

## أصول الصكوك الإسلامية وطبيعة الحقوق الواردة عليها (دراسة نقدية)

الدكتورة/ آلاء يعقوب يوسف(\*)

الأستاذ الدكتور/ علي المهداوي(\*\*)

### ملخص

تتميز الصكوك الإسلامية عن غيرها من الأوراق المالية التقليدية كالأسهل وسندات القرض في أنها تمثل ملكية أصول معينة من أعيان أو منافع أعيان أو خدمات أو نقود أو ديون أو خليط من بعض ذلك أو كله، وهذه الأصول هي قوام مشروع قائم أو مزعم إنشاؤه بحصيلة الصكوك. وهذه الحصيلة الرئيسة تثير تساؤلاً جوهرياً يتعلق بالطبيعة القانونية لملكية حاملي الصكوك لتلك الأصول؛ فهل يمكن القول أنها ملكية تامة شائعة أو مفرزة فتسري عليها أحكام الملكية التامة؛ وإذا لم تكن ملكية تامة فما هي طبيعتها القانونية؟ وما حقوق حاملي الصكوك سداً لتلك الطبيعة، وحقوق الأطراف الأخرى التي تتدخل في عملية إصدار الصكوك وعملية استثمار حصيلتها؛ المنشئ والمصدر؟

وفي هذا الإطار أخذت بعض إصدارات الصكوك بصيغة ما يعرف بالملكية النفعية والملكية القانونية المعروفة في النظام القانوني الأنجلوأمريكي لتوافقها مع صيغ الاستثمار بموجب تلك الصكوك. ولما التحق وصف الإسلامية بالصكوك، وأنها تتبع طرق التمويل الإسلامي، ثار الجدل بشأن تأصيل هذه الصيغة من الملكية وفقاً لقواعد الفقه الإسلامي، فجاء البحث دراسة تأصيلية نقدية لحق حاملي الصكوك على أصولها، في إطار مقارنة علمية بين صيغ الملكية في النظام القانوني الإسلامي، الذي يتعين على المشرع الإماراتي اتباعه في سعيه لوضع تنظيم قانوني متكامل للصكوك الإسلامية، وبين النظام القانوني الأنجلوأمريكي الذي استمدت منه صيغ ملكية الأصول في التطبيق العملي.

### المقدمة

الصكوك الإسلامية أوراق مالية حديثة العهد نسبياً، تتميز - كما يتضح من تسميتها - بأنها متوافقة مع أحكام الشريعة الإسلامية، فالهدف منها استثمار المدخرات وتمويل المشروعات بصيغ تمويل إسلامية؛ وهذه الأخيرة قوامها القاعدتان الفقهيان

(\*) الباحث الرئيس: أستاذ القانون التجاري المشارك - كلية القانون - جامعة الشارقة.

(\*\*) الباحث المشارك: أستاذ القانون المدني - كلية القانون - جامعة الشارقة.

«الخراج بالضمان» و «الغرم بالغنم»، وكلتاها تفيدان أن من يروم الحصول على أرباح مشروع معين، يتعين عليه أن يتحمل عبأه. من هنا تولدت خصيصة مهمة من خصائص الصكوك الإسلامية تميزها عن الأوراق المالية التقليدية كالأسهم وسندات القرض، وهي أن الصكوك تمثل ملكية أصول معينة من أعيان أو منافع أعيان أو خدمات أو نقود أو ديون أو خليط من بعض ذلك أو كله، وهذه الأصول هي قوام مشروع قائم أو مزعم إنشاؤه بحصيلة الصكوك. ولعل أهم تساؤل قانوني تثيره هذه الخصيصة يتعلق بالطبيعة القانونية للملكية حاملي الصكوك لتلك الأصول؛ فهل يمكن القول أنها ملكية تامة شائعة أو مفرزة وتسري عليها أحكام الملكية التامة؟ وإذا لم تكن ملكية تامة فما هي الصيغة القانونية لتلك الملكية؟ وما أثر تحديد الطبيعة القانونية للملكية على حقوق حاملي الصكوك وحقوق الأطراف الأخرى التي تتدخل في عملية إصدار الصكوك وعملية استثمار حصيلتها؟ وما أثر ذلك على الغير الذي يتعامل مع المشروع الممول بحصيلة الصكوك؟

وفي هذا الإطار تعرف الأنظمة القانونية نظاماً متعددة للملكية، أخذت بها بعض إصدارات الصكوك لتوافقها مع صيغ الاستثمار بموجب تلك الصكوك أهمها الملكية النفعية؛ إلا أن التساؤل يبقى قائماً عن تأصيل تلك الصيغ من الملكية، ومدى توافقها مع أحكام القانون الإماراتي.

### مشكلة البحث:

يعالج البحث مشكلة رئيسة تدور حول التساؤل الآتي؛ هل يحظى إصدار الصكوك في دولة الإمارات العربية المتحدة بتغطية قانونية ملائمة فيما يتعلق بملكية أصول الصكوك؟ وهو تساؤل يسري على الدول ذات النظام القانوني اللاتيني التي تبنت إصدار الصكوك الإسلامية. إذ تجلّى الواقع العملي عن إصدارات تتبنى فكرة الملكية النفعية للأصول، وهي فكرة تعرفها القوانين الأنجلوسكسونية، مما دفع بعض الباحثين إلى محاولة إيجاد القواعد القانونية المقابلة في التشريع ذي الجذور اللاتينية أو الإسلامية لحكم العلاقات القانونية التي تنشأ عن تلك الملكية؛ أو الدعوة إلى سنّ نصوص قانونية جديدة تغطي هذا النوع من الملكية.

### أهداف البحث:

تتمثل أهداف البحث في هدفين رئيسين: الأول هو تحديد الطبيعة القانونية للملكية حاملي الصكوك الإسلامية لأصول تلك الصكوك، والثاني هو تحديد القواعد القانونية التي تسري على العلاقات الناشئة عن ملكية حاملي الصكوك لأصولها.

## منهج البحث:

تستلزم الدراسة اعتماد ثلاثة مناهج بحثية يكمل أحدها الآخر، الأول هو المنهج الوصفي لعرض المفاهيم وآراء الفقه في مواضعها في البحث، والمنهج المقارن في إطار مقارنة أنظمة الملكية في الأنظمة القانونية المختلفة من جانب، ومقارنة كل ذلك بالفقه الإسلامي من جانب آخر، وثالث تلك المناهج المنهج النقدي، ويقوم على تحليل الواقع القانوني والمواقف الفقهية المطروحة وصولاً إلى حلول قانونية ملائمة لمشكلة البحث.

## الدراسات السابقة:

لا توجد -بحسب علمنا- دراسة قانونية تتناول جوانب الموضوع بالتحليل وفق أحكام القانون الإماراتي، وجل ما كتب في الفقه دراسات شرعية أشارت بشكل ثانوي إلى بعض الأحكام القانونية، ولعل أهم ما كتب في هذا الصدد عدد من الأبحاث الشرعية قدمت إلى المؤتمر العالمي التاسع لعلماء الشريعة حول المالية الإسلامية الذي عقد في ماليزيا يومي العاشر والحادي عشر من نوفمبر في العام ٢٠١٤، ومن هذه الأبحاث:

بحث الأستاذ الدكتور محمد علي القري المعنون «تطبيق الملكية النفعية والملكية القانونية في التمويل الإسلامي»، ويقع البحث في ٢١ صفحة، قسمه الباحث إلى فقرات تسع، بين المفاهيم والجذور التاريخية في الفقرات الثلاث الأولى، وتناول في الفقرة الرابعة الملكية النفعية والملكية الرسمية في النظر الشرعي، وتناول في الفقرة الخامسة تطبيق الفكرة على إصدارات الصكوك، وانتهى في الفقرتين السادسة والسابعة إلى أن مرجع الخلاف يعود إلى ترجمة خاطئة لمصطلح الملكية العدلية، وجعله الملكية النفعية التي تجرد المالك النفعي من حقوق المالك وتقتصر حقوقه على المنافع على خلاف الحقيقة، وخصص الفقرتين الثامنة والتاسعة لبيان أهمية تطبيق نظام الملكية في مجال الاستثمار وفي إصدار الصكوك.

١ - بحث الدكتور عبد الرزاق عبد المجيد الأرو، بعنوان «تطبيق الملكية النفعية والملكية القانونية في التمويل الإسلامي»، وهي دراسة شرعية مقسمة إلى مباحث ثلاثة، يتناول المبحث الأول منها المفاهيم، وعنوانه «حدُّ الملكية وأنواعها فقهاً وقانوناً»، ويتناول المبحث الثاني «دوافع تطبيق الملكية القانونية والملكية النفعية في التمويل الإسلامي»، أما المبحث الثالث فقد خصصه الباحث لضوابط تطبيق الملكية القانونية والملكية النفعية في التمويل الإسلامي، وقد ميّز الباحث بين الملكية النفعية كمصطلح قانوني وملك المنفعة أو ملك الانتفاع في الفقه الإسلامي، وانتهى إلى

أنهما مصطلحان مختلفان تماماً من حيث الأثر القانوني لهما، وبيّن أن تقسيم الملكية إلى قانونية ونفعية أمر حادث لا نصوص في الشريعة تجيزه أو تمنعه، لذا فإن الأمر يبقى في دائرة الاجتهاد، وفي هذا الإطار بيّن أن المرجع في الأمر هو مدى توافر لوازم الملك الشرعي، وأهمها ضمان الأصل واستحقاق العوض إذا بيع الأصل.

٢ - بحث الدكتور عصام العنزي المعنون «الملكية القانونية والملكية النفعية من منظور شرعي وقانوني»، وقد قسّم الباحث بحثه إلى مطلبين: تناول في المطلب الأول مفهوم الملكية بشكل عام تحت عنوان «الملكية بين الشريعة الإسلامية والقانون»، بيّن فيه مفهوم الملكية وسلطات المالك في القانون وفي الشريعة الإسلامية، أما المطلب الثاني فعنوانه «الملكية النفعية وتطبيقاتها المعاصرة»، تناول فيه مفهوم الملكية النفعية والسلطات التي تخولها للمالك النفعي، كما تناول فيه تمييز الملكية النفعية عن المصطلحات المماثلة، وخصص فقرةً ثالثةً للتكليف الفقهي للملكية النفعية، وانتهى إلى أن المالك النفعي يملك حقاً فقط بالشكل الذي يجعله أقرب إلى حقوق الارتفاق، حق المرور وحق المسيل.

والدراسات السابقة بمجملها دراسات شرعية غير مختصة في القانون، وإن وردت فيها بعض المسائل القانونية عرضاً. وأما دراستنا فهي دراسة قانونية مختصة مقارنة تضمنت التوجهات الفقهية لغرض تأصيل موضوع البحث، وهو ما لم تتطرق إليه الدراسات السابقة.

ولتحصيل تلك الغايات تمّ تقسيم البحث إلى مبحثين، هما:

المبحث الأول: دور الأصول في هيكل الصكوك الإسلامية

المبحث الثاني: الطبيعة القانونية للحق على الأصول

ونعقبهما بخاتمة نورد فيها أبرز نتائج البحث وتوصياته.

## المبحث الأول

### دور الأصول في هيكل الصكوك الإسلامية

تُردُّ أغلب أحكام ملكية الأصول في الصكوك الإسلامية إلى الدور الذي يتعين أن تؤديه تلك الأصول في هيكل الصكوك الذي ينبغي أن يكون متوافقاً مع الشريعة الإسلامية. ولبيان هذا الدور قسمنا المبحث إلى مطلبين: يتناول الأول التعريف بالأصول، ويبحث الثاني أهمية الأصول في التصكيك الإسلامي.

### المطلب الأول

#### التعريف بالأصول

تتم عملية إصدار الصكوك من قبل شخص يحتاج إلى تمويل أو سيولة، والأصول هي وسيلته في الحصول على التمويل المطلوب، سواء أكانت أصولاً موجودة يعمد من خلال عملية التصكيك إلى تحويلها إلى صكوك يكتب بها حاملو الصكوك، وحصيلة الاكتتاب هي السيولة المرجوة، أو لا تكون موجودة وقت إصدار الصكوك بل يتم إيجادها بحصيلة الصكوك. ويطلق على هذا الشخص بـ(المنشئ للصكوك والمصدر لها)<sup>(١)</sup>، وهو الطرف الأول في عملية إصدار الصكوك، والذي يستخدم قيمتها في مشروع معين بصيغة استثمار متوافقة مع الشريعة الإسلامية، وتعرّفه المادة الأولى من نظام الصكوك رقم ١٦ لسنة ٢٠١٤ الصادر عن هيئة الأوراق المالية والسلع في دولة الإمارات العربية المتحدة بأنه: «أي شخص اعتباري (شركة أو صندوق أو كيان قانوني آخر) يتم إصدار الصكوك على أصل مملوك له أو له حق التصرف فيه»<sup>(٢)</sup>.

وهكذا تتم عملية تسييل الأصول، الموجودة أو المزمع إيجادها، من خلال إصدار الصكوك وطرحها للاكتتاب. حيث يعدّ المصدر نشرة الاكتتاب التي تتضمن بيانات معينة تتعلق بالصكوك المطروحة والأصول التي يتم تصكيكها، والمشروع الذي ستستثمر

(١) يمكن أن تتحد صفتا المنشئ والمصدر في شخص واحد، كما يمكن أن تفرق الصفتان، فيكون منشئ الصكوك شخصاً مستقلاً عن مصدرها. انظر: الملحق رقم ٢ من معيار سوق دبي المالي لإصدار وتملك وتداول الصكوك.

(٢) جدير بالملاحظة أن التعريف الذي أورده نظام الصكوك للمنشئ يشير فقط إلى أصول موجودة، في حين أن من المتصور أن لا تكون تلك الأصول موجودة وقت إصدار الصكوك إنما يتم إيجادها بحصيلة الصكوك، كما يلاحظ من تعريف مجمع الفقه الإسلامي في قراره رقم ١٧٨ المشار إليه لاحقاً.

حصيلتها فيه، والعقد الذي تصدر الصكوك على أساسه، والأطراف المتدخلين في عملية التمويل والاستثمار، وتحديد نسبة الأرباح التي يحصل عليها حامل الصك وتحمله بالمقابل غرم الاستثمار في حال تعثره<sup>(٣)</sup>.

فإذا قدّم شخص طلباً للاكتتاب بعدد معين من الصكوك المطروحة فإنّ هذا الطلب يعدّ إيجاباً موجهاً إلى مصدر الصكوك، أما قبول المصدر فيعبر عنه بالإعلان عن نجاح الاكتتاب أو بتخصيص الصكوك لأصحابها، وذلك بعد قفل باب الاكتتاب ونجاحه. والعقد المبرم بينهما هو عقد من عقود التمويل الإسلامي كالإجارة أو المضاربة أو المشاركة أو السلم، وبطبيعة الحال يستتبع إبرام العقد وجوب تنفيذه، ولعل أول التزام يقع على عاتق حاملي الصكوك هو أداء قيمتها للمصدر، فيتحقق له الهدف من إصدارها بحصوله على التمويل اللازم. وفي مقابل المبلغ النقدي الذي يدفعه حامل الصك يحصل على جزء شائع من أصول المشروع يتناسب وقيمة الصكوك التي اكتتب بها، ويكون حاملو الصكوك شركاء على الشيوع فيما بينهم في تلك الأصول<sup>(٤)</sup>.

وحق حامل الصك في الأصول المسككة يعدّ حقاً مباشراً من حقوقه تجاه المصدر؛ لذا لا يخلُ تعريف للصكوك الإسلامية من الإشارة المباشرة إلى الترابط الوثيق بين الصكوك الإسلامية وأصول أو موجودات معينة، فعرفها مجمع الفقه الإسلامي بأنها: «وثائق أو شهادات مالية متساوية القيمة تمثل حصصاً شائعة في ملكية موجودات (أعيان أو منافع أو حقوق أو خليط من الأعيان والمنافع والنقود والديون) قائمة فعلاً أو سيتم إنشاؤها من حصيلة الاكتتاب، وتصدر وفق عقد شرعي، وتأخذ حكمه»<sup>(٥)</sup>.

(٢) انظر: النموذج الاسترشادي لنشرة طرح الصكوك للاكتتاب العام الصادر عن هيئة الأوراق المالية والسلع في دولة الإمارات العربية المتحدة (F-1-1)، حيث تتضمن نصاً حرفياً يجب وضعه في نشرة الاكتتاب، ورد فيه: «إنّ الغاية الرئيسية من إعداد هذه النشرة هو إطلاع المستثمرين على كافة المعلومات الأساسية التي يمكن أن تساعدهم على اتخاذ قراراتهم الاستثمارية بشأن الاستثمار في السندات/الصكوك الإسلامية المطروحة، ويتعين على كل مستثمر قبل تقديم طلب الاكتتاب أن يتفحص ويدرس بعناية ودقة كافة البيانات التي تتضمنها نشرة الاكتتاب هذه، وكذا النظام الأساسي للشركة المصدرة؛ ليقرر فيما إذا كان من المناسب أن يستثمر في هذه السندات/الصكوك الإسلامية من عدمه».

(٤) فؤاد محيسن، الصكوك الإسلامية (التوريق) وتطبيقاتها المعاصرة وتداولها، ورقة عمل مقدمة لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي الدولي، الدورة التاسعة عشرة، الشارقة - الإمارات العربية المتحدة، ٢٦-٣٠ أبريل، ٢٠٠٩، ص ٤٩.

(٥) قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم ١٧٨ بشأن الصكوك الإسلامية (التوريق) وتطبيقاتها المعاصرة وتداولها.

كما عرّفها المعيار الشرعي رقم ١٧ الصادر عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية بأنها: «وثائق متساوية القيمة تمثل حصصاً شائعة في ملكية أعيان أو منافع أو خدمات أو في موجودات مشروع معين أو نشاط استثماري خاص، وذلك بعد تحصيل قيمة الصكوك وقفل باب الاكتتاب، وبدء استخدامها فيما أصدرت من أجله»<sup>(٦)</sup>، وعرّفها مجلس الخدمات المالية الإسلامية بالقول: «الصكوك جمع صك، ويشار لها عادة (بسندات إسلامية)، وهي شهادات، ويمثل كل صك حق ملكية لنسبة مئوية شائعة في موجودات عينية، أو مجموعة مختلطة من الموجودات العينية وغيرها، وقد تكون الموجودات في مشروع محدد أو نشاط استثماري معين وفقاً لأحكام الشريعة...»<sup>(٧)</sup>.

وفي كل ذلك نجد الاتفاق على أنّ الصكوك الإسلامية أدوات مالية تمثل حصصاً شائعة في ملكية موجودات في مشروع.

ولم يخرج التعريف التشريعي للصكوك الإسلامية عن هذا الإطار، مما دلّ على اعتماد التشريعات التعريف الفقهي للصكوك، فنظام الصكوك الصادر عن هيئة الأوراق المالية والسلع في دولة الإمارات العربية المتحدة برقم ١٦ لسنة ٢٠١٤ يعرف الصكوك بأنها: «أدوات مالية متساوية في القيمة وقابلة للتداول تمثل حصصاً في ملكية أصل أو مجموعة من الأصول، وتصدر وفقاً للشريعة»<sup>(٨)</sup>، وعبارة (تمثل حصصاً في ملكية أصل أو مجموعة من الأصول) للدلالة على أنه لا يشترط في تحقيق الاكتتاب استغراق الصكوك جميع موجودات المشروع المثلة لأصوله، ولا تعارض هذه الدلالة ما تقدم من تعريفات فقهية من حيث وقوع الإشارة فيها إلى ذلك بالقول: (ملكية موجودات، في موجودات مشروع، موجودات في مشروع)، فلم يدلّ كل تعبير منها على استغراق الصكوك للملكية

(٦) المادة ٢ من المعيار الشرعي ١٧ بشأن صكوك الاستثمار، صادر عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، متاح على الموقع: <http://islamselect.net/mat/93287>

(٧) مجلس الخدمات المالية الإسلامية، متطلبات كفاية رأس المال للصكوك، والتصيك والاستثمارات العقارية، يناير ٢٠٠٩، ص ١١، متاح في الموقع: <http://www.kantakji.com/media/9375/%D9%85%D8%AA%D8%B7%D9%84%D8%A8%D8%A7%D8%AA-%D8%A7%D9%84%D9%83%D9%81%D8%A7%D9%8A%D8%A9.pdf>

آخر زيارة للموقع بتاريخ ٢٠١٦/٧/١٠.

ويلاحظ أنّ تعريف المعيار الشرعي رقم ١٧ وتعريف مجلس الخدمات المالية الإسلامية قصر الأصول على كونها أصولاً موجودة، وقد يستفاد من ذلك أنّ مقتضى الاكتتاب على أصول غير موجودة تفويض المنشئ بشرائها لصالح المكتتبين، فيجمع بين وصفي الوكيل والمنشئ.

