البحوث والدراسات

مدى جواز تملك البنوك الإسلامية لعقارات السكن الخاص في القانون الكويتي: تعليق على حكم محكمة التمييز الكويتية الصادر في ٢٠١١/٢/٢

د. فهد محمد الحبيني*
د. أحمد حمد الرشود**

ملخص:

يعتبر السكن حاجة ضرورية لكل إنسان؛ فارتفاع أسعاره بصورة كبيرة جعل المشرع يبحث عن السبب وراء ذلك. وقد تبين أن متاجرة الشركات التجارية في هذه العقارات هي السبب في ارتفاع أسعارها؛ الأمر الذي جعل المشرع الكويتي يصدر القانونين رقمي ٨ و٩ لسنة ٢٠٠٨؛ لمنع الشركات من تملك العقار السكني. اعترض أحد البنوك الإسلامية متذرعاً بأن هناك قانوناً ينظم عمله ولا يسري عليه هذا الحظر، فأقام بيت التمويل الكويتي دعوى أمام القضاء الإداري، انتهت فيها الدائرة الإدارية في محكمة التمييز بتاريخ ٢٠١١/٢/٢ إلى عدم سريان هذين القانونين على البنوك الإسلامية.

وعند تعليقنا على هذا الحكم قسمنا هذا البحث إلى مبحثين؛ نتعرض في المبحث الأول إلى وقائع الدعوى وأسباب حكم التمييز، في حين خصص المبحث الثاني للتعليق ونقد الحكم، ونبين في الخاتمة رأينا الخاص في موضوع البحث.

مقدمة:

تعاني الكويت ارتفاعاً في أسعار قسائم السكن الخاص (قسائم البيوت)؛ مما جعل طلبات الإسكان تتراكم، وأصبح الحصول على السكن يحتاج إلى فترات انتظار طويلة، ولا شك أن للشركات دوراً كبيراً في ظهور هذه النتائج السلبية،

* محام بالتمييز والدستورية، دولة الكويت.
** أستاذ مساعد، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الكويت، دولة الكويت.

وعلى الرغم من أحكام الفقرة الأخيرة من المادة (٧٠) من قانون الشركات التجارية رقم (١٥) لسنة (١٩٦٠)[١] فإنه نتيجة لضعف الرقابة على الشركات استمر بعضها سائراً في غيه بمخالفة القانون والتحايل عليه، والتعامل بقسائم السكن الخاص بشكل مباشر، أو عن طريق تسجيل هذه القسائم بأسماء أشخاص طبيعيين، سواء كانوا من أعضاء مجلس إدارة هذه الشركات، أو من العاملين فيها، أو غيرهم، أو بأي طريقة أخرى من غير التفات إلى أحكام القانون.

ويرجع ضعف الرقابة على الشركات إلى أسباب قانونية:

منها قصور النصوص التشريعية التي تعطي الحق للجهات الإدارية في ممارسة الدور القانوني في إقامة دعوى المسئولية ومنع التجاوزات القانونية، أو مساءلة المتجاوز ومجازاته على مخالفة القانون[٢]، أضف إلى ذلك أن قانون الشركات يمنع فقط شركات المساهمة من الاتجار في العقار السكني؛ مما أفسح المجال للشركات الأخرى الدخول إلى العقار السكني للاتجار فيه.

وهناك أسباب مصلحية: حيث إن الاتجار في العقار السكني يدر ربحاً؛ لأهمية تلك السلعة للمواطنين، مما يجعل المساهم في الشركات يتجنب مساءلة أعضاء مجلس الإدارة بسبب تحقيق الربح لهذه الشركة .

وهو ما حدا المشرع إزاء ذلك أن يتدخل ويصدر القانونين رقمي (٨، ٩/ ٢٠٠٨)؛ الذي حظر بموجبهما على جميع الشركات والمؤسسات التجارية التعامل

(١) الفقرة الأخيرة من المادة (٧٠) شركات: «وفيما عدا الأعمال الخاصة بتمويل شراء المساكن للمواطنين، لا يجوز أن يكون بين الأغراض التي تؤسس الشركة من أجلها الاتجار في قسائم السكن الخاص، كما لا يجوز لها أن تدخل شريكاً في شركات يكون من بين أغراضها الاتجار في قسائم، ويقع باطلاً كل تصرف تقوم به الشركة على خلاف ذلك». وقد ألغيت هذه الفقرة بموجب القانونين الـ(٨، ٩/٢٠٠٨).

(٢) الحبيني، فهد محمد. (٢٠١٠). مسؤولية أعضاء مجلس إدارة شركة المساهمة عن قرارات مجلس الإدارة. رسالة دكتوراه. كلية الحقوق. جامعة القاهرة. ص ٢٥٣.

بالعقار السكني بأي صورة كانت، محاولة منه لمعالجة ارتفاع الأسعار والمساهمة في حل المشكلة السكانية.

إلا أن أحد البنوك الإسلامية – بيت التمويل الكويتي – يرى أن هذا الحظر لا يسري في مواجهته؛ لأن القانون الذي يحكم أعماله قانون خاص هو قانون البنوك الإسلامية رقم (٣٠/ ٢٠٠٣)، وبناء على ذلك تقدم لإدارة التسجيل العقاري بوزارة العدل لتقييد بعض التصرفات العقارية، فرفضت إدارة التسجيل العقاري بوزارة العدل تسجيل عقارات باسم بيت التمويل الكويتي، فأقام الأخير دعوى أمام القضاء الكويتي، فقضت الدائرة الإدارية بمحكمة التمييز بتاريخ (٢٠١١/٢/٢م) بعدم سريان القانونين رقمي (٨،٢٠٠٨/٩) على البنوك الإسلامية؛ لأن لها قانوناً خاصاً هو القانون رقم (٢٠٠٣/٣٠)، وأما القانونان رقما (٨، ٢٠٠٨/٩) فهما قانونان عامان.

ويستهدف هذا البحث الماثل بيان وجهة النظر القانونية في القانونين (٨ ، ٩ /٢٠٠٨) إذا ما كانا قد ألغيا المادة ٩٩ من قانون البنوك الإسلامية رقم (٣٠ /٢٠٠٣) التي تجيز للبنوك الإسلامية تملك العقار السكني . وعلى الرغم من صدور الحكم بعد سريان القانونين (٨ ، ٢٠٠٨/٩) مما يحق للبنوك الإسلامية تملك العقار السكني ، فإن هذا القضاء الصادر عن محكمة التمييز يثير بعض المسائل القانونية التي تقتضي منا تسليط الضوء عليها؛ إذ تعتبر المسألة القانونية الرئيسية التي تعرض لها الحكم محل البحث، هي مسألة تعارض القوانين، ومتى يلغي القانون اللاحق القانون السابق . وقد تعرض الحكم لبعض المسائل القانونية الأخرى، وهي المصلحة في الدعوى الإدارية، وديباجة القانون، والأعمال التحضيرية، والطبيعة القانونية لبيت التمويل الكويتي، ورأي الحكم فيما سبق؛ لذلك سوف نتعرض لها بشيء من التعليق لتبيين وجهة النظر القانونية فيها؛ حيث سنتناول المسائل القانونية على النحو التالي:

أولاً: المصلحة في الدعوى الإدارية.

ثانياً: التعارض بين القوانين.

ثالثاً: ديباجة القانون.

رابعاً: الأعمال التحضيرية.

خامساً: الطبيعة القانونية لبيت التمويل الكويتي.

الخاتمة : رأينا الخاص.

لذلك سوف نقسم دراسة هذا الحكم محل البحث إلى مبحثين :

المبحث الأول: وقائع حكم التمييز وأسبابه.

المبحث الثاني: تعليق على حكم التمييز.

المبحث الأول

وقائع حكم التمييز وأسبابه

نعرض فيما يلي وقائع الحكم محل البحث، ثم نتناول الأسباب التي اعتمد عليها في قضائه في قبول التدخل؛ لتوافر المصلحة والأسباب التي جعلت الحكم يرفض سريان القانون (٨، ٩/ ٢٠٠٨) على البنوك الإسلامية.

لذلك سوف نقسم المبحث على النحو التالي:

أولاً: وقائع الحكم محل البحث.

ثانياً: أسباب الحكم محل البحث.

أولاً – وقائع الحكم محل البحث:

تتحصل الوقائع – على ما يبين من الحكم محل البحث وسائر الأوراق – في أن رئيس مجلس إدارة بيت التمويل الكويتي [المطعون ضده في الطعنين رقم (٢٣٩)، ورقم (٢٧٩) لسنة (٢٠٠٩) إداري] أقام على الطاعنين بصفتهما الدعوى رقم (١٤٠٢) لسنة (٢٠٠٨) (إداري/١)؛ بطلب الحكم بإلغاء القرار السلبي بالامتناع من اتخاذ إجراءات تسجيل أو قيد التصرفات الواردة بصحيفة الدعوى، مع ما يترتب على ذلك من آثار.

وبياناً لذلك قال: إنه تقدم إلى الوكيل المساعد لشؤون التسجيل العقاري والتوثيق (الطاعن الثاني) بعدة طلبات؛ لتسجيل وقيد التصرفات المبينة في العقود المرفقة بهذه الطلبات، والتي تضمنت بيع وشراء ورهن عقارات السكن الخاص محل هذه التصرفات، والموضحة في الصحيفة.

إلا أن إدارة التسجيل العقاري والتوثيق بوزارة العدل امتنعت من اتخاذ الإجراءات اللازمة نحو تسجيل أو قيد التصرفات على العقارات سالفة الذكر، على

سند من القول بأن المشرع في القانون رقم (٨) لسنة (٢٠٠٨) بشأن تعديل قانون تنظيم الأراضي الفضاء، والقانون رقم (٩) لسنة (٢٠٠٨) بشأن تعديل أحكام قانون الشركات التجارية رقم (١٥) لسنة (١٩٦٠)، قد فرض حظراً على جميع الشركات والمؤسسات الفردية التعامل بالبيع أو الشراء أو الرهن في القسائم أو البيوت المخصصة لأغراض السكن الخاص في أي موقع، وضمن أي مشروع، سواء كان ذلك بصورة مباشرة أم غير مباشرة، وقد جاء هذا الحظر عامّاً ومطلقاً، وأن بيت التمويل الكويتي بحكم كونه من الشركات التجارية، فإن هذا الحظر يشمله، في حين أن بيت التمويل الكويتي هو بنك إسلامي تنتظم أوضاعه وأعماله أحكام خاصة، روعي في تقريرها الطبيعة الخاصة لنشاط البنوك الإسلامية، وأساليب التمويل المتاحة لمباشرة هذا النشاط ومتطلباته والتزام تلك البنوك بأحكام الشريعة الإسلامية، وأن هذه البنوك تستظل باستثناء من حظر التملك أو التعامل في قسائم أو مباني السكن الخاص في الحالات التي أوردتها المادة (٩٩) من القانون رقم (٣٢) لسنة (١٩٦٨) في شأن النقد، وبنك الكويت المركزي، وتنظيم المهنة المصرفية والمضافة بموجب القانون رقم (٣٠) لسنة (٢٠٠٣)، بشأن إضافة قسم خاص بالبنوك الإسلامية إلى القانون رقم (٣٢) لسنة (١٩٦٨) المشار إليه، وأنه لما كانت التصرفات المشار إليها تندرج ضمن هذه الحالات المستثناة من هذا الحظر بموجب تلك الأحكام الخاصة، التي لم يتم نسخها بالأحكام العامة الواردة بالقانونين رقم (٨) ورقم (٩) لسنة (٢٠٠٨) سالفي الذكر، ومن ثم فإن امتناع الجهة الإدارية عن السير في إجراءات تسجيل أو قيد التصرفات المتعلقة بالعقارات المشار إليها يكون غير قائم على سند صحيح من القانون؛ الأمر الذي حداه إلى إقامة الدعوى للحكم له بطلباته سالفة البيان، مع حفظ حقه في المطالبة بالتعويض عن جميع الأضرار المادية والأدبية التي لحقت به من جراء امتناع الجهة الإدارية من استكمال إجراءات تسجيل أو قيد المحررات موضوع الدعوى.

