

الشخصية الاعتبارية في الشريعة الإسلامية بحث مقارن

للدكتور محمد طوموم
استاذ مساعد الفقه الاسلامي المقارن
بكلية البنات الاسلاميه - جامعة الازهر
والمعارك كلية الحقوق والشريعة - جامعة الكويت

الحمد لله رب العالمين ، حمدا يوافي نعمه ، ويجازي مزيده ، والصلاة
والسلام على اشرف المرسلين ، وخاتم الانبياء والمرسلين ، سيدنا محمد وعلى
آله واصحابه ومن تبعه باحسان الى يوم الدين .

اما بعد ..

فقد انتشرت فكرة الشخصية المعنوية واتسعت دائرتها وسيطرت
احكامها فأردت أن اعرض صورا منها في الفقه الاسلامي ، واختلاف الفقهاء
فيها ، ليتأكد لنا أن أساس فكرة الشخصية المعنوية في القوانين الاوروبية
موجود في الفقه الاسلامي ، مع استحداث المصطلحات ، والحقيقة أن ما
يميزهم ، هو الرجوع الى القديم ، بل الى كل قديم ، والبحث فيه والتفتيح ،
ليصلوا به ومنه الى كل حديث .

وقد راعيت عند كتابتي هذا البحث لمجلة كلية الحقوق والشريعة بجامعة الكويت ، التقيد بعدد الصفحات المسموح بها ، وأن يكون نواة لاستكمال هذا الموضوع فيما بعد . وهي محاولة ، أرجو أن تكون على الطريق القويم ، وادعو الله العليّ القدير أن يرشدني ويوفقني الى ما فيه الخير للجميع ، نعم المولى ونعم النصير .

تمهيد :

لما كان الشخص المعنوي اصطلاحاً حديثاً في القانون الغربي ، فلا بد عند التكلم عنه ومعرفة وجوده في الفقه الاسلامي أو عدم وجوده ، ان نبداً الكلام عنه عند القائلين به ، وهم القانونيون ، حتى نعرف معنى اصطلاحهم هذا وحقيقته ، لتصوره في أذهاننا ، ثم نطبقه على الفقه الاسلامي وأقوال الفقهاء المسلمين ، لنرى هل معناه موجود في الفقه الاسلامي بغض النظر عن التسمية ، لان العبرة بالمعاني لا بالالفاظ ، لان لفظ الشخص المعنوي اصطلاح حديث ، وعدم وجود هذا الاصطلاح في الفقه الاسلامي لا يفيد عدم وجوده حقيقة ، وليكون البحث دقيقاً سأستعين بعبارات رجال القانون وأقوال الفقهاء المسلمين ، لان الهدف من هذا البحث هو :

ان فكرة الشخص المعنوي موجودة بصورة واضحة عند رجال القانون ، فهل فكرة الشخص المعنوي موجودة في الفقه الاسلامي وعرفها الفقهاء المسلمون الاوائل ؟

الشخص

الشخص في المعنى الاصطلاحي القانوني لهذه الكلمة هو : كل كائن صالح لان يكون صاحب حق . وتكون الشخصية القانونية هي : صلاحية الكائن لان يكون صاحب حق .

ولايضاح المعنى الاصطلاحي هذا ، نميز بينه وبين معنى الشخص في غير اللغة القانونية ، كما في الفلسفة أو الاخلاق أو علم النفس ، حيث يراد به الانسان . أما في اللغة القانونية فالشخص — كما قلنا — هو كل كائن صالح لان يكون صاحب حق ، فليس هناك تلازم بين الشخصية وصفة انسان . فمن ناحية ليس هناك ما يحتم — في منطق القانون — اعتبار كل انسان شخصاً ، أي صالحاً لان يكون صاحب حق . صحيح أن القوانين الحديثة تعترف بالشخصية القانونية لكل انسان ، لكن بعض القوانين القديمة لم تكن

تعترف للرقيق — وهو انسان — بالشخصية القانونية .

ومن ناحية أخرى — وهذه هي التي تعنينا على وجه الخصوص — فلا تقتصر الشخصية القانونية على الانسان الفرد ، بل تثبت لبعض الكائنات المعنوية ، كالدولة والجمعيات والشركات والمؤسسات .

ومن هذا يتضح ان مصطلح الشخص يصدق — في لغة القانون — اولا على الانسان ، ويطلق عليه الشخص الطبيعي .

وثانيا على كائنات معنوية ، ويطلق على الشخص عندئذ الشخص المعنوي أو الشخص الاعتباري (١) .

ونظرا الى أن هذه الاشخاص لا تعدو أن تكون معان تقوم في الذهن ، فليس لها كيان مادي ملموس ، فيطلق عليها الاشخاص المعنوية ، وهذه الكائنات المعنوية لا تتمتع بالشخصية القانونية الا اذا اعتبرها القانون أشخاصا ، لهذا تسمى أيضا : الاشخاص الاعتبارية (٢) .

الشخص المعنوي

سمي الانسان بالشخص الطبيعي ، تمييزا له من غيره من الكائنات الاخرى غير الطبيعية ، التي يعترف لها القانون بالشخصية القانونية . ذلك أن العالم القانوني ليس مقصورا على الانسان ، ذلك الشخص الطبيعي ثم لا مزيد عليه ، كما أنه لا يقتصر على المصالح والاهداف الفردية وكفى ، بل يشمل كذلك أهدافا ومصالح اجتماعية : فهناك مجموعات من الاشخاص كالشركات والجمعيات ، وهناك مجموعات من الاموال كالمؤسسات ، وهو يشبه تلك المجموعات بالافراد ، فيمنح تلك المجموعات الشخصيات القانونية ، متوسلا الى ذلك بفكرة الشخص المعنوي ، ومؤداها أنه في حالة اجتماع عدة اشخاص بقصد تحقيق غاية معينة انما ينشأ من اجتماعهم كائن جديد ، مستقل في وجوده عن وجود كل واحد من هؤلاء الاشخاص ، وأنه في حالة رصد مجموعة من الاموال من أجل غاية معينة ، بنية خروج هذه الاموال نهائيا من ذمة من قدموها ، انما يتركب هذه الاموال كائن جديد ،

١ — مذكرات في اصول القانون — تاليف الاستاذ الدكتور منصور مصطفى منصور ص ١٨١ مادة رقم ١٢٩ . رئيس قسم القانون الخاص بكلية الحقوق والشرعة — جامعة الكويت .

٢ — المرجع السابق ص ٢٠٥ مادة رقم ١٤٨ .

يستقل في وجوده عن وجود من قدم هذه الاموال ، وعمن يستفيدون من هذه الاموال .

هذا الكائن الجديد ليس في الحالتين شخصا طبيعيا — ليس انسانا — بل شخص معنوي لا يدركه الحس بل الفكر ، ولذا كان له وجود مستقل وقائم بذاته ، هذا الكائن الجديد أسوة بالانسان ، يستطيع أن يملك وأن يتعاقد ، وأن يكون دائئا وأن يكون مدينا ، فيكون كالشخص الطبيعي ذا ذمة خاصة به ، لا تختلط بذمات الاشخاص الطبيعيين الذين يتكون منهم ، فلا يكون لدائني أحد هؤلاء الاشخاص الطبيعيين أن يحجزوا على الاموال التي تنتمي الى الشخص المعنوي ، ويكون له موطن مستقل عن موطن كل من هؤلاء الاشخاص ، ويجوز أن يقاضى كما يجوز أن يقاضى ، هو كالانسان ، له حقوق غير مالية ، كالحق في الاسم وفي الموطن وفي الشرف الخ ، ثم هو كالشخص الطبيعي يولد ويموت (٣) .

والخلاصة أنه بثبوت الشخصية المعنوية لمجموعات الافراد أو لمجموعات الاموال ، تصبح لهذه المجموعات شخصية مستقلة ، متميزة عن غيرها ممن قدموا الاموال ، والاشخاص الذين هم عناصر تكوينها ، وكذلك المنتفعين من نشاطها ، والقائمين على ادارتها وتوصيل نفعها .

كما أن فكرة الشخص المعنوي تكون واضحة وظاهرة في حالتين :

الاولى : جماعات الاشخاص ، وذلك بأن يتفق اشخاص على توحيد نشاطهم المالي مثل الشركة ، أو غير المالي مثل الجمعية ، ويقصدون باتفاقهم تحقيق أغراض معينة محددة .

الثانية : مجموعات الاموال ، وذلك بأن يخصص شخص أو اشخاص مبالغ معينة من الاموال ، ويخرجه من ذمته ، لتحقيق نفع عام أو خاص .

ولتوضيح الفرق بين جماعات الاشخاص ومجموعات الاموال ، نبين الامور المشتركة بينهما ، وما يختلفان فيه :

فهما يشتركان في أمرين — وهما شرطان : —

الاول : أن يكون الغرض مشتركا ومستمر .

الثاني : أن توجد الوسائل المعدة لتحقيق هذا الغرض .

ويختلفان في أمرين ، من حيث شروط التكوين ، ومن حيث طريقة العمل :
فنجد أن العنصر الاساسي في جماعات الاشخاص ؛ هو العنصر
الشخصي ، وهو عنصر داخلي ومنشئي .

كما أنه يمكن تعديل الغرض المقصود .

أما في مجموعات الاموال ، فيكون العنصر الشخصي عنصرا خارجيا ،
كالمتفعين من المؤسسات .

ولا يملك مدير المؤسسة أن يعدل الغرض منها ، أو يغير تخصيص المال .
أما عنصر المال ووظيفته ، فنجد في جماعات الاشخاص مجرد وسيلة ،
وليس عنصرا منشئا ، ولذلك يجوز البدء بهال قليل لا يحقق كل الغرض فورا ،
ولكن لا يتصور جمعية بدون أشخاص .

بخلاف مجموعات الاموال ، فنجد المال عنصرا
اساسيا منشئا ، فهو العنصر الاول ، والوحيد ، ولذلك لا يتصور
مؤسسة بدون مال ، لان المؤسسة مجموعة من الاموال ، رصدت وخصصت
لتحقيق غرض معين ، ولهذا انشئ الشخص المعنوي ، ليكون مالكا لهذا
المال المجموع .

تطور فكرة الشخص المعنوي

بالنسبة لجماعات الاشخاص في القانون الروماني ، لم يكن الشخص
المعنوي مستقلا بذاته ومنفصلا عن الاشخاص المكونين له ، وكانت ديونه
هي ديون اعضائه يسألون عنها ويلتزمون بسدادها . وفي بعض الاحيان
كانوا يجيزون أن تكون ذمة الشخص المعنوي هي المسؤولة أولا عن ديونه ،
ثم بعد ذلك ذمة الاشخاص المكونين له .

وجاء الكنسيون فطوروها ، فجعلوا للشخص المعنوي استقلالا اكثر ،
وله ذمة مستقلة بذاتها عن الاشخاص المكونين له ، وهي منفصلة عنهم ،
ولكن هذا الانفصال لم يتخلص من الفكرة القديمة تماما ، ولذلك نجد البعض
اعتبر الشخص المعنوي مسؤولا عن ديونه في امواله بصفة اصلية . ثم يسأل
عنها الاشخاص المكونين له بصفة احتياطية ، بناء على أن اموال الشخص

المعنوي تنصب عليه ملكيتان ، ملكية الشخص المعنوي بصفة أصلية ، ثم ملكية الأشخاص المكونين له بصفة احتياطية .

ثم اكتملت صورة الشخص المعنوي بالفصل المطلق بين ذمته وذمة الآخرين من الأشخاص المكونين له .

أما بالنسبة لمجموعات الاموال ، فلم تكن فكرة الشخص موجودة في القانون الروماني الى أن ظهرت المؤسسات الخيرية في العصر المسيحي ، ولم تكن في بادئ الامر لها ذمة مستقلة .

ثم تطورت فكرة الشخص المعنوي ، وامتدت الى الدولة والهيئات الاقليمية والدينية ، ثم الى الجماعات والمؤسسات .

الأشخاص احد عناصر الحق

كل حق أو مركز قانوني انما يقوم على عنصرين أساسيين ، هما :
الأشخاص أصحاب الحقوق ، والأشياء محل الحقوق (٤) .

ان من يسلم بفكرة الحق يسلم بضرورة وجود صاحب الحق ، ومع ذلك فمن بين الشراح الذين يدينون بفكرة الحق من يذهب الى امكان وجود حق بلا صاحب ، وكان (قُند شايد) هو اول من قال بإمكان تصور حقوق بلا صاحب ، وكان ذلك بصدد تفسير التركة التي مع عدم انتمائها لاحد في الفترة بين موت المورث وقبول الوارث ، تظل محفوظة ومصونة ، باعتبارها ذمة قائمة بذاتها ، وكذلك استخدمت فكرة الحقوق التي لأصاحب لها في حالة الحمل الذي يوقف له نصيبه طوال الفترة السابقة لولادته ازاء هذه الظواهر ، ذهب بعض الشراح الى ان الحقوق يمكن بصفة مؤقتة أن تكون بلا صاحب .

الا أن الفقه السائد لم يقبل فكرة الحق الذي لا صاحب له ، اذ اعتبرها من قبيل الاستحالة المنطقية ، ذلك لان فكرة الحق باعتباره سلطة قانونية ، انما تقتضي بالضرورة وجود من يمارسها .

الراي السائد اذن هو انه ما من حق الا له صاحب . وصاحب الحق هو الشخص في معناه القانوني ، أي ذلك الكائن الذي يصلح لإكتساب

الحقوق وتحمل الالتزامات ، وهو الانسان الذي انفرد بالشخصية من بين سائر الكائنات الطبيعية ، المرئية — الحية وغير الحية — ، فان لم يكن الانسان هو صاحب الحقوق ومناطها فمن غيره سيكون صاحب الحق ؟ انه صاحب حق في نظر القانون . وان انكار صفة صاحب الحق على الانسان ، هو انكار للانسان ذاته ، بوصفه شخصا انسانيا ، اذ الشخص الانسانى لا يستطيع ان يحيا في الجماعة بدون حقوق (٥) .

غير انه يلاحظ ان بعض التشريعات تلبية لدواعي الضرورات العملية ، تمنح الشخصية القانونية لما يسمى **بالمؤسسات** ، وهي **مجموعة من اموال** تخصص لغرض معين — خيري أو علمي — ، ويدير هذه المؤسسات اشخاص طبيعيون ، ولكن باسم مجموعة الاموال المخصصة للغرض الذي انشئت من اجله . كما ان القانون كثيرا ما ينظر الى مجموعة من الاشخاص الطبيعيين على انهم كائن واحد ، يخلع عليه شخصية قانونية مستقلة عن شخصية كل فرد منهم ، ابتغاء تحقيق مصالح مشتركة ، وبذلك لا تكون الحقوق هي حقوق كل فرد من افراد المجموعة ، بل حقوق المجموعة ، جعل القانون منها شخصا صاحب حق ، مستقلا عن شخص كل فرد منهم .

ومن هذا نرى ان الشخصية القانونية التي لا تكون في الاصل الا للانسان ، يجوز ان تمنح على سبيل الاستثناء اما الى مجموعة من الاشخاص الطبيعيين ، يوجددهم القانون في شخص واحد جديد ، ابتغاء تحقيق اغراض معينة . واما الى مجموعة من اموال خصصت لاغراض معينة (٦) .

عناصر وجود الشخص المعنوي

يجب ان يتوافر عنصران لوجود الشخص المعنوي ، عنصر موضوعي وعنصر شكلي . **فالعنصر الموضوعي** : وجود تنظيم ، وهو تنظيم اشخاص كالشركات والجمعيات ، او تنظيم اموال كالمؤسسات .

اما المؤسسة فلا بد ان تكون معتمدة على تجميع الاموال — قليلا او كثيرا ، حالا او مستقبلا — لكن لا بد من أن يكون كافيا لتحقيق الغرض

٥ — المرجع السابق ص ٢٧٨ ، ٢٧٩ .

٦ — المرجع السابق ص ٢٨٤ .

المقصود من المؤسسة ، ولذلك لا يتصور مؤسسة بدون مال ، ولكن لا اعتبار فيه لتنظيم الاشخاص ، لعدم الاشتراك بين المديرين ولا بين المتفيعين .

بخلاف جماعات الاشخاص ، فتكون معتمدة على تجميع الاشخاص ، فلا يتصور جمعية بدون اشخاص . ولكن مع ذلك نجد أنه يلزم وجود مال ، باعتباره وسيلة لتحقيق الغرض من جماعات الاشخاص ، ولكن ليس بصفة أصلية ، اذ يمكن أن توجد جمعية بهال قليل ، لا يكفي لتحقيق أغراضها ، بل توجد جمعية لا تحتاج الى مال لتحقيق أغراضها .

