

الإجارة في القانون الكويتي

دراسة في مفهوم الإجارة وتنظيم شركاتها

وحل تنازع القوانين بشأنها

الدكتور/ يوسف محمد العلي الدكتور/ أحمد حمد الرشود
قسم القانون الدولي - كلية الحقوق قسم القانون الخاص - كلية الحقوق
جامعة الكويت جامعة الكويت

ملخص:

تعد الإجارة من آليات التمويل الحديثة التي لاقت نجاحاً كبيراً في السنوات الأخيرة. وقد دخلت السوق الكويتية ولاقت قبولاً لدى الشركات التجارية والأفراد على السواء. في هذا السياق أصدر المشرع القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٩٨ بالترخيص لتأسيس شركات للإجارة والاستثمار، كما أصدر مجلس الوزراء قراره رقم (٥٤٣) لسنة ١٩٩٨ باللائحة التنفيذية لهذا القانون.

ولما كانت كثير من دول العالم قد سبقتنا بتطبيق نظام الإجارة كأداة لتمويل المشاريع الصناعية منها والعقارية، مع تفاوت في تنظيمها لبعض التفاصيل واختلاف في المصطلحات، فقد كان لا بد من دراسة مفهوم الإجارة ابتداءً.

وحيث إن القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٩٨ قد عني بتنظيم شركات الإجارة والاستثمار فقد كان لا بد من دراسة هذا التنظيم، وفق ما جاء في هذا القانون ولائحته التنفيذية. ولم يعن هذا البحث بدراسة أحكام الإجارة التي ترك المشرع حكمها للقواعد العامة للعقود.

* أجاز البحث بتاريخ ١٢/٢/٢٠٠٧م.

كما أن القانون أجاز استثناء هذه الشركات من بعض أحكام قانون الشركات، وبشكل خاص تلك المتعلقة برأس المال الأجنبي ومشاركته في هذه الشركات. وهو ما يفتح مجالاً للاستثمار الأجنبي للدخول بشكل مباشر في عمليات التمويل في السوق الكويتي.

دخول المستثمر الأجنبي في عمليات الإجارة في الكويت يعني بالضرورة الدخول في علاقات قانونية ذات عنصر أجنبي، أي الحديث في تنازع القوانين. فالمستثمر الأجنبي قد يدخل من خلال بوابة القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٩٨ كشريك في شركة إجارة كويتية، وقد يدخل من طرق أخرى كمزود لعملية الإجارة، ومن المؤكد أنه قد يكون المستأجر. ففي كل هذه الحالات سيكون المستثمر الأجنبي طرفاً في علاقة الإجارة ولا بد من البحث في القانون واجب التطبيق في هذه الحالة.

وعليه سيكون بحثنا هذا من ثلاثة فصول يناقش الأول منها مفهوم الإجارة (الإيجار التمويلي) في القانون المقارن وفي ضوء أحكام القانون الكويتي، ويناقش الفصل الثاني شركة الإجارة والاستثمار في القانون الكويتي، في حين يتناول الفصل الثالث التنازع التشريعي في عقود الإجارة الدولية.

تقديم:

عرفت الإجارة بوصفها آلية لتمويل المشروعات في الولايات المتحدة الأمريكية في سني الخمسينيات وتحولت بها إلى تقنية قانونية لعقود تمويل ذات خصائص جديدة تتجنب بها مثالب عقود البيع الإيجاري أو عقود الائتمان التقليدية. وانتقلت من الولايات المتحدة الأمريكية إلى أوروبا في بداية الستينيات حيث بادرت فرنسا إلى تنظيم هذا النوع من التعاملات الاقتصادية بتشريعات ولحقت بها بلجيكا بالنهج ذاته، في حين بقيت دول أوروبية أخرى تتعامل في عقود الإيجار التمويلي دون تنظيم خاص بها. وفي كلا الحالتين فإن تجربة كل من الاتجاهين وما أسفر عنه الاجتهاد القضائي قد جعل من نظام الإجارة نظاماً قانونياً محدد المعالم.

الفكرة الأساسية التي تقوم عليها الإجارة - على الرغم من التباين في التنظيم القانوني لها - هي علاقة عقدية تهدف إلى تمويل مشروع معين

باستخدام طريقة تتجنب مثالب وسائل التمويل التقليدية بما يضمن حقوق الممول من جانب، ويريح كاهل المستأجر أو المشروع من جزء كبير من تكاليف التأسيس أو التطوير من جانب آخر. وهي في الغالب علاقة ثلاثية من حيث إنها تربط الممول بالمستأجر بالبائع - أو المصنّع - للمواد محل العقد. فهي بلغة القانونيين نقل الحقوق المرتبطة بالأصول من المؤجر للمستأجر لأجل محدود بمقابل مالي. وبلغة الشرعيين عقد على منفعة مقصودة معلومة قابلة للبدل والإباحة بعوض معلوم. ولذا فإن المستأجر خلال مدة العقد يملك حق حيازة المال واستغلاله حصرياً، ولا يملك المؤجر خلال هذه الفترة إلا حق استرجاع المال في حال انقضاء مدة الإجارة، وهو الحق المسمى (reversion)، وعادة ما يكون محلاً للتفاوض. كما أن خيار الشراء عند انتهاء الإجارة لا يرد في عقودها. ويمكن تفسير ذلك بالأساس التاريخي لظهور الفكرة وتطبيقها في القانون الإنجلوسكسوني، أو عدم جواز ذلك في أحكام الشريعة الإسلامية بالنسبة للشركات الملتزمة بالأحكام الشرعية.

وقد أخذت كثير من الدول اليوم بنظام الإجارة أداة لتمويل المشاريع الصناعية والعقارية، وإن تفاوت تنظيمها في بعض التفاصيل. كما سعت بعض الدول العربية - وعلى رأسها مصر ولبنان - لتبني نظام قانوني لعقود الإجارة وتنظيم مؤسساته. وفي الكويت أصدر المشرع القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٩٨ بالترخيص لتأسيس شركات للإجارة والاستثمار، كما أصدر مجلس الوزراء قراره رقم (٥٤٣) لسنة ١٩٩٨ باللائحة التنفيذية للقانون رقم ١٢ لسنة ١٩٩٨. وبذلك يكون المشرع الكويتي قد نظم مؤسسات الإجارة في حين ترك أمر عقد الإجارة للقواعد العامة. وهذا التنظيم، وإن لم يكن جديداً على مستوى الفقه، فهو بحاجة للدراسة وفق أحكام القانون الكويتي، ولا سيما أن اسم القانون مشتق من التسمية المستخدمة في الفقه الإسلامي (الإجارة) وما لذلك من دلالة، هذا بالإضافة إلى ما ورد في مذكرته الإيضاحية من كونه يمثل شكلاً من أشكال التمويل الإسلامي طويل الأجل، مما يعني بالضرورة دراسة الفكرة من خلال أحكام الفقه الإسلامي.

كما أن القانون أجاز استثناء شركات الإجارة من بعض أحكام قانون الشركات، وبشكل خاص تلك المتعلقة برأس المال الأجنبي ومشاركته في هذه الشركات. وهو ما يفتح مجالاً للاستثمار الأجنبي للدخول بشكل مباشر في عمليات التمويل في السوق الكويتي.

إن دخول المستثمر الأجنبي في عمليات الإجارة في الكويت يعني بالضرورة الدخول في علاقات قانونية ذات عنصر أجنبي؛ أي الحديث في تنازع القوانين. فالمستثمر الأجنبي قد يدخل من خلال بوابة القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٩٨ شريكاً في شركة إجارة كويتية، وقد يدخل من طرق أخرى مزوداً لعملية الإجارة، ومن المؤكد أنه قد يكون المستأجر. ففي كل هذه الحالات سيكون المستثمر الأجنبي طرفاً في علاقة الإجارة ولا بد من البحث في القانون واجب التطبيق في هذه الحالة.

وعليه، سيكون بحثنا هذا من ثلاثة فصول؛ يناقش الأول منها مفهوم الإجارة (الإيجار التمويلي) في القانون المقارن وفي ضوء أحكام القانون الكويتي، ويناقش الفصل الثاني شركة الإجارة والاستثمار في القانون الكويتي، في حين يتناول الفصل الثالث التنازع التشريعي في عقود الإجارة الدولية.

الفصل الأول

في مفهوم الإجارة

عند البحث في فكرة الإجارة أو مفهومها نجد أنفسنا أمام تنوع في المصطلح الدال عليها. فهي في أصلها الإنجلوسكسوني تعرف بـ (Leasing)، في حين استخدم المشرع الفرنسي مصطلح (Credit-bail)، وأطلق عليه المشرع البلجيكي مصطلح (Location-financement)، أما المشرع المصري فقد استخدم مصطلح التأجير التمويلي، واستخدم المشرع الكويتي للدلالة على الفكرة ذاتها مصطلح الإجارة. وأمام هذا التنوع في المصطلح المستخدم لا بد من التساؤل: أنتكلم في جميع هذه النظم عن المفهوم ذاته؟ أم إن هناك تبايناً في المفهوم من الجوانب القانونية أو من الناحية الاقتصادية؟

الفكرة الأساسية التي قامت عليها الإجارة في بدايتها واستمر العمل بها على الرغم من التباين في التنظيم القانوني لها، تقوم أساساً على علاقة عقدية بهدف تمويل مشروع معين باستخدام طريقة جديدة تحاول أن تتجنب مثالب وسائل التمويل التقليدية بما يضمن حقوق الممول من جانب، ويريح كاهل المشروع من جزء كبير من تكاليف الإنشاء. وهي في الغالب علاقة ثلاثية من حيث إنها تربط الممول بالمستأجر بالبايع - أو المصنّع - للمواد محل العقد. وقد استقر في العمل بنظام الليزنغ (Leasing) أو نظام التأجير التمويلي (Credit-bail) قواعد وأعراف جعلت من هذه العلاقة القانونية أكثر وضوحاً.

إلا أن المسألة من جانب آخر قد تبدو كما لو كان هناك تباين في مفهوم الإجارة في النظم القانونية المختلفة. فالعلاقة القانونية القائمة على فكرة الإجارة - في حقيقتها - علاقة تدور بين الإيجار والتمويل، وكلا المصطلحين ذو دلالة محددة في تشريع كل دولة، وله من القواعد المنظمة في القوانين القائمة ما يلقي بظلاله على مفهوم الإجارة أو تنظيمها. وقد تباينت النظم المختلفة في نظرتها للإجارة، ووجدنا أنفسنا أمام رأيين متناقضين؛ بين من يرى أن المفهوم واحد وإن اختلفت النظم، ومن يرى أننا أمام مفاهيم مختلفة وإن كان هناك تشابه بينها.

من هنا كان لا بد أن نعرض لمفهوم الإجارة في النظم القانونية المختلفة قبل البدء في دراستها في القانون الكويتي.

المبحث الأول

مفهوم الإجارة في القانون المقارن

لا شك أن دراسة القانون المقارن لا تكون إلا بدراسة الفكرة في المدرستين الإنجلوسكسونية واللاتينية. وعليه، فإننا سنتناول بالبحث في مفهوم الإجارة دراسة هذا المفهوم في الدول التي تأخذ بنظام القانون العام (Common Law) (الفرع الأول)، ثم نعود لدراسة المفهوم في الدول ذات النظام القانوني اللاتيني (Latin Law) (الفرع الثاني).

الفرع الأول

مفهوم الإجارة في الدول ذات النظام القانوني العام

ظهرت الإجارة في مفهومها الغربي أول ما ظهرت في الولايات المتحدة الأمريكية في سني الثلاثينيات في مجال العقار ثم في الخمسينيات في المجال الصناعي وفي مجال المنقولات^(١)، لتنتقل بعدها عبر الأطلسي إلى أوروبا التي عرفت بها شركات الإجارة اعتباراً من أوائل الستينيات. وندرس مفهوم الإجارة فيما يلي كما ورد في قانون الولايات المتحدة الأمريكية (أ) ثم في القانون الإنجليزي (ب).

أ - مفهوم الإجارة في قانون الولايات المتحدة الأمريكية:

تدخل المشرع الفيدرالي في تنظيم علاقة الإجارة، فعرف في المادة ٢٤ من القانون التجاري الموحد عقد الإجارة (Lease) بالنص على:

(ز) "الإيجار التمويلي"، ويعني الإيجار ما يلي:

(١) ترجع بعض المصادر ظهور فكرة الإجارة إلى تاريخ يسبق ذلك بكثير، انظر في ذلك

Mario Giovanoli: Le credit-bail (Leasing) en Europe. Litec, Paris 1980.

- (١) الإيجار الذي لا يقوم فيه المؤجر باختبار أو تصنيع أو توريد للبضائع.
- (٢) الإيجار الذي يحصل بموجبه المؤجر على البضائع أو حق حيازة البضائع واستخدامها فيما يتعلق بالتأجير.
- (٣) إذا حدثت أي من الحالات التالية:
- أ - إذا استلم المستأجر نسخة من العقد الذي حصل المؤجر بموجبه على البضائع أو حق حيازة البضائع واستخدامها قبل توقيع عقد الإيجار.
- ب - إن موافقة المستأجر على العقد الذي حصل المؤجر بموجبه على البضائع أو حق حيازة البضائع واستخدامها يعتبر شرطاً مسبقاً لسريان مفعول عقد الإيجار.
- ج - إذا استلم المستأجر - قبل توقيع عقد الإيجار - بياناً دقيقاً وكاملاً يحدد الوعود والتعهدات وأي تخل عن التعهدات أو تحديد أو تعديل للتعويضات أو الأضرار المقدرة، بما في ذلك تلك الخاصة بالغير مثال مصنع البضائع، والمزود إلى المؤجر من قبل الشخص المورد للبضائع فيما يتعلق بالعقد أو بجزء من العقد الذي حصل المؤجر بموجبه على البضائع أو على حق حيازة البضائع أو استخدامها.
- د - إذا كان الإيجار لا يمثل إيجاراً استهلاكياً فإن المؤجر قبل قيام المستأجر بتوقيع عقد الإيجار سيقوم بإبلاغ المستأجر خطياً (أ) بشخصية الشخص المورد للبضائع إلى المؤجر ما لم يكن المستأجر قد اختار ذلك الشخص وطلب من المؤجر الحصول على البضائع أو حق حيازتها واستخدامها من ذلك الشخص، (ب) أن المستأجر يستحق بموجب هذه المادة الوعود والتعهدات بما في ذلك تلك الخاصة بالغير والمزودة إلى المؤجر من قبل الشخص المورد للبضائع المتعلقة بالعقد أو التي تعتبر جزءاً من العقد الذي حصل بموجبه المؤجر على البضائع أو على حق حيازة البضائع واستخدامها، و(ج) أنه يمكن للمستأجر الاتصال بالشخص المورد

للبضائع إلى المؤجر وأن يستلم منه بياناً دقيقاً وكاملاً عن تلك الوعود والتعهدات بما في ذلك أي تخل أو أي قيود متعلقة بها أو بالتدابير.

وقد فرق المشرع الأمريكي بتنظيمه للإجارة بين الإجارة التمويلية (Finance lease) والإجارة الاستهلاكية (Consumer lease). ففي الإجارة التمويلية استوجب ألا يكون المؤجر هو المصنّع، كما أن المستأجر هو من يختار المعدات ويكون هو المفاوض في كل تفاصيل العقد الخاص بالمعدات مثلاً، في حين يقوم المؤجر بعقد الشراء الذي تم التفاوض عليه بين المستأجر والطرف الثالث (المزود) بقصد الدخول في علاقة إجارة مع المستأجر. أما الإجارة الاستهلاكية فتكون حيث المؤجر يقوم بأعمال الإجارة في العادة، أو يقوم بالشراء بقصد الإجارة لمستأجر فرد يتعاقد من أجل تلبية حاجات خاصة به كتملك منزل أو أي أغراض عائلية.

ويلاحظ أن المشرع الأمريكي يحاول أن يحقق حماية المستهلك في الإجارة الاستهلاكية، وأن يعطي هذا الحق للمستأجر في الإجارة التمويلية، وبشكل خاص الضمان الصريح والضمني في مواجهة الطرف الثالث الذي هو المزود أو البائع.^(٢)

ب - مفهوم الإجارة في القانون الإنجليزي:

في إنجلترا التي انتقلت إليها الإجارة في الستينيات، لم يتدخل المشرع بأي تنظيم لموضوع الإجارة أو المؤسسات القائمة على الإجارة. وبقيت الإجارة في تنظيمها القانوني، بوصفها عقوداً تجارية، تخضع لما تخضع له هذه العقود من قواعد وأحكام. وإذا كانت أحكام العقود في القانون الإنجليزي إنما هي سوابق قضائية، فإن عقود الإجارة لم تخرج عن هذه القاعدة. ولذا فإن البعض يرى في عقود الإجارة أنها لا تعدو أن تكون عقود إيجار في القانون الإنجليزي،

(٢) انظر Tolley's International Leasing, by The Pricewaterhouse Coopers, Leasing Teams.

الطبعة الأولى، لندن ٢٠٠٠، الجزء الخاص بالولايات المتحدة

الأمريكية، ص ٢١٨ وما يليها.

أو ربما عقود بيع إيجاري (hire purchase)^(٣). إلا أنه تجدر الإشارة إلى أن مصطلح الإجارة (Lease) يقتصر هنا على العقود التي لا تحتوي خيار التملك بالنسبة للمستأجر؛ ذلك أنها إذا حوت هذا الخيار فإنها تصنف ضمن عقود البيع الإيجاري (hire purchase) أو البيع المعلق على شرط (Conditional sale)^(٤). وعلى الرغم من أن العقد هنا لا يحوي خيار التملك، فإن المستأجر يستطيع شراء المال المؤجر، بل حتى في حال بيعه لآخرين فإن المستأجر يحصل على نسبة قد تفوق ٩٥٪ من حاصل البيع في نهاية مدة العقد، إما على أساس الحسم من الإيجار المدفوع (rebate of rental paid)، أو على أساس العمولة (Commission) بوصفه وكيلًا للمؤجر أو منظمًا لعملية البيع^(٥).

ويمكن أن نخلص من ذلك إلى أن الإجارة في المصطلح الإنجلوسكسوني هي نقل الحقوق المرتبطة بالأصول من المؤجر للمستأجر لأجل محدود بمقابل مالي. ولذا فإن المستأجر خلال مدة العقد يملك حق حيازة المال واستغلاله حصرياً، ولا يملك المؤجر خلال هذه الفترة إلا حق استرجاع المال في حال انقضاء مدة الإجارة، وهو الحق المسمى (reversion)، وعادة ما يكون محلاً للتفاوض. وللمستأجر، من حيث المبدأ، نقل حقوقه لمستفيد آخر، ولكن بالطبع لمدة مساوية أو أقل من تلك المقررة له. كما أن خيار الشراء عند انتهاء الإجارة

(٣) المرجع السابق، الجزء الخاص بالملكة المتحدة، فقرة (٢،٢).

(٤) المرجع السابق، فقرة ٣،٢. وانظر كذلك Howard Rosen: Leasing Law in the European Community. Euromoney Books, London 1991, p.282.

(٥) انظر حسام الدين عبد الغني الصغير: الإيجار التمويلي، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٩٤، ص ١٥. كما أن الفكرة ذاتها ترد فيما يعرف بالتأجير بالمشاركة في القيمة المتبقية (Lease with Residual Sharing)، وفيه يحصل المستأجر على أغلب القيمة المتبقية للمعدة المستأجرة وأحياناً على هذه القيمة كاملة، وذلك بتضمين العقد نصاً بذلك. وتحسب عادة بدلات الإيجار في مثل هذه العقود على أساس أن المعدة المستأجرة لا قيمة لها عند نهاية العقد. انظر كتاب التأجير عبر الحدود الصادر عن المؤسسة العربية لضمان الاستثمار، الكويت ١٩٩٦، ص ١٧ و ١٨.

