الأوراق المالية الإسلامية وحجيتها فى الإثبات

دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة ومعمقة
فى الفقه الإسلامى والقانون الوضعى

دكتور
أوان عبد الله الفيضى
كلية الحقوق - جامعة الموصل

دار الفكر الجامعى
أمام كلية الحقوق - الاسكندرية
ت : ٤٨٤٣١٣٢

المقدمة

بسم الله الرحمن الرحيم

المقدمة :-

إن الحمد لله نحمده ونستعينه ، ونستغفره ، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا ، ومن سيئات أعمالنا ، من يهده الله فلا مضل له ، ومن يضلل فلا هادي له ، وأشهد أن لا اله إلا الله وحده لا شريك له وأشهد أن محمدا عبده ورسوله ، قال تعالى بعد أعوذ بالله من الشيطان الرجيم بسم الله الرحمن الرحيم :

﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ ٱتَّقُواْ ٱللَّهَ حَقَّ تُقَاتِهِۦ وَلَا تَمُوتُنَّ إِلَّا وَأَنتُم مُّسۡلِمُونَ ﴿١٠٢﴾ ﴾ سورة أل عمران / ١٠٢ ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّاسُ ٱتَّقُواْ رَبَّكُمُ ٱلَّذِي خَلَقَكُم مِّن نَّفۡسٖ وَٰحِدَةٖ وَخَلَقَ مِنۡهَا زَوۡجَهَا وَبَثَّ مِنۡهُمَا رِجَالٗا كَثِيرٗا وَنِسَآءٗۚ وَٱتَّقُواْ ٱللَّهَ ٱلَّذِي تَسَآءَلُونَ بِهِۦ وَٱلۡأَرۡحَامَۚ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلَيۡكُمۡ رَقِيبٗا ﴿١﴾ ﴾ سورة النساء / ١ ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ ٱتَّقُواْ ٱللَّهَ وَقُولُواْ قَوۡلٗا سَدِيدٗا ﴿٧٠﴾ يُصۡلِحۡ لَكُمۡ أَعۡمَٰلَكُمۡ وَيَغۡفِرۡ لَكُمۡ ذُنُوبَكُمۡۗ وَمَن يُطِعِ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥ فَقَدۡ فَازَ فَوۡزًا عَظِيمًا ﴿٧١﴾ ﴾ سورة الأحزاب/٧٠-٧١ ، أما بعد(*):

(*) الجدير بالذكر أن هذه تعد خطبة الحاجة التي علمها النبي محمد (ﷺ) لأصحابه ، وقد رواها الامام أبو داود في سننه ، ينظر: الإمام أبو داود سليمان بن الأشعث الازدي السجستاني (٢٠٢-٢٧٥هـ) ، كتاب السنن سنن أبي داود ، ط١، ضبط وتصحيح محمد عدنان بن ياسين درويش ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، ٢٠٠٠ ، ص٧ .

فان اصدق الحديث كتاب الله واحسن الهدي هدي محمد (ﷺ) وشر الامور محدثاتها ، وكل محدثة بدعة وكل بدعة ضلالة وكل ضلالة في النار ، اوصيكم اخوة الايمان بتقوى الله وطاعته ولزوم عبادته وكثرة مخافته فان التقوى شعار المؤمنين ودثار المتقين ووصية الله تعالى فيا وفيكم اجمعين .

الحمد لله رب العالمين الذي انزل الشرع القويم ليسير عليه الناس في تحقيق مصالحهم ، وتامين سعادتهم في الدنيا والاخرة ، وأفضل الصلاة وأتم التسليم على خاتم النبيين وإمام المرسلين رسول الله المؤحى اليه من ربه ، والمبلغ عنه دينه ، والهادي الى الصراط المستقيم ، الذي بلغ الرسالة وادى الامانة ونصح الامة وجاهد في الله حق جهاده حتى اتاه من ربه اليقين ، وعلى اله واخوته من الانبياء والمرسلين صلوات ربي وسلامه عليه وعليهم اجمعين ، وعلى أصحابه الغر الميامين من العلماء الأعلام والمشايخ العارفين ما اقتفت اثارهم السادة الأجلة ومن تبع منهجهم وسار على نهجهم ومن اهتدى بهديهم إلى يوم الدين ، وعلى جميع من سلف من علماء الامه وفقهائها المجتهدين ، وارضى اللهم عن الخلفاء الراشدين امراء المؤمنين ابي بكر وعمر وعثمان وعلي رضي الله عنهم وارضاهم وعن المهاجرين والانصار والتبعين الاخيار وتابع التابعين والاولياء والصالحين والعلماء العاملين والمشايخ الواصلين ، ومن اتبعهم وسار على اثرهم واستن بسنتهم واهتدى بهديهم باحسان الى يوم الموعود وعنا معهم ، آمين يارب العالمين وبعد .

بعون الله تعالى سوف اقسم مقدمة هذه الدراسة على الفقرات الاتية :

أولاً : المدخل التعريفي بموضوع البحث :-

ثانياً: الأسباب الموجبة للبحث وأهميته:-

ثالثاً: تساؤلات البحث:-

رابعاً: منهجية البحث:-

سادساً: خطة البحث:-

أولاً : المدخل التعريفي بموضوع البحث :-

تعد الاوراق المالية الاسلامية وحدات استثمارية تتمثل بمحرر صك يمثل حصة شائعة في مال جمع بقصد استثماره في مشروع استثماري اسلامي غير مخالف لاحكام الشريعة الاسلامية ، وذلك للحصول على ربح يصدره الشخص المستثمر بصفته مضاربا أو يصدره شخص اخر يعمل لحساب المستثمر وهو يقبل التداول والتحويل الى نقود، وهي لهذا لا تخرج عن كونها عبارة عن شهادة او وثيقة تصدر باسم المكتتب الذي يرغب بالاكتتاب في هذا المشروع الاستثماري مقابل المبلغ الذي اكتتب به في رأس مال هذا المشروع او التمويل المطلوب للنشاط الاستثماري الذي صدرت الاوراق لتمويله .

وهذه الاوراق المالية تكون عادة محررة لانها عبارة عن اوراق مكتوبة تحريريا أي بشكل وثيقة مثبتة للحق او شهادة تصدر وفقا لاجراءات معينة يصدرها الشخص المستثمر ، كان تكون شركة عاملة في مجال تلقي الاموال لتوظيفها واستثمارها او يصدرها شخص اخر لحساب المستثمر كان تكون شركات توظيف الاموال او المصرف ، وتمتاز هذه الورقة المالية بمميزات عديدة فهي تمثل حصة شائعة في مال استثمر في مشروع استثماري بقصد الحصول على ربح ، فهي تمتاز بخصائص عديدة تميزها عما يشتبه بها من الاوضاع الاخر ، فهي تشبه الاوراق النقدية المعروفة من حيث انها يمكن ان تكون صادرة عن الدولة او احدى مؤسساتها ممثلة عادة بالبنك المركزي فيها وبضمانها ، الا انها تمتاز عنها في انها يمكن ان تصدر عن أي شخص كان من أشخاص القانون العام او اشخاص القانون الخاص للدولة .

فتكون صادرة عن اشخاص القانون العام كمصرف حكومي او شركة حكومية تابعة لمؤسسات الدولة، او تكون صادرة عن اشخاص القانون الخاص كمصرف خاص او شركة خاصة تابعة للافراد، ولهذا تكون الاوراق المالية الاسلامية اما وثائق رسمية او وثائق عادية عرفية ، كما تتميز الاوراق المالية الاسلامية عن ما يعرف عادة بالسندات الشكلية المحررة بصيغ معينة لتثبيت دين بمبلغ معين من النقود ذي اجل قصيرة عادة ، والذي يتعهد فيها الموقع عليها – كما في الورقة التجارية الكمبيالة – او يأمر شخصا اخر – كما في الورقة التجارية الحوالة والصك – باداء المبلغ المذكور الى شخص ثالث او الى من يأمر به هذا او الى حاملها .

كما تتميز الاوراق المالية الاسلامية عن غيرها من الاوراق المالية التقليدية المعروفة في التعامل التجاري كالسهم والسند ، اذ يمثل كل من السهم والورقة المالية الاسلامية حصة شائعة في صافي اصول الشركة او المشروع ، وهذه الاصول تشتمل غالبا على اعيان وحقوق ونقود ومنافع وديون لدى الغير بنسب متفاوتة ، فيستحق مالك السهم والورقة المالية حصة في صافي ربح الشركة او المشروع تتناسب مع قيمة السهم التي يملكها في الشركة او الاوراق المالية التي يملكها في المشروع الى رأس مال الشركة او المشروع .

ثانياً: الأسباب الموجبة للبحث وأهميته:-

ولأجل هذا واستكمالاً لأهمية الموضوع الذي تجلت من خلال التساؤلات العديدة التي طرحت حوله في ساحات المناقشات او قاعات المحاضرات ، إذ تحتل هذه الاوراق المالية الاسلامية أهمية خاصة لكون نطاق التعامل بها يكاد ينحصر في الامور الجائزة شرعا ، وهذا هو المطلوب بتعاملات الجميع ، وبالطبع هو المتأمل من كل المشاريع الاخر.

لذا تكمن الأسباب الحقيقية وراء اختياره نظراً لحاجتنا الماسة بصفة عامة إلى البحوث العلمية المستمرة والمتصاعدة بخصوص ذلك لتعايش الأحداث والتطورات العلمية ، ولوضع الإجابات الشرعية لكل ما يستجد من ادوات وسائل لها علاقة بحياتنا اليومية ، كما أن الحاجة الشديدة لبيان وإظهار حجية هذه الاوراق المالية الاسلامية في الاثبات وبيان تكييفها الشرعي خاصة في مثل هذا الزمان لكي يعلم الناس حكم الإسلام والشرع فيها ، ولعل ولاة الأمر ايضا يوجهوا أنظارهم إلى أحكام الشريعة الإسلامية ويجعلوا القوانين الوضعية مستمدة من أحكامها، فيحكمون شرع الله تعالى ويدعون ما سواه .

كما أن عدم تناول موضوع الاوراق المالية الاسلامية وبحثها بحثاً كافياً دقيقاً متخصصاً، يجمع شتات مسائله من بطون أُمهات الكتب ، إذ اكتفى من كتب عنه بأسطر قليلة جدا ونقل عبارات قليلة، بل تكاد تنعدم تماماً الدراسات والبحوث فيه، ومن ثم افتقار المكتبة العربية بما فيها العراقية إلى دراسة علمية شرعية قانونية شاملة ومقارنة في هذا الصدد، وهي تعد أيضاً من جملة الصعوبات العديدة التي تكتنف هكذا موضوع اختير من ضمن المواضيع الذي توصف بالسهل الممتنع، وهذه المحاولة قد تنير الطريق لمحاولات أُخر تأتي بعدها لعلها مجتمعةً تحقق ما نَصْبوا إليه وبما يرضي الله تعالى خدمةً للعدالة والحق والعلم .

داعيا الله تعالى ان يجعل هذا العمل في ميزان حسناتي يوم القيامة ، وان تكون الخطوة الأولى المباركة للرجوع لتطبيق شرع الله والعودة للحكم بما أنزل الله وفقا لما يرضي الله تعالى ، وأن يكون علما نافعا ينتفع به الناس خالصا لوجهه الكريم ، وأن يمن علي بالقبول ويجعله لنا ذخرا ويعظم لنا به أجرا ويضع عنا به وزرا انه سميع مجيب الدعاء.

فضلاً عن المساهمة بإزالة الغموض وما شاب هذا الموضوع عموماً من التباس وإشكالات وما أثيرت حوله من شبهات بشأن الخلط الحاصل بينه وبين الاوراق المالية العادية التقليدية وتمييزه عن بعض المفاهيم الأُخر المتشابهة معه.

ثالثاً: تساؤلات البحث:-

وبهذا تكمن أهمية هذه الدراسة من خلال الإجابة عن تساؤلات تثار وتطرح من أهل القانون عموماً، عن ما المقصود بالاوراق المالية الاسلامية ، وما هي مميزاتها وخصائصها ، وبماذا تتميز عن غيرها من الاوراق المالية التقليدية المعروفة في التعامل التجاري كالسهم والسند ، وبماذا تتميز عن ما يشتبه بها من الاوراق الاخر كالاوراق النقدية والاوراق التجارية ، وهل تمثل الورقة المالية الاسلامية حصة شائعة في صافي اصول الشركة او المشروع ، وما هو موقف الشريعة الإسلامية منها ، وما هو موقف القوانين الوضعية منها ، وما هي بالتحديد الطبيعة والتكييف الشرعي والقانوني لها ، وما هي قوتها الثبوتية وحجيتها بالاثبات المدني ...؟

رابعاً: منهجية البحث:-

أما عن المنهج المتبع في هذه الدراسة فهو أسلوب المنهج المقارن، فإلى جانب قانون الإثبات وقانون المرافعات المدنية وقانون التجارة وقانون الاستثمار العراقي، كانت هناك قوانين مدار البحث مختلفة الأحكام، كقانون الإثبات وقانون المرافعات المدنية والتجارية المصري والائحة التنفيذية وقانون سوق المال المصري ، وقانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية اللبناني وقانون التجارة اللبناني ، وقانون البيّنات وقانون أصول المرافعات المدنية والتجارية السوري، ونظام المرافعات الشرعية ولائحة صناديق الاستثمار السعودي، وقانون البينات وقانون الاوراق المالية الأردني، فضلاً عن اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم تداول الأوراق المالية وإنشاء صناديق الاستثمار الكويتي وقانون الشركات البحريني ، وقانون الصناديق الاستثمارية القطري ، مع الاستئناس ببعض القوانين العربية والأجنبية الأُخر عندما تكون هناك ضرورة لذلك، كما حرصنا

على ذكر موقف الفقه والقضاء في هذه التشريعات إن وجد لذلك سبيلاً، فضلاً عن الإشارة إلى موقف الفقه الإسلامي المبارك.

كما تم الاعتماد أيضاً على المنهج التحليلي الذي يقوم على تحليل نصوص القوانين والقرارات والآراء الفقهية ومناقشتها وترجيح السديد منها، فضلاً عن اعتمادنا على المنهج التطبيقي الذي يقوم بالأساس على تعزيز المواقف التشريعية والفقهية بالأحكام القضائية الوثيقة بالموضوع، وبيان مدى مطابقة المواقف الثلاثة من عدمها.

سادساً: خطة البحث:-

وأخيراً لابد من بيان هيكلية البحث فقد قسم هذا البحث إلى اربعة مباحث ، وذلك على النحو الآتي:

تناول **المبحث الاول** من هذه الدراسة على : ماهية الاوراق المالية الاسلامية ، وينقسم هذا المبحث الى مطلبين اشتمل المطلب الأول على : تعريف الاوراق المالية الاسلامية ، بينما ركز المطلب الثاني من هذه الدراسة على : خصائص الاوراق المالية الاسلامية.

اما **المبحث الثاني** فقد اشتمل على : تمييز الاوراق المالية الاسلامية مما يشتبه بها ، ويشمل على ثلاثة مطالب ، بين المطلب الاول : تمييز الاوراق المالية الاسلامية من الاوراق النقدية ، ووضح المطلب الثاني : تمييز الاوراق المالية الاسلامية من الاوراق التجارية ، في حين جاء المطلب الثالث ليتحث عن : تمييز الاوراق المالية الاسلامية من الاوراق المالية التقليدية .

بينما وضح **المبحث الثالث** : التكييف الشرعي والقانوني للاوراق المالية الاسلامية وذلك في مطلبين اثنين ، استعرض المطلب الاول موضوع : الطبيعة (التكييف) الشرعي للاوراق المالية الاسلامية لصناديق الاستثمار، بينما تكلم المطلب الثاني عن : الطبيعة (التكييف) القانوني للاوراق المالية الاسلامية لصناديق الاستثمار.

في حين بحث **المبحث الرابع** : حجية الاوراق المالية الاسلامية في الاثبات المدني في مطلبين ، جاء المطلب الأول ليوضح : ماهية الاوراق المالية الاسلامية الرسمية واثبات صحتها ، بينما اشتمل المطلب الثاني على : ماهية الاوراق المالية الاسلامية العادية واثبات صحتها.

واخيرا وليس اخرا كانت هناك **خاتمة** للدراسة : اشتملت على بيان اهم النتائج والتوصيات التي توصلنا اليها ، سائلين المولى عز وجل التوفيق والسداد انه ولي ذلك والقادر عليه ، انه على كل شيء قدير وبالإجابة جدير.

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين دائما وابدا ، وافضل الصلاة واتم السلام على رسول الله ، صلاة يتبعها روح وريحان ويعقبها مغفرة وغفران بعدد حروف القران ، وعلى آله وصحابه ومن اهتدى بهديهم الى يوم الدين امين .

المؤلف

خادم الاسلام والمسلمين

الشيخ الدكتور أوان عبدالله الفيضي

المبحث الأول

ماهية الاوراق المالية الاسلامية

ويتضمن هذا المبحث على

ثلاثة مطالب هي على النحو

الآتي :

المطلب الأول/تعريف الاوراق المالية الاسلامية

المبحث الاول
ماهية الاوراق المالية الاسلامية

تعد الاوراق المالية الاسلامية اساسا شهادة تصدر وفقا لاجراءات معينة يصدرها الشخص المستثمر ، كان تكون شركة عاملة في مجال تلقي الاموال لتوظيفها واستثمارها او يصدرها شخص اخر لحساب المستثمر ، كان تكون شركات توظيف الاموال او البنك لكل شخص يرغب في استثمار امواله للحصول على عائد مالي وللمشاركة فيما ينتج من ربح او خسارة ، فهي بالتحديد عبارة عن محرر لانها اوراق محررة مكتوبة تحريريا أي اورق مكتوبة بشكل وثيقة مثبتة للحق.

وتمتاز هذه الاوراق المالية الاسلامية بخصائص عديدة تميزها عمن سواها من الاوراق المالية ، فهي وثيقة تصدر باسم المكتتب المساهم في المشروع الاستثماري مقابل المبلغ الذي اكتتب به في رأس مال المشروع او التمويل المطلوب للنشاط الاستثماري الذي صدرت الاوراق لتمويله ، وهي بهذا تمثل حصة شائعة في مال جمع بقصد استثماره في احد المشاريع الاستثمارية للحصول على ربح ، فان كان قد جمع لاستثماره في مشروع خيري لا يقصد به الربح أو كان الصك يمثل حصة في ملكية عقار مشترك بين اثنين أو أكثر للاستعمال لم يكن الصك ورقة مالية بالمعنى المقصود في الاسواق المالية .

ومصدر الورقة المالية الاسلامية او من تصدر لحسابه ويتلقى حصيلة الاصدار لاستخدامها في تمويل مشروع استثماري معين انما يصدر هذه الورقة المالية الاسلامية ويتلقى حصيلتها بوصفه مضاربا والجمهور الذين يكتتبون في هذه الاوراق المالية الاسلامية يكتتبون فيها بوصفهم ارباب مال مشترك بينهم.

ولغرض الاحاطة الشاملة للموضوع وتسليط الضوء على ماهيتها، فان ذلك يتطلب منا بادئ ذي بدء ان نستعرض تعريف الاوراق المالية الاسلامية ومن ثم نتناول خصائصها وذلك حسب المطالب الاتية:

المطلب الاول / تعريف الاوراق المالية الاسلامية.

المطلب الثاني/ خصائص الاوراق المالية الاسلامية.

المطلب الاول

تعريف الاوراق المالية الاسلامية

تعرف الاوراق المالية الاسلامية بانها وحدات استثمارية ، أي عبارة عن محرر صك يمثل حصة شائعة في مال جمع بقصد استثماره للحصول على ربح يصدره الشخص المستثمر بصفته مضاربا أو يصدره شخص اخر لحساب المستثمر وهو يقبل التداول والتحويل الى نقود([٢]).

فهي اذن عبارة عن محرر لانها اوراق محررة مكتوبة تحريريا أي اورق مكتوبة بشكل وثيقة مثبتة للحق او شهادة تصدر وفقا لاجراءات معينة، يصدرها الشخص المستثمر كان تكون شركة عاملة في مجال تلقي الاموال لتوظيفها واستثمارها او يصدرها شخص اخر لحساب المستثمر كان تكون شركات توظيف الاموال او المصرف – هو مكان الانصراف وبه سمي البنك مصرفا ([٣])– او البنك– البنك هو محل توضع فيه الاموال امانة اوتعرض فيه اموال لقاء فائدة ([٤]) – لكل شخص يرغب في استثمار امواله للحصول على عائد مالي وللمشاركة فيما ينتج من ربح او خسارة ، فهي بالتحديد اداة مالية جديدة بفئات متساوية القيمة وقابلة للتداول ، وقد تصدر باسم مالكها او لحاملها ([٥]).

في حين ان كلمة صك تعني في الاصل الضرب ، وجمعها اصك وصكوك وصكاك ([٦]) ، ومنه قوله جل ذكره بعد اعوذ بالله من الشيطان الرجيم بسم الله الرحمن الرحيم :

﴿ فَأَقْبَلَتِ ٱمْرَأَتُهُۥ فِى صَرَّةٍ فَصَكَّتْ وَجْهَهَا وَقَالَتْ عَجُوزٌ عَقِيمٌ ﴿٢٩﴾ ﴾ ([٧]).

([٢]) ينظر: د.هشام احمد عبد الحي ، الصناديق والصكوك الاستثمارية الاسلامية دراسة تطبيقية فقهية ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ٢٠١٠ ، ص ١٤٣ .

([٣]) للمزيد من التفصيل ينظر: ابراهيم مصطفى واحمد حسن الزيات وآخرون ، المعجم الوسيط، ج١، مطبعة مصر، ١٩٦٠، ص٥١٦ .

([٤]) للمزيد من التفصيل ينظر: المنجد الاعدادي ،ط١ ،دار المشرق ، المطبعة الكاثولكية ، بيروت ، لبنان ، ١٩٦٩ ، ص١٠٨ .

([٥]) المادة /١٧ من الائحة التنفيذية للقانون المصري رقم ١٤٦ لسنة ١٩٨٨ ؛ وينظر : د. هشام احمد عبد الحي ، مصدر سابق ، ص٢٤٦.

([٦]) العلامة بن منظور ، لسلن العرب ، المجلد ٨ ، دار صادر للطباعة ، بيروت ، من دون سنة طبع ، ص٢٦٣.

([٧]) سورة الذاريات / الاية ٢٩.

اما المراد من كلمة الاستثمار في التعريف المذكور اعلاه ، فينبغي بحثها ودراستها في الاصطلاح اللغوي اولا وفي الاصطلاحات الاخر ثانيا ليتوضح المعنى المطلوب كاملا ، وكلمة الاستثمار هي اساسا مفردة كلمة استثمر، واستثمر من الناحية اللغوية : مشتق من الثمر وهو مصدر لفعل استثمر يستثمر، وهو طلب الحصول على الثمرة ، وثمرة الشيء ما تولد عنه او نفعه المقصود منه ، وثمر الرجل ماله أي احسن القيام عليه ونماه ، وثمر الشجر يثمر ثمورا أي طلع ثمره ، واثمر الرجل ماله اذا نما وكثره ، ومنه قولهم ثمر الله تعالى مالك تثميرا أي كثره ونماه ([٨]) .

وعليه فان المقصود بالاستثمار لغة: هو طلب الثمر ، واما استثمار المال فيراد به طلب ثمر المال الذي هو نماؤه ونتاجه.

اما المقصود من الاستثمار في الاصطلاح الشرعي ، فقد عرفته الموسوعة العلمية والعملية للبنوك الاسلامية بانه " توظيف النقود لاي اجل في أي اصل او حق ملكية او ممتلكات او مشاركات محتفظ بها للمحافظة على المال او تنميته سواء بارباح دورية او بزيادات الاموال نهاية المدة او بمنافع غير مادية " ([٩])

كما انه لابد لنا من اجل البحث في المقصود من كلمة الاستثمار في الاصطلاح الشرعي من البحث بداية في كلمة مرادفة لكلمة الاستثمار ، اذ نلاحظ انه قد وردت الاشارة الى كلمة الاستنماء في باب المضاربة او القراض في كتب الفقه الاسلامي ، فقد اورد الامام الكاساني صاحب البدائع من الائمة الحنفية عبارة الاستنماء فذكر ان : " المقصود من عقد المضاربة هو استنماء المال..." ([١٠]).

([٨]) ينظر: فؤاد افرام البستاني، منجد الطلاب ، ط٢٢، دار المشرق ، بيروت ، ١٩٧٨، ص٦٧؛ ومحمد بن ابي بكر بن عبد القادر الرازي (٦٦٦هـ)، دار الكتاب العربي ، بيروت، ١٩٨١، ص٨٦ ؛ وللمزيد من التفصيل ينظر: محمود بن عمر الزمخشري (ت٤٦٧هـ)، الكشاف، ج١، دار ابن خزيمة ، الرياض، ١٤١٤هـ /١٩٩٤، ص٥٠٠ .

([٩]) د. السيد الهواري ، الموسوعة العلمية والعملية للبنوك الاسلامية ، ج٦، ص١٦، نقلا عن : د. طارق كاظم عجيل ، شرح قانون الاستثمار العراقي ، مكتبة السنهوري ، بغداد ، ٢٠٠٩، ص١٠ .

([١٠]) الامام علاء الدين بن مسعود الكاساني(ت٥٨٧هـ)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج٦، دار الكتاب العربي، بيروت، ١٤٠٢هـ/١٩٨٢م، ص٨٨.

وكذلك اورد الفقيه المالكي الامام الدردير هو الاخر في معرض حديثه عن حكم المضاربة عبارة التنمية فجاء في مجمل كلامه ان " القراض جائز لان الضرورة دعت اليه لحاجة الناس الى التصرف في اموالهم وليس كل واحد يقدر على التنمية بنفسه...." ([11]) .

اما الفقيه الشافعي الامام الشيرازي فقد استخدم في كتابه المهذب لفظة النماء فقال ان " الاثمان في المقارضة لا يتوصل الى نمائها الا بالعمل فجازت المعاملة عليها ببعض النماء الخارج منها "([12]) .

كما يمكن استعراض ماورد من تعريف للاستثمار لدى الفقهاء المعاصرين ايضا ([13])، اي بانها توظيف الفرد او الجماعة للمال الزائد عن الحاجة الضرورية بشكل مباشر او غير مباشر في نشاط اقتصادي لا يتعارض مع مبادىء الشرع ومقاصده العامة وذلك بغية الحصول على عائد منه يستعين به الفرد او الجماعة على القيام بمهمة الخلافة وعمارة الارض ، أي انها مصطلح يطلق على الطرق والوسائل المشروعة التي يستخدمها الفرد او الجماعة من اجل الحصول على نماء المال وزيادته ([14])، وباعتقادنا ان هذا التعريف واضح وشامل ووافي للمعنى المطلوب ، فهو تشغيل المال من اجل تحقيق عوائد اقتصادية وفق معايير الاستثمار التي حددتها الاحكام الشرعية .

اما المقصود من كلمة الاستثمار في الاصطلاح القانوني فهو عبارة عن " توضيف المال في أي نشاط او مشروع اقتصادي يعود بالمنفعة المشروعة على البلد " ([15]).

والملاحظ على التعريف انه قيد الاستثمار لتحقيق المصلحة العامة للبلد أي لايمكن استثمار الاموال في المنافع الخاصة دون فائدة البلد .

([11]) الامام ابو البركات احمد بن محمد الدردير(ت١٢٠١هـ)، الشرح الصغير على اقرب المسالك الى مذهب مالك، ج٢، دار المعارف، القاهرة، ١٤٠٦هـ/١٩٨٦م، ص٢٧٧.

([12]) الامام ابراهيم بن علي الشيرازي (ت ٧٦هـ)، المهذب في الفقه الشافعي، ج١، ط٢، مطبعة البابي الحلبي، القاهرة، ١٣٧٩هـ/١٩٥٩م، ص١٥٩.

([13]) للمزيد من التفصيل ينظر: د. مطلب سانو، الاستثمار احكامه وضوابطه في الفقه الاسلامي، دار النفائس، عمان–الاردن، ١٤٢٠هـ/٢٠٠٠م، ص٢٠.

([14]) ينظر: د. هشام احمد، مصدر سابق، ص٢٢.

([15]) المادة /١–ن من قانون الاستثمار العراقي النافذ رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٦ ، منشور في جريدة الوقائع العراقية ، ع ٤٠٣١ في ١٧–١– ٢٠٠٧ .

في حين ان المقصود بالاستثمار في الاصطلاح الاقتصادي لايتعدى توظيف الاموال في مشاريع اقتصادية واجتماعية وثقافية بهدف تحقيق تراكم مال جديد ورفع القدرة الانتاجية او تجديد وتعويض رأس المال القديم ([١٦]).

وتاسيسا على ذلك فان المقصود بالاستثمار في الاصطلاح الاقتصادي يعني : عبارة عن توظيف الاموال المشروعة لغرض الحصول على عوائد مشروعة مالية واقتصادية واجتماعية ومنافع مستقبلية .

المطلب الثاني

([١٦]) ينظر : د. قاسم نايف علوان ، ادارة الاستثمار بين النظرية والتطبيق ، دار الثقافة ، عمان ، ٢٠٠٩، ص٢٩ .

خصائص الاوراق المالية الاسلامية

مما لاشك فيه ان الاوراق المالية الاسلامية تمتاز بخصائص عديدة تميزها عمن سواها من الاوراق المالية ، فهي تعد بمثابة وثيقة تصدر باسم المكتتب المساهم في المشروع الاستثماري مقابل المبلغ الذي اكتتب به في رأس مال المشروع او التمويل المطلوب للنشاط الاستثماري الذي صدرت الاوراق لتمويله ، فهو بالتالي يمثل حصة شائعة في مال جمع بقصد استثماره في احد المشاريع الاستثمارية للحصول على ربح ، فان كان قد جمع لاستثماره في مشروع خيري لا يقصد به الربح كبناء مستشفى خيري أو مدرسة أو دار أيتام أو كان الصك يمثل حصة في ملكية عقار مشترك بين اثنين أو أكثر للاستعمال لم يكن الصك ورقة مالية بالمعنى المقصود في الاسواق المالية .

فالمستثمر هو اساسا مصدر الصك أو الورقة المالية لتمويل مشروعه الاستثماري الخاص أو نشاطه المعين ، وقد يكلف المستثمر شخصا اخر غيره سواء اكان بنكا أم مؤسسة مالية باصدار هذه الورقة لحسابه في مقابل أجر معين .

ومصدر الورقة المالية او من تصدر لحسابه ويتلقى حصيلة الاصدار لاستخدامها في تمويل مشروع استثماري معين انما يصدر هذه الورقة المالية الاسلامية ويتلقى حصيلتها بوصفه مضاربا والجمهور الذين يكتتبون في هذه الاوراق المالية الاسلامية يكتتبون فيها بوصفهم ارباب مال مشترك بينهم.

واستكمالا لذلك ولتوضيح ما تمتاز به هذه الاوراق المالية الاسلامية من خصائص سوف نفرد لها مطلبا خاصا لكل خصيصة والتي يمكننا اجمالها على النحو الاتي :

الفرع الاول/ ان الورقة المالية الاسلامية تمثل حصة شائعة في مال.

الفرع الثاني/ ان الورقة المالية الاسلامية تمثل حصة شائعة في مال استثمر بقصد الحصول على ربح .

الفرع الثالث/ ان المستثمر عادة يصدر الورقة المالية الاسلامية أو يصدرها الغير لحسابه .

الفرع الرابع / ان المستثمر يصدر الورقة المالية بوصفه مضاربا .

الفرع الاول

ان الورقة المالية الاسلامية تمثل حصة شائعة في مال

بادئ ذي بدء لابد ان نشير الى ان من شروط التعامل المالي سواء في حالة المال المتميز المنفرد او المشترك ان يكون النشاط مشروعا والموجودات التي هي محل المشاركة حلالا أيضا ، وهذا شرط عام وبديهي والمفروض على كل مسلم ملتزم باحكام الشريعة الاسلامية ان يعرفه ويكون في حسبانه في كل تعامل مالي ، فلا بد اذن من مشروعية التصرف ومشروعية محل التعامل ايضا ، وهذا الكلام ينطبق ايضا على الاوراق المالية الاسلامية التي تمثل حصة شائعة في مال استثمر بقصد الحصول على ربح حلال .

اذ ان وجود معيار الحلال والحرام ينسجم مع مقاصد وأهداف الشريعة الاسلامية التي جاءت لاصلاح حياة الفرد والمجتمع وتحقيق السعادة لهم وسلامة مصيرهم في الحياة الدنيا والاخرة والاهداف العليا للشريعة الاسلامية والتي تتمثل في حفظ امور اساسية خمسة هي حفظ الدين والنفس والعقل والنسل والمال.

ومن الجدير بالبيان ان اثم الحرام لايقتصر هنا على فاعله المباشر وحده ، بل يشمل أيضا كل من شارك فيه بجهد مادي أو معنوي ، لذلك فاننا نؤكد على انه يحرم كل نشاط استثماري في مراحل الانتاج أو التسويق أو الاستهلاك يساهم بطريق مباشر وغير مباشر في انتاج وتسويق واستهلاك المحرم لان كل اعانة على الحرام فهي محرمة فقد قال تعالى في محكم اياته البينات : ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تُحِلُّواْ شَعَٰٓئِرَ ٱللَّهِ وَلَا ٱلشَّهۡرَ ٱلۡحَرَامَ وَلَا ٱلۡهَدۡيَ وَلَا ٱلۡقَلَٰٓئِدَ وَلَآ ءَآمِّينَ ٱلۡبَيۡتَ ٱلۡحَرَامَ يَبۡتَغُونَ فَضۡلٗا مِّن رَّبِّهِمۡ وَرِضۡوَٰنٗاۚ وَإِذَا حَلَلۡتُمۡ فَٱصۡطَادُواْۚ وَلَا يَجۡرِمَنَّكُمۡ شَنَـَٔانُ قَوۡمٍ أَن صَدُّوكُمۡ عَنِ ٱلۡمَسۡجِدِ ٱلۡحَرَامِ أَن تَعۡتَدُواْۘ وَتَعَاوَنُواْ عَلَى ٱلۡبِرِّ وَٱلتَّقۡوَىٰۖ وَلَا تَعَاوَنُواْ عَلَى ٱلۡإِثۡمِ وَٱلۡعُدۡوَٰنِۚ وَٱتَّقُواْ ٱللَّهَۖ إِنَّ ٱللَّهَ شَدِيدُ ٱلۡعِقَابِ ٢ ﴾ (١٧) .

وتعد الورقة المالية الإسلامية حقيقة شهادة او وثيقة تصدر باسم المكتتب مقابل المبلغ الذي اكتتب به في رأس مال المشروع او التمويل المطلوب للنشاط الاستثماري الذي صدرت الاوراق لتمويله ،

---

(١٧) سورة المائدة / الاية ٢ .

وهي تعد حصة شائعة في هذا المجموع المالي بعد قيام المشروع وتحويل النقود الى أعيان ومنافع وحقوق لدى الغير ([١٨]).

وملكية حامل الورقة المالية الاسلامية ملكية شائعة وليست مفرزة ، فالشريعة الاسلامية تجيز ان يتعدد ارباب المال وينفرد المضارب ، فيملك كل واحد من أرباب المال حصة شائعة في مال المضاربة بنسبة رأس ماله الى مجموع رأس مال المضاربة ، كما أن الشريعة الاسلامية تجيز التصرف في الحصة الشائعة ، كما تجيز التصرف في مجموع المال الذي يتكون من الاعيان والحقوق والمنافع كما في تخارج احد الورثة من التركة في مقابل مال يدفع اليه ، ولكن بضوابط شرعية كما لو كان في التركة نقودا وذهبا وفضة فتخضع عندئذ لضوابط الصرف ([١٩]).

