

طبيعة الملكية في الصكوك

المحامي الدكتور عبد الحنان العيسى

عضو هيئة تحرير مجلة الاقتصاد الإسلامي العالمية

تتناول هذه الدراسة البحث في إشكالية طبيعة ملكية الأصول في الصكوك، حيث أنّ هذه الإشكالية لم يتم دراستها دراسة معمّقة، وخاصة من قبل القانونيين المهتمين بالمالية الإسلامية، بل غالبية الدراسات التي تناولت هذا الموضوع كانت من الباحثين الشرعيين، بينما هيكلت الصكوك على مفهوم الملكية في القانون الوضعي، حيث سيتم التعرف من خلال هذه الدراسة على أشكال الملكية في الفقه اللاتيني - الفرنسي (القانون السوري نموذجاً) وفي الفقه الإنجليزي والذي يُستمد منه القانون الماليزي مبادئه، وفي الفقه الإسلامي، لمعرفة أيها يتلاءم أكثر مع هيكلية الصكوك، ومدى التزام إصدارات الصكوك مع مبادئ الشريعة الإسلامية من خلال مقارنتها بقرارات المجمع الفقه الإسلامي الدولي، ومعايير هيئة المراقبة والمحاسبة للمؤسسات المالية الإسلامية، وما ماهية التصرف الذي تقوم به الجهة المنشئة عندما تنقل ملكية الأصول إلى مصدر الصكوك (شركة ذات غرض خاص SPV)، وما طبيعة بقاء ملكية هذه الأصول على اسم الجهة المنشئة؟ هل هي وصية عليها أم مُستأمنة على هذه الأصول لحساب حملة الصكوك، حيث تُسمّى هذه الملكية بالملكية القانونية وفق الفقه الإنجليزي، وكذلك ما ماهية ملكية حملة الصكوك لهذه الأصول، والتي تُسمّى الملكية النفعية في الفقه الإنجليزي، بينما الفقه الفرنسي والإسلامي لا يعرف هذا الشكل من أشكال الملكية، وما هي طبيعة العلاقة التي تربط الجهة المُصدرة للصكوك (شركة ذات غرض خاص SPV) بكل من الجهة المنشئة وحملة الصكوك؟ هل هي وكالة أم نيابة؟ وهل تخضع لأحكامها في علاقتها بهما؟

المبحث الأول (أنواع الملكية)

الملكية في الشريعة الإسلامية:

تعريف الملك: المَلِكُ لغة -بفتح الميم وكسرها وضمها: هو احتواء الشيء والقدرة على الاستبداد به والتصرف بانفراد¹. وفي الاصطلاح: يُعبّر الفقهاء المحدثون بلفظ الملكية عن الملك، وقد عرّف القرافي الملك -باعتباره حكماً

¹ لسان العرب، محمد بن مكرم بن علي، أبو الفضل، جمال الدين ابن منظور الأنصاري، دار صادر - بيروت.

شرعياً - فقال: الملك حكم شرعي مقدر في العين أو المنفعة، يقتضي تمكن من يضاف إليه من انتفاعه بالمملوك والعوض عنه من حيث هو كذلك¹.

حق الملكية: هو سلطة المالك في أن يتصرف في ملكه تصرفاً مطلقاً عيناً ومنفعةً واستغلالاً، ولملك الشيء وحده أن ينتفع بالعين المملوكة وبغلتها وثمارها ونتائجها ويتصرف في عينها بجميع التصرفات الجائزة شرعاً².

أقسام الملك: للملك أقسام باعتبارات مختلفة في الشريعة، وما يتعلق ببحثنا هو أقسام الملك باعتبار حقيقته، أي بالنسبة للعين والمنفعة: فهو ينقسم لملك تام وإلى ملك ناقص.

وقد قسم ابن رجب الحنبلي الملك إلى أربعة أنواع: ملك عين ومنفعة، وملك عين بلا منفعة، وملك منفعة بلا

عين، وملك انتفاع من غير ملك المنفعة، ثم قال: أما النوع الأول: فهو عامة الأملاك الواردة على الأعيان المملوكة

بالأسباب المقتضية لها، من بيع وهبة وإرث وغير ذلك، والنوع الثاني: ملك العين بدون منفعة، والنوع الثالث:

ملك المنفعة بدون عين وهو ثابت بالاتفاق، وهو ضربان: الضرب الأول: ملك مؤبد، ويندرج تحته صور: منها

الوصية بالمنافع، ومنها الوقف، فإن منافع وثمراته مملوكة للموقوف عليه، ومنها الأرض الخراجية، والضرب الثاني:

ملك غير مؤبد، فمنه الإجارة، والنوع الرابع: ملك الانتفاع المجرد، وله صور متعددة: منها ملك المستعير، فإنه

يملك الانتفاع لا المنفعة.

فالفروق بين الملك التام والملك الناقص تتجلى³:

أولاً: إن لصاحب الملك التام الحق في إنشاء جميع التصرفات المشروعة من عقود ناقلة للملك في حدود عدم

مخالفة الشرع، أما صاحب الملك الناقص هو مقيد في حدود الانتفاع بالمنفعة فقط.

