

مَدَى الْحَاجَةِ
إِلَى
إِصْدَار مَدَوْنَةِ الْقَانُونِ الْمَدَنِيِّ
فِي
دَوْلَةِ الْكُوَيْتِ
الْقِسْمُ الثَّانِي

الدكتور عبد الفلاح عبد الباقي
المحامي لرعى محكمة النقض المصرية

(٥) عدم الدقة في صناعة التشريع

٢٤ - من العيوب الجسيمة التي تشوب الوضع التشريعي الكويتي عامة ، والوضع التشريعي في مجال المسائل المدنية خاصة ، عدم الدقة في صناعة التشريع ، وعلى الاخص بالنسبة الى التشريعات القديمة نسبيا ، ونعني بها تلك التي صدرت في اواخر الخمسينيات والسنين الاولى من الستينيات . ولعل السبب في ذلك يرجع الى العجلة في وضع تلك التشريعات . لان آفة التشريع الاسراع فيه الى ما يتجاوز الحدود .

وعدم الدقة في صناعة التشريع له مظاهر عديدة ، نسوق منها ما يلي :

٢٥ - أولا : تضمن بعض التشريعات حكم مسائل غير مترابطة

المفروض في التشريع النوعي أن يحكم مسائل من نوع واحد ، تترايط فيما بينها برباط قانوني يقوم على المنطق ، بحيث يأتي بعضها اثر بعض . وليس هذا هو الحال دائما في التشريعات الكويتية .

وأبرز مثال لهذا العيب نجده في قانون التسجيل العقاري الصادر بالمرسوم رقم ٥ لسنة ١٩٥٩ . فهذا القانون يكاد يكون « سلطة » تشريعية . فهو ، الى جانب المسائل المتعلقة حقيقة بالتسجيل ، والتي كان المنطق يقضي باقتصاره عليها ، نجده يتناول أمورا أخرى ، ليست من أمور التسجيل في شيء ، ولا ترتبط به برباط منطقي مباشر ، بحيث يتأذى الذوق القانوني اذ يجد حكمها فيه . فبعد أن يتناول قانوننا ذاك تنظيم الدائرة التي تتولى التسجيل العقاري ، ويحدد المحررات الواجبة التسجيل ، واجراءاته ودفاتره (وهي أمور تتعلق في الصميم بالتسجيل) ، نجده يتطرق الى حق تملك العقارات ، فيفسرها على الكويتيين ، ثم يسمح به ، في حدود معلومة ، وبشروط محددة ، لغير الكويتيين من العرب ، سواء أكانوا دولا أو أفرادا (المادة ٥) . ولا توجد أية رابطة مباشرة بين التسجيل واجراءاته وبين حق تملك العقارات . فهذا موضوع وذاك آخر . وكان أولى به أن ينظم بقانون آخر ، يمكن له أن يكون مستقلا .

ولم يقف قانون التسجيل عند التعرض لبيان حكم حق تملك العقارات في دولة الكويت ، بل تناول أمورا أخرى عديدة ، لا ترتبط هي أيضا بالتسجيل واجراءاته برباط قانوني منطقي ومباشر ، من شأنه أن يبرر تواجد حكمها في نصوصه . فقد عرض لاهلية المتعاقدين ، وحدد سن الرشد (٢٩) ، وبين الأشخاص الذين تثبت لهم الولاية على مال القصر ،

(٢٩) حدد قانون التسجيل العقاري سن الرشد بثمانتي عشرة سنة هلالية كاملة (المادة ٣٦) . وهو في ذلك جاء منفصرا مع ما كان يقضي به قانون التجارة ، في المادة ١١٨ ، من أن سن الرشد هو ثمانتي عشرة سنة ميلادية كاملة . وبهذا كان سن الرشد ، في دولة الكويت غير متوحد . فهو ، في مجال التجارة ، كان مقررا على نحو يختلف عن ذاك الذي كان سائرا ، في صدد المواد الأخرى ، مدنية كانت أم غير مدنية . وجاء المشرع الكويتي ، «

سواء أكان وليا أم وصيا ، وطريقة ثبوت الولاية لهم ، وحدود هذه الولاية . ثم عرج على المحجورين للجنون والعتة والغفلة والسفه ، مبينا كيفية فرض القوامة عليهم ، وتحديد سلطة القيم . وسار أكثر في الطريق ، فتناول

« وضمن قانون شئون القصر ، في المادة ٩ منه ، نصا يقضي بأنه : « القاصر هو من لم يبلغ سن الرشد ، وهو احدى وعشرون سنة ميلادية كاملة » . وبهذا يرتفع انقضار بين المواد التجارية وبين غيرها ، في أمر جوهري ، هو تحديد سن الرشد .

على انه يلاحظ هنا أن توحيد سن الرشد في المسائل المدنية والتجارية ، بجعله ٢١ سنة ميلادية ، هو حكم قائم على الترجيح ، وليس على اليقين . وهو الرأي الذي أخذنا نحن به بالفعل (راجع مؤلفنا : مصادر الالتزام في قانون التجارة الكويتي — نظرية العقد ، نبذة ٨٦) . وقد رجحنا هذا الرأي ، استنادا الى المذكرة الإيضاحية التي جاءت تقول بشكل صريح قاطع أن تعديل سن الرشد يشمل ذاك المنصوص عليه في المادة ١١٨ من قانون التجارة والمنصوص عليه في المادة ٣٦ من قانون التمهيل العقاري . فضلا عن ذلك ، فإن هذا الرأي يتأيد أيضا ببساطة قانون شئون القصر ، التي ذكر فيها قانون التجارة من بين القوانين التي وقع الاطلاع عليها قبل اصداره ، الامر الذي يفيد أن ما يجيء من احكام في نصوصه يشمل بالتعديل ما ورد في قانون التجارة .

بيد أن ثمة شكاً ، وإن كان ضئيلاً ، في عدم شمول التعديل الجديد سن الرشد المقرر في قانون التجارة . وهذا الشك يأتي من أن التعديل ورد في قانون ذي طابع محلي ، في حين أن قانون التجارة هو قانون ذو طابع خاص متميز . أما المذكرة الإيضاحية لقانون ادارة شئون القصر ، فهي ، وإن جاءت صريحة في شمول التعديل سن الرشد المقرر في قانون التجارة ، إلا أنها ليست بذاتها جزءاً من التشريع . ومن ثم فإن ما يجيء فيها لا يعدو مرتبة الامر الذي يستأنس به ، من غير أن يصل الى مرتبة القطع واليقين .

ثم اذا كان التعديل الذي أوردته المادة ٩ من قانون ادارة شئون القصر ، استثناساً بما أوردته المذكرة الإيضاحية ، يسري على سن الرشد الذي بينته المادة ١١٨ تجاري ، وهي المادة التي تحدد اهلية التعاقد بوجه عام ، فإن الشك قد يثور ، وعلى نحو أكثر قوة ، في شأن اهلية الاشتغال بالتجارة ، المنصوص عليها في المادة ٢١ من قانون التجارة . فهذه المادة تقضي بأنه : « كل كويتي بلغ الثامنة عشرة ، ولم يقم به مانع قانوني يتعلق بشخصه أو بنوع المعاملة التجارية التي يباشرها ، يكون اهلاً للاشتغال بالتجارة » . ولم يأت لهذا « المادة ذكر في المذكرة الإيضاحية لقانون ادارة شئون القصر ، بما يشير الى أن تعديل سن الرشد يشملها . ومن هنا تأتي ، في صدد اهلية الاتجار قوة الشك والتردد . سيما وأن اهلية الاتجار اهلية خاصة . والاصل ان الحكم العام الذي يرد في قانون لا يلغي الحكم الخاص الذي ورد في قانون سابق ، ما لم يقض هو بغير ذلك .

حكم الغائب وذوي العاهات الجسمية من حيث النيابة في اجراء التصرفات عنهم . ولم ينته قانون التسجيل عند هذا الحد ، فعرض للنيابة عن جهة الوقف خيرا كان أم اهليا . ثم عرض لتنظيم التعاقد بالوكالة محـددا سلطة الوكيل ، سواء اكانت وكالته عامة أم خاصة .

هذه هي المسائل التي يتناولها قانون التسجيل العقاري بالتنظيم ، الى جانب المسائل التي تتعلق بالتسجيل في ذاته . وهي مسائل لا ترتبط برباط منطقي مع التسجيل واجراءاته . بل انها لا تتربط بعضها مع البعض الآخر . وقانون التسجيل ، بهذه المثابة ، يحكم خليطا غير متناسق من المسائل . افليس لنا العذر بعد ذلك ، اذا رأينا فيه « سلطة » تشريعية .

والمسألة ليست مجرد عيب شكلي . بل لهذا العيب اثره السيء ، حيث يصعب على رجل القانون الوصول الى حكم المسائل الواردة فيه ، اذا لم يكن قد أسعفه حظه بالالمام به . فهو يتضمن حكم أمور في غير مكان وجودها ، بحسب المنطق القانوني السليم ، وهذا ما قد يعرض للخطأ والزلل .

٢٦ - ثانيا : عدم التناسق التشريعي

من اظهر العيوب التي تعتري الوضع القانوني ، في دولة الكويت ، عدم توافر التناسق التشريعي فيه ، مما يؤدي ، في بعض الاحيان ، الى اثاره التردد والشك في استخلاص الحكم السليم من خلال النصوص ، بل انه قد يؤدي ، في احيان أخرى ، الى التضارب في الحكم الواحد .

وعدم التناسق التشريعي نجده تارة في التشريع الواحد . ونجده ، تارة أخرى ، بين تشريعات متعددة . ونتناول بعض امثلة لكلا النوعين من عدم التناسق .

٢٧ - (أ) عدم التناسق في التشريع الواحد :

من ابرز حالات عدم التناسق في التشريع الواحد ما نجده في قانون تنظيم الالتزامات الناشئة عن العمل غير المشروع الصادر برقم ٦ لسنة ١٩٦١ . ويرجع عدم التناسق فيه الى أنه استوحى احكامه من القانون العراقي ، الذي استوحى بدوره احكامه من مصدرين مختلفين ، وهما الفقه الاسلامي ، متمثلا أساسا في المجلة ومرشد الحيران ، والقانون

المعاصر ، متمثلا في القانون المصري .

واستمداد التشريع الواحد أحكامه من مصدرين أو أكثر لا عيب فيه ، في حد ذاته . ولكن العيب هنا هو عدم الحبك التشريعي الذي من شأنه أن يضفي على التشريع كله روحا واحدة ، في الشكل وفي الموضوع على حد سواء . وعدم الحبك هذا نجده ، على وجه الخصوص ، واضحا كل الوضوح في قانون العمل غير المشروع الكويتي .

فلقد لجأ قانون العمل غير المشروع الكويتي الى الفقه الاسلامي واستمد منه شطره الاول المتعلق بالمسئولية التقصيرية عن الاعمال الشخصية ، أو بالضمان ، كما يطلق عليها تحت ظله ، ولكن في النهج والصياغة فقط ، دون الحكم الموضوعي الذي حرص على أن يجيء متفقا مع ما يقضي به القانون المعاصر (٣٠) . ثم جاء ، في شطره الثاني المتعلق بالمسئوليات الخاصة ، سواء أكانت مسئولية عن فعل الغير ، أو مسئولية عن الأضرار الناجمة بفعل الأشياء ، واستمد أحكامها ، نهجا وصياغة وموضوعا من القانون المصري ، فيما عدا المسئولية عن سقوط البناء ، حيث استمدها ، صياغة وحكما (٣١) من الفقه الاسلامي (٣٢) (المادة

(٣٠) فلقد نمشى قانون العمل غير المشروع ، في الحكم الموضوعي مع القانون المعاصر ، مخالفا فيه الفقه الاسلامي مخالفة جذرية . فهو قد استلزم ، لقيام المسئولية عن الاعمال الشخصية ، الخطأ التقصيري ، الذي اطلق عليه الاصطلاح الاسلامي « التعمد أو التمدي » ، وهذا في جميع الحالات ، وأيا ما كانت طريقة وقوع الضرر ، أي بعبارة الفقه الاسلامي ، سواء أكان الضرر قد وقع مباشرة أو تسببا ، وذلك في حين أن القاعدة التي تسود في الفقه الاسلامي هي أن المباشرة ضامن ، ولو لم يعتمد أو يتعد ، والمتسبب لا يضمن الا بالتعمد أو التمدي .

