

التعليق على الأحكام

للمدكتور جمال مرسى بدر

حكم محكمة الاسكندرية الابتدائية (دائرة الاحوال الشخصية للجانب) الصادر بتاريخ ٢٨ / ٦ / ١٩٥٥ في القضية رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٥ كلى (*) .

المبدأ :

(١) تنص المادة ٢/١٣ من القانون المدني المصري على أنه يسرى على الطلاق قانون الدولة التي ينتمى اليها الزوج وقت الطلاق ويسرى على التطليق والانفصال قانون الدولة التي ينتمى اليها الزوج وقت رفع الدعوى . ويكون ثابتاً من تلاوة هذا النص أن قواعد الاسناد فيه خاصة بالزوج ذى الجنسية المعلومة .

وبالنسبة لمثل هذا الزوج (المدعى) الذى لا جنسية له فانه يتعين إعمال المادة ١/٢٥ من القانون المدني المصري التي تنص على أن يعين القاضى القانون الذى يجب تطبيقه فى حالة الأشخاص الذين لا تعرف لهم جنسية ، والثابت فى هذه الحالة أن يطبق القاضى قانون موطن الشخص (كما فعل المشرع الألمانى) أو قانون محل اقامته (كما جاء فى التقنين الايطالى) ولما كان موطن الزوج هو القطر المصري الذى يقيم فيه فانه يتعين تطبيق القانون المصري .

(٢) متى كان الزوج أرثوذكسياً والزوجة كاثوليكية فان اختصاص المجالس المالية يكون منتفياً وينعقد الاختصاص للمحاكم الشرعية لهذا الاختلاف فى الملة وتطبق أحكام الشريعة الاسلامية باعتبارها القانون ذو الولاية العامة فى مسائل الأحوال الشخصية للمصريين .

(٣) طبقاً للشريعة الاسلامية يثبت الطلاق للزوج بمجرد العقد الصحيح فيوقعه بارادته المنفردة ، وذلك بخلاف الزوجة التي يجب أن ترفع الأمر للقاضى ليفرق بينهما ان وجدت المبررات الشرعية .

(*) صار هذا الحكم نهائياً بفوات مواعيد الطعن فيه .

وما دام من حق الزوج أن يطلق بارادته المنفردة ، وما دامت الشريعة الاسلامية لا تعرف دعوى التطلق المرفوعة من الزوج فان دعواه تكون من غير سند ولا مصلحة له في اقامتها اذ أن القضاء وجد للفصل في الخصومات ذات النتائج الموجودة ، ولا محل لتعطيله برفع خصومات عديمة الحدوى ولذلك يتعين الحكم بعدم قبولها لانعدام المصلحة فيها ، ولو ان الزوج تقدم لهذه المحكمة باثهاد طلاقه فان من حقها أن تصادق عليه وتحكم باثباته .

التعليق :

(١) في الاختصاص :

صدر حكم محكمة اسكندرية الابتدائية موضوع التعليق حين ان كان تعدد جهات القضاء في الأحوال الشخصية لا يزال قائماً ، وقد قضت المحكمة باختصاصها بنظر الدعوى المرفوعة من زوج غير معين الجنسية ضد زوجة ايطالية الجنسية وهو قضاء سليم اذ لا جدال في أن الاختصاص بقضايا الأحوال الشخصية ذات العنصر الأجنبي كان منعقدا للمحاكم المدنية دون سواها من جهات الاحوال الشخصية التي كانت قائمة قبل نفاذ القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ .

على أن أسباب الحكم وردت بها عبارة تناقض في الواقع منطوقه وذلك اذ تقول المحكمة :

« ومن حيث أن الزوج أرثوذكسى وأن الزوجة كاثوليكية فان اختصاص المحالس المالية يكون منتفيا وينعقد الاختصاص للمحاكم الشرعية لهذا الاختلاف في الملة » .

فالواقع أن هذه العبارة وما ساقه الحكم تأييدا لها من مراجع إنما تختص بالمصريين غير المسلمين وتعرض لتنازع الاختصاص بين المحاكم الشرعية والمحالس المالية (وكلها جهات قضاء في الأحوال الشخصية للمصريين) ولا شأن لها بالاختصاص القضائي بالأحوال الشخصية متى كان في الدعوى عنصر أجنبي .

ولئن كان موضوع الاختصاص لم تعد له الا أهمية تاريخية بعد توحيد جهات القضاء في مسائل الأحوال الشخصية الا أنه ينبغي التنويه بأن ما أشارت اليه أسباب الحكم موضوع التعليق من انعقاد الاختصاص للمحاكم الشرعية بدعوى بين شخص غير معين الجنسية (أو مصرى) وبين ايطالية هو في غير محله لأن اختصاص المحاكم الشرعية كان منوطا بكون الخصوم من الرعايا المصريين - مسلمين كانوا أم غير مسلمين ما لم يكونوا من اتباع ديانة لها محكمة أحوال شخصية مصرية - وعلى ذلك فالمصريون المسلمون كانت تختص بمنازعاتهم في مسائل الأحوال الشخصية المحاكم الشرعية ، كما كانت هذه المحاكم تختص بمنازعات المصريين من غير المسلمين متى اختلفوا ديانة مذهبها أى متى لم يكونوا جميعا من أتباع ديانة أو مذهب له محكمة أحوال شخصية مصرية ، وهذا التحديد لنطاق ولاية المحاكم الشرعية نخلص من لائحة ترتيبها الصادر بها القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ بحسب ما استقرت عليه حكام القضاء بشأن ولاية تلك المحاكم ومنها حكم محكمة النقض الصادر في ٣-١٢-١٩٢٦ في الطعن رقم ٣٤ سنة ٤ ق ، وحكم محكمة مصر للامور المستعجلة الصادر في ١٠-٤-١٩٣٧ (المحاماة السنة ٢١ ص ١١٢) .

أما الجهة المختصة ذات الولاية في مثل هذا النزاع بين مصرى وغير مصرى فهي المحاكم المدنية طبقاً لنص المادة ١٢ والمادة ١٣ من قانون نظام القضاء اذ :

« تختص هذه المحاكم (أى المحاكم المدنية) بالفصل في المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية بالنسبة الى غير المصريين وتختص أيضا اذا كان النزاع بين مصرى وغير مصرى ، كما تختص في مواد «الولاية على النفس وعلى المال بالنسبة الى المصريين ويكون لها الاختصاص في باقى مسائل الأحوال الشخصية بالنسبة اليهم فيما يرد بشأنه قانون خاص (م ١٥) (١) » .

(١) الدكتور أحمد أبو الوفا " المرافعات المدنية والتجارية " بند ٢٢١ ص ٢٢٧ وانظر بند ٢٢٦ ص ٢٣٣ وما بعدها حيث يفند المؤلف تفصيلا ما قد كان يجوز أن يثار من الاحتجاج لاختصاص المحاكم الشرعية بالمنازعات ذات العنصر الأجنبي .

وقد طبقت محكمة النقض هذه القاعدة السليمة في حكم لها صادر من الجمعية العمومية في القضية رقم ٦ لسنة ٢٤ قضائية (تنازع الاختصاص) بتاريخ ٨ فبراير سنة ١٩٥٥^(١) في نزاع بين زوج مصرى وزوجة يوغوسلافية (كالحال في النزاع الذى صدر فيه الحكم موضوع التعليق) وفي ذلك الحكم تقول المحكمة العليا :

« ولما كانت الزوجة غير مصرية فان المحكمة المدنية تكون هى الجهة الوحيدة المختصة بنظر ما ينشأ بينها وبين زوجها المصرى من نزاع يتعلق بأحوالهما الشخصية وذلك وفقاً لنص المادتين ١٢ و ١٣ من قانون نظام القضاء » .

والخلاصة انه لم يكن للمحاكم الشرعية اختصاص بنظر الدعوى التى صدر فيها حكم محكمة اسكندرية الابتدائية الذى نحن بصددده وهو ما سارت عليه المحكمة فى قضائها بالفعل اذ قضت باختصاصها بنظر الدعوى برغم ما ورد فى الأسباب من اشارة الى اختصاص المحاكم الشرعية .