ثانياً: تأبيد الملك التام: أي أن الملك التام دائم ومستمر لا ينتهي إلا بسبب مشروع، وكذلك لا يجوز تأقيته،

ولذلك لا يجوز تأقيت العقود الناقلة للملك التام كالبيع ونحوه⁴، وأما الملك الناقص فالعقود الواردة على المنافع

فيها لا بد من تأقيتها مثل الإجارة، فهي تقبل التقييد بالزمان والمكان ونوع الانتفاع⁵.

- الملك التام: هو الملك المتضمن العين ومنافعها أي ملك الرقبة والمنفعة معاً، ويقول ابن تيمية: الملك التام يملك فيه

التصرف في الرقبة بالبيع والهبة، ويورث عنه، ويملك التصرف في منفعه بالإعارة والإجارة والانتفاع وغير ذلك⁶.

1 الفروق، أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي، بيروت: عالم الكتب 3 / 209.

2 القانون المدني السوداني المادة/516/

3 الموسوعة الفقهية الكويتية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية - الكويت

4 الأشباه والنظائر، زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري، ص 27.

5 حاشية ابن عابدين، دار الفكر للطباعة والنشر، 5 / 3، 19.

6 مجموع الفتاوى، تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحلیم بن تيمية، 29 / 178.

-**الملك الناقص**: هو ملك الرقبة فقط، أو المنفعة فقط، أو الانتفاع فقط، ولذلك جاء ملك الرقبة دون المنفعة ناقصاً، كأن يوصي بمنفعة عين لشخص، أو أن يوصي بالرقبة لشخص وبمنفعتها لآخر¹، فالملك الناقص ينقسم لقسمين: **الأول: ملك الانتفاع**: هو سلطة الشخص باستعمال العين بنفسه فقط، كمنح الطلاب سكن مجاني في المدينة الجامعية، فالانتفاع: هو الوصول إلى المنفعة، يقال انتفع بالشيء: إذا وصل به إلى منفعة². ويستعمل هذا اللفظ غالباً مع كلمة (حق) فيقال: حق الانتفاع، ويراد به الحق الخاص بشخص المنتفع غير القابل للانتقال للغير³. أما أسباب الانتفاع: منها الإباحة، والعقد.

أ- الإباحة:

- ١- **الإباحة الأصلية**: هي التي لم يرد فيها نص خاص من الشرع، لكن ورد بصفة عامة، كالأنهر العامة.
- ٢- **الإباحة الشرعية**: هي التي ورد فيها نص خاص يدل على حل الانتفاع بها.
- ٣- **الإباحة بإذن المالك**: هذه الإباحة تثبت من مالك خاص لغيره بالانتفاع بعين من الأعيان المملوكة: إما بالاستهلاك، كإباحة الطعام والشراب في الولائم، أو بالاستعمال كما لو أباح إنسان لآخر استعمال ما يشاء من أملاكه الخاصة⁴.

ب- العقد: من أهم أسباب الانتفاع، فهناك عقود تقع على المنفعة مباشرة، كالإجارة والإعارة، والوصية بالمنفعة والوقف. وهناك عقود يأتي الانتفاع فيها تبعاً، وذلك وفق شروط محددة، كالرهن والوديعة.

وجوه الانتفاع: تتعدد أوجه الانتفاع بالشيء كالانتفاع بإتلاف العين أو ببقائها.

توريث الانتفاع: إذا كان سبب الانتفاع الإجارة أو العارية، فإنه يقبل التوريث.

نفقات العين المنتفع بها: لا خلاف بين الفقهاء في أن نفقات العين المنتفع بها تكون على صاحب العين، إذا كان الانتفاع بمقابل.

ضمان الانتفاع: الأصل أن الانتفاع بعين من الأعيان لا يوجب الضمان، وعلى ذلك فمن انتفع بالمأجور على الوجه المشروع، وبالشروط التي عيّنت في العقد، دون تعد أو تقصير، فتلف المأجور فلا ضمان على المنتفع.

ينتهي الانتفاع في الحالات الآتية:

- الإرادة المنفردة: من قبل أحد العاقدين.

1 الأشباه والنظائر لابن نجيم، ص 351

2 المصباح المنير، أحمد بن محمد بن علي الفيومي، المكتبة العلمية - بيروت

3 الفروق للقرافي 1 / 187

4 الفتاوى الهندية، لجنة علماء برئاسة نظام الدين البلخي، دار الفكر، 3 / 344

- حق الخيار: في بعض العقود كالإجارة، فإنّها تفسخ بالعيب .
- الإقالة: وهي فسخ العقد بإرادة الطرفين كالإجارة .
- وينتهي الانتفاع في الحالات الآتية:
- انتهاء المدّة .
- هلاك المحل: أي بهلاك العين المنتفع بها .
- وفاة المنتفع .

الثاني: ملك المنفعة (تمليك المنفعة): وتُعرف المنفعة: المنفعة في اللغة: كل ما ينتفع به والجمع منافع¹، والمنفعة في الاصطلاح هي: الفائدة التي تحصل باستعمال العين فكما أنّ المنفعة تحصل من الدار بسكناها وتحصل من الدابة بركوبها²، وهو أعمّ وأشمل من ملك الانتفاع، فيبأشر مالك المنفعة الانتفاع بنفسه ويمكّن غيره من الانتفاع به بعوض كالإجارة، أو بغير عوض كالعارية، فمالك المنفعة كمن استأجر داراً، أو استعارها، فله أن يؤجرها للغير بعوض أو بغير عوض، ويتصرّف في هذه المنفعة تصرّف المالك في أملاكهم³.

