

تعليق على حكم محكمة الاستئناف العليا

الدائرة الثانية التجارية

في شأن القواعد القانونية الواجبة التطبيق على الفوائد
في القروض التجارية وغير التجارية

جلسة ٤ ذوالقعدة ١٤٠٧ هـ - ٣٠ يونيو ١٩٨٧ استئناف رقم ١٩٨٧/٣٩٠ تجاري
(حكم غير منشور)

الدكتور محمد زهرة

قسم القانون الخاص
كلية الحقوق - جامعة الكويت

تمهيد وتقسيم:

تشغل الأعمال المختلطة مكانة بارزة في الحياة العملية بوجه عام. ويرجع ذلك إلى أن أحد أطراف العلاقة يكون، غالبا، غير تاجر. وهي تثير - لذلك - مشاكل قانونية دقيقة، بل وشائكة في بعض الأحيان. ويفسر ذلك أنها - أي الأعمال المختلطة - تقع في المنطقة «المحايدة» بين القانونين المدني والتجاري. فلا عجب إذن أن تتنازعها قواعد كلا القانونين. ولعل في الحكم محل التعليق ما يؤكد هذه الحقيقة.

ونرى، قبل التعليق على حكم الاستئناف رقم ١٩٨٧/٣٩٠، أن نورد عرضا للمشكلة بوجه عام، ثم نعرض لوقائع الدعوى والحكم الصادر فيها، وأخيرا رأينا بخصوص المشاكل القانونية التي يثيرها.

أولا

وضع المشكلة بوجه عام

١ - تنص المادة الأولى من قانون التجارة الكويتي رقم ٦٨ لسنة ١٩٨٠^(١) على أنه: «تسرى أحكام هذا القانون على التجار، وعلى جميع الأعمال التجارية

(١) وقد بدأ سريان هذا القانون في ٢٥ فبراير ١٩٨١ م.

التي يقوم بها أي شخص ولو كان غير تاجر».

وإذا كان نطاق تطبيق القانون التجاري يتحدد أساساً بحسب تغليب النظرية الشخصية أو النظرية الموضوعية^(٣)، فإن المشرع الكويتي لم يرد - على ما يبدو - تغليب إحدى النظريتين على الأخرى، بل أخذ بالاثنتين معاً^(٤).

على أنه أياً كان الأمر، فإن مجال إعمال أحكام وقواعد قانون التجارة هو الأعمال التجارية بأنواعها الثلاثة: أعمال تجارية بقصد المضاربة (م ٣ تجاري كويتي)، أعمال تجارية لذاتها (م ٥ تجاري كويتي)، وأعمال تجارية بالتبعية (م

(٢) راجع في ذلك:

د. علي البارودي، القانون التجاري، الاسكندرية، منشأة المعارف، ١٩٧٥، ص ١٥، رقم ٦.

د. علي جمال الدين عوض، القانون التجاري، القاهرة، دار النهضة العربية، بدون سنة نشر، ص ٢١، رقم ٢٢.

د. حسني المصري، القانون التجاري، الكتاب الأول، الطبعة الأولى، ١٩٨٦، ص ١٠، رقم ٦.

د. عزيز العكيلي، شرح قانون التجارة الكويتي، الجزء الأول، الكويت، ١٩٨٨، ص ١٢. (٣) وإن كان البعض يرى أن المشرع الكويتي قد انحاز للنظرية الموضوعية، على أساس نص المادة ١٣ تجاري الذي يقرر أن الشخص لا يكتسب صفة التاجر إلا إذا «... اشتغل باسمه في معاملات تجارية وهو حائز للأهلية الواجبة، واتخذ من هذه المعاملات حرفة له...» ومن ثم، تكون الأعمال التجارية هي محور القانون التجاري. فالعمل الذي يمارسه الشخص يجب أن يكون تجارياً، ليس فقط لتطبيق أحكام قانون التجارة، وإنما أيضاً حتى يكتسب من يمارسه صفة التاجر.

راجع في القائلين بذلك: -

د. عزيز العكيلي، المرجع السابق، ص ١٢. ويأخذ بهذا الرأي في مصر:

د. مصطفى كمال طه، الوجيز في القانون التجاري، ١٩٧٤، ص ١١. وفي سوريا:

د. هشام فرعون، الحقوق التجارية البرية، دمشق، ١٩٧٥، ص ٦.

وإن كنا نرى أن نصوص قانون التجارة في مجملها تحمل على الاعتقاد بأن المشرع أخذ بالنظريتين معاً لتحديد نطاق قانون التجارة، راجع نصوص المواد: ٣، ٥، ٨/٦، ١٥، ١٦ التي تنظم الأعمال التجارية بطبيعتها (قصد المضاربة) أولذاتها (بصرف النظر عن صفة القائم بها أو نيته، والمواد: ٢/٨، ٢٦ وما بعدها، ٤٧ وما بعدها، ٥٥ وما بعدها، ٥٥٥ وما بعدها التي تنظم بعض الأحكام التي لا تطبق إلا على التجار وحدهم دون غيرهم.

٨ تجاري كويتي)، سواء تبعية شخصية أو تبعية موضوعية. أما خارج نطاق الأعمال التجارية بأنواعها المختلفة، فإن أحكام وقواعد القانون المدني هي الواجبة التطبيق بوصفها الشريعة العامة.

