جامعة فؤاد الأول

كلية الحقوق غير مسئولة عما ورد فى هذه الرسالة من آراء

تنازع القوانين

فى انعقاد الزّواج وانحلاله

(بحث وضعى فى القانون المصرى)

رسالة للحصول على درجة الدكتوراه

مقدمة للمناقشة فى ٢٩ أبريل سنة ١٩٤٤ م

بطرس وديع كساب

أمام لجنة الحكم المؤلفة من :

حضرة الأستاذ الدكتور وديع فرج . . . . . رئيساً

حضرة الأستاذ الدكتور محمد حامد فهمى . . . . . عضواً

حضرة الأستاذ الشيخ عبد الوهاب خلاف . . . . . عضواً

القاهرة

مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر

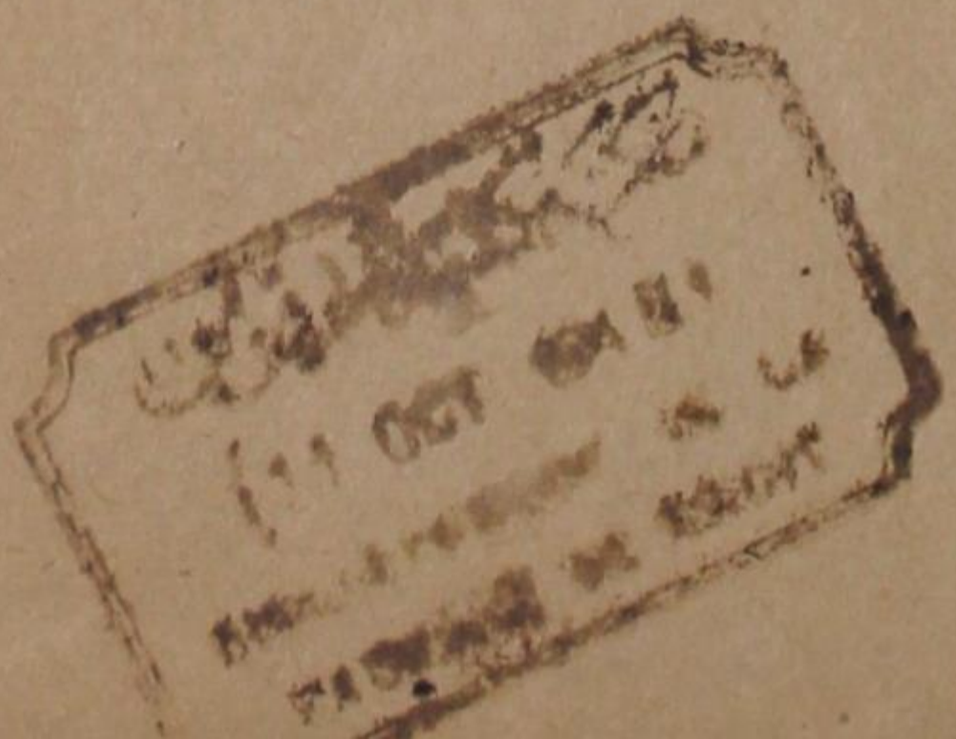
١٩٤٤

T02-01292

كلمة الاهداء

أهدى هـذا العمل إلى الأسرة المصرية ، وقد وقفت جهودى على خدمتها بالمساهمة فى بحث نظمها القانونية الملائمة لحالات اختلاف الجنسية أو المذهب ، موقنا أن عليها رسالة خطيرة تؤديها لتدعيم مبادئ الأخلاق والعدالة فى مختلف نواحى النشاط الاجتماعى . أهديه إلى تلك الأسرة التى نشأت فى حنانها وترعرعت فى سكينتها وتهذبت بفضيلتها ، إلى والدىّ الطيبى الذكر تغمدهما الله برحمته ، ظللانى بجو السعادة المنزلية ، فعلمانى كيف تهون كل تضحية فى سبيل المحافظة عليها . أهديه إلى أساتذتى الكرام فى مدرسة الحقوق الفرنسية وجامعة فؤاد الأول عرفانا لجميل صنعهم بتلقينى العدالة المنزهة والمنطق السليم . أهديه إلى القارئ راجيا أن يعدل فى تقدير ما بذلت من جهود مضنية فى ميدان حافل بالمصاعب والدقائق يحتاج إلى تفكير عميق أعيانى إخراجه مواطن كثيرة عن وضع أسلوب بسيط سهل المنال ، عسانى أكافأ على هذا السعى بالقراءة الهادئة وبانعام النظر فى حقيقة الحلول المقترحة مع تجنب الحكم عليها دون روية أو باهمال ما تقصد إليه من بعيد النتائج ، حتى يقوم بين الكاتب والقارئ التعاون الودى الذى يأتى ثمره فى نجاح كل نشاط ثقافى ؛ وما توفيق إلا بالله العلى العظيم .

بطرس ودبع كساب



المراجع

(ا) المراجع العامة فى الشريعة الاسلامية

أحكام الأحوال الشخصية فى الشريعة الاسلامية لفضيلة الشيخ عبد الوهاب خلاف طبعة أولى

إرشاد الأمة فى أحكام أهل الذمة لفضيلة الشيخ محمد بخيت

