

مدى استحقاق البنوك التجارية فوائد قروض الأعمال المدنية في القانون الكويتي(*)

الدكتور/ جديع فهد الفيله الرشدي
دولة الكويت

ملخص:

يتناول هذا البحث - الموجز - بيان بعض ما ورد في الحكم المهم، الصادر من الدائرة التجارية الثالثة بتاريخ ١٦ يونيو ٢٠٠١م، في الطعن المقيد بالجدول رقم ٨٠٨ لسنة ٢٠٠٠م (تجاري ٣)، علماً بأن هذا الحكم حديث وغير منشور.

حيث يثير هذا الحكم المهم - وغيره - جدلاً فقهيًا محتدماً، حول مدى حظر القانون الكويتي أو إجازته للفائدة المصرفية عن القروض المدنية، وهذا الخلاف الفقهي القانوني يعود سببه إلى كون الفائدة على القروض المدنية في القانون المدني الكويتي باطلة، في حين أن الفائدة على القروض التجارية جائزة في قانون التجارة الكويتي، الأمر الذي يثير سؤالاً مهماً، وهو: ما موقف القانون الكويتي من الفائدة في الأعمال المختلطة؟ ولا سيما تلك المتعلقة بعمليات البنوك؟

وهذا البحث - الموجز - يحتوي على مقدمة للموضوع، وكذلك تبين وقائع الموضوع وأسباب الحكم ومنطوقه، فضلاً عن التعليق الملخص، الذي ينصب على نقطة واحدة مهمة، وهي: مدى جواز أخذ البنوك لفوائد عن القروض المدنية في القانون الكويتي، علماً بأن هذا البحث - المتواضع - يحتوي أيضاً على خاتمة له وقائمة بالمصادر.

(*) أجزى البحث بتاريخ ١٠/١٠/٢٠٠٥م.

مقدمة:

الحمد لله رب العالمين وأشهد أن لا إله إلا الله، وحده لا شريك له، له الملك، وله الحمد، يحيي ويميت، وهو حي قيوم لا يموت، بيده الخير وهو على كل شيء قدير، وأشهد أن محمداً عبده ورسوله، اللهم صل وسلم وبارك على نبينا محمد وآله أجمعين، ومن تبعه بإحسان إلى يوم الدين. أما بعد:

فخلاًفاً للعمليات المصرفية الغربية التي تعطي الفائدة^(١)، جاءت الشريعة الإسلامية الغراء، مقررة في أحكامها تحريم الفائدة عن الديون أياً كانت طبيعتها، وسواء كانت متعلقة بأعمال مدنية أو أعمال تجارية، حيث حرمت أحكام الشريعة الإسلامية الغراء تقاضي الفائدة هذه، ومنعت من تعاطيها، وأطلقت عليها مسمى "الربا"^(٢)، وهذا امتثالاً لأمر الله سبحانه وتعالى في كتابه العزيز، في قوله تعالى^(٣): ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾.

(١) J, Wadsley and G.A.Penn, Domestic Banking, London, Second Edition, Sweet and Maxwell, 2000, P. 254., E.p. Ellinger x E. Iomnicka, Modern Banking Law, Oxford university press, second Edition, 1996, p. 224, John Whittaker, interest — bearing currency, Oxford, Oxford Economic papers, Oxford university press, Volume (51), Number 3, July 1999, p. 476.

(٢) انظر د. محمود محمد الطنطاوي، القروض المصرفية في ضوء الشريعة الإسلامية، الكويت، مجلة الحقوق والشريعة، السنة الأولى، العدد الأول، يناير ١٩٧٧م، ص ٣٨، د. بدر جاسم اليعقوب، الشريعة الإسلامية مصدر القوانين، الكويت، مجلة المحامي-السنة الخامسة، أكتوبر ١٩٨٢م، ص ٣٧.

(٣) القرآن الكريم، سورة البقرة: الآية (٢٧٥)، وانظر للأهمية: تفسير الطبري جامع البيان عن تأويل آي القرآن لأبي جعفر محمد بن جرير الطبري - حققه وعلق حواشيه الشيخ محمود محمد شاكر، راجعه وخزج أحاديثه الشيخ أحمد محمد شاكر، الجزء السادس، القاهرة، الناشر دار المعارف بمصر، الطبعة الثانية، ١٩٧١م - ص ١٣، حيث يقول الإمام الطبري في تفسير الآية (٢٧٥) من سورة البقرة أنه يستفاد من تلك الآية المعاني الآتية وهي: "وأحل الله الأرباح في التجارة والشراء والبيع، وحرم الربا، يعني الزيادة التي يزيدها رب المال بسبب زيادته غريمه في الأجل وتأخير دينه. يقول الله عز وجل: فليست الزياتان اللتان إحداهما من وجه البيع، والأخرى من وجه =

وقوله تعالى^(١): ﴿يَمْحَقُ اللَّهُ الرِّبَا وَيُرِي الصَّدَقَاتِ وَاللَّهُ لَا يُحِبُّ كُلَّ كَفَّارٍ أَثِيمٍ﴾ (٢٧٧)،

وقوله جل شأنه^(٢): ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا إِن كُنْتُمْ مُؤْمِنِينَ﴾ (٢٧٨) فَإِنْ لَمْ تَفْعَلُوا فَأْذَنُوا بِحَرْبٍ مِنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ وَإِنْ تُبْتُمْ فَلَكُمْ رُءُوسُ أَمْوَالِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ (٢٧٩) وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ وَأَنْ تَصَدَّقُوا خَيْرٌ لَّكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ (٢٨٠) وَاتَّقُوا يَوْمًا تُرْجَعُونَ فِيهِ إِلَى اللَّهِ ثُمَّ تُوَفَّى كُلُّ نَفْسٍ مَا كَسَبَتْ وَهُمْ لَا يُظْلَمُونَ (٢٨١)، وقوله عز وجل^(٣): ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا الرِّبَا أَضْعَافًا مُّضَاعَفَةً وَاتَّقُوا اللَّهَ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ﴾ (٢٨٢).

ولقد وردت أحاديث نبوية شريفة تحذر من أكل الربا، نكتفي منها بما رواه الإمام البخاري في صحيحه - وغيره - عن أبي هريرة رضي الله تعالى عنه^(٤)،

= تأخير المال والزيادة في الأجل، سواء، وذلك أني حرمت إحدى الزيادتين - وهي التي من وجه تأخير المال وزيادة في الأجل - وأحللت الأخرى منهما، وهي التي من وجه الزيادة على رأس المال الذي ابتاع به البائع سلعته التي يبيعهها، فيستفضل فضلها، فقال الله عز وجل: ليست الزيادة من وجه البيع نظير الزيادة من وجه الربا لأنني أحللت البيع، وحرمت الربا، والأمر أمري والخلق خلقي، أقضي فيهم ما أشاء وأستعبدهم بما أريد، ليس لأحد منهم أن يعترض في حكمي، ولا أن يخالف أمري، وإنما عليهم طاعتي والتسليم لحكمي...".

(١) القرآن الكريم، سورة البقرة، الآية: (٢٧٦).

(٢) سورة البقرة، الآيات: ٢٧٨ - ٢٨١.

(٣) القرآن الكريم، سورة آل عمران، الآية: (١٣٠).

(٤) صحيح البخاري لأبي عبدالله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة البخاري رحمه الله تعالى، الجزء الثالث، القاهرة، دار ومطابع الشعب، لا يوجد تاريخ ولا رقم طبعة، ص ٧٧.

أن الرسول (ﷺ) قال: «ليأتين على الناس زمان لا يبالي المرء بما أخذ المال
أمن حلال أم من حرام».

وكذلك، روى البخاري عن سمرة بن جندب رضي الله عنه أنه قال^(١)، قال
النبي (ﷺ): «رأيت الليلة رجلين أتياني فأخرجاني إلى أرض مقدسة فانطلقنا
حتى أتينا على نهر من دم فيه رجل قائم، وعلى وسط النهر رجل بين يديه
حجارة، فأقبل الرجل الذي في النهر، فإذا أراد الرجل أن يخرج رمى الرجل
بحجر في فيه فردّه حيث كان، فجعل كلما جاء ليخرج رمى في فيه بحجر
فيرجع كما كان" فقلت ما هذا؟ فقال النبي (ﷺ): "الذي رأيته في النهر أكل الربا».

وانطلاقاً من هذه القاعدة الراسخة في الشريعة الإسلامية^(٢) الغراء، جاء
حظر تقاضي الفائدة على القروض أو مقابل الانتفاع بالنقود، وهذا في نص

(١) صحيح البخاري، المرجع السابق، ص ٧٧.

(٢) انظر في تحريم الربا المراجع الفقهية التالية:

الشيخ / محمد خاطر محمد الشيخ، جهاد في دفع بلوى الربا، الجزء الأول، القاهرة،
الناشر مطابع الأهرام التجارية، لا يوجد رقم وتاريخ طبعة، ص ٢٨، د. عطية عبدالحليم
صقر، الوديعة النقدية المصرفية في ميزان الشريعة الإسلامية، القاهرة، الناشر دار
الهدى، الطبعة الأولى، ١٩٩٢م، ص ١٩٦، د. يوسف القرضاوي، فوائد البنوك هي الربا
الحرام، بيروت، الناشر مؤسسة الرسالة، الطبعة الثانية، ١٩٩٦م، ص ٦٣، د. غريب
الجمال، المصارف وبيوت التمويل الإسلامية، جدة، الناشر دار الشروق للنشر، الطبعة
الأولى، ١٩٧٨م، ص ٤٨، د. يوسف قاسم، التعامل التجاري في ميزان الشريعة
الإسلامية، القاهرة، الطبعة الثانية، ١٩٩٢م، ص ١١٨، د. رفيق يونس المصري،
الجامع في أصول الربا، بيروت، دار القلم للنشر، الطبعة الأولى، ١٩٩١م، ص ٢٠٢،
الشيخ فيصل مولوي، الربا والفوائد والمصارف، بيروت، الناشر مؤسسة الريان
للطباعة، الطبعة الثانية، ١٩٩٦م، ص ٥٩، د. عمر عبدالعزيز المترك، الربا والمعاملات
المصرفية في نظر الشريعة الإسلامية، الرياض، الناشر دار العاصمة، الطبعة الثالثة،
١٩٩٧م، ص ١٨٢، علماً بأنها رسالة دكتوراه من كلية الشريعة والقانون من جامعة
الأزهر سنة ١٩٧٤م، د. جديع فهد الفيله الرشيدي، الودائع المصرفية في القانون =

المادة (٣٠٥) - من المرسوم بالقانون الكويتي رقم (٦٧) لسنة ١٩٨٠م، بإصدار القانون المدني^(١) - على النحو الآتي:

"١ - يقع باطلاً كل اتفاق على تقاضي فوائد مقابل الانتفاع بمبلغ من النقود أو مقابل التأخير في الوفاء بالالتزام به.

٢ - ويعتبر في حكم الفائدة كل منفعة أو عمولة أياً كان نوعها اشتراطها الدائن إذا ما ثبت أن ذلك لا يقابله خدمة حقيقية متناسبة يكون الدائن قد أداها فعلاً".
وتقول المذكرة الإيضاحية للمرسوم بالقانون الكويتي رقم (٦٧) لسنة ١٩٨٠م، الآتي:

"وقد سار المشروع على استبعاد نظام الفوائد، سواء كانت اتفاقية أو قانونية في مقابل انتفاع المدين بمبلغ من النقود أو جزاء التأخر في الوفاء بالنقود، في كل موضع يكون فيه محل الالتزام مبلغاً من النقود. وحتى لا يحمل

= المصري والكويتي والمقارن دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، القاهرة، الناشر دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٣م، ص٢٤٨، علماً بأنها رسالة دكتوراه في الحقوق من جامعة عين شمس سنة ٢٠٠٢م، نزال عقاب الهاجري، أحكام الفوائد الربوية في القانون الكويتي والشريعة الإسلامية، الكويت، لا يوجد ذكر للناشر، الطبعة الأولى، ٢٠٠٥م، ص٤٧، علماً بأنها رسالة ماجستير مقدمة إلى معهد البحوث والدراسات العربية بجامعة الدول العربية بالقاهرة، وتم مناقشتها حديثاً بتاريخ ٢٧/١٠/٢٠٠٤م، وكانت تحمل عنوان "أحكام الفوائد في القانون الكويتي بين الحظر والإجازة: دراسة مقارنة في القانونين المدني والتجاري"، د. محمود محمد الطنطاوي، المرجع السابق، ص٢٨، د. طعمة صعفك الشمري، الوضع القانوني للفوائد الربوية في القانون الكويتي، مجلة الحقوق، العدد الثالث، سبتمبر ١٩٩٤م، ص١٨٢، حيث يقول - بحق - في تعليقه على نص المادة (٣٠٥) مدني كويتي الآتي: "ويتبين من هذا النص التشريعي الصريح والواضح في تحريم تقاضي فوائد ربوية، أن التحريم هنا قد أتى بصفة عامة ومطلقة ولا يرد عليه أي استثناء".

