

مدى شرعية الفوائد التأخيرية ودستورية نصوصها التشريعية (تعليق على حكمين للمحكمة الكلية في ٧٩/٤/٢١)

الدكتور أحمد شرف الدين
مدرس القانون المدني بكلية الحقوق
بجامعة عين شمس والكليات

وضع المشكلة

(١) يتطلب النص في الدستور في مادته الثانية على اعتبار الشريعة الإسلامية مصدرا رئيسيا للتشريع ، النظر في مدى شرعية الفوائد التأخيرية وبالتالي دستورية نصوص قانون التجارة الكويتي التي تقضي من جهة باستحقاقها للدائن في حالة تأخر المدين في الوفاء بالتزامه اذا كان محله مبلغا من النقود معلوم المقدار وقت نشوء الالتزام (م ١٦٥) ، ومن جهة أخرى على استحقاقها حتى بدون أن يثبت الدائن أن ضررا قد لحقه من جراء هذا التأخير (م ١٦٧) .

ولقد صدر في الاونة الاخيرة حكمان من المحكمة الكلية يفيدان ، دون أن يصرحا بذلك ، الامتناع عن تطبيق النص القانوني الذي يلزم المدين بالفوائد القانونية بالمخالفة لنص الدستور .

ولكي تظهر ابعاد المشكلة بوضوح يتعين سرد وقائع الدعيين التي نظرت فيها المحكمة الكلية ، على أن نورد بعد ذلك حيثيات أحد الحكمين اللذين لم ينشرا بعد .

معطيات المشكلة (وقائع الدعوى) : —

(٢) في القضية رقم ٦٩٠٨ / ٧٨ اقام تاجر سيارات دعوى على كفيل المشتري المتضامن لمطالبته بالاقساط المتبقية من ثمن السيارة التي قام ببيعها للمشتري الذي تأخر عن سداد قسطين متواليين في موعد استحقاقهما ، الامر الذي يترتب عليه ، طبقا لما وقع الاتفاق عليه ، استحقاق باقي القسط . ولقد طلب المدعي ، فضلا عن ذلك ، فوائد القسط المتبقية ، وهو الحق الذي تخوله اياه المادة ١٦٥ تجاري كويتي ، التي تترتب مسؤولية المدين ، الذي تأخر في الوفاء بالفريضة بمبلغ من النقود ، عن طريق التزامه بأن يدفع للدائن على سبيل التعويض ، فوائد قانونية قدرها خمسة في المائة في المسائل التجارية . ولقد وجهت المطالبة بالفوائد ايضا الى كفيل المشتري على اعتبار انه المسؤول عن الوفاء بثمن السيارة وبجميع الالتزامات الناجمة عن عقد البيع . ولقد قضت المحكمة بالزام الكفيل بأداء القسط المتبقية للبائع . أما في خصوص طلب الفوائد التأخرية فلقد رفضت المحكمة الاستجابة لهذا الطلب استنادا الى نص الدستور الذي يقضي في مادته الثانية بأن « دين الدولة الاسلام والشريعة الاسلامية مصدر رئيسي للتشريع » واعمالا للنص القرآني « وأحل الله البيع وحرم الربا » .

ولقد استندت المحكمة الى ذات النصوص لترفض ، في القضية رقم ٧٩/١٥٣٨ ، طلب فوائد التعويض المستحق في ذمة الناقل لصاحب البضاعة (المرسل اليه) نظير ما اصاب البضاعة من تلف اثناء نقلها بالبحر . وهذا الحق في التعويض هو الذي انتقل ، طبقا لما ورد في الحكم ، الى مؤمن المرسل اليه بعد أن قام بتعويض المؤمن له عما لحق الشحنة من ضرر وكان هذا الانتقال بموجب حوالة حق اتفق فيها على تحويل حق المؤمن له في التعويض قبل الناقل المسؤول عن التلف الى المؤمن ولقد كان مقتضى حوالة الحق هذه

أن ينتقل الى المؤمن حق المؤمن له في التعويض . بصفته وضماناته وتوابعه ومنها الفوائد التي حلت (م ٥٨١ تجاري) ومع ذلك رفضت الحكم بالفوائد .

أما بخصوص الحق في التعويض ذاته ، فلقد رأت المحكمة ان الناقل ملزم قانونا بتحقيق نتيجة مفادها توصيل الشحنة سالمة وكاملة الى ميناء الوصول وهو الالتزام الذي أخل به الناقل بما يستوجب الحكم بالزامه بأن يؤدي للمؤمن ما اداه هذا الاخير من تعويض لصاحب البضاعة ، وعللت المحكمة ذلك بأن المؤمن حل محل صاحب البضاعة المؤمن له ، بعد أن دفع له التعويض ، في الرجوع به على الغير المسئول . وذكرت تأييدا لهذا الرجوع كل من المادة ٢٧٧ تجاري (حوالة الحق) والمادة ٣٠٥ تجاري (الحلول القانوني) ، الامر الذي يفيد تردد المحكمة فيما يتعلق بالمشكلة القانونية الخاصة بالاساس القانوني لرجوع المؤمن على الغير المسئول .

(٣) وهذان الحكمان يثيران أكثر من مشكلة شرعية ودستورية وقانونية فمن ناحية تصدت المحكمة لدى شرعية الفوائد التأخرية ودستورية نص قانون التجارة (م ١٦٥) الذي يلزم المدين ، الذي تأخر في الوفاء بالتزامه ، اذا كان محله مبلغا من النقود معلوم المقدار وقت نشوء الالتزام ، بان يدفع للدائن فوائد قانونية على سبيل التعويض ، ومن ناحية أخرى يثير الحكم الخاص بدعوى شركة التامين مشكلة كيفية انتقال حق المؤمن له في التعويض المستحق في ذمة المسئول الى المؤمن ، أو في عبارة أخرى ماهية الاساس القانوني لرجوع المؤمن على الغير المسئول . وسنعالج في هذا التعليق المشكلة الشرعية والدستورية مرجئين التصدي للمشكلة القانونية الخاصة برجوع المؤمن على الغير المسئول الى تعليق لاحق .

حكم المحكمة الكلية بتاريخ ٢١ / ٤ / ١٩٧٦ في القضية رقم ٦١٠٨ / ٧٨ تجاري كلي :

« من حيث أن وقائع الدعوى تحمل بأن المدعية شركة اقامتها بصحيفة معلنة للمدعى عليهما (١) . . . (٢) . . . جاء فيها ما يلي اشترى المدعى عليه الاول بكفالة المدعى عليه الثاني التضامنية من المدعية سيارة شيفرولية صالون طراز ١٩٧٦ لقاء مبلغ إجمالي مقداره (٢١٦٥١٧٥) ديناراً دفع منه عند الشراء ٧٨٠ ديناراً وتبقى بذمته مبلغ ١٣٨٥١٧٥ ديناراً كويتياً، بموجب سندات موقعة بتوقيع ومستحقة الاداء. ورغم المطالبة الودية المتكررة فان المدعى عليهما ممتنعان عن السداد .

حيث يحق للشركة المدعية اقامة هذه الدعوى طالبة الحكم بالزامهما بأن يؤديا لها مبلغ ١٣٨٥١٧٥ ديناراً والرسوم والمصاريف والفوائد ومقابل أتعاب المحاماة بحكم مشمول بالنفاذ المعجل وبلا كفالة مع حقه في كافة الحسوق الأخرى .

ومن حيث أن الحاضر عن المدعية قد قصر الدعوى على المدعى عليه الثاني ... وتنازل عن مخاصمة المدعى عليه الاول (محضر جلسة ٢١/٤/١٩٧٨) .

ومن حيث أن المدعى عليه الثاني .. قد أعلن في المرتين ولم يحضر المحاكمة ومن ثم فالحكم الذي يصدر بحقه يعتبر بمثابة الحضور طبقاً للمادة ٣٣ من قانون المرافعات المدنية .

ومن حيث أن الحاضر عن المدعية بعد أن صمم على الطلب الوارد بصحيفة دعوى موكلته ثم قدم اثباتاً لها حافظة مستندات اشتملت على ما يلي :

١ — عقد بيع يتضمن بيع المدعية للمدعى عليه الاول .. وبكفالة المدعى عليه الثاني .. سيارة صالون شفر كما ورد لقاء مبلغ ٢٠٣٩١٧٥ ديناراً تدفع على أقساط شهرية ومثبت في آخر هذا العقد اقرار كفالة موقع بتوقيع منسوب للمدعى عليه الثاني .. وبه يكفل المدعى عليه الاول بثمن السيارة وبجميع الالتزامات عن هذا العقد وجاء في البند الرابع من هذا العقد .

الشرط التالي : في حالة تأخر الطرف الثاني وهو المدعى عليه الاول عن سداد قسطين متواليين في موعد استحقاقهما تستحق باقي الاقساط .

٢ — اثنان وعشرون سندا محررة جميعها لامر المدعية موقعة بتوقيع بصمة ابهام منسوبين للمدعى عليهما الاول بصفته مدينا والثاني بصفته كفيلاً للاول قيمة كل منها ٦٤ ديناراً باستثناء الآخر منها فقيمته ٥٥١٧٥ ديناراً ومجموع قيمتها (٢١ × ٦٤) + ٥٥١٧٩ ١٣١٩١٧٩ ديناراً وتستحق على التوالي اعتباراً من ١٩٧٨/٨/٥ وحتى ١٩٨٠/٢/٥ .

ومن حيث أن دعوى المدعية أضحيت ثابتة قبل المدعى عليه الثاني من المستندات المرفقة والمنود عنها أعلاه ومن ثم فيتمتع الحكم بأكمله طبقاً للشرط لها ابلغ المطالب به وقدره ١٣٨٥١٧٥ والذي استحق بأكمله طبقاً للشرط

المثبت بعقد البيع المرفق والمنوه عنه اعلاه وذلك لتخلفه عن سداد أكثر من قسطين من الأقساط اعتباراً من ١٩٧٨/٥/٥ وحتى تاريخه وطبقاً لأحكام المادة ٥٠٧ من قانون التجارة الكويتي . وأما عن طلب المدعية الحكم بالنفاذ المعجل وبلا كفالة تستجيب لطلبها هذا طبقاً للمادتين ٩٠ / ٢٧١ من قانون المرافعات .

ومن حيث أن المدعى عليه الثاني وقد خسر الدعوى فهو ملزم بالرسوم والمصروفات شاملة أتعاب المحاماة وفق المادة ٢٠٥ من قانون المرافعات المدنية .

وأما عن طلب المدعية الحكم بالفوائد فإن المادة ٢ من الدستور الكويتي قد نصت على أن دين الدولة الاسلام وهي محرمة شرعاً بنص قرآني فقاطع (وأحل الله البيع وحرم الربا) لذلك فالمحكمة تلتفت عن إجابة طلبها هذا للأسباب سالفة الذكر .

لذلك

حكمت المحكمة حضورياً بالزام المدعى عليه الثاني بأن يؤدي للمدعية المبلغ المطالب به وقدره ١٣٨٥١٧٥ ديناراً مع الرسوم والمصروفات وعشرة دنائير مقابل أتعاب المحاماة مع النفاذ المعجل وبلا كفالة ورفض ما عداها من طلبات .

