الفوائد فى النظم القانونية المقارنة وموقف المشرع الكويتى منها (*)

الدكتور حسني حسن المصرى (رحمه الله)
أستاذ القانون التجارى والبحرى
كلية الحقوق ـ جامعتي عين شمس والكويت

١ – مقدمة – أهمية الدراسة التاريخية المقارنة لموضوع الفوائد:

لا ريب فى أن الدراسة التاريخية المقارنة لموضوع الفوائد تعد مدخلا ضروريا لدراسة هذا الموضوع فى ظل التشريعات المعاصرة، إذ تمكننا تلك الدراسة التاريخية من الوقوف على مختلف الظروف الاجتماعية والاقتصادية والسياسية التى ينمو فيها التعامل بالفوائد أو يمّحي، ومن ثم تصبح دراسة الموضوع فى التشريعات المعاصرة قائمة على الأسس السليمة التى ينبنى عليها اجتهاد الباحث.

ولقد دأب فقهاء القانون الوضعى، فى دراستهم التاريخية للقانون، على الرجوع إلى القانون الرومانى الذى كان قد استحوذ على اهتمام الأوربيين لمئات السنين وخصصوا له عشرات المئات من الدراسات التى عنيت بالكشف عن النظم القانونية فى المجتمع، ومنها نظام المعاملات المالية التى اقترنت بها الفوائد.

غير أن أهمية القانون الرومانى بوصفه مصدراً للدراسات التاريخية، قد انحسرت منذ مدة ليست قصيرة بعد أن كشف العلماء عن الكنوز العلمية للشرق الأدنى والمنطقة العربية الإسلامية، فأخذ فقهاء القانون ينهلون من هذه الكنوز ويسعون إليها من كل صوب.

(*) أعد البحث بتكليف للباحث من اللجنة الاقتصادية المنبثقة عن اللجنة الاستشارية العليا للعمل على تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية بالديوان الأميري بدولة الكويت، وتم نشره بمجلة الحقوق بناء على طلب اللجنة المذكورة.

فمن جهة عثرت البعثات الأثرية، فى الشرق الأدنى، على وثائق يحتوى بعضها على مجموعات قانونية codes تعالج التصرفات القانونية التى وقعت تاريخيا قبل ظهور القانون الرومانى بل قبل أن تقوم لدولة الروم قائمة. ومن أهم هذه المجموعات نذكر مجموعة "حمورابى" التى سميت باسم واضعها، وهو أشهر ملوك بابل، وتراوحت فترة حكمه، وفقا لبعض الأقوال، بين عام ١٧٢٨ وعام ١٦٨٦ قبل الميلاد(١). وقد تناولت هذه المجموعة تنظيما لتجارة النقود واشتراط الفوائد فى المعاملات التجارية والشركات.

ومن جهة أخرى بزغ نور الإسلام الحنيف فى القرن السابع الميلادى وشهدت أواخر العصر الوسيط صلات متبادلة بين بلاد الشرق والغرب ولاسيما أثر الحروب الصليبية وحملاتها التى كانت مراكبها تنقل العدد والمؤن والبضائع إلى البلاد العربية الإسلامية وتعود منها بما تحتاجه من سلع ومواد وعروض(٢). واطّردت هذه الصلات – خصوصا – إثر الفتوح الإسلامية ووصول المسلمين إلى بلاد الأندلس، ومن هذه البلاد إلى أسواق شمال إيطاليا وجنوب فرنسا، فنشأت بين شعوب هذه المناطق علاقات مالية تجارية وقف الغربيون – من خلالها – على كنوز الشريعة الإسلامية الغراء فنقلوا عنها كثيرا من قواعد المعاملات المالية فضلاً عن ما استقرت عليه الأعراف التجارية والبحرية، مما كان له بالغ الأثر فى تقدم الفكر الغربي وازدهاره(٣).

---

(١) انظر: الدكتور محمود سلام زناتى، قانون حمورابى، بحث منشور فى مجلة العلوم القانونية والاقتصادية – جامعة عين شمس، العدد الأول، السنة الـ ١٣، يناير ١٩٧١، ص١و٢ – وقابل: الدكتور السيد على المغازى والدكتور محمد طه بدوى، دروس فى القانون التجارى، دار الفكر العربى، هامش ١، ص٧، حيث يقرران أن قانون حمورابى قد صدر عام ٢٠٨٣ قبل الميلاد – وقارن: الدكتور ثروت حبيب، دروس فى القانون التجارى، مطبعة جامعة القاهرة ١٩٧٧، ص ١٥، حيث يرد تاريخ صدور هذا القانون إلى عام ٢٢٥٠ قبل الميلاد.

(٢) للتفاصيل راجع: الدكتور محمد صالح، شرح القانون التجارى المصرى، الجزء الأول، الطبعة الرابعة، القاهرة، ١٩٣٨، ص ١٢ و ١٣ – ثروت حبيب، ص ٢٤.

(٣) راجع: الدكتور على الزينى، أصول القانون التجارى، الجزء الأول، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة ١٩٤٥، ص ٢٥ و ٢٦ – محمد صالح، ص ١٢ و ١٣ – ثروت حبيب، ص ٢٤.

٢ – وقد يكون وصول فقه الشريعة الإسلامية إلى بلاد أوروبا الغربية – ولاسيما إيطاليا – أحد الأسباب التى جعلت الكنيسة تحظر القرض بالربا الفاحش لما يخلفه هذا القرض من مساوىء اقتصادية واجتماعية. بيد أن هذا الحظر، الذى وقع فى القرن الثانى عشر الميلادى، لم يحترم كثيرا من أرباب المال الإيطاليين، إذ ما فتئوا يبحثون عن وسائل مختلفة لمواجهة الحظر سواء فى معاملاتهم الداخلية أو فى معاملاتهم التجارية البحرية مع تجار فرنسا وإنجلترا الذين شاع لديهم أيضا القرض بفائدة سواء فى معاملات البنوك أو فى معاملات الشركات الصناعية والتجارية.

ولقد ترتب على إحكام الدول الاستعمارية لسيطرتها على كثير من الدول العربية الإسلامية، فى القرن التاسع عشر، أن تأثرت تشريعات هذه الأخيرة بالنظم القانونية الغربية كأنظمة عمليات البنوك والشركات التجارية، بل دارت هذه الدول فى فلك تلك النظم حتى بعد حصولها على استقلالها وارتبطت اقتصاداتها بالنظام الاقتصادى الغربى الذى يعتمد على نظام الفائدة كمحرك أساسى لرؤوس الأموال.

ولاسيما أن الموضوعات الدولية التى تسفر عنها العلاقات الاقتصادية الدولية تنبنى على نظام الفوائد التعويضية وفوائد التأخير (٤).

ولم يترتب على اعتناق بعض الدول العربية الإسلامية لجانب من الأفكار الاقتصادية الاشتراكية التى كانت تتبناها دول أوروبا الشرقية تخلي تلك الدول عن نظام الفائدة التقليدية، إذ لم تتأثر بهذه الأفكار مدة طويلة مثلما تاثرت بالفكر الاقتصادى للدول الغربية. بل أدى انهيار الاتحاد السوفييتي في عام ١٩٩١ – إثر فكرة البروسترويكا والفلاسنوست – إلى انخراط دول أوروبا الغربية فى النظام الرأسمالى الحر للدول الغربية والولايات المتحدة الأمريكية.

(٤) راجع بوجه عام: الدكتور أحمد جامع، الدكتور صفوت عبد السلام، علم الاقتصاد، دار الثقافة الجامعية، القاهرة، ص ١٦١وما بعدها.

٣ – وكانت دولة الكويت تطبق مجلة الأحكام العدلية والتي كانت الدولة العثمانية قد أصدرتها عام ١٨٧٦، كمدونة لأحكام الفقه الإسلامى الحنيف فى المعاملات المالية على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان. بيد أن تطبيق الكويت لهذه المجلة لم يكن تطبيقا جبريا، حيث لم تكن دولة الكويت خاضعة لتبعية حقيقية للإمبراطورية العثمانية، وإنما كان هذا التطبيق تطبيقا اختياريا تقرر بمحض إرادة أميرها وشعبها، وذلك بالأمر الصادر من سمو أمير البلاد الشيخ أحمد الجابر الصباح فى عام ١٩٣٨(٥).

لذا لم يدم تطبيق المجلة فى الكويت مدة طويلة، إذ فضلاً عن إلغائها فى تركيا ذاتها فإن أحكامها لم تكن كافية لتنظيم المعاملات المالية، ولاسيما بعد اتساع هذه المعاملات وتعقدها إثر اكتشاف النفط وتدفقه فى دولة الكويت من جهة، وعدم تفرقة المجلة بين المعاملات المدنية والمعاملات التجارية التى ازدهرت بحكم التطور من جهة أخرى، ولقد أدى ذلك إلى انحسار أحكام المجلة فى التطبيق ثم إلى الاستعاضة عنها بالتشريعات الكويتية التى أخذت تترى اعتبارا من عام ١٩٦٠(٦). وفى ظل النهضة التشريعية صدر القانون المدنى الكويتى رقم ٦٧ لسنة ١٩٨٠ وحظر الفوائد سواء أكانت تعويضية أم تأخيرية، فى المعاملات المدنية، في حين أجازتها التشريعات التجارية وأخصها القانون التجارى الكويتي رقم ٦٨ لسنة ١٩٨٠، وهى تشريعات جاءت متأثرة بكثير من النظم القانونية المعمول بها فى الدول الغربية(٧).

٤ – بيد أن الدول العربية الإسلامية تسعى جاهدة، فى الوقت الحاضر إلى استعادة أصالتها وحضارتها المحافظة على تراثها الإسلامي العظيم بعد إحيائه

---

(٥) انظر: سعادة سلمان الدعيج الصباح، مقدمته للقانون المدنى الكويتى رقم ٦٧ لسنة ١٩٨٠، مطبوعات لجنة تطوير التشريعات، مجلس الوزراء، من دون سنة نشر، ص٩ و١٠.

(٦) انظر: المرجع السابق، ص١٠ و١١.

(٧) لكن ذلك لا يعنى أن هذه النظم قد ولدت بالضرورة فى الدول الغربية، إذ توجد منها بعض الأنظمة التى عرفتها الحضارة العربية والإسلامية قبلا وطورتها الدول الغربية.

من جديد، لذا اتجه معظم هذه الدول إلى تنقية تشريعاتها من القواعد التى تتعارض مع الشريعة الإسلامية الغراء مما فتح باب الاجتهاد مرة أخرى للوصول إلى الأحكام القانونية التى تتلاءم مع روح العصر وتتفق – فى الوقت ذاته – مع أحكام هذه الشريعة. وهذا اتجاه محمود – بل لازم ويعد استجابة لرغبة عامة المسلمين ودعوة فقهائهم إلى فتح باب الاجتهاد للتخلص من التبعية العمياء للفكر القانونى غير الإسلامي(٨).

وقد أسفر هذا الاتجاه عن وضع بعض مشروعات قوانين جديدة – فى بعض الدول العربية الإسلامية تستمد أحكامها من الشريعة الإسلامية الغراء ولا تتعارض نصوصها معها. من ذلك نذكر مشروع القانون المدنى المصرى الذى قدم إلى اللجنة التشريعية لمجلس الشعب المصرى عام ١٩٨٢، ومشروع القانون المدنى الإماراتى، فضلاً عن المشروعات التى ناقشها وزراء العدل لدول مجلس التعاون الخليجى فى اجتماعهم بالرياض عام ١٩٨٢، بل صدرت فعلا فى بعض الدول العربية قوانين تستند إلى أحكام الشريعة الإسلامية كالقانون المدنى الأردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦(٩).

وفى هذا الإطار الإسلامي القويم صدر مرسوم سمو أمير دولة الكويت رقم ١٣٩ لسنة ١٩٩١ بإنشاء اللجنة الاستشارية العليا للعمل على استكمال تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية فى البلاد مع مراعاة واقعها ومصالحها(١٠).

ولا ريب فى أن تحقيق هذه الأمنية السامية والرغبة الصادقة فى تنقية قوانين البلاد من القواعد التى تتعارض مع الشريعة الإسلامية الغراء يقتضى

---

(٨) انظر: EL. ALFY.M.; Principes fondamentaux du droit civil musulman, jaurnal of law , kuwait university vol - 8, n 4, december 1984, p. 9 et s.

(٩) انظر: المرجع السابق، ص ١و٢، ويشير أيضا إلى مشروع جامعة الدول العربية للقانون المدنى العربى الموحد الذى لايزال فى دور الإعداد.

(١٠) وقد صدر هذا المرسوم بتاريخ ٢ ديسمبر ١٩٩١، وتلته مراسيم أخرى بتعيين أعضاء هذه اللجنة وأمينها العام.

فتح باب الاجتهاد فى الكويت لتقصى مشكلاتها المعاصرة والوصول إلى الحلول القانونية الشرعية الكفيلة بحلها. ونعتقد مع بعض الفقه أن هذا الاجتهاد لابد أن يستند إلى الدراسة المقارنة المعروفة، فى الفقه الإسلامى، باسم علم الاختلاف science de droit comparé[١١]. ذلك أن تعدد الرأي واختلاف الأنظمة المطروحة على بساط البحث من شأنه أن يسفر عن اختيار الحل الأنسب للمشكلة الشرعية والقانونية المثارة.

لذا رأينا بحث موضوع الفوائد على أساس من الدراسة التاريخية القانونية المقارنة حتى نتيح لغيرنا فرصة الانتقاء العلمى وهو بصدد الاجتهاد فى هذا الموضوع.

٥ – خطة الدراسة:

نقسم هذه الدراسة إلى ثلاثة فصول على الوجه التالى:

- الفصل الأول: التطور التاريخي لموضوع الفوائد فى أشهر القوانين.
- الفصل الثانى: الفوائد فى القوانين المقارنة الحديثة.
- الفصل الثالث: موقف المشرع الكويتي من موضوع الفوائد.

ثم نعقب ذلك بخاتمة للدراسة نضمنها أفكاره الأساسية.

على أنه يجب علينا التنويه بأننا لن نعرض لموضوع هذه الدراسة من الناحية الشرعية، فهذا ما نتركه لأهل الاجتهاد فى أحكام الشريعة الإسلامية الغراء، بل سنعرض للموضوع من ناحية القانون الوضعى فحسب[١٢].

(١١) محمد الألفى: المرجع المشار إليه، ص ٢.

(١٢) ولكن ذلك لا يمنعنا من ذكر بعض آيات القرآن الكريم عند اللزوم أو الإشارة إلى بعض الآراء الشرعية إذا دعت الحاجة إلى ذلك.

الفصل الأول
التطور التاريخي لموضوع الفوائد في أشهر القوانين

٦ - موضوع الفوائد في قوانين العصر القديم:

عرف الاقتصاديون الفائدة بأنها "الثمن النقدي الذي يدفع مقابل استخدام الأرصدة النقدية وتربط بالصفات التي يكون موضوعها التنازل عن النقود في سوق رؤوس الأموال"، وهو التنازل الذي يتم بمقتضى عقد قرض(١٣) بحسب الأصل.

ويعني ذلك ارتباط الفائدة بالنقود من جهة وبعقد القرض من جهة أخرى، وإن كان من المتصور اتخاذ هذا العقد صورا تختلف باختلاف المرحلة التاريخية والاقتصادية لكل مجتمع من المجتمعات.

ولقد بدأ التعامل بالنقود منذ العصر القديم Haut Antiqute وظهرت طائفة من التجار تسعى إلى تحقيق الأرباح عن طريق إقراض النقود، وهو ما سجله المؤرخون عن تجارة النقود في بابل، حيث تضمن قانون "حمورابي" نصوصا تتعلق بهذه التجارة في القرن الثامن عشر قبل الميلاد(١٤).

٧ - ويعد قانون حمورابي - على أرجح الأقوال - أقدم قانون ينظم عقد القرض بفائدة ضمن عمليات التجارة التي عرضها المجتمع البابلي، وهاك بعض نصوص هذا القانون في شأن الفائدة(١٥):

---

(١٣) الدكتور عبد الحفيظ عبد الله، مبادىء الاقتصاد، كلية الحقوق – جامعة الكويت، الطبعة الأولى، ١٩٩٣، ص ٢٠٩.

(١٤) راجع: RIPERT (G.): TRAITÉ ELÉMENTAIRE DE DROIT COMMERCIAL, 7e ÉDITION, VOL. 2, PAR: R.ROBLOT, L.G.D.J., PARIS, 1973, P. 234.

(١٥) وردت هذه النصوص في بحث الدكتور محمود سلام زناتي، المشار إليه، ص ٢٢ وما بعدها.

(أ) نص المادة ٦٥ (أ):

"إذا كان رجل قد أخذ نقودا من تاجر وطلب تاجره دفعها ولم يكن عنده شيء لإعطائه، فإذا كان قد أعطى بستانه بعد التأبير إلى التاجر وقال له: خذ واحتفظ بكل ما قد ينتج في البستان من ثمر من أجل نقودك، فذلك التاجر سوف لا يوافق، صاحب البستان هو الذي سوف يأخذ الثمر الذي قد ينتج من البستان وسوف يدفع للتاجر النقود والفائدة عليها طبقا للتسوية، وصاحب البستان هو الذي سوف يأخذ فائض الثمر الذي قد ينتج من البستان".

(ب) نص المادة ٦٥ (ر):

"إذا كان تاجر قد أعطى قمحا على سبيل القرض فله أن يأخذ ١٠٠ من القمح كفائدة عن جور، وإذا كان قد أعطى فضة على سبيل القرض فله أن يأخذ ٦/١ شيقل و ٦ حبات كفائدة عن الشيقل من الفضة"(١٦).

(ج) نص المادة ٦٥ (ش):

"إذا كان تاجر قد أعطى قمحا أو فضة على سبيل القرض، ولم يكن قد أخذ أصل الدين وإنما أخذ الفائدة عن كذا قمح أو فضة حسب ما يكون أقرض، ولم يكن قد كتب لوحة ملحقة أو لم يكن قد أضاف حينئذ الفوائد إلى مبلغ أصل الدين، فذلك التاجر يجب أن يضاعف كذا قمح أو فضة حسب ما يكون أخذ ويرده".

---

(١٦) انظر: المرجع السابق، حيث يشير إلى أن السيلا sila + ١/٣٠٠ من الجور gur والحية se = ١/٦ من الشيقل، وقد اعتمد في ترجمة النصوص - حسبما أشار - على مؤلفي:
Driver (G.r.) and Miles (J.c.): the Babylo- nian laws, vol 2, Oxford university press, 2 nd ed 1960 - Theophile (J.Meek): Ancient Near Eastern University Press, 2 nd ed, 1955.

(د) نص المادة ١٠٠:

"إذا كان تاجر قد أعطى فضة لوكيل للتجارة وأرسله في رحلة، وكان قد استثمر الوكيل الفضة التي عهد إليه بها في الرحلة، فإذا حصل على ربح حيثما يكون قد ذهب فسوف يحتسب كذا من الفوائد على النقود حسبما يكون قد أخذ، وسوف يحتسبان أيامه الخاصة بالسفر، وسوف يدفع لتاجره".

وتتعلق هذه النصوص، كما هو واضح، بالفوائد التعويضية والتأخيرية على القروض التي يقدمها تاجر سواء أكان المقترض تاجرا أم غير تاجر، وهى تكشف عن إجازة قانون حمورابي للقرض بفائدة، ولاسيما في المعاملات التجارية، كالمعاملة بين التاجر ووكيله(١٧).

٨ - كذلك عرفت مصر الفرعونية تجارة النقود

بيد أن الملك بوخوريس - فرعون مصر في القرن الثامن قبل الميلاد – قد أصدر القوانين التي تحارب الربا الفاحش(١٨). ولم يجهل الفينيقيون والإغريق تجارة النقود، بل اشتهروا بها وباشروها على شواطىء البحر الأبيض المتوسط وظهرت على أيديهم بعض الأنظمة التي تعد صورة متطورة لعقد القرض كنظام القرض البحري Pret a La Grosse الذي لايزال معروفا حتى الآن في نطاق التجارة البحرية وتتضمنه معظم المجموعات القانونية الحديثة(١٩).

وفي هذا العصر عرفت عمليات البنوك التي نشأت لاستقبال الودائع النقدية والأشياء الثمينة وإقراض النقود بضمان الأعيان والمحاصيل(٢٠).

---

(١٧) راجع: Ripert et Roblot، ص ٢٣٤ - وكذلك: الدكتور محمد حسني عباس، القانون التجاري (عمليات البنوك والعقود التجارية)، كلية الحقوق – جامعة الكويت، ١٩٧٦ - ١٩٧٧، ص ١٧٠.

(١٨) راجع: الدكتور أكثم أمين الخولي، الموجز في القانون التجاري، الجزء الأول، مكتبة سيد عبدالله وهبه، القاهرة، ١٩٧٠، ص ١٢.

(١٩) راجع: Ripert et Roblot، ص ٢٣٤ – والدكتور على حسن يونس، القانون التجاري، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٩، ص ٢١.

(٢٠) راجع: محمود سلام زناتي، ص ١١ وما بعدها - ولمزيد من التفاصيل: Ripert et Roblot، ص ٢٣٤.

٩ - موضوع الفوائد في قوانين العصر الوسيط:

شهد هذا العصر البعث الإسلامي العظيم الذي جعله الله، جل علاه، لخير البشرية جمعاء، كما شهد تطورا قانونيا ملحوظا في المجتمع الروماني حين ظهرت فيه طائفة تجار النقود. وفيما يلي نتعقب موقف الشريعة الإسلامية الغراء وموقف القانون الروماني من التعامل بالربا والقرض بفائدة.

١٠ - (أولا) حظر الشريعة الإسلامية للتعامل بالربا:

لم تكن النقود مجهولة لدى العرب قبل صكها في دول الغرب، إذ تشير كتب الفقه الإسلامي إلى استخدام العرب للفلوس، إذ "الفلس" فئة من فئات النقود المعدنية، وهو الاسم الذي اشتق منه اسم "الفلس"، والفلس مفرد "فلوس"، فيقال عن المفلس أنه صار صاحب "فلوس" بعد أن كان صاحب "ذهب"[٢١]، لذا عرف عن العرب استعمالهم للعملات النقدية وظهرت فيهم طائفة الصيارفة (رجال البنوك) الذين يتاجرون فيها[٢٢].

بيد أن نصوص القرآن الكريم جاءت قاطعة في تحريم التعامل بالربا. ويظهر ذلك من قوله تعالى: ﴿**الذين يأكلون الربا لا يقومون إلا كما يقوم الذي يتخبطه الشيطان من المس، ذلك بأنهم قالوا إنما البيع مثل الربا وأحل الله البيع وحرم الربا**﴾[٢٣]. كما يقول الله تعالى: ﴿**يمحق الله الربا ويربي الصدقات والله لا يحب كل كفار أثيم**﴾[٢٤] يضاف إلى ذلك قوله تعالى: ﴿**يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله وذروا ما بقي من الربا إن كنتم مؤمنين، فإن لم تفعلوا فأذنوا بحرب من الله ورسوله وإن تبتم فلكم رؤوس أموالكم لا تظلمون ولا تظلمون**﴾[٢٥].

---

(٢١) انظر: العلامة أبو البركات أحمد بن أحمد الدردير، الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، الجزء ٣، دار المعارف بمصر، ١٣٩٣ هجرية، ص ٣٤٥ وما بعدها.

(٢٢) راجع: مؤلفنا، عمليات البنوك في القانون الكويتي، دار الكتاب، الكويت، الطبعة الأولى، ١٩٩٣، ص ١٣و١٤.

(٢٣) سورة البقرة، الآية ٢٧٥.

(٢٤) سورة البقرة، الآية ٢٧٦.

(٢٥) سورة البقرة، الآيتان ٢٧٧و٢٧٨.

وهذه النصوص القرآنية المطهرة قد نهت عن الربا دون تفرقة بين المعاملات المدنية والمعاملات التجارية، حيث أقيمت هذه المعاملات ليس على أساس استغلال الإنسان للإنسان، بل على أساس سلامة الضمير ومخافة الله. وعلى هذا الأساس قام التعامل في البيئة الإسلامية مدنيا كان أو تجاريا.

خذ مثلا عقد الوديعة تجد أن النبي (صلى الله عليه وسلم) إذ هاجر من مكة إلى المدينة أوكل عليا (رضى الله عنه وأرضاه) ما كان لديه من ودائع لردها إلى أربابها[٢٦]، وذلك عملا بالآية القرآنية الكريمة: ﴿**إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل**﴾[٢٧].

ولا يجوز الزعم برد حظر التعامل بالربا إلى عدم معرفة المسلمين بالأنظمة التجارية التي كانت تعرفها المجتمعات غير الإسلامية. فقد قدمنا أن المسلمين قد عرفوا النقود قبل البعث وبعده، كما أنهم كانوا أسبق من غيرهم في معرفة أنظمة تجارية أخرى كنظام شركة التوصية البسيطة ونظام الكمبيالة.

فقد عرفت شركة التوصية البسيطة لدى العرب - قبل البعث الإسلامي وبعده - باسم عقد المضاربة أو القراض، وهو العقد الذي يبرم بين مَنْ يملك المال ولا يحسن العمل فيه ومن لا يملك المال ويحسن العمل فيه، وثبت أن النبي (صلى الله عليه وسلم) قد استعمل هذا العقد في تجارته بمال السيدة خديجة (رضى الله عنها) قبل البعث ثم جاء الإسلام فشرعه[٢٨]، ويعد عقد المضاربة أو القراض أصل شركة التوصية البسيطة، ويزخر القرآن الكريم والأحاديث النبوية الشريفة بالنصوص التي شرعت الشركة في صورها المختلفة[٢٩].

---

(٢٦) مؤلفنا، عمليات البنوك، المشار إليه، ص ١٢ و ١٣.

(٢٧) سورة النساء، الآية ٥٨.

(٢٨) راجع بوجه عام: الدكتور عبد العظيم شرف الدين، عقد المضاربة بين الشريعة والقانون، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، ١٩٧٤ - وبوجه خاص: الدكتور ثروت عبدالرحيم، القانون التجاري المصري، دار النهضة العربية، ١٩٧٨، ص ١٢.

(٢٩) انظر مؤلفنا، القانون التجاري، الكتاب الأول، المشار إليه، ص ٤٠.

أما الكمبيالة فقد أخذها الأوروبيون عن العرب الذين عرفوها باسم "السفتجه"، وهى كلمة عربية من أصل فارسي هو كلمة "سفته" أي الشيء المحكم[٣٠]. فمن ينظر إلى بعض المصطلحات الأوروبية يجد من بينها مصطلحات ذات أصل عربي مثل كلمة "حوالة AVAL"[٣١]، وهى اصطلاح يعبر به عن الطبيعة القانونية للكمبيالة التي عرفها الأوروبيون في القرن الحادي عشر الميلادي.

وتجد الكمبيالة سندها الشرعي في قوله تعالى: ﴿**يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه**﴾[٣٢]. ويعني ذلك أن الكمبيالة - باعتبارها النموذج الأمثل للورقة التجارية - ليست وليدة الفكر المعاصر إلا من حيث الشكل، أما من حيث مضمونها الحقيقي فهي قديمة تضرب بجذورها في أعماق التاريخ الإسلامي بدليل أن الآية المذكورة قد تضمنت قاعدة آمرة بشأنها[٣٣]، وهى أن تكون الورقة (الصرفية) مكتوبة.

هذا إلى جانب أن الشريعة الإسلامية الغراء تحث، في جلب الرزق، ليس على أكل أموال الناس بالباطل كما هو شأن الربا، وإنما إلى السعي إلى هذا الرزق والضرب في الأرض. فقد قال الله تعالى: ﴿**يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم**﴾، كما يقول جل علاه: ﴿**وآخرون يضربون في الأرض يبتغون من فضل الله**﴾.

هذه هى تعاليم الدين الإسلامي الحنيف، منذ القرن السابع الميلادي، تحظر التعامل بين الناس بالربا برغم معرفة العرب – قبل البعث وبعده - بالنظم التجارية التي اقترنت بها الفوائد، فكيف كان الحال عند الأوروبيين في العصور الوسطى؟

---

(٣٠) انظر مؤلفنا، عمليات البنوك، المشار إليه، ص ١٣.

(٣١) راجع: محمد صالح، هامش (١) ص ١٣.

(٣٢) سورة البقرة، الآية ٢٨٢.

(٣٣) راجع: الدكتور قاسم الوتيدي، الورقة التجارية كنموذج للحوالة في الشريعة والقانون، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، العدد الثاني، ١٩٨٤، ص ٨٦.

١١ - (ثانيا) حظر الكنيسة للربا ومخالفة الأوروبيين لهذا الحظر:

كانت عمليات البنوك قد ضعفت في أوروبا، قبل القرن الحادي عشر الميلادي، بسبب غارات البربر على كثير من الدول الأوروبية، إلا أن هذه العمليات قد نشطت من جديد في القرن الحادي عشر، ولاسيما إثر الحملات الصليبية بسبب ما كانت تحتاجه من أموال لتمويل الجيوش وتوفير المؤن في الدول التي وصلت إليها فضلاً عن ما رتبته هذه الحملات من قيام العلاقات التجارية بين الشرق والغرب(٣٤).

وقد ترتب على هذه العلاقات ازدهار نشاط الصيارفة في حوض البحر الأبيض المتوسط، وخصوصا في مدن شمال إيطاليا، حيث برزت طائفة التجار الذين اتصلوا بالشرق ونقلوا عن العرب نظام السفتجة التي عرفت بعد ذلك باسم الكمبيالة letter de change واتخذها الإيطاليون أداة لتنفيذ عقد الصرف المسحوب le change tiré(٣٥) وامتد نشاط التجار الإيطاليون إلى دول شمال أوروبا حتى بلغ فرنسا وإنجلترا وهولندا وفنلندا عبر الموانيء البحرية الشهيرة، مثل جنوة وفلورنسا وأمالفي وبيزا(٣٦)، واستشرى التعامل بالربا الفاحش فيما كانوا يقدمونه من قرض.

ورأت الكنيسة، في القرن الثاني عشر الميلادي، أن هذا التعامل يعد خروجا عن التقاليد الرومانية السائدة في المجتمع الروماني، وهى التقاليد التي كانت تُعد التجارة مهنة وضيعة لا يرتادها إلا المغامرون من دنية القوم(٣٧)، لذا قررت الكنيسة -

---

(٣٤) راجع: الدكتور رفعت فخري، دروس في عمليات البنوك، القاهرة، ١٩٩٠ – ١٩٩١، ص ٧ – وكذلك:
Juglart (m.) et Ippolito (b.): droit commercial cas concrets et jurisprudence, Paris, 1974, P.8.

(٣٥) انظر: المرجعين السابقين، - محمد حسني عباس، ص ١٧٠ - وأيضا:
MORANDIERE (J.) RODIERE (R.) ET HOUIN (R.): DROIT COMMERCIAL, VOL 1, DALLOZ, PARIS 1968, p.43.

(٣٦) راجع: رفعت فخري، ص ٧و٨ – RIPERT et ROBLOT، ص ٢٣٤ - JUGLART et IPPOLITO ، ص ٨.

(٣٧) انظر مؤلفنا: القانون التجاري، الكتاب الأول، ص ٣٤.

بغرض المحافظة على هذه التقاليد - حظر الفائدة بربا فاحش حتى تمنع النبلاء ورجال الكنيسة من تشغيل أموالهم في التجارة وظهورهم بمظهر التجار(٣٨). وفرضت الكنيسة على مخالفة هذا الحظر جزاءات شديدة كإعدام أموال الشخص المخالف أو مصادرتها، كما أدانت عمليات البنوك التي اقترنت بالربا الفاحش(٣٩).

١٢ - بيد أن الرومان ما فتئوا يبحثون عن وسائل يستثمرون بها أموالهم دون الاصطدام بهذا الحظر الكنسي للقرض بفائدة وتوصلوا - في هذا الصدد - إلى وسيلتين هما: عقد التوصية وعقد القرض البحري.

فأما عقد التوصية NAUTICUM FOENUS فهو عقد بمقتضاه يقدم الشخص حصة مالية إلى شريك آخر يكون مسئولا عن استغلال المشروع مسئولية تضامنية وشخصية وغير محدودة في أمواله الخاصة، حيث يتولى هو إدارة المشروع، في حين لا يسأل صاحب هذه الحصة إلا بقدرها، ولا يشترك في الإدارة الخارجية للمشروع، ولا يظهر من ثم أمام الغير في التعامل، فإذا حقق المشروع ربحا اقتسم الشريكان هذا الربح بالنسبة المتفق عليها، وبذا لا يظهر صاحب الحصة كتاجر، كما لا يظهر بمظهر الشخص الذي يقدم لشخص آخر قرضا بفائدة(٤٠). ويجد عقد التوصية في عقد المضاربة أو القراض الذي عرفه العرب قبل البعث وبعده، إذ بمقتضاه لا يسأل رب المال إلا في حدود حصته ولا يظهر في التعامل، في حين يسأل رب العمل مسئولية شخصية وتضامنية عن نتائج هذا العمل، وهى الفكرة نفسها التي تقوم عليها شركة التوصية البسيطة SOCIÉTÉ EN COMMANDITE SIMPLE المعروفة في الوقت الحاضر(٤١).

---

(٣٨) انظر مؤلفنا: القانون التجاري، الكتاب الثاني، ص ١٨٥.

(٣٩) راجع: رفعت فخري، ص ٨ RIPERT et ROBLOT، ص ٢٣٤ و ٢٣٥.

(٤٠) راجع: الدكتورة سميحة القليوبي، الشركات التجارية، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٢، ص ٣١٥ - ومؤلفنا: القانون التجاري، الكتاب الثاني، ص ١٨٥.

(٤١) راجع: سميحة القليوبي، ص ٢٩٩ - حسني المصري، القانون التجاري، الكتاب الثاني، ص ١٧٧ وما بعدها - وكذلك:
HAMEL (J.) ,LAGARDE (G.) ET JAUFFRET (A.): DROIT COMMERCIAL, VOL. 1, 2, DALLOZ, PARIS, 1980, P.P. 616 et Suiv.

أما عقد القرض البحري، الذي لجأ إليه الرومان لعدم اصطدامهم بالحظر الكنسي للقرض بفائدة، فهو العقد الذي بمقتضاه يقدم الشخص حصة مالية إلى مجهز السفينة أو إلى التاجر الذي يسافر في حالة سلامة وصول السفينة BONNE ARRIVÉE وأن يخسر هذه الحصة ولا يحصل على شيء في حالة عدم وصول السفينة MAUVAISE ARRIVÉE(٤٢). ويعني ذلك أن الرأسمالي الذي يقدم حصته إلى المجهز أو التاجر لا يقدمها على سبيل القرض، لأن عقد القرض البحري - بعكس عقد القرض بفائدة - لا يخوله الحق في استرداد الحصة ولا الحق في أي زيادة عند خسارة الرحلة البحرية بعدم وصول السفينة سليمة. ويشبه وضع الرأسمالي، والحال كذلك، وضع الشريك الموصي في عقد التوصية - أو في شركة التوصية البسيطة - لأنه لا يسأل إلا في حدود حصته ولا يظهر أمام الغير بمظهر التاجر، حيث لا يشترك في إدارة العمل البحري، كما لا يظهر بمظهر الشخص الذي يقدم لآخر قرضا بفائدة.

١٣ - لكن ولئن استطاع الرومان الإفلات من دائرة الحظر الكنسي للقرض بفائدة ربوية، بلجوئهم إلى عقد التوصية وعقد القرض البحري، فإن هذا الحظر لم يقض على القرض بفائدة ربوية. ذلك أن يهود إيطاليا قد عدوا أنفسهم غير خاضعين لهذا الحظر فاستغرقوا في تجارة النقود واستمروا في مباشرة عمليات البنوك في موانئ إيطاليا وفرنسا وإنجلترا، كما نافسهم اللومبارديون في ذلك غير عابئين بالحظر(٤٣).

ومن جهة أخرى فإنه أمام قيام الحروب الصليبية وحاجة الملوك والأمراء الأوروبيين إلى تمويل هذه الحروب، التي عرفت بحرب المئة عام بسبب استمرارها طوال هذه المدة، فضلاً عن اضطلاعهم بأنفسهم بالاتجار في النقود

---

(٤٢) راجع: الدكتور محسن شفيق، الوسيط في القانون التجاري، القاهرة ١٩٥١، ص ٣٢٩ و ٣٣٠ - وكذلك:
ESCARRA (J.): COURS DE DROIT COMMERCIAL, SIREY, PARIS, 1952, P. 360.

(٤٣) راجع: RIPERT et ROBLOT، ص ٢٣٤ و ٢٣٥ - رفعت فخري، ص ٨.

عملا على زيادة مواردهم المالية، فإن الكنيسة قد اضطرت إلى تخفيف حظر القرض بربا فاحش وأجازت بعض عمليات البنوك(٤٤) التي لم تخل من شبهة الربا.

وقد ترتب على ذلك اتساع عمليات البنوك، وبرع الإيطاليون أكثر من غيرهم، في اضطلاعهم بهذه العمليات، وأدى نجاحهم في تجارة البنوك إلى تشجيعهم على إنشاء بعض الشركات العائلية sociétés familiales الصغيرة كي يتجمعوا فيها لمباشرة نشاطهم المصرفي، واستطاعوا تطوير هذه الشركات وإنشاء بنوك قوية، كان أشهرها بنك casa di san giorgio الذي أسس في "جنوه" في العقد الأول من القرن الخامس عشر(٤٥). كذلك استطاع التجار الإيطاليون النفوذ إلى موانئ غرب أوروبا والدخول في علاقات تجارية مع تجار فرنسا وإنجلترا فأخضعوهم لنفوذهم، حيث دخل الإيطاليون في هذه العلاقات من منطلق القوة الاقتصادية بسبب ما كانوا يقدمونه من قروض تسمح لهم بإملاء شروطهم، وساد الاعتقاد لديهم بأن المقرض هو سيد المدينة maître dé cite(٤٦). واقترن هذا الوضع بخضوع تجار غرب أوروبا للقانون التجاري الإيطالي العرفي الذي وضعه الإيطاليون لتحقيق مصالحهم(٤٧). وانتهى العصر الوسيط بتدوين هذا القانون العرفي في مجموعات قانونية تجارية مثل مجموعة "قنصل البحر" ومجموعة "نليرون" ومجموعة "دليل البحر"(٤٨).

---

(٤٤) راجع: JUGLART et IPPOLITO، ص ٨ – PIPERT et ROBLOT، ص ٢٣٤ و٢٣٥ – رفعت فخري، ص ٨.

(٤٥) انظر: المراجع السابقة، الموضع نفسه – HAMEL, LAGARDE et JAUFFRT، ص ٦٣٦، ويقررون أن هذا البنك يعد اللبنة الأولى للبنيان القانوني لشركة المساهمة التي ظهرت بعد ذلك.

(٤٦) راجع: JUGLART et IPPOLITO، ص ٨ - وقرب: رفعت فخري، ص ٧.

(٤٧) راجع: أكثم الخولي، ص ١٦ و ١٧ - حسني المصري، القانون التجاري، الكتاب الأول، ص ٣٥ و ٣٦.

(٤٨) راجع: السيد علي المغازي (و) محمد طه بدوي، ص ٨ – حسني المصري، المرجع السابق، ص ٣٦ - علي يونس، ص ٢٤ و ٢٥.

١٤- موضوع الفوائد في قوانين العصر الحديث:

في هذا العصر تعمقت عادة القرض بفائدة بفعل الظروف السياسية والاقتصادية التي شهدت تطورا سريعا وملموسا منذ اكتشاف القارة الأمريكية الجديدة في بداية العصر الحديث.

فلقد سعت دول أوروبا الغربية إلى السيطرة على القارة الأمريكية مترامية الأطراف، وخصوصاً بعد اكتشاف طريق رأس الرجاء الصالح، ونشبت الحروب بين هذه الدول وأنفقت فيها أموالا ضخمة فاضمحلت التجارة وخبت وأصابها الشلل والركود(٤٩). وأسفر هذا الصراع عن انتقال الهيمنة الاقتصادية والتفوق التجاري من المدن الإيطالية إلى دول أوروبا الغربية، وهى إنجلترا وفرنسا وألمانيا وإسبانيا وهولندا، واستطاعت هذه الدول إحكام سيطرتها وبسط نفوذها على مستعمراتها في أمريكا وأفريقيا والهند، وذلك بفضل كبرى البنوك وشركات المساهمة ذات الطابع السياسي a caractére politique التي نشأت لتمويل نشاط تلك الدول في هذه المستعمرات(٥٠).

وتبع هذه الظروف سلوك الدول الاستعمارية المتصارعة طرقا بحرية عدة وظهور ثروات معدنية نفيسة وإقامة الأسواق الكبرى في كثير من الموانئ مما أسفر عن تغييرات أو تطوير شكل الاقتصاد الغربي الذي كان سائدا من قبل فظهرت الحاجة إلى عمليات البنوك، وأخصها الإقراض، لتمويل هذا النشاط الاقتصادي الواسع الجديد.

ولعل ذلك ما دفع بعض المفكرين، وعلى رأسهم "كالفن CALVIN"، إلى مهاجمة الفقه الكنسي الذي كان يحظر القرض بفائدة باعتباره فقها متخلفا وغير

---

(٤٩) راجع: علي يونس، ص ٢٥ و ٢٦ - محسن شفيق، الموجز، ص ١١ – HOUIN K، ص ٥ و ٦ – ARRAESC ص ١٧ و ١٨.

(٥٠) للتفاصيل راجع: حسني المصري، القانون التجاري، الكتاب الأول، ص ٣٧ - وأيضا: ESCARRA (J.): PRINCIPES DE DROIT COMMERCIAL, SIREY, PARIS, 1934, P.P 17, 18.

مواكب للظروف الاقتصادية والسياسية الجديدة، كما ساند هذا الهجوم فقهاء القانون الروماني ورجالات المال والأعمال من سادة المجتمع الأوروبي الغربي ولاسيما إيطاليا وفرنسا وألمانيا، الأمر الذي انتهى بظهور أفكار ومفاهيم جديدة جذبت تجار النقود والائتمان إلى الأسواق الجديدة وجعلتهم يبتدعون عمليات بنوك حديثة(٥١).

١٥- فعلى غرار بنك سان جورج الذي نشأ في جمهورية "جنوه" الإيطالية عام ١٤٠٩ لتمويل سداد ديون الدولة، وهى ديون اتخذت شكل حصص متساوية القيمة وقابلة للتداول(٥٢) كما هو الشأن بالنسبة لأذون الخزانة BONS DE TRESOR التي يصدرها كثير من الدول في الوقت الحاضر، أنشيء كثير من البنوك الخاصة Banques privé دون خوف من غضب الكنيسة. ولم تقتصر هذه البنوك على تقديم القروض بفائدة إلى رجال الأعمال والتجار، بل أقبلت على إقراض الملوك والأمراء الذين سعوا إلى الحصول على الأموال اللازمة لحماية نفوذهم وسلطانهم بعد انتهاء حرب المئة عام(٥٣).