(١) المرسوم بالقانون الكويتي رقم (٦٧) لسنة ١٩٨٠م، بإصدار القانون المدني، والمنشور في الجريدة الرسمية "الكويت اليوم"، العدد ١٣٣٥، الصادر بتاريخ ٥ يناير ١٩٨١م.

السكوت عن النص على الفوائد محمل تركها للاجتهاد أو في الأقل حتى لا يثور الشك حول مدى صحة الاتفاق على فائدة، رأي وضع نص المادة (٣٠٥) التي تقرر بطلان الاتفاق على الفائدة، ظاهرة كانت أو مستترة".

ومن نافلة القول، ما قرره المشرع الوضعي الكويتي من حظر الفوائد في القروض والمعاملات المدنية ولو كانت مستترة^(١) وهذا ما نراه جلياً في المادة (٥٤٧) من القانون المدني الكويتي - في الفصل الرابع منه والمسمى بـ القرض^(٢)، من الباب الأول من الكتاب الثاني - التي نصها الآتي:

"١- يكون الإقراض بغير فائدة، ويقع باطلاً كل شرط يقضي بخلاف ذلك دون مساس بعقد القرض ذاته.

٢ - ويعتبر في حكم الفائدة كل منفعة يشترطها المقرض".

وتقول المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي في شرحها لنص المادة (٥٤٧) الآتي:

"أباح الإسلام القرض على أساس التعاون والإخاء الإنساني، وتفريج الكرب والنوازل. وشدد النكير على المرابين وهددهم بأشد أنواع التهديد والوعيد. ولذلك حرم في الفقه الإسلامي أن يشترط في القرض أي شرط يجز"

(١) د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، تعويض الضرر في المسؤولية المدنية: دراسة تحليلية تأصيلية لتقدير التعويض، الكويت، الناشر جامعة الكويت، الطبعة الأولى، ١٩٩٥م، ص ٦٧٤، حيث يقول - بحق - إن: "المشرع الكويتي قد حظر الفوائد في مجال المعاملات المدنية التي ينطبق عليها القانون المدني، ولو كانت مستترة أو ضمنية"، ويقول أيضاً في هامش (١) من الصفحة ذاتها: "وتطبيقاً لهذا النص (نص الفقرة الثانية من المادة (٣٠٥) مدني كويتي) فقد اعتبر القضاء الكويتي أن فرض (٣٪) رسوم خدمات على المدين، هو من قبيل الفوائد المستترة المحظورة لعدم تقديم الدائن لخدمة حقيقية مقابل هذه الرسوم. انظر محكمة الاستئناف العليا (الكويتية)، ١٩/١٩٨٥م، حكم رقم ٧٧٦/١٩٨٤م تجاري".

(٢) د. حسني المصري، عمليات البنوك في القانون الكويتي، الكويت، الناشر مؤسسة دار الكتب، الطبعة الأولى، ١٩٩٣م، ص ٢١٣.

منفعة للمقرض، وإلا فسد العقد بمثل هذا الشرط. وقد حرص المشرع على التزام هذا الأصل، فنص في المادة (٥٤٧) على أن يكون الإقراض بغير فائدة وعلى بطلان كل شرط يقضي بخلاف ذلك، دون مساس بعقد القرض ذاته، ويعتبر في حكم الفائدة كل منفعة يشترطها المقرض، في أي صورة تكون..".

وحرى بالبيان في هذا المقام، أن المرسوم بالقانون الكويتي رقم (٦٨) لسنة ١٩٨٠م بإصدار قانون التجارة^(١)، قد أباح - من الناحية القانونية لا الشرعية - تقاضي الفائدة في القروض التجارية، وهذا ما نراه جلياً في نص المادة (١٠٢)، التي تنص على أن:

" ١ - للدائن 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٪)."

٢ - فإذا تضمن العقد اتفاقاً على سعر الفائدة، وتأخر المدين في الوفاء، احتسبت الفائدة التأخيرية على أساس السعر المتفق عليه."

وقد نصت المادة (١١٠) من ذات القانون، أنه: "إذا كان محل الالتزام التجاري مبلغاً من النقود وكان معلوم المقدار وقت نشوء الالتزام وتأخر المدين في الوفاء به، كان ملزماً أن يدفع للدائن على سبيل التعويض عن التأخير فوائد قانونية قدرها سبعة في المائة"، بل إن المادة (١١٢) جاءت بنص يعفي الدائن من إثبات ضرر لحقه من التأخير، حيث نصت على أنه: "لا يشترط لاستحقاق فوائد التأخير، قانونية كانت أو اتفاقية، أن يثبت الدائن أن ضرراً لحق من هذا التأخير".

وجملة القول، إن القانون المدني الكويتي قد حظر الفائدة على القروض، وهذا خلافاً للقانون المدني المصري الذي أجاز تقاضي الفائدة على القروض

(١) المرسوم بالقانون الكويتي رقم (٦٨) لسنة ١٩٨٠م، بإصدار قانون التجارة، بتاريخ ١٥ أكتوبر ١٩٨٠م، والمنشور في الجريدة الرسمية "الكويت اليوم"، السنة السابعة والعشرون، العدد ١٣٣٨، ص ١ وما بعدها.

المدنية، وهذا ما نراه ظاهراً في المادة (٥٤٢) مصري^(١)، التي تنص على أنه: "على المقترض أن يدفع الفوائد المتفق عليها، عند حلول مواعيد استحقاقها، فإذا لم يكن هناك اتفاق على فوائد، اعتبر القرض بغير أجر".

بيد أن قانون التجارة الكويتي - خلافاً للقانون المدني الكويتي^(٢) - قد أباح تقاضي الفائدة في القروض التجارية، - ووفق هذا النظر القانوني تم نظم نصوص قانون التجارة الإماراتي^(٣) والبحريني^(٤) - بل أعفى قانون التجارة الكويتي الدائن من إثبات الضرر لاستحقاق الفائدة، سواء كانت قانونية أم اتفاقية.

(١) تقابل هذه المادة النصوص العربية التالية: (٥٤١) مدني ليبي، (٥١٠) سوري (٦٩٢) عراقي، (٧٦٦) لبناني و (٤٣٩) سوداني، انظر المستشار/ معوض عبد التواب، المرجع في التعليق علي نصوص القانون المدني، الجزء الثاني، القاهرة، لا يوجد ذكر للناسر، الطبعة الخامسة، ٢٠٠٠م، ص ٨٨٤.

(٢) د. طعمة صعفك الشمري، مفارقات الكتاب الأول من القانون التجاري رقم ٦٨/١٩٨٠م، مجلة المحامي، السنة الخامسة، أغسطس ١٩٨٢م، ص ١٠، حيث يقول: "... كما أن المادة الثانية من الدستور الكويتي تنص على أن: "دين الدولة الإسلام والشرعية مصدر رئيسي للتشريع"، ولكن المشرع لم يراع اتفاق قانون التجارة لا مع الشريعة الإسلامية ولا مع الدستور الكويتي.. بل إنه استبعد الشريعة الإسلامية ولم يجعلها مصدراً من مصادر قانون التجارة"، د. أحمد شرف الدين، مدى شرعية الفوائد التأخيرية ودستورية نصوصها التشريعية، الكويت، مجلة الحقوق والشرعية، السنة الرابعة، العدد الأول، يناير ١٩٨٠م، ص ٢٠٣، حيث يقول - بحق - إن: "المشرع الكويتي لم يعمل بمقتضى قواعد الشرع في نطاق المعاملات التجارية..".

(٣) انظر قانون المعاملات التجارية الاتحادي رقم (١٨) لسنة ١٩٩٣م لدولة الإمارات العربية المتحدة، ولاسيما ما نصت عليه المواد (٧٦)، (٧٧) و(٨٨) منه.

(٤) انظر قانون التجارة البحرين رقم (٧) لسنة ١٩٨٧م، والمنشور في الجريدة الرسمية البحرينية في العدد (١٧٣٩) بتاريخ ٢٦ مارس ١٩٨٧م، وانظر ما نصت عليه المادة (٧٦) من القانون البحرين على أنه: "١- يعتبر قرضاً تجارياً كل قرض يعقده التاجر لشؤون تتعلق بأعماله التجارية...". وقرب هذا النظر أيضاً، القانون العماني للتجارة رقم (٥٥) لسنة ١٩٩٠م، الصادر بتاريخ ١١ يوليو ١٩٩٠م.

والسؤال الذي نلظنه وجيهاً، ونطرحه في هذا المقام، هو، أأستحق البنوك الفائدة على القروض المدنية أو المختلطة التي تمنحها لعملائها، على اعتبار أنها - أي البنوك - تمارس عملاً تجارياً، أم أنها لا تستحق هذه الفائدة لكون القرض الذي يأخذه العميل مخصصاً لأعمال مدنية، ومن ثم يسري حظر تقاضي الفائدة على الأعمال المدنية؟ أي ما موقف القانون الكويتي من الأعمال المختلطة التي تمارسها البنوك في معاملاتها مع غير العاملين في مجال التجارة؟

وتحسن الإشارة إلى أن قانون المعاملات التجارية الإماراتي رقم (١٨) لسنة ١٩٩٣م قد حسم هذه المسألة^(١) خلافاً لقانون التجارة الكويتي^(٢) في تعظيمه للأعمال والقروض المختلطة، الذي أأت أحكامه تحتل الخلاف الفقهي والقضائي في تفسيره لأحكام هذا القانون، وهذا ما سنحاول أن نتبينه من أسباب الحكم ومنطوقه والتعليق عليه، بإذن الله سبحانه وتعالى.

وعلى ضوء ما تقدم، فإننا سنتناول هذا الموضوع محل الحكم، أولاً، ببيان وقائع الموضوع وأسباب الحكم ومنطوقه، ثم سنقوم ثانياً، بالتعليق على هذا الحكم ومحاولة الإجابة عن هذا السؤال - المتقدم - المهم، وهذا عبر استقراء آراء الفقه وتحليل ما استقر في وجدان قضاء محكمة التمييز الكويتية في هذا الخصوص.

(١) انظر قانون المعاملات التجارية الاتحادي الإماراتي رقم (١٨) لسنة ١٩٩٣م، حيث نص في الفقرة الثالثة من المادة (٤٠٩) على أن: «يلتزم المقرض بسداد القرض وفوائده للمصرف في المواعيد والشروط المتفق عليها»، بل إن المادة (٤١٠) قد نصت على أنه: "يعتبر القرض المصرفي عملاً تجارياً أياً كانت صفة المقرض أو الغرض الذي خصص له هذا القرض".

(٢) تنص المادة (١٢) منه، على أنه: "إذا كان العقد تجارياً بالنسبة إلى أحد العاقلين دون الآخر، سرت أحكام قانون التجارة على التزامات العاقد الآخر الناشئة من هذا العقد، ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك"، وهذه المادة تضع قاعدة إسناد وإحالة لأحكام الأعمال المختلطة، وعليه، فإن هذه المادة تعتبر محور البحث وسبب الخلاف القضائي والفقهي في شأن حظر الفوائد عن الأعمال المختلطة أو إجازتها.

