مدى الحاجة الى نظام قضائي متخصص للفصل في منازعات المصارف الإسلامية
دراسة حالة تطبيقية

إعداد : أ.د سالم عبدالرحمن غميض
محامي واستاذ القانون التجاري

مقدمة

يتجه الناس في منازعاتهم المدنية بصفة تقليدية الى القضاء العادي؛ باعتباره يشكل الهياكل المادية والبشرية بمستوياته المعروفة بقضاء القانون والموضوع، وقد درجت النظم القانونية على إختلاف مدارسها الفكرية على هذا النوع من القضاء ردحا طويلا من الزمن ، غير ان القضاء عرف في مرحلة لاحقة من تاريخه وجود قضاء متخصص يفصل في القضايا الإدارية، مما أوجد نظاميين قضائيين وهما القضاء الموحد والقضاء المزدوج. وهذا ما دفع فقهاء القانون الى تحديد الشروط اللازمة لكلا القضائيين.

ويقوم النظام الموحد على أساس اختصاص السلطة القضائية ممثلة في جميع المستويات لمختلف أنواعها بالفصل في جميع أنواع النزاعات مهما كانت طبيعتها ويعرف بوجود هيكل واحد على جميع المستويات، وينظر في القضايا وفق قانون واحد وإجراءات واحدة ،والقضاء هنا هو المختص في جميع المنازعات . وهذا النظام يسود في الدول الإنجلوسكسونية ، وبعض الدول الآخرى التي خضعت في فترة من تاريخها لحكم بريطانيا أو تأثرت بقوانينها، ومنها بعض الدول العربية ، والبحرين من هذه الدول.

أما النظام القضائي المزدوج فتوجد فيه محاكم إدارية ومحاكم عادية، تتوزع المنازعات فيما بينهما حسب طبيعتها. ونظرا لكون النظام المزدوج يقوم أساسا على فصل المنازعات الإدارية عن الدعاوى العادية، فهو يستقل بشريا وهيكليا وقانونيا عن القضاء العادي. بل قد يقتضي الأمر وجود هيئة تفصل في منازعات الاختصاص بينه وبين القضاء العادي .

وجدير بالذكر أن هناك بعض النظم جمعت بين الوحدة والإزدواج ، فالهيكلية القضائية لا تعرف أزدواجية النظام، إذ كل المحاكم تنمي الى ذات القضاء ، غير انه من الناحية الوظيفية تنقسم المحاكم الى دوائر متخصصة، فهناك دوائر محتصة بالقضاء المدني ، وأخرى بالقضاء الإداري . وحدة النظام قائمة وأزدواجية التخصص ايضا قائمة، ومن هذه النظم النظام القضائي في البحرين، إذ ليس هنام محاكم مدنية واخرى إدارية، ولكن هناك دوائر الدعاوى الإدارية ضمن القضاء العادي. غير أن المشرع البحريني استحدث القضاء الدستوري ، فصار ت المحكمة الدستورية بمنأى عن القضاء المدني

نخلص مما تقدم الى أن النظم القضائية تعرف فكرة وجود القضاء المتخصص. وتقيم هذا التخصص بناء على شروط ومعطيات تمليها طبيعة المنازعات المعروضة، ولم يعد غريبا سماع مصطلحات مثل محكمة جرائم المرور، محكمة جرائم البيئة، محكمة جرائم المخدرات، محكمة المنازعات الإيجارية وغيرها من المسميات التي صارت شائعة. بل إنّ النظام القضائي في البحرين يعرف المحاكم المدنية، والمحاكم الشرعية والمحكمة الدستورية، ورغم وحدة هيكل المحاكم المدنية فهناك دوائر عدة منها ما يختص بالدعاوى المدنية ومنها ما يختص بادادعاوى الإدارية والتجارية والعمالية. وتنقسم المحاكم الشرعية الى محاكم سنية ومحاكم جعفرية.

وإذا كانت الطبيعة الخاصة للمنازعات الإدارية مبرر لوجود القضاء الإداري سواء في هيئة محاكم أو دوائر، والطبيعة الخاصة لمسائل الأحوال الشخصية مبرر لوجود القضاء الشرعي في مسائل الأحوال الشخصية، واختلاف أحكام المذاهب في المسألة الواحدة مبرر لوجود المحاكم السنية والجعفرية في البحرين. والسمة المميزة للمسائل الدستورية مبررا لتأسيس محكمة متخصصة، فإن الطبيعة الخاصة للصيرفة الأسلامية تستدعي وجود قضاء متخصص لمنازعاتها؛ باعتبارها تختلف كليا عن المنازعات التجارية القائمة بين المتعاملين في التجارة من الأفراد والشركات والمصارف التقليدية.

ولقد كشفت الممارسة بوضوح قصور القضاء العادي عن فهم طبيعة المشكلات المصرفية الإسلامية ، والتعامل معها باعتبارها قضايا مدنية تخضع لما تخضع له كافة المعاملات المدنية ، الأمر الذي جعل هذه المنازعات تتفاقم الى حد كبير، وبدلا من حسمها تحولت الى سبب في تفاقمها. وفي هذه العجالة سأعرض لقضية كان ينبغي ان ان تنتهي في زمن يسير ، غير ان نظرة القضاء العادي للمسألة أطالتها وأخذت قرابة خمسة عشر سنة ولا تزال جارية.

المبحث الأول

عرض القضية موضوع البحث

تعد هذه القضية من القضايا المعقدة لتشابك المصالح وتعدد الأطراف فيها ، ففي البدء رفع مدعون قضية على المدع عليهم ، وفي فترة لاحقة رفع المدعى عليهم في القضية الأولى دعوى على المدعين، وطلبوا ضمها الى القضية الأولى ، وفي مرحلة لا حقة تدخل احد المدعى عليهم في القضية الثانية هجوميا على بعض المدعى عليهم والمدعين في القضية الأولى، ثم أقام قضية ثالثة ترتبط بالقضيتين الأوليتين ، وهكذا استمر السجال بين الأطراف منذ سنة 2004 الى غاية اليوم، ولم يحسم بعد. وبيان ذلك في الفقرات التالية:

أولا: وقائع الدعوى الأولى كما وردت في لائحة دعوى المدعي

أقام المدعي البنك (2) دعواه واستند فيها على جملة من الوقائع يمكن تلخيصها على النحو التالي:

1- تعاقد المدعى عليه وهو بنك إسلامي ويشار اليه فيما بعد بالبنك (1) على أن يبيع للمدعي وهو بنك إسلامي ويشار اليه فيما بعد بالبنك(2) مجموعة اسهم عادية من اسهم مجموعة استثمارية ويشار اليها فيما بعد (بالمجموعة) ، ويبلغ سعرتكلفتها 5,670,202.19 امريكي بسعر مؤجل قدره 5,811,957.24 دولار يستحق الدفع بعد 60 يوما من تاريخ الإتفاقية .

2- قام المدعي بتسديد مبلغ 2,000,000 دولار بتاريخ الإتفاقية واعتبره جزء من السعر المؤجل لتلك الأسهم. وكضمان لتنفيذ تعهدات المدعي تجاه المدعى عليه دخل الطرفان في اتفاقية رهن ، بموجبها رهن المدعي لدى المدعى عليه مجموعة سهما من اسهم بنك إسلامي (3) ، مملوكة للمدعي.

3- وقبل موعد استحقاق ثمن المبيع المؤجل بشهر تقريبا طلب المدعي (البنك2) من المدعى عليه (البنك 1) الشروع في إجراءات تحويل الأسهم المبيعة الى المدعي . إلا أن المدعي عليه لم يشرع في ذلك باعتبار ان شروط تحويل الأسهم لم تتوفر

4- قبل تاريخ إستحقاق الثمن المؤجل بيومين قام المدعي بإصدار تعليماته الى مصرفه لتسديد مبلغ 141,755.05 دولار أمريكي ، وهوالأرباح المستحقة للمدعي عليه، ويمثل الفرق بين سعر التكلفة والسعر المؤجل. وذلك الى حين قيام المدعى عليه بإجراء تحويل ملكية الأسهم المباعة.