٢ - لكن الأمور لا تسير في الواقع، دائماً، بمثل هذه السهولة واليسر. حيث أن هناك أعمالاً ليست تجارية محضة، حيث تطبق أحكام قانون التجارة، وليست مدنية محضة، حيث تطبق أحكام القانون المدني، بل هي تجارية ومدنية في الوقت نفسه. وهي الأعمال التي تسمى بالأعمال المختلطة.

والعمل المختلط هو - حسب المعيار الموضوعي - الذي يكون تجارياً بالنسبة لطرف، ومدنياً بالنسبة للطرف الآخر^(٤)، أو هو - حسب المعيار الشخصي - العمل الذي يقع بين طرفين أحدهما تاجر والآخر غير تاجر. وهنا يثور التساؤل عن القواعد والأحكام الواجبة التطبيق على هذا النوع من الأعمال، وهل هي أحكام قانون التجارة، أم أحكام القانون المدني^(٥).

٢ - وقد طرح الموضوع بشكل جاد في الكويت، خصوصاً بالنسبة للفوائد المستحقة على القروض التي تمنحها البنوك. فقد يكون المقرض ليس تاجراً، ويريد استغلال مبلغ القرض في أغراض ليست تجارية كالزواج، أو شراء منزل أو سيارة مثلاً، فيكون العمل (القرض) بالنسبة إليه مدنياً، وفي الوقت نفسه تجارياً بالنسبة للبنك.

(٤) راجع :

د. مصطفى كمال طه، المرجع السابق، ص ٨٩ وما بعدها.

د. سميحة القليوبي، القانون التجاري، الجزء الأول، ١٩٧٨، ص ٢٩.

(٥) يرى الفقه والقضاء في مصر تطبيق نظام «مزدوج» على العمل المختلط: إخضاع الوجه التجاري من العمل لأحكام قانون التجارة، والوجه المدني لأحكام القانون المدني، راجع في ذلك:

د. علي البارودي، المرجع السابق، ص ٨٣، رقم ٦٦.

- نقض مصري، الدائرة المدنية، مجموعة أحكام النقض، السنة ٢٠، ص ١١٨٢.

وترجع الصعوبة، أصلاً، إلى أن القانون المدني الكويتي يبطل الاتفاق على تقاضي الفوائد بطلاناً مطلقاً^(٦)، بينما يجيز قانون التجارة^(٧) للدائن الحصول على فوائد مقابل القرض. وبالتالي يختلف حكم الفوائد المستحقة على المقترض، في المثال السابق، بحسب القول باخضاع الطرف الذي يعد العمل بالنسبة له مدنياً لأحكام القانون المدني، أو - على العكس - إخضاعه لأحكام قانون التجارة. فالقول بتطبيق أحكام القانون المدني يعني عدم التزام المقترض إلا برد أصل القرض فقط دون الفوائد، بينما يؤدي تطبيق أحكام قانون التجارة إلى إلزامه برد القرض بالإضافة للفوائد المستحقة عليه.

ثانياً

وقائع الدعوى والحكم الصادر فيها

٤ - تلخص وقائع الدعوى في أن السيد /
قد أبرم عقد قرض مع بنك الكويت الوطني بتاريخ ٧ ديسمبر ١٩٨٥. على أن يلتزم المقترض بسداد مبلغ القرض في الموعد المتفق عليه، بالإضافة إلى الفوائد المستحقة على هذا المبلغ بواقع ١٠٪ سنوياً اعتباراً من ١/١٠/١٩٨٦ وحتى تمام السداد.

وعندما طالب البنك المقترض بسداد أصل القرض بالإضافة إلى الفوائد المستحقة عليه رفض سداد الفوائد، مع عدم اعتراضه على مبلغ القرض ذاته. وقد أيدته محكمة أول درجة في رفضه سداد الفوائد على أساس أن المدعى عليه (المقترض) قد اقترض مبلغ الدين بغرض شراء أثاث وليس لغرض تجاري.

(٦) وتنص المادة ٥٤٧ في هذا الخصوص على أنه: «يكون الاقراض بغير فائدة، ويقع باطلاً كل شرط يقضي بخلاف ذلك دون مساس بعقد القرض ذاته. ويعتبر في حكم الفائدة كل منفعة يشترطها المقرض». كما تنص المادة ٣٠٥ على أنه: «يقع باطلاً كل اتفاق على تقاضي فوائد مقابل الانتفاع بمبلغ من النقود أو مقابل التأخير في الوفاء بالالتزام به».

(٧) تنص المادة ١٠٢ تجاري على أنه: «للدائن الحق في اقتضاء فائدة على القرض التجاري ما لم يتفق على غير ذلك».

كما أن المدعى عليه ليس تاجراً. ومن ثم يكون القرض مدنياً، فلا يجوز تقاضي فوائد عليه إعمالاً لحكم المادة ٥٤٧ من القانون المدني، ومفهوم المخالفة لنص المادة ١٠٢ من قانون التجارة.

لم يرتض البنك المدعى ذلك القضاء. وطعن عليه بالاستئناف طالباً فيه تعديل الحكم المستأنف والحكم له بكافة طلباته (مبلغ القرض بالإضافة إلى فوائده).

٥ - وقد انتهت محكمة الاستئناف العليا إلى أن حكم محكمة أول درجة قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه. وفي بيان ذلك قررت . . «وحيث أن الطعن على الحكم المستأنف في محله. ذلك أن المقرر بنص الفقرتين الأولى والثانية من المادة الخامسة من قانون التجارة، هو أن الأعمال المتعلقة بمعاملات البنوك، وكذلك الأعمال المتعلقة بالحساب الجاري تعد أعمالاً تجارية. بقطع النظر عن صفة القائم بها أو نيته.