أما العنصر الشكلي : فهو اعتراف الدولة ، ومنحها الشخصية المعنوية لجماعات الاشخاص أو لمجموعة المال ، سواء أكان الاعتراف مقارنا لوجودها، أم لاحقا لذلك الوجود . ويكون مقارنا اذا كانت الدولة هي التي انشأت هذه الجماعات أو المؤسسات . ويكون لاحقا اذا أنشأها الافراد .

واعتراف الدولة يكون بأحد أمرين :

أحدهما : عام ، وذلك بوضع القواعد لمنح الشخصية المعنوية للشخص المعنوي .

والثاني : خاص ، وذلك بأن تعترف الدولة لكل شخص معنوي على حدة بالشخصية المعنوية .

انواع الشخصية المعنوية

الشخص المعنوي يكون عاما ، ويكون خاصا .

ولشخص القانون العام أهليتان : أهلية عامة وأهلية خاصة ، لأن الاهلية قد تتعدد ، أما الشخصية فواحدة لا تتعدد .

أما شخص القانون الخاص فله أهلية خاصة في مجاله الخاص ، ولا يتعداه الى مجال آخر ، خلافا للشخص المعنوي العام .

فالفرق بين الشخص المعنوي العام والشخص المعنوي الخاص يكون في الاهلية ، وليس في التكوين .

والمقصود (٧) بأشخاص القانون العام المعنوية هي : تلك الكائنات

العامة القائمة بذاتها ، اي تلك المنظمات العامة التي تتمتع باختصاص وسلطات ذاتية خاصة بها .

وأول اشخاصها هي الدولة ، ثم يأتي بعدها أشخاص معنوية عامة تابعة لها .

والمعيار هنا فيما يكون للهيئة العامة من استقلال ذاتي ، بأن تكون لها اختصاص ذاتي ، وتباشر سلطاتها باسمها ، وكان لها ذمة مالية في القانون الاساسي .

أما الاشخاص المعنوية الخاصة ، فهي جماعات الاشخاص ومجموعات الاموال .

وجماعات الاشخاص ذات الشخصية المعنوية تطلق على الجمعيات والشركات .

الجمعية (٨) : هي جماعة تكونت من أشخاص من القانون الخاص — طبيعيين أو معنويين — مستمرة لمدة معينة أو غير معينة ، منحت الشخصية المعنوية ابتغاء تحقيق غرض معين ، غير الحصول على ربح مادي . ويتضح من هذا التعريف أن للجمعية عناصر ثلاثة :

١ — فهي جماعة من الاشخاص الطبيعيين أو المعنويين ، وهذا هو ما يميزها عن المؤسسة الخاصة التي هي مجموعة من الاموال .

٢ — وهي تنظيم مستمر لمدة محدودة أو غير محدودة ، فلا يعد من قبيل الجمعية اجتماع مؤقت يعقد ثم ينحل بعد حين .

٣ — وهي تسعى لتحقيق غرض غير الحصول على ربح مادي ، فهي تستهدف القيام بنشاط اجتماعي أو ثقافي أو ديني أو رياضي الخ ، وهذا ما يميزها عن الشركة .

الشركة التجارية (٩) : مجموعة من اشخاص القانون الخاص ، يتكونون

٨ — مادة رقم ٦٠٨ ص ٥٢٦ ج ٢ المدخل لدراسة العلوم القانونية « الحق » مطبوعات جامعة الكويت .

٩ — مادة رقم ٦١٤ ص ٥٢٢ من المرجع السابق .

في شكل شخص معنوي ، ابتغاء تحقيق ارباح لمصلحة الشركاء . وكلمة شركة لها معنيان ، فهي تعني تارة عقد الشركة ، وتعني تارة أخرى الشخص المعنوي ، وهذا المعنى الثاني هو الذي نحن بصدد الان .

والشركات التجارية نوعان : شركة اشخاص ، كشركة التضامن وشركة التوصية . واعتبار شخص الشركاء جوهري في انشائها ، **فالشركاء — على الاقل في شركات التوصية بالنسبة لفريق منهم — مسؤولون شخصيا عن ديون الشركة .**

والنوع الثاني من الشركات التجارية هي شركات الاموال ، ونموذجها شركات المساهمة ، وفيها لا تكون شخصية الشركات ذات بال ، بل اموالهم هي المقصودة بالذات ، ولا يسأل الشركاء المساهمون عن ديون الشركة الا بمقدار القيمة الاسمية لما اكتتبوا فيه من اسهمها .

وتنص (١٠) المادة ٢ من قانون الشركات التجارية الكويتي على انه : فيما عدا شركة المحاصة ، تتمتع جميع الشركات التجارية بالشخصية المعنوية .

واذا صرفنا النظر مؤقتا عن نصوص القانون في هذا الصدد ، من حيث اعترافه للشركات التجارية كافة فيما عدا شركات المحاصة (١١)، واحتكنا الى الاحكام العامة في الشخصية المعنوية لانتبهنا الى **وجوب عدم جواز اعتبار شركات الاشخاص اشخاصا معنوية .** ذلك انه لا يكفي لاعتبار كائن ما شخصا معنويا ان يكون له شيء من الاستقلال في الذمة ، وان يكون له اهلية قانونية محدودة ، فالشخصية المعنوية تقتضي في الاصل انفصالا كاملا بينا ومطلقا ، بين ذمة الشخص المعنوي وذمة الاشخاص الذين يتكون منهم ذلك الشخص المعنوي .

وينبغي على ذلك انه يجب الا يسأل عن ديون الشخص المعنوي الا الشخص المعنوي وحده دون غيره ، وفي حدود ذمته ، لا تنضم الى ذمته في ذلك ذمة أخرى .

١٠ — مادة رقم ٦١٥ ص ٥٢٢ ، ٥٢٣ من المرجع السابق .

١١ — وهي شركة تجارية تعقد بين شخصين او اكثر على ان تكون الشركة مقصورة على العلاقة فيما بين الشركاء فلا تسري في حق الغير (م ٥٦ من قانون الشركات الكويتي) ص ٥٢٣ المرجع السابق .

وليس يصدق هذا على شركات التضامن التجارية ، وفيها يكون الشركاء مسؤولين على وجه التضامن في جميع اموالهم عن التزامات الشركة (م) ٤ .

وكذلك لا يصدق هذا على شركة التوصية التجارية — بنوعها التوصية البسيطة والتوصية بالاسهم — وفيها يسأل بعض الشركاء على سبيل التضامن في اموالهم الخاصة عن جميع التزامات الشركة — اي الشركاء المتضامنون (١٢) .

ففي كل هذا لا نجد ذلك الانفصال المطلق بين ذمة الشخص المعنوي وذمة الاشخاص المكونين له ، بل يسأل عن ديون الشركة لا الشركة وحدها وفي حدود ذمتها ، بل يسأل كذلك معها الشركاء ، وتضم ذمتهم الى ذمتها .

ولا كذلك في شركات المساهمة ، حيث نجد ذلك الانفصال البين ، بين ذمة الشركة وبين ذمة كل شريك من الشركاء المساهمين ، اذ يكون رأسمال الشركة دون رؤوس اموال اعضائها هو وحده الضامن للوفاء بديون الشركة .

ولذا كانت شركة المساهمة هي وحدها التي يحق لها ان تتمتع بالشخصية المعنوية . غير ان القانون قد قرر الشخصية المعنوية كذلك لشركات الاشخاص ، وان كانت الشخصية المعنوية فيها اقل وضوحا منها في شركات المساهمة .

مجموعات الاموال ذات الشخصية المعنوية

ويندرج تحت هذه المجموعات الوقف والمؤسسات الخاصة (١٣) :
الوقف نظام اسلامي ، وهو على قول صاحبين : حبس العين على حكم ملك الله تعالى والتصدق بالمنفعة . ولم يجعل الفقهاء المسلمون للوقف ذمة مالية مستقلة . وفرعوا على ذلك انه لا يجوز ان توهب له الهبات ، وان ناظر الوقف هو وكيل المستحقين .

وكل هذا يتنافى مع اعتبار الوقف شخصا معنويا . الا انه يراعى من ناحية اخرى ان بالوقف يخرج المال الموقوف من ذمة المالك لا الى مالك — على قول ابي يوسف ، ولما كان الحق لا بد له من صاحب ، تعين نسبة المال

١٢ — دون الشركاء الموصين الذين لا يسأل اي منهم عن التزامات الشركة الا بمقدار ما قدمه (م) ٤٢

١٣ — الحق للدكتور عبد الحي حجازي ص ٥٣٤ ، ٥٣٥ .

الموقوف الى شخص معنوي ، يكون مالكا لهذا المال . وكان **القضاء المصري** قد ذهب — قبل وضع القانون المدني الحالي — الى اعتبار جهة الوقف شخصا معنويا ، له ذمة مستقلة عن ذمة المستحقين ، واعتبر ناظر الوقف ممثلا لذلك الشخص المعنوي لا للمستحقين ، وأخذ واضعو القانون المدني المصري برأي القضاء المصري في هذا الصدد ، نزولا على أحكام الضرورات العملية ، فاعترف **بالشخصية المعنوية للوقف (م ٣/٥٢) .**

المؤسسة الخاصة : شخص اعتباري ، ينشأ بتخصيص مال مدة غير معينة ، لعمل ذي صفة انسانية أو دينية أو علمية أو فنية أو رياضية ، أو لاي عمل اخر من أعمال البر أو النفع العام ، دون قصد الى أي ربح مادي (م ٦٩ من قانون الجمعيات والمؤسسات المصري) .

وتختلف (١٤) المؤسسة عن الشركة من حيث انعدام قصد الربح في المؤسسة ، ووجوده في الشركة . وكذلك تختلف المؤسسة عن الجمعية من وجهين :

الاول : ان الجمعية تقوم على عنصر الاشخاص ، أما المؤسسة فتقوم على عنصر المال .

الثاني : ان الجمعية والمؤسسة الخاصة وان اتفقا في انهما لا يستهدفان تحقيق ربح مادي ، الا ان المؤسسة الخاصة لا يكون هدفها الا عاما ، في حين ان الجمعية كما تستهدف تحقيق مصلحة عامة ، قد تبتغي تحقيق مصلحة خاصة لعضائها .

وانشاء المؤسسة يكون بسند رسمي أو بوصية ، وكلاهما تعبير عن الارادة من جانب واحد ، ولذلك يجوز الرجوع فيها من المؤسس فقط ، لان انشاءها ان كان بوصية ، فالوصية ليست لازمة . وان كان بسند رسمي لم يشهر ، فيجوز العدول بسند رسمي اخر .

ويمتنع الرجوع فيها ، وتكون لازمة بموت الموصي في الوصية ، وبشهر المؤسسة ان كانت بسند رسمي .

ملاحظة عامة (١٥) : الآن وقد استعرضنا الاشخاص المعنوية الرئيسية، لا يسعنا الا أن نبدي بعض ملاحظات ، لها اثر في النظرية العامة للشخصية المعنوية ، فلقد وجدنا أن الشخصية المعنوية درجات .

ففي شركات الاموال ، ونموذجها شركات المساهمة ، راينا كيف أن الشخصية المعنوية فيها اظهر منها في شركات التضامن .

ثم ان المساواة في الحقوق التي توجد كقاعدة عامة بين جميع الاشخاص الطبيعيين ، لا توجد بين جميع الاشخاص المعنوية ، بل توجد فقط في داخل طائفة من هذه الاشخاص .

تصارى القول ، هو ان فكرة الشخص المعنوي اكثر مرونة من فكرة الشخص الطبيعي ، وربما كان سبب ذلك هو أن الشخص المعنوي هو من خلق الفكر الانساني ، في حين ان فكرة الشخص الطبيعي تمثل معطى جسديا يستعصي على الحيل القانونية .

خواص الشخص المعنوي

تنص المادة ٥٣ في القانون المدني المصري على أن : الشخص الاعتباري يتمتع بجميع الحقوق ، الا ما كان منها ملازما لصفة الانسان الطبيعية ، وذلك في الحدود التي قررها القانون ، فيكون له :

١ — ذمة مالية مستقلة

ب — اهلية في الحدود التي يعينها سند انشائه أو التي يقررها القانون .

ج — حق التقاضي

د — موطن مستقل — ويكون له نائب يعبر عن ارادته .

ذمة الشخص المعنوي : الاصل والقاعدة في الشخص المعنوي أن تكون له ذمة مستقلة قائمة بذاتها ، تتكون مما له من حقوق وما عليه من واجبات مالية ، فتكون اموال الشخص المعنوي وحده هي الضامنة لما عليه من ديون . ولذا تاتي الشخص المعنوي واستقلاله ، لا تختلط حقوق الاشخاص المكونين له

١٥ — المدخل لدراسة العلوم القانونية للاستاذ الدكتور عبد الحي حجازي عميد كلية الحقوق والشرية سابقا جامعة الكويت — ج٢ ص ٥٣٧ ، ٥٣٨ مادة رقم ٦٢٢ .

والمستفيدين منه وما عليهم من ديون بحقوق الشخص المعنوي وواجباته ، لان ذمته منفصلة عن ذمتهم ، لهذا لا يجوز لدائني الاشخاص المكونين له والمستفيدين منه الرجوع بما لهم من دين على الشخص المعنوي ، وكذلك العكس ، فلا يجوز لدائني الشخص المعنوي الرجوع على هؤلاء ، ويظهر ذلك واضحا في شركات المساهمة .

ولكن هذه القاعدة تختل في شركات التضامن، من حيث يجوز لدائني الشخص المعنوي الرجوع على الشركاء في اموالهم الخاصة مع استقلال ذمة الشركة عن ذمتهم ، ولا يجوز العكس ، فلا يجوز لدائني الشركاء الرجوع بدينهم على اموال شركة التضامن ذات الشخصية الاعتبارية .

ولذلك يقول الدكتور منصور مصطفى منصور عن استقلال الشخص المعنوي : ولكن اذا كان هذا هو الاصل فاستثناء منه تكون ديون بعض الأشخاص المعنوية مضمونة باموالها ، وكذلك باموال الاعضاء الخاصة ، وهذا هو الحال في الشركات التي يوجد فيها شركاء متضامنون ، اذ يسأل هؤلاء الشركاء عن ديون الشركة في اموالهم الخاصة برغم استقلال ذمة الشركة عن ذمتهم ، ولكن ليس لدائني الشركاء أن ينفذوا على اموال الشركة (١٦) .

ويقول الدكتور عبد الحي حجازي (١٧) عن استقلال ذمة الشخص المعنوي ايضا :

الا ان هذا ان صح — وهو صحيح — في شركات المساهمة ، فليس صحيحا في شركات التضامن ، حيث يكون كل شريك مسؤولا في ذمته كلها عن ديون الشركة ، وسبب ذلك هو أن الانفصال بين ذمة الشركة وذمة الشركاء في شركات التضامن ليس مطلقا ، كذلك الانفصال الذي يكون بين ذمة الشركة وذمة الشركاء في شركات المساهمة ، ولذا كانت الشخصية المعنوية في شركات التضامن اضعف منها في شركات المساهمة .

حقوق اعضاء الشخص المعنوي على ذمته

تنص المادة ١٨ من قانون الاندية وجمعيات النفع العام الكويتي رقم ٢٤

١٦ — مذكرات في اصول القانون ص ٢١٤ للاستاذ الدكتور منصور مصطفى منصور .

١٧ — المدخل لدراسة العلوم القانونية ج٢ الحق ص ٥٣٩ ، ٥٤٠ .

لسنة ١٩٦٢ أن : أموال الجمعية أو النادي بما فيها الاشتراكات والممتلكات الثابتة والمنقولة تعتبر ملكا للنادي أو الجمعية ، وليس لأعضائها حق فيها ، وليس للعضو المنسحب أو المفصول أي حق في هذه الأموال .

وينبغي على (١٨) ذلك أن لا يستحق أحد من الشركاء أي نصيب في أموال الجمعية عند انحلالها . ولكن المسألة تختلف في حالة الشركة ، حيث يكون لكل حق من طبيعة خاصة على ذمة الشركة ، وهو ليس حقا عينيا على الأعيان التي تتكون منها ذمة الشركة ، فإذا كانت موجودات الشركة تتكون من عقار فلا يعتبر كل شريك مالكا على الشيوع لهذا العقار في حدود حصته ، ومن ثم لا يعتبر حقه عقاريا ، بل حق منقول ، وهذا يدل على وجود شخص آخر بين الشركاء والعقار هو الشخص المعنوي ، أما طبيعة الحق المنقول فتتحدد في أنه حق دائنية للشريك في ذمة الشخص المعنوي ، أي أن كل شريك يعتبر دائما للشركة ، فيكون له الحق في حصة دورية من الأرباح ، وحصته من موجودات الشركة عند حل الشركة .