أولاً - وقائع الموضوع وأسباب الحكم ومنطوقه:

تقدم الطاعن ضد كل من:

- ١- البنك الأهلي الكويتي. ٢- البنك المركزي الكويتي. ٣- وزير المالية.
- في الطعن بالتمييز والمقيد بالجدول برقم ٨٠٨ لسنة ٢٠٠٠ م (تجاري ٣).

أ - وقائع الموضوع:

١ - أقام المطعون ضده الأول على الطاعن الدعوى رقم ٢٢٩٤ لسنة ١٩٩٧ م، تجاري - بعد رفض أمر الأداء - انتهى فيها إلى طلب الحكم بإلزامه بأن يؤدي إليه مبلغ (٥١,٥٨١,٢٦٢) ديناراً كويتياً، رصيد مدين حساب قرض منحه له، والفوائد التأخيرية بواقع ١١,٢٥٪ سنوياً اعتباراً من ٢٦/٩/١٩٩٧ م.

٢ - دفع الطاعن بعدم دستورية المادتين (١٠٢، ١١١) من قانون التجارة الكويتي رقم ٦٨ لسنة ١٩٨٠ م، بشأن الفوائد لمخالفتها أحكام الشريعة الإسلامية الغراء، وتقدم بالطعن ضد بنك الكويت المركزي ووزير المالية بصفتهم.

٣ - قامت المحكمة - أول درجة - بنذب خبير، وقام الأخير بتقديم تقرير، حكمت على أساسه برفض الدفع المبدى من الطاعن وبإلزامه بأداء المبلغ المطالب به والفوائد.

٤ - استأنف الطاعن بالاستئناف رقم ١٤١٨ لسنة ٢٠٠٠ م تجاري، وقضت محكمة الاستئناف بتأييد الحكم المستأنف.

٥ - طعن الطاعن في حكم محكمة الاستئناف بطريق التمييز، والمقيد بالجدول برقم ٨٠٨ لسنة ٢٠٠٠ م (تجاري ٣)، وقدمت النيابة العامة مذكرة أيدت فيها الرأي برفض الطعن، وإذ عرض الطعن على محكمة التمييز الكويتية في غرفة المشورة، فقامت بتحديد جلسة لنظره، وفيها التزمت النيابة العامة رأيها.

ب - أسباب الحكم ومنطوقه:

(١) أسباب الحكم:

قالت محكمة التمييز ٣٤ الكويتية في الطعن المقيد بالجدول برقم ٨٠٨ لسنة ٢٠٠٠م (تجاري ٣) والصادر بتاريخ ١٦/٦/٢٠٠١م، الآتي:

«... وحيث إن الطعن أقيم على سبب واحد ينعي به الطاعن على الحكم المطعون فيه الخطأ في تطبيق القانون، وفي بيان ذلك يقول، إن الحكم ألزمه بدفع فوائد تأخيرية عن القرض الذي اقترضه من البنك المطعون ضده الأول بمقولة إنه يخضع لأحكام قانون التجارة، في حين أن الثابت أن هذا القرض كان لترميم منزل ولم يكن لعمل تجاري وبالتالي، تسري عليه أحكام القانون المدني، التي توجب أن يكون الإقراض بغير فائدة، وتبطل كل اتفاق على خلاف ذلك مما يعيب الحكم ويستوجب تمييزه.

وحيث إن هذا النعي غير سديد، ذلك أن المقرر في قضاء هذه المحكمة أن القروض التي تمنحها البنوك في نطاق نشاطها المعتاد، تعد بنص المادة الخامسة من قانون التجارة عملاً تجارياً بطبيعته في جميع الأحوال لكونها من معاملات البنوك، سواء كان المقترض تاجراً أم لا، وسواء كان القصد منها صرف المبالغ في أعمال تجارية أو أعمال مدنية.

ولما كان ينحسر عن أعمال البنوك حظر استحقاق الفائدة، فإنه يحق للبنك المطعون ضده (الأول) الحصول على الفوائد التأخيرية، كلما توافرت موجبات استحقاقها، وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر، فإن النعي عليه بهذا السبب يكون على غير أساس.

وحيث إنه لما تقدم يتعين رفض الطعن..".

(٢) منطوق الحكم:

"لذلك، حكمت المحكمة: بقبول الطعن شكلاً وفي الموضوع برفضه وألزمت الطاعن المصروفات وعشرين ديناراً مقابل أتعاب المحاماة مع مصادرة الكفالة".

ثانياً - التعليق على الحكم:

يحسن التنويه ابتداءً، في مقدمة التعليق، بأن الحكم المذكور آنفاً، يحتوي على مادة قانونية كبيرة، منها، بيان أحكام القرض المدني والقرض المصرفي التجاري في القانون الكويتي، وكذلك، بحث مسألة إجازة الفوائد القانونية أو التأخيرية في قانون التجارة الكويتي ومخالفتها السافرة لأحكام الشريعة الإسلامية الغراء، وكذلك مصادرة محكمة التمييز الكويتية لمبلغ الكفالة المقدمة وغير ذلك.

وبناءً على ما تقدم، فإننا سنجعل تعليقنا - المتواضع - مقصوراً على بحث نقطة واحدة مهمة - كما أسلفنا سابقاً -، وهي:

تبيان موقف القانون الكويتي من فوائد قروض الأعمال المدنية التي تمارسها البنوك التجارية في معاملاتها، ومحاولة استقراء أحكام القضاء الكويتي في هذا الخصوص، وتعليق الفقه القانوني وآرائه حول هذه المسألة المهمة.

وعليه، فإننا سنقوم أولاً، بمحاولة استقراء بعض أحكام القضاء الكويتي وآراء الفقه القانوني حول الأعمال المختلطة التي تمارسها البنوك التجارية، ثم سنقوم ثانياً، بطرح نظرتنا الشخصية - المتواضعة - في هذا الخصوص، وهذا تأسيساً على فهمنا لنصوص القانون الكويتي وروحه، سواء كان مدنياً أم تجارياً، وذلك في معرض تعليقنا على الحكم موضوع البحث.

أولاً - استقراء بعض أحكام القضاء الكويتي وآراء الفقه القانوني حول فوائد قروض الأعمال المدنية التي تمارسها البنوك التجارية وفقاً للقانون الكويتي:

(أ) أحكام القضاء الكويتي بشأن الفوائد في الأعمال المختلطة:

لقد تنازع القضاء الكويتي في أحكامه، بشأن الفوائد في الأعمال المختلطة، اتجاهان، يذهب الأول إلى حظر استحقاق البنوك الفوائد الناجمة عن قروض

الأعمال المدنية، وهذا استناداً إلى كون الدين يعتبر مدنياً بالنسبة للمدين^(١)، في حين يذهب الاتجاه الثاني إلى ضرورة إخضاع هذه الأعمال المختلطة لقانون التجارة الكويتي، الأمر الذي يترتب عليه - عند هذا الاتجاه أو الرأي^(٢) - استحقاق البنك فوائد قروض الأعمال المدنية، ومن المعلوم أن الأعمال المختلطة، هي تلك الأعمال التي تعد تجارية لطرف ومدنية للآخر^(٣)،

ولقد ذهب بعض الفقه^(٤) إلى تعريف الأعمال المختلطة بأنها: "الأعمال التي تعد تجارية لطرف ومدنية لطرف آخر في عمل أو تصرف قانوني وفقاً للمعايير والمفاهيم التي أخذ بها القانون الكويتي"، ويعرّفها بعض الفقه^(٥) بقوله: "العمل المختلط هو -حسب المعيار الموضوعي- الذي يكون تجارياً بالنسبة

(١) د. طعمة صعفك الشمري، الوضع القانوني للفوائد الربوية في القانون الكويتي، المرجع السابق، ص ٢٠١ د. جديع فهد الفيله الرشدي، الدائع المصرفية في القانون المصري والكويتي، المرجع السابق، ص ٢٤٢، نزال عقاب الهاجري، المرجع السابق، ص ٢٩٩.

(٢) د. محمد زهرة، تعليق علي حكم محكمة الاستئناف العليا الكويتية في شأن القواعد الواجبة التطبيق علي الفوائد في القروض التجارية وغير التجارية، الكويت، مجلة الحقوق الكويتية، السنة الثانية عشرة، العدد الثاني، يونيو ١٩٨٨م، ص ١٣٦، د. محمد فريد العريني، الأعمال المختلطة بين القانون التجاري والقانون المدني، الكويت، مجلة المحامي، السنة الحادية عشرة، سبتمبر ١٩٨٨م، ص ١٢.

(٣) د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص ٦٧٨، د. أبو زيد رضوان(و) د. حسام عيسى (و) د. رضا السيد عبد الحميد، الوجيز في القانون التجاري، القاهرة، لا يوجد ذكر للناسر ولا لرقم الطبعة، ٢٠٠٠م، ص ٥٩، المستشار معوض عبد التواب، الموسوعة التجارية الشاملة، الجزء الأول، القاهرة، الناسر دار الفكر والقانون بالمنصورة، الطبعة الأولى، ٢٠٠٠م، ص ٧٢، المستشار محمد إبراهيم خليل، قانون التجارة الجديد معلقاً على نصوصه، القاهرة، لا يوجد ذكر للناسر، الطبعة الأولى، ٢٠٠٠م، ص ٣٤.

(٤) د. طعمة الشمري، الوضع القانوني، المرجع السابق، ص ١٩٧.

(٥) د. محمد زهرة، المرجع السابق، ص ١٢٣.

لطرف، ومدنياً بالنسبة للطرف الآخر، أو هو -حسب المعيار الشخصي- العمل الذي يقع بين طرفين؛ أحدهما تاجر والآخر غير تاجر".

من أحكام القضاء الكويتي في حظر استحقاق البنوك الفوائد في الأعمال المختلطة:

ما قضت به محكمة الاستئناف الكويتية في جلستها بتاريخ ٢٠ فبراير ١٩٨٨م^(١)، بالآتي:

".. كان المقرر قانوناً أن القانون المدني حرم تقاضي الفائدة على القرض المدني، وجعل باطلاً كل شرط يقضي بخلافه على ما قررته المادتان (١/٣٠٥) و(١/٥٤٧) مدني... وكان الظاهر من أوراق الدعوى أن المدين موظف في وزارة الكهرباء، وأن الدفعات التي كان يوردها للبنك (سداد القرض البنكي المستحق عليه) كانت من راتبه.. وكان من المقرر قانوناً أن يكون القرض تجارياً إذا كان القصد منه صرف المبالغ المقترضة في أعمال تجارية (المادة ١٠١ تجاري كويتي). 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 (في إثبات كون القرض تجارياً للعميل).. لذلك حكمت المحكمة بقبول الاستئناف شكلاً وبرفضه موضوعاً وبتأييد الحكم المستأنف".

من أحكام القضاء الكويتي في إباحة استحقاق البنوك الفوائد في الأعمال المختلطة:

ما قضت به محكمة التمييز الكويتية - في الحكم محل التعليق بتاريخ ١٦ يونيو ٢٠٠١م - بقولها:

(١) حكم استئناف كويتي في القضية رقم ٨٧/٣٠١، وهو حكم غير منشور، مشار إليه في: د. محمد فريد العريني، المرجع السابق، ص ٦٤ وما بعدها.

"... القروض التي تمنحها البنوك في نطاق نشاطها المعتاد، تعد بنص المادة الخامسة من قانون التجارة عملاً تجارياً بطبيعته في جميع الأحوال، لكونها من معاملات البنوك، سواء كان المقرض تاجراً أم لا، وسواء كان القصد منها صرف المبالغ في أعمال تجارية أو أعمال مدنية...".

(ب) محاولة حصر آراء الفقه القانوني حول الأعمال المختلطة في القانون الكويتي:

ترتب على هذين الاتجاهين السابقين في أحكام القضاء الكويتي، تباين في آراء الفقه القانوني الشارح لنصوص القانون الكويتي إلى مذهبين متعارضين، بيد أن هناك رأياً ثالثاً - وهو حديث - في هذا الخصوص، وهذه الآراء هي:

الرأي الأول:

يرى أصحاب هذا الرأي أن المشرع الكويتي، قد أخضع الأعمال المختلطة إلى أحكام قانون التجارة^(١)، وهذا استناداً لما نصت عليه المادة (١٢) من قانون التجارة الكويتي رقم (٦٨) لسنة ١٩٨٠م، التي تنص على أنه: "إذا كان العقد تجارياً بالنسبة إلى أحد العاقدين دون الآخر، سرت أحكام قانون التجارة على التزامات العاقد الآخر الناشئة من هذا العقد، ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك"، علماً بأن من هذا الاتجاه الفقهي من يجعل تفسير عبارة "ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك" مقصورة على النصوص الواردة في قانون التجارة وليس في قانون آخر.