وإذ كان الثابت من عقد ٨٥/١٢/٧ أن البنك المستأنف منح المستأنف عليه تسهيلات مصرفية حصل بموجبها على قرض أدرج في حسابه رقم (١٠١٠٠٠١٦٣١٢٠)، والذي تتوافر فيه خصائص الحساب الجاري حسبما يبين من حركة هذا الحساب في الكشف المقدمة من البنك والتي لم يعترض عليها بشيء». وبذلك تكون المعاملة سالفة البيان بين البنك المستأنف وبين المستأنف عليه، الخاصة بمنح هذا الأخير قرضاً، معاملة تجارية. باعتبار أنها من المعاملات التي تجرّيها البنوك من جهة، إلى جانب إدراجها في الحساب الجاري الخاص بالمستأنف عليه لدى البنك المستأنف من جهة ثانية، ومن ثم فتستحق عنها الفائدة بمقتضى أحكام المادة ١٠٢ من قانون التجارة رقم ٨٠/٦٨ بالسعر المبين في العقد. كما تستحق الفوائد على المدفوعات في الحساب الجاري المنوه عنه طبقاً لما جاء في البند الثالث من العقد والذي ينص على حق البنك في استيفاء الفائدة على الأرصدة المدينة وتسجيلها كل ثلاثة أشهر^(٨).

(٨) راجع في ذات المعنى أيضاً:

- تجاوي جزئي مستأنف، قضية رقم ٨٨/٨٢٧، حكم غير منشور، صادر في ١٩٨٨/١٢/٤.

ثالثا

رأينا في الموضوع

نعرض لرأينا في الموضوع من خلال التعليق على حكم محكمة الاستئناف، ثم التعليق على حكم محكمة أول درجة، وأخيرا خلاصة ما توصلنا اليه في الموضوع.

(١) حكم الاستئناف :-

٦- يتضح من قراءة حيثيات الحكم السابق أن محكمة الاستئناف قد استندت في حكمها على المادة الخامسة التي تقرر: «تعد أعمالا تجارية الأعمال المتعلقة بالأمور الآتية بقطع النظر عن صفة القائم بها أو نيته :-

١- معاملات البنوك.

٢- الحساب الجاري.

٣-^(٩).

ويتضمن نص المادة الخامسة طائفة كبيرة من المعاملات التي اعتبرها القانون تجارية لذاتها، أي بقوة القانون، وذلك بصرف النظر عن صفة من يقوم بها، وسواء كان تاجرا أم غير تاجر، أو نيته، أي سواء كان قصده المضاربة وتحقيق الربح أم لا، وسواء كان قصده استخدام القرض في أعمال تجارية أو غيرها، واستنادا إلى عمومية الفاظ هذا النص وعباراته، كما ترى المحكمة، فقد انتهت إلى اعتبار عقد القرض عملا تجاريا بالنسبة لطرفيه (البنك والمقترض). ويترب على ذلك اخضاع القرض، باعتباره عملا تجاريا، لأحكام قانون التجارة بما في ذلك جواز الاتفاق على فوائد عن القروض والتسهيلات التي تمنحها البنوك.

٧- ونعتقد - من جانبنا - أن هذا التفسير لنص المادة الخامسة ليس دقيقا.

فهو من ناحية - لا يتفق مع ألفاظ النص وعباراته. فالنص يقرر: «تعد أعمالا تجارية الأعمال المتعلقة بالأمور الآتية بقطع النظر عن صفة القائم بها أو

(٩) ويشمل النص ستة عشر نوعا من الأعمال تغطي أغلب صور التعامل التجاري.

نيتها . . . فالأعمال التي عددها المادة الخامسة تعتبر أعمالا تجارية أيا كانت صفة من يقوم بها أو مقصده . فالعبرة في العمل التجاري بوجه عام هي إما قصد المضاربة وتحقيق الربح ، أو صفة القائم به ، أي الأعمال التي تصدر عن تاجر لحاجات تجارته . وخروجا على هذا الأصل ، رأى المشرع اعتبار بعض الأعمال ، بقوة القانون ، تجارية حتى ولو كان القائم بها لم يهدف إلى تحقيق الربح ، أو كان غير تاجر ، فمن هو اذن القائم بأعمال البنوك الذي يريد المشرع اعتبار مثل هذه الأعمال تجارية بالنسبة إليه ؟ لا ريب في أن القائم بهذه الأعمال هي البنوك ذاتها وليس العملاء . ولا دخل لهؤلاء في تأدية مثل هذه الأعمال من قريب أو من بعيد . وهكذا بالنسبة لكافة الأعمال الأخرى التي نصت عليها المادة الخامسة مثل عمليات النقل ، الوكالة التجارية ، وتوزيع المياه والكهرباء والغاز . . الخ .