أهلية الشخص المعنوي

للشخص المعنوي أهليتان : أهلية وجوب وأهلية أداء .
أهلية الوجوب : لما كانت أهلية الوجوب هي مضمون الشخصية كان للشخص المعنوي أهلية وجوب ، ولكنها محددة بطبيعته ، والغرض المقصود من وجوده .

فمن حيث طبيعته ، يصلح لأن يكون له حق الملكية وتوابعها ، وحق الرهن ، وحق أن يكون له اسم ، وحق وصول سمعته ، وهو صالح لأن يوصي ، ولكن لا يرث إلا إذا كان الشخص المعنوي الدولة ، لأنها وارثة من لا وارث له .

ومن حيث الغرض من الشخص المعنوي ، فهو مقيد بالحدود المقررة له في نظام تكوينه أو بواسطة القانون ، ولذلك كانت أهليته أهلية وجوب خاصة ، معتبر فيها وظيفته في المجتمع وتخصصه . فإذا كان التخصيص بواسطة القانون ، فلا يجوز له أن يتعداه إلى غيره ، والا بطلت تصرفاته . فإذا كان الغرض من الشخص المعنوي التجارة والحصول على الربح ، فلا يجوز له

التبرع أو القيام بنشاط اجتماعي . وكذلك العكس ، فان كان انشاؤه لغرض اجتماعي أو ثقافي أو ديني أو غيره ، فلا يجوز له أن يتصرف في غير الغرض الذي أنشئ من أجله ، كما لا يجوز العمل التجاري للحصول على ربح .

وكذلك تخصصه النظامي المحدد له في تكوينه لا يجوز مخالفته ، حتى وان كان فيه انقاص لاهليته ، بأن ينص في نظامه على المنع من صرفات معينة داخلية في اختصاصه ، مثل أن ينص في نظام الشركة على عدم المتاجرة في نوع معين أو طريقة معينة .

وفي (١٩) حالة مخالفة الشخص المعنوي للتخصيص الذي فرضه عليه نظامه ماذا يكون الجزاء ؟ يتردد الذهن بين أحد حلين ، أما بطلان التصرفات التي أبرمت على خلاف مقتضى ذلك التخصيص ، ويكون لاعضاء الشخص المعنوي وللغير أن يتمسكوا بهذا البطلان . وأما الاكتفاء باعتبار مخالفتي هذا التخصيص مسؤولين تجاه الشخص المعنوي ، من اعتبار التصرفات التي خالفت التخصيص تصرفات صحيحة ، المسألة دقيقة .

أهلية الاداء للشخص المعنوي :

تثبت للشخص المعنوي أهلية أداء كما ثبتت له أهلية وجوب ، وممثل الشخص المعنوي هو مجرد وسيلة لظهار ارادة الشخص المعنوي ، لانه يمثل مصالح الشخص المعنوي ، ويباشر عنه التصرفات القانونية ، فتصرفات ممثل الشخص المعنوي ليست ناتجة عن ارادة الممثل ، وانما تعبر في الحقيقة عن ارادة الشخص المعنوي .

حق التقاضي : للشخص المعنوي حق التقاضي ، فله أن يقاضي الآخرين ليحصل على حقوقه ، فيكون مدعيا . وللآخرين الحق في أن يقاضوه ، فيكون مدعى عليه ، ويثبت له حق الدفاع عن نفسه ومصالحه .

موطن الشخص المعنوي : للشخص المعنوي موطن خاص غير مرتبط بموطن أعضائه المكونين له ، وهو المكان الذي يوجد فيه مركز إدارته .

انقضاء الشخص المعنوي

الشخص المعنوي له عنصران : موضوعي وشكلي .

فاذا انقضى أحد العنصرين ، انقضى الشخص المعنوي وانتهى .
والعنصر الموضوعي في جماعات الاشخاص ينقضي بزوال أعضاء الجماعة ، أو بانحلال الجماعة ، عندما تزول الرابطة التي كانت تربط هؤلاء الاشخاص بعضهم ببعض ، وكذلك عندما تندمج الجماعة في جماعة أخرى ، أو تتجزأ الى مجموعات أصغر ، فبإنشاء هذه الجماعات الجديدة تنقضي الجماعات الاولى . وأيضا تنتهي الجماعة عندما يزول الغرض من تكوينها ، أما بتحقيق الغرض المحدد ، أو باستحالة تحقيق الغرض الذي أنشئت من أجله . وقد تنقضي اذا أصبح الغرض غير مشروع .

وفي المؤسسات ينقضي الشخص المعنوي اذا حققت الغرض الذي أنشئت من أجله ، أو يصبح غير ذي فائدة ، أو مستحيلا تحقيقه ، أو غير مشروع .
أما العنصر الشكلي فهو الاهلية القانونية لجماعات الاشخاص أو مجموعة الاموال ، فاذا سحبت هذه الاهلية القانونية من الشخص المعنوي ، وزالت عنه ، وأصبح غير معترف به ، انقضت الشخصية المعنوية وانتهت ، وأصبحت غير قائمة .

مدة انقضاء الشخصية المعنوية

انقضاء الشخصية المعنوية قد يحدث على الفور ، اثر الواقعة الداعية لانقضاء الشخصية المعنوية . وقد يحتاج انقضاء الشخصية المعنوية فترة من الزمن ، بعد حدوث الواقعة القاضية ، وذلك اذا كان طرف ذمة الشخصية المعنوية حقوقا على صافي الذمة أو بعضها ، كما في الشركات التجارية ، لأن هذه الحقوق لا تتضح ولا تتحدد الا بعد سداد الديون ، وتحويل باقي الذمة الى نقود ، لاجل هذا يتعذر انقضاء الشخصية المعنوية على الفور ، بل لا بد أن يحتاج الانقضاء فترة من الزمن ، وهذه المدة تسمى بمرحلة التصفية .

ولقد اختلف الفقهاء في تكييف الشخص المعنوي وتصويره خلال فترة التصفية ، فقال جيركية :

أن جماعة الاشخاص المنقضية لها حياة بعدية ، تتمثل في بقائها خلال فترة التصفية .

والاصح (٢٠) أن الشخص المعنوي لا يموت فور حصول الواقعة

٢٠ - د. عبد الحمي حجازي ص ٥٧٢ المرجع السابق .

القاضية ، بل يدخل في مرحلة نزاع ، تكون حيويته محدودة وضعيفة . ذلك أن الشخص المعنوي وقد فقد الغرض من حياته ، لم يبق له الا أن يعد العدة لتحقيق الغرض من موته ، فيفكر في تصفية نفسه ، ويسوي أعماله ، ويذهب الاهلية لوفاته .

ان استمرار الشخصية ههنا انما ليحقق غرضا جديدا : هو تغير الشخص المعنوي قبل موته موتا كاملا . لقد تغير الغرض ، اذ حل محل الغرض من جماعة الاشخاص او مجموعة الاموال غرض التصفية ، وهذا يحتاج في تحقيقه لنفس التنظيم الاداري ، **لقد تحول الشخص المعنوي الى شخص معنوي اخر ، الغرض منه هو التصفية** ، وهو يحمل هذا الاسم الذي يدل على هذا الغرض الجديد ، فهو يتفرغ من الان فصاعدا لتصفية العلاقات القانونية القائمة ، **وتحويل الاموال الى نقد ، للوفاء بديون الدائنين .**

اثر الانقضاء

اذا انقضت الشخصية المعنوية ، فالذي يحدد مصير ذمتها ومن سيخلفها هو القانون ، او نظام الشخص المعنوي ، أما اذا لم يوجد نص في أحدهما ، فنرجع الى الغرض المقصود من الشخص المعنوي . فاذا كان النفع العام هو المقصود من الشخص المعنوي ، فيجب أن يبقى في صورة اخرى ، او يحول الى شخص اخر مماثل . أما اذا كان المقصود النفع الخاص ، فتوزع الاموال الباقية في ذمته على الاعضاء المستفيدين ، لانهم المقصودون بهذا النفع ، ولجلهم وجد الشخص المعنوي ليحقق مصالحهم . بخلاف الشخصية العامة ، فقد وجدت لمصلحة المواطنين ، ولذلك وجب بقاؤها على أي صورة ، لانهم المستفيدون .

فاذا كان الشخص المعنوي مديونا وذمته مشغولة بحقوق ، فيجب أولا تسديد الديون ، وما بقي بعد في ذمته هو الذي ينتقل الى من يخلفه . فاذا كانت ذمة الشخص المعنوي غارقة في الديون ولا تكفي لسداد ديونه ، فلا تنتقل هذه الديون الى من يخلفه ، لان التزام الشخص المعنوي مقصور على ذمته ، ولا يتعداه الى غيره ، وان أدى ذلك الى عدم الوفاء بكل ديون الشخص المعنوي .

طبيعة الشخص المعنوي

اختلف (٢١) القانونيون في طبيعة الشخص المعنوي منذ قرن مضى ، وانقسموا الى قسمين :

قسم يقول : الانسان وحده هو صاحب الحقوق فقط وليس لغيره حق ، وتفرع على ذلك ثلاث نظريات في الشخص المعنوي ، وهي : نظرية المجاز ، ونظرية ذمة التخصيص ، ونظرية الاشخاص المعنوية مردها للانسان .

اما القسم الثاني فيقول : ان الانسان وقد ثبتت له الحقوق ، فهناك تنظيمات حقيقية صالحة لان تكون لها بعض الحقوق ، وتفرع على ذلك : نظرية الحقيقة العضوية ، ونظرية الحقيقة النفسية — وهي نظرية الارادة المشتركة — ، ونظرية الحقيقة القانونية .

وسأوضح كل نظرية بايجاز :

نظرية المجاز

ان الله سبحانه وتعالى خلق الانسان وفيه ادراك وارادة ، ولهذا لا تكون الشخصية الحقيقية الا للانسان وحده ، ولكن لما وجدت مصالح جماعية يحميها القانون ، ولها حقوق وعليها التزامات اثبتها لها القانون ، اقتضت الضرورة الى ايجاد الشخص المعنوي ، ليكون له ذمة تتعلق بها الحقوق والواجبات ، فاعتبر القانون الشخص المعنوي شخصا طبيعيا مجازا .

وتسمى النظرية الرومانية الكنسية ، وهي من الاقدم النظريات عند رجال القانون ، وانتشرت في المانيا وفرنسا خلال القرن الثامن عشر .

ولكن هذه النظرية بسيطة ومنطقية ، استمرت مدة طويلة بدون معارضة .

وعيب هذه النظرية انها تفرض الشخص المعنوي شخصا طبيعيا ، وهذا خلاف الحقيقة . ويترتب على هذه النظرية ان الشخص المعنوي لا ارادة له ، وارادة النائب عن الشخص المعنوي ليست هي ارادة الشخص المعنوي ، وانما تسري في حق الشخص المعنوي ما دام ملتزما بحدود النيابة ، فان

٢١ — يقول الاستاذ الدكتور منصور مصطفى منصور : تكاد تنحصر أهمية الخلاف حول طبيعة الشخص المعنوي فيما نرى في فائدته العلمية البحتة ص ٢٠٨ .

خرج عنها وتعداها يكون النائب مسؤولا وحده ، ولا يسأل عنها الشخص المعنوي .

نظرية ذمة التخصيص

لا تقول بفكرة الشخص المعنوي ، لانه شخص وهمي ، وترى انه لا حاجة الى تقسيم الاشخاص الى طبيعي ومعنوي ، وتقول : ان الحقوق التي تثبت للشخص المعنوي وتنسب اليه هي حقوق لا صاحب لها ، وان الاولى بالتقسيم الذمة لا الشخص ، لان الذمة يجوز نسبتها الى غير الانسان كما تنسب للانسان ، فالذمة نوعان : ذمة الانسان ، وذمة لغرض معين . أي ذمة لها صاحب وهو الانسان ، وذمة لا صاحب لها ، وانما خصصت لغرض معين ، وهي ذمة الشخص المعنوي .

وعلى هذا فالحق عندهم هو علاقة بين أشخاص ، أو مال مرصود لتحقيق غرض معين .

وعيب هذه النظرية اختلاف معنى الحق للشخص الطبيعي عن معنى الحق لذمة التخصيص . وأيضا أن هذه النظرية لا تصدق على جميع الاشخاص المعنوية ، فهي مثلا لا تصدق على الدولة ولا على الشركات التجارية ، وذلك بالاضافة الى عدم تصور ذمات بدون صاحب .

نظرية الاشخاص المعنوية

مردها للانسان

دعى أصحاب هذه النظرية الى نبذ فكرة الشخص المعنوي ، ويستبدل عنها بفكرة الملكية المشتركة . ويرون أن أصحاب الحق في ملكية المجتمع هم أفراد المجتمع ، وفي ملكية المجموعة هم أعضاء هذه المجموعة ، فمثلا متحف اللوفر ليس مملوكا لفرنسا ، وانما هو ملك للفرنسيين . وأما القول بأنه ملك للمجموعة أو الدولة ، باعتبار كل منهما كائنا مستقلا بذاته ، فهو قول أساسه التجريد ، ولا أساس له من الحقيقة .

وبناء على هذه النظرية فأصحاب الحقوق هم الاشخاص الطبيعيون وحدهم ، أما الشخص المعنوي فهو مجرد وسيلة فنية ، واعتباره صاحب حق فيصدق عليه من حيث الظاهر فقط .

أما صاحب الحق الحقيقي فهو الانسان المختفي وراء الشخص المعنوي .

تقويم (٢٢) هذه النظرية : تنزع هذه النظرية نزعة فردية بحث ، فهي اذا تبحث عن الحقيقة التي تختفي وراء الاشخاص المعنوية ، تذهل عن الحكمة من فكرة الشخص المعنوي ، وهي تفادي تعدد العلاقات ، وما ينجم عنه من تعقيدات .

ثم يؤخذ على هذه النظرية ايضا انها ترجع القهقرى بفكرة الشخص المعنوي ، ففي القوانين القديمة لم تكن فكرة الشخص المعنوي موجودة ، بل كانت توجد فكرة الملكية المشتركة التي ينادي بها بلانيول بدلا من فكرة الشخص المعنوي ، ثم اخذت فكرة الشخص المعنوي — فيما يتعلق بالجماعات — تتكون ببطء خلال آماذ طويلة حتى توصل القضاء الروماني الى اعتبار الشخص المعنوي كائنا منفصلا ومستقلا عن كل فرد من الافراد المكونين له .

وتصور هذه النظرية المؤسسات ذمات ، اصحابها هم جماعة المنتفعين ، وهذه فكرة قديمة تكونت عبر التاريخ ، والواقع ان فكرة المؤسسة مصدرها المسيحية ، ولما كانت الصورة الوحيدة للشخص القانوني هي جماعات الاشخاص ، صورت المؤسسات كذلك على هذا النمط ، ولقد اخذ ايهرنج بهذه الفكرة ، فاعتبر الشخص في المؤسسات الخاصة هو جمهور المنتفعين ، وهذا تصور لا يتفق مع جوهر المؤسسة ، فالمنتفعون ليسوا هم اصحاب ذمة المؤسسة .

نظرية الحقيقة العضوية

يقول اصحاب هذه النظرية : ان الشخص المعنوي كائن اجتماعي موجود حقيقة ، وله ارادة وحياة مستقلة وقدرة على العمل ، والقانون لا يوجددها ، بل يقرر وجودها ويعترف به . ويصورون الشخص المعنوي كالشخص الطبيعي ، فكما ان الشخص الطبيعي يتكون من اعضاء وخلايا ، وهي في مجموعها تكون جسما واحدا ، فكذلك الشخص المعنوي يتكون من اعضاء ، هم في المجموع يكونون شخصا واحدا .

نظرية الارادة المشتركة

الشخص المعنوي له ارادة مستقلة عن ارادة افراده ، حيث وجدت

مجموعة اتفق على أن تكون لها ارادة مستقلة عن ارادة الافراد ، فكانت شبيهة بالشخص الطبيعي ، ولذلك اعتبرت هذه المجموعة شخصا ، وهو الشخص الاعتباري المسمى بالشخص المعنوي .

