المنازعات المتعلقة بحقوق أولى الشأن في أى كبيالة وواجباتهم قد نشأت عن التعود على النظر الى الكبيالة باعتبارها عقداً واحداً بدون التفات الى العناصر المختلفة في الكبيالة الواحدة

على أن هذه التعهدات المختلفة لها كلها صفة مشتركة هي انها تم جميعاً وكل واحد منها بمجرد التسليم وتظهر أهمية هذا الموضوع كلما اقتضت الحال تحديد الجهة التي تم فيها التزام أحد المتعاقدين في أى كبيالة مثل القابل لها أو المحيل

ان الكبيالة من الوثائق التي بحسب طبيعتها يمكن أن ينشأ عنها تنازع في القوانين . اذ يجوز أن تسحب في بلد معين مثل فرنسا وتقبل في بلد آخر مثل إنجلترا وتحول في ثالث مثل بلجيكا وتكون واجبة الدفع في رابع مثل ألمانيا . ومن المتصور جداً أن تتأثر صحة الكبيالة وحقوق أو واجبات المتعاقدين فيها بقانون كل بلد من البلاد المذكورة وقد يكون من الضروري كما في العقود الأخرى البحث عن القانون الذي يحكم « أهلية » كل واحد من المتعاقدين أو البحث في صحة الكبيالة نفسها أو أى عقد من العقود المنطوية تحتها ، من حيث الشكل ومعرفة القانون الذي يحكم هذا الشكل وقد يكون من الضروري كذلك معرفة حقوق وواجبات كل واحد من المتعاقدين في الكبيالة وتحديد القانون الذي يحكم كل

التزام من الالتزامات المتعددة ، من وجهة التفسير ومن حيث مقدار مسؤولية كل واحد من المتعاقدين<sup>(١)</sup>

ولا بد من الإشارة هنا الى أن كثيراً من قوانين البلاد الراقية قد وضع نصوصاً خاصة لحسم تنازع القوانين في مادة الكمبيالات والاوراق المالية التجارية الأخرى . مثال ذلك قوانين إنجلترا والمانيا والنمسا<sup>(٢)</sup>

ومما يؤسف له أنه لا يوجد مثل هذه النصوص في القانون الفرنسى ولا في القانون المصرى المأخوذ عنه وان أحكام المحاكم في مصر قليلة جداً في الموضوع ولذلك فنحن مضطرون الى الأخذ بالقواعد العامة المسلم بها في البلاد الأخرى

ان القواعد الميينة لحقوق كل من المتعاقدين في الكمبيالات وواجباته من حيث تنازع القوانين هي في أغلب الاحوال تطبيقات خاصة للمبدأين الآتين وهما أولاً — ان صحة كل عقد من حيث الشكل تتوقف على قانون الجهة التي حصل فيها العقد ( بند ٣٩١ مكرراً ، ) وثانياً — ان تفسير أى عقد من العقود وبيان الحقوق والواجبات الناشئة عنه متوقفان على القانون الذى يعتبر الطرفان قد اختاراه ليحكم التزامهما وهو قانون العقد الذى سبق البحث فيه في بند ٣٩٣

ولنبعث الآن في أركان الكمبيالة فنكلم أولاً عن أهلية المتعاقدين ثم عن الشكل ثم عن حقوق المتعاقدين وواجباتهم كل منهم بحسب حالته ثم عن الاوراق الأخرى غير الكمبيالات

٤٠٣ — الأهلية . هذه محكمة بالنسبة لكل واحد من المتعاقدين في كل تعهد من التعهدات التي تشمل عليها الكمبيالة ، بمقتضى قانون جنسيته وهي بالنسبة للمصريين خاضعة لقانون ديانتهم وللنصوص الخاصة في القانون التجارى نصت المادة ١٠٩ تجارى أهلى على أنه اذا حصل من النساء أو البنات اللاتى

الأهلية

[٤٠٢] (١) دابسى ص ٦٣٦ و ٦٣٧

(٢) هذا وتوجد نماذج لمشروعات قوانين خاصة بالكمبيالات والسندات تحت الاذن وافق عليها مؤتمر لاهى سنة ١٩١٠ و ١٩١٢ ولكن لم توافق عليها الدول — راجع فيها مقالة يبلية في كلونيه ١٩١١ ص ٣٨٥ — ٤٠١ وكذلك يوجد مشروع قديم وضعه المجمع العلمى للقانون الدولى في بروسيل سنة ١٨٨٥ وهو منشور في مجموعة البريك رولان ص ٢٨٧ — ٣١٥



لسن بتاجرات سحب كمبيالة أو تحويلها أو قبولها باسمين خاصة ووضع عليها امضاءهن فلا يعتبر ذلك عملاً تجارياً بالنسبة لهن مع أن المادة ٢ تجعل جميع الكمبيالات أياً كان أولو الشأن فيها من الاعمال التجارية

والمادة ١١٤ تجارى مختلط التى تقابلها تنص على أنه اذا حصل من النساء أو البنات أو المزارعين الوطنيين الذين ليسوا بتجار<sup>(٢)</sup> سحب كمبيالات أو تحويلها أو قبولها بأسمهم خاصة فلا يعتبر ذلك عملاً تجارياً بالنسبة لهم مع ان المادة ٢ تجعل كل معاملة متعلقة بالكمبيالات عملاً تجارياً

ونصت المادة ١١٠/١١٥ تجارى على أن الكمبيالات المسحوبة من القصر الذين ليسوا تجاراً أو من عديمى الاهلية والتحاويل والقبول الممضاة منهم تكون باطلة بالنسبة لهم فقط

وقد حكمت المحاكم المختلطة تطبيقاً لمبدأ خضوع الاهلية فى الكمبيالات لتطبيقات القانون الشخصى أن القانون العثمانى لم يمنع النساء من التعهدات بمقتضى أوراق أو سندات تجارية بل وبمقتضى كمبيالات ولو كن غير تاجرات فالسند تحت الاذن الموقع عليه من امرأة تحت أحكام القانون العثمانى والمحول قانوناً لاخر يكون ملكاً له ولا يجوز اعتبار التحويل بمثابة توكيل بالقبض<sup>(٣)</sup>

كذلك قد حكم بأن حكم المحجور عليه لسفه فى الشريعة الاسلامية كحكم القاصر تقريباً وهو محروم من الاهلية فى العقود المدنية ما عدا القليل منها الواقع فى دائرة الاحوال الشخصية فمن ثم يصح التمسك فى وجه حامل السند سليم النية بأن المدين الموقع على السند فاقد الاهلية بسبب الحجر عليه لسفه ( بند ٣٦٣ )<sup>(٤)</sup>

(٢) النص على المزارعين أضيف الى المادة بمقتضى دكرتو ٥ ديسمبر سنة ١٨٨٦

وقد صدرت بخصوص تفسيره أحكام عديدة

(٣) س م ٢٤ مايو ١٨٧٦ رواء بوريللى تحت المادة ١١٤ تجارى س ٢٢٣

(٤) س م ٢٤ يناير ١٩٠٦ مج ت م ١٨ ص ١٠٣

وانه تلقاء عدم وجود نص في القانون المختلط يبين حالة مصير التصرفات  
الخاصة من المحجور عليه قبل الحجر فان المحاكم المختلطة قد طبقت نص المادة ٥٠٣  
مدنى فرنسى التى تنص على جواز ابطال هذه التصرفات اذا كان سبب الحجر  
مشهوراً *notoire* وقت حصولها وينبنى على ذلك أنه لا يصح ابطال السندات  
الموقع عليها قبل الحجر والى حوت لاشخاص آخرين حسنى النية الا اذا أمكن  
اثبات أن سبب الحجر كان مشهوراً<sup>(٥)</sup>

هذا وقد حكم بأن المادة ١٠٩/١١٤ تجارى انما ترمى الى تقرير الاستثناء  
فيما يتعلق بالمحكمة المختصة ( أى انها لا تكون المحكمة التجارية فى المختلط )  
والى مقدار الفوائد التى يصح المطالبة بها والى طرق الاثبات التى يمكن التمسك  
بها والى مضى المدة التى يصح الدفع به وفيما عدا ذلك فان جميع القواعد الاخرى  
الخاصة بالكمبيالات ونحوها يستمر نافذ المفعول<sup>(٦)</sup>

الشكل

٤٠٤ — الشكل : تتوقف صحة الكمبيالة من حيث الشكل وكذلك  
صحة كل عقد من العقود التى تشتمل عليها الكمبيالة على قانون الجهة التى مسجت  
فيها الكمبيالة أو تم فيها العقد ( بند ٣٩١ مكرراً ) وهذا القانون هو وحده الذى  
يبين لنا ما اذا كانت الوثيقة كمبيالة أو شيكا أو سنداً نحت الاذن أو غير ذلك  
ولذلك فصحة الكمبيالة نفسها محكومة بقانون المحل الذى مسجت فيه أى  
بقانون الجهة التى كتبت فيها الكمبيالة مستوفية من حيث الشكل وسلمت  
للشخص الذى يستحقها ويكون أول حامل لها ، وتتوقف صحة القبول من حيث  
الشكل على قانون الجهة التى تم فيها العقد من جانب من قبلها . وتختلف القوانين  
فى هذا الموضوع من حيث البيانات الواجب ذكرها فى الكمبيالة فالقانون الالماني

(٥) محكمة التجارة المختلطة باسكندرية فى ٢٠ فبراير ١٩٢٢ جازيت ١٢ ص ٨٨

نمرة ١٥٩ وقارن ما ذكرناه فى الحجر فى بند ٣٦٣

(٦) س ٢٦ أبريل ١٨٩٣ ع ٥ ص ١٨٨

لا يقتضى ذكر أن « القيمة وصلت » بعكس القانون المصرى (والقانون الفرنسى قديماً<sup>(١)</sup>) فانه يستلزم ذلك فالكمبيالة المسحوبة فى المانيا والواجبة الدفع فى القاهرة تكون صحيحة شكلاً رغم عدم ذكر « القيمة وصلت » كذلك يجوز القبول شفاهاً فى قانون مقاطعة اللينواس فى أمريكا الشمالية فاذا سحبت كمبيالة من لندن أو من مصر على مدينة فى اللينواس وقبلت شفاهاً فيها كان القبول صحيحاً<sup>(٢)</sup>

ويستثنى القانون الانجليزى هنا حالتين :