وبناء على ذلك فقد أجاز فقهاء معاصرون التخارج في الوحدات الاستثمارية ، وقالوا يشترط لصحة التخارج ان تكون الحصة المتخارج عنها معلومة ، والمعلومية هنا حاصلة بعدد الصكوك التي هي مقدار حصته الشائعة في إجمالي الصكوك ، وقالوا هذه المعلومة تكفي على وجه الإجمال ولا يطلب المعرفة بتفاصيل الموجودات التي تمثلها الحصة ، لأن ملكية

([١٨]) الجدير بالذكر ان المقصود بالاعيان كل شئ له حجم مادي مثل العقار والسلع والسيارات فهو عين ، فهو كل مال له كيان ذاتي مستقل عن الانسان ، أما المقصود بالمنافع فهي الذي ينتفع بها مثل الاجارة والخدمات ، اما المقصود بالمال فقد عرفه فقهاء الشريعة الاسلامية بانه مايميل اليه طبع الانسان ويمكن ادخاره الى وقت الحاجة منقولا كان او عقارا ، وبهذا الصدد تنظر : المادة /١٢٦ من مجلة الاحكام العدلية ، ويلاحظ على التعريف الماخوذ عن الفقه الحنفي ان بعض الاموال لا يميل اليها طبع الانسان كبعض الادوية ، وبعضها سريع التلف غير قابل للادخار كبعض الاطعمة ، لذا نويد من يذهب الى ان المال هو كل شئ له قيمة مادية وكان محازا ، ينظر : أ.د. مصطفى ابراهيم الزلمي ، المدخل لدراسة الشريعة الاسلامية في نمط جديد، ط٨ ، مركز دراسات برلمان كردستان ،٢٠١٢ ص ٩٥ ؛ اما المقصود بالمال في عرف القانون : كل حق له قيمة مالية سواء كان حقا عينيا ام حقا شخصيا ام معنويا ، والاموال من حيث ثباتها وحركتها اما عقارات او منقولات ، للمزيد من التفصيل ينظر : محمد طه البشير ود. غني حسون طه ، الحقوق العينية ، ج١، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي ، بغداد ، ١٤٠٢/١٩٨٢، ص١٠ وما بعدها .

([١٩]) د.هشام احمد عبد الحي ، الصناديق والصكوك الاستثمارية الاسلامية ،مرجع سابق ، ص ١٤٤ .

البائع(الخارج) لم تزد عن هذا القدر فيحل المشتري (الداخل) محله فيما كان يملكه ويصح التخارج ، وبما أن التخارج جائز عند الجمهور ([٢٠]) ، ولو كان مع جهالة التفاصيل للموجودات فيما يتعذر علمه خلافا للشافعية وابن حزم الظاهري ([٢١]).

الفرع الثاني
ان الورقة المالية الاسلامية تمثل حصة شائعة في مال استثمر بقصد الحصول على ربح

([٢٠]) ينظر : محمد بن احمد السرخسي (ت ٤٨٣ هـ) ، المبسوط ، ج٢٠ ، دار المعرفة ، بيروت ، ١٣٩٨ هـ/ ١٩٧٨م ، ص ١٣٥ ؛ موفق الدين عبد الله بن احمد بن قدامة بن نصر المقدسي (ت ٦٢٠هـ) ، المغني على مختصر الخرقي ، ج٤ ، ط٢ ، دار هجر ، القاهرة ، ١٤١٢ / ١٩٩٢ ، ص ٦٤٢.

([٢١]) ينظر : ابراهيم بن علي الشيرازي (ت ٤٧٦هـ) ، المهذب ، مرجع سابق ، ج١ ، ص٣٤٠ ؛ علي بن احمد بن سعيد بن حزم الظاهري (ت ٤٥٩هـ) ، المحلى ، ج ٨ ، دار الاتحاد العربي ، القاهرة ، ١٣٨٨ هـ/ ١٩٦٨ م، ص ١٦٦ .

لاشك ان الورقة المالية صك يمثل حصة شائعة في مال جمع بقصد استثماره للحصول على ربح ، فان كان قد جمع هذا المال لاستثماره في مشروع خيري لا بقصد الربح ، كبناء مستشفى خيري أو مدرسة أو دار أيتام او دار لرعاية للمسنين ، أو كان الصك يمثل حصة في ملكية عقار مشترك بين اثنين أو أكثر للاستعمال ، لم يكن الصك ورقة مالية بالمعنى المقصود في الاسواق المالية .

وبهذا فان الورقة المالية الاسلامية تتميز بخاصية اخرى تميزها عن غيرها وهي انها تمثل حصة شائعة في مال استثمر بقصد الحصول على ربح في مشروع لايكون مشروعا خيريا ، بل مشروعا تجاريا أي مشروع انشئ بقصد الحصول على الربح ، فالورقة المالية الاسلامية تعد حصة شائعة في هذا المجموع المالي بعد قيام المشروع وتحويل النقود الى أعيان ومنافع وحقوق لدى الغير، وبهذا تكون ملكية حامل الورقة المالية الاسلامية ملكية شائعة وليست مفرزة ، كما ان الشريعة الاسلامية حقيقة تجيز ان يتعدد ارباب المال وينفرد المضارب ، فيملك كل واحد من أرباب المال حصة شائعة في مال المضاربة بنسبة رأس ماله الى مجموع رأس مال المضاربة ، كما أن الشريعة الاسلامية تجيز ايضا التصرف في هذه الحصة الشائعة ([٢٢]) .

الفرع الثالث

ان المستثمر عادة يصدر الورقة المالية الاسلامية أو يصدرها الغير لحسابه

([٢٢]) للمزيد من التفصيل ينظر : د. هشام احمد عبد الحي ، الصناديق والصكوك الاستثمارية الاسلامية ، مرجع سابق ، ص ١٤٤ .

ان المستثمر عادة هو مصدر الصك أو الورقة المالية لتمويل مشروعه الخاص أو نشاطه المعين ، وقد يكلف المستثمر شخصا اخر كالمصرف أو مؤسسة مالية باصدار هذه الورقة لحسابه في مقابل أجر معين ، كما تتميز الاوراق المالية الاسلامية بانها تصدر بمجموعات لا تختلف كل واحدة عن الاخرى الا برقمها حيث تصدر بارقام متسلسلة وبقيمة متساوية .

والمستثمر عادة يقوم باعداد دراسة جدوى لمشروعه ويحدد رأس مال هذا المشروع والربح المتوقع منه ثم يعد نشرة اصدار يضمنها جميع أركان وشروط عقد المضاربة يطرحها على الجمهور طالبا منهم الاكتتاب في المشروع في مقابل منحهم أوراقا مالية تسلم اليهم .

وتكون ادارة المشروع وسلطة اصدار القرارات الاستثمارية الخاصة به تكون للمستثمر مصدر الاوراق المالية وحده دون تدخل من حملة الاوراق المالية الذين يقتصر دورهم على مراقبة المصدر المضارب في ادارته للمشروع للتأكد من التزامه بشروط عقد المضاربة التي تضمنتها نشرة الاصدار ، وهذه النشرة تحتوي بالطبع على شروط عقد المضاربة ، ويعد الاستثمار بطريق تمويل المشروعات باوراق مالية تطبيق حديث للمضاربة ، يعني ان كل ما يريده أرباب المال من شروط من حيث طبيعة المشروع وحجمه وطريقة ادارته ونسبة الربح التي يأخذها المضارب يتضمنها العقد الذي تمثله نشرة الاصدار ، وهي وان كانت تعد من قبل المضارب المصدر للورقة الا ان المصدر يراعي ان يضمنها شروطا وبيانات تجذب ارباب رؤوس الاموال وتشجعهم على الاكتتاب في مشروعه الاقتصادي ، ويكون التنافس في ذلك كفيلا بحمل المضاربين المصدرين للاوراق المالية على تقديم افضل شروط حتى يقبل الجمهور على الاكتتاب في مشروعاتهم .

الفرع الرابع

ان المستثمر يصدر الورقة المالية الاسلامية بوصفه مضاربا

ان مصدر الورقة المالية او من تصدر لحسابه ويتلقى حصيلة الاصدار لاستخدامها في تمويل مشروع معين انما يصدر هذه الورقة ويتلقى حصيلتها بوصفه مضاربا ، والجمهور الذين يكتتبون في الاوراق المالية يكتتبون فيها بوصفهم ارباب مال مشترك بينهم ، وهذا يعني جملة امور نوضحها كالاتي :

اولا – ان علاقة مصدر الورقة المالية والمكتتبون – حملة هذه الاوراق– ليست علاقة دائن بمدين بل علاقة مضارب يستثمر حصيلة الاكتتاب في مشروع اقتصادي بجماعة ارباب المال ، فالمشروع ملك لحملة الاوراق المالية ويد مصدر الاكتتاب عليه يد أمانة يديره لحسابهم في مقابل حصة معلومة من الربح تحددها نشرة الاصدار وبهذا تختلف الاوراق المالية عن السندات وتتعهد الشركة فيها بدفع فوائد محددة مقدما في فترات دورية ثم تدفع قيمة السند في موعد استحقاقه .

ثانيا – ان حق ادارة المشروع وسلطة اصدار القرارات الاستثمارية الخاصة به تكون للمستثمر مصدر الاوراق المالية وحده دون تدخل من حملة الاوراق المالية ، الذين يقتصر دورهم على مراقبة المصدر المضارب في ادارته للمشروع للتأكد من التزامه بشروط عقد المضاربة التي تضمنتها نشرة الاصدار ، وهذه النشرة تحتوي بالطبع على شروط عقد المضاربة ، وتتضمن هذه النشرة أيضا تعيين امين للاصدار يرعى حقوق المكتتبين – حملة هذه الاوراق– ويحميها في مواجهة المصدر – المضارب – ويعد الاستثمار بطريق تمويل المشروعات باوراق مالية تطبيق حديث للمضاربة ، يعني ان كل ما يريده أرباب المال من شروط من حيث طبيعة المشروع وحجمه وطريقة ادارته ونسبة الربح التي يأخذها المضارب يتضمنها العقد الذي تمثله نشرة الاصدار ، وهي وان كانت تعد من قبل المضارب المصدر للورقة الا ان المصدر يراعي ان يضمنها شروطا وبيانات تجذب ارباب رؤوس الاموال وتشجعهم على الاكتتاب، ويكون التنافس في ذلك كفيلا بحمل المضاربين المصدرين للاوراق المالية على تقديم افضل شروط حتى يقبل الجمهور على الاكتتاب في مشروعاتهم .

ثالثا – قابلية الورقة المالية الاسلامية للتداول والتسييل ، الورقة المالية الاسلامية تعد اساسا قابلة للتداول في أي عمليات البيع والشراء بالاسعار السائدة وقت التداول ، فان البنك الذي اصدر الورقة يتعهد بشرائها بنفسه او مع غيره وذلك لان اصحاب المدخرات لا يقبلون عادة على ايداع مدخراتهم لمدد طويلة الاجل لانهم قد يحتاجون هذه المدخرات لمواجهة ظروف طارئة تقتضي مدفوعات غير منظورة ، فكان استعداد البنك مصدر الورقة لشرائها وتحويلها الى نقود عند الطلب بالسعر الذي يعلنه في فترات دورية متقاربة هو الحل الوحيد في غيبة السوق المالية الاسلامية النشطة لتداول هذه الاوراق ، ومعلوم ان محل البيع والشراء ليس هو الشهادة وقيمتها النقدية لانها ليست مالا متقوما في ذاتها ، ولكن محل البيع هو ما تمثله الورقة المالية

من قيمة مالية أي الحصة المالية الشائعة في صافي اصول المشروع والذي يتكون عادة من اعيان ومنافع ونقود وحقوق مالية لدى الاخرين ([٢٣]).

([٢٣]) ينظر: د. هشام احمد عبد الحي ، الصناديق والصكوك الاستثمارية الاسلامية ، مرجع سابق ، ص ١٤٧.

المبحث الثاني

تمييز الاوراق المالية الاسلامية مما يشتبه بها

ويتضمن هذا المبحث على ثلاثة مطالب هي على النحو الآتي :

المطلب الأول/تمييز الاوراق المالية الاسلامية من الاوراق النقدية

المطلب الثاني/ تمييز الاوراق المالية الاسلامية من الاوراق

المبحث الثاني
تمييز الاوراق المالية الاسلامية مما يشتبه بها

لاشك ان الاوراق المالية الاسلامية تتميز بخصائص عديدة تميزها مما يشتبه بها ، فهي تشبه الاوراق النقدية المعروفة من حيث انها يمكن ان تكون صادرة عن الدولة او احدى مؤسساتها ممثلة عادة بالبنك المركزي فيها وبضمانها ، الا ان الاوراق المالية الاسلامية يمكن ان تصدر عن أي شخص كان من أشخاص القانون العام او اشخاص القانون الخاص .

وتتميز ايضا عن ما يعرف بالسندات الشكلية المحررة بصيغ معينة لتثبيت دين بمبلغ معين من النقود ذي اجل قصيرة عادة والذي يتعهد فيها الموقع عليها – كما في الكمبيالة – او يأمر شخصا اخر – كما في الحوالة والصك – باداء المبلغ المذكور الى شخص ثالث او الى من يأمر به هذا او الى حاملها .

كما ان الاوراق المالية الاسلامية تتميز عن غيرها من الاوراق المالية التقليدية المعروفة في التعامل التجاري كالسهم والسند ، اذ يمثل كل من السهم والورقة المالية الاسلامية حصة شائعة في صافي اصول الشركة او المشروع وهذه الاصول تشتمل غالبا على اعيان وحقوق ونقود ومنافع وديون لدى الغير بنسب متفاوتة ، فيستحق مالك السهم والورقة المالية حصة في صافي ربح الشركة او المشروع تتناسب مع قيمة السهم التي يملكها في الشركة او الاوراق المالية التي يملكها في المشروع الى رأس مال الشركة او المشروع .

كما تتميز الاوراق المالية الاسلامية عن السند الذي يمثل دينا في ذمة الشركة التي تصدره ولا يتعلق بموجودات الشركة، والتي تعد أوراق مالية ايضا ووثائق ذات قيمة اسمية واحدة قابلة للتداول وغير قابلة للتجزئة تعطى للمكتتبين لقاء المبالغ التي أقرضوها للشركة قرضا طويل الأجل ، وتصدرها الشركة المساهمة العامة وتطرحها وفقا لاحكام القانون وأي قانون آخر مختص للحصول على قرض تتعهد الشركة بموجبها بسداد القرض وفوائده وفقا لشروط الاصدار.

وعلى ضوء ذلك ومن أجل الإحاطة بتفاصيل الموضوع ، ينبغي أن نقسم هذا المبحث على المطالب الآتية:

المطلب الاول/ تمييز الاوراق المالية الاسلامية من الاوراق النقدية .
المطلب الثاني/ تمييز الاوراق المالية الاسلامية من الاوراق التجارية.
المطلب الثالث/ تمييز الاوراق المالية الاسلامية من الاوراق المالية التقليدية .

المطلب الاول

تمييز الاوراق المالية الاسلامية من الاوراق النقدية

لايخفى عن الجميع ان الاوراق النقدية تصدر عادة من البنك المركزي الذي يضمن قيمتها وتعد من النقود التي لا يمكن للافراد ان يرفضوا قبولها في معاملاتهم فهم مجبرون على قبولها بحكم القانون ولا يبطل التعامل بها الا بقانون أيضا يبطل التعامل بها ، غير ان هذا الالزام غير وارد في الاوراق المالية الاسلامية اذ للافراد رفض الاوراق المالية الاسلامية في معاملاتهم كبديل عن النقد.

وبهذا فان الاوراق المالية الاسلامية تشبه الاوراق النقدية من حيث انها يمكن ان تكون صادرة عن الدولة او احدى مؤسساتها ممثلة عادة بالبنك المركزي فيها وبضمانها ، كما ان الاوراق المالية الاسلامية يمكن ان تصدر عن أي شخص كان من أشخاص القانون العام او اشخاص القانون الخاص .

والاوراق المالية الاسلامية تشبه أيضا الاوراق النقدية في مسألة أنها خالية من أية فائدة ولايمكن اشتراط الفائدة فيها لانها اوراق تخضع لاحكام الشريعة الاسلامية ولايمكن ان تخالف احكامها ، وكذلك الاوراق النقدية بعكس الاوراق المالية الاسلامية أنها تكون غير محددة بمدة ، فالحق يبقى فيها ثابت لا يتقادم والتقادم غير متصور فيها بعكس الاوراق المالية الاسلامية أنها قد تكون محددة بمدة معينة عادة.

المطلب الثاني
تمييز الاوراق المالية الاسلامية من الاوراق التجارية

غني عن البيان ان الاوراق التجارية اصلا سندات شكلية محررة بصيغ معينة لتثبيت دين بمبلغ معين من النقود ذي اجل قصيرة عادة يتعهد فيها الموقع عليها – كما في الكمبيالة – او يأمر شخصا اخر – كما في الحوالة والصك – باداء المبلغ المذكور الى شخص ثالث او الى من يأمر به هذا او الى حاملها .

وقد خصص قانون التجارة العراقي النافذ رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ المعدل الباب الثالث منه لاحكام الاوراق التجارية فعالج في الفصل الاول من الباب المذكور الحوالة التجارية وفي الفصل الثاني الكمبيالة وفي الفصل الثالث الصك ، خلافا لقانون التجارة العراقي السابق الملغي .

فقد أورد القانون الجديد تعريفا للورقة التجارية حيث جاء في المادة /٣٩ منه على أن " الورقة التجارية محرر شكلي بصيغة معينة يتعهد بمقتضاه شخص أو يأمر شخصا اخر فيه باداء مبلغ محدد من النقود في زمان ومكان معينين ويكون قابلا للتداول بالتظهير او بالمناولة ".

ولاول مرة نجد ان التشريع العراقي قد أورد تعريفا للورقة التجارية فلم نجد أي تعريف للورقة التجارية في القانون القديم – قانون التجارة العراقي الملغي رقم ٦٠ لسنة ١٩٤٣ – وكذلك في القانون السابق – قانون التجارة العراقي الملغي رقم ١٤٩ لسنة ١٩٧٠– والواقع ان اغلب التشريعات لا تورد تعريفا للورقة التجارية الامر الذي ادى الى خلاف في الرأي حول السندات التي يمكن ان تصنف ضمن الاوراق التجارية كوثائق النقل وسندات الشحن وشهادات الايداع في المستودعات العامة ، ولكن المشرع العراقي في القانون الجديد النافذ قد أورد التعريف المذكور آنفا وحصر الاوراق التجارية في الحوالة التجارية (السفتجة) والكمبيالة (السند للامر) والصك ، واستبعد الاوراق او السندات التي لا يكون موضوعها دفع مبلغ من النقود يدفع من قبل الملتزم بموجب السند في اجل قصير او عند الاطلاع ، فالاوراق التجارية تمثل اذن مبلغا من النقود مستحق الدفع في اجل قصير وهي اداة وفاء تقوم مقام النقود في المبادلات ([٢٤]).

([٢٤]) للمزيد من التفصيل ينظر: د. فوزي محمد سامي ود.فائق محمود الشماع ، القانون التجاري الاوراق التجارية ، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي ، جامعة بغداد ، ١٤١٢/ ١٩٩٢ ، ص١٤ .

وتتميز الاوراق المالية الاسلامية عن الاوراق التجارية من حيث الضمانات التي تقدمها للمستفيدين منها ، اذ ان الموقعين على الورقة التجارية مسؤولون جميعهم على وجه التضامن من قبل الحملة المتعاقبين عن اداء قيمتها ، في حين ان من يتنازل لغيره عن ورقة مالية اسلامية لا يسأل عن ملأة الشركة التي اصدرته .

كما أن الاوراق المالية الاسلامية معرضة لظاهرة تقلب الاسعار ارتفاعا وهبوطا لا بحسب الظروف الاقتصادية والسياسية فحسب وانما ايضا بسبب ما يطرأ على المركز المالي للمؤسسات التي أصدرتها ، كما يظهر ذلك من متابعة أسعارها في السوق المالية أو البورصة الامر الذي يجعلها غير صالحة لاجراء عمليات الخصم عليها ، فضلا عن عمليات الخصم أصلا– المنصوص عليها بقانون التجارة العراقي – تتضمن فائدة عن مبلغ الورقة حسب نص المادة / ٢٨٣ منه – والعياذ بالله من الربا – وهذا لايجوز التعامل به شرعا ([٢٥]).

كما تتميز ايضا الورقة المالية الاسلامية بان لا يضمن بائع الورقة المالية الاسلامية الجهة المصدرة له ، اما الاوراق التجارية فانها تقدم ضمانا قانونيا للمستفيد منها حيث ان كل موقع على الورقة التجارية كالساحب او المظهر يكون ضامنا لاداء مبلغ الورقة التجارية عند عدم الوفاء .

([٢٥]) الجدير بالذكر في هذا الخصوص ان قانون التجارة العراقي النافذ عرف عملية الخصم **(Escompte)** وسعر الخصم **(Rescompte)** في الفقرتين الاولى والثانية من المادة /٢٨٣ بقوله " اولا – الخصم اتفاق يتعهد بمقتضاه بان يدفع مقدما قيمة ورقة تجارية او أي سند اخر قابل للتداول الى المستفيد مقابل نقل ملكيته الى المصرف مع التزام المستفيد برد القيمة الى المصرف اذا لم يدفعها المدين الاصلي ثانيا – يقتطع المصرف مما يدفعه للمستفيد من الخصم فائدة عن مبلغ الورقة فضلا عن العمولة اذا كانت مشروطة " ؛ كما نصت المادة /٢٨٤ منه ايضا على انه " اولا– تحسب الفائدة على اساس الوقت الذي ينقضي حتى تاريخ حلول ميعاد استحقاق الورقة او على اساس مدة اقصر من ذلك بالنسبة الى عمليات الرهن وغيرها من العمليات التي تتضمن تعهد المستفيد من الخصم برد ما قبضه قبل حلول اجل الاداء ثانيا– تقدر العمولة على اساس قيمة الورقة ثالثا – يجوز تعيين حد ادنى للفائدة والعمولة " ؛ وتنظر كذلك المادة / ٢٨٥و ٢٨٦ من القانون المذكور انفا ، فالنسبة المئوية التي يأخذها البنك من قيمة الورقة تسمى سعر الخصم ، وهو المبلغ الذي يستوفيه البنك عند عملية الخصم اذ يمثل المخاطر التي يتعرض لها عند المطالبة بقيمة الورقة التجارية ، فربما يجد البنك نفسه في ميعاد استحقاق امام مدين معسر ، وقد يحتاج البنك بدوره الى قبض قيمة الورقة قبل ميعاد الاستحقاق فيلجأ الى بنك اخر ليستوفي القيمة بموجب عملية خصم ثانية ، كما يحتمل ان تجري عملية الخصم مرة ثالثة وهكذا حتى يحل موعد الاستحقاق فيطالب عندئذ حامل الورقة الاخيرة وللمزيد من التفصيل ينظر:

R.Roblot: Les effects de commerce instruments de credit paris 1975.

في حين ان الاوراق التجارية تتميز بميزة قانونية اخرى وهي انتقال الحقوق المتعلقة بها عن طريق التظهير اضافة الى الطرق الاعتيادية لانتقال الملكية ، في حين لاتتمتع الاوراق المالية الاسلامية بهذه الميزة .

كما تتميز الاوراق المالية الاسلامية بانها تصدر بمجموعات لا تختلف كل واحدة عن الاخرى الا برقمها حيث تصدر بارقام متسلسلة وبقيمة متساوية ويتم اداء قيمتها عادة بطريقة القرعة بيد ان قيمة الاوراق التجارية تدفع في ميعاد استحقاقها.

المطلب الثالث

تمييز الاوراق المالية الاسلامية من الاوراق المالية التقليدية

مما لاشك فيه ان مالك السهم والورقة المالية يستحق حصة في صافي ربح الشركة او المشروع تتناسب عادة مع قيمة السهم التي يملكها في الشركة او الاوراق المالية التي يملكها في المشروع الى رأس مال الشركة او المشروع لان السهم اصلا عبارة عن ورقة مالية تمثل جزء من رأس المال الاسمي بحيث يمكن صاحبه من ممارسة الحقوق التي يمنحها .

يمكننا في هذا الخصوص ان نميز الاوراق المالية الاسلامية عن غيرها من الاوراق المالية التقليدية المعروفة في التعامل التجاري كالسهم والسند ، وسوف نجري المقارنة بين كل منهما وبين الاوراق المالية الاسلامية التي بدأت البنوك والمؤسسات الاستثمارية الاسلامية في اصدارها والتعامل بها.

ويمكن توضيح ذلك مفصلا ضمن الفرعين الاتيين:

الفرع الاول/ تميز الاوراق المالية الاسلامية عن السهم .

الفرع الثاني / تميز الاوراق المالية الاسلامية عن السند .

الفرع الاول
تمييز الاوراق المالية الاسلامية عن السهم

لاشك ان رأس المال يتكون من مجموع المبالغ التي تمثل قيمة الاسهم التي تصدرها الشركة عادة ، ولهذا لابد بداية من معرفة ما المقصود بالسهم قبل تميزه عن الاوراق المالية الاسلامية ؟ .

بالحقيقة والواقع انه لم تورد التشريعات عموما تعريفا خاصا للسهم ، وحسنا فعلت في ذلك لان ايراد التعاريف ليست من مهامها، بينما الفقة القانوني اخذ على عاتقه هذه المسألة ، فذهب الى ان السهم **(Les actions)** هو عباره عن " النصيب الذي يشترك به المساهم في الشركة وهو يقابل حصة الشريك في شركات الاشخاص ، ويمثل السهم في صك يعطي للمساهم ويكون وسيلة في اثبات حقوقه في الشركة ، ويندمج الحق في الصك بحيث يكون التنازل عن السهم في درجة التنازل عن الحق "([٢٦]).

وقد اورد الفقه القانوني بهذا الخصوص ايضا تعاريف عديدة لاتخرج في جوهرها عن القول ان السهم يمثل نصيبا او حصة للشريك في رأس مال الشركة ، أي يمثل حق المساهم في الشركة ، والسهم عبارة عن صك يتضمن الحق المذكور، وبالتالي فأن اسباغ صفة الشريك على مالك السهم يمنحه حقوقا في الشركة أهمها حقه في الأرباح ([٢٧]) .

([٢٦]) د. علي حسن يونس ، الوسيط في الشركات التجارية ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٦٠ ، ص ٣٨٠، بند ٢٩٣ .

([٢٧]) للمزيد من التفصيل في هذا الخصوص ينظر: د. أبو زيد رضوان ، الشركات التجارية في القانون المصري المقارن ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٨٨ ، ص ٥٢٦ ، بند ٩١؛ د. سميحة القليوبي ، الشركات ، ج١ ، ط٣ ، القاهرة ، ١٩٩٢ ، ص ٢٤٢ ، بند ٣١٥ ؛ د. احمد ابراهيم البسام ، مبادئ القانون التجاري ، ج١ ، بغداد ، ١٩٦١ ، ص ٣١٠، بند٢٠٥؛ د. طالب حسن موسى ، الوجيز في الشركات التجارية ، بغداد ، ١٩٧٥ ، ص ١٦٧ ، بند ١١٤؛ د. لطيف جبر كوماني ، الوجيز في شرح قانون الشركات الاردني ، عمان ، ١٩٩٤ ، ص ٧٣ ، بند ٥٣ ؛ د. هشام فرعون ، القانون التجاري البري ، ج١ ، منشورات جامعة حلب ، كلية الحقوق ، ١٩٨٩ ، ص ٢٩٨ ، بند ٤٣٩ ؛ د. مصطفى كمال طه ، القانون التجاري ، الدار الجامعية ، بيروت ، ١٩٨٨ ، ص ٤٠٦ ، بند ٤١٩ .

والخلاصة ان السهم هو حصة الشريك في رأس مال الشركة وهذه الحصة أو الحق مثبت في صك يعطى الى الشريك كما يمثل أيضا جزء من رأس مال الشركة.

وبهذا فان السهم لا يتعدى ان يكون عبارة عن ورقة مالية تمثل جزء من رأس المال الاسمي بحيث يمكن صاحبه من ممارسة الحقوق التي يمنحها ([٢٨])، والمقصود برأس المال الاسمي في هذا الخصوص الذي يتكون من مجموع الاقيام الاسمية للاسهم ([٢٩]) .

وللاسهم انواع متعددة فمن حيث شكل السهم تنقسم الأسهم الى: أسهم اسمية وأسهم أذنية وأسهم لحاملها ومن حيث طبيعة الحصة التي يقدمها المساهم تنقسم الى : أسهم نقدية وأسهم عينية ومن حيث الحقوق التي تخولها للمساهمين تنقسم الى: أسهم عادية وأسهم ممتازة ومن حيث استهلاكها تنقسم الى: أسهم رأس مال وأسهم تمتع ([٣٠]).

وعليه فان السهم يشترك مع الورقة المالية الاسلامية في امور يمكننا ايجازها على النحو الاتي :

١- يمثل كل من السهم والورقة المالية الاسلامية حصة شائعة في صافي اصول الشركة او المشروع وهذه الاصول تشتمل غالبا على اعيان وحقوق ونقود ومنافع وديون لدى الغير بنسب متفاوتة .

٢- يستحق مالك السهم والورقة المالية حصة في صافي ربح الشركة او المشروع تتناسب مع قيمة السهم التي يملكها في الشركة او الاوراق المالية التي يملكها في المشروع الى رأس مال الشركة او المشروع .

([٢٨]) للمزيد من التفصيل ينظر: د. لطيف جبر كوماني ود. علي كاظم الرفيعي ، القانون التجاري ، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي ، بغداد ، ١٤٢١هـ/ ٢٠٠٠م ، ص٢٩٢.

([٢٩]) الجدير بالذكر في هذا المجال انه توجد معان عديدة لرأس المال (**Le capital social**) كما يقول بذلك الفقة القانوني ، فيوجد رأس المال المكتتب به ورأس المال المدفوع ، ورأس المال المصرح به ، والمصدر، ورأس المال الاحتياطي ، ورأس المال الثابت ، والمتغير... ، وللمزيد من التفصيل ينظر : أ. د. فوزي محمد سلمي ، الشركات التجارية الاحكام العامة دراسة مقارنة ، ط ١، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، الاردن ، ١٩٩٩، ص٢٨٣؛ وينظر ايضا :

E.R. Hardy Ivamy , in Company Law , Butter Worth shaw and sons London 1978 , p.87.

([٣٠]) للمزيد من التفصيل ينظر : د. اشرف محمد دوابه ، صناديق الاستثمار في البنوك الاسلامية بين النظرية والتطبيق ، ط١، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة، القاهرة، ٢٠٠٤ ، ص ١٦٣ .

٣- يقوم كل من السهم والورقة المالية مقام الحصة الشائعة في صافي اصول الشركة او المشروع في التسليم والحيازة والقبض ، وتقوم حيازة كل من السهم والورقة المالية وقبضها وتسليمها مقام الحصة المالية الشائعة التي يمثلها كل منهما ، حيث تكون هذه الحيازة والتسليم والقبض لازمة لانعقاد العقد او تمامه ولزومه ، فشرط محل التعاقد في البيع والهبة والرهن ان يكون مقدورا على تسليمه ، فهنا يقال ان الحصة المالية الشائعة في صافي اصول الشركة او المشروع مقدور على تسليمها بتسلم الصك نفسه وقبض المرتهن وحيازته للصك يقوم مقام حيازة الحصة الشائعة نفسها .

واذا تم بيع الصك مثلا فان حيازة الصك وقبضه يعد حيازة للحصة الشائعة نفسها ، كحكم من احكام العقد ، وأثر من الاثار المترتبة عليه فيعد حامل الصك حائزا للحصة الشائعة التي يمثلها.

وعلى الرغم مما ذكرناه من التشابه بين الورقة المالية الاسلامية والسهم فان السهم يختلف عن الورقة المالية الاسلامية في امور عدة ، اذ يشترك مالكو الاسهم في ادارة الشركة عن طريق انتخاب مجلس للادارة من بينهم وعن طريق الجمعية العامة لهم ، وتكون سلطات الادارة موزعة بين المجلس والجمعية على النحو الذي يراه ملاك الاسهم في حدود القوانين السائدة في مكان تسجيل الشركة ، اما ملاك الاوراق المالية الاسلامية فانهم لا يشاركون في ادارة المشروع بطريق مباشر فهم لا ينتخبون مجلس ادارة للمشروع من بينهم ، وليست لهم جمعية عمومية تشترك في ادارته المشروع ، بل ان الادارة توكل للمضارب وحده والمضارب ملتزم في ادارته للمشروع باحكام عقد المضاربة وشروطها الشرعية ، ولملاك الاوراق المالية ان يكونوا من بينهم او من غيرهم مجلس مراقبة يرعى مصالحهم ويحمي حقوقهم في مواجهة المضارب ، ويكون مسؤولا عن مراقبة تنفيذ شروط العقد التي تضمنتها نشرة الاصدار ، وما يلحق بها من دراسات للجدوى والبيانات والمعلومات التي تنص عليها هذه النشرة ، وهي تعد بالواقع ايجابا من جانبه يقابله قبول المكتتبين ، ومن الاحكام الفقهية لعقد المضاربة ان رب العمل لا يتدخل في ادارة المشروع وله فقط ان يختار المضارب الذي يجمع بين الامانة والخبرة ، ويضمن عقد المضاربة ما يراه من الشروط والقيود التي تتعلق بمجالات الاستثمار ومكانه وطرقه التي يراها محققه لمصالحه دون الاخلال بالمقتضيات الشرعية لعقد المضاربة تاركا المضارب وحده يتخذ القرار الاستثماري على مسؤوليته وهو ان تعدى او قصر او خالف شرطا من شروط المضاربة في ادارته كان مسؤولا عن كل ضرر يلحق بالمضاربة ويضر بحقوق ارباب المال ، والمضارب في هذا النوع من التمويل والاستثمار يقوم باعداد نشرة الاصدار وما تتضمنه من دراسة الجدوى للمشروع وشروط الاستثمار ولا يملك المكتتبون – أرباب المال- الا قبول هذه النشرة والاكتتاب

فيها او عدم قبولها، والسؤال الوارد هنا والذي يطرح نفسه بالحاح على بساط البحث ، هو كيف يتسنى للمكتتبين وضع الشروط التي يرونها محققة لمصالحهم ؟.

الجواب أن مبدأ العرض والطلب على رأس المال سوف يحمل المضاربين مصدري الاوراق المالية على تضمين نشرات الاصدار الشروط التي تحقق مصالح أرباب المال وتجذبهم الى الاكتتاب لتمويل مشروعاتهم فتحقق الغرض ، ويكون قبول المكتتب دليلا على رضاه بما جاء في نشرة الاصدار فكأنه شريك في اعدادها اذ ان العقد يتكون عادة من الايجاب والقبول ([٣١]).

([٣١]) ينظر: د.هشام احمد عبد الحي ، الصناديق والصكوك الاستثمارية الاسلامية مرجع سابق ، ص ١٤٩ .