(٣١) وذلك فيما عدا تحديد الشخص الذي يتحمل بالمسئولية ، حيث أن الفقه الاسلامي يحمل بها مالك البناء . وكذلك فعل المشرع العراقي . أما المشرع الكويتي فقد حمل بها حارس البناء وليس مالكة . وهو في ذلك أكثر توفيقا . إذ أنه يوحد بين من يتحمل بالمسئولية عن الضرر الناجم بفعل الأشياء عامة . ثم أن الاولى ، من حيث الملامسة التشريعية أن يلقي عبء المسئولية على الحارس ، بالمعنى الاصطلاحي لهذا اللفظ ، وهو الشخص الذي تكون له على الشيء ، من الناحية الفعلية ، سلطة الامر ، أي سلطة الاستعمال والرقابة والإشراف والتصرف ، سواء أكان مالكا ، كما هي العادة ، أو غير مالك ، كمغتصب مثلا .

(٣٢) واستمداد المسئولية عن سقوط البناء من الفقه الاسلامي ، مع وضعها بين المسئوليات»

(١٧) ، والمسئولية عن مباشرة الضرر باستعمال شيء خطر ، التي استمدتها من الفقه الاسلامي حكما ، لا صياغة (٣٣) (راجع المادة ١٩ مكررا) .

ولقد فعل المشرع ذلك ، من غير أن يكلف نفسه مؤونة الحيك التشريعي الذي من شأنه أن يوفر التناسق بين نصوص التشريع الواحد . وهذا ما أضفى على قانون العمل غير المشروع شيئا ، لا أقول من التناظر ، ولكن ، في الاقل ، من عدم التوافق .

فالشطر الاول من قانون العمل غير المشروع اسلامي النهج ، يقوم على ايراد الاحكام الفردية ، في نصوص عديدة ، تتناول أنواعا مختلفة من الضرر : ضرر النفس (المادة ١ و ٢) وضرر المال بالاتلاف (المادة ٣ و ٤) وضرر المال بالغصب (المواد ٥ الى ١٠) . بل ان كثيرا من هذه النصوص تتضمن احكاما ساذجة ما كان ينبغي أن تجد لها مكانا في تشريع معاصر ، ومثال ذلك ما جاءت به المادة ٤ ، في قولها : « اذا أتلّف أحد مال غيره على زعم أنه ماله ، ضمن ما أتلّفه . أما اذا أتلّفه باذن مالكه ، فلا يضمن » .

« الخاصة عن فعل الأشياء ، يجعلها نשלزا . فالفقه الاسلامي منطقي مع نفسه ، في مجال الضمان . فهو لا يجعل الشخص مسئولا الا عن عمله الشخصي . فهو لا يقرر مسئوليته عن فعل الغير ، ولو كانوا من اقرب الناس اليه ، كما انه لا يجعله مسئولا عن الضرر الناجم بفعل الأشياء ، ايا ما كانت . والمسئولية عن سقوط البناء لا تخرج عن هذا الاصل . فمالك البناء لا يسأل ، تحت ظل الفقه الاسلامي ، الا اذا كان بناؤه قد بني من البدء مائلا ، او مال بعد بنائه ، وأخطر هو بذلك ونبه عليه باصلاحه ولم يفعل . اذ انه في هذه الحالة يعتبر متسببا بخطئه في الضرر الذي يؤدي اليه سقوط البناء . فهو اذن مسئول هنا عن عمل نفسه . أما القانون الكويتي ، فقد أورد المسئولية عن سقوط البناء ضمن المسئوليات الخاصة . وهي مسئوليات تقوم على التشدد المتمثل في افتراض الخطأ في المدعى عليه . في حين أن إخضاعه هذه المسئولية لقواعد اتفقه الاسلامي ، يجعلها محكمة تماما بالقواعد العامة في المسئولية عن عمل النفس ، تلك القواعد التي تتطلب الخطأ الواجب الإثبات في حارس البناء . وهي ، بهذه المنابة ، ثم تعد مسئولية خاصة . ولكن المشرع رأى أن القانون المعاصر يجعل من المسئولية عن سقوط البناء مسئولية خاصة مشددة ، فاعتقد أن الواجب يملئ عليه أن يكرها هو وبحوره ضمن المسئوليات الخاصة ، علما بان هذه المسئولية في القانون المعاصر هي بالفعل مسئولية مشددة . لانها تقوم على افتراض الخطأ في حارس البناء .

(٣٣) أضيفت هذه المادة الى اصل قانون العمل غير المشروع ، وذلك بمقتضى القانون رقم ٤٢ لسنة ١٩٦٧ .

ومثال ذلك ايضا اكثر النصوص الواردة في شأن الغصب .

والالتجاء الى الاحكام الفردية في التشريع امر غير سليم . اذ ان التشريع ينبغي ان يبنى اساسا على تأصيل الحكم لا تشتيته . وقد فطن المشرع الى ذلك ، في قانون العمل غير المشروع نفسه . فبعد ان ذكر الحالات الفردية في الاذى ، عاد وَأَصَلَ المسؤولية عن عمل النفس في نص واحد ، هو نص المادة ١١ ، الذي جاء يقول : « كل تعمد او تعد يصيب الغير بأي ضرر غير ما ذكر في المواد السابقة يوجب التعويض » . ولقد كان المشرع في غنى عن الاحكام الفردية التي اوردها ، مكتفيا بنص المادة ١١ السابق وحده ، قائلا : « كل تعمد او تعد (او كل خطأ) يصيب الغير بضرر يستوجب التعويض (او الضمان) » . اما الاحكام الفردية الواردة في النصوص السابقة ، فلقد كان يكفي ان تجد مكانها في المذكرة التفسيرية للقانون ، كمجرد شرح وتوضيح ، لا اكثر .

اما الشطر الثاني من قانون الالتزامات الناشئة عن العمل غير المشروع ، فقد استمدت احكامه ، في مجموعها ، من القانون المصري . وهو عصري النهج والصياغة والحكم . فهو لا يقوم على الاحكام الفردية ، وانما على التركيز والتأصيل . وهو يأخذ باحكام لم يقل بها الفقه الاسلامي أصلا ، وان كانت تتسق مع روح الاسلام وسماحته ، لما فيها من رفع الضرر عن الناس .

واستمداد قانون العمل غير المشروع احكامه من مصدرين مختلفين ، هما الفقه الاسلامي والقانون المعاصر ، من غير اجراء الحيك التشريعي اللازم ، يتمثل عيبا واضحا ، من حيث الشكل . ولكن عيبه لا يقف عند هذا الحد . فقد انعكس ايضا على الموضوع . فقد كان من شأنه ان القى ظللا من الشك حول الحكم في بعض الامور . ولعل اهم المسائل التي عتمتها ظلال الشك تلك تتمثل فيما اذا كان الادراك او التمييز يلزم ، او لا يلزم ، لتحمل الشخص بالمسؤولية التقصيرية . الامر الذي ادى بالفقه الكويتي الى ان يختلف في هذا الخصوص ، في شيء لا يخلو من الحدة والعنف .

فالمشرع ، وقد صاغ القواعد العامة في المسؤولية التقصيرية ، المتمثلة في تلك التي تحكم المسؤولية عن الاعمال الشخصية ، على نهج الفقه الاسلامي ، لم يستعمل اصطلاح « الخطأ » كركن لازم لقياس المسؤولية . وانما استعمل مكانه الاصطلاح الاسلامي المقابل ، وهو اصطلاح : « التعمد

أو التعدي » ، وان ورد ، في المذكرة الايضاحية ، أن المقصود بهذين اللفظين هو « الخطأ التقصيري » .

ومن المسلم به ، في ظل الفقه الاسلامي ، وعلى نحو يصل الى حد الاجماع أو ما يقاربه (٣٤) ، أن الادراك أو التمييز أمر غير لازم لثبوت الدية ، ولا لثبوت الضمان ، وان كان انتفاؤه يعفى من القصاص ، بطبيعة الحال . وهذا حكم صاغه بعض الفقهاء في عبارة لا تخلو من « الكاريكتير » الادبي القائم على المغالاة في التصوير ، بغية تجسيد التعبير ، فقالوا « لو أن الوليد ، يوم أن ولدته أمه ، انقلب على شيء فأتلفه ، لزمه الضمان من ماله » .

وهكذا يظهر من النصوص التي أوردها قانون العمل غير المشروع في شطره الاول ، على ضوء مصدرها التاريخي المتمثل في الفقه الاسلامي ، ان الادراك أو التمييز ليس بشرط لتحمل بالمسئولية التقصيرية . وما كان الشك ليثور حول هذا الحكم الهام ، لولا أن النقل من القانون المصري ، في الشطر الثاني من قانون العمل غير المشروع ، جاء غير متبصر ، بل جاء نقلا أعمى . فعند تناول أحكام مسئولية المكلف بالرقابة عن عمل الخاضع لرقابته ، نقل المشرع الكويتي نص المادة ١/١٧٣ مصري حرفيا الى المادة ١/١٣ من قانون العمل غير المشروع الكويتي ، حيث جاءت تقول : « كل من يجب عليه قانونا أو اتفاقا رقابة شخص في حاجة للرقابة ... يكون ملزما بتعويض الضرر الذي يحدثه ذلك الشخص بعمله غير المشروع . وترتب هذا الالتزام ، ولو كان من وقع منه العمل الضار غير مميز » . فالنص الكويتي ، كالنص المصري تماما ، جاء يطلق مسئولية المكلف بالرقابة عن عمل الخاضع لرقابته ، ليجعلها قائمة ، حتى في الحالة التي يكون فيها

(٣٤) والراي الذي سقناه في المتن ، والذي يقوم على عدم تطلب التمييز لوجوب الضمان ، على الاقل في حالة الضرر الذي يحدث مباشرة ، هو الذي يقول به الحنفية والشافعية والحنابلة . أما في المذهب المالكي ، فيوجد ثمة خلاف بين فقهاءه . فمنهم من قال بأنه لا ضمان على الصبي الذي لا يعقل فيما أتلفه من نفس أو مال ، لعدم تكليفه بتوجيه الخطاب اليه . فهو بمنزلة المجنأ . ولكن الراي الراجح في المذهب ، والذي يقول به جمهوره ، يشر بان الضمان يلزم عديم التمييز ، اعتبارا بان أساس الضمان هو الجبر ، لا الجزاء والعقوبة ، ولعموم قول الرسول الكريم : « لا ضرر ولا ضرار » .