ومن هذه البنوك نذكر بنك ريالتو BANCO DI RIALTO الذي أنشىء في فينسيا عام ١٥٨٧، وكذلك البنوك التي أنشئت في مدينة "ليون" الفرنسية في القرن السادس عشر نفسه وفي مدينة "جنوه" الإيطالية في القرن السابع عشر، هذا وذاعت شهرة بنك الودائع الذي أنشىء في هامبورج عام ١٦١٩، وهى ودائع كانت تستحق عنها الفوائد في معظم الأحوال، كما أنشئت في القرن نفسه البنوك العامة Banques publiques التي اضطلعت بالنشاط المصرفي نفسه(٥٤). ولقد تأثرت هذه البنوك بالسياسة المصرفية لبنك "ريالتو" الإيطالي

---

(٥١) راجع: HAMEL, LAGARDE et JAUFFRET، ص ٦٣٦ و ٦٣٧ – RIPERT et ROBLOT – ص ٢٣٥؛ رفعت فخري، ص ٨ و ٩.

(٥٢) راجع: محسن شفيق، الوسيط، ص ٣٣٠ و ٣٣١ – ESCARRA، الدروس، ص ٢٨٤ و٢٨٥.

(٥٣) راجع: HAMEL, LAGARDE et JAUFFRET، ص ٦٣٦ و ٦٣٧ – RIPERT et ROBLOT، ص ٢٣٥ – رفعت فخري، ص ٨ و ٩.

(٥٤) انظر: المراجع السابقة نفسها، الموضع نفسه – وكذلك: JUGLART et IPPOLITO، ص ٩ – محمد حسني عباس، ص ١٧١ و ١٧٢.

المشار إليه، وعلى غراره أيضا أنشيء بنك امستردام BANQUE D' AMESTERDAM في ذات القرن، إذ اتبع سياسة تلقي ودائع الجمهور من النقود واستخدامها في تسوية الديون ووضع قواعد تكفل حماية المودعين من انخفاض قيمة النقود المودعة(٥٥).

وفي أواخر القرن السابع عشر ظهر، في إنجلترا، أول بنك خاص حديث للودائع، وهو بنك إنجلترا BANK OF ENGLAND، وتأثر بأساليب العمل المصرفي التي اتبعها كل من بنك ريالتو وبنك امستردام، وحصل من ملك إنجلترا على امتياز الإذون المصرفية - BILLETS DE BANQUE التي أخذت بعد ذلك صورة أوراق البنكنوت - BANK NOTS في عام ١٧٠٨(٥٦).

وفي هذه الفترة اشتهر العمل بالكمبيالة، باعتبارها أداة وفاء وائتمان، وانتشرت في مختلف دول أوروبا التي نقلتها عن إيطاليا، كما ظهر الشيك في إنجلترا عام ١٧٤٢ بعد ظهور السند لأمر، ولجأ حملة هذه الأوراق التجارية Effets de commerce إلى خصمها لدى البنوك لتعجيل قيمتها في مقابل عمولة البنك، فضلاً عن فائدة تستحق على قيمتها الأسمية وتسري اعتبارا من تاريخ الخصم L'ESCOMPTE إلى ميعاد الاستحقاق، وبذا أخذت البنوك شكلها المهني التقليدي الذي ما زالت تعرف به إلى الآن، وانتهى القرن السابع عشر بنشوء بنك فرنسا BANQUE DE FRANCE في عام ١٨٠٠ على غرار بنك إنجلترا(٥٧)، واتخذ الشكل التقليدي نفسه لسائر البنوك في هذا العصر.

هذا عن البنوك التي اضطلعت بعمليات الإقراض بالفوائد ومنح الفوائد عن الودائع النقدية، أما عن الشركات فقد نشأت تحمل طابعا سياسيا ثم طابعا اقتصاديا واتبعت بدورها نظام الفوائد، حيث كانت تمنحها لحملة السندات OBLIGATION التي تمثل قرضا عاما تطرحه في اكتتاب عام.

---

(٥٥) راجع: HAMEL, LAGARDE et JAUFFRET، ص ٦٣٧.

(٥٦) انظر: المرجع السابق، ص ٦٣٨ و٦٣٩ – JUGLART et IPPOLITO، ص ١٩.

(٥٧) راجع: رفعت فخري، ص ٩ – HAMEL,LAGARDE et JAUFFRER ص ٦٣٨ – RIPERT et ROBLOT، ص ٢٣٥ و٢٣٦.

١٦ – وتعد شركة الهند الشرقية أولى شركات المساهمة وأشهرها ذات الطابع السياسي، حيث أسست في لندن عام ١٦٠٠. ولقد أثبتت هذه الشركة قدرتها الفائقة في تجميع رؤوس الأموال الكبيرة والمدخرات الصغيرة، إذ تتميز شركة المساهمة بانقسام رأسمالها إلى أسهم متساوية القيمة وقابلة للتداول - وعادة ما تكون زهيدة القيمة - فضلاً عن أن رأس مالها الضخم يساعدها على الاقتراض بطريق إصدار السندات ذات الفوائد، حيث يعد رأسمالها ضمانا عاما للدائنين، الأمر الذي مكن الشركة المذكورة من تمويل عمليات استغلال ثروات مستعمرات إنجلترا في الهند(٥٨). وقد شجع نجاح هذه الشركة على تأسيس شركات مساهمة في الدول الاستعمارية الأخرى، ولاسيما فرنسا وهولندا، وحملت هذه الشركات الطابع السياسي نفسه، حيث هدفت إلى تمويل نشاط هذه الدول في المستعمرات، وذلك كله بالاعتماد على مساندة كبرى البنوك التي أنشئت للهدف نفسه كما أسلفنا.

وقد استمر الطابع السياسي لهذه الشركات حتى القرن الثامن عشر الميلادي، إلا أنها قد فقدت هذا الطابع بفعل الثورة الصناعية التي تفجرت في هذا القرن وكان لها أثر كبير في تطور نشاط البنوك والشركات، ولاسيما شركات المساهمة. ذلك أن الثورة الصناعية جعلت الحاجة الاقتصادية ملحة لرؤوس الأموال الضخمة لتمويل المشروعات الكبرى التي كانت لابد أن تنشأ لتحويل الصناعات اليدوية إلى صناعات آلية. وقد اقتضى ذلك من البنوك تمويل الشركات لإقامة المصانع والطرق والجسور ومد خطوط السكك الحديدية ووسائل الاتصالات السلكية واللاسلكية وإنشاء الشركة البحرية لنقل البضائع عبر الطرق البحرية الجديدة(٥٩). وهكذا فقدت شركات المساهمة طابعها

(٥٨) راجع: الدكتور أبو زيد رضوان، شركات المساهمة والقطاع العام، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨٣، ص ٧ - وخصوصا:
MINOST (E.): UNE METHODE INTERNATIONALE D'EXPLOITATION, THÉSE, RECUEIL SIREY, PARIS, 1917, PP. 2 ET Suiv.

(٥٩) راجع: الدكتور أبو زيد رضوان، الشركات التجارية في القانون الكويتي المقارن، دار الفكر العربي، القاهرة، ص ٦ وما بعدها – وأيضا: THALLER (E.) ET PERCEROU (J.): TRAITÉ ELÉMENTAIRE DE DROIT COMMERCAL, PARIS, 1916, PP. 158, 159.

السياسي واكتسبت طابعا اقتصاديا بحتا[٦٠]. وأصبح إصدارها للسندات ذات الفوائد أمرا تجاريا مألوفا يهدف إلى زيادة مواردها المالية اللازمة لزيادة إنتاجها وتوسيع دائرة نشاطها[٦١]، وهو الوضع الذي استمر إلى الوقت الحاضر.

وفي القرن التاسع عشر أخذت الدول الصناعية تبحث عن مناطق جديدة للحصول على المواد الخام اللازمة لصناعاتها وفتح أسواق جديدة لمنتجاتها، مما دفعها إلى استعمار الدول العربية في أفريقيا وآسيا، ووصلت إلى هذه الدول شركات المساهمة الأجنبية التي تولت تنفيذ تلك السياسة، الأمر الذي أدى إلى نفوذ البنوك الأجنبية إلى دول عربية، ومن ثم تأثرت هذه الأخيرة بأنظمة عمليات البنوك التي تعتمد على الإقراض بفائدة كما تأثرت بنظام السندات ذات الفوائد، وهى أنظمة نجدها في التشريعات العربية الحديثة التي وضعت بعد استقلال الدول العربية.

وفي الصفحات المقبلة نتكلم عن الفوائد في القوانين المقارنة الحديثة، ثم نحدد موقف المشرع الكويتي منها، سواء فيما يتعلق بالمعاملات المالية العادية أو عمليات البنوك أو الشركات ذات الأسهم والأوراق التجارية.

---

(٦٠) راجع مؤلفنا: المشروعات العامة ذات المساهمة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٥، ص ٥٨ وما بعدها.

(٦١) راجع: HUBRECHT (G.) ET COURET (A.): DROIT COMMERCIAL NOTIONS ESSENTIELLES, SIREY, PARIS, 1986, PP. 171 et Suiv.

الفصل الثاني
الفوائد في القوانين المقارنة الحديثة

١٧) تمهيد وتقسيم

يقرر الاقتصاديون أنه قد أصبح نادرا في الوقت الحاضر وجود المشروع الاقتصادي الذي يمتلك رؤوس الأموال الكافية للقيام بكل عملياته، خلافا لما كان عليه الحال في بداية النهضة الصناعية الرأسمالية، ومن ثم احتلت سوق رؤوس الأموال مكانة مهمة، وظهرت أهمية الفائدة، حيث انفصلت فائدة رأس المال عن ربح المشروع(٦٢).

ومن جهة أخرى شغل سعر الفائدة taux d'intret اهتمام الاقتصاديين فظهرت بشأنه نظريات مختلفة تدور حول أثر تحديد هذا السعر في عمليات الادخار والاستثمار(٦٣)، وهو السعر الذي يعرف بثمن استخدام الأرصدة القابلة للاقتراض، ويعتمد على عرض هذه الأرصدة وطلبها، ومن هنا كان اهتمام المشرعين بوضع القواعد المتعلقة بتحديد سعر الفائدة، وهي قواعد تترك للأفراد حرية تحديد هذا السعر تارة وتفرض سعرا إلزاميا تارة أخرى، وذلك في الأحوال التي يعترف فيها المشرعون بمشروعية الفائدة ويحددون فيها نطاق هذه المشروعية.

وفضلاً عن اهتمام هذه التشريعات بسعر الفائدة فإنها قد اهتمت بالتفرقة بين الفوائد الاتفاقية والفوائد القانونية والفوائد التأخيرية، ناهيك باهتمامها بتحديد تاريخ سريان الفوائد أيا كان نوعها وأحوال وقف سريان الفوائد.

---

(٦٢) راجع: عبد الحفيظ عبد الله، ص ٢٠٩، ٢١٠، وهو ينوه بأنه ليس في مهمة الاقتصادي التدخل في حل مشكلة الفائدة من الناحية الأخلاقية (أو الدينية)، إذ تقتصر مهمته على أن يقدم لوجودها تفسيرا مقبولا.

(٦٣) انظر: المرجع السابق، ص ١٠ وما بعدها، وخصوصاً ص ٢١٨.

ويمكننا القول بأن موضوع الفوائد يثار في مجالات مختلفة، إذ يثار في مجال المعاملات العادية كعمليات الإقراض والبيوع، وفي مجال عمليات البنوك كالإقراض والخصم وفتح الاعتماد وخطاب الضمان والحسابات الجارية، وكذلك في مجال الشركات والأوراق التجارية بمناسبة تقديم الحصص النقدية ودفع فوائد السندات والوفاء بالأوراق التجارية.

لذا تتطلب منا دراسة الفوائد في القوانين المقارنة الحديثة أن نخصص لكل مجال من المجالات المتقدمة مبحثا مستقلا.

المبحث الأول
الفوائد في المعاملات العادية
(المدنية والتجارية)

١٨) أجازت القوانين الغربية وبعض القوانين العربية الفوائد في المعاملات المالية العادية، تجارية كانت أو مدنية، وإن كان بعضها يفرق بين المعاملات المدنية والمعاملات التجارية فيما يتعلق بسعر الفائدة، والمعاملات المالية متعددة ولا تخضع لحصر، ومن ثم فلا مناص من الاقتصار - هنا - على معاملتين منها، هما عقد القرض وعقد البيوع، باعتبارهما أهم العقود التي يثار فيهما موضوع الفوائد، وفيما يلي نعرض الفوائد في عقد القرض وعقد البيوع، ثم نعرض لها في المعاملات الدولية.

١٩) (أولا) الفوائد في عقد القرض:

يعرف عقد القرض – في القانونين الفرنسي والمصري – بأنه عقد بمقتضاه يلتزم المقرض بأن ينقل إلى المقترض ملكية مبلغ معين من النقود على أن يرد المقترض إلى المقرض، عند نهاية القرض، مبلغا معادلا في مقداره ونوعه وصفته[٦٤]

(٦٤) راجع: Ripert et Roblot، ص ٣١٥ – Juglart et Ippolito، ص ٢١٣ – ٢١٤ مصطفى طه، ص ٤٢٢ حسني المصري، عمليات البنوك، ص ٢٠٥.

ويجيز القانونان الفرنسي والمصري تقاضي المقرض فوائد عن القرض، وهو ما يظهر مما نصت عليه المادة ٥٤٢ مدني - مصري - المنقولة عن القانون المدني الفرنسي - من أنه ((على المقرض أن يدفع الفوائد المتفق عليها عند حلول مواعيد استحقاقها. فإذا لم يكن هناك اتفاق على فوائد اعتبر القرض بغير أجر)). ويعني ذلك أن الأصل هو أن يكون القرض بغير فوائد، حيث لا تستحق ما لم يوجد اتفاق على خلاف هذا الأصل.

ويفرق القانونان الفرنسي والمصري بين المعاملات المدنية والمعاملات التجارية. ومن مظاهر هذه التفرقة اختلاف سعر الفائدة في المعاملات المدنية عن سعرها في المعاملات التجارية، إذ حددها القانون بنسبة ٤٪ في الحالة الأولى، و٥٪ في الحالة الثانية[٦٥]، وذلك ما لم يتفق الطرفان على سعر آخر للفوائد بشرط ألا يزيد على ٧٪، وتعرف الفوائد التي يحددها القانون بالفوائد القانونية Intérêts Legals، في حين تعرف الفوائد التي يحددها الاتفاق بالفوائد الاتفاقية Intérêts conventionnels[٦٦]، وبناء على ذلك يجوز الاتفاق بين الطرفين، في عقد القرض، على استحقاق فوائد عن القرض، ويجوز الاتفاق على تحديد سعر هذه الفوائد بما لا يزيد على ٧ ٪ (الفائدة الاتفاقية)، فإذا اتفق الطرفان على استحقاق الفوائد دون أن يتفقا على سعرها احتسبت هذه الفوائد بنسبة ٤٪ إذا كان القرض مدنيا أو بنسبة ٥٪ إذا كان القرض تجاريا (الفائدة القانونية).

ويبرر الاقتصاديون الفائدة المستحقة على مبلغ القرض بأنها تمثل قسط تأمين ضد المخاطر التي يتعرض لها المقترض إثر انخفاض القوة الشرائية للنقود واختلاف درجة الثقة في المقترض، فضلاً عن أنها تعطي للمقرض في مقابل الخدمة التي يقدمها إلى الأخير متمثلة في تنازله عن مال حاضر في مقابل

(٦٥) انظر: المواد من ٢٢٦ – ٢٣٣ مدني مصري المقابلة للمواد من ١١٤٦ – ١١٥٣ مدني فرنسي؛ وراجع: Juglart et Ippolito، ص ٥١٣.

(٦٦) راجع: Hamel, Lagarde et Hauffrer، ص ٨١٨، ٨١٩.

مال مستقبل[٦٧]، لذا ينظر بعض الفقه إلى هذا القرض - مدنيا كان أو تجاريا - باعتباره قرض استهلاك Prêt de consommation[٦٨].

وتختلف الفوائد التعويضية على مبلغ القرض بمعناه المتقدم، سواء أكانت فوائد اتفاقية أم قانونية، عن الفوائد التأخيرية Intérêt moratoires التي تستحق للمقرض بسبب تأخر المقترض في الوفاء بمبلغ القرض في الأجل المتفق عليه، إذ تعد هذه الفوائد تعويضا للمقرض عن حرمانه من الانتفاع بأصل القرض وملحقاته من تاريخ الاستحقاق حتى تاريخ الوفاء[٦٩]، لذا تشبه هذه الفوائد- الفوائد التعويضية، ويجوز للطرفين الاتفاق على سعر الفوائد التأخيرية بما لا يتجاوز ٧٪، فإذا لم يتفقا على هذا السعر احتسبت بسعر ٤٪ إذا كان القرض مدنيا أو ٥٪ إذا كان القرض تجاريا، أما بالنسبة لبدء سريان هذه الفائدة فالأصل سريانها من تاريخ المطالبة القضائية إذا كان تجاريا، ولا يشترط إثبات وجود ضرر لاستحقاق الفوائد التأخيرية، اتفاقية كانت أو قانونية، إلا أنها تعد تعويضا عن الإخلال بالتزام عقدي، مما يجيز للمقرض المطالبة بتعويض تكميلي متى أثبت وجود ضرر من جراء تأخر المقترض في الوفاء وأثبت أيضا أن الفائدة الاتفاقية أو القانونية ليست كافية لجبر هذا الضرر وأن المدين كان سيئ النية[٧٠].

(٢٠) وتعد هذه الحلول إعمالا لأحكام المواد من ٢٢٦ - ٢٣٢ مدني مصري وهي أحكام تحول دون وقوع ضرر بالمقرض أو عسف بالمقترض[٧١]:

- فوفقا للمادة ٢٢٦ «إذا كان محل الالتزام مبلغا من النقود (وهو محل

(٦٧) انظر هذا المعنى في: عبد الحفيظ عبد الله، ص ٢٠٩، ٢١٠.

(٦٨) راجع Hamel, Lagarde et Hauffret، ص ٨١٦ - وكذلك: الدكتور علي جمال الدين عوض (و) الدكتور محمود سمير الشرقاوي، الوجيز في القانون التجاري، دار النهضة العربية، ١٩٧٥، ص ٣٠٩.

(٦٩) المعنى نفسه: عبد الحفيظ عبد الله، ص ٢٠٩ وما بعدها.

(٧٠) راجع مؤلفنا: العقود التجارية في القانون الكويتي والمقارن، دار الكتاب، الكويت، ١٩٨٩، ص ٣٥ و ٣٦.

(٧١) قابل المادة ١١٤٦ وما بعدها من القانون المدني الفرنسي - وانظر: حسني المصري، المرجع السابق، ص ٣٣ وما بعدها.

الالتزام في عقد القرض) وكان معلوم المقدار وقت الطلب وتأخر المدين في الوفاء به كان ملزما بأن يدفع للدائن على سبيل التعويض عن التأخير فوائد قدرها أربعة في المائة في المسائل المدنية وخمسة في المائة في المسائل التجارية. وتسري هذه الفوائد من تاريخ المطالبة القضائية بها إن لم يحدد الاتفاق أو العرف التجاري تاريخا آخر لسريانها، وهذا كله ما لم ينص القانون على غيره».

- ووفقا للمادة ٢٢٧ «يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على سعر آخر للفوائد سواء أكان ذلك في مقابل تأخير الوفاء أم في أية حالة أخرى تشترط فيها الفوائد على ألا يزيد هذا السعر على سبعة في المائة، فإذا اتفقا على فوائد تزيد على هذا السعر وجب تخفيضها إلى سبعة في المائة وتعين رد ما دفع زائدا على هذا القدر، وكل عمولة أو منفعة، أيا كان نوعها، اشترطها الدائن إذا زادت هي والفائدة المتفق عليها على الحد الأقصى المتقدم ذكره تعتبر فائدة مستترة وتكون قابلة للتخفيض إذا ثبت أن هذه العمولة أو المنفعة لا تقابلها خدمة حقيقية يكون الدائن قد أداها ولا منفعة مشروعة».

- ووفقا للمادة ٢٨٨ «لا يشترط لاستحقاق فوائد التأخير، قانونية كانت أو اتفاقية، أن يثبت الدائن ضررا لحقه من هذا التأخير».

- ووفقا للمادة ٢٢٩ «إذا تسبب الدائن بسوء نية، وهو يطالب بحقه، في إطالة أمد النزاع فللقاضي أن يخفض الفوائد، قانونية كانت أو اتفاقية، أو لا يقضي بها إطلاقا عن المدة التي طال فيها النزاع بلا مبرر».

- ووفقا للمادة ٢٣١ «يجوز للدائن أن يطالب بتعويض تكميلي، يضاف إلى الفوائد، إذا أثبت أن الضرر الذي يجاوز الفوائد قد تسبب فيه المدين بسوء نية».

- ووفقا للمادة ٢٣٢ «لا يجوز تقاضي فوائد على متجمد الفوائد ولا يجوز، في أية حال، أن يكون مجموع الفوائد التي يتقاضاها الدائن أكثر من رأس المال، وذلك كله دون إخلال بالقواعد والعادات التجارية».

٢١) وكما تقررت الفوائد عن القروض في القانونين الفرنسي والمصري فقد تقررت أيضا عن القروض في قوانين معظم الدول الأخرى كالقانون الأنجلو - أمريكي[٧٢] والقانون الجرماني[٧٣] والقانون الفرنسي[٧٤] ومعظم قوانين البلاد العربية[٧٥]، وذلك مع مراعاة اختلاف التفاصيل باختلاف العرف الجاري والعادات المرعية في كل مجتمع من المجتمعات.

٢٢)(ثانيا) الفوائد في عقد البيع:

يعرف عقد البيع Contrat de vente بأنه عقد بمقتضاه ينقل شخص إلى آخر ملكية شيء لقاء ثمن نقدي، والأصل أن الثمن - وهو مبلغ نقدي بالضرورة - يستحق فور إبرام عقد البيع لكن يجوز للطرفين الاتفاق على الوفاء به في أجل معين.

ووفقا لنصوص القانون المدني المصري، المقابلة لنصوص القانون المدني الفرنسي[٧٦]، يجوز الاتفاق على تأجيل الوفاء بالثمن إلى أجل أو آجال (أقساط) معينة في مقابل فائدة عن الثمن المؤجل طوال مدة التأجيل، وهي فائدة يبررها القانونيون والاقتصاديون بأنها تعطى للبائع نظير حرمانه من مبلغ الثمن طوال مدة التأجيل وانتفاع المشتري به طوال المدة نفسها[٧٧]، ويستند ذلك إلى

---

(٧٢) راجع بوجه عام:
Barker (d:): The modern law of Trust, third Edition, Sweet And Maxwell, London, 1973.

(٧٣) راجع بوجه عام:
Muller (M.E.): L' Epargne des ménages et le certificat d'investessement, Thése, Paris, 1964.

(٧٤) راجع بوجه عام:
Senn (j.): Les sociétés d'investissement en droit francais et comparé, thése Nancy, 1956, l.g.d.h., Paris, 1957.

(٧٥) حول القانون المدني اللبناني مثلا انظر:
Hammoud (z.): Theory of obligation, Beirut ARAB UNIVERSITY, faculty of Law, Lebanon, 1979.

(٧٦) قابل المادة ١١٤٦ وما بعدها من القانون المدني الفرنسي.

(٧٧) انظر: الدكتور حسام الدين الأهواني، عقد البيع في القانون المدني الكويتي، مطبوعات جامعة الكويت ١٩٨٩، ص ٧٥٣؛ عبد الحفيظ عبد الله، ص ٢١٠ وما بعدها.

ما نصت عليه المادة ٢٢٧ مدني مصري من أنه «يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على سعر آخر للفوائد سواء أكان ذلك في مقابل تأخير الوفاء (أم في أي حالة أخرى تشترط فيها الفوائد) «ومنها حالة البيوع الآجلة» على ألا يزيد هذا السعر على سبعة في المائة».

وتعرف هذه الفائدة عن الثمن بالفائدة التعويضية وتخضع للقواعد نفسها التي تخضع لها الفوائد التعويضية عن القروض على نحو ما قدمنا(٧٨)، غير أن عقد البيع ربما لا يقتصر على هذه الفائدة، إذ قد تستحق عنه فوائد تأخيرية، وذلك متى لم يوف المشتري بالثمن في الأجل المتفق عليه، فحينئذ تسري الفوائد التأخيرية عن الثمن ولو لم يتفق الطرفان على استحقاقها(٧٩) ويجوز للطرفين الاتفاق على سعر الفوائد التأخيرية المستحقة على الثمن بشرط ألا يتجاوز ٧٪، فإذا لم يتفقا على هذا السعر طبقت الفائدة القانونية بسعر ٤٪ إذا كان عقد البيع مدنيا أو ٥٪ إذا كان العقد تجاريا(٨٠).

٢٣) ومن نافلة القول إن القانون الأنجلو - أمريكي والقانون الجرماني والقانون اللاتيني تتضمن القواعد التي تعالج الفوائد في البيوع الآجلة، سواء أكانت

(٧٨) انظر ما سبق: نبذة ١٩، ٢٠.

(٧٩) انظر: المادة ٢٣٠ مدني مصري، إذ تنص على أنه «عند توزيع ثمن الشيء الذي بيع جبرا لا يكون الدائنون المقبولون في التوزيع مستحقين، بعد رسو المزاد، لفوائد تأخير عن الأنصبة التي تقررت لهم في هذا التوزيع إلا إذا كان الراسي عليه المزاد ملزما بدفع فوائد الثمن أو كانت خزانة المحكمة ملزمة بهذه الفوائد بسبب إيداع الثمن فيه، على ألا يتجاوز ما يتقاضاه الدائنون من فوائد في هذه الحالة ما هو مستحق منها قبل الراسي عليه المزاد أو خزانة المحكمة، وهذه الفوائد تنقسم بين الدائنين جميعا».
وراجع: حسام الأهواني، المرجع السابق، ص ٧٥٥، ٧٥٦ - وكذلك: Van Ryn (J.): Principes de droit commrial, Bruxelles, 1960, P. 57 - Ripert et Roblot, Op. cit, P. 408.

(٨٠) كذلك تسري الفوائد التأخيرية، بقوة القانون، إذا اتفق الطرفان على وفاء الثمن فورا ولم يوف المشتري بهذا الالتزام.

فوائد عن الثمن أم فوائد عن التأخير في الوفاء به[٨١]. ومن جهة أخرى يلاحظ جريان الاتفاق على الفوائد في البيوع بالتقسيط[٨٢]، على أن أهم العقود التي تتضمن الاتفاق على الفوائد هي عقود البيوع التجارية سواء أكانت وطنية أم دولية.

٢٤) (ثالثا) الفوائد في المعاملات الدولية (القروض والبيوع الدولية)

تضطر الأشخاص المعنوية العامة كالدول والمؤسسات والشركات العامة، كما تضطر الأشخاص المعنوية الخاصة كشركات القطاع الخاص، للجوء إلى الاقتراض من الخارج لتمويل نشاطها، وغالبا ما يتفق على استحقاق فوائد عن هذه القروض، الأمر الذي تكشف عنه - بصفة تكاد تكون يومية - أنباء حركات رؤوس الأموال، ويكفي في سبيل تأكيد هذه الحقيقة أن نضرب بعض الأمثلة.

فقد أعلنت شركة طيران الخليج يوم الأربعاء الموافق ٣ نوفمبر ١٩٩٣م عن اتفاق تقترض بمقتضاه ١٥ مليون دولار لتمويل شراء طائرتين، كما أعلنت أنها بصدد اقتراض ١١٩ر٣ مليون دولار أخرى عن طريق بنك «كميكال»، وذلك بفائدة يزيد مقدارها ٣/٤ نقطة على سعر الفائدة المعروضة في لندن «الليبور» بالنسبة للقرض الأول على أن تلتزم برده على ٢٠ قسطاً كل ثلاثة أشهر[٨٣]. وأصدر البنك المركزي التونسي قرارا يسمح للبنوك والشركات التونسية بالاقتراض من الخارج بمقدار ١٠ ملايين دولار بالنسبة للبنوك وثلاثة ملايين دولار بالنسبة للشركات، بصفة سنوية، وذلك دون تحديد لسعر الفائدة المستحقة على هذه القروض[٨٤].

---

(٨١) راجع: Van Ryn، ص ٥٧ وما بعدها – Ripert et Roblot، ص ٣٨٦ وما بعدها، وص ٣٩٩ وما بعدها.

(٨٢) راجع: الدكتور إبراهيم الدسوقي أبو الليل، البيع بالتقسيط والبيوع التجارية الأخرى، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٨٤، ص ١٠٩ وما بعدها – وأيضا: Low (R.): Commercial law, Fourth edition, Sweet and Maxwell, London, 1973, PP. 287 ets.

(٨٣) جريدة الوطن الكويتية، الخميس ٤ نوفمبر ١٩٩٣ م، العدد ٦٣٧٢ – ٨١٨، صفحة الاقتصاد، ص ١٥.

(٨٤) جريدة الوطن الكويتية، الجمعة ٢٩ اكتوبر ١٩٩٣م، العدد ٦٣٦٦ - ٨١٢، صفحة الاقتصاد، ص ١٥.

ووقعت الحكومة المصرية اتفاقية مع بنك الاستثمار الأوروبي، بمقتضاها يقرض البنك بنك الأسكندرية ١٥ مليون وحدة نقدية أوروبية يعاد إقراضها لشركة الكباسات، وهي شركة مساهمة مصرية، وذلك دون بيان سعر الفائدة، وأكد رئيس الهيئة العامة لسوق المال المصرية أن البنوك تتنافس فيما بينها للاقتراض بسعر فائدة منخفض(٨٥)، ويشير المتعاملون، في المملكة العربية السعودية، إلى أن أسعار الفائدة على ودائع الريال السعودي بين البنوك - في الفترة الأخيرة - قد تراوحت بين سعر ١/٨ ٤٪ وسعر ٣/١٦ ٤ ٪، في حين تراوحت أسعار الفوائد على ودائع الدينار الكويتي بين سعر ٦ر٣١ ٪ وسعر ٧٥ر٥٪، وذلك بالنسبة للودائع التي تتراوح مدتها بين ثلاثة أشهر إلى سنة(٨٦) وهكذا دواليك في سائر الدول، لكن أحيانا ما تستطيع الجهة المقرضة، من الداخل أو الخارج، الحصول على إعفاء من دفع الفوائد. من ذلك مثلا بنك الأردن والخليج، حيث استطاع، وهو في سبيل إعادة هيكلة ديونه ورأس ماله، الحصول على قروض من البنك المركزي دون احتساب أي فوائد طوال الالتزام بالجدولة المتفق عليها، كما استطاعت الجزائر الحصول على قروض مقدارها ٥٥ر١١ مليون دولار من البنك الإسلامي للتنمية من دون فوائد لتمويل استيراد كمية من الصلب والإسمنت(٨٧).

هذا وقد تلجأ الدولة ذاتها إلى الاقتراض عن طريق إصدار سندات الخزانة عن طريق البنك المركزي، وهو ما يحدث في كثير من البلدان الأجنبية والعربية بفرض زيادة موارد الدولة اللازمة للإنفاق العام(٨٨) وتستحق على هذه السندات فوائد يحدد سعرها نشرات الاكتتاب، ومن ذلك مثلا سندات الخزانة التي أصدرها في الآونة الأخيرة بنك لبنان بسعر فائدة بلغ ١٧٪، وقد جرى العمل في هذا البنك على إصدار سندات الخزانة بمقتضى مناقصة عامة تتناول حجم

(٨٥) الجريدة السابقة نفسها، نفس الموضوع.
(٨٦) الجريدة السابقة نفسها، ص ١٥، ١٦.
(٨٧) جريدة الوطن الكويتية، الخميس ٤ نوفمبر ١٩٩٣م، المشار إليها، ص ١٦، ١٧.
(٨٨) راجع بوجه عام: عبد الحفيظ عبد الله، ص ٢٥٩، ٢٦٣، ٢٦٤.

السندات ومعدلات الفائدة[٨٩]. بل قد تلجأ الدولة إلى الاقتراض المباشر من الخارج بفوائد متفق عليها، وهو ما إضطرت إليه حكومة دولة الكويت حين اقترضت من مجموعة بنوك دولية، في ديسمبر ١٩٩١م، مبلغا ضخما مقداره ٥ر٥ بلايين دولار لاستخدامه في إعادة تعمير البلاد بعد تحريرها من براثن الاحتلال الغادر[٩٠].

ويتبين مما تقدم أن الاقتراض بفوائد يعد نظاما اقتصاديا وقانونيا متبعا سواء في المعاملات الوطنية أو في المعاملات الدولية، ولاسيما عندما تعجز الجهة المقترضة عن توفير وسائل أخرى لتمويل نشاطها.

٢٥) وعلى صعيد البيوع الآجلة والفوائد التأخيرية عن الثمن سواء في البيوع الفورية أو البيوع الآجلة.

وغالبا ما ينظم موضوع الفوائد في اتفاقيات التجارة الدولية كاتفاقية البيع الدولية للمنقولات المادية التي أبرمت في لاهاي عام ١٩٦٤[٩١]، حيث قررت حق البائع في الحصول من المشتري على فوائد تعويضية (المادة ٨٢ وما يعادلها). كذلك اهتمت اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع لعام ١٩٨٠ بهذا الموضوع، فنصت المادة ٩ منها على أن «يلتزم الطرفان بالأعراف التي اتفقا عليها وبالعادات التي استقر عليها التعامل بينهما، وما لم يوجد اتفاق على خلاف ذلك يفترض أن الطرفين قد طبقا ضمنا على عقدهما..

---

(٨٩) جريدة الوطن الكويتية، الخميس ٤ نوفمبر ١٩٩٣م، المشار إليها، ص ١٧.

(٩٠) راجع بحثنا: النظام القانوني لعقود إطفاء حرائق آبار النفط المتخلفة عن العدوان العراقي على دولة الكويت، منشور في مجلة الحقوق، السنة ١٥، العدد الأول، مارس ١٩٩١م، ص ٧٤ - وانظر: جريدة السياسة الكويتية، ١٦ نوفمبر ١٩٩١م، صفحة الاقتصاد.

(٩١) راجع Ripert et Roblot، ص ٤١٣، ٤١٤ – ولمزيد من التفاصيل: الدكتور/ محسن شفيق، اتفاقيات لاهاي لعام ١٩٦٤ بشأن اتفاقية البيع الدولي للمنقولات المادية، دراسة في قانون التجارة الدولية (على الآلة الناسخة)، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٧٢ – ١٩٧٣.

كل عرف كانا يعلمان به أو كان ينبغي أن يعلما به متى كان معروفا على نطاق واسع ومراعى بانتظام في التجارة الدولية بين الأطراف في العقود المماثلة السارية في نفس فرع التجارة».

ومقتضى هذا النص أنه متى استقرت أعراف التجارة الدولية على استحقاق فوائد على ثمن البضائع أو على استحقاق فوائد تأخيرية بسبب إخلال المشتري بالتزامه بالوفاء بالثمن في الميعاد المتفق عليه أو الذي يجري عليه العرف كان هذا العرف واجب التطبيق على العقد باعتباره قاعدة قانونية ملزمة، إذ يعد العرف التجاري أحد المصادر الإلزامية المهمة لقواعد قانون التجارة الدولية. بل لقد نصت المادة ٧٧ من الاتفاقية نفسها صراحة على أنه «إذا لم يدفع أحد الطرفين الثمن أو أي مبلغ آخر متأخر عليه يحق للطرف الآخر تقاضي فوائد عليه، وذلك مع عدم الإخلال بطلب التعويضات المستحقة بموجب المادة ٧٤ من الاتفاقية». وفي المقابل نصت المادة ١/٨٤ من الاتفاقية على أنه «إذا كان البائع ملزما بإعادة الثمن وجب عليه أن يرد الثمن مع الفائدة محسوبة اعتبارا من يوم تحديد الثمن».

وتعكس ضخامة عدد الدول المتعاقدة والمنضمة إلى هذه الاتفاقية أهمية البيع الدولي للبضائع بالنسبة لها، بحيث يتعين عليها احترام أحكام الاتفاقية كلما أرادت الدخول طرفا في هذه البيوع التجارية الدولية، إذ تتمثل هذه الدول - حتى شهر أبريل ١٩٩٢ م في كومنويلث الدول المستقلة (روسيا والدول الاتحادية)، والأرجنتين، وإسبانيا، واستراليا، والأكوادور، وألمانيا، وأوغندا، وإيطاليا، وبلغاريا، وبولندا، وتشيكوسلوفاكيا (قبل الانقسام)، وأوكرانيا، وبلاروسيا، وسوريا، والدانمارك، ورومانيا، وزامبيا، وسنغافوره، والسويد، وسويسرا وشيلي، والصين، والعراق، وغانا، وغينيا، وفرنسا، وفنزويلا، وفنلندا، وكندا، ولوتو، ومصر، والمكسيك، والنرويج، والنمسا، وهنغاريا، وهولندا، والولايات المتحدة الأمريكية، ويوغوسلافيا(٩٢).

(٩٢) انظر: مذكرة الأمانة العامة للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، الدورة ٢٥، نيويورك، مايو ١٩٩٢، وثيقة رقم A-٢٧-٩-٣،٨، الصادرة بتاريخ ٢٨ إبريل ١٩٩٢، ص ٧ وما بعدها.

فإذا كانت هذه الاتفاقية واجبة التطبيق في هذا العدد الضخم من الدول، وكانت تجيز للدائنين اقتضاء فوائد تعويضية وتأخيرية في البيوع الدولية للبضائع فإنه قد يجوز القول بأن التجار الدوليين يصطدمون لا محالة - في الوقت الحاضر - بصعوبات اقتصادية وعملية وقانونية بالغة قد تحول دون استبعاد هذه الفوائد من تلك البيوع الدولية بسبب التزام الدول الأطراف في الاتفاقية، وإذا كانت الدولة طرفا في اتفاقية دولية تجيز اقتضاء الدائن للفوائد التعويضية والتأخيرية في المعاملة المالية الدولية محل النزاع فإن أحكام الاتفاقية الدولية هي الأولى بالتطبيق إعمالا لقاعدة سمو القانون الدولي على القانون الوطني(٩٣).

بل يمكن القول بأن الجهود التي بذلوها في هذا المجال أصبحت تؤتي بعض ثمارها فيما يتمثل في المصارف وبيوت التمويل الإسلامية التي تباشر الأعمال المصرفية، وأعمال التمويل، والبيوع والمضاربات الوطنية والدولية، مع التزامها باجتناب الفوائد الربوية باعتبارها تعاملا محرما شرعا(٩٤). ذلك أنه بوسع هذه البنوك غير التقليدية فرض وجودها على السوق الوطنية والدولية وتقديم خدماتها المصرفية إلى جمهور المسلمين، كقبول الودائع النقدية واستثمارها في الأصول الشرعية، فضلاً عن اضطلاعها بالأعمال المصرفية الأخرى، كالتحويل المصرفي، وتحصيل الأوراق التجارية، وقبولها ووفائها، وإصدار خطابات الضمان، وفتح الاعتمادات، وامساك الحسابات الجارية(٩٥) حتى تخلص هذه الأعمال من الفوائد الربوية سواء أكانت تعويضية أم تأخيرية.

---

(٩٣) راجع: Hamel , Lagarde et Jauffret، ص ٥٢ وما بعدها.

(٩٤) راجع: الدكتور غريب الجمال، المصارف وبيوت التمويل الإسلامية، دار الشروق، جدة، من دون سنة نشر، ص ٤٥.

(٩٥) راجع: الأستاذ السيد محمد باقر الصدر، البنك اللاربوي في الإسلام، دار المعارف للمطبوعات، بيروت، من دون سنة نشر، ص ١٦١.

المبحث الثاني
الفوائد في عمليات البنوك

٢٦ - عمليات البنوك التي تثور بشأنها الفوائد كثيرة ومتنوعة، وأهمها عمليات الودائع النقدية المصرفية، والإقراض المصرفي، والخصم، وفتح الاعتماد، وخطاب الضمان، والحسابات الجارية. وفيما يلي نبين موقف بعض القوانين المقارنة من موضوع الفوائد في هذه العمليات(٩٦).

٢٧- (أولا) الفوائد عن الودائع النقدية المصرفية:

تعرف الوديعة النقدية D'épôt d'espéce بأنها عقد بمقتضاه يسلم العميل مبلغا نقديا une somme d'argent إلى البنك الذي يلتزم برده بمجرد الطلب أو بمقتضى إخطار سابــق أو بحلول الأجل المتفق عليه(٩٧).

فأما الوديعة المستحقة بمجرد الطلب D'épôt a' vue فهي الوديعة التي يكون للمودع الحق في استردادها في كل وقت، ومن ثم يلتزم البنك بردها في الحال بمجرد اطلاعه على الطلب المقدم بذلك من العميل. ويشبع هذا النوع من الودائع حاجة العملاء المستمرة إلى استخدام ودائعهم النقدية في الوفاء بالديون الناشئة عن معاملاتهم اليومية، لذا تعرف باسم الودائع الجارية D'épôts Courant، وتعد أكثر الودائع ذيوعا في العمل(٩٨). وأن يلتزم البنك بأن يكون مستعدا دائما لرد هذه الودائع بمجرد الطلب، ومن ثم لا تتوافر له فرصة استثمارها في أنشطته المختلفة، فإن عقود الودائع والعادات المصرفية تجري

---

(٩٦) تجد قواعد عمليات البنوك مصدرها إما في العرف المصرفي والعادات المصرفية الجارية كما هو عليه الحال في مصر الآن، وإما في النصوص التشريعية التي تترك بدورها مجالا فسيحا للعرف المصرفي والعادات المصرفية الجارية كما هو عليه الحال في فرنسا والكويت.

(٩٧) راجع: Ripert et Roblot، ص ٣٠٩ – محمد حسني عباس، ص ١٩٣.

(٩٨) راجع: رفعت فخري، ص ٤٧ – وكذلك:
Savatier (R.) et Leloup (J.): Droit des affaires, editions sirey, Paris, 1977, P. 371.

على عدم التزام البنك بأداء فائدة تعويضية اللهم إلا إذا بلغت الوديعة مبلغا معينا(٩٩).

أما الوديعة المستحقة بمقتضى إخطار سابق D'épôt à préavis فهي الوديعة التي يلتزم البنك بردها للعميل خلال مدة معينة من تاريخ قيام العميل بإخطاره برغبته في استردادها(١٠٠). وتسمح هذه الوديعة للبنك باستخدامها خلال مدة غير معينة تبدأ من تاريخ الوديعة وتنتهي بتاريخ إخطار العميل برغبته في الاسترداد، لذا عادة ما يؤدي البنك للعميل فائدة عنها تتناسب مع مدة الإيداع، وتزيد نسبة هذه الفائدة غالبا على تلك التي قد يدفعها البنك للعميل عن الوديعة المستحقة بمجرد الطلب(١٠١).