لا يرد في عقودها. ويمكن تفسير ذلك بالأساس التاريخي لظهور الفكرة وتطبيقها في القانون الإنجلوسكسوني، كما يمكن أيضاً إرجاعها لاعتبارات تتعلق بالنظام الضريبي، وبالشروط الخاصة بالمؤسسات التي تعمل في مجال البيع مع الاحتفاظ بالملكية في مجال المنقولات، بحيث لا تطبق هذه الشروط على مؤسسات الإجارة.^(٦)

ومن الملاحظ، في الدول ذات النظام القانوني العام، أن تقسيم الإجارة غالباً ما يكون إلى تمويلية (Finance Lease) وتشغيلية (Operating Lease). حيث تعتبر الأولى منها شكلاً من أشكال التمويل متوسط الأجل وطويل الأجل، في حين يقترب عقد الإجارة التشغيلية من عقد الإيجار أكثر من كونه أداة تمويل. وفي هذه الأخيرة لا ينتهي العقد بتملك المعدات، وإنما يكون على المؤجر أن يبحث عن مستأجر جديد. ولذا فإن الدفعات لا تغطي إلا جانباً من قيمة المعدة المستأجرة، فالقيمة الكاملة والأرباح إنما تتحقق هنا من تقسيمها على عدة عقود.

الفرع الثاني

مفهوم الإجارة في الدول ذات النظام القانوني اللاتيني

في الدول ذات النظام القانوني اللاتيني نجد أن الإجارة قد تم تنظيمها، بشكل مباشر أو غير مباشر، بتشريعات خاصة عند قيام الشركات بمباشرة أعمال الإجارة. وندرس فيما يلي مثالين هما أكثر وضوحاً في هذا المجال، ونقصد هنا فرنسا (أ) وبلجيكا (ب).

أ - مفهوم الإجارة في القانون الفرنسي:

انتقل نظام الإجارة إلى فرنسا في بداية الستينيات، ويربط الفقهاء ذلك بتأسيس شركة (LocaFrance) التي بدأت بمزاولة الإجارة في فرنسا. وفي عام ١٩٦٦ تدخل المشرع في تنظيم الشركات التي تمارس عمليات الإجارة، أو كما

(٦) انظر Mario Giovanoli، مرجع سابق، ص ٧٩ وما يليها.

هو المصطلح الرسمي لها (Credit -bail)، وذلك بالقانون رقم ٦٦/٤٥٥. وقد حاول المشرع أن يقنن بهذا التشريع ما استقر عليه العمل في هذا المجال، إلا أن الواقع قد أظهر - على الرغم من ذلك - صعوبات لدى تطبيقه مما حدا بالمشرع إلى تعديله وإصدار اللائحة التنظيمية (ordonnance) رقم ٦٧/٨٣٧. وقد تتابع تعديل القانون بعد ذلك وكان آخر التعديلات القانون رقم ٩٥/١٠٥^(٧).

عرف المشرع الفرنسي الإجارة في القانون رقم ٦٦/٤٥٥ وفق نوعيها وهى إجارة المنقول و إجارة العقار. فعرف إجارة المنقول بأنها عمليات تأجير المعدات أو أدوات العمل التي تشتريها مشروعات لأجل التأجير وتظل مالكة لها، إذا كانت هذه العمليات - أيا كانت طبيعتها القانونية - تخول المستأجر إمكانية تملك جميع الأموال المؤجرة أو بعضها، مقابل الوفاء بثمن، على أن يعتد عند تجديد الاتفاق بما تم الوفاء به على سبيل الأجرة، ولو بصفة جزئية. ومفهوم الإجارة هنا يمكن اعتباره مقابلاً للإجارة التمويلية (Finance Lease) في النظام الإنجلوسكسوني. فشركة الإجارة لا تتدخل وفق هذا التنظيم إلا بناء على طلب المستأجر من أجل حصوله على المعدات، ويتقرر له حق تملكها عند نهاية العقد^(٨).

أما إجارة العقار فقد عرفها القانون بأنها تلك العمليات التي يقوم بموجبها أحد المشروعات بتأجير أموال عقارية مخصصة لأغراض مهنية، ويشترئها المشروع أو يتم بناؤها لحسابه، إذا كانت هذه العمليات - أيا كانت طبيعتها القانونية - تسمح للمستأجرين بتملك جميع الأموال المؤجرة أو بعضها في موعد أقصاه انتهاء الإيجار. ويكون ذلك إما عن طريق تنفيذ وعد منفرد بالبيع،

(٧) حول تعديلات القانون انظر د. هاني دويدار: النظام القانوني للتأجير التمويلي، دراسة نقدية في القانون الفرنسي. دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية ١٩٩٤، ص ٢٢ و ٢٣.

(٨) المرجع السابق، ص ٣٥. وانظر كذلك: Pascal PHILIPPOSIAN: Le credit-bail et le leasing, outils de financements locatifs. Collection Finance, SEFI, Montreal 1998, p.19 et s. Howard Rosen, op.cit, p.63.

وإما عن طريق اكتساب ملكية الأرض التي أقيمت عليها المباني المؤجرة، سواء كان اكتساب ملكية بطريقة مباشرة أم غير مباشرة، وإما عن طريق انتقال ملكية المباني المقامة على أرض مملوكة للمستأجر بقوة القانون.^(٩)

كما عرف القانون الفرنسي إجارة من نوع خاص، وهي إجارة المحل التجاري أو المنشأة الحرفية، أو أحد العناصر المعنوية للمحل أو المنشأة، وهي تتضمن وعداً من المالك بالبيع في مقابل ثمن يتفق عليه، مع الأخذ في الاعتبار عند تقديره الدفعات الإيجارية التي سددت ولو بصفة جزئية، ما لم يكن سبق للمستأجر تملك المتجر أو المنشأة من قبل.^(١٠)

وقد جرى العمل في فرنسا على الأخذ بأفكار أخرى هي الإجارة اللاحقة (Cession-bail) والإجارة التمويلية المرتدة (Credit-bail adosse). ويقصد بالإجارة؛ اللاحقة أن يقوم المشروع ببيع أحد أصوله الإنتاجية إلى شركة الإجارة وذلك للحصول على الثمن، في حين يستمر المشروع باستخدام هذا الأصل وفق عقد إجارة ينتهي بأحد الخيارات الثلاثة: التملك أو تمديد العقد أو رد الأصل لشركة الإجارة. وقد ثار خلاف في الفقه حول مدى اعتبار الإجارة اللاحقة نوعاً من الإجارة المنظمة بالقانون رقم ٦٦/٤٥٥ الخاضعة لأحكامه.^(١١)

أما الإجارة التمويلية المرتدة (Credit-bail adosse) فيقصد بها أن يقوم مشروع يحترف تأجير المعدات الإنتاجية ببيع معداته لشركة إجارة بهدف الحصول على ثمنها. ويعود لمستأجر المعدات ذاتها من شركة الإجارة بعقد إجارة ينتهي بتملك المشروع لهذه المعدات. ويكون للمشروع خلال مدة العقد إيجار المعدات لعملائه. وقد أثارت هذه الصورة خلافاً حول خضوعها للقانون

(٩) Alain COHEN: Le credit-bail immobilier et la reforme de 1995. 3em ed. Dalloz, Pris 1996.

(١٠) Pascal PHILIPPOSIAN, op.cit, 23 et s.Reprertoire de droit commercial, Encyclopedie DALLOZ, Theme credit-bail (leasing), mise a jour 1993, Tome III, Credit-bail a fonds commun de creances.

(١١) د.هاني دويدار، مرجع سابق، ص ٧٢ وما بعدها. Howard Rosen, op.cit, p. 64.

رقم ٦٦/٤٥٥ ولاسيما أنها في رأي جانب من الفقه ليست سوى صورة من صور الإجارة التمويلية اللاحقة^(١٢).

ومن نافلة القول أن نذكر هنا أن تعريف الإجارة في القانون الفرنسي لا يشمل الإجارة الاستهلاكية^(١٣).

ب - مفهوم الإجارة في القانون البلجيكي:

في عام ١٩٦١ وفي غضون أشهر معدودة فقط أسست ثلاث شركات للإجارة في بلجيكا، كانت كلها شركات تابعة لشركات تمويل كبرى. وفي عام ١٩٦٧ تدخل المشرع لينظم شركات الإجارة بالمرسوم الملكي رقم ٦٧/٥٥، الذي جاء مستوحى من القانون الفرنسي، إلا أن المشرع البلجيكي قد فضل إطلاق مصطلح آخر على الإجارة بدلاً من المصطلح الفرنسي فاستخدم مصطلح Location-financement^(١٤).

وللوقوف على مفهوم الإجارة في القانون البلجيكي، فإننا نعرض هنا للشروط الواجبة في إجارة المنقول ثم إجارة العقار كما جاءت بها القوانين البلجيكية.

يشترط في إجارة المنقول أن يكون محل العقد معدات يحتاج إليها المستأجر لأغراض مهنية، وأن يقوم المؤجر بشراء هذه المعدات بهدف إيجارتها وفق المواصفات التي يحتاج إليها المستأجر. أما المدة المقررة للعقد فتكون هي

(١٢) د.هاني دويدار، مرجع سابق، ص ٧٧ وما بعدها. Pascal PHILIPPOSIAN, op.cit, 24 et s. Howard Rosen, op.cit, p. 64.

(١٣) للاطلاع على جانب من تطبيقات القضاء الفرنسي انظر: EL-MOKHTAR BAY: Des Consequences de la Jurisprudence de la Chamber Mixte de la Cour de Cassation du 23 novembre 1990 sur la Symbiotique du Credit-Bail. Gaz. Pal. 30 juillet 1992, pp.568-575.

(١٤) انظر Le leasing en Europe: réglementation, evolution des marchés, orientation strategique. Eurostat - Audifinance, Collection analyse des secteurs, 4^{em} trimestre 1992, p31..

المدة المقدرة للعمر الاقتصادي للمعدات، ويكون السعر مقسماً لقيمة المعدات المؤجرة على مدة استخدامها المقررة في العقد. ويفترض أخيراً في العقد أن يحفظ للمستأجر حقه في تملك المعدات المؤجرة عند انتهاء مدة العقد بواسطة شرط فيه يحدد السعر الذي يفترض فيه أن يكون مساوياً للقيمة المتبقية من قيمة المعدات.^(١٥)

أما إجارة العقار فيشترط فيها أن يكون العقد متعلقاً بعقار مبنٍ؛ بني أو اشترته الشركة التي تقوم بأعمال إجارة العقار وفق المواصفات التفصيلية للمستأجر الذي سيستخدمه لأعماله الصناعية أو التجارية. وتكون الاستفادة من العقار مقررة للمستأجر بالعقد الذي سيكون غير قابل للفسخ أو ناقل للملكية. وعند انتهاء العقد فإن المستأجر يكون له الحق بتملك العقار محل العقد بمقابل محدد سلفاً في العقد. أما المبلغ الإجمالي الذي سيكون على المستأجر دفعه خلال مدة العقد أو عند انتهائه فيجب أن يسمح لشركة الإجارة أن تستعيد كل ما دفعته من استثمار مضاف إليه فوائد ومصاريف العملية.^(١٦)

وخلاصة القول في الإجارة في القانون اللاتيني: إنها عقد إيجار متضمن وعداً من جانب واحد بالبيع لمصلحة المستأجر، بسعر مناسب ومحدد عند توقيع العقد، وللمستأجر أن يستبعد خيار الشراء خلال فترة معينة من إبرام العقد.

وإذا كانت التشريعات قد تفاوتت في الأخذ بفكرة الإجارة الاستهلاكية، فإن الإجارة التشغيلية تعتبر في النظام اللاتيني نوعاً من الإيجار المحض ولا تطبق عليها القواعد الخاصة بالإجارة.^(١٧)

(١٥) المرجع السابق، ص ٣١-٣٢، وكذلك Leasing law in the European Community, op.cit. p26.

(١٦) المرجع السابق، ص ٣٢-٣٣. وانظر في التفاصيل JACQUE DE THEUX DE MEYLANDT ET MONTJARDIN (avec la collaboration d'ALFRED BADOT): Le Leasing Mobilier en Belgique. Bruylant, Bruxelles 1989.

(١٧) المرجع السابق، ص ٦.

المبحث الثاني مفهوم الإجارة في الفقه الإسلامي والقانون الكويتي

ارتبط مفهوم الإجارة في القانون الكويتي بمصدره من الفقه الإسلامي ابتداء من استخدام المصطلح الفقهي إلى ما ورد في المذكرة التفسيرية للقانون رقم ١٢ لسنة ١٩٩٨ بالترخيص في تأسيس شركات الإجارة والاستثمار.

ونظراً لهذا الارتباط فقد كان تفضيلنا أن نبحث مفهوم الإجارة في الفقه الإسلامي (الفرع الأول) في المبحث ذاته الذي يعالج مفهومها في القانون الكويتي (الفرع الثاني).

الفرع الأول مفهوم الإجارة في الفقه الإسلامي

"الإجارة لغة اسم للأجرة ثم اشتهرت في العقد. وشرعاً عقد على منفعة مقصودة معلومة قابلة للبذل والإباحة بعوض معلوم" (١٨).

والإجارة في الفقه الإسلامي على نوعين: إجارة على عمل وإجارة على المنفعة. فأما الأولى فتتصرف إلى استخدام شخص للقيام بعمل معلوم، وهي تخرج من دائرة بحثنا هذا. أما الثانية - الإجارة على المنفعة - فهي التي لا تنصرف إلى استخدام الأشخاص وإنما لمنفعة الأصول والأموال. وتعني هنا نقل حق الانتفاع من المالك لشخص آخر بمقابل أجرة معلومة

(١٨) شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني: مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج. دار الكتب العلمية، بيروت ١٩٩٤، الجزء الثالث، ص. ٤٣٨. انظر في التعريف كذلك وموجز أحكام الإجارة في الفقه الإسلامي: الموسوعة الفقهية، الجزء الأول، ص ٢٥٢-٢٥٣ في مبحث إجارة، من مطبوعات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، ١٩٨٠.

لأجل معلوم، وهي بهذا المعنى تقترب من مفهوم الإجارة (Leasing) في القانون المقارن.^(١٩)

ومن الواضح أن الإجارة في الفقه الإسلامي لم تكن في أساسها شكلاً من أشكال التمويل؛ وإنما تم استخدام فكرة الإجارة في أعمال التمويل لأسباب، قد لا يكون من أهمها تجنب بعض المخاطر، كإعسار المستأجر أو لأسباب ضريبية. وعليه فإن استخدام فكرة الإجارة بمفهوم التأجير التمويلي أو (Leasing) يمكن اعتباره من العقود المستحدثة في البنوك والشركات التي تعمل وفق ضوابط الشريعة الإسلامية، وهي اليوم تستخدم أكثر من شكل وإن كانت النتيجة النهائية واحدة. فهناك التأجير مع المواعدة بالبيع وهناك عقود الإجارة وعقود الإجارة والاقتناء.^(٢٠)

فعقود التأجير مع المواعدة بالبيع أساسها فكرة التأجير المنتهي بالتملك، ولكن لقيام مانع شرعي في شكل العقد، كون العقد ينطوي على عقدين في صيغة عقد واحد، و عقود البيع في الشريعة لا تقبل الإضافة إلى المستقبل فهي عقود باتة، فإن التأجير المنتهي بالتملك لا يصح شرعاً^(٢١). ولكن من جانب آخر، فإن إبرام عقد تأجير مع المواعدة على التابع بانتهاء العقد أو

(١٩) انظر محمد علي الحاج حسين: المعاملات الإسلامية في المسارات الاقتصادية. الكويت، بدون تاريخ، ص ٢٠٦ ومايليها. وكذلك نص المادة ٤٢١ من مجلة الأحكام العدلية، انظر سليم رستم باز اللبناني: شرح المجلة. الطبعة الثالثة، دار إحياء التراث العربي، بيروت ١٩٨٦، ص ٢٣٦.

(٢٠) للاطلاع على جانب من تعاملات البنوك وشركات الاستثمار الإسلامية في مجال الإجارة انظر الأسئلة الموجهة إلى المفتي الشرعي أو هيئة الفتوى والرقابة الشرعية في هذه المؤسسات المالية ومن المنشور منها مثلاً: أ. د. عجيل النشمي (اعتنى بها): فتاوى الدار. هيئة الفتوى والرقابة الشرعية لشركة دار الاستثمار (١٩٩٥-٢٠٠١)، الكويت (بدون تاريخ)، ص ١٢٣-١٧٢. الفتاوى الشرعية، فتاوى هيئة الفتوى والرقابة الشرعية لشركة أعيان للإجارة والاستثمار. الكتاب الاول (١٩٩٩-٢٠٠٢)، الكويت (بدون تاريخ)، ص ١٦٥-٢٣٩. الفتاوى الشرعية في المسائل الاقتصادية، بيت التمويل الكويتي، الطبعة الأولى، الكويت ١٩٨٠-١٩٨١، ص ١٠٩-١١٥.

(٢١) جاء في الموسوعة الفقهية (مع أن الإجارة من قبيل البيع فإنها تتميز بأن محلها بيع المنفعة لا العين. في حين أن عقود البيع كلها التعاقد فيها على العين. كما أن الإجارة تقبل التنجيز والإضافة، بينما البيوع لا تكون إلا منجزة)، الموسوعة الفقهية، مرجع سابق، ص ٢٥٣.

بفسخه، فإن العقد من جانبه الشرعي يكون صحيحاً^(٢٢). وبذا نقرب أكثر من فكرة الإجارة بمفهومها الغربي.

ولعل بحث البنوك وشركات الاستثمار الإسلامية في أشكال عقود التمويل التي لا تتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية قد قادها إلى عقود الإجارة، التي لم يقدّم التعارض بينها وبين أحكام الشريعة، سواء تشغيلية كانت أم تمويلية، إلا في بعض التفاصيل الممكن تداركها.^(٢٣)

فالإجارة - باعتبارها عقداً - في المصطلح المستخدم لدى البنوك والشركات التي تلتزم الضوابط الشرعية، يغلب عليها شكل الإجارة التشغيلية في النظام الإنجلوسكسوني. فهي عقد إجارة دون وعد بالبيع عند نهاية العقد. أما حين تقترن بالوعد بالبيع، وهو الشكل الأقرب للإجارة التمويلية (Financial lease)، فقد اصطلح على تسميتها بالإجارة والاقتناء. وكما ذكرنا أعلاه فإن الإجارة في الفقه الإسلامي تقترب كثيراً من مفهوم الإجارة في النظم الغربية. إلا أن بعض التفاصيل البسيطة تختلف فيها الإجارة في الفقه الإسلامي عنها في تلك النظم^(٢٤). ولعل أهم هذه الفروقات أربعة هي:

١ - أن تبعة الهلاك الكلي لمحل العقد يكون على عاتق المؤجر^(٢٥)، على خلاف ما هو مقرر في الأنظمة الغربية التي تجعل الهلاك في جميع الأحوال على عاتق المستأجر.

(٢٢) انظر محمد علي الحاج حسين، المرجع السابق، ص. ٢٢٠.

(٢٣) انظر تجربة البنك الإسلامي للتنمية، ورقة د. محمد الفاتح حامد: تجربة البنك الإسلامي للتنمية في التأجير المالي. في التأجير عبر الحدود، مرجع سابق، ص ١١٧-١٢٧.

(٢٤) انظر في المقارنة بين الإيجار التقليدي وعقد الإيجار الإسلامي، هومايون مراد: الإيجار المالي في ظل القوانين الإسلامية وتجربة باكستان. في التأجير عبر الحدود، مرجع سابق، ص ١٤١.