الفرع الثاني
تمييز الاوراق المالية الاسلامية عن السند

غنـــي عـن البيـان ان كلمـة السـند اساسـا مصـطلح معـروف وجـرى عليـه العـرف باسـتخدامه بـالعراق عمومـا كسـند التسـجيل العقـاري مـثلا ، ولـذلك أقـر لغـة وتعـاملا لأنـه أوضـح من أي اصـطلاح يربك التعامل بـه وهو مـا أخذ بـه ايضـا قـانون الاثبـات العراقـي فـي المـادة/ ٢١ – ٢٤ المتعلقـة بالسـندات الرسـمية ، والمـواد /٢٥ – ٢٧ المتعلقـة بالسـندات العادية ([٣٢]) .

([٣٢]) تنظر : المواد / ٢١ – ٢٤ والمواد/ ٢٥ – ٥٨ من قانون الاثبات العراقي النافذ رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ المعدل بالقانون ٤٦ لسنة ٢٠٠٠ المنشور في جريدة الوقائع العراقية ، ع/ ٣٨٣٧ في ٢٠٠٠/٧/٣١، ص٤٥٠. ؛ ومما تجدر الاشارة اليه في هذا المجال ان العلامة د. السنهوري يفضل اصطلاح الورقة لانها اعم من لفظ السند الذي يفيد الورقة المعدة للاثبات ، في حين تشمل الورقة كافة الأدلة الخطية سواء كانت معدة للاثبات او لم تكن معدة ، وقد استخدم نظام المرافعات الشرعية السعودي النافذ رقم ٢١ لسنة ١٤٢١هـ المعدل اصطلاح الورقة في المادة / ١٣٨ منه ، كما استخدم قانون البينات الاردني النافذ رقم ٣٠ لسنة ١٩٥٢ المعدل في المادة / ٦ لفظ الاسناد ، وكذلك استخدم قانون البينات السوري النافذ رقم ٣٥٩ لسنة ١٩٤٧ المعدل في المادة / ٥ لفظ الاسناد ، ويفضل بعض الفقهاء استخدام كلمة المحرر لانها اعم من لفظة السند وأدق تعبيرا من لفظة الورقة وهو ماأخذ به المشرع المصري في المادة/١٠ من قانون الاثبات المصري النافذ رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ المعدل ، وهو ما أقر به ايضا مجمع اللغة العربية في ترجمته للاصطلاح **(Act authenique)** بمحرر رسمي ، ونتفق مع من يرى أن الاختلاف لايعدو ان يكون شكليا وان اللفظ وسيلة للايضاح لاغاية بحد ذاته ، فنجد ان الاحكام المتعلقة بالاثبات عن طريق الدليل الكتابي في غالبية القوانين العربية متأثرة بالقانون الفرنسي الذي يستخدم لفظا واحدا **(Act)** أي الدلالة على التصرف القانوني المراد اثباته وكذلك على الاداة المعتمدة في اثبات هذا التصرف ، وقد تسرب هذا اللبس الى اللغة القانونية العربية ، اذ يطلق لفظ عقد **(Nesotium)** على التصرف واداة اثباته ، في حين ان الفقه الفرنسي يفرق بينهما فيطلق على التصرف القانوني ذاته **(Negotium)** وعلى اداة اثباته **(Instrumentum)** ، وبذلك خرجت كلمة العقد **(contrat)** عن معناها الاصلي الذي يقصد به ارتباط الايجاب الصادر من احد العاقدين على وجه يثبت أثره في المعقود عليه ، وللمزيد من التفصيل ينظر : أ . د.عباس العبودي ، شرح احكام قانون الاثبات العراقي ، ط ٢، جامعة الموصل ، كلية القانون ، ١٤١٨هـ/١٩٩٧ ،ص١٠٢.

وقد اوردت بعض القوانين تعريفا لسندات القرض ، اذ نصت المادة / ٧٧ من قانون الشركات العراقي النافذ رقم ٢١ لسنة ١٩٩٧ المعدل على انه " للشركة المساهمة ان تقترض بطريق اصدار سندات اسمية وفق احكام هذا القانون، بدعوة موجهة الى الجمهور ويمنح المكتتب بالقرض سندات مقابل المبالغ التي أقرضها للشركة وله الحق باستيفاء فائدة معينة تدفع له في اجال محددة وتسترد قيمتها من جميع اموال الشركة وتعتبر هذه السندات ذات قيمة اسمية واحدة قابلة للتداول وغير قابلة للتجزئة وترقم بارقام متسلسلة لكل اصدار ويجب ان تختم بختم الشركة " ([٣٣]).

كما جاء ايضا تعريفا لاسناد القرض اذ نصت المادة/ ١١٦ من قانون الشركات الاردني النافذ رقم ٢٢ لسنة ١٩٩٧ المعدل ، على ان " أسناد القرض أوراق مالية قابلة للتداول يحق اصدارها للشركة المساهمة العامة او الشركة المساهمة الخاصة او لاي من الشركات التي يجيز لها قانون الاوراق المالية اصدار هذه الاسناد ويتم طرحها وفقا لاحكام هذا القانون وقانون الاوراق المالية للحصول على قرض تتعهد الشركة بموجب هذه الاسناد بسداد القرض وفقا لشروط الاصدار " ([٣٤]).

كما نصت المادة /١٥٩ من قانون التجارة السوري النافذ رقم ١٤٩ لسنة ١٩٤٩ المعدل على ان " ١- يحق للشركات المغفلة ان تصدر اسناد القرض ٢- واسناد القرض هي وثائق ذا قيمة اسمية واحدة قابلة للتداول وغير قابلة للتجزئة تعطى للمكتتبين لقاء المبالغ التي اقرضوها للشركة قرضا طويل الاجل ٣ – ويتم هذا القرض عن طريق الدعوة للاكتتاب الموجهة لجميع الناس " ([٣٥]).

([٣٣]) تنظر: المواد /٧٧-٨٤ من الفصل الثامن – سندات القرض من قانون الشركات العراقي النافذ رقم ٢١ لسنة ١٩٩٧ المعدل .

([٣٤]) تنظر: المادة/١١٦ من قانون الشركات الاردني النافذ رقم ٢٢ لسنة ١٩٩٧ المعدل .

([٣٥]) تنظر: المادة/ ١٥٩ من قانون التجارة السوري النافذ رقم ١٤٩ لسنة ١٩٤٩ المعدل.

في حين نصت المادة / ١٢١ من قانون الشركات السوري النافذ رقم ٢٩ لسنة ٢٠١١ على ان " ١- يحق للشركات المساهمة المغفلة ان تصدر اسناد القرض ٢- اسناد القرض هي اوراق مالية ذات قيمة اسمية واحدة قابلة للتداول وغير قابلة للتجزئة تصدرها الشركة للحصول على قرض تتعهد الشركة بسداد القرض وفوائده لشروط الاصدار ٣- يتم طرح اسناد القرض وفقا لاحكام هذا المرسوم التشريعي وقانون هيئة الاوراق عن طريق دعوة للاكتتاب موجهة للجمهور بعد الحصول على موافقة هيئة الاوراق " ([٣٦]).

كما جاء في المادة / ١٢٢ المعدلة وفقا للمرسوم ٩٧٩٨ بتاريخ ٤/ ٥/ ١٩٦٨ من قانون التجارة اللبناني النافذ رقم ٣٠٤ لسنة ١٩٤٢ المعدل أنه " يجوز للشركة أن تصدر سندات قابلة للتداول وغير قابلة للتجزئة ولها قيمة اسمية واحدة تعطى للمكتتبين مقابل المبالغ التي أسلفوها ولكن لا يجوز اصدار سندات الا بعد ان يكون رأس المال المكتتب من المساهمين قد دفع بكامله ، ويعاقب بالغرامة من الف الى عشرة الاف ليرة لبنانية اعضاء مجلس الادارة والمديرون الذين يصدرون او يسمحون باصدار سندات خلافا لاحكام الفقرة السابقة وتكون هذه السندات باطلة " ، وتماثلها المادة/ ١٣٨ ومابعدها من قانون الشركات البحريني النافذ رقم ٢١ لسنة ٢٠٠١ ([٣٧]) .

كما نصت ايضا المادة/ ٤٩ من قانون الشركات المصري النافذ رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ المعدل على انه " يجوز للشركة اصدار سندات اسمية وتكون هذه السندات قابلة للتداول ولا يجوز اصدار هذه السندات الا بقرار من الجمعية العامة وبعد اداء رأس المال المصدر بالكامل وبشرط الا تزيد قيمتها على صافي اصول الشركة حسبما يحدده مراقب الحسابات وفقا لاخر ميزانية وافقت عليها الجمعية العامة " ([٣٨]) .

وهكذا فان السند هو عبارة عن صك قابل للتداول يدين به حامله الشركة بمبلغ من المال قدم على سبيل القرض طويل الاجل يعقد عن طريق الاكتتاب العام ليمنحه حق الحصول على الفوائد المشروطة اثناء المدة المحددة لبقائه وانقضاء دينه عند انقضاء اجله ([٣٩]) ، فهو بتقديرنا بمثابة اتفاق للاقتراض بفائدة بين جهة الاصدار وبين من يملك السند .

([٣٦]) تنظر : المادة/ ١٢١ من قانون الشركات السوري النافذ رقم ٢٩ لسنة ٢٠١١ .

([٣٧]) تنظر: المادة/ ١٢٢ المعدلة وفقا للمرسوم ٩٧٩٨ بتاريخ ٤/ ٥/ ١٩٦٨ من قانون التجارة اللبناني النافذ رقم ٣٠٤ لسنة ١٩٤٢ المعدل ؛ وتنظر: المادة /١٣٨ وما بعدها من قانون الشركات البحريني النافذ رقم ٢١ لسنة ٢٠٠١ .

([٣٨]) تنظر: المادة/ ٤٩ من قانون الشركات المصري النافذ رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ المعدل .

([٣٩]) ينظر : د. اشرف محمد دوابه ، مرجع سابق ، ص ١٦٩.

ويتضح لنا من خلال ما سبق الفرق بين السهم والسند ، فالسند يمثل حق لصاحبه في مواجهة الشركة ، اما السهم فهو يمثل حق ملكية فيها، وبهذا يمكننا ان نوجز اهم الفروق بين الاوراق المالية الاسلامية والسند ([٤٠]) ، حيث ان الورقة المالية كالسهم تمثل حصة مالية شائعة في صافي اصول الشركة أي جملة الاصول بانواعها المختلفة مادية ومعنوية ثابتة وغير ثابتة مطروحا منها صافي التزامات الشركة ، فحق صاحب الورقة المالية حق عيني يتعلق بموجودات الشركة او المشروع ، في حين ان السند يمثل دينا في ذمة الشركة التي تصدره ولا يتعلق اصلا بموجودات الشركة، فهو أوراق مالية ذات قيمة اسمية واحدة قابلة للتداول تصدرها الشركة المساهمة العامة وتطرحها وفقا لاحكام القانون وأي قانون آخر مختص للحصول على قرض تتعهد الشركة بموجبها بسداد القرض وفوائده وفقا لشروط الاصدار ، فهي تعد وثائق ذات قيمة اسمية واحدة قابلة للتداول وغير قابلة للتجزئة تعطى للمكتتبين لقاء المبالغ التي أقرضوها للشركة قرضا طويل الأجل .

كما ان حامل السند لايتأثر بنتيجة أعمال الشركة ولا بمركزها المالي بطريق مباشر لأن مالكه يستحق القيمة الاسمية لسنده في مواعيد الاستحقاق المدونة فيه مضافا اليها الفوائد المحددة مسبقا – و العياذ بالله تعالى – بصرف النظر عن المركز المالي للشركة او الربح الذي حققه او الخسارة التي منيت بها، فمالك السند لا يشارك في تحمل مخاطر الاستثمار للشركة المصدرة للسندات بخلاف مالك السهم والورقة المالية الاسلامية فأنه يتأثر بنتيجة أعمال الشركة أو المشروع ويشارك في تحمل المخاطر ، فله الغنم الذي يحققه المشروع وعليه الغرم الذي يتعرض له ، فالسهم والورقة المالية الاسلامية يشاركان في الارباح المحققة ويتحملان الخسارة التي يتعرض لها المشروع او الشركة ([٤١]).

([٤٠]) للمزيد من التفصيل حول أسناد القرض (**Les obligations**) تعريفها وخصائصها وأنواعها وشروط اصدارها واجراءات الاكتتاب بها وحقوق حملة أسناد القرض ينظر: أ. د. فوزي محمد سامي ، الشركات التجارية الاحكام العامة والخاصة دراسة مقارنة مرجع سابق ، ص٣٩٩ –٤٢١.

([٤١]) للمزيد من التفصيل ينظر: د. هشام احمد عبد الحي ، الصناديق الاستثمارية والصكوك الاستثمارية الاسلامية دراسة تطبيقية فقهية ، مرجع سابق ، ص ١٥٠ ؛ و د. اشرف محمد دوابه ، مرجع سابق ، ص١٦٩.

ومن الطبيعي ان يتضمن السند البيانات الاتية : اولا / على وجه السند ١- اسم الشركة المقترضة وشعارها ان وجد وعنوانها ورقم تسجيلها وتاريخه ومدة الشركة ٢- اسم مالك السند ان كان السند اسميا ٣- رقم السند ونوعه وقيمته الاسمية ومدته وسعر الفائدة ، ثانيا /على ظهر السند ١- مجموع قيم اسناد القرض المصدرة ٢- مواعيد وشروط اطفاء الاسناد مواعيد استحقاق الفائدة ٣- الضمانات الخاصة للدين الذي يمثله السند ان وجد ٤- أي شروط واحكام اخر ترى الشركة المقترضة اضافتها الى السند شريطة ان تتوافق هذه الاضافات مع شروط الاصدار ، كما يذكر على وجه السند انه قابل للتحويل الى اسهم – اذا كانت اسناد القرض قابلة للتحويل الى اسهم وفقا لاحكام القانون – كما يذكر على ظهر السند شروط التحويل والمواعيد التي يبدي المالك رغبته في تحويل اسناده الى اسهم ([٤٢]).

كما يتمتع حملة اسناد القرض بحقوق عديدة كالحق في الحصول على فوائد ثابتة محددة في نشر الاصدار والحق في استرداد حق السند ، فضلا عن الحق في تشكيل تنظيم لمالكي اسناد القرض ([٤٣]).

وتنقسم السندات عموما الى نوعين رئيسيين هما :أ- سندات حكومية وهي سندات تصدرها الدولة لمواجهة العجز في موازنتها او بهدف مواجهة التضخم وتنقسم هذه السندات بدورها الى سندات حكومية دائمة وسندات حكومية قابلة للاستهلاك ب- سندات الشركات وهي سندات تصدرها الشركات للاقتراض من الجمهور وتأخذ هذه السندات اكثر من شكل كما يلي : السندات العادية والسندات علاوة الاصدار والسندات ذات النصيب والسندات المضمونة والسندات غير المضمونة والسندات القابلة للتحويل والسندات الاسمية والسندات لحاملها وسندات المشاركة في الربح والسندات متزايدة سعر الفائدة لأجل معلوم وسندات سعر الفائدة المعوم وسندات سعر الفائدة المتغير وسندات سعر الفائدة المرتبط بمستوى سعر الاسعار وسندات لاتحمل معدلا للفائدة وسندات الدخل ، وسندات المقارضة الاسلامية وهي سندات تخول لصاحبها الحصول على عائد يرتبط بنتائج نشاط الجهة المصدرة ايجابا وسلبا ([٤٤]) .

([٤٢]) ينظر: أ. د. فوزي محمد سامي ، الشركات التجارية الاحكام العامة والخاصة دراسة مقارنة ، مرجع سابق ، ص ٤١١.

([٤٣]) للمزيد من التفصيل ينظر: المرجع السابق ، ص ٤١٢ وما بعدها .

([٤٤]) للمزيد من التفصيل ينظر: د. اشرف محمد دوابه و مرجع سابق ، ص ١٧٠ .

ولابد من ان نقف برهة عند هذه النقطة لكي نعرج على مسالة سندات المقارضة الاسلامية فهذا النوع من السندات أي سندات المقارضة الاسلامية يعد هو النوع الوحيد من انواع السندات السالفة الذكر الجائزة شرعا لقيامها على الغنم والغرم ، فالغرم وهو مايلزم المرء لقاء شئ من مال او نفس ، مقابل بالغنم وهو ما يحصل له من مرغوبه من ذلك الشئ ، فالغرم معناه اذن الخسارة والغنم معناه الربح ، وقد نصت المادة / ٨٧ من مجلة الاحكام العدلية على انه :" الغرم بالغنم " ([٤٥]) ، وجاء في شرحها انه " ... أي من ينال نفع شئ يجب ان يتحمل ضرره مثلا احد الشركاء في المال يلزمه من الخسارة بنسبة ما له من المال المشترك كما ياخذ من الربح .." ([٤٦]).

([٤٥]) الجدير بالذكر في هذا الصدد ان هذه القاعدة الفقهية وان مرجعها بالاساس الى حديث نبوي كريم رواه الامام الشافعي واحمد وابو داؤد والنسائي وابن ماجه وابن حبان من حديث ام المؤمنين السيدة عائشة رضي الله عنها : (ان رجلا اشترى عبدا فاستغله ثم وجد به عيبا فرده فقال يارسول الله انه قد استغل غلامي فقال رسول الله (ﷺ) الخراج بالضمان) ينظر : الحافظ أبو عبدالله محمد بن يزيد القزويني (٢٧٥هـ)، سنن ابن ماجة، ط ٢ ، ضبط نصها احمد شمس الدين ، دار الكتب العلمية ، بيروت،٢٠٠٤، ص٣٥٨ (كتاب التجارات ، باب الخراج بالضمان ، رقم الحديث ٢٢٤٣) ؛ وينظر ايضا : الإمام أبو داود سليمان بن الأشعث الازدي السجستاني (٢٠٢-٢٧٥هـ) ، كتاب السنن سنن أبي داود ، ط١، ضبط محمد عدنان بن ياسين درويش ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، ٢٠٠٠، ص٥٩٤ (كتاب البيوع ، باب فيمن اشترى عبدا فاستعمله ثم وجد به عيبا ، رقم الحديث ٣٥٠٧) ؛ وينظر :الإمام الحافظ أبو عبد الرحمن احمد بن شعيب ابن علي بن سنان بن دينار النسائي(ت٣٠٣هـ) ، سنن النسائي المجتبى ،ج١و٢، اعتنى به عبد الفني مستو، المكتبة العصرية ، بيروت ، ٢٠٠٨، ص ٧١٠ . (كتاب البيوع ، باب الخراجبالضمان ، رقم الحديث ٤٤٩٢) ؛ وبهذا فقد ورد ت الاحاديث عن ام المؤمنين السيدة عائشة رضي الله عنها وعن زوجها رسول الله محمد (ﷺ) ، وفي بعض طرقه ذكر السبب وهو ان رجلا ابتاع عبدا فاقام عنده ما يشاء ان يقيم ثم وجد به عيبا فخاصمه الى النبي (ﷺ) فرده عليه ، فقال الرجل : يارسول الله قد استعمل غلامي ، فقال (ﷺ) (الخراج بالضمان) وهو حديث صحيح من جوامع الكلم ولاشتماله على معاني كثيرة وقد جرى مجرى المثل وتعد قاعدة الغرم بالغنم وقاعدة الخراج بالضمان وقاعدة النعمة بقدر النقمة والنقمة بقدر النعمة قواعد فقهية ذات معنى واحد .. ، وللمزيد من التفصيل ينظر : الشيخ د. محمد صدقي بن احمد بن محمد البورنو أبي الحارث الغزي ، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية ، ط٥ ، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع ، بيروت ، ٢٠٠٢ ، ص ٣١١ .

([٤٦]) على حيدر ، درر الحكام شرح مجلة الاحكام ، ، ج١، ط١ ، تعريب المحامي فهمي الحسيني ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ٢٠١٠ ، ص ٨٣ ؛ للمزيد من التفصيل ينظر ايضا : الشيخ احمد بن الشيخ محمد الزرقا (ت /١٣٥٧هـ-١٩٣٨)، شرح القواعد الفقهية ، ط ٦، بقلم مصطفى احمد الزرقا – ابن المؤلف– قام بالتنسيق والمراجعة د. عبد الستار ابو غدة ، دار القلم ، دمشق ، ٢٠٠١ ، ص ٤٣٧ .

بينما نلاحظ ان بقيت انواع السندات المذكورة انفا تغل فائدة ثابتة ومحددة زمنا ومقدارا او فائدة متغيرة ولكنها لاترتبط بنتيجة النشاط ايجابا وسلبا ، وهذا يعني انها لاتخرج عن كونها عقد قرض اجتمعت فيه عناصر ربا الديون الثلاثة الدين والاجل وزيادة مشروطة في الدين مقابل الاجل وهذه الزيادة تعد من قبيل الربا المحرم شرعا بالكتاب والسنة والاجماع والعياذ بالله تعالى – ([٤٧]).

([٤٧]) للمزيد من التفصيل ينظر: د. اشرف محمد دوابه و مرجع سابق ، ص ١٧٠ ؛ وفي هذا الخصوص يمكن ان تتقسم السندات ايضا الى سندات اسمية وسندات لحاملها وتتقسم تبعا للحقوق الناشئة عنها الى سند العلاوة وسند النصيب بفائدة وسند النصيب بدون فائدة والسند المضمون والسند العادي والسند القابلة لتحول الأسهم والسندات بفائدة وسندات منخفضة الجودة وسندات مشاركة وسندات مشروعة وللمزيد من التفصيل ينظر: د. عبد الستار ابو غدة ، صناديق الاستثمار الاسلامية دراسة فقهية تأصيلية موسعة ، بحث مقدم للمؤتمر العلمي السنوي الرابع عشر والخاص بالمؤسسات المالية الاسلامية ، كلية الشريعة والقانون، جامعة الامارات العربية المتحدة ،٢٠٠٥، ص٦٨٤ وما بعدها .

المبحث الثالث

التكييف الشرعي والقانوني للاوراق المالية الاسلامية

ويتضمن هذا المبحث على مطالبين

اثنين هما على النحو الآتي :

المطلب الأول/ التكييف (الطبيعة) الشرعي للاوراق المالية الاسلامية لصناديق الاستثمار

المطلب الثاني/ التكييف

المبحث الثالث

التكييف الشرعي والقانوني للاوراق المالية الاسلامية

سنتناول في هذا المبحث الطبيعة الشرعية والقانونية للوحدات الاستثمارية المكونة من الاوراق المالية الاسلامية وتكييفها المنطقي للعلاقات بين اطراف المشروع الاستثماري في الصندوق الاستثماري الاسلامي على سبيل المثال لا الحصر منذ مرحلة انشائه ولغاية انقضائه ، من حيث المساهمون الذين يكتتبون في المشروع وعلاقتهم مع بعضهم البعض ، وعلاقتهم ايضا مع جهة الاصدار ومدير الاستثمار، فضلا عن التطرق الى الاتجاهات التشريعية في تحديد الطبيعة القانونية للاوراق المالية لصناديق الاستثمار، وذلك من خلال التطرق للتكييف الشرعي للاوراق المالية الاسلامية لصناديق الاستثمار اولا ، والتكييف القانوني للاوراق المالية الاسلامية لصناديق الاستثمار ثانيا .

لذلك لابد من تفصيل ماذكرناه وتوضيح مااستعرضناه مفصلا ، وذلك من خلال المطلبين الاتيين:

المطلب الأول/ التكييف (الطبيعة) الشرعي للاوراق المالية الاسلامية لصناديق الاستثمار.

المطلب الثاني/ التكييف (الطبيعة) القانونية للاوراق المالية الاسلامية لصناديق الاستثمار.

المطلب الأول

التكييف (الطبيعة) الشرعي للاوراق المالية الاسلامية لصناديق الاستثمار

ان التكييف الشرعي للاوراق المالية الاسلامية لصناديق الاستثمار ينبثق عادة من العلاقات التي تحكم جميع الاطراف المكونة لهذه الصناديق، من حيث المساهمون الذين يكتتبون في هذه الصناديق، ومن حيث مدير الاستثمار، فضلا عن جهة الإصدار والمصرف الذي يقوم بإنشاء الصناديق واستصدار التراخيص الرسمية لإنشائه بل قد يشارك في رأس ماله ايضا.

ومن خلال ذلك يمكن ان نلخص العلاقة التي تربط هذه الإطراف الثلاثة ضمن الفروع الاتية:

الفرع الاول/ علاقة المساهمين فيما بينهم.

الفرع الثاني/ علاقة المساهمين بمدير الاستثمار.

الفرع الثالث / علاقة المساهمين المكتتبون بجهة الاصدار.

الفرع الأول
علاقة المساهمين فيما بينهم

يقوم المساهمون عادة ومن خلال الاكتتاب في هذه الصناديق بالحصول على اوراق مالية وفق وحدات متساوية القيمة، تسمى بوثائق الاستثمار وحددت العديد من التشريعات شكلها والاحكام الخاصة بها ([٤٨])، وان هذه الوثائق تمثل حصص المساهمين في هذه الصناديق، فالعلاقة اذن بين اصحاب هذه الاموال هي علاقة مشاركة وتعد شركتهم شركة اموال، وكما هو معلوم ان شركة الاموال جائزة ومشروعة في الفقه الاسلامي([٤٩]) .

([٤٨]) المادة /٣٦ من قانون سوق راس المال المصري النافذ المرقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢ المعدل ، والمنشور في جريدة الوقائع المصرية، ع/ ٨١ في ١٩٩٣/٤/٨ .

([٤٩]) في هذا الصدد تجدر الاشارة الى ان شركة الاموال تشمل في الفقه الاسلامي شركة المفاوضة والعنان والمضاربة، فشركة المفاوضة هي ان يتساويا في التصرف والمال، أي يفوض كل واحد من الشريكين الى صاحبه التصرف في ماله مع غيبته وحضوره وذلك واقع عندهم في جميع انواع الممتلكات، وقد اختلف فيها العلماء فاتفق الائمة مالك وابو حنيفة النعمان بالجملة على جوازها وان كانا اختلفا في بعض شروطها، وقال الامام الشافعي واحمد لا تجوز، بينما شركة العنان هي ان لا يتساويا في المال، فيتشاركان في بعض الامور، وكل منهما وكيل عن الاخر، أي ان يشترك شخصان على ان يعملا فيهما بانفسهما ويكون الربح حسب اتفاقهما وهي جائزة بالاجماع، في حين ان شركة المضاربة هي دفع مال معين معلوم قدره الى من يتجر فيه بجزء معلوم من ربحه وقد اجمع اهل العلم على جواز شركة المضاربة في الجملة. للمزيد من التفصيل: ينظر: الشيخ حسن ايوب، فقه المعاملات المالية في الاسلام، ط١، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة، القاهرة، ٢٠٠٣، ص٢٢٧ وما بعدها.

الفرع الثاني
علاقة المساهمين بمدير الاستثمار

من المعلوم انه يجب على كل صندوق استثماري ان يعهد بادارة نشاطه الى جهة ذات خبرة في ادارة الصناديق الاستثمارية، ويطلق على هذه الجهة اسم مدير الاستثمار ([٥٠]) ، والمقصود بالصندوق الاستثماري الاسلامي في هذا الصدد هو ذلك الصندوق الذي يلتزم المدير فيه بضوابط شرعية تتعلق بالاصول والخصم والعمليات فيه ، وبخاصة ما يتعلق بتحريم الفائدة المصرفية تحريما مطلقا ، وتظهر هذه الضوابط في نشرة الاصدار التي تمثل الايجاب الذي بناء عليه يشترك المستثمر في ذلك الصندوق وفي الاحكام والشروط التي يوقع عليها الطرفان عند الاكتتاب ، وقد تزايدت شعبية صناديق الاستثمار الاسلامية بالتحديد لدى المسلمين وغير المسلمين في الاونة الاخيرة وذلك بسبب بساطتها وربحها ([٥١]) .

([٥٠]) الجدير بالذكر ان المادة / ١٤١ من اللائحة التنفيذية لقانون سوق راس المال المصري نصت على انه : " مدير الاستثمار هو الشركة المسؤولة عن ادارة اصول والتزامات الصندوق" اما مدير المحفظة في نفس المادة فهو: " الشخص المسؤول لدى مدير الاستثمار عن ادارة استثمارات الصندوق " ؛ في حين نصت المادة/ ٢ من القانون المؤقت رقم ٧٦ لسنة ٢٠٠٢ الخاص بالاوراق المالية الاردني على ان: " امين الاستثمار هو الشخص الاعتباري الذي يمارس متابعة ادارة استثمارات العملاء ومراقبتها للتاكد من مطابقتها للاسس والاهداف الاستثمارية للعميل المنصوص عليها في اتفاقية استثمار بين العميل ومدير الاستثمار، اما مدير الاستثمار فهو الشخص الذي يمارس ادارة محافظ الاوراق المالية لحساب الغير بما في ذلك ادارة صندوق الاستثمار المشترك "؛ كما نصت المادة / ١ من قانون الصناديق الاستثمارية القطري رقم ٢٥ لسنة٢٠٠٢ على انه: " مدير الصندوق الشخص الطبيعي او الاعتباري الذي يعينه المؤسس لادارة الصندوق، اما امين الاستثمار فهو البنك الذي يقوم باعمال امانة استثمار اموال الصندوق" .

([٥١]) للمزيد من التفصيل ينظر : أ. د. صفية احمد ابو بكر، صناديق الاستثمار الاسلامية خصائصها وانواعها، بحث مقدم للمؤتمر العلمي السنوي الرابع عشر والخاص بالمؤسسات المالية الاسلامية ، كلية الشريعة والقانون، جامعة الامارات العربية المتحدة ،٢٠٠٥، ص ٨٣٣ وما بعدها .

كما ان دراسة التكييف الشرعي للعلاقة بين مدير الاستثمار والمساهمين او المؤسسين في الصناديق الاستثمارية ينبغي ان نعرف العلاقة بينهما اولا ، فالعلاقة التي تربط المساهمين او المؤسسين بمدير الاستثمار هي علاقة المضاربة، وعليه فان شركة المضاربة هي الوصف الشرعي الصحيح لهذه العلاقة اذ يقوم مدير الاستثمار بادارة الاموال نظير حصة معلومة من الربح ([٥٢]).

فمن المعلوم في هذا الخصوص ان مسؤولية ادارة صندوق الاستثمار تقع على مدير الاستثمار وان كان يشاركه في هذه المسؤولية عند سوء ادارته للصندوق مجلس ادارة البنك او شركة التامين في صندوق استثمار البنوك وشركات التامين بحسب الاحوال.

وكما وان مدير الاستثمار يتولى ادارة الصندوق عن طريق عقد ادارة مبرم من المؤسسين ويتضمن هذا العقد مقابل الادارة التي يتقاضها مدير الاستثمار او الذي غالبا ما يكون محددا بمبلغ مقطوع الى جانب ربح تحفيزي ، ولا اثر هنا لكون المتعاقد مع مدير الاستثمار هم المؤسسون دون المكتتبون لان موافقة المكتتبين على ما جاء بنشرة الاكتتاب واكتتابهم بالعقد جعل هذا التعاقد كانه صادر منهم اصالة وهذا الوضع هو المناسب لكثرة عدد المشاركين ، كما ان الشروط الجائزة شرعا يمكن ان تحدد من طرف ويوافق عليها الاخر، ولكن بالنظر الى طبيعة العلاقة الشرعية في عقد الادارة بين المؤسسين ومدير الاستثمار يتبين انها علاقة وكالة باجر وهي جائزة شرعا ، وهي في صناديق الاستثمار تسري عليها احكام الاجارة في الفقه الاسلامي واحكام الاجارة التي تسري على مدير الاستثمار

([٥٢]) للمزيد من التفصيل ينظر: أ. د. عبد المجيد الصلاحين ، صناديق الاستثمار الاسلامية مفهومها خصائصها أحكامها ، بحث مقدم الى المؤتمر العلمي السنوي الخامس عشر – مؤتمر اسواق الاوراق المالية والبورصات، ، كلية الشريعة والقانون ، جامعة الامارات العربية المتحدة ، اذار٢٠٠٦ ، ص٩ ؛ والجدير بالذكر في هذا الخصوص ان المقصود بشركة المضاربة : هي ان يشترك اثنان احدهما بماله والاخر ببدنه وعمله فيدفع صاحب المال ماله الى اخر ليعمل له في ماله مقابل نسبة معينة من الربح ، وكثير من الناس في حاجة الى هذا النوع من الشركة فقد يكون مع البعض مال وهو لا يحسن التصرف فيه بتجارة او صناعة او غيرهما او عاجزا او مريضا فيدفع ماله الى انسان امين يحسن التصرف في ماله وله نسبة من الربح يتفقان عليها، وقد اجمع اهل العلم على جواز شركة المضاربة في الجملة ، للتفاصيل حول هذا الموضوع ينظر: أ. د. محمد الحسن مصطفى البغا ، الشركة المساهمة في الفقه الاسلامي دراسة تاصيلية مقارنة ، ط١، دار العلوم الانسانية، دمشق، ٢٠٠٥، ص٢٦؛ والشيخ حسن ايوب، مصدر سابق، ص٢٣٠.

هي احكام الاجارة العامة ([٥٣]) ، فاجرة مدير الاستثمار معلومة في عقد الادارة كما ان مدير الاستثمار يمكنه ادارة اكثر من صندوق استثمار في وقت واحد فضلا عن مسؤوليته عن ادارة الصندوق ان تعدى او قصر في ادارته ، حيث ان الفقهاء المسلمون اختلفوا في كون يد الاجير المشترك يد ضمان او يد امانة ؟ .

فذهب الصحابة عمر بن الخطاب (رضي الله عنه) وعلي بن ابي طالب (رضي الله عنه) وشريح القاضي وابو يوسف ومحمد والائمة المالكية الى ان يد الاجير المشترك يد ضمان وانه يضمن الشيء التالف ولو بغير تعد او تقصير منه صيانة لاموال الناس وحفاظا على مصالحهم، فقد روى الامام البيهقي عن علي (رضي الله عنه) انه كان يضمن الصباغ والصانع وقال لا يصلح الناس الا ذلك وروى ايضا ان الامام الشافعي ذكر ان شريحا ذهب الى تضمين القصار- الصباغ - فضمن قصارا احترق بيته فقال تضمنني وقد احترق بيتي؟ فقال شريح القاضي: ارايت لو احترق بيته كنت تترك له اجرك؟ ....، وذهب الامام ابو حنيفة وابن حزم الظاهري الى ان يده يد امانة فلا يضمن الا بالتعدي او التقصير وهذا هو الصحيح في مذهب الحنابلة، والصحيح من اقوال الامام الشافعي، وقال ابن حزم: لا ضمان على اجير مشترك او غير مشترك ولا على صانع اصلا الا ما ثبت انه تعدى فيه او اضاعه ([٥٤]) .

([٥٣]) في هذا الصدد تجدر الاشارة الى ان الاجير في الفقه الاسلامي قد يكون عاما او خاصا، والاجير الخاص الذي يستاجر مدة معلومة ليعمل فيها فاذا لم تكن المدة معلومة كانت الاجارة فاسدة ولكل من الاجير والمستاجر فسخها متى اراد، والاجير الخاص لا يجوز له اثناء المدة المتعاقد عليها ان يعمل لغير مستاجره ، في حين ان الاجير العام او المشترك فهو الذي يعمل لاكثر من واحد فيشتركون جميعا في نفعه كالصباغ والخياط والحداد والنجار وليس لمن استاجره ان يمنعه عن العمل لغيره ، ولا يستحق الاجرة الا بالعمل، وللمزيد من التفصيل ينظر: السيد سابق ، فقه السنة ، المجلد ٣، المكتبة العصرية ، بيروت، ٢٠٠٩، ص١٥٢.