استثناءان

الاولى : اذا سحبت كمبيالة فى بلد أجنبى ولم تكن قد وضعت عليها أوراق التمغة اللازمة طبقاً للقانون المالى فى ذلك البلد وكانت بناء على ذلك باطلة فى نظر ذلك القانون فاتها لا تعتبر باطلة لهذا السبب فى إنجلترا . وهذا الاستثناء ليس مراعى بصفة عامة خارج إنجلترا حيث القاعدة ان الكمبيالة الباطلة بطلاناً تاماً بحسب قانون محل تحريرها تعتبر باطلة فى كل جهة ، على أنه اذا كان البطلان نسبياً بمعنى انها لا يصح التمسك بها لاثبات الدين ، فان عدم وضع التمغة عليها فى بلدها لا يجعلها باطلة فى الخارج لانه ليس من الواجب على أى بلد أن ينفذ القوانين المالية الخاصة ببلاد أخرى<sup>(٣)</sup>

الثانية : اذا كانت الكمبيالة المسحوبة فى الخارج صحيحة فى الشكل طبقاً لقانون المملكة المتحدة البريطانى فاتها تعتبر صحيحة من حيث وجوب دفع قيمتها

٢ : توافر الشكل المحلى

[٤٠٤] (١) القانون الفرنسى فى موضوع الكمبيالات تعدل كثيراً بمقتضى القانون الصادر فى ٨ فبراير ١٩٢٢ وتتلخص التعديلات المهمة فيه فى انه اولا النى المادة ١١٣ تجارى المتعلقة باستثناء النساء والبنات غير التاجرات ثانياً النى لزوم ذكر « القيمة وصلت » ثالثاً النى وحبوب ذكر التاريخ فى التحويل وذكر ان القيمة وصلت وذكر اسم المحول اليه واكتفى بتطلب امضاء المحول ، ونص على ان التحويل يتضمن الحوالة ولا يعتبر توكيلاً الا اذا كان ذلك قصد المتعاقدين ، ونص على ان ملكية مقابل الوفاء تنتقل قانوناً الى حاملى الكمبيالة بالتوالى — راجع فى شرح القانون مقالة الاستاذ سان بلانكا المدرس فى مدرسة الحقوق الفرنسية فى مصر المصرية عدد مايو ١٩٢٢ ص ٣٩٩ — ٤٢١ وكلمة الجازيت عنه ، ١٢ ص ١٤٤ و ١٤٥

(٢) راجع دابسى<sup>١</sup> ص ٦٣٨ وقالبيرى ص ١٢٧٩

(٣) دابسى ص ٦٣٥ ، ، وقالبيرى ص ١٢٨٢ وهنا بند ٣٣٦ ص ٣٦٥

بين جميع الأشخاص الذين يتعاملون بها أو يحملونها أو يشتركون فيها بشكل من الاشكال في المملكة المتحدة . وهذا الاستثناء عملي جداً لأنه يعتبر الكمبيالة انجليزية من حيث وجوب احترامها ودفع قيمتها في إنجلترا ولا يعابى بطلانها في الخارج بسبب نقص في الشكل بحسب قانون الجهة التي مسجت فيها والغرض من هذا الاستثناء حماية مصالح من يتعامل بها في إنجلترا

شكل التحويل : يجب ان يكون كل تحويل للكمبيالة صحيحاً شكلاً بحسب قانون الجهة التي حولت فيها وذلك لان كل تحويل يعتبر عقداً مستقلاً في ذاته يلتزم به المحيل بدفع قيمة الكمبيالة لحاملها الجديد ولذلك وجب ان يكون هذا العقد صحيحاً طبقاً لقانون بلد تحريره (٤)

وقد طبقت المحاكم المختلطة هذا المبدأ فحكمت بان صحة أو قيمة التحويل تتحدد بحسب قانون الجهة التي امضى فيها وبذلك يكون التحويل على بياض endossement en blanc صحيحاً اذا حصل في إنجلترا لان قانونها يميزه ويجعل حامل الكمبيالة مالكا لها ويعتبره حسن النية (٥) كذلك حكم بان التحويل الذي لم يذكر فيه التاريخ صحيح في قانون سويسره حيث حصل التحويل ويجب احترامه في مصر واعتباره ناقلاً للملكية رغم كون القانون المصري يستلزم التاريخ (٦)

ويلاحظ أخيراً ان المحل المذكور في الكمبيالة باعتباره البلد الذي حررت فيه يجب ان يعتبر المحل الحقيقي الذي صدرت فيه بصرف النظر عن حقيقة الحال . فالكمبيالة التي مسجت في باريس ولكن كتب عليها انها حررت في لندن تعتبر

محل تحرير  
الكمبيالة

(٤) مثال ذلك في قانون سنة ١٩٢٢ الفرنسي يكتفى بان يضع المحيل امضاءه على ظهر الكمبيالة ، حتى التاريخ لم يتطلب فيكون التحويل صحيحاً بمجرد الامضاء

(٥) س م ٧ مايو ١٩١٧ جازيت ٧ ص ٨٦ نمرة ٢٥٤

(٦) س م ٢٩ مارس ١٩٢٢ جازيت ١٢ ص ١٨٧ نمرة ٣٢٢

صحيحة اذا كانت كذلك طبقاً لقانون انجلترا ولو خالفت قانون فرنسا . وهذه قاعده مقررّة لمصلحة حاملي الكمبيالة الذين استلوهها بحسن نيته في مقابل ما لهم من الحقوق ولذلك لا تعتبر صحيحة الا بالنسبة اليهم

الحقوق  
والواجبات

٤٠٥ — حقوق المتعاقدين في الكمبيالة وواجباتهم : هذه محكمة بالنسبة لكل من المتعاقدين بقانون البلد الذي حصل فيه التعاقد معه . وقد حكمت المحاكم المختلطة بناء على ذلك بأنه في حالة كون صاحب الكمبيالة متوطناً في مصر وحصول السحب في مصر فإن القانون الذي يسرى عليه امام المحاكم المختلطة هو القانون المختلط دون غيره (١)

التفسير

هذا وتفسير كل من السحب والتحويل والقبول يكون بحسب قانون البلد الذي حصل فيه كل منها ومع ذلك فيجب ألا يغيب عن الذهن أن التحويل انما يضمن دفع الكمبيالة المحولة ولذلك يجب اعتبار التحويل باطلاً ، ولو كان صحيحاً طبقاً لقانون البلد الذي حصل فيه ، اذا كانت الكمبيالة باطلة بحسب قانون البلد الذي سحبت فيه ( راجع أول بند ٤٠٢ )

حقوق الجميع  
ضد الساحب

كذلك تتوقف حقوق أولى الشأن ضد صاحب الكمبيالة — تلك الحقوق التي تنتقل بالتحويل من حامل الكمبيالة الى المحال — على نقطة جوهرية هي حق الساحب أو سلطته في سحب الكمبيالة على المسحوب عليه ، وهذه محكمة بقانون الجهة التي سحبت فيها الكمبيالة لا بقانون الجهة التي حولت فيها لان هذا القانون انما يحكم العلاقات بين المحيل والمحال دون علائق الساحب والمحالين فان هذه خاضعة لقانون الجهة التي سحبت فيها الكمبيالة

القبول

واخيراً فان قبول الكمبيالة ينشأ عنه عقد جديد بين القابل وجميع المتعاقدين على الكمبيالة وهذا العقد محكوم بقانون الجهة التي تم فيها القبول (٢) وهو وحده

[٤٠٥] (١) س ٦٢ أبريل ١٨٩٣ مج ٥٢ ص ٢٩١

(٢) قارن قاليري ص ١٢٨٣



الذى يبين هل يجوز تعليق القبول على شرط أو لا يجوز ، وهل يجوز نقض القبول أو لا يجوز

التضامن أما التضامن بين المتعاقدين المختلفين فانه لا يجوز التمسك به ضد أحدهم الا اذا كان منصوباً عليه في قانون البلد الذى حصل فيه التعاقد معه ولذلك يصح أن يكون التضامن واجباً ضد بعض المتعاقدين وغير واجب بالنسبة للبعض الآخر ، كل بحسب قانون عقده

الضمان والتزامات الضامن الاحتياطي le donneur de l'aval محكمة كذلك بحسب قانون البلد الذى وقع فيه الضمان

مقابل الوفاء وأما وجود مقابل الوفاء provision والآثار المترتبة على وجوده فهي من أمر قانون الجهة الموجود بها مقابل الوفاء . وعلى هذا يكون مثل مقابل الوفاء كمثل الضمانات العينية من منقولة وعقارية ولكن تتوقف معرفة ما اذا كان الدين المكون لمقابل الوفاء ينتقل مع الكمبيالة الى الحامل ، بحسب رأى محكمة النقض الفرنسية ، على قانون البلد الذى حررت فيه الكمبيالة غير أن قاليرى يرى بالعكس أن ذلك يتوقف على قانون محل توطن المسحوب عليه (٣)

ضياح الكمبيالة وفى حالة ضياح الكمبيالة يجب على من كان حاملا لها وقعدها ان يتخذ الاجراءات التى يوجبها قانون البلد الواجب دفع قيمة الكمبيالة فيه من حيث المعارضة فى دفع قيمتها أو من حيث طلب دفع قيمتها رغم ضياعها وهذا القانون نفسه يبين أيضا حقوق من تكون الكمبيالة فى يده حالة كونه حسن النية

واجبات حامل الكمبيالة ٤٠٦ - واجبات حامل الكمبيالة : تتحدد واجباته بالنسبة لتقديم الكمبيالة من أجل طلب قبولها أو طلب دفعها بمقتضى قانون البلد الذى يحصل فيه طلب القبول أو طلب الدفع

وتطبيقا لهذا المبدأ قرر القانون التجارى المصرى فى المادة ١٦٠ / ١٦٧ تحديد  
 المدة ( من ستة أشهر الى سنة ) التى يجب فى خلالها على حامل الكمبيالة المسحوبة  
 فى الخارج والواجبة الدفع فى القطر المصرى ، سواء كان بمجرد الاطلاع عليها أو بعده  
 يوم أو أكثر أو بشهر أو أكثر ، ان يطلب دفع قيمتها أو قبولها والا سقط  
 حقه فى الرجوع على المحيلين وكذلك على الساحب اذا كان قد أوجد مقابل الوفاء  
 عند المسحوب عليه

كذلك قررت المادة نفسها سقوط حق حامل الكمبيالة فى الرجوع المذكور  
 اذا كانت مسحوبة من البلاد المصرية لاجل دفعها فى البلاد الاجنبية أو قبولها  
 اذا لم يطلب دفع قيمتها أو قبولها فى المواعيد المحددة لكل من المسافات المذكورة  
 فيها وفى هذه الحالة قررت المادة ١٦٦ / ١٧٣ فيما يتعلق بالرجوع على الساحبين  
 والمحيلين المقيمين بالقطر المصرى انه بعد عمل البروتستو تحصل مطالبتهم فى  
 مواعيد تختلف من ثلاثة أشهر الى سنة بحسب قرب البلد الاجنبى الواجب فيه  
 الدفع أو بعده من القطر المصرى