(٢) فى أحكام طلاق غير المسلمين فى الشريعة الاسلامية :

الثابت من وقائع الدعوى التى صدر فيها الحكم موضوع التعليق أن الزوجة كاثوليكية لاتدين بالطلاق كما أن قانون جنسيتها وهو القانون الايطالى لا يقر الطلاق وقد تزوجت أرثوذكسيا غير معين الجنسية أسندت المحكمة أحواله الشخصية الى القانون المصرى باعتباره قانون الوطن وذلك طبقاً للرخصة المخولة للقاضى فى المادة ٢٥ من القانون المدنى ، ثم أسندت المحكمة دعوى التطلق المطروحة عليها الى القانون المصرى باعتباره قانون الزوج وقت رفع الدعوى تطبيقاً للمادة ١٣ فقرة ثانية من القانون المدنى والمحكمة فيما فعلته من التكييف والاسناد قد طبقت حكم القانون ولم تعد الحل السليم الذى تقتضيه وقائع الدعوى .

وفى صدد تحديد القواعد الموضوعية للقانون المصرى المنطبق على الدعوى أشارت المحكمة الى اختلاف الملة بين الزوج الارثوذكسى والزوجة الكاثوليكية ورتبت على ذلك استبعاد تطبيق شريعة أى من الزوجين واعتبرت النزاع

(١) غير منشور ، وبفس المعنى حكم محكمة الأمور المستعجلة بالاسكندرية الصادر بتاريخ ١٠ / ١٠ / ١٩٥٥ فى القضية رقم ٢٦٣ سنة ١٩٥٥ غير منشور .

محكوماً بأحكام الشريعة الاسلامية بوصفها القانون العام في مصر في مسائل الأحوال الشخصية وهذا النظر بدوره لاغبار عليه وهو يتفق والمستقر من قواعد الاختصاص التشريعي في مسائل الأحوال الشخصية في مصر .

ذلك أن ميدان الأحوال الشخصية في مصر كان ولا يزال رغم صدور القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ يسوده تعدد القوانين^(١) ، إذ تحكم الشريعة الاسلامية الأحوال الشخصية للمصريين المسلمين وتحكم الشرائع الدينية غير الاسلامية الأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين وذلك فيما عدا الولاية على النفس وعلى المال وفيما عدا الموارث التي تنظمها بالنسبة للمصريين جميعاً تشريعات وضعية واحدة .

وعلى مثل هذا الوضع تتكلم المادة ٢٦ من القانون المدني اذ تقول :

« متى ظهر من الأحكام الواردة في المواد المتقدمة ان القانون واجب التطبيق هو قانون دولة معينة تتعدد فيها الشرائع فان القانون الداخلى لتلك الدولة هو الذى يقرر أية شريعة من هذه يجب تطبيقها » .

والقانون المصرى يقصر الاختصاص التشريعي للشرائع الدينية غير الاسلامية على حالة اتحاد الخصوم في الملة فاذا تعددت الطوائف الدينية التي ينتمى اليها الخصوم انتفى اختصاص شريعة أى منهم وخضع النزاع لحكم الشريعة الاسلامية بوصفها القانون العام في مسائل الاحوال الشخصية .

واذ أجرى الحكم موضوع التعليق حكم الشريعة الاسلامية على الدعوى المطروحة على المحكمة ذهب الى أنه لا مصلحة للزوج في رفع دعوى التطليق لأنه بمقتضى الشريعة الاسلامية يملك الطلاق بارادته المنفردة ، ومن ثم تكون دعواه غير مقبولة لانتفاء المصلحة ، وزاد الحكم في اثبات حق الطلاق للزوج الارثوذكسى غير معين الجنسية على زوجته الكاثوليكية الايطالية قوله :

« ... لو ان الزوج تقدم لهذه المحكمة باسهاد طلاقه فان من حقها أن تصادق عليه وتحكم باثباته » .

(١) نصت المادة السادسة من القانون رقم ١٦٢ لسنة ١٩٥٥ على صدور الأحكام في منازعات الأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين المتحدى الطائفة والملة طبقاً لشريعتهم .

وهذا الذى ذهب اليه الحكم يثير البحث فى أحكام الشريعة الغراء فى طلاق غير المسلمين وسيين أن للشريعة فى ذلك حكما يخالف ما قضت به محكمة الاسكندرية الابتدائية بحكمها موضوع التعليق .

ذلك أن المعروف من أصول الشريعة الاسلامية ان خطاب الشارع موجه الى المكلفين ؛ والمكلفون هم المسلمون البالغون المتمتعون بكامل الأهلية ، أما غير المسلمين فى دار الاسلام فهم فريقان :

١- الذميون : وهم رعايا الدولة الاسلامية من غير المسلمين وهؤلاء مخاطبون بأحكام الشريعة فيما يختص بالمعاملات ما عدا ما تعلق بمعتقداتهم الدينية (كتمول الخنزير والحمر) أما العبادات وكذا الأحوال الشخصية فالشريعة تتركهم فيها وشأنهم ولا يلزمون فيها بأحكام الاسلام لأنهم غير مخاطبين بها .

٢- المستأمنون : وهم أصلا من أهل دار الحرب (أى من رعايا الدول غير الاسلامية) ودخلوا دار الاسلام بترخيص مؤقت يعرف فى الفقه الاسلامى باسم « الامان » ومنه اشتق اسم المستأمن ، وهؤلاء المستأمنون غير مخاطبين أصلا بأحكام الشرع وليست لهم فى دار الاسلام حقوق المسلمين أو الذميين ولا عليهم التزاماتهم عدا ما تعلق بالجنائيات وحتى بالنسبة الى الجنائيات يرى جمهور الفقهاء أن المستأمن ليس عليه الحد وإنما يجازى بغير الحدود من العقوبات وبالجملة فان المستأمن لم يكن فى نظر الشريعة الاسلامية من أشخاص القانون و *sujet de droit* بالاصطلاح الحديث .

وإذا كان يسوغ اعتبار الزوج غير معين الجنسية المتوطن فى مصر ذميا ، فان فى اعتبار الزوجة الايطالية الجنسية ذمية نظرا ، ولعل هذه الزوجة أدخلت فى طائفة المستأمنين رغم استمرار اقامتها فى اقليم الدولة الاسلامية ، ذلك أن تحول المستأمن الذى تطول اقامته فى دار الاسلام الى ذمى كان مبناه عند فقهاء الشريعة افتراض لحوق ذلك المستأمن بدار الاسلام ودخوله فى سلطان المسلمين وقطعه لما كان بينه وبين دار الحرب من صلوات ، بينما أن المعروف من نظم اقامة الاجانب فى مصر فى هذا الزمن يستفاد منه تمسك الأجنبي بجنسيته مع بقاءه مقيما بموجب اذن يتجدد دوريا فهو بمثابة

أمان متجدد وما دام الأمان قائماً فلا يسهل افتراض حقوق الحربى بدار الاسلام ودخوله فى زمرة الذميين من رعايا الدولة الاسلامية ، ومهما يكن من أمر هذا النظر فسنفترض تسهلاً للمناقشة أن الزوجين من الذميين المخاطبين بأحكام الشريعة .

والأساس الذى تقوم عليه معاملة الشريعة الاسلامية للذميين فى مسائل الأحوال الشخصية هو عدم التعرض لهم فيما يدينون به وقد نشأ عن هذا المبدأ الذى أملاه التسامح الدينى أن أصبح نطاق تطبيق الشريعة الاسلامية نطاقاً شخصياً لانطاقاً اقليمياً بمعنى أن انطباقها قاصر على المسلمين وليس منسجماً على كل من يقيم فى اقليم الدولة الاسلامية كما هو الشأن فى القوانين الزمنية الحديثة التى تدين بمبدأ اقليمية القانون .