([٥٤]) للمزيد من التفاصيل ينظر: السيد سابق، مصدر سابق، المجلد ٣، ص١٥٢. والجدير بالذكر في هذا الصدد ان المادة/ ٣٤- و من لائحة صناديق الاستثمار السعودية الصادرة بموجب القرار ١-٢١٩-٢٠٠٦ في ٢٠٠٦/١٢/٢٤، نصت على: " يتحمل مدير الصندوق المسؤولية المالية عن خسائر الصندوق الناتجة عن الاخطاء التي تحصل بسبب اهماله او سوء سلوكه المتعمد " .

ومن الجدير بالذكر انه اذا رخص لصندوق الاستثمار في ممارسة نشاط اخر في غير الاوراق المالية فانه بعد موافقة الهيئة العامة لسوق المال يكون لمدير الاستثمار الحق في ان يعهد الى جهة متخصصة بادارة هذا النشاط مع مسؤوليته عن هذه الجهة ، وهذا جائز شرعا حيث يمكن للوكيل توكيل غيره اذا اذن له الموكل في ذلك ، ويمكن تحقيق هذا الاذن بموافقة المؤسسين على ذلك بالاضافة الى موافقة المكتتبين من خلال تضمين ذلك نشرة الاكتتاب ([٥٥]) .

وهكذا يتبين من خلال هذا العرض ان العلاقة الشرعية بين مدير الاستثمار والمؤسسين تحكمها قواعد الوكالة باجر في الفقه الاسلامي ([٥٦]) .

([٥٥]) مما تجدر الاشارة اليه ان جمهور الفقهاء يرون ان الوكيل لا يملك توكيل غيره عن نفسه فيما وكل فيه الا باحد شرطين: **الاول:**- اذن الموكل ، **والثاني:** - الاطلاق ، ولم يكن من عادة الوكيل ان يتولى التصرف بنفسه او كان لا يقدر عليه مع مراعاة الفرق في ذلك وبشرط ان يكون امينا ، فان كان خائنا ضمن التصرف نفسه وحده دون الموكل، ونقل عن الامام احمد بن حنبل وابن ابي ليلى انه يجوز للموكل ان يوكل غيره مطلقا اذا اطلقت الوكالة ولم يكن من الموكل نهي ، لان للوكيل ان يتصرف بنفسه فله ملك التصرف وله فيما ملكه ان يوكل غيره وراي الجمهور هو الاولى بالاخذ والقبول من جهة العمل ، لان الوكيل غير المالك ولان المالك يتصرف بنفسه في ملكه كيف شاء بخلاف الوكيل الذي لا يفعل الا ما يقتضيه الاذن صراحة او ضمنيا او عرفا، وللمزيد من التفاصيل ينظر: السيد سابق، مصدر سابق ، المجلد ٣، ص١٦٦.

([٥٦]) ينظر: د. اشرف محمد دوابه، مصدر سابق، ص١٦٢.

الفرع الثالث

علاقة المساهمين المكتتبين بجهة الاصدار

ان هذه العلاقة تتحدد بصورة اساسية من خلال ما تقوم به جهة الاصدار، اذ يمكن للمصرف المؤسس لصندوق الاستثمار ان يساهم في راس المال، وبهذا تصبح العلاقة بينه وبين سائر المساهمين المكتتبين علاقة مشاركة أي شركة اموال، وقد يتقاضى المصرف عمولة لقاء ما يقدمه من خدمات وتسهيلات مصرفية، وهذه العمولة من خلال تكييفها التكييف الشرعي تعد مشروعة وتعتبر في هذه الحالة اجرة لذلك المصرف([٥٧]) .

ولا شك ان هناك العديد من المجالات التي تستثمر فيها الصناديق الاستثمارية ، فهناك بعض الصناديق يكون هدفها الاستثماري توظيف اموالها في اسهم الشركات ، ويقوم عمل هذه الصناديق على طرح الصندوق للاكتتاب وبعد جمع المال الذي يمثل راس المال نتيجة اكتتاب المستثمرين تقوم ادارة الصندوق بشراء الاسهم وبيعها لتحقيق الارباح ، وحكم هذه المشاركة في مثل هذا النوع من التعامل يكون تبعا لحكم التعامل بالاسهم ، اذ ان الاصل في المعاملات الحل وان تاسيس شركات مساهمة ذات اغراض وانشطة مشروعة امر جائز ، الا انه لاخلاف في حرمة الاسهام في شركات غرضها الاساسي محرم كالتعامل بالربا او انتاج المحرمات او المتاجرة بها ، لذلك فان المجمع الفقهي الاسلامي ميز بين نوعين من الشركات المساهمة ([٥٨]):

([٥٧]) للمزيد من التفاصيل حول الشرائط الخاصة لشركة الاموال وانواعها في الفقه الاسلامي ينظر: أ. د. محمد الحسن مصطفى البغا ، مصدر سابق ، ص٢٣ ؛ والشيخ احمد عيسى عاشور، الفقه الميسر في العبادات والمعاملات ، جزء ٢، المعاملات ، ط١، دار الخير للطباعة والنشر والتوزيع ، بيروت ، ٢٠٠١ ، ص٢٦٥.

([٥٨]) للمزيد من التفصيل ينظر: قرار مجمع الفقه الاسلامي بخصوص التعامل بالاسهم رقم ٦٣(٧/١)، المؤتمر السابع للمجمع المنعقد بجدة في المملكة العربية السعودية، للفترة من ٩-١٤/ايار/١٩٩٢ ، منشور على الموقع الالكتروني لمجمع الفقه الاسلامي الدولي: **http://www.fiqhacademy.org.sa**

الاول: – اذا كان غرض الشركة ونشاطها الاقتصادي مشروعا فان المساهمة فيها تكون مشروعة ايضا.

والثاني: – اذا كان الغرض الاساسي من الشركة ممنوعا شرعا فتكون المساهمة فيها ممنوعة ومحرمة كذلك .

عليه ومن خلال ما تقدم، يكون الاشتراك في الصناديق الاستثمارية مشروعا وجائز شرعا اذا كان عملها مقصورا على شراء اسهم الشركات ذات التعامل المشروع ، اما الاشتراك في الصناديق الاستثمارية ذات التعامل باسهم الشركات التي يكون غرضها ونشاطها محرما غير جائز شرعا.

ومن هنا تنطلق دعواتنا المباركة الى تبني فكرة صناديق الاستثمار الاسلامية حصرا في القانون العراقي خاصة والقوانين العربية عامة ، لانها توجه مواردها نحو الاستثمارات التي لا تتعارض بتاتا مع احكام الشريعة الاسلامية السمحاء ، اذ ان الاختلاف واضح بين صناديق الاستثمار الاسلامية وبين صناديق الاستثمار التقليدية ، فصناديق الاستثمار الاسلامية تمزج بين راس المال والعمل ، بحيث تكون العلاقة بين المؤسسة المكونة للصندوق الاستثماري والاشخاص المكتتبين في الصندوق هي علاقة مضاربة ، يقدم المكتتبين راس المال وتقوم المؤسسة بالمضاربة بهذا المال في اطار الصندوق الاستثماري ، بينما يكون الصندوق الاستثماري التقليدي مجرد وسيط مالي ([٥٩]) .

ومن هذا المنطلق نوصي ايضا بضرورة قيام هذه الصناديق الاستثمارية الاسلامية بتطبيق احكام الشريعة من خلال دفع الزكاة وذلك بقيام هذه الصناديق باقتطاع نسبة(٢,٥) من قيمة مساهمة كل مساهم اذا بلغت مساهمته النصاب الشرعي للزكاة وحال عليها الحول بعد بلوغها هذا النصاب، على ان تصرف هذه الاستقطاعات بالمصارف المحددة للزكاة، وذلك بعد موافقة المساهم الخطية على ذلك وتعهده الخطي منذ بداية تاسيس الصندوق على دفعها قبل الاشتراك فيه.

كما نوصي في هذا الصدد ايضا بان تقوم صناديق الاستثمار بتعيين هيئات للرقابة الشرعية يكون اعضاؤها من الذين يجمعون بين العلم الشرعي والخبرة الاقتصادية والقانونية كي

([٥٩]) ينظر : أ. د.عبد المجيد الصلاحين، مصدر سابق، ص١٧.

تمـارس دورا استشـاريا ورقابيـا فـي ان واحـد علـى هـذه الصـناديق للتاكـد مـن توافـق انشـطتها الاستثمارية واحكام الشريعة الاسلامية.

المطلب الثاني

التكييف (الطبيعة) القانونية للاوراق المالية الاسلامية لصناديق الاستثمار

اختلفت العديد من التشريعات في معظم دول العالم في تحديد الطبيعة القانونية للاوراق المالية لصناديق الاستثمار ، وان اغلب الاتجاهات التشريعية انقسمت الى ما يأتي:

الاول: ان تاخذ الصناديق الاستثمارية شكل الشركات المساهمة، اما **الثاني:** وهو ان تؤسس هذه الصناديق من قبل المصارف الإسلامية، كما في صناديق الاستثمار السعودية أو من شركات التامين، وبعض التشريعات جمعت بين الاثنين معا وفقا لضوابط خاصة ([٦٠]) .

وبالنسبة للشكل الاول: صناديق استثمار الشركات المساهمة فهي تعد صناديق مغلقة براس مال نقدي ولها شخصية معنوية مستقلة عن ذمم باقي الشركاء لها، ويتم تداول وثائقها ووحداتها الاستثمارية في سوق الاوراق المالية([٦١]) .

اما الشكل الثاني والذي يتم تاسيسه من خلال المصارف وشركات التامين فهي تعد صناديق مفتوحة ولا تتمتع بالشخصية المعنوية ولا بالاستقلالية عن الجهة المالكة لها، وان كانت في الاصل هذه الصناديق هي مستقلة من حيث حساباتها وادارتها الا انها تبقى تابعة لمن اسسها من مصرف او شركة تامين([٦٢]) .

([٦٠]) تنظر: المادتين /٣٥و٤١ من قانون سوق راس المال المصري؛ والمادة /٣٣-١ من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم تداول الاوراق المالية وانشاء صناديق الاستثمار الكويتي المرقم٣١ لسنة١٩٩٠ الملغي.

([٦١]) ينظر : د. اشرف محمد دوابه ، مصدر سابق، ص١٤٩؛ وينظر المادة /٣٥ من قانون سوق راس المال المصري النافذ.

([٦٢]) حسن بن غالب، زكاة الصناديق الاستثمارية، بحث مقدم للهيئة الاسلامية العالمية للاقتصاد والتمويل في ندوة زكاة الاسهم والصناديق الاستثمارية ، الرياض، ١٤٢٩هـ، ص٧.

ويلاحظ ان اطراف الصندوق الاستثماري لدى بعض التشريعات يقوم على طرفان هما فقط : المصرف " كمؤسسا وكمديرا " والمستثمرون، وهذا موقف لائحة الصناديق الاستثمارية السعودية المرقمة لعام٢٠٠٦.

في حين ان بعض التشريعات الاخر تكون الطبيعة القانونية للصندوق من خلال اطرافه الثلاثة وهم: الجهة المنشئة للصندوق والمدير والمستثمرون، وهذا موقف قانون سوق راس المال المصري المرقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢، وكذا تظهر العديد من العلاقات فيما بينهم، ولكل علاقة طبيعة قانونية تحكمها خاصة بها تتلائم والعقود او النظام الذي يسود بين اطرافها.

وفي اغلب التشريعات نجد طغيان فكرة العقد على فكرة النظام في تنظيم العلاقات بين اطرافه كما في نظام صناديق الاستثمار المؤسسة في السعودية ([٦٣]) ، الا انه في بعض الصناديق يعطى لامين الاستثمار سلطة التصرف القانوني في اموال المستثمرين كما لو كانت امواله الخاصة.

وفيما يخص اصول الصناديق يذهب القانون السعودي في المادة /٣٢ من لائحة صناديق الاستثمار لاعتبارها ملك للمستثمرين على اساس جماعي فلكل منهم حصة مشاعة من صافي تلك الاصول، اما بالنسبة للتشريعات الاخرى فمنها من يثبت ملكية الصندوق ملكية مركبة حيث ينصف ملكية الصندوق بين امين الاستثمار كملكية قانونية وملكية للمستثمرين كما في القوانين الانكلو امريكية وبعض القوانين الاخرى كالقانون الألماني الذي يقوم على فكرة الملكية الائتمانية، اما القانون الفرنسي فيذهب للاخذ بفكرة الشيوع أي الملكية الجماعية([٦٤]) .

([٦٣]) تنظر المادة /١٥ من لائحة صناديق الاستثمار السعودية بموجب القرار ١-٢١٩-٢٠٠٦ في ٢٠٠٦/١٢/٢٤.

([٦٤]) حسن بن غالب، مصدر سابق، ص٩و١٠.

ومن الملاحظ انه بعد انشاء الصندوق الاستثماري سواء اكانت الجهة المنشاة له احد المصارف العادية ام الاسلامية ام شركات وكل ذلك طبقا للقوانين والتعليمات النافذة في ذلك سوف يتم تقسيم راس مال الصندوق الى وحدات استثمارية – كصكوك – يمثل كل منها حصة شائعة في راس المال وتطرح هذه الوحدات للاكتتاب العام للراغبين في المشاركة بالصندوق طبقا لعقد المضاربة او الوكالة بالاستثمار([٦٥]) .

وتجدر الاشارة ان الجهة المنشاة للصندوق التي قد تكون مصارف او شركات تربطهم بالصندوق عقد ملكية وهم يمثلون هذا الصندوق قانونا، ويتولى ادارة الصندوق جهة متخصصة يحكم علاقتها بالصندوق عقد وكالة او عقد عمل تعمل في اطاره لتحقيق الاهداف والسياسات والخطط الاستراتيجية للمشروع، وتقع مسؤولية الادارة هنا على شخص يسمى بمدير الاستثمار او مدير الصندوق الاستثماري وقد يشاركه الادارة مجلس ادارة المصرف او شركة التامين في حالة صناديق استثمار المصارف وشركات التامين، ويتولى المدير هذه العملية من خلال عقد إدارة من المؤسسين ويتضمن اجرا مقابل الادارة التي تولاها والذي يكون مبلغا نقديا إضافة لربح تحفيزي ([٦٦]).

وهناك طائفة المشتركون في الصندوق وهم المكتتبون الذين يشترون الوحدات الاستثمارية في الصندوق ويربطهم بالصندوق عقد مضاربة([٦٧]) .

وفي حالة كون الصندوق الاستثماري يتكون من اسهم وسندات فهنا سيديره شخص يدعى امينا للاستثمار او وديعا للصندوق يقوم بحفظ الوثائق ويدير امواله ويباشر عمليات البيع والشراء وتودع لديه الفوائض من الاموال، وفي الغالب يكون الوديع احد المصارف الكبيرة المتخصصة في هذا المجال، وبالتالي يكون لهذا الامين سلطة مباشرة فعلية على الصندوق من خلال ما يقوم به ([٦٨]) .

([٦٥]) أ. حسين حسين شحاتة، منهج مقترح لتفعيل الرقابة الشرعية والمالية على صناديق الاستثمار الاسلامية، بحث مقدم للمؤتمر العلمي الثالث للاقتصاد الإسلامي، جامعة ام القرى، مكة المكرمة، ايلول٢٠٠٢، ص١٠و١١.

([٦٦]) د. اشرف محمد، مصدر سابق، ص١٦١.

([٦٧]) د. محمد القري، مصدر سابق، ص٦.

([٦٨]) د. وليد هويمل، مصدر سابق، ص٤٩.

ومن الطبيعي ان مدير الاستثمار يتقاضى اتعابا نظير قيامه بعمله الاداري ، وقد جرى العمل على حساب هذه الاتعاب على اساس نوعين من الاتعاب ([٦٩]) :

الاولى :- اتعاب ادارة : ويتم احتسابها على اساس نسبة من صافي اصول الصندوق وتكون على اقساط وتختلف نسبتها من صندوق لاخر.

الثانيـــة :- اتعـاب حسـن الاداء: وتحسـب علـى اسـاس نسـبة مـن صـافي فـائض اربـاح الصـندوق كحـافز لـلاداء اذا زادت الاربـاح عـن حـد معـين وتختلـف هـذه النسـبة ايضـا مـن صـندوق لاخـر، ويتحمـل الصـندوق اتعـاب مـدير الاسـتثمار كمـا يتحمـل النفقـات التـي يـدفعها المـدير مثـل اتعـاب المحـامين ومراقبـي الحسـابات وغيـر ذلـك مـن النفقـات المرتبطـة بنشـاط الصـندوق ، وهـذا الامـر غيـر جـائز شـرعا وهـو ان- يمثـل جـزء مـن اتعـاب مـدير الاسـتثمار نسـبة مـن صـافي الـربح- فـلا يجـوز ان يكـون الاجـر جـزء مـن نـاتج العمـل علـى راي جمهـور الفقهـاء المسـلمين، وان كـان الامـام ابـن قدامـة ذكـر صـورا قريبـة مـن هـذه الصـورة ، وينطبـق ذلـك ايضـا علـى اتعـاب البنـك التـي تمثـل نسـبة مـن صافي ربح الصندوق ولذلك يؤخذ على قانون سوق راس المال المصري النافذ المرقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢ المعدل مخالفتها لاحكام الشريعة الاسلامية في هذا المجال، لذلك نقترح ونوصي

([٦٩]) تجدر الاشارة الى ان اللائحة التنفيذية لقانون سوق راس المال المصري اوجب في المادة /١٥٢ ان يبين عقد الادارة بين الصندوق ومدير الاستثمار المقابل الذي يتقاضاه مدير الاستثمار دون ان تحدد ذلك، الا ان مضمون نشرات الاكتتاب لبعض الصناديق توضح ان المقابل يحدد بمبلغ مقطوع الى جانب ربح تحفيزي، وللمزيد من التفاصيل ينظر: د. اشرف محمد دوابه، مصدر سابق، ص١٥٣، وكما نصت المادة/٣٤- ز من لائحة صناديق الاستثمار السعودية الصادرة بموجب القرار ١-٢١٩-٢٠٠٦ في ٢٠٠٦/١٢/٢٤، على انه: " يجوز ان تكون الاتعاب المدفوعة لمدير الصندوق او مدير الصندوق من الباطن مبنية على اساس اداء الصندوق – اتعاب الاداء – وليس على اساس نسبة مئوية من صافي قيمة اصول الصندوق وذلك وفقا للشروط الاتية : ١- ان تكون مدة ادارة الصندوق من قبل مدير الصندوق او مدير الصندوق من الباطن لا تقل عن ١٢ شهرا وان يتم البدء في تحصيل اتعاب الاداء بعد انتهاء هذه المدة فقط. ٢- ان تكون اتعاب الاداء مكونة من اتعاب اساسية وفرق التعديل في مستوى الاداء. ٣- ان يضاف فروق التعديل في مستوى الاداء الى الاتعاب الاساسية او يطرح منها بالنسبة والتناسب وذلك بناء على مقارنة اداء الصندوق بمعيار اداء مناسب لمدة مرجعية محددة. ٤- ان لاتقل المدة المرجعية عن ١٢ شهرا متتاليا تسبق مباشرة المدة التي تم فيها تحصيل اتعاب الاداء. ٥- ان يعاد حساب الفرق في التعديل في مستوى الاداء بشكل ربع سنوي وان يطبق في اليوم الاول من ربع السنة الجديدة " .

بشدة المشرع المصري بالغاء ما يخالف احكام الشريعة الاسلامية من قانون سوق راس المال المصري النافذ ([٧٠]) .

وتجدر الاشارة الى ان ادارة الصناديق الاستثمارية تختلف بين الصناديق الاستثمارية التي تنشئها البنوك وشركات التامين والصناديق التي تؤسس في شكل شركة مساهمة طبقا لاحكام قانون سوق راس المال المصري ولائحته التنفيذية ([٧١]) ، فصناديق الاستثمار التي تنشئها البنوك وشركات التامين في مصر ليس لها مجلس ادارة مستقلة عن مجلس ادارة البنك او شركات المالكة وانما تعد الاخيرة مجلس الادارة الصندوق بالتبعية اذ لا يعدو الصندوق الاستثماري ان يكون احد وجوه النشاط التي يمارسها البنك او شركة التامين بحسب الاحوال ، ونظرا لانه لايتمتع بالشخصية المعنوية المستقلة فان الامر لا يحتاج بالنسبة اليه لمجلس ادارة مستقل، في حين ان لصناديق الاستثمار المنشاة في شكل شركات مساهمة فلابد وان يكون لها الية لمجلس ادارة مستقل ويمكن ان نحدد شروط تكوينه والعضوية على النحو الاتي ([٧٢]) :

([٧٠]) في هذا الصدد نصت المادة /٣٨ من لائحة صناديق الاستثمار السعودية على انه: " يجب على مدير الاستثمار الذي يعمل وفقا لمبادىء الشريعة الاسلامية التاكد بشكل دوري من التزام جميع استثمارات الصندوق بالمعايير المتبعة في تقدير اهلية الاستثمارات وفقا لمبادىء الشريعة الاسلامية ويجب على مدير الصندوق تبليغ مجلس ادارة الصندوق في الاجتماع المقرر التالي بأي مخالفات جوهرية " .

([٧١]) في هذا الصدد لابد ان نبين ان هناك عدة معايير للتفرقة بين اشكال هذه الصناديق فالشكل القانوني الذي يتخذه الصندوق وجهة واجراءات الترخيص بمزاولة النشاط ومجلس الادارة وجهة الادارة الفعلية او التنفيذية وراس المال ووثائق الاستثمار وقيد الوثائق بالبورصة ...الخ ، وللمزيد من التفصيل حول معايير التفرقة بين صناديق الاستثمار التي تنشئها البنوك وشركات التامين والصناديق التي تؤسس في شكل شركات مساهمة طبقا لاحكام قانون سوق راس المال المصري ولائحته التنفيذية ينظر: د. كمال طلبه، مصدر سابق، ص١١٣وما بعدها .

([٧٢]) للمزيد من التفصيل ينظر: أ. د. عبد المطلب عبد الحميد، مصدر سابق، ص٢٠٢؛ كما نصت المادة/٩٥من قانون الاوراق المالية الاردني على انه: " أ- يتولى ادارة صندوق الاستثمار المشترك مجلس ادارة يتم انتخاب اعضائه من المساهمين في اجتماع سنوي، بحيث يكون لكل سهم او وحدة استثمارية صوت واحد وعلى ان لا يتجاوز عدد اعضائه من حلفاء أي مدير استثمار ما نسبته ٢٠%. ب- يعين مجلس الادارة مدير استثمار لادارة المحفظة الاستثمارية لصندوق الاستثمار المشترك ويكون تحت اشراف اعضاء مجلس الادارة " .

١- ان تكون اغلبية اعضائه من غير المساهمين فيه او المتعاملين معه او ممن تربطهم به علاقة او مصلحة، ويحدد النظام الاساس لصندوق الاستثمار بالطبع طريقة تعيين اغلبية اعضاء مجلس الادارة كما يبين كيفية مشاركة حملة وثائق الاستثمار في اختيار هؤلاء الاعضاء على ان يتم تشكيل مجلس الادارة على هذا النحو ثلاثة اشهر من تمام الاكتتاب في وثائق الاستثمار وبما لا يتجاوز سنة من تاريخ صدور الترخيص بمزاولة النشاط ويدير الصندوق خلال هذه الفترة مجلس ادارة مؤقتة يحدد النظام وكيفية اختياره.

٢-اشترطت المادة /١٣٥-٤ من اللائحة التنفيذية المصرية لمنح الترخيص لصناديق الاستثمار ان يكون اعضاء مجلس الادارة حسني السمعة مع تقديم ما يفيد انه لم يصدر على أي منهم حكم بعقوبة جنائية في جريمة ماسة بالشرف والامانة.

والجدير بالذكر انه في فرنسا غير مسموح ان تقوم البنوك او شركات التامين مثلا بالادارة المباشرة للصناديق التي تنشأها، ولذلك فقد قامت المؤسسات المالية المنشأة لصناديق الاستثمار بتاسيس شركات للادارة لتظل مهمة هذه الصناديق محصورة في تلقي نتائج وثمار نشاط شركات الادارة ، وان كلا من نشاط الصندوق والجهة التي انشاتها يجب ان يكون منفصلا لذلك تتميز شركات الادارة في فرنسا بميزة مهمة جدا وهي ان المشرع لم يضع قيودا او حدودا مئوية على النسبة التي يمكن لشركة الادارة التي تدير صندوق استثماري مشترك المساهمة بها في راس مال الصندوق او مجموعة الصناديق التي تديرها كما يمكن لشركة الادارة ان تدير أي عدد ممكن من الصناديق ([٧٣]) .

وهنا يكون من الاجدر ان نبين الاساس الذي تقوم عليه ادارة الصناديق الاستثمارية الاسلامية عموما ، حيث تتم ادارة الصناديق الاستثمارية عادة باحدى الصيغ الشرعية المعروفة، فهي اما على اساس عقد المضاربة او على اساس الوكالة بالاستثمار او على اساس المشاركة او على اساس الابضاع ، ومن اجل الاحاطة بالموضوع بصورة متكاملة ينبغي استعراضه وفقا للاتي:

اولا – ادارة الصناديق على اساس عقد المضاربة.

ثانيا – ادارة الصناديق على اساس الوكالة.

ثالثا – ادارة الصناديق على اساس المشاركة.

رابعا – ادارة الصناديق على اساس الابضاع.

([٧٣]) ينظر: أ. د. عبد المطلب عبد الحميد، مصدر سابق، ص٢٤٣.

اولا – ادارة الصناديق على اساس عقد المضاربة.

تدار غالبية صناديق الاستثمار على اساس عقد المضاربة، والمضاربة لغة ماخوذة من الضرب في الارض وهو السفر فيها والتجارة، ضاربه مضاربه وضرابا جالده واتجر في ماله وقيل لان لكل من الشريكين يضرب لهما بسهم ([٧٤])، قال تعالى في محكم ايات التنزيل : ﴿ ۞ إِنَّ رَبَّكَ يَعْلَمُ أَنَّكَ تَقُومُ أَدْنَىٰ مِن ثُلُثَيِ ٱلَّيْلِ وَنِصْفَهُۥ وَثُلُثَهُۥ وَطَآئِفَةٌ مِّنَ ٱلَّذِينَ مَعَكَ ۚ وَٱللَّهُ يُقَدِّرُ ٱلَّيْلَ وَٱلنَّهَارَ ۚ عَلِمَ أَن لَّن تُحْصُوهُ فَتَابَ عَلَيْكُمْ ۖ فَٱقْرَءُوا۟ مَا تَيَسَّرَ مِنَ ٱلْقُرْءَانِ ۚ عَلِمَ أَن سَيَكُونُ مِنكُم مَّرْضَىٰ ۙ وَءَاخَرُونَ يَضْرِبُونَ فِى ٱلْأَرْضِ يَبْتَغُونَ مِن فَضْلِ ٱللَّهِ ۙ وَءَاخَرُونَ يُقَٰتِلُونَ فِى سَبِيلِ ٱللَّهِ ۖ فَٱقْرَءُوا۟ مَا تَيَسَّرَ مِنْهُ ۚ وَأَقِيمُوا۟ ٱلصَّلَوٰةَ وَءَاتُوا۟ ٱلزَّكَوٰةَ وَأَقْرِضُوا۟ ٱللَّهَ قَرْضًا حَسَنًا ۚ وَمَا تُقَدِّمُوا۟ لِأَنفُسِكُم مِّنْ خَيْرٍ تَجِدُوهُ عِندَ ٱللَّهِ هُوَ خَيْرًا وَأَعْظَمَ أَجْرًا ۚ وَٱسْتَغْفِرُوا۟ ٱللَّهَ ۖ إِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ ﴿٢٠﴾ ﴾ ([٧٥]) .

اما المقصود بالمضاربة اصطلاحا فهي: عقد مع الشركة في الربح بمال من احد الشركاء وعمل من الاخر، فصاحب المال يسمى رب العمل والعامل فيه مضارب ، ويسمى عقد المضاربة ايضا قراضا وذلك من القرض أي القطع، لان صاحب المال يقطع قدرا من الربح للعامل وفق الشرط المتفق عليه بينهما([٧٦]) .

وبهذا فان المضاربة تمثل اتفاقا يقوم بموجبه من يملك المال بدفع ماله الى من يملك الخبرة لاستثمار هذا المال وفقا للضوابط الشرعية، فهي تعني دفع المال الى من يتجر فيه بجزء من ربحه، وهي بذلك تختلف عن المضاربة في عرف رجال الاقتصاد الوضعي، اذ يرون فيها المقامرة في الاسواق والعمل على رفع سعر السلعة وانخفاضه، وذلك يختلف تماما عن مقصود الشريعة الاسلامية التي تعد المضاربة شركة بين المال والعمل ([٧٧]) .

([٧٤]) ينظر: فؤاد افرام البستاني، مصدر سابق ، ص٤٢٤ .

([٧٥]) سورة المزمل/ الاية ٢٠ .

([٧٦]) ينظر: علاء الدين بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، مرجع سابق ، ج ٦، ص٥٦؛ ومحمد بن اسماعيل الصنعاني(ت١١٨٢هـ)، سبل السلام شرح بلوغ المرام، ط٣ ، دار الكتاب العربي ، بيروت، ١٤٠٧هـ .، ص٧٦٣؛ وللمزيد من التفاصيل ينظر: أ. د. محمد الحسن مصطفى البغا ، مصدر سابق، ص٢٦.

([٧٧]) للمزيد من التفاصيل ينظر: د. اشرف محمد، مصدر سابق، ص٢٣٥.

فيقوم بدور المضارب الشركة المنشئة للصندوق الاستثماري، حيث تتولى جمع راس مال المضاربة من حصيلة الاكتتاب في الوحدات الاستثمارية المطروحة حسب الشروط المبينة في نشرات الاكتتاب، ويقوم المشاركون في الصندوق بدور ارباب المال، ويكون لعمل المدير حصة شائعة من الربح، ولا يجوز له ان يشترط مبلغا مقطوعا لان كل شرط من شانه ان يقطع المشاركة يعد مفسدا لعقد المضاربة، وصورة المضاربة لادارة الصندوق هي المضاربة المقيدة ([٧٨]) ، حيث تشتمل نشرة الاصدار على القيود والشروط التي تحدد مسار الاستثمار من حيث مجاله سواء في العقار ام المنافع ام التجارة ام التصنيع...الخ، وكيفية توزيع الارباح وتحديد ايام اعادة الشراء للوحدات وتوزيع الارباح شهريا او سنويا ومكان الاستثمار...الخ، وذلك في النظام واللوائح التي يضعها المدير المضارب ويبدي استعداده للالتزام بها– ويلاحظ ان لا اثر لكون مصدر التقييد هو رب العمل مباشرة او المضارب بموافقة رب العمل– لان اسهام المشاركين في الصندوق بحسب شروط النشرة هو موافقة منهم وكانها صادرة منهم اصالة عن انفسهم ، وهذا هو الوضع المناسب لكثرة عدد المشاركين فيصعب سؤال كل واحد منهم عن القيود التي يرغبها في المضاربة ([٧٩]) ، اذ ان الاصل كما هو معلوم في عقد المضاربة ان يتم الايجاب والقبول بين المضارب ورب العمل وذلك بان يتصرف كل واحد منهما على الاخر ويجري التفاهم بينهما على الشروط ويتم الايجاب والقبول في مجلس التعاقد، ولكن في الصناديق الاستثمارية ارباب المال قد يكونون بالالاف ومعرفة رغبة كل منهم والاجتماع مع

([٧٨]) الجدير بالذكر ان المضاربة تكون على قسمين: مطلقة ومقيدة ، والمقصود **بالمضاربة المطلقة** : هي التي يفوض فيها رب العمل المضارب في ان يدير عمليات المضاربة دون ان يقيده بقيود أي ان العامل يكون له الحرية الكاملة في التجارة في أي نوع وفي أي مكان وفي أي زمان او أي مجال تجاري ، فالمراد بالاطلاق هنا هو ان يعمل المضارب فيها بسلطات تقديرية واسعة وذلك اعتمادا على الثقة في امانته وخبرته، ومن قبيل المضاربة المطلقة ان يقول رب العمل – اعمل برايك– والاطلاق مهما اتسع فهو مقيد بمراعاة مصلحة الطرفين في تحقيق مقصود المضاربة وهو الربح، وان يتم التصرف وفقا للاعراف التجارية في مجال النشاط الاستثماري موضوع المضاربة، اما المقصود **بالمضاربة المقيدة** : فهي التي تقيد بشروط في نوع التجارة او مكان الاتجار وغير ذلك من القيود المعتبرة لمصلحة رب المال ، وذلك كان يشترط رب العمل على العامل ان تكون التجارة في نوع معين من السلع كلاثاث او المجوهرات او غير ذلك، ويجوز تقييده بزمان محدد فيشترط عليه الاستثمار في مواسم واوقات معينة او البلد الذي يتاجر فيه او بالمجال الاستثماري المسمى في العقد كان يشترط عليه الاستثمار في قطاع معين كالخدمات او التجارة في سلعة ما او مجموعة سلع لا يتعداها وبكل ما يراه مناسبا بما لايمنع المضارب عن العمل، وللمزيد من التفاصيل ينظر: د. هشام احمد عبد الحي، مصدر سابق، ص٢٩٢.

([٧٩]) ينظر: د. عبد الستار ابو غدة، مصدر سابق، ص٥٧٦.

كل منهم من المتعذر، وازاء هذا الموقف يثارفي هذا الصدد التساؤل الاتي عن ما هو الحل لهذه المسالة؟ .

وللاجابة عن التساؤل نقول لاشك ان الاكتتاب في راس مال الصندوق هو الايجاب ، بينما تعد موافقة الجهة المصدرة للسندات هي القبول، وبذلك تنعقد المضاربة الصحيحة المنتجة لاثارها ، وهذا الاجتهاد يتوافق مع ما ذهب اليه جمهور الفقهاء المسلمين اذ يعدون الايجاب هو ما صدر ممن يكون منه التمليك سواء صدر اولا او صدر ثانيا، في حين ان القبول هو ما صدر ممن يصير له الملك وان صدر اولا ([٨٠]) .

وكما هو معلوم فان الاصل في يد المضارب على المال انها يد امانة، وبالتالي فهو لا يكون ضامنا لما يتلف تحت يده من مال المضاربة الا ان هذا الاصل عليه استثناء ، وهو ان يد الامانة في الامانة في المضاربة مقيدة بعدم التعدي او التقصير، فان تعدى المضارب او قصر في حفظ المال اصبحت يده عندئذ يد ضمان فيجب عليه ضمان ما تلف من ماله، وبهذا فان اموال المستثمرين في صندوق الاستثمار تكون امانة فان تلفت او تلف جزء منها دون تعدي او تقصير فلا يتحمل الصندوق هذا العجز ، اما اذا اثبت المستثمرون في الصندوق الاستثماري بطرق الاثبات المشروعة والمعروفة ان هلاك راس مالهم كان نتيجة تفريط او اهمال من ادارة الصندوق، فان ادارة الصندوق في هذه الحالة تكون مسؤولة وتتحمل التلف ([٨١]) .

([٨٠]) للمزيد من التفاصيل ينظر: محمد بن احمد الخطيب الشربيني (ت٩٧٧هـ)، مغني المحتاج الى معرفة معاني الفاظ المنهاج ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ٢٠٠٠ ، ص٥.

