الأساس القانوني للفوائد البنكية

دراسة نقدية في ضوء الفصل 870 من ق. ل. ع

ذ. عبد المهيمن حمزة
أستاذ زائر بكلية الحقوق طنجة
باحث بسلك الدكتوراه في القانون الخاص

يقوم النشاط الرئيسي للبنوك على فكرة الاتجار في الديون، حيث تقترض هذه المؤسسات الأموال لاستثمارها في عملية الاقتراض، فيكون هدفها هو تحقيق الربح المتمثل في الفرق بين ما تتقاضاه من فوائد لقاء الإقراض، وما تدفعه نظير الاقتراض.

بيد أن اشتراط هذه الفوائد في الممارسة البنكية يصطدم بتواجد الفصل 870 من ق. ل.ع الذي يعتبر اشتراط الفائدة بين المسلمين باطلا ومبطلا للعقد الذي يتضمنه[1]، وبالتالي يشكل هذا الفصل التزاما من قانون الالتزامات والعقود بقواعد الشريعة الإسلامية المحرمة للربا، وتكريسا للحكم الإسلامي في القرض بفائدة، حيث يستمد أصوله من الفقه الإسلامي كمصدر اعتمد عليه المشرع عند صياغته لهذا القانون[2]، الأمر الذي يطرح إشكالا يتعلق بالبحث عن الأساس القانوني الذي تعتمده البنوك عند منحها للقروض البنكية بفائدة في ظل وجود هذا المنع.

---

(1) ينص الفصل 870 من ق. ل. ع على ما يلي : "اشتراط الفائدة بين المسلمين باطل ومبطل للعقد الذي يتضمنه سواء جاء صريحا أو اتخذ شكل هدية أو أي نفع آخر للمقرض أو لأي شخص غيره يتخذ وسيطا له".

- ونشير إلى وجود نص مماثل في القانون المدني الكويتي ضمن المادة 305 التي جاء فيها ما يلي: "يقع باطلا كل اتفاق على تقاضي الفوائد مقابل الانتفاع بمبلغ من النقود أو مقابل التأخير في الوفاء بالالتزام به. ويعتبر في حكم الفائدة كل منفعة أو عمولة أيا كان نوعها، اشترطها الدائن إذا ثبت أن ذلك لا يقابله خدمة حقيقية متناسبة يكون الدائن قد أداها فعلا".

- وقد كان المشرع التونسي ينص في الفصل 1095 من مجلة الالتزامات والعقود على أن "اشتراط الفائض باطل ومبطل للعقد بين المسلمين سواء كان صريحا أو اتخذ صورة هدية أو فائدة بوسيط" لكن هذا الفصل نسخ بالقانون رقم 148 المؤرخ في 7 نونبر 1959 والذي أصبح ينص على ما يلي : "الفائض لا يكون لازما بالنسبة للعقود الواقعة بين غير التجار إلا إذا اشترط كتابة، ويحمل الأمر على اشتراطه إذا كان متعاقدان من التجار". ونص القانون الإماراتي في المادة 814 مدني على بطلان شرط المنفعة الزائدة في القرض، ونص في المادة 409 من قانون العقوبات على أنه: "يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن ثلاثة أشهر وبالغرامة التي لا تقل عن ألفي درهم كل شخص طبيعي تعامل مع شخص طبيعي آخر بربا النسيئة في أي نوع من أنواع المعاملات المدنية والتجارية، ويدخل في ذلك كل شرط ينطوي على فائدة ربوية صريحة أو مستترة". ونفس الأمر بالنسبة للقانون المدني الجزائري لعام 1975 في المادتين 455 و 456 ، والقانون الليبي رقم 74 لسنة 1972 الذي أباح الفائدة بين الأشخاص الاعتباريين فيما بينها والأفراد، وحرمها ما بين الأشخاص الطبيعيين والأفراد العاديين .

(2) أحمد أدريوش: أصول قانون الالتزامات والعقود "، بحث في الأصول الفقهية والتاريخية، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص جامعة محمد الخامس كلية الحقوق بالرباط 1991، منشورات سلسلة المعرفة القانونية، مطبعة ومكتبة الأمنية ، الرباط ، 1996، ص 164.

وقد أدت صراحة الفصل 870 من ق. ل. ع في منع اشتراط الفائدة بين المسلمين إلى تجاذب الآراء على مستوى الفقه والقضاء حول الأساس القانوني لتقاضي الفوائد البنكية، هذا التجاذب في واقع الأمر يعزى إلى التشويش الذي دخل على هذا الفصل من خلال الفصل 871 الموالي له[1] من جهة، والممارسة الواقعية لعمل البنوك التجارية التي تشكل الفائدة بالنسبة إليها أهم المرتكزات التي يقوم عليها نشاطها من جهة أخرى، لينبثق عن ذلك رأيان، أحدهما يسير في اتجاه الإقرار بالمشروعية القانونية للفوائد البنكية من خلال استناده على أسس قانونية مختلفة، ورأي آخر يتماشى مع مقتضيات الفصل 870 من ق.ل.ع المبطلة بصفة عامة لكافة العمليات البنكية التي تتضمن اشتراطا للفائدة بين المسلمين .

لذا سنحاول على امتداد هذه الدراسة المساهمة قدر الإمكان في النقاش الدائر حول المشروعية القانونية للفوائد البنكية الاتفاقية[2]، من خلال استعراض هذه الآراء المختلفة بالدراسة والنقد والتحليل ومناقشة كافة الأسس القانونية التي تبناها كل توجه مع اختبار مدى صحة الأسانيد المعتمدة قصد ترجيح أقواها، وذلك في المبحثين الآتيين :

المبحث الأول: الرأي المتجه إلى الإقرار بالمشروعية القانونية للفوائد البنكية

إذا كان الفصل 870 من ق.ل.ع قد أقر مبدأ بطلان اشتراط الفائدة الاتفاقية بين المسلمين، فإن الفصل 871 الموالي له يشكل مبعثا للشك والجدل فيما سبق أن جاء به الفصل 870، حيث قرر جواز اشتراط الفائدة، لكنه عبر عن ذلك بعبارة غامضة: "وفي الحالات الأخرى لا تستحق الفوائد إلا إذا كانت قد اشترطت

---

(1) ينص الفصل 871 على ما يلي: "وفي الحالات الأخرى لا تستحق الفوائد إلا إذا كانت قد اشترطت كتابة. ويفترض هذا الاشتراط إذا كان أحد الطرفين تاجرا".

(2) المقصود بالفائدة المحظورة في الفصل 870 من ق.ل.ع والتي هي موضوع الدراسة في هذا المطلب هي الفائدة الاتفاقية وليست الفائدة التأخيرية، وهذا ما أكد عليه المجلس الأعلى، حيث اعتبر أن " الفائدة الاتفاقية المحرمة بين المسلمين بمقتضى الفصل 870 من ظهير الالتزامات والعقود هي الفائدة الاتفاقية المترتبة عن القرض، وليس الفائدة القانونية المترتبة عن التأخير والتي تعتبر تعويضا، ولا يطالها المنع الوارد في الفصل المذكور".

- قرار المجلس الاعلى عدد 704 في الملف المدني رقم 1056/98 ، بتاريخ 13 مارس 1991 ، غير منشور.

وقد جاء في قرار آخر صادر عن المجلس الأعلى : " إن الفوائد القانونية هي فوائد تتأخر عن التأخير في الأداء، وتعتبر بمثابة تعويض لفائدة الدائن عن التأخير ، وهي فوائد القرض المنصوص عليها في الفصل 870 من قانون الالتزامات والعقود وما يليه".

- قرار المجلس الأعلى عدد 219 في الملف التجاري رقم 2003/3/801 بتاريخ 2004/02/18، منشور بالمجلة المغربية لقانون الاعمال والمقاولات، العدد 6 ، شتنبر 2004، ص 107 .

وفي نفس السياق سبق لمحكمة الاستئناف التجارية بمراكش أن أكدت على هذه التفرقة بموجب قرار لها جاء فيه ما يلي: "حيث إنه إذا كان الأمر بالأداء قد شمل المبالغ المحكوم بها بفائدة 6% فإن هذه الفائدة ناتجة عن التأخير في الأداء. أما الفائدة المحرمة بين المسلمين والمنصوص عليها في الفصل 870 من ق.ل.ع فهي التي تشترط عند التعاقد وتكون ناتجة عن عقد السلف وهذا ما ذهب إليه المجلس الأعلى في قراره الصادر بتاريخ 6 يوليوز 1988 في الملف عدد 450".

- قرار محكمة الاستئناف بمراكش عدد 219 في الملف رقم 199/32 ، بتاريخ 1999/06/15 ، منشور بالموقع الإلكتروني الخاص بمحكمة الاستئناف بمراكش على الرابط التالي: http://www.cacmarrakech.ma/banque.asp تاريخ الاطلاع: 2012/03/17 .

كتابة"، حيث لم يبين بوضوح المقصود بالحالات الأخرى، فكان هذا الفصل مدخلا للتوجه نحو إقرار مشروعية تقاضي الفوائد البنكية من الناحية القانونية، بيد أن انعدام الانسجام الواقع بين النصوص جعل أنصار هذا التوجه يختلفون حول الأساس القانوني لتقاضي الفوائد البنكية، إذ تم الاستناد على علل قانونية مختلفة نجملها فيما يلي :

أولا : مشروعية الفوائد البنكية أساسها الفصل 871 من ق. ل.ع

يرى جانب من الفقه[1] أن الفصل 870 من ق.ل.ع المقرر لمبدإ منع المسلمين من التعامل بالفائدة فيما بينهم، يخضع لاستثناء يضيق من مجال تطبيقه من خلال ما نص عليه الفصل 871 الذي يليه، حيث استنبطوا منه قاعدة مفادها أن التجار، ولو كانوا مسلمين يجوز لهم بناء على هذا الفصل الأخير التعامل بالفائدة، وبالنتيجة فإن قانون الالتزامات والعقود يجيز التعامل بين المسلمين ويبح لهم تقاضي الفوائد عن القروض التجارية[2]. فالفصل 870 وفقا لهذا الاتجاه لا يعتبر قاعدة مطلقة في المنع بالنسبة لجميع المسلمين، مادام أن الفصل 871 يستثنى التجار من هذا المنع حتى ولو كانوا مسلمين، وتكريسا لذلك يذهب الأستاذ عبد الحق صافي إلى أن الفصل 871 من ق.ل.ع يقر ثلاث استثناءات عن ما جاء به سابقه يصح فيها التعامل بالفائدة، وهي المعاملات المبرمة بين غير المسلمين، والمعاملات المبرمة بين مسلم وغير مسلم، والمعاملات التجارية [3].

