

ملاحظات

حول بعض مواد الباب التمهيدي

من القانون المدني الكويتي

الدكتور محمد هشام القاسم
أستاذ القانون المدني بجامعة الكويت

لاشك أن القانون المدني الكويتي عمل كبير الفائدة بالغ الأهمية. و يكفي دليلاً على فائدته وأهميته أنه جاء لينهي فترة من الفوضى وعدم التنسيق في النصوص التشريعية الخاصة بالمعاملات المدنية، وليحل مجموعة متكاملة متناسقة من القواعد القانونية محل تشريعات متعددة متناثرة.

ومن الطبيعي أن يوضع هذا القانون موضع الدراسة والبحث من المشتغلين به، وخاصة من الأساتذة الذين يتولون تدريسه، توضيحاً لأحكامه من جهة، وإظهاراً لمزاياه وكشفاً عن عيوبه من جهة ثانية، وهو مالا يكاد يخلو منه أي عمل من الأعمال، تشريعي أو غير تشريعي. وبحكم تدريسي لمقرر أصول القانون، كانت لي وقفة متأنية عند مواد الباب التمهيدي أثارت لدي بعض الملاحظات حول عدد منها. وقد عرضت بإيجاز قسماً من هذه الملاحظات في أثناء دروسي، ولم يتسع مجال التدريس لعرض القسم الآخر، ورأيت على كل حال جمع أبرزها في بحث مستقل ينشر في هذه المجلة كخطوة أولى في دراسة القانون المدني الكويتي آملاً أن تتبعها خطوات أخرى من زملائي ومني.

والقانون المدني الكويتي، كالعديد من القوانين المدنية العربية، ينتمي إلى عائلة القانون المدني المصري. فمعظم القوانين العربية التي صدرت بعد القانون المصري تأثرت به واتخذته أساساً تنطلق منه وتنسج على منواله، سواء من حيث الأحكام أو من حيث الصياغة والتبويب، مع تعديلات قليلة أو كثيرة فيه لاعتبارات مختلفة، منها مثلاً الحرص على افساح مجال أكبر للاقتباس من أحكام الفقه الاسلامي أو مراعاة ظروف وأوضاع خاصة اقتضت الخروج على بعض قواعده في عدد من البلاد أو غير ذلك.

وعلى هذا، فإن من الضروري، في تقديرنا، أن يدرس القانون المدني الكويتي في ضوء القانون المصري وبالمقارنة معه للتعرف الى التعديلات التي أدخلت عليه وتقدير مدى ملاءمتها، وهو ماسنسر عليه في هذا البحث.

وقبل البدء في عرض الملاحظات التي يتضمنها هذا البحث تجدر الإشارة إلى أن العنوان الذي اخترناه له غير دقيق. فعنوان البحث هو ملاحظات حول بعض مواد الباب التمهيدي من القانون المدني الكويتي، وعبارة الباب التمهيدي غير موجودة أصلاً في هذا القانون. ويبدو أن اللجنة التي أعدت مشروع القانون رأّت، كما علمت من الأستاذ الكبير الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي، الاستغناء عن هذه التسمية باعتبار أن الباب التمهيدي هو الذي يمهّد لما بعده، بينما لا تقتصر المواد الثلاثون الأولى من القانون المدني الكويتي على التمهيّد لما يليها من قواعد وإنما هي تتصل بكل من القانون والحق بوجه عام. وهذا رأى وجيه وسديد، ولكن الابقاء على تسمية شائعة، ولو غير دقيقة، قد يكون أفضل من عدم التسمية، لما في ذلك من تسهيل عند الاحالة إليها.

وملاحظة شكلية أخرى تجدر الإشارة إليها أيضاً في هذه المقدمة تتعلق بعنوان أحد الفصول التي تنطوي تحتها الأحكام العامة في الحق. فقد نظمت هذه الأحكام في ثلاثة فصول عناوينها على التوالي: صاحب الحق ومحل الحق واستعمال الحق. وفي الفصل الثاني. الذي يحمل عنوان محل الحق تعرض القانون للأشياء فقط—ولبعض الأموال— مبيناً أهم تقسيماتها. والشئ، كما هو معلوم، ليس المحل الوحيد للحق، بل قد يكون محل الحق عملاً يجب على الملتزم القيام به أو الامتناع عنه لمصلحة صاحب الحق، كما قد يكون أيضاً قيمة غير مالية كالحرية مثلاً بالنسبة للحق في الحرية. ولذا فإن عنوان محل الحق يبدو لنا غير دقيق، وكان من الأولى الأخذ بعنوان تقسيم الأشياء والأموال الذي ورد في القانون المصري لأنه أصدق تعبيراً عن مضمون هذا الفصل.