(٨) المادة الأولى من نظام الصكوك رقم ١٦ لسنة ٢٠١٤ الصادر عن هيئة الأوراق المالية والسلع.

جميع أصول المشروع، ومن ثمّ فإنه لا يلزم في موجودات الصكوك مساواتها معنيً ومقداراً لموجودات المشروع، وإن وقع التلازم بينهما من حيث إنّ موجودات الصكوك هي من موجودات المشروع أو هي موجودات فيه.

أما معيار سوق دبي المالي لإصدار وتملك وتداول الصكوك<sup>(٩)</sup> فقد عرّف الصكوك في الملحق الثاني منه بأنها: «جمع (صك)، وهو لغة شهادة أو وثيقة أو سند. وتعرف الصكوك اصطلاحاً بأنها شهادات أو وثائق (أوراق مالية) اسمية أو لحاملها، متساوية القيمة، تمثل ملكية شائعة في أصول: أعيان أو منافع أو ديون أو نقود أو خدمات أو حقوق مالية، أو خليط من بعضها أو كلها، بشروط معينة (موجودات الصكوك)، عند إصدارها أو بعد استخدام حصيلتها بالاكْتتاب فيها».

وعرّف قانون الصكوك الإسلامية التونسي رقم ٣٠ لسنة ٢٠١٣<sup>(١٠)</sup> الصكوك الإسلامية في المادة الأولى منه على أنها: «أوراق مالية قابلة للتداول تمثل حصصاً شائعة ومتساوية القيمة في ملكية موجودات قائمة فعلاً أو سيتم إنشاؤها من أعيان أو منافع أو خدمات أو حقوق أو خليط من الأعيان والمنافع والخدمات والنقود والديون من حسيلة الاكْتتاب، وتصدر في إطار عقد وفق المعايير الشرعية وعلى أساس قاعدة الغنم بالغرم».

بينما عرّفها قانون صكوك التمويل الإسلامي الأردني رقم ٣٠ لسنة ٢٠١٢<sup>(١١)</sup> في المادة الثانية منه بأنها: «وثائق متساوية القيمة تمثل حصصاً شائعة في ملكية المشروع تصدر بأسماء مالكيها مقابل ما يقدمون من أموال لتنفيذ المشروع واستغلاله وتحقيق العائد لمدة تحدد في نشرة الإصدار وفق مبادئ الشريعة الإسلامية وأحكامها». وقد أضاف التعريف قيدين: الأول أن تكون الوثائق اسمية (تصدر بأسماء مالكيها)، ففارق بذلك التعريفات السابقة التي جاءت مطلقة من هذا القيد، وكذلك ما ورد النص به في تعريف معيار سوق دبي المالي، من أنها (وثائق اسمية أو لحاملها). والثاني قيد التأقيت

(٩) تجدر الإشارة إلى أن معيار سوق دبي المالي لإصدار وتملك وتداول الصكوك لا يعد تشريعاً بالمعنى الفني للكلمة، فهو لا يعدو كونه معياراً استرشادياً لتنظيم إصدار وتملك وتداول الصكوك في إطار سوق دبي المالي دون غيره، ومع ذلك فقد أثرتنا الرجوع إليه كلما تطلب الأمر الإشارة إلى التنظيم القانوني الإماراتي، اعتباراً لصيغته القانونية والشرعية المفصلة، وتضمنه أغلب الأحكام التي تتعلق بالصكوك.

(١٠) منشور في الجريدة الرسمية «الرائد الرسمي» للجمهورية التونسية، العدد ٦٢، في ٢ أغسطس، ص ٢٠١٣، ص ٢٦١٣.

(١١) منشور في الجريدة الرسمية للمملكة الأردنية الهاشمية، بتاريخ ١٩/سبتمبر/٢٠١٢، ص ٤٢٤٤.

(لمدة تحدد في نشرة الإصدار). ولنا نظر في القيد المذكورين من حيث إنَّ القيد الأول يحدُّ من تداول الصكوك، والثاني هو قيد قد يقتضيه العقد الاستثماري الذي محله موجودات الصكوك، وليس قيداً في ملكية حاملي الصكوك لتلك الموجودات.

وتابع مشرع قانون الصكوك الإسلامية المصري رقم ١٠ لسنة ٢٠١٣ الملغى<sup>(١٢)</sup> في المادة الأولى منه المشرع الأردني في القيد الأول دون الثاني، فعرف الصكوك بأنها: «أوراق مالية اسمية متساوية القيمة، تصدر لمدة محددة لا تزيد عن خمسة وعشرين عاماً على أساس عقد شرعي بالجنيه المصري أو بالعملات الأجنبية عن طريق الاكتتاب العام أو الخاص، وتمثل حصصاً شائعة في ملكية موجوداتها وفقاً لما تحدده نشرة الاكتتاب».

وجاء في المادة الثانية من قانون صكوك التمويل السوداني الصادر عام ١٩٩٥<sup>(١٣)</sup> الآتي: «في هذا القانون ما لم يقتض السياق معنى آخر: ... صكوك الاستثمار: يقصد بها الصكوك التي تصدر وفق صيغ التمويل الإسلامي وتستخدم في أغراض استثمارية. صكوك التمويل: وتشمل: أ- صكوك الاستثمار. ب- صكوك القرض. ج- الصكوك الخيرية.

الصك الخيري: يقصد به الوثيقة التي يتم بموجبها دفع مبلغ من المال بواسطة المكتتب به تبرعاً.

صك القرض: يقصد به الوثيقة التي يدفع بموجبها المكتتب المال متبرعاً بمنفعته لأجلٍ مضروب على أن يسترد مثل أصله عدداً ونوعاً وصفة.

صك المضاربة: يقصد به الوثيقة محددة القيمة التي تصدر بأسماء مالكيها مقابل الأموال التي قدموها بقصد تنفيذ مشروع استثماري، ويكون قابلاً للتداول وفق أحكام هذا القانون».

والذي يلاحظ على توجه المشرع السوداني أنه ميّز صكوك الاستثمار عن صكوك التمويل في التعريف، ليعطي الأخيرة مفهوماً عاماً تكون صكوك الاستثمار نوعاً من أنواعها، لقوله: (تصدر وفق صيغ التمويل الإسلامي)، فلزم أنّ صكوك الاستثمار من

(١٢) منشور في الجريدة الرسمية العدد ١٨ مكرر ب في ٧ مايو ٢٠١٣، ص ٣. ثم تم إلغاؤه بموجب المادة ٤ من قانون رقم ١٧ لسنة ٢٠١٨ بشأن تعديل بعض أحكام قانون سوق رأس المال الصادر بالقانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢.

(١٣) منشور في الجريدة الرسمية، المجلد السابع، بتاريخ ٢٨/مارس/١٩٩٥، ص ٢٩٨.

أفراد صيغ التمويل الإسلامي، كما إنه لم يذكر صكوك المضاربة في أنواع صكوك التمويل، فجاز القول أنه لم يجعلها صكوكاً استثمارية كذلك، اعتباراً بتمييزها بتعريف مستقل. ولكن نجد تخريجاً لمذهبه هذا متى اعتبرنا صكوك المضاربة صورة من صور صكوك الاستثمار بدلالة وجود عناصر صكوك الاستثمار فيها (تصدر .. مقابل الأموال التي قدموها) و (بقصد تنفيذ مشروع استثماري) و(يكون قابلاً للتداول) و (وفق أحكام هذا القانون)، وهو قانون صكوك التمويل لا غير. مع ملاحظة الغرض المنصوص عليه في تعريف الصكوك الاستثمارية (وتستخدم في أغراض استثمارية)، فصَحَّ أنها صورة من صور الصكوك الاستثمارية إلا إن تمييزها بتعريف مستقل جاء مراعاة لما أوجبه المشرع في صكوك المضاربة من قيد أن تكون صكوكاً اسمية (تصدر بأسماء مالكيها)، مما دل على عدم اعتبار هذا القيد في باقي صور الصكوك الاستثمارية.

وعلى الرغم من اتفاق التعريفات المتقدمة على أن الصك يمثل حصة شائعة في ملكية أصول أو موجودات معينة إلا أن عباراتها تباينت في التعبير عنها بين الإطلاق والتقييد، فمنها ما يطلق الأصول أو الموجودات دون تقييد، كما في نظام الصكوك الإماراتي، ومنها ما يقيد بالأعيان ويطلق ما يكون مع الأعيان فيقول موجودات مختلطة من الأعيان وغيرها، كما في تعريف مجلس الخدمات المالية الإسلامية، ومنها ما ينهج سبيل تعداد صور الموجودات من أنها قد تكون أعياناً أو منافع أو خدمات أو حقوقاً أو خليطاً من الأعيان والمنافع والخدمات والنقود والديون، يستوي في ذلك أن تكون قائمة فعلاً أو سيتم إنشاؤها، وهو ما نهجه مجمع الفقه الإسلامي ومعيار سوق دبي المالي والقانون التونسي والقانون المصري الملغي<sup>(١٤)</sup>. بينما اكتفى القانون الأردني في تعريف الصكوك بأنها تمثل حصة شائعة في ملكية المشروع، ثم عرّف الموجودات بأنها «الأصول المدرة للدخل التي يمكن أن تصدر مقابلها صكوك التمويل الإسلامي»<sup>(١٥)</sup>، دون أن يحدد الأفراد المكونة لتلك الأصول، ثم ميّز الموجودات عن المنافع، فنصّ على أن الأخيرة تشمل الخدمات ومنافع الموجودات<sup>(١٦)</sup>، مما يفهم منه أن الأصل في الموجودات عنده أنها أعيان.

(١٤) تناول المشرع المصري تعريف الموجودات في فقرة مستقلة عن تعريف الصكوك في المادة ذاتها وهي المادة الأولى من القانون، حيث يعرف موجودات الصكوك بأنها: «حصيلة إصدار الصكوك وما تتحول إليه من أموال، وتشمل الأعيان والمنافع والخدمات والنقود والديون وغيرها من الحقوق المالية.»

(١٥) المادة الثانية من قانون صكوك التمويل الإسلامي الأردني رقم ٣٠ لسنة ٢٠١٢.

(١٦) المادة الثانية من قانون صكوك التمويل الإسلامي الأردني رقم ٣٠ لسنة ٢٠١٢.

إلا إنَّ اختلاف التعبير عن الموجودات لا ينفي الاتفاق على وجوب توافر شروط المحل فيها، فهي أموال موجودة أو قابلة للوجود، متقومة<sup>(١٧)</sup>، مشروعة<sup>(١٨)</sup>، معينةً نافيةً للجهالة الفاحشة من حيث إنَّ التعيين بهذا الوصف شرط في انعقاد التصرف على الأموال متى كانت محللاً للمعاوضات<sup>(١٩)</sup>، وتمكَّ الموجودات بالاكْتتاب معاوضةً. هذا مع مراعاة القيد الشرعي في جميع صور تمويل المشروعات حتى يصح فيها وصف التمويل الإسلامي.

ولما كان الغرض من تمكُّ حاملي الصكوك لموجودات في مشروع هو استثمارها استثماراً متوافقاً مع الشريعة الإسلامية فقد تعيَّن فيها قابليتها لأن تدرَّ لهم دخلاً مشروعاً<sup>(٢٠)</sup>، وذلك يتحقق استقلالاً متى كانت الموجودات أعياناً أو منافع أعيان أو خدمات أو حقوقاً عينية. أما الديون والنقود فلا يصح اقتصار الاكْتتاب بها وحدها، وتعدُّ من الموجودات وفق ضابطين، أحدهما أن تختلط بالأعيان والمنافع بحيث تكون تابعة لها فتأخذ حكمها<sup>(٢١)</sup>، والثاني أن لا تكون مقصودة أصالةً فتكون صورة التمويل وسيلة للتوصل إلى محاذير شرعية كالربا. ومن وجه آخر فإنه لا يتصور أن تكون الأصول نقوداً فقط؛ لأن الغرض من التصكيك هو الحصول على السيولة النقدية اللازمة لتنفيذ المشروع، فإذا كانت الأصول نقوداً انتفت الحاجة إلى التصكيك. أما إذا كانت

(١٧) تنص المادة ٢٠٠ من قانون المعاملات المدنية: (١- في التصرفات المالية يشترط أن يكون المحل مالاً متقوماً. ٢- ويصح أن يكون عيناً أو منفعة أو أي حق مالي آخر، كما يصح أن يكون عملاً أو امتناعاً عن عمل).

(١٨) وفي تحقيق انتساب قانون المعاملات المدنية إلى مدرسة الفقه الإسلامي نصت المادة ١٢٧ منه على أنه: (التعاقد على معصية لا يجوز).

(١٩) تنص المادة ٢٠٣ من قانون المعاملات المدنية على أنه: (١- يشترط في عقود المعاوضات المالية أن يكون المحل معيناً نافيةً للجهالة الفاحشة بالإشارة إليه أو إلى مكانه الخاص إن كان موجوداً وقت العقد أو ببيان الأوصاف المميزة له مع ذكر مقداره إن كان من المقدرات أو بنحو ذلك مما تنتفي به الجهالة الفاحشة. ٢- وإذا كان المحل معلوماً للمتعاقدين فلا حاجة إلى وصفه وتعريفه بوجه آخر. ٣- وإذا لم يعين المحل على النحو المتقدم كان العقد باطلاً).

(٢٠) انظر: محمد علي التسخيري، الصكوك المعاصرة وحكمها، بحث مقدم إلى منظمة المؤتمر الإسلامي، مجمع الفقه الإسلامي الدولي، الدورة التاسعة عشرة، إمارة الشارقة، دولة الإمارات العربية المتحدة، ص٢. متاح على الموقع: <http://www.kantakji.com/sukuk-and-investments-funds.aspx> آخر زيارة للموقع بتاريخ ٢٠١٦/٦/١٧.

(٢١) انظر: قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم ١٥٨ (٧/١٧) حيث ينص البند ثانياً منه على أنه: «من صور بيع الدين الجائزة ... ٢- بيع الدين ضمن خلطة أغلبها أعيان ومنافع هي المقصودة من البيع». القرار منشور في موقع المجمع على الرابط الآتي: <http://www.iifa-aifi.org/2216.html>.

الأصول ديوناً فلا يعدّ تصكيكها تصكيكاً إسلامياً، بل يمكن أن يعدّ توريقاً تقليدياً من حيث إنّ النقود والديون لا تعدّ مدرّة للدخل بحدّ ذاتها، فلزم اقترانها بملكية حقيقية، فالتوريق التقليدي إنما هو تصكيك للديون، حيث تقوم مؤسسة مالية معينة ببيع الديون التي لها على الغير إلى شركة ذات غرض خاص، وحتى تتمكن هذه الشركة من دفع قيمة هذه الديون فهي تقوم بإصدار أوراق مالية تعادل تلك القيمة، وتقوم ببيعها لجمهور المستثمرين وتحصيل أقيامها، وهذه الأوراق المالية هي سندات مديونية، وتتمثل أرباح الشركة ذات الغرض الخاص بالفرق بين الفوائد التي يؤديها المدينون في الديون التي تم توريقها، والفوائد التي تدفعها للمستثمرين ممن قاموا بالاكتتاب في سندات الديون التي أصدرتها، واسترجاع رأس المال في هذه الحالة لا يرتبط بانتهاء النشاط، بل بوفاء تلك الديون المورقة من قبل المدينين بها<sup>(٢٣)</sup>. ومن الواضح أنّ بين هذه الصورة من صور التصكيك أو التوريق وبين التصكيك الإسلامي فروقاً جوهرية؛ أهمها فرقان هما:

١ - عندما تقوم المؤسسة المالية ببيع الديون إلى الشركة ذات الغرض الخاص، وتقوم هذه الأخيرة بإصدار سندات مديونية، فإنّ هذا من قبيل بيع الدين بالدين حتى لو قام المستثمرون بسداد قيمة السندات نقداً؛ لأنّ الشركة ذات الغرض الخاص مدينة بقيمة تلك السندات للمستثمرين<sup>(٢٣)</sup>، وهذه العملية لا تتوافق مع الشريعة الإسلامية، حيث جاء في القرار رقم ١٠١ (٤/١١) لمجمع الفقه الإسلامي الدولي<sup>(٢٤)</sup> ما يأتي: «لا يجوز بيع الدين المؤجل من غير المدين بنقد معجل من جنسه أو من غير جنسه، لإفضائه إلى الربا، كما لا يجوز بيعه بنقد مؤجل من جنسه أو من غير جنسه؛ لأنه من بيع الكالئ بالكالئ المنهي عنه شرعاً، ولا فرق في ذلك بين كون الدين ناشئاً عن قرض أو بيع أجل». وإن أمكن اعتبارها قانوناً

(٢٢) للمزيد في مفهوم وآلية التوريق التقليدي للديون انظر: حسين فتحي عثمان، التوريق المصرفي للديون، الممارسة والإطار القانوني، المؤتمر العلمي الثالث للقانونيين المصريين: الجوانب القانونية للعمليات المصرفية، القاهرة، ٢٠٠٢، ص ٤-٥؛ ذكرى عبد الرزاق محمد، الجوانب القانونية والتطبيقية للأوراق المالية المضمونة بأصول- دراسة في المفهوم التقليدي وفي إطار الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٥، ص ١٤-١٩.

(٢٣) نجاح عبد العليم عبد الوهاب أبو الفتوح، مدخل إلى توريق الحقوق المالية مع الإشارة إلى التنظيم القانوني للتوريق وتطبيقه في مصر، مجلة مركز صالح عبد الله كامل للاقتصاد الإسلامي، المجلد ١٤، العدد ٤٢، ٢٠١٠، ص ١٢٨-١٢٩.

(٢٤) الدورة الحادية عشرة للمجمع في مملكة البحرين من ١٤-١٩ / نوفمبر/ ١٩٩٨. متاح في موقع المجمع في الرابط الآتي: <http://www.iifa-aifi.org/2033.html>.

في التشريعات التي تأخذ ببيع الدين أو حتى بحوالة الحق، وتجعل طبيعة هذه الحوالة أنها معاوضة، وقد يقوم نظر يجعل من المدة السابقة على حلول أجل الدين منفعة في المعاملات التجارية يصح الاعتياض بها، إلا إن الاتجاه السائد أنه بيع دين بدين محظور شرعاً.

٢ - عندما يتم تصكيك الديون على النحو الذي تتم فيه هذه العملية في التوريق التقليدي، فإنها في الغالب تكون مضمونة على المصدر الذي قام بتصكيكها، بحيث إنه إذا لم يتم الوفاء بها من قبل المدينين يكون المصدر ضامناً لرد المبالغ التي دفعها المستثمرون مقابل الأوراق المالية التي أصدرتها، ولذلك يشترط أن تكون الديون التي يتم تصكيكها متمتعة بضمانات معينة<sup>(٢٥)</sup>. وهذا الحكم يتعارض مع أحكام الضمان في الفقه الإسلامي، إذا لا يجوز ضمان القيمة الاسمية التي دفعها حاملو الصكوك مقابل الصكوك؛ لأن وجود تلك القيمة من عدمه يتعين أن يكون رهناً بنجاح الاستثمار أو فشله<sup>(٢٦)</sup>، في حين يكون لحاملي الصكوك الإسلامية على الموجودات أو الأصول من غير الديون حق عيني، فيتمثل ضمانهم بهذه الموجودات لا بذمة المنشئ.

بناء على ما تقدم فإن الأصول إذا كانت ديوناً وحسب فالأصل أنها لا تصلح للتصكيك الإسلامي، ومع ذلك فإن من الفقه من يذهب إلى إمكانية تفادي المحاذير الشرعية المتمثلة بتحقيق بيع الدين بالدين بأن يتم تصكيك الدين بالشكل الذي يكون المقابل فيه عيناً حاضرة<sup>(٢٧)</sup>، ويضرب مثلاً على ذلك بأن يقوم مصرف مثلاً بتصكيك ديون المرابحات التي في ذمم عملائه، فيشتري بقيمة الصكوك أعياناً معينة لبيعها مرابحة، إلا أنه يشير إلى عدم جواز تداولها في السوق الثانوية؛ لأن ذلك سيكون من قبيل بيع الدين لغير الدين بقيمة أقل من قيمته. ولا يعد مثل هذا الأمر -بتقديرنا- توريقاً للديون،

(٢٥) ذكرى عبد الرزاق محمد، مرجع سابق، ص ٣٧.

(٢٦) انظر: قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم ١٧٨ الصادر في دورته التاسعة عشرة المنعقدة في إمارة الشارقة في ٢٦-٣٠ أبريل ٢٠٠٩، حيث ينص البند الرابع منه على أنه: «مدير الصكوك أمين لا يضمن قيمة الأصل إلا بالتعدي أو التقصير أو مخالفة شروط المضاربة أو المشاركة أو الوكالة في الاستثمار». وفي الفقه انظر: عبد الله محمد العمراني، الضمانات في الصكوك الإسلامية، مجلة الجمعية الفقهية السعودية، العدد ١٦، ٢٠١٣، ص ٢٣٨-٢٤٦.

