

# التعليق على الأحكام

للدكتور جمال مرسي بدر  
دكتور في الحقوق - محام لدى محكمة النقض

١

## المبادئ القانونية

١ - النظام العام في مصر والنظام العام في دولة على الاطلاق يتطور مع الزمن والبيئة طبقا للعوامل الاجتماعية والخلقية والاقتصادية فليست له قاعدة ثابتة محدودة؛ فليس في مصر اذن قواعد خاصة محددة للنظام العام .

٢ - التشريع الاجنبي الصادر بادمج مصرفين في الدولة الكائن بها مركزهما الرئيسي - دون الرجوع الى الجمعيتين العموميتين لمساهمي المصرفين - متعين التطبيق في مصر على فرعى هذين المصرفين طبقا للمادة ١١ فقرة ثانية من القانون المدني التي تخضع النظام القانوني للأشخاص الاعتبارية الأجنبية لقانون الدولة التي اتخذت فيها هذه الأشخاص مركز ادارتها الرئيسي الفعلي ، ولا محل في مثل هذه الحالة للتحدى بالنظام العام المصري كباغ من تطبيق القانون الأجنبي اذ ان هذا القانون الذي تشير بتطبيقه قاعدة الاسناد لا يجافى النظام العام المصري ومن ثم فلا انطباق للمانع الذي تضمنته المادة ٢٨ من القانون المدني .

## التعليق

فصلت محكمة الأمور المستعجلة بحكمها موضوع هذا التعليق (١) في دعوى حراسة رفعها اليها بعض المساهمين في مصرف أجنبي صدر في الدولة الكائن بها مركزه الرئيسي تشريع يقضى بادمجه في مصرف آخر كائن مركزه

محكمة الأمور المستعجلة بالاسكندرية - دائرة القاضي عبد الحميد عبد الله - ١٢ يناير سنة ١٩٥٥ ، القضية رقم ٣٦٠٠ لسنة ١٩٥٤ مدني مستعجل .

في الدولة نفسها ، فرأى المدعون أن ذلك الادمج يعود عليهم بالضرر ، وأن الأمر يقتضى وضع فرع المصرف تحت الحراسة القضائية لحين الفصل في دعواهم الموضوعية التي رفعوها طالبين الحكم بعدم انطباق قانون الادمج الأجنبي في مصر لخالفته للنظام العام المصرى بمقولة ان الاندمج كان ينبغي أن يتم بقرار من الجمعيتين العموميتين لمساهمي المصرفين الا بقانون يصدره المشرع ، وأن في ذلك مصادرة لحق ملكية المدعين في أسهم المصرف المندمج ، خاصة وهم يقولون إن مصرفهم كان ناجحا وكانت أسهمه مرتفعة السعر ، بينما كان المصرف الآخر في حالة مالية سيئة مما نتج عنه بعد الاندمج هبوط في أسعار الأسهم يعود عليهم بأفدح الأضرار ؛ وكان دفاع المدعين في الدعوى المستعجلة يقوم على هذه الأسس نفسها .

لم يكن ثمة خلاف بين طرفي الدعوى التي صدر فيها الحكم موضوع التعليق في أن قاعدة الاسناد المنطبقة على العلاقة القانونية موضوع النزاع هي التي تضمنتها المادة ١١ فقرة ٢ من القانون المدني ونصها :

« أما النظام القانوني للأشخاص الاعتبارية الأجنبية من شركات وجمعيات ومؤسسات وغيرها ، فيسرى عليه قانون الدولة التي اتخذت فيها هذه الأشخاص مركز ادارتها الرئيسي الفعلي » .

وعلى هذا ، فيسلم المدعى أن القانون المنطبق على موضوع هذا النزاع هو القانون اليوناني نظرا لأن الشخص الاعتباري المطلوب وضعه تحت الحراسة يتخذ مركز ادارته الرئيسي الفعلي في أثينا أي في اليونان .

ولمان كان القانون اليوناني قد أقر ادمج المصرفين في شركة مصرفية جديدة - بل ان هذا الادمج قد حصل بتشريع أصدرته الحكومة اليونانية - فان المدعى كان يسعى حثيثا لاستبعاد تطبيق القانون اليوناني - خروجاً على مقتضى قاعدة الاسناد المصرية - وذلك تأسيساً على أن ذلك القانون مخالف للنظام العام في مصر مما يؤدي الى عدم تطبيقه اتباعاً لنص المادة ٢٨ من القانون المدني التي تقرر أنه :

« لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي عينته النصوص السابقة اذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو الآداب في مصر » .

فما هو نصيب هذا القول من الصحة وما هو مدلول « النظام العام » في نطاق تنازع القوانين في المكان ؟

ان استيفاء هذه النقطة يستدعي تأصيل فكرة النظام العام في مجال تنازع القوانين الدولي تلك الفكرة التي بحثها الحكم موضوع التعليق وانتهى من بحثه الى أن النظام العام في تصويره الصحيح لا يؤدي الى استبعاد تطبيق القانون اليوناني على واقعة الدعوى .

(1) دور النظام العام في تنازع القوانين :

اذا تم تكييف العلاقة القانونية الأجنبية ثم تم على أساس هذا التكييف اسنادها الى قانون بلد معين ، فان على القاضى أن يفصل في النزاع طبقاً لأحكام القانون الأجنبي الذى أشارت اليها قاعدة الاسناد الواردة في قانون القاضى .

والمشرع انما يضع قواعد الاسناد ليوحد تنظيمها خاصاً لنوع من العلاقات القانونية يعد غريباً في الواقع عن سائر العلاقات العادية وذلك لوجود عنصر أجنبي فيها ، ولذا فالمشرع يخضعها لقواعد معينة هي قواعد الاسناد التي تبين سبيل الفصل في أمر تلك العلاقات ، وهل ينطبق عليها القانون الوطنى أم قانون بلد أجنبي ؟ . فان كان القانون الذى تشير بتطبيقه قاعدة الاسناد الوطنية قانوناً أجنبياً فصل القاضى في النزاع على مقتضى الأحكام الموضوعية لهذا القانون الأجنبي .

على أنه من المعقول أن يرفض المشرع قبول تطبيق هذه القواعد الأجنبية في اقليمه وبواسطة محاكمه ، وذلك متى كان تطبيقها يؤدى الى الاخلال بأسس نظامه القانونى والقضاء على التناسق بين القواعد القانونية التي تطبقها محاكم الدولة . لذلك كان لزاماً أن يقوم في كل تشريع وطنى حد فاصل

يمنع تطبيق القوانين الأجنبية متى تعارضت أحكامها مع المبادئ الأساسية في تشريع الدولة على وجه يخل بالتناسق الذي ينبغي أن يسود تلك المبادئ ويجافي روح التشريع الوطني ، وهذا الحد الفاصل الذي يحول دون تبني القضاء الوطني لقانون أجنبي معين تشير إليه قاعدة الاسناد الوطنية ، هو الذي اصطلح على تسميته بالنظام العام .

وفكرة النظام العام في هذا النطاق يختلف مدلولها اختلافا كبيرا عن فكرة النظام العام في نطاق القانون الوطني الداخلي ، ففي هذا النطاق الأخير تعتبر من النظام العام القواعد التي لا يسوغ للأفراد الاتفاق على ما يخالفها . أما في نطاق تنازع القوانين الدولي فيتجلى النظام العام كمنع يحول دون تطبيق أحكام قانون أجنبي معين ، وهذا المنع لا ينتج أثره الا في الحالات القصوى التي تمس أسس التشريع الوطني الجوهرية على ما سلف بيانه .

وعلى هذا يضيق مجال النظام العام في القانون الدولي الخاص (أى في صدد تنازع القوانين في المكان) ، بينما يتسع مجال النظام العام في القانون الداخلي بحيث نجد كثيرا من القواعد التي تعتبر من النظام العام في القانون الوطني لا تعتبر كذلك في صدد تنازع ذلك القانون مع القوانين الأجنبية .

ومثال ذلك :

ان قواعد الأهلية تعتبر في كل قانون من النظام العام بحيث لا يسوغ للأفراد الاتفاق على تغيير سن الرشد مثلا ، فلا يجوز لمصرى أن يتفق على أن بلوغه سن الرشد يكون عند سن الخامسة والعشرين ، وذلك لأن القاعدة القانونية التي تحدد سن الرشد باحدى وعشرين سنة هي من النظام العام . على أنه متى تعلق الأمر بشخص أجنبي نجد قاعدة الاسناد المصرية ذاتها تشير بتطبيق قانون جنسية ذلك الأجنبي ، وقد تكون سن الرشد في ذلك القانون أعلا منها في القانون المصرى أو أدنى ، ومع ذلك فلا تتور فكرة النظام العام في هذا الصدد ولا يوجد ما يمنع القاضى المصرى من تطبيق

القانون الأجنبي رغم مخالفته لقاعده تعتبر في مصر من النظام العام ولكنها لا تعتبر كذلك في صدد التنازع الدولي للقوانين (١).

