البحث الثالث

افتراض الشخصية وآثاره في الفقه الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي

للدكتور عبد الله مبروك النجار

استاذ القانون المدني بكلية الشريعة والقانون بالقاهرة

افتراض الشخصية وآثاره فى الفقه الاسلامى مقارنا بالقانون الو ضعى

دكتور عبد الله مبروك النجار

استاذ القانون المدنى بكلية الشريعة والقانون بالقاهرة

الجزء الثانى

طبيعة إفتراض الشخصية فى الفقهين الإسلامى والو ضعى

تثير طبيعة إفتراض الشخصية جدلاً كبيراً فى الفقه، حيث تراوحت الأفكار فيها بين منكر لفكرة افتراض الشخصية هذه من أساسها، بناء على أن هناك من الأفكار ما يمكن أن يحل محلها، ويعالج بواقعية المسائل التى تثيرها، بينما ذهب غالب اتجاه الفقه فى فرنسا ومصر، إلى أن فكرة الشخصية المفترضة هذه ليست مما ينكر، وإنما هى أمر مقرر وواقع فى التشريع والفقه والقضاء، لدرجة يصبح القول بإنكارها زعماً يكذبه التطبيق العملى لها، والأحكام الهامة التى تثيرها، والأثار التى تترتب عليها، وما تلقاه من اهتمام الفقه والقضاء، بل والتشريعات، كل ذلك ينطق بأهمية وجود تلك الفكرة، ويجعل وجودها أمراً وراداً فى سياق المنطق القانونى .

بيد أن هؤلاء الذين قالوا بوجود الشخصية المفترضة، لم يتفقوا على قول واحد يمكن أن يقدم بياناً باتاً فى طبيعة تلك الفكرة، فذهب رأى إلى أنها مجرد إفتراض قانونى، لا يتجاوز حدود المجاز الذى لا يسعفه الواقع، بينما ذهب رأى ثان إلى أن وجود الشخص الافتراضى حقيقة واقعة، وأن الأمر فى افتراض الشخصية لا ينبغى أن يقف عند حدود الشخص الطبيعي، وإنما يجب أن يمتد إلى كل كائن قادر على أن تكون له حقوق وعلى أن يتحمل بالالتزام لتثبت له شخصية يستوى فيها الإنسان الطبيعى وغير الطبيعى .

وفى كل قول ميزة فقهية تجعله حريا بالنظر، وجديراً بالدراسة وليتسنى لنا بذلك استجلاء موقف الفقه والقضاء تجاه تلك القضية بعد أن انتشر أمرها وذاع صيتها، وعمت البلوى بها، وحتى نستطيع بعد ذلك البيان أن نقارن اتجاه القانون الوضعى مع الفقه الإسلامى وفقاً لمنهج تلك الدراسة. وسوف نعالج بيان طبيعة الشخصية الافتراضية هذه من خلال مبحثين، أولهما: لبيان طبيعة افتراض الشخصية فى فقه القانون، وثانيهما: لبيان طبيعتها في الفقه الإسلامى .

المبحث الأول

طبيعة الشخصية المفترضة فى فقه القانون

فى فقه القانون يتردد القول حول طبيعة الشخصية المفترضة بين الإنكار والإقرار، والذين انكروا وجود فكرة الافتراض قدموا عدة بدائل فكرية لها، أما الذين أقروا تلك الفكرة فقد اختلفوا فى بيان طبيعتها إلى طرائق شتى، والواقع أن ما أثاره الموضوع من جدل يعكس أهميته ويبين ضرورته، حيث إن النظريات التى تحدثت عن طبيعة الشخصية المفترضة، ربطت تلك الطبيعة بحق الدولة فى الأعتراف بتلك الشخصية لصاحبها أو إنكارها عليه، ونبين ذلك فى مطلبين:

المطلب الأول

إنكار فكرة إفتراض الشخصية

من يطالع ما كتبه الفقهاء فى طبيعة الشخصية المفترضة، يدرك أن هناك اتجاهاً فقهياً مازال يصر على أن الانسان وحده هو الجدير بوصف الشخصية، وهو وحده موئل الحقوق، ومناط الالتزامات، ومن ثم فإنه - وقد أستأثر بذلك الوصف - لم تكن هناك حاجة إلى افتراض الشخصية لغيره، ولئن كان ثمة ضرورة فقهية تقتضى تقرير تلك الفكرة، فإن تلك الضرورة - إن كانت حقاً ضرورة - يمكن علاجها ببدائل قانونية كثيرة لفكرة الإفتراض هذه، لتحل محلها، وتقدم للفكر القانونى نتائج سالمة من عيوبها، خاصة وإنها لا تعبر عن واقع موجود فعلاً ومن تلك الأفكار؛ فكرة الملكية الجماعية أو المشتركة، وفكرة الذمة المالية المخصصة لغرض معين، وفكرة الصياغة القانونية[1]، وهى عناصر قانونية حقيقته لها وجود فعلى، ونبين هذه الإتجاهات الثلاثة على أن نخصص لبيان كل اتجاه فرعاً.

(١) د.فتحى عبد الصبور - السابق - ص ٢٨٨، د. نعمان محمد جمعة - السابق - ص ٥٠٩ وما بعدها. د. على حسن نجيدة - السابق - ص ١٩٨ وما بعدها.، د. محمود جمال الدين زكى - السابق ص٤٧٩، حيث يقرر :أن البعض قد أعتبر فكرة الشخصية المفترضه ستاراً يخفى عن الأعين بقاء الملكية الجماعية، إلى جانب أن أموال الدولة أو الشركة أو الجمعية حقيقة هى أموال جميع المواطنين، وراجع، د.شمس الدين الوكيل السابق - ص ٩٠٣، حيث يقرر أن التهكم قد وصل ببعض الفقهاء درجة جعلتة يقول: إننى لم أتناول الطعام أبداً مع شخص مفترض، د. محمد شكرى سرور - السابق - ص ٢٤٩.

الفرع الأول

الملكية الجماعية أو المشتركة

يرى أصحاب هذه الفكرة أن الشخص الافتراضى فى واقع الأمر ليس شخصاً حقيقياً، ولا منفصلاً عن أفراده، وإنما هو نوع من الملكية المشتركة لهؤلاء الأعضاء أنفسهم، وهى ملكية لا يحدد فيها نصيب مفرز ولا شائع، وإنما تكون أموال الشخص المعنوى كلها ملكاً للجماعة، التى تكون قادرة وحدها على أن تتملك وتتعامل وتسند إليها الحقوق، وهذه الجماعة منظوراً إليها كواحد، إنما تشكل الشخص القانونى، ولكن هذا الشخص القانونى ليس منفصلاً عن الجماعة[1]، كما تفترق هذه الملكية عن الملكية العادية، فى أن الملاك لهذه الملكية لا يؤثر فى حقهم زيادة ملاك جدد إلى مجموعهم، ومن أنصار هذه النظرية الفقهيان الفرنسيان بلانيول وبرتلمى[2].

والشخصية المفترضه، تلك الفكرة الخرافية يجب أن تزول لتكشف عن حقيقة أن هناك مجموعة من الأموال مملوكة للأشخاص الطبيعين قلوا أو كثروا ملكية جماعية، تتميزعن الملكية الفردية، فليس هناك شخص طبيعى، أو شخص آخر له ملكية هذه الأموال، بل هى مملوكة لذات الأشخاص الطبيعين كمجموع، هذا المجموع هو الذى تثبت له الحقوق ويتحمل بالإلتزامات[3].

تقدير هذا الإتجاه:

وهذا الاتجاه لم يسلم من النقد، حيث أخذ عليه جانب من الفقه أنه ركز على جانب الأموال فى الشخص الافتراضى، وأهدر بذلك الجوانب الأخرى التى لا تقل أهمية

---

(1) Michoud: op. cit, p62, ets.,
د. عبد المنعم البدراوى - السابق - ص ٦٩٠، د. عبد الناصر العطار - مبادئ القانون ص ٢٦٣ - مطبعة السعادة وراجع د. فتحى عبد الصبور - السابق ص ٢٨٩، د. على حسن نجيدة - السابق ص ١٩٩؛ د. نعمان جمعه - السبق - ص ٥١٠، د. محمد شكرى سرور - السابق -ص ٢٤٩، د. إبراهيم صالح - السابق ص ٥٥،.

(2) Berthelmy (11): Traite elementair de droit adminisitratif 1926 2 em ed, ed, P. P. 30. ets,1935 Planiol: Trait elementair de droit citivl civil, T. 1.2

(٣) د. على حسن نجيدة - السابق - ص ٢٠٠.

بالنسبة لبعض الأشخاص الافتراضية، فالمال لا يشكل أهمية بالنسبة للدولة والجمعيات الصحية والثقافية مثلاً فلا يمكن القول بأن الدولة مجموعة من الأموال يملكها الوطنيون ملكية مشتركة حيث لا يخفى ما ينطوى عليه ذلك من تجاهل لوظيفة الدولة[1]، وقد حاول أنصار هذا الاتجاه فى محاولة للخروج من هذا المأزق إلى التفرقة بين جانب المال وجانب السلطان فى الدولة، ويشخصون الدولة فى الجانب الأول، وما يقابل الشخصية عندهم من تصور الملكية المشتركة، وينفون ذلك عن الدولة فى الجانب الثانى، ولكن هذه التفرقة تحكمية، فالدولة شخص معنوى يقوم على مصالح معينة لا تقتصر على الحقوق المتعلقة بحماية أموال الأمة[2].

كما أن القانون المصرى لا يعرف هذه الصورة من صور الملكية، وهى الملكية الجماعية، حيث كانت هذه الصورة من صور الملكية القديمة، ثم زالت، فلم يعد معروفاً سوى الملكية الفردية والملكية الشائعة[3].

كما أن هذه النظرية لا تستطيع تفسير مركز المؤسسات، وهى مجموعة من الأموال رصدت لتحقيق غرض معين كدار لإيواء العجزة أو مستشفى، وفى هذه الحالات لا يمكن اعتبار المؤسس مالكاً، لأنه لا يتمتع بأى من سلطات المالك، كذلك لا يعد المستفيدون من هذه المؤسسات مالكين لها[4].

وقد ذهب جانب من الفقه - بحق - إلى أن هذا الاتجاه يرجع القهقرى بفكرة الشخص المعنوى، ويدفع بالأفكار القانونية إلى الوراء، ففى القوانين القديمة لم تكن تعرف فكرة افتراض الشخصية، وإنما كان المعروف هو نظام الملكية المشتركة، ثم أخذت

---

(١) المرجع نفسه، وراجع :د. فتحى عبد الصبور - السابق - ص ٢٩٠، د. عبد المنعم البدراوى - ص ٦٩ وما بعدها.

(٢) د. فتحى عبد الصبور - السابق، يقول الأستاذ (Carponnier) - السابق فقرة ٢٨٣: «إن ذلك تجريد لا معنى له يخالف الحقيقة، كمن يقول:" إن متحف اللوفر ملك لفرنسا، وليس ملكاً للفرنسيين، والحقيقة أنه ملك للفرنسيين» .

(٣) د. حسن كيرة - أصول القانون - ص ٨٨٥ - الطبعة الثانية سنة ١٩٦٠ م، د. عبد المنعم البدراوى - السابق ص ٦٩٠، د. فتحى عبد الرحيم عبد الله - السابق ص ١٦٤ وما بعدها. ،د. على حسن نجيدة - ص ٢٠٠، د. فتحى عبد الصبور ص ٢٩١.

(٤) د. عبد المنعم البدراوى - السابق ص ٦٩١ .

فكرة الشخصية المفترضة تتكون ببطء خلال عصور طويلة إلى أن توصل القانون الرومانى - وهذه إحدى مزاياه - إلى أن يعتبر الشخص الافتراضى كائنا منفصلا ومستقلاً عن كل فرد من الأفراد المكونين له، وكان ذلك سبقاً لم يصل القانون الألمانى القديم إليه، بل أن فكرة الشخصية الافتراضية لم تدخل فى القانون الألمانى إلا بدخول القانون الرومانى إلى ألمانيا[1].

أضف إلى ذلك: أن الملكية المشتركة أو الجماعية هذه؛ لا تنسب استقلالاً إلى كل فرد من الأفراد وإنما تنسب إليهم جميعهم، وهذا لا يتصور إلا بالنظر إليهم ككتلة واحدة، وتلك بعينها هى فكرة الشخصية الافتراضية، التى قال بها أصحاب هذا الاتجاه وهم يحاولون التنصل منها، فقد أقروا بها وهم يحاولون إنكارها[2].

الفرع الثانى
ذمة التخصيص

وأصحاب اتجاه ذمة التخصيص لا يؤمنون بفكرة افتراض الشخصية، فصاحبها ليس شخصا طبيعيا، ولا شخصا مجازياً، ولا تعتبر كائنا اجتماعيا، وإنما هو شخص وهمى، ومن ثم فإن الحقوق التى يقال بثبوتها للشخصية المفترضة تعتبر فى واقع الأمر حقوقا بلا صاحب، وما ينسب إليه من ذمة مالية هى ذمة لا صاحب لها.

ومجرد تخصيص مجموعة من الأموال لتحقيق غرض معين كفيل لدى هذا الاتجاه بتحقيق المقصود من افتراض الشخصية، حيث يترتب على رصد هذه الأموال لتحقيق غرض معين، أن تصير ذمة مالية دون أن تستند إلى شخص، لأنها ذمة تستند إلى

(١) د. عبد الحى حجازى - نظرية الحق - ص ١٦٥.
(٢) د. على حسن نجيدة - السابق - ص ٢٠١، د. نعمان جمعة - السابق - ص ٥١٠، د. عبد المنعم البدراوى - السابق.

عرض، وهى غير مملوكة لأحد حتى تثبت لها الحقوق وتتحمل بالالتزامات[1].