ولم أستطع - حقيقة - أن أفهم كيف اعتبرت المحكمة أن العميل هو القائم بعمليات البنوك ، ولذلك اعتبرت العمل بالنسبة له تجاريا سواء كان تاجرا أو غير تاجر ، وسواء كان يقصد تحقيق الربح أم لا . وهل يمكن - حسب منطق المحكمة - اعتبار الناقل ومستهلك المياه والغاز والكهرباء ، ومرسل المخابرات البريدية والبرقية والهاتفية هو القائم بتلك الأعمال ، واعتبار - من ثم - هذه الأعمال تجارية بالنسبة إليه ؟ فالقائم بعمليات البنوك هو البنك ، والقائم بعمليات النقل هو الناقل والقائم بعمليات الوكالة بالعمولة هو الوكيل . . . وهكذا . وقد يقال أن عمليات البنوك تعتبر تجارية بالنسبة للبنك طبقا لمعيار المضاربة ، ومن ثم فلا حاجة إلى اللجوء لنص المادة الخامسة لاضفاء الصفة التجارية عليها . ولا تبدو فائدة النص إلا بالنسبة للطرف الآخر . والرد على ذلك هو أن هذا النقد يمكن أن يوجه إلى المشرع - لكن النص حسب ألفاظه وعباراته الحالية لا يحتمل التفسير الذي قالت به المحكمة . كما أن هناك أعمالا تقوم بها البنوك لا يتوافر فيها قصد المضاربة وتحقيق الربح ، ومع ذلك تعتبر تجارية بمقتضى نص المادة الخامسة وذلك مثل القروض التي تقوم بها بنوك التسليف الحكومية خدمة للمواطنين .

ومن ناحية أخرى ، أن المشرع لو أراد اعتبار الأعمال التي نص عليها في

المادة الخامسة تجارية بالنسبة لطرفيها (البنك والعميل في المثال المطروح) لاستخدم صيغة «المتني»، ولكانت صيغة النص على الوجه الآتي: «تعد أعمالاً تجارية الأعمال المتعلقة بالأمور الآتية بقطع النظر عن صفة القائمين بها أو نيتها...». أما وأنه قد استخدم صيغة «المفرد» كما هو وارد في نص المادة الخامسة، فإنه يقصد فقط القائم بالعمل المنصوص عليه، وهو - هنا - البنك وحده دون غيره.

من ناحية ثالثة، فإن القول باعتبار الأعمال الواردة في المادة الخامسة (تجاري) بالنسبة للطرفين معاً سيقضي تقريباً على ما يسمى بالأعمال المختلطة التي وضعت المادة ١٢ تجاري، أصلاً، لتنظيمها. فالمادة الخامسة تتضمن تقريباً كافة صور التعامل المتصورة في الحياة العملية. وإضافة الصفة التجارية عليها، بالنسبة لطرفيها معاً، يؤدي - فضلاً عن مخالفته لارادة المشرع - إلى إلغاء طائفة الأعمال المختلطة في معظم الأحوال، وإلى اعتبار نص المادة ١٢ تزيدياً لا فائدة منه. بل وإلى إلغاء نص المادة الثالثة (تجاري) الذي ينص على أن معيار العمل التجاري بوجه عام هو قصد المضاربة. فما هي فائدة هذا المعيار العام إذا كانت الكثرة الغالبة من الأعمال تعتبر تجارية بالنسبة لطرفيها بحكم القانون؟ وأخيراً، فإن التفسير الذي أخذت به المحكمة، لو صح، لأدى إلى إضفاء الصفة التجارية على بعض الأعمال التي لم تخطر على بال المشرع، بل ولم تخطر على بال المحكمة ذاتها. فعمليات النقل مثلاً تعتبر «تجارية» بقوة القانون بالنسبة للناقل في جميع الأحوال. وسواء كان شخص الناقل تاجراً أم غير تاجر، وسواء قصد إلى تحقيق الربح أم لا. وذلك حسب نص المادة الخامسة فقرة ١٢. أما الراكب نفسه فيبقى العمل بالنسبة إليه مدنياً، وتكون عملية النقل من الأعمال المختلطة التي تخضع لحكم المادة ١٢ تجاري كويتي وليس المادة الخامسة كما ذهب محكمة الاستئناف. ولم يقل أحد، وما نظن أن المحكمة ستقول بذلك لو عرض عليها الأمر، أن عقد النقل يعتبر تجارياً بالنسبة للناقل أيضاً، وذلك لسبب بسيط هو أن الناقل ليس هو المقصود بنص المادة الخامسة لأنه ليس هو القائم بعملية النقل.

وبذلك يتضح لنا أن المقدمات التي اعتمدها المحكمة لا تؤدي إلى

النتائج التي انتهت إليها، ويبقى عقد القرض - من ثم - عملاً مختلطاً بالنسبة لطرفيه: تجاري بالنسبة للبنك، ومدني بالنسبة للمقترض. وبالتالي فهو لا يخضع لحكم المادة ١٠٢ تجاري التي تجعل للدائن الحق في اقتضاء فائدة في القرض التجاري. ويرجع ذلك إلى أن العقد محل النزاع ليس قرضاً تجارياً، وإنما هو عمل مختلط يخضع لحكم المادة ١٢ تجاري.

فهل معنى ذلك أننا نؤيد ما ذهب إليه محكمة الدرجة الأولى؟ هذا ما سنراه فيما يلي:

(٢) حكم محكمة الدرجة الأولى:

٨- ذكرنا أن محكمة الدرجة الأولى قد انتهت إلى بطلان الفائدة الواردة في عقد القرض المذكور (محل النزاع). وقد استندت المحكمة في ذلك على نص المادة ١٠٢ من قانون التجارة التي تجعل للدائن (البنك) الحق في اقتضاء فائدة في القرض التجاري. والمادة ١٠١ من القانون ذاته التي تنص على أن يكون القرض تجارياً إذا كان القصد منه صرف المبالغ المقرضة في أعمال تجارية. فالحصول على فوائد مشروط بكون القرض تجارياً، وهو لن يكون كذلك إلا إذا كان القصد منه صرف المبالغ المقرضة في أعمال تجارية.

