

دور أحكام قضاء التمييز في ضبط عقود التمويل والاستثمار في المؤسسات المالية الإسلامية

د. داود سلمان بن عيسى

أستاذ الفقه المقارن والدراسات الإسلامية المساعد
كلية القانون الكويتية العالمية

الملخص:

تناولت الدراسة دور أحكام قضاء التمييز في ضبط عقود التمويل والاستثمار في المؤسسات المالية الإسلامية، فدور القضاء جزء من تطبيقات الحوكمة على المؤسسات بصفتها جهة قضائية، فاجتهاد أعضاء هيئات الفتوى والرقابة الشرعية في المصارف والمؤسسات المالية الإسلامية، وبعض المنظمات والهيئات - كهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية (أيوفي) -، وغيرها الذي يجتهد في بيان حكم شرعي، فينص عليه في العقود المبرمة بين المستثمرين؛ مما يكون فيه نظر لدى المحكم بأن هذا الاجتهاد مخالف لمصلحة الاستثمار ومناف لتطوير العقود، فتحكم بما يخالف تلك الاجتهادات.

ومن هذا المنطلق تستهدف هذه الدراسة إبراز دور قضاء التمييز في ضبط عقود التمويل والاستثمار، بعد أن انتشرت اجتهادات قد تتفاقم في المستقبل، ما لم نجد آلية في ضبط هذه الاجتهادات، وفق السياسة الشرعية، والأحكام الشرعية، والمصلحة، ومقاصد الشريعة، من خلال ربط الاجتهاد بأصل التعاقد، واستحضار الأصول الشرعية الملائمة لهذه الدراسة، وتنزيلها على أرض الواقع، بعد وصفها واستخراج المعاني الراجعة في تقرير الآراء والأحكام، وبيان الدور الرئيس لقضاء التمييز.

وجاءت هذه الدراسة بمقدمة، ومبحثين، وخاتمة، عرضت في المبحث الأول: الإطار العام لمبادئ وأحكام التمييز، من حيث مفهوما وأفكارها، ودراسة هذه الأحكام، وبيان دورها في ضبط عقود التمويل والاستثمار، كما تناولت في المبحث الثاني: ضمانات قضاء التمييز في تفعيل حوكمة العقود مع بيان دورها، وأثر أحكامها على المؤسسات؛ حيث اجتهدت بعض الهيئات الشرعية في إدراج نصوص في العقود البيعية المبرمة بين المستثمرين تخالف أصل التعاقد وفق أحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية؛ فجاء قضاء التمييز ليحل مثل هذه التطبيقات، وأجابت الدراسة عن التساؤل الآتي:

ما دور قضاء التمييز في ضبط عقود التمويل والاستثمار؟ وما السبيل في ضبط الاجتهادات الفقهية؟

واتبع الباحث المنهج الوصفي التحليلي والمنهج النقدي، وقد توصل إلى أن لقضاء التمييز دوراً وأثراً في ضبط العقود، كما توصل الباحث إلى أن قصور تطبيق الحوكمة يظهر في جوانب عديدة، كما له أثر في عقود الاستثمار.

كلمات دالة: مبدأ التمييز، أحكام، ضبط، تشجيع، تفعيل، وكالة في الاستثمار.

المقدمة:

إِنَّ الْحَمْدَ لِلَّهِ، نَحْمَدُهُ وَنَسْتَعِينُهُ وَنَسْتَغْفِرُهُ، وَنَعُوذُ بِاللَّهِ مِنْ شُرُورِ أَنْفُسِنَا وَمِنْ سَيِّئَاتِ أَعْمَالِنَا، مَنْ يَهْدِهِ اللَّهُ فَلَا مُضِلَّ لَهُ، وَمَنْ يَضِلَّ فَلَا هَادِيَ لَهُ، وَأَشْهَدُ أَنْ لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ وَحْدَهُ لَا شَرِيكَ لَهُ، وَأَشْهَدُ أَنَّ مُحَمَّدًا عَبْدُهُ وَرَسُولُهُ⁽¹⁾.

﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ حَقَّ تُقَاتِهِ وَلَا تَمُونُ إِلَّا وَأَنْتُمْ مُسْلِمُونَ﴾⁽²⁾.

﴿يَأْتِيهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالًا كَثِيرًا وَنِسَاءً وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي تَسَاءَلُونَ بِهِ ءَ وَالْأَرْحَامَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيبًا﴾⁽³⁾.

﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَفُولُوا قَوْلًا سَدِيدًا ﴿٧٠﴾ يُصْلِحْ لَكُمْ أَعْمَالَكُمْ وَيَغْفِرْ لَكُمْ ذُنُوبَكُمْ وَمَنْ يُطِيعِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ فَقَدْ فَازَ فَوْزًا عَظِيمًا﴾⁽⁴⁾.

أما بعد:

فهذه دراسة لدور أحكام قضاء التمييز في استقرار وتطوير عقود التمويل والاستثمار في المؤسسات المالية الإسلامية وآثارها، أفتتحها متفائلاً بالخير كله بقول النبي صلى الله عليه وسلم: «إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى»⁽⁵⁾، فالحمد لله الذي وفقني إلى قفو الأثر، وأسأله سبحانه صلاح النية والقصد فيما آتى وأذر من القول والعمل.

إن المقصد الأصلي للشريعة الإسلامية هو تحقيق المصالح للعباد ودرء المفاسد عنهم، ومصالح العباد ثلاثة أنواع: (الضروريات والحاجيات والتحسينيات)⁽⁶⁾، وعلى ضوء هذا المقصد ترتبت آثار شرعية عند تحقيق المصلحة ودرء المفسدة وفق الأحكام التكليفية الخمسة: الواجب، والمحرم، والمندوب، والمكروه، والمباح، كل بحسب حالته.

وعقود التمويل والاستثمار أحد المنتجات التي يتعامل بها عامة الناس مع المصارف

(1) رواه أحمد، مسند أحمد، مسند عبد الله بن عباس، برقم (2749)، ج4، ص477، ورواه أبو داود، سنن أبي داود، كتاب النكاح، باب في خطبة النكاح، برقم (2118)، ص306. ورواه الترمذي، سنن الترمذي، كتاب النكاح، باب ما جاء في خطبة النكاح، برقم (1105)، ج3، ص405، وقال الترمذي: (حديث حسن له شواهد).

(2) سورة آل عمران، الآية 102.

(3) سورة النساء، الآية 1.

(4) سورة الأحزاب، الآية 70-71.

(5) محمد بن إسماعيل بن إبراهيم المغيرة البخاري، أبو عبد الله، (المتوفى: 256 هـ)، ط 1، دار الشعب، القاهرة، 1407 هـ - 1987 م.

(6) إبراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي الشاطبي، (ت: 790 هـ)، الموافقات، ط1، تحقيق: مشهور حسن آل سلمان، دار ابن عفان، الخبر-المملكة العربية السعودية، م6، 1417 هـ - 1997 م، ج1، ص311.

والمؤسسات المالية، ومنها المؤسسات المالية الإسلامية التي بدأت في التوسع منذ أول تأسيس لمصرف إسلامي في دولة الكويت هو بيت التمويل الكويتي حيث تأسس عام 1973م بقانون وتم تنفيذه عام 1979م.

ولهذه المؤسسات جهاز رقابي شرعي يتمثل بهيئة شرعية مكونة من علماء متخصصين، ومدققين شرعيين كحلقة وصل بين إدارة المؤسسة والهيئة الشرعية.