العقود الواردة على المنافع: المنافع تُملك بطريقتين: أحدهما: أن تكون تابعة لملك الرقبة، والثاني: أن يكون ورد عليها عقد وحدها، وتملك المنفعة بعدة أسباب هي الإعارة والإجارة والوقف والوصية .

رهن المنفعة: الأصل عند الفقهاء أنّ ما يجوز بيعه يجوز رهنه وما لا يجوز بيعه لا يجوز رهنه⁴، وبناء عليه فيجوز رهن المنافع .

ضمان المنافع: المنافع تضمن بالإتلاف والغصب إذا كان ذلك بتعدّد أو تقصير من المنتفع .

وراثه المنافع: المنافع تورث مثل بقية الأموال المملوكة جرياً على أصلهم، من أنّ المنافع أموال متقومة⁵.

انتهاء ملك المنفعة: تنتهي ملكية المنفعة بأمر منها:

أ - هلاك محل المنفعة . ب - انتهاء المدّة المحدّدة لها . ج - وفاة المنتفع على خلاف بين الفقهاء في ذلك .

وعلى هذا فمن ملك منفعة شيء يملك أن يتصرّف فيه بنفسه، أو أن ينقلها إلى غيره، ومن ملك الانتفاع بالشيء لا يملك أن ينقله إلى غيره، فالمنفعة أعم أثراً من الانتفاع .

1 لسان العرب

2 درر الحكام شرح مجلة الأحكام، علي حيدر خواجه أمين أفندي، 1 / 100 المادة (125)

3 الموسوعة الفقهية الكويتية

4 والأشباه لابن نجيم ص 288

5 الموسوعة الفقهية الكويتية

– الشروط المُقيّدة للتصرف: ليس للمالك أن يُشترط في تصرفه عقداً كان أو وصيةً شروطاً تقيد حقوق المتصرف إليه، إلا إذا كانت هذه الشروط مشروعة وقصد بها حماية مصلحة مشروعة للمتصرف أو المتصرف إليه أو الغير لمدةً محددة، ويقع باطلاً كل شرط يمنع المتصرف إليه من التصرف¹.

الملكيّة في الفقه اللاتيني (الفرنسي)، القانون السوري نموذجاً

تقسم الملكيّة وفق الفقه الفرنسي إلى حق الملكيّة وحق الانتفاع

أولاً- حق الملكيّة: وفق القانون المدني السوري المستمد من القانون الفرنسي، تقسم العقارات إلى عقارات ملك: وهي العقارات القابلة للملكيّة المطلقة. فلمالك الشيء وحده في حدود القانون حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه². وعقارات أميريّة: وهي التي تكون رقبته للدولة ويجوز أن يجري عليها حق التصرف³، وتطبق الأحكام الخاصّة بالبيع والهبة على العقارات الأميريّة وعلى الحقوق العينيّة العائدة لهذه العقارات⁴، ويجوز أن تجري على العقارات الحقوق العينيّة التالية: الملكيّة-التصرف-الانتفاع⁵.

ثانياً- حق الانتفاع: عرفته المادة/ 936 / : بأنه حق عيني باستعمال شيء يخص الغير واستغلاله، ويسقط هذا الحق حتماً بموت المنتفع، ولا يجوز إنشاء حق انتفاع لصالح شخص اعتباري. فحق الانتفاع يخول مالكة ثلاثة حقوق هي الاستعمال والاستغلال والتصرف بحق الانتفاع وليس التصرف بملكيّة العين (الرقبة) التي أنشأ حق الانتفاع عليها.

خصائص حق الانتفاع:

- هو حق عيني: وليس حق شخصي.
- يمنح مالكة سلطة استعمال شيء يخص الغير واستغلاله ولصاحب حق الانتفاع التنازل عن هذا الحق أو التصرف به.
- حق مؤقت: أي ينتهي بموت المنتفع، إلا أنه يجوز إنشاء حق الانتفاع لمدةً معيّنة ينتهي بانتهائها، شريطة أن تنتهي هذه المدة قبل وفاة المنتفع. وبهذا يفترق هذا الحق عن حق التصرف في الأراضي الأميريّة الذي يعد في الأصل حقاً دائماً، إذ هو ينتقل بعد وفاة المتصرف إلى ورثته من أصحاب حق الانتقال.
- حق الانتفاع ينشأ لمصلحة الشخص الطبيعي وليس الاعتباري.

1 القانون المدني السوداني المادة/523/

2 المادة(768) القانون المدني السوري رقم84 تاريخ 1949.

3 المادة(86) المصدر السابق.

4 المادة(896) المصدر السابق.

5 المادة(85) المصدر السابق.