التعليق

(٥) يتضح من حيثيات الحكم ، أن المحكمة امتنعت عن تطبيق نص في القانون التجاري (م ١٦٥) لأنها رأت فيه مخالفة لنص دستوري (م ٢) يجعل من التشريعة الاسلامية مصدراً رسمياً للتشريع ، ومن بين القواعد المستقاة من هذا المصدر القاعدة التي تحرم الربا بصفة عامة والفوائد بصفة خاصة . ومن هنا يثور التساؤل من ناحية عما إذا كانت الفوائد التأخيرية تحرم شرعاً، ومن ناحية أخرى عما إذا كان يجب ، بعد ذلك ، أعمال مقتضى ——— التشريعات في القوة فيما بين نصوص قانون التجارة الخاصة بالفوائد التأخيرية ونص المادة الثانية من الدستور .

سأوزع الإجابة على هذه التساؤلات بين قسمين يعني الأول منهما

بمعالجة مدى شرعية الفوائد التأخيرية بينما نتصدى في الثاني لدى دستورية النص القانوني الذي يلزم المدين بهذه الفوائد ، على أن أعالج في هذين القسمين المشاكل الأربع التي تثيرها أحكام المحكمة الكلية .

القسم الاول

مدى شرعية الفوائد التأخيرية

(٦) الاصل العام الذي يحكم صور الربا هو التحريم ، والاستثناء هو الاباحة لموضع ضرورة أو حاجة شرعا . واذا كانت المحكمة قد رفضت الزام المدين بالفوائد التأخيرية فإن هذا يعني أمرين : ان الفوائد التأخيرية تعد من صور الربا التي يشتملها الاصل العام في تحريمها ولا تقع ، وهذا هو الامر الثاني تحت احدى حالات الاباحة الاستثنائية . فلنتحقق من ذلك .

المشكلة الاولى : موضع الفوائد في منطقة الربا :

(٧) للربا صور متعددة ، يتجسد في البعض منها حقيقة الربا أو الربا الحقيقي بينما يتحقق في البعض الآخر منها شبهة الربا ، والتحريم يشملهما جميعا لان الخطر يشمل حقيقة الربا وشبهته (١) . وللربا على هذا الاساس ثلاثة صور اساسية تتحقق عادة في البيع ، ولن يلحق بها صورة تتجسد في القرض الذي يجر منفعة ومنه القرض بفائدة .

١ — ربا الجاهلية : وهو يقوم على الزيادة في الدين عند حلول الاجل في مقابل تأخير الوفاء . فعند حلول الاجل يطلب الدائن من المدين الوفاء أو الربا أي أن يزيد في الدين عن أصله المستحق في مقابلة اطالة الاجل . ولا خلاف في تحريم هذه الصورة من الربا (٢) . ويقترب في هذه الصورة ما جرى العرف على تسميته ، في العصر الحديث ، بالفوائد المركبة (الفوائد على متجدد الفوائد) . (٣)

(١) عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الاسلامي ، ج ٣ ، ١٩٦٧ ، ص ٢٤١ .

(٢) محمد بن جزي ، القوانين الفقهية ، طبعة تونس ، ١٩٢٦ ، ص ٢٤٤ : قاعدة انظرني ازيد محمد بن رشد ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، ج ٢ مكتب الكليات الأزهرية ، ١٩٦٦ ، ص ١٢٦ .

(٣) السنهوري ، مصادر الحق ج ٣ ص ٢٤١ — ٢٤٢ .

٢ — ربا الفضل : هو الزيادة المادية المالية في أحد البدلين اللذين من جنس واحد من غير مقابل في البذل الآخر ، اذا كانا من الاموال الربوية التي وردت بالحديث النبوي الشريف « الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير وانتثر بالتمر والملح بالملح مثلا بمثل سواء بسواء يدا بيد ، فاذا اختلفت هذه الاصناف فبيعوا كيف شئتم ان كان يدا بيد » .

وتحديد المنطقة التي يجري فيها ربا الفضل هو أمر محل خلاف بين الفقهاء . فعند الحنفية يتحدد النطاق الذي يمكن أن يوجد فيه ربا الفضل في الاموال بأمرين مجتمعين (وهذان الامران هما شطرا علة التحريم) .

١ — ان يكون مما يجري فيه القدر عن طريق الوزن أو الكيل

ب — ان يتحدد الجنس في محلى المعارضة . (٤)

أما عند الشافعية فان علة التحريم ترجع الى وصف معين في المال ، أما كونه طعما (من الطعام) وأما الثمنية أي المال الذي يتخذ مقياسا لقيم غيره من الاموال ، أما اتحاد الجنس فهو شرط لاعمال الحكم وليس علة له . (٥)

اساس الخلاف يرجع الى أن الحنفية نظروا الى كيفية تحقيق شرط التماثل بين البدلين الذي نص عليه الحديث النبوي ، فهم يرون أن التماثل يكون بالوزن أو الكيل . أما الشافعية فقد نظروا الى المعاني التي تعبر عنها الاموال التي وردت بالحديث (وهي الذهب والفضة ، الحنطة والملح والشعير والتمر) وهم يرون أن هذه المعاني تنحصر أو في الطعم أو الثمنية .

والاصل هو وجوب التساوي في القدر في مبادلة الاموال الربوية بجنسها وزنا في الموزونات وكيلا في المكيلات أو التماثل في القدر بجنسية في المطعومات أما في الثمنيات (٦) وترتبا على ذلك لا يجوز اقراض شيء منها واستيفاء أكثر

(٤) السرخسي ، المبسوط ج ١٢ ، مطبعة السعادة ، بدون تاريخ ص ١١٥-١١٦ ، ابن المهيمن ، فتح القدير ، ج ٥ ، ط ١ ، ١٢١٦ هـ ص ٢٧٦ ، السنهوري ج ٣ ، ص ١٧٩ ، ١٨٧ .

(٥) السرخسي ، المبسوط ، ج ١٢ ، ص ١١٦ ، ١٢٠ ، السنهوري المرجع والمكان السابقين .
أما عند المالكية فان العلة هي الاقتنيات والإدخار :

ابن جزى : ص ٢٤٥-٢٤٦ ، ابن القيم ، اعلام الموقعين ج ٢ ص ١٠٠ .

(٦) عند البعض كما يحرم التفاضل في الوزن كذلك يحرم التفاضل في القيمة ، ابن جزى ص ٢٤٩ .

منه كذلك لا يجوز بيع بعضها بمقدار من جنسه اكثر منه . فيشترط لجواز البيع ان يتساوى البدلان اذا كانا من جنس واحد (٧)

اما ان اختلف الجنسان — جاز التفاضل بشرط القبض الفوري في مجلس العقد (يدا بيد كما ورد في الحديث الشريف) .

واذن تمتنع النسيئة اي تأجيل احد البدلين (٨) ، وهذا سدا للذرائع حتى لا يتخذ جواز التفاضل عند اختلاف الجنسين ذريعة او وسيلة الى ريبا النسيئة (٩) .

ويعتبر تحريم ربا الفضل بصفة عامة من باب سد الذرائع اي ان هذا الحكم لم يقصد لذاته ولكنه قرر حتى لا يتخذ وسيلة الى الربا الجلى وهو ربا النسيئة . (١٠)

٣ — ربا النسيئة : يتحقق ربا النسيئة عند الحنفية في واحدة من الحالتين الاتيتين :—

١ — ان يكون كل من البدلين مما يجري فيه القدر (الكيل والوزن)

ب — ان يكون البدلان من جنس واحد .

يشترط عند الحنفية اجتماع القدر والجنس حتى يتحقق بالنسيئة فيكفي لذلك وجود احدهما .

وعند الشافعية يتحقق ربا النسيئة اذا كان البدلان من الطعام او من الاثمان ولا يشترط فوق ذلك اتحاد الجنس بينهما على عكس الحال في ربا

(٧) ابن جزى ، القوانين الفقهية ص ٢٤٩ ، المادة ٢٠٢ ، من مرشد الحيران .

(٨) ابن جزى ، القوانين الفقهية ص ٢٤٣ ، المادة ٢٠١ ، من مرشد الحيران .

(٩) مصطفى الزرقا ، الفقه الاسلامي في ثوبه الجديد ، الجزء الاول المدخل الفقهي العام ، دمشق ١٩٥٩ ، ف ٥١٤ ص ٨٧٨ .

(١٠) ابن القيم : اعلام الموقعين ج ٢ ص ١٠٣ وفي طبعة بيروت ص ١٥٥—١٥٧ ، صبحي الصالح معالم الشريعة الاسلامية ، بيروت ج ١ ، ١٩٧٥ ، ص ١٢٣ .

الفضل . (١١)

ويحدد البعض (ابن عباس) ربا النسئنة على معنى لا يشمل الا ربا الجاهلية كما حددنا فيما سبق حيث تكون الزيادة في رأس المال مقابل الاجل . وهذا هو السبب الذي دفعهم الى القول بعدم دخول الصور الجديدة لزيادة في رأس المال تحت قاعدة حرمة الربا . فعندهم ان رسول الله صلى عليه وسلم قال (لا ربا الا في النسئنة) .

فعندهم اذن نوعان لربا النسئنة : الاول نص عليه القرآن ويسمى ربا الجاهلية والثاني نص عليه الحديث النبوي (. . . . فاذا اختلفت الاصناف ، فبيعوا كيف شئتم اذا كان يدا بيد) معنى ذلك انه عند اختلاف الجنس في البدلين يجوز الفضل شريطة ان يكون التبادل يدا بيذا وليس نسئنه . فاذا اجل احد البدلين تحقق ربا النسئنة ، والربا الحرام عند هذا الاتجاه هو ربا الجاهلية وحده ودون ربا النسئنة الوارد في الحديث النبوي ولكن هذا الاتجاه لم يحظ بتأييد الفقهاء . (١٢)

والواقع ان ربا النسئنة يمكن ان يتحقق من غير زيادة احد العوضين في مقابل الاجل . فالمعاملة في الاموال الربوية تكون معاوضة ربوية اذا عجل احد العوضين واجل الاخر ولو لم يكن هناك زيادة في احد العوضين . (١٣)

ويلاحظ ان الزيادة في ربا النسئنة في صورته الاولى المسماة ربا الجاهلية ، تقابل الزمن الاجل ولا تقابل العوض الاخر .

والاجل اذا كان لا يعتبر مالا حقيقة الا انه في حكم المال لان تأجيل احد البدلين يكون له اعتبار في التجارة ، عند تقدير وتقرير البدل الاخر . (١٤)

(١١) الكاساني بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، ج ٥ ، ط ١ ، ١٩١٠ ص ٢٨٥ يحرم ربا النسئنة ، عند المالكية ، في بيع مطعم بمطعم سواء كان ربويا او غير ربوي وسواء كان متفقا في جنسه او مخالفا ، فلا يجوز التأخير في شيء من ذلك كله ويجب ان يكون يدا بيد : ابن جزى ص ٢٤٥ .

(١٢) صاحب هذا الاتجاه هو ابن عباس — انظر في ذلك ابن رشد ص ١٢٧ ، السنهوري في مصادر الحق في الفقه الاسلامي ج ٣ ، ص ٢٢٢ — ٢٢٧ .

(١٣) عبد الرحمن تاج ، حكم الربا في الشريعة الاسلامية ، المؤتمر السابع للازهر سبتمبر سنة ١٩٧٩ — المجلد الثاني ص ٨٠ .

(١٤) تاج ص ٧٤—٧٥ .