وقد اعتمد الاجتهاد القضائي هذا الأساس القانوني حيث اعتبرت محكمة الاستئناف بالقنيطرة أن: "سعر الفائدة جائز ومعمول به في المعاملات التجارية، وقد نصت على ذلك الفصول 871، 872، 873 من قانون الالتزامات والعقود"[4] .

---

(1) أحمد شكري السباعي: نظرية بطلان العقد في القانون المدني المغربي والفقه الإسلامي والقانون المقارن، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء 1987، ص 115.

- Amina Elayoubi , le prêt à intérêt en droit Marocain , D.E.S. en droit privé, Université Mohamed V , Faculté des sciences juridique et économique et sociales , Rabat/ Agdal ,1988 p 76 et si.

- آسية ولعلو: الفوائد البنكية من خلال العمل القضائي، ندوة العمل القضائي وتطورات القطاع البنكي، مطبعة الأمنية 1993 ص 258.

- عبد الرزاق أيوب: سلطة القاضي في تعديل التعويض الاتفاقي (دراسة مقارنة) رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، جامعة القاضي عياض كلية الحقوق بمراكش ،1999 سلسلة الدراسات القانونية المعاصرة، الطبعة الأولى، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء 2003 ، ص 82.

- عبد الكريم شهبون: الشافي في شرح قانون الالتزامات والعقود المغربي، الكتاب الثاني، العقود المسماة وما شابهها الجزء الثاني، الطبعة الأولى، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2002ص 501.

(2) عبد السلام فيغو: العقود المدنية الخاصة في القانون المغربي، الطبعة الأولى، دار الأمان للطباعة والنشر والتوزيع، الرباط، 2008، ص 113 .

(3) عبد الحق صافي: عقد البيع، دراسة في قانون الالتزامات والعقود وفي القوانين الخاصة ، مطبعة النجاح الجديدة ، الطبعة الأولى 1998 ، ص 333 .

(4) قرار صادر عن محكمة الاستئناف بالقنيطرة، عدد 632 ملف مدني رقم 1924/ 89 بتاريخ 1989/11/21 منشور بمجلة الإشعاع عدد 1، ص 118.

وفي نفس الاتجاه ذهبت محكمة الاستئناف التجارية بفاس في قرار لها جاء في حيثياته: "حيث تعيب الطاعنة الحكم فيما قضى به من فوائد، لكن حيث إن الفوائد القانونية مستحقة بحكم القانون، نظرا لكون الدين تجاري عملا بمقتضيات الفصل 871 من ق.ل.ع الذي ينص صراحة على أنه يفترض اشتراط الفوائد إذا كان أحد الطرفين تاجرا"[1].

وقد جاء أيضا في حكم للمحكمة التجارية بوجدة ما يلي: "وحيث إن طلب الفوائد يجد ما يبرره طبقا للفصل 871 من ق.ل.ع، ويتعين الاستجابة له، وذلك على أساس احتسابها من تاريخ تقديم الطلب إلى غاية صدور الحكم"[2].

ثانيا : مشروعية الفوائد البنكية أساسها القوانين الخاصة بمؤسسات الائتمان

نقصد بالقوانين الخاصة بمؤسسات الائتمان كل القوانين المؤطرة للمهنة البنكية وكذا القوانين المنظمة للمعاملات المصرفية[3]، حيث يبني أصحاب هذا الرأي الأساس القانوني للتعامل بالفائدة على قاعدة تقديم العمل بالنص الخاص على النص العام، حيث إن القانون البنكي ينظم نشاطا خاصا تتولاه مؤسسات الائتمان باعتبارها طرفا احترافيا في مجالها المهني، وأنها تتعامل بما انتهت إليه من تقنيات في ممارسة نشاطها، وما استقرت عليه من عادات تشكل قواعد غير مكتوبة تعتمد عليها في ممارستها العملية، في حين يبقى قانون الالتزامات والعقود باعتباره الشريعة العامة نصا عاما يلجأ إليه في حالة عدم وجود نص خاص لتنظيم مسألة معينة[4]، وقد كرس العمل القضائي هذا التوجه حيث ذهب المجلس الأعلى في أحد قراراته، إلى تقديم العمل بالنص الخاص على النص العام[5]، حيث جاء فيه: "وبما أن الدعوى قدمت في إطار مدونة التجارة وهو قانون خاص مقدم في التطبيق على القانون العام الذي هو قانون الالتزامات والعقود "[1].

---

(1) قرار محكمة الاستئناف التجارية بفاس عدد 291 ، ملف عدد 2001/689 ، بتاريخ 2002/03/12، غير منشور.

(2) حكم المحكمة التجارية بوجدة عدد 02/197 في الملف رقم 4/2002/77 بتاريخ 2002/05/14 غير منشور.

(3) تشمل هذه القوانين مجموعة من التشريعات التي تنظم الفائدة نذكر من بينها :

- ظهير 9 أكتوبر 1913 المغير والمتمم بظهير 16 يونيو 1950 المحدد بموجبه في القضايا المدنية والتجارية السعر القانوني للفوائد والحد الأقصى للفوائد الاتفاقية، غير أن نطاق تطبيق هذا الظهير ورد عليه استثناء نصت عليه المادة 115 من القانون رقم 03 – 34 المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيآت المعتبرة في حكمها، والتي جاء فيها ما يلي: "لا تطبق على عمليات الإيداع والائتمان التي تقوم بها مؤسسات الائتمان أحكام الظهير الشريف بتاريخ 8 ذي القعدة 1331 (9 أكتوبر 1913) المحدد بموجبه في المادتين المدنية والتجارية، السعر القانوني للفوائد والحد الأقصى للفوائد الاتفاقية، كما وقع تغييره".
- مدونة التجارة، وخاصة القسم الخاص بالعقود البنكية الذي يحتوي على المواد من 487 إلى 544 .
- القانون رقم 03–34 المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيآت المعتبرة في حكمها.
- مناشير ودوريات والي بنك المغرب طبقا للمادة 116 من القانون رقم 03-34 المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيآت في حكمها بشأن تحديد أسعار الفائدة المدينة والدائنة المعمول بها في العمليات التي تقوم بها مؤسسات الائتمان.

(4) هشام البلاوي ، الفوائد البنكية في القانون المغربي، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص جامعة محمد الخامس، كلية الحقوق بالرباط أكدال، 2003– 2004 ، ص 25–26.

(5) تأكيدا لهذه القاعدة يرى الأستاذ عبد الكبير طبيح أن الأولوية في التطبيق هي للنص الخاص الذي هو مدونة التجارة باعتبارها لاحقة في الصدور على قانون الالتزامات والعقود، وأنها جاءت بما يخالف بعض المبادئ العامة الواردة بهذا القانون

وعليه، يرى هذا الفريق أن الخلاف حول الأساس القانوني للتعامل بالفائدة في المعاملات البنكية أصبح متجاوزا بنص مدونة التجارة في المادة 495 على كون الفوائد تسري بقوة القانون لفائدة البنك، وهو امتياز لا يحتاج إلى اشتراط تعاقدي بين البنك وعملائه، على خلاف الزبون الذي لا تسري الفوائد لصالحه إلا إذا كانت مشترطة، وقد أكدت المادة 497 من نفس المدونة على هذا الحكم حيث نصت على أنه: "يسجل في الرصيد المدين للحساب دين الفائدة للبنك المحصور كل ثلاثة أشهر، ويساهم احتمالا في تكوين رصيد لفائدة البنك ينتج بدوره فوائد"[2].

وبما أن مدونة التجارة قانون خاص بفئة التجار وينظم مسائل تنتمي إلى مجال التجارة التي يجب أن يرجع فيها للقوانين والاعراف والعادات الخاصة بها[3]، فإن تبرير التعامل بالفائدة يجد سنده في هذه المدونة وذلك بغض النظر عما جاء به قانون الالتزامات والعقود [4]، لدرجة اعتبار البعض أن اشتراط الفائدة ليس مباحا قانونا فقط، بل هو حق للبنك والتزام على الزبون، وأنه لا حاجة في ذلك للكتابة لسريان الفوائد في حالة الحساب بالاطلاع[5].

كما يعتمد أصحاب هذا التوجه في تقرير مشروعية الفوائد البنكية على قرارات وزير المالية، والدوريات والمناشير الصادرة عن السلطات النقدية ممثلة في والي بنك المغرب، الصادرة تطبيقا لمقتضيات المادة 42 من القانون رقم 03-34 المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيآت المعتبر في حكمها التي ورد فيها أنه: "رغبة في ضمان تنمية الاقتصاد والدفاع عن العملة وحماية المودعين والمقترضين، يجوز للوزير المكلف بالمالية أن يحدد بقرارات، فيما يخص جميع مؤسسات الائتمان أو كل صنف أو صنف فرعي من هذه المؤسسات الشروط المتعلقة بجمع الأموال من الجمهور وتوزيع القروض بعد استطلاع رأي لجنة مؤسسات الائتمان"، وكذا المادة 116 من نفس القانون التي نصت على أنه: " يجب أن يخبر الجمهور وفق الشروط المحددة بمنشور

على اعتبار أن مدونة التجارة لاحقة في الصدور على ظهير الالتزامات والعقود، وبالتالي فهي تنشئ قاعدة فاسخة للقواعد السابقة تطبيقا للفصل 474 من ق.ل.ع .