حالات انتهاء حق الانتفاع وهي:

- يسقط حق الانتفاع بانتهاء أجله .
- أو بموت المنتفع .
- أو بتلف الشيء المنتفع به تلفاً كاملاً .
- أو بالتنازل عن المنتفع به .
- أو بإسقاطه منه لسوء الاستعمال .
- أو بالاتحاد: أي بجمع صفتي المنتفع ومالك العقار في شخص واحد¹ .

المسؤولية والضمان: عند انقضاء مدة الانتفاع يكون المنتفع مسؤولاً تجاه مالك العقار عن العطل الذي لحق بالعقار بسببه، وتكون على عاتق المنتفع: الضرائب العقارية المختلفة وكذلك الترميمات اللازمة لصيانة العقار، أما التصليحات الكبيرة وتستوجب مصاريف غير عادية، فإنها تترتب على مالك الرقبة وأحكام البيع هي التي تسري في ضمان الحصة إذا هلكت، وينشأ الانتفاع بالتصرف القانوني (العقد والوصية) .

الملكية في الفقه الإنجليزي: القانون العام، هو المدرسة القانونية التي تستمد جذورها من التراث القانوني الإنجليزي، ومن أبرز سماتها الاعتماد على السوابق القضائية كمصدر ملزم للتشريع، وتقسّم الملكية وفق الفقه الإنجليزي إلى الملكية القانونية والملكية النفعية، والفصل بين الملكية القانونية والملكية النفعية في ظل القانون الإنكليزي يتضح من خلال مفهوم الاستئمان أو الوصاية .

فالمالك القانوني: هو الشخص الذي يحمل المستند القانوني لممتلكات، لصالح شخص آخر، فالمالك القانوني هو من سجّل الأصل الممتلك باسمه .

أما المالك النفعي: هو المالك الحقيقي أو الفعلي الذي يحق له الاستعمال والانتفاع بالشيء، إلا إن ملكية الشيء القانونية غير مسجل باسمه، فالمالك الفعلي الذي تعود جميع منافع الأصل إليه هو المالك النفعي، والمالك القانوني بمثابة أمين حائز للأصل قانوناً لصالح المستفيدين منه فقط، وعند بيع الأصل فمستحق الثمن هو المالك النفعي، كونه الضامن للأصل لكن المالك النفعي لا يستطيع التصرف بالملكية بدون موافقة المالك القانوني، لكن لأي مدى هذا القيد يُخرج مفهوم الملكية النفعية عن مفهوم الملكية الحقيقية في الشريعة الإسلامية .

كما ذكر آنفاً أن أصل انقسام الملكية في القانون الإنجليزي إلى قانونية يرجع لمفهوم الاستئمان أو الوصاية، إلا أن المبدأ قد تجاوز نطاق استخدامه الأصلي، حيث أن مصطلح "الملكية القانونية والملكية النفعية" أصبح يستعمل في

¹ المادة (954) القانون المدني السوري رقم 84 تاريخ 1949.

مجالات لا علاقة لها بقضايا الأمانة، كما في العقود التجارية أو التمويلية وذلك لاعتبارات قانونية، أو لإخفاء المالك الحقيقي للأصول لأغراض ضريبية، وأحياناً في عمليات غسل الأموال.

المبحث الثاني (طبيعة الملكية في الصكوك)

إنَّ للملكية الأصول أهمية كبيرة في هيكله الصكوك وإصدارها، لأنَّ الصكوك تُمثِّل هذه الأصول أو الموجودات، ففي معظم هياكل الصكوك، فإنَّ التصرف في الأصول أو الموجودات يؤدي إلى نقل "ملكية الانتفاع" فقط، في حين أنَّ حق الملكية القانونية أو "شهادة التسجيل" يتم الاحتفاظ بها من قبل المنشئ أو المصدر، وبما أنَّ الصكوك تُمثِّل ملكية حصة شائعة من الأصول والموجودات، فهل يملك حملة الصكوك هذه الأصول ملكية تامة، تخولهم حق الاستعمال والاستغلال والتصرف، ففي هذا المبحث سوف نتعرف على طبيعة ملكية أصول الصكوك؛ بالنسبة لحملة الصكوك وبالنسبة للجهة المنشئة وبالنسبة للشركة ذات الغرض الخاص (SPV).

أولاً- الصكوك:

– تُعرَّف الصكوك بأنها: "شهادات، ويمثِّل كل صك حق ملكية لنسبة معوية شائعة في موجودات عينية أو مجموعة مختلطة من الموجودات أكثرها الأعيان، أو مشروع تجاري مشترك (مثل المضاربة). وقد تكون هذه الموجودات في مشروع مُحدَّد أو نشاط استثماري معين وفقاً لأحكام الشريعة ومبادئها¹. هي وثائق متساوية القيمة تمثل حصصاً شائعة في ملكية أعيان أو منافع أو خدمات أو في موجودات مشروع معين أو نشاط استثماري خاص².