(٢٥) انظر في أفضل إيجاز لأحكام ضمان المأجور أستاذنا الدكتور محمد فوزي فيض الله: أحكام الضمان في الفقه الإسلامي العام. من سلسلة مداد العلماء، الطبعة الأولى، الكويت ٢٠٠٦، ص ١٣٦ ومايليها، وقد ذكر أن (الإجارة - كما قال الكاساني - قبض مأنون فيه، فلا يكون مضموناً، كقبض الوديعة و العارية، سواء كانت الإجارة صحيحة أم فاسدة). وكذا د. وهبة الزحيلي: نظرية الضمان وأحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي. دار الفكر، دمشق، ١٩٨٢، ص ١٦٣ ومايليها. أما المجلة فقد نصت على الحكم في المادة ٦٠٠ منها.

٢ - أن المستأجر لا يتحمل الهلاك إلا إذا كان نتيجة سوء استعماله أو إهماله.^(٢٦)

٣ - أن مصاريف التأمين والصيانة تقع على عاتق المؤجر باعتباره المالك^(٢٧)، على خلاف الأنظمة الغربية التي تجعل كل هذه المصاريف على عاتق المستأجر.

٤ - أن الشرط الجزائي القاضي بدفع غرامات تأخير، في حال تأخر المستأجر في دفع الأجرة، يمكن أن تكون الغرامة فيه مبلغاً نقدياً مقطوعاً عند بعض الفقهاء، ويرى آخرون عدم جواز ذلك، أما ما يجري عليه العمل في عقود الإجارة في الأنظمة الغربية من احتساب نسبة مئوية على المبالغ المتأخرة فإن ذلك يدخل في دائرة المحرمات في الفقه الإسلامي ويعتبر من الربا.

الفرع الثاني

مفهوم الإجارة في القانون الكويتي

انتهج المشرع الكويتي منهجاً تشريعياً مختلفاً عن تلك المناهج التي سبق عرضها إيجازاً في الفرع الأول؛ ذلك أن المشرع الكويتي قد أصدر القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٩٨ بالترخيص في تأسيس شركات للإجارة والاستثمار، وهو بذلك يكون قد اقترب من المنهج اللاتيني، إلا أنه لم يأت على تعريف الإجارة أو الأعمال التي تندرج تحت هذا المصطلح لتطبيق هذا القانون، كما أن مصطلح الإجارة لم يرد في نصوص قانونية أخرى، وهو ما يجعلنا بحاجة إلى البحث في الطبيعة القانونية لعقد الإجارة.

(٢٦) وقد جاء في المجلة، المادة ٦٠١: (لا يلزم الضمان إذا تلف المأجور في يد المستأجر مالم يكن بتقصيره أو تعديه أو مخالفته لمأذونيته)، د. فيض الله، المرجع السابق، ص ١٣٦، (فلو شرط المؤجر على المستأجر ضمان العين المأجورة، فهو شرط فاسد، لأنه ينافي بالعقد).

(٢٧) انظر محمد علي الحاج حسين، مرجع سابق، ص ٢١٨.

أ - مفهوم الإجارة:

لقد جاء القانون في مواده السبع ليقرر أحكاماً تتعلق بتأسيس شركات الإجارة والاستثمار ومنحها بعض المزايا التي لم تقرر لغيرها في الوقت الحاضر ويخضعها لرقابة البنك المركزي. ولم يعن القانون بتحديد مفهوم خاص بالإجارة كما فعل المشرع الفرنسي أو المصري مثلاً. إلا أن استخدام المصطلح في القانون يعني بالضرورة وجود مفهوم معين للإجارة، وهو ما يمكن الاستدلال عليه من المذكرة الإيضاحية للقانون.

تبدأ المذكرة الإيضاحية بقولها: "الإجارة أحد الأساليب التمويلية لاحتياجات السوق في العمليات المختلفة وتوفر شركة الإجارة جميع الحوافز للتمويل بأسلوب الإجارة، والقيام باستثمارات متوسطة وطويلة الأجل مع المشاركة في تحمل مخاطر السوق، وتعتبر أيضاً شكلاً من أشكال التمويل الإسلامي طويل الأجل، وتكمن أهميتها في تنشيط عملية تحويل الأصول إلى سندات، وتوفير منافسة صحية للمؤسسات المالية القائمة كمصدر للأموال المتوسطة وطويلة الأجل".

من ذلك نجد أن مفهوم الإجارة التي تتحدث عنه المذكرة الإيضاحية للقانون هو المفهوم ذاته الخاص بالإجارة التمويلية. بل إن المذكرة الإيضاحية قد ذهبت في تحديدها للمفهوم إلى أبعد من ذلك بقولها: "كما يمثل نظام الإجارة أداة مهمة يتزايد إقبال المؤسسات الطالبة للتمويل على استخدامها لما يمثله عقد الإجارة من تكلفة مناسبة بالنظر إلى أن التعامل المحاسبي مع عقد الإجارة يتم بصورة تختلف عن التعامل مع مصادر التمويل الأخرى التي تمثل ديناً على المؤسسة، في حين يعتبر الأصل المستأجر من قبل الشركة والإيجار الدوري المدفوع للمؤجر أحد عناصر التكلفة وليس ديناً عليها ...".

وبناء عليه، يمكننا القول: إن مفهوم الإجارة في القانون الكويتي هو الأخذ بفكرة الإجارة التمويلية. غير أننا نرى أن الإجارة هنا مقيدة بمفهومها في الفقه الإسلامي، أي أنها مقيدة بما ورد من أحكام شرعية في هذا الموضوع؛ ذلك أن المشرع قد دلل على هذا التوجه باستخدام المصطلح الوارد بالفقه الإسلامي

مما يعني توجيهه لتبني ذلك المفهوم وليس المفهوم القانوني المستخدم في القانون المقارن. وإذا كنا قد بينا في الفرع السابق أن الفوارق بين مفهوم الإجارة في الفقه الإسلامي والقانون المقارن كانت محدودة، فإن اتجاه المشرع لاستخدام المصطلح الوارد في الفقه الإسلامي يعطي دلالة واضحة على تبنيه لهذا المفهوم بالأحكام الواردة في الفقه الإسلامي.

ويؤكد هذا الرأي أمران: الأول ما ذكرته المذكرة الإيضاحية للقانون من اعتبار الإجارة شكلاً من أشكال التمويل الإسلامي طويل الأجل. والأمر الثاني هو الواقع العملي للإجارة في السوق الكويتية؛ حيث تقوم شركات التمويل والاستثمار الإسلامية باستخدام فكرة الإجارة في تمويل أعمال زبائنها. في حين ما زالت شركات التمويل التقليدية تستخدم أدوات التمويل التقليدية والإقراض بوجه خاص. أما البنوك فلا يسمح لها القانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٨ في شأن النقد وبنك الكويت المركزي وتنظيم المهنة المصرفية باستخدام الإجارة أداة تمويل كونها تمر عبر تملك الأصول وهو ما تحظره المادة ٦٦ على البنوك.

ويمكننا أن نخلص من ذلك إلى أن الإجارة في القانون الكويتي إجارة تمويلية وفق ما ورد من أحكام في الفقه الإسلامي. أما الإجارة التشغيلية فلا تعدو أن تكون عقد إيجار وفق أحكام الإيجار في القانون الكويتي. ويبقى الباب مفتوحاً أمام الإجارة الاستهلاكية حيث لم يرد ما يمنع هذا النوع من الإجارة أو يقيدها، في حين اقتصر عرض المذكرة الإيضاحية على الإجارة التمويلية التي تمثل نية المشرع الحقيقية من تنظيم شركات الإجارة.

ب - الطبيعة القانونية لعقد الإجارة:

لعل اشتقاق اسم الإجارة من الأجرة يعطي انطباعاً بأن هذا العقد لن يخرج من دائرة عقود الإيجار. إلا أن الحقيقة غير ذلك؛ فالإجارة بالمفهوم الذي عرضنا له تتجاوز عقد الإيجار، ذلك أن الطبيعة المركبة لهذه العلاقة القانونية تجعل منه عقداً مختلفاً وإن بقي جانب كبير من التشابه بينهما.

ونعني بالطبيعة المركبة اشتغال عملية الإجارة على أربع عمليات قانونية هي: الإيجار والشراء والوكالة والائتمان. فالإيجار وهو ظاهر عملية الإجارة، عملية تقليدية بين المؤجر - أو شركة الإجارة وفق أحكام القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٩٨ - و المستأجر الذي هو تاجر أو شركة تبحث عن تمويل.

أما عملية الشراء فيقصد بها شراء الأصول محل عقد الإيجار. فشركة الإجارة كما نظمها القانون هي شركة مالية تخضع لرقابة البنك المركزي، ومن ثم فهي لا تملك الأصول محل العقد وإنما تشتريها بهدف تأجيرها للطرف الثاني. ولما كانت الشركات المالية تسعى لتجنب مشكلات اعتراض المستأجر على مواصفات الأصول محل العقد، فإن العملية الثالثة وهي الوكالة توفر الحل الأنسب لهذه الشركات بتوكيلها للمستأجر المستقبلي شراء الأصول وفق المواصفات التي يحتاج إليها نشاطه، فلا يعود مجال بعد ذلك للاختلاف حول المواصفات.

ويبقى أن الإجارة تحوي في طياتها عملية ائتمان مالي، وهو لب الإجارة، وتكفل في الوقت ذاته لشركة الإجارة الضمان الكافي للحفاظ على حقوقها كونها تبقى المالك القانوني للأصول محل العقد.

إن هذه الطبيعة المركبة هي التي تجعلنا نعتقد أن عقد الإجارة عقد لا يندرج تحت أي شكل من أشكال العقود المسماة. وهو بذلك ينفرد بخصائص تميزه عن بقية العقود. وتمثل الشروط الاتفاقية بين أطراف العلاقة عنصراً أساسياً في هذا الجانب. وعلى الرغم من أن عقد الإيجار هو الشكل الأقرب لعقد الإجارة، فإن هذا الأخير يتميز عنه بكون الهدف الأساسي منه هو التمويل وليس مجرد حيازة الأصول واستخدامها خلال مدة العقد. كما أن الوعد المنفرد بالبيع من جانب المؤجر لمصلحة المستأجر شرط لا محل له في عقود الإيجار. وقد يأخذ هذا الشرط أحياناً شكلاً آخر يتمثل في حق المستأجر في أغلب القيمة المتبقية للأصول محل العقد أو كاملها، بمعنى أنه في حال بيع الأصول عند انتهاء مدة العقد فإن المستأجر يستحق أغلب ثمن البيع إن لم يكن كامل الثمن، باعتبار أن الأصول تكون قد استهلكت وليس لها قيمة بالنسبة لشركة الإجارة.

يضاف إلى ذلك أن تنظيم المشرع لشركات الإجارة وإخضاعها لرقابة البنك المركزي اعترافاً منه بكون هذه العقود مالية وإلا لما احتاجت شركات الإجارة للتسجيل في سجل شركات الاستثمار وخضوعها لرقابة البنك المركزي. فلا يمكن بعد ذلك القول: إن عقد الإجارة يمكن أن يوصف بأنه عقد إيجار.

أما البحث بوصف عقد الإجارة بعقد البيع، وهو وصف قد يندرج في بعض النظم القانونية الأخرى، فلم يعد ذا أهمية في القانون الكويتي بعد أن قيدنا الإجارة بأحكام الفقه الإسلامي. فكما ذكرنا سابقاً، فإن عقد البيع في الفقه الإسلامي عقد بات لا يقبل الإضافة للمستقبل. و لما كان الوعد المنفرد بالبيع لا يعد بيعاً وإنما وعد بذلك فلا مجال للقول إن عقد الإجارة يمكن أن يوصف بأنه عقد بيع.

الفصل الثاني

شركة الإجارة والاستثمار في القانون الكويتي

نظم المشرع الكويتي شركة الإجارة والاستثمار في القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٩٨ الخاص بالترخيص في تأسيس شركات للإجارة والاستثمار. وقد أتبعه مباشرة بقرار مجلس الوزراء رقم ٥٤٣ لسنة ١٩٩٨ الخاص باللائحة التنفيذية للقانون رقم ١٢ لسنة ١٩٩٨ وفق ما نصت عليه المادة السادسة من القانون المذكور. وبذلك يكون قد وضع القواعد الخاصة بتأسيس هذه الشركات وعملها، وهو ما نتناوله بالدراسة في هذا الفصل في بحثين، يتناول الأول منهما أحكام تأسيس هذه الشركات والرقابة عليها، في حين يتناول الثاني المزايا الخاصة التي منحها المشرع لشركات الإجارة والاستثمار.

المبحث الأول

أحكام تأسيس شركات الإجارة والاستثمار والرقابة عليها

جاء القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٩٨ بمواده الست ليقرر أحكاماً عامة في تأسيس شركات الإجارة والاستثمار، ويخضعها لرقابة وزارة التجارة والصناعة ورقابة البنك المركزي، هذا بالإضافة إلى بعض المزايا الخاصة بهذا النوع من الشركات. ونتناول فيما يلي دراسة الأحكام الخاصة بتأسيس هذه الشركات ثم الأحكام الخاصة بالرقابة عليها تباعاً.

الفرع الأول

أحكام تأسيس شركات الإجارة والاستثمار

جاءت أحكام القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٩٨ لتحدد بعض الأحكام الخاصة بتأسيس شركات الإجارة والاستثمار، من حيث شكل الشركة ورأس مالها ومقرها

الرئيسي، وما يمكن أن تستثنى منه من أحكام قانون الشركات. وجاءت اللائحة التنفيذية لتفصل في هذا المجمع.

(١) شكل الشركة: فمن حيث شكل الشركة، ألزم المشرع هذه الشركات بأن تتخذ شكل الشركة المساهمة، وهو بهذا يستبعد أشكال الشركات الأخرى الواردة في قانون الشركات. فلا مجال مثلاً أن تتخذ شركة إجارة شكل شركة الأشخاص أو شكل الشركة ذات المسؤولية المحدودة. إلا أن ذلك لا يعني أن تتخذ الشركة شكل شركة المساهمة العامة التي تطرح أسهمها في اكتتاب عام للجمهور، وإنما يمكن أن تأخذ شكل الشركة المساهمة المقفلة التي لا تطرح أسهمها للاكتتاب، ولا يقتضي تأسيسها استصدار مرسوم بذلك.

ولعل اختيار المشرع لشكل الشركة المساهمة، دون غيره من أشكال الشركات، يأتي في سياق الأهمية التي يوليها لمثل هذه الشركات والأنشطة التي تقوم بها، والدور الذي ستلعبه في مجال التمويل، والقيام باستثمارات متوسطة وطويلة الأجل. وكون هذه الشركات تعمل في مجال التمويل والاستثمار، فإن شكل الشركة المساهمة قد يبدو هو الشكل الأنسب الذي يحقق الأمان المطلوب للمتعاملين معها في هذا المجال.

(٢) رأسمال الشركة: أجازت المادة الأولى من القانون أن يكون رأسمال الشركة - كله أو بعضه - أجنبياً. والنص على ذلك يقرر استثناء من نص المادة ٦٨ من قانون الشركات التي تشترط أن يكون الشركاء كويتيين، وألا يقل رأس المال الكويتي عن ٥١٪ في الاستثناء الذي أورده المادة حين الحاجة إلى استثمار رأسمال أجنبي أو خبرة أجنبية^(٢٨). بل إن النص قد ذهب إلى أبعد

(٢٨) تنص المادة ٦٨ على ما يأتي: "كل شركة مساهمة تؤسس في الكويت تكون كويتية الجنسية، ويجب أن يكون جميع الشركاء من الكويتيين، وأن يكون المركز الرئيسي للشركة في الكويت.

ومع ذلك يجوز استثناء أن يكون بعض الشركاء غير كويتيين، إذا دعت الحاجة إلى استثمار رأس مال أجنبي أو خبرة أجنبية بشرط ألا تقل نسبة رأس مال الكويتيين =

من ذلك، وأعطى رأس المال الأجنبي ما لم يعطه لغيره عند تأسيس شركة الإجارة والاستثمار. فبالمقارنة مع ما أورده نصوص القانون رقم ٢٠ لسنة ٢٠٠٠ بشأن السماح لغير الكويتيين بتملك الأسهم في شركات المساهمة الكويتية، نجد أن نص المادة الأولى من القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٩٨ قد فتح مجالاً أوسع للاستثمار الأجنبي. فالمادة الأولى من القانون رقم ٢٠ لسنة ٢٠٠٠ أجازت لرأس المال الأجنبي المشاركة في تأسيس الشركات الكويتية، وقد جاء القرار الوزاري رقم ٢٠٥ لسنة ٢٠٠٠ بشأن ضوابط مساهمة غير الكويتيين في شركات المساهمة الكويتية ليحدد المقصود بالحق في إنشاء شركات المساهمة عن طريق الاشتراك في تأسيسها، ويعتبر في حكم التأسيس الاكتتاب في رأس مالها. وذلك يقتضي أن يكون أحد المؤسسين على الأقل كويتي الجنسية لاستيفاء متطلبات النص المذكور عند تأسيس شركة مساهمة خاضعة لأحكام القانون رقم ٢٠ لسنة ٢٠٠٠. وهذا بلا شك ما لم يشترطه المشرع في تأسيس شركات الإجارة والاستثمار.

(٣) إجراءات التأسيس: أما بالنسبة لإجراءات التأسيس، فيتعين عند تأسيس شركات الإجارة والاستثمار مراعاة الإجراءات التي تضمنها قانون الشركات التجارية، وتلك التي جاءت خاصة بهذا النوع من الشركات في قرار مجلس الوزراء رقم ٥٣٤ لسنة ١٩٩٨.

فمن حيث القواعد العامة، فرق قانون الشركات في تأسيس شركات المساهمة بين تلك التي تطرح أسهمها للجمهور في اكتتاب عام (المساهمة

= من الشركاء عن ٥١ بالمائة من رأس مال الشركة، وبشرط الحصول على ترخيص في ذلك من الجهة الحكومية المختصة.

ومع عدم الإخلال بأحكام الفقرة السابقة يشترط في شركات التأمين والبنوك ألا تقل نسبة رأس مال الكويتيين من الشركاء عن ٦٠ بالمائة من رأس مال الشركة، وتكون هذه المشاركة بموافقة وزارة التجارة والصناعة بالنسبة إلى شركات التأمين، وبنك الكويت المركزي بالنسبة إلى البنوك، وفقاً للقواعد والأحكام التي تضعها وزارة التجارة والصناعة أو البنك المركزي بحسب الأحوال."

العامة) وتلك التي لا تأخذ بالاكتتاب العام عند تأسيسها (المساهمة المقفلة). فبينما يشترط القانون استصدار مرسوم لتأسيس شركة المساهمة العامة، لم يستوجب المشرع ذلك عند تأسيس شركة المساهمة المقفلة.

وتبدأ إجراءات التأسيس بطلب يقدم إلى وزارة التجارة والصناعة، التي يقع على عاتقها التثبت، خلال شهر من تاريخ تقديم الطلب، من أن تأسيس الشركة لا يخالف النظام العام ولا الآداب وأنه قائم على أسس سليمة، وأن عقد تأسيس الشركة ونظامها الأساسي لا يخالف أحكام القانون^(٢٩)، ويجب أن يرفق بالطلب مايلي:

- ١ - دراسة جدوى اقتصادية لتأسيس الشركة.
- ٢ - مشروع عقد التأسيس والنظام الأساسي للشركة متضمنا الآتي:
 - أ - اسم الشركة ومركزها الرئيسي.
 - ب - الأغراض التي أسست من أجلها الشركة.
 - ج - أسماء الشركاء المؤسسين وجنسياتهم، ولا يجوز أن يقل هؤلاء عن خمسة أشخاص، ويستثنى من ذلك شركات الإجارة التي تقوم الحكومة بتأسيسها، فيجوز أن تنفرد بالتأسيس أو أن تشرك فيه عدداً أقل.
 - د - مقدار رأس مال الشركة، وعدد الأسهم التي ينقسم إليها رأس المال، وبياناً عن كل حصة غير نقدية، وشروطها، واسم مقدمها وحقوق الرهن والامتيازات المترتبة على هذه الحصة.
 - هـ - المزايا التي تقرر للمؤسسين، وأسباب هذه المزايا.
- ٣ - بيان تقريبي لمقدار النفقات والأجور والتكاليف التي تؤديها الشركة أو تلتزم أدائها بسبب تأسيسها.