وننتقل فيما يلي إلى دراسة المواد التي سنتعرض لها في هذا البحث، موجّهين الجزء الأكبر من اهتمامنا إلى المادة الأولى منها لما تقتضيه من شرح وتوضيح.

المادة الأولى:

تناول هذه المادة تحديداً المصادر الرسمية للقانون فتنص على مايلي:

١- تسري النصوص التشريعية على المسائل التي تناولها هذه النصوص، بمنطوقها أو بمفهومها.

٢- فإن لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى العرف. فإن لم يوجد عرف، اجتهد القاضي رأيه مستهدياً بأحكام الفقه الاسلامي الأكثر اتفاقاً مع واقع البلاد ومصالحها.

وقد تساءل رجال القانون بعد صدور هذا النص حول حقيقة المقصود منه، وبصورة خاصة ما إذا كان الفقه الاسلامي يعتبر، وفقاً له، من المصادر الرسمية للقانون أم لا.

والذي نراه أن القانون المدني الكويتي لم يعتمد في مادته الأولى سوى مصدرين رسميين، هما التشريع والعرف. أما الاجتهاد القضائي والفقه الاسلامي فلا يعتبران، بحسب المادة المشار إليها، من المصادر الرسمية للقانون رغم ذكرهما في الفقرة الأخيرة منها. وتوضيحاً لهذا الرأي، نتحدث أولاً بإيجاز عند الاجتهاد القضائي، ثم بشيء من التفصيل عن الفقه الاسلامي.

أولاً: الاجتهاد القضائي

النص على أن يجتهد القاضي رأيه عند عدم وجود قاعدة في التشريع أو العرف لا يجعل من اجتهاد القاضي، في الواقع، مصدراً رسمياً للقانون. فالمصدر الرسمي هو الذي تتولد عنه قواعد قانونية تنوفاً فيها، كما نعلم، صفة العموم والتجريد من جهة والقوة الالزامية من جهة ثانية. وفي الكويت، كما في العديد من الدول العربية والأجنبية، لا تعتبر اجتهادات المحاكم بمثابة قواعد قانونية واجبة التطبيق بصورة مطردة في جميع القضايا المماثلة لتلك التي صدرت فيها، وإنما يجوز للمحكمة التي صدر عنها الاجتهاد في المرة الأولى أن تغير اجتهادها في قضية أخرى مماثلة، كما لا تلتزم بهذا الاجتهاد غيرها من المحاكم ولو كانت أدنى منها مرتبة.

وعلى هذا، فإن القاضي في الكويت، حين يجتهد رأيه وفقاً للمادة الأولى من القانون المدني، لا يضع قاعدة قانونية عامة وملزمة، وإنما هو يعطي فقط حلاً خاصاً للقضية المعروضة عليه. ومن النادر، في الواقع، لجوء القاضي إلى هذا النوع من الاجتهاد لأن في تطبيقه لنصوص التشريع، بلفظها وفحواها — أو بمنطوقها ومفهومها وفقاً لتعبير القانون المدني الكويتي — وفي تطبيقه أيضاً لقواعد العرف، ما يفي بالحاجة بالنسبة للأغلبية الساحقة من الحالات وما يفي عن وضع الحلول اللازمة بنفسه. ومع ذلك يبقى ضرورياً النص على أن يجتهد القاضي رأيه، عند عدم وجود قاعدة في التشريع أو العرف وذلك، كطريق أخير يمكن اللجوء إليه للفصل في الحالات النادرة التي قد لا توجد قواعد لها في هذين المصدرين.

ومن الجدير بالذكر أن نص القانون المدني الكويتي، الذي يلزم القاضي بأن يجتهد رأيه عند عدم وجود قواعد قانونية يقضي بموجبها، يختلف عن نص القانون المدني المصري الذي يحيل القاضي في هذه الحالة إلى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة. ونص القانون الكويتي يبدو، في نظرنا، أكثر دقة من النص المصري، لأن مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة غير محددة أو متفق عليها، والاحالة إليها لا تعني، في الواقع، سوى ترك الأمر إلى اجتهاد القاضي ورأيه. وهذا ما تشير إليه المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني المصري التي تبين أن عبارتي القانون الطبيعي والعدالة، وغيرهما من العبارات التي قد تستعمل في هذا الصدد «لا ترد القاضي إلى ضابط يقيني وإنما هي تلزمه أن يجتهد رأيه حتى يقطع عليه سبيل النكول عن القضاء. وهي تقتضيه في اجتهاده هذا أن يصدر عن اعتبارات موضوعية عامة لا عن تفكير ذاتي خاص فتحيله إلى مبادئ أو قواعد كلية تنسبها تارة إلى القانون الطبيعي وتارة إلى العدالة وتارة إلى قانون الدولة أو إلى القانون بوجه عام دون نعت أو تخصيص» — مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، جزء ١، ص ١٨٨.