ولقد انتقد هذا الرأي من عدة وجوه، الأول منها، أن المادة (١٢) قاعدة إسناد تحيل على الأحكام الموضوعية في قانون التجارة، وعليه، ذهب بعض

(١) د. محمد زهرة، المرجع السابق، ص ١٣٢، د. محمد فريد العريني، المرجع السابق، ص ٧٥ وما بعدها. ويؤيد هذا النظر أيضاً د. جمال فاخر النكاس، حماية المستهلك وأثرها على النظرية العامة للعقد في القانون الكويتي، الكويت، مجلة الحقوق الصادرة عن جامعة الكويت، السنة الثالثة عشرة، العدد الثاني، يونيو ١٩٨٩م، ص ٩٠، هامش (٦٤).

الفقه^(١) - بحق - إلى: "أن قانون التجارة الكويتي الذي تخضع الأعمال المختلطة لأحكامه، لا يجيز الفائدة إلا بالنسبة للقرض التجاري، والقرض لا يكون تجارياً وفقاً للمادة (١٠١) من القانون المذكور، إلا إذا كان القصد منه صرف المبالغ المقرضة في أعمال تجارية، وهذا لا يحدث بالنسبة للأعمال المختلطة، فتستبعد من نطاق الفوائد لعدم توافر شروط إعمالها"، هذا فضلاً عن وجود قاعدة إسناد أخرى تتمثل في المادة (٩٦) من قانون التجارة، التي تنص على أنه: "فيما عدا ما نص عليه في هذا الكتاب تسري على الالتزامات والعقود التجارية الأحكام المنصوص عليها في القانون المدني".

وبناءً على هذا النص ذهب بعض الفقه^(٢) إلى أن: "... المادة (٩٦) من قانون التجارة، التي تحيل على أحكام القانون المدني في شأن الالتزامات والعقود التجارية عند عدم وجود نص في هذا الشأن في قانون التجارة، أي أنها تجعل النص التشريعي المدني سابقاً على العرف التجاري في ترتيب مصادر قانون التجارة... ولذلك إذا كان لا يجوز للدائن بدين تجاري أن يتقاضى فوائد ربوية من مدينه إذا كان الدين من طبيعة مدنية بالنسبة لهذا المدين، فإن مصدر المنع هو أحكام قانون التجارة نفسه"، ناهيك عن كون المادة (١٢) هي قاعدة إسناد وليست قاعدة موضوعية، وهي في الوقت ذاته تحيل على القواعد الموضوعية واجبة التطبيق على الأعمال المختلطة، وعليه، ذهب بعض الباحثين^(٣) - بحق - إلى أن: "قاعدة الإسناد المنصوص عليها في المادة (١٢) تجاري إذا ما تعلق الأمر بالفوائد هي أحكام نص المادة (١٠٢) تجاري"، علماً بأن المادة (١٠٢) تنص على أنه: "١- للدائن الحق في اقتضاء فائدة في القرض التجاري...."، وعليه، ذهب بعض الفقه^(٤) - بحق - إلى أنه: "... تبدو

(١) د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص ٦٧٩.

(٢) د. طعمة الشمري، الوضع القانوني، المرجع السابق، ص ٢١١، ٢١٢.

(٣) نزال عقاب الهاجري، المرجع السابق، ص ٣١١.

(٤) د. حسني المصري، المرجع السابق، ص ٢١٥، د. جديع فهد الفيله الرشيد، المرجع

السابق، ص ٢٤٢.

أهمية نص المادة (١٢) تجاري كويتي المشار إليها في إخضاع التزامات العميل الذي يعتبر القرض مدنياً بالنسبة له لأحكام قانون التجارة التي لا تتعارض مع الطبيعة المدنية للقرض".

الرأي الثاني:

ذهب هذا الرأي إلى أن تطبيق الأحكام الواردة في قانون التجارة الكويتي على قروض الأعمال المختلطة، مقصور ومقيد فيما نصت عليه المادة (١٠١) من القانون، وهو أن يكون القرض تجارياً، وبناءً عليه، يجوز اقتضاء فائدة عليه، إذا كان القصد من مبلغ القرض صرفه في أعمال تجارية^(١)، أما إذا كان القصد منه أعمالاً مدنية، فإن القرض لا يكون تجارياً بالنسبة للمدين، ومن ثم لا يخضع للفوائد التجارية، ويقع باطلاً كل اتفاق على استحقاق الفوائد إعمالاً لنص المادة (١/٥٤٧) مدني كويتي، وهذا دون المساس بعقد القرض ذاته، وأعتقد أن هذا الرأي هو الذي تؤدي إليه نصوص القانون الكويتي.

الرأي الثالث:

ذهب بعض الفقه الكويتي^(٢) إلى أن هناك نقصاً تشريعياً - يظنه موجوداً - بشأن ما اصطلح على تسميته، القرض الاستهلاكي^(٣)، وهو في حقيقته

(١) د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص ٢١٥ د. طعمة صغفك الشمري، المرجع السابق، ص ٢١٣، د. حسني المصري، المرجع السابق، ص ٢١٤، د. جديع فهد الفيله الرشيد، المرجع السابق، ص ٢٤١، نزال عقاب الهاجري، المرجع السابق، ص ٣١٦.

(٢) د. جمال فاخر النكاس، حماية المستهلك وأثرها على النظرية العامة للعقد في القانون الكويتي، المرجع السابق، ص ٥٣ وما بعدها.

(٣) ورد تعريف القرض الاستهلاكي في قرار البنك المركزي الكويتي الصادر بتاريخ ٢٠ أبريل ١٩٩٦م، بأنه: يقصد بالقرض الاستهلاكي: "القرض الذي يقدم للعميل بغرض تمويل شراء احتياجاته الشخصية من السلع الاستهلاكية والمعمرة أو لتغطية نفقات التعليم أو العلاج، ويتم سداؤه على أقساط شهرية" علماً بأن الحد الأقصى للقرض الاستهلاكي، وفقاً لهذا القرار، عشرة آلاف دينار كويتي.

يعتبر - وفقاً للتعريف الوارد في قرار البنك المركزي الكويتي - قرضاً مدنياً وليس قرضاً تجارياً قولاً واحداً بلا خلاف يعتد به.

وعليه ذهب الفقه المتقدم^(١) - بمناسبة تعليقه على الحكم الابتدائي الكويتي وتأنيده - إلى أنه يجب - في نظره - إعمال التفسير الموسع لكلمة "نص" الواردة في المادة ١٢ من قانون التجارة الكويتي لتشمل^(٢):

"كل عمل قانوني يحوي قواعد قانونية عامة ومجردة، بما في ذلك اللوائح الإدارية التي تصدر في هيئة قرارات تنظيمية، ومن بينها قرار البنك المركزي لسنة ١٩٩٦م...، حتى وإن كان نصاً قانونياً دون مستوى التشريع العادي، طالما اتجهت إرادة المشرع لذلك، فلا نرى غشاضة في الاعتراف بذلك في خصوص قرار بنك الكويت المركزي لسنة ١٩٩٦م، المنظم للقرض الاستهلاكي، وذلك بإعمال التفسير الموسع لكلمة "نص" الواردة في المادة ١٢ من قانون التجارة، وبالاستناد إلى نص المادة ٧٣ من قانون البنك المركزي رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٨م، وهو القانون المكمل لقانون التجارة، الذي يخول للبنك المركزي صلاحية تنظيم القرض الاستهلاكي".

وحقيقة الأمر، أننا لا نوافق الفقه المتقدم - ولا الحكم الابتدائي الكويتي الذي علق عليه - في التفسير الذي يدعوا إليه، بشأن المادة ١٢ من قانون التجارة الكويتي رقم ٦٨ لسنة ١٩٨٠م؛ وذلك أن القانون المكمل لقانون التجارة الكويتي - عند خلو نصوصه - هو القانون المدني الكويتي، وهذا ما قرره المادة الثانية من قانون التجارة الكويتي، التي نصت على أنه: "مع مراعاة ما نص عليه في المادة ٩٦ تسري على المسائل التجارية قواعد العرف التجاري

(١) د. جمال فاخر النكاس، معضلة الفوائد على القروض الاستهلاكية في القانون الكويتي بمناسبة الحكم الابتدائي رقم ٩٩/١٦٦٦، الصادر بتاريخ ١١/٢٢/١٩٩٩م (دائرة تجاري ومدني جزئي ٣١)، القاهرة، مجلة القانون والاقتصاد الصادرة عن كلية الحقوق من جامعة القاهرة، العدد الثاني والسبعون، ٢٠٠٢م، ص ٣٠.

(٢) د. جمال فاخر النكاس، معضلة الفوائد على القروض الاستهلاكية، المرجع السابق، ص ٣٤ و ٣٥.

فيما لم يرد بشأنه نص في هذا القانون....."، وكذلك ما قرره المادة ٩٦ من قانون التجارة الكويتي، التي نصت على أنه: "فيما عدا ما نص عليه في هذا الكتاب تسري على الالتزامات والعقود التجارية الأحكام المنصوص عليها في القانون المدني"، وعليه، فإنه يظهر لنا بجلاء أن القانون المكمل لقانون التجارة الكويتي - عند خلو نصوصه - هو القانون المدني وليس قانون البنك المركزي الكويتي رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٨م^(١).

وباستقراء نصوص القانون الكويتي رقم (٣٢) لسنة ١٩٦٨م، بشأن النقد وبنك الكويت المركزي وتنظيم المهنة المصرفية، وجدنا أن المادة (٧٣) منه، نصت على أنه:

"يجوز لمجلس إدارة البنك المركزي بعد موافقة وزير المالية:

١ - أن يحدد للبنوك الحد الأقصى لقيمة عمليات الخصم أو القروض أو غيرها من العمليات المصرفية....

٢ - أن يعين للبنوك: أ.....

ب - الحد الأقصى الجائز إقراضه لشخص واحد طبيعياً كان أم اعتبارياً".

ومن المعلوم، أن إلغاء القرض في الأعمال المدنية قد تم تنظيم أحكامه في القانون المدني الكويتي رقم (٦٧) لسنة ١٩٨٠، الذي جاء لاحقاً على القانون رقم (٣٢) لسنة ١٩٦٨م في شأن النقد وبنك الكويت المركزي وتنظيم المهنة المصرفية، ومن ثم، فإننا نكون بصدد تنظيم جديد للموضوع الذي سبق أن قرر قواعده تشريع سابق أو تقييد له على الأقل، وفي هذا المعنى نصت المادة الثانية من التقنين المدني المصري على أنه: "لا يجوز إلغاء نص تشريعي إلا

(١) القانون الكويتي رقم (٣٢) لسنة ١٩٦٨م في شأن النقد وبنك الكويت المركزي وتنظيم المهنة المصرفية، الصادر بتاريخ ٣٠ يونيو ١٩٦٨م، الذي عدلت بعض أحكامه في القانون رقم (١٣٠) لسنة ١٩٧٧م، الصادر في ٢٥/١٠/١٩٧٧م، والمنشور في الجريدة الرسمية "الكويت اليوم"، العدد رقم ١١٦٤ بتاريخ ٣٠ أكتوبر ١٩٧٧م.

بتشريع لاحق ينص صراحة على هذا الإلغاء، أو يشتمل على نص يتعارض مع نص التشريع القديم أو ينظم من جديد الموضوع الذي سبق أن قرر قواعده ذلك التشريع"، وهذا ما أكدته أيضاً المادة الثانية من القانون المدني الكويتي رقم (٦٧) لسنة ١٩٨٠، التي تنص على أنه:

"١ - لا يلغى تشريع إلا بتشريع لاحق ينص صراحة على إلغائه أو يتضمن حكماً يتعارض معه.