تقدير هذا الاتجاه:

وقد استهدف هذا الاتجاه للنقد من عدة وجوه:

وأول ما أخذ على هذا الاتجاه أنه يخالف التصور السائد والذى لا يعترف بالذمة المالية - باعتبار أنها مجموعة من الحقوق والالتزامات - إلا للأشخاص فلا يمكن تصور أموال لا يملكها شخص معين، كما لا يمكن تصور ذمة لا تستند إلى شخص.

كما أن هذا الاتجاه لا يصدق على الأشخاص الافتراضية فهى - مثلا- لا تصدق علي الدولة؛ ولا على الأشخاص الافتراضية الأخرى التى تتضاءل فيها أهمية الأموال بالنسبة الى أغراضها الأخرى، وذلك كالنقابات والأحزاب[2].

وقد ذهب جانب من الفقه بحق إلى أن هذا الاتجاه قد خرج عن نطاق البحث، فبدلا من تبرير فكرة افتراض الشخصية ، ذهبت إلى إنكار وجودها والبحث عن بديل لها[3].

(١) د. حسن كيرة - السابق - ص ٨٨٧، د. نعمان محمد جمعة - السابق - ص ٥١٠ ومابعدها، د. عبد الحى حجازى - السابق ص ١٦٦ومابعدها ، د. عبد الناصر العطار - السابق. د. عبد المنعم البدراوى - السابق - ص ٦٩٠، د.حسن نجيدة - السابق - ص ٢٠١، د. محمد شكرى سرور - السابق - ص ٢٤٩ ومابعدها، د. فتحى عبد الصبور - السابق ص ٢٩١ ومابعدها وفي الفقه الفرنسى:
Michoud :op cit, No. 17.
(٢) د. على حسن نجيدة - السابق د. عبد الحى حجازى - السابق - ص١٦٧، د. محمد شكرى سرور - السابق - ص ٢٥٠، د. نعمان جمعة - ص ٥١١، د. فتحى عبد الصبور - ص ٢٩٢ ومابعدها. وفى الفقه الفرنسى:
Carbounnier: op cit, No, 85.
(٣) د. على حسن نجيدة - ص ٢٠٢.

الفرع الثالث

الصياغة القانونية

وهناك اتجاه ينادى به بعض الذين ذهبوا الى انكار افتراض الشخصية كبديل لها، وهذا الاتجاه يقضى بأن الشخص الافتراضى يعتبر وحدة تنشأ بواسطة قواعد القانون، فالشخصية المفترضة - وفقا لهذا الاتجاه - مجرد إجراء قانونى، أو وسيلة بسيطة للصياغة الفنية يستعملها الفقه والمشرع لتبرير ضرورات معينة، ولتمكين بعض الجماعات من تحقيق أهدافها أو فى عبارة أخرى عند بعض الشراح: هى إجراء يهدف إلى السماح للجماعات بحيازة واستعمال الأموال لغرض مشترك، أو وسيلة لخدمة غرض معين[1].

ومن ثم فإن الحديث عن الشخص الافتراضى معناه البحث عن صياغة قانونية تستعمل فى القول بأن وحدة - فوق الفرد - تتمتع بتنظيم معين يعترف القانون بأنها ذات شخصية كالإنسان الطبيعى، فالشخص الافتراضى لا يتجاوز حدود تلك الصياغة القانونية؛ إذ يعامله القانون على أنه محل لتجمع الحقوق الشخصية، وبالقانون وحده يمكن معرفة طبيعة الشخصية المفترضة لغير الإنسان من جماعات الأشخاص أو تجمعات الأموال وحدودها[2].

رأينا فى إنكار فكرة افتراض الشخصية:

وفى نظرنا، أن الذين انكروا فكرة افتراض الشخصية يصرون على أن فكرتها تتطابق مع الشخص الطبيعى، وقد أدى ذلك إلى انكار فكرة افتراض الشخصية، وهذا الاتجاه، واضح البطلان - على الأقل- في ظل نصوص القانون التى تقرر افتراض الشخصية لكثير من مجموعات الأشخاص أو تجمعات الأموال، وقد أصبح هذا الاتجاه فى ذمة التاريخ ولا يستأهل النظر، بعد أن تطور الفقه والتشريع الحديث فنصت معظم

(١) د. فتحى عبد الصبور - السابق - ص ٢٩٥.
(٢) المرجع نفسه، وفى هذا المعنى:د. عبد الحى حجازى - السابق - ص ١٦٨ ومابعدها.

التقنينات المعاصرة على الاعتراف بالشخصية القانونية للشخص الافتراضى[1].

وقد أخطأ هذا الاتجاه حين ذهب إلى أن الشخصية القانونية لا تثبت إلا للإنسان، لأن فى هذا خلطاً بين الشخص فى نظر القانون، والشخص فى نظر سائر العلوم الاجتماعية أو الطبيعية ، فالشخص فى نظر القانون ليس هو الإنسان الآدمى، بل هو الذى يصلح لتلقى الحقوق وتحمل الواجبات، ومن ثم فليس من المتعين أن تقتصر الشخصية القانونية على الإنسان وحده، وإنما يجب افتراضها لأى جماعة تكونت بغرض معين، لأنها تصبح - حالتئذ - صالحة لاكتساب الحقوق والتحمل بالواجبات، فافتراض الشخصية حقيقة واقعة لا مفر من التسليم بها[2].

المطلب الثانى

اقرار فكرة افتراض الشخصية

اقرار فكرة افتراض الشخصية هو الحقيقة القانونية التى لا مفر منها، إذ مهما بلغت دوافع أولئك الذين ذهبوا إلى انكار الفكرة، فالذى لا مراء فيه أنها أصبحت أمرا واقعاً، والخوف من الارتباط القائم بين افتراض الشخصية وتدخل الدولة لمنحها أو منعها، لا يمنع من الاقرار بحقيقة افتراض الشخصية وجودا ونشاطا وانقضاء، وإن كان هذا التدخل يتفاوت قدره فى كل دولة بحسب نظامها القانونى، ومع ذلك؛ فإن الذين قالوا بافتراض الشخصية فى إطار تلك الثوابت القانونية اختلفوا فى بيان طبيعتها إلى فريقين أو اتجاهين، أولهما: أصحاب نظرية المجاز أو الافتراض، وثانيهما: أصحاب نظرية الحقيقة، ونبين مضمون كل اتجاه فى فرع على حده.

(١) فى هذا المعنى: د. شمس الدين الوكيل - نظرية الحق - ص ٩٤.
(٢) د. عبد المنعم البدراوى - السابق - ص ٦٩٢.

الفرع الأول

نظرية الافتراض القانونى للشخصية

تقوم نظرية الافتراض القانونى للشخصية أو ما يعرف بنظرية المجاز على أساس أن الشخصية القانونية لا تثبت الا للإنسان فقط، ذلك أن الحق هو سلطة إرادية لا يمكن أن يستند إلا الى شخص له إرادة، أى إرادة الشخص الطبيعى وحده، وإذا كان القانون يعترف لبعض جماعات الأشخاص أو مجموعات الأموال بالشخصية المفترضة، لقيمتها العملية، فتستند إليها الحقوق والالتزامات، فإن إرادة المشرع هى التى تصنع هذه الشخصية الاعتبارية، تحقيقا للأغراض الإنسانية أو الإجتماعية أو الإقتصادية التى تهدف إليها، ومن ثم فإن الشخص المفترض لا يعدو - كما يبدو من مسماه - مجرد افتراض أو مجاز قانونى محض، وليس له وجود حقيقى، كالإنسان، وإنما له وجود صناعى من خلق المشرع[1].

فالحق عند أصحاب هذه النظرية، قدرة إرادية لدى صاحبه، بحيث لا يتصور ثبوت الحق إلا للإنسان وحده، باعتبار أنه - وبحسب الأصل - الكائن الوحيد ذو الإرادة مما يجعل اثبات الشخصية، أو صلاحية اكتساب الحقوق لغير الإنسان مجرد تحايل من قبل القانون يسبغ على الشخص الافتراضى إرادة لا يثبتها له الواقع[2].

(١)د. عبد الناصر العطار - السابق - ص ٢٦٥، د. حسن كيرة - المدخل إلى القانون - ص٦٢٢ ومابعدها - طبعة ١٩٩٢م ، د. شمس الدين الوكيل - نظرية الحق - ص ٩٤
شكرى سرور - السابق - ص ٢٤٦ ومابعدها ، د. عبد المنعم البدراوى - المدخل لدراسة القانون - ص ٦٨٥ ومابعدها، د. محمود جمال الدين زكى - مقدمة الدراسات القانونية - ص ٤٨، د. نعمان جمعة - ص ٥١١، د. عبد الحى حجازى - نظرية الحق - ص ١٦٣، د. منصور مصطفى منصور - نظرية الحق - ص ٢٠٩ وما بعدها، محمد كمال عبد العزيز - السابق - ص ١٨٥ ومابعدها، د. جميل الشرقاوى - دروس فى أصول القانون - ص ٧٢٩ ومابعدها، د. إبراهيم على صالح - فى رسالته السابقة - ص ٤٣، د. فتحى عبد الصبور - السابق - ص ٢٧٦ ومابعدها، د. محمد عبد الله العربى - الفقه الإدارى الحديث وتصوره للدولة ونشاطها القانونى - مجلة القانون والاقتصاد - السنتان الأولى والثانية ١٩٣٢/٣١ - ص ٩٤ ومابعدها، وفى الفقه الفرنسى،
Michoud: op, cit, p. 16 ets, Mazeaud: op. cit., N ., 593, Marty et Raymaud, op. cit. T.I, No. 1048.

(٢) د. حسن كيرة - السابق - ص ٦٢٣.

والنظر إلى الشخصية المفترضة على أساس أنها مجرد خلق صناعى أو افتراضى بحت لا يستند إلى حقيقة واقعة يولد عند القائلين بذلك، نتائج من أهمها اطلاق يد المشرع وسلطانه فى أمر الشخصية المفترضة، بحيث يكون هو المتحكم فى منحها، أو منعها، وهو صاحب القول الفصل فى بقائها إن شاء مد فى حياتها، وإن شاء أنهاها، ومنها الحد من حقوق الشخص المفترض، وحصر أهليته فى نطاق لا يتعدى الغرض من وجوده، وهو ما يعنى تخصصه بهذا الغرض وحده، ومنها تقرير عدم مسئوليته المدنية والجنائية على السواء، بناء على أن القصد الجنائى والخطأ الشخصى، يتطلبان الوعى والإرادة والادراك، ومن ثم لا يتصور صدورهما من شخص وهمى افتراضى لا وجود له حقيقة[1].

تقدير هذه النظرية :

أخذ جانب من الفقه على هذه النظرية أنها تقوم على مقدمات غير مسلمة، فالقول بأن الإنسان وحده هو الذى تثبت له الشخصية فى القانون باعتبار أن ذلك من قبيل المسلمات المحتومة، قول يعوزه الدليل، ويصح نعته بما تنعت به الشخصية غير الطبيعية من افتراض، وهو يقوم على خلط واضح بين مدلول الشخصية فى القانون وبين مدلولها فى الفلسفة والأخلاق وعلم النفس، بينما الثابت أن مدلول الشخصية فى القانون أوسع نطاقا وأرحب مدى من مدلولها الفلسفى، إذ يتسع للإنسان ولغير الإنسان، وما استندت إليه تلك النظرية من التعريف الخاص للحق بأنه قدره ارادية، ليس مسلماً به[2].

(١)د. حسن كيرة - السابق ،د. فتحى عبد الصبور - السابق - ص ٢٧٧، د. نعمان جمعة - ص ٥١٢، حيث يقرر: أن خلق الشخصية الافتراضية يتمثل فى ايجاد كيان يلحق به مجموع من الحقوق والواجبات، ولا يصل إلى حد انشاء ارادة ونشاط ذاتى، فالشخص الافتراضى يشبه عديم التمييز الذى يحتاج إلى آخرين للتصرف وللعمل نيابة عنه لمصلحته ولحسابه». وراجع :د. محمود جمال الدين زكى - السابق - ص ٤٨٠.، د، عبد الله العربى - السابق - ص ١٠١ ومابعدها.، على حسن نجيدة السابق -ص ٢٠٣.، د. عبد الحى حجاى - السابق - ص، د. ابراهيم صالح - السابق - ص ٤٦.، د. عادل حمزة- السابق - ص ١٠ ومابعدها.

(٢) د. حسن كيرة - السابق - ص ٦٢٤.، د. على حسن نجيدة - السابق، د. فتحى عبد الصبور - ص ٢٧٨ ، د. اسماعيل غانم - محاضرات فى النظرية العامة للحق - ص ١٦٨. الطبعة الثانية د. جمال الدين زكى - ص ٤٨٠، د، فتحى عبد الرحيم عبد الله - ص ١٦٠، د. عبد الحى حجازى - ص ١٦٤، محمد شكرى سرور - ص ٢٤٧ وما بعدها د. جميل الشرقاوى- ص ٣٥٢ وفى الفقه الفرنسى،
Carbounnier: op, cit, p. 299.

كذلك أخذ جانب من بعض الفقهاء على هذه النظرية خطورة النتائج التى يحتمها منطقها، فهى حين تنظر إلى الشخص الاعتبارى بوصفه شخصاً وهمياً افتراضيا لا تحل المشكلة الضخمة التى تختفى وراء فكرة الشخصية الافتراضية، وهى مشكلة تحديد من يعتبر مالكاً لأشياء غير مملوكة لإنسان بعينه كما هى الحال في جماعات الأفراد أو مجموعات الأموال، أو هى تحلها على نحو غير معقول أو مقبول باعتبار أن المالك هو ذلك الشخص الافتراضى الذى لا وجود له حقيقة، وهو ما يعنى أن هذه الأشياء سائبة لا مالك لها[1]. ومن ناحية أخرى، فإن منطق هذه النظرية فى اطلاقه يحتم اعتبار الدولة نفسها شخصا افتراضيا وهمياً، ولا يخفى ما تنطوى عليه تلك الفكرة من خطر على القانون وعلى الجماعة وفكرة السيادة فيها، حيث لا يتفق ما يقول به أصحاب هذا الاتجاه مع فكرة السيادة، ولا يتصور أن تمنح الدولة نفسها الشخصية قبل أن توجد، وإذا كان بعض أنصار هذا الإتجاه يتحايلون لتفادى هذه النتيجة بقولهم : إن الدولة شخص معنوى حقيقى، لأن وجودها ضرورى محتوم، فإن فى ذلك قضاء مبرما على مضمون ذلك الاتجاه واستقامة منطقه، وربما كانت تلك المآخذات سبباً لعزوف الفقه الحديث عنها[2].