وكنتيجة لهذه النظرية الشخصية - لا الاقليمية - للقانون فى الشريعة الاسلامية وجدت فى اقليم الدولة الاسلامية قوانين أخرى دينية تحكم مسائل الأحوال الشخصية لغير المسلمين ، كما قامت جهات قضائية أخرى بجوار الجهة القضائية الاسلامية اذ كان الحكم فى قضايا الأحوال الشخصية لغير المسلمين متروكا للرؤساء الدينيين فى كل طائفة .

فاذا تعددت طوائف الحصوص - أى فى حالة اختلاف الملة - فان اختصاص الجهة الدينية ينتى بطبيعة الحال ولا يبقى أمام أصحاب الشأن الا أن يترافعوا الى القاضى الاسلامى فما هو حكم الشريعة الغراء فى هذا الوضع ؟

اختلفت المذاهب فى حكم ترافع غير المسلمين الى القاضى الاسلامى فذهب الشافعى ومالك الى أن القاضى ليس ملزماً أن ينظر دعواهم ولا أن يحكم بينهم أصلاً واذا اختار أن يحكم بينهم حكم بمقتضى قواعد العدالة :

« وان جأوك فاحكم بينهم أو أعرض عنهم وأن تعرض عنهم فلن يضروك شيئاً وان حكمت فاحكم بينهم بالقسط » (مائدة ٤٢)

وذهبت سائر المذاهب الى أن القاضى ينظر دعاواهم ويطبق عليهم أحكام الشريعة الغراء :

« وأن احكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم » . (مائدة ٤٩)

ولكن الشريعة الاسلامية السمحة - ومن أصولها الراسخة ان « لا ضرر ولا ضرار » - قيدت تطبيق حكم الاسلام على غير المسلمين فى خصوص الطلاق

بقيد تملية العدل الذى يتوخاه الشارع ويقتضيه قطع السبيل على الأذى والاعتناء واحترام مايسمى فى اصطلاح القانون الحديث بالحقوق المكتسبة وهذا القيد هو أن يكون الطرفان المترافعان الى القاضى ممن يدينون بالطلاق فاذا كان أحدهما أو كلاهما لا يدين به لم يكن الى طلاقهما من سبيل ، وكذلك الحال فى كل ما تعلق بصحة الزواج أو بطلانه ، فالمرجع فى ذلك كله عند القاضى الاسلامى هو ما يدين به الطرفان .

وفىما يلى بعض أقوال أئمة المذهب الحنفى الذى عليه المعول أمام المحاكم المصرية :

جاء فى كتاب « المبسوط » لشمس الأئمة السرخسى ج ٥ ص ٤٠ :

« وابو حنيفة رحمه الله تعالى يقول أصل النكاح (والكلام على نكاح الذميين) كان صحيحا فرفع أحدهما الى القاضى ومطالبتة بحكم الاسلام لا يكون حجة على الآخر فى ابطال الاستحقاق الثابت له باعتقاده بل اعتقاده يكون معارضا لاعتقاد الآخر فبقي حكم الصحة على ما كان . بخلاف ما اذا أسلم أحدهما فان الاسلام يعلو ولايعلى عليه ، فلا يكون اعتقاد أحدهما معارضا لاسلام المسلم منهما » .

وواضح أن هذا الكلام تملية الرغبة الصادقة من المشرع الاسلامى فى احقاق الحقوق واحترام ما لكل طرف فى عقد الزواج وهنا نجد أن حكم الشريعة السمحة غير متفق ومذهب الحكم موضوع التعليق الذى ذهب الى تطبيق أحكام الطلاق فى الشريعة الاسلامية على غير المسلمين كتطبيقها على المسلمين سواء بسواء ، وبذلك يمكن للزوج غير المسلم ان يضار زوجته غير المسلمة بأن يطلقها عملا بحكم الاسلام فيبطل الاستحقاق الثابت لها باعتقادها بينما هو باق على ذنبه فهو فى الحقيقة يريد أن يعلو هو على حق زوجته لا ان يعلو عليهما معا حكم الاسلام .

ونجد فى المرجع نفسه ص ٤١ بخصوص الطلاق بالذات :

« قال واذا طلق الذمى امرأته ثلاثا ثم أقام عليها فرافعته الى السلطان فرق بينهما لأنهم يعتقدون ان الطلاق مزيل للملك وان كانوا لايعتقدونه محصور العدد فامساكه اياها بعد التطبيقات الثلاث ظلم منه وما اعطيناهم الذمة لنقرهم على الظلم » .

ومدلول هذه العبارة ان اعمال الطلاق فى الصورة السابقة مرجعه ان هذين الذمين يعرفان الطلاق ويعتقدان انه يزيل الحل وينهى الزوجية وان كانا لايعرفان ان الطلاق ثلاث .

واذن فالقاضى الاسلامى يمضى هذا الطلاق الذى يدين به الطرفان أما اذا تخلف هذا الشرط الجوهري (وهو ان يدين الطرفان بالطلاق) فلا سبيل الى ايقاع الطلاق بينهما والا كان فى ذلك ظلم بين والشرع الحنيف يأبى الظلم هنا كما يأباه فى الصورة التى تعرض لها صاحب المبسوط فى حالة من يدينان بالطلاق ثم يريد الزوج أن يمسك زوجته رغم تطليقه اياها .

كما نجد فى « الفتاوى الهندية » الجزء الأول الباب العاشر وعنوانه « فى نكاح الكفار » ص ٢٣٧ مايلى :

« كل نكاح جائز بين المسلمين فهو جائز بين أهل الذمة وما لايجوز بين المسلمين فهو أنواع منها النكاح بغير شهود . اذا تزوج الذمى ذمية بغير شهود وهم يدينون بذلك فهو جائز حتى لو اسلما يقران على ذلك عند علمائنا الثلاثة ، وكذلك اذا لم يسلما ولكن طلبا من القاضى حكم الاسلام أو طلب أحدهما ذلك فالقاضى لايفرق بينهما .. ولايفرق القاضى بينهما على قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى اسلما أو اسلم أحدهما ترافعا أو ترافع أحدهما » .

وهذه المبادئ القويمة التى استقرت عليها الشريعة الغراء قد تضمنها نص تشريعى حديث هونص المادة ٩٩ فقرة أخيرة من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية (وهذا النص لا يزال معمولاً به بمقتضى القانون رقم ٤٦٢ سنة ١٩٥٥) وهو :

« ولا تسمع دعوى الطلاق من أحد الزوجين غير المسلمين على الآخر الا اذا كانا يدينان بوقوع الطلاق » .

وجاء في المذكرة التفسيرية للأئحة الشرعية تعليقاً على هذا النص مايلي :

« كانت المحاكم الشرعية عملاً بالمادة ٢٨٠ من الأئحة تحكم بوقوع طلاق غير المسلم على زوجته غير المسلمة في الدعاوى المرفوعة من أحدهما على الآخر ، وكان في ذلك حرج ومشقة بالنسبة للطوائف التي لاتدين بوقوع الطلاق لعدم استطاعة هذه المطلقة الزواج من آخر للتقاليد المتبعة في ملتها فتبقى معلقة لاتتزوج وقد تحرم من النفقة فلا تجد من ينفق عليها فرئى معالجة هذه الحالة عملاً بمبدأ جواز تخصيص القضاء بالنص على عدم سماع دعوى الطلاق من أحد الزوجين غير المسلمين على الآخر الا اذا كان الزوجان يدينان بوقوع الطلاق (المادة ٩٩) » .

وقد جرى قضاء المحاكم الشرعية بانتظام منذ صدور لائحة ترتيبها سنة ١٩٣١ على ما نصت عليه الفقرة الاخيرة من المادة ٩٩ ونشير من عديد الاحكام الشرعية التي تحفل بها مجموعات الأحكام الى حكم واحد هو الصادر من محكمة بورسعيد الشرعية في ٢٣ شعبان ١٣٥٠ الموافق ٢ يناير ١٩٣٢ في القضية رقم ١٠١٢ سنة ١٩٣١/٣٠^(١). وفي هذا الحكم قررت المحكمة المبادئ التالية :

« (١) لاتقبل دعوى الطلاق من غير المسلمين اذا كانوا لا يدينون به ولو كانت ضمن دعوى أخرى طبقاً للمادة ٩٩ من القانون رقم ٧٨ سنة ١٩٣١ .