ومعنى ذلك - في نظر المحكمة - أنه إذا كانت المبالغ المقرضة لم تصرف في أعمال تجارية، فإن القرض يكون غير تجاري، ومن ثم تكون الفائدة - سواء كانت قانونية أم اتفاقية - غير جائزة، وتعتبر باطلة اعمالاً لحكم المادة ٣٠٥ مدني، والمادة ١/٥٤٧ مدني. فالاقتراض، حسب هذين النصين، يكون بغير فائدة، ويقع باطلاً كل اتفاق على تقاضي فوائد مقابل الانتفاع بمبلغ من النقود أو مقابل التأخير في الوفاء بالالتزام به.

٩- ويمكن لنا، باختصار، أن نستنتج أن المحكمة ترى أنه:

قاعدة ١ : يكون القرض تجارياً إذا كان القصد منه صرف المبالغ المقرضة في أعمال تجارية.

حكمها : يجوز للدائن اقتضاء فوائد اعمالاً لنص المادة ١٠٢ من قانون التجارة.

قاعدة ٢ : يكون القرض غير تجاري إذا كانت المبالغ المقترضة لا تصرف في أعمال تجارية.

حكمها : لا يجوز للدائن، بمفهوم المخالفة، اقتضاء فوائد، ويقع باطلا كل اتفاق على تقاضي فوائد اعمالا لحكم المادتين ٣٠٥، ١/٥٤٧ مدني كويتي.

وتطبيقا لكل ذلك انتهت المحكمة^(١٠) إلى بطلان الفائدة المتفق عليها بين البنك والمقرض في النزاع المعروض لأن الغرض من القرض الذي قدمه البنك إلى المدعى عليه كان بغرض شراء أثاث، وهو عمل ليس تجاريا لا يضيفي على القرض الصفة التجارية، ولا يُجيز - من ثم - للدائن اقتضاء فائدة.

١٠ - والحقيقة، في اعتقادنا، أن حكم المحكمة بهذه الصورة يشوبه قصور واضح في التسبب وذلك على التفصيل الآتي: -

لا ريب أن المحكمة قد بدأت بداية صحيحة، وخطت - على الطريق الصحيح - خطوة هامة. هذه الخطوة هي تكييف العمل محل النزاع المعروض عليها. فإذا كان عملا تجاريا، وجب تطبيق أحكام قانون التجارة، وإذا كان - على العكس - عملا مدنيا وجب تطبيق أحكام القانون المدني. فهذا هو الأصل الذي أكدته، بوضوح، المادة الأولى حينما نصت على أنه: «تسرى أحكام هذا القانون على التجار، وعلى جميع الأعمال التجارية التي يقوم بها أي شخص ولو كان غير تاجر». أما خارج هذا النطاق، يجب العودة إلى الشريعة العامة ألا وهي أحكام القانون المدني.

وإعمالا لهذا الأصل، رأت المحكمة - بداءة - أن القرض محل النزاع لا يعتبر عملا تجاريا، ويخضع بهذه الصفة لأحكام القانون المدني التي تحرم بصفة قاطعة الاتفاق على فائدة في أي صورة كانت. ونود أن نشير - في هذا الصدد - أن

(١٠) راجع في ذات المعنى، استئناف تجاري، الصادر في ١٩٨٨/٢/٢٠ م، في القضية رقم ٨٧/٣٠١، وتعليق الاستاذ الدكتور محمد فريد العريبي عليه والمنشور في مجلة المحامي، مجلة شهرية تصدرها مجلة المحامين الكويتية، السنة الحادية عشرة، اعداد يوليو، اغسطس، سبتمبر ١٩٨٨، بعنوان الأعمال المختلطة بين القانون التجاري والقانون المدني، ص ٦٤ وما بعدها.

الخلاف حول اعتبار القرض تجارياً أم غير تجاري ينصب أساساً على صفة القرض بالنسبة للمقترض الذي يستخدم مبلغ القرض في أعمال ليست تجارية. أما بالنسبة للبنك، فلا خلاف في اعتبار القرض تجارياً اعمالاً لنص المادة الخامسة فقرة ١.

١١ - لكن المحكمة بعد أن خطت هذه الخطوة الصحيحة، لم تتبعها بخطوة أخرى ضرورية ولازمة للخطوة الأولى. فالقرض عمل تجاري بالنسبة للبنك^(١١)، وهو - في الوقت نفسه - ليس تجارياً بالنسبة للمقترض الذي يستخدم مبلغ القرض في أعمال غير تجارية، اعمالاً لحكم المادة ١٠١ من قانون التجارة. والقرض بهذه الصورة يجب تكييفه على أنه عمل مختلط، ليس تجارياً محضاً، ولا مدنياً محضاً، بل هو - إذا جاز التعبير - ذو وجهين: وجه تجاري بالنسبة للبنك، ووجه مدني بالنسبة للمقترض. فما هي إذن الأحكام الواجبة التطبيق على القرض في ثوبه هذا؟

رأت المحكمة، بمفهوم المخالفة، بطلان الاتفاق على فائدة، لأن جواز اقتضاء فائدة مشروط - حسب نص المادة ١٠٢ - بأن يكون القرض تجارياً. فإذا كان غير تجاري، فالفائدة غير جائزة. وهنا يكمن - في اعتقادنا - الخطأ الذي وقعت فيه المحكمة.