ثانياً — الفقه الاسلامي

السؤال المطروح هو: هل يعتبر الفقه الاسلامي، وفقاً للمادة الأولى من القانون المدني الكويتي، من المصادر الرسمية للقانون أم لا؟

وللإجابة على هذا السؤال نكرر أولاً ما سبق أن ذكرناه من أن المصدر الرسمي هو

الذي يمدنا بقواعد قانونية عامة وملزمة. وعلى هذا، إذا كان القاضي يلتزم بتطبيق أحكام معينة بصورة مطردة، فإن هذه الأحكام تعتبر قواعد قانونية، ويكون المصدر الذي ترد فيه مصدراً رسمياً للقانون. أما إذا كان القاضي لا يلتزم بتطبيق تلك الأحكام، وإنما يترك إليه أمر الأخذ بها أو عدمه، فلا تكون قواعد قانونية، ولا يكون المصدر الذي ترد فيه سوى مصدر استثنائي لارسمي.

ونص المادة الأولى من القانون المدني الكويتي إذا كان يلزم القاضي بالاجتهاد عند عدم وجود قاعدة في التشريع أو العرف، فإنه لا يلزمه، في تقديرنا، بأن يجتهد وفقاً لأحكام الفقه الاسلامي. فالنص بقضي بأن يجتهد القاضي رأيه مستهدياً بأحكام الفقه الاسلامي، وكلمة «مستهدياً» لا تعني، في نظرنا، الالتزام بهذه الأحكام، وإنما مجرد الاستئناس بها. وبعبارة أخرى، إن القانون المدني الكويتي، وهو يفرض على القاضي أن يجتهد رأيه، يوجهه نحو الاسترشاد بأحكام الفقه الاسلامي، بل يمكن القول بأنه يحثه على ذلك، ولكن لا يلزمه به.

وتأكيداً لهذا الرأي نستعين بالمذكرة الايضاحية للقانون المدني الكويتي من جهة، ونقارن بين النصين الكويتي والمصري من جهة ثانية.

١- المذكرة الايضاحية للقانون المدني الكويتي: يستنتج من تعليق المذكرة

الايضاحية على الفقرة الأخيرة من المادة الأولى من القانون المدني الكويتي أنه لم يقصد من ذكر الفقه الاسلامي في الفقرة المشار إليها إلزام القاضي بالتقيد به في إجهاده. ويمكن التوصل إلى هذا الاستنتاج في موضعين من المذكرة الايضاحية.

فمن جهة، جاء فيها أنه عند عدم وجود حكم في التشريع أو العرف يمكن تطبيقه «فإن المشروع يطلق للقاضي حرية الاجتهاد مهتدياً بأحكام الفقه الاسلامي الأكثر اتفاقاً مع واقع البلاد ومصالحها، وفي ذلك يضع المشروع في اعتباره ما جاء بالمذكرة التفسيرية للدستور تعليقاً على المادة الثانية منه...». والمذكرة التفسيرية للدستور تصرح، كما نعلم، بأن المقصود من المادة الثانية منه هو توجيه المشرع وجهة اسلامية دون إلزامه بالتقيد بأحكام الفقه الاسلامي.

ومن جهة ثانية، جاء في المذكرة الايضاحية أيضاً أنه غني عن البيان أن «نص المشروع لا يمنع القاضي من الاهتداء — إلى جانب أحكام الفقه الاسلامي — بمبادئ القانون العامة، أو بالقواعد المقررة في معاهدات دولية أو تشريعات أخرى، أو أن يستلهم الرأي من الأحكام التي أقرها القضاء والفقه كويتياً كان أو غير كويتي، مادامت متفقة مع واقع البلاد ومصصلحة الجماعة وتنغيا لتحقيق العدالة». وهذا يعني أن القاضي لا يلتزم بأن يجتهد وفقاً لأحكام الفقه الاسلامي، وإنما يستطيع الاستهداء بأمر أخرى كتلك التي أشارت إليها المذكرة الايضاحية، وبالتالي لا يعتبر الفقه الاسلامي مصدراً رسمياً للقانون تتمتع أحكامه بالقوة الالزامية.

وقد يقال ان المذكرة الايضاحية ليس لها قوة القانون، وان التفسير الذي يستنبط منها لا يتمتع بأية صفة الزامية — انظر في هذا الصدد مقال الدكتور بدر جاسم اليعقوب في جريدة القبس الكويتية، العدد رقم ٣٥٥٨ الصادر بتاريخ ١٩٨٢/٤/٨. وهذا صحيح لاشك فيه، ولكن عدم تمتع المذكرة الايضاحية بالصفة الالزامية لا يعني أنها عديمة الجدوى أو الفائدة، بل هي من أهم الوسائل التي يستعان بها في تفسير نصوص التشريع وتوضيح معانيها الغامضة. وفي اعتقادنا ان نص الفقرة الأخيرة من المادة الأولى غير واضح ومن الممكن تفسيره في ضوء المذكرة الايضاحية بكل ثقة واطمئنان.