(٢٧) عجيل جاسم النشمي، التوريق والتصكيك وتطبيقاتهما، منظمة المؤتمر الإسلامي، الدورة التاسعة عشرة، الشارقة، الإمارات العربية المتحدة، ص ٩. متاح في الرابط:

<https://view.officeapps.live.com/op/view.aspx?src=http%3A%2F%2Fiefpedia.com%2Farab%2Fwp->

فالذي يتم تصكيكه في مثل هذه الحالة هو الأعيان التي يتم بيعها مرابحة، ولا مبرر عملي لتوريق ديون المرابحة السابقة في ذمم العملاء، فالمصرف بحاجة إلى سيولة نقدية لشراء عين معينة وبيعها مرابحة، وهو يحقق ذلك من خلال تصكيك تلك العين. من جهة أخرى فإن الصكوك إذا كانت تمثل ديناً فإن تداولها يعدّ بيعاً لدين، وهو ما يتطلب أن يستوفي شروط صحة هذا التصرف المحددة في الفقه الإسلامي، فلا يجوز بيع الدين لغير المدين به، ويمثل القيمة أو بالأقل<sup>(٢٨)</sup>، فإذا بيع الدين لغير المدين به فلا بدّ من تحقق شروط معينة أهمها التماثل أو التساوي إذا بيع بجنسه<sup>(٢٩)</sup>.

## المطلب الثاني

### أهمية الأصول في التصكيك الإسلامي

سبق أن بينّا أنّ ملكية حاملي الصكوك للأصول تمثل خصيصة أساسية من خصائص الصكوك الإسلامية، ولعلّها من أهم خصائص الصكوك الإسلامية التي تجعل من التمويل والاستثمار عن طريقها إسلامياً، إذ إنّ تملك حاملي الصكوك للأصول المستثمرة وتحملهم عبء الملكية والاستثمار يجعل الاستثمار قائماً على أساس قاعدة الغرم بالغنم أو قاعدة الخراج بالضمان.

(٢٨) يجيز جمهور الفقهاء بيع الدين لمن عليه الدين، وهبته له، إذ يعدّ مقدور التسليم باعتباره مسلماً إليه مسبقاً، فإذا بيع بالمثل انتفى الربا، وإذا بيع بأقل من قيمته فإن هذا يكيف على أن الدائن يبرئ ذمة المدين من جزء من الدين. انظر: سامي حسن حمود، بيع الدين سندات القرض وبدائلها الشرعية في مجال القطاع العام والخاص، مجلة دراسات اقتصادية إسلامية، المجلد ٧، العدد ٢، محرم ١٤٢١ هـ، ص ١٤٠؛ وهبة مصطفى الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق، دون سنة نشر، ص ٤٣٣؛ عمر محمد إدريس، المال واستخداماته بوصفه أصلاً في إصدار الصكوك في سوق الأوراق المالية، جمعية دار البر، دبي -- الإمارات العربية المتحدة، ٢٠١٣، ص ٢٣١-٢٣٩.

(٢٩) اختلف الفقهاء المسلمون في حكم بيع الدين لغير المدين، وورد في ذلك أقوال أربعة، قول يجيزه، وقول يمنعه، وقولان يجيزان بيع الدين لغير المدين به بشروط إلا أنّهما يختلفان في الشروط اللازمة للقول بصحته، قول للشافعية يجيز البيع إذا كان الدين حالاً والمدين مقراً مليئاً أو عليه بيّنة لا كلفة في إقامتها، ورأي المالكية الذي يجيز بيع الدين بشروط عدّة لينتفي معها الغرم والمحظورات الأخرى، ومن هذه الشروط ما يتعلق بالمدين كأن يكون حاضراً ومقراً بالدين، ومنها ما يتعلق بمحل البيع، فاشترطوا أن يباع الدين بغير جنسه أو بما يماثله إذا كان من جنسه. وتفصيل ذلك تخرج عن موضوع بحثنا القانوني، فنحيل بشأن ذلك إلى المراجع الفقهية التي ورد فيها مثل هذا التفصيل، ومنها: الصديق محمد الأمين الضرير، بيع الديون، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد ٦، ٢٠١١، ص ٢٨٨-٢٩٥، سامي حسن حمود، مرجع سابق، ص ١٤٠-١٤٤، محمد كل عبيد الله عتيقي، بيع الدين، صورته وأحكامه - دراسة مقارنة - مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية - جامعة الكويت، المجلد ١٣، العدد ٣٥، ١٩٩٨، ص ٣٢١-٣٢٧؛ عمر محمد إدريس، مرجع سابق، ص ٢٣٩-٢٤٧.

وتبدو أهمية الأصول في كونها ضماناً لحقوق حاملي الصكوك، فإذا أفلس منشئ الصكوك أو لم يقد بسداد القيمة الاسمية للصكوك عند انتهاء المشروع وإطفاء الصكوك، فإنَّ بإمكان حاملها بيع الأصول وتوزيع أثمانها بينهم بحسب أنصبتهم فيها، أي أنَّ ضمانهم هو الأصول ذاتها لا ذمة منشئ الصكوك<sup>(٣٠)</sup>.

فلزم نقل ملكية الأصول المكتتب بها نقلاً حقيقياً إلى حاملي الصكوك، فمنشئ الصكوك الراغب في الحصول على التمويل يقوم ببيع أصول مسجلة في ميزانيته، أي تسهيلها بتحويلها إلى نقد، وبتسهيلا يتم حذفها من تلك الميزانية، وبالتالي فإنَّ ما يحدد مخاطر المشروع بالنسبة لحاملي الصكوك هو طبيعة الصكوك وأداؤها. بناءً على ذلك فإنَّ الأرباح التي يتوقع حاملو الصكوك الحصول عليها إنما هي أرباحٌ متولدة عن الأصول، فإذا لم تتولد عنها أي أرباح أو انخفضت قيمتها السوقية فلم يتمكن حاملو الصكوك من استرداد القيمة الاسمية لصكوكهم، فلا يحق لحاملي الصكوك الرجوع على منشئ الصكوك والزامه بالأداء. بالمقابل لا يستطيع دائنو المنشئ استرداد الأصل وإعادةه إلى ذمة مدينهم لغرض التنفيذ عليه، كما لا يتعرض حاملو الصكوك لمزاحمة دائني المنشئ في حال إفلاسه<sup>(٣١)</sup>.

وبذلك فإنَّ شخصية حاملي الصكوك مستقلة عن منشئ الصكوك، وإنَّ نجاح عملية الاكتتاب لازمه انتقال ملكية الأصول المكتتب بها من المنشئ إليهم، فلم تعد تلك الأصول من الضمان العام لدائني المنشئ. ولكن هل يمكن للمنشئ تسهيل أصول مثقلة بحق عيني كرهن، وهو ما تقتضيه القواعد العامة من جواز تصرف المدين الراهن بالمال المرهون تصرفات ناقلة للملكية؟ لا نرى ذلك من حيث إنَّ الغرض من التصيكن هو الاستثمار الذي محله الأصول المتصرف بها، وانتقال ملكيتها مع كونها مثقلة بحق عيني يمنع تحصيل ذلك الغرض.

بناءً على ما تقدم، تعدُّ ملكية الأصول أساساً لتمييز الصكوك عن غيرها من الأوراق المالية، ولا سيما سندات الدين التقليدية، فإذا لم تكن هناك أصول أو لم يكن

(٣٠) سعيد محمد بو هراوة، أشرف وجدي دسوقي، تقويم نقدي للقضايا الشرعية المتعلقة بملكية الصكوك القائمة على الأصول، بحث مقدم إلى ندوة (الصكوك الإسلامية: عرض وتقويم) المنعقدة في جامعة الملك عبد العزيز بجدة بالتعاون بين مركز أبحاث الاقتصاد الإسلامي ومجمع الفقه الإسلامي الدولي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، والمعهد الإسلامي للبحوث والتدريب عضو البنك الإسلامي للتنمية، بتاريخ ٢٤-٢٥/مايو/٢٠١٠، ص ١١٢.

(٣١) المرجع السابق، ص ١١٤-١١٥.

لحاملي الصكوك أي حق عيني أصلي عليها، فإنَّ الأمر لا يعدو أن يكون تمليكاً للمبلغ النقدي الذي يمثل حصيلة الصكوك إلى مصدرها مع تعهده برّد مثله مع زيادة، والحال أنّ العقد في هذا الفرض لا يعدو كونه عقد قرض، وأنَّ الزيادة على أصل الدين ليست إلا فائدة، والورقة المالية الصادرة ما هي إلا سند دين تقليدي<sup>(٣٣)</sup>، فثبت أنّ حق حامل الصك تجاه المصدر هو حق عيني، وأنَّ العقد الذي يربط بينهما، والذي بموجبه يملك حامل الصك حصة في الأصول أو الموجودات، يختلف باختلاف صيغة التمويل المتفق عليها، فقد يكون عقد أجرة أو مضاربة أو مشاركة أو غير ذلك. أما حامل السند فحقه تجاه الشركة أو المؤسسة التي تصدر السندات هو حق شخصي، من حيث إنه مقرض لها، دائن بقيمة السند<sup>(٣٣)</sup>، وقيمتها هي أصل الدين مع الفائدة الملحقة به.

ويرى جانب من الفقه أنه إذا اجتمع حاملو السندات مع حاملي الصكوك، وتمت تصفية المشروع، فإنَّ لحاملي السندات أولوية على حاملي الصكوك في استيفاء القيمة الاسمية لسنداتهم مع فوائدها؛ لأنَّ قيمة السندات ديون على المشروع يتعين الوفاء بها، وما تبقى من موجودات ترد إلى مالكيها وهم حاملو الصكوك، فإذا لم تكف الموجودات لسداد ديون المشروع عند تصفيته، فذلك معناه أنّ المشروع مُني بخسارة، وتلك الخسارة يتحملها حاملو الصكوك؛ لأنها غرم استثمارهم<sup>(٣٤)</sup>. ولا نرى ذلك من حيث إنّ شروط توافق الاستثمار بالصكوك لطرق التمويل الإسلامي ثابتة ابتداءً واستمراراً حتى انتهاء المشروع وإطفاء الصكوك، ومن ثمَّ فإنَّ المشروع لا يقبل شرعاً الاقتراض بفائدة من خلال سندات دين، والقول بخلاف ذلك يجعل صفة التمويل الإسلامي قاصرة على مرحلة الاكتتاب، وذلك مرفوض حتماً.

(٣٢) عادل عبد الفضيل عيد، الصكوك الاستثمارية الإسلامية، دار التعليم الجامعي، الإسكندرية، ٢٠١٥، ص ٤٠.

(٣٣) انظر: سمير عبد الحميد رضوان، صكوك السندات، بحث مقدم إلى دورة الاقتصاد للشرعيين (النقود والمؤسسات المصرفية)، خلال الفقرة من ١-٥/أبريل/٢٠١٢، ص ٥، محمد فخري صويلح، قراءة في قانون الصكوك الإسلامية الأردني في ضوء المعيار الشرعي للصكوك وقانون الصكوك المصري، بحث مقدم إلى مؤتمر الصكوك الإسلامية وأدوات التمويل الإسلامي، الذي نظمتها كلية الشريعة والدراسات الإسلامية في جامعة اليرموك، إربد- الأردن، خلال الفترة ١٢-١٣/نوفمبر/٢٠١٣، ص ٦. متاح على شبكة الإنترنت على الموقع <http://www.kantakji.com/media/9556/272.pdf> آخر زيارة للموقع بتاريخ ١٢/٧/٢٠١٦، خولة فريز عوض النوباني، هيكلية الصكوك بين الفقه والممارسة، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، ٢٠١٧، ص ٣٨.

(٣٤) عبد الحميد منصور عبد العظيم، الصكوك - ما لها وما عليها، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٥، ص ١٨٤.

من جهة أخرى تتميز الصكوك عن الأسهم استناداً إلى الملكية المستقلة للأصول، فحق حامل السهم -بحسب السائد في الفقه القانوني- حق شخصي تجاه الشركة أثناء حياتها، اعتباراً بأن الحصة التي يقدمها المساهم تصبح ملكاً للشركة وجزءاً من رأسمالها، ويعطى المساهم أسهماً مقابل لها، فيكون السهم منقولاً معنوياً يمثل حقوق الشريك تجاه الشركة وليس حق ملكية؛ لأنه لا يعدّ مالاً للحصة التي قدمها، وإذا كان السهم يمثل نصيباً في رأس مال الشركة فإنه يبقى ما بقيت الشركة قائمة، حتى وإن انتقلت ملكيته إلى شخص آخر؛ لأن الأصل هو ثبات رأس المال، فلا تُردُّ قيمة السهم إلا عند انقضاء الشركة وتصفيتها<sup>(٣٥)</sup>، فإذا ما خضعت الشركة للتصفية كانت موجوداتها بعد سداد ديونها مملوكة على الشيوع للمساهمين فيها، وتأسيساً على ذلك فإن الأسهم تعطي صاحبها حقاً شخصياً أثناء حياة الشركة يتحول إلى حق عيني بصفته ملكية شائعة عند تصفيتها<sup>(٣٦)</sup>، إذ يعد الشركاء في الشركة خلفاً عاماً لها.

ومن ثمّ فإنّ الفارق بين الأسهم والصكوك يتجلى في أنّ ما يقدمه حاملو الصكوك لا يعدّ جزءاً من رأسمال الشركة حال كان المنشئ شركة تجارية، بل هو تمويل خارج ميزانية الشركة، وأنّ الصكوك تمثل ملكية موجودات معينة في مشروع منفصل عن باقي موجودات الشركة وأصولها، وأنّ حاملي الصكوك لا يعدّون شركاء في الشركة ذاتها، وإنّ جاز اعتبارهم شركاء فيما يقتضيه عقد التمويل لا في الشركة ذاتها، وبناءً على ذلك جاز إطفاء الصكوك أثناء حياة الشركة، ويصبح حامل الصك دائناً للشركة باسترداد قيمتها إذا كان عقد التمويل يقتضي التصرف بموجودات الصكوك تصرفات ناقلة للملكية، من حيث إنّ الأصول قد تبقى مع انتهاء المشروع، كما في حال شرائها لغرض تأجيرها استثماراً.

وبعد، فإذا كانت ملكية حاملي الصكوك للأصول التي تمثلها لازمة في الهيكل القانوني للصكوك فإنّ الهدف من هذه الملكية هو الاستثمار، وليس التملك بحدّ ذاته،

(٣٥) عبد الله بن محمد المطلق، الصكوك، مجلة البحوث الإسلامية (المملكة العربية السعودية)، العدد ١٠٠، السنة ٢٠١٣، ص ٣٥٤-٣٥٥؛ هشام أحمد عبد الحي، الصناديق والصكوك الاستثمارية الإسلامية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠١٠، ص ٢٥١.

(٣٦) انظر: محمد مبارك فضيل بصمان الرشيد، التنظيم القانوني للصكوك التمويلية وتمييزها عن السندات «دراسة في القانون الكويتي والقانون المقارن»، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ٢٠١٣، ص ٢٣، عصام حنفي محمود، صكوك التمويل والاستثمار، دون ناشر ودون مكان نشر أو سنة نشر، ص ٤٦.

مما يستوجب إدارة تلك الموجودات وأحياناً التصرف فيها، كما في سلعة السلم التي تباع بسلم موزان، إلا إنَّ انتقال ملكية الأصول من منشئ الصكوك إلى حاملي الصكوك لغرض استثمارها يستلزم قيام حاملي الصكوك بإدارة النشاط التجاري المنصبَّ على تلك الأصول، وهذا أمرٌ لا يخلو من حرج، لكثرة عدد حاملي الصكوك وصعوبة اجتماعهم في وقت واحد أو اتفاهم على رأي بشأن إدارة الأصول، فضلاً عن قلة خبرتهم في هذا المجال، فهم كحاملي الأسهم هدفهم الرئيس الحصول على أرباح من نشاط تجاري لا يسألون بشكل مباشر عن إدارته، فإن افترضنا تعيينهم مجموعة منهم تقوم بإدارة ذلك النشاط التجاري وفق ضوابطه القانونية، فإنَّ ذلك يفترض قيام شركة، تكون تلك الأصول رأسمالها، وحصص حاملي الصكوك أسهماً لهم فيها، فخرج الأمر عن مفهوم التمويل الإسلامي إلى تكوين شركة؛ لذا فإنَّ ما يحصل في الواقع العملي هو نقل ملكية موجودات الصكوك من المنشئ إلى حامليها، وتسجيل تلك الملكية باسم المصدر، وهو شخص مستقل عن المنشئ وعن حاملي الصكوك من الناحية القانونية، وهذا يثير التساؤل عن كيفية التوفيق من الناحية الشرعية والقانونية بين القول بأهمية ملكية حاملي الصكوك للموجودات في هيكل الصكوك الإسلامية، وبين الواقع الذي تبقى فيه ملكية الموجودات باسم المصدر. والإجابة عن هذا التساؤل هي محور البحث التالي.

## المبحث الثاني

### الطبيعة القانونية للحق على الأصول

تتجه الكثير من إصدارات الصكوك إلى إمكان التوفيق بين ملكية حاملي الصكوك للأصول وبين إدارتها والتعامل بها من قبل المصدر من خلال نقل ملكية الأصول للمصدر بما يخوله الإدارة والتعامل والتصرف، إلا أن ذلك يكون لصالح حاملي الصكوك ولا يخل بحقهم في ملكية الأصول<sup>(٣٧)</sup>، ويقترّب هذا التطبيق كثيراً مما يعرف بالملكية النفعية (العدلية) في القوانين الأنجلوأمريكية، فإذا كان النظام القانوني السائد في الدولة التي

(٣٧) انظر مثلاً: نشرة إصدار الصكوك الوطنية (وهي صكوك مضاربة إسلامية) الصادرة بتاريخ ١٨ مارس ٢٠٠٦ والمعدلة في ٩ ديسمبر ٢٠١٠ حيث ورد فيها: «إن كل صك وطني يمثل حصة غير مجزأة في أصول المضاربة، غير أنه لا يمنح أي حق على أي جزء معين من أصول المضاربة، ويمثل الصك أيضاً الحق في نصيب من الأرباح القابلة للتوزيع المتولدة عن أصول المضاربة. ومع ذلك، يملك المضارب دون غيره استثمار أصول المضاربة وإدارتها والتصرف فيها بموجب ومع مراعاة أحكام الشريعة الإسلامية والشروط العامة وباقي الأحكام الواردة في هذه النشرة». وانظر: نشرة إصدار صكوك شركة أرامكو توتال العربية للخدمات السعودية، حيث جاء في البند (١-٣) منها ما يأتي: «تشكل الصكوك مصالِح ملكية انتفاعية مشاع في موجودات الصكوك، وتمثل التزامات مباشرة على المصدر مضمونة وغير مشروطة وذات أولوية في التسديد وخاضعة لأولوية التوزيع المحددة في الشرط ٤-٢ (استخدام عائدات موجودات الصكوك). وستكون في كل الأوقات في مرتبة متساوية دون أي أفضلية أو أولوية فيما بينها». النشرة متاحة على الرابط الآتي (آخر زيارة للموقع بتاريخ ٢٠١٩/٣/٤)

<https://cma.org.sa/Market/Prospectuses/Documents/Satorp%20AR%20Main-V29-All-web-Final-part1-R8.pdf>

وكذلك ما ورد في نشرة إصدار صكوك الشركة السعودية العالمية للبتروكيمياويات (سبكيم) في البند ٣ الخاص بملخص الإصدار ما يأتي: «اتفاقية المضاربة: سوف يتم إنشاء المضاربة بواسطة اتفاقية المضاربة المؤرخة في أو حوالي تاريخ الإغلاق بين المصدر (كمضارب) ووكيل حملة الصكوك بالنيابة عن حملة الصكوك (كرب المال). ... أصول المضاربة: يقوم المصدر بالبيع إلى وكيل حملة الصكوك (متصرفاً باسم وبالنيابة عن حملة الصكوك) منفعة غير مجزأة في أعمال المصدر الحالية والمستقبلية (بما في ذلك، ومن بين أمور أخرى، الحق في المشاركة في التوزيعات وأية دفعات أخرى يتم تسديدها من قبل أي شركة تابعة إلى المصدر عند استلامها من قبل المصدر، ولكن باستثناء حصص أية شركة تابعة إلى المصدر أو أية منفعة في تلك الحصص أو أية أصوات ملحقة بها) وذلك طبقاً لاتفاقية تحويل حقوق المنفعة (اتفاقية تحويل حقوق المنفعة) والتي سوف تشمل أصول مضاربة. سوف يقر المصدر في تاريخ الإقفال بالحصص غير المجزأة لوكيل حملة الصكوك (متصرفاً باسم ونيابة عن حملة الصكوك) في أصول المضاربة». نشرة الإصدار متاحة على الرابط الآتي وآخر زيارة للموقع بتاريخ ٢٠١٩/٣/٣:

<https://cma.org.sa/Market/Prospectuses/Documents/Sipchem%20Sukuk-%20Offering%20Circular%20-%20ARABIC%20-%20Final.pdf>

تصدر الصكوك هو النظام اللاتيني أو ما يعرف بنظام القانون المدني أو الفقه الإسلامي كما في دولة الإمارات العربية المتحدة فإن التساؤل يثار عن التكييف القانوني لطبيعة الملكية المسندة لكل من المصدر وحاملي الصكوك، وهو ما يتطلب التعرف على نظام الملكية النفعية وبحث مفهومه ونشأته، وتقييمه، وذلك في المطلبين الآتيين:

## المطلب الأول

### الاتجاهات الفقهية في تأصيل الملكية إلى قانونية ونفعية

الملكية النفعية، وتعرف أيضاً بالملكية العدلية، ملكية معروفة في القوانين الأنجلوأمريكية تقابل الملكية القانونية، وتعرف أيضاً بالملكية الاسمية والملكية الرسمية، يكون محل الملكيتين مالا واحداً، وهذا اقتضى توجه الفقه إلى القول بتجزئة الملكية إلى جزأين يعودان لشخصين مختلفين، وهذا لا يمنع من اجتماع صفتي الملكية في شخص واحد.