السياسة الشرعية لفضيلة الشيخ عبد الوهاب خلاف

الأحكام السلطانية والولايات الدينية (المطبعة المحمودية التجارية بمصر)

الأحكام الشرعية للاحوال الشخصية لفضيلة الشيخ احمد ابراهيم بك سنة ١٣٤٨ هـ ١٩٣٠ م

المبسوط لشمس الدين السرخسى سنة ١٣٢٤ هـ

بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع للامام علاء الدين أبى بكر مسعود الكاسانى الجزء الثانى الطبعة الأولى سنة ١٣٢٧ هـ

تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق تأليف الامام الزيلعى طبعة سنة ١٣١٥ هـ الجزء الثانى

رد المحتار على الدر المختار حاشية العلامة ابن عابدين الجزء الثالث

شرح الأحكام الشرعية فى الأحوال الشخصية للشيخ محمد زيد بك

كشف الأسرار لعبد العزيز البخارى على أصول فخر الاسلام البزدوى طبع سنة ١٣٠٧ هـ جزء ٣ — ٤

كشف الأسرار شرح المصنف على المنار فى الأصول للشيخ الامام أبى البركات عبد الله بن احمد طبع سنة ١٣١٦ هـ

(ب) المراجع العامة فى القانون الدولى الخاص

القانون الدولى الخاص فى أوربا وفى مصر للمرحوم الأستاذ عبد الحميد أبو هيف بك (سنة ١٣٤٦ — ١٩٢٧)

القانون الدولى الخاص المصرى والمقارن للدكتور على الزينى سنة ١٩٢٨

القانون الدولى الخاص المصرى للدكتور حامد زكى طبعة ثانية سنة ١٩٤٠

مبادىء القانون الدولى الخاص المصرى للدكتور عبد المنعم رياض بك طبعة ثانية سنة ١٩٤٣

Arminjon, Précis de Droit International Privé, 2e édition, t. I, 1927 t. II, 1934 et t. III, 1931.

Bartin E., Principes de Droit international Privé selon la loi et la jurisprudence françaises t. I, 1930 t. II, 1932 t. III, 1935.

Donnedieu de Vabres J., Evolution de la jurisprudence française au XXe siècle en matière de conflit de lois, 1936.

Fiore, Traité de Droit International Privé (Traduction Charles Antoine) 2ème édition. t. II.

Lainé, Introduction à l'Etude du Droit International Privé. 2 vol.

Lerebours-Pigeonnière, Précis de Droit International Privé (Dalloz) 1933.

Makarov, Précis de Droit International Privé, 1933.