٢ - إذا صدر تشريع ينظم من جديد موضوعاً كان ينظمه تشريع سابق، ألغى كل ما أورده هذا التشريع من أحكام".

وعليه، فإن الإلغاء التشريعي إما أن يكون كاملاً أو جزئياً، وإما أن يكون صريحاً أو ضمناً، وهو أن يصدر تشريع حديث متضمناً أحكاماً متعارضة أو مقيدة لأحكام تشريع سابق^(١).

وبناء على ما تقدم، فإن أحكام القرض في الأعمال المدنية قد تم تنظيمها لاحقاً - على قانون البنك المركزي - في القانون المدني الكويتي رقم ٦٧ لسنة ١٩٨٠، الذي يعتبر وفقاً لنص المادة (٩٦) من قانون التجارة الكويتي مكملاً لقانون التجارة، التي نصت على أنه "فيما عدا ما نص عليه هذا الكتاب تسري على الالتزامات والعقود التجارية الأحكام المنصوص عليها في القانون المدني"، ومن ثم يجب - في نظري الشخصي ولصريح نص القانون - تفسير المادة (٧٣) من قانون البنك المركزي الكويتي، بكونها تنصرف إلى تنظيم قروض الأعمال التجارية التي تمارسها البنوك في معاملاتها، وعليه، فلا يصح بحال

(١) انظر لمزيد من التعمق والبيان: د. حسن كيره، المدخل إلى القانون، الإسكندرية، منشأة المعارف، لا يوجد ذكر لرقم الطبعة، ٢٠٠٠م، ص ٣٣٣ وما بعدها، د. سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، الإسكندرية، الناشر منشأة المعارف، لا يوجد ذكر لرقم الطبعة، ١٩٩٩م، ص ٤١٦، د. جديع فهد الفيله الرشيد، الودائع المصرفية في القانون المصري والكويتي، المرجع السابق، ص ٢١٧ وما بعدها.

القول: إن ما ورد في نص المادة (١٢) من قانون التجارة الكويتي لكلمة (نص)، يمكن أن يحمل أو يفسر على أنه يصدق على القرار الصادر من البنك المركزي الكويتي، وآية ذلك، أن القرار الإداري أو الوزاري أقل مرتبة من التشريع العادي، ومن ثم، فلا يملك الأدنى أن يقيد التشريع الأعلى أو يخالفه، وفي تأكيد هذا النظر، تقول المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي الآتي: "وإلغاء التشريع إنما يكون بتشريع آخر في مثل منزلته أو أسمى منه. فالتشريع الدستوري لا يعدله إلا تشريع دستوري، والتشريع العادي يلغيه تشريع دستوري أو تشريع عادي مثله، ولكن لا يلغيه تشريع فرعي كما لا يلغيه العرف وإن طال استقراره. وإلغاء التشريع قد يتم بنص صريح يتضمنه تشريع لاحق....، وقد يأتي إلغاء التشريع ضمناً، وهو ما يتحقق في صورتين: الأولى، أن يصدر تشريع جديد يتضمن نصاً يتعارض مع نص في تشريع قديم، وفي هذه الحالة يقتصر الإلغاء على النص القديم في حدود ما يتحقق به التعارض..."، وفي ترسيخ قدم هذا النظر القانوني القائم على أعمال مبدأ التدرج في القواعد القانونية واحترامه، تقول المحكمة الدستورية الكويتية الآتي^(١): "... إذ إنه إعمالاً لمبدأ تدرج القواعد القانونية، فإنه ينبغي عدم الاحتجاج بقاعدة قانونية أدنى في مواجهة قاعدة أعلى مقررّة بنص الدستور، وهو أسمى وأقوى من النص القانوني العادي بما يضيحي معه النص الدستوري هو الأولى بالرعاية والإعمال...".

ونخلص مما تقدم، إلى أن قرار البنك المركزي الكويتي الصادر في ٢٠ أبريل ١٩٩٦م، يعتبر - في نظري المتواضع - قراراً معيياً ومخالفًا للقانون، مما يستوجب إلغاؤه وإهداره من الناحية القانونية، وذلك لكونه يخالف نصوص

(١) تفسير دستوري صادر من المحكمة الدستورية الكويتية بتاريخ ١٤/٦/١٩٨٦م، ومقيد بالجدول برقم (١/١٩٨٦م)، المنشور في الجريدة الرسمية "الكويت اليوم"، السنة الثانية والثلاثون، العدد (١٦٧٠)، ص ٤ وما بعدها.

القانون المدني الكويتي رقم (٦٧) لسنة ١٩٨٠م، التي عاجت أحكام القرض في الأعمال المدنية، ومن ثم، فإنه - إعمالاً لمبدأ التدرج في القواعد القانونية - ينبغي عدم الاحتجاج بهذا القرار والركون إليه لتبرير الفائدة على قروض الأعمال المدنية، وذلك لكون القرار الإداري أو الوزاري يعتبر تشريعاً أدنى من القانون العادي الذي يعتبر أسمى وأقوى من قرار البنك المركزي الكويتي، مما يضحي معه النص القانوني العادي هو الأولى بالرعاية والإعمال، والقول بغير ذلك، يؤدي إلى نتيجة خطيرة وغير مقبولة من الناحية القانونية، وهي، إمكان تعديل أحكام القانون أو تقييده أو تحويله من قبل السلطة التنفيذية وحدها، هذا فضلاً عن كونه يعدّ التفافاً على أحكام القرض الواردة في نصوص القانون المدني الكويتي، وهذا عن طريق تسميته بـ "القرض الاستهلاكي" ^(١)، علماً بأنه لا مشاحة في الاصطلاح أو التسمية، ولكن لا ينبغي أن تكون هذه التسمية الجديدة موصلة إلى تعطيل نصوص القانون دون سند صحيح من القانون. ولا غرو أن محكمة التمييز الكويتية - في الحكم محل التعليق - لم تذهب إلى هذا التفسير أو التسبب الضعيف المهلهل الأركان ^(٢)؛ ولكونه يعتبر مخالفاً لنصوص القانون الكويتي وأحكامه، وكذلك، مخالفاً لمبدأ تدرج القواعد القانونية المستقر

(١) انظر هذه التسمية أيضاً في القانون الكويتي رقم (٢) لسنة ٢٠٠١م، بشأن إنشاء نظام لتجميع المعلومات والبيانات الخاصة بالقروض الاستهلاكية والتسهيلات الائتمانية المرتبطة بعمليات البيع بالتقسيط، علماً بأن هذا القانون تم إصداره بتاريخ ١٤ يناير ٢٠٠١م، ومنشور في الجريدة الرسمية "الكويت اليوم"، السنة السابعة والأربعون، العدد ٤٩٨ب، بتاريخ ٢١ يناير ٢٠٠١م.

(٢) مع تقديري الكامل واحترامي لشخص وعلم هذا الفقه والقضاء الكويتي في الحكم الابتدائي رقم ٩٩/١٦٦٦ (دائرة تجاري ومدني وجزئي ٣١)، علماً بأن هذا الحكم منشور بالكامل عند: د. جمال فاخر النكاس، معضلة الفوائد على القروض الاستهلاكية، المرجع السابق، الملحق، علماً بأن الحكم الابتدائي المذكور آنفاً نوافقه في بعض جزئياته وتسببيه، وسنشير إلى ذلك لاحقاً في معرض بيان الرأي الشخصي للباحث حول الحكم محل التعليق (البند ٢).

في وجدان وأحكام القضاء الكويتي والقضاء العربي المقارن^(١)، بل إنه مخالف لقواعد الاختصاص الواردة في نص المادتين (٧٢) و (٧٣) من الدستور الكويتي، وهذا ما قضت به المحكمة الدستورية الكويتية^(٢) - في حالة مشابهة: - بأنه "لا يجوز تعديل نص تشريعي عادي أو إلغاؤه بنص تشريعي فرعي".

ثانياً - وجهة نظري الشخصية حول الحكم محل التعليق:

أعتقد أن حكم محكمة التمييز الكويتية الصادر بتاريخ ١٦ يونيو ٢٠٠١م، لم يكن صائباً، ويشوبه الخطأ في تفسير القانون الكويتي وتطبيقه، وسأذكر الانتقادات التي تؤخذ على هذا الحكم - بإذن الله سبحانه وتعالى - تباعاً، وهي:

١ - أن المحكمة قد استندت في حكمها إلى المادة الخامسة من قانون التجارة الكويتي رقم (٦٨) لسنة ١٩٨٠م، التي تنص على أنه: "تعد أعمالاً تجارية الأعمال المتعلقة بالأمور الآتية بقطع النظر عن صفة القائم بها أو نيته: ١ - معاملات البنوك...".

وليس من شك في أن القائم بهذه الأعمال المتعلقة بمعاملات

(١) انظر في هذا المعنى: د. مصطفى كيرة، النقض المدني، القاهرة، الناشر مطابع الهيئة المصرية العامة للكتاب، الطبعة الأولى، ١٩٩٢م، ص ٢٣٩، حيث يقول - بحق - تحت عنوان تدرج التشريع الآتي: "تتدرج أنواع التشريع، باعتبارها مصدر القواعد القانونية، باختلاف السلطة التي تملك سنّه وأهمية المسائل التي يتناولها كل نوع، وأعلاها هو الدستور، الذي يطلق عليه تعبير التشريع الأساسي، يليه القانون، التشريع العادي، وتليه اللائحة؛ أي التشريع الفرعي، ويترتب على التدرج في القواعد القانونية للدولة أن تكون هذه القواعد مطابقة لما تفرضه السلطة العليا على سلطة أقل لا تناهضها ولا تصطدم بها، فكل قاعدة يجب أن تصدر مطابقة لقاعدة أسمى منها، فلا يملك التشريع الأدنى مخالفة التشريع الأعلى أو تعديله أو إلغاؤه".

(٢) حكم المحكمة الدستورية بجلسة ٢٣ مايو ٢٠٠٥، والمقيد بالجدول رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٤م "دستوري" علماً بأن هذا الحكم حديث لم ينشر حتى كتابة هذا البحث".

البنوك، هي البنوك ذاتها وليس العملاء^(١)، وفي استغراب بعض الفقه القانوني^(٢) وتعليقه على حكم كويتي سابق، في تفسيره لنص المادة الخامسة، يقول: "لا ريب في أن القائم بهذه الأعمال هي البنوك ذاتها وليس العملاء.. ولم أستطع - حقيقة - أن أفهم كيف اعتبرت المحكمة أن العميل هو القائم بعمليات البنوك، ولذلك اعتبرت العمل بالنسبة له تجارياً سواء كان تاجراً أو غير تاجر، وسواء كان يقصد الربح أم لا".

٢ - أن المشرع الكويتي لم يخاطب في المادة الخامسة إلا البنك التاجر وحده، ولم يقصد أن يلحق العميل في حكم المادة الخامسة، وآية ذلك، كما ذكر بعض الفقه^(٣) - بحق - أن المشرع استخدم صيغة المفرد، ولم يستخدم صيغة المثني، مما يقطع بأن تفسير القائم بنص هذه المادة، هو البنك وحده دون العميل^(٤)، هذا فضلاً عن اعتبار الأعمال الواردة في المادة الخامسة تخاطب الطرفين، سيؤدي - بلا شك - إلى انحسار ما يسمى بالأعمال المختلطة، التي تم صياغة المادة (١٢) لتنظيمها.

(١) د. عزيز الأمير العكيلي، العمل التجاري كإطار عام لنطاق القانون التجاري الكويتي، الكويت، مجلة الحقوق، السنة السادسة، مارس ١٩٨٢م، ص ٥٩، حيث يقول بحق: "إنه من المتعذر أن تجد تفسيراً لبقية الأعمال التي نصت عليها المادة الخامسة كأعمال البنوك... إذ تمارس هذه الأعمال عملياً من قبل تجار يحترفون هذه الأعمال أو تأخذ شكل مشروعات تهدف إلى تحقيق الربح؛ إذ لم يعد بالإمكان أن يقوم بمثل هذه الأعمال مرة واحدة".

(٢) د. محمد زهرة، المرجع السابق، ص ١٢٧.