([٨١]) ينظر: أ.د.عبد المجيد الصلاحين، مصدر سابق، ص١٨.

ثانيا – ادارة الصناديق على اساس الوكالة.

بداية يقصد بالوكالة لغة : التفويض لاظهار العجز والاعتماد على الغير ([٨٢]) ، في حين ان المقصود منها في الاصطلاح الشرعي: انابة الانسان غيره ليقوم مقامه في التصرف او تفويض شخص للقيام بعمل نيابة عنه في تصرف جائز ([٨٣])، والاصل فيها قوله تعالى في كتابه العزيز: ﴿ وَكَذَٰلِكَ بَعَثْنَٰهُمْ لِيَتَسَآءَلُوا۟ بَيْنَهُمْ ۚ قَالَ قَآئِلٌ مِّنْهُمْ كَمْ لَبِثْتُمْ ۖ قَالُوا۟ لَبِثْنَا يَوْمًا أَوْ بَعْضَ يَوْمٍ ۚ قَالُوا۟ رَبُّكُمْ أَعْلَمُ بِمَا لَبِثْتُمْ فَٱبْعَثُوٓا۟ أَحَدَكُم بِوَرِقِكُمْ هَٰذِهِۦٓ إِلَى ٱلْمَدِينَةِ فَلْيَنظُرْ أَيُّهَآ أَزْكَىٰ طَعَامًا فَلْيَأْتِكُم بِرِزْقٍ مِّنْهُ وَلْيَتَلَطَّفْ وَلَا يُشْعِرَنَّ بِكُمْ أَحَدًا ﴿١٩﴾ ﴾ ([٨٤])، اما المقصود منها في الاصطلاح القانوني فهي: " عقد يقيم به شخص غيره مقام نفسه في تصرف جائز معلوم " ([٨٥]) .

وبهذا فانه يمكن للشخص ان يوكل شخصا اخر لانجاز مهمة ما مكانه ، وبالتالي فهي استعانة على انجاز امور الناس وتلبية حاجاتهم ويكون المعقود عليه بين العاقدان وهو موضوع العقد ، هو النشاط المحدد المطلوب تنفيذه ، اما الاجرة فيجب ان تكون معلومة وتستحق بمجرد البدء بالاستثمار سواء ربحت التجارة ام لا، وقد تكون الاجرة بمبلغ محدد او نسبة من راس المال حسب الاتفاق بين العاقدين، وقد تكون الوكالة بالاستثمار مقيدة بتقييد شروط الموكل، والا كان ضامنا ما لم يكن خلافه الى خير وذلك بممارسة النشاط باسلوب افضل من المتفق عليه ونتج عن ذلك نتائج وارباح اعلى، في حين يجب ان يراعى في الوكالة المطلقة انها مقيدة بالعرف ([٨٦]).

([٨٢]) ينظر: محمد بن ابي بكر عبد القادر الرازي ، مرجع سابق ، ص٧٣٤ ؛ وفؤاد افرام البستاني، مصدر سابق، ص٩٣٨.

([٨٣]) ينظر: محمد امين ابن عابدين (ت١٢٥٢هـ)، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الابصار المعروف بحاشية ابن عابدين ، ج٤ ، دار الفكر، بيروت، ١٩٧٩، ص٤٠٠ ؛ وللمزيد من التفاصيل حول احكامها ينظر: احمد عيسى عاشور، الفقه الميسر في العبادات والمعاملات، ج٢، المعاملات ، مرجع سابق ، ص٢٦٨.

([٨٤]) سورة الكهف/ الاية: ١٩.

([٨٥]) المادة /٩٢٧ من القانون المدني العراقي النافذ رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل؛ وللمزيد من التفاصيل حول الوكالة واحكامها تنظر: المواد /٩٢٧-٩٤٩ من القانون المدني العراقي .

([٨٦]) ينظر: د.هشام احمد، مصدر سابق، ص٣٠٠.

وعليه فليست المضاربة وحدها هي السبيل الوحيد لادارة الصناديق الاستثمارية وانما هناك ايضا ادارة على اساس الوكالة بالاستثمار وهي مجال دراستنا الحالية لهذا الموضوع وهو ادارة الصناديق على اساس الوكالة ، والتي تعمد عندما تقوم الرغبة لدى المدير والمشاركين في ان يكون مقابل عمل المدير هو حصة شائعة من الربح وان يقطع صلة المشاركين عن الادارة الا من خلال ما في اللوائح من تعليمات وقيود في البداية ، ولكن يمكن ان يصار الى تحديد مقابل عمل المدير بنسبة من المبالغ التي يديرها أي بمبلغ مقطوع يستحقه في جميع الاحوال وهذا ما يتحقق من خلال اعتماد الوكالة بالاستثمار باجر معلوم.

فيتم تحديد اجرة مقابل عمل المدير بنسبة يكون فيها الاجر معلوما او بمبلغ مقطوع، حيث يستحق الاجر في كل الاحوال ربح الصندوق او خسر والاجرة تستحق للمدير حسب الاتفاق في مواعيد دورية حسب نظام الصندوق سواء سنويا ام فصليا ام شهريا، وقد تكون ادارة الصندوق من المكتتبين الذين يملكون عددا من الوحدات ففي هذه الحالة تكون شركة الادارة هي وكيل وشريك في ان واحد ويتم في هذه الشركة خلط اموال المستثمرين باموال المدير، فاذا وقع ذلك فمن الواجب الفصل التام بين عقد الادارة وبين عقد اصدار الوحدات بشكل لايؤدي الى قطع المشاركة ، لان مايحدث نتيجة تخصيص مبلغ معلوم للمدير وهو احد المشاركين فقد تكون الارباح بمقدار اجرة المدير فيكون المدير قد استحوذ على الربح كله ، وبذلك تنقطع الشراكة لحصول احد الشركاء على الربح كله دون الشركاء الاخرين، وهذا ما يسمى في عرف القانون التجاري بحصة الاسد ([٨٧]) .

وفي هذا الصدد جاء التخريج الفقهي لهيئة المعايير الشرعية والمجمع الفقهي الدولي في ان هذه الحالة ينطبق عليها احكام الشركة حيث نصت على انه: " يجوز تكليف احد الشركاء بادارة الشركة لقاء اجر بشرط ان يكون ذلك بعقد مستقل منفصل عن عقد الشركة والا يكون ذلك من شروط الشركة بحيث يمكن عزله دون ان يترتب على ذلك تعديل عقد الشركة او فسخه وحينئذ يجوز تحديد اجر محدد له ومستند ذلك انه لا يمثل هنا صفة الشريك بل انه اجير خاص يمكن عزله بينما الاستعانة به كشريك يؤدي ذلك الى ضمان راس ماله وعدم تحمل الخسارة بقدر راس ماله اذا وقعت " ([٨٨]) .

([٨٧]) ينظر: أ. د.عبد الستار ابو غدة، مصدر سابق، ص٥٧٧ .

([٨٨]) قرار رقم ٥ للمجمع الفقهي الرابع ، العنصر الرابع ، بند ٦/أ، والمعايير الشرعية، هيئة المحاسبة والمراجعة، ص٢٢٧، نقلا عن د. هشام احمد، مصدر سابق، ص١٧٤.

وبناء على ما سبق يتم اجراء عقد الادارة منفصلا عن عقد اصدار الوحدات وبذلك يكون ما ياخذه مدير الصندوق من اجر يحصل عليه بصفة اخرى مختلفة تماما عن صفة المشارك فاذا فسخ عقد الاجارة استمر عقد المشاركة في الوحدات ([٨٩]) .

والجدير بالذكر ان هناك اختلاف بين الصناديق القائمة على اساس المضاربة والصناديق القائمة على اساس الوكالة، حيث ان صناديق المضاربة تنقطع صلة المستثمرين عن الادارة تماما، وان جهة اصدار الصندوق تستحق حصة معلومة من الربح المتحقق وليس كمبلغ مقطوع، اما الصناديق القائمة على اساس الوكالة فالاصل فيها بقاء المشارك بصفة الموكل وله دور في توجيه الادارة وبقدر محدود بسبب تعلق المسؤولية للادارة بعدد كبير من المستثمرين في الصندوق ([٩٠]) .

([٨٩]) ينظر: د.هشام احمد ، مصدر سابق، ص١٧٤.

([٩٠]) د. ثريا عبد الرحيم الخزرجي، الصناديق الاستثمارية اداة حديثة ومتطورة لتنشيط الاسواق المالية مع اشارة خاصة للصناديق الاستثمارية الاسلامية، بحث منشور في مجلة دراسات اقتصادية، بيت الحكمة، بغداد، ع٣، ٢٠٠٠، ص٧٤.

ثالثا – ادارة الصناديق على اساس المشاركة.

في هذه الطريقة لا يخصص حصة من الربح منفصلة نظير عمله بل اما ان يتولى الادارة بصفته احد الشركاء او المخول بذلك المهمة عنهم وذلك اما بالنسبة ربح متناسبة مع حصته في راس المال ، واما بحصة زائدة بناء على جواز تفاوت الربح عن حصة التمويل – عند الائمة الحنفية والحنابلة – والادارة في هذه الطريقة تختلف عما يحصل في طريقة الادارة بالمضاربة من حيث جواز تدخل الشركاء في الادارة دون الاخلال بسريان ما سبق ان ابرمه من تصرفات ادارة بمفرده ([٩١]) .

وبهذا نلاحظ ان الادارة بطريقة المشاركة تختلف عن طريقة المضاربة بوجوب مساهمة المدير في راس مال المشاركة وحق الشركاء في الادارة، ويكون مقابل الادارة فيهما حصة من الربح، اما في الوكالة فهو مبلغ او نسبة من الوعاء.

الا ان الملاحظ ان عقد المضاربة هو الذي تقوم عليه العلاقة بين الجهة التي تدير الصندوق والمكتتبين المالكين لحصص او وحدات او اسهم المشاركة في راس مال تلك الصناديق، فالجهة المصدرة للصندوق تقوم بدور المضارب الذي يتولى استقبال حصيلة الاكتتاب التي تمثل راس مال المضاربة، كما انها تقوم باستثمار المال حسب الشروط المنصوص عليها في نشرات الاكتتاب، والمكتتبون في راس مال الصندوق يمثلون في مجموعهم رب المال الذي يوافق على تعيين الجهة المصدرة لادارة الصندوق وفقا لاحكام المضاربة الشرعية وشروط نشرة الاكتتاب او لائحة الصندوق.

وهذه الصيغة تندرج تحت احدى صور المضاربة التي اقرها الفقهاء وهي المضاربة التي يتعدد فيها رب المال فيشارك اكثر من شخص في تقديم المال بينما تنفرد جهة ما بتقديم العمل.

كما ان هذه الصيغة تندرج تحت المضاربة المقيدة – المذكورة سابقا – والتي يلتزم فيها المضارب بجميع القيود والشروط المقيدة التي يضعها رب المال لحماية امواله، غير ان هذه القيود والشروط في الصناديق الاستثمارية يضعها المضارب نفسه في نشرة الاصدار وليس لرب المال سوى القبول او الرفض والبحث عن صناديق منافسه اخرى ، ولايوجد في ذلك أي مانع لان رب المال بموافقته على نشرة الاصدار يكون قد اقر

([٩١]) ينظر: د.عبد الستار ابو غدة، مصدر سابق، ص٥٧٨.

تلك القيود، اما الشروط الجائزة في الشرع فيمكن ان تحدد من جانب لرب المال فيقبل بها المضارب او العكس ([٩٢]) .

وتطبيقا لذلك فقد جاء في فتاوى الندوة الفقهية الثامنة النص على جواز ادارة الصناديق بكل من المضارب والوكالة وهذا نصه: " يجوز اعطاء المال لمن يعمل فيه بنسبة من الربح على اساس المضاربة التي يستحق فيها المضارب نسبة شائعة من الربح كما يجوز اعطاء المال الى من يعمل فيه على اساس عقد الوكالة بالاستثمار باجر معلوم او بنسبة معلومة من راس المال ويستحق الوكيل الاجرة سواء تحققت ارباح ام لا وتطبق على هذه المعاملة احكام الوكالة باجر لا احكام المضاربة " ([٩٣]) .

([٩٢]) للمزيد من التفاصيل ينظر: د. عبد الستار ابو غدة ، مصدر سابق، ص٥٦٤.

([٩٣]) فتاوى ندوة البركة الفقهية، الدورة الثامنة، ص١٣٦، نقلا عن: د. هشام احمد، مصدر سابق ، ص١٧٤.

رابعا – ادارة الصناديق على اساس الابضاع.

ويقصد بالابضاع هنا هو ان يعمل الشخص في استثمار اموال غيره والربح كله للغير وهذا يتحقق اذا كان المدير لا يتقاضى شيئا عن عمله سواء كان له مال في وعاء المشاركة يحصل على ربحه ام لم يكن له مال، وبهذا تختلف هذه الحالة من الادارة عن حالة الادارة من احد الشركاء بدون زيادة باتة في الابضاع يشتغل بالادارة دون تدخل رب المال فهو اشبه بالمضاربة مع فرق واحد هو ان عمله دون مقابل والربح كله لرب المال (٩٤) .

(٩٤) ينظر: د.عبد الستار ابو غدة ، مصدر سابق، ص٥٧٨.

المبحث الرابع

حجية الاوراق المالية الاسلامية في الاثبات المدني

ويتضمن هذا المبحث على ثلاثة

مطالب هي على النحو الآتي :

المطلب الأول/ماهية الاوراق المالية الاسلامية الرسمية واثبات صحتها

المطلب الثاني/ ماهية الاوراق المالية الاسلامية العادية واثبات

المبحث الرابع
حجية الاوراق المالية الاسلامية في الاثبات المدني

لايخفــى ان الاوراق الماليــة الاســلامية هــي وحـدات اسـثمارية امـا تكـون صـادرة عـن اشـخاص القـانون العـام كمصـرف حكـومي او شـركة حكوميـة تابعـة لمؤسسـات الدولـة، او تكـون صادرة عن اشخاص القانون الخاص كمصرف خاص او شركة خاصة تابعة للافراد، ولهذا تكون الاوراق المالية الاسلامية اما وثائق رسمية او وثائق عادية عرفية ، حيث يتميز الدليل الكتابي عمومـا بانـه يعد اهم طـرق الاثبـات بـدليل النـص عليـه فـي التشـريعات الوضـعية، لـذا مـن غيـر الممكن نكران اهميته من الناحية العملية فهو دليل يمكن اعداده مسبقا أي عند صدور التصرف القانوني وقبل قيام النزاع حيث يتضمن حقوق الافراد.

كما يعد سجل حملة الوثائق الذي تعده وتحتفظ به الشركة التي تعمل في مجال تلقي الاموال لتوظيفها واستثمارها او الصندوق الاستثماري حيث يقيد فيه المعاملات والتي تكون قد ثبتت على وثائق الاوراق المالية الاسلامية الاستثمارية والتي تعد قرينة على ملكية المستثمرين للاوراق المالية الاسلامية ، اذ تصدر الشركة او الصندوق مقابل اموال المستثمرين اوراقا مالية اسلامية في صورة وثائق استثمارية اسمية بقيمة واحدة، وتخول هذه الاوراق المالية الاسلامية للمستثمرين حقوقا متساوية قبل الصندوق الاستثماري ويكون لحاملها حق الاشتراك في الارباح والخسائر الناتجة عن استثمارات الصندوق كل بنسبة ما يملكه وفقا للشروط والاوضاع التي تبينها نشرة الاكتتاب وتعد هذه الوثائق الاوراق المالية الاسلامية حقيقة وسائل اثبات يمكن الاعتماد عليها.

وبهذا تثار التساؤلات عن ماهية هذه الوثيقة التابعة للشركة التي تعمل في مجال تلقي الاموال لتوظيفها واستثمارها او الصندوق الاستثماري سواء الرسمية منها ام العادية وعن اثبات مدى صحة هذه الوثيقة سواء الرسمية ام العادية، وعن طرق الطعن في صحة وثيقة الاوراق المالية الاسلامية التابعة للصناديق الاستثمارية سواء الرسمية منها ام العادية ايضا؟

وللاجابة عن هذه التساؤلات لابد من تسليط الضوء عليه والاحاطة بتفاصيل الموضوع كاملا ، وذلك يقتضي منا تقسيم هذا المبحث الى المطلبين الاتيين:

المطلب الاول/ ماهية الاوراق المالية الاسلامية الرسمية واثبات صحتها.

المطلب الثاني/ ماهية الاوراق المالية الاسلامية العادية واثبات صحتها.

المطلب الاول

ماهية الاوراق المالية الاسلامية الرسمية واثبات صحتها

سنتناول في البداية ماهية هذه الوثيقة الاوراق المالية الاسلامية الرسمية ومن ثم نتطرق الى اثبات صحة هذه الوثيقة الاوراق المالية الاسلامية الرسمية وذلك ضمن الفرعين الاتيين:

الفرع الاول/ ماهية الاوراق المالية الاسلامية الرسمية .

الفرع الثاني/ اثبات صحة الاوراق المالية الاسلامية الرسمية .

الفرع الاول
ماهية الاوراق المالية الاسلامية الرسمية

سوف نستعرض اولا مفهوم الاوراق المالية الاسلامية الرسمية ثم نتناول ثانيا شروط الاوراق المالية الاسلامية الرسمية ومن ثم نتطرق الى حجية هذه الوثيقة الاوراق المالية الاسلامية الرسمية وذلك حسب المقاصد الاتية:

المقصد الاول/ مفهوم الاوراق المالية الاسلامية الرسمية .
المقصد الثاني/ شروط الاوراق المالية الاسلامية الرسمية .
المقصد الثالث/ حجية الاوراق المالية الاسلامية الرسمية .

المقصد الاول
مفهوم الاوراق المالية الاسلامية الرسمية

مما لاشك فيه ان الاستثمار عموما يصنف بالاستناد الى عدة اسس ، منها اداة الاستثمار ونوع الاموال التي يتم عليها وحسب وسائله ، والمهم من هذه التقسيمات ([٩٥]) ، والذي يرتبط باختصاصنا الشرعي والقانوني هو ما يخص الجوانب القانونية ، هو تقسيمه بحسب ما اذا كان اطرافه من الاشخاص العامة الحكومية ومؤسساتها او من الاشخاص الخاصة او بحسب ما اذا كان شخصا اجنبيا ايضا ، وهذا هو الشاهد من الامر وهو ماينصب في موضوع دراستنا لهذا المقصد بالتحديد عن الاوراق المالية الرسمية ([٩٦]).

فالوحدات الاستثمارية المكونة من الاوراق المالية الاسلامية الرسمية تعد اساسا محررات تصدر عن اشخاص القانون العام يثبت فيها موظف عام او شخص مكلف بخدمة عامة وفي حدود سلطته واختصاصه ماتم على يديه او ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقا للاوضاع القانونية ([٩٧]) .

([٩٥]) مما لاشك فيه ان اشكال الاستثمار تتعدد تبعا لظروف ومتطلبات المشروع ، فهناك الاستثمار المادي والاستثمار التجاري والاستثمار البشري والاستثمار الاستراتيجي والاستثمار بالبحث والتطوير والاستثمار المالي ، وللمزيد من التفصيل ينظر : مازن طلال عبيدات ، القرارات المتعددة بالاستثمار واساليب التحليل متعددة الابعاد ، ط١، شركة المطبعة الاقتصادية ، من دون مكان طبع ، ١٩٨٥ ، ص١٢ ومابعدها .

([٩٦]) الجدير بالذكر في هذا الخصوص ان القانون العراقي لم يعرف الاستثمار الاجنبي بل عرف قانون الاستثمار العراقي النافذ رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٦ في المادة / ١- ط المستثمر الاجنبي بانه : " المستثمر الاجنبي هو الذي لا يحمل الجنسية العراقية في حالة الشخص الحقيقي ومسجل في بلد اجنبي اذا كان شخصا معنويا او حقوقيا ".

([٩٧]) تنظر: المادة/ ٢١- اولا من قانون الاثبات العراقي ؛ والمادة /١٠ من قانون الاثبات المصري ؛ والمادة /٥ من قانون البينات السوري ؛ والمادة /٦ من قانون البينات الاردني ؛ والمادة /١٤٣ من قانون اصول المحاكمات المدنية والتجارية اللبناني النافذ رقم ٩٠ لسنة ١٩٨٣ المعدل.

وهذه الوثائق حقيقة تثبت حق المساهم فيما يملكه من اسهم وحصص وتختم بختم الشركة العاملة في مجال تلقي الاموال لتوظيفها واستثمارها او الصندوق الاستثماري وتوقع من قبل المفوضين بالتوقيع عنه وهي لاثبات كون المساهم يمتلك عددا معينا من الاسهم والحصص في المشروع الاستثماري ، ويذكر عادة اسم المشروع ومركزه الرئيسي واسم المساهم وعدد الاسهم التي يمتلكها ونوع مساهمته وترقم بارقام متسلسلة وهذه الوثائق تختم بختم الشركة وتوقع من قبل المفوضين بالتوقيع عن المشروع الاقتصادي.

وعموما تعد هذه الوثائق التي يصدرها الصندوق الاستثماري اوراقا مالية ([٩٨]) ، حيث يقصد عموما بالاوراق المالية او القيم المنقولة وثائق ذات قيمة مالية اسمية كانت او لحاملها التي تصدرها اشخاص القانون العام او القانون الخاص بمجموعات ذات ارقام متسلسلة وقيمة اسمية متساوية وذات اجل غير محدد او طويل نسبيا ([٩٩]) ، وتعد هذه الاوراق المالية اهم مكونات الصناديق المنتشرة في الاسواق المالية التقليدية ، ومن المعلوم ان الاوراق المالية المتداولة تكون عموما على نوعين : اسهم الشركات وسندات القرض ، وما يهمنا هو الاولى أي الاسهم وهي الحصة الشائعة في الشيء المشترك أي الوثيقة التي تصدرها الشركة المساهمة والتي تمثل حق المساهم في مقدار ما يملكه من الشركة ، في حين ان السندات هي الوثيقة القابلة للتداول التي تصدرها الشركة تمثل قرضا طويل الاجل ويعقد عادة عن طريق الاكتتاب العام ويخول مالكه الحصول على فوائد ثابتة – فوائد ربوية والعياذ بالله – تؤدى قبل توزيع الارباح على المساهمين ، فضلا عن استيفاء قيمة السند عند حلول الاجل او عند التصفية قبل الاسهم ايضا ([١٠٠]) .

([٩٨]) تنظر: المادة /١٥٦ من اللائحة التنفيذية لقانون سوق راس المال المصري

([٩٩]) ينظر : د. اكرم ياملكي ود. فائق الشماع ، القانون التجاري ، مطبعة جامعة لموصل ، بغداد ، ١٩٨٠، ص٢١٢.

([١٠٠]) للمزيد من التفصيل ينظر: د.هشام احمد عبد الحي، مصدر سابق، ص١١٥-١٢٧؛ وتنظر: المادة/١٠٠ من قانون الاوراق المالية الاردني المؤقت رقم ٧٦ لسنة ٢٠٠٢ والتي نصت على انه: " أ- يقسم راسمال صندوق الاستثمار الى اسهم او وحدات استثمارية متساوية الحقوق وتقتصر مسؤولية مالكي الاسهم او الوحدات الاستثمارية على قيمة مساهمتهم في راسماله ويتم تسديد قيمة الاسهم او الوحدات الاستثمارية نقدا ودفعة واحدة عند الاكتتاب بها. ب- لاي مساهم او حامل لوحدات استثمارية في صندوق الاستثمار المشترك المفتوح ان يطلب استرداد حصصه مقابل ثمن القيمة الصافية للحصص..." وتنظر ايضا : المادة /٩٧و٩٨ من القانون نفسه ايضا.

وقد عدت اللائحة التنفيذية لقانون سوق راس المال المصري الوثائق التي تصدرها الصناديق الاستثمارية اوراقا مالية اذ يتم قيد وثائق الصندوق المغلق ببورصة الاوراق المالية وذلك وفقا للقواعد والاجراءات التي تحددها الهيئة كما يتم تداول وثائق الصناديق الاستثمارية المفتوحة بيعا وشراءً من خلال البنوك وشركات خدمات الادارة، ويلتزم مدير الاستثمار وشركة خدمات الادارة باتخاذ جميع الاجراءات اللازمة لتسهيل تداول وثائق الصناديق الاستثمارية ونقل ملكيتها وتسجيلها، ويجوز لمدير الاستثمار بيع او استرداد الوثائق التي تم الاكتتاب فيها طوال مدة الصندوق في حدود الحد الادنى المحدد في نشرة الاكتتاب([١٠١]) .

ويصدر الصندوق الاستثماري مقابل اموال المستثمرين اوراق مالية في صورة وثائق استثمارية اسمية بقيمة واحدة ويحدد الصندوق القيمة الاسمية لوثيقة الاستثمار عند الاصدار ولا يجوز عادة اصدار وثائق الاستثمار الا بعد الوفاء بقيمتها نقدا وفقا لسعر الاصدار وتخول هذه الوثائق للمستثمرين حقوقا متساوية قبل الصندوق ويكون لحاملها حق الاشتراك في ارباح وخسائر الناتجة عن استثمارات الصندوق كل بنسبة مايملكه وفقا لشروط والاوضاع التي بينتها نشرة الاكتتاب ([١٠٢]) .

كما وتتولى شركة خدمات الادارة قيد وتسوية المعاملات التي تتم على وثائق الاستثمار غير المقيدة في البورصة وتلتزم الشركة باعدادها وحفظ سجل الي بحاملي الوثائق ويعد سجل حملة الوثائق قرينة على ملكية المستثمرين للوثائق المثبتة فيه كما تلتزم الشركة بتدوين البيانات الاتية في هذا السجل وبالشكل الاتي ([١٠٣]) :

١- اسم مالك الوثائق وعنوانه.

٢- رقم البطاقة او الرقم القومي او رقم جواز السفر او رقم السجل التجاري او رقم السجل التجاري.

٣- جنسية حامل الوثائق.

٤- عدد الوثائق التي تخص كل من حملة الوثائق بالصندوق.

٥- تاريخ تسجيل حامل الوثائق في السجل.

٦- بيان طلبات الشراء وعروض البيع الخاصة بوثائق الاستثمار.

٧- القيام بعمليات الاسترداد وبيع الوثائق وفقا للعقد المبرم مع مدير استثمار الصندوق المفتوح.

([١٠١]) تنظر: المادة/١٥٦ من اللائحة التنفيذية لقانون سوق راس المال المصري.

([١٠٢]) تنظر: المادة/ ١٥٢ من اللائحة التنفذية لقانون سوق راس المال المصري .

([١٠٣]) تنظر: المادة /١٦٢ من اللائحة التنفيذية لقانون سوق راس المال المصري

واخيرا يمكننا ان نخلص الى ان المقصود بالاوراق المالية الاسلامية الرسمية بانها: عبارة عن وثائق استثمارية اسمية بقيمة واحدة يصدرها الصندوق الاستثماري التابع الى اشخاص القانون العام كمصرف عام حكومي او شركة عامة حكومية تابعة لمؤسسات الدولة حيث يثبت فيها موظف عام او مكلف بخدمة عامة وفي حدود سلطته واختصاصه ما تم على يديه وما تلقاه من ذوي الشان وذلك طبقا للاوضاع القانونية.

المقصد الثاني
شروط الاوراق المالية الاسلامية الرسمية

لابـد مـن تـوافر شـروط محـددة حتـى تكـون الاوراق الماليـة الاسـلامية رسـمية وهـذا مـا سنوضحه مفصلا ضمن البندين الاتيين:

البند الاول/ صدورها من موظف عام او مكلف بخدمة عامة وفي حدود سلطته واختصاصه.
البنـد الثـاني/ ان يراعـي الموظـف الاوضـاع القانونيـة فـي اصـداره لـلاوراق الماليـة الاسـلامية الرسمية .

البند الاول
صدورها من موظف عام او مكلف بخدمة عامة
وفي حدود سلطته واختصاصه

بداية لابد من معرفة معنى الموظف العام او الشخص المكلف بخدمة عامة ، فيقصد بالموظف العام كل شخص عهدت اليه وظيفة دائمة داخلة في الملاك الخاص للموظفين ([١٠٤])، أي هو كل شخص يعمل بصفة دائمة في مرافق الدولة او القطاع الاشتراكي في ضوء القوانين العراقية الحديثة ([١٠٥])، اما المقصود بالشخص المكلف بخدمة عامة فهو: " كل موظف او مستخدم او عامل انيطت به مهمة عامة في خدمة الحكومة ودوائرها الرسمية وشبه الرسمية والمصالح التابعة لها او الموضوعة تحت رقابتها ويشمل ذلك رئيس الوزراء ونوابه والوزراء واعضاء المجالس النيابية والادارية والبلدية كما يشمل المحكمين والخبراء ووكلاء الدائنين(السنديكيين) والمصفين والحراس القضائيين واعضاء مجالس ادارة ومديري ومستخدمي المؤسسات والشركات والجمعيات والمنظمات والمنشات التي تساهم الحكومة او احدى دوائرها الرسمية او شبه الرسمية في مالها بنصيب ما باية صفة كانت وعلى العموم كل من يقوم بخدمة عامة باجر او بغير اجر..." ([١٠٦]) .

ويعد من شروط الاوراق المالية الاسلامية الرسمية ان تصدر من موظف عام عن اشخاص القانون العام، الا انه لا يشترط في الموظف العام الذي تصدر منه الوثيقة الرسمية ان يكون تابعا لاحدى الدوائر الرسمية بل يجوز ان يكون موظفا في الدوائر شبه الرسمية او في المصالح او المؤسسات او المصارف التي تتمتع بشيء من الاستقلال الاداري والمالي والتابعة لهما او الموضوعة تحت رقابتها.

([١٠٤]) تنظر: المادة /٢ من قانون الخدمة المدنية العراقي النافذ رقم ٢٤ لسنة ١٩٦٠ المعدل.

([١٠٥]) للمزيد من التفصيل ينظر: د. ماهر صالح علاوي الجبوري ، القانون الاداري، مديرية دار الكتب للطباعة والنشر، جامعة الموصل ، ١٩٨٩، ص١٩٨-٢٠١.

([١٠٦]) تنظر: المادة /٩ من قانون العقوبات العراقي النافذ رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ المعدل .

اذ يقوم الموظف العام او المكلف بخدمة عامة بتحرير هذه الوثيقة الرسمية في حدود اختصاصه أي ان يكون له سلطة او ولاية تحريرها من حيث الموضوع والزمان والمكان ، ولا يستلزم ان تكتب الوثيقة بيد الموظف المختص، الا انه يجب على الذي يصدر الوثيقة الرسمية ان تكون له سلطة واختصاص في اصدارها ، وهذا الاختصاص يكون اما اختصاص موضوعي نوعي حيث يجب ان تكون الوثيقة الرسمية من اختصاص موظف المصرف الحكومي او الشركة الحكومية، وليس لموظف التسجيل العقاري الذي يختص باصدار سندات لبيع عقار او من الكاتب العدل الذي يعد موظف عام يختص بتنظيم السندات والوثائق التي تدخل في اختصاصه او من القاضي الذي يعد موظف عام بالنسبة للاحكام التي يقوم بتحريرها والتي تدخل في اختصاصه كاصدار قاضي الاحوال الشخصية سندا او وثيقة لعقد الزواج او كاتب الضبط يعد ايضا موظف عام بالنسبة لمحاضر الجلسات التي يقوم بكتابتها.

وقد جاء في قرار لمحكمة البداءة انه: "...اطلعت المحكمة على صورة قيد العقار... وجنس العقار/ارض سكنية ملك صرف والصادرة عن مديرية التسجيل العقاري نينوى والمؤرخة في ٢٠١١/١١/٣٠ ، كما اطلعت المحكمة ايضا على خارطة العقار المذكور المصدقة من قبل مديرية التسجيل العقاري في ٢٠١١/١١/٣٠ كما اطلعت المحكمة على القسام الشرعي بالعدد ٧٧ لسنة ١٩٨٣ والمؤرخ في ١٩٨٤/١/٢٢ الصادر عن محكمة الاحوال الشخصية في حمام العليل... حكمت المحكمة بتمليك العقار " ([١٠٧]) .

([١٠٧]) قرار محكمة بداءة حمام العليل رقم/ ١٣٤/ب/٢٠١١ في ٢٠١١/٧/٣١(قرار غير منشور).

وفي هذا الخصوص ايضا اصدرت محكمة بداءة بلدروز مایاتي "... ولطلاع المحكمة على قيد العقار المذكور اعلاه والبالغ مساحتها ٢٥٠ م٢ والصادر من ملاحظية التسجيل العقاري في بلدروز واطلاع المحكمة على حجة الوصاية بالعدد /١٠٠ في ٦/٥/ ٢٠١٢ والصادر من محكمة الاحوال الشخصية في بلدروز ... قررت المحكمة الحكم بازالة شيوع العقار ..." ([١٠٨]).

كما جاء في قرار لمحكمة الاحوال الشخصية في بلدروز انه "... واطلاع المحكمة على عقد الزواج المرقم اعلاه المتضمن زواج طرفي هذه الدعوى ، كما اطلعت المحكمة على تقرير البحث الاجتماعي المرقم / ٣٠٢ / بحث /٢٠١٢ ولاقرار المدعى عليها بالزوجية وعدم الدخول والاتفاق مع المدعي على الطلاق الخلعي ... ولكل ما تقدم قرر الحكم بصحة الطلاق الخلعي الواقع امام هذه المحكمة ..." ([١٠٩]) .

كذلك يجب ان يكون الموظف العام او المكلف بخدمة عامة الذي يصدر الاوراق المالية الاسلامية الرسمية مختص اختصاص زماني أي ان يصدر منه اثناء الوظيفة او بعد تعيينه ومباشرة العمل وقبل عزله او فصله او نقله او انهاء عمله لاي سبب من الاسباب ، فلا يصح ان تصدر الوثيقة الرسمية المحررة للصناديق الاستثمارية قبل مباشرة العمل ولا ان يصدرها بعد قطع الصلة بهذا العمل، واذا خالف الموظف هذه الحدود فان الوثيقة تكون مزورة وما تقدم يمثل اساسا القاعدة العامة وهو الاصل ، الا انه يستثنى من هذا الاختصاص الزماني بعض الحالات كحالة صدور الوثيقة من موظف قبل ان يبلغ بقرار العزل او النقل او انهاء العمل او حالة الموظف الفعلي

([١٠٨]) قرار محكمة بداءة بلدروز رقم /٢٧١/ب/٢٠١٢ في ٢٠١٢/٧/٢٩ (قرار غير منشور) ؛ كما صدر قرار لاحق عن هذه المحكمة ايضا جاء فيه انه "... واطلاع المحكمة على صورة قيد العقار المرقم .... كما اطلعت المحكمة على الانذار المسير بواسطة كاتب عدل بالعدد / ٣٩٣١ في ٢٣/ ٩/ ٢٠١٢ وعلى كتاب ملاحظية تسجيل في بلدروز بالعدد/ ٣٤٣٩ في ٢٠١٢/١٠/٢٠ ... وعلى كتاب المجلس المحلي في قضاء بلدروز بالعدد / ٢٣٨٢ في ٢٠١٢/١١/٢٠... ولكل ما تقدم قرر الحكم بتمليك السهام المشار اليها ...." قرار محكمة بداءة بلدروز رقم /٤٠٧/ب/٢٠١٢ في ٢٠١٢/١٢/٢٤ (قرار غير منشور) .