Niboyet J.-P., Manuel de Droit International Privé, 2e édition, 1928.

Pillet A., Principes de Droit International Privé. Paris, 1903.

Pillet A., Traité théorique et pratique de Droit International Privé. 2 vol. 1923 et 1924.

Poullet, Manuel de Droit International Privé Belge. 1925.

Rolin Al., Principes de Droit International Privé.

Smyrniadis, (au Répertoire de Droit International Supplément). Les Conflits de lois en Egypte.

Szászy de Et., Droit International Privé Comparé.

Valéry, Manuel de Droit International Privé. 1914.

Weiss, Traité de Droit International Privé, III, 1912.

(ح) المراجع فى النظريات العامة فى مسائل القانون الدولى الخاص

Arminjon P., Qualifications (Revue de Droit International Privé 1923).

La Forme des Actes en Droit International Privé (Revue de D. I. P. 1925, 1926) Règle "Locus regit actum" Répertoire de D. I. t. X.

La Fraude à la loi (Journal Clunet 1920, 1921).

Le Renvoi (Revue de D. I. Pr. 1922-23).

La Notion de Droit Acquis, (Cours à l'Académie de la Haye 1933, II).

Bartin E., Les Qualifications (Cours à l'Academie de La Haye.

Claps-Lienhart, L'Ordre Public.

Desbois, La Notion de Fraude à la Loi et la jurisprudence française (Thèse 1927).

Lerebours-Pigeonnière, La Question du Renvoi (Journal de D. I. P. 1924)

Lewald, La théorie du Renvoi, Cours à La Haye, 1929, IV.

Ligeropoulo, Fraude à la Loi (Répertoire de D. I. t. VIII).

La Fraude à la loi (Thèse Aix 1928).

Louis-Lucas, Renvoi au Répertoire de D. I. tome X.

Makarov, L'Ordre Public (Cours à l'Académie de La Haye, 1931, I).

Meriggi, Les Qualifications (Revue de Droit International Privé, 1933).

Niboyet J.-P., La Fraude à la loi (Revue de Droit International et de Législation Comparée, 1926).

Ordre Public (Répertoire de D. I., tome X).

Autonomie de la Volonté (Répertoire tome I).

Perroud, La Fraude à la loi (Journal de D. I. P., 1926).

Le Renvoi (Journal de D. I. P., 1925).

Philonenko, La Théorie de l'Ordre Public en Droit Comparé, 1934.

Rabel, Les Qualifications (Revue de Droit International Privé, 1933).

Silz E., Du Domaine d'Application de la Règle Locus regit actum, 1933.

Wigny P., Les Qualifications (Revue Critique de Droit International, 1933.

(ى) المراجع فى موضوع الزواج

Audinet E., Les conflits de loi sur le mariage (Cours à l'Académie de La Haye 1926, I).

Buzzati, La Convention de La Haye sur le Mariage 2 volumes.

Chéron L., Les Causes du divorce et de la séparation de corps en D. I. P. comparé 1934.

Dauvillier et Clercq, Le Mariage en Droit Canonique Oriental, 1936.

Degand, Divorce (Répertoire de D. I. tome V).

Esmein, Le Mariage en Droit Canonique.

Pandectes Françaises, Mariage. — En droit international privé.

Raccah, Mariage et Divorce des Pays d'Orient en Droit International Privé, Thèse.

Répertoire de Droit International. Rubrique "Mariage".

Roguin, Droit Civil Comparé, Mariage.

Travers, La Convention de la Haye relative au mariage 2 volumes 1912.

Wouters & Delteure, Aperçu des Législations du Mariage, Bruxelles, 1934.