(١)د. حسن كيرة - السابق، د. فتحى عبد الصبور - السابق - ص ٢٧٨، وفى الفقه الفرنسى: راجع : Michoud: op cit., p. 19.

(٢) د. حسن كيرة - ص ٦٢٤ ومابعدها، د. على حسن نجيدة - ص ٢٠٣ ومابعدها، د. عبد الحى حجازى - السابق - ص ١٦٣ ومابعدها، د. سليمان مرقس - السابق - ص ٧٣٠، حيث يقرر : أن محكمة النقض الفرنسية قد نبذت هذه النظرية صراحة فى حكم لها بتاريخ ٢٨ فبراير ١٩٥٤م (داللوز ١٩٥٤ - ٢١٦) وتعليق الفقيه (ليفاسير) عليه، محمد كمال عبد العزيز - ص ١٨٦، د. منصور مصطفى منصور - السابق - ص ٢٠٩ ومابعدها.

الفرع الثانى

نظرية الوجود الحقيقى للشخصية الافتراضية

نشأت نظرية الوجود الحقيقى للشخصية الافتراضية على انقاض الانتقادات التى وجهت إلى النظريات السابقة على أمل الوصول إلى أفكار أكثر واقعية وقبولاً تحل محلها، ومنطق هذه النظرية يقول:

إن الشخص الافتراضى ليس مجازا أو وهماً، بل هو حقيقة واقعة لامراء فيها[1]، والفقه وإن كان يسلم بهذه الحقيقة إلا أنه اختلف فى الوصول إليها إلى مذاهب شتى، واتجاهات عدة، منها ما يميل إلى تشبيه الشخص الافتراضى تشبيهاً عضويا بيولوجيا بالشخص الطبيعى، ومنها ما حاول التقريب بينهما بجامع وجود الإرادة، ومنها ما أسس حقيقة الشخص المعنوى على وجود مصلحة جديرة بالحماية أو على أساس نظرية النظم الاجتماعية وينبغى بيان ذلك:

أولا: اتجاه الحقيقة البيولوجية (العضوية):

يقوم هذا الاتجاه على التقريب بين الشخص الطبيعى والشخص الافتراضى من جهة أن كلا منهما يتكون من مجموعة خلايا، تتفاعل فيما بينها وتتعاون لحياة هذا الشخص، فأفراد الشخص الافتراضى لدى اصحاب هذا الاتجاه يقومون بدور الخلايا فى

(١) د. عبد الناصر العطار - ص ٢٦٦، د. عبد المنعم البدراوى - السابق - ص ٦٨٨ فقرة ٤٦٢، د. منصور مصطفى منصور - ص ٢١٠، محمد كمال عبد العزيز - ص ١٨٦ ومابعدها، د. سليمان مرقس - السابق ص ٧٣١ ومابعدها، د. على حسن نجيدة - السابق - ص ٢٠٥، د. عبد الحى حجازى - السابق - ص ١٦٥، د. إبراهيم على صالح - السابق - ص ٦٥، د. عادل حمزة - السابق - ص ١٣ ومابعدها، د. حسن كيرة - السابق - ص ٦٢٥، د. جميل الشرقاوى - السابق- ص ٣٥٤ ،د. شمس الدين الوكيل - السابق - ص ٩٥، د. فتحى عبد الرحيم عبد الله - السابق ص ١٦١، د. محمد شكرى سرور - السابق - ص ٢٥١، د. إسماعيل غانم - السابق - ص ٢٢٠، د. جمال الدين زكى - ص ٤٨١، د. نعمان جمعة - ص ٥١٢ ومابعدها، وفى الفقه الفرنسى:
Marty et Raynaud: op. cit., No. 1046, Carbounnier: op. cit., No. 76 ets.

الشخص الطبيعى[1]، وإذا كان للإنسان عقل، فإن للشخص الافتراضى عقلاً، ومن ثم فإن القرار الصادر من كل منهما إنما يجيئ نتاج عملية عقلية متشابهة، بيد أن هذا الاتجاه قد بالغ فى تصور الحقيقة لدرجة تخرجه من نطاقها، وانزلق بدوره إلى مجال التشبيه والافتراض، ومن ثم جرى عليه حكم ذلك التصور المجازى، واستهدف للنقد بسببه، وليس من المقبول أن نبالغ فى تصوير الشخص الافتراضى حتى نستطيع أن نثبت شخصيته القانونية، ولو صح ذلك لجاز اطلاق الشخصية على كل ماله حياة كالجماد والنبات، وهذا ما لا يقول به أحد، كما أن الشخص الافتراضى مع المبالغة فى تشبيهه بالإنسان، يفتقد الإرادة الذاتية الموجودة به، ومن ثم لن يكون مماثلاً له[2].

ثانيا : اتجاه الارادة الجماعية:

وبعض الذين قالوا بالوجود الحقيقى للشخص الافتراضى لم يبالغوا فى التقريب العضوى بين الشخصين الطبيعى والافتراضى، وإنما ركزوا على الجانب النفسى المتمثل فى جانب الارادة، فجوهر الإنسان ليس فى جسمه وخلاياه بل فى إرادته، ولما كان الأمر كذلك، فإنه إذا ثبت أن مجموعة ما توافرت لها هذه الإرادة المستقلة عن إرادات أفرادها، وجب اعتبار هذه الجماعة شخصاً، فالارادة التى تثبت للشخص الافتراضى على غرار إرادة الشخص الطبيعى تكفى لاسباغ الشخصية القانونية عليه[3].

(١) راجع :
Michoud : op. cit., No. 33 ets.
Saleilles (R): de la personnalite juridique, p.527 ets, 2e ed, 1922.
وراجع فى الفقه المصرى: د. عبد الودود يحيى - السابق - ص ٢٩٠، محمد كمال عبد العزيز - السابق - ص ١٨٧، د. منصور مصطفى منصور - السابق ص ٢١٠ وما بعدها، د. فتحى عبد الرحيم عبد الله السابق ص ١٦١ ومابعدها، د. نعمان جمعة - السابق - ص ٥١٢، د. حسن كيرة - السابق - ص ٦٢٥، د. عبد الله العربى - السابق - ص ٩١ وما بعدها ،د. فتحى عبد الصبور - السابق - ص ٢٧٨، د، عبد المنعم البدراوى - السابق - ص ٦٨٨، د. على حسن نجيدة - السابق - ص ٢٠٥ ، د. عبد المنعم البدراوى - السابق - ص ٦٨٨ ، د. عبد الحى حجازى - السابق - ص ١٥٠ ومابعدها، د. شمس الدين الوكيل - ص ٩٥، د. جميل الشرقاوى - السابق - ص ٣٥٤.

(٢) د. على حسن نجيدة - ص ٢٠٦، د. إبراهيم على صالح - السابق - ص ٤٦، د. حسن كيرة - السابق - ص ٦٢٦، د. فرناس عبد الباسط - الشخصية المعنوية - دراسة مقارنة بين القانون الإدارى والفقه الإسلامى - ص ٢٧ - الطبعة الأولى ١٩٨٦م.

(٣) د. فرناس عبد الباسط - السابق، د. إبراهيم صالح - السابق - ص ٤٧. د. محمد شكرى سرور - السابق - ص ٢٥٢، د. حسن كيرة - السابق - ص ٦٢٦، د. عادل حمزة - السابق - ص ١٥، د. فتحى عبد الصبور - السابق - ٢٨٠.

وجدير بالذكر أن هذا الاتجاه لا ينظر إلى من يمثل الشخص الافتراضى على أنه نائب عنه، بل ينظر إليه باعتباره عضواً، ويفسرون ذلك بقولهم : إن النائب يفترض وجود شخص آخر فى حين أن ممثل إرادة الشخص المعنوى، أو ممثل هذه الإرادة الجديدة يعد بمثابة المعبر عنها باعتباره جهازها فى التعبير.

بيد أن ول مطعن يرد على هذه النظرية انها انطلقت من معطيات غير سديدة فكان من الطبيعى أن تنتهى إلى نتائج خاطئة، ذلك أن القول بأن القانون يركز على إرادة الإنسان، ويحفل بها إنما يعتوره النظرة الجزئية، والنظر غير الشامل ومن ثم ينتهى إلى نتائج خاطئة[1]، إذ أن القانون ينظر إلى وجود الإنسان ككل، جسداً أو روحاً، بل وحوائجه ومطامحه ورغباته ويسعى إلى صيانتها وحمايتها وتحقيقها. كما ان القانون لم يوضع لشيئ خيالى مجرد هو الإرادة فحسب، بل وضع للإنسان الحقيقى برمته، ومع التسليم بالمقدمات التى تؤدى إلى نشأة إرادة جماعية واحدة، فإن تلك المقدمات لا تؤدى إلى الغاية المنشودة من هذا الاتجاه وهى إثبات وجود كيان حقيقى للشخص الإفتراضى، ولو أن تلك المقدمات قد أدت فعلاً إلى وجود إرادة تنزع إلى الاختيار، فإن الكائن محل هذه الإرادة لن يعثر له على وجود، ولا يؤدى هذا الاتجاه إلى وجود أى دليل عليه[2].

فلو أننا سلمنا بإناطة الشخصية القانونية للإرادة، لما كان ذلك النظر مفيداً إلا بالنسبة لجماعات الأفراد فقط، كالشركات والجمعيات، دون المجموعات المالية مثل المؤسسات وغيرها[3]، ومن ثم لا يكون هذا النظر سديداً ولا يكون الاتجاه المبنى عليه مقبولاً.

(١) د. إبراهيم على صالح - ص ٤٨، د. حسن كيرة - السابق - ص ٦٢٦ ومابعدها، د. فتحى عبد الصبور - ص ٢٨٠ ومابعدها، د. عبد الحى حجازى - السابق - ص ١٦٦، د. على حسن نجيدة - ص ٢٠٩٦، وراجع:Marty et Raynaud: op. cit., p. 1263 ets ., Carbounnier: op. cit., N.o. 86.

(٢) د. إبراهيم صالح - المرجع نفسه.

(٣) د. حسن كيرة - السابق، د. عبد الحى حجازى - السابق،د. فتحى عبد الصبور - السابق - ص ٢٨٢ ، وراجع: Marty et Raynaud: op. cit., Carbounnier: op. cit,.

ثالثا: اتجاه المصلحة:

ويقوم هذا الإتجاه على أساس أن الشخصية القانونية ليست هى الإرادة فالمجنون والصغير غير المميز ليست لهما إرادة، وهما أشخاص قانونية معتبرة، كما أنها ليست الجسد بما فيه من خلايا وما يخدمه من اطراف، فلم يكن للعبيد فيما مضى فى سالف الأوان الشخصية، ولم تغن اجسادهم وحواسهم فى هذا فتيلا.

ومن ثم فإن الصلاحية في حقيقة الأمر - لدي أنصار هذا الاتجاه - ليست إلا الصلاحية لاكتساب الحقوق، أى مجرد صلاحية الكائن لأن يكون صاحب حق، وهى منحة من النظام القانونى، كما يخلعها على الإنسان، يستطيع أن يخلعها على غيره، متوخياً فى ذلك تحقيق المصالح الاجتماعية[1].

فالشخصية لدى أنصار هذا الاتجاه لا تعدو أن تكون مركزاً لمصالح إنسانية فإذا كانت الشخصية الطبيعية مركزا لمصالح إنسانية فردية، فالشخصية الافتراضية مركزا أكبر لمصالح إنسانية جماعية، فلا تقل عنها فى كونها شخصية حقيقة.

وقد أخذ الفقه على هذا الاتجاه أنه ينطلق من التعريف الذى ارتضاه انصارها هذا للحق بأنه: «مصلحة يحميها القانون»، فأساس الحق لدى هذا الفقه ليس الإرادة، بل المصلحة الجديرة بالحماية، وصاحب الحق هو صاحب هذه المصلحة التى يحميها القانون، ومن ثم يجب أن يعترف له القانون بالشخصية الاعتبارية المفترضة، فحينما توجد المصالح الجديرة بحماية القانون، فإنه يجب الاعتراف بالشخصية القانونية لمن يمثلها سواء كان من يمثلها فرداً، فتكون المصلحة فردية، أو جماعة من الأفراد فتكون المصلحة جماعية أو مجموعة من الأموال فتكون المصلحة اقتصادية[2]. فهو حين ربط نفسه

(١) د. على حسن نجيدة - ص ٢٠٧، د. حسن كيرة - السابق - ص ٦٢٧، د. فرناس عبد الباسط- السابق - ص ٢٧، د. عادل حمزة - السابق - ص ٢٣ ومابعدها، Michoud : op. cit., p. 101 ets.

(٢) د. حسن كيرة - السابق - ص ٦٢٦ ومابعدها، د. على نجيدة - السابق - ص ٢٠٧ ومابعدها، وراجع: فى تعريف الحق بأنه مصلحة يحميها القانون: د. حمدى عبد الرحمن - فكرة الحق - ص ١٣، د. عبد الحى حجازى - السابق - ص ١٢، د. منصور مصطفى منصور - السابق - ص ١١، د. أحمد سلامة - السابق - ص ٢٥.

بتعريف معين للحق كمصلحة يحميها القانون، لابد وأن يتعرض لما تعرض له هذا التعريف من الانتقادات، كما أن ربط الشخصية القانونية بهذا التعريف للحق يقود إلى القول بثبوت الشخصية، ليس للمجموعات من الأموال أو الأشخاص، ولكن فقط للأفراد المكونين لهذه المجموعات باعتبارهم منتفعين بها[1].