5- في اليوم التالي لإستحقاق المبلغ خاطب رئيس مجلس إدارة البنك المدعي البنك المدعى عليه موضحا: أنه في سبيل تحويل مبلغ الرصيد المتبقي من سعر البيع ، وانه قام بتحويل مبلغ ربح المعاملة، وان المدعي عليه لم يشرع في إجراءات تحويل الأسهم محل البيع رغم طلب المدعي القيام بذلك، كما أنه قام بتسديد 2,000,000 (اثنين مليون دولار) كجزء من السعر، وقّدم ضمانات كافية متمثلة في رهن اسهم البنك الإسلامي الأمر الذي لا يجوز معه مصادرة مبلغ 2,000,000 دولار المدفوعة كجزء من السعر مقابل التعويض الإتفاقي المنصوص عليه في العقد . وأنه مستعد لتحويل كامل مبلغ الرصيد المستحق حال تحويل الأسهم المباعة

6- في اليوم التالي لتاريخ الإستحقاق خاطب المدعى عليه المدعي ، موضحا أنه بسبب عدم قيام المدعي بسداد السعر المؤجل في اليوم السابق: فقد قام بمصادرة مبلغ 2 مليون دولار المدفوعة كمقدم السعر في مقابل التعويض الإتفاقي المنصوص عليه في الإتفاقية، وأن مبلغ السعر المؤجل بكامله قد اصبح مستحقا وحال الأداء.

لم يقبل المدعي هذا الإجراء، ودخل مع المدعى عليه في مفاوضات بيّن فيها اعتراضه على تصرفات المدعى عليه، واكد استعداده لسداد المبلغ المستحق مقابل إعادة الأسهم المرهونة، وتحويل الأسهم المشتراة اليه. واستمرت المفاوضات بين الطرفين ، كل يقدم عرضا والآخر يرفضه ، وانتهت برفع المدعى دعواه مبينا فيها أن العرض الذي قدمه المدعى عليه لم يكن مقبولا للمدعي الذي تمسك بحق شراء الأسهم محل الإتفاقية. وحيث أن المدعى عليه حصل على جزء من السعر، وعلى فرق السعرين كاملا، وعرض عيه المدعي الباقي عدة مرات، وحيث أن المدعى عليه رفض العرض وتمسك بموقفه على النحو الوارد في اتفاقية البيع ، ومن وجهة نظر المدعي أن المدعى عليه اقدم على نحو لا يتفق مع موجبات حسن النية وشرف التعامل ودون أن يلحق به أي ضرر يذكر بحجز مقدم السعر البالغ 2 مليون دولار أمريكي إدعاء منه أن ذلك قد تم لحساب التعويض الإتفاقي. وأنه (أي المدعى عليه) قام بتحويل الأسهم المملوكة للمدعي لمصلحته بموجب الإدعاء بتسوية ودية جرت فيما بينه وبين المدعي، وحيث أنه لم يقم بتحويل الأسهم محل البيع الى المدعي، ولم يشرع في الحصول على الأذونات الضرورية لإستكمال البيع ونقل ملكية تلك الأسهم، الأمر الذي الحق بالمدعي فادح الضرر. انتهى المدعي وبصفة مستعجلة الى طلب الزام المدعى عليه بإيداع أصل شهادات الأسهم محل المبيع، لدى المحكمة ، والحجز تحت يد مدير عام سوق البحرين للأوراق المالية على الأسهم المرهونة التي جرى تسجيلها باسم المدعى عليه. وفي الموضوع الحكم بإبطال التصرف الذي تم من قبل المدعى عليه بتحويل الأسهم المرهونة الى شخصه وقبول عرض المدعي بسداد رصيد المبلغ المتبقي ، والزام المدعى عليه بتحويل الأسهم محل البيع للمدعي وأعادة الأسهم المرهونة، وألزام المدعي عليه بالمصروفات ومقابل أتعاب المحاماة.

ثانيا: الدعوى الثانية :

أرادت مجموعة استثمارية (المجموعة) زيادة راس مالها دون إدخال مساهمين جدد، فعمدت الى إصدار اسهم جديدة، وقصرت توزيعها على كبارالمساهمين والموظفين فيها ببرنامج أطلق عليه خيار الأسهم، وذاك بأن يتم شراء الأسهم الجديدة من قبل المساهمين فيها ، فسعت الى الاتفاق مع البنك إسلامي (1) (المدعى عليه في القضية الأولى) لتمويل شراء الأسهم ، وحتى لا يكون التمويل لإشخاص بذواتهم قام إثنان من المستفيدين وهما الرئيس التنفيذي ونائبه بتأسيس شركة (يشار اليها فيما بعد (الشركة) بغرض شراء اسهم المجموعة

وهما المؤسسان وهما المالكان وهما المديران. واحدهما هو الرئيس التنفيذي والمدير العام للبنك الإسلامي (2) (المدعي في القضية الأولى) فالمساهمون في المجموعة الإستثمارية هم انفسهم المؤسسون للشركة التي ستشتري الأسهم وتحصل على التمويل من البنك الأسلامي (1) وهم انفسهم مالكو ومديروا البنك الإسلامي(2) الذي سيشتري الأسهم فيما بعد من البنك (1) . وبهذه الطريقة تمكنت المجموعة من زيادة رأس مالها ، وتمكن المديران من شراء الأسهم وتسجيلها مؤقتا بسم البنك (1) على ان يتم إعادة شراؤها أو ضمان بيعها في مدة لا تزيد عن سنة. وتم بعد ذلك بيعها للبنك (2) الذي أقام الدعوى بسببها على البنك (1).

1 - ملخص الوقائع حسبما وردت في لائحة المدعين

1 - خططت المدعي عليها الرابعة (المجموعة) لطرح اسهمها للإكتتاب العام وخصصت 11 مليون سهم لبعض أعضاء مجلس الإدارة وكبار الإداريين (اسهم الإمتياز) (يلاحظ أن هذه هي الأسهم الصادرة)

2 - قام المدعى عليهما الثاني والثالي (الرئيس التنفيذي ونائبه) بتأسيس شركة مقفلة (الشركة) بغرض شراء أسهم المجموعة ، برأس مال قدره 5200 دولار مناصفة بين الشريكين

3- بعد التسجيل بيوم واحد ابرمت الشركة عقد مع المدعين (البنك (1) وأخرين بغرض تمويل الشركة لتمكينها من شراء الأسهم . على أن تقوم الشركة كوكيل معلن عن المدعين بشراء اسهم المدعى عليها الرابعة (المجموعة الإستثمارية) بواقع 100 فلس لأسهم الإمتياز ، وبسعر السهم السائد بالنسبة لباقي الأسهم على ان يلتزم (البنك (1) بما قيمته 200 فلس للسهم وتتكفل الشركة بسداد الفرق بين سعر السوق والمبلغ المسدد من المدعين

4 - تعهد المدعون (البنك (1) مقابل وفاء المدعى عليها الأولى (الشركة) بأن يدفعوا مبلغ 8,100,000 (ثمانية ملايين ومائة الف دولار أمريكي) بإيداعه في حسابها بناء على طلبها لإستخدامه في شراء الأسهم بالقيمة المشار اليها آنفا. على أن تسدد الشركة مساهمتها ، أي فرق السعر في السهم بتاريخ التسوية وهو التاريخ الذي يجب فيه على الشركة أن تسدد قيمة الأسهم على أن يكون خلال فترة لا تتجاوز (60) يوما من تاريخ العقد