(ه) الأبحاث الخاصة والمراجع المتنوعة

الشيخ احمد ابراهيم ابراهيم : حكم الشريعة الإسلامية فى الزواج مع اتحاد الدين واختلافه وتغييره (مجلة القانون والاقتصاد السنة الأولى)

الأهلية وعوارضها والولاية (مجلة القانون والاقتصاد السنة الأولى)

الدكتور احمد صفوت بك : قضاء الأحوال الشرعية للطوائف الملية

الأستاذ احمد عبد الهادى : المحاكم الشرعية وسلطانها على غير المسلمين (مجلة القانون والاقتصاد السنة الخامسة)

الدكتور بهى الدين بركات بك : الامتيازات الأجنبية (مجلة الاقتصاد والقانون السنة السادسة)

الدكتور حامد زكي : المحاكم الأهلية والأحوال الشخصية (مجلة القانون والاقتصاد السنة الرابعة)

تغيير الديانة وآثاره (مجلة القانون والاقتصاد السنة الخامسة)

اتفاقية مونترو وجهات الأحوال الشخصية (مجلة القانون والاقتصاد السنة الثانية عشرة)

الأستاذ صليب سامى باشا : وصية غير المسلم (مذكرة بنقد حكم محكمة النقض الصادر فى ٢١ يونيه سنة ١٩٣٤)

الدكتور عبد الرزاق السنهورى بك : على أى أساس يكون تنقيح القانون المدنى (الكتاب الذهبى للمحاكم الوطنية)

الشيخ عبد الوهاب خلاف : الاختصاص العام للمحاكم الشرعية بعد معاهدة مونترو (المحاماة الشرعية سنة ١٩٣٩ — ٤٠ العدد الثانى)

وبحوث قضائية فى مجلة القانون والاقتصاد السنة التاسعة

الأستاذ عزيز بك خانكى : تغيير الديانة (مجلة المحاماة السنة العشرين)

الأستاذ مسعود بك فرج : القراءون والربانيون

الأستاذ مراد حاى شمعون : الأحكام الشرعية فى الأحوال الشخصية للاسرائيليين

الدكتور محمد حامد فهمى : المرافعات المدنية والتجارية (طبعة سنة ١٣٥٩ — ١٩٤٠)

الدكتور وديع فرج : تشريع الطوائف والطبقات (مجلة القانون والاقتصاد سنة ١٩٣٨)

Albin, Les Grands Traités Politiques.

Arminjon P., Etrangers et Protégés dans l'Empire Ottoman 1903.
Le Droit Intern. Privé Interne (Journal de D. I. Pr. 1912).
Capitulations Ottomanes (Journal de D. I. Pr., 1905).

Audinet E., Conflits de lois personnelles lorsque la femme conserve sa nationalité (cclunet 1930).

Babani, Les Institutions juridiques des Romains comparées aux institutions des Hébreux, 1926).

Baghdadi H., Origine et Technique de la Distinction entre le statut personnel et le statut réel, Thèse ,Le Caire, 1936.

Basdevant Le Mariage autrichien en Italie (Note à la Revue de D. I. 1908)

Bestawros, Code Civil annoté (pour l'art. 4 ancien).

Cassin R., La nouvelle notion du Domicile en droit international privé (Cours à l'Académie de La Haye, 1930, IV).

Champcommunal, Conflits des lois personnelles (Revue de Droit International Privé, 1909).
Un conflit nouveau : l'exclusion du divorce entraîne-t-elle l'interdiction de se marier avec une étrangère divorcée ? (Revue de D. I. Pr. 1921).
Le Ménage à nationalités différentes (Revue de D. I. Pr. 1929).

Cluzel, Le Mariage et le Divorce confessionnels (Journal de Droit International Privé 1909).

Eliesco, Les Conflits de loi sans couflits de souverainetés (Thèse Paris 1925).

Farag Wadie, Le Rôle des tribunaux mixtes et indigènes en matière de statut personnel. Thèse, Paris, 1926.
Le Conflit de lois confessionnelles dans une législation temporelle (Revue Al-Quanoun wal Iqtisad XIe année).

Gaudemet, Note à la Revue Trimestrielle de Droit Civil, 1925 (p. 588).

