

مَدَى الْحَاجَةِ
إِلَى
إِصْدَار مَدَوْنَةِ الْقَانُونِ الْمَدِينِيِّ
فِي
دَوْلَةِ الْكُوَيْتِ
الْقِسْمُ الْأَوَّلُ

الدكتور عبد الفلاح عبد الباقي
المحامي لدى محكمة النقض المصرية

مقدمة

١ - في ١٩ فبراير سنة ١٩٧٧ ، صدر قرار من مجلس الوزراء يقضي بإنشاء لجان أربع ، تكون مهمتها وضع تشريعات جديدة تحكم المسائل التي لم يتناولها المشرع الكويتي حتى الآن بالتقنين ، وتطوير وتنقيح التشريعات القائمة في ضوء ما تكشف عن تطبيقها ، وطبقا لتطور البلاد ، على أن تكون هذه التشريعات مستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية الغراء ، وفقا لأحكام الدستور ، متفقة مع مبادئها ، متشعبة مع واقع الكويت وتقاليدها . ومن هذه اللجان الأربع : لجنة التشريعات المدنية .

٢ — واول سؤال ينبغي أن يطرح نفسه على لجنة التشريعات المدنية ، وهي بصدد أدائها المهمة التي وكلت إليها ، يتمثل فيما اذا كانت الحاجة في دولة الكويت تستدعي اصدار مدونة متكاملة للقانون المدني ، لتحل محل القواعد التشريعية التي تحكم حاليا العلاقات المدنية ، والتي تتضمنها ، في ظاهر الامر ، مجلة الاحكام العدلية ، وان كان نطاق تطبيق هذه المجلة ، في حقيقة الواقع ، قد ضاق وانحصر الى حد بالغ ، بل الى حد ربما يقارب العدم ، وذلك على اثر صدور تشريعات خاصة عديدة ومتفرقة ، يحكم كل منها بعضا من المسائل التي كانت من قبل خاضعة لحكمها .

٣ — وللإجابة على تساؤلنا ذاك ، ينبغي بادئ ذي بدء أن نلجأ الى عرض ، وان كان سريعا ، للوضع التشريعي الراهن في دولة الكويت ، فيما يتعلق بحكم المسائل التي تدخل عادة في رحاب القانون المدني ، على نحو ما هو متبع في بلادنا العربية ، وهي تلك الخاصة بالمعاملات المالية ، في غير ما يدخل منها في نطاق التجارة والتجار . وعلى ضوء هذا العرض ومن خلاله ، يمكن لنا أن نبدي بعض الملاحظات التي تعن لنا على الوضع التشريعي الكويتي ، لعلها تكشف بعض ما يلابسه من أوجه النقص أو العيب . وهذه الملاحظات في النهاية ، هي التي سوف تمكنا من أن نجيب على التساؤل الذي طرحناه ، والذي يتركز فيما اذا كانت الحاجة تستدعي أو لا تستدعي اصدار مدونة للقانون المدني .

٤ — هكذا يرتسم أمامنا منهاج هذا البحث ، متركزا في أمرين : (١) عرض للوضع التشريعي الراهن في دولة الكويت ، في صدد المسائل الداخلة في رحاب القانون المدني . (٢) أوجه النقص أو العيب التي تعتريه .

المبحث الاول

الوضع التشريعي الراهن في دولة الكويت في صدد حكم المسائل المدنية

هـ - الى عهد ليس بجد بعيد ، كانت دولة الكويت بالنسبة الى حكم العلاقات التي تدخل في رحاب القانون المدني ، خاضعة اساسا للفقہ الاسلامي الحنيف ، وفق الراجح في المذهب المالكي ، شأن تلك العلاقات في ذلك شأن غيرها من العلاقات القانونية الاخرى كافة ، مالية كانت او غير مالية . ولم تكن العلاقات المالية المدنية متميزة في حكمها عن العلاقات المالية التجارية ، اللهم الا في حدود ما كانت تقضي به الاعراف والعادات بين التجار ، سواء على الارض او فوق البحار . ذلك لان الفقہ الاسلامي نفسه لم يسر على التمييز بين القانون المدني والقانون التجاري ، على نحو ما يقول به الفكر القانوني المعاصر ، اللاتيني والجرماني النزعة منه على الاقل .

وتطبيق الفقہ الاسلامي ككل ، ايا ما كان المذهب المتبع لاستخلاص احكامه على نهجه ، من غير تقنين لهذه الاحكام وجمعها بين دفتي مدونة سهلة المنال ، امر بالغ الصعوبة في حد ذاته . فالفقہ الاسلامي يتسع الى حدود لا تتناهى ، حتى قيل عنه بحق انه بحر لا ساحل له . وعلى اية حال فان تطبيق الفقہ الاسلامي ككل يستلزم بالضرورة تضلعا فيه والماما كبيرا به ممن يتولون امر الحكم على هديه ، حتى يتيسر لهم الوصول الى احكامه من امهات كتبه ، ثم اجتهدهم هم بعد ذلك ، فيما لا يرد فيها حكم بشأنه . ويبدو ان ذلك لم يكن متوافرا دائما فيمن تولوا امر القضاء في دولة الكويت في القديم ، سيما وان مبدا وحدة المحكمة لم يكن آنذاك معتبرا . اذ ان جهات القضاء كانت متعددة . فقد كانت هناك عدة جهات تتولى فض المنازعات بين الناس . فالى جانب المحكمة الشرعية ، كانت تتولى امر القضاء في مسائل معينة مدنية او جنائية ، دائرة البلدية ودائرة الامن العام ولجان التجار ، وذلك من غير ان يوجد فاصل حاسم دقيق يحدد ولاية كل من هذه الجهات . وهذا كله فضلا عن المحكمة البريطانية التي كانت تتولى بدورها امر القضاء في دولة الكويت ، على اساس من جنسية المتهم او المدعى عليه (حدد المرسوم الاميري الصادر في سنة ١٩٥٣ الاشخاص الخاضعين لولاية المحكمة البريطانية ، والخارجين بالتالي عن ولاية الهيئات القضائية الكويتية ،

بحسب جنسياتهم . وشمل هذا التحديد : الرعايا البريطانيين ورعايا دول الكومنولث والرعايا الامريكيين . وقد انتهت ولاية المحكمة البريطانية في اول نوفمبر سنة ١٩٦٠ ، وهو تاريخ العمل بقانون تنظيم القضاء الصادر به المرسوم الاميري رقم ١٩ لسنة ١٩٥٩ ، وذلك بمقتضى بيان رسمي صادر من حكومة الكويت في ١٣ فبراير سنة ١٩٦٠ .

ويبدو أن ترك القضاء وغيرهم ممن كانوا يتولون فض المنازعات بين الناس يستنبطون الحكم الصحيح من امهات كتب الفقه المالكي لم يأت بالثمرة المرتجاة ، نظرا لعدم القدرة على ذلك فيهم أو في بعضهم . وقد اقتضى هذا الوضع تدخل المشرع لاصلاح الحال . فأصدر المغفور له سمو الشيخ احمد الجابر امره بتطبيق احكام المجلة ، في تاريخ يعتقد أنه ٢ يولييه سنة ١٩٢٨ ، وهو تاريخ مصادقة حاكم الكويت على ما قرره المجلس التشريعي القائم آنذاك من جعل الافتاء والحكم لقاضيين رسميين ، بدلا من قاض واحد ، وتحريم استنباط جميع الفتاوى والاحكام التي يصدرانها من مجلة الاحكام العدلية (راجع : محمود عبدالرحيم السيسي ، من المجلة العدلية الى التشريع الكويتي الحديث مقال منشور في مجلة « المحامي » الكويتية عدد ٦ ص ٨٦ . وأنظر أيضا : عبد الفتاح حسن ، القانون الاداري الكويتي ص ٧٩) . وتعزز تطبيق « المجلة » في دولة الكويت بعد ذلك بقرار صدر من هيئة المحكمة الشرعية في ٣٠ ذي الحجة سنة ١٣٦٤ هـ (الموافق ٥ ديسمبر سنة ١٩٤٤) ، الذي جاء يقضي بأنه : « يعتمد بتنفيذ الاحكام على مجلة الاحكام الشرعية (المقصود العدلية) . وفي حالة عدم حصول نص في المجلة ، يكون الحكم على مذهب القاضي (أي المذهب المالكي أو الجعفري حسب الاحوال) .

ثم تأكد تطبيق المجلة بعد ذلك بالتعميم الاداري رقم ١ لسنة ١٩٥٩ الصادر من ادارة المحاكم في ٢٨/٢/١٩٥٩ ، والذي جاء يقضي بأنه : « تعلن رئاسة ادارة المحاكم بان اصدار الاحكام بالمحاكم الشرعية يكون طبق المدون في مجلة الاحكام العدلية ... واذا لم يوجد نص في المجلة ، فالرجع مذهب الامام مالك ، وهو مذهب صاحب السمو حاكم البلاد المعظم ... » .

٦ — ومجلة الاحكام العدلية هي تقنين رسمي أصدرته الدولة العثمانية في شهر شعبان من عام ١٢٩٣ هـ ، الموافق عام ١٨٧٦ م ، بعد أن استغرق

وضعها سبع سنوات ونيف . وهي تقنين لاحكام الفقه الاسلامي (١) على المذهب الحنفي في المعاملات والقضاء . وقد طبقت فور صدورها ، الى جانب تركيا ، في بعض البلاد العربية التي كانت آنذاك تحت نير الامبراطورية العثمانية . فطبقت في سوريا وفلسطين والاردن والعراق .

(١) مجلة الاحكام العدلية تعتبر أول تقنين رسمي لاحكام الفقه الاسلامي على المنهج الحديث ، وهو المنهج الذي يقوم على جمع القواعد القانونية المتعلقة بفرع معين من فروع القانون في مدونة واحدة ، بعد اجراء التنسيق بينها وتبويبها بحسب المسائل التي تحكمها ، ثم ايرادها في نصوص مركزة مختصرة ، على شكل مواد تأتي متسلسلة .

بيد أن المجلة ، وإن اعتبرت أول تقنين رسمي ، فهي لا تمثل أول محاولة من هذا النوع . فالتفكير في تقنين الفقه الاسلامي قديم . والباحث اليه واضح . فالفقه الاسلامي يبلغ من السعة حدودا لا تتناهى . والآراء فيه ، حول الموضوع الواحد ، متعددة ومختلفة ، حتى في رحاب المذهب الواحد . وهذا ما يجعل استنباط الاحكام منه أمرا بالغ الصعوبة ، سيما إذا كان الفقيه أو القاضي لم يبلغ من العلم شأوا كبيرا . وهو أمر من شأنه أن يعرض القاضي أو الفقيه للزلل في حكمه أو في فتواه . ثم انه أمر من شأنه أن يؤدي الى اختلاف الاحكام في القضايا المتشابهة . وهذا ما ولد الفكرة في جمع أحكام الفقه الاسلامي المتعلقة بموضوع معين في صعيد واحد ، بعد التحقق من سندها وسلامتها وإبعاد المرجوح منها .

ولعل الفكرة الأولى في تقنين الفقه الاسلامي ترجع الى عبدالله بن المقفع ، في عهد الخليفة المنصور العباسي . فقد بعث ابن المقفع الى الخليفة المنصور رسالة ، سميت « رسالة الصحابة » أشار عليه فيها بجمع أقوى الآراء الاجتهادية التي قال بها الفقهاء في عصره ، بعد تحييصها ، والتأكد من صحتها ، في مجموعة واحدة ، ثم إصدار أمره الى القضاة باعتمادها وتطبيقها على ما يعرض عليهم من قضايا . وفي ذلك كتب ابن المقفع للخليفة المنصور : « لو رأى أمير المؤمنين أن يأمر بهذه القضية والسنن المصنفة فترفع اليه في كتاب ، ويرفع معها ما يحتج به كل قوم من سنة أو قياس ، ثم نظر أمير المؤمنين في ذلك ، وامضى في كل قضية رايه الذي يلهمه الله ويعزم له عليه ، وينهي عن القضاء بخلافه ، وكتب بذلك كتابا جامعا عزا ، لرجونا أن يجعل الله هذه الاحكام المختلطة الصواب بالخطأ حكما واحدا صوابا (انظر رسالة الصحابة لابن المقفع في جبهة رسائل العرب للاستاذ أحمد زكي صفوة ج ٣ - الرسالة / ٢٦ مشارا اليها في مقال الاستاذ مصطفى أحمد الزرقاء بعنوان « مجلة الاحكام العدلية وحركة التقنين في الفقه الاسلامي ، منشور في مجلة القضاء والقانون س ١٤١ ص ٢٢) » .

ومن المحاولات الناجحة لتقنين احكام الفقه الاسلامي تلك التي وفق اليها الامبراطور المغولي العظيم التقي الورع الذي وهب نفسه للاسلام دعامة وستدا ، امبراطور الهند محمد أورنگ زيب ، الملقب بمالكير (اي فاتح العالم) ، والذي تولى عرش دهنه في عام ١٦٥٠

ومما يلفت النظر أن مجلة الاحكام العدلية لم تطبق في دولة الكويت ، عند صدورها . فهي لم تطبق فيها كأثر لتبعيةها للدولة العثمانية . فهذه التبعية كانت في الحقيقة أقرب ما تكون الى التبعية الشكلية المظهرية . فلقد كانت دولة الكويت تتمتع بالسيادة الفعلية كاملة أو تكاد على أرضها ، بما فيها السيادة التشريعية والقضائية .

وإذا كانت « المجلة » لم تطبق في دولة الكويت ، كأثر لتبعيةها للدولة العثمانية ، فإن تطبيقها فيها حصل بمحض اختيار من القوامين عليها ، وعلى رأسهم أميرها الشيخ أحمد الجابر رحمة الله عليه . وجاء ذلك في وقت متأخر جدا ، حيث أنه تم في عام ١٩٣٨ . وهو وقت كانت السيادة العثمانية على البلاد قد انتهت منذ عهد بعيد ، حتى من الناحية الرسمية (انتهت سيادة الدولة العثمانية على جميع الدول العربية ، ومن بينها

١٦٥٨ ميلادية . فقد وفق هذا الإمبراطور المفد الى جمع احكام الفقه الاسلامي على المذهب الحنفي (وهو المذهب السائد في الهند) على شكل يقترب كثيرا من التقنين في وضعه المعاصر ، وان لم يصل تماما اليه . وكان قد حشد لهذا العمل الضخم نخبة رائعة من علماء عصره ، ووفر لهم كل السبل اللازمة لانجاز مهمتهم . وقد استغرقت منهم هذه المهمة عملا دائما طوال ثماني سنوات ، تكلت بعدها بتلك الثمرة الياقة المتمثلة في « الفتاوى الهندية او المالكية » ، وكان ذلك في سنة ١٦٧٠ ميلادية . وقد أنت هذه الفتاوى في ستة مجلدات ضخمة . وقد أمر الإمبراطور بوضع ما تضمنته هذه الفتاوى من احكام موضع التنفيذ . وبهذه المناسبة أصبحت الفتاوى الهندية أول تقنين رسمي لاحكام الفقه الاسلامي على المذهب الحنفي . ولا زالت الفتاوى الهندية تعتبر الى الآن من امهات كتب الفقه الحنفي ، بل لعلها تعتبر من امهات كتب الفقه الاسلامي على الاطلاق (راجع مصطفى الزرقاء المرجع السابق الاشارة اليه) .