إذا تقرر ما تقدم ، فإن فكرة النظام العام تبدو كاستثناء من أحكام قواعد الاسناد يقصد به الى حماية النظام القانوني للدولة من تسلل قواعد أجنبية لا تمشى وأسس ذلك النظام ، وفي هذا يقول الفقيه الايطالي روبرتو آجو R. Ago (وهو ممن خصص لدراسة تنازع القوانين اجائاً مستفيضة) ما يلي :

« يتجلى النظام العام كاستثناء من قواعد القانون الدولي الخاص (أي قواعد الاسناد) الواردة في نظام قانوني معين ، وهذا الاستثناء عبارة عن وسيلة دفاع عن مصالح الدولة الجوهريه يكون لاستعمالها مبرر في الحالة التي يكون فيها عدم التجانس بين القانون الأجنبي وبين القانون الداخلي بالغا الحد الذي ينتفى معه من التوازي ومن المشاركة بين القانونين القدر الأدنى الذي يسمح بتطبيق القانون الأجنبي بغير كثير من العواقب غير الحميدة » (٢)

“... l'ordre public se dessine comme une exception aux règles du droit international privé d'un ordre juridique déterminé. Exception qui constitue un moyen de défense des intérêts fondamentaux de l'Etat et dont l'application se justifie dans le cas où le désaccord entre la loi étrangère applicable et la loi interne est tellement grave que vient à manquer ce minimum d'équivalence et de communauté juridique qui permet d'appliquer la loi étrangère sans graves inconvénients”.

(١) أنظر في هذه الفكرة كتاب الأيتاذ هنري باتيفول طبعة ١٩٤٩ بند ٣٦٦ ص ٣٨٤

Battifol : Traité élémentaire de droit international privé, Paris, 1949 No. 366 p. 384.

وكتاب الأستاذ أندريه فايس طبعة سنة ١٩٢٠ ص ٣٧٥

Weiss : Manuel de Droit International Privé, Paris 1920, p. 375.

(٢) آجو - « القواعد الأساسية لتنازع القوانين » مجموعة دروس أكاديمية القانون الدولي

بلاهاي - المجلد ٥٨ (سنة ١٩٣٦-٤) ص ٤٣٣

Roberto Ago : Règles Générales des Conflits des Lois, Rec. des Cours de l'Ac. de Drt. Int. de La Haye, Vol. 58 (1936 IV) p. 433.

واذن ففكرة النظام العام في نطاق تنازع القوانين هي في التصوير الصحيح شرط ضمنى في قاعدة الاسناد بمقتضاه تمتنع القاعدة عن انتاج أثرها أى يمنع تطبيق القانون الأجنبي الذى تشير به كلما كانت أحكام ذلك القانون متنافية مع المبادئ الأساسية التى تسود تشريع القاضى . وبعبارة أخرى فان هذا الشرط اذا تحقق يورد على عموم حكم قاعدة الاسناد استثناء مؤداه عدم تطبيق القانون الأجنبي في خصوص النزاع .

وهذا الشرط الضمنى الذى تتصف به كل قاعدة اسناد وارد في القانون المصرى في المادة ٢٨ مدنى التى تجعل من عدم تعارض القانون الأجنبي (الذى تشير اليه في كل حالة من الحالات نصوص المواد السابقة) شرطا لتطبيق حكم قاعدة الاسناد على العلاقة موضوع الخصومة .

وهذا التصوير لفكرة النظام العام كشرط في قاعدة الاسناد مؤداه عدم تطبيق القانون الأجنبي استثناء من حكم القاعدة يبنى عليه في التطبيق القانونى نتائج هامة شرحها الأستاذ آجو في مؤلفه سالف الذكر ، ويهمننا منها ما يلى :

١ - ان معرفة ما اذا كانت فكرة النظام العام تتدخل لمنع تطبيق القانون الأجنبي أو لا تتدخل هي مسألة متعلقة بتفسير قاعدة الاسناد نفسها وهذا طبيعى ما دام النظام العام شرطا في تلك القاعدة ورد فيها ليمنعها من انتاج أثرها في بعض الحالات .

٢ - ان فكرة النظام العام كمانع من تطبيق القانون الأجنبي لا تعرض الا اذا كان من شأن قاعدة الاسناد خلق رابطة قانونية مخالفة للنظام العام في الدولة ، ولكن لا انطباق لفكرة النظام العام اذا تعلق الأمر بنتائج تقع داخل الدولة ولا مخالفة فيها للنظام العام ، وان كانت تلك النتائج ناشئة عن رابطة هي في ذاتها مخالفة للنظام العام في الدولة ولكنها نشأت صحيحة في الخارج .

“On devrait l'exclure dans le cas où il s'agirait seulement de laisser se produire, à l'intérieur de l'Etat, des conséquences en elles-mêmes inoffensives d'un rapport de même nature (contraire à l'ordre public de l'Etat) légalement constitué à l'étranger”(١).

وبعبارة أخرى ان النظام العام قد يعترض اختيار القانون الأجنبي الذى تشير اليه قاعدة الاسناد ولكنه لا يتدخل متى تعلق الأمر بتأويل وتفسير وتطبيق القواعد الموضوعية فى القانون الأجنبي .

والمثال البارز الذى نجده فى مؤلفات القانون الدولى الخاص لهذه القاعدة هى حالة ميراث المصرى المسلم المتعدد الزوجات فى ايطاليا : ذلك أن القانون الايطالى يسند ميراث المتوفى الى قانون بلده أى القانون المصرى (الشريعة الاسلامية) فى هذا المثال ، والقانون المصرى يورث الابناء الذكور بالتساوى وليس فى هذا الحكم ما يمس النظام العام الايطالى، واذن فلا يتحقق شرط النظام العام وبالتالي تنتج قاعدة الاسناد أثرها ويطبق القاضى الايطالى القانون المصرى على موضوع النزاع ؛ فاذا عرض بصدد تطبيق الأحكام الموضوعية للمواريث فى القانون المصرى ان تحدى ابن الزوجة الأولى بأن أخاه ابن الزوجة الثانية ليس ولدا شرعيا فى نظر القانون الايطالى الذى لا يقر تعدد الزوجات واستند الى فكرة النظام العام لاستبعاد تطبيق أحكام القانون المصرى وإخراج هذا الأخ من بين الورثة ، فان هذا الدفع لا يغنى عنه شيئا لأن الأمر هنا لا يتعلق باعمال قاعدة الاسناد واختيار القانون الأجنبي الذى يحكم العلاقة ، وانما يتعلق الأمر بتفسير القواعد الموضوعية فى القانون الأجنبي ولا يعد مجال نتيجة لتطبيق قاعدة الاسناد الايطالية فى شأن المواريث (١) .

(١) Ago, op. cit. p. 447.

(٢) من أقدم الأحكام القضائية التى أخذت بهذه القاعدة حكم محكمة استئناف لوكا (ايطاليا) الصادر فى ٨ يونيو ١٨٨٠ (كلوئيه ١٨٨١ ص ٥٥٢) وقد أقر حق الزوجة الثانية لأحد الرعايا التونسين فى نصيبها الشرعى فى ميراث زوجها .

وأنظر فى المعنى المتقدم بحث الأستاذ أرنست فرانكينشتين « اتجاهات جديدة فى القانون الدولى الخاص » مجموعة دروس أكاديمية القانون الدولى بلاهاى - المجلد ٣٣ (١٩٣٠-٣)

وإذا طبقنا المبادئ المتقدمة على واقعة الدعوى التي صدر فيها الحكم موضوع التعليق ، وجدنا أن قاعدة الاسناد المصرية في شأن الأشخاص الاعتبارية ونشأتها وادارتها واندماجها أو انفصالها أو انقضاءها ... الخ تشير الى قانون البلد الذي به المركز الرئيسي للشخص الاعتباري أى الى القانون اليوناني في واقعة الدعوى .

فلمعرفة ما اذا كان شرط النظام العام ينطبق على العلاقة موضوع النزاع ويمنع بالتالي تطبيق القانون اليوناني ينبغي التساؤل عما اذا كانت أحكام ذلك القانون القاضية باندماج شركتين مصرفيتين في شركة مصرفية جديدة تخالف المبادئ الأساسية للتشريع المصري أم لا تخالفها ؟

وبديهي أنه لا مخالفة أصلاً لمبادئ تشريعنا الوطني في اندماج شركتين أو أكثر فهذا الاندماج ظاهرة كثيرة الحدوث في الحياة الاقتصادية لمختلف البلاد .

وفي هذا يقول الحكم موضوع التعليق :

« ان قانون الادماج لا يخالف النظام العام في مصر اذ أنه صدر من الحكومة اليونانية تحقيقاً لصالح عام هو تنظيم الاقتصاد ومظهره هو المصارف ، ولم يكن هذا شذوذاً في تشريعاتها فتدخل الدولة في كل ما يقتضيه الصالح العام لا تريب عليه ، والمشرع الأمريكي أعاد تنظيم البنوك سنة ١٩٢٥ ، والمشرع السويسري اقتفى أثره في سنة ١٩٣٤ ، والمشرع البلجيكي في نفس الطريق سنة ١٩٣٥ ؛ وأخيراً جاء المشرع الفرنسي في ٢ ديسمبر سنة ١٩٤٥ وسن تشريعاً بتأميم بنوك الودائع والخصم وعوض المساهمين سندتات على الخزانة العامة . وظاهر من هذا أن المشرع الفرنسي - وقد اتخذ منه المدعى معيناً يستقى منه مرجعه في التحدث عن النظام العام - هو ذلك الذي سن قانون التأميم وهو أشد قسوة من قانون الادماج » .

وهذا الذي يقوله الحكم حق في ذاته غير أنه - فيما يبدو لنا قد جاوز بذلك النطاق الصحيح لشرط النظام العام فتعدى مرحلة اختيار القانون الأجنبي الى مرحلة تطبيق أحكامه الموضوعية .