- عبد الكبير طبيح، المحاكم التجارية، الأسباب والغايات، سلسلة حقوق الناس، الطبعة الأولى، مطبعة دار القرويين، الدار البيضاء، 2000، ص 96 .

(1) قرار المجلس الأعلى رقم 1951 في الملف التجاري عدد 18441 / 2000 بتاريخ 26/ 09/ 2001 غير منشور.

(2) مصطفى الوصبي، تقرير أشغال اليوم الدراسي جول " احتساب الفوائد والعمولات بين العمل القضائي والعمل البنكي"، والمنظم من طرف وزارة العدل بتعاون مع بنك المغرب والمجموعة المهنية لبنوك المغرب، بتاريخ 25 دجنبر 2010، بالمعهد العالي للقضاء، منشور بمجلة المحاكم التجارية، العدد 7، سنة 2011، ص 71 .

(3) تنص المادة 2 من مدونة التجارة على ما يلي: " يفصل في المسائل التجارية بمقتضى قوانين وأعراف وعادات التجارة، أو بمقتضى القانون المدني ما لم تتعارض قواعده مع المبادئ الأساسية للقانون التجاري".

(4) هشام البلاوي ، الفوائد البنكية في القانون المغربي، م.س، ص 31 .

(5) مولاي علي الشريف، الفوائد والحساب بالاطلاع ومشروعية اشتراط الفائدة في المجال البنكي، مداخلة في إطار ندوة الاستدانة والفائدة البنكية التي نظمتها محكمة الاستئناف بالرباط سنة 1999، منشورة بجريدة العلم، عدد 18064 بتاريخ 3 يونيو 1999، ص 7.

يصدره والي بنك المغرب بعد استطلاع رأي لجنة مؤسسات الائتمان بالشروط التي تطبقا مؤسسات الائتمان على عملياتها ولاسيما فيما يتعلق بسعر الفوائد المدنية والدائنة والعمولة ونظام تواريخ القيمة "[1].

وقد تبنى الاجتهاد القضائي هذا المسوغ في تقرير مشروعية الفائدة البنكية، فاعتمد تارة على مدونة التجارة وتارة أخرى على القانون البنكي، وهكذا عمدت المحكمة التجارية بالرباط في دعوى تتعلق بأداء دين ناتج عن قرض سكني إلى الحكم لفائدة البنك بأداء الفوائد مستندة في ذلك على مقتضيات المادة 495 من مدونة التجارة، حيث عللت حكمها كما يلي:

"حيث إنه طبقا للمادة 495 من مدونة التجارة من مدونة التجارة فإن الفوائد تسري بقوة القانون لفائدة البنك، مما يتعين معه الاستجابة لطلب الفوائد البنكية في حدود النسبة المتفق عليها بعقد قرض السكن أعلاه، وهي 17% سنويا ابتداء من تاريخ الحلول إلى غاية تاريخ الأداء"[2].

ونفس التوجه ذهب إليه حكم آخر صادر عن نفس المحكمة جاء فيه:

"حيث إن طلب المدعي يهدف إلى الحكم على المدعى عليه لفائدته مبلغ 281.926,2 درهما برسم القرض الشخصي، بالإضافة إلى نسبة 11,50% شهريا عن الفوائد البنكية، وحيث إن طلب الفوائد البنكية يجد سنده في المادة 495 من مدونة التجارة التي تنص على أن الفوائد تسري بقوة القانون لفائدة البنك ويتعين بالتالي الاستجابة للطلب"[3].

ولقد قررت نفس المحكمة هذا الموقف لكن باعتمادها هذه المرة على دوريات والي بنك المغرب حيث جاء في حيثيات حكمها ما يلي:

" حيث إنه بالرجوع إلى الفصل 4 من عقد القرض نجده ينص على أن المعدل الإجمالي للفائدة مطابق لمقتضيات المنشور رقم 97/G/2 المتعلق بالحد الأقصى لمعدل الفائدة الاتفاقية لمؤسسات القرض، وحيث إنه بالرجوع إلى مقتضيات الدورية المذكورة فإن معدل الفائدة المعمول به بتاريخ إبرام العقد محدد في نسبة 10,49% .."[4].

ثالثا: مشروعية الفوائد البنكية أساسها الشخصية المعنوية للبنك المجردة من الانتماء الديني

يذهب هذا الاتجاه إلى أن الأبناك يتمتعون بشخصية معنوية مستقلة عن الأشخاص الذاتيين المكونين لها، ومن ثم فإن الانتماء الديني يقتصر فقط على الأشخاص الذاتيين، أما الشخص المعنوي فلا يتصور انتماؤه

(1) رغم أن القانون البنكي تطرق لبعض الجوانب التنظيمية للفوائد البنكية فإن الأستاذ ميمون الشرقي يرى أن نصوص مدونة التجارة جاءت أكثر صراحة في معالجة الأساس القانوني للفائدة، وهي تطبيق للفصل 871 من ق.ل.ع وتدخل ضمن الاستثناء الذي يقرره، وقد تضمنت نصوصا تنظيمية للفائدة جعلت من خلالها سريان الفوائد بقوة القانون لفائدة البنك كما نصت على ذلك المادة 495 من المدونة، خاصة وأن البنك شخص اعتباري يحمل صفة التاجر، وأن اشتراط الفائدة يكون مفترضا إذا كان أحد الأطراف تاجرا.

-Mimoun Charqui, Droit bancaire marocaine, Imprimerie Beni Snasen, Rabat, 2000, p 83 et sui .

(2) حكم المحكمة التجارية بالرباط عدد 1177 في الملف رقم 4/2002/477، بتاريخ 2002/07/09، غير منشور.

(3) حكم المحكمة التجارية بالرباط عدد 474 في الملف رقم 4/2001/695، بتاريخ 2001/11/13، غير منشور.

(4) حكم المحكمة التجارية بالرباط عدد 894 في الملف رقم 4/2001/1/627، بتاريخ 2001/05/23، غير منشور.

لدين معين[1]، وبما أن الفصل 870 يمنع اشتراط الفائدة بين المسلمين فقط فإن غيرهم يمكنهم ذلك ويدخل ضمن الأغيار الأبناك الذين لا دين لهم[2].

وهكذا يؤكد بعض الفقه[3] على أن منع اشتراط الفوائد يقتصر فقط على المسلمين، وبالنتيجة فإن غير المسلمين سواء كانوا مغاربة أم غير مغاربة لا يخضعون لهذا المنع، وينصرف نفس الأمر بالنسبة للأشخاص المعنوية التي لا يمكن أن ينسب لها أي انتماء ديني.

وتماشيا مع هذا الطرح تبنى المجلس الأعلى نظرية الشخص المعنوي لتبرير اشتراط الفوائد البنكية ، وتفادي تطبيق مقتضيات الفصل 870 من ق.ل.ع، حيث جاء في حيثيات أحد قراراته: "لكن، حيث لئن كانت الفائدة الاتفاقية محرمة بين المسلمين حسب صريح الفصل 870 من ق.ل.ع، والحال أن الطالب مسلم، فإن المطلوب في النقض شخصية اعتبارية مجردة من أي انتماء ديني، ومن ثم فالفوائد المشروطة لا ينطبق عليها الفصل المذكور (870 ق.ل.ع). وبذلك فإن الدفع لا أثر له، والمحكمة غير ملزمة بالجواب على دفع لا أثر له"[4].

وقد ظل القضاء المغربي متشبثا بموقفه في اعتبار الشخص المعنوي يستحق الفوائد لانتفاء اعتناقه الإسلام، فقد ورد في قرار للمجلس الأعلى ما يلي: "إن المحكمة اعتبرت أن الدين ثابت ولم تخرق في ذلك قواعد الإثبات، ومن جهة أخرى لاحظت المحكمة بأن الدائن له شخصية اعتبارية، بالإضافة إلى أن الفوائد تستحق إذا كانت قد اشترطت كتابة ويفترض هذا الاشتراط إذا كان أحد الطرفين تاجرا، وأن فوائد المبالغ التي تتضمنها الحسابات الجارية تستحق بقوة القانون على من يكون مدينا بها من الطرفين، فردت على الدفع ببطلان الفوائد القانونية بما فيه الكفاية فكان قرارها مؤسسا ومعللا ببطلان الفوائد القانونية بما فيه الكفاية، فكان قرارها مؤسسا ومعللا..."[5].

---

(1) يوجد حتى في الفقه الإسلامي من استند على فكرة التمييز بين الأشخاص الطبيعيين والمعنويين من أجل إباحة الفوائد البنكية، حيث يرى هذا الفريق أنه لا يوجد مسلم يجادل في تحريم الربا في الأصل، لكن الواقع الاقتصادي والاجتماعي قلص من دور الأشخاص الطبيعيين بوصفهم ممولين بالقروض، وحلت محلهم الأبناك ومؤسسات التمويل في إطار قوانين منظمة ومضبوطة، وعليه فإن العلة من تحريم الفوائد بين الأشخاص الطبيعيين، لا يمكن الاعتماد عليها لتحريم تعامل البنوك بها لانتفاء الصفة، فالذي يدخل في إطار الربا هو اشتراط الاقتراض من شخص طبيعي فقط دون الأشخاص المعنويين.

- عبد الرحمان صبري، الفكر الاقتصادي في الإسلامي في الربا والفائدة والنقود، مجلة الأهرام الاقتصادي، العدد 1079، بتاريخ 19 شتنبر 1989 ، ص 21 .