وثمة محاولة ناجحة أخرى لتقنين بعض احكام الفقه الاسلامي ، على المذهب الحنفي أيضا ، وذلك في مسائل الاحوال الشخصية ومسائل المعاملات والوقف ، وان كانت هذه المحاولة فردية ، لم تحظ بالصيغة الرسمية . وقد قام بهذه المحاولة فقيه فذ كبير ، هو العلامة احمد قنبري باشا المصري ، واثمرت مؤلفه ذائع الصيت « مرشد الحيران الى معرفة احوال الانسان » . وقد أتى هذا المؤلف ، بعد اصدار مجلة الاحكام العدلية . وكان من اهدافه تفادي بعض ما اتسمت به المجلة من عيب وسد ما اعترها من نقص . وإذا كان « مرشد الحيران » لم يصل الى مرتبة التقنين الرسمي ، حيث ان احكامه لم تأخذ الصيغة القانونية التي تحتم تطبيقها ، الا ان ذلك لا يقلل من اهميته الكبرى ، كمرجع لاحكام الفقه الاسلامي على المذهب الحنفي ، معروضة في شكل مواد متسلسلة ، مما يجعل الوصول اليها أمرا سهلا المنال .

دولة الكويت بمقتضى معاهدة سفر Sévres المنعقدة في سنة ١٩٢٠ بين تركيا والحلفاء ، ثم بمقتضى معاهدة لوزان المنعقدة في سنة ١٩٢٤ . بل ان تطبيق « المجلة » ، في دولة الكويت ، جاء في وقت كانت قد كتفت فيه بالفعل عن التطبيق في مهدها ، تركيا (انتهى تطبيق المجلة في تركيا عام ١٩٢٦) ، وبعد ان شارف هذا التطبيق على الزوال في اغلب البلاد العربية التي كانت سائدة فيها (انتهى تطبيق المجلة في سوريا في ١٥ حزيران سنة ١٩٤٩ على اثر تطبيق قانون مدني مستوحى في جملته من القانون المدني المصري . وانتهى تطبيقها في العراق في سنة ١٩٥١ على اثر صدور قانون مدني مستقى بدوره من القانون المدني المصري ومن احكام الفقه الاسلامي متمثلة اساسا في المجلة . اما في الاردن ، فقد بقيت « المجلة » مطبقة ، الى ان انتهى تطبيقها في ربوعه ، في ١/١/١٩٧٧ ، وذلك بصدور قانون مدني مستقى من الفقه الاسلامي ومن القانون المعاصر معا) .

٧ - وايا كانت القيمة الحقيقية لمجلة الاحكام العدلية في ذاتها ، فان تطبيقها في دولة الكويت تمثل ، عند اجرائه ، اصلاحا قانونيا وقضائيا فذا . فائل ما يقال عن هذه المجلة انها تجمع بين دفتيها نصوصا واضحة في مجموعها ، تعكس في صدق وامانة احكام الفقه الاسلامي في المعاملات والقضاء ، على مذهب الامام ابي حنيفة النعمان . وبذلك اغنت « المجلة » القضاة ، وغيرهم ممن كانوا يتولون معهم فض المنازعات بين الناس ، مؤونة البحث في امهات كتب الفقه المالكي لاستنباط الاحكام الواجبة التطبيق في القضايا المعروضة عليهم ، اذا ما تعلقت بالامور المدنية . وهي مهمة لم تكن سهلة ميسورة . بل لا شك انها استعصت في كثير من الحالات .

٨ - ولم يمض طويل وقت على تطبيق « المجلة » في دولة الكويت ، حتى بدأت تظهر عيوبها . وقد حدث ذلك ، حتى قبل ان يتدفق في الكويت النفط ، ونبتت في اثره على أرضها شتى مظاهر الحضارة والمدنية والعمران .

٩ - ولعل اول عيب برز للمجلة تمثل في عدم تضمنها قواعد خاصة بالمعاملات التجارية . فالمجلة ، كما نعلم ، تنظم المعاملات المالية عامة ، دون تفريق فيها بين ما نطلق عليه اليوم المعاملات المالية المدنية والمعاملات المالية التجارية . وقد حدا بها الى ذلك امران . فهي ، من وجه اول ، صدى امين للفقه الاسلامي على المذهب الحنفي . والفقه الاسلامي عامة لا يساير

الفكر القانوني المعاصر — اللاتيني والجرماني النزعة منه على الاقل — في التمييز بين القانون المدني والقانون التجاري . وهي من وجه ثان ، قد صدرت لتسري أساسا في تركيا . وفي تركيا ، كانت المعاملات التجارية ، عند صدور المجلة ، خاضعة بالفعل في تنظيمها لتشريعات خاصة مستمدة من القوانين الغربية ، وعلى رأسها قانون التجارة الهمايوني .

ولم يظهر لتطبيق المجلة في تركيا عيب ما بالنسبة الى المعاملات التجارية، لخضوع تلك المعاملات لقوانين خاصة ، كما بينا . ولكن الامر اختلف ، في دولة الكويت . حيث ان المعاملات التجارية لم يكن لها فيها قواعد خاصة بها ، اللهم الا ما نشأ منها عن العرف والعادة . لهذا برز اول عيب لتطبيق المجلة .

وقد بادر المشرع الكويتي الى مواجهة العيب الناشئ من عدم تضمن « المجلة » قواعد خاصة بالمعاملات التجارية ، وذلك بالنسبة الى الناحيتين الاساسيتين اللتين كانت تتمثلان في القديم المصدر الاساسي لارزاق الناس ، ونعني بهما الفوص ، والنقل البحري . فأصدر ، في ٢٩ مايو سنة ١٩٤٠ (اي بعد اقل من سنتين اثنتين من تطبيق « المجلة ») قانونا ينظم به صناعة الفوص ، أطلق عليه « قانون الفواصين » . وهو أول قانون يصدر في دولة الكويت متسما بالطابع العصري الى حد ما . وتلاه بعد أيام قلائل ، في ٤ يونيو سنة ١٩٤٠ ، قانون السفر .

ثم اخذ الذهب الاسود يتدفق ابتداء من اواخر الاربعينيات ، ويتدفقه جاء الخير يعم أرجاء البلاد ، في كرم وسخاء . وأخذت الحياة تتغير على أرض الكويت ، بل تصبح الحياة غير الحياة . وشملت الكويت اساليب الحضارة الحديثة ، وعمتها مظاهر التقدم والعمران . وكان حتما على القانون ان يواجه الحياة الجديدة ، حتى لا يقف حجر عثرة في سبيل سيرها . وهنا تمثل نقص المجلة واضحا للعيان . فجاءت التشريعات الحديثة ، في سيل غامر ، تنظم مختلف مظاهر الحياة . وكلما صدر تشريع جديد ينظم نوعا من العلاقات التي كانت داخلة من قبل تحت طائلة « المجلة » ، ضاق مجال تطبيق هذه الاخيرة بقدره . وأخذ هذا المجال يضيق ويضيق ، حتى كاد اليوم يقارب العدم .

١٠ — وأهم التشريعات الحديثة التي صدرت في دولة الكويت ، في مجال تنظيم المال ، هو بلا منازع قانون التجارة الصادر في سنة ١٩٦١ ،

وهو القانون رقم ٢ لسنة ١٩٦١ باصدار قانون التجارة ، والصادر في ٣ يناير سنة ١٩٦١ (الموافق ١٦ رجب سنة ١٣٨٠ هـ) .

واهم ما تتميز به مدونة قانون التجارة الكويتي انها جمعت بين دفتيها احكاما لنظرية الالتزام . وهو وضع فريد تختلف به عن المدونات التجارية في بلاد الدنيا الاخرى كافة . فالعادة قد جرت على أن توضع احكام نظرية الالتزام في مدونة القانون المدني ، باعتبار أن القانون المدني يمثل الشريعة الام او الشريعة الغالبة بالنسبة الى فروع القانون الاخرى . وهذا هو الشأن في القانون الفرنسي والاطالي والالمني والاسباني والمصري والعراقي والسوري والليبي وغيرها . وان كانت بعض البلاد تخص نظرية الالتزام بمدونة خاصة بها ، كما هي الحال بالنسبة الى سويسرا (علما بأن مدونة الالتزامات السويسرية ، بعد صدورها مستقلة في سنة ١٨٨١ ، ادخلت في سنة ١٩١١ في مدونة القانون المدني السويسري ، لتحل منه الكتاب الخامس ، ولكنها احتفظت مع ذلك بذاتيها وبالترتيب العددي للمواد الخاص بها) ، او تجعلها مع العقود المختلفة في مدونة واحدة ، كما هو الشذن في مدونة الالتزامات والعقود المغربية والتونسية ، الا انه لا يوجد ، على حد علمنا ، بلد ، غير الكويت ، يضع احكام نظرية الالتزام في مدونة قانون التجارة .

بيد أن وضع مدونة الالتزامات في مدونة قانون التجارة الكويتي ، وان ظهر غريبا بمقياس ما يحصل في البلاد الاخرى المختلفة ، الا انه تمثل امرا حتميا لم يكن عنه غناء . فمدونة قانون التجارة الكويتي تجمع بين دفتيها ، لتنظيم المعاملات التجارية ، احكاما مستقاة من القوانين العصرية ، ومتماشية مع ما وصلت اليه الكويت من اساليب الحضارة وازدهار التجارة . ولا بد لهذه الاحكام من أسس تقوم عليها . وهي الاساس التي تتضمنها نظرية الالتزامات . وما دام قد رؤي ان تحكم المعاملات التجارية ، في تفاصيلها ، بقواعد مستمدة من القوانين العصرية ، فلا بد أن تخضع هذه المعاملات ، بالنسبة الى الاسس التي تقوم عليها ، أي بالنسبة الى نظرية الالتزامات ، لقواعد مستمدة ، هي أيضا ، من القوانين العصرية . واذا لم يكن ، في دولة الكويت ، قانون مدني معاصر يشتمل على نظرية للالتزامات ، فلم يكن ثمة مفر من أن توضع تلك النظرية في مدونة قانون التجارة . والقول بغير ذلك كان من شأنه ان يؤدي الى نتيجة غير مقبولة ، وهي خضوع احكام التجارة العصرية الى أسس تستمد من المجلة . وهي أسس ، اذا صرفنا النظر

عن صعوبة استخلاصها ، بسبب عدم التجاء المجلة الى التأصيل ، فهي على اية حال تتسم بطابع خاص متميز ، لا يمكن له أن يتسق مع احكام عصرية مستقاة بطريق مباشر أو غير مباشر من القوانين الاوروبية . وقد اشارت المذكرة الايضاحية لقانون التجارة ، والتي تحمل اسم « مذكرة بالخطوط الرئيسية لقانون التجارة » الى السبب الذي أدى بقانون التجارة الى أن يتضمن احكاما لنظرية الالتزامات بما لا يخرج عما ذكرناه آنفا . وهي في ذلك تقول : « والكتاب الثاني في الالتزامات بوجه عام .. قد استحدث في قانون التجارة الكويتي . فقوانين التجارة في العادة لا تشتمل على هذا الكتاب . كما لم يشر قانون التجارة الى القانون المدني يكمل نصوصه وأغفله عمدا ، ذلك أن المجلة وهي القانون المدني للكويت تقوم نصوصها على احكام الشريعة الاسلامية في المذهب الحنفي ، فلا يستطيع قانون التجارة أن يحيل الى المجلة يكمل بها نصوصه . فيتعين إذن أن ينقل الى قانون التجارة كتاب خاص في الالتزامات ، فاذا اشار قانون التجارة الى التضامن مثلا أو الى التقادم أو الى التعويض أو الى ابطال العقد .. أمكن الرجوع في كل ذلك الى نصوص نظرية الالتزامات في قانون التجارة ذاته .. » .

١١ - والى جانب مدونة قانون التجارة ، صدرت ، في دولة الكويت ، قوانين خاصة أخرى عديدة ، نذكر منها ، في مجال القانون المدني : قانون التسجيل العقاري الصادر بالمرسوم بقانون رقم ٥ لعام ١٩٥٩ ، وقانون التأمينات العينية الصادر برقم ٣٤ لسنة ١٩٦١ ، وقانون تنظيم الالتزامات الناشئة عن العمل غير المشروع الصادر برقم ٦ لسنة ١٩٦١ ، والمعدل بالقانون رقم ٤٢ لسنة ١٩٦٧ والصادر في ١١ نوفمبر سنة ١٩٦٧ ، ثم بالمرسوم بقانون رقم ٧٣ لسنة ١٩٧٦ الصادر في ١٢ أكتوبر سنة ١٩٧٦ ، وقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٧١ في شأن ايجار العقارات والامكن وتنظيم العلاقات بين المؤجرين والمستأجرين ، والمرسوم بقانون رقم ٩٢ لسنة ١٩٧٦ ببعض الاحكام الخاصة بالتصرف في العقارات ، والقانون رقم ٣٩ لسنة ١٩٧٦ بتنظيم ملكية الطوابق والشقق ، والقانون رقم ٤ لسنة ١٩٧٤ في شأن ادارة شؤون القصر .

المبحث الثاني

عيوب الوضع التشريعي في دولة الكويت

١٢ — عرضنا ، فيما سبق ، الوضع التشريعي الراهن في دولة الكويت ، في مجال المسائل الداخلة في رحاب القانون المدني . وهو يتركز في وجود مدونة تعتبر ، من الناحية النظرية ، مدونة القانون المدني ، ونعني بها مجلة الاحكام العدلية ، وان كانت هذه المدونة فرغت ، في واقع الامر ، من الجزء الاغلب من مضمونها ، بمقتضى القوانين الخاصة بالعديدة التي صدرت مؤخرا ، الى حد أن أصبح مجال تطبيقها بالغ الضيق .

١٣ — واذا أردنا أن نقوم هذا الوضع التشريعي ، تبين لنا أن ثمة امورا عديدة يمكن أن تؤخذ عليه . وسوف نجتريء هنا بعرض أهم ما يعن لنا في هذا الصدد . وذلك فيما يلي :

(١) عدم تقنين الاحكام العامة للقانون

١٤ — كل نظام قانوني ، في اي بلد من البلاد ، يستند بالضرورة الى احكام عامة يقوم عليها ، وتسري كأصل عام في شأن كل فروع القانون ، دون تخصيص . ومثال ذلك ما تعلق بمصادر القانون ، وتطبيقه في الزمان ، وثبوت الشخصية وانتهاؤها والخصائص التي تتميز بها لا سيما الاهلية والموطن ، وتقسيم الاشياء والاموال ، الى غير ذلك مما يتعلق بالامور العامة التي لا تختلف عادة بصدها فروع القانون المختلفة ، ايا ما كانت .