Donnedieu de Vabres, L'art. 3 C.c. et la jurisprudence française de 1804 à 1904. (Revue de Droit Intervational Privé, 1906),

Laget, Condition juridique des Français en Egypte 1891.

Lainé, Rédaction du C.c. et le sens de ses dispositions en Droit International Privé (Revue de Droit International Privé, 1905).

Moustapha Bey A.-H., La Forme des mariages des Etrangers en Egypte (L'Egypte Contemporaine, 1918).

Messina, Traité de Droit Civil Mixte.

Péroud, Conséquences d'un changement de la loi personnelle (Journal de D. I. Pr., 1905).

Le Mariage et le divorce dans les législ. confessionnelles (Journal 1922).

Pillaut, Manuel de Droit Consulaire.

Roubier, Les Conflits de loi dans le temps en D.I.P. (Revue, de D.I.P. 1931).

Sidarouss S. (Pacha), Les Patriarcats, Thèse, Paris, 1906.

Pélissié du Rausas, Le Régime des Capitulations dans l'Empire Ottoman, 2 volumes.

Planiol & Rippert. Traité de Droit civil Français, t. II, la famille.

Szaszy de, Statut Personnel des non-musulmans en Egypte (L'Egypte Contemporaine, 1939).

Laneyrie, Le Divorce entre époux de nationalités differentes Thèse, Dijon, 1932).

Valéry, Les Accords du Latran et la nouvelle législation italienne du Mariage (Journal de D. I. P., 1930).

Weill, Le Divorce des Israélites Russes en France (Revue de D. I. P. 1909).

(و) المجموعات والمجلات الدورية

مجلة القانون والاقتصاد

المجموعة الرسمية للمحاكم الأهلية

المحاماة

المحاماة الشرعية

Actes de la Conférence des Capitulatious.

Accords de Montreux (par Alex. Assabgui Bey).

Aristarchi Bey, Législation Ottomane.

Bulletin de Législation et de Jurisprudence Egyptiennes.

Gazette des Tribunaux Mixtes.

Journal de Droit International (Clunet).

Niboyet, Recueil de traités et textes usuels de Droit international privé

Répertoire de droit International (Lapradelle et Niboyet[5]) surtout pour Droit International Privé Comparé de la Bulgarie, de la Grèce de l'Espagne, de la Turquie, les théories générales du droit international privé ci-dessus mentionnées.

Répertoire de la Législation et de l'Administation (Ph. Gallad).

Revue de Droit International Privé.

Revue de Droit International & de Législation Comparée.

Revue Critique de Droit International Privé.

Young, Corps de Droit Ottoman.