(٢) انه فضلاً عن هذا النص ، فقد نص ابن عابدين في الجزء الثاني من باب نكاح الكافر على ان المشهور الآن من اعتقاد أهل الذمة انه لا طلاق عندهم

(٣) انه بمراجعة أقوال علماء الدين المسيحي وكتبهم يعلم أن الأصل في الديانة المسيحية عدم الطلاق الا لعلة الزنا ، ثم استنبط علماءهم من نصوص كتبهم المقدسة قواعد تميز الطلاق في ظروف أخرى غير الزنا ، ولكن لا يجوز في جميع الأحوال أن يحصل الطلاق الا بمعرفة الرئيس الديني الروحي لأن الطلاق

(١) الحاماة الشرعية السنة الثالثة ص ٥٧٢ .

حق للكنيسة التي يمثلها الرئيس الديني الروحي (كتاب ابن العسال في قانون الكنيسة) « (يراجع الحكم المنشور بمجلة القضاء الشرعي بالعدد العاشر السنة الاولى ص ١١٥) .

ولعل مما يزيد النقطة التي نحن بصددھا وضوحا أن یمین الطلاق عند المسلمین أمر يتعلق بعقيدة الزوج المسلم الدينية فهو يعتقد أن تلك الیمین توجب الفرقة وتھی الملك فالجزء الديني هنا يختلط ويمتزج بالجزء القانوني كما هو الشأن في جميع التشريعات ذات الأصل السھامی وعلى ذلك فيصعب أن تنسحب تلك القاعدة القانونية الدينية على أشخاص لا یدینون أصلا بالعقيدة التي تستند إليها تلك القاعدة .

والواقع أنه لم یخف على أحد من علماء الشريعة الغراء ودارسها أن شرط امکان وقوع الطلاق بيمين الزوج (كما ذهب إليه الحكم موضوع التعليق) هو أن يكون الزوج مسلما من أهل التكليف ، والتكليف يقتضي الاسلام والبلوغ والعقل ولم يفيت التنويه بهذا الشرط الجوهري علماء القانون الأجانب الذين درسوا الشريعة الغراء فنجد في كتاب « الأحوال الشخصية في الشريعة الاسلامية » للاستاذين سوتايرا وشربونو المطبوع بباريس سنة ١٨٧٣ ج ١ ص ٢٧٩ بند ٣٣١ ضمن شروط الطلاق ما يلي :

« ان سلطة ايقاع الطلاق يملكها على العموم المسلم البالغ العاقل ومن ثم فغير المسلم والصغير والمجور عليه ... الخ لا يمكنهم أن يوقعوا طلاقا صحيحاً » (١) .

واذن فلا يصح في حكم الشريعة الاسلامية في مثل واقعة الدعوى التي قضت فيها محكمة الاسكندرية الابتدائية اعطاء الزوج غير المسلم حق طلاق زوجته غير المسلمة التي لاتدين بالطلاق لأن القول بأن مثل ذلك الزوج يثبت له حق

(١) "Ce pouvoir (c'est-à-dire la répudiation) appartient en principe au musulman majeur et sain d'esprit ... D'où le conséquent que l'infidèle l'interdit, etc... sont incapables de prononcer une répudiation valable".

Soutayra & Charbonneau : "Droit musulman de statut personnel" Paris 1873, T. I. p. 279 No. 331.

وانظر "منهاج الطالبين" ج ٢ ص ٢٥٥ (طبعة ١٨٨٣ المصحوبة بترجمة فرنسية) .

الطلاق « بمجرد العقد الصحيح فيوقعه بإرادته المنفردة ... ولو أن الزوج تقدم لهذه المحكمة بأشهاد طلاقه فان من حقها أن تصادق عليه وتحكم بإثباته » هذا القول لا يتفق وما كان يأخذ به فقهاء الشريعة الإسلامية على اختلاف مذاهبهم فضلا عن مخالفته لنص الفقرة الأخيرة من المادة ٩٩ من اللائحة الشرعية أما الحكم الشرعي الصحيح في طلاق غير المسلمين فهو أن الطلاق لا يقع بإرادة الزوج المنفردة بل لا بد من صدور الحكم به - طبقاً للمعروف من دياناتهم - ثم أن القاضي لا يحكم بالتطبيق ما لم يكن الزوجان جميعاً ممن يدينون بالطلاق ، والشريعة الإسلامية في ذلك كله تستوحى مبدأ شخصية القوانين في مسائل الأحوال الشخصية وتصدر عن قاعدة التسامح الديني التي تحكم علاقات الدولة الإسلامية بغير المسلمين في إقليمها .

* * *

حكم محكمة القاهرة الابتدائية (الدائرة الرابعة) الصادر بتاريخ ٢٣ أبريل سنة ١٩٥٦ في القضية رقم ٣٤٧ سنة ١٩٥٣ مدني كلى .

المبادئ.

(١) الوكيل الذي تعامل مع الغير باسمه هو دون أن يكشف للغير عن صفته الحقيقية له في أي وقت الكشف عن شخصية الموكل واحلاله محله في سائر الالتزامات والدعاوى الناشئة عن التصرفات التي باشرها تنفيذاً للوكالة ، وفي هذه الحالة تعتبر آثار العقد راجعة الى الموكل منذ البداية ولا يصح الاعتراض على هذا الوضع ممن تعامل معه الوكيل متى كان عالماً بوجود الوكالة أو كان يستوى عنده طبقاً للمادة ١٠٦ مدني أن يتعامل مع الأصيل أو مع الوكيل ، هذا وان صدور الإيجاب من المتعاقد في صورة اعلان موجه الى الكافة دون تمييز ولا تفريق يستخلص منه انه يستوى لديه أن يتعامل مع الأصيل أو مع وكيله .

(٢) في حالة تقويم الدين بالعملة الوطنية مع اشتراط الوفاء بالنقد الأجنبي يجب أن يتم تحديد مقابل الدين بسعر القطع الساري وقت استحقاق الوفاء

وعلى ذلك فالمشترى الذى التزم بأن يدفع بالدولارات الأمريكية الثمن المحدد فى العقد بالحنينيات المصرية عليه أن يدفع ما يقابل الحننات من الدولارات فى تاريخ استحقاق الوفاء وليس فى تاريخ العقد .

التعليق

١ - فى رجوع آثار العقد الى الأصيل رغم عدم التصريح بالوكالة :

تعاقد تاجر مصرى مع وزارة التموين على شراء ٥٠٠ طن من الأرز برسم التصدير الى لبنان وقد تم الشراء باسم التاجر المصرى وان كانت الصفقة لحساب تاجر لبنانى كلف التاجر المصرى أن يقوم بها بوصفه وكيله عنه .

وكان مذكورا فى الاعلان الذى نشرته وزارة التموين عن بيع أرز برسم التصدير أن الثمن تسليم ظهر الباخرة هو ٤٤ جنينها مشروط دفعها باحدى العملات الصعبة (الدولار الأمريكى أو الفرنك السويسرى أو الفرنك البلجيكى) ويستحق سداد الثمن عند تقديم مستندات الشحن الى البنك المفتوح لديه الاعتماد بالعملة الصعبة .

وكنتيجة لتغير سعر قطع الحنيه المصرى للدولار الأمريكى (المفتوح به الاعتماد) فيما بين تاريخ التعاقد وتاريخ استحقاق الثمن ثار بين وزارة التموين وبين التاجر المصرى نزاع انتهى برفع التاجر المصرى أمره الى القضاء مطالباً الوزارة برد مبلغ يرى انها تقاضته متجاوزة به حدود الثمن المتفق عليه وبعد فترة من رفع الدعوى تدخل فيها التاجر اللبنانى وأعلن المدعى الأصيل أنه لم يكن فى هذه الصفقة وما ترتب عليها من حقوق ودعاوى الا نائباً عن التاجر اللبنانى الذى يصبح بعد تدخله هو المدعى فى الدعوى قبل وزارة التموين .