(٢٩) مادة ٤٢ من قانون الشركات.

٤ - بيان الاستثناءات من أحكام المواد أرقام (٦٨، ٩٨، ٩٩، ١١٨، ١١٩) من قانون الشركات التجارية التي تطلبها الشركة عند تأسيسها، موضحاً به مبررات طلب الاستثناء.^(٣٠)

وعلى الوزارة أن تقوم بإرسال طلب تأسيس شركة الإجارة والاستثمار إلى بنك الكويت المركزي لتقرير الموافقة المبدئية عليه أو رفضه. وللبنك المركزي لدى دراسة الطلب أن يتحقق من حاجة السوق إلى تأسيس الشركة الجديدة، ومن توافق أغراض الشركة مع ما ورد باللائحة التنفيذية للقانون رقم ١٢ لسنة ١٩٩٨، والقرارات الوزارية الصادرة في شأن الشركات وما ورد بهذه اللائحة والقرارات الوزارية الصادرة في شأن تنظيم رقابة البنك المركزي على شركات الاستثمار، ومن كفاية رأس مال الشركة لتحقيق أغراضها.

وفي حال الموافقة على الطلب يقوم البنك المركزي بإصدار موافقة مبدئية، تكون صالحة لمدة ستة أشهر، ترسل إلى وزارة التجارة والصناعة وترسل نسخة منها إلى مقدمي الطلب؛ وذلك للمضي في إجراءات التأسيس، فإذا انتهت هذه المدة دون قيام مقدمي الطلب بمباشرة إجراءات التأسيس، اعتبر الطلب كأن لم يكن، وتعين عليهم التقدم بطلب تأسيس جديد.

ويكون على المؤسسين في حال الموافقة على طلبهم اتخاذ الإجراءات اللازمة لإتمام التأسيس وفق أحكام القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٩٨ وقانون الشركات التجارية، كتوثيق عقد التأسيس والنظام الأساسي للشركة، وقيدها في السجل التجاري وغرفة تجارة وصناعة الكويت. ويلزم الشركة بعد الانتهاء من إجراءات التأسيس، وقبل مزاولتها لأنشطتها، أن تتقدم إلى بنك الكويت المركزي طالبة قيدها في سجل شركات الاستثمار على النموذج المعد لذلك لدى البنك، ويجب أن يرفق بطلب التسجيل المستندات التالية:

١ - عقد التأسيس والنظام الأساسي بعد التوثيق.

(٣٠) مادة ٤ من قرار مجلس الوزراء رقم ٩٨/٥٤٣.

- ٢ - شهادة من الوزارة بإتمام إجراءات التأسيس وفقاً للقانون.
- ٣ - الموازنة الافتتاحية، معتمدة من مراقب حسابات مقيد بسجل مراقبي الحسابات بالوزارة.
- ٤ - شهادة من البنك المعني بالرصيد الظاهر بالموازنة الذي يمثل صافي ما تبقى من رأس المال بعد مصروفات التأسيس.
- ٥ - أية مستندات أخرى يطلبها البنك المركزي.
- ويصدر بتسجيل الشركة في سجل شركات الاستثمار لدى البنك المركزي قرار من محافظ البنك وينشر في الجريدة الرسمية، ويتم إخطار كل من الوزارة والشركة المعنية بهذا القرار. ويحوي السجل الخاص بالشركة البيانات المتعلقة التي تستلزم لوائح البنك المركزي إدراجها فيه.

الفرع الثاني

أحكام الرقابة على شركات الإجارة والاستثمار

تمثل الرقابة على شركات الإجارة والاستثمار أحد الضوابط الرئيسية الكفيلة بعدم انحرافها عن الدور الذي رسمه لها المشرع في خدمة الاقتصاد الوطني. وقد نظم المشرع الرقابة على هذا النوع من الشركات وفق آليتين: الأولى تقوم بها وزارة التجارة والصناعة باعتبارها الجهة الحكومية المختصة بتنفيذ القانون في مجال الشركات التجارية، والثانية يطبقها البنك المركزي بما عهد له القانون من اختصاصات في جوانب معينة. ونتناول فيما يلي هاتين الآليتين تباعاً:

١- رقابة وزارة التجارة والصناعة:

تعتبر وزارة التجارة والصناعة في الكويت هي الجهة الحكومية المختصة بالرقابة على المحال والشركات التجارية، ومدى تقيدها بأحكام القانون وتنفيذها لهذه الأحكام تطبيقاً صحيحاً. وقد عهد القانون لهذه الجهة باختصاصات عامة

جاءت بها المادة ١٧٨ من قانون الشركات، كما جاءت أحكام خاصة في مواضع أخرى كنص المادة ١٣٥ أو المادة ١٥٤ مثلاً.

وهذه الاختصاصات العامة التي جاءت بها نصوص قانون الشركات تتمثل في مجملها بالرقابة على كل ما يتعلق بتنفيذ أحكام قانون الشركات التجارية والنظام الأساسي للشركة. وللوزارة أن تتحقق من وقوع مخالفات لأحكام القانون، أو ارتكاب مجلس إدارة الشركة أو مؤسسيها تصرفات تضر بمصالح الشركة، أو بمصالح المساهمين أو بعضهم، أو تؤثر سلباً على الاقتصاد الوطني. فإذا تبين لها وجود مخالفات معينة، كان عليها أن تقدم تقريراً بذلك إلى الجمعية العامة. بل إن النص قد أجاز لها أن تدعو الجمعية العامة للاجتماع للنظر في هذا التقرير. أما إذا كانت المخالفة تمثل جرماً يعاقب عليه القانون، فإن الوزارة تكون ملزمة بإبلاغ الجهات المختصة بوقوع مثل هذه التصرفات.

وفي جميع الأحوال، فإن الوزارة في مراقبتها لتنفيذ الشركة أو مجلس إدارتها أو مؤسسيها لأحكام القانون قد لا تكون بحاجة إلى مثل هذه الإجراءات، بل يكفيها عدم الاعتداد بالإجراء الخاطئ وطلب تصحيحه، أو رفض طلب المتقدمين. فالوزارة من خلال الأدوات التي منحها إياها القانون، من ضرورة موافقتها على بعض الإجراءات أو التأشير بالسجل التجاري، تستطيع أن تراقب جانباً كبيراً من أعمال الشركات وتصحيح مسارها القانوني. وخير مثال على ذلك ما جاء بنص المادة ١٣٥ من قانون الشركات بعدم نفاذ أي تعديل تجريه الجمعية العامة غير العادية وفق أحكام المادة ١٥٨ ما لم توافق الوزارة على التعديل.

أما القانون رقم ١٢ لسنة ٩٨ فقد عهد للوزارة - بالإضافة لمراقبة إجراءات التأسيس - بأن تقرر الاستثناء للشركة من كل أحكام المواد أرقام ٦٨ و ٩٨ و ٩٩ و ١١٨ و ١١٩ من قانون الشركات التجارية أو من بعض هذه الأحكام، وذلك بعد أخذ موافقة البنك المركزي. ولا شك أن استثناء الشركة من كل هذه الأحكام أو بعضها يعتبر مسألة جوهرية لهذا النوع من الشركات. وتمارس الوزارة رقابة مباشرة على هذه الشركات في تقديرها لما يمنح للشركة من استثناءات أو في استفادة الشركة منها.

٢ - رقابة البنك المركزي:

أخضع القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٩٨ شركات الإجارة والاستثمار لرقابة بنك الكويت المركزي، وذلك عندما اشترط المشرع قيام البنك بالتأكد من مدى توافق أغراض الشركة مع ما ورد باللائحة الخاصة بالقانون المرخص بتأسيسها والقرارات الوزارية الصادرة في شأن تنظيم رقابة البنك المركزي على شركات الاستثمار.^(٣١) وعلى هذا فالمشرع أخضع شركات الإجارة والاستثمار للأحكام ذاتها الخاصة بالرقابة على شركات الاستثمار.

ونظراً لأهمية الدور الذي يباشره البنك المركزي في الرقابة على شركات الإجارة والاستثمار، فإننا سنركز في دراستنا على هذا الدور من حيث بيان القواعد المنظمة للرقابة، ومظاهرها، وسبل مباشرتها، والجزاءات الإدارية التي قد يفرضها البنك المركزي على الشركة في حال المخالفة.

أ - القواعد المنظمة لرقابة البنك المركزي:

يستمد البنك المركزي الحق في الرقابة على شركات الاستثمار من نص المادة ٥٥ من القانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٨ في شأن النقد وبنك الكويت المركزي وتنظيم المهنة المصرفية، التي تنص على أنه:

"لا تسري أحكام هذا الباب على:

- أ - مؤسسات الائتمان العامة التي تنشأ بقانون.
- ب - المؤسسات والشركات المالية والاستثمارية ولو سمح لها نظامها الأساسي بقبول الودائع وإجراء العمليات الاستثمارية وبعض الأعمال المصرفية.
- ج - الشركات العقارية التي تقوم بتقسيم الأراضي أو بإنشاء المباني وبيعها بالأجل.

ويجوز لمجلس إدارة البنك المركزي - بعد موافقة وزير المالية - أن يخضع المؤسسات والشركات الوارد ذكرها في هذه المادة أو بعضها لكل أو

(٣١) المادة ٥ من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ١٢ لسنة ١٩٩٨.

لبعض أحكام هذا الباب، أو لأية قواعد خاصة بالرقابة تتمشى مع طبيعة نشاط هذه المؤسسات والشركات يضعها مجلس إدارة البنك المركزي.

ويجب أخذ رأي البنك المركزي في شأن عقود التأسيس والنظم الأساسية للشركات المالية والاستثمارية أو ما يطرأ على تلك العقود والنظم من تعديلات، وذلك للتأكد من الجدوى الاقتصادية لقيام هذه الشركات.

واستناداً إلى هذا النص صدر القرار الوزاري في شأن تنظيم رقابة بنك الكويت المركزي على شركات الاستثمار سنة ١٩٨٧. ويهدف هذا القرار إلى وضع تنظيم شامل للرقابة على شركات الاستثمار يتضمن أفراد سجل لهذه الشركات لدى البنك المركزي، ويتضمن أيضاً وضع أحكام إضافية للرقابة أسوة بالأحكام المنظمة للمهنة المصرفية، مع مراعاة الطابع الخاص لشركة الاستثمار. ولما كانت المادة الأولى من القرار الوزاري قد عرفت شركة الاستثمار على أنها تلك الشركة التي تكون أغراضها الأساسية توظيف الأموال واستثمارها لحسابها ولحساب الغير في شتى أعمال الاستثمارات المالية والعينية، فإن هذا التعريف يتسع ليشمل ضمن أغراض شركة الاستثمار عمليات الإجارة. ولكن هذا لا يعني مطلقاً تمتع شركة الاستثمار بالاستثناءات والإعفاءات الضريبية التي تضمنها القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٩٨ بشأن الترخيص في تأسيس شركات للإجارة والاستثمار، بل يقتصر ذلك على شركات الإجارة والاستثمار وفقاً للقانون المذكور، التي لا يجوز أن تخرج أغراضها عما هو محدد في لائحته التنفيذية.

وإن كان القانون قد أخضع شركة الإجارة والاستثمار لرقابة البنك المركزي، وذلك من خلال إخضاعها للوائح والقرارات الوزارية ذاتها الصادرة في شأن تنظيم رقابة البنك المركزي على شركة الاستثمار، فإنه يتعين مراعاة الطبيعة الخاصة لشركة الإجارة والاستثمار والأغراض المحددة لها، وألا تتعارض هذه الرقابة مع الدور الذي رسمه المشرع لهذه الشركة في الاقتصاد الكويتي.

ب - مظاهر رقابة البنك المركزي:

تتعدد مظاهر رقابة البنك المركزي على شركة الإجارة والاستثمار تبعاً للتعليمات التي يصدرها البنك المركزي من وقت لآخر والتي يزود بها الشركات بما يراه ضرورياً لتنظيم أعمالها، ولتحقيق أهداف السياسة الائتمانية والنقدية التي يتبناها.^(٣٢) إضافة إلى ذلك، تضمن القرار الوزاري الصادر في شأن تنظيم رقابة البنك المركزي على شركات الاستثمار بعض أوجه هذه الرقابة نظراً لأهميتها و النص عليها صراحة في القرار الوزاري المذكور.

وتشمل هذه الرقابة بشكل عام الأمور التالية:

١ - الرقابة على إصدار السندات:

يجوز لشركة الإجارة والاستثمار - بمقتضى المادة ١١٦ من قانون الشركات التجارية - أن تصدر سندات ذات قيمة اسمية واحدة قابلة للتداول، تعطى للمكتتبين لقاء المبالغ التي أقترضوها للشركة. ويتم هذا القرض عن طريق الدعوة للاكتتاب الموجه للجمهور. وتعطي هذه السندات صاحبها الحق في استيفاء فائدة محددة تدفع في آجال معينة، وفي استرداد مقدار دينه من مال الشركة.

ويخضع إصدار هذه السندات لرقابة البنك المركزي وذلك فيما يتضمن الحد الأقصى لقيمة السندات التي يجوز إصدارها. غير أنه عند مباشرة هذه الرقابة يتعين مراعاة أحكام القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٩٨، الذي بموجبه يجوز استثناء شركة الإجارة والاستثمار من بعض نصوص قانون الشركات التجارية، وبخاصة المادتان ١١٨ و ١١٩ اللتان تستوجبان أن لا تتجاوز قيمة السندات رأس المال المكتتب به وأن يصدر قرار من الجمعية العامة بإصدار السندات، ووجوب نشر بيان بتوقيع أعضاء مجلس الإدارة في الجريدة الرسمية قبل

(٣٢) المادة ٧١ من القانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٨ في شأن النقد وبنك الكويت المركزي وتنظيم المهنة المصرفية.

الدعوة للاكتتاب بالمستندات، حيث يجوز استثناء شركة الإجارة والاستثمار من هذه الأحكام متى قررت الوزارة الموافقة على استثنائها منها عند التأسيس ووافق البنك المركزي على ذلك.

٢ - نظام التركيز الائتماني:

يهدف نظام التركيز الائتماني إلى توزيع المخاطر الائتمانية على قاعدة عريضة من العملاء بما يقلل من المخاطر التي يمكن أن تتعرض لها الشركة نتيجة تركيز الائتمان في عدد محدود من العملاء. ولهذا يجوز لمجلس إدارة البنك المركزي تعيين الحد الأقصى الذي يجوز للشركة إقراضه لشخص واحد، وأن يضع شروطاً خاصة بالقروض التي تقدمها وآجال هذه القروض والضمانات المقابلة لها.

٣ - المخصصات:

لمجلس إدارة البنك المركزي أن يضع نظاماً للمخصصات التي يجب على شركات الإجارة والاستثمار الاحتفاظ بها مقابل ما يكون لها منه قروض غير منتظمة على الغير، ومقابل المخاطر المحتملة لمحافظة الاستثمارية، ويهدف هذا النظام إلى حماية الشركة من مخاطر الديون ومخاطر تدني القيم المالية لمحافظة الاستثمارية.

٤ - الرقابة على إدارة محافظ الغير:

إن كانت الأغراض الخاصة بشركة الإجارة والاستثمار تجيز لها إدارة المحافظ المالية لحسابها أو لحساب الغير، فإن ذلك يخضع - في الواقع - إلى التعليمات الصادرة من البنك المركزي في شأن القواعد التي تنظم إدارة محافظ الغير، والتي تبين القدر اللازم من القواعد لتنظيم علاقة الشركة القائمة على إدارة المحفظة بعملائها.

٥ - هيئة الرقابة الشرعية:

تشتط تعليمات البنك المركزي على الشركات التي تمارس أعمالها وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية وجوب تشكيل هيئة في داخل الشركة للتأكد من عدم

مخالفة الشركة لأحكام الشريعة الإسلامية في أنشطتها. وتتكون هذه الهيئة الشرعية من متخصصين في الشريعة الإسلامية توافق على تعيينهم الجمعية العامة للشركة.

ج - سبل مباشرة البنك المركزي لأعمال الرقابة على شركة الإجارة والاستثمار:

لكي يباشر البنك المركزي رقابة فعالة على الشركات الخاضعة لرقابته، فإنه من الضروري أن توفر له السبل الكفيلة بتحقيق ذلك، ولهذا إن كان المشرع قد بسط رقابة البنك المركزي على شركات الإجارة والاستثمار، فإنه في الوقت نفسه قد منح البنك المركزي الآليات التي يستطيع من خلالها مباشرة هذه الرقابة، وتتمثل هذه في الآتي:

١ - الموازنة العامة وحساب الأرباح والخسائر:

يجب على شركة الإجارة والاستثمار أن تقدم إلى البنك المركزي، خلال ثلاثة شهور من تاريخ انتهاء سنتها المالية، الموازنة العامة وحساب الأرباح والخسائر لإقرارها قبل عرضها على الجمعية العامة. وللبنك المركزي أن يطلب من مراقبي حسابات الشركة أن يبينوا في تقاريرهم السنوية القواعد والوسائل التي اعتمدها في التحقق من وجود الأصول وطرق تقويمها، وكيفية تقدير التزامات الشركة قبل الغير. وبناء على طلب البنك المركزي، يكون على مراقب الحسابات أن يوقع على أية بيانات أو معلومات حسابية ترسلها الشركة التي يقوم بمراجعة حساباتها، إلى البنك المركزي، وذلك بما يفيد صحة هذه البيانات والمعلومات.

٢ - التفتيش:

يعطي المشرع البنك المركزي الحق في القيام بالتفتيش على شركة الإجارة والاستثمار، وذلك بأن ينتقل موظفو البنك المركزي المصرح لهم بالتفتيش إلى مقر الشركة والاطلاع على سجلاتها ودفاترها للتأكد من سلامة نشاطها وأوضاعها المالية، وللتأكد من صحة المعلومات والبيانات التي ترسلها

إلى البنك المركزي، وغير ذلك من الأمور التي يرى البنك المركزي ضرورة مراقبتها.

ولموظفي البنك المركزي أن يطلبوا من أي عضو مجلس إدارة، أو أي موظف، تقديم البيانات والإدلاء بالمعلومات التي يرونها لازمة لأغراض التفتيش. ويعد البنك المركزي تقريراً شاملاً عن نتائج كل تفتيش يجريه، على أن يضمنه التوصيات التي يراها البنك المركزي مفيدة في تصحيح الأوضاع غير السليمة التي يكون قد كشف عنها التفتيش. ويرسل محافظ البنك المركزي نسخة من التقرير إلى رئيس مجلس إدارة الشركة، وله أن يحدد مهلة لكي تتمكن الشركة خلالها من إزالة المخالفة وتصحيح الأوضاع غير السليمة.

٣ - طلب المعلومات والبيانات:

للبنك المركزي أن يطلب من شركة الإجارة والاستثمار البيانات والكشوف والمعلومات الإحصائية التي يراها ضرورية لتنفيذ مهامه، وله أن يضع نظاماً لتجميع الإحصائيات على أساس دوري. ويجب على الشركة أن تقدم إلى البنك المركزي هذه المعلومات والكشوف التي يطلبها منها، وتبقى جميع هذه المعلومات سرية ما عدا نشر المعلومات الإحصائية بشكل مجمع.