هذا الأخير عديم التمييز . وهذا التحفظ من المشرع المصري منطقي . بل هو امر ضروري . ذلك لان الاصل ، في القانون المصري ، هو ان الادراك او التمييز شرط لازم لقيام المسؤولية . وهو امر كان قد سبق للمشرع ان ضمنه نصا سابقا هو نص المادة ١/١٦٤ . فكان طبيعيا اذن ان يأتي القانون المصري ويصرح بأن المكلف بالرقابة مسئول عن الضرر الناجم بفعل الخاضع لرقابته ، ولو كان هذا الأخير غير مميز . اذ ان بغير هذا التحفظ ، ما كان المكلف بالرقابة يسأل اذا كان صغيره غير مدرك . ولكن الامر يختلف تماما في ظل قانون العمل غير المشروع الكويتي . فهو لم يكن ، في شطره الاول المتعلق بالمسؤولية عن الاعمال الشخصية قد تضمن نصا يتطلب الادراك او التمييز ، كشرط لقيام المسؤولية . بل ، على النقيض من ذلك ، استعمل ، للتعبير عن الخطأ ، الاصطلاح الاسلامي ، وهو « التعمد او التعدي » ، وهو اصطلاح يفيد عند أصحابه ان الادراك او التمييز ليس بشرط في كل الاحوال . فما كان ينبغي أبدا ان تجيء المادة ١/١٣ وتتحفظ في شأن امر على نحو يجعله غير متطلب في الحالة الخاصة التي عرضت لحكمها ، اذا كان المشرع لم يتطلب قط هذا الامر كمبدأ عام ، بل ان من شأن تفسير نصوصه ، على ضوء مصدرها التاريخي ، ان يصل بنا الى عدم لزومه أصلا . اما اذا كان المشرع الكويتي ، بتلك العبارة العارضة التي اوردتها المادة ١/١٣ في آخرها ، والتي تقول بمسؤولية المكلف بالرقابة عن عمل الخاضع لرقابته ، ولو كان هذا الأخير عديم التمييز ، اذا كان المشرع الكويتي بالعبارة العارضة تلك ، يريد ان يقرر ، عن طريق مفهوم المخالفة ، ان الاصل ، تحت ظله ، هو ان الادراك امر لازم للتحمل بالمسؤولية التقصيرية بوجه عام ، على نحو يخالف به الفقه الاسلامي ، الذي حرص على ان يصوغ القواعد العامة في المسؤولية على نهجه ، فان ذلك يمثل منه قمة السوء في صناعة التشريع . فلاحكام الأساسية الهامة ، مثل ذاك الذي نحن بصددده ، لا تترك تستنتج من عبارات ترد عابرة وعارضة في نصوص لم توضع لحكمها بصفة أساسية ، سيما اذا كان منطق تفسير النصوص الأخرى يبل بنا الى ما يناقضه .

ولقد كان من شأن سوء صناعة التشريع ، المتمثل في المادة ١/١٣ من قانون العمل غير المشروع الكويتي ، ان ثار بصدد تفسيره ، الخلاف عنيفا بين فقهاء القانون الكويتي . فتأثر البعض بحرفية النص ، قائلا بأن

الادراك أو التمييز شرط لازم لتحمل بالمسئولية التقصيرية (٣٥) ، برغم عدم الملازمة التشريعية لهذا الحكم ، وبرغم أن الفكر القانوني المقارن يسير حثيثا ضده (٣٦) ، حتى أن فرنسا نفسها ، وهي معقل قوته ، أخذت تهجره في ذات نصوص تشريعاتها (٣٧) . أما البعض الآخر من الفقهاء (٣٨) فقد رأى أن الادراك أو التمييز ليس بشرط لقيام المسئولية التقصيرية ، في ظل القانون الكويتي . ولم تقف ، في سبيل رايه ، حرفية نص المادة ١/١٣ من قانون العمل غير المشروع ، لما رماه به من احتمال السهو في نقله عن القانون المصري . بل انه لم يقف في سبيل هذا الراي أيضا ما جاءت به المذكرة التفسيرية لقانون العمل غير المشروع من عبارة تؤيد الراي العكسي ، حيث رمى صاحبه اياها بعدم التبصر من واضعيها .

(٣٥) راجع الزميل الدكتور عباس المصرافي ، في مذكراته غير المطبوعة ، نظرية الالتزام طبقا لقانون التجارة الكويتي ص ١٠٠ .

(٣٦) يلاحظ أن القانون العراقي الذي استوحاه قانون العمل غير المشروع الكويتي بطريق مباشر نص صراحة ، في المادة ١٩١ ، على أن التمييز ليس بشرط لازم لقيام المسئولية التقصيرية . أما القانون المصري ، الذي هو المصدر الحقيقي لكثير من احكام قانون العمل غير المشروع ، وإن كان ذلك بطريق غير مباشر ، فد تطلب ، كمبدأ عام ، التمييز لقيام المسئولية التقصيرية (المادة ١/١٦٤) ، ولكنه قيده على نهو يمكن للمضروور من الوصول الى التعويض ، ولو جزئيا ، من عديم التمييز نفسه ، اذا تعذر عليه الوصول اليه من المسئول عنه (المادة ٢/١٦٤) .

(٣٧) زيادة على الاتجاه القضائي الواضح في فرنسا الى التضييق ما امكن من تطبيق المبدأ التقليدي القاضي باستلزام التمييز كشرط ضروري لقيام المسئولية التقصيرية ، فقد تدخل المشرع الفرنسي نفسه مؤخرا ، مقررًا المسئولية الكاملة على مختل العقل . وفي ذلك تقضي المادة ٨٩١ - ٢ (الصادرة بالقانون رقم ٦٨ - ٥ بتاريخ ٣ يناير ١٩٦٨) بأنه : « من أحدث ضررا بالغير ، وهو تحت تأثير اختلال عقلي ، يكون أيضا ملتزما بتعويض الضرر » .

(٣٨) انظر : عبد الفتاح عبد الباقي ، مصادر الالتزام في القانون الكويتي ، مع المقارنة بالفقه الاسلامي واحكام المجلة ، ج ٢ ، المصادر غير الارادية ، نبذة ٢١ . وانظر أيضا : عبد الفتاح عبد الباقي ، المسئولية التقصيرية عن حوادث السيارات . وغيرها من الاشياء الخطرة ، تأسيسا على حراستها وعلى مباشرة الضرر اثناء استعمالها ، نبذة ٥٩ .

وكم كنا في غنى عن هذا الجدل العنيف ، الذي ثار في الفقه الكويتي والذي لا بد أن ينعكس يوما على القضاء ، ان لم يكن قد انعكس بالفعل ، كم كنا في غنى عن هذا الجدل ، لو ان المشرع الكويتي قد لجأ الى ما كان ينبغي من اجراء التنسيق بين النصوص التي استمدتها من الفقه الاسلامي ، وبين تلك التي استمدتها من القانون المعاصر ؟ .

٢٨ — (ب) عدم التناسق بين التشريعات المتعددة :

تناولنا ، فيما سبق ، كمظهر لعدم الدقة في صناعة التشريع في دولة الكويت ، عدم التناسق بين احكام التشريع الواحد . وهذا العيب يظهر اكثر وضوحا ، عندما نقرب بعض التشريعات من بعضها الآخر ، حيث نجد ، في كثير من الاحيان ، احكامها لا تتناسق ، بل تتفاير وتتضارب في شأن الامر الواحد . والامثلة على ذلك عديدة ، نجتريء منها بما يلي :

٢٩ — عدم التناسق بين قانون التجارة وبين قانون العمل غير المشروع في شأن المسؤولية عن الضرر الادبي :

من المسلم ، في الفكر القانوني المعاصر ، ان الضرر الادبي يعوض عنه ، شأنه في ذلك شأن الضرر المادي . وفي ذلك يختلف القانون المعاصر عن الفقه الاسلامي ، الذي لا يعوض عن الضرر الادبي ، الا في حدود اصابة النفس ذاتها ، بما يستوجب الدية . اما خدش الاعتبار والمساس بالكرامة والالام والاحزان وغير ذلك كله من الاضرار الادبية الاخرى ، فالفقه الاسلامي لا يعوض عنها ، بحسب الراي السائد فيه (٣٩) . ولقد اراد كل من قانون التجارة وقانون العمل غير المشروع الكويتي أن يسايرا ، في صدد التعويض عن الضرر الادبي ، القانون المعاصر ، فقرر كلاهما مبدأ التعويض عنه ، جنبا الى جنب مع الضرر المادي . ولكن صياغة هذا الحكم لم تأت

(٣٩) وقد خالف هذا الراي السائد في الفقه الاسلامي صاحب ابي حنيفة ، محمد ابن الحسن الشيباني ، حيث قال بان الشخص الذي يضرب آخر ، ولكن المضروب ييرا من اثر الضرب ، فلا يترك اثرا من جرح او خلافه ، يستحق مع ذلك حكومة العدل ، اي تعويض يقدره القاضي ، عما لحقه من ألم . وهكذا يقرر محمد مبدأ التعويض عن الضرر الادبي ، وان قصره على الحالة التي لا تستحق فيها الدية كليا او جزئيا . وهناك من الفقهاء من نسب القول الذي سردناه عن محمد الى ابي يوسف .

متجانسة في التشريعين ، الامر الذي انعكس على احكام المحاكم وجعلها ، في فترة زمنية معينة ، تأخذ ، في شأن الضرر الادبي في مجال المسؤولية التقصيرية بحكم كان يختلف بالضرورة ، لو أن المسؤولية نجمت عن الاخلال بالتزام عقدي ، في مسألة تجارية .

فلقد جاء قانون التجارة الكويتي ، في المادة ١/٢١٧ منه ، يقول : « يشمل التعويض الضرر الادبي أيضا (٤٠) . . . » دونما أي تفصيل . وورود النص على هذا النحو من الاطلاق ، من شأنه أن يجعله شاملا كافة أنواع الضرر الادبي . وهو الامر المجمع عليه بالفعل ، في مصر ، بصدد النص المماثل له والمستمد هو منه ، وهو نص المادة ١/٢٢٢ مدني مصري .

أما قانون العمل غير المشروع الكويتي ، فقد جاء في المادة ١/٢٣ منه يقول : « يتناول حق التعويض الضرر الادبي كذلك ، فكل تعدد على الغير في حريته أو في عرضه أو في شرفه أو في سمعته أو في مركزه الاجتماعي أو في اعتباره المالي يجعل المتعدي مسئولا عن التعويض » .

وقد أثار هذا النص الأخير بلبلة واضطرابا في احكام القضاء الكويتي ، خلال فترة من الزمن . ذلك أن إيراد حالات معينة للضرر الادبي ، شكك فيها إذا كانت هذه الحالات مذكورة في النص على سبيل الحصر ، أم أنها مذكورة فيه على سبيل التمثيل ، ليس إلا . وقد كان القضاء يسير في البداية على اتباع الرأي الأول ، الامر الذي أدى به الى عدم التعويض عن الآلام والاحزان واللوعة والاسى وغير ذلك من شتى مظاهر المشاعر الاليمة التي يستشعرها المرء ، لاصابة تلحقه في ذات نفسه ، أو من جراء فقد عزيز

(٤٠) ويلاحظ أن ورود لفظ « أيضا » في هذا النص يتمثل مظهرا من مظاهر عدم الدقة في صناعة التشريع . فهو نتيجة نقل أعمى غير متبصر من القانون المصري ، دون مراعاة لما سبق طرحه من نصوصه . فكلمة « أيضا » تشير بالضرورة الى حكم معين في صدد أمر جاء ذكره في نص سابق ، ويراد اتباعه بشأن أمر جديد في نص لاحق . وهذا هو بالفعل ما اتبعه القانون المدني المصري . فلقد بدأ القانون المصري بتقرير مبدأ التعويض عن الضرر المادي ، في المادة ٢٢١ منه . ثم جاء في المادة التالية يعرض لمبدأ التعويض عن الضرر الادبي ، مقررًا إياه بدوره . ومن ثم كان طبيعيا أن يرد لفظ « أيضا » في هذا النص الأخير . أما قانون التجارة الكويتي ، فقد لجأ ، وهو ينقل من نصوص القانون المصري ، الى طرح المادة ٢٢١ مصري ، ثم نقل المادة التالية كما هي ، دون أن يحذف منها كلمة « أيضا » التي أصبحت بعد هذا الطرح غير ذات موضوع .

عليه . وهكذا كان الحكم في التعويض يختلف باختلاف ما اذا طبقت نصوص قانون العمل غير المشروع ، أو نصوص قانون التجارة . ولم يتغير رأي القضاء الكويتي ، في اتجاه التعويض عن الضرر الادبي على وجه عام شامل ، الا في تاريخ لاحق ، حيث أصبح اليوم مستقرا على التعويض عن الضرر الادبي في شتى مظاهره ، حتى في مجال اعمال المسؤولية التقصيرية (٤١) .