أقرت محكمة القاهرة الابتدائية هذا الوضع مطرحة اعتراض المدعى عليها واستندت فى ذلك الى أن مؤدى الوكالة هو رجوع آثار العقد مباشرة ومن أول الأمر الى الأصيل دون الوكيل وذلك كلما كان العلم بالوكالة متوفراً أو كان يستوى لدى الطرف المتعامل مع الوكيل أن يكون تعامله مع الأصيل أو مع الوكيل .

وقد طابقت المحكمة حكم القانون اذ اعتبرت أن تحقق أثر النيابة برجوع آثار العقد الى الأصيل مباشرة موقوف على أحد أمرين :

١ - أن يوجد لدى المتعامل مع النائب علم بنيابته (سواء كان العلم حقيقياً أو كان مفترضا في الحالة التي نص عليها القانون) .

٢ - أن يستوى لدى المتعامل مع النائب أن يكون تعامله مع الأصيل أو مع نائبه .

(١) ذلك أن النيابة لا تنتج أثرها بانشاء العلاقة القانونية المباشرة بين الأصيل والغير المتعاقد معه النائب الا اذا كان قصد كل من النائب والغير - وهما المنشئان للعقد بتلاقى ارادتهما - قد انصرف الى انتاج ذلك الأثر .

ولا يتصور انصراف قصد كل من النائب والغير الى ذلك الا أن يكون العلم بوجود النيابة مشتركاً بينهما . والصورة المثلى للاشتراك في العلم بالنيابة هي أن يعلن النائب عند التعاقد أنه يتعاقد بصفته نائباً عن الأصيل .

وهذا ما عنته المادة ١٠٥ بإشارتها الى ابرام النائب عقداً " في حدود نيابته باسم الأصيل " على أنه لا محل للتمسك بحرفية هذا النص واشتراط ذكر اسم الاصيل صراحة عند التعاقد لأن المقصود هو علم الغير المتعاقد بأن العقد انما يتم بطريق النيابة وهذا العلم كما قد يكون عن طريق الاعلان الصريح من جهة النائب قد يتحقق بطرق أخرى كما هو واضح من نص المادة ١٠٦ التالية . فيكفي اذن أن يكون الغير المتعاقد مع النائب عالماً - بأية طريقة كانت - بأن العقد حاصل بطريق النيابة وأن يقصد الارتباط مباشرة مع الأصيل .

وعلة وجوب العلم بالنيابة واضحة من كون الأصيل أن كل متعاقد إنما يتعاقد لنفسه وان آثار الارادة التعاقدية تقع في ذمة صاحب تلك الارادة . غير أن نظام النيابة يمكن الأصيل من أيقاع آثار قانونية في ذمته بواسطة ارادة شخص آخر هو النائب فاذا كانت تلك الآثار القانونية ناتجة من عقد ناشئ عن تلاقى ارادة النائب مع ارادة الغير كان لزاماً أن يعلم ذلك الغير بالنيابة وأن ينصرف قصده - مع قصد النائب - الى ايقاع آثار العقد في ذمة

الأصيل حتى تنفق الارادتان المنشئتان للعقد على صرف آثاره الى الأصيل
أى الى شخص لم يكن فى الأصل لتلحقه آثار العقد الذى لم يشترك
فى ابرامه .

والوقت الذى ينبغى أن يتوفر فيه العلم بالنيابة هو وقت انعقاد التصرف
أو تلاقى ارادتي النائب والغير الذى يتعاقد معه وهذا واضح من عبارة المادة
١٠٦ ذاتها اذ تقول « اذا لم يعلن العاقد وقت ابرام العقد أنه يتعاقد بصفته
نائبا فان أثر العقد لا يضاف الى الأصيل . . » فان لم يتوفر هذا العلم
— الحقيقى أو الحكيمى على ما سيجىء — عند ابرام العقد انتفى حكم النيابة
ولزمت آثار العقد كلا من المتعاقدين شخصا وان ظهر فى وقت لاحق لابرام
العقد أن أحدهما لم يكن أصيلا فى التصرف .

على أنه ليس من اللازم أن يذكر النائب عند التعاقد اسم الأصيل صراحة
لكى تعود الى هذا الأخير آثار العقد « فالقاعدة التى تقدمت الإشارة اليها
(قاعدة رجوع الآثار الى الأصيل) تنطبق حيث يتعاقد النائب باسم الأصيل
وهى تنطبق كذلك حيث يتعاقد النائب باسمه الشخصى رغم حقيقة نيابته
متى كان من تعاقد معه يعلم أو كان ينبغى أن يعلم بوجود النيابة ، أو كان
يستوى عنده أن يتعامل مع الأصيل أو نائبه » وهذا هو الحكم الذى تضمنته
المادة ١٠٦ نقلا عن المادة ٣٢ فقرة ثانية من قانون الالتزامات السويسرى .

وهذه المادة تسوى بين العلم الحقيقى بوجود النيابة وبين العلم المفترض
لدى الغير المتعامل مع النائب ولقد كان نص المادة قبل نظر القانون
فى مجلس الشيوخ يستعمل عبارة « الا اذا كان يستفاد من الظروف أن من
تعاقد معه النائب يعلم بوجود النيابة » مقابل عبارة الأصيل السويسرى
التي تعنى « الا اذا كان ينبغى على من تعاقد معه النائب أن يستنتج من الظروف
وجود النيابة » ولقد لوحظ فى لجنة مجلس الشيوخ أن الترجمة عن الأصل
غير دقيقة وبعد مناقشات انتهى الرأى الى الاستعاضة عن عبارة « يستفاد
من الظروف » بعبارة « من المفروض حتما » السابق استعمالها فى المادة ١٠٤
وبذلك أصبح النص « الا اذا كان من المفروض حتما أن من تعاقد معه
النائب يعلم بوجود النيابة » .

وعبارة "افتراض العلم حتماً" تحتاج الى شيء من الايضاح اذ ما معنى التسوية بين العلم الحقيقي وبين افتراض العلم وفي أى الحالات يمكن القول بأن المتعاقد يفترض فيه العلم بالنيابة؟ هذه النقطة يحتمل أن يثور حولها في العمل كثير من الخلاف ولذا يقتضى الأمر تقرير معناها بكل وضوح وجلاء خاصة وأن المذكرة الايضاحية لم تعرض لذلك مطلقاً. واذ كان نص المادة ١٠٤ التي وردت فيها هذه العبارة لأول مرة في التقنين المصرى مأخوذاً عن المادة ١٦٦ من القانون المدنى الألماني فانه يلزمنا الرجوع الى ذلك القانون والى فقهه لمعرفة المقصود بعبارة افتراض العلم حتماً وتحديد مرماها وتقرير حالاتها .

ولقد تولت المادة ١٢٢ فقرة ثانية من القانون المدنى الألماني بيان الحالة التي يستوى فيها افتراض العلم بواقعة معينة والعلم بتلك الواقعة فعلاً ومنها يؤخذ أن المقصود بافتراض العلم فعلاً هو حالة الجهل المترتب على تقصير أو اهمال وعلى ذلك فكلما كان جهل الغير المتعامل مع النائب بوجود النيابة راجعاً الى اهماله في تحرى ظروف التعاقد بحيث لو كان قد تصرف بغير تقصير ولا اهمال لعلم بوجود النيابة يفترض في حقه العلم بالنيابة حتماً ويجرى عليه حكم المادة ١٠٦^(١).

وهذا المدلول الذى نستقيه من القانون الألماني غير بعيد عن مدلول عبارة الأصل السويسرى للمادة ١٠٦ بل لعل مدلولها واحد لأن جهل الغير بوجود النيابة في حالة ما اذا كان ينبغى عليه أن يستنتج من الظروف وجودها (وهى عبارة المادة السويسرية) هو بعينه الجهل الناشئ عن تقصير الغير في تحرى الظروف .