يترتب على ذلك ان البيع بثمن مؤجل لا يعتبر ربا لان زيادة الثمن عن السعر الغالب وقت العقد تدخل في انثمن الذي هو مقابل السلعة المباعة . كذلك قد تكون الزيادة في أحد العوضين كمقابل لمنفعة توجد في العوض الثاني ولا توجد فيه وهذا جائز عند الشافعي ولو نسيئه . (١٥)

ويذهب البعض الى أن تحريم ربا النسيئة هو ايضا من باب سد الذرائع حتى لا يتخذ وسيلة الى ربا الجاهلية الذي اشار اليه القرآن الكريم وفيه يكون المدين مخيرا عند حلول الاجل ، بين قضاء العوض او تأجيله في مقابل أن يربى . (١٦)

٤ - ربا القرض : وهو الزيادة المشترطة في العقد ، وهي ان لم يتحقق بها الربا الحقيقي ، الا انها تشبه الربا لانها فضل لا يقابله عوض . والتحريم يشملها لان الحظر يشمل الربا الحقيقي وشبهته (١٧) . ويقرب من هذا قاعدة ضع وتعجل وهي ان يكون لرجل على الآخر دين لم يحل ليعجله قبل حلوله على ان ينقص منه ، وهو حرام عند الجمهور ما عدا الشافعي . (١٨)

ويذهب الفقه الاسلامي في مجموعة الى ان الزيادة اذا كانت غير مشروطة في العقد ولكن المستقرض اعطاها للمقرض عن طيب خاطر فلا بأس . (١٩)

وعلى هذا يلحق ربا القرض بربا النسيئة وربا الفضل فيكون منهيًا عنه، والتحريم ورد عليه باعتباره وسيلة لسد الذريعة الى المحرم . (٢٠)

(١٥) ابن جزى ص ٢٤٧ .

(١٦) رسالة السيد رشيد رضا مشار اليها في ابراهيم زكي الدين بدوي ، نظرية الربا المحرم في الشريعة الاسلامية ، مجلة القانون والاقتصاد السنة التاسعة سنة ١٩٣٩ ص ٤٣٢ ، وانظر ابن رشد ج ٢ ص ١٣٩ باب بيوع الذرائع الربوية ، السنهوري ص ٢٢٧ - ٢٤٢ .

(١٧) البدائع ج ٧ ص ٣٩٥ ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج ٣ ص ٢٢٥ وهذان المرجعان يشيران الى هذا الربا بالقرض الذي يجزى منفعة .

(١٨) ابن جزى ص ٢٤٤ ، ابن رشد ص ١٤٢ .

(١٩) البدائع ج ٧ ص ٣٩٦ ، حاشية الدسوقي ج ٣ ص ٢٢٦ .

(٢٠) السنهوري ج ٣ ص ٢٤١ .

(٨) وإذا طبقنا ما سبق من أحكام على وقائع الدعوى لوجدنا انه يعتبر من قبيل الربا المحرم — زيادة ثمن بيع السيارة بانتقسيط عن ثمنها في البيع الذي يدفع فيه الثمن حالا ، اذا كانت هذه الزيادة في مقابل الاجل .

وإذا اعتبرنا ان الفوائد التأخيرية التي يطالب بها المدعى لتأخر المدعى عليه في الوفاء بأقساط الثمن من قبيل الزيادة على اصل الدين المستحق ، واعتبرت هذه الزيادة في مقابل الزمن ، اي الاجل ، الذي بقي فيه حق المدعى عند المدعى عليه فحرمن الاستفادة منه بدون وجه حق ، فان السؤال الذي يعرض هنا هو هل هذه الزيادة مشروطة في العقد فلا تجوز .

يتبين من وقائع الدعوى ان الفوائد التأخيرية لم تشترط في العقد ، ومع ذلك فانها تعتبر في حكم المشروطة به لان العقد لا يقتصر على الزام العائد بها ورد فيه « ولكن يتناول ايضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام » (م ١٤٩ تجاري كويتي) . وحيث ان العقد الذي يقوم بمقتضاه تاجر ببيع سيارة لآخر هو عمل تجاري ، فان طبيعة هذا العقد ، وبالتالي الالتزام بدفع الثمن فيه ، يقتضي طبقا للقانون (م ١٦٥) ، استحقاق الفوائد القانونية نظير تأخر المشتري في دفع الثمن وقت استحقاقه ، ويستحق اندائن هذه الفوائد على سبيل التعويض .

وإذا ثبت ان الفوائد التأخيرية تعتبر في حكم الزيادة المشروطة في العقد ، فقد يقول قائل انها لا تجوز شرعا . على ان هذه النتيجة تفترض ان الفوائد التأخيرية تعتبر زيادة خالية من العوض ولا تقع تحت حالات الإباحة الاستثنائية . فهل هذا صحيح ؟

المشكلة الثانية : استثناء الفوائد التأخيرية من الحظر :

(٩) ربا الجاهلية حرام حرمة مطلقة ولا يتصور بشأنه تحقق الضرورة في جانب الدائن الذي تلجئه الى التعامل به ، ولذا فانه لا يجوز بحال من الاحوال بالنسبة له (٢١) فحكم التحريم فيه مقصود اولا وبالذات وليس وسيلة لغاية أخرى .

أما بالنسبة لربا الفضل أو النسيئة أو القرض ، فاذا كان الاصل فيه هو التحريم ، الا انه يمكن ان يدخل الاستثناء على هذا الاصل وهو ما يسمى

(٢١) السنهوري ٣ هـ ٢٤٢ .

باستحسان الضرورة الذي يتحدد بما خولف منه حكم القياس في موضع ضرورة موجهه أو مصلحة مقتضيه سدا لحاجة أو دفعا للحرَج (٢٢) . وبناء عليه فإن ربا الفضل يجوز إذا دعت الحاجة اليه ، ويحدث ذلك إذا كان من شأنه حفظ مصلحة راجحة مشروعة (٢٣) . تقتضى التفاضل بين البدلين كبيع المصوغ مقابل مصوغ من جنسه دخلته الصنعة . مثال ذلك شراء أسورة من انذهب بجنيهاً ذهبية تزيد وزناً ، فهذه الزيادة كانت في مقابل صنعة الصائغ . وهذه حاجة موضوعية أي ترجع الى طبيعة المعاملة نفسها الامر الذي يجعل من هذه الحاجة حاجة عامة (٢٤) . فالحاجة التي دعت الى تجويز هذه الزيادة هي في جعل جزء من الثمن مقابل صنعة الصائغ والا انصرف الصاغة عن هذا العمل مع حاجة الناس الى صنعتهم .

أما ربا النسبة فعند من يعتبر تحريمه تحريماً مقصوداً لذاته فلا يباح الا لضرورة ملحة كالضرورة التي تبيح اكل الميتة والدم ، وعند من يرى أن ذلك التحريم هو سد للذرائع أي حتى لا يتخذ وسيلة لربا الجاهلية فإنه يباح لمجرد الحاجة ، والحاجة أدنى من الضرورة (٢٥) . ويسرى على ربا القرض (الفوائد الربوية) ما يسرى على ربا الفضل أو ربا النسبة بحسب حالته بواحد أو آخر منهما .

(١٠) أما بالنسبة للفوائد التأخرية ، فهي وإن كانت زيادة حقيقية عن أصل الدين المستحق (الثمن في البيع مثلاً) ، إلا أنها لم تكن بدون مقابل فهي تستحق نظير تأخير الوفاء بالدين . والأصل أنه إذا تأخر المدين عن الوفاء بالتزامه كان مسئولاً عن التعويض متى لحق الدائن ضرر من جراء هذا التأخير . ومسئولية المدين هنا عن هذا الضرر هي أمر طبيعي يجد أساسه

(٢٢) الزرقا ف ١٧ ص ٥٢ .

(٢٣) ابن القيم ه ٥ ص ١٠٥ وفي طبعة بيروت ص ١٥٩ .

(٢٤) السنهوري ص ٢٤٢ . وقد تكون الحاجة شخصية خاصة بشخص معين فتبيح التعامل كما في بيع العرايا حيث تقوم الحاجة بشخص المشتري : السنهوري ه ٢ ص ٢٠٩ وما بعدها ص ٢٤٢ ، ويقاس عليه بيع الدنانير والدراهم المسكوكة بأكثر من وزنها ذهباً أو فضة لحاجة المشتري الى الأولى مع كون الزيادة أجرة السكة ، السنهوري ه ٢ ص ٢١٥ وبهذا ص ٢٤٢ .

(٢٥) ٢٥ السنهوري ص ٢٠٦ ، ٢٣٧ .

في القانون (م ١٦٢ ، ١٦٣ تجاري كويتي) وله ما يبرره في الشرع بمقتضى قواعد الضمان التي تقضي بالتزام المسئول عن الضرر بتعويضه تطبيقاً لقواعد شرعية منها « لا ضرر ولا ضرار » (م ١٩ من مجلة الاحكام العدلية) « والضرر يزال » (م ٢٠ من المجلة) « والضرر يدفع بقدر الامكان » (م ٣١ من المجلة) (٢٦) والتعويض قد يكون قضائياً بقدره القاضي (م ١٦٢ تجاري) ، او اتفاقياً يتضمنه شرط جزائي (م ١٦٤ تجاري) او قانونياً في حالة فوائد النقود (م ١٦٥) (٢٧) . وبناء عليه فان الفوائد التأخرية لا تجوز شرعاً الا في الحدود التي تعتبر فيها تعويضاً عن الضرر الذي لحق الدائن من جراء تأخر المدين في الوفاء بالدين ، شريطة ان تقاس تلك الفوائد بقدر هذا الضرر ، وعلى الدائن اثبات مدى الضرر (٢٨) ، بحيث اذا انتفى الضرر لما جاز شرعاً

(٢٦) وهبه الزحيلي ، نظرية الضمان ، دمشق ، ١٩٧٠ ، ص ١٧-١٩ .

(٢٧) مذكرة بالخطوط الرئيسية لقانون التجارة (المذكرة الايضاحية) ص ٣٠٥ .

(٢٨) للضرر المترتب على تاخر المدين في الوفاء بالالتزام الذي محله مبلغ من النقود صـ مـ متعددة منها ان يترتب على هذا التأخر فوات صفقة على البائع كان يامل الحصول عليها عن طريق هذا المبلغ ، وبصفة عامة يتمثل هذا الضرر في فوات منفعة النقود خلال مدة التأخر وهي في الاصل لا تدخل في مجال الضمان عند الاحناف لان المنافع عندهم ليست مالا متقوماً في ذاته ، انما يحق لصاحب المال الفائت منفعته ان يضمن من يضع يده عليها بموجب عقد لان المنافع تنقوم بالمعقد : السنهوري مصادر الحق في الفقه الاسلامي ج ٦ ، ١٩٦٨ ، ص ١٧١ وما بعدها .

ويترتب على ذلك انه اذا وقعت النقود تحت يد شخص على سبيل الفسب فلا يلتزم بضمان منفعتها خلافاً للمذاهب الفقهية الاخرى لان المنافع عندهم من الاموال المضمونة : السنهوري السابق ص ١٧٤ ، على السيد الصافي ، الضمان في الفقه الاسلامي ، بغداد ، ١٩٧٤ - ١٩٧٥ ، ص ٥٢ .