وتقنين مثل هذه الاحكام العامة امر جوهري لا غناء عنه . وقد جرت العادة ، في الدول المختلفة ، على أن تلك الاحكام تأخذ مكانها الرحب في مدونة القانون المدني ، باعتبار أن هذا القانون يتمثل الشريعة الام بالنسبة الى غيره من فروع القانون الاخرى ، لا سيما ما دخل من هذه الفروع في رحاب القانون الخاص . وقد فطن المشرع المصري لذلك ، فصدر مدونة القانون المدني بباب ، أطلق عليه « باب تمهيدي — احكام عامة » ، ضمنه الاسس العامة بالنسبة الى مصادر القانون ، واستعمال الحق ، وتطبيق القانون في الزمان والمكان ، والشخصية طبيعية كانت أو معنوية ، وتقسيم الاشياء والاموال . وحذت القوانين المدنية التي استوحت القانون المصري حذوه في ذلك ، كالقانون السوري والقانون الليبي والقانون العراقي ، وأخيرا القانون الاردني الذي تنفذ ابتداء من ١٩٧٧/١/١ .

ولكن القانون الكويتي لا يتضمن الاحكام العامة التي نحن بصدددها ، او على الاقل أغلبها . فلا يوجد فيه ، مثلا ، نص يبين مصادر القانون وترتيب تطبيقها وتحديد سريان التشريع في الزمان . كما انه لا يتضمن نصا يحدد لنا متى تثبت الشخصية الطبيعية للانسان ومتى تنتهي ، وما هي مقومات الشخصية الاعتبارية وأنواعها . وهو ايضا لا يحتوي على أي نص يتناول تقسيم الاشياء والاموال ، حتى ذاك التقسيم الاساسي الاولي وهو التقسيم الى عقار ومنقول .

وهذا الاغفال في التقنين ، بالنسبة الى الاحكام الاساسية العامة ، قد لا يكون له من الناحية العملية كبير ضرر في بعض الامور ، التي يمكن الوصول الى الحكم فيها على هدى المبادئ العامة المستقرة ، او تلك التي يمكن استخلاصها من تشريع قائم . فلا يمكن ، مثلا ، ان يثور أي خلاف بشأن اولوية التشريع في التطبيق بالنسبة الى غيره من مصادر القانون . ولا يمكن كذلك ان يثور خلاف في شأن عدم رجعية القانون على الماضي ، بعد ان تضمن الدستور نفسه هذا المبدأ في المادة ١٧٩ منه . ولا يمكن ايضا ان يثور خلاف ، في شأن الاعتراف بالشخصية المعنوية ، عامة ، كانت او خاصة ، بعد ان منحها المشرع بالفعل لبعض الكائنات الاجتماعية كالشركات التجارية باستثناء شركة المحاصة (المادة ٢ من قانون الشركات التجارية) ، ونقابات العمال (المادة ٦٩ من قانون العمل في القطاع الاهلي) ، وجمعيات النفع العام والنوادي (المادة ٢ من القانون رقم ١٩٦٢/٢٤) ، والجمعيات التعاونية (المادة ٢ من القانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٦٢) . في مثل هذه الامور ، قد لا يكون لاغفال تقنين الحكم الاساسي كبير ضرر . ولكن الحال يختلف تماما في صدد المسائل الاخرى ، او حتى في صدد نفس المسائل التي سبق لنا ذكرها ، اذا ما دخلنا في التفاصيل . ولا يتسع المقام ، بطبيعة الحال ، لتناول كل المسائل التي غفل المشرع عن تقنين ما يرتقى في حكمها الى القواعد القانونية الاساسية . ونجتزئ منها بمسالتين ، لعلهما اكثرها خطرا . فنتكلم أولا في اغفال تقنين مبدأ عام يحدد مصادر القانون ، ثم نعرض بعد ذلك لاغفال تقنين الاحكام التي يقوم عليها تقسيم الاشياء والاموال .

١٥ — اغفال تقنين مبدأ عام في تحديد مصادر القانون :

من المسلم ان التشريع هو المصدر الاساسي للقانون في دولة الكويت ، فما عساه ان يكون الحكم اذا غفل التشريع عن تنظيم أمر من الامور ؟

هل يطبق العرف أم تطبق المجلة أم يطبق الراجح في مذهب الامام مالك ، باعتبار ان هذا المذهب هو مذهب الدولة ، وهو من بعد المذهب الذي كان مطبقا من قبل في صدد جميع الامور .

لقد عمد قانون التجارة الى تقرير الحكم في هذه المسألة ، وان لم يأت حكمه خلوا من كل عيب (٢) . فهو قد بدا بالعقد ، باعتباره المصدر الاول الذي يستمد منه الحكم الذي يسري على التجار والاعمال التجارية ، باعتبار

(٢) يؤخذ على الترتيب الذي اورده قانون التجارة ، في صدد مصدر الحكم الواجب اتباعه في فض المنازعات المتعلقة بالتجارة والتجار ، أنه بدأ بالعقد . وهذا يتمثل ، بادئ ذي بدء ، عيبا شكليا . فما كان يسوغ أن يذكر العقد ، في مجال بيان مصادر القانون وترتيبها . ثم ان تطبيق احكام العقد ، فيما لا تخالف فيه القواعد القانونية الآمرة ، أي المتعلقة بالنظام العام ، حتى لو خالفت القواعد القانونية المقررة أو المفسرة ، أمر أصبح اليوم من بديهيات القانون الساذجة ، التي لا تحتاج الى تقنين . فضلا عن ذلك فقانون التجارة نفسه ، عاد وعرض لاهمية العقد ، في مكانها الطبيعي ، أي في نظرية الالتزامات ، حيث نص في المادة ١٤٦ ، على أن العقد شريعة المتعاقدين ، فوقع بذلك في تكرار كان في غنى عنه .

والبدء بذكر العقد ، كمصدر ملهم للحكم الواجب للاتباع ، لا يقف عند العيب الشكلي الذي يبناه . فقد ينعكس ايضا على الموضوع . فاذا كان العقد لا يقوم اذا خالف حكما قانونيا متعلقا بالنظام العام قائما عند ابرامه — والا فهو يبطّل أو ينتقص بقدر ما خالف النظام من احكامه على حسب الاحوال — فما عساه ان يكون الحكم اذا كان العقد صحيحا عند ابرامه ، أي معتبرا قانونا على حد عبارة المادة ٢ تجاري ، ثم صدر تشريع جديد يتضمن حكما آمرا متعلقا بالنظام العام ، هل تطبق هنا القاعدة العامة في مجال تطبيق القانون في الزمان ، ومؤداها أن القاعدة القانونية الآمرة تسري فور نفاذها ، حتى على العقود التي أبرمت قبل سريانها ، أم يمكن الحاجة بنص الماد ٢ تجاري للقول بسريان العقد على نحو ما أبرم عليه ، طالما أنه قام عندئذ صحيحا معتبرا ، سيما وأن القاعدة المسلمة ، في مجال تطبيق القانون في الزمان ، تقضي بأنه في تحديد ما اذا كان العقد صحيحا أم باطلا ، وبعبارة المادة ٢ تجاري ، في تحديد ما اذا كان العقد معتبرا قانونا أو غير معتبر ، يطبق القانون الذي أبرم العقد في ظله .

وبلاحظ أن المشرع لم يقع في العيب الذي لايس نص المادة ٢ من مدونة قانون التجارة في قانون الشركات التجارية الصادر برقم ١٥ لسنة ١٩٦٠ . فقد نصت المادة الاولى من هذا القانون على أن « الشركات التجارية ، ايا كان نوعها ، تخضع للقانون والعرف التجاري » . فهو لم يذكر العقد أصلا . بيد أن هذا النص قد وقع بدوره في عيب من نوع آخر . فهو قد يثير الشك حول ما اذا كان العرف يقع في نفس المرتبة مع القانون ،

أن العقد شريعة المتعاقدين (المادة ٢ تجاري كويتي) . ثم جاء يقرر بأنه إذا لم يوجد عقد ، أو وجد وسكت عن الحكم ، أو كان الحكم الوارد في العقد باطلا ، سرى التشريع (المادة ٣ تجاري) . فان لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه ، حكم القاضي بموجب العرف (المادة ١/٤) . فان لم يوجد عرف ، طبقت مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة (المادة ٢/٤) .

وإذا كان قانون التجارة قد عمد الى بيان المصادر التي يستقى منها الحكم القانوني الواجب الاتباع ، فليس هذا هو الحال بالنسبة الى اغلب التشريعات الأخرى . ولعل القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٧١ ، في شأن ايجار العقارات والاماكن وتنظيم العلاقات بين المؤجرين والمستأجرين هو التشريع الوحيد الذي رأيناه يضع حكما يبين ، في المسائل المدنية ، ترتيب المصادر القانونية التي يستقي منها الحكم الواجب الاتباع . فلقد جاءت المادة ٤ من هذا القانون تقضي بأنه : « إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه ، حكم القاضي بموجب أحكام مجلة الأحكام العدلية (٣) . فاذا لم يوجد نص في هذه الأحكام (٤) ، لجأ الى العرف . ويقدم العرف الخاص أو العرف المحلي على

أو بالأحرى التشريع (لان العرف أيضا قانون بالمعنى الواسع لهذا اللفظ) ، أم أنه يأتي بعده في المرتبة ، بحيث لا يطبق الا عند سكوتة على حكم النزاع . فهو قد قرن العرف بالقانون ، من غير أن يقرر ترتيبا بينهما . وقد جاءت المذكرة التفسيرية بعبارة يمكن أن يفهم منها أن العرف لا يطبق الا عند سكوت التشريع . فهي تقول « فالعرف التجاري مكمل ضروري للأحكام القانونية » .

(٣) في هذا الشطر الأول من النص ، يوجد عيب في الصياغة . فهو يقول انه « إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه ، حكم القاضي بموجب مجلة الأحكام العدلية » . وكان مجلة الأحكام العدلية ليست تشريعا . والحقيقة أنها كذلك . فما دام حاكم الكويت قد أصدر أمره في ٢٩ مايو سنة ١٩٢٨ بتطبيق أحكام المجلة في دولة الكويت ، تصديقا منه بذلك على قرار أصدره المجلس التشريعي القائم آنذاك ، فإن هذه المجلة تعتبر تشريعا كويتيا واجب التطبيق في غير ما نسخ من أحكامها بتشريعات لاحقة . إذ أن السلطة التشريعية كانت عندئذ متمثلة في الأمير والمجلس التشريعي . وواضح أن المشرع يقصد بقوله أنه إذا لم يوجد نص تشريعي ... تطبق أحكام المجلة ، أن هذه الأحكام تطبق عند عدم وجود نص في قانون ايجارات العقارات نفسه ولا في غيره من التشريعات الكويتية الحديثة .

(٤) في القول يانه : « فاذا لم يوجد نص في هذه الأحكام (أحكام المجلة) ، لجأ (القاضي) الى العرف ... » عيب في الصياغة أيضا . فكان ينبغي أن يقال : « فاذا لم يوجد نص في مجلة الأحكام العدلية ... » .

المعرف العام . فان لم يوجد عرف طبقت مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة » . فنحن لا نجد مثل هذا الحكم في قانون التأمينات العينية ، ولا في قانون التسجيل ، ولا في قانون العمل ، ولا في قانون تنظيم الالتزامات الناشئة عن العمل غير المشروع ، ولا في قانون تنظيم ملكية الطوابق والشقق ، وغيرها كثير .

وعند عدم التعرض في تشريع من التشريعات المدنية الحديثة ، للحكم الواجب الاتباع عندما يسكت هو عن بيانه ، فمن شأن ذلك أن يثور الجدل حول المصدر الذي ينبغي أن يستقى منه هذا الحكم . فهل يمكن بادية ذي بدء أن يستقى هذا الحكم من مدونة قانون التجارة ، فيما تضمنته من احكام لنظرية الالتزامات ، أو ما سمته هي « الالتزامات بوجه عام » ، اعتبارا بأن نظرية الالتزام تتمثل الاصل العام للقانون كله ، كما هو الشأن في الانظمة القانونية للدول الاخرى المختلفة ، وانها على هذا النحو لا تقف عند المنازعات المتعلقة بالتجارة والتجار ؟ .

واذا قيل بعدم جواز الالتجاء هنا الى نظرية الالتزامات الواردة في مدونة قانون التجارة ، أو تعذر ذلك بسبب كون الحكم خارجا عن نطاق هذه النظرية ، فما عساه أن يكون الحكم ؟ .

صحيح انه في مثل هذه الحالة ، يمكن القول في سهولة ، ويسر ، بضرورة الالتجاء الى مجلة الاحكام العدلية . وذلك ليس فقط قياسا على ما جاءت به المادة ٤ من قانون ايجار العقارات والامكن ، ولكن أيضا لانه من المسلم أن مجلة الاحكام العدلية لا زالت تتمثل ، في دولة الكويت ، الشريعة الام ، بالنسبة الى المسائل المالية الداخلة في رحاب القانون المدني ، على الاقل . ولكن ماذا ينبغي أن نفعل ، اذا سكنت المجلة بدورها عن حكم النزاع ؟ بل وقبل ذلك ، يحق لنا أن نتساءل : متى تعتبر المجلة أنها قد سكنت عن حكم النزاع ؟ اتعتبر انها فعلت ذلك مجرد أن نصا من نصوصها لا يتضمن الحكم ، أم انه يلزم تكملة نقص النصوص الواردة فيها على هدى الفقه الحنفي ، باعتبار انه يتمثل مصدرها التاريخي ؟

انه من المسلم الآن ، في الفكر القانوني المعاصر ، أن التشريع لا يعتبر ساكنا لمجرد أن الحكم يتعذر استخلاصه بطريق صريح ومباشر من نصوصه . وانما يلزم بعد ذلك أن نحاول استخلاص الحكم من روح هذا التشريع ومبادئه العامة ، مهتدين بالقياس وبالمصدر التاريخي وبغاية التشريع

وحكمته ، الى غير ذلك كله من ادوات التفسير المعروفة . فالحكم لا يكون فقط بالتشريع نفسه ، وانما يكون أيضا على امتداده . فامتداد التشريع هو من التشريع ذاته . فهل يحق لنا أن ننزل على نصوص المجلة هذا المبدأ المستقر الثابت في الفكر القانوني المعاصر ، أم أننا لا نستطيع ذلك ؟ .