ولما كانت هذه الهيئات الشرعية تمثل أحياناً جانباً اجتهادياً في تنظيم المعاملات المالية المعاصرة، فقد تُصدر فتاوى وأحكاماً ملزمة لإدارة المؤسسات للعمل بها، وما يجتمع عليه الفقهاء في المجامع الفقهية التي تناقش المسائل المستجدة في الساحة الاقتصادية، وما تصدره بعض المنظمات والهيئات المتخصصة في المعاملات المالية والاقتصاد الإسلامي، فقد صدرت فتاوى وأحكام بجواز فرض غرامات تأخير على العملاء في عقود التمويل والاستثمار في حال عدم سداد المديونية، مع صرف هذه الغرامات - التي تمثل فوائد ربوية - في وجوه البر والخير والإحسان، ما جعل الباحث يقف على بعض الأحكام والإجراءات القضائية التي تُعد من قبيل حوكمة هذه العقود، مبنية على اجتهادات الفقهاء في عقود التمويل والاستثمار لدراسة الدور الرئيس والآثار القانونية والاقتصادية في مثل هذه الأحكام على تطوير واستقرار العقود في المؤسسات المالية الإسلامية.

وتلخص عمل الباحث في هذه الدراسة في استقراء ما له علاقة بأحكام التمييز واجتهادات الهيئات والمنظمات على النحو الآتي:

- الجانب الأول: بيان مكانة القضاء ومبادئ وأحكام التمييز.
- الجانب الثاني: بيان اجتهادات الهيئات والمنظمات في تقييد غرامات التأخير بصرفها في وجوه البر والإحسان.
- الجانب الثالث: بيان دور قضاء التمييز على عقود التمويل والاستثمار.

مشكلة الدراسة:

إن هذه الدراسة تدرس دور قضاء التمييز، وأثره على ضبط واستقرار عقود التمويل والاستثمار، ويمكن ضبط إشكالات الدراسة بالآتي: ما دور قضاء التمييز وأثر حوكمته على عقود التمويل والاستثمار في المؤسسات المالية الإسلامية و ضماناته في ضبطها لتطويرها واستقرارها؟

أهمية الدراسة:

يمكن بيان أهمية الموضوع في النقاط الآتية:

- 1- إفادة المؤسسات المالية الإسلامية والجهات الرقابية والقانونية.
- 2- توفّر دراسة نظرية للمتخصصين القانونيين والشرعيين.
- 3- تُبرز تطبيق ما قرره قضاء التمييز.
- 4- تُبين المفهوم الصحيح لحقيقه عقود التمويل والاستثمار الشرعي.
- 5- تُساعد على بيان آلية لضبط اجتهادات الهيئات والمنظمات المحلية والدولية.
- 6- تُساعد الجهات الرقابية في ضبط العقود الاستثمارية.
- 7- تُجلي الدور الحيوي لأحكام قضاء التمييز في تنظيم الاقتصاد الإسلامي، وتطويره، وبيان حوكمته في التعامل مع المستجدات الحالية.

أهداف الدراسة:

- 1- بيان دور قضاء التمييز في حوكمة عقود المؤسسات المالية الإسلامية.
- 2- بيان أثر اجتهادات الهيئات والمنظمات على عقود التمويل والاستثمار في المؤسسات المالية الإسلامية.
- 3- بيان دور أحكام التمييز في تفعيل حوكمة العقود.
- 4- بيان الآثار الإيجابية والسلبية لأحكام التمييز، وزيادة الحركة الاقتصادية.

أسباب اختيار الموضوع:

أجمعت رأبي في كتابة هذه الدراسة لأسباب أُجملها فيما يأتي:

- 1- حداثة الموضوع، فبحسب بحث الباحث، فإنه لم يسبق بدراسة تجمع أطرافه، وتبين أثره.
- 2- إن الأحكام التي أصدرتها محكمة التمييز، والمبادئ التي أصدرتها أعطيت صفة قانونية إلزامية، مما يبرز الحاجة إلى تطبيقها.
- 3- ضرورة ضبط العقود في المؤسسات المالية الإسلامية مع الجهات الرقابية التشريعية.
- 4- حاجة المجتمع لمثل هذه الدراسة لتنظيم وتطوير واستقرار عقود التمويل والاستثمار؛ نظراً لكثرة الاجتهادات في المؤسسات المالية الإسلامية.
- 5- الاهتمام الشخصي للباحث بالجوانب الاقتصادية الإسلامية، والمؤسسات المالية، والقوانين ذات الصلة، وعمله في مجال التدقيق والرقابة الشرعية وما يتعلق بهما.

الدراسات السابقة:

هناك العديد من الدراسات السابقة التي تطرقت لموضوع دور القضاء وتناولته من زوايا مختلفة، وقد تنوعت هذه الدراسات بين رسائل وبحوث، ولكثرة ما كتب حوله ونظراً لتعدد أبعاده وعلاقته وتداخله في المجالات كافة؛ وجد الباحث نفسه أمام كم هائل من المراجع والبحوث؛ مما سبب صعوبة في تصنيف هذه الوثائق وتحليلها وتفسيرها.

ورغم هذه الصعوبات المنهجية، قام الباحث بعملية مسح لمعظم البحوث والدراسات العلمية التي أجريت حول دور قضاء التمييز في تطوير واستقرار عقود التمويل والاستثمار، إضافة إلى بحوث المؤتمرات المحلية والإقليمية التي تتناول دور قضاء التمييز بشكل عام، ودوره في تطوير واستقرار عقود الاستثمار بشكل خاص، وخلص إلى الآتي:

أولاً: الدراسات العلمية التي تتناول دور قضاء التمييز في تطوير واستقرار عقود التمويل والاستثمار في المؤسسات المالية الإسلامية، تكاد تكون معدومة - لم يعثر الباحث في حدود بحثه وإطلاعه - على جميع مظان تقديم الدراسات، من جامعات، وهيئات، ودور نشر للرسائل ومراكز بحوث، حتى في الشبكة العنكبوتية وغيرها من درس دور قضاء التمييز في تطوير واستقرار عقود التمويل والاستثمار في المؤسسات المالية الإسلامية - فلم يعثر على دراسة تخصه.

اقتصر الباحث من الكم الهائل على الدراسات والبحوث التي تناولت معلومات علمية لأبعاد دور قضاء التمييز في تطوير واستقرار عقود التمويل والاستثمار بشكل خاص، وما كان ذا صلة بالموضوع والتي يؤمل أن تحقق الأهداف العلمية لهذه الدراسة، وبيان جوانب الاتفاق والاختلاف بينهما، مع توضيح الفجوة العلمية من خلال التعرف على الاختلاف بين الدراسة الحالية والدراسات السابقة.

ثانياً: الدراسات العلمية والبحثية ذات العلاقة بدور قضاء التمييز. قام الباحث بإيراد هذه الدراسات وفقاً للتدرج التاريخي لها، والتي روعي فيها أن تكون متسلسلة من حيث الحداثة لكي تعطي صورة حقيقية عن الواقع العلمي الذي تناول هذا الموضوع، وذلك على النحو الآتي:

1- دراسة خياطي مختار (2011) بعنوان (دور القضاء الجنائي الدولي في

حماية حقوق الإنسان)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة مولود معمري تيزي وزو، كلية الحقوق والعلوم السياسية الجزائر. وقعت الدراسة في 196 صفحة، وتكونت من ثلاثة فصول، وتناولت الدراسة في الفصل الأول دراسة

واقع حقوق الإنسان في ظل المجتمع الدولي، ثم بينت في الفصل الثاني التطور التاريخي للقضاء الجنائي الدولي، ودراسة المحكمة الجنائية الدولية كآلية غير مسبوقة لحماية حقوق الإنسان في الفصل الثالث، وتمثلت دراسته بشكل خاص لدولة الجزائر، ثم ختم بنتائج.