ووجه التفريق بينهما أن صاحب الملكية القانونية، ويسمى بالمالك القانوني أو الاسمي أو الرسمي، هو من يُسجل الأصل باسمه في السجلات الرسمية، ويحق له تبعاً لذلك إدارته واستثماره، وقد يقتضي استثماره التصرف به.

أما صاحب الملكية النفعية، ويسمى بالمالك النفعي أو العدلي، فهو من تؤول إليه جميع الحقوق الناتجة عن إدارة واستثمار الأصل أو بيعه<sup>(٣٨)</sup>.

وتعود فكرة الملكية النفعية إلى قانون العدالة «equity law» الذي طبقه القضاة في إنجلترا في القرون الوسطى، تحقيقاً للعدالة التي قد لا يحققها القانون الإنجليزي العام «common law» بسبب إغراقه بالشككية، فهذا القانون الأخير لم يكن يعرف إلا نوعاً واحداً من الملكية، هو الملكية القانونية، ولم يكن هناك إلا مالك واحد هو المالك القانوني. إلا إن هذا الواقع القانوني تغير بعد الحروب الصليبية، ففي تلك الفترة اضطر الكثير من المزارعين إلى ترك بلدتهم وأرضهم التحاقاً بالحرب التي دعوا إليها، ولم يكن المزارع

(٣٨) Engku RabiahAdawiah, NerminKlopic, Muhammad Ramadhan FitriEllias and Muhamad Nasir Haron, Application of the concept of beneficial ownership in sukuk structures: An Islamic Legal Analysis, ISRA International Journal of Islamic Finance, Vol. 7, Issue 2, 2015, p; 109.

إنكو ربيعة العدوية ونرمين كلوبيتش، تطبيق مفهوم ملكية الانتفاع في هياكل الصكوك: تحليل قانوني شرعي، بحث مقدم للمؤتمر العالمي التاسع لعلماء الشريعة، كوالالامبور- ماليزيا، ١٠-١١/ نوفمبر/٢٠١٤، ص٤-٥. متاح في الرابط :

<http://www.jaifjo.org/echobusv3.0/SystemAssets/49bd99b5-ec29-4ff4-9499-85332335ede3.PDF>

يعلم متى يعود، ولا يريد ترك الأرض من دون من يقوم على شؤونها خوفاً من استيلاء الآخرين عليها، فكان المزارع يلجأ إلى نقل ملكية الأرض إلى شخص يحظى بثقتهم، ليتسنى لهذا الأخير بمقتضى حقوق الملكية إدارة الأرض واستثمارها وتقاضي الضرائب ممن يستغلها، إلا أنه يتفق معه على أن يتعهد برد الأرض له إذا عاد إلى إنجلترا، ثم تبين لاحقاً أن كثيراً ممن نقل لهم المحاربون ملكية أراضيهم لم يكونوا أهلاً للثقة، إذ رفضوا تنفيذ الاتفاق بعد عودة المحاربين وتمسكوا بملكيتهم للأرض من الناحية القانونية، ولم يكن في أحكام القانون العام ما يسعفهم؛ لأنه لا يعرف إلا الملكية القانونية، وهذه الملكية نقلت إلى المالك الجديد بحسب الإجراءات المحددة. فكان من شأن ذلك أن كثرت الدعاوى أمام المحاكم، وأضحت مشكلة عامة لكثرة الواقعين تحت وطأتها، فما كان من الملك إلا أن أحال الدعاوى إلى ديوان العدالة «Court of Equity» الذي يتمتع بصلاحيات تفوق تلك الممنوحة للمحاكم التقليدية. وقد أعاد ديوان العدالة الحقوق إلى أصحابها بإقراره نظرية جديدة تفرق الملكية إلى قسمين: ملكية قانونية، وهي الملكية الظاهرة في السجلات الرسمية، وملكية حقيقية غير ظاهرة في السجلات، سندها الاتفاق بين المالك القانوني والملك الحقيقي، وبموجب هذا الاتفاق لا يحق للمالك القانوني أن يتصرف إلا بما ينفع المالك الحقيقي الخفي، فتمت إعادة ملكية الأراضي لملكيها الحقيقيين، أما المالك القانوني فلم يكن سوى أمين حائز للأرض لصالح المالك الحقيقي، وقد أطلق على هذه الملكية الحقيقية الملكية النفعية «beneficial ownership»، استناداً إلى أن صاحبها يتمتع بمنافع الملك الذي يحوزه المالك القانوني، كما أطلق عليها الملكية العادلة «equitable ownership»، استناداً إلى إقرارها من قبل ديوان العدالة<sup>(٣٩)</sup>.

إن تجزئة الملكية بموجب مفهوم الملكية النفعية على النحو المبين آنفاً يستلزم وجود مالك نفعي «حقيقي»، ومالك قانوني يظهر اسمه في السجلات، وهو ما يتحقق في أموال معينة تستلزم التسجيل لإثبات الملكية القانونية أو لاكتسابها، كالعقارات والسفن والطائرات والسيارات والأوراق المالية.

في وقت لاحق تجاوزت هذه التجزئة للملكية أصل نشأتها، ووجدت تطبيقاً لها في مجالات قانونية أخرى ولاعتبارات عديدة، من ذلك تجاوز العقبات القانونية التي تحول

(٣٩) محمد علي القرني، تطبيق الملكية النفعية والملكية القانونية في التمويل الإسلامي، بحث مقدم للمؤتمر العالمي التاسع لعلماء الشريعة، كوالامبور- ماليزيا، ١٠-١١/نوفمبر/٢٠١٤، ص٤-٨. متاح في الرابط:

<http://www.elgari.com/?p=1598>

دون تسجيل ملكية الأصل لغير مواطني الدولة، فيتم التصرف به على أن يبقى مسجلاً باسم أحد مواطنيها، في حين تنتقل الملكية النفعية للأجنبي المتصرف له، ولا يعدّ مثل هذا التصرف بالضرورة مخالفاً للقانون<sup>(٤٠)</sup>، وقد يراد منه ضمان حقوق البائع في البيوع مؤجلة الثمن، فتنقل للمشتري الملكية النفعية، ويبقى البائع محتفظاً بالملكية القانونية حتى يتم سداد الثمن.

كما يجد تطبيقاً له في مجال الأوراق المالية، إذ يمكن أن يتم شراء الأسهم أو الأوراق المالية باسم شركة وساطة معينة على أن تؤلّ منافع الأسهم وحقوقها إلى المالك الحقيقي المنتفع، فالمساهم هو الذي يكون له الحق في التصويت والحصول على الأرباح<sup>(٤١)</sup>.

وقد أثار توجه القوانين الأنجلوأمريكية في تقسيم الملكية إلى ملكية قانونية وملكية عدلية اختلافاً فقهيّاً واسعاً من حيث البحث عمّا يقابل هذا التقسيم في القوانين المدنية التي تتبع المدرسة اللاتينية، وعمّا يقابلها في الفقه الإسلامي لتبرير عقود التمويل الإسلامي وفقاً لهذا التقسيم بعد قبوله صراحةً أو دلالةً لاقتضاء الواقع العملي له. ونبحت هذا الاختلاف وأسبابه ونقد اتجاهاته، ولكن نهد قبل ذلك إلى الطرق المعهودة في النظر المعاصر لتحديد اتجاه الفقه الإسلامي في القضايا المعاصرة، وهي ثلاثة طرق، أحدها يدرك ظاهر الواقعة المعاصرة ثم يقصر نظره في الآراء الفقهية الثابتة في كتب المذاهب الفقهية المعتمدة، فلا يتجاوز هذا القدر، والثاني يحقق الواقعة المعاصرة (الفرض)، ثم يتبع قواعد الاستنباط المتبعة في مذهب معين دون غيره، لتحصيل حكمها، والثالث يحقق الفرض إلا إن نظره لا يتقيد بأصول مذهب معين، لتشكّل مجموع القواعد المذهبية لديه مبادئ شرعية في تحقيق نظره، فتلتئم المذاهب لديه وحدة واحدة منضوية تحت تلك المبادئ.

(٤٠) من ذلك على سبيل المثال جواز شراء المستثمر غير السعودي الممنوع من شراء الأسهم السعودية منفعة الأسهم فقط، على أن تكون الملكية القانونية مسجلة باسم مواطن سعودي، وفق شروط حددها قرار مجلس هيئة السوق المالية بتاريخ ١٩/٨/١٤٢٩، من بينها أن يكون المواطن السعودي شركة وساطة مرخصة من الهيئة، وأن لا تتجاوز مدة الاتفاقية أربع سنوات. انظر: فهد بن بادي المرشدي، الصكوك: أحكامها وضوابطها وإشكالاتها، دار كنوز اشبيليا للنشر والتوزيع، الرياض، ٢٠١٤، ص ٨٦.

(٤١) عبد القادر عمور، الملكية القانونية والملكية النفعية من منظور شرعي وقانوني، بحث مقدم للمؤتمر العالمي التاسع لعلماء الشريعة، كوالالمبور- ماليزيا، ١٠-١١/نوفمبر/٢٠١٤، ص ٧. متاح في الرابط:

<http://www.jaifjo.org/echobusv3.0/SystemAssets/d06c85e7-0adb-4157-a237-6b642997199c.pdf>

وسنداً لذلك تتباين الاتجاهات، وتتعدد الأحكام في حكم الوقائع المعاصرة، فمن يعتمد الآراء المذهبية دون تحقيق صدقها على تلك الوقائع فإن عمله يكون نقلاً لا فقهاً. أما غيره فيكون عمله نقلاً وفقهاً أو فقهاً دون نقل إذا لم يجد رأياً فقهياً فيها، إلا إن النظر قد يضيق متى تقيّد بأصول مذهب معيّن، وقد يتسع متى لم يتقيّد بذلك، فتتوفر للأخير الحلول الشرعية أكثر من غيره.

وقد تقرر في النظر الفقهي الإسلامي إن معرفة الواقع (الفرض) تسبق معرفة الواجب في الواقع (الحكم)<sup>(٤٢)</sup>، بل هو أصل في كل نظر فقهي، والفرض يتأثر بمقتضيات زمانه ومكانه وبيئته، فهي ظروف مؤثرة في حكمه، فوجب اعتبارها في النظر. وإذا كان هذا هو المبدأ فإن الغاية هي تحقيق مصالح العباد من حيث إن أحكام الشريعة معللة بتحصيل مصالحهم، وهو ما ثبت باستقراء نصوص الشريعة<sup>(٤٣)</sup>، فتكون العلة باعثة على تشريع الأحكام أو هي الموجبة لها، وإنها حكمة التشريع<sup>(٤٤)</sup>، وهي باعتبار نسبتها إلى العباد مصالحهم<sup>(٤٥)</sup>. فتعيّن متابعة ذلك في الكشف عن أحكام الشريعة الإسلامية في الوقائع المعاصرة، ولا يصح نسبة الأحكام إليها بغير هذه الطريق.

وبتطبيق ذلك على موضوع البحث نقول: بحسب ما اطلعنا عليه من أبحاث فإن الاتجاهات الفقهية قد تعددت بشأن أصل تقسيم الملكية إلى ملكية قانونية وملكية نفعية في الفقه الإسلامي، فذهب اتجاه إلى أنّ التقسيم مقابل بأقسام الملكية الناقصة في الفقه الإسلامي، ويمكن القول أنّ أنصار هذا الاتجاه نهجوا مسلكين في سبيل تحقيق هذه

(٤٢) يقول محمد بن أبي بكر، المعروف بابن قيم الجوزية، في أعلام الموقعين عن رب العالمين، دار الكتب العلمية، بيروت، ٦٩/١: (ولا يتمكن المفتي ولا الحاكم من الفتوى والحكم بالحق إلا بتوعين من الفهم: أحدهما: فهم الواقع والفقه فيه، واستنباط علم حقيقة ما وقع بالقرائن والأمارات والعلامات حتى يحيط به علماً. والنوع الثاني: فهم الواجب في الواقع، وهو فهم حكم الله الذي حكم به في كتابه أو على لسان رسوله في هذا الواقع. ثم يطبق أحدهما على الآخر... ومن سلك غير هذا أضاع على الناس حقوقهم، ونسب إلى الشريعة التي بعث الله بها رسوله صلى الله عليه وسلم).

(٤٣) انظر: الموافقات في أصول الفقه، الشاطبي، إبراهيم بن موسى، مطبعة محمد علي صبيح وأولاده، مصر، ١٩٦٩م، ٤-٣/٢.

(٤٤) انظر: الشاطبي، الموافقات، ١٧٩/١.

(٤٥) انظر: علي بن عبد الكافي السبكي وولده، الإبهاج في شرح المنهاج، دار الكتب العلمية، بيروت- ١٩٨٤م، ١٤٠/٣-١٤١، محمد بن عمر الرازي، المحصول في علم الأصول، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية-١٩٨١م، ٣٨٩/٢، محمد بن محمد الغزالي، شفاء الغليل في بيان الشبه والمخيل ومسالك العلة، مطبعة الإرشاد، بغداد-١٩٧١م، ص ٦١٢ وما بعدها، جمال الدين الأسنوي، نهاية السؤل في شرح منهاج الإمام البيضاوي، مطبعة التوفيق الأدبية، مصر، ٩٢-٩١/٣.

المقابلة، فاعتبر فريق منهما معنى (نفعية) في الملكية النفعية<sup>(٤٦)</sup>، فاقتضاه نظره أنها ملكية ناقصة، من حيث إنها ملكية لا ترد على العين والمنفعة معاً، بل ترد على المنفعة دون العين، وتلك الملكية النفعية، أو على العين دون المنفعة، وتلك الملكية القانونية. بينما نهج غيرهم مسلماً مغايراً في تقرير المقابلة بالملكية الناقصة، فاعتمدوا في نظرهم حصر حقيقة الملكية بالسلطة أو القدرة الشرعية، أما التصرف بالمحل المملوك، استعمالاً واستغلالاً وتصرفاً بالمحل تصرفاً ناقلاً للملكية أو مرتباً عليه لحق عيني أصلي متفرع عن حق الملكية، فذلك من لوازم تلك السلطة، وليس ذات السلطة المعبرة عن حقيقة الملكية، ومن ثم فإن التصرف من لوازم السلطة القابلة للانفصال عنه، ففرقوا بين السلطة والتصرف، واستندوا إلى تلك المفارقة في تبرير التقسيم إلى الملكية النفعية والملكية القانونية، فإن وقع التصرف بالمحل مع بقاء سلطة المتصرف على المحل وانتقال منفعته إلى المتصرف إليه فتلك هي الملكية القانونية، وأما ثبوت حق المتصرف إليه على منفعة المحل دون عينه فهو المراد بالملكية النفعية<sup>(٤٧)</sup>.

ويمكن جمع المسلكين في اتجاه واحد، هو اعتبار التقسيم مقابلاً لأقسام الملكية

(٤٦) انظر بهذا الاتجاه: علي محي الدين القرة داغي، الملكية القانونية والملكية النفعية من منظور شرعي وقانوني: الإطار العام والتحديات الرئيسية، المؤتمر العالمي التاسع لعلماء الشريعة، ١٠-١١ نوفمبر ٢٠١٤، ماليزيا، إذ يقول في مقدمة بحثه: (ومن هذه القضايا المثارة: حق الانتفاع القانوني «أو الملكية النفعية»، والملكية القانونية)، ثم يقول في ص ٢٢ فيه: (إن التعريف المختار لملكية المنفعة هو: حق يمكن الإنسان شرعاً من الانتفاع بالشيء بنفسه أو بغيره، بعبوض أو بدونه)، ويقول في ص ٢٤: (إن حق الانتفاع في القوانين مختلف عن حق الانتفاع في الفقه الإسلامي، ولكنه يتفق مع حق المنفعة أو ملكية المنفعة مع وجود خصائص لحق الانتفاع من مثل كونه حقاً عينياً وليس شخصياً. وفي نظري: أن هذا الاعتبار الفني لا يؤثر بالمنع أو الحرمة؛ إنك ربيعة العدوية و نرمن كلويتش، تطبيق مفهوم ملكية الانتفاع في هياكل الصكوك: تحليل قانوني شرعي، المؤتمر المشار إليه، إذ تقول في ص ٣ فيه: (لقد تم استخدام مصطلح «ملكية الانتفاع» بالمعنى نفسه مع عدد من المصطلحات الأخرى، مثل: مصلحة الانتفاع، سند أو حق الانتفاع، الملكية العدلية، والمصلحة العدلية).

(٤٧) انظر بهذا الاتجاه: حولة فريز النوباني، تطبيق الملكية النفعية والملكية القانونية في التمويل الإسلامي، المؤتمر العالمي التاسع لعلماء الشريعة، إذ تقول: (وعليه فإن الفرق بين الملكية القانونية والملكية النفعية أن الملكية القانونية مسجلة في السجلات القانونية، وبالتالي يمكن لصاحبها التصرف والانتفاع، ويترتب عليها جميع الآثار المترتبة على الملكية بالعموم، أما الملكية النفعية فتمكن صاحبها من الانتفاع في حدود ما سمح له المالك القانوني المسجل)، وتقول في خاتمة البحث: (وبالاعتراف بها كملكية نفعية يكون حق البيع أو التصرف للمالك القانوني وهو المنشئ)؛ عصام العنزلي، الملكية القانونية والملكية النفعية من منظور شرعي وقانوني، المؤتمر المشار إليه، إذ يقول في ص ١٨: (إلا إنني أعتقد - والله أعلم - أن الملكية النفعية مبنية على جواز بيع الحقوق والاعتياض عنها؛ لأن المال النفعي يملك حقاً فقط).

ناقصة، ومن ثمّ يكون الاتجاه الثاني هو الذي يثبت أنصاره الملكية التامة، فلا محل لبحت الملكية الناقصة<sup>(٤٨)</sup>، اعتباراً بوحدة ملكية العين ومنفعتها مالك واحد، والملكية الناقصة تقتضي تعدد الملاك، مالك عين دون منفعة ومالك منفعة دون عين.

ونعرض في التالي عرضاً تحليلياً للاتجاهين الفقهيين المشار إليها، متضمناً نقد كل اتجاه منهما، ووجه اعتبار النقد.

### الاتجاه الأول:

تقدّم أنّ أنصاره انقسموا إلى فريقين باعتبار المسلك المعتمد لكل منهما، وإن اتفقوا في إسناد التأصيل والنتيجة، ونعرض ذلك في الآتي.

#### ١ - التأصيل سنداً لمحل الملكية:

مقتضى نظر هذا الفريق أنّ تقسيم الملكية إلى نفعية وقانونية في القوانين الأجلوأمريكية لا يعدو كونه بياناً لأنواع الملكية الناقصة، اعتباراً منهم لدلالة (النفعية) على المنفعة، وأنّ الملكية الناقصة من حيث محلها ترد على العين دون منفعتها، وعلى المنفعة دون العين، فإن اجتمعت العين ومنفعتها في ملك شخص واحد فتلك الملكية التامة. ومن ثمّ فإنّ الفقه الإسلامي قد سبق تلك القوانين في ذلك بدليل تقسيمه الملكية إلى ملكية تامة وملكية ناقصة، وإن لم يرد حصر قطعي في هذا التقسيم لقبول الملكية لأنواع أخرى يكشف عنها الزمن.