نظام مركزية المخاطر:

يتلخص الغرض من نظام مركزية المخاطر في تمكين الشركة التي تسمح لها أنشطتها بالإقراض من تقويم المركز المالي لمن يتقدم إليها بطلب للاقتراض. ويكون ذلك متيسراً من خلال الرجوع لقاعدة البيانات الخاصة بهذا النظام لدى البنك المركزي، التي تشتمل على ما تقوم الجهات المختلفة بتزويد البنك المركزي به من بيانات عن كل عميل أقرضته. وهذا النظام بلا شك يسهم أيضاً في تحقيق رغبة البنك المركزي في الاطلاع على اتجاهات الائتمان في الدولة.

د - الجزاءات الإدارية:

يجيز القرار الوزاري الصادر في شأن تنظيم رقابة البنك المركزي على شركات الاستثمار في المادة ٢١ منه للبنك المركزي توقيع الجزاءات المناسبة

على الشركة التي تخالف أحكام عقد تأسيسها أو نظامها الأساسي، أو تخالف التعليمات أو القرارات التي أصدرها إليها البنك المركزي، أو تمتنع عن تقديم البيانات أو تقدم بيانات غير مطابقة للحقيقة.

وتستند هذه الصلاحية الممنوحة إلى البنك المركزي إلى المادة ٨٥ من القانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٨ في شأن النقد وبنك الكويت المركزي وتنظيم المهنة المصرفية، وتتفاوت الجزاءات التي يجوز للبنك المركزي فرضها على الشركة المخالفة من التنبيه إلى تخفيض تسهيلات التسليف الممنوحة للشركة أو تعليقها، ويكفي لفرض هذين الجزاءين صدور قرار من المحافظ بذلك. أما في حال منع الشركة من القيام ببعض العمليات أو فرض أية تحذيرات أخرى أو تعيين مراقب مؤقت لمتابعة سير أعمالها أو شطبها من سجل شركات الاستثمار، فإنه يلزم صدور قرار من مجلس إدارة البنك المركزي، وذلك بعد سماع إيضاحات الشركة بشأن المخالفة والجزاء المزمع فرضه عليها، بيد أنه يشترط لنفاذ قرار مجلس إدارة البنك المركزي موافقة وزير المالية عليه.

المبحث الثاني

المزايا الخاصة بشركات الإجارة والاستثمار

أجازت المادة الخامسة من القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٩٨ استثناء شركة الإجارة والاستثمار من أحكام المواد (٦٨) و (٩٨) و (٩٩) و (١١٨) و (١١٩) من قانون الشركات التجارية وذلك بعد أخذ موافقة البنك المركزي. وقد عهدت اللائحة التنفيذية لوزارة التجارة بالدراسة والموافقة على الاستثناءات التي يمكن منحها لشركة إجارة تحت التأسيس وذلك - بالطبع - بعد استطلاع رأي البنك المركزي وموافقته. وإذ نعتبر هذه الاستثناءات من قبيل المزايا، فذاك أن الاستثناء من هذه الأحكام هو ما سعى إليه المشرع في قانون تنظيم الاستثمار الأجنبي واعتبر أحكامه من قبيل المزايا الممنوحة للمستثمر الأجنبي بموجب هذا القانون. ويمكن أن يضاف إلى هذه الاستثناءات الإعفاء الضريبي المؤقت الذي نصت عليه المادة الثالثة من القانون.

ويمكن تقسيم هذه المزايا إلى مزايا ضريبية، ومزايا خاصة بتأسيس الشركة ومزايا خاصة بإصدار السندات.

الفرع الأول المزايا الضريبية

جاء نص المادة الثالثة من القانون صريحاً في إعفاء المستثمر الأجنبي في شركات الإجارة والاستثمار من ضريبة الدخل الكويتية. فقررت عدم خضوع الحصص المملوكة لغير الكويتيين، سواء كانوا من المؤسسين أم من المساهمين، لأحكام قانون ضريبة الدخل الكويتية وذلك خلال السنوات الخمس الأولى من تاريخ تأسيس الشركة نهائياً. وقد أراد المشرع من وصف التأسيس هنا بالنهائي تحديد بدء سريان مدة الإعفاء وذلك من التاريخ الذي يمكن للشركة أن تزاوّل به نشاطها، أي بعد تسجيلها في سجل شركات الاستثمار لدى البنك المركزي.

وقد علقت المذكرة الإيضاحية للقانون على هذا الإعفاء بأن هذا النوع من الشركات يتمتع "بتسهيلات خاصة لا تتمتع بها الشركات الأخرى". وهي بذلك تؤكد عدم ورود الإعفاء الضريبي في نصوص أخرى بهذه الصورة. فقانون تنظيم الاستثمار المباشر لرأس المال الأجنبي في الكويت، الذي صدر بعد هذا القانون بثلاث سنين، لم يمنح الإعفاء الضريبي للاستثمارات الخاضعة لأحكامه بصورة آلية وإنما جعلها بيد لجنة الاستثمار، التي أجاز لها النص إعفاء الاستثمار الأجنبي من ضريبة الدخل أو من أي ضرائب أخرى لمدة لا تزيد على عشر سنوات من بدء التشغيل الفعلي للمشروع^(٣٣). والقاعدة المقررة هنا أن للجنة الاستثمار أن تنظر في طلب المستثمر الأجنبي إعفاءه من ضريبة الدخل في ضوء خطط التنمية الاقتصادية وعدد الكويتيين العاملين في المشروع ومدى التزامه أحكام قانون دعم العمالة الوطنية، ومن ثم تقرر الإعفاء أو رفض

(٣٣) مادة ١٣ من القانون.

الطلب. وربما جاءت موافقة اللجنة على إعفاء لمدة تقل عن خمس سنوات وفق تقدير اللجنة أو وفق ما تقرره من قواعد في هذا المجال.

وذلك كله لا يرد عند تطبيق القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٩٨، الذي جعل تمتع هذه الشركات بالإعفاء بحكم القانون. وقد أكدت اللائحة الحكم ذاته، وأضافت تفصيلاً يتعلق بالمقصود بالدخل المستثنى من الخضوع لضريبة الدخل بأنه ذلك المحقق بتداول الحصة المملوكة للأجنبي، أو ذاك المحقق كربح موزع أو قابل للتوزيع^(٣٤).

ومن المفيد الإشارة إلى أن إعفاء المستثمر الأجنبي من ضريبة الدخل ينظر له اليوم في الكويت باعتباره أحد الحوافز الأساسية للاستثمار الأجنبي، وذلك بالنظر إلى شرائح ضريبة الدخل، التي قررها قانون ضريبة الدخل الكويتي، التي تصل الشريحة الأخيرة فيها إلى ٥٥٪ من أرباح الشركات الأجنبية^(٣٥). وهذه الفكرة تدخل - في جانبها النظري - ضمن الإعفاء المؤقت من الضريبة. ويقصد به "تخفيض الضرائب على أرباح المشروعات الجديدة لمدة معينة. وغالباً ما يتحدد (الإعفاء) بناء على نوع المشروع، وطبيعة نشاطه، وحجمه، ومدى اعتماده على التمويل الداخلي، والقطاع الجغرافي الذي يقوم فيه، وحجم العمالة المحلية التي يقوم بتشغيلها"^(٣٦).

(٣٤) المادة التاسعة من اللائحة.

(٣٥) ربما كان من أسباب المطالبة دائماً بالإعفاء الضريبي للمستثمر الأجنبي كحافز على الاستثمار في الكويت، عدم الشعور بأهمية دخل الدولة من نظامها الضريبي. ذلك أن التشريعات الضريبية في الكويت وتطبيقاتها من جانب، وأهمية دخل الدولة من البترول الذي يكاد يمثل الدخل الأوحده للموازنة العامة للدولة من جانب آخر، قد حدا من أهمية دخل الضريبة، مما جعل المطالبة بإعفاء المستثمر الأجنبي منها كما لو كان تنازلاً عن ربح فائت.

(٣٦) الدكتور عبد الحفيظ عبد الله عيد: آثار الحوافز الضريبية على الادخار والاستثمار، دار الثقافة العربية، القاهرة ١٩٨٦، ص ٢١.

وعلى الرغم من وجهة الفكرة من جوانبها النظرية، فإننا نرى أنها لم تعد تمثل حافزاً حقيقياً للمستثمر الأجنبي. ولعلنا لا نبالغ بالقول إن هذه الفكرة قد تجاوزتها آليات التجارة الدولية والاستثمار الدولي. فبانتشار فكرة اتفاقيات عدم الازدواج الضريبي، لم تعد فكرة الإعفاء تحظى بالأهمية ذاتها التي كانت تتمتع بها قبل ذلك. فاهتمام المستثمر الأجنبي بالإعفاء إنما كان نتيجة تحمل هذا المستثمر لضريبيتي دخل، في بلد المشروع حيث حقق المشروع أرباحه، وفي بلده الأصلي حيث حقق المستثمر دخلاً من أرباح استثماراته في الخارج. ولما كانت فكرة الإعفاء الضريبي تدخل ضمن اعتبارات كثيرة خاضعة للسياسة الاقتصادية لكل دولة، فقد كان الإعفاء من الضريبة يمثل حافزاً حقيقياً للمستثمر. في حين انصرف المعنيون بالاستثمار الدولي إلى البحث عن آلية جديدة تخفف العبء الضريبي على المستثمر خارج حدود بلده، بشكل لا يخضع كلياً لسياسات الدولة الاقتصادية فقط، وإنما يأخذ في الاعتبار تشجيع الاستثمار الدولي. من هنا تمخضت فكرة اتفاقيات عدم الازدواج الضريبي لتحقيق الهدفين المذكورين. ووفق هذه الرؤية، فإن المستثمر لا يمانع من دفع الضريبة، وإنما يريد تجنب دفعها مرتين. فالمستثمر سيقوم بدفع هذه الضريبة إن في بلده أو بلد الاستثمار، إلا أن وجود اتفاقية عدم الازدواج الضريبي بين بلده وبلد الاستثمار سيجعل الضريبة المدفوعة تقتسم بين البلدين في حين يتجنب هو الازدواج في دفع الضريبة.

وقد بادرت الكويت بالعمل على توقيع العديد من اتفاقيات عدم الازدواج الضريبي، التي بدأت بها بجدية اعتباراً من عام ١٩٨٢^(٣٧)، لتكون بذلك من الدول الأوائل في هذا الميدان، ولا سيما على مستوى دول العالم الثالث. وقد تزامن مع الأخذ بهذا النوع من الاتفاقيات الدخول في مجموعة أخرى من الاتفاقيات الدولية في مجال الاستثمار، ونقصد هنا اتفاقيات حماية الاستثمار وتشجيعه، وفق رؤية واضحة لمصلحة الكويت في حماية استثماراتها في

(٣٧) كانت الاتفاقية الأولى لتجنب الازدواج الضريبي قد وقعت مع فرنسا عام ١٩٨٢.

الخارج والحصول على مزايا إضافية لها، وتشجيع الاستثمار الأجنبي في الداخل.^(٣٨)

يمكن اعتبار اتفاقيات عدم الازدواج الضريبي تمثل التنظيم القانوني الضريبي الدولي الكويتي. فالتنظيم الضريبي الكويتي المتمثل بقانون ضريبة الدخل الصادر عام ١٩٥٥ والتعديلات التي أدخلت عليه وكان آخرها عام ١٩٧٠، يعتبر من وجهة النظر القانونية تنظيمًا غير مكتمل، ولا يمكن بأي حال اعتباره صالحاً لمجارة المستجدات ولا سيما ما تعلق منها بالتجارة الدولية. وإذا أردنا أن نضع الأمور في نصابها، فالكمل يعلم أن الهدف الرئيسي من إصدار القانون رقم ٣ لسنة ١٩٥٥، بل حتى تعديلات هذا القانون، كان فرض بعض الضرائب على شركات البترول الأجنبية، التي كانت تستحوذ على دخل النفط الكويتي بموجب اتفاقيات الامتياز الموقع معها، بما يحقق للمالية العامة للدولة بعض الدخل. فلم يكن الهدف منه إيجاد تنظيم ضريبي في الدولة كما هو شأن التشريعات الضريبية عادة، وإنما جاء وفق هذا المنظور الضيق. وقد حاول القائمون - ولا يزالون - مجارة الوضع عند تطبيق هذا القانون بقرارات يصدرها وزير المالية بالاستناد لنصوصه.

لهذا فإن نصوص الاتفاقية تمثل اليوم، للتشريع الضريبي الكويتي، المعالجة العلمية الوحيدة للتنظيم الضريبي فيما يتعلق بالاستثمار الأجنبي. فليس هناك نصوص أخرى تعالج بالتفصيل طريقة احتساب الضريبة في مثل هذه الحالات، سواء من حيث انطباق القانون أو من حيث طبيعة النشاط مثلاً. ففي غياب هذه النصوص، كما هي حالة المستثمر الأجنبي المنتمي لدولة لا تربطها اتفاقية عدم ازدواج ضريبي مع الكويت، فإنه يخضع للسلم الضريبي التصاعدي الذي قد ينتهي بنسبة تصل إلى ٥٥٪ من أرباحه.

(٣٨) انظر في التعليق على الاتفاقيات الاقتصادية الكويتية، رسالة د. يوسف العلي لنيل درجة الدكتوراه تحت عنوان: Les investissements gouvernementaux koweïtiens dans les pyes industrialises (aspects juridiques), These pour le doctorat de l'Universite Pantheon -Assas (Paris II), presentee et soutenue publiquement le 15 decembre 1994.

ومن دراسة تشجيع الاستثمار من جميع جوانبه، نجد أن فكرة الإعفاء الضريبي المؤقت لم تعد تمثل حافزاً حقيقياً إلا بالنسبة للمستثمرين الأجانب ممن لا ترتبط دولهم باتفاقية عدم ازدواج ضريبي مع الكويت. ولما كان الهدف من هذه الاتفاقيات تجنب الاستثمارات الكويتية في الخارج، حكومية كانت أم خاصة، جانباً من ضرائب الدخل في هذه الدول، فإن من الأولى الاستمرار بالأخذ بنظام اتفاقيات عدم الازدواج الضريبي وعقد المزيد منها باعتبارها أنسب آلية للاستثمار الدولي معمول بها في الدول المتقدمة اقتصادياً؛ بحيث يمكن أن تشمل قائمة الاتفاقيات أغلب الدول المهمة المصدرة للاستثمار إن لم يكن جميعها.

الفرع الثاني

المزايا الخاصة بتأسيس الشركة

أجازت المادة الخامسة من القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٩٨ استثناء شركة الإجارة والاستثمار من بعض نصوص قانون الشركات التجارية. وقد بينت اللائحة التنفيذية أن على المؤسسين عند تقديمهم طلب التأسيس أن يرفقوا بياناً بالاستثناءات المطلوبة من أحكام المواد أرقام (٦٨) و (٩٨) و (٩٩) و (١١٨) و (١١٩) من قانون الشركات التجارية موضحين مسوغات طلب الاستثناء^(٣٩). ولوزارة التجارة والصناعة بعد موافقة بنك الكويت المركزي استثناء الشركة من كل المواد المطلوب الاستثناء منها أو بعضها، على أن يبين ذلك في عقد تأسيس الشركة ونظامها الأساسي^(٤٠).

ونتوقف في هذا الفرع عند المواد (٦٨) و (٩٨) و (٩٩) وهي المتعلقة بتأسيس الشركة. وقد تعرضنا في حديثنا عن تأسيس شركات الإجارة

(٣٩) المادة الرابعة من قرار مجلس الوزراء رقم ٥٤٣ لسنة ١٩٩٨.

(٤٠) المادة العاشرة من القرار ذاته.

والاستثمار لجانب من هذه الاستثناءات، وناقشها هنا من جانب كونها مزايا لهذا النوع من الشركات.

أول هذه المزايا جواز أن تتجاوز حصة المستثمر الأجنبي نسبة ٤٩٪ من رأس مال الشركة، وهو الشرط المنصوص عليه في المادة ٦٨ من قانون الشركات التجارية. فلم يكن من الممكن قبل صدور هذا النص أن تتجاوز حصة المستثمر الأجنبي في الشركات الكويتية هذه النسبة. أما بموجب هذا النص فقد أصبح بالإمكان أن تصل الملكية الأجنبية إلى نسبة ١٠٠٪. وقد سبقت لنا الإشارة إلى أن هذه المزية لم يعطها المشرع لغير شركات الإجارة والاستثمار. فبالمقارنة، من جهة، مع ما أورده نص القانون رقم ٢٠ لسنة ٢٠٠٠ بشأن السماح لغير الكويتيين بتملك الأسهم في شركات المساهمة الكويتية، وما ورد في القانون رقم ٨ لسنة ٢٠٠١ في شأن تنظيم الاستثمار المباشر لرأس المال الأجنبي في دولة الكويت، نجد أن النص الوارد في شأن شركات الإجارة والاستثمار قد منحها مزية على غيرها من الشركات. فالمادة الأولى من القانون رقم ٢٠ لسنة ٢٠٠٠ أجازت لرأس المال الأجنبي المشاركة في تأسيس الشركات الكويتية، وجاء القرار الوزاري رقم ٢٠٥ لسنة ٢٠٠٠ بشأن ضوابط مساهمة غير الكويتيين في شركات المساهمة الكويتية ليحدد المقصود بالحق في إنشاء شركات المساهمة عن طريق الاشتراك في تأسيسها، ويعتبر في حكم التأسيس الاكتتاب في رأس مالها. وذلك يقتضي أن يكون أحد المؤسسين على الأقل كويتي الجنسية لاستيفاء متطلبات النص المذكور عند تأسيس شركة مساهمة خاضعة لأحكام القانون رقم ٢٠ لسنة ٢٠٠٠. وهذا بلا شك ما لم يشترطه المشرع في تأسيس شركات الإجارة والاستثمار.

أما القانون رقم ٨ لسنة ٢٠٠١ فقد نصت المادة الرابعة منه على أنه "استثناء من أحكام المادة (٦٨) من القانون رقم ١٥ لسنة ١٩٦٠ المشار إليه، يجوز بقرار من الوزير بناء على توصية لجنة الاستثمار الترخيص في تأسيس شركات كويتية تبلغ حصة الأجانب فيها ١٠٠٪ من رأس مالها، وذلك طبقاً للشروط والأوضاع التي يضعها مجلس الوزراء". فوفق هذا النص لا بد للشركة

طالبة الاستثناء من أحكام أغلبية رأس المال الكويتي المنصوص عليها في المادة ٦٨ من قانون الشركات، أن تتقدم بطلبها والمسوغات الداعية لطلب الاستثناء للجنة الاستثمار التي أنشأها المشرع بنص المادة الخامسة من القانون ذاته، والتي ستقرر في ضوء الشروط والأوضاع التي يضعها مجلس الوزراء في هذا المجال، موافقتها على الطلب أو عدم ووافقتها عليه. فإذا وافقت اللجنة وأوصت بذلك، كان لا بد من صدور قرار من وزير التجارة والصناعة باستثناء الشركة. وهذا كله في حدود الأنشطة والمشروعات الاقتصادية التي يحددها مجلس الوزراء بما يتواءم والسياسة العامة للدولة وخطط التنمية الاقتصادية المعتمدة^(٤١). ولا شك أن الطريق الموصلة للاستثناء من أحكام المادة (٦٨) أقصر بكثير وفق أحكام القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٩٨.

أما المزية الثانية وهي الاستثناء من أحكام المادتين (٩٨) و (٩٩) من قانون الشركات فتكون باستثناء شركة الإجارة من وجوب أن يكون رأس مالها بالدينار الكويتي (مادة ٩٨) أو إلزامها بأن تكون قيمة السهم ما بين (١٠٠) فلس و (٧٥) ديناراً كويتياً (مادة ٩٩).