ولكي نقرب هذه الفكرة من الازدهان ، نأتي بمثال يتردد حوله الرأي بالفعل . ان تحديد سن التمييز لدى الصغير أمر من الاهمية بمكان ، سواء في ظل القانون المعاصر ، أم اعمالا للفقهاء الاسلامي . فالحق الذي يبرمه عديم التمييز باطل هنا وهناك . أما بعد بلوغ سن التمييز ، الى بلوغ سن الرشد ، فالحق قابل للإبطال في القانون المعاصر (وقانون التجارة الكويتي يسير في فلكه) ، وموقوف على اجازة من له الولاية على ماله أو اجازته هو بعد بلوغه سن الرشد ، في ظل الفقه الاسلامي ، الحنفي والمالكي منه على الأقل (٥) . فما هو سن التمييز ، في دولة الكويت ؟ ان التشريعات الحديثة في ذلك كلها ساكتة ، بما فيها قانون التجارة . فان لجأنا الى « المجلة » كما ينبغي أن نفعل في المسائل المالية المدنية ونحوها ، وجدنا أنها لا تحدد للتمييز سنا معينة ، مكتفية بقولها ، في المادة ٩٤٣ منها ، بأن : « الصبي غير المميز هو الذي لا يفهم البيع والشراء ، يعني من لا يعرف أن البيع سالب للملكية ، والشراء جالب لها ، ولا يفرق بين الغبن الفاحش الظاهر كالتهريب في العشرة خمسة ، وبين الغبن اليسير . ويقال للذي يميز ذلك : صبي مميز » . فهل نأخذ من هذا النص أن المجلة سكنت عن تحديد سن معينة للوصول الى مرحلة التمييز ، الأمر الذي قد يدعونا الى البحث عن تحديد تلك السن وفقا للمذهب المالكي ، بالنسبة لاهل السنة ، ووفقا لمذهب الامامية الاثني عشرية بالنسبة للجعفرين ، سيما وأن الاهلية تعتبر من مسائل الأحوال الشخصية التي تحكم في دولة الكويت ، بالنسبة الى المسلمين على الأقل ، وفقا لأحكام هذا المذهب أو ذاك على حسب الأحوال ؟ أم أننا نقول انه ما دامت « المجلة » قد عرضت للصبي غير المميز ، محددة حالته بوجه عام ، من غير أن تذكر تحديدا لسنة ، فانه يلجأ الى هذا التحديد على نحو ما يقول به المذهب الحنفي ، اعتبارا بأن « المجلة » ليست الا تقنيننا له ، وأنه على أية حال مصدرها التاريخي ، الذي استمدت منه

(٥) فكرة العقد الموقوف قائمة في الفقه الحنفي والمالكي . أما الشافعية والحنابلة فهم لا يقولون بها .

أحكامها (٦) ؟ وبهذا يمكننا أن نصل إلى أن سن التمييز ، في دولة الكويت ، يتحدد ببلوغ الصبي السابعة من عمره . إذ أن هذا التحديد هو الذي يرجع عند الحنفية . وسندهم في ذلك قوله ، صلوات الله عليه ، « مروا أولادكم بالصلاة وهم أبناء سبع » .

الم نكن في حاجة إلى مايفيننا مؤونة مثل هذا الجدل العنيف ، بتقنين مبدأ عام يحدد لنا المصادر الرسمية للقانون ، على الترتيب الذي يراه المشرع ، ليسري ، كأصل عام ، على كل نواحي القانون ؟ الم نكن في حاجة إلى حكم عام يشابه في غايته ، وإن لم يتفق معه بالضرورة في مضمونه ، ذاك الذي تقرره المواد ٣٥٢ و٣٥٣ من مدونة قانون التجارة ، ليسري كأصل عام ، على كل نواحي القانون ، ولا يقف عند حدود المنازعات المتعلقة بالتجارة والتجار ؟ اليس مما يتنافى مع فن صياغة التشريع ككل ، أن نحدد مصادر القانون وترتيبها في ناحية معينة من نواحي القانون ، ثم نسكت عن ذلك في نواحيه الأخرى ؟

والأمر لا يقف عند هذا الحد ، على جسيم خطره . فمن شأن الوضع التشريعي الراهن ، في دولة الكويت ، أن تختلف مصادر القانون باختلاف نوعية المسائل التي تثور بصدها المنازعات ، الأمر الذي يؤدي بالضرورة إلى اختلاف القانون ذاته . ففي المواد التجارية ، إذا لم يوجد في العقد حكم للنزاع ، كان على القاضي وفقا للمادة ٣ ، ٤ من مدونة قانون التجارة ، أن يطبق النصوص التشريعية الواردة في ذلك القانون والقوانين الأخرى . فإن لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه ، حكم القاضي بموجب العرف . فإن لم يوجد عرف ، طبقت مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة . وقد يفهم مما جاءت به المادتان ٣ و ٤ من القانون التجاري أن أحكام المجلة لا تطبق ، في المواد التجارية ، عند عدم وجود الحكم في نص من نصوص

(٦) ولهذا التساؤل أهمية عملية كبرى ، فقد اختلف فقهاء الشرع الإسلامي حول تحديد سن التمييز اختلافا كبيرا . ويظهر هذا الخلاف ، على وجه الخصوص بين المذهبين الحنفي والمالكي . فالراجح عند الحنفية ، أن سن التمييز يتحدد بسبع سنوات . وحينئذ في ذلك قوله صلوات الله عليه : « مروا أولادكم بالصلاة وهم أبناء سبع » . أما المالكية ، فالتقول عندهم أن سن التمييز يتأخر إلى الثانية عشرة من عمر الصبي . وقد قننت مدونة الأحوال الشخصية المغربية هذا الحكم في المادة ١٣٨ منا . إذ أنه ، في المغرب ، يسود المذهب المالكي .

مدونة القاتون التجاري أو غيره من القوانين الحديثة (٧) . بل على القاضي أن ينتقل حينئذ مباشرة الى العرف ، ثم الى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة . أما في المواد المالية المدنية ، فلا جدال أن المجلة تطبق اما مباشرة (عند عدم وجود تشريع حديث للنظام الذي يدخل النزاع في رحابه ، ووجود حكم هذا النزاع في المجلة) ، وأما في المرتبة الثانية وكمصدر احتياطي (إذا كان النزاع يدخل في رحاب نظام قانوني يحكمه تشريع حديث ، من غير أن يجد له حكما في هذا التشريع ، ووجده في المجلة) . وهكذا نجد أن مصادر القانون تختلف حتى في نطاق المسائل ذات الصبغة العامة الواحدة ، ونعني بها الصبغة المالية ، وذلك باختلاف ما اذا كانت المسائل المالية مدنية أو تجارية .

وإذا كان الخلاف قائما ، في صدد مصادر القانون ، في مجال المسائل المالية ، باختلاف الصفة المدنية أو التجارية ، على نحو ما بيناه ، فإن الخلاف أكبر بين المسائل المالية بوجه عام وبين مسائل الأحوال الشخصية . ففي مسائل الأحوال الشخصية ، يطبق القاضي التشريع ، ان وجد . فان لم يجد القاضي ، للنزاع المعروض عليه ، حكما في التشريع ، فانه يطبق الرأي الراجح في المذهب المالكي بالنسبة لاهل السنة ، أو المذهب الجعفري على اهل الشيعة .

وهكذا نجد أن الفقه الاسلامي ، كمصدر احتياطي للتشريع ، يختلف في المذهب الواجب اتباعه لاستخلاص الاحكام على هديه ، حتى في المجال الواحد ، وهو مجال الأحوال الشخصية . ثم هو بعد ذلك يختلف في المسائل المالية المدنية ، حيث تتبع ، في صده ، مجلة الاحكام العدلية . وهي ، كما نعلم ، تقنين لبعض احكام الفقه الاسلامي على المذهب الحنفي . وبهذه

(٧) وذلك ما لم تفسر عبارة « القوانين الاخرى » الواردة في المادة ٣ تجارى على انها تشمل « المجلة » اعتبارا بانها هي ايضا تمثل قانونا . وان كان مثل هذا التفسير يبدو لنا غير متفق مع قصد المشرع . إذ أن المشرع ، لو كان يقصد تطبيق « المجلة » عند عدم وجود نص في مدونة قانون التجارة ، لصرح بذلك ، كما فعل في تاريخ لاحق ، عند اصدار القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٧١ ، في شأن ايجار المقارات والاماكن وتنظيم العلاقات بين المجرين والمستأجرين ، حيث نصت المادة الرابعة من هذا القانون على أنه : « اذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكم القاضي بموجب احكام مجلة الاحكام العدلية » . ثم ان عبارة « القوانين الاخرى » تفيد في أغلب الظن ، التشريعات التي تحمل اسم قانون أو مرسوم بقانون ، أي التشريعات الحديثة . فالمجلة لا تحمل اسم « قانون » .

الصورة ، نصل الى أن الخلاف ، في دولة الكويت ، يقع ، حتى في مجال الأخذ بالفقه الاسلامي ، باختلاف المذهب الذي يتبع لاستخلاص الحكم الواجب التطبيق . فتارة يطبق المذهب الحنفي (في المواد المالية المدنية) ، وطورا يطبق المذهب المالكي (في مسائل الأحوال الشخصية بالنسبة لاهل السنة) . وفي وقت ثالث ، يطبق المذهب الجعفري (في مسائل الأحوال الشخصية المتعلقة بالجعفرين) . وهذا وضع يتطلب حقيقة إعادة النظر فيه .

نخلص من كل هذا الى أن مصادر القانون ، في دولة الكويت ، ليست دائما واضحة كل الوضوح ، وأنه يمكن للجدل أن يثور بصدها ، في بعض الأحوال . ثم ان هذه المصادر تختلف ، باختلاف نوعية المسألة القانونية المعروضة على القاضي والتي تتطلب صدور حكمه فيها .

وهكذا فالقانون الواجب التطبيق يتمثل ، في بعض الأحيان ، اما غير واضح ، واما مختلفا . وكلا الأمرين خطير ، بل جد خطير . ولعل الاوان قد آن لتطهير الوضع التشريعي الكويتي الراهن من هذا العيب المزيج الفادح الجسيم . ويكون ذلك عن طريق تقنين حكم عام يحدد لنا مصادر القانون ، والترتيب الذي يراعي في اتخاذها ينبوعا يستقي منه القاضي الحكم الواجب الاتباع ، ويكون من شأنه ان يسري على كل نواحي القانون ، ما لم تقتض طبيعة المسألة المطلوب الحكم فيها معاملة خاصة (٨) .

١٦ - اغفال تقنين الاحكام التي يقوم عليها

تقسيم الأشياء والأموال على نحو معاصر :

تناولنا ، فيما سبق ، العيب الذي يعتري الوضع التشريعي الراهن ، في دولة الكويت ، والناجم عن عدم تقنين حكم عام لمصادر القانون . وثمة عيب أساسي آخر يشوب هذا الوضع التشريعي ، وان كان ، على خطورته في ذاته ، اقل أهمية بكثير من سلفه . وهذا العيب الحديث يتمثل في عدم تقنين الاحكام التي يقوم عليها تقسيم الأشياء والأموال على نحو معاصر ،

(٨) وهذا ، على وجه الخصوص ، هو الشأن بالنسبة الى المسائل الجنائية ، حيث لا يعمل ، في صدد الجريمة والعقوبة الا بمصدر واحد للقانون ، وهو التشريع . فان سكت التشريع عن التجريم والعقاب ، تحتيت البراءة ، وما ساء للقاضي الانتقال من التشريع لمصدر آخر ايا ما كان ، فيستقي منه العقوبة التي يوقعها على المتهم . فلا جريمة ولا عقوبة الا بناء على نص .

لا سيما ذاك التقسيم الجوهري الذي يجد له اثره في كل نواحي القانون تقريبا ، ونعني به التقسيم الى عقار ومنقول .

فبرغم الاهمية القصوى ، في مجال تطبيق القانون المدني والقانون التجاري والقانون الدولي الخاص ، بل وغيرها من فروع القانون الأخرى ، لتقسيم الأشياء والأموال الى عقار ومنقول ، فاننا لا نجد أحكاما مقننة على نحو حديث ، يتفق وروح العصر الذي نعيش فيه ، تبين لنا متى يعتبر الشيء أو المال من هذا الصنف أو من ذاك . حتى قانون التسجيل العقاري نفسه جاء خلوا من تحديد المقصود بالعقار (٩) . ومن غير المقبول أن يقوم نظام قانوني بغير هذا التحديد الأساسي للمنقول والعقار . بل لعلنا لا نعرف نظاما قانونيا معاصرا قد غفل عن هذا التحديد .

صحيح أن « المجلة » قد عرضت لتقسيم الأشياء الى منقول وعقار . فجاءت ، في المادة ١٢٨ منها ، تعرف المنقول بأنه : « الشيء الذي يمكن نقله من محل الى آخر ، كالنقود والعروض والحيوانات والمكيلات والموزونات » . ثم جاءت ، في المادة ١٢٩ منها ، تعرف العقار ، بقولها انه : « ما لا يمكن نقله من محل الى آخر ، كالدار والأراضي » . ولكن مثل هذا التحديد للمنقول والعقار ، قد تجاوزه الزمن . فهو مقصور على الأشياء المادية ، من غير أن يشمل الحقوق ، التي يطلق عليها الأموال المعنوية ، كالديون والأسهم والسندات وحق الانتفاع وحق الارتفاق وحق الرهن بنوعيه وحق الامتياز . فأي مكان هذه الحقوق من التقسيم الى عقار ومنقول . ان المجلة لا تسعفنا بالحكم الواجب الاتباع .

ان فكرة التقسيم الى منقول وعقار قد تطورت ، في الفكر القانوني المعاصر ، تطورا كبيرا . فقد امتد هذا التقسيم الى الحقوق المالية ، برغم انها تتمثل أمورا معنوية لا يدركها الإنسان الا بالفكر والتخيل ، بعد أن

(٩) وكان يمكن لهذا القانون ان يعرض لتحديد المقصود بالعقار ، وبمفهوم المخالفة نصل من خلال ذلك الى تحديد المنقول بدوره . فهو قد عرض لأمور لا تتعلق بالتسجيل ، كحق غير الكويتي في تملك العقار (المادة ٥) ، وكتحديد سن الرشد (المادة ٣٦) وبعض قواعد الاهلية (المادة ٣٣) ، وأحكام الولاية على مال الصغير (المواد ٣٤ و ٣٥ و ٣٧ و ٣٨ و ٣٩) ، وتعيين قيم على المحجورين (المادة ٤٠) والنائب عن الغائب (المادة ٤١) ، والتعاقد بالوكالة (المادة ٤٦ وما بعدها) ، وكان يمكن لهذا القانون ، الذي يستحطنا على أن نطلق عليه « سلطة » تشريعية ، أن يحدد أيضا متى يعتبر الشيء أو المال عقارا ، بل أن مثل هذا التحديد كان أولى من غيره من كثير من الأمور التي عرض لها .