وفي أثناء نظر الدعوى أمام محكمة أول درجة طلب فهد محمد الحبيني –المحامي– [الطاعن في الطعن رقم (٢٤٤) لسنة (٢٠٠٩) إداري] التدخل

في الدعوى منضمّاً لإدارة التسجيل العقاري والتوثيق، باعتباره أحد المواطنين المدرجة أسماؤهم في كشوف الانتظار الخاصة بالرعاية السكنية لشراء سكن خاص، وأن من شأن إجابة بيت التمويل الكويتي (المطعون ضده) إلى طلباته في الدعوى، أن يفضي ذلك إلى ارتفاع أسعار القسائم والبيوت المخصصة للسكن الخاص، وهو ما يحرمه من فرصة شراء سكن خاص له مناسب وبسعر مقبول، طالباً الحكم بتأييد موقف الجهة الإدارية في امتناعها من تسجيل أو قيد المحررات موضوع الدعوى.

وبجلسة (٢٠٠٨/١٢/٢٣) حكمت محكمة أول درجة بعدم قبول التدخل، وبقبول الدعوى شكلاً، وفي الموضوع بإلغاء القرار السلبي بامتناع (إدارة التسجيل العقاري) من اتخاذ الإجراءات والسير نحو تسجيل أو قيد التصرفات الواردة على العقارات الموضحة في أسباب الحكم، مع ما يترتب على ذلك من آثار.

استأنف الطاعن في الطعن الثاني هذا الحكم بالاستئناف رقم (٩) لسنة (٢٠٠٩) (إداري/٢)، واستأنفته الجهة الإدارية بالاستئناف رقم (٨١) لسنة (٢٠٠٩) (إداري/٢)، وبعد أن ضمت المحكمة الاستئنافين الأخيرين إلى الاستئناف الأول للارتباط وليصدر فيها حكم واحد، قضت محكمة الاستئناف برفضها موضوعاً، وتأييد الحكم المستأنف. طعنت الجهة الإدارية في هذا الحكم بطريق التمييز بالطعنين رقم (٢٣٩)، ورقم (٢٧٩) لسنة (٢٠٠٩) إداري، كما طعن فيه بالطريقة نفسها طالباً التدخل بالطعن رقم (٢٤٤) لسنة (٢٠٠٩) إداري، وأودعت النيابة مذكرة في هذه الطعون أبدت فيها الرأي برفضها، وبعرض هذه الطعون على هذه المحكمة – في غرفة المشورة – حددت جلسة لنظرها، وفيها قررت ضم الطعنين رقم (٢٧٩) ورقم (٢٤٤) لسنة (٢٠٠٩) إداري إلى الطعن رقم (٢٣٩) لسنة (٢٠٠٩) إداري للارتباط وليصدر فيها حكم واحد، وصمم كل طرف من أطراف الخصومة على طلباته في طعنه، والتزمت النيابة برأيها الذي سبق أن أبدته بمذكرتها سالفة البيان.

حكمت المحكمة:

أولاً: بعدم قبول الطعن رقم (٢٤٤) لسنة (٢٠٠٩) إداري، بالنسبة إلى المطعون ضده الرابع، وبقبول الطعن فيما عدا ذلك شكلاً، وفي الموضوع بتمييز الحكم المطعون فيه تمييزاً جزئيّاً على النحو الموضح بأسباب الحكم، وبإلزام المطعون ضده (بيت التمويل الكويتي) المصروفات وعشرين ديناراً مقابل أتعاب المحاماة.

ثانياً: وفي الاستئناف رقم (٩) لسنة (٢٠٠٩) إداري، بإلغاء الحكم المستأنف فيما قضى به من عدم قبول تدخل المستأنف في الدعوى، والقضاء بقبول تدخله خصماً منضمّاً لإدارة التسجيل العقاري والتوثيق، وفي الموضوع برفضه.

ثالثًا: بقبول الطعنين رقم (٢٣٩) ورقم (٢٧٩) لسنة (٢٠٠٩) إداري شكلاً، ورفضهما موضوعاً.

ثانياً – أسباب الحكم محل البحث:

تعرض حكم التمييز في قضائه إلى مسألتين؛ الأولى: المصلحة في الدعوى الإدارية، والمسألة الأخرى: أسباب عدم سريان القانونين رقمي (٨، ٢٠٠٨/٩) على البنوك الإسلامية، وقد تعرض الحكم إلى عدة مسائل أخرى، هي ديباجة القانون، والأعمال التحضيرية، وطبيعة بيت التمويل الكويتي؛ لذلك سوف نعرض أولاً لأسباب الحكم في قبول التدخل، والمبني على توافر المصلحة في الدعوى الإدارية، ثم نعرض أسباب الحكم في عدم سريان القانونين (٨، ٢٠٠٨/٩) على البنوك الإسلامية، ورأي الحكم فى ديباجة القانون، والأعمال التحضيرية، وطبيعة بيت التمويل الكويتي.

١- أسباب الحكم في قبول التدخل لتوافر المصلحة في الدعوى الإدارية :

خالفت محكمة التمييز الحكم الابتدائي المؤيد بالحكم المطعون عليه، والقاضي بعدم قبول التدخل لانتفاء المصلحة، وقررت تمييز الحكم محل الدراسة لسبب واحد هو توافر المصلحة في التدخل وتقول في ذلك: وحيث إن مما ينعاه الطاعن– فهد الحبيني–

على الحكم المطعون فيه؛ مخالفة القانون والخطأ في تطبيقه. وفي بيانٍ ذلك يقول: إن الحكم قضى بتأييد حكم أول درجة بعدم قبول تدخله في الدعوى خصماً منضمّاً لإدارة التسجيل العقاري والتوثيق، على سند من أنه ليست له مصلحة شخصية مباشرة، قائمة وحالة، وأنه لا يكفي مجرد الضرر المحتمل وقوعه، في حين أنه أحد المواطنين المدرجة أسماؤهم في كشوف الانتظار الخاصة بالرعاية السكنية لشراء سكن خاص، وأن من شأن إجابة بيت التمويل الكويتي إلى طلباته في الدعوى، إفساح المجال له ولغيره من البنوك في التعامل في القسائم والبيوت المخصصة للسكن الخاص بيعاً وشراءً، والمضاربة عليها، والاتجار فيها بما يفضي ذلك إلى ارتفاع أسعارها، ويتعارض مع أحكام القانونين رقم (٨) ورقم (٩) لسنة (٢٠٠٨) سالفي الذكر، ويناهض الحكمة المبتغاة من إصدارهما؛ إذ إن هذين القانونين قد صدرا لمواجهة زيادة الطلب على القسائم والبيوت المخصصة للسكن الخاص، واحتياجات المواطنين الذين امتدت فترة انتظارهم لسنوات طويلة؛ مما أدى إلى ارتفاع أسعارها بصورة مستمرة ومطردة، وأدى إلى معاناة المواطنين خاصة مستحقي الرعاية السكنية في توافر السكن المناسب بتكاليف مقبولة، وهو ما ينعكس أثره سلباً على حالته، ويحرمه من الحصول على سكنٍ خاص مناسب بسعر مقبول، ويوفر له – تبعاً – الصفة والمصلحة في تدخله منضمّاً لإدارة التسجيل العقاري والتوثيق في الدعوى، وإذا قضى الحكم المطعون فيه بخلاف هذا النظر، فإنه يكون معيباً بما يستوجب تمييزه.

وحيث إن هذا النعي في محله؛ ذلك أنه من المقرر في قضاء هذه المحكمة أنه يشترط لقبول التدخل في دعوى الإلغاء– باعتبار أن الخصومة فيها خصومة عينية – أن تقوم مصلحة شخصية ومباشرة، مادية وأدبية، حالة أو محتملة في طالب التدخل، ومناطها أن يكون في حالة قانونية خاصة من شأنها أن تجعل القرار المطلوب إلغاؤه مؤثراً تأثيراً مباشراً في مصلحة جدية له، تكون لها صلة بذلك القرار، وليس بلازم أن تكون المصلحة القائمة، حالَّة أو عاجلة، وإنما يكفي أن تكون المصلحة محتملة أو آجلة– ما دامت المصلحة في الحالتين مشروعة– كما أنه لا يكفي لقبول هذا الطلب من أي شخص لمجرد أنه مواطن يهمه إنفاذ القانون حماية

للصالح العام، وإنما يتعين أن يُقترن بوصفه العام كمواطن عنصر آخر بصبغة المصلحة الشخصية المباشرة، ومن المقرر أيضاً أنه وإن كان تحري المصلحة المتطلبة لقبول التدخل، وتقدير مدى قيامها منوطاً في الأساس بمحكمة الموضوع بغير معقب، فإن شرط ذلك يكون استخلاصها سائغاً.

لما كان ذلك، وكان الثابت من الأوراق أن طالب التدخل بوصفه مواطناً قد أُدرج اسمه ضمن كشوف الانتظار الخاصة بالرعاية السكنية التي توفرها الدولة لمستحقيها للحصول على سكن خاص، فإن ذلك ما يجعله ممن تتأثر حالته القانونية بالقرار المطعون فيه، ويوفر له الصفة والمصلحة المعتبرة في قبول تدخله خصماً منضمّاً لإدارة التسجيل العقاري والتوثيق في الدعوى.

وإذا ذهب الحكم إلى خلاف هذا النظر؛ فإنه يكون معيباً بما يوجب تمييزه تمييزاً جزئيّاً في هذا الخصوص.

وحيث إنه عن الاستئناف رقم (٩) لسنة (٢٠٠٩) إداري، وفي حدود ما تم تمييزه، ولما تقدم، وكان الحكم المستأنف قد خالف هذا النظر، فإنه يتعين إلغاؤه في هذا الخصوص، والقضاء بقبول تدخل المستأنف في الدعوى.

٢- أسباب الحكم في عدم سريان القانونين رقمي (٨، ٩ /٢٠٠٨) على البنوك الإسلامية، ورأي الحكم في ديباجة القانون، والأعمال التحضيرية، وطبيعة بيت التمويل الكويتي:

انتهت محكمة التمييز إلى عدم سريان القانونين رقمي (٨، ٩/٢٠٠٨)، وساقت في حكمها الأسانيد التي ترى أنها منعت سريان القانونين – سالفي الذكر – إذ قررت في حكمها الآتي:

«وحيث إن هذا النعي في جملته غير سديد؛ ذلك أن المادة (٢) من القانون المدني تنص على ما يأتي:

١- لا يلغى تشريع إلا بتشريع لاحق ينص صراحة على إلغائه، أو يتضمن حكماً يتعارض معه.

٢- وإذا صدر تشريع ينظم من جديد موضوعاً كان ينظمه تشريع سابق، ألغى كل ما أورده هذا التشريع من أحكام».

وقد أوردت المذكرة الإيضاحية للقانون المدني في هذا المقام: «أن هذه المادة تعرضت لإلغاء التشريع أو نسخه، والإلغاء هو تجريد القاعدة القانونية من قوتها الملزمة، وقد يتم بنص صريح ويتضمنه تشريع لاحق، وقد يأتي إلغاء التشريع ضمنيّاً، وهو ما يتحقق في صورتين:

الأولى: أن يصدر تشريع جديد يتضمن نصّاً يتعارض مع نص في تشريع قديم، وفي هذه الحالة يقتصر الإلغاء على النص القديم في حدود ما يتحقق به التعارض.

والثانية: أن يصدر تشريع ينظم من جديد تنظيماً كاملاً موضوعاً كان ينظمه تشريع سابق، وفي هذه الحالة يعتبر التشريع السابق منسوخاً جملة وتفصيلاً، حتى ولو تضمن حكماً لا يتعارض ونصوص التشريع الجديد.

ومؤدى ذلك ولازمه أن إلغاء التشريع لا يكون إلا حيث يصدر تشريع لاحق يكون صريحاً في إلغاء التشريع السابق، أو يأتي إلغاء التشريع ضمنيّاً، وذلك لتعارضه معه بصورة تجعل من غير الممكن التوفيق بينهما وإعمالهما معاً، أما في حالة أن يكون لكل من التشريعين مجال لإعماله، فلا وجه للقول بوجود نسخ، كما لا يقوم نسخ ضمني للأحكام من اللاحق للسابق إلا إذا توارد حكمان في القانون اللاحق وفي القانون السابق على محل واحد يستحيل معه إعمالهما بعد استنفاد التوفيق بين هذين الحكمين لرفع التعارض بينهما، والتخصيص يرفع التعارض مع النص العام، فيعمل بالخاص في خصوصية، وبالعام فيما عداه، والقانون العام اللاحق لا ينسخ أحكام القانون الخاص السابق؛ لعدم اشتمال دائرة العموم لذلك المجال المخصص».