2- دراسة زهير عبد الله علي آل جابر القرني (2008) بعنوان (دور القضاء في التحكيم)، رسالة ماجستير، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، وقعت الدراسة في 229 صفحة تكونت من أربعة فصول، تناولت الدراسة في الفصل الأول التعريف بالقضاء والتحكيم، وفي الفصل الثاني تناولت دور القضاء فيما يتصل بالمحكم، وفي الفصل الثالث تناولت التدخل والرقابة على إجراءات التحكيم، وتناولت في الفصل الرابع الدراسة التطبيقية، وتشمل دراسة وتحليل 10 قضايا تحكيمية صادرة عن ديوان المظالم بالمملكة العربية السعودية، وأبرزت الدراسة في خاتمتها نتائج وتوصيات.

3- دراسة حمد بن عبد العزيز الخضير (2003) بعنوان (دور أجهزة القضاء والتنفيذ في مكافحة الفساد)، منشورة في مجلة جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية المملكة العربية السعودية، وهي عبارة عن بحث يقع في 25 صفحة، تناولت الدراسة أنواع الفساد وأقسام مكافحته، ودور أجهزة القضاء في مكافحة الفساد وبيّنت ضمانات العدالة في القضاء، وأظهرت الدراسة المحاور الرئيسية التي تنبثق عن دور أجهزة التنفيذ في مكافحة الفساد، وكانت الدراسة مؤلفة من خمسة أقسام، وأخذ البحث سمة الإيجاز.

ما يميز هذه الدراسة عن الدراسات السابقة؟

هناك نقاط تلاق مع الدراسات السابقة، فيما يتعلق بالقضاء، كجهة قضائية تشريعية، وتشارك هذه الدراسات في بيان دور القضاء في ضبط الأعمال، وتختلف هذه الدراسة عن الدراسات السابقة، ويمكن إجمال الفروقات بين الدراسات السابقة وهذه الدراسة بالآتي:

- 1- بيّن الباحث في هذه الدراسة المفاهيم بصورة عامة لمبادئ وأحكام التمييز.
- 2- لم تتطرق الدراسات السابقة لبيان أثر أحكام التمييز على عقود التمويل والاستثمار في وسط الاقتصاد المالي.
- 3- لم تتطرق الدراسات السابقة لبيان دور قضاء التمييز في ضبط واستقرار عقود التمويل والاستثمار في المؤسسات المالية الإسلامية.

خطة الدراسة:

رأيت أن أقسم هذه الدراسة إلى مقدمة ومبحثين وخاتمة:

المبحث الأول: أحكام التمييز وغرامات التأخير

المبحث الثاني: دور قضاء التمييز في ضبط العمل المؤسسي المالي

الخاتمة: وفيها أهم النتائج والتوصيات.

منهج الدراسة:

المنهج الوصفي: استخدم الباحث في دراسته المنهج الوصفي الذي يتكون من الاستقراء والتحليل حتى توصل من خلال هذا المنهج إلى عرض ما قيل في دور قضاء التمييز، مع حصر المعلومات والنتائج التي توصل إليها باعتماده على الأدوات الآتية:

1- **الاستقراء:** الذي يعتمد على استقراء الكتب والمصادر والأحكام والمراجع الخاصة وكتب الفقه والأصول والحديث والتفسير وفي مقدمتهم القرآن الكريم، والقوانين.

2- **الاستنباط والترجيح:** من خلاله يتوصل إلى استنباط الأحكام والآراء الراجعة وتقديم المقترحات.

3- **التحليل:** الذي يعتمد على تحليل المعلومات والاستبانة لدى المختصين من القانونيين والشرعيين.

وفيما يتعلق بإجراءات المنهج، قام الباحث بتخريج الأحاديث الواردة في الدراسة على النحو الآتي:

- إذا كان الحديث في الصحيحين أو أحدهما اقتصر على ذلك.
- وإذا كان في غير الصحيحين يخرجه وفق معايير أهل الفن مع نقل حكم المتقدمين عليه فإن لم يجد فالمعاصرين.

وقد خلت هذه الدراسة من ترجمة الأعلام الواردة فيها؛ لأنهم إن كانوا من المتقدمين فقد أطبقت شهرتهم بما يغني عن الترجمة لهم، كالصحاب، والفقهاء - رحمهم الله - وغيرهم، وإن كانوا من المعاصرين فإن غالبهم حي بيننا، ومن أصحاب التخصصات كالقانونيين والاقتصاديين ونحوهم.

المبحث الأول

أحكام التمييز وغرامات التأخير

إن تأويل المسائل القانونية وتطبيقها أمر خطير يحار فيه الناس من بين ما يكون صواباً وما يكون خطأً استنباطاً من أحكام القانون، وهذا ما يقع في كنف المحاكم بسبب تعددها، وتتفاوت مراتب القضاة في فهم القانون على قدر علمهم وخبرتهم.

واستقرار الحقوق هدف القانون وغايته، لا يمكن أن يتحقق في ظل الخلاف في الفهم والتأويل؛ لذا كان من مقتضيات العدالة وجود محاكم بدرجاتها تشرف على تفسير وتأويل القانون وتطبيقه وتوحيده، وهذه مهمة محكمة التمييز التي تضم دوائر عديدة للنظر في الطعون.

المطلب الأول

تعريف القضاء ومبادئ وأحكام التمييز

تتعدد المحاكم، وتتفاوت مراتب القضاة في فهم القانون على قدر تفاوتهم في العلم والخبرة وطريقة الاستدلال، وهذا التفاوت يوجد تناقضاً في الأحكام، فتتضارب آلية تطبيق القواعد القانونية مما يؤدي إلى اضطراب النظام القانوني بأكمله، وينال من فاعليته، والهدف الأسمى للقانون وغايته هو استقرار الحقوق والمراكز القانونية، فلا يمكن أن يتحقق هذا الاستقرار في ظل اختلاف المحاكم وتضاربها حول تطبيق القواعد القانونية وتفسيرها؛ لذا جاء تقسيم المحاكم إلى درجات لفض النزاعات في المحكمة الكلية كدرجة أولى، ثم محكمة الاستئناف كدرجة ثانية، ثم محكمة التمييز التي تنظر في قانونية هذه الأحكام في حال الطعن بها كدرجة نهائية ولا تنظر في موضوعها، وإن كان الواقع الحالي نجد أن محكمة التمييز باتت تنظر حتى في الموضوعات، في حال تمييز الحكم المطعون فيه، وتنقلب إلى محكمة موضوع عند النظر في موضوع الطعن.

كل درجة من درجات المحاكم لها تعريف خاص بها، وما تهتم به هذه الدراسة هو موضوع له علاقة بأحكام التمييز في القضاء؛ لذا قام الباحث بتعريف المصطلحات الآتية:

تعريف القضاء:

القضاء لغة: القاف والضاد والحرف المعتل أصل صحيح يدل على إحكام أمر وإتقانه وإنفاذه لجهته، قال الله تعالى: ﴿فَقَضَيْنَهُنَّ سَبْعَ سَمَوَاتٍ فِي يَوْمَيْنِ﴾⁽⁷⁾ أي أحكم خلقهن.

(7) سورة فصلت، الآية 12.

والقضاء: الحكم. قال الله سبحانه في ذكر من قال: فاقض ما أنت قاض، أي اصنع واحكم. ولذلك سمي القاضي قاضياً، لأنه يحكم الأحكام وينفذها⁽⁸⁾.

القضاء في الاصطلاح القانوني: مجموعة الأحكام الصادرة من جهة قضائية؛ فتقول القضاء التجاري، والقضاء المدني، أو قضاء المحاكم⁽⁹⁾.

تعريف مبادئ وأحكام التمييز:

الحكم لغة: الحُكْم جمعُ أحكام - الحاء والكاف والميم أصل واحد-، وهو المنع. وأول ذلك الحكم، وهو المنع من الظلم⁽¹⁰⁾.