5- تعهدت المدعى عليها الأولى (الشركة) بان تقوم فور شرائها للأسهم بتسجيلها بسم المدعين أو أي منهم في سجلات المدعى عليها الرابعة (المجموعة الإستثمارية) وأن تقوم بتسليم شهادات الأسهم الى المدعى (البنك 1) فورا وكل ما يستحق على تلك الأسهم من أرباح أو أسهم منحة

6- بتاريخ 1998/6/4 وهو اليوم التالي لتأسيس الشركة ، ارسلت إلى البنك(1) خطابا أكدت فيه أنها قامت كوكيل عن المدعي الثالث أ البنك (1) في 12/31/ 1997 بشراء 11 مليون سهم من اسهم الإمتياز بمبلغ 3,600,000 (ثلاثة ملايين وستمائة الف دولار أمريكي، وأنها قد سجلتها بأسم (البنك 1) ، وأن شهادة الأسهم تم إصدارها وفقا لذلك . وتقدمت بموجب هذه الرسالة بطلب تحويل المبلغ في حسابها

7- تعهدت المدعى عليها الأولى (الشركة) في العقد على أن تقوم عند تاريخ الأجل ، أي بعد مرور 12 شهرا من تاريخ التسوية بشراء الأسهم من المدعين أو ضمان بيع الأسهم إلى مساهميها أو أي طرف ثالث بالسعر المبين في تلك الفقرة ، وبذلك يكون تاريخ الأجل هو 1999/8/2. تم الإتفاق بتاريخ 1998/8/25 على تمديده الى تاريخ 2000/8/3 . تم التمديد الى فترة ثالثة بتاريخ 2001/2/3 بناء على موافقة المدعي الثالث (البنك (1). اخفقت المدعى عليها الأولى في السداد بالتاريخ المحدد .

8 ـ نص العقد على أنه في حالة إخلال الشركة بأي من التزاماتها بموجب العقد فإنه يحق للمدعين بيع الأسهم إلى أي شخص على أن تستعمل حصيلة البيع لسداد التزامات المدعى عليها الأولى بموجب العقد.

9 ـ الفقرة (12) من العقد تلزم المدعى عليها الأولى أن تدفع للمدعين عند الطلب كافة المدفوعات والرسوم والمصاريف التي يتكبدها المدعون فيما يتعلق بالمحافظة على أو إنفاذ أو محاولة إنفاذ اي من حقوهم بموجب العقد. وقدّر المدعون المبالغ المستحقة من المدعى عليها الأولى (الشركة) بمبلغ 7,772,363.40. وذلك على النحو الوارد بيانه بلائحة الدعوى . يلاحظ أن راس مال الشركة 5,200 دولار فقط.

2 ـ سبب اختصام المدعى عليها الرابعة (المجموعة الدولية للإستثمار)

يبدو من ظاهرالعقد سند الدعوى أنه ابرم بين المدعين (البنك (1) والمدعى عليها الأولى (الشركة) ، فإليهم ينصرف العقد وآثاره. ويتضح من استعراض الوقائع انها تتلخص في قيام المدعي بتمويل كبار موظفي المجموعة الإستثمارية لتمكينهم من شراء اسهم المجموعة من خلال شركة يؤسسونها لهذا الغرض وهي المدعى عليها الأولى ، وعلى سبيل الضمان تسجل الأسهم بأسم البنك(1) ويتم شراؤها أو ضمان بيعها من قبل الشركة المدعى عليها الأولى خلال سنة بحيث يتم سداد قيمة التمويل الذي دفعه البنك (1) لشراء الأسهم.

وهذا يعني ان مجموعة الإستثمار من حيث الظاهر ليست طرفا في العملية . ولكن العديد من الشواهد تدل على أنها هي المعنية بالعملية كاملة. ويمكن إجمال هذه الشواهد فيما يلي:

1 ـ تم تسجيل الشركة بتاريخ 1998/6/3. وقبل وجودها بستة اشهر وبتاريخ 1/13 1998 أرسلت المجموعة (المدعى عليها الرابعة) خطابا يؤكد الإتفاق القائم بينها وبين المدعي بشأن تمويل شراء الأسهم. وقيام المدعى عليها الرابعة (المجموعة) بزيادة رأس مالها بواقع 5,5 % بما قيمته 1,100,000 دينار وهي قيمة 11,000,000 سهم التي اشترتها الشركة بسم البنك (1). وهذا يعني ان الإتفاق قائم قبل نشوء الشركة، وما هي إلا أداة لتنفيذ الإتفاق.

2 ـ الخطابات المرسلة من المجموعة وقعها الرئيس التنفيذي والمدير العام، وهو نفسه رئيس الشركة ، وهو نفسه الرئيس االتنفيذي للبنك (2) بصفته العضو المنتدب والرئيس التنفيذي للمدعى عليها الرابعة. وهو نفسه أحد المستفيدين من التمويل. وهذا يفسر التداخل بين المدعى عليها الأولى (الشركة) والرابعة (المجموعة). وان المستفيد الأول هو المدعى عليها الرابعة (المجموعة) لكونها تمكنت من زيادة رأس مالها بإصدار الأسهم الجديدة وبيعها واقتضاء ثمنها من مبلغ التمويل الذي دفعه المدعون. وكذلك الرئيس التنفيذي ونائبه لكونهما هما من حصل على الأسهم .

3 ـ ارسلت المدعى عليها الرابعة خطابا بتاريخ 1998/1/14 . (ايضا قبل تأسيس الشركة الوليدة) يؤكد الإتفاق القائم بينها وبين المدعي بشأن الأسهم ، كما يؤكد أن أسهم الأمتياز قد سجلت بالفعل بسم المدعي تنفيذا للإتفاق. وهذا يعني ان اسهم الأمتياز كانت مسجلة بسم المدعي قبل تأسيس الشركة ، مما يدل على أن العلاقة الأصلية كانت بين مجموعة الإستثمار والبنك (1).

4 ـ أرسلت المدعى عليها الرابعة خطابا بتاريخ 1998/2/4 ـ (ايضا قبل تأسيس الشركة الوليدة) ـ يتضمن ملاحظاتها على مسودة العقد بما يؤكد انها هي المتعاقدة، وانها هي المستفيدة، لكونها ستحصل على قيمة اسهمها. والملاحظ أن كافة الملاحظات تتعلق بالشركة التي لم تتأسس بعد.

5 ـ أرسلت المدعى عليها الرابعة خطابا الى المدعين بتاريخ 1998/5/10 بشأن تحويل أرباح اسهم الإمتياز. مما يعني ملكية الأسهم والحق في تحصيل أرباحها صارت للمدعي قبل تأسيس الشركة. ويجعل من المدعى عليها الرابعة خصما أصليا في الدعوى

6 ـ بتاريخ 1998/8/4 وبعد تأسيس الشركة قامت مجموعة الأستثمار بمخاطبة البنك (1) بشأن إصدار اسهم منحة . وهذا يعني انه حتى بعد تأسيس الشركة فإن العلاقة لا تزال مستمرة بين المدعى عليها الرابعة والمدعي، وهذا مما يؤكد حقيقة العلاقة بين المدعين والمدعى عليها الرابعة، وأن العلاقة في حقيقتها بينهما، وما الشركة (المدعى عليها الأولى) إلاّ مظهرا قانونيا لشراء أسهم المدعى عليها الرابعة

1 ـ لم تكن الشركة محل اعتبار عند التعاقد بدليل ان تحويل اسهم الإمتياز وتحويل أرباحها واصدار اسهم المنحة كلها تمت دون تدخلها بل قبل وجودها .

2 ـ ضآلة رأس مال الشركة إذ يبلغ فقط 5,200 (خمسة ألاف دولار) بينما الصفقة قرابة 8,000,000 (ثمانية ملايين دولار). ولا يعقل ان يقدم البنك المدعي على مثل هذه الصفقة دون أي ضمانات، وهذا ما يؤكد أن الصفقة لم تكن مع الشركة بل كانت مع مجموعة الأستثمار (المدعى عليها الرابعة).