وأخيرا يقصد بالوديعة المستحقة في أجل معين D'épôt à terme تلك التي يهدف بها العميل إلى تكوين رأس مال ادخاري Capital d'epargne خلال مدة متفق عليها بين الطرفين مقدما بحيث لا يجوز للعميل استرداد الوديعة قبل انقضاء هذه المدة(١٠٢). وينبني على ذلك أن البنك، في هذا النوع من الودائع، يكون حرا في استثمار مبلغ الوديعة في أنشطته المختلفة طوال تلك المدة، وذلك في مقابل دفع فائدة للعميل تتناسب مع حجم الوديعة وطول الأجل(١٠٣). وتتنافس البنوك في جذب هذا النوع من الودائع إما بطريق رفع سعر الفائدة

---

(٩٩) راجع: Escarra، الدروس، ص ٩٣١ – رفعت فخري، ص ٤٧و٤٨ – وأيضا: Savatier et Leloup، ص ٣٧١.

(١٠٠) راجع: مصطفى طه، ص ٤١٤ Thaller et Percerou -، ص ٩٥١ – وكذلك:
Lacour (L.) et Bouteron (S): Précis de droit commercial, 3 édition, vol.l, Paris, 1925, P. 163.

(١٠١) راجع: علي جمال الدين عوض (و) محمود سمير الشرقاوي، ص ٢٣٩ – Hamel, Lagarde et Jauffret، ص ٧٠٨ – Escarra، ص ٩٣١.

(١٠٢) راجع: حسن المصري، عمليات البنوك، ص ٧٩ – Hamel, Lagarde et Jauffret، ص٨٠٧.

(١٠٣) راجع: رفعت فخري، ص ٤٨ – Juglart et Ippolito، ص ١٤٧ – Escarra، ص٩٣١.

المستحقة عليها[١٠٤] وإما بطرق أخرى كالإقراض بضمانها أو تقرير جوائز لها وغير ذلك من الطرق التي تبتدعها البنوك لتحقيق هذا الهدف.

وتجري أقلام الكتاب على تكييف الوديعة النقدية المصرفية بأنها عقد قرض[١٠٥] بفائدة في الأحوال التي تستحق عنها الفائدة أو من دون فائدة في الأحوال التي لا تستحق فيها الفائدة. وواقع الأمر أن البنوك تحقق من الودائع النقدية، بمختلف صورها، أرباحا ضخمة، إذ تقوم باستخدامها في عمليات الائتمان المصرفية المختلفة وتحصل عن هذه العمليات فوائد تربو بكثير عن الفوائد التي تدفعها عن الودائع النقدية، ومن ثم تحقق ربحا كبيرا يتمثل في الفرق بين سعر الفوائد الأولى وسعر الفوائد الأخرى[١٠٦]، الأمر الذي جرى عليه العمل المصرفي الحديث في معظم الدول.

٢٨- وقد اختلف الرأي حول إذا ما كان البنك يلتزم بالفائدة عن الودائع النقدية بغير اتفاق مع العميل المودع. فذهب بعض الفقه إلى أنه يجب وجود هذا الاتفاق لاستحقاق الفائدة باعتبار أن عقد القرض - أو عقد الوديعة أو عقد العارية عند القائلين بتكييف الوديعة النقدية على أساس هذا العقد أو ذاك - هو في الأصل من عقود التبرع أو العقود المجانية à titre gratuit مما يستوجب الاتفاق على ما يخالف هذا الأصل[١٠٧]. وذهب رأي آخر - المعول عليه فيه العمل - إلى أن البنك يلتزم بدفع الفوائد عن الوديعة النقدية ولو لم يوجد اتفاق

---

(١٠٤) راجع: رفعت فخري، ص ٤٨و٤٩ - علي جمال الدين عوض (و) محمود سمير الشرقاوي، ص ٢٣٨ و ٢٣٩ – Thaller et Percerou، ص ٩٥١.

(١٠٥) راجع: Savalier et Leloup، ص ٣٧١ – حسني المصري، ص ٩٠ وما بعدها، وص١١٥ وما بعدها.

(١٠٦) راجع: Escarra، الدروس، ص ٩٣١ – Thaller et percerou، ص ٩٥١ – وكذلك:
Lyon - caen (C.H) et Renault (L.): Traité elémentaire de droit commercial, L.D.J., Paris, 1927, P. 578.

(١٠٧) راجع: سميحة القليوني، ص ٢٣٣ – على جمال الدين عوض (و) محمود سمير الشرقاوي، ص ٢٤٤ – Lacour et Bouteron، ص ١٦٣ – Lyon-caen et Renault، ص ٥٧٦ – Savatier et Leloup، ص ٣٧١.

عليها لأن العقود المصرفية تتجاوز مفاهيم العقود العادية المعروفة في القانون المدني، ولأن المفاهيم المصرفية تنظر إلى فوائد الودائع المصرفية باعتبارها مكافأة a' titre de r'emuneration للعميل عن انتفاع البنك بالوديعة واستعمالها في أغراضه المصرفية(١٠٨).

لكن لم يثر الجدل حول التزام البنك - وفقا للقواعد العامة في القانون المدني المقارن - بدفع فوائد تأخيرية للعميل عن مبلغ الوديعة النقدية إذا أخل البنك بالتزامه بردها بمجرد الطلب أو الإخطار أو انتهاء الأجل(١٠٩).

٢٩- (ثانيا) الفوائد عن الإقراض المصرفي:

يقصد بالإقراض تقدمة النقود Avance de Fonds، ويعرف بأنه عقد قرض بمقتضاه يلتزم البنك بأن ينقل إلى العميل ملكية مبلغ معين من النقود على أن يرد العميل إلى البنك عند نهاية القرض مبلغا معادلا في مقداره ونوعه وصفته(١١٠). ويمثل عقد الإقراض بهذا المعنى ائتمانا un crédit، لأنه يضمن للعميل أجلا لرد مبلغ القرض، وهو عقد يعد أبسط عمليات الائتمان المصرفي.

ولم يثر جدل حول الطبيعة القانونية للإقراض المصرفي، إذ يتفق الرأي على اعتباره قرض استهلاك ويخضع بوصفه كذلك للقواعد المنصوص عليها في قوانين التجارة المقارنة والأعراف والعادات المصرفية الجارية(١١١)، ناهيك بخضوعه للقواعد العامة للقوانين المدنية المقارنة في كل ما لم يرد بشأنه نص أو عرف أو عادة تجارية.

---

(١٠٨) راجع: Ripert et Roblot، ص ٣١٣ – Escarra، ص ٩٣١ و٩٣٢.

(١٠٩) راجع: الدكتور علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الوجهة القانونية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٧، ص ٦١ وما بعدها.

(١١٠) راجع: Ripert، ص ٣١٥ – Juglart et Ippolito، ص ٢١٣ و٢١٤ – مصطفى كمال طه، الوجيز في القانون التجاري، الإسكندرية، ١٩٧١، ص ٤٢٢.

(١١١) راجع: Hamel, Lagarde et Jauffret، ص ٨١٦ – محمد حسني عباس، ص ٢٢٨ – سميحة القليوبي، ص ٢٦٦.

ويفرق القانون الفرنسي بين إذا ما كان الإقراض تجاريا بالنسبة للعميل وإذا ما كان مدنيا بالنسبة له، لكنه ينظر إلى الإقراض على أنه تجاري دائما بالنسبة للبنك لأنه تاجر ولأن الإقراض يتعلق بتجارته. ولم يثر جدل كبير حول استحقاق البنك لفائدة عن مبلغ القرض، ولو لم يوجد اتفاق يقررها، متى كان العميل تاجرا وتعلق القرض بتجارته. إنما ثار الجدل حول استحقاق البنك لهذه الفائدة - في حالة عدم وجود اتفاق يقررها - متى لم يكن العميل تاجرا أو كان تاجرا ولم يتعلق القرض بتجارته. فذهب رأي إلى أن البنك لا يستحق فائدة في الحالة الأخيرة، حيث لا يخضع غير التاجر ولا العمليات المدنية بطبيعتها للأعراف والعادات المصرفية الجارية التي تقرر استحقاق فائدة عن الإقراض(١١٢). في حين ذهب رأي آخر إلى أن البنك يستحق هذه الفائدة سواء أكان العميل تاجرا أم غير تاجر، وسواء تعلق القرض بتجارته أو لم يتعلق بها، إذ لا يقبل إخضاع البنك - فيما يتعلق بالعملية نفسها (الإقراض) - لقواعد القانون التجاري تارة وقواعد القانون المدني تارة أخرى، ويغدو من المتعين إخضاع البنك لقواعد واحدة، هي قواعد القانون التجاري والعرف والعادات المصرفية الجارية، سواء فيما يتعلق باستحقاق الفائدة أو بسعرها أو بتاريخ سريانها(١١٣).

٣٠- ولقد حسمت محكمة النقض المصرية هذه المسألة، في حكم حديث لها، اعتنقت فيه الرأي الأخير، وذلك فيما قررته من أنه "كانت القروض التي تعقدها المصارف تعتبر بالنسبة للمصرف المقرض عملا تجاريا بطبيعته وفقا لنص المادة الثانية من قانون التجارة، إلا أن الرأي قد اختلف في تكييفها بالنسبة إلى المقترض إذا لم يكن تاجرا أو إذا كان القرض مخصصا لأغراض غير تجارية. وترى هذه المحكمة اعتبار القروض التي تعقدها البنوك، في نطاق

(١١٢) راجع: Juglart et Ippolito، ص ٢١٤ – سميحة القليوبي، ص ٢٦٧.

(١١٣) راجع: مصطفى طه، ص ٤٢٣و٤٢٤ – Hamel, Lagarde et Jauffret، ص ٨١٧ و٨١٨.

نشاطها المعتاد، عملا تجاريا مهما كانت صفة المقترض وأيا كان الغرض الذي خصص له القرض (وبالتالي يستحق البنك فائدة عنه في كل الأحوال متى كان القرض في نطاق نشاط البنك المعتاد). ذلك أن البنك المقرض يتحمل عادة، في سبيل الحصول على الأموال التي يلبي بها حاجات المقترضين، أعباء أكثر فداحة من المقرض العادي، إذ هو يحصل على هذه الأموال من المصارف الأخرى التي تتقاضى منه فوائد على متجمد الفوائد غير مقيدة بالحظر الوارد في المادة ٢٣٢ مدني على أساس أن المعاملة بين مصرفين هي معاملة تجارية تدخل في نطاق الاستثناء الوارد بتلك المادة، وليس من المعقول أن يحرم المصرف من هذه المزايا عندما يقرض الغير، هذا علاوة على ما يتعرض له المصرف من مخاطر في القروض طويلة الأجل ومن حرمانه من أموال كان يمكنه استثمارها في وجوه أخرى غير القرض تدر عليه أرباحا أكثر"(١١٤).

إلا أن استحقاق البنك لفائدة عن الإقراض، في حالة عدم وجود اتفاق يقررها بينه وبين العميل غير التاجر أو بينه وبين التاجر الذي لم يتعلق القرض بتجارته، مشروط بأن يكون البنك قد عقد هذا القرض في نطاق نشاطه المعتاد وإلا عد القرض مدينا بالنسبة للعميل، ومن ثم لا يستحق عنه البنك فائدة ما لم يتفق عليها بين الطرفين. وفي حين استحسن بعض الفقه المصري هذا الحل لما يترتب عليه من توحيد للقواعد التي تخضع لها عملية الإقراض واقتناعا بالمبررات التي أوردها الحكم(١١٥) فإن بعضهم الآخر من الفقه قد انتقد هذا الحكم تأسيسا على أنه يخول البنك مركزا ممتازا مقارنة بالمقرضين الآخرين من غير البنوك(١١٦).

٣١- على أنه يشترط في الفائدة التي يستحقها البنك عن الإقراض ألا تتجاوز سعر الفائدة الاتفاقية أو السعر الذي يحدده البنك المركزي وإلا تعين

(١١٤) نقض مدني، ٢٧ يونيو ١٩٦٣، مجموعة أحكام النقض، لسنة ١٤، ص ٩٣٦.
(١١٥) علي جمال الدين عوض (و) محمود سمير الشرقاوي، ص ٣١١ هامش (١).
(١١٦) سميحة القليوبي، ص ٢٦٨ و ٢٦٩.

تخفيضها إلى هذا الحد، كما أنه إذا اشترط البنك عمولة فضلاً عن الفائدة فإنه لا يجوز أن يزيد مجموعهما على هذا السعر ما لم تقابل العمولة خدمة حقيقية أداها البنك للعميل وإلا عُدَّت فائدة مستترة وتعين ردها إلى الحد القانوني(١١٧).

ويجب على العميل رد مبلغ القرض في الأجل المتفق عليه وإلا التزم بفوائد تأخيرية بسبب إخلاله بالتزامه بالرد في الميعاد المحدد. ومن جهة أخرى نصت المادة ٢٣٢ مدني مصري - وهي مأخوذة عن القانون الفرنسي - على أنه "لا يجوز تقاضي فوائد على متجمد الفوائد، ولا يجوز في أية حال أن يكون مجموع الفوائد التي يتقاضاها الدائن (البنك في حالتنا) أكثر من رأس المال، وذلك كله دون إخلال بالقواعد والعادات التجارية»، وقد رأينا أن حكم محكمة النقض المصرية المشار إليه يعمل الاستثناء المقرر في هذه المادة بشأن عمليات البنوك.

٣٢- (ثالثا) الفوائد عن عمليات الخصم:

يعرف الخصم L'escompte بأنه عقد بمقتضاه يعجل البنك للعميل قيمة ورقة تجارية قبل ميعاد استحقاقها مقابل تظهيرها للبنك تظهيرا ناقلا للملكية وخصم أجره من قيمتها الاسمية متضمنا فائدة هذه القيمة من تاريخ الخصم حتى ميعاد الاستحقاق(١١٨). ومن ثم يطلق اصطلاح "الخصم" على العملية القانونية التي ترد على الورقة التجارية ذاتها، باعتبارها عملية من عمليات البنوك تقع بين البنك والعميل، كما يطلق على الاقتطاع النقدي Somme d'eduite الذي يجريه البنك من القيمة الاسمية للورقة(١١٩).

---

(١١٧) راجع: Hamel, lagarde et Jauffret، ص ٨١٨ – وكذلك: Juglart et Ippolito ص٢٢١ – وانظر: المواد من ٢٢٦–٢٣١ مدني مصري.

(١١٨) قارن: Lacour et Bouteron، ص ١٧٨ – Thaller et Percenou ص ٩٥٤ – علي جمال الدين عوض (و) محمود سمير الشرقاوي، ص ٣٤٥.

(١١٩) راجع: Hubrecht et Couret، ص ٢٤١ – Ripert et Roblot، ص ٣٣٧.

وهذه العملية المصرفية تغني العميل عن اللجوء إلى الاقتراض من البنك متى كان العميل حاملا لورقة تجارية، كما تعفيه من تقديم الضمانات التي يتطلبها البنك عادة عند إقراض العملاء - كالكفالة أو الرهون الحيازية أو الرسمية - فضلاً عن تجنيب العميل عبء الإرهاق المادي والنفسي الناجم عن التزامه برد مبلغ القرض في أجل معين ربما لا يناسبه، ناهيك بانتظاره لحلول ميعاد استحقاق الورقة التجارية التي يحملها لمطالبة المسحوب عليه بوفائها(١٢٠).

ومع ذلك فقد ذهب رأي في الفقه إلى اعتبار الخصم قرضاً بفائدة(١٢١)، باعتبار أن البنك يعجل المبلغ النقدي الناتج عن الخصم للعميل إنما يقرضه هذا المبلغ على أن يسترده في أجل معين يتحدد بميعاد استحقاق الورقة التجارية المخصومة، وذلك في مقابل حصول البنك على فائدة عن القيمة الاسمية لهذه الورقة عن المدة من تاريخ الخصم إلى ميعاد الاستحقاق. ويستطرد هذا الرأي بالقول بأنه صحيح أن البنك لا يسترد مبلغ القرض من العميل المقترض بل من شخص آخر (هو المسحوب عليه في الكمبيالة أو الشيك أو محرر السند لأمر) إلا أن ذلك لا يعدو أن يكون ظرفا أو عنصرا ثانويا لا يغير من طبيعة عقد الخصم كقرض، كما أن البنك قد يرجع بقيمة الورقة على العميل نفسه، كرجوع المقرض، على المقترض، إذا لم يستوف البنك قيمة الورقة من غير العميل في ميعاد الاستحقاق لأن العميل يظهـر الورقة للبنك تظهيرا ناقلا للملكية، ومن ثم يظل ضامنا لوفائها(١٢٢).

---

(١٢٠) راجع: Hamel, Lagarde et Jauffret، ص ٨٢٦ – سميحة القليوبي، ص ٢٨٤.

(١٢١) راجع: محمد حسني عباس، ص ١٧٥ – Savatier et Leloup، ص ٣٧٣ – Lyon-Caen et Renault، ص ٦١٢.

(١٢٢) راجع: Escarra، ص ٩٦١ و٩٦٢ – Juglart et Ippolito، ص ٢٢٤ – Ripert et Roblot، ص ٣٣٨و٣٣٩.

ولم يسلم هذا الرأي من النقد لأن إرادة كل من البنك والعميل لا تتجه إلى القرض مما يستقيم معه تكييف الخصم بأنه عقد قرض بفائدة. لذا ذهب فريق من الشراح إلى اعتبار العقد بيعا بحسبان أن العميل يبيع الورقة التجارية إلى البنك(١٢٣)، في حين ذهب فريق آخر - وهو الراجح - إلى اعتبار الخصم عملية مصرفية فذة وتخضع لقواعد خاصة(١٢٤).

٣٣- ويتكون أجر البنك - فضلاً عن رسم تحصيل الورقة التجارية المخصومة – من عنصرين أساسيين هما الفائدة والعمولة.

وتعد الفائدة L'intérêt، وتسمى لدى البنوك باسم "الأجيو L'agio"، أهم عناصر الأجر على الإطلاق، وتمثل مكافأة البنك عن حرمانه من استثمار المبلغ الذي عجله للعميل خلال المدة التي تبدأ من تاريخ الخصم وتنتهي في ميعاد الاستحقاق، وذلك فضلاً عن تعرض البنك لمخاطر عدم وفاء الورقة التجارية في هذا الميعاد(١٢٥).

ولما كان الأمر كذلك فإن الجدل لم يثر بين فقهاء القانون الوضعي حول مشروعية استحقاق البنك للفائدة عن قيمة الورقة التجارية، بل ثار الجدل بينهم حول سعر هذه الفائدة، وهو جدل اختلفت وجهات نظرهم فيه باختلاف تكييفهم لعملية الخصم.

فوفقا للرأي الذي يكيف الخصم بأنه عملية بيع une vente للورقة التجارية المخصومة يتمتع البنك والعميل بحرية الاتفاق على سعر الفائدة إعمالا لمبدأ الحرية التعاقدية من جهة، وإعمالا لفكرة المضاربة التي يقوم عليها عقد البيع

---

(١٢٣) راجع: علي جمال الدين عوض (و) محمود سمير الشرقاوي، ص ٣٤٦ – حسني المصري، عمليات البنوك في القانون الكويتي، ص ٢٣٠.

(١٢٤) راجع: Ripert et Roblot، ص ٣٣٩ – Lacour et Bouteron، ص ١٨٠ – حسني المصري، المرجع السابق، ص ٢٣١و٢٣٢.

(١٢٥) راجع: Hubrecht et couret، ص٢٤١ – Lacour et Bouteron، ص ١٧٩ – Lyon-Caen et Renault، ص ٥٨٧.

من جهة أخرى، ومن ثم يصـــح الاتفاق على سعر فائدة يجاوز الحد الأقصى للفائدة الاتفاقية(١٢٦).

ويعني ذلك أنه يجوز - في عملية الخصم - الاتفاق على أن يكون سعر الفائدة ١٥٪ أو ٢٠٪ مثلا من القيمة الاسمية للورقة ولو كان الحد الأقصى لسعر الفائدة الاتفاقية ٧٪ أو ٩٪ حسبما يحدده القانون أو يعلنه البنك المركزي، بدعوى تعرض البنك لمخاطر كثيرة في عملية الخصم(١٢٧). وعلى العكس فإن القائلين باعتبار الخصم قرضا بفائدة يرون عدم جواز الاتفاق على سعر أعلى من الحد الأقصى المقرر لسعر الفائدة الاتفاقية، كما يرون أن الفائدة - في الخصم - لو تجاوزت الحد المذكور لفقدت مشروعيتها وأصبحت من قبيل الربا الفاحش الذي يحظره القانون(١٢٨).

أما الرأي الذي يذهب إلى اعتبار الخصم عملية مصرفية فذة une opération originale تقوم على فكرة الائتمان فيرى أن ثقة البنك في العميل تعد هي الأساس في تحديد سعر الخصم، لذا يقول هذا الرأي إنه لما كان البنك لا يمنح ائتمانه للعميل إلا إذا توافرت هذه الثقة فإن سعر الفائدة التي يتقاضاها البنك عن عملية الخصم يجب ألا تتجاوز سعر الفائدة التي تتقاضاه البنوك في عمليات الائتمان بوجه عام(١٢٩). ووفقا لهذا الرأي يتوقف ارتفاع سعر الفائدة أو انخفاضه على مدى ثقة البنك في يسار العميل وفي الضمانات التي تحملها الورقة التجارية المخصومة بما تحمله من توقيعات أو تتضمنه من شروط.

---

(١٢٦) راجع: Escarra، ص ٩٦٢ – Lacour et Bouteron، ص ١٨٠.

(١٢٧) راجع: علي جمال الدين عوض (و) محمود سمير الشرقاوي، ص ٣٥٢ – Thaller et Percerou، ص ٩٥٥ – Escarra، ص ٩٦٣.

(١٢٨) انظر عرض هذا الرأي في: Lyon-Caen et Renault، ص٦١٢ – Lacour et Bouteron، ص١٨٠.

(١٢٩) راجع: Ripert et Roblot، ص ٣٣٩ و٣٤٠ – علي جمال الدين عوض (و) محمود سمير الشرقاوي، ص٣٥٢و٣٥٣.

٣٤- وإلى جانب الفائدة التي يتقاضاها البنك فإنه يتقاضى أيضا عمولة une commission عن عملية الخصم. وتعد العمولة مستقلة عن فائدة البنك، ومن ثم يجوز أن يزيد مجموعهما على السعر المقرر قانونا للفائدة الاتفاقية(١٣٠). إنما يشترط لذلك أن تقابل العمولة خدمة حقيقية يكون البنك قد أداها للعميل، كما لو رضى بخصم ورقة تجارية لم يقبلها المسحوب عليه أو لم تحمل سوى توقيع الساحب أو المحرر أو كان من المقرر أن يحل ميعاد استحقاقها بعد مدة وجيزة. ففي هذه الأحوال - وما شابهها - يتعرض البنك لمخاطر فوق العادة، مثل رفض المسحوب عليه للقبول، أو ضعف ضمانات الكمبيالة لعدم اشتمالها إلا على توقيع واحد هو توقيع الساحب أو المحرر فضلاً عن اضطرار البنك للتأهب سريعا لطلب وفاء الكمبيالة التي اقترب ميعاد استحقاقها مما قد يكبده نفقات كبيرة، الأمر الذي يستوجب تعويضه عن ذلك بالعمولة التي يقتطعها من القيمة الاسمية للورقة التجارية المخصومة(١٣١).

أما إذا لم تقابل العمولة خدمة حقيقية، من قبيل ما تقدم، فإنها تغدو فائدة مستمرة، ومن ثم يتعين تخفيضها أو إلغاء القدر الذي يجاوز سعر الفائدة الاتفاقية المقرر قانونا(١٣٢).

- (رابعا) الفوائد عن فتح الاعتماد:

فتح الاعتماد ouverture de crédit عقد يلتزم البنك بمقتضاه، خلال مدة معينة أو غير معينة، بوضع مبلغ نقدي معين تحت تصرف العميل الذي يكون بالخيار بين استخدام هذا المبلغ كله أو بعضه وعدم استخدامه على الإطلاق، وذلك في مقابل أجر يتقاضاه البنك من العميل(١٣٣).

---

(١٣٠) راجع: Thaller et Percerou، ص ٩٥٦.

(١٣١) راجع: حسني المصري، المرجع السابق، ص ٣٥٤ و ٣٥٥ – علي جمال الدين عوض (و) محمود سمير الشرقاوي، ص ٣٥٣ – Escarra، ص ٩٦٣ – Lacour et Bouteron، ص ١٧٨ – Ripert et Roblot، ص ٣٣٩ و٣٤٠.

(١٣٢) راجع: سميحة القليوبي، ص ٢٨٦ – Lyon-Caen et Renault، ص ٦١٥.

(١٣٣) راجع: Hubrecht et Couret ص٢٣٩ -Ripert et Roblot ص٣١٦ – محمد حسني عباس، ص ٢٣٩ – سميحه القليوبي، ص ٢٧٠.

وذهب رأي إلى أن فتح الاعتماد لا يعدو أن يكون قرضا بفائدة[١٣٤] باعتبار أن البنك يقرض العميل المبلغ الذي يقدمه للعميل في مقابل فائدة عن هذا المبلغ تدخل في تكوين أجر البنك فضلاً عن العمولة. وهذا الرأي غير سديد، لأن عقد فتح الاعتماد يعطي الحرية للعميل في اقتضاء مبلغ الاعتماد أو عدم اقتضائه كله أو بعضه بحسب حاجته، في حين أن عقد القرض - في معظم التشريعات - عقد عيني يقتضي تمامه قبض المقترض مبلغ القرض[١٣٥].

وذهب رأي آخر إلى أن فتح الاعتماد عقد قرض معلق على شرط un pret conditionnel هو استخدام العميل لمبلغ الاعتماد[١٣٦]، بحيث إذا حصل هذا الاستخدام تحقق الشرط وانقلب العقد إلى عقد قرض. وقد انتقد هذا الرأي أيضا، لأن عقد فتح الاعتماد يولد منذ إبرامه آثارا معينة أهمها التزام البنك بوضع مبلغ الاعتماد تحت تصرف العميل سواء استخدمه العميل أو لم يستخدمه، والتزام العميل بدفع عمولته عن فتح الاعتماد سواء استخدمه أو لم يستخدمه على الإطلاق[١٣٧].

والراجح أن فتح الاعتماد وعد بقرض promesse de pret بمقتضاه يعد البنك عميله بأن يقدم له مبلغ القرض متى عبر العميل عن رغبته في استخدام الاعتماد، فإذا حصل هذا التعبير تحول الوعد بالقرض إلى عقد قرض من تاريخ استخدام مبلغ الاعتماد كله أو بعضه، وحينئذ يصير العميل مدينا برد المبلغ الذي استخدمه بعد أن كان - عند إبرام العقد - موعودا له بالقرض[١٣٨].

---

(١٣٤) Lacour et Bouteron، ص ١٧٢،١٧٣.

(١٣٥) راجع: مصطفى طه، ص ٤٢٥ lyon - Caen et Renault -، ص ٦٢٠.

(١٣٦) حول هذا الرأي انظر: Escarra، ص ٩٦٠ وهامش (٢) الصفحة نفسها.

(١٣٧) راجع: Ripert et Roblot، ص ٣١٧ – Juglart et Ippolito، ص ٢١٦.

(١٣٨) Thaller et Percerou ص٩٥٢، ٩٥٣ Hubrecht et Couret -، ص ٢٣١ – علي جمال الدين عوض (و) محمود سمير الشرقاوي، هامش (١) ص ٣٠٢.

٣٦ - ومتى استخدم العميل مبلغ الاعتماد فإنه يصبح ملتزما برد هذا المبلغ فضلاً عن أجر البنك، ويتمثل هذا الأجر في فائدة المبلغ المستحقة عن المدة من تاريخ الاستخدام حتى تاريخ الرد المعين في العقد، وذلك بالسعر المتفق عليه بين الطرفين وبشرط ألا يتجاوز هذا السعر الحد الأقصى المقرر قانونا للفائدة الاتفاقية. أما إذا لم يتفق الطرفان على سعر الفائدة احتسبت بالسعر القانوني، وهو ٤٪ إذا كان الاعتماد مديناً بالنسبة للعميل أو ٥٪ إذا كان الاعتماد تجاريا بالنسبة له، وذلك وفقا للقانونين الفرنسي والمصري، هذا وإن كان الغالب وجود عرف مصرفي يحدد سعر الفائدة المستحقة للبنك عن عملية فتح الاعتماد(١٣٩)، وتبرر هذه الفائدة بأنها مكافأة للبنك عن حرمانه من مبلغ الاعتماد طوال مدته(١٤٠).

وإذا تأخر العميل في رد مبلغ الاعتماد وفوائده إلى البنك عن الميعاد المتفق عليه التزم بدفع فوائد تأخيرية بالسعر القانوني إن لم يتفقا على تحديد هذا السعر أصلا، وتسري هذه الفائدة اعتبارا من التاريخ الذي كان معينا للرد.

كذلك يلتزم العميل بدفع عمولة البنك سواء استخدم مبلغ الاعتماد أو لم يستخدمه، حيث يستحق البنك عمولته بمجرد فتح الاعتماد. ويرى معظم الفقهاء أن هذه العمولة مشروعة، لأنها تقابل خدمة حقيقية يؤديها البنك للعميل، ألا وهى التزام البنك بتجميد مبلغ الاعتماد بغرض رصده لمصلحة العميل وتخويل الأخير حرية استخدام هذا المبلغ وعدم استخدامه، مما يحرم البنك من استثماره ولو لم يستخدمه العميل ولم يتقاض عنه البنك أي فائدة. وينبني على ذلك استقلال العمولة عن الفائدة، ومن ثم جواز زيادة مجموعها على الحد الأقصى المقرر قانونا للفائدة الاتفاقية(١٤١).

---

(١٣٩) راجع: Juglart et Ippolito، ص ٢١٦ وما بعدها Ripert et Roblot -، ص ٣١٧ – مصطفى كمال طه، ص ٤٢٦ – سميحه القليوبي، ص ٢٧٠.

(١٤٠) انظر: المراجع السابقة، الموضع نفسه - وكذلك: محسن شفيق، ص ١٢٥.

(١٤١) راجع: Lyon-caen et Renault، ص ٦٢٥ – Ripert et Roblot، ص ٣١٨ – Hamel, Lagarde et Jauffret ص ٨٢٠ – محسن شفيق، ص ١٢٤ – علي جمال الدين عوض (و) محمود سمير الشرقاوي، ص ٣٠٦.

وقد استقر قضاء محكمة النقض المصرية على هذه الحلول[١٤٢]، سواء فيما يتعلق باستحقاق البنك لفائدة عن فتح الاعتماد أو بسعرها أو باستقلالها عن العمولة.

ومن جهة أخرى تسري هذه الحلول على عمليات فتح الاعتماد بمعناها الواسع الذي يتمثل في فتح اعتماد لخصم الأوراق التجارية، أو فتح اعتماد مستندي، فضلاً عن فتح الاعتماد العادي، وفتح اعتماد القرض، إذ يعني فتح الاعتماد - بمعناه الواسع - التزام البنك بتقديم أداة ائتمان أو أكثر من الأدوات الائتمانية المذكورة[١٤٣].

٣٧ - (خامسا) الفوائد عن خطاب الضمان:

خطاب الضمان lettre de garantie تعهد صادر من البنك بناء على طلب عميله، بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين للمستفيد إذا طلب منه الأخير ذلك خلال المدة المبينة في الخطاب[١٤٤].

وقد يقدم العميل للبنك غطاء نقديا ليستخدمه الأخير في الوفاء للمستفيد بمبلغ الضمان، وربما لا يقدم العميل هذا الغطاء، وفي الحالتين، يلتزم البنك قبل المستفيد التزاما مباشرا بوفاء مبلغ الضمان، بلا قيد أو شرط، بمجرد أن يطلب المستفيد ذلك، وسواء نفذ الأخير التزامه قبل العميل أو لا. فإذا لم يكن البنك قد تلقى غطاء لخطاب الضمان من العميل واضطر للوفاء للمستفيد بمبلغ الضمان من ماله الخاص استحق البنك فائدة عن هذا المبلغ[١٤٥] تحتسب عن المدة من

(١٤٢) نقض مدني مصري، ١٥ يناير ١٩٧٠، مجموعة أحكام النقض، السنة ٢١، ص ١٠٦ – نقض مدني مصري، ٨ فبراير ١٩٧٢، المجموعة نفسها، السنة ٢٣، ص ١٣٢.

(١٤٣) راجع: Escarra، ص ٩٥٧ – علي جمال الدين عوض (و) محمود سمير الشرقاوي، ص ٣٠١ و ٣٠٢ – محسن شفيق، ص ١٢٢.

(١٤٤) قارن: سميحة القليوبي، ص ٢٨٦ – محمد حسني عباس، ص ٢٤١.

(١٤٥) راجع: علي جمال الدين عوض (و) محمود سمير الشرقاوي، ص ٣١٧ - سميحة القليوبي، ص ٢٨٨ – محمد حسني عباس، ص ٢٤٢.

تاريخ هذا الوفاء إلى التاريخ المتفق عليه لرده من العميل، وذلك مكافأة للبنك عن حرمانه من استثمار هذا المبلغ طوال تلك المدة.

وتخضع هذه الفائدة المستحقة على مبلغ الخطاب للقواعد نفسها التي تكلمنا عنها بشأن الفوائد المستحقة على عمليات الإقراض والخصم وفتح الاعتماد. واذا تأخر العميل في رد المبلغ الذي وفاه البنك للمستفيد التزم بأن يؤدي إلى البنك فوائد تأخيرية تسري اعتبارا من التاريخ المعين للرد.

وفضلاً عن ذلك يلتزم العميل بدفع عمولة البنك، وتعد هذه العمولة - ويستحقها البنك بمجرد إصدار خطاب الضمان - مستقلة عن الفائدة، لأنها تقابل خدمة حقيقية يؤديها البنك إلى العميل(١٤٦)، ومن ثم يجوز أن تزيد هى والفائدة على الحد الأقصى المقرر قانونا للفائدة الاتفاقية، فإذا لم تقابل خدمة حقيقية تعين ردها إلى الحد المذكور.

٣٨ - (سادسا) الفوائد في الحساب الجاري:

الحساب الجاري Le Compte Courant عقد بمقتضاه يتعهد طرفاه بأن يدرجا في الحساب المفتوح بينهما جميع عملياتهما المتبادلة التي تقع خلال مدة معينة أو غير معينة، وبأن تفقد هذه العمليات ذاتيتها واستقلالها بمجرد إدراجها في الحساب، وبأن تتحول إلى مفردات دائنة ومدينة تتقاص عند إقفال الحساب لاستخراج الرصيد النهائي الذي يكون وحده مستحق الأداء(١٤٧).

وقد استقر العرف المصرفي، في معظم الدول، على استحقاق فوائد عن المدفوعات في الحساب الجاري بمجرد دخولها في الحساب وصيرورتها من مفرداته، وذلك دون حاجة إلى اتفاق الطرفين على استحقاق هذه الفوائد، وهو ما يمثل استثناء على القواعد العامة التي تقرر أنه إذا كان المدين ملتزما للدائن

---

(١٤٦) راجع: حسني المصري، عمليات البنوك في القانون الكويتي، ص ٣٩٨.

(١٤٧) قارن: Hubrecht et Couret، ص ٢٣٦ – Renault et lyon - caen، ص ٦٧٤ – مصطفى كمال طه، ص ٣٩٢ – رفعت فخري، ص ١٤٣ – علي جمال الدين عوض (و) محمود سمير الشرقاوي، ص ٢٦٣.

بمبلغ نقدي معلوم المقدار وقت طلب الوفاء وتأخر المدين عن الوفاء به كان ملزما بأن يدفع للدائن فوائد على سبيل التعويض.

ويتضح هذا الاستثناء من وجوه متعددة(١٤٨). فمن جهة لا تعرف، في أثناء تشغيل الحساب، صفة الدائن أو المدين، لأن أي مدفوع يدخل في الحساب الجاري لا يعد حقا للدافع ولا دينا على القابض بل يكون مجرد مفردة من المفردات التي تندمج في الحساب. إعمالا لمبدأ عدم قابلية الحساب الجاري للتجزئة، ومن ثم فإن استحقاق فائدة عن كل مدفوع يدخل في الحساب يعد خروجا على القواعد العامة سالفة الذكر لا تقابل أي التزام بوفاء مبلغ نقدي معلوم المقدار. ومن جهة أخرى لا يجوز القول بأن الفوائد المستحقة على المدفوعات في الحساب الجاري - بمقتضى العرف المصرفي - من قبيل الفوائد التأخيرية التي يؤديها المدين على سبيل التعويض عن تأخره في الوفاء، لأن القابض لا يعد مدينا بشيء للدافع في الحساب الجاري كما قدمناه، ومن ثم لا يعد متأخرا عن الوفاء بدين نقدي.

على أن الفقهاء يسوقون حججا كثيرة لتبرير استحقاق الفائدة، بقوة القانون، على المدفوعات في الحساب الجاري. فذهب بعض الفقه إلى أن الدافع لا يرضى بترك المدفوع للقابض دون أن يعوضه الأخير عن ذلك بفائدة، ولا سيما أن كل مدفوع يترجم في الحساب بمبلغ نقدي، ومن ثم يستند استحقاق هذه الفائدة إلى إرادة الطرفين المفترضة ما دام لم يتفقا على استبعادها(١٤٩). وذهب رأي آخر، مستندا إلى اعتبارات العدالة، إلى أن مبدأ عدم قابلية الحساب الجاري للتجزئة لا يسمح للدافع - في أثناء تشغيل الحساب - بتوجيه أي مطالبة قضائية للقابض برد ما أداه الدافع في الحساب الجاري، إذ لا توجد دعوى تحمي المدفوعات في الحساب الجاري إلا دعوى الرصيد التي

---

(١٤٨) راجع: Lyon - Caen et Renault، ص ٧١١ – Escarra، ص ٩٤١ و ٩٤٢ – lacour et Bouteron، ص ٢٤٦ – محمد حسني عباس، ص ٢١٠ – وكذلك:
Hamonic (G.): cours de droit commercial, G.D.j. Paris, 1969, p.206.

(١٤٩) Lacour et Bouteron، ص ٢٤٦ و ٢٤٧.

لا يجوز رفعها إلا بعد إقفال الحساب واستخراج الرصيد النهائي، وهو ما يعنى مضى فترة من تاريخ دخول المدفوعات في الحساب إلى ميعاد إقفاله يعجز فيها الدافع عن توجيه أي مطالبة، فيكون من العدل والحال كذلك استحقاقه لفوائد تسري من تاريخ دخول المدفوع في الحساب إلى ميعاد إقفاله(١٥٠).

لكن يلاحظ أن الفقهاء متفقون على عدم احتساب فوائد عن مدفوعات الحساب الجاري متى استعادها الطرفان، لذا يرون أن استحقاق هذه الفوائد ليس أثرا جوهريا من آثار عقد الحساب الجاري، حيث لا تؤثر على آلية تشغيله أو ترتيبه لآثاره الأخرى(١٥١).

وقد اختلف الفقهاء مرة أخرى حول سعر الفائدة عن المدفوعات في الحساب الجاري(١٥٢)، غير أن الراجح هو أنه إذا لم يتفق الطرفان على هذا السعر احتسبت الفائدة بالسعر الذي يحدده العرف المصرفي، وهو سعر يختلف باختلاف الجهات، ومن ثم قد يزيد أو يقل عن السعر المقرر قانونا للفائدة القانونية(١٥٣).

٣٩ - والمبدأ، في القواعد العامة في القانون المدني المقارن، أنه لا يجوز تقاضي فوائد عن متجمد الفوائد، ولا يجوز أن يزيد مجموع الفوائد التي يتقاضاها الدائن على رأس المال. بيد أن هذا المبدأ لا يسري على الفوائد المستحقة عن المدفوعات في الحساب الجاري، حيث جرى العرف المصرفي على استثناء هذه الفوائد من ذلك المبدأ بشقيه(١٥٤)، كما قنن القانونان المدنيان الفرنسي والمصري

---

(١٥٠) Lyon - Cen et Renault, 711.

(١٥١) انظر: المرجعين المشار إليهما في الهامشين السابقين، في نفس الموضع.

(١٥٢) حول هذا الخلاف راجع: Lyon - caen et Renault، ص ٧١٢ – محمد حسني عباس، ص ٢١٠ و ٢١١ – علي جمال الدين عوض (و) محمود سمير الشرقاوي، ص٢٩١، وهو خلاف يدور حول إذا ما كان هذا السعر يتحدد وفقا لطبيعة العمليات المدرجة في الحساب الجاري أو وفقا لاتفاق الطرفين أو وفقا للعرف المصرفي.

(١٥٣) راجع: Ripert et Roblot، ص ٢٨٤ – Lacour et Bouteron، ص ٢٤٧.

(١٥٤) راجع: مصطفى كمال طه، ص ٣٩٦ و ٣٩٧ – محمد حسني عباس، ص ٢١٠ و ٢١١.

هذا الاستثناء. فقد نصت المادة ٢٣٣ مدني مصري - المأخوذة عن القانون المدني الفرنسي - على أن "الفوائد التجارية التي تسري على الحساب الجاري يختلف سعرها القانوني باختلاف الجهات، ويتبع في طريقة حساب الفوائد المركبة في الحساب الجاري ما يقضي به العرف التجاري".

والأصل حصول تجميد فوائد الحساب الجاري بمناسبة ترحيل الرصيد النهائي إلى حساب جهاز جديد، إذ يتضمن هذا الرصيد فوائد الحساب القديم ويمثل أول مدفوع في الحساب الجديد(١٥٥). إلا أن العرف المصرفي قد جرى على تجميد الفوائد عند القطع الدوري للحساب الجاري(١٥٦)، لأن الرصيد المؤقت الذي يسفر عنه هذا القطع يرحل أيضا من جديد وإن كان للحساب نفسه وهو يتضمن - في جانب منه - الفوائد المستحقة على المدفوعات التي دخلت في الحساب قبل القطع(١٥٧). ويسمح القطع الدوري للحساب لكل من طرفيه بالوقوف على مركزه بصفة دورية حتى لا تتراكم عليه الفوائد بصورة غير محسوسة ويتمكن من تدارك الأمر ومراعاة مركزه المدين في عملياته التالية على القطع(١٥٨).

وأخيرا قد يشترط البنك عمولته على فتح الحساب الجاري، وهو الغالب، وحينئذ تعد العمولة مستقلة عن فوائده الدائنة ما دامت في مقابل خدمة حقيقية أداها للعميل، وفي هذه الحالة يجوز أن تتجاوز هى والفوائد الحد الأقصى المقرر قانونا للفائدة الاتفاقية وإلا تعين ردها إلى هذا الحد(١٥٩).

---

(١٥٥) انظر: المرجعين السابقين، الموضع نفسه – وكذلك: Lyon - Caen et Renault، ص٧١٣ – وقرب: علي جمال الدين عوض (و) محمود سمير الشرقاوي، ص ٢٩٣.