أحكام التمييز: محكمة التمييز وهي محكمة النقض، أعلى المحاكم درجة تنظر في مطابقة الحُكْم أو عدم مطابقتها للقانون⁽¹¹⁾، فأحكامها ملزمة تسمى أحكام التمييز، فتكون مبدأ يطبق في جميع الدوائر.

المبادئ: جمع مبدأ. وفي اصطلاح العلماء تطلق على ما تتوقّف عليه مسائل العلم⁽¹²⁾.

وبهذا المفهوم نرى أن أحكام محكمة التمييز التي تصبح مبادئ يجب على جميع الدوائر الأخذ بها، فكل حكم صادر من محكمة التمييز يكون مبدأ يعمل به في سلك القضاء.

المطلب الثاني

ماهية غرامات التأخير في عقود التمويل والاستثمار

إن عقود التمويل والاستثمار من عقود المعاوضات مثل عقود البيع، والأصل فيها أنها عقود رضائية، يتفق فيها الطرفان على ما هو مناسب لهما، وبالشروط التي يريدها، ما لم تكن هناك شروط واتفاقات مخالفة للقانون أو للشرع أو للنظام العام. تحت مسمى العقد شريطة المتعاقدين. وقد تنص بعض العقود على غرامات تأخير وشروط جزائية تحتاج إلى بيان وتفصيل على النحو الآتي:

(8) أحمد بن فارس بن زكريا القزويني الرازي، (ت: 395هـ)، معجم مقاييس اللغة، د. ط، ج 5، م 6، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، بيروت - لبنان، 1399هـ - 1979م، ص 99.

(9) عبدالقادر الفار، المدخل لدراسة العلوم القانونية، ط 18، (د. ت)، دار الثقافة، عمّان - الأردن، 1440هـ - 2019م، ص 95.

(10) أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا (ت: 395هـ) معجم مقاييس اللغة، ط 1، م 6، (تحقيق عبد السلام محمد هارون)، دار الفكر، بيروت، 1399هـ - 1979م، ص 91.

(11) معجم المعاني الجامع: <https://www.almaany.com/ar/dict/ar-ar/> محكمة - التمييز

(12) محمد بن علي ابن القاضي محمد التهانوي (ت: 1158هـ)، موسوعة كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم، ط 1، م 2، ج 2 تحقيق: د. علي دحروج، مكتبة لبنان ناشرون، بيروت - لبنان، 1996م، ص 1427.

تعريف غرامات التأخير:

الغرامة لغته:

مصطلح غرامة يحافظ على جذر الكلمة المتمثل في (غ ر م) أصل واحد، كما دل عليه أيضاً القرآن الكريم أحد المصادر الشرعية المنزل باللغة العربية، وتنطوي على معانٍ عديدة وهي كالآتي:

- 1- الملازمة وملازمة، من ذلك الغريم سمي غريماً للزومه وإلحاحه⁽¹³⁾، وجاء في القرآن الغرام بمعنى العذاب اللازم - أي الملاصق - قال الله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَقُولُونَ رَبَّنَا اصْرِفْ عَنَّا عَذَابَ جَهَنَّمَ إِنَّ عَذَابَهَا كَانَ غَرَامًا﴾⁽¹⁴⁾.
- 2- الخسارة، الغرامة في المال ما يلزم أدائه تأديباً أو تعويضاً⁽¹⁵⁾.

من خلال ما سبق يتبين للباحث أن المعنى اللغوي الثاني - الخسارة - هو الأقرب للمعنى المقصود، فهو المراد في العقود المالية والقانونية، وإن كان النظر الشمولي للغرامة يتسع لجميع هذه المعاني المذكورة من قريب أو بعيد.

الغرامة في اصطلاح الفقهاء:

ورد مصطلح الغرامة في كتب الفقهاء بمعانٍ عديدة وهي الآتية:

- 1- إلزام مالي غير واجب في الأصل.
- 2- الضمان بأنواعه والديون المتعلقة بالذمة كضمان المتلفات والتعديتات.
- 3- التعزير والعقوبة بالمال.
- 4- الضرائب التي يفرضها الظلمة⁽¹⁶⁾.

الجدير بالذكر أن المعنى اللغوي أعم من المعنى الاصطلاحي وفي الغالب بينهما ترابط وثيق، وهذا ما نهجت به الموسوعة الفقهية الكويتية بتعريفها للغرامة فعرفتها ب:

الغرامات جمع غرامة وهي في اللغة: ما يلزم أدائه، وكذلك المغرم والغرم، والغريم المدين

(13) أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا، مرجع سابق، ص 91.

(14) سورة الفرقان، آية 65.

(15) محمد النجار؛ إبراهيم مصطفى؛ حامد عبد القادر؛ المعجم الوسيط، ط4، (د.ت)، م1، دار الدعوة، القاهرة، (2004)، ص651.

(16) سعيد محمد عزيز بردن، غرامة التأخير على المدين الموسر في المصارف الإسلامية القطرية، رسالة ماجستير، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية - جامعة قطر، 2019، ص 17 - 22.

وصاحب الدين أيضاً، ولا يخرج المعنى الاصطلاحي عن المعنى اللغوي⁽¹⁷⁾.

فيكون التعريف الاصطلاحي المختار هو:

ما يلزم أدائه بحق أو بغير حق⁽¹⁸⁾.

التأخير لغة:

تأخير مصدر أَّخَّرَ، أي أَجَّلَ وأَرَجَأَ⁽¹⁹⁾، تقول أَخَّرَ السداد أو أَجَّلَ السداد.

غرامة التأخير كمصطلح مركب: لن يخوض الباحث في إشكاليات المصطلح بمعانيه الدقيقة وفروعه، ولن يخوض في شروط الجزاء التي في عقود المقاولات والاستصناع؛ لأنها جائزة شرعاً، والحديث فيها يطول، وهي ليست محل الدراسة، ولن يخوض في الغرامات التهديدية والقانونية، إنما سيذكر الباحث ما استقر عليه المصطلح محل الدراسة، حيث إن مصطلح غرامة التأخير - مصطلح مركب - عرّفه غير واحد من المعاصرين بتعريفات عديدة، واختار الباحث منها ما هو موافق للدراسة وما هو معمول به في العقود.

تعريف غرامة التأخير كمصطلح مركب: هي ما يُلزمُ الدائن مدينه بدفعه من مبالغ إضافية في حال تأخره عن السداد في التاريخ المحدد لذلك⁽²⁰⁾.

تعريف الشرط الجزائي: هو اتفاق على تقدير التعويض إذا لم يقيم الملتزم بالتزامه في التنفيذ، أو إذا تأخر في تنفيذ التزامه⁽²¹⁾.

(17) الموسوعة الفقهية الكويتية، ط2، م45، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية - الكويت، ج31، ص147.

(18) سعيد محمد عزيز بردن، مرجع سابق، ص24.

(19) أحمد مختار عبد الحميد عمر (ت: 1424هـ)، معجم اللغة العربية المعاصرة، ط1، (د.ت)، م4، ج1، عالم الكتب، بيروت - لبنان، 2008م، ص70.

(20) د. محمد علي القرني، حكم الدخول بعقود البيع أو الإجارة التي تفرض فيها غرامة تأخير، ولا يقبل الطرف المشروط له حذفها، موسوعة شوري لبحوث المؤتمر، مؤتمر شوري الفقهي الثامن، ديسمبر 2019م، (د.ع)، ص104.

(21) د. الصديق الضير، الشرط الجزائي، بحث مقدم إلى الدورة الثانية عشرة بمجمع الفقه الإسلامي، ج2، 1420هـ- 1999م، ص50.