رابعا: الاتجاه الاجتماعى أو نظرية النظم:

يقوم هذا الاتجاه على تفسير الشخصية الإفتراضية على أساس من البصر بالواقع الاجتماعى وما تتضمنه ظواهره من نظم مختلفة، ومقصود النظم فى إطار ذلك الاتجاه: وجود فكرة موجهة تتحقق وتستمر فى الجماعة عن طريق سلطة ملزمة تعمل بأدوات وأجهزة خاصة، وتعطيها كيانا أو هيئة اجتماعية مستقلة لها حياتها الداخلية ونشاطها الخارجى[2].

ومن ذلك يتضح أنه ليست كل فكرة يتاح لها التحقيق والإستمرار فى المحيط الإجتماعى تكون شخصاً معنوياً وبالتالى شخصاً قانونياً، فهناك نظم يمكن تسميتها: « النظم الإشياء، أو (Imstitution - choses)، وهى ليست بأشخاص لأنها - رغم اعتبارها فكرة تعيش وتتحقق فى المحيط الإجتماعى - لا تولد كياناً أو هيئة ذاتية تعمل بوسائل خاصة بها، فالقاعدة القانونية مثلاً إذا كانت نظاماً يعيش فى المجتمع حول فكرة أساسية موجهة، إلا أنها لا تتخذ شكل هيئة ذات كيان مستقل تعمل بأدوات وأجهزة ذاتية لتحقيق هذه الفكرة وإنما تتوصل إلى هذا التحقيق بإستعارة سلطة الدولة، ولذلك تظل مجرد نظام من الأنظمة الأشياء[3]، فالشخصية القانونية وفقاً لهذا الإتجاه ليست تعبيراً عن الشخصية المعنوية فى المحيط القانونى أو هى أسلوبها القانونى[4].

(١) د. حسن كيرة - السابق - ص ٦٢٧، د. على نجيدة - السابق - ص ٢٠٨ وراجع: Michoud: op. cit., p. 120, Dabin (j). le droit subjectif, p. 142 paris 1952.

(٢) د. حسن كيرة - السابق - ص ٦٢٧ وما بعدها، د. عبد الحى حجازى - السابق - ص ١٦٨ ومابعدها.

(٣) د. حسن كيرة - السابق - ص ٦٢٨.

(٤) المرجع نفسه - هامش (٣).

وإنما يصير النظام شخصاً أو يدخل مرحلة التشخص المعنوى فالقانونى، إذا ولدت الفكرة هيئة لها وجود ذاتى فى المجتمع، وتنظيم معين تعمل لتحقيقها بوسائل وإجهزة خاصة وبإندماج وإتحاد جماعة من الأفراد - سواء كانوا أعضاء أم منتفعين - مع هذه الإجهزة فى تلك الفكرة، فالدولة وفقاً لهذا الإتجاه تعتبر من النظم الأشخاص (Instiution Personnes) لأن الفكرة الموجهة وهى حماية المجتمع الوطنى، لا تلبث أن تخلق هيئة اجتماعية لها كيان ذاتى مستقل هى الدولة، تقوم على تنظيم معين وإجهزة خاصة، كأجهزة التنفيذ والتشريع، لتحقيق هذه الفكرة فى اتحاد وتعاون مع المواطنين اعضاء هذا المجتمع المندمجين فى هذه الفكرة، فاجتماع هذه العناصر الأساسية اللازمة للشخصية من شأنه أن يصير الفكرة كائناً إجتماعياً متميزاً، له وعى بذاته، وبصر بمصيره وأهدافه، وقدرة على النشاط لتأكيد استمرار بقائه، محققاً غاياته بوسائله، وإجهزته الخاصة، ومتحملاً مسئولية أفعالة وتصرفاته[1] .

بيد أن هذا الاتجاه قد أخذ عليه دقة تحديد معيار الشخصية الإفتراضية، وإن الفصل بين النظم الأشياء والنظم الأشخاص فصل تحكمى يعوزه الوضوح والتبرير على السواء، ومع ذلك فإنه فى حقيقة الأمر يدور فى الحلقة التقليدية المفرغة ، وهى محاولة تصوير الشخص المعنوى على هيئة وتكوين الإنسان[2] .

خامسا : افتراض الشخصية حقيقة قانونية :

وهناك اتجاه يلقى رواجاً كبيراً فى الفقهين المصرى والفرنسى، ويؤيده القضاء يرى أن الشخصية الافتراضية حقيقة قانونية، ونقطة البداية عند أصحاب هذا الاتجاه تتمثل فى أن الحقيقة القانونية ليست صورة طبق الأصل أو مطبوعة بالكربون للحقيقة المادية أو الدارجة، فكون الشخص فى اللغة العامة هو الإنسان، لا يعنى أنه هو كذلك فى لغة القانون، فللقانون تعريفاته وضوابطة التى يقيم على أساسها أحكامة، فالشخصية

(١)د. عبد الحى حجازى - السابق - ص ١٦٨ وما بعدها، د. حسن كيرة - السابق - ص ٦٢٨ وما بعدها، د. إبراهيم صالح - السابق - ص ٤٩ وما بعدها، د. فرناس عبد الباسط - ص ٢٩ وما بعدها، د. عادل حمزة - السابق ص ١٩ وما بعدها.

(١)د. حسن كيرة - السابق - ص ٦٣٠، د. إبراهيم صالح - ص ٥١ وما بعدها.

القانونية تمنح للإنسان لا لأنه يملك جسداً، فقد كان للعبيد مثل هذا الجسد، ولم يكن لهم شخصية قانونية، ولا لأنه يملك العقل والتمييز والإرادة، فالمجنون يفتقد كل ذلك، ومع هذا فهو يتمتع بالشخصية القانونية، فهى إنما تمنح للإنسان لانه كائن إجتماعى ويحتاج فى وجوده ولممارسة نشاطة إلى الإعتراف له ببعض المصالح التى نسميها حقوقاً، فصلاحية هذا الكائن لان يكون له حق يعطى له الشخصية القانونية، فكما أن الشخصية القانونية هى تصوير من خلق القانون، فإنها تمثل فى نفس الوقت عنصراً معنوياً، القصد منه تسهيل التعامل فى المجتمع، أى أنه صفة يضفيها القانون على كائن ما ،لكى تلحق به الحقوق والواجبات[1] .

وعلى هذا الأساس، فليس ثمة ما يمنع من اضفاء هذا الوصف القانونى أو هذا التصوير المعنوى على كائن اجتماعى له وجود حقيقى فى المجتمع، وله مصالح ذاتيه جديرة بالحماية، كما أنها جديرة باعتبارها حقوقاً، إذ أن مجرد الاعتراف لهذا الكائن بصلاحية التمتع بالحق، يعنى الاعتراف له بالشخصية القانونية، فالدولة والشركة والنقابة والحزب والجمعية والهيئة والجماعة، عبارة عن كائنات اجتماعية، لأنها موجودة فى المجتمع وتؤثر فيه، وهى طرف فى علاقات هذا المجتمع، كما أنها ترتكز على نظام تعمل على أساسة، ولها أعضاء يتولون تصريف شئونها وإلى جانب كل ذلك فإن لهذه الكائنات مصالحها الذاتية وهى تسمى مصالح جماعية لكى نميزها عن المصالح الفردية، والأخيرة لا تتطابق مع المصالح الجماعية، بل قد تتعارض معها، فمن مصلحة الدولة جمع الضرائب لتمويل نفقاتها، ومن مصلحة الأفراد المكونين لهذه الدولة تخفيف هذه الضرائب أو التخلص منها، ومن مصلحة الشركة التجارية أن تحجز جزءاً من أرباحها للتوسع فى نشاطها ومنشآتها، ولكن من مصلحة الشريك أن يحصل على أكبر قدر ممكن من الأرباح، وألا يحجز أى جزء من هذا الربح لأى غرض كان[2] .

(١)د. نعمان جمعة - السابق- ص ٣٥٥ وما بعدها، د. عبد الحى حجازى - السابق ص ١٦٨ وما بعدها، د. محمد سامى مدكور- نظرية الحق- ص ١٤٣- طبعة ١٩٥٤، د. محمد شكرى سرور- السابق- ص ٢٥٤، د. سليمان مرقس- ص ٧٣٦ وما بعدها.

(٢)د. نعمان جمعة- السابق- ص ٥١٤، د. جميل الشرقاوى- السابق، د. عبد الحى حجازى- السابق، د. محمد شكرى سرور- السابق- ص ٢٥٥، حيث يقول: «وهكذا نخلص مع بعض الشرائح فى مصر إلى أنه كلما كان هناك كائن جماعى سواء تمثل فى مجموعة من الأموال أو، جماعة من الأشخاص وتوفرت لهذا المجموع قيمة اجتماعية تجيز من قيمة الهدف الذى يسعى لتحقيقة ومن قدرته وأفضليته على الكائن الفردى فى هذا التحقيق كنا بصدد حقيقة لا افتراض فيها « راجع :د. حسن كيرة- السابق- ص ٦٣٢ وما بعدها.

وبذلك فاننا بصدد كيان اجتماعى حقيقى له نظامه، وله مصالحة الذاتية المتميزة عن مصالح الأفراد المكونين له، وكل ذلك يسوغ منحة الشخصية المعنوية المفترضة، والشخصية المفترضة هنا ليست على سبيل الاستثناء فليس ثمة خروج على تعريفها العام، وهو: «الصلاحية لإكتساب الحقوق وتحمل الواجبات» ومن ناحية أخرى لا يتعلق الأمر بشئ وهمى أو افتراضى، وإنما يتعلق الأمر بكيان يقاس على الإنسان كحقيقة بيولوجية أو نفسية، وإنما يتعلق الأمر بحقيقة اجتماعية، لأننا أمام كائن إجتماعى موجود فعلاً فى المجتمع[1].

ومن ثم يتضح أن حقيقة الشخصية المفترضة تقوم على عنصرين أساسيين :

أولهما: كائن جماعى أو اجتماعى يخرج من تجمعات فردية أو مالية ويتمتع بكيان ذاتى مستقل عن كيان وذاتية مكونية أو منشئية من الأفراد، ووجود مثل هذا الكائن، وجود حقيقى لا افتراض فيه، مادمنا نفصل الشخصية القانونية عن الشخصية الفلسفية، ولا نقصر الحقيقة على الحقيقة المادية وحدها[2].

ثانيهما: توافر قيمة اجتماعية لهذا الكائن متأتية من قيمة الهدف الذى يسعى إلى تحقيقة ومن قدرته وأفضليته على الكائن الفردى فى هذا التحقيق.

فإذا توافر هذان العنصران استوى الكائن الجماعى أو الإجتماعى على رأس حياة قانونية متعلقة بهذا الهدف، صار مركزاً تستند إليه مظاهر هذه الحياة من حقوق وواجبات والتزامات، إذ يكون حينئذ أهلاً لان يستأثر بما يتعلق بهذا الهدف من حقوق وسلطات، ويتحمل بما يفرضه من واجبات وتبعات[3].

(١)د. نعمان محمد جمعة- السابق- ص٥١٥، د. حسن كيرة- السابق، د. عبد الحى حجازى- السابق، د. محمد سامى مدكور- السابق، ص ١٤٣ وما بعدها، د. جميل الشرقاوى- السابق، د. إسماعيل غانم- السابق ص ٢٢١ .

(٢)د. حسن كيرة- السابق- ص ٦٣٣.

(٣)د. حسن كيرة-السابق، د. إسماعيل غانم- السابق- ص ٢٢١، د. فتحى عبد الرحيم عبد الله- ص ١٦٥، د. عبد المنعم البدراوى- السابق- ص ٦٩٢، د. عبد المنعم فرج الصدة- السابق، د. محمد شكرى سرور- السابق، د. على حسن نجيدة- السابق- ص ٢١١، د. سليمان مرقص- السابق- ص ٧٣٨، حيث يضيف إلى هذين العنصرين عنصراً ثالثاً يتمثل فى اعتراف الدولة به، د. جمال الدين محمد زكى- السابق- ص ٤٨١، وفى الفقه الفرنسى :

Michoud: op. cit., no 54 ets, Dabin: op. cit., pp. 148, 163.

إتجاه الحقيقة هو الراجح:

والإتجاه الرجح فى نظرنا هو هذا الاتجاه الذى يقضى بأن الشخصية الإفتراضية حقيقة قانونية، ذلك أنه يعبر عن الواقع بصدق يتلاشى المآخذ التى سجلها الفقه على الاتجاهات المعروفة فى بيان طبيعة الشخصية الافتراضية، ولا شك أن ذلك الاتجاه يتفق مع الواقع، فالقانون ينص على وجود تلك الشخصية، وينظم أحكامها، ويبين نطاق الحدود القانونية التى تتحرك فى إطارها، ومن ثم أضحت حقيقة واقعة لامراء بعد نص القانون عليها[1].

ولعل ما يتسم به هذا الإتجاه من صدق، واستجابه للمقتضيات العملية التى تتصل بافتراض الشخصية أو تقترن بها، هى التى حدث بالقضاء في كل من مصر وفرنسا[2] أن يأخذ نبراساً يستضيئ به فى تخريج أحكامة وهو من قبل ومن بعد يتضمن

(١)راجع فى هذا المعنى: د. عبد الناصر العطار- السابق- ص ٢٦٧، حيث يقول : «والصحيح فيما نراه أن الشخصية القانونية لكل إنسان ، ولا ينفى ثبوتها له أن تثبت لغيره طالما كان صالحاً لإكتساب الحقوق والتحمل بالتزامات، والشخصية الإفتراضية ليس كل ما فيها افتراضي، وليس كل ما فيها حقيقة، وإنما يمكن القول: إن فيها جانباً من الحقيقة فى مقوماتها المادية، فمجموع الأموال أو جماعة الأفراد حقيقة، أما عنصرها الشكلى وهو اعتراف الدولة فيقوم على افتراض صلاحية هذا المجموع لإكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات» .