وحيث إنه لما تقدم، وكان البين من استعراض النصين الواردين بالقانونين رقم (٨) ورقم (٩) لسنة (٢٠٠٨) المشار إليهما أنه لا مجال للقول بتعارض أي من أحكامها بالحكم الوارد بالمادة (٩٩) من القانون رقم (٣٢) لسنة (١٩٦٨)، والمضافة بالقانون رقم (٣٠) لسنة (٢٠٠٣)، مادام أن أسبقهما خاص ببنوك بعينها هي البنوك الإسلامية، وإن اتخذت شكل شركة المساهمة، واللاحق عام يتعلق بمجمل الشركات الواردة بالنصين الواردين في القانونين رقم (٨) ورقم (٩) لسنة (٢٠٠٨).

ومن المسلم به – وعلى ما سلف بيانه – أن النص الخاص يخرج مجاله عن دائرة العموم، فيصير العموم من حيث المجال الاصطلاحي له؛ مما ينحسر مؤداه عن ذلك المجال المخصص بحكم مخالف، ومن ثم يرفع التعارض بين النصوص، وهو بما لا يقوم معه وجه للقول بأن اللاحق ينسخ السابق؛ لأن النسخ الضمني لحكم جاء به التشريع لا يكون إلا بحكم جاء به تشريع لاحق، ولا يقوم ذلك إلا باستنفاد أساليب التوفيق بين النصوص وتمحيص مجال كل منها، وأن يتبين أن الأمر الواحد بات محكوماً في الوقت الواحد بحكمين نقيضين لا يجتمعان، وفي هذه الحالة يمكن القول بالنسخ الضمني في هذا المجال الذي اجتمع فيه النقيضان، وهو الأمر غير الحادث في النزاع الماثل؛ إذ انفرز مجال الخصوص عن العموم أصلاً.

كما لا يكفي القول بإلغاء الخاص بالعام مجرد النص فيه على إلغاء كل حكم يخالف أحكام القانون الجديد، فالقانون الخاص لا يلغيه إلا قانون خاص مثله، ولا ينسخ بقانون عام ما لم يكن التشريع الجديد الذي أورد الحكم العام قد أشار بعبارة صريحة إلى إلغاء الحالة التي كان يحكمها القانون الخاص، أو جاءت عباراته قاطعة في سريان حكمه في جميع الأحوال ويبينه بوضوح أو يشير إليه في ديباجته؛ إذ لا يكفي أن ينص القانون الجديد على إلغاء كل ما يخالفه من أحكام؛ لأن النص بهذه الصورة يؤدي إلى إلغاء ما يخالفه من أحكام عامة في التشريع السابق دون الأحكام الخاصة التي تحتاج إلى نص خاص بإلغائها؛ إعمالاً للقواعد العامة التي

جعلت القانون الخاص لا يلغيه أو يعدله أو يقيد من تطبيقه إلا قانون خاص مثله، فلا تؤتي النصوص الواردة في قانون عام أثرها في هذا المجال.

والحاصل أنه قد خلت ديباجة كل من القانونين رقم (٨) ورقم (٩) لسنة (٢٠٠٨) من الإشارة إلى قانون النقد، وبنك الكويت المركزي، وتنظم المهنة المصرفية، ولو كان المشرع قد قصد انصراف حكمهما على البنوك الإسلامية ما أعوزه النص على ذلك صراحة، ولا وجه للحجاج بأن ورد بمضابط مجلس الأمة من مناقشات لمشروع القانونين، إنما تفيد بخلاف ذلك؛ إذ إنه من المعلوم أنه وإن كانت الأعمال التحضيرية للقانون هي مما تلقي بظلالها على أحكامه عند إعمالها بعد صدور القانون؛ لمراعاة ما يستخلص منها من إدراك للتوجهات العامة التي توضح مقاصد التشريع، وأسباب إعداده، والتوجهات العامة، والسياسات العامة التي أريد به تحقيقها، والمسائل العامة التي أريد به علاجها، فإن كل ذلك لا يصل به الحال إلى اعتبار ما ورد بهذه الأعمال، ولا بأقوال المناقشين لمشروع القانون، بمثابة تفسير لنصوصه، ولها وجه إلزام أو لها حجية ترجيح أو تغليب لوجه تفسير آخر لا تفيده نصوص القانون، باعتبار أن آراء من أسهموا في إعداده إنما هي محض آراء فردية واجتهادات شخصية، فالقانون إنما يصدر عن إرادة جماعية، تتأتى من جمهور الموافقين عليه المصوتين له في المجلس النيابي، وليس بسائغ حصر نطاق أحكام القانون في إرادة فردية معبرة عنه، وهو قد صدر عن إرادة جماعية شاملة، كما أنه ليس من السائغ أيضاً حصر القانون في إرادة باطنة من نية فرد أو أفراد ساهموا في تنشئته الأولى، بل يتعين أن تستخلص أحكامه في وجود الإرادة الظاهرة المفصحة عن ذاتها من نص عباراته.

ومتى كان ما تقدم جميعه، وكان الثابت من الأوراق أن بيت التمويل الكويتي (المطعون ضده) قد تقدم بعدة طلبات لإدارة التسجيل العقاري والتوثيق؛ لاتخاذ الإجراءات اللازمة نحو تسجيل أو قيد المحررات محل النزاع، وبدلاً من أن تقوم إدارة التسجيل العقاري والتوثيق (الطاعنة) بفحص هذه الطلبات، والتأكد

من استيفاء الأوراق والمستندات المتطلبة في هذا الشأن، والمضي نحو إجراء تسجيل أو قيد المحررات المرافقة لهذه الطلبات، وذلك طبقاً لقانون التسجيل العقاري، أمسكت عن اتخاذ هذه الإجراءات أو السير فيها أو استكمالها، على سند من شمول الحظر الوارد في القانونين رقم (٨) ورقم (٩) لسنة (٢٠٠٨) بيت التمويل الكويتي، في حين أنه يعتبر من البنوك الإسلامية المخاطبة بالحكم الخاص الوارد في المادة (٩٩) من القانون رقم (٣٢) لسنة (١٩٦٨)، المعدل بالقانون رقم (٣٠) لسنة (٢٠٠٣) بشأن إضافة قسم خاص بالبنوك الإسلامية إلى القانون رقم (٣٢) لسنة (١٩٦٨)، الذي حظر عليها التملك والتعامل في قسائم أو مباني السكن الخاص، إلا في حالات محددة، أخذاً بعين الاعتبار أن حكم المادة (٩٩) سالفة الذكر إنما ينصرف إلى البنوك الإسلامية الموصوفة في القانون بهذا الوصف، ولا ينصرف إليها بحكم كونها من الشركات التجارية، وهو مما تنحسر عنها الأحكام الواردة بالقانونين رقم (٨) ورقم (٩) لسنة (٢٠٠٨)؛ الأمر الذي يغدو معه قرار الجهة الإدارية السلبي بالامتناع من اتخاذ الإجراءات، أو السير فيها، أو استكمالها نحو تسجيل أو قيد المحررات موضوع النزاع غير قائم على سبب صحيح قانوناً – حريّاً بالإلغاء، وإذا انتهى الحكم المطعون فيه سديداً إلى هذا النظر، فإنه يتعين تأييده ورفض هذين الطعنين.

المبحث الثاني

تعليق على حكم التمييز

سوف نعرض في هذا المبحث إلى المسائل القانونية التي أثارها الحكم محل البحث، ونتناول بالتعليق وفقاً للترتيب الذي جاء به الحكم محل البحث؛ لذلك سوف نبين:

أولاً: المصلحة في الدعوى الإدارية.

ثانياً: التعارض بين القوانين.

ثالثاً: ديباجة القانون.

رابعاً: الأعمال التحضيرية.

خامساً: الطبيعة القانونية لبيت التمويل الكويتي.

أولاً – المصلحة في الدعوى الإدارية:

تعرف المصلحة: بأنها الفائدة العملية التي تعود على الشخص رافع الدعوى من الحكم له بطلباته[٣]. ولا يشترط لقبول أي دعوى أن يكون لرافعها مصلحة قائمة وحالة، بل إن القانون يقبل الدعوة لمجرد أن رافعها له مصلحة محتملة، إذا كان الغرض من الطلب الاحتياط لدفع ضرر محدق، أو الاستيثاق لحق يخشى زوال دليله عند النزاع[٤].

إلا أن القضاء الموضوعي في درجته قد اختلف اجتهاده فيما يخص الأساس القانوني في رفض التدخل؛ لذلك سوف نعرض للأسباب التي استند إليها القضاء الموضوعي في رفض التدخل، ثم نتناول تقييم الاجتهادات المختلفة لقضاء التمييز في هذه المسألة.

(٣) عبد العزيز، محمد كمال. (١٩٩٥). تقنين المرافعات. الجزء الأول. ص٨٦. الطبعة الثالثة.
(٤) المادة (٣) مرافعات.

تعارض القضاء الموضوعي في الأساس القانوني لعدم قبول التدخل:

١- قضاء محكمة أول درجة:

قضت محكمة أول درجة بعدم قبول التدخل على أساس؛ وحيث إنه عند تدخل المدعو/فهد محمد الحبيني انضمامياً إلى جانب الإدارية، فإنه لما كان الثابت للمحكمة من خلال مطالعة مذكرة تدخله أنه حدد مصلحته في التدخل؛ في إبقاء الحظر على المدعي في التعامل مع عقارات السكن الخاص؛ لأن ذلك سيؤدي إلى انخفاض أسعار تلك العقارات، الأمر الذي ترى معه المحكمة والحال كذلك أن مصلحة الخصم المتدخل سالف الذكر هي مصلحة احتمالية غير حالة أو قائمة، وغير مرتبطة مباشرة بموضوع الدعوى ومحلها، ومن ثم فإن المحكمة تنتهي إلى عدم قبول تدخله مع إلزامه بمصروفاته، وذلك على نحو ما سيرد بالمنطوق.

٢- قضاء محكمة الاستئناف:

قضت محكمة الاستئناف بعدم قبول التدخل على أساس؛ من حيث إنه لما كان المستأنف في الاستئناف رقم (٢٠٠٨/٩) (فهد محمد الحبيني) قد تدخل في الدعوى المستأنف الحكم الصادر فيها، منضمّاً لجهة الإدارة على سند من أنه يرغب في شراء سكن خاص، وأن من شأن إجابة بيت التمويل الكويتي إلى طلبه ارتفاع أسعار المساكن الخاصة، وكان هذا الذي أورده تبريراً لتدخله لا تتوافر فيه المصلحة القائمة التي يقرها القانون بالمعنى السالف بيانه، بل لا تتوافر فيه كذلك مناط المصلحة المحتملة في الحالة المعروضة؛ إذ إن المصلحة المحتملة التي تكفي لقبول الدعوى لا تتوافر، بحسب ما ورد في المادة (٢) من قانون المرافعات المدنية والتجارية؛ وهي: إذا كان الغرض من الطلب أحد أمرين: الأول الاحتياط لدفع ضرر محدق، والثاني الاستيثاق لحق يخشى زوال دليله عند النزاع فيه.

ويظهر الاختلاف في الأحكام؛ فمحكمة أول درجة قضت بعدم قبول التدخل؛ لأن المصلحة احتمالية وليست حالة أو قائمة، أما قضاء الاستئناف فإنه يرى أن المتدخل لا تتوافر فيه المصلحة المحتملة.