ولكن اذا كان ضياع المنفعة لا يموض عنه هكذا عند الاحناف فانه يمكن ان ننلمس تبريراً لضمانها في القواعد العامة التي ترتب الضمان على الفعل الضار (قاعدة ضمان ما تحت اليد من المقبوضات ، فيد المشتري على النقود تتحقق بها يده على منافعها : الصافي ، ص ٨٩ ، ٩١ - قاعدة الائلاف التي تضع الضمان على من اتلف مال غيره وهي تشمل المنفعة : الصافي ص ١٠٠ كما ان القاضي يستطيع ان يعمل سلطته حيالها اعمالاً لمبدأ السياسة الشرعية في احقاق الحق ودفع الحرج والمشقة واخذ بمشروعية التعزيرات او الفرمانات المالية : وهبه الزحيلي ، ص ٢٦ ، ٩٥ - بل يمكن ضمان منافع النقود ، حتى في ظل الفقه الحنفي ، اذا كانت هذه معدة للاستغلال ، كما هو الحال في ثمن المبيع اذا »

الحكم بها . أما اذا ثبت الضرر ومداه فانه في هذه الحدود لا عبره باسم الاداة التي يجبر بها الضرر وهي الفوائد التأخرية ولكن العبرة بمعناها وما يطلق عليه وهو تعويض او جبر الضرر . ولا يقال ان استحقاق الفوائد التأخرية في هذه الحالة يتضمن امرا محظورا شرعا وهو ان النقود (أصل الدين) تولد نقودا (الفوائد) لان الذي ولد هذه الاخيرة هو الضرر وليس أصل الدين . ولقد كان من الممكن القول درءا لشبهة الربا الاتية من اتخاذ التعويض عن الضرر الناجم من التأخير في الوفاء بمبلغ من النقود صورة التعويض النقدي (الفوائد التأخرية) — بوجوب اتخاذ هذا التعويض صورة الشيء الفائت فيكون تعويضا عينيا بإزالة الضرر المتمثل في فوات منفعة النقود ، وهذا اقرب الى تحقيق الغرض من الضمان . ولكن لما كان يتعذر رد هذه المنافع عينيا للدائن ، لان المنافع تقاس بالزمن وما فات من الزمن لا يعود ولا يعاد ، فانه يصار الى قيمتها عملا بالقاعدة الشرعية « اذ تعذر الاصل يصار الى البديل » (م ٥٣ من مجلة الاحكام العدلية) .

ان مواجهة الفوائد التأخرية التي تستحق على المشتري لتأخره في دفع الثمن ، على انها زيادة في الثمن لا يقابلها شيء في المبيع يؤدي الى اعتبارها من قبيل الربا . اما لو واجهنا هذه الزيادة على أساس انها تقابل الضرر الذي لحق البائع من جراء هذا التأخير ، وكرر انها تقابل الضرر وليس مجرد التأخير في الوفاء بالثمن ، في هذه الحالة فهي وان كان لا يقابلها عوض مبيع ، الا انها تعتبر زيادة مبررة شرعا طبقا لقواعد الضمان ، لان استحقاقها هنا يقصد به مقابلة وجبر الضرر وليس في مقابلة الاجل . ولذلك يلزم البائع باثبات الضرر الذي لحقه من جراء هذا التأخير .

واذن فمبدأ الضمان يبرر شرعا التعويض ، ايا كان اسمه ، متى كان المقصود منه حفظ مصالح وأموال الناس ، ولكنه في نفس الوقت يحدد التعويض على قدر الضرر دون زيادة او نقص . وتحديد الهدف من التعويض

» كان البائع تاجرا ، مع تحقق علم المستولى عليها (المشتري) بذلك وكان وضع يده عليها بدون وجه حق من ملك او عقد : السنهوري ، السابق ص ١٧٣ .

وهين يتعذر تادية (ارجاع) المنافع الفائتة بدون وجه حق فانه يرجع الى قيمتها : المصالي ص ٨٩ — ٩٠ ، هذا ويلاحظ ان المدين لا يضمن ، وفقا لراي في الفقه الاسلامي ، انخفاض قيمة النقود خلال مدة التأخير لانه متى رد الضامن الشيء فلا يضمن نقصان قيمته : الزحيلي ص ٩١ ، ٩٩ .

وتقدره على هذا النحو هو الذي يجعل من التعويض أداة شرعية لتحقيق حاجة الناس بل ما هو ضروري لهم في حفظ أموالهم وحماية مصالحهم المتعلقة بها . ونحن اذا قمنا بتحييص قواعد التجارة على ضوء هذا المبدأ ونتائج كان لا مناص من القول بأن هذا التقنين ، حين يحدد الفوائد التأخرية بصفة تحكمية (خمسة في المائة في المسائل التجارية : م ١٦٥) دون أن يترك للقاضي تحديد التعويض عن التأخير بحسب كل حالة على حدة ، وكذلك حين يقضي بأنه (لا يشترط لاستحقاق فوائد التأخير ... أن يثبت الدائن أن ضررا لحقه من هذا التأخير) (م ١٦٧) فإنه يخرج بذلك عن مقتضى الاساس الشرعي للتعويض ويخالف ، فضلا عن ذلك ، مقتضى قاعدة حظر الربا شرعا .

(١١) واذا ثبت أن التعويض عن الضرر الناجم عن التأخير في الوفاء بالالتزام هو أمر يتفق ، في مبدئه ، مع قواعد الشرع ، فإنه كان ينبغي على المحكمة الكلية بدلا من أن ترفض الحكم بالفوائد التأخرية ان تحكم بتعويض يجبر الضرر الذي لحق بائع السيارة من جراء عدم وفاء المشتري بالاتساق في مواعيد استحقاقها ، على أن يثبت البائع مدى هذا الضرر ، فيحكم القاضي ، بتعويض على قدره ، وينزل بالفائدة القانونية (٥ ٪) أو الفائدة المشترطة في العقد (بحد أقصى ٧ ٪) وفقا للمادة ١٦٦ تجاري كويتي) الى القدر الذي يعادل مدى الضرر . بل انه يحق للقاضي ان يزيد من هذه الفوائد أي يضيف اليها تعويض تكميلي بشرط أن يثبت « أن الضرر الذي يجاوز الفوائد قد تسبب المدين نفسه فيه أو بخطأ جسيم » (م ١٦٨ / ١) . وليس في اعمال القاضي لسلطته هذه أي خروج عن طلبات المدعي متى كان قد اصطلح أو تعارف الناس على تسمية التعويض عن التأخير بالفوائد التأخرية .

(١٢) قد يقال ان قضاة المحكمة الكلية لا يستطيعون الحكم بالفوائد التأخرية على سبيل التعويض بعد حساب قدرها على نحو يعادل به مقدار الضرر لان في ذلك مخالفة صريحة لنصوص قانونية يتعين على القاضي أن يطبقها على النزاع المعروض امامه . ولكن هذا القول غير مستساغ لانه متى رفض القاضي تطبيق النص القانوني الذي يلزم المدين بالفوائد التأخرية لانه رأى فيها ربا أو شبهته فإنه يكون قد خالفه في هذه الحالة أيضا ، وكان يحق له ، منطقيا ، أن يحكم بها في الحدود التي تتفق فيها مع قواعد الشرع التي تتيح الحكم بها لحفظ مصلحة مشروعه للدائن . والقاضي حين يلزم المدين بها في هذه الحدود فإنه يطبق نصا قانونيا ، لم يوضع حقيقة لمواجهة حالة الالتزام الذي محله مبلغ من النقود ، ولكنه على كل حال يضع القاعدة العامة

في تقدير التعويض عن الضرر ، هو نص المادة ١٦٣ تجاري الذي يقضي بأن التعويض يشمل ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب بسبب ضياع الحق عليه أو بسبب التأخر في استيفائه (م ١٦٣ تجاري كويتي) .

والواقع أن قضاة المحكمة الكلية وقفوا في منتصف الطريق دون أن يواصلوا السير في الطريق الذي لا محذور فيه شرعا : هم وقفوا في منتصف الطريق لأنهم وقفوا عند الأغراض التي يقصد إلى تحقيقها من وراء تحريم الربا وهي تتمثل ، في موضوعنا ، في منع الفبن والاستغلال الواقع على المدين ، وهم لم يواصلوا السير في الطريق الشرعي لأنه على فرض أن الفوائد التأخيرية تتضمن زيادة عن أصل الدين المستحق ، فإنها مع ذلك جائزه شرعا باعتبارها طريقا أو وسيلة لجبر الضرر الواقع على الدائن . ومتى ثبت هذا الضرر فإن استحقاق التعويض (الفوائد) لا يتضمن غبنا أو استغلالا للمدين .

ونحن إذا وقفنا ، مع المحكمة الكلية ، في منتصف الطريق واعتبرنا الفوائد التأخيرية من قبيل الربا الذي يحرم شرعا ، فهل هذا يجعل بالضرورة من النصوص التشريعية تلزم المدين بها وتقضي باستحقاقها للدائن حتى ولو لم يلحق ضرر من جراء التأخير في الوفاء بالتزامه ، نصوصا غير دستورية ؟

القسم الثاني

مدى دستورية النصوص التشريعية الخاصة بالفوائد التأخيرية

(١٣) حين يمتنع القاضي عن تطبيق النصوص التشريعية الواردة في قانون التجارة الخاصة بالفوائد التأخيرية ، لأنها في رأي المحكمة الكلية، محرمة شرعا بنص قرآني قاطع « وأحل الله البيع وحرم الربا » فإن ذلك يعني أحد أمرين أو كليهما : الأول أن الشريعة الإسلامية تمثل مصدرا رسميا للقواعد القانونية كما أنها مصدر رئيسي : حسب نص المادة من الدستور ، يأتي في المرتبة قبل التشريع ويتعين تغليب قواعده عند التعارض مع القواعد المستمدة من التشريع ، والامر انثاني أن النصوص التشريعية الخاصة بالفوائد التأخيرية تخالف الدستور الذي يقضي في مادته الثانية أن « الاسلام دين الدولة والشريعة الإسلامية مصدر رئيسي للتشريع » ، وأنه يحق للقاضي ،

أعمالا لمتقضى مبدأ تدرج التشريعات في القوة ، أن يمتنع عن تطبيق هذه النصوص التشريعية .

إذا تبين ذلك ، فهل هذان الأمران أو واحد منهما ، يبرران عدم الحكم للمدعي ، في القضيتين المعروضتين على المحكمة الكلية ، بالفوائد التأخرية على سبيل التعويض ، هذا ما سنتحقق منه بمعالجة المشكلتين الثالثة والرابعة .

المشكلة الثالثة : وضع الشريعة بين المصادر الرسمية للتواعد القانونية :

(١٤) المصادر الرسمية هي « الطرق أو الوسائل التي ترتضيها الجماعة للتعبير عن التواعد التي ترتضيها بحيث يكفي أن يتم انتعير عن القاعدة بأحدى هذه الطرق أو الوسائل حتى تكتسب الصفة القانونية فتصبح ملزمة للمخاطبين بها (٢٩) ويلتزم القاضي بتطبيقها على منازعتهم . والنصوص التشريعية الخاصة بالفوائد التأخرية تضع قواعد يتحقق لها الصفة القانونية لأنها « وردت في قانون التجارة الذي صدر عن سلطة عهدت إليها الجماعة بالتعبير عن إرادتها في مجال وضع القوانين » (٣٠) . ومع ذلك امتنع قضاة المحكمة الكلية عن تطبيق هذه التواعد على اعتبار أن هناك مصدرا رسميا آخر يمكن عن طريقه التعرف على التواعد الواجب تطبيقها على النزاع المعروض عليهم ، وهذا المصدر هو الشريعة الإسلامية فهل كان هذا الاعتبار صحيحا في نظر النظام القانوني الوضعي الكويتي ؟ .

(١٥) يلاحظ بادئ ذي بدء أن دعوى بائع السيارات تتعلق بمسألة تدخل في نطاق تطبيق قانون التجارة الكويتي لأن بيع انسيارة يعتبر وفقا للقانون التجاري عملا تجاريا (م ٧ / ١ تجاري كويتي) إضافة الى أنه صدر من تاجر (م ١٦ ، ١٧ تجاري كويتي) ، وذلك تطبيقا للمادة الأولى من قانون التجارة التي تنص على أن « تسري أحكام هذا القانون على التجار وعلى جميع الأعمال التجارية التي يقوم بها أي شخص ولو كان غير تاجر » .