(2) عمرو قريوح، الحماية القانونية للمستهلك، القرض الاستهلاكي نموذجا، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة محمد الأول، كلية الحقوق وجدة، 2006-2007، ص 345.

(3) Khalid Elyazidi : La responsabilité du banquier au Maroc , D.E.S en droit privé, université Mohamed V, , Rabat 1982 , Imprimerie Mitak el Maghreb , édition 1985 Rabat. ; p 181.

- M .Larbi Benotomane , La profession bancaire au Maroc, éditions la porte, Rabat , 1985, p 69.

(4) قرار المجلس الأعلى عدد 769، ملف مدني عدد 85/3898، بتاريخ 14 أبريل 1990 غير منشور أورده: محمد لفروجي: الفوائد البنكية بين السعر القانوني والسعر الاتفاقي للفوائد في الميدانين المدني والتجاري، سلسلة القانون والممارسة القضائية، العدد1 سنة 2003، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، ص 144.

(5) قرار المجلس الأعلى عدد 983، في الملف المدني عدد 85/3219، بتاريخ 14 فبراير 1996، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 52 ، السنة 20، بتاريخ يوليوز 1998، ص 159 وما يليها.

رابعا : مشروعية الفوائد البنكية أساسها الواقع

يقر أصحاب هذا الاتجاه بمشروعية القوائد البنكية ، لكن سندهم في ذلك الواقع، حيث يرى الأستاذ أحمد الخمليشي[1] أنه ثمة شبه إجماع تلقائي فقها وقضاء على صرف الاهتمام بإعادة قراءة نصوص ظهير الالتزامات والعقود المقتبسة من الفقه الإسلامي، والبحث عن حلول ترتبط مباشرة بمبادئ الشريعة، ونصوصها الأساسية مع مراعاة الظروف المستجدة في واقع الحياة الاجتماعي، حيث ووجهت تلك النصوص من الناحية العملية إما بالإلغاء القانوني[2]، أو الإلغاء الفعلي الذي كان من نصيب الفصل 870 من قانون الالتزامات والعقود[3].

وتبعا لذلك، فإن منع اشتراط الفائدة لم يعد سوى منعا نصيا (Textuelle) [4]، في ظل وجود مخالفة ظاهرة للفصل 870 من ق.ل.ع، ذلك أن واقع الحياة الاقتصادية والدور الذي تحتله البنوك داخلها يحتم التعامل بالفائدة، بحيث لا يظهر في الافق أي استعداد من طرف المشرع المغربي للتخلي عن الفائدة، فهو بتوفيره الإطار القانوني لتشجيع المبادرة في مجال الاستثمار الأجنبي وبتعديله للنظام البنكي وسن قانون خاص بمدونة التجارة، فإن ذلك يؤكد بصفة ضمنية نهجه في تكريس جواز التعامل بالفائدة، وذلك للسير في نفس الركب الذي فرضه تطور الحياة الاقتصادية المرتبط بالانفتاح على الأموال الأجنبية وتدويل المبادلات التجارية [5].

ويذهب البعض أبعد من ذلك، إذ يرى أن الواقع العملي في الوقت الراهن تجاوز هذا النقاش، على اعتبار أن الفائدة المرتبطة بالقرض في المادة التجارية صارت ضمن ما عمت به البلوى داخل المجتمع[6]، وهذا ما جعل من التعامل مع البنوك ضرورة اقتصادية جعلت الدعوة إلى تحريمها فيها نوع من الحرج، إذ قد تكون

---

(1) أحمد الخمليشي: كيف نقرأ ظهير الالتزامات والعقود، المجلة المغربية لقانون واقتصاد التنمية ، العدد 7، سنة 1984، ص 14.

(2) مثل الفصل 140 من ق. ل. ع الذي كان يقرر حلول الدين بموت المدين، فالمشرع كما يرى الأستاذ أحمد الخمليشي تفاديا لإحراج القضاة بمطالبة الدائنين بتطبيق القاعدة التي كان يتضمنها، عمد إلى إلغائها بالمرة بمقتضى ظهير 19 يوليوز 1992، راجع : أحمد الخمليشي، م. س، ص 14.

(3) هذا الإلغاء الفعلي يشمل حسب الأستاذ الخمليشي نصوصا أخرى من ق. ل. ع وهي :

- الفصل 484 الذي جاء فيه: " يبطل بين المسلمين بيع الأشياء المعتبرة من النجاسات وفقا لشريعتهم مع استثناء الأشياء التي تجيز هذه الشريعة الاتجار فيها، كالأسمدة الحيوانية المستخدمة في أغراض الفلاحة "
- الفصل 492 الذي يمنع المسلمين من بيع المواد الغذائية قبل قبضها.
- الفصل 986 الذي جاء فيه: " تبطل بقوة القانون بين المسلمين كل شركة يكون محلها أشياء محرمة بمقتضى الشريعة الإسلامية...".
- الفصل 988 الذي يمنع على المسلمين تقديم مواد غذائية كحصة في الشركة، حيث جاء فيه: "... ولا يسوغ بين المسلمين ان تكون هذه الحصة مواد غذائية" .

(4) M. Ali Mekour: La vente à crédit des véhicules automobiles , Dar elkitab, Casablanca 1997, p :166

(5) محمد صبري، الائتمان البنكي : مسؤولية البنك المدنية عند تجاوز أذون الاعتمادات، الطبعة الأولى، المطبعة والوراقة الوطنية مراكش 2008، ص 43-44.

(6) محمد جنكل: الائتمان التجاري عمليات الائتمان البنكي نموذجا، ، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص جامعة الحسن الثاني عين الشق، كلية الحقوق بالدار البيضاء 2000- 2001، ص 35.

سببا في تعطيل العديد من القطاعات الحيوية في البلاد من عقود ومتاجرات، أما على المستوى الخارجي فمصالح الدول أصبحت مشتركة لا يمكن لأي دولة أن تعيش مستغنية عن الأخرى، وبمعزل عن المنظومة العالمية التي يعد الاقتصاد والقطاع البنكي جزءا لا يتجزأ منها[1].

وتأسيسا على ذلك، فإن حصول البنك على فوائد وعمولات من عملياته الائتمانية لا يجد تبريرا له قانونا، بقدر ما تبرره اعتبارات اقتصادية ومهنية، تجعل من تقاضي البنك للفوائد عن القروض مقابلا للجوئه إلى استعمال ودائع الزبناء في عملياته الائتمانية، ولجوئه أيضا إلى الاقتراض من بنك المغرب أو المؤسسات المالية الوطنية أو الأجنبية مقابل فوائد.[2]

خامسا : مشروعية الفوائد البنكية أساسها الفصل 230 من ق.ل.ع

بالإضافة إلى الأسس المعتمدة لتبرير تقاضي الفائدة عن القروض البنكية سلفا، لفت انتباهنا العمل القضائي لبعض محاكم الموضوع ، والذي جعل من القاعدة القانونية الواردة في الفصل 230 من ق. ل. ع[3]، سندا ارتكز عليه في تبرير تقاضي الفوائد عن القروض، فأساس تقاضي الفوائد حسب هذا التوجه هو عقد القرض الذي أنشئ على وجه صحيح ليصبح شريعة للمتعاقدين يلزمهم تنفيذه، ونذكر من ذلك بعض الأحكام الصادرة عن تجارية الرباط حيث جاء في حيثيات أحد الأحكام ما يلي: "وحيث ثبت من الفصل 12 من عقد القرض أن الطرفين اتفقا على الفوائد البنكية، بنسبة 17%، وحيث إن العقد شريعة المتعاقدين مما يكون معه طلب المدعية باستخلاص هذه الفوائد له ما يبرره، ويتعين الاستجابة له، ذلك من تاريخ حلول أجل السند"[4].

وهو نفس التوجه الذي ذهبت إليه نفس المحكمة في حكم آخر جاء في تعليله ما يلي: "حيث يتبين من الفصل 18 من عقد القرض أن الطرفان اتفقا على فائدة بنكية بنسبة 11.50%، وحيث إن العقد شريعة المتعاقدين، مما يتعين الاستجابة لطلب المدعي، والحكم على المدعى عليه بأداء الفائدة الاتفاقية بنسبة 11.50%"[5]. كما تبنته أيضا هذا الموقف في دعوى تتعلق بأداء دين مترتب عن منح قرض سكني عندما عللت حكمها بما يلي: "وحيث أرفق المدعي (البنك) مقاله بعقد قرض مؤرخ وموقع عليه من طرف المدعى عليه (المقترض) ومعزز بكشف حساب يفيد مديونية هذا الأخير لفائدة المدعي، وحيث إن طلب الفوائد الاتفاقية بنسبة 13% يجد سنده في الفصل 22 من عقد القرض، الأمر الذي يتعين معه الاستجابة له بالنسبة المتفق عليها ابتداء من تاريخ حصر الحساب في 31 أكتوبر 2000 إلى الأداء"[6].

---

(1) جواد مريد البنوك الإسلامية في ضوء المستجدات التنظيمية للمنتجات التمويلية البديلة، الطبعة الأولى، مطبعة المتقي برينتر، المحمدية، ص 77 .

(2) محمد لفروجي، الفوائد البنكية بين السعر القانوني والسعر الاتفاقي، م. س، ص 137.

(3) ينص الفصل 230 من ق. ل. ع على ما يلي: "الالتزامات التعاقدية المنشأة على وجه صحيح تقوم مقام القانون بالنسبة إلى منشئيها، ولا يجوز إلغاؤها إلا برضاهما معا أو في الحالات المنصوص عليها في القانون".

(4) حكم المحكمة التجارية بالرباط تحدد عدد 1287 في الملف رقم 4/01/612 بتاريخ 2001/10/16 غير منشور.

(5) حكم المحكمة التجارية بالرباط عدد 1199 في الملف رقم 4/01/702 بتاريخ 2001/10/2 غير منشور.