(٣) د. محمد زهرة، المرجع السابق، ص ١٢٨.

(٤) انظر: د. جمال فاخر النكاس، معضلة الفوائد على القروض الاستهلاكية في القانون الكويتي بمناسبة الحكم الابتدائي رقم ١٦٦٦ / ١٩٩٩م، القاهرة، مجلة القانون والاقتصاد الصادرة عن كلية الحقوق من جامعة القاهرة، العدد الثاني والسبعون، ٢٠٠٢م، الملحق، حيث أورد الحكم الابتدائي الكويتي كاملاً رقم ٩٩ / ١٦٦٦ (تجاري ومدني جزئي ٣١) الصادر بتاريخ ٢٢ / ١١ / ١٩٩٩م، وهو حكم غير منشور، حيث جاء في هذا الحكم - بحق - الآتي: "... ولا يسوغ الاحتجاج في هذا الصدد بالبند =

٣ - إن القرض محل النزاع، يوصف - قولاً واحداً - بأنه عمل مختلط^(١)، ومن ثم يجب أن يخضع إعمالاً لحكم المادة (١٢) للأحكام الواردة في قانون التجارة، بيد أن هذه النتيجة لا تدفعنا إلى القول - كما جاء في الحكم محل التعليق - إلى إعطاء الدائن (البنك) حق اقتضاء فوائد قروض الأعمال المدنية، لأن ذلك مخالف للشرعية الإسلامية ولأحكام قانون التجارة نفسه، حيث لا تجوز الفائدة في قانون التجارة الكويتي وكما نصت عليه المادة (١٠١) منه،

= الأول من المادة الخامسة من قانون التجارة التي تعتبر معاملات البنوك من الأعمال التجارية بصرف النظر عن صفة القائم بها أو نيته، ذلك أن المادة الخامسة أسبغت على بعض الأعمال الصفة التجارية بقوة القانون حتى لو كان القائم بها لم يهدف إلى تحقيق الربح أو كان غير تاجر، وذلك استثناء من الأصل في العمل التجاري الذي يقوم على معيار المضاربة وتحقيق الربح أو صفة القائم به، والتفسير الصحيح لعبارة نص المادة الخامسة القائلة:

«تعتبر أعمالاً تجارية الأعمال المتعلقة بالأموال الآتية بغض النظر عن صفة القائم بها أو نيته ١- معاملات البنوك...». هو أن القائم بأعمال البنوك الذي يريد المشرع اعتبار مثل هذه الأعمال تجارية بالنسبة له هي البنوك ذاتها وليس العملاء، ولا دخل لهؤلاء في تأدية مثل هذه الأعمال من قريب أو بعيد؛ ذلك أنه وإن كانت عمليات البنوك تعتبر تجارية بالنسبة للبنك طبقاً لمعيار المضاربة، إلا أن هناك أعمالاً تقوم بها البنوك لا يتوافر فيها قصد المضاربة وتحقيق الربح، وأراد المشرع اعتبارها تجارية بمقتضى نص المادة الخامسة كحالة القروض التي يمنحها بنك التسليف والادخار خدمة للمواطنين لأغراض السكن الخاص، فضلاً عن أن المشرع لو أراد اعتبار الأعمال التي نص عليها في المادة الخامسة تجارية بالنسبة لطرفيها (البنك والعميل) لاستخدم صيغة المثني، بقوله: «... بقطع النظر عن صفة القائمين بها أو نيتهما...» أما وإنه قد استخدم صيغة المفرد بقوله «... بقطع النظر عن صفة القائم بها أو نيته...» فإنه يقصد فقط القائم بالعمل المنصوص عليه، وهو هنا البنك وحده دون غيره...".

(١) د. أبو زيد رضوان (و) د. حسام عيسى (و) د. رضا السيد عبد الحميد، المرجع السابق، ص ٦٠ " ... ويجب أن نلاحظ أن الأعمال المختلطة لا تعتبر نوعاً مستقلاً عن الأعمال التجارية؛ إذ إن وصف الاختلاط يلحق بأي عمل من الأعمال.. وإنما يشير إلى اختلاف طبيعة العمل منظوراً إليه من جانب كل طرف من أطرافه".

إلا على القرض التجاري، والقرض يكون تجارياً إذا كان القصد منه صرفه أو استغلال مبلغ القرض في أعمال تجارية، سواء كان العميل تاجراً أم غير تاجر، وعليه، فإن القرض يكون مدنياً بالنسبة للعميل إذا كان الغرض من القرض صرفه في أعمال مدنية.

وتأسيساً على هذه الركيزة المهمة في القانون الكويتي، تستبعد الأعمال المختلطة من نطاق الفوائد لعدم توافر شروطها في القانون الكويتي^(١).

٤ - إن المادة (١٢) من قانون التجارة الكويتي، التي تنص على أنه: "إذا كان العقد تجارياً بالنسبة إلى أحد العاقدين دون الآخر، سرت أحكام قانون التجارة على التزامات العاقد الآخر الناشئة من هذا العقد، ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك"، لا تعدو هذه المادة أن تكون قاعدة إسناد تحيل إلى القواعد الموضوعية الواجبة التطبيق، وليست هي في ذاتها قاعدة موضوعية، هذا فضلاً عن أن المادة (٩٦) من قانون التجارة الكويتي تعتبر - كما قال بعض الفقه بحق^(٢) - قاعدة إسناد تحيل على أحكام القانون المدني في شأن الالتزامات والعقود التجارية عند عدم وجود نص في قانون التجارة، حيث تنص المادة (٩٦) على أنه: "فيما عدا ما نص عليه في هذا الكتاب تسري على الالتزامات والعقود التجارية الأحكام المنصوص عليها في القانون المدني"، وكذلك نصت المادة الثانية من قانون التجارة الكويتي، على أنه: "مع مراعاة ما نص عليه في المادة ٩٦ تسري على المسائل التجارية قواعد العرف التجاري فيما لم يرد بشأنه نص في هذا القانون أو في غيره...". وعليه، فإننا نوافق - بحق - بعض الفقه^(٣) بقوله: "... إنما تبدو أهمية نص المادة (١٢) تجاري كويتي في إخضاع التزامات العميل الذي يعتبر القرض مدنياً بالنسبة له لأحكام قانون التجارة التي لا تتعارض مع الطبيعة المدنية للعقد..".

(١) د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص ٦٧٩.

(٢) طعمة الشمري، المرجع السابق، ص ٢١١، ٢١٢.

(٣) د. حسني المصري، المرجع السابق، ص ٢١٥.

ولا ريب في أن القول بإعطاء البنك فوائد قروض الأعمال المدنية التي قام بها العميل تتعارض مع الطبيعة المدنية للعقد، هذا فضلاً عن كون هذا القول يهدر نص المادة (١/٣٠٥)، ولا يقيم وزناً لنص المادة (١/٥٤٧) التي قررت بطلان الفائدة في عقد القرض دون المساس بعقد القرض ذاته. وفي تأكيد هذا النظر القانوني السابق وترسيخه، يقول بعض الفقه الكويتي^(١) - بحق - عن عقود البيع الاستهلاكية المدنية الآتي: "... وأخيراً، فإننا لا ننسى أن ننوه بمنع الفوائد المترتبة على الديون المستحقة على عاتق المشتري في هذا النوع من العقود، وإن جرى العمل على أن يتحمل المشتري بها، على الرغم من أن أحكام القانون المدني تنص بشكل صريح لا جدال فيه على منع الفائدة في شأن المعاملات المدنية (م ٣٠٥ مدني كويتي)، وما الشراء بقصد الاستهلاك إلا معاملة مدنية صرفة، فمن غير المعقول أن يتسنى للبائع إضافة هذه الفوائد على عاتق المشتري محتجاً على أن العملية تجارية؛ إذ إن الغرض الأول والأخير من هذا الشراء هو تحقيق أهداف مدنية بحثة من جانب المشتري...". ونحن من جانبنا، نستعير من الفقه المتقدم أسلوبه المنطقي الثري، فنقول إنه من غير المعقول - منطقاً أو قانوناً - أن يتسنى للبنك التجاري إضافة فوائد على القرض المخصص للأعمال المدنية، محتجاً بأنه (أي البنك) تاجر، ومن ثم يجب أن تغلب مصلحته وترجح كفته على مصلحة العميل، بل إنه يجب في نظري الشخصي أن يطبق روح القانون الكويتي ونصوصه بموضوعية تامة ومجردة على المخاطبين بها، دون النظر إلى ملاءتهم المالية أو مراكزهم الوظيفية أو الاجتماعية.

٥ - إن نص المادة (١٢) من قانون التجارة الكويتي محل نقد فقهي^(٢)، وأرى أننا يمكننا القول: إن ما ورد في عجز المادة (١٢)، التي نصها الآتي: "ما لم

(١) د. جمال فاخر النكاس، حماية المستهلك وأثرها على النظرية العامة للعقد في القانون الكويتي، المرجع السابق، ص ٩٠.

(٢) د. عزيز الأمير العكيلي، المرجع السابق، ص ٣٨.

يوجد نص يقضي بغير ذلك"، يمكننا تفسيرها بأنها وردت بصيغة العموم، ومن ثم، فيجوز الأخذ بالقاعدة اللغوية، التي تنص على أن: "النكرة في سياق النص تفيد العموم"، ومن ثم نستطيع القول: إن ما ورد في القانون المدني الكويتي من تحريم الفائدة وإبطالها في الأعمال المدنية، والوارد في نص المادة (٣٠٥) والمادة (٥٤٧) مدني كويتي، هو - في نظري الشخصي - يفسر على أنه داخل في النصوص التي تقضي بغير حكم المادة (١٢) عند التعارض، ومن ثم نخلص إلى موافقة بعض الفقه^(١) - كما أسلفنا سابقاً - بأن إخضاع التزامات العميل الذي يعتبر القرض مدنياً بالنسبة له لأحكام قانون التجارة التي لا تتعارض مع الطبيعة المدنية للقرض المدني وأحكامه.

(١) د. حسني المصري، المرجع السابق، ص ٢١٥.

الخاتمة

الحمد لله رب العالمين، وأصلي وأسلم وأبارك على نبينا محمد وآله أجمعين وصحبه الغر الميامين ومن تبعه بإحسان إلى يوم الدين، أما بعد...

فنخلص من تعليقنا - الوجيز - على حكم محكمة التمييز الكويتية، الصادر من الدائرة التجارية الثالثة، بتاريخ ١٦ يونيو ٢٠٠١م، في الطعن المقيد بالجدول برقم ٨٠٨ لسنة ٢٠٠٠م (تجاري ٣) إلى بعض النتائج والاقتراحات، وهي:

(أ) النتائج:

١ - أن القانون المكمل لقانون التجارة الكويتي - عند خلو نصوصه - هو القانون المدني الكويتي رقم ٦٧ لسنة ١٩٨٠م وليس قانون بنك الكويت المركزي رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٨، وهذا استناداً لما نصت عليه المادة الثانية والمادة (٩٦) من قانون التجارة الكويتي رقم ٦٨ لسنة ١٩٨٠م.

٢ - أن أحكام القرض المدني قد تم تنظيمه في القانون المدني الكويتي، الذي جاء لاحقاً على قانون بنك الكويت المركزي، مما يجب معه تفسير نص المادة (٧٣) من قانون البنك المركزي، إلى كونها تنصرف إلى تنظيم قروض الأعمال التجارية التي تمارسها البنوك التجارية، ولا تخاطب قروض الأعمال المدنية.