ولا يقف الامر عند عدم التناسق في الصياغة بين قانون التجارة وبين قانون العمل غير المشروع في شأن مدى التعويض عن الضرر الادبي ، على نحو ما اتينا على بيانه . بل ان ثمة مظهرا آخر من مظاهر عدم التناسق بين هذين التشريعين يوجد في صدد انتقال حق التعويض عن الضرر الادبي ممن يستحقه الى غيره . فقانون التجارة اشترط لحصول هذا الانتقال أن يكون التعويض قد تحدد بمقتضى اتفاق ، أو طالب الدائن به أمام القضاء . أما قانون العمل غير المشروع فقد اشترط بدلا من مجرد مطالبة الضرر بالتعويض أمام القضاء ، أي مجرد رفع الدعوى به ، صدور حكم نهائي يقضي به . وهذا خلاف لا مبرر له على الاطلاق بين تشريعين يعرضان لتنظيم أمر واحد ، هو انتقال حق التعويض عن الضرر الادبي .

وثمة مظهر ثالث من مظاهر عدم التناسق بين قانون التجارة وقانون العمل غير المشروع ، في صدد نفس الموضوع ، وهو التعويض عن الضرر الادبي . فالتشريع الاول جاء ، في المادة ٢/٢١٧ منه ، يقضي بأن التعويض عن الضرر الادبي المتمثل في الآلام النفسية التي يستشعرها المرء بسبب موت عزيز لديه ، لا يكون الا للزواج والاقارب الى الدرجة الثانية ، أما قانون العمل غير المشروع ، فقد جاء ، في هذا الخصوص ، ساكتا تماما . وهذا

(٤١) انظر ، على وجه الخصوص ، من احكام القضاء الكويتي ، استئناف تجاري - دائرة ٢ - بتاريخ ١٩٧٢/٤/٢٥ . وقد جاء في هذا الحكم ان المادة ٢٢ من قانون العمل غير المشروع قد جاءت تطبيقا للاصل المقرر في المادة ٢١٧ تجاري وتاكيدا للمذهب المشرع في جواز التعويض عن الضرر الادبي وهي على مفهومها الصحيح ، لا تختلف عن صريح حكم المادة ١/٢١٧ تجاري .

وانظر ايضا استئناف تجاري - الدائرة الاولى - بتاريخ ١٩٧٢/٦/١٨ في الاستئناف رقم ٢٥٧ و ٢٥٨ لسنة ١٩٧١ تجاري .

من شأنه ان يثير الشك حول ما اذا كان الحكم الوارد في المادة ٢/٢١٧ تجاري يقف اثره على الحالات التي تنطبق فيها نصوص قانون التجارة ، أم انه يسري أيضا في حالات المسؤولية التقصيرية ، وهي الحالة التي تخضع ، في حكمها ، لقانون العمل غير المشروع .

٣٠ - عدم التناسق التشريعي في شأن الحجر على المجنون والمعتوه :

قبل صدور القانون رقم ٤ لسنة ١٩٧٤ في شأن ادارة شئون القصر ، كان المشرع الكويتي يخضع المجنون والمعتوه ، في شأن الولاية على اموالهما ، لاحكام المجلة ، مكملتها تضمنه قانون التسجيل العقاري من احكام خاصة بها (المادة ٤٠) ، شأن المجنون والمعتوه في ذلك شأن غيرهما من المحجورين .

فالمادة ٤٠ من قانون التسجيل العقاري تمنعت بمنح المحكمة سلطة اقامة قيم على المحجورين ، ثم تحديد ولايته في التصرف في اموالهم ، دون ان تفرق في ذلك في الحكم نتيجة لسبب الحجر ، اكان هو المجنون أم العته أم الغفلة أم السفه . وهي في ذلك تقول : « تقيم المحكمة قيما على المحجور عليه للجنون أو العته أو السفه أو الغفلة ، ويتصرف القيم في اموال المحجور عليه في حدود ما تقضي به المحكمة » . اما مبدأ الحجر في ذاته وتاريخ وقوعه ، فلم يعرض له قانون التسجيل ، تاركا ذلك لاحكام المجلة .

وقد جاءت المجلة ، في المادة ٩٥٧ منها ، تصرح بأن المجنون والمعتوه محجوران لذاتهما ، شأنهما في ذلك شأن الصغير ، مميزا كان أم غير مميز . ومؤدى ذلك ، بلفظة القانون المعاصر ، أن المجنون والمعتوه محجور عليهما بقوة القانون ، لمجرد كونه مجنونا أو معتوها ، من غير حاجة في ذلك لحكم يصدر من القاضي ، شأنهما في ذلك شأن الصغير تماما . وكان حكم القاضي يقتصر هنا على تنظيم الولاية على مال المجنون والمعتوه ، سواء اكان ذلك بتعيين الشخص الذي يتولى القوامة ، أو بتحديد سلطته في التصرف في مال المحجور . وفي ذلك يختلف حكم المجنون والمعتوه عن حكم السفه وذي الغفلة اللذين لا يقع الحجر عليهما الا بحكم القاضي (المادة ٩٥٨ والمادة ٩٤٦ من المجلة) .

والحكم الذي قرره المجلة ، في شأن المجنون والمعتوه ، يتفق مع السائد في الفقه الاسلامي . ولكنه يختلف عن الحكم المقرر في الكثير من القوانين المعاصرة ، ومن بينها القانون المصري . فالقانون المصري لا يأخذ بفكرة أن المجنون أو المعتوه محجور عليه لذاته . وإنما يتطلب ، للحجر على أي منهما ، صدور حكم القاضي ، بل وتسجيله . بحيث تكون تصرفات المجنون أو المعتوه قبل تسجيل قرار الحجر عليه ، صحيحة في الاصل ، ما لم تكن حالة الجنون أو العته شائعة وقت التعاقد ، أو كان الطرف الآخر على بينه منها (المادة ١١٤ مدني مصري) .

وأخيرا صدر ، في دولة الكويت ، قانون ادارة شؤون القصر . وجاءت المادة ١٤ منه تقضي بأنه : « اذا قررت محكمة الاحوال الشخصية الحجر على ناقصي الاهلية أو فاقدتها ممن جاوزوا سن الرشد لجنون أو عته أو سفه أو غفلة ، عينت المحكمة قيدا على المحجور عليه ، لادارة أمواله والتصرف فيها في حدود ما تقضي به — فاذا كان المحجور عليه من الكويتيين ، جاز اسناد القوامة عليه الى ادارة شؤون القصر ، لتبشرها وفقا لاحكام هذا القانون » (٤٢) .

وهذا النص لم يأت موافقا . فهو بعيد كل البعد عما ينبغي أن تتسم به صناعة التشريع من فن ودقة . ففي قوله : « اذا قررت محكمة الاحوال الشخصية الحجر على ناقصي الاهلية أو فاقدتها لجنون أو عته ... » . ما يثير اللبس والغموض الى حد بالغ . فمن شأن هذا النص ، لو أنه أخذ على حرفيته ، أن يصبح الحجر على المجنون أو المعتوه غير واقع الا بحكم القاضي ، ومن تاريخ صدور هذا الحكم . فهل هذا هو الذي أراده المشرع بالفعل ،

(٤٢) هذه الفقرة الثانية من المادة ١٤ من قانون ادارة شؤون القصر لم يكن لها محل أصلا . فحكمها وارد من قبل في المادة الثانية ، التي تجعل ، من مهام ادار شؤون القصر ، تولى « القوامة على ناقصي الاهلية أو فاقدتها من الكويتيين الذين لم تعين المحكمة قيدا لادارة أموالهم » . فوفقا لهذا النص ، تثبت القوامة ، على ناقصي الاهلية وفاقدتها من الكويتيين ، لادارة شؤون القصر ، لجرد أن المحكمة لم تعين لهم قيدا ، ومن غير حاجة الى أن يتضمن قرار المحكمة ذلك . مثل هؤلاء مثل القصر من صفار السن ، حيث تثبت الوصاية عليهم لادارة شؤون القصر ، لجرد عدم وجود الاب ، ووصيه المختار والجد الصحيح ، وعدم قيام المحكمة بتعيين وصي آخر ، وذلك كله من غير حاجة بالمحكمة الى أن تصدر قرارا بقيام ادارة شؤون القصر بالوصاية .

أم أن المشرع لم يردده ، وقصد أن يبقى الحال على نحو ما كان قائما من قبل ، متفقا مع السائد في الفقه الاسلامي ومع ما تصرح به المجلة ، وأن الامر لا يعدو أن يكون عدم دقة في صياغة النص ؟

ان هذا التساؤل الهام يصل بنا حقيقة الى حد الحيرة . اذ أننا لا نجد له جوابا حاسما ، لا في نصوص القانون نفسه ، ولا في مذكرته الايضاحية .

فعبارة النص ، لو أنها أخذت على حرفيتها ، قد تؤدي بنا ، كما سبق لنا القول ، الى الاخذ بالرأي الاول . فما دامت هذه العبارة تقول : « اذا قررت محكمة الاحوال الشخصية الحجر على ناقصي الاهلية أو فائديها لجنون أو عته أو سفه أو غفلة ... » ، فمؤدى ذلك ، حرفيا ، أنه قبل قرار المحكمة ، لم يكن الحجر قائما . ومما يدعم هذا الفهم أنه صحيح تماما بالنسبة للسفيه ولذي الغفلة ، حيث لا يقع الحجر عليهما ، وفقا لما يسود في الفقه الاسلامي الا بحكم اقاضي . وهو الحكم الذي تقرره المجلة صراحة بدورها (المادة ٩٥٨ المادة ٩٤٦) . ثم أن هذا الحكم يتفق مع ما يقضي به القانون المصري ، الذي لا يأخذ بالفكرة الاسلامية القاضية بأن الجنون والمعتوه محجور عليهما لذاتهما ، وانما يتطلب لتوقيع الحجر على أي منهما ، صدور حكم القاضي ، بل وتسجيله ، بحيث تكون تصرفات كل منهما ، قبل تسجيل قرار الحجر ، صحيحة في الاصل ، ما لم تكن حالة الجنون أو العته شائعة وقت التعاقد ، أو كان الطرف الآخر على بينة منها (المادة ١١٩ مدني مصري) . وربما يكون المشرع الكويتي أراد أن يصبح حكمه ، في شأن الحجر على المجنون والمعتوه ، على غرار ما يقول به القانون المصري ، الذي دأب على أن يتأثر به ويستوحي منه الاغلب من أحكامه .

ومن ناحية أخرى ، يمكن القول بأن المشرع الكويتي لم يقصد ، بنص المادة ١٤ من قانون ادارة شئون القصر ، أن يجعل من حكم القاضي أمرا لازما لايقاع الحجر على المجنون أو المعتوه ، وأن كلا منهما لا زال محجورا عليه لذاته . بل لعل هذا الرأي هو الذي يبدو أولى بالاخذ به .

فالمادة ١٤ السابقة لا يمكن أن تكون حاسمة في شأن ما اذا كان حكم القاضي لازما أو غير لازم لتوقيع الحجر على المجنون أو المعتوه . فهي لم تأت أصلا لتقرير ما اذا كان هذا أو ذاك محجورا أو غير محجور ، ومن أي تاريخ يكون حجره . وانما أتت فقط من أجل تحديد الشخص الذي تكون له

القوامة عليه ، اهو القيم الذي تعينه المحكمة ، ام انه هو ادارة شئون القصر . وهذا هو ما تؤيده المذكرة الايضاحية . فقد جاءت ، في تعليقها على المادة ١٤ ، تقول ان تلك المادة تتناول « تنظيم الحجر ... وأجازت اسناد القوامة الى ادارة شئون القصر ، اذا كان المحجور عليه من الكويتيين » . فالمذكرة الايضاحية تقول ان النص جاء من أجل « تنظيم الحجر » ، بغية اسناد القوامة الى من يتولاها . فهي لم تقل انه جاء لفرض الحجر . وايا ما كان الامر ، فلا يسوغ بحال أن يخالف في صدد كل ما يتعلق بالولاية على المال ، حكم الفقه الاسلامي والمجلة ، من غير نص حاسم قاطع . والمادة الاولى من قانون ادارة شئون القصر تؤيد ذلك ، حيث نصت على ان ادارة شئون القصر تتولى اختصاصاتها ، طبقا لاحكام الشريعة الاسلامية ، ولاحكام هذا القانون .