وجدير بالذكر هنا أن هذا التفسير لبعض نصوص قانوننا المدنى على ضوء الدراسة المقارنة ليس فيه ما يتعارض وما حرص واضعو التقنين المدنى الحديد على ابرازه في أكثر من موضع وهو أن النصوص المستقاة من التقنينات الأجنبية يجب اعتبارها منفصلة عن مصادرها ومندمجة في مجموع التقنين

(١) أنظر في تفصيل ذلك كتابنا « النيابة في النصرفات القانونية » الاسكندرية ١٩٥٤ ص ٣٩ - ٤١ .

المصرى بحيث لا يرجع في تفسيرها الى مصادرها التشريعية الأجنبية ولا الى الفقه الأجنبي وإنما يرجع في تطبيقها وتفسيرها الى النصوص ذاتها والى مدارج عليه القضاء في مثل تلك الأحوال .

غير أن من المسلم به أن الرجوع الى المصدر الأجنبي لازم لأغراض البحث العلمى كما أن النصوص التفصيلية المأخوذة عن التقنينات الأجنبية فى مسائل لم يكن لها مقابل فى تقنيننا القديم ولا فى تطبيقات القضاء تحوجنا ولا شك الى الرجوع الى تلك المصادر خاصة اذا تعلق الأمر باستنباط مدلول الصيغة فان واضعى القانون مسلمون بأن النقل عن القوانين الأجنبية كان للأستئناس بالصياغة والاستفادة من دقة التعبير والأداء .

والأمر بخصوص المادة ١٠٦ يحوجنا الى تبين مدلول عبارة « افترض العلم حتماً » وهى من العبارات القليلة فى التقنين التى لا يصح فيها قول لجنة مجلس الشيوخ أنها « أصبحت معبرة فى ذاتها عن المعانى التى استظهرها كل من ساهم فى وضع المشروع أو مراجعته أو اقراره » وذلك لأن الأعمال التحضيرية لا تتضمن الايضاح الكافى لحقيقة المقصود بهذه العبارة . ولهذا كله كان رجوعنا الى القانون الألمانى وفقهه فى هذا الموضوع لا غبار عليه رغم الاعتبارات العامة المتعلقة بتفسير التقنين الجديد .

(ب) هذا عن العلم الحقيقى أو المفترض بوجود النيابة أما عن الحالة التى يستوى فيها لدى الغير أن يتعامل مع الأصيل أو مع نائبه فقد تضمنت المادة ١٠٦ فى آخرها حكماً مقتضاه اعمال أثر النيابة حتى مع عدم علم الغير بوجودها - علماً حقيقياً أو مفترضاً - وذلك متى كان يستوى لديه أن يتعامل مع النائب أو مع الأصيل أى متى كان شخص المتعاقد معه غير ذى أهمية .

والأصل فى العقود المنشئة لالتزامات - وخاصة ماكان تنفيذه منها متراخياً - أن شخص المتعاقد يكون موضع الاعتبار من المتعاقد الآخر اذ لا يستوى لدى المتعاقد أن يكون دائناً أو مديناً لزيد أو عمرو دون تفريق . وأهمية شخص المتعاقد وأن كانت تبرز فى العقود التى يتراخى تنفيذ

الالتزامات الناشئة عنه الى زمن قريب أو بعيد بعد إبرام العقد فإنها موجودة أيضا في العقود التي تنفذ وتنقضى فور إبرامها لأن التنفيذ قد يكون غير تام أو قد يتضح فيه قصور تترتب عليه نتائج قانونية لا يستوى أن تقع في ذمة هذا أو ذلك بلا تمييز .

ومع صحة الملاحظة المتقدمة فان الحكم الذي تضمنته العبارة الأخيرة في المادة ١٠٦ لا تعوزه التطبيقات العملية وخاصة في بيع المنقول وهو ما يحدث كثيرا في العمل فالمشتري الذي يدخل أحد المحلات لشراء شيء مما تتجر فيه من المتولى عملية البيع يستوى لديه أن يكون البائع له هو صاحب البضاعة أو نائبا عنه والعقد الذي يعقده مثل هذا المشتري ينصرف أثره مباشرة الى صاحب المحل الأصلي ولو كان المشتري يجهل أن البائع له ليس الا نائبا ويعتقد أنه صاحب الشأن . وكثيرا ما يحدث ذلك بالطريق العكسي فالتاجر الذي يبيع في متجره بضاعة لأحد المشتريين يستوى لديه أن يكون ذلك المشتري أصيلا أو نائبا عن غيره ولذلك فتقع آثار العقد في ذمة الأصيل رأسا ولو كان البائع يجهل أن من اشترى منه نائب ويعتقد أنه صاحب الشأن الأصيل . وعلى هذا فاذا ظهرت مثلا في المبيع عيوب خفية كان للأصيل أن يرجع على البائع ولو أن هذا الأخير لم يكن يعلم بالنيابة عند إبرام العقد وذلك لانه يستوى لديه أن يتعامل مع النائب أو الأصيل .

وتقدير ما اذا كان يستوى أو لا يستوى لدى المتعاقد أن يتعامل مع النائب أو مع الأصيل يخلص من وقائع الحال وهو أمر متروك للقاضي يستنتجه من تلك الوقائع والظروف فاذا وجد أن للمتعاقد مصلحة في أن يتعامل مع النائب مثلا وظنه أصيلا لم يوقع القاضي آثار العقد في ذمة صاحب الشأن الحقيقي ولم يربط بينه وبين المتعاقد ، وان وجد القاضي على العكس ألا مصلحة للمتعاقد في أن يتعامل مع النائب أو مع الأصيل أجرى حكم النيابة وربط بالعقد بين المتعاقد وبين الأصيل مباشرة رغم عدم العلم بالنيابة .

وفي واقعة الدعوى التي صدر فيها الحكم موضوع التعليق قدرت المحكمة أن حصول الإيجاب في صورة اعلان موجه الى الكافة بلا تمييز ولا تحفظ - وهو وضع من شأنه أن ينعقد العقد بمجرد تلاقى قبول أى شخص من الجمهور بذلك الإيجاب السابق - يدل على أن الموجب لا يهتم بشخص المتعامل معه ومن ثم يستوى لديه أن يكون تعامله مع المتعاقد معه القابل لإيجابه بوصفه أصيلاً أو بوصفه نائباً وعلى ذلك فيتحقق أثر النيابة وترجع آثاره العقد الى الأصيل مباشرة دون النائب رغم عدم التصريح بالنيابة بل ورغم عدم العلم بها وذلك تطبيقاً للمادة ١٠٦ .

وهو تطبيق سائغ استعملت فيه المحكمة سلطتها في تقدير ما اذا كان يستوى لدى المتعاقد أن يتعامل مع النائب أو مع الأصيل ولا شك أن واقعة توجيه ايجاب بات الى الجمهور عامة في شكل اعلان هي مما يدل على عدم اهتمام الموجب بشخص المتعامل معه مما يستتبع في مجال النيابة تطبيق حكم المادة ١٠٦ كما ذهب اليه بحق موضوع التعليق الحكم .

واخيراً فإنه قد يصح أن تتساءل عن تقدير تلك المصلحة أهو تقدير موضوعي أم تقدير شخصي أى هل ينظر القاضى عند وزنه الظروف التي يستخلص منها أن يستوى أو لا يستوى تعامل المتعاقد مع النائب الى ذلك المتعاقد بالذات أو الى المصلحة المجردة التي تكون لأى متعاقد في تلك الظروف .

هنا يختلف مذهب القضاء السويسرى عن مذهب القضاء الألماني فالأول ينظر الى المسألة نظرة شخصية ويعتد بالمصلحة التي قد تكون للمتعاقد بالذات في التعامل مع النائب أو مع الأصيل أما القضاء الألماني وكذا الفقه فينظر اليها نظرة موضوعية مجردة ويعتد بالمصلحة التي يصح أن تكون للغير عموماً في تلك الظروف .

ولما كان المشرع المصرى قد استقى المادة ١٠٦ من القانون السويسرى كما تصرح بذلك الأعمال التحضيرية فيصح اذن أن يقال ان المذهب الشخصى في هذه المسألة هو مذهب القانون المصرى .