كان ، في ظل الفقه الاسلامي ، مقصورا على الاشياء المادية وحدها . ثم ان الفكر القانوني المعاصر عرف نوعا جديدا من العقار لم يقل به فقهاء المسلمين ، وهو العقار بالتخصيص ، كما عرف نوعا جديدا من المنقول ، هو المنقول بحسب المال أو المصير . واذا لم يكن من العسير ان نحدد ، على هدى احكام المجلة ، طبيعة الاشياء التقليدية كالارض والبناء والحيوانات والعروض ، اعقارات هي أم منقولات ، فان الأمر يختلف بالنسبة الى الحقوق ، كالديون والأسهم والسندات . ثم يحق لنا ان نتساءل عما اذا كان القانون الكويتي يأخذ بنظام العقارات بالتخصيص أو بنظام المنقول بحسب المال ، على نحو ما يقضي به القانون المعاصر ، أم انه لا يأخذ بهما ، تمشيا مع ما يسير عليه الفقه الاسلامي ، واذا كان يأخذ بهذين النظامين أو بأحدهما ، فالى أي مدى ، وعلى أي أساس ، وتحت أي شروط .

والعجيب في الأمر ، ان المشرع الكويتي ، وان كان لم يعرض لنظام العقار بالتخصيص ، مثلا ، بالتنظيم ، من حيث شروط اعماله واثره ، الا انه يجيء ، في بعض الاحيان ، ويتكلم عنه كما لو كان امرا مسلما . وهذا ما حدث منه في قانون التأمينات العينية الصادرة برقم ٣٤ لسنة ١٩٦١ ، حيث جاء ، في المادة ٩ من هذا القانون ، يقول ان الرهن الرسمي يشمل ، الى جانب العقار المرهون ، ملحقاته التي تعتبر عقارا ، ثم يذكر ، من هذه الملحقات ، العقارات بالتخصيص .

وذكر العقارات بالتخصيص هنا قد يثير بعض الصعوبات . فأول سؤال يطرح نفسه علينا هو تحديد الشروط التي يكسب بها المنقول وصف العقار بالتخصيص . ان المشرع الكويتي لم يتناول نظام العقارات بالتخصيص في اطار نظرية عامة يضمنها شروط اعماله واثره . فكيف نحدد هذه الشروط ؟ صحيح انه يمكن القول هنا بالرجوع الى القانون المصري ، اعتبارا بأنه المصدر التاريخي الذي استقى منه المشرع الكويتي احكام قانون التأمينات العينية . ولكن ليس من الأصلح ان يتناول المشرع الكويتي نفسه تنظيم هذا الأمر . ثم — وهذه هي النقطة الأهم — قد يثور تساؤل آخر ، بل ينبغي ان يثور . وهو هل يقتصر المشرع الكويتي على الأخذ بنظام العقارات بالتخصيص في الحالة التي ذكرها بالذات ، وهي حالة الرهن الرسمي ، والرهن الحيازي (راجع المادة ٦٣ من قانون التأمينات العينية) أم انه يأخذ به كنظام شامل الأثر يسري على غير الرهن الرسمي من التصرفات كالبيع والهبة ، والوصية وغيرها ؟

١٧ — تناولنا ، فيما سبق ، اغفال المشرع الكويتي تقنين الاحكام المتعلقة بمصادر القانون على نحو عام شامل ، واغفاله تقنين الاحكام التي يقوم عليها تقسيم الاشياء والاموال على نحو حديث ، وعلى الاخص تقسيمها الى عقار ومنقول . وليس هذان الامران الا مظهرين للعيب الفادح الجسيم الذي يشوب الوضع التشريعي الكويتي ، والذي يتمثل في عدم تقنين الاحكام الاساسية التي تسود كل نواحي القانون وان كانا اهمها . فغيرهما كثير . منها ، على سبيل المثال لا الحصر ، اغفال تقنين القواعد التي تحكم الشخصية من حيث بدنها وانتائها ، ومقومات الشخصية المعنوية وانواعها ، واغفال قواعد ترسي نظرية متكاملة لتحديد سريان القانون في الزمان ، وقواعد ترسي نظرية متكاملة للاهلية وللموطن .

١٨ — عدم كفاية القواعد الفقهية الواردة في المجلة :

عرضنا ، فيما تقدم ، للعيب الذي يشوب الوضع التشريعي الكويتي ، المتمثل في عدم تقنين الاحكام الاساسية التي من شأنها ان تسود كل نواحي القانون .

وغني عن البيان ان هذا العيب لا يتغطى بما اوردته (المجلة) من مبادئ عامة ، تحت عنوان « في بيان القواعد الفقهية » ، حتى في النواحي التي يمكن للمجلة ان تسري فيها . فهذه المبادئ العامة ، التي تضمنتها « المجلة » ، في المادة الثانية منها الى المادة المائة ، لا تعدو ان تكون — كما يدل عليها العنوان نفسه التي جاءت تحته — مجرد اصول فقهية ، وليس مكانها ، في الحقيقة ، هو مدونات القانون ، وانما مكانها هو بين دفات كتب الفقهاء (١٠) .

وليس ادل على ذلك من ان نعرض بعض النصوص التي اوردتها المجلة في هذا الصدد . فهي تقول: الامور بمقاصدها (المادة ٢) والعبارة في العتود للمقاصد والمعاني وليست للألفاظ والمباني (المادة ٣) ، واليقين لا يزول بالشك (المادة ٤) والاصل بقاء ما كان على ما كان (المادة ٥) ، والقديم يترك على قدمه (المادة ٦) والاصل براءة الذمة (المادة ٨) والاصل في الكلام الحقيقة (المادة ١٢) ، ولا عبارة بالدلالة في مقابلة التصريح

(١٠) وقد سبق بالفعل لهذه القواعد ان جمعها الفقيه الحنفي الكبير ابن نجيم ومن سلك مسلكه من الفقهاء الآخرين ، رحمهم الله اجمعين ، وعندهم اخذتها المجلة .

(المادة ١٣) ، ولا مانع للاجتهاد في مورد النص (المادة ١٤) ، والمشتقة تجلب التيسير (المادة ١٧) ، والأمر إذا ضاق اتسع (المادة ١٨) ، والضرر يزال (المادة ٢٠) ، والضرورات تبيح المحظورات (المادة ٢١) ، الى غير ذلك كله من القواعد التي لا ينبغي أن ترد في نصوص تشريع ، لأنها اقرب الى الحكم والشعارات منها الى احكام القانون . وأكثر ما يمكن لها هو أن ترد في المذكرة التفسيرية للقانون ، كل منها في موضعها من انظمتها . بل أن هذه القواعد ، لو أخذت على اطلاقها ، لكانت خداعة وجرتنا الى الزلل (١١) . فالقاعدة التي تقول ، مثلا : « الضرر يزال » ، لو أنها طبقت من غير قيود ولا شروط ، لأدت بنا الى الوقوع في الخطأ . فليس كل ضرر نوقعه بغيرنا يجبر ، أو بعبارة الفقه الاسلامي ، يستوجب الضمان . وانما الضرر الذي يجبر ، أو بعبارة المجلة ، الضرر الذي يزال ، هو ذاك الذي يقع في حالات معينة وبشروط خاصة ، حددها الفقه الاسلامي نفسه .

ومما يلفت النظر أن القانون الكويتي ، جريا وراء القانون العراقي ، لم يخل من تضمن بعض تلك القواعد الفقهية ، والتي تتمثل بمبادئ وشعارات أكثر منها احكاما قانونية ، وذلك في مدونة قانون التجارة نفسها ، برغم أنها ، في مجموعها ، مدونة رفيعة المستوى من حيث صناعة التشريع وفننه . فقد جاءت هذه المدونة ، في مجال تفسير العقود ، تقول : « العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني — على أن الأصل في الكلام الحقيقة . أما إذا تعذرت الحقيقة ، فيصير الى المجاز . وتترك الحقيقة بدلالة العادة (المادة ١٥٤ تجاري) . وجاء فيها : « لا عبرة بالدلالة في مقابلة التصريح (المادة ١٥٥) » ، و « أعمال الكلام أولى من أهماله . لكن إذا تعذر أعمال الكلام يهمل » ، وجاء في مدونة التجارة كذلك : « المعروف عرفا كالمشروط شرطا ، والتعيين بالعرف كالتعيين بالنص — والمعروف بين التجار كالمشروط بينهم والممتنع عادة كالممتنع حقيقة (المادة ١٥٨) » . ونصت المجلة أيضا على أن : « العادة محكمة عامة كانت أو خاصة — واستعمال الناس حجة يجب

(١١) وقد حرص نفس أعضاء اللجنة التي وكل إليها أمر وضع نصوص المجلة ، أن يبينوا الخطورة التي قد تترتب على تطبيق تلك القواعد على سبيل الإطلاق ، وأن يحذروا منه ، وذلك في التقرير الذي رفعوه الى الصدر الأعظم . فقد جاء في هذا التقرير (وهو مرفق بالمجلة كتقديم لها) ما يأتي : « ... فحكم الشرع ، ما لم يقفوا على نص صريح لا يحكمون بمجرد الاستناد الى واحدة من هذه القواعد ، إلا أن لها فائدة كلية في ضبط المسائل... » .

العمل بها (المادة ١٥٨) . انما تعتبر العادة اذا اطردت او غلبت ، والعبرة للغالب الشائع ، لا للنادر » . وكما كان اولى بالمشرع ان يترك مثل هذه القواعد الاصولية ، لتجد مكانها في كتب الفقهاء ، وهم بصدد شرح القانون وبيان احكامه . وهي بالفعل قواعد وجدت مكانها في مؤلفات فقهاء المسلمين ، قبل ان نشق طريقها الى التقنين (١٢) .

(٢) عدم تضمن القانون الكويتي

نظرية عامة للالتزامات

١٩ — من بديهيات الفكر القانوني المعاصر ضرورة استناد القانون ، كل القانون ، الى نظرية عامة للالتزامات . فاذا كانت القواعد العامة التي تبين مصادر القانون وتحكم تطبيقه وتحدد مدى سريانه ، والقواعد العامة التي تنظم الحق وتحدد اركانه ومضمونه ، اذا كانت كل هذه القواعد القانونية العامة تتمثل الاساس الاول للقانون ، فنظرية الالتزامات تتمثل للقانون اساسه الثاني ، او خلفيته الثانية . واذا كنا قد بينا ، فيما سبق ، ان القانون الكويتي قد خلا من القواعد التي ترسي له اساسه الاول ، فما نحن اولا في سبيل ان نرى الان انه قد خلا ايضا من القواعد التي ترسي له اساسه الثاني ، وان كان ذلك على نحو غير كامل .

ولسنا هنا في صدد بيان اهمية نظرية الالتزامات ، في دنيا القانون بوجه عام . فهذا امر واضح ومعروف ، الى حد ان التطرق اليه يتمثل نافلة . وانما نذكر فقط ان اهمية نظرية الالتزامات لا تقتصر على القانون المدني والقانون التجاري ، وانما تتعداهما الى فروع القانون الخاص الاخرى ، كقانون العمل ، مثلا . بل انها تتجاوز فروع القانون الخاص ، الى فروع القانون العام ، لا سيما القانون الاداري .

واذا كانت لنظرية الالتزامات كل هذه الاهمية ، فما مدى حظ القانون الكويتي منها ؟ .

(١٢) يلاحظ ان القانون المدني الاردني ، برغم انه احدث مدونة للقانون في العالم كله (طبق ابتداء من ١٩٧٧/١/١ ، الا انه قد لجأ في بعض المواضع الى سرد قواعد فقهية مستقاة من المجلة ومن غيرها من كتب فقهاء المسلمين ، لا سيما في مجال تفسير العقود (راجع المواد من ٢١٣ الى ٢٢٨) ، وفي مجال تحديد نطاق استعمال الحق (راجع المواد من ٦١ الى ٦٥) .

لقد تضمنت مدونة قانون التجارة نظرية للالتزامات ، كما هو معروف .
ومن ثم فلا توجد ثمة مشكلة ، في هذا الخصوص ، في صدد المنازعات المتعلقة
بالتجارة والتجار . ولكن ما الحكم بالنسبة الى المنازعات غير التجارية ،
مدنية كانت أو غير مدنية ؟

ان العادة قد جرت ، في الفكر المعاصر ، كما هو معروف ، على أن
ترد احكام نظرية الالتزامات في مدونة القانون المدني ، ما لم ترد في مدونة
خاصة بها . وهذا الوضع أو ذاك يجعل من شأن احكام نظرية الالتزام أن
تسري على كل نواحي القانون . فالقانون المدني باعتبار أنه يمثل الشريعة
الام ، من الممكن لقواعده الاساسية ، وعلى رأسها احكام نظرية الالتزامات ،
أن تسري خارج نطاقه . ولكن الوضع يختلف في صدد القانون التجاري ،
باعتبار أنه يحكم مسائل ذات صبغة خاصة متميزة . وهكذا ، فوجود احكام
نظرية الالتزام في مدونة قانون التجارة الكويتي قد يشكك ، بمجرد ذاته ،
في سريتها خارج نطاقه ، حتى على المسائل المدنية . وعلى أية حال ، فالمادة
الاولى من هذه المدونة تقضي بأنه : « تسري احكام هذا القانون على التجار
وعلى جميع الاعمال التجارية التي يقوم بها أي شخص ولو كان غير تاجر » .
فهذه المادة ترسم لسريان مدونة القانون التجاري — واحكام نظرية الالتزام
من بينها — مجالا واضحا محددا ، وهو ذاك المتعلق بالتجار وبالاعمال
المعتبرة تجارية . وبمفهوم المخالفة ، يمكن أن يستخلص من هذه المادة أن
احكام نظرية الالتزامات لا تسري ، في دولة الكويت ، على العلاقات الاخرى
غير التجارية ، مدنية كانت أو غير مدنية . وهذا وضع تنفرد به دولة
الكويت ، ولا نعرف له مثيلا في غيرها من الدول . إذ أن العلاقات التجارية
تختلف فيها عن العلاقات المدنية ، بل وعن غيرها ، ليس فقط في الاحكام
الجزئية التفصيلية ، بل حتى في الاحكام الاساسية .

ونيت الامر قد وقف عند هذا الحد ، على غرابته . فعدم تطبيق
احكام نظرية الالتزامات خارج نطاق التجارة والتجار ، برغم ورودها في
مدونة القانون التجاري وحدها ، وبرغم ما قد يستنتج من حكم مؤيد بطريق
مفهوم المخالفة من نص المادة الاولى من تلك المدونة ، أن عدم تطبيق نظرية
الالتزامات خارج التجارة ، برغم هاتين الحجتين اللتين من شأنهما أن تعززاها ،
ليس بعيدا عن كل شك ، بل أن هذا الشك قد ثار بالفعل عند فقهاء القانون

الكويتي (١٣) وبين جدران المحاكم .