حيث تقسم الصكوك لقسمين وفق اعتبارات ملكية الأصول والموجودات:

صكوك قائمة على الأصول (Asset-Based Sukuk) حيث لا يتم تسجيل ملكية أصول الصكوك قانوناً باسم حملة الصكوك وتبقى مسجلة باسم الجهة المنشئة، ويكون لحملة الصكوك ملكية شرعية، ولا تكون لهم ملكية قانونية كاملة (**Beneficial Ownership**)، ففي صكوك الإجارة، يتم بيع الأصل من مالك الأصول (المنشئ) للشركة ذات الأغراض الخاصة التي هي عادة المصدر الذي يعمل بالنيابة عن المستثمرين (حملة الصكوك)، ومن ثم استئجار الأصل بعد بيعه، وتنقل فقط ملكية الانتفاع في الموجودات إلى الكيانات ذات الأغراض الخاصة، ويحتفظ المنشئ بحق الملكية القانوني، وعادة المنشئ ينفذ استئمان معين، ليعلن أنَّ الملكية القانونية للموجودات مودعة لصالح حملة الصكوك، وكذلك فإنَّ المنشئ أو المصدر يتعهد عادةً بشراء الموجودات مرةً أخرى من حملة الصكوك، عند حصول حالة تخلف عن السداد أو اطفاء الصكوك، هذا النوع من الصكوك يحد من حق حملة الصكوك في التصرف بموجودات الصكوك إلى طرف ثالث؛ عند التقصير من جهة المنشئ،

¹ مجلس الخدمات المالية الإسلامية، متطلبات كفاية رأس المال للصكوك، والتصكيك
² المعايير الشرعية، المعيار الشرعي رقم 17 (صكوك الاستثمار).

ففي هذه الحالة يتم دعوة المنشئ لعقد اجتماع لحملة الصكوك، وممارسة حقوقهم المنصوص عليها في نشرة الإصدار، التي قد تشمل إصدار إشعار إلى المنشئ / الملتزم عملاً بتعهده، لشراء الموجودات عند استحقاق الصكوك أو العجز عن الدفع. إن حاملي الصكوك القائمة على الأصول ليس لهم حق الرجوع إلى الأصول والموجودات، لهم حق الرجوع على الذمة المالية للمنشئ فقط، لذلك تُعتبر ملكية حملة الصكوك ملكية غير حقيقية ولوجود تعهد بالشراء، ولوجود ضمان من الأطراف الملتزمة.

ثانياً- **صكوك مدعومة بالأصول (Asset-Backed Sukuk)** أريد للصكوك المدعومة بالأصول أن تكون البديل الشرعي للصكوك التقليدية المدعومة بالأصول، حيث يجب أن تكون أصول الصكوك مسجلة قانوناً باسم حملة الصكوك، ويكون لحملة الصكوك، الملكية الشرعية والملكية القانونية الكاملة، ولهم التصرف بالأصول لكونهم مالكين لها قانوناً، لكن من الناحية الفعلية، لا يكون لديهم إلا ملكية الانتفاع فقط، ويتم الاحتفاظ بحق الملكية القانوني من قبل الشركة ذات الأغراض الخاصة، لصالح حملة الصكوك التي يتم عزلها قانونياً عن باقي أملاك المنشئ، بحيث أنها لا تتأثر في حالة إفلاس المنشئ، على الرغم من وجود هذه الميزة الذي يتمتع به حملة الصكوك المدعومة على الموجودات، إلا أن مثل هذه الصكوك غير راجحة، ففي معظم البلدان التي أصدرت الصكوك ومنها ماليزيا، رغم وجود تشريعات تنظم عملية إصدار الصكوك المدعومة بالأصول، إلا إن الإقبال عليها محدود، وذلك لعدة أسباب منها القيود المفروضة على تملك الأجانب، والضرائب، وعدم قابلية أنواع من الأصول للتملك، كل هذا يعتبر عائق أمام نقل ملكية حقيقي للأصول لحملة الصكوك.

فالفرق بين الصكوك القائمة على الموجودات وبين الصكوك المدعومة بالموجودات، أن في الصكوك القائمة على الموجودات، ينقل المنشئ ملكية الانتفاع فقط إلى الكيانات ذات الأغراض الخاصة، ويحتفظ لنفسه بالملكية القانونية في سجلات الملكية الرسمية، أما في الصكوك المدعومة بالموجودات، ينقل المنشئ كلا من الملكية القانونية للأصول وملكية الانتفاع إلى الشركة ذات الأغراض الخاصة، بحيث يتم إخراج الأصول قانونياً من ذمة المنشئ المالية، كلاهما يحتفظ بذلك كمستأمن لصالح مالكي الانتفاع (حملة الصكوك)، إلا أنه في كلا النوعين من الصكوك، لحملة الصكوك حق ملكية الانتفاع فقط. والأثر المترتب على ذلك أنه لا يكون لحملة الصكوك حق الرجوع مباشرة على الموجودات، بل إلى الذمة المالية للمنشئ الملتزم، لوجود تعهد بالشراء و ضمانات أخرى في هيكل الصكوك، أما في الصكوك المدعومة بالموجودات حق الرجوع لحملة الصكوك هي على الأصول، وليس للذمة المالية للمنشئ، إلا أنه لا يمكنهم البيع المباشر للأصول لاسترداد قيمة الصكوك، بل يتم بيع موجودات الصكوك إلى الملتزم بالسعر المتفق عليه، لكن الفرق هو في عزل الموجودات مؤقتاً، وبالتالي لا يتأثر حملة الصكوك بإفلاس المنشئ، لكنهم لا

يملكون حقيقةً هذا الأصل، ففي حالة كان ثمن الأصل أكبر من القيمة الاسمية للصكوك، فحملة الصكوك لا يستحقون سوى قيمتها والباقي يعود للمنشئ.