خطا وصواب

صفحة	سطر	بدلا من	يقرأ
١٣	١٤	الزينبي	الزينى
٢١	١٤	التصلة بالديانة	المتصلة بالديانة
٢٢	١٠	ترك المسلمين	ترك غير المسلمين
٣٧	١٥	لمكان أهل الذمة	لمكان عقد الذمة
٣٨	٢٠	لا يقبل الامام قول	لا يقبل الامام قوله
٤٠	١٠	بدليل لم أنه	بدليل أنه لم
٤٠	١٣	فمتى ارتفت	فمتى ارتفعت
٤٥	٩	على أساس تحكيمها	على أساس تحكيمهما
٦٤	٩	مقضاة	مقاضاة
٦٤	١٢	لولاية الحكم الشرعية	لولاية المحاكم الشرعية
٦٩	١٠	لم تعرض	قلما تعرض
٧٨	٢٠	بين المذهب	بين المذاهب
٨٠	٥	ترفض هذه الضرورة	ترفض تفسير هذه الضرورة
٨٠	آخر الهامش	Garatte	Gazette
٨٥	٣	مذهب مذاهب	مذهب من مذاهب
٨٥	١٧	إذا كانا يدينون	إذا كانا يدينان
٨٨	٣	آل على نفسه	آلى على نفسه
٩٩	آخر الهامش	المبحث الثالث من الباب الثالث	الفصل الثانى من الباب الثانى
١٠٠	آخر سطر	الاعتداء بالمذهب	الاعتداد بالمذهب
١٠٣	الهامش الأول	راجع المبحث الثانى من الباب الثالث	راجع الفصل الثالث من الباب الأول
١٤٦	٥	ضد جهلهم	ضد جهلهما
١٤٨	١٤	بمخالفة لحكم	بمخالفة حكم
١٥٤	٦	أيا كان مذهبهم وأيا كانت	أيا كان مذهبهما وأية كانت
١٥٧	١٢	ولا يحل الأشكال	ولا يحل الإشكال
٢٠٥	١٠	لم يعد	لا يعود
٢١٠	٢ فى الهامش	بند ٩١ وبند ٩٤	بند ١٦٦ وبند ١٦٩
٢٢٥	٧	ممضية	ممضاة
٢٣٢	٢٢	الاعتراف بالديانة	الاعتراف للديانة
٢٣٤	أرقام الإشارة إلى الهوامش	(٣) و (٤) و (١)	(١) و (٢) و (٣)
٢٤٦	٧	إصلاح سنة ١٩٣٥	إصلاح سنة ١٨٧٥
٢٤٧	٢	لمصلحة الزواج	لصحة الزواج
٢٥٦	٧	تغيير فى شروط الطلاق جنسية الزوجين معا	تغيير جنسية الزوجين معا فى شروط الطلاق
٢٧٢	١٨	الحكم الأجنبية	الحكم الأجنبي
٢٨١	٢	تغيير الجنسية من الزوجين من العقد	تغيير الجنسية من الزوجين بعد العقد
٣١٦	١٣	بأحكام القانون الحالى	بأحكام ليست القانون الحالى
٣٣٤	٣	محل للاسناد إلى حق	محل للاستناد إلى حق
٣٣٨	٢٤	خاضعين لتشريع زمنى	خاضعين لتشريع دينى
٣٦٠	٨	ولكن لا نعترف به	ولكن الثانى لا نعترف به

مقدمة

---

١ — لا شك فى أن الزواج أخطر التصرفات القانونية فى حياة المواطن ، إذ لا يحدث تعديلا جوهرياً فى حالة الزوجين المدنية فحسب ، وإنما يخلق نواة جديدة فى المجتمع فيجدد خلاياه تباعا . فلا غرو لو حرصت الدولة على أن تكفل للبلاد أنسب تشريع لتنظيم شروط عقد الزواج وآثاره وطرق حله ؛ وتعنى باختيار الأحكام المؤدية إلى تحقيق الخير العام للجماعة أولا مع مراعاة مصلحة الطرفين الخاصة ثانياً . وفى مصر يشعر الوجدان الاجتماعى بالحاجة إلى بقاء حكم الديانة نافذاً فى الأصل ، لأن الزواج من أوثق المعاملات ارتباطاً بالعقائد وبفرائضها ، فلا يرتضى الناس لأحكام الدين بديلا ولا يسلمون بصحة زوجية لا تقرها شريعة الطرفين . ومهما قيل أن الزواج المدنى فى التشريع الوضعى لا يحول دون الامتثال لتعليمات الديانة والوقوف عند حدود ما تسمح به ، إلا أنه فى الواقع كثيراً ما يغرى التيسير فى القانون بتخطى عقبات الدين وبالاكتفاء بعقد زواج مدنى ، مما ينتهى بالزوجين غالباً إلى التحرر شيئاً فشيئاً عن قيود الدين ؛ ويتخلف غالباً عن ذلك اضطراب وجدانى ونزاع عنيف بين السريرة الداخلية والحالة القانونية الخارجية . وإن كانت وظيفة الدولة الحديثة لا تقوم على حث المواطنين على طاعة الدين وأداء شعائره ، إلا أنها تفرض حتما أن لا تغفل نشاطهم الدينى وأن تصون حرية العقيدة وأثرها المباشر فى بعض المعاملات ، وأن لا تهىء لهم من الأنظمة القانونية ما يفسح المجال لإضعاف ذلك النشاط وتقويض دعائمه تدريجاً . ويقابل تضرر الفرد من الزواج المدنى اهدار لخير الجماعة ، لأن الاقتصار على مراعاة قواعد القانون الوضعى مع اغفال مطالب الديانة ، لا يلبث أن يدفع إلى التهاون فى المبادىء الروحية ، فيحط من القيم الأدبية ويزعزع أركان الأخلاق بقطع روابطها بالدين ؛ والحال أن من مهمة المشرع أن يسهر على المحافظة على الآداب العامة بتنظيم الوسائل القانونية الناجعة لرفع المستوى الخلقى فى المجتمع . لذا نرى المشرع المصرى وقد اعتمد الشرائع الدينية فى الزواج يقر بملاءمتها لتنظيم شؤونه ، على الأقل فى غير المسائل المالية . وقد ظل فعلا باب الزواج