٣ - أن إلغاء تشريع سابق أو تقييده، لا يكون إلا بتشريع لاحق في مثل منزلته أو أسمى منه، وهذا إعمالاً لمبدأ تدرج القواعد القانونية، واستناداً لنص المادة الثانية من القانون المدني الكويتي، وهذا ما قرره أحكام القضاء المقارن في هذا الخصوص، وتأسيساً على ذلك، نرى أن قرار بنك الكويت المركزي الصادر في ٢٠ أبريل ١٩٩٦م بشأن القرض الاستهلاكي، يعتبر معيباً ومخالفاً لقواعد الاختصاص الواردة في نص المادتين (٧٢) و (٧٣) من

الباب الرابع الموسوم "بالسلطات"، من الدستور الكويتي وكذلك يعتبر هذا القرار مخالفاً لنصوص القانون المدني الكويتي رقم ٦٧ لسنة ١٩٨٠م، ويعتبر في الوقت ذاته أيضاً، التفافاً على أحكام قروض الأعمال المدنية، التي تم تنظيمها في القانون المدني الكويتي، ولا ينهض القول - ولا يصح - باستناد قرار البنك المركزي إلى نص المادة (٧٣) من القانون رقم (٣٢) لسنة ١٩٦٨م؛ لأن القانون الأخير تم تقييد أحكامه في قروض الأعمال التجارية التي تمارسها البنوك فقط دون سواها.

٤ - أن قانون التجارة الكويتي رقم (٦٨) لسنة ١٩٨٠م، في المادة (١٢) منه، قد أوجد حكماً من شأنه جعل أحكام قانون التجارة هي التي تسري على الأعمال المختلطة، وهو موضع انتقاد فقهي.

٥ - أن تفسير محكمة التمييز الكويتية - في الحكم محل التعليق - بخصوص المادة الخامسة من قانون التجارة الكويتي، جاء في غير المعنى الواجب إنزالها عليه، مما أدى إلى نتيجة - بلا شك في نظري - خاطئة يجدر تصحيحها.

٦ - أن إعطاء فوائد في القرض التجاري في قانون التجارة الكويتي، يعد مخالفة صارخة لأحكام الشريعة الإسلامية الغراء، حرص القانون المدني الكويتي على تجنبها والتزام حكم الشريعة في هذا الخصوص، من تحريم للربا وعدم تعاطيه مما يظهر لنا مفارقة في التشريع الكويتي، نرجو - صادقين - ألا تستمر.

٧ - أن القروض المدنية المصرفية - وفقاً لأحكام قانون التجارة الكويتي - تعتبر مستبعدة من نطاق الفوائد، وذلك لعدم توافر شروط استحقاق الفوائد في القانون الكويتي.

٨ - أن الحكمة التي حرص على كفالتها القانون المدني الكويتي رقم (٦٧) لسنة ١٩٨٠م، وهي محاربة الربا ووأده، يجب أن تكون مقدمة لسلوك هذا المنهج القويم في تشريع التجارة الكويتي، ولا سيما أن هذا يتوافق مع تطلعات الشعب الكويتي وقيادته، التي أنشأت اللجنة الاستشارية العليا لاستكمال

تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية في دولة الكويت، علماً بأن هذه اللجنة تتبع سمو أمير دولة الكويت مباشرة.

٩ - أن عدم وجود نص صريح يجيز للبنك التجاري اقتضاء الفائدة في القرض المدني المصرفي، لهو - في نظري الشخصي - دليل دامغ على عدم استحقاقها البتة، وهذا ما حرص في المقابل على درئه - للأسف الشديد - قانون المعاملات التجارية الإماراتي الاتحادي رقم (١٨) لسنة ١٩٩٣م؛ حيث نصت صراحة على تجارية القرض المصرفي - المادة (٤١٠) بالآتي: "يعتبر القرض المصرفي عملاً تجارياً أياً كانت صفة المقترض أو الغرض الذي خصص له هذا القرض"، وكذلك نصت الفقرة الثالثة من المادة (٤٠٩) تجارة إماراتي، على أن: "يلتزم المقترض بسداد القرض وفوائده للمصرف في المواعيد وبالشروط المتفق عليها"، وعليه، فإننا نرى في خلو نصوص قانون التجارة الكويتي رقم ٦٨ لسنة ١٩٨٠م، من نظير لهاتين المادتين السابقتين، لدليل ساطع وبرهان قاطع لا تشوبه شائبة - في نظري الشخصي - على أن البنك التجاري لا يستحق فائدة عن قروض الأعمال المدنية وفقاً لنصوص القانون الكويتي وروحه.

(ب) الاقتراحات:

نوصي في نهاية هذا التعليق - المتواضع - بالنظر في هذه الاقتراحات ومدى إمكانية دراستها وإعمالها، بإذن الله سبحانه وتعالى، وهي:

١ - نقترح على المسؤولين الكرام في بنك الكويت المركزي والقائمين على تنقيح قراراته ووضعها، إلغاء القرار الصادر بشأن القرض الاستهلاكي؛ لمخالفته الصارخة لأحكام الدستور الكويتي، وإخلاله بضوابط السلطة وحدودها، ولكونه مجاوزاً بذلك قواعد الاختصاص وقيوده المحددة بنص المادتين ٧٢ و ٧٣ من الدستور الكويتي، وكذلك يعتبر القرار مخالفاً لنصوص القانون المدني الكويتي الذي نظم أحكام القرض المدني، ولا يعدو في حقيقة الأمر أن يكون القرض الاستهلاكي، قرضاً مدنياً قولاً واحداً بخلاف، ولا يعتبر

القرار المذكور إلا التفافاً على أحكام القانون المدني الكويتي ونصوصه، وهذا ما نربأ به عن القرارات والتشريعات الوطنية.

٢ - نقترح إدخال تعديل جذري على نص المادة (١٢) من قانون التجارة الكويتي، حيث نقترح النص التالي، وهو:

"إذا كان العقد تجارياً بالنسبة إلى أحد طرفيه، فلا تسري أحكام القانون التجاري إلا على التزامات هذا الطرف وحده، وتسري على التزامات الطرف الآخر أحكام القانون المدني ما لم ينص القانون على غير ذلك"، علماً بأن هذا النص نقل حرفياً من نص المادة الثالثة من قانون التجارة المصري الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩م^(١).

٣ - نقترح وندعو بشدة القضاء الكويتي إلى تفسير النصوص بما يتفق وأحكام الشريعة الإسلامية قدر المستطاع، وهذه الدعوة تتطابق مع نص المادة الثانية من الدستور الكويتي، وتنسجم مع نص الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون المدني الكويتي، التي تم تعديلها بالقانون رقم (١٥) لسنة ١٩٩٦م^(٢)، والتي تقول المذكرة الإيضاحية عن هذا التعديل الآتي:

"..ويستهدف تعديل الفقرة الثانية من المادة الأولى إلى تقديم أحكام الفقه الإسلامي الأكثر اتفاقاً مع واقع البلاد ومصالحها على العرف، وحتى تصبح أحكام الفقه الإسلامي مصدراً أساسياً يرجع إليه القاضي إذا لم يجد نصاً تشريعياً"، ولاشك في أن ما قضت به محكمة الاستئناف الكويتية في

(١) قانون التجارة المصري الجديد رقم (١٧) لسنة ١٩٩٩م، والصادر في الجريدة الرسمية المصرية في العدد ١٩ مكرر في ١٧/٥/١٩٩٩م.

(٢) تنص الفقرة الثانية في المادة الأولى من القانون المدني الكويتي، على أنه ".. فإن لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي وفقاً لأحكام الفقه الإسلامي الأكثر اتفاقاً مع واقع البلاد ومصالحها، فإن لم يوجد حكم بمقتضى العرف". "علماً بأن هذه الفقرة تم تعديلها وفقاً للقانون الكويتي رقم (١٥) لسنة ١٩٩٦م، الصادر بتاريخ ٢٢/٦/١٩٩٦م، والمنشور بالجريدة الرسمية "الكويت اليوم"، العدد رقم ٢٥٩ بتاريخ ٢/٦/١٩٩٦م.

القضية رقم (٨٧/٣٠١) بتاريخ ٢٠ فبراير ١٩٨٨م، لهو - في نظري الشخصي - مثلٌ يجب أن يحتذى به. وعليه، فإنني أدعو الغيورين القضاة في دولة الكويت إلى تبني هذا التفسير والمنهج والمبدأ القانوني، وأدعو لتغيير المبدأ الذي رسخته محكمة التمييز الكويتية في أحكامها من تفسير معيب منتقد لنص المادة الخامسة. وبناءً عليه، فإنني أرى أن تحيل إحدى دوائر التمييز الكويتية مثل هذه القضايا المتعلقة بالأعمال المختلطة إلى الهيئة التي تدرس العدول عن المبادئ القانونية المستقرة في وجدان القضاء الكويتي، وهذا عملاً بنص الفقرة الثانية من المادة الرابعة والواردة في القانون الكويتي رقم (٢) لسنة ٢٠٠٣م^(١)، الخاص بتعديل بعض أحكام المرسوم بالقانون رقم (٢٣) لسنة ١٩٩٠م بشأن قانون تنظيم القضاء^(٢)، علماً بأن هذه الفقرة تنص على أنه: "إذا رأت إحدى الدوائر العدول عن مبدأ قانوني قرره أحكام سابقة صادرة منها أو من الدوائر الأخرى، أحالت الدعوى إلى هيئة تشكل من أحد عشر مستشاراً من مستشاري المحكمة يختارهم رئيس المحكمة، وتكون برئاسته أو من ينوب عنه، وتصدر الأحكام بأغلبية الآراء".

٤ - إننا نوافق - بتحفظ - بعض الفقه^(٣) في أننا لا نطالب البنوك التجارية في أن تجعل الإقراض بلا مقابل في الأعمال المدنية أو المختلطة التي تعد مدنية بالنسبة للمدين فيها، لأنها في هذه الحالة لن تحقق عائداً أو أرباحاً، بيد أننا

(١) القانون الكويتي رقم (٢) لسنة ٢٠٠٣م، بتعديل بعض أحكام المرسوم بالقانون رقم (٢٣) لسنة ١٩٩٠م بشأن قانون القضاء، والمنشور في الجريدة الرسمية "الكويت اليوم" السنة التاسعة والأربعون، العدد ٦٠١، بتاريخ ٢٦/١/٢٠٠٣م.

(٢) المرسوم بالقانون الكويتي رقم (٢٣) لسنة ١٩٩٠م، بشأن تنظيم القضاء، والمنشور في الجريدة الرسمية "الكويت اليوم"، السنة السادسة والثلاثون، العدد ١٨٦٧، بتاريخ ١٨/١/١٩٩٠م.

(٣) د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص ٦٨٠.

نطالبها، كما أرشد بعض الفقه^(١) - بحق - إلى سير البنوك على الطريقة الإسلامية وبعدها عن التعامل الربوي المحرم^(٢)، وهذا بتعديل أوضاعها لكي تزاوُل أعمالها طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية الغراء، ولاسيما أن القانون الكويتي الآن يسمح بذلك^(٣)، وهذا استناداً للمادة الرابعة من القانون رقم (٣٠) لسنة ٢٠٠٣م بإضافة قسم خاص بالبنوك الإسلامية^(٤) إلى الباب الثالث من القانون رقم (٣٢) لسنة ١٩٦٨م في شأن النقد وبنك الكويت المركزي وتنظيم المهنة المصرفية، علماً بأن المادة الرابعة من القانون رقم (٣٠) لسنة ٢٠٠٣م، تنص على أنه: "يجوز للبنوك القائمة في تاريخ العمل بهذا القانون، وترغب في مزاولة أعمالها طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية، أن تقوم بتعديل أوضاعها وفقاً لأحكام هذا القانون وطبقاً للشروط والقواعد التي يحددها لها مجلس إدارة البنك المركزي في هذا الشأن"، وكذلك استناداً لنص المادة (٨٧) من القانون الكويتي رقم ٣٠ لسنة ٢٠٠٣م، التي نصت على أنه "... يجوز للبنوك الكويتية المسجلة في سجل البنوك - بعد موافقة

(١) د. محمود محمد الطنطاوي، القروض المصرفية في ضوء الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص ٤٥

(٢) د. جديع فهد الفيله الرشيدي، أحكام الودائع الاستثمارية في قانون البنوك الإسلامية الكويتي رقم (٣٠) لسنة ٢٠٠٣م، القاهرة مجلة العلوم القانونية والاقتصادية الصادرة عن كلية الحقوق من جامعة عين شمس، السنة السادسة والأربعون، العدد الثاني، يوليو ٢٠٠٤م، ص ٣٢٣ وما بعدها.

(٣) د. بدر جاسم العيوق، المرجع السابق، ص ٣٧.

