

تساؤلات في القانون المدني الكويتي الجديد « حول تناسقه الداخلي وتوافقه الخارجي »

الدكتور/ أحمد شرف الدين
كلية الحقوق - جامعة الكويت

مقدمة :

(١) جاء القانون المدني الكويتي الجديد (١) في وقت كان النظام القانوني الكويتي يعاني فيه من عيوب جمة وجسيمة ، كان لابد من ازالتها لتوفير الحد الأدنى من الثقة والاستقرار في المعاملات المالية . وليس المقام هنا مقام ابراز جميع هذه العيوب (٢) و يكفي أن نجتزئ البعض منها لنذكر أن الحاجة الى اصدار قانون مدني في الكويت تجاوزت ، كما قيل بحق (٣) ، حد الضرورة لتصل الى مستوى الضرورة الملجئة ، فمن العيوب الواضحة للوضع التشريعي السائد قبل صدور القانون الجديد ، تناثر التشريعات المدنية وعدم تجانسها في الشكل والموضوع (٤) ، بل وعدم التناسق بين أحكام التشريع الواحد (٥) ، وتشتت قواعد

-
- (١) مرسوم بالقانون رقم ٦٧ لسنة ١٩٨٠ - الكويت اليوم ١/٥/١٩٨١ - العدد ١٣٣٥
(٢) انظر في جرد هذه العيوب بالتفصيل عبد الفتاح عبد الباقي ، مدى الحاجة الى اصدار مدونة القانون المدني في دولة الكويت ، مجلة الحقوق والشرعة ، السنة الثالثة ، العدد الثاني ، ص ٢٠١ ، وما بعدها ، والسنة الرابعة ، العدد الاول ، ص ١١ وما بعدها .
(٣) عبد الباقي ، المرجع السابق (السنة الرابعة) ص ٤٤ .
(٤) عبد الباقي ، (السنة الثالثة) ص ٢٣٠ .
(٥) عبد الباقي ، (السنة الرابعة) ص ١٤ .

المسألة الواحدة في أكثر من تشريع، واختلاف حكم القواعد في معاملة واحدة بحسب طبيعة هذه المعاملة، وتنظيم بعض المسائل في غير مظانها المعتادة (٦). وهذه الطائفة من العيوب تجسد وضعاً معيباً يمكن التعبير عنه بأن القانون المدني، في الكويت، كان قانوناً غير مقنن (٧) من ناحية، وغير متجانس الاطراف من ناحية أخرى. كذلك افتقر النظام القانوني الكويتي السابق الى قواعد تنظم ما أفرزته الحياة العملية من مشاكل كمشاكل عقد التأمين (٨). وبالإضافة الى ذلك فإن هذا النظام لم يتوصل الى تقنين الاحكام العامة للقانون التي لا يجوز أن يخلو منها أى نظام قانوني (٩). وإذا كان الحكم الذي تتحدث به مصادر القانون يأتي في مقدمة هذه الاحكام العامة، فانك تجد النظام القانوني الكويتي السابق وقد تعدد فيه هذا الحكم، فتختلف مصادر القانون في نطاق مسألة واحدة من المسائل المالية بحسب طبيعتها المدنية أو التجارية (١٠).

وبالإضافة الى ما كان يعتري النظام القانوني الذي كان قائماً من مفارقات علمية، فإنه أدى الى صعوبات عملية أوقعت المحاكم في حرج بالغ، حيث اختلط عليها الامر فجاءت احكامها، في بعض الاحوال، غير متفقة مع أصول هذا النظام على ما فيه من عيوب (١١).

ولم يكن من المناسب ولا من الممكن منطقياً، ازاء التطور الحضاري الذي شمل مظاهر الحياة الكويتية، على درجات متفاوتة، وبصفة خاصة في مجال المعاملات المالية،

-
- (٦) كالمسائل التي احتواها قانون التسجيل لسنة ١٩٥٩ : عبد الباقي (السنة الرابعة) ص ١٢ - ١٤. ومن هذا ايضاً الوضع الفريد والغريب لنظرية الالتزام التي وردت في صلب قانون التجارة.
- (٧) عبد الباقي (السنة الثالثة) ص ٢٣٠.
- (٨) عبد الباقي (السنة الرابعة) ص ٤٠ - وانظر في أثر هذا العيب في اضطراب القضاء الكويتي في مشكلة هامة من مشاكل التأمين تعليقاً لكاتب هذه السطور على حكم المحكمة الكلية بالكويت ٢١ - ٤ - ١٩٧٩ - مجلة الحقوق والشرعة (ابريل ١٩٨٠) ص ٢٢٠ ومابعدها.
- (٩) عبد الباقي (السنة الثالثة) ص ٢٠١.
- (١٠) عبد الباقي (السنة الثالثة) ص ٢٠٧، ٢٠٨.
- (١١) انظر تطبيقاً لذلك في تعليق لكاتب هذه السطور على ثلاثة احكام للمحكمة الكلية بالكويت، المعامى، السنة الرابعة (الاعداد ٨ - ١٠) ص ٦٥ ومابعدها حيث طبقت المحكمة أحكام نظرية الالتزام الواردة في قانون التجارة، على أحد البنود الواردة في عقد البيع موضوع النزاع مع أنها اعترفت بطابعه المدني وطبقت قواعد مجلة الاحكام العدلية على مسألة صحته ونفاذه.

الصبر طويلا على تخلف القانون عن ملاحقة اساليبها الحديثة والتي كان هذا التخلف حجر عثرة أمام ازدهارها واستقرارها. لذلك جاء القانون المدني الجديد، مستحدثا احكاما جديدة، ومستوفيا مسائل ناقصة، وجامعا شتات نصوص متناثرة، فكان طوق النجاة المنتظر، حقيقة، لانقاذ المعاملات المالية من التردى في متاهات قانونية لاتحمد عقباها.

(٢) واذا كان لايجوز التردد، ولوللحظة واحدة، في القول بأن المشرع الكويتي كان موفقا في توحيد قواعد المعاملات المالية باصدار مدونة مشتملة على قواعد هذه المعاملات فانه لايمكن لنا، بطبيعة الحال، ان نصدر حكما عاما نحدد فيه مدى التوفيق الذي حالف هذا المشرع في خصوص جميع الحلول التي اختارها من حيث مدى ملاءمتها لواقع الحياة الكويتية من جهة ولأصول الفن القانوني من جهة أخرى، فهذا ما يقتضي دراسة تفصيلية لقواعد كل مسألة تناوها القانون الجديد بالتنظيم، في ضوء المشاكل التي سيواجهها القضاء في التطبيق، والبحث عما اذا كانت هذه القواعد تكون مجموعا متجانسا، كان صدى لاتجاهات محددة سيطرت على توجيه التنظيم القانوني للمعاملات المالية بما يتفق مع متطلبات الحياة الحديثة. وكل هذه الاعتبارات تقتضي، قبل اصدار حكم تقييمي محدد على القانون المدني الجديد، مرور مدة من الزمن كافية لمعرفة ما اذا كانت المحاكم قد وجدت في قواعده سلاحا فعالا في حسم المشاكل العملية المعروضة عليها (١٢).

ونحن نكتفي هنا بدراسة بعض المواضع التي اورد فيها القانون الجديد احكاما عامة لنرى مدى تأثير الاتجاه الذي تقوم عليه هذه الاحكام في تنظيم بعض المسائل التفصيلية. ومن المفترض أن يكون هذا التنظيم متفقا مع طبيعة المنازعات التي يفرزها المجتمع الكويتي، ولكن هذا الافتراض لايمكن الجزم بتحقيقه الآن، فهذا ما يتطلب الانتظار مدة من الوقت كما سبقت الاشارة، ومع ذلك فبإمكاننا، للكشف عن مدى وفاء التنظيم القانوني

(١٢) انظر في تقييم فوري وقاسي لقانون التجارة البحرية الكويتي الجديد، على البارودي ملاحظات حول القانون البحري الجديد، المحامي - ١٩٨٠ - الاعداد ١-٣ ص ٣ وما بعدها حيث عرض لملاحظاته الانتقادية على هذا القانون من الناحية الشكلية ومن الناحية الموضوعية وانظر في اسباب الحكم الصارم الذي اصدره الدكتور طعمه الشمري ضد قانون التجارة الجديد رقم ٦٨ لسنة ١٩٨٠ سواء فيما يتعلق بمدى ملاءمة بعض نصوصه للواقع الكويتي أو فيما يتصل بأوجه النقص وعدم الدقة فيه : مقالة بعنوان «مفارقات الكتاب الاول من القانون التجاري الجديد رقم ٦٨/١٩٨٠» منشور بمجلة المحامي، يوليو - اغسطس ١٩٨٢ ص ٩.

الجديد بحاجات الحياة الكويتية، الاقتناع بما هو قائم حالياً من وقائع عملية لا يتوقع لها التغيير في المنظور القريب أو حتى على المدى الطويل. انما يجب علينا أن نعترف، منذ البداية، أن تقدير مدى اتساق القواعد التفصيلية للقانون الجديد، مع واقع الحياة الكويتية، هو أمر يتسع للخلاف بحسب اختلاف الناس في تقدير ما استقر عليه واقعهم، وبسبب عدم تبلور بعض الأوضاع الواقعية في وضع نهائي، وإزاء سمة التطور التي تلاحق هذه الأوضاع.

وإذا كان هذا هو حال أحد شقي المعيار الذي يمكن أن نقيّم به القانون الجديد، ونعني به مدى مراعاة هذا الأخير لمطالبات الحياة الكويتية، فإن الأمر بالنسبة للشق الثاني من هذا المعيار، ونقصد به مدى اتفاق القانون الجديد مع أصول الفن القانوني، لا يمتثل الخلاف في تقديرنا. ذلك أن التقييم يتم، وفقاً للشق الثاني من المعيار، على أساس الصورة التي صدر بها هذا القانون في أحكامه العامة وأحكامه التفصيلية على السواء وهي صورة واحدة لا يمكن أن تكون محلاً للخلاف إزاء وضوحها. فهناك أحكام عامة، وردت في هذا القانون، تعد اصدق تعبير عن اتجاهاته العامة، ولكن إلى جوارها، جاءت أحكام تفصيلية قصد بها معالجة مسائل خاصة. والمفروض أن يأتي هذا التنظيم متأثراً بالاتجاهات العامة التي جسدها الأحكام العامة للقانون المدني ولذلك فمن الممكن أن يثور التساؤل، في أكثر من موضع، عن مدى التوافق بين القواعد التي عالج بها هذا القانون مسائل تفصيلية مع القواعد الكلية الواردة في أبوابه العامة، ولذلك أيضاً فإن موضوع بحثنا هذا يقوم على أساس تحمس الكليات في القانون الجديد وتقدير مدى انطباقها على المسائل الفرعية، على أن تتحدد هذه الكليات بالأحكام العامة التي وضع المشرع بعضها في المكان المخصص للأحكام العامة للقانون وبعضها الآخر في الموضوع المخصص لنظرية الالتزامات.

(٣) ومن وجهة النظر هذه، نستطيع أن نفحص بعض أجزاء القانون الجديد فحصاً علمياً يقوم على معايير نظرية قانونية، وفحصاً عملياً في ضوء مقومات الحياة الكويتية القائمة والتي نظرت المحاكم بعض أشكالها (١٣). وتحقيقاً لهذه الغاية نستطيع أن نعرض خطة

(١٣) ولعلنا نكون بذلك قد لبينا دعوة الأستاذ الدكتور محمد هشام القاسم إلى دراسة القانون المدني الكويتي الجديد «توضيحاً لأحكامه من جهة وإظهاراً لمزاياه وكشفاً عن عيوبه من جهة ثانية».. انظر مقالته عن «ملاحظات حول بعض مواد الباب التمهيدي من القانون المدني الكويتي» مجلة الحقوق، مارس ١٩٨٢، ص ١١ حيث أورد أهم ملاحظاته على صياغة هذه المواد.

هذا البحث في عدة تساؤلات أولها يتعلق بموضع الفقه الاسلامى بين المصادر الرسمية للقانون وأثر ذلك على تقدير التعويض في حالة الإصابات الجسدية التى ليس لها دية مقدرة أو أرش محدد في مرسوم جدول الديات، وفي حالة التأخر في الوفاء بالتزام عقدى محله مبلغ من النقود. والتساؤل الثانى يتعلق بوصف الالتزام بالتعويض عند تعدد المسئولين، ومدى تحققه في التزام المسئول عن عمل غيره وبصفة خاصة في التزام المتبوع وتابعه بتعويض للمضرور. ويتعلق التساؤل الثالث بمدى توافق الشكلية التى علق القانون الجديد انعقاد عقد التأمين عليها مع مبدأ الرضاية الذى وضعه في أحكامه العامة. وثمة تساؤل أخير ينبغى التعرض له يتعلق بمدى التنسيق بين القانون المدنى والقوانين الخاصة الأخرى وبصفة خاصة تلك التى صدرت قبله.

سأعرض هذه التساؤلات في ثلاثة فصول، مراعى في ذلك بقدر الامكان الموضع الذى تشغله موضوعاتها في القانون الجديد، فنحدد أولا موضع الفقه الاسلامى بين مصادر القانون، ونبحث ثانيا مدى تقييد القانون المدنى في بعض قواعده التفصيلية بقواعده الكلية في خصوص الالتزامات والعقود. ونعرض أخيرا لمدى التنسيق بين القانون المدنى والقوانين الخاصة.

الفصل الاول

مصادر القانون (موضع الفقه الاسلامى بينها)

(٤) اذا أردنا أن نحدد الوضع الصحيح لموقف أى نظام قانونى من الاحكام الشرعية من حيث مركزها بين المصادر الرسمية والمادية للقانون، فيتعين أن نتوخى الدقة فى استعمال المصطلحات، وأن نحدد، بصفة خاصة، المعنى المقصود من كل من مصطلحي الشريعة الاسلامية والفقه الاسلامى.

ولقد اختار القانون المدنى الجديد (١٤) مصطلح الفقه الاسلامى ليعبر به عن دخول الاحكام الشرعية الى مجال تطبيق القانون تطبيقاً عملياً، وليحدد به النطاق الذى يسمح فيه بانفاذها. ولقد جاء مصطلح الفقه الاسلامى، فى المادة الاولى من القانون الجديد الذى خصص فقرتها الثانية لتحديد المصادر الرسمية للقانون، منظوياً تحت جناح أو ستار ما أسماه اجتهاد القاضى.

ولن نتوقف كثيراً عند اختيار المشرع لمصطلح الفقه الاسلامى، لأن هذا الاختيار لا بد أن يكون عن ادراك تام وقصد به تحديد نطاق العمل بالاحكام الشرعية، لكن الذى يعنينا هو تحديد المركز الحقيقي للفقه الاسلامى بين مصادر القانون فى ظل الوضع القانونى القائم بعد صدور القانون الجديد. فاذا ما تحددت القيمة الحقيقية لاحكام الفقه الاسلامى، بتوافر الضوابط التى وضعها القانون الجديد اضافة الى نص المادة الثانية من الدستور الكويتى التى لم تعدل بعد، فان السؤال الذى يعرض بعد ذلك يتعلق بمدى تقيد القاضى بأحكام الفقه الاسلامى فى كل موضع انتفت فيه هذه الضوابط. ونحن بعد أن نحدد هذه الضوابط

(١٤) قد نستخدم كلمتى التقنين المدنى، فى بعض مواضع هذا البحث، والمقصود هو القانون المدنى، مع تسليمنا بأن الاسم الرسمى لمجموعة القواعد التى تحتويها المدونة المترتبة هو القانون المدنى.

سنحاول الاجابة على مثل هذا السؤال الذى يثور فى عدة موضوعات خاصة منها التعويض عن الاصابات الجسدية التى ليس لها دية مقدرة أو أرش محدد فى التشريع الوضعى. ولعله من المفيد أن نمهّد لهاتين المسألتين ببحث موضع الاحكام الشرعية بين مصادر القانون فى مرحلة ما قبل القانون لنستطيع أن نحدد ماذا كان القانون الجديد قد عدل فى هذا الوضع.

المبحث الأول الوضع السابق للأحكام الشرعية بين مصادر القانون

(٥) كان النظام القانوني الكويتي، فى مرحلة ما قبل القانون الجديد، يتخذ من الاحكام الشرعية، فى بعض المسائل، مصدرا من مصادر القواعد القانونية، وكانت طبيعة هذا المصدر تختلف باختلاف طبيعة المسائل محل التنظيم.

وهناك، كما سبق أن قلنا، مسألة أولية يتعين حسمها وتحديد موقف المشرع الوضعي منها وهى تتعلق بتحديد المعنى المقصود من كل من مصطلحي الشريعة الاسلامية والفقه الاسلامي، وفى ضوء هذا التحديد يمكن ضبط الدور الذي يسمح به المشرع الوضعي للاحكام الشرعية بالقيام به فى تكوين القواعد القانونية. وعلى الرغم من أن هذه المسألة قد تبدو فى ظاهرها بسيطة، إلا أن بحثها، وما يترفع عنها من تقسيم الاحكام الشرعية الى طوائف، ليست سهلة المنال بالنسبة لغير الشرعيين، لذلك فسنعالجها بشيء من الحذر معتمدين على بعض النقول الفقهية.

أولا : طوائف الاحكام فى الشريعة الاسلامية والفقه الاسلامي:

(٦) لمصطلح الشريعة أكثر من معنى، فقد يقصد به، وهذا هو المعنى الأول، مجموعة الاحكام التى شرعها الله تعالى لعباده سواء ما يتصل منها بالعقيدة أو بالاخلاق أو بأفعال الجوارح (١٥)، كما أنه يقصد بالشريعة ايضا مجموعة الاحكام الشرعية المتعلقة بهذه

(١٥) محمد سلام مدكور، مناهج الاجتهاد فى الاسلام فى الاحكام الفقهية والعقائدية، الكويت، ١٩٧٣، ص ٢١، قارن حسن كيرة، المدخل للقانون، الاسكندرية، ١٩٦٩، ف ١٠٩ ص ٢٠٤، ٢٠٥، ف ١١٠ ص ٢٠٨، حيث لم يذكر الاحكام العقائدية ضمن ما تشملته الشريعة الاسلامية من أحكام.

الاعمال الاخيرة وحدها (وهي تسمى الاحكام العملية وتشمل العبادات والمعاملات) (١٦).

أما الفقه الاسلامي فهو مصطلح خصص في الاصل، في العصور الاولى، للتعبير عن الاحكام الشرعية جميعها (١٧)، وهذا هو معناه، في أحد الاطوار التي مربها لدى الاصوليين، الذي يشمل ما شرعه الله لعباده من أحكام سواء فيما يتعلق بالعقيدة أو بالاخلاق أو فيما يتصل بالمسائل العملية (١٨)، لذلك شاع الترادف في فترات زمنية معينة، بين مصطلحي الشريعة والفقه.

ثم دخل التخصص على الفقه فأصبح يعبر عن «العلم بالاحكام الشرعية العملية المكتسبة من أدلتها التفصيلية، أو هو نفس هذه الاحكام التي تحتاج في معرفتها الى التأمل والفهم وبعض من الاجتهاد والرأى» (١٩). وأخيرا جرى الفقهاء على اطلاق مصطلح الفقه على «العلم بالاحكام الشرعية العملية سواء أكان معرفتها بالاجتهاد بالاستنباط من أدلتها أم كان العلم بها ناشئا عن طريق الاخذ والتفهم من أقوال الفقهاء» (٢٠).

وهكذا فبينما تشمل الشريعة الاسلامية أحكام العقيدة والاخلاق والاحكام العملية، وهذا هو المعنى الواسع لمصطلح الشريعة، فإن الفقه الاسلامي، في معناه الاخير، لايشمل الا الاحكام العملية التي تتضمن، اضافة الى أحكام العبادات، الاحكام التي تنظم علاقات الناس بعضهم ببعض، وهي مجال عمل القانون، وهذه هي أحكام

(١٦) الموسوعة الفقهية الصادرة عن وزارة الاوقاف والشئون الاسلامية بالكويت (١٤٠٠هـ - ١٩٨٠م) ج ١، ف ٧، ص ١٧.

(١٧) مدكور، ص ٢٢، الذي يذكر أن الفقه كان يشمل أحكام العقائد والاحكام العملية جميعها، وفي ص ٢٣ يقول: وقد كان يشمل أيضا علم الكلام.

(١٨) الموسوعة الفقهية، ج ١، ف ٢، ص ١٢، ف ٥، ص ١٦.

(١٩) مدكور، ص ٢٣ - ٢٤.

(٢٠) مدكور، ص ٢٤، وهو يعرض في ص ٢٥ لطرائق الاصوليين في بيان معنى الفقه ويحددها بثلاث، فجمهورهم بأخذ الفقه على معنى معرفة الاحكام الشرعية العملية التي قد ظهر الوحي بها والتي انعقد الاجماع عليها من أدلتها مع ملكة الاستنباط الصحيح منها، وأخيرا يتلخص مضمون الطريقة الثالثة، كما ذكرها، في أن العلم بالاحكام المظنونة ليس فقها.

المعاملات (٢١). وفي العصر الحديث شاع الترادف بين مصطلحي الشريعة والفقه ليقصد بهما ما شرعه الله من أحكام عملية (٢٢). ويراعى أنه سواء اطلق على الاحكام الشرعية المتعلقة بالمسائل العملية مصطلح الشريعة أو مصطلح الفقه، فإن هذه الاحكام جميعها تنسب للشارع، فمصدرها هو الله تعالى. ويصدق هذا الامر حتى بالنسبة للاحكام غير المنصوص عليها، فالفقيه باجتهاده واستنباطه للحكم بواسطة الامارات والادلة الظنية مجرد مظهر لحكم الله كاشف له (٢٣).

وعلى هذا الاساس نستطيع أن نعرض لتقسيم علماء الشريعة للاحكام الشرعية الى طوائف متعددة لنقف عند ما يتصل منها بموضوع بحثنا. وأول تقسيم هو الذى ينظر فيه الى نسبة الاحكام الى الشارع فهذه النسبة قد تكون مباشرة وقد تكون عن طريق الاجتهاد، فالاحكام الشرعية (٢٤) بناء على هذا أحكام منصوص عليها في القرآن أو في السنة (٢٥) وأحكام غير منصوص عليها استنبطها مجتهدو المسلمين «من عموم النصوص ومن روح التشريع وأهدافه العامة بواسطة الامارات التي اعتبرها الشارع منهجا وطريقا للاخذ والاستنباط» (٢٦).

-
- (٢١) الموسوعة الفقهية (الكويت) ج ١، ف ٢ - ١٠ ص ١٢ - ١٩، موسوعة الفقه الاسلامي الصادرة عن المجلس الاعلى للشئون الاسلامية بالقاهرة، ج ١، ١٣٨٦ هـ، ص ١٣.
- (٢٢) الموسوعة الفقهية (الكويت) ف ٧ ص ١٧، محمد يوسف موسى، الاموال ونظرية العقد في الشريعة الاسلامية، القاهرة، ١٩٥٣، ف ٦ ص ١٠.
- (٢٣) موسوعة الفقه الاسلامي (القاهرة) ج ١، ص ١٧، مدكور، ص ٣١ وهو يقول في ص ٣٤٧ أن الاجتهاد «ليس من قبيل الانشاء والتشريع وانما هو من قبيل الاظهار والتطبيق والكشف عن حكم الله من ظواهر النصوص اذا كان محل الحكم مما تناوله تلك النصوص أو من معقول النص ان كان للحكم عله مصرح بها أو مستنبطة أو تنتزىل الوقائع على القواعد العامة المأخوذة من الادلة المتفرقة في القرآن والسنة».
- (٢٤) مدكور، ص ٣١، ٣٣ ويطلق عليها الاستاذ الدكتور مدكور مصطلح القوانين الاسلامية.
- (٢٥) ويقول الاستاذ الدكتور مدكور، ص ٣٣ عن هذه الطائفة من الاحكام أنها تشريع اهي محض.
- (٢٦) مدكور، ٣٣ حيث يقول أن هذا النوع من الاحكام يعتبر تشريعا سماويا باعتبار الاصل والاساس ولكنه يعتبر تشريعا وضعيا من جهة مجهود المجتهدين في استمدادها واستنباطها (ويشير في هذا الصدد للشيخ عبد الوهاب خلاف، خلاصة التشريع الاسلامي، ١٩٧١، ط ٩، ص ٧). ويطلق بعض الشراح عليها مصطلح الاحكام الاجتهادية : سيد محمد موسى، الاجتهاد ومدى حاجتنا اليه في هذا العصر، رسالة دكتوراه من كلية الشريعة والقانون بجامعة الأزهر، ١٩٧٣، ص ١٥٢.

وإذا اقتصرنا على الاحكام العملية فان الفقه الاسلامي يتكون من «الاحكام التي أخذت من الكتاب والسنة مباشرة ويكون مصدر هذه الاحكام الدين، ومن الاحكام التي تؤخذ من المصادر الاخرى ومصدر هذه الاحكام الرسمي الفقه استمدادا من روح التشريع» (٢٧).

وتنقسم الاحكام الشرعية أيضا باعتبار مدى ثباتها فهناك أحكام مستقرة ثابتة لا تختلف المصلحة فيها باختلاف الاحوال والازمان وأحكام جزئية روعيت فيها مصالح الناس وأعرافهم (٢٨). ولما كانت مصالح الناس تختلف باختلاف الظروف وكانت أعرافهم مختلفة باختلاف الازمان فان الاحكام التي بنيت على مصالح يتطلبها عصر معين أو جرى بها عرف خاص «لا يصح أن تؤخذ قانونا دائما وشريعة ثابتة تطبق حتى مع اختلاف وجه المصلحة وتغير العرف» (٢٩). ويقول علماء الشريعة (٣٠) أن من رحمة الله بالمسلمين أن المصادر الاصلية وقفت، في الغالب الاعم، عند القواعد الكلية والخطوط العريضة وخولت المجتهدين المسلمين استنباط الاحكام الجزئية في ضوء هذه القواعد ومايسائر المصالح، ولذلك فان المسائل القابلة للتطور كانت محلا لاختلاف الانظار (٣١)، بقدر تفاوت المجتهدين في اتجاهاتهم وقواعدهم الفقهية (٣٢)، واختلافهم هذا رحمة «اذ في جملة ما وصلوا اليه متسع للناس» (٣٣). ويطلق على الاحكام التي اختلف الفقهاء فيها الاحكام الظنية الاجتهادية (٣٤).

كذلك تنقسم الاحكام الشرعية حسب طرق استنباطها وأدلتها الى أربعة أنواع (٣٥) الاول يشمل الاحكام المستقاة من نصوص قطعية من ناحية ثبوتها ومن ناحية

-
- (٢٧) مذكور، ص ٥٢.
(٢٨) مذكور، ص ٣٤٦.
(٢٩) مذكور، المرجع والمكان السابقان.
(٣٠) مذكور، ص ٥٣.
(٣١) الموسوعة (الكويت) ف ١٠، ص ١٩.
(٣٢) مذكور، ص ٥٣.
(٣٣) مذكور، المرجع والمكان السابقان.
(٣٤) الموسوعة الفقهية (الكويت) ج ١، ف ١٠، ص ١٩، ويحدد بعض الشراح الاحكام المجتهد فيها والتي تعتبر ركنا في الاجتهاد بأنها الاحكام الشرعية الفرعية الظنية: سيد موسى ص ١٢١.
(٣٥) مذكور، ص ٤٩ - ٥١.

دلالتها على الاحكام (كالوفاء بالعقود)، والنوع الثاني يتضمن الاحكام المستقاه من غير نص أو من نص قرآني أو من نص في السنة ظني في دلالته أو من نص ظني الثبوت من السنة ولكن حدث الاجماع في شأنها بعد عصر الرسول صلى الله عليه وسلم (كتوريث الجدات السدس)، وهذان الصنفان من الاحكام لا يجوز مخالفتهما ولا يسوغ الاجتهاد فيهما (٣٦).

والنوع الثالث يشتمل على الاحكام المستقاة من نصوص ظنية الدلالة، وهي لذلك يمكن أن تكون محلاً للاجتهاد للاختيار بين معانيها ولكن لا يجوز الخروج عن هذه المعاني مادام النص قطعي الثبوت (٣٧). أما النوع الرابع فهو يتضمن الاحكام المستقاه من نصوص ظنية الثبوت (وهي أخبار الاحاد غير المقطوع بنسبتها للرسول صلى الله عليه وسلم)، ومن هنا فان هذا الصنف من الاحكام يحتمل الاختلاف من ناحية ثبوت النص وبناء الحكم عليه (٣٨).

والى جوار الاحكام التي تتضمنها الطوائف الأربع المذكورة آنفا توجد أحكام أخرى لم تدل عليها نصوص قطعية ولا ظنية ولم يحدث في شأنها اجماع، فاذا جاءت هذه الاحكام نتيجة اجتهاد أفراد من المجتهدين باستنباطها بالوسائل التي أرشد اليها الشارع، فهي أحكام ظنية يجوز للمجتهدين مخالفتها واستنباط أحكام غيرها (٣٩)، ويقال أن أكثر الاحكام الفقهية جاءت من هذا الطريق (٤٠). ويستفاد مما تقدم أن مجال الاجتهاد هو الوقائع أو المسائل الظنية المنصوص على حكمها بنص ظني الثبوت أو الدلالة أو غير المنصوص عليها ولم يحدث في شأنها اجماع (٤١).

ولعلنا لاحظنا مما سبق عرضه أن هناك طائفة من الاحكام العملية الاجتهادية تختلف باختلاف المذاهب في أساليب الاستنباط وباختلاف الفقهاء في فهم النصوص وبالتالي تفاوت تفسيرهم لها، كما أنه توجد، في المقابل، أحكام أخرى منها ماهو كلي (مبادئ عامة) متفق عليها ومنها ماهو جزئي غير مختلف على قطعية دليلها النصي أو الاجماعي من حيث الثبوت والدلالة.

(٣٦) مدكور، ص ٣٤٤، سيد موسى ص ٢٠٠.

(٣٧) مدكور، ص ٥١، ٥٠، ٥٢.

(٣٨) انظر في أمثلة للصنفين الثالث والرابع، مدكور، ص ٥٠، ٥١.

(٣٩) مدكور، ٥٢، سيد موسى، ١٢١ - ١٢٢، ٤٥٣.

(٤٠) مدكور، المرجع والمكان السابق.

(٤١) مدكور، ص ٣٤١، الموسوعة الفقهية (الكويت) ج ١، ف ٩، ص ١٩.

وماعرضنا له من معانى الشريعة والفقه وما يتفرع عنها من طوائف الاحكام الشرعية ينبغى أن يكون حاضرا في الذهن اذا ماأريد تحديد مركز الاحكام الشرعية المستقاه من أدلة قطعية الثبوت والدلالة والاحكام الفقهية التي قال بها الفقهاء في المسائل الظنية، وذلك في ظل القوانين التي تشير في نصوصها المخصصة لتحديد المصادر الرسمية للقاعدة القانونية الى مبادئ الشريعة الاسلامية أو الفقه الاسلامي.

(٧) فاذا وضعنا في الاعتبار المعاني المتعددة لمصطلح الشريعة الاسلامية وأردنا أن نختار المعنى الذي يناسب اعتبارها مصدراً رسمياً، فيتعين ألا يغيب عن البال أن من صفات القاعدة القانونية أنها تتوجه بحكم واحد للمسائل المتماثلة. وإذا كانت هذه الصفة متوافرة بالنسبة للاحكام المتفق عليها بين الفقهاء الشرعيين فانها تنحسر، على العكس، عن الأحكام المختلف فيها بين فقهاء المذاهب مادام أن المكلف بتطبيق القانون (القاضي مثلاً) غير مقيد بأرجح الاقوال في مذهب واحد. ولما كانت القوانين الوضعية تشير الى مبادئ الشريعة الاسلامية أو الى احكام الفقه الاسلامي بين المصادر الرسمية للقواعد القانونية، فان ذلك يعني أن هذه المصادر يمكن أن تنتج قاعدة موحدة تنطبق على المنازعات المتماثلة. وإذا كان هذا يمكن أن يتحقق بالنسبة لمبادئ الشريعة الاسلامية، في حدود ما تنتج من أحكام متفق عليها بين الفقهاء، فان أحكام الفقه الاسلامي، التي تتضمن أحكاماً مختلف عليها بين المذاهب، لا يمكن أن تنتج قاعدة موحدة الا اذا اقتصر الرجوع على مذهب واحد أو على أرجح الاقوال فيه.

وقد يكون من المناسب أن نخصص مصطلح الشريعة الاسلامية للتعبير عن المبادئ العامة لها وأيضاً الاحكام الشرعية المتفق عليها بين المذاهب (لاستنادها الى أدلة قطعية الثبوت والدلالة). فالشريعة بهذا التحديد يمكن أن تنتج قواعد موحدة، أما بالنسبة لمصطلح الفقه الاسلامي، فقد يكون مناسباً للتعبير، اذا ورد بدون تحديد لمذهب معين يرجع اليه في حالة تعدد أحكام المسألة الواحدة في المذاهب المختلفة، عن أقوال الفقهاء المتعددة في المسائل المتماثلة أي الاحكام الاجتهادية للمسائل العملية التي استنبطها الفقهاء من الادلة التفصيلية (٤٢).

(٤٢) وهذا التخصيص لاستعمال المصطلحات يتفق أكثر مايتفق مع تعريف الاصوليين للفقه، فهم لايعتبرون الاحكام الشائبة بأدلة قطعية والمعلومة من الدين بالضرورة (كوجوب الصلاة وحرمة الربا) فقها، في حين أن هذه الاحكام تعتبر فقها في اصطلاح الفقهاء: الموسوعة الفقهية (الكويت) ف ٣ ص ١٣، ف ٤ ص ١٤، ف ٩ ص ١٩، ف ٤٢ ص ٤٨.

ونحن نعتقد في ضوء ما تقدم من ايضاحات، أن أى نظام قانونى يريد احياء الشريعة أو الفقه في نطاق المعاملات لن يحقق هدفه، ولن يبرز بالتالي النطاق الذى يسمح فيه بهذا الاحياء، الا اذا حدد بدقة المعنى الذى يريده من الاحالة اليهما في وقت شاع فيه استعمال مصطلحي الشريعة والفقه كمترادفين. فاذا أريد جعل الاحكام الشرعية بمثابة القانون الملزم الذى يستمد قوته من مجرد صدورها عن الله تعالى، فان تحديد النطاق الذى يسمح فيه النظام القانونى بذلك يقتضى أن تقتصر الاحالة على الاحكام الكلية أو حتى الجزئية التى اتفق عليها، فمثل هذا التحديد يجعل موقف النظام الوضعى واضحا لأن هذه الاحكام لاخلاف على ثبوتها، وبذلك تتوحد القاعدة التى تحكم المنازعات المتماثلة (٤٣).

واذا تحدد النطاق الذى يحيل فيه القانون الوضعى الى الاحكام الشرعية على هذا النحو، فانه يستحسن أن يعبر عن الاحكام المحال اليها بمصطلح الشريعة الاسلامية (٤٤).

وتظهر أهمية اختيار مصطلح دون آخر اذا كنا بصدد حكم يتعلق بالمسائل الظنية المختلف في حكمها ففى خصوص هذه المسائل اذا أريد للاحكام الشرعية أن تسهم بدور في تكوين القانون، فينبغى في رأينا استعمال مصطلح الفقه الاسلامى، لأن هذا المصطلح هو الذى يفيد أن أحكام هذه المسائل هى مجرد أحكام اجتهادية مختلف عليها.

واقترحنا المتقدم ذكره لاستعمال مصطلحي الشريعة والفقه يسمح بتحديد الموقف الحقيقى للمشروع الوضعى، سواء الدستورى أم العادى، حين يحيل الى الشريعة الاسلامية أو الفقه الاسلامى، من مسألة احيائهما. فمن غير المقبول أن يقال أن الشريعة تعتبر مصدرا رسميا للقانون لمجرد أن الادوات التشريعية للنظام الوضعى تستعمل مصطلح الشريعة في

(٤٣) وهذا هو السبب الذى دعا لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ، بعد أن حذفت عبارة «دون تقيد بمذهب معين» التى كانت واردة في مشروع المادة الاولى من القانون المدنى المصرى، الى القول بأن المقصود من رجوع القاضى الى مبادئ الشريعة الاسلامية هو الرجوع الى المبادئ الكلية لهذه الشريعة دون حلولها التفصيلية الواردة في كتب الفقه (مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدنى المصرى ج ١ ص ١٩٠).