فمن وجه اول ، نجد أن مدونة قانون التجارة قد تضمنت نصوصا عديدة تحكم حالات معينة ليس لها أي صدى في مجال التجارة والتجارة ، أو ليس لها فيها الا تطبيقات نادرة ومحدودة ، في حين أن تطبيقها العادي المألوف خارجه . ونسوق من هذه النصوص ، على سبيل المثال لا الحصر ، المادة ٣٦١/٢ ، التي تقضي بأن اجرة المباني والاراضي الزراعية والمهايا والاجور والمعاشات تسقط بمضي خمس سنوات ، ومن أن الربيع المستحق في ذمة الحائز سيء النية والربيع الواجب على ناظر الوقف اداؤه للمستحق لا يسقطان الا بمضي ١٥ سنة ، والمادة ٣٦٢ التي تقضي بأنه تتقدم بخمس سنوات حقوق الاطباء والصيدلة والمحامين والمهندسين والخبراء والاساتذة والمعلمين ، اذا كانت واجبة لهم جزاء عما أدوه من عمل من أعمال مهنتهم وما تكبدوه من مصروفات في سبيله ، والمادة ٣٦٣ التي تنص على انه تتقدم بثلاث سنوات الضرائب والرسوم المستحقة للدولة وكذلك الحق في المطالبة برد الضرائب والرسوم التي دفعت بغير حق ، والمواد المتعلقة بمبدأ الاثراء بدون سبب والفضالة .

فالنصوص السابقة وامثالها تحكم حالات ، أكثر ما يمكن أن يقال عنها انها لا تجد لها ، في مجال التجارة ، الا تطبيقات تبلغ من الندرة حدا بحيث يتردد المرء في الجزم بأن يكون المشرع قد وضعها من أجلها وحدها .

صحيح أن ثمة احتمالا أن تكون هذه النصوص قد جاءت من المشرع غفلة منه أو سهوا ، بل أنه مما يدعم هذا الاحتمال ويقويه أن المشرع الكويتي نقل تلك النصوص وغيرها المتعلقة بنظرية الالتزام نقلا يكاد يكون حرفيا من القانون المدني المصري بطريق مباشر أو غير مباشر . ولكن هذا الاحتمال مهما كان قائما ، بل ومهما كان قويا وكبيرا ، الا انه لا ينهض ، في تقديرنا ، الى مرتبة اليقين ، كسند لحصر تطبيق النصوص التي نحن بصدددها في نطاق التجارة والتجار وحده . فمن شأن ذلك أن يجعل تطبيق هذه النصوص ، ان لم يكن عدما ، فهو يقارب العدم . ومن ثم يكون ايرادها في مدونة القانون التجاري عبثا أو يكاد . والمشرع يفترض فيه التنزه عن العبث . ثم ان القاعدة الاصولية التي يقضي بها الفقه الاسلامي وغيره من الشرائع قديمها وحديثها على حد سواء ، والتي تضمنتها المجلة بدورها (المادة ٦٠) ، بل

(١٣) راجع في ذلك : عبدالفتاح عبد الباقي ، مصادر الالتزام في قانون التجارة الكويتي مقارنا بالفقه الاسلامي واحكام المجلة — نظرية العقد ، نبذة ١٤ .

الضمنية ، اعتبارا بأنه ، باستمداده اياها من الفكر القانوني المعاصر ، متمثلا في القانون المصري بوجه عام ، فهو يقصد بالضرورة ارساءها على أسس هي بدورها عصرية (١٤) . فليس من المعقول أن يستمد المشرع الكويتي أحكام تلك القوانين من مصادر عصرية ، ثم يقصد بعد ذلك ارساءها على قواعد تستخلص من « المجلة » ، وهي من بعد تقوم على نهج مختلف ومغاير الى حد كبير . ومما يعزز هذا الرأي أن المشرع يأخذ في القوانين الكويتية الحديثة ، بأنظمة عصرية لا يعرفها الفقه الاسلامي ، وليس لها أي صدى في المجلة ، كنظام التسجيل ونظام الرهن الرسمي . فهل يمكن لهذه الانظمة أن تستند الى أسس تستمد من فقه لا يعرفها ! فضلا عن هذا الاعتبار وذاك ، فقواعد التفسير قد تقودنا بذاتها الى تطبيق أحكام مماثلة لتلك التي تدخل في رحاب نظرية الالتزامات الواردة في قانون التجارة الكويتي . فعند غموض النصوص ، يحق لنا ، فيسبيل تفسيرها ، أن نرجع الى مصدرها التاريخي ، وهو ، بوجه عام ، القانون المصري . فاذا تكلم قانون التأمينات العينية ، مثلا ، عن ابطال العقد وفسخه ، وأردنا أن نحدد المقصود منها ، فأننا نجد

(١٤) جاء في المذكرة الإيضاحية لقانون إدارة شئون القصر ما يدعم وجهة النظر التي يمكن لها أن تقول بتطبيق نظرية الالتزامات على الانظمة التي أصدر المشرع الكويتي ، لحكمها ، قوانين حديثة مستمدة من القانون المعاصر . ففي تعليق هذه المذكرة على المادة ١٣ من القانون ، التي قضت ببطان تصرف الورثة المبالغين أو شركاء المتوفي عن القاصر في أموال التركة أو في المال المشترك ، قبل حصر أموال التركة من إدارة شئون القصر ، جاءت المذكرة التفسيرية ، في تعليقها على المادة السابقة ، تقول : ووضعت (المادة ١٣) على التصرف قبل الموعد جزاء ، وهو بطلان التصرف . ولا شك أن هذا البطلان بطلان نسبي مقرر لصالح القاصر ، ولا يستفيد أحد منه الا القاصر ، بمعنى أنه لا يجوز لغير القاصر أو وصيه التمسك ببطان التصرف الواقع خلال هذه المهلة » . فالمذكرة التفسيرية هنا ترى الجزاء في البطلان النسبي . وهو جزاء مستمد من نظرية الالتزامات المعاصرة ، وليس من المجلة ، حيث يتمثل الجزاء الذي تقرره ، في الحالة التي تشير اليها المذكرة الإيضاحية ، في وقوع التصرف موقوفا على إجازة من له الولاية على مال القاصر ، وليس في وقوع التصرف باطلا . ثم ان اصطلاح البطلان النسبي لا يعرفه الا القانون المعاصر . فلا تعرفه المجلة ، ولا حتى الفقه الاسلامي ككل .

ويلاحظ هنا أن نص المادة ١٣ ، والمذكرة الإيضاحية له ، جاءا مخطئين تماما ، من حيث التفاصيل القانوني السليم . فجزاء التصرف في الحالة التي نحن بصدها ، ليس هو البطلان ، في ظل القانون المعاصر ، مطلقا كان أم نسبيا وإنما هو في عدم سريان التصرف أصلا على القاصر ، ما لم يقره ، باعتبار أنه وارد ، في جزء منه ، على ماله ، أي باعتباره صادرا من صاحبه جزئيا في ملك غيره .

ان قواعد التفسير تسوغ لنا الرجوع الى القانون المدني المصري باعتباره المصدر التاريخي . وهذا ما يقودنا الى القول بأن المقصود بالابطال أو بالفسخ هو المضمون الذي يقضي به القانون المصري ، وهو بعينه ذاك الذي تتضمنه نظرية الالتزامات الواردة في قانون التجارة الكويتي ، سيما ان الفقه الاسلامي ، ومن بعده المجلة ، لا يعرفان نظام ابطال العقد ، ولا نظام فسخ العقد ، بضمونهما المعاصر (١٥) .

ومن ناحية أخرى ، فان القول بالرأي العكسي ، الذي — من شأنه الا تطبيق احكام نظرية الالتزامات ، الواردة في قانون التجارة الكويتي ، كأساس للتشريعات الحديثة ، هذا القول بدوره لا يعدم كل حجة . فله دعامة أساسية ، قد لا تخلو من القوة ، وهي تلك المتمثلة في المادة الاولى من مدونة القانون التجاري ، والتي تحدد سريان احكامها — ونظرية الالتزامات من بينها — في نطاق التجار والاعمال التجارية . ثم ان « المجلة » تتمثل ، على أية حال ، الشريعة الام في دولة الكويت . وفضلا عن هذا الامر وذاك ،

(١٥) فنظام العقد القابل للابطال (او الباطل بطلانا نسبيا ، كما يسمى في الفكر القانوني المعاصر التقليدي ، وان كانت تلك التسمية أقل دقة) ، باعتبار أنه يتناول عقدا قائما ومنجبا لآثاره ، ويجعله مهتدا بالزوال الى حين ، لمصلحة المتعاقدين ناقص الاهلية ، او ذاك الذي تعيب رضاه ، هذا النظام غير معروف في الفقه الاسلامي . ولا ينبغي أن يخلط بينه وبين العقد الفاسد الذي يقول به الفقه الحنفي . كما أنه لا ينبغي أيضا أن يخلط بينه وبين العقد الموقوف ، الذي يقول به الفقه الحنفي والفقه المالكي . فهذان النظامان الاسلاميان مختلفان في أساسهما وفي اثرهما عن نظام الابطال الذي يقول به القانون المعاصر .

وكما لا يعرف الفقه الاسلامي نظام ابطال العقد ، فهو لا يعرف أيضا نظام فسخ العقد ، بمفهومه المعاصر ، الذي يتمثل في كون الفسخ جزاء يقوم على ازالة العقد ، ويترك للمقاضي تقديره ، مع سلطة رحبة له فيه كاصل عام ، وذلك لمصلحة المتعاقدين الحريص على الوفاء بالتزاماته ، اضرارا بالمتعاقدين الآخر الذي يخل هو بالتزام من التزاماته ، ومن غير ضرورة لوجود شرط خاص في العقد يقضي بذلك . ففي ظل الفقه الاسلامي ، ومن ورائه المجلة ، نجد أن اخلال أحد المتعاقدين بالتزاماته لا يمنح للمتعاقد الآخر الخيار بين طلب تنفيذ هذا الالتزام جبرا ، وبين التحلل من العقد ، كما يقضي بذلك القانون المعاصر . انه يخل فقط لذاك المتعاقدين الحق في اجبار غريمه على الوفاء بالتزامه ، والا حق على هذا الآخر المضان . على ان الفقه الاسلامي ، وان لم يعرف نظام الفسخ كجزاء عام للاخلال بالالتزام ، يوضع زمام امره بين يدي القاضي ، الا انه جوز للمتعاقدين أن يتفقا فيما بينهما على زوال العقد ، اذا اخل أحد منهما بالتزاماته . وهذا ما يعرف بخيار النقد .

فالمادة ٤ من قانون ايجار العقارات والاماكن يمكن لها ان تتخذ هنا حجة ، وان كانت ، في الحقيقة غير قاطعة . فهذه المادة تقضي بأنه : « اذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه ، حكم القاضي بموجب أحكام مجلة الاحكام ومدونة القانون التجاري ذاتها (المادة ١٥٦) ، القاعدة هي ان أعمال الكلام أولى من اهماله .

هكذا نخلص الى انه يمكن للشك ان يثور حول مدى امكانية تطبيق بعض احكام نظرية الالتزامات خارج نطاق التجارة والتجار . ثم ان هناك شكاً من نوع آخر ممكن له ان يثور بدوره ، حول هذا الموضوع . وهو شك ذو اثر اكبر وأهم ، في حجمه وفي سنده على حد سواء . فهو يتعلق بتطبيق احكام نظرية الالتزام ككل ، وليس البعض القليل من احكامها فحسب .

فلقد اصدر المشرع الكويتي ، في تواريخ لاحقة لاصدار مدونة قانون التجارة ، قوانين خاصة عديدة مستقاة في مجموعها من القوانين العصرية ، وعلى الاخص القانون المصري . فلقد اصدر ، مثلاً ، قانون التأمينات العينية في ٢٨ ديسمبر ١٩٦١ ، وقانون العمل غير المشروع في ١٤ فبراير ١٩٦١ ، وقانون ايجار العقارات والاماكن في ٢٣ يونيو ١٩٧١ ، وقانون ادارة شئون القصر في ٢ ابريل ١٩٧٤ ، وغيرها كثير . ولا بد لهذه القوانين ان تستند الى اساس من احكام نظرية الالتزام . فاذا قال ، مثلاً ، قانون التأمينات العينية ان عقد الرهن الرسمي لا ينعقد (المادة ١/٣) ، او انه يقع باطلا (المادة ٢/٥) ، او اذا تقرر ابطال سند ملكية الراهن او فسخه (المادة ٦) ، فعلى أي اساس يتحدد عدم انعقاد العقد او بطلانه او ابطاله او فسخه ؟ أعلى اساس احكام نظرية الالتزامات الواردة في مدونة قانون التجارة ، ام على اساس آخر غيره ، ينبغي استخلاصه من مجلة الاحكام العدلية ، باعتبار انها تتمثل الشريعة الام ، في مجال المسائل المالية ، المدنية منها على الاقل ؟ واذا اتت المادة ١٣٤ من قانون ادارة شئون القصر ومنعت الورثة البالغين من التصرف في الاموال المشتركة بينهم وبين الورثة القصر الى حين تمام حصر هذه الاموال من ادارة شئون القصر ، فعلى أي اساس يتحدد جزاء مخالفة هذا الحظر ، أعلى اساس تحكمه نظرية الالتزامات الواردة في مدونة قانون التجارة ، ام على اساس آخر يستمد من المجلة ؟.

ان الانسان منا لا يملك ان يمنع الشك والتردد ، بل الحيرة ، من ان تتسلط على فكرة . فكل من القولين قد يجد ما يشفع له دعامة وسندا .

فالقول بتطبيق احكام نظرية الالتزامات الواردة في قانون التجارة ، كأساس للقوانين الكويتية الحديثة ، يمكن أن يستند الى ارادة المشرع العدلية » . فهذا النص — وهو وارد في تشريع حديث — يقضي بتطبيق (المجلة) ولا يشير الى تطبيق احكام نظرية الالتزام الواردة في قانون التجارة . وقد يقال بوجوب تطبيق حكم هذه المادة ، في صدد التشريعات الكويتية الحديثة الاخرى ، على سبيل القياس ، وعلى اعتبار انها تشف عن ارادة المشرع . ولكن هذه الحجة ليست قاطعة ، كما رأينا . ذلك لان المادة { لا تشير الى تطبيق المجلة الا « اذا لم يوجد نص تشريعي » . واحكام نظرية الالتزامات الواردة في قانون التجارة هي نصوص تشريعية . وكان الامر ليتغير ، لو أن المادة { من قانون ايجار العقارات والامكن قالت بتطبيق احكام المجلة ، اذا لم يوجد نص في هذا التشريع ذاته .

مما سبق يبين أن ثمة عيبا جوهريا يشوب الوضع القانوني الكويتي الراهن نتيجة عدم تضمنه نظرية عامة للالتزام يمكن لها أن تنهض أساسا للقانون الكويتي ككل ، وأن هذا العيب يتفاقم نتيجة الحيرة والشك والتردد حول ما اذا كانت احكام نظرية الالتزامات الواردة في مدونة قانون التجارة تسري أو لا تسري خارج نطاق التجارة والتجار ، وعلى الاخص كأساس للتشريعات الكويتية الحديثة .