(١٥٦) راجع: علي جمال الدين عوض (و) محمود سمير الشرقاوي، ص ٢٩٣ - محمد حسني عباس، ص ٢١١.

(١٥٧) راجع: Lacour et Bouteron، ص ٢٤٧ و ٢٤٨ Lyon - Caen et - Renault -، ص ٧١٤ – Thaller et Percerou ص ٩٩٤.

(١٥٨) راجع: Lyon - Caen et Renault، ص ٧١٥ – محمد حسني عباس، ص ٢١١.

(١٥٩) راجع: Ripert et Roblot، ص ٢٨٤ – Lacour et Bouteron، ص ٢٤٧ و ٢٤٨.

المبحث الثالث
الفوائد على حصص الشركاء وسندات الشركات والأوراق التجارية

٤٠ – قدمنا أن القواعد العامة فى القانون المدنى المقارن، تجيز الفوائد عن الديون النقدية الآجلة، كما تجيز الفوائد التأخيرية التى تتقرر على سبيل التعويض للدائن عن إخلال المدين بالتزامه بدفع الدين النقدى، فى الميعاد المتفق عليه. لذا يثور موضوع الفوائد بمناسبة تقديم الحصص النقدية التى تعهد بها الشركاء، وبمناسبة السندات التى تصدرها شركات المساهمة، وبمناسبة وفاء الديون بالأوراق التجارية.

٤١ – أولا الفوائد عن الحصص النقدية للشركاء:

يقصد بالحصص النقدية apport en especes[١٦٠] التى يقدمها الشريك للشركة المدفوع أو المدفوعات النقدية التى تعهد بتقديمها إليها. والأصل أن تقدم الحصص النقدية فورا لتوفير السيولة المالية للشركة، لكن ليس هناك مايمنع الشركاء من الاتفاق على تأجيلها أو تقسيطها بحيث تحصل عليها الشركة فى المواعيد التى يتفق عليها وفقا لمصلحة الشركة والشركاء[١٦١]، وتكون العلاقة بين الشركة والشريك الملتزم بتقديم الحصص النقدية علاقة دائن بمدين[١٦٢]. وتسرى – في هذا الخصوص – القاعدة التى بمقتضاها أنه "إذا كان محل الالتزام مبلغا من النقود وكان معلوم المقدار وقت الطلب وتأخر المدين فى الوفاء به كان ملزما بأن يدفع للدائن، على سبيل التعويض عن التأخير، فوائد قدرها أربعة فى المائة فى المسائل المدنية، وخمسة فى المائة فى

(١٦٠) ويطلق عليها أيضا اصطلاح Apport en Numerire

(١٦١) راجع: حسنى المصرى، القانون التجارى، الكتاب الثانى، ص ٤٤.

(١٦٢) راجع: الدكتور على حسن يونس، الشركات التجارية، دار الفكر العربى، ١٩٦٠، ص٤٠ ESCARRA والدروس، ص ٣١٥.

المسائل التجارية"، وهو الحكم المقرر فى المادة ٢٢٦ مدنى مصرى المقابلة للمادة ١٨٤٣ مدنى فرنسى(١٦٣).

غير أنه بالنسبة إلى طبيعة الشركة التجارية وحاجتها إلى حصص الشركاء التى حلت آجال وفائها لاستعمالها فى مباشرة نشاطها بأسرع وقت لاقتناص فرص الربح(١٦٤)، فإن الفوائد التأخيرية(١٦٥) سالفة الذكر المستحقة للشركة إثر تأخر الشركاء فى وفاء الحصص النقدية لا تخضع لحكم القاعدة العامة المقررة فى المادة ٢٢٦ مدنى المذكورة التى بمقتضاها "تسرى هذه الفوائد من تاريخ المطالبة القضائية به". فقد رأى المشرع المصرى أن هذه القاعدة العامة ليست كافية لقسر الشريك على أداء الحصة النقدية للشركة فى ميعاد استحقاقها، لذا نصت المادة ٥١٠ مدنى مصرى على أنه "إذا تعهد الشريك بأن يقدم حصته فى الشركة مبلغا من النقود ولم يقدم هذا المبلغ لزمته فوائده من وقت استحقاقه من غير حاجة إلى مطالبة قضائية أو أعذار". وهو الحكم نفسه المقرر فى القانون الفرنسى(١٦٦). ويضمن هذا الحكم حث الشريك على الإسراع فى وفاء الحصة النقدية لتمكين الشركة من بدء نشاطها فورا أو مواصلة هذا النشاط بلا انقطاع(١٦٧).

ولا يشترط لاستحقاق الشركة هذه الفوائد التأخيرية، سواء أكانت اتفاقية أم تأخيرية، وسواء أكانت اتفاقية أم قانونية، أن تثبت أن ضررا قد لحقها من

---

(١٦٣) حول الوضع فى القانون الفرنسى راجع:
MERCADAL. B/ET JANIN. P: MEMENTO PRATIQUE DES SOCIÉTÉS COMMERCIALES, PARIS, 1973, P.26.

(١٦٤) الدكتورة سميحة القليوبى، الشركات التجارية، دار النهضة العربية، الجزء الأول، القاهرة، ١٩٩٢، ص ٤٢، ٤٣.

(١٦٥) ويجوز الاتفاق بين الشركة والشركاء على سعر آخر غير سعر الفائدة القانونية وفقا للقواعد المقررة للفائدة الاتفاقية.

(١٦٦) راجع: MERCADAL et ANIN، ص ٦١ وما بعدها – ESCARRA، ص ٣١٥ وما بعدها.

(١٦٧) راجع: سميحة القليوبى، المرجع السابق، ص ٤٣ – حسنى المصرى، السابق، ص٤٥.

جراء هذا التأخير، وهو ما قضت به المادة ٢٢٨ مدنى مصرى، لكن إذا كان قد لحقها ضرر من جراء تأخير الوفاء بالحصص النقدية فلها أن تطالب الشريك بتعويض تكميلى يضاف إلى الفوائد، وهنا أيضا استثنى المشرع الشركة من الخضوع لحكم القاعدة العامة التى بمقتضاها يجب على الدائن (الشركة)، فى الحالة المذكورة إثبات أن الضرر الذى لحقه قد تسبب فيه المدين (الشريك) بسوء نية، وهى القاعدة المقررة في المادة ٢٣١ مدنى مصرى المقابلة للمادة ١٨٤٦ مدنى فرنسى، وقد تقرر هذا الاستثناء فيما استطردت فيه المادة ٥١٠ مدنى مصرى بالقول بأن يطبق حكم هذه المادة من دون "إخلال بما قد يستحق" للشركة "من تعويض تكميلى عند الاقتضاء".

وتطبيقا لهذه القواعد الخاصة بالحصة النقدية تسرى الفوائد التأخيرية – إذن – فى حق الشريك من تاريخ استحقاقها وليس من تاريخ المطالبة القضائية أو الإعذار، ولا يتوقف حصول الشركة على هذه الفوائد على إثبات أن ضررا لحقها من جراء هذا التأخير، فإذا لحقها ضرر فعلا جاز لها مطالبة الشريك بتعويض تكميلى يضاف إلى تلك الفوائد ولو كان الشريك حسن النية[١٦٨]، وهى القواعد المقررة فى القانونين الفرنسى والمصرى.

٤٢ – ولقد تصدى المشرع الأردنى لهذا الموضوع وقرر حق الشركة فى الفوائد التأخيرية مع اختلاف فى بعض التفاصيل.

فوفقا للنصوص القانونية التى تحكم هذا الموضوع[١٦٩] إذا كان المدين (الشريك) قد تعهد بتأدية مبلغ من النقود (الحصة النقدية) فى وقت معين

---

(١٦٨) راجع: الدكتور على جمال الدين عوض، القانون التجارى، دار النهضة العربية، من دون سنة نشر، ٣٥٣ – أبو زيد رضوان، الشركات التجارية فى القانون الكويتى المقارن، المشار إليه ص ٤٧ – ESCARRA، الدروس، ص ٣١٥ – MERCADAL et JANIN، ص ٥٥ وما بعدها – HAMEL, LAGARDE et JAUFFRET، ص ٢٣ وما بعدها.

(١٦٩) مشار إلى هذه النصوص فى: سميحة القليوبى، المرجع السابق، هامش ٣، ص ٤٣، ٤٤، حيث أوردت بعض نصوص القانون المدنى الأردنى رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦ وقانون الشركات الجديد وقانون أصول المحاكمات المدنية الجديد رقم ٢٤ لسنة ١٩٨٨ وقانون محاكم الصلح رقم ١٥ لسنة ١٩٥٢ المعدل بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٨٨.

وامتنع عن أدائها عند حلول الأجل يحكم عليه بالفائدة دون أن يكلف الدائن (الشركة) إثبات تضرره من عدم الدفع. فإذا كان فى العقد شرط بشأن الفائدة يحكم بما قضى به الشرط، وإن لم يكن هناك شرط بشأنها فتحسب من تاريخ الإخطار العدلى وإلا فمن تاريخ المطالبة بها فى لائحة الدعوى أو الادعاء بالحادث بعد تقديم اللائحة المذكورة. ويراعى ألا تتجاوز الفائدة – فى جميع الأحوال – الحد القانونى وهو تسعة بالمائة كحد أقصى لكل أنواع المداينات العادية والتجارية.

٤٣ – وفى المقابل إذا حققت الشركة أرباحا التزمت بوفاء نصيب كل شريك فى هذه الأرباح، فإذا تأخرت فى هذا الوفاء التزمت قبل الشريك بالفوائد التأخيرية، قانونية كانت أو اتفاقية، وتسرى هذه الفوائد من تاريخ استحقاق الربح، كما يكون للشريك المطالبة بتعويض تكميلى يضاف إلى هذه الفوائد متى أثبت أن ضررا لحقه من جراء التأخر فى الوفاء بأرباحه وأن الشركة كانت سيئة النية. ومع ذلك قد يوجد اتفاق صريح أو ضمنى على ترك الشريك لحصته فى الأرباح للشركة على سبيل القرض، وفى هذه الحالة يستحق الشريك فوائد عن هذا القرض[١٧٠] وفقا للاتفاق أو العرف التجارى.

٤٤ – ثانيا: الفوائد عن سندات الشركات:

السندات Les obligations هى صكوك تصدرها شركات المساهمة وتطرحها فى اكتتاب عام لتمثل قرضا عاما يكتتب فيه الجمهور[١٧١]، ويحصل كل مكتتب على عدد من السندات يمثل المبلغ الذى اكتتب به فى هذا القرض. وتلتزم الشركة المصدرة قبل حامل السند بفائدة ثابتة Intérêt fixe على قيمته الاسمية، كما تلتزم بوفاء هذه الفائدة بصفة سنوية سواء حقق استثمار القرض

(١٧٠) المعنى نفسه فى: سميحة القليوبى، المرجع السابق، ص ٤٣ وما بعدها.

(١٧١) راجع: الدكتور محمود سمير الشرقاوى، الشركات التجارية فى القانون المصرى، دار النهضة العربية، القاهرة، ص ١٩٨٠، ص ٣٣٠ – مصطفى كمال طه، ص ٩١، ٩٢ – HAMEL, LAGARDE et JAUFFRET، ص ٢٦٨ و ٢٦٩.

ربحا أو خسارة، وذلك فضلاً عن التزام الشركة برد قيمة السند فى نهاية مدة القرض المحددة فى نشرة الاكتتاب(١٧٢).

ولا يعد حامل السند مسهماً فى الشركة وإنما يعد دائنا للشركة باعتباره مقرضا بقيمة السندات التى اكتتب بها والتى تمثل جزءا من القرض العام(١٧٣)، ومن ثم لا يكون لحامل السند حق الاشتراك فى إدارة الشركة ولا فى أرباحها أو فى خسائرها ولا فى قسمة موجوداتها عند حلها وتصفيتها(١٧٤)، وإنما يكون دائنا لها بمبلغ القرض وفوائده فى حدود ما يحمله من سندات(١٧٥)

ولما كان حامل السند يحصل على فائدة ثابتة على قيمة القرض الذى قدمه إلى الشركة فإنه يكون صاحب مصلحة فى عدم استرداده قيمة سنداته – أي استهلاكها – إلا فى الميعاد المقرر لردها فى نشرة الاكتتاب، لذلك لا يجوز للشركة أن ترد إلى حملة السندات قيمة سنداتهم قبل انتهاء هذه المدة(١٧٦). ومع ذلك إذا حلت الشركة قبل موعدها، لسبب آخر غير الاندماج كان لحملة السندات أن يطلبوا أداء قيمة سنداتهم قبل انتهاء المدة المقررة للقرض، كما يجوز للشركة أن تعرض عليهم ذلك من تلقاء ذاتها(١٧٧).

---

(١٧٢) انظر: المراجع السابقة، في نفس الموضع.

(١٧٣) راجع: الدكتورة سميحة القليوبى، الشركات التجارية، الجزء الثانى، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٣، ص ٣١٨.

(١٧٤) راجع: على يونس، المرجع السابق، ص ٥٨٥ و ٥٨٦؛ حسنى المصرى، المرجع السابق، ص ٢٤٥.

(١٧٥) راجع: مصطفى كمال طه، ص ٩٢ – على يونس، السابق، ص ٥٨٦ – وأيضا: GUYENOT J. ;COURS DE DROIT COMMERCIAL, VOL. 2, L. J. N. A., PARIS, 1977, P. 65.

(١٧٦) راجع: مصطفى كمال طه، ص ٩٨ و ٩٩ – على يونس، ص ٥٨٦ و ٥٨٧ – وقارن: HAMEL, LAGARDE et JAUFFRET، ص ٢٨٢ وما بعدها – GUYENON، ص ٦٤٠ وما بعدها.

(١٧٧) راجع: حسنى المصرى، المرجع السابق، ص ٢٤٩.

ومن جهة أخرى يجوز للشركة – بشروط معينة – إصدار سندات قابلة للتحويل إلى أسهم، فإذا توافرت هذه الشروط جاز لحامل هذا النوع من السندات إبداء رغبته فى استخدام هذه الرخصة وحينئذ يتحول من مجرد مقرض إلى مساهم فى الشركة بقيمة السندات التى حولها إلى أسهم(١٧٨)، فيكون له – من ثم – الحق فى الاشتراك فى إدارة الشركة وفى أرباحها وفى خسائرها وفى اقتسام موجوداتها عند حلها وتصفيتها، إنما لا يكون له الحق فى المطالبة برد قيمة تلك السندات ولا بأداء فوائدها اعتبارا من تاريخ التحويل.

٤٥ – هذه هى الأحكام الأساسية للفوائد المستحقة عن سندات شركات المساهمة فى القانون المصرى، وهى أحكام مشابهة – إن لم تكن مماثلة – لقرينتها فى القانون الفرنسى(١٧٩). ويطلق قانون الشركات الأردنى على السندات اسم "أسناد القرض"، وتنص المادة ١٤١ من هذا القانون على اعتبار هذه السندات «أوراق مالية ذات قيمة اسمية واحدة قابلة للتداول تصدرها شركة المساهمة العامة وتطرحها للاكتتاب العام أو الخاص وفقا لأحكام هذا القانون للحصول على قرض لا تقل مدته عن خمس سنوات، وتتعهد الشركة بموجب هذه الأسناد بسداد القرض وفوائده وفقا لشروط الإصدار»(١٨٠).

كما أجازت المادة ١٥٣ من القانون نفسه للشركة إصدار أسناد قرض (سندات قرض) قابلة للتحويل إلى أسهم(١٨١) بشروط تكاد تكون مماثلة للشروط المقررة فى القانونين الفرنسى والمصرى.

---

(١٧٨) انظر: المرجع السابق، في نفس الموضع.

(١٧٩) انظر: سميحة القليوبى، المرجع السابق، هامش ١١ و ٣، ص ٣١٩، حيث تشير إلى أحكام القانون الفرنسى الصادر بتاريخ ٣٠ أكتوبر ١٩٤٨ بشأن السندات وأحكام قانون الشركات الفرنسى الجديد الذى اشتقت أحكامه من قانون عام ١٩٣٥ بشأن السندات.

(١٨٠) انظر: المرجع السابق، هامش ٣، ص ٣٢٩ و ٣٢٠.

(١٨١) المرجع السابق نفسه، هامش ٣، ص ٣٣٤.

٤٦ – وتبدو أهمية السندات، كوسيلة لحصول شركات المساهمة على القروض العامة، بالنسبة لما يعرف بشركات الاستثمار و"ترستات" الاستثمار بصفة خاصة، كما عرف العمل الحديث نظاما خاصا يعرف باسم "ترست السندات".

فقد اتجهت شركات الاستثمار INVESTMENT COMPANIES الإنجليزية والأمريكية إلى التوسع فى إصدار السندات ذات الفوائد للعمل على زيادة أرباحها، وذلك بأن تصدر هذه السندات بفائدة منخفضة ٦ ٪ مثلا ثم تكتتب فى سندات صادرة من الشركات الأخرى بفائدة مرتفعة ٧ ٪ مثلا، وإذ تتألف حوافظ أوراقها المالية من هذه السندات الأخيرة – فإنها تجنى أرباحا تتمثل فى الفرق عن كل سند(١٨٢). وتلجأ شركات الاستثمار المذكورة إلى تكوين حوافظ أوراقها المالية من الأسهم والسندات الصادرة من الشركات الأخرى – على نحو ما تقدم – كنوع من توزيع المخاطر القانونية للاستثمار، حيث تمثل هذه الأسهم استثمارا ذا عائد متغير بسبب قابلية أرباح الأسهم للزيادة أو الخفض أو الانعدام فى حالة الخسارة وتمتع فوائد السندات بخاصية الثبات مهما كانت أرباح الشركة المصدرة أو خسائرها(١٨٣).

وبعكس القانون الأنجلو – أمريكى، الذى يسمح لشركات الاستثمار بإصدار السندات لم يسمح القانون الفرنسى، الصادر عام ١٩٤٥، لهذه الشركات بإصدار السندات مطلقا باعتبار أن إصدارها لهذه السندات يتعارض مع غرضها المتمثل فى تكوين حوافظ الأوراق المالية وإدارتها، تلك الصادرة من شركات الإنتاج والتوزيع فحسب، ومن ثم ينال من الأمن Securité الذى تلتزم شركات الاستثمار بتوفيره للمساهمين فيها، حيث يؤدى التزامها بأداء فوائد السندات التى تصدرها إلى إنقاص نصيب هؤلاء المساهمين فى الأرباح(١٨٤).

---

(١٨٢) راجع: SENN، ص ٨١ – وكذلك:
RAVELR.; LES SOCIÉTÉS D, INNVESTISSEMENT,ÉTUDE JURIDIQUE, ECONOMIQUE ET FINANCIERE, RECUEIL SIREY, PARIS, 1959, P. 52.

(١٨٣) راجع: RAVEL، ص ٥٢ و ٥٣ – SENN، ص ٨١ و ٨٢ – وأيضا: مؤلفنا شركات الاستثمار، ودار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨١، ص ١٣٠ وما بعدها.

(١٨٤) للتفاصيل انظر: حسنى المصرى، شركات الاستثمار، المرجع السابق، ص ١٣٥ – SENN، ص ٩٠.

ولقد أيد بعض الفقهاء الفرنسيين هذا الحظر، وهو حظر إصدار السندات فى شركات الاستثمار – استنادا إلى أن الاقتراض بطريق إصدار السندات فى هذه الشركات يؤدى إلى إثقال موازنتها بالفوائد التى تدفعها سنويا لأرباحها(١٨٥)، ولاسيما أنها ليست مضطرة إلى إصدار السندات كوسيلة للتمويل، حيث لا تضطلع بنشاط صناعى أو تجارى بل تضطلع بتوظيف أموال المساهمين على النحو الذى يحقق لهم عائدا متزنا ومستقرا(١٨٦).

٤٧ – وتتفق شركات الاستثمار و"ترستات" الاستثمار فى الغرض الذى تقوم عليه، وهو تكوين حوافظ الأوراق المالية وإدارتها "الأسهم والسندات" الصادرة من الشركات الصناعية والتجارية وتوزيع حصيلة أرباح هذه الأوراق على الشركاء فى شركات وترستات الاستثمار. لكن تختلف ترستات الاستثمار عن شركات الاستثمار فى أن الأولى لا تتمتع بشخصية معنوية ولا تتخذ شكل شركة المساهمة الذى يسمح لها بإصدار السندات، لذا لا تلجأ هذه الترستات إلى إصدار السندات بل تقتصر على الاكتتاب فى السندات الصادرة من الشركات الصناعية والتجارية جلبا للفوائد الثابتة المقررة لهذه السندات، وهي تشكل جانبا من أرباح الترست القابل للتوزيع على الشركاء فيها(١٨٧).

وبالنظر إلى المخاطر التى قد تتعرض لها شركات وترستات الاستثمار من جراء تكوين حوافظها من السندات الصادرة من شركات الإنتاج والتوزيع، إذ قد تتعرض لمخاطر عدم وفاء الشركات الأخيرة بالقرض الذي تمثله هذه السندات وفوائده مما يضر بالشركاء فى شركات وترستات الاستثمار إضرارا كبيرا، فإن

---

(١٨٥) راجع: MOLIERAC J.; LES SOCIÉTÉS D, INVESRISSEMENT, REVUE DES SOCIÉTÉS, 65 ANNEÉ, JANVIER j- MARS 1997, PARIS 1947, PP. 2 1,22.

(١٨٦) راجع: SENN، ص ٢ و ٩ – MOLIERAC، ص ١٧ – RAVEL، ص ١٩.

(١٨٧) للتفاصيل انظر مؤلفنا: فكرة الترست وعقد الاستثمار المشترك فى القيم المنقولة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٦، ص ٦٩ وما بعدها، حيث تتكلم عن ترست الاستثمار فى القانون الأنجلو – أمريكى والقانون الرومانى والقانون اللاتينى والقانون المصرى.

الحاجة إلى حمايتهم من هذا الخطر قد بدت ملحة بغرض توفير الأمن لأموالهم[١٨٨]، من أجل ذلك صدر القانون الأمريكى لعام ١٩٣٦ لتنظيم ما يعرف باسم ترست السندات DEBENRURE TRUST، ثم نقل أحكامه بتصرف قانون الشركات الإنجليزى لعام ١٩٤٨[١٨٩]. ووفقا لهذين القانونين يجوز تكوين ترست للسندات بين وسيط يسمى الأمين TRUSTE وترست أو شركة الاستثمار ليقوم الأمين بالتوسط لدى شركات الإنتاج والتوزيع بغرض تمثيل حقوق حملة السندات الصادرة منها والدفاع عن مصالحهم فضلاً عن التزامه بضمان تلك الحقوق فى مقابل أجر[١٩٠].

٤٨ – ويبين مما تقدم أن إصدار سندات مقابل فوائد ثابتة يعد أمرا مشروعا فى معظم قوانين الشركات فى مختلف دول العالم، كما يبين أن الاكتتاب فى هذه السندات أو شرائها يعد توظيفا للأموال يدر عائدا متزنا ومستقرا بسبب ما تتميز به فوائد السندات من ثبات لا يتحقق لتوظيف الأموال فى الأسهم، حيث تتعرض لتقلب الأرباح بين الزيادة والخفض والانعدام[١٩١].

ومع ذلك يجب الانتباه إلى أن إصدار الشركات للسندات، كوسيلة من وسائل تمويل مشروعاتها، يضر بالمساهمين فيها إذا ما أسيء اللجوء إلى هذا الإصدار، لأنه يحمل الشركة المصدرة عبء سداد القرض العام وفوائده بما يؤدى إلى إنقاص أرباح المساهمين، الأمر الذى يخشى معه إحجام المدخرين عن المشاركة فى الشركات بالاكتتاب فى أسهمها وإقبالهم على إقراضها بفوائد بالاكتتاب فى سنداتها.

---

(١٨٨) راجع: DE WULF C.; THE TRUST AND CORRESPONDING INSTITUTIONS IN THE CIVIL LAW, BRUXELLES, 1965, PP. 167 ETS.

(١٨٩) للتفاصيل راجع بحثا لنا بعنوان: "دراسة حول نظم الترست فى قانون الشركات الأنجلو – أمريكى وقانون التجارة الدولية"، يناير ويوليو ١٩٨٥، السنة ٢٧، ص ٥٠ وما بعدها.

(١٩٠) انظر: المرجع السابق، الموضع نفسه.

(١٩١) راجع: SENN، ص ٨١ وما بعدها – RAVEL، ص ٥٢ وما بعدها.

٤٩ – ثالثا: الفوائد عن الأوراق التجارية

قدمنا أن الفوائد قد تكون على مبلغ من الدين الآجل نظير الأجل، وقد تكون جزاء على تأخر المدين فى وفاء هذا الدين في الأجل المضروب.

ولما كانت الكمبيالة والسند لأمر من الأوراق التجارية EFFETS DE COMMERCE التى تستخدم كأداة وفاء وائتمان فإن السؤال قد ثار حول إذا ما كان يجوز تضمنها لشرط الفائدة CLAUSE D, INTÉRÊT التى تحتسب على أصل مبلغ الصك من تاريخ إنشائه إلى ميعاد استحقاقه، هو ما يعرف باسم الفائدة التعويضية.

والقاعدة فى القانون الوضعى لمعظم الدول، أنه يجوز الاتفاق بين الدائن والمدين على فائدة عن أصل الدين نظير الأجل، وقد استند القضاء الفرنسى على هذه القاعدة فيما قرره من أنه يجوز اشتمال الكمبيالة على شرط الفائدة، باعتبار أن هذا الشرط لا يعرقل تداولها، إذ لا يكلف احتساب الفائدة المذكورة فى الكمبيالة أطرافها سوى عملية حسابية بسيطة لا تؤثر فى تداولها(١٩٢). فإذا كان مبلغ الكمبيالة ١٠٠٠ د. ك مثلا، وذكر فيها شرط الفائدة بأن قيل ٦ ٪ مثلا وكانت الكمبيالة واجبة الوفاء بعد عام من إنشائها استطاع الحاصل الوقوف على مقدار الفائدة بضرب ٦٪ × ١٠٠ ÷ ١٢ = ٦٠ د. ك.

ولقد أجازت معاهدة جنيف لعام ١٩٣٠ بشأن القانون الموحد للكمبيالة الاتفاق على احتساب فائدة على مبلغ الكمبيالة، إلا أنها تفرق بين طائفتين من الكمبيالات: الطائفة الأولى هى الكمبيالات الواجبة الوفاء لدى الاطلاع أو بعد مدة معينة من الاطلاع، وهذه يجوز وفقا للمعاهدة اشتمالها على شرط الفائدة متضمنا السعر الذى تحتسب به(١٩٣). والطائفة الأخرى هى الكمبيالات الواجبة

---

(١٩٢) Lagarde et Jauffret, op. cit, p. 471. REQ., 5 FEVRIER 1868, DALLOZ, 1 - 586, Cité par; HAMEL.

(١٩٣) راجع: Juglart et Ippolito، ص ٤٦، ٤٧ – وكذلك: Roblot r.; les effets de commerce, Sirey, Paris, 1975 p. 114.

الوفاء بعد مدة معينة من إنشائها والكمبيالات الواجبة الوفاء فى أجل محدد، وهى لا يجوز وفقا للمعاهدة – اشتراطها على الشرط المذكور، وترجع هذه التفرقة إلى أنه؛ في حين يمكن لساحب الكمبيالة إضافة الفائدة المتفق عليها مع المستفيد إلى أصل مبلغ الكمبيالة الواجبة الوفاء بعد مدة من إنشائها أو فى أجل محدد، وبسبب معرفة الطرفين بميعاد استحقاقها منذ إنشائها(١٩٤)، وحينئذ لا يوجد داع لاشتمال الكمبيالة على شرط الفائدة لما قد يترتب عليه من عرقلة تداولها، فإنه يتعذر على الساحب إضافة الفائدة إلى أصل مبلغ الكمبيالة متى كانت واجبة الوفاء لدى الاطلاع أو بعد مدة من الاطلاع، حيث لا يستطيع معرفة ميعاد استحقاقها عند إنشائها لتوقف واقعة الاطلاع على إدارة الحامل الذى يتمتع بحرية تقديمها للاطلاع أو الوفاء فى الوقت الذى يناسبه(١٩٥).

ولقد أخذ القانون الفرنسى لعام ١٩٣٥ بشأن الأوراق التجارية بهذه التفرقة التى قررتها معاهدة جنيف، فنص على بطلان شرط الفائدة الذى تتضمنه الكمبيالة الواجبة الوفاء بعد مدة من إنشائها أو فى أجل محدد، وجواز الشرط فى الكمبيالة الواجبة الوفاء لدى الاطلاع عليها، أو بعد مدة من الاطلاع عليها(١٩٦). فإذا بطل الشرط التزم المدين بوفاء أصل مبلغ الكمبيالة وحده دون احتساب أي فوائد، وذلك لاعتبار الشرط كأن لم يكن(١٩٧). على أن المحظور فى القانون الفرنسى، هو اشتمال الكمبيالات الواجبة الوفاء بعد مدة من إنشائها أو فى أجل محدد على شرط الفائدة، لكن لا يمنع هذا القانون من الاتفاق على

(١٩٤) فيكون ميعاد الاستحقاق معلوما عند إنشاء الكمبيالة إذا تحدد بتاريخ ٩٣/١٢/٣١ مثلا، أو إذا تحدد بشهر من تاريخ إنشائها مثلا.

(١٩٥) راجع: Juglart et Ippoliro، ص ١١٦، Eipert et Roblot w، ص ٥٣، Hamel, Lagarde et Jauffret، ص ٤٧١.

(١٩٦) انظر مؤلفنا: الأوراق التجارية فى القانون الكويتى، لجنة التأليف والترجمة والنشر، كلية الحقوق – جامعة الكويت، ١٩٩٣، ص ١٤٩ وما بعدها.

(١٩٧) راجع: Hamel, Lagarde et Jauffret، ص ١١٤، Roblor، ص٤٧١.

الفائدة فى ورقة مستقلة عن هذه الكمبيالات، وكل ما فى الأمر أن هذه الورقة المستقلة لا تكتسب الصفة الصرفية ولا تخضع من ثم للقانون الصرفى[١٩٨].

أما القانون الإنجليزى فقد أجاز – على ما يبدو – اشتمال الكمبيالة على شرط الفائدة[١٩٩] دون التفرقة بين الكمبيالات سابقة الذكر. ويتفق القانونان الفرنسى والإنجليزى على عدم جواز تجاوز سعر الفائدة الاتفاقية المستحقة على مبلغ الكمبيالة للحد الأقصى المقرر قانونا للفائدة الاتفاقية وفقا للقواعد العامة.

هذا وما يقال عن الكمبيالة الواجبة الوفاء فى تاريخ معين أو بعد مدة من تاريخ إنشائها يقال أيضا عن السند لأمر الذى يحدد ميعاد استحقاقه بالطريقة نفسها، وما يقال عن الكمبيالة الواجبة الوفاء لدى الاطلاع عليها أو بعد مدة من الاطلاع عليها يقال أيضا عن السند لأمر الذى يحدد ميعاد استحقاقه بالطريقة نفسها. لكن ما يقال عن الكمبيالة أو السند لأمر الواجب الوفاء لدى الاطلاع لا يقال عن الشيك، لأنه ولئن كان واجب الوفاء لدى الاطلاع إلا أنه لا يجوز اشتماله على شرط الفائدة، وفقا لمعاهدة جنيف ١٩٣٠، والقانون الفرنسى لعام ١٩٣٥، لأنه أداة وفاء فقط.

٥٠ – وفي الأحوال التى يجوز الوفاء فيها بقيمة الورقة التجارية قبل ميعاد استحقاقها يقرر القانون الفرنسى أن يجرى خصم للفائدة déduction de l inérêt يحتسب من تاريخ الوفاء المبتسر حتى ميعاد الاستحقاق، ومن ثم يستنزل هذا الخصم من القيمة الاسمية للورقة التجارية المدفوعة[٢٠٠].

أما إذا امتنع المسحوب عليه أو المحرر عن وفاء الورقة التجارية فى ميعاد استحقاقها استطاع الحامل وفقا للقانون الفرنسى الرجوع على الملتزمين

---

(١٩٨) انظر: حسنى المصرى، المرجع السابق، ص ٥٨ و ٥٩، حيث نتكلم عن مبدأ الشكلية أو الحرفية الذى توقع عليه الورقة التجارية.

(١٩٩) راجع: r. lowe والمشار إليه، ص ٣١٥ ن ٣١٦.

(٢٠٠) راجع Ripert et Roblot، ص ١٦٣.

الصرفيين بأصل مبلغ الورقة والفوائد إذا كانت مشروطة فيها – أي الفوائد التعويضية المستحقة على أصل المبلغ، فضلاً عن فوائد تأخيرية تحتسب بالسعر القانونى وتسرى من تاريخ استحقاق الورقة[٢٠١] وليس من تاريخ المطالبة القضائية أو الانحدار، وهو الحل المقرر أيضا فى القانون الإنجليزى[٢٠٢].

٥١ – ولقد نظمت اتفاقية الأمم المتحدة الكمبيالات والسندات لأمر الدولية التى وضعت عام ١٩٨٨ موضوع الفوائد المستحقة على هاتين الورقتين التجاريتين، وهو تنظيم يقرر مشروعية الفائدة التعويضية على مبلغ الورقة التجارية المستخدمة فى الوفاء بالديون النقدية الناشئة عن المعاملات التجارية الدولية، فضلاً عن مشروعية الفائدة التأخيرية التى يلتزم بها المدين الصرفى بسبب تخلفه عن الوفاء بمبلغ الورقة التجارية فى ميعاد استحقاقها.

فوفقا للمادة ٨ من الاتفاقية[٢٠٣] يعد شرط دفع الفائدة على مبلغ الصك كأن لم يكن ما لم يحدد الصك سعر الفائدة الواجب دفعها (الفقرتان ٥، ٩). ويجوز تعيين السعر الذى تدفع به الفائدة بوصفه سعرا ثابتا أو سعرا متغيرا، لكى يعد السعر متغيرا لهذا الغرض ينبغى أن يكون هذا السعر متغيرا بالنسبة إلى واحد أو أكثر من أسعار الفائدة التى يمكن الرجوع إليها وفقا للأحكام التى ينص عليها الصك، وأن يكون كل سعر من الأسعار التى يمكن الرجوع إليها منشورا أو متاحا بوسيلة أخرى للجمهور، وألا يكون خاضعا بطريقة مباشرة أو غير مباشرة للتحديد من جانب واحد بمعرفة شخص مسمى بالصك وقت سحب «السفتجة» أو تحرير السند لأمر، إلا إذا كان هذا الشخص معينا فقط فى الأحكام المتعلقة بسعر الفائدة الذى يمكن الرجوع إليه (فقرة ٦).

---

(٢٠١) انظر: المرجع السابق، ص ١٧٤ وما بعدها.

(٢٠٢) راجع: r.lowe، ص ٣٥١.

(٢٠٣) النص فى: United Nations convension on international billes of exchange and international promissory notes, u.n, v - 89 - 55200.

فإذا عين الصك سعرا متغيرا للفائدة الواجب دفعها جاز أن ينص فيه صراحة على أن السعر المذكور لا يجوز أن يكون أقل أو أكثر من سعر محدد أو على أن تكون التغييرات محدودة (فقرة ٧). وإذا لم يحدد السعر المتغير وفقا للفقرة ٦ من هذه المادة، أو لم يكن ممكنا لأي سبب آخر تحديد قيمته العددية يجب أن تكون بالسعر المحسوب وفقا للفقرة ٣ من المادة ٧٠ (الفقرة ٨). وإذا نص فى الصك على دفع الفائدة دون تحديد ميعاد بدء سريانها سرت الفائدة (الاتفاقية على أصل مبلغ الصك) من تاريخ إنشاء الصك (الفقرة ٤).

أما المادة ٧٠ التى أشارت إليها المادة ٨ من الاتفاقية فتعالج – فى آن معا – الفائدة المستحقة على مبلغ الصك نظير الأجل والفائدة التأخيرية المستحقة عن التأخر فى الوفاء.

فقد نصت هذه الفقرة فى مادتها الأولى على أنه يجوز للحامل أن يطالب أي موقع ملتزم بمقتضى الصك بما يأتي:

أ – عند الاستحقاق: بمبلغ الصك مع الفائدة إن وجد شرط الفائدة.

ب – بعد الاستحقاق:

١ – بمبلغ الصك مع الفائدة، إن وجد شرط الفائدة إلى تاريخ الاستحقاق.

٢ – بالفائدة بالسعر المتفق عليه إن وجد شرط على استحقاق الفائدة بعد الاستحقاق، وفى حالة عدم وجود هذا الشرط تحسب الفائدة من تاريخ التقديم بالسعر المبين فى الفقرة ٣ من هذه المادة على المبلغ المبين فى الفقرة الفرعية (ب) من هذه الفقرة.

٣ – بمصاريف عمل الاحتجاج وعمل الإخطارات التى تحملها الحامل (وهى مصاريف تضاف إلى أصل مبلغ الصك والفوائد).

(ج) قبيل الاستحقاق:

١ – بمبلغ الصك مع الفائدة، إن وجد شرط الفائدة إلى تاريخ الوفاء، وفى حالة عدم اشتراط الفائدة إجراء خصم عن المدة من تاريخ الوفاء إلى تاريخ الاستحقاق يحسب وفقا للمادة ٤ من هذه المادة.

٢ – بمصاريف عمل الاحتجاج وعمل الإخطارات التى تحملها الحامل.

ويكون سعر الفائدة هو السعر الذى يصبح واجب الاستيفاء نتيجة لإجراءات قانونية متخذة فى نطاق الولاية القضائية للبلد الذى تدفع فيه قيمة الصك (فقرة ٢). وليس فى الفقرة الثالثة من هذه المادة ما يمنع أي محكمة من الحكم للحامل بالتعويض عن أي خسارة إضافية تلحق به بسبب التأخير فى الوفاء (الفقرة ٣)[٢٠٤].

ويكون الخصم بالسعر الرسمى (سعر الخصم) أو بسعر آخر ملائم يكون معمولا به فى تاريخ ممارسة حق الرجوع فى المكان الذى يوجد فيه محل العمل الرئيس للحامل أو محل إقامته المعتاد إذا لم يكن له محل عمل، وفى حالة عدم وجود مثل هذا السعر يكون عندئذ بسعر معقول فى هذه الظروف (الفقرة ٤)[٢٠٥].

وأخيرا نصت المادة ٧١ من الاتفاقية على أنه يجوز للموقع، الذى يدفع قيمة الصك ويبرأ تبعا لذلك من التزامه بالصك كليا أو جزئيا، أن يرجع على الموقعين الملتزمين تجاهه للمطالبة بكامل المبلغ الذى قام بدفعه بالفعل وفوائد هذا المبلغ محسوبة بالسعر المبين فى الفقرة ٣ من المادة ٧٠ اعتبارا من التاريخ الذى قام فيه بالدفع فضلاً عن مصاريف الإخطارات التى وجهها.

وبسبب حداثة هذه الاتفاقية لم يوقع أو يصدق عليها – حتى إبريل ١٩٩٢ – سوى أربع دول هى كومونويلث الدول المستقلة (الاتحاد السوفييتي) وغانا وكندا والولايات المتحدة، ومن ثم لا يحتاج نفاذ هذه الاتفاقية سوى تصديقات ست دول أخرى وانضماماتها، حيث يشترط لهذا النفاذ حصول تصديقات عشر دول وانضماماتها فحسب[٢٠٦].

---

(٢٠٤) ويقصد بذلك التعويض التكميلى الذى تقضى به المحكمة لجبر الضرر الذى يلحق بالدائن ولم تكف الفوائد التأخيرية لجبره.

(٢٠٥) ويجرى هذا الخصم عند وفاء الصك قبل ميعاد استحقاقه.

(٢٠٦) انظر: مذكرة الأمانة العامة للجنة الأمم المتحدة للقانون التجارى الدولى بشأن الاتفاقيات الدولية، المشار إليها آنفا، ص ١١ و ١٢.

ويتضح مما تقدم أن الفوائد التعويضية على مبلغ الورقة التجارية نظير الأجل والفوائد التأخيرية المستحقة فى حالة التأخر فى الوفاء جائزة فى القانون الوضعى الداخلى – فى معظم الدول – والقانون الوضعى الدولى متمثلا فى اتفاقية جنيف لعام ١٩٣٠ بشأن القانون الموحد للكمبيالة والسند لأمر واتفاقية الأمم المتحدة لعام ١٩٨٨ بشأن الكمبيالات (السفاتج) والسندات لأمر الدولية، وهو أمر تظهر أهميته فى علاقات التجارة الدولية بصفة خاصة.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الكويتى قد تأثر – بدرجة جد كبيرة – بتنظيم الفائدة المستحقة عن الأوراق التجارية سواء فى القانون الفرنسى أو فى اتفاقية جنيف لعام ١٩٣٠ المشار إليها، وهو ما سنبينه فى موضعه المناسب من هذه الدراسة.

الفصل الثالث
موقف المشرع الكويتى من الفوائد

٥٢ – تمهيد وتقسيم:

لعل أهم التشريعات الكويتية الحديثة التى صدرت فى دولة الكويت، بعد انحسار أحكام المجلة العدلية ثم إلغائها، هو قانون التجارة الصادر عام ١٩٦١ الذى عني بتنظيم التجارة وشئون المال على أسس تخالف أحكام المجلة إلى حد كبير، حيث لم تفرق المجلة بين المعاملات المدنية والمعاملات التجارية كما قدمنا(٢٠٧). وكان قد سبق صدور هذا القانون التجارى قانون الشركات التجارية رقم ١٥ لسنة ١٩٦٠ الذى لايزال معمولا به حتى الآن بعد أن أُجريت عليه تعديلات عدة قصد بها مواكبة التطور الاقتصادى الذى بلغته دولة الكويت.

على أن قانون التجارة الصادر عام ١٩٦١، المشار إليه كان يتضمن بعض أحكام المجلة من جهة والأحكام العامة لنظريات الالتزامات من جهة أخرى، في حين كان يقتضى حسن السياسة التشريعية وضع هذه الأحكام فى موضعها الصحيح من النظام التشريعى، وذلك بوضع قانون مدنى ينظمها جميعا ويستقل عن القانون التجاري، ويكون لكل منهما مجاله الذى يناسبه والغاية التى يهدف إلى تحقيقها(٢٠٨).

من أجل ذلك صدر القانون المدنى رقم ٦٧ لسنة ١٩٨٠(٢٠٩) وألغى تماما العمل بمجلة الأحكام العدلية(٢١٠) وتضمن النظرية العامة للالتزامات، فضلاً عن معالجته لأهم العقود المدنية وتنظيمه للحقوق العينية الأصلية والتبعية. كما

---

(٢٠٧) انظر: مقدمة القانون المدنى الكويتى رقم ٦٧ لسنة ١٩٨٠ لسعادة سلمان الدعيج الصباح، والمشار إليه ص ١١، ١٢ – وانظر: ما سبق، نبذة ٣، ٤.