فالجوء - في هذا الصدد - إلى الاستنتاج بمفهوم^(١٢) المخالفة معيب من ناحيتين: -

الأولى: أنه يتعين الاحتياط والتحفظ في اللجوء إلى هذا النوع من التفسير، الذي يوصف بأنه أسوأ أنواع التفسير، إذ قد يكون الحكم المنصوص عليه مقرراً لحكمة خاصة لا يتوافر عكسها بالضرورة في كل حالة أخرى.

الثانية: أن لجوء المحكمة إلى هذا النوع من التفسير لم يكن له ما يبرره في وجود نص المادة ١٢ من قانون التجارة الذي يحكم واقعة النزاع. ولا أدري كيف

(١١) اعمالاً لنص المادة الخامسة فقرة ١.

(١٢) ويقصد به اعطاء عكس حكم النص لكل حالة أخرى لا يشملها، راجع في ذلك: -

- د. إبراهيم أبو الليل، أصول القانون، الكويت، بدون سنة نشر، ص ٢٠٨.

- د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، جزء ١، المدخل للعلوم القانونية،

الطبعة السادسة، ١٩٨٧، ص ٣٤٦، رقم ١٢٩.

أغفلت المحكمة تماماً مثل هذا النص، بالرغم من أنه قد وضع، أساساً، لمواجهة مثل هذه الحالة المعروضة أمام المحكمة. فوجود نص صريح يحكم واقعة النزاع يقف عقبة قانونية أمام اللجوء إلى تفسير نص آخر، وبمفهوم المخالفة. وتكييف القرض محل النزاع على أنه عمل مختلط يقتضي - بالضرورة - الاحتكام لنص المادة ١٢ تجاري كويتي. وقد كان يمكن اعتبار الحكم صحيحاً في غياب نص المادة ١٢. أما في وجودها، فلا مناص من استدعائها لتحكم واقعة النزاع.

فالأصل، في تحديد الأحكام الواجبة التطبيق على الأعمال المختلطة، هو خضوع كل طرف للقانون الذي ينتمي إليه: البنك لأحكام قانون التجارة، والمقترض، إذا كان العمل مدنياً بالنسبة له، لأحكام القانون المدني. وقد خرج المشرع الكويتي، لأسباب معينة^(١٣)، على هذا الأصل، ونص في المادة ١٢ من قانون التجارة على أنه: «إذا كان العقد تجارياً بالنسبة لأحد العاقدين دون الآخر، سرت أحكام قانون التجارة على التزامات العاقد الآخر الناشئة عن هذا العقد، ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك».

وهكذا استبعد المشرع الكويتي إخضاع الأعمال المختلطة لنظام قانوني «مزدوج»، وفضل توحيد الأحكام الواجبة التطبيق على هذا النوع من الأعمال، وأخضعها - كقاعدة - لأحكام قانون التجارة. وكان يجب على المحكمة - بمقتضى نص المادة ١٢ - أن تبحث عن حل النزاع المعروض، وقد اعتبرته عملاً مختلطاً، في أحكام قانون التجارة، وليس - كما فعلت - في أحكام القانون المدني. الخلاصة أن القرض محل النزاع، بوصفه عملاً مختلطاً يجب أن يخضع، إعمالاً لحكم المادة ١٢، لأحكام قانون التجارة، وليس لأحكام القانون المدني كما انتهت محكمة أول درجة. ولذلك ليس صحيحاً، في نظرنا، القول ببطلان الفوائد إعمالاً لأحكام المادتين ٣٠٥، ١/٥٤٧ مدني. فالقواعد الواجبة التطبيق ليست قواعد القانون المدني، وإنما هي قواعد قانون التجارة حسب صريح نص

(١٣) كان المشرع يهدف من وراء هذا النص «تقليص» نطاق تطبيق مجلة الأحكام العدلية التي كانت تطبق في الكويت اعتباراً من عام ١٩٣٨ حسب الرأي الراجح وبالمقابل «توسيع» نطاق قانون التجارة رقم ٢ لسنة ١٩٦١. والواقع أن هذه الظروف لم تعد قائمة الآن بصدد قانون مدني جديد رقم ٦٧ لسنة ١٩٨٠، والذي بدأ تطبيقه اعتباراً من ٢٥ فبراير ١٩٨١.

المادة ١٢ تجاري .

(٣) نظرة تحقيقية : -

١٢ - انتهينا إلى أن عقد القرض محل النزاع المطروح أمام المحكمة يخضع، بوصفه عملاً مختلطاً، لحكم المادة ١٢ من قانون التجارة. لكن الأمر لا يتوقف عند هذا الحد، والمشكلة لم تحل بعد. ويرجع ذلك إلى أن المادة ١٢ السابق الإشارة إليها لا تضع أحكاماً موضوعية واجبة التطبيق على الأحكام المختلطة. واكتفت المادة ١٢، في سبيل تحديد هذه الأحكام، بالإحالة إلى أحكام قانون التجارة.