وهذه النظرية — التي نشأت في المانيا وترعرعت ولقيت نجاحا كبيرا — تقيض نظرية المجاز ، لان هذه النظرية تقول أن للشخص المعنوي ارادة ، أما نظرية المجاز فلا تعتبر له ارادة .

ويترتب على ذلك : أن العضو في الشخص المعنوي لا يعبر عن ارادة نفسه ، وإنما ارادته هي ارادة الشخص المعنوي .

أما نظرية المجاز ، فارادة النائب عن الشخص المعنوي هي ارادة نفسه وحده ، لا ارادة الشخص المعنوي .

ونتيجة لذلك : اذا تصرف العضو في نظرية الحقيقة تصرفا غير مشروع ، لم يكن مسؤولا عنه ، وإنما يسأل عنه الشخص المعنوي ، لان العضو كان يعبر عن ارادة الشخص المعنوي دون ارادته .

أما في نظرية المجاز ، فان تصرف النائب عن الشخص المعنوي غير المشروع يسأل عنه النائب وحده ، ولا يسأل عنه الشخص المعنوي ، لان النائب لم يكن يعبر عن ارادة الشخص المعنوي ، وإنما عن ارادة نفسه .

تقويم هذه النظرية (٢٣) : تستند هذه النظرية الى قضايا غير مجمع عليها ، فضلا عن أن نصيبها من الخيال غير قليل ، وهو يعد خيالا لا يكاد العقل أن يسيغه .

نظرية الحقيقة القانونية

يقول أصحاب هذه النظرية والمؤيدون لها : أن الشخصية هي الصلاحية لاكتساب الحقوق ، والقانون هو الذي يمنح هذه الشخصية ، وذلك غير مرتبط بالانسان ، بدليل أن القانون في الماضي لا يعترف بالشخصية للعبيد .

وغير مرتبط بالروح ، بدليل اثباته الشخصية للجنين عشرة أشهر قبل ولادته .

وغير مرتبط بالارادة ، بدليل ثبوت الشخصية للمجنون والصبي غير المميز .

ويتضح من ذلك كله ، أن القانون حين يمنح الشخصية ويثبتها لكائن ، أو يمنعها عن آخر ، إنما يرفع في ذلك المنح أو المنع مصلحة المجتمع وتحقيق أهدافه ، فلا غرابة أن يمنح القانون الشخصية لغير الانسان ، اذا وجد في ذلك تحقيق مصالح للمجتمع ، لاننا وجدنا أن الشخصية غير مرتبطة بالانسان ، بدليل حرمان العبيد من شخصيتهم في بعض القوانين . فاذا اتحدت افراد في شكل مجموعات ، وقد اتفقت ارادتهم ومصالحهم ، فالقانون يمنح هذه المجموعة الشخصية ، كما وجدنا ذلك في المجموعات السياسية وهي الدولة . واذا ثبت ذلك في المجموعة السياسية لمصلحة مجموع أفرادها ، فليس هناك ما يمنع من اثبات الشخصية القانونية لمجموعات اخرى أصغر ، تنوعت أغراضها وأهدافها ، وقد اتفق أفراد كل جماعة على تحقيق مصلحة مشتركة بينهم سعيا وراء هدف معين ، وقد اتفقوا على وجود كائن مستقل بذاته وارادته عن ذاتهم ، ل يبقى دائما ، سواء أ بقيت أفرادها ، أم تغيرت .

تقويم (٢٤) هذه النظرية : جمعت هذه النظرية أحسن ما في النظريات السابقة ، وخاصة نظرية المجاز ونظرية التخصيص ونظرية العضوية . ان الأشخاص المعنوية وفقا لهذه النظرية ، هم جماعات افراد وحدت في كائن واحد ، ليس هو أحد أولئك الافراد المكونين لهذه المجموعة ، وانما هو كائن جديد قائم بذاته . او مجموعات أموال تنشأ من أجل غرض معين ، كاقامة مستشفى وملجأ ، فيكون صاحب الحق هو ذلك المستشفى أو الملجأ ، هذه الأشخاص المعنوية ليست كائنات خيالية وهمية ، ليست مجازات ، بل كائنات موجودة وجودا حقيقيا ، سواء من الناحية الاجتماعية أو الناحية القانونية ، مثلما يوجد الالتزام وتوجد التركة ويوجد العقد . ولكنها **حقائق في عالمنا القانوني لا في الحياة المحسوسة . هي بلا شك ثمرة تجريد عقلي ، فكانت لذلك كائنات معنوية لا ترى ولا تلمس ، ولم تكن طائفة من الكائنات الطبيعية كالانسان . لكن هذا لا يمنع أن يكون لهذه الكائنات حقيقة اجتماعية وقانونية ، اذ يعترف بها القانون بوصفها وحدات معنوية في الحياة الاجتماعية ، ويمنحها الشخصية القانونية ، وبالتالي صفة صاحب الحق . والقانون اذ يعترف بهذه الكائنات لا يفرضها اشخاصا طبيعية ، مثل ما ذهب الى ذلك**

أنصار نظرية المجاز ، بل هو يخلع عليها الشخصية القانونية كما خلعها على الانسان ، فليس ثمة ضرورة تقضي أن يعد انسانا كل ما ليس انسانا لمجرد أنه أعطى مثلها أعطى الانسان ، ولا أن تعطى الشخصية القانونية لغير الانسان لمجرد أنه غير انسان .

نظرية الشخصية المعنوية في الفقه الحديث

فقهاء القرن التاسع عشر كونوا فكرة الشخصية المعنوية وشبهوها بالشخص الطبيعي ، واقبل عليها القانونيون واهتموا بها ، ومع ذلك نجدهم الآن يعتبرون مسألة الشخصية المعنوية غير صالحة في عصرنا الحديث ، ويجب أن يحل محلها فكرة وضعية تتفادى الاضرار الناتجة من سوء استعمال الشخصية المعنوية . ونمت هذه الفكرة ، لان الشخصية المعنوية ليست كالشخص الطبيعي ، ولانها تختلف في حقيقتها عن الافراد ، وتعتمد على اعتبارات مصلحة وسياسية ، ولذلك كانت من قبيل الصياغة . والواقع أن (٢٥) الشخصية المعنوية ليست سوى أداة من أدوات الصنعة القانونية ، يراد بها تحقيق الوحدة والاستمرار في نشاط لا يقتصر أثره على فرد معين .

والفقه الحديث (٢٦) في شتى بلاد العالم يتجه الى تصوير الشخصية المعنوية تصويرا فنيا بحتا . ففي فرنسا يقولون : أن الشخصية المعنوية هي مجرد طريقة فنية يستعملها الفقهاء لمواجهة بعض الضرورات التي تفرض نفسها عليهم ، ولتفسير هذه الضرورات .

وفي سويسرا : ان الشخصية المعنوية ليست الا وسيلة من أجل غاية . وأن الفرق بين الشخصية المعنوية والشخصية الطبيعية ليست فرقا في الدرجة بل فرق في الطبيعة .

وفي إنجلترا : ان الشركة — التي تخلق في القانون الانجليزي ما يقابل الشخص المعنوي في القارة الاوروبية — هي مجرد وسيلة فنية ، قصد بها اتاحة الحصول على الاموال ، والامادة من هذه الاموال ، ابتغاء غرض يشترك فيه عدة أشخاص .

٢٥ — الأستاذ الدكتور منصور مصطفى منصور — مذكرات في اصول القانون لطلبة كلية الحقوق والشرعة — جامعة الكويت — ص ٢٠٩ .

٢٦ — د. عبد الحي حجازي ص ٥٦١ ، ٥٦٢ المدخل لدراسة العلوم القانونية — الحق .

وفي الولايات المتحدة الامريكية قضت محكمة في ولاية نيويورك : ان الشركة هي طريقة اكثر منها شيئا .

ويفرع الفقه الحديث على هذا التصوير ، الا يجوز ان يكون لتلك الشخصية المعنوية الا آثار محدودة ، فلا يجوز ان يكون لها من خواص الشخصية الطبيعية الا بمقدار ما يكون ضروريا ، لكي يمارس الشخص المعنوي نشاطه في ظروف حسنة .

واليوم نجد شغلان الفقهاء هو الا يكون مرد هذه الآثار جميعها الى فكرة قبلية مسبقة ، هي فكرة الشخصية المعنوية ، اذ يرى دافيد في فرنسا : ان آثار الشخصية المعنوية يجب ان تقتصر على الطول التي تتيح للشخص المعنوي ان يزاوّل نشاطه في ظروف مواتية ، وانه فيما يزيد على ذلك يجب ان تختفي الشخصية المعنوية — كلما كان ذلك غير متعارض مع المصلحة المشتركة للجماعة — كما يعود افراد هذه المجموعة للظهور بشخصياتهم ومصالحهم . فالشخصية المعنوية مجرد وسيلة فنية ابتدعت لتيسير تحقيق بعض المصالح المشتركة ، فلا يجوز ان تكون غاية في ذاتها ، وعلى ذلك فلا حاجة اليها كلما كان التمسك بها غير ذي فائدة للمصلحة المشتركة ، وفي هذه الحدود يجب اطراح فكرة الشخصية المعنوية ، والاخذ في الاعتبار بمصلحة الافراد الذين اجتمعوا في الشخص المعنوي .

ثم علق الدكتور عبد الحي حجازي على هذا الاتجاه في الفقه الحديث بقوله :

هذا التطور ليس في صالح فكرة الشخصية المعنوية ، ولا مرآة في انه لم يتم ، فلا تزال هناك مقاومات تعارض هذا التطور . الا انه تطور عام ، يدل على وجود محاولات تستهدف منع اساءة استعمال فكرة الشخصية المعنوية ، وهي محاولات تقوم على فكرتين :

الاولى هي : انه لا يجوز استعمال فكرة الشخصية المعنوية ضد المصالح العليا للجماعة .

الثانية هي : انه لا يجوز استخدام هذه الفكرة ضد مصالح افراد تلك المجموعة . وان التطور التشريعي والقضائي اليوم يستهدف التوفيق بين المصالح المتمثلة في الشخص المعنوي ، والمصالح الفردية للأشخاص الذين يتكون منهم الشخص المعنوي . وهذا هو التطور الامثل .

الشخصية المعنوية في الفقه الاسلامي

الفقه الاسلامي دين وشريعة ، جاء لمصلحة الناس ، وتنظيم حياتهم ، فكان الاهتمام فيه بالانسان ، باعتباره اهلا للتكليف ، ولذلك كان شخص الانسان محل بحث ونظر ، ومجال اهتمام ، والشخصية المعنوية - وتسمى الاعتبارية او الحكمية - نشأت فكرتها في القانون الاوروبي لتنظيم جماعات الاشخاص او مجموعات اموال ، وفي كل الاحوال فالمراد بها خدمة الانسان ، باعتباره مجتمعا لا باعتباره فردا ، فكانت فكرة الشخصية المعنوية وسيلة وصياغة قانونية ، لتكليف هذه الخدمات الخاصة بالاشخاص او الاموال ، واذا كان الامر كذلك فلا يتصور ان يتخلف الفقه الاسلامي عن هذه الفكرة ، ان لم يكن رائدا فيها وسبقا اليها ، لانه دعى لتكوين المجتمع الصالح والاسرة المتعاونة المترابطة ، واهتمامه بالفرد باعتباره لبنة في بناء المجتمع .

فاذا رجعنا الى احكام الفقه وآراء الفقهاء ، وجدنا فكرة الشخصية المعنوية موجودة وواضحة في احكام كثيرة ، وان لم تكن موجودة باسمها في الاصطلاح الحديث ، والعبرة بالمعاني لا بالالفاظ ، بل نجدها في بعض الاحيان اخذت اسما اعظم شأننا ، وادعى للمحافظة على حقوقها ، وذلك بتسميتها حقوق الله ، والمسلم مؤمن بالله سبحانه وتعالى ، ويعلم انه مطلع على كل شيء ، ولا يخفى عليه خافية ، والانسان بطبيعته لا يخشى الا من امامه ويعلم حقيقة تصرفاته ، فاذا اسندت الى الله سبحانه وتعالى ، فقد اسندت الى ملك الملوك القادر ، فيكون تصرف القائم عليها فيه حذر وتقوى ، بخلاف تسميتها بالشخصية المعنوية او الحكمية او الاعتبارية ، وكلها تفيد انها شخصية ليست حقيقية ، وفي ذلك ما يدعو الى الطمع فيها بدون خشية او خوف ، كما نجد ذلك ملاحظا الآن ، وكما لاحظ اصحاب نظرية الشخصية المعنوية في الفقه الحديث في أوروبا من سوء استعمال هذه الفكرة ، والتوسع فيها .

واذا نظرنا الى آراء الفقهاء المسلمين نجدهم ايضا تفرقوا واختلفوا ، فمنهم من لم يقتنع بوجود فكرة الشخصية المعنوية ، ومنهم من سماها : ذمة بلا صاحب ، ومنهم من سكوت ولم يسمها ، ومنهم من صرح بأنها تملك ، ومنهم من تحايل وصرح بملك المنفعة للمستحقين ، ولم يملك الرقبة لاحد ، او سكوت عن ملك الرقبة مع تصريحه بخروج الرقبة عن ملك صاحبها وعدم دخولها في ملك آخر ، وكل هذا يتضمن فكرة الشخصية المعنوية .

وقد حدث هذا الخلاف أيضا في الشخصية المعنوية وما تنطبق عليه بين القانونيين .

كما أننا نلاحظ كثيرا من القوانين أعطت الشخصية المعنوية ومنحتها مع عدم وجود شروطها كلها . واعترفوا بأنها واضحة في البعض وغير واضحة في البعض الآخر ، بل صرحوا بأن الشخصية المعنوية درجات ، وليست كلها في مرتبة واحدة ، وعللوا ذلك بأن الشخصية المعنوية لما كانت شخصية اعتبارية وحكمية ومعنوية فهي ليست حقيقية ، فتكون مرنة ، لأنها وسيلة وصياغة من خلق رجال القانون ، وقد دعى الى ذلك الضرورات .

كما أننا نلاحظ أن الفقه الاسلامي لم يتوسع في فكرة الشخصية المعنوية ، وإنما جعلها في أضيق الحدود ، وعند الضرورات ، ولم يضع لها قواعد وشروطا مسبقة مما يؤدي الى التوسع فيها ، وإنما لجأ الى فكرة الشخصية المعنوية عند الضرورة ، للخروج من مأزق في الصياغة القانونية ، حتى يرتب عليها أحكاما ، بحيث لا يكون هناك تناقض بين الصياغة والأحكام ، وما يترتب عليها من حقوق للجماعة ولكل فرد على حدة . لأن الهدف من كل تشريع أو قانون هو مصلحة الفرد وحق المجتمع ، والفقه الاسلامي خاصة راعى مصلحة الاثنين ، بحيث لا تعتدي مصلحة الفرد على مصلحة المجتمع ، ولا تعتدي مصلحة الجماعة على مصلحة الفرد .

وعدم التوسع في فكرة الشخصية المعنوية في الفقه الاسلامي انتبه اليه بعض الشيء علماء القانون في أوروبا حديثا ، وترجعوا ذلك في نظرية الشخصية المعنوية في الفقه الحديث ، التي تدعو الى عدم التوسع في فكرة الشخصية المعنوية ، وبينوا خطورة ذلك التوسع ، ويرون عدم استعمال فكرة الشخصية المعنوية الا في أضيق الحدود ، وأن تكون آثارها محدودة ، بشرط عدم تعارضها مع المصلحة المشتركة للجماعة ، والا يكون مرد هذه الآثار جميعها الى فكرة مسبقة ، فيقولون في فرنسا :

إن الشخصية المعنوية هي مجرد طريقة فنية ، يستعملها الفقهاء لمواجهة بعض الضرورات ، التي تفرض نفسها عليهم ، ولتفسير هذه الضرورات .

واليوم نجد شغلان الفقهاء ، هو الا يكون مرد هذه الآثار جميعها الى فكرة قبلية مسبقة ، هي فكرة الشخصية المعنوية ، اذ يرى دافيد في فرنسا :

أن آثار الشخصية المعنوية يجب أن تقتصر على الحلول التي تتيح للشخص المعنوي أن يزاول نشاطه في ظروف مواتية ، وأنه فيما يزيد على ذلك ، يجب أن تختفي الشخصية المعنوية — كلما كان ذلك غير متعارض مع المصلحة المشتركة للجماعة — كيما يعود أفراد هذه المجموعة للظهور بشخصياتهم ومصالحهم . فالشخصية المعنوية مجرد وسيلة فنية ، ابتدعت لتيسير تحقيق بعض المصالح المشتركة ، فلا يجوز أن تكون غاية في ذاتها .