وهذه المزية يراد بها تشجيع الاستثمار الأجنبي في هذا المجال. فاستثناء الشركة من أن يكون رأس مالها بالدينار يفتح المجال أمام إنشاء شركات كويتية بعملات أجنبية كالดอลลาร์ الأمريكي أو الجنيه البريطاني أو الين الياباني. وإذا كان فتح المجال لإنشاء شركات كويتية بمثل هذه العملات قد يكون أنسب للمستثمر الأجنبي وأيسر له في قبول فكرة الاستثمار بعملة دولية يعرف سعرها وسوقها على المستوى الدولي، فإنها لا تخلو من جوانب فنية بالنسبة للمشتغلين بسوق الإجارة الدولي. فالإجارة باعتبارها اليوم إحدى طرق التمويل، إنما يتم التعامل بها في السوق الدولية - أو ما يطلق عليه أحياناً بالإجارة عبر الحدود - من خلال عملات دولية لها سعر محدد في سوق العملات العالمية. ففي حال كانت الشركة كويتية برأسمال كويتي فإن تعاملها عبر الحدود يقتضي تحويل المبالغ

(٤١) انظر نص المادة الأولى من القانون رقم ٨ لسنة ٢٠٠١.

إلى العملة الدولية التي تتم بها عملية الإجارة، مما يجعل الشركة تضع في حساباتها وحساباتها تقلب سعر صرف الدينار في مواجهة هذه العملة. أما إذا كانت الشركة قد أنشئت سلفاً برأس مال أجنبي - كالدولار مثلاً - فإنها لن تحتاج إلى ذلك متى كانت العملية تتم بالعملة ذاتها. وغالباً ما تتحدد العملة الأجنبية التي يراد إنشاء رأس مال الشركة بها من خلال الأسواق المستهدفة.

أما تحرير القيمة الاسمية لسهم الشركة من وجوب أن يكون بين مائة فلس وخمسة وسبعين ديناراً، فيراد به - من النواحي الفنية - فتح المجال لأن تكون قيمة السهم الاسمية أعلى من ذلك. فأغلب المساهمين في شركات الإجارة شركات مالية أو ممولين متمرسين في هذا المجال، مما يعطي مجالاً أكبر لتقسيم رأس المال لوحدة كبيرة.

الفرع الثالث

المزايا الخاصة بإصدار السندات

نظم المشرع حق الشركة بإصدار السندات في المواد ١١٦ إلى ١٢٥ من قانون الشركات التجارية. والمشرع بذلك يأخذ بفكرة مستقرة في كثير من التشريعات بالسماح للشركة المساهمة أن تقترض من الجمهور مباشرة، سواء لنمو الشركة وازدهارها أو لحاجتها إلى السيولة النقدية وعدم رغبتها بزيادة رأس المال أو الاقتراض من البنك، فأجاز المشرع للشركة وفق شروط معينة أن تتوجه للجمهور للاقتراض بإصدار سندات ذات قيمة اسمية واحدة قابلة للتداول. وقد اشترطت المادة ١١٨ من القانون المذكور ثلاثة شروط لذلك:

أولاً: أن يكون قد تم دفع رأس مال الشركة المكتتب به كاملاً.

ثانياً: ألا تتجاوز قيمة السندات التي تصدرها الشركة رأس مالها المكتتب به.

ثالثاً: أن يصدر من الجمعية العامة قرار بإصدار السندات.

كما اشترطت المادة ١١٩ أن يقوم مجلس إدارة الشركة، قبل الدعوة للاكتتاب بسندات القرض، بالنشر في الجريدة الرسمية بياناً بتوقيع أعضائه وعناوينهم يتضمن قرار الجمعية العامة بالموافقة على إصدار السندات، وعدد

السندات التي يراد إصدارها، وقيمتها الاسمية، ومعدل فائدتها، وموعد الوفاء بها وشروطها وضماناتها، وعدد السندات التي أصدرتها الشركة من قبل مع ضماناتها، ومقدار رأسمال الشركة، وقيمة التقدّمات العينية، ونتائج الموازنة الأخيرة المصدق عليها، والغرض الذي أصدر القرض من أجله.

أما شركات الإجارة والاستثمار فقد أجازت المادة الخامسة من القانون رقم ١٦ لسنة ١٩٩٨ استثناءها من المادتين ١١٨ و ١١٩ من قانون الشركات، وتتضمنان الأحكام السالف ذكرها. وبذلك يكون لشركات الإجارة والاستثمار أن تصدر سندات دون أن تراعي الشروط الثلاثة التي جاءت في المادة ١١٨. فلها أن تصدر سندات دون أن يكون رأس مالها قد دفع بالكامل، ولها أن تصدر سندات تتجاوز قيمتها رأس مالها المكتتب به، وليست بحاجة إلى أن تتخذ قراراً من الجمعية العامة بإصدار السندات.

وهذا الاستثناء إنما يقرر لطبيعة عمل هذه الشركات. فهي في الغالب - وخصوصاً عندما يكون العقد كبيراً (big ticket) - لا تمول شراء المعدات أو العقارات منفردة. بل قد لا تشارك بتمويل الشراء وإنما تكتفي بالإدارة لخبرتها في هذا المجال ويكون دورها في الحالتين دور الوسيط الذي يقنع الممولين ويربط بعضهم ببعض لتمويل هذا العقد، ويدير عملية الإجارة مع العميل المستأجر. فتقسيم الجزء الخاص بالتمويل من العقد إلى سندات يسهل كثيراً من عمل شركات الإجارة. فهي تقترض الأموال لتمويل عقد معين، تعرف سلفاً بحكم خبرتها حجم الفائدة منه، حيث يمثل هذا العائد نسبة الفائدة على السندات. كما أن السند باعتباره ورقة مالية قابلة للتداول، يسهل التعامل، ويحفز الممولين على الاكتتاب، حيث بإمكانهم في أي وقت بيع هذه السندات دون الحاجة للالتزام بالعقد إلى نهاية مدته.

ولما كانت عملية تمويل عقود الإجارة الكبيرة إنما تتم بين شركات متخصصة في هذا المجال، وكان المشرع قد استثنى شركات الإجارة من إصدار قرار من الجمعية العامة للشركة بإصدار السندات، فقد كان لاستثنائها من أحكام المادة ١١٩ ما يسوغه. فلم يعد هناك حاجة لإلزام هذه الشركات

بالنشر في الجريدة الرسمية، حيث لا يوجد قرار من الجمعية العامة، كما أن تسويق السندات إنما يتم مع شركات متخصصة ليست بحاجة للاطلاع على قرار إصدار السندات في الجريدة الرسمية، فهي ضمانة من جملة ضمانات مقدمة للجمهور.

إلا أن هذا الحكم - باستثناء شركات الإجارة من أحكام المادتين ١١٨ و١١٩ من قانون الشركات - لم يسلم من النقد. فالعمل بإصدار السندات يقتضي التزام أحكامها كما جاءت في القانون. فالمادة ١١٧ من قانون الشركات تنص على أن " تعطي السندات صاحبها الحق في استيفاء فائدة محددة تدفع في أجال معينة، وفي استرداد مقدار دينه من مال الشركة ". وهنا نجد أن آلية الاقتراض بإصدار سندات يقوم أساساً على فكرة الفائدة المحددة سلفاً عند إصدار السند، وهي ربا النسيئة المحرم شرعاً، مما لا مجال للعمل فيه وفق نظام الإجارة في القانون الكويتي المتخذ من أحكام الشريعة الإسلامية.

ومن غير المتصور استخدام فكرة السندات دون إعمال نسبة الفائدة المحددة سلفاً وفق مقتضى النصوص. كما أنه من غير المتصور إطلاق مصطلح السند على عمليات أخرى لا ينطبق عليها الوصف من أجل استبعاد الفائدة الربوية. وفي جميع الأحوال فمن غير الوارد أن تقوم شركات الإجارة والاستثمار الملتزمة تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية بإصدار سندات ذات فائدة ربوية. وبذا لا يكون النص على استثناء شركات الإجارة والاستثمار من بعض شروط إصدار سندات الدين منتجاً.

الفصل الثالث

التنازع التشريعي في عقود الإجارة الدولية في القانون الكويتي

تنتشر اليوم، وبشكل خاص في الدول المتقدمة، عمليات الإجارة الدولية (international leasing)، حيث تتشابك المصالح والقوانين. ويقصد بالإجارة الدولية عادة تلك التي تتجاوز الالتزامات بها حدود الدول (Cross-border). فتقوم شركات متخصصة بالإجارة بعقود قد يكون مكان تنفيذها خارج حدود دولة الشركة أو يكون المزود - الطرف الثالث - خارج حدود هذه الدولة. وقد تواجه هذا النوع من الإجارة مخاطر غير تجارية، وإنما هي صعوبات ذات طابع قانوني وأحياناً اقتصادي. فهناك على سبيل المثال المخاطر السياسية، ومخاطر فرض ضرائب خاصة بأعمال قد تشمل عقود الإجارة في بعض الدول، وهناك أيضاً مخاطر تقلب العملة أو تعويمها^(٤٢). ولعل المثال المناسب الذي يمكن التذليل به هنا هو ما حصل إثر تعويم العملة المكسيكية (peso) نهاية السبعينيات. حيث كانت شركات الإجارة الأمريكية في عقودها مع الشركات المكسيكية قد دفعت قيمة المعدات محل الإجارة بالدولار الأمريكي، في حين كانت التزامات المستأجر - المكسيكي - بالعملة المكسيكية. مما نتج عنه إفلاس شركات إجارة أمريكية كثيرة.^(٤٣)

أما على مستوى الصعوبات القانونية، فهناك صعوبات قد تواجهها عمليات الإجارة الدولية نتيجة تباين المفهوم القانوني للإجارة. هذا التباين قد ينعكس

(٤٢) انظر التأجير عبر الحدود، مرجع سابق، ص ٣٣-٣٤؛ وفي مجال إجارة الطائرات، د. عبيد علي أحمد حجازي: تمويل الاستثمارات في مجال النقل الجوي. الطبعة الأولى ١٩٩٤، ص ٣٤٦ وما بعدها.

(٤٣) Iwan DAVIES: International Leasing, The Journal of Business Law, January 1984, p.472.

بشكل مباشر على عقد الإجارة أو المزايا التي من أجلها لجأ الأطراف إلى نظام الإجارة. فعلى سبيل المثال يقرر القانون الفرنسي للمستأجر خيار شراء المعدات محل العقد، ويحدد سعر الشراء عند إبرام عقد الإجارة. في حين أن مثل هذا الشرط وفق أحكام القانون الإنجليزي يجعل من هذا العقد عقد بيع إيجاري (hire purchase) أو بيع معلق على شرط (Conditional sale)^(٤٤)، مما قد يفوت الفرصة على المؤجر والمستأجر للاستفادة من المزايا الضريبية للإجارة^(٤٥).

على صعيد آخر، تبرز جلياً أمام أطراف الإجارة الدولية مشكلات التنازع بشقيه التشريعي والقضائي. فتمويل عقد دولي بواسطة عقد إجارة يقود في كثير من الأحيان إلى تنازع في الاختصاص التشريعي والاختصاص القضائي؛ حيث تتميز الإجارة بوجود مجموعة من العقود لإتمام عملية تجارية أو اقتصادية واحدة. خذ مثلاً على ذلك عقد إجارة طائرة. تمويل إجارة الطائرة يتم في الأغلب من خلال أكثر من جهة مشاركة في التمويل لشراء الطائرة، وقد يكون من بين الممولين أطراف أجنبية. يلي ذلك عقد إجارة الطائرة المشتراة لهذا الغرض والذي قد يكون لشركة أجنبية أيضاً. فالتنازع التشريعي حاصر بحضور العنصر الأجنبي في العلاقة القانونية. أما التنازع القضائي فيكون باختصاص أكثر من قضاء بنظر هذه العلاقة، مما يدعو الأطراف في الغالب لاختيار التحكيم الدولي طريقاً لتسوية منازعاتهم.

على مستوى القانون الكويتي، تشير تطبيقات الإجارة الدولية جملة من الإشكاليات العملية في القانون الدولي الخاص فيما يتعلق بموضوع القانون واجب التطبيق على عمليات الإجارة عبر الحدود. فهناك إشكالية القانون واجب التطبيق على العقد كسبب للعلاقة القانونية. في حين تظهر إشكالية أخرى - تنازع من حيث أطراف العلاقة - نتيجة دخول شركات أجنبية في سوق الإجارة

(٤٤) انظر الفصل الأول، مفهوم الإجارة في القانون الإنجليزي.

(٤٥) انظر Iwan DAVIES، المرجع السابق، ص ٤٧٢.

في الكويت. كما تقوم إشكالية خاصة بمحل العلاقة، حين يكون محل الإجارة عقاراً، ولا سيما حين تكون الشركة (أو الشركات) المؤجرة أجنبية.

قد لا تكتمل الصورة ونحن نتكلم في الإجارة الدولية إلا بالحديث عن الاتفاقية الدولية الخاصة بالإجارة الدولية (Unidroit Convention on International Financial leasing - Ottawa, 28 May 1998) التي حوت قواعد موحدة في محاولة للحد من إشكالات تنازع القوانين في عقود الإجارة الدولية^(٤٦). إلا أن الكويت - وربما بسبب عدم تنظيم عقود الإجارة بتشريع خاص وأن حجم عقود الإجارة الدولية لا يمثل أهمية تذكر للاقتصاد الوطني - لم توقع حتى يومنا هذا على هذه الاتفاقية. ولما كان بحثنا ينصب على دراسة القانون الكويتي فلن نتطرق لأحكام هذه الاتفاقية.

لما كانت العلاقة القانونية تعتبر أجنبية إذا كان أحد عناصرها أجنبياً، فإننا ندرس الإجارة الدولية من خلال تحليل عناصر هذه العلاقة، ابتداءً بأطراف العلاقة (المبحث الأول)، فالسبب أو عقد الإجارة (المبحث الثاني)، فمحل العلاقة (المبحث الثالث).

المبحث الأول أطراف الإجارة الدولية

من المسلم به فقهاً وقضاً أن العلاقة القانونية تكون ذات عنصر أجنبي متى كان أحد أطرافها أجنبياً. وتحديد وصف الأجنبي هي في المقام الأول مسألة تكييف يختص بها قاضي الموضوع، وتخضع لأحكام قانون القاضي. في

(٤٦) انظر بشأن أحكام الاتفاقية: Ioannis VOULGAIS: Le credit-bail (Leasing) et les institutions analogues en droit international prive. RCADI, 1996, T.259, pp.341-364. Walter E.MAY: International Equipment Leasing: The Unidroit Draft convention. Columbia Journal of Transnational Law, Vol. 22, 1984, n 2, pp. 333-358.

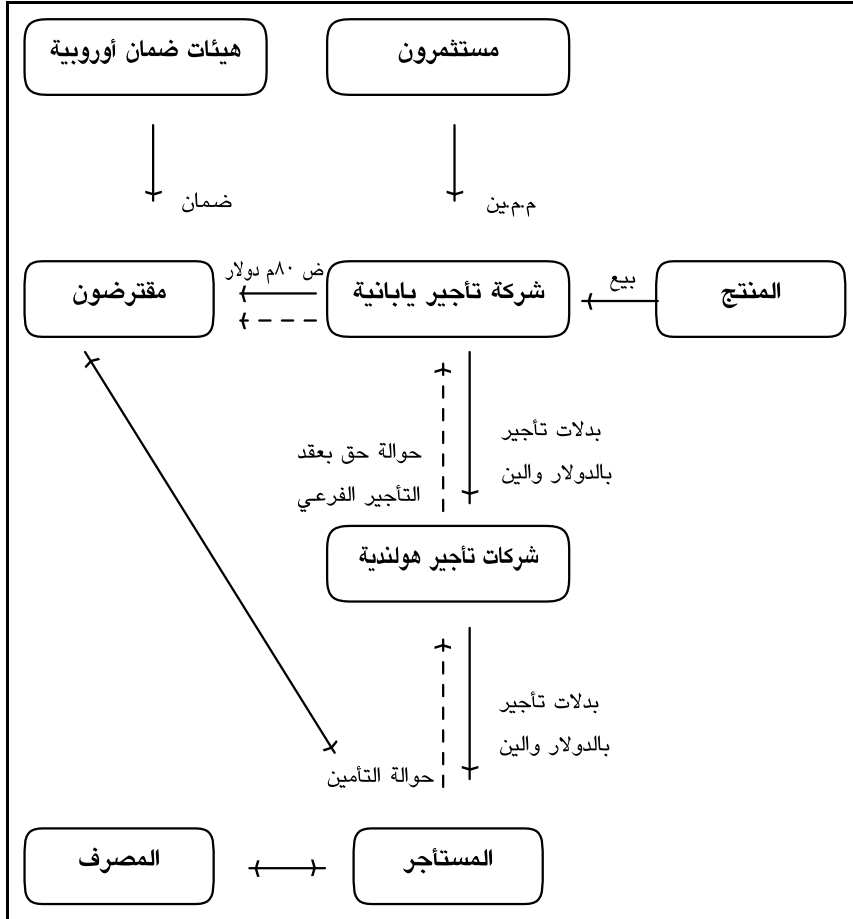
مجال الإجارة الدولية تتعدد أطراف العلاقة، فهي علاقة بطبيعتها متعددة الأطراف (Multipartite). لتوضيح الصورة بشكل أفضل نضرب المثال الحقيقي التالي لعملية إجارة دولية قامت بها شركة إجارة يابانية. " تتكون العملية من طائفة مدنية من طراز إيرباص اشتراها المؤجر الياباني من الشركة المنتجة بقيمة ١٠٠ مليون دولار، تم تمويل ٨٠ مليوناً منها بقرض من بنوك يابانية وفروع بنوك أجنبية في اليابان، وتم تمويل المبلغ الباقي البالغ ٢٠ مليون دولار بحصص مختلفة من مستثمرين يابانيين دفعوا حصصهم بالين الذي تم تحويله بالضرورة إلى الدولار الأمريكي لدفع قيمة الطائفة، وقد أبرم المؤجر الياباني عقد تأجير رئيسي) Lease Head (مع شركة تأجير وسيطة مقيمة في هولندا (لمنع الازدواج الضريبي) التي قامت بدورها بإبرام عقد تأجير فرعي (Sub Lease) مع شركة الطيران المستأجرة. ويعتبر العقدان، الرئيسي والفرعي، بحكم القانون الياباني، عقدين متشابهين، حيث إن كليهما يوفر حق المستأجر في شراء الطائفة في نهاية مدة العقد بقيمة كبيرة (بنسبة ٤٠٪ من السعر الأصلي بحسب القانون الياباني) وينصان على أن بدلات التأجير وبدل إنهاء العقد تدفع بخليط من الدولار الأمريكي والين الياباني حيث تخصص المدفوعات بالدولار لخدمة قرض الدولار، بينما تخصص المدفوعات بالين لخدمة الحصص الاستثمارية المدفوعة بالين.

وقد تم ضمان القرض الدولارى من قبل هيئات ضمان ائتمان الصادات الوطنية في البلدان التي تشارك في برنامج إنتاج طائفة الإيرباص، وهي بريطانيا، فرنسا، وألمانيا، كل بحسب نسبة القيمة الوطنية المضافة إلى المنتج النهائي، مما يجعله خاضعاً لمتطلبات هذه الهيئات.

إضافة إلى ذلك، قام المستأجر بإيداع ودیعة بالين في بنك ياباني بهدف مقابلة التزاماته التعاقدية بالين بما يعادل القيمة الحالية اللازمة لدفع بدلات التأجير والقيمة المتبقية للطائفة في نهاية مدة العقد إذا مارس حقه بشرائها.