(6) حكم المحكمة التجارية بالرباط عدد 1017 في الملف رقم 4/01/743 بتاريخ 20 يونيو 2001 غير منشور.

وهو نفس التعليل الذي جاء في حكم آخر يتعلق بدعوى من أجل أداء دين ناتج عن قرض سكني حيث جاء فيه: "وحيث إن عقد القرض أعلاه مستوف لكافة شروطه القانونية، ولم يكن موضوع منازعة في مضمونه من طرف المدعو عليه، وحيث إنه لا يوجد بالملف ما يفيد أداء المدعى عليه للمبالغ التي بذمته، مما يتعين معه الحكم بأدائه لفائدة المدعية مبلغ 93.592,50 درهما"[1].

وإذا كانت هذه مجمل الأسس المعتمدة من طرف الاتجاه المقر بمشروعية الفوائد البنكية، فكيف ناقش أصحاب الرأي المخالف هذه الأسس؟ وما هي الردود التي وجهوها إلى أسانيد هؤلاء؟.

المبحث الثاني : الرأي المتجه إلى الإقرار بعدم مشروعية الفوائد البنكية من الناحية القانونية

يرى هذا الفريق أن الفصل 870 من ق. ل.ع يكرس رغم اعتباره قاعدة وضعية مبدأ تحريم التعامل بالفائدة بين المسلمين المقرر شرعا[2]، ففي هذا الفصل التزام بالحكم الإسلامي في القرض بفائدة بدليل أنه لم يكتف بإقرار بطلان اشتراط الفائدة التي ترد في عقد القرض، بل أبطل العقد ككل[3]، لذلك نادى أصحاب هذا المنظور بإلغاء مقتضيات الفصل 871 من ق.ل.ع بالمرة، وتعديل مقتضيات الفصل 870 لتشمل المسلم وغير المسلم[4]،وإلغاء الفصول الموالية للفصل 871 إلى غاية الفصل 878 من ق.ل.ع [5].

ولم يكتف أصحاب هذا الرأي بتقرير بطلان القروض المنطوية على فائدة بناء على اقتناعهم بتحريمها في الشريعة الإسلامية، وإنما عمدوا إلى مناقشة كافة الأسس التي اعتمدها الفريق الأول مناقشة قانونية هادئة أفضت إلى تفنيد هذه الأسس واعتبارها مجانبة للصواب، وهذا ما ستستعرضه في النقط التالية:

أولا : مناقشة الفصل 871 من ق. ل. ع كأساس لتقاضي الفوائد البنكية

يرى الدكتور عبد اللطيف هداية الله أن الفصل 871 من ق.ل.ع لا يصلح كأساس قانوني لتقاضي الفوائد بين المسلمين، نظرا لاستحالة الجمع بينه وبين مقتضيات الفصل 870، على اعتبار أن هذا الأخير صريح في تحريم اشتراط الفائدة بين المسلمين سواء كانوا تجارا أو غير تجار، فالجواز الذي قرره الفصل 871

---

(1) حكم المحكمة التجارية بالرباط عدد 137 في الملف رقم 4/01/750 بتاريخ 22 يناير 2002 ، غير منشور.

(2) محمد لفروجي: الفوائد البنكية بين السعر القانوني والسعر الاتفاقي، م. س، ص 139.

(3) عبد اللطيف هداية الله: مقابلة بين الفصل 870 من قانون الالتزامات والعقود والفصل 130 من القانون التجاري، المجلة المغربية لقانون واقتصاد والتنمية، عدد 4، سنة 1994، ص 27.

(4) اقترح الأستاذ علال الفاسي تعديل الفصل 870 من ق.ل.ع على الشكل التالي: "اشتراط الفائدة باطل ويؤدي إلى إبطال العقد الذي يتضمنه سواء جاء صريحا أو اتخذ شكل هدية أو أي نفع آخر للمقرض، أو لأي شخص غير وسيط له. وكل ما يخالف هذا الفصل فهو منسوخ".

- علال الفاسي: دفاع عن الشريعة الإسلامية، مطابع الرسالة، الرباط 1966، ص 243 وما يليها.

ويبدوا أن الأستاذ علال الفاسي قد تأثر برأي جمهور علماء المسلمين، الذي يرى أن التعامل بالربا حرام مطلقا، سواء تعامل به المسلمون فيما بينهم، أو تعاملوا مع غيرهم، وسواء كان هذا التعامل في دار الإسلام أو في غيرها من دور الشرك.

- الحسن بن الطاهر الميموني: القرض بين الفقه الإسلامي وقانون الالتزامات والعقود، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في الشريعة، تخصص فقه الأحوال الشخصية والتبرعات، جامعة القرويين، كلية الشريعة بفاس 1995 – 1996، ص 293.

(5) عبد اللطيف هداية الله: م. س، ص 30.

يتعلق بحالات غير المسلمين كما عبر عن ذلك مطلع الفصل ذاته، والقول بخلاف هذا يعني أن ما حرمه الفصل 870 أباحه الفصل 871، وهذا لغو ينعدم معه المنطلق القانوني السليم[1].

ويستغرب الدكتور امحمد لفروجي من موقف أصحاب الرأي القائل بأن الفقرة الثانية من الفصل 871 من ق.ل.ع[2] تشكل استثناء من الفصل 870، والحال أن ما تضمنته الفقرة الثانية من الفصل 871 من افتراض اشتراط الفائدة إذا كان أحد طرفي العقد تاجرا يشكل في حد ذاته استثناء من القاعدة الواردة في الفقرة الأولى التي تعلق إنتاج الفوائد على سبقية اشتراطها كتابة "في غير حالات المسلمين بطبيعة الحال"، ويؤكد تبعا لذلك على أن ما يشكل بالفعل استثناء من الفصل 870 هو الفصل 871 ذاته بفقرتيه الأولى والثانية مجتمعتين وليس فقرتها الثانية وحدها التي لا علاقة لها بالفصل 870[3].

وبالتمعن في الصيغة الأصلية للفصلين حيث استهل المشرع الفصل 870 بعبارة " entre les musulmans " أي بين المسلمين، والفصل 871 بعبارة "dans les autres cas" أي في الحالات الأخرى، يلاحظ أنها تفيد قطعا وبما لا يدع مجالا للشك في أن الفصل الأول خاص بالمسلمين دون تمييز بين تاجر وغيره، في حين أن الفصل الثاني خاص بغير المسلمين، حيث استوجب عليهم ضرورة اشتراط هذه الفائدة كتابة حتى تكون مستحقة ، بالإضافة كونه جعل هذا الاشتراط أمرا مفترضا في حالة توافر الأهلية التجارية لأحد الأطراف[4].

وعليه ، فإنه من غير المقبول منطقيا وقانونيا اعتماد مقتضيات الفصل 871 من ق.ل.ع كأساس لتقاضي البنوك المغرب الفوائد الاتفاقية التي تمنحها لعملائها من المسلمين، بسبب شمول معاملات من هذا النوع بالحظر المنصوص عليه في الفصل 870 من ق.ل.ع التي تكرس كما سبق القول ما جاءت به الأحكام الشرعية القاضية بتحريم التعامل بالفائدة بين المسلمين[5].

ثانيا: مناقشة القوانين الخاصة بمؤسسات الائتمان كأساس لتقاضي الفوائد البنكية

إن الاستناد على القوانين الخاصة المنظمة لمؤسسات الائتمان والعمليات البنكية من أجل تبرير تقاضي الفوائد يبقى أمرا غير مقنع، وذلك لأن هذه القوانين لم تتعرض لمسألة بطلان أو إجازة القرض المتضمن لهذه الفوائد على عكس الفصل 870 من ق.ل.ع الذي يبطل العقد المتضمن لاشتراط الفائدة بين المسلمين[6]، فعلى الرغم من حداثة القانون رقم 03-34 المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيآت المعتبر في حكمها، فإنه لم

(1) عبد اللطيف هداية الله: م. س، ص 30.

(2) تنص الفقرة الثانية من الفصل 871 من ق. ل. ع على ما يلي: "ويفترض هذا الاشتراط إذا كان أحد الطرفين تاجرا".

(3) محمد لفروجي: الفوائد البنكية بين السعر القانوني والسعر الاتفاقي، م. س، ص 140.

- A. Boudahrain, Le droit de la consommation au Maroc; Édition Almadariss 1ère édition, Casablanca, 1999 ,p: 265.

(4) هشام البلاوي: الفوائد البنكية في القانون المغربي، م.س، ص 20 .

(5) محمد لفروجي: الفوائد البنكية بين السعر القانوني والسعر الاتفاقي ، م. س، ص 141.

(6) عبد العزيز بوستى : الإقراض البنكي في مجال السكن، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس، كلية الحقوق/ أكدال، الرباط 2002-2003، ص 27 و28.

يتطرق لأي مقتضى قانوني يؤسس لتعامل الأبناك بفائدة، حيث انطلق في معالجة الفائدة من منطق التسليم الفعلي بمشروعيتها.

ومن خلال صياغة هذه النصوص يتضح أنها ابتعدت عن إشكالية مشروعية الفوائد الاتفاقية، وظلت في حدود تقنية الاحتساب والرسملة والسريان، فالمشرع اهتم بالجانب التقني، وغض الطرف عن سؤال المشروعية والأساس القانوني[1].

وبما أن هذه النصوص تنصب فقط على تنظيم أسعار الفوائد وكيفيات تحديدها واحتسابها ورسملتها، وكذا الجهات الرسمية التي لها الصلاحيات في هذا الشأن، فإنها تشكل حسب الأستاذ لفروجي استثناء من أحكام الفصل 875 من ق.ل.ع[2]، الذي ورد في سياق تحديد كيفيات تطبيق مقتضيات الفصل 871 من نفس القانون الذي يجيز لغير المسلمين اشتراط الفائدة فيما بينهم، والذي لا علاقة له في ما يجيزه بالفصل 870 المحرم لاشتراط الفائدة بين المسلمين [3].