٢ — فى التنفيذ العيى لالتزام مقوم بالعملة المصرية مشروط أداءه بعملة أجنبية .

تجرى الحكومة فى تصريف بعض المحاصيل المصرية على سياسة مؤداها بيع هذه المحاصيل المملوكة لها بسعر معين بالعملة المصرية مشرطة على المشترين سداد أثمانها الى الحكومة بالعملة الصعبة وغالبا تم هذه العملية فى العمل على الصورة الآتية :

يقوم المصدر المصرى بالتعاقد مع المستورد الأجنبى على بيع كمية معينة من محصول معين بثمان مقوم بالعملة الصعبة ويفتح المستورد الأجنبى بقيمة ذلك الثمن اعتمادا فى أحد البنوك ثم يشترى المصدر من الحكومة تلك الكمية بثمان مقوم بالجنيهات المصرية ومشروط أداءه بالعملة الصعبة وعند تسليم البضاعة من الحكومة الى المصدر على ظهر الباخرة تتقدم الحكومة بمسندات الشحن الى البنك الذى فتح لديه المستورد الأجنبى الاعتماد ليصرف اليها البنك ثمن البضاعة .

ولا محل لنزاع يثور حول هذا الموضوع متى كان سعر قطع العملة الصعبة المتفق عليها ثابتا لا يناله تغير بين تاريخ تعاقد المشترى مع الحكومة وبين تاريخ الوفاء بالثمن للحكومة (البائعة) غير أنه اذا نال سعر القطع بين هذين التاريخين تعديل فقد يثور النزاع حول طريقة تنفيذ المشترى لالتزامه بدفع الثمن والمثال العملى التالى يقرب المسألة من الذهن :

مصدر فى مصر اتفق مع مستورد فى لبنان على أن يبيعه ٥٠٠ طن من الأرز المصرى بسعر الطن ١٨٤ دولارا أمريكيا واشترى المصدر من الحكومة هذا القدر بسعر ٤٤ جنيها مصريا للطن مشروط سداده بالدولارات الأمريكية وكان سعر قطع الجنيه للدولار فى ذلك الوقت ١ الى ٤ غير أنه حين حل ميعاد الوفاء بالثمن بعد شحن البضاعة والتقدم الى البنك بمسندات الشحن كان سعر قطع الجنيه قد تعدل بتدخل المشرع فى ١٩ سبتمبر سنة ١٩٤٩ فأصبح ١ الى ٢ر٨ أى أن المشرع المصرى قد خفض سعر الجنيه المصرى بالنسبة للدولار الأمريكى — فهل يكون المشترى

من الحكومة موفياً بالتزامه بدفع الثمن اذا دفع للطن الواحد 44×28 دولارا وهو سعر القطع في يوم استحقاق الثمن أم أن للحكومة البائعة أن تتقاضى عن الطن 44×4 دولارا وهو سعر القطع في تاريخ التعاقد ؟ .

ويلاحظ بداية أن تعاقد الحكومة مع المشتري لم يقوم فيه الثمن بالعملية الأجنبية وإنما بالعملة المصرية (44 جنيها للطن) وكل ما هنالك أنه قد اشترط دفع هذا الثمن بالعملية الأجنبية (الدولار الأمريكي) .

وهنا تواجهنا مسألة تثور كلما اختلفت عملة الوفاء عن عملة الاتفاق (كما في مثالنا حيث أن الاتفاق هو على سعر 44 جنيها مصريا للطن ولكن المطلوب وفاءها بالدولار الأمريكي) وهذه المسألة هي مسألة التاريخ الذى يعتد بسعر القطع فيه عند تقدير محل التزام المدين بالثمن وهي مسألة محصها الفقه واستقر فيها القضاء في البلاد الأجنبية بأكثر مما محصت المسألة في مصر على أنه لا خلاف في فقهه ولا قضاء حول الحل الواجب لهذه المسألة في مصر وفي الخارج على السواء وقد سار الحكم موضوع التعليق على تلك القاعدة المستقرة .

ولقد كان مشروع القانون المدنى المصرى الحديد يتضمن فى المادة 186 منه (التى أصبحت المادة 134 من القانون) فقرتين ثانية وثالثة هذا نصهما :

٢ - اذا لم يكن للنقد المعين فى العقد سعر قانونى فى مصر جاز للمدين أن ينى دينه بنقود مصرية بسعر القطع فى الزمان والمكان اللذين يتم فيهما الوفاء فاذا لم يكن فى مكان الوفاء سعر معروف للقطع فبسر قطعها فى أقرب سوق تجارية كل هذا ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك .

٣ - اذا تأخر المدين عن الوفاء فى ميعاد الاستحقاق بتقصيره منه كان ملزما بفرق السعر دون اخلال بفوائد التأخير .

وقد اقتضت سياسة الاختصار فى النصوص التى سيطرت على اللجان التشريعية فى مجلسى البرلمان حذف هاتين الفقرتين باعتبار أن حكمهما مستقر فى القضاء (تراجع الأحكام المشار إليها فى المذكرة الايضاحية وخاصة

حكيم مصر المختلطة ٤ مايو ١٩٢٢ جازيت ١٩٢٢ ص ٦٨) وأنها تقرران قواعد عامة لا محل للخلاف فيها واذن ففي وسعنا اعتبار هاتين الفقرتين من مشروع المادة ١٣٤ - رغم عدم ورودهما في القانون بالصورة التي صدر بها - بيانا واعرابا عن وجهة نظر القانون المصري في مسألة تقويم الالتزام بالعملة الأجنبية ومؤدى تلك النصوص مايلي :

(١) أن المدين بالتزام مقوم بالعملة الأجنبية في وسعه دائما أن يفي بدينه وفاء صحيحاً بنقود مصرية ما لم يوجد اتفاق على غير ذلك (م ١٨٦ / ٢ من مشروع القانون المدني) .

(٢) أن سعر قطع النقد الأجنبي الذي يعتد به هو السعر في زمان ومكان الوفاء ما لم يكن المدين قد تأخر في الوفاء بتقصيره فيتحمل بفرق السعر (م ١٨٦ / ٣ من المشروع) .

وفي هذا الصدد تقول المذكرة الايضاحية للقانون المدني المصري ما يلي :

وإذا كان الدين مقدرا بنقد أجنبي فالمدين بالخيار بين الوفاء بالعدد المذكور في النقد من هذا النقد الأجنبي وبين الوفاء بنقود مصرية تحتسب على أساس سعر القطع في الزمان والمكان اللذين يتم الوفاء فيهما . على أن المدين إذا تخلف عن الوفاء في ميعاد الاستحقاق بتقصير منه فيلزم بالوفاء على أساس أعلى السعرتين : سعر القطع يوم حلول الأجل أو سعره يوم الوفاء كل هذا دون اخلال بحق الدائن في المطالبة بفوائد التأخر من يوم رفع الدعوى (١) .

وإذا استعرضنا حالات اختلاف عملة الوفاء عن عملة الاتفاق وجدناها ترجع الى حالتين :

١ - حالة اختيار المدين المقوم دينه بعملة أجنبية وفاء ذلك الدين بعملة البلاد التي يتم فيها الوفاء .

(١) المذكرة الايضاحية ج ٢ ص ١٠٠

٢ - حالة اشتراط حصول الوفاء بعملة أخرى غير العملة المقوم بها الدين والغالب الأعم من صور هذه الحالة أن يكون الدين مقوماً بعملة مكان التعاقد (العملة الوطنية) ويشترط حصول الوفاء بعملة أجنبية معينة .

والقاعدة في الحالتين واحدة وهى أن العبرة هى بسعر القطع فى يوم استحقاق الوفاء فهذه القاعدة تنبسط على جميع حالات الاختلاف بين عملة الوفاء وعملة الاتفاق اذ لا مبرر للتفرقة بين الحالة التى يكون فيها ذلك الاختلاف اختياريا (حالة وفاء الدين المقوم بعملة أجنبية بالعملة الوطنية) وبين الحالة التى يكون فيها اختلاف العملتين الزاميا (حالة اشتراط الوفاء بعملة أجنبية معينة) .