(٤٤) وما قد يؤيد ذلك أن معظم، الاحكام المتفق عليها وردت في القرآن أو في السنة وفيهما يتجسد المصدر الحقيقى والمباشر للشريعة الاسلامية باعتبارها القانون الذى وضعه الله تعالى لحكم المعاملات بين الناس: الموسوعة الفقهية (الكويت) ف ٣٩ ص ٤٣، صبحى محمصانى، فلسفة التشريع في الاسلام، بيروت ١٩٦١، ص ١٧، ٢٣، ١٣٨.

النصوص القانونية، في حين أن مذكرتها التفسيرية أو الإيضاحية أبرزت المعنى المقصود من هذا المصطلح على نحو يفيد أن النظام القانوني لم يقصد إلا الحالة إلى الأحكام الاجتهادية ليختار منها المشرع العادي أو القاضي ما يراه مناسباً للظروف ومتسقاً مع مبادئ النظام الوضعي وأهدافه. ومثل هذه الأحكام الاجتهادية لا تصلح مصدراً رسمياً لأنها متعددة الاختلاف الفقهاء في شأنها، ولا يمكن أن يقصد المشرع الزام القاضي بتطبيق حكم مختلف فيه بين المذاهب الفقهية في وقت لا يقيد فيه بمذهب معين، بل يطلق له حرية اختيار المذهب الذي يراه مناسباً لتحقيق أهداف النظام القانوني، وأكثر ما يمكن أن يقصده المشرع العادي من حالة القاضي إلى هذه الأحكام هو جعلها مصدراً استثنائياً له، كما أن أقصى ما يمكن أن يقصده المشرع الدستوري من حالة المشرع العادي على الأحكام الاجتهادية هو جعلها مصدراً مادياً أو تاريخياً للتشريع.

ثانياً : الأحكام الشرعية كمصدر رسمي أو مصدر مادي

(٨) على أساس الاعتبار السالفة الذكر وفي ضوءها نستطيع أن نحدد مركز الفقه الإسلامي في ظل النظام القانوني الكويتي السائد قبل صدور القانون الجديد، فلقد كان هذا الفقه، وما يزال، مصدراً رسمياً لمسائل الأحوال الشخصية (٤٥)، واختير مذهب الإمام مالك لتطبيقه على هذه المسائل (٤٦).

كما أنه كان مصدراً رسمياً في بعض مسائل الأحوال العينية في غير المواد التجارية (٤٧).

(٤٥) وهذا ما تشير إليه المذكرة التفسيرية لقانون تنظيم القضاء (١٩٥٩/١٩ - المعدل)، وانظر تطبيقاً لذلك في القانون المدني الجديد، المادة ٩٤٠/ (الميراث) والمادة ٩٤١/ (الوصية). وإذا كان هذا القانون يجبل، فيما يتعلق بالميراث والوصية، على أحكام الشريعة الإسلامية أو القوانين الصادرة في شأنها إلا أنه لم يرد تحديداً فيه، ولا في مذكرته الإيضاحية المقصود بالشريعة الإسلامية.

(٤٦) المذكرة التفسيرية لقانون تنظيم القضاء، منصور مصطفى منصور، أصول القانون، الكويتي ١٩٧٧ - ١٩٧٨ ف ٤٣ ص ٦٨، عبد الحى حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية، ج ١ (القانون)، الكويت، ١٩٧٢ ف ٣٧٣، ص ٤٧٤، وانظر تطبيقاً لذلك في تمييز كويتي ١٩٧٩/٦/١١ - مجلة إدارة الفتوى والتشريع (السنة الأولى - العدد الأول) ص ٢١٣.

وعلى العكس من ذلك عوامل الفقه الاسلامى، في بعض المسائل (٤٨)، باعتباره عاملا من العوامل التى تسهم بنصيب في تكوين القانون، أى كمصدر مادي أو تاريخي تستقى منه أحكام التشريع. وعلى وفق هذا الاتجاه الاخير جاء الدستور الكويتى لينص في مادته الثانية، على أن «دين الدولة الاسلام والشريعة الاسلامية مصدر رئيسى للتشريع». والراجع أن المشرع العادى كان يقصد من الاحالة على الفقه الاسلامى، في غالبية الاحوال، الاخذ بأقوال الفقهاء فتارة يلزم القاضى بتطبيق مذهب مالك وتارة أخرى المذهب الحنفى (المتمثل في مجلة الاحكام العدلية). وتحديد المذهب المختار على هذا النحو من شأنه أن يوجد القاعدة المطبقة على المسائل المتماثلة ويجعل من احكامه مصدراً رسمياً منتجاً لقواعد قانونية.

وإذا كان الدستور الكويتى ينص على جعل الشريعة الاسلامية مصدراً رئيسياً للتشريع، الامر الذى يحمل على الظن أنه يعتبر الاحكام الشرعية جميعها مصدراً رسمياً للقانون، الا أن هذا الظن ليس صحيحاً لأن المذكرة التفسيرية ناطقة، وعلى ماسيجىء، في أن المقصود بمصطلح الشريعة هو الفقه الاسلامى في أحكامه الاجتهادية (٤٩) كما أن

(٤٧) منصور، المرجع والمكان السابقان، حجازى، المرجع والمكان السابقان، من ذلك مثلاً، المادة الثانية من القانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٧٨ في شأن ايجار العقارات التى كانت تعمل من مجلة الاحكام العدلية (مذهب حنفى) مصدراً رسمياً للقواعد التى يطبقها القاضى، في هذا الشأن، في حالة عدم وجود نص تشريعى، وهذه القواعد تقدم على العرف. وكان القانون رقم ١٩٦٠/٦ المعدل في شأن تنظيم الالتزامات الناشئة عن العمل غير المشروع يلزم القاضى (٢٥م) بتقدير التعويض عن الاصابات الجسدية طبقاً لقواعد الدية الشرعية، فكان القاضى يطبق الاحكام الشرعية القطعية التى تحدد مقدار الدية لبعض الاصابات التى ليس لها دية مقدرة أو أرض محدد في الشرع، فلقد كانت محكمة التمييز تطبق مذهب مالك لتقدير الارش (حكومة العدل) المستحق للمضروب. أنظر: تطبيقاً لذلك في ١٤/٥/١٩٨٠ في الطعن رقم ١٩٧٩/١٠٧ تجارى منشور بمجموعة القواعد القانونية (المؤقتة) - على الاستنسل) العدد التاسع ص ٥١. وتعتمد قانون التجارة القديم، على ما جاء في مذكرته الايضاحية، عدم النص على الفقه الاسلامى بن مصادره الرسمية.

(٤٨) كـبعض نصوص القانون رقم ١٩٦١/٦ (المسئولية التقصيرية).
(٤٩) ونجتنزىء هنا بعضاً مما سدرته المذكرة التفسيرية للمادة الثانية من الدستور، فهى تقول «لم تقف هذه المادة عند حد النص على أن (دين الدولة الاسلام) بل نصت كذلك على أن الشريعة الاسلامية - بمعنى الفقه الاسلامى - مصدر رئيسى للتشريع...». وهى تقول أيضاً «أن في النص ما يسمع مثلاً بالاخذ بالقوانين الجزائية الحديثة مع وجود الحدود في الشريعة الاسلامية» ولاحظ هذه العبارة الاخيرة فهى قاطعة الدلالة على أن المشرع العادى غير ملزم دستورياً بالاخذ بالنصوص الشرعية القطعية كذلك التى تفرض الحدود.

النص الدستوري بالصياغة التي ورد بها، لم يجعل الفقه الاسلامي الا مجرد مصدر مادي أو تاريخي للتشريع العادي.

ومع ذلك فلقد كان المشرع العادي يعامل الفقه الاسلامي مرة باعتباره مصدرا رسميا (٥٠)، ومرة أخرى بوصفه مصدرا ماديا أو تاريخيا (٥١)، مع أنه غير مطالب، وفقا لظاهر النص الدستوري وطبقا لما سردته مذكرته التفسيرية، الا بالأخذ « بأحكام الشريعة الاسلامية ماوسعه ذلك » (٥٢) بحيث يمكنه التمهّل في الاخذ بها اذا ما حملته الضرورات العملية على ذلك.

وقد يقال ان الجزء الاول من نص المادة الثانية من الدستور يقول «دين الدولة الاسلام....» وأن هذا يلزم المشرع العادي بالأخذ بالأحكام المستقاة من نصوص قطعية في

(٥٠) وكان هذا في شأن الاحوال الشخصية بصفة خاصة حيث يطبق القاضي الاحكام المتفق عليها، أما في خصوص المسائل المختلف في حكمها فكان يطبق مذهب مالك.

(٥١) رغم أن القانون المدني المصري (م ١) يجعل مبادئ الشريعة الاسلامية المصدر الرسمي الثالث للقانون، الا أن بعض الفقهاء (عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج ١، مصادر الالتزام، ١٩٩٤، ص ٥٩) درج على القول بأن الفقه الاسلامي هو المصدر الرسمي الذي يتعين الرجوع اليه، في حالة عدم وجود تشريع أو عرف لاستخلاص حكم الشريعة الاسلامية باعتبارها مصدراً رسمياً للقانون المدني، وانظر أيضاً السنهوري المرجع السابق، ص ٦٠ حيث يرى أن الفقه الاسلامي يعتبر، بالنسبة للنصوص التشريعية التي نقلها القانون المدني عن الشريعة الاسلامية، مصدراً تاريخياً لها، وانظر كذلك السنهوري، ص ٦١ حيث ينبغي الرجوع الى كتب الفقه الاسلامي، سواء كان هذا الفقه هو المصدر الرسمي للقواعد، أو المصدر التاريخي الذي تفسر في ضوئه النصوص التشريعية. ولم يكن استعمال المصطلحات هكذا معبراً، في تقديرنا، عنى المعنى الذي اراده المشرع أن يخلعه على مصطلح الشريعة الاسلامية، ذلك أن لجنة مجلس الشيوخ انتهت الى حذف عبارة «دون تقييد بمذهب معين» التي وردت في المشروع النهائي للمادة ٢/١، لما تؤدي اليه هذه العبارة من اضطراب في الاحكام لاختلاف المذاهب الفقهية اختلافاً بينا فيما بينها. ورأت اللجنة أن المقصود من رجوع القاضي الى مبادئ الشريعة الاسلامية هو الرجوع الى المبادئ الكلية لهذه الشريعة دون حلولها التفصيلية الواردة في كتب الفقه. (مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ج ١ ص ١٩٠) واذاً فحذف العبارة المذكورة يفيد أن الفقه الاسلامي ليس مصدراً رسمياً، وأنه ان جاز أن يكون كذلك، فإن ذلك لا يتحقق الا بالنسبة للمبادئ الكلية التي اتفق الفقهاء على وجودها في مصدري الشريعة الاسلامية ذاتها (الكتاب والسنة).

(٥٢) أشار الى هذا المعنى الاستاذ الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي في محاضراته عن الاتجاهات الجديدة المدني الكويتي التي القاها بجمعية المحامين بتاريخ ١٧/٣/١٩٨١.

نطاق المعاملات والتي ثبتت من الدين بالضرورة (٥٣). ومع ذلك فإن المشرع الدستوري لم يكن يقصد الاخذ بمصطلح الدين الاسلامي، أو الشريعة الاسلامية، في معناه الواسع، بل انه قصره في اعتقادنا، على أحكام العقيدة والاخلاق والعبادات، أما فيما يتعلق بالمعاملات، وهي المجال الذي يعمل فيه القانون، فلقد تناوها النص الدستوري في جزئه الثاني «.. والشريعة الاسلامية مصدر رئيسي للتشريع» ليجعل من الفقه الاسلامي، كما تقدم مجرد مصدر مادي لقواعد العلاقات بين الناس كالمعاملات المالية.

وهكذا اذن فبالنسبة للمعاملات بين الناس، فانه ان أمكن تجاوزا، تفسير الجزء الاول من نص المادة الثانية من الدستور على أنه يجعل الاحكام الكلية غير المختلف فيها مصدرا رسميا لقواعدها القانونية، فقد يسوغ الاعتقاد، وستعود لاسانيد هذا الاعتقاد فيما بعد، بان مصطلح الشريعة الاسلامية الوارد في جزئه الثاني يقصد به الفقه الاسلامي على معنى الاحكام أو الحلول التفصيلية المختلف فيها بين الفقهاء، وأنه لم يجعل هذه الاحكام الا مصدرا ماديا أو تاريخيا للتشريع ترك الاخذ بها لتقدير المشرع العادي، في كل مسألة على حده، وفقا لما تقتضيه الضرورات العملية في العصر الحديث (٥٤)، كما تقول المذكرة التفسيرية للنص الدستوري (٥٥). وحتى لو قيل أن مصطلح الشريعة الاسلامية الوارد بالنص الدستوري يقصد به الاحكام الشرعية جميعها، فان النص، حين يقول أنها مصدر

(٥٣) من بين معاني لفظ الدين في اللغة القواعد أو القانون، من هذا قوله تعالى «شرع لكم من الدين ما وصى به نوحا والذي أوحينا إليك»، أنظر في ذلك الموسوعة الفقهية (الكويت) ف ٥ ص ١٥ - ١٦.

(٥٤) وهذا هو السبب الذي دعا اللجنة التي شكلتها الحكومة لتنقيح الدستور الى اقتراح تعديل نص المادة الثانية منه بحيث تصبح الشريعة الاسلامية المصدر الرئيسي للتشريع، على أن هذا التعديل وإن ألزم المشرع بالاخذ بالاحكام الشرعية ليستقي منها التشريع، الا أن صياغته لم ترفع الشريعة الى مرتبة المصدر الرسمي.

أنظر: عثمان عبد الملك الصالح، مقترحات الحكومة وتصوراتها حول تعديل الدستور الكويتي وموقف لجنة النظر في تنقيح الدستور منها (دراسة تحليلية نقدية) مجلة الحقوق والشريعة - السنة الخامسة (٩٨١) العدد الثالث ص ٦٦ حيث يرى أن هذا التعديل يلزم المشرع العادي بالاخذ باحكام الشريعة.

(٥٥) وليس أبلغ في الدلالة على أن دعوة الدستور للمشرع للاخذ بالاحكام الشرعية لانعمل منها مصدرا رسميا ولا مصدرا ماديا يحتل المرتبة الاولى بين المصادر الاخرى من قول المذكرة التفسيرية لمادته الثانية أن هذا النص لا يمنع من الاخذ، عاجلا أو آجلا، بالاحكام الشرعية كاملة وفي كل الامور اذا رأى المشرع ذلك فهذه العبارات ناطقة بأن الاخذ بهذه الاحكام غير ملزم للمشرع العادي بل أن هذا يرجع لتقديره في ضوء الضرورات العملية.

رئيسي للتشريع، لا يجعل منها الا مصدراً مادياً للتشريع ليس أكثر، أما اذا فهمنا النص الدستوري على أنه يتكلم عن الاحكام المتفق عليها بين المذاهب و يعتبرها كمصدر للتشريع ليس اكثر. أما اذا فهمنا النص الدستوري على أنه يتكلم عن الاحكام المتفق عليها بين المذاهب و يعتبرها كمصدر مادي للتشريع، فان مؤداه أن المشرع العادي غير ملزم بمعاملة الفقه الاسلامي، الاحكام الجزئية المختلف فيها، نفس المعاملة (٥٦).

(٩) ومهما كانت حقيقة المعاملة التي يعامل بها المشرع العادي الشريعة الاسلامية بين مصادر القانون ومدى اتفاق هذه المعاملة مع الدستور، فان الوضع التشريعي القائم لم يكن معبرا عن الرغبة الحقيقية للجماعة في السير على مقتضى الشريعة الاسلامية، بما يعنى في لغة القانون جعلها المصدر الرسمي الاول للقواعد القانونية في حدود أحكامها المستقاة من نصوص قطعية أو في الاقل المصدر المادي أو التاريخي الاول للتشريع الذي يقتصر دوره على مجرد صياغة القواعد الشرعية صياغة عصرية، وكان يجب في اعتقادنا، ان تجد هذه الرغبة صداها القانوني سواء في رحاب الدستور (٥٧) أو في ثنايا التشريع العادي بصياغة واضحة لا تحتمل التأويل.

ولقد وجدت هذه الرغبة صداها في قرار مجلس الوزراء (١٩٧٧/٢/١٩) بإنشاء لجان لوضع تشريعات تنظم المسائل التي لم يتناولها التشريع من قبل ولاعادة النظر في التشريعات القائمة كلها في ضوء الشريعة الاسلامية. ولما كان الامل معقودا على لجنة القانون المدني لتضع نصوصه في هدى الاحكام الشرعية من ناحية ولتعيد الى الشريعة الاسلامية مكانتها الرفيعة بين مصادر القانون من ناحية اخرى، فان التساؤل يثور، بعد صدور القانون المدني، عن مدى تحقق هذا الامر الاخير، ويتعين من ثم تحديد المركز الحقيقي الذي تشغله الشريعة الاسلامية بين مصادر القانون سواء الرسمية منها أو المادية والتاريخية.

(٥٦) أشار الى هذا المعنى أحد اعضاء اللجنة المكلفة بوضع مشروع القانون المدني الكويتي الجديد وهو الاستاذ الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي، في محاضرته عن الاتجاهات الجديدة للقانون المدني الكويتي، التي القاها بجمعية المحامين الكويتية بتاريخ ١٧/٣/١٩٨١. وهذه الاشارة سوف نقيدها في تحديد المركز الحقيقي الذي أراد واضعوا هذا القانون أن يشغله الفقه الاسلامي

(٥٧) يؤيد اعتقادنا هذا التعديل الذي اقترحه لجنة تنقيح الدستور على مادته الثانية (سبقت الاشارة اليه في هامش ٥٤)، ونحن نعتبر هذا التعديل مجرد خطوة متقدمة، في الحدود التي جعل فيها الشريعة الاسلامية المصدر المادي الاول للتشريع، ينبغي أن تتلوه خطوات أخرى لتأخذ الشريعة مكانها اللائق بين المصادر الرسمية للقانون.

المبحث الثانى القيمة الحقيقية لأحكام الفقه الاسلامى وضوابط الاخذ بها

(١٠) المصادر الرسمية هى الطرق أو الوسائل التى يجب أن يتم التعبير فيها عن القاعدة حتى تكتسب الصفة القانونية فيلتزم القاضي بتطبيقها على منازعات الاشخاص المخاطبين بها (٥٨).

ولقد حدد القانون المدنى الجديد، فى مادته الأولى، المصادر الرسمية للقانون، فذكر التشريع باعتباره المصدر الأول، يليه العرف، فان لم يوجد عرف «اجتهد القاضي رأيه مستهديا بأحكام الفقه الاسلامى الاكثر اتفاقا مع واقع البلاد ومصالحها».

واذا كان لا محل للتردد فى القول بأن التشريع والعرف يمثلان المصدر الرسمى الأول والثانى على التوالى للقانون الوضعى الكويتى، فان تحديد المصدر الثالث، ان كان له وجود حقيقى، هو الذى يحتمل التردد. فوفقا لظاهر نص المادة ٢/١ مدنى كويتى يعتبر اجتهاد القاضى مصدرا ثالثا للقانون. على أن صعوبة التسليم بهذا الاعتبار تأتى من ناحيتين. الأولى أن المعهود فى القاعدة القانونية أن تكون عامة ومجردة وملزمة فى حين ان الحلول التى يحسم بها القضاة المنازعات المعروضة عليهم لا تتوفر لها صفات القاعدة القانونية. أما الناحية الثانية فهى تتعلق بطبيعة الاحكام الشرعية التى يستند اليها القاضى فى اجتهاده.

و يلزمنا لكى نصل الى حقيقة المقصود باجتهاد القاضى أن نحدد أولا طبيعة أحكام الفقه الاسلامى التى تشير اليها النص وثانيا ضوابط اجتهاد القاضى وفقا لها ودلالاتها.

أولا : — طبيعة أحكام الفقه الاسلامى كسند للاجتهادات القضائية

(١١) تتمثل الصعوبة الاولى فى اعتبار الاجتهادات القضائية مصدرا رسميا للقانون فى أن الاصل فى القاعدة القانونية أن تكون عامة ومجردة تتوجه بحكمها، فى الحال والاستقبال،

(٥٨) منصور، ف ٣٤ ص ٤٣، حسن كيرة ف ١١٨ ص ٢٠٢

لطاقفة غير متناهية من الافراد والروابط المتماثلة بصفقتها وشروطها في حين أن الحلول التي يبتدعها القضاء محدودة بالخصومات التي صدرت فيها، ولا يوجد ما يلزم القاضي باتباع الحل الذي تواترت عليه أحكام المحاكم في ظل نظام لا يعترف للسوابق القضائية بقوة ملزمة (٥٩). ومن المتصور، والحالة هذه، أن تعدد الحلول القضائية في مسألة واحدة بقدر تعدد القضاة وبالتالي تعدد اجتهادهم، ولا يتصور أن تنشأ قاعدة واحدة ازاء هذا التعدد، اللهم الا اذا تدخلت محكمة التمييز واختارت الرأي الذي ينبغي على القضاء الأخذ به. ومع ذلك فان رقابة محكمة التمييز هذه، التي تعتبرها المذكرة الايضاحية للمادة الأولى من القانون المدني الجديد ضمانا لتوحيد الرأي، لا تمتنع من تعدد القاعدة التي تحكم مسألة واحدة أو نزاعا مماثلا اذا عرض مستقبلا على قضاة الموضوع الذين قد يرى بعضهم الأخذ بخلاف رأي محكمة التمييز. ذلك أنه في ظل نظام قانوني، كما هو الحال في مصر والكويت، ولا يأخذ بالسوابق القضائية الملزمة، ليس لقضاء محكمة التمييز، فضلا عن قضاء المحاكم الدنيا، قوة الزام قانوني، واذا حدث وحاكت هذه المحاكم قضاء محكمة التمييز فان ذلك مبعثه مجرد التزام أدبي لأكثر، والا فانها غير ملزمة قانونا باتباع هذا القضاء (٦٠). هذا فضلا عن أن تدخل محكمة التمييز في كل المواضيع التي اختلفت فيها احكام القضاء هو أمر لا يمكن كفالاته دائما، واذا تحقق، افتراضا، فانه لا يمنع من تعدد القواعد في المادة السابقة على تدخل محكمة التمييز. وهكذا ينحسر عن القواعد القضائية أحد صفات القواعد القانونية وهي كونها عامة ومجردة توضع لتطبق على جميع المنازعات التي تثير مشاكل متماثلة.

وكذلك فان عدم تقييد القاضي بالحكم الذي اصدره في نزاع مماثل سابق أو الذي تأخذ به عامة المحاكم أو توصي محكمة التمييز بالاخذ به، يفيد افتقار القواعد القضائية الى صفة الالتزام اللصيقة بالقواعد القانونية (٦١).

وهكذا فان اطلاق حرية القاضي في الاجتهاد، اذا اعتبر مصدرا رسميا ثالثا

(٥٩) حسن كيرة ف ١١٨ ص ٢١٦، هشام القاسم، مقالته السابق الاشارة اليها ص ١٣.

(٦٠) حسن كيرة ف ١١٨ ص ٢١٧، ٢١٨.

(٦١) كيرة ف ١١٨ ص ٢١٧ وحتى اذا لزم القانون المحكمة التي احيلت اليها القضية باتباع قضاء محكمة التمييز في المسألة القانونية التي فصل فيها، فان هذا القضاء لا يكون قاعدة قانونية لاختصاصه بنزاع معين لا يمتداه الى غيره من المنازعات المماثلة فتتحرر عنه صفة العموم والتجريد: كيرة ص ٢١٧ هـ ١.

للقواعد القانونية، يقابله ظلال من الشك في مدى توافر الصفة القانونية للقواعد التي ينشئها القاضى انشاء. ومما يزيد من جدية هذا الشك أن خلع الصفة القانونية على مثل هذه القواعد القضائية يتعارض مع المبدأ الدستوري، وهو الفصل بين السلطات، الذى يقصر وظيفة القاضى على تطبيق القواعد القانونية لانشائها، مما يفترض وجودها سلفا (٦٢). ولا نعتقد أن واضعى القانون المدنى الكويتى الجديد غاب عنهم أن النظام القانونى الكويتى لا يجعل للسوابق القضائية قوة ملزمة للمحاكم، فالقضاء، فى ظل هذا النظام كما شأنه فى ظل النظام الفرنسى والنظام المصرى، ليس الا مصدرا تفسيريا (٦٣)، ولا يعتبر بحال مصدرا رسميا للقواعد القانونية (٦٤). واذا كان هذا الاعتبار يصدق على القضاء، فى معناه الاصطلاحي، أى مجموعة المبادئ القانونية التى استقرت المحاكم على اتباعها (٦٥)، فانه يصدق من باب أولى على الاحكام الفردية التى لم تتوفر لها بعد صفة المبادئ المستقرة.

(١٢) قد يقال ان القاضى ملزم، وفقا لنص المادة الأولى، وهو يجتهد برأيه أن يهتدى بأحكام الفقه الاسلامى الاكثر اتفاقا مع واقع البلاد ومصالحها، وأن النص يقدم بذلك اطارا محددًا يمكن أن تتوحد فى نطاقها القواعد القضائية. على أن مثل هذا القول يفترض أن أحكام الفقه الاسلامى، فى نفس المسألة، واحدة لا تختلف باختلاف المذاهب أو باختلاف أنصار كل مذهب على حدة، أو أن القاضى لا يرجع الا الى الاحكام التى اتفق الفقهاء المسلمون عليها. على أن مثل هذا الاعتقاد ليس صحيحا فى شقيه، فمن ناحية أولى نجد أن اشارة النص الى أحكام الفقه الاسلامى الاكثر اتفاقا مع واقع البلاد ومصالحها يفيد احتمال وجود أكثر من حكم فى الفقه الاسلامى فى المسألة الواحدة، وأن القاضى ملزم بالاختيار بالحكم الذى يتفق مع واقع البلاد ومصالحها — ومن ناحية ثانية فان المذكرة

(٦٢) كيرة ف ١١٨ ص ٢١٥.

(٦٣) محمد هشام القاسم، مذكرات فى أصول القانون، ١٩٨١ (على الاستئسل) ص ٣٨ وهذا ما أشارت اليه المذكرة الايضاحية للمادة الاولى من القانون الكويتى التى ورد فيها ان القاضى يستطيع ان يستلهم الرأى من الاحكام التى أقرها القضاء والفقه كويتيا كان أو غير كويتى. ورغم ان المشرع التمهدى للقانون المدنى المصرى كان ينص على اعتبار أحكام القضاء مصدرا استثناسيا، غير ملزم للقاضى، الا أنه رضى حذف النص لان حكمه، الذى قد يورث الشك مفهوم من القواعد العامة: مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدنى المصرى ج ١٩٢١.

(٦٤) كيرة ف ١١٨ ص ٢١٥، ٢١٧.

(٦٥) كيرة ص ٢١٢.

الايضاحية للمادة الاولى ناطقة في أن القاضي في اهتدائه بأحكام الفقه الاسلامي، لا يتقيد بمذهب معين من المذاهب، ولا الوقوف عند أرجح الاقوال فيها. ولعل اشارة النص هذه وصراحة مذكرته الايضاحية في امكان الأخذ بأى مذهب فقهي يتفق مع واقع البلاد ومصالحها لا يدعوا مجالاً للشك في أن القانون الجديد يقصد بمصطلح الفقه الاسلامي مجرد الأحكام الاجتهادية. ولقد كان المشرع المدني بذلك أميناً في تلبية دعوة المشرع الدستوري اليه بمراعاة أقوال الفقهاء ماوسعه ذلك.

(١٣) فاذا صرفنا النظر مؤقتاً عن القيمة القانونية لأحكام القضاء في ذاتها، في خصوص المصادر الرسمية للقانون، فإن التساؤل الذي يثور هنا يتعلق بطبيعة المصدر الذي يستقي منه القاضي أحكامه ونعني به الفقه الاسلامي. وتبدي أهمية هذا التساؤل في أن القاضي لا يطبق الا القواعد التي اكتسبت، في القانون الوضعي، الصفة القانونية، وهو الامر الذي يتحقق بالنسبة للقواعد الموجودة في المصادر الرسمية كما حددها النظام القانوني الذي يمارس القاضي وظيفته في ظله. ولاشك في أن التشريع والعرف يقدمان الاطار الرسمي المعترف به في الكويت لانشاء القواعد القانونية، فمجرد وجود القاعدة في التشريع أو العرف هو أمر كاف لاكتسابها الصفة القانونية. أما بالنسبة لقواعد الفقه الاسلامي، فإن مجرد وجودها في هذا الفقه، لا يكفي، في مفهوم القانون الجديد، لاعتبارها قواعد قانونية واجبة التطبيق، بل يلزم لذلك أن يحتويها مصدر من المصادر الرسمية المعترف بها قانوناً كأن يصدر بها تشريع أو يجري بها عرف معتبر أو، وهذا الذي يعنينا هنا، أن يصدر بها حكم قضائي، وهذا الامر الاخير هو الذي قد يستفاد من تخويل القاضي حرية الاجتهاد بالرجوع الى احكام الفقه الاسلامي. واذن فالفقه الاسلامي لا يعدو أن يكون المصدر المادي أو التاريخي الذي تستقي منه جوهر القاعدة التشريعية أو العرفية أو القضائية. فاذا استقى التشريع مثلاً، قواعده من الفقه الاسلامي، فإن المصدر الرسمي لهذه القواعد يكون التشريع ذاته لأنها تكتسب الصفة القانونية من وجودها في التشريع، و يقتصر دور الفقه الاسلامي على كونه المصدر المادي أو التاريخي الذي استمد منه المشرع جوهر أو مضمون هذه القواعد (٦٦).

(٦٦) منصور، ف ٤٢، ٦٦.

وبالمثل فإن القاعدة التي ينشئها القاضي طبقاً لظاهر المادة الأولى من القانون الجديد، تجب مصدرها المادى أو التاريخى فى الفقه الاسلامى. ويراعى أن القاعدة الفقهية لا تطبق فى النزاع المعروض على القاضى الا بعد أن يعتيرها هذا الاخير واجبة التطبيق كنتيجة لاجتهاده.

وبعد فإن الذى يظهر من صياغة المادة الأولى من القانون المدنى أن القاضى غير ملزم بالآخذ بأحكام الفقه الاسلامى، وإنما له أن يستهدى أن يسترشد بها، فكأن الفقه الاسلامى مجرد مصدر استثناسى. كذلك فإن الذى يستفاد من المذكرة الايضاحية للمادة الأولى من القانون الجديد أن القاضى غير ملزم بأن يأخذ جوهر الحكم الذى يحسم به النزاع من الفقه الاسلامى. فهذه المذكرة لا تعتبر الفقه الاسلامى الا واحداً من بين المصادر الاستثناسية الاخرى التى يستطيع القاضى أن يستمد حكمه منها، الامر الذى يفيد أن القاضى قد لا يأخذ بحكم هذا الفقه، وأن له أن يستأنس فقط بالاتجاه الذى يدور هذا الحكم فى فلكه (٦٧).

وعلى هذا الاساس نستطيع أن نقول أن الفقه الاسلامى لا يعتبر من بين المصادر الرسمية للقانون الوضعى الكويتى، فى نطاق المعاملات المالية، ولا يقدح فى ذلك أن مجلة الاحكام العدلية يمكن اعتبارها تشريعاً صادراً من السلطة المخولة بسن القوانين (٦٨) أو على الاقل لها الصفة التشريعية لصدور مرسوم أميري بتطبيقها (٦٩)، ذلك أن مرسوم اصدار القانون المدنى نص صراحة على الغاء العمل بمجلة الأحكام العدلية.

(٦٧) من هذا رأى ايضا الاستاذ الدكتور محمد هشام القاسم، مذكرات فى اصول القانون، ١٩٨١ (على الاستنسل) ص ٣٨، ٣٩، ٦٧.

(٦٨) قرب عبد الحى حجازى، المدخل لدراسة العلوم القانونية، ج (القانون)، الكويت، ١٩٧٢، ف ٣٧٣ ص ٤٧٤ الذى يرى ان المجلة تعتبر التشريع الوضعى، اى التشريع المسنون، النافذ، الواجب التطبيق فى المعاملات المدنية.

(٦٩) انظر فى التثبت من هذا الامر محمود السيسى، من المجلة العدلية الى التشريع الكويتى الحديث، المحامى، مارس ١٩٧٣، ص ٧٧.

ثانياً: ضوابط اجتهاد القاضي وفقاً لأحكام الفقه الاسلامى ودلالاتها

(١٤) واعتبار الفقه الاسلامى مجرد مصدر استثنائى للقاضي، أو على الأكثر مصدر تاريخى للقانون، هو الذى يتفق على ماورد فى المذكرة الايضاحية للقانون المدنى الجديد تعليقاً على مادته الأولى التى عاجلت المصادر المعتمدة رسمياً فى نظر هذا القانون.

فأولاً بالنسبة للعرف فإن المذكرة الايضاحية، وإن انتقدت المنهج التشريعى فى تعداد مصادر القانون الذى يذكر العرف بعد مبادئ الشريعة الاسلامية لعدم اتفاقه مع منطق ترتيب مصادر القانون، على أساس أن العرف من أهم المصادر التى توجب الشريعة والفقه الاسلامى اعتمادها، إلا أن هذا الانتقاد يجب ألا يخفى الحقيقة وهى أن العرف يتقدم، فى مفهوم القانون المدنى الجديد، على المصادر الأصلية للشريعة (القرآن والسنة) وعلى مصدرها التفسيري وهو الفقه الاسلامى، لسبب بسيط هو أن الشريعة والفقه الاسلامى لا يعدان مصدرين رسميين للقانون الوضعى. صحيح أن المذكرة الايضاحية لا تعتبر العادات التى تخالف أصلاً من أصول الاسلام أو حكماً من أحكامه الأساسية الشابتة عرفاً، ولكن هذا لا يمنع من القول بأن مصدر القاعدة التى جاء بها العرف، المستوفى لشرائطه القانونية ومنها المشروعية والشرعية، هو العرف ذاته وليس الشريعة أو الفقه الاسلامى.

وكان منطق الانتقاد الذى ساقته المذكرة الايضاحية يقضى باعتماد المصادر الاخرى للشريعة الاسلامية التى تسبق العرف فى المرتبة، أما وهذا لم يحدث فلقد كان الأولى عدم توجيه الانتقاد الى القوانين العربية (كالقانون السورى والقانون الليبى والقانون السودانى والقانون الاردنى) التى تقدم مبادئ الشريعة الاسلامية على العرف، متى كانت هذه المبادئ تتحدد بالقواعد الواردة فى القرآن والسنة. لذلك فإننا نعتقد أن المذكرة الايضاحية لم تكن موفقة فى عمومية الانتقاد الذى وجهته الى هذه القوانين، فالعرف وإن كان يمكن أن يتقدم على أقوال الفقهاء، إلا أنه لا يعلو فى المرتبة على الاحكام القطعية الواردة فى المصادر الأصلية للشريعة وهى القرآن والسنة. ولقد كان الأولى، وقد قيدت المذكرة

الايضاحية العادات بعدم مخالفتها لأصول الشريعة واحكامها الاساسية، أن يجعل من هذه الاصول ذاتها مصدراً رسمياً للقواعد القانونية (٧٠).