أما قبول الملكية لأنواع غير محصورة فمستنده ما يرد على الملكية من إطلاق وتقييد، تتحقق به المصلحة بميزانها الشرعي، وقد ورد ذلك في قول ابن تيمية: (فإذا كان

(٤٨) انظر بهذا الاتجاه: عبد القادر عمرو، الملكية النفعية والملكية القانونية من منظور شرعي وقانوني، المؤتمر العالمي التاسع لعلماء الشريعة، ١٠-١١ نوفمبر ٢٠١٤، ماليزيا، إذ يقول في المبحث الثالث من الفصل الأول في بحثه: (الملكية النفعية: هي ملكية حقيقية لأنها تمنح صاحبها حق التصرف الأساسي في الرقبة والمنفعة على سبيل الدوام... الملكية القانونية هي في الحقيقة ولاية ووصاية لا ملك)، وهو ما ذهب إليه محمد علي القرني في بحثه (تطبيق الملكية النفعية والملكية القانونية في التمويل الإسلامي الدولي)، مقدم للمؤتمر المشار إليه، وردّ على من لم يعتبر الملكية النفعية ملكية حقيقية بقوله في الفقرة ٧: (أصبحت ملكية لا يتمتع صاحبها بجميع الحقوق المقررة للمالك على ملكه في الشريعة الإسلامية، ولذلك لا تعد ملكية حقيقية في القوانين الشرعية «أي عند المعارضين» لأنها ملكية تنحصر حقوق حاملها على جني العائد الاقتصادي المتولد من الأصل المملوك فقط. لقد أساء هذا التطور إلى الصكوك إساءة بالغة وأدى إلى وصمها من قبل المراقبين بأنها سندات لبست ثوب الصكوك، والتبس حابل المعاني بنايلها).

الملك يتنوع أنواعاً وفيه من الإطلاق والتقييد ما وصفته وما لم أصفه، لم يمتنع أن يكون ثبوت ذلك مفوضاً إلى الإنسان، يثبت منه ما رأى فيه مصلحة له، ويمتنع من إثبات ما لا مصلحة له فيه، والشارع لا يحظر على الإنسان إلا ما فيه فساد راجح أو محض، فإذا لم يكن فيه فساد أو كان فساده مغموراً بالمصلحة لم يحظره أبداً<sup>(٤٩)</sup>. وهو فقه حسن لا خلاف فيه، إلا إن استشهد هذا الفريق به دلّ عندهم على جواز استحداث تسميات فقهية، وليس استحداث أنواع قائمة بنوعها، ومن ثم فإن استحداث الملكية النفعية والملكية القانونية لا يخرج عن التقسيم الكلي لها من إنها ملكية تامة وملكية ناقصة، فثبت الاستحداث عندهم في التسمية دون أنواعها.

ويراد بالملك التام (الملكية التامة): ما ثبت على رقبة الشيء ومنفعته، وهو يعطي حق التصرف بالعين ومنفعتها بكل التصرفات السائغة شرعاً، والانتفاع بالمحل انتفاعاً كاملاً غير مقيد بوجه من وجوه الانتفاع، ولا بزمان ولا بحال ولا بمكان، فهو يستغل العين من غير قيد ولا شرط، والملك التام مطلق، ليس له زمن محدود، ولا وقت معلوم ينتهي عنده، ولا يقبل التقييد بالشرط<sup>(٥٠)</sup>. وباعتبار المقابلة يكون الملك الناقص (الملكية الناقصة): سيطرة جزئية لشخص على محل من حيث الانتفاع به أو التصرف، بحسب ما يقتضيه سند تلك الملكية، فقد يكون الملك بملك الرقبة دون المنفعة، كأن يوصي بمنفعة عين مدة حياة الموصى له، فيملك الورثة الرقبة دون المنفعة، ويملك الموصى له المنفعة دون الرقبة، وقد تكون ملك المنفعة وحدها ويكون الانتفاع شخصياً، وهم بذلك يريدون ما يثبت بعقود محلها منفعة عين، كما في الإجارة والعارية، ويملك المنفعة ويكون الانتفاع عينياً، ويدخل في ذلك ما يعرف قانوناً بحق الانتفاع وحقوق الارتفاق<sup>(٥١)</sup>.

فأمكن القول أن هذا الفريق انتهى إلى أن الملكية القانونية تقابل الملكية الناقصة الواردة على عين دون منفعتها، وأن الملكية النفعية هي ملكية ناقصة أيضاً إلا إنها ترد على

(٤٩) أحمد بن عبد الحليم بن تيمية، مجموع الفتاوى، الناشر وزارة الشؤون الإسلامية والدعوة والإرشاد، السعودية، ٢٠٠٤، ج ١٨٠/٢٩.

(٥٠) محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٩٦، ص ٧٤.

(٥١) انظر: أبو زهرة، مرجع سابق، ص ٧٥-٧٨، علي الخفيف، الملكية في الشريعة الإسلامية مع المقارنة بالشرائع الوضعية، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٩٦، ص ٢٨، عبد القادر عمور، الملكية القانونية والملكية النفعية من منظور شرعي وقانوني، بحث مقدم للمؤتمر العالمي التاسع لعلماء الشريعة، الأكاديمية العالمية للبحوث الشرعية ١٠ و١١ نوفمبر ٢٠١٤، كوالالمبور - ماليزيا، نهاية المبحث الأول من الفصل الثاني.

المنفعة دون العين. وعدّوا حق المنفعة أنه حق انتفاع بحسب مفهومه في القوانين المدنية من حيث إنه حق عيني متفرع عن حق الملكية، يمنح المنتفع سلطة الاستئثار بمنافع عين مملوكة لغيره استعمالاً واستغلالاً وتصرفاً بالحق لا بالرقبة<sup>(٥٢)</sup>، وقابلوه بالملكية النفعية.

### نقد الاتجاه:

من الظاهر أنّ هذا الفريق اعتبر المعنى الاصطلاحي للمنفعة في تحديد معنى الملكية النفعية ونطاقها، معتمداً أنّ ترجمة (Beneficial ownership) إلى العربية هي (الملكية النفعية)، ولم يلتفت إلى الاختلاف في ترجمتها وأنها (الملكية العدلية أو النافعة أو المفيدة)، وأنه غير مراد بها منفعة أو منافع المال<sup>(٥٣)</sup>، فانتهوا إلى عدم اعتبار الملكية التامة في تقسيم الملكية إلى نفعية وقانونية، وأنّ هذا التقسيم هو صورة عن قسمة الملكية الناقصة؛ ملكية نفعية يكون لصاحبها ملكية المنفعة دون عينها، وملكية قانونية يكون لصاحبها ملكية العين دون منفعتها، ومن ثمّ فإنّ حاملي الصكوك مالكون للمنفعة، والملكية حق عيني، فملكيتهم لها بحسب ما أدّاه إليهم نظرهم هي ملكية انتفاع بمفهومه القانوني، ويقابل ذلك ملكية المصدر للعين (الأصول) دون منفعتها.

فكان وقوفهم مع لفظ الملكية القانونية دون تمحيص أنها لفظ حقيقي أم مجازي، وبدون تحليل ما تضمنه هذا الوصف من عناصر، وما ترتب عليه من آثار، للكشف عن حقيقته، وهي طبيعته القانونية، مثاراً للانتقاد. وكذلك الحال مع وقوفهم على لفظ (النفعية) دون تمحيص لطبيعة الملكية الموصوفة به، ولا يلزم من اعتبار الوصف أنه محل الملكية، وهم قد اعتبروا المنفعة محل الملكية.

ومن ثمّ فقد عارض فقه هذا الاتجاه أكثر من طبيعة قانونية معتمدة في التمويل الإسلامي، وبحسب الآتي:

- قد عارض فقهم ابتداءً المعنى المحدد للملكية النفعية من حيث إنها ملكية تامة، فيكون المالك للملكية نفعية مالكاً حقيقة للعين ومنفعتها، فلم تكن ملكيته ملكية ناقصة<sup>(٥٤)</sup>.

(٥٢) نظم قانون المعاملات المدنية حق الانتفاع وآثاره في المواد ١٣٣٣-١٣٤٨ منه، وقد عرفته المادة ١٣٣٣ بالقول: (الانتفاع حق عيني للمنتفع باستعمال عين تخص الغير واستغلالها ما دامت قائمة على حالها)، ونصت المادة ١٣٤٧ منه: (تنازل المنتفع عن حق الانتفاع لا يؤثر على التزاماته لمالك العين المنتفع بها ولا على حقوق الغير).

(٥٣) انظر: محمد علي القرني، تطبيق الملكية النفعية والملكية القانونية في التمويل الإسلامي الدولي، مرجع سابق، فقرة ٦.

(٥٤) راجع المطلب الأول من المبحث الثاني في هذا البحث.

- خالف فقهم ما ثبت صريحاً في التشريعات القانونية من أنّ حاملي الأسهم هم مالكو الأعيان المكتتب بها<sup>(٥٥)</sup>، ومن يملك العين لا يوصف بأنه صاحب حق انتفاع بل هو مالك للعين ومنفعتها.
- إنّ قصر حق حاملي الصكوك على منفعة الأصول المكتتب بها لازمه أنّ المصدر هو مالك عين تلك الأصول دون منفعتها، ولما كان المصدر غير المنشئ في فرضنا هذا فإنّ لازم تخريجهم هذا أنّ المصدر هو الذي أعطى حاملي الصكوك حق الانتفاع على الأصول من حيث هو مالكةا، وهذا يخالف الواقع، ويخالف ما عليه التشريعات من أنّ الحق على الأصول قد انتقل من المنشئ إلى حاملي الصكوك، وليس من المصدر، وأنه حق ملكية وليس حق انتفاع.
- إنّ مالك الرقبة ترجع إليه منفعتها بعد انتهاء حق الانتفاع من حيث إنّ حق الملكية حق دائم، بخلاف حق الانتفاع فهو حق مؤقت، فيلزم أنصار هذا الاتجاه سلب حاملي الصكوك ملكية المنفعة بعد انتهاء مدة الحق، وهي مدة الاستثمار الوارد على الأصول، ورجوع المنفعة إلى المصدر، لتجتمع لديه ملكية العين ومنفعتها. وفساد هذه النتيجة ظاهر من حيث إنّ المصدر غير مكتتب في الأصول، فانتفى سبب ملكيته لها، ومن حيث إنّ حصيلة الاكتتاب لم تكن من حق المصدر بل من حق المنشئ، المالك السابق للأصول، ثم إنّ نفي ملكية حاملي الصكوك للأصول وسلبهم منفعتها بعد انتهاء مدة حق الانتفاع بها لا يحقق الغاية من الاكتتاب بها، وهو الاستثمار، من حيث إنّ الخسارة ستكون محققة الوقوع، ومن حيث إنّ هذا الاستثمار سيكون مهدداً بانتهاء حق الانتفاع بموت المنتفع، وهو مذهب غالب التشريعات القانونية، وإن لم يذهب إليه مشرع قانون المعاملات المدنية<sup>(٥٦)</sup>.
- إنّ اعتبار حق حاملي الصكوك على الأصول حق انتفاع مقتضاه إمكان تصرف

(٥٥) راجع المواد القانونية التي صرحت بذلك، وقد وردت في المطلب الأول من المبحث الأول في هذا البحث.

(٥٦) المادة ١٣٤٤ منه حالات انتهاء حق الانتفاع، وليس وفاة المنتفع منها، ونصها: (ينتهي حق الانتفاع: ١- بانقضاء خمسين سنة ما لم ينص سند إنشائه على مدة أخرى. ٢- بهلاك العين المنتفع بها. ٣- بتنازل المنتفع. ٤- بإنهائه بقضاء المحكمة لسوء الاستعمال. ٥- باتحاد صفتي المالك والمنتفع ما لم تكن للمالك مصلحة في بقاءه كأن كانت الرقبة مرهونة)، ويؤكد هذا الاتجاه أنّ المادة ١٣٣٤ منه جعلت الميراث أحد أسباب كسب حق الانتفاع، ونصها: (يكسب حق الانتفاع بعمل قانوني أو بالشفعة أو بالميراث أو بمرور الزمان). وانظر في ذلك: المهداوي، الموجز في شرح الحقوق العينية في قانون المعاملات المدنية، دار الإمارات العربية الحديثة، الشارقة ٢٠١٦، ص ١٣٠-١٣١.

المصدر بالأصول من حيث هو مالك لها بحسب نظر هذا الفريق، والثابت في واقع التمويل الإسلامي والتشريعات الناظمة لأحكامه أن المصدر لا يملك هذا الحق ولا هذه السلطة.

- إن عدّهم المصدر مالكا لعين الأصول مقتضاه أن حقه عليها حق عيني، وذلك يعارض الطبيعة القانونية التي أضفتها التشريعات عليه من أنه ليس سوى أمين عليها ووكيل لحاملي الصكوك في إدارتها، والمالك لا يوصف بأنه أمين ووكيل على المال المملوك له، كما أن طبيعة الحق في فرضي الأمين والوكيل أنه من الحقوق الشخصية وليس من الحقوق العينية.

## ٢ - التأسيس سنداً لسلطات حق الملكية:

حصر أنصار هذا المسلك حقيقة الملكية بالسلطة أو القدرة الشرعية، فلم يعدّ التصرف بالمحل المملوك عنصراً جوهرياً في تحقيق مفهوم الملكية. وتحليل اتجاههم مبناه على أن تعريف الملكية بأنها سلطة تمنح صاحبها التصرف بالمحل المملوك استعمالاً واستغلالاً وتصرفاً<sup>(٥٧)</sup> قد كشف عندهم عن مفارقة السلطة للتصرف، فليس التصرف بياناً لمعنى السلطة أو القدرة على المحل، بل هو معنى مغاير لها من حيث إنه الأثر المترتب على تلك السلطة، وليس هو السلطة في ذاتها، بدلالة إمكان المفارقة بينهما بمنع تصرف صاحب السلطة (المالك) بالمحل المملوك له، كما في منع تصرف المحجور عليه لذاته لصغر أو جنون بالمحل مع ثبوت ملكه عليه.

فالملكية في ذاتها سلطة المالك على المحل المملوك، ومظهر هذه السلطة تصرفه بالمحل، ومن ثم لا يعارض ذلك تعريف الملكية تعريفاً يجمع بين حقيقتها (السلطة) ولازمها (التصرف)، من حيث إن ذلك تعريف للملكية بوصفها تامة، وليس تعريفاً للملكية في ذاتها، والذي تنصوي تحته أنواع.

ولما قبلت الملكية التقسيم جاز أن تبقى الملكية قائمة على العين وإن انفصلت عنها سلطة التصرف بالمحل، وهو المعبر عنه بمنفعة العين، فتكون الملكية تامة حال اجتماع العين والمنفعة تحت قدرة واحدة، بأن تسند لشخص واحد هو المالك. وتكون ناقصة حال تفريق العين عن منفعتها، بأن يسند كل واحد منهما لشخص غير الآخر.

(٥٧) نصت المادة ١١٣٣ من قانون المعاملات المدنية: (١- حق الملكية هو سلطة المالك في أن يتصرف في ملكه تصرفاً مطلقاً عيناً ومنفعة واستغلالاً. ٢- ولمالك الشيء وحده أن ينتفع بالعين المملوكة ويغلتها وثمارها ونتاجها، ويتصرف في عينها بجميع التصرفات الجائزة شرعاً).

واستدل هذا الفريق في تأييد مذهبهم على ما ورد في بيان معنى الملك في الفقه الإسلامي، من ذلك تعريف الحنفية له بأنه: ( الْقُدْرَةُ عَلَى التَّصَرُّفِ فِي الْمَحَلِّ شَرْعًا )<sup>(٥٨)</sup>، فجاء تعريف الملكية بأنه القدرة على التصرف في المحل وليس هو ذات التصرف فيه، إلا إنَّ المحل ورد مطلقاً غير مقيد بالعين، وهو ما اعتمدته المادة ١٢٥ من مجلة الأحكام العدلية في تعريف الملك بالقول: (الملك ما ملكه الإنسان سواء كان أعياناً أو منافع)، فأطلقت الملك على ما كان عيناً أو منفعة، فتضمن ذلك أنواع الملكية وإن كان الأصل فيها اجتماع الوصفين، العين ومنفعتها، في المحل المملوك، إلا إنَّ دلالة التفصيل إمكان فصل السلطة على العين عن التصرف بها المعبر عنها بالمنفعة، وفصل المنفعة عن العين.

واستشهدوا على صحة المفارقة بين السلطة والتصرف في تعريف الملكية بما ذهب إليه القرافي، ولنسرد قوله المبين لمذهبه في هذا الشأن، فيقول: (اعلم أنَّ الْمَلِكَ أَشْكَلُ ضَبْطُهُ عَلَى كَثِيرٍ مِنَ الْفُقَهَاءِ فَإِنَّهُ عَامٌّ يَتَرْتَّبُ عَلَى أَسْبَابٍ مُخْتَلِفَةٍ الْبَيْعُ وَالْهَبَةُ وَالصَّدَقَةُ وَالْإِزْثُ وَعَبَّرَ ذَلِكَ فَهُوَ غَيْرُهَا وَلَا يُمْكِنُ أَنْ يُقَالَ هُوَ التَّصَرُّفُ؛ لِأَنَّ الْمَحْجُورَ عَلَيْهِ يَمْلِكُ وَلَا يَتَصَرَّفُ فَهُوَ حَيْنئِدْ غَيْرُ التَّصَرُّفِ، فَالتَّصَرُّفُ وَالْمَلِكُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَعْمٌ مِنَ الْآخَرِ مِنْ وَجْهِ وَأَخْصٌ مِنْ وَجْهِ، فَقَدْ يُوجَدُ التَّصَرُّفُ بَدُونِ الْمَلِكِ كَالْوَصِيِّ وَالْوَكِيلِ وَالْحَاكِمِ وَغَيْرِهِمْ يَتَصَرَّفُونَ وَلَا مَلِكٌ لَهُمْ وَيُوجَدُ الْمَلِكُ بَدُونِ التَّصَرُّفِ كَالصَّبِيَّانِ وَالْمَجَانِينَ وَغَيْرِهِمْ يَمْلِكُونَ وَلَا يَتَصَرَّفُونَ، وَيَجْتَمِعُ الْمَلِكُ وَالتَّصَرُّفُ فِي حَقِّ الْبَالِغِينَ الرَّاشِدِينَ النَّافِذِينَ لِلْكَلِمَةِ الْكَامِلِينَ الْأَوْصَافِ، وَهَذَا هُوَ حَقِيقَةُ الْأَعْمِ مِنْ وَجْهِهٍ وَالْأَخْصِ مِنْ وَجْهِهٍ أَنْ يَجْتَمِعَا فِي صُورَةٍ وَيُنْفَرِدَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِنَفْسِهِ فِي صُورَةٍ كَالْحَيَوَانَ وَالْأَبْيَضِ، وَالْعِبَارَةُ الْكَاشِفَةُ عَنْ حَقِيقَةِ الْمَلِكِ أَنَّهُ حُكْمٌ شَرْعِيٌّ مُقَدَّرٌ فِي الْعَيْنِ أَوْ الْمَنْفَعَةِ يَقْتَضِي تَمَكُّنَ مَنْ يُضَافُ إِلَيْهِ مِنْ ائْتِفَاعِهِ بِالْمَمْلُوكِ وَالْعَوْضَ عَنْهُ مِنْ حَيْثُ هُوَ كَذَلِكَ، أَمَا قَوْلُنَا حُكْمٌ شَرْعِيٌّ فَبِالْإِجْمَاعِ؛ وَلِأَنَّهُ يَنْبَغُ الْأَسْبَابَ الشَّرْعِيَّةَ، وَأَمَا أَنَّهُ مُقَدَّرٌ فَلِأَنَّهُ يَرْجِعُ إِلَى تَعَلُّقِ إِذْنِ الشَّرْعِ، وَالتَّعَلُّقُ عَدَمِيٌّ لَيْسَ وَصْفًا حَقِيقِيًّا، بَلْ يُقَدَّرُ فِي الْعَيْنِ أَوْ الْمَنْفَعَةِ عِنْدَ تَحَقُّقِ الْأَسْبَابِ الْمُفِيدَةِ لِلْمَلِكِ، وَقَوْلُنَا فِي الْعَيْنِ أَوْ الْمَنْفَعَةِ فَإِنَّ الْأَعْيَانَ تَمْلِكُ كَالْبَيْعِ وَالْمَنَافِعِ كَالْإِجَارَاتِ، وَقَوْلُنَا يَقْتَضِي ائْتِفَاعَهُ بِالْمَمْلُوكِ لِيُخْرِجَ التَّصَرُّفَ بِالْوَصِيَّةِ وَالْوَكَاةِ وَالتَّصَرُّفِ الْقَضَاةِ فِي أَمْوَالِ الْغَائِبِينَ وَالْمَجَانِينَ، فَإِنَّ هَذِهِ الطَّوَائِفَ لَهُمْ التَّصَرُّفُ بِغَيْرِ مَلِكٍ وَقَوْلُنَا وَالْعَوْضَ عَنْهُ لِيُخْرِجَ عَنْهُ الْإِبَاحَاتُ فِي الضِّيَافَاتِ فَإِنَّ الضِّيَافَةَ مَأْذُونٌ فِيهَا، وَلَيْسَتْ مَمْلُوكَةً عَلَى الصَّحِيحِ، وَيُخْرِجُ أَيْضًا الْاِخْتِصَاصَاتُ بِالْمَسَاجِدِ وَالرِّبْطِ وَالْخَوَاقِنِ وَمَوَاضِعِ الْمَطَافِ وَالسُّكِّ وَمَقَاعِدِ الْأُسُوقِ، فَإِنَّ هَذِهِ الْأُمُورَ لَا مَلِكَ فِيهَا مَعَ الْمَكْنَةِ الشَّرْعِيَّةِ مِنْ التَّصَرُّفِ فِي هَذِهِ الْأُمُورِ، وَقَوْلُنَا مِنْ حَيْثُ هُوَ كَذَلِكَ إِشَارَةٌ إِلَى أَنَّهُ يَقْتَضِي ذَلِكَ مِنْ

(٥٨) . محمد بن محمد بن محمود، العناية شرح الهداية، دار الفكر، دون سنة نشر، ج٦ / ٢٤٧.