ولا يسري هذا القانون على التزامات بائع السيارة ولكنه يسري أيضا على التزامات المشتري ولو أنه ليس تاجرا لأنه « إذا كان العقد تجاريا بالنسبة

(٢٩) منصور مصطفى منصور ، اصول القانون ، الكويت ، ١٩٧٧ - ١٩٧٨ ، ف ٢٤ ص ٤٣ .

(٣٠) منصور المرجع والمكان السابقين .

انى أحد المتعاقدين دون الآخر ، سرت أحكام قانون التجارة على التزامات
العائد الآخر الناشئة من هذا العقد ، ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك «
(م ١٥ تجاري كويتي) .

ونحن اذا رجعنا الى قانون التجارة الكويتي الواجب تطبيقه في الدعوى ،
لوجدنا انه اغفل عمدا ذكر مجلة الاحكام العدلية أو الفقه الاسلامي بصفة
خاصة ، عند تعداد المصادر التي يرجع اليها القاضي للتعرف على القواعد
التي تسري على التجار وعلى الاعمال التجارية : « في تحديد القواعد التي
تسري على التجار وعلى الاعمال التجارية يعتد بالعقود المعتبرة قانونا شريعة
المتعاقدين (م ٢) فاذا « لم يوجد عقد أو وجد وسكت عن الحكم أو كان الحكم
الوارد في العقد باطلا ، سرت النصوص التشريعية التي يتضمنها هذا القانون
والقوانين الاخرى على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو
في فحواها » (م ٣) ، فاذا « لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكم القاضي
بموجب العرف .. فان لم يوجد عرف طبقت مبادئ القانون الطبيعي وقواعد
العدالة » (م ٤) .

(١٦) واذن ففي المسائل التي تخضع لقانون التجارة ، ليس للقاضي أن
يرجع الى الشريعة الاسلامية للتعرف على القواعد الواجبة التطبيق على
النزاع المعروض امامه ، لان القاضي لا يطبق الا القواعد التي اكتسبت ، في
القانون الوضعي ، الصفة القانونية ، وهو الامر الذي يتحقق بالنسبة للقواعد
الموجودة في المصادر الرسمية التي يأخذ بها النظام القانوني الكويتي وهي
تنحصر ، في المسائل التجارية ، في التشريع (تقنين التجارة وغيره من
التشريعات) والعرف ومبادئ القانون وقواعد العدالة .

وبناء عليه فان القاعدة الشرعية (الدينية) لا يطبقها القاضي الا اذا
صدر بها تشريع أو ، في حالة غيابه ، جرى بها عرف معتبر أو ، ان لم يوجد
هذا العرف ، اذا اعتبرت من ضمن مبادئ القانون الطبيعي وقواعد
العدالة (٣١) . قد يقال أن مجلة الاحكام العدلية ، وهي تقنين للشريعة

(٣١) انما يراعى في هذه الحالة أن الشريعة الاسلامية بصفة خاصة لا تعتبر مصدرا رسميا ،
بل انها لا تعدو أن تكون المصدر المادي أو التاريخي الذي استقت القاعدة القانونية مادتها
منه . فاذا استقى التشريع ، مثلا ، قواعده من الشريعة الاسلامية ، فان المصدر
الرسمي لهذه القواعد هو التشريع ذاته لانها تكتسب الصفة القانونية من وجودها في «

الاسلامية في الفقه الحنفي ، تعتبر تشريعا صدر من السلطة المخولة بسن القوانين أو في الاقل لها الصفة التشريعية لصدور مرسوم أميري بتطبيقها (٢٢) . ومع ذلك فان المشرع الكويتي لم يقصد ، حين يحيل القاضي الى النصوص التشريعية الواردة في قانون التجارة أو في القوانين الاخرى (م ٢) ، أن يجعل من المجلة مصدرا رسميا يكمل به نصوص قانون التجارة . « ذلك ان المجلة — وهي القانون المدني للكويت — تقوم نصوصها على أحكام الشريعة الاسلامية في المذهب الحنفي ، فلا يستطيع قانون التجارة الكويتي ، وهو مأخوذ من القوانين الغربية ، أن يحيل الى المجلة يكمل بها نصوصه » (٢٣) . (١٧) بينما لا تعتبر مجلة الاحكام العدلية أو الشريعة الاسلامية مصدرا رسميا للقواعد الواجبة التطبيق على المعاملات التجارية ، فلها على العكس من ذلك تعتبر مصدرا رسميا لقواعد القانونية الواجبة التطبيق على مسائل القانون المدني ، فهي تعتبر ذاتها القانون المدني في الكويت . ففي مسائل الاحوال الشخصية يجب على القاضي البحث عن القواعد الخاصة بها في مذهب الامام مالك (٢٤) . وفي بعض مسائل القانون المدني الاخرى تعتبر الشريعة الاسلامية مصدرا رسميا يأتي تطبيق القواعد المستمدة منه تاليا في المرتبة للقواعد الموجودة في التشريع (كمسألة الالتزامات الناشئة عن العمل

« التشريع ، ويقتصر دور الشريعة الاسلامية على كونها المصدر المادي أو التشريعي الذي استند منه المشرع ملادة او مضمون هذه القواعد : منصور ف ٤٢ ص ٦٦ .

(٢٢) صادق حاكم الكويت الشيخ أحمد الجابر الصباح على قرار مجلس الامة التشريعي الذي قضى بوجوب استنبط جميع الفتاوى والاحكام من مجلة الاحكام الشرعية المعمول بها في جميع نواحي الدولة العثمانية : انظر في التثبيت من هذا الامر محمود عبد الرحمن السبيسي ، من المجلة العدلية الى التشريع الكويتي الحديث ، المحلي ، مارس ١٩٧٣ ، ص ٧٧ وقرب عبد الحي هجاري ، المدخل لدراسة المعلوم القانونية ، ه ١ ، القانون ، الكويت ، ١٩٧٢ ، ف ٣٧٢ ص ٤٧٤ الذي يرى ان المجلة تعتبر « التشريع الواسمي » أي التشريع المسنون ، التفظ ، الواجب التطبيق في المعاملات المدنية » .

(٢٣) مذكرة بالخطوط الرئيسية لقانون التجارة ص ٢٨٦ ، وانظر ايضا هجاري ف ٢٢٤ ، ص ٢٠١ ، عبد الفتاح عبد الباقي ، مصادر الاقترام ، ه ١ (نظرية العقد) ، الكويت ، ف ١٤ ص ٢١ .

(٢٤) منصور ف ٤٢ ص ٦٨ ، هجاري ف ٣٧٢ ص ٤٧٤ .

غير المشروع ومسألة التأمينات العينية (٣٥) . أما باقي موضوعات القانون المدني التي لم يصدر بها تشريع فانها تخضع لمجلة الاحكام العدلية (٣٦) . فاذا لم يجد القاضي حكما لحسم النزاع في المجلة ، بحث عنه في الشريعة الاسلامية وهي تتمثل في رأي اول (٣٧) في الفقه الحنفي لان المجلة مستمدة منه اصلا ويجب ، منطقيا ، الرجوع اليه لسد ما بها من نقص ، او في رأي ثان (٣٨) ، في مذهب الامام مالك لصدور اوامر ادارية بهذا المعنى ، وهي بعد اوامر لا ترقى ، في اعتقادنا ، الى مرتبة القواعد القانونية التي يلتزم القاضي بتطبيقها .

(١٨) هكذا لا تعد الشريعة الاسلامية في النظام القانوني الوضعي الكويتي ، مصدرا رسميا للقواعد الواجبة التطبيق في المعاملات التجارية . واذا ثبت ان الشريعة الاسلامية ليست مصدرا رسميا فلا يصح القول ، تطبيقا لمبادئ القانون المدني ، بانها تملو في المرتبة النصوص التشريعية الواردة في قانون التجارة .

والواقع ان الاتجاه الذي يسير فيه المشرع الكويتي في الاونة الاخيرة ينبىء عن رغبته في تضيق مجال تطبيق قواعد الشريعة الاسلامية باعتبارها قواعد قانونية . ففي منطقة القانون المدني صدرت تشريعات متعددة الامر الذي يترتب عليه تضيق المجال الذي تعمل فيه مجلة الاحكام العدلية وبالتالي الشريعة الاسلامية . كما ان المشرع عمد ، في خصوص المعاملات التجارية ، الى توسيع نطاق تطبيق قانون التجارة ، فتوسع فيما يعتبر من الاعمال

(٣٥) قارن عبد الباقي ف ١٤ ص ٣٤ الذي يرى وجوب الرجوع الى نظرية الالتزامات لسد النقص في هذه التشريعات وعدم الرجوع الى مجلة الاحكام العدلية . لكن على خلاف ما يراه الاستاذ الدكتور عبد الباقي صدر المرسوم بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٧٨ في شأن اجازات المقارنات ، وقواعده تتعلق كما هو واضح بمسألة من مسائل القانون المدني وهي عقد الاجار ، الذي نص في المادة الثالثة منه انه اذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكم القاضي بموجب مجلة الاحكام العدلية قبل ان يرجع الى العرف ومبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة . هذا الا اذا اعتبرنا ان عبارة « نص تشريعي » تشمل او تصدق على نظرية الالتزامات الواردة في قانون التجارة .

(٣٦) منصور المرجع والمكان لاسابقين .

(٣٧) حجازي ف ٢٧٣ ص ٧٤ ، منصور المرجع والمكان السابقين .

(٣٨) السبيعي ص ٨٨ ، ٨٩ .

التجارية التي تخضع لاحكام هذا القانون (م ٧ - ١١) (٣٩) ، ونص على ان الاصل في عقود التاجر والتزاماته ان تكون تجارية (م ١٢) . واكثر من ذلك فان « قانون التجارة يسري ليس فحسب على التجار ، بل هو ايضا يسري على غير التجار ممن يدخلون في علاقات مع التجار اما عن طريق عقود او عن طريق معاملات أخرى . فالمعقد الذي يصدر من تاجر يبيع به سلعة الى عميل غير تاجر يسري عليه قانون التجارة ، ولا يعتد بأن العميل غير تاجر » (٣٩ م) ، وهذا الامر نصت عليه صراحة المادة ١٥ من قانون التجارة .

(٣٩) فمثلا تعتبر اعمالا تجارية بحكم القانون شراء السلع وغيرها من المتقولات المادية وغير المادية بقصد بيعها ببيع (م ١/٧) (وهذا النص ينطبق على عقد بيع اقساية في القضية رقم ٧٨/٦٩.٨ تجاري كلي) ، وكذلك النقل برا وبحرا وجوا (م ١٢/٨) وجميع الاعمال ، المتعلقة باللاحة البحرية كالنقل والارسالات البحرية (م ٤/٩) ، كما نص قانون التجارة على اعتبار التلمين بتواعه المختلفة عملا تجاريا (م ٩/٨) ويدخل في ذلك ، بالتالي ، التلمين البحري (م ٥/٩) .