(٢٠٨) انظر: المذكرة الإيضاحية لقانون التجارة الكويتى رقم ٦٨ لسنة ١٩٨٠.

(٢٠٩) الجريدة الرسمية – الكويت اليوم، العدد ١٣٣٥، ٥ يناير ١٩٨١.

(٢١٠) المادة الأولى من قانون الإصدار.

صدر – فى الشهر نفسه – قانون التجارة رقم ٦٨ لسنة ١٩٨٠[٢١١] وألغى قانون التجارة الصادر عام ١٩٦١[٢١٢]. وفي حين لم يجز القانون المدني الفوائد فى المعاملات المدنية فإن القانون التجارى قد أجازها فى المعاملات التجارية، وذلك على التفصيل الذى نعرض به لموضوع الفوائد.

ولكى نحدد موقف المشرع الكويتى من موضوع الفوائد نرى أن نقسم خطة الدراسة بالوجه نفسه الذي اتبعناه فى دراستنا لهذا الموضوع فى القوانين المقارنة الحديثة تسهيلا للمقارنة والإحالة كلما اقتضى الأمر ذلك، وعلى هذا نقسم دراستنا فى هذا الفصل – على النحو التالى:

- المبحث الأول – موقف المشرع الكويتى من الفوائد فى المعاملات العادية.
- المبحث الثانى – موقف المشرع الكويتى من الفوائد فى عمليات البنوك.
- المبحث الثالث – موقف المشرع الكويتى من الفوائد عن حصص الشركاء وسندات الشركات والأوراق التجارية.

المبحث الأول
موقف المشرع الكويتى من الفوائد
فى المعاملات العادية (المدنية والتجارية)

٥٣ – جاء القانون المدني الكويتي متأثرا بالرأي الشرعي الذى ينظر إلى الفوائد باعتبارها من قبيل الربا المحرم شرعا، لذا لم يجز هذا القانون الفوائد في المعاملات المدنية، أما القانون التجارى فقد أجاز الفوائد فى المعاملات التجارية باعتبارها متسقة – فى حدود معينة – مع روح التجارة[٢١٣]. وبالنظر إلى تعدد المعاملات العادية وتنوعها، تجارية كانت أو مدنية، فإننا نقتصر هنا على دراسة موقف المشرع الكويتي من الفوائد في عقدي القرض والبيع

(٢١١) الجريدة الرسمية – الكويت اليوم، العدد ١٣٣٨، ١٩ يناير ١٩٨١.
(٢١٢) المادة الأولى من قانون الإصدار.
(٢١٣) المذكرة الإيضاحية لقانون التجارة الجديد حول المادة ١٠٢ تجارى كويتى.

باعتبارهما أهم العقود التى يثار بشأنهما موضوع الفوائد، على أن نفرق – خلال هذه الدراسة – بين العقود المدنية والعقود التجارية، حيث تخضع الأولى للقانون المدنى والأخرى للقانون التجارى.

٥٤ – أولا: موقف المشرع الكويتى من الفوائد فى عقد القرض

أ) **القرض المدنى:** عرفت المادة ٥٤٣ مدنى كويتى القرض بأنه "عقد يلتزم به المقرض أن يؤدى إلى المقترض مبلغا من النقود أو شىء مثلي آخر على أن يرد إليه مثله نوعا وصفة وقدرا". والغالب – فى العمل – أن يكون الشىء المقروض مبلغا نقديا – ومتى سلم مبلغ القرض إلى المقترض فإنه ينتفع به طوال مدة القرض.

والقرض – فى ذاته مشروع، سواء فى الشريعة الإسلامية الغراء[٢١٤] أو فى القوانين الوضعية[٢١٥] – بيد أنه فى حين أجازت معظم القوانين الوضعية المقارنة القرض بفائدة – أيا كانت صورة هذا القرض – فإن المادة ٥٤٧ مدنى كويتى قد حظرت الفائدة عن القرض، وعدت شرط الفائدة باطلا دونما تأثير من هذا البطلان في عقد القرض ذاته – فقد نصت هذه المادة على أن "يكون الإقراض بغير فائدة، ويقع باطلا كل شرط يقضى بخلاف ذلك دون مساس بعقد القرض ذاته. ويعتبر فى حكم الفائدة كل منفعة يشترطها المقرض".

وبطلان شرط الفائدة – هنا – بطلان متعلق بالنظام العام، لأنه تقرر بقاعدة آمرة تتعلق بالنظام الاقتصادى للدولة.

وعلى ذلك لا يجوز الاتفاق على استحقاق فائدة عن القرض المدنى والزعم بمشروعية هذا الاتفاق بمقولة إن هذه الفائدة تقابل انتفاع المقترض بمبلغ القرض طوال مدة العقد أو الزعم بانخفاض القوة الشرائية للنقود عند رد مبلغ

---

(٢١٤) الدكتور محمود محمد طنطاوي، القروض المصرفية في ضوء الشريعة الإسلامية، مجلة الحقوق والشريعة، جامعة الكويت، السنة الأولى، العدد الأول، يناير ١٩٧٧، ص٣٦، ٣٧.

(٢١٥) انظر ما سبق، نبذة ١٩ – ٢١.

القرض، ذلك أن النص على بطلان شرط الفائدة عن القرض المدنى نص واضح ولا اجتهاد مع النص من جهة، كما أن المادة ١/٥٥٠ مدنى كويتى قد نصت صراحة أيضا على أنه "لا عبرة بتغير قيمة المثل وقت الرد".

٥٥ – ولا يقتصر حظر القانون المدنى الكويتى لشرط الفائدة فى القرض على الفائدة التعويضية التى تقابل انتفاع المقترض بمبلغ القرض، وإنما ينسحب أيضا على الفائدة التأخيرية(٢١٦) التى يقررها بعض القوانين على إخلال المقترض بالتزامه برد مبلغ القرض فى الأجل المضروب(٢١٧).

فلقد نصت المادة ٣٠٥ مدنى كويتى على أن "١ – يقع باطلا كل اتفاق على تقاضى فوائد مقابل الانتفاع بمبلغ النقود (كما فى القرض الغالب) أو مقابل التأخير فى الوفاء بالالتزام به – ويعتبر فى حكم الفائدة كل منفعة أو عمولة، أيا كان نوعها اشترطها الدائن إذا ما ثبت أن ذلك لا يقابله خدمة حقيقية متناسبة يكون الدائن قد أداها فعلا".

وليس معنى حظر شرط الفوائد التأخيرية فى القرض المدنى، واعتبار هذا الشرط باطلا حتما، أن يكون المقترض حرا فى الإضرار بالمقرض برد مبلغ القرض فى الوقت الذى يريد وبالقدر الذى يشاء، بل يجب على المقترض رد مبلغ القرض بمجرد المطالبة بالرد ما دام قادرا عليه، وإلا جاز للمحكمة أن تقضى عليه بتعويض الضرر الذى أصاب المقرض من جراء التأخر فى الوفاء. ويعد ذلك إعمالاً لحكم المادة ٣٠٦ مدنى كويتى التى تنص على أنه "إذا كان محل الالتزام مبلغا من النقود (كالقرض الغالب) ولم يقم المدين بالوفاء به بعد إعذاره مع قدرته على الوفاء، وأثبت الدائن أنه لحقه بسبب ذلك ضرر غير مألوف، جاز للمحكمة أن تحكم على المدين بتعويض تراعى فيه مقتضيات

---

(٢١٦) حول التفرقة بين الفوائد التعويضية والفوائد التأخيرية راجع: حسام الدين الأهوانى، ص ٧٥٣ – Lacour، ص ٢٥٨ – وأيضا Hamel (g.): cours de droit commercial, les cours de droit, Paris, 1950, p. 716.

(٢١٧) انظر ما سبق، نبذة ١٩ – ٢١.

العدالة"، بناء على هذا إذا تحققت المحكمة من توافر الشروط الواردة فى المادة ٣٠٦ مدنى المذكورة جاز لها أن تحكم على المدين بتعويض عادل، لأن الأصل وفقا للمادة ٤١٠ م ١ مدنى كويتى أنه يجب أن يتم الوفاء بمجرد ترتب الالتزام فى ذمة المدين ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بخلافه". ومع ذلك نصت المادة ٤١٠ م ٢ مدنى كويتى على أنه "يجوز للقاضى، إذا لم يمنعه نص فى القانون، أن ينظر المدين إلى أجل مناسب أو يقسط الدين عليه إذا استدعت حاجته ذلك ولم يلحق الدائن ضرر جسيم".

وإذا رأت المحكمة أن تقضى للمقرض بالتعويض لجبر الضرر الناشىء عن تأخر المقترض فى وفاء مبلغ القرض فإنها تتقيد، فى ذلك بحكم المادتين ٢٩٧، ٢٩٨ مدنى كويتى(٢١٨). وتنص المادة الأولى على أنه لا يستحق التعويض إلا بعد إعذار المدين ما لم يقض الاتفاق أو ينص القانون على غير ذلك، وتنص المادة الأخرى على أن "يكون إعذار المدين بإنذاره أو بورقة رسمية تقوم مقام الإنذار، كما يجوز أن يكون الإعذار بأية وسيلة أخرى يتفق عليها".

٥٦ – ولا ريب فى أن تحريم الفائدة بنوعيها فى القرض المدنى، يستند إلى أحكام الشريعة الإسلامية الغراء التي تنظر إليها باعتبارها من الربا المحرم شرعا(٢١٩)، كما يتفق المنهج الاقتصادى الإسلامى الذى يرى أن المال مال الله، وأن الإنسان مستخلف فيه، وبأنه مأمور بأن ينفق مما رزقه الله، وبأن يقرض ماله قرضا حسنا، وبأن يوجهه إلى الاستثمار وعمارة الأرض وليس إلى استغلال حاجة الضعفاء وزيادة غنى الأغنياء(٢٢٠).

---

(٢١٨) راجع: حسنى المصرى، القانون التجارى الكويتى، ص٨٢.

(٢١٩) انظر التفاصيل: محمود محمد طنطاوى، ص٢٨ وما بعدها، حيث يشير إلى النصوص القرآنية الكريمة والأحاديث النبوية الشريفة وآراء فقهاء المسلمين التى تقرر النهي عن الربا.

(٢٢٠) راجع: الدكتور عبد الهادى النجار، نحو منهج علمى للبحث فى الاقتصاد الإسلامى، بحث منشور فى مجلة الحقوق، جامعة الكويت، السنة ٨، العدد ٣، سبتمبر ١٩٨٤، ص ١٢٦ وما بعدها.

بل نزعم أن النصوص التى تضمنها القانون المدنى الكويتى بشأن حظر الفائدة فى القرض المدنى، بالتفصيل المتقدم، تتفق ونص المادة الثانية من الدستور الكويتى التى تقضى بأن دين الدولة الإسلام، والشريعة الإسلامية مصدر رئيسي للتشريع(٢٢١). حقا إن الأمل معقود على أن تكون الشريعة الإسلامية هى مصدر التشريع وليست مجرد مصدر رئيسي للتشريع مما يستدعى تعديل المادة الثانية دستورى المذكورة بما يحقق هذا الأمل(٢٢٢) إلا أن هذه المادة تظل مع ذلك – حتى فى حالتها الحالية – سندا دستوريا لنصوص القانون المدنى سالفة الذكر(٢٢٣).

ومع ذلك تجدر الإشارة إلى ما قرره بعض فقهاء الشريعة الإسلامية من انه "إذا كانت هناك ضرورة حقة اقتضت المقترض أن يدفع الفائدة إلى المقرض فإن الإثم فى هذه الحالة، يكون على المقرض نفسه دون غيره"(٢٢٤). ويستند هذا الرأى إلى القاعدة الشرعية القائلة بأن "الضرورات تبيح المحظورات"، والقاعدة القائلة بأن "الضرورة تقدر بقدرها"، وينتهى من ذلك إلى أن المقترض "إذا استنفد الطرق المشروعة كلها ولم يجد المضطر غير وسيلة القرض بفائدة فلا حرج عليه إذن فى سلوكها غير باغ ولا عاد فإن الله غفور رحيم"(٢٢٥).

---

(٢٢١) منشور فى مجموعة التشريعات الكويتية، الجزء ٥، الطبعة ٣، إعداد محمود رشود، مجلس الوزراء، إدارة الفتوى والتشريع.

(٢٢٢) حول هذا الموضوع المثار بشدة فى هذه الأيام انظر: مقال الدكتور عبد الرازق خليفة الشايجى، بعنوان: "تطبيق الشريعة الإسلامية بين العهد القديم والواقع الجديد"، منشور فى جريدة الوطن، العدد ٦٣٦٨، ٨١٤، الأحد ٣١ أكتوبر ١٩٩٣، ص ١١.

(٢٢٣) انظر شرحا للمادة الثانية من الدستور الكويتى: المرحوم الأستاذ الدكتور عثمان عبد الملك الصالح، النظام الدستورى والمؤسسات السياسية فى الكويت، ١٩٨٩، ص ٢٤٠ وما بعدها.

(٢٢٤) محمود محمد طنطاوى، المشار إليه، ص ٣٠.

(٢٢٥) انظر: المرجع السابق، هامش ٢٣، ٢٤، ٢٥، ص ٣٠، حيث يستند – فى ذلك – إلى كتاب الأشباه والنظائر للسيوطى، ص ٧٦، ٧٧، وكتاب الحلال والحرام فى الإسلام للدكتور القرضاوى، ص ١٩٠ وما بعدها.

ونحن نرى أن نصوص القانون المدنى التى عرضنا لها قد حظرت القرض بفائدة دون التفرقة بين قرض المضطر وقرض غير المضطر، ومن ثم يجوز طلب إبطال الاتفاق على فوائد القرض، سواء أكانت تعويضية أم اتفاقية، وسواء أكان المقترض مضطرا أم غير مضطر، ولا يكون أمام الدائن الذى أصابه ضرر من جراء تأخر المقترض فى الوفاء سوى طلب التعويض اللازم لجبر هذا الضرر بالتفصيل الذى عرضناه.

٥٧ – ب) القرض التجارى:

على خلاف القانون المدنى الكويتى الذى حظر الفائدة على القرض المدنى مطلقا، سواء أكانت تعويضية أم تأخيرية، فإن القانون التجارى الكويتى قد أجاز الفائدة بنوعيها فى القرض التجارى(٢٢٦). فقد نصت المادة ١٠٢ تجارى كويتى على أن:

" ١– للدائن الحق فى اقتضاء فائدة على القرض التجارى ما لم يتفق على غير ذلك. وإذا لم يعين سعر الفائدة فى العقد كانت الفائدة المستحقة هى الفائدة القانونية ٧ ٪.

٢ – فإذا تضمن العقد اتفاقا على سعر الفائدة وتأخر المدين فى الوفاء احتسبت الفائدة التأخيرية على أساس السعر المتفق عليه"

وهكذا أجازت الفقرة الأولى من هذه المادة الفائدة التعويضية التى يؤديها المقرض إلى المقترض قرضا تجاريا نظير انتفاعه بمبلغ القرض طوال مدة العقد، وميزت بين الفائدة التعويضية الاتفاقية الذى يعين سعرها فى العقد والفائدة التعويضية القانونية التى حددها النص بسعر ٧ ٪ إذا لم يتضمن العقد سعرا آخر للفائدة. وسواء أكانت الفائدة التعويضية اتفاقية أم قانونية فإنها تجب للمقرض ما دام لم يتفق الطرفان على عدم استحقاقها. كذلك أوجبت الفقرة الثانية من المادة نفسها الفائدة التأخيرية للمقرض متى أخل المقترض قرضا تجاريا

(٢٢٦) راجع: حسنى المصرى، القانون التجارى الكويتى، ص ٨١ – ٨٢ – والمذكرة الإيضاحية لقانون التجارة الكويتى، ص ٢٥٩ وما بعدها.

بالتزامه برد مبلغ القرض وفوائده فى الأجل المتفق عليه، وقررت احتساب هذه الفائـدة التأخيرية بالسعر المتفق عليه وإلا احتسبت بالسعر القانونى وهو ٧ ٪.

وقالت المذكرة الإيضاحية لقانون التجارة الكويتى بشأن تقرير الفائدة فى القرض التجارى[٢٢٧] إن المشرع قد عرض لشرط الفائدة فى القرض – وهو الشرط الذى يرد فى عقد القرض ويلزم المقترض بدفع فائدة مقابل انتفاعه بمبلغ القرض قبل حلول ميعاد رده – وهى الفائدة التى درج الفقه على تسميتها بالفائدة التعويضية، أي التى تدفع تعويضا عن الانتفاع بمبلغ من النقود خلافا للفائدة التأخيرية التى تدفع تعويضا عن التأخير فى الوفاء به. فنص فى المادة (١٠٢) على حق الدائن – فى اقتضاء هذه الفائدة التعويضية – فى القرض التجارى ما لم يتفق على غير ذلك – وهو ما يتسق وروح التجارة. فإذا لم يعين سعر الفائدة فى العقد كانت الفائدة المستحقة هى الفائدة القانونية ٧ ٪. أما إذا تضمن العقد اتفاقا على سعر الفائدة، وتأخر المدين فى الوفاء، احتسبت الفائدة التأخيرية على أساس السعر المتفق عليه.

٥٨ – ولقد وضعت المادة (١) تجارى كويتى حدا أقصى للفائدة الاتفاقية، سواء أكانت تعويضية أم تأخيرية، إذ نصت على ما يلى:

"١– يجوز للعاقدين أن يتفقا على سعر آخر للفوائد (غير السعر القانوني ٧٪) على ألا يزيد هذا السعر على الأسعار المعلنة من البنك المركزي، والتي يقوم بتحديدها مجلس إدارة البنك بعد موافقة وزير المالية. فإذا اتفقا على فوائد تزيد على هذه الأسعار وجب تخفيضها إلى الأسعار المعلنة فى تاريخ إبرام الاتفاق وتعين رد ما دفع زائدا على هذا القدر[٢٢٨].

(٢٢٧) المذكرة الإيضاحية، ص ٢٥٩.

(٢٢٨) وقالت المذكرة الإيضاحية – فى هذا الصدد – إنه: "لما كان الحد الأقصى لسعر الفائدة الاتفاقية قد عدل إلى ١٠ ٪ بمقتضى قرار البنك المركزى رقم ١ لسنة ١٩٧٧ فقد عدل المشروع سعر الفائدة القانونية إلى ٧ ٪ ليتسق مع الحد الأقصى الجديد لسعر الفائدة الاتفاقية"، ص ٢٦١.

٢ – وكل عمولة، أو منفعة، أيا كان نوعها، اشترطها الدائن إذا زادت هى والفائدة المتفق عليها على الحد الأقصى المتقدم ذكره تعتبر فائدة مستترة وتكون قابلة للتخفيض إذا ثبت أن هذه العمولة أو المنفعة لا تقابلها خدمة حقيقية يكون الدائن قد أداها ولا نفقة مشروعة".

ولقد قدمنا أن المادة ١٠٢ / ٢ تجارى كويتى توجب احتساب الفائدة التأخيرية بالسعر المتفق عليه، فإذا لم يتفق الطرفان على سعر هذه الفائدة فإنه يتحدد طبقا للمادة ١١٠ تجارى كويتى التى تنص على أنه "إذا كان محل الالتزام التجارى (والفرض أن القرض تجارى) مبلغا من النقود وكان معلوم المقدار وقت نشوء الالتزام، وتأخر المدين فى الوفاء به، كان ملزما أن يدفع للدائن على سبيل التعويض عن التأخير فوائد قانونية قدرها سبعة فى المائة".

وبناء على ما تقدم يجوز أن تزيد الفائدة الاتفاقية، سواء أكانت تعويضية أم تأخيرية، على سعر الفائدة القانونية المحدد بنسبة ٧٪ على أصل مبلغ القرض، كما يجوز أن تقل عن هذا السعر، ولكن لا يجوز أن تجاوز الفائدة الاتفاقية الحد الأقصى المشار إليه فى النص وإلا عدت الزيادة فائدة مستترة وتعين ردها إلى الحد القانونى(٢٢٩).

٥٩ – ويشترط لاستحقاق الفائدة فى القرض، سواء أكانت تعويضية أم تأخيرية، أن يكون القرض تجاريا. ولقد عرفت المادة ١٠١ تجارى كويتى القرض التجارى حين قالت بأن القرض يكون تجاريا "إذا كان القصد منه صرف المبالغ المقترضة فى أعمال تجارية". وبينت المذكرة الإيضاحية المقصود بهذا النص فقالت إن "العبرة فى هذا الصدد بقصد المقترض الظاهر وقت التعاقد لا بالمصير الذى ينتهى إليه استعمال المبلغ المقترض" واستطردت المذكرة فى بيان المقصود "بالأعمال التجارية" فقالت إن "المقصود بالأعمال التجارية الأعمال التجارية الأصلية منها أو التبعية، كما إذا أبرم القرض لشراء

(٢٢٩) راجع: حسنى المصرى، العقود التجارية فى القانون الكويتى والمقارن، ص ٣٤،٣٥.

مبنى يتخذ مقرا لممارسة النشاط التجارى أو بقصد إدخال تحسينات أو توسعات على المحل التجارى"(٢٣٠).

والحقيقة أن عبارة "الأعمال التجارية" الواردة فى نص المادة ١٠١ تجارى كويتى المذكورة عبارة عامة وواسعة وتتجاوز المثالين اللذين ضربتهما المذكرة الإيضاحية، حيث اقتصرا على إيضاح المقصود بالأعمال التجارية بالتبعية الشخصية، فى حين تتسع عبارة "الأعمال التجارية" سالفة الذكر لتشمل – فضلاً عن الأعمال التجارية الأصلية والأعمال التجارية بالتبعية الشخصية – الأعمال التجارية بالتبعية الموضوعية، وهاك بعض التفاصيل:

٦٠ – فالقرض يعد تجاريا، ومن ثم تشرع فيه الفوائد التعويضية والتأخيرية، إذا كان الغرض منه صرف مبلغ القرض فى أحد الأعمال التجارية الأصلية acts commercials principals التى نصت عليها المواد من ٤ – ٧ تجارى كويتى، وهى شراء السلع وغيرها من المنقولات المادية وغير المادية بقصد بيعها بربح سواء قصد بيعها بحالتها أو بعد تحويلها وصنعها، وشراء السلع وغيرها من المنقولات المادية وغير المادية بقصد تأجيرها أو استئجارها بقصد تأجيرها من الباطن، وكذلك البيع أو التأجير من الباطن للأشياء المشتراة أو المستأجرة، واستئجار الشخص أجيرا بقصد إيجار عمله وإيجاره عمل الأجير الذى استأجره بهذا القصد، وعقود التوريد وشراء الشخص أرضا أو عقارا بقصد الربح من بيعه بحالته الأصلية أو بعد تجزئته وبيع الأرض أو العقار الذى اشترى بهذا القصد، ناهيك بجميع الأعمال التى يمكن اعتبارها مجانسة للأعمال المتقدمة لتشابه صفاتها وغاياتها، وذلك طبقا لنص المادة ٤ تجارى كويتى(٢٣١).

---

(٢٣٠) المذكرة الإيضاحية، ص٢٥٩.

(٢٣١) حول تجارية هذه الأعمال فى القانون الكويتى والقانون المقارن راجع: حسنى المصرى، القانون التجارى الكويتى، ص١٠٤ وما بعدها.

كما تشرع الفائدة فى القرض، إذ يكون قرضا تجاريا، متى كان الغرض منه تمويل عمليات البنوك أو عمليات الصرف والمبادلات المالية، ومباشرة نشاط الوكالة التجارية والسمسرة، وتأسيس الشركات وشراء الأسهم أو سنداتها، أو مباشرة نشاط المخازن العامة وترتيب الرهون على الأموال المودعة بها، واستخراج المعادن والزيوت وقطع الأحجار وغيرها من موارد الثروة الطبيعية، وكذلك نشاط التأمين بأنواعه المختلفة، والمحلات المعدة للجمهور، وتوزيع الماء والكهرباء والغاز وتقديم خدمات المخابرات البريدية والبرقية والهاتفية، والنقل برا وبحرا وجوا، ووكالات الأعمال ومكاتب السياحة والتصدير والاستيراد، والطبع والنشر والصحافة والإذاعة والتلفاز ونقل الأخبار أو الصور والإعلانات وبيع الكتب، فضلاً عن نشاط المصانع والتعهد بالإنشاء والصنع، ومقاولات بناء العقارات وتعديلها وترميمها وهدمها، ناهيك بالقروض التى تستخدم فى الوفاء بالكمبيالات والسندات لأمر والشيكات، وذلك طبقا لنص المادة ٥ تجارى كويتى(٢٣٢).

كذلك تشرع الفائدة، بسبب تجارية القرض، متى استخدم فى إنشاء السفن أو فى الوفاء بثمن شرائها أو أجرة استئجارها أو إصلاحها، أو فى الوفاء بأجور ربان السفينة وملاحيها وسائر المستخدمين فيها ورواتبهم، وفى عمليات النقل والإرساليات البحرية وكل عملية تتعلق بها كشراء لوازمها من مهمات وأدوات وذخائر ووقود وحبال وأشرعة ومؤن، وذلك طبقا لنص المادة ٦ تجارى كويتى، فضلاً عن إنشاء الطائرات وشرائها واستئجارها وإصلاحها والوفاء بأجور طاقمها، والقيام بعمليات النقل والإرساليات الجوية، وكل عملية تتعلق بها كشراء أدوات الطائرات وتموينها، وذلك طبقا لنص المادة ٧ تجارى كويتى(٢٣٣).

(٢٣٢) حول تجارية هذه الأعمال فى القانون الكويتى والقانون المقارن انظر: المرجع السابق، ص ١٢٢ وما بعدها.

(٢٣٣) حول تجارية هذه الأعمال فى القانون الكويتى والقانون المقارن انظر: المرجع السابق ص ١٥٥ وما بعدها.

ليس هذا فقط بل إن القرض يعد تجاريا أيضا لو استخدم فى أي عملية من عمليات المضاربة speculation ولو لم تكن من ضمن الأعمال التجارية سالفة الذكر، إذ جعل المشرع الكويتى من معيار (المضاربة) معيارا عاما لتجارية الأعمال فى القانون الكويتى(٢٣٤)، وذلك بما نصت عليه المادة ٣ تجارى كويتى من أن "الأعمال التجارية هى الأعمال التى يقوم بها الشخص بقصد المضاربة".

ومما يوسع نطاق الأعمال التجارية المذكورة فى المواد من ٣ – ٧ تجارى كويتى المشار إليها اعتبارها أعمالا تجارية أصلية سواء أكان القائم بها تاجرا أم غير تاجر(٢٣٥). من ثم لا يشترط لاعتبار القرض تجاريا، تجوز فيه الفوائد، أن يكون المقترض تاجرا، ولئن كانت توجد طائفة من الأعمال التجارية سالفة الذكر لا يتصور وقوعها إلا من تاجر كعمليات البنوك ونشاط المصانع(٢٣٦).

٦١ – هذا عن الأعمال التجارية الأصلية، أما الأعمال التجارية بالتبعية Par Accessoire فتنقسم إلى طائفتين: الأولى هى الأعمال التجارية بالتبعية الشخصية Subjective، ويقصد بها جميع الأعمال التى يقوم بها التاجر لحاجات تجارية(٢٣٧)، وهى الأعمال التى ضربت المذكرة الإيضاحية لقانون التجارة

---

(٢٣٤) حول هذا المعيار انظر: Juglart et Ippoliro، ص ٢٠٩ – Escarra، ص ٥٩، Ripert et Roblot الجزء الأول، ص ١٦٢ – LYON CAEN et RENAULT، ص ١١٦ – سميحة القليوبى، القانون التجارى، ١٩٧٨، ص ٤٦ – ثروت حبيب، ص ٨٧ – حسنى المصرى، المرجع السابق، ص ٨٥ – استئناف القاهرة، ١٧ نوفمبر ١٩٥٨، موسوعة جمعة، رقم ١٥.

(٢٣٥) راجع: الدكتور عزيز عبد الأمير العكيلى، شرح قانون التجارة الكويتى، الجزء الأول، الكويت ١٩٨٨، ص١١ وما بعدها.

(٢٣٦) راجع: حسنى المصرى، المرجع السابق، ص ٩٦ وما بعدها – وقارن: عزيز العكيلى، ص ٨٣ وما بعدها.

(٢٣٧) حول هذه النظرية راجع: Lyon Caen et Renault، ص ١٩٢ – Thaller et Percerou، ص٢٠٤ – ثروت حبيب، دروس فى القانون التجارى، ص ١٣٥ – حسنى المصرى، المرجع السابق، ص ١٦٣ وما بعدها.

الكويتى مثلا لها بشراء التاجر مبنى يتخذ مقرا لممارسة نشاطه التجارى أو قيامه بإدخال تحسينات أو توسعات على المحل التجارى[٢٣٨]. فإذا استخدم مبلغ القرض فى هذه الأعمال التجارية وما شابهها عُدَّ قرضا تجاريا وشرعت فيه الفائدة.

أما الطائفة الثانية التى لم تضرب المذكرة الإيضاحية مثلا لها فهى الأعمال التجارية بالتبعية الموضوعية objective، ويقصد بها جميع الأعمال المرتبطة بالمعاملات التجارية المذكورة فى المواد من ٣–٧ تجارى أو المسهلة لها[٢٣٩].

ولقد ورد النص على تجارية الأعمال التبعية الشخصية والموضوعية فيما نصت عليه المادة ٨ تجارى كويتى من أن "الأعمال المرتبطة بالمعاملات التجارية المذكورة فى المواد السابقة أو المسهلة لها، وجميع الأعمال التى يقوم بها التاجر لحاجات تجارته، تعتبر أيضا أعمالا تجارية".

٦٢ – ويتضح مما تقدم أن الأعمال التجارية، التى يعد القرض تجاريا متى استخدم فيها، لا تخضع لحصر وإنما هى متعددة ومتنوعة / كما وأنه يستوى فى تجارية القرض أن يكون المقرض أو المقترض تاجرا أو غير تاجر اللهم إذا استثنينا الأعمال التجارية بالتبعية الشخصية، حيث يشترط فيها أن يكون المقترض تاجرا. والأصل طبقا لنص المادة ٩ تجارى كويتى، أن عقود التاجر والتزاماته تكون تجارية إلا إذا ثبت تعلق هذه العقود والالتزامات بمعاملات مدنية[٢٤٠].

على أن المشرع الكويتى لم يشترط لتجارية القرض أن يكون قد استخدم "فعلا" فى العمليات التجارية سالفة الذكر بل اكتفى – على حسب تعبير المذكرة الإيضاحية لقانون التجارة – بالقصد الظاهر للمقترض "وقت التعاقد لا بالمصير

(٢٣٨) انظر: المذكرة الإيضاحية، ص ٢٥٩، وما سبق، نبذة ٥٩.

(٢٣٩) حول هذه النظرية راجع: Hamel et Lagarde، ص٢٠٤ – Lyon Caen et Renault، ص ٢٠١ – حسنى المصرى، المرجع السابق، ص ١٦٩.

(٢٤٠) راجع: عزيز العكيلى، ص ١٥٣ وما بعدها.

الذى ينتهي إليه استعمال المبلغ المقترض"، لذا يعد القرض تجاريا، وتشرع فيه الفائدة، متى كان الظاهر للمقرض أن قصد المقترض يتجه إلى استعمال مبلغ القرض فى الأعمال التجارية ولو استعمله المقترض فعلا فى أعمال مدنية، وذلك حيث يتبنى القانون التجارى الكويتى نظرية الأوضاع الظاهرة(٢٤١).

٦٣ – ولقد تكلم المشرع الكويتى عن شرط الضرر وتجميد الفائدة وتراكمها فى القرض التجارى ومواعيد وفائها أو استحقاقها.

فطبقا لنص المادة ١١٢ تجارى كويتى لا يشترط لاستحقاق فوائد التأخير، قانونية كانت أو اتفاقية، أن يثبت الدائن أن ضررا لحقه من هذا التأخير(٢٤٢). وطبقا للمادة ١١٤ تجارى كويتى يجوز للدائن أن يطالب بتعويض تكميلى يضاف إلى فوائد التأخير دون حاجة إلى إثبات أن الضرر الذى يجاوز هذه الفوائد قد تسبب فيه المدين بغش منه أو بخطأ جسيم، أما إذا تسبب الدائن وهو يطالب بحقه، فى إطالة أمد النزاع بسوء نية، فللمحكمة أن تخفض الفوائد، قانونية كانت أو اتفاقية، أو لاتقضى بها إطلاقا عن المدة التى طال بها النزاع بلا مبرر. وطبقا للمادة ١١٥ تجارى كويتى لا يجوز تقاضى فوائد على متجمد الفوائد، ولا يجوز فى أي حال أن يكون مجموع الفوائد التى يتقاضاها الدائن أكثر من رأس المال، وذلك كله لا يكون إلا فى الأحوال المنصوص عليها فى هذا القانون ودون إخلال بالقواعد والعادات التجارية وبما يوضع من قواعد للقروض طويلة الأجل.

وهذه القروض المتعلقة بالضرر الناشىء عن التأخير فى الوفاء بالقرض وتجميد الفوائد وتراكمها تطابق الشروط المتعلقة بالمسائل نفسها فى القانونين الفرنسى والمصرى، وتغاير الوضع فى القانون الأردنى(٢٤٣).

---

(٢٤١) حول تطبيق هذه النظرية فى القانون الكويتى راجع: حسنى المصرى، المرجع السابق، ص١٩٢، ص١٩٣ – عزيز العكيلى، ص ١٦٨، ١٦٩.

(٢٤٢) وقالت المذكرة الإيضاحية ص ٢٦١: "إن التأخير فى الوفاء بالدين التجارى فى ميعاد استحقاقه موجب للضرر بمجرد حصوله"، وهو ما يعنى أن الضرر هنا – مفترض.

(٢٤٣) انظر ما سبق، نبذة ١٩ و٤٢ و ٤٣ – راجع سميحة القليوبى، الشركات التجارية، الجزء الأول، ص ٤٣ و ٤٤ هامش (٣).

أما فيما يتعلق بمواعيد وفاء الفوائد واستحقاقها فقد فرق المشرع الكويتى بين الفوائد التعويضية والفوائد التأخيرية. فبالنسبة للفوائد التعويضية تؤدى الفائدة فى نهاية السنة إذا كانت مدة القرض سنة أو أكثر، وفى يوم استحقاق الدين إذا كانت المدة أقل من سنة، وذلك ما لم يتفق الطرفان على غيره (المادة ١٠٣ تجارى كويتى). وإذا كانت مدة القرض معينة لم يجبر الدائن على قبول استيفاء الدين قبل حلول الأجل ما لم يدفع المدين الفائدة المترتبة على المدة الباقية (المادة ١٠٤ تجارى كويتى)[٢٤٤].

وبالنسبة للفوائد التأخيرية عن القرض التجارى فتستحق بمجرد استحقاق مبلغ القرض وفوائده ما لم ينص القانون أو الاتفاق على غير ذلك، شأن الفوائد التى تستحق عن التأخير فى الوفاء بالديون التجارية عموما (المادة ١١٣ تجارى كويتى).

٦٤ – والظاهر أن المشرع الكويتى، فيما أجازه من اقتضاء الفوائد فى القروض التجارية دون القروض المدنية، وبالفتاوى الشرعية التى تحظر الفوائد فى القروض الاستهلاكية، وهى قروض مدنية بالنسبة للمقترض، من هذه الفتاوى فتوى الأستاذ الشيخ محمد عبده التى تحل أخذ فائدة معينة متفق عليها فى القرض الإنتاجى باعتباره من قبيل المضاربة المشروعة فى الإسلام، وفتوى الأستاذ الشيخ عبد الوهاب خلاف التى تحل ذلك أيضا باعتبار أن هذا التعامل نافع لرب المال والتاجر وليس فيه إضرار ولا ظلم لأي أحد من الناس

(٢٤٤) انظر: المذكرة الإيضاحية، ص٢٦٠، حيث تقول إن حكم هذه المادة يتسق "وطبيعة الأعمال التجارية"، وقد روعى فيها كفالة حقوق الدائن وتعويضه من جهة وتمكين المدين من التخلص من الدين (القرض ٩ قبل حلول أجله وحثه على تنفيذ التزاماته خلال الأجل من جهة أخرى). هذا فى حين أن الأصل فى القرض بفائدة – على حد تعبير المذكرة الإيضاحية – "أن الاجل المضروب لمصلحة الطرفين معا، ومن ثم لا يجوز النزول عنه قبل حلوله إلا باتفاقهما. ومع ذلك يجوز استثناء للمقترض إذا كانت مدة القرض أطول من سنة أن يرد المثل قبل حلول الأجل بشروط معينة، منها أن يدفع المقترض فائدة سنة كاملة".

وأن سد هذا الباب من التعاون فيه إضرار، وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "لا ضرر ولا ضرار"، وفتوى الأستاذ وفيق القصار الذى يرى أن الربا المنهي عنه هو الفائدة الفاحشة أو المركبة، أما فوائد الأموال التى يضعها أصحابها فى المصارف بربح معقول عنها فلا حرمة فيها، كما لا يشمل التحريم الأموال التى يقترضها ذوو الحاجة وأصحاب الأعمال(٢٤٥). ولكن فى الجانب الآخر يوجد الرأى الذى لا يقبل هذه الفتاوى وينازع فى الحجج التى تستند إليها ويرى تحريم القروض الربوية "بجميع صورها وأشكالها"، سواء أكانت بين الأفراد بعضهم مع بعض، أم كانت بين الأفراد والبنوك، أم كانت بين البنوك المختلفة والبنك المركزى"(٢٤٦).

وأيا ما كان الأمر فقد عرضنا لموقف المشرع الكويتى من هذا الخلاف حول الفوائد فى عقد القرض، وفيما يلى نعرض لموقفه منها فى عقد البيع.

٦٥ – (ثانيا) موقف المشرع الكويتى من الفوائد فى عقد البيع

أ) البيع المدنى: لقد حظر القانون المدنى الكويتى شرط الفوائد التعويضية والفوائد التأخيرية، فى آن معا – فى البيع المدنى، إذ نصت المادة ٣٠٥ /١ مدنى على أن "يقع باطلا كل اتفاق على تقاضى فوائد مقابل الانتفاع بمبلغ من النقود (الفوائد التعويضية) أو فى مقابل التأخير فى الوفاء بالالتزام به (الفوائد التأخيرية)".

فهذا النص عام يسرى على جميع العقود المدنية ومن بينها عقد البيع، وذلك خلاف لكثير من القوانين المقارنة التى تجيز شرط الفوائد بنوعيها سواء فى عقد القرض أو فى العقود الأخرى ومن بينها عقد البيع المدنى(٢٤٧).

---

(٢٤٥) وردت هذه الفتاوى فى بحث الدكتور محمود محمد طنطاوى، المشار إليه، ص٤٠ وما بعدها.

(٢٤٦) محمود محمد طنطاوى، ص٤٠ – ٤٤.

(٢٤٧) ولقد عرفت المادة ٤٥٤ مدنى كويتى البيع بأنه "عقد تمليك شىء أو نقل حق مالى آخر لقاء عوض نقدى"، ويعبر عن هذا العوض (بالثمن) – حول تعريف البيع راجع: إبراهيم الدسوقى أبو الليل، ص١٥، حسام الأهوانى، ص ١٧ وما بعدها – وحول إجازة الفوائد فى عقد البيع فى القوانين المقارنة انظر ما سبق، نبذة ٢٢ و ٢٣.

ولكن إذا كان البيع مدنيا وتخلف المشترى عن وفاء الثمن فور العقد أو فى الأجل المتفق عليه فإنه يخضع لحكم المادة ٣٠٦ مدنى كويتى التى تنص على أنه "إذا كان محل الالتزام مبلغا من النقود، ولم يقم المدين بالوفاء به بعد إعذاره مع قدرته على الوفاء وأثبت الدائن أنه لحقه بسبب ذلك ضرر غير مألوف، جاز للمحكمة أن تحكم على المدين بتعويض تراعى فيه مقتضيات العدالة». ويعنى ذلك أن المشرع الكويتى قد استعاض عن الفوائد التأخيرية، التى تجيزها بعض القوانين المقارنة فى عقد البيع، بالتعويض الذى يلزم فى الحكم به توافر الشروط الواردة فى النص المذكور. ولقد حدا ذلك ببعض الفقه إلى القول بأنه "فى مجال البيع المدنى فلا يقر المشرع المدنى الفوائد بأنواعها"(٢٤٨). ولاسيما أن المادة ٣٠٥ /٢ مدنى كويتى قد نصت على أن "يعتبر فى حكم الفائدة (الباطلة بطلانا متعلقا بالنظام العام بموجب المادة ٣٠١ / ١ مدنى كويتى) كل منفعة أو عمولة أيا كان نوعها اشترطها الدائن إذا ما ثبت أن ذلك لا يقابله خدمة حقيقية متناسبة يكون الدائن قد أداها فعلا".

٦٦ – وقد عرض على القضاء الكويتى، قبل صدور القانون الكويتى المدنى رقم ٦٧ لسنة ١٩٨٠ – نزاع بشأن طلب البائع فوائد تأخيرية من المشترى بسبب إخلاله بالتزامه بوفاء الثمن فى الأجل المتفق عليه فى عقد بيع مدنى بالنسبة للمشترى – وقد استند البائع فى هذا الطلب، إلى نصوص قانون التجارة الملغى(٢٤٩) التى كانت تقضى باستحقاق الدائن فوائد تأخيرية فى حالة تأخر المدين فى الوفاء بالتزامه إذا كان محله مبلغا من النقود معلوم المقدار وقت نشوء الالتزام ولو لم يثبت الدائن أن ضررا قد لحقه من جراء هذا التأخير، وذلك وفقا للمادتين ١٦٥و ١٦٧ من القانون المذكور(٢٥٠).

---

(٢٤٨) حسام الدين الأهوانى، المرجع السابق، ص ٧٦٣.

(٢٤٩) القانون رقم ٢ لسنة ١٩٦٠، وقد كان يتضمن النظرية العامة لأحكام الالتزام، فضلا عن بعض أحكام المجلة العدلية (سابقا – نبذة ٣).

(٢٥٠) راجع: الدكتور أحمد شرف الدين، مدى شرعية الفوائد التأخيرية ودستورية نصوصها التشريعية، مجلة الحقوق والشريعة، جامعة الكويت، السنة ٤ العدد الأول، يناير ١٩٨٠، ص ١٧٥ وما بعدها.

وتتلخص وقائع الدعوى فى أن شركة سيارات باعت سيارة شيفرولية بثمن معين والتزم المشترى، بمقتضى العقد، بأداء هذا الثمن على أقساط حرر بها سندات لأمر الشركة تعهد فيها بوفائها، وكفله آخر فى هذا التعهد بتوقيعهما معا على هذه السندات، وإذا تأخر المشترى وكفيله فى الوفاء بباقى الأقساط أقام البائع دعواه للمطالبة بها، فضلاً عن الفوائد التأخيرية المستحقة عنها بسعر ٥ ٪ طبقا للمادة ١٦٥ تجارى كويتى ملغى.