يتبين من ذلك إن ملكية حملة الصكوك للأصول، هي ملكية ناقصة تقتصر فقط على الانتفاع، ولا تمتد لسلطة التصرف بهذه الأصول، حيث هذا القيد يُخرج مفهوم الملكية النفعية عن مفهوم الملكية الحقيقية، كما إنه في الصكوك السيادية حيث أن الأصول غير قابلة للتملك، وكذلك غالباً تكون قيمة الأصول أقل من القيمة الاسمية للصكوك، كل هذه قرائن، أن هذا البيع غير حقيقي ويؤثر على صحة التصرف، حيث أنها بالحقيقة لا تهدف البيع بل الربح وجني المنفعة فقط، مما يخرجها عن دائرة البيع الحقيقي إلى الصوري وبالتالي إلى الربا، فهذا كله يعتبر مخالفة لمقصود العقد، لأنها تنافي طبيعة التمليك الحقيقي وفق مبادئ الشريعة الإسلامية، فمن خلال هذا التحليل للسلطات التي يتمتع بها حملة الصكوك على الموجودات، وخاصةً الصكوك القائمة على الموجودات، نجد أنهم لا يتمتعون بكافة سلطات المالك الحقيقي، من استعمال واستغلال وتصرف على الأصول، مما يدل على أن العلاقة بين المنشئ وحملة الصكوك هي علاقة مُقرض بمُقرض، هذا يدل على أن استخدام الملكية النفعية في هذه الصورة في هيكل الصكوك غير ملائم، لأنه لا يتم تطبيقها على الوجه الصحيح، فكما ذكرنا آنفاً في المبحث الأول إن الملكية النفعية في القانون الإنجليزي هي ملكية حقيقية، ولكن بقيود حيث أن صاحب الملكية النفعية يملك الاستعمال والاستغلال والتصرف، لكن بموافقة صاحب الملكية القانونية، الذي في حال عدم الموافقة يجبر قضاءً على الموافقة، إذاً من حيث المآل يملك حقيقة التصرف، وكذلك إذا هلكت الموجودات فالمسؤول والضامن هو صاحب الملكية النفعية، وكذلك في حال ارتفاع أو تدني قيمة الأصول تكون في ذمة وحساب صاحب الملكية النفعية، فالمشكلة ليست باسم من مسجلة هذه الأصول، بل من هو المالك الحقيقي لهذه الأصول، والخول السلطات الثلاث الاستعمال والاستغلال والتصرف، حيث لا نجد هذه الصلاحيات لصحاب الملكية النفعية (حملة الصكوك)، لذلك تُعتبر ملكية حملة الصكوك للأصول هي ملكية ناقصة وليست ملكية تامة (كاملة).

الشركة ذات الغرض الخاص (SPV) والوكالة

السؤال الذي يُطرح، هل فعلاً أن الشركة ذات الأغراض الخاصة تعمل لصالح حملة الصكوك أم لصالح المنشئ؟ إنَّها تعمل لصالح حملة الصكوك كوكيلة عنهم، وذلك بتمثيل حملة الصكوك ورعاية مصالحهم، وتقوم بعمليات الإصدار وتنظيم عمليات التداول والتخارج والاسترداد والتصفية حسب القوانين واللوائح المنظمة هذا من جهة؛ ومن جهة أخرى وهي الأهم، هي تعمل لصالح الجهة المنشئة وذلك بالاحتفاظ لها بملكية الأصول، كي تعيدها له عند إطفاء الصكوك، فدور الأمانة والوصاية الذي تقوم به، في الحقيقة هو لصالح الجهة المنشئة، وليس لصالح حملة الصكوك، وذلك فيما يتعلق بملكية الأصول التي تم نقلها لاسمها، حيث أن جوهر العمل الذي تقوم فيه

هذه الشركة فيما يتعلق بملكيّة الأصول، لا تنطبق عليه أحكام الوكالة أو النيابة عن حملة الصكوك، والتي تقتضي أنه إذا أبرم النائب في حدود نيابته عقداً باسم الأصيل؛ فإنّ ما ينشأ عن هذا العقد من حقوق والتزامات يُضاف إلى الأصيل¹، فمن خلال التحليل للعمل التي تقوم به هذه الشركة، لا نجد أنّها تعمل وفق ضوابط وأحكام الوكالة عن حملة الصكوك لجهة احتفاظها بملكيّة الأصول.