٢- المقارنة بين النصين المصري والكويتي: الفرق كبير، ولا شك، بين النصين المصري والكويتي فيما يتعلق بالشرعية الاسلامية أو الفقه الاسلامي (ونستعمل التعبيرين هنا تجاوزاً كمترادفين، رغم اختلافهما من حيث المعنى — انظر بالنسبة لهذا الاختلاف مقال الدكتور أحمد شرف الدين في جريدة القبس الكويتية، العدد رقم ٣٥٣٧ الصادر بتاريخ ١٩٨٢/٣/١٨ —).

فقد جاء في المادة الأولى من القانون المدني المصري مايلي:

- ١- تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو في فحواها.
- ٢- فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه، حكم القاضي، بمقتضى العرف، فإذا لم يوجد، فبمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية، فإذا لم توجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة.

وواضح من هذا النص كل الوضوح ان المشرع المصري اعتبر الشريعة الاسلامية مصدراً رسمياً ثالثاً يجب الحكم بمقتضاه بعد التشريع والعرف. فإذا قارنا النص الكويتي بنظيره المصري، نلاحظ أن النص الكويتي بدأ بمجاعة النص المصري بالنسبة للتشريع والعرف، ثم ابتعد عنه بعد ذلك بالنسبة للشريعة الاسلامية فتجاوزها وانتقل مباشرة إلى الفقرة التي توجب على القاضي أن يجتهد رأيه، وهي تقابل، كما سبق أن ذكرنا، الفقرة الأخيرة من النص المصري التي تحيل القاضي إلى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العرف. وبعد أن تجاوز النص الكويتي الفقرة الخاصة بالشريعة الاسلامية، عاد فوجه القاضي إلى الاسترشاد بهذه الشريعة، أو بالفقه الاسلامي، عند اجتهاده.

وهذا الاختلاف بين النصين، المصري والكويتي، مؤشّر يدل في حد ذاته على أنه أريد في النص الكويتي استبعاد الشريعة الاسلامية كمصدر ثالث من مصادر القانون، وإلا لما كان هناك ثمة داع لتجاوزها والخروج على النص المصري في هذا الشأن.

ومن المناسب، زيادة في التأكيد، الرجوع إلى تاريخ النص المصري المنوه به. ففي المادة الأولى من المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري لم تذكر الشريعة الاسلامية بين المصادر الرسمية للقانون، بل جاء في الفقرة الثانية من تلك المادة أنه إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه «حكم القاضي بمقتضى العرف فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة». ثم جاء في الفقرة الثالثة منها «و يستلهم في ذلك الأحكام التي أقرها القضاء والفقه مصرياً كان أو أجنبياً، وكذلك يستلهم مبادئ الشريعة الاسلامية».

وقد بينت المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدي أن المشرع بدأ في المادة الأولى «ببيان المصادر الرسمية أو الملزمة، وهي التي يتعين على القاضي أن يلجأ إليها لاستخلاص القواعد القانونية... ولم يقتصر على ذلك، بل عين للقاضي ما يستلهم في استخلاص الأحكام من هذه المصادر جميعاً فعرض للمصادر التفسيرية أو مصادر الاستثناس فذكر من بينها القضاء والفقه مصرياً كان أجنبياً أم أجنبياً وذكر مبادئ الشريعة الاسلامية...» - مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، جزء ١، ص ١٨٠.

كما تحدثت المذكرة الايضاحية أيضاً عن التشريع والعرف ومبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة موضحة المقصود منها، ثم أردفت قائلة ان هذه المصادر جميعاً

«مصادر ملزمة، بمعنى ان القاضي يلزم بتطبيق القواعد التي تستقي منها وفقاً للترتيب المتقدم. وقد شفع المشروع تلك المصادر بيب العناصر التي يستأنس بها في استخلاص هذه القواعد وتقصي مفهومها دون أن يكون لها قوة في الالزام فنصت الفقرة الثالثة على أن القاضي يستلهم في هذا الشأن الأحكام التي أقرها القضاء والفقه مصرياً كان أو أجنبياً وكذلك مبادئ الشريعة الإسلامية...» — صفحة ١٨٩ من نفس المرجع.