3 ـ ومما يؤكد عدم اعتبار الشركة أثناء إبرام العقد أن شراء وتحويل أسهم الإمتياز تم قبل نشأتها ، وانها بتاريخ 1998/6/4 أرسلت المدعى عليها الأولى (الشركة) خطابا أكدت فيه أنها قامت كوكيل عن المدعي الثالث في 1997 /12/31 بشراء 11 مليون سهم من اسهم الإمتياز بمبلغ 3,600,000 (ثلاثة ملايين وستمائة الف دولار أمريكي، وأنها قد سجلتها بأسم المدعي الثالث (البنك 1) ، وأن شهادة الأسهم تم إصدارها وفقا لذلك . ويتضح من هذا عدم تعويل الأطراف على الشركة الجديدة لإن هذا الخطاب يعني أن الشركة تصرفت قبل نشأتها مما يجعل تصرفها باطلا إذ في هذا التاريخ لا أهلية قانونية لها حتى تتصرف على هذا النحو. وليس لهذا التصرف اي مدلول سوى ان التصرف لم يكن سوى تغطية لتبرير حصولها على تمويل المجموعة المصرفية. فمدراء مجموعة الإستثمار هم من اشترى الأسهم قبل ولادتها وهم من أحال التصرف الى شركة بعد وجودها . وهذا ما يؤكد ضلوع مجموعة الإستثمار في الصفقة رغم عدم ورود اسمها في العقد.

من جماع ما تقدم ، وكما سلف البيان ـ يتضح جليا أن المعني بالعقد هي المدعى عليها الرابعة ، أمّا المدعى عليها الأولى لا تعدو ان تكون الواجهة القانونية لإتمام الصفقة بين المدعى عليها الرابعة والمدعين ، خاصة أن المسائل الجوهرية للعقد وتنفيذ بدأ فعليا قبل تأسيس المدعى عليها الأولى . كما استمر التعامل المباشر بين المدعين والمدعى عليها الرابعة حتى بعد تأسيس المدعى عليها الأولى .

ثالثا: أرتباط الدعوى الأولى بالدعوى الثانية

1 ـ من الواضح أن مجموعة الإستثمار، والشركة والبنك (2) جميعها مجموعة مالية واحدة مملوكة لذات المساهمين ، وتدار من قبل نفس الأشخاص ، فهي في حقيقة الأمر كيان واحد بأدرع عديدة . فهذه المجموعة هي من باع الأسهم للبنك (1) ، وهي من أبرم عقد التمويل معها، وهي من قام بعد ذلك بشراء الأسهم ، وهي من رفع الدعوى الأولى، غير انها في كل مرحلة تظهر بذراع يتفق مع الدور المنوط به.

فقد أقام البنك (2) الدعوى الأولى ضد البنك (1) بخصوص عقد بيع الأسهم ذاتها موضوع الدعوى الثانية، حيث بيعت الأسهم الى البنك (2)، على أن يتم تسديد السعر في ألأجل المتفق عليه. لم يسدد المشتري الثمن في الموعد المحدد

2 ـ تم عقد البيع تنفيذا للإلتزام المدعى عليها الأولى (الشركة) الوارد في البند (5ج) من العقد المبرم بين الشركة والبنك (1). و تم البيع بمعرفة وترتيب الشركة ممثلة في الرئيس التنفيذي ونائبه. لإنه وقف التعامل بتلك الأسهم في سوق الأوراق المالية . ولذلك تم الإتفاق على أن التزام البنك يقتصر على بذل عناية للحصول على موافقة البورصة الكويت ، وإذا لم يحصل يكتفي بتسليم المشتري توكيلا بالخصوص.

3- ويلاحظ أن مسؤولية الشركة لا تنتهي بمجرد تقديم مشتر للأسهم ، وإنما لا بد ان تكتمل عملية الشراء كاملة، وللمدعين حق الرجوع عليها إذا اخفق المشتري في إتمام عملية الشراء. ولذلك فإن مسئولية الشركة لا تزال قائمة لإخفاق البنك المشتري في إتمام عملية الشراء.

ومما تقدم يتبين ما يلي:

1 ـ أرادت المدعى عليها الرابعة (المجموعة) سنة 1997 زيادة رأسمالها وبيع الأسهم التي تصدرها الى مجموعة من المساهمين ، وتم الإتفاق مع المدعي (البنك (1) على تمويل بيع الأسهم عن طريق شرائها من خلال شركة يتم تأسيسها لهذا الغرض ثم إعادة بيعها لها أو لطرف ثالث

2 ـ تم تنفيذ الإتفاق قبل تأسيس الشركة. وأبرم العقد موضوع الدعوى الماثلة في موعد لاحق على تنفيذ العقد وذلك بعد تأسيس الشركة بيوم واحد ، وتضمن العقد ان شراء الأسهم من قبل المدعين بتمويل المدعى عليها الأولى مشروط بشراء ذات الأسهم مرة أخرى خلال عام ، وإلا جاز للمدعي بيعها لآخرين .

3 ـ ونتيجة هذا التداخل صار عقد بيع الأسهم موضوع الدعوى الأولى هو أثر من أثار عقد تمويل الأسهم موضوع الدعوى الثانية مما يبرر ضم الدعويين ونظرهما من نفس المحكمة . وانتهى المدعي الى الطلب وفي مادة مستعجلة بضم الدعوى الأولى الى الدعوى الثانية والحجز تحفظيا على كافة أموال المدعى عليهم ومنع المدعى عليهم الثاني والثالث وهما الرئيس ونائبه من السفر. وفي الموضوع الحكم في الدعوى بإلزام المدعى عليهم على سبيل التضامم بأن يدفعوا للمدعين مبلغ 7,772,363.40 أو ما يعادله بالدينار البحريني مع التعويض عن الكسب الفائت المثمثل في الأرباح المتفق عليها بواقع 3.25% بالاضافة الى libor سنويا من تاريخ 2005/8/31 وحتى تمام السداد وفي الدعوى الثانية برفضها. والحكم بالفوائد القانونية من تاريخ رفع الدعوى حتى السداد التام . والزام المدعى عليهم على سبيل التضامم بالمصاريف شاملة أتعاب المحاماة في الدعويين . مع حفظ كافة حقوق المدعي الأخرى .

رابعا: متابعة تطور الأحكام

بدأت الدعوى الأولى سنة 2004 ، وتبعتها الدعوى الثانية وانضمت اليها سنة 2005، واعقبتها لائحة تدخل هجومي ، ثم دعوى ثالثة من أحد المدعى عليهم في الدعوى الثانية وبقت الدعاوى في سجال بين المحاكم وبلغت عدد الأحكام التي صدرت فيها بين المحاكم المدنية الكبرى والأستئناف والتمييز اربعة عشرة حكما، وكلما اقترب أوأن انتهاء الدعوى عاودتها الحياة من الجديد، وكان أول حكم صدر فيها بتاريخ 2004/12/6 ، وآخر حكم صدر بالخصوص بتاريخ 2017/10/27، وتم استئنافة وهو لا يزال منظورا أمام محكمة الإستئناف ومن المتوقع ان يصل الى محكمة التمييز مرة أخرى.

وبلغ عدد ما كتب وقدم فيهما من المستندات ما تم تغليفه في 10 مغلفات ضخمة

المبحث الثاني

مناقشة الوقائع والأسباب

بصرف النظر عن الطلبات المستعجلة التي لم يعد هناك نفع من مناقشتها ، فسينحصر النقاش في القضية الأصلية وطلباتها الأساسية وفقا لأخر حكم قضائي، لتبيان أوجه القصور في القضاء العادي والحاجة الى قضاء متخصص.