وقررت المادة ان الاحكام المتقدمة لا تخل بالشروط التى تحصل بخلاف ذلك  
 بين آخذ الكمبيالة وساحبها والمحيلين أيضا

وقد حكم بان هذه المادة لا تسرى على السندات التى تحت اذن

(١) billets à ordre

اما واجبات حامل الكمبيالة من حيث وجوب عمل البروتستو أو الاكتفاء  
 به أو وجوب الاخبار فى حالة الرفض notice of dishonour, notification du  
 protêt أو غير ذلك فانها محدودة بقانون البلد الذى رفضت فيه الكمبيالة أو رفض  
 دفعها مثال ذلك : شخص ( أ ) يحول كمبيالة فى انجلترا الى آخر ( ب ) وهى واجبة

البروتستو  
والاخبار به

الدفع في باريس وهذا يحولها الى فرنسي لم يستطع الحصول على قبولها أو قبضها فيعمل عنها البروتستو ويعلن ذلك الى (أ) طبقا للقانون الفرنسي (١٦٥/ ١٧٢ مصرى) فيجوز رجوع (ب) على (أ) رغماً من كونه لم يعلن اليه الرفض طبقاً لما يوجبه القانون الانجليزى<sup>(٢)</sup> كذلك اذا سحبت كميالة في انجلترا وكانت واجبة الدفع في اسبانيا وقد حولت في انجلترا من (أ) الى (ب) وهذا حولها الى (ج) ورفضت الكميالة فلم تقبل وبعد ذلك بأثنى عشر يوماً أعلن (ج) رفضها الى (ب) وهذا أعلن به (أ) وفي القانون الاسباني لا ضرورة للاعلان في حالة الرفض، فيجوز رجوع (ب) على (أ)<sup>(٣)</sup>.

تاريخ الدفع

٤٠٧ — ويتحدد التاريخ الواجب فيه الدفع في حق الكميالات المسحوبة من بلد على آخر طبقا لقانون البلد الواجب فيه الدفع. مثال ذلك في القانون الانجليزى يسمح بثلاثة أيام لدفع قيمة الكميالات المحدد لدفعها تاريخ معلوم ولا يسمح باى ميعاد فى القانون الفرنسى فاذا سحبت كميالة من باريس على لندن فاتها يجوز دفعها بعد أيام ثلاثة أما اذا سحبت من لندن على باريس فلا يكون تمت سماح بعد اليوم المحدد

كذلك اذا سحبت كميالة من لندن على باريس وقبل الاستحقاق صدر قانون فى فرنسا بسبب الحرب مثلاً بتأجيل دفع الكميالات الحالة مدة شهر بعد الاستحقاق فان ميعاد الدفع يتحدد طبقا للقانون الفرنسى دون غيره<sup>(٤)</sup>

(٢) يظهر ان القانون المصرى تبعاً للقانون الفرنسى لا يوجب اعلان البروتستو المعمول لعدم الدفع الا اذا طالب حامل الكميالة من حولها اليه وكانت مطالبتة له بالانفراد ولذلك فلا ضرورة لاعلانه ايضاً للمحيطين السابقين ولا للساحب بعكس الحالة فى انجلترا

(٣) دايسى ص ٦٤٢ — ويظهر ان المقصود بعدم ضرورة الاعلان فى حالة الرفض هو عدم ضرورة اعلان الساحب من جانب حامل الكميالة وهذا لم يحصل مع ان القانون الانجليزى يتطلبه وبالرغم من ذلك يكون الرجوع صحيحاً

(٤) دايسى ص ٦٤٣

السندات  
الآخري

٤٠٨ - السندات تحت الاذن والسندات التي لحاملها وغيرها من الاوراق التجارية : تسرى القواعد العامة المتقدمة المتعلقة بالكبيالات على السندات تحت اذن وعلى الاوراق الآخري بعد اجراء التغييرات اللازمة طبقاً لمقتضى الحال مثال ذلك يعتبر كاتب السند تحت اذن مثل قابل الكبيالة ، ويعتبر المحيل الاول للسند تحت اذن مثل صاحب الكبيالة المقبولة والواجبة الدفع الى أمر صاحبها ولا محل في السندات تحت الاذن للكلام على تقديمها للقبول أو لقبولها ولا لمقابل الوفاء ، فاتها تعهدات صادرة من المتعهد مباشرة ، كذلك لا محل للكلام على عملها من صور متعددة كما هي الحال في الكبيالات<sup>(١)</sup>

### المبحث الخامس - الافلاس

٤٠٩ - تختلف قوانين العالم في اجراءات الافلاس كما تختلف أيضاً في الشروط التي تستلزمها لوجود حالة الافلاس وفي الحقوق والواجبات التي يمنحها أو يوجبها الافلاس على كل من كان له شأن فيه  
فاذا صرفنا النظر عن الاختلافات الموجودة في مسائل المرافعات في مادة الافلاس باعتبار أن هذه المسائل انما يتبع فيها دائماً قانون المحكمة التي تحكم بأشهار الافلاس فلا نستطيع أن نغض الطرف عن الاختلافات الكبيرة التي تفصل قوانين العالم بعضها عن البعض في نقط جوهرية متعلقة بالافلاس وجواز الحكم به وآثاره

افلاس غير  
التجار

وأول فرق مهم بين قوانين العالم هو أن بعضها ، مثل قوانين إنجلترا وأمريكا والمانيا وهولاندا والسويد والدانمارك ، يجعل كل شخص معرضاً للحكم عليه

[٤٠٨] (١) قارن دابسي ص ٦٤٦ - ٦٤٨ وراجع القانون التجاري المصري مادة ١٨٩/١٩٦ الى ٢٠٠/١٩٣

بالافلاس سواء كان تاجراً أو غير تاجر ، بعكس البعض الآخر — مثل قوانين فرنسا ومصر وإيطاليا وبلجيكا — يجعل الافلاس مقصوراً على التجار دون غيرهم ويجعله نظاماً من النظم التجارية المحضة لا يضرب الا على التجار في مقابل المزايا والامتيازات التي يتمتعون بها في القانون من حيث سهولة الاثبات وسرعة تحصيل الديون وشمول الاحكام بالنفاذ المجل الى غير ذلك مما هو معلوم في المسائل التجارية (١)

وهناك فرق ثان قد كادت تزول معاملة الآن ولم يبق الا في قليل من القوانين الحالية وهو تمييز الدائنين الوطنيين على الدائنين الاجانب في توزيع أموال المفلس بينهم وهو باق للآن في قانون النمسا وقانون أوراجوي ( بند ١٤٩ ) وقد كان مقررأ في القانون البروسي الصادر في سنة ١٨٥٥ والذي ألغى الآن ومع ذلك فقد نص القانون الالماني الصادر في سنة ١٨٧٧ على جواز التمييز بين الوطنيين والاجانب التابعين لحكومات يراد الاقتصاص منها (٢) على أن كل قوانين العالم تقريباً لا تميز الآن بين وطنيين وأجانب من حيث حقوقهم في أموال المفلس

تمييز الوطني على  
الاجنبى

وهناك فرق ثالث في منتهى الأهمية وهو خاص بطبيعة الحكم باشهار الافلاس فانه في القانونين الفرنسى والمصرى وكثير من القوانين الاخرى لا تنتقل بمقتضاء ملكية شىء من أموال المدين الى وكلاء الديانة syndics أو الامناء trustees ولكنه حكم يصدر لصالح الدائنين ترفع به يد المفلس عن ادارة جميع أمواله وعن ادارة الاموال التي تؤول اليه الملكية فيها وهو في حالة الافلاس ويخول بمقتضاء وكيل الديانة حق تمثيل الدائنين ويلتزم بذلك وعليه ادارة شؤون المفلس المالية لمصلحة الدائنين بدون ان تنزع ملكيته عنها كما يخول رفع كل الدعاوى التي كان للمفلس نفسه رفعها ، وهو يمثل في ذلك مصلحة الدائنين ، ولا تقام الدعاوى بخصوص أموال المفلس ولا يستمر

آثار حكم  
الافلاس

[٤٠٩] (١) قارن فاليرى ص ١٣٠٦ والمجازيت ٢ ص ١٦٥

(٢) وستليك وبتوتيش ص ١٥٨ ، ،



السير فيها بعد الافلاس الا في مواجهة وكلاء الدائنين

بمكس الحال في بعض القوانين الاخرى مثل القانون الانجليزي فان الافلاس يعتبر فيه بمقتضى قانون سنة ١٨٨٣ الذى حل محله قانون سنة ١٩١٤ Bankruptcy Act, 1914 بمثابة حوالة عامة Universal assignment تنتقل بها ملكية أموال المفلس الى الامين trustee وهو يملكها لحساب الدائنين<sup>(٣)</sup>

يبدأ وحدة  
الافلاس

هذا وبما ان الافلاس يصدر به حكم دائماً فلا مناص من التساؤل عن امكان تنفيذ هذا الحكم ومعرفة آثاره الاخرى في الخارج فاذا تيسر ان يحصل الاعتراف بهذا الحكم وتنفيذه في كل جهة فتكون النتيجة امكان تحقيق مبدأ « وحدة الافلاس وعالميته » Principe de l'unité et de l'universalité de la faillite, وبذلك يمكن اعتبار الشخص الذى حكم بافلاسه في جهة معينة مفلساً في كل جهة اخرى يكون له فيها أموال وتعاون السلطات القضائية في كل بلاد العالم على تحقيق الغرض من حكم الافلاس وهو توحيد ادارة أموال المفلس وتوزيعها على من يستحقها من الدائنين في كل مكان ولكننا نعلم ان تنفيذ الحكم في كل البلاد الاجنبية أمر محفوف بالصعوبات ولا يتيسر في كثير من الاحوال (بند ٣٤٤،) وفي القانون الانجليزي مثلاً حيث تنتقل ملكية أموال المدين الى الأمين هل تمتد هذه الفكرة الى ما وراء حدود الاقليم الانجليزي فتسرى على أموال المفلس الخارجة عنه ؟ واذا حصل ذلك هل تسرى على المنقولات والعقارات ؟ لا يخلو الرد على هذين السؤالين من كثير من الشك ، ولكن من المقرر في انجلترا ان الاحكام الاجنبية الصادرة بافلاس المدين تشبه بالاحكام الانجليزية من حيث المنقولات فقط وتعتبر ، من باب التصور ، انها ناقلة ملكية المنقولات الموجودة في انجلترا الى وكلاء الدائنين الاجانب وهذا تحقيق جزئى لمبدأ وحدة الافلاس ولكن الحكم الأجنبي لا يؤثر مطلقاً على العقارات