ذلك أن حكم القانون الأجنبي الذى أشارت بتطبيقه قاعدة الاسناد المصرية هو ادماج شركتين مصرفيتين فى شركة واحدة جديدة ، وليس فى هذا الحكم بذاته ما يخالف النظام العام المصرى .

واذن فالشرط الضمنى الذى تتصف به قاعدة الاسناد الواردة فى المادة ١١-٢ لا يتحقق فى واقعة الدعوى ويتعين بالتالى إعمال قاعدة الاسناد وتطبيق القانون اليونانى .

فاذا أثر بشأن تأويل وتفسير أحكام ذلك القانون اليونانى الموضوعية بحث فى كيفية حصول الادماج ومدى شرعية تدخل الدولة فى شئون المصارف ، وأثر الزعم بأن فى ذلك مخالفة للنظام العام المصرى لكون الاندماج قد حصل بطريقة دون أخرى أو انطوى على مصادرة غير جائزة فان هذا الزعم ينبغى اهماله لعدم تعلقه بتطبيق قاعدة الاسناد الخاصة بالأشخاص الاعتبارية ولأن النظام العام كمانع من تطبيق القانون الأجنبي ، انما يتدخل عند تطبيق قاعدة الاسناد ولا يتعدى هذه المرحلة لكونه شرطا فى تلك القاعدة ذاتها دون سواها .

فكل كلام عن المصادرة وعن قدسية حق الملكية وعن تدخل الدولة فى الحرية الاقتصادية وما الى ذلك هو - بصرف النظر عن صوابه أو خطئه - غير متعلق بفكرة النظام العام كمانع من موانع تطبيق القانون اليونانى ، لأن قاعدة الاسناد التى تعيننا هى الخاصة بالنظام القانونى للأشخاص الاعتبارية وليست تلك الخاصة بالملكية ، والقياس على مثال تركة المصرى المسلم المتعدد الزوجات فى ايطاليا واضح بما يغنى عن الافاضة فى هذه النقطة .

ولو سلمنا جدلا مع المدعى فى الدعوى التى فصل فيها الحكم موضوع التعليق ان ثمة مصادرة حصلت فى اليونان صحيحة وفقا لأحكام القانون اليونانى فان الأمر فى النزاع المطروح على المحكمة المصرية لا يتعدى بعض نتائج تلك المصادرة ، وهى نتائج فى ذاتها لا تخدش النظام العام المصرى لأنها لا تتعدى ادماج شركة فى أخرى ، واذن فلا بأس على القاضى المصرى

من احترام تلك النتائج الناشئة عن وضع قد يكون مخالفا - جدلا - للنظام العام لو حصل في مصر ولكنه في واقعة الدعوى حصل صحيحا في الخارج وفقا لقانون البلد الذي حصل فيه .

وقد وضح هذا المعنى في حكم حديث لمحكمة النقض الفرنسية صدر في ١٧ أبريل ١٩٥٣<sup>(١)</sup> في قضية عرفت باسم قضية ريفير Rivière ، هذا وجيز وقائعا :

تزوجت السيدة ليديا روميانزيف الروسية الأصل والفرنسية بالتجنس من روسي يدعى بتروف في سنة ١٩٣٤ في فرنسا واحتفظت بجنسيتها الفرنسية ثم غادر الزوجان فرنسا وتوطنا في الاكوادور حيث صدر في ٢٧ أغسطس سنة ١٩٣٦ حكم من محكمة جمهورية اكوادور بفسخ الزواج برضاء الطرفين طبقا للقانون الاكوادوري ، وبعد ذلك وفي ١٩ مايو ١٩٣٩ تزوجت ليديا روميانزيف من جديد فرنسا يدعى ريفير أمام موثق الحالة المدنية في مدينة الدار البيضاء ، وبعد مدة أبدت رغبتها في الطلاق فبادر زوجها الثاني برفع دعوى ببطان زواجه منها استنادا الى أن انحلال رابطها الزوجية الأولى مع بتروف برضاء الطرفين لا يعتد به في فرنسا ولا ينتج آثاره فيها لمخالفته للنظام العام الفرنسي ، وبالتالي يكون زواجها الثاني باطلا .

اطرحت محكمة النقض الفرنسية هذا النظر وأقرت صحة الطلاق الذي وقع في الخارج وبالتالي صحة الزواج الثاني مقررة في حكمها : « ان فكرة المساس بالنظام العام الفرنسي يختلف تقديرها بحسب ما اذا كان الطلاق قد وقع في الخارج بالتطبيق لأحكام تنازع القوانين الفرنسية أم لا . فالواقع أن الموقف الذي يتعين اتخاذه من حكم قانوني مخالف للنظام العام يختلف في الحالة التي يتعين فيها منع اكتساب حق في فرنسا عنه في الحالة التي يتعلق

(١) جازيت دي باليه ١٩٥٣-٢-١٣٦

فيها الأمر بمجرد ترتيب آثار في فرنسا على حق اكتسب في الخارج بغير غش وبالتطبيق للقانون المختص وفقا لقواعد القانون الدولي الخاص الفرنسي» (١).

La notion d'atteinte à l'ordre public français doit être appréciée de façon différente suivant que le divorce a été ou non acquis à l'étranger par application de la loi compétente en vertu du règlement français des conflits; en effet, la réaction à l'encontre d'une disposition contraire à l'ordre public n'est pas la même suivant qu'elle met obstacle à l'acquisition d'un droit en France ou suivant qu'il s'agit de laisser se produire en France les effets d'un droit acquis sans fraude à l'étranger et en conformité de la loi ayant compétence en vertu du droit international privé français.

وهذا الاتجاه ليس جديدا في القضاء الفرنسي ، فقد قضت محكمة استئناف شامبيري في ٢٥ مايو سنة ١٩٣٦ (٢) بعدم الأخذ بفكرة النظام العام كمانع من تطبيق القانون السويسري الذي يجيز اشهار افلاس غير التجار وحكمت المحكمة بوضع الصيغة التنفيذية على حكم سويسري من هذا النوع رغم ما هو مقرر في فرنسا من أن عدم خضوع غير التجار لنظام الافلاس هو من النظام العام الفرنسي (أنظر المراجع المشار إليها في التعليق على حكم استئناف شامبيري) ، وقررت المحكمة في ذلك الحكم ما يلي :

« ان القاعدة المقررة في القانون الفرنسي والتي لا تخضع للافلاس الا التجار دون سواهم ، ليس من شأنها أن يعتبر مخالفا للنظام العام حكم صادر من جهة قضائية أجنبية باسهار افلاس شخص غير تاجر وخاصة متى كان ذلك الحكم ليس من شأنه أن تتخذ في فرنسا أية اجراءات لا يبيحها القانون الفرنسي ، بل على العكس لا يتطلب تنفيذه سوى اجراءات تحفظية واجراءات بيع عقارى جبرى شبيهة بما تنص عليه - بالنسبة للتركات الشاغرة - المادة ٨١٢ من القانون المدني الفرنسي » .

(١) قارن ما نقلناه فيما تقدم من الفقيه آجو وهو يطابق هذا الحكم .

(٢) دالوز ١٩٣٨-١-٧٣ مع تعليق بقلم ادوار سيلز .

فهنا أيضا نجدنا أمام وضع قانوني تقرر في بلد أجنبي طبقا للقانون المختص والمطلوب هو ترتيب آثاره في بلد القاضي ، وتلك الآثار ليس فيها بذاتها ما ينافي النظام العام الوطني ، ومن ثم فالدفع بالنظام العام لا يجدي في منع تطبيق القانون الأجنبي للحيلولة دون ترتب تلك الآثار . .

أما اذا تعلق الأمر باشهار افلاس شخص غير تاجر بحكم من المحاكم الفرنسية تطبيقا للقانون السويسري - على فرض أنه هو المنطبق وفقا لقواعد تنازع القوانين الفرنسية - فلا شك في أن الدفع بالنظام العام يحدث هنا أثره فيتدخل لمنع تطبيق القانون الأجنبي ، اذ كان الأمر هنا متعلقا بانشاء وضع قانوني في فرنسا مخالف للنظام العام فيها وليس بمجرد ترتيب آثار في فرنسا لا مساس لها بالنظام العام - مترتبة على ذلك الوضع الذي تقرر في بلد أجنبي صحيحا وفقا للقانون واجب التطبيق .

وبعد صدور حكم النقض الفرنسي سالف الذكر في ١٧ ابريل ١٩٥٣ استقرت هذه القاعدة في القضاء الفرنسي اذ صدر عن محكمة استئناف نانسي حكم في ١٣ يناير ١٩٥٥ (١) قضى بما يلي :

« يتعين بخصوص البنوة غير الشرعية التمييز بين اكتساب الحقوق في فرنسا وبين الآثار التي ترتب في فرنسا على حقوق مكتسبة ، وعلى أساس هذا التمييز لا تكون ثمة مخالفة للنظام العام الفرنسي في اقرار حق ولد الزنا - الذي أقر أبوه ببنوته في الخارج اقرارا صحيحا بالتطبيق للقانون الأجنبي المختص - في مطالبة ذلك الأب بنفقة » .

“En matière de filiation adultérine il y a lieu de distinguer entre l'acquisition des droits en France et les effets en France des droits acquis. Sur le fondement de cette distinction n'est pas contraire à l'ordre public français le droit de l'enfant adultérin, légalement reconnu par son père à l'étranger par application de la loi étrangère compétente (en l'espèce allemande) à réclamer à celui-ci des aliments”.