المطلب الثالث

قرارات المنظمات والهيئات الشرعية والجهات الرقابية لغرامات التأخير في عقود التمويل والاستثمار وحوكمتها

اختلف الفقهاء - المعاصرون - في جواز فرض غرامات التأخير في عقود البيع كعقود التمويل والاستثمار والمرابحة وغيرها على أقوال هي الآتي:

القول الأول: المنع لأنها ذريعة إلى ربا الجاهلية المجمع على تحريمه، وبه أخذ مجمع الفقه الإسلامي (مكة) و(مجمع جدة)⁽²²⁾.

القول الثاني: الجواز بشرط أن لا يمهل البنك العميل، ويزيد له في الأجل، وإنما يطالبه بالسداد في التاريخ المحدد، وأن تصرف حصيلة هذه الغرامة في أوجه البر والخير، ولا يستفيد منها الدائن⁽²³⁾.

القول الثالث: يجوز فرض هذه الغرامات ولا يجوز للبنك الانتفاع بها فيما عدا ما يلزم لتغطية مصاريف التحصيل والمطالبة والتقاضي، وما زاد عن ذلك يلزم صرفه في أوجه البر والخير، أو رده إلى العميل. والاختلاف عن القول السابق هو إجازة تحميل المدين مصاريف التحصيل في حال مطله⁽²⁴⁾.

القول الرابع: جواز أن يفرض المصرف هذه الغرامات وأن يستأثر بها لنفسه، ولا يدفعها لأعمال البر والخير، بمعنى آخر أن تكون هذه الغرامات له وأن يطالب المدين بتكاليف التحصيل إضافة إليها للبنك عن فوات الربح⁽²⁵⁾.

وهنا لا بد من بيان وعرض القرارات، والنصوص التي اختارتها بعض المنظمات أصحاب هذه الآراء التي اجتهدت في الموافقة على أن تنص العقود على جواز فرض غرامات تأخير مع صرف هذه الغرامات في وجوه البر والخير، من هذه المنظمات - هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية (أيوفي) - فقد جاء في معاييرها الشرعية المعيار رقم (3) المدين المماثل الفقرة 8/1/2 ما نصه:

(22) قرار مجمع الفقه الإسلامي في دورته الحادية عشرة / قرار 35 / (2/6) دورته المؤتمر السادس.
(23) قرار هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية (أيوفي): وندوة البركة 12/1996م، رقم 8/12.

(24) د. محمد علي القرني، مرجع سابق، ص 108.

(25) عبد الله بن سليمان المنيع، بحث في الاقتصاد الإسلامي، ط 1، م 1، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، 1996، ص 409.

«يجوز أن ينص في عقود المداينة؛ مثل المرابحة، على التزام المدين عند الماطلة بالتصدق بمبلغ أو نسبة من الدين بشرط أن يصرف ذلك في وجوه البر عن طريق المؤسسة بالتنسيق مع هيئة الرقابة الشرعية للمؤسسة»⁽²⁶⁾.

وجاء في قرارات ندوة البركة الثانية عشرة المنعقدة في الأردن يوليو 1996م في القرار ذي الرقم 12/8 ما نصه:

«يجوز اشتراط غرامة مقطوعة أو نسبة محددة على المبلغ والفترة في حال تأخر حامل البطاقة عن السداد دون عذر مشروع؛ وذلك على أساس صرف هذه الغرامة في وجوه البر، ولا يمتلكها مستحق المبلغ»⁽²⁷⁾.

وبناء على ذلك قام الباحث بدراسة هذه النصوص وفق ما صدر عن الجهات القانونية كمحكمة التمييز وقانون الشركات الكويتي، فرأى أن هذه القرارات الصادرة من جهات ومنظمات شرعية معتبرة مرجوحة بحاجة إلى حوكمة حتى تتحقق مقاصد الشرع وتحفظ فيها حقوق المساهمين والمستثمرين، ويراعى فيها مصالح المجتمع والعامّة على وجه الخصوص والعموم، مع تطوير الاقتصاد بوجود تنظيم قانوني يضبط العقود، فدرس هذه القرارات والاجتهادات التي صدرت عن جهات مختلفة، فوجدها تسمح بفرض غرامات التأخير في عقود التمويل والاستثمار والمرابحة وغيرها، وهذا يتطلب بيان دور الحوكمة في ضبط عقود التمويل والاستثمار على النحو الآتي:

أولاً: تعريف الحوكمة

الحوكمة هي: «منهج قياسي رقابي عملي، يضبط الأعمال والعلاقات الخاصة بالمنشآت العامة والخاصة لحفظ الحقوق، وفق ما يصدر بشأنها من تشريع»⁽²⁸⁾ لتحقيق مقصد المنشأة بما لا يتعارض مع أحكام ومبادئ⁽²⁹⁾ الشريعة الإسلامية⁽³⁰⁾.

(26) هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، المعايير الشرعية النص الكامل للمعايير الشرعية، د. ط، م، دار الميمان، الرياض، السعودية، 2015، ص 94.

(27) د. عبد الستار أبوغدة ود. عز الدين محمد خوجة، قرارات وتوصيات ندوات البركة للاقتصاد الإسلامي، ط 6، م، مجموعة دلة البركة الأمانة العامة للهيئة الشرعية: جدة، السعودية، 2001، ص 209.

(28) التشريع: المقصود به القوانين والنظم والمعايير واللوائح والسياسات والقواعد، وكل ما يأخذ صفة إلزام من جهات رقابية وحكومية وغيرها.

(29) استخدم الباحث مصطلح أحكام ومبادئ بدلاً من مصطلح أحكام الفقه الذي هو خاص بالمسائل الفقهية، وأما مصطلح أحكام ومبادئ فيشمل كل المعاملات والعقود التي استوعبتها الشريعة بعمومها وكذلك بمبادئها وأخلاقيها.

(30) د. داود سلمان بن عيسى، الحوكمة وتطبيقاتها على التدقيق والرقابة الشرعية، ط 1، م، دار البشائر الإسلامية، بيروت، لبنان، 2020م، ص 49.

ثانياً: حوكمة المؤسسات الإسلامية

جاء في قانون الشركات الكويتي المادة (15) ما نصه: «دون الإخلال بأحكام القانون رقم (7) لسنة 2010 المشار إليه في شأن الأشخاص المرخص لهم بالعمل وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية، يجب على الشركات التي تزاوّل أغراضها وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية التقيد فيما تجريه من تصرفات بأحكام الشريعة الإسلامية»⁽³¹⁾.

وبناء على هذا النص يتضح لنا أن على كل منشأة ينص نظامها الأساسي وعقدها التأسيس على أن أعمالها متوافقة مع أحكام الشريعة الإسلامية، أن تلتزم بالنصوص الشرعية المجمع عليها الواضحة التي لا خلاف فيها من مصادرها الشرعية المتفق عليها، وهي - القرآن والسنة والإجماع - بعدم فرض أي نوع من أنواع الربا المنصوص على حرمة في القرآن الكريم.

وما قامت به المنظمات والمؤتمرات من اجتهادات شرعية معتبرة من قبل متخصصين من العلماء الربانيين، يحتاج إلى ضبط، فهذه الاجتهادات في ظل وجود خلافات فقهية في جزئيات معينة، قد يستند إليها الفقهاء فتؤدي إلى نتائج خلافية، كما ذكرها الباحث في بداية هذا المطلب بعد عرضه للأقوال الفقهية في مدى جواز فرض غرامات التأخير في العقود البيعية، وحتى تضبط هذه الاجتهادات لابد من النظر في القوانين والأحكام القضائية قبل صدور أي فتوى قد يتأثر بها المجتمع الاقتصادي، وهذا ما سيدرسه الباحث في المبحث الثاني.