السكينة في إنجلترا<sup>(٤)</sup>

الافلاس  
والتنفيذ  
الانفرادي

الفرق الرابع بين قواعد الافلاس في القوانين المختلفة ان بعضها — القانون الالماني مثلاً — يقرر ان حكم اشهار الافلاس الصادر في الخارج لا يمكن ان يمنع التنفيذ لصالح الدائن الفرد فيستطيع الدائن في المانيا مثلاً ان يباشر التنفيذ في الوقت الذي قد أصبح فيه المدين مفلساً بمقتضى حكم أجنبي ورغم من محاولة تنفيذ هذا الحكم في المانيا ما لم تكن هناك معاهدة بين المانيا والبلد الصادر منه الحكم وقد رأينا في بند ٣٥١ ان القوانين السودانية تحرم الحكم المصرى الصادر بالافلاس من ان يكون مثبتاً للافلاس في السودان أو قابلاً للتنفيذ فيه أو مانعاً من اتخاذ أى اجراءات فيه اذا كان المحكوم عليه مقيماً في السودان أو له املاك فيه . بينما يميز بعض القوانين الاخرى — مثل القانونين الانجليزى والفرنسى —

تفضيل حق الامناء أو وكلاء الدائنين المعينين من محكمة محل المدين في الخارج على حقوق أفراد الدائنين الذين يحاولون التنفيذ على أموال المدين بالحجز عليها تنفيذياً أو تحت يد الغير في بلدهم ، فلا يستطيع هؤلاء الافراد أن ينتفعوا من التنفيذ الانفرادى بعد شروع ممثلى التفليسة الاجنبية في عملهم في البلد المذكور<sup>(٥)</sup>

٤١٠ — يتضح مما تقدم أن الصعوبات الجوهرية القائمة في سبيل تحقيق

حظ مبدأ وحدة  
الافلاس

مبدأ وحدة الافلاس وعالميته تجعله غير ميسور التطبيق بشكل منتج

وفي الواقع فان أغلب قوانين العالم ضد هذا المبدأ واذا كانت القوانين لا تستنكره فهي لا تمحض على السعى في تحقيقه ، والمحاكم لا تناصره . ومن المؤكد أن الآراء الفرنسية والقوانين الانجليزية والالمانية تأخذ كلها بعكسه<sup>(١)</sup> ولكن بما أن الغرض من نظام الافلاس هو تسوية مطالب مجموع من الدائنين فانه

(٤) وستليك وبتويتش ص ١٥٩ و ١٦٠

(٥) وستليك وبتويتش ص ١٨١

[٤١٠] (١) وستليك وبتويتش ص ١٥٩ و ١٦٠

لا يكون ممكناً من الوجهة النظرية الصحيحة الا في جهة واحدة فقط وهي محل  
توطن المدين ولذلك فان المحكمة الشخصية للمدين تحمل في الاختصاص في مادة  
الافلاس بوجه عام محل المحاكم المختلفة التي كان لها الاختصاص بحسب  
الالتزامات السابقة التي عقدها المدين وأعقبها افلاسه <sup>(٢)</sup> وبما أن المصالح التي  
يمسها الافلاس هي مصالح مالية فلم يكن هناك نزعة من جانب رجال القانون  
ليحلوا الجنسية محل الموطن في تعيين المحكمة الشخصية المختصة بوجه عام كما حصل  
في العلائق الشخصية والعائلية الخاصة بالانسان والواقع أنه في البلاد التي لا تسرى  
فيها قوانين الافلاس الا على التجار لا يلتفت الى محل توطن المدين وحده في تعيين  
المحكمة المختصة بل الى محل التجارة الاصلى أو مركزها الاساسى <sup>(٣)</sup>

مبدأ تعدد  
التفليس

وبالعكس فان المبدأ الذي من مقتضاه ضرورة السماح بتعدد أحكام اشهار  
الافلاس في كل البلاد التي يكون للفلس أموال فيها وهو ما يسمى « مبدأ تعدد  
التفليس » *Système de la pluralité de faillite* وهو المبدأ المتبع عملاً بوجه  
عام - هذا المبدأ وان كان موجبا للتيسير من الوجهة المحلية الا انه مخالف لمبادئ  
العدالة التي توجب تقليل المصاريف القضائية بقدر الاستطاعة والتي توجب احترام  
الاتفاقات الخاصة التي تحصل بين المدين وأغلبية دائنيه وهي المسماة بالصلح الاحتياطي  
أو الصلح عقب اشهار الافلاس *Concordat préventif ou après faillite*  
ومبدأ تعدد التفليس هو الذي تغلب في العمل وسارت عليه أغلبية محاكم  
العالم وقوانينه ومع ذلك فسرى في بند ٤١١ ان هناك بعض عوامل تخفف من  
مضاره نوعاً ما وتقرّبنا قليلاً من مبدأ وحدة الافلاس

امام المحاكم  
المختلطة

ولقد تقرر مبدأ تعدد التفليس في المحاكم المختلطة بحكم من دوائرها الجمعية  
صدر في قضية شركة « أراضى مصر الشمالية ليمتد » في ٥ يونيو ١٩١٢ (جازيت ٢

(٢) قارن سافيني ترجمة جوتري ص ٢٠٩ بند ٣٧٤

(٣) وستليك وبتوتيش ص ١٥٦

حكم الدوائر  
المجموعة أجاز  
النقد

ص ١٧٩ ) جاء فيه « أن مبدأ وحدة الافلاس وعالميته لم يتقرر بعد بصفة دولية احتراماً للسيادة الواجبة لكل حكومة ولاستقلال النظم القضائية بعضها عن البعض ولذلك فانه من الجائز قانوناً أن يحكم بافلاس شركة أراضى مصر الشمالية ليمتد في الوقت الذى هى فيه فى حالة تصفية فى إنجلترا »

تطبيقات

ولقد كانت الاحكام السابقة سائرة على هذا المبدأ من قبل فقد حكمت محكمة الاستئناف المختلطة<sup>(٤)</sup> بأن الحكم الاجنبى الصادر باشهار الافلاس لا يكون له فى مصر ، ضد الاشخاص الذين لم يكونوا طرفاً فيه ، أى تأثير ولا نتيجة مما يجب له فى البلد الذى صدر فيه وما لم يكن هناك نص صريح فى القانون أو معاهدة دولية توجب التبادل فإن آثار الحكم الاجنبى المقرر افلاس المدين تبقى محصورة داخل حدود الاقليم الذى صدر فيه الحكم وفى هذه القضية حكمت المحكمة بان لا حق للأمين trustees المدين من قبل المحكمة البريطانية والثابتة صفته من الحكم البريطانى فى ان يدفع فرعياً بعدم قبول المقاصة التى يتمسك بها المدعى عليه ارتكانا الى ان القانون الانجليزى لا يميز المقاصة من بعد حكم الافلاس

كذلك قد حكم بانه اذا صدر حكم من المحكمة العليا الانجليزية بتصفية شركة انجليزية مركزها فى لندن ولكنها كانت تقوم باعمال فى مصر ولها وكلاء رسميين فيها وعين لها الحكم مصفياً فى لندن فان هذا الحكم ، الصادر فى بلاد أجنبية والذي هو غير معلوم لدائى الشركة المصريين الذين لا يحكمهم فى صلاتهم مع الشركة الا القانون المصرى ، لا يمكن ان يكون من شأنه الزام هؤلاء الدائنين بمقاصة الشركة فى لندن فى شخص المصفى مع ما يترتب على ذلك من التأخير الذى تستدعيه مسافات الطريق . وبالعكس يكون لهؤلاء الدائنين حق مقاصة

الشركة فيما يختص بالأعمال التي تمت في مصر امام المحاكم المختلطة وفي مواجهة الممثل الرسمي للشركة في مصر<sup>(٥)</sup>

وأخيراً حكمت محكمة اسكندرية المدنية برفض طلب وضع أمر التنفيذ على حكم انجليزى صادر بالتصفية الاختيارية Voluntary liquidation لشركة رودوكاناكي رينولدز وشركاهم ليمتد ( بند ٣٦٧ ) باعتبار سابقاً لاوانه نظراً لوجود قضية مرفوعة على هذه الشركة امام محكمة التجارة المختلطة باسكندرية وبمحتمل أن يحكم فيها بإشهار الافلاس وفي هذه الحالة يجب أن يكون التفضيل لحكم القانون المحلى . فاذا رفض طلب الافلاس فيكون تمت محل لفحص طلب التنفيذ المطلوب لحكم التصفية . والواقع أن المحكمة التجارية حكمت بافلاس الشركة المذكورة في مصر رغم سبق صدور حكم بتصفيتها في انجلترا<sup>(٦)</sup>

٤١١ - ويلاحظ أن آثار مبدأ تعدد التفاليس تخفف في الواقع كثيراً نحو مبدأ الوحدة بأمر متعددة كما قلنا في بند ٤١٠ نذكر منها هنا ما يأتى :

أولاً : ان الاحكام الاجنبية تنفذ في مصر بشرط التبادل ومع تحقق الشروط تنفيذ الحكم الاجنبى  
الآخرى التي مرت في الكلام على الاحكام ( بند ٣٤٤ ، ، ) فاذا لم يتيسر التبادل كما في حالة الاحكام الانجليزية والفرنسية فلا بد من رفع دعوى بهذه الاحكام كما تقدم شرحه<sup>(١)</sup> وبالعكس يجوز تنفيذ الاحكام الايطالية والالمانية نظراً للتبادل ولكن بشرط ألا يكون قد صدر في مصر حكم بإشهار الافلاس ضد المدين نفسه أو رفعت الدعوى بطلب الافلاس كما تقرر في حكم شركة

(٥) س م ٢٥ نوفمبر ١٨٩١ مج ت م ٤ ص ١٤

(٦) محكمة اسكندرية المدنية في ٥ ابريل ١٩١٣ جازيت ٣ ص ١٣٧ نمرة ٢٩٩

والجازيت ٣ ص ١٣٨ نمرة ٣٠٠ وقد اشتمل حكم المحكمة المدنية على ذكر المبادئ المتعلقة بالافلاس في الخارج وفي مصر بشكل واف

[٤١١] (١) راجع البند السابق وراجع بند ٣٤٤ في الاحكام الانجليزية وبند ٣٤٤ ب

والجازيت ٣ ص ١٩٣ نمرة ٤٢٢ بالنسبة للاحكام الفرنسية



رودوكاناكي (البند السابق) ويصح هنا أن نذكر أن النظام العام في مصر يأبى أن ينفذ فيها حكم أجنبي يقضى بافلاس شخص غير تاجر فيكون ذلك من موانع التنفيذ للحكم ولو توافر شرط التبادل ( بند ٣٤٦ مكرراً )