٣- قضاء محكمة التمييز:

وإزاء هذا الخلاف في القضاء الموضوعي جاء حكم التمييز؛ ليؤكد توافر المصلحة المحتملة والصفة للمتدخل؛ حيث قضت محكمة التمييز بالآتي:

وحيث إن هذا النعي في محله؛ ذلك أنه من المقرر في قضاء هذه المحكمة أنه يشترط لقبول التدخل في دعوى الإلغاء- باعتبار أن الخصومة فيها خصومة عينية - أن تقوم مصلحة شخصية ومباشرة، مادية وأدبية، حالة أو محتملة في طالب التدخل، ومناطها أن يكون في حالة قانونية خاصة، من شأنها أن تجعل القرار المطلوب إلغاؤه مؤثراً تأثيراً مباشراً في مصلحة جدية له، تكون لها صلة بذلك القرار، وليس بلازم أن تكون المصلحة القائمة حالة أو عاجلة، وإنما يكفي أن تكون المصلحة محتملة أو آجلة، ما دامت المصلحة في الحالتين مشروعة، كما أنه لا يكفي لقبول هذا الطلب من أي شخص لمجرد أنه مواطن يهمه إنفاذ القانون حماية للصالح العام، وإنما يتعين أن يُقترن بوصفه العام كمواطن عنصر آخر بصبغة المصلحة الشخصية المباشرة، كما أنه من المقرر أيضاً أنه وإن كان تحري المصلحة المتطلبة لقبول التدخل، وتقدير مدى قيامها منوطاً في الأساس بمحكمة الموضوع بغير معقب، إلا أن شرط ذلك يكون استخلاصها سائغاً.

لما كان ذلك، وكان الثابت من الأوراق أن طالب التدخل بوصفه مواطناً قد أُدرج اسمه ضمن كشوف الانتظار الخاصة بالرعاية السكنية التي توفرها الدولة لمستحقيها للحصول على سكن خاص، وهو ما يجعله ممن تتأثر حالته القانونية بالقرار المطعون فيه، ويوفر له الصفة والمصلحة المعتبرة في قبول تدخله خصماً منضماً لإدارة التسجيل العقاري والتوثيق في الدعوى.

وإذ ذهب الحكم إلى خلاف هذا النظر، فإنه يكون معيباً بما يوجب تمييزه تمييزاً جزئيّاً في هذا الخصوص.

وحيث إنه عن الاستئناف رقم (٩) لسنة (٢٠٠٩) إداري، وفي حدود ما تم تمييزه، ولما تقدم، وكان الحكم المستأنف قد خالف هذا النظر، فإنه يتعين إلغاؤه في هذا الخصوص، والقضاء بقبول تدخل المستأنف في الدعوى.

تقييم الاجتهادات المختلفة في مسألة المصلحة:

ويلاحظ أن الحكم محل البحث لم يقبل طلب التدخل لمجرد أنه مواطن يهمه إنفاذ القانون وحماية الصالح العام، بل اشترط إضافة إلى كونه مواطناً؛ أن تكون له مصلحة شخصية مباشرة، وهو ما يعبر عنه فقه المرافعات بشرط الصفة، وسواء أكانت الصفة شرطاً مستقلاً أم مندمجة مع المصلحة[٥]، فإن القضاء المصري يحدد ماهية المصلحة الشخصية المباشرة في حكم جديد له إذا قضى، «ومن حيث إن مفاد حكم المادة الثالثة من القانون رقم (٨١) لسنة (١٩٩٦) سالفة الذكر؛ أن معنى المصلحة المتطلبة لقبول أي دعوى أو دفع يتحدد على النحو المبين بذات القانون؛ بمعنى أن تكون المصلحة شخصية ومباشرة وقائمة يقرها القانون، وأن هذا التعريف لشرط المصلحة يحكم كافة الدعاوى المنظورة أمام جميع المحاكم على اختلاف جهاتها وولاياتها، بما يعني تقيد محاكم مجلس الدولة في قبولها للدعاوى بشرط المصلحة، المحدد بقانون المرافعات المدنية والتجارية معدلاً بالقانون رقم (٨١) لسنه (١٩٩٦).

ومن حيث إنه وأيّاً كانت خلافات الرأي في الفقه والقضاء بشأن تحديد ماهية المصلحة الشخصية المباشرة، فإنه يمكن القول– في ضوء أحكام قانون المرافعات وطبيعة دعوى الإلغاء –: إن مصلحة الشخص الطبيعي أو الاعتباري تتحقق في دعوى إلغاء قرار إداري، متى كان من شأن هذا القرار أن يمس مساساً مباشراً بمركز قانوني للشخص، يترتب عليه إضرار به في ماله أو مشاعره»[٦].

---

(٥) عبدالعزيز ، محمد كمال. مرجع سابق. ص٩١، وراجع أيضاً: أبوالعينين، محمد ماهر، (دون سنة نشر). الدفوع. القانون العام الأول. دون ناشر ص٣٧٥.

(٦) الطعنان رقما (٨٢، ٣٥٤) جلسة (٢٠٠٠/٥/٧) مشار إليهما لدى الدكتور أبو العينين محمد ماهر . مرجع سابق. ص٣٦٧.

وهذا ما يميز شرط المصلحة في الدعوى الإدارية عن الدعاوى في القانون الخاص؛ إذ يشترط لقبول الدعوى في القانون الخاص ، أن تستند المصلحة إلى حق اعتدي عليه ، أو مهدد بالاعتداء ، بينما يكفي لتوافر المصلحة في الدعوى الإدارية (دعوى الإلغاء) أن يكون رافع الدعوى في حالة قانونية خاصة بالنسبة إلى القرار ، من شأنها أن تجعله يؤثر فيه تأثيراً مباشراً ، بحسبان أن المدعي يلجأ إلى القضاء للدفاع عن المصلحة العامة(٧).

وعليه، فإن الحكم محل البحث بقبول التدخل الانضمامي لتوافر المصلحة المحتملة، قد يكون قد وفق في قضائه، ويفيد هذا التطور في قضاء التمييز أن أصبح لكل شخص تتوافر فيه شروط المصلحة والصفة الحق في رفع الدعاوى، ومتى كان القرار يمس مركزه القانوني، و كانت الحالة القانونية له تتأثر في القرار المطعون عليه.

ثانياً – التعارض بين القوانين:

تعرض الحكم محل البحث إلى مسألة تعارض القوانين، ومتى يلغي القانون اللاحق القانون السابق، وبيان موقف القانونين (٨، ٩ /٢٠٠٨) من القانون رقم (٢٠٠٣/٣٠) الخاص بالبنوك الإسلامية.

لذلك سوف نتناول صوراً لإلغاء القوانين ونعرض للإلغاء الصريح والضمني.

إلغاء القانون وأنواعه:

يتنوع إلغاء القانون بين إلغاء صريح: وهو أن يتم النص صراحة في القانون اللاحق على إلغاء القانون السابق. أو أن يكون الإلغاء ضمنيّاً: يستخلص من تعارض النصوص، أو تنظيم الموضوع من جديد؛ لذلك سوف نعرض للإلغاء الصريح، ثم نعرض للإلغاء الضمني:

(٧) راجع: الرشيدي، عبدالله حباب. (٢٠١٢). تطور القضاء الإداري في دولة الكويت (دعوى الإلغاء. دعوى التسوية. دعوى التعويض: دراسة مقارنة). نحو ميلاد مجلس الدولة. الطبعة الأولى. ص١٣٠.

١- الإلغاء الصريح:

الإلغاء الصريح لا يكون إلا إذا كان بوساطة التشريع؛ إذ لا يتصور الإلغاء الصريح عمليّاً إلا عن طريق التشريع.

والإلغاء الصريح من حيث مداه؛ إما أن يكون جزئيّاً يلحق مواد معينة في تشريع معين، أوقد يكون شاملاً؛ أي أن يكون الإلغاء شاملاً تشريعاً كاملاً.

والإلغاء الصريح قد يكون محدداً، فيتم تحديد القواعد الملغاة بالإشارة إليها وتعيينها في النص اللاحق، وقد يكون الإلغاء غير محدد؛ بأن يرد في التشريع الجديد إحالة عامة أو صياغة عامة، مضمونها إلغاء كل ما يخالف النص، وقد يتم في التشريع الجديد الجمع بين الإلغاء المحدد والإلغاء غير المحدد[٨].

وباستعراض نصوص القانونين رقمي (٨، ٩) لسنة (٢٠٠٨) يتبين لنا تحقق الإلغاء الصريح غير المحدود للمادة (٩٩) من القانون رقم (٣٠) لسنة (٢٠٠٣)، الخاص بالبنوك الإسلامية؛ وحيث تنص المادة (٥) من القانون رقم (٢٠٠٨/٨) على الآتي: «يلغى كل حكم يتعارض مع هذا القانون». و تنص المادة (٤) من القانون رقم (٩) لسنة (٢٠٠٨): «تلغى الفقرة الأخيرة من المادة (٧) من قانون الشركات التجارية، الصادر بالقانون رقم (١٥) لسنة (١٩٦٠)، كما يلغى كل حكم يتعارض مع هذا القانون».

فهذه النصوص تظهر تبني المشرع الكويتي للإلغاء الصريح غير المحدود؛ إذ يذهب الفقه[٩] إلى أن عبارة «يلغى كل حكم يتعارض مع هذا القانون» تعني الإلغاء الصريح غير المحدود؛ مما يجعلنا نقول على ضوء ما سبق: إن المادة (٩٩) من القانون رقم (٣٠) لسنة (٢٠٠٣) ملغاة؛ لتعارضها مع القانونين (٨، ٩) لسنة (٢٠٠٨).

---

(٨) أبو الليل، إبراهيم الدسوقي. (١٩٩٦). شرح القانون المدني الكويتي. الجزء الأول. نظرية القانون. ص٣١٧.

(٩) راجع: منصور، منصور مصطفى. مذكرات في أصول القانون. لطلبة كلية الحقوق جامعة الكويت. العام الجامعي (٨٩/١٩٩٠). ص١٣٩، و الأهواني، د. حسام الدين. (١٩٩٧ – ١٩٩٨). المدخل للعلوم القانونية. الجزء الأول. نظرية القانون. ص١٤٩.

ويؤكد ما ذهبنا إليه بتحقق الإلغاء للمادة (٩٩) من القانون رقم (٣٠) لسنة (٢٠٠٣)، بسبب ورود عبارة «يلغى كل حكم يتعارض مع هذا القانون»؛ أن المادة الثانية من القانون المدني المصري كانت تنص على إلغاء كل نص يخالف أحكامه، فحذفت اللجنة التشريعية لمجلس الشيوخ هذه الفقرة، وعللت ذلك بقولها: إن المقصود هو الإبقاء على التشريعات الخاصة التي صدرت استثناء من القانون المدني، منشئة أوضاعاً دائمة أو موقوتة حتى لا ينصرف النص في عمومه إلى إلغاء هذه الأوضاع؛ الأمر الذي لا يدخل في قصد المشرع[١٠].

٢- الإلغاء الضمني:

يتحقق الإلغاء الضمني إذا لم يصرح به المشرع ولكنه يستفاد، إما من تعارض قاعدة جديدة مع قاعدة قديمة، وإما بتنظيم المشرع لموضوع بأكمله سبق أن نظمه من قبل.

أ- الإلغاء بسبب التعارض:

الأصل في حالة تعارض القواعد القانونية، فالقاعدة اللاحقة تلغي القاعدة السابقة، إلا أن ذلك يفترض تساوي القاعدتين اللاحقة والسابقة، بأن تكون كل منهما قاعدة عامة، أو كل منهما قاعدة خاصة، ولم ينشأ خلاف فيما إذا كانت القاعدتان اللاحقة والسابقة عامتين، أو خاصتين، أو السابقة عامة واللاحقة خاصة؛ فتبقى القاعدة القديمة كما هي، ولكن وجود القاعدة الجديدة الخاصة يحد من نطاق تطبيقها.

لكن الخلاف ظهر إذا كانت القاعدة اللاحقة عامة وكانت القاعدة السابقة خاصة، فهناك رأي يرى إعمال مبدأ أن العام لا يلغي الخاص، وتبقى القاعدة الخاصة وتكون استثناء على القاعدة العامة الجديدة[١١].

(١٠) مشار إليه: الأهواني، حسام الدين. مرجع سابق. ص١٤٩.
(١١) أبوالليل، إبراهيم الدسوقي. مرجع سابق. ص٣٢٠.