(٢) إتجاه القضاء المصرى يبرز الأخذ بإتجاه الحقيقة القانونية، ويقتضى ذلك يقرر مسئولية الشخص الإفتراضى بنفس الأسس التى تتقرر من خلالها مسئولية الشخص الطبيعى، ومن وذلك حكم النقض المدنى فى ١٩٦٤/٦/٢٥ م، مجموعة أحكام النقض - س ١٥- رقم ١٣٥- ص ٨٦٨، وحكم النقض فى ١٩٤٨/٣/١١ م، مجموعة عمر ٥- ٢٨٧- ص ٥٦٥، حيث قضى بأن الوقف مسئول عن أخطاء ناظره، وهو فى فقه القانون المدنى شخص اعتبارى تكاملت فيه مقومات الشخصية القانونية، وفى مثل هذا المعنى:

حكم النقض فى ١٩٦٥/٥/٢٠ م، المجموعة س ١٦- رقم ٩٩- ص ٦١٤، وفى ١٩٦٥/٦/٢٠ م المجموعة س ١٦ رقم ١٣٧- ص ٨٧٠، وفى ١٩٦٨/١١/٢٨ م، المجموعة س ١٩- رقم ٢٢٠- ص ١٤٤٨، حيث قضى بمسئولية محافظة الإسكندرية عن إهمالها فى إسعاف غريق بعد إخراجة من مياه شاطئ العجمى حياً حتى مات بسبب ذلك الإهمال الذى من شأنه أن يؤدى إلى الوفاه، وفى ١٩٦٩/٥/١٣ م، المجموعة- س ٢٠- رقم ١٢٣- ص ٧٧٩، وفى ١٩٧٦/٦/٢٩ م، المجموعة ٢٧- ٢٧٦- ١٤٥٤، وفى ١٩٧٧/٣/٢٨ م، المجموعة ٢٨- ١٤٤- ٨١٢. وفى مسئولية هيئة السكك الحديدية عن إهمال خفير معين لغلق المجاز (المزلقان) مماأدى لمرور سيارة صدمها القطار. حكم النقض الجنائي فى ١٩٦١/١/٣٠ م، مجموعة أحكام النقض الجنائى، س١٢- ٢٢- ١٣١. وحكم النقض المدنى فى ١٩٧٩/٢/١٤ م فى الطعن رقم ١٠١٧ لسنة ٤٨ ق. وفى مسئولية وحدات الحكم المحلى عن حراسة شبكات الانارة فى المدن والقرى، حكم النقض فى الطعن رقم ٤٩٢ لسنة ٥٦، جلسة ١٩٨٩/١/٢ م، مجلة القضاء السنة ٢٥ - العدد الأول يناير يونيو ١٩٩٢م ص ٤٥٥.وفي فرنسا أكدت محكمة النقض الفرنسية هذا المعنى فى حكم شهير لها بتاريخ ١٩٥٤/١/٢٨ ، داللوز ١٩٥٤- ص ٢١٧، إعتنقت فيه الإتجاه القاضى بأن الشخصية الإفتراضية حقيقة قانونية، ليست من خلق المشرع، حيث أكد على أن الشخصية هى كل جماعة لديها القدرة على التعبير الجماعى، وذلك فى إطار الدفاع عن مصالحة التى يعترف القانون بها، وقد قرر الأستاذ (Levasseur) أن هذا الحكم قد أكد إتجاه الحقيقة القانونية فى الشخصية الإفتراضية، حيث يتوافر لها ركنان هما : المصالح المشروعة، وأداة التعبير الجماعى، وهما موجودان فيها، وراجع فى العرض التفصيلى لحيثيات هذا الحكم:

**

من الأفكار ما يتفق مع حقيقة الشخصية الإفتراضية في التشريع الإسلامى، حيث لا يمكن انكار أنها تعتبر من الحقائق الشرعية المقررة كتصوير فقهى لإسناد المسئولية عما يتصل بنشاط تلك الشخصية، خاصة بعد أن قامت أدلة اعتبارها من الكتاب والسنة على نحو يفيد ذلك، هذا من ناحية المبادئ العامة، أما تفصلات تلك المبادئ فربما نجد فيها تفرقة فى بعض الأمور بين اتجاه الفقه الإسلامى والقانون، تظهره دراسة هذا الفصل فى جانبه الشرعى، وإن كان ذلك لا يؤثر علي الإتفاق فى المبادئ العامة التي تقوم عليها فكرة افتراض الشخصية، فذلك أمر عادى من جهة أنه فى تلك الفوارق ينسجم مع طبيعة التشريع الإسلامى بما تتسم به من استقلال فى الصياغة الفقهية، وتميز المصادر التى تستمد منها الأحكام الشرعية، وذلك على نحو ما سنرى فى المبحث القادم إن شاء الله.

** Carbonnier(J), Droit CIvil, p. 298, 1969., Mazeaud (H,L, et J) par Juglart: lecon de droit civil., 5ed, T. lem vol. (les personnes), 1972.
وراجع تعليق الأستاذ (Levasseur) على هذا الحكم المنشور فى داللوز س ١٩٥٤ - ص ٢١٧ ومابعدها، وحكم النقض الفرنسى فى ١٩٥٦/١/١٧، داللوز ١٩٥٦ - ص ٢٦٥.

المبحث الثانى

طبيعة الشخص الإفتراضى فى الفقه الإسلامى

البحث عن طبيعة افتراض الشخصية مقيد بالضوابط المتعلقة بالأحكام الشرعية المنظمة للسلوك الإنسانى، ذلك أن افتراض الشخصية أمر تترتب عليه أحكام معينة، هو منها بمثابة السبب من المسبب، كما أن الشخص الإفتراضى يمارس بتلك الصفة تصرفات معينة قد توجب له حقاً أوتقرر عليه التزاماً، مع أنه ليس أهلاللخطاب الشرعى بحكم طبيعتة المادية الخالية من الادراك والاحساس، ومن ثم كانت تصرفاتة بحاجة إلى تأصيل شرعى يبين توصيف تلك التصرفات ويبرز موقعها من الأحكام الشرعية الناشئة عن تكليف الشارع للناس بما أنزله عليهم من تشريع، ولتكون أحكام المسئولية الناشئة عن تصرفاتهم مبينة على أسباب شرعية سانغة، ومن ثم وجب أن يعود البحث عن طبيعة الشخص الافتراضى إلى أصول الفقه الإسلامى ليتبين طبيعة تلك الشخصية، وأحكامها وفقاً للضوابط الفقهية المقررة.

ومن المقرر شرعاً: أن الله تبارك وتعالى قد أنزل شريعتة الإسلامية على رسوله محمد صلى الله عليه وسلم وأمره بتبليغها للناس، لتكون ملزمة لهم فى التطبيق، وليضبطوا سلوكهم وتصرفاتهم على منوالها ،ووفق أحكامها ، فيحلوا حلال الله، ويحرموا حرامه، وليكون التشريع الإسلامى هو المرجع النهائى للمسلم فى كل أفعاله وجميع تصرفاته، بحيث لا يخرج أى فعل أو تصرف للإنسان عن دائرة الأحكام الشرعية التى ما أنزلها الله تعالى إلا لتكون ملزمة لخلقه، وحجة عليهم، وليكون الحكم على أفعالهم فى إطار إلتزامهم بأحكام تلك الشريعة، أو تحللهم منها.

لما كان ذلك، وكانت أحكام الله ملزمة لخلقه، فإن ذلك يستلزم أن يوجد محكوم عليه يكلف بتلك الأحكام ويلتزم بها، أو كما يقول الأصوليون: يتعلق الخطاب الشرعى بفعله، فالمكلف هو من يتعلق الخطاب الشرعى بفعله[1]، ولابد من وجوده ليحصل

(١) التوضيح للقاضى صدر الشريعة، وحاشية التلويح عليه، للتفتازانى - جـ ٢- ص ١٥٦- مطبعة صبيح .

الإلتزام بالحكم الشرعى، وإلا كان الخطاب غير ذى معنى، وخطاب الله تعالى منزه عن ذلك، ومن ثم وجب أن يكون هناك مخاطب يكلف بمحتوى الخطاب الشرعى، وتشغل ذمته أمام الله تعالى فى التكليف به والمسئولية عنه، ولا شك - فى نظرنا - أن وجود ذلك المسئول عن الخطاب الشرعى يعد أمراً واجباً، لأن وجوده سيكون وسيلة لحفظ المصالح الضرورية المتوقفة على ذلك الوجود، وحفظ الأخيرة واجب، فيكون لما يوصل إليها حكمه وهو الوجوب، وذلك لما قرره الفقهاء من أن ما يوصل إلى الواجب يأخذ حكمه، فوسيلة الواجب تعتبر واجبة [1].

طبيعة الحكم الشرعى وأثره على التكليف :

والتكليف بالحكم الشرعى لا يستوى فيه جميع المكلفين، فمن الأحكام ما تشغل به ذمة الإنسان، ولا تبرأ أمام الله تعالى، إلا إذا أدى ما وجب عليه وهذا الواجب يشترط له فى المكلف آلبلوغ عن عقل والإستطاعة، والعقل هو مدار التكليف لما هو مقرر : أن الله تعالى إذا أخذ ما وهب فقد رفع ما أوجب، والواجب عند توافر شروط التكليف به لا يسقط عن صاحبه إلا إذا أداه عينا، وهذا ما يعرف عند الفقهاء بالواجب العينى، فالواجب العينى هو الذى لا يحصل المقصود من شرعيته إلا بصدوره من كل واحد من المكلفين، وذلك كما فى الصلاة والزكاة والصوم والحج وأداء الالتزامات المالية الواجبة على الشخص للناس، وذلك مطلوب حصوله من كل فرد من أفراد المكلفين وإذا فعله بعضهم، لم يسقط الطلب عن الباقين، لأن المقصود من شرعية هذه الأمور تحصيل ملكة الخضوع للخالق - جل جلاله - بقهر النفس الأمارة بالسوء وضبط توجيهها على طريق الخضوع لله تعالى والالتزام بأحكامه[1].

(١)أعلام الموقعين لابن القيم - جـ ٢ - ص ١٤٨، والفروق للقرافى - جـ ٢ - ص ٢٢، الإحكام فى أصول الإحكام للآمدى - جـ ١ - ص ١٥٧، والمستصفى للغزالى - جـ ١ - ص ٧١، وراجع : محمد سلام مدكور - المدخل للفقه الإسلامى - ص ٣١٨ - دار النهضة العربية ١٩٦٤م، على حسب الله - أصول التشريع الإسلامى - ص ٣١٨ - دار المعارف..

(٢) أصول الفقه للحنفية - د. محمد أنيس عبادة - ص ٢١، د. محمد أبو الفتح البيانونى - الحكم التكليفى فى الشريعة الإسلامية - ص ٩٨ - دار القلم بدمشق سنة ١٩٨٨.

ومن الواجب ما يحصل المقصود من شرعيته بمجرد حصوله من القادر عليه أو أكفأ من يقدر على القيام به من غير نظر إلى شخص من يفعله وذلك كما فى الولايات العامة على مجموعات الأشياء أو جماعات الناس، كالقضاء والافتاء وتولى الوظائف العامة، فإن المقصود من شرعية هذا النوع من الواجب، القيام بما شرعه - الله عز وجل - ورعاية المصلحة العامة بالولاية عليها، وهذا لا يتوقف حصوله على فعله من كل واحد من المكلفين، ومن ثم كان حكمه اللزوم على كل واحد من المخاطبين، وسقوطه بفعل البعض عن الباقين، وهذا ما يسمى بالواجب الكفائى[1].

فالواجب الكفانى؛ هو أمر كلى تتعلق به مصالح دينية لا ينتظم الأمر إلا بحصولها، فطلب الشارع تحصيلها لا بتكليف واحد منها بعينه، بخلاف الواجب العينى، وإذا قام به من فيه كفاية سقط الحرج عن الباقين، فإذا لم يقم به أحد من الناس اثموا جميعا[2]، والواجب الكفائى يعتبر مدخلا صحيحا لبيان طبيعة افتراض الشخصية من جهة أن محلها بحسب الأصل ليس أهلاً للخطاب الشرعى، لأنها مجموعة من الأشياء أو جماعة من الناس لا يتوافر فيها سبب التكليف وهو العقل، ومن ثم كان التوجيه الصحيح لتكليف تلك الأشخاص من خلال المكلف العادى، ولكن يراعى فيه الكفاءة، والاستطاعة الخاصة التى تتضمن قدرة تلائم القيام بأعباء الشخص الافتراضى، ذلك فيما يتعلق بالتوصيف الشرعى للشخصية الافتراضية، أما علاقة الولى بها فإنها تخضع لأحكام الولاية، وخاصة ما يتعلق منها بالوظائف العامة، وهى ترتبط بالواجب من جهة كفاية من يكلف به، والولاية التى تحكم علاقة الولى بالشخص الافتراضى، ومن هذين العنصرين معاً تأتلف طبيعة افتراض الشخصية فى الفقه الاسلامى، وارتباط الشخصية بالواجب الكفائى يتعلق بالطبيعة الموضوعية أو الذاتية

(١)د. محمد أنيس عبادة - السابق، د. محمد أبو الفتح البيانونى - السابق، د.بدران أبو العينين بدران - أصول الفقه الإسلامى - ص ٢٦٣ - مؤسسة شباب الجامعة بالإسكندرية سنة ١٩٤٨، د. عبد الوهاب خلاف - علم أصول الفقه - ص ١١٣، دار القلم للنشر والتوزيع بالكويت سنة ١٩٨٨، د.على حسب الله - أصول التشريع الإسلامى - ص ٣٧٤ ومابعدها.

(٢) راجع: الأشباه والنظائر للسيوطى - ص ٤١٠.

لتلك الشخصية بالواجب الكفائى يتعلق بالطبيعة الموضوعية أو الذاتية لتلك الشخصية، ونتكلم عنه فى فرع أول، أما العلاقة بين الشخصية المفترضة ومن يتولى القيام بأمورها فهى الأخرى تحتاج إلى بيان طبيعة تلك العلاقة، وذلك ما سنبينه فى الفرع الثانى.