انتهى الحكم في الدعوى الأصلية إلى أنه بسبب إخلال المدعي الأصلي بعدم سداد الثمن الآجل في تاريخه المحدد 2004/9/7 فإن أتفاقية بيع الأسهم المؤرخة في 2004/3/7 انفسخت . ومن ثم يلزم على المدعي عليه رد مقدم الثمن المدفوع والبالغ 2,141,755.05 دولار أمريكي.

وفي الدعوى الأخرى برفضها .

وما انتهى اليه الحكم من اعتبار العقد مفسوخا، جانبه الصواب للأسباب الأتية:

1 - الحكم يتعارض مع نص القانون لقضائه بما لم يرد في العقد والقانون.

أ - من المسلم به أن عقد بيع الأسهم بين طرفي الدعوى هو سند الدعوى الأصلي . ولم يرد في العقد شرط صريح فاسخ للعقد من تلقاء نفسه عند إخلال أي من طرفيه ببنوده حتى تتذخل المحكمة وفقا لما تقضي به المادة (141 من القانون المدني). ولذلك فإن ما ذهبت اليه المحكمة لا مبرر ولا سند له، لا في القانون ولا في العقد.

وقد انتهى الحكم الى إخلال المدعي بالتزاماته العقدية ، فكان من المتوقع حسب المجرى العادي للأمور أن يقضي بوجوب تنفيذ الالتزام وفقا لما تم الإتفاق عليه . أما وقد قضى بفسخ العقد فيكون قد جافى نص القانون ، وخرج عن حدود العقد/،مما يجعل حكمه معيب واجب الإلغاء.

ب ـ الحكم يتعارض مع نص القانون لتجاوزه طلبات الخصوم : لم يثبت في جميع مراحل الدعوى وعلى مدار اربعة عشر سنة منذ رفع الدعوى الأصلية سنة 2004 ما يفيد أن احد الخصوم طلب فسخ العقد. وإذ لم يطلب اي من طرفي العقد الحكم بالفسخ، فليس للمحكمة أن تقضي به من تلفاء نفسها، ولا أن ترتب على ذلك الأثار التي تترتب على فسخ العقد. والمحكمة بقضائها بالفسخ تجاوزت نص المادة(140 /1 من القانون المدني)بنصها على أن " أ) **في** العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه عند حلول أجله، وبعد أعذاره، جاز للمتعاقد الآخر أن يطلب من القاضي تنفيذ العقد أو فسخه مع التعويض في الحالتين إن كان له مقتض، وذلك ما لم يكن طالب الفسخ مقصرا بدوره في الوفاء بالتزاماته ."

فالمشرع اشترط للحكم بالفسخ أن لا يوف أحد المتعاقدين بالتزامه عند حلول أجله، وأن يطلب المتعاقد الأخر الفسخ، وهذا ما لم يتحقق، وليس في الأوراق ما يفيد من قريب أو بعيد هذا الطلب. بل أن وقائع الدعوى تفيد خلاف ذلك، فمن الثابت من خلال الحكم المستأنف أن المدعي هو من أخل بالتزامه، وان المدعي عليه لم يطلب فسخ العقد ، وإنما تمسك به بدليل أنه طلب استكمال الثمن مع التعويض مما يعني انه تمسك بالخيار الأول في المادة (140) وهو تنفيذ العقد مع التعويض. وبالتالي يكون استنتاج المحكمة من ان العقد مفسوخا وترتيبها لنتائج الفسخ في غير محله، ويكون حكمها معيبا يستوجب الإلغاء لكونها قضت بأكثر مما طلب الخصوم .

ج ـ ومما يؤكد تجاوز المحكمة وقضائها بما لم يطلبه الخصوم أن المدعي رغم إخلاله بالتزاماته لم يطلب فسخ العقد، ولم يطلب استرجاع المبلغ الذي دفعه كأثر مترتب على الفسخ. والمحكمة بقضائها بالفسخ تكون تجاوزت طلب الخصوم.

ومن المستقر في القضاء أنه يتعين على القاضي ـ إعمالاً لمبدأ سيادة الخصوم على وقائع النزاع ـ أن يتقيد بنطاق الدعوى المطروحة عليه من حيث خصومها وسببها وموضوعها، وألا يجاوز حدها الشخصي بالحكم لشخص أو على شخص غير ممثل فيها تمثيلاً صحيحاً، أو حدها العيني بتغيير سببها، أو بالقضاء بما لم يطلبه الخصوم، أو بأكثر مما طلبوه. ومن البين في القضية الماثلة أن المحكمة تجاوزت هذا المبداء مما يتعين معه الغاء حكمها بالخصوص.

ثانيا: بطلان الحكم لتفسيره أحكام العقد بخلاف ما ارتضاه الطرفان

قضى الحكم برد مبلغ 2,141,755.05 على سند من القول بأن مبلغ 2,000,000 دولار منها مقدم ثمن دفعه المدعي الأصلي (بنك المستثمرون) والباقي أرباح عن الفترة من 2004/3/7 إلى 2004/9/7، وحيث أن المحكمة انتهت الى فسخ العقد قضت برد الثمن المقدم المدفوع والأرباح وفقا لنص المادة (142) من القانون المدني.

والمحكمة بهذا تكون قد خرجت عن الإرادة المشتركة للطرفين ، وقامت بتكييف المبلغ خلافا لما تم الإتفاق عليه . فبالرجوع الى أحكام العقد يتبين ما يلي:

أ – المبلغ المدفوع وفقا لإتفاق الطرفين لم يكن جزء من السعر المتفق عليه . فقد نص البند 2-2من عقد البيع على أنه:

> " تقر الشركة (المقصود البنك 1) بأنها استلمت بتاريخ 29 مايو و3 يونيه الدفعات المقدمة من المشتري وقدرها خمسمائة الف دولار أمريكي ومليون وخمسمائة الف دولار امريكي (1,500,000) على التوالي. واتفق المشتري مع الشركة (البنك 2 مع البنك 1) شريطة مراعاة أحكام البنود 4-3 (أ) و 8-2 (أ) على ان تستخدم الشركة (البنك 1 هذه المبالغ لسداد مبلغ السعر الآجل."

فهذا النص يدل صراحة على أمرين:

اولهما : أنه تم تسليم المبلغ قبل إبرام العقد، و يصعب عقلا التسليم بدفع جزء من المبلغ قبل إبرام عقد البيع، ذلك لإن الثمن عادة ما يكون متزامنا او تاليا لإبرام العقد، أما وأنه قد سلم قبل ذلك فهذا يثير الشك في كونه جزء من الثمن.

ثانيهما: تم النص في عقد البيع على أن هذا المبلغ يعتبر جزء من السعر عدا حالتين لا يعتبر فيهما كذلك. وهما الحالتان المشار اليهما في البند 4-3(أ) والبند 8-3(أ) من العقد.

الحالة الأولى: البند 4-3(أ) يلتزم البنك برد مبلغ المليونين الى المشتري إذا كان عدم سداد المبلغ الآجل في التاريخ المتفق عليه يرجع الى فعل أو ترك من جانب المدعى عليه (البنك 1) وهذا لم يحدث ، فعدم السداد كان بفعل المشتري

الحالة الثانية :البند 8-2(أ) نص هذا البند على أنه: " يترتب على إخفاق المدعي في سداد كامل المبلغ المستحق عليه سداده بتاريخ 2003/9/7 تعجيل السداد اي حلول أجل كامل الدين ويترتب على ذلك الآثار التالية

1- استحقاق المدعي للتعويض
2- سقوط حق المدعي في تحويل اسهم مجموعة الإستثمار إليه
3- جواز احتفاظ البائع بأية مبالغ مدفوعة من قبل المشتري باعتبارها مقابل مقطوع عن الأضرار والخسارة التي سوف يتكبدها البائع نتيجة عدم التزام المشتري بالسداد في الوقت المقرر.