أما بالنسبة لمستندات التأمين الرئيسية في هذه العملية فهي تتكون من رهن يقدمه المؤجر الياباني إضافة إلى حوالة حقه في عقد التأجير الرئيسي،

وفي التأمين والضمانات الخاصة بالطائرة وفي الحقوق الخاصة بها المحولة له من الوسيط الهولندي.^(٤٧)



باستقراء الواقع، يمكن القول إن أطراف العلاقة في الإجارة الدولية هم بالدرجة الأولى من الأشخاص الاعتبارية. إلا أنه ليس هناك ما يمنع من قيام أفراد (مؤسسات فردية) من الاستفادة من نظام الإجارة، سواء على مستوى

(٤٧) التأجير عبر الحدود، مرجع سابق، ص ٢٩-٣٠.

الإجارة البسيطة (Small Ticket) أو على مستوى الإجارة المتوسطة أو الكبيرة (Med & Big Ticket). فلا تزال المؤسسات الفردية تؤدي دوراً بارزاً في التجارة في السوق الكويتية. فلا بد إذناً من البحث في مدى إمكانية دخول العنصر الأجنبي في علاقات الإجارة الدولية كشخص طبيعي (الفرع الأول) أو اعتباري (الفرع الثاني).

الفرع الأول حين يكون أحد أطراف العلاقة شخصاً طبيعياً

كان الأساس في ممارسة العمل التجاري في الكويت هو العمل الفردي وبعض أشكال الشركات البسيطة، إلى أن نظم المشرع الشركات التجارية بإصدار القانون رقم ١٥ لسنة ١٩٦٤. وقد أقر قانون التجارة الكويتي ممارسة التاجر الفرد لأعماله التجارية وأصبح الترخيص التجاري (وفق قانون تنظيم تراخيص المحال التجارية رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٩) يصدر له بوصف "مؤسسة فردية". وفي حقيقة الأمر - من الناحية القانونية - لا تتمتع هذه المؤسسة بأي شخصية قانونية ولا تنفك عن شخصية صاحب المؤسسة. فالمؤسسة الفردية مسمى جديد لفكرة التاجر الفرد المعروفة، وعليه لن تختلف في التنظيم القانوني عن الشخص الطبيعي.

لا يثير وصف الشخص الطبيعي من حيث جنسيته صعوبة كبيرة في تحديد هذه الصفة. فالكويتي وفق أحكام القانون الكويتي هو من يتمتع بالجنسية الكويتية وفق أحكام قانون الجنسية رقم ١٥ لسنة ١٩٥٩. وبناء عليه، فكل من لا يتمتع بالجنسية الكويتية يعد أجنبياً، وتعد العلاقات القانونية التي يدخل طرفاً بها علاقات ذات عنصر أجنبي.

وإذا كان من المتصور أن يكون الكويتي مزدوج الجنسية في بعض الحالات، فإن الفصل في هذه المسألة، متى كانت معروضة على القضاء الكويتي، تعد مسألة بسيطة. فقد نصت المادة (٧٠) من القانون رقم ٥ لسنة ١٩٦١ على أن "يعين القاضي القانون الذي يجب تطبيقه في حالة الأشخاص

الذين لا تعرف لهم جنسية، أو الذين تثبت لهم جنسيات متعددة في وقت واحد. على أن الأشخاص الذين تثبت لهم في وقت واحد بالنسبة إلى الكويت الجنسية الكويتية، وبالنسبة إلى دول أجنبية أو عدة دول أجنبية جنسية تلك الدول، يطبق عليهم القانون الكويتي".

إلا أن المسألة تدق حين النظر إلى الشخص الطبيعي الأجنبي بوصفه طرفاً في علاقات الإجارة الدولية فيما يعرض على القضاء الكويتي. فهو قد يكون مؤجراً أو مستأجراً أو مزدوداً.

(١) المؤجر:

تعرض فكرة قيام شخص طبيعي بدور المؤجر في القانون الكويتي عقبتان: تتعلق الأولى بممارسة الأجنبي للتجارة وتتعلق الثانية بطبيعة النشاط.

فمن حيث ممارسة الأجنبي للتجارة في القانون الكويتي، نجد أن الأصل العام المقرر في قانون التجارة الكويتي هو منع الأجنبي من مزاوله التجارة منفرداً^(٤٨). يستثنى من ذلك فقط مواطنو دول مجلس التعاون وفق أحكام الاتفاقية الاقتصادية الموحدة، حيث يتمتعون بالمعاملة الوطنية فيما يتعلق بممارسة الأعمال التجارية في الكويت.^(٤٩)

أما بالنسبة لطبيعة النشاط، فتعد أعمال الإجارة من أعمال التمويل التي يقتصر الترخيص فيها على الشركات، وفق شروط وضوابط معينة. فلا مجال

(٤٨) المادة (٢٣).

(٤٩) Mona AL-YAGOUT: The Regulation of Foreign Investment in Kuwait: The Role of Law, Politics and Economic Policy in the Development Process. Thesis, University of Warwick, England, 1997, p.130s. Ahmed AL-MELHEM: The Legality of Doing Business by Aliens in Kuwait in the Light of the Cassation Court's Interpretation of Article 23 of commercial Law and A Proposal. مجلة الحقوق، جامعة الكويت، السنة السابعة عشرة، العدد الرابع، ديسمبر ١٩٩٣، ص ٣ - ٢٩.

لممارسة أعمال التمويل بالنسبة للأفراد، كويتيين كانوا أم أجانب. هذا بالإضافة لاشتراط المشرع شكلاً معيناً لشركات الإجارة في القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٩٨، هو شكل الشركة المساهمة^(٥٠).

نخلص من ذلك إلى أن دخول الشخص الطبيعي بوصفه مؤجراً في علاقات الإجارة الدولية غير ممكن في إطار أحكام القانون الكويتي.

(٢) المستأجر:

لا تثور أي إشكالات خاصة على مستوى القانون الدولي الخاص الكويتي حين يكون المستأجر أجنبياً. فكون المستأجر أجنبياً متوطناً في الكويت فذلك يعني استخدامه لنظام الإجارة لأحد سببين: إما لتوفير حاجاته الخاصة، أو ما يعرف بالإجارة الاستهلاكية، وهذه لا تثير إشكالات ذات أهمية، ولا يعنى بها هذا البحث من حيث المبدأ؛ وإما لتوفير احتياجاته الخاصة بعمله التجاري أو الصناعي، وهذه ينطبق عليها ما ينطبق على مزاولة الأجنبي للعمل التجاري في الكويت، وقد سبقت الإشارة لهذا الموضوع.

أما إذا كان المستأجر متوطناً في دولة أخرى، ودخل طرفاً في عقد إجارة دولية مع شركة كويتية مثلاً من أجل تمويل أعماله التجارية الموجودة خارج الكويت، فليس من عوائق قانونية في القانون الكويتي تعوق هذه العلاقة. فإذا كان القانون الكويتي هو القانون واجب التطبيق على العلاقة، فإن هذه العلاقة تعد صحيحة من حيث أطرافها.

وبناء عليه، لا يمكن أن يكون المستأجر شخصاً طبيعياً أجنبياً في مجال الإجارة التمويلية، إلا إذا كان يتمتع بجنسية إحدى دول مجلس التعاون، أو كان متوطناً خارج دولة الكويت ومن أجل أعماله في خارجها.

(٥٠) انظر الفرع الأول من المبحث الأول من الفصل الثاني.

(٣) المزود:

من غير المتصور أن يكون المزود شخصاً طبيعياً أجنبياً متوطناً في الكويت، إلا أن يكون أحد مواطني دول مجلس التعاون الخليجي. أما أن يكون المزود أجنبياً متوطناً في خارج الكويت، فهذه مسألة لا تثير إشكالات خاصة بهذا الوصف. فليس هناك ما يمنع الأفراد أو الشركات من التعاقد مع شركات أجنبية لتزويدها بأي معدات. إلا أن المسألة تدق إذا كان عقد الإجارة يشمل تقديم خدمات لا يمكن تقديمها من الخارج وإنما لا بد من تنفيذها أو تنفيذ جزء منها في الكويت. وكذا الحال إذا تعلق الإجارة بتنفيذ مبانٍ أو تركيب مصنع مثلاً. فلا يتصور في مثل هذه الحالة أن يقوم المزود بتنفيذ التزاماته دون القيام بأعمال تجارية في الكويت، وهي مسألة سبق الإشارة إليها، مع فارق أساسي هو أن المزود لن يقوم بأعمال تعد من قبيل التمويل، فهو ليس المؤجر. ولذا فإن طبيعة الالتزام ستحدد ما يمكن القيام به في الكويت من عدمه. فله كما أسلفنا أن يباشر هذا النشاط من خلال وكيله في الكويت.

الفرع الثاني

حين يكون أحد الأطراف شخصاً اعتبارياً

الأصل العام، وفق أحكام قانون التجارة الكويتي، هو عدم جواز مباشرة الشركات الأجنبية أعمالها في الكويت إلا من خلال وكيل. أما الشركات الخليجية فقد أصبح لها الحق بممارسة العمل التجاري في الكويت بناء على الاتفاقية الاقتصادية الموحدة لدول مجلس التعاون الخليجي. ولا يرد على هذا الأصل إلا استثناء واحد وهو ما جاء في القانون رقم ٨ لسنة ٢٠٠١ بشأن استثمار رأس المال الأجنبي المباشر.

تحديد وصف الشركة من حيث جنسيتها هي مسألة تكيف يطبق عليها قانون القاضي. وقد حدد قانون الشركات الكويتي جنسية الشركة بنص المادة ٦٨ منه على أن:

"كل شركة مساهمة تؤسس في الكويت تكون كويتية الجنسية، ويجب أن يكون جميع الشركاء من الكويتيين، وأن يكون المركز الرئيسي للشركة في الكويت.

ومع ذلك يجوز استثناء أن يكون بعض الشركاء غير كويتيين، إذا دعت الحاجة إلى استثمار رأس مال أجنبي أو خبرة أجنبية بشرط ألا تقل نسبة رأس مال الكويتيين من الشركاء عن ٥١ بالمائة من رأس مال الشركة، وبشرط الحصول على ترخيص في ذلك من الجهة الحكومية المختصة."

هذا بالنسبة للشركات المساهمة أما الشركات ذات المسؤولية المحدودة فقد جاء النص عليها في المادة ١٩١ من قانون الشركات:

"كل شركة ذات مسؤولية محدودة تؤسس في الكويت تكون كويتية الجنسية، ويجب أن يكون أحد الشركاء على الأقل كويتياً، وأن يكون المركز الرئيسي للشركة في الكويت.

وفي الشركات التي تؤسس بعد نفاذ هذا القانون، يجب أن تكون حصص الشركاء من الكويتيين لا تقل عن ٥١ بالمائة من مجموع حصص الشركة".

ولا بد لنا هنا من التأكيد على الفرق بين تأسيس الشركة وجنسيته. فكل شركة تؤسس في الكويت تكون كويتية. أما مساهمة رأس المال الأجنبي في رأس مال الشركة فهي مسألة متعلقة بشروط التأسيس. فالاستثناء الوارد في نص المادة ٦٨ من قانون الشركات يسمح بتأسيس شركات من رأس مال مشترك بين كويتيين - ويتوجب أن تكون لهم الأغلبية؛ أي ما لا يقل عن ٥١٪ - وبين غير كويتيين. إلا أن هذا الاستثناء كان مقيداً بترخيص الجهة المختصة وهي وزارة التجارة. أما قانون شركات الإجارة فقد تجاوز هذه الشروط للسماح بتأسيس شركات بمساهمة أجنبية قد تتجاوز نسبة ٤٩٪ لتصل إلى تملك كامل رأس المال. فلو كانت جنسية الشركة مرتبطة برأسمالها لما صرح المشرع للشركات التي تؤسس في الكويت أن يكون بعض رأسمالها

أجنبياً كما في الأصل (المادة ٦٨) أو بكامله كما في القانونين ١٢ لسنة ١٩٩٨ و ٢٠ لسنة ٢٠٠٠.

ولا خلاف حول إمكانية الشركة التي أسست في الكويت من ممارسة الإجارة مستأجراً أو مزوداً بغض النظر عن طبيعة رأس المال سواء كان كويتيّاً بالكامل أو أجنبياً بالكامل أو مشتركاً بينهما. أما ممارستها للإجارة كمؤجر فيجب عليها أن تكون من الشركات المصرح لها بذلك. فنشاط الإجارة يعد من أنشطة التمويل، وهي أنشطة خاضعة لرقابة البنك المركزي، ناهيك عن رقابة وزارة التجارة.

والمراد أن الشركة تكون أجنبية متى كان مكان تأسيسها خارج الكويت. ودخول الشركة الأجنبية طرفاً في علاقة إجارة في الكويت يعني القيام بأعمال تجارية لا يجوز لها القيام بها إلا من خلال وكيل. فنص المادة ٢٣ من قانون التجارة صريح في ذلك: " لا يجوز لشركة أجنبية إنشاء فرع لها في الكويت، ولا يجوز لها أن تبشر أعمالاً تجارية في الكويت إلا عن طريق وكيل كويتي". كما أكد هذا المعنى القانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٩ بشأن تنظيم تراخيص المحال التجارية، فنصت المادة الثانية منه على " أولاً: لا يصدر الترخيص المشار إليه في المادة السابقة إلا لمن كان كويتي الجنسية، وذلك باستثناء الحالات التالية:

أ - ...

ب - أما الشركات الأجنبية التي تنشئ لها فرعاً في الكويت أو التي تزاوّل أعمالاً تجارية في الكويت فيجب لصدور الترخيص لها توافر الشروط التالية:

١ - أن يكون لها وكيل كويتي تاجر في الكويت.

٢ - أن يصدر الترخيص باسم الوكيل الكويتي وينتهي بانتهاء العمل المحدد في الترخيص وذلك مع عدم الإخلال بقانون الوكالات التجارية."

هذا بالطبع حين تدخل الشركة الأجنبية طرفاً في عقد إجارة مؤجراً أو مزوداً. أما دخولها مستأجراً، سواء لتمويل أعمال لها في الكويت أو في الخارج، فإن الحاجة لوكيل كويتي لا تقوم هنا. فتمويل الشركة لنشاطها في الكويت يعني وجود وكيل لها سلفاً لممارسة النشاط الأساسي. أما تمويلها لنشاطاتها في الخارج من خلال عقود إجارة تديرها شركات كويتية فلا يعني ذلك بالضرورة انطباق القانون الكويتي عليها. فلا حاجة هنا لوكيل.

المبحث الثاني عقد الإجارة الدولية

تتفق معظم التشريعات اليوم على إعطاء إرادة الأطراف دوراً أساسياً في تحديد الالتزامات العقدية. وأغلب التشريعات تعند بمبدأ الإرادة بوصفه ضابط إسناد في مجال تنازع القوانين بالنسبة للعقود الدولية.

"والمقصود بالعقد الدولي هو العقد الذي يتضمن عنصراً أجنبياً مؤثراً سواء تعلق هذا العنصر بمحل إبرامه أو بمكان تنفيذه، أو بموضوعه، أو بأطرافه"^(٥١). فعقد الإجارة الدولي يكون حيث يكون أحد هذه العناصر أجنبياً. ويكون في هذه الحال اختيار القانون واجب التطبيق محلاً لتطبيق قاعدة الإسناد. أما العلاقات الوطنية، حيث تخلو العلاقة التعاقدية من العنصر الأجنبي، فمن المتفق عليه في فقه القانون الدولي الخاص أنها تخضع للقانون الوطني. فلا مجال لتطبيق قواعد الإسناد هنا. وإنما يكون اختيار أطراف العقد لقانون أجنبي يحكمه بمنزلة اختيارهم لتطبيق أحكامه باعتبارها شروطاً تعاقدية، ولا تحكمه فكرة القانون واجب التطبيق على الشروط الموضوعية للعقد الواردة في قاعدة الإسناد.

(٥١) د. هشام صادق ود. حفيظة الحداد: مبادئ القانون الدولي الخاص. دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠١، ص ٣٤١.

من هنا فإن ما سنتناوله بالدراسة في هذا الفرع إنما ينصب على العقد الدولي بوصفه السابق. وقد نص المشرع الكويتي في المادة رقم (٥٩) من القانون رقم ٥ لسنة ١٩٦٠ على قاعدة الإسناد الخاصة بالعقود وبشأن تنظيم العلاقات ذات العنصر الأجنبي بقوله: " يسري على العقد من حيث الشروط الموضوعية لانعقاده ومن حيث الآثار التي تترتب عليه، قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً، فإذا اختلفا موطناً سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانوناً آخر هو الذي يراد تطبيقه ".

يتضح من النص أنه قد أقام قاعدة الإسناد في العلاقات التعاقدية على فرضيتين: الأولى حين يتفق الأطراف على اختيار قانون محدد ليحكم العلاقة بينهم والثانية حين يخلو العقد من تحديد القانون واجب التطبيق عليه.

الفرع الأول

القانون واجب التطبيق على العقد باختيار أطرافه

وفق نص المادة ٥٩ المذكور فإن المقرر في هذا المجال أن للأطراف الحرية الكاملة في اختيار القانون واجب التطبيق على علاقتهم التعاقدية سواء كان هذا الاختيار صريحاً أو ضمناً. فالأصل هنا تطبيق قانون الإرادة. وإذا كان جانب من الفقه يرى ضرورة وجود صلة بين القانون المختار والعقد، فإن ذلك هو الغالب في التعامل. وذلك يعني أن تطبيق هذا المبدأ على عقود الإجارة - تطبيقاً تقليدياً إن صحت العبارة - يؤدي لتطبيق قانون مختلف لكل عقد من عقود علاقة الإجارة. بمعنى أن القانون واجب التطبيق على العقد المبرم بين المؤجر والمستأجر قد يكون قانون المؤجر، في حين يخضع العقد المبرم بين المؤجر والمزود لقانون مختلف عن ذلك وهو قانون المزود. وبذا نكون أمام قانونين مختلفين لحكم علاقة الإجارة مع كل التناقضات التي قد تقوم نتيجة ذلك.

إلا أن النظر بتمعن، والوقوف عند طبيعة عقود الإجارة، يجعل من تطبيق النص يثير إشكالية خاصة. فالعلاقة التعاقدية هنا ثلاثية الأطراف، ينظمها عقدان منفصلان كحقيقة قانونية، متحdan كحقيقة اقتصادية. فهناك العقد الذي يربط المؤجر بالمستأجر، وهناك العقد الذي يربط المؤجر (ويمثله غالباً في هذا العقد المستأجر في العقد الأول) مع المزود أو البائع للمعدات. وإذا كانت حقيقة هذين العقدين من الناحية القانونية البحتة أنهما عقدان منفصلان، إلا أن حقيقتهما الاقتصادية تجمع بينهما كما لو كانا عقداً واحداً، أو بعبارة أدق علاقة اقتصادية واحدة. فهذان العقدان متحdan من حيث أن كلا منهما قائم على وجود الآخر. فعقد المؤجر مع المزود لم يكن ليوحد لولا قيام عقد المؤجر بالمستأجر. وهذه العلاقة الأخيرة لا يمكن أن تقوم دون تلك المعدات المستأجرة التي هي محل العقد المبرم بين المؤجر والمزود. وإذا استبعدنا نظام الإجارة التشغيلية والإجارة المرتدة (Lease Back) فإن إخضاع العقدين لقانون واحد يبدو أمراً مسوغاً.