وفي هذه الحدود يجب اطراح فكرة الشخصية المعنوية ، والاخذ في الاعتبار بمصلحة الأفراد الذين اجتمعوا في الشخص المعنوي .

وعلى ذلك ففكرة الشخصية المعنوية موجودة في الفقه ، وإن لم يطلق عليها هذا الاصطلاح الحديث . ونجدها واضحة وظاهرة في أحكام كثيرة في الفقه الاسلامي ، منها على سبيل المثال لا الحصر : حقوق الله تعالى ، وبيت المال ، والدولة ، الوقف ، وبعض الشركات كالمضاربة ، وعدم دخول العوض — ثمننا أو مبيعنا — في ملك من له خيار الشرط مع خروجه من ملك صاحبه .

حقوق الله تعالى

والمراد بحقوق الله ، ما يتعلق به النفع العام ، من غير اختصاص بأحد ، فينسب الى الله تعالى لعظم خطره ، وشمول نفعه ، والا فباعتبار التخليق ، الكل سواء في الاضافة الى الله تعالى : « ولله ما في السموات والارض » ، وباعتبار الضرر أو الانتفاع ، هو متعال عن الكل ..

أما حقوق الله تعالى فثمانية : عبادات خالصة كالإيمان ، وعقوبات خالصة كالحدود ، وقاصرة كالحرمان من الميراث ، وحقوق دائرة بين الأمرين كالكفارات ، وعبادات فيها معنى المؤنة كصدقة الفطر ، ومؤنة فيها معنى العبادة كالعشر ، ومؤنة فيها شبهة العقوبة كالخراج ، وحق قائم بنفسه ، أي ثابت بذاته من غير أن يتعلق بذمة عبد يؤديه بطريقة الطاعة — خمس الغنائم والمعادن ، فإن الجهاد حق الله تعالى ، اعزازا لدينه ، واعلاء لكلمة ، فالمصاب كله حق الله تعالى ، إلا أنه جعل أربعة أخماسه للغانمين امتنانا ، واستبقى الخمس حقا له ، لا حقا لزمنا أداؤه طاعة ، وكذلك المعادن . ولهذا جاز صرف خمس المغنم الى الغانمين والى أبائهم وأولادهم ، والمعدن الى الواجد عند الحاجة (٢٧) .

٢٧ - شرح التلويح على التوضيح لمن التنقيح في اصول الفقه ج٢ ص ١٥١ ، ١٥٣ .

فالعقوبات نجد فيها النفع العام ، وفيها مصلحة المجتمع ، وهي حق من حقوق الدولة ، وهي التي تقوم بتنفيذها ، وليس للحاكم حق استقاطها ، لان اعتداء المعتدي كان على الناس كافة .

اما الجانب المالي ، كزكاة الاموال بأنواعها المختلفة ، وصدقة الفطر والخراج ، فنجدها واجبة للدولة ، أو لطوائف معينة — وجبت لمجموعها — قال الله تعالى (٢٨) :

« انما الصدقات للفقراء والمساكين والعاملين عليها والمؤلفة قلوبهم وفي الرقاب والغارمين وفي سبيل الله وابن السبيل فريضة من الله والله عليم حكيم » .

فهذه الاموال وجب اداؤها على الافراد ، وتخرج من ملكهم وتدخل في ملك الله تعالى ، أي للنفع العام ، فتملكها الدولة وهي شخصية اعتبارية ، أو تملكها هذه الطوائف المذكورة أو بعضها ، وكل طائفة شخصية اعتبارية ، لانه ينظر الى مجموعها لا الى فرد معين من افرادها .

اما خمس الغنائم والمعادن فهو حق لله تعالى ابتداء ، فلم يدخل في ملك فرد معين ، وانما دخل في ملك الدولة ابتداء ، من غير أن يتعلق بذمة شخص .

ويتفرع على ذلك :

الدولة

والدولة لها شخصية مستقلة عن افرادها ، وتملك وتملك ، وتكون مدعية ومدعى عليها ، ولها حقوق وعليها واجبات ، ويتحقق فيها الشخصية المعنوية ، والحاكم أو نوابه يمثلونها في تصرفاتهم واحكامهم ، ولا يمثلون اشخاصهم وذواتهم ، وما يصدر عنهم يكون بارادة الدولة وليس بارادتهم الشخصية ، ولذلك اذا عين الحاكم قاضيا أو موظفا يكون نائبا عنه وممثلا له باعتباره حاكم الدولة ، فاذا مات الحاكم لا يعزل القاضي ولا غيره من الموظفين ، لانهم نواب الحاكم باعتباره حاكما للدولة — يستمد سلطته ممن اختاروه — لا باعتباره الشخصي .

وكذلك ان تصرف الحاكم أو أحد نوابه من القضاة أو الموظفين في حدوده المشروعة ، وترتب على ذلك ضرر ، فلا يكون ضامنا ، وانما الضمان يكون على الدولة ومن خزانتها .

ويتفرع على ذلك :

بيت المال

الاموال المملوكة لبيت المال ليست ملكا لاحد الافراد ، حتى وان كان الخليفة أو السلطان ، ولبيت المال كيان مستقل ، وله حقوق وعليه واجبات ، ويقاضى فيكون مدعيا ، ويقاضى فيكون مدعى عليه ، وهو يملك ، ويكون وارث من لا وارث له ، ويملك غيره مثل المرتبات التي يدفعها للحاكم أو غيره ، وليس للحاكم أو القائم عليه أن يتصرف فيه بمحض ارادته وهواه ، وانما يعطي ويأخذ بحق .

فبيت المال — وان كان متفرعا عن الدولة — له شخصيته المستقلة ، ويتحقق فيه الشخصية المعنوية .

المضاربة

إذا اشترى رب المال من مال المضاربة شيئا لنفسه لم يصح في إحدى الروايتين وهو قول الشافعي ، **ويصح في الأخرى وبه قال مالك والأوزاعي وأبو حنيفة** ، لأنه قد تعلق حق المضارب به فجاز له شراؤه ، وكما لو اشترى من مكاتبه أو من عبده المأذون الذي عليه دين (٢٩) .

ويجوز شراء رب المال من المضارب ، وشراء المضارب من رب المال ، وإن لم يكن في المضاربة ربح في قول أصحابنا الثلاثة — أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد — وحجتهم : أن لرب المال في مال المضاربة ملك رقبة لا ملك تصرف ، وملكه في حق التصرف كملك الاجنبي . وللمضارب فيه ملك التصرف لا الرقبة ، فكان في حق ملك الرقبة كملك الاجنبي ، حتى لا يملك رب المال منعه من التصرف ، فكان مال المضاربة في حق كل واحد منهما كمال الاجنبي ، لذلك جاز الشراء بينهما (٣٠) .

٢٩ — ج ٥ ص ١٧٢ المغنى لابن قدامة .

٣٠ — بدائع الصنائع ج ٦ ص ١٠١ .

على الفقهاء والقانونيين الا ان يبحثوا وينقبوا ليجدوا ضالتهم في الفقه الاسلامي .

واسوق دليلا اخر :

قال الكاساني في نفقة المضارب : واما ما فيه النفقة ، فالنفقة في مال المضاربة ، وله ان ينفق من مال نفسه ما له ان ينفق من مال المضاربة على نفسه ، ويكون ديناً في المضاربة ، حتى كان له ان يرجع فيها ، لان الانفاق من المال وتدبيره اليه ، فكان له ان ينفق من ماله ويرجع به على مال المضاربة ، كالوصي اذا انفق على الصغير من مال نفسه ، كان له ان يرجع بما انفق على مال الصغير ، كذا هذا ، له ان يرجع بما انفق في مال المضاربة ، لكن بشرط بقاء المال ، حتى لو هلك المال لم يرجع على رب المال بشيء ، كذا ذكر محمد في المضاربة ، لان نفقة المضارب من مال المضاربة ، فاذا هلك بما فيه ، كالدين يسقط بهلاك الرهن ، والزكاة تسقط بهلاك النصاب ، وحكم الجناية يسقط بهلاك العبد الجاني (٣٣) .

فالمضارب تخصم نفقته من مال المضارب ، وان انفق من مال نفسه فيكون ديناً في مال المضاربة ، وهذا الدين متعلق بمال المضاربة وحده ، وليس له الرجوع على رب المال في هذا الدين ان هلك مال المضاربة ، ومعنى ذلك ان هذا الدين متعلق بذمة المضاربة وحدها ولا يتعداها الى غيرها من الاشخاص المكونين لها ، وبهذا يتضح ان للمضاربة شخصية مستقلة ، بذمة منفردة عن ذمة رب المال ، وينطبق عليها استقلال ذمة الشخص المعنوي في القانون ، وينبنى (٣٤) على استقلال ذمة الشركة — بوصفها شخصا معنوياً — عن ذمة الشركاء نتيجة هامة ، وهي ان اموال الشركة لا تضمن الا ديونها خاصة ... اي ان موجودات الشركة ، اي الجانب الايجابي من ذمتها ، هي الضمان العام لدائني الشركة خاصة ، اي انه يضمن الجانب السلبي من ذمة الشركة .. ودائن الشركة لا يجوز له ان يحجز على عين مملوكة لاحد الشركاء ، ليستوفي حقه من ثمنها .

ثم بعد ذلك نجد ان الفقهاء قالوا بان للمضاربة موطناً ، ولذلك يختلف حكم نفقة المضارب وأعوانه اذا كانوا في موطن المضاربة او خارجه .

٣٣ — بدائع الصنائع ج٦ ص ١٠٦ .

٣٤ — المدخل لدراسة العلوم القانونية ج٢ ص ٥٣٩ .

قال الكاساني الحنفي :

وأما شرط الوجوب — أي وجوب استحقاق المضاربة للنفقة — فخرج المضارب بالمال من المصّر الذي أخذ المال منه مضاربة ، سواء كان المصّر مصره أو لم يكن ، فما دام يعمل به في ذلك المصّر فان نفقته في مال نفسه لا في مال المضاربة ، وان أنفق شيئاً منه ضمن ، لان دلالة الاذن لا تثبت في المصّر ، وكذا اقامته في المصّر لا تكون لاجل المال ، لانه كان مقيماً قبل ذلك ، فلا يستحق النفقة ما لم يخرج من ذلك المصّر ، سواء كان خروجه بالمال مدة سفر أو أقل من ذلك ، حتى لو خرج من المصّر يوماً أو يومين فله أن ينفق من مال المضاربة . . لوجود الخروج من المصّر لاجل المال (٣٥) .

وكل من كان مع المضارب ممن يعينه على العمل فنفقته من مال المضاربة ، حراً كان أو عبداً أو أجيراً يخدمه أو يخدم دابته ، لان نفقتهم كنفقة نفسه ، لانه لا يتهيا له السفر الا بهم (٣٦) .

واذا استعرضنا حكماً آخر للمضاربة نجد أن المشتري للمضاربة لا يملكه رب المال ، وليس له حق عيني عليه — وكذلك المضارب — بدليل ارجاع المضارب مال المضاربة الى جنس رأس المال عند الفسخ أو الانفساخ ، وذلك ببيع ما ليس من جنسه بعد الفسخ ، بل ذهب البعض الى عدم صحة الفسخ ومال المضاربة عرض . قال ملك العلماء :

عقد المضاربة يبطل بالفسخ والنهي عن التصرف ، لكن عند وجود شرط الفسخ والنهي ، وهو علم صاحبه بالفسخ والنهي ، وأن يكون رأس المال عيناً وقت الفسخ والنهي ، فان كان متاعاً لم يصح ، وله أن يبيعه بالدرهم والدنانير حتى ينض (٣٧) ، وان كان عيناً صح ، لكن له صرف الدراهم الى الدنانير ، والدنانير الى دراهم بالبيع ، لما ذكرنا أن ذلك لا يعد بيعاً لتجانسهما في معنى الثمنية

وان كان رأس المال متاعاً ، فبيع المضارب فيه وشراؤه جائز حتى

٣٥ — بدائع الصنائع ج٦ ص ١٠٥ .

٣٦ — ج ٦ ص ١٠٦ . المرجع السابق .

٣٧ — والنصوص : خلوص المال ورجوعه عيناً كما كان — أي من جنس رأس المال — حاشية الدسوقي ج٢ ص ٥٢٥ .

ينض رأس المال ، وفي هذه الحالة لا ينعزل بالعزل والنهي ولا بموت رب المال فكذا رده . فان حصل في يد المضارب دنائير ورأس المال دراهم ، او حصل في يده دراهم ورأس المال دنائير ، فالقياس ان لا يجوز له التصرف ، لان الذي حصل في يده من جنس رأس المال معنى ، لاتحادهما في الثمنية ، فيصير كأن عين المال قائم في يده ، الا أنهم استحسنوا فقالوا : ان باعه بجنس رأس المال جاز ، لان على المضارب ان يرد مثل رأس المال ، فكان له أن يبيع ما في يده كالعروض (٣٨) .

وقال ابن قدامة :

والمضاربة من العقود الجائزة ، تنفسخ بفسخ أحدهما أيهما كان . . . وان انفسخت والمال عرض فاتفقا على بيعه أو قسمته جاز ، لان الحق لهما لا يعدوهما . وان طلب العامل البيع وأبى رب المال ، وقد ظهر في المال ربح ، أجبر رب المال على البيع ، وهو قول اسحاق والثوري ، لان حق العامل في الربح ، ولا يظهر الا بالبيع .

وان لم يظهر ربح لم يجبر ، لانه لا حق له فيه ، وقد رضى مالكة كذلك ، فلم يجبر على بيعه ، وهذا ظاهر مذهب الشافعي ، وقال بعضهم : فيه وجه آخر ، أنه يجبر على البيع ، لانه ربما زاد فيه زائد ، أو رغب فيه راجب ، فزاد على ثمن المثل ، فيكون للعامل في البيع حظ .

وان طلب رب المال البيع وأبى العامل ففيه وجهان :

أحدهما : يجبر العامل على البيع ، وهو قول الشافعي : لان عليه رد المال ناضا كما أخذه .

والثاني : لا يجبر اذا لم يكن في المال ربح ، أو أسقط حقه من الربح . . . ولو كان رأس المال دنائير فصار دراهم ، أو دراهم فصار دنائير ، فهو كما لو كان عرضا (٣٩) .

فقد وجدنا من آراء الفقهاء أنه لا بد من نض مال المضاربة وارجاعه الى جنس رأس المال ، حتى يرد رأس المال كما أخذه ، وحتى يظهر الربح ، ليتمكن كل واحد من المضارب ورب المال أخذ نصيبه منه . وهذا يدل على أن

٣٨ - بدائع الصنائع ج٦ ص ١١٢ .

٣٩ - المغني لابن قدامة ج٥ ص ١٧٩ ، ١٨٠ .

كلا منهما ليس له حق عيني على مال المضاربة .

قال الدكتور عبد الحي حجازي : يكون لكل شريك حق من طبيعة خاصة على ذمة الشركة ، وهو ليس حقا عينيا على الاعيان التي تتكون منها ذمة الشركة ، فاذا كانت موجودات الشركة تتكون من عقار ، فلا يعتبر كل شريك مالكا على الشيوع لهذا العقار في حدود حصته ، ومن ثم لا يعتبر حقه عقاريا ، بل حق منقول ، وهذا يدل على وجود شخص اخر بين الشركاء والعقار ، هو الشخص المعنوي .

اما طبيعة هذا الحق المنقول فتتحدد في انه حق دائنية للشريك في ذمة الشخص المعنوي ، اي كل شريك يعتبر دائنا للشركة ، فيكون له الحق في حصة دورية من الارباح ، وحصة من موجودات الشركة عند حل الشركة (٤٠) .

ويقول ايضا في احكام الاستخلاف في الاشخاص المعنوية : تحديد مصير ذمة الاشخاص المعنوية المنقضية يحصل اما وفقا للتشريع ، واما وفقا لنظام الشخص المعنوي ... اما في الاشخاص ذات النفع الخاص فيسود مبدأ توزيع الاموال على الاعضاء او المستفيدين ... والشخص المعنوي قد انشئ وكان يعمل من اجلهم او لاشباع مصالحهم المادية والادبية . فاذا زال الشخص المعنوي ، وجب أن تثول الحقوق الى الاعضاء ، وهم المستفيدون الوحيدون (٤١) .

وكل ما ذكر متحقق في المضاربة مما يؤكد تحقق الشخص المعنوي فيها .