حَيْثُ هُوَ، وَقَدْ يَتَخَلَّفُ عَنْهُ ذَلِكَ لِمَانِعٍ يَعْزُضُ كَالْمَحْجُورِ عَلَيْهِمْ لَهُمُ الْمَلِكُ، وَلَيْسَ لَهُمُ الْمَكْنَةُ مِنَ التَّصَرُّفِ فِي تِلْكَ الْأَعْيَانِ الْمَمْلُوكَةِ، لَكِنَّ تِلْكَ الْأَمْلَاقَ فِي تِلْكَ الصُّورِ لَوْجُودِ النَّظَرِ إِلَيْهَا أَقْتَضَتْ مَكْنَةَ التَّصَرُّفِ، وَإِنَّمَا جَاءَ الْمَنْعُ مِنْ أُمُورٍ خَارِجَةٍ وَلَا تَنَافِي بَيْنَ الْقَبُولِ الذَّاتِيِّ وَالِاسْتِحَالَةِ لِأَمْرٍ خَارِجِيٍّ؛ وَلِذَلِكَ نَقُولُ إِنَّ جَمِيعَ أَجْزَاءِ الْعَالَمِ لَهَا الْقَبُولُ لِلْوُجُودِ وَالْعَدَمِ بِالنَّظَرِ إِلَى ذَوَاتِهَا وَهِيَ إِمَّا وَاجِبَةٌ لِغَيْرِهَا إِنْ عَلِمَ اللَّهُ تَعَالَى وُجُودَهَا، أَوْ مُسْتَحِيلَةٌ لِغَيْرِهَا إِنْ عَلِمَ اللَّهُ تَعَالَى عَدَمَهَا، وَكَذَلِكَ هَا هُنَا بِالنَّظَرِ إِلَى الْمَلِكِ يَجُوزُ التَّصَرُّفُ الْمَذْكُورُ، وَبِالنَّظَرِ لِمَا عَرَضَ مِنَ الْأَسْبَابِ الْخَارِجَةِ يَفْتَضِي الْمَنْعَ مِنَ التَّصَرُّفِ، وَكَذَلِكَ إِذَا قُلْنَا الْأَوْقَافَ عَلَى مَلِكٍ الْوَاقِفِينَ مَعَهُ لَا يَجُوزُ لَهُمُ الْبَيْعُ وَمَلِكُ الْعَوْضِ عَنْهَا بِسَبَبِ مَا عَرَضَ مِنَ الْوَقْفِ الْمَانِعِ مِنَ الْبَيْعِ كَالْحَجْرِ الْمَانِعِ مِنَ الْبَيْعِ، فَقَدْ أَنْطَبَقَ هَذَا الْحَدُّ عَلَى الْمَلِكِ<sup>(٥٩)</sup>.

ولما ثبت الملك على ما كان عيناً أو منفعة شرعوا في تقسيم أنواعه إلى: ملك عين ومنفعتها، وملك عين دون منفعتها، وملك منفعة دون عين، وملك الانتفاع مجرداً، وهو ما عبّر عنه القرافي بقوله: (الفرق الثلاثون بين قاعدة تملك الانتفاع وبين قاعدة تملك المنفعة: فتمليك الانتفاع نريد به أن يباشر هو بنفسه فقط، وتمليك المنفعة هو أعم وأشمل فيباشر بنفسه ويمكن لغيره الانتفاع بعوض كالإجارة، وبغير عوض كالعارية، مثال الأول «أي تملك الانتفاع» سكنى المدارس والرباط والمجالس في الجوامع والمساجد ولو حاول أن يؤاجر بيت المدرسة أو يسكن غيره أو يعاوض عليه بطريق من طرق المعاوضات امتنع ذلك<sup>(٦٠)</sup>. ولما كان مدار التفريق على العين ومنفعتها<sup>(٦١)</sup> ردّ الفقهاء التقسيم الرباعي إلى تقسيم ثنائي هو الملك التام والملك الناقص.

فانتهى هذا الفريق إلى ما انتهى إليه الفريق الأول من أنّ حقيقة تقسيم الملكية إلى ملكية نفعية وملكية قانونية لا يعدو كونه تعبيراً عن الملكية الناقصة، من حيث إنّ الملكية التامة لم تتحقق لكلا الشخصين؛ صاحب السلطة، وصاحب التصرف.

فلزم هذا الفريق أنّ الملكية من حيث هي سلطة تبقى للمنشئ أو المصدر، ويقابلها ملكية منفعة الأصول فتكون لحاملي الصكوك، ولا يراد بهذه الملكية غير حق الانتفاع، ومن ثم يرد على توجه هذا الفريق ما ورد على توجه الفريق الأول من انتقادات، ونزيد عليها الآتي.

(٥٩) أحمد بن إدريس القرافي، الفروق، عالم الكتب، دون سنة نشر، ج ٣/ ٢٠٨-٢١٢.

(٦٠) الفروق، ج ١/ ١٨٧، وانظر: أبو زهرة، مرجع سابق، ص ٧٠-٧١.

(٦١) انظر: محمد بن عبد الله بن بهادر الزركشي، المنثور في القواعد الفقهية، وزارة الأوقاف الكويتية، ط ١٩٨٥/ ٢٣، ج ٣/ ٢٢٧، ابن تيمية، مجموع الفتاوى، مرجع سابق، ج ٢٩/ ١٧٨-١٨٠.

## نقد الاتجاه:

إن حق الملكية في ذاته لا يعرف بغير السلطات التي يمنحها مجتمعة للمالك، وسنداً لذلك كانت أبرز خصائص حق الملكية أنه حق جامع، فهو حق يقتضي تلك السلطات لذاته<sup>(٦٢)</sup>، فكان تعريف الملكية سنداً لذلك تعريفاً بلوازمه غير المفارقة، أي لا تنفك عنه ولا يعرف بغيرها، والمعبّر عنها بسلطات أو عناصر حق الملكية، وهو ما أفاده قول القرافي المشار إليه سابقاً: (والعبارة الكاشفة عن حقيقة الملك أنه حكم شرعي مقدر في العين أو المنفعة، يقتضي تمكّن من يضاف إليه من انتفاعه بالمملوك والعوض عنه، من حيث هو كذلك). فالملك يقتضي لذاته التمكّن، أي تمكّن شرعي يضاف إلى المالك، ولا يلزم من ذلك أن يظهر بهذا التمكّن وإن ثبت له، فوَقعت المفارقة باعتبار الظهور لا باعتبار الاستحقاق والثبوت الذاتي، ومن هنا امتنع قانوناً وشرعاً على المالك من الظهور على ملكه تصرفاً متى انتفت أهليته لحجر عليه لصغر أو عارض من عوارض الأهلية، وجاز له بثبوت أهليته التنازل عن سلطة الاستعمال أو سلطتي الاستعمال والاستغلال لغيره بعوض أو من دونه مع ثبوت الملك له، كما في الاستعمال والسكنى وحق الانتفاع وحق المساحة وحقوق الارتفاق بل والوقف الذري على اتجاه من يرى أنّ المال الموقوف يحبس على ملك الواقف<sup>(٦٣)</sup>. فلم يرتفع عنه وصف المالك بالتصرف، كذلك لم تنتف ملكيته بالتصرف.

(٦٢) نظراً: المهداوي، مرجع سابق، ص ١٢.

(٦٣) نصت المادة ١٣٦١ من قانون المعاملات المدنية: (تسري في شأن الوقف الأحكام التي يصدر بها قانون خاص)، ولم نجد هذا القانون الاتحادي الخاص حتى يومنا هذا. والوقف عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى هو حبس العين على ملك الواقف والتصديق بالمنفعة، وهو مذهب المالكية وبعض الشافعية ورواية عن الإمام مالك، وقد اعتمد المشرع الإماراتي هذا الاتجاه في الوقف الذري أو المؤقت، بدليل أنه أجاز لمن أوقف حصته في الملك الشائع الأخذ بالشفعة بانقطاع الموقوف عليهم، كما أنّ له أن يأذن لناظر الوقف الأخذ بالشفعة، وبدليل أنه جعل الوقف من الحقوق العينية المتفرعة عن حق الملكية، باعتباره انتقص من حق ملكية الواقف الانتفاع بالعين الموقوفة استعمالاً واستغلالاً، كما أنّ مشروع القانون رقم ٤ لسنة ٢٠١١ بشأن الوقف في إمارة الشارقة، قد وافق مذهب مشروع قانون المعاملات المدنية في أنّ المالك في الوقف الذري أو المؤقت هو الواقف، وأنّ الوقف فيه هو حبس الموقوف على ملك الواقف وتسبيل منفعته، يؤيد ذلك ما قضت به المادة ١٢ منه، ونصها: «لا يجوز الرجوع في الوقف الخيري، ويجوز الرجوع في الوقف الأهلي إذا ثبتت حاجة الواقف واشترط ذلك»، فدل رجوعه للواقف للحاجة أنّ الموقوف ما زال في ملكه، وقد جاء هذا المعنى واضحاً في المادة ٥٢ منه، ونصها: «إذا انتهى الوقف يصبح الوقف ملكاً للواقف إن كان حياً أو لورثته إن كان ميتاً، فإن لم يوجد له ورثة اعتبر الوقف مستمراً لأعمال البر بنظارة الأمانة»، ومعنى «يصبح الوقف ملكاً للواقف»، أي يرجع إليه التصرف به تصرفات المالك مطلقاً لارتفاع المانع عنه بانتهاء الوقف، والقاعدة الفقهية تقضي بأنه إذا ارتفع المانع عاد الممنوع)، المهداوي، بتصرف يسير، ص ١٤٥-١٤٧.

فوجب التفريق بين ثبوت التصرف في حق الملكية ولزومه له في تحقيق الماهية وبين ممارسة التصرف من قبل المالك، والذي يتوقف على توفر الأهلية المطلوبة شرعاً أو قانوناً فيه من حيث إنها شرط انعقاد في كل تصرف إرادي، فالأهلية شرط في تصرف المالك بملكه، وليست عنصراً في تحقق مفهوم الملكية وثبوتها للمالك، وإلا لم تصح النيابة عن المحجور عليه في التصرف بملكه من حيث إنَّ ما لا يثبت له ابتداءً لا يصح ورود النيابة عنه فيه، ولما ثبت التصرف له مع قيام مانع الحجر صحت النيابة عنه بالتصرف سنداً لهذا الثبوت.

وسنداً لهذه الملازمة الذاتية لم يصح منهم التفريق بين الوصفين الدالين مجتمعين على مفهوم حق الملكية، إذ تبقى السلطة حال تجريدها عما ورد بعدها في التعريف مجملة غير مبينة. أما استنادهم إلى قول القرافي: (ولا يمكن أن يقال «أي في الملك» هو التصرف، لأنَّ المحجور عليه يملك ولا يتصرف) فلا حجة لهم به من حيث إنَّ حصر تعريف الملك بالتصرف دون السلطة تفريق بين لوازمه غير المنفكة، فلا يتحقق المعنى، وهو ما أفاده كلامه، بدليل أنه جمع بينهما في التعريف، بقوله: (والعبارة الكاشفة عن حقيقة الملك أنه حكم شرعي مقدر في العين أو المنفعة، يقتضي تمكُّن من يضاف إليه من انتفاعه بالملوك وال عوض عنه، من حيث هو كذلك)، فتحقق مفهوم الملكية بالجمع بين الحكم الشرعي المقدر في العين وما تقتضيه تلك القدرة لذاتها من سلطات، أبرزها سلطة التصرف.

## الاتجاه الثاني:

مقتضى هذا الاتجاه ثبوت الملكية التامة لحاملي الصكوك على الأصول المكتتب بها، ولازم ثبوتها انتفاء وصف الملكية الناقصة عن ملكيتهم لتلك الأصول من حيث إنهما متقابلان، فيكون ثبوت إحداها موجب لانتفاء الثانية. ولما كان الأمر كذلك فإنَّ ملكية الأصول تثبت لحاملي الصكوك اعتباراً بانتقال ملكيتها من المنشئ إلى حاملي الصكوك، ومن ثمَّ ليس للمصدر ملكية حقيقية عليها من حيث إنه أمين عليها ووكيل عنهم، وأنَّ تسجيل الأصول باسمه لا يلزم منه أنه مالك لها اعتباراً بأنَّ الثبوت الشرعي للملك لا يتوقف على التسجيل ولا يشترطه، ولم يكن تسجيلها باسمه إلا اعتباراً لتحقيق الغرض من الاستثمار وفق قواعد التمويل الإسلامي المقتضية خروج الأصول من ملك المنشئ حقيقةً، فلا تبقى في ميزانيته، ولا تعدُّ من عناصر الضمان العام لدائنيه، فتنتفي سلطة المنشئ عليها، فلا يملك التصرف بها، وتنتفي سلطة دائنيه عليها، فضلاً عن مراعاة أنَّ دور حاملي الصكوك هو تمويل المشروع وليس إدارته التي تقتضي الخبرة بالنشاط

التجاري بحسب طبيعة التصكيك، والتخصص به الذي يقتضي أن يكون شخصاً معنوياً، شركة أو مؤسسة مالية.

### نقد الاتجاه:

يتوافق هذا الاتجاه مع ما ذهب إليه التشريعات القانونية من تحديد الطبيعة القانونية لحق حاملي الصكوك على الأصول المكتتب بها إنه حق ملكية، وإنَّ الأصول تنتقل ملكيتها من المنشئ إليهم بالاككتاب، وهو توجه يتفق مع ما ذهب إليه القوانين الأنجلوأمريكية من اعتبار الملكية القانونية ملكية اسمية ورسمية، وأنها ملكية ظاهرة، يقابلها الملكية النفعية أو العدلية وعدّها ملكية حقيقية وإن لم يتم تسجيل المحل باسم صاحب تلك الملكية.

أما وجه انتقادنا هذا الاتجاه فهو إطلاقه الملكية التامة على حق حاملي الصكوك على الأصول، وهذا الوصف لم ترد به التشريعات القانونية بل جاءت الملكية مطلقة من التصريح بالقيّد، والملكية قابلة للتنوع باعتبار محلها، ومن ثمَّ فإنَّ الملكية على أصول هي أعيان بمنافعها غير الاككتاب على منافع أعيان دون أصولها، أو على منافع وخدمات أو خليط من أعيان ومنافع وديون، ومن ثمَّ جاز تعدد الملاك على الأصول لكن باعتبار اختلاف المحل. وسيأتي مزيد تفصيل وبيان في ذلك في المطلب الآتي، الذي نورد فيه ما نعتقده من تأصيل لمذهب تقسيم الملكية إلى نفعية وقانونية، سنداً لعلاقة حاملي الصكوك بالمصدر.

## المطلب الثاني

### رأي الدراسة في تحديد الطبيعة القانونية للحق على الأصول

بحسب ما تقدم في أوراق البحث فإنَّ الملكية العدلية أو النفعية أظهرتها الحاجة، وأنَّ سبب استحداثها تنظيمياً هو حصر المفهوم القانوني للملكية قبل ذلك بالملكية الشاملة للرقبة ومنفعتها، ودليل تلك الملكية ثبوت الملك باسم شخص في السجلات الرسمية، فيكون بموجب هذا الثبوت الرسمي هو مالكة قانوناً، فيكون وصف المالك القانوني دلالة على أنه المالك الحقيقي، وتلك الدلالة قرينة على وحدة المالك.

فلزم كمبرج للتفريق بين المالكيتين اعتبار درجة قرينة أو قوة دلالة أنَّ المالك القانوني هو المالك الحقيقي، بمعنى هل ثبوت الملك باسم شخص في السجلات الرسمية قرينة قاطعة على أنه المالك الحقيقي؟ أم أنها قرينة قابلة لإثبات العكس؟

ولما جاز قانوناً إثبات العكس والتصحيح، كما في ردّ مال المفقود بعد الحكم بوفاته قضاءً لثبوت حياته، وقبل التصرف بتلك الأموال، وكذلك في مسائل الميراث إذا ثبت وجود وارث حاجب لم يعرف وقت توزيع التركة، وكذلك في ثبوت بطلان عقد التصرف بالعقار أو إبطاله، وكذلك في الصورية المطلقة في التصرف بالعقار تصرفاً ناقلاً للملكية في الظاهر دون حقيقته المضادة لذلك الظاهر، بشرط ثبوت تلك الحقيقة بإثبات العقد المستتر الحقيقي وفق قواعد الإثبات القانونية... فإن لازم ذلك أن التسجيل قرينة قابلة لإثبات العكس.

فضلاً عن أن القانون لم يعتبر التسجيل ركناً في تحقيق مفهوم الملكية بل شرطاً في الإسناد، أي إسناد ملكية العقار إلى من تم تسجيله باسمه، من حيث إن أركان حق الملكية مالك ومملوك (محل الحق)، كما إن الملكية حق عام يرد على الأشياء المادية، منقولة كانت أم عقاراً، وعلى الأشياء المعنوية والحقوق المالية والمنافع، ثم إن من العقار ما لا يتوقف سبب ملكيته على التسجيل، كما في حيازة العقار الكائن في المناطق التي لم يرد عليها التنظيم بشرط التقادم.

فلزم من ذلك أن الشكلية (التسجيل) ليست ركناً في تحقيق مفهوم الملكية، بل هي شرط قانوني أو اتفاقي يرد على بعض العقود، وهي شكلية مترددة من حيث طبيعتها القانونية بين كونها شرط انعقاد، ويقال في العقد بهذا الشأن عادة عقد شكلي، وبين أنها شكلية لانتقال الملكية من تاريخ إيرادها وليس من تاريخ العقد، فيكون العقد رضائياً، وهو ما عليه قانون المعاملات المدنية الاتحادي<sup>(٦٤)</sup>.

وسنداً لما تقدم فإن التفريق بين الملكية العدلية والملكية القانونية أو الرسمية لا يعدو أحد احتمالين: الأول أنه تفريق في صور الإسناد، فتكون كل صورة منهما معبرة عن حقيقة تختلف عن الأخرى، بمعنى أن توارد مالك عدلي ومالك رسمي على محل واحد في وقت واحد يعبر كل منهما عن طبيعة قانونية تختلف عن الأخرى، فهما غير متساويين في المعنى، والثاني أن يكون التفريق تعييناً لأنواع الملكية، فيكون محل إحدى الملكيتين العين دون منافعها، ومحل الأخرى المنفعة دون العين أو الرقبة، وصاحب الحق في الأخيرة قد

(٦٤) انظر: علي المهداوي، مرجع سابق، ص ١٢٨، وقد جاء للمحكمة الاتحادية العليا، الطعن رقم ٢٣٠ لسنة ٢٥ ق شرعي، جلسة ٢٠٠٤/٦/١٩، قولها: (بيع العقارات بين المواطنين في إمارة الشارقة ما زال عقداً رضائياً يتم وينتج آثاره بمجرد توافقه بإرادة المتعاقدين على البيع مقابل ثمن معين، وإن تراخي انتقال الملكية لحين التسجيل لا يضيفي على عقد البيع شكلاً رسمياً أو شكلاً لانعقاده، ولا يؤدي تخلفه إلى بطلان العقد).