آثاره الأخرى

ثانياً : للأحكام الأجنبية آثار أخرى عدا التنفيذ وتترتب هذه الآثار على الحكم الصادر بافلاس بدون احتياج لاستصدار أمر بتنفيذه ( بند ٣٤٩ ) وبناء على ذلك حكمت المحاكم المختلطة بأن الحكم الأجنبي المتمسك به لا من أجل طلب تنفيذه بتوقيع حجز بمقتضاه مثلاً ولكن من أجل اثبات أن المتمسك به قد تعين وكيلاً للدائنين في حكم اشهار الافلاس هو حكم لا ضرورة لاشتماله على صيغة التنفيذ المصرية لأن الحكم نفسه وهو خال عن هذه الصيغة يعتبر كسند رسمي مثبت للوقائع التي يقررها وعلى الخصوص للوكالة الرسمية المعطاة لوكيل الدائنين بأن ينوب عن المفلس امام القضاء (٢)

كذلك حكم بأن حكم محكمة أجنبية بافلاس أحد التجار يجب ان يصدر به أمر التنفيذ من المحاكم المصرية قبل أن يباشر بمقتضاه أى عمل من أعمال التنفيذ والقهر ولكن لا ضرورة مطلقة لأمر التنفيذ اذا ما أريد مجرد التمسك به لاثبات ان المحكوم عليه يعتبر ناقص الأهلية بصفته مفلساً ولذلك ترتب على هذا الحكم آثاره القانونية من هذه الوجهة اعتماداً على صفته الرسمية فقط (٣)

ثالثاً — في انجلترا يجوز لكل من يعين وكيلاً للدائنين بمقتضى حكم أجنبي أن يضع يده على جميع منقولات المدين الكائنة في انجلترا ارتكانا الى فكرة ان حكم اشهار الافلاس ينقل ملكية أموال المدين الى الامين أو وكيل الدائنين ، والى فكرة أن المنقولات تتبع الشخص بعكس العقارات (٤)

حقوق الامن  
في انجلترا

(٢) س ١١ أبريل ١٨٩٥ مج ٧ ص ٢٦٧

(٣) س ٢ ديسمبر ١٨٩٦ مج ٩ ص ٣٩

(٤) راجع شرح الفكرة الاولى في بند ٤٠٩ والثانية من القواعد القديمة المقررة في

مادة الوارث في نظرية الاحوال ( بند ٢٥٧ )

رابعاً : قضت الدوائر المجتمعة لمحكمة الاستئناف المختلطة في حكمها المشار وجوب التعاون بين الدول اليه في ص ٥٩٨ هنا بأنه من واجب السلطة القضائية في كل بلد اذا ما طلب منها الفصل في المنازعات أن توفق بقدر الاستطاعة بين تطبيق قوانينها واختصاص محاكمها ، وتطبيق قوانين البلد ذي الشأن واختصاص محاكمه ، على أن يكون التفضيل دائماً لقوانين ومحاكم السلطة الاقليمية اذا استحال التوفيق بين القوانين والاحكام المختلفة . وفي هذه القضية لم يكن التوفيق بين القوانين الانجليزية والمصرية ممكناً فحسب بل هو بسيط وسهل . ولذلك قد سمح للمصفي المعين في إنجلترا لتمثيل أصحاب الاسهم بأن يقوم بجميع الاعمال التي كان يصح للمفلس أن يقوم بها ، أي أن يكون له عمل كل ترتيب يجيزه القانون المصري . ومعنى ذلك أن الحكم الاجنبي باشهار الافلاس يصح أن ينتج آثاره في مصر اذا ما بذلت السلطة القضائية المصرية المعونة المنطوية على الصداقة freindly co-operation في كل الاحوال التي تكون فيها المعونة ممكنة

والواقع أنه لا يتسنى التنظيم في موضوع الافلاس الا بالمعاهدات بين الدول ولقد وضع المعهد العلمى للقانون الدولى مشروعاً لتنظيم العلائق الدولية في مادة الافلاس في جلسته المنعقدة في باريس سنة ١٨٩٤ ثم وضع مشروعاً آخر من بعده في بروسيل سنة ١٩٠٢ ووضع مشروعاً آخر لحل تنازع القوانين في مادة الحقوق العينية في حالة الافلاس<sup>(٤)</sup>

٤١٢ - ومن أجل أن تبين حقيقة الحال في موضوع الافلاس لا بد من ايضاح درس ثلاث حالات مختلفة بحسب ما اذا كان الافلاس قد حكم به في مصر فقط أو في الخارج فقط أو حكم به في مصر وفي الخارج في وقت واحد أو أوقلت متقاربة

(٤) وهذه المشروعات منشورة كلها في مجموعة ألبيريك رولان ص ٣٢٢ — ٣٣١

١ : افلاس في مصر فقط

٤١٣ - الحالة الاولى : الافلاس محكوم به في مصر فقط . يجوز الحكم بالافلاس في مصر على الاجانب كما يجوز الحكم به على المصريين كلما كان الخصم أجنبياً أو كلما كان هناك صالح أجنبي في الموضوع بأن كان للمصري دائنون أجانب . ويمتد اختصاص المحاكم المختلطة في الافلاس من باب الاستثناء الى الحكم في الجرائم الخاصة به من افلاس بتقصير *banqueroute simple* وافلاس بتدليس *banqueroute frauduleuse* بصرف النظر عن جنسية الجاني ( بند ١٩٢ )

من هو تاجر ؟

وأما من حيث القانون الذي يقرر ما اذا كان الشخص المراد الحكم بافلاسه تاجراً أو غير تاجر فهذا هو القانون المصري باعتباره قانون محل توطن المدين المطلوب افلاسه امام محكمة مصرية ( بند ٣٩٩ ) لأن المحاكم المصرية لا تحكم بافلاس الشخص كما سنذكره حالا الا اذا كان متوطناً في مصر أو كان على رأس محل تجاري كائن في الاقليم المصري

الاختصاص

وأما الاحوال التي تختص فيها المحاكم المصرية بالحكم بالافلاس فهي الاحوال التي يكون فيها المدين متوطناً في مصر أو يكون له فيها محل تجاري وبناء على هذا المبدأ حكمت محكمة التجارة المختلطة باسكندرية بأن التاجر يعتبر ذا محل أي متوطناً في كل جهة يكون له فيها محل تجاري مستقل ولذلك يصح رفع الدعوى باشهار الافلاس ضد رئيس فرقة ممثلين *impresario* متعهد بعمل دورات تمثيلية ، امام محكمة المدينة التي تمثل فيها فرقته وقت اعلان صحيفة دعوى الافلاس<sup>(١)</sup>

في الشركات

وفي حالة الشركات الاجنبية التي لها فرع أو فروع<sup>(٢)</sup> في القطر المصري قررت المحاكم المختلطة بصفة مضطرة أن مجرد وجود الفرع يجيز اختصاص المحاكم المختلطة في الحكم بافلاس الشركة في مصر : فقد حكم بأن مجرد وجود شركة أجنبية في

[٤١٣] (١) حكم ١٨ ديسمبر ١٩١١ جازيت ٢ ص ٤٣

(٢) راجع في تعريف الفرع بند ٣٣٦

حالة توقف عن دفع ديونها الى الدائنين لأحد فروعها في مصر يبيح لهؤلاء أن يعلنوا الشركة لسماع الحكم عليها بالافلاس امام المحكمة المصرية الموجود بدائرتها أحد فروع الشركة لأن المنطق يأبى أن تعتبر الشركة ذات شخصيتين مستقلتين مع انها شخص قانوني واحد (٣)

كذلك حكم في قضية شركة رودوكاناكي رينولدز وشركاهم ليمتد بأنه يكفي أن يكون للشركة فرع في مصر لكي تختص المحاكم المختلطة بالحكم بافلاسها (٤) وقد أيدت هذه القواعد محكمة الاستئناف المختلطة فقضت بأن المحكمة المختصة بالحكم باشهار افلاس الشركة هي الكائن في دائرتها مركز الشركة الاصلية وبالنسبة للشركات التي يكون مركزها في الخارج يكفي وجود فرع لها في مصر حتى يحكم بافلاسها فيها بالاقول بالنسبة للاموال الموجودة في مصر (٥)

أما من حيث آثار حكم اشهار الافلاس الصادر من المحاكم المصرية فالمرجع آثار الافلاس فيها يكون دائماً الى القانون التجاري المصري والى القانون الجنائي المصري من من أهلى ومختلط . ويلاحظ أن كثيراً من نصوص قانون التجارة المصري يرمى الى المحافظة على حقوق الدائنين المقيمين أو الموجودين في الخارج بمنحهم المواعيد الكافية للتقديم ولائبات حقوقهم (٦)

وأما من حيث الصلح، احتياطياً كان أو عقب اشهار الافلاس، فإن القانون المصري يعتبر آثاره عامة سارية على جميع الدائنين حتى لو كانوا قاطنين في الخارج (٣٣٨/٣٢٨) وفي الاحكام الحديثة تطبيق هام لهذا المبدأ، حيث حدث ان حصل أحد التجار الالمانيين في مصر على صلح أقله من ٧٠٪ من ديونه وكان

(٣) حكم محكمة التجارة باسكندرية في ٢٩ يناير ١٩١٢ جازيت ٢ من ٨٥

(٤) حكم محكمة التجارة باسكندرية في ٢١ ابريل ١٩١٣ جازيت ٣ من ١٣٨

نمرة ٣٠٠

(٥) س م ٢٤ مارس ١٩٠٩ مج ت م ٢١ من ٢٦٢

(٦) راجع المواد ٢٨٩ / ٢٩٧ و ٣٦٨ / ٣٨٣ و ٣٦٩ / ٣٨٤

الصلح صحيحاً ولامزماً لجميع الدائنين ولكن اثنين من الدائنين الالمانيين تمكننا من الحصول على ما استنزل من ديونهما (٧٠٪) في المانيا بواسطة حجز أموال المدين هناك . فأوقع المدين حجزاً تحت يد الغير في مصر على مالها لدى هذا الغير بأمر من رئيس المحكمة لاسترجاع السبعين في المائة التي حصل عليها بغير حق في المانيا وقد أقرته على عمله هذا محكمة التجارة بالقاهرة ومحكمة الاستئناف بعد ذلك<sup>(٧)</sup> وقد جاء في حكم الاستئناف أن حجة الشيء المحكوم به في الخارج لا يمكن التمسك بها في مصر للاخلال بما حكمت به المحاكم المحلية في نفس الموضوع من قبل : ولذلك فإن الدائن الذي تنازل عن جزء من الدين بمقتضى صلح صادقت عليه المحاكم المصرية نهائياً لا يمكنه أن يتمسك في مصر بحكم أجنبي يقر حقه في حجز أموال المدين في الخارج ليحصل منها على المبلغ الذي حصل التجاوز عنه بالصلح ويكون من حق المدين الذي حصل معه الصلح ، اذا وجد أموالاً لدائنه في مصر أن يحجزها تحت يد الغير حتى يسترجع المبلغ الذي استولى عليه الدائن في الخارج بغير حق ولا يكون لهذا الدائن<sup>(٨)</sup> في التمسك بالحكم الاجنبى لأن هذا الحكم يخالف الغرض الذي يتوخاه القانون المصرى المختلط<sup>(٩)</sup>