كما اننا نجد في النصوص السابقة من أقوال الفقهاء أن مال المضاربة اذا كان عينا ومن جنس رأس المال صح الفسخ وانتهاء عقد المضاربة ، وان كان عرضا فمع الاختلاف في صحة الفسخ فقد قالوا : بأن على المضارب أن ينض المال حتى يصير من جنس رأس المال ، وحتى يحصل كل واحد على حقه من الربح ، وذلك بالاضافة الى حصول رب المال على ماله من جنس ما دفعه . ولتحقيق ذلك جاز للمضارب بيع مال المضاربة بعد حدوث الانفساخ

٤٠ - المدخل لدراسة العلوم القانونية ج٢ ص ٥٤٠ .

٤١ - المرجع السابق ص ٥٧٣ ، ٥٧٤ .

أو صدور الفسخ حتى يصبح من جنس رأس المال ، وتصرفه في هذه الحالة صحيح ، لان ذلك من توابع المضاربة ، والفترة التي بعد الفسخ الى حدوث النض وتصرفه فيها . تسمى فترة تصفية المضاربة .

ومما يجب على المضارب ايضا في فترة تصفية المضاربة تحصيل الديون المستحقة للمضاربة . يقول ابن قدامة :

وان انفسخ القراض والمال دين ، لزم العامل تقاضيه ، سواء ظهر في المال ربح أو لم يظهر ، وبهذا قال الشافعي ، وقال ابو حنيفة : ان ظهر ربح لزمه تقاضيه ، وان لم يظهر ربح لم يلزمه تقاضيه ، لانه لا غرض له في العمل ، فهو كالوكيل (٤٢) . وقال الكاساني الحنفي :

فان كان في المال ربح اجبر على التقاضي والقبض ، وان لم يكن فيه ربح لم يجبر عليهما ، وقيل له : احل رب المال بالمال على الغرماء ، لانه اذا كان هناك ربح كان له فيه نصيب ، فيكون عمله عمل الاجير ، والاجير مجبور على العمل فيما التزم . وان لم يكن هناك ربح لم تسلم له منفعة ، فكان عمله عمل الوكلاء ، فلا يجبر على اتمام العمل ، كما لا يجبر الوكيل على قبض الثمن . غير انه يؤمر المضارب أو الوكيل ان يحيل رب المال على الذي عليه الدين ، حتى يمكنه قبضه ، لان حقوق العقد راجعة الى العاقد ، فلا تثبت ولاية القبض للأمر الا بالحوالة من العاقد ، فيلزمه ان يحيله بالمال حتى لا يتوى حقه (٤٣) .

واحتج ابن قدامة لاحمد بن حنبل والشافعي بقوله :

ان المضاربة تقتضي رد رأس المال على صفته ، والديون لا تجري مجرى الناض ، فلزمه أن ينضه ، كما لو ظهر في المال ربح ، وكما لو كان رأس المال عرضا .

وفارق الوكيل ، فانه لا يلزمه رد المال كما قبضه ، ولهذا لا يلزمه بيع العروض .

ولا فرق بين كون الفسخ من العامل أو رب المال .

٤٢ - المغنى ج ٥ ص ١٨٠ .

٤٣ - بدائع الصنائع ج ٦ ص ١١٤ .

فان اقتضى منه قدر رأس المال ، أو كان الدين قدر الربح أو دونه
لزم العامل تقاضيه أيضا ، لانه انما يستحق نصيبه من الربح عند وصوله
اليهما على وجه يمكن قسمته ، ووصول كل واحد منهما الى حقه منه ، ولا
يحصل ذلك الا بعد تقاضيه (٤٤) فقد وجدنا في هذه النصوص آراء الفقهاء
في حكم انقضاء المضاربة وما يترتب على ذلك مما يجب في فترة التصفية
ليصل كل ذي حق الى حقه ، فاذا رجعنا الى اقوال القانونيين في مدة انقضاء
الشخصية المعنوية نجدهم يقولون :

قد يتم الانقضاء فور حصول الواقعة القاضية ، وقد تبدأ من وقت
حصول تلك الواقعة مرحلة انقضاء أو انحلال للشخص المعنوي ، تمتد خلال
سلسلة مستمرة من الاعمال تستغرق فترة تطول أو تقصر حين يكون
للمطالبين بذلك الاستخلاف حق منتظر على صافي الذمة ، أو على حصة منها ،
مثلا هو حاصل في الشركات التجارية ، فان فترة انقضاء الشخص المعنوي لا
بد أن تطول حيناً من الزمن ، ذلك انه لما لم يكن من المستطاع تحديد مطالب
أصحاب الحقوق الا بعد استئزال الديون من الذمة ، وتحويل باقي الذمة الى
نقود ، لم يكن من الممكن أن يتحقق الانقضاء دفعة واحدة ، وكان لا بد أن
يستغرق الانقضاء حيناً من الزمن ، وهذا هو ما يسمى : بمرحلة التصفية .

ولقد صور الفقهاء الشخص المعنوي خلال فترة التصفية صوراً شتى ،
فلقد أعطى جبركية لجماعة الاشخاص المنقضية حياة بعدية ، تتمثل في بقائها
خلال فترة التصفية ، والاصح أن الشخص المعنوي لا يموت فور حصول
الواقعة القاضية ، بل يدخل في مرحلة نزع ، تكون حيويته محدودة وضعيفة ،
ذلك أن الشخص المعنوي وقد فقد الغرض من حياته ، لم يبق له الا أن يعد
العدة لتحقيق الغرض من موته ، فيفكر في تصفية نفسه ، ويسوي أعماله ،
ويؤهب الالهة لوفاته .

ان استمرار الشخصية ههنا ، انما ليحقق غرضاً جديداً ، هو تغيير
الشخص المعنوي قبل موته موتاً كاملاً . لقد تغير الغرض ، اذ حل محل الغرض
من جماعة الاشخاص أو مجموعة الاموال غرض التصفية ، وهذا يحتاج
في تحقيقه لنفس التنظيم الاداري ، لقد تحول الشخص المعنوي الى شخص
معنوي آخر ، الغرض منه هو التصفية ، وهو يحمل هذا الاسم الذي يدل
على هذا الغرض الجديد ، فهو يتفرغ من الآن فصاعداً لتصفية العلاقات

القانونية القائمة وتحويل الاموال الى نقود ، للوفاء بديون الدائنين (٤٥) .

فاذا قارنا بين كلام القانونيين وآراء الفقهاء المسلمين وجدناه متطابقا في صور المضاربة التي عرضناها ، ووجدنا ان المضارب بعد الفسخ سلطته تحددت ، وحقه في التصرف أصبح مقيدا بغرض جديد ، وهو الوصول الى نض المال حتى يعود الى اصله ، فاذا وصل الى ما كان عليه ، توقف تصرف المضارب ، وبطل ما كان منه بعد ذلك ، فالمضارب بعد الفسخ بيعه صحيح ، وله سلطة التصرف في مال المضاربة ، ولكن هذا التصرف الهدف منه انتهاء عقد المضاربة ، فاذا وصل الى نض مال المضاربة ، وهو الهدف من صحة تصرفه ، لم يجز له تصرف بعد ذلك في مال المضاربة .

كما اننا نجد ان الفقهاء اجبروا المضارب على القيام بنض المال ، وتحصيله من المديونين ، وتسديد التزامات المضاربة ، حتى لا يبقى شيء لها او عليها ، وتصبح ذمة المضاربة خالية من الحقوق والواجبات ، وذلك لكي يتضح امرها ، ويعرف ما حققته من ربح او خسارة ، ليصل كل من المضارب ورب المال الى حقه ، من غير اعتداء على حقوق الاخرين .

وهذا الاجبار نجد القانونيين عبروا عنه في التصفية بقولهم : وهذا يحتاج في تحقيقه لنفس التنظيم الاداري .

كل هذا وغيره من احكام المضاربة الاخرى وسلطة تصرف المضارب المقيدة ، مما يؤكد ان المضاربة لها الشخصية المعنوية .

وبالرجوع الى الفقه الاسلامي واستقراءه بعين الفاحص الخبير المدقق ، نجد صورا كثيرا تستخلص من آراء الفقهاء تعطي معنى الشخصية المعنوية .

اننا اذا دققنا النظر في جواز شراء رب المال من المضارب ، وشراء المضارب من رب المال ، مع علمنا بأن رأس مال المضاربة اصلا لرب المال ، وتعليل الكاساني لذلك بقوله : فكان مال المضاربة في حق كل واحد منهما كمال الاجنبي ، لذلك جاز الشراء بينهما . وقوله : ثبت معدولا به عن القياس .

وكذلك حكم الشفعة فيما لو اشترى المضارب دارا ورب المال شفعيها بدار اخرى بجنبها ، فله ان يأخذ بالشفعة ، لان المشتري كان له في الحقيقة ،

لكنه في الحكم كأنه ليس له ، بدليل انه لا يملك انتزاعه من يد المضارب ، ولهذا جاز شراؤه من المضارب .

ولو ان أجنبيا اشترى دارا الى جانب دار المضاربة ، فان كان في يد المضارب وفاء بالثمن ، فله ان يأخذها بالشفعة للمضاربة ، وان سلم الشفعة بطلت ، وليس لرب المال ان يأخذها لنفسه ، لان الشفعة وجبت للمضاربة ، وملك التصرف في المضاربة للمضارب .

وكذلك حكم نفقة المضارب بقولهم : فالنفقة في مال المضاربة ، وله ان ينفق من مال نفسه ما له ان ينفق من مال المضاربة على نفسه ، ويكون دينا في المضاربة ، حتى كان له ان يرجع فيها ، لان الاتفاق من المال وتدبيره اليه ، فكان له ان ينفق من ماله ويرجع به على مال المضاربة ، لكن بشرط بقاء المال .

حتى لو هلك المال لم يرجع على رب المال بشيء ، كذا ذكر محمد في المضاربة ، لان نفقة المضارب من مال المضاربة ، فاذا هلك ، هلك بما فيه .

وجدنا ان المضاربة — وهي نوع من الشركات في الفقه الاسلامي — منفصلة عن الشركاء — وهما رب المال والمضارب — ولها وجود مستقل ، وذمة خاصة غير ذمة الشركاء ، وكل هذا وغيره من الاحكام مما يؤكد ويدل على ان للمضاربة شخصية معنوية ، وهي شركة في الفقه الاسلامي .

وهذا يتعارض مع ما ذهب اليه الدكتور عبد العزيز عزت الخياط عميد كلية الشريعة في الاردن في رسالته للدكتوراة عن الشركات في الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي (٤٦) اذ يقول تحت عنوان الشخصية المعنوية في الفقه الاسلامي :

اهتم الفقهاء ببحث الشركة وتفصيل احكامها ، ولكنهم لم يفصلوا الشركة عن الشركاء ، ولم يعترفوا بوجود مستقل للشركة عن وجود أعضائها ، واعتبروا ذمم الشركاء هي ذمة الشركة ، فليس لها ذمة خاصة بها ، وبالتالي لم يكن للشخصية المعنوية للشركة عند الفقهاء اعتبار .

ثم يقول : وهم لم يعرفوا بالطبع هذا التعبير . ويرجع السبب في ذلك الى امرين حيويين :

الاول : يتعلق بطبيعة الفقه الاسلامي واتجاهه الموضوعي ، فان اتجاه الفقه الاسلامي كان منصرفا الى تنظيم علاقة الانسان بخالقه ... وتنظيم علاقة الانسان بنفسه ... وتنظيم علاقة الانسان بغيره من الناس .. وينتهي الى قوله :

وعلى هذا لم يكن المسلمون يتصورون ان يكون لغير الانسان الحي ذمة ، فلم يكن للشركات ولا للمؤسسات ولا للمنشآت ونحوها ذمة تجعل لها شخصية تكون اهلا للمطالبة بالحقوق او القيام بالواجبات ، لا سيما وان الاسلام يعتبر القيام بالواجبات واداء الحقوق ، بل كل عمل يقوم به المسلم انها يبتغى به مرضاة الله تعالى والتقرب اليه ، فلا يتصور ذلك في الشركات والمنشآت .

ثم يناقض نفسه بعد ذلك بقوله (٤٧) :

على ان فقهاء المسلمين وان لم يعرفوا تعبير الشخصية المعنوية او الاعتبارية ، فقد عرفوا معناها حين بحثوا في الذمة وبينوا معناها ، وجعلوها في الانسان الحي ، لكنهم اضطروا لان يقولوا ، بوجود ذمة لما لا يعقل ، كالوقف ، والمسجد وبيت المال وغيرها ، حين وجدوا ان كثيرا من المعاملات لا تستقيم الا اذا كانت لها ذمة منفصلة .

ويلاحظ شيء ما في عبارة الدكتور عبد العزيز الخياط : لكنهم اضطروا — اي فقهاء المسلمين — لان يقولوا بوجود ذمة لما لا يعقل كالوقف والمسجد وبيت المال وغيرها ، بعد قوله أولا : لم يكن المسلمون يتصورون ان يكون لغير الانسان الحي ذمة . مع ان هذا لا يضر فقهاء المسلمين ، لان الشخصية المعنوية من قبيل الصياغة وأداة من أدوات الصنعة القانونية ، ولا يصح استعمالها الا عند الضرورة ، وهذه طبيعتها عند القائلين بها ، ولذلك نجدهم يقولون في نظرية المجاز :

ان الله خلق الانسان وفيه ادراك وارادة ، ولهذا لا تكون الشخصية الحقيقية الا للانسان وحده ، ولكن لما وجدت مصالح جماعية يحميها القانون ،

ولها حقوق وعليها واجبات ، اقتضت الضرورة الى ايجاد الشخص المعنوي ، ليكون له ذمة تتعلق بها الحقوق والواجبات .

وفي نظرية الشخصية المعنوية في الفقه الحديث يقولون في فرنسا :

ان الشخصية المعنوية هي مجرد طريقة فنية ، يستعملها الفقهاء لمواجهة بعض الضرورات التي تفرض نفسها عليهم ، ولتفسير هذه الضرورات .

وفي سويسرا يقولون : ان الشخصية المعنوية ليست الا وسيلة من أجل غاية .

ويؤكد هذا المعنى داثيد بقوله : فالشخصية المعنوية مجرد وسيلة فنية ، ابتدعت لتيسير بعض المصالح المشتركة ، فلا يجوز أن تكون غاية في ذاتها ، وعلى ذلك فلا حاجة اليها كلما كان التمسك بها غير ذي فائدة للمصلحة المشتركة ، وفي هذه الحدود يجب اطراح فكرة الشخصية المعنوية ، والاخذ في الاعتبار بمصلحة الامراد الذين اجتمعوا في الشخص المعنوي .

عدم دخول العوض — ثمن او مبيعا —

في ملك من له خيار الشرط

مع خروجه من ملك صاحبه

ان كان الخيار للبائع فلا يخرج المبيع عن ملكه ، لانه يخرج بالمرضاة ، ولا رضا مع الخيار ، حتى نفذ اعتاق البائع . ويخرج الثمن من ملك المشتري بالاجماع ، لان البيع بات في حقه ، ولكن اختلفوا في دخول الثمن في ملك البائع ، فذهب ابو حنيفة الى عدم دخول الثمن في ملك البائع ، وقال ابو يوسف ومحمد : يدخل الثمن في ملك البائع .

وان كان الخيار للمشتري فلا يخرج الثمن من ملكه لعدم الرضا ، ولذلك لا يملك البائع مطالبته بالثمن مدة الخيار . ويخرج المبيع من ملك البائع بالاجماع ، لان البيع لازم من جانبه ، وقد اختلفوا ايضا في دخول المبيع في ملك المشتري ، فقال ابو حنيفة : لا يدخل في ملك المشتري . وقال صاحبان : يدخل المبيع في ملك المشتري .

وجه قول أبي يوسف ومحمد : أن المبيع خرج من ملك البائع — اذا كان الخيار للمشتري — وبخروجه من ملك صاحبه وجب أن يدخل في ملك الطرف الآخر ، وهو المشتري ، لأن عدم دخوله في ملك الطرف الآخر يؤدي الى أن يصبح المبيع بغير مالك ، فيصير سائبة ، ولا نظير له في الشرع ، قال الله تعالى : « ما جعل الله من بحيرة ولا سائبة » (٤٨) .

أما وجه (٤٩) قول أبي حنيفة : أن الخيار اذا كان للبائع فالمبيع لم يخرج عن ملكه ، واذا كان للمشتري (٥٠) فالثمن لم يخرج عن ملكه ، وهذا يمنع دخول الثمن في ملك البائع في الاول ، ودخول المبيع في ملك المشتري في الثاني لوجهين :

أحدهما : أنه جمع بين البدل والمبدل في عقد المبادلة ، وهذا لا يجوز .
والثاني : أن في هذا ترك التسوية بين العاقلين في حكم المعاوضة ، وهذا لا يجوز ، لانهما لا يرضيان بالتفاوت .