ولقد تصدت المحكمة الكلية لهذا النزاع وصدر حكمها فيه بتاريخ ٢١ إبريل ١٩٧٦، وجاء فيه أنه "من حيث إن دعوى المدعية (الشركة) أضحت ثابتة قبل المدعى عليه الثانى (الكفيل) من المستندات المرفقة والمنوه عنها أعلاه، ومن ثم فيتعين الحكم لها بالمبلغ المطالب به (باقى الثمن) والذى استحق بأكمله طبقا للشرط المثبت بعقد البيع المرفق. أما عن طلب المدعية الحكم بالفوائد (التأخيرية) فإن المادة ٢ من الدستور الكويتى قد نصت على أن دين الدولة الإسلام، وهى – أي الفوائد – محرمة شرعا بنص قرآنى قاطع: ﴿**وأحل الله البيع وحرم الربا**﴾. لذلك فالمحكمة تلتفت عن إجابة طلبها هذا للأسباب سالفة الذكر"(٢٥١).

ويرى بعض الفقه تعليقا على هذا الحكم، أن المحكمة قد وقفت به فى منتصف الطريق، إذ قررت إعمال المادة الثانية من الدستور الكويتى التى تعد الشريعة الإسلامية مصدرا رئيسا للتشريع باعتبار أن دين الدولة هو الإسلام الذى يحظر الفوائد ويعدها من الربا المحرم، وبذا تكون المحكمة قد وصلت إلى منتصف الطريق فى الوقت الذى كان يتعين عليها أن تواصل هذا الطريق الشرعى إلى نهايته. ذلك أنه كان يتعين على المحكمة البحث فيما إذا كان تأخر المشترى عن الوفاء قد أصاب الشركة بالضرر فتقضى له بتعويض يجبر هذا الضرر إعمالا للقاعدة الشرعية القائلة بأنه: "لا ضرر ولا ضرار". وإذا ما كان

(٢٥١) القضية رقم ٦١٠٨ لسنة ٧٨ تجارى كلى، مشار إليها فى المرجع السابق، ص ١٧٦ وما بعدها.

لم يصب الشركة ضرر من جراء ذلك فلا تحكم لها بهذا التعويض، فإذا ثبت الضرر جاز أن يكون التعويض أقل أو أكثر حسب السعر المحدد فى القانون التجارى الملغى للفائدة التأخيرية وهو ٥٪، وقد يصادف أن يطابق التعويض هذه النسبة حسب الأحوال، وهو حل لا يتعارض مع الشريعة الإسلامية الغراء(٢٥٢).

ولقد قدمنا أن القانون المدنى الكويتى قد حسم هذه المشكلة بما نصت عليه المادة ٣٠٦ من جواز الحكم للدائن بتعويض تراعى فيه اعتبارات العدالة إذا كان محل الالتزام مبلغا من النقود – كالثمن – ولم يقم الوفاء به بعد إعذاره مع قدرته على الوفاء وأصاب الدائن ضرر غير مألوف من جراء ذلك.

ونحن نرى أن وضع القضية المشار إليها يختلف فيما لو عرضت على القضاء بعد صدور قانون التجارة الكويتى الجديد رقم ٦٨ لسنة ١٩٨٠. ذلك أن المشترى، فى هذه القضية، ولئن فرض واشترى السيارة لاستخدامه الشخصى، وعد عقد البيع من ثم مدنيا بالنسبة له، فإن توقيعه على السندات بالأقساط المتبقاة لأمر الشركة يعد عملا تجاريا تطبيقا لحكم المادة ٥/٥ تجارى كويتى جديد، حيث تنص على أنه يعد عملا تجاريا، بقطع النظر عن صفة القائم به أو نيته "السندات لأمر"(٢٥٣). وينبنى على ذلك أنه إذا تخلف المشترى (أو كفيله الذى وقع معه على السندات نفسها) عن الوفاء بأقساط الثمن فى الميعاد المتفق عليه التزم بأن يؤدى إلى الشركة الفوائد التأخيرية التى حددها قانون التجارة الجديد بسعر ٧٪، وذلك على التفصيل الذى سيأتى فى موضعه(٢٥٤).

٦٧ – وإذا عدنا إلى نطاق البيع المدنى ثار السؤال عما إذا كان يجوز أن يكون الثمن المؤجل للبيع أعلى من الثمن الفورى؟ أو بعبارة أخرى هل يعد الفرق بين الثمنين من قبيل الفائدة المحرمة شرعا باعتبارها من قبيل الربا؟ لقد اختلف الفقه الإسلامى فى الإجابة عن هذا السؤال، فمن قائل بشرعية هذا البيع

(٢٥٢) أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص ١٨٦ وما بعدها.
(٢٥٣) راجع: حسنى المصرى، الأوراق التجارية فى القانون الكويتى، ص٤٢و ٤٣.
(٢٥٤) انظر تالياً، نبذة ٩٧و ٩٨.

واستحقاق فرق الثمن للبائع لبعده عن شبهة الربا، ومن قائل بعدم شرعية هذا البيع واعتبار هذا الفرق من قبيل الربا المحرم شرعا[٢٥٥]. ولكن يلاحظ أن القانون المدنى لم يعرض لهذه المسألة، ومن ثم يظل حكم الحل والحرمة فى نطاق الشريعة الإسلامية. ويتعين على المشرع الاهتداء بها فى تقرير نص يحسم المشكلة بما يوافق الشرع.

كذلك صار السؤال عما إذا كان يجوز خصم جزء من ثمن البيع فى حالة الوفاء قبل حلول الأجل؟ أو بعبارة أخرى هل يعد نزول البائع عن بعض الثمن المؤجل للمشترى فى مقابل قيام الأخير بتعجيله واقتضائه الفرق من قبيل الربا؟[٢٥٦]. وإذ لا يوجد نص فى القانون الكويتى بشأن هذه المسألة التى تثار فى عقد البيع المدنى فلا مناص أمام القاضى، الذى تثار أمامه من الاجتهاد، إذا لم يوجد عرف – على ضوء أحكام الفقه الإسلامى، وذلك إعمالا لنص المادة ١ /٢ مدنى كويتى التى تقضى بأنه "إن لم يوجد نص تشريعى حكم القاضى بمقتضى العرف، فإن لم يوجد عرف اجتهد القاضى رأيه مستهديا بأحكام الفقه الإسلامى الأكثر اتفاقا مع واقع البلاد ومصالحها "، لكن يفضل، منعا لتضارب أحكام القضاء – فى هذا الصدد – أن يتدخل المشرع بنص يحسم المشكلة بما يوافق الفقه الإسلامي.

٦٨ – ب) البيع التجارى: لا يختلف البيع التجارى La venre commerciale عن البيع المدنى La venre من حيث أنه "عقد تمليك شىء أو نقل حق مالى آخر لقاء عوض نقدى" (المادة ٤٥٤ مدنى كويتى) يعرف (بالثمن). إنما يختلف البيع التجارى عن البيع المدنى من حيث إن الأول يعد "تجاريا"، ويخضع من ثم لأحكام القانون التجارى، متى كان قائما على فكرة المضاربة وفقا لنص

(٢٥٥) راجع: حسام الدين الأهوانى، ص ٧٦٣ و ٧٦٤، حيث عرض لهذه الآراء لكن دون بيان موقف المشرع الكويتى منها – وانظر: محمود محمد طنطاوى، ص٢٨ و ٢٩، حيث يبين وجوه الربا.

(٢٥٦) راجع: حسام الدين الأهوانى، ص ٧٦٤ و ٦٧٥، حيث عرض لهذه الآراء.

المادتين ٣ و ٤ تجارى كويتى[٢٥٧] أو على فكرة المشروع وفقا لنص المادتين ٥ و ١٢ /٢ تجارى كويتى[٢٥٨]، أو كان واردا على أسهم أو سندات أو سفن أو طائرات وفقا لنص المواد ٥ / ٦ و ٦ و ٧ تجارى كويتى[٢٥٩]، أو كان عملا تجاريا بالتبعية وفقا لنص المادة ٨ تجارى كويتى.

ويثور السؤال عن جواز الفوائد التعويضية والفوائد التأخيرية فى البيع التجارى بمعناه المتقدم.

٦٩ – أما الفوائد التأخيرية فقد أجازتها صراحة المادة ١١٠ تجارى كويتى جديد، إذ نصت على أنه "إذا كان محل الالتزام التجارى مبلغا من النقود وكان معلوم المقدار وقت نشوء الالتزام، وتأخر المدين فى الوفاء به كان ملزما أن يدفع للدائن على سبيل التعويض فوائد قانونية قدرها سبعة فى المائة". وتخضع هذه الفائدة التأخيرية لأحكام المواد من ١١١ – ١١٥ فيما يتعلق بجواز الاتفاق على سعر آخر للفائدة شريطة ألا تجاوز الأسعار المعلنة من البنك المركزى، وفيما يتعلق باستقلالها عن العمولة التى تقابل خدمة أداها البائع للمشترى، وفيما يتعلق بعدم اشتراط الضرر لاستحقاقها وذلك لافتراض الضرر بمجرد التأخر فى الوفاء، وفيما يتعلق بسريانها بمجرد استحقاق الثمن، وفيما يتعلق بالتعويض التكميلى الذى يطلبه البائع أو عدم القضاء بها بناء على طلب المشترى، أو فيما يتعلق بتقاضى فوائد على متجمد الفوائد وعدمه، وذلك كله وفقا لما فصلناه بشأن الفائدة التأخيرية فى القرض التجارى[٢٦٠].

---

(٢٥٧) راجع: الدكتور أبو زيد رضوان، دروس فى القانون التجارى (على الآلة الناسخة، كلية الحقوق، جامعة الكويت، ص ١٦ و ١٧ – عزيز العكيلى، ص ٨٣.

(٢٥٨) انظر: حسنى المصرى، ص ٦٠ (الدروس) – HAMEL, LAGARDE et JAUFFRET، ص ١٦٩.

(٢٥٩) راجع: أبو زيد رضوان، المرجع السابق، ص ٤٧ و ٤٨ – حسنى المصرى، المرجع السابق، ص ١٥٨ و١٥٩ – LYON CAEN et RENAULT، ص ١٧٨ و ١٨٦.

(٢٦٠) انظر ما سبق، نبذة ٥٧ وما بعدها.

٧٠ – أما الفوائد التعويضية التى تقررها القوانين المقارنة للبائع فى مقابل انتفاع المشترى بالأجل، أي انتفاعه بالمبلغ النقدى (الثمن) المستحق فور العقد – وفقا للأصل العام – خلال المدة من إبرام العقد إلى حلول الأجل، فإن القانون التجارى لم يورد نصا صريحا وواضحا يقطع بجوازها فى المعاملات التجارية كعقود البيع التجارى.

فإذا رجعنا إلى نص المادة ٢٢٧ مدنى مصرى مثلا نجدها تقول صراحة إنه: "يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على سعر آخر للفوائد سواء أكان ذلك فى مقابل تأخير الوفاء أم فى أية حالة أخرى تشترط فيها الفوائد"، وهو نص يقطع بجواز الفوائد سواء أكانت تأخيرية أم كانت تعويضية، وسواء أكانت هذه الأخيرة فى عقد القرض أم في أي عقد آخر من العقود التى يكون محل الالتزام الناشىء عنها مبلغا نقديا معلوم المقدار.

ولما لم يشتمل قانون التجارة الكويتى على نص مقابل لنص المادة ٢٢٧ مدنى مصرى فإن السؤال قد ثار فى الكويت عما إذا كانت الفوائد التعويضية جائزة أو غير جائزة فى عقود البيع التجارية وفقا لقانون التجارة الكويتى. ويقول الأستاذ الدكتور حسام الأهوانى فى هذا الصدد – إنه "بالرجوع إلى نصوص قانون التجارة (الكويتى) يتبين أن المشرع لم ينظم مباشرة الفوائد التعويضية بعكس الفوائد التأخيرية التى تولى تنظيمها تفصيلا فى عدة مواد. ولكن أجاز المشرع، فى عقد القرض التجارى، للدائن أن يقتضى فائدة ما لم يتفق على غير ذلك. ومن هنا يثور التساؤل عما إذا كان المشرع الكويتى قد أباح الفوائد التعويضية بصفة عامة متى كان محل الالتزام مبلغا من النقود أم غير ذلك يقتصر على القرض التجارى دون غيره"؟[٢٦١].

ويستطرد الأستاذ قائلا إنه "قد يتبادر إلى الذهن أن الأصل العام هو حظر الفوائد، وأن الاستثناء هو جوازها فى حدود النصوص التى وردت فى قانون التجارة. ولما كان الاستثناء لا يقاس عليه فإن الفوائد التعويضية يقتصر سريانها

(٢٦١) انظر حسام الدين الأهواني: عقد البيع فى القانون المدنى الكويتى، ص ٧٥٣و ٧٥٤.

على عقد القرض التجارى دون غيره. وثم فإن الالتزام الذى يكون محله مبلغا من النقود، ولا يكون مصدره عقد القرض، لا تسرى عليه الفوائد التعويضية مقابل الأجل الممنوح للمدين، ويصدق ذلك على المشترى بثمن آجل"(٢٦٢).

ثم يدلى الأستاذ برأيه فى المشكلة بقوله إنه يعتقد "أن إجازة المشرع التجارى (الكويتى) لفوائد التأخير تدل على أن الأصل فى المسائل التجارية هو إباحة الفوائد بأنواعها، وفوائد التأخير تستحق مقابل الأجل التالي الذى حصل عليه المدين فعلا وواقعا حتى يتم الوفاء بالدين. وتقترب منها الفوائد التعويضية باعتبارها تستحق عن الأجل السابق على ميعاد الوفاء والذى حصل عليه المدين اتفاقا. فالفوائد فى الحالين مقابل الأجل، ولهذا لا يصح حكم مشروعية إحداهما عن الأخرى. كما أن المشرع التجارى قد أباح الفوائد التعويضية فى مجال القرض التجارى، ومن ثم فهو لا يرفض إطلاقا مبدأ الفوائد التعويضية، وكما يلتزم المقترض بالفائدة مقابل الانتفاع بالقرض فإن المشترى يدفع الفوائد مقابل الانتفاع بالأجل. ولقد جرى العمل منذ صدور قانون التجارة القديم على تقاضى الفوائد التعويضية، ومن ثم فإن استصحاب الحال يقتضى الاستمرار فى مشروعيتها"(٢٦٣).

٧١ – ونحن ولئن كنا نتفق مع الرأي المتقدم فيما انتهى إليه من جواز الفوائد التعويضية فى البيوع التجارية الآجلة فإننا نختلف معه فى الأسباب التى يمكن حمل هذه النتيجة عليها.

فنحن نختلف مع الأستاذ فى رفضه لمقولة "إن الأصل العام هو حظر الفوائد والاستثناء هو جوازها فى حدود النصوص التى وردت فى قانون التجارة". ذلك إننا نرى أن هذه المقولة صحيحة، لأن القانون المدنى هو الشريعة العامة الواجبة التطبيق على جميع العلاقات القانونية سواء أكانت مدنية أم تجارية وسواء أكان أطرافها تجارا أم غير تجار(٢٦٤).

---

(٢٦٢) المرجع السابق، ص ٧٥٤.

(٢٦٣) المرجع السابق، الصفحة نفسها.

(٢٦٤) راجع: Ripert et Roblot، الدكتور عبد الفتاح عبد الباقى، نظرية القانون، الطبعة الرابعة، مكتبة القاهرة الحديثة، ١٩٦٥، ص ١٠٥.

أما قانون التجارة فهو استثناء على هذه الشريعة العامة، لأنه يسرى على طائفة معينة من الأشخاص هم (التجار) وطائفة معينة من الأعمال هي "الأعمال التجارية"[٢٦٥]، ومن ثم يكون القانون المدنى هو الشريعة العامة الواجبة التطبيق فى كل ما لم يرد به نص فى قانون التجارة[٢٦٦]. ويتفق ذلك مع القاعدة الأصولية التى بمقتضاها يجرى العام على عمومه ما لم يقيده خاص، أو التى تقول بعبارة أخرى إن "الخاص يقيد العام[٢٦٧].

وترتيبا على ذلك فإنه إذا كان القانون المدنى الكويتى قد حظر بقاعدة آمرة متعلقة بالنظام العام، تقاضي الفوائد تأخيرية كانت أم تعويضية (المادة ٣٠٥ مدنى كويتى)، سواء فى عقد القرض (المادة ٥٤٧ مدنى كويتى) أو فى عقد مدنى آخر كالبيع المدنى، فإن حظر الفوائد بنوعيها يكون هو الأصل العام فى القانون الكويتى، أما الاستثناء فهو الذى يتقرر بالنصوص المقررة فى قانون التجارة أو فى القوانين الخاصة الأخرى، كما أننا لا نوافق الأستاذ على قياس عقد البيع التجارى على عقد القرض التجارى الذى تجوز فيه الفوائد التعويضية للوصول إلى مشروعية هذه الفوائد فى عقد البيع التجارى، لأن هذا قياس مع الفرق من جهة، كما لا توجد حاجة تدعو إليه من جهة أخرى.

٧٢ – فمن جهة كونه قياسا مع الفارق أنه من نافلة القول إن عقد البيع التجارى سواء فى الموضوع أو فى الغرض الاقتصادى. ذلك أن موضوع عقد البيع هو الشىء (البضاعة مثلا) أو الحق المالى (كالحق فى براءة اختراع أو علامة تجارية مثلا) الذى ينقل البائع ملكيته إلى المشترى لقاء ثمن، في حين

---

(٢٦٥) فقد نصت المادة الأولى من قانون التجارة الكويتى على أن "تسرى أحكام هذا القانون على التجار وعلى جميع الأعمال التجارية التى يقوم بها أى شخص ولو كان غير تاجر".

(٢٦٦) راجع: Ripert et Roblot، ص ٢٢ – سعادة سلمان الدعيج الصباح، مقدمة لقانون التجارة الجديد، المشار إليه، ص ١٠.

(٢٦٧) راجع: محمد جبر الألفى، مقالة باللغة الفرنسية، المشار إليه، ص ٢٣، حيث يقرر أن "المطلق يجرى على إطلاقه ما لم يقم دليل التقييد نصا أو دلالة".

أنه فى عقد القرض مبلغ – نقدى – غالبا من ذمته لأجل قيام المقترض باستخدام هذا المبلغ في إشباع حاجة له وهو بصدد اضطلاعه بالأعمال التجارية.

وهكذا يختلف موقف البائع عن موقف المقرض، إذ في حين قد يضطر البائع إلى البيع بالأجل لتصريف بضاعته وعدم تعريضها للبوار أو الكساد فضلاً عن استمراره فى منافسة غيره من التجار ولو لم يتلق زيادة فى الثمن (فائدة) نظير الأجل، ولاسيما أن البيع التجارى يقوم على فكرة المضاربة التى يحتمل معها الربح والخسارة[٢٦٨] فإن المقرض لا يواجه شيئا من ذلك، فلا تبدو مصلحته فى القرض التجارى غالبا سوى فى حصوله على فائدة نظير الأجل.

ولعل ذلك ما يكشف عن نفسية المشرع الكويتى حينما لم يتحرج فى إجازة الفوائد التعويضية فى القروض التجارية بنصوص صريحة وواضحة، في حين لم يلتزم بالصراحة والوضوح نفسيهما فى تحديد موقفه من هذه الفوائد فى البيوع التجارية كما سنلمس حالا.

يعد قياسا مع الفارق – ومن ثم – لا يجوز للأسباب المتقدمة فإن هذا القياس غير لازم للوصول إلى النتيجة التى انتهى إليها، وهي جواز الفوائد التعويضية فى البيوع التجارية[٢٦٩]. ذلك أننا نرى أن المشرع الكويتى، ولئن لم يلتزم بالصراحة والوضوح نفسيهما اللذين اتبعهما فى تقريره لصحة الفوائد التعويضية فى القروض التجارية، فإنه يقرر – على استحياء فيما يبدو – مشروعية الفوائد فى العقود التجارية الأخرى التى يكون محل الالتزام فيها

(٢٦٨) حول اعتبار البيع المثل الفذ للمضاربة راجع: Escarra، الدروس، ص ٥٩ – Juglart et Ippolire، ص ٢٠٩ – Ripert Roblot، ص ١٦١ و ١٦٢ – Lyon Caen et Renault، ص ١١٦ – حسنى المصرى، المرجع السابق، ص ٨٥ وما بعدها – ثروت حبيب، ص ٨٧.

(٢٦٩) والمنطقى عند القياس ألا تكون النتيجة التى يسعى إليها المجتهد مسبقة، بل يجب أن تتولد النتيجة من القياس نفسه سواء راقت أو لم ترق للمجتهد.

الوفاء بمبلغ نقدى، كما فى عقود البيوع التجارية، وبعبارة أخرى نرى أن قانون التجارة الكويتى ولئن لم يقرر مشروعية هذه الفوائد صراحة، كصراحة ما تقرر بالمادة ٢٢٧ مدنى مصرى المشار إليها، فإنه – القانون التجارى الكويتى – يقرر هذه المشروعية ضمنيا على الأقل، الأمر الذى يظهر من قراءة نصوص هذا القانون وإمعان النظر فيها فى مجموعها.

فبعد أن أجازت المادة ١١٠ /١ تجارى كويتى الفوائد التأخيرية فى الالتزامات التجارية – بوجه عام – متى كان محلها مبلغا من النقود، ومن ثم تشمل البيوع التجارية، فإن المادة ١١١ تجارى كويتى قد أجازت "للعاقدين" أن يتفقا على سعر آخر للفوائد (غير السعر القانونى المحدد بنسبة ٧٪)، وذلك فى كلمات ذات مدلولات عامة تتسع لتشمل الفوائد التأخيرية والفوائد التعويضية التى يتفق عليها بين المقرض والمقترض أو بين البائع والمشترى.

ثم نصت المادة ١١٠ /٢ على أن "كل عمولة أو منفعة أيا كان نوعها" اشترطها الدائن «إذا زادت هى والفائدة المتفق عليها على الحد الأقصى المتقدم ذكره تعتبر فائدة مستترة»، وذلك دون بيان إذا ما كان هذا الدائن مقرضا أو بائعا أو شخصا آخر، ودون بيان إذا ما كانت هذه الفائدة تأخيرية أو تعويضية، حيث ورد الاصطلاحان بنص عام يشمل ذلك كله.

كذلك تكلمت المادة ١١٥ عن متجمد الفوائد دون أن تذكر ماهية هذه الفوائد، هل هى فوائد تأخيرية أو فوائد تعويضية، إذ تقرر هذه المادة – كأصل عام – أنه " لا يجوز تقاضى فوائد على متجمد الفوائد ".

٧٤ – وأمام عمومية هذه النصوص نرى أن قانون التجارة الكويتى ولئن أقر الفوائد التأخيرية فى الالتزامات التجارية صراحة، سواء نشأت عن عقد قرض أو عن عقد بيع أو عن أي عقد آخر، فإنه قد أقر الفوائد التعويضية فى عقد القرض التجارى صراحة، كما أقرها فى العقود الأخرى – ومنها عقد البيع التجارى – بصورة ضمنية.

ويؤكد ذلك أن القانون التجارى الكويتى قد أجاز الفوائد التعويضية فى معاملات تجارية أخرى متعددة وأهمها الأوراق التجارية والحسابات الجارية كما سنرى(٢٧٠).

فقد أجازت المادة ٤٠٩ تجارى كويتى أن تتضمن الكمبيالات الواجبة الوفاء لدى الاطلاع أو بعد مدة من الاطلاع شرط الفائدة مع بيان سعرها(٢٧١)، وهذه الفائدة تعويضية يلتزم بها المدين الصرفى مقابل انتفاعه بمبلغ الكمبيالة عن المدة من تاريخ إنشائها إلى تاريخ وفائها، وذلك سواء نشأت هذه الكمبيالة وفاء لمبلغ قرض أو لثمن بضاعة أو وفاء لأي دين نقدى آخر. كما أجازت المادة ٣٩٧ تجارى كويتى الاتفاق على استحقاق فوائد على المدفوعات فى الحساب الجارى، وقد يكون المدفوع قرضا وقد يكون ثمن بضاعة(٢٧٢). وتختلف هذه الفوائد التعويضية عن الفوائد التأخيرية التى تستحق لحامل الورقة التجارية إذا لم توف فى ميعاد استحقاقها أو التى تستحق لصاحب الرصيد النهائى فى الحساب الجارى إذا لم يوفه المدين بمجرد إقفال الحساب واستخراج الرصيد، مما يعنى أن المشرع الكويتى قد اعترف بمشروعية الفوائد بنوعيها فى المعاملات التجارية، قرضا كانت أو بيعا أو أي عقد تجارى آخر نشأ عنه التزام بالوفاء بمبلغ نقدى كعقد خصم الأوراق التجارية(٢٧٣).

وأخيرا فمما يقطع بأن قانون التجارة الكويتى يجيز – ضمنيا على الأقل – الفوائد التعويضية فى عقد البيع التجارى ما نصت عليه المادة ١٣٤ من أن

---

(٢٧٠) انظر: لاحقا، نبذة ٨٧ وما بعدها، ص ٩٧ وما بعدها.

(٢٧١) راجع: Hamel, Lagarde et Jauffret، ص ٤٧١ – Roblot، ص١١٤، – Juglart et Ippoliro، ص ٥٣ – على جمال الدين عوض، محمود سمير الشرقاوى، ص ١٤٨ – حسنى المصرى، الأوراق التجارية، ص ١٤٩ – ١٥٠.

(٢٧٢) راجع: Escarra، الدروس، ص ١٦٥ و ١٦٦ – Ripert et Roblot، ص ٢٨٥ – Lacour et Bouteron، ص ٢٣٣ وما بعدها – على جمال الدين عوض، ومحمود سمير الشرقاوى، ص ٢٦٨.

(٢٧٣) انظر: لاحقا، نبذة ٨١ – ٨٣.

"للمشترى أن يفى بالثمن قبل حلول الأجل ما لم يتفق على غير ذلك، ويحدد الاتفاق أو العرف ما يخصم من الثمن مقابل الوفاء قبل حلول الأجل". فهذا "الخصم" من الثمن لا يعدو أن يكون استنزالا من الفائدة التى اشترطها البائع وأضافها إلى ثمن عند العقد، ومن ثم يستوجب وفاء المشترى للثمن قبل حلول الأجل استنزال الفوائد المستحقة عن المدة الباقية(٢٧٤).

وإذا كانت النصوص المتقدمة – فى مجموعها – تتساند فى تقرير مشروعية الفوائد التعويضية، فضلاً عن الفوائد التأخيرية، فى عقد البيع كما فى عقد القرض التجاريين، فإنها وغيرها من نصوص قانون التجارة الكويتى الجديد تقرر مشروعية هذه الفوائد فى العمليات التجارية الأخرى، كما سنرى فى الصفحات التالية.

المبحث الثاني
موقف المشرع الكويتي
من الفوائد في عمليات البنوك

٧٥ - تكلمنا فيما سبق عن موقف بعض القوانين المقارنة من الفوائد في عمليات البنوك، وأهمها عمليات الودائع النقدية المصرفية، والإقراض المصرفي، والخصم، وفتح الاعتمادات، وخطاب الضمان، والحسابات الجارية(٢٧٥)، وفيما يلي نبين موقف المشرع الكويتي من الفوائد في هذه العمليات:

(٢٧٤) راجع: حسام الأهوانى، ص ٧٦٢، حيث ذهب إلى هذا المعنى – وانظر: إبراهيم الدسوقى، ص ١١١، ١٣٨، حيث يعد الفوائد من ملحقات الثمن فى البيع التجارى.
(٢٧٥) انظر: ما سبق، نبذة ٢٧ وما بعدها.

٧٦ - (أولا) موقف المشرع الكويتي من الفوائد عن الودائع النقدية المصرفية:

عرفت المادة ٣٢٩ تجاري كويتي الوديعة النقدية المصرفية بأنها "عقد يخول البنك ملكية النقود المودعة والتصرف فيها بما يتفق ونشاطه المهني مع التزامه برد مثلها للمودع".

ويسمح عقد الوديعة النقدية المصرفية للبنك بتوظيف المبلغ المودع أو استثماره في نشاطه المصرفي، لذا فإنه يدفع للعميل فوائد عن هذا المبلغ تتناسب مع مدة الوديعة، وعادة ما يزيد سعر الفائدة عن الودائع المستحقة في أجل معين على سعر الفائدة عن الودائع المستحقة بموجب إخطار سابق، كما يزيد السعر الأخير على سعر الفائدة عن الودائع المستحقة بمجرد الطلب(٢٧٦). ويشترط بعض الفقه لالتزام البنك بفائدة الوديعة قبل العميل وجود اتفاق صريح بينهما(٢٧٧)، ولكن الدارج أن البنك يلتزم بهذه الفائدة ولو لم يجد هذا الاتفاق، حيث تتقرر هذه الفائدة بمقتضى العرف التجاري أو العادات المصرفية الجارية(٢٧٨). بل تتسابق البنوك في جذب ودائع العملاء عن طريق الإعلان عن أسعار فوائد مشجعة لترغيبهم في الإيداع النقدي(٢٧٩)، ومن ثم يكفي العميل عمل الوديعة لاستحقاقه للفائدة المقررة لها.

٧٧ - والفائدة التي يدفعها البنك للعميل عن الوديعة فائدة تعويضية تقابل انتفاع البنك بمبلغ الوديعة طوال مدتها، فإذا تأخر البنك عن رد الوديعة في ميعاد استحقاقها التزم بفائدة تأخيرية تسرى اعتبارا من هذا الميعاد.

---

(٢٧٦) راجع: Hamel, Lagarde et Jauffret، ص ٧٠٨ – Escarra، ص ٩٣١ – علي مال الدين عوض (و) محمود سمير الشرقاوي، ص ٢٣٩.

(٢٧٧) Escarra، ص ٩٣١.

(٢٧٨) انظر: حسني المصري، عمليات البنوك في القانون الكويتي، ص ٧٨، ١١٦.

(٢٧٩) راجع: JUIGLART et IPPOLITO ص ١٤٥ – THALLER et PERCEROU ص ٩٥١ – رفعت فخري، ص ٤٨، ٤٩.

وهذه الفوائد بنوعيها، مشروعة في القانون الوضعي. وتستند هذه المشروعية إلى تكييف الوديعة النقدية المصرفية بأنها قرض يقدمه العميل إلى البنك[٢٨٠] في مقابل فائدة، وهو تكييف تقره المادة ٧٣٢ مدني كويتي بما نصت عليه من أنه "إذا كانت الوديعة مبلغا من النقود، أو أي شيء آخر مما يهلك بالاستعمال، وكان الوديع مأذونا في استعماله، اعتبر العقد قرضا". وإذا قدمنا أن المادة ٣٢٩ تجاري كويتي تخول للبنك ملكية المبلغ المودع والحق في التصرف فيه، كما قدمنا أن البنك يستخدم المبالغ المودعة في مختلف وجوه نشاطة المصرفي[٢٨١]، فإنه يترتب على إعمال نص المادة ٧٣٢ مدني كويتي على الوديعة النقدية المصرفية اعتبارها قرضا.

ولما كانت الوديعة النقدية المصرفية قرضا يستخدمه البنك المقترض (المودع لديه) في أعمال تجارية[٢٨٢] فإن هذه الوديعة تعد قرضا تجاريا إذا كان القصد منه صرف المبالغ المقترضه في أعمال تجارية، ولما كان الأمر كذلك فإن الوديعة النقدية المصرفية تصبح خاضعة لحكم المادة ١٠٢ تجاري كويتي التي تنص على أن "للدائن (العميل المودع) الحق في اقتضاء فائدة في القرض التجاري ما لم يتفق على غير ذلك، وإذا لم يعين سعر الفائدة في العقد كانت الفائدة المستحقة هي الفائدة القانونية (٧٪). فإذا تضمن العقد اتفاقا على سعر الفائدة وتأخر المدين في الوفاء احتسبت الفائدة التأخيرية على أساس السعر المتفق عليه". وإذا لم يتفق على هذا السعر احتسبت الفائدة التأخيرية بالسعر القانوني (٧٪) طبقا لنص المادة ١١٠ تجاري كويتي[٢٨٣].

---

(٢٨٠) راجع: SAVATIER et LELOUP، ص ٣٧١ – ESCARRA، من ٩٣٥، ٩٣٦.

(٢٨١) راجع: RIPERT et ROBLOT، ص ٣١٠ – HAMEL, LAGARDE et JAUFFRET ص٧٠٦ – محمد حسني عباس، ص ١٧٣ وما بعدها – حسني المصري، السابق، ص٧٤.

(٢٨٢) ذلك أن المادة ١/٥ تجاري كويتي قد عدت "معاملات البنوك" عملا تجاريا مطلقا، كما أن البنك يتمتع بصفة التاجر لأنه شركة (المادة ٢/١٣ تجاري).

(٢٨٣) وتخضع فوائد الودائع النقدية المصرفية للشروط المقررة للفوائد في قانون التجارة الكويتي، وقد سبق لنا بيان هذه الشروط في مواضع متفرقة.

٧٧ مكرر - ولقد اختلف علماء المسلمين حول مشروعية الودائع النقدية في البنوك باعتبارها قروضا بفوائد. فأفتى الشيخ عبدالرحمن عيسى بأنه "إن كان الشخص مقرضا ومثله المودع فإن أقرض الحكومة أو أودع إحدى مصالحها كان ذلك جائزا وكان له أن يأخذ ما تعطيه من فائدة باعتبارها جزءا من ربح مضاربة وقراض، لأن الحكومة تستغل هذا المال في وجوه مباحة شرعا. وإن أقرض بنكا أو أودعه كان ذلك حراما إن كان بفائدة قلت الفائدة، لأن البنك لا يستغل هذا المال في أغلب الأحيان إلا في الربا".(٢٨٤)

وقد انتقد هذا الرأي بمقوله إنه "اذا كانت صيغة العقد واحدة وثمرة هذا العقد واحدة بالنسبة للقرض أو الاقتراض من الحكومة أو للحكومة حلالا ومع البنوك حراما"(٢٨٥) وينتهي صاحب هذا النقد إلى القول بأن "مصلحة الفرد ومصلحة الأمة الإسلامية تستوجب على المسلمين أن يعملوا جاهدين على إلغاء الفائدة من كل المعاملات الحديثة التي تتعامل بها البنوك المختلفة واستبدال العقود التي تنطوي عليها بعقود تتفق وشريعة السماء"(٢٨٦).

أما مفتي مصر الشيخ محمد سيد طنطاوي فقد أفتى - حديثا - "بأن معاملات البنوك، رغم عدم دقة مسمياتها، من قروض وديون وودائع واستثمار، حلال... لا فرق إطلاقا بين البنوك التي يطلق عليها بنوك إسلامية وغيرها من البنوك الأخرى... وأن تحديد الريع مقدما أو عدم تحديده لا علاقة له بالحلال أو الحرام... وأن الخلاف حول معاملات البنوك ضروري لأنه في أمور فرعية تخضع للاجتهاد وفهم النصوص... وأن المعاملات بين البنوك قد أصبحت ضرورة ولا علاقة لها بالربا... وليست كل زيادة على رأس المال تعد من قبيل

(٢٨٤) جاء هذا الرأي في كتاب الشيخ بعنوان: "المعاملات الحديثة وأحكامها" المشار إليه في: محمود محمد طنطاوي، ص ٤١، ٤٢.

(٢٨٥) هذا النقد للدكتور محمود محمد طنطاوي، ص ٤٢.

(٢٨٦) المرجع السابق، الموضع نفسه.

الربا إلا إذا كان شخص محتاجا وأخذ مبلغا من آخر فاشترط عليه زيادة المبلغ عند السداد، فإن هذا هو ربا الجاهلية ومن يتعامل به يكون مرتدا..." [٢٨٧].

٧٨ - (ثانيا) موقف المشرع الكويتي من الفوائد عن عمليات الإقراض المصرفي:

الإقراض المصرفي هو تقدمة نقدية يؤديها البنك للعميل، ويعرف بأنه عقد قرض يخول للمقترض ملكية مبلغ القرض والتصرف فيه ويفرض عليه رد مثله نوعا وصفة وقدرا[٢٨٨]، وهو التعريف المقرر للقرض في المادة ٤٣ (أ) مدني كويتي. ويمثل الإقراض بهذا المعنى ائتمانا مصرفيا لأن البنك يقدم مبلغ القرض إلى العميل ويمنحه أجلا للوفاء به، وبذا يكون القرض أبسط صور الائتمان المصرفي[٢٨٩] لأنه لا يحتاج إلى اقترانه بأي نية مصرفية أخرى.

ولم يثر جدل حول تكييف الإقراض المصرفي بأنه قرض استهلاك[٢٩٠] وأنه يخضع بوصفه كذلك للقواعد الواردة في قانون التجارة والصرف التجاري والعادات المصرفية الجارية[٢٩١]، كذلك لا يثور الجدل حول اعتبار الإقراض عملا تجاريا بالنسبة للبنك، لأنه يدخل في حظيرة عمليات البنوك التي عدتها المادة ٥/١ تجاري كويتي أعمالا تجارية مطلقة، هذا فضلاً عن أن البنك تاجر لأنه يباشر أعمالا تجارية على وجه الاحتراف، كما أنه يتخذ شكل الشركة، ومن

---

(٢٨٧) هذه الفتوى منشورة في جريدة الوطن العدد ٨١٣/٦٣٦٧، الخميس ٣٠ أكتوبر ١٩٩٣، صفحة الاقتصاد، ص ١٥.

(٢٨٨) قارن: RIPERT et ROBLOT، ص ٣١٥ – JUGLART et IPPOLITO، ص ٢١٣، ٢١٤ – مصطفى كمال طه، ص ٤٢٢.

(٢٨٩) راجع: علي جمال الدين عوض، محمود سمير الشرقاوي، ص ٣٠٩، هامش (١) مصطفى كمال طه، ص ٤٢٢ – حسني المصري، المرجع السابق، ص ٢٠٥.

(٢٩٠) راجع: HAMEL, LAGARDE et JAUFFRET ص ٨١٦ – محمد حسني عباس، ص ٢٢٨، حسني المصري، المرجع السابق، ص ٢٠٨.

(٢٩١) راجع: محمد حسني عباس، ص ٢٢٨.

ثم يعد تاجرا ولو كان يزاول أعمالا مدنية طبقا للحكم المقرر في المادة ٢/١٣ تجاري كويتي.

إنما يثور الجدل بشأن اعتبار الإقراض عملا تجاريا بالنسبة للعميل المقترض، وتبدو أهمية هذه المسألة في القوانين التي لا تلزم العميل بدفع فائدة عن القرض للبنك المقرض إلا إذا كان القرض عملا تجاريا بالنسبة للعميل، وفي هذا الصدد يرى بعض الفقه أنه إذا كان العميل تاجرا وكان الغرض من القرض استغلاله في نشاطه التجاري عد القرض تجاريا بالنسبة له، أما إذا لم يكن العميل تاجرا أو كان تاجراً ولم يكن الغرض من القرض استغلاله في هذا النشاط عد القرض مدنيا بالنسبة له(٢٩٢).

ويبنى هذا الرأي على تلك التفرقة أنه في حالة عدم الاتفاق على استحقاق فائدة عن الإقراض استحق البنك فائدة عنه متى كان الإقراض تجاريا بالنسبة للعميل، في حين لا يستحق البنك هذه الفائدة متى كان الإقراض مدنيا بالنسبة للعميل إلا إذا وجد اتفاق على ذلك بين الطرفين، هذا في حين ذهب رأي آخر أيدته محكمة النقض المصرية، إلى أن البنك يستحق الفائدة عن القرض بغض النظر عما إذا كان العميل تاجرا أو غير تاجر، وبغض النظر أيضا عما إذا كان القرض تجاريا أو مدنيا بالنسبة له(٢٩٣)، وذلك حتى تخضع عملية الإقراض المصرفي لقواعد واحدة وليس لقواعد خليطة مستمدة من القانون التجاري تارة والقانون المدني تارة أخرى(٢٩٤).

---

(٢٩٢) RIPERT et ROBLOT - ص ٣١٦ – HAMEL, LAGARDE et JAUFFRET، ص ٨١٧ – JUGLART et IPPOLITO، ص ٢١٤.

(٢٩٣) نقض مدني مصري، ٢٧ يونيو١٩٦٣، مجموعة أحكام النقض، السنة ١٤، ص ٩٣٦ – علي جمال الدين عوض، محمود سمير الشرقاوي، ص ٣١١.

(٢٩٤) راجع: HAMEL, LAGARDE et JAUFFRET، ص ٨١٧ – مصطفى كمال طه، ص ٤٢٣، ٤٢٤.

٧٩ - أما القانون الكويتي فله موقف مختلف في هذا المجال، فلقد قدمنا أن الأصل - في هذا القانون - هو حظر القرض بفائدة واعتبار كل شرط يقضي بخلاف ذلك شرطا باطلا دون المساس بعقد القرض ذاته (المادة ١/٥٤٧ مدني كويتي). بيد أن هذا الأصل مقصور على حالة إذا ما كان القرض مدنيا بالنسبة للعميل المقترض، ومن ثم لا يعمل متى كان القرض تجاريا بالنسبة له، إذ نصت المادة ١/١٠٢ تجاري كويتي على أن «للدائن (البنك) الحق في اقتضاء فائدة في القرض التجاري ما لم يتفق على غير ذلك". ولقد بينت المادة ١٠١ تجاري كويتي متى يكون القرض تجاريا بالنسبة للمقترض (العميل) فقالت: "يكون القرض تجاريا إذا كان القصد منه صرف المبالغ المقترضة في أعمال تجارية".

وعلى أساس هذه النصوص يكون القرض تجاريا بالنسبة للعميل، ومن ثم يستحق البنك عنه فائدة تعويضية ما لم يتفق على غير ذلك، متى كان غرض العميل استغلاله في أعمال تجارية، يستوى في ذلك أن يكون هذا العميل تاجرا أو غير تاجر[٢٩٥]، أما إذا كان غرض العميل استعمال مبلغ القرض في أعمال مدنية عد القرض مدنيا بالنسبة له، ومن ثم لا يستحق البنك أي فائدة عنه، ويقع باطلا كل شرط يقضي بخلاف ذلك، إعمالا لحكم المادتين ٣٠٥ و ٥٤٧ مدني كويتي.