مدى التزام هيكلية وإصدار الصكوك مع مبادئ الشريعة الإسلامية

ما تعانيه الصناعة الماليّة الإسلاميّة عامّةً والصكوك خاصّةً، أنّه يتم تصميمها بدايةً من قبل قانونيين واقتصاديين وفق مبادئ الماليّة التقليديّة والقوانين الوضعيّة، ثم يطلب من الهيئات الشرعيّة إيجاد حلول لتتوافق هذه المنتجات مع مبادئ الشريعة الإسلاميّة، لهذا يطرح السؤال التالي هل يجب منذ البداية أن يتم هيكلية الصكوك وفق الشريعة الإسلاميّة (وفق المعايير الشرعيّة وقرارات المجامع الفقهيّة) أم يجب على الهيئات والمجامع الفقهيّة أن تعمل على أسلمة هذه الصكوك بعد أن تم هيكلتها وفق القوانين الوضعيّة؟

تمّ تعريف الصكوك (بأنّها تُمثّل حصصاً شائعةً في ملكيّة أعيان أو منافع أو خدمات أو ..) أي أنّها لا تمثل ديناً في ذمّة مصدرها لحاملها، والعلاقة بين طرفي عقد الإصدار هي :

– **في صكوك ملكيّة الموجودات المؤجّرة:** المصدر لتلك الصكوك بائع لعين مؤجّرة أو موعود باستئجارها، بحيث تصبح العين مملوكة لحملة الصكوك على الشيوع بغنمها وغرماها.

– **في صكوك ملكيّة المنافع:** المصدر لتلك الصكوك بائع لمنفعة العين، بحيث تصبح منفعة العين مملوكة لحملة الصكوك على الشيوع بغنمها وغرماها.

– **صكوك ملكيّة منافع الأعيان الموصوفة بالذمّة:** المصدر لتلك الصكوك بائع لمنفعة العين الموصوفة بالذمّة، بحيث تصبح منفعة العين الموصوفة بالذمّة مملوكة لحملة الصكوك على الشيوع بغنمها وغرماها، إذاً يجب ألا تشمل نشرة الإصدار على أي نص يضمن به مصدر الصكوك لحملة الصكوك قيمة الصك الاسميّة، في غير حالات التعدي أو التقصير، ولا يجوز أن يكون التعهد من المصدر بشراء الصكوك بالقيمة الاسميّة².

فصك الإجارة: لا يمثّل مبلغاً محدداً من النقود، ولا هو دين على جهة معنيّة – سواء أكانت شخصيّة طبيعيّة أم اعتباريّة – وإمّا هو ورقة ماليّة تُمثّل جزءاً شائعاً (سهماً) من ملكيّة عين استعماليّة، كعقار أو طائرة، أو مجموعة من الأعيان الاستعماليّة – المتماثلة أو المتباينة – إذا كانت مؤجّرة، تدرّ عائداً محدداً بعقد الإجارة. ولا يجوز أن

¹ المادة (106) القانون المدني السوري
² المعيار الشرعي رقم/17/ هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات الماليّة الإسلاميّة؟

يضمن مصدر الصكوك أو مُديرها أصل قيمة الصك أو عائدته، وإذا هلكت الأعيان المؤجّرة كلياً أو جزئياً فإنَّ غرمها على حملة الصكوك¹.

فخصائص الصكوك: هي أن يُمثّل الصك حصة شائعة في ملكيّة حقيقية، وتحمل الأعباء والتبعات المترتبة على ملكيّة الموجودات المثلة في الصك، سواء كانت الأعباء مصاريف استثماريّة أو هبوطاً في القيمة، أو مصروفات الصيانة، أو اشتراكات التأمين². ويجب أن تُحقّق العقود الخاصّة بالصكوك مقتضاها من حيث ثبوت الملكيّة شرعاً وقانوناً، وما يترتّب عليها من القدرة على التصرف وتحمل الضمان³.

في ضوء ذلك نجد أن الصكوك هيكلت على مفهوم الملكيّة النفعيّة والملكيّة القانونيّة (وفق القانون الإنجليزي) وبشكل مجتزأ ومشوّه، وهذا الشكل من أشكال الملكيّة لا يتوافق مع مبادئ الملكيّة في الشريعة الإسلاميّة، حيث أن الصك يمثل حصّة شائعة في ملكيّة شيء، لكن الواقع هو حصّة مُشتركة شائعة في دين لحملة الصكوك على المنشئ، بينما يجب أن يتحقّق الملك بمفهومه الشرعي في الملكيّة نفسها سواء أكانت قانونيّة أو نفعيّة، فالملكيّة التامة أو الكاملة أو الحقيقيّة: هي الملكيّة التي تخول صاحبها الاستعمال والاستغلال والتصرف، فالمالك الحقيقي يتحمل الغرم مقابل الغنم ويتحمل الضمان مقابل الخراج، والبيع يقتضي تصرف المشتري في المبيع على أي وجه يشاء، وحيث أن حملة الصكوك لا يمكنهم النفاذ إلى الأصول حتى في حال التعرّث أو انقطاع عائدات المشروع، وأن حقهم فقط هو الرجوع إلى المنشئ، عن طريق الوعد، وكذلك الأصول التي لا يمكن تملكها كونها أملاك عامّة كمباني الحكومة، فلا يمكن بذلك أن تحوز صفة الملك الشرعي، وكذلك عندما تكون قيمة الأصول أقل بكثير من القيمة الاسمية للصكوك، فإن كل هذه قرائن على أن التملك صوري لا حقيقي، فلو كان بيع الأصول والموجودات بيع حقيقي لحملة الصكوك وفق الملكيّة النفعيّة، فلماذا يبقى المنشئ ضامن قيمة الصكوك؟ هذا هو المعيار الذي تقيس به الشريعة حقيقة الملكيّة.