(١) المجلة الانتقادية للقانون الدولي الخاص سنة ١٩٥٥ ص ٢٥٥

ويجري الفقه في فرنسا بدوره على « ان أثر الدفع بالنظام العام ليس دائماً واحداً بصدد انشاء الحق في بلد القاضى وبصدد التمسك في هذا البلد بحق اكتسب في الخارج . ففي مرحلة انشاء الحق يبحث القاضى فيما اذا كان هذا الانشاء يتعارض مع مقتضيات النظام العام أم لا يتعارض معها ؛ أما اذا كان المطروح أمام القاضى هو الاحتجاج بحق اكتسب في الخارج فالذى يبحثه القاضى هو هل نفاذ هذا الحق ، أى التمسك بآثاره يتعارض مع النظام العام في بلده أم لا يتعارض ، والأمر في الحالتين ليس على سواء . فقد يكون انشاء الحق في بلد القاضى مخالفاً لمقتضيات النظام العام فيه ، ومع ذلك فانه لو نشأ هذا الحق عينه في الخارج وأريد التمسك بآثاره في بلد القاضى لما عد نفاذه متعارضاً مع هذه المقتضيات ، وذلك عند ما يكون التعارض بين القانون الأجنبي والنظام العام في بلد القاضى في مرحلة انشاء الحق مبناه ان الاجراءات أو الظروف الواجب توافرها لانشاء الحق هي التي تتعارض مع النظام العام . فاذا ما تمت هذه الاجراءات وتوافرت هذه الظروف في الخارج ونشأ الحق هناك وأريد التمسك به في بلد القاضى ، لما وجد مقتضى يحرك الدفع بالنظام العام » (١) .

واذن فالدفع بالنظام العام لاستبعاد تطبيق القانون اليونانى على العلاقة موضوع النزاع في القضية التي صدر فيها الحكم موضوع التعليق كان يخطئه التوفيق ، اذ يبدى في غير مجاله الفنى الصحيح طبقاً للمستقر من قواعد تنازع القوانين في القانون الدولى الخاص .

(ب) التمييز بين النظام العام وبين اقليمية القوانين :

مما ينبى على ما عرضناه من مبادئ تحكم فكرة النظام العام في نطاق تنازع القوانين ، ان الاستشهاد في القضية التي فصلت فيها محكمة الأمور المستعجلة بحكمها هذا باحكام المحاكم الفرنسية وغيرها الصادرة في شأن الشركات الروسية أو ممتلكات الملك الفونس الثالث عشر ، هو استشهاد

(١) عز الدين عبد الله - القانون الدولى الخاص المصرى ج ٢ (الطبعة الأولى) ص ٤٣٥

في غير محله ولا يغني في تأييد الدفع القائم على النظام العام ، لأن الشأن في تلك القضايا كان شأن اقليمية قوانين الملكية لا شأن النظام العام كمانع يحول دون تطبيق القانون الأجنبي الذي تشير اليه قاعدة الاسناد .

وتفسير ذلك أن النزاع في تلك الأفضية كان دور حول ملكية أموال ثابتة أو منقولة كائنة على الاقليم الفرنسي ، وما دام الأمر متعلقا بحق ملكية فان قاعدة الاسناد التي يسترشد بها القاضي هي القاعدة الخاصة بالملكية ، وهذه القاعدة تسند ملكية الأموال الى قانون موقعها في القانون الفرنسي كما في القانون المصري (مادة ١٨ مدني) والقانون الفرنسي الذي تشير اليه قاعدة الاسناد لا يعتبر المصادرة بغير تعويض سببا مكسبا للملكية ، ولهذا النظر دون سواه قضت المحاكم الفرنسية في الأحكام المشار اليها بما قضت به مطبقة في ذلك قواعد القانون المدني الفرنسي ذاتها اعمالا لقاعدة الاسناد الخاصة بالملكية .

فالنظام العام الذي تشير اليه تلك الأحكام الفرنسية من باب استيفاء الأسباب ليس هو النظام العام المقصود في نطاق تنازع القوانين ، لأن الأمر في تلك الأحكام لم يكن أمر استبعاد تطبيق قانون أجنبي أشارت اليه قاعدة الاسناد ، وإنما طبقت المحاكم الفرنسية القانون الذي أشارت اليه تلك القاعدة رأسا ولم تثر قط فكرة النظام العام كمانع من موانع تطبيق القانون الأجنبي .

وبعبارة أخرى ، ان الشرط الضمني الوارد في قاعدة الاسناد والمصطلح على تسميته بالنظام العام لم يعرض أمره قط على المحاكم الفرنسية في تلك القضايا ، اذ لم يكن ثمة محل لاستبعاد تطبيق قانون أجنبي بحجة مخالفته للنظام العام ، وإنما طبق القاضي حكم قاعدة الاسناد على اطلاقه ولم يكن الأمر أمر استثناء من عموم تلك القاعدة ، وقد تقدم لنا القول بأن النظام العام ليس الا استثناء من حكم قاعدة الاسناد .

ولو كانت قاعدة الاسناد الفرنسية في شأن ملكية الأموال تشير الى القانون السوفيتي ، ثم استبعدت المحاكم الفرنسية تطبيق ذلك القانون

الذى تشير به قاعدة الاسناد نظرا لمخالفته للنظام العام فى فرنسا - نقول لو كان الأمر كذلك لساغ أن يقال ان تلك الأحكام الفرنسية قد طبقت فكرة النظام العام كمانع من تطبيق القانون الأجنبي . أما الأمر على خلاف ما تقدم فإن القياس الذى قد يراد اجراؤه بين القضية التى فصل فيها الحكم موضوع التعليق وبين تلك القضايا التى قضت فيها المحاكم الفرنسية ، هو قياس غير قويم يخطئه اختلاف حديه على وجه يمتنع معه كل قياس .

والواقع أن لجوء المحاكم الفرنسية فى تسيب تلك الأحكام - تزيدا - الى فكرة النظام العام أمر كان يستحسن تجنبه لأنه يدعو الى الخلط بين فكرة اقليمية قوانين الملكية وبين فكرة النظام العام كمانع من موانع تطبيق القانون الأجنبي .

فالقوانين التى تنظم الأموال وملكيها هى فى كل البلاد قوانين اقليمية تنطبق على كل مال كائن فى اقليم الدولة ، ولهذا نجد قواعد الاسناد فى مختلف القوانين تشير بتطبيق قانون الموقع فى شأن حق الملكية وتفرعاته ، واذن فتطبيق القانون الوطنى هو فى هذا الصدد القاعدة العامة وليس استثناء مبناه فكرة النظام العام .

ولم يفيت فقهاء القانون الدولى الخاص أن يسيروا الى هذا الخلط بين فكرة الاقليمية وفكرة النظام العام ناعين على المحاكم هذا الخلط مشيرين الى أن كل قانون اقليمى التطبيق ليس حتماً من النظام العام ، وأن صفة النظام العام فى صدد تنازع القوانين فى المكان لا تلحق الا بالقوانين التى يكون تطبيقها على واقعة النزاع استثناء من قاعدة الاسناد ، أما القوانين التى تنطبق على النزاع بحكم عموم قاعدة الاسناد فلا يلحق بها وصف النظام العام وانما تقوم على فكرة اقليمية القانون (1) .

(1) أتيين دى ساسى - « القانون الدولى الخاص المقارن » ص ١٢٧ - حيث يقول المؤلف :

“ ... S'il est vrai qu'une loi ne peut être d'ordre public sans être territoriale dans son application, l'inverse n'est pas exact : toutes les lois territoriales ne sont pas=

واذن فأحكام المحاكم الفرنسية المشار إليها فيما تقدم لا دلالة لها في قضيتنا هذه ، ولم تكن تلك الأحكام لتسعف في استبعاد تطبيق القانون اليوناني بدعوى النظام العام ، لأن تطبيق القانون الوطني دون القانون الأجنبي في تلك القضايا إنما كان نتيجة طبيعية لحكم قاعدة الاسناد ، ولم يكن استثناء من ذلك الحكم يستند الى فكرة النظام العام .

( ج ) نسبية النظام العام وتطوره :

من نافلة القول أن نسبه في التدليل على ما أوضحه الحكم موضوع التعليق وما أجمع عليه الفقه والقضاء في جميع البلاد من أن فكرة النظام العام كمانع من موانع تطبيق القانون الأجنبي فكرة نسبية في المكان والزمان ، فما يعتبر في بلد ما متعلقاً بالنظام العام ومانعاً من تطبيق القانون الأجنبي قد لا يعتبر كذلك في بلد آخر . بل أن هذه الفكرة في ذات البلد الواحد متطورة مع الزمان ، فما كان القضاء يعتبره متعلقاً بالنظام العام فيما مضى قد لا يعتبره كذلك الآن بحكم تطور المجتمع وتغير الظروف ، وأكثر من ذلك أن تدخل المشرع والتعديلات التي تطرأ على التشريع قد تقلب النظام العام رأساً على عقب في طرفة عين بصرف النظر عن التطور الاجتماعي البطيء (١) .

=nécessairement des lois d'ordre public. Ils (les auteurs) reprochent à cette doctrine que beaucoup de lois qualifiées par elle d'ordre public ne sont pas de celles dont la compétence repose sur une exception. En effet, pour qu'il s'agisse là d'exception, il faut de toute nécessité qu'il y ait un principe. Or, n'est-il pas étrange d'admettre à titre de principe la compétence de la loi nationale dans des matières comme la forme des actes, le régime des biens, les règles de la procédure, etc. ? En réalité, d'après ces auteurs, ici la compétence de la loi territoriale est, non pas une exception, mais une compétence tout à faire normale, l'application d'un principe".