افلاس الشركة - ويلاحظ ان الحكم باشهار افلاس شركة مساهمة أجنبية مؤسسة بصفة  
الاجنبية أصولية في الخارج لا يترتب عليه افلاس الاشخاص المذكورة اسماؤهم ضمن اسم الشركة متى كان ذكر الاسماء جائز في القانون الاجنبى الذى تأمست الشركة تحت سلطانه كما هى الحال فى شركات المساهمة الانجليزية التى يصح فيها ذكر اسماء بعض الشركاء أو المؤسسين واتباع الاسماء بلفظ « ليمتد »<sup>(١٠)</sup> والسبب فى ذلك ان

(٧) الحكم الابتدائى صادر فى ٦ ابريل ١٩١٢ جازيت ٢ ص ١٤٤ وحكم

الاستئناف فى ٢١ مايو ١٩١٣ جازيت ٣ ص ١٩٢ نمرة ٤١٦

(٨) لاحظ ان المحكمة قد أخذت هذا التعبير الاخير عن القانون الالماني نفسه مع

تغيير الالفاظ الواجب تغييرها - راجع ص ٢٦٢ آخر بند ٢٦٨

(٩) راجع حكم محكمة التجارة باسكندرية فى أول أغسطس ١٩١١ جازيت ١ ص

١٤٥ تحت لفظ « قانون أجنبى »



الشركات الاجنبية المؤسسة في الخارج محكومة بالقانون الاجنبى الذى نشأت تحت  
لوائه ( بند ٣٦٤ )

أما من حيث آثار الاحكام المصرية الصادرة بافلاس وما يكون لها الحكم المصرى  
من القوة فى الخارج فهذا أمر يختص ببيان القانون الاجنبى الذى يراد تنفيذ الحكم  
المصرى أو التمسك به فى اقليمه (١٠)

٤١٤ - الحالة الثانية : الافلاس المحكوم به فى الخارج فقط : اذا حكم بافلاس  
شخص فى الخارج ولم يكن قد حكم بافلاسه فى مصر أيضا من قبل أو من بعد فيصح  
ان ينتج عن ذلك آثار خاصة فى القطر المصرى ( راجع بند ٤١١ ) ولكن اذا أريد  
تنفيذ الحكم الاجنبى باى شكل من الاشكال فلا بد من الحصول من محكمة مصرية  
على أمر بتنفيذه كسائر الاحكام الاجنبية (بند ٣٤٤ هـ) ومتى صدر أمر التنفيذ على  
الحكم الاجنبى فانه ينتج جميع آثاره فى مصر من حيث التنفيذ كما لو كان الحكم  
مصريا ، ويترتب عليه انه يصح ان يكون مانعا من اشهار الافلاس فى مصر من  
جديد متى حصل التمسك به فى الوقت المناسب كما يترتب عليه انتقال ادارة أموال  
المفلس الى الامين أو وكيل الدائنين المعين فى الحكم الاجنبى

غير أن اجراءات الافلاس لا تخرج عن كونها من اجراءات المرافعات أو طرق  
التنفيذ ولذلك يجب السير فيها فى مصر طبقا للقانون المصرى أمام المحاكم المصرية  
( بند ٣٣٠ ) خصوصا فيما يتعلق ببيع الاموال الموجودة فى مصر من منقولات  
وعقارات ولا يترتب على هذا البيع أى اخلال بحقوق الدائنين المرتهنين الذين لهم  
حقوق على عقارات المفلس وحافظوا عليها طبقا للقانون المصرى

ولا بد هنا من الاشارة الى ان الافلاس المحكوم به فى الخارج لا يمنع من نفسه  
الافلاس فى الخارج لا يمنع منه فى مصر

(١٠) راجع فيما يتعلق بالقانون الانجليزى فى هذه النقطة بند ٤٠٩ وفيما يتعلق  
بالقانون السودانى بند ٣٥١ وهو يقرر صراحة ان لا قيمة مطلقا للحكم المصرى فى هذه الحالة  
وقارن قالبرى ص ١٢٩٨ ،

طلب حكم بافلاس المدين في مصر بناء على مبدأ جواز تعدد التفاليس الذي أخذت به الدوائر المجتمعة لمحكمة الاستئناف المختلطة ( بند ٥٩٨ ) وان طلب الامر بتنفيذ الحكم الاجنبى يمكن اعتباره سابقاً لأوانه متى شرع في طلب افلاس المدين أمام المحاكم المصرية كما قدمنا <sup>(١)</sup>

كذلك حكم بان مجرد صدور حكم أجنبي على شخص مقيم في مصر باشهار افلاسه لا يمكن ان يعتبر عقبة في سبيل حصوله على صلح احتياطي في مصر وذلك ان الحكم الأجنبي غير واجب التنفيذ في مصر <sup>(٢)</sup> لذاته وبدون اجراءات واذا كان شرط التبادل ( بند ٣٤٥ ) غير متوافر فلا يمكن صدور الأمر بالتنفيذ بالطرق المعتادة بل لا بد من رفع دعوى أمام المحكمة المصرية بطلب تنفيذ الحكم الاجنبى أو بالحكم بالافلاس بناء عليه

ويلاحظ أخيراً أن الحكم الأجنبي باشهار الافلاس لا يترتب عليه التأثير من تلقاء نفسه على حق الدائنين في مصر في مباشرة الاجراءات الفردية ضد الاموال العقارية المملوكة للمدين في مصر . ولذلك قد حكم بأن الدائن الذى يباشر اجراءات التنفيذ العقارى وهو متمتع بامتياز البائع وفي مركز يسمح له بناء على ذلك بأن لا يعبأ بما يكون من أمر التفليس نظراً لعدم وجود نص قانونى يوجب عليه ذلك ، ليس مكافئاً أن يعلن ايداع قائمة شروط البيع الى وكيل الدائنين المعين في الخارج حتى لو علم بحالة الافلاس وقت أن أعلن ايداع القائمة الى المدين وليس لوكيل الدائنين الا أن يتدخل في التنفيذ العقارى ويطلب تحويل الاجراءات <sup>(٣)</sup>

التنفيذ  
الانفرادى بعد  
الافلاس

[٤١٤] (١) حكم اسكندرية المدنية المشار اليه في بند ٤١٠ حاشية ٦ وقارن بند ٣٤٥ خامساً

(٢) حكم محكمة التجارة المختلطة بالقاهرة بالتصديق على الصلح الاحتياطي في ٢٤ يونيه ١٩١١ جازيت ١ ص ١٤٥ تحت كلمة افلاس ومما يؤسف له عدم نشر حيثيات الحكم (٣) س ١٨ يونيه ١٩١٤ جازيت ٤ ص ١٧٩ مرة ٤٣٨ وراجع المادة ٢١٧ /

وأما الصلح الحاصل في الخارج فانه لا يكون له قوة تنفيذية في مصر الا اذا صودق عليه أو اعتمد من المحاكم المصرية<sup>(٤)</sup>

٤١٥ - الحالة الثالثة : الافلاس المحكوم به في مصر وفي الخارج  
 Concomitance de faillites وهذه الحالة تتحقق في حالة صدور حكم في مصر وآخر في الخارج من بعده أو بالعكس : ففي هذه الحالة تستمر كل تفضيلة على حسب قانون المحكمة التي حكمت بالافلاس وتسير كل تفضيلة بالاستقلال عن الاخرى وذلك لا يمنع من المساعدة المنطوية على الصداقة في كل الاحوال التي يستطيع فيها القضاء المحلي أن يساعد ، كما أنه لا يمنع المحاكم المصرية من أن تلجأ الى معاملة المثل بمثله من أجل احترام تنفيذ الاحكام المصرية ( قارن ما جاء في بند ٤١٣ بخصوص الالمانيين اللذين حصلوا على المبلغ المستنزل في الصلح وبند ٤٠٩ بخصوص القانون الالمانى نفسه بالنسبة للأجانب )

وبديهي أن أهم مسألة تعرض في حالة تعدد التفاليس في مصر والخارج هي مسألة توزيع أموال المفلس وكيف تكون مع تعدد السلطات المنظور أمامها الافلاس ومن الواجبات الاساسية منع تمييز بعض الدائنين على حساب البعض الآخر ولأجل الوصول الى هذه الغاية يستحسن الركون الى طريقة مماثلة لتلك التي اتبعها القانون المصرى التجارى في المواد ٣٤٨/٣٥٨ ، المتعلقة بحقوق الدائنين الحاملين سندات ديون engagements ممضاة أو محولة أو مكفولة من المفلس وآخرين ملتزمين معه على وجه التضامن ومفلسين أيضاً : وهى أن يدخلوا في جميع اجراءات

٢٢٥ تجارى ولكن هذه لا تسرى الا في حق الاحكام المصرية أو الاحكام الاجنبية التي صدر الامر أو الحكم بتنفيذها

(٤) قارن قاليرى ص ١٣٠٥ ، وقارن هذا بما مر هنا في بند ٤١٣ عن الصلح الحاصل في مصر وفوته بالنسبة للدائنين جميعا والحكمة في ذلك وجوب اشراف المحكمة المصرية عليه حتى تأمن بالاقل صعبته من حيث هو اتفاق بين جزء من الدائنين والمدين وسار على جيم الدائنين الاخرين

التوزيع التي تفتتح بالنسبة لكل من المفلسين ويكون دخولهم في كل منها بقدر أصل المبلغ المحرر به السند وما يتبعه الى تمام الوفاء أو الى أن يدفع اليه كل ما يمكن دفعه

وهذا الحل قد أخذت به محكمة التجارة المختلطة باسكندرية في حكمها الصادر في ٢٨ مايو ١٩٢٣<sup>(١)</sup> فقررت أن مبدأ اقليمية الافلاس territorialité de la faillite (وهو مبدأ التعدد وقصر كل تفليسة على الاقليم الذي حكم فيه بالافلاس) يقضى بتعدد الاجراءات وايجاد روكيات مختلفة بقدر تعدد الجهات التي يصح فيها اشهار الافلاس (محل الشركة وفروعها) ولكن لا يترتب على ذلك تقسيم الدائنين الى طوائف مختلفة بحيث أن من يدخل منهم في تفليسة لا يجوز له أن يدخل في الأخرى وذلك لأن مبدأ ضمان جميع أموال المدين لا التزاماته جميعاً، وضرورة معاملة الدائنين بالمساواة يقتضيان تقرير حق جميع الدائنين مهما كان محل نشوء دينهم، في التقديم في جميع التفاليس المفتوحة على المدين