(31) الكويت اليوم (2016)، ملحق العدد 1273 السنة الثانية والستون، قانون الشركات رقم 1 لسنة 2016، المادة (15)، ص5.

المبحث الثاني

دور قضاء التمييز في ضبط العمل المؤسسي المالي

لا يتمارى في اثنان أن أمة الإسلام تعيش أزمة تختلف حدتها من بلد إلى آخر، في الركب الحضاري وضعف الإنتاج، بسبب نتاج فكري عميق عانى منه العالم الإسلامي منذ قرون عديدة⁽³²⁾، وهو ناتج عن تشوه ثقافي، فجاءت الجامع الفقهية والمنظمات العالمية لتنظيم وتكوين عمل جماعي يساعد على النهوض بهذه المجتمعات لتعود إلى أمجادها، من خلال تأسيس مجامع فقهية ومؤسسات مالية تقوم بتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية في النوازل التي تلم بالأمة الإسلامية، فيصدر عنها قرارات وتوصيات يستفيد منها القاصي والداني.

المطلب الأول

دور أحكام التمييز في تفعيل حوكمة العقود

لحكمة التمييز - النقض - وظيفة محددة اقتضت ألا توجد في الدولة إلا محكمة نقض واحدة، على قمة النظام القضائي فلا تعلوها محكمة، ولا تخضع أحكامها لرقابة جهة ما.

هذه الوظيفة هي العمل على توحيد تفسير القوانين وسلامة تطبيقها، واستقرار المبادئ القانونية بما يكفل تقارباً في الحلول القضائية التي تخلص إليها محاكم الموضوع، ويحقق اجتماعها على قواعد واحدة⁽³³⁾.

يتمتع قضاء الدولة بسلطة المحوكم والأمر؛ أي أنها سلطة إصدار أوامر تقتزن بجزاءات في حالة عدم الالتزام بتنفيذها.

فالحاجة ملحة لوجود منظومة رقابية، هي قضاء التمييز، تضبط الخلل الحاصل في المؤسسات والمصارف، ولابد لهذا القضاء الذي من شأنه حوكمة أعمال المؤسسات بضبطها، وإصدار أحكام وتشريعات لعمليات المؤسسات الداخلية والخارجية، وتأطيرها لتحقيق الإصحاح والشفافية، لحماية حقوق المساهمين، وحماية المؤسسات من الانهيار وتنمية الاقتصاد.

(32) عبد الكريم بكار، مقدمات للنهوض بالعمل الدعوي، م 1، ط 1، دار القلم، دمشق، سورية، د. ت، ص 39.

(33) أحمد محمد عبد العظيم الجمل، قضاء الهيئة العامة لمحكمة النقض (بدائرتها المدنية والجنائية) مجتمعتين ومتفرقتين منذ إنشاء المحكمة في عام 1931، د. ط، د. ت، القاهرة، 2016، ص 1.

ما حدث في العالم الاقتصادي من انهيارات وخسارات فادحة لأسباب إدارية وغير إدارية، أدى إلى صدارة الاهتمامات الدولية والحكومية، كأحد الأركان الرئيسية للحفاظ على الاستقرار المالي بعد أن عصفت تلك الأزمات بالأسواق المالية والمؤسسات العالمية، فنتج الخلل الذي يعاني منه معظم المؤسسات لغياب الحوكمة الرشيدة، فتطبيق الحوكمة يؤدي إلى الحفاظ على أداء المؤسسات ويساعدها على تجاوز الأزمات، فيتحقق الاستقرار بشكل عام، ولن يتحقق ذلك إلا بحوكمة هذه المؤسسات بكل أشكالها؛ لذا ظهرت أهمية تطبيق الحوكمة من خلال قضاء التمييز، وهذا ما سيبينه الباحث في هذه الدراسة.

وبناء على ذلك تظهر أهمية قضاء التمييز بصفته جزءاً من آليات الحوكمة، وأهمية الشيء تعني مدى الحاجة إليه، فمن أهمية الحوكمة التنمية الاقتصادية، وتعزيز الرفاهية، وهذا ما نادى به محافظ البنك المركزي الكويتي في مؤتمر المالية الإسلامية المنعقد في الكويت في الثاني من شهر مايو عام 2018، فقد أكد على أهمية الجهات الرقابية التي تقوم بدورها في تطبيق الحوكمة؛ الأمر الذي من شأنه إيجاد واستمرار الرفاهية⁽³⁴⁾.

وبناء على هذه المعطيات، حرصت محكمة التمييز التجارية على تقديم دور فعال على النحو الآتي:

إصدار أحكام قضائية لتصبح مبدأ واجب الاتباع، فقد أصدرت محكمة التمييز التجارية حكماً قضائياً بارزاً⁽³⁵⁾ أكدت فيه على الآتي:

- 1- عدم أحقية البنوك الإسلامية بالكويت في تقاضي أي فوائد تأخرية من عملائها الممتنعين عن سداد المبالغ المتحصلة للبنوك، وذلك لمخالفة تلك الفوائد لأحكام الشريعة الإسلامية.
- 2- البنوك الإسلامية ملتزمة بتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية التي تعتبر الفوائد رباً محرماً شرعاً، ولا يجوز لها أن تتقاضاها، أو حتى المطالبة بها كتعويض عن اضرار امتناع العملاء عن السداد أو التأخير في عملية السداد.
- 3- إن هذا التشريع قد أورد استثناء على الأعمال التجارية الواردة بقانون التجارة السابق عليه، والتي ينحسر عنها حظر استحقاق الفائدة، بآلا تتعارض تكون

(34) كلمة محافظ بنك الكويت المركزي في افتتاح فعاليات مؤتمر المالية الإسلامية، ص13، الموقع الرسمي لبنك الكويت المركزي، على الرابط التالي:

<http://www.cbk.gov.kw/ar/cbk-news/announcements-and-press-releases/announcements-and-news.jsp?kcp=o8QTtSFuP5Ix5WoYWwA74iHEitEqIQ>

(35) حكم محكمة التمييز، الدائرة التجارية الرابعة، رقم 1114-1125 لسنة 2017 تجاري/4، بتاريخ 2018/8/9.

تلك الأعمال وما ينتج عنها مع أحكام الشريعة الإسلامية، ومن ثم فإن ما تجرّيه البنوك الإسلامية من خدمات وعمليات مصرفية، وسائر أوجه نشاطها، وما ترتبه به من حقوق أو يتولد عنها من التزامات، يجب أن يتفق مع أحكام الشريعة الإسلامية.

4- إن الفوائد من الربا المحرم شرعاً، ولا يشفع في ذلك القول بأن مبنى الفوائد التأخيرية هو التعويض عن تأخر المدين في الوفاء؛ لأن التعويض لا يكون إلا عن ضرر حاصل فعلاً، في حين لا يبحث في تلك الفوائد عن توافر الضرر، بل هو مفترض افتراضاً لا يقبل إثبات العكس، وهو ما لا يتوافق مع الواقع في جميع الأحوال، وهذا النهج في معنى الفوائد في هذا الشأن.

5- إن الشارع استهدف من ذلك استقرار الحقوق ومنع تعارض الأحكام في الخصومة الواحدة بما يؤدي إلى صعوبة تنفيذ تلك الأحكام، بل واستحالتها في بعض الأحيان.

بهذا يتضح لنا أن محكمة التمييز التجارية ألزمت المؤسسات المالية الإسلامية بهذا الحكم وغيره من الأحكام القضائية التي تستند إلى مواد قانونية، كما جاء في الحكم القضائي الآتي:

«يحظر القانون المدني اقتضاء فوائد أو أية منفعة تحت أي مسمى عن التأخير في وفاء المدين بالدين وفقاً للمادة 305 من هذا القانون باعتباره من الربا المحرم شرعاً»⁽³⁶⁾.