هذا هو اللبس الذي قد تثيره المادة ١٤ من قانون ادارة شئون القصر ، بعبارتها التي جاء فيها : « اذا قررت محكمة الاحوال الشخصية الحجر ... » . وكما كنا في غنى عن هذا اللبس ، لو ان النص احكمت صياغته ، وتمشت مع الفن السليم في صناعة التشريع . ولقد كان من الافضل ان يقتصر على تحديد الشخص الذي تثبت له القوامة على المجنون او المعتوه او غيرها من ناقصي الاهلية . وهو النهج الذي سلكه بالفعل قانون التسجيل العقاري من قبل ، في المادة ٤٠ منه ، التي اقتضت على القول بأنه : « تقيم المحكمة قيمة على المحجور عليه للمجنون او العته او السفه او الغفلة ... » ، او ان يصرح ، في غير ما لبس او غموض ، بوجود صدور حكم القاضي لتوقيع الحجر .

٣١ — عدم التناسق بين قانون التامينات العينية وقانون العمل وقانون المرافعات في مجال تحديد مراتب الديون التي تستوفى من اجر العامل :

تنص المادة ٣٢ من قانون العمل في القطاع الاهلي على أنه : « لا يجوز الحجز على الاجر المستحق للعامل أو النزول عن أي جزء منه الا في حدود ٢٥ ٪ ، وذلك لدين النفقة أو دين المأكل والملبس والديون الأخرى . ويستوفى دين النفقة قبل دين المأكل والملبس والديون الأخرى . وتسري احكام هذه المادة والمادة (٣١) على جميع المبالغ المستحقة للعامل طبقا للمادة (٢٨) » .

وهذا النص يتضمن حكيمين مختلفين : (١) تحديد الحصة الجائز الحجز عليها من دائني العامل على أجره . (٢) تحديد مراتب دائني العامل ، في استيفائهم ديونهم من القدر المحجوز عليه من أجره .

والحكم الاول لا جرم فيه . فهو يتمشى مع الغاية الاساسية التي يستهدفها قانون العمل ، وهي حماية العامل . اذ انه يضمن للعامل ان يقبض من رب العمل ثلاثة ارباع أجره ، على الاقل .

صحيح ان تحديد ما يجوز الحجز عليه من اموال المدين يدخل في اختصاص فرع آخر من فروع القانون ، هو قانون المرافعات المدنية والتجارية . وصحيح ايضا ان هذا الفرع لم يغفل عن التعرض لتحديد القدر الجائز الحجز عليه من الاجور ، بل انه حدده بنفس النسبة ، وهي الربع . صحيح هذا كله . ومع ذلك ، فتضمن قانون العمل نصا يقرر القدر الجائز الحجز عليه من اجر العامل يتمشى مع موضوعه وهدفه ، وهو حماية العمال . بل ان تضمنه هذا النص لا يخلو من فائدة . فالمادة ٢٧٥ من قانون المرافعات، التي عرضت للموضوع ، في مستهلها ، تقول : « لا يجوز الحجز على اجور الخدم والصناع والعمال الا بقدر الربع . . . » . وقد يفهم من عبارة هذا النص « الخدم والصناع والعمال » ان المقصود منه هو العامل بالمعنى التقليدي القديم ، وهو العامل اليدوي . اما الحكم الوارد في المادة ٣٢ من قانون العمل في القطاع الاهلي ، فمن المقطوع به ان يسري على كل العمال الخاضعين لاحكامه ، ايا ما كان مركزهم في السلم الاجتماعي ، وايا ما كانت طبيعة العمل الذي يؤدونه .

واذا لم يكن لنا اعتراض على الحكم الذي يتضمنه النص في شطره الاول ، بخصوص تحديد القدر الجائز الحجز عليه من اجر العامل ، فلنا على شطره الثاني — الذي يتضمن كيفية توزيع القدر المحجوز عليه من اجر العامل على دائنيه — ملاحظتان هامتان ، هما الآتيتان :

(الملاحظة الاولى) ان كيفية توزيع القدر المحجوز عليه من اجر العامل على دائنيه وتحديد مراتب ديون هؤلاء لا تدخل اصلا في موضوع قانون العمل . فهذا امر لا يهم العامل ، بل دائنيه . فما دام العامل قد حجز على ربع أجره ، استيفاء لديونه ، فليست له بعد ذلك اية مصلحة سائفة في تحديد من تكون له الاولوية على غيره من دائنيه في هذا القدر .

واذا كان هذا الامر لا يدخل في موضوع قانون العمل ، فان مجاله الطبيعى هو في قانون التأمينات العينية ، الذي يقرر ما قد تتمتع به الديون من امتيازات تضمنها ومراتب تلك الامتيازات ، عند التزامها .

(الملاحظة الثانية) يقرر قانون العمل الاهلي ، في الشطر الثاني من المادة ٣٢ ، ترتيب اولوية الديون ، التي تستوفى من الجزء المحجوز عليه من اجر العامل ، على نحو يختلف عن ذلك الذي يقضي به قانون التأمينات العينية ، في غير ما ضرورة أصلا ، بل على نحو يثير الاضطراب .

فهذا النص يقضي بتقديم دين النفقة على دين المأكل والملبس . في حين ان قانون التأمينات العينية ، في المادة ١٠٨ منه ، يسوي بين الديون الثلاثة ، ويجعلها في مرتبة واحدة ، بحيث انها ، عند التزامها ، تستوفى بنسبة كل منها .

ولم يقتنع نص المادة ٣٢ عمل اهلي بترتيب اولوية دين النفقة على دين المأكل والملبس ، بل انه استطرد قائلا انه يستوفي قبل « الديون الاخرى » . ولم يوضح المقصود بتلك الديون الاخرى ، اهي مجرد الدين العادية ، أم حتى لو كانت ممتازة .

ومن شأن ذلك ان يثير ، في العمل ، الكثير من الاضطراب ، لا سيما اذا تزامم ، على اجر العامل ، دين النفقة الواجبة عليه ، مع دين المصروفات القضائية ودين الخزانة العامة .

فقانون التأمينات العينية يقرر للمصروفات القضائية امتيازاً في المرتبة الاولى ، من شأنه أن يجعلها تستوفى قبل أي حق آخر ، ولو كان ممتازاً (المادة ١٠٥) . كما انه يقرر للمبالغ المستحقة للخزانة العامة امتيازاً في المرتبة الثانية ، بحيث لا يسبقه الا امتياز المصروفات القضائية (المادة ١٠٦) .

فلو انه تزامم ، على اجر العامل ، في حدود القدر الجائز الحجز عليه ، دين النفقة ودين المصروفات القضائية ودين مستحق للخزانة العامة ، فكيف يكون التوزيع حينئذ ؟

ان مؤدى الاخذ بحرفية نص المادة ٣٥ من قانون العمل في القطاع الاهلي ان يتقدم دين النفقة أولا ، في غير ما حدود (٤٣) ، ثم يجيء دين المصروفات القضائية ، فدين المبالغ المستحقة للخرانة . وفي ذلك خلاف مع قانون التأمينات العينية ، وتفويت للحكمة التي توخاها من تقرير المرتبة الاولى لامتياز المصروفات القضائية ، (وهي انها تعود بالمنفعة على كل الدائنين المتزاحمين) ، وللحكمة التي توخاها من تقرير المرتبة الثانية لامتياز المبالغ المستحقة للخرانة العامة (وهي ان تلك المبالغ تعود بالنفع على الدولة كلها) . اما اذا فسرنا عبارة « الديون الاخرى » الواردة في نص المادة ٣٥ عمل اهلي ، على انها تعني الديون العادية وحدها ، فاننا نستطيع ان نصل الى تقرير الحكم الذي يقضي به قانون التأمينات العينية .

وهكذا فمن شأن تعرض قانون العمل ، في المادة ٣٥ منه ، لكيفية توزيع القدر الجائز الحجز عليه من اجر العامل على دائنيه ان يثير المصاعب . ولقد كنا في غنى عنها لو انه احجم عن التعرض لهذا الامر ، سيما وانه لا يعنيه ، ولا يدخل في موضوعه .

ومن العجيب في المسألة التي نحن بصدددها ، وهي مسألة تحديد مراتب الديون التي يتحمل بها العامل ، عند استيفائها من القدر المحجوز عليه من اجره ، من العجيب في هذه المسألة ، ان الامر لم يقف عند تصدي قانون العمل لحكمها ، برغم عدم اختصاصه بها ، وتقريره حكما يخالف ذاك الذي يقضي به القانون المختص ، وهو قانون التأمينات العينية . بل ان ثمة فرعا ثالثا من فروع القانون قد تصدى بدوره للمسألة في غير ما اختصاص له بها ، وفي غير ما ضرورة تقتضيه ، ووضع لها حكما انفرد به وحده . وهذا الفرع هو قانون المرافعات المدنية والتجارية .

فالمادة ١/٢٧٥ مرافعات تقضي بأنه : « لا يجوز الحجز على اجور الخدم والصناع والعمال الا بقدر الربع . وعند التزامهم ، يخصص نصفه لوفاء دين النفقة المقررة ، والنصف الآخر لما عداها من الديون » .

(٤٣) وذلك في حين ان قانون التأمينات العينية لا يقرر الامتياز لدين النفقة ، الا في حدود ما يستحق منه عن الستة شهور الاخيرة (المادة ١٠٨) .

ومؤدى اعمال هذا النص من قانون المرافعات ان يخصص نصف المقدار المحجوز عليه من اجر العامل لدين النفقة ، بحيث يتحدد في نطاقه امتياز على كافة الديون الاخرى . اما بالنسبة الى النصف الاخر ، فتستوفى منه بقية الديون ، مع مراعاة ما عساه ان يترتب بينها من اولويات وفقا للقانون .

وهكذا نجد ، في مسألة واحدة ، ثلاثة تشريعات تتعرض لها ، ويقرر كل منها ، لحكمها ، حكما يخالف ذاك الذي يقضي به الاخران . وفي ذلك من الاضطراب وعدم التناسق التشريعي ما لا عهد لنا به .

ويرتد العيب ، الذي اظهرناه ، الى عدم مراعاة مبدأ التخصص التشريعي ، والى عدم النظر الى الصرح القانوني الكويتي ككل ، عند التشريع في امر من الامور .

فمن وجه ، يقتضي الفن السليم في صناعة التشريع مراعاة مبدأ التخصص التشريعي ، بمعنى أن كل فرع من فروع القانون ، بل كل تشريع ، يقتصر على الاحكام التي تدخل في صميم موضوعه ، دون تلك التي تدخل في موضوع غيره ، وذلك ما لم تقتض الضرورة غير ذلك ، وفي حدودها . ففي مجال المسألة التي نحن بصددنا ، وهي تلك المتعلقة بمراتب الديون التي تستوفى من اجر العامل ، نجد أن الاختصاص بها مناط بقانون التأمينات العينية . فما كان لقانون العمل ، ولا لقانون المرافعات أن يعرض لها ، طالما ان الضرورة لم تقم بأيهما وادت به الى ان يتناولها .

٣٢ - ثالثا : عدم مراعاة مقتضيات الصنعة التشريعية في تحرير المذكرات التفسيرية :

من العيوب الواضحة التي تشوب الوضع التشريعي الراهن ، في دولة الكويت ، هدم مراعاة مقتضيات الصنعة التشريعية في تحرير المذكرات التفسيرية للقوانين ككل . صحيح أن بعض هذه المذكرات التفسيرية ، بل الكثير منها ، كتب على نحو طيب . ولكن ليس الحال هكذا دائما . فهناك من تلك المذكرات ما يتسم بالعيب الظاهر ، لسبب أو لآخر .

والمذكرات التفسيرية أو الايضاحية ليست جزءا من التشريع ، كما هو معلوم . ولكن لها من ذلك اهميتها الكبرى . فهي تلعب دورا عظيم الاثر في مساعدة القاضي في تفسير التشريع عند غموضه ، وذلك عن طريق بيان الحكمة من وضع التشريع ، والغاية التي يستهدفها ، وقصد الشارع منه .