و هذا يعني بصريح اللفظ أن المبلغ لا يعتبر جزء من الثمن إذا أخفق المشتري في سداد المبلغ الآجل بالتاريخ المحدد . ولقد ثبت بما لا يدع مجالا للشك في كافة مراحل الدعوى وبإقرار المدعي انه لم يقم بالسداد في الوقت المحدد وهو تاريخ 2004/9/7 ، وهذا ما انتهى اليه الحكم الأخير نفسه، وأقام على أساسه حكم الفسخ ، مما يعني ان هذا المبلغ لا يعتبر جزء من السعر في الحالة الماثلة. بل صار مبلغا مستحقا للبائع كمقابل مقطوع عن الأضرار وفقا لنص البند 8-2. وصار الثمن الأجل مستحقا بكامله.

ملاحظ' : نتحفظ على مسألة جواز اعتبار المبلغ جزء من التعويض إلا إذا اتبث المتضرر وقوع الضرر بالقدر الذي يتناسب مع المبلغ المحجوز. أما التعويض لمجرد التأخير فمسألة فيها نظر لإن شبهة الربا فيه كبيرة ، ومن المفترض أن المعاملات المصرفية الإسلامية خالية من الربا. وهذا يسري على النسبة المتفق عليها وعلى ما يعرف بـ ـ libre

ثالثا: بطلان الحكم نتيجة الخروج عن مقتضى النص القانوني

انتهت المحكمة الى عدم تنفيذ المدعي لإلتزامه العقدي، وقضت برفض طلب المدعي بالحكم بصحة العقد ونفاذه ، وحكمت بفسخ العقد دون طلب الخصوم، واستندت في ذلك على رفض طلب المدعي بالحكم بصحة العقد ونفاذه نتيجة عدم تنفيذ الالتزام. وبهذا جانبها الصواب في كل ما انتهت اليه وذلك على النحو التالي:

1- لم ينازع احد في صحة العقد ونفاذه حتى يكون محلا للطلب من المدعي ، فلو نازع المدعى عليه لكان للمحكمة ان تفصل في النزاع, أما وأنه لم ينازع في ذلك فقد انتفت الخصومة.

2 – للخصم الذي أوفى بالتزامه ان يطلب فسخ العقد إذا لم يقم الطرف الآخر بالوفاء بالتزامه، أما وقد حكمت المحكمة بفسخ العقد فإنها بذلك قد حكمت بما كان يسعى اليه الطرف الذي أخلّ بالتزامه ، فهو كان يرمي الى رفض الطلب ولذلك تقدم به أملا ان يحكم بما يخالف الطلب، لإن الحكم بعدم صحة العقد ونفاذه يصب في مصلحته ، ويحقق ضررا محضا للطرف الآخر. وكان من المفترض ان تعرض المحكمة عن هذا؛ لإن البائع احق بهذا الطلب، وهو لم يطلبه، ومن جهة آخرى لم يفصح اي منهما على رغبته في الغاء العقد.

فالحكم بفسخ العقد يهدر كافة حقوق البائع، في حين الخلل بالوفاء وقع من المشتري، وكان من حق البائع أن يطلب فسخ العقد أو التعويض، والبائع إختار التعويض، ولكن المحكمة اغفلت ذلك مهدرة بذلك حقه في اقتضاء الثمن والتعويض عن عدم الوفاء في الميعاد المحدد.

كان يتعين على المحكمة ان تفصل في النزاع وفقا لما نص عليه العقد، واعتبار المبلغ المرقوم هو التعويض الذي اتفق عليه العاقدان، إذا تحقق الضرر أما وقد أغفلت هذا، وقضت بخلافه، فقد خرجت عن مقتضى النص، وأخطأت في تطبيق القانون، وجافت روح العدالة في الحكم ، مما يتعين الغاء حكمها.

ملاحظة: التعويض ليس بسبب عدم التنفيذ في الوقت المحدد، فذلك يعد ربا. وإنما التعويض عن الضرر ولهذا يشترط وقوع الضرر فعلا ، فإذا انتفى الضرر لا موجب للتعويض ، ويجب ان لا ينظر الى المقولة التي تقول عدم الوفاء في الميعاد في الديون التجارية يعتبر ضررا مفترضا، ولا حاجة الى أثباته, فهذا غير مقبول في المعاملات الإسلامية. وهو من الربا المحرم.

رابعا: الحكم معيب بالقصور في التسبيب ومجافاة المنطق القانوني السليم.

فعلى فرض التسليم بما انتهى اليه الحكم من أن عقد البيع انفسخ، ومن ثم يعاد الأمر الى ما كان عليه قبل التعاقد ، فإن الفسخ كان نتيجة تقصير المشتري المدعي، ومن ثم فإن ذلك لا يخل بحق البائع في التعويض نتيجة الضرر الذي وقع له. ولما كان ذلك وكان البند 8-2 من عقد البيع سند الدعوى ينص على أنه في حال تخلف المشتري (المدعي الأصلي) عن سداد الثمن في التاريخ الآجل في 2004/9/7، فإن البائع (المدعى عليه الأصلي) يكون من حقه كل مبلغ استلمه مما يمثل تعويضا اتفاقيا بين الطرفين .

فالمحكمة أقامت حكمها على عدم وفاء المدعي بالتزامه، وكان من المنتظر ان تقضي بتعويض المتضرر نتيجة عدم الوفاء وهو المدعى عليه، غير أنها لم تفعل، وبحكمها بالفسخ تكون أجابت طلب المدعي وهو المتخلف عن اداء التزامه، بينما لم تجب طلبات المدعى عليه وهو المتضرر. الأمر الذي ترتب عليه استفادة المخطئ من خطئه وهو ما لا يجوز قانونا وعقلا. وبيان ذلك

1- أن المدعي كان يريد استرجاع اسهم البنك (3)، وبالفسخ تحقق ذلك

2- نقل ملكية اسهم المجموعة (لم يعد يرغب في ذلك نتيجة انخفاض قيمة الأسهم)

3 - التعويض عن انخفاض قيمة الأسهم ، وبفسخ العقد تخلص من الأسهم كلية

4 - استرجاع ما قام بدفعه ، اي تخلص من مبلغ التعويض الذي كان يتعين عليه دفعه نتيج تخلفه عن أداء التزامه، واسترجاع المبلغ الذي دفعه ، بمعنى أنه لم يغرم شيئا رغم ثبوت الخطأ في جانبه. وهذا يدل على قصور فهم المحكمة لحقيقة المسألة.

بينما المدعى عليه، وهو الذي لم يرتكب اي خطأ وفقا لما انتهت اليه المحكمة وتقرير الخبير، قد مني بما يلي:

1 - خسارة المبلغ الذي مول به شراء اسهم المجموعة التي ينتمي اليها المدعي (بنك (2) ، الشركة ، مجموعة الإستثمار) فكلها مملوكة وتدار بنفس الأشخاص.

2 - خسارة المبلغ المتقرر له كأرباح عن المبلغ الذي موّل به شراء الأسهم

3 - الخسارة الناتجة عن فقدان اسهم المجموعة لقيمتها السوقيه والحقيقية.

4 - فقدان مبلغ التعويض المتفق عليه في عقد البيع

5- أهملت المحكمة بشكل كامل الآلتزامات الواردة في عقد بيع الأسهم بين الشركة والبنك (1) ، والتي يتعين وفقها أن تقوم الشركة بشراء الأسهم أو ضمان بيعها.

وبالنظر االى ما ورد في تقرير الخبير وأسباب الحكم المستأنف يمكن القول أن الحكم جاء بنتائج معكوسة، لكونه أفاد الطرف المخطئ ، وألصق الخسارة بكاملها بالطرف الذي لم يرتكب خطأ، وهذا مما يستوجب الغاءه.