([١٠٩]) قرار محكمة الاحوال الشخصية في بلدروز رقم /٥٥٢/ ش/٢٠١٢ في ٢٠١٢/١٢/٢٣. (قرار غير منشور).

أي الذي يعين بقرار مخالف ثم يحكم فيما بعد بالغاء هذا القرار او لم يصدر بتعيينه قرار من الاصل ([110]) .

كذلك حدد القانون لكل موظف اختصاص مكاني أي اختصاص اقليمي وهي منطقة يمارس في حدودها اختصاصه، ولا يجوز ان يباشر عمله خارج دائرة اختصاصه، فلا يجوز ان يقوم الموظف العام او المكلف بخدمة عامة باصدار الوثيقة الرسمية والتوثيق الا ضمن دائرته فقط ([111]) .

([110]) للمزيد من التفصيل ينظر: د. عابد فايد عبد الفتاح فايد ، نظام الاثبات في المواد المدنية والتجارية ، ط١، دار النهضة العربية ، القاهرة، ٢٠٠٦، ص١٠١؛ ومما تجدر الاشارة اليه في هذا الصدد ان الموظف يعد موظفا فعليا حتى وان عينته سلطة غير شرعية قد استقر سلطانها كحكومة دولة غازية ، فان الوثيقة التي يصدرها هذا الموظف المعين تعيينا باطلا يكون صحيحا تطبيقا لنظرية الموظف الفعلي ، وهي نظرية معروفة في القانون الاداري ، وللمزيد من التفصيل ينظر: د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني، الاثبات واثار الالتزام، ج٢، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٦٨، ص١٢٢.

([111]) للمزيد من التفصيل ينظر: د.عصمت عبد المجيد ، شرح قانون الاثبات ، المكتبة القانونية ، بغداد ، من دون سنة طبع ، ص٦٤.

البند الثاني
ان يراعي الموظف الاوضاع القانونية في اصداره للاوراق المالية الاسلامية الرسمية

من المعلوم ان لكل محرر رسمي اوضاع واجراءات قانونية يجب مراعاتها عند اصداره تختلف من محرر لاخر، حيث لكل محرر قواعد خاصة في اصداره ، وتتعلق هذه الاوضاع عادة بالنسبة للوثيقة الرسمية للصناديق الاستثمارية بالتاكد من شخصية اطراف العلاقة بالاستناد الى وثائق رسمية حتى تكتسب الوثيقة الرسمية الصفة الرسمية وذلك بان تشتمل على البيانات الخاصة بموضوع المحرر او الوثيقة كان يذكر اسم مالك الوثيقة بالكامل وعنوانه وجنسيته ورقم بطاقته او رقم السجل التجاري، وعدد الوحدات التي يملكها، مع توقيع الموظف وتحفظ لدى الجهة التي اصدرت اصوله، وتنسخ منها صورة وتسلم لذوي الشان ويؤشر الموثق لتسلم الصورة على اصل الوثيقة الموقع ويوقع على هذا التاشير ([١١٢])، فضلا عن انه ينبغي ان يراعي الاوضاع القانونية ايضا في حالة اصدار وثائق رسمية بديلة للتالفة والمفقودة وطبقا للشروط التي ينص عليها نظام الصندوق ([١١٣])، فاذا لم تستوفي الوثيقة الشروط المذكورة من حيث صدورها من موظف عام او شخص مكلف بخدمة عامة وفي حدود سلطته واختصاصه، وان يراعي الموظف الاوضاع القانونية المتطلبة في اصداره للوثيقة فلا تكون لها حجية الوثيقة الرسمية للصناديق الاستثمارية، وانما حجية الوثيقة العادية للصناديق الاستثمارية في الاثبات اذا انطبقت عليها شروط الوثائق العادية ([١١٤]) .

([١١٢]) للمزيد من التفصيل ينظر : سليمان مرقس ، اصول الاثبات واجراءاته في المواد المدنية في القانون المدني مقارنا بتقنينات سائر البلاد العربية، ج١، الادلة المطلعة، عالم الكتب، القاهرة، ١٩٨١، ص١٥٥.

([١١٣]) ينظر: المادة /٥٥ من قانون تداول الاوراق المالية وصناديق الاستثمار الكويتي لعام ١٩٩٠.

([١١٤]) تنظر: المادة /٢١ من قانون الاثبات العراقي ؛ والمادة /٤٠ من قانون الاثبات المصري ؛ والمادة /٥ من قانون البينات السوري ؛ والمادة / ٦ من قانون البينات الاردني ؛ والمادة / ١٤٤ من قانون اصول المحاكمات المدنية والتجارية اللبناني.

والجدير بالذكر في هذا الصدد ان الاوضاع الجوهرية التي تتعلق بالوثيقة الرسمية للصناديق الاستثمارية التي تتعلق بتاريخها واسم مالك الوثيقة وعنوانه وجنسيته ورقم بطاقته او الرقم القومي او رقم جواز السفر او رقم السجل التجاري او رقم السجل المدني لمالك الوحدات، والتواقيع اذا تخلفت يترتب عليها بطلان الوثيقة، اما الاوضاع غير الجوهرية كدفع الرسم وترقيم صفحات الوثائق، فان تخلفها لا يفقد الوثيقة الصفة الرسمية على ان بطلان الوثيقة كما ذكرنا لا يجردها من كل قيمة في الاثبات بل تعد وثيقة عادية بتوافر شروطها ([١١٥]) .

([١١٥]) للمزيد من التفصيل ينظر : د. انور سلطان ، قواعد الاثبات في المواد المدنية والتجارية في القانونين المصري واللبناني ، بيروت ، ١٩٨٦، ص٤٨.

المقصد الثالث

حجية الاوراق المالية الاسلامية الرسمية

لاشك ان الوثائق الرسمية للصناديق الاستثمارية تعد حجة على الناس كافة بما دون فيها من امور قام بها موظف عام او شخص مكلف بخدمة عامة في حدود اختصاصه مالم يتبين تزويرها او الطعن بها بالتزوير.

ويقصد بهذه الحجية قوة الوثيقة الرسمية من حيث البيانات المدونة فيها من حيث مصدرها كان يكون مظهرها الخارجي لا يبعث على الشك من وجود كشط او محو او اضافة او بعض العيوب المادية الاخرى ، كما ان حجيتها لا تقف عند ذوي العلاقة فقط ، بل تمتد الى الغير أي الناس كافة وكل شخص يمكن ان يسري في حقه التصرف القانوني الذي تثبته الوثيقة، أي مدى الاحترام والالتزام الذي تفرضه هذه الوثيقة .

واستكمالا للموضوع وللاحاطة به مجملا لابد لنا ان نقسم هذا المقصد الى البندين الاتيين:

البند الاول/ حجية الاوراق المالية الاسلامية الرسمية من حيث المصدر والمضمون.

البند الثاني/ حجية الاوراق المالية الاسلامية الرسمية بالنسبة للغير وحجية صورها.

البند الاول

حجية الاوراق المالية الاسلامية الرسمية

من حيث المصدر والمضمون

سنتناول في هذا البند حجية هذه الوثيقة الاوراق المالية الاسلامية الرسمية من حيث المصدر اولا ومن حيث المضمون ثانيا، وذلك ضمن تقسيمنا للموضوع على النحو الاتي:

اولا / حجية الاوراق المالية الاسلامية الرسمية من حيث المصدر.

ثانيا / حجية الاوراق المالية الاسلامية الرسمية من حيث المضمون.

اولا: حجية الاوراق المالية الاسلامية الرسمية من حيث المصدر.

اذا ما توافرت الشروط القانونية السابقة الذكر في الاوراق المالية الاسلامية الرسمية وكان مظهرها الخارجي دالا بما لايقبل الشك على سلامتها قامت قرينتان في الاثبات، الاولى: قرينة سلامتها المادية من العيوب ، والثانية: قرينة صدورها ممن وقع عليها، غير ان قرينة الرسمية غير قاطعة يجوز اثبات عكسها عن طريق الطعن بالتزوير([١١٦]) .

واذا كان المظهر الخارجي للوثيقة الرسمية يدل على عدم سلامتها كوجود ما يشبه التحشية والمحو والكشط وغير ذلك من العيوب المادية، فانه يجوز للمحكمة من تلقاء نفسها وحسب سلطتها التقديرية ان تقدر ما يترتب على هذه العيوب في الوثيقة من اسقاط قيمتها في الاثبات او انقاص هذه القيمة على ان تدلل على صحة وجود العيب بشكل واضح في قرارها الصادر ([١١٧])، كما يجوز للمحكمة ايضا في حالة كون الوثيقة الرسمية محل شك ان تدعو الموظف الذي صدر عنه او الشخص الذي حررها ليبدي ما يوضح حقيقة الامر فيها، اذ لا يمكن للمحكمة العمل بالوثيقة الا اذا كانت سليمة من شبهة التزوير والتصنيع ([١١٨]) .

وفي هذا الصدد جاء في قرار لمحكمة بداءة الموصل انه : "...وللمرافعة الحضورية والعلنية وصورة قيد العقار اعلاه والقسام الشرعي المرقم / ١٦٢١ في ٢٠٠٦/٤/٢٦ الصادر من محكمة الاحوال الشخصية في الموصل بوفاة صالح محمد وحجية الوصايا بالعدد / ١٢٨ في ٢٠٠٩/١١/١ الصادر من محكمة الاحوال الشخصية في الموصل ... قرر الحكم بتمليك القاصرين..." ([١١٩]) .

([١١٦]) للمزيد من التفصيل ينظر : د. عباس العبودي، شرح احكام قانون الاثبات العراقي ، مرجع سابق ، ص١٠٦.

([١١٧]) تنظر : المادة /٣٥- ثانيا من قانون الاثبات العراقي ؛ والمادة / ٢٨ من قانون الاثبات المصري ؛

والمادة / ٢٦ من قانون البينات السوري ؛ والمادة /١٧٠ من قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني.

([١١٨]) تنظر: المادة /٣٥-اولا من قانون الاثبات العراقي .

([١١٩]) قرار محكمة بداءة الموصل المرقم ٢٠١٠/١٠٠٩٥ في ٢٠١١/١١/١١(قرار غير منشور).

ثانيا: حجية الاوراق المالية الاسلامية الرسمية من حيث المضمون.

ويقصد بحجية الاوراق المالية الاسلامية الرسمية من حيث المضمون اي قوة هذه الوثيقة من حيث البيانات المدونة والواردة فيها باختلاف ما اذا كانت هذه البيانات صادرة من الموظف العام او كانت صادرة من الطرفين ، فالبيانات التي تصدر من موظف عام في حدود مهمته بوصفه قد تولى ضبطها بنفسه او وقعت من ذوي الشان بحضوره فهذه هي التي يلحقها وصف الرسمية وتكون حجة على اطراف المعاملة وعلى الناس حتى يطعن فيها بالتزوير وهو ما يكون بالنسبة للوثيقة الرسمية للصناديق الاستثمارية عادةً، ومن ذلك تاريخ الوثيقة واثبات تواقيع اصحاب العلاقة وتوقيع الموظف العام وكل البيانات الخاصة بالاجراءات التي يستلزمها القانون، اما اذا قام الموظف العام بتدوين معلومات لم تكن من ضمن اختصاصه فلا ينطبق عليها وصف الرسمية ولا تكون حجة ايضا([١٢٠]) .

اما البيانات التي تصدر من اصحاب العلاقة ويدونها الموظف العام تحت مسؤوليتهم بناء على ما سمعه منهم دون ان يكون قد شاهدها او تحرى عن صحتها والمتعلقة غالبا بموضوع الوثيقة، وهذه لا تحدث غالبا بالنسبة للوثيقة الرسمية للصناديق الاستثمارية فان هذه البيانات لا تسند لها الصفة الرسمية ويجوز اثبات عكسها بطرق الاثبات العادية ([١٢١])، لان الصفة الرسمية تلحق صدور البيان او الاقرار من ذوي العلاقة اما البيان او الاقرار ذاته فلا يلحقه وصف الرسمية من حيث الدلالة على صحته، او ان ماورد في البيان او الاقرار مطابق للحقيقة والواقع ومن ثم يجوز اثبات خلاف هذا البيان او الاقرار وفقا لما تقرره قواعد الاثبات ومنها عدم جواز اثبات ما يخالف الكتابة الا بالكتابة او بمبدا الثبوت بالكتابة المعززة بالشهادة والقرائن القضائية او اليمين المتممة وذلك بكونها صورة من صور

([١٢٠]) تنظر: المادة / ٢٢ من قانون الاثبات العراقي ؛ والمادة / ١١ من قانون الاثبات المصري ؛ والمادة /٦- ١ من قانون البينات السوري ؛ المادة / ٧-١ من قانون البينات الاردني ؛ والمادة / ١٤٦ من قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني.

([١٢١]) تنظر: المادة / ٢٢ من قانون الاثبات العراقي ؛ وللمزيد من التفصيل ينظر: د. عباس العبودي، مصدر سابق، ص١٠٨.

مبدا الثبوت القانوني ([١٢٢])، مالم يكن هناك مانع مادي او ادبي ولا يلحق وصف الرسمية البيانات الواردة على لسان ذوي العلاقة والتي لم تعد الوثيقة الرسمية لاثباتها([١٢٣]) .

([١٢٢]) للمزيد من التفصيل ينظر : الشيخ د. اوان عبد الله الفيضي ، مبدا الثبوت القانوني ، دراسة مقارنة في الاثبات المدني ، دار الكتب القانونية ، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر – الامارات ، ٢٠١٢، ص ٥٥ وما بعدها.

([١٢٣]) تنظر: المادة / ١٨–ثانيا و٧٨و ٧٩–اولا من قانون الاثبات العراقي ؛ والمادة / ٢٩–١ و ٣٠ من قانون البينات الاردني ؛ وللمزيد من التفصيل ينظر: د.عصمت عبد المجيد بكر، مصدر سابق، ص٦٩.

البند الثاني
حجية الاوراق المالية الاسلامية الرسمية
بالنسبة للغير وحجية صورها

سيتم توضيح حجية هذه الوثيقة الاوراق المالية الاسلامية الرسمية بالنسبة للغير اولا ومن ثم نتطرق الى توضيح حجية صورها، وذلك على الشكل الاتي:

اولا / حجية الاوراق المالية الاسلامية الرسمية بالنسبة للغير.

ثانيا / حجية صور الاوراق المالية الاسلامية الرسمية .

اولا: حجية الاوراق المالية الاسلامية الرسمية بالنسبة للغير.

تعد الاوراق المالية الاسلامية الرسمية للمشاريع الاستثمارية حجة على الغير أي على الناس كافة استنادا لاحكام المادة/٢٢- اولا من قانون الاثبات العراقي ([١٢٤])، فكل شخص يمكن ان يسري في حقه التصرف القانوني الذي تثبته الوثيقة ولا يكون امام الغير الذي له مصلحة في اثبات عكس ماورد في الوثيقة الا ان يطعن فيها بالتزوير وذلك في الامور التي لا يمكن اثبات عكسها ، وتشمل ما قام الموظف بتدوينه وتحقق من صحته بنفسه او لانه داخل في حدود اختصاصه وتنفيذا لواجباته الرسمية او لانه وقع من ذوي الشان في حضوره، ومن هذه البيانات تاريخ الوثيقة الرسمية للصناديق الاستثمارية وتوقيع وختم مدير الصندوق الاستثماري ونحوها، اما بالنسبة لمضمون البيانات الصادرة من ذوي الشان فان للغير ان يثبت عكسها بكافة طرق الاثبات ([١٢٥]) .

فالوثيقة الرسمية تعد حجة على الطرفين وعلى الغير، والناس كافة ومن ثم فليس لمن يحتج عليه بوثيقة رسمية ان ينكر وجود الوثيقة ذاتها او بيانا من البيانات الواردة فيها على لسان الموظف المختص او ينكر صدورها عن ذلك الموظف الا عن طريق الادعاء بالتزوير ولا تعد الوثيقة الرسمية حجة على الغير الا فيما اعدت له هذه الوثيقة لاثباته فكل بيان او اقرار وارد فيها لا علاقة له بما اعدت من اجله الوثيقة فلا تكون للوثيقة في هذه الحدود حجة على الغير([١٢٦]) .

([١٢٤]) تنظر: المادة /٢٢ من قانون الاثبات العراقي؛ والمادة / ١١ من قانون الاثبات المصري ؛ والمادة / ٦ من قانون البينات السوري ؛ والمادة / ٧ من قانون البينات الاردني ؛ والمادة / ١٤٦ من قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني.

([١٢٥]) للمزيد من التفصيل ينظر : د. عباس العبودي ، مصدر سابق، ص١٠٨.

([١٢٦]) ينظر : د. عصمت عبد المجيد، مصدر سابق، ص٦٨.

ثانيا: حجية صور الاوراق المالية الاسلامية الرسمية .

عند الكلام عن القوة الثبوتية لصور هذه الوثيقة الاوراق المالية الاسلامية الرسمية للصناديق الاستثمارية يجب التفريق ابتداءً بين ما اذا كان الاصل موجودا او غير موجود، خصوصا اذا علمنا ان هناك سجل حملة الوثائق للصناديق الاستثمارية التي تعده وتحتفظ به الشركة، حيث يقيد فيه المعاملات التي تتم على وثائق الاستثمار والذي يعد قرينة على ملكية المستثمرين للوثائق ([١٢٧]) ، لذلك سيتم توضيح ذلك على النحو الاتي:

الحالة الاولى: اذا كان اصل الاوراق المالية الاسلامية الرسمية للمشاريع الاستثمارية موجودا وهو الغالب كما بينا سابقا، اذ قلما يفقد السجل او ينعدم الاصل ففي هذه الحالة متى كان اصل الوثيقة الرسمية موجود فتعد صورتها الرسمية– خطية كانت ام مصورة– مطابقة للاصل وحجة في الاثبات مالم يطعن احد في المطابقة وهذه الحجية تشمل جميع الصور الرسمية المنقولة مباشرة عن الاصل ، أي سواء كانت الصورة الاولى او الثانية او الثالثة اي بعبارة اخرى مهما تعددت الصور الرسمية المنقولة عن الاصل مباشرة فتبقى حجية مطابقتها الاصل ثابتة حتى اثبات العكس ويعتبر مجرد عدم منازعة الخصم في مطابقة الصورة للاصل اقرارا بهذه المطابقة استنادا لاحكام المادة/ ٢٣ من قانون الاثبات العراقي ([١٢٨]) .

فالاصل في حجية الوثيقة الرسمية للمشاريع الاستثمارية انها قاصرة على النسخة الاصلية التي تصدر من المشروع الاستثماري ، فيترتب على ذلك ان الصورة الخطية او المصورة او المستنسخة بواسطة جهاز التصوير الضوئي او الفاكسميل لا تكون بذاتها حجة في الاثبات على الرغم من ان موظفا عاما استوثق من مطابقتها للاصل، ولهذا السبب ذكرت نص المادة /٢٣ من قانون الاثبات العراقي على وجه التحديد ان الصور : "...تكون حجة بالقدر الذي تكون فيه مطابقة للاصل..." وهذا يعني ان مجرد انكار مطابقة الصورة للاصل يكفي للالتزام بتقديم الاصل ولو لم يكن هذا الانكار معززا بدليل، بيد ان العمل جرى على الاخذ بحجية الصورة الخطية والمصورة والمستنسخة بواسطة جهاز التصوير الضوئي او المرسلة عن طريق الفاكسميل بوصفها مطابقة للاصل، ولكن اذا نازع احد في هذه المطابقة فان المحكمة تامر بمراجعة

([١٢٧]) تنظر: المادة /١٦٢ من اللائحة التنفيذية لقانون سوق راس المال المصري ؛ والمادة /٥١ من قانون تداول الاوراق المالية وصناديق الاستثمار الكويتي؛ والمادة /٣٢ من لائحة صناديق الاستثمار السعودية .

([١٢٨]) تنظر:المادة/ ٢٣ من قانون الاثبات العراقي ؛ والمادة /١٢ من قانون الاثبات المصري ؛ والمادة /٧ من قانون البينات السوري؛ والمادة /٨ من قانون البينات الاردني ؛ والمادة / ١٤٨ من قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني؛ وللمزيد من التفصيل ينظر: حسين المؤمن، نظرية اثبات المحررات والادلة الكتابية، مكتبة النهضة، بيروت، ١٩٧٥، ص٢٧٥.

الصورة على الاصل ([١٢٩])، فاذا تم مثلا ارسال وثيقة رسمية للصناديق الاستثمارية عبر الفاكسميل ([١٣٠])، فان الذي سيصل الى المرسل اليه سيكون عبارة عن صورة للوثيقة الرسمية للصناديق الاستثمارية وبذلك تكون الوثيقة الرسمية للصناديق الاستثمارية المستخرجة من الفاكسميل حجية الصورة الرسمية الاصلية للوثيقة وذلك بالقدر الذي تكون فيه مطابقة للاصل، وتعتبر صورة الوثيقة الرسمية للصناديق الاستثمارية– في حالة وجود اصل الوثيقة الرسمية للصناديق الاستثمارية– مطابقة للاصل مالم ينازع في ذلك من يحتج عليه بها، وفي هذه الحالة الاخيرة يتعين مراجعة الصورة على الاصل استنادا لاحكام المادة /٢٣ من قانون الاثبات العراقي التي نصت على انه: " اذا كان اصل السند الرسمي موجودا فان صورته الرسمية الخطية كانت او مصورة تكون لها حجية السند الرسمي الاصلي بالقدر الذي تكون فيه مطابقة للاصل وتعتبر الصورة مطابقة للاصل مالم ينازع في ذلك من يحتج عليه بها، وفي هذه الحالة الاخيرة يتعين مراجعة الصورة على الاصل " .

([١٢٩]) ينظر : د.احمد ابو الوفا، الاثبات في المواد المدنية والتجارية، بيروت، ١٩٨٧، ص١٢٧.

([١٣٠]) الجدير بالذكر في هذا الصدد ان المقصود بالفاكسميل: جهاز يستخدم لارسال واستلام البيانات او المعلومات الكترونيا حيث يقوم بنقل المستندات والوثائق او الصور المكتوبة ويكون مرتبطا بالهاتف ، ويتم الارسال من خلال جهازين مرتبطين بخطوط الهاتف حيث يضع المرسل الورقة المكتوبة في الجهاز ويضرب الارقام للجهاز الثاني عندها اذا لم يكن هذا الجهاز مشغولا او فيه خلل تنطبع صورة على الورقة الخاصة الموجودة في الجهاز الثاني لتظهر للمرسل اليه ، وتشبه الوثيقة المرسلة عن طريق الفاكسميل الصورة الضوئية المستنسخة بواسطة جهاز التصوير الضوئي (الاستنساخ) والتي شاع استخدامها بكثرة لسهولة الحصول عليها حيث تقوم على الاسس العلمية نفسها التي تقوم عليها الصورة المستنسخة في الفاكسميل، غير ان هذه الصورة الاخيرة يتم استنساخها عن بعد بواسطة شبكات الهاتف ، اما استنساخ الصورة – التصوير الضوئي– فيكون بواسطة الحرق على عكس التلكس الذي تكون فيه الكتابة على الالة الطابعة ، لذا فان الوثيقة المستخرجة من الفاكسميل تكون لونها باهتا وتتعرض للتشويه والمحو او عدم الوضوح بعد مرور ستة اشهر من استنساخ الصورة للوثيقة الاصلية ، وللمزيد من التفصيل ينظر: د.عباس العبودي، حجية التقنيات العلمية في الاثبات المدني ، مجلة الرافدين للحقوق، كلية الحقوق، جامعة الموصل، ع١٣، ٢٠٠٢، ص٣٠وما بعدها ؛ ود. يوسف احمد النوافلة، حجية المحررات الالكترونية في الاثبات في القانون الاردني ، ط١، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان– الاردن، ٢٠٠٧، ص١٤٣.

الحالـة الثانيـة: اذا كـان اصـل الاوراق الماليـة الاسـلامية الرسمية للمشـاريع الاسـتثمارية غيـر موجود، وقد نصت المادة /٢٤ من قانون الاثبات العراقي على انه: " اذا لم يوجد اصل السند الرسمي كانت صورته الرسمية حجة على الوجه الاتي: اولا: يكون للصورة الرسمية الاصلية حجية الاصل متى كان مظهرها الخارجي لا يتطرق اليه الشك في مطابقتها للاصل. ثانيا: يكون للصورة الرسمية المأخوذة من الصورة الاصلية الحجية ذاتها ولكن يجوز في هذه الحالة لمن يحتج عليه بهذه الصورة ان يطلب مراجعتها على الصورة الاصلية التي اخذت منها. ثالثا: اما ما يؤخذ من صور للصورة المأخوذة من الصورة الاصلية فلا يعتد به الا لمجرد الاستئناس تبعا للظروف " .

وبهذا يتضح لنا مما سبق ان الاصل ان تكون هذه الوثيقة الاوراق المالية الاسلامية الرسمية للصناديق الاستثمارية موجودة لان سجلات التوثيق للصناديق الاستثمارية لا تفقد في الظروف العادية في دوائر الدولة سواء كانت صادرة من مصرف عام حكومي او شركة عامة حكومية تابعة لمؤسسات الدولة الرسمية وشبه الرسمية او في المصالح او المؤسسات او المصارف التي تتمتع بشيء من الاستقلال الاداري والمالي والتابعة للدولة او الموضوعة تحت رقابتها.

في حين ان الاستثناء هو فقدان اصل هذه الوثيقة الرسمية للصناديق الاستثمارية، فاذا فقدت لاسباب قهرية كالحريق او السرقة او غيرها ، فان عبء الاثبات لهذا الفقدان يقع على عاتق من يتمسك بالوثيقة الرسمية للصناديق الاستثمارية، ولهذا نرى ان المادة/٢٤ من قانون الاثبات العراقي المذكورة انفا قد فرقت بين ثلاثة انواع من الصور هي كالاتي ([١٣١]):

١-الصورة الرسمية الاصلية للوثيقة الصادرة عن المشاريع الاستثمارية(الصورة الاولى): وهذه تكون لها حجية الاصل بشرط ان يكون مظهرها الخارجي لا يسمح بالشك في مطابقتها للاصل ، ويترك الامر هنا لتقدير قاضي الموضوع ، حيث يكون له سلطة تقديرية في ذلك، فتكون الصورة الرسمية الاصلية للوثيقة الصادرة عن المشروع الاستثماري سواء كانت خطية ام مصورة ام مستنسخة بواسطة جهاز التصوير الضوئي ام الفاكسميل لها حجية الصورة الرسمية الاصلية، فلو تم ارسال وثيقة رسمية للصناديق الاستثمارية عبر الفاكسميل مثلا فان الذي سيصل الى المرسل اليه سيكون عبارة عن صورة للوثيقة الرسمية للصناديق الاستثمارية، وبذلك تكون الوثيقة الرسمية للصناديق الاستثمارية المستخرجة من الفاكسميل حجة الصورة الرسمية الاصلية التي تكون لها حجية الاصل حتى في هذه الحالة الثانية وهي حالة عدم وجود الاصل متى كان مظهرها الخارجي لا يثير الشك في مطابقتها للاصل، وفي هذه الحالة يجوز لمن يحتج

([١٣١]) للمزيد من التفصيل ينظر: د.عباس العبودي ، مصدر سابق، ص١١١.

عليه بهذه الصورة ان يطلب مراجعتها على الصورة الاصلية التي اخذت منها استنادا لاحكام المادة/٢٤ من قانون الاثبات العراقي المذكورة انفا.

٢-الصورة الرسمية للوثيقة الصادرة عن المشاريع الاستثمارية الماخوذة عن الصورة الرسمية الاصلية للمشاريع الاستثمارية(الصورة الثانية).

وتكون لها نفس حجية الصورة الاصلية الماخوذة عنها بشرط بقاء الصورة الاصلية حتى يمكن المراجعة عليها اذا طلب ذلك احد اصحاب الشان ([١٣٢])، وفي هذا الخصوص يثار تساؤل مفاده فيما اذا كانت الصورة الرسمية الاصلية للوثيقة الصادرة عن الصندوق الاستثماري مفقودة فما هي حجية الوثيقة عندئذ ؟ .

حقيقةً لقد ثار في هذا الصدد خلاف فقهي حول هذا الموضوع فتعددت الاراء نوجزها على النحو الاتي:

الراي الاول: يمكن اعتبار الصورة غير الاصلية بمثابة صورة اصلية عن الصورة الاصلية المفقودة ولها حجية الصورة الاصلية متى كان مظهرها الخارجي لا يسمح بالشك في مطابقتها لها، في حين اعتبر **الراي الثاني :** للصورة قيمة مبدا الثبوت بالكتابة، اما **الراي الثالث :** فذكر انه ليس لهذه الصورة الا حجية محدودة ولا يعتد بها الا لمجرد الاستئناس، بينما **الراي الرابع :** بين ان تقدير حجية هذه الصورة يعود الى المحكمة فلها ان تعدها بمثابة الصورة الماخوذة عن الصورة الاصلية او مبدا ثبوت بالكتابة او ان لا تعتد بها الا على سبيل الاستئناس حسبما يتضح لها من ظروف الدعوى وحالة الصورة وفيما اذا كان مظهرها سليما لا شائبة فيه او كان يدعو الى الشك في صحتها ([١٣٣]) .

وبتقديرنا ان الراي الراجح هو الراي الرابع، وذلك لعدم وجود نص قانوني يعالج هذه المسالة فيكون لمحكمة الموضوع سلطة تقدير هذه الحجية حسب اجتهادها في المسالة وحسبما يتضح لها من ظروف الدعوى وحالة الصورة.

([١٣٢]) تنظر: المادة/٢٤- ثانيا من قانون الاثبات العراقي؛ والمادة /١٣- ب من قانون الاثبات المصري ؛ والمادة /٨- ب من قانون البينات السوري ؛ والمادة /٢/٩ من قانون البينات الاردني.

([١٣٣]) للمزيد من التفصيل ينظر: د. عصمت عبد المجيد بكر ، مصدر سابق، ٧١.

٣-الصورة الرسمية للوثيقة الصادرة عن المشاريع الاستثمارية الماخوذة من صور للصورة الاصلية للوثيقة الصادرة عن المشروع الاستثماري.

وهذه لاتكون لها حجية الاصل، ولا يعتد بها الا لمجرد الاستئناس تبعا للظروف أي انها لا تصلح الا ان تكون قرائن قضائية يستنبط منها القاضي مايراه ([١٣٤]) .

وتطبيقا لذلك فقد جاء في قرار لمحكمة بداءة الموصل انه: " ...وصورة قيد العقار اعلاه جنسه ارض الدار مع بنائها صنفه ملك صرف مسجل باسم المدعى عليه وصورة ضوئية من شهادة الجنسية للمدعي ولاقرار وكيل المدعي عليه بعقد البيع التحريري في ٢٠١٠/٩/٢٠ واستلام كامل البدل وسكن المدعى عليه الدار دون معارضة تحريرية او شفوية من المدعى عليه وامتناعه عن نقل الملكية لفروقات الاسعار وطلب رد الدعوى ولعدم شمول المدعى عليه بالقرار ٨٨ لسنة ٢٠٠٣ ولانطباق شروط القرار... قرر تمليك العقار...المرقم ١٣/٦م٤١قره كوز بالبدل المقبوض عشرون مليون دينار واشعار مديرية التسجيل العقاري المختصة بذلك بعد اكتساب الحكم الدرجة القطعية وتحميل المدعى عليه المصاريف واجور محاماة وكيل المدعي البالغ مائة وخمسون الف دينار وصدر الحكم استنادا للمادة(٢٢و٥٩)اثبات و(١٦١)مرافعات و(٦٣)محاماة حكما حضوريا قابلا للتمييز وافهم علنا في ٦/١٠/ ٢٠١٠ " ([١٣٥]) .

([١٣٤]) تنظر: المادة /٢١- ثالثا من قانون الاثبات العراقي ؛ والمادة /١٣- ج من قانون الاثبات المصري ؛ والمادة /٨-ج من قانون البينات السوري ؛ والمادة /٩-٣ من قانون البينات الاردني.

([١٣٥]) قرار محكمة بداءة الموصل رقم / ٩٩٠٦/٢٠١٠ في ٦/١٠/٢٠١٠(قرار غير منشور).

الفرع الثاني
اثبات صحة الاوراق المالية الاسلامية الرسمية

لاشك في ان الوثائق الرسمية للمشاريع الاستثمارية تعد حجة على الناس كافة مالم يتبين تزويرها بالطرق المقررة قانونا من تغيير الحقيقة بقصد الغش في الوثيقة باحدى الطرق المادية او المعنوية التي بينها القانون تغييرا من شانه احداث ضرر بالمصلحة العامة او شخص من الاشخاص.

ويقصد باثبات صحة الوثائق الرسمية للمشاريع الاستثمارية هي التحقق من صحة او عدم صحة الوثيقة المقدمة للاستدلال بها بوصفها دليلا في الاثبات، وذلك بالطعن بها بطريقة التزوير.

ولتوضيح ذلك واعطاء الموضوع حقه من البحث والتمحيص ينبغي ان نقسم هذا الفرع الى المقصدين الاتيين:

المقصد الأول/ طرق الطعن في الاوراق المالية الاسلامية الرسمية .

المقصد الثاني/ سلطة المحكمة في تقدير صحة الاوراق المالية الاسلامية الرسمية .

المقصد الاول
طرق الطعن في الاوراق المالية الاسلامية الرسمية

بدايـة لابد ان نؤكد على ان طرق الطعن في هذه الوثيقة الاوراق المالية الاسلامية الرسمية للمشاريع الاستثمارية لا تتم الا بطريقة واحدة وهي التزوير ([١٣٦])، والتزوير يعد اساسا تغيير الحقيقة بقصد الغش في سند او وثيقة او أي محرر اخر باحدى الطرق المادية والمعنوية التي بينها القانون تغييرا من شانه احداث ضرر بالمصلحة العامة او بشخص من الاشخاص ([١٣٧]) .

وقد بينت المادة /٢٧٨ من قانون العقوبات العراقي في فقرتها الاولى طرق التزوير المادية، وفي فقرتها الثانية طرق التزوير المعنوية ([١٣٨])، حيث يحصل في التزوير المادي تغيير الحقيقة بطريقة مادية محسوسة ملموسة أي يترك اثرا يدركه الحس البصري كان يكون ذلك بزيادة او حذف او تعديل امور في الوثيقة، اما التزوير المعنوي فلا يكون فيه التغيير في مادة الوثيقة وشكلها بل في معناها ومضمونها وظروف ملابساتها اذ لا يدركه الحس كان يضيف او ينقص محرر الوثائق الرسمية للصناديق الاستثمارية المبلغ المدفوع من قبل المكتتب المساهم في الصندوق الاستثماري.

وبهذا فان الادعاء بالتزوير طعن يقدم في صحة الوثيقة الرسمية للصناديق الاستثمارية، فاذا ما ادعى الخصم تزويرها وطلب التحقيق في ذلك ووجدت المحكمة قرائن قوية على صحة ادعائه هذا اجابته الى طلبه والزمته ان يقدم كفالة شخصية او نقدية تقدرها المحكمة لضمان حق الطرف الاخر، وعلى المحكمة في هذه الحالة احالة الخصوم الى قاضي التحقيق ليثبت من

([١٣٦]) تنظر: المادة /٣٤ من قانون الاثبات العراقي ؛ والمادة /٢٩ من قانون الاثبات المصري ؛ والمادة /٢٧ من قانون البينات السوري؛ والمادة /١٧١ من قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني.

([١٣٧]) تنظر: المادة /٢٨٦ من قانون العقوبات العراقي .