§ ١ — ولاية إيقاع الطلاق فى مصر .

٢٧٧ — الأصل فى المادة ٣/٢٩ ٢٧٨ — القيود اللازمة للقاعدة ٢٧٩ — القيود المترتبة على تطبيق التشريعين معاً ٢٨٠ — تعيين المحكمة المصرية المختصة ٢٨١ — اختصاص المحاكم المصرية بالنسبة للمحاكم الأجنبية .

§ ٢ — قيمة الطلاق الواقع فى الخارج .

٢٨٣ — طلاق المصريين فى الخارج ٢٨٤ — طلاق الأجانب ٢٨٥ — الأحكام الصادرة فى غير بلد الوطن ٢٨٦ — مدى احترام الطلاق المخالف للاسناد ٢٨٧ — عمل النظام العام .

الخاتمة :

٢٨٨ — ضرورة قواعد الاسناد ولزوم احترامها من جهات القضاء كافة ٢٨٩ — ولاية الجهات الدينية غير الإسلامية ٢٩٠ — تطبيق الاسناد الشرعى الأصلى فى المحاكم الشرعية ٢٩١ — وجوب إلزامها بأحكام الاسناد الحديث ٢٩٢ — نتيجة بقاء الاسناد الشرعى منقوصاً بجانب الاسناد الحديث ٢٩٣ — ضرورة تقرير بطلان الزواج إذا ما دان به الزوجان معاً ٢٩٤ — منع المحاكم الشرعية من سماع دعوى الطلاق الذى لا يدين به الزوجان ٢٩٥ — سريان المانع بالنسبة للمختلفى المذهب ٢٩٦ — سريانه مع حدوث تغيير فى المذهب ٢٩٧ — أثر الاسناد الدينى فى قواعد الاسناد المشتقة من تطبيق قانون الجنسية (فى شكل زواج المصريين فى الخارج) ٢٩٨ — شكل زواج الأجانب فى مصر ٢٩٩ — تكييف القانون الوطنى فى الشروط الموضوعية لصحة الزواج ٣٠٠ — بيان النظام العام فى وقف القوانين الأجنبية ٣٠١ — أثر الاسناد الدينى فى طلاق المصريين فى الخارج ٣٠٢ — فى طلاق الأجانب فى مصر ٣٠٣ — تغيير الزوجين جنسيتهما معا ٣٠٤ — طلاق المختلفى الجنسية ٣٠٥ — تغيير الجنسية من أحد الزوجين ٣٠٦ — الاختصاص القضائى ٣٠٧ — بالنسبة لرعايا الدول غير الموقعة على الاتفاقية ٣٠٨ — الاعتراف بالطلاق المحكوم به فى الخارج ٣٠٩ — مناقشة الاقترحات بتوحيد التشريع وبتوحيد الجهات القضائية .

3 3811/14

كلية الحقوق
جامعة القاهرة

3601/1/1