(١٥) وثانياً بالنسبة للتشريع، فإن المذكرة الايضاحية لنص المادة الاولى من القانون الجديد، أوضحت، وهى بصدد التعليق على الحكم الذى أطلق القانون بمقتضاه للقاضي، في حالة عدم وجود تشريع أو عرف، حرية الاجتهاد، أن واضع مشروع القانون أخذوا في اعتبارهم مجاء بالمذكرة التفسيرية للدستور تعليقا على المادة الثانية منه (٧١). ويقتضينا هذا السياق أن نذكر أن الدستور ينص في مادته الثانية على أن «دين الدولة الاسلام والشريعة الاسلامية مصدر رئيسي للتشريع». وليس صحيحا، في القانون، أن يقال أن الشريعة الاسلامية تعتبر، بحسب النص الدستوري، مصدراً رسمياً للقواعد القانونية (٧٢). ذلك أن الخطاب، في هذا النص، غير موجه رأساً للقاضي، لكي يطبق الشريعة مباشرة. ولكنه موجه للمشرع لكي يستمد قواعد التشريع من الشريعة الاسلامية التي لا تعدو أن تكون، في هذه الحالة المصدر المادى أو التاريخي للتشريع، بحيث تكتسب قواعد التشريع صفتها القانونية لامن واقعة استمداها من الشريعة الاسلامية ولكن من مجرد صدور تشريع بها. لذلك يذهب بعض رجال القانون، في تحديد القيمة الحقيقية للنص الدستوري، الى «أنه يعتبر توجيهها سياسياً للسلطة التشريعية بأن تستمد القواعد القانونية التي تضعها من الشريعة

(٧٠) ولقد فهمنا من المناقشات التي دارت في الندوة التي نظمته كلية الحقوق والشريعة بتاريخ

١٩٨١/٤/١

بعنوان سمات القانون المدني الجديد، أن التبرير الذى ساقته المذكرة الايضاحية لعدم ملائمة ذكر العرف بعد مبادئ الشريعة كان صدى لتفرق وجهات النظر بين اعضاء اللجنة المكلفه باعداد القانون المدني ومراجعته من حيث تقديم مبادئ الشريعة الاسلامية على العرف وأن الموافقة على تقديم العرف على مبادئ الشريعة لم يكن يقصد به عدم اعتبار هذه المبادئ من بين المصادر الرسمية للقانون. ومع ذلك، وللأسف، فلقد صدر نص المادة الاولى للقانون المدني على النحو الذي يفيد، كما سبق البيان في المتن، أن مبادئ الشريعة ليست مصدراً رسمياً.

(٧١) وكذلك ماورد في قرار مجلس الوزراء بشأن تنقيح التشريعات وتطويرها الذى قضى بأن تكون التشريعات الموضوعة متفقة مع واقع الكويت وتقاليدها.

(٧٢) استند أحد نواب مجلس الامة، الى مثل هذا القول، في التعديل الذى اقترحه للفقرة الثانية من المادة الاولى من القانون المدني بحيث تلي الشريعة الاسلامية التشريع ثم يأتي العرف في المرتبة الاخيرة للمصادر الرسمية للقواعد القانونية.

الاسلامية (٧٣)». فكان الدستور لم يفعل أكثر من جعل الشريعة الاسلامية مصدرا ماديا أو تاريخيا للتشريع.

وحتى بالنسبة لهذا التوجيه السياسى للسلطة التشريعية، فإن النص، بحسب الصياغة التى ورد بها، لايلزمها باستمداد قواعد التشريع من الشريعة الاسلامية فقط، فدلالة النص، ان لم تكن عبارته، تفيد أن هناك مصادر تاريخية رئيسية أخرى بجوار الشريعة الاسلامية. ولو كان المشرع الدستورى يقصد جعل الشريعة المصدر التاريخى الوحيد لقواعد الشريعة، لتعين عليه أن يقول أنها المصدر الرئيسى للتشريع، لأن العبارة الواردة بالنص لا تفيد توافر هذا القصد لديه، وهذا هو تماما السبب الذى دعا المشرع الدستورى المصرى الى تعديل نص المادة الثانية من الدستور بحيث أصبحت الشريعة الاسلامية المصدر الرئيسى للتشريع وترتيباً على ذلك فاذا استمد التشريع قواعده من مصادر أخرى غير الشريعة الاسلامية، فلا يعتبر هذا التشريع غير دستورى (٧٤).

وتفسير النص الدستورى على هذا النحو واستخلاص هذه النتيجة منه هي أمور تتفق مع المذممة التفسيرية للدستور التى تقول أن «فى وضع النص بهذه الصيغة توجيه للمشرع وجهة اسلامية دون منعه من استحداث أحكام من مصادر أخرى فى أمور لم يضع الفقه الاسلامى حكماً لها، أو يكون من المستحسن تطوير الاحكام فى شأنها تمثيا مع ضرورات التطور الطبعمى على مر الزمن، بل ان فى النص مايسمح مثلاً بالاخذ بالقوانين الجزائية الحديثة مع وجود الحدود فى الشريعة الاسلامية، وكل ذلك ما كان ليستقيم لو قبل (الشريعة الاسلامية هى المصدر الرئيسى للتشريع) اذ مقتضى هذا النص عدم جواز الأخذ عن مصدر آخر فى أى أمر واجهته الشريعة بحكم مما قد يوقع المشرع فى حرج بالغ اذا حملته الضرورات العملية على التمهّل فى التزام رأى الفقه الشرعى فى بعض الامور وبخاصة فى مثل نظم الشركات والتأمين والبنوك والقروض والحدود وما إليها» (٧٥). ولعل ليس هناك من العبارات أوضح

(٧٣) منصور، ف، ٤٢، ص ٦٦.

(٧٤) منصور، المرجع والمكان السابق، قارن عثمان عبد الملك الصالح، المرجع السابق، ص ٦٥، ٦٦، حيث يعتبر المشرع مقصراً فى أداء وظيفته التشريعية ان استطاع الاخذ باحكام الشريعة الاسلامية ولم يفعل ذلك.

(٧٥) لاحظ استعمال المذكرة لمصطلحى الشريعة ورأى الفقه الشرعى على نحو يوحى بالتطابق بينهما.

من تلك التى استعملتها المذكرة التفسيرية للدلالة على أن المشروع العادى غير ملزم بالاخذ بالاحكام الشرعية حتى ولو كانت قطعية كتلك التى تتعلق بالحدود.

وهكذا، فان قيمة نص المادة الثانية من الدستور الكويتى تقتصر، كما تقول المذكرة التفسيرية للدستور، على تحميل «المشرع أمانة الاخذ باحكام الشريعة الاسلامية ماوسعه ذلك»، مما مفاده أن الاحكام الشرعية لا تعتبر الا مصدرا ماديا أو تاريخيا من بين المصادر المادية الاخرى للتشريع، وأن المشرع العادى يمكنه عدم الاخذ بها اذا حملته الضرورات العملية على ذلك. واذن فرغم أن دعوة الدستور للمشرع العادى للاخذ بالاحكام الشرعية صريحة واضحة، على حد تعبير المذكرة التفسيرية، الا أنها دعوة مقيدة بظروف الزمان ووفقا لتقدير المشرع.

(١٦) وهذه النتيجة هى التى عنتها المذكرة الايضاحية لنص المادة الأولى من القانون المدنى وأشارت اليها عند معالجتها لاجتهاد القاضى، فاهتداء هذا الاخير بأحكام الفقه الاسلامى، مثله فى ذلك مثل المشرع الذى يستمد قواعد التشريع من الشريعة الاسلامية وفقا للنص الدستورى، لايعطى الفقه الاسلامى أكثر من دور المصدر المادى أو التاريخى، أو وفقا لما يستفاد من المذكرة الايضاحية فى موضع آخر منها، مجرد مصدر استثناسى. كذلك فان النص على استثناس القاضى بأحكام الفقه الاسلامى، لايعنى أنه المصدر الاستثناسى الوحيد، فلقد حرصت المذكرة الايضاحية لنص المادة الأولى من القانون المدنى، على أن تذكر أن هذا النص لايمنع القاضى من الاهتداء — الى جانب أحكام الفقه الاسلامى — بمبادئ القانون العام أو بالقواعد الواردة فى معاهدات دولية أو بالاحكام التى أقرها القضاء والفقه كويتيا كان أو غير كويتى، مادامت متفقة مع واقع البلاد ومصالحها ومستهدفة لتحقيق العدالة. ومؤدى ذلك أن القاضى غير ملزم بالاخذ بالفقه الاسلامى فى أى واجهة متى استأنس فى مصادر أخرى بقواعد أخرى أكثر اتفاقا مع واقع البلاد ومصالحها (٧٦)، فاذا أخذ القاضى حكمه من هذه المصادر، ولم يأخذه من الفقه الاسلامى، فان موقفه هذا لايعد خطأ فى القانون وفي كل الاحوال فان معنى استثناس القاضى بالفقه الاسلامى واهتدائه بالأمور الواردة بالمذكرة الايضاحية، هو اعتبارها جميعا من العناصر التى يستأنس بها فى

استخلاص قواعد القانون والكشف عن مفهومها دون ان يكون لهذه العناصر في ذاتها قوة الالتزام.

واذن نستطيع، وفي ضوء ما ذكرته كل من المذكرة التفسيرية للدستور والمذكرة الايضاحية للقانون المدني الجديد، أن نقول أن الشريعة الاسلامية (والفقه الاسلامي) لا تعتبر مصدرا رسميا، وانه لو كان المشرع الدستوري يقصد اعتبارها كذلك لقال أن الشريعة الاسلامية المصدر الرئيسي للقواعد القانونية عامة وليس فقط التشريع، كما أنه لو كان المشرع المدني قد قصد اعتبار الفقه الاسلامي مصدرا رسميا لذكره بصفة مستقلة، وبصيغة تفيد الالتزام بين المصادر التي أوردتها المادة الأولى للقانون المدني، فتكتسب القاعدة صفتها القانونية حينئذ من مجرد وجودها في الشريعة أو الفقه الاسلامي. أما وقد قال الدستور أن الشريعة تعتبر مصدرا للتشريع فان قواعدها لا تصبح واجبة التطبيق الا اذا صدر بها تشريع (٧٧)، ولذلك يكون المصدر الرسمي لهذه القواعد هو التشريع ذاته وليس الشريعة الاسلامية (٧٨). وبالمثل فان القانون المدني، وقد ذكر الفقه الاسلامي باعتباره هاديا للقاضي، أي مصدرا استثنائيا له، فان قواعده لا تصبح واجبة التطبيق على النزاع المعروض على القاضي، الا بعد اقتناعه بأنها الاكثر اتقا مع واقع البلاد ومصالحها واختيارها لها، تبعا لذلك، لحسم النزاع المعروض عليه. هذا مع ملاحظة أن مجرد صدور القاعدة الشرعية في حكم قضائي من محكمة معينة لا يلزم غيرها من المحاكم، ولو كانت أدنى منها، بالاخذ بذات القاعدة في حسم نزاع مماثل، لذلك فانه على فرض أن النص يلزم القاضي بأن يأخذ حكم القضية المعروضة عليه من الفقه الاسلامي، فان هذا الفقه وان اعتبر مصدرا للحكم الصادر في هذه القضية، فانه لا يعد مصدرا رسميا لقاعدة قانونية بالمعنى الصحيح.

(١٧) ونستطيع أن نخلص، في التعليق على المادة الأولى من القانون المدني الكويتي الجديد، الى نتيجتين الأولى حاسمة والثانية مشكوك فيها. أما النتيجة الأولى فقوامها أنه ينبغي أن يزول كل لبس حول موضع الفقه الاسلامي بين المصادر الرسمية للقانون كما عددها هذا القانون، فهو لا يعد واحد منها، وأقصى ما يمكن أن نعطيه له من دور في تكوين القواعد القانونية، هو اعتباره مصدرا ماديا أو تاريخيا بين المصادر المادية والتاريخية

(٧٧) منصور، ف ٤٢ ص ٦٦.

(٧٨) منصور، ف ٤٢ ص ٦٧.

الآخري، وذلك بالنسبة لبعض القواعد التشريعية القائمة فعلا، ومصدرا تفسيريا يستأنس به القاضى فى استخلاص حكم المبادئ العامة فى حالة غياب النص التشريعى أو العرف، ولعل مما له دلالة خاصة أن نذكرها هنا أنه اذا كان الفقه الاسلامى يعد، فى نطاق العلاقات المدنية، مصدرا تاريخيا للتشريع واستثناسيا للقاضى، فانه لا يعد، فى نطاق المعاملات التجارية، وطبقا للمادة الثانية من قانون التجارة الجديد، لامصدرا رسميا ولا مصدرا تاريخيا لقواعده.

وكما أن أصول الفن القانونى، والفهم الصحيح والدقيق لمعانى المصطلحات القانونية، اقتضيا منا ان نحدد القيمة الحقيقية للنص الدستورى باعتبار الشريعة الاسلامية مصدرا رئيسيا للتشريع، على نحو يمنع الانخداع ببريق الألفاظ، والوقوف على معناها الحقيقية فان هذه الامور ذاتها توجب علينا عدم الانخداع بوجود مصطلح احكام الفقه الاسلامى فى ثنايا نص خصصه القانون المدنى لتحديد المصادر الرسمية للقانون، وأن نحدد المعنى الحقيقى له وفقا للسياق الذى ذكر بمناسبته هذا المصطلح، وأعنى به ضوابط اجتهاد القاضى برأيه فى حالة غياب التشريع والعرف. وهذا المعنى الحقيقى يتجسد فى كون الفقه الاسلامى وسيلة يستعين بها القاضى فى استخلاص حكم المبادئ العامة للقانون التى تعتبر نتيجة طبيعية وصدى مباشرة للاتجاهات العامة للقانون الجديد، وهى اتجاهات أسهم الفقه الاسلامى فى تكوينها (٧٩). وهكذا لا يعدو الفقه الاسلامى أن يكون فى التحليل الآخر، مصدرا تفسيريا سواء بالنسبة للنصوص التشريعية التى استقت قواعدها منه أو بالنسبة للمبادئ العامة للقانون فى حالة عدم وجود تشريع او عرف (٨٠).

(٧٩) وأوضح مثال على ذلك هو الاتجاه الاجتماعى لاستعمال الحق الذى اشترك الفقه الاسلامى فى وضع مبدئه واستمد منه القانون الجديد التطبيقات التى أوردها لاستعمال الحق استعمالا غير مشروع. فهذا المبدأ العام يتخذ من الهدف أو الغرض، الذى منح الحق من أجله معياراً لتحديد مدى مشروعية استعماله، لذلك نص القانون الجديد (٣.م) على أن استعمال الحق يكون غير مشروع اذا انحرف به صاحبه عن الغرض منه أو عن وظيفته الاجتماعية. ولقد أورد القانون الجديد تطبيقات خاصة لهذا المبدأ العام استمدها، بوجه خاص، من الفقه الاسلامى، فاذا عرض على القاضى مسألة لا تندرج تحت واحد من هذه التطبيقات، فانه يستطيع أن يبحث حكمها باعمال المبدأ العام المشار اليه ومهتديا، كما تقول المذكرة الايضاحية للمادة / ٣٠ مدنى كويتى، بأحكام الفقه الاسلامى ومتأسيا بقول الرسول صلى الله عليه وسلم «لا ضرر ولا ضرار».

(٨٠) أنظر فى تحليل اعمق لنص المادة الاولى من القانون المدنى سواء فى الفاظه أو فى روحه، المبحث الثانى =

أما النتيجة المشكوك فيها، فهي خاصة بطبيعة المصدر الرسمي الثالث للقانون وفقا للقانون الجديد، ونعني به اجتهاد القاضي برأيه. فظاهر نص المادة الاولى من هذا القانون يفيد أن ثالث المصادر الرسمية للقانون هو اجتهاد القاضي. وهذه النتيجة ليست حاسمة لأنه لواعتبرت احكام القضاء مصدرا رسميا للقانون لكان مؤدى ذلك اكتساب القواعد القضائية للصفة القانونية، وهو الامر الذى يلزم القاضي، الذى أصدر الحكم وأيضاً غيره من القضاة، بتطبيق ذات الحكم على كل نزاع مماثل اذا ما عرض في المستقبل عليهم. وهذه النتيجة ليست صحيحة، على اطلاقها، حتى ولو صدر الحكم من محكمة التمييز التى ليس لأحكامها أكثر من قيمة أدبية لا يلتزم قضاة الموضوع، قانوناً، باحترامها. ومما يؤيد ذلك أن المذكرة الايضاحية ذكرت، في معرض بيانها للمصادر الاستثنائية الأخرى غير الفقه الاسلامي، احكام القضاء باعتبارها مجرد واحدة من هذه المصادر، الأمر الذى يفيد احتمال عدم تقيد القاضي بها. لاغربة اذن في أن نتساءل عن القيمة الحقيقية لاجتهاد القاضي وعن طبيعة القواعد القضائية التى أراد لها النص، في ظاهره، أن تكون قواعد قانونية.

وتقتضينا الأمانة هنا أن نقول ان التشكيك في اعتبار اجتهاد القاضي مصدرا رسميا ثالثا وفقا للقانون المدنى الكويتى الجديد لايمبر عن رأى كاتب هذه السطور وحده (٨١) ولم يكن يسع واضعو القانون الجديد الأخذ بخلاف ذلك في ظل نظام أو وضع قانونى لا يأخذ بالسوابق القضائية، ويتعين من ثم قراءة ماورد في المذكرة الايضاحية بما يتفق مع هذا الوضع وان كانت صياغتها لا تفيد ذلك، فالمذكرة الايضاحية للمادة الأولى تفيد أن القانون أحال القاضى، في غياب التشريع والعرف، الى ضابط يقينى يتمثل في اجتهاد القاضى، والا فما معنى الانتقاد الذى توجه المذكرة الايضاحية للمنهج التشريعى الذى يحيل القاضى الى مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة، وهى أمور قالت عنها هذه المذكرة، بالنظر الى غموضها وابهامها، أنها «لا ترد القاضى الى ضابط يقينى وانما تقتصر، في

== من مقالنا «مركز الفقه الاسلامي بين مصادر القانون الكويتي» تحت النشر بمجلة ادارة الفتوى والتشريع (الكويت) - ١٩٨٣ العدد الثالث .

(٨١) وأشير الى أنه، بعد كتابة هذه السطور، صدرت مذكرات اصول القانون للاستاذ الدكتور/ هشام القاسم (ص ٣٨) مبدىا فيها نفس الرأى المذكور بالمتن، كما أننا سمعنا رأيا مماثلا للاستاذ الدكتور/ عبد الفتاح عبد الباقي في محاضراته السابق الاشارة اليها والتي أعلن فيها أن القانون الجديد لا يعرف من المصادر الرسمية الا التشريع والعرف.

الحقيقة، على الزامه أن يجتهد رأيه لتقطع عليه سبيل التناول عن القضاء، وهو ما يسهل المشروع للقاضي في أرحب نطاق «ومعنى ذلك أن القاضي يجب عليه، عند عدم وجود قواعد قانونية جاهزة في التشريع أو العرف، أن ينشئ القاعدة، فيكون القضاء هو مصدر الالتزام بها، وهو ما يتعارض مع أصول النظام القانوني الكويتي وفقاً للتفصيل السابق ذكره.

ثالثاً : — حقيقة المقصود باجتهاد القاضي ومدى فائدة النص عليه.

(١٨) وفي اعتقادي أنه يمكن القول، لرفع التناقضات التي يؤدي إليها نص المادة الأولى من القانون الجديد ومذكرتها الإيضاحية، بأن هذا القانون قصد باجتهاد القاضي، الذي استعاض به عن مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة، رجوعه إلى جوهر القانون، أي مصادره المادية والتاريخية، أو مبادئه العامة ليستلهم منها حلاً للنزاع المعروض عليه (٨٢). والحكم الذي يستخلصه القاضي هكذا هو حل خاص بهذا النزاع لا يرقى إلى مرتبة القاعدة القانونية العامة المجردة. وإذا صح مثل هذا القول فلم يكن هناك ما يدعى إلى ذكر اجتهاد القاضي في نص خصص لتحديد المصادر الرسمية التي تنتج قواعد قانونية بالمعنى الصحيح.

ومن المتصور أن تكون نتيجة اجتهاد القاضي امتداداً للتشريع الذي وإن كان لا يشمل بعبارة النزاع محل البحث إلا أنه يتناوله في مفهومه، ومن المعروف طبقاً للفقرة الأولى من المادة الأولى من القانون الجديد، أن التشريع يسرى على المسائل التي يتناولها بمنطوقه أو بمفهومه. وبذلك يقتصر دور القاضي على تفسير القواعد القانونية دون انشائها (٨٣) ويمكن أن يستعين في تأدية دوره بأحكام الفقه الإسلامي باعتبارها مصدراً تاريخياً للنص محل التفسير. وإذا كان هذا هو ما قصده القانون الجديد من عبارة «فإن لم يوجد عرف، اجتهد القاضي رأيه مستهدياً بأحكام الفقه الإسلامي...» التي أوردتها في الفقرة الثانية من مادته الأولى، فما هو الداعي إلى تضمين النص مثل هذه العبارة التي تسبب

(٨٢) وما يؤيد ذلك أن المذكرة الإيضاحية قالت، وهي بصدد شرح التطبيقات التي أوردتها القانون (م ٣٠) للاستعمال غير المشروع للحق، «أن القاضي يجتهد رأيه فيما يعرض عليه من مسائل لا تندرج تحت واحد من هذه التطبيقات، وذلك بأعمال المبدأ العام الذي وضعه المشرع، مهتدياً بأحكام الفقه الإسلامي ومتأسياً بقول الرسول صلى الله عليه وسلم (لا ضرر ولا ضرار)».

(٨٣) قرب حسن كيرة ف ٢١٩ ص ٢٩٥.

اضطراباً في فهمه وتورث الشك في قصد المشرع منها. فماتدل عليه هذه العبارة مفهوم مماورد في الفقرة الأولى من ذات النص التي توجب تطبيق النص التشريعي لا في منطوقه فحسب ولكن ايضاً فيما تدل عليه عبارته أى دلالاته أو مفهمومه، وهى أمور يمكن التوصل اليها بطرق التفسير المعروفة.

ومع ذلك فينبغى أن نلفت النظر هنا الى ان هذا التصور الاخير يقتضي اعتبار المبادئ العامة للقانون، التي يستخلص منها حكم النزاع في حالة غياب النص التشريعي الصريح او العرف، امتداداً للنصوص التشريعية، كما اننا نشير هنا ايضاً الى أنه من العسير تصور رجوع القاضي الى الفقه الاسلامي في كل الحالات التي يلجأ فيها الى تفسير نصوص القانون الجديد الذى ينتسب في صياغته وتقسيماته والغالبية الساحقة في اصطلاحاته الى عائلة القوانين اللاتينية، وهو الأمر الذى يبرز اثره في اختيار طرق التفسير فضلاً عن نتائجها.

(١٩) ولعله من الممكن الآن قبول الرأى الذى يدعو الى حذف العبارة الواردة، في الفقرة الثانية من المادة الاولى من القانون الجديد، والدالة على سلطة القاضي في الاجتهاد أى في التفسير. ونحن نعتقد ان هذا الحذف لن يؤثر على المركز الذى أراد القانون الجديد للفقه الاسلامى ان يشغله، اى اعتباره مجرد مصدر تفسيري يستأنس به القاضي، لأن هذا الأخير يستعين بالفقه الاسلامي في تفسير النصوص القانونية القائمة والتي يمثل هذا الفقه مصدراً تاريخياً لها دون ما حاجة الى نص خاص.

ولكن يراعى أن رأينا هذا، الذى يتوجه الى مجرد الفن القانونى في الصياغة، لا يفيد انتفاء الحاجة الى ذكر الشريعة الاسلامية أو الفقه الاسلامى بين مصادر القانون، فهذا مالم تقصده على الاطلاق. وقد يقول قائل انه مادام ان واضع القانون المدنى قد راعوا ألا يخالف الشريعة الاسلامية في أى موضع من مواضعه (٨٤)، وأخذوا من الفقه الاسلامى في بعض

(٨٤) وهناك علامة استفهام حول تنظيم القانون لعقد التأمين واعتباره بالتالي من العقود المشروعة على الرغم من الشبهات القوية التي تحيط به والتي دعت بعض الفقهاء الى القول بعدم مشروعيتها كمخالفتها لأدلة قطعية كتحریم الربا والغرر، وقولهم هذا يكاد يكون هو القول الراجح أنظر في هذا كتابنا عن عقود التأمين وعقود ضمان الاستثمار. (واقمها الحال وحكمها الشرعي، القاهرة، ١٩٨٢، ٦٢-٦٩ ص ٨٠-٨٩. وانظر في خطورة تخريج القواعد المأخوذة من قوانين دول لا تدين بالاسلام على مبادئ الشريعة الاسلامية، مقالتنا «مركز الفقه الاسلامى». السابق الاشارة اليها.

المواضع (٨٥) فلماذا نجعل الشريعة او الفقه مصدرا رسميا؟ وهذا القول، الذي لم يفته التمييز بين الشريعة الاسلامية وبين الفقه الاسلامي، ان كان متفقا في بعض حيثياته مع الرغبة الشعبية في السير على مقتضى الشريعة الاسلامية، بقدر صدق عدم مخالفة القانون للشريعة فاتته أن التشريع الوضعي لا يحيط بكل وقائع الحياة المتجددة، وأن القاضي في حاجة، ان لم يسعف العرف، الى مصدر آخر لحسم ما يعرض عليه من نوازل تشملها مبادئ الشريعة أو أدركها الفقه الاسلامي من قبل ولا يتناولها التشريع القائم حتى في مفهومه.

والواقع أن المركز الذي حدده القانون المدني الجديد للفقه الاسلامي بين مصادر

(٨٥) وهناك مواضع تعمد القانون المدني أن يلتفت عن حكم الفقه الاسلامي فيها على الرغم من أن هذا الحكم قد يجسد مبدأ عاما من مبادئ الشريعة، من ذلك مثلا أن هذا القانون اعتبر الحيابة الفورية كسبب من أسباب كسب الملكية، والحقوق العينية بصفة عامة، في المنقول (٩٣٧م)، وهذا أمر لا يقره الفقه الاسلامي في مجموعه.

محمد هشام القاسم، مذكرات في الحقوق العينية الاصلية، حق الملكية، كلية الحقوق والشريعة (بدون تاريخ، ص ١٥٠) وهذا ما صرحت به المذكرة الايضاحية للمادتين ٩٣٥، ٩٣٧ مدني كويتي) التي تقول في خصوص نظام التقادم الكسب (الحيابة المستمرة) انه يعنى في الواقع اقرار القانون بأن الحق يمكن أن يكتسب بالغصب وهذا هو الذي يحدث أيضا عندما يقر القانون اكتساب الحق العيني على المنقول بالحيابة الفورية وإذا كان القانون يشترط كذلك حسن نية الحائز، فإن هذا لا يمنع من أن حيابته تتضمن اعتداء على حق الغير بدليل اشتراط استناد الحيابة الى سبب صحيح الذي يفترض بالضرورة ان الحائز لم يكن مالكا أو صاحبا للحق. وتبرر المذكرة الايضاحية (للمادة ٩٣٧ مدني كويتي) أخذ القانون المدني بأحكام حيابة المنقول في القوانين الوضعية الحديثة، كسبب من أسباب كسب الحق العيني، أن «القواعد التي قال بها فقهاء الشريعة خاصة المالكية في شأن حيابة المنقول لا تناسب متطلبات التعامل في مجتمعنا الحالى...» وهكذا إذن، فإن القانون المدني الذي لم يجعل حيابة العقار لمدة خمسة عشر سنة الا مجرد دليل على أن الحائز هو صاحب الحق (م ٩٣٥)، مستبعدا بذلك اقراره للغصب ومتنبيا بذلك ما قاله بعض متأخري المذهب المالكى، جعل الحيابة الفورية سببا لكسب الحق العيني في المنقول مغلبا بذلك ما تقتضيه المعاملات من سرعة وثقة على المبدأ العام الذي يقتضى عدم اقرار الغصب كسبب من أسباب كسب الحق.

انظر في كون التقادم المكسب أو المسقط نظاما مستنكرا اخلاقيا ومنافيا لروح الشريعة الاسلامية، ولا يقره بالتالى الفقه الاسلامي في مجموعه: القاسم ص ٩٣، ١٥٦ — وإذا كان التقادم يمنع، عند بعض الفقهاء، من سماع الدعوى بالحق قضاء فانه يتوجب على الحائز مع ذلك، دبابة، رد المال الى صاحبه: القاسم ص ٩٣.

القانون لا يتفق مع الرغبة الشعبية في السير على مقتضى أحكام الشرع القطعية (٨٦) وهي الرغبة التي جسدها قرار مجلس الوزراء (١٩ فبراير ١٩٧٧) بإنشاء لجان لوضع تشريعات جديدة لتنظيم المسائل التي لم يتناولها المشرع من قبل بالتنظيم، ولتطوير وتنقيح التشريعات القائمة، على أن يكون ما تفتكره مستمدا من الشريعة الإسلامية.

وفي اعتقادنا انه لا يوجد ما يمنع من جعل الشريعة الإسلامية (الأحكام الكلية غير المختلف فيها) مصدرا رسميا للقواعد القانونية، مع جعل الفقه الإسلامي (الأحكام الفرعية المختلف فيها) مصدرا احتياطيا للتشريع تستقى منه القواعد في الحدود التي تتفق مع المبادئ التي يقوم عليها النظام القانوني الكويتي. ان خير واقصر طريق للتعبير عن الرغبة الشعبية في السير على مقتضى الشريعة الإسلامية هو النص في الدستور على جعل مبادئها وقواعدها الكلية ملزمة للجميع (المخاطبون بالقواعد القانونية والقضاة والمشرع) باعتبارها حكم الله الواجب النفاذ، بحيث يقتصر دور المشرع الوضعي على الكشف عنها ووضعها في نصوص ميسورة التطبيق، وهذا الأمر يقتضي تعديل نص المادة الثانية من الدستور بحيث تكون الشريعة الإسلامية هي المصدر الرسمي الرئيسي للقواعد القانونية (٨٧).

ومهما يكن من أمر هذه الاجتهادات الشخصية التي تنصرف الى مسائل تبدو في الظاهر نظرية، فان فائدها العملية تبدو واضحة للعيان عند مواجهة المسائل التفصيلية التي عاجلها القانون الجديد والتي استعان في تنظيمها بأحكام الفقه الإسلامي. فلنصرف جهننا الآن الى معالجة واحدة من هذه المسائل التفصيلية التي أثارت وتثير مشاكل عملية.

(٨٦) ناهيك عن وضع الشريعة والفقه الإسلامي في قانون التجارة الجديد الذي لا تشغل الأحكام الشرعية او الفقهية اى مركز، ان جاز التعبير، في إنتاج قواعده.

(٨٧) ويرى الأستاذ الدكتور عثمان عبد الملك (المرجع السابق ص ٦٦ و ٧٠) أنه لا يجوز الأخذ بمثل هذا التعديل، وبصفة خاصة التعديل الذي اقترحه لجنة تنقيح الدستور للمادة الثانية منه، قبل وضع القوانين البديلة المستمدة من مبادئ الشريعة لتقوم مقام القوانين القائمة.

المبحث الثالث

تقدير التعويض عن الاصابات الجسدية وعن التأخر في الوفاء بالتزام نقدي

(٢٠) يثير تحديد مركز أحكام الفقه الاسلامي، سواء القطعية أو الاجتهادية، بين مصادر القانون الكويتي عدة تساؤلات متعلقة بمدى التناسق بين القواعد التي وضعها لتحديد التعويض في حالات خاصة وبين أحكامه العامة. فمن ناحية أولى نجد أن القانون الجديد نص على تقدير التعويض عن الاصابات الجسدية طبقاً لقواعد الدية الشرعية التي يصدر بها مرسوم جدول الديات، فإذا عرضت على القاضي دعوى عن اصابة جسدية لم يرد تحديد التعويض عنها في التشريع (مرسوم جدول الديات) فما هو مصدر القاعدة التي يتحدد بها هذا التعويض؟ ومن ناحية ثانية يثير تقدير التعويض عن الضرر المترتب على التأخير في الوفاء بالتزام نقدي محله مبلغ من النقود تساؤلاً عن مدى اتساق الضوابط التي أحاط بها القانون الجديد هذا التقدير، لينأى بالتعويض عن مواطن الربا، مع أحكامه العامة في تقدير التعويض أيا كان مصدر الالتزام به.

لذلك فانه بعد أن نحاول تحديد المصدر الذي تستقي منه القاعدة المحددة للتعويض عن الاصابات الجسدية، سواء تلك المترتبة على الاخلال بالتزام عقدي أو التزام غير عقدي، سنعالج ضوابط تقدير التعويض القضائي عن التأخر في الوفاء بالتزام عقدي محله مبلغ من النقود.

أولاً: مصدر قاعدة تحديد الأرش غير المقدر من الاصابات الجسدية.

(٢١) تقضي المادة ٢٤٨ مدني كويتي بأنه اذا كان الضرر واقعاً على النفس، فإن التعويض عن الاصابة ذاتها يتحدد طبقاً لقواعد الدية الشرعية. وهكذا فإن التعويض عن ذات اصابة النفس يتجسد في الدية ويتحدد طبقاً لأحكام الشريعة الاسلامية، وذلك نص القانون المدني الجديد (م ١/٢٥١) على صدور مرسوم جدول الديات لتحديد به الاصابات التي تستحق دية كاملة وتلك التي تستحق جزءاً منها (ويسمى في الفقه أرش). ويتبقى

بعد هذا التحديد بعض الاصابات التى لا يستحق عنها دية أو أرش مقدر والتي لم يحدد التشريع (المرسوم) التعويض المقابل لها (و يسمى في الفقه حكومة العدل). وهنا يثور التساؤل عما اذا كان للقاضى مطلق السلطة في تقدير التعويض الجابر لمثل هذه الاصابات أم أنه مقيد في ذلك بأحكام الفقه الاسلامى الذى اختلف رجاله في الطريقة التى تتحدد بها حكومة العدل.

ولاشك أن مصدر القاعدة التى يتحدد بها التعويض عن الاصابات التى تستحق، طبقا للشريعة الاسلامية، دية أو أرش مقدر هو ذات التشريع الذى صدر به مرسوم جدول الديات، ولم يكن الفقه الاسلامى الا المصدر المادى أو التايخى الذى استقى هذا التشريع أحكامه منه. أما بالنسبة للاصابات التى ليس لها أرش مقدر في مرسوم جدول الديات، فإن مصدر القاعدة التى يحدد بها القاضى التعويض عنها يمكن أن يتمثل في الفقه الاسلامى ذاته أو في القواعد العامة التى أوردها القانون المدنى الجديد في المكان المخصص لتعويض الضرر.

فاذا قلنا أن نص المادة ٢٤٨ مدنى يوجب تحديد التعويض عن الاصابة ذاتها، أيا كانت ماهيتها، طبقا لقواعد الدية الشرعية التى تضمنها مرسوم جدول الديات، وقلنا ان مصطلح قواعد الدية الشرعية يشمل، فضلا عن الدية الكاملة أجزائها ومنها حكومة العدل، لشارت مشكلة أخرى تتعلق بتحديد أى المذاهب الفقهية يرجع اليها في حل مسألة كيفية تحديد التعويض عن الاصابات التى ليس لها أرش مقدر في مرسوم جدول الديات. فاذا صرفنا النظر مؤقتا عن هذه المشكلة الاخيرة فإن حاصل هذا التحليل هو أن نص المادة ٢٤٨ أحوال القاضى على الفقه الاسلامى مادام أن الاصابة ليس لها تعويض مقدر في جدول الديات. ومؤدى ذلك أن القاضى يستقى الحكم مباشرة من الفقه الاسلامى الذى يعتبر، في هذه الحالة، المصدر الرسمى للقاعدة التى يطبقها.

أما اذا قلنا بأن القاضى يسترد بالنسبة للاصابات التى لم ترد في مرسوم جدول الديات، سلطته في تقدير التعويض عنها بمقدار ما يراه جابرا للضرر، وهذا ما تنذهب اليه المذكرة الايضاحية للمادة ٢٤٨ مدنى، فإن معنى ذلك أن القاضى يحدد التعويض عن الاصابة طبقا للقواعد العامة، الواردة في القانون المدنى (م ٢٣٠، ٢٣١، ٢٤٥، ٢٤٧، ٣٠٠

مدنى) أى بقدر مافات المضرور من كسب وما لحقه من خسارة، وهو بعد ذلك ليس فى حاجة الى الرجوع الى الفقه الاسلامى، لأن حكمه هنا يستخلص ان لم يكن من منطوق نص التشريع فعلى الاقل من مفهومه. ومؤدى ذلك أن مصدر القاعدة، التى يطبقها القاضى فى هذه الحالة، هو التشريع ذاته.