(De Szaszy : "Droit International privé comparé, p. 126).

(١) أنظر حول هذه الملاحظة الأخيرة بحث الأستاذ هانز ليوالد عن تنازع القوانين في مجموعة أكاديمية لاهاي - مجلد ٦٩ (سنة ١٩٣٩-٣) ص ١٢٣

Hans Lewald dans Rec. de Cours de l'Acad. de Droit International, vol. 69 (1939—III) p. 123.



وهذه النسبية اللصيقة بفكرة النظام العام وهذا التطور الدائم الذى تتسم به  
الفكرة ، يتجهان دأبا نحو التضييق من نطاق النظام العام كمانع من تطبيق  
القوانين الأجنبية ، وفي هذا الصدد يقول الأستاذ دى ساسى فى مؤلفه  
السالف الذكر (ص ١٢٧) :

« ان فكرة النظام العام تتغير ليس فقط من بلد الى بلد وانما أيضا فى البلد  
الواحد من جيل الى جيل ، وهذه التغييرات من شأنها دائما أن تضيق من نطاق  
الفكرة شيئا فشيئا بحيث أن عدد القواعد الوضعية التى تنطبق لزوما  
فى كل الحالات وتستبعد من أجلها القوانين الأجنبية التى تشير إليها قواعد  
القانون الدولى الخاص ، لا ينفك يتناقض كلما تعارفت الشعوب وكلما  
توثقت بينها العلاقات . »

“Cette notion est essentiellement variable dans l'espace et dans le  
temps, elle se modifie, non seulement d'un pays à l'autre, mais encore  
dans le même pays, d'une génération à l'autre, et ces modifications se  
font toujours *de façon à réduire progressivement cette notion*, en ce sens  
que le nombre de dispositions positives qui s'imposent en toutes circons-  
tances, à l'exclusion de toutes dispositions étrangères désignées par les  
règles de droit international privé, ne cessent de diminuer à mesure que  
les peuples se connaissent mieux et qu'ils entretiennent des relations  
plus suivies”.

على ضوء هذه النسبية وهذا التطور — وهما من جوهر فكرة النظام العام  
فى مجال تنازع القوانين — كان من الطبيعى أن يتهى الحكم موضوع التعليق  
الى النتيجة التى انتهى إليها حتى اذا تجاوزنا عن اعتبارات الصنعة القانونية  
البحث التى سقناها فيما تقدم وافترضنا أن الدفع بالنظام العام المصرى لاستبعاد  
تطبيق القانون اليونانى فى تلك الدعوى — كان يجوز قبوله رغم اقحامه  
فى غير مجاله الفنى الصحيح .

أما عن الزعم بأن ثمة مصادرة لأموال مساهمى المصرف القديم وأن  
هذا الادمج يؤدى الى حرمانهم بغير مقابل من بعض أموالهم ، فقد قال

الحكم - بحق - أنه لا مصادرة ولا شبه مصادرة في ادماج مصرف في آخر مع صيرورة مساهمي كل من المصرفين القديمين مساهمين في المصرف الجديد ومالكين بالتالي - بنفس النسب - لأموال المصرف الجديد المكونة من مجموع أموال المصرفين .

كما تعرض الحكم لما تمسك به المدعى من حرمة المصادرة وقديسية حق الملكية والسلطان المطلق الذي يزعمه للإرادة الفردية ، وكل هذا مردود عليه بأن التطور السياسي والاجتماعي والتشريعي في مصر في السنوات القليلة الماضية أصبح من شأنه قبول تدخل المشرع - بل تشجيع ذلك التدخل - للحد من حق الملكية ولمصادرة بعض الأموال ولتنظيم وتقييد سلطان الإرادة الفردية ، والمشرع في هذا كله إنما يتمشى مع المذهب الاشتراكي السائد في كافة بلاد العالم المتمدين والذي يعلو شأنه في اطراد بينما ينتكس المذهب الفردي القديم .

وهل أدل على التطور الخطير الذي لحق بفكرة النظام العام في مصر من صدور قانون الاصلاح الزراعي الذي يصادر ما زاد من الملكيات الزراعية عن مائتي فدان ؟ . ثم ما القول في القانون رقم ٦٤٨ لسنة ١٩٥٣ الذي يقضى بمصادرة أموال الأحزاب المنحلة ، والقانون رقم ٥٩٨ لسنة ١٩٥٣ الذي يصادر أموال أسرة محمد على بغير تعويض ؟ لا شك أن من الصعب الزعم بأن النظام العام ينفر من المصادرة بل لعل الأصح أن يقال ان المصادرة أصبحت بعد ٢٣ يوليو سنة ١٩٥٢ جزء من النظام العام المصري يستعملها المشرع في تحقيق المصلحة العامة لمجموع الشعب تلك المصلحة التي يهيمن عليها المشرع بغير معقب .

وحتى قبل ٢٣ يوليو سنة ١٩٥٢ لم يكن المشرع المصري يحجم عن استعمال المصادرة كوسيلة للحد مما يعتبره استغلالا من بعض الأفراد لظروف موالية لم يكن لهم يد في خلقها ، ومثال ذلك القانون رقم ٢٠٥

لسنة ١٩٥١ الذى يقضى بأن كل ما زاد من مبالغ السمسرة عن مقدار معين للقنطار الواحد من القطن يعود على الحكومة دون السمسار الذى أبرمت على يده الصفقة .

فهل بعد هذه الأمثلة الصارخة كان يتوقع قبول الزعم بأن ادماج مصرف فى آخر (دون أى مساس بموجودات أى من المصرفين ومع اعتبار المساهمين القدامى مساهمين بنفس النسب فى المصرف الجديد) يعتبر مصادرة ينفر منها النظام إلام المصرى ؟ . لا شك فى وضوح الجواب على هذا السؤال ، وهو الجواب الذى انبنى عليه قضاء الحكم موضوع التعليق برفض الدعوى .

وقد عرضت على محاكم البلاد الأخرى قضايا ثارت بمناسبة فكرة النظام العام وتطوره مع الأحداث الاجتماعية وتأثره بالتشريعات التى يستحدثها مشرع الدولة ، وتكفى هنا الإشارة من ذلك الى حكم لمحكمة استئناف بروكسل صدر فى ٤ فبراير سنة ١٩٣٦ (١) وتناولت فيه المحكمة القانون الأمريكى المبطل لشرط الذهب بأثر رجعى فى وقت كان فيه ذلك الشرط مشروعاً فى بلجيكا ، فقالت :

« وحيث أن فكرة النظام العام تتغير ليس فى المكان فقط بل وفى الزمان كذلك ، وقد تطورت هذه الفكرة فى بلجيكا بشكل ملحوظ تحت ضغط الحوادث ، وأن القواعد العديدة ذات الطبيعة المشابهة (لنص المبطل لشرط الذهب) التى تقررت فى البلاد منذ زمن الحرب من شأنها منع القاضى البلجيكى من أن يرى فى تحريم شرط الذهب أو شرط قيمة الذهب ، أو فى الإبطال الرجعى للاتفاقات التى تمت صحيحة ما يخالف الآن تلك الفكرة (فكرة النظام العام) . »

“Attendu que la notion d'ordre public varie non seulement dans l'espace, mais aussi dans le temps; qu'en Belgique, elle a évolué de manière notable sous la pression des évènements, que les nombreuses

(١) المجلة الجديدة للقانون الدولى الخاص سنة ١٩٣٦ ص ١٥٨ وما بعدها .

prescriptions d'une portée analogue, édictées dans le pays depuis la guerre, empêchent le juge belge d'admettre que la prohibition de clauses-or ou de clauses valeur-or ou l'annulation rétroactive, en tout ou en partie, des conventions qui avaient été légalement formées, sont actuellement en opposition avec cette notion (ordre public)".

ومن مظاهر تطور فكرة النظام العام في القضاء الفرنسي حكم حديث لمحكمة السين للأموار المستعجلة صدر في ١٢ يوليو ١٩٥٤ (١) في قضية لوحات بيكاسو التي تتلخص وقائعها في أن الحكومة السوفيتية كانت قد عرضت في بعض المعارض الفنية في باريس لوحات من ريشة الفنان بيكاسو كانت السلطات السوفيتية قد صادرتها في الماضي من مالكيها السابقين بغير تعويض فانهز بعض ورثة هؤلاء المالكين فرصة عرض تلك اللوحات في فرنسا ورفعوا دعوى بطلب فرض الحراسة القضائية عليها لحين انتهاء نزاعهم الموضوعي المؤسس على استمرار ملكيتهم لتلك اللوحات نظرا لأن مصادرتها بمعرفة السلطات السوفيتية مخالفة للنظام العام الفرنسي ، فاطرحت محكمة السين للأموار المستعجلة هذا النظر وانتهت الى الحكم بعدم اختصاصها مقررة في حكمها أنه :

« يتعين لأجل اجابة المدعى الى طلباته أن نقدر ما اذا كان في عرض لوحات في فرنسا تمتلكها دولة أجنبية منذ أكثر من ثلاثين سنة بطريق من طرق اكتساب الملكية معترف به في تشريع تلك الدولة مساس بنظامنا القانوني يبلغ درجة من الخطورة يتعين معها المبادرة بوضع حد له » .