وفي لجنة المراجعة اقترح العلامة السنهوري رئيس اللجنة تعديل نص المادة الأولى من المشروع التمهيدي بحيث تصبح الشريعة الإسلامية مصدراً رسمياً ملزماً فوافقت اللجنة على ذلك، واتخذ النص بالنسبة لهذه الشريعة شكله الحالي، إذ نقلت من الفقرة الثالثة من المادة الأولى ووضعت في الفقرة الثانية منها كمصدر ثالث يجب على القاضي الحكم بمقتضاه بعد التشريع والعرف (وحذفت الفقرة الثالثة كلها فيما بعد) — انظر ص ١٩٠ من نفس المرجع.

فإذا عدنا إلى المقارنة بين موقف كل من القانونين المدنيين الكويتي والمصري من شريعة الإسلامية، نلاحظ أن القانون الكويتي آثر الابتعاد عن الصيغة التي آل إليها نص المادة الأولى من القانون المدني المصري، والتي أريد بها جعل الشريعة الإسلامية مصدراً رسمياً ملزماً للقانون، واختار الأخذ بنص أقرب إلى النص الوارد أصلاً في المشروع التمهيدي، والذي كان يعتبر الشريعة الإسلامية مجرد مصدر استثنائي يستلهمه القاضي، أو يهتدي به، دون أن تكون له أية قوة الزامية.

وقد يقال بعد هذا ان المشرع، حين يضع القواعد القانونية، إنما يأمر المخاطبين بها ولا يكتفي بمجرد التوجيه والارشاد، ولذا فهو حين يطلب إلى القاضي الاستهداء في اجتهاده بأحكام الفقه الاسلامي إنما يلزمه بذلك بحيث لا يستطيع القاضي أن يجتهد إلا وفقاً لهذه الأحكام — انظر في هذا المعنى مقال الدكتور بدر جاسم يعقوب المشار إليه آنفاً.

وفي الواقع، إذا كان الأصل أن المشرع يأمر المخاطبين بقواعده، إلا أنه قد يحدث أحياناً أن يكتفي بتوجيههم أو حثهم على أمر معين دون إلزامهم به. وهناك عدد من الأمثلة على ذلك، منها نص المادة الثانية من الدستور الكويتي التي يكتفي فيها المشرع الدستوري بتوجيه المشرع العادي إلى الأخذ في تشريعاته بأحكام الشريعة الإسلامية ما وسعه ذلك. ومنها أيضاً نص الفقرة الثالثة من المادة الأولى من المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري

التي أشرنا إليها آنفاً، وكذلك نص الفقرة الثالثة من المادة الأولى من القانون المدني العراقي والفقرة الرابعة من المادة الثانية من القانون المدني الأردني اللتين توجهان القاضي إلى الاسترشاد بما أقره القضاء والفقه، ولا يمكن بالطبع أن يكون المشرع في البلدين قد أراد اعتبار القضاء والفقه من المصادر الرسمية للقانون التي يتعين على القاضي الحكم بمقتضاها.

المادة الثالثة

تتناول هذه المادة المبدأ العام في تطبيق القانون من حيث الزمان — أو في تنازع القوانين من حيث الزمان — واستثناءاته.

ورغم ان المبدأ منصوص عليه في الدستور، وهو يرقى بذلك إلى مستوى المبادئ الدستورية الأساسية التي تسمو على جميع القواعد القانونية الأخرى، إلا أن النص عليه ثانية في موضعه من القانون المدني أمر مقبول بل ومرغوب فيه، لتسهيل به على الأقل القواعد القانونية المتعلقة ببعض حالات التنازع من حيث الزمان—وقد كان مشروع القانون المدني المصري يتضمن نصاً خاصاً بالمبدأ العام في تنازع القوانين من حيث الزمان، ولكن النص حذف بعد ذلك اكتفاء بما ورد في الدستور.

على أن النص الوارد في الدستور الكويتي يبدو، في نظرنا، أكثر دقة ووضوحاً من نص القانون المدني. ذلك أن المبدأ العام في تنازع القوانين من حيث الزمان يتألف، كما نعلم، من شقين: الأثر الفوري أو المباشر، ويقصد به سريان القانون على كل مايقع بعد نفاذه، وعدم الرجعية، ويقصد به عدم سريان القانون على ماوقع في الماضي. والدستور الكويتي يتعرض صراحة في المادة ١٧٩ منه إلى كل من الأمرين فينص على أنه «لا تسري أحكام القوانين إلا على مايقع من تاريخ العمل بها، ولا يترتب عليها أثر فيما وقع قبل هذا التاريخ». أما القانون المدني فيتعرض لمبدأ الأثر الفوري ولا ينص صراحة على مبدأ عدم الرجعية، إذ جاء في الفقرة الأولى من مادته الثالثة مايلي: «يسري القانون الجديد على كل مايقع من تاريخ العمل به، مالم ينص على خلافه».