ومما يؤيد هذا الاتجاه الأخير القول بأن المشرع كان يقصد بمصطلح الدية الشرعية، الذى اوردته فى المادة ٢٤٨ مدنى، التعويض عن الاصابات التى تستحق، فى الشرع، دية كاملة او جزءا محددا منها وهو يسمى بالارش المقدر (٨٩)، ولذلك نص فى المادة ٢/٢٥١ مدنى على صدور مرسوم جدول الديات ليحدد الاصابات التى تستحق، فى القانون، دية كاملة وتلك التى تستحق جزءا منها.

(٢٢) هذان اتجاهان يتعين الترجيح بينهما على نحو يحفظ لمصطلح قواعد الدية الشرعية معناه، مع مراعاة أن بعض مشتملات هذا المصطلح قد عاجله التشريع ذاته. ولقد اختارت محكمة التمييز الكويتية، فى ظل القانون الملغى ٦/ ١٩٦١ فى شأن تنظيم الالتزامات الناشئة عن العمل غير المشروع، الاتجاه الأول، وأوجبت على القاضى تحديد التعويض عن الاصابة التى ليس لها أرش مقدر وفقاً لمذهب الامام مالك (٩٠). وهذا الموقف من المحكمة العليا يثير التساؤل عن مدى اتفاقه مع منطق النظام القانونى الكويتى، قبل صدور القانون المدنى الجديد حيث كانت مجلة الاحكام العدلية، وهى تقنين للشريعة

(٨٩) اذا كان الارش يدخل فى مفهوم الدية أو نطاقها فان للارش نوعان الاول مقدر من قبل الشارع والثانى غير مقدر منه ويترك لتقدير القاضى وهو ما يسمى حكومة العدل: على الخفيف، الضمان فى الفقه الاسلامى، ج ٢، القاهرة ١٩٧٣، ص ١٩١. ومؤدى ذلك أن مصطلح الدية يشمل حكومة العدل اضافة، الى الارش المقدر ويلاحظ أن الدية تطلق على المال الواجب فى النفس ومادونها (الجروح والشجاج)، أما الارش فهو لا يطلق الا على ما يجب من مال فيما دون النفس فقط: الرمل، نهاية المحتاج، ج ٧، القاهرة، ١٣٩٨ ص ٢٩٣، ٢٩٩. ويخصص البعض مصطلح الدية لما يجب من مال فى مقابلة النفس فقط: ابن عابدين، ورد المحتار على الدر المختار، ج ٥، القاهرة، ١٣٢٤ هـ ص ٣٧٩، السرخسى، المبسوط، ج ٢٦، القاهرة ١٣٣١ هـ ص ٥٩، ويعامل الارش كبذل لما دون النفس، الخفيف المرجع السابق، ص ١٥٧.

(٩٠) تمييز كويتى ١٤/٥/ ١٩٨٠ (الطنن رقم ١٠٧/ ٩٧٩ تجارى). مجموعة القواعد القانونية (من ٣/٤/ ١٩٨٠) الى ٣٠/ ١١/ ١٩٨٠) العدد السابع ص ٥١، تمييز كويتى ٤/ ٦/ ١٩٨٠ (الطنن رقم ١٠٠، ١٠٨، ١٩٧٩ تجارى) المرجع السابق ص ٦٠، مجلة ادارة الفتوى والتشريع، السنة الثانية (١٩٨٢) - العدد الثانى ص ١٥٠.

الاسلامية في الفقه الحنفي صدر بها تشريع من السلطة المختصة، هي القانون المدني في الكويت (٩١)، الذي تخضع له كافة المعاملات المالية الا ما استثناء التشريع الوضعي. وايا كانت مدى صحة الاساس الذي استندت اليه محكمة التمييز في موقفها هذا، وهو موقف انتقدناه بأسانيده في مكان آخر (٩٢)، فانه يفيد أن المسألة التي نحن بصددنا والتي لم تتغير معطياتها بصدد القانون المدني الجديد ومرسوم جدول الديات، تثير وستثير مشاكل عملية. ولذلك فانه من المتوقع أن تستمر محكمة التمييز في اتخاذ موقفها هذا في ظل القانون المدني الجديد، الذي استخدم نفس العبارة التي وردت في القانون الملغى ونعني بها التعويض عن الاصابة طبقا لقواعد الدية الشرعية، بحيث يكون مؤدى ذلك أن القاضى يتقيد على الاقل في نظر المحكمة العليا بماورد في أحد مذاهب الفقه الاسلامى، وهو المذهب المالكي، فيما يتعلق، على الاقل، بالاصابات التي ليس لها أرش مقدر في مرسوم جدول الديات (٩٣).

ونحن اذا اقتصرنا هنا على أحد نتائج موقف محكمة التمييز هذا، وهي أن مصدر القاعدة التي يحدد بها القاضى التعويض عن الاصابة غير مقدرة الارش هو الفقه المالكي، لوجدنا أن هذا التعويض يتحدد على أساس نسبة العجز في قوة الجسم الى الدية الكاملة وفقا لهذا الفقه. وبصرف النظر عن مدى اتساق اختيار المذهب المالكي مع أصول النظام القانونى الكويتى الذى كان يوجب استنباط الاحكام من مجلة الاحكام العدلية أو من مصدرها التاريخى وهو الفقه الحنفى (٩٤)، فان الاختيار بين المذاهب كان ضروريا في

- (٩١) عبد المحي حجازى، ج ١ ف ٣٧٣ ص ٤٧٤٢، عبد الباقي (يوليو ١٩٧٩) ص ٢٠١.
- (٩٢) انظر في ذلك بحثنا عن مسئولية الطبيب وادارة المرفق الصحى العام، مجلة ادارة الفتوى والتشريع ١٩٨٢ العدد الثانى - ف ٤٠ ص ٢٧٠ ومابعدهما.
- (٩٣) وهذا ماحدث فعلا في أحد احكام محكمة الاستئناف العليا (الدائرة التجارية الثالثة) ١٩٨١/١٢/١٥ - الطعنين ٢٤٣، ١٩٨١/٣٠٣ تجارى غير منشور.
- (٩٤) وهذا هو التفسير الذى كان من شأنه أن يمسك على النظام القانونى الكويتى بعض تخافه رغم تعدد مصادر القواعد القانونية فيه بالنسبة للمسألة الواحدة، فالمجلة وان لم تنظم الالتزام بالتعويض عن الاصابات الجسدية، الا أن اعتبار هذا الالتزام من طبيعة مدنية يوجب تنظيمه بنفس الروح، وبالتالي نفس المذهب الفقهي، الذى عولجت به بقية المسائل المالية للقانون المدني، وأنظر في أهمية مثل هذا التفسير، الذى قومناه في هوه الهيكل غير المتجانس للنظام القانونى الكويتى السابق: عبد الفتاح عبد الباقي، مدى الحاجة الى اصدار مدونة القانون المدني في الكويت دولة الكويت، مجلة الحقوق والشرعة، يوليو ١٩٧٩ ص ٢٠٥، ٢٠٧، ٢٠٩، يناير ١٩٨٠ ص ١٤.

مسألة اختلفت فيها المذاهب الفقهية بحسب القيود التي تضعها على تقدير القاضى للتعويض (حكومة العدل) (٩٥).

(٢٣) قد يقول قائل ان اعتبار الفقه الاسلامى، الفقه المالكي فى نظر محكمة التمييز مصدرا مباشرا للقاعدة التى يتحدد بها التعويض عن الاصابة التى ليس لها أرش مقدر فى مرسوم جدول الديات، لا يتفق مع طبيعة الوضع الذى رسمه القانون المدنى الجديد فى مادته الأولى للفقه الاسلامى. فلقد ظهر لنا فيما سبق، أن هذا القانون لا يعتبر الفقه الاسلامى الا مصدرا تاريخيا تستقى منه القواعد القضائية احكامها أو ان شئنا الدقة مصدرا يستأنس به القاضى فى اجتهاده. كما أن تقييد القاضى بالمذهب المالكي لا يتفق مع ما ورد فى المذكرة الايضاحية للمادة الاولى من القانون المدنى الجديد التى أشارت الى أن القاضى غير مقيد، فى اجتهاده، بمذهب معين.

ومع ذلك فإن هذا القول ليس صحيحا على اطلاقه، فنص المادة الاولى من القانون المدنى لا ينطبق على المشكلة التى نحن بصدددها، لان المشرع أورد نصا خاصا (م ٢٤٨) أحال فيه القاضى على الفقه الاسلامى فى تحديد التعويض عن الاصابات الجسدية. فكأن القانون المدنى يعامل الفقه الاسلامى معاملتين، فهو فى الأصل لا يعتبر اكثر من مصدر استثناسى للقاضى، ولكنه فى احوال خاصة، منها مانحن بصددده، مصدر رسمى ومباشر للقانون. ولكن تبقى مشكلة، فى هذه المعاملة الأخيرة، وهى تتعلق بتحديد المذهب الفقهى الواجب الرجوع اليه.

وعلى أية حال فإن هناك مجالا للاختلاف فى خصوص تحديد المصدر الذى تستقى منه القاعدة التى يتحدد بها التعويض عن الاصابات غير مقدرة الارش. فإذا أخذنا بمذهب المذكرة الايضاحية لكان معنى ذلك أن المصدر الرسمى لهذه القاعدة هو التشريع ذاته (قواعده العامة فى التعويض)، ولا محل حينئذ للقول بأن هذا المصدر هو اجتهاد القاضى بالمعنى المحدد فى المادة الاولى من القانون المدنى الجديد. أما اذا أخذنا بالتفسير الواسع لمصطلح قواعد الدية الشرعية، فإن معنى ذلك أن القاضى يستقى القاعدة، التى يحدد بها التعويض عن الاصابات غير مقدرة الارش، مباشرة من الفقه الاسلامى الذى يعتبر، فى

(٩٥) هذا فضلا عن اختلاف المذاهب، بل وانصارها فيمن بينهم، فى أصل استحقاق التعويض عن بعض الاصابات التى ليس لها أرش مقدر: انظر فى هذا بحثنا مسئولية الطبيب السابق الاشارة اليه.

هذه الحالة، هو المصدر الرسمي لهذه القاعدة. وهنا أيضا لاجل لاثرة نص المادة الاولى من القانون المدني كما سبق البيان.

(٢٤) وبوسعنا ان نخلص إلى نتيجة هي أقرب الى التساؤل عما اذا كانت معاملة القانون المدني الجديد للفقهاء الاسلامي، وهي المعاملة التي ابرزها في بابه الاول المخصص لنظرية القانون، قد وجدت صداها المنطقي في مسألة تفصيلية أو فرعية وردت في المكان المخصص في القانون لتنظيم التعويض عن الضرر الجسدي.

ونحن من جانبنا نعتقد أن منطق اعتبار الفقهاء الاسلامي مجرد مصدر تاريخي للقواعد القانونية، أو مصدر استثنائي للقاضي بصفة عامة، يقتضي عدم تقييد القاضي بالفقهاء الاسلامي في مسألة تحديد التعويض عن الاصابات الجسدية بصفة خاصة فضلا عن عدم تقييده بمذهب معين فيه، ومؤداه أنه لايتقيد الا بما ورد في مرسوم جدول الديات، ففي حالة عدم وجود الحكم فيه، فإن القاضي يستخلص حكمه من القانون المدني ذاته ان لم يكن من لفظه فمن محتواه وفقا لقواعد التفسير المعروفة. ولكن يجب أن نلفت النظر هنا، الى أننا تجاوزنا عما تؤدي اليه الصياغة العامة للمادة ٢٤٨ مدني، وأننا فسرنا مصطلح قواعد الدية الشرعية الوارد في هذا النص على ضوء ما تقضي به المادة ٢/٢٥١ مدني بحيث لايشمل هذا المصطلح الا الاصابات التي تناولها مرسوم جدول الديات.

وإذا كان التحليل المتقدم يتعلق بالالتزام بالتعويض في نطاق المسؤولية التقصيرية، فإن نتائجه تصدق، في تقديرنا، ايضا على ذات الالتزام في مجال المسؤولية العقدية. صحيح أن النصوص التي توجب التعويض عن الاصابات الجسدية طبقا لقواعد الدية الشرعية الصادر بها مرسوم جدول الديات قد وردت في المكان المخصص في القانون الجديد لتعويض الضرر عن العمل غير المشروع الذي وردت قواعده في الفصل المعنون بالفعل الضار. ومع ذلك فليس في طبيعة الالتزام بتعويض الاصابات الجسدية المترتبة على الاخلال بالعقد ما يمنع خضوعه لهذه القواعد. فقواعد تعويض الضرر الواقع على النفس واحدة بالنسبة لنوعى المسؤولية، كما أن قواعد تقدير التعويض عن عناصر الضرر الأخرى متحدة بينها (م ٢٢٠ مدني) في المسؤولية التقصيرية، (م ٢/٣٠٠ مدني) في نوعى المسؤولية (٩٦) ولقد حرص المشرع على أن

(٩٦) ولم نستطع أن نتيين السبب الذي دعا واضعوا القانون المدني الكويتي الى تكرار هذه القواعد وهي تتعلق بتحديد الضرر الذي يعمد عنه (الحسارة اللاحقة والكسب الغائب) وارتباطه بالفعل الضار ==

يورد نصا، في القانون الجديد، ينطبق على نوعى المسؤولية، قضى فيه (م ١/٣٠٠) أن القاضى يقوم بنفسه بتقدير التعويض اذا لم يكن مقدرا بمقتضى نص في القانون أو في العقد وعلى هذا الاساس نستطيع أن نقول ان القاضى يقدر التعويض عن الاصابات الجسدية، المترتبة على الاخلال بالتزام عقدى أو التزام غير عقدى، وفقا لقواعد الدية الواردة في مرسوم جدول الديات، فان لم يجد القاضى للاصابة تعويضا مقدرا في هذا الجدول، تولى تقدير هذا التعويض بالقدر الجابر للضرر.

ثانيا :- ضوابط تقدير التعويض القضائى عن التأخر فى الوفاء بالتزام نقدى.

(٢٥) واذا كان لا يوجد فرق بين نوعى المسؤولية فيما تقدم من قواعد، فان القانون الجديد أورد قواعد خاصة ليعالج بها التعويض عن التأخر فى الوفاء بالتزام العقدى، ولا بأس من أن نحاول هنا تقييم الحكم الذى وضعه هذا القانون لمعالجة الالتزام بالتعويض فى نطاق المسؤولية العقدية اذا كان محل الالتزام الاصلى مبلغا من النقود، لنرى مدى تقيده بأحكام الشريعة الاسلامية من ناحية ومدى امكان الاعتماد على المذكرة الايضاحية فى شرح ماغمض من قواعده من ناحية أخرى.

حرص المشرع على تنظيم المسؤولية العقدية لمدين بمبلغ من النقود بحكم يتفق مع أحكام الشريعة الاسلامية، ونستطيع أن نجد فى هذا الحكم الذى عالج به القانون الجديد الاتفاق على التعويض عند اخلال المدين بالتزامه، مثالا على أن هذا القانون جعل الشريعة الاسلامية فى احكامها القطعية، فى بعض المواضع ومنها حكم الربا، مصدرا تاريخيا لقواعده. ذلك أن القانون الجديد لا يميز الاتفاق مقدما على تقدير التعويض الذى يستحق عند اخلال المدين بالتزامه (الشرط الجزائى) الا فى حالة ما اذا لم يكن محل الالتزام مبلغا من

برابطة سببية (الضرر المباشر) فلقد ورد ذكر هذه القواعد مرة فى المكان المخصص لقواعد المسؤولية عن الاعمال الشخصية (م ٢٣٠) ومرة فى المكان المخصص للتنفيذ بطريق التعويض (م ٢/٣٠٠) ولقد ادرك المشرع انه لافائدة من مثل هذا التكرار فى شأن التعويض عن الضرر الادبى فاحال فى النص الذى عالج قواعد التنفيذ بطريق التعويض (م ٣٠١) الى النصوص التى عاجلته فى قواعد المسؤولية عن الاعمال الشخصية (م ٢٣١، ٢٣٢).

النقود (م ٣٠٢ مدنى كويتى) (٩٧)، وعللت المذكرة الايضاحية لهذا النص هذا القيد بأنه «إذا كان محل الالتزام هو دفع مبلغ من النقود، فيكون الاتفاق على التعويض عند اخلال المدين بالتزامه هو اتفاق على فائدة...»، في حين أن القانون استبعد نظام الفوائد، سواء كانت اتفاقية أو قانونية، في مقابل انتفاع المدين بمبلغ من النقود لاجل معين أو جزاء للتأخير في الوفاء بالتزام محله مبلغ من النقود (م ٣٠٥ مدنى) (٩٨).

وإذا كان حكم القانون الجديد، في شأن الاتفاق على التعويض عن التأخر في الوفاء بالتزام محله مبلغ من النقود، واضحاً في صياغته ومجسداً اتجاهه العام في عدم مخالفة الاحكام الشرعية القطعية، فإن القاعدة التى عالج بها التعويض القضائى في هذه الحالة تثير التساؤل عما إذا كانت الضوابط التى احاط بها تقدير هذا التعويض تقتضيها تلك الاحكام. كذلك فإن ما أورده المذكرة الايضاحية شرحاً لاحد هذه الضوابط يثير التساؤل عن مدى اتساقه مع القواعد العامة للقانون الجديد.

وايضاحاً لهذه التساؤلات اقول ان القانون المدنى اجاز للقاضى أن يحكم على المدين، بالتزام مبلغ من النقود اذا لم يقم بالوفاء به بعد انذاره مع قدرته على الوفاء ولحق الدائن بسبب ذلك ضرر غير مألوف، بتعويض تراعى فيه مقتضيات العدالة (م ٣٠٦ مدنى) (٩٩). وإذا كان هذا الحكم لا مخالفة فيه للشرعية الاسلامية التى تقضى بأن مطل

(٩٧) لم يرد هذا القيد في نصوص الالتزامات الواردة في قانون التجارة الكويتى المسمى (م ١/١٦٤) ولا في القانون المدنى المصرى (م ٢٢٣) فيجوز للمتعاقدین في ظلهما، أن يحددا مقدماً قيمة التعويض، إيا كان محل الالتزام الذى أحل به المدين.

(٩٨) التزم المشرع الكويتى، في القانون المدنى الجديد، بالقاعدة الشرعية التى تقضى بحرمه القرض المقترن بشرط بجر منفعة للمقرض دون مقابل فنص في المادة ٥٤٧ هـ على أن يكون الاقراض بغير فائدة، وعلى بطلان كل شرط يقضى بخلاف ذلك.

(٩٩) وليس في صياغة هذا النص، اذا صرفنا النظر عن الاعذار الذى يوجبه ما يفيد أنه مقصور التطبيق على المواد العقدية، خاصة وأن هذا النص ورد في المكان الذى خصصه القانون لتنظيم آثار الالتزام، إيا كان مصدره، ومؤدى ذلك أنه متى كان محل الالتزام مبلغاً من النقود، فإن الضوابط التى وضعها هذا النص تنطبق سواء كان هذا الالتزام ناشئاً عن عقد أو كان مصدره فعلاً غير مشروع. وفي القوانين التى تأخذ بنظام الفوائد القانونية كتعويض عن التأخير، كالقانون الفرنسى والقانون المصرى، يسرى هذا النظام على المواد العقدية والمواد غير العقدية متى كان محل الالتزام مبلغاً من النقود معلوم المقدار: محمود جمال الدين زكى، مشكلات المسؤولية المدنية، القاهرة، ١٩٧٨، ف ١٤ ص ٧٤، ٧٥.

الغنى ظلم (حديث شريف)، الا أن النص على تقييد التعويض بكون الضرر غير مألوف يثير التساؤل عن سبب هذا القيد وعما اذا كان تحريم الفوائد يتقصيه حتما. ألا يعتبر حرمان الدائن من عائد استثمار المبلغ، الذي تأخر المدين في الوفاء به ضررا يتعين أن يتحمل من تسبب فيه مسئولية تعويضه؟

(٢٦) قدمت المذكرة الايضاحية للمادة ٣٠٦ مدنى، وهى بصدد شرح هذا النص الذى يستلزم فى الضرر أن يكون، على حد تعبيرها، غير عادى له صفة الاستثناء مثالين، الاول قوامه أن يكون الدائن قد اعتمد على وفاء المدين بالدين في ميعاد الاستحقاق لتسوية صفقة ارتبط بها، «و بسبب عدم وفاء مدينه وبالتالى عدم وفائه بما عليه فسخ العقد الذى تمت الصفقة به وحكم عليه بالتعويض» أما المثال الثانى فهو أن يكون الدائن قد اعتمد على المبلغ الذى لم يف به المدين لىفى به دينه عليه، «ولما تأخر المدين تأخر الدائن فى الوفاء بما عليه وانتهى الامر بالحجز على منزله وبيعه جبرا». واذا افترضنا أن هذا الضرر قد تحققت له صفة الاستثناء، فان هذا لايعنى، بطريق اللزوم، تحقق القيود التى تتحدد بها دائرة الضرر القابل للتعويض فى المسئولية العقدية، فهذا التعويض لايشمل، وفقا للقانون المدنى الجديد ذاته (م ٣٠٠ / ٣، ٢)، الا الضرر المباشر المتوقع فى غير حالتى الغش والخطأ الجسيم. واذا أمكن التسليم، جدلا، بأن الضرر فى المثالين اللذين ساقتهما المذكرة الايضاحية، كان نتيجة طبيعية لعدم وفاء المدين بالالتزام او للتأخر فى الوفاء به، وبافتراض أنه لم يكن فى استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول (م ٣٠٠ / ٢ مدنى كويتى) فانه مع ذلك قد لايستوجب التعويض، لان الالتزام الذى حدث التأخر فى الوفاء به مصدره العقد، والقانون الجديد ذاته ينص (م ٣٠٠ / ٣) على عدم استحقاق التعويض الا عن الضرر المتوقع عادة وقت التعاقد. ومن المشكوك فيه أن يكون الضرر، فى المثالين المذكورين بالمذكرة الايضاحية، ضررا متوقعا عند سواد الناس، أو بعبارة أدق ضررا متوقعا طبقا للمعيار الموضوعى الذى يتخذ من توقع الشخص العادى، الذى وجد فى نفس ظروف التعاقد محل النزاع، مقياسا للضرر المتوقع.

واذا كانت المذكرة الايضاحية للمادة ٣٠٠ مدنى، التى تعالج الاصل العام فى تقدير التعويض، مقتضيه فى موضع يثير كثير من المشاكل، فهى لم تذكر اكثر من أن القانون الجديد جعل الضوابط التى وضعها هذا النص عامة تسرى ايا كان مصدر الالتزام، «فوضع

النص مع النصوص الخاصة بالتنفيذ بطريق التعويض كما فعل المشرع المصرى والقوانين الاخرى التى حذت حذوه» أقول أنه اذا كان الامر كذلك، فلا بأس من الاسترشاد بأحكام القانون المدنى المصرى (١٠٠) عند تقدير التعويض عن الضرر في المسئولية العقدية. ولم نجد أكثر دلالة على جدية التساؤل عن مدى صحة الامثلة التى ساقتها المذكرة الايضاحية للمادة ٣٠٦ مدنى كويتى السابق الاشارة اليها. مما قالته المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى للمادة ٢٢١ مدنى مصرى، فهى تقول ان المدين لايسأل عن النتيجة الطبيعية للتخلف عن الوفاء بمجردھا، بل يشترط أن تكون النتيجة مما يمكن توقعه عادة وقت التعاقد. فاذا لم يتحقق فى النتيجة هذا الشرط، خرجت بذلك من نطاق المسئولية التعاقدية وسقط وجوب التعويض عنها، ويراعى فى هذا الصدد أن توقع المتعاقدين للضرر الواجب تعويضه يجب ألا يقتصر على مصدر هذا الضرر أو سببه، بل ينبغى أن يتناول فوق ذلك مقداره أو مداه (١٠١).

واذن وعلى عكس مايقول به البعض (١٠٢) من أن المسئولية عن الضرر مقصورة على الضرر الذى توقعه المدين، فان هذه المسئولية تتحدد بالضرر الذى توقعه المتعاقدان، الدائن والمدين، وقت التعاقد، على أن يقاس توقع كل منهما بتوقع الشخص المعتاد الذى يشغل مركزه. وتحديد الضرر القابل للتعويض بالضرر المتوقع عند التعاقدين معا هو ما يقتضيه التفسير المعقول لاقتصار التعويض فى المسئولية العقدية، على هذا الضرر فقط، فمن المفترض أن الارادة المشتركة للعاقدين لم تقصد أن تلتزم الا بما يمكن توقعه وقت التعاقد، وهذه الارادة المحتملة هى التى تتفق مع الوضع العادى، لانه لو عنى الطرفان بتنظيم آثار الاخلال بالالتزام لما أدخلوا فى حسابهما سوى الاثار المتوقعة وقت التراضى (١٠٣). ويترتب على ذلك أن اذا اهمل الدائن فى أن يحظر المدين بظروفه الخاصة التى تقتضى وفاء الاخير بالدين فى الميعاد، كاعتماده على هذا الوفاء لسداد دين عليه للغير أو للارتباط بصفقة أو التقدّم فى مزاد، فان المدين يكون معذورا، مثله فى ذلك مثل أى مدين، اذا لم يتوقع الضرر

(١٠٠) ويراعى ان النص الكويتى منقول برمته من القانون المدنى المصرى (م ٢٢١).

(١٠١) مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدنى المصرى ج ٢ ص ٥٦٥.

(١٠٢) عبد الرزاق السنهورى، الوسيط، ج ١ مصادر الالتزام، القاهرة، ١٩٦٤ ف ٤٥٢ ص ٧٧١، ف ٤٥٣ ص ٧٧١، ٧٧٢.

(١٠٣) محمود جمال الدين زكى، مشكلات المسئولية المدنية، القاهرة، ١٩٧٨ ف ١٧ ص ٥

الذى يصيب الدائن في مثل هذه الظروف (١٠٤) لان هذا يرجع الى تقصير الدائن الذى انحرف عن مسلك الرجل المعتاد الذى تحققت في شأنه مثل هذه الظروف الخاصة.

وبناء على ماتقدم، فان الضرر الذى يلحق الدائن، في المثالين اللذين قدمتهما المذكورة الايضاحية، هو ضرر غير متوقع سواء في سببه أو في مقداره، فالمدن غير ملزم بأن يبحث في ظروف الدائن الخاصة ليعرف ما اذا كان يعتمد على وفائه بالدين في ابرام صفقة وفي الوفاء بما ترتبه على عاتقه من التزامات اوفى سداد ماعليه من ديون خاصة لا يستطيع الشخص المعتاد أن يتوقع مقدارها. وعلى هذا الاساس فانه كان ينبغي، حتى يتسق المشالان اللذان قدمتهما المذكورة الايضاحية مع القواعد العامة في تعويض الضرر المباشر والمتوقع، افتراض أن المدن يعد مرتكبا لغش أو لخطأ جسيم لمجرد عدم وفائه بالدين في الميعاد، وهو افتراض يصعب قبوله.

(٢٧) قد يقال ان القانون الجديد قد أراد أن يستثنى التعويض عن الضرر الناتج عن الاخلال بالتزام محله مبلغ من النقود من القواعد العامة سواء في صفات الضرر المستوجب للتعويض أو في أسس تقدير التعويض. وبالفعل فان نص المادة ٣٠٦ مدنى لا يلزم القاضى، كما تقول مذكرته الايضاحية، بتقدير التعويض بحسب ما لحق الدائن من خسارة ومافاته من كسب، بل انه يراعى، كما يقول النص، مقتضيات العدالة، الامر الذى يفتح الباب، كما تقول المذكورة الايضاحية، «أمام القاضى ليدخل في اعتباره كافة الظروف الخاصة بطرفي النزاع». ولكن هذا الاستدلال غير منتج، لانه، اذا كان المشرع قد استثنى تقدير التعويض، في الحالة التى نحن بصدها، من حكم القواعد العامة بنص صريح (م ٣٠٠ مدنى) فانه لم يستثن الضرر الذى يصيب الدائن في التزام بمبلغ من النقود بسبب التأخير في الوفاء به من حكم القواعد العامة التى تستلزم أن يكون الضرر مباشرا ومتوقعا (١٠٥). وأود أن ألفت النظر هنا الى أنه لا تطابق بين كون الضرر غير مألوف، وهو شرط لتعويض الدائن بمبلغ من النقود وفقا للقانون الجديد، وبين كونه غير متوقع، وهو لا يستوجب التعويض في المسؤولية العقدية. أيا كان محل الالتزام. أقول ذلك حتى لا يعترض على تحليلنا بأن النص

(١٠٤) السهوري، السابق ف٤٥٣ ص٧٧٣.

(١٠٥) كما انه لم يستثن استحقاق التعويض عنه من وجوب اعداد المدن طبقا للمادة ٢٩٧ مدنى، فيما عدا الحالة التى يكون فيها محل الالتزام تمويها ترتب على عمل غير مشروع (م ٢٩٩/ج).

(م ٣٠٦ مدني) استثنى تعويض الدائن بمبلغ من النقود من الحكم الذي يقضى بوجوب أن يكون الضرر متوقعا في المواد العقدية. بل أكثر من ذلك فإن النص على عدم التعويض إلا عن الضرر غير المألوف يفيد، إذا افترضنا، أن الضرر غير المألوف يعني الضرر غير المتوقع (١٠٦)، من ناحية أولى أن المشرع يميز التعويض عن الضرر غير المتوقع ومن ناحية ثانية أنه لا يميز التعويض عن الضرر المتوقع، وهو أمر لا يمكن أن يكون المشرع قد قصده.

حتى انه اذا قيل بأن المشرع قصد، باستعمال مصطلح الضرر غير المألوف في خصوص التعويض عن الاخلال بالتزام عقدي محله مبلغ من النقود، الخروج عن القواعد العامة التي تفرق بين الضرر المتوقع والضرر غير المتوقع، قلنا ان هذا القصد غير وارد في النص وغير واضح في المذكرة الايضاحية التي حرصت على أن تشرح الاستثناء الذي صرح به النص فيما يتعلق بأسس تقدير التعويض (مراعاة مقتضيات العدالة).

وهكذا فإن المثالين اللذين قدمتهما المذكرة الايضاحية للضرر غير المألوف الذي يقتصر التعويض عليه اذا كان محل الالتزام مبلغا من النقود، لا يتفق تماما مع القواعد العامة للقانون والتي لم ينص على استثناء هذا التعويض من جميع احكامها. بل ان النص على اقتصار التعويض مع الضرر غير المألوف هو أمر غير مفهوم في أساسه، وإذا كانت المذكرة الايضاحية قد اشارت الى أن منع الاتفاق على التعويض عن الاخلال بالتزام محله مبلغ من النقود يجد أساسه في أحكام الفقه الاسلامي، فإنها لم تشر الى أساس تقييد التعويض القضائي عن الضرر المترتب على هذا الاخلال بكونه غير مألوف (١٠٧). لذلك فإننا نتساءل عما اذا كان «مجرد حرمان الدائن من مبلغ من المال كان سيستثمره كما يستثمر الناس عادة اموالهم» هو مجرد حظر يراد حماية الدائن منه، كما تقول المذكرة الايضاحية، ولكنه لا يستوجب التعويض وفقا لها، أم أن هذا الحرمان يتحقق به ضرر مباشر ومتوقع

(١٠٦) حددت المذكرة الايضاحية المقصود بالضرر غير المألوف، بأنه يعني أن يكون ضررا غير عادي له صفة الاستثناء.

(١٠٧) يلاحظ أن المجال الذي تواجه فيه فكرة الضرر غير المألوف أكثر متواجه هو مجال الحقوق العينية بصفة عامة واستعمال الحق بصفة خاصة. من ذلك مثلا أن احد تطبيقات الاستعمال غير المشروع للحق التي أخذها القانون المدني الجديد عن الفقه الاسلامي، تتمثل في استعمال الحق استعمالا من شأنه أن يلحق بالغير ضررا فاحشا غير مألوف (م ٣٠٠ د مدني) ولقد أوردت المذكرة الايضاحية أمثلة لهذا الضرر، من مجلة الاحكام العدلية، تقع كلها في مجال الحقوق العينية.

يستوجب التعويض، اذا أثبت الدائن فرص الاستثمار التي كانت متاحة له ومقدار ما كان سيحنيه من ارباح منها، هذا مع ملاحظة أن حرمان الدائن من هذا الاستثمار هو الذى ينجم عادة من التأخر فى الوفاء ببلغ من النقود.

و ينبغى أن نشير، فى النهاية، الى هذا القيد الذى وضعه القانون الجديد على تعويض الضرر (الضرر غير المألوف) كان صدى، فيما يبدو، لتشدد واضعيه فى كل موضع تثور فيه شبه الربا، ومع تقديرنا البالغ لهذا الموقف، الا أنه كان ينبغى، فى ترسمه، مراعاة التناسق بين القواعد الخاصة والاحكام العامة.

(٢٨) ونستطيع أن نتلمس فى حظر القانون المدنى للفوائد التأخيرية اوتلك المقترنة بالقروض مفتاحا للتساؤل عما اذا كان هذا الحظر يعتبر صدى لتقييد النظام القانونى الكويتى باسره بالاحكام المستقاة من نصوص قطعية الثبوت والدلالة للشريعة الاسلامية وبصفة خاصة حرمة الربا.

وفى تقديرى أن النص على منع الفوائد فى المعاملات المدنية، وان كان يعتبر خطوة متقدمة للتقييد بأحكام الشريعة الاسلامية، الا أن هذا لا يجوز أن يحفى الحقيقة العكسية التى يعبر عنها حال التنظيم القانونى لجانب هام من المعاملات المالية فى بلد تجارى كالكويت. بيان ذلك أن قانون التجارة الكويتى الجديد (مرسوم قانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٨٠) اجاز اقتضاء الفوائد فى القروض التجارية (م ١٠٢) كم أنه الزم المدين فى الالتزام التجارى اذا كان محله مبلغا من النقود، أن يدفع للدائن فوائد قانونية على سبيل التعويض عن التأخير (م ١١٠)، كما أجاز للعاقدين أن يتفقا على سعر آخر الفوائد (م ١١١). وأكثر من ذلك فانه نص على انه لا يشترط لاستحقاق فوائد التأخير أن يثبت الدائن أن ضررا قد لحقه من جراء التأخير فى الوفاء بالالتزام (م ١١٢)(١٠٨).

(١٠٨) ولعل اعتبار الفقه الاسلامى مصدرا تاريخيا للقانون المدنى واستبعاده من بين مصادر القانون التجارى هو الذى يفسر لنا اختلاف حكم المسألة الواحدة بين القانونين. ويمكن أن نضيف الى المسائل التى ذكرناها فى المتن، والنسب يختلف بصدها حكم كل من القانون المدنى والقانون التجارى، مسألة أخرى تتعلق بالشروط الجزائي، ففي القانون المدنى، وحيث يجوز الاتفاق على التعويض مقدما، لا يجوز للدائن اذا جاوز الضرر قيمة التعويض الاتفاقى أن يطالب بتعويض يجاوز القدر المتفق عليه الا اذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشا أو خطأ جسيما (م ٣٠٤ مدنى) وعلى العكس فإنه يجوز للدائن، وفقا للقانون التجارى ==

وهكذا لا يوجد أى غرابة فى أن المشرع العادى فى بلد واحد، يميز الفوائد فى نوع من المعاملات ويحظرها فى نوع آخر فيها، مادام أن المشرع الدستورى لم يرق بالشريعة الإسلامية الى المستوى الذى يعبر عن الرغبة الحقيقية للجماعة. وهكذا ايضا فان رفع التناقض الذى يسود التنظيم التشريعى الكويتى فى مجموعه فى خصوص التقيد بمبادئ الشريعة الإسلامية، يقتضى تعديل صياغة نص المادة الثانية من الدستور على نحو يفهم منه قانونا وليس سياسيا، أن التشريع يجب أن يؤخذ أول ما يؤخذ من الشريعة الإسلامية، وهذا الامر هو الذى يتفق اكثر مع الرغبة الشعبية فى تطبيق الشريعة، ان يجعل الدستور الشريعة الإسلامية، رأسا وابتداء، مصدرا رسميا للقواعد القانونية وليس مجرد مصدر تاريخى للتشريع، على أن يقوم المشرع العادى بوضع هذه القواعد فى صياغة عصرية.