ثالثا: مناقشة فكرة الشخصية المعنوية كأساس لتقاضي الفوائد البنكية

عمد الأستاذ عبد اللطيف هداية الله إلى تفنيد هذا الأساس المختلق من أجل شرعنة تقاضي الفوائد الاتفاقية بين المسلمين، والرد عليه من خلال ما يلي: "وإذا قيل إن الشخص المعنوي لا يمكن أن يوصف بالمسلم لأنه لا يتصور فيه ممارسة الشعائر الدينية، قلنا إن هذا التصور لا يمكن أن يطلب في الشخص المعنوي، بل يطلب في من يكون هذا الشخص المعنوي فالدولة حينما يقال إنها مسلمة ، ليس لأنها تدين بالإسلام انطلاقا من صفتها كشخص معنوي ولكن انطلاقا من أفراد الشعب الذين يكونونها، ونفس الشيء يمكن أن يقال في الشركة حيث تعتبر مسلمة إذا كان الشركاء فيها مسلمين"[4]، كما عقب على قضاء المجلس الأعلى الذي أخذ بهذه الفكرة لشرعنة الفوائد حيث يقول: "ومع تقديرنا للمجلس الأعلى كمؤسسة قضائية عليا ببلادنا، فإننا لا نشاطره هذا التوجه، ذلك أن الفصل 870 من ق.ل.ع كرس مبدأ إسلاميا هو تحريم الفوائد بين المسلمين، هذا المبدأ الذي لا يمكن أن يؤثر فيه كون بعض هؤلاء المسلمين أنشأوا شخصا معنويا، فهذا الشخص المعنوي يبقى خاضعا لأحكام الفصل 870 ما دام كل أفراده أو بعضهم يدينون بدين الإسلام، والقول بغير هذا يعني: أن كل مسلم يريد التهرب من أحكام الفصل 870 ما عليه إلا أن ينشئ مع غيره شخصا معنويا "[5].

ونفس الموقف تبناه الأستاذ رشيد مشقاقة الذي يرى أن مقتضيات الفصل 870 من ق.ل.ع تنسحب على الشخص الطبيعي والاعتباري، وأنه لا يمكن استثناء الشخص المعنوي من مقتضيات الفصل 870 على

(1) عبد السلام المريني: الوديعة النقدية المصرفية في القانون المغربي والمقارن، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة الحسن الثاني، كلية الحقوق عين الشق، الدار البيضاء ، 2003-2004 ، ص 492 .

(2) ينص الفصل 875 من ق. ل. ع على ما يلي: "في الشؤون المدنية والتجارية يحدد السعر القانوني للفوائد والحد الأقصى للفوائد الاتفاقية بمقتضى ظهير خاص".

(3) محمد لفروجي: الفوائد البنكية بين السعر القانوني والسعر الاتفاقي ، م. س، ص 141.

(4) عبد اللطيف هداية الله: م. س، ص 47.

(5) عبد اللطيف هداية الله: م. س، ص 47.

أساس انعدام ديانة هذا الأخير باعتبار أن الشخص المعنوي هو في نهاية الأمر عبارة عن أشخاص طبيعية لها ديانة معينة[1]، ويقرب الصورة أكثر بقوله: "يمكننا أن نتصور عقلا الانتماء الديني للشخص المعنوي كما هو الحال بالنسبة للشخص الطبيعي، وأبرز الأمثلة وأقربها "الدول"، وكذلك الشأن في عدد هام من الأشخاص المعنوية التي تتكون من أشخاص طبيعيين مسلمين"[2].

والبنك كمؤسسة لها شخصية اعتبارية تكتسب هذه الصفة مجازا من أجل الواقع العملي، إلا أن هذه الشخصية ليست هي الهدف أو المقصد، وإنما الهدف والمقصد هم القائمون عليها، ومعظم البنوك المغربية اليوم في ملكية مساهمين أشخاص طبيعيين مسلمين، وبذلك فالاحتجاج بأن أحكام الفصل 870 من ق.ل.ع لا تسري على الأشخاص الاعتبارية يبقى ضعيفا وواهيا[3]، لأنه لا يمكن تجريد هؤلاء الأشخاص من انتسابهم الديني بل ينصرف إليهم هذا الانتساب انطلاقا من الانتماء الديني للقائمين عليهم ، فالأشخاص المعنوية إنما هم تشكيل قانوني لتسهيل المعاملات، حيث يمثلها في الإدارة والتسيير أشخاص طبيعيون، حجتنا في ذلك ما جاء به الدستور من تقرير لإسلامية الدولة المغربية[4].

ونرى بأن التسليم بفكرة الشخصية المعنوية كأساس لتقاضي الفوائد قد يفتح الباب على مصراعيه للتهرب من أحكام الفصل 870 من ق.ل.ع وبالتالي التحايل على الشرع[5] والتشجيع على الصورية من خلال إنشاء أشخاص معنويين وهميين يشكلون غطاء قانونيا للتعامل بالفائدة بين أشخاص طبيعيين في الباطن، بينما هم أشخاص معنويون في الظاهر.

بيد أن هذه الحيلة وهذا الخيال القانوني الذي استطاع تمرير التعامل بالفوائد عبر الشخص المعنوي، يصعب اعتماده ليشمل مفهوم الشخص المعنوي للدولة، على اعتبار أن المغرب مملكة تدين بالإسلام دستوريا، وبالتالي يصعب تجريدها من الانتماء إليه[6].

ويتفق الأستاذ عبد اللطيف الخاتمي مع هذه الآراء، لكنه يرى ضرورة التمييز بين الأشخاص المعنوية التابعة للقانون العام، والأشخاص المعنوية التابعة للقانون الخاص، فبالنسبة للأولى كالدولة والجماعات المحلية والمؤسسات العمومية فلا ينبغي للقضاء المغربي أن يكون له أدنى تردد في أن يخضعها على غرار

---

(1) رشيد مشقاقة: وجهة نظر قانونية، شركة بابل للطباعة والنشر، الرباط 1995، ص 7 .

(2) رشيد مشقاقة: اشتراط الفائدة في ضوء الاجتهاد القضائي المغربي، جريدة العلم، عدد 16972، بتاريخ 30 أبريل 1994، صفحة المجتمع والقانون.

(3) جواد مريد: البنوك الإسلامية في ضوء المستجدات التنظيمية للمنتجات التمويلية البديلة، م.س، ص 76 .

(4) جاء في تصدير دستور المملكة المغربية لسنة 2011 : " المملكة المغربية دولة إسلامية...كما أن الهوية المغربية تتميز بتبوئ الدين الإسلامي مكانة الصدارة فيها... وتؤكد وتلتزم بما يلي: (...) تعميق أواصر الانتماء إلى الأمة العربية والإسلامية..".

كما ينص الفصل الثالث منه على أن: "الإسلام دين الدولة...". وينص الفصل 41 على أن: " الملك أمير المؤمنين وحامي حمى الملة والدين...".

(5) عرفت العصور الإسلامية الأولى ما يسمى بالحيل الشرعية وتحدث عنها الفقهاء ومنهم من أجازها ولو من أجل أكل الربا، للتوسع أكثر يراجع :

- محمد بن إبراهيم: الحيل الفقهية في المعاملات المالية، الدار العربية للكتاب، تونس 1983 ص 21 ، وما يليها.

(6) Azzeddine Kettani , L'assurances au Maroc, Imprimerie Najah Eljadida , Casablanca 1983 , p 23.

الأشخاص الذاتيين المسلمين للفصل 870 من ق. ل.ع، أما بالنسبة للثانية فيميز بين الأحزاب السياسية التي تتألف من مواطنين مغاربة وتؤسس وتسير بأموال وطنية الأصل حيث يتحتم إخضاعها للفصل 870 من ق.ل. ع، وبين النقابات والجمعيات التي يمكن أن تضم بين أعضائها أجانب، حيث يكون المعيار الحاسم هو الانتماء الديني لأغلبية الأعضاء، وأما الشركات التجارية بما فيها البنوك فيجب إخضاعها للفصل 870 لأنها مغربية بقوة القانون [1].

لكننا لا نتفق مع الأستاذ عبد اللطيف الحاتمي في إعماله للمعيار الرياضي القائم على الانتماء الديني لأغلبية الأعضاء، لأن هذا قد يكون مدخلا للتحايل على الفصل 870 من خلال إقحام أعضاء وهميين لا يدينون بالإسلام من أجل أن تكون أغلبية الأعضاء من غير المسلمين فيجوز لهم التعامل بالفائدة[2].

وقد طرحت مسألة إباحة الفوائد البنكية بمبرر التمييز بين الأشخاص الطبيعيين والأشخاص المعنويين حتى في الفقه الإسلامي، لكنها لقيت معارضة شديدة من طرف بعض الفقهاء الذين فندوا هذا الرأي للأسباب التالية:

- لا يوجد فرق في تحريم الفائدة باختلاف صفة الأطراف في عقد القرض، فالتحريم موجه لكل المتعاملين سواء كانوا أشخاصا طبيعيين أو معنويين، خاصين أم عامين، سواء كان التعامل داخليا مع المواطنين أم خارجيا مع الأجانب.
- إن الضرر من الفائدة لا يصيب الشخص الطبيعي وحده، بل قد يلحق حتى الأشخاص المعنويين مثل البنوك كما في حالات الإفلاس أو الأزمات المالية التي يعرفها العالم بين الفينة والأخرى.
- لا يختلف تعامل الأفراد مع بنوك الحكومة عن تعاملهم مع البنوك الخاصة، لأن المعاملة لا تستمد شرعيتها من وجود الحكومة كطرف فيها، فالمعاملة ربوية في جميع الحالات[3].