قد يقال ان مبدأ عدم الرجعية يمكن أن يستنتج بمفهوم المخالفة من النص، لأن القانون الجديد إذا كان يسري على كل مايقع من تاريخ العمل به فهو بالتالي لايسري على

ماوقع قبل هذا التاريخ. ومع ذلك، كان من الأفضل النص صراحة على مبدأ عدم الرجعية إلى جانب مبدأ الأثر الفوري أو المباشر، كما فعل الدستور الكويتي، وعدم ترك هذا المبدأ، بما له من أهمية وخطورة، إلى الاستنتاج بمفهوم المخالفة الذي هو في حد ذاته طريق لاستنباط الأحكام غير مؤكد النتائج في كثير من الأحيان.

بل إن النص بصيغته الحالية يجعل الاستثناء الوارد في نهاية الفقرة الأولى منه غير محدد بشكل واضح. ذلك أن الذي يقصد بهذا الاستثناء عادة، وكما تشير إليه المذكرة الإيضاحية للقانون، هو النص على سريان القانون على الماضي، أو على تطبيقه بأثر رجعي. ولكن صيغة النص قد يفهم منها فقط أن القانون الجديد يسري على ما يقع من تاريخ العمل به مالم ينص على عدم سريانه بالنسبة للمستقبل في بعض الحالات أو بالنسبة لبعض الفئات من الناس. وهذا قد يحدث في الواقع، إذ قد ينص في القانون على عدم تطبيق أحكامه بالنسبة لبعض الناس الذين كانوا سيخضعون لها لولا هذا الاستثناء، كأن تعدل مثلاً بعض القواعد المتعلقة بالموظفين أو بالمعاشات التقاعدية وينص في نفس الوقت على عدم تطبيق القواعد الجديدة على الموظفين المعيّنين سابقاً.

وقد كان من الأفضل، في تقديرنا، الأخذ بصيغة قريبة من الصيغة التي وردت في الدستور، فينص مثلاً على أن القانون الجديد يسري على كل ما يقع من تاريخ العمل به ولا يترتب عليه أثر فيما وقع قبل هذا التاريخ، مالم ينص على خلافه، وبذلك يكون المشرع قد تعرض صراحة لمبدأ عدم الرجعية، إلى جانب مبدأ الأثر الفوري أو المباشر، كما يكون قد بين بوضوح أن المقصود من عبارة مالم ينص على خلافه هو النص على الاستثناء من مبدأ الأثر الفوري من جهة ومن مبدأ عدم الرجعية من جهة ثانية.

وإذا كان نص الفقرة الأولى من المادة الثالثة أقل وضوحاً، في نظرنا، من النص الوارد في المادة ١٧٩ من الدستور، فإن نص الفقرة الثانية لم يرد في الدستور أصلاً، وقد أحسن المشرع صنعاً بإضافته إلى المادة الثالثة المشار إليها لتعلقه باستثناء هام من مبدأ الأثر الفوري أو المباشر من المناسب والفيد النص عليه.

المادة العاشرة

تبين هذه المادة المركز القانوني للجنين، او الحمل المستكن، من حيث ثبوت الحقوق له أو عليه.

والجديد في هذه المادة، وهو أمر مرغوب به ومحمود لأنه في مصلحة الجنين، أنها لم تعترف للجنين فقط بصلاحيه اكتساب الحقوق التي لا يحتاج سببها إلى قبول، كالكسابة الحقوق عن طريق الارث مثلاً أو الوصية، وإنما أجازت له أيضاً الهبة الخالصة، ويمكن أن يقبلها عنه الأمين على ماله — انظر الفقرة ٢ من المادة ١١٨.

كما أن المادة المذكورة بينت أيضاً ان الجنين تجب عليه الالتزامات التي تقتضيها ادارة ماله. وفي الواقع، ان الجنين لا تترتب عليه الالتزامات فقط نتيجة هذه الادارة، وإنما تنشأ له الحقوق أيضاً، كالحق مثلاً في غلة المال المحتفظ له به خلال فترة الحمل — انظر بالنسبة لهذا الموضوع مذكرات الأستاذ الدكتور منصور مصطفى منصور في أصول القانون ص ١٨٣.

وقد كان من الجدير النص على ذلك في الفقرة الثانية من المادة العاشرة فيقال مثلاً: ومع ذلك تجوز له الهبة الخالصة، كما تثبت له الحقوق وتجب عليه الالتزامات التي تترتب نتيجة ادارة ماله.