بحيث يجوز اشتراط الفائدة على سبيل التعويض عن التأخير فتعتبر بمثابة شرط جزائي، أن يطالب بتعويض تكمّل عن الضرر الذى يجاوز هذه الفائدة، دون حاجة الى اثبات أن هذا الضرر قد تسبب فيه المدين بغش منه أو بخطأ جسيم (م ١٤ ١١ تجارى) وفى اعتقادى أنه يصعب التوفيق بين القانونين فى مثل هذه المسائل لسبب جوهري هو أن المشرع المدنى تقيد بأحكامها فى الفقه الإسلامى فى حين أن المشرع التجارى اعتبر نفسه فى حل من التقيد بهذه الاحكام .

الفصل الثانى

الالتزام والعقود

(وصف الالتزام بالتعويض — مبدأ الرضائية)

(٢٩) خصص القانون المدنى الكويتى الجديد قسمه الاول لتنظيم الحقوق الشخصية أو الالتزامات، وأورد فى الكتاب الاول من هذا القسم قواعد الالتزامات بوجه عام، ثم عالج فى الكتاب الثانى العقود المسماة. ولقد أورد المشرع فى الكتاب الاول الاحكام العامة لمصادر الالتزام ومن بينها العقد والفعل الضار، بينما ضمن الكتاب الثانى القواعد الخاصة بكل عقد من العقود المسماة التى نظمها ومن بينها عقد التأمين.

ومن بين الاحكام العامة التى نظم بها هذا القانون الالتزام بالتعويض الناشئ عن الفعل الضار ذلك الحكم الذى يقضى، فى المسئولية عن الاعمال الشخصية بالالتزام كل مسئول من المسئولين المتعدين، اذا حدث الضرر بخطئهم، بتعويض كل الضرر فى مواجهة المضرور، كما أورد حكماً، يتعلق بالالتزام بالتعويض فى المسئولية عن عمل الغير، جعل بمقتضاه كل من المكلف بالرقابة والخاضع لها من جانب وكل من المتبوع وتابعه من جانب آخر ملتزمين بتعويض كل الضرر فى مواجهة المضرور. ولم يصرح القانون بوصف الالتزام بالتعويض فى الحالتين لذلك يثور التساؤل عما اذا كان وصف الالتزام بالتعويض الذى يقع على عاتق كل واحد من المسئولين المتعدين عن خطأ شخصى.

وفى المكان المخصص فيه للعقود، أبرز القانون الجديد، مبدأ الرضائية باعتباره الاصل العام فى انعقاد العقود. ومع ذلك علق هذا القانون انعقاد عقد التأمين على اجراءات معينة، ومن هنا يثور التساؤل عن السبب الحقيقى الذى دعا المشرع، بالمخالفة لمبدأ الرضائية الى جعل عقد التأمين عقداً شكلياً.

و بينما تتسم صياغة حكم القانون الجديد في خصوص المسألة بمرونة كافية لاحتواء مشاكلها الفرعية، فإن صياغته، فيما يتعلق بحكم المسألة الثانية، جاءت غير واضحة تماما في التعبير عن اتجاهه العام. فلنحاول اثبات ذلك فيمايلي.

المبحث الاول

وصف التزام المسؤولين المتعدد بالتعويض

ومدى انطباقه على التزام المسئول عن عمل غيره

(٣٠) اعتبر القانون الكويتي رقم ١٩٦١/٦ (في شأن تنظيم الالتزامات الناشئة عن العمل غير المشروع) المعدل والملغى، الالتزام بالتعويض في حالة تعدد المسؤولين، التزاما تضامنيا وذلك «أيا كان سبب التزام كل منهم» (م ١/٣٠ من القانون المذكور) وهذا الحكم لايتفق تماما مع الاصول الفنية التي استقر عليها الفقه، والتي تقضى باختلاف وصف الالتزام بحسب اختلاف مصدره اى سببه.

ومن المفيد، لكى نقف على التجديد الذى أتى به القانون المدنى الكويتي الجديد في المسألة محل البحث، أن نعرض لمعيار التفرقة بين التضامن والتضام في حالة تعدد المسؤولين.

أولاً: معيار التفرقة بين التضامن والتضام عند تعدد المسؤولين

الاصل انه لاقيام للتضامن بين المسؤولين المتعددين الا اذا ارتكب كل واحد منهم خطأ تسبب في احداث نفس الضرر (١٠٩). ومتى اتحد مصدر المسؤولية اى سبب الالتزام بالتعويض، بالنسبة لكل المسؤولين ثبت وصف التضامن لهذا الالتزام (١١٠). فاذا كان الخطأ المنسوب الى كل مسئول خطأ تقصيريا، مثلا، سواء كان ثابتا او مفترضا، فان الالتزام بالتعويض يكون التزاما تضامنيا (١١١).

(١٠٩) السهوري، الوسيط، ج ١، ف ٦٢٠ ص ١٠٤٨، ١٠٤٩.

(١١٠) اسماعيل غانم، النظرية العامة للالتزام ج ٢ ف ١٩٦ ص ٣١٨، محمد ليبب شنب، دروس في نظرية الالتزام (احكام الالتزام)، ١٩٧٤ - ١٩٧٥ ف ٣٤٤ ص ٣٣٩، السهوري ج ٢/٣ ف ١٧٥

ص ٢٨٤، مازووتنك المسؤولية، ج ٢، ١٩٧٠ ف ١٩٣٩ ص ١٠٥٣.

(١١١) السهوري ج ١ ف ٦٢٠ ص ١٠٥١، فارن مازووتنك ج ٢ ف ١٩٥٥ ص ١٠٨٣.

اما اذا اختلف مصدر الالتزام بالتعويض، بالنسبة للمسؤولين للمتعدين، كأن يكون الخطأ المنسوب الى احدهم خطأ تعاقديا حين يكون الخطأ المنسوب الى غيره خطأ تقصيريا، فان مسئوليتهم تكون مسئولية مجتمعة، حيث تجتمع التزامات المسؤولين على نفس الهدف وهو تعويض نفس الضرر (١١٢) وهذه الالتزامات المتعددة في المصدر والمتحدة في الغاية تتحلل الى التزام بالتضام (solidum) (١١٣).

و يفترق الالتزام بالتضام عن الالتزام بالتضامن في أن الاول لا يرتب الآثار القانونية للثاني التي تقوم على فكرة النيابة التبادلية بين المدينين المتضامين فيما ينفع لايهما يضر (١١٤)

أما بالنسبة للآثار الرئيسية للتضامن، وبصفة خاصة التزام كل مدين بكل الدين وبراءة ذمة المدينين نحو الدائن يقدر ما وافاه أحدهم، فان الالتزام التضامى يتفق مع الالتزام

(١١٢) شاباس، ملاحظات على الالتزام التضامى، المجلة الفصلية للقانون المدنى ١٩٦٧ ص ٣١٧. ونجد تطبيقا واضحا لذلك في التزام كل من المؤمن والمؤمن له في التأمين من المسؤولية، بتعويض الضرر الذى تسبب فيه هذا الاخير للغير الذى لا تربطه به علاقة عقدية، فالمؤمن ملتزم بالتعويض بمقتضى عقد التأمين والمؤمن له ملتزم بتعويض نفس الضرر بمقتضى فعله الضار (خطئه التقصيرى) لذلك قضى بأن التزام كل من المؤمن والمؤمن له بتعويض الضرر هو التزام بالتضام : نقض مدنى مصرى ١٩٦٦/٢/١٧ - مجموعة احكام النقض المدنى السنة ١٧ ص ٣٢٩، في هذا المعنى ايضا نقض مدنى مصرى ١٩٦٧/١١/٢ - المجموعة السنة ١٨ ص ١٧١٧. وبثبت وصف التضام للالتزام بالتعويض في حالة اختلاف مصدر المسؤولية وروابطها ولوانحدت طبيعتها كما لو كانت تعاقدية قرب تمييز كويتى ١٩٨٠ / ١٢/ ٢٤ - مجلة القضاء والقانون السنة العاشرة - العدد الاول (مارس ١٩٨٣) ص ٥٤ حيث قضى بأنه لا محل لطلب التضامن بين الملتزمين بأداء التعويض (وهما المؤمن الناقل للمؤمن له المضرور. فالالتزام المؤمن مصدره عقد التأمين والتزام الناقل مصدره عقد النقل. «مما مؤداه اختلاف مصدر المسؤولية وروابطها وان كان الدين واحد وانتفاء تمثيل اى من الملتزمين بالتعويض لآخر فى ادائه..» وهذا الحكم يثير علامة استفهام امام ما يفيد من حق المضرور فى الحصول على التعويض مرتين.

(١١٣) السنهورى ج ١ ف ٦٢٠ ص ١٠٥٢، ج ٣ ف ١٧٦ ص ٢٨٦، مازوتنسك ج ٢ ف ٢/١٩٦٤ ص ١٠٩٦، ١٠٩٧، مارتى ورينو، القانون المدنى ج ١/٢، ١٩٦٢، ف ٦١٨ ص ٦٤٨، ستارك، الالتزامات، ١٩٧٢، ف ٣٥٦، ٧٠٢، ف ٢٤٢١ ص ٧٣١.

(١١٤) السنهورى ج ١ ف ٦٢٠ ص ١٠٥٢، ١٠٥٣، مازوتنسك ج ٢ ف ج ١٩٦٠ ص ١٠٩٠ وغرض نحكمة النقض الفرنسية على رقابة وصف القاضى للالتزام اذا أثر هذا الوصف على مصلحة المدين انظر تطبيقا لذلك فى نقض مدنى فرنسى ١٩٧٢/٢/٢٣ الاسبيع القانونى ١٩٧٢ - ٢ - ١٧١٣٥.

التضامنى فى ترتيب نفس هذه الآثار (١١٥). ولكن التضامن يفترق عن التضامم فى أن الاول لا يقوم بين المدنيين المتعديين إلا بمقتضى نص فى القانون أو فى الاتفاق (م ٣٤١ مدنى كويتى جديد، م ٢٧٩ مدنى مصرى، م ٢٠٢ مدنى فرنسى)، حين أنه لا يلزم لقيام التضامم وجود نص قانونى ويكتسب هذا الرق الاخبار أهمية خاصة فى القوانين، كالقانون الفرنسى، التى لا يرد بها يقيم التضامن بين المسؤولين المتعديين عن ذات الضرر، فيمكن فى هذه الحالة الزام كل واحد من المسؤولين بتعويض كل الضرر استناداً الى فكرة التضامم (١١٦).

(٣٢) وكان مؤدى ماتقدم أن يتحدد وصف التزام كل من المتبوع وتابعه عن تعويض الضرر الذى تسبب فيه هذا الاخير، ومتى تحققت شروط مسئولية الاول عن هذا الضرر، بحسب اتحاد أو اختلاف مصدر مسئولية كل منهما، فهو التزام بالتضامن اذا اتحد مصدر المسئولية حين يكون التزاماً بالتضامم اذا اختلف هذا المصدر. ومع ذلك فلقد أورد القانون الكويتى (١٩٦٠/٦ الملغى) نصاً (م ١/٣٠) أقام بمقتضاه التضامن، بين المسؤولين المتعديين تحت البند المخصص للتعويض عن الضرر فى العمل غير المشروع بصفة عامة، عن فعل الاشياء. ولذلك وصف هذا القانون التزام المسؤولين المتعديين بالتعويض بالتضامن أياً كان سبب التزام كل منهم. وهكذا فإن التزام المتبوع وتابعه بالتعويض هو التزام بالتضامن قولاً واحداً فى ظل القانون الكويتى المذكور وعلى العكس من ذلك يذهب الفقه والقضاء فى فرنسا (١١٧) الى وصف هذا الالتزام بالتضامم. ويرجع هذا الوصف الاخير فى اعتقادى الى سببين الاول ان القانون المدنى الفرنسى لم يقم التضامن، فى المسئولية التقصيرية، بين المسؤولين المتعديين أما السبب الثانى فهو يقوم، اذا أمكن تصور اختلاف مصدر مسئولية كل من المتبوع وتابعه، على اساس افتقاد أحد شروط قيام التضامن وهو وحده سبب أو مصدر التزامات المسؤولين المتعديين.

والواقع أن تحديد سبب التزام المتبوع بالتعويض أو مصدره، اذا لم يكن الضرر مترتباً على خرق العقد الذى يربطه بالمضروب، يمكن أن يختلف فيه بعد أن يختلف فى تحديد

(١١٥) مازووجولار، دروس القانون المدنى، ج ١/٢، ١٩٧٤، ف ١٠٧٢ ص ١٠٠٣، السهرورى ج ٣ ف ١٧٦، ص ٢٨٧.

(١١٦) مازوونك ج ٢ ف ١٩٦٤/٢ ص ١٠٩٦، ف ١٩٦ ص ١١٠٦.

(١١٧) مازوونك ج ٢ ف ١٩٦٨ ص ١١٠٥، مازووجولار، ف ١٠٧١ ص ١٠٠٣، نقض مدنى فرنسى ١٩٧٢/٢/٢٣ السابق الاشارة اليه، ١٩٦٧/٤/١٩ الاسبوع القانونى ١٩١٧ - ٤ - ٨٣.

اساس مسئولية المتبوع (١١٨) فإذا أمكن القول من جهة أن هذا الاساس هو عمله غير المشروع (خطؤه المفترض) الذى يتجسد فى سوء اختياره لتابعه وتقصيره فى رقابته فانه يمكن القول فى الجهة المقابلة أن مصدر هذا الالتزام هو نص القانون الذى يجعل المتبوع مسئولاً مسئولية تبعية عن فعل غيره على أساس اعتباره كفيلاً ضامناً لتابعه فى التزامه بتعويض الضرر الذى سببه للغير، وهذه الكفالة مصدرها القانون وليس العقد (١١٩) فإذا أخذنا بفكرة الخطأ التقصيري المفترض فى جانب المتبوع فان التزامه بالتعويض قد يوصف بالتضامن لأن مصدر هذا الالتزام يتحدد، فى هذه الحالة، مع مصدر التزام تابعه، وهو العمل غير المشروع (١٢٠). أما اذا قلنا بأن سبب التزام المتبوع هو الكفالة القانونية، فان هذا الالتزام يتحلل الى التزام بالتضامن لاختلاف مصدر مسئولية التابع، وهو العمل غير المشروع، عن مصدر مسئولية المتبوع وهو نص القانون (١٢١).

وفى اعتقادى أنه، فيما عدا الحالة التى يترتب فيها الضرر على خرق العقد الذى يرتبط به المتبوع بالمضروع حين تكون مسئولية الاول تجاه الثانى تعاقدية، لوميزنا بين اساس المسئولية ومصدرها، لكانت فكرة الخطأ التقصيرى (العمل غير المشروع) وفكرة الكفالة القانونية مجرد اطارات فقهية لتحديد اساس مسئولية المتبوع، اما مصدر هذه المسئولية غير التعاقدية فهو فى جميع الاحوال نص القانون الذى يعتبر هو ايضا مصدر مسئولية التابع، وبذلك تتحلل مسئوليتها الى التزام بالتضامن.

(١١٨) انظر فى هذا السهوى ج ١ ف ٦٨٨ ص ١١٧٦ وما بعدهما، مع ملاحظة ان الخلاف وان كان يتعلق بأساس المسئولية الا انه يؤثر، ولو بطريقة غير مباشرة على مصدرها.

(١١٩) وهذا ما أخذت به محكمة النقض المصرية فى بعض أحكامها: نقض مدنى ١٩٥٤/١٢/١٦ - مجموعة أحكام النقض المدنية السنة ٦ ص ٢٧ رقم ٣٥، وأيدها فى ذلك بعض الفقهاء: السهوى ج ١ ف ٦٩١ ص ١١٨٦، ص ١٠٥١ هـ ١، حسين عامر المسئولية المدنية القاهرة، ١٩٥٦، ف ٦٨٣ ص ٦٩٨

(١٢٠) قضت محكمة النقض المصرية (١٩٦٤/١١/١٢ - المجموعة، السنة ١٥ ص ١٠٢٢) بان القانون لا يقرر التضامن فى الالتزام بتعويض الضرر اذا ماتعدد المسئولين الا عندما تكون مسئوليتهم عن عمل غير مشروع.

(١٢١) قارن نقض مدنى مصرى ١٩٥٤/١٢/١٦ السابق الاشارة اليه الذى بعد أن قضى بأن المتبوع ليس مسئولاً مسئولية ذاتية عن خطأ شخصى وقع منه، قضى بأنه مسئول مع تابعه بالتضامن، باعتباره كفيلاً متضامناً معه.

ويمكن التوصل الى ذات النتيجة لو فرقنا بين مصدر الالتزام بالتعويض (أى سبب المسؤولية) وبين مصدر الالتزام الاصلى الذى ترتب على الاخلال به نشوء الالتزام بالتعويض. فالمصدر المباشر للالتزام الاصلى اما أن يكون العقد (التصرف القانوني بصفة عامة) أو نص القانون. أما مصدر الالتزام بالتعويض فانه يتجسد فى الواقعة التى حدث بها الاخلال بالالتزام الاصلى والتى اجتمعت لها شروط المسؤولية عنها وإذا تركنا جانبا الحالات التى يوجد فيها عقد بين المضرور والمسئول، فان الالتزام الذى يفرضه القانون على أي شخص هو توخي الحيلة والتبصر لعدم الاضرار بالغير، سواء بفعله الشخصي أو بفعل اشخاص يسأل عنهم، وتكون المسؤولية المترتبة على الاخلال بالالتزام الذى يفرضه القانون مسؤولية غير عقدية. وتطبيقا لهذا الاصل فان مصدر التزام كل من المتبوع وتابعه بالتعويض نجسد، اذا لم يوجد عقد بين أى منهما وبين المضرور، فى الواقعة التى حدث بها اخلالهما باطلاعات غير عقدية، وتكون مسؤوليتهما حينئذ مسؤولية غير عقدية أى من طبيعة واحدة لامر، الذى يسمح بالقول بأن التزامهما بالتعويض التزام تضامنى .

(٣٣) ورغم أن القانون المدنى المصرى أورد الحكم الذى قرر بمقتضاه التضامن بين المسؤولين المتعددين فى التزامهم بتعويض الضرر (م ١٦٩) بين النصوص المخصصة للمسؤولية عن الاعمال الشخصية، إلا أن الفقه والقضاء (١٢٢) يذهبان الى أن هذا الحكم ينطبق ايضا على المسؤولية عن فعل الغير باعتبارها أحد صور المسؤولية التقصيرية، فيكون المتبوع ملتزما بالتضامن مع تابعه فى دفع التعويض للمضرور الذى يجوز أن يرجع به كاملا اما على التابع واما على المتبوع واما عليهما معا. على العكس من ذلك يذهب البعض (١٢٣) الى أن التضامن الذى نص عليه القانون المدنى المصرى (م ١٦٩) لا يقوم الا بين المسؤولين عن اخطائهم الشخصية، أى بين مرتكبى الفعل الضار أنفسهم، ولا ينطبق هذا النص من ثم على من يسألون عن أفعال غيرهم. والواقع أنه متى قامت مسؤولية المتبوع على اساس الخطأ الحاصل من تابعه، أى عمله غير المشروع، وكان هذا العمل هو الاساس الذى يستند اليه

(١٢٢) السنهوري ج ١ ف ١٩٤ ص ١١٨٨، جمال زكى، مشكلات المسؤولية المدنية، ف ١٨ ص ٩٣، ٩٤، نقض مدنى مصرى ١٩٦٩/١/٣٠ المجموعة، السنة ٢٠ ص ١٩٩ رقم ٣٣ الذى طبق أحد الآثار الثانوية للتضامن، وهو أن قطع التقادم بالنسبة لاحد المدنيين بالتضامن، لا يمتنع به على باقى المدنيين، على المتبوع وتابعه.

(١٢٣) حسين عامر ف ٦٨٣ ص ٦٩٨.

نص القانون الموجب لمسئوليتهما فيكون القانون هو المصدر المشترك للمسئوليتين، فان التزامهما بالتعويض يكون تضامنيا.

وفي اعتقادي أن صياغة النص المصري، بصرف النظر عن المكان الذي وضع فيه، تسمح بانطباقه في كل حالة يتعدد فيها المسؤولون عن عمل ضار سواء أمكن نسبة خطأ شخصي الى كل واحد منهم أو لم يمكن، فنص المادة ١٦٩ مدني مصرى الذى يقول «اذا تعدد المسؤولون عن عمل ضار كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر» ينطبق سواء كان أساس مسئولية كل واحد من المسؤولين هو فعله الشخصى أو فعل غيره. واذا كان حكم هذا النص حكما عاما ينطبق على كل أنواع المسئولية، وكان ينبغى لذلك أن يوضع في مكان يتسق مع هذا الاعتبار، الا أن وضعه ضمن النصوص المخصصة للمسئولية عن الاعمال الشخصية يرجع الى عدم تخصيص القانون المدني المصرى موقعا للاحكام العامة التى تسرى على جميع انواع المسئولية، ولذلك فانها وردت تحت البند المخصص للمسئولية عن الاعمال الشخصية باعتبار انها تمثل الاصل العام في المسئولية عن العمل غير المشروع.

وتظهر أهمية ملاحظتنا هذه عندما ندلف الآن الى تحليل القانون المدني الكويتي الجديد، الذي أورد قاعدة يتحدد بها وصف الالتزام في حالة «تعدد الاشخاص الذين حدث الضرر بخطئهم» (م ٢٢٨)، ووضعها بين النصوص المخصصة للمسئولية عن الاعمال الشخصية، كما ورد قاعدة مماثلة تحت البند المخصص للمسئولية عن عمل الغير وطبقها على مسئولية المكلف بالرقابة عن عمل الخاضع لرقابته (م ٢٣٨ مدني) وايضا على مسئولية المتبوع عن اعمال تابعه (م ٢٤ مدني). وبالرغم من أن هذا القانون أفرد مكانا خاصا لقواعد تعويض الضرر عن العمل غير المشروع (م ٢٤٥ — ٢٥٤) الا أنه وضع بعض هذه القواعد بين النصوص المخصصة للمسئولية عن الاعمال الشخصية (١٢٤) ولم يكن هناك ما يدعو في تقديرنا الى توزيع قواعد التعويض بين موضعين وكان انسب مكان لها هو البند الذى خصصه القانون لتعويض الضرر عن العمل غير المشروع بصفة عامة.

(١٢٤) من ذلك مثلا اسس تقدير التعويض، ومقياس الضرر المباشر القابل للتعويض عنه وشمول التعويض للضرر الادبي، وهذه امور كان ينبغى أن توقع في مكان عام يسرى على جميع انواع المسئولية، ونلفت النظر هنا الى ماسبق أن ذكرناه عن تكرار القانون لبعض قواعد التعويض عن الضرر مره في المكان المخصص لقواعد المسئولية عن الاعمال الشخصية ومره اخرى في المكان المخصص لقواعد التنفيذ بطريق التعويض.

ثانيا : الوصف المختار وفقا للقانون المدني

(٣٤) أورد القانون المدني الكويتي الجديد نصا (م٢٢٨) بين النصوص التي عالج بها المسؤولية عن الاعمال الشخصية، مقررًا فيه التزام كل واحد من المسؤولين المتعددين، في مواجهة المضرور، بتعويض كل الضرر، ولكن هذا النص حرص على الإشارة الى تحديد مجال انطباقه بحالة «تعدد الاشخاص الذين حدث الضرر بخطئهم». كذلك جاء هذا القانون بنص (م ٢٤٠) ضمن النصوص التي نظم بها المسؤولية عن عمل الغير، قرر بمقتضاه مسؤولية المتبوع في مواجهة المضرور، عن كل الضرر الذي يحدثه تابعه بعمله غير المشروع متى كان واقعا منه في اداء وظيفته أو بسببها. ولم يرد في هذا النص الاخير ما يفيد أن مسؤولية المتبوع تقوم على خطأ وقع منه هو، بل ان الذي يستفاد منه أن هذه المسؤولية تقوم على اساس الخطأ الحاصل من تابعه (١٢٥)، كما أن المذكرة الايضاحية للمادة ٢٤١ التي تجعل للمتبوع الحق في الرجوع بكل مادفعه من تعويض على تابعه تؤسس ذلك على قيام مسؤولية الاول على أساس فكرة الضمان.

وهكذا فان القانون الجديد أقام مبدأ عاما يستطيع المضرور بمقتضاه أن يرجع على أى واحد من المسؤولين المتعددين بتعويض كل الضرر سواء كانت مسؤوليته على أساس خطأ شخصي أو على أساس خطأ الغير.

واذا أردنا أن نحدد وصف التزام كل واحد من المسؤولين المتعددين بتعويض كل الضرر، لوجدنا أن النصوص المذكورة لم تفصح عن هذا الوصف.

ولكن المذكرة الايضاحية للمادة ٢٢٨ مدني قالت شرحا لحكم الحالة التي يواجهها هذا النص، وهي حدوث الضرر نتيجة اخطاء متعددة وقعت من أشخاص كثيرين، أن هؤلاء «يتحملون في مواجهة المضرور بالتعويض على سبيل التضامن، وبمعنى أدق على سبيل التضامم». وهذا الذي ذكرته المذكرة الايضاحية يثير التساؤل عن المقصود بالترادف أو العطف الذي استعملته عند ذكرها مصطلح التضامن ومصطلح التضامم، فالذي قد ينتج عن النص ومذكرته الايضاحية أن التزام المسؤولين المتعددين، الذين حدث الضرر بخطئهم، هو التزام بالتضامم، الامر الذي يفيد أن طبيعة مصدر التزام كل واحد منهم يختلف عن

(١٢٥) أوعلى اساس قيام المسؤولية على التابع كما نقول المذكرة الايضاحية للمادة ٢٤٠ مدني الكويتي.

طبيعة مصدر التزام الآخرين، كما تقضى بذلك أصول التفرقة بين الالتزام بالتضامن والالتزام بالتضام ولكن من المتصور أن يحدث الضرر نتيجة للاخطاء التي وان تعددت ماديا الا انها من طبيعة واحدة كأن تكون كلها اخطاء تقصيرية، حين لا يرتبط مرتكبو الاخطاء بالمضروور برابطة عقدية، وفي هذه الحالة، حيث تتوحد طبيعة سبب الالتزام بالتعويض بالنسبة لكل مسئول، يكون هذا الالتزام تضامنيا. ومن غير المفهوم أن تأتي المذكرة الايضاحية بعد ذلك وتقول أنه من الاولى وصف هذا الالتزام بالتضام، اللهم الا اذا قلنا بأن هذا الوصف الاخير يثبت للالتزام لمجرد تعدد الاخطاء ولو كانت كلها من طبيعة واحدة. ونحن لانعتقد أن المشرع أراد في القانون المدني الكويتي هذه النتيجة، والا لما صدق وصف التضامن على الالتزام بالتعويض أبدا بالرغم من تعدد المدينين فيه الا في الحالة التي ينتج فيها الضرر من خطأ واحد مشترك ارتكبه عدة اشخاص. والواقع أن التضامن لا يقتصر على هذه الحالة، بل انه يشمل الحالات التي تتعدد فيها الاخطاء، مادياً، ولكنها تتحد كلها في طبيعتها العقدية أو التقصيرية (١٢٦).

وعلى أية حال فان استعمال المذكرة الايضاحية لمصطلحي التضامن والتضام على سبيل الترادف، أو تفضيلها للمصطلح الثاني على المصطلح الاول للتعبير عن وصف الالتزام بالتعويض الذي يقع على عاتق مرتكبي الاخطاء، يثير التساؤل عما اذا كان واضعوا هذه المذكرة قد أرادوا اقامة التفرقة بين الالتزام بالتضامن والالتزام بالتضام على أساس اخر غير الذي يأخذ به الرأي السائد في الفقه.

وفي اعتقادي أن الاقرب الى الصحيح أن يقال ان نص المادة ٢٢٨ مدني الكويتي يسمح بالطريقة التي صيغ بها، باعتبار الالتزام بالتعويض، في حالة تعدد الاخطاء، تضامنيا او تضاميا بحسب اتحاد واختلاف طبيعة مصدر هذا الالتزام وعلى هذا الاساس فان صياغة المذكرة الايضاحية لم تكن موفقه وكان يتعين القول، بدلا من عبارة «وبمعنى أدق على سبيل التضام»، أن المسؤولين المتعددين يتحملون الالتزام بالتعويض على سبيل التضامن أو التضام بحسب اتحاد مصادر الالتزام أو اختلافها بالنسبة لهم.

(١٢٦) السنهوري ج ١ ف ٦٢٠ ص ١٠٤٨ حيث يشترط لقيام التضامن بين المسؤولين المتعددين أن يكون كل واحد منهم قد ارتكب خطأ، وانظر ص ١٠٥٠ حيث لا يشترط لقيام التضامن أن تكون الاخطاء عملا واحداً، ص ١٠٥٢ حيث يكون الالتزام تضامياً اذا اجتمع خطأ تقصيري مع خطأ عقدي.

(٣٥) ويتعين أن نشير هنا الى اختلاف الطريقة التي عبر بها كل من نص المادة ٢٢٨ مدنى ومذكرته الايضاحية، عن كيفية حدوث الضرر فبينما يقول النص «اذا تعدد الاشخاص الذين حدث الضرر بخطئهم» الامر الذي يفيد في الظاهر، أن الامر يتعلق بخطأ واحد اشترك فيه هؤلاء الاشخاص، فان المذكرة الايضاحية تقول ان هذا النص يعرض «للحالة التي يحدث فيها الضرر نتيجة اخطاء متعددة وقعت من اشخاص كثيرين»، الامر الذي يفيد اجتماع اكثر من خطأ في احداث نفس الضرر. ولو كان هذا الذي ذكرته المذكرة الايضاحية هو الذى قصده المشرع من نص المادة ٢٢٨ لتعين أن يرد هذا لنص على الصورة الآتية : «اذا تعدد الاشخاص الذين حدث الضرر بأخطائهم». وبما يؤيد ذلك أن القانون الجديد، فى النص التالى مباشرة، أعنى المادة ٢٢٩ مدنى، رتب نفس الحكم الذى أودعه فى المادة ٢٢٨ / ١ مدنى، فى حالة حدوث الضرر بخطأ شخص معين اقترن باخطاء مؤثرة، وقعت، كما تقول المذكرة الايضاحية للمادة ٢٢٩ مدنى، من آخرين نتيجة للتحريض او المساعدة، فهؤلاء الاشخاص مسئولون جميعا عن تعويض كل الضرر على نحو ما تقرره المادة ٢٢٨ مدنى كما تقول المذكرة الايضاحية للمادة ٢٢٩ مدنى. كذلك فان استعمال المشرع، فى المادة ٢٢٨ مدنى، للفظه الخطأ دون نعت يفيد أن حكم هذا النص، ينطبق سواء كان الخطأ ثابتا، أو مفترضا. صحيح أن هذا النص قد وضع تحت البند المخصص فى القانون الجديد، للمسئولية عن الاعمال الشخصية، ومع ذلك فان هذا الوضع لا يفيد اقتصار حكم هذا النص على حالة قيام مسئولية جميع المدينين بالتعويض على أخطاء شخصية وقعت منهم، ففضلا عن ان المشرع وضع فى البند المذكور بعض القواعد العامة التي تسري على كل حالات المسئولية عن العمل غير المشروع، فان هناك من الاخطاء الشخصية ما يمكن أن يكون مفترضا، مثال مسئولية حارس الشيء الذى حدث الضرر بفعله، ففعل الشيء ينسب الى الحارس ذاته فيفترض أنه ارتكب خطأ شخصيا (١٢٧). ونفس الامر يصدق أيضا على مسئولية المكلف بالرقابة فمسئوليته ذاتية تقوم على خطأ شخصي وان كان مفترضا (١٢٨). وعلى أية حال فانه لا يوجد سبب فنى مقنع يمنع من الزام المسئولين المتعديين بكل التعويض

(١٢٧) السنهاوى ف ٦٨٧ ص ١١٧٨ وانظر ص ١٢٤١ هـ حيث يقول أن كل خطأ مفترض افتراضا لا يفلل اثبات العكس هو خطأ ثابت على نحو خاص.
(١٢٨) السنهاوى ف ٦٧١ ص ١١٣٦، ف ٦٨٧ ص ١١٧٨.

في مواجهة المضرور لمجرد أن أحدهم مسئول على اساس خطأ مفترض أو على اساس نص القانون، (الضمان القانوني).

(٣٦) ورغم أن حكم النص الذي أورده القانون الجديد (م ١/٢٢٨) بين النصوص المخصصة للمسئولية عن الاعمال الشخصية، ينطبق على بعض حالات المسئولية التي اعتبرها من قبيل المسئولية عن عمل الغير... أو عن فعل الاشياء، فهي في حقيقتها مسئولية عن خطأ شخصي، الا أن هذا القانون حرص مع ذلك على ذكر الحكم الذي قرره في هذا النص، وهو التزام كل واحد من مرتكبي الاخطاء بتعويض كل الضرر في مواجهة المضرور، وهو يعالج حالات المسئولية عن عمل الغير، فنص في المادة ١/٢٣٨ بأن المكلف بالرقابة يكون ملزماً، في مواجهة المضرور، بتعويض الضرر الذي يحدثه الخاضع لرقابته بعمله غير المشروع. كما أن القانون الجديد نص، في المادة ١/٢٤٠ منه على أن المتبوع مسئول في مواجهة المضرور، عن الضرر الذي يحدثه تابعه بعمله غير المشروع، متى كان واقعا من هذا الاخير في أداء وظيفته أو بسببها، وأشارت المذكرة الايضاحية الى أن المضرور يستطيع أن يرجع بالتعويض كاملاً على المسئول عن عمل غيره (المكلف بالرقابة أو المتبوع).

وهنا ايضا تشور مشكلة وصف التزام المكلف بالرقابة والتزام المتبوع بتعويض كل الضرر في مواجهة المضرور. لاصعوبة في حالة ما اذا كان المضرور يرتبط بالمكلف بالرقابة أو بالمتبوع بعقد ونتج الضرر عن الاختلال بأحد الالتزامات التي يرتبها هذا العقد، ففي هذه الحالة يكون كل واحد منهما مسئولاً بمقتضى العقد، مسئولية تعاقدية، في حين يكون الخاضع للرقابة أو التابع مسئولاً مسئولية تقصيرية تجاه المضرور لعدم وجود عقد بينهما، وهنا يكون الالتزام بالتعويض التزاماً تضامياً لاختلاف طبيعة مصدر الالتزامات المتعددة بالتعويض (١٢٩) أما اذا كان لا توجد علاقة عقدية بين المضرور من جانب والمسئول عن عمل غيره أو هذا الغير من جانب اخر، فان مسئوليتهما تكون تقصيرية، فيتحد بذلك مصدر الالتزام بالتعويض بالنسبة لهما و يتحقق حينئذ وصف التضامن لهذا الالتزام.

(١٢٩) اشارت المادة ٢٩٧ مدني كويتي الى امكان تحقق المسئولية العقدية للعائد عن فعل الاشخاص الذين يستخدمهم في تنفيذ التزامه، بنصها على امكان الاتفاق على اعفاء المدين من المسئولية عن الغش او الخطأ الجسيم الذي يقع من هؤلاء الاشخاص.

و ينبغي أن نشير هنا الى أن قولنا باختلاف وصف الالتزام بالتعويض الذى يقع على عاتق المسئول عن عمل غيره بحسب الاحوال كان مجرد اجتهاد شخصي ترسمنا فيه الاصول الفنية للفرقة بين التضامن والتضام. أما اذا رجعنا الى المذكرة الايضاحية للمادتين ٢٣٨، ٢٤٠ مدني، فاننا نجدها، على عكس هذه النصوص، تصرح بأن الوصف المختار للالتزام بالتعويض هو التضام، فهي تقول ان مسئولية الشخص عن عمل غيره تأتى لتضاف الى مسئولية هذا الغير نفسه... وهو الامر الذي يفيد تعدد المسئوليات بتعدد مصادرها.