وهناك رأي آخر يرى أن القاعدة الجديدة تلغي القاعدة القديمة إلا إذا نص المشرع صراحة على الإبقاء على القاعدة القديمة، استناداً إلى أن المعهود أن يكون الاستثناء لاحقاً على القاعدة أو معاصراً لها، أما أن يكون سابقاً عليها فلا يكون ذلك إلا بنص في القواعد العامة الجديدة يسمح ببقاء القواعد الخاصة، عندما ينص في القواعد العامة الجديدة: «مع عدم المساس بالقواعد الخاصة السابقة، أو كانت هناك من الظروف الخاصة ما يبرر بقاء القواعد الخاصة السابقة»[١٢].

وهذا الرأي منطقي؛ إذ لو أراد المشرع إبقاء القواعد الخاصة القديمة، لأشار صراحة في القواعد العامة اللاحقة، أما في حال عدم النص على بقاء القواعد الخاصة القديمة، فلا تبقى تلك القواعد، إلا إذا كانت هناك ظروف لا تزال قائمة، وتستوجب ذلك الإبقاء الذي يتقرر في كل حالة على حدة ولا يقرر كمبدأ عام[١٣].

ويرى بعض الفقهاء أن النص في القانون اللاحق على إلغاء جميع الأحكام المخالفة له، فإن أي نص قديم يعد ملغى بصدور القانون الجديد ولو كان نصّاً خاصّاً[١٤].

القاعدة العامة والخاصة:

تختلف القاعدة القانونية بين عامة وخاصة، ولتحديد نوع القاعدة القانونية وللتمييز بين ما هو عام وخاص يجب الرجوع إلى الموضوع الذي تنظمه، فإن كان الموضوع عامّاً كانت القاعدة عامة، وإن كان الموضوع خاصّاً كانت القاعدة خاصة[١٥].

(١٢) حجازي، عبدالحي. (١٩٧٢). المدخل لدراسة العلوم القانونية. القانون وفقاً للقانون الكويتي (دراسة مقارنة) بدون ناشر. ص٥٩١.
(١٣) أبو الليل، إبراهيم الدسوقي. مرجع سابق. ص ص ٣٢١ – ٣٢٢.
(١٤) الأهواني، حسام الدين كامل. مرجع سابق. ص١٤٩.
(١٥) أبو الليل، إبراهيم الدسوقي. مرجع سابق. ص٣١٩.

والحكم محل البحث انتهى إلى أن القانون رقم (٢٠٠٨/٩) قانون عام بالنسبة إلى قانون البنوك الإسلامية، معتمداً على معيار شكلي؛ حيث أضيف ذلك القانون إلى قانون الشركات، وحيث إن الأخير قانون عام، فإنه ينسحب على ما ورد فيه، لكن الحكم قد خالف ما هو مستقر عليه قضاء؛ إذ لا يمكن القول إن القانون عام أو خاص حتى نركن إلى الشكل أو المكان الذي ورد فيه القانون؛ حيث قضى: «أن التشريع الواحد فيما يتضمنه من أحكام قد يكون بعضها عاماً والآخر خاصاً، والعبرة بطبيعة القاعدة القانونية فيما تعالجه، وليس بطبيعة التشريع الذي وردت فيه»[١٦].

والقانون رقم (٩) لسنة (٢٠٠٨) تعرض لموضوع محدد وخاص، وهو العقار السكني وحظر على الشركات التجارية – بما فيه بيت التمويل الكويتي باعتباره شركة مساهمة – التعامل بالقطاع السكني، ومنها الشراء والرهن، وجاء ذلك بمادة واحدة هي المادة (٢٣٠) شركات بفقرة واحدة، أما الفقرات الأخرى فليست سوى مواد إجرائية وجزائية على المخالفة.

وعليه، يمكننا القول بحق إن القانون رقم (٩) لسنة (٢٠٠٨) قانون خاص؛ لأن القاعدة القانونية التي أوردها تعالج موضوعاً محدداً وخاصاً، وهو القطاع السكني، ولم يتعرض لغيرها من القطاعات مثل التجاري والاستثماري.

ب- التعارض الكامل:

يرى الحكم محل البحث أن إلغاء التشريع لا يكون إلا حيث يصدر تشريع لاحق يكون صريحاً في إلغاء التشريع السابق، أو يأتي إلغاء التشريع ضمنيّاً، وذلك لتعارضه معه بصورة تجعل من غير الممكن التوفيق بينهما وإعمالهما معاً، أما في حالة أن يكون لكل من التشريعين مجال لإعماله، فلا وجه للقول بوجود نسخ، كما لا يقوم نسخ ضمني للأحكام من اللاحق للسابق إلا إذا توارد حكمان في القانون اللاحق، وفي القانون يحظر على جميع الشركات

(١٦) تمييز (٩٢/١٢٢) تجاري جلسة (١٩٩٣/٣/١) مجموعة القواعد القانونية. محكمة التمييز. القسم الثالث. المجلد الثالث. يوليو ١٩٩٩.

والمؤسسات الفردية التعامل بالبيع، أو الشراء، أو الرهن، أو إصدار حوالة حق، أو إصدار توكيل بالتصرف للغير، أو قبول وكالة بالتصرف عن الغير في القسائم، أو البيوت المخصصة لأغراض السكن الخاص في أي موقع، وضمن أي مشروع كان، سواء ذلك بشكل مباشر أو غير مباشر، ويعتبر باطلاً السابق على محل واحد يستحيل معه إعمالهما بعد استنفاد التوفيق بين هذين الحكمين لرفع التعارض بينهما، والتخصيص يرفع التعارض مع النص العام، فيعمل بالخاص في خصوصية، وبالعام فيما عداه، والقانون العام اللاحق لا ينسخ أحكام القانون الخاص السابق؛ لعدم اشتمال دائرة العموم لذلك المجال المخصص.

وباستعراض النصوص نجد أن المواد صيغت على النحو الآتي:

مادة أولى مكرر (ب) من القانون رقم (٢٠٠٨/٨): «. . . بطلاناً مطلقاً، وكأن لم يكن كل تعامل من هذا القبيل، وكل إجراء من شأنه نقل ملكية القسائم والبيوت المخصصة لأغراض السكن يجري بالمخالفة لأحكام هذا القانون».

مادة (٥): «يلغى كل حكم يتعارض مع هذا القانون».

مادة (٢٣٠) من القانون رقم (٢٠٠٨/٩): « يحظر على جميع الشركات والمؤسسات الفردية التعامل بالبيع، أو الشراء، أو الرهن، أو إصدار حوالة حق، أو إصدار توكيل بالتصرف للغير، أو قبول وكالة بالتصرف عن الغير في القسائم أو البيوت المخصصة لأغراض السكن الخاص في أي موقع وضمن أي مشروع كان، سواء ذلك بصورة مباشرة أو غير مباشرة، ويعتبر باطلاً بطلاناً مطلقاً، وكأن لم يكن كل تعامل من هذا القبيل، وكل إجراء من شأنه نقل ملكية القسائم والبيوت المخصصة لأغراض السكن يجري بالمخالفة لأحكام هذه المادة».

مادة (٤): «تلغى الفقرة الأخيرة من المادة (٧٠) من قانون الشركات التجارية الصادر بالقانون رقم (١٥) لسنة (١٩٦٠)، كما يلغى كل حكم يتعارض مع هذا القانون».

وتنص المادة (٩٩) من القانون رقم (٣٠) لسنة (٢٠٠٣): «يحظر على البنوك الإسلامية أن تمتلك أو تتعامل في قسائم أو مباني السكن الخاص داخل الكويت فيما عدا:

١- ما تمتلكه أو تتعامل فيه لأغراض تنفيذ عمليات تتم أو يتم التمويل التي يتم أو الاتفاق عليها مع العملاء، وفقاً لأساليب وصيغ التمويل التي تتفق وأحكام الشريعة الإسلامية».

ويظهر من هذه النصوص السالفة بصورة واضحة تواردها على محل واحد وهو العقار السكني، بحكمين مختلفين، أحدهما يجيز التعامل، والآخر يحظر التعامل؛ مما يؤدي إلى تعذر تطبيق القاعدتين في وقت واحد، ويصبح التعارض ظاهراً يستحيل معه تطبيقها في آن واحد، مما يتعين اختيار أحدها، وعند التعارض الكلي بين النصوص، يكون الفيصل هو التاريخ، فالنص الأحدث في التاريخ يلغي النص الأقدم في التاريخ، تطبيقاً لقاعدة: «التشريع اللاحق يلغي التشريع السابق»[١٧]. والخطأ الذي وقع فيه الحكم محل البحث - في تقديرنا - هو أنه نظر إلى المخاطب أو القائم بالعمل - بنك إسلامي أو شركة تجارية- ولم ينظر إلى الموضوع أو المحل - العقار السكني - للقول بعدم وجود التعارض على الرغم من أن القاعدة القانونية التي أشار إليها الحكم تعتمد في وجود التعارض من عدمه على المحل أو الموضوع وهو العقار السكني.

ويتبين لنا مما سبق أن هذا القضاء لم يكن موفقاً فيما انتهى إليه من عدم وجود التعارض بين القوانين؛ لوقوع التعارض التام بين القانونين رقم (٢٠٠٨/٩،٨)، والقانون رقم (٢٠٠٣/٣٠).

جـ- الإلغاء الضمني نتيجة التنظيم الجديد:

قد يتحقق الإلغاء للتشريع عندما يقوم المشرع بتنظيم موضوع سبق أن نظمه في تشريع أو في تشريعات سابقة، فإن قيام المشرع بتنظيم الموضوع من جديد

(١٧) حجازي، عبدالحي. مرجع سابق. ص٥٨٨.

يترتب عليه إلغاء جميع ما سبق أن نظمه، حتى لو لم ينص صراحة في التشريع الجديد على إلغاء التشريع السابق.

ولما كان ذلك وكان الثابت أن المشرع في القانون رقم (٢٠٠٨/٩) قد نظم موضوع العقار السكني (بيوت و قسائم) وعلاقة الشركات في هذا الموضوع، وحظر بصورة مطلقة تعامل الشركات مع العقار السكني بأي صورة كانت؛ إذ نصت المادة الأولى منه: «يحظر على جميع الشركات والمؤسسات الفردية التعامل بالبيع، أو الشراء، أو الرهن، أو إصدار حوالة حق للغير، أو إصدار توكيل بالتصرف للغير، أو قبول وكالة بالتصرف عن الغير في القسائم أو البيوت المخصصة لأغراض السكن الخاص في أي موقع، وضمن أي مشروع كان، سواء كان ذلك بصورة مباشرة أو غير مباشرة، ويعتبر باطلاً بطلاناً مطلقاً، وكأن لم يكن كل تعامل وكل إجراء من شأنه نقل ملكية القسائم أو البيوت المخصصة لأغراض السكن الخاص يجري بالمخالفة لأحكام هذه المادة».

وفرض القانون على الشركات والمؤسسات الفردية التزاماً رتب البطلان المطلق على مخالفته.

ونص في المادة الثانية على أن: «تلتزم الشركات والمؤسسات الفردية القيام ببيع ما تملكه من القسائم والبيوت المخصصة لأغراض السكن الخاص خلال فترة لا تجاوز ثلاث سنوات، اعتباراً من أول الشهر الحالي لتاريخ العمل بهذا القانون، ولا يعتد بالبيع إلا بعد نقل ملكية القسيمة أو البيت وقيده في السجل العقاري، وصدور وثيقة التملك للغير، ويعتبر باطلاً بطلاناً مطلقاً وكأن لم يكن كل نقل للملكية يتم على خلاف ذلك».

وألزم القانون في المادة الثالثة منه وزير التجارة والصناعة ما يأتي: يقدم وزير التجارة والصناعة إلى مجلس الوزراء تقريراً مفصلاً كل ستة أشهر اعتباراً من أول الشهر التالي لتاريخ العمل بهذا القانون عن أي مخالفة، وعن أسماء المخالفين لأحكام المادة (٢٣٠) من قانون الشركات التجارية الصادر بالقانون رقم (١٥) لسنة (١٩٦٠).

ومع عدم الإخلال بأحكام المادة (٢٣٠) من قانون الشركات التجارية المشار إليه، تفرض على هذه المخالفات غرامة سنوية، مقدارها عشرة دنانير كويتية عن كل متر مربع من هذه القسائم أو البيوت أو خمسة في المائة (٥٪) من قيمتها السوقية، أيهما أكبر، ويصدر مجلس الوزراء القرارات اللازمة في شأن تحصيل هذه الغرامة.