لعل من المناسب بيان بعض السبل التي تفيد في ضبط الاجتهادات الفقهية المعاصرة.

فقد نهضت المجامع ولله الحمد بمسؤولياتها سعياً لتحقيق مصالح الأمة وفق مقاصد الشريعة الغراء، وروحها السمحة، وجاء نتاجها جماً وثيراً ضم العديد من البحوث والقرارات والتوصيات التي زانها تلاقح المذاهب الفقهية دون تعصب أو محاباة، ونضج الآراء والمفاهيم، وتحري الدقة، وانتهاج مبدأ الاستقراء لاستنباط الأحكام الشرعية من مصادرها المعتبرة ومطابقتها الموثوقة لإيجاد الحلول الشرعية لمشكلات الحياة المعاصرة ونوازلهما.

ولا يعني ذلك أن ما يجري في تلك المجامع هو قصارى الطموح أو الشكل الأمثل للاجتهاد الجماعي، كما لا يعني ادعاء الكمال لما هو موجود؛ بل الطبيعة البشرية مجبولة على التقصير، والحاجة إلى المراجعة وإعادة النظر فيما تم إنجازه قائمة ومعتبرة لدى

(36) حكم محكمة التمييز، الدائرة التجارية الثانية، رقم 700 لسنة 2003 تجاري/2، بتاريخ 2004/6/30.

رجالات المجمع الفقهي والقائمين عليها⁽³⁷⁾.

لذا يجب مشاركة الفقهاء مع القانونيين في المؤتمرات لتفادي تناقض الأحكام القضائية قبل إصدارها.

المطلب الثاني

آثار أحكام التمييز في ضبط عقود التمويل والاستثمار

وزيادة الحركة الاقتصادية

أسهم قضاء التمييز في تكوين الآثار الإيجابية وتجنب الآثار السلبية، من تطوير واستقرار العقود البيعية من تمويل واستثمار ومرابحة وغيرها، وكان له تأثير على عقود المؤسسات المالية الإسلامية بضبطها، وعدم خروجها عن نطاقها الشرعي، ولذلك كان له دور فعّال يمكن بيان آثاره على النحو الآتي:

الآثار الإيجابية:

1- استقرار العقود البيعية في المؤسسات المالية الإسلامية من مصارف وبنوك وشركات بمختلف أنواعها التي ينص نظامها الأساسي على أنها تعمل وفق أحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية، بعدم السماح لها بفرض أي نوع من أنواع الفوائد الربوية أو غرامات التأخير المحرمة شرعاً، كما نص القانون المدني عليها في المادة (305)، ومن خلال حكم محكمة التمييز التجارية آنف الذكر، فأصبحت العقود مستقرة، وهو ما أكدته الاجتهادات الفقهية بعدم الإضافة عليها بما يخالف النظام الأساسي الشرعي للمؤسسات.

2- تطوير الأسواق المحلية باستقدام المستثمر الأجنبي، وتعزيز الاستثمار المحلي من خلال توفر البيئة المطمئنة - السوق - التي تتعامل بهذه العقود التي ضبطها القضاء بعدم فرض أي نوع من أنواع الفوائد الربوية أو غرامات التأخير المحرمة شرعاً، وبالتالي يسهم المستثمر في العقود دون القلق والخوف من فرض هذه الغرامات، فكلما خفت القيود على المستثمر اتجه إلى استثمار ماله في هذه الأسواق وهذا جانب إيجابي.

(37) صالح بن حميد، الاجتهاد الاجتماعي وأهميته في نوازل العصر، على الرابط التالي:

<https://almoslim.net/node/266821>

3- حوكمة آلية الاجتهادات الفقهية المؤدية إلى مخالفة النصوص المتفق والمجمع عليها بضبط العقود من خلال المبادئ والأحكام القضائية هي تشريع يجب على كافة القطاعات الالتزام بها.

الآثار السلبية:

لم أقف على سلبيات لحوكمة قضاء التمييز حيث إن الحوكمة لا تأتي إلا بإيجابيات، كما جاء في تعريفها، فحضور الفساد بأشكاله المختلفة خلف أغلب التمويلات والمعوقات السياسية والتنموية، مكنه ضعف أداء السلطة التنفيذية في غالب الظن، مع قلة مستوى الخدمات، وهذا لا يعني أن القضاء لا يضبط الأعمال، ولا يقوم بحوكمة المؤسسات الحكومية والخاصة ومنها المؤسسات المالية الإسلامية، وما يتعلق بها من منظمات ومؤتمرات وهيئات شرعية، فقد رأينا بعد عرض أحكام محكمة التمييز بأن كلاً من القانون والقضاء قد أنصفا المساهمين الذين ارتضوا أن تكون أعمال مؤسساتهم متوافقة مع أحكام الشريعة الإسلامية بضبط عقودها. لكن قد نرى بعض القرارات الصادرة من الجهات الرقابية كالبنوك المركزية - التي تأخذ دور المحوكم بإصدار لوائح وتعليمات للمؤسسات والمصارف الخاضعة تحت رقابتها - تكون قرارات لها أثر سلبي في تطوير العقود البيعية ومنها: التعليمات الصادرة عن البنك المركزي والتي ألزمت المصارف الإسلامية بإسقاط الأرباح في حال سداد العميل الأقساط المستحقة عليه في وقت مبكر أسوة بالبنوك التقليدية، كما صدر عن بنك الكويت المركزي دون الرجوع إلى المصادر الشرعية والقرارات المجمع عليها، حيث إنه ركن إلى قول مرجوح؛ مما أدى إلى انتفاضة في طلب تأسيس وتعيين هيئة مركزية عليا تفتي للبنك في ما فيه خلاف بين أعضاء هيئات الفتوى في المصارف.

فقد جاءت التعليمات بالنص الآتي: «في إطار اهتمام بنك الكويت المركزي بالمراجعة المستمرة للتعليمات الصادرة بشأن قواعد وأسس منح البنوك الإسلامية، وشركات الاستثمار وشركات التمويل التي تعمل وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية لعمليات التمويل الاستهلاكي وغيرها من عمليات التمويل الشخصي المقسط، ومتابعة تطور أرسدها في ضوء حركة المؤشرات الأساسية للاقتصاد الكويتي، ومؤشرات أداء القطاع المصرفي، ومجموعة العوامل ذات الصلة بالطلب على هذا التمويل واستخداماته، وفي ضوء ما تكشف من الدراسات التي أجريت في هذا الخصوص، أدخلت مجموعة من التعديلات الجوهرية على هذه التعليمات.

وفي جميع الأحوال المشار إليها أعلاه، فإنه إذا ما ترتب على هذه العمليات سداد مبكر للتمويل القائم أو جانب منه، تلتزم الجهة المانحة بالتنازل عن مقدار العائد المستحق عن الفترة المتبقية من أجل التمويل الذي تم سداؤه، إعمالاً لقاعدة ضع وتعجل»⁽³⁸⁾.

(38) قواعد وأسس منح البنوك الإسلامية وشركات الاستثمار وشركات التمويل التي تعمل وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية عمليات التمويل الشخصي للأغراض الاستهلاكية والإسكانية وإصدار البطاقات الائتمانية، ص 13. الموقع الرسمي لبنك الكويت المركزي على الرابط التالي:

<https://www.cbk.gov.kw/ar>

الخاتمة:

وفيها أهم النتائج والتوصيات:

الحمد لله الهادي الموفق المعين المنعم الذي هداني ووفقني وأعانني وأنعم عليّ بإتمام هذه الدراسة، وأسأل الله تبارك وتعالى أن يكون عملي خالصاً لوجه الله تعالى، وتكون الدراسة نافعة لي وللمكتبة القانونية والشرعية.