ولا يتغطى هذا العيب — وهو من بعد عيب فادح جسيم — بالقول بالالتجاء الى المجلة ، يستقي منها الاساس الذي يقوم عليه القانون الكويتي ككل . فالى جانب اختلاف التشريعات الحديثة فيها تضمنه من احكام عن احكام المجلة ، اختلافا جديدا ، بل والى جانب أخذ هذه التشريعات بانظمة جديدة لا تعرفها المجلة ، الى جانب كل ذلك ، فإن المجلة ذاتها لا تتضمن نظرية عامة للالتزامات من شأنها أن تصلح أساسا ، حتى للاحكام التي أنت بها هي نفسها .

فالمجلة ، باعتبارها صدى مخلص وأمين للفقه الاسلامي عامة ، وللفقه الحنفي منه خاصة ، لم تلجأ الى تأصيل نظرية عامة للالتزام ، أو للدين ، اذا ساغ لنا ، في شيء من التجاوز ، أن نتخذ (الدين) كاصطلاح ، اسلامي ، مرادف لاصطلاح (الالتزام) ، الذي يقول به القانون المعاصر (١٦) . وليس

(١٦) راجع في الخلاف بين مضمون اصطلاح (الدين) في الفقه الاسلامي ومضمون اصطلاح (الالتزام) في القانون المعاصر ، وفي أن مضمون الاول اضيق نطاقا من مضمون الثاني ، راجع في ذلك : عبدالفتاح عبد الباقي ، المرجع السابق ، نبذة ه .

هذا شأن الفقه الاسلامي والمجلة من ورائه ، في صدد الالتزامات او الديون وحدها ، بل ان هذا هو نهجهما العام . فهما لم يقوما بالتأصيل ووضع النظرية العامة ، الا في القليل (١٧) .

فالمجلة قد قنعت ، تماما كما فعل فقهاء المسلمين من قبل ، بتناول الانظمة القانونية نظاما اثر نظام ، واحيانا ، بل غالبا ، من غير منطق في الترتيب ، فتكلمت مثلا في البيع ، ثم في الاجارة ، ثم في الكفالة ، ثم في الحوالة ... الخ . وهي لم تلجأ الى وضع احكام تتمثل قواعد عامة أساسية مشتركة من شأنها ان تنهض أساسا لكل الاحكام التي تتضمنها ويكون من شأنها ان تسري على العقود او الانظمة التي لم تتناولها . ولا يبراز

(١٧) فلا توجد في الفقه الاسلامي نظرية متكاملة للديون او للالتزامات . وعلة ذلك ان فقهاء المسلمين بلغوا ، في القرون الثلاثة الاولى من عهد شريعتنا السمحة ، جهودا فذة في استخلاص الاحكام الفردية لحوال الناس ، فيما يثور بينهم من مشاكل ومنازعات ، رائدهم في ذلك كتاب الله أولا ، وسنة رسوله ثانيا ، ثم اجتهادهم هم ، بعد ذلك ، مستنيرين ، في ذلك ، بقول السلف الصالح عن الصحابة والتابعين وتابعي التابعين وأئمة المسلمين .

ولا شك ان جهود فقهاء المسلمين ، في هذه الحقبة الاولى من بزوغ فجر الاسلام ، اعطت ابلغ الثمار ، وزودت الشريعة الاسلامية بثروة رائعة في علم القانون وفنه .

بيد ان هؤلاء السلف الصالح من فقهاء المسلمين العمالقة الاماذق قنعوا ، كما بينا ، بوضع الحلول الفردية للمسائل الفرعية ، دون ان يلجأوا الى التأصيل ، واستخلاص النظريات والمبادئ العامة ، الا في القليل .

ومن الانصاف لهؤلاء النخبة النادرة من فقهاء الاول ان نقول ان اقتصرهم على استخلاص الاحكام الفردية وعدم قيامهم بالتأصيل واستنتاج النظريات والمبادئ العامة جاء منهم سلوكا طبيعيا ، حيث ان مقتضيات الامور نفسها قد حتمته ، فضلا عن ان ظروف البيئة اوجبه .

فعلم القانون ، في اي بلد كان ، يقوم في بداية نشأته ، على وضع الحلول الفردية للحالات الخاصة . ثم يتطور بعد ذلك الى التأصيل ووضع المبادئ العامة والنظريات ، استنتاجا من تلك الحلول الفردية ، وعلوا بها . وهذا هو ما فعلته شريعة الرومان نفسها في نشأتها وتطورها . ثم ان حاجات العالم الاسلامي ، وهو آنذاك عالم جديد ومتشعب وسريع النمو والازدهار ، على نحو مذهل ، كانت تقتضي الوصول الى حلول لمشاكل الناس العديد المختلفة المتنوعة المتجددة على الدوام . ولعل ذلك هو الذي جعل الفقهاء يكرسون جهودهم لاستنباط تلك الحلول . فلم يتسع وقتهم للتأصيل ووضع المبادئ والنظريات .

مدى النقص الذي يعتري المجلة في خصوص عدم تضمينها قواعد أساسية شبيهة بتلك التي تدخل الآن في رحاب نظرية الالتزامات ، نتساءل عما عساه أن يكون الحال ، لو أن عقد التأمين لم يخضع في تنظيمه لمدونة قانون التجارة ، وترك هذا التنظيم لاحكام المجلة .

(٢) عدم تضمن القانون الكويتي نظرية متكاملة للحقوق العينية :

٢٠ — بينا ، فيما سبق ، أن الوضع التشريعي الكويتي الراهـن يشوبه عيب فادح جسيم ، بعدم تضمنه نظرية عامة للالتزامات ، تنهض أساسا للقانون ككل . وثمة عيب آخر يرجع الى عدم تضمن القانون الكويتي نظرية متكاملة للحقوق العينية ، وإن كان هذا العيب أقل فداحة نسبيا من سلفه .

إنه من المعروف ، منذ القدم ، أن الحقوق المالية ، التي هي أساس المعاملات بين الناس ، تنقسم بصفة رئيسية (١٨) الى حقوق عينية وحقوق شخصية أو التزامات . وهذا التقسيم يقول به الفكر القانوني المعاصر ، بل يعتبر تقسيما أساسيا فيه . والفقه الاسلامي بدوره يعرف هذا التقسيم ،

ولقد كان طبيعيا ، بعد أن تنقضي فترة وضع الحلول الفردية ، أن يتجأ فقهاء المسلمين الى المرحلة التالية ، وهي مرحلة التفاصيل . ولكن للأسف المرير ، خيم على المسلمين ، ابتداء من منتصف القرن الرابع الهجري ، حالة من الخمول الذهني والكساد العلمي . الأمر الذي جعلهم يجمدون ، فلا يجتهدون . واكتفوا بحصيلة السلف ، وقنعوا بمجرد التقليد . وهكذا وقف فقهاء المسلمين عند المرحلة الاولى ، وهي مرحلة الحلول الفردية . فلم يتجاوزوها الى المرحلة الثانية ، وهي مرحلة التفاصيل .

ولعل الوقت قد حان الآن لتندارك ما فات ، ووصل ما انقطع من جهود سلفنا الصالح ، فنلجأ الى تفاصيل احكام الشريعة الفراء .

(١٨) وإلى جانب هذين النوعين الرئيسيين في الحقوق المالية ، يوجد نوع ثالث جديد نسبيا ، اقتضته روح العصر ومدنية الجيل . ونعني به ذلك الذي ينتظم الحقوق التي ترد على ثمرة الخاطر والقريحة ، فيما تعلق منها بجانبها المالي ، التمثل في المكنة في الامادة ماليا منها . وهذه هي الحقوق التي جرت العادة على تسميتها حقوق الملكية الادبية أو الفنية أو الصناعية ، وإن كان يفضل ، من ناحية علم القانون ، أن يطلق عليها الحقوق الذهنية أو المعنوية ، على نحو ما جرت عليه بالفعل الصياغة التشريعية الحديثة .

وان كان ذلك في حدود تتفاوت بعض الشيء (١٩) ، ويمثل ، تحت ظله ، في التفرقة الاساسية بين العين والدين . واذا كان القانون الكويتي لم يتضمن نظرية عامة للحقوق الشخصية او الالتزامات فيما عدا ما تعلق بالتجارة والتجار ، فهو ايضا لم يتضمن نظرية متكاملة للنوع الآخر من الحقوق المالية ، وهي الحقوق العينية ، لا في نطاق التجارة ولا في نطاق غيرها .

صحيح ان القانون الكويتي قد تضمن احكاما قد تعتبر كافية ، بالنسبة الى الحقوق العينية التبعية . وهي احكام معاصرة ، مستمدة من القانون المصري ، ومن شأنها ان تسري في شأن جميع المعاملات ، تجارية كانت او مدنية ، حيث تضمنها تشريع مستقل ، هو القانون رقم ٣٤ لسنة ١٩٦١ باصدار قانون التأمينات العينية . ولكنه لم يتناول احكام الحقوق العينية الاصلية وعلى رأسها حق الملكية ، أو الملك على حد تعبير المجلة (المادة ١٢٥) ، في اطار نظرية عامة متكاملة ، تاركا اياها لتخضع بصفة رئيسية للمجلة ، ثم ، في صدد بعض الاحكام المتعلقة بها ، لتشريعات حديثة متعددة ، وعلى الاخص لقانون التسجيل .

وترك تنظيم الحقوق العينية الاصلية ، بصفة رئيسية للمجلة هو ، في حد ذاته ، امر لا يخلو من العيب ، سيما وأن لهذه الحقوق ، وعلى رأسها حق الملكية ، أهمية قصوى في حياة الناس .

فمن ناحية أولى ، لا توجد في « المجلة » نظرية مؤصلة للحق العيني . بل هي ، شأنها في ذلك شأن الفقه الاسلامي في مجموعه ، لا تتضمن نظرية عامة للحق ككل (٢٠) . وانما لجأت المجلة الى بيان احكام معينة غير كاملة

(١٩) راجع ، في مدى اختلاف التقسيم المعاصر للحقوق المالية الى حق عيني وحق شخصي عن تقسيم الفقه الاسلامي لهذه الحقوق الى عين ودين : عبد الفتاح عبد الباقي ، مصادر الالتزام في القانون التجاري الكويتي مقارنا بالفقه الاسلامي واحكام المجلة - نظرية العقد ، بند ه .

(٢٠) وفي ذلك يقول الاستاذ محمد سلام مذكور انه : « . . فقهاء الشريعة قديما لم يتجهوا الى الكتابة عن نظرية الحق ، ولا نعلم ، رغم الاستيعاب والنقصي ، أن أحدا كتب عنها ، بينما فقهاء القانون خدموا هذه النظرية وكتبوا عنها (راجع : محمد سلام مذكور ، المدخل للفقه الاسلامي ، ط ٣ لسنة ١٩٦٦ ص ٤٢٧) » .

لبعض الحقوق العينية ، كحق الملك ، وبعض حقوق الارتفاق . واذا ركزنا على حق الملكية ، وهو أهم الحقوق المالية على الإطلاق وأكثرها أثرا في حياة الناس ، وجدنا أن المجلة لم تعرض له في إطار نظرية عامة متكاملة . بل هي لم تعرض له بصفة أساسية ، وإنما بصفة عرضية ، وبمناسبة تناول أحكام أنظمة أخرى ، وعلى الأخص في الكتاب العاشر منها الذي يحمل عنوان « في أنواع الشركات » . ففي هذا الكتاب ، تناولت المجلة العديد من أحكام حق الملكية ، أو الملك كما تسميه . فتكلمت في الملكية الشائعة ، باعتبارها نوعا من أنواع الشركات (٢١) ، هو « شركة الملك » . وتكلمت في القسم (٢٢) . وتناولت بعض أحكام حق الملكية في ذاته في الباب الثالث من ذاك الكتاب ، فلجأت الى تحديد عام لمضمون حق الملكية (المادة ١١٩٢) ، وبيان نطاقه من حيث العلو والسفل (المادة ١١٩٤) ، وذكرت بعض القيود الواردة عليه للمنفعة الخاصة (المادة ١١٩٥ و ١١٩٦) ، وعلى الأخص تلك التي تدخل فيما أصبح يطلق عليه اليوم (التزامات الجوار) ، وذلك في المادة ١١٩٧ منها وما بعدها . أما فيما يتعلق بأسباب كسب الملكية فلم تتناول المجلة إلا أحكام الاستيلاء أو ما تطلق عليه هي « استملاك الأشياء المباحة » (٢٣) والشفعة (٢٤) .

ومن ناحية ثانية ، فإن ترك تنظيم الحقوق العينية الأصلية ، وعلى رأسها حق الملكية ، بصفة أصلية ، لأحكام المجلة ، يتبطل عيبا من حيث سكوتها عن الكثير من الأحكام المتعلقة بها ، سواء في ذاتها ، أو في طرق اكتسابها . صحيح أنه من الممكن هنا أن يقال بأن مثل هذا العيب يتغذى بالرجوع الى الفقه الإسلامي . ولكن مثل هذا الرجوع لا يخلو بدوره من كل عيب . فقد يثور بادئ ذي بدء التردد بين ما إذا كان يتعين هنا الرجوع الى الفقه الحنفي ، باعتبار أنه يتمثل المصدر التاريخي للمجلة ، أو أنه يلزم

(٢١) راجع المواد ١٠٦٠ وما بعدها من المجلة .

(٢٢) راجع المواد ١١١٤ وما بعدها من المجلة .

(٢٣) وذلك أيضا في الكتاب الخاص بالشركات ، وفي المادة ١٢٤٨ وما بعدها .

(٢٤) تناولت المجلة أحكام الشفعة في الكتاب السابع منها ، وذلك في المادة ٩٥٠ ثم في المادة ١٠٠٨ وما بعدها . والعجيب أن المجلة تناولت ، في باب واحد ، مع الشفعة ، أحكام الحجر والإكراه ، في حين أنه لا يوجد على الإطلاق أي جامع يجمع بين هذه الأنظمة المتغايرة كل التغاير .

الرجوع الى الفقه المالكي ، باعتبار انه مذهب الدولة ، وانه كان المذهب السائد في الكويت قبل تطبيق احكام المجلة على ارضها ، بالنسبة لاهل السنة من الكويتيين على الاقل . ثم انه ، ايا ما كان المذهب الذي يتعين الرجوع اليه هنا ، فالفقه الاسلامي يبلغ من الاتساع والشمول حدا قد لا يتيسر معه للقاضي في جميع الاحوال ، أن يستنبط الحكم منه مباشرة ، بعد أن اقتضت ظروف الحياة التي نعيشها أن تتراكم عليه القضايا على نحو لا يترك له كبير وقت يمكنه من مراجعة مؤلفاته . فالفقه الاسلامي ، نظرا لاتساعه وشموله ، وتعدد الآراء التي يتضمنها ، حتى في حدود المذهب الواحد ، ان أمكن له الآن أن يكون المصدر الذي يلهم المشرع الحكم السليم ، لكي يقوم هو بعد ذلك بتقنينه ، فانه لا ينبغي أن يترك للقاضي امر استنباط الحكم بطريق مباشر من معينه الزاخر الفياض .