رابعا : مناقشة الواقع كأساس لتقاضي الفوائد البنكية

لا نسلم بالرأي القائل بالإلغاء الفعلي للفصل 870 من ق.ل.ع من قبل الواقع، وذلك لأن مقتضيات هذا الفصل مازالت قائمة ضمن فصول ق.ل.ع ، ولم يشملها أي تعديل، وبالتالي لا يوجد ما يمنع الأفراد من إثارة هذا الفصل أمام المحكمة والدفع بمقتضاه بدليل وجود العديد من الأحكام والقرارات القضائية التي تؤكد تمسك الأطراف فيها بتطبيق مقتضيات هذا الفصل [4].

---

(1) عبد اللطيف الحاتمي: الفوائد التأخيرية وشرعيتها، دراسة مقارنة، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة الحسن الثاني عين الشق، كلية الحقوق الدار البيضاء، 2000-2001 الطبعة الأولى، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء 2008، ص 574 وما بعدها.

(2) عبد المهيمن حمزة: النظام القانوني لقروض الاستهلاك: دراسة تأصيلية، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون المدني والأعمال، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية ، طنجة ، 2008- 2009، ص 83 .

(3) علي أحمد السالوس، معاملات البنوك الحديثة في ضوء الإسلام ، دار الحرمين للطباعة والنشر، الدوحة، 1983، ص 35 .

- عبد الرحمان صبري، الفكر الاقتصادي في الإسلامي في الربا والفائدة والنقود، م.س، ص 76

(4) هشام البلاوي: م. س، ص 21.

ومن جهتنا نؤكد أن إلغاء أي قاعدة قانونية لا يمكن أن يكون مصدره الواقع، وإنما مصدره الجهة التشريعية المصدرة للقاعدة القانونية نفسها سواء من خلال الإلغاء أو التعديل أو التعارض، حيث ينص الفصل 474 من ق.ل.ع على أنه "لا تلغى القوانين إلا بقوانين لاحقة، وذلك إذا نصت هذه صراحة على الإلغاء، أو كان القانون الجديد متعارضا مع قانون سابق أو منظما لكل الموضوع الذي ينظمه".

فهذا النص عدد الحالات التي بمقتضاها تلغى النصوص القانونية، ولم يذكر من ضمنها الواقع، هذا الأخير يمكن في أقصى الحدود أن تتولد عنه عادات درج الناس على اتباعها أو أن يكرس أعرافا ذات قوة ملزمة، لكن هذه الأعراف لا يجوز لها في جميع الحالات أن تخالف قاعدة قانونية صريحة حسب ما ينص عليه الفصل 475 من ق.ل.ع[1]، ومن المعلوم أن الفصل 870 من ق.ل.ع يكرس قاعدة قانونية آمرة وصريحة[2].

وعليه فإن ما أطلق عليه الدكتور أحمد الخمليشي "الإلغاء الفعلي" للقاعدة القانونية يمس جوهر دولة القانون، فالإلغاء بهذه الصورة هو إنكار للمبدإ الدستوري الوارد في الفصل السادس من الدستور والذي جاء فيه:" القانون هو أسمى تعبير عن إرادة الأمة، والجميع أشخاصا ذاتيين واعتباريين بما فيهم السلطات العمومية متساوون أمامه، وملزمون بالامتثال له"، فإذا كان من المقبول القول إن التعامل بالفائدة فرضه الواقع الاقتصادي، فإنه لا يمكن اعتبار ذلك سندا قانونيا في دولة القانون[3].

ولا تعتبر مسألة تطويع النص لتبرير الواقع حديثة وتقتصر على القانون الوضعي فحسب، فقد سبق إلى ذلك بعض المجتهدين في الفقه الإسلامي الذين اعتمدوا على الواقع وما أفرزه من العادات والأعراف الدخيلة المستحدثة التي لم يضعها الشرع، وإنما أنتجها الإرث الثقافي الذي تأثرت به المجتمعات الإسلامية نتيجة لتفاعلها مع أهل الأديان والثقافات الأخرى، واعتبروها مرجعا يصلح لفهم النص الشرعي[4]، وفي

(1) ينص الفصل 475 من ق. ل. ع على ما يلي : "لا يسوغ للعرف والعادة أن يخالفا القانون وإن كان صريحا".

(2) عبد المهيمن حمزة ، م س، ص 84.

(3) عبد السلام المريني، الوديعة النقدية المصرفية في القانون المغربي والمقارن، م.س، ص 393- 394 .

(4) يرى الأستاذ باقر الصدر أن المجتهد الذي يطوع النص لتبرير الواقع خلال عملية الاستنباط يتمثل في ذهنه صورة الفرد المسلم الذي يريد أن يطبق النظرية الإسلامية للحياة على سلوكه ولا يتمثل صورة المجتمع المسلم الذي يحاول أن ينشئ حياته وعلاقاته على أساس الإسلام، فبدل الحياد ينساق وراء نزعته الذاتية التي ذكر أربعة أسباب تقف وراءها وهي:

أ- تبرير الواقع: وهي المحاولة التي يندفع فيها الممارس بقصد أو بغير قصد إلى تطوير النصوص وفهمها فهما خاصا يبرر الواقع الفاسد الذي يعيشه الممارس ويعتبره ضرورة واقعة لا مناص منها.

ب- دمج النص في إطار خاص: وهي دراسة النص في إطار فكري غير إسلامي، وهذا الإطار قد يكون منبثقا عن الواقع المعاش وقد لا يكون، فيحاول الممارس أن يفهم النص ضمن ذلك الإطار المعين فإذا وجده لا ينسجم مع إطاره الفكري أهمله.

ج- تجريد الدليل الشرعي من ظروفه وشروطه: وهو عملية تمديد للدليل دون مبرر موضوعي، وهذه العملية كثيرا ما ترتكب في نوع خاص من الأدلة الشرعية وهو (التقرير)، ونعني به سكوت النبي عن عمل معين يقع على مرأى منه ومسمع سكوتا يكشف عن سماحه به وجوازه في الإسلام.

د- اتخاذ موقف معين بصورة مسبقة تجاه النص: وهو الاتجاه النفسي للباحث فإن للاتجاه أثره الكبير على عملية فهم النصوص، وهذا الموقف النفسي الذي تفترضه ذاتية الممارس لا موضوعية البحث لا يقتصر تأثيره على إخفاء بعض معالم التشريع، بل قد يؤدي أحيانا إلى التضليل في فهم النص التشريعي، والخطأ في استنباط الحكم الشرعي منه.

هذا الإطار يذهب الأستاذ محمد باقر الصدر إلى انتقاد الاتجاه الذي يسير في اتجاه تطويع النصوص، ومن بينها نصوص تحريم الربا على أساس الواقع، حيث يقول : "إن المحاولة التي يدفع بها الممارس بقصد أو بدون قصد إلى تطوير النصوص وفهمها فهما خاصا يبرر الواقع الفاسد الذي يعيشه الممارس ويعتبره ضرورة واقعة، لا مناص لها نظير ما قام به بعض المفكرين المسلمين ممن استسلم للواقع الاجتماعي الذي يعيشه، وخاف أن يخضع الواقع للنص بدلا من التفكير في تغيير الواقع على أساس النص".[1]

خامسا : مناقشة الفصل 230 من ق.ل.ع كأساس لتقاضي الفوائد البنكية

إن الاجتهادات القضائية المذكورة سابقا ، والتي اعتمدت على الفصل 230 من ق. ل. ع من أجل تبرير تقاضي الفوائد، تبقى غير ذي أساس وذلك من منظور قاعدة تقديم العمل بالنص الخاص على النص العام، فالفصل 230 من ق.ل.ع يكرس قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، وهي قاعدة عامة تسري على كافة العقود المبرمة على نحو صحيح، في حين أن الفصل 870 نص خاص يكرس بطلان اشتراط الفوائد بين المسلمين مع بطلان العقد المتضمن لها. وبالتالي فلا مجال لإعمال قاعدة "العقد شريعة المتعاقدين" التي عطلها المشرع نفسه في الفصل 870 من ق.ل.ع ، كما عطلها في بعض النصوص الأخرى مثل الفصل 264 من ق.ل.ع المنظم للتعويض الاتفاقي[2]، وكذلك الفصل243 من ق.ل.ع المتعلق بنظرة الميسرة[3]، بالإضافة إلى بعض تطبيقات حوالة العقد في التشريع المغربي [4].

ولقد لقي هذه الرأي المتجه إلى الإقرار ببطلان الفائدة الاتفاقية البنكية صدى داخل محاكم المملكة، حيث ما فتئ القضاء يقر ببطلان اشتراط الفوائد استنادا إلى الفصل 870 من ق.ل.ع، وهذا جاء في حيثيات أحد قرارات المجلس الأعلى ما يلي: "حيث إنه بمقتضى الفصل 870 من ق. ل. ع فإن الفائدة الاتفاقية بين المسلمين، ولو اتخذت شكل هدية أو أي نفع للمقرض أو وسيطه باطلة ومبطلة للعقد المتضمن لها"[5] .

فهذه العناصر الأربعة تشكل منبع الخطر على ممارسة الفقيه لعملية الاجتهاد وتحتاج إلى درجة عالية من الحيطة والحذر للتخلص منها، حيث تظهر آثارها في الجوانب الاجتماعية والأحكام المتعلقة بالحكومة وإدارة الدولة، خاصة حينما تجد الحاجة فعليا إلى تحديد الموقف الإسلامي أو بناء النظرية الإسلامية المطلوبة في مجال محدد وإذا لم يكتسب الممارس خبرة وافية في فهم النص بشروطه الموضوعية وظروفه التاريخية والاجتماعية ومتطلبات الواقع المعاصر الذي لا بد من أخذ حيثياته بالحسبان، فإن الحالة الذاتية للفقيه ستنعكس سلبا في اكتشاف الحكم الشرعي المناسب.