(٤) القانون الكويتي رقم (٣٠) لسنة ٢٠٠٣م، وذلك بإضافة قسم عاشر خاص بالبنوك الإسلامية إلى الباب الثالث من القانون رقم (٣٢) لسنة ١٩٦٨م في شأن النقد وبنك الكويت المركزي وتنظيم المهنة المصرفية، منشور في الجريدة الرسمية "الكويت اليوم"، في العدد ٦١٨ الصادر يوم ١/٦/٢٠٠٣م، علماً بأنه تم إعادة نشره في العدد ٦١٩ في الجريدة الرسمية "الكويت اليوم"، السنة التاسعة والأربعون، بتاريخ ٨ يونيو ٢٠٠٣م، وذلك لوجود أخطاء مطبعية في العدد السابق.

البنك المركزي - تأسيس شركات تابعة تزاوّل النشاط الذي تزاوّل البنوك الإسلامية طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية ولأحكام هذا القانون...".

وعلى ضوء ما تقدم، فإننا - في هذا المقام - نوجه الدعوة الصادقة والملحة للمشرعين والقائمين على البنوك التجارية في الدول العربية والإسلامية، للأخذ بما جاء في القانون الكويتي الرائد رقم (٣٠) لسنة ٢٠٠٣م بشأن البنوك الإسلامية، ولاسيما التزام أحكام الشريعة الإسلامية الغراء، في المعاملات المدنية والتجارية المصرفية، مستخدمة العقود الشرعية كالمرابحة، والمشاركة، والمضاربة، والمزارعة وغيرها، وذلك حتى نسهم في بناء وتكوين اقتصاد حقيقي يوازن ويوائم بين قيمة العمل وقيمة رأس المال، وينأى باقتصادياتنا عن التضخم، والبطالة، والغرر، وأكل أموال الناس بالباطل، وحتى نبتعد بأنفسنا - قدر المستطاع - عن وعيد ربنا ونهي نبينا محمد ﷺ الذي حذر المسلمين - أيما تحذير - من التعامل في الربا أو القرب من حياضه.

وأخيراً، أسأل الله العظيم - سبحانه وتعالى - بأسمائه الحسنى وصفاته العلى أن يجعل هذا العمل العلمي - الوجيز - نافعاً للقارئ والباحثين، إن ربي سميع قريب مجيب، وهو الله الجواد الكريم. هذا، صلى الله وسلم وبارك على نبينا محمد وآله وصحبه أجمعين والتابعين بإحسان إلى يوم الدين، وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين...

المصادر

أولاً - كتب تفسير القرآن العظيم:

- ١ - تفسير الطبري جامع البيان عن تأويل آي القرآن لأبي جعفر محمد بن جرير الطبري، حققه وعلق على حواشيه الشيخ محمود محمد شاكر، راجعه وخرج أحاديثه الشيخ أحمد محمد شاكر، الجزء السادس، القاهرة، الناشر دار المعارف بمصر، الطبعة الثانية، ١٩٧١م.

ثانياً - كتب الحديث النبوي الشريف:

- ١ - صحيح البخاري لأبي عبدالله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة البخاري، رحمه الله، الجزء الثالث، القاهرة، دار مطابع الشعب، لا يوجد تاريخ ولا رقم طبعة.

ثالثاً - كتب الفقه الإسلامي:

- ١ - د. رفيق يونس المصري، الجامع في أصول الربا، بيروت، الناشر دار القلم، الطبعة الأولى، ١٩٩١م.
- ٢ - د. عطية عبدالحليم صقر، الوديعة النقدية المصرفية في ميزان الشريعة الإسلامية، القاهرة، الناشر دار الهدى، الطبعة الأولى، ١٩٩٢م.
- ٣ - د. غريب الجمال، المصارف وبيوت التمويل الإسلامية، جدة، الناشر دار الشروق للنشر، الطبعة الأولى، ١٩٨٧م.
- ٤ - الشيخ فيصل مولوي، الربا والفوائد والمصارف، بيروت، الناشر مؤسسة الريان، الطبعة الثانية، ١٩٩٦م.
- ٥ - الشيخ محمد خاطر محمد الشيخ، جهاد في دفع بلوى الربا، الجزء الأول، القاهرة، الناشر مطابع الأهرام التجارية، لا يوجد رقم ولا تاريخ طبعة.

- ٦ - د. يوسف قاسم، التعامل التجاري في ميزان الشريعة، القاهرة، الناشر دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، ١٩٩٢م.
- ٧ - د. يوسف القرضاوي، فوائد البنوك هي الربا الحرام، بيروت، الناشر مؤسسة الرسالة، الطبعة الثانية، ١٩٩٦.

رابعاً - الكتب القانونية:

- ١ - د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، تعويض الضرر في المسؤولية المدنية: دراسة تحليلية تأصيلية لتقدير التعويض، الكويت، الناشر جامعة الكويت، الطبعة الأولى، ١٩٩٥م.
- ٢ - د. أبو زيد رضوان (و) د. حسام عيسى (و) د. رضا السيد عبدالحميد، الوجيز في القانون التجاري، القاهرة، لا يوجد ذكر للناشر ولا رقم الطبعة، ٢٠٠٠م.
- ٣ - د. حسني المصري، عمليات البنوك في القانون الكويتي، الكويت، الناشر مؤسسة دار الكتب، الطبعة الأولى، ١٩٩٣م.
- ٤ - د. حسن كيره، المدخل إلى القانون، الاسكندرية، الناشر منشأ المعارف، لا يوجد ذكر لرقم الطبعة، ٢٠٠٠م.
- ٥ - د. سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، الاسكندرية الناشر منشأ المعارف، لا يوجد ذكر لرقم الطبعة، ١٩٩٩م.
- ٦ - المستشار محمد إبراهيم خليل، قانون التجارة الجديد معلقاً على نصوصه، القاهرة، لا يوجد ذكر للناشر، الطبعة الأولى، ٢٠٠٠م.
- ٧ - د. مصطفى كيرة، النقض المدني، القاهرة، الناشر، مطابع الهيئة المصرية العامة للكتاب، الطبعة الأولى، ١٩٩٢م.
- ٨ - المستشار معوض عبدالنواب، المرجع في التعليق على نصوص القانون المدني، الجزء الثاني، القاهرة، لا يوجد ذكر للناشر، الطبعة الخامسة، ٢٠٠٠م.

٩ - المستشار معوض عبدالنواب، الموسوعة التجارية الشاملة، الجزء الأول، القاهرة، الناشر دار الفكر والقانون بالمنصورة، الطبعة الأولى، ٢٠٠٠م.

خامساً - الأبحاث العلمية والتعليقات الفقهية على الأحكام القضائية:

١ - د. أحمد شرف الدين، مدى شرعية الفوائد التأخيرية ودستورية نصوصها التشريعية (تعليق على حكم)، الكويت، مجلة الحقوق والشرعية، السنة الرابعة، العدد الأول، يناير ١٩٨٠م.

٢ - د. بدر جاسم اليعقوب، الشريعة الإسلامية مصدر القوانين، الكويت، مجلة المحامي، السنة الخامسة، أكتوبر ١٩٨٢م.

٣ - د. جديع فهد الفيله الرشيد، أحكام الودائع الاستثمارية في قانون البنوك الإسلامية الكويتي رقم (٣٠) لسنة ٢٠٠٣م، القاهرة، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية الصادرة عن كلية الحقوق من جامعة عين شمس، السنة السادسة والأربعون، العدد الثاني، يوليو ٢٠٠٤م.

٤ - د. جمال فاخر النكاس، حماية المستهلك وأثرها على النظرية العامة للعقد في القانون الكويتي، الكويت، مجلة الحقوق الصادرة عن جامعة الكويت، السنة الثالثة عشرة، العدد الثاني، يونيو ١٩٨٩م.

٥ - د. جمال فاخر النكاس، معضلة الفوائد على القروض الاستهلاكية في القانون الكويتي بمناسبة الحكم الابتدائي رقم ١٦٦٦/١٩٩٩م، القاهرة، مجلة القانون والاقتصاد الصادرة عن كلية الحقوق من جامعة القاهرة، العدد الثاني والسبعون، ٢٠٠٢م.

٦ - د. طعمة صعفك الشمري، الوضع القانوني للفوائد الربوية في القانون الكويتي، الكويت، مجلة الحقوق، السنة الثامنة عشرة، العدد الثالث، سبتمبر ١٩٩٤م.

٧ - د. طعمة صعفك الشمري، مفارقات الكتاب الأول من القانون التجاري رقم (٦٨) لسنة ١٩٨٠م، الكويت، مجلة المحامي، السنة الخامسة، أغسطس ١٩٨٢م.

٨ - د. عزيز الأمير العكيلي، العمل التجاري كإطار عام لنطاق القانون التجاري الكويتي، الكويت، مجلة الحقوق، السنة السادسة، العدد الأول، مارس ١٩٨٢م.

٩ - د. محمد زهرة، تعليق على حكم محكمة الاستئناف العليا الكويتية في شأن القواعد القانونية الواجبة التطبيق على الفوائد في القروض التجارية وغير التجارية، الكويت، مجلة الحقوق، السنة الثامنة عشرة، العدد الثاني، يونيو ١٩٨٨م.

١٠ - د. محمد فريد العريني، الأعمال المختلطة بين القانون التجاري والقانون المدني (تعليق على حكم)، الكويت، مجلة المحامي، السنة الحادية عشرة، سبتمبر ١٩٨٨م.

١١ - د. محمود محمد الطنطاوي، القروض المصرفية في ضوء الشريعة الإسلامية، الكويت، مجلة الحقوق والشريعة، السنة الأولى، العدد الأول، يناير ١٩٧٧م.

سادساً - الرسائل العلمية:

١ - د. جديع فهد الفيله الرشيدي، الودائع المصرفية في القانون المصري والكويتي والمقارن: دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه حقوق عين شمس، ٢٠٠٢م، علماً بأنه تم طباعتها، القاهرة، الناشر دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٣م.

٢ - د. عمر عبدالعزيز المترك، الربا والمعاملات المصرفية في نظر الشريعة الإسلامية، الرياض، الناشر دار العاصمة، الطبعة الثالثة، ١٩٩٧م، علماً بأنها رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الشريعة والقانون من جامعة الأزهر سنة ١٩٧٤م.

٣ - أ. نزال عقاب الهاجري، أحكام الفوائد الربوية في القانون الكويتي والشريعة الإسلامية، الكويت، لا يوجد ذكر للناشر، الطبعة الأولى، ٢٠٠٥م، علماً بأنها رسالة ماجستير مقدمة إلى معهد البحوث والدراسات بجامعة الدول العربية

بالقاهرة، وتمت مناقشتها بتاريخ ٢٧/١٠/٢٠٠٤م، وكانت تحمل عنوان "أحكام الفوائد في القانون الكويتي بين الحظر والإجازة: دراسة مقارنة في القانونين المدني والتجاري".

سابعاً – الأحكام القضائية:

١ - المحكمة الدستورية الكويتية: تفسير صادر من المحكمة الدستورية الكويتية بتاريخ ١٤/٦/١٩٨٦م، والمقيد بالجدول برقم (١/١٩٨٦م) تفسير دستوري، والمنشور في الجريدة الرسمية "الكويت اليوم"، السنة الثانية والثلاثون، العدد ١٦٧٠.

٢ - حكم المحكمة الدستورية الكويتية بجلسة ٢٣ مايو ٢٠٠٥م، والمقيد بالجدول برقم (١٣) لسنة ٢٠٠٤م "دستوري" علماً أن هذا الحكم حديث وغير منشور حتى كتابة هذا البحث.

ثامناً – الكتب الأجنبية:

Books:

- 1 - E.P Ellinger and E.omnicka, Modern Banking law, Oxford, Oxford university press, Second Edition, 1996.
- 2 - J, Wadsley and G.A.Penn, Domestic Banking, London, Second Edition, Sweet and Maxwell, 2000.

تاسعاً – الأبحاث الأجنبية:

Articles:

- 1 - John Whittaker, interest - bearing currency, Oxford Economic papers, Oxford university press, volume (51), Number 3, july 1999.