الفرع الأول

الطبيعة الذاتية لافتراض الشخصية فى الفقه الإسلامى

الطبيعة الذاتية لافتراض الشخصية ترتبط بالواجب الشرعى المنظم لأحكامها من جهة المكلف به أو من يقوم عليه، ومن المعلوم أن لافتراض الشخصية مقاصد محددة تؤدى إلى تحقيق مصالح شرعية معتبرة لا يستطيع بنو الإنسان أن يصلوا إليها إلا من خلال تجمع أفرادهم أو أموالهم على نحو يقدرون به على تحقيق تلك المصالح، حيث يعتبر ذلك التجمع نوعا من التعاون المشروع فيما بينهم ليصلوا من خلاله إلى ما لا يقدر كل واحد منهم على تحقيقه منفرداً، فالشخصية الافتراضية تضطلع بتوفير أمور أو تحقيق مصالح لا يقوى عليها جهد الفرد ولا يتسع لها عمره، ومن ثم كان هذا التجمع إذا تعين طريقاً لمصلحة ضرورية لا تتأتى إلا به يكون حكمه على حكم تلك الغاية، وذلك على ضوء ما هو مقرر فى قواعد الفقه والأصول: أن للشيئ حكم غايته، فما يوصل إلى الواجب يكون واجباً، وما يؤدى إلى المندوب يكون مندوباً، فما يوصل إلى الواجب يكون واجباً، ويؤدى إلى المندوب يكون مندوباً، وما يؤدى إلى المباح يكون مباحاً، وكذلك الأمر فيما يتعلق بالحرام، فما يوصل إلى الحرام يكون حراماً[1].

ولما كان الثابت فى الشخص المعنوى المقرر فى فقه القانون، أنه لا يوجد إلا لمصلحة محققة لا يقوى جهد الفرد العادى على القيام بها، وتلك المصلحة التى ترجى

(١) هذه الفروع المبنية على قاعدة: «مالا يتم الواجب إلا به»، وهذه القاعدة تلقاها فقهاء المذاهب الأربعة بالقبول وجنحوا إليها عند التعليل، راجع: الإحكام فى أصول الأحكام للآمدى - جـ ١ - ص١٥٧، والمستصفى للغزالى - جـ ١ - ص ٧١، على حسب الله - السابق - ص ٣٤٨، د. محمد سلام مدكور - المدخل للفقه الإسلامى - ص ٢٨٥، على أحمد الندوى - القواعد الفقهية - ص ٣٤٥ - دار القلم سنة ١٩٨٦م.

منه ترتبط بجانب حيوى من بناء الأمة الإسلامية بحيث لا يكون لها غنى عنها، مثل ذلك التجمع الفردى أو المادى نوعا من التعاون المطلوب بل الواجب، حتى لا يكون المسلمون فى تخلف عن غيرهم، وحتى لا يكونوا عالة على عدوهم ليصنع لهم الدواء والغذاء والكساء، ويضع لهم فيه من السموم ما لا تظهر عواقبه الوخيمة إلا بعد فترة طويلة على صحتهم وعلى أطفالهم، بل وعلى النشء الذى يؤملون فيه حمل الرسالة من بعدهم، وما كان المسلمون بقادرين على تلافى تلك الآثار الوخيمة، مع ما يصاحبها من احساس بالضعف والجهل والحاجة والعجز، إلا بالتعاون الذى تظهر آثاره فى تلك الشخصيات الافتراضية الكبيرة التى تدفع بهم على قارعة مسارات التقدم والرقى، وتوفرلهم من الصناعات وأنواع السلع والخدمات المختلفة ما لا غنى لهم عنه، ولا يقوم لهم حياة كريمة يحترمها عدوهم إلا به، لكل هذه الاعتبارات وغيرها يكون وجود مثل تلك التجمعات البشرية أو المالية مما يطلبه الشارع على نحو يبدو جازما فى كثير من الحالات.

والقيام على ما يضمن الوصول لتلك المصالح العامة يتعلق بالواجب الكفائى حيث إن الشارع من خلال هذا النوع من الواجب يلزم الأمة مجتمعة بل ويوجب عليها أن تقوم على رعاية تلك المصالح العامة، وتتخذ من الوسائل ما يؤدى إلى قيامها بل والمحافظة عليها، سواء كان ذلك من خلال اتخاذ التدابير، وتوفير المقومات المادية المؤدية إلى وجودها، أو من خلال اختيار الأكفاء من بينهم ليقوموا عليها ويرعوا أمرها، والخطاب الشرعى فى تلك الحالة يوجه إلى الأمة(كافة) أو كشخص مفترض، وليس إلى فرد بعينه، ولهذا يقابل الفقهاء والأصوليون بين الواجب الكفائى والواجب العينى من تلك الجهة، وهى جهة المخاطب بالحكم، فهو فى الواجب الكفائى الأمة مجتمعة، وفى الواجب العينى الفرد[1]، ولما كان الواجب الكفائى هو المتعلق بقيام الشخصية المفترضة فينبغى التعريف به.

(١) فى هذا المعنى، راجع د. محمد أنيس عبادة - السابق، د.، بدران أبو العينين بدران - السابق ، د. على حسب الله - السابق - ص ٣٧٥ ،د. عبد الوهاب خلاف - السابق.

حقيقة الواجب الكفائى فى الفقه الإسلامى:

الواجب الكفائى: وكما يبدو من مسماه يأتلف من لفظين أولهما: لفظ الواجب؛ ومعناه: طلب الشارع أمرا من المكلف على سبيل الجزم، وثانيهما: الكفائى: وهو مضاف إلى الواجب، والإضافة هذا باب إضافة الشيئ إلى شرطه أى أن الواجب فى حالة الكفاية متوقف على كفاءة من يقوم به، ويقوى على الاضطلاع بأموره أحسن من غيره، ومن ثم كانت الكفاءة الخاصة، أو المقدرة المتميزة شرطاً، لأن الشارع قد ربط بينه وبين المصالح العامة التى تحتاج إلى قدرة وأمانة وبصر بالأمور، وعلم يحيط بأسرارها، ولهذا كانت الكفاية شرطاً فيمن يتولاه، حتى قالوا: إنه إذا لم توجد الكفاءة إلا فى شخص واحد فإنه يجبر على ذلك التولى[1].

وقد عرفه الفقهاء بأنه: ما كان التكليف فيه مقصوداً - حصول الفعل دون نظر إلى الفاعل، فهو واجب على المجتمع الإسلامى وجوب شيوع حتى يقوم به أحدهم، فإذا أتى به فرد سقط الإثم عن الباقين، وإذا لم يأت به أحدهم أثموا جميعا، والجمهور على ذلك؛ فالخطاب فى الواجب الكفائى موجه إلى جميع المكلفين، وفعل بعضهم لهذا الواجب مسقط للطلب منهم ومن غيرهم[2].

ومقصود الشارع من الواجب الكفائى فعله لأنه يتضمن مصلحة، بخلاف الواجب العينى فإن فرضه الغرض منه أعيان المكلفين به، والتعبد والمصلحة، وإن كانا مشتركين بين فرض الكفاية والعين، فإن الفرق بينهما، أن المقصود فى فرض الكفاية تحصيل المصلحة التي تضمنها، وفى فرض العين تعبد الأعيان بفعله[3].

(١) فى هذا المعنى: حاشية الدسوقى على الشرح الكبير - جـ ٤ - ص ١٣٠ ومابعدها، نهاية المحتاج للرملى - جـ ٨ - ص ٢٣٥ ومابعدها، وتكملة المجموع للشيخ محمد بخيت المطيعى - جـ ١٣ - ص ١٠٦.

(٢) راجع : حاشية العطار على جمع الجوامع للسبكى- جـ ١ - ص ٢٣٦، وقد عرفه الطوفى بقوله: هو ما وجب على بعض غير معين، راجع: شرح مختصر الروضة - جـ ٢ - ص ٤٤، والفروق للقوافى - جـ ٢ - ص ١٧- طبعة عالم الكتب. وراجع: د. محمد رأفت عثمان - النظام القضائى فى الفقه الإسلامى - ص ٢٢ ومابعدها - دار البيان سنة ١٩٩٦م.

(٣) شرح مختصر الروضة - السابق - ص ٤٠٤ ومابعدها.

ويمكن تقرير الفرق بينهما من وجه آخر، هو أن الحقوق : إما خالص لله عز وجل كالإيمان به والعبادات الواجبة له، أو خالص للآدمى كالتمليكات بالعقود، والتشفى بالقصاص ونحو ذلك، أو مشترك بينهما بمعنى: أن لله - تعالى فيه طاعة خالصة وللعبد فيه مصلحة عامة، فالأول: حق الله تعالى هو فرض العين، والثانى: حق خاص بالعبد، والثالث : وهو المشترك بين حق الله وحق العبد هو فرض الكفاية، كالجهاد وولاية القضاء والإعانة عليه، وغير ذلك من الوظائف العامة المأمور بها شرعاً، حيث أمر الله بذلك، وللعباد فيه مصلحة عامة[1].

والفرق العام بينهما: هو أن فرض الكفاية ما وجب على الجميع وسقط بفعل البعض وفرض العين ما وجب على الجميع ولم يسقط إلا بفعل كل واحد ممن وجب عليه، وهو فرق حكمى[2].

وسمى الواجب كفائياً، لأنه يكفى فيه أن يقوم بعض المكلفين، من أهل الكفاية والقدرة على القيام به، ولهذا فإنه إذا قام هذا البعض بالواجب فإن الباقين لا يتوجه إليهم الطلب بفعله، لأن مقصود الشارع حصوله وقد حصل، فطلبه مرة ثانية يعد من باب التحصيل للحاصل[3].

وإذا تعين من الجماعة فرد أو طائفة للقيام بعبء الواجب الكفائى، فإنه يتحول إلى واجب عينى على من اختيروا للقيام به، وتبرأ ذمة الجميع أمام الله عز وجل، وتكون المسئولية عن هذا الواجب عينية يسأل القائم به، عنه بمقتضاها كما يسأل عن الواجبات العينية المفروضة عليه كالصلاة والصيام وغيرهما[4].

(١) المرجع نفسه - ص ٤٠٥.

(٢) المرجع نفسه والفروق للقوافى وتهذيب الفروق عليه - جـ ٢ - ص ١٧ ومابعدها، والموافقات للشاطبى - جـ ١ - ص ١٧٨، ونهاية السول - جـ ١ - ص ١٩٢، وحاشية العطار على جميع الجوامع - جـ ١ ص ٢٣٦ ومابعدها، والبيانونى - السابق - ص ١٠٦ ومابعدها، وحسين حامد - السابق - ص ٥٤، والغريانى - السابق - ص ٣١. وقارن: ماذهب إليه الرازى فى المحصول - جـ ١ - ص ٢٧٣ ومابعدها حيث يرى أن الخطاب فى الواجب الكفائى موجه إلى بعض غير معين - دار الكتب العلمية سنة ١٩٨٨.

(٣) فى هذا المعنى: د. حسين حامد - السابق - ص ٤٦.

(٤) كتابنا: الولاية الشرعية للأمن فى الحرمين الشريفين - ص ٦٩ - دار الصحوة سنة ١٩٩١ م.

تطبيق أحكام الواجب الكفائى فى افتراض الشخصية:

ويبدو من تقسيم الواجب إلى عينى وكفائى، أن الشارع الحكيم سبحانه، أراد أن يضمن للمصالح العامة من يقوم عليها، ويسأل أمام الله عن التقصير فيها، وكانت المسئولية متنوعة بالنسبة للمكلف بالخطاب الشرعى إلى مسئولية عينية، أو شخصية، تتعلق بحقوق الله أو حقوق العباد الخالصة التى تجب فى ذمة العبد، ولا تسقط عنه إلا إذا أداها، ومسئولية كفائية (أو عامة) يسأل الفرد فيها عن الأمور المتعلقة بمحل الواجب الكفائى الذى يغلب عليه أن يكون من بين الأشخاص الافتراضية، ومن ثم يكون فى هذا التصنيف الفقهي من المرونة ما يتسع لتنظيم المسئولية الكفائية، ويضمن للأشخاص الاعتبارية المفترضة اداء رسالتها على النحو التالى:

حقيقة المسئولية الكفائية:

وفى الواقع فإن الشخص الافتراضى ليس أهلاً للخطاب، ومن ثم فإن خطاب الشارع لا يتوجه إليه أصلاً، وإنما يتوجه إلى الشخص الطبيعى الذى يشرف عليه أو يتولى أموره، فهو ملتزم بحكم تلك الولاية أن يؤدى أعمالها المتعلقة به بالذمة والأمانة، وليكون وفياً بالعهد معه، فلا يخون الأمانة، أو يقصر فى القيام بأعبائه، ولئن كانت هناك مسئولية تتقرر على الشخص الافتراضى بسبب تجاوز أو تقصير أو خطأ، فإنها فى الواقع تتقرر فى ذمة المسئول عنه من خلال تلك المسئولية التى نؤثر تسميتها بالمسئولية الكفائية، لأنها ناشئة عن الالتزام بواجب كفائى تعين على المسئول القيام به، فالشخص الافتراضى لا يصلح لأن ينسب إليه الخطأ، لأنه لا عقل له أصلا، ومن ثم يضاف حكمه إلى من يتولى أمره، فهو أولى الناس بهذا الحكم، والخطأ الحاصل من الشخص الافتراضى، إنما هو فى الواقع خطأ صادر من وليه، إما عمداً أو خطأ، وفى الحالة الأولى يحاسب عليه لأنه مسئول مسئولية شخصية بحكم الواجب الكفائى الذى التزم به، أما فى الحالة الثانية فإن المسئولية تكون فى مال الشخص الإفتراضى.

وفقهاء القانون حين قرروا أن الشخص الاعتبارى له أهلية، نصوا فى نفس الوقت على أن وليه أو القائم عليه هو الذى يعبر عن تلك الأهلية ويمارسها نيابة عنه[١]. فهم يتفقون مع الفقه الإسلامى فى الجملة، وإن كان ما ذهبوا إليه لم يتصل نسبه بالأصول الفقهية كما صنع فقهاء الشريعة الإسلامية.