وللمذكرات الايضاحية او التفسيرية فن تجب مراعاته في تحريرها ، حتى تحقق الغاية منها ، كما أن للتشريع بدوره فنا تجب مراعاته في صياغته . فلكل امر من امور صناعة التشريع نهجه ومقتضيات فنه ، بحيث لا ينبغي أن يقع الاخلال بها .

والمذكرات الايضاحية يتحدد اسلوبها ونهجها وعامة مقتضياتها بهدفها الذي يتمثل في المساعدة في تفسير التشريع وجلاء ما قد يعتريه من غموض ، وذلك عن طريق بيان الحاجة التي أدت الى وضع التشريع والغاية منه ، في تركيز ، ودون لجوء الى الاطناب الزائد عن الحاجة ، وعلى الخصوص دون لجوء الى الاجتهاد الفقهي في رد الحكم التشريعي الى اصل او الى آخر من اصول القانون من غير مقتض يحتمه .

فأما المذكرات التفسيرية وعبها الاكبر يتمثلان في الاجتهاد الفقهي ، فيما يتجاوز هدفها وغايتها ، وهو تفسير التشريع عن طريق ايضاح قصد الشارع من وضعه . ولا يرجع ذلك الى رغبة في محاربة الاجتهاد في ذاته . فالاجتهاد محمود دوما . ولكن لان اجتهاد المذكرة التفسيرية يقل في العمل باب الاجتهاد على القضاء ، لما لها من كبر وزن عنده ، سيما في دولة الكويت وغيرها من البلاد العربية الاخرى عامة ، حيث نجد القاضي يعطي ، لما يجيء في المذكرات التفسيرية للقوانين ، وزنا يتجاوز المدى والحدود ، بحيث قل أن يجتهد بما يخالفها . وذلك ربما يرجع الى عدم اكتمال الثقة الكافية في نفسه . فما بالك بعد ذلك ، اذا كانت المذكرات التفسيرية ، وعلى الاخص تلك التي تصاحب التشريعات الصغيرة الحجم — وان لم تكن بالضرورة ضعيفة في اثرها — تتضمن ، في الكثير من الحالات ، اجتهادات غير سليمة ولا ناضجة .

ونحن ، بعد أن بينا أهمية المذكرات التفسيرية او الايضاحية للقوانين ، ووضحنا هدفها وغايتها ، وظهرنا مقتضيات فنها ، يتعين علينا أن نقوم ، على ضوءها ، المذكرات التفسيرية التي صاحبت التشريعات الكويتية

المختلفة . ولا نستطيع ، بطبيعة الحال ، أن نعرض لهذه المذكرات كلها .
وانما نجتزئ بأهمها ، أو بما نرى العيب يشوبها أكثر من غيرها .

٣٣ - (١) المذكرة الإيضاحية لقانون التجارة :

أول ما نعرض له ، في المجال الذي نحن بصدد ، المذكرة الإيضاحية لقانون التجارة ، أو ما أطلق عليها « مذكرة بالخطوط الرئيسية لقانون التجارة » ، وذلك في خصوص ما تعلق منها بنظرية الالتزامات ، الواردة في الكتاب الثاني منه ، باعتبار أن نظرية الالتزامات تدخل في الأصل في رحاب القانون المدني .

ولقد بدأت المذكرة التفسيرية لقانون التجارة التعليق على أحكام نظرية الالتزام بداية موفقة ، في مجموعها (٤٤) . فبينت أن النصوص التي تضمنت هذه الأحكام منقولة عن القانون العراقي ، اعتباراً منها — على حد قولها — بأن القانون العراقي قد وفق في نصوصه بين أحكام المجلة وأحكام القوانين الغربية ، فجاءت بذلك مزيجاً موفقاً من هذه الأحكام المختلفة . ثم عرضت بعد ذلك للنهج الذي تتبعه المدونة في عرض أحكام نظرية الالتزام .

(٤٤) قلنا في المتن أن المذكرة التفسيرية لقانون التجارة ، في تعليقها على أحكام نظرية الالتزامات التي احتلت منه الكتاب الثاني ، جاءت بدايتها موفقة ، في مجموعها . وقصدنا بمبارة « في مجموعها » التحفظ . فلم تات تلك البداية خالية من كل عيب . فقد ورد فيها ما ينسجم بعدم الدقة في العرض . ومن ذلك ما جاء في المذكرة تعليقاً منها على ترك ما تضمنه القانون العراقي من أحكام مستمدة من المجلة في شأن نظرية البطلان ، في سبيل الأخذ بأحكام تلك النظرية في القانون المعاصر من أن المجلة « تتدرج بالمقد من باطل الى فاسد الى موقوف الى نافذ الى لازم » .

وهذا القول غير دقيق ، لانه يقوم على خلط بين ما يعترى العقد من نقص وما ينطوي عليه من عناصر الكمال . والصحيح في هذا المجال هو أن يقال أن العقد يتدرج بين العقد الباطل والمنعقد . والعقد المنعقد يتدرج بين الصحة والفساد . والعقد الصحيح إما موقوف وإما نافذ . والعقد النافذ إما لازم أو غير لازم . وقد وقعت المذكرة في عيب آخر ، حيث عرضت تقسيم العقود ، من حيث الصحة والبطلان ، في القانون المعاصر ، عرضاً غير دقيق . فقد جاء فيها أن القوانين الغربية تأخذ بنظرية « تقسيم العقد الى عقد باطل وعقد قابل للإبطال وعقد صحيح » . والواجب أن يقال هنا ، لو أردنا الدقة في التعبير ، أن القانون المعاصر يقسم العقد الى عقد باطل وعقد منعقد ، ثم يقسم العقد المنعقد الى عقد صحيح وعقد قابل للإبطال .

وبعد تلك المقدمة ، لا نجد في المذكرة التفسيرية لقانون التجارة اي تعليق على النصوص في ذاتها ، ولا ذكر حتى لارقام موادها . وانما نجد مجرد موجز مركز لاحكام نظرية الالتزام ، وارد على نحو فقهي ، بحيث يكاد لا يجد فيه المفسر ما يعينه على جلاء ما قد يصادفه في النصوص من لبس او غموض .

وبهذه المثابة ، لا نجد في المذكرة التفسيرية لقانون التجارة او ما اطلق عليها « مذكرة بالخطوط الرئيسية لقانون التجارة » المقومات اللازمة للمذكرة التفسيرية التي تصاحب التشريع ، على نحو ما يحقق الهدف المقصود منها ، وهو المساعدة في جلاء غموض النصوص . ولعل اهم دور تستطيع ان تؤديه تلك المذكرة يتمثل في أن يقرأها الطالب ، قبيل دخوله قاعة الامتحان ، ليجمع شتات معلوماته في مادة الالتزامات .

٣٤ - (٢) المذكرة الايضاحية لقانون التأمينات العينية :

صاحبت قانون التأمينات العينية الصادر برقم ٣٤ لسنة ١٩٦١ مذكرة ايضاحية ، اطلق عليها « مذكرة ايضاحية بالخطوط الرئيسية لقانون التأمينات العينية » .

وليس لهذه المذكرة اي مقوم من مقومات المذكرات الايضاحية على الاطلاق ، اللهم الا اذا كان ذلك متمثلا في الاسم الذي اضى عليها ظلما . فهي مجرد ايجاز لكتاب من كتب الفقه ، دونما ستر ولا خفاء ، شأنها في ذلك تماما شأن المذكرة التفسيرية لقانون التجارة ، فيما ورد فيها بصدد احكام نظرية الالتزام . حتى المظهر الشكلي للمذكرات الايضاحية لم يلبس لها . فكل ما فيها ينطق على نحو صريح وسافر بأنها اختصار لما يرد عادة في مؤلفات الفقهاء في مادة التأمينات العينية . حتى شكل المؤلفات ، لم يكلف واضع المذكرة نفسه مثونة العمل على اخفائه . فبدأت المذكرة بتمهيد ، تماما كما يفعل الفقهاء في كتبهم ، ثم بالتقسيم الى ابواب وفصول ومباحث فقهية .

والمذكرة ، على هذا النحو ، لا تؤدي الغرض الذي يقصد عادة من وضع المذكرات التفسيرية . فهي لا تعدو أن تكون مجرد ترديد لما يرد في كتب رجال الفقه ، على نحو ما يراه واضعها .

٣٥ - (٣) المذكرة الإيضاحية لقانون العمل غير المشروع الصادر برقم ٦ لسنة ١٩٦١ :

من أكثر المذكرات التفسيرية بعدا عن مقتضيات والهدف تلك التي صاحبت قانون تنظيم الالتزامات الناشئة عن العمل غير المشروع الصادر برقم ٦ لسنة ١٩٦١ .

فهي ، وان كانت قد بدأت موفقة ، في صفحاتها الاولى ، حيث عرضت لبيان الغاية من وضع القانون ونهجه ، الا انها سرعان ما فقدت الطابع المميز للمذكرات التفسيرية للقوانين ، لتأخذ شكلا مركزا لمؤلفات الفقهاء . بل انها أخذت الاكثر الاغلب من عباراتها عن طريق النقل الحرفي من مؤلف الفقيه الفذ الاستاذ عبدالرزاق السنهوري (الوسيط ج ١ بنده ٥٢٨ وما بعدها) ، دون أن تكلف نفسها حتى مؤنة اعطاء تلك العبارات المظهر الشكلي العام للمذكرات التفسيرية . وكأنك حين تقرا مذكرتنا تقرا ، في الواقع ، مؤلف الاستاذ السنهوري ، بعد حذف التفاصيل . حتى عناوين بنود هذا المؤلف ، اتخذت مكانها ، بذات الفاظها ، عناوين لبعض من بنود المذكرة .

وتحرير المذكرات التفسيرية ، على هذا النحو من النقل حرفيا ، في الكثير الاغلب من العبارات ، من مؤلفات الفقهاء ، ايا كانت القيمة العلمية لاصحابها ، يتسم بعيب بالغ . فللمذكرات التفسيرية أسلوب وهدف مختلفان تماما عن أسلوب وهدف مؤلفات الفقهاء . ثم ان نقل المذكرة من مؤلف الفقيه ، وما يحتويه هذا المؤلف من آراء واجتهادات ، يجعل لهذه وتلك صبغة شبه رسمية ، الامر الذي يؤدي بالقضاة الى ان يلتزموا ، في واقع الامر ، وان لم يكن ذلك على وجه رسمي ، بآراء فقيه معين . وهذا من شأنه ان يمنعهم عمليا من الاجتهاد ، والاستئناس في اجتهادهم برأي الفقهاء الآخرين .

٣٦ - (٤) المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ٦ لسنة ١٩٦٧ بتعديل بعض احكام قانون العمل غير المشروع :

اصدر المشرع الكويتي القانون رقم ٦ لسنة ١٩٦٧ ، ليعدل به بعض احكام قانون العمل غير المشروع الصادر في سنة ١٩٦١ . والتعديل الاساسي الذي اتى به هذا القانون يتركز في اضافة المادة ١٩ مكرر ، التي استقى المشرع حكمها من القاعدة التي تسود نظام الضمان في الفقه الاسلامي ،

والتي تقضي بأن المباشر ضامن ولو لم يتعمد أو يتعد ، بعد اجراء ما رآه من تطويرات عليها ، تتمشى مع حضارة العصر ومدينة الجيل .

وقد صاحبت القانون مذكرة ايضاحية مطولة . ولم تقع هذه المذكرة في العيب الذي وقعت فيه المذكرة الايضاحية لقانون العمل غير المشروع الصادر في سنة ١٩٦١ . فهي لم تلجأ الى النقل من كتب الفقهاء مثلها ، وانما جاءت متممة بذاتية مستقلة واضحة .