تكون سلطته على العين باعتبار تحصيل منافعها سلطة مباشرة، كما في حق الانتفاع وحق الاستعمال والسكنى وحقوق الارتفاق من الحقوق العينية الأصلية، أو تكون سلطته غير مباشرة تمرّ من خلال ذمة، كما في تملكه منفعة المأجور والمال المعار في عقدي الإجارة والعارية، وهي من باب الحقوق الشخصية. هذا باعتبار مادية محل الحق، وقد يكون محله غير مادي كما في الحقوق المعنوية.

وما نذهب إليه أنه تفريق في صور الإسناد وليس استحداثاً لأنواع جديدة للملكية أو الكشف عن أنواعها؛ ذلك أنّ الملكية في ذاتها تقتضي التنوع، فهي باعتبار محلها، ومحلها من ذاتيات مفهوماً، شيء ومنفعة وحق، وأنّ التفريق بينها ثابت طبعاً وعقلاً وقانوناً، فتعددت أنواع الملكية تبعاً لصور التفريق المحتملة في المحل.

ومن ثم فإنّ تنوع إسناد الملكية أعطى الآتي:

- ١ - توسيع صور إسناد الملكية، فملكية عدلية وملكية قانونية.
- ٢ - إمكان التفريق بين المالك الحقيقي للمحل وبين من سجل ذلك المحل باسمه، فنكون إزاء مالك حقيقي للمحل، وإن لم يتم تسجيله باسمه (المالك العدلي)، وشخص أخذ صفة المالك من حيث تسجيل المحل باسمه، وإن لم يكن مالكا له حقيقةً (المالك القانوني أو الرسمي).
- ٣ - قبول إثبات الملكية وفق ذلك التنوع في الإسناد، فتثبت الملكية العدلية مثلاً بالعقد دون اشتراط التسجيل، وبإثبات المالك العدلي الصورية المطلقة لعقد بيعه المحل لمن سجل العقار باسمه من حيث إنّ حقيقة التصرف بينهما أنه لا بيع بينهما، فانتفى سبب انتقال الملكية، وقد وقع بحث الصورية في الفقه الإسلامي تحت عنوان (بيع التلجئة).
- ٤ - توزيع الحقوق والالتزامات وفق ذلك، فالمالك العدلي هو الذي يتمتع بالحقوق المقررة للمالك على المحل المملوك له، وله أن يمارس بنفسه تلك الحقوق، أو بواسطة غيره، وقد يقع ذلك وفق تنظيم قانوني مراعاة لمقتضيات ممارسة نشاط تجاري معين، كما في التصرف بالملك بواسطة المالك القانوني، وهو في هذا يكون في وضع المؤتمن الذي يرعى مصالح من ائتمنه<sup>(٦٥)</sup>، ووكيلاً عنه في ممارسة ذلك

(٦٥) انظر: محمد علي القرني، تطبيق الملكية النفعية والملكية القانونية في التمويل الإسلامي الدولي، مرجع سابق، الفقرات ٢ و٣ و٤ منه.

النشاط التجاري. وتتحدد الحقوق والالتزامات بينهما سناً للعلاقة القانونية التي تربط بينهما.

وسناً لما تقدم فإن لموضوع البحث وجهين: أحدهما طبيعة حق حاملي الصكوك والمصدر على موجودات الصكوك في ضوء تعدد الإسناد، كما قدمنا آنفاً، والثاني طبيعة العلاقة بينهما. جازمين أن الاقتصار على أحد الوجهين لن يكشف عن حقيقة الواقعة محل البحث، والتي هي محل تنظيم التشريعات القانونية ذات الصلة، فنقول:

إن حق حاملي الصكوك على الأصول المكتتب بها يتحدد بحسب الطبيعة القانونية لعقد الاكتتاب، فإن كان العقد من عقود التمليك، كعقد البيع، كان حقهم على الأصول حق ملكية، وقد تكون الملكية بحسب الاتفاق مؤقتة ليعود المبيع بانتهاء تلك المدة إلى البائع، وهو ما يعرف ببيع الوفاء، وقد أجازها فقهاء الحنفية، ونصت عليه مجلة الأحكام العدلية<sup>(٦٦)</sup>، وسناً لذلك يمكن للمالك بيع العين مدة معلومة، فينتفع بثمن العين في تجارته، مع عدم فقده للمبيع نهائياً، وينتفع المشتري بالعين ومنفعتيها المدة المتفق عليها، فإذا أعاد البائع ثمنها استعاد العين، فيتحصل لطرفي العقد فوائد بهذه المعاملة، ولا مانع شرعي أو قانوني من اعتبار هذه المعاملة تمويلاً إسلامياً، وإجازة التصيك بشأنها، وبحكمه بيع الاستغلال عند الحنفية، وقد نصت المادة ١١٩ من المجلة: (بِيعِ الاستِغْلَالِ هُوَ بَيْعٌ وَفَاءٌ عَلَى أَنْ يَسْتَأْجِرَهُ الْبَائِعُ)، ومقتضى المادة ظاهر استعماله في الصكوك الإسلامية.

وقد يمنح العقد حقاً عينياً أصلياً متفرعاً عن حق الملكية، كحق الانتفاع، وحق المساطحة الذي لم نجد بحثه في بحوث التمويل الإسلامي رغم ما يمثله من وسيلة استثمار كبيرة. أما إذا كان محل عقد الاكتتاب منفعة عين تثبت لهم من خلال ذمة مالكة فحقهم على المنفعة حق شخصي، والعقد هو عقد الإيجار.

فوجب اعتبار السبب المنشئ لحق حاملي الصكوك على الأصول المكتتب بها، ويجب أن يكون السبب من عقود المعاوضة لضرورة تمويل المشروع بحصيلة الاكتتاب.

إن إطلاق لفظ الملكية على موجودات الصكوك متى كانت عيناً دون ورود قيد تفريقها عن منفعتها دليل على ملكية حاملي الصكوك لها ملكية تامة، من حيث إنهم الطرف الذي قدم العوض (الثمن) مقابل الاكتتاب عليها، فهم المشترون لها حقيقةً،

(٦٦) نصت المادة ١١٨ منها: (بِيعِ الْوُفَاءِ هُوَ الْبَيْعُ بِشَرْطِ أَنْ الْبَائِعَ مَتَى رَدَّ الثَّمَنَ يَرُدُّ الْمُشْتَرِي إِلَيْهِ الْمَبِيعُ، وَهُوَ فِي حُكْمِ الْبَيْعِ الْجَائِزِ بِالنَّظَرِ إِلَى انْتِفَاعِ الْمُشْتَرِي بِهِ، وَفِي حُكْمِ الْبَيْعِ الْفَاسِدِ بِالنَّظَرِ إِلَى كَوْنِ كُلِّ مِنَ الْفَرِيقَيْنِ مُقْتَدِرًا عَلَى الْفَسْحِ، وَفِي حُكْمِ الرَّهْنِ بِالنَّظَرِ إِلَى أَنَّ الْمُشْتَرِي لَا يَقْدِرُ عَلَى بَيْعِهِ إِلَى الْغَيْرِ).

وطبيعة العقد عقد بيع، وهو من عقود التملك. فإن كانت الأصول منفعة، سواء أكان الحق عليها حقاً عينياً، كحق الانتفاع، أم حقاً شخصياً، كالإجارة، فإن إطلاق لفظ الملكية على السلطة الواردة عليها لا معارضة فيه للحقائق الثابتة قانوناً، ذلك أن حق الانتفاع، وكما تقدم ذكره، يعطي المنتفع السلطات الثلاث، فله سلطات الاستعمال والاستغلال، وله التصرف بالحق دون الرقبة، كما له رهن الحق، وإن كان ذلك مقيداً بمدة الانتفاع، فحقيقة الملكية باعتبار سلطاتها ثابتة في هذا الحق، وذلك يصدق أيضاً على حق المساحة. أما منفعة المأجور فإن المستأجر يملكها مدة عقد الإيجار لقاء عوض، ومن ثم كان للمستأجر التصرف بمنفعة المأجور بالتنازل عنها لغيره من حيث هو مالك لها، ودون الرجوع إلى المؤجر، بشرط أن لا يرد منعه من ذلك في عقد الإيجار، وهو اتجاه الفقه الإسلامي الذي أثبت بشأنها الملكية الناقصة، بحسب ما تقدم بيانه<sup>(٦٧)</sup>.

أما الخدمات من حيث هي ليست أعياناً ضرورةً فإنها مترددة من حيث طبيعتها القانونية بين أن تكون منافع أو حقوقاً مالية، وكلاهما يصح أن يكون محلاً للتملك.

وأما الدين فإنه بارتفاع المانع الشرعي عن بيعه قابل للتملك في ذاته، من حيث إن الدين مال وإن المانع عارض، فكان النهي عن بيع الدين ليس نهياً لذات الشيء من حيث إن النهي لذات الشيء يقتضي فساده الذاتي فلا يلحقه تصحيح أو تحسين، وهو ما ذهب إليه مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي المنعقد في دورته السابعة عشرة بعمان (المملكة الأردنية الهاشمية) من ٢٨ جمادى الأولى إلى

(٦٧) وبوصف تملك المنفعة جاء تعريف عقد الإيجار في المادة ٧٤٢ من قانون المعاملات المدنية، ونصها: (الإيجار تملك المؤجر للمستأجر منفعة مقصودة من الشيء المؤجر لمدة معينة لقاء أجر معلوم)، وعبر المشرع عن تملك المنفعة بالانتفاع، كما في نص المادة ٧٦٢: (إذا تم عقد الإيجار صحيحاً فإن حق الانتفاع بالشيء المؤجر ينتقل إلى المستأجر)، إلا إن المشرع مع ما تقتضيه المادتان المذكورتان من طبيعة قانونية منع المستأجر من تأجير المأجور بغير إذن المؤجر أو إجازته (المادة ٧٨٧)، وأجاز له إعارة المأجور أو تمكين غيره من الانتفاع به دون عوض (المادة ٧٨٦). وقد يعبر عن التملك بالتمكين، ويعبر عن المنفعة بالانتفاع، كما في نص المادة ٥٥٨ من القانون المدني المصري: (الإيجار عقد يلتزم المؤجر بمقتضاه أن يمكن المستأجر من الانتفاع بشيء معين مدة معينة لقاء أجر معلوم)، وتماشى المشرع مع هذه الطبيعة القانونية فنص في المادة ٥٩٣ منه: (للمستأجر حق التنازل عن الإيجار أو الإيجار من الباطن وذلك كلما استأجره أو بعضه ما لم يقض الاتفاق بغير ذلك)، وبالمعنى نفسه المادة ٥٢٦ والمادة ٥٦٠ من القانون المدني الأردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦م. فأثبت المشرع المصري للمستأجر التنازل ما لم يقض الاتفاق بغير ذلك، بخلاف ما ذهب إليه المشرع الإماراتي فأثبت المنع ابتداءً ما لم يرد في عقد الإيجار الجواز، فإن قام المستأجر بالتنازل لقاء عوض دون إذن المؤجر كان تصرفه موقوفاً على إجازة المؤجر.

٢ جمادى الآخرة ١٤٢٧هـ، الموافق ٢٤ - ٢٨ حزيران (يونيو) ٢٠٠٦م، قرار رقم ١٥٨ (١٧/٧) بشأن بيع الدين، والذي جاء فيه:

(ثانياً: من صور بيع الدين الجائزة:

(١) بيع الدائن دينه لغير المدين في إحدى الصور التالية:

أ- بيع الدين الذي في الذمة بعملة أخرى حالة، تختلف عن عملة الدين، بسعر يومها.

ب- بيع الدين بسلعة معينة.

ج- بيع الدين بمنفعة عين معينة.

(٢) بيع الدين ضمن خلطة أغلبها أعيان ومنافع هي المقصودة من البيع).

ومن ثم فإن ما ورد في تعريف الصكوك الإسلامية من أنها تملك حاملي الصكوك لأعيان ومنافع وخدمات وديون ونقود جاء من باب مراعاة قبول تلك المحال لورود الملكية عليها، لكن لم يرد في تلك التعريفات، سواء الفقهية منها والتشريعية، تحديد نوع الملكية، بل جاء ورود الملكية عليها مطلقاً من القيد، فلم تحدد بأنها ملكية تامة ولا ملكية ناقصة، ومن ثم قد تكون ملكية تامة وقد تكون ملكية ناقصة، بحسب ما يقتضيه عقد الاكتتاب بها، وبحسب ما تقدم بيانه آنفاً.

وبناءً على ما تقدم فإن المصدر باعتبار تفريقه عن المنشئ ليس له ملكية حقيقية على أصول الصكوك الإسلامية لانتهاء سبب الملكية بحقه ابتداءً، ولثبوت وصف القانون له بأنه أمين على الأصول، ووكيل عن حاملي الصكوك في إدارة تلك الأصول واستثمارها، ولثبوت الملكية شرعاً بالسبب المنشئ لها، وهو العقد، وإن تم تسجيل المحل باسم غير المالك، وهو ما عليه القانون الأنجلوأمريكي من عدّ المالك العدلي مالك حقيقة للمحل وليس المالك القانوني، ومن ثم فالعقد عقد حاملي الصكوك مع المنشئ، والمصدر من الغير، وكذلك اعتباراً للباعث على تسجيل الأصول باسمه لتحقيق خروجها فعلياً من ملك المنشئ إلى ملك حاملي الصكوك بموجب عقد الاكتتاب بها، وبالتالي خروجها من ميزانية المنشئ، فلا تعدّ من عناصر الضمان العام لدائنيه، فتنتفي سلطتهم عليها، هذا باعتبار المنشئ، أما باعتبار حاملي الصكوك فلتحقيق استثمار تلك الأصول المملوكة لهم بغيرهم لما في استثمارها بأنفسهم من حرج.

ومن ثم فإن قابلنا ملكية المصدر بالملكية القانونية بحسب اصطلاح القانون الأنجلوأمريكي فإنها ملكية مجازية غير حقيقية اعتباراً لتوسط المصدر بين المنشئ وحاملي الصكوك، ولذلك أطلق عليها أيضاً وصف الملكية الاسمية والرسمية.

وفي حدود العلاقة الاستثمارية بين حاملي الصكوك والمصدر تثبت وجوه التمويل الإسلامي، وتتحدد آثارها من حيث إنَّ المصدر سيقوم نيابة عن حاملي الصكوك بمباشرة عقد التمويل المتفق عليه، ولما كانت موجودات الصكوك تحت يده فهو أمين عليها، إلا إنَّ التشريعات القانونية لم تصرِّح بوصف ثالث يصدق ضرورةً على المصدر من حيث إنه يمارس نشاطاً تجارياً، ومن ثمَّ فإنَّ هذا الوصف متردد بين كونه وكيلًا بالعمولة وبين كونه مضارباً، ونرى إمكان صدق الوصفين عليه لكن بحسب طبيعة الاستثمار، فإن كان مقتضى الاستثمار مثلاً بيعه الأصول مع ربح يزيد على ثمن شرائها فهو وكيل بعمولة. أما إن كان استثماره لموجودات متنوعة كأعيان ومنافع ونقود، وأنَّ استثمارها يقتضي تكرر التصرف منه بها وبما يتحصل منها في المدة المتفق عليها مقابل حصة من الأرباح، حصيلة الاستثمار، فإنه مضارب. ويمكن تحديد الوصف بضابط آخر هو أن يكون المصدر وكيلًا بالعمولة متى كان له أجر محدد ابتداءً يقتضيه مقابل إدارته للأصول واستثمارها، فيكون أجره في مقابل عمله، ويكون مضارباً متى ثبتت له حصة تتمثل بنسبة مئوية من الأرباح حصيلة الاستثمار حال تحققها، ولا شيء له حال عدم تحقق الربح. ولا نرى مانعاً من اعتبار المصدر شريكاً إذا اكتتب بنسبة من الصكوك، إلا إنَّ حقه في مقابل إدارته المشروع يعيدنا إلى الوصفين السابقين، من أنه وكيل بالعمولة أو مضارب.

وإذا صدق ما تقدم بيانه على المصدر من حيث إنه غير المنشئ، فإنه قد لا يصدق على المنشئ، لجواز احتفاظه بملكية الأصول دون منافعها، أو بمنافعها دون أعيانها، ملكية حقيقية، تبعاً لطبيعة الاكتتاب على الأصول، وبحسب ما تقدمت الإشارة إليه قريباً.

وسنبدأ لذلك لا يمتنع اجتماع صفتي المنشئ والمصدر في شخص واحد، لكن بشرط تمييز موجودات الصكوك الإسلامية عن موجودات مشروع المنشئ، بمعنى أن لا تدخل موجودات الصكوك في رأسمال المنشئ<sup>(٦٨)</sup>، فإن تمَّ التمييز بينهما وتميَّز ملك المنشئ عن ملك حاملي الصكوك جاز للمنشئ أن يدير موجودات الصكوك ويستثمرها بحسب عقد التمويل الذي يجمعه بحاملي الصكوك، فيكون أميناً على تلك الموجودات ووكيلاً عن حاملها، وله في إدارتها صفة الوكيل بالعمولة أو المضارب.

(٦٨) وقد جاء في توصيات ندوة الصكوك الإسلامية في ١٣ يناير ٢٠١٣: (إذا دعت الحاجة لأسباب قانونية أو ضرائبية أو إجرائية إلى عدم خروج الأصول من القوائم المالية للمنشئ فإنها تبقى مسجلة قانونياً باسمه وفي ميزانيته، ولكن يؤشر على ذلك في الإيضاحات بما يدل على أنها مملوكة لحملة الصكوك). نقلاً عن علي محي الدين علي القره داغي، الملكية القانونية والملكية النفعية من منظور شرعي وقانوني: الإطار العام والتحديات الرئيسية، المؤتمر العالمي التاسع ماليزيا، ص ٢٨.

## خاتمة البحث

ونورد فيها أبرز نتائج البحث، ثم التوصيات.

### أولاً: أبرز نتائج البحث

- ١ - إنَّ الصكوك الإسلامية أوراق مالية حديثة العهد، الهدف منها استثمار المدخرات وتمويل المشروعات بصيغ تمويل إسلامية؛ وفق قاعدتي: «الخراج بالضمان» و «الغرم بالغنم».
- ٢ - إنَّ الصكوك الإسلامية تمثل حصصاً شائعة في ملكية موجودات في مشروع، تدرّ لحاملها دخلاً مشروعاً، وذلك يتحقق استقلالاً متى كانت الموجودات أعياناً أو منافع أعيان أو خدمات أو حقوقاً عينية أو خليطاً من ذلك. أما الديون والنقود فلا يصح اقتصار الاكتتاب بها وحدها، ذلك أنه إذا كانت الأصول نقوداً انتفت الحاجة إلى التصكيك، وإذا كانت ديوناً فإنَّ تصكيكها يمكن أن يعدَّ توريقاً تقليدياً، فالنقود والديون لا تعدّ مدرّة للدخل بحدّ ذاتها، فلزم اقترانها بملكية حقيقية.
- ٣ - إنَّ ضمان حاملي الصكوك هو الأصول المكتتب بها، وليس ذمة منشئ الصكوك، فلا يحق لحاملي الصكوك الرجوع على منشئ الصكوك وإلزامه بالأداء، وبالمقابل لا يستطيع دائنو المنشئ استرداد الأصول وإعادتها إلى ذمة مدينهم لغرض التنفيذ عليها.
- ٤ - تعدّ ملكية الأصول أساساً لتمييز الصكوك عن غيرها من الأوراق المالية، ومن ثمَّ يتجلى الفرق بين الأسهم والصكوك في أنّ ما يقدمه حاملو الصكوك لا يعدّ جزءاً من رأسمال الشركة، بل هو تمويل خارج ميزانيتها، وأنَّ الصكوك تمثل ملكية موجودات معينة في مشروع منفصل عن باقي موجودات الشركة وأصولها، وأنَّ حاملي الصكوك لا يعدّون شركاء في الشركة ذاتها.
- ٥ - قد أثار تقسيم القوانين الأنجلوأمريكية الملكية إلى ملكية قانونية وملكية عدلية اختلافاً فقهيّاً في الأصل المقابل لهذا التقسيم في القوانين المدنية التي تتبع المدرسة اللاتينية، وفي الفقه الإسلامي، لتبرير عقود التمويل الإسلامي التي قامت عملياً على أساس ذلك التقسيم.