خامسا: الحكم مشوب بالقصور والعيب في التسبيب

من مراجعة الحكم وطلبات الطرفين والأسباب التي ابديت يتبين الآتي

1 ـ اعتبرت المحكمة أن المبلغ المدفوع للمدعى عليه مقدم الثمن ، وهو يتكون من ثلاثة أجزاء المبلغين المدفوعين على التوالي: 500,000 دولار بتاريخ 2003/5/29 و 1,500,00 دولار بتاريخ 2003/6/3 والمبلغ المدفوع كأرباح بتاريخ 2004/9/7 . ولم تبين المحكمة الأسباب التي أقامت عليها هذا التكييف بالمخالفة لما نص عليه العقد.

2 ـ لم تلتفت المحكمة الى طلب المدعى عليه باستبقاء المبلغ المذكور كتعويض وفقا لما نص عليه العقد ، ولم تبين أسباب ذلك

3 ـ خالفت المحكمة صريح نصوص الإتفاق باعتبار المبلغ المدفوع جزء من التعويض في حالة إخفاق المشتري بسداد الثمن ، ولم تبين اسباب إعراضها عن هذا النص رغم تمسك البائع به

4 ـ جاء في اقوال المحكمة في الصفحة (21) انه: " وفي بند التعريفات 1-1 تاريخ الدفع الآجل يقصد به التاريخ االذي يحل بعد ستة أشهر من تاريخ هذه الإتفاقية ـ والسعر الآجل يقصد به مبلغ خمسة ملايين وثمانمائة وأحد عشر الف وتسعمائة وسبعة وخمسون دولار امريكي واربعة وعشرون سنت وهي عبارة عن مجموع سعر التكلفة والربح. وفي البند 8-1 تعتبر اية حالة من الحالات التالية حالة إنهاء أ ـ إذا تخلف المشتري عن دفع اي مبلغ مستحق بموجب اي مستند للضمان في اي وقت(باعتبار عنصر الزمن جوهرباومع مراعاة أحكام الما\ة 11 ـ3 فقط)بالعملة وعلى النحو المحدد في هذه الإتفاقية او مستند الضمان المعني ـ وهو ما تستخلص معه المحكمة أن المشتري (المدعي) ملزم دون قيد أو شرط بأداء الثمن (السعر الأجل) بتاريخ 2004/9/7 على ألاّ يكون أداء الثمن المتفق عليه بالتاريخ سالف الذكر متوقف على التزام المدعي عليه البائع بتحويل الأسهم والحصول على موافقة سوق الأوراق المالية ، إذ أنه إذا ما قام المدعي المشتري بالتزامه بإداء الثمن المتعاقد عليه في الميعاد المتفق عليه ولم يتم تحويل من جانب البائع المدعى عليه يقوم الأخير بتسليم المدعي توكيلا موقعا حسب الأصول ـ وفضلا على ذلك الأسهم تنتقل ملكيتها بمجرد إتمام البيع وسداد الثمن ـ ولما كان الثابت للمحكمة من تقرير الخبير المندوب في الدعوى أن البنك المدعي قد أخل بالفعل عن تسديده لرصيد مبلغ سعر السداد الآجل .... ومن جماعه تستخلص معه المحكمة إخلال المدعي بالتزاماته وتقصيره وأنه لم يقم بدفع باقي الثمن المتفق عليه في العقد سند الدعوى وهو ركن من أركان عقد البيع ، وإزاء تمسك المدعى عليه بإخلال المدعي بالتزامه بسداد الثمن المتفق عليه .....) وكان من المفترض مع هذه الأسباب ان ينتهي حكم المحكمة الى الزام المدعي بسداد الثمن باعتبار ان المدعى عليه لم يتمسك بالفسخ ، غير أن المحكمة قضت بالفسخ مما يجعل الأسباب لا تتفق مع الحكم ، والحكم لا يتفق مع صحيح القانون.

5 ـ المحكمة تناقض نفسها:

ناقضت المحكمة نفسها بنفسها، في اكثر من موضع ، ففي الصفحة 19 ورد القول بأنه: "...لا يجوز لأحد طرفي العقد أن يستقل بمفرده بنقضه أو تعديله كما يمتنع ذلك على المحكمة."

الطعن رقم 222 لسنة 2011 جلسة 2013/5/20 - س 24 ج1 ص 504

و جاء في اقوال المحكمة في الصفحة (24) القول : " كما أن المحكمة مقيدة بطلبات الخصوم فيها ومقيدة بطلبات المدعي ...." ومع تصريح المحكمة بهذه الأقوال فإنها خرجت عن هذا الإطار بقضائها بفسخ العقد في حين لم يطلب اي من الخصوم ذلك . ولئن كان هذا الحق مقرر للمدعى عليه باعتبار ان المدعي لم يقم بالتزامه، غير أم المدعي لم يتمسك به ولم تنصرف إرادته اليه، ومع ذلك فإن المحكمة قضت بفسخ العقد من تلقاء نفسها مخالفة بذلك نص القانون وصريح ما ذكرته في اسبابها. الأمر االذي معه يتعين إلغاء حكمها.

6- المحكمة لم تنتبه الى حرمة بعض مما اتفق عليه الخصوم

تضمنت العقود المبرمة بين أطراف الدعوى بعض المسائل التي ينبغي ألا تكون في المعاملات المصرفية ، ومن ذلك:

1- الإتفاق على انه في حالة إخلال المشتري بدفع الثمن اللآجل في الميعاد فيعتبر المبلغ المدفوع تعويضا اتفاقيا. فالتعويض الإتفاقي هو الربا الذي انشئت المصارف الإسلامية لتفاديه

2 - تحديد السعر الأجل بأعلى من السعر العادي ، اي بمعنى تضمن السعر الأجل مبلغا من المال يفوق السعر العادي ، وكان الأجدر أن يتم تحديد المبلغ الآجل باعتباره هو السعر المحدد للصفقة دون تفصيل. وتحديد الربح الناتج عن المبلغ

3- الإتفاق على الرهن دون تحديد شروطه وآثاره ، أما الإتفاق على انتقال ملكية الأسهم المرهونة الى الدائن المرتهن دون تحديد سعرها فقد يرتب غبنا لإحد الطرفين وهو الأمر المنهي عنه شرعا.

4 - رفض طلبات المدعي في الدعوى الثانية يعني عدم استحقاق المدعي للإلتزامات المذكورة في العقد بين البنك (1) والشركة، وعلى ذلك يكون البنك (1) قد تصرف فيما لا يملك، وهذا مناف لحقيقة الواقع.

5 - رفض الدعوى الثانية يعني تحلل الشركة والمجموعة من كافة الالتزامات، وهذا في حد ذاته يسبب خسارة فادحة للبنك(1) ويجعل التزامه بدفع المبلغ لا سبب له ، وكان يتعين ان يقضي طبقا لذلك باسترجاع كافة المبالغ التي دفعها ثمنا للأسهم المشتراة

6-كان على المحكمة ان تضع في اعتبارها الحيل التي لجاء اليها مديروا المجموعة وهم مؤسسوا الشركة وهم انفسهم مديرو البنك(2) من اجل الحصول على المبالغ المتفق عليها من البنك (1)، وشكلية تأسيس الشركة، وحقيقة التعاقد بين البنك (1) ومجموعة الإستثمار

7ـ لم تنتبه المحكمة الى وجود عقدين في عقد واحد، وهو الأمر المختلف في شرعيته بين الفقهاء، فالعقد بين المجموعة والبنك(1) تضمن بيع اسهم ، مع التعهد بشرائها مستقبلا من خلال شركة ستتأسس في المستقبل. وهذا من المسائل التي كان يتعين النظر فيها قبل الفصل في المسألة.

8ـ كان يتعين على المحكمة أن تضع في حسبانها ما آل اليه أمر مديروا الشركة بعد ان ثبت تورطهم في مفاسد مالية، وانتهاكات جنائية تثبت عدم نظافة ايديهم ، ووقوعهم في جملة من المخالفات المالية، ومن بينها المعاملات التي ابرموها مع البنط (1).