(٣٧) وفي اعتقادى أن الصياغة العامة للنصوص التى تفرض الالتزام بالتعويض على كل واحد من المسئولين المتعددين، سواء كانت المسئولية عن عمل شخصي أو عن عمل الغير، تسمح للقاضي باختيار الوصف الذى يناسب هذا الالتزام بحسب ما اذا كانت الوقائع التى ينظرها تفيد اتحاد أو اختلاف مصدر الالتزام بالنسبة لكل مسئول. و ينبغي الا نتوقف كثيراً عند ما ذكرته المذكرة الايضاحية (للمواد ٢٣٨ — ٢٤٠) التى تفرق بين مسئولية المكلف بالرقابة ومسئولية المتبوع من حيث الاساس الذى تقوم عليه. فهذه المذكرة تقول، بالنسبة لمسئولية المكلف بالرقابة عن عمل الخاضع لرقابته، «انها تقوم فى اساسها على افتراض وقوع خطأ من الاول فى تربية الثانى وتوجيهه ورقابته والاشراف عليه». أما بالنسبة لمسئولية المتبوع عن عمل تابعه فهي تقول انها «ترجع فى اساسها الى قيام مسئولية الى التابع» اي انها تقوم على اساس الخطأ الحاصل من الغير وهو التابع.

واذن ووفق ما جاء فى المذكرة الايضاحية فان مسئولية المكلف بالرقابة هى مسئولية ذاتية فى حين أن مسئولية المتبوع هى مسئولية عن عمل الغير اقامها القانون ضماناً لحق المضرور فى التعويض (١٣٠). ولا ندرى ما اذا كان واضعوا المذكرة الايضاحية قد التزموا، فى التفرقة بين هاتين المسئوليتين اللتين اعتبرهما القانون ذاته من حالات المسئولية عن عمل الغير، خطة او فكرة محددة تختلف نتائج تطبيقها باختلاف نوع المسئولية. ونحن لاعتقد أن

(١٣٠) وبينما حرصت المذكرة الايضاحية للمادة ٣٣٨ على الاشارة الى أن افتراض الخطأ فى جانب المكلف بالرقابة يتحلل الى قرينة بسيطة يجوز اثبات عكسها، وهذا ما بصرح به النص ذاته، فانها لم تكن فى حاجة الى تحديد طبيعة القرينة التى تقوم عليها مسئولية المتبوع بعد أن أقامت هذه المسئولية على فكرة الضمان التى لا تقوم على افتراض الخطأ حتى تقبل اثبات عكسها.

ماورد في المذكرة الايضاحية، يؤثر في مسألة وصف الالتزام بالتعويض الذي يقع على عاتق كل من المكلف بالرقابة والمتبوع والا فان المذكرة الايضاحية للمادة ٢٤١ قالت تفسيراً لحكم هذا النص (١٣١) ان مسؤولية كل من المكلف بالرقابة والمتبوع «لا تعدو أن تكون مسؤولية ضمان». كما أن المذكرة الايضاحية للمادة ٢٤٢ مدني (١٣٢)، قالت وهي بصدد شرح مسؤولية شاغل السكن، عن عمل غيره، ان هذه المسؤولية «مسئولية ضمان شأنها في ذلك شأن مسؤولية المكلف بالرقابة عن فعل خاضعه ومسئولية المتبوع عن فعل تابعه». وهكذا لانستطيع أن نعتمد على المذكرة الايضاحية في تحديد اساس مسؤولية كل من المكلف بالرقابة والمتبوع . لذلك فغاية امكاننا أن نقول انه في كل الاحوال التي تثبت فيها المسؤولية التقصيرية للمكلف بالرقابة والخاضع لها، وللمتبوع وتابعه، فان الالتزام بتعويض كل الضرر الذي يقع على عاتق المسئول عن عمل الغير هو التزام بالتضامن، سواء قامت هذه المسؤولية على خطأ مفترض أم على أساس فكرة الضمان، أو كانت قائمة على خطأ شخصي أو خطأ الغير (١٣٣).

(٣٨) على أن صعوبة التسليم بوصف التضامن نتج من أن أصل عدم قيام التضامن الا بنص القانون أو الاتفاق. وإذا كان من الممكن أن يثبت هذا الوصف للإلتزام، ولولم يذكر القانون أو الاتفاق، هذا المصطلح صراحة متى تحقق مضمون التضامن وبصفة خاصة أثره الرئيسي في التزام كل مدين بكل الدين، إلا أن هذا لا يكفي لاستبعاد

(١٣١) وهو يقضي بأن للمسئول عن عمل الغير أن يرجع عليه بكل ما يدفعه للمضروب تعويضاً عن عمله غير المشروع.

(١٣٢) وهي تجعل الشخص مسئولاً عن تعويض الضرر الذي يحدث بسبب ما يلقى أو يسقط من اشياء من مكان يشغله.

(١٣٣) ويلاحظ انه اذا كان يستوى لقيام مسؤولية المعلم في المدرسة باعتباره مكلفاً برقابة التلميذ القاصر، في مواجهة المضرور، أن تقوم هذه المسؤولية على اساس خطأ مفترض أو خطأ ثابت ضده، فان التفرقة بين الخطأ بين تكسب أهمية خاصة في ظل القانون المدني الكويتي الذي قضى، م ١/٢٣٩ بحلول مسؤولية الدولة أو اصحاب المدارس الخاصة على حسب الاحوال محل مسؤولية المعلم التي تقوم على الخطأ المفترض أما اذا قامت مسؤولية المعلم على اساس خطأ ثابت في جانبه فان مسؤوليته تظل قائمة اضافة الى مسؤولية الدولة أو اصحاب المدارس الخاصة باعتبارهم متبوعين للمعلم. وفي هذه الحالة الاخيرة يقوم التضامن بين التلميذ والمعلم والدولة واصحاب المدارس في الالتزام بتعويض المضرور اذا كان لا تربطه علاقة عقدية بهم.

وصف التضام. فالإلتزام بالتضام وإن كان لا ينتج الآثار الثانوية للتضامن، التي تقوم على فكرة النياية التبادلية فيما ينفع لافئما يضر، فإنه يرتب نفس الآثار الرئيسية للإلتزام بالتضامن. وهكذا تكون أمام معضلة ذات حدين الأول يتمثل في ذكر القانون الجديد للآثر المشترك، وهو الإلتزام بدفع كل التعويض للمضرور، بين التضامن والتضام في حالة اتحد فيها مصدر الإلتزام بالنسبة للمسؤولين المتعددين. أما الحد الثاني فهو يتمثل في أن التضامن لا يقوم بدون نص القانون بعكس التضام الذي يلزم مع ذلك لقيامه باختلاف مصدر الإلتزام بالنسبة لكل واحد من المسؤولين المتعددين. وتتبدى أهمية الحل الذي يختاره القاضي لهذه المشكلة في حالة ما إذا استدعت الوقائع المعروضة عليه تطبيق أحد الآثار الثانوية للتضامن (كعدم الاحتجاج بقطع التقادم بالنسبة لأحد المدينين على باقي المدينين) وفي تقديره أنه يتعين تغليب الاعتبار الذي يلعب الدور الرئيسي في التفرقة بين التضامن والتضام، وأعنى به مصدر الإلتزام، وبصفة خاصة إذا كان القانون قد نص على الأثر الرئيسي للتضامن. فمتى اتحدت طبيعة مصدر الإلتزام بالتعويض بالنسبة لكل المسؤولين، فإن هذا الإلتزام الذي نص القانون الجديد على أثره الرئيسي، يثبت له وصف التضامن أما إذا اختلف مصدر الإلتزام بالتعويض بالنسبة للمسؤولين المتعددين فإنه يكون إلتزاما بالتضام. وعلى أية حال فإن تقدير اتحاد أو اختلاف مصدر الإلتزام هو أمر يدخل في سلطة القاضي الذي يستطيع أن يثبت الوصف المناسب للإلتزام بدفع كل التعويض، بحسب ما تدل عليه الوقائع المعروضة عليه.

(٣٩) نستطيع أن نخلص مما تقدم الى أن نص القانون المدني الجديد على مبدأ الإلتزام بدفع كل التعويض الذي وضعه على عاتق كل واحد من المسؤولين المتعددين، وعدم وصفه لهذا الإلتزام، وتركه هذا الأمر لتقدير القاضي بحسب الوقائع المعروضة عليه، هو موقف يحمى له ويمثل حسنة من حسناته، وكان من الممكن أن تضيف المذكرة الإيضاحية لهذه الحسنات حسنة أخرى لو ورد شرحها للمبدأ المشار إليه بصياغة يفهم منها أن المسؤولين المتعددين يتحملون في مواجهة المضرور، بالتعويض على سبيل التضامن أو على سبيل التضام بحسب اتحاد أو اختلاف طبيعة مصدر الإلتزام بالنسبة لكل منهم. كما أنه كان من الأفضل أن تتجنب المذكرة الإيضاحية التعرض لأساس المسؤولية في الحالات التي اعتبرها القانون الجديد من قبيل المسؤولية عن عمل الغير.

وبهذه الطريقة يتحقق التناسق والتوافق بين النص الذى يتضمن الحكم العام (م ٢٢٨ مدنى) وبين النصوص التى تطبق هذا الحكم على حالات خاصة للمسئولية (م ٢٣٨، ٢٤٠).

المبحث الثانى

مبدأ الرضائية

ومدى انطباقه على عقد التأمين

(٤٠) عالج القانون المدنى الجديد، فى قسمه الأول المخصص للإلتزامات، أركان العقد فجعل الرضاء ركنه الأول، الذى يلزم لتحقيقه وجود الارادة وحصول التعبير عنها (م ١/٣٣)، ونص على انعقاد العقد بمجرد ارتباط الإيجاب بالقبول إذا ورد على محل واستند إلى سبب معتبر قانونا (م ٣٢). والأصل أنه لا يلزم لانعقاد العقد حصول الرضاء فى شكل معين (م ١/٦٥)، وبذلك أخذ القانون المدنى بمقتضى مبدأ رضائية العقود.

فاذا كان الرضاء يستلزم لقيامه توافر الارادة، فإنه لا يقتضى التعبير عنها فى صورة محددة أو فى شكل معين، لذلك عنى القانون الجديد (م ٣٤، ٣٥) على اطلاق الصورة التى يمكن أن يجىء عليها التعبير عن الارادة، فيمكن أن يتم هذا التعبير بأية طريقة متى كانت تدل على حقيقة الارادة بغير لبس أو غموض.

واذا كان القانون الجديد قد أشار إلى الحالات الخاصة التى يتطلب فيها القانون (م ٣٢، م ١/٦٥) أو المتعاقدان (م ٦٦) اتباع شكل معين لانعقاد العقد أو حصول التعبير عن الإرادة على نحو معين (م ٣٤)، إلا أن نصوصه التى خصصها لتنظيم وجود الارادة والتعبير عنها وشكل العقد، تنبىء فى مجموعها أن القانون الجديد اعتبر الأصل فى العقود الرضائية. وأنه ارتفع بهذا الأصل إلى مصاف القواعد العامة. وعلى هذا الأساس فإنه يكفى لوجود التراضى (أو الرضاء المتمثل فى ارتباط الإيجاب بالقبول على حد تعبير المذكرة الإيضاحية) تبادل التعبير عن ارادتين متطابقتين بأية طريقة كانت.

ورغم أن القانون الجديد ينظم شكل العقد فى اطار نظرية عامة (م ٦٥-٦٩) إلا أن هذا التنظيم من قبيل الاستثناء على قاعدة رضائية العقود، كما تصرح بذلك المذكرة الإيضاحية للمادة ٦٥. ولقد قطع واضعوا القانون دابر كل شك حول أن الأصل فى انعقاد العقد هو

الرضائية حين أعلنوا صراحة اعتناقهم للاتجاه الذى يفسر الشك، حول ما إذا كان الشكل متطلبا لقيام العقد أو لغير ذلك من الامور، على أنه غير متطلب لقيام العقد. ورغم أن هذه المسألة تتصل بتفسير القانون أو العقد، إلا أن القانون الجديد حرص على معالجتها بنص صريح (م ٦٧) أوجب فيه عدم اعتبار الشكل في حالة الشك متطلبا لقيام العقد. والأساس في اختيار هذا الاتجاه هو، كما تقول المذكرة الايضاحية لهذا النص، أنه «يتمشى أكثر مع مقتضيات المنطق القانوني لفكرة رضائية العقود، اعتبارا بأنه مادام الأصل في العقد أنه رضائي فالشكل لا ينهض القصد فيه قاطع الدلالة». وهكذا فإذا أراد المشرع أو المتعاقدان الخروج على الأصل العام في انعقاد العقد فيجب أن يبرز القصد الى جعل الشكل ركنا في العقد بصورة أكيدة وواضحة، والا وجب اعتبار الشكل متطلبا لأمر آخر غير قيام العقد (١٣٤).

ومما يتمشى مع هذا الاتجاه ايضا أنه وإن كان العقد يقع باطلا اذا لم يراع الشكل الذى فرضه القانون في ابرامه (م ٦٥/٢) على أساس أن القانون يستهدف بهذا الشكل تحقيق مصلحة عامة، إلا أنه يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على مخالفة الشكل الذى اتفقا في الأصل على وجوب مراعاته لقيام العقد (م ٦٦ مدنى كويتى) وذلك باعتبار أن المتعاقدين هما خير من يقدر مصلحتهما التى قد تقتضى العودة الى مقتضى الاصل العام في العقود وهو الرضائية.

(٤١) وإذا تطرقنا بعد ذلك الى بحث مدى انطباق مبدأ الرضائية وما يتفرع عنه من حرية التعبير عن الارادة بأى طريق على عقد التأمين، لوجدنا أن هذا العقد يعد عقدا رضائيا

(١٣٤) عكس ذلك م ١٤٨، ١٤٩ من المشرع التمهيدى للقانون المدنى المصرى وقارن السهنورى الوسيط، ج ١ ص ١٦٤ في الهامش وص ١٦٦ في الهامش حيث يفرق بين الشكلية التى يفرضها الاتفاق وبين الشكلية التى يفرضها القانون فاذا كان الشكل اتفاقيا فيفسر الشك فيه على أنه متطلب للاثبات لالانعقاد على أساس أن الاصل في العقد أن يكون رضائيا. أما حيث يثور الشك حول المقصود من الشكل الذى فرضه المشرع هل هو لالانعقاد أم للاثبات فيرى الاستاذ السهنورى انه لم يتمكن القاضى من استخلاص قصد المشرع، بوسائل التفسير المعروفة، وجب اعتبار الشكل متطلبا في هذه الحالة لالانعقاد للاثبات، فان قيل بأن هذا الاعتبار يتعارض مع الاصل في العقود وهو الرضائية رد الاستاذ السهنورى على ذلك بأن هذا الاصل لا يصدق الا بالنسبة الى المتعاقدين الذين لا يجوز لهم الخروج على هذا الاصل إلا باتفاق صريح، أما المشرع، فهو لا يتقيد بهذا الاصل، واذا فرض شكلا ولم يقم الدليل على أنه مطلوب للاثبات فالمفروض أنه مقرر لالانعقاد العقد.

في كل من القانون المصري والقانون الفرنسي وهما من المصادر التاريخية للقانون المدني الكويتي الجديد. فالأصل في العقود فيهما الرضائية وإذا لم ينص القانون أو يتفق المتعاقدان على شكل خاص لانعقاد العقد فإنه يتعقد بمجرد توافق الإيجاب والقبول، وبالتطبيق لذلك فإن التأمين يتعقد متى صدر من المؤمن قبول للإيجاب البات الصادر من المؤمن له بشرط أن يتصل هذا القبول بعلم هذا الأخير (١٣٥). وصدور القبول أو وصوله إلى المؤمن له لا يشترط فيه شكل خاص، فقد يكون ذلك في صورة وثيقة التأمين التي يرسلها المؤمن للمؤمن له، ولكن ذلك يمكن أن يتحقق بوسائل أخرى كخطاب أو رسول (وسيط التأمين) (١٣٦). ومع ذلك يجوز لأطراف العقد الاتفاق على تعليق تمامه على توقيع وثيقة التأمين من أحدهما أو من كليهما، فيكون العقد في هذه الحالة شكلياً، أو الاتفاق على تعليق انعقاد العقد على دفع القسط الأول فيصبح العقد، في هذه الحالة عقداً عينياً (١٣٧).

وهكذا فإن الأصل، في قوانين النظام اللاتيني، رضائية عقد التأمين إلا إذا اتفق على تعليق انعقاده على توقيع الوثيقة أو دفع القسط الأول.

ولم يتبع القانون المدني الكويتي الجديد هذا المنهج، بل جاء بنص (٧٧٩م) وردت صياغته على نحو يورث الشك حقيقة في صفة عقد التأمين، هل هو عقد شكلي أم عقد

(١٣٥) السهوري، الوسيط ج ٢/٧ ف ٥٥٩ ص ١١٣٩، ف ٥٧٤ ص ١١٧٤، ف ٥٩٠ ص ١٩٩، محمد على عرفه، شرح القانون المدني الجديد في التأمين والعقود الصغيرة، ط ٢، ١٩٥٠، ص ١٠٣، محمد كامل مرسي، العقود المسماة، ج ٣ - عقد التأمين ١٩٥٢ ف ٤٧ ص ٥٧، ف ٤٨ ص ٥٨، ٤٩ ص ٦٠، بيكار وبيسون، التأمينات البرية، ج ١، عقد التأمين، ١٩٧٥، ف ٤٦ ص ٧٧. وقضى بأن عقد التأمين كان، طبقاً لقانون التجارة الكويتي السابق، عقداً رضائياً يتعقد بمجرد توافق الإيجاب والقبول دون حاجة إلى أي إجراء آخر: تمييز كويتي ١٩٨٢/٢/٣ مجموعة القواعد التي قررتها دائرة التمييز من ١٩٨٢/٢/١ - ١٩٨٢/٤/٣٠ - العدد ١١ ص ١٣.

(١٣٦) لما كان لا يجوز إثبات عقد التأمين، في القانون الفرنسي إلا بالكتابة. فلقد جرى العمل على أن يصدر قبول المؤمن في صورة كتابية تمثل عادة في وثيقة التأمين. بيكار وبيسون ف ٤٩ ص ٨٢.

(١٣٧) السهوري ف ٥٩٠ ص ١٢٠٢ - وقد يعلق نفاذ العقد أي سريانه لانعقاده على توقيع الوثيقة أو أداء القسط الأول أو على حصول أحدهما، ومثل هذا الشوط لا يترتب عليه تأجيل تكوين العقد ولكنه يرجىء تنفيذه فقط.

وبلاحظ أن الاتفاق على عدم انعقاد العقد إلا بدفع القسط الأول لا يعتبر من الناحية الفنية القانونية، من قبيل تعليق الالتزام على شرط لأنه يلزم لصحة التعليق أن يكون على أمر خارجي وعارض عن الالتزام وليس على ركن فيه.

عينى أم عقد رضائى، فلقد ابتدأ هذا النص بفقرة اودع فيها المشرع حكما قوامه أن العقد لا يتم الا اذا وقع المؤمن على وثيقة التأمين وسلمها للمؤمن له. ومؤدى هذا الحكم أن عقد التأمين عقد شكلى يتوقف انعقاده على اجرائين الأول تحرير وثيقة التأمين وتوقيعها من المؤمن والثانى تسليم هذه الوثيقة الى المؤمن له. وهكذا فان وثيقة التأمين، سواء فى تحريرها أو توقيعها أو تسليمها، تعد اجراء شكلياً لازماً لانعقاد العقد.

وفى الفقرة الثانية من المادة ٧٧٩ نص القانون الجديد على أن التأمين يتم، حتى قبل تسليم الوثيقة للمؤمن له، اذا سلم المؤمن لهذا الأخير استجابة لطلب التأمين، مذكرة تغطية مؤقته موقعة من المؤمن وتحتوى على القواعد الاساسية للتعاقد وتتضمن التزامات كل من الطرفين قبل الآخر. ونصت المذكرة الايضاحية على أن هذه المذكرة تقوم مؤقتاً مقام الوثيقة النهائية حين تحريرها. واذن ووفق هذا الحكم يظل عقد التأمين عقد شكلياً يتوقف انعقاده على تسليم المؤمن مذكرة تغطية مؤقته موقعة منه للمؤمن له. فاذا انتقلنا الى الفقرة الثالثة من ذات النص لوجودنا أنها تحيز للمؤمن له أن يثبت بكافة الطرق أن العقد قد تم، حتى ولو لم يكن قد تسلم وثيقة التأمين أو مذكرة تغطية مؤقته.. إذا قدم ايضالاً بدفع جزء من مقابل التأمين (القسط).

وسنقتصر على دراسة المادة ٧٧٩ مدنى باعتبارها النص الذى يفرض شكلاً معيناً لتتمام عقد التأمين، بعكس النصوص الأخرى التى لا يبين منها أن الشكل الذى تتعرض له متطلب لانعقاد العقد. فمثلاً تشترط المادة ٧٨٢ مدنى إبراز الشروط (البند) المتعلقة بالبطلان وبالسقوط وبالتحكيم بطريقة متميزة، كأن تكتب بحروف أكثر ظهوراً أو أكبر حجماً فى الوثيقة، وإلا فإنه لا يجوز الاحتجاج لها على المؤمن له. واذن فجزء عدم مراعاة الشكل المذكور هو عدم سريان هذه الشروط وليس عدم انعقاد العقد (١٣٨). كذلك فإن المادة ٧٨٥ مدنى حين توجب أن تكون مدة التأمين مكتوبة بشكل ظاهر فى الوثيقة، فإنه لا يبين منها ان هذا الشكل متطلب لانعقاد العقد، وسوف نرى، بعد قليل، أنه ينبغى اعتبار هذا الشكل متطلباً لأمر آخر.

(١٣٨) وعلى العكس من ذلك فان قانون التجارة البحرية الكويتى (مرسوم بقانون رقم ٢٨ لسنة ١٩٨٠) يرتب بطلان الشرط (البند) الذى يتعلق بالبطلان أو السقوط أو تحديد الضمان اذا لم يتم إبرازه بشكل متميز (٢/٢٩٩م)، وكذلك شرط التحكيم اذا لم يتخذ صورة اتفاق خاص منفصل عن الشروط العامة (٣/٢٧٢م).

وإذا ثبت ذلك فانه يتعين أن نعرض للتفسيرات المتعددة التي يحتملها النص الذي بين فيه المشرع كيفية تمام عقد التأمين لنقف على حقيقة صفة هذا العقد في القانون الجديد. ونتساءل بعد ذلك عما إذا كانت الحكمة من شكلية بعض العقود قد لعبت دور في التوجه الذى اختاره المشرع المدنى لئلا يرى كيف يمكن تحقيق الغاية التى استهدفها المشرع بطريقة أخرى غير جعل الشكلىة ركنا فى عقد التأمين. وأخيرا سوف نحاول أن نفسر الحكم الذى أتى به القانون المدنى وحرره الاتفاق المعدل لعقد التأمين (ملحق الوثيقة) من بعض متطلبات الشكلىة.

أولا : صفة عقد التأمين (بن الرضاىة والشكلىة والعىنىة).

(٤٢) إذا شرعنا فى تقيىم نص المادة ٧٧٩ فى فقراته الثلاثة لوجدنا أن حكم الفقرة الأخيرة منه يثير نوعا من الاضطراب فى مضمون وهىكل النص برمته. فصياغة هذه الفقرة تقدم أكثر من احتمال لفهم المقصود من الحكم الذى وضعته بصفة عامة ولتحديد صفة عقد التأمين بصفة خاصة.

فالنص إذ يميز للمؤمن له أثبات انعقاد العقد بكل الطرق حتى ولو لم يكن قد تسلم الوثيقة المذكورة أو المؤقتة، فإنه يدل على أن العقد يمكن أن ينعقد قبل توقيع المؤمن عليهما، وإذا لم يكن المؤمن له قد تسلم أحد المحررين المذكورين، وكان لا يستطيع بالتالى أن يثبت أن المؤمن له قد وضع توقيعيه عليهما، فإن تسليمه إيصالا بدفع جزء من القسط يسمح له أثبات تمام العقد رغم عدم اتباع الاجراءات التى نص عليها القانون لانعقاده. وقد يفسر ذلك بأن قبض المؤمن لجزء من القسط يفيد قبوله للتعاقد مع المؤمن له، وهذا مجرد تطبيق لقاعدة امكان التعبير عن الارادة بأى طريق يدل عليها أو بأى موقف لا تدع ظروف الحال شكاً فى دلالة على حقيقة المقصود منه وفقا للمادة ٣٤ مدنى كويتى (١٣٩).

(١٣٩) كما أن تسليم المؤمن للمؤمن له إيصالا بقبض القسط يفيد انعقاد العقد وأن الأول قبض القسط باعتباره حقا تولد له من هذا العقد، وإذا كان هذا التفسير صحيحا فلا يكون المؤمن له فى حاجة بعد ذلك الى اثبات أن المؤمن قد وقع الوثيقة، وهو بعد أمر يصعب تقديم الدليل عليه طالما أن الوثيقة مازالت تحت يد المؤمن ولم يسلمها للمؤمن له. ومع ذلك، وكما سنرى فى المتن فإن إصال دفع القسط لا يكفى وحده طبقا للنص، لا يثبت انعقاد العقد.

ومن المتصور عملاً أن يتم العقد، حتى ولو لم يكن تحت يد المؤمن له وثيقة موقعة من المؤمن، إذا اتفق على جعله رضائياً أو على اعتباره عينياً لا يتم الإبدفع جزء من القسط المستحق، وهذا الاحتمال الأخير هو الذى يمكن أن يستفاد مما تنص عليه الفقرة الثالثة من المادة ٧٧٩ مدنى من وجوب تقديم المؤمن له ايضالاً بدفع جزء من مقابل التأمين ليتمكن بعد ذلك اثبات تمام العقد. وإذا صح هذا الاحتمال فإن التساؤل يثور عن فائدة الحكم الذى وضعه هذا النص فى فقرته الاولى والثانية والذى جعل به عقد التأمين عقداً شكلياً فى أصله، مادام أن ذات النص اجاز فى فقرته الثالثة الاتفاق على جعله رضائياً أو عينياً. ألم يكن من الاصول الأخذ بالطريقة العكسية؟ وهى الطريقة التى اخذ بها القانون المدنى الكويتى ذاته فى احكامه العامة لانعقاد العقد، والتى تجعل من الرضائية اصلاً فى انعقاد العقد إلا إذا اتفق العاقدان على تعليق انعقاده على توافر شكل معين، فيتلاقى بذلك منهج القانون الكويتى، فى خصوص التأمين، مع منهج كل من قانون التأمين الفرنسى والقانون المدنى المصرى .

(٤٣) ولم يقف الاضطراب الذى شاب صياغة النص عند خروجه غير متفق مع الاحكام العامة للعقد، بل ان صياغة الفقرة الثالثة تبرز عدم التجانس بين فقراته الثلاث. ذلك أن النص بعد أن جعل، فى فقرته الاولى والثانية العقد شكلياً يتوقف انعقاده على توقيع المؤمن للوثيقة أو المذكرة المؤقتة وتسليم أحدهما للمؤمن له، اذا به يأتى بحكم فى فقرته الثالثة، يفيد انعقاد العقد قبل تسليم أحد هذين المحررين للمؤمن له اذا قدم هذا الأخير ايضالاً بدفع جزء من الأقساط. وهو الأمر الذى قد يفيد أن القانون اعتبر عقد التأمين عقداً عينياً لا ينعقد إلا بدفع جزء من الأقساط. وبما يؤيد ذلك أن الفقرة الثالثة من المادة ٧٧٩ مدنى لم تجز للمؤمن له اثبات انعقاد العقد بكافة الطرق إلا اذا قدم ايضالاً بما دفعه من القسط، فإن لم يقدم ذلك فلا يقبل منه أى اثبات لأن العقد لم يستوف أصلاً اجراءات انعقاده ومنها تسليمه الوثيقة، حتى ولو اتفق على انعقاده قبل دفع المؤمن له لجزء من الأقساط.

وكذلك قد يقال أن النص اذ يميز اثبات انعقاد العقد بكل الطرق لمجرد أن المؤمن له استلم ايضالاً بدفع القسط، فإن هذا يحمل على الاعتقاد بأن التأمين قد انعقد فولد بذلك الالتزام بدفع القسط ولا يتصور بعد ذلك أن يكون تنفيذ هذا الالتزام ركناً فى العقد. ومع ذلك فلا يوجد ما يمنع من تعليق انعقاد التأمين على دفع جزء من القسط (كالقسط الاول)،

و يكون تقديم الايصال دليلا على واقعة الوفاء به فضلا عن تحقق الشرط المعلق عليه الانعقاد.

والواقع أن اىصال دفع القسط لا يعد، في تحريره أوفى تسليمه للمؤمن له، أداة لازمة لانعقاد التأمين، وهو لا يعدو أن يكون وسيلة من وسائل اثبات العقد. ولما كان الايصال ورقة مكتوبة فانه يتحقق بها شرط اثبات العقود التي تعد الكتابة (أو المحرر المكتوب) ركنا فيها (١٤٠). ومع ذلك فان تقديم الايصال غير كاف لاثبات انعقاد التأمين، بدليل أن الفقرة الثالثة تشير الى أن مجرد تقديم اىصال دفع القسط يميز اثبات تمام العقد بكافة الطرق، الامر الذى يجبر من هذا الايصال، فى اعتقادى مبدأ ثبوت بالكتابة يتعين تكملته بطرق الاثبات الأخرى.

ومما يدل على أن القانون المدنى لم يقصد تعليق التأمين على دفع جزء من القسط (القسط الاول) أنه نص (١/٧٩٥م) على أن القسط الأول يستحق وقت تمام العقد، وهو يعنى أن استحقاق هذا القسط يتم بعد انعقاد العقد، ولا يعقل أن يكون دفعه، بعد ذلك، ركنا لازما لانعقاده. ولكن من الممكن أن يتخذ من وقت دفع القسط الأول أجلا واقفا لسريان العقد، وهذا هو الذى يستفاد من المادة ٥/٧٩ التى تقضى بأنه اذا ارجىء سريان العقد، بمقتضى الوثيقة، الى مابعد أداء القسط الأول، فلا يجوز للمؤمن أن يتمسك بذلك الشرط اذا كان قد سلم للمؤمن له وثيقة التأمين قبل أداء القسط الأول (١٤١) ومؤدى هذا الحكم أن العقد ينعقد بمجرد تسليم الوثيقة للمؤمن له، تطبيقا للفقرة الأولى ٧٧٩ مدنى، ويبدأ فى السريان من هذا الوقت أيضا. واذا كان تسليم وثيقة التأمين يلغى اشتراط عدم سريان العقد الى مابعد دفع القسط الأول فانه يعدم، منطقيا، كل دور لدفع القسط الاول فى ابرام العقد.

(٤٤) وهكذا فبامكاننا أن نضيف احتمالا آخر لتفسير النص، وهو احتمال تستوعبه صياغة النص المضطربة، قوامه أن المشرع يشترط فى جميع الحالات توقيع العقد

(١٤٠) وهذا هو الذى قد يفسر ضرورة تقديم اىصال بدفع جزء من الاقساط، بصرف النظر عن قيمة القسط المدفوع أوحتى ولولم تبلغ قيمته نصاب الاثبات بالكتابة، فدل ذلك على أن تقديم الايصال مطلوب لاثبات العقد وليس لاثبات الوفاء بالقسط. فالاصل انه يجوز اثبات الوفاء بالقسط بكل الطرق مادام أن قيمته لم تبلغ نصاب الاثبات بالكتابة.

(١٤١) تعلل المذكرة الايضاحية هذا الحكم بأن تسليم الوثيقة للمؤمن له يعتبر قرينة على نزول المؤمن عن شرط الارجاع أو كدليل على أنه قبض القسط الأول فيبدأ العقد فى السريان.

لتمامه، فهو بذلك عقد شكلي في أصله، بحيث تنحصر فائدة الحكم الوارد في الفقرة الثالثة من النص في تمكين المؤمن له من اثبات تمام العقد بكافة الطرق تيسيرا عليه كما تقول المذكرة الايضاحية.

وكما هو واضح فان هذا التفسير الاخير يقوم على اساس أن صياغة النص واضحة في تطلب الشكل لذات انعقاد العقد، ولا يحتمل من ثم اعتبار الشكل متطلباً لأمر آخر غير الانعقاد. ولا يصح في رأينا القول بأن هناك شكاً حول الغرض من تطلب الشكل في عقد التأمين، وهو قول مفاده أنه ينبغي، طبقاً للمادة ٦٧ مدني، اعتبار هذا الشكل متطلباً لأمر آخر غير انعقاده، كاثباته أو بدء نفاذه أو سريانه. فصيغة النص واضحة لا تحتمل أى غموض، «ولا يتم العقد الا اذا وقع المؤمن على وثيقة التأمين وتم تسليم هذه الوثيقة الى المؤمن له» وليس هناك أوضح من هذه الصياغة للدلالة على أن النص يتكلم عن تمام العقد أي انعقاده وليس عن شئ آخر. وعلى العكس من ذلك فان نص المادة ٧٨٥ مدني حين يوجب أن تكون مدة التأمين مكتوبة بشكل ظاهر في الوثيقة لا يدل على أن هذا الشكل لازم لانعقاد التأمين، ولذلك يتعين تفسيره على أنه يتطلب الشكل لأمر آخر كاثبات مدة سريان العقد. ومما يؤيد ذلك أن النص التالي، وهو نص المادة ٧٨٦ مدني، يعالج بدء سريان التأمين فيقضى بأن مدة التأمين تبدأ من اليوم التالي لتمام العقد وتنتهى بنهاية اليوم الأخير منها.

(٤٥) واذا أردنا أن نحفظ لنص المادة ٧٧٩ مدني، في مجموعه، أركانه ونمسك عليه قوامه ونجعل له معنى متجانس الأطراف، فينبغي الأخذ بالتفسير الذي مؤداه أن هذا النص يتضمن قاعدتين — الأولى — تتعلق بانعقاد التأمين فتجعل ذلك متوقفاً على توقيع الوثيقة أو المذكرة المؤقتة من المؤمن وتسليم احدهما للمؤمن له، اما القاعدة الثانية فهي تتعلق بالاثبات، وقصد بها التيسير على المؤمن له الذي لا يوجد تحت يده المحرر الكتابي الذي تتجسد فيه شكلية العقد. ويلاحظ هنا أن القاعدة الأولى التي تجعل الكتابة ضرورية لانعقاد العقد كانت تقتضى منطقياً، اعتبار المحرر الكتابي المذكور لازماً لاثبات العقد ايضاً، لكن المشرع اكتفى تيسيراً على المؤمن له في الاثبات بتقديم إيصال بدفع جزء من الأقساط باعتباره مبدأً ثبوت بالكتابة يتعين تكملته بأدلة أخرى.