وأشار القانون صراحة بالمادة (٤) منه: «يلغى كل حكم يتعارض مع هذا القانون».

وعليه يكون تنظيم المشرع بالقانون رقم (٢٠٠٨/٩) لموضوع العقار السكني، طبقاً للأحكام الواردة فيه يدل على أن المشرع قصد من تنظيم الموضوع الجديد (العقار السكني) تصفية الماضي، وإلغاء التشريعات القديمة التي كانت تنظم هذا الموضوع الجديد، ولا يغير من ذلك القول بأن البنك الإسلامي لا يسري في حقه ذلك القانون؛ لأن البنك الإسلامي لابد لممارسة أعمال أن يتخذ شكل شركة مساهمة[١٨].

وعليه يمكننا القول بتحقق الإلغاء للمادة (٩٩) من القانون (٢٠٠٣/٣٠)؛ لقيام المشرع بتنظيم العقار السكني من جديد، وحظر على الشركات والبنوك التعامل مع العقار السكني بأي صورة كانت.

د- موقف القضاء من إلغاء التشريع العام للخاص:

تعرض القضاء الكويتي للتشريعين العام والخاص، وقضى بأن «التشريع العام اللاحق لا ينسخ ضمنياً التشريع الخاص السابق عليه، سريان الأخير لتحقيق الغرض الذي وضع من أجله باعتباره استثناء على قواعد التشريع الجديد، شرط ذلك ألا تكون قواعد التشريع الجديد قد صيغت على نحو يستبعد معه أي استثناء»[١٩].

(١٨) ٩٠/١ من القانون رقم ٢٠٠٣/٣٠.
(١٩) تمييز رقم ٢٠٠٦/٦٠٤ مدني جلسة ٢٠٠٨/١/٧. حكم غير منشور.

وبالرجوع إلى القانونين رقم (٨،٢٠٠٨/٩) نجد أنهما صيغا على النحو التالي:

مادة أولى مكرر (ب) من القانون رقم (٢٠٠٨/٨): « يحظر على جميع الشركات والمؤسسات الفردية التعامل بالبيع، أو الشراء، أو الرهن، أو إصدار حوالة حق، أو إصدار توكيل بالتصرف للغير، أو قبول وكالة بالتصرف عن الغير في القسائم أو البيوت المخصصة لأغراض السكن الخاص في أي موقع، وضمن أي مشروع كان، سواء ذلك بشكل مباشر أو غير مباشر، ويعتبر باطلاً بطلاناً مطلقاً، وكأن لم يكن كل تعامل من هذا القبيل، وكل إجراء من شأنه نقل ملكية القسائم والبيوت المخصصة لأغراض السكن يجري بالمخالفة لأحكام هذا القانون».

مادة (٥):«يلغى كل حكم يتعارض مع هذا القانون».

مادة (٢٣٠) من القانون رقم (٢٠٠٨/٩): «يحظر على جميع الشركات والمؤسسات الفردية التعامل بالبيع، أو الشراء، أو الرهن، أو إصدار حوالة حق، أو إصدار توكيل بالتصرف للغير، أو قبول وكالة بالتصرف عن الغير في القسائم أو البيوت المخصصة لأغراض السكن الخاص في أي موقع، وضمن أي مشروع كان، سواء ذلك بصورة مباشر أو غير مباشر، ويعتبر باطلاً بطلاناً مطلقاً، وكأن لم يكن كل تعامل من هذا القبيل، وكل إجراء من شأنه نقل ملكية القسائم والبيوت المخصصة لأغراض السكن يجري بالمخالفة لأحكام هذه المادة».

مادة (٤): «تلغى الفقرة الأخيرة من المادة (٧٠) من قانون الشركات التجارية، الصادر بالقانون رقم (١٥) لسنة (١٩٦٠)، كما يلغى كل حكم يتعارض مع هذا القانون».

فالقواعد القانونية الواردة بالقانونين أعلاه وردت بصيغة يستبعد معها أي استثناء؛ مما يجعلنا نقول وبحق: إن الحكم محل البحث قد خالف قضاء التمييز السابق، ولو أراد المشرع استثناء البنوك الإسلامية من الحظر الوارد في هذين القانونين (٨، ٢٠٠٨/٩) لما أعوزه النص في ذلك، ولكن الواقع يدل على أن البنوك الإسلامية باعتبارها شركات مساهمة مشمولة بالحظر الوارد في القانونين سالفي الذكر.

ثالثاً – ديباجة القانون:

ذهب الحكم محل البحث إلى عدم سريان القانونين رقمي (٨، ٢٠٠٨/٩) على البنوك الإسلامية، معتمداً على عدم الإشارة إلى قانون النقد والبنك المركزي وتنظيم المهنة المصرفية، الذي يحكم البنوك الإسلامية في ديباجة القانون.

والقوانين التي تصدر من السلطة التشريعية لابد من احتوائها على ديباجة لكل قانون، وتعرف الديباجة بأنها: تؤدي الديباجة من الناحية النصية وظيفة مهمة؛ تتمثل في تحقيق مقبولية النص القانوني لدى المخاطبين بأحكامه، وهي تتحقق بإسباغ صفة رسمية عليه، وتعني أن هذا النص قد ولد بطريقة شرعية من الجهة المخول بها إصداره، وكل نص يصدر من جهة غير الجهة المخولة قانوناً بإصداره هو نص غير شرعي لا ينتج أثراً، ولا تترتب على الأفراد إذا لم يلتزموا بإنفاذ أحكامه، ولهم عندئذ الطعن بعدم الدستورية(٢٠×).

ويرى الحكم محل البحث عدم انطباق القانونين (٨،٩/٢٠٠٨) على البنوك الإسلامية انطلاقاً من أن ديباجة القانونين الأخيرين خلت من الإشارة إلى قانون النقد وبنك الكويت المركزي وتنظيم المهنة المصرفية، ولو أن المشرع أراد انصراف أحكام القانونين (٨،٩/٢٠٠٨) إلى البنوك الإسلامية ما أعوزه النص على ذلك.

وفي تقديرنا أن ذلك الاجتهاد لا يكفي لعدم انطباق القانونين (٨،٩/٢٠٠٨) على البنوك الإسلامية، والسبب في ذلك هو أن الديباجة ليست لها حجية؛ بمعنى أن القوانين المشار إليها في الديباجة ليست هي الوحيدة المعنية بهذا التشريع، ولو أن ما ذهب إليه الحكم محل البحث صحيح في حجية ديباجة القانونين (٨،٩/٢٠٠٨)

(٢٠) بيومي ، سعيد أحمد. لغة القانون في ضوء علم لغة النص دراسة في التماسك النص. دار الكتب القانونية. مصر. دون سنة نشر. ص ٣٣١. وراجع: صبرة، محمود محمد علي. الاتجاهات الحديثة في إعداد وصياغة مشروعات القوانين. الناشر: دار الكتب القانونية ودار شتات. دون سنة نشر. ص١٣٧.

للقول بعدم انطباق القانونين الأخيرين على البنوك الإسلامية، لما كان المشرع في حاجة إلى أن يختم القانونين (٨،٩/٢٠٠٨) بالنص على إلغاء كل حكم يتعارض مع هذا القانون، وإلا اعتبرنا هذه الفقرة من اللغو والمشرع منزه عن ذلك.

فضلاً عن أنه من الصعب عملياً إيراد جميع القوانين التي نظرت أو ذات العلاقة في الديباجة، فيغني عن إيراد ذلك في القانون ذكر: «ويلغى كل حكم يتعارض مع القانون».

وعليه فإن الديباجة حجيتها فقط في إسباغ الصفة الرسمية على القانون؛ للتحقق من الجهة التي أصدرت القانون أهي جهة مخولة بإصدار القانون أم لا؟

ومن ثم فإن استناد الحكم محل البحث إلى عدم إشارة الديباجة إلى قانون البنك المركزي للقول بعدم انطباق القانونين (٨، ٩/٢٠٠٨) على البنوك الإسلامية، اجتهاد لم يكن موفقاً؛ لأن وظيفة الديباجة هي تحديد مدى شرعية الجهة التي أصدرته.

رابعاً- الأعمال التحضيرية:

طرح الحكم محل البحث الأعمال التحضيرية للقانونين رقمي (٨، ٩/٢٠٠٨)، اللذين أشار إلى أحد البنوك الإسلامية – بيت التمويل الكويتي – كأحد أسباب ارتفاع أسعار العقار، الذي صدرت القوانين السابقة من أجل حل له.

وتعتبر الأعمال التحضيرية من وسائل التفسير وتمثل معيناً في تفسير نصوص القانون، وعادة يلجأ إليها القضاء، ويقول الحكم عن الأعمال التحضيرية: «إذ إنه من المعلوم أنه وإن كانت الأعمال التحضيرية للقانون هي مما تلقي بظلالها على أحكامه عند إعمالها بعد صدور القانون لمراعاة ما يستخلص منها؛ من إدراك للتوجهات العامة التي توضح مقاصد التشريع، وأسباب إعداده والتوجهات العامة، والسياسات العامة التي أريد به تحقيقها، والمسائل العامة التي أريد به علاجها، فإن كل ذلك لا يصل بها الحال إلى اعتبار ما ورد بهذه الأعمال، ولا بأقوال المناقشين

لمشروع القانون، بمثابة تفسير لنصوص لها وجه إلزام، أو لها حجية ترجيح أو تغليب لوجه تفسير آخر لا تفيده نصوص القانون، باعتبار أن آراء من ساهموا في إعداده إنما هي محض آراء فردية واجتهادات شخصية، فالقانون إنما يصدر عن إرادة جماعية تتأتى من جمهور الموافقين عليه المصوتين له في المجلس النيابي، وليس بسائغ حصر نطاق أحكام القانون في إرادة فردية معبرة عنه، وهو قد صدر عن إرادة جماعية شاملة، كما أنه ليس من السائغ أيضاً حصر القانون في إرادة باطنة من نية فرد أو أفراد ساهموا في تنشئته الأولى، بل يتعين أن تستخلص أحكامه في وجود الإرادة الظاهرة المفصحة عن ذاتها من نص عباراته».

ونقول تعليقاً على الحكم: إن ما قدم من محاضر مناقشات القانون رقم (٢٠٠٨/٩)، قدمت للمحكمة، فإن البين من محاضر مجلس الأمة وأقوال المناقشين أنهم قد تطرقوا إلى بيت التمويل الكويتي والبنوك الإسلامية؛ إذ يذكر السيد خضير العنزي عضو مجلس الأمة في مداخلته: أن بيت التمويل الكويتي أحد أسباب ارتفاع الأسعار. ويتحدث كذلك مقرر اللجنة في الجلسة ذاتها السيد خالد العدوة عضو مجلس الأمة مشيراً إلى أن البنوك والشركات هي سبب ارتفاع الأسعار. وهؤلاء المتحدثون لا يمكن أن يوصفوا من الحكم بأنها آراء فردية أو اجتهادات شخصية، فعضو المجلس يمثل الأمة بأسرها- المادة (١٠٨) من الدستور- وهذه الآراء لم نجد لها معترضاً داخل قبة البرلمان في أثناء المناقشة، فلم يظهر عضو في المجلس ليقول: إن هذا القانون لا يسري في حق بيت التمويل أو البنوك الإسلامية؛ مما يجعل وصف آراء الأعضاء في مناقشات القانون آراء فردية، لم يكن موفقاً فيه.

أما الإرادة الجماعية التي يرى الحكم أنها تأتي من جمهور الموافقين المصوتين له في المجلس والمعبرة عن القانون، فقد فات الحكم أن محاضر مجلس الأمة بتاريخ (٢٠٠٨/١/٢٤)، الخاصة بالقانون رقم (٢٠٠٨/٩) ثابت فيها أن جميع الأعضاء موافقون على القانون رقم (٢٠٠٨/٩) دون اعتراض من أحد، ولم يكن من بين المتقدمين باقتراح القانون رقم (٢٠٠٨/٩) العضوان خالدة العدوة، وخضير

العنزي، بل جاءت إرادة الأمة مجتمعة بالموافقة على ذلك القانون، الذي تجلى فيه وجود الإرادة الظاهرة المفصحة عن ذاتها من نص عباراته، بسريان القانونين رقمي (٨، ٩/٢٠٠٨) على الشركات والبنوك، فالقانون يحظر على الشركات التعامل مع العقار السكني، وجاء هذا الحظر بصورة مطلقة، وبيت التمويل الكويتي عبارة عن شركة، وفقاً لنظامها الأساسي الصادر قبل قانون البنوك الإسلامية أو بعد خضوعها لقانون البنوك الإسلامية.