- للتوسع أكثر يراجع: محمد باقر الصدر،اقتصادنا المجلد العاشر، دار التعارف ،بيروت 1991، ص 404 وما يليها.

(1) محمد باقر الصدر ،اقتصادنا، م.س، ص 605 – 606.

(2) للتوسع أكثر حول تعطيل قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، وإقرار سلطة القاضي في تعديل التعويض الاتفاقي من خلال الفصل 264 من ق. ل. ع. يراجع: عبد الرزاق أيوب، سلطة القاضي في تعديل التعويض الاتفاقي، م.س، ص 132.

(3) يراجع: محمد الكشبور، نظام التعاقد ونظريا القوة القاهرة والظروف الطارئة، مطبعة النجاح الجديدة ، الطبعة الأولى 1993، الدار البيضاء، ص 171 وما يليها.

(4) يراجع : مصطفى مالك، حوالة العقد، دراسة مقارنة، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة الحسن الثاني عين الشق، كلية الحقوق، الدار البيضاء 2003-2004، مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة الأولى 2008، ص 11 وما يليها.

(5) قرار المجلس الأعلى عدد 1877، ملف تجاري عدد 98/508، بتاريخ 1999/12/22، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 65، خاص بالقضاء التجاري بتاريخ 22 يوليوز 2000 ، مطبعة الأمنية الرباط، ص 257.

وقد أكد المجلس الأعلى هذا التوجه في قرار آخر جاء فيه: "...حول الوسيلة الأولى المتخذة من الخرق الجوهري للقانون، وخرق قواعد الإثبات والمساس بحقوق الدفاع، ذلك أن الطاعن دفع بأن الدين المضمن بالالتزام هو دين بفائدة، وهو ما يسمى شرعا بالربا، وهو شيء محرم بين المسلمين شرعا وقانونا"[1].

وفي نفس النهج ذهبت بعض الاجتهادات القضائية لمحاكم الموضوع، حيث أبطلت المحكمة الإقليمية بالدار البيضاء اشتراط الفائدة متمسكة بالفصل 870 من ق.ل.ع فقررت ما يلي: " حيث فيما يخص الفوائد التي يتضمنها الأمر بالأداء، مادامت العلاقة بين المسلمين فإنه لا مبرر للحكم بها لأن الفائدة محرمة على المسلمين بنص الفصل 870 من قانون الالتزامات والعقود"[2]، وجاء في تعليل حكم آخر لنفس المحكمة: " حيث طلب المتعرض المصادقة على التقرير في حدود أصل الدين لأن الفوائد محرمة عند المسلمين، وحيث نازع المقترض في مبلغ الفوائد مدعيا أن الفوائد محرمة بين المسلمين، وحيث إن الفوائد الاتفاقية محرمة بين المسلمين حسب الفصل 870 من قانون الالتزامات والعقود..." [3].

كما قررت المحكمة الابتدائية بالجديدة بطلان شرط الفائدة في حكم صادر عنها جاء فيه ما يلي: " إن الفوائد بين المسلمين محرمة لذا ينبغي رفض الفوائد البنكية"[4].

كما ذهبت المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء إلى إبطال شرط الفائدة لتعلقه بمعاملة بين المسلمين إذ جاء في حيثيات حكمها: " وحيث إن طلب الفوائد في غير محله لتحريمه بين المسلمين"[5].

واستنادا لما سبق يمكن القول إن عمل المحاكم بخصوص الفوائد البنكية مطبوع بالتذبذب والتناقض نظرا لغياب اجتهاد قضائي قار وموحد حول جواز التعامل بالفائدة أو العكس، خاصة وأن توجهات المجلس الأعلى توزعت بين تطبيق الفصل 870 من ق.ل.ع تارة، وتعطيله وتطبيق الفصل 871 من ق.ل.ع تارة أخرى، رغم أنه غالبا ما يميل إلى هذا التوجه الأخير والسير نحو تبرير التعامل بالفائدة بالاعتماد على أسس قانونية مختلفة من خلال تفسير مقتضيات الفصل 871 تفسيرا موسعا مقابل التوسيع الضيق للفصل 870 من ق.ل.ع

لكننا نرى أن الموقف القائل ببطلان القروض البنكية بفائدة هو الحري بالتأييد، اعتبارا لكون الفصل 870 من ق.ل.ع جاء صريحا في تقريره بطلان العقد المتضمن للفائدة، خاصة وأنه مستقى من أصول الفقه الإسلامي الذي يحرم التعامل بالفائدة[6]، في حين لا يوجد في التشريع المغربي ما يفيد إلغاء هذا الفصل أو

(1) قرار المجلس الأعلى عدد 1235، الملف المدني عدد 2000/2/1/2016 بتاريخ 04/ 2001/04 ، مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد مزدوج 85/57، السنة 23، ص 44.

(2) حكم المحكمة الإقليمية بالدار البيضاء عدد 4436، الملف التجاري عدد 13775، بتاريخ 1973/11/13، غير منشور.

(3) حكم المحكمة الإقليمية بالدار البيضاء عدد 1047، الملف التجاري عدد 13216، بتاريخ 1974/05/07، غير منشور.

(4) حكم المحكمة الابتدائية بالجديدة تحت عدد 2238، الملف المدني رقم 87/1 ، بتاريخ 1987/12/31 منشور بمجلة المحاكم المغربية عدد 77 مزدوج، فبراير 1997، ص 12.

(5) حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء عدد 4224 في الملف التجاري عدد 1235/88، بتاريخ 1988/12/26، منشور بمجلة المحاكم المغربية ، عدد 58 يناير / فبراير 1989، ص 91.

(6) أحمد أدريوش، أصول قانون الالتزامات والعقود ، م. س، ص 85 وما يليها .

تعطيله سواء في القواعد العامة أو النصوص الخاصة لتبقى الأسس المعتمدة من أجل شرعنة الفوائد غير ذي أساس كما بينا في محتوى البحث.

ومن خلال مساهمتنا المتواضعة في تفنيد حجج الرأي القائل بمشروعية هذه الفوائد قانونا، نرى بأن المقترض أو زبون البنك يبقى له دائما حق التمسك ببطلان الفائدة استنادا على الفصل المذكور، وأنه على المحكمة أن تجيب على هذا الدفع وإلا كان حكمها ناقص التعليل الموازي لانعدامه[1]، أضف إلى ذلك أن مقتضيات الفصل 870 تتعلق بالنظام العام مما يتيح للقاضي إمكانية إثارتها تلقائيا ولو لم يثرها الأطراف، رغم أن المحاكم غالبا ما تتحفظ في هذه المسألة ونادرا ما كانت تثير مسألة عقود القرض المقرونة باشتراط الفائدة من تلقاء نفسها، ففي غالب الحالات يثار الدفع من قبل أطراف العقد، وهذا يخالف القواعد العامة التي تقضي بأنه كلما تعلق أمر بالنظام العام إلا وكان على المحكمة أن تثيره من تلقاء نفسها دون الحاجة إلى التمسك به من قبل الأطراف[2].

ويلاحظ أنه من الصعوبة بمكان على الدولة المغربية في ظل اختياراتها الليبرالية وسعيها الحثيث نحو إعادة هيكلة الاقتصاد والمؤسسات المالية وإصدار ترسانة مهمة من القوانين المؤطرة للتجارة والأعمال والتي ترتبط بشكل أساسي بالمنظومة البنكية، أن تقوم بتعميم منع التعامل بالفائدة على عمليات البنوك، فمن هذا المنظور يبدوا أن استمرار الاحتفاظ بالفصل 870 من ق.ل.ع يعتبر نشازا يعبر عن تناقض بين المشرع والواقع.

لكن من منظور قيم العدالة والإنصاف والتكافل والتعاون المستمدة من المرجعية الإسلامية للدولة التي قد ينظر إليها في ظل الوضع الراهن على أنها تصورات نظرية ومثالية يصعب تطبيقها، فإن الذي يجب أن يلغى هو كل نص قانوني مخالف للفصل 870 من ق.ل.ع، مقابل إحياء مقتضيات هذا الفصل ليصبح هو الأصل الذي تتحاكم إليه جميع مواد القانون، خاصة في ظل وجود مجموعة من البدائل والتمويلات البنكية التي يمكن أن تحل محل القروض الربوية لتقوم بنفس وظيفتها التمويلية أو أحسن منها، وفي جميع المجالات سواء في الإسكان أو الاستهلاك أو الإنتاج والاستثمار.

وهذا يتطلب جرأة واستعدادا على مستوى التشريع وإرادة سياسية على مستوى القرار للتوجه نحو تحويل البنوك التقليدية إلى بنوك إسلامية، أو على الأقل إن لم يكن ذلك ممكنا بفتح المجال أمام المصارف الإسلامية لتعمل إلى جانب البنوك التقليدية وفق مبادئ التعددية والمنافسة الحرة التي يفرضها التوجه الليبرالي، وذلك حتى يترك الخيار أمام المواطن ولا يفرض عليه الحل الوحيد، فيجد بذلك كل من يرغب في تجنب التعامل بالفوائد مع البنوك التقليدية بديلا ذا طابع إسلامي يلجأ إليه لإيداع أمواله أو طلب الاستفادة من المنتجات الائتمانية لتمويل حاجياته.

---

(1) وهذا يعد من موجبات الطعن بالنقض حسب منطوق الفقرة الخامسة من الفصل 359 من قانون المسطرة المدنية التي تنص على ما يلي: "يجب أن تكون طلبات نقض الأحكام المعروضة على المجلس الأعلى مبنية على أحد الأسباب التالية :

(...) 5- عدم ارتكاز الحكم على أساس قانوني أو انعدام التعليل".

(2) Omar Azziman, Droit civil, droit des obligations, V :1 « Le Contrat », Editions Le Fennec, Casablanca, 1995, p 172 .