وملاحظة أخرى تتعلق بشرط تمام ولادة الجنين حياً. فقد ورد هذا الشرط في نهاية الفقرة الأولى المتعلقة بالحقوق التي لا يحتاج سببها إلى قبول مما قد يوهم بأنه مقتصر على هذا النوع من الحقوق فقط، في حين أن الحقوق جميعاً، أياً كان سببها، وكذلك الالتزامات، لا تثبت نهائياً للجنين أو عليه إلا بتحقيق الشرط المذكور. ولذا، كان من الأنسب، في تقديرنا، وضع هذا الشرط في نهاية المادة العاشرة بأن تضاف لها مثلاً فقرة ثالثة يقال فيها: وذلك كله بشرط تمام ولادته حياً.

المادة الثانية عشرة

نشير أولاً إلى أن الأثر الرئيسي للموطن يتمثل في أنه المكان الذي تعلن فيه الأوراق التي يراد اعلانها للشخص — المادة ٩ من قانون المرافعات المدنية والتجارية —، كما أن من

آثاره أيضاً، في نطاق القانون الخاص، أن وفاء الدين يكون، من حيث المبدأ، في موطن المدين — انظر المادة ٤١٢ من القانون المدني.

وهناك آثار أخرى للموطن تكاد تكون معدومة في دولة الكويت، منها مثلاً تحديد الاختصاص المكاني للمحاكم بالنسبة للدعاوى المنقولة، وتحديد المحكمة المختصة في بعض المسائل، كمسائل الحجر والوصاية والافلاس وغير ذلك. ومن المعلوم أن المحاكم في الكويت غير منتشرة في أرجائها، وإنما توجد جميعاً في مدينة الكويت نفسها، باستثناء المحكمة الجزئية التي تتكون من دوائر موزعة على المحافظات. وعلى هذا، فإن دور الموطن بالنسبة لتحديد الاختصاص المكاني يبدو ضئيل الأهمية، كما أن دوره معدوم فيما يتعلق بتحديد المحكمة المختصة للنظر في المسائل الأخرى، لأنه لا توجد إلا محكمة كلية واحدة مقرها مدينة الكويت و يعود إليها أمر النظر في جميع تلك المسائل — ومن الطريف ان اللجنة التي أعدت مشروع القانون التجاري الكويتي قد فاتتها، على ما يبدو، هذا الأمر، فنصت في المادة ٥٦٣ من القانون على أنه «تختص بشهر الافلاس المحكمة الكلية التي يقع في دائرتها موطن المدين التجاري، فإذا لم يكن له موطن تجاري كانت المحكمة المختصة هي التي وقف عن الدفع في دائرتها».

وننتقل، بعد هذا، إلى نص المادة الثانية عشرة، المقابل لنص المادة ٤١ من القانون المدني المصري، والقاضي باعتبار المكان الذي يباشر فيه الشخص تجارة أو حرفة موطناً له بالنسبة إلى ما يتعلق بهذه التجارة أو الحرفة.

فمن مقتضى هذا النص ألا تعلن في محل عمل الشخص إلا الأوراق المتعلقة بهذا العمل دون غيرها، لأن محل العمل ليس موطناً عاماً للشخص، وإنما هو، بحسب النص المذكور، موطن خاص له يتعلق بعمله فقط. ولكن هذه النتيجة تتعارض مع صراحة نص المادة ٩ من قانون المرافعات المدنية والتجارية التي تبين ان اعلان أية ورقة كانت يمكن أن يتم في موطن الشخص المراد اعلانه أو في محل عمله.

ولاشك أن نص المادة ٩ من قانون المرافعات المدنية والتجارية هو الذي يطبق في هذا المجال، لأنه النص الخاص بالاعلان واجراءاته، وبالتالي، يمكن أن تعلن في محل عمل الشخص، ليس فقط الأوراق المتعلقة بعمله، وإنما جميع الأوراق المراد اعلانها إليه.

ومادام اعلان جميع الأوراق يمكن أن يتم في محل عمل الشخص، والاعلان، كما ذكرنا آنفاً، هو أهم أثر يترتب على الموطن في دولة الكويت بوجه خاص، فلا نرى بعدئذ مبرراً لاعتبار محل العمل موطناً خاصاً للشخص، بل كان من الأولى، في نظرنا، اعتباره موطناً عاماً له إلى جانب محل اقامته المعتاد.

المادة التاسعة عشرة

لم يتضمن القانون المدني الكويتي نصاً مماثلاً لنص المادة ٥٣ من القانون المدني المصري التي تصرح بأن الشخص الاعتباري أو المعنوي يتمتع، بوجه عام، بجميع الحقوق إلا ما كان منها ملازماً لصفة الانسان الطبيعية، كما تعدد أهم حقوقه وخصائصه، بل اكتفى بالتعرض لأهلية الشخص الاعتباري في المادة ١٩ منه ولوطنه في المادتين ٢٠ و٢١.