وقد قررت المحكمة أن مجرد التخوف من أن المحاكم الأجنبية قد تتبع رأياً آخر في الموضوع بحيث يختل به ميزان التبادل الذي هو أساس قواعد القانون الدولي الخاص<sup>(٢)</sup> لا يسوغ لمحكمة مصرية أن تستبعد حلاً توجبه المبادئ القانونية الصحيحة

[٤١٥] (١) جازيت ١٤ ص ٦٩ نمرة ١١٥ وكان المدين شركة تضامن مركزها الاصلى في مدينة الاسكندرية ولها فرع في نابولي في ايطاليا لحكم بانهار افلاسها في نابولي في ايسطس ١٩٢٢ وقدم مركز الشركة باسكندرية دفاتره الى محكمة اسكندرية في سبتمبر ١٩٢٢ وانتهت اجراءات الافلاس في ايطاليا بان قبل الدائنون استلام ١٥ ٪ فقط من ديونهم ولكن المحكمة الايطالية رفضت المصادقة على هذا الصلح — وفي محكمة اسكندرية حصل صلح بين الدائنين والشركة على دفع ٢٥ ٪ من الديون وفي اجتماع الدائنين حضر اثنان من دائني فرع نابولي ومعا فرع بنك روما في القسطنطينية واتحاد البنوك السويسرية وطلبا نصيهما في الصلح مع كونهما من دائني الفرع وقدمتا في محكمة قنيسة الفرع فحكمت المحكمة بقبولهما

(٢) ليس هذا اساس القانون الدولي الان — راجع بند ١٨ و ٢٢٣ وان كان التبادل لأن شرطاً في تنفيذ الاحكام في مصر

## المبحث السادس - النقل البحري

٤١٦ - ندرس في هذا المبحث القانون الذى يحكم العقود المختلفة التى يمكن أن تحصل بخصوص السفن ولقد بينا الفرق فى الاحكام بين السفن العامة والخاصة فى بند ٦٧ وذكرنا أحكاماً متعددة بخصوص السفن وما يحصل فيها أو بسببها فى بند ٦٩ و ٧٩ و ١٠١ و ١٧٢ و ٣٣٨ و ٣٤٠ و ٣٩٧ و ٣٩٨ ومن المفيد هنا بيان القواعد التى وضعها المجمع العلمى لحل الخلاف فى المسائل البحرية ، فى اجتماع برومبل سنة ١٨٨٥ وهى :

ما يحكم فيه  
قانون العلم

١) Loi du pavillon على مقتضى قانون العلم

- ١ ( اجراءات العلنية اللازمة لنقل ملكية السفينة
- ٢ ( من هم دائنو المالك الذين لهم أو ليس لهم حق تتبع السفينة فى حالة بيعها
- ٣ ( هل يجوز رهن السفينة رهناً تأمينياً أم لا يجوز
- ٤ ( ما هى الاجراءات الواجبة لعلنية الرهون التأمينية البحرية
- ٥ ( ما هى الديون المضمونة بامتياز بحرى ( راجع بند ٣٠٥ هنا بخصوص سفينة يابانية)
- ٦ ( ما هى مراتب امتيازات الدائنين على السفينة
- ٧ ( ما هى الاجراءات التى يجب على الربان اتخاذها اذا أراد أن يعقد قرضاً بحرياً أثناء السفر
- ٨ ( ما هى حدود مسؤولية مالك السفينة بسبب أعمال الربان والملاحين الذين

[٤١٦] (١) قانون العلم الذى ترفعه السفينة وهو قانون الدولة التابعة اليها السفينة أو اصحاب السفينة . واذا كانت الدولة صاحبة العلم مكونة من بلاد متعددة يحكم كلا منها قانون خاص كما هى الحالة فى أمريكا وانجلترا فان قانون العلم يكون قانون البلد الذى هو جزء من الدولة ، والذى حصل فيه تسجيل السفينة ( دايى س ١٦٢ ) فان ما ذكرناه فى بند ٩٦ فان الحالتين متقاربتان



هم في خدمة السفينة وعلى الخصوص هل يجوز له أن يتخلص منها بالتخلي عن السفينة وعن مشحوناتها

٩) ما هي الاوصاف التي يجب أن تتوافر في الخسارات البحرية (بند ٤٢٢) حتى تعتبر عمومية *avarie commune* ويشترك فيها أولو الشأن

١٠) ممن تتكون مجموعة من يتحملون الخسارات العمومية خصوصاً من وجهة اشتراك مالك السفينة

### المطلب الاول - بيع السفن

٤١٧ - بيع السفينة محكوم بلا شك بقانون العلم متى حصل البيع في الدولة صاحبة العلم وبين اشخاص من رعاياها . فاذا حصل بيع سفينة انجليزية في ليفربول بين اثنين من الانجليز فهو صحيح . اذا تم طبقاً لمقتضيات القانون الانجليزي ولكن الصعوبات تنشأ اذا ما دخل في الموضوع عنصر أجنبي مثال ذلك اذا حصل البيع في ميناء أجنبية فان قانون الميناء يحكم هذا البيع طبقاً لرأى بعض المؤلفين كما هو الحكم بالنسبة لبيع المنقولات على العموم فانه محكوم بقانون موقعها (بند ٣٩٨) وذلك لمصلحة الغير الذين يمكن أن يتضرروا اذا لم يعمل البيع طبقاً للشكل المحلي وقد انتقد هذا الرأى انتقاداً شديداً نظراً لكونه لا يقر لسيادة الدولة صاحبة العلم بما يجب لها من الحقوق اذ في هذه الدولة يحفظ الدقر الذي يشتمل على بيان حالة السفينة ويجب أن يسجل رسمياً في هذا الدقر كل التغييرات التي تحصل في حالة السفينة

وقد لا حظ القانون المصري وجوب التسهيل فاجاز حصول البيع في أى جهة ولكنه اشترط حصوله بموجب عقد رسمى وأمام سلطات معينة مع وجوب تبليغ البيع الى الجهة المختصة حتى تقوم بواجبها هي الاخرى من حيث طلب التسجيل في الجهة التي حفظت فيها حالة السفينة : فقد نصت المادة الثالثة من قانون التجارة البحرى

المختلط على ان بيع السفينة كلها أو بعضها اختياراً يلزم ان يكون بسند رسمى سواء حصل قبل السفر أو فى اثناؤه والا كان البيع لانغيا ويحرر السند المذكور فى محكمة تجارية أو فى أودة التجارة<sup>(١)</sup> اذا كان البيع فى داخل ممالك الدولة العثمانية العلية وأمام قنصلها اذا كان البيع فى الممالك الاجنبية فاذا لم توجد محكمة ولا أودة تجارة فى محل البيع الذى بداخل ممالك الدولة العلية يجوز كتابة سند البيع أمام حاكم ذلك المحل بشرط حصول الاخبار به الى أقرب محكمة أو أودة تجارة اليه وان لم يوجد قنصل للدولة العلية فى بلد أجنبى تكون كتابته أمام القاضى أو الموظف المختص بذلك فى المحل بشرط حصول الاخبار به الى أقرب قنصل للدولة العلية

وتنطبق هذه المادة على بيع السفن العثمانية فى الخارج وهذا بالنص الصريح كما تنص على بيع السفن الاجنبية فى الديار العثمانية وهذا ظاهر من استعمال لفظ « أودة تجارة » بجانب محكمة التجارة : الاولى للسفن الاجنبية والثانية للسفن العثمانية ويظهر أنها تسرى ايضاً فى كل الاحوال التى يكون فيها أحد العثمانيين طرفاً فى البيع اذا حصل فى الخارج

وقد حكمت المحاكم المختلطة بأن بيع السفينة فى البلاد العثمانية يعتبر باطلا اذا لم يقع طبقاً للقانون العثمانى المشتمل على نفس النصوص الموجودة فى القانون المختلط<sup>(٢)</sup>.

أما دائنوا صاحب السفينة فلم فى القانون المصرى حق من نوع خاص بمقتضاه يستطيعون ان يحجزوا على السفينة بالرغم من البيع الاختيارى الذى توقع عليها أى

[٤١٧] (١) النص الفرنسى Chancellerie commerciale والترجمة العربية أودة التجارة والمقصود هنا ان يحصل البيع فى محكمة التجارة اذا كانت السفينة عثمانية وفى أودة التجارة اذا كانت أجنبية وقد اكتفى القانون الاهلى بالنص على تحرير السند امام المأوردين العموميين الذين من خصائصهم ذلك.

(٢) س ١٣ م ١٣ يناير ١٩٠٣ مج ت ١٥ ص ٨٧

بالرغم من انتقال ملكيتها لشخص ثالث ، وتباع بعد ذلك لسداد الدين المطلوب للدائنين الحاجزين بشرط أن يكون الدين ناشئاً عنها ولذلك تكون السفن ضامنة لوفاء ديون بائعها خصوصاً الديون المصرح في القانون بامتيازها على غيرها ( ٤/٤ تجارى بحرى )

وهذا الحق ثابت في مصر على كل السفن بصرف النظر عن جنسيتها وذلك لمصلحة الدائنين الذين يريدون مباشرة البيع في مصر<sup>(٣)</sup>

### المطلب الثاني — مشارطات الاقتراض البحري

Des contrats à la grosse  
Contracts of Bottomry and Respondentia

٤١٨ — مشارطة الاقتراض البحري هي عقد به يقرض مبلغ على السفينة وحدها ( ويسمى بالانجليزية Bottomry ) أو على مشحوناتها ( ويسمى بالانجليزية Respondentia ) أو عليهما معاً ( ويطلق عليه مجموع الاسمين بالانجليزية ويطلق على الجميع لفظ واحد بالفرنسية وهو 'contrats à la grosse' ) بشرط أنه اذا هلكت أو تلفت تلك الاشياء الضامنة لوفاء المبلغ المقرض بمحاذرة بحرية يضيع على المقرض المبلغ المذكور مع ارباحه المتفق عليها الا اذا أمكنه أن يستوفي حقوقه مما تخلص منها وأما اذا وصلت الى بر السلامة فيدفع له المبلغ مع ارباحه البحرية أعني مع فوائده المتفق عليها ولو بسعر أزيد من السعر المقرر في القانون ( ١٤٩/١٤٩ تجارى بحرى )