فقد انتهيتُ من دراسة هذا البحث بجملة من النتائج استدعت مجموعة من التوصيات والتي أوجزها الباحث فيما يأتي:

أولاً: النتائج

خلصت هذه الدراسة إلى عدة نتائج يمكن إجمالها على النحو الآتي:

1. أحكام وقضاء التمييز لهما دور إيجابي واضح في استقرار وضبط العقود التابعة للمؤسسات المالية الإسلامية.
2. علاقة أحكام التمييز مع عقود المؤسسات المالية الإسلامية وطيدة لا تنفك ولها اعتبارها.
3. عدم جواز فرض غرامات تأخير في العقود البيعية في المؤسسات المالية الإسلامية بأي شكل كانت، ولو كانت تصرف في وجوه الخير.
4. إن الحوكمة في حقيقتها منهجٌ، ولا بد من حوكمة العقود التي تبرم في المؤسسات المالية الإسلامية عن طريق فرض المدقق الشرعي الخارجي.

ثانياً: التوصيات

1. تأسيس مركز حوكمة مستقل يضم جميع متطلبات تطبيق الحوكمة الرشيدة في المؤسسات المالية.
2. إيجاد آلية لمتابعة ودراسة العقود والقرارات الصادرة عن المؤسسات المالية الإسلامية، ولها علاقة بفرض قيود جديدة وربطها بالقوانين وأحكام القضاء.
3. دعوة القانونيين والمختصين إلى المؤتمرات ذات الصلة للوقوف على قراراتها والمشاركة بالرأي معها.
4. فرض تعليمات صادرة عن الجهات الرقابية كبنك الكويت المركزي بعدم إدراج أي نص أو بند في العقود المبرمة مع العملاء بما يخالف النظام الأساسي للشركة وعقودها التأسيسية.

المراجع:

- القرآن الكريم، تنزيل من رب العالمين.
- أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا (ت: 395هـ) معجم مقاييس اللغة، ط1، م6، تحقيق عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، بيروت، 1399هـ - 1979م.
- أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني، (ت: 275هـ)، سنن أبي داود، ط1، م1، مراجعة: صالح بن عبد العزيز آل الشيخ، دار السلام، الرياض، السعودية، 1420هـ - 1999م.
- أبو عيسى محمد بن عيسى بن سورة بن موسى، (الترمذي) (ت: 279هـ)، سنن الترمذي، ط2، م5، تحقيق: أحمد شاکر (ج1، 2)، محمد فؤاد عبد الباقي (ج3)؛ إبراهيم عطوة (ج4، 5)، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، 1395هـ - 1975م.
- ابن حنبل، أبو عبد الله، أحمد بن محمد بن حنبل الشيباني (ت: 241هـ)، مسند الإمام أحمد بن حنبل، ط1، م35، تحقيق: شعيب الأرنؤوط. عادل مرشد. وآخرين، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1421هـ، 2001م.
- أحمد بن فارس بن زكريا القزويني الرازي، (ت: 395هـ)، معجم مقاييس اللغة، ج5، د. ط، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، بيروت - لبنان، م6، 1399هـ - 1979م.
- أحمد محمد عبد العظيم الجمل، قضاء الهيئة العامة لمحكمة النقض (بدائرتها المدنية والجنائية) مجتمعين ومتفرقين منذ إنشاء المحكمة في عام 1931، د. ط، د. ت، القاهرة.
- أحمد مختار عبد الحميد عمر، معجم اللغة العربية المعاصرة، ط1، م4، عالم الكتب، القاهرة، 2008م.
- الصديق الضرير، الشرط الجزائري، بحث مقدم إلى الدورة الثانية عشرة لمجمع الفقه الإسلامي، 1402هـ - 1999م، الجزء الثاني.
- د. داود سلمان بن عيسى، الحوكمة وتطبيقاتها على التدقيق والرقابة الشرعية، ط1، م1، دار البشائر، بيروت، 2020م.

- محمد النجار؛ إبراهيم مصطفى؛ حامد عبد القادر؛ المعجم الوسيط، ط4، م1، دار الدعوة، القاهرة، 2004م.
- محمد بن إسماعيل بن إبراهيم المغيرة البخاري، أبو عبد الله، (المتوفي: 256 هـ)، ط1، دار الشعب، القاهرة، 1407 هـ - 1987م.
- محمد بن علي ابن القاضي محمد التهانوي (ت: 1158هـ)، موسوعة كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم، ط1، تحقيق: د. علي دحروج، ج2، م2، مكتبة لبنان ناشرون، بيروت- لبنان، 1996م.
- د. محمد علي القرني، حكم الدخول بعقود البيع أو الإجارة التي تفرض فيها غرامة تأخير، ولا يقبل الطرف المشروط له حذفها، موسوعة شوري لبحوث المؤتمر، مؤتمر شوري الفقهي الثامن، ديسمبر 2019م، (د.ع).
- سعيد محمد عزيز بردن، غرامة التأخير على المدين الموسر في المصارف الإسلامية القطرية، رسالة ماجستير، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية- جامعة قطر، 2019.
- عبد الكريم بكار، مقدمات للنهوض بالعمل الدعوي، م1، ط1، دار القلم، دمشق، سورية، د.ت.
- عبد الله بن سليمان المنيع، بحث في الاقتصاد الإسلامي، المكتب الإسلامي، بيروت، 1996م.
- عبد الستار أبو غدة؛ د. عز الدين محمد خوجة، قرارات وتوصيات ندوات البركة للاقتصاد الإسلامي، ط6، م1، مجموعة دلة البركة الأمانة العامة للهيئة الشرعية: جدة، السعودية، 2001.
- عبد القادر الفار، المدخل لدراسة العلوم القانونية، ط18، دار الثقافة، عمّان- الأردن، 1440هـ - 2019م.
- الكويت اليوم (2016)، ملحق العدد 1273 السنة الثانية والستون، قانون الشركات رقم 1 لسنة 2016، المادة (15).
- الموسوعة الفقهية الكويتية، ط2، م45، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية - الكويت.
- الموقع الرسمي بنك الكويت المركزي: <https://www.cbk.gov.kw/ar>

- هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية (2015)، المعايير الشرعية النص الكامل للمعايير الشرعية، د. ط، م 1، دار الميمان، الرياض، السعودية.
- موسوعة كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم.
- موسوعة شورى لبحوث المؤتمر، مؤتمر شورى الفقهي الثامن، ديسمبر 2019م.
- قرار هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية (أيوفي)؛ وندوة البركة 12/1996م.
- قرار مجمع الفقه الإسلامي في دورته الحادية عشرة/ قرار 35 (6/2) دورة المؤتمر السادس.

المحتوى:

الصفحة	الموضوع
65	الملخص
67	المقدمة
73	المبحث الأول: أحكام التمييز وغرامات التأخير
73	المطلب الأول: تعريف القضاء ومبادئ وأحكام التمييز
74	المطلب الثاني: ماهية غرامات التأخير في عقود التمويل والاستثمار
77	المطلب الثالث: قرارات المنظمات والهيئات الشرعية والجهات الرقابية لغرامات التأخير في عقود التمويل والاستثمار وحوكمتها
80	المبحث الثاني: دور قضاء التمييز في ضبط العمل المؤسسي المالي
80	المطلب الأول: دور أحكام التمييز في تفعيل حوكمة العقود
83	المطلب الثاني: آثار أحكام التمييز في ضبط عقود التمويل والاستثمار وزيادة الحركة الاقتصادية
86	الخاتمة
87	المراجع