ومن هنا تبدو فائدة نص المادة ١٢. فالأعمال المختلطة تقع - إذا جاز التعبير - في المنطقة «المحايدة» بين كلا القانونين المدني والتجاري. وهي بهذه الصفة، كانت تتنازعها قواعد القانون المدني من ناحية، وقواعد القانون التجاري من ناحية أخرى. وقد حسم المشرع الكويتي هذا التنازع نهائياً لصالح أحكام قانون التجارة. وأصبح على القاضي أن يولي وجهه - في بحثه عن أحكام العمل المختلط - شطر أحكام قانون التجارة فقط حسب صريح نص المادة ١٢.

وهكذا يتحدد الطريق الذي يجب أن نسلكه لحل النزاع المعروض كالآتي: -

أ - تحديد طبيعة العمل (عقد القرض) محل النزاع: تجاري أو مختلط (م ١٠١ تجاري).

ب - فإذا ما اتضح أن عقد القرض يعتبر - هنا - عملاً مختلطاً، تعين تطبيق نص المادة ١٢ التي تقرر خضوع الطرف الذي يعد العمل بالنسبة له مدنياً لأحكام قانون التجارة.

ج - ونظراً لأن المادة ١٢ لا تتضمن قاعدة موضوعية وتكتفي بإحالة القاضي إلى أحكام قانون التجارة، وجب البحث عن الحل في نصوص قانون التجارة والقوانين المكملة أو المعدلة له. وهو - هنا - نص المادة ١٠٢ من قانون التجارة باعتباره النص الواجب التطبيق على النزاع المعروض.

١٣ - لكن تطبيق أحكام قانون التجارة - باعتبارها الأحكام الواجبة التطبيق على الأعمال المختلطة - يفترض، عقلاً ومنطقاً، توافر الشروط التي

وضعها المشرع لتطبيق هذه الأحكام. فالأحكام الموضوعية يجب، حتى يمكن تطبيقها على النزاع المطروح، أن تتوافر شروط تطبيقها. والقول بغير ذلك يؤدي إلى إخضاع الطرف الذي يعد العمل بالنسبة له مدنيا لكافة أحكام قانون التجارة حتى ولو لم تتوافر شروط تطبيقها، وهو مالم يقل به أحد.

ولنأخذ مثالا على ذلك بحجية الدفاتر التجارية في الاثبات. فالمادة ١٨ اثبات كويتي تنص على أنه: «تكون الدفاتر التجارية حجة لصاحبها التاجر ضد خصمه التاجر إذا كان النزاع متعلقا بعمل تجاري وكانت الدفاتر منتظمة...». وبذلك لا تكون الدفاتر التجارية حجة في الاثبات إلا إذا توافرت لها ثلاثة شروط: أن يكون النزاع بين تاجرين، أن تكون الدفاتر منتظمة، وأن يكون النزاع متعلقا بعمل تجاري. فإذا جاء المشرع ونص على خضوع الأعمال المختلطة لأحكام قانون التجارة (نصوص قانون التجارة والقوانين المكملة والمعدلة له)، ومنها نص المادة ١٨ السابق الإشارة إليه، فهل تطبق هذه الأحكام دائما في كل الأحوال، وسواء توافرت الشروط التي وضعها المشرع أم لا، أو يجب عدم تطبيقها إلا بعد التأكد من توافر شروط انطباقها؟ وإذا كان أحد طرفي العمل المختلط ليس تاجرا، فهل تعتبر دفاتر خصمه التاجر حجة عليه بحجة أن المشرع قد أحال إلى أحكام قانون التجارة باعتبارها واجبة التطبيق على الأعمال المختلطة، أم يجب إنكار حجيتها لأن الشروط التي وضعها المشرع للاعتراف بحجيتها غير متوافرة؟ نعتقد أنه يجب ألا يخامرنا أدنى شك في القول بوجوب توافر الشروط اللازمة لتطبيق أحكام قانون التجارة. فإذا لم تتوافر يجب استبعادها فورا.

١٤- فإذا ما عدنا مرة أخرى إلى نص المادة ١٠٢ من قانون التجارة الواجب التطبيق على القرض محل النزاع باعتبار أن المشرع قد أحال إليه بمقتضى المادة ١٢، كان لنا أن نتساءل عن مدى توافر شروط تطبيقه على الواقعة المعروضة أمام المحكمة.

يقرر النص أن للدائن الحق في اقتضاء فائدة في القرض التجاري. وبذلك يكون المشرع قد وضع قاعدة موضوعية مقتضاها جواز الاتفاق على فائدة على المبالغ المقرضة، ويكون الاتفاق صحيحا. لكن القاعدة لم تأت مطلقة دون قيد،

ولمّا حدد المشرع نطاق تطبيقها في القروض التجارية. فالحصول على فوائد مشروط إذن بأن يكون القرض تجارياً. فإذا لم يتوافر هذا الشرط فإن القاعدة لا تطبق ويجب استبعادها. واستبعادها جاء نتيجة لعدم توافر الشروط التي وضعها المشرع لتطبيقها.