إن إخضاع كامل العلاقة المتصلة بعقد الإجارة لقانون واحد سيجنب الأطراف الخضوع لقوانين متعددة وما قد يستتبع ذلك من تفاوت في الأحكام. فإبرام هذه العقود دون البحث في القانون واجب التطبيق قد يقودنا لتعدد هذا القانون بتعدد الأطراف، بل قد يتعدد القانون واجب التطبيق للطرف ذاته. فلو أخذنا المثال الخاص بحق المستأجر بالرجوع على المزود إما لعدم تنفيذ العقد أو لوجود عيب في المعدات محل عقد الإجارة، فربما كان هذا الحق مقررأ في القانون واجب التطبيق على عقد التزويد وليس الأمر كذلك بالنسبة للقانون واجب التطبيق على العقد المبرم بين المؤجر والمستأجر. ولا شك في أن هذا التفاوت في الأحكام لا يخدم علاقة الإجارة.

من جانب آخر قد لا يبدو مثل هذا الحل - بإخضاع العقدين للقانون ذاته - عملياً من الناحية الواقعية. فالعقدان لا يبرمان واقعياً في الوقت ذاته، وإنما يتم إبرامهما تباعاً. فربما لم يرغب أطراف العقد الذي يبرم ثانياً إخضاع عقدهما للقانون ذاته واجب التطبيق على العقد الأول. إن الوصول لتطبيق الفكرة

يعتمد على قبول أطراف العلاقة بمثل هذا الحل. وقد يكون إقناعهم بذلك من مسؤولية مهندس العلاقة في جوانبها القانونية. وقد يكون بإمكان هذا الأخير إقناع الأطراف بقانون معين نظراً لما تتمتع به أحكامه من تنظيم شامل لنوع معين من المسائل، أو لمرونة أحكامه في جوانب معينة. فالقانون الإنجليزي وقانون ولاية نيويورك الأمريكية - على سبيل المثال - هما أكثر اختياراً عملياً في مجال الإجارة الدولية حين تشتمل على تمويل دولي. فيقدم القانون الإنجليزي على مستوى العمليات في السوق الأوروبية وفي دول الكومنولث، في حين يحظى قانون ولاية نيويورك بقبول أوسع في بلدان أخرى كتاوان والفلبين وكوريا.^(٥٢)

أما شركات الإجارة الملتزمة تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية، وهي الحالة الأقرب لنظام الإجارة في القانون الكويتي، فإن العمل قد جرى لديها بتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية على أي خلاف بين الأطراف من الناحية الموضوعية^(٥٣).

ولابد لنا، ونحن نبحث في اختيار أطراف العلاقة للقانون واجب التطبيق على علاقاتهم التعاقدية، من البحث في مدى حرية المتعاقدين في اختيار هذا القانون وهل هذه الحرية مطلقة أم مقيدة؟

ذهب جانب من الفقه إلى القول: إن حرية أطراف العقد حرية كاملة مطلقة من أي قيد في اختيارهم للقانون واجب التطبيق على عقدهم. بل إن حرية الأطراف - وفق وجهة النظر هذه - لا تتقيد بإخضاع العقد لقانون معين، فما دام العقد دولياً ويرتبط بأكثر من قانون فإنه يفلت من الخضوع لأي نظام قانوني ولا يخضع إلا لشروطه التعاقدية والأعراف التجارية الدولية في مجاله. إلا أن هذه النظرية كانت محل نقد من جانب كبير من الفقه، كما أن القضاء

(٥٢) التأجير عبر الحدود، مرجع سابق، ص ٣١.

(٥٣) د. هشام خالد: نظرة على بعض البنوك الإسلامية الدولية وعقودها (مع إشارة خاصة لنظام التأجير التمويلي). ورقة عمل مقدمة إلى مؤتمر الجديد في عمليات المصارف من الوجهتين القانونية والاقتصادية. جامعة بيروت العربية، ٢٦-٢٨ إبريل ٢٠٠١.

الوطني لم يسلم بها في كثير من الدول ولا سيما أن تفسير قواعد الإسناد الخاصة بالعقود لم يكن في صالح النظرية.^(٥٤)

أما فقهاء المدرسة الموضوعية، وعلى رأسهم الفقيه الفرنسي باتيفول، فقد ذهبوا إلى القول: إن دور الإرادة إنما يكون بتركيز العلاقة العقدية في مكان محدد في ضوء ظروف العقد وملابساته، وليس في اختيار القانون واجب التطبيق. ولم يسلم هذا الرأي أيضاً من النقد. فالقول بتركيز العلاقة التعاقدية في مكان واحد هو مركز الثقل يلغي حقيقة حق الأطراف باختيار القانون واجب التطبيق وفق ماتقضي به قواعد الإسناد. فمركز الثقل يفترض فيه أن يكون واحداً للعلاقة التعاقدية؛ مما يعني أن الأطراف سيخضعون لهذا القانون سواء اختاروا هذا القانون بإرادتهم، أم قرر القاضي ذلك عند نظر النزاع، ففي جميع الأحوال سيخضع أطراف العقد للقانون ذاته؛ مما يمثل - في واقع الأمر - مصادرة على المطلوب.^(٥٥)

أما الرأي الراجح في الفقه العربي فيميل إلى القول بحق أطراف العقد في اختيار القانون واجب التطبيق على علاقاتهم التعاقدية بوصفه مبدأً مستقراً في فقه القانون الدولي الخاص من جانب، وعملاً بقواعد الإسناد في مجال العقود من جانب آخر. إلا أن هذه الحرية ليست مطلقة دون أي قيد، إنما يقيد هذه الحرية أن يكون القانون المختار على صلة بالعقد أو يرتبط بالعقد بشكل أو آخر. فللمتعاقدين أن يختاروا قانون جنسية أحدهم أو موطنه، أو قانون محل إبرام العقد أو تنفيذه. ولا يكون لهم أن يختاروا قانوناً منبت الصلة بعقدهم أو أطرافه.^(٥٦)

(٥٤) انظر في عرض نظرية العقد الدولي الطليق والنقد الموجه لها كتاب الدكتور أحمد عبدالكريم سلامة: العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية. دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٩.

(٥٥) انظر في نقد هذه النظرية د. هشام صادق و د. حفيظة الحداد، مرجع سابق، ص ٣٤٦ وما بعدها.

(٥٦) انظر الحلواني، ص ٣٧٧، د. هشام صادق ود. حفيظة الحداد، مرجع سابق، ص ٣٥٢ وما يليها.

وربما ثار التساؤل حول إمكانية اختيار المتعاقدين لقانون لا يمت إلى أطراف العقد أو لمكان إبرامه أو تنفيذه بأي صلة، كما هو الحال في مجالات متنوعة من العقود الدولية، كاختيار القانون الإنجليزي مثلاً في مجال تجارة الحبوب أو النقل البحري. فربما اختار أطراف العقد هذا القانون ليحكم عقد النقل الذي أبرموه، على الرغم من أن البضائع محل العقد لن تبدأ ولن تمر في كل رحلتها بالموانئ الإنجليزية.

الجواب أن مثل هذا الحل جائز لاتصاله بموضوع العقد. فقد استقر في فقه القانون الدولي صحة هذه الشروط كونها تمثل جانباً من أعراف التجارة الدولية. كما أن اختيار الأطراف لم يكن في هذه الحالة منبث الصلة بالعقد بل يرتبط بموضوعه بما عرف به هذا القانون من تميز في أحكامه، أو شمولية في تنظيمه، أو مرونة شروطه؛ مما جعل العمل باختياره قانوناً واجب التطبيق في مجال معين متواتراً.

وإذا كان الهدف عند جانب من الفقه القائل بهذا القيد على حرية الأطراف في اختيارهم القانون واجب التطبيق في عقودهم هو تجنب تحايل الأطراف على القانون للإفلات من أحكام القواعد الآمرة في القوانين التي يرتبط العقد بها على نحو يؤدي إلى الغش نحو القانون، فإن اختيار قانون جرى العمل في العقود الدولية لمجال معين على النص عليه باعتباره قانوناً واجب التطبيق ينفي هذه الشبهة. فالأطراف إنما يختارون هذا القانون لأسباب تتصل بموضوع عقدهم وتنظيم هذا القانون لهذا الموضوع، وهم بذلك يختارون قانوناً يرتبط بالعقد. وكما أسلفنا، فإن العمل في الإجارة الدولية في جوانبها التمويلية قد جرى على تطبيق القانون الإنجليزي وقانون ولاية نيويورك.

الفرع الثاني

القانون واجب التطبيق وفق قواعد التنازع

يرد كثيراً في الواقع العملي ألا ينص الأطراف في عقدهم على القانون واجب التطبيق صراحة أو ضمناً في العقد، هنا تنص قواعد الإسناد عادة على

حلول عملية يرجع إليها القاضي في مثل هذه الأحوال. وفق نص المادة (٥٩) من القانون رقم ٥ لسنة ١٩٦١ هناك خياران للقاضي: "يسري على العقد من حيث الشروط الموضوعية لانعقاده ومن حيث الآثار التي تترتب عليه قانون الدولة التي يوجد بها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً، فإن اختلفا موطناً سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد،...".

وعلى الرغم من أن الحالات التي يمكن أن تكون فيها عقود الإجارة الدولية خالية من أي إرادة صريحة أو ضمنية تكاد تكون منعقدة، فإن الجدلية العلمية تلزمنا ببحثها استكمالاً للموضوع.

وفق نص المادة (٥٩) يكون أمام القاضي ضابطان أوردهما المشرع في النص على التوالي: ضابط الموطن المشترك، وضابط محل إبرام العقد. وكلا الضابطين لا يتناسب والعقود الدولية للإجارة.

فضابط الموطن المشترك للمتعاقدين يفترض أن المتعاقدين لهما الموطن ذاته، وهي مسألة قد تكون نادرة الحدوث على مستوى الإجارة الدولية. فالأصل أننا سنجد موطنهما في الإجارة عبر الحدود مختلفاً، إلا أن ذلك لا ينفي إمكانية حصوله. فقد يكون السبب في وصف العقد بالدولية سبباً آخر غير أطراف العقد كمحله أو سببه. ولكن هل يكون قانون الموطن المشترك هو الأنسب لحكم العلاقة المتشابهة هنا فقط لوجود موطن المتعاقدين في إقليم دولة معينة؟ وهل سيكون هذا القانون هو الذي يحكم العقد الثاني من عقود الإجارة؟ أقصد إذا كان العقد الأول بين المؤجر والمستأجر سيخضع لقانون موطنهما المشترك، فهل يخضع العقد الثاني بين المؤجر والمزود أيضاً للقانون ذاته؟ هل تأسيس ضابط الإسناد هنا على فكرة الموطن المشترك هي أنسب في مجال هذا النوع من العقود؟

أما ضابط محل إبرام العقد فيعتمد على فكرة تقليدية في الفكر القانوني قوامها أن اختيار الأطراف لمكان انعقاد العقد دلالة غير مباشرة على نية غير ظاهرة باختيار قانونه لحكم العلاقة. أما اليوم - مع تقارب العالم وتطور وسائل الاتصال والسفر، وتطور الخدمات والتسويق لها - لم يترك سبيل لمثل هذه

الأفكار التقليدية. إن مكان إبرام العقد لا يعبر اليوم عن أي اختيار. لذا قد يبرم العقد في بلد، ويكون القانون واجب التطبيق وفق نص المادة (٥٩) دون أن يكون له أي صلة بالعقد. فإبرام عقد إجارة في بريطانيا مثلاً بين شركة إجارة كويتية ومستأجر سعودي الجنسية لتأجير معدات ألمانية الصنع، سيحكم بالقانون البريطاني. فهل نخضع العقد لهذا القانون فقط لكون المستشار القانوني لعمليات الإجارة الدولية، أو لنوع متخصص من عمليات الإجارة هو شركة بريطانية؟ أو لمجرد أن العقد قد أبرم في لندن لأي سبب آخر لا يمت للعقد بصلة في جوانبه الفنية؟ هل يجعل هذا من القانون البريطاني هو الأنسب لحكم العلاقة؟

من الواضح - وفق المصادر التاريخية للتشريع الكويتي - أنه قد تبني هذا المنهج أخذاً بما هو مقرر في تشريعات عربية عدة وبخاصة القانون المصري^(٥٧). لعلنا نجد أن النص الوارد في اتفاقية روما بشأن القانون واجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية (١٩٨٠) أنسب في تقدير الحل المفترض من الحلول التي تبناها المشرع الكويتي في النص المذكور. فقد نصت المادة (٤/١) من الاتفاقية على اعتبار قانون الدولة التي يعد العقد أكثر ارتباطاً بها هو القانون واجب التطبيق^(٥٨). وهذا النص - على الرغم من كونه عاماً - يناسب العمليات الدولية التي تتعدد بها العقود أكثر من تلك النصوص التقليدية^(٥٩).

المبحث الثالث

محل العلاقة القانونية

لا يثير محل العلاقة القانونية إشكالات حقيقية على مستوى الإجارة الدولية في القانون الكويتي حين يكون المحل منقولاً؛ ذلك أن تملك المنقول متاح

(٥٧) انظر المادة (١/١٩) من القانون المدني المصري.

(٥٨) (وقد تبني قانون الولايات المتحدة الأمريكية الحكم ذاته، انظر في ذلك Ioannis VOULGAIS: Le credit-bail (Leasing) et les institutions analogues en droit international prive. RCADI, 1996, T.259, p. 361.

B. AUDIT: Droit international prive. Economica, Paris 1997, p. 663 et s. (٥٩)

للجميع. فلا مانع يمنع المؤجر متى كان أجنبياً - شخصاً طبيعياً أو معنوياً - من تملك المنقول الموجود في الكويت. وأي خلاف يتعلق في انتقال ملكية هذا المنقول أو حيازته أو الحقوق العينية التي يمكن أن تترتب عليه سواء خلال مدة العقد أو عند انتهاء مدة الإجارة يمكن أن تطبق عليه المادة ٥٢ من القانون رقم ٥ لسنة ١٩٦١، وذلك في حال كانت العلاقة محلاً لتنازع القوانين. فمتى ثار نزاع قانوني متعلق بمنقول هو محل عقد الإجارة، ويمكن المستأجر عادة من الظهور بمظهر مالك المنقول، وكان موضوع النزاع يتعلق بانتقال ملكية المنقول أو حيازته أو الحقوق العينية التي تترتب عليه سواء نتيجة تصرف المستأجر بالمنقول بالبيع أو الإيجار من الباطن أو منازعة المؤجر للمستأجر في حيازة المنقول على خلاف مقتضى العقد - فإن القانون واجب التطبيق في حال التنازع سيكون مكان وجود المنقول وقت تحقق السبب المترتب عليه كسب الحيازة أو الملكية أو الحقوق العينية الأخرى أو انتقالها أو انقضاؤها.

بيد أن المسألة تدق حين يكون محل الإجارة عقاراً؛ ذلك أنه على الرغم من أهمية إجارة العقار بالنسبة للسوق الكويتية، لبلوغ أسعار العقار حداً يمثل عبئاً مالياً كبيراً للمشروعات الجديدة، فإن القواعد العامة لا تسعف المشتغلين في مجال الإجارة، حيث تكمن الإشكالية في القواعد المنظمة لملك العقار. فالإجارة تقتضي أن يملك المؤجر العقار ليقوم بعد ذلك بتأجيره. في حين أن الأصل في القانون الكويتي عدم جواز تملك الأجنبي للعقار إلا في حدود ١٠٠٠ متر مربع لأغراض السكن الخاص وبترخيص خاص من مجلس الوزراء.^(٦٠) فإذا كانت الشركة المؤجرة أجنبية امتنع عليها تملك العقار حتى لو كان الهدف منه هو إعادة تأجيره لشخص أو شركة كويتية، قد يملك هذا العقار في نهاية مدة العقد. وإذا كان تملك المؤجر لمحل الإجارة يعد إحدى أهم مزايا نظام الإجارة، فإن القانون الكويتي لا يترك مجالاً لإجارة العقار من قبل الشركات الأجنبية، بل إن النصوص الحالية تحول دون تملك الشركات التي يشترك في ملكيتها

(٦٠) القانون رقم ٧٤ لسنة ١٩٧٩ بتنظيم تملك غير الكويتيين للعقارات.

كويتيون مع غير كويتيين لعقارات في الكويت. فلا سبيل في ظل التنظيم الحالي أن تتم عقود الإجارة وفق الصيغة المعروفة.

يستثنى من ذلك مواطنو دول مجلس التعاون، أشخاصاً طبيعيين كانوا أم معنويين. فقد أصدر المشرع الكويتي، التزاماً منه أحكام الاتفاقية الاقتصادية الموحدة بين دول المجلس، قانوناً خاصاً بشأن معاملة رعايا دول مجلس التعاون معاملة الكويتيين فيما يتعلق بتملك الأراضي والعقارات المبنية في الكويت هو القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٤. وتجدر الإشارة إلى أن القانون لم يشترط على رعايا الدول أعضاء مجلس التعاون للتمتع بالمعاملة الوطنية إلا شرطاً واحداً هو شرط المعاملة بالمثل. وبذلك تستطيع الشركات الخليجية أن تمارس إجارة العقار في السوق الكويتية شريطة أن تكون مملوكة بالكامل لخليجيين.

الخاتمة

نخلص من هذه الدراسة إلى أن مفهوم الإجارة في القانون الكويتي هو ذلك المفهوم الخاص للإجارة التمويلية وبما لا يتعارض مع أحكام في الفقه الإسلامي. أما الإجارة التشغيلية فلا تعدو أن تكون عقد إيجار وفق أحكام الإيجار في القانون الكويتي. ويبقى الباب مفتوحاً أمام الإجارة الاستهلاكية حيث لم يرد ما يمنع هذا النوع من الإجارة أو يقيدها. وهذا المفهوم لا يختلف كثيراً عن المفهوم المقرر في القانون المقارن ولا سيما في القانون الإنجليزي.

كما أن المشرع قد نظم جانباً من الأحكام المتعلقة بالإجارة، بخاصة تنظيم تأسيس شركات الإجارة والرقابة عليها، وترك جانباً آخر للأحكام العامة في القانون. فعقد الإجارة تحكمه الأحكام العامة للعقود بما يتوافق وطبيعة هذا العقد كما بينا. أما ما يتعلق بالإجارة الدولية وما يتعلق بها من تنازع تشريعي فالمسألة تحكمها قواعد التنازع التقليدية الواردة في القانون رقم ١٥ لسنة ١٩٦١.

لقد أثبت الواقع العملي اليوم نجاح هذا النظام وقدرته على ملاءمة احتياجات الاقتصاد الكويتي، بدليل إنشاء شركات متعددة متخصصة بالإجارة والاستثمار، وفي جميع المجالات الاقتصادية الصغيرة والمتوسطة والكبيرة. كما أن شركات الإجارة قد تداعت لإنشاء اتحاد خاص بها أسوة بما هو معمول به في الدول الصناعية، من أجل إنكاء روح التعاون فيما بينها، والعمل معاً على تطوير آليات العمل بهذا النظام وإعداد الدراسات المتخصصة والإحصاءات التفصيلية، بما يعود على الاقتصاد الوطني عموماً وعلى أعضاء الاتحاد خصوصاً بالنفع والفائدة.

لذا فإننا ندعو المشرع للمبادرة إلى تبني تنظيم تشريعي خاص بالإجارة أسوة بما سبقتنا إليه دول كثيرة، صناعية ونامية، مع الاستفادة من تجارب

بعض الدول العربية التي أصدرت تشريعات خاصة في هذا المجال ولها تجربتها التي يمكن الاستفادة منها.

كما ندعو المشرع لتبني أحكام الاتفاقية الدولية الخاصة بالإجارة كما أقرت في مؤتمر أوتواوا عام ١٩٨٨؛ وذلك من قبيل مواكبة التقدم القانوني الدولي في هذا المجال، وسعيًا لتشجيع الإجارة الدولية في اقتصاد مالي بحاجة إلى التوسع الإقليمي في مجالات التمويل، يمكن أن تكون القواعد الموحدة خير عون له في هذا المجال.