ومع ذلك ، فمذكرتنا الايضاحية الجديدة لم تخل من كل عيب ، فهي لم تقف عند الحدود التي ينبغي أن تقف عندها المذكرات التفسيرية للقوانين ، وهي بيان الحكمة من وضع التشريع وغايته وابرار قصد الشارع منه . وانما لجأت الى البحث الفقهي ، وللأسف من غير كامل دراية ، الامر الذي عرضها للزلل في مواضع شتى .

ومن مواقع الزلل التي انقادت اليها تلك المذكرة ما جاء فيها من أن القانون ، في دعوى المسؤولية المؤسسة على حراسة الاشياء الخطرة ، المنصوص عليها في المادة ١٩ من قانون العمل غير المشروع ، يكلف المضرور باثبات أن المدعى عليه هو حارس الشيء الذي أحدث الضرر . وهذا القول تعوزه الدقة . اذ أن الحراسة ، على نحو ما هو مستقر في الفقه والقضاء ، مفترضة في مالك الشيء . ويكفي المضرور بالتالي اثبات ملكية الشيء للمدعى عليه . لانه ان فعل اعتبر المدعى عليه حارسا ، ما لم يتم هو الدليل على أن الحراسة انتقلت منه الى غيره ، لسبب أو لآخر . وبهذا لا يكلف المضرور اثبات حراسة المدعى عليه ، الا اذا كان هذا الاخير غير مالك . وهو من بعد وضع نادر نسبيا في العمل .

ومن مواقع الزلل التي انقادت اليها كذلك المذكرة الايضاحية للقانون رقم ٦ لسنة ١٩٦٧ ، في غير ما ضرورة ، وبسبب تماديها في البحث الفقهي الذي ليس من شأنها ، من مواقع الزلل هذه التي انقادت اليها المذكرة ، ما جاء فيها من أن فكرة الخطأ أخذت تتوارى في الفكر القانوني المعاصر ، لتترك مكانها لنظرية تحمل التبعة التي تقوم على أساس أن من يخلق تبعات يفيد من مغانمها ، يجب عليه أن يتحمل عبء مغارمها . وهذا القول من المذكرة غير صحيح كله . فان كان حقا أن فكرة الخطأ أخذت تتوارى في الفكر القانوني المعاصر ، فليس سليما أن يقال أن نظرية تحمل التبعة أخذت تأخذ مكانها . فنظرية تحمل التبعة وإن لقيت نجاحا رائعا في أوائل هذا القرن ، بعد أن

بشر بها رائداهما الاولان الفقيه الفذ Salailles والعلامة Josserand الا انها سرعان ما اخذت جنوتها تنطفئ ، وان لم تمت ، واخذ الفقه في مجموعه ينبذها ، حتى اولئك الذين بداوا ينحازون اليها (٤٥) . وحلت محلها نظرية المسؤولية الشيئية القائمة على افتراض الخطأ افتراضا لا يقبل اثبات العكس . وهي بالفعل النظرية التي ارجعت اليها المذكرة الايضاحية لقانون العمل غير المشروع الاصيل (اي الصادر في سنة ١٩٦١) أساس المسؤولية في حراسة الاشياء الخطرة .

ولقد اردنا ان نبرز هنا ما وقعت فيه المذكرة الايضاحية من خطأ ، بقولها ان القانون المعاصر اخذ يسير على نظرية تحمل التبعية ، بسبب ما جرت اليه احكام القضاء الكويتي كلها تقريبا الى خطأ افدح من خطئها هي ، بقولها ان المسؤولية المقررة بمقتضى المادة ١٩ مكرر تقوم ، في اساسها ، على فكرة تحمل التبعية (٤٦) . وهي فكرة موهلة في الخطأ . ذلك لان المادة ١٩ مكرر مأخوذة من الفقه الاسلامي . والفقه الاسلامي لا يعرف نظرية تحمل التبعية ، ولا يأخذ بها اصلا . فهذه النظرية عصرية النشأة ، قيل بها ، على الخصوص ، في فرنسا في اواخر القرن الماضي ، وراثة ازدهارها في السنين الاولى من القرن الذي نعيش فيه ، وان اخذت تنهار بعد ذلك سريعا . وانما يرجع أساس المسؤولية المقررة بمقتضى المادة ١٩ مكرر الى الفكرة الاسلامية في مباشرة الضرر (٤٧) .

(٤٥) راجع ، في نشأة نظرية تحمل التبعية وازدهارها ثم انطفاء جنوتها ، عبد القاه عبدالقاهي ، المسؤولية التقصيرية عن حوادث السيارات وغيرها من الاشياء الخطرة ، تأسيسا على حراستها وعلى مباشرة الضرر اثناء استعمالها ، محاضرات مطبوعة على الآلة الكاتبة القيت على طلبة قسم الدكتوراه بجامعة الكويت ، نبذة ١٨ وما بعدها .

(٤٦) انظر ، من احكام القضاء الكويتي التي ترجع اساس المسؤولية المقررة بمقتضى المادة ١٩ مكرر الى نظرية تحمل التبعية : استئناف تجاري - دائرة أولى - ١٩٧١/١١/١٤ (غير منشور) - استئناف تجاري الكويت - دائرة أولى - ١٩٦٩/١١/٣٠ (غير منشور) - استئناف تجاري - دائرة أولى ١٩٧١/١٢/٥ ، استئناف تجاري - دائرة ثانية - ١٩٧٠/٦/٢٠ .

(٤٧) وقد ادى ارجاع المسؤولية المقرر بمقتضى المادة ١٩ مكرر الى فكرة تحمل التبعية ببعض الاحكام الى ان تتوسع في تحديد مباشر الضرر على نحو مغل تماما ، يتجاوز كل الحدود ، ولا يتفق اطلاقا مع الاصل الاسلامي الذي استمدت منه المسؤولية . فقد وصلت هذه الاحكام الى القول بان مباشر الضرر هو « غير المصلب الذي يقع الحادث من جراء نشاطه » . راجع استئناف الكويت تجاري ١٩٧١/١٢/٥ ، استئناف الكويت - دائرة أولى تجاري - ١٩٦٣/١١/٣٠ ، تجاري كلي - دائرة ٩ - ١٩٦٩/١٢/٩ .

ومن مواقع الزلل التي انتقدت اليها المذكرة التفسيرية للقانون رقم ٦ لسنة ١٩٦٧ ، في النهاية ، ما جاء فيها من أن المسؤولية المقررة بمقتضى المادة ١٩ مكرر « إنما تنتفي فقط باثبات القوة القاهرة » ، بعد أن سبق لها القول بأن تلك المسؤولية لا تنزاح باثبات الحادث الفجائي أو خطأ المضرور أو خطأ الغير . وهذا القول من المذكرة التفسيرية اجتهد غير صحيح ، جرت اليه للأسف الاغلب من أحكام القضاء . وهو بعد اجتهد كانت المذكرة في غنى عنه تماما . فالقوة القاهرة لا تحول دون مسؤولية مباشر الضرر . وهذا واضح تماما من ذات نص المادة ١٩ مكرر ، الذي لم يرفع المسؤولية ، الا في حالة خطأ المضرور الموهل في فداخته ، بحيث يصل الى مرتبة تعمد الحاق الاذى بنفسه ، أي الانتحار ، أو يصل الى حد سوء السلوك الفاحش والمقصود ، وهو ذلك النوع من الخطأ الذي يطلق عليه ، في فرنسا ، الخطأ غير المغتفر .

فالنص لم يذكر أبدا أن المسؤولية لا تقوم في حالة القوة القاهرة . بل انه اذا كان المشرع لا يعفى من المسؤولية في حالة خطأ المضرور ، كأصل عام ، فيستدل على ذلك ، من باب أولى ، على انه لا يعفيه منها في حالة القوة القاهرة . فالمدعى عليه أولى بالرعاية ، اذا كان خطأ المضرور هو الذي تسبب في الحاق الاذى بنفسه عما لو كانت القوة القاهرة هي التي أدت به (أي المدعى عليه) الى اتيان الفعل الذي أحدث الضرر . ثم ان المذكرة نفسها تصرح بأن المسؤولية لا تنزاح بالظرف المفاجيء . والمستقر عليه الآن ان الظرف المفاجيء والقوة القاهرة اصطلاحان مترادفان يقصد بهما نفس المؤدى . وفضلا عن ذلك كله ، فالمسؤولية التي نحن بصدها ، مستتقة في أصلها من الفقه الاسلامي ، تأسيسا على فكرة أن المباشر ضامن ولو لم يتعمد . والفقه الاسلامي لا يبعد المسؤولية عن مباشر الضرر ، حتى لو كانت ثمة قوة قاهرة هي التي أدت به الى أن يباشره .

(٦) العيوب المتعلقة بالمجلة

٣٧ — من العيوب التي تلابس الوضع التشريعي الكويتي في المسائل المدنية ، الى جانب ما قدمنا ، ذاك الذي يرجع الى مجلة الاحكام العدلية في ذاتها . فأيا ما كان من أمر هذه « المجلة » ، ومهما قيل من أن نطاق تطبيقها ، في دولة الكويت ، قد ضاق وانحصر الى حدود بالغة ، الا انها ما زالت تعتبر الى الآن الشريعة الام ، على الاقل في المسائل المدنية .

والعجيب في الامر انها تعتبر شريعة ام لتشريعات حديثة مستقاة من مصادر
عصرية مختلفة تماما عن المصدر الذي أخذت هي منه ، ونعني به الفقه
الاسلامي . وهكذا نرى انفسنا امام ام لابناء من جنس آخر غير
جنسها هي ، واتوا من مصدر مختلف وبعيد عنها .

ثم ان « المجلة » في ذاتها ، لم تعد تصلح قانونا في وقتنا الحاضر . نحن
لا ننكر فضلها في الماضي ، سواء في الكويت ام في غيرها من بلادنا العربية
ال اخرى . فلا شك انها أدت دورا هاما في هذه البلاد ، على اثر تطبيقها فيها .
فهي ، على اية حال ، خير من الوضع القانوني الذي كان سائدا قبلها . ولكن
الزمن الآن قد تجاوزها . وما يصلح لزمان لا يصلح بالضرورة لزمان
آخر غيره .

والمجلة ، في وقتنا الحاضر ، تلاحقها العيوب من كل جانب ، وقد قيل في
عيوبها هذه الشيء الكثير . ونحن لا نحب هنا ان نردد ما قيل . وانما نود
ان نرد هذه العيوب الى الاصل الذي نجمت عنه . ويتركز هذا الاصل في ان
« المجلة » ليست ، في حقيقة واقعتها ، اكثر من مجرد تقنين للفقه الاسلامي
على مذهب الامام ابي حنيفة . فهي ليست تقنينا لقواعد صيغت ، منذ الاصل ،
لتكون تشريعا . من هنا كان الطابع الفقهي الغالب الذي تتسم به المجلة .
فهي ، في ذاتها ، اقرب الى الفقه منها الى التشريع . وهذا ما أدى بها الى
ان تتضمن قواعد لا غبار عليها ، اذا ما نظر اليها بمرآة الفقه . ولكنها
تبدو معيبة اذا ما قومناها على انها تشريع . ومن ذلك ، على سبيل المثال ،
المادة الاولى من المجلة التي تتضمن تعريفات وقواعد اصولية مقبولة
تماما على انها فقه ، ولكنها غير قابلة للتطبيق في أغلبها ، اذا نظرنا اليها
على انها قواعد تشريعية . وهذا ما دعا واضعي المجلة انفسهم ان يقولوا
عن تلك القواعد الاصولية انه : « ليس لحكام الشرع الشريف ان يحكموا
بمجرد الاستناد الى واحدة من هذه القواعد ، ما لم يقفوا على نص
صريح ... » (٤٨) . ومن ذلك ايضا التعريفات التي تضمنتها « المجلة » في
كل كتبها وفصولها ، كتولها : « البائع هو من يبيع (المادة ١٦٠) »
و « المشتري هو من يشتري (المادة ١٦١) » و « المتبايعان هما البائع
والمشتري ويسميان عاقلين ايضا (المادة ١٦٢) » و « محل البيع هو المبيع
(المادة ١٥٠) » . ومن الامور التي يظهر فيها الطابع الغالب للفقه كذلك

(٤٨) راجع التقرير المقدم من واضعي المجلة الى الصدر الاعظم .