([١٣٨]) تنظر: المادة /٢٨٧ من قانون العقوبات العراقي ؛ وتجدر الاشارة الى ان الادعاء بالتزوير المقصود هنا هو الادعاء ضمن الدعوى المدنية وليس دعوى التزوير التي تقام امام المحكمة الجزائية والتي تهدف الى عقاب مرتكب جريمة التزوير فضلا عن ابطال حجية الوثيقة في الاثبات وهذه الدعوى ليست ضمن موضوعنا، فنحن بصدد دعوى مدنية غايتها الاساس استبعاد الوثيقة المزورة بوصفها دليلا لاثبات التصرف القانوني الذي يتضمنه ؛ وللمزيد من التفصيل ينظر: د. عباس العبودي، مصدر سابق، ص١٦١.

صحة الادعاء هذا وعندها تقدر المحكمة جعل الدعوى مستاخرة لحين صدور حكم او قرار بات بخصوص واقعة التزوير ([١٣٩]) .

وبهذا فقد صدر قرار عن محكمة التمييز التحادية في العراق بانه " لدى التدقيق والمداولة من قبل الهيئة الموسعة المدنية في محكمة التمييز الاتحادية ، وجد ان طلب التصحيح لا يستند الى اي سبب من الاسباب القانونية المنصوص عليها بالمادة ٢١٩ من قانون المرافعات المدنية وان ما اورده طالب التصحيح كان موضع التدقيق عند نظر الطعن التمييزي اذ ان طلب اعتبار الدعوى مستاخرة الى نتيجة التحقيق بالشكوى الجزائية المرفوعة من طالب التصحيح لا يستند الى سبب قانوني صحيح وذلك لان الدعوى البدائية المرقمة ١٩٠٥/ب/٢٠٠٦ اقيمت بتاريخ ٢٠٠٦/٩/٢٦ في حين ان الاخبار حول خطاب الضمان واجراء التحقيق بشان تزويره حصل بتاريخ ٢٠٠٧/٢/٢٠ اي ان التحقيق بشان ذلك قد جرى خلاف احكام المادة ٣٦ من قانون الاثبات فالفقرة الاولى منها اعطت الحق للمحكمة باحالة الخصوم الى التحقيق اذا وجدت من القرائن القوية على صحة الادعاء بحصول التزوير وهذا لم يحصل كما وان الفقرة الثانية منها لم تجوز لقاض التحقيق اثناء نظر الدعوى البدائية المباشرة باتخاذ الاجراءات القانونية بشان الشكوى المقدمة من قبل احد الخصوم حول واقعة تزوير السند المبرز امام المحكمة المدنية مالم تاذن المحكمة بذلك فتكون الشكوى الجزائية قد اقيمت خلاف احكام المادة المذكورة لعدم حصول اذن من المحكمة المختصة – اضافة لذلك فان الشكوى الجزائية لا زالت في مراحلها الاولى ومتوقفة عند صدور امر القبض بحق المشكو منه وعليه فلا طائل من استئخار الدعوى وبامكان طالب التصحيح متابعة الشكوى الجزائية وعند صدور حكم فيها بتزوير خطاب الضمان واستعماله ان يسلك طريق اعادة المحاكمة وفق احكام القانون وعملاً باحكام المادة ٢/٢٢٣ من

([١٣٩]) تنظر: المادة /٣٦ من قانون الاثبات العراقي؛ والمادة /٨٣ من قانون المرافعات المدنية العراقي؛ والمادة /٥٣و٥٤ من قانون الاثبات المصري ؛ والمادة/١٢٩ من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري النافذ رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ المعدل؛ والمادة / ٤٣و٤٤ من قانون البينات السوري ؛ والمادة / ١٦٤ من قانون اصول المحاكمات المدنية السوري رقم ٨٤ لسنة ١٩٥٣ المعدل؛ والمادة /١٨٤ من قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني.

قانون المرافعات المدنية قرر رد طلب التصحيح وقيد التامينات ايراداً للخزينة وصدر القرار بالاكثرية في ٢٨/ شعبان / ١٤٢٩ هجرية الموافق ليوم ٢٠٠٨/٨/٢٨ ميلادية " ([١٤٠]) .

وبهذا يتبين من القرار ان الادعاء امام محكمة البداءة في الدعوى المنظورة كون المستند المبرز مزور ، فللمحكمة احالة الامر الى قاضي التحقيق اذا وجدت قرائن قوية على صحة الادعاء بالتزوير وتجعل الدعوى مستاخرة ، وفي حالة قيام احد الخصوم بتقديم شكوى لدى قاضي التحقيق حول واقعة التزوير فعلى قاضي التحقيق اخذ الاذن من محكمة الموضوع بذلك .

كما جاء في قرار لمحكمة النقض المصرية انه "... وبوجه عام فاجراءات الاعلان التي يقوم بها المحضر بنفسه او تقع تحت بصره تكتسب صفة الرسمية ولايجوز اثبات عكسها الا بطريق الطعن بالتزوير..." ([١٤١]).

ويترتب على صحة الطعن بالتزوير في الوثيقة الرسمية للصناديق الاستثمارية الاحتمالات الاتية:

١- ان يتنازل مدعي التزوير عن ادعائه قبل التحقيق وفي هذه الحالة لا يتعرض للحكم عليه بالغرامة البالغة ٣٠٠٠ الاف دينار المنصوص عليها في المادة/ ٣٧ من قانون الاثبات العراقي الا اذا اثبت انه لم يقصد بادعائه الا مجرد الكيد وعرقلة سير الدعوى وتاخير الفصل فيها ([١٤٢]) .

٢- ثبوت صحة الادعاء في التزوير، اذا ثبت صحة الادعاء بالتزوير عدت الوثيقة الرسمية للصناديق الاستثمارية عديمة الاثر كانها لم توجد اصلا ويحال مقدم الوثيقة الى المحكمة الجنائية لينال العقوبة المقررة قانونا ([١٤٣]) .

([١٤٠]) قرار محكمة التمييز التحادية رقم / ٥٢/ هيأة موسعة مدنية / ٢٠٠٨ في ٢٨ / ٨/ ٢٠٠٨ (قرار غير منشور) .

([١٤١]) قرار محكمة النقض المصرية رقم ٤٨٨ لسنة ٥٨ ق ، نقض ١٩٩٢/٦/٢٥ نقلا عن نقلا عن: المحامي فرج محمد علي ، عبء الاثبات ونقله ، دراسة فقهية قضائية للخصم المكلف بالاثبات – مرافعات – مدني – ضرائب – جمارك – طبقا لاحدث احكام محكمة النقض ، ط٢ ، المكتب الجامعي الحديث ، الاسكندرية ، ٢٠٠٩ ، ص ١٣٧.

([١٤٢]) تنظر: المادة/ ٣٨ من قانون الاثبات العراقي .

([١٤٣]) ينظر : د.عصمت عبد المجيد، مصدر سابق، ص١٠٠ .

٣- ثبوت عدم صحة الادعاء بالتزوير وتعد الوثيقة الرسمية للصناديق الاستثمارية في هذه الحالة صحيحة ولا يجوز الطعن بها بالتزوير مرة اخرى ولو كان الطعن بالتزوير في المرة الثانية منصبا على مواقع اخرى من الوثيقة ([١٤٤]) .

فاذا انتهت المحكمة الى ثبوت صحة الوثيقة الرسمية للصناديق الاستثمارية ورفضت الادعاء بالتزوير حكم على مدعي التزوير بعقوبة الغرامة تستحصل منه تنفيذيا ، ولا يخل ذلك بحق المتضرر في طلب التعويض اما اذا ثبت بعض ما ادعاه فلا يحكم عليه بشيء ([١٤٥]) .

وتطبيقا لذلك فقد جاء في قرار محكمة التمييز العراقية انه: " لدى التدقيق والمداولة وجد ان الحكم المميز غير صحيح ذلك لان المحكمة قد استندت الى الورقة المؤرخة في ١٩٦٨/٧/٣٠ التي ابرزها المدعي واقتنعت بصحتها دون ان تلاحظ ان المميز المدع ى عليه قد دفع بتزويرها وتصنيعها وطلب احالة المدعي الى حاكم التحقيق لتحقيق ضده وتعهد بدفع الكفالة القانونية كما هو وارد في الجلسة المؤرخة في ١٩٧٠/٢/٩ فكان على المحكمة وقد ظهر لها على شكل الورقة نفسها وحجمها ومكان توقيع المميز عليها من جهة اليمنى ومن قرار المحكمة الكبرى الموقع ١٨ / ت ١٩٦٩ والمؤرخ في ١٩٦٩/٣/١٦ الذي تضمن ان الشرح الموجود على الورقة لم يكن بخط المميز وان جهة الشك حاصلة في كون الشرح قد دون على الورقة دون علم ومعرفة المتهم - المميز- مما يوحي ذلك ظاهر الحال من الورقة وفي هذا ما يكفي ان تجيب المميز الى طلبه باحالة المدعي - المميز عليه - الى حاكم التحقيق تطبيقا للمادة (١١٣) من قانون المرافعات ولذلك قرر نقض الحكم المميز واعادة الاضبارة الى محكمتها للسير على المنوال المتقدم وعلى ان يبقى رسم التمييز تابعا الى النتيجة ، وصدر القرار بالاتفاق..." ([١٤٦]) .

([١٤٤]) ينظر : د. عباس العبودي، مصدر سابق، ص١٦٠.

([١٤٥]) تنظر: المادة / ٣٧ من قانون الاثبات العراقي؛ والمادة /٦٥ من قانون الاثبات المصري؛ والمادة /٤٧ من قانون البينات السوري ؛ والمادة /١٩٤ من قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني.

([١٤٦]) قرار محكمة التمييز العراقية رقم/ ٨٩٨/خ/١٩٧٠ في ١٩٧١/٩/١٤، نقلا عن: حسين عبد الهادي البياع، شرح قانون الاثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩، ط١، بغداد، ١٩٨٦، ص٤٦.

وفي هذا المجال ايضا فقد قضت محكمة بداءة الكرادة التابعة الى محكمة استئناف بغداد – الرصافة الاتحادية على انه " ادعى المدعون بانهم سبق ان وهبوا قطعتهم المرقمة (٥٦٠ / ٤) البو جمعة الى المدعى عليه بشرط بناء مستشفى عليها وقد مضت مدة طويلة دون تنفيذ الشرط ، لذا طلبوا الحكم بفسخ الهبة واعادة تسجيل العقار باسمائهم ، وتحميله المصاريف استنادا للمادة ٦١١ من القانون المدني ، فدعت المحكمة الطرفين للمرافعة واصدرت حكما حضوريا مؤرخا في ٢٩ / ١٠ / ٢٠٠٢ قضت فيه برد دعوى المدعين وتحميلهم المصاريف واتعاب محاماة وكيل المدعى عليه مبلغا قدره الف دينار ، فنقض الحكم بقرار محكمة التمييز المرقم ٣٦١٥ / م٢ / ٢٠٠٢ في ١٢ / ١١ / ٢٠٠٣ ل ـ (ان المحكمة استعجلت اصداره قبل استكمال التحقيقات اللازمة حيث ان المدعي اسس دعواه على طلب فسخ عقد هبة الارض موضوع الدعوى الى المدعى عليه اضافة لوظيفته بحجة اخلاله بشرط الموهوب ، بينما انكر وكيل المدعى عليه كون تملكه للعقار جاء عن طريق الهبة وكان المقتضى ابتداء جلب اضبارة العقار من مرجعها وملاحظة كيفية ايلولة العقار الى وزارة الصحة حيث ان سجلات التسجيل العقاري وسنداتها حجة على الكافة ولا يطعن بها الا بالتزوير وفي حالة تحقق وجود الهبة مشروطة تقوم المحكمة انذاك ببحث شروط الدعوى على وفق الاحكام القانونية ...) واعادت الاضبارة الى هذه المحكمة لاتباع ما ورد فيه ، فدعت المحكمة الطرفين للمرافعة مجددا واستمرت بحقهما حضوريا وعلنا ، تلت المحكمة القرار التمييزي ، وجلبت اضبارة العقار موضوع الدعوى وتبين بانه كان مسجلا باسم المدعيين (١و٢) وجميلة محمد العبيدي وعبد الامير وحيدر ومحمد وبدرية وبلقيس ومقبولة وبتول اولاد عبد الكريم ، وبتاريخ ١٢ / ٩ / ١٩٧٣ سجلت معاملة بيع من اسمهم الى وزارة الصحة ببدل قدره عشرة الاف دينار ، دفعه المدعيان (٣ و٤) تبرعا للمدعى عليه ، واطلعت المحكمة على صورة كتاب مديرية الهندسة الصحية في وزارة الصحة بالعدد ٢٩٠٢٧ في ٢ / ٧ / ١٩٧٣ الموجه الى المدعيين (٣و٤) المتضمن موافقة الوزارة على قبول تبرعهم بالقطعة موضوع الدعوى لانشاء العيادة الطبية المركزية في الكرادة الشرقية ، وتمسك وكيل المدعى عليه بان العقار موضوع الدعوى انتقل الى الوزارة بمعاملة بيع اصولية ولم ينتقل بعقد هبة ، وان تشييد المبنى الصحي انما تأخر بسبب تجاوز بعض الاشخاص على القطعة واقر وكيل المدعين بان المدعيين (١و٢) لم يكونا من الواهبين بل هم من مالكي العقار وقد قبضتا سهامهما من بدل بيعه مما تبرع به المدعيان (٣ و٤) ، وتجد هذه المحكمة ان العقار موضوع الدعوى لم ينتقل الى المدعى عليه بعقد هبة بل بعقد بيع من اسم مالكي العقار وهم المدعيان (١و٢) وشركائهما ، وانما انصبت الهبة فقط على بدل

بيع العقار ، فما وهبه المدعيان (٣و٤) هو بدل بيع العقار الى المدعى عليه ، فلم يكن المذكوران مالكين للقطعة ، ليمكن ان يقوما بهبتها الى المدعى عليه ، بل كانت ملك لمن باعها اليه بعقد بيع سجل في دائرة التسجيل العقاري المختصة ، وانما وهب المدعيان (٣و٤) بدل شراءه ، لذا فلا وجود لعقد هبة عقار كما يدعيها المدعون لانه يشترط في عقد الهبة ان يكون الواهب مالك للمال الموهوب بنص المادة ٦٠٩ من القانون المدني :- (يشترط وجود الموهوب وقت الهبة ويلزم ان يكون معينا مملوكا للواهب .) في حين ان العقار موضوع الدعوى لم يكن مملوكا للوهبين ، لانه كان مسجلا باسم غيرهما في دائرة التسجيل العقاري ، وانما يكون العقار ملك لمن سجل باسمه في السجل العقاري ، فما كان يملكه الواهبان ووهباه الى المدعى عليه هو بدل شراء العقار وليس العقار ، لذلك فلا وجه لترتيب المدعون طلبهم باعادة تسجيل العقار باسمائهم على فسخ الهبة ، لان العقار لم يكن اصلا مسجلا باسم الواهبين وهم المدعيان (٣ و٤) ، ليمكن ان يعاد تسجيله باسميهما ، ترتيبا على فسخ عقد الهبة ، ولا يمكن ان يعاد تسجيله ، باسم من كان باسمه ، قبل وزارة الصحة ، بناء على فسخ الهبة ، لانه كان مسجلا باسم المدعيين (١ و٢) وشركائهما وهؤلاء لم يهبا العقار بل باعاه وقبضا بدل بيعه الذي دفعه المتبرعين به (أي ببدل البيع) وهم المدعيان (٣ و٤) ، لذا فلا يمكن الاستجابة الى طلب اعادة تسجيل العقار لا باسم المتبرعين بالبدل ، ولا باسم مالكيه السابقين قبل نقل ملكيته لوزارة الصحة على افتراض احقية المدعيين بطلب الفسخ ، هذا من جهة ومن جهة اخرى ، فان طلب فسخ الهبة، سواء كانت هبة بدل شراء العقار، او هبة العقار نفسه ، فمردود شكلا من جهة ان الفسخ يتطلب وفقا لنص المادة (١٧٧) من القانون المدني الاعذار، ويكون بانذار المدين ودعوته لتنفيذ التزامه خلال مدة مناسبة ، فاذا تخلف جاز طلب الفسخ ، في حين ان المدعين في هذه الدعوى لم يعذرا المدعى عليه ولم يدعوه الى تنفيذ التزامه المدعى به بانذاره ، بل انهم وجهوا له اشعارا بواسطة الكاتب العدل يعلنون فيه اعتبار العقد مفسوخا ، ولم يدعوه الى تنفيذ التزامه خلال مهلة مناسبة ، لذا تكون هذه الدعوى واجبة الرد شكلا فيما يتعلق بطلب فسخ الهبة ولو على اعتبار انها هبة بدل شراء العقار لا هبة العقار ذاته ، وهي واجبة الرد موضوعا فيما يتعلق بطلب اعادة تسجيل العقار باسماء المدعين لعدم احقية المدعيين (١و٢) به لانهما ليسا واهبين للعقار بل هم بائعين له الى المدعى عليه لقاء بدل قبضوا حصتهم منه فلا وجه لطلب اعادة تسجيله باسميهما استنادا الى فسخ الهبة التي لا شأن لهم بها ، ولعدم احقية المدعيين (٣ و٤) باعادة تسجيل العقار

باسميهما لانه لم يكن مسجلا باسميهما اصلا ليمكن اعادته اليهما ، ولانهما لم يهباه بل وهبا بدل شراءه فقط ، ولما تقدم تقرر الحكم برد دعوى المدعين وتحميلهم المصاريف تعاب محاماة وكيل المدعى عليه مبلغا قدره (١٠٠٠) الف دينار، وصدر الحكم استنادا للمواد ٦٠٩ و١٧٧ مدني و ١٦١ و١٦٦ مرافعات واالثانية والعشرين والثالثة والستين محاماة حضوريا قابلا للاستئناف والتمييز وافهم علنا في ٢٣ / ١ / ٢٠٠٦ " ([١٤٧]) .

([١٤٧]) قرار محكمة بداءة الكرادة رقم / ١١٤٦/ ب / ٢٠٠٢ في ٢٣/ ١ / ٢٠٠٦ (قرار غير منشور) .

المقصد الثاني
سلطة المحكمة في تقدير صحة الاوراق المالية الاسلامية الرسمية

لاشك ان لمحكمة الموضوع التي تقدم اليها هذه الوثيقة الاوراق المالية الاسلامية الرسمية للمشاريع الاستثمارية من قبل الخصم لاثبات دعواه سلطة واسعة في تقدير مدى صحة هذه الوثيقة ، اذ اعطى القانون العراقي لمحكمة الموضوع السلطة التامة في بحث مدى صحة الوثائق التي تقدم اليها في الدعوى وترجيح ما تطمئن اليه ، فلها ان تستبعد أي وثيقة رسمية صادرة من صندوق استثماري ظهر لها بوضوح من حالتها ومن ظروف الدعوى ان شائبة التزوير وشبهة التصنيع قائمة فيها استنادا لاحكام نص المادة/ ٣٥- اولا من قانون الاثبات العراقي والتي نصت على انه : " لا يعمل بالسند الا اذا كان سالما من شبهة التزوير والتصنيع " ([١٤٨]) .

والمراد بالاصطناع في هذا الصدد " انشاء محرر لم يكن له وجود من قبل ونسبته الى غير محرره دونما ضرورة تعتمد محرر بالذات وخط انسان معين " ([١٤٩])، أي ان الوثيقة الرسمية للصندوق الاستثماري يجب ان تكون خالية من المحاكاة والمشابهه فيه بان يكتب على وجه يشبه الحقيقة ويضاهيها وهو خلاف الحقيقة ، وبهذا تكون نص المادة/ ٣٥-اولا من قانون الاثبات العراقي قد الزمت المحكمة بعدم الاخذ والعمل بالوثيقة الرسمية للصندوق الاستثماري الا اذا كانت سالمة لشبهة التزوير المادي من تغيير الحقيقة بطريقة مادية محسوسة ومن شبهة التصنيع أي التزوير المعنوي أي في معناها ومضمونها.

([١٤٨]) الجدير بالذكر ان نص المادة /٣٥ من قانون الاثبات العراقي هي ماخوذة اصلا من نص المادة /١٧٣٦ من مجلة الاحكام العدلية العثمانية الملغاة والتي تعد اساسا تقنين للفقه الاسلامي وللفقه الحنفي بالتحديد، وقد جاء هذا النص تاكيدا وتثبيتا للمادة /١٦١٠ من المجلة وتنظر: المادة / ١٧٣٧ من المجلة التي نصت على انه: " البراءات السلطانية وقيود الدفاتر الخاقانية لكونها امينة من التزوير معمول بها " وتنظر: المادة /١٧٨٣ من المجلة التي نصت على انه: " يعمل ايضا بسجلات المحاكم اذا كانت قد ضبطت سالمة عن الفساد والحيلة على الوجه الذي يذكر في باب القضاء " وتنظر: المادة / ١٧٩٣ التي نصت على انه: " لا يعمل بالوثيقة فقط ولكن اذا كانت مقيدة في سجل المحكمة الموثوق به والمعتمد عليه تكون معمولا بها على ذلك الحال " وللمزيد من التفصيل ينظر: سليم رستم باز، المجلة، ط٣ ، دار احياء التراث العربي، بيروت ، من دون سنة طبع، ص٨٣٤ و ١٠١١ وما بعدها.

([١٤٩]) تنظر: المادة / ١٩١ من قانون العقوبات العراقي.

وبهذا فان المقصود من سلطة المحكمة في تقدير صحة وثيقة الاوراق المالية الاسلامية الرسمية للمشاريع الاستثمارية أي مدى سلطتها في تقدير الادلة من تلقاء نفسها، لان من حقها استبعاد الوثيقة الرسمية التي لا ترتاح اليها بما فيها من العيوب المادية كالشطب او التحشية او الكشط او غير ذلك من العيوب المادية في الوثيقة الرسمية دون حاجة الى احالة الخصوم الى قاضي التحقيق، وذلك اما باسقاط قيمتها في الاثبات او انقاص هذه القيمة على ان تدلل على صحة وجود العيب في قرارها الصادر وبشكل واضح ([١٥٠]) .

ومن العيوب المادية الاخرى التي لم تشر اليها المادة/ ٣٥- ثانيا من قانون الاثبات العراقي هي التمشي أي تتبع المزور توقيع من صدر منه الوثيقة بتمشية قلم على توقيعه ، وكذلك الحال بالطمس وهو تغطية الوثيقة بالحبر او بمادة اخرى اذ تصبح البيانات المدونة فيها غير واضحة ، وهذه العيوب المادية يمكن كشفها واعطاء راي قاطع بصددها من قبل خبراء شعبة المختبر الجنائي وشعبة المخطوطات والمستندات والوثائق التابعة لمديرية تحقيق الادلة الجنائية ([١٥١]) .

وتطبيقا لذلك فقد قضت محكمة التمييز العراقية انه " ...تبين من تقرير الخبراء ان الصك الذي تستند اليه المميزة في دعواها فيه تحشية لاسمها فوق كلمة – اخرى– لم يتبينها الخبراء لذا فان هذا الصك لايخلو من شائبة التزوير والتصنيع وللمحكمة ان تقدر ما يترتب على الكشط والمحو والشطب والتحشية او غير ذلك من العيوب المادية في الورقة المؤدية الى اسقاط قيمتها في الاثبات او انقاصها ، ولذلك فان عدم اعتداد المحكمة بهذا الصك جاء موافقا للقانون..." ([١٥٢]) .

([١٥٠]) تنظر: المادة / ٣٥–ثانيا من قانون الاثبات العراقي ؛ والمادة / ٢٨ من قانون الاثبات المصري؛ والمادة / ٢٦ من قانون البينات السوري ؛ والمادة /١٧٠ من قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني.

([١٥١]) ينظر : د. عباس العبودي، مصدر سابق، ص١٦٣.

([١٥٢]) قرار محكمة التمييز العراقية رقم ١١٢٦ في ١٩٧٠/١١/٢٥ نقلا عن: عبد الرحمن العلام، شرح قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل، ج٢، بغداد، ١٩٧٢، ص٥٧٧.

المطلب الثاني

ماهية الاوراق المالية الاسلامية العادية واثبات صحتها

سنتناول في البداية ماهية هذه الوثيقة الاوراق المالية الاسلامية العادية ، ومن ثم نتطرق الى اثبات صحة هذه الوثيقة الاوراق المالية الاسلامية العادية ، وذلك ضمن الفرعين الاتيين:

الفرع الاول / ماهية الاوراق المالية الاسلامية العادية .

الفرع الثاني / اثبات صحة الاوراق المالية الاسلامية العادية .

الفرع الاول
ماهية الاوراق المالية الاسلامية العادية

سوف نستعرض اولا مفهوم الاوراق المالية الاسلامية العادية ثم نتناول ثانيا شروط الاوراق المالية الاسلامية العادية ومن ثم نتطرق ثالثا الى حجية هذه الوثائق العادية ، وذلك حسب المقاصد الاتية:

المقصد الاول/ مفهوم الاوراق المالية الاسلامية العادية .
المقصد الثاني/ شروط الاوراق المالية الاسلامية العادية.
المقصد الثالث / حجية الاوراق المالية الاسلامية العادية .

المقصد الاول

مفهوم الاوراق المالية الاسلامية العادية

تعد وثيقة الاوراق المالية الاسلامية العادية محررات تصدر عن اشخاص القانون الخاص بشان تصرف قانوني من دون ان يتدخل في تحريرها موظف عام، فلا تستلزم القوانين عموما شكل معين في اعدادها ولهذا اطلقنا عليها الوثائق العادية، لان العادة والعرف جرى على ان الاشخاص سواء الطبيعية او المعنوية هم الذين يتولون صياغتها واعدادها ([١٥٣]) .

وبهذا تمتاز الكتابة عموما بانها دليل يمكن اعداده مقدما أي عند صدور التصرف القانوني وقبل قيام النزاع عادة مما يمكن معه تحديد مركز الشخص تحديدا واضحا ودقيقا والكتابة تتصف بالثبات فهي تحفظ على مرور الزمن ما تتضمنه من معلومات لانها تحصل في وقت لا نزاع فيه وعند تقديمها للقضاء تنطبق تلك الحقائق التي سبق اثباتها مالم يتبين انها لم تتعرض للتلف او التزوير ، فضلا عن ان الكتابة الموجودة في هذه الوثيقة الاوراق المالية الاسلامية العادية للمشاريع الاستثمارية تخلو من العيوب التي تعتري طرق الاثبات الاخرى كالشهادة فتقلل من قوتها كاحتمال فوات فرصة الاستشهاد بالشاهد لوفاته او كذبه او عدم دقته ان كان صادقا بسبب ما يتعرض له من خطا او نسيان ([١٥٤]) .

([١٥٣]) تنظر: المادة /٩ من قانون البينات السوري التي نصت على انه: " السند العادي بانه السند الذي يشتمل على توقيع من صدر عنه وليست له صفة السند الرسمي " وتنظر: المادة / ١١٠ من قانون البينات الاردني التي نصت على انه: " السند العادي هو الذي يشتمل على قائمة او بصمة اصبعه وليست له صفة السند الرسمي " وتنظر: المادة / ١٥٠ من قانون اصول المحاكمات المدنية والتجارية اللبناني التي نصت على انه: " السند العادي هو السند ذو التوقيع الخاص ويعتبر صادرا عمن وقعه مالم ينكر صراحة ما هو منسوب اليه من خط او توقيع او بصمة اذا كان يجهل التوقيع " في حين لم يرد تعريف في قانون الاثبات العراقي والمصري.

([١٥٤]) للمزيد من التفصيل ينظر: حسين المؤمن ، الاثبات بالمحررات في الشريعة الاسلامية ومواد الاحوال الشخصية والقضايا الجزائية ، مطابع دار الفجر، بيروت، ١٩٧٥، ص٢ومابعدها ؛ ود.عصمت عبد المجيد، مصدر سابق، ص٦٠.

المقصد الثاني
شروط الاوراق المالية الاسلامية العادية

لابد من توافر شروط محددة حتى تكون هذه الوثيقة الاوراق المالية الاسلامية عادية، وهذا ما سنوضحه تباعا ضمن البنود الاتيين:

البند الاول/ ان تكون الاوراق المالية الاسلامية العادية مكتوبة.
البند الثاني/ ان تكون الاوراق المالية الاسلامية العادية موقعة.

البند الاول

ان تكون الاوراق المالية الاسلامية العادية مكتوبة

واضـح ان هذا الشرط امر بديهي اذ بدون الكتابة لا توجد الاوراق المالية الاسلامية العادية ولا تعد دليلا للاثبات اصلا ، وليس هناك شروط معينة للكتابة فيها فيما عدا الثبات والجدية، والثابت ان يكون محررا باداة كتابة ثابتة كالحبر مثلا على الورق ولا يشترط ان تكون الكتابة باللغة العربية بل يصح ان تكون مكتوبة بلغة اجنبية غير انه جرى العمل في المحاكم العراقية لدى تقديم الوثيقة العادية المكتوبة بلغة اجنبية الى القضاء او اية جهة رسمية اخرى بضرورة ان ترفق ترجمة لها باللغة العربية مصدقة وفقا للاصول ([١٥٥]) .

ولا يشترط ان تكون الكتابة بخط موقعه بل يجوز ان تكون الوثيقة العادية للمشاريع الاستثمارية مكتوبة بخط شخص اخر حتى ولو كان ناقص الاهلية لانها ليست سوى اداة تعبير عن ارادة موقع الوثيقة وقد قضت محكمة النقض المصرية "...ان ثبوت صحة التوقيع على السند يجعله بما ورد فيه حجة على صاحبه بصرف النظر عما اذا كان صلب السند محررا او بخط يده " ([١٥٦]) .

([١٥٥]) للمزيد من التفصيل ينظر : د.عباس العبودي، مصدر سابق، ص١١٣.

([١٥٦]) قرار محكمة النقض المصرية في ١٩٦٤/١/٣٠، مجموعة احكام النقض المصرية س١٥ رقم ٣٠ ص٨، نقلا عن: د. عصمت عبد المجيد، مصدر سابق، ص٧٢

البند الثاني
ان تكون الاوراق المالية الاسلامية العادية موقعة

واضح ان التوقيع شرط اخر مهم وجوهري في الوثيقة العادية للمشاريع الاستثمارية لانه يتضمن اقرار الموقع بما هو مدون في الوثيقة ودليل مادي مباشر على حصول الرضا في انشائها وينطوي على معنى الجزم ان الوثيقة العادية للصناديق الاستثمارية صادرة من الشخص الموقع والمفوض من قبل الصندوق الاستثماري بالتوقيع عليها، ولو لم تكن مكتوبة بخطه بل مطبوعة وان ارادة هذا الموقع قد اتجهت الى اعتماد الكتابة والالتزام بها والاستشهاد بان ما مدون فيها صحيح.

فالتوقيع اذن هو تاشير او وضع علامة مميزة تدل عليه وتسمح بتحديد شخصيته والتعرف عليها بسهولة وبشكل يظهر ارادته الصريحة بالرضا فهي تدل على تصرف ارادي يقصد به التعبير عن موافقة الموقع عن مضمون الوثيقة، وللتعبير على القبول بما ورد فيه ، وقد حددت المادة/ ٢٥ من قانون الاثبات العراقي اساليب التوقيع على الوثائق العادية فنصت على انه : " اولا: يعتبر السند العادي صادرا ممن وقعه مالم ينكر صراحة ما هو منسوب اليه من خط او امضاء او بصمة ابهام. ثانيا: في حالة الانكار الكيدي للسند يحق للمتضرر ان يطالب بتعويض عن الضرر الذي يصيبه عن ذلك في نفس الدعوى او في دعوى مستقلة " .

كما نصت المادة / ١- رابعا من قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية العراقي النافذ رقم ٧٨ لسنة ٢٠١٢ على ان " التوقيع الالكتروني : علامة شخصية تتخذ شكل حروف او ارقام او رموز او اشارات او اصوات او غيرها وله طابع متفرد يدل على نسبته للموقع ويكون معتمدا من جهة التصديق " كما نصت المادة / ٤- ثانيا على ان " يكون للتوقيع الالكتروني في نطاق المعاملات المدنية والتجارية والادارية ذات الحجية المقررة في التوقيع الخطي اذا روعي في انشائه الشروط المنصوص عليها في المادة /٥ من هذا القانون " .([١٥٧])

([١٥٧]) تنظر: المادة/٤ و٥ من قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية العراقي النافذ رقم ٧٨ سنة ٢٠١٢ ؛ المنشور في جريدة الوقائع العراقية ، ع / ٤٢٥٦ في ٥/ ١١/ ٢٠١٢ ، ص ٢١ .

كما نصت المادة/١ – ثامنا من قانون تصديق اتفاقية تنظيم احكام التوقيع الالكتروني في مجال المعاملات الالكترونية في الدول العربية النافذ رقم ١٠١ لسنة ٢٠١٢ – والتي صادق عليها العراق بتاريخ ٣/ ١٢/ ٢٠٠٨ – على ان " التوقيع الالكتروني: ما يوضع على محرر الكتروني ويتخذ شكل حروف او ارقام اواشارات او غيرها ويكون له طابع متفرد يسمح بتحديد شخص الموقع ويميزه عن غيره " ونصت المادة / ١٩ من القانون ايضا على انه " يكون للتوقيع الالكتروني في نطاق المعاملات المدنية والتجارية والادارية نفس الحجية المقررة للتوقيعات في احكام قانون الاثبات في المواد المدنية والتجارية اذا روعي في انشائه واتمامه الشروط والضوابط الفنية الواردة في هذه الاتفاقية او التي تحددها الجهة المختصة او المتفق عليها في اطار مجلس الوحدة الاقتصادية العربية " ([١٥٨]) .

وبذلك فان اساليب التوقيع في القانون العراقي سواء على السندات الرسمية ام العادية هي التوقيع او الامضاء الخطي او البصمة او الختم الشخصي او التوقيع الالكتروني ([١٥٩]).

([١٥٨]) تنظر : المواد / ١ و١٩ و٢٠ و٢٣ من قانون تصديق اتفاقية تنظيم احكام التوقيع الالكتروني في مجال المعاملات الالكترونية في الدول العربية النافذ رقم ١٠١ لسنة ٢٠١٢ ، المنشور في جريدة الوقائع العراقية ع/٤٢٧٤ في ٢٠١٣/٤/١٥ ، ص١ ، ؛ والتي صادق عليها العراق في ٣ / ١٢ / ٢٠١٢ والموقعة في القاهرة ، وصدرت بالعراق بالقرار رقم / ١٠٢ في ١٧ / ١٢/ ٢٠١٢ واصدر القانون رقم ١٠١ لسنة ٢٠١٢ قانون تصديق اتتفاقية تنظيم احكام التوقيع الالكتروني في مجال المعاملات الالكترونية في الدول العربية .