ومن ذلك كله تخلص لنا قاعدة مستقرة ثابتة هى أن من حق المدين بمبلغ من العملة الأجنبية أن يبنى بالتزامه بالنقد الوطنى اذا لم يكن ثمة اتفاق على عكس ذلك وأن العبرة عند الوفاء بالالتزام بعملة تختلف عن عملة الاتفاق هى بسعر القطع فى يوم الوفاء بالالتزام ، بشرط واحد هو ألا يكون تأخر المدين فى الوفاء بتقصيره سببا فى مضارة الدائن متى كان السعر قد انخفض بين يوم الاستحقاق ويوم الوفاء .

واذن فمتى كان المشتري فى واقعة الدعوى التى صدر فيها الحكم موضوع التعليق قد وفى الثمن فى يوم استحقاقه دون تأخير بالدولارات الأمريكية على أساس سعر القطع فى يوم الوفاء فىكون قد قام بتنفيذ التزامه تنفيذا عينيا كاملا ولا عبرة مطلقاً بما كان عليه سعر القطع فى يوم التعاقد أو فيما بين ذلك اليوم ويوم الوفاء .

وقد جرى العمل فى الاستثمارات الدولية الى إجراء الاكتتاب فيها فى عدة دول على تحديد عدة عملات يتم بها صرف كوبونات الأوراق المالية - سواء كانت تمثل فوائد قرض أو أرباح رأس مال - وذلك تيسيرا على المكتتبين فى الدول المتعددة التى يجرى فيها الاكتتاب على أنه فى جميع

هذه الحالات يكون مشروطا أن تكون العبرة بسعر القطع في تاريخ استحقاق كل كويون وذلك تمشيا مع قاعدة الاعتداد بسعر القطع في يوم استحقاق الوفاء^(١).

هذا وان المحاكم المختلطة المصرية قد طبقت هذه القاعدة في عدد من القضايا التي فصلت فيها ابان قيامها ومن أشهرها قضية بنك الأراضي المصرى التي صدر فيها حكم محكمة الاستئناف المختلطة في ٢٩ ديسمبر ١٩٢٧^(٢)، مقررا أن فوائد سندات البنك المشروط دفعها بالفرنك الفرنسى يصح الوفاء بها في مصر بعملة مصرية تساوى الفائدة بالفرنكات بسعر القطع في يوم استحقاق الكويون وقد كانت لتلك القضية أهمية كبيرة بسبب انخفاض قيمة الفرنك الفرنسى بالنسبة للجنيه المصرى في ذلك الوقت مما جعل حملة سندات البنك مصلحة قصوى في المطالبة بدفع الفوائد على أساس سعر الذهب أو على أساس سعر الجنيه المصرى أو الجنيه الأسترليني وقد اطرحت محكمة الاستئناف المختلطة كل هذه المطالب وذهبت في حكمها الى أن للمدين أن يوفى دينه بعملة البلاد التي يحصل فيها الوفاء وعلى أساس سعر القطع بين تلك العملة وبين العملة المقدر بها الدين في يوم الاستحقاق .

وهذه القاعدة - قاعدة الاعتداد بسعر القطع في يوم الوفاء أو في اليوم الذي كان يجب فيه الوفاء - أصبحت من المسلمات في تشريعات كافة الدول مهما اختلفت نظمها القانونية فهي مقررة في بلاد القانون الأنجلو سكسونى كما في بلاد النظم اللاتينية والجرمانية^(٣) ، بل وأكثر من ذلك قد توحد نص هذه القاعدة في مختلف البلاد باتفاق دولى هو اتفاق جنيف الخاص بالقانون الصرفى الموحد الموقع عليه في ٧ يونيو سنة ١٩٣٠ في المادة ٤١ منه التي نصها :

(١) أنظر عدة أمثلة لهذا النوع من الأوراق المالية الدولية في كتاب هنرى جيزان "انخفاض النقد وآثاره في القانون المدنى" لوزان سنة ١٩٣٤ ص ٥٤ وما بعدها .

Henri Guisan : "La Dépréciation Monétaire - Ses effets en Droit Civil".
Lausanne 1943, pp. 54 et seq.

(٢) المجموعة (البلتان) ١١٢/٤٠ .

(٣) Ed. Lambert : Un Parère de Jurisprudence Comparative (t. 33 de la
Bibliothèque de l'Inst. de Droit Comparé de Lyon) Paris 1934 passim.

” اذا كانت قيمة الورقة التجارية محددة بعملة أجنبية فان المبلغ الذى يتعين سداده بالعملة المحلية يجب أن يحتسب على أساس سعر القطع فى وقت الاستحقاق “ .

Quand le montant d'un effet de commerce est fixé en monnaie étrangère, la somme à verser en monnaie locale doit être calculée sur la base du change à l'époque de l'échéance.

وقد شرح العلامة أدوار لامبير هذه القاعدة وتبعها فى تشريعات مختلف الدول وحلل أساسها القانونى والاقتصادى باستفاضة فى مؤلفه الذى سلفت الاشارة اليه . وبعد أن يتمم المؤلف من الالتزام المصرفى يتناول (ص ٣٣ من المرجع المذكور) الالتزام التعاقدى بدفع الثمن فى عقد البيع فيجرى عليه نفس الحكم اذ يقول :

« ان التساؤل عن كيفية دفع ثمن الشراء المقوم بعملة جنبية يلقى من القواعد القانونية العامة نفس الجواب الذى يلقاه من القانون المصرفى التساؤل عن كيفية دفع قيمة الورقة التجارية المقومة بتلك العملة الأجنبية » .

“Quant aux principes généraux du droit ... ils répondent à cette question : comment doivent être payés les prix d'achat établis en monnaie étrangère ? exactement de la même manière que le droit du change à la question : comment doivent être payés les effets de commerce libellés en cette même monnaie.”

ويستطرد المؤلف فيتعقب قاعدة الاعتداد بسعر القطع يوم استحقاق الوفاء بالثمن فى مختلف التشريعات وفى أحكام القضاء فى مختلف الدول على وجه لا يدع مجالاً للمستزيد .

ومن الفقهاء الذين أفردوا المسألة انخفاض قيمة النقد وأثرها فى الالتزامات المدنية دراسة خاصة الفقيه أوجين شكاف ولم يفته أن يتعرض لبحث موضوع الالتزامات التى تختلف فيها عملة الوفاء عن عملة الاتفاق وتحديد

تاريخ سعر القطع الذى يعتد به فى وفائها ويكفيها فيما نحن بصدده أن ننقل من الفصل المخصص لهذا الموضوع من كتابه « انخفاض قيمة النقد وأثره فى القانون الخاص » ما يلى :

« اذا كانت أثمان البضائع مستحقة الدفع نقداً فى يوم التسليم (وهذا هو الشأن فى مثالنا المتقدم) فان سعر القطع يحتسب فى ذلك اليوم بشرط ألا يكون تأخير المدين بسوء نية سببا فى الحاق الضرر بالدائن نتيجة للتغيرات الطارئة على سعر القطع »^(١).

ويستعرض هذا المؤلف بدوره فى الموضوع المذكور من كتابه (ص ١٤٠ وما بعدها) العديد من أحكام القضاء فى مختلف البلاد بما يتضح منه استقرار قاعدة سعر يوم استحقاق الوفاء (دون يوم التعاقد) فى قوازين كافة الدول فيما يختص بالالتزامات التى يصير الوفاء بها بعملة غير العملة التى قومت بها تلك الالتزامات فى اتفاقات الأطراف وقد جرى حكم محكمة القاهرة الابتدائية موضوع التعليق هذه القاعدة المستقرة فسار على التطبيق الثانوى السليم فيما قضى به .

“ Si des marchandises sont payables comptant au jour de la livraison, (١) le cours du change se calculera à ce jour à condition que le retard, imputable à la mauvaise foi du débiteur, n'ait causé, par suite des variations du change, un préjudice au créancier. ”

Eugène Schkaff “ La Dépréciation Monétaire. ses effets en droit privé ”, Paris 1926, p. 141.