الحلول الفردية ، دون التركيز والتأصيل ، الذي هو سمة الفقه الاسلامي بوجه عام . ثم الامثلة التي ترد في النصوص ، واغلبها امثلة موهلة في السذاجة ، اذا نظر اليها بعين التشريع .

والى جانب العيون الكثيرة التي تشوب « المجلة » ، والتي ترد ، في اصلها ، الى كون « المجلة » مجرد تقنين للفقه الاسلامي ، وليست تقنيناً لقواعد وضعت ، منذ الاصل ، لتكون تشريعا ، الى جانب هذه العيوب الكثيرة ، نشر الى عيب آخر جسيم . وهو أن المجلة لم تأخذ احكامها الا من الفقه الحنفي . في حين أن الاصلح ، عند استمداد الاحكام من الفقه الاسلامي ، هو أن نيمم وجهنا نحو المذاهب الاسلامية كلها ، نعتأس بها وتأخذ منها ما نراه اقرب الى روح الاسلام واكثر اتفاقا مع مصالح الناس .

وايا ما كان من شأن « المجلة » ، فهي قد أدت رسالتها ، وأن لها أن تستريح . واذا كان تطبيقها قد انتهى بالفعل في بلد المهد تركيا في عام ١٩٢٦ ، وفي سوريا في عام ١٩٤٩ ، وفي العراق في عام ١٩٥١ ، وفي الاردن في اول يناير عام ١٩٧٧ ، فلم يبق لها الا أن من تطبيق ، الا في دولة الكويت . وهو من بعد تطبيق ضيق وجد محدود . ولعل الاوان قد آن لينتهي تطبيقها في الكويت بدورها .

٧ — عيوب تشريعية متنوعة

٣٨ — تناولنا ، فيما سبق ، بعض العيوب التي رايناها تشوب الوضع القانوني الراهن ، في دولة الكويت ، فيما يخص المسائل الداخلة في رحاب القانون المدني . وليست هذه كل العيوب . فالى جانبها ، توجد عيوب أخرى كثيرة . وان كانت العيوب التي تناولناها هي الاظهر والاكثر فداحة وخطرا .

واذا كان المقام لم يعد يتسع لان تناول هذه العيوب الاخرى في تفصيل وشمول ، فلا أقل من أن نشير ، في ايجاز ، الى بعضها .

٣٩ — فمن العيوب التي تشوب الوضع التشريعي الكويتي في المسائل الداخلة في رحاب القانون المدني عدم وجود قواعد تشريعية تنظم عقدا بات يأخذ مكانه الان بين أهم العقود شيوعا في حياة الناس ، ألا وهو عقد التأمين .

والعجيب في الامر ان المشرع الكويتي فرض التأمين ، كنظام اجباري في بعض الحالات ، كما هو الشأن في التأمين عن اخطار السيارات فيما ينشأ عنها من اضرار للغير ، كما انه نظم التأمين في ذاته والشركات والوكلاء القائمين به (القانون رقم ٢٤ لسنة ١٩٦١ في شأن شركات ووكلاء التأمين) ، ولكنه لم ينظم عقد التأمين . وهذا عيب تشريعي ينبغي الاسراع الى تفاديه ، سيما وان هناك — على حد علمنا — مشروعا بقانون لتنظيم عقد التأمين لم يتم انجازه الى الآن .

٤. — ومن العيوب التي تشوب الوضع التشريعي الكويتي ، والتي ينبغي التنويه عنها ، ما نراه من توسع يتجاوز المألوف لنطاق تطبيق القانون التجاري ، الى حد انه يطغى على القانون المدني ، بتنظيمه مسائل هي ادخل في اختصاص هذا الفرع الاخير .

وواضح ان توسيع مجال تطبيق قانون التجارة ، في دولة الكويت ، عما هو معهود في غيرها من البلاد ، جاء امرا مقصودا ، بل ذكيا ومحمودا . اذ انه قصد به تطبيق الاحكام العصرية على اكبر عدد ممكن من المسائل القانونية . ومع ذلك فاختصاص المسائل المدنية للقواعد القانونية التجارية لا يخلو من كل عيب . اذ انه يترتب عليها حرمان المدين من الضمانات التي يخصصها القانون المدني ، دون القانون التجاري ، كما هو الحال في شأن الاثبات ، وعدم الخضوع لنظام الانفلاس ، ونظرة الميسرة .

ولا شك انه اذا قدر لدولة الكويت ، كما هو مأمول ، ان تصدر لها مدونة كاملة للقانون المدني ، فانه يتعين اعادة النظر في مجال تطبيق قانون التجارة ، فيما يمنع منه الطغيان على القانون المدني .

الخاتمة

٤١ — اردنا بالبحث ، الذي تتمثل هذه السطور الاخيرة خاتمة له . ان نجري مسحا قانونيا للوضع التشريعي الراهن في دولة الكويت ، في صدد المسائل التي تدخل في رحاب القانون المدني ، على نحو ما هو عليه في بلادنا العربية . وتوخينا ان يكون هذا المسح شاملا ، بقدر الامكان .

وفي سبيل اجراء هذا المسح القانوني الشامل للوضع التشريعي الكويتي الراهن ، في صدد المسائل المدنية ، بدائنا بعرض سريع لهذا الوضع ، ثم لجأنا الى ابراز أهم العيوب التي تشوبه .

وقد تناولنا من هذه العيوب ذاك المتمثل في عدم تقنين قواعد عامة موحدة ترسي الاساس الذي يقوم عليه الوضع القانوني الكويتي ككل ، وهي القواعد التي تجد عادة مكانها في مدونة القانون المدني ، اعتبارا بأن هذا الفرع من القانون يعتبر الشريعة الام بالنسبة الى غيره من فروع القانون الاخرى . ومن بين هذه القواعد ، على وجه الخصوص ، تلك التي تحدد مصادر القانون ، وتلك التي ترسم حدود تطبيقه في الزمان ، وتلك التي تبين مقومات الشخصية القانونية ، طبيعية كانت هذه الشخصية أم اعتبارية وخصائصها ، وتلك التي تحدد نطاق الحق ومضمونه ، وتلك التي تعرض لانواع الاشياء والاموال . لا سيما تقسيمها الى عقار ومنقول .

ثم تناولنا ، من عيوب الوضع التشريعي الكويتي ، ذاك المتمثل في عدم وجود نظرية عامة للالتزامات ، من شأنها أن تقوم أساسا للمعاملات بين الناس في كل النواحي ، وليس فقط في ناحية التجارة والتجار .

ومن العيوب التي أبرزناها كذلك عدم تضمن القانون الكويتي نظرية عامة متكاملة للحقوق العينية ، وعلى رأسها حق الملكية ، اكتفاء ببعض الاحكام المتناثرة هنا وهناك بين ثنايا « المجلة » ، الى جانب قانون التأمينات العينية الذي نظم الحقوق العينية ، التبعية .

ومن العيوب التي تناولناها تنائر التشريعات التي تحكم المسائل المدنية على نحو غير مألوف ، ويتجاوز المدى والحدود ، بحيث يمكن أن يقال أن القانون المدني الكويتي هو ، في حقيقة واقعة ، قانون غير مقنن ، بمعنى أنه لا توجد له مدونة ، بالمضمون الحقيقي للمدونات القانونية ، تجمع ، بين دفتيها ، قواعده الاساسية التي تتسم بالثبات والاستقرار النسبيين .

وتناولنا ، بعد ما سبق ، العيب الجسيم الذي يتمثل في عدم الدقة في صناعة التشريع . وأبرزنا لذلك عدة مظاهر . من بينها تضمن بعض التشريعات أحكام مسائل غير مترابطة وفي غير مكان وجودها ، وعدم التناسق ، بل التضارب أحيانا ، تارة بين أحكام التشريع الواحد ، وطورا بين أحكام التشريعات المتعددة ، وعدم مراعاة مقتضيات الصنعة التشريعية في تحرير المذكرات التفسيرية .

ثم تناولنا ، بصفة عامة ، العيوب التي تشوب تطبيق « المجلة » ، باعتبار أنها لا زالت تعتبر ، في دولة الكويت ، الشريعة الام ، في صدد المسائل الداخلة في رحاب القانون المدني ، على الاقل .

وأشرنا ، في النهاية ، من العيوب التي تكتنف الوضع التشريعي الراهن في دولة الكويت ، الى عدم وجود قواعد تشريعية تنظم عقد التأمين ، برغم أنه أصبح الآن من أهم العقود التي يلجأ اليها الناس في واقع حياتهم ، وبرغم أن المشرع الكويتي اعترف بالتأمين كنظام ثم لجأ الى تنظيم القائمين به من شركات ووكلاء ، بل أنه فرض نظام التأمين اجبارياً في بعض الاحوال .
وأشرنا كذلك الى اتساع نطاق تطبيق قانون التجارة الى حد أنه يحكم كثيراً من المسائل التي تدخل في العادة في رحاب القانون المدني .

هذا هو مجمل ما تطرقنا اليه ، في هذا البحث ، من أمور .

٤٢ — ونحب أن نلفت النظر الى أن العيوب التي ابرزناها ، في هذا البحث ، مقصورة على الوضع التشريعي الكويتي الراهن ، في صدد المسائل التي يحكمها القانون المدني ، بالمفهوم المعروف عليه هذا الفرع من فروع القانون في بلادنا العربية ، أي مجموعة القواعد القانونية التي تحكم المسائل المالية ، فيما عدا ما تعلق منها بالتجارة ، أو بغير التجارة من أمور ، خرجت القواعد التي تحكمها من نطاق القانون المدني لتكون فرعاً آخر مستقلاً من فروع القانون ، كما هو الشأن بالنسبة الى قانون العمل . فنحن لم نعرض ، في هذا البحث ، للعيوب التي قد تكتنف الوضع التشريعي الكويتي في المسائل التي تدخل ، مثلاً في رحاب القانون الجنائي أو القانون الإداري ، أو حتى فروع القانون الخاص الأخرى ، كالقانون التجاري وقانون العمل وقانون المرافعات المدنية والتجارية .

ونحب أن نلفت النظر كذلك الى أن العيوب التي اخذناها على الوضع التشريعي الراهن لدولة الكويت ، في صدد المسائل المدنية ، والتي ابرزناها في هذا البحث ، ليست هي كل ما يمكن أن تكون له من عيوب تشوبه ، وأن كانت تتمثل لنا أظرفها وأكثرها فداحة .

٤٣ — والهدف الذي ابتغيناه من هذا البحث ، والذي يقوم ، كما قلنا ، على اجراء مسح قانوني شامل ، بقدر الامكان ، للوضع التشريعي الراهن ، في دولة الكويت ، في صدد المسائل الداخلة في رحاب القانون المدني ، الغاية

من ذاك البحث هو اظهر ما يعترى هذا الوضع التشريعي من نقص او عيب .
فما دمننا بصدد العمل على اصدار مدونة للقانون المدني الكويتي ، فانه يلزم ،
بادىء ذي بدء ، البحث فيما اذا كانت الحاجة تدعو الى ذلك او لا تدعو
اليه ، ثم التطرق بعد ذلك الى العيوب التي ينبغي لهذه المدونة ان تعمل على
تفاديها ، اذا قدر لها ان تصدر . فقبل ان نحدد العلاج ونهجه واسلوبه ،
يتعين علينا ان نشخص الداء واسبابه .

٤ — واذا كان لكل بحث خلاصة يستهدف الوصول اليها ، فالخلاصة
التي يستهدفها هذا البحث تتركز ، كما يدل عليه عنوانه ، في تحديد مدى
الحاجة الى اصدار مدونة للقانون المدني ، في دولة الكويت . ومن خلال
ما تطرقنا اليه من مواضع فيه ، نستطيع ان نقول ان الامر لا يقف عند
مجرد الحاجة الى اصدار هذه المدونة ، بل انه يتجاوزها الى حد الضرورة ،
بل الى حد الضرورة الملجئة .