“D'autre part, pour donner satisfaction au demandeur, il serait nécessaire d'apprécier si le fait d'exposer en France, au regard du public, des tableaux acquis depuis plus de 30 ans par un Etat étranger, d'un de ses nationaux et sur son territoire, suivant un mode d'acquisition reconnu par la législation de cet Etat, porte à notre ordre juridique un trouble d'une gravité suffisante pour qu'il soit urgent d'y mettre fin”.

(١) جازيت دى باليه ١٩٥٤-٢-١٢٤

وفي هذا التساؤل الذي أبدته المحكمة دليل على تطور نظرة القضاء الفرنسي الى النظام العام في مجال القانون الدولي الخاص ، خاصة اذا قارنا دلالة هذا الحكم بقضاء المحاكم الفرنسية بشأن الشركات الروسية سواء قبل اعتراف فرنسا باتحاد الجمهوريات السوفيتية أو بعد ذلك الاعتراف ، اذ كانت تلك الأحكام القديمة تأخذ بفكرة النظام العام وتمتنع عن اعمال القانون الروسي في كل حالة تعرض فيها مصادرة للملكية بغير تعويض .

## المبادئ القانونية

١ - متى تصرف الوكيل مع الغير في حدود الوكالة الصادرة اليه نفذ تصرفه في حق الموكل وان كان التوكيل قد صدر من أجل عملية معينة متفق عليها بين الموكل والوكيل وذلك لأن عبارات التوكيل اذا لم يرد فيها ذلك التخصيص فمن حق الغير أن يطمئن الى ذلك التوكيل ويتعامل على أساسه .

٢ - اذا ارتكب الوكيل عملاً غير مشروع نشأ عنه ضرر للغير فان الموكل لا يكون مسئولاً عن تعويض ذلك الضرر الا اذا توافرت في علاقته بوكيله عناصر التبعية المتميزة عن أركان عقد الوكالة ، والوكالة بذاتها لا تكفي لاعتبار الوكيل تابعا للموكل بالمعنى المقصود في المادة ١٧٤ مدنى وانما ينبغى النظر على ضوء الظروف وعقد الوكالة نفسه الى توافر أو عدم توافر عناصر رابطة التبعية من وجود سلطة فعلية للموكل على الوكيل مقترنة بالتوجيه والرقابة .

## التعليق

يثير حكم محكمة اسكندرية الابتدائية موضوع هذا التعليق<sup>(١)</sup> مسألتين هامتين من مسائل النيابة الانفاقية تخص أولاهما التعليمات التي يصدرها الموكل الى وكيله وقيمة هذه التعليمات في علاقة الموكل بالغير الذي يتعامل معه الوكيل وتمس هذه المسألة الأولى موضوع تمييز الانابة عن عقد الوكالة واستقلالها عن ذلك العقد ، أما المسألة الثانية التي يثيرها هذا الحكم فتخص مسئولية

(١) محكمة اسكندرية الابتدائية ٢١ ابريل سنة ١٩٥٧ ، المحاماة ٣٨ / ١٥٤ / ١١٢٥

الموكل عن خطأ الوكيل وتكشف هذه المسألة عن طبيعة تلك المسؤولية بوصفها تطبيقا عاديا لقاعدة مسؤولية المتبوع عن خطأ التابع لا أثرا مترتبا على عقد الوكالة .

١ - النائب الاتفاقي (الوكيل) يستمد صفته من ارادة الأصيل (الموكل) و ارادة الأصيل المنصرفه الى اعطاء النائب صفة النيابة تتمثل فيما نسميه بالانابة *procuration* فالانابة تصرف قانوني بمقتضاه يخول الأصيل نائبه مكنة اجراء تصرف مع الغير تنصرف آثاره الى الأصيل وعادة تكون الانابة مرتبطة بعقد بين النائب والأصيل غالبا ما يكون وكالة ومن هنا نشأ الخلط بين الانابة والوكالة (أو بوجه عام العقد المرتبطة به الانابة) وهو ما يجب الاحتراز منه لحسن فهم الموضوع اذ أن الانابة وان كثر اجتماعها مع الوكالة أو مع غيرها من العقود تتميز عنها بطبيعتها ولا تختلط بها .

فالواقع ان الوكالة بطبيعتها عقد تبادلي يستلزم توافق ارادتي الموكل والوكيل ومؤداه التزام الوكيل بالقيام بعمل قانوني لحساب الموكل ، والانابة عمل من ارادة منفردة هي ارادة الأصيل يسبغ بمقتضاها على النائب صفة النيابة فيمكنه من القيام بتصرف قانوني تعود آثاره على الأصيل دون النائب .

ويحدث في العمل أن تجتمع الوكالة والانابة وذلك حين تكون للوكيل سلطة اجراء التصرف بحيث تعود آثاره مباشرة على الموكل ، ولكن يحدث أيضا أن تكون الوكالة غير مرتبطة أصلا بانابة وذلك حين يكلف الوكيل باجراء عمل قانوني لحساب الموكل دون أن تنصرف آثار ذلك العمل مباشرة الى الموكل بل تنصرف أولا الى الوكيل الذي ينقلها بعد ذلك الى موكله بتصرف جديد تنفيذا لعقد الوكالة .

ولعل كثرة اجتماع الوكالة والانابة في العمل هي السبب في الخلط بينهما أول الأمر وفي اعتبار الانابة عنصرا من عناصر عقد الوكالة ، الا أن الفقه الحديث قد عمل على احكام التمييز بين الوكالة والانابة وقد اتبعت هذا الهدى القوانين الحديثة كالقانون المدني الألماني وقانون الالتزامات السويسري ،

كما أن القانون المدني المصري الجديد اذ عرف الوكالة في المادة ٦٩٩ منه بأنها « عقد بمقتضاه يلتزم الوكيل بأن يقوم بعمل قانوني لحساب الموكل » وقد وضعها في موضعها الصحيح باعتبارها عقدا بين الطرفين تنشأ عنه التزامات متبادلة أخصها التزام الوكيل بالقيام بالعمل لحساب الموكل ، ولم يشر في تعريفها الى اسباغ صفة النيابة على الوكيل بخلاف نص المادة المقابلة من القانون القديم التي كانت تنص (م ٥١٢) على أن « التوكيل عقد به يؤذن الوكيل بعمل شيء باسم الموكل وعلى ذمته .. » وهو تعريف يتمشى الى حد كبير مع تعريف القانون المدني الفرنسي .

واذن فقانوننا المدني الجديد قد عني بهذه التفرقة بين الوكالة وبين الانابة وهو لذلك قد فصل « عقد الوكالة عن موضوع النيابة بوجه عام فوضع مبدأ النيابة وما يتصل بها من أحكام بين القواعد العامة ... وجعل عقد الوكالة في مكانه بين العقود المسماة التي ترد على العمل اذ الوكالة محلها عمل الوكيل . وقد روعي بعد فصل الوكالة عن النيابة ألا تتكرر النصوص في الموضوعين فاختصت النيابة بالمبادئ العامة دون نظر الى مصدر النيابة هل هو العقد أو القانون وعرض المشروع فيها بنوع خاص الى أثر النيابة في العلاقة مع الغير الذي يتعاقد معه النائب ، أما الوكالة فباعتبارها عقدا بين الوكيل والموكل فقد تركزت فيها أحكام النيابة مخصصة من ناجيةين :

من ناحية المصدر فهي نيابة اتفاقية مصدرها العقد ، ومن ناحية الأثر فهي تقف بنوع خاص عند أثر النيابة في علاقة الوكيل بالموكل أى النائب بالأصيل ، أما العلاقة بالغير فقد وردت في الوكالة أحكامها الخاصة بالنيابة الاتفاقية مع الاحالة على مبدأ النيابة بوجه عام في الأحكام الأخرى (١) .

وهكذا يتجلى الوجهان اللذان يتسم بهما نظام النيابة في التصرفات القانونية - وجه العلاقة التي تربط الأصيل بالنائب ويحكمها ما بينهما من عقد وكالة أو عقد عمل أو غير ذلك من الروابط القانونية - ووجه العلاقة

(١) المذكورة الايضاحية للقانون المدني .



بالغير وهذه تنعقد رأساً بين الأصيل وبين الغير الذى يتعامل معه النائب وتولد آثارها فى ذمة كل من الأصيل والغير مباشرة وهذا الأثر المباشر هو الخصيصة المميزة لنظام النيابة .

والوجه الداخلى للنيابة - وجه العلاقة ما بين الأصيل والنائب أو ما بين الموكل والوكيل - قد يتضمن تقييد مكنة الوكيل فى التصرف أو توجيهه وجهة معينة فى تنفيذ الالتزام الذى يرتبه على عاتقه ما بينه وبين الموكل من عقد وكالة ، ولكن هذا التقييد والتوجيه من الموكل لوكيله يظل أمراً خاصاً بالعلاقة الداخلية بينهما ولا ينسحب أثره الى الوجه الخارجى للنيابة - وجه العلاقة بالغير - ما لم يخلص من الانابة التى يتعامل الغير مع الوكيل على أساسها ذلك التقييد لمكنة الوكيل أو التوجيه الذى يتعين عليه أن يراعيه فى تصرفاته .

ذلك ان الاصل ان تحديد مدى النيابة أمر يرجع الى ارادة الأصيل المتجلية فى الانابة وان المسألة فى حالات الغموض والاستبهام هى مسألة تفسير تلك الارادة على ضوء ظروف الحال .