مما جعلنا لا نوافق الحكم في عدم أخذه بما جاء في محاضر مناقشة القانونين (٨، ٩/٢٠٠٨)، التي تشير صراحة إلى سريانه على بيت التمويل الكويتي والبنوك الإسلامية بصفة عامة.

إذ تنص المادة الأولى من القانون الكويتي على الآتي :

«تسري النصوص التشريعية على المسائل التي تتناولها هذه النصوص بمنطوقها ....». وهذا النص يدل على أخذ المشرع بطرق التفسير المنطقية بالأدلة الخارجية (كالمصادر التاريخية والأعمال التحضيرية)[٢١].

خامساً- الطبيعة القانونية لبيت التمويل الكويتي:

يرى الحكم محل البحث أن حكم المادة (٩٩) سالفة الذكر إنما ينصرف إلى البنوك الإسلامية الموصوفة في القانون بهذا الوصف، ولا ينصرف إليها بحكم كونها من الشركات التجارية، وهو مما تنحسر عنها الأحكام الواردة بالقانونين رقم (٨) ورقم (٩) لسنة (٢٠٠٨).

فالحكم يعطي لبيت التمويل الكويتي وصفين؛ الوصف الأول بأنه بنك إسلامي، والوصف الآخر بأنه شركة تجارية.

(٢١) الصادق، سعيد. أصول القانون نظرية القانون (وفقاً للقانون الكويتي) سنة ١٩٨٥/١٩٨٦ . دون ناشر. ص٣١٤.

ويشير الحكم إلى أن حكم المادة (٩٩) ينصرف إلى بيت التمويل الكويتي كبنك إسلامي بهذا الوصف، ولا ينصرف إليه بكونه شركة تجارية.

وهذا التمييز لبيت التمويل الكويتي – من الحكم بين البنك والشركات – لا نجد له سنداً قانونياً، فقانون البنوك الإسلامية يؤكد في المادة (٩٠) من القانون (٢٠٠٣/٣٠) الخاص بالبنوك الإسلامية: «مع مراعاة أحكام قانون الشركات التجارية فيما لا يتعارض مع أحكام هذا القانون، يشترط لتسجيل البنوك الإسلامية في السجل ما يلي:

أن يتخذ البنك شكل شركة مساهمة تطرح أسهمها للاكتتاب العام، ويجوز بقرار من مجلس الوزراء بناء على اقتراح مجلس إدارة البنك المركزي وموافقة وزير المالية أن يستثنى من هذا الحكم فروع البنوك الإسلامية الأجنبية، وذلك عند السماح لهذه البنوك بإنشاء فروع لها في دولة الكويت».

وعليه، لابد للبنك الإسلامي أن يكون شركة مساهمة، ومن ثم لا يوجد انفصام بين البنك والشركة للقول بإمكانية التمييز بين البنك الإسلامي والشركة.

ناهيك عن أن هذا التمييز من الحكم يدخلنا في إشكالية تتمثل في الآتي:

ما الأعمال التي يقوم بها البنك الإسلامي بهذا الوصف؟ وما الأعمال التي يقوم بها (البنك الإسلامي) كونه شركة تجارية ؟

لذلك نجد أن هذا الحكم لم يكن موفقاً في هذا التمييز للفصل بين الأعمال التي يقوم بها البنك الإسلامي أو الشركة التجارية؛ لأن القانون يشير صراحة إلى أن كل بنك إسلامي يجب أن يكون شركة تجارية بصورة شركة مساهمة.

الخاتمة

رأينا الخاص

أولًا- القانون رقم (٢٠٠٨/٩) قواعد آمرة :

تصنف القواعد القانونية ، إلى قواعد آمرة لا يجوز للأفراد الاتفاق على خلاف حكمها ، وقواعد مكملة تجيز الاتفاق على خلاف حكمها . وللتمييز بين القواعد الآمرة والمكملة ، هناك طريقتان: الطريقة المعنوية (النظام العام) والطريقة اللفظية[٢٢]:

فالطريقة المعنوية : تعتمد على معنى النص أو مضمونه ، فإذا كان معنى النص أو مضمونه يتضمن قاعدة لا يصح الاتفاق على خلافها؛ نظراً لتعلقها بكيان الجماعة و مصالحها الأساسية ، كانت القاعدة آمرة.

يعرف النظام العام والآداب : بأنه مجموعة من الأفكار والمبادئ الأساسية التي يقوم عليها كيان المجتمع في أنظمته المختلفة: قانونية وسياسية واجتماعية، التي تعبر عن مصالحه الأساسية.

أما الطريقة اللفظية : فإنها تعتمد على نص المشرع ذاته، فإذا تبين من عبارات النص وألفاظه أن القاعدة آمرة أو مكملة ، ترتب على ذلك عدم إمكان مخالفتها أو إمكان ذلك بحسب الأحوال .

والقانون رقم ٢٠٠٨/٩ ، الذي استبعد الحكم محل البحث تطبيقه على واقعة الدعوى تعتبر قواعده آمرة .

فقد نص القانون رقم (٢٠٠٨/٩) على الآتي :

---

(٢٢) فرج، توفيق حسن. (١٩٨٨). المدخل للعلوم القانونية. الدار الجامعية. الطبعة الأولى. ص٧٣ وما بعدها.

مادة (١): يضاف إلى قانون الشركات التجارية الصادر بالقانون رقم (١٩٦٠/١٥) باب جديد بعنوان «الباب التاسع: أحكام عامة» يشمل مادة جديدة برقم (٢٣٠) مايأتي:

مادة (٢٣٠) : «يحظر على جميع الشركات والمؤسسات الفردية التعامل بالبيع، أو الشراء، أو الرهن، أو إصدار حوالة حق للغير، أو إصدار توكيل بالتصرف للغير، أو قبول وكالة بالتصرف عن الغير في القسائم أو البيوت المخصصة لأغراض السكن الخاص في أي موقع وضمن أي مشروع كان، سواء كان ذلك بصورة مباشرة أو غير مباشرة، ويعتبر باطلاً بطلاناً مطلقاً، وكأن لم يكن كل تعامل وكل إجراء من شأنه نقل ملكية القسائم أو البيوت المخصصة لأغراض السكن الخاص يجري بالمخالفة لأحكام هذه المادة».

مادة (٢) : «مع عدم الإخلال بالأحكام الأخرى المنصوص عليها في المادة (٢٣٠) من قانون الشركات التجارية، الصادر بالقانون رقم (١٩٦٠/١٥) تلتزم الشركات والمؤسسات الفردية القيام ببيع ما تملكه من القسائم والبيوت المخصصة لأغراض السكن الخاص خلال فترة لا تجاوز ثلاث سنوات اعتباراً من أول الشهر التالي لتاريخ العمل بهذا القانون» .

مادة (٣) : «يقدم وزير التجارة والصناعة :

ومع عدم الإخلال بأحكام المادة (٢٣٠) من قانون الشركات التجارية المشار إليه، تفرض على هذه المخالفات غرامة سنوية مقدارها عشرة دنانير كويتية عن كل متر مربع من هذه القسائم أو البيوت، أو خمسة في المائة (٥٪) من قيمتها السوقية أيهما أكبر ...».

مادة (٤): «يلغى كل حكم يتعارض مع هذا القانون» .

كما جاء بالمذكرة الإيضاحية لهذا القانون الآتي: إن من أولى واجبات الدولة أن توفر لكل من مواطنيها السكن المناسب حتى يعيش حياة اجتماعية طبيعية، تكفل له ولجميع أفراد أسرته الإنتاج والعطاء.

وإذا كانت الدولة قد أولت الرعاية الإسكانية اهتماماً خاصاً، وأنشأت العديد من الجهات التي تولت تنفيذ هذه الرعاية التي كان آخرها إنشاء المؤسسة العامة للرعاية السكنية، وفقاً للقانون رقم (٤٧) لسنة (١٩٩٣)، فإن من المؤكد أنه على الرغم من كل هذه الجهود لا تزال طلبات الرعاية السكنية تتراكم حتى تجاوزت ضعف ما كانت عليه قبل سنوات، وأصبحت الفترة الزمنية بين تقديم الطلب للحصول على سكن والحصول عليه فعلاً أبعد مما كانت عليه من قبل، ومما زاد الأمر تفاقماً ارتفاع أسعار قسائم السكن الخاص (قسائم وبيت)؛ بسبب الاتجار فيه، بل حجبها أحياناً عن التعامل في انتظار المزيد من زيادة الأسعار، وكلاهما ضرر محض؛ فارتفاع أسعار القسائم يرفع من تكلفة الإسكان ولاسيما بالنسبة إلى قطاع الشباب، وحجبها عن التداول يعني تجميداً لثروة وطنية.

لا شك أن للشركات دوراً كبيراً في ظهور هذه النتائج السلبية، وعلى الرغم من أحكام الفقرة الأخيرة من المادة (٧٠) من قانون الشركات التجارية رقم (١٥) لسنة (١٩٦٠) فإنه نتيجة لضعف الرقابة على الشركات، استمر بعضها سائراً في غيه بمخالفة القانون والتحايل عليه؛ بالتعامل بقسائم السكن الخاص بشكل مباشر، أو عن طريق تسجيل هذه القسائم بأسماء أشخاص طبيعيين، سواء كانوا من أعضاء مجلس إدارة هذه الشركات، أم من العاملين فيها أم غيرهم، أم بأي طريقة أخرى للالتفات على أحكام القانون.

ومن أجل وضع حل لكل ذلك وتوسيع نطاق الحظر ليشمل بالإضافة إلى الشركات المؤسسات الفردية المرخص لها، وفقاً لأحكام القانون رقم (٣٢) لسنة (١٩٦٩) بشأن تنظيم تراخيص المحال التجارية، أعد هذا القانون نصاً في مادته الأولى على أن يضاف إلى قانون الشركات التجارية، الصادر بالقانون رقم (١٥) لسنة (١٩٦٠) بعد المادة (٢٢٩) منه باب جديد بعنوان «الباب التاسع: أحكام عامة» يشتمل على مادة جديدة برقم (٢٣٠) نصت على: «أن يحظر على جميع الشركات والمؤسسات الفردية التعامل بالبيع، أو الشراء، أو الرهن، أو إصدار حوالة حق للغير، أو منح توكيل بالتصرف للغير، أو قبول الوكالة بالتصرف عن الغير في القسائم أو البيوت المخصصة لأغراض السكن الخاص ...».

وواضح من استقراء أحكام هذا القانون ومذكرته الإيضاحية، وعلى وجه الخصوص فرض غرامة جزائية على مخالفة أحكامه؛ أنه يهدف إلى تحقيق مصالح عامة سياسية واجتماعية واقتصادية تتعلق بنظام المجتمع، وتعلو على مصلحة الأفراد، وبذلك يكون قد توافرت في شأنه جميع سمات وخصائص القوانين المتعلقة بالنظام العام على نحو ما استقر قضاء التمييز.

فقد قضت محكمة التمييز بأنه : «من المقرر أن القواعد القانونية التي تعتبر من النظام العام هي القواعد التي يقصد بها تحقيق مصلحة عامة سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية، تتعلق بنظام المجتمع الأعلى، وتعلو على مصلحة الأفراد، فيجب على جميع الأفراد مراعاة هذه المصلحة وتحقيقها، ولا يجوز لهم أن يناهضوها باتفاقات فيما بينهم، حتى ولو حققت هذه الاتفاقات لهم مصالح فردية؛ لأن المصالح الفردية لا تقوم أمام المصلحة العامة»[٢٣].