([١٥٩]) في هذا السياق فان صور التوقيع الالكتروني تتعدد بحسب الطريقة التي يتم بها التوقيع كما تتباين هذه الصور فيما بينها من حيث درجة الثقة ومستوى ما تقدمه من ضمان بحسب الاجراءات المتبعة في اصدارها وتامينها والتقنيات التي تتيحها فهناك مثلا: ١- التوقيع بالقلم الالكتروني (**pen–Op**) ٢- واستخدام البطاقات الممغنطة المقترن بالرقم السري ٣- والتوقيع باستخدام الخواص الذاتية (القياسات البيومترية **Biometrie signature**) وتشمل هذه الطرق البيومترية البصمة الشخصية ومسح العين البشرية والبصمة الصوتية للتحقق من نبرة الصوت او بصمة الاصبع للتحقق من خواص اليد البشرية او بصمة الوجه للتعرف على الوجه البشري او التوقيع الشخصي او بصمة الشفاه او بصمة العين ٤- او التوقيع الرقمي (البصمة الرقمية **Signature numerique**) ٥- نقل التوقيع الخطي بالماسح الضوئي(**Scanner**) وللمزيد من التفصيل حول ماهية التوقيع الالكتروني وصوره وحجيته في الاثبات بين التداول والاقتباس ومخاطره وكيفية مواجهتها ينظر: د. ثروت عبد الحميد، التوقيع الالكتروني ، دار النيل للطباعة والنشر ، مصر، ٢٠٠١، ص١٩ و٥٣ ؛ ود.سعيد السيد قنديل ،التوقيع الالكتروني ، ط٢ ، دار الجامعات الجديدة للنشر ، الاسكندرية ، ٢٠٠٦ ، ص٦٦؛ ومنير محمد الجنبيهي وممدوح محمد الجنبيهي ، التوقيع الالكتروني وحجيته في الاثبات ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، ٢٠٠٥ ، ص ٩-١٦.

اما المقصود بالامضاء الكتابي كل اشارة او اصطلاح خطي يختاره الشخص لنفسه وبمحض ارادته للتعبير عن صدور الوثيقة منه وموافقته على ما ورد في هذه الوثيقة ومحتوياتها، وقد جعل القانون العراقي الامضاء بخط اليد هو الاصل والغى الوسائل الميكانيكية الاخرى كالختم اذ نصت المادة /٤٢- ثانيا من قانون الاثبات العراقي على انه: " لا يعتد بالسندات التي تذيل بالاختام الشخصية عدا السندات التي تذيل بالختم الشخصي المصدق من الكاتب العدل للمعوق المصاب بكلتا يديه على ان يتم ذلك بحضور المعوق شخصيا مع شاهدين امام الموظف المختص " ([١٦٠])، كما حدد القانون العراقي ايضا التوقيع ببصمة الابهام وجعلها وفق ضوابط معينة لابد من مراعاتها كان تكون بحضور موظف عام مختص او بحضور شاهدين يوقعان على الوثيقة ([١٦١]) .

وتطبيقا لذلك فقد جاء في قرار لمحكمة استئناف نينوى الاتحادية الهيئة التمييزية انه: " لدى التدقيق والمداولة وجد ان الطعن التمييزي واقع ضمن المدة القانونية فتقرر قبوله شكلا ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد انه غير صحيح بالنسبة للاشخاص الثلاثة المميزين (...) وذلك لعدم ثبوت صحة : ١- عقد البيع بالنسبة لهم لان تقرير خبراء الادلة الجنائية العدد /٢٠٠٥/٨ في ٢٠٠٦/٩/٨ لم يثبت صحة بصمة الابهام ازاء اسم فتحية حسين شلش في عقد البيع المؤرخ ٢٠٠٢/١٢/٣١ كما ان احد الشهود والمدعو(محب عصام طاهر) الذي استمعت اليه المحكمة بتاريخ٢٠٠٥/٩/١٤ افاد بانه لم يكن حاضرا عند توقيع الموما اليه على العقد لذا يكون المدعي عاجزا عن الاثبات عن هذه الجهة وكان على المحكمة ان تمنحه حق تحليف الاشخاص الثلاثة المذكورات يمين عدم العلم لذا تقرر نقض الحكم المميز واعادة الاضبارة الى محكمتها لملاحظة ما تقدم واصدار الحكم على ضوء ذلك على ان يبقى رسم التمييز تابعا للنتيجة وصدر القرار بالاتفاق في ١٢/شعبان/١٤٢٧هـ الموافق ٢٠٠٦/٩/٥م " ([١٦٢]) .

فضلا عن ذلك فان هناك امورا يجب مراعاتها في التوقيع يمكن اجمالها في: ان يكون التوقيع صادرا من قبل الملتزم بمضمون الوثيقة شخصيا أي ان يقوم بالتوقيع بنفسه وباسمه وخطه لان التوقيع لا يكون له قيمة الا اذا كان صادرا عن الشخص المنسوب اليه ولا عبرة بالوثيقة العادية للصناديق الاستثمارية اذا كانت تحمل توقيع شخص اخر غير الملتزم بها حتى وان كان هذا الغير موكلا بالتوقيع، لان الوكيل لا يستطيع ان يوقع بالاسم الشخصي لموكله بل عليه ان يوقع باسمه الشخصي بالذات مع ذكر صفته كوكيل، ذلك لان التوقيع تصرف شخصي لا يجوز

([١٦٠]) تنظر: المادة/ ٤٢ من قانون الاثبات العراقي .

([١٦١]) تنظر: المادة / ٤٢- اولا من قانون الاثبات العراقي .

([١٦٢]) قرار محكمة استئناف نينوى الاتحادية المرقم ٣٨٧ /ث ب/٢٠٠٦ في ٢٠٠٦/٩/٥(قرار غير منشور).

التوكيل فيه، ولا يمكن ان يقوم به الا صاحبه، كما انه يجب ان يكون التوقيع دالا بوضوح على شخص موقعه وان يرد التوقيع على الوثيقة العادية للصناديق الاستثمارية ذاتها، أي على نفس الوثيقة وان يوضع في محل يستدل منه على ان الموقع اراد الالتزام بجميع ما ورد من بيانات في تلك الوثيقة العادية للصناديق الاستثمارية لذلك كان المحل المناسب لوضع التوقيع هو اسفل الوثيقة ([١٦٣]) .

([١٦٣]) للمزيد من التفصيل ينظر: د. عباس العبودي، مصدر سابق ، ص١١٦وما بعدها.

المقصد الثالث

حجية الاوراق المالية الاسلامية العادية

سنتناول بداية التعرف على حجية هذه الوثبقة الاوراق المالية الاسلامية العادية من حيث المصدر والمضمون ومن ثم نبين حجية الاوراق المالية الاسلامية العادية بالنسبة للغير وحجية صورها، أي مدى الاحترام والالتزام والقوة الثبوتية الذي تفرضه هذه الوثيقة ، وذلك ضمن البنود الاتيين:

البند الاول/ حجية الاوراق المالية الاسلامية العادية من حيث المصدر والمضمون.

البند الثاني/ حجية الاوراق المالية الاسلامية العادية بالنسبة للغير وحجية صورها.

البند الاول

حجية الاوراق المالية الاسلامية العادية

من حيث المصدر والمضمون

سوف نستعرض حجية هذه الوثيقة الاوراق المالية الاسلامية العادية من حيث المصدر اولا ومن حيث المضمون ثانيا وذلك على النحو الاتي:

اولا / حجية الاوراق المالية الاسلامية العادية من حيث المصدر.

ثانيا / حجية الاوراق المالية الاسلامية العادية من حيث المضمون.

اولا: حجية الاوراق المالية الاسلامية العادية من حيث المصدر.

تعد الاوراق المالية الاسلامية العادية صادرة ممن وقعها مالم ينكر صراحة ما هو منسوب اليه من خط او امضاء او بصمة ابهام ([١٦٤])، ويقصد بالحجية هنا القوة الثبوتية للوثيقة العادية للمشاريع الاستثمارية من حيث صحة توقيع ممن نسبت اليه، وقرينة صحة الوثيقة العادية البسيطة هذه يمكن اهدارها بانكار الوثيقة العادية للمشاريع الاستثمارية، وبهذا الصدد اشارت المادة/٣٩ من قانون الاثبات العراقي التي نصت على انه: " اذا ابرز المدعي سندا عاديا لاثبات دعواه يعرض على المدعي عليه وله ان يقر بامضائه او ببصمة ابهامه او ينكرها ويعتبر سكوته اقرارا. ثانيا: يجوز للوارث بدلا من الاقرار او الانكار ان يدعي الجهل بالسند. ثالثا: اذا عجز المحتج بالسند عن الاثبات يكتفي من الحلف بان يحلف يمينا بانه لا يعلم ان الخط او الامضاء او البصمة تعود لسلفه " .

في حين نصت المادة /١٤ من قانون الاثبات المصري على انه: " يعتبر المحرر العرفي صادرا ممن وقع مالم ينكر صراحة ما هو منسوب اليه من خط او امضاء او ختم او بصمة ، اما الوارث او الخلف فلا يطلب منه الانكار ويكفي ان يحلف يمينا بانه لا يعلم ان الخط او الامضاء او الختم او البصمة هي لمن تلقى عنه الحق ومن احتج عليه بمحرر عرفي وناقش موضوعه لا يقبل منه انكار الخط او الامضاء او الختم او بصمة الاصابع " .

ويلاحظ على الفقرة الاخيرة من المادة / ١٤من قانون الاثبات المصري انها فعلا تسد باب المطل والكيد ذلك ان مناقشة موضوع الوثيقة الوارد في نص المادة بالنسبة لمن يحتج بها عليه انما تفيد تسليمه بصحة نسبة الوثيقة اليه فاذا عاد بعد ذلك الى انكارها وقد سرت الدعوى شوطا بعيدا على اساس صحة الوثيقة فانما يكون ذلك منه استغلالا لنصوص القانون في نقل عبء الاثبات الى المتمسك بالوثيقة ورغبة في الكيد ([١٦٥]).

([١٦٤]) تنظر: المادة/ ٢٥ من قانون الاثبات العراقي ؛ والمادة /١٤ من قانون الاثبات المصري ؛ والمادة /١٠ من قانون البينات السوري ؛ والمادة /١١ من قانون البينات الاردني ؛ والمادة /١٥١ من قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني.

([١٦٥]) للمزيد من التفصيل ينظر : د.عباس العبودي، مصدر سابق، ص١١٩.

وهذه تعد حسب تقديرنا ميزة امتاز بها قانون الاثبات المصري على قانون الاثبات العراقي، وحسنا فعل المشرع المصري بذلك ونأمل من المشرع العراقي ان يحذو حذو المشرع المصري في هذا، وذلك بتعديل نص المادة /٣٩ من قانون الاثبات العراقي واضافة جملة " ...ومن احتج عليه بمحرر عرفي وناقش موضوعه لا يقبل منه انكار الخط او الامضاء او الختم او بصمة الاصابع " ، اذ ان تحقيق العدل الناجز يعتمد على توخي مبدأ الاقتصاد بالاجراءات القضائية بمعنى ان تجري وتتم كل الاجراءات القضائية باقصر واقل جهد واقل نفقات؛ لان الحكم لا يكفي ان يصدر عادلا فحسب بل يجب ان يصدر في وقته المناسب أي ان يكون عاجلا؛ لان عامل الزمن له اهميته في نطاق تحقيق العدل، فلا يكفي ان نقول الحق فحسب بل لكي نقول الحق ويكون مفيدا ومؤثرا وحاسما ينبغي ان تنطق به في وقته المطلوب.

ثانيا: حجية الاوراق المالية الاسلامية العادية من حيث المضمون.

لاشك ان المقصود من حجية الاوراق المالية الاسلامية العادية من حيث المضمون هو مدى صحة المعلومات والبيانات الواردة فيها فاذا تقرر ثبوت صحة التوقيع على الوثيقة العادية بعدم انكارها صراحة او بثبوتها بعد انكارها يجعل الوثيقة حجة على صاحبها بصرف النظر عما اذا كانت الوثيقة محررة بخط غيره وتكون مكتسبا لقوة الثبوتية الرسمية في الاثبات، وهكذا اذا تقررت صحة التواقيع على الوثيقة العادية للمشاريع الاستثمارية يكون لها حجية الوثيقة الرسمية ذاتها وان امتداد حجية الوثيقة العادية الى الكافة حكم يفهم ضمنا من نص المادة /٢٦ من قانون الاثبات العراقي ([١٦٦]) .

اما اذا انكر من نسبت اليه الوثيقة العادية صحة الامضاء او بصمة الابهام مع شرط ان يكون الانكار صريحا ومحددا بشكل واضح فتصبح الوثيقة مجردة من القوة الثبوتية وينتقل عبء الاثبات الى المدعي الذي يقع عليه عبء اقامة الدليل على صحة نسبة الوثيقة الى الموقع، وقد يسكت المنسوب اليه الوثيقة العادية فيعد سكوته اقرارا حسب نص المادة/٣٩-اولا من قانون الاثبات العراقي، فمن لا يريد الاعتراف بالوثيقة ان ينكر صراحة ما هو منسوب اليه من خط او امضاء ، فاذا ابى فيتعين اعتبار الوثيقة العادية قد اعترف بها حكما ولا يحول ذلك دون طعن المقر بسلامة الوثيقة المادية ولا يؤثر كذلك على اوجه الدفوع الشكلية والموضوعية التي يكون لمن اعترف بالوثيقة العادية في غير تحفظ ان يتمسك بها، لان الاقرار يعد في هذا الخصوص منصبا على نسبة الوثيقة الى موقعه فقط دون اخلال بحق الطعن في صحة مضمونه او التمسك بالدفوع المتعلقة باصل الحق الثابت، فاذا اقر الخصم بعائدية بصمة الابهام في الوثيقة العادية ودفع بجهله بمضمونه وعدم تسلمه مبلغا فيجب تكليفه باثبات دفعه وعند عجزه منحه حق تحليف خصمه اليمين الحاسمة ([١٦٧]) .

([١٦٦]) تنظر: المادة /٢٦ من قانون الاثبات العراقي ؛ والمادة /١٥ من قانون الاثبات المصري؛ والمادة /١١ من قانون البينات السوري ؛ والمادة / ١٢ من قانون البينات الاردني ؛ والمادة / ١٥٤ من قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني.

([١٦٧]) للمزيد من التفصيل ينظر : د. عصمت عبد المجيد بكر، مصدر سابق، ص٧٧.

البند الثاني
حجية الاوراق المالية الاسلامية العادية
بالنسبة للغير وحجية صورها

سيتم توضيح حجية هذه الوثيقة الاوراق المالية الاسلامية العادية بالنسبة للغير بداية ، ثم نعرج ونتطرق الى توضيح صور هذه الوثيقة الاوراق المالية الاسلامية العادية ، وذلك على النحو الاتي:

اولا / حجية الاوراق المالية الاسلامية العادية بالنسبة للغير.

ثانيا / حجية صور الاوراق المالية الاسلامية العادية .

اولا: حجية الاوراق المالية الاسلامية العادية بالنسبة للغير.

ان المقصود بالغير عموما كل شخص يجوز ان يسري في حقه التصرف القانوني الذي تثبته هذه الوثيقة العادية وتقضي القواعد العامة بحمايته من سريانه عليه، فالغير في هذا المعنى هم الخلف العام والخاص والدائن ([١٦٨]) .

ومع ذلك فان الغير تضيق دائرته هنا في حجية تاريخ الوثيقة العادية عن الغير بالمعنى العام الموضح اعلاه، فهو امر لم يتفق الفقهاء على تحديده ويمكن تحديد الاشخاص الذين يعدون من الغير بالنسبة لتاريخ الوثيقة العادية بالخلف الخاص فقط – وليس الخلف العام– والدائن الحاجز والدائن المرتهن والدائن الذي يرفع دعوى عدم نفاذ التصرفات او الدعوى غير المباشرة، اذا انتقل الى مرحلة التنفيذ ودائنو المفلس والمعمر ([١٦٩])، فالغير هنا اذن هو كل شخص اجنبي عن الوثيقة او السند او العقد أي ليس طرفا في ذلك ([١٧٠]) .

واذا كان لتاريخ الوثيقة العادية حجية البيانات الواردة فيها ثم يفترض انه التاريخ الصحيح الى ان يقوم الدليل على عكسه فانه بالنسبة للغير لا يكون حجة عليه الا اذا كان هذا التاريخ ثابتا ولذلك فان تاريخ الوثيقة العادية لا يكون نافذا في مواجهة الغير الا بتطبيق احدى الطرق التي نص عليها القانون والتي حددتها المادة / ٢٦– اولا من قانون الاثبات العراقي والتي نصت على انه: " اولا: لا يكون السند العادي حجة على الغير في تاريخه الا منذ ان يكون له تاريخ ثابت ويكون تاريخ السند ثابتا في احدى الحالات التالية:

([١٦٨]) في هذا الصدد يقصد بالخلف العام: هو من يخلف سلفه في ذمته المالية كلها او في جزء شائع منها كالثلث والربع والنصف كالوارث والموصى له بجزء شائع من التركة كالثلث، والخلف يخلف سلفه بمقتضى احكام الميراث والوصية، فمن الطبيعي ان يتاثر بالعقود التي ابرمها سلفه. تنظر: المادة /١٤٢ من القانون المدني العراقي ؛ في حين ان المقصود بالخلف الخاص هو من يخلف الشخص في مال معين من امواله كالمشتري والموصى له بعين معين كملكية دار معينة مثلا ، فهو كل من انتقل اليه حق خاص او مال وهذا لا يتاثر بالتصرفات التي يجريها السلف الا اذا كانت تلك التصرفات تتعلق بالشيء الذي يخلفه فيه ، كما يجب ان يكون التصرف صادرا من سلفه قبل ان انتقال الشيء اليه ، فاذا ما رهن شخص داره لدى المصرف العقاري ثم باعها فانها تنتقل الى المشتري وهي مرهونة ؛ وللمزيد من التفصيل تنظر: المواد/ ٣٦٣و١٣٤٤و١٣٥٢و١٣٥٤ من القانون المدني العراقي ؛ وينظر: د.عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، ج١، في مصادر الالتزام، دار الكتب للطباعة والنشر، جامعة الموصل، ١٩٨٠، ص١٣٠.

([١٦٩]) ينظر : د. عباس العبودي، مصدر سابق، ص١٢٠.

([١٧٠]) ينظر : المحامي حسين عبد الهادي البياع، مرجع سابق ، ص٣٨.

أ–من يوم ان يصدق عليه الكاتب العدل.
ب–من يوم ان يثبت مضمونه في ورقة اخرى ثابتة التاريخ.
ج–من يوم ان يؤشر عليه قاضي او موظف مختص.
د–من يوم وفاة احد ممن لهم على السند اثر معترف به من خط او امضاء او بصمة ابهام او من يوم ان يصبح مستحيلا على احد من هؤلاء ان يكتب او يبصم لعلة في جسمه او بوجه عام من يوم وقوع أي حادث اخر يكون قاطعا في ان السند قد صدر قبل وقوعه. ثانيا: ومع ذلك يجوز للمحكمة تبعا للظروف ان لا تطبق الفقرة (اولا)على الوصولات " ([١٧١]) .

ويلاحظ على هذه المادة انها قد استثنت من قانون الاثبات الوصولات ومن قاعدة ثبوت التاريخ ومبنى هذا الاستثناء يرجع الى مراعاة ما تقضي به الضرورات العملية ورفع الحرج عن الناس في المعاملات بوصف الوصولات عمليات بسيطة كثيرة الوقوع في الحياة العملية وان المدين في الصورة الغالبة عندما يدفع الدين لا يفكر في اثبات تاريخ الوصولات ([١٧٢]) .

فالوثيقة العادية اذا اقر بها من نسب اليه او ثبت نسبته اليه بعد الانكار اعتبر جميع ماورد فيها– ماعدا التاريخ – حجة على طرفيه والغير كما هو الحال بالنسبة للوثيقة الرسمية الا انه يجوز الطعن فيها عن طريق الادعاء بالتزوير، فاذا ثبت تاريخ الوثيقة العادية باحدى الحالات المذكورة في المادة اعلاه فهذا التاريخ يكون حجة على الغير ويسري بحقه منذ الوقت الذي اعتبر فيه التاريخ ثابتا لا من التاريخ المثبت بالوثيقة ، ويجب لامكان التمسك بعدم ثبوت التاريخ ان يكون الغير حسن النية لا يعلم بالتصرف الذي يحتج بعدم ثبوت تاريخه، اما اذا كان الخلف الخاص او الدائن الحاجز يعلم وقت انتقال الحق اليه او وقت توقيع الحجز بالتصرف المتعلق بالمال الذي انتقل اليه او الذي حجز عليه فانه يكون سيء النية ولا يستطيع التمسك بعدم ثبوت تاريخه انما الاصل حسن النية فمن يدعي سوء نيته على خلافه عليه ان يقيم الدليل على ما يدعيه ([١٧٣]) .

([١٧١]) تنظر: المادة /١٥ من قانون الاثبات المصري ؛ والمادة /١١ من قانون البينات السوري ؛ والمادة /١٢ من قانون البينات الاردني ؛ والمادة /١٥٤ من قانون اصول الحاكمات المدنية اللبناني.

([١٧٢]) ينظر : د.عباس العبودي، مصدر سابق، ص١٢١.

([١٧٣]) للمزيد من التفصيل ينظر : د. عصمت عبد المجيد، مصدر سابق، ص٧٨و ٨١.

كما ان هناك حالات تكون فيها الوثيقة العادية حجة على الغير على الرغم من عدم ثبوت تاريخها وهذه الحالات هي ([١٧٤]):

١-في حالة اذا لم تكن الوثيقة العادية معدة اصلا لاثبات التصرف القانوني ومن ثم فان الاوراق المنزلية والدفاتر التجارية لم تعد اصلا بل جعلت لها القوانين تجوزا قيمة الوثائق العادية، وباعتقادنا ان وثيقة الاوراق المالية الاسلامية العادية للمشاريع الاستثمارية تكون حجة على الغير على الرغم من عدم ثبوت تاريخها طبقا لهذه الحالة الاستثنائية، لانها لم تعد اصلا لاثبات التصرف القانوني وانما مجرد الاستشهاد بان الشخص يملك كذا عدد من الاسهم والحصص في المشروع الاستثماري.

٢- اذا كان القانون لا يتطلب الكتابة للاثبات كالتصرفات القانونية التي لا تزيد قيمتها على النصاب القانوني المحدد وهي خمسة الاف دينار عراقي والتي يجوز اثباتها بالشهادة والقرائن ومن ثم فاذا حررت وثائق عادية لاثبات هذه التصرفات فلا يشترط فيها ثبوت التاريخ.

٣-الوصولات عملا بالمادة/٢٦- ثانيا من قانون الاثبات العراقي على انه ومع ذلك يجوز للمحكمة تبعا للظروف ان لا تطبق المادة /٢٦- اولا من قانون الاثبات العراقي على الوصولات وذلك كما ذكرنا مراعاة للظروف العملية ورفع الحرج عن الناس في التعامل.

([١٧٤]) للمزيد من التفصيل ينظر المصدر السابق، ص٨١.

ثانيا: حجية صور الاوراق المالية الاسلامية العادية .

والمقصود بصورة الاوراق المالية الاسلامية العادية عبارة عن نقلها بما ورد فيها حرفيا او بالتصوير الفوتوغرافي او الضوئي لاصل الوثيقة العادية للمشاريع الاستثمارية ، والاصل ان هذه الصور ليس لها أية قيمة في الاثبات لانه من الممكن ان تكون الصورة محرفة او ان يكون الاصل مزورا فلا يمكن مطابقة الصورة عليه، ولذلك فقد قضت محكمة التمييز اللبنانية " ... بان صورة السند العادي لايمكن الاخذ بها كوسيلة للاثبات حتى ولو كانت صورة فوتوغرافية لانه من الممكن جعل هذه الصورة تختلف عن الاصل بالنظر لما يمكن ان يرافق التصوير من حذف وتبديل في مضمون السند الاصلي فيبقى لمن ادلى ضده بالصورة ان يطلب ابراز الاصل في كل حين..." ([١٧٥]) .

فاذا كان الاصل هو عدم الاخذ بصورة الوثيقة العادية فان هذه الصورة اذا كانت مكتوبة بخط المدين نفسه ولا تحمل توقيعه فانه يمكن ان تعد مبدا الثبوت بالكتابة وعندئذ تكمل بشهادة الشهود والقرائن القضائية او اليمين المتممة بكونها مبدا ثبوت قانوني ([١٧٦])، اما اذا كانت صورة الوثيقة العادية موقعا عليها ممن صدر عنه الاصل عدت الوثيقة في هذه الحالة نسخة ثانية لها نفس قيمة الاصل في الاثبات.

كما نصت ايضا المادة /٢١ من قانون تصديق اتفاقية تنظيم احكام التوقيع الالكتروني في مجال المعاملات الالكترونية في الدول العربية النافذ رقم ١٠١ لسنة ٢٠١٢ على انه " الصور المنسوخة على الورق من الوثائق والمحررات الالكترونية حجة على الكافة بالقدر الذي تكون فيه مطابقة لاصل هذه الوثائق والمحررات ، وذلك ما دامت الوثائق والمحررات الالكترونية الرسمية والتوقيع الالكتروني موجودة على الدعامة الالكترونية " ([١٧٧])، وهذا ينطبق بالطبع على الالوثائق والمحررات الالكترونية الرسمية ايضا .

([١٧٥]) قرار محكمة التمييز اللبنانية رقم ٣ في ١٩٧٢/١/١٠، نقلا عن: سمير سامي الحلبي المحامي، موسوعة البيانات في المواد المدنية والتجارية وفقا للاجتهاد اللبناني ، ط١، ١٩٧٩، ص١٦٧.

([١٧٦]) للمزيد من التفصيل ينظر: الشيخ د. اوان عبد الله الفيضي ، مصدر سابق ، ص٥٥وما بعدها.

([١٧٧]) تنظر: المواد / ١ و١٩ و٢٠ و٢١ و٢٢ و٢٣ من قانون تصديق اتفاقية تنظيم احكام التوقيع الالكتروني في مجال المعاملات الالكترونية في الدول العربية النافذ رقم ١٠١ لسنة ٢٠١٢ .

الفرع الثاني
اثبات صحة الاوراق المالية الاسلامية العادية

يقصد باثبات صحة وثيقة الاوراق المالية الاسلامية العادية هي التحقق من صحة الوثيقة العادية او عدم صحتها بوصفها دليلا في الاثبات، فاذا ما كان الخصوم قد اقروا بصحة الوثيقة العادية المقدمة من بعضهم البعض فما على المحكمة الا استخلاص وجه الحكم مما تستنتجه منها، اما اذا قامت منازعة في صحة هذه الوثيقة العادية وجب عند ذلك اتباع الاجراءات المنصوص عليها في القانون لاثبات صحة هذه الوثيقة وهذه الاجراءات سيتم توضيحها مفصلا، فضلا عن ذلك فان القوانين عموما بينت مدى سلطة المحكمة في تقدير صحة هذه الوثائق سواء من تلقاء نفسها او بناء على طعن فيما يقدم اليها من الخصوم.

واستكمالا للموضوع والاحاطة بتفاصيله يستوجب ان نقسم هذا الفرع على المقصدين الاتيين:

المقصد الاول/ طرق الطعن في الاوراق المالية الاسلامية العادية .

المقصد الثاني/ سلطة المحكمة في تقدير صحة الاوراق المالية الاسلامية العادية.

المقصد الاول

طرق الطعن في الاوراق المالية الاسلامية العادية

باديء ذي بدء فان الطعن في هذه الوثيقة الاوراق المالية الاسلامية العادية يتم اما بانكار الخط او الامضاء او بصمة الابهام او يتم بطريقة اخرى هي الادعاء بالتزوير، فالقانون العراقي ترك الخيار لمن يحتج عليه بوثيقة عادية خيار الطعن بين الطريقتين المذكورتين، وبهذا يكون القانون العراقي قد وضع قاعدتين عامتين تطبقان على اثبات صحة الوثائق العادية للمشاريع الاستثمارية نصت عليهما المادة /٣٤و٣٥ من قانون الاثبات العراقي، فطريقة الطعن او القاعدة الاولى هي انكار الخط او الامضاء او بصمة الابهام للوثيقة العادية، والطريقة او القاعدة الثانية هي الادعاء بالتزوير.

ولتوضيح ذلك مفصلا وتماشيا مع ما بيناه فانه يستلزم ان نقسم هذا المقصد على البندين الاتيين:

البند الاول/ الطعن بالانكار في الاوراق المالية الاسلامية العادية .

البند الثاني/ الطعن بالتزوير في الاوراق المالية الاسلامية العادية.

البند الاول

الطعن بالانكار في الاوراق المالية الاسلامية العادية

يعد الانكار رخصة منحتها القوانين عموما لمن يحتج عليه بوثيقة عادية للمشاريع الاستثمارية بقصد استبعاد حجيتها مؤقتا من الاثبات دون الحاجة الى سلوك سبيل الادعاء بالتزوير، وذلك الى ان يثبت صدور الوثيقة العادية للمشاريع الاستثمارية من الشخص المنسوب اليه، فالانكار هو عدم تسليم الخصم بصحة ما منسوب اليه من خط او امضاء او بصمة ابهام في أي وثيقة عادية تقدم بها خصمه في الدعوى بوصفه دليلا للاثبات فهو يعفيه من عبء الاثبات مؤقتا ويلقيه على عاتق خصمه، لذلك يندر الاتجاه الى الطعن بالتزوير مادام طريق الطعن بالانكار يكفي لاسقاط حجية الوثيقة العادية بخلاف الوثيقة الرسمية للمشاريع الاستثمارية فان الطعن كما لاحظنا سابقا لا يكون فيها الا بالطعن بالتزوير.

فاذا انكر من صدرت عنه الوثيقة العادية للصناديق الاستثمارية ما نسب اليه من خط او امضاء او بصمة ابهام تفقد الوثيقة العادية قوتها في الاثبات الى حين البت في هذا الطعن المنسوب اليها، فهنا تقرر المحكمة اجراء عملية المضاهاة مع ايداع الوثيقة العادية للصناديق الاستثمارية في صندوق المحكمة بعد تثبيت حالتها واوصافها والتوقيع عليها من القاضي او رئيس الهيئة اذا ما كانت هذه الوثيقة العادية للصناديق الاستثمارية منتجة في الدعوى وذلك وفق احكام المادة/٤٠ من قانون الاثبات العراقي التي نصت على انه: " اذا انكر من نسب اليه السند خطه او امضاءه او بصمه ابهامه او انكر ذلك من يقوم مقامه او ادعى الوارث الجهل به وكان السند منتجا في الدعوى قررت المحكمة اجراء المضاهاة مع ايداع السند في صندوق المحكمة بعد تثبيت حالته واوصافه والتوقيع عليه من القاضي او رئيس الهيئة " ([١٧٨]) .

([١٧٨]) في هذا الصدد فان المقصود بالمضاهاة (**Comporasion**) في اللغة : المقارنة ومشاكلة الشيء بالشيء، قال تعالى في محكم ايات التنزيل : ﴿ وَقَالَتِ ٱلْيَهُودُ عُزَيْرٌ ٱبْنُ ٱللَّهِ وَقَالَتِ ٱلنَّصَٰرَى ٱلْمَسِيحُ ٱبْنُ ٱللَّهِ ۖ ذَٰلِكَ قَوْلُهُم بِأَفْوَٰهِهِمْ ۖ يُضَٰهِـُٔونَ قَوْلَ ٱلَّذِينَ كَفَرُوا۟ مِن قَبْلُ ۚ قَٰتَلَهُمُ ٱللَّهُ ۚ أَنَّىٰ يُؤْفَكُونَ ﴿٣٠﴾ ﴾ سورة التوبة/الاية ٣٠ ، اما المقصود بالمضاهاة اصطلاحا فهو: مقارنة خط او امضاء او بصمة ابهام من نسب اليه الوثيقة العادية الذي انكره مع امثاله من السندات او الاوراق التي عينها القانون لمعرفة ما اذا كانت تشابه او تطابق ما هو مكتوب على السند المدعى به ام لا... ؛ وللمزيد من التفصيل ينظر: د. عباس العبودي ، مصدر سابق ، ص١٥٦.

والمقصود بالوثيقة المنتجة في الدعوى في هذا الخصوص أي التي يكون من شانها اذا ثبتت ان توصل الى اقتناع القاضي مما يؤثر على الحكم الذي يصدره في الدعوى، وان تكون الوثيقة منتجة في الدعوى يغني من الناحية المنطقية عن ان تكون الوثيقة متعلقة بالدعوى ذلك ان كل وثيقة منتجة في الدعوى لابد من ان تكون ايضا متعلقة بالدعوى منطقيا، والعكس غير صحيح ، فقد تكون الوثيقة متعلقة بالدعوى ولكنها غير منتجة فيها وعليه فان ذكر عبارة "... وكان السند منتجا في الدعوى " في نص المادة السابقة جاءت ملائمة بتقديرنا المتواضع ، وذلك لان الوصف الذي اطلقت المادة على الوثيقة ان تكون منتجة في الدعوى وهي اعلى مرتبة من وصف ان تكون متعلقة بالدعوى أي انه يتضمن ويستغرق ويكمل ان تكون الوثيقة متعلقة في الدعوى ذلك انه من غير المتصور ان تكون الوثيقة منتجة في الدعوى دون ان تكون متعلقة بها، ويترتب على وصف الوثيقة بانها منتجة في الدعوى انه يجوز للمحكمة ان تعدل عما امرت به من اجراءات متى رات انها اصبحت غير منتجة، وذلك اذا ما وجدت في اوراق الدعوى ما يكفي بتكوين عقيدتها للفصل في موضوع النزاع، لانه من العبث وضياع الجهد والوقت الاصرار على تنفيذ اجراء اتضح لها انه غير مجد ([١٧٩]) .

وبناءً على ذلك فقد قضت محكمة التمييز العراقية انه: " لدى التدقيق والمداولة وجد ان الحكم المميز غير صحيح ومخالف للقانون ذلك انه يترتب على المحكمة في حالة اصدار الحكم على تركة المتوفي ان تحلف المدعي من تلقاء نفسها يمين الاستظهار المقررة في المادة /١٢٤ من قانون الاثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ هذا من جهة، ومن جهة اخرى فان من حق الوارث ان يدفع بعدم العلم من ان التوقيع المنسوب لمورثه يعود له فعلا من عدمه ويطلب اجراء المضاهاة عن عائدية التوقيع لمورثه فان ذلك لا يحول دون تقديمه دفوعا اخرى تتعلق باصل الدين لذا كان على المحكمة قبول الدفع المشار من قبل المميز وتكليفه بتقديم ما يثبته من الادلة فان عجز تمنحه حق تحليف خصمه اليمين القانونية.. " ([١٨٠]) .

([١٧٩]) للمزيد من التفصيل ينظر: المادة /١٠و١٧ من قانون الاثبات العراقي ؛ والمادة / ٢و٩و٣٠ من قانون الاثبات المصري؛ والمادة / ٢و٢٨ من قانون البينات السوري ؛ والمادة / ٤ من قانون البينات الاردني؛ والمادة / ١٣٢و١٣٧و١٧٤ من قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني.

([١٨٠]) قرار محكمة التمييز العراقية رقم / ٦١٨ / مدنية ثالثة /١٩٨١ في ١٩٨١/٥/١١. نقلا عن: علي محمد ابراهيم الكرباسي، الموسوعة القانونية ١، قانون الاثبات ، ص٧٠.

في حين اجازت المادة /٣٠ من قانون الاثبات المصري اثبات صحة الوثيقة العادية الذي انكرها من نسب اليه اما باجراء المضاهاة من قبل المحكمة نفسها او بواسطة اهل الخبرة واما بشهادة الشهود او بكليهما، حيث نصت على انه : " ...امرت المحكمة بالتحقيق بالمضاهاة او بسماع الشهود او بكليهما " ([١٨١]) .

وبهذا فان قانون الاثبات المصري يكون قد قبل ان تكون الشهادة بمفردها طريقا خاصا للمضاهاة على اساس ان