وقولهما : البيع بات في حق من لا خيار له . قلنا : هذا يوجب البتات في حق الزوال لا في حق الثبوت ، لأن الخيار من أحد الجانبين له أثر في المنع من الزوال ، وامتناع الزوال من أحد الجانبين يمنع الثبوت من الجانب الآخر أن كان لا يمنع الزوال ، لما ذكرنا من الوجهين .

ويتفرع على هذا الاصل بين أبي حنيفة وصاحبيه مسائل منها :

١ — اذا اشترى ذا رحم محرم منه على أنه بالخيار ثلاثة أيام ، لا يعتق عليه عند أبي حنيفة ، **لأنه لم يدخل في ملكه عنده** ، ولا عتق بدون الملك ، وهو على خياره أن شاء فسخ البيع وأن شاء أجازه ، فان فسخ لا يعتق ، **لأن العبد عاد الى ملك البائع** ، وإن أجازه عتق ، لأنه سقط الخيار ولزم العقد ، فيلزمه الثمن .

٤٨ — سورة المائدة آية : ١٠٣ .

٤٩ — بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للكاساني ج ٥ ص ٢٦٥ ، ٢٦٦ .

٥٠ — في الاختيار لتعليل المختار لابن مودود الموصلي ج ٢ ص ٢٥ ، ٢٦ تحقيق المؤلف : ولا يبي حنيفة : أن الخيار شرع للتروي ، فلو دخل في ملكه ربما فات ذلك ، بأن كان قريبا له فيعتق عليه ، ولأن الثمن لم يخرج عن ملكه ، فلو دخل المبيع في ملكه اجتمع البدلان في ملك واحد ، ولا نظير له في الشرع ، وقضية المعاوضة المساواة ، ودخوله في ملكه ينفيها .

وعندهما : يعتق عليه بنفس الشراء ، ويلزمه الثمن ، ويبطل خياره ،
لانه دخل في ملكه .

٢ — اذا اشترى جارية — وقد ولدت منه بالنكاح — على انه بالخيار ثلاثة
أيام ، لا تصير أم ولد له عند أبي حنيفة ، لأنها لم تدخل في ملكه ، وهو
على خياره ، ان شاء فسخ البيع وعادت الى ملك البائع ، وان شاء
أجازته وصارت أم ولد له ولزمه الثمن .

وعندهما : صارت أم ولده بنفس الشراء ، لأنها دخلت في ملكه ، فبطل
خياره ولزمه الثمن .

٣ — اذا اشترى زوجته بشرط الخيار ثلاثة أيام ، لا يفسد النكاح عند أبي
حنيفة ، لأنها لم تدخل في ملكه عنده .

وعندهما : فسد لدخولها في ملكه ، وملك اخذ الزوجين رقبة صاحبه
أو شقصا منها يرفع النكاح .

٤ — اذا اشترى جارية على أنه بالخيار ثلاثة أيام وقبضها ، فحاضت عنده
في مدة الخيار حيضة كاملة أو بعض حيضة في مدة الخيار ، فاختار
البيع لا تجزئ تلك الحيضة في الاستبراء عند أبي حنيفة . وعليه ان
يستبرئها بحيضة أخرى ، لأنها لم تدخل في ملكه عنده ، ولم يوجد سبب
وجوب الاستبراء .

وعندهما : يحتسب بها ، لأنها دخلت في ملكه ، فكانت الحيضة بعد
وجود سبب الاستبراء فكانت محسوبة منه .

ولو اختار فسخ البيع ورد الجارية فلا استبراء على البائع عند أبي
حنيفة ، سواء كان الرد قبل القبض أو بعده .

وعندهما : قبل القبض القياس ان يجب ، وفي الاستحسان لا يجب .
وبعد القبض يجب قياسا واستحسانا .

٥ — اذا اشترى شيئاً بعينه على أنه بالخيار ثلاثة أيام ، فقبضه باذن البائع
ثم أودعه البائع في مدة الخيار ، فهلك في مدة الخيار أو بعدها ، يهلك
على البائع ، ويبطل البيع عند أبي حنيفة ، لأنه لم يدخل في ملك المشتري ،
ولما دخل رده على البائع ، فقد ارتفع قبضه ، فهلك المبيع قبل القبض .
وعندهما : يهلك على المشتري ، ويلزمه الثمن ، لأنه دخل في ملكه

— أعنى المشتري — فقد أودع ملك نفسه ، ويد المودع يده ، فهلاكه في يده كهلاكه في يد نفسه .

٦ — اذا اشترى ذمي من ذمي خمرًا أو خنزيرًا على أنه بالخيار ثلاثة أيام وقبضه ، ثم أسلم المشتري **بطل العقد عند أبي حنيفة ، لأنه لم يدخل في ملك المشتري ، والمسلم ممنوع من تملك الخمر بالبيع .** وعندهما : يلزم العقد ولا يبطل ، لأنه دخل في ملك المشتري ، والإسلام يمنع من إخراجه عن ملكه .

٧ — وإن كان البيع دارًا ، فإن كان الخيار للبائع لا يثبت للشفيع فيها حق الشفعة ، لأن المبيع لم يخرج عن ملك البائع . وإن كان **الخيار للمشتري ثبت للشفيع حق الشفعة بالإجماع .** أما على أصلهما فظاهر ، لأن المبيع في ملك المشتري . **وأما على أصل أبي حنيفة ، فالبيع وإن لم يدخل في ملك المشتري لكنه قد زال عن ملك البائع بالإجماع ،** وحق الشفعة يعتمد زوال ملك البائع لا ثبوت ملك المشتري . والله عز وجل أعلم .

والخلاصة : أن من له الخيار يبقى ملكه ولا ينتقل إلى الطرف الآخر ، ومن ليس له الخيار يخرج ملكه عنه ، ولكن هل يدخل في ملك الطرف الآخر ؟ ذهب أبو يوسف ومحمد إلى : أنه يدخل في ملك الطرف الآخر بمجرد خروجه من ملك صاحبه .

وقال أبو حنيفة : أنه لا يدخل في ملك الطرف الآخر — من له الخيار — بعد خروجه من ملك صاحبه — من ليس له الخيار — **ومعنى ذلك أنه لا صاحب له من الأشخاص الحقيقيين .**

ويتضح من رأي أبي حنيفة أنه يقول بجواز وجود ملك أو مال لا صاحب له من الإنسان لفترة مؤقتة ، محافظة على أحكام عقد البيع من الخيار لأحد الطرفين ، ومراعاة لمصلحة من له الخيار ، ولكي تتحقق الفائدة من شرط الخيار ، ويتأكد معناه ، ولا يكون شرطًا لفظًا بدون مضمون ولا معنى ، كما لاحظنا ذلك من رأي أبي يوسف ومحمد ، حيث أبطلوا الخيار لمن شرط له الخيار بدون خيار منه أو رضا .

وإذا رجعنا إلى القانونيين نجد من يقول بذلك ومن يقول برأي صاحبين ، فنجد الدكتور عبد الحي حجازي (٥١) يقول :

٥١ — المدخل لدراسة العلوم القانونية ج ٢ الحق مادة ٤١٠ ص ٣٧٨ ، ٣٧٩ .

ولقد قلنا أن من يسلم بفكرة الحق يسلم بضرورة وجود صاحب الحق ، ومع ذلك فمن بين الشراح الذين يدينون بفكرة الحق من يذهب الى امكان وجود حق بلا صاحب ، وكان قننشايد هو أول من قال بإمكان تصور حقوق بلا صاحب ، وكان ذلك بصدد تفسير التركة التي مع عدم انتمائها لاحد نفي الفترة بين موت المورث وقبول الوارث تظل محفوظة ومصونة باعتبارها ذمة قائمة بذاتها .

وكذلك استخدمت فكرة الحقوق التي لا صاحب لها في حالة الحمل الذي يوقف له نصيبه طوال الفترة السابقة لولادته .

وفي حالة السند لحامله قبل طرحه في التداول ، اذ لا يوجد صاحب للحق الثابت في السند في خلال هذه الفترة ، ومع ذلك يظل التزام الساحب قائما .

ازاء هذه الظواهر ذهب بعض الشراح الى ان الحقوق يمكن بصفة مؤقتة ان تكون بلا صاحب .

الا ان الفقه السائد لم يقبل فكرة الحق الذي لا صاحب له ، اذ اعتبرها من قبيل الاستحالة المنطقية ، وذلك لان فكرة الحق باعتباره سلطة قانونية انما تقتضي بالضرورة وجود من يمارسها .

الراي السائد اذن هو انه ما من حق الا له صاحب ، وصاحب الحق هو الشخص في معناه القانوني ، اي ذلك الكائن الذي يصلح لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات ، وهو الانسان الذي انفرد بالشخصية من بين سائر الكائنات الطبيعية المرئية ، الحية وغير الحية ، فان لم يكن الانسان هو صاحب الحقوق ومناطقها ، فمن غيره سيكون صاحب الحق ؟

ثم يقول (٥٢) بعد ذلك : غير انه يلاحظ ان بعض التشريعات تلبية لدواعي الضرورات العملية ، تمنح الشخصية القانونية لما يسمى بالمؤسسات ، وهي مجموعة من اموال تخصص لغرض معين ... كما ان القانون كثيرا ما ينظر الى مجموعة من الاشخاص الطبيعيين على انهم كائن واحد يخلع عليه شخصية قانونية مستقلة عن شخصية كل فرد منهم . . ومن هذا نرى ان الشخصية القانونية التي لا تكون في الاصل الا للانسان ، يجوز ان تمنح على سبيل الاستثناء ، اما الى مجموعة من الاشخاص الطبيعيين يوحدتهم القانون نفي

شخص واحد جديد ، ابتغاء تحقيق أغراض معينة ، وإما الى مجموعة من اموال خصصت لأغراض معينة .

ثم أننا نجده يتحدث عن الوقف (٥٣) فيقول :

الوقف نظام اسلامي ، وهو على حد قول صاحبين : حبس العين على حكم ملك الله تعالى والتصدق بالمنفعة ، ويعرفه جمهور الفقهاء : بأنه حبس العين عن أن تكون ملكا لاحد من الناس والتصدق بمنفعتها على جهة من جهات البر . ولم يجعل الفقهاء المسلمون للوقف ذمة مالية مستقلة . . . وكل هذا يتنافى مع اعتبار الوقف شخصا معنويا . الا أنه يراعى من ناحية أخرى أن بالوقف يخرج المال الموقوف من ذمة المالك لا الى مالك — على قول أبي يوسف — ولما كان الحق لا بد له من صاحب ، تعين نسبة المال الموقوف الى شخص معنوي يكون مالكا لهذا المال وكان القضاء المصري قد ذهب قبل وضع القانون المدني الحالي الى اعتبار جهة الوقف شخصا معنويا ، له ذمة مستقلة عن ذمة المستحقين ، واعتبر ناظر الوقف ممثلا لذلك الشخص المعنوي للمستحقين ، واخذ واضعو القانون المدني المصري برأي القضاء المصري في هذا الصدد نزولا على احكام الضرورات العملية ، فاعترف بالشخصية المعنوية للوقف م ٣/٥٢ .

وقد أردت بذلك العرض لقول القانونيين أنه اذا كان للفقهاء المسلمين وجهات نظر مختلفة، فقد وجدنا ذلك بين القانونيين، واذا كان في القانونيين من يقول : بإمكان تصور حقوق بلا صاحب ، فقد وجدنا من الفقهاء المسلمين من سبقه بهذا القول، واذا كان تطور القانون عارض هذه الفكرة ، ورجع ان كل حق لا بد له من صاحب، وهو شخص طبيعي ، فان تعذر ذلك فشخص معنوي، نزولا على احكام الضرورات العملية ، وأن كل حق لا صاحب له كان صاحبه شخصا معنويا ، بناء على قولهم : أن بالوقف يخرج المال الموقوف من ذمة المالك لا الى مالك . . . ولما كان الحق لا بد له من صاحب ، تعين نسبة المال الموقوف الى شخص يكون مالكا لهذا المال . من هذا كله نجد أن ملك من ليس له الخيار عندما خرج من ملكه ولم يدخل في ملك من له الخيار ، يكون مملوكا لشخص معنوي ، نزولا على احكام الضرورات العملية ، وتغاديا للاضرار التي تلحق من له الخيار على قول صاحبين ، وتغاديا لوجود حق بلا صاحب ، وحتى لا يصير سائبة بغير مالك . وخاصة أن أبا حنيفة لم يصرح بالمالك .

ولا يصح الاعتراض بعدم تحقق شروط الشخصية المعنوية في هذه الصورة ، لاننا نجد كثيرا من الشخصيات المعنوية في القانون لم يتحقق فيها جميع شروط الشخصية المعنوية ، ومع ذلك منحت الشخصية المعنوية بحكم القانون ، ومن أمثلة ذلك :

تنص المادة ٢ من قانون الشركات التجارية الكويتي على أنه فيما عدا شركة المحاصة تتمتع جميع الشركات التجارية بالشخصية المعنوية .

ويعلق عليها الدكتور عبد الحي حجازي (٥٤) بقوله :

واذا صرفنا النظر مؤقتا عن نصوص القانون في هذا الصدد ... واحتكنا الى الاحكام العامة في الشخصية المعنوية ، **لانتھينا الى وجوب عدم جواز اعتبار شركات الاشخاص اشخاصا معنوية** ، ذلك أنه لا يكفي لاعتبار كائن ما شخصا معنويا أن يكون له شيء من الاستقلال في الذمة ، وأن يكون له اهلية قانونية محدودة ، فالشخصية المعنوية تقتضي في الاصل انفصالا كاملا بينا ومطلقا بين ذمة الشخص المعنوي وذمة الاشخاص الذين يتكون منهم ذلك الشخص المعنوي ، وينبغي على ذلك أنه يجب ألا يسأل عن ديون الشخص المعنوي الا الشخص المعنوي وحده دون غيره ، وفي حدود ذمته ، لا تنضم الى ذمته في ذلك ذمة أخرى .

وليس يصدق هذا على شركات التضامن التجارية ، وفيها يكون الشركاء مسؤولين على وجه التضامن في جميع أموالهم عن التزامات الشركة (م ٤) .

وكذلك لا يصدق هذا على شركة التوصية التجارية — بنوعها التوصية البسيطة والتوصية بالاسهم — وفيها يسأل بعض الشركاء على سبيل التضامن في أموالهم الخاصة عن جميع التزامات الشركة ، أي الشركاء المتضامنون .

ففي كل هذا لا نجد ذلك الانفصال المطلق بين ذمة الشخص المعنوي وذمة الاشخاص المكونين له ، بل يسأل عن ديون الشركة لا الشركة وحدها وفي حدود ذمتها ، بل يسأل كذلك معها الشركاء وتنضم ذمتهم الى ذمتها .

ولا كذلك في شركات المساهمة حيث نجد ذلك الانفصال البين بين ذمة الشركة وبين ذمة كل شريك من الشركاء المساهمين ، اذ يكون رأسمال الشركة دون رؤوس أموال أعضائها هو وحده الضامن للوفاء بديون الشركة .

ولذا كانت شركة المساهمة هي وحدها التي يحق لها أن تتمتع بالشخصية المعنوية .

غير أن القانون قد قرر الشخصية المعنوية لشركات الأشخاص ، وإن كانت الشخصية المعنوية فيها أقل وضوحا منها في شركات المساهمة .

ملاحظة عامة (٥٥) :

الآن وقد استعرضنا الأشخاص المعنوية الرئيسية ، لا يسعنا إلا أن نبدي بعض ملاحظات لها اثر في النظرية العامة للشخصية المعنوية ، فلقد وجدنا أن الشخصية المعنوية درجات :

ففي شركات الاموال ونموذجها شركات المساهمة ، رأينا كيف أن الشخصية المعنوية فيها اظهر منها في شركات التضامن ، ثم أن المساواة في الحقوق التي توجد كتقاعدة عامة بين جميع الأشخاص الطبيعيين لا توجد بين جميع الأشخاص المعنوية ، بل توجد فقط داخل طائفة من هذه الأشخاص .

قصارى القول هو أن فكرة الشخص المعنوي اكثر مرونة من فكرة الشخص الطبيعي ، وربما كان السبب في ذلك هو أن الشخص المعنوي هو من خلق الفكر الانساني ، في حين أن فكرة الشخص الطبيعي تمثل معطى جسديا يستعصي على الحيل القانونية .