وتطبيقا لذلك قضت محكمة الاستئناف الكويتية في حكمها الصادر بجلسة ٢٠ فبراير ١٩٨٨، بأنه متى "كان المقرر قانونا أن القانون المدني حرم تقاضي الفائدة على القرض المدني، وجعل باطلا كل شرط يقضي بخلافه على ما قررته المادتان ١/٣٠٥، ١/٥٤٧ مدني، وكان الظاهر من أوراق الدعوى أن المدين موظف في وزارة الكهرباء وأن الدفعات التي كان يوردها للبنك (سداد للقرض) كانت من رواتبه، وكان من المقرر قانونا أن يكون القرض تجاريا إذا كان القصد

(٢٩٥) راجع: محمد حسني عباس، ص ٢٢٩ – والدكتور محمد فريد العريني، الأعمال المختلفة بين القانون التجاري والقانون المدني، مجلة المحامي الكويتية، السنة ١١، أعداد يوليو وأغسطس وسبتمبر ١٩٨٨، ص ٦٣ وما بعدها.

منه صرف المبالغ المقترضة في أعمال تجارية (المادة ١٠١ تجارة) وكانت المحكمة حسب صلاحيتها تستشف من أوراق الدعوى، مدنية القرض محل النزاع مما تكون معه المطالبة بالفائدة، مخالفة للقانون وتستوجب الرفض، وإذ أخفق المستأنف في استئنافه، لذلك حكمت المحكمة بقبول الاستئناف شكلا وبرفضه موضوعا"(٢٩٦).

٨٠ - ومن نافلة القول إن عمليات الإقراض التي تقع بين بنكين تكون دائما قروضاً تجارية بالنسبة إليهما معا، إذ تعد أعمالا تجارية بطبيعتها ما دامت في نطاق النشاط المصرفي(٢٩٧).

ومتى كان القرض تجاريا بالنسبة للعميل وتخلف عن سداده في الميعاد أو المواعيد المتفق عليها للرد، التزم قبل البنك بالفوائد التأخيرية التي تسري من ميعاد الاستحقاق خلافا للفوائد التعويضية التي يتقاضاها البنك في نظير انتفاع العميل بمبلغ القرض، وتسري من ثم اعتبارا من تاريخ القرض على نحو ما بينا في مواضع متفرقة من هذه الدراسة.

٨١ - (ثالثا) موقف المشرع الكويتي من الفوائد في عملية الخصم:

عرفت المادة ٣٧٨ تجاري كويتي الخصم بأنه "عقد يعجل البنك بمقتضاه إلى حامل ورقة تجارية، أو صك آخر قابل للتداول لم يحل أجل استحقاقه، القيمة الثابتة بالصك مخصوما منها الفائدة والعمولة، مقابل انتقال ملكية الصك إليه، مع التزام المستفيد برد القيمة إلى البنك إذا لم يدفعها المدين الأصلي".

---

(٢٩٦) تمييز كويتي (محكمة الاستئناف العليا)، جلسة ٢٠ فبراير ١٩٨٨، الدعوى الاستئنافية المقيدة برقم ٨٧/٣٠١ تجاري، منشور في: محمد فريد العريني، المشار إليه، ص ٦٤، ٦٦.

(٢٩٧) راجع: محمد حسني عباس، ص ٢٢٨ - حسني المصري، المرجع السابق، ص ٢١٥.

وقد اختلف الرأي حول الطبيعة القانونية لعملية الخصم، فذهب بعض الفقه إلى أنها عملية بيع[٢٩٨] بحسبان أن البنك يشتري الورقة التجارية من العميل فيظهرها له الأخير تظهيرا ناقلا للملكية في مقابل دفع الثمن للعميل.

وإذ يعجل البنك هذا الثمن للعميل قبل ميعاد استحقاق الورقة التجارية فإن هذا الثمن يكون أقل من الثمن الذي تساويه هذه الورقة في ميعاد استحقاقها، ويتمثل الفرق بين الثمنين في الفائدة التي يقتطعها البنك من القيمة الاسمية للورقة في مقابل انتفاع العميل بالمبلغ خلال المدة من تاريخ الخصم إلى يوم الاستحقاق، فضلاً عن عمولة البنك التي يقتطعها أيضا من هذه القيمة، وذهب رأي آخر إلى أن عملية الخصم لا تعدو أن تكون قرضا يقدمه البنك للعميل مقابل فائدة عن هذا القرض[٢٩٩] تحسب عن المدة من تاريخ الخصم إلى ميعاد الاستحقاق، فضلاً عن العمولة التي يستحقها البنك في مقابل الخدمة التي يقدمها للعميل.

والراجح أن عملية الخصم هي عملية مصرفية فذة تمثل عقدا من نوع خاص Sui generis[٣٠٠]: فهي عملية مصرفية لأنها تجري عادة عن طريق البنوك، وتعد إحدى صور الائتمانات المصرفية Credits Bancaires، حيث يعجل البنك للعميل قيمة ورقة تجارية قبل ميعاد استحقاقها في مقابل خصم أجر البنك متمثلا في الفائدة والعمولة، وهي عقد من نوع خاص، إذ يضاف إلى عملية الائتمان المشار إليها - وهي عملية رضائية بحتة - عملية أخرى هي عملية التظهير الناقل للملكية الذي يخضع أطراف عملية الخصم لقواعد القانون الصرفي.

---

(٢٩٨) راجع: THALLER et PERCEROU، ص ٩٥٥ – وكذلك: ٤٧ – ١ – ١٩٥٤، GAZ, 1953 2 NOVEMBRE, CASS - CAM.

(٢٩٩) راجع: LYON-CAEN et RENAULT، ص ٦١٢ – SOVATIER et LELOUP، ص ٣٧٣ – والاتجاه نفسه: محمد حسني عباس، ص ١٧٥.

(٣٠٠) راجع: RIPERT et ROBLOT، ص ٣٣٩ – LACOUR et BOUTERON، ص ١٨٠ – علي جمال الدين عوض، سمير محمود الشرقاوي، ص ٣٤٧، ٣٤٨.

٨٢ - وأيا ما كان الأمر فإن المشرع الكويتي قد اعترف للبنك الذي يقوم بخصم الورقة التجارية بالحق في اقتضاء فائدة تعويضية يقتطعها من قيمتها الاسمية، فضلاً عن عمولة مناسبة يقتطعها أيضا من القيمة نفسها، سواء نظرنا إلى عملية الخصم باعتبارها بيعا تجاريا أو قرضا تجاريا أو عقدا مصرفيا فذا من نوع خاص.

ولقد بينت المواد من ٣٧٩ – ٣٨١ تجاري كويتي قواعد احتساب أجر البنك عن عملية الخصم متمثلا في الفائدة على أساس الوقت الذي ينقضي من تاريخ خصم الورقة التجارية حتى تاريخ حلول أجل استحقاقها، وتقدر العمولة على أساس قيمة الورقة المخصومة، ويجوز تعيين حد أدنى لهذه العمولة، وعلى المستفيد من الخصم (العميل) بمقتضى المادة ٣٨٠ - أن يرد إلى البنك القيمة الاسمية للورقة التجارية المخصومة إذا لم تدفع من مدين صرفي آخر، ووفقا للمادة ٢/٣٨١ يحصل البنك على هذه القيمة - في الحالة المشار إليها - دون أن يستنزل منها العميل ما قبضه البنك من فائدة وعمولة.

وفيما عدا هذه القواعد الخاصة تخضع عملية الخصم للقواعد المقررة في قانون التجارة الكويتي، لأن هذه العملية تقدر عملا تجاريا سواء بالنسبة للعميل، فهي عمل تجاري، أو بالنسبة للبنك لأنها من عمليات البنوك التي عدتها المادة ١/٥ تجاري كويتي عملا تجاريا، وهي عمل تجاري بالنسبة للعميل لأنها تتعلق بالأوراق التجارية التي تقدم للخصم، ونحن نعلم أن كل عمل يتعلق بهذه الأوراق يعد عملا تجاريا وفقا للمادة ٥/٥ تجاري كويتي.

وينبني على ذلك أن عقد الخصم يرتب التزامات تجارية سواء في ذمة البنك والعميل أو في ذمة جميع الموقعين على الورقة التجارية المخصومة التي آلت إلى البنك بتظهير ناقل الملكية[٣٠١]، ومن ثم إذا لم تدفع قيمة هذه الورقة إلى البنك في ميعاد استحقاقها التزم المدين الصرفي بأن يدفع إلى البنك فوائد

(٣٠١) راجع: ROBLOT، ص ٣٣٧ وما بعدها – JUGLART et IPPOLITO، ص ٢٢٤ – على جمال الدين عوض، محمود سمير الشرقاوي، ص ٣٥٧، ٣٥٨.

تأخيرية تسري من هذا الميعاد، وتخضع هذه الفوائد التأخيرية، فضلاً عن الفائدة التعويضية والعمولة للقواعد المقررة في القانون التجاري الكويتي فيما يتعلق بشروط استحقاق الفائدة للأسعار المعلنة من البنك المركزي.

٨٣ - وغالباً ما يقوم بنك الخصم بإعادة خصم الأوراق التجارية المخصومة لدى البنك المركزي الكويتي[٣٠٢]، ويجني بنك الخصم مزية من هذه العملية، إذ يجري العمل المصرفي على أن يكون سعر الخصم (٨٪ مثلا) أعلى من سعر إعادة الخصم لدى البنك المركزي ربحا يتمثل في ١ ٪، كما يحقق البنك المركزي نفسه مزية من هذه العملية لأنه يقوم بعمليات عدة باعتباره بنك إعادة الخصم فيحقق منها أرباحا طائلة.

ويقصد بسعر الخصم سعر الفائدة التعويضية التي يتقاضاها بنك الخصم من العملية الأصلية، في حين يقصد بسعر إعادة الخصم سعر الفائدة التعويضية التي يحصل عليها البنك المركزي من عملية إعادة الخصم.

ولقد نصت المادة ٢٦ من القانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٨، بشأن النقد وبنك الكويت المركزي[٣٠٣]، على أن يقوم هذا البنك بتقرير نظام خصم الأوراق التجارية وإعادة خصمها، وتحديد معاملات الخصم وإعادة الخصم والفوائد والعمولات التي يتقاضاها البنك عن القروض والسلف وخصم الأوراق التجارية.

كما نصت المادة ٣٥ من القانون نفسه على أنه يجوز للبنك المركزي أن يشتري ويبيع ويخصم ويعيد خصم أذونات خزينة الحكومة. ووفقا للمادة ٤١ من القانون نفسه فقد نصت على أنه يجوز للبنك المركزي - في علاقته مع البنوك دون غيرها - أن يبيع ويشتري أو يخصم أو يعيد خصم الأوراق

---

(٣٠٢) حول عملية إعادة الخصم راجع: LYON - CAEN et RENAULT، ص ٦١٤ – ESCARRO، ص٩٦٣ – THALLER et PERCEROU. حسني المصري، المرجع السابق، ص ٢٤٣.

(٣٠٣) المعدل بالقانون رقم ١٣ لسنة ١٩٧٧، منشور: في الجريدة الرسمية، الكويت اليوم، العدد ١١٦٤، ٣٠ أكتوبر ١٩٧٧.

التجارية بشرط أن تكون مستحقة الدفع خلال سنة من تاريخ حيازتها أو خصمها أو إعادة خصمها لدى البنك المركزي.

٨٤ - (رابعا) موقف المشرع الكويتي من الفوائد في فتح الاعتماد:

عرفت المادة ١/٣٦٤ تجاري كويتي فتح الاعتماد بأنه "عقد يضع البنك بمقتضاه تحت تصرف المستفيد وسائل للدفع في حدود مبلغ معين". وهذا النص يعرف فتح الاعتماد بمعناه الواسع الذي يلزم البنك بأن يقدم للعميل أداة أو أكثر من أدوات الائتمان كالإقراض أو الخصم أو القبول الائتماني أو الاعتماد تحت تصرف العميل الذي تكون له حرية استعماله وبالقدر الذي يحتاجه وفي الوقت الذي يريده في حدود مبلغ الاعتماد ومدته - وفي القبول الائتماني يلتزم البنك بقبول الأوراق التجارية التي يسحبها عليه العميل وفاء لديونه في حدود مبلغ الاعتماد، ومتى قبل البنك هذه الأوراق التزم صرفيا بوفائها للمستفيد، وهو ما يحصل أيضا في الاعتماد المستندي وإن كان يلزم - في الحالة الاخيرة - أن تكون هذه الأوراق التجارية المرسلة للبنك لقبولها ووفائها مرفقة بالمستندات الممثلة للبضاعة(٣٠٤).

٨٥ - وقد اختلف الرأي في التكييف القانوني لفتح الاعتماد، فمن قائل بأنه عقد قرض(٣٠٥)، ومن قائل بأنه عقد قرض معلق على شرط واقف هو استخدام مبلغ الاعتماد(٣٠٦)، ومن قائل بأنه وعد بقرض ينقلب إلى قرض باستخدام العميل لمبلغ الاعتماد(٣٠٧) إما بسحبه نقدا وإما بأوراق تجارية.

---

(٣٠٤) حول التعريف الواسع لهذا العقد انظر: ESCARRA، ص ٩٥٧ – محسن شفيق، القانون التجاري الكويتي، ص ١٢٢ - علي جمال الدين عوض، محمود سمير الشرقاوي، ص ٣٠١، ٣٠٢.

(٣٠٥) راجع: LOCOUR et BOUTERON، ص ١٧٢، ١٧٣، وكذلك: HAMONIC، ص ٢٠١، حيث تقرر أن البنك عندما يفتح اعتماداً للعميل إنما يقرضه نقودا.

(٣٠٦) راجع: ESCARRA، هامش (٢)، ص ٩٦٠.

(٣٠٧) راجع: LYON - CAEN et RENAULT، ص ٥٨٨ وما بعدها – HUBRECHT et COURET، ص ٢٣١ - محمد حسني عباس، ص ٢٢٨، ٢٢٩.

وأيا ما كان التكييف الذي نختاره فإنه لمن المؤكد أن العميل ينتفع بمبلغ الاعتماد خلال المدة من تاريخ سحبه إلى تاريخ رده، كما أنه يتلقى ملكية هذا المبلغ ويتصرف فيه على النحو الذي يريد، ومن ثم يسفر فتح الاعتماد - في نهاية المطاف - عن قرض من البنك للعميل، فإذا كان العميل قد قصد، عند الحصول على هذا القرض، استعماله في أعمال تجارية عد القرض تجاريا بالنسبة له إعمالا للمادة ١٠١ تجاري كويتي، ومن ثم استحق البنك عنه فائدة تعويضية تقابل مدة الانتفاع بالقرض ما لم يتفق على عدم استحقاق البنك لهذه الفائدة طبقا للمادة ١/١٠٢ تجاري كويتي.

وتحسب هذه الفائدة بالسعر المتفق عليه بما لا يتجاوز السعر المعلن من البنك، فإذا لم يتفق الطرفان على سعر لهذه الفائدة احتسبت بسعر الفائدة القانونية (٧٪) طبقا للمادة ١/١٠٢ تجاري كويتي سالفة الذكر، وإن كان الغالب وجود عرف مصرفي يحدد سعر الفائدة على فتح الاعتماد[٣٠٨]، وحينئذ يلزم اتباع هذا العرف ما لم يتفق الطرفان على استبعاده.

وتسري هذه الفائدة التعويضية، سواء أكانت اتفاقية أم قانونية اعتبارا من تاريخ سحب مبلغ الاعتماد حتى يوم انتهاء الاعتماد، ويقع على العميل الالتزام برد مبلغ الاعتماد وفوائده اعتبارا من اليوم التالي لانتهاء الاعتماد، فإذا تأخر العميل في الرد التزم بأن يدفع للبنك فائدة تأخيرية تسري اعتبارا من تاريخ الاستحقاق بالسعر المتفق عليه أو بسعر الفائدة القانونية، وذلك طبقا للمواد ٢/١٠٢، ١١٠، ١١١، ١١٣ تجاري كويتي، وتخضع الفائدة التأخيرية هذه لأحكام المواد ١١٢، ١١٤، ١١٥ تجاري كويتي فيما يتعلق بشرط الضرر والتعويض التكميلي واحتساب الفوائد على متجمد الفوائد وفقا لما سبق بيانه.

هذا، ويستحق البنك عمولة على فتح الاعتماد سواء استخدمه العميل أو لم يستخدمه، لذا تستقل هذه العمولة عن الفائدة التعويضية، لأنها تمثل خدمة

---

(٣٠٨) راجع: RIPERT et ROBLOT، ص ٣١٧ – JUGLART et IPPOLITO، ص ٢١٦ وما بعدها - مصطفى كمال طه، ص ٤٢٦.

حقيقية يؤديها البنك للعميل، ألا وهي وضع البنك مبلغ الاعتماد تحت تصرفه إن شاء استخدمه وإن شاء لا يستخدمه، ومن ثم تعد هذه العمولة مشروعة(٣٠٩).

وأياً ما كان الأمر فإن كل عمولة منفعة أياً كان نوعها اشترط الدائن، إذا زادت هي والفائدة المتفق عليها على الحد الأقصى المقرر قانونا للفائدة الاتفاقية، تعد فائدة مستترة وتكون قابلة للتخفيض إذا ثبت أن هذه العمولة أو المنفعة لا تقابلها خدمة حقيقية يكون الدائن قد أداها للمدين ولا نفقة مشروعة (المادة ٢/١١١) تجاري كويتي.

ومن نافلة القول إن القواعد سالفة الذكر تنطبق على فتح الاعتماد متى كان تجاريا بالنسبة للعميل وأن قصد استخدامه في أعمال تجارية هو الغالب، أما إذا كان فتح الاعتماد مدنياً بالنسبة للعميل فإنه لا يخضع لتلك القواعد، إذ لا تستحق حينئذ فوائد تعويضية أو تأخيرية، وتصبح العملية خاضعة لقواعد القانون المدني الكويتي التي لا تميز هذه الفوائد في المعاملات المدنية طبقا للمادتين ٣٠٥، ٥٤٧ مدني كويتي.

٨٦ - (خامسا) موقف المشرع الكويتي من الفوائد عن خطاب الضمان:

عرفت المادة ٣٨٢ تجاري كويتي خطاب الضمان بأنه "تعهد يصدر من بنك بناء على طلب عميل بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين لشخص آخر دون قيد أو شرط إذا طلب منه ذلك خلال المدة المعينة في الخطاب".

وواقع الأمر أن خطاب الضمان بهذا المعنى لا يعدو أن يكون عقد فتح اعتماد بمعناه الواسع الذي تكلمنا عنه آنفا، ويعرف بأنه عقد فتح اعتماد بالضمان(٣١٠)، وذلك في علاقة البنك بالعميل. وذلك أنه ما دام العميل لم يقدم

---

(٣٠٩) راجع: HAMEL, LAGARDE et JAUFFRET، ص ٨٢٠ - مصطفى كمال طه، ص٤٢٦ - علي جمال الدين عوض، محمود سمير الشرقاوي، ص ٣٠٦. ESCARRA، ص ٩٥٨، ٩٥٩ – JUGLART et IPPOLITA، ص ٢١٦ وما بعدها.

(٣١٠) راجع: حسني المصري، المرجع السابق ص ٣٧٥ وما بعدها – وقرب: Ripert et Roblot، ص ٣٢٦، ٣٢٧ - محمد حسني عباس، ٢٤١.

إلى البنك غطاء لخطاب الضمان يكفل وفاء البنك لمبلغ الخطاب للغير المستفيد فإن البنك يلتزم بمقتضى هذا العقد بأن يوفي للمستفيد مبلغ الخطاب من ماله الخاص بمجرد الطلب، فإذا حصل هذا الوفاء التزم العميل برد المبلغ المذكور إلى البنك في الميعاد المتفق عليه على نحو ما يحصل في فتح الاعتماد.

والذي يظهر مما تقدم أنه لابد من قيام المستفيد بطلب التعويض النقدي من العميل لجبر الضرر الذي أحاق به من جراء عدم تنفيذ الأخير لالتزامه قبله، وهو الالتزام الذي ينشأ عن العقد المبرم بينهما كعقد المقاولة أو التوريد، فإن المستفيد يطالب البنك بالمبلغ المدون في الخطاب الصادر منه، حيث يلتزم البنك بهذا المبلغ أمام المستفيد من ثقته في البنك وفي ملاءته، ويعني ذلك أن البنك قد وفر على العميل اقتراض مبلغ التعويض الذي يلتزم بدفعه للمستفيد أو إخراجه من ماله الخاص، ومن ثم يكون قد حرم من استثمار هذا حتى الميعاد المعين لرده، كما يكون العميل قد أفاد بالمبلغ الذي كان يتعين عليه دفعه فيما لو لم يصدر البنك خطاب الضمان وإلى أن يحين ميعاد الرد.

من أجل ذلك يستحق البنك فائدة تعويضية عن مبلغ خطاب الضمان، حيث يتعلق بأعمال تجارية يقوم بها العميل(٣١١)، وتحتسب هذه الفائدة عن المدة من تاريخ الوفاء للمستفيد حتى التاريخ المعين للرد، فإذا تخلف العميل عن رد المبلغ المدفوع للمستفيد إلى البنك في هذا الميعاد التزم بدفع فوائد تأخيرية، فضلاً عن الفوائد التعويضية، كما يقتضي البنك عمولة عن هذه الخدمة أيضا(٣١٢).

(٣١١) انظر: المذكرة الإيضاحية لقانون التجارة الكويتي، إذ تشير إلى إصدار خطابات الضمان المصرفية لضمان حسن تنفيذ العملاء لعقود التوريد للرد والأشغال العامة، ص ٣٠٦، ٣٠٧.

(٣١٢) راجع: علي جمال الدين عوض، محمود سمير الشرقاوي، ص ٣١٧ - محمد حسني عباس، ص ٢٤٢ - حسني المصري، المرجع السابق، ٣٧٦.

وتخضع الفوائد التعويضية والتأخيرية، سواء أكانت اتفاقية أم قانونية، فضلاً عن العمولة، للقواعد المقررة بشأنها في قانون التجارة الكويتي، ونكتفي بالإحالة إليها تفاديا للتكرار.

٨٧ - (سادسا) موقف المشرع الكويتي من الفوائد في الحساب الجاري:

عرفت المادة ٣٨٨ تجاري كويتي الحساب الجاري بأنه "عقد يتفق بمقتضاه شخصان على أن تقيد في حساب عن طريق مدفوعات متبادلة ومتداخلة، الديون الناشئة عن العمليات التي تتم بينهما من تسليم نقود أو أموال أو أوراق تجارية قابلة للتمليك وغيرها، وأن يستعيضها عن تسوية هذه الديون كل دفعة على حدة بتسوية نهائية ينتج عنها رصيد الحساب عند قفله". ونصت المادة ١/٣٩١ تجاري كويتي على أن "تنتقل ملكية النقود أو الأموال التي تقيد في الحساب الجاري إلى الطرف الذي تسلمها".

ولما كانت ملكية المدفوع في الحساب الجاري تنتقل إلى القابض، ثم يفقد هذا المدفوع ذاتيته واستقلاله ويتحول إلى مجرد مفرد يندمج في الحساب الجاري ولا يصبح قابلا للانفصام عنه بسبب خضوع هذا الحساب لمبدأ عدم القابلية للتجزئة، فإن الرأي الغالب في القانون المقارن كالقانون الفرنسي والقانون المصري على أن تندمج المدفوعات في الحساب الجاري نتيجة فوائد بقوة القانون de plin droit[٣١٣]، أي بغير حاجة إلى اتفاق بين الطرفين. ويقصد بذلك الفوائد التعويضية التي تقابل حرمان الدافع من الانتفاع بالمدفوع وانتفاع القابض به طوال مدة تشغيل الحساب.

وأياً كان صدق المبررات التي ساقها هذا الرأي لاستحقاق الفوائد التعويضية على المدفوعات في الحساب الجاري بقوة القانون[٣١٤] فإن المشرع

---

(٣١٣) راجع: ESCARRA الدروس، ص ٩٣١ – RIPERT et ROBLOT، ص ٢٧٣ – JUGLART et IPPOLITO، ص ١٦٠ – مصطفى كمال طه، ص ٣٨٦ رفعت فخري، ص ١٣١ – محمد حسني عباس، ص ١٨١.

(٣١٤) المعنى نفسه: RIPERT et ROBLOT، ص٢٧٣ – محمد حسني عباس، ص ١٨٤.

الكويتي قد اتخذ موقفا مغايرا بما نص عليه في المادة ١/٣٩٧ تجاري كويتي من أن "لا تنتج المدفوعات في الحساب الجاري فوائد إلا إذا اتفق على غير ذلك، فإن لم يعين الاتفاق سعر الفائدة احتسبت على أساس ما يجري به العرف". وترد على هذا النص ثلاث ملاحظات:

الملاحظة الأولى: أن المشرع الكويتي قد شرع الفائدة على المدفوعات في الحساب الجاري برغم صعوبة القول بأن كل مدفوع يمثل قرضا تجاريا أو بيعا تجاريا للقابض، وبذا يكون المشرع قد أخذ في اعتباره عند تقريره لهذه الفوائد استقرار الأعراف المصرفية وآليات الحساب الجاري على ترتيبها(٣١٥).

الملاحظة الثانية: أن المشرع الكويتي ولئن شرع الفوائد التعويضية على المدفوعات في الحساب الجاري فإنه لم يقررها بقوة القانون وإنما اشترط لذلك اتفاق الطرفين على استحقاقها، ومن ثم يتصور عدم حصول هذا الاتفاق فلا تصبح المدفوعات منتجة لفوائد، الأمر الذي يتفق مع ما ذهب إليه بعض الفقه من أن هذه الفوائد ليست من مستلزمات الحساب الجاري وليست أثراً جوهريا من آثاره(٣١٦). وبذا يكون المشرع الكويتي قد أقر ما يجرى عليه العمل المصرفي من اتباع سعر الفائدة الذي يقرره العرف المصرفي ما لم يوجد اتفاق على خلافه(٣١٧).

الملاحظة الثالثة: إنه إذا لم يتفق الطرفان على سعر الفائدة فإن المشرع الكويتي لم يوجب تطبيق سعر الفائدة القانونية المذكورة، وبذا يكون المشرع الكويتي قد أقر ما يجرى عليه العمل المصرفي من اتباع سعر الفائدة الذي

---

(٣١٥) راجع: LACOUR et BOUTERAN، ص ٢٤٦ – LYON - CAEN et RENULT، ص ٧١١، ٧١٢.

(٣١٦) راجع: JUGLART et IPPOLITO، ص ١٦٠ – محمد حسني عباس، ص ١٨١.

(٣١٧) راجع: LACOUR et BOUTERAN، ص ٢٤٧ – RIPERT et ROBLOT، ص ٢٨٤– محمد حسني عباس، ص ٢١٠، ٢١١ – علي جمال الدين عوض، محمود سمير الشرقاوي، ص ٢٩١.

يقرره الصرف المصرفي ما لم يوجد اتفاق على خلافه[٣١٨]. ويقصد بسعر الفائدة - في هذا الخصوص - "ثمن النقود"، وهو ثمن يختلف صعودا أو هبوطا باختلاف عرض النقود والطلب عليها وفقا لقانون العرض والطلب[٣١٩].

ولكن على الرغم من حرية الطرفين في تحديد سعر الفوائد التعويضية على المدفوعات في الحساب الجاري فإنه لا يجوز لهما الاتفاق على سعر أعلى من السعر المعلن من البنك المركزي، بحيث إذا اتفقنا على سعر أعلى وجب تخفيضه إلى السعر المعلن في تاريخ إبرام الاتفاق وتعين رد ما دفع زائدا على هذا السعر، وهو ما يعد تطبيقا لحكم المادة ١/١١١ تجاري كويتي، وذلك كله ما لم يوجد عرف مغاير[٣٢٠].

٨٨ - ولم يبين المشرع الكويتي ميعاد سريان الفوائد التعويضية على المدفوعات في الحساب الجاري، الأمر الذي يظهر معه أنه ترك هذه المساءلة للعرف، ولقد استقر العرف المصرفي على بدء سريان تلك الفوائد من يوم دخول المدفوعات في الحساب الجاري، لأنه اليوم الذي انتقلت فيه ملكيتها من الدافع إلى القابض وأصبح للأخير حق التصرف فيها طبقا للمادة ٣٩١ تجاري كويتي، لذا يقال إن سريان الفوائد على المدفوعات في الحساب الجاري يبدأ من يوم صيرورتها على ملك القابض[٣٢١].

بيد أن القاعدة المتقدمة ليست مطلقة بل يجوز الاتفاق على خلافها، كما لو اتفق الطرفان على بدء سريان الفوائد على المدفوعات اعتبارا من تاريخ تالٍ على دخولها في الحساب، وهو اتفاق دارج في العمل المصرفي[٣٢٢]، كذلك

---

(٣١٨) انظر: المراجع السابقة، في نفس الموضع.

(٣١٩) راجع: ESCARRA، ص ٩٤١، ٩٤٢ – LYON - CAEN et RENAULT، ص ٧١١، ٧١٢ – LACOUR et BOUTERON، ص ٢٤٦، ٢٤٧ – علي جمال الدين عوض، سمير محمود الشرقاوي، ص ٢٨٩.

(٣٢٠) راجع: LACOUR et BOUTERON، ص ٢٤٦، ٢٤٧.

(٣٢١) راجع: LYON - CAEN et RENAULT، ص ٧١٢.

(٣٢٢) لمزيد من التفاصيل انظر: ESCARRA، ص ٩٣١ – JUGLART et IPPOLITO، ص ١٥٩ – مصطفى كمال طه، ص ٣٨٥ – رفعت فخري، ص ١٣١.

يجري العمل المصرفي من بدء سريان الفوائد على المدفوعات المتبادلة بين الطرفين في تواريخ مختلفة[٣٢٣]، كما لو اشترط البنك بدء سريان الفوائد المستحقة على مدفوعات العميل في تاريخ تالٍ ليوم دخولها في الحساب، ويجد هذا الفارق تبريره في أن العميل غالبا ما يستطيع استثمار مدفوعات البنك من يوم اقتضائها، في حين لا يستطيع البنك استثمار مدفوعات العميل إلا في تاريخ تالٍ على انقضائها[٣٢٤].

٨٩ - ويثور السؤال عن مدى جواز تجميد الفوائد التعويضية المستحقة على المدفوعات في الحساب الجاري، وفي هذا الصدد نصت المادة ١١٥ تجاري كويتي على أنه لا يجوز تقاضي فوائد على متجمد الفوائد ولا يجوز في أي حال أن يكون مجموع الفوائد التي يتقاضاها الدائن أكثر من رأس المال، وذلك كله إلا في الأحوال المنصوص عليها في هذا القانون ودون إخلال بالقواعد والعادات التجارية وبما يوضع من قواعد للقروض طويلة الأجل.

إذن فالأصل وفقا لهذا النص حظر المشرع الكويتي لتقاضي فوائد على متجمد الفوائد وعدم تجاوز مجموع الفوائد لمقدار رأس المال الأصلي، وهو الأصل المعمول به في معظم القوانين المقارنة كالقانون الفرنسي والقانون المصري[٣٢٥]، ومع ذلك أجاز المشرع الكويتي الخروج على هذا الأصل في حالتين:

الحالة الأولى: في قانون التجارة الكويتي رقم ٦٨ لسنة ١٩٨٠ يجوز تقاضي فوائد على متجمد الفوائد وزيادة مجموع الفوائد على رأس المال الأصلي.

---

(٣٢٣) انظر: ما سبق نبذة ٣٨، ٣٩.

(٣٢٤) حول المعايير المستخدمة في تمييز (البنوك) عن غيرها من الشركات والمؤسسات المشابهة غير الخاضعة لأحكام البنوك راجع: حسني المصري، عمليات البنوك في القانون الكويتي، ص ١٨ وما بعدها – HAMEL, LAGARDE et JAUFFERT، ص ٦٨ وما بعدها.

(٣٢٥) راجع: حسني المصري، القانون التجاري الكويتي، ص ٨١ وما بعدها.

الحالة الثانية: أن توجد قواعد أو عادات تجارية تقرر هذا الاستثناء في المعاملات التجارية أو توجد بشأنه قواعد يضعها المشرع للقروض طويلة الأجل.

وبالرجوع إلى نصوص قانون التجارة الكويتي المذكور نجد أن المادة ٢/٣٩٧ منه قد نصت صراحة على أنه "في الحسابات الجارية لدى البنوك يجوز احتساب فائدة على الفوائد أثناء بقاء الحساب مفتوحا، ولا تحسب هذه الفائدة قبل مضي ثلاثة شهور من تاريخ قيد الفوائد في الحساب"، ومادام هذا الحكم استثناء فلا يجوز التوسع في تفسيره، كما لا يجوز القياس عليه، ومن ثم يقتصر هذا الحكم على الحسابات الجارية المصرفية، أي مفتوحة لدى البنوك سواء بين البنوك بعضها وبعض أو بينها وبين عملائها، ولا يسري الحكم على الحسابات الجارية غير المصرفية، أي مفتوحة بين أشخاص من غير البنوك الخاضعة لرقابة البنك المركزي الكويتي(٣٢٦)، وهذا من جهة.

ومن جهة أخرى نلاحظ - في الحقيقة - أن هذا الحكم الاستثنائي لم يكن في حاجة إلى نص خاص يقرره، لأن المشرع الكويتي قد جعل العرف التجاري مصدرا مهماً من مصادر القواعد القانونية الواجبة التطبيق على المسائل التجارية(٣٢٧)، وذلك بمقتضى المادة الثانية من قانون التجارة الكويتي التي تنص على أنه "تسري على المسائل التجارية قواعد العرف التجاري فيما لم يرد بشأنه نص في هذا القانون أو في غيره من القوانين المتعلقة بالمسائل التجارية"، ومنها الحسابات الجارية. وإذا جرى العرف المصرفي في الكويت على تقاضي فوائد على متجمد الفوائد في الحسابات الجارية لدى البنوك، وكانت المادة ١١٥ تجاري كويتي التي تضمنت حظر احتساب فوائد على متجمد الفوائد قد أخلت مكانا للاستثناءات التي تقررها القواعد والعادات التجارية، فإن الاستثناء الذي نحن بصدده لم يكن ليحتاج إلى نص خاص يقرره.

(٣٢٦) انظر: المذكرة الإيضاحية المشار إليها، ص٣١٠ بصدد تفسير المادة ٣٩٧.
(٣٢٧) حسني المصري، القانون التجاري الكويتي، ص٥٧ – ٥٨.

وغاية الأمر - فيما يبدو - أن المشرع الكويتي قد أراد أن يقطع دابر الجدل حول احتساب فوائد على متجمد الفوائد في الحسابات الجارية لدى البنوك فقنن العرف المصرفي السائد في البلاد بما يخرج المسألة من نطاق الاجتهاد ويعفي ذوي الشأن من عبء إثبات العرف، وليس أدل على ذلك إلا ما ورد في المذكرة الإيضاحية لقانون التجارة الكويتي من أن المادة ٣٩٧ منه "أجازت تقاضي فوائد على متجمد الفوائد في الحسابات الجارية المفتوحة لدى البنوك تمشيا مع ما يجرى عليه العرف المصرفي في هذا الشأن"، وهو العرف نفسه السائد في كثير من الدول كفرنسا ومصر(٣٢٨).

٩٠ - وأخيرا تجدر الإشارة إلى أن العرف المصرفي لم يستقر على تقاضي فوائد على متجمد الفوائد في الحسابات الجارية لدى البنوك فحسب، بل استقر أيضا على تجاوز مجموع هذه الفوائد مقدار رأس المال(٣٢٩)، وهو استثناء آخر تجيزه المادة ١١٥ تجاري كويتي كما أسلفنا. على أن هذين الاستثنائين لا يعملان إلا بمناسبة القطع الدوري للحساب الجاري وترحيل الرصيد المؤقت إلى الحساب نفسه من جديد لاستئناف نشاطه، وهو يستوجب وقوع تجميد الفوائد في أثناء تشغيل الحساب الجاري(٣٣٠)، وليس بعد إقفاله، وهذا هو المقصود مما نصت عليه المادة ٢/٣٩٧ تجاري كويتي من اشتراط "احتساب فائدة على الفوائد أثناء بقاء الحساب مفتوحا..."، كما وضعت المادة نفسها شرطا آخر لاحتساب هذه الفائدة وبمقتضاها "لا تحتسب هذه الفائدة قبل مضي ثلاثة شهور من تاريخ قيد الفوائد في الحساب".

---

(٣٢٨) المراجع السابقة نفسها ونفس الموضع – وكذلك نقض مدني مصري ٢٥ إبريل ١٩٦٤، مجموعة أحكام النقض، السنة ١٥، ص ٤٩٩.

(٣٢٩) راجع: LACOUR et BOUTERON، ص ٢٤٧، ٢٤٨ – HAMANIC، ص ٢٠٦ – THALLER et PERCEROU، ص ٩٩٤ – محمد حسني عباس، ص ٢١، ٢١١.

(٣٣٠) انظر: المراجع السابقة، نفس الموضع – وكذلك: مصطفى كمال طه، ص ٣٩٧ – علي جمال الدين عوض، محمود سمير الشرقاوي، ص ٢٩٣ – LYON - CAEN et RENAULT، ص ٧١٣.

ويقصد بالشرط الأخير أن يقع القطع الدوري بعد كل مدة لا تقل عن ثلاثة أشهر من تاريخ تشغيل الحساب، ومن ثم يجوز أن يقع القطع الدوري كل ستة أشهر أو كل أربعة أشهر أو كل ثلاثة أشهر على الأقل، وفي حين لا يجوز بحساب فائدة على الفوائد كل شهرين أو كل شهر أو كل أسبوع مثلا، وذلك حتى لا تتعاظم الفوائد بدرجة كبيرة، ومن أجل ذلك نصت المادة ٣٩٩/ ٤ تجاري كويتي على أنه "يجوز وقف الحساب الجاري مؤقتا أثناء سيره لبيان مركز كل من الطرفين، وذلك في المواعيد التي يتفق عليها الطرفان أو يحددها العرف المحلي، والا ففي نهاية كل ثلاثة شهور"، ويتعلق هذا النص بالقطع الدوري للحساب الجاري الذي بمناسبته استقر العرف المصرفي على احتساب الفائدة على الفوائد وتجاوز مجموع الفوائد مقدار رأس المال[٣٣١]، وذلك للأسباب التي ساقها الفقهاء كأساس يبرر هذين الاستثنائين.

٩١ - ومتى أقفل الحساب الجاري وتم استخراج الرصيد النهائي الذي يكون وحده مستحق الأداء فإن الطرف المدين بهذا الرصيد يصبح ملتزما بوفائه فورا باعتباره مبلغا نقديا معين المقدار ومستحق الأداء[٣٣٢]، فإذا تخلف المدين عن الوفاء بهذا الدين خضع لحكم المادة ١١٠ تجاري كويتي التي يلتزم بمقتضاها بأن يدفع للدائن على سبيل التعويض عن التأخير فوائد قانونية قدرها سبعة في المائة، وذلك ما لم يتفق الطرفان على سعر آخر لهذه الفوائد التأخيرية[٣٣٣] أو ما لم يوجد بشأنها عرف تجاري، لكن لا يخضع دين الرصيد النهائي المذكور لقاعدة احتساب فوائد على الفوائد[٣٣٤]، حيث تقتصر هذه القاعدة على حالة القطع الدوري في أثناء تشغيل الحساب كما قدمنا.

---

(٣٣١) انظر ما سبق، نبذة ٣٨، ٣٠٩.

(٣٣٢) راجع: LACOUR et BOUTERON، ص ٢٤٩ – RIPERT et ROBLOT، ص ٢٩٨ – علي جمال الدين عوض، محمود سمير الشرقاوي، ص ٢٩٥ – وانظر المادة ٤٠٠ تجاري كويتي.

(٣٣٣) وذلك بما لا يزيد على السعر المعلن من قبل البنك المركزي، المادة ١/١١١ تجاري كويتي.

(٣٣٤) راجع: علي جمال الدين عوض، محمود سمير الشرقاوي، ص ٢٩٦ – محمد حسني عباس، ص ٢١٢ – نقض مصري، ٢٣ مايو ١٩٧٢، مجموعة أحكام النقض، السنة ٢٣، ص ٩٨١.

وغالبا ما يشترط البنك عمولة على فتح الحساب الجاري أو عن الخدمات التي يؤديها للعميل بمناسبة إمساك هذا الحساب وتشغيله[٣٣٥]. وتخضع هذه العمولة لحكم المادة ٢/١١١ تجاري كويتي التي تنص على أن "كل عمولة أو منفعة، أيا كان نوعها اشترطها الدائن إذا زادت هذه الفائدة المتفق عليها على الحد الأقصى... تعتبر فائدة مستترة وتكون قابلة للتخفيض إذا ثبت أن هذه العمولة أو المنفعة لا تقابلها خدمة حقيقية يكون الدائن قد أداها ولا نفقة مشروعة".

هذا على خلاف العمولة التي يجوز للبنك اقتضاؤها مقدما فإن الفوائد التعويضية التي تحتسب على المدفوعات في الحساب الجاري تدخل في تكوين الرصيد النهائي الذي يستحقه الدائن بمجرد إقفال الحساب، أما الفوائد التأخيرية فتسري على دين الرصيد النهائي من تاريخ إقفال الحساب ما لم يتفق على غير ذلك، وهو ما قررته المادة ٤٠١ تجاري كويتي.

(٣٣٥) راجع: LACAUR et BOUTERON، ص ٢٤٨ – RIPERT et ROBLOT، ص ٢٨٤ – محمد حسني عباس، ص ٢١٢.

المبحث الثالث
موقف المشرع الكويتي
من الفوائد عن حصص الشركاء وسندات الشركات والأوراق التجارية

٩٢ – كما أجاز المشرع الكويتي الفوائد التعويضية والتأخيرية في القروض والبيوع التجارية وعمليات البنوك على نحو ما قدمنا، فإنه قد أجاز الفوائد التأخيرية عن حصص الشركاء النقدية، وأجاز الفوائد بنوعيها عن السندات التي تصدرها شركات المساهمة والأوراق التجارية، وذلك على التفصيل التالي(٣٣٦):

٩٣ – (أولا) الفوائد التأخيرية عن الحصص النقدية للشركاء:

نصت المادة ٦/٥ تجاري كويتي على أنه يعد عملا تجاريا، بقطع النظر عن صفة القائم به أو نيته "تأسيس الشركات وبيع أو شراء أسهمها وسنداتها". وينبني على ذلك أن التزام الشريك بتقديم حصة من شركة يعد التزاما تجاريا خاضعا لأحكام قانون التجارة الكويتي، ومن ثم إذا كانت هذه الحصة نقدية وواجبة الوفاء فورا وتأخر الشريك عن الوفاء بها في ميعاد استحقاقها فإنه يلتزم بمقتضى نص المادة ١١٠ تجاري كويتي، بأن يدفع للشركة على سبيل التعويض عن التأخير فوائد قانونية (تأخيرية) قدرها سبعة في المائة(٣٣٧).

وتسري على هذه الفوائد التأخيرية أحكام المواد من ١١١ – ١١٥ تجاري كويتي المتعلقة بالفائدة الاتفاقية، والضرر الذي يصيب الشركة نتيجة للتأخر في الوفاء، وحقها في طلب التعويض التكميلي وعدم جواز تقاضي الشركة فوائد

(٣٣٦) راجع: حسني المصري، القانون التجاري الكويتي، ص ١٣٣ و ١٣٤.
(٣٣٧) راجع: الدكتور طعمة الشمري، قانون الشركات التجارية الكويتي، الطبعة الثانية، الكويت، ١٩٨٧، ص ٩٦.