فإذا ما استبعدنا حكم المادة ١٠٢ تجاري بالنسبة للقرض محل النزاع لأنه عمل مختلط وليس تجارياً، فما هو الحكم إذن؟ ليس الاستنتاج بمفهوم المخالفة كما ذهب محكمة الدرجة الأولى، ولمّا الرجوع الى الأصل. فقد رأينا أن الأصل، بالنسبة للأعمال المختلطة، هو خضوع كل طرف لأحكام القانون الذي ينتمي اليه: الطرف الذي يعد العمل بالنسبة له تجارياً لأحكام قانون التجارة، والطرف الذي يعد العمل بالنسبة له مدنياً لأحكام القانون المدني. أي أن الأصل هو خضوع الأعمال المختلطة لنظام «مزدوج» وقد خرج المشرع الكويتي على هذا الأصل، ورأى، استثناء من هذا الأصل، إخضاع العمل المختلط في مجموعه لأحكام قانون التجارة. فإذا لم يطبق هذا الاستثناء لسبب أو لآخر تعين الرجوع إلى الأصل العام وهو إخضاع العمل المختلط لنظام «مزدوج».

ومن ثم يجب، بمقتضى هذا الأصل، إخضاع البنك - في النزاع الذي نحن بصدده - لأحكام قانون التجارة، والمقتضى لأحكام القانون المدني. إلا أن تطبيق هذا النظام «المزدوج» مقيد بالألا يؤدي إلى «مغايرة» غير مقبولة بين طرفي العمل الواحد، أو يؤدي إلى نتيجة غير ملائمة من الناحية العملية. فإذا كان تطبيق النظام «المزدوج» سيؤدي، حقيقة، إلى نتيجة غير ملائمة عملاً تعين، حينئذ، توحيد القاعدة الواجبة التطبيق^(١٤).

ولا نرى أفضل من النزاع المعروض كمثال على عدم ملائمة النظام «المزدوج» من الناحية العملية. فالبنك لا يقرض المدين، في القروض المصرفية، من أمواله الخاصة، ولمّا يقرض العملاء من ودائع حسابات يدفع هو نفسه عنها فوائد. ولا يعقل - عملاً - أن يدفع البنك فوائد للعملاء عن ودائعهم وحساباتهم ولا يحصل هو على فوائد عن القروض والتسهيلات المصرفية التي يمنحها

(١٤) راجع في ذلك:

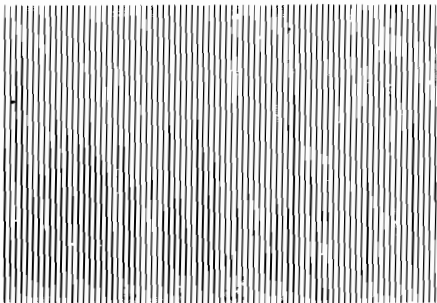
- د. علي البارودي، المرجع السابق، ص ٨٤، رقم ٦٦.

للمقترضين. فنظام الفوائد يعتبر أحد الأسس الرئيسية التي يقوم عليها النظام المصرفي في الدولة، بصرف النظر عن مدى ملائمة ذلك من الناحية الشرعية، فالقاضي ليس مشرعا، ولو أراد المشرع تحريم الفوائد في المعاملات التجارية لنص على ذلك صراحة كما فعل في المادتين ٣٠٥، ١/٥٤٧ مدني. والقول بغير ذلك، يؤدي إلى عرقلة النشاط المصرفي بوجه عام. فالنشاط المصرفي له مقتضياته وقواعده الخاصة التي يجب حمايتها، لأن في ذلك حماية للاقتصاد الوطني في الوقت نفسه.

ولذلك نرى استبعاد تطبيق النظام «المزدوج» في القروض المختلطة لأن تطبيقه يؤدي - عملا - إلى نتائج غير ملائمة من الناحية العملية. ومن ثم يجب اعطاء القروض التي تبرمها البنوك في نطاق نشاطها المصرفي حكم الأعمال التجارية، بالرغم من أن القرض يعتبر مدنيا بالنسبة للمقترض وذلك توحيدا للقاعدة الواجبة التطبيق. وبالتالي يحق للدائن (البنك) اقتضاء فوائد عن القروض التي يمنحها للعملاء، حتى ولو كان الغرض من القرض استخدامه في أعمال ليست تجارية^(١٥).

ونشير، في النهاية، إلى مدى الصعوبة التي يقابلها الباحث في تفسير النصوص من خلال نظرة شاملة. ويرجع ذلك، بالدرجة الأولى، إلى عدم تناسق كثير من نصوص قانون التجارة الجديد، بل وتكرارها أحيانا. فالمادة ١٠١ مثلا لا ضرورة لها. فقد وضع المشرع، في المادة الثالثة وما بعدها، معايير تحديد الأعمال التجارية بما فيها القروض. ولذلك ليس هناك مبرر لوضع معيار مستقل «لتجارية» القروض، خصوصا إذا كان مجرد تكرار لمعيار سابق. كما أن المادة ١٠٢ يجب تعديلها بسرعة من قبل المشرع. فالأمر جد خطير لأنه يمس نشاط من أهم نشاطات الدولة وهو النشاط المصرفي. وإذا لم يتدخل المشرع سريعا، فإن الخلاف القضائي قد يطول، وهو أمر ليس في صالح الواقع والقانون معا.

(١٥) وهو ما أخذت به محكمة النقض المصرية في حكمها الصادر في ٢٧ يونية ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض، السنة ١٤، ص ٩٣٦. وكانت القضية المعروضة أمام المحكمة العليا تتعلق بمدى أحقية البنك في اقتضاء فوائد على متجمل الفوائد بالنسبة لقرض مختلط، استثناء من المادة ٢٣٢ مدني التي تحرم تقاضي فوائد على متجمل الفوائد.



نقاریر