وهذه القاعدة الأخيرة تثير التساؤل عن سبب التيسير الذي قصد المشرع ان يمنحه

للمؤمن له، فهل يتجسد هذا السبب في ان المشرع أراد أن يعيد التوازن في العلاقة بين المؤمن والمؤمن له بعد أن أعتد أنه أجحف بهذا الأخير حين اعتبره مرتبطا بالعقد وملتزما بتنفيذ التزاماته التي يرتبها على عاتقه بمجرد تسلمه الوثيقة أو المذكرة الموقعة من المؤمن وقبل أن يوقعها المؤمن له؟

قد يقول قائل أن نص المادة ٧٧٩ مدني اذا يعلق انعقاد العقد على توقيع المؤمن وحده على الوثيقة او المذكرة المؤقتة فانه يكون قد حابي هذا الأخير على حساب المؤمن له، ففى حين أن المؤمن لا يرتبط بالعقد إلا من وقت وضع توقيعه عليه فإن الثاني يرتبط به قبل أن يضع هو توقيعه عليه. على أن في هذا القول تعميم يتوقف صحته على صفة العرض الذى تقدم به المؤمن له. والأقرب الى الصواب، في اعتقادي، هو القول بأن المشرع راعى، أو كان يجب ان يراعى، حكم القواعد العامة التي يؤدي تطبيقها إلى اعتبار المؤمن له، الذى قدم طلبا للتأمين موقعا منه ومتضمنا العناصر الأساسية لعقد التأمين، قد عبر عن ارادة حقيقية في الارتباط بالمؤمن متى اتصلت هذه الارادة بعلم هذا الأخير (م ٣٦ / ١، ٣٩ مدني كويتي)، و يرتبط ارتباطا نهائيا بإيجابه متى اقترن به قبول المؤمن (م ٤١ مدني كويتي) (١٤٢). وهكذا فإن المؤمن له لا يرتبط بالعقد إلا بناء على ارادة صادرة منه ومعتبرة قانونا. اما ان المشرع استلزم في التعبير عن ارادة المؤمن شكلا معيناً فهذا أمر آخر لا يفيد ارتباط المؤمن له بدون ارادته. بل لقد ذهب المشرع الكويتي الى أبعد من ذلك، وبالمخالفة

(١٤٢) وقضى بأن العقد ينعقد، في القانون الفرنسي، بمجرد اتصال قبول المؤمن بعلم المؤمن له ولورفض هذا الأخير توقيع الوثيقة: مدني فرنسي ١٩٧٨/٣/٢١ - جازيت دواليه ١٩٧٨ - ٢ - المختصرات ص ٢٤٧، ولذلك يلتزم المؤمن له بدفع القسط المستحق ولو أنه لم يوقع بعد على الوثيقة التي سلمها له المؤمن نقض مدني فرنسي ٩/١/٤ - جازيت دواليه ١٩٧٩ - ١ - المختصرات ص ٢٠٢، وفي المقابل يضمن المؤمن الخطر حتى ولو تحقق قبل توقيع المؤمن له على الوثيقة نقض مدني فرنسي ١٩٧٨/٢/١٥ - جازيت دواليه ١٩٧٨ - المختصرات ص ١٤٣. وقضت دائرة التمييز الكويتية (١٩٨٢/٢/٣) - مجموعة القواعد من ١٩٨٢/٢/١ - ١٩٨٢/٤/٣٠ - العدد ١١ - على الاستنسل - ص ١٣) أن عقد التأمين ينعقد وينتج أثره في ظل قانون التجارة السابق دون حاجة الى توقيع المؤمن له على الوثيقة أو على شروطها متى عبر المؤمن عن قبوله للطلب الموقع من المؤمن له الذى يقدمه الى المؤمن واتصل هذا القبول بعلم المؤمن له. وانظر في أن عدم توقيع المؤمن له قرين بند وارد بالوثيقة بتعلق باقراره باطلاعه على شروطها ولملحقها يفيد عدم علمه بهذه الشروط فلا يحتج بها عليه، استئناف كويتي (تجاري) ١٢/٢٧/ ١٩٨١ في الطعن رقم ١٩٨٤/١٩٨١ - غير منشور.

للقواعد العامة فى القوة الملزمة للإيجاب المقترن بميعاد للرد عليه (م ٢/٤١ مدنى)، حين نص فى صدر المادة ٧٧٩ مدنى على أن طلب التأمين وحده لا يلزم المؤمن له وبذلك يستطيع المؤمن له ان يسحب إيجابه ولو كان باتا مادام المؤمن لم يصدر منه قبول لطلب التأمين، ولا يلتزم المؤمن له، من ثم، بأن يبقى على الإيجاب الصادر منه خلال المدة المعقولة التى يمكن للمؤمن ان يعبر عن ارادته فيها.

أما اذا لم يصدر من المؤمن له ما يمكن اعتباره إيجابا باتا ملزماً له، واعتبر الطلب الذى قدمه مجرد استعلاء عن شروط التأمين أى مجرد عرض تهيدى للتعاقد لا يرتبط به، فلا يمكن اعتبار العقد منعقدا بمجرد توقيع المؤمن للوثيقة وتسليمها للمؤمن له، لغياب ارادة المؤمن له، ولذلك فإن العقد لا ينعقد فى هذه الحالة إلا اذا ارتبط الإيجاب الذى عبر عنه المؤمن فى الوثيقة الموقعه منه والتى سلمها للمؤمن له، بقبول هذا الأخير.

ولعلنا لاحظنا أن هذه الحالة الأخيرة تفيد أن ارادة المؤمن التى عبر عنها فى وثيقة التأمين، لا تعتبر فى جميع الأحوال قبولا، ففى الحالة التى يعتبر فيها طلب التأمين الذى قدمه المؤمن له مجرد طلب استعلاء عن شروط التأمين، فإنه إذا ضمن المؤمن وثيقة التأمين تلك الشروط وأرسلها للمؤمن له، فإن هذا العمل يعد من جانبه إيجابا، ولا ينعقد العقد فى هذه الحالة إلا إذا عبر المؤمن له عن قبوله لذلك الإيجاب واتصل هذا القبول بعلم المؤمن (١٤٣). كذلك فى الحالة التى يعتبر العرض الذى قدمه المؤمن له إيجابا، فإنه إذا أدخل المؤمن على هذا الإيجاب بعض التعديلات صاغها فى وثيقة التأمين، لما اعتبر هذا قبولا بل أنه يعد إيجابا جديدا صادرا من المؤمن، وللمؤمن له حرية قبول أو رفض هذه التعديلات (١٤٤). ولقد اعترف المشرع الكويتى فى القانون المدنى بإمكان اعتبار ارادة المؤمن، التى عبر عنها فى وثيقة التأمين إيجابا حين نص (م ٧٨٠) على أنه اذا لم يطلب المؤمن له تصحيح الشروط المدونة بالوثيقة وفقا لما تم الاتفاق عليه فى مدى ثلاثين يوما من وقت تسلم الوثيقة اعتبر ذلك قبولا منه لهذه الشروط.

(١٤٣) بيكاروبيسون ف ٤٩ ص ٨٧، عبد المنعم البدرأوى، العقود المسماة الايجار والتأمين، القاهرة، ١٩٦٨، ف ١٩٠ ص ٢٦٩.

(١٤٤) بيكاروبيسون ف ٤٩ ص ٨٥، البدرأوى ف ١٩٠ ص ٢٦٧، عبد الحى حجازى، التأمين، القاهرة، ١٩٥٨، ف ١٥٣ ص ١٥٣.

وهنا يتعين أن نشير إلى أن القانون الجديد، حينما استلزم إفراغ إرادة المؤمن أو التعبير عنها في شكل معين، إنما كان يواجه الفرض الذي تتمثل فيه إرادة المؤمن قبولاً للطلب المقدم من المؤمن له (م ٧٧٩/١، ٢). ومن هنا يمكن لنا أن نستنتج أن الشكل الذي استلزمه القانون المدني للتعبير عن قبول المؤمن لا يسرى على الحالة التي يصدر فيها الإيجاب من المؤمن والقبول من المؤمن له. يؤيد ذلك أن التعبير عن الإرادة في شكل معين يعتبر استثناءً على القاعدة العامة (م ٣٤، ٦٥ مدني) ويتعين من ثم عدم التوسع في هذا الاستثناء. ولعل هذا الاستنتاج هو الذي تقتضيه الحكمة من فرض اتباع الشكلية في انعقاد التأمين، فما هي هذه الحكمة إذن؟

ثانياً: الحكمة من فرض الشكلية

(٤٦) يتضح مما تقدم أن المؤمن له لا يرتبط في جميع الحالات، إلا بإرادة معتبرة قانوناً صادرة منه، وأن القانون الجديد لم يتطلب لانعقاد العقد صدور هذه الإرادة في شكل معين وهاهنا يدور البحث عن السبب الحقيقي الذي دعا المشرع إلى تقييد التعبير عن إرادة المؤمن (القبول) بشكل معين في حين أنه أطلق صدور التعبير عن إرادة المؤمن له سواء كانت إيجاباً أو قبولاً، من كل قيد شكلي.

بالإضافة إلى الفرض الأساسي لاستيفاء شكلية بعض العقود، في القانون الحديث وهو تنبيه المتعاقدين إلى وجه الخطر فيما هم مقدمون عليه من تعاقد (١٤٥)، فإن الحكمة في تعليق انعقاد التأمين على التوقيع على الوثيقة تتجسد في الرغبة في تحديد موعد قيام العقد على وجه الدقة (١٤٦) وهو الوقت الذي يبدأ فيه ارتباط التعاقد على أساس الشروط الواردة في المحرر الموقع عليها، فلا يجوز لأحد منهما بعد التوقيع عليها، المنازعة فيها (١٤٧).

(١٤٥) السنهوري ج ١ ف ٤٨ ص ١٦٣. وهذا هو السبب في أن القانون يوجب إبراز بعض الشروط (بنود الوثيقة) بشكل ظاهر في وثيقة التأمين، ليلفت نظر المؤمن له إلى أهمية وخطورة مثل هذه الشروط (كشروط البطلان أو الوثيقة).

(١٤٦) وتبرز أهمية تحديد هذا الوقت في عدة نواح، ففي هذا الوقت يتم تقدير مدى توافر الأهلية اللازمة لإبرام العقد، وما إذا كان الخطر قد تحقق أو زال فإن ثبت تحققه أو زواله قبل هذا الوقت وقع العقد باطلاً لانعدام محله (م ٧٧٧ مدني كويتي) كما أنه على أساس هذا الوقت يتحدد القانون الواجب التطبيق على العقد في الزمان والمكان: البدراوى ف ١٨٩ ح ٢٥٩.

(١٤٧) بيكار وبيسون ف ٩٠ ص ٨٤، السنهوري ج ٢/٧ ف ٥٩٠ ص ١٢٠٢.

كذلك فان تحديد وقت تمام العقد يفيد في تحديد بدء سريانه، و يتحدد به بالتالى موعد بدأ سريان التزام المؤمن بالضمان، فالاصل، وفقا للقانون المدنى الكويتى (م١/٧٨٦)، أن يبدأ سريان التأمين وحساب مدته من أول اليوم التالى لتتمام العقد و ينتهى سريانه بنهاية اليوم الأخير من هذه المدة، وبذلك يكون بدء سريان التأمين منضبطا تماما كما تقول المذكرة الايضاحية.

واذا كانت الحكمة التى اقتضت اشتراط توقيع المؤمن على الوثيقة وتسليمها للمؤمن له هو قطع دابر كل منازعة حول الوقت الذى يتم فيه العقد، فان ذات الحكمة كان يمكن أن تتحقق على نحو آكد وأشمل اذا اشترط ايضا لتتمام العقد توقيع المؤمن له على الوثيقة التى تسلمها موقعة من المؤمن، أو اذا كان العقد لا ينعقد الا فى تاريخ التوقيع الاخير على الوثيقة (١٤٨). ولكن يلاحظ هنا أنه فى الحالات التى يصدر فيها القبول من المؤمن له، وهى حالات أشرنا اليها فيما سبق، فان العقد لا ينعقد الا فى الوقت الذى يتصل فيها هذا القبول بعلم المؤمن وهو الموجب (م٣٦/١، ٤٩ مدنى كويتى). ومؤدى ذلك ان الحكمة التى اقتضت فرض شكل معين يجب أن يفرغ فيه قبول المؤمن باعتباره التعبير الاخير عن الارادة والذى يكتمل به العقد، كانت تقتضى ايضا فرض ذات الشكل على التعبير عن ارادة المؤمن، له اذا كان تاليا فى الوجود على التعبير عن ارادة المؤمن، أى فى الحالات التى يصدر فيها القبول من المؤمن له، ولا يتم العقد فى هذه الحالات إلا فى الوقت الذى يصل فيه الى علم المؤمن توقيع المؤمن له على الوثيقة. ولعل اتباع هذا الشكل، فيما يتعلق بالتعبير عن ارادة المؤمن له، هو الذى يحقق أحد أغراض الشكلية وهو تنبيه العاقد (المؤمن له) الى خطورة التعاقد.

وكما هو ظاهر فان هذه الحكمة تقتضى لتحقيقها أن يصدر من المؤمن له ما يعد تعبيراً ملزماً له يمكن أن يرتبط به قانوناً. ولما كان القانون المدنى الجديد (م١/٧٧٩) لا يعتبر طلب التأمين ملزماً للمؤمن له فى جميع الاحوال (١٤٩)، و يقضى، فى ذات النص، بتمام

(١٤٨) السهورى المرجع والمكان السابقان.

(١٤٩) وذلك بالمخالفة للقاعدة فى الزامية الاجاب المقترن ببعاد للقبول (حدده الموجب أو اقتضته ظروف الحال أو طبيعة المعاملة - م ٢/٤١ مدنى كويتى) وللقاعدة العامة فى الزامية الاجاب فى التعاقد بالمراسلة (م ١/٤٨ مدنى كويتى).

العقد بتوقيع المؤمن على الوثيقة وتسليمها للمؤمن له، مما مؤداه أن هذا الأخير يرتبط به من هذا الوقت قبل أن يوقع هو على الوثيقة، فانه يكون بذلك قد خالف في الظاهر، المنطق القانوني الذي أخذ به القانون الجديد ذاته والذي يقضى بعدم انعقاد العقد والتزام طرفيه به الا اذا صدر منهما تعبير بات معتبر قانوناً يمهّد لارتباط الإيجاب بالقبول (م ٣١ — ٣٣، ٤٧ مدنى كويتى). ولقد قلنا أن المخالفة المشار إليها انما هى مخالفة ظاهرية لأن الإيجاب قد يكون باتاً (يتضمن عزم صاحبه على ابرام العقد بمجرد أن يقبله الموجب له، ٣٩ مدنى كويتى). ولكنه غير ملزم (مادام أن للموجب خيار الرجوع في إيجابه قبل أن يقتصر به القبول، م ٤١ مدنى كويتى (١٥٠)). فمن الممكن أن يقال أن الإيجاب الذى صدر من المؤمن له، في صورة طلب التأمين مثلاً، واذ كان غير ملزم له، فيجوز له الرجوع فيه، إلا أنه يحسد ارادة حقيقية لديه في التعاقد، فاذا لم يعدل من ارادته هذه التى تعتبر إيجاباً باتاً، وأدركه قبول المؤمن فاقترن به، فان العقد ينعقد، بالرغم من أن ارادة المؤمن التى عبر عنها لم تكن ملزمة له في أصلها. ولا يلزم لانعقاد العقد، بعد ذلك أن يوقع المؤمن له على الوثيقة التى لاتعد، بالنسبة اليه، الا اثباتاً للعقد السابق انعقاده. ولقد اشارت المذكرة الايضاحية لنص المادة ٧٧٩ مدنى كويتى الى هذا التحليل حين قالت «أن توقيع المؤمن له على الوثيقة ليس ضرورياً، ذلك أنه قد وقع على طلب التأمين الذى يعتبر من جانبه إيجاباً باتاً» ولقد كان منطق هذا القول يقضى باشتراط توقيع المؤمن له على الوثيقة ولكى يتم العقد في الحالات التى يعد فيها التعبير عن ارادته بمثابة قبولاً للإيجاب الصادر من المؤمن وحين لاتجتمع لطلب لتأمين المقومات القانونية اللازمة لاعتباره إيجاباً باتاً.

واذا كان المؤمن له لا يرتبط هكذا بدون ارادته وكان القانون قد خرج على مقتضى القواعد العامة في التعاقد بالمراسلة حين لم يلزم المؤمن له بإيجابه، الصادر منه في صورة طلب التأمين، إلا من وقت تسلمه الوثيقة الموقعة من المؤمن فانه في مقابل ذلك كان ينبغي ألا يلتزم المؤمن ايضاً بإيجابه الذي صدر منه في صورة وثيقة التأمين الا من الوقت الذي يصل فيه الى علمه توقيع المؤمن له على الوثيقة.

(١٥٠) السهري ج ٢/٧ ق ٥٧٩ ١١٨١.

ثالثا : تحرير وثيقة التأمين كأداة للاثبات

(٤٧) وفي ضوء ماتقدم فإن السؤال الجوهرى الذى يعرض هنا هو، هل تحديد الوقت الذى يبدأ فيه ارتباط طرفى العقد به يقتضى بالضرورة فرض اجراء شكلى كالتوقيع على الوثيقة، فيتوقف على اتخاذه انعقاد العقد؟ ألم يكن يكفى لمنع المنازعة فى تاريخ انعقاد العقد جعل الكتابة مجرد شرط لاثبات هذا التاريخ وليس شرط لانعقاد العقد؟ ألم يكن يكفى النص، تطبيقا للقواعد العامة، على أن التأمين ينعقد فى الوقت الذى يصل فيه قبول أحد المتعاقدين لعلم التعاقد الآخر (الموجب) بأى طريقة، وبحيث يقع على من له مصلحة فى انعقاد العقد فى هذا الوقت أن يشته كتابة؟

وفى اعتقادى أنه لم يكن هناك مايدعو المشرع الى الخروج على مبدأ الرضائية، كما أنه لا يوجد فى طبيعة عقد التأمين ما يقتضى أن يتولى المشرع بنفسه فرض اجراء شكلى معين يتعين أن تفرغ فيه ارادة المتعاقدين أو أن يعبر عنها فى هذا الشكل كشرط لانعقاده. صحيح أن التأمين يتضمن شروطا متعددة ويسرى أثره لمدة قد تكون طويلة يتعدى أثره، فى بعض الأحوال الى الغنى الامر الذى قد يبرر اتخاذ بعض الاجراءات لحماية حقوق العاقدین وغيرهم. غير أن هذا الأمر، وإن تطلب اعداد وسيلة فعالة فى اثبات ماوقع عليه التعاقد (١٥١)، يمكن التوصل اليه بجعل الكتابة شرطا لاثبات العقد، بحيث يترك لعناية اطرافه اختيار أو اعداد الوسيلة المناسبة للاثبات. وإذا كان تسلم المؤمن له للوثيقة يعتبر الوسيلة المعتادة لعلمه بقبول المؤمن، وبالتالي الدليل النهائي على التعاقد، الا أنها ليست الوسيلة الوحيدة المتصورة، فيمكن أن يتم ذلك بمجرد كتاب أو برقية يتضمنان قبول المؤمن، لينعقد العقد فى وقت وصول القبول الى علم المؤمن له، وهو وقت يسهل تحديده اذا كان الكتاب أو البرقية بعلم الوصول (١٥٢). وإذا كان لا يجوز اثبات عقد التأمين بالبيئة (١٥٣) فى حالة ما اذا نص القانون على أن هذا الاثبات يكون بوثيقة التأمين أو مذكرة التغطية المؤقتة (١٥٤)، فانه يجوز مع ذلك اثباته بأية ورقة مكتوبة (١٥٥).

(١٥١) السنهورى ف ٥٩٠ ص ١٢٠٠، بىكاروبيسون ف ٥٢ ص ٨٩.

(١٥٢) ليون ١٩٧٥/٦/٤ - المجلة العامة للتأمين البرى ١٩٧٦ - ٤٩٧.

(١٥٣) نقض مدنى فرنسى ١٩٧٨/٥/١٠ - جازيت دوباليه ١٩٧٨ - ٢ - المختصرات ص ٣٦٩.

(١٥٤) وهذا هو الحال فى قانون التأمين الفرنسى (م ٣/١١٢ من قانون التأمينات).

(١٥٥) وهذا ماأخذ به قانون الموجبات والعقود اللبنانى (م ٩٦٣) كايصال دفع القسط: نولوز ٢٢/١٢/١٩٦٩ - دالوز ١٩٧٠ - قسم المختصرات ص ١٨٢.

ولم يصل الى اسماعنا بعد، أولغيرنا فيما نعتقد، أن عقد التأمين البرى أثار مشاكل خاصة فى الكويت اقتضت، على خلاف الحال فى القانون المدنى المصرى وقانون التأمين الفرنسى، خروجه على القاعدة العامة فى رضائية العقود، التى أخذ بمقتضاها القانون الفرنسى على الرغم من المشاكل المعقدة التى أثارها هذا العقد والتى برزت فى الاحكام العديدة للقضاء الفرنسى. ولقد اكتفى المشرع الفرنسى للتخفيف من حدة هذه المشاكل، باشتراط اثبات العقد بالكتابة، دون أن يصل الى جعل الكتابة ركناً فى العقد. وكذلك فان واضعى القانون المدنى المصرى لم يقتنعوا بجدوى النص الذى كان وارداً فى مشروعه التمهيدى (م ١٠٤٨م)، والذى كان يقضى بأن عقد التأمين لا يتم الا اذا وقع طرفاه على وثيقة التأمين وتم تسليم هذه الوثيقة للمؤمن له، على اعتبار أن هذا النص يتعلق بجزئيات يحسن تنظيمها بقوانين خاصة اذا استدعت الظروف ذلك (١٥٦).

(٤٨) ويتضح لنا مما تقدم أنه اذا كان فى خصوصيات عقد التأمين ما يقتضى التثبيت على وجه الدقة من ميعاد قيامه وسريانه من ناحية وتنبية أحد العاقدين (وهو المؤمن له غالباً) الى خطورة بعض الشروط المدرجة فيه من ناحية أخرى، فإن هذه الاعتبارات لا تكفى لجعل العقد، فى مجموعه، عقداً شكلياً، بل كان يكفى لتحقيق الغرض الاول جعل الكتابة مجرد شرط لاثبات انعقاد العقد (١٥٧).

أما بالنسبة للغرض الثانى فانه يكفى النص على بطلان الشروط (البنود) التى تهدد المؤمن له فى حقوقه (كشرط البطلان أو السقوط)، أو عدم الاحتجاج بها عليه، اذا لم يتبع فى شأنها الشكل الذى ينص عليه القانون، على ألا يؤدي بطلان مثل هذه الشروط الى بطلان العقد كله. ونستطيع أن نجد، فى قانون التجارة البحرية الكويتى، الدليل العلمى والعمل لتصورنا هذا، كما أننا نجد فيه، فى نفس الوقت، مظهراً جديداً لعدم التنسيق بين القوانين التى تعالج موضوعاً واحداً.

فرغم الاهمية البالغة للتأمين البحرى فى مجال التجارة الدولية والنقل البحرى والمشاكل الكثيرة التى يثيرها، فلم يرقانون التجارة البحرية الكويتى (مرسوم بقانون رقم

(١٥٦) مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٥ ص ٣٢٦، ٣٢٧ فى الهامش.

(١٥٧) وبالنسبة لاثبات ميعاد سريان التزام المؤمن بالضمان، فاذا ادعى المؤمن له أن الخطر قد تحقق فى وقت يدخل فى مدة سريان العقد تعين عليه أن يثبت ذلك بالكتابة.

٣٨ لسنة ١٩٨٠م)، مع ذلك، ضرورة لجعل عقد التأمين البحري عقدا شكليا، بل اكتفى بجعل الكتابة مجرد شرط لاثباته (م ١/٢٦٨). وإذا كان هذا القانون قد ذكر البيانات التي تشتمل عليها وثيقة التأمين (م ١/٢٧١)، وأوجب أن يوقع المؤمن أو من يمثله على وثيقة التأمين (م ٢/٢٧١)، فإن هذا لا يكفي، في ذاته لجعل العقد شكليا. ولو أراد هذا القانون جعل العقد شكليا لنص على ذلك صراحة أو لنص على بطلانه إذا لم يشتمل على هذه البيانات. ولعلنا نجد في ابطال قانون التجارة البحرية الكويتي لبعض الشروط (١٥٨) التي لا تظهر بشكل بارز في الوثيقة (م ٢/٢٦٩، ٣/٣٧٢)، ما يدل على أن هذا القانون لو أراد أن يجعل من تحرير الوثيقة ومن اشتغالها على قائمة البيانات التي ذكرها، هي بعد لا تتضمن كل البيانات التي يتصور أن تشتمل عليها الوثيقة، ركنا في العقد لنص على بطلانه إذا لم يتحقق ذلك تماما كما فعل بالنسبة للشروط المشار إليها آنفا.

والواقع أن قانون التجارة البحرية ينظم وثيقة التأمين باعتبارها اداة للاثبات لا كركن في العقد، يؤيد ذلك أن المذكرة الايضاحية لهذا القانون حرصت، في مقدمتها، على أن تشير الى أن مشروع القانون اتخذ منهاجا واحدا فيما يتعلق باثبات عقود النقل والتأمين البحري، فأوجب اثباتهما بالكتابة (١٥٩). وإذا رجعنا الى النصوص التي خصصها هذا القانون لعقد النقل البحري لوجدنا أنها تقضى صراحة بأنه «يثبت عقد النقل البحري بسند الشحن» بالنسبة لنقل البضائع (م ١/١٧٦) أو محرر رسمي يسمى تذكرة السفر بالنسبة لنقل الاشخاص (م ١/٢٠٣)، ثم يذكر هذا القانون البيانات التي يجب أن يشتمل عليها هذان المحرران (م ٢/١٧٦، ٢/٢٠٣). وينبغي أن نشير هنا، بصفة خاصة الى أن سند الشحن يجب أن يكون موقعاً من الناقل أو من ينوب عنه (م ٢/١٧٦)، حتى يمكن التمسك به كاداة اثبات، وهو الامر الذي يدل على أن وجوب توقيع المؤمن على وثيقة التأمين (٢/٢٧١) تجارة بحرية) ليس الا شرطاً، مثله في ذلك مثل التوقيع على سند الشحن، لا اكتمال القوة الاثباتية لهما.

(١٥٨) وهي تتعلق بالبطلان والسقوط والتحكيم، وهي ذات الشروط التي عالجها القانون المدني (م ٧٨٢).
(١٥٩) ويتضح اعتبار الكتابة اداة للاثبات من تقريب نص المادة ١/٢٦٨ تجارة بحرية (لا يجوز اثبات عقد التأمين الا بالكتابة) من نص المادة ١١٧ من نفس القانون (لا يجوز اثبات عقد العمل البحري الا بالكتابة. ومع ذلك اذا لم يكن العقد مكتوباً جاز للبحار وحده اثباته بكافة الطرق) حيث يظهر جليا أن الكتابة ليست شرط لانفاذ.

وإذا اثبت ذلك فإن المرء تصيبه الحيرة عند محاولة معرفة السبب الذي استدعى معاملة الكتابة معاملة مختلفة بين قانون التجارة البحرية والقانون المدني، فهي في ظل الأول مطلوبة للاثبات حين أن الثاني يستلزمها لانعقاد العقد (١٦٠). ولا يوجد، في تقديرنا، في اختلاف الخطر في التأمين البري عن الخطر، في التأمين البحري من حيث الطبيعة ما يقتضي التشدد في انعقاد الأول. وإذا كان ثمة ما يدعو الى التشدد فالأولى أن يكون ذلك في نطاق التأمين البحري نظرا لما يحيط الخطر المضمون فيه من ظروف معروفة.

رابعاً: ملحق وثيقة التأمين ومبدأ الرضائية

(٤٩) وإذا كانت القاعدة التي جاء بها القانون المدني الكويتي، والتي جعل بها التأمين عقداً شكلياً غير موقفه سواء في صياغتها أو في مضمونها على النحو السابق بيانه، فإن هذا القانون أتى بقاعدة أخرى، تتعلق هذه المرة بأحد الاتفاقات المعدلة لاحكام عقد التأمين أو آثاره ونعني به ملحق الوثيقة، تفيد ان القانون المدني الجديد لم يهجر كلية مقتضيات مبدأ الرضائية في كل ما يتعلق بعقد التأمين. فهذه القاعدة الأخيرة (م ١/٧٨٩ مدني) تكتفي لتعام الاتفاق على التعديل، الذي يطلبه المؤمن له بكتاب موصى عليه يرسله الى المؤمن، مجرد سكوت المؤمن عن الرد عليه خلال مدة معينة. وهنا ايضا يثور التساؤل عن مدى اتفاق هذه القاعدة الخاصة مع القواعد العامة التي وردت في القانون المدني ضمن نصوصه المخصصة لشكل العقد، والتي تستلزم مراعاة نفس الشكل، الذي يتطلبه القانون أو الاتفاق لقيام العقد، في الاتفاقات اللاحقة المعدلة لآثاره (م ٦٩ مدني) (١٦١).

(١٦٠) ويبدولنا أن هذا الامر مرجعه عدم التنسيق بين هذين القانونين، والا فما هو المنطق الذي يفسر معاملة المشرع في بلد واحد لشرط التحكيم معاملة مختلفة بحسب وزوده في تأمين بحري أو تأمين بري، فهو في الاول يجب أن يكون مكتوباً بحروف أكثر ظهوراً أو أكبر حجماً في الوثيقة (إذا ورد ضمن الشروط العامة) وجزاء عدم مراعاة هذا القيد هو عدم الاحتجاج بالشرط على المؤمن له (م ٧٨٢ مدني) أما في التأمين البحري فيتعين أن يرد شرط التحكيم في صورة اتفاق منفصل عن الشروط العامة وجزاء عدم مراعاة هذا القيد هو بطلان الشرط (م ٣/٣٧٢ تجارة بحرية).

(١٦١) وفي مقابل هذه القاعدة التي تعتبر سكوت المؤمن عن الرد قبولا، توجد قاعدة أخرى تعتبر سكوت المؤمن له قبولا، وهي القاعدة التي تضمنتها المادة ٨٧٠ التي تعتبر المؤمن له قابلاً للشروط المدونة بالوثيقة، التي لا تطابق ماتم الاتفاق عليه، اذا لم يطلب تصحيحها خلال ثلاثين يوماً من وقت تسلم الوثيقة. وعلى عكس القاعدة الاولى (١/٧٨٩) المتعلقة بسكوت المؤمن فإن القاعدة الثانية (م ٨٧٠) يمكن فهمها بسهولة ازاء عدم تقييد القانون الجديد التعبير عن ارادة المؤمن له بشكل معين.

يلاحظ في البداية أن نص المادة ٦٩ مدني يستثنى من حكمه الحالات التي يقضي فيها القانون بحكم مخالف أو التي تسمح فيها طبيعة المعاملة بعدم مراعاة الشكل الذي يتطلبه القانون لقيام العقد الاصيل. وعلى هذا الاساس يمكن تفسير النص الذي أتى به القانون الجديد، وفي خصوص الاتفاق على تعديل وثيقة التأمين الاصلية، والذي يعتبر بمقتضاه عدم رفض المؤمن لطلب المؤمن له تعديل العقد خلال عشرين يوما من وقت وصول الطلب المرسل اليه بكتاب موصى عليه، قبولاً من جانب المؤمن لهذا الطلب (١/٧٨٩م). فكان القانون قد استعمل الاستثناء الذي أورده على شكلية العقد والاتفاقات المعدلة له، فأثنى بالحكم السابق بيانه، والذي يشير من طرف خفي الى أن عقد التأمين عقد رضائي في أصله (١٦٢)، وهو ما يبرر اعتبار السكوت عن الرد على الإيجاب فيه تعبيراً عن القبول (١٦٣). وإذا كان هذا الحكم، وهو مأخوذ من قانون التأمين الفرنسي، مفهوماً في ظل هذا القانون الذي اعتبر التأمين عقداً رضائياً في الأصل، فكيف لنا أن نفسر استعارة القانون المدني الكويتي لهذا الحكم في الوقت الذي اتبع فيه منهجاً آخر فيما يتعلق بانعقاد التأمين حيث جعله عقداً شكلياً في الأصل.

ويمكن أن نقدم تفسيراً آخر لخروج القانون المدني، في خصوص ملحق الوثيقة، على مبدأ شكلية الاتفاقات المعدلة للعقود الشكلية، قوامه أن القانون استثنى من هذا المبدأ الحالة التي تسمح فيها طبيعة المعاملة بعدم مراعاة الشكل الذي يتطلبه القانون في انعقاد العقد (م ٦٩ مدني). ويمكن أن نجد مثلاً لذلك، أشارت اليه المذكرة الايضاحية، في الحالة التي يتطلب فيها القانون الشكل في العقد لحماية الطرف الضعيف فيه، وتطبيقاً لذلك فإذا كانت التعديلات التي طلب المؤمن له، وهو الطرف الضعيف في عقد التأمين، ادخالها على الوثيقة

(١٦٢) ورد الحكم الذي اخذ به القانون المدني الكويتي في خصوص تعديل العقد في قانون التأمين الفرنسي (٢/١١٣م) من قانون التأمينات - فيما عدا شرط المدة فهي في هذا القانون الاخير عشرة ايام) ويذهب الفقه والقضاء في فرنسا الى أن هذا الحكم يدل على الطابع الرضائي لعقد التأمين : بيكار وبيسون ف ٤٦ ص ٧٧، أما ما يتطلبه النص من ارسال طلب التعديل في كتاب موصى عليه فهو ليس الا وسيلة للاثبات: نقض فرنسي (عرافس) ١٩٤٣/٧/١ - د الوز الانتقادي ١٩٤٣ - ٥٧، نقض مدني فرنسي ١٩٦٧/١١/٦ - د الوز ١٩٦٨ - ٦٣ باريس ١٩٧٣/٥/٢٨ - جازيت دوباليه ١٩٧٣ - ٢ - ٩٢٠، وكانت المادة ١٠٦٢ من المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري تأخذ بالحكم الوارد بالنص الفرنسي قرب مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٥ ص ٢٣٥.

(١٦٣) السنهوري، الوسيط ج ١ ص ١٨٩ هـ.

الاصولية تتضمن نفعا محضا له، فانه لا يلزم في الاتفاق عليها مراعاة الشكل الذى فرضه القانون لانعقاد العقد الاصلى. على أن صحة مثل هذا التفسير تقتضى، كما هو ظاهر، اثبات أن الشكل الذى يتطلبه القانون لانعقاد التأمين كان المقصود منه حماية المؤمن له وحده، وهو الامر الذى قد يصعب التسليم به ازاء عدم فرض القانون المدنى للشكل الا فيما يتعلق بالتعبير عن قبول المؤمن وحده. وبما قد يؤيد ذلك أن الفقرة الثانية من المادة ٧٨٩ مدنى لا تكفى بسكوت المؤمن عن الرد على طلب المؤمن له بالتعديل اذا كان هذا الطلب يتعلق بزيادة مبلغ التأمين أو كان قرار المؤمن يعتمد على فحص طبي، ففى هذه الحالات لا يعتد الا بالموافقة الفعلية للمؤمن.

لذلك فان الاقرب الى الصحيح هو الاخذ بالتفسير الذى مؤداه أن القانون المدنى رجع الى الاصل العام فى رضائية العقود، وهو تفسير يثنى مع ذلك، الكثير من علامات الاستفهام حول ذلك المنطق الذى فرض مراعاة الشكل فى انعقاد عقد التأمين الاصلى، والا فما هو الاعتبار الذى حدا بالقانون الجديد الى استثناء ملحق الوثيقة من الشكلية.

والواقع أن محاكاة القانون المدنى الكويتى للقانون الفرنسى، فى الاعتداد بالسكوت كتعبير عن ارادة المؤمن، لم تكن موفقه لاختلاف منهج كل منهما فى خصوص كيفية انعقاد التأمين، فعلى حين أنه يكفى فى القانون الفرنسى، بمجرد التعبير عن ارادتين متطابقتين بأى طريقة، كالسكوت بالنسبة للقبول فان القانون المدنى الكويتى يشترط لتمام العقد اتباع شكلية معينة يتعين أن تفرغ فيها ارادة المؤمن. فاذا اكتفى القانون الكويتى بسكوت المؤمن كوسيلة للتعبير عن قبوله لتعديل العقد فان هذا يعد استثناء على منهجه الاصلى، وليس امتدادا طبيعيا له كما هو الحال فى القانون الفرنسى، ويتعين من ثم أن يستند هذا الاستثناء الى اعتبار قوى لم نستطع ان ننبينه.

وفى اعتقادي ان التفسير الصحيح للاخذ بهذا الاستثناء هو مجرد محاكاة القانون الفرنسى بالرغم من أن هذه المحاكاة لا تستند الى اساس سليم كما سبق البيان. ونستطيع ان نجد أثر هذه المحاكاة فى المذكرة الايضاحية حين تقول، وهى بصدد شرح مراحل ابرام عقد التأمين، أن ملحق الوثيقة «يخضع فى اثباته للقواعد العامة كما يسرى عليه كل ما يسرى على عقد التأمين من احكام». ومن الواضح أن هذه العبارة، وهى اقرب الى شرح منهج القانون الفرنسى والقانون المدنى المصري،

لا يمكن ان تعبر عن الاحكام الاستثنائية التي عالج بها القانون المدني الكويتي كلا من الوثيقة الاصلية وملحقها .