ويبدو من ذلك: أن نصوص الشريعة تدل على أن الإنسان وحده هو الذي يتوجه إليه خطاب الشارع، ولا يسأل عن فعل غيره، وليس في تلك النصوص ما يفيد تكليف الجماعات من حيث هى كذلك، وإن كلف أفرادها تكليفات جماعية كالأمر بالمعروف والنهى عن المنكر، إلا أن تقصير المكلف فى ذلك يعتبر خطأ شخصياً، وليس عن الجريمة التى ارتكبها من لم ينه[١]. وذلك ما يفيده قول الله تعالى : (يأيها الذين آمنوا عليكم أنفسكم لا يضركم من ضل إذا اهتديتم)[٢]، وما يحدث من الأشخاص المعنوية من أخطاء أو جرائم إنما يقترفها ممثلوها بارادتهم، ويجب أن يقتصر العقاب عليهم جزاء خطيئتهم وردعاً لأمثالهم، لأن العقوبة لا تحق إلا بخطأ يثبت فعلا، وهو يقتضى الاختيار، والشخص الافتراضى لا إدراك له ولا إرادة وذلك يقتضى ألا يؤخذ بنتيجة الخطأ وإنما يؤخذ به من أخطأ من ممثليه أو العاملين له[٣]، وأساس مساءلتهم؛ هى تلك المسئولية الكفائية التى يتسنى من خلالها مؤاخذتهم على ما يبدر منهم فى التعبير عن إرادة الشخص الإفتراضى من خطأ أو تعسف أو تقصير.

---

(١) وقد استلزم القانون فى المادة (٥٣/٣) مدنى مصرى، أن يكون للشخص المعنوى «نائب يعبر عن ارادته»، وراجع فى هذا المعنى: د. شمس الدين الوكيل - السابق - ص ١١٤، د. منصور مصطفى منصور - السابق - ص ٢١٧ ومابعدها، د. محمد شكرى سرور - السابق - ص ٢٢٨، د. عبد المنعم البدراوى - ص ٧٠٠، د. عبد الحى حجازى - السابق - ص ١٧٥، حيث يقرر: أن إرادة النائب هى فى الواقع بمثابة إرادة وعمل الشخص المعنوى، د. جمال الدين زكى - السابق - ص ١٤٣، د. حسن كيرة - السابق - ص ٦٥٦، د. فتحى عبد الرحيم عبد الله - ص ١٨٠، د. محمد السعيد رشدى - نظرية الحق - ص ١٣٥ ومابعدها - دار النهضة العربية سنة ١٩٩٠ م.، د. توفيق حسن فرج - السابق - ص ٢٧٠، د. على حسن نجيدة - السابق - ص ٢٢٥ ومابعدها، وراجع:
Marty et Raynaud, op cit., No. 1067, Mazeaud: op cit, 1985, ets

(٢) د. حسن توفيق رضا - أهلية العقوبة فى الشريعة الإسلامية والقانون - ص ٩٩.

(٣) سورة المائدة - الآية ١٠٥.

الفرع الثانى

طبيعة العلاقة بين الولى والشخصية المفترضة

الشخص الافتراضى لا يملك أن يعبر عن ارادته بذاته، وإنما لابد له من ولى يتولى التعبير عنه، هذا الولى يتولى أمر تلك المهمة بناء على ما يمليه الواجب الكفائى بتعيين أكفأ من يقدر على تدبير شئونه، فإذا تولى صارت عبارته نافذة على هذا الشخص بحيث يكون ذلك التعبير مضافاً إلى الشخص المفترض كأنه قد صدر منه لو كان بقدرته أن يعبر عن ذاته.

وفى فقه القانون يصادفنا ذلك الاتجاه التقليدى القائم على فكرة الوكالة بحيث يكون الشخص الافتراضى فى منزلة الموكل ويكون هؤلاء الأشخاص الطبيعيون في مركز وكلائه، ولكن الوكالة تفترض وجود إرادتين: إرادة الموكل وإرادة الوكيل، وإذا وجدت إرادة الوكيل هنا، فإن إرادة الموكل غير موجودة، إذ ليس للشخص الافتراضى نفسه إرادة[1].

ولذلك اتجه رأى آخر إلى فكرة النيابة القانونية، وفيها يوجد الأشخاص الطبيعيون الذين يتولون شئون الشخص الاعتبارى فى مركز مماثل لمركز الأولياء أو الأوصياء أو القوام على عديمى الأهلية أو ناقصيها من الأفراد[2].

بيد أن هذا التصوير بدوره قد ووجه بالنقد، ذلك أنه إذا كان الشخص الاعتبارى فى نشاطه بواسطة غيره يشبه عديمى أهلية الأداء أو ناقصيها من الأشخاص الطبيعين، فليس معنى ذلك أن مركزهما واحد ومتماثل من كافة الوجوه، ذلك أن ما يفرض على

(١) د. حسن كيرة - السابق - ص ٦٥٦، د. نعمان جمعة - ص ٥١٨، د. على حسن نجيدة - ص ٢٢٠ ومابعدها، د. منصور مصطفى منصور - ص ٢١٧، د.عبد المنعم البدراوى - ص ٧٠٠ ومابعدها وراجع:
Michoud : op cit, T. I, P. 132
Marty et Raynaud: op cit, No 1067

(٢) د. شمس الدين الوكيل - السابق - ص ١١٤، حيث ينتقد نص المادة (٥٣) مدنى مصرى فى قولها: يكون للشخص الإعتبارى نائب يعبر عن ارادته، ويقول : الأدق أن يقال: نائب يباشر باسمه الحقوق والواجبات، وراجع :د. اسماعيل غانم - ص ٢٣٣، د. منصور مصطفي منصور - السابق - ص ٢١٨، وقارن :د. أحمد سلامة - ص ٢٦٨، حيث يرى: أن النائب يعبر عن ارادته هو.

الأشخاص الطبيعيين من تخلف أهلية الأداء أو نقصانها ومن تولية غيرهم شئونهم والنشاط بإسمهم، إنما تمليه فكرة حمايتهم، بينما وجود أجهزة أو هيئات من الأفراد تعمل باسم الشخص الاعتبارى ولحسابه، يفرض بقوة الأشياء ما يلازم الشخص الاعتبارى من استحالة طبيعية لمباشرة النشاط بنفسه، ومن لوازم ذلك الاختلاف الطبيعى أن يكون نشاط الشخص الاعتبارى بواسطة غيره، هو القاعدة الطبيعية الدائمة طوال حياته، بينما لا يعتبر عديم الأهلية أو نقاصها من الأفراد بواسطة غيره إلا مجرد استثناء خالص ومؤقت[1].

ولهذا؛ يتجه رأى جمهور كبير فى الفقه الحديث، إلى تبنى نظرية راجت فى الفقه الألمانى فى هذا الصدد، وهى نظرية الجهاز أو الأداة، ومقتضاها أن الشخص الافتراضى لا يتصور وجوده دون أجهزة معينة تحقق نشاطه فى الحياة القانونية، بحيث تعتبر هذه الأجهزة جزءا لا يتجزأ منه، وهى بمثابة أعضاء الجسم فى الشخص الطبيعى[2]، ومن ثم يعتبر عمل تلك الأجهزة هو عمل الشخص الافتراضى نفسه، بيد أن تلك النظرية، وإن بدت أفضل من اتجاهى نظرية الوكالة، ونظرية النيابة القانونية، من حيث اتساع نطاقها للأعمال المادية والتصرفات القانونية على السواء، وأكثر توفيقا منهما فى تأصيل مسئولية الشخص الاعتبارى نفسه مسئولية شخصية ومباشرة، إلا أنها لم تسلم من النقد، وأبسط ما يمكن أن يقال فيها: إنها ليست إلا صدى للنظريات العضوية أو الحيوية التي سبق نقدها.

ويرى اتجاه فقهى: أن عيب تلك الاتجاهات جميعاً ينحصر فى محاولات الاستناد إلى نظريات تتفق مع طبيعة الفرد العادى لتفسير نشاط الشخص الافتراضى ومركز القائمين به من الأفراد، رغم الاختلاف المحتوم بين طبيعة وتكوين كل منهما، والصواب

(١) د. حسن كيرة - السابق - ص ٦٥٦ ومابعدها، د. على حسن نجيدة - السابق د. عبد المنعم الدراوى - السابق - فقرة ٤٦٣.

(٢) المرجع نفسه - ص ٦٥٧، د. عبد المنعم البدراوى - السابق فقرة ٤٦٣ وراجع:
Marty et Raynaud, op cit, No 1067.
Michoud: op cit, P. 134.

أن ينظر إلى الشخص الافتراضى نظرة مستقلة يتفق مع طبيعة تكوينه، بعيدا عن محاولة اصطناع تطابق كامل بينه وبين الشخص الطبيعي[1].

وفى هذا الصدد يجب الاعتراف بأن الشخص الافتراضى لن يستطيع القيام بنشاطه إلا من خلال أشخاص طبيعيين يتولون عنه ذلك، ومن ثم يجب الاعتراف بأن هؤلاء الأشخاص، هم الذين يقومون بكل نشاطه، وليس هو، إن تلك الحقيقة يجب الاعتراف بها، إذ ليس فيها ما يطعن فى شخصية الشخص الاقتراضى، لأن ثبوت الشخصية لشخص معين لا يمنع من اسناد نشاطها إلى شخص آخر[2].

بيد أنه إذا كان هؤلاء الأشخاص الطبيعيون هم الذين يتولون النشاط وليس الشخص الاعتبارى، فإن ذلك لا يعنى انصراف آثار هذا النشاط إليهم، بل تنصرف إليه وحده، بناء على نشاط أولئك الأفراد، وليس نشاطه كما تدعى «نظرية الجهاز» وإذا كانت فكرة النيابة القانونية - بخاصة - قد تبدو أقرب الأفكار لتفسير آثار هذا النشاط، فهى رغم ذلك قاصرة عن هذا التفسير أمام اختلاف وضع الشخص الافتراضى عن وضع الأفراد عديمى الأهلية أو ناقصيها، وعدم اتساع هذه الفكرة بحسب الأصل إلا للتصرفات القانونية دون الأعمال المادية[3]، ولذلك ينبغى بناء نظرية خاصة مستقلة تقابل نظرية النيابة القانونية، يعتد فيها بطبيعة الشخص الافتراضى المختلفة عن طبيعة الفرد الإنسانى، وباتساع ميدان نشاطه عن نشاط الشخص الطبيعى، ويلائمها أن يتحدد دور الأشخاص الطبيعيين فى تمثيل الشخص الاعتبارى، وتولى نشاطه المادى والقانونى على السواء لحسابه وليس لحسابهم الخاص، ولتكون فكرة التمثيل هذه فى شأن الشخص الافتراضى بما يقابل فكرة النيابة القانونية فى شأن الشخص الطبيعى، وتفسر انصراف آثار نشاط الممثلين إلى الشخص الافتراضى، كما نفسر فكرة النيابة القانونية انصراف آثار نشاط الممثلين إلى الشخص الافتراضى، كما تفسر فكرة النيابة

(١) د. حسن كيرة - السابق - ص ٦٥٨.
(٢) المرجع نفسه - ص ٦٥٨.
(٣) المرجع نفسه - ص ٦٥٩.

القانونية انصراف آثار نشاط الأولياء أو الأوصياء أو القوام إلى عديمى الأهلية أو ناقصيها من الأفراد، ولكنها مع ذلك تبقى متميزة عنها تميزا ظاهراً، إذ هى مفروضة بقوة الأشياء، وبحكم طبيعة الشخص الافتراضى، كأصل دائم يدوم مادامت الشخصية المفترضة، وليست كالنيابة القانونية علاجاً لنقص موقوت أو عارض طارئ، وهى تستوعب كل ما يحتاجه الشخص الافتراضى من نشاط أيا كانت صورته من الأعمال المادية أو التصرفات القانونية، بخلاف النيابة القانونية التى تقتصر على التصرفات القانونية وحدها[1]، ومع ذلك فإن هذا الرأى لم يسلم من النقد، وقد أخذ عليه أنه لا فرق كبير بين فكرة الممثلين هذه وفكرة الوكلاء عن الشخص الافتراضى التى انتقدها الفقه، فكلاهما قريب من الآخر على نحو يحمل على الاعتقاد بأن فكرة الممثلين هذه لم تضف جديداً[2].

اتجاه الفقه الإسلامى:

وفى نظرنا أن فكرة الولاية الناشئة عن المسئولية الكفائية التى يقول بها فقهاء الشريعة الإسلامية تعبر عن مضمون تلك العلاقة بدقة تبرز حقيقتها العملية، وتتلاقى الانتقادات التى وجهت إلى الآراء التي قبلت فى فقه القانون لتأصيل تلك العلاقة، ومن ثم يجدر التعريف بالولاية على نحو يبرز فيها هذا المعنى.

تعريف الولاية فى الفقه الإسلامى:

الولاية فى اللغة (بالكسر والفتح) : مصدر ولى ؛ تقول: وليت الشيئ ولاية، والجمع ولايات، ومعناها: النصرة، والولى: هو الصديق والنصير، كما تطلق على السلطان والإمارة[3]، وكل من ولى أمراً فهو وليه[4].

(١) د. حسن كيرة - السابق - ص ٦٥٩، د.عبد المنعم الدراوى - السابق - ص ٧٠١، د. عبد الحى حجازى - ص ٦٧٥، د. محمد شكرى سرور - ص ٢٢٨، د. فتحى عبد الرحيم عبد الله - ص ١٨٠ ،د. رمضان أبو السعود - السابق - ص ٣٦٠، د. منصور مصطفى منصور - ص ٢١٨ ،وقارن، د. نعمان جمعة - السابق - ص ٥١٨، د. جلال العدوى - السابق - ص ١٨٠ ومابعدها، حيث يرى : أن نأخذ بفكرة النيابة بالنسبة للنشاط المادى للشخص الاعتبارى، حيث لا توجد فوارق جوهرية بين الأحكام التى تخضع لها وأحكام النيابة.
(٢) د. على حسن نجيدة - السابق - ص ٢٢٧.
(٣) القاموس المحيط - جـ ٤ - ص ٤٠٤، ولسان العرب - جـ ٢٠ - ص ٢٨٧، والمصباح المنير - ص ١٠٤٣، ومختار الصحاح - ص ٧٣٦ ومابعدها.
(٤) مختار الصحاح - ص ٧٣٦.