كما قضت محكمة النقض المصرية بأنه: «من المقرر أنه إذا دلت عبارة النص التشريعي أو إشارته على اتجاه قصد المشرع من تقرير القاعدة القانونية الواردة به، إلى تنظيم وضع بذاته على نحو محدد لا يجوز الخروج عليه، التزاماً بمقتضيات الصالح العام، وترجيحها على ما قد يكون لبعض الأفراد من مصالح خاصة مغايرة، فإن هذه القاعدة تعتبر من القواعد الآمرة المتعلقة بالنظام العام»[٢٤].

ومتى كانت القاعدة هي ما تقدم، وكان الواضح من عبارات القانون رقم (٢٠٠٨/٩)، ومذكرته الإيضاحية أنه تضمن أحكاماً آمرة بقوله: يحظر. كما رتب على مخالفة أحكامه البطلان المطلق، كما فرض عقوبة جزائية على مخالفته؛ وذلك

(٢٣) تمييز رقم (٩٧/١١٠/١٠٥) تجاري جلسة (٩٨/٣/٣٠). وطعن رقم (٢٠٠٠/٢٢٠/٢١٩) مدني جلسة (٢٠٠٠/١١/١٥). مجموعة القواعد القانونية. القسم الرابع. المجلد السادس. ص ٦٤٨. رقم (٢٣).

(٢٤) نقض رقم (٤٥/٩٣١ ق). جلسة (٧٩/٥/٥). وطعن رقم (٤٨/٣٢٦ ق). جلسة (١٩٨٢/١٢/٢٠). مشار إليهما بمجموعة أحكام النقض في خمسين عاماً. الجزء الثاني. ص ٣٨٥. رقم (٥٧٤) .

بهدف تحقيق مصالح عامة اجتماعية واقتصادية؛ بتوفير الرعاية السكنية لأفراد الجمهور بأسعار مناسبة، ومنع الشركات والمؤسسات الفردية من التعامل في قسائم السكن الخاص بشكل مباشر أو غير مباشر، ومن ثم فهو قانون متعلق بالنظام العام، حتى ولو كان قد ألحق بقانون الشركات التجارية؛ لأنه مع ذلك يبقى محتفظاً بذاتيته وأهدافه والمصالح العامة، التي صدر من أجل تحقيقها أياً كانت طبيعة التشريع الذي ألحق به، فهو –إذن– قانون متعلق بالنظام العام حتى ولو كان قد ألحق بقانون الشركات التجارية.

في ذلك قضت محكمة التمييز بأن: «التشريع الواحد فيما يتضمنه من أحكام قد يكون بعضها عام والآخر خاص، والعبرة بطبيعة القاعدة القانونية فيما تعالجه، وليس بطبيعة التشريع الذي وردت فيه»[٢٥].

ومن هنا، ولكل ما تقدم – ويكون واضحاً أن القانون رقم (٢٠٠٨/٩) وهو القانون اللاحق، وهو قانون يتعلق بالنظام العام، ويهدف إلى تحقيق مصالح عامة اجتماعية واقتصادية بتوفير الرعاية السكنية لأفراد الشعب – فإن هذا القانون يعتبر ناسخاً للقانون رقم (٢٠٠٣/٣٠) في شأن البنوك الإسلامية، الذي لا يهدف سوى تحقيق مصلحة فردية لبيت التمويل الكويتي؛ لأن المقرر أن القاعدة المتعلقة بالنظام العام تعلو على سائر القواعد الأخرى، وتكون هي الواجبة الإعمال، خاصة أن القانون رقم (٢٠٠٨/٩) قد نص في مادته (٤) على إلغاء كل حكم يتعارض مع هذا القانون، ومن ثم يكون القانون رقم (٢٠٠٣/٣٠) في شأن البنوك الإسلامية، الذي لا يهدف إلا لتحقيق مصلحة فردية لبيت التمويل الكويتي، قد أصبح منسوخاً بالقانون رقم (٢٠٠٨/٩) المتعلق بالنظام العام، الذي يهدف إلى تحقيق مصالح عامة اجتماعية واقتصادية بتوفير الرعاية السكنية لأفراد الشعب.

(٢٥) تمييز رقم (٩٢/١٢٢). تجاري جلسة (٩٣/٣/١). مجموعة القواعد القانونية. القسم الثالث. المجلد الثالث. ص ٤٥٢. رقم (٧٨).

ومن ثم، فإن ما ذهب إليه الحكم من أن حظر التعامل في قسائم وبيت السكن الخاص الواردة بالقانون رقم (٢٠٠٨/٩) لا ينسحبان إلى البنوك الإسلامية – التي منها بيت التمويل الكويتي – يكون قد جانبه الصواب.

ثانياً- عدم أحقية البنوك الإسلامية برهن العقار السكني:

بعد صدور الحكم محل البحث تبقى أمور قانونية تطرح نفسها للبحث، وهي هل يحق للبنوك الإسلامية رهن العقارات السكنية؟

انتهى الحكم إلى أن البنوك الإسلامية لا ينطبق عليها القانونان (٨، ٩ لسنة (٢٠٠٨)؛ لأن البنوك الإسلامية لها قانون خاص هو القانون رقم (٣٠) لسنة (٢٠٠٣)، أما القانونان رقما (٨، ٩) لسنة (٢٠٠٨)، فقد وردا في قانون الشركات والأخير عبارة عن قانون عام، لكن ما الحدود بين القانونين العام والخاص؟ بمعنى متى يتم إعمال أحكام القانون العام على القانون الخاص؟ ومتى لا يعمل بأحكام القانون العام على القانون الخاص؟

نجيب عن ذلك بما هو مستقر عليه قضاءً؛ إذ إن القضاء مستقر على أنه من المقرر أنه مع قيام القانون الخاص لا يرجع إلى أحكام القانون العام إلا في ما فات القانون الخاص من أحكام، فلا يجوز إهدار القانون الخاص بذريعة إعمال قاعدة عامة؛ لما في ذلك من منافاة صريحة للغرض الذي وضع من أجله القانون الخاص[٢٦].

فهذا الحكم يكشف لنا أن القانون العام (قانون الشركات) لا يرجع له إلا في ما فات القانون الخاص (قانون البنوك الإسلامية) من أحكام، والسؤال يطرح نفسه، وهو: هل القانون الخاص (قانون البنوك الإسلامية) ورد في أحكامه حق البنوك الإسلامية في رهن العقار السكني؟

(٢٦) نقض مدني. رقم (١٠٣٣٤). لسنة (٧٦) القضائية. جلسة (٢٠٠٨/١٢/٢٢).

إن قانون البنوك الإسلامية ورد في المادة (٩٩) منه يحظر على البنوك الإسلامية أن تمتلك، أو تتعامل في قسائم ، أو مباني السكن الخاص داخل دولة الكويت في ما عدا:

١- ما تمتلكه أو تتعامل فيه لأغراض تنفيذ عمليات التي تم أو يتم الاتفاق عليها مع العملاء، وفقاً لأساليب وصيغ التمويل التي تتفق وأحكام الشريعة الإسلامية.

وحددت المادة (٨٦) من القانون أعلاه صيغ التمويل، وهي المرابحة والمشاركة والمضاربة.

والمادة (١٠٠) من القانون أعلاه نصت على الآتي في ما لم يرد بشأنه نص خاص في هذا القسم تخضع البنوك الإسلامية لأحكام هذا القانون- المعني قانون النقد وبنك الكويت المركزي وتنظيم المهنة المصرفية- وبما لا يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية.

وبالرجوع إلى قانون البنوك الإسلامية لم يرد فيه نص خاص يعطي البنوك الإسلامية حق الرهن للعقار السكني، ولم يرد في مذكرته الإيضاحية ولا في قانون البنك المركزي حق البنوك الإسلامية في رهن العقار السكني، وعليه، لابد من إعمال أحكام القانون العام (قانون الشركات)؛ إذ خلت نصوص القانون الخاص (قانون البنوك الإسلامية) من حكم خاص لحق البنوك الإسلامية في رهن العقار السكني.

إذ يعتبر قانون الشركات هو القانون العام لقانون البنوك الإسلامية؛ حيث ورد في ديباجة قانون البنوك الإسلامية بعد الاطلاع على الدستور، وعلى القانون رقم (١٥) لسنة (١٩٦٠) بإصدار قانون الشركات التجارية والقوانين المعدلة له، والمواد (٨٧، ٩٠) أشارت صراحة إلى أن قانون الشركات يعتبر القانون العام للبنوك الإسلامية.

وقانون الشركات يحظر صراحة على البنوك الإسلامية – باعتبارها شركات مساهمة – رهن العقار السكني، ومن ثم فإن منع البنوك الإسلامية من رهن العقار السكني هو الواجب الإعمال بعد ما تقدم.

ولكن ما الحكم فيما لو قامت وزارة العدل برهن العقار السكني لمصلحة البنوك الإسلامية؟

ففي هذه المسألة جزاءان: الجزاء الأول: قانوني، وهو بطلان قيد الرهن بطلاناً مطلقاً واعتباره كأن لم يكن، والجزاء الثاني: سياسي وهو مسؤولية وزير العدل عن مخالفة أحكام القانون.

الخلاصة:

طبقاً لما تقدم فإننا لا نوافق محكمة التمييز في هذا القضاء، الذي انتهى إلى حق البنوك الإسلامية بتملك العقار السكني ورهنه ، ونرى أن محكمتنا الموقرة قد جانبها الصواب فيما انتهت إليه؛ إذ نرى أن الإلغاء قد تحقق بخصوص المادة (٩٩) من قانون البنوك الإسلامية رقم (٢٠٠٣/٣٠) لما سبق أن عرضناه في هذه الدراسة، ولكننا نتمنى من محكمة التمييز أن تعدل عن قضائها في المستقبل؛ إذ إن هذا الحكم هو الحكم الأول، ولا يعد مبدأ قانونياً؛ حيث يعتبر مبدأ قانونياً الحكم الذي يصدر عن محكمة التمييز في واقعة قد تكررت الأحكام، واستقر القضاء فيها على الحكم على وجه معين.

المراجع

- أبو الليل، إبراهيم الدسوقي. (١٩٩٦). شرح القانون المدني الكويتي. الجزء الأول. نظرية القانون دون ناشر.
- فرج ، توفيق حسن. (١٩٨٨). المدخل للعلوم القانونية. الدار الجامعية. الطبعة الأولى. دون ناشر.
- الأهواني، حسام الدين. (١٩٩٧–١٩٩٨). المدخل للعلوم القانونية . الجزء الأول. نظرية القانون. دون ناشر.
- بيومي، سعيد أحمد. (دون سنة نشر). لغة القانون في ضوء علم لغة النص: دراسة في تماسك النص. دار الكتب القانونية. مصر.
- الصادق، سعيد. (١٩٨٥/١٩٨٦). أصول القانون. نظرية القانون (وفقاً للقانون الكويتي). دون ناشر.
- حجازي، عبدالحي. (١٩٧٢). المدخل لدراسة العلوم القانونية. القانون وفقاً للقانون الكويتي (دراسة مقارنة). دون ناشر.
- الرشيدي، عبدالله حباب . (٢٠١٢). تطور القضاء الإداري في دولة الكويت (دعوى الإلغاء – دعوى التسوية – دعوى التعويض . دراسة مقارنة). نحو ميلاد مجلس الدولة الطبعة الأولى. دون ناشر.
- الحبيني، فهد محمد. (٢٠١٠). مسؤولية أعضاء مجلس إدارة شركة المساهمة عن قرارات مجلس الإدارة. رسالة دكتوراه. كلية الحقوق. جامعة القاهرة .
- عبدالعزيز، محمد كمال. (١٩٩٥). تقنين المرافعات في ضوء القضاء، الفقه. دون ناشر. الطبعة الثالثة.

- أبو العينين، محمد ماهر. (دون سنة نشر). الدفوع في نطاق القانون العام. دون ناشر.
- صبرة، محمود محمد علي. (دون سنة نشر). الاتجاهات الحديثة في إعداد وصياغة مشروعات القوانين الثاني. الناشر: الكتب القانونية، دار شتان.
- منصور، منصور مصطفى. (١٩٩٠/٨٩). مذكرات في أصول القانون. لطلبة كلية الحقوق. جامعة الكويت. دون ناشر.
- مجموعة القواعد القانونية لمحكمة التمييز الكويتية.
- مجموعة القواعد القانونية لمحكمة النقض المصرية.