وهذه النصوص الخاصة بالنقل والتلمين البحريين بالإضافة الى النص المادة ١٥ من القانون التجاري يؤكد وجوب تطبيق قواعد قانون التجارة ، الخاصة بالفوائد التفضيرية ، على القضية الاخرى رقم ٧٩/١٥٣٨ تجاري ، والتي رفضت المحكمة الكلية الحكم فيها بهذه الفوائد ، وقد اضطررنا الى ذكر هذه الملاحظة هنا لانه قد يتبادر الى الذهن اعتقاد مؤداه انه يجب على القاضي عند بحث مطالبة المؤمن ، الذي دفع مبلغ التعميض لصاحب البضاعة ، للنقل بهذا التعميض هي من موضوعات القانون المدني ، ان يراعي ما تقرره قواعد الشريعة الاسلامية على اعتبار ان الالتزام بالتعميض هنا يجد اساسه في العمل غير المشروع وان طلب الفوائد نظير التأخر في الوفاء بهذا الالتزام يخضع لمجلة الاحكام العدلية نظرا لعدم معالجة قانون الالتزامات الناشئة عن العمل غير المشروع (قانون رقم ٦ لسنة ١٩٦١) لهذه المسئلة كما ان النص الوارد في قانون التجارة (م ١٦٥) الذي يلزم المدين ببلغ من النقود بالفوائد التفضيرية ، قد ورد بين النصوص المخصصة للالتزامات العقيدية (المسؤولية العقيدية) ولم يرد بين النصوص المخصصة لاثار الالتزام ايا كان مصدره حتى يسري على العمل غير المشروع . ولكن هذا الاعتقاد غير صحيح في القانون ، لان مطالبة المؤمن للنقل بالتعميض وفوائدها لا تتلصق ، على ما سنرى في تعليق اخر ، على المسؤولية التقصيرية ، ولكن على اساس طول المؤمن محل المؤمن له صاحب البضاعة في حق هذا الاخير الذي يقابله في ذمة النقل التزاما بالتعميض نشأ من جراء اخلاله بالمعقد ، فتكون مسؤوليته عقيدية تنشأ من عقد (النقل) الذي يعتبر عملا تجاريا بالنسبة للنقل وتخضع بالتالي لنصوص قانون التجارة ، هذا الحق هو الذي انتقل الى المؤمن ، بطريقة سوف نعرف ماهيتها في التعليق المشار اليه ، دون ان يفرض هذا الانتقال من طبيعة ومصدر الالتزام المشابه له الذي يقع في ذمة النقل .

(٣٩ م) مذكرة بالخطوط الرئيسية لقانون التجارة ص ٢٨٥ .

(١٩) ومتى وصلنا من البحث عن موضع الشريعة الإسلامية بين المصادر الرسمية للقانون الوضعي في المعاملات التجارية الى انها لا تعلق في المرتبة القواعد المستمدة من التشريع لانها ، اعني الشريعة الإسلامية ، ليست أصلا مصدرا للقواعد القانونية في نطاق المعاملات التجارية ، فان النتيجة التي تفرض نفسها في هذا المجال ، أن قضاة المحكمة الكلية لم يكن يحق لهم أن يستندوا في رفض الحكم بالفوائد التأخيرية الى أن الشريعة الإسلامية تقع ضمن المصادر الرسمية التي يتعين عليهم البحث فيها عن القواعد الواجبة التطبيق في القضايا المعروضة عليهم .

قد يقول قائل أن هذه النتيجة تتعارض مع مقتضى مبدأ تدرج التشريعات في القوة فيما بين نصوص التشريع الدستوري والتشريع العادي (قانون التجارة) ، فهل هذا القول يستند الى أساس من القانون ؟ هذا ما نتحقق منه عند معالجة المشكلة الآتية :

المشكلة الرابعة : القيمة الحقيقية لنص المادة الثانية من الدستور

(٢٠) رغم أننا قد اثبتنا ، فيما تقدم ، أن الفوائد التأخيرية تتفق مع قواعد الشرع في الضمان في الحدود التي تعد فيها تعويضا يقصد به جبر الضرر الناجم عن التأخير في الوفاء بالالتزام ، الا انه يبقى مع ذلك محلا للطعن في شرعية نصوص قانون التجارة التي تقضي باستحقاق هذه القواعد وتحدد قدرها بصرف النظر عن وجود ضرر لحق الدائن من جراء التأخير . فلو فرضنا مثلا ان الدائن لم يصبه أي ضرر من التأخير أو أصابه ضرر اقل في قيمته من الفوائد التأخيرية فان هذه تعد في حكم الزيادة الخالية من العوض التي تحرم شرعا . وفي هذه الحدود التي تزيد فيها الفوائد على الضرر كان يجب على قضاة المحكمة الكلية أن يحصوا الفوائد التأخيرية في ضوء قواعد الشريعة الإسلامية في خصوص الربا . ولكن رسم الحدود ، التي يتعين فيها التصدي للمشكلة على هذا النحو ، لا يفيد حتما أن حكم المحكمة الكلية ، حتى ولو اقتصر عليها ، كان صائبا في نظر مبادئ النظام القانوني الوضعي الكويتي .

(٢١) حقيقة ان الدستور الكويتي تقضي مادته الثانية أن « دين الدولة الاسلام ، والشريعة الإسلامية مصدر رئيسي للتشريع » ، وحقيقة ايضا أن القراءة السطحية ، أو الاقتصار على ظاهر هذا النص ، يفيد ان هناك تعارضا بينه وبين نصوص قانون التجارة الخاصة بالفوائد التأخيرية . وعند هاتين

الحقيقتين وقف قضاة المحكمة الكلية واخذوا ، بناء عليهما ، بالرأي الراجح في الفقه الذي يذهب الى انه من حق القاضي ، اعمالا للرقابة القضائية لدستورية القوانين واللوائح ، أن يمتنع عن تطبيق القانون الذي يرى فيه مخالفة موضوعية لقاعدة دستورية (٤٠) . وهذا الحق الذي يملكه القاضي هو نتيجة طبيعية لتدرج التشريعات في القوة ، فالتشريع الدستوري يسمى ، في السلم التشريعي ، التشريع العادي (٤١) . فاذا حدث تعارض بينهما فإن من المنطقي أن يطرح القاضي التشريع العادي جاتبا ليعمل بمقتضى التشريع الدستوري (٤٢) .

ولقد اقتضت المحكمة الكلية على الامتناع عن تطبيق نصوص قانون التجارة الخاصة بالفوائد التأخيرية دون ان تلغى هذه النصوص فهذا لا يدخل في نطاق سلطتها ، لان الدستور نفسه رسم الطريق الذي يتعين اتباعه ازاء التشريع المخالف للدستور . فلقد نص دستور الكويت ، في المادة ١٧٣ ، على أن « يعين القانون الجهة القضائية التي تختص بالفصل في المنازعات المتعلقة بدستورية القوانين واللوائح ، ويبين صلاحيتها والاجراءات التي تتبعها . ويكفل القانون حق كل من الحكومة وذوي الشأن في الطعن لدى تلك الجهة في دستورية القوانين واللوائح . وفي حالة تقرير الجهة المذكورة عدم دستورية قانون أو لائحة تعتبر كأن لم تكن » وبالفعل صدر ، في يونيو ١٩٧٣ ، قانون بإنشاء المحكمة الدستورية انتي تختص دون غيرها من المحاكم بالنظر في دستورية القوانين واللوائح ، كما تختص بتفسير النصوص الدستورية .

ونحن اذا اقتصرنا على الوجه الاول لرقابة ودستورية القوانين الذي يتمثل في حق القاضي في الامتناع عن تطبيق قواعد التشريع العادي عند تعارضها مع قاعدة في الدستور ، لوجدنا أن مجال اعمال سلطة القاضي هذه يتحدد بحالة وجود هذا التعارض . فهل القاعدة التي وضعها الدستور في مادته الثانية تتعارض مع قواعد قانون التجارة الخاصة بالفوائد التأخيرية ؟

(٤٠) انظر في الخلاف الفقهي الخاص بهذه المسألة منصور ف ٤٠ ص ٦٠ . ويملك القاضي ، طبقا لقانون المحكمة الدستورية ، أن يوقف الدعوى لحين الفصل في دستورية القانون .

(٤١) جبالوي ف ٣٠٩ ص ٤٠٠ .

(٤٢) منصور ف ٢٨ ص ٥٢ ف ٤٠ ص ٦١ ، جبالوي المرجع والمكان السابقين .

(٢٢) لا محل للقول بوجود تعارض بين قاعدتين الا اذا اتحد مجال تطبيقها . وترتبطا على ذلك فان التعارض المشار اليه لن يتحقق الا اذا كانت المادة الثانية من الدستور قد وضعت لتطبق على منازعات الافراد ، اي الا اذا كان الخطاب موجها فيها الى الافراد فيطبقها القاضي عليهم كما يفعل بالنسبة لقواعد قانون التجارة . وهذا الامر يتحقق بطريقتين الاولى ان تكون المادة الثانية من الدستور قد وضعت بذاتها قاعدة تمنع الحكم بالفوائد التأخرية اصلا او تحظر الحكم بها فيما يجاوز حدود الضرر الناجم عن التأخير ، اما الطريقة الثانية ، وهي احوالة الدستور على الشريعة الاسلامية في معالجة امر استحقاق هذه الفوائد . فاذا ثبت انه لا يمكن اعمال مقتضى هاتين الطريقتين ، في ظل النظام القانوني الوضعي الكويتي ، فلن يكون هناك ثمة تعارض بين نصوص قانون التجارة الخاصة بالفوائد التأخرية ونص المادة الثانية من الدستور .

(٢٣) واضح ان التعارض المشار اليه لا يتحقق بمقتضى الطريقة الاولى لان الدستور لم يضع ، قطعا ، قاعدة توضح حكم الفوائد التأخرية . تبقى الطريقة الثانية ، وهي احوالة الدستور على الشريعة الاسلامية لمعالجة هذا الامر . وهذا ايضا لا يمكن القول بأن الدستور وضع ، عن طريق احوالته للشريعة الاسلامية ، قاعدة خاصة بالفوائد التأخرية تحظر الحكم بها . انما كل ما يمكن القول به انه ، بمقتضى الطريقة الثانية اي الاحالة ، تصبح الشريعة الاسلامية مصدرا رسميا للقواعد القانونية (٤٣) . ومع ذلك فان الفقه (٤٤) يذهب الى ان نص المادة الثانية من الدستور ، بالصياغة التي ورد بها ، لا يجعل من الشريعة الاسلامية مصدرا رسميا للقانون ، وان الخطاب في هذا النص ، موجه للمشرع لكي يستمد قواعد التشريع من الشريعة الاسلامية التي تكون في هذه الحالة المصدر المادي او التاريخي للتشريع ، بحيث تكتسب قواعد التشريع صفتها القانونية لا من واقع اسنادها من الشريعة الاسلامية بل من مجرد وجودها في التشريع . « فالقيمة الحقيقية للنص الدستوري على ان الشريعة الاسلامية مصدر رئيسي للتشريع هي انه يعتبر توجهها سياسيا للسلطة التشريعية بأن تستمد

(٤٣) قرب منصور ف ٤٢ ص ٦٥-٦٦ .

(٤٤) منصور ف ٤٢ ص ٦٦ .

القواعد القانونية التي تضعها من الشريعة الاسلامية » (٤٥) .