هكذا يبين أن ترك تنظيم الملكية وغيرها من الحقوق العينية الاصلية خاضعة لاحكام المجلة ، من غير معالجة أحكامها في اطار نظرية عامة ، يتمثل عيبا قانونيا يكتنف الوضع التشريعي الراهن في دولة الكويت . ويبرز هذا العيب ، على وجه الخصوص بالنسبة الى بعض الاحكام التي تخضع لها هذه الحقوق في الفكر القانوني المعاصر ، والتي أورد المشرع الكويتي ، بصفة عارضة ، تطبيقات لها ، دون أن يتناول أحكامها في ذاتها .

ونسوق من تلك الاحكام ، على سبيل المثال ، ما تعلق منها بقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية ، كما يقال عادة ، او قاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز ، كما ينبغي أن يقال (٢٥) ، وقاعدة تملك العقار بالتقادم المكسب الطويل .

٢١ — فالمادة ٣٨٢ تجاري تورد تطبيقا صريحا لقاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز ، في صدد شراء المنقول المملوك للغير من شخص يتجر في مثله . فهذه المادة تقضي بأنه : « اذا باع تاجر الى شخص آخر مالا منقولاً مملوكاً للغير مما يدخل في موضوع تجارته وسلمه له ، تملك المشتري المبيع ،

(٢٥) وذلك لان تطبيق هذه القاعدة لا يقتصر فقط على الملكية ، بل يسري ايضا على غيرها من الحقوق العينية الاخرى التي ترد على المنقول ، كحق الانتفاع وحق الرهن وبعض حقوق الامتياز وعلى الاخص امتياز مؤجر العقار على المقنولات التي يضمها المستاجر في العين المؤجرة .

إذا كان حسن النية . ولكن إذا كان المال المبيع مفقودا أو مسروقا ، جاز للمالك أن يسترده خلال ثلاث سنوات من وقت الضياع أو السرقة ، وللمشتري أن يطلب من المالك أن يعجل له الثمن الذي دفعه » .

والعجيب في الأمر أن المشرع الكويتي يورد هذا التطبيق لقاعدة الحيابة في المنقول سند الحائز ، في حين أنه لا يوجد أي نص ، سواء في مدونة قانون التجارة أو غيره من التشريعات ، يقرر النظام كمبدأ عام ، من شأنه أن يسري على الشراء وعلى غيره من التصرفات الأخرى .

أما المجلة ، ومن ورائها الفقه الإسلامي كله ، فهما لا يأخذان أصلا بهذه القاعدة .

ومثل هذا الوضع يثير ، حتى في مجال التجارة ، التساؤل عما إذا كانت المادة ٣٨٢ تجاري ، بتطبيقها قاعدة الحيابة في المنقول سند الحائز في مجال شراء المنقول ، تعتبر استثناء لا يجوز التوسع في تطبيقه ولا القياس عليه ، أم أنه يعتبر تقريرا للقاعدة كمبدأ عام شامل شأنه أن يسري على غير حالة الشراء ، كحالة الرهن الحيازي الواقع على منقول ضمنا لدين تجاري .

ولم يقف المشرع الكويتي عند حد إيراد تطبيق قاعدة الحيابة في المنقول سند الحائز في المادة ٣٨٢ من مدونة قانون التجارة ، وإنما أورد لهذه القاعدة تطبيقا آخر في قانون التأمينات العينية ، وهو قانون يسري على كل المعاملات المالية التجارية منها والمدنية على حد سواء . بل أنه أورد لها هذا التطبيق في ناحيتها السلبية ، أي في الناحية التي تصل بالحائز ، لا إلى كسب الحق لنفسه على المنقول ، وإنما إلى التخلص من حق للغير عليه . فلقد جاءت المادة ١٠٠ من قانون التأمينات العينية تقول : « لا يحتج بحق الامتياز على من حاز المنقول بحسن نية — ويعتبر حائزا في حكم هذه المادة مؤجر العقار بالنسبة إلى المنقولات الموجودة في العين المؤجرة ، وصاحب الفندق بالنسبة إلى الامتعة التي يودعها النزلاء في فندقه » .

وهذا التطبيق ، من غير استناد إلى حكم يقرر القاعدة العامة ، من شأنه أن يثير كثيرا من التردد والحيرة فيها إذا كانت قاعدة الحياز في المنقول سند الحائز تسري أيضا في شكلها الإيجابي في المواد المدنية أم أنها لا تسري . وإذا قيل بسريراتها في شكلها الإيجابي في المواد المدنية ، أي أنها تولد

الحق للحائز الذي عجز التصرف الذي أبرمه عن منحه اياه ، بسبب تعامله مع غير المالك ، فهل يقف هذا السريان عند مجال تطبيق قانون التأمينات العينية ، فيقتصر على الرهن الحيازي الوارد على منقول مملوك لغير الراهن ، أم أنه يمتد ، حتى خارج نطاق تطبيق هذا القانون ، فيرد على ملكية المنقول الذي يشتريه شخص من غير مالكة ، ويتساوى بذلك الحكم في المسائل المدنية مع الحكم في المواد التجارية التي لا شبهة في تطبيق قاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز في صدها ، لصريح نص المادة ٢٨٢ تجاري ، على نحو ما سبق لنا بيانه ؟ .

ان هذا الامر محير حقا . وكما كنا في غنى عن هذه الحيرة ، لو ان المشرع الكويتي تناول حق الملكية في اطار نظرية عامة ، تتضمن ما اذا كانت قاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز ، كمبدأ عام شامل ، تطبق او لا تطبق ، تحت ظله .

٢٢ — من العيوب التي برزت في العمل ، وتردد صداها عنيفا بين جدران المحاكم ، لعدم تضمن القانون الكويتي نظرية عامة للحقوق العينية ، وعلى رأسها حق الملكية ، ذاك المتمثل في التساؤل المحير عما اذا كانت ملكية العقار تكسب بالتقادم الطويل أم انها لا تكسب به .

ان المجلة ، والفقهاء الاسلامي من ورائها ، لا يعرفان نظام التقادم ، المكسب للملكية ، لا القصير منه ولا الطويل ، وان عرفنا نظام التقادم المانع من سماع الدعوى عند الانتكار وبغير عذر بفوات الزمن ، الذي حددته المجلة بخمسة عشر عاما (المادة ١٦٦) . ولكن المادة ١٤ من قانون التسجيل ، وهي بصدد بيان المحررات التي تقبل كدليل لاثبات اصل الملكية او الحق العيني الآخر ، ذكرت « محاضر وضع اليد المدة الطويلة التي صدرت او تصدر عن كاتب عدل الكويت ، قبل مرور سنة واحدة من بدء العمل بهذا القانون » .

ولقد اثار هذا النص خلافا حادا في القضاء . وقضت بعض المحاكم ، استنادا اليه والى المذكرة التفسيرية التي وردت في شأنه ، بأن القانون الكويتي ، في وضعه الراهن ، يجيز امتلاك العقارات بوضع اليد المدة

الطويلة على غرار التشريع المصري وعديد من التشريعات العربية (٢٦) .
في حين أن بعض المحاكم الأخرى رفضت التسليم بوضع اليد كسبب لكسب
الملكية وإن طال مدتة ، استنادا الى أن الشريعة الإسلامية لا تعترف به ،
لمنافاته أخلاقيات الإسلام (٢٧) . وكما كنا في غنى عن مثل هذا الخلاف
الحاد ، لو أن القانون الكويتي تضمن نظرية عامة لحق الملكية تتناول
أحكامه في ذاته وفي أسباب كسبه (٢٨) .

(٤) تنأثر التشريعات المدنية

٢٢ — النهج السليم في صناعة التشريع ، في مجال المسائل المدنية ،
يتمثل في وجود مدونة متكاملة تضم القواعد المدنية الأساسية ، ولا جرم
بعد ذلك أن تواجدت ، الى جانب هذه المدونة ، تشريعات نوعية متخصصة
تحكم أنظمة معينة ، تتميز إما بدقائق أحكامها ، أو بسرعة تطورها ، تلك الأحكام ،
كقانون يحكم المسائل المتعلقة بالتسجيل ، وقانون يحكم مسائل الولاية
على المال ، وقانون يحكم إيجار العقارات زراعية كانت أم معدة للسكنى ،
وقانون ينظم التصرف في أموال الدولة الخاصة . هذا هو النهج التشريعي
السليم . وهو بالفعل النهج الذي تسير عليه الدول الراقية عادة .

وقد يبدو ، لأول وهلة ، أن دولة الكويت لم تشذ ، وإنما تسير على
نفس الدرب . ليس يوجد فيها مدونة للقانون المدني ، هي مجلة الأحكام
العقدية ؟ ثم الى جانب « المجلة » ، ليس يوجد تشريعات نوعية عديدة ،
كقانون التسجيل العقاري وقانون إيجار العقارات والأماكن وغيرها ؟

ولكن هذا الأمر ، في حقيقة الواقع ، لا يعدو أن يكون مظهرا خداعا .
فمجلة الأحكام العقدية لم تعد ، مدونة للقانون المدني لدولة الكويت إلا

(٢٦) راجع استئناف الكويت — دائرة أولى تجاري — ٦٩/٥/٢١ ، القضية رقم ٦٩/١٧ —
استئناف الكويت ١٩٧٣/١/٢٠ ، في الاستئناف رقم ١٩٧٢/٥١٠ تجاري — استئناف
الكويت تجاري ١٩٦٥/٥/٢٠ ، في الاستئناف رقم ١٩٦٥/٧٨ تجاري .

(٢٧) راجع الكويت الابتدائية ١٩٧٢/٥/١٥ .

(٢٨) يلاحظ أن القانون رقم ٥ لسنة ١٩٧٥ ، الصادر في شأن ادعاءات الملكية بسندات أو
بوضع اليد على أملاك الدولة ، تضمن بعض أحكام ترجع الرأي القائل بإمكان تملك
العقارات بالتقادم المكسب الذي يقوم على وضع اليد بقصد التملك المدة الطويلة .

اسمها ، بعد أن فرغت من الكثير الاغلب من مضمونها ، على أثر التشريعات العديدة التي صدرت ، بعد النهضة . فكلما صدر تشريع حديث ، ينظم مسألة من المسائل التي كانت من قبل خاضعة في تنظيمها للمجلة ، انتسخت قواعد هذه الأخيرة في خصوصها . وبتوالي التشريعات الحديثة ، التي لم تقنع بتنظيم المسائل النوعية ذات الطابع الخاص ، كما هو الدأب في البلاد الأخرى ، وانما تناولت أيضاً تنظيم أمور أساسية تقليدية كالمسئولية التقصيرية والتأمينات العينية ، بتوالي هذه التشريعات الحديثة ، انحصر تطبيق المجلة الى حد كبير في المسائل المدنية ، بعد أن كان قد سبق له أن انحصر في حدود باللغة ، بصدر مدونة قانون التجارة ، حيث أبعدت عنه الحكم في المواد التجارية ، ثم بصدر مدونة قانون المرافعات المدنية والتجارية ، حيث أخرجت منه أحكام القضاء وأدلة الإثبات . فمجلة الاحكام العدلية ، تلك المدونة الضخمة التي تجمع في رحابها ١٨٥١ مادة ، انحسرت اليوم ، في دولة الكويت ، الى حدود باللغة الضيق ، حتى غدت أشبه بالصرح الاجوف . وأكثر ما يمكن أن يقال عنها اليوم ، بالنسبة الى حجم تطبيقها ، انها تتمثل مجرد تشريع يحكم مسائل متنوعة متناثرة هنا وهناك ، ولكن اهميتها العملية لا تزيد كثيراً عن أهمية بعض التشريعات النوعية المتخصصة ، بل ان هناك من التشريعات المدنية الحديثة ، ما يفوقها أهمية بكثير ، بالنسبة الى حجم تطبيقها بين جدران المحاكم ، وعلى الاخص قانون تنظيم الالتزامات الناشئة عن العمل غير المشروع .

واذا كانت مجلة الاحكام العدلية ، بانحسار مجال تطبيقها الى حدود باللغة الضيق ، حتى في مجال المسائل المدنية ، لم يعد يصدق عليها القول بأنها تتمثل مدونة للقانون المدني ، في دولة الكويت ، فان هذه الدولة الفتية تغدو وليس لها مدونة في أهم فروع القانون قاطبة بل في أصل هذه الفروع ، ونعني به القانون المدني .

ثم ان التشريعات الكويتية الحديثة ليس لها كلها طابع التشريعات النوعية المتخصصة ، اذ أن بعض هذه التشريعات تحكم نواحي كاملة من أهم نواحي القانون المدني ، كقانون العمل غير المشروع الذي يحكم المسئولية التقصيرية ، وقانون التأمينات العينية الذي يحكم الرهن بنوعيه الرسمي والحيازي وحقوق الامتياز . هذا فضلاً عن قانون التسجيل الذي يحكم الى جانب المسائل المتعلقة بالتسجيل ، مسائل أخرى عديدة كالاهلية والحجر

وحق تملك العقارات والنيابة والوكالة ، بحيث يكاد يكون بذاته مدونة مصفرة ، وان كانت غير متناسقة .

هكذا نصل الى أن المسائل المدنية محكومة ، في دولة الكويت ، بتشريعات متناثرة ، ليس المسائل التفصيلية الدقيقة أو المتطورة منها فحسب ، بل حتى المسائل الاساسية التقليدية . وبهذه المثابة ، نصل الى وضع فريد بالغ الغرابة ، وهو أن القانون المدني ، وهو أب القوانين وأصلها ، هو ، في دولة الكويت ، قانون غير مقنن ، بمعنى أنه لا يجمع أحكامه الاساسية تقنين واحد ، أي مدونة واحدة . ويكاد يتشابه في ذلك مع القانون الإداري ، الذي هو بطبيعته غير قابل للتقنين (بمعنى تجميع أحكامه في مدونة واحدة) ، بسبب تنوع المسائل التي يحكمها الى حدود تكاد لا تتناهى ، ولدقة أحكامه وسرعة تطورها .

وليت الأمر قد وقف عند خضوع المسائل المدنية لتشريعات متناثرة ، من غير أن يوجد من بينها تشريع يأخذ ، من حيث الواقع الفعلي ، وليس من حيث الناحية النظرية الشكلية فحسب ، مرتبة التشريع الرئيسي المتكامل ، بحيث يصل الى مرتبة مدونة للقانون المدني ككل . ولكن العيب يتفاقم ، اذا تتبعنا هذه التشريعات من حيث مصدرها وصياغتها . فالمجلة — فيما بقي منها من أحكام سارية — مأخوذة من الفقه الاسلامي على المذهب الحنفي موضوعا وصياغة . أما التشريعات الحديثة ، فهي ، في مجموعها مستقاة موضوعا وصياغة من القانون المعاصر ، المتمثل أساسا في القانون المصري . وهذا من شأنه أن يطبع الفكر القانوني الكويتي بعدم التجانس في الشكل وفي الموضوع على حد سواء .

(ليتبع)

تعلیمات