على متجمد الفوائد أو تجاوز مجموع الفوائد مقدار الحصة النقدية التي التزم بها الشريك[٣٣٨]، بسبب عدم جريان العرف التجاري على ذلك.

وتستحق الفوائد التأخيرية عن الحصص النقدية للشركاء من يوم استحقاقها، وذلك أيا كان شكل الشركة، أى سواء أكانت شركة تضامنية أم شركة توصية بسيطة أم بالأسهم أم شركة مساهمة أم شركة ذات مسئولية محدودة أم شركة محاصة.

٩٤ – وتستند شرعية استحقاق هذه الفوائد عن الحصص النقدية التي التزم الشركاء بتقديمها إلى هذه الشركات إلى ما نصت عليه المادة الأولى من قانون الشركات الكويتي رقم ١٥ لسنة ١٩٦٠ من أن "الشركات التجارية، أيا كان نوعها، تخضع للقانون والعرف التجاري".

ولقد قدمنا أن قانون التجارة الكويتي رقم ٦٨ لسنة ١٩٨٠ يُعد كل عمل يتعلق بتأسيس الشركة – أيا كان شكلها – عملا تجاريا وخاضعا من ثم لأحكام المواد من ١١٠ – ١١٥ من هذا القانون.

وبالنظر إلى أن شركة المساهمة تعتمد على رأس مالها في مباشرة نشاطها، كما يعد رأس مالها هو الضمان العام الوحيد للدائنين[٣٣٩]، فإن المادة ١٠٤ شركات كويتي التي تتكلم عن الأسهم النقدية – وهي الأسهم التي تمثل الحصص النقدية[٣٤٠] – قد حرصت على إلزام المساهم بسداد قيمة هذه الأسهم في المواعيد المقررة وإلا اقتضت فوائد تأخيرية إذا تخلف المساهم عن وفاء هذه القيمة في تلك المواعيد.

فلقد نصت هذه المادة على أنه "إذا تأخر المساهم عن سداد الأقساط في مواعيدها جاز للشركة، بعد إنذاره أن تعرض أسهمه للبيع بالمزاد العلني أو في

---

(٣٣٨) انظر: المرجع السابق، الموضع نفسه.

(٣٣٩) انظر: حسني المصري، القانون التجاري، الكتاب الثاني، شركات القطاع الخاص، المشار إليه، ص ١٩٩ وما بعدها.

(٣٤٠) انظر: المرجع السابق، ص ٢٣١، ٢٣٢ – طعمة الشمري، ص ٣٠٥ وما بعدها.

البورصة إن وجدت، وتستوفى من ثمن المبيع، بالأولوية على جميع الدائنين، والأقساط التي لم تسدد والفوائد والنفقات، ويرد الباقي للمساهم. فإذا لم يكف ثمن المبيع رجعت الشركة بالباقي على المساهم في أمواله الخاصة"

٩٥ – وبالقياس على تجارية تأسيس الشركات يعد تجاريا أيضا تأسيس صناديق الاستثمار الخاضعة لأحكام المرسوم بالقانون رقم ٣١ لسنة ٩٠ في شأن تنظيم الأوراق المالية وتداولها وإنشاء صناديق الاستثمار[٣٤١]. وينبني على ذلك خضوع المكتتب أو الشريك في هذه الصناديق لأحكام الفوائد التأخيرية السالف بيانها إذا تأخر عن سداد الحصص التي التزم بتقديمها في مواعيد استحقاقها.

٩٦ – (ثانيا) الفوائد التعويضية والتأخيرية في سندات الشركات:

قدمنا أن شراء السندات أو بيعها، تلك التي تصدرها الشركات تعد عملا تجاريا وفقا للمادة ٦/٥ تجاري كويتي، ومن ثم تخضع هذه العملية لقانون التجارة الكويتي، كما تخضع لقانون الشركات الكويتي، الذي ينظم هذا النوع من السندات، وقد سماها المشرع الكويتي "سندات القرض" (المادة ١٢٤ شركات كويتي).

ولقد نصت المادة ١١٦ شركات كويتي على أنه "يجوز للشركة أن تقترض في مقابل إصدار سندات ذات قيمة اسمية واحدة قابلة للتداول تعطي للمكتتبين لقاء المبالغ التي اقترضوها للشركة، ويتم هذا القرض عن طريق الدعوة للاكتتاب الموجه للجمهور"، ويستحق عن كل سند من هذه السندات فائدة تعويضية تقابل انتفاع الشركة بالقيمة الاسمية للسند، وهي جزء من مبلغ القرض العام، طوال مدة القرض[٣٤٢]، وتدفع الشركة هذه الفائدة في الأجل أو الآجال المنصوص عليها في نشرة الاكتتاب. ويعد ذلك تطبيقا لما نصت عليه

(٣٤١) الجريدة الرسمية، الكويت اليوم، السنة ٣٦، رقم ٩، العدد ١٨٧٤.

(٣٤٢) راجع: Hamel, Lagarde et Jauffret، ص ٢٦٨ و ٢٦٩ – حسني المصري، المرجع السابق، ص ٢٤٥ وما بعدها – طعمة الشمري، ص ٣١٦.

المادة ١١٧ شركات كويتي من أن " تعطي السندات صاحبها الحق في استيفاء فائدة محددة في آجال معينة وفي استرداد مقدار دينه من مال الشركة ".

ولا يعد حامل السند شريكا في الشركة وإنما يعد دائنا لها بمبلغ القرض – بنسبة ما اكتتب فيه من سندات – وفوائده[٣٤٣]، ويعد رأس مال الشركة هو الضمان العام الوحيد لجميع الدائنين، حيث لم يجز المشرع الكويتي إصدار السندات إلا في شركات المساهمة.

ولما كانت هذه الشركات تلجأ إلى الجمهور للحصول على القرض العام الذي تمثله السندات فقد أراد المشرع حماية مصالح حملة السندات، فقرر مجموعة من القواعد التي تضمن هذه الحماية، ومن بينها القواعد التي بمقتضاها تنشأ هيئة موحدة من حملة السندات بالنسبة لكل دفعة من دفعات إصدار السندات (المواد من ١٢٥–١٢٩ شركات كويتي)، ووفقا للمادة ٢/١٢٧ شركات كويتي تتخذ هذه الهيئة قراراتها بأكثرية ثلثي أصوات الحاضرين، لكن لا يجوز أن يتخذ أي قرار يطيل ميعاد الوفاء بالسندات أو يخفض الفائدة أو رأس مال الدين إلا بحضور من يمثل ثلثي السندات المصدرة.

هذا عن تقرير الفوائد التعويضية عن السندات، أما عن الفوائد التأخيرية فإنه لما كان التزام الشركة برد قيمة السند وفوائده في نهاية مدة القرض التزاما تجاريا، باعتبارها تاجرا يقوم بعمل تجاري (إصدار السندات)، فإنها تخضع لحكم المادة ١١٠ تجاري كويتي التي تقضي بأنه إذا كان محل الالتزام التجاري مبلغا من النقود وكان معلوم المقدار وقت نشوء الالتزام (وهو الحال في سندات القرض) وتأخر المدين (الشركة) في الوفاء به كان ملزما بأن يدفع للدائن (حامل السند أو السندات) على سبيل التعويض عن التأخير فوائد قانونية قدرها سبعة في المائة.

---

(٣٤٣) راجع: Guyenor، ص ٦٣٤ و٦٣٥ – Hamel, Lagarde et Jauffret، ص ٢٦٨ و ٢٦٩ – حسني المصري، ص ٢٤٥.

وتخضع هذه الفوائد التعويضية والتأخيرية لأحكام المواد من ١٠٢-١٠٤ تجاري كويتي بشأن القرض التجاري، كما تخضع لأحكام المواد من ١١١-١١٥ بشأن الفوائد الاتفاقية أو القانونية عموما.

٩٧ - (ثالثا) الفوائد التعويضية والتأخيرية في الأوراق التجارية:

تعد الأوراق التجارية - بصفة عامة - أدوات وفاء وائتمان. فالبائع أو المقرض يأتمن المشتري أو المقترض على ثمن البضاعة أو مبلغ القرض فيمنحه أجلا للوفاء به ويقتضي منه كمبيالة مثلا، وهي المثل الفذ للأوراق التجارية، وفاء لهذا الدين، غير أنه وفاء غير مبرىء لذمة المدين لأنه معلق على شرط التحصيل النقدي(٣٤٤).

ويعني ذلك أن ساحب الكمبيالة ينتفع بالمبلغ الذي يمثل الدين الثابت بها طوال المدة منذ إنشائها إلى ميعاد استحقاقها. فإذا كان البيع أو القرض تجاريا جاز له إضافة فائدة تعويضية إلى مبلغ الدين الأصلي، ويحرر الكمبيالة بمبلغ واحد يتضمن - في آن معا - أصل الدين والفائدة التعويضية(٣٤٥)، وهو وضع مشروع في ظل قانون التجارة الكويتي الذي يجيز الفوائد التعويضية في القروض والبيوع التجارية على نحو ما قدمنا(٣٤٦).

وإنما ثار السؤال عما إذا كان يجوز إضافة شرط الفائدة التعويضية إلى الكمبيالة في الأحوال التي لا يضمها الساحب إلى أصل الدين الثابت بها، فيذكر فيها بيان مستقل هو "بفائدة ٦ ٪ أو ٧ ½ ٪" مثلا.

---

(٣٤٤) راجع: Juglart et Ippoliro، ص ١٩٨ - والدكتور محسن شفيق، القانون التجاري الكويتي، ص ٣٤٣.

(٣٤٥) راجع: Ripert et Roblot، ص ١١٦ - Hamel, Lagarde et Jauffret، ص ٤٧١ - Juglart et Ippoliro، ص ٥٣ - حسني المصري، الأوراق التجارية في القانون الكويتي، ص ١٤٩ وما بعدها.

(٣٤٦) انظر: ما سبق، نبذة ٥٧ - ٦٤، ونبذة ٦٨ - ٧٤.

ولقد تأثر المشرع الكويتي، في إجابته عن هذا السؤال، بالحل المقرر في معاهدة جنيف لعام ١٩٣٠ بشأن القانون الموحد للكمبيالات والقانون الفرنسي لعام ١٩٣٥ بشأن الأوراق التجارية. ويتمثل هذا الحل في أن الشرط المذكور جائز في الكمبيالات المستحقة الوفاء لدى الاطلاع أو بعد مدة من الاطلاع، وغير جائز في الكمبيالات المستحقة الوفاء بعد مدة معينة من إنشائها أو في أجل محدد(٣٤٧).

وهذا الحل ينبني على اعتبار أن الساحب، في الطائفة الأولى من الكمبيالات، لا يستطيع أن يقف مقدما على تاريخ تقديمها للاطلاع حتى يعرف ميعاد وفائها على وجه اليقين بما يمكنه من حساب الفائدة التعويضية وإضافتها إلى أصل مبلغ الكمبيالة، بعكس الحال بالنسبة للساحب من الطائفة الأخرى من الكمبيالات.

من أجل ذلك نصت المادة ٤٠٩ / ١ تجاري كويتي على أنه "لا يجوز أن تشترط فائدة على المبلغ المذكور في الكمبيالة إلا إذا كانت الكمبيالة مستحقة الأداء لدى الاطلاع عليها أو بعد مدة من الاطلاع" إنما يلزم لصحة هذا الشرط أن يذكر الساحب سعر الفائدة، وذلك حتى يكفي مجرد النظر إلى الكمبيالة لوقوف أي حامل متعاقب على مضمون الشرط وحدوده قبل رضائه بالكمبيالة في التعامل، ومن ثم لا يجوز أن يذكر في الكمبيالة شرط الفائدة دون بيان سعرها، كما لا يجوز أن يرد هذا الشرط أو بيان سعر الفائدة في ورقة مستقلة عن الكمبيالة.

ولقد بينت المادة ٢/٤٠٩ تجاري هذا الحكم ورتبت جزاء مخالفته فيما قررته من أنه "يجب بيان سعر الفائدة في الكمبيالة ذاتها وإلا كان الشرط باطلا". فإذا صح الشرط سرت الفائدة التعويضية بمقتضى المادة ٣/٤٠٩ تجاري، من تاريخ إنشاء الكمبيالة إذا لم يعين تاريخ آخر – في الكمبيالة – لسريان هذه الفائدة.

(٣٤٧) انظر: ما سبق، نبذة ٤٩.

وكما تسري القواعد المتقدمة على الكمبيالة فإنها تسري على السند لأمر فقط[٣٤٨]، كما أن هذه القواعد كما تسري على الديون الناشئة عن عقدي البيع والقرض التجاريين فإنها تسري أيضا على الديون النقدية التجارية الناشئة عن المعاملات التجارية الأخرى التي يجوز فيها اقتضاء فوائد تعويضية على أصل الدين النقدي، وذلك متى ثبتت هذه الديون في الكمبيالات والسندات لأمر.

٩٨ – ولما كان الوفاء النقدي بالأوراق التجارية في مواعيد استحقاقها التزاما تجاريا فإنه يخضع لحكم المادة ١١٠ تجاري كويتي التي تلزم المدين بأن يؤدي إلى الدائن فوائد تأخيره، وذلك متى لم توف هذه الأوراق في تلك المواعيد، وتسري هذه الفوائد من ميعاد الاستحقاق، سواء أكانت فوائد تأخيرية اتفاقية أم قانونية[٣٤٩].

ولقد أشار المشرع الكويتي إلى الفوائد التعويضية والتأخيرية في مواضع مختلفة من قانون التجارة الكويتي رقم ٦٨ لسنة ١٩٨٠. من ذلك ما نصت عليه المادة ١/٤٨٢ من أن "لحامل الكمبيالة مطالبة مَنْ له حق الرجوع عليه بما يأتي":

(أ) أصل مبلغ الكمبيالة غير المقبولة أو غير المدفوعة مع الفوائد إن كانت مشتملة (الفوائد التعويضية).

(ب) الفوائد (التأخيرية) محسوبة بالسعر القانوني (٧٪) من تاريخ الاستحقاق، وذلك مع عدم الإخلال بحكم المادة ١١٠ من هذا القانون.

---

(٣٤٨) نصت المادة ٥١٨ تجاري كويتي على أن "اشتراط فائدة في الشيك يعتبر كأن لم يكن"، لذا لم يتردد القضاء الكويتي فيما ذهب إليه من جواز إصدار شيك بقيمة فوائد تأخيرية مضافة إلى أصل المبلغ شريطة ألا تزيد على الحد الأقصى للفوائد التأخيرية، لأن هذه الإضافة أغنت عن ذكر شرط الفائدة الذي يعده النص المذكور كأن لم يكن، انظر: تمييز كويتي (محكمة الاستئناف العليا)، ٩ يناير ١٩٨٥، مجلة القضاء والقانون، السنة ١٣، العدد الأول ، ص ٧٣٣.

(٣٤٩) وقد يتضمن هذا المبلغ فوائد تعويضية أو تأخيرية.

(ج) مصروفات البروتستو والإخطارات وغير ذلك من المصروفات، ونصت المادة ٤٨٢ / ٢ تجاري كويتي على أنه "في أحوال الرجوع قبل ميعاد استحقاق الكمبيالة يجب أن يستنزل من قيمتها ما يساوي سعر الخصم الرسمي في تاريخ الرجوع بالمكان الذي يقع فيه موطن الحامل"، وهو الحكم نفسه المقرر لحالة الوفاء بثمن البيع التجاري قبل حلول أجله، إذ قدمنا أن المادة ١٣٤ تجاري كويتي قد نصت على أن يكون للمشتري أن يفي بالثمن قبل حلول الأجل ما لم يتفق على غير ذلك، على أن يحدد الاتفاق أو العرف ما يخصم من الثمن مقابل الوفاء قبل حلول الأجل.

كذلك نصت المادة ٤٨٣ تجاري كويتي على أنه "يجوز لمن وفى بكمبيالة أن يطالب ضامنيه بما يأتي: (أ) كل المبلغ الذي وفاه، (ب) فوائد ما وفاه محسوبة من يوم الوفاء بالسعر القانوني ٧٪[٣٥٠]، (ج) المصروفات التي تحملها".

وهذه النصوص التي وردت بشأن الكمبيالة تسري على السند لأمر أيضا، حيث نصت المادة ٥٠٨/١ تجاري كويتي على أن "الأحكام المتعلقة بالكمبيالة، فيما يختص.... باستحقاقها ووفائها والرجوع بسبب عدم الوفاء... تسري على السند لأمر بالقدر الذي لا تتعارض فيه مع ماهيته". كذلك تسري القواعد نفسها على الشيك بالقدر الذي تتعارض فيه مع طبيعته، حيث نصت المادة ٥١٠ تجاري كويتي على أنه "فيما عدا الأحكام المذكورة في هذا الباب (الخاص بالشيك) تسري على الشيك أحكام الكمبيالة بالقدر الذي لا تتعارض فيه مع ماهيته".

ومن الأحكام التي وردت في الباب الخاص بالشيك حكم المادة ٥١٨ تجاري كويتي التي تنص على أن "اشتراط فائدة في الشيك يعتبر كأن لم يكن"، ويعنى هذا الحكم أنه برغم اعتبار الشيك ورقة تجارية واجبة الوفاء لدى الاطلاع فإن المشرع لم يجز اشتماله على شرط الفائدة الذي أجازه في

(٣٥٠) والمقصود بهذه الفائدة.. الفائدة التأخيرية.

الكمبيالة (والسند لأمر) الواجبة الوفاء لدى الاطلاع، وهو ما يرجع – فيما يبدو – إلى اعتبار الشيك أداة وفاء فقط وليس أداة وفاء وائتمان بعكس الكمبيالة والسند لأمر[٣٥١]، ومن ثم لا يحتمل الشيك بحسب ماهيته اشتماله على شرط الفائدة. لكن ليس هناك ما يمنع الساحب من إضافة الفائدة إلى أصل المبلغ (الدين الأصلي) متى كان التزامه تجاريا وكان محله الوفاء بمبلغ نقدي، وهو ما قررته محكمة التمييز الكويتية[٣٥٢].

وبوجه عام تخضع الفوائد التعويضية والتأخيرية في الأوراق التجارية لقواعد القانون التجاري المتعلقة بشرط مشروعية هذه الفوائد وتنظيمها بالتفصيل الذي أوردناه في هذه الدراسة.

(٣٥١) راجع: Roblot، ص ١٥ و ١٦ – Ripert et Roblot، ص ٩٩ – تمييز كويتي (محكمة الاستئناف العليا)، ٣٠ يناير ١٩٨٥، مجلة القضاء والقانون، السنة ١٣، العدد الأول، فبراير ١٩٨٩، ص ٨٧.

(٣٥٢) انظر: تمييز كويتي، جلسة ٩ يناير ١٩٨٥، المشار إليه آنفا.

خاتمـة

٩٩ – عرضنا في هذه الدراسة لموضوع الفائدة في المعاملات المدنية والتجارية في ظل الاتجاهات التشريعية القديمة والحديثة متتبعين منهج الدراسات المقارنة وملتزمين – قدر الطاقة – موقفا محايدا بحكم التخصص، إذ جددنا مهمتنا بعرض تلك الاتجاهات وبيان موقف المشرع الكويتي منها في التشريعات السارية.

وبرجوعنا إلى النظم القانونية القديمة وجدنا أن قانون حمورابي قد شرع "الفائدة" في المعاملات التجارية، لكن لم ترد في الترجمة العربية لهذا القانون كلمة "ربا" وإنما اقتصرت على كلمة "فائدة"، كما لا تكشف نصوص هذا القانون عن أن المشرع قد قصد من القرض بفائدة إضفاء الشرعية على استغلال القوي للضعيف. هذا في حين تطالعنا كتب فقهاء القانون الوضعي بأن القوانين المصرية الفرعونية قد حظرت الربا وحالت دون استغلال الإنسان للإنسان. ثم جاء البعث الإسلامي لخير البشرية جمعاء في كل زمان ومكان فقطعت النصوص القرآنية الكريمة والآحاديث النبوية الشريفة بحظر الربا وأكل أموال الناس بالباطل.

بل حظرت الكنيسة في القرن الثاني عشر الميلادي القرض بفائدة باعتباره ضربا من ضروب الربا المحرم، وهو حظر لم يحظ باحترام اليهود الذين استمروا – آنذاك – في التعامل بالربا، كما تجاوز الرومان هذا الحظر بلجوئهم إلى فكرة القرض البحري وفكرة عقد التوصية الذي يجد أصله في قانون حمورابي وفي الشريعة الإسلامية الغراء، حيث عرفه فقهاء المسلمين بعقد المضاربة أو القرض.

وذاعت عمليات البنوك في العصر الوسيط والعصر الحديث واعتمدت على نظام الفائدة التي يقررها المتعاقدون للمقترض أو للمودع أو لكل دائن بمبلغ نقدي يمنح المدين أجلا للوفاء به. كما ظهرت أولى شركات المساهمة في أول

القرن السابع عشر الميلادي واطّردت في القرن الثامن عشر لتلبية حاجات الثورة الصناعية، وهي شركات درجت على إصدار السندات التي تمثل قروضا عامة في مقابل فوائد ثابتة تمنحها الشركات لأرباب السندات في آجال معينة.

وفي العصر الحديث تعتمد النظم القانونية المقارنة على "الفائدة" في المعاملات المدنية والتجارية، وهو الحال في نظم القانون الأنجلو – أمريكي والقانون الجرماني والقانون اللاتيني، تلك النظم التي تأثرت بها معظم التشريعات الحديثة في الدول العربية الإسلامية. لذا درج التعامل بالفائدة – في وقتنا الحاضر – سواء في القروض والبيوع التجارية، أو في عمليات البنوك، أو في الشركات بمناسبة تقديم الحصص النقدية للشركات أو إصدار سندات القرض، أو في الأوراق التجارية كالكمبيالات والسندات لأمر والشيكات.

١٠٠ – ولقد حاول المشرع الكويتي – جهد الطاقة – أن تكون التشريعات الكويتية التي صدرت في الدولة بعد الاستقلال منسجمة مع أحكام الشريعة الإسلامية فعدتها المادة الثانية من الدستور الكويتي مصدرا رئيسا للتشريع باعتبار أن دين الدولة هو الإسلام. ثم صدر القانون المدني الكويتي رقم ٦٧ لسنة ١٩٨٠ فاستبعد تطبيق مجلة الأحكام العدلية، ونصت المادة الأولى من هذا القانون على أن "تسري النصوص التشريعية على المسائل التي تتناولها هذه النصوص بمنطوقها أو بمفهومها. فإن لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى العرف. فإن لم يوجد عرف اجتهد القاضي رأيه مستهديا بأحكام الفقه الإسلامي الأكثر اتفاقا مع واقع البلاد ومصالحها".

ولقد حظر هذا القانون الفائدة في جميع المعاملات المدنية، سواء أكانت الفائدة تعويضية يقتضيها الدائن من المدين في مقابل انتفاع الأخير بالأجل، أم كانت الفائدة تأخيرية يتقاضاها الدائن من المدين تعويضا له عن تأخر المدين في الوفاء بالدين النقدي المعين المقدار المستحق الأداء في ميعاد استحقاقه. ويظهر ذلك من نص المادة ٣٠٥ مدني كويتي التي عدت "باطلا كل اتفاق على تقاضي فوائد مقابل الانتفاع بمبلغ من النقود أو مقابل التأخير في الوفاء

بالالتزام به" ثم استعاض المشرع عن الفوائد التأخيرية "بالتعويض" الذي يقرره القاضي وفقا للمادة ٣٠٦ مدني كويتي".

ويسري هذا الحظر على جميع المعاملات المدنية في الكويت، سواء أكانت قروضا أم بيوعا آجلة أم سواها، كما أكدت المادة ٥٤٧ مدني كويتي بطلان كل شرط يقضي بالاقتراض بفائدة دون مساس بعقد القرض ذاته.

١٠١ – أما القانون التجاري الكويتي رقم ٦٨ لسنة ١٩٨٠ فقد شرع الفائدة بنوعيها، التعويضية والتأخيرية، في المعاملات التجارية.

فلقد نصت المادة ١٠٢ تجاري كويتي على حق المقترض في اقتضاء فائدة تعويضية أو تأخيرية، سواء أكانت اتفاقية أم قانونية، في القرض التجاري، وعدت المادة ١٠١ تجاري كويتي القرض تجاريا إذا كان القصد منه صرف المبالغ المقترضة في أعمال تجارية. كذلك يظهر من جماع المواد من ١١٠– ١١٥ تجاري كويتي والمادة ١٣٤ تجاري كويتي إجازة المشرع الكويتي للفوائد بنوعيها في البيوع التجارية وغيرها من المعاملات التجارية، وهو ما تجري عليه الأعمال التجارية الوطنية والدولية في الواقع والقانون.

فالذي يظهر من المادة ١١٠ تجاري كويتي أن جميع المعاملات التجارية، التي يتخلف عنها التزام تجاري بمبلغ من النقود معلوم المقدار وقت نشوء الالتزام، ترتب للدائن فوائد تأخيرية متى تأخر المدين في الوفاء بهذا الالتزام سواء أكانت هذه الفوائد اتفاقية أم قانونية. ولقد ضربنا أمثلة لتطبيقات هذه الفوائد بمناسبة التأخر في الوفاء بثمن البيع أو بالحصص النقدية التي التزم الشركاء بتقديمها إلى الشركة – أيا كان شكلها أو الوفاء بالديون النقدية الناشئة عن عمليات البنوك، كالدوافع النقدية المصرفية والإقراض المصرفي والخصم وفتح الاعتماد والرصيد النهائي للحساب الجاري، وكذلك الديون النقدية الثابتة في الأوراق التجارية، وسندات القروض التي تصدرها شركات المساهمة.

١٠٢ – هذا عن الفوائد التأخيرية التي يجيزها قانون التجارة الكويتي في جميع المعاملات التجارية، أما عن الفوائد التعويضية ففضلاً عما قدمناه من أن

جماع المواد من ١١٠-١١٥ والمادة ١٣٤ تجاري كويتي تجيزها في جميع المعاملات التجارية – بما فيها عقد البيع التجاري – متى خلفت هذه المعاملات التزامات تجارية بالوفاء بمبلغ نقدي في أجل معين فإن عددا من نصوص قانون التجارة الكويتي يكشف صراحة عن جواز اقتضاء الدائن لتلك الفوائد.

من ذلك أن نص المادة ١٠٢ يقرر للدائن فائدة تعويضية عن الودائع النقدية المصرفية، حيث يعدها القانون (المادة ٧٣٢ مدني كويتي) والفقه قرضا تجاريا تجوز فيه الفوائد التعويضية، وكذلك الأمر بالنسبة للإقراض المصرفي متى قصد العميل المقترض صرف مبلغ القرض في أعمال تجارية. ومن ذلك أيضا نص المادتين ٣٧٨ و٣٧٩ تجاري كويتي اللتين تقرران للبنك فائدة تعويضية تقتطع من القيمة الاسمية للورقة التجارية المخصومة وتحتسب على أساس الوقت الذي ينقضي حتى تاريخ حلول ميعاد الاستحقاق. كما أن فقهاء القانون الوضعي قد كيفوا عقد فتح الاعتماد – بمعناه الواسع – على أنه قرض تجاري، ومن ثم يكون للبنك اقتضاء فوائد تعويضية عن المبالغ التي عجلها للعميل، وكذلك الأمر بالنسبة لخطابات الضمان المصرفية، حيث يقتضي البنك فوائد تعويضية عن المبالغ التي دفعها إلى المستفيد دون غطاء نقدي قدمه العميل الآمر بفتح الاعتماد.

١٠٣ – وتجيء المادة ١/٣٩٧ تجاري كويتي لتقرر جواز الاتفاق على استحقاق فوائد تعويضية عن المدفوعات في الحساب الجاري، ثم المادة ١/٣٩٧ تجاري كويتي لتقرر جواز احتساب فائدة على الفوائد في أثناء تشغيل هذا الحساب، وذلك بمناسبة القطع الدوري بشرط ألا يقع القطع قبل مضي ثلاثة أشهر، وهو وضع جائز أيضا طبقا للمادة ١١٥ تجاري كويتي، حيث استثنت من حظر تجميد الفوائد الحساب الجاري بسبب استقرار العرف المصرفي على هذا الحل.

وفي مجال الأوراق التجارية أجازت المادة ٤٠٩ تجاري كويتي صراحة اشتراط فائدة تعويضية عن المبلغ المذكور في الكمبيالة متى كانت مستحقة الأداء لدى الاطلاع عليها أو بعد مدة من الاطلاع عليها، وهو حكم يسري أيضا

على السند لأمر المستحق الأداء على الوجه نفسه، في حين حظرت المادة ٥١٨ تجاري كويتي صراحة اشتراط فائدة في الشيك، لأنه أداة وفاء فقط بعكس الكمبيالة أو السند لأمر، حيث يعد – في آن معا – أداة وفاء وائتمان. ووفقا لهذين النصين يعد شرط الفائدة باطلا باعتباره كأن لم يكن متى كان مذكورا في الكمبيالات والسندات لأمر الواجبة الوفاء بعد مدة من إنشائها أو في أجل معين أو كان مذكورا في الشيكات، وذلك دون مساس بصحة الورقة التجارية ذاتها.

وتكلمت عن الفوائد التعويضية والتأخيرية المشروعة في الأوراق التجارية المادتان ٤٨٢ و٤٨٣ تجاري كويتي، حيث أجازتا لحامل الورقة التجارية، ولكل من أوفي إليه بقيمتها وفوائدها، اقتضاء هذه الفوائد من المدين الصرفي، هذا فضلاً عن أن المشرع التجاري الكويتي لم يمنع ساحب الورقة التجارية من إضافة الفوائد التعويضية إلى أصل المبلغ، سواء في الكمبيالة أو في السندات لأمر أو في الشيكات، وهو حل أقرته محكمة التمييز الكويتية، كما أقرته النظم القانونية المقارنة والمعاهدات الدولية بشأن الأوراق التجارية.

وتناول قانون الشركات الكويتي رقم ١٥ لسنة ١٩٦٠ الفوائد التعويضية عن سندات القرض التي تصدرها شركات المساهمة الكويتية فشرعها في المادة ١١٧ وفرض رقابة حملة السندات على قرارات الشركة بتخفيضها في المادة ١٢٧.

كما تقرر المادة ١١٠ تجاري كويتي حق حملة السندات في اقتضاء فوائد تأخيرية من الشركة إذا تأخرت عن الوفاء بقيمة السندات وفوائدها التعويضية في الآجال التي تضمنتها نشرة الاكتتاب في السندات.

١٠٣ – هذا هو موقف المشرع الكويتي من الفوائد في المعاملات المدنية والتجارية، وتتضمن هذه الدراسة تفاصيل تنظيم المشرع الكويتي للفوائد التعويضية والتأخيرية في المعاملات التجارية، سواء فيما يتعلق بسعر الفائدة الاتفاقية أو القانونية، ومدى جواز استقلال العمولة التي يقتضيها الدائن عن الفائدة، وحكم تجاوزهما الحد الأقصى المقرر قانونا للفوائد المشروعة، وسريان

الفائدة، وشرط الضرر، ومدى جواز المطالبة بتعويض تكميلي يضاف إلى الفوائد التأخيرية، ومدى جواز احتساب فائدة على مجموع الفوائد، ونكتفي هنا بالإحالة إلى تفاصيل هذه المسائل.

ويبقى السؤال قائما حول إذا ما كانت هذه الفوائد من قبيل الربا التي تحظره الشريعة الإسلامية الغراء، وهو سؤال نترك الإجابة عنه لفقهاء الشريعة الإسلامية العالمين بأصولها والمدركين لأهدافها السامية وغايتها الخاصة، فهم أهل الاختصاص بسبر أغوار الأحكام الشرعية الإسلامية واكتشاف كنوزها التي تعج بالأحكام الصالحة لكل زمان ومكان. وإذا كان لنا كلمة في هذا الموضوع فهي أنه يتعين على المجتهد الذي يتصدى له إدراك الظروف الاقتصادية والتجارية المعاصرة، وتقدير مصالح العباد، والوصول إلى الحلول التي تناسب مقتضيات العصر بما لا يتعارض مع الأصول الشرعية الإسلامية الحقة ؛ ونحن نعلم أن من اجتهد وأخطا فله أجر، ومن اجتهد وأصاب فله أجران، كما نعلم أن اختلاف المذاهب الإسلامية رحمة بالعباد، لأنه كفيل بالوصول إلى الحل الأكثر استجابة لمصالحهم في ظل جماع الأحكام الشرعية الإسلامية الغراء.

وهكذا اختلف فقهاء المسلمين حول موضوع الفوائد في المعاملات، فمنهم من حظرها مطلقا إلا في أحوال الضرورة ولم يجزها حتى في القروض الإنتاجية أو معاملات البنوك باعتبارها من الربا المحظور شرعا، ومنهم من أجازها في تلك القروض والمعاملات باعتبارها ضرورة من جهة أو لبعدها عن الربا من جهة أخرى. ونسأل الله أن يلهمنا الصواب ويهدينا إلى الرشد، إنه سميع مجيب الدعاء.

قائمة بأهم المراجع

(أولا) المراجع العربية

١ – إبراهيم الدسوقي أبوالليل: البيع بالتقسيط والبيوع التجارية الأخرى، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٨٤.

٢ – أبو البركات أحمد بن أحمد الدردير: الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، الجزء الثالث، دار المعارف بمصر، ١٣٩٣هـ.

٣ – أبوزيد رضوان: * دروس في القانون، كلية الحقوق، جامعة الكويت (على الآلة الناسخة) من دون سنة نشر.

* الشركات التجارية في القانون الكويتي المقارن، دار الفكر العربي، القاهرة.

* شركات المساهمة والقطاع العام، دار الفكر العربي، القاهرة ١٩٨٣.

٤ – أحمد جامع (و) صفوت عبدالسلام: علم الاقتصاد، دار الثقافة الجامعية، القاهرة، من دون سنة نشر.

٥ – أحمد شرف الدين: مدى شرعية الفوائد التأخيرية ودستورية نصوصها التشريعية، مجلة الحقوق والشريعة، جامعة الكويت، السنة الرابعة، العدد الأول، يناير ١٩٨٠.

٦ – أكثم أمين الخولي: الموجز في القانون التجاري، الجزء الأول، مكتبة سيد عبدالله وهبة، القاهرة، ١٩٧٠.

٧ – السيد علي المغازي (و) محمود طه بدوي: دروس في القانون التجاري، دار الفكر العربي، القاهرة، من دون سنة نشر.

٨ – ثروت حبيب: * دروس في القانون التجاري، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٧٧.

* دروس في قانون التجارة الدولية، القاهرة، ١٩٧٥.

٩ – ثروت عبدالرحيم: القانون التجاري المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٨.

١٠ – حسام الدين الأهواني: عقد البيع في القانون المدني الكويتي، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٨٩.

١١ – حسني المصري: * عمليات البنوك في القانون الكويتي، دار الكتاب، الكويت، ١٩٩٣.

* الأوراق التجارية في القانون الكويتي، لجنة التأليف، كلية الحقوق، جامعة الكويت، ١٩٩٣.

* القانون التجاري الكويتي، دار الكتاب، الكويت، ١٩٩٢.

* العقود التجارية في القانون الكويتي، دار الكتاب، الكويت، ١٩٨٩.

* شركات الاستثمار، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨١.

١٢ – رفعت فخري: دروس في عمليات البنوك، القاهرة، ١٩٩٠ – ١٩٩١

١٣ – سلمان دعيج الصباح: مقدمة القانون المدني الكويتي رقم ٦٧ لسنة ١٩٨٠، لجنة تطوير التشريعات، مجلس الوزراء.

١٤ – سميحة القليوبي: * الشركات التجارية، الجزء الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٢.

* الشركات التجارية، الجزء الثاني، دار النهضة العربية، ١٩٩٣.

١٥ – طعمة الشمري: قانون الشركات التجارية الكويتي، الطبعة الثانية، الكويت، ١٩٨٧.

١٦ – عبدالحفيظ عبدالله: مبادىء الاقتصاد، لجنة التأليف، كلية الحقوق، جامعة الكويت، ١٩٩٣.

١٧ – عبدالرزاق الشايجي: تطبيق الشريعة الإسلامية بين العهد القديم والواقع الجديد، جريدة الوطن، الأحد ٣١ أكتوبر ١٩٩٣، العدد ٦٣٦٨–٨١٤ – ص١١.

١٨ – عبدالعظيم شرف الدين: عقد المضاربة بين الشريعة والقانون، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، ١٩٧٤.

١٩ – عبدالفتاح عبدالباقي: نظرية القانون، الطبعة الرابعة، مكتبة القاهرة الحديثة، ١٩٦٥.

٢٠ – عبدالهادي النجار: نحو منهج علمي للبحث في الاقتصاد الإسلامي، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، السنة ٨، العدد الثالث، سبتمبر ١٩٨٤.

٢١ – عثمان عبدالملك الصالح: النظام الدستوري والمؤسسات السياسية في الكويت، الجزء الأول، الكويت، ١٩٨٩.

٢٢ – عزيز عبدالأمير العكيلي: شرح قانون التجارة الكويتي، الجزء الأول، الكويت، ١٩٨٨.

٢٣ – علي الزيني: أصول القانون التجاري، الجزء الأول، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة، ١٩٤٥.

٢٤ – علي جمال الدين عوض: * عمليات البنوك من الوجهة القانونية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٧.

* القانون التجاري، دار النهضة العربية، القاهرة، من دون سنة نشر.

٢٥ – علي جمال الدين عوض (و): محمود سمير الشرقاوي، الوجيز في القانون التجاري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٥.

٢٦ – على حسن يونس: * القانون التجاري، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٩.

* الشركات التجارية، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٦٠.

٢٧ – غريب الجمال: المصارف وبيوت التمويل الإسلامية، دار الشروق، جدة.

٢٨ – قاسم الوتيدي: الورقة التجارية كنموذج للحوالة في الشريعة والقانون، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، العدد الثاني، ١٩٨٤.

٢٩ – محسن شفيق: * البيع الدولي للمنقولات المادية، دراسة في قانون التجارة الدولية (على الآلة الناسخة)، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٧٢.

* الوسيط في القانون التجاري، القاهرة، ١٩٥١.

٣٠ – محمد باقر الصدر: البنك اللاربوي في الإسلام، دار المعارف للمطبوعات، بيروت.

٣١ – محمد حسن عباس: القانون التجاري (عمليات البنوك والعقود التجارية)، كلية الحقوق، جامعة الكويت، (على الآلة الناسخة)، ١٩٧٦ – ١٩٧٧.

٣٢ – محمد صالح: شرح القانون التجاري المصري، الجزء الأول، الطبعة الرابعة، القاهرة، ١٩٣٨.

٣٣ – محمد مزيد العريني: الأعمال المختلطة بين القانون التجاري والقانون المدني، مجلة المحامي، الكويت، السنة ١١، أعداد يوليو وأغسطس وسبتمبر ١٩٨٨.

٣٤ – محمود رشود الحمود: مجموعة التشريعات الكويتية، مجلس الوزراء، إدارة الفتوى والتشريع.

٣٥ – محمود سلام زناتي: قانون حمورابي، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، العدد الأول، السنة ١٣، يناير ١٩٧١.

٣٦ – محمود سمير الشرقاوي: الشركات التجارية في القانون المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٠.

٣٧ – محمود محمد طنطاوي: القروض المصرفية في ضوء الشريعة الإسلامية، مجلة الحقوق والشريعة، جامعة الكويت، السنة الأولى، العدد الأول، يناير ١٩٧٧.

٣٨ – مصطفى كمال طه: الوجيز في القانون التجاري، المكتب المصري الحديث، الإسكندرية، ١٩٧١.

(ثانيا) المراجع الأجنبية

أ) مراجع فرنسيـة:

1) AL - Alfy (M.): Principes fondamentaux de droit civil Musulman, Journal of law,Kuwait University,Vol.8,no.4,December 1984.

2) Bavdrillart (P.): L'autonomie,du droit commercial, Bruxelles,1960.

3) Escarra (J.): cours de droit commercial, sirey, Paris ,1952.

   * Principes de droit commercial, sirey,Paris,1934.

4) Guyenot (J.): Cours de droit commercial, Vol.2,L.J.N.A.,- Paris,1977.

5) Hamel (G.): Cours de droit commercial, les cours de droit, Paris, 1950.

6) Hamel (G.), Lagarde (G.)et Jauffret (A.): Droit commercial, vol.1,2,Dalloz, Paris,1980.

7) Hamonic (G.): Cours de droit commercial, l-G.D.J.,Paris ,1969.

8) Hubrechf (G.) et couret (A.): Droit commercial , Notions Essentialles, Sirey , Paris, 1986.

9) Huglart (M.) et Ippolito (B.): Droit commercial,Paris, 1974.

10) Lacour (l.) et Bouteron (s.): Paris de droit commercial, 3 édition,Vpl.2,Paris, 1925.

11) Lyon - Caen (C.H.) et Renault (l.): Traité elémentaire de droit commercial, l.G.D.J., Paris, 1927.

12) Mercadel (B.) et Janin (P.): Memento Pratigre des sacletes commerciales, Français Lefebvre, Paris , 1973.

13) Minost (E.): Une Méthode intérnationale d'exploitation, Thése, R.sirey,Paris,1917.

14) Molierac (J.): Les socletes d'investissemnt,Revue des socletes, 65 année, janvier - Mars , 1947.

15) Morandiere (J.) , Rodiere (R.) et Havin (R.): Droit commercial , vol 1, Dalloz.

16) Muller (M.E.): L' epargne des menages et le certificat d'investissement , Thèse, Paris,1964.

17) Ravel (R.): Les socletes d'investissement,Etude Juridique,Econo-miqve et Financiere,Recuil sirey , Paris,1955.

18) Ripert (G.): Traité elémentaire de droit commercial,7 ' édition, l.G.D.J.,Paris 1973.

19) Roblot (R.): les effets de commerce , sirey,Paris 1975.

20) Savatier (R.) et leloup (J.): Droit des affaires, edition Sirey , Paris , 1977.

21) Senn (J.): les socletes d'investissement en droit français et comparé, thése, Nancy 1956, L-G.D.J, Paris 1975.

22) Thaller (E.): Traité elémentaire de droit commercial, Par - J.Percerou,Paris,1916.

ب) مراجع إنكليزية:

23) Barker (D.): The modern law of Trust third edition , sweet and maxwell,London,1973.

24) Convention on the International Sale of Goods of 1980, United Nations, A - Conference - 97 - 98.

25) Convention on International Bills of Exchange and International Promissory Notes , United Nations,1989.

26) De wulf (c.): The trust and corresponding institution in the civil law, Bruxelles,1965.

27) Lowe (R.): commercial law, Fourth Edition, Sweet and Maxwell,- London,1973.