فالامام ابو حنيفة عنده : اذا كان الخيار للمشتري ، فالمبيع يخرج من ملك البائع بالاجماع ، ولا يدخل في ملك المشتري .

فقد جعل المبيع خارجا عن ملك البائع والمشتري ، ولم يصرح بمن هو مالكة ، كما انه لم يصرح بأنه لا مالك له . وانما الذي صرح به انه ليس في ملك انسان سواء اكان البائع أم المشتري ، وهو يعلم انه لا سائبة في الاسلام ، فمن يكون اذن مالك المبيع في مدة الخيار ؟ حتى يكون الخيار متحققا .

فالمالك لا يكون الا بحيلة في الصياغة القانونية ، وهو ما يعبر عنه الآن بالشخص المعنوي ، ولذلك نجد ابا حنيفة سكت عن ذكر المالك ، مع التصريح بعدم ملكيته لاحد الطرفين ، وكلاهما شخص طبيعي حقيقي . ففكرة الشخص المعنوي موجودة عند ابي حنيفة ، لكنه لم يذكر لها اسما .

الوقف

عند أبي يوسف ومحمد بن الحسن الشيباني والشافعي — في أظهر أقواله — وأحمد بن حنبل — في رواية عنه — ان الوقف اذا تم تخرج العين الموقوفة من ملك الواقف ، وتكون مملوكة لله تعالى على وجه يعود نفعها الى العباد ، ولا ينتقل ملكها الى أحد من العباد — سواء اكان الموقوف عليهم أم الورثة أم غيرهم — ويكون الوقف لازما ، فلا يملك الواقف الرجوع عنه ، ولذلك كان (٥٦) تعريف الوقف على رأيهم بأنه : حبس العين عن أن تكون مملوكة لأحد من الناس ، وجعلها على ملك الله تعالى ، وانتصدق بالمنفعة على جهة من جهات البر والخير ، في الحال أو في المال .

وعند أبي حنيفة لا يلزم الوقف الا في بعض صور مستثناة ، فمن هذه الصور : أن يجعل الواقف جزءا من أرضه مسجدا ، ويأذن للناس بالصلاة فيه ، فاذا فعل ذلك كان لازما ، فلا يجوز له الرجوع عنه ، ولا يكون ميراثا بعد موته ، لان المسجد يكون خالصا لله تعالى ، « وان المساجد لله » ويتخصص للصلاة لجميع المسلمين ، فيكون وقفه لازما ، ولو لم يحكم بلزومه حاكم (٥٧) .

والقائلون بلزوم الوقف وهم الجمهور ، استدلوا بقوله صلى الله عليه وسلم لعمر : « تصدق بأصله ، لا يباع ولا يوهب ولا يورث ، ولكن ينفق ثمره » .

وقال جابر بن عبد الله : ما أعلم أحدا كان له مال من المهاجرين والانصار الا حبس مالا من ماله صدقة مؤبدة ، لا تشتري أبدا ، ولا توهب ولا تورث .

وقد تبع هؤلاء الصحابة من جاء بعدهم ، ولم ينقل إلينا أن أحدا منهم رجع عن وقفه ، فكان ذلك اجماعا عمليا على لزوم الوقف ، وعدم جواز الرجوع عنه بعد تمامه (٥٨) .

وقد اتفق الفقهاء على أنه يشترط في الجهة الموقوفة عليها أن

٥٦ — محاضرات في الوصية والوقف لفضيلة الاستاذ الدكتور — زكي الدين شعبان — كلية

الحقوق والشريعة جامعة الكويت . ص ١٠٢ .

٥٧ — المرجع السابق ص ١٠١ .

٥٨ — المرجع السابق ص ١٠٤ .

تكون جهة خير وبر ، لان الوقف نوع من انواع التصديق والانفاق في وجوه الخير والبر ، والمقصود منه التقرب الى الله تعالى ونيل ثوابه ، ولا يتحقق ذلك الا اذا كانت الجهة الموقوف عليها من جهات الخير والبر ، والتي يعتبر الانفاق عليها قرينة لله تعالى .

ولم يشترط الملكية والحنفية في الموقوف عليه أن يكون موجودا عند انشاء الوقف ، وعلى هذا يصح الوقف عندهم على المعدم حين الوقف كما يصح على الموجود ، سواء اكان الوقف على المعدم أصالة أم تبعا للوقف على الموجود ، فلو وقف الانسان على من سيولد كان الوقف صحيحا ، وكذلك لو وقف على مسجد أو مدرسة قبل بنائها فان الوقف يكون صحيحا .

ووجهتهم في ذلك أن الوقف من اعمال الخير والمعروف ، فلا يشترط لصحته أن يكون الموقوف عليه اهلا للتمليك عند انشائه — كما يشترط في غيره من التمليكات — بل يكفي أن يكون اهلا للتمليك عند وجوده في المستقبل ، متى كان وجوده ممكنا ، وذلك للتيسير على الناس ، وفتح باب الخير والبر أمام الراغبين فيه (٥٩) .

وايضا لا يشترط بيان الجهة الموقوف عليها عند الملكية والحنفية في القول المفتى به عندهم ، فيصح الوقف ويكون لازما اذا قال الواقف : داري هذه وقف . وفي هذه الحالة يرجع الى الواقف في تعيين الجهة المستحقة للوقف ، وان تعذر الرجوع اليه كان المستحق للوقف من جرى العرف بالوقف عليه في بلد الواقف ، وان لم يكن لبلد الواقف عرف غالب كانت منفعة الوقف للفقراء المساكين ، لانها جهة لا تنقطع ، وهي دائمة ، لوجودهم في كل عصر وفي كل زمان .

وباستعراضنا لبعض الامور والاحكام المتعلقة بالوقف ، نجد أن الوقف لازم عند أبي يوسف ومحمد بن الحسن الشيباني والشافعي — في اظهر اقواله — وأحمد بن حنبل — في رواية عنه — ويخرج الموقوف من ملك الواقف ويدخل في ملك الله تعالى ، ولا يدخل في ملك أحد من العباد ، والاصل في الشريعة الاسلامية أن كل ملك لا بد له من مالك ، لقوله تعالى (٦٠) : « ما جعل

٥٩ — المرجع السابق ص ١٣٢ .

٦٠ — سورة المائدة اية ١٠٣ .

الله من بحيرة ولا سائبة ولا وصيلة ولا حام ولكن الذين كفروا يفترون على الله الكذب وأكثرهم لا يعقلون » .

والفقهاء لما أخرجوا الموقوف من ملك الواقف ، ولم يدخلوه في ملك وارثه أو المستحقين للوقف ، أرادوا أن يجعلوا له مالكا ، حتى لا يكون المال سائبة ، فقالوا : انه على ملك الله تعالى . والمراد بهذا التعبير أنه لا يمكن التصرف في أصله ، لان المتصرف لا بد أن يكون مالكا لما يتصرف فيه ، ولذلك قالوا : ان حق الله تعالى لا يصح التنازل عنه أو التصرف فيه . والحاكم وهو النائب عن الله سبحانه وتعالى في أرضه ، لا يملك التصرف فيه والتنازل عنه ، وانما يملك توصيل حق الله تعالى الى مستحقه .

والوقف له حقوق وعليه واجبات ، ويكون دائنا ومدينا ، وبائعا ومشتريا ومؤجرا ، ويقاضي للوصول الى حقه فيكون مدعى ، ويقاضى ليؤدي ما عليه من التزامات نحو الآخرين فيكون مدعى عليه . ويكون مالكا للعقار وغيره الموقوف ، ونجد بعض الفقهاء يصرحون بصحة تملك المسجد ، قال ابن عابدين : وينبغي أن يفتى بصحة الوصية للأزهر ، وتصرف لطلبته ، كما يقضي بذلك العرف .

وقال الرملي الشافعي في نهاية المحتاج : ان الوصية للمسجد صحيحة ، وان أريد بها تملكه ، لان المسجد في منزلة شخص حر يملك . كما نجد في شرح الزرقاني على متن خليل عند الكلام عن الموقوف عليه : يجب أن يكون أهلا للتملك حقيقة كالشخص المعين والفقراء ، أو أهلا للتملك حكما كالقطرة أو المسجد .

فاذا نظرنا الى هذه الاحكام وغيرها نجد أن معنى الشخص المعنوي في القانون الوضعي موجود ومتحقق في الوقف ، والاختلاف انما هو في الاصطلاح والتسمية ، فالقانون الوضعي ذكر الشخص المعنوي — أي الشخص الاعتباري أو الحكمي — والفقهاء المسلمون ذكروا ملك الله تعالى ، وليس العبرة بالالفاظ والاسماء ، وانما العبرة بالمعنى .

وعدم ذكر الفقهاء المسلمين للشخص المعنوي ، ليس معناه انهم لم يعرفوه ولم يصلوا الى حقيقته ، بل قد عرفوا معناه ، وادركوا فكرته ، وذكروا احكامه ، واصطلحوا على تسميته بقولهم : انه على ملك الله تعالى .

كما اننا لو امعنا النظر في هذا الاصطلاح وعرفنا ابعاده ، لوجدنا حسن

اختيارهم ، ودقة اصطلاحهم ، وافضليته عن اصطلاح القانونيين ، لانه يدعو القائمين عليه والمتولين امره الى الاتقان وعدم الانحراف ، خشية صاحب المال ، لانهم يؤمنون بأن الله مطلع على كل شيء . والانسان بطبيعته جبل على خشية من امامه ، فاذا غاب صاحب المال كان ذلك مدعاة للانحراف والتلاعب ، فكيف الحال اذا كان متولي امر المال يعرف أنه مملوك لشخص اعتباري معنوي ، لا وجود له حقيقة ، وما نجده الان واقعا في زماننا دليل على ذلك .

ملاحظة :

آلمني كثيرا وحز في نفسي أن اجد أستاذًا كبيرا في القانون ، يبحث في القانون الغربي ويصل الى جذوره ، وينقل عن علمائه ، ويحاول أن يجتهد فيه ، ولم يحاول ذلك في الفقه الاسلامي ، باعتباره أحد القوانين العالمية ، بالاضافة الى انه قانونه الاسلامي المكلف به شرعا وديانة ، كما انه أحد مصادر التشريع في دولته وبلده المكلف به دنيويا .

بل الاكثر من كل ذلك وأخطر ، أنه حينما يجد من ينقل عنهم قد بحثوا في الفقه الاسلامي ، واطلعوا على كتبه الصغرى القديمة ، ونقلوا عنها ، لم يكلف نفسه بعد ذلك الرجوع الى هذه الكتب ، وانما ينقل عن الاوروبيين ما نقلوه عن كتب الفقه الاسلامي ، مخالفا بذلك المبادئ الاولى لطرق البحث ، مع يسر الاطلاع عليها لوجودها .

فيقول عند كلامه على الوقف ، نقلا عن سانتلانا :

وثمة خلاف في هذا الصدد بين أبي حنيفة والصاحبين : فعند أبي حنيفة أن العين الموقوفة تظل مملوكة للواقف الذي يتفضل بمنفعتها على المنتفعين ، ويجوز له دائما أن يرجع في هذا التفضل الى أن يموت ، فالوقف لا يصير لازما الا اذا مات الواقف دون أن يرجع في الوقف ، أو يصدر حكم نهائي من القاضي يثبت الوقف (الفتاوى الهندية ج ٢ ص ٢٦٦ عن سانتلانا ج ٢ ص ٤٢٦) فأبو حنيفة يصور الوقف بأنه عارية أو انتفاع يجوز الرجوع فيه بارادة واحدة (سانتلانا ، المرجع السابق) أما الصاحبان أبو يوسف ومحمد فقد ذهبوا مذهباً آخر : فالوقف عندهما نزول عن ملكية الشيء الى الله ، أي أن انشاء الواقف يفصل ملكية الشيء التي تنتمي الى الله ، عن الانتفاع أو المنفعة التي تنتمي الى الشخص الذي عينه الوقف (البخاري الوصايا ج ١٤ عن سانتلانا ، المرجع السابق) وبهذا ينشأ شخص معنوي حقيقي تكون فيه الملكية والمنفعة

مستقلتين عن شخص الواقف . وينبغي أن نقول أن من ثقات المالكية
كالقرواني من يقول أن ملكية الوقف تنتمي إلى الله (الدسوقي ج ٤ ص ٢٩٨
عن سائلنا ج ٢ ص ٤٣٧) (٦١) .

٦١ - الأستاذ الدكتور عبد الحي حجازي عميد كلية الحقوق والشرعة بجامعة الكويت ، ورئيس
قسم القانون الخاص ، في كتابه المدخل لدراسة العلوم القانونية ج ٢ الحق ص ٥٣٤
مطبوعات جامعة الكويت .

المراجع

- ١ - الاختصار لتعليق المختار
تأليف عبدالله بن محمود بن مودود الموصلي الحنفي المتوفي سنة ٦٨٣ هـ .
تحقيق الدكتور محمد طهوم - الطبعة الاولى .
- ٢ - بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع
تأليف أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي - الملقب بملك العلماء - المتوفي سنة ٥٨٧ هـ .
الخارجي بمصر - الطبعة الاولى ١٣٢٨ - ١٩١٠ - الجزء الخامس .
- ٣ - شرح التلويح على التوضيح لمن التنقيح في اصول الفقه
تأليف سعد الدين مسعود بن عمر التفتازاني الشافعي المتوفي سنة ٧٩٢ هـ .
طبعه صبيح بمصر - الجزء الاول .
- ٤ - الشركات في الفقه الاسلامي
تأليف الاستاذ الشيخ علي الخفيف
جامعة الدول العربية - معهد الدراسات العربية العالية .
- ٥ - الشركات في الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي
تأليف الدكتور عبد العزيز عزت الخياط - عميد كلية الشريعة بالاردن .
منشورات وزارة الاوقاف والشؤون والمقدسات الاسلامية - الطبعة الاولى ١٣٩٠-١٩٧١

- ٦ — **فتح القدير**
تأليف الكمال بن الهمام .
- ٧ — **الفقه الاسلامي في ثوبه الجديد**
تأليف الاستاذ مصطفى أحمد الزرنا — أستاذ القانون المدني والشرعة الاسلامية
في كلية الحقوق — جامعة دمشق .
مطبعة الحياة — الطبعة الخامسة — دمشق ١٣٨٣ — ١٩٦٤ .
- ٨ — **المدخل للفقه الاسلامي**
تأليف الاستاذ محمد سلام مذكور — رئيس قسم الشرعة بكلية حقوق القاهرة — دار
النهضة العربية بمصر — الطبعة الثالثة ١٣٨٦ — ١٩٦٦ .
- ٩ — **المدخل لدراسة العلوم القانونية — الحق**
تأليف الدكتور عبد الحي حجازي — عميد كلية الحقوق والشرعة بجامعة الكويت .
مطبوعات جامعة الكويت — كلية الحقوق والشرعة — الجزء الثاني .
- ١٠ — **مذكرات في أصول القانون**
تأليف الاستاذ الدكتور منصور مصطفى منصور .
جامعة الكويت — كلية الحقوق والشرعة — ١٩٧٥ — ١٩٧٦ .
- ١١ — **مصادر الحق في الفقه الاسلامي**
تأليف الدكتور عبد الرزاق السنهوري .
جامعة الدول العربية — معهد البحوث والدراسات العربية سنة ١٩٦٧م
درست ١٩٥٣ — ١٩٥٤ .
- ١٢ — **الغنى**
تأليف عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة — المتوفى سنة ٦٣٠ هـ .
دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع — بيروت لبنان — الجزء السادس .
- ١٣ — **المقارنات التشريعية بين القوانين الموضوعية المدنية والتشريع الاسلامي**
تأليف سيد عبدالله علي حسين — من علماء الازهر وليسانيه في الحقوق الفرنسية
دار احياء الكتب العربية عيسى الباب الجلبى — الطبعة الاولى — القاهرة
١٣٦٦ — ١٩٤٧ .
- ١٤ — **الهداية شرح بداية المبتدي**
تأليف علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الرشداني المرغيناني — المتوفى سنة ٥٩٣ هـ .
مطبعة مصطفى الباب الجلبى بمصر — الطبعة الاخرة — الجزء الثالث .
- ١٥ — **الوصية والسوقف**
تأليف الاستاذ الدكتور زكي الدين شعبان .
جامعة الكويت — كلية الحقوق والشرعة — قسم الشرعة والدراسات الاسلامية .