(٥٠) يخلص لنا مما تقدم ان القانون المدني الجديد حين استلزم، لتمام عقد التأمين، مراعاة شكل معين في التعبير عن ارادة المؤمن اذا تمثلت قبولا للايجاب الصادر عن المؤمن له، فأتاح الفرصة بذلك للمؤمن كي يتروى في التعاقد وعدم الارتباط بالعقد الا بعد صدور ارادة صريحة منه وهذا نوع من الشكلية المهذبة كما يقال (١٦٤)، واستثنى من ذلك قبول المؤمن للتعديل الذى طلب المؤمن له ادخاله على العقد الاصلى، انما اظهر بذلك الاضطراب الذى يسود منهجه في كيفية انعقاد عقد التأمين. ولقد رأينا كيف أن عدم التنسيق بين القانون المدني وقانون التجارة البحرية أدى الى اختلاف منهجهما بدون مبرر واضح، في خصوص مسألة وظيفة الكتابة في عقد التأمين.

ونستطيع أن نختم هذا الفصل بتساؤل جديد له دلالة الخاصة يتعلق بتحديد المكان المناسب لوضع النصوص المخصصة لتنظيم عقد التأمين البرى . ونظرا الى أن هذا التساؤل يثير مسألة مدى التناسق بين القانون المدني وبين القانون التجارى فسننصدي لمعالجته في الفصل الثالث من هذا البحث.

(١٦٤) السهري ج ١ ف ٧٦ ص ١٩٠.

الفصل الثالث

مدى التنسيق بين القانون المدني والقوانين الخاصة

(٥١) اذا كنا قد تناولنا، فيما سبق، جانباً من التنظيم القانوني لعقد التأمين في القانون المدني الكويتي، ولاحظنا مايسود هذا الجانب من اضطراب وعدم تناسق مع نظيره في قانون التجارة البحرية، فثمة تساؤل آخر جوهري يتصل، هذه المرة، بالتنظيم القانوني لعقد التأمين في مجموعه ويدور حول مدى ملائمة وضع قواعده في صلب القانون المدني. ومثل هذا التساؤل يعكس أمراً هاماً هو أهمية التنسيق بين القانون الأم، وهو القانون المدني والقوانين المتفرعة عنه أو التي تعالج موضوعات خاصة.

ويمقدرونا أن نشير ذات التساؤل في خصوص موضوعات خاصة نظمها كل من القانون المدني وبعض القوانين الخاصة التي صدرت قبله، ونأخذ مثالين لها في قانون التجارة البحرية وقانون ايجار العقارات.

المبحث الأول

أحكام التأمين في القانون المدني وفي قانوني التجارة والتجارة البحرية

(٥٢) يشير وجود التنظيم القانوني لعقد التأمين في القانون المدني تساؤلاً أولياً عن مدى ملائمة هذا الأمر في ضوء ماورد في قانون التجارة الكويتي (١٦٥) بخصوص هذا العقد. والذي يدعونا الى هذا التساؤل هو أن هذا القانون الاخير تضمن طائفتين من

(١٦٥) رقم ٦٨ لسنة ١٩٨٠ - الذي بدأ العمل به اعتباراً من ٢٥ فبراير ١٩٨١ مثله في ذلك مثل القانون المدني.

النصوص تجعل الأولى منهما التأمين بأنواعه المختلفة من الاعمال التجارية (م ٩/٥) بقطع النظر عن صفة القائم به أو نيته. ولقد نص هذا القانون على أن أحكامه تسري على جميع الاعمال التجارية (م ١)، فان لم يوجد نص في قانون التجارة أو في غيره من القوانين المتعلقة بالمسائل التجارية، وجب تطبيق العرف التجارى، ولا تطبق أحكام القانون المدنى الا اذا لم يوجد عرف تجارى (م ٢). أما الطائفة الثانية من النصوص فهى تلك التى تقضى بعدم سريان أحكام القانون المدنى على الالتزامات والعقود التجارية الا اذا لم يوجد نص في الكتاب الثانى من قانون التجارة المخصص لتنظيمها (م ٩٦). ومؤدى الطائفة الأولى من هذه النصوص هو أن العرف التأمينى، ان وجد، يقدم على نصوص القانون المدنى مع أن هذا القانون ذاته (م ١) ينص على وجوب تطبيق النصوص التشريعية ومن بينها نصوصه قبل الرجوع الى العرف.

أما الطائفة الثانية من النصوص المشار إليها فمؤداها أن القواعد التى يتضمنها الكتاب الثانى من قانون التجارة والتى يمكن أن تنطبق على الالتزامات التى يرتبها عقد التأمين باعتباره عقدا تجاريا (١٦٦). لا تمتنع من انطباق قواعد القانون المدنى على هذا العقد فى كل موضع لم يرد به نص فى قانون التجارة.

وعلى الرغم من أن التأمين يعتبر عملا تجاريا فى جميع الاحوال طبقا لقانون التجارة فان هذا القانون لا يتضمن نصوصا مخصصة لتنظيم عقد التأمين، سواء فى انعقاده أو فى آثاره، بل أنك تجد أحكامه التفصيلية مبسطة فى القانون المدنى. ولقد كان المنطق القانوني يقضى باختيار احد اتجاهين، الاول منهما، وهو الذى يتسق مع كون التأمين عملا تجاريا بصرف النظر عن القائم به أو نيته، يضع احكامه فى قانون التجارة، والاتجاه الآخر فهو أن يترك وصف التأمين، من حيث اعتباره عقدا مدنيا أو عقدا تجاريا أو عقدا مختلطا، لظروف كل

(١٦٦) انظر مثالا على ذلك فى المادة ٩٧ تجاري ونصها «أن الملتزمون معا بدين تجارى يكونون متضامنين فى هذا الدين مالم ينص القانون والا اتفاق على غير ذلك» ومثل هذا الحكم لا ينطبق لو اعتبرنا عقد التأمين، الذى يرتبط به أكثر من مؤمن، عقدا مدنيا لأن التضامن لا يفترض فى المسائل المدنية فهو لا يثبت بغير نص فى القانون أو فى العقد. ولقد نص قانون التجارة البحرية (م ٢٧٥) على حكم مخالف للنص التجارى المذكور، وذلك بالنسبة للمؤمنين الذين يؤمنون على الخطر بمقد واحد، فلا يلزم كل منهم الانسبة حصته فى مبلغ التأمين وفى حدود هذه الحصص بغير تضامن بينهم.

حالة على حدة و يوضع تنظيم للعقد المدني في القانون المدني وتنظيم آخر للعقد التجاري في قانون التجارة، ولاغربة في مثل هذا الازدواج بعد أن اتبع هذا المنهج بالنسبة لعقد البيع الذي توجد احكامه المنظمة في قانون التجارة ان كان عقدا تجاريا وفي القانون المدني ان كان عقدا مدنيا (١٦٧).

(٥٣) اذا كنا فيما سبق قد تطرقنا، عرضا، ونحن بصدد بحث مدى التوافق بين بعض نصوص القانون المدني المتعلقة بابرام عقد التأمين وبين أحكامه العامة، الى بحث مدى التناسق بين هذه النصوص من جانب وبين قانون التجارة وقانون التجارة البحرية من جانب آخر، فبمقدورنا أن نثير هنا التساؤل نفسه بصفة أصلية في خصوص احد الجزاءات الخاصة بعقد التأمين. فلقد عالج القانون المدني جزاء اخلال المؤمن له بالتزامه باعلان بيانات الخطر (سواء عند ابرام العقد أو اثناء سريانه) بطريقة تختلف عن طريقة قانون التجارة البحرية.

لم يفرق القانون المدني في خصوص جزاء اخلال المؤمن له بالتزامه باعلان بيانات الخطر بحسب حسن نية المؤمن له أو سوء نيته، بل وضع جزاء عاما قوامه قابلية العقد للابطال لمصلحة المؤمن (م ١/٧٩١)، ثم جاء النص ذاته بفقرتين يوضح فيهما نطاق تطبيقه ففرق بين حالتين الاولى حالة اكتشاف المؤمن للحقيقة قبل تحقق الخطر حيث يجوز له ان

(١٦٧) وقد يمكن تفادي عيوب هذا الازدواج، من وجهة نظر السياسة التشريعية، باصدار قانون خاص بالتأمين. وتظهر فائدة الاختيار بين تنظيم عقد التأمين في القانون المدني أو في قانون التجارة في عدة نواح منها انه على حين ان الاول يمنع تقاضى الفوائد فان الثاني يجيزها ولذلك فاذا عرضت مسألة تنصل بهذا الامر كما هو في حالة تأخر المؤمن له في الوفاء بالقسط فان التساؤل ينشور عن مدى جواز حصول المؤمن على هذه الفوائد. فإن قيل أن التنظيم القانوني لعقد التأمين ورد في القانون المدني فانه يخضع بالتالي للقواعد العامة للالتزامات الواردة في هذا القانون، وهي لا تسمح للدائن بالحصول على مبلغ اضافي على الدين الا على سبيل التعويض بشرط اثبات الضرر غير المألوف الذي اصابه (م ٣٠٥ مدني). اما ان قيل ان عقد التأمين عقد تجاري فانه يخضع لقانون التجارة الذي تسمح نصوصه، المخصصة لتنظيم الالتزامات التجارية، بتقاضي فوائد تأخيرية على سبيل التعويض (م ١١٠، ١١١ تجاري) والتي لا يشترط لاستحقاقها ان يثبت الدائن ان ضرراً لحقه من التأخير في الوفاء بالالتزام (١١٢ تجاري). ويبدو لنا ان القول الثاني هو الذي يتفق اكثر مع المواد ١، ٣/٩، ٩٦ تجاري.

يطلب ابطال العقد الا اذا قبل المؤمن له زيادة القسط، واذا أبطل العقد فيلزم المؤمن برد القسط أو القدر منه الذي لم يتحمل في مقابله بخطر ما (م ٧٩١ / ٢) (١٦٨).

اما الحالة الثانية فهي حالة اكتشاف الحقيقة بعد تحقق الخطر، فهنا أوجب النص (م ٧٩١ / ٣) تخفيض مبلغ التأمين بنسبة معدل الاقساط التي أدت فعلا الى معدل الاقساط التي كان يجب ان تؤدي لو كانت المخاطر قد أعلنت الى المؤمن على الوجه الصحيح.

أما قانون التجارة البحرية فلقد فرق في طبيعة الجزاء وشروطه بحسب الالتزام الذي أدخل به المؤمن له، فهو الابطال بالنسبة للالتزام باعلان بيانات الخطر قبل التعاقد (م ١/٢٨٠) والفسخ فيما يتعلق بالالتزام باعلان تفاقم الخطر أثناء سريان العقد (م ١/٢٨١). وبالنسبة للالتزام الاول فرق هذا القانون بين حالة تقديم بيان غير صحيح (الكذب) وبين حالة كتمان ظرف معين فاشترط لوقوع البطلان ان يكون الكتمان بسوء قصد في حين انه قرر تطبيق هذا الجزاء في حالة الكذب ولو تم بغير سوء نية (م ١/٢٨٠) وللمؤمن الحق في الحصول على قسط التأمين كاملا اذا أثبت سوء القصد من جانب المؤمن له. أما بالنسبة للالتزام باعلان تفاقم الخطر، فان قانون التجارة البحرية لم يضع اية تفرقة في تطبيق الجزاء (الفسخ) سواء بحسب حسن نية المؤمن له أو سوء نيته أو بحسب ما اذا تعلق الامر بالكذب أو الكتمان (م ٢/٢٨١).

يتضح من قراءة النصوص الكويتية، سواء المدنية منها أو التجارية البحرية عدم التناسق بين احكامها رغم انها مستمدة، في مجموعها، من القانون الفرنسي الذي يقيم تفرقة في الجزاء بين حالة اخلال المؤمن له بالتزامه بحسن نية وحالة اخلاله به بسوء نية (١٦٩) وهي تفرقة يقتضيها، على أي حال، قيام عقد التأمين، سواء في انعقاده أو في تنفيذه، على حسن النية (١٧٠).

(١٦٨) اي جزء القسط الذي يقابل فترة ما بعد انتهاء العقد.

(١٦٩) ولقد أخذ المشرع الفرنسي، في التعديل الذي أدخله على قانون التجارة (٣ يوليو ١٩٦٨)، بالتفرقة التي أقامها في قانون التأمين البحري (١٣ يوليو ١٩٣٠) بين حسن نية المؤمن له وسوء نيته عند تنظيمه للجزاء على اخلال هذا الاخير بالتزامه بالادلاء بالبيانات المتعلقة بالخطر.

(١٧٠) ربما قيل ان عدم الاخذ بالجزاء القاسي للاخلال بالالتزام بسوء نية في القانون الفرنسي (وهو بطلان العقد دون حاجة الى عرض زيادة القسط على المؤمن له قبل توقيع هذا الجزاء مع احتفاظ المؤمن

المبحث الثاني

حكم نزاحم المستأجرين في القانون المدني وفي قانون ايجار العقارات

(٥٤) عنى كل من قانون ايجار العقارات (رقم ٣٥ لسنة ١٩٧٨) والقانون المدني الجديد بوضع معايير للمفاضلة بين المستأجرين في حالة نزاحمهم (١٧١). ففي حالة نزاحم المستأجرين لعقار نص قانون ايجار العقارات (م ١/٦) على تفضيل من وضع يده دون غش أو من اثبت تاريخ عقده وهو حسن النية ايها يحدث اولاً. أما اذا وقع النزاحم على منقول فإن القانون المدني جاء بقاعدة (م ٥٨٠) يفضل بمقتضاها المستأجر الذي سبق في وضع يده عليه وهو حسن النية، فان لم يضع احد المستأجرين يده على المأجور بحسن نية فضل من كان منهم الاسبق الى التعاقد.

ومؤدى حكم القانون المدني أن المستأجر الذي وضع يده على المنقول المأجور وهو حسن النية هو الذى يفضل على غيره من المستأجرين ولو كانت عقودهم اسبق في التاريخ (١٧٢). وهكذا فان القانون المدني يضع تدرجاً بين معايير المفاضلة بين المستأجرين المتزاحمين فيجعل من معيار وضع اليد بحسن نية المعيار الذى يجب تطبيقه أولاً لحسم النزاحم، أما معيار الاسبقية الى التعاقد فهو يأتى في الدرجة الثانية، ولاعمل له الا في حالة عدم وجود مستأجر وضع يده على المنقول المأجور بحسن نية. ويلاحظ هنا ان القانون المدني لم يقيد تفضيل من سبق الى التعاقد بثبوت تاريخ عقده، مع انه لايعتد بهذا التاريخ، وفقاً

== بالاقساط المدفوعة) هو أمر في صالح المؤمن له، ومع ذلك فان المؤمن له الذي اخل بالتزامه بسوء نية لا يستحق ان ينظر في اختيار جزائه الى ماهو في صالحه، لتفترق معاملته عن معاملة المؤمن له المخل بالتزامه بحسن نية.

(١٧١) تعرض حالة نزاحم المستأجرين اذا استأجر أكثر من شخص نفس الشيء من مؤجر واحد وكانت مدة الاجار واحدة أو على الأقل متداخلة: المذكرة الايضاحية للمادة ٥٨٠ مدني كويتي، محمود جمال الدين زكى عقد الاجار في القانون المدني الكويتي، الكويت ١٩٧٢/٧١، ف ١٨ ص ٤٠.

(١٧٢) اشارت المذكرة الايضاحية لهذه النتيجة وانظر ايضا بدر جاسم الجعقوب عقد الاجار، الكويت، ١٩٨١، ف ١٠٩ ص ١٨.

للقواعد العامة، الا اذا كان ثابتاً (١٧٣). كما أن القانون المدني لم يقيد معيار الأسبقية الى التعاقد بحسن نية المستأجر في الحالة التي لا يوجد فيها مستأجر وضع يده على المنقول المأجور بحسن نية، وحين يتمسك كل المستأجرين المتزاحمين بمعيار الأسبقية الى التعاقد، وسوف نرى تفسير ذلك فيما بعد.

أما قانون إيجار العقارات فالظاهر انه اتبع منهجا آخر حيث يعامل معياري المفاضلة معاملة واحدة بوضعهما بنفس المستوى ليعتد بالمعيار الذي يتحقق في الواقع أولاً. صحيح ان صدر الفقرة الاولى من المادة ٦ من قانون إيجار العقارات يعطى الافضلية للمستأجر الذي سبق غيره من المستأجرين في وضع يده على العقار المأجور، ولكن باقى الفقرة يقول «فاذا كان أحدهم قد اثبت تاريخ عقده وهو حسن النية قبل ان يضع مستأجر آخر يده فانه هو الذي يفضل»، الامر الذي يفيد أن المشرع يفضل المستأجر الذي اثبت تاريخ عقده على المستأجر الذي وضع يده على ذات العقار متى كان ثبوت التاريخ قد حدث في وقت يسبق وضع اليد. كذلك فان الذي يظهر من المذكرة الايضاحية للنص المذكور انه اذا سارع أحد المستأجرين الى اثبات تاريخ عقده بوجه رسمى وهو حسن النية، قبل أن يضع مستأجر آخر يده على العقار المأجور فان الاول هو الذى يظفر به. ويلاحظ أن قانون إيجار العقارات يقيد معيار وضع اليد بانتفاء الغش ومعيار ثبوت التاريخ بحسن النية .

(٥٥) ومن هنا يثور التساؤل عن سبب اختلاف معايير حسم نزاحم المستأجرين سواء في ترتيبها أوفى قيودها (١٧٤)، بحسب ما اذا كان المأجور منقولاً، فيخضع النزاحم للقانون المدنى، أو عقاراً حين يسري على النزاحم قانون إيجار العقارات. ونحن نعتقد ان التفسير الذي تقدمه المذكرة الايضاحية للمادة ٥٨٠ مدنى كويتى، مع بعض الفقهاء (١٧٥) لتبرير قاعدة الافضلية بالسبق الى وضع اليد على العين المؤجرة، لا يفيدنا في تقديم اجابة

(١٧٣) جال زكى ف ١٨ ص ٤٢.

(١٧٤) وتظهر اهمية الترتيب المعتمد لحسم نزاحم المستأجر في حالة حدوث وضع اليد وثبوت التاريخ في وقت واحد، فوفقاً للقانون المدنى يفضل المستأجر واهع اليد، اما وفقاً لقانون إيجار العقارات فلا يوجد سبب لتفضيل أحد المستأجرين لذلك «فليس لهم فيما تعارضت فيه حقوقهم الا طلب التمويش». وفقاً لتعبير الفقرة الاخيرة من المادة ٦ من هذا القانون.

(١٧٥) انظر في ذلك جال زكى ف ١٨، ص ٤١، ٤٢، منصور مصطفى منصور، العقود المساهمة، القاهرة، ١٩٥٦-١٩٥٧ ص ٤٨١.

مقتعة للتساؤل السابق ذكره. فلقد قيل بان تفضيل المستأجر الذى وضع يده على المأجور وهو حسن النية لا يعدو ان يكون تطبيقاً للقواعد العامة اما على اساس ان هذا المستأجر يستوفى بذلك حقه كدائن شخصى للمؤجر، ومن معنى الاستيفاء للحق يأتى التفضيل كما تقول المذكورة الايضاحية للمادة ٥٨٠ مدنى كويتى، واما على اساس ان هذا الحق يشته لتعلقه بعين معينة و ينطبق عليه من ثم قاعدة الحيازة فى المنقول سند الملكية (سند الحائز أدق) (١٧٦). ونحن نعتقد ايضا أنه لا يوجد فى طبيعة الشئ المؤجر، عقارا أو منقولاً، ما يمكن أن يؤثر فى تقديم معيار على آخر أو فى فرض قيود معينة على معيار دون آخر (١٧٧).

وإذا كان تقديم القانون المدنى لمعيار وضع اليد قد يجد تبريراً له فى قاعدة الحيازة فى المنقول سند الحائز، فإن مثل هذا التبرير لا يفيد فى الحالات التى يقع فيها التزام على عقار ولا تخضع لقانون ايجار العقارات، كحالة ايجار الارض الزراعية الذى استبعده هذا القانون من نطاق تطبيقه (م ١)، والتي يخضع التزامها بالنسبة لها للقانون المدنى (م ٦١٦ مدنى كويتى).

وقد يقال لدفع مظنة اختلاف ترتيب المعايير بين القانون المدنى وقانون ايجار العقارات، وتأبيداً لأخذ هذا القانون الاخير بنفس ترتيب القانون المدنى أو على الاقل لجعلهما معيار وضع اليد فى المرتبة الاولى، ان معيار ثبوت التاريخ لا يعمل الا بين المستأجرين الواضعين يدهم فى وقت واحد على العقار المأجور، بحيث يفضل المستأجر الذى اثبت تاريخ عقده قبل غيره من المستأجرين واضعى اليد. ولكن هذا القول يصطدم بصريح نص الفقرة الاولى من المادة ٦ من قانون ايجار العقارات الذى يفيد أن ثبوت التاريخ الذى يعتد به هو الذى يحدث قبل ان يضع اى مستأجر آخر يده على العقار المأجور، أى ثبوت التاريخ الذى يحدث فى وقت لم يتحقق فيه وضع اليد لأى من المستأجرين.

فاذا صممنا مع ذلك، على أن المشرع كان يقصد الاخذ فى قانون ايجار العقارات بنفس ترتيب المعايير الوارد فى القانون المدنى فإن هذا لن يأتى الا اذا قلنا ان المشرع خافه التعبير أو فاته النص، فى قانون ايجار العقارات، على أن معيار اسبقية ثبوت التاريخ لا يعمل

(١٧٦) لا محل للاستناد الى قاعدة الحيازة فى المنقول سند الحائز اذا كان وضع اليد يقع على عقار، قارن بدر يعقوب ف ١٠٩ ص ١١٨.

(١٧٧) ونذكر تأبيداً لذلك ان مجلة الاحكام العدلية (م ٥٨٩) تفضل المستأجر السابق باجازه لازمة (اسبقية التاريخ) دون تفرقة بين العقار والمنقول ودون تقييد الاسبقية بحسن نية.

الا اذا كان لا يوجد بين المستأجرين من وضع يده على العقار المأجور وهو حسن النية، او
الاشارة بأى طريقة، شريطة أن تكون واضحة، الى أن معيار وضع اليد يسبق معيار ثبوت
التاريخ ايا كان الوقت الذى تحقق فيه كما فعل في القانون المدنى.

(٥٦)، ويمكن ان نلاحظ عدم التناسق بين قانون ايجار العقارات والقانون المدنى
ايضا على مستوى قيود اعمال المعايير المعتمدة. فعلى حين ان قانون ايجار العقارات يقيد معيار
وضع اليد بعدم الغش فانه يشترط لاعمال معيار ثبوت التاريخ حسن نية المستأجر الذى
يتمسك به. اما القانون المدنى فانه لم يقيد الا معيار وضع اليد، دون معيار الاسبقية الى
التعاقد، بحسن نية. وإذا بدا أنه توجد مشكلة في تحديد المقصود بحسن نية، سواء فيما يتعلق
بوضع اليد طبقا للقانون المدنى او فيما يخص ثبوت التاريخ وفقا لقانون ايجار العقارات فان
التساؤل الذى يشور هنا يتعلق بتحديد معنى الغش الذى يتكلم عنه هذا القانون الاخير،
وعما اذا كان يقصد به مجرد سوء النية. ذلك أن حسن النية يقصد به بصفة عامة، عدم العلم
بحق الغير وبصفة خاصة في موضوع تراحم المستأجرين عدم علم المستأجر، وقت وضع يده
على الشيء المأجور أو وقت اثبات تاريخ عقده، بوجود مستأجر آخر سبقه الى استئجار نفس
الشيء (١٧٨) أما مصطلح الغش الذى يقصد به البعض (١٧٩) مجرد علم المستأجر بوجود
عقد ايجار ابرم مع مستأجر آخر في تاريخ سابق على تاريخ عقد ايجاره فانه يحتل معنى
التواطؤ مع المؤجر للاضرار بالمستأجر الآخر أو استعمال طرق احتيالية للظفر بالمأجور (١٨٠).

واذا كان القانون المدنى قد أحسن صنعا باستعمال مصطلح محدد المعنى وهو حسن
النية الا ان تقييده لمعيار وضع اليد بحسن النية دون معيار الاسبقية الى التعاقد يثير التساؤل
عما اذا كان اغفال هذا القيد بالنسبة لهذا المعيار الاخير كان مقصودا أم أنه لا يعدو ان يكون
من قبيل السهو. ولا محل لهذا التساؤل بداهة اذا كان لا يوجد من بين المستأجرين من وضع
يده على المأجور، فمن الجائز عدم تقييد من سبق الى التعاقد بعدم علمه بوجود عقد ايجاره لان

(١٧٨) المذكرة الايضاحية للمادة ٥٨٠ مدنى كويتى، جال زكى ف ١٨ ص ٤٢ بدر اليقوب المرجع
والمكان السابقان.

(١٧٩) جال زكى المرجع والمكان السابقان.

(١٨٠) منصور، ص ٤٨٢ وهامش ١ من نفس الصفحة وهذا هو المعنى الذى يأخذ به من جانب من الفقه
والقضاء في تحديد معنى سوء نية المشتري الذى يمسك باسبقية تسجيل العقد في حالة تراحم المشتريين :
جال زكى، قانون عقد البيع في القانون المدنى، الكويت، ١٩٧٤، ف ١١١ ص ٢١٤، ٢١٦.

الفرض لا يوجد عقد إيجار سابق (١٨١). أما تنویر المشكلة إذا كان المعيار يتعلق بثبوت تاريخ العقد، فقد يستأجر شخص نفس الشيء الذي استأجره من قبله شخص آخر، ولكن يسبقه في اثبات تاريخ عقده فمن المتصور في هذه الحالة تقييد تفضيل السابقة في ثبوت التاريخ بحسن نية المستأجر الذي يتمسك بها.

كذلك تظهر أهمية اشتراط حسن النية إذا حدث التزام بين مستأجر وضع يده في تاريخ معين وبين مستأجر آخر أبرم عقده في تاريخ سابق أو لاحق. لذلك اشترط القانون المدني، لتفضيل المستأجر الذي وضع يده، عدم علمه بوجود عقد إيجار سابق التاريخ على تاريخ عقده. أما إذا كان تاريخ عقد المستأجر الذي لم يضع يده لاحقاً على تاريخ وضع يد المستأجر الآخر على الشيء المأجور فإنه لا معنى لاشتراط حسن نية الأول في ظل القانون المدني لأن المستأجر الأخير هو الذي يفضل في جميع الحالات، متى كان حسن النية على أن يتمسك بمعيار يأتي في المرتبة الأولى.

أما في ظل قانون إيجار العقارات فإنه لما كان قد وضع معيار وضع اليد ومعيار ثبوت التاريخ في مستوى واحد فلقد قيد كل منهما بنفس القيد ونعني به حسن نية من يتمسك بالافضلية استناداً الى أي واحد منهما.

(٥٧) ومهما يكن حظ هذه التفسيرات من الصحة فإنها لا تصدق إلا إذا واجهنا قانون إيجار العقارات والقانون المدني كلا على حدة، أما إذا فحصنا نصوص هذين القانونين في خصوص مسألة التزام المستأجرين، فحصاً جامعاً فإن التساؤل السابق أثارتته يظل قائماً عن السبب الذي حدا بالمشروع الى التفرقة بين حالة التزام على عقار وحالة التزام على منقول، سواء فيما يتعلق بترتيب معايير الافضلية أو فيما يتصل بقيودها. وفي اعتقادي أنه لا يوجد ما يمنع أن يتضمن القانون المدني، بعد أن يلغى النص الخاص بتزام المستأجرين من قانون إيجار العقارات الذي صدر في تاريخ سابق على صدور القانون، نصاً عاماً يسرى على إيجار كل من العقار والمنقول ويضع معيارى التفضيل، وضع اليد وثبوت التاريخ، في مستوى واحد بحيث يفضل المستأجر الذي يتحقق بالنسبة له أحد المعيارين قبل المستأجرين الآخرين مع تقييد التمسك بأى معيار بحسن النية.

(١٨١) اللهم إلا إذا تواطأ أحد المستأجرين مع المؤجر ليقدم تاريخ عقده على تاريخ عقد مستأجر آخر لم يكن المؤجر قد تعاقد من قبل مع غيره، وهنا تظهر أفضلية معيار اثبات تاريخ العقد على معيار سابقة التعاقد.

الختامة

(٥٨) سبق ان اشرنا الى أن المعيار الذى يمكن ان يقيم به اى قانون جديد يتجسد من ناحية فى مدى موافقة نصوصه فى مضمونها لواقع الناس وتمثله لروح العصر ومن ناحية أخرى فى مدى اتفاقها فى صياغتها وتصنيفها وتبويبها مع اصول الفن القانونى. فاذا تحقق للقانون توافقته الخارجى مع الواقع وتناسقه الداخلى فى نصوصه فلاشك فى أنه يعتبر قفزة مفيدة الى الامام. وبينما يمكن تحديد مدى التزام القانون الجديد بالشق الثانى لهذا المعيار منذ لحظة بدء نفاذه فالتقييم فى هذه الحالة عاجل، فان الوقوف على مدى وفائه للشق الاول للمعيار وهو مدى اشباعه لحاجات الناس، هو أمر لا يمكن التوصل اليه الا بعد مرور مدة كافية من الوقت لنرى رد فعل الواقع بعد تطبيق القانون الجديد فالتقييم فى هذه الحالة آجل.

و يكفى بالنسبة للتقييم الآجل للقانون المدنى الكويتى ان نقول أنه وان كان قد استمد الكثير من قواعده من مصادره التاريخية، وبصفة خاصة الفقه الاسلامى والقانون الفرنسى والقانون المصرى، الا أنه روعى فى اقتباسها ان تتوافق مع واقع الكويت ومصالحها ويتعين علينا أن نشير هنا الى أن الرغبة الشعبية الواضحة فى تطبيق الشريعة الاسلامية، باعتبارها أحد مقومات أو مظاهر واقع الناس، كانت تقتضى جعل الشريعة الاسلامية مصدرا رسميا للقواعد القانونية وذلك لصياغة منضبطة وواضحة.

وتقتضينا الامانة الدينية والعلمية أن نلفت النظر، فى هذه الختامة، الى ان الاخذ بقواعد القوانين الوضعية الحديثة، ثم الادعاء بأنه يمكن تخريجها على الشريعة الاسلامية فى ضوء فكرة المصالح المرسلة أو الاستحسان، فيه من الضرر، بل اكثر، ما فى عدم الاخذ بالاحكام المقابلة فى الفقه الاسلامى والتي وان كانت قد لا تختلف فى مضمونها عن احكام القوانين الوضعية الا انها تختلف عنها فى روحها الذى تستمد من الدين الاسلامى. ومع تقديرنا البالغ للجهد المبذول فى وضع القانون المدنى الكويتى، فإنه لا يجوز فى رأينا الخلط بين افكار مستوردة، ولو كانت عادلة فى مفهوم الناس بحسب تقدير واضعي هذا القانون، وبين احكام الشريعة

الاسلامية التي تكون في مجموعها نسيجاً متكاملًا يلفظ كل حكم ليس من جنسه أو صنفه. ولعل خير تعبير عما اقصده، في هذا المقام، هو ما قاله المرحوم الاستاذ السهوري من «أن الشريعة الاسلامية لا تستخدم عن طريق ان ينسب اليها ما ليس منها، انما تستخدم عن طريق دراستها دراسة علمية صحيحة، وأول شرط لهذه الدراسة هي الامانة العلمية. ولا يعيب الشريعة الاسلامية (يقصد الفقه الاسلامي) انها لا تطاوع في بعض نظرياتها ما وصل اليه القانون الحديث في نظرياته المعروفة، ولكن يعيبها أن تشوه مبادئها وأن تمسح أحكامها» (١٨٢).

(٥٩) أما بالنسبة للتقييم العاجل للقانون الجديد الذي ينظر فيه الى مدى توافق قواعده التفصيلية مع أحكامه العامة، فليس بمقدور احد أن يصدر حكماً عاماً يصدق عليه في مجموعه، وكل ما يستطيعه الباحث هو أن ينتقى من هذا القانون عدة شرائح ليفحصها في ضوء ما تقتضي به أصول فن صناعة التشريع سواء على مستوى الاحكام العامة ذاتها أو على مستوى القواعد التفصيلية. وإذا تحدد نطاق الفحص على هذا النحو فإننا نستطيع أن نلاحظ فيما يتعلق بكيفية عرض الاحكام العامة أنه لم يكن هناك ما يدعو الى تكرار بعضها في اكثر من موضع أو توزيعها على أكثر من مكان (وهو ما حدث بالنسبة لبعض قواعد التعويض عن الضرر). كما أنه لم يكن هناك ما يدعو، بعد أن افرد القانون مكاناً لاحكام عامة تسرى على حالات متعددة، أن يضع نصوصها مع نصوص مخصصة لمعالجة حالة خاصة (ونشير بذلك الى وضع بعض القواعد العامة فيما يتعلق بالتعويض عن الضرر في كل أنواع المسؤولية في المكان المخصص للمسئولية عن الاعمال الشخصية).

أما فيما يتعلق بالقواعد التفصيلية ومدى اتساقها مع الاحكام العامة فيمكن أن نلاحظ أنه على حين أن المشرع كان موفقاً في منهجه التشريعي بالنسبة لبعض التطبيقات التي تناولها هذا البحث، حيث راعى في معالجتها تطبيق هذه الاحكام على حالات خاصة (وهذه هي حالة وصف الالتزام بالتعويض عند تعدد المسؤولين) فإن هناك مواضع أخرى في التطبيقات التي درسناها اتى فيها المشرع بحكم خاص لم يكن مما تقتضيه طبيعة الموضوع الذي يعالجه النص، ونشير بذلك بصفة خاصة الى نص الفقرة الثانية من المادة الاولى من القانون المدني

(١٨٢) السهوري، الوسيط، ج ١ ص ١٦٩.

الذى خصص اصلا لتحديد المصادر الرسمية للقانون، ولكنه ذكر الفقه الاسلامي مع أنه، أعني هذا الفقه، ليس مصدرا رسميا في مفهوم القانون الجديد.

والواقع أن في مقدور المشرع أن يأتى بحكم خاص لمسألة فرعية يخالف به حكم القواعد العامة مادام أنه صرح بإمكانية الخروج عليها في كل موضع يقتضيه واقع المسائل الفرعية أو طبيعتها، وإذا كان المشرع قد طبق هذا المبدأ الاصولى فى مسألة انعقاد العقد بصفة عامة وتام عقد التأمين بصفة خاصة، إلا أن الحكم الخاص بعقد التأمين والذى أخرج به العقد من دائرة مبدأ الرضائية اكتنفه الكثير من الغموض، كما أن رجوع القانون الجديد الى القاعدة العامة فى رضائية العقود، فى خصوص الاتفاق على تعديل وثيقة التأمين الاصلية دون اى مبرر واضح، اظهر مدى الاضطراب الذى يشوب صياغة النص المخصص لابرام عقد التأمين. ولعل مثل هذا الاضطراب يثبت أن الاقتباس من قانون آخر (القانون الفرنسى) لا يكون سليما الا بقدر اتفاق منهج القانون الجديد مع منهج هذا القانون فى خصوص كيفية ابرام عقد التأمين وهو الامر الذى لم يراع عند وضع النص الخاص بملحق الوثيقة فأتى الاقتباس من القانون الفرنسى غير موفق.

أما بالنسبة للمذكرة الايضاحية فانه يمكننا أن نخرج بدراستنا لبعض مواضعها الى نتيجة قوامها أنه اذا كان واضح النص يريد استثناء حالة خاصة من حكم عام فينبغى ان يراعى واضعو المذكرة، فى شرح هذا الاستثناء عن طريق ذكر أمثلة فى المذكرة الايضاحية، تجنبانها أو عدم تعارضها مع الاحكام العامة، ونحن نشير بذلك الى الامثلة التى قدمتها المذكرة الايضاحية لشرح الضرر غير المألوف الذى يقتصر التعويض عليه فى حالة الاختلال بالتزام محله مبلغ من النقود.

(٦٠) ونود أن نشير فى النهاية الى أن ماأشرنا اليه من اشكالات التناقض والتوافق فى القانون المدنى الكويتى، لا يعدو أن يكون مجرد شبهات لا تؤثر فى محيطه الواسع الذى يقتضى لضمان تجانس أطرافه مجهودا خارقا. ويبقى لنا الامل، من قبل ومن بعد، أن يحتضن القانون الجديد واقع الحياة الكويتية، فيجد الناس فيه سبيجا لاستقرار معاملاتهم ويجد القضاة فيه سلاحا فعالا فى حسم مشاكلها.