بل ان المادة ١٩ المشار اليها لا تتناول إلا أهلية الوجوب لدى الشخص الاعتباري أو المعنوي والقيود التي ترد عليها دون أهلية الأداء، اذ جاء فيها أنه «تحدد أهلية الشخص الاعتباري، فيما يثبت له من حقوق وما يتحمل به من التزامات، بما يقضي به سند انشائه، كما تتحدد بالغرض الذي نشأ من أجله، وذلك كله فضلاً عما يقرره القانون» — ورد في الجريدة الرسمية سبب انشائه بدلا من سند انشائه، وهذا خطأ مطبعي.

وثبتت أهلية الوجوب للشخص الاعتباري أو المعنوي أمراً خلاف عليه. بل ان فكرة الشخصية الاعتبارية نفسها ما وجدت إلا لكي يعترف لمجموعات الأشخاص أو الأموال التي تمنح هذه الشخصية بصلاحيه اكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات باسمها مباشرة، وبصورة مستقلة عن أعضائها أو مؤسسيها أو مديريها، لأن الشخص، من الوجهة القانونية، ماهو إلا الكائن الذي يصلح لأن يكون صاحب حق أو مكلفاً بالتزام.

ولكن الخلاف يثور حول أهلية الأداء بالنسبة للشخص الاعتباري أو المعنوي، وأهلية الأداء، كما نعلم، هي صلاحية الشخص لاجراء التصرفات القانونية بنفسه ولنفسه. ولقد انقسم رجال القانون حول هذه المسألة إلى فريقين: أحدهما، ويتألف بصورة خاصة من أنصار نظرية الافتراض القانوني، يرى أن الشخص الاعتباري لا يتمتع بأهلية أداء، وأن النائب الذي يجري التصرفات لحسابه إنما يجريها بآرادته هو لا بآرادة الشخص الاعتباري الذي ينوب عنه، شأنه في ذلك شأن الولي أو الوصي أو غيرها ممن تكون له الولاية على مال

غيره. وأما الثاني، ويتألف بصورة خاصة من أنصار نظرية الشخصية الحقيقية، فيرى على العكس، ان للشخص الاعتباري أو المعنوي أهلية أداء، وأن نائبه أو ممثله ما هو إلا الجهاز الذي يعبر عن ارادته. ومنطلق هذا الخلاف في الرأي يعود أساساً الى الاختلاف حول ما إذا كانت للشخص الاعتباري ارادة خاصة به أم لا، لأن أهلية الاداء ترتبط، كما نعلم، بالارادة فيذهب الفريق الأول الى انكار وجود هذه الارادة لدى الشخص الاعتباري أو المعنوي ويعترف الفريق الثاني بوجودها.

وقد انحاز القانون المدني المصري وعدد من القوانين العربية التي تأثرت به الى الرأي الثاني، وهو الرأي الأحدث، فنصت على أن للشخص الاعتباري أو المعنوي أهلية أداء وأن نائبه يعبر عن ارادته. أما القانون المدني الكويتي فلم يتعرض، كما ذكرنا، إلا لأهلية الوجوب لدى الشخص الاعتباري دون أهلية الأداء، مما قد يدل على أنه لا يعترف له بها، وإلا لأتى على ذكرها.

على أن المذكرة الايضاحية للقانون المدني الكويتي تصرح بأن للشخص الاعتباري أهلية أداء أيضاً. وقد تحدثت عن ذلك بعبارة غير مقبولة ولا نستطيع أن نعتبرها الا زلة من زلات القلم، إذ جاء فيها «وغني عن البيان أن تكون للشخص الاعتباري أهلية أداء كنتيجة لازمة لكونه أهلاً للوجوب». وفي الواقع، ليس هناك أي ارتباط بين أهلية الوجوب، ومناطها وجود الشخصية القانونية من طبيعية أو اعتبارية، وأهلية الأداء، ومناطها وجود الارادة المبنية على العقل والادراك.

وإذا كانت عبارة المذكرة الايضاحية غير مقبولة اطلاقاً من حيث اعتبارها أهلية الأداء كنتيجة طبيعية لأهلية الوجوب، إلا أن من الممكن أن يستنتج منها، مع ذلك، ان اقتصار المشرع على التعرض في المادة ١٩ من القانون المدني لأهلية الوجوب فقط لدى الشخص الاعتباري أو المعنوي لا يعني بالضرورة رفضه الاعتراف له بأهلية الاداء.

وبعد، هذه في نظرنا، أهم الملاحظات التي ترد على بعض مواد الباب التمهيدي من القانون المدني الكويتي، ومعظمها، كما هو واضح، يتعلق بصياغة هذه المواد. ورغم أن عنصر الصياغة عنصر أساسي بالنسبة للعمل التشريعي، إلا أن الملاحظات التي أبديناها لا تمنعنا من التنويه مرة ثانية بقيمة القانون المدني الكويتي وأهميته.