وفى اصطلاح الفقهاء: تعرف الولاية بأنها: «سلطة شرعية بها يتمكن الإنسان من تنفيذ التصرفات على الغير، قولا أو فعلا دون توقف على رضاء[1]»، أو هى «سلطة شرعية بها تكون أقوال الإنسان وتصرفاته نافذة[2]»، أو هى «تنفيذ القول على الغير شاء أو أبى[3]»، أو هى تنفيذ القول على الغير[4]، والولاية ترجع إلى كون العاقد له سلطة تمكنه من تنفيذ العقود والتصرفات، وهذه السلطة قد تكون بالأصالة إذا كان الشخص مالكاً للمعقود عليه أو المتصرف فيه، وقد تكون بولاية الشخص على شئون غيره، أما بولاية شرعية مستمدة من الشارع كولاية الأب أو الجد أو بوصاية من الأب أو الجد أو القاضى، وقد تكون هذه السلطة بتمكين من صاحب الشأن وإنابة منه، كما فى التوكيل بالبيع والاجارة والنكاح، وغير ذلك من الولايات العامة(٥)، كما عرفها بعض الكاتبين بأنها: «سلطة شرعية تمكن من تثبت له من إنشاء العقود والتصرفات وتنفيذها وترتيب آثارها الشرعية عليه[6]، أو هى: «سلطة تمكن صاحبها من مباشرة العقود وترتيب آثارها عليها دون توقف على رضا غيره[7].

(١) د. محمد مصطفى شحاته - الأحوال الشخصية - ص ٥ - طبعة ١٩٧٤، وفى هذا المعنى: د. بدران أبو العينين بدران - تاريخ الفقه الإسلامى ونظرية الملكية والعقود - ص ٤٥٢ - دار النهضة العربية - بيروت.
(٢) د. محمد الحسينى حنفى - الأحوال الشخصية - ص ٢٣٢ - طبعة ١٩٦٥م.
(٣) مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر - جـ ١ - ص ٣٣٢، وفى هذا المعنى: الأشباه والنظائر للسيوطى - ص ١٣٨، ورسالة استاذنا الدكتور رمضان حافظ عبد الرحمن - موقف علماء الشريعة من المرأة فى الولايات والمعاملات - دكتوراه من كلية الشريعة - ص ٤٧ ومابعدها.
(٤) د. محمود شوكت العدوى - نظرية العقد - ص ٧٦.
(٥) المرجع نفسه، والشيخ محمد أبو زهرة - الملكية ونظرية العقد فى الشريعة الإسلامية - ص ٣٧٩ ومابعدها - دار الفكر العربى.
(٦) د. عبد الحميد البعلى - ضوابط العقود - دراسة مقارنة - ص ١٩٣ - مكتبة وهبة.
(٧) د. محمد يوسف موسى - الأموال ونظرية العقد فى الفقه الإسلامى - ص ٣٤٨ ومابعدها - دار الفكر العربى ١٩٧٨ م، د. على حسب الله - الولاية على المال والتعامل بالدين - ص ٢ - طبعة معهد البحوث والدراسات العربية ١٩٦٧م، على الخفيف - مختصر أحكام المعاملات الشرعية - ص ٩٥ - طبعة ١٩٥٤م، حيث يقرر: أن الشرعيين يريدون بها: بأن يكون للولى سلطة شرعية ينفذ بها عقد صاحبها وتصرفه شرعاً فتترتب عليهما آثارهما الشرعية».

أنواع الولاية فى الفقه الإسلامى:

والولاية قد تكون عامة مثل ولاية الحاكم على أفراد الأمة التى استمدها من البيعة، ومنها ولاية القضاء فيما للقاضى من الولاية العامة، ومثله كل من يتولى أمراً عاماً أو وظيفة عامة بناء على فرض الكفاية الذى طلب الشارع إقامته، فقد جعل الشارع الولى فى تلك الحالة نافذ الرأى فيما ولى عليه، وقد تكون الولاية خاصة، وذلك كولاية الوصى أو الوكيل[1].

كما تنقسم الولاية إلى: ولاية ذاتية، أو بالأصالة أو قاصرة، وهى سلطة المرء على مال نفسه، وهى ثابتة لكل من له أهلية الأداء الكاملة، وهو البالغ العاقل الرشيد من الذكور والإناث، فله أن يتصرف فى ماله بما يشاء من أنواع التصرفات ويطالب بما التزم به بمقتضى قول الله تعالى: (ياأيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود)[2]، وقوله سبحانه: (وأوفوا بالعهد إن العهد كان مسؤلا»[3]، هذا اذا لم يتعلق بمحل العقد حق لغيره، فإذا تعلق به حق لغيره توقف نفاذ تصرفه على اجازة من له الحق، كما إذا باع داره المؤجرة أو المرهونة قبل إنتهاء مدة الإجارة أو قبل الوفاء بالدين المرهونة به، فإن البيع يتوقف نفاذه على إجارة المستأجر أو المرتهن، وكما إذا تصرف المدين تصرفاً يضر بالدائن، أو تصرف المريض مرض الموت تصرفاً يضر بالدائنين أو الورثة[4].

والولاية المتعدية، تتمثل فى سلطة المرء على مال غيره، وهى نوعان:

أولهما: سلطة اصلية، وهى التى تثبت بإثبات الشارع من غير حاجة الى مثبت من البشر، ولا يملك صاحبها عزل نفسه منها، لأنها لم تثبت له بإرادته، وتنحصر فى ولاية الأب أو الجدعلى مال ولدهما القاصر، وتسمى بالولاية الجبرية[5].

(١) د. محمد سلام مدكور - الوجيز لأحكام الأسرة - ص ٥٠٩ - دار النهضة العربية ١٩٧٨م، وله أيضا: تاريخ التشريع الإسلامى ومصادره - ص ٣٤٥ ومابعدها - مطبعة الفجالة الجديدة.
(٢) أول سورة المائدة.
(٣) سورة الاسراء الآية ٣٤.
(٤) د. على حسب الله - السابق - ص ٣، على الخفيف - السابق - ص ٩٦، د. محمد يوسف موسى - السابق.
(٥) بدائع الصنائع للكاسانى - جـ ٥ - ص ١٥٢.

ثانيهما: سلطة نيابية، وهى التي يستمدها صاحبها من شخص آخر، كالوصى الذى يستمد ولايته من الأب أو الجد أو من القاضى، والوكيل الذى يستمد ولايته من موكله، والإمام الذى يستمد ولايته من الأمة التي بايعته، والموظف الذى يستمد سلطته من قرار تعيينه[1].

الولاية المقررة على الشخص الافتراضى:

والولاية المتعلقة بالشخص الافتراضى من تلك التقسيمات للولاية هى الولاية العامة المتعدية، ذات السلطة النيابية التى يستمدها صاحبها ممن فوضوه أو نصبوه متولياً لشئونه، وهذا النوع من الولاية يعتبر داخلاً ضمن الأنواع التى تشتمل عليها وفقاً لتقسيمات الفقهاء لها.

شروط الولاية المقررة على الشخص الافتراضى:

ولما كانت الولاية على الشخص الافتراضى تقتضى كمال التدبير، وحسن السياسة، وتمام الأمانة حتى يؤدى الغرض المنوط به، وتتحقق المصلحة المعلقة على وجوده، فقد اشترط الفقهاء فيمن يتولى أمر الولاية عليه، وباعتبار أنها ولاية عامة، تعطى صاحبها سلطة التصرف النافذ على الشخص الافتراضى، شروطاً يجب أن تتوافر فيمن يقوم بتلك الولاية[2]، منها: كمال أهلية الولى بالبلوغ والعقل، فلا ولاية لمجنون أو صغير، لأنه لا ولاية لهما على نفسيهما فلا تكون لهما ولاية على غيرهما، ومنها العدالة، أى الاستقامة على أمور الدين والأخلاق والمروءات فلا ولاية لفاسق، لأن فسقه يجعله متهماً فى رعاية مصالح غيره، ومنها القدرة على التصرف مع الأمانة لأن

(١) المرجع نفسه - ص ٤، على الخفيف - المرجع نفسه، د. محمد يوسف موسى - المرجع نفسه، د. بدران أبو العينين بدران - السابق - ص ٤٥٣ ومابعدها.

(٢) راجع في تلك الشروط: الاختيار لتعليل المختار - جـ ٣ - ص ١٩٨، حاشية ابن عابدين على الدر المختار- جـ ٥ - ص ٤٩٥، وبدائع الصنائع للكاسانى - جـ ٥ - ص ١٥٣، د. محمد يوسف موسى - ص ٣٥٢، د. محمد سلام مدكور - تاريخ التشريع الإسلامى ومصادره - ص ٣٤٧، د. على حسب الله - السابق - ص ٣١، على الخفيف - السابق - ص ٩٨، والمادة ١٤٥٨ من مجلة الأحكام العدلية مع شرحها لسليم رستم باز - جـ ٢ - ص ٧٧٥- طبعة دار الكتب العلمية، والمادتان ٩١٦، ٩١٧ من كتاب مرشد الحيران.

المقصود من الولاية تحقيق مصلحة المولى عليه، وهى لا تتحقق مع العجز وعدم الأمانة، ومنها رعاية مصلحة المولى عليه فى التصرفات، فالشخص الافتراضى بمنزلة العاجز عن رعاية مال نفسه كاليتيم، والله تعالى يقول: (ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتى هى أحسن)[1]، فإذا انخرم شرط من تلك الشروط سقطت الولاية.

خصائص الولاية فى الفقه الاسلامى:

ويبدو من تعريف الولاية فى اللغة واصطلاح الفقهاء أنها تتسم بعدة خصائص تتمثل فيما يأتى:

أولا: أن الولاية سلطة تمنح للولى، وهى سلطة شرعية تتوخى القيام بمصلحة عامة تختلف فى طبيعتها عن المصلحة الخاصة للولى، ومقتضاها يحق له أن يتصرف فى شئون تلك الولاية بما تقتضيه مصلحة المولى عليه، بحيث تكون تلك المصلحة هى المعيار المحدد لسلامة السلوك واستقامة التصرف ، عندما يثور النزاع حول استخدام الولى لسلطانه فى تصريف شئون ولايته على الأشياء أو الناس.

ثانيا: أن السلطات التى يمارسها الولى لا تتوقف على رضا من ثبتت له الولاية عليه، وهذه السمة فى الولاية تتلافى ما وجه إلى الآراء الفقهية فى القانون، والتي وصفت علاقة الولى بالشخص الاعتبارى بأنها: وكالة أو نيابة، فالأخيرتان تقتضيان وجود إرادة من الموكل أو الأصيل، وهى ليست موجودة فى جانب الشخص المعنوى، ولا شك أن تأصيل تلك العلاقة على مقتضى أحكام الولاية يتلافى تلك الانتقادات، فالولاية لا تتطلب حصول رضا المولى عليه، ومن ثم فلا يشترط أن يتوافر الإرادة فى جانبه، يستوى أن يكون عدم توافر الإرادة بسبب مانع فى الإنسان الطبيعى، أو لعدم وجود مقوماتها كما فى الشخص الافتراضى.

ثالثا: أن التصرفات المستمدة من سلطات الولاية لا تقتصر على جانب معين من أنشطة الشخص الافتراضى، فهى تشمل ما يقبل التصرفات القانونية المعروفة فى الفقه

(١) سورة الأنعام الآية ١٥٣.

الوضعى، كما تشمل التصرفات المادية اللازمة لحفظ الشيئ وصيانته، ورد الاعتداءات التى تقع عليه، كما ان الولى يملك بناء على ولايته سلطة تنفيذ التصرفات التى يبرمها باسم الشخص الافتراضى.

رابعا: أن آثار التصرفات التي يبرمها الولى إنما يباشرها بصفته وليا على جماعة من الناس أو مجموعة من الأشياء ومن ثم فإن تصرفه - طالما أنه قد مورس بتلك الصفة وفى الحدود المرسومة له - ينصرف مباشرة إلى الشخص الافتراضى فيتحمل آثار تلك التصرفات، فإن كانت حقوقا آلت إليه، وإن كانت التزامات اديت من ماله إذ من المقرر أنه - وقد ثبتت له الشخصية - يكون له ذمة مستقلة عن ذمة مؤسسيه والقائمين عليه، وهى التى تكتسب الحقوق وتتحمل بالواجبات.

خامسا: ان سلطات الولى مقيدة بالحدود التى تقف عندها أهلية الشخص الافتراضى، فإذا تجاوز الولى حدود الاختصاصات الممنوحة له، فإنه يكون متعسفاً فى استعمال سلطاته، أو متجاوزا حدود تلك السلطات، وهو فى كلتا الحالتين يكون مرتكبا لخطأ شخصى يسأل عنه بشخصه، لا بصفته التى يتصرف بمقتضاها.

خلاصة تلك الدراسة:

ونخلص من تلك الدراسة إلى أن فكرة الولاية بمفهومها الشرعى هى الأصل الفقهى الملائم لتأصيل العلاقة بين الشخص الافتراضى ومن يقوم على أمره، وهى مأخوذة من الأصل الذى بنيت عليه تلك العلاقة، وهو السلطة الكفائية الناشئة عن القيام بواجب كفائى، وهى مع كونها ثمرة لهذا الحكم؛ فإن فكرتها من الشمول والاتساع الذى يستوعب تلك العلاقة، ويبين أحكامها على وجه ينأى بها عن النقد الذى وجه إلى الاتجاهات القانونية التى قيلت بشأنها. بقى ان نبين آثار افتراض الشخصية فى الفقهين الإسلامى والوضعى، وذلك ما سنقوم به فى العدد القادم ان شاء الله .