– ونُعلّق على قرار المؤتمر الفقهي الخامس للمؤسّسات الماليّة الإسلاميّة المنعقد في الكويت ٢٠١٣: (الذي أجاز أن يكون حق الانتفاع وفق ما هو مقرر بالفقه الفرنسي محلاً للصكوك القابلة للتداول مع مُراعاة التأشير في السجل العقاري بذلك لأنّه من قبيل بيع المنفعة ولا يمنع من ذلك كون العقار مؤجّراً لأطراف أخرى لما فيه من شبه بالبيع، على ألاّ ينتهي حق الانتفاع بموت المنتفع بل بانتهاء مدته أو هلاك العين أو بالإقالة أو بالفسخ عند مخالفة شروط العقد).

إنّ حق الانتفاع وفق ما هو مقرر بالفقه الفرنسي لا يصلح محلاً للصكوك القابلة للتداول، وذلك للأسباب التالية:

1 مجمع الفقه الإسلامي الدولي، الدورة الخامسة عشرة بمسقط (سلطنة عُمان) 2004م.
2 الدورة التاسعة عشرة لمجمع الفقه الإسلامي الدولي بشأن الصكوك الإسلاميّة (التوريق) وتطبيقاتها المعاصر
3 الدورة العشرون لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي الدولي بشأن استكمال موضوع الصكوك الإسلاميّة

- حق الانتفاع لا يمنح مالكة التصرف بالعين، لأن حق التصرف يبقى لمالك الرقبة الذي يحق له بيعه بمعزل عن حق الانتفاع.
- حق الانتفاع ينشأ لمصلحة الشخص الطبيعي فقط وليس الاعتباري.
- عند انقضاء مدة الانتفاع يكون المنتفع مسؤولاً تجاه مالك العقار عن العطل الذي لحق بالعقار بسببه، وتكون على عاتق المنتفع: الضرائب العقارية المختلفة وكذلك الترميمات اللازمة لصيانة العقار، أما التصليحات الكبيرة أي التي تتعلق بتجديد قسم مهم من العقار وتستوجب مصاريف غير عادية، فإنها تترتب على مالك الرقبة¹.
- كما نلقي الضوء على نوع من أنواع عقود التملك وهو **عقد التملك الزمني (time sharing)**، تعريفه: هو عقد تملك حصص شائعة، إما على سبيل الشراء لعين معلومة على الشيوع، أو على سبيل الاستئجار لمنافع عين معلومة لمدد متعاقبة، أو الاستئجار لمنافع عين معلومة لفترة ما، بحيث يتم الانتفاع بالعين المملوكة أو المنفعة المستأجرة بالمهياة الزمانية، أو المهياة المكانية.
- **أنواع التملك الزمني المشترك**: ينقسم التملك الزمني المشترك إلى: تملك تام (للعين والمنفعة) بشراء حصص شائعة بعقد البيع للانتفاع المشترك في مدد متعاقبة. أو تملك ناقص (للمنفعة فقط) باستئجار حصص شائعة من المنفعة بعقد الإجارة للانتفاع المشترك في مدد متعاقبة.
- **الحكم الشرعي لمبدأ (التملك الزمني المشترك)**: يجوز شرعاً شراء حصص مشاعة في عين واستئجار حصص مشاعة في منفعة محددة لمدة، مع الاتفاق بين الملاك للعين أو المنفعة على استخدامها بطريقة المهياة (قسمة المنافع) زمنياً أو مكانياً، سواء اتفق على المهياة بين الملاك مباشرة أو من خلال الجهة الموكول إليها إدارة الملكية المشتركة، ولا بأس بتداول الحصص المشاعة بيعاً وشراءً وهبةً وإرثاً ورهنًا وغير ذلك من التصرفات الشرعية فيما يملكه المتصرف للانتفاع المانع الشرعي.
- يُشترط لتطبيق المبدأ المشار إليه استيفاء المتطلبات الشرعية للعقد، بيعاً كان أو إجارة. ويجب في حالة الإجارة أن يلتزم المؤجر بتكاليف الصيانة الأساسية التي يتوقف عليها الانتفاع، أما الصيانة التشغيلية والدورية فيجوز اشتراطها على المستأجر، وإذا قام بها المؤجر فلا يتحمل المستأجر إلا تكلفة المثل أو ما يتفق عليه الطرفان، أما في حالة البيع فيتحملها المالك باعتبارها من أعباء الملكية، وذلك بنسبة حصته الزمانية والمكانية في الملكية المشتركة².

¹ المادة (949) القانون المدني السوري رقم 84 تاريخ 1949.
² انظر قرار رقم: 170، مجمع الفقه الإسلامي الدولي في دورته الثامنة عشرة 2007م

نرى أن تؤسس ملكية حملة الصكوك للأصول أمّا استناداً لعقد التملك الزمني أو للملكية الأميرية، كونهما يفيان بمتطلبات الملكية الحقيقية (التامة) وفق مبادئ الشريعة الإسلامية، ويتلاءمان مع متطلبات الصكوك، بحيث توضع إشارة منع تصرف على صحيفة الأصول في السجلات الرسمية تمنع البيع والرهن والحجز.