وكل هذه الأمور لا يتسنى للقضاء العادي النظر فيها، وكان يتعين ان يتصدى لها قضاء مختص ملم بالمسائل الشرعية والقانونية والمصرفية على حد سواء، مما يؤيد فكرة وجود قضاء متخصص في الصيرفة الإسلامية ، تحكمه قواعد إجرائية تختلف جوهريا عن القواعد التي تحكم المعاملات المالية العادية ، ويرجع في قضائه الى المعايير الشرعية و المتفق عليه من أراء الفقهاء المعتبرين، ويستأنس في قضائه بأراء وفتاوى اللجان الشرعية بالمصارف الإسلامية

المبحث الثالث

عدم كفاءة القضاء المدني لقضايا الصيرفة الإسلامية

يظهر مما انتهى اليه الحكم السابق أن القضاء المدني لا يملك الأدوات الكافية للحكم في قضايا الصيرفة الإسلامية، ذلك لإنه يتعين معرفة المعايير الشرعية التي تقوم عليها هذه الصيرفة ، والالمام بالقواعد الشرعية التي تحكم المعاملات الإسلامية عموما ، مع مكنة استنباط الأحكام الجزئية من أدلتها التفصيلية. ولا يجد المرء غضاضة في القول: أن المصارف الإسلامية تواجهها العديد من التحديات القانونية والاقتصادية التي تعيق سير نشاطها المصرفي ، حيث تشكل الجوانب القانونية العائق الأساسي الذي يؤثر على عمل المصارف الإسلامية لكونها تخضع للضوابط الشرعية التي تحددها أحكام الشريعة الإسلامية عكس البنوك التقليدية. إن عملية وضع تشريعات خاصة بالمصارف الإسلامية تحدد سياستها النقدية وعلاقاتها بالبنك ـ إلى حد الأن ـ تفتقد إلى الإطار القانوني المناسب، ذلك لإن معظم قوانين التجارة والمصارف في الدول الإسلامية عموما والعربية على وجه الخصوص وضعت على نهج ونمط قوانين الدول الغربية ، ولذلك تحتوي على أحكام تضيق من مدى نشاط الصيرفة الإسلامية وتحصرها في قوالب اشبه ما تكون بعمل المصارف التقليدية، في حين يمكن ان تتجاوز المصارف الإسلامية هذا الإطار من خلال إتفاقاتها الثنائية أو الجماعية على أساس إسلامي ,

غير أن الإتفاقات التي قد تتم بين المصارف الإسلامية ، أو بينها وبين الغير قد تحتاج تحتاج جهودا إضافية أمام المحاكم في حالة وقوع الخلاف، وقد لا يكون في وسع المحاكم بصورتها الحالية مواجهتها أو التعامل معها . مما يقتضي وضع قوانين خاصة لإقامة وممارسة وحل منازعات العمل المصرفي الإسلامي، بالاضافة الى تمكين المؤسسات الإسلامية من العمل وفق قواعد العاملات الإسلامية ولتلبية هذه الحاجة الماسة يجب أت يتضمن الإطار القانوني :

1 ـ قوانين العمل المصرفي الإسلامي ، تأسيسا وضوابطا ، منتجات واجراءات ، أداء وإشرافا ، راقبة وجزاءات.

2- طرق وإجراءات تسوية المنازعات ، قضاء وتحكيما ، وساطة وتوفيقا . وطرق تنفيذ الأحكام . بما يحقق المصالح المبتغاة

3 - الإشراف و الرقابة. الإشراف من قبل الجهات الرقابية الحكومية مهمان للغاية بسبب أهمية المعلومات التي يجب توفيرها للمستثمرين (الشفافية)، وأهمية ضمان سلامة نظام التمويل، وغير ذلك مما يتعلق بتحسين سياسة الرقابة النقدية. وفي حالة البنوك الإسلامية هناك بعد إضافي للإشراف يتعلق بالمسائل الشرعية. و ربما يتولى هذا الأمر المصارف المركزية بما لها من إمكانيات إدارية وبشرية ومالية باعتبار ان المصارف الإسلامية جزء من الهيكلية المصرفية القائمة في الدولة .

ولعله يحسن القول أن الإطار القانوني والقضائي الذي ينبغي التفكير فيه والعمل من أجله يجب أن يستند على جملة من القواعد الشرعية التي تعد أساس للصيرفة الإسلامية ، ويجب على المصارف الإسلامية التقيد بها وهي:

- تحريم التعامل بالفوائد الربوية أخذا و عطاء
- العمل على تنمية المال وعدم اكتنازه وحبسه عن التداول

الإمتناع عن كسب المال بطرق غير مشروعة بعدم الدخول في معاملات أو عقود تتضمن:

- الجهالة : و هي عيب يعتري شروط الصحة في المعاملات و العقود و ما يتعارف عليه في الأصول و المبادئ الاجتماعية و المهنية.
- الغرر : و هو تعريض المرء نفسه أو ماله للخطر أو الهلاك من غير أن يعرف.
- السفه : و هو مجاوزة الحد المتعارف عليه في إنفاق المال كالإنفاق في غير اعتدال أو وضع المال في غير موضعه. او الإنفاق بما يتجاوز العقل والشرع
- التعسف : و هو استخدام الحق أو المال على نحو يضر بصاحبه أو بالغير.
- السحت : و هو كل مال أكتسب أو حصل عليه بطرق غير شرعية ، فهو حرام شرعا ويدخل فيه خيانة الأمانة والتلاعب بالحقوق و الربا و تعاطي العقود المحرمة.
- الغبن : و هو النقص و الخداع في المعاملات
- قاعدة الغنم بالغرم و يقصد بالغنم هنا الحق في الربح، أما الغرم فيقصد به الاستعداد لتحمل الخسارة، و تعتبر هذه القاعدة أساسية في التعاملات القائمة على المشاركة، حيث يكون المتعامل مع المصرف الإسلامي شريكا في الربح والخسارة
- ارتباط التمويل بالجانب المادي للاقتصاد بمعنى الإنتاج الحقيقي الذي يضيف شيئا جديدا للمجتمع.

أن اعتماد هذه المبادئ في التأطير القانوني والقضائي - إذا تم بنجاح ووعي - بطبيعة العمل المصرفي الإسلامي كفيل بأن تخلق بيئة قانونية صالحة للعمل المصرفي ، وقد لا يكون بعيدا ذلك اليوم الذي تختفي فيه المصارف التقليدية وتحل محلها المصارف الإسلامية

والبيئة القانونية ببساطة متناهية: هي النظام القانوني الشامل بكل مكوناته، بالإضافة إلى المسئولين عن تطبيق هذا النظام أي القضاء وأعوانه ومساعدوه. وبالتالي فان قيام بيئة استثمارية سليمة يقتضي وجود عنصرين أساسيين: الأول تشريع سليم وعنصر بشري قائم على تطبيق هذا التشريع بكفاءة وفعالية.

خاتمة

تواجه المصارف الإسلامية العديد من الصعوبات أهمها: البنية و التحديات القانونية المتمثلة في عدم وجود بيئة قانونية تتناسب مع الضوابط الشرعية التي تقوم عليها هذه المصارف، وعدم وجود جهاز قضائي متخصص ملم بأساسيات العمل المصرفي الإسلامي، وضوابطه الشرعية والفنية

والمطلوب في الوضع الراهن من المؤسسات المالية الإسلامية ، أن تتبنى إعداد قانون نموذجي ينظم ويؤطر العمل المصرفي الإسلامي، يراعى فيه جوانب القصور القانوني الذي صاحب البنوك الإسلامية منذ ظهورها، وتحدد فيه الضوابط القضائية و التسويات الوديةالتي يجب مراعاتها في حسم المنازعات التي تكون المصارف الإسلامية طرفا فيها.