وتبين المادتان ١٥١ و ١٥٢ تجارى بحرى القواعد المتعلقة بشكل هذا النوع من العقود البحرية وفخاها أنه يجوز حصوله بسند رسمى أو غير رسمى فاذا كان رسمياً فيحرر في ممالك الدولة العلية العثمانية امام الموظف العمومى الذى يختص

(٣) قانون فاليرى ص ١٣١٦ وراجع ص ٤ ابريل ١٩٠٦ مج ٢ ص ١٨١

بذلك ( في المختلط : أمام أكبر المحاكم المحلية أو نائبه ) وفي البلاد الأجنبية  
أمام قونصلاتو الدولة العلية وان لم يوجد فأمم الحاكم المحلي الذي من خصائصه  
ذلك على حسب الرسوم المعتادة . وإذا كانت مشاركة الاقتراض معمولة بسند  
غير رسمي فعلى المقرض القرض البحري أن يصدق عليه ويسجله في ظرف الايام  
العشرة التي تمضي من تاريخه أمام الحاكم المينة في المادة السابقة على حسب المحال  
والاحوال

هذا فيما يتعلق بالعقود الخاصة بالقرض على السفن العثمانية أو الحاصلة في البلاد  
المصرية . أما فيما يتعلق بالعقود الحاصلة بشأن سفن أجنبية في الخارج فان القانون  
الذي يجب اتباعه هو قانون العلم <sup>(١)</sup>

### المطلب الثالث - حجز السفن

٤١٩ - هذا لا يكون الا طبقا لمقتضيات قانون الجهة التي توجد فيها  
السفينة ولكن يلاحظ انه لا يجوز حجز سفينة في القطر المصري اذا كانت متأهبة  
للسفر الا اذا كان من أجل ديون مقرضة للسفر المتأهبة له ولكن التكفل بتلك  
الديون في هذه الحالة يمنع الحجز وتعتبر السفينة متأهبة للسفر اذا كان قبودانها حاملا  
أوراق المرور للسفر ( ٢٩ / ٢٩ تجارى بحرى ) وهذه القاعدة تسرى على السفن  
الأجنبية كما تسرى على السفن العثمانية <sup>(١)</sup>

واما الامتيازات التي تكون للدائنين على السفينة فقد اختلف في القانون الذي  
يجب ان يتبع من أجل المحافظة عليها وطرق اثباتها والترتيب الذي يتبع بينها فرأى  
البعض ان قانون الجهة التي توجد فيها السفينة هو الذي يحكم في ذلك كله ويرى  
البعض الآخر ان الحكم في هذه المسائل هو لقانون العلم دون غيره وبهذا المعنى

[٤١٨] (١) قارن قاليرى ص ١٣١٨

[٤١٩] (١) بمكس ذلك يقرر قاليرى وكثيرون معه ويحملون هذا الامتياز لفرنسيين في

فرنسا فقط دون الاجانب : قاليرى ص ١٣٢٢

قرار المعهد العلمى للقانون الدولى وهو معقول جدا لان نتيجه خضوع كل هذه المسائل لقانون واحد معروف من قبل وهو قانون جنسية السفينة<sup>(٢)</sup>

### المطلب الرابع - مشاركة إيجار السفن

Chartes - parties, affrètement, ou nolisements

٤٢٠ - يسمى العقد الذى بمقتضاه يؤجر صاحب السفينة armateur سفينه أو جزءا منها لآخر « سند الإيجار » contract of affreightment أو charterparty أو بلى اسم من الاسماء الفرنسية السابقة وقد تكلمت عنه المادة ٩٠/٩٠ تجارى بحرى وما بعدها

يجب التساؤل الآن عن القانون الذى يحكم هذا النوع من العقود المهمة : يرى دايسى ان القاعدة العامة هى خضوع آثار عقد اجارة السفينة وما يتفرع عنه الى قانون العلم ويستثنى من هذا الحكم حالة ظهور نية المتعاقدين بشكل من الاشكال نحو اختيار قانون آخر غير قانون العلم وقد يفهم ذلك من الالفاظ المستعملة فى العقد أو من موضوع العقد أو من الظروف التى تعامل فيها وهذا تطبيق خاص للمبدأ العام المقرر فى بند ٣٩٣ ومعنى ذلك ان الطرفين يعتبران قد قصدا دائما الخضوع لقانون الدولة التابعة اليها السفينة والدليل عليه هو العلم الظاهر فى أعلى جزء من السفينة ولكن اذا امكن اثبات ان الطرفين قد تفاهما ولوضما على ان يكون العقد محكوما بقانون آخر فيتبع هذا القانون الذى اصطفته ارادتهما ومثال ذلك اذا أجر جماعة من الانجليز سفينة ألمانية فى ميناء ألمانية واستعملوا عقد إيجار من العقود المطبوعة فى إنجلترا وكانت الموانى التى ستمر بها السفينة لأخذ البضاعة وتفرينها انجليزية فإن العقد يكون محكوما طبقا للقانون الانجليزى فى حالة حصول النزاع مثلا بخصوص التأخير فى تفريغ الشحنة<sup>(١)</sup>

(٢) قارن قاليرى بند ٩٦٠ ص ١٣٢١ وهو يقول بقانون الجهة التى توجد فيها وراجع رأى المجمع العلمى فى بند ٤١٦ وحكم محكمة المنصورة المختلطة فى بند ٣٠٥ [٤٢٠] (١) قارن دايسى ص ٦٢٤ ثالثا



ومع ذلك فإن طريقة عمل بعض الامور بناء على عقد ايجار السفينة ( مثل شحن او تفريغ البضائع ) يصح ان يحكمها قانون الجهة التي حصل فيها العمل<sup>(٢)</sup> هذا ومن المقرر دائماً أن سلطة الربان في التصرف بالنسبة للبضائع المحمولة على السفينة طول مدة السفر والطرق التي بها يستعمل هذه السلطة محكومة كلها بقانون العلم مثال ذلك سفينة ايطالية مؤجرة لشحن بضائع انجليزية من البرتغال الى انجلترا وقد اضطر الربان الى الاقتراض على السفينة والشحنة فهذا القرض محكوم بالقانون الايطالى وهو قانون العلم بالرغم من أن عقد الايجار يكون خاضعاً لحكم القانون الانجليزى الذى اتفق عليه ؛ كذلك سفينة المانية تحمل بضائع من سنجاپور الى لندن وهذه البضائع مملوكة لتجار انجليز وسند الايجار من السندات المطبوعة طبقاً للقانون الانجليزى وفى أثناء السفر اضطرت السفينة الى الالتجاء الى أقرب ميناء بسبب عطب حل بها وهناك باع الربان بعض البضائع فهذا العمل خاضع للقانون الالماني وهو قانون العلم دون القانون الانجليزى وهو قانون عقد الاجارة<sup>(٣)</sup>

النقل البحرى  
الدولى

٤٢١ — التعهد بالنقل البحرى من بلد الى بلد transports maritimes internationaux تتوقف آثار عقد النقل على العموم سواء كان تعهداً بنقل أشخاص أو بضائع ، وسواء كان النقل بطريق البحر فقط أو بطريق البحر والبر ، كما فى سائر العقود، على القانون الذى قصده المتعاقدان وهو عادة قانون البلد الذى عمل فيه<sup>(١)</sup> ويكون تفسيره بمقتضى هذا القانون ومع ذلك يجب أن يلتفت الى

(٢) دايسى ص ٦٢٥

(٣) دايسى ص ٦٢٦ تحت الامثلة

[٤٢١] (١) ويرى بعض المؤلفين والمحاكم أنه يتوقف على قانون علم السفينة ويصح أن يكون هذا القانون هو الذى اختاره المتعاقدان وبناء على هذه الفكرة رأى المجمع العلمى خضوع العقد فى هذه الحالة لقانون صاحب السفينة ( ص ٥٦٨ عمدة ١٠ هنا ) وانتقد قاليرى هذا رأى لكونه يجعل صاحب السفينة فى مركز ممتاز عن المتعاقد الآخر ولكن المقرر أن العبارة بإرادة المتعاقدين على كل حال ( قارن قاليرى بند ٩٦٦ ص ١٣٢٨ ) .  
ويقول دايسى ان هذا الموضوع محاط بالشكوك المريبة ( ص ٦٢٧ منه )

الظروف الخاصة مثال ذلك انه في حالة سكوت المتعاقدين عن الكيفية التي يقوم بها كل منهم بما يجب عليه في الميناء المقصودة ، يكون من الطبيعي أن تتبع القوانين والعادات السارية في هذه الميناء<sup>(٢)</sup>

كما أنه في كل ما يتعلق بالحوادث الحاصلة في بلد معين أثناء السفر يصح أن يكون الحكم فيها طبقاً لقانون الجهة التي وقع فيها الحادث مثال ذلك: حصل شخص في باريس على تذكرة سفر من باريس الى لندن لنقله هو وأمتعته على أن يكون السفر من باريس الى كاليه في شركة سكة حديد فرنسية ومن كاليه الى دوفر وبخرة بريطانية ومن دوفر الى لندن بقاطرة بريطانية فأصيب بحرج في آميان في فرنسا وضاعت أمتعته بسبب اهمال خدمة الشركة الفرنسية فبصرف النظر عن القانون الذي يحكم عقد النقل يعتبر ما يتعلق بالحادث محكوماً بمقتضى القانون الفرنسى<sup>(٣)</sup>

### المطلب الخامس - تسوية الخسارات البحرية

Règlement des avaries. Average Adjustment

٤٢٢ - الخسارات البحرية هي الاضرار أو الخسائر التي تنتج عن تضحية تعمل عمداً لاجل انقاذ السفينة والمحافظة عليها هي ومن عليها وما عليها من الاخطار وسواء كانت الخسارة ناشئة عن القاء بعض البضائع في البحر أو قطع بعض اجزاء السفينة أو كسرها أو قائمها في البحر أو صرف مصاريف استثنائية لنجاة السفينة فان هذه التضحية الحاصلة لفائدة الجميع أو لفائدة البعض يجب أن تعوز باشتراك الجميع في الخسارة أو اشتراك من عاد عليهم نفع منها بحسب الاحوال . ويفرق القانون المصرى بين الخسارات الكبيرة أو العمومية avaries grosses ou communes والخسارات الصغيرة أو الخصوصية avaries simples ou particulieres

(٢) قاليرى بند ٩٦٧ من ١٣٢٩ ودائسى ٦٢٦ ،

(٣) دايى من ٦٢٧ و ٦٢٩ وراجع ما سياتى بخصوص النقل بعاريق البرى



بمكتبة  
Bibliotheca Alexandrina



0224512