وبعد فانه حتى بالنسبة لهذا التوجيه السياسي للسلطة التشريعية ، فإن النص ، حسب الصياغة التي ورد بها ، لا يلزمها باستمداد قواعد التشريع من الشريعة الاسلامية فقط ، فعبارة النص تفيد أن هناك مصادر رئيسية أخرى بجوار الشريعة الاسلامية ، ولو كان المشرع الدستوري يقصد جعل الشريعة المصدر المادي أو التاريخي الوحيد لقواعد التشريع لما قال ان الشريعة الاسلامية مصدر رئيسي للتشريع ، بل كان يتعين عليه ان يقول انها المصدر الرئيسي للتشريع . وترتبا على ذلك فإذا استمد التشريع قواعده من مصادر أخرى غير الشريعة ، فلا يعتبر هذا التشريع غير دستوري (٤٦) . وتفسير النص الدستوري على هذا الوجه واستخلاص هذه النتيجة منه هي أمور تتفق مع المذكرة التفسيرية للدستور التي تقول أن « في وضع النص بهذه الصيغة توجيه للمشرع وجهة اسلامية اساسية دون منعه من استحداث احكام من مصادر أخرى في أمور لم يضع الفقه الاسلامي حكما لها ، أو يكون من المستحسن تطوير الاحكام في شأنها تمثيا مع ضرورات التطور الطبيعي على مر الزمن ... وكل ذلك ما كان ليستقيم لو قيل « الشريعة الاسلامية هي المصدر الرئيسي للتشريع » اذ مقتضى هذا النص عدم جواز الاخذ عن مصدر آخر في أي أمر واجهته الشريعة بحكم ، مما قد يوقع المشرع في حرج بالغ اذا ما حملته الضرورات العملية على التمهل في التزام رأي الفقه الشرعي في بعض الامور وبخاصة في مثل نظم الشركات والتأمين والبنوك والقروض والحدود وما إليها » .

واذن فإن قيمة نص المادة الثانية من الدستور تقتصر كما تقول المذكرة التفسيرية للدستور على تحميل « المشرع امانة الاخذ بالاحكام الشرعية الاسلامية ما وسعه ذلك » ، أي تجعل من الشريعة الاسلامية مصدرا ماديا أو تاريخيا بين المصادر الاخرى للتشريع .

(٢٤) على ضوء ما ذكرته المذكرة التفسيرية للدستور نستطيع ان نقول ان الشريعة الاسلامية لا تعتبر مصدرا رسميا لانه لو كان المشرع الدستوري يقصد اعتبارها كذلك لقال ان الشريعة الاسلامية مصدر رئيسي للقواعد القانونية ، فمكتسب القاعدة صفتها القانونية ، حينئذ من مجرد وجودها في

(٤٥-٤٦) منصور الرجوع والمكان السابقين .

الشريعة الإسلامية ، أما وقد قال أنها مصدر للتشريع فإن قواعدها لا تصبح واجبة التطبيق إلا إذا صدر بها التشريع ، (٤٧) وحينئذ يكون المصدر الرسمي لهذه القواعد هو التشريع ذاته وليس الشريعة الإسلامية (٤٨) . وإذا كانت الشريعة الإسلامية لا تعتبر مصدرا رسميا ، وفقا للتحليل السابق فإنه لا محل للقول بأن قواعدها تتعارض مع نصوص قانون التجارة لأن التعارض لا يتحقق ، في نظر القانون ، إلا بين قاعدتين واجبتين التطبيق في موضوع واحد ، ولا يتصور أن يحدث التعارض ، قانونا ، بين قواعد مصدر رسمي وقواعد مصدر مادي أو تاريخي ، وإن كان هذا التعارض موجودا في الواقع في الحدود التي تزيد فيها الفوائد التأخرية من قيمة الضرر . ويترتب على ذلك أيضا أنه لا تعارض ، قانونا ، بين نصوص قانون التجارة الواجبة التطبيق في موضوع الفوائد التأخرية وبين نص المادة الثانية للدستور — ومما يؤيد هذه النتيجة أن الدستور لم يحل إحالة قانونية وحقيقية على الشريعة الإسلامية ، لأنه لو كانت إحالة المادة الثانية فيه على الشريعة الإسلامية إحالة حقيقية ، لوجب العمل بقواعد الشريعة الإسلامية لمجرد وجودها بها حتى دون أن يصدر بها تشريع الأمر الذي أثبت ، فيما تقدم وفي ضوء المذكرة التفسيرية للدستور ، أنه لم يكن المقصود الحقيقي للنص الدستوري .

وهذه النتيجة تصدق حتى ولو كانت الفوائد التأخرية في دائرة الإباحة، لأن قواعد الشريعة الإسلامية في الربا لا تتعارض تعارضا قانونيا مع نصوص قانون التجارة الخاصة بالفوائد التأخرية فهذه الأخيرة وإن كانت تخالف تلك القواعد إلا أن التعارض بينهما لا يظهر عند التطبيق .

وأحب هنا أن أبرز الفرق بين مخالفة نصوص قانون التجارة لقواعد الشريعة في الربا وبين تعارضها معها . فهذه النصوص تخالف هذه القواعد، حين تفرض الفوائد التأخرية بسعر تحكيمي وبصرف النظر عن وجود الضرر ومداه ، تؤدي في بعض الحالات إلى وجود زيادة في أصل الدين لا مقابل لها فتكون زيادة خالية من العوض . ولكن في حدود هذه المخالفة لا يتحقق التعارض ، بالمعنى القانوني ، بين هذه النصوص وتلك القواعد لأن هذه الأخيرة لا تراحم الأولى في مجال تطبيقها على منازعات الأفراد التي يلتزم

(٤٧) منصور المرجع والمكان السابقين .

(٤٨) منصور ف ٤٢ ص ٦٧ .

القاضي بأن يحسمها وفقا لقواعد القانون الوضعي وحدها .

(٢٥) واذا ثبت أن التعارض ، بالمعنى الذي يعرفه النظام القانوني الوضعي الكويتي ، لم يتحقق بين نصوص قانون التجارة الخاصة بالفوائد التأخرية وبين نص المادة الثانية من الدستور ، فإن ما فعله قضاة المحكمة الكلية في رفض تطبيق نصوص قانون التجارة ، هو أمر لا يدخل في نطاق سلطتهم لعدم تحقق مجال أعمال إحدى وجهي الرقابة القضائية على دستورية القوانين (ويتمثل في امتناع القاضي عن تطبيق التشريع المخالف للدستور) . وهو المجال الذي يتحدد بحدوث التعارض بين نص تشريعي ونص دستوري وهو الأمر الذي لم يتحقق كما سبق البيان .

وأريد أن أوضح هنا ، قبل أن نصل إلى الخاتمة ، أن الانتقاد الذي وجهناه لأحكام المحكمة الكلية التي رفضت الحكم بالفوائد التأخرية ، إنما انتقاد يتأسس على مبادئ الفن القانوني للنظام الوضعي الكويتي ، وهو لا يعني على الإطلاق ، وحاشا لله أن نقصد ذلك ، إنما نؤيد الحكم بالفوائد التأخرية بدون ضابط أو حدود . فلقد سبق أن أثبت أن هذه الفوائد ، أن حكم بها على سبيل التعويض وكانت على قدر الضرر ، تعد أمرا لا غبار عليه شرعا .

واننا ندرك أنه من الصعب ، حقا أن يتخطى المرء الحاجز النفسي ، النابع من الوجدان الديني ، الذي قد يمنعه من التصدي لأمور تصادم الدين تصادما ظاهريا ، وأن هناك نوعا من الحساسية في تحليل شيء (الفوائد التأخرية) يحمل نفس اسم أمور محظورة شرعا (الفوائد الربوية) . ولكننا يجب أن ندرك أيضا ، وبنفس الدرجة ، أن الأخذ ببعض الشرعية (الخاصة بتحريم الربا) دون الأخذ بنصوص أخرى (الخاصة بشرعية الضمان) ، والوقوف بالاولى عند نقطة أو أمر معين (الفوائد التأخرية) الذي يتضمن في الظاهر فقط ومن حيث الاسم ، ما هو محظور شرعا ، رغم أنها أعني هذه النصوص ، بالإضافة إلى نصوص الضمان قابلة لتخطي الحاجز النفسي في اباحة هذا الأمر مراعاة لحاجة أو مصلحة مشروعة وتحقيقا للغرض من وضعها ، أقول يجب أن ندرك أيضا أن تجميد تلك النصوص عند هذا الحد ، مع أخذ الاتساع بأسمائها دون معانيها ، فيه من الضرر — (الذي يعود على الدائن من جراء تأخر المدين في الوفاء بالتزامه) الذي يفوق في قدره الضرر الآخر (الذي يلحق المدين والذي يسأل هو نفسه عنه) ، بما يؤدي في نهاية الأمر إلى الضيق ، بدون وجه حق ، بقواعد الشريعة .

وبناء عليه فانني اطلب من القارئ الا يجزىء ما اراه فيأخذ في تأييد الحكم بالفوائد التأخرية فقط دون أن يأخذ بها استندت اليه . قد اكون مخطئا في استدلالي ولكنني على كل حال لم اقل بجواز الفوائد التأخرية على سبيل التعويض بدون دليل .

الخاتمة

(٢٦) رغم أن قضاة المحكمة الكلية لم يلتزموا بالمبادئ التي يقوم عليها النظام القانوني الكويتي التي لا تسمح للقاضي بأن يمتنع عن تطبيق نصوص قاتون التجارة الكويتي الخاصة بالفوائد التأخرية طالما انها لا تتعارض تعارضا قاتونيا مع نص المادة الثانية من الدستور ، فانهم عبروا مع ذلك ، بالحكمين اللذين اصدروهما ، عن الرغبة الحقيقية للجماعة في السر على مقتضى الشريعة الاسلامية ، بما يعني في لغة القانون ، جعلها مصدرا رسميا للقواعد القاتونية . وهذه الرغبة تمثل فيما يبدو ، الدعامة الذي استند اليها قضاة المحكمة الكلية لقراءة وفهم نص المادة الثامنة من الدستور على نحو دفعهم الى رفض الحكم بالفوائد التأخرية . ورغم ان هذا الفهم لم يكن صحيحا في القاتون الا انه من الاتصاف الا يوجه النقد الى قضاة المحكمة الكلية وحدهم . فالواقع ان الانتقاد يجب ان يوجه اول ما يوجه الى المشرع الدستوري وكذلك الى السلطة التي تسن التشريعات العادية الانتقاد يوجه الى المشرع الدستوري لان صياغته للمادة الثانية للدستور لا تعبر عن الرغبة الحقيقية للجماعة ، ومن هنا يجب تعديل هذا النص على نحو يفهم منه قاتونا ، وليس سياسيا ، أن التشريع يجب ان يؤخذ اول ما يؤخذ من الشريعة الاسلامية او — وهذا الامر هو الذي يتفق اكثر مع الرغبة الشعبية في تطبيق الشريعة الاسلامية — ان يجعل الدستور الشريعة الاسلامية ، راسا وابتداء ودون المرور بمرحلة انتشريع ، مصدرا رسميا للقواعد القاتونية وليس مجرد مصدر مادي او تاريخي ، على أن توضع هذه القواعد في صياغة عصرية .

كذلك يوجه الانتقاد الى واضعي التشريع العادي لانهم التزموا بحدود النص الدستوري دون أن يعيروا اي اهتمام لاتجاه الجماعة التي تدين بالاسلام ، وهو الاتجاه الذي كان يجب أن نجد صده القاتوني سواء في رحاب الدستور او في ثنايا التشريع العادي .

(٢٧) اذا كان لنا أن نقيم ، في النهاية ، اتجاه المشرع الوضعي فسي خصوص الفوائد سواء كانت تأخرية تستحق تعويضا اي في مقابل ما لحق الدائن من ضرر من جراء تأخر المدين في الوفاء بالالتزام ، أو فوائد ربوية التي تستحق للدائن في مقابل الاجل الذي يستحق عنده الدين ، فأننا يجب ان نفرق بين المعاملات المدنية والمعاملات التجارية .