ولكن الانابة متى صدرت من الأصيل بخدودها المعينة قد تقرن بتعليقات صادرة منه الى نائبه خاصة بكيفية استعمال النائب للمكنة المحولة اليه بمقتضى الانابة ومبينة للظروف والأحوال والشروط التى قد يشاء الأصيل أن يقيد بها استعمال تلك المكنة .

فما هو مقدار ارتباط تلك التعليقات بموضوع البحث فى مدى النيابة وهل لها تأثير فى تحديد ذلك المدى ، وهل ينبغى وضعها موضع الاعتبار عند تعيين حدود مكنة النائب فى ابرام تصرفات باسم الأصيل ؟

الواقع أن تلك التعليقات لا يمكن اعتبارها عنصراً من عناصر الانابة ، وانما هى تتعلق بالعقد الذى تستند الانابة اليه من وكالة أو غيرها ، فتعليقات الأصيل تلزم النائب بمقتضى الوكالة (مثلاً) التى تربطه بالأصيل بأن يتصرف

في حدود تلك التعليمات ولكنها لا تقيد من المكنة القانونية المخولة له بمقتضى الانابة اذا جاءت هذه الأخيرة غير مقيدة بمثل ما يرد في التعليمات .

مثال ذلك ( ١ ) ينيب عنه (ب) في شراء عقار في منطقة معينة ويصدر اليه في الوقت نفسه تعليمات خاصة ببعض أوصاف العقار المطلوب شراؤه كأن لا يقل عن مساحة معينة أو لا يزيد ثمنه على مبلغ معين ، فاذا اشترى الوكيل عقارا في المنطقة المحددة في الانابة ولكن مخالفا للأوصاف الواردة بتعليمات الأصيل فان العقد مع ذلك تنصرف آثاره الى الأصيل لدخوله في حدود النيابة ، ولكن يبقى للأصيل أن يرجع على نائبه بما يستتبعه مخالفة هذا الأخير لالتزاماته الناجمة عن عقد الوكالة أعنى وجوب اتباع تعليمات الموكل .

وقد لا يكون أمثال الحالة السالفة الذكر مما يندر وقوعه في العمل وذلك لأنه يحدث كثيرا أن تصاغ الانابة في عبارات عامة تسميلا لتعامل النائب مع الغير وتمكيننا كذلك للنائب من تدبر مصلحة الأصيل بشيء من التصرف على أن يقيد النائب بتعليمات تصدر اليه من الأصيل وهي تعليمات تخص العلاقة الداخلية بينهما من وكالة أو عمل ... الخ فلا أثر لها - على ما قدمنا - في تقييد المكنة المخولة للنائب بمقتضى الانابة (١) .

وليس هذا الا نتيجة طبيعية لقاعدة استقلال الانابة عن العقد الذي تصدر بمناسبةه وتمشيا مع التمييز بين وجهى النيابة - وجه العلاقة الداخلية بين النائب والأصيل ويحكمها ما يربطهما من وكالة أو عقد عمل أو غير ذلك ، ووجهه العلاقة الخارجية التي تربط الأصيل بالغير بواسطة الانابة وكنتيجة لاستعمال النائب للمكنة التي تخوله اياها هذه الانابة .

(١) حكم الاستئناف المختلط ١٨ أبريل ١٩٣٩ ، المحاماة ٢٠-٥٧٣-١٢٦٥ « الاتفاقات الحاصلة بين الموكل والوكيل بشأن تأجير عقار ما والمقيدة لسلطة الأخير لا يحتج بها على المستأجر الذي تعامل مع الوكيل بعد اطلاعه على عقد الوكالة الذي يمنح الوكيل سلطة عامة من حيث اختيار المستأجر وقيمة الايجار ومدة التأجير » .

وظاهر أن عدم الاعتماد في تحديد مدى النيابة بالتعليمات الصادرة من الأصل هو أمر يقتضيه استقرار المعاملات طالما كانت تلك التعليمات متعلقة بالعلاقة الداخلية بين النائب والأصيل تلك العلاقة التي لا يفترض في الغير العلم بها أو التحرى عن تفاصيلها .

وقد أبرزت محكمتنا العليا في حكم حديث لها (١) التفرقة التي نوهنا بها بين وجه علاقة الأصيل بالنائب وبين وجه العلاقة التي تربط الغير بالأصيل عن طريق النيابة فقررت أنه :

« .. متى كان التوكيل الصادر الى وكيل المطعون عليها يبيح له اجراء الصلح والنزول عن الدعوى وكان الصلح الذي عقده مع الطاعنين في حدود هذه الوكالة قد استوفى شرائطه القانونية بأن تضمن نزول كل من الطرفين على جزء من ادعاءاته على وجه التقابل حسما للنزاع القائم بينهما وكان الحكم المطعون فيه اذ لم يعتد بهذا الصلح ، واذ قرر أن الوكيل لم يراع فيه حدود وكالته أقام قضاءه على أن الصلح الذي عقده فيه غبن على موكله ، فان هذا الحكم قد خالف القانون ، ذلك لأن هذا الغبن على فرض ثبوته لا يؤدي الى اعتبار الوكيل مجاوزا حدود وكالته ، وانما محل بحث هذا الغبن وتحديد مدى آثاره يكون في ضدد علاقة الوكيل بموكله لا في علاقة الموكل بمن تعاقد مع الوكيل في حدود الوكالة » .

وليست لنا على هذا المبدأ القويم الا ملاحظة لفظية وذلك حيث تقول محكمة النقض إن « هذا الغبن على فرض ثبوته لا يؤدي الى اعتبار الوكيل مجاوزا حدود وكالته » ، والأصوب عندنا أن يستبدل لفظ (الانابة) بلفظ (الوكالة) فالصحيح أن يقال ان ما قد يقع في عقد الصلح الذي يبرمه الوكيل من غبن لا يؤدي الى اعتبار الوكيل متجاوزا حدود الانابة الصادرة له من موكله ومن ثم ينفذ تصرفه في حقهم ، أما عقد الوكالة الذي يربط الوكيل بموكله فهو يلزمه بتحرى مصلحة الموكل وببذل عناية الرجل المعتاد

(١) نقض ٢٢ أكتوبر ١٩٥٣ المخامة ٣٥-٣٤٦-٨٨٧

في تنفيذ الوكالة (المادة ٧٠٤ مدنى) ، وعلى ذلك فتى أبرم الوكيل عقدا فيه غبن على الموكل كان مسئولاً عن ذلك أمام موكله في نطاق عقد الوكالة ولذا تقول محكمة النقض - بحق - أن محل بحث هذا الغبن وتحديد مدى آثاره «يكون في صدد علاقة الوكيل بموكله» أى انه مسألة متعلقة بعقد الوكالة والترامات الطرفين فيه لا بالانابة في ذاتها ، وقد تقدم لنا في هذا التعليق التمييز - بقدر ما يتسع له المجال - بين الانابة وبين ما ترتبط به من عقود تربط الأصيل بالنائب وأهمها في العمل وأكثرها ذيوعا عقد الوكالة (١) .

ولقد كانت محكمة الاسكندرية الابتدائية في حكمها موضوع التعليق بازاء الوقائع الآتية :

مالك لأطيان زراعية شارك شخصا آخر في استغلال الأطيان وصدرت من المالك لشريكه بمناسبة هذه الشركة انابة في شكل توكيل مطبوع من مطبوعات بنك التسليف الزراعى يتضمن تحويل النائب حق الاقتراض من البنك وسحب المبالغ النقدية وغير ذلك ، وثبت للمحكمة من المراسلات المتبادلة بين الأصيل ونائبه بشأن هذا التوكيل أنه صدر بخصوص عملية واحدة معينة هى سحب مبلغ محدد من النقود من البنك غير أن النائب استعمل هذا التوكيل في اجراء عمليات أخرى كثيرة مع ذلك البنك ، فقررت المحكمة أنه ما دامت تلك العمليات داخلة في حدود مكنة النائب الثابتة في عبارات التوكيل وما دامت تلك العبارات خلوا من أية اشارة الى تخصيص الانابة بتلك العملية المفردة التى تضمنتها تعليمات الأصيل الى نائبه فان تلك التصرفات تنفذ في حق الأصيل الذى ليس له أن يتحدى في هذا الصدد بتعليماته الى الوكيل . وهو قضاء طابقت فيه المحكمة حكم القانون وجرت على نهج المبادئ القويمه التى المعنا لها فيما تقدم .

(١) ينظر في تفصيل التفرقة بين الانابة وبين الوكالة ، كتابنا « النيابة في التصرفات

٢ - أما مسئولية الأصيل عن أعمال النائب غير المشروعة فتتصل أوثق اتصال بالترقية الجوهرية بين مجال التصرفات القانونية ومجال الوقائع القانونية ، تلك التفرقة التي نتجت عن اغفالها المزالق التي انساق إليها بعض الشراح وجانب من أحكام القضاء في القول باعتبار الأصيل مسئولاً مسئولية تقصيرية عن تعويض الضرر الذي يصيب الغير من جراء عمل النائب غير المشروع .

ومن أحكام القضاء الفرنسي التي استند إليها من قال بمسئولية الموكل عن خطأ الوكيل - بوصفهما ذاك - حكمان يتضح من النظر فيهما مدى الخلط الذي وقعت فيه المحكمة بين العقد وبين العمل غير المشروع ، كما يتضح أن اللجوء في واقعتي هذين الحكامين الى فكرة المسئولية التقصيرية عن أعمال الوكيل نافلة في غير محلها .

فالحكم الأول صادر من محكمة استئناف الجزائر في ٧ يوليو سنة ١٨٩٩ (دالوز ١٩٠١-٢-١٨١) وفيه استندت المحكمة الى فكرة المسئولية التقصيرية التي تقع على الموكل من جراء خطأ الوكيل وذلك لالزام مودع لديه بتعويض المودع عن فقد الوديعة التي بددها وكيل المودع لديه وكان مكلفا بتسليمها لصاحبها ، وظاهر من هذه الواقعة أنه لا حاجة أصلاً الى اثاره فكرة المسئولية التقصيرية ولا الى القول بأن تبديد الوكيل للوديعة يعتبر خطأ يسأل عن تعويضه الموكل بوصفه متبوعاً لمرتكب الخطأ ، وذلك لأن رد الوديعة التزام عقدي يقع على عاتق المودع لديه بموجب عقد الوديعة وعدم تنفيذ هذا الالتزام يستتبع مساءلة المودع لديه على أساس المسئولية العقدية لا التقصيرية ، وبدهى أنه كلما أغنت عنا أحكام المسئولية العقدية وجب أن نستبعد فكرة المسئولية التقصيرية من مجال البحث .

والحكم الآخر صادر من محكمة استئناف باريس في ١٠ يوليو ١٩٤٤ (دالوز ١٩٤٥-٦٢) قضت فيه المحكمة بالزام مالك لعقار بتعويض المشتري للعقار في المزداد عن تكليف اتضح أن العقار مثقل به ولم يكن قد ورد له ذكر في قائمة شروط البيع التي أشهر مزاد العقار على أساسها واستندت

المحكمة في هذا القضاء على أن عدم ادراج ذلك التكليف في قائمة شروط البيع خطأ ارتكبه موثق العقود المكلف من البائع باجراء المزاد وأن البائع بوصفه موكلا مسئول عن الخطأ الذى ارتكبه وكيله موثق العقود ، وظاهر هنا أيضا أن الاشارة الى المسؤولية التقصيرية تنطوى على كثير من عدم الدقة في التعبير وذلك لأننا في واقعة الدعوى التي قضى فيها الحكم بازاء مسؤولية عقدية تقع على عاتق البائع كأثر من آثار عقد البيع اذ أنه لم ينفذ التزامه بنقل الملكية خالصة للمشتري تنفيذا كاملا وذلك بلا أدنى دخل للمسئولية التقصيرية ، وليس أدل على ذلك من أن المدعى في تلك الدعوى كان قد طلب أمام المحكمة الابتدائية أصليا فسخ عقد البيع واحتياطيا التعويض ثم عدل طلباته أمام محكمة الاستئناف بالتنازل عن طلب الفسخ مع التمسك بطلب التعويض وكلها طلبات تتكفل بها أحكام العقد وهي من جزاءات المسؤولية العقدية ولا اتصال لها بالمسئولية التقصيرية ، ولا شك أن الخلط بين مجالى المسئولتين ينطوى على تجاهل للتفرقة الأساسية بين التصرف القانوني والواقعة القانونية .

والنيابة بحكم كونها احلالا لارادة النائب محل ارادة الأصيل في ابرام التصرف ينحصر مجالها في التصرفات القانونية (العقود والتصرفات بالارادة المنفردة) ، أما المسؤولية التقصيرية (سواء عن الخطأ الشخصى أو خطأ الغير) فهي مؤسسة على العمل غير المشروع وهو واقعة قانونية لا ارتباط لها بالارادة ، ولذا فهي بعيدة عن مجال التصرفات القانونية القائمة على الإرادة .

ودن ثم يبين بوضوح ان الربط بين المسؤولية التقصيرية عن خطأ النائب أو الوكيل وبين موضوع أثر النيابة أو الوكالة ينطوى على خلط بين مجالين مستقلين من مجالات النشاط القانوني وان حل مسألة مسؤولية الأصيل عن خطأ النائب لا يمكن الوصول اليه في نطاق علاقة النيابة أو الوكالة .

ومع ذلك فيدخل كثير من الفقهاء ضمن آثار النيابة بالنسبة للأصيل مسؤولية قبل الغير عما يقع من النائب من أخطاء بمناسبة ابرام التصرف الحاصل بطريق النيابة ويتكلمون عن هذه المسؤولية في كلامهم على أثر

النيابة ، والواقع أن هذه المسؤولية لا تدخل في نطاق آثار النيابة بالنسبة للأصيل فهي مسألة غريبة عن النيابة وتدخل ضمن نظام قانوني آخر كما سيتبين مما يلي :

يفرق الفقه بصدد مسؤولية الأصيل عن خطأ نائبه بين مختلف أنواع النيابة جاعلا لكل نوع حكما خاصا بالنسبة لتلك المسؤولية - ففي النيابة القانونية نجد أنه من المقرر أن القاصر أو ناقص الأهلية غير مسئول عن خطأ نائبه القانوني ، أما في النيابة الاتفاقية فن المقرر أن الأصيل مسئول عما يرتكبه نائبه من خطأ .

وان مجرد التفرقة بين نوعي النيابة في الحكم يحمل الدليل على أن مسألة المسؤولية عن خطأ النائب ليست من آثار النيابة بمعناها الصحيح وانها لا بد وأن تكون أوثق ارتباطا بنظام آخر غير النيابة .

والمتفحص لأحكام القضاء يلاحظ أنه يقيم تلك المسؤولية على ما بين الأصيل والنائب من علاقة المتبوع بالتابع ويجعل مسؤولية الأصيل عن خطأ النائب تطبيقا من تطبيقات المسؤولية عن فعل الغير الناشئة عن علاقة التبعية (مادة ١٧٤ مدني ومادة ١٣٨٤ فقرة ٤ مدني فرنسي) .

على أن كل نائب اتفاقي (وكيل) ليس تابعا للأصيل (الموكل) باطلاق ، فان لعلاقة التبعية عناصر - منها الاشراف والتوجيه - قد لا تتوفر في كثير من الحالات فيما بين الأصيل ونائبه الاتفاقي من علاقة ، وعلى هذا فان مسؤولية الأصيل عن خطأ نائبه متوقفة على توافر علاقة التبعية بينهما بعناصرها المتميزة بصرف النظر عن وجود علاقة النيابة فهذه العلاقة ليست بحال الأساس الذي تقوم عليه مسؤولية الأصيل عن خطأ النائب .

لهذا اتجه الفقه في الزمن الأخير الى ابراز المعنى المتقدم مقررا أن المسؤولية التي تقع أحيانا على الأصيل نتيجة لخطأ نائبه ليست من آثار النيابة وانما هي من قبيل مسؤولية المتبوع عن خطأ التابع . وتقوم تلك المسؤولية متى توافرت أركانها واستوفيت شرائطها المعروفة بغير تعويل على ما بين

المتبوع والتابع من علاقة الأصل بالنائب فهذه العلاقة الأخيرة تنتمي الى مجال التصرفات القانونية ، بينما تقوم مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع على أساس واقعة قانونية .

وقد سارت محكمة اسكندرية الابتدائية في الحكم موضوع التعليق على هذا النهج السليم ففتشت في وقائع الدعوى عن عناصر رابطة التبعية لكي تنتهي الى رأى فيما ادعاه بنك التسليف الزراعى من أن الموكل يعتبر مسئولاً عن التزوير الذى ارتكبه وكيله في التوكيل باضافة الكفالة الى التصرفات المخول له في القيام بها وتمكن عن هذا الطريق من سحب مبالغ كبيرة من البنك بأسماء مدينين كان يتقدم كفيلا لهم باسم الموكل بموجب الاضافة المزورة في التوكيل - وفي هذا الصدد قالت المحكمة :

« وحيث أنه أخذنا بما تقدم ينبغى النظر على ضوء الظروف وعقد الوكالة نفسه الى توافر أو عدم توفر عناصر التبعية المتميزة عن أركان عقد الوكالة » .

وانتهت من بحثها الى القول بأنه :

« .. يبين من كل ما تقدم أن دعوى البنك الفرعية المؤسسة على المسؤولية التقصيرية تفتقر الى الأساس القانونى فلم يثبت بدليل ما أن علاقة التبعية كانت متوافرة ، ومن ثم فلا يجوز مساءلة مورث المدعين على الخطأ الذى ارتكبه (وكيله) أثناء قيامه بأعمال الوكالة وتكون هذه الدعوى خليقة بالرفض » .

وبلاحظ بهذا الصدد أن البحث عن عناصر التبعية في وقائع الدعوى وان اقتضى الرجوع الى الظروف عامة والى عقد الوكالة نفسه بصفة خاصة الا أن مدى السلطة المخولة الى الوكيل في عقد الوكالة ليس بذى أثر مباشر في القول بتوفر أو عدم توفر رابطة التبعية ، فرب وكيل عام يكون رغم شمول وكالته لكافة التصرفات خاضعا لاشراف ورقابة وتوجيه دقيق من الموكل تتوفر بها رابطة التبعية ، ورب وكيل تخصصت وكالته بتصرف



معين أو بنوع واحد من التصرفات ولكنه يتمتع رغم ضيق مدى الوكالة بحرية تامة في مباشرة سلطاته كوكيل مما لا يجعل في الوسع اعتباره تابعا للموكل . فالمسألة اذن مسألة تقدير للوقائع طبقا لظروف كل دعوى على حدة وهذا التقدير للوقائع الذى ينتهى الى اعتبار رابطة التبعية قائمة أو غير قائمة هو مسألة موضوعية ينبسط عليها سلطان قضاة الموضوع بغير معقب من محكمة النقض .