- ٦ - إنَّ الاتجاهات الفقهية قد تعددت بشأن أصل تقسيم الملكية إلى ملكية قانونية وملكية نفعية في الفقه الإسلامي، فذهب اتجاه إلى أنَّ التقسيم مقابل بأقسام الملكية الناقصة، ونهج أصحابه في سبيل تحقيق هذه المقابلة مسلكين، أما الاتجاه الثاني فأثبت أنصاره الملكية التامة، دون الملكية الناقصة.
- ٧ - تم نقد الاتجاهات الفقهية المشار إليها، وتوصلنا إلى أنَّ أصل التقسيم هو تفريق في صور الإسناد وليس استحداثاً لأنواع جديدة للملكية أو الكشف عن أنواعها.
- ٨ - إنَّ لموضوع البحث وجهين: أحدهما طبيعة حق حاملي الصكوك والمصدر على موجودات الصكوك في ضوء تعدد الإسناد، والثاني طبيعة العلاقة بينهما، جازمين أنَّ الاقتصار على أحد الوجهين لن يكشف عن حقيقة الواقعة محل البحث، والتي هي محل تنظيم التشريعات القانونية ذات الصلة.
- ٩ - إنَّ حق حاملي الصكوك على الأصول المكتتب بها يتحدد بحسب الطبيعة القانونية لعقد الاكتتاب، فإن كان العقد من عقود التمليك، كعقد البيع، كان حقهم على الأصول حق ملكية تامة، وقد تكون الملكية بحسب الاتفاق مؤقتةً ليعود المبيع بانتهاء تلك المدة إلى البائع، وهو ما يعرف ببيع الوفاء.
- ١٠ - وقد ينقل المالك لحاملي الصكوك ملكية العين ويحتفظ لنفسه بحق الانتفاع مدة معلومة، وقد ينقل لهم حق الانتفاع، أو حق المساطحة الذي لم نجد بحثه في بحوث التمويل الإسلامي، رغم ما يمثله من وسيلة استثمار كبيرة، فإذا كان محل عقد الاكتتاب منفعة عين تثبت لهم من خلال ذمة مالكة، فحقهم على المنفعة حق شخصي، والعقد هو عقد الإيجار. أما الخدمات من حيث هي ليست أعياناً ضرورةً فإنها مترددة من حيث طبيعتها القانونية بين أن تكون منافع أو حقوقاً مالية، وكلاهما يصح أن يكون محلاً للتملك. وأما الدين فإنه بارتفاع المانع الشرعي عن بيعه قابل للتملك في ذاته، من حيث إنَّ الدين مال وإنَّ المانع عارض، فكان النهي عن بيع الدين ليس نهياً لذات الشيء من حيث إنَّ النهي لذات الشيء يقتضي فساده الذاتي فلا يلحقه تصحيح أو تحسين.
- ١١ - فوجب اعتبار السبب المنشئ لحق حاملي الصكوك على الأصول المكتتب بها، ويجب أن يكون السبب من عقود المعاوضة لضرورة تمويل المشروع بحصيلة الاكتتاب.
- ١٢ - إنَّ المصدر باعتبار تفريقه عن المنشئ ليس له ملكية حقيقية على الأصول لانتفاء سبب الملكية بحقه ابتداءً، ولثبوت وصفه قانوناً بأنه أمين على الأصول، ووكيل عن

حامللي الصكوك في إدارة تلك الأصول واستثمارها، ولثبوت الملكية شرعاً بالسبب المنشئ لها، وهو العقد، وإن تم تسجيل المحل باسم غير المالك، ومن ثم فالعقد عقد حامللي الصكوك مع المنشئ، والمصدر من الغير، إلا إن التشريعات القانونية لم تصرّح بوصف ثالث يصدق ضرورةً على المصدر من حيث إنه يمارس نشاطاً تجارياً، وهذا الوصف متردد بين كونه وكيلًا بالعمولة وبين كونه مضارباً، بحسب طبيعة الاستثمار.

١٣ - لا يمتنع اجتماع صفتي المنشئ والمصدر في شخص واحد، لكن بشرط تمييز موجودات الصكوك الإسلامية عن موجودات مشروع المنشئ، بحيث لا تدخل موجودات الصكوك في رأسمال المنشئ، فإن تمّ ذلك جاز للمنشئ إدارة موجودات الصكوك واستثمارها، بحسب عقد التمويل الذي يجمعه بحامللي الصكوك، فيكون أميناً على تلك الموجودات ووكيلاً عنهم، وله في إدارتها صفة الوكيل بالعمولة أو المضارب.

## ثانياً: التوصيات:

في ضوء ما تقدم من نتائج للبحث فإن أهم التوصيات تتمثل بما يأتي:

١ - إن النظام المصرفي الإسلامي ما يزال بحاجة إلى أدوات تؤهله ليصبح نظاماً عالمياً موازياً للنظام المصرفي التقليدي، ولعل الصكوك الإسلامية واحدة من أهم الأدوات التي يمكن تبنيها لهذا الغرض، إلا أن ذلك يتطلب أن تكون أكثر ثباتاً، وأن تكون مبنية على أسس واضحة، وهذا ما يستلزم -قبل أي شيء آخر- وجود قاعدة فقهية مسبقة، فأى أداة من أدوات التمويل الإسلامي تخضع للفحص الشرعي، وتعد الإجازة الشرعية شرطاً لإقرارها، وهذا الأمر يتطلب وجود جهة عليا يصدر عنها الحكم الفقهي، فتعدد هيئات الرقابة الشرعية قد يؤدي إلى تعدد الآراء الفقهية، وقد يعوق ذلك تطور الأدوات المالية الإسلامية ولا سيما إذا تباينت الآراء الفقهية بين الإجازة وعدمها.

٢ - فضلاً عن القاعدة الفقهية المسبقة تتطلب الصكوك الإسلامية قاعدة تشريعية مسبقة، فهي أداة متفردة بمفاهيمها ومتميزة بخصائصها لا تلائمها أحكام سواها من أدوات التمويل التقليدية أو غيرها من الأوراق المالية، فالحاجة قائمة إلى تنظيم قانوني خاص بها يحيط بجانبها الموضوعي والإجرائي، ينتفي بوضعه التعدد في الأحكام بتعدد إصدارات الصكوك. وحيث إن الهدف تحقيق العالمية

في التطبيق فإن إجراء الموازنات والمقاربات بين الأنظمة القانونية المتعددة وقياس مدى تناسبها لحكم الصكوك يعد أمراً لازماً.

٣ - إن وضع التوصية الثانية موضع التنفيذ في دولة الإمارات العربية المتحدة يتطلب إعادة النظر فيما ورد في قانون الشركات التجارية الاتحادي رقم ٢ لسنة ٢٠١٥ من نصوص تتضمن إشارة للصكوك، حيث تسوي تلك النصوص بين الصكوك وبين سندات الدين، من ذلك المادة الأولى من القانون التي تشير إلى أن الأوراق المالية تشمل «السندات والصكوك وأي أدوات دين تصدرها الشركات وفقاً للنظام الذي يصدر من المصرف المركزي»، والمواد ٢٢٩ إلى ٢٣٤ التي تقرن الصكوك بالسندات وتخضعهما لأحكام واحدة، في حين أن الصكوك على النحو الذي انتهى إليه البحث لا تعد بأي حال من الأحوال سندات دين، بل تمثل سندات ملكية أصول معينة، ويتعلق حق حامل الصك بتلك الأصول لا بذمة منشئها.

## مراجع البحث

### أولاً: الكتب

- أحمد بن إدريس القرافي، الفروق، عالم الكتب، دون سنة نشر.
- أحمد بن عبد الحليم بن تيمية، مجموع الفتاوى، الناشر وزارة الشؤون الإسلامية والدعوة والإرشاد السعودية، ٢٠٠٤.
- إبراهيم بن موسى، الموافقات في أصول الفقه، الشاطبي، مطبعة محمد علي صبيح وأولاده، مصر، ١٩٦٩م.
- جمال الدين الأسنوي، نهاية السؤل في شرح منهاج الإمام البيضاوي، مطبعة التوفيق الأدبية، مصر.
- خولة فريز عوض النوباني، هيكله الصكوك بين الفقه والممارسة، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، ٢٠١٧.
- ذكرى عبد الرزاق محمد، الجوانب القانونية والتطبيقية للأوراق المالية المضمونة بأصول- دراسة في المفهوم التقليدي وفي إطار الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٥.
- عادل عبد الفضيل عيد، الصكوك الاستثمارية الإسلامية، دار التعليم الجامعي، الإسكندرية، ٢٠١٥.
- عبد الحميد منصور عبد العظيم، الصكوك - ما لها وما عليها، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٥.
- عصام حنفي محمود، صكوك التمويل والاستثمار، دون ناشر ودون مكان وسنة نشر.
- علي الخفيف، الملكية في الشريعة الإسلامية مع المقارنة بالشرائع الوضعية، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٩٦.
- علي بن عبد الكافي السبكي وولده، الإبهاج في شرح المنهاج، دار الكتب العلمية، بيروت-١٩٨٤م.
- علي أحمد المهداوي، الموجز في شرح الحقوق العينية في قانون المعاملات المدنية، دار الإمارات العربية الحديثة، الشارقة ٢٠١٦.

- عمر محمد إدريس، المال واستخداماته بوصفه أصلاً في إصدار الصكوك في سوق الأوراق المالية، جمعية دار البر، دبي- الإمارات العربية المتحدة، ٢٠١٣.
- فهد بن بادي المرشدي، الصكوك: أحكامها وضوابطها وإشكالاتها، دار كنوز إشبيليا للنشر والتوزيع، الرياض، ٢٠١٤.
- وهبة مصطفى الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق، دون سنة نشر.
- هشام أحمد عبد الحي، الصناديق والصكوك الاستثمارية الإسلامية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠١٠.
- محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٩٦.
- محمد بن أبي بكر، المعروف بابن قيم الجوزية، في أعلام الموقعين عن رب العالمين، دار الكتب العلمية، بيروت، دون سنة نشر.
- محمد بن عبد الله بن بهادر الزركشي، المنثور في القواعد الفقهية، وزارة الأوقاف الكويتية، ط٢/١٩٨٥.
- محمد بن عمر الرازي، المحصول في علم الأصول، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية-١٩٨١م.
- محمد بن محمد الغزالي، شفاء الغليل في بيان الشبه والمخيل ومسالك العلة، مطبعة الإرشاد، بغداد-١٩٧١م.
- محمد بن محمد بن محمود، العناية شرح الهداية، دار الفكر، دون سنة نشر.
- نجاح عبد العليم عبد الوهاب أبو الفتوح، مدخل إلى توريق الحقوق المالية مع الإشارة إلى التنظيم القانوني للتوريق وتطبيقه في مصر، مجلة مركز صالح عبد الله كامل للاقتصاد الإسلامي، المجلد ١٤، العدد ٤٢، ٢٠١٠.

## ثانياً: الأبحاث

- الصديق محمد الأمين الضرير، بيع الديون، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد ٦، ٢٠١١.
- إنكو ربيعة العدوية ونرمين كلوبيتش، تطبيق مفهوم ملكية الانتفاع في هياكل الصكوك:

تحليل قانوني شرعي، بحث مقدم للمؤتمر العالمي التاسع لعلماء الشريعة، كوالامبور- ماليزيا، ١٠-١١/نوفمبر/٢٠١٤. متاح في الرابط:

<http://www.jaifjo.org/echobusv3.0/SystemAssets/49bd99b5-ec29-4ff4-9499-85332335ede3.PDF>

- حسين فتحي عثمان، التوريق المصرفي للديون، الممارسة والإطار القانوني، المؤتمر العلمي الثالث للقانونيين المصريين: الجوانب القانونية للعمليات المصرفية، القاهرة، ٢٠٠٢.

- سامي حسن حمود، بيع الدين سندات القرض وبدائلها الشرعية في مجال القطاع العام والخاص، مجلة دراسات اقتصادية إسلامية، المجلد ٧، العدد ٢، محرم ١٤٢١ هـ.

- سعيد محمد بو هراوة، أشرف وجدي دسوقي، تقويم نقدي للقضايا الشرعية المتعلقة بملكية الصكوك القائمة على الأصول، بحث مقدم إلى ندوة (الصكوك الإسلامية: عرض وتقييم) المنعقدة في جامعة الملك عبد العزيز بجدة بالتعاون بين مركز أبحاث الاقتصاد الإسلامي ومجمع الفقه الإسلامي الدولي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، والمعهد الإسلامي للبحوث والتدريب عضو البنك الإسلامي للتنمية، بتاريخ ٢٤-٢٥/مايو/٢٠١٠.

- سمير عبد الحميد رضوان، صكوك السندات، بحث مقدم إلى دورة الاقتصاد للشرعيين (النقود والمؤسسات المصرفية)، خلال الفقرة من ١-٥/أبريل/٢٠١٢.

- عبد القادر عمور، الملكية القانونية والملكية النفعية من منظور شرعي وقانوني، بحث مقدم للمؤتمر العالمي التاسع لعلماء الشريعة، الأكاديمية العالمية للبحوث الشرعية ١٠ و١١ نوفمبر ٢٠١٤، كوالامبور - ماليزيا.

- عبد القادر عمور، الملكية القانونية والملكية النفعية من منظور شرعي وقانوني، بحث مقدم للمؤتمر العالمي التاسع لعلماء الشريعة، كوالامبور- ماليزيا، ١٠-١١/نوفمبر/٢٠١٤ متاح في الموقع: <http://www.jaifjo.org/echobusv3.0/SystemAsset>

- عبد الله محمد العمراني، الضمانات في الصكوك الإسلامية، مجلة الجمعية الفقهية السعودية، العدد ١٦، ٢٠١٣.

- عبد الله بن محمد المطلق، الصكوك، مجلة البحوث الإسلامية (المملكة العربية السعودية)، العدد ١٠٠، السنة ٢٠١٣.

- عجيل جاسم النشمي، التوريق والتصكك وتطبيقاتهما، منظمة المؤتمر الإسلامي، الدورة التاسعة عشرة، الشارقة، الإمارات العربية المتحدة، ص ٩. متاح في الرابط الآتي: <https://view.officeapps.live.com/op/view.aspx?src=http%3A%2F>
- فؤاد محيسن، الصكوك الإسلامية (التوريق) وتطبيقاتها المعاصرة وتداولها، ورقة عمل مقدمة لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي الدولي، الدورة التاسعة عشرة، الشارقة - الإمارات العربية المتحدة، ٢٦-٣٠ أبريل، ٢٠٠٩.
- مجلس الخدمات المالية الإسلامية، متطلبات كفاية رأس المال للصكوك، والتصكك والاستثمارات العقارية، يناير ٢٠٠٩. متاح في الموقع: <http://www.kantakji.com/media/9375/%D9%85%D8%AA%D8%B7>
- محمد علي التسخيري، الصكوك المعاصرة وحكمها، بحث مقدم إلى منظمة المؤتمر الإسلامي، مجمع الفقه الإسلامي الدولي، الدورة التاسعة عشرة، إمارة الشارقة، دولة الإمارات العربية المتحدة، متاح على الموقع: <http://www.kantakji.com/sukuk-and-investments-funds.aspx>
- محمد علي القري، تطبيق الملكية النفعية والملكية القانونية في التمويل الإسلامي، بحث مقدم للمؤتمر العالمي التاسع لعلماء الشريعة، كوالالامبور- ماليزيا، ١٠-١١/ نوفمبر/٢٠١٤، ص ٤-٨. متاح في الرابط: <http://www.elgari.com/?p=1598>
- محمد كل عبيد الله عتيقي، بيع الدين، صوره وأحكامه - دراسة مقارنة - مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية - جامعة الكويت، المجلد ١٣، العدد ٣٥، ١٩٩٨.
- محمد فخري صويلح، قراءة في قانون الصكوك الإسلامية الأردني في ضوء المعيار الشرعي للصكوك وقانون الصكوك المصري، بحث مقدم إلى مؤتمر الصكوك الإسلامية وأدوات التمويل الإسلامي، الذي نظمته كلية الشريعة والدراسات الإسلامية في جامعة اليرموك، إربد- الأردن، خلال الفترة ١٢-١٣/ نوفمبر/٢٠١٣، متاح على شبكة الإنترنت على الموقع <http://www.kantakji.com/media/9556/272.pdf>.

### ثالثاً: الرسائل العلمية:

- محمد مبارك فضيل بصمان الرشيد، التنظيم القانوني للصكوك التمويلية وتمييزها عن السندات «دراسة في القانون الكويتي والقانون المقارن»، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ٢٠١٣.

## رابعاً: القوانين والأنظمة والقرارات والنشرات

- قانون صكوك التمويل الإسلامي الأردني، منشور في الجريدة الرسمية للمملكة الأردنية الهاشمية، بتاريخ ١٩/ سبتمبر/ ٢٠١٢، ص ٤٢٤٤.
- قانون الصكوك الإسلامية التونسي، منشور في الجريدة الرسمية «الرائد الرسمي» للجمهورية التونسية، العدد ٦٢، في ٢ أغسطس، ص ٢٠١٣، ص ٢٦١٣.
- قانون الصكوك الإسلامية السوداني، منشور في الجريدة الرسمية، المجلد السابع، بتاريخ ٢٨/مارس/ ١٩٩٥، ص ٢٩٨.
- قانون الصكوك الإسلامية المصري، منشور في الجريدة الرسمية العدد ١٨ مكرر ب في ٧ مايو ٢٠١٣، ص ٣، ثم تم إلغاؤه بموجب المادة ٤ من قانون رقم ١٧ لسنة ٢٠١٨ بشأن تعديل بعض أحكام قانون سوق رأس المال الصادر بالقانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢.
- قانون المعاملات المدنية الاتحادي رقم ٥ لسنة ١٩٨٥.
- القانون المدني الأردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦ م.
- القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ م.
- نظام الصكوك رقم ١٦ لسنة ٢٠١٤ الصادر عن هيئة الأوراق المالية والسلع.
- معيار سوق دبي المالي لإصدار وتملك وتداول الصكوك.
- المعيار الشرعي ١٧ بشأن صكوك الاستثمار، صادر عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، متاح على الموقع: <http://islamselect.net/mat/39287>.
- النموذج الاسترشادي لنشرة طرح الصكوك للاكتتاب العام الصادر عن هيئة الأوراق المالية والسلع في دولة الإمارات العربية المتحدة (F-1-1).
- قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم ١٠١ (٤/١١)، الدورة الحادية عشرة للمجمع المنعقدة في مملكة البحرين من ١٤-١٩/ نوفمبر/ ١٩٩٨.
- قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم ١٧٨، الدورة التاسعة عشرة للمجمع المنعقدة في إمارة الشارقة في ٢٦-٣٠ ابريل ٢٠٠٩.
- قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم ١٥٨ (٧/١٧)، الدورة السابعة عشرة للمجمع المنعقدة في عمان (المملكة الأردنية الهاشمية) من ٢٤ - ٢٨ حزيران (يونيو) ٢٠٠٦ م.

- نشرة إصدار الصكوك الوطنية (وهي صكوك مضاربة إسلامية) الصادرة بتاريخ ١٨ مارس ٢٠٠٦ والمعدلة في ٩ ديسمبر ٢٠١٠.
- نشرة إصدار صكوك شركة أرامكو توتال العربية للخدمات السعودية، متاح على الرابط:  
<https://cma.org.sa/Market/Prospectuses/Documents/Satorp%20AR%20-Main-V29-All-web-Final-part1-R8.pdf>
- نشرة إصدار صكوك الشركة السعودية العالمية للبتروكيمياويات (سبكيم)، متاح على الرابط:  
<https://cma.org.sa/Market/Prospectuses/Documents/Sipchem%20-Sukuk>

#### خامساً: مرجع باللغة الإنجليزية

- Engku RabiahAdawiah, NerminKlopic, Muhammad Ramadhan FitriEllias and Muhamad Nasir Haron, Application of the concept of beneficial ownership in sukuk structures: An Islamic Legal Analysis, ISRA International Journal of Islamic Finance, Vol. 7, Issue 2, 2015, p; 109.

## Assets of Islamic Sukuk and the Nature of Rights Related to its - Critical Study

**Dr. Alaa Yakoob Yousif**

**Prof. Ali Ahmed Salih Al Mahdawi**

Sukuk are distinguished from other traditional securities, such as stocks and loan bonds, in that they represent ownership of certain assets or benefits of objects, services, money, debts or a mixture of some or all of them, these assets are the essence of an existing or planned project using the proceeds of sukuk. This main characteristic raises a fundamental question as to the legal nature of the ownership of those assets by sukuk holders; Can it be said that they are a common or separate property to which full ownership provisions apply? If it is not fully owned, what is its legal nature? What are the rights of sukuk holders to that nature, and the rights of other parties intervening in the process of issuing sukuk and the process of investing their proceeds; originator and exporter?

In this context, some versions of sukuk are issued according to utilitarian and legal property concept known in Anglo-American legal system for their compatibility with the sukuk formulas. As we are talking about Islamic sukuk and the Islamic financing methods, there was controversy about the rooting of this form of ownership in accordance with the rules of Islamic jurisprudence. The research is a conceptual and criticizing study of rights of sukuk holders on their assets, as part of a scientific approach between the forms of ownership in the Islamic legal system, which the Emirati legislator should follow in order to establish an integrated legal organization of Islamic sukuk, and between the Anglo-American legal system from which the forms of assets ownership was derived in practical application.