ففي نطاق المعاملات المدنية ، نجد ان المشرع الكويتي يتجه الى عدم تحميل المدين بمبلغ من النقود بالفوائد التأخرية ، فمثلا في نطاق الالتزام بالتعويض الناشئ من العمل غير المشروع لم ينص انقانون رقم ٦ لسنة ١٩٦١ على الفوائد التأخرية ، ولن يستطيع الدائن في هذا الالتزام أن يجد نصا يحدد هذه الفوائد بصفة تحكيمية بصرف النظر عن الضرر الذي اصابه من جراء تأخر المدين في الوفاء به ، سواء رجعنا الى مجلة الاحكام العدلية ، وفق ما سبق أن عرضنا له ، أو رجعنا الى نظرية الالتزام ، كما يقول البعض ، لانه لا تعويض وفقا للمجلة الا في حدود الضرر ، ولا يوجد في نظرية الالتزام ، في الباب المخصص لاثار الالتزام الذي يسري على الالتزامات غير العقدية ، نص يلزم المدين بهذه الفوائد ، ويكون الطريق للحصول على التعويض هو اثبات ما اصابه من ضرر ومداه .

كذلك ، وما زلنا في نطاق القانون المدني ، نجد ان المشرع في المسائل التي احال فيها اثنى مجلة الاحكام العدلية لسد النقص في التشريع ، كما هو الحال في قانون ايجار العقارات ، يمتنع عمدا عن ذكر الفوائد التأخرية . فوفقا لهذا القانون (م . ٢ / ١) لا يلتزم المستأجر ، الذي تأخر في دفع الاجرة في ميعاد استحقاقها بالفوائد التأخرية ، بل ان هذا القانون اجاز للقاضي أن يعتبر دعوى الاخلاء ، التي رفعها المؤجر لتأخر المستأجر في دفع الاجرة ، كأن لم تكن إذا قام هذا الاخير بدفعها بعد رفع الدعوى وقبل اقفال باب المرافعة وأثبت أن تأخره في الوفاء يرجع الى عذر قوي تقبله المحكمة . في هذه الحالة لا يحكم القاضي ، مع رفض دعوى الاخلاء ، الا بالالتزام المستأجر بمصاريف الدعوى .

(٢٨) وعلى العكس من ذلك نجد أن المشرع الكويتي لم يعمل بمقتضى قواعد الشرع في نطاق المعاملات التجارية ، سواء فيما يخص الفوائد التأخرية

وقد سبق أن اثبت ذلك (٤٩) . أو فيما يتعلق بالفوائد الربوية وهي الزيادة عن أصل الدين المستحق بصفة عامة أو الزيادة في رأس المال المقرض بصفة خاصة ، فمقتضى القانون التجارة أوجب الفائدة في القرض التجاري (م ٤٨٣) وترك فيما يبدو تحديد قدرها لحرية المتعاقدين ، بل انه اجاز تقاضي فوائد مركبة على الحساب الجاري (م ١٧٠) ، وإذا كان قد حظر تقاضي الفوائد على متجمد الفوائد ومنع زيادة مجموع الفوائد التي يتقاضاها دائن على رأس المال ، فإنه اجاز الخروج على هذا الحظر اذا تضمت بذلك القواعد والعادات التجارية أو قواعد القروض طويلة الاجل (م ١٦٩) . بل ان القانون التجاري الكويتي توسع في فرض الفوائد الربوية حين قضى (م ٤٨٥ تجاري) بأن المدين الذي يفني بالدين قبل حلول الاجل يظل ملتزما بفوائد المدة الباقية ، الامر الذي لا تبرره قواعد الشرع طالما أن حق الدائن عاد اليه ، ولذلك نص القانون المدني المصري (م ٥٤٤) على العكس بعدم جواز الزام المدين بأي فائدة أو مقابل من أي نوع بسبب تعجيل الوفاء .

(٢٩) وليس المقام هنا مقام تقييم موقف المشرع الكويتي في خصوص الفوائد الربوية في المسائل التجارية على ضوء انشريعة الاسلامية . انما الذي يعنينا هنا هو الفوائد التأخرية . ولقد كان يجدر بالمشرع الكويتي في خصوص التعويض القانوني ، الذي يتمثل في الفوائد التأخرية ، ان يتبع نفس المنهج الذي اتبعه في خصوص تقدير التعويض القضائي وفيما يتعلق بسلطة القاضي ازاء التعويض الاتفاقي . فلم يكن هناك ما يمنع المشرع من أن يتبع في تقدير التعويض عن التأخير في الوفاء بالالتزام الذي محله مبلغ من النقود الطريقة التي رسمها لتقدير التعويض القضائي بحيث يكون على قدر ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب بسبب التأخر في استيفاء حقه . كذلك فإن طبيعة محل هذا الالتزام أو مقتضيات التجارة لا تمنع من اخضاع التعويض عن التأخير في الوفاء بالالتزام كالتعويض الاتفاقي (الشرط الجزائي) لسلطة القاضي بحيث لا يستحق التعويض اذا اثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر من التأخير ، أو أن يخفض من الفوائد القانونية اذا اثبت المدين انها تفوق قيمة الضرر .

ولقد كان جديرا بالمشرع ، وحتى يكون منطقيا مع نفسه ، أن يخول

(٤٩) وتأييدا لذلك نصيف الى ما سبق أن قانون التجارة (م ١٦٥) يجيز سريان الفوائد التأخرية

من وقت آخر ، غير تاريخ المطالبة القضائية ، يحدده الاتفاق أو العرف التجاري .

القاضي في خصوص الفوائد التأخيرية ، نفس السلطة التي خولها اياه ازاء الشرط الجزائي ، بعد ان وحد الحكم ، فيما بين التعويض الاتفاقي والتعويض القانوني ، اذا جاوز الضرر قيمة هذا التعويض ، فمضى بأن الدائن لا يجوز له أن يطالب بأكثر من هذه القيمة الا « اذا اثبت ان المدين قد ارتكب غشا أو خطأ » (م ١٦٤ / ٣ الخاصة بالتعويض الاتفاقي) أو الا اذا « اثبت أن الضرر الذي يجاوز الفوائد (التعويض القانوني) قد تسبب فيه المدين بغش منه أو بخطأ جسيم . » (م ١٦٨ / ٢ الخاصة بالتعويض القانوني) .

ولو أن المشرع راعى مقتضيات الفن القانوني في التنسيق بين قواعد التشريع الواحد ، لما وقع في المحذور الشرعي حين قضى باستحقاق فوائد التأخير حتى ولو لم يثبت الدائن أن ضررا الحقه من جراء التأخير في الوفاء بالالتزام .

(٣٠) وبناء على ما سبق ، ورغم انني انحو باللائمة على كل من المشرع الدستوري والمشرع العادي ، فانني لا اشاطر قضاة المحكمة الكلية الراي فيما قضاوا به من رفض الحكم بالفوائد التأخيرية ، لانهم في رفضهم هذا امتنعوا عن تطبيق نصوص قانون التجارة ، وهو الامر الذي لا يدخل في نطاق سلطتهم في رقابة دستورية هذه النصوص التي لا يوجد بينها وبين قواعد الشريعة الاسلامية اي تعارض في الحدود التي تعتبر فيها الفوائد التأخيرية تعويضا عن الضرر على أن تكون على قدر هذا الضرر . كذلك لا يوجد تعارض بالمعنى القانوني للكلمة بين هذه النصوص وهذه القواعد حتى فيما تتجاوز به هذه الفوائد قدر الضرر واذا ثبت ذلك فلا يوجد ثمة تعارض بين هذه النصوص وبين المادة الثانية من الدستور .

ولقد كان من الممكن ، ومن السهل ايضا ، ان تأخذ المرء العزة في دينه ويؤيد ، بكل ما أوتي من قوة نابغة من الحس الديني ، قضاء المحكمة الكلية في رفض الحكم بالفوائد التأخيرية . ولكن هذا يقتضي تحكيم العاطفة الدينية وطرح كل اعتبار آخر ولو كان لا يتفق سواء مع منطق الشريعة في جبر الضرر أو مع مبادئ النظام القانوني الوضعي ، حين أن هذه المبادئ تقوم عليها نصوص قانون التجارة ، كما أن هذا النظام لا يجعل من الشريعة الاسلامية مصدرا رسميا للقواعد القانونية في مجال التجارة . وحيث ان القاضي يعتبر وكلا عن هذا النظام في تطبيق مبادئه ، فليس له الا أن يحترم هذه المبادئ وينزل حكم تلك النصوص على الدعوة المعروضة عليه وي طرح جانبا عاطفته الدينية التي لا يعرفها ، للأسف ، النظام القانوني الوضعي .

تصويب

أخذ هذا التصويب شكل إضافات للمقال بعد أن تعذر على الكاتب أن يراجع بنفسه بعد أن طبع بسبب سفره للحج .

— يضاف في نهاية الفقرة (١٧) ما يأتي : وقد يرى أن تأخر المدين في الوفاء بالالتزام يتضمن في المسائل التجارية بصفة خاصة ، عرقلة لدوران النقود ، الأمر الذي يفترض معه إصابة صاحب النقود (الدائن) بالضرر . مؤدى ذلك أن مقتضيات التجارة قد تتطلب قلب عبء الإثبات ، وهو أمر يبرره أيضا إخلال المدين بالتزامه بتأخره في الوفاء به . وهكذا يتعين على المدين تقديم الدليل على انتفاء هذا الضرر المفترض أو نقصان قدره عن قدر التعويض القانوني . ومع ذلك فإننا نرى أن تكليف الدائن بإثبات الضرر ومداه هو الأكثر اتفقا مع قواعد الشرع .

— يضاف إلى الهامش الأول الخاص بالفقرة رقم (٢١) ما يأتي :

فلقد أصبح من حق المحاكم بمقتضى قانون المحكمة الدستورية الصادر سنة ١٩٧٣ ، أن تثير من تلقاء نفسها مسألة دستورية أي قانون أو مرسوم بقانون أو لائحة ، وذلك إذا شكت في دستورية أي نص منها يراد تطبيقه في الدعوى ، فإذا قدرت المحكمة أن الفصل في الدعوى يتوقف على حسم هذه المسألة ، فإنه يتعين عليها أن توقف النظر في الدعوى وتحيل الأمر إلى المحكمة الدستورية التي تفصل في هذه المسألة : انظر في هذا عادل الطبطبائي، المبادئ الدستورية العامة (مذكرات على الاستئسل ٧٩/١٩٨٠) ص ١٤٤ — ١٤٥ .

— يضاف في نهاية البراجراف الأول من الفقرة رقم (٢٥) ما يأتي : هذا فضلا عن أن رفض تطبيق هذه النصوص لا يدخل في سلطة قضاء المحكمة الكلية بعد صدور قانون المحكمة الدستورية . ولا يمكن تفسير الموقف الذي اتخذته المحكمة الكلية على أن فيه تطبيق لهذا القانون ، لأنه لو قصد القضاء أعمال هذا القانون لوجب عليهم وقف الفصل في موضوع الدعوى وإحالة أمر الدستورية إلى المحكمة الدستورية ، وهذا ما لم تفعله المحكمة الكلية .

— يضاف بعد جملة « نص المادة الثانية من الدستور » الواردة في السطر الرابع من الفقرة (٢٦) ما يأتي : كما أنها لا تسمح للقاضي بأن يفصل هو في مسألة التعارض هذه ويحكم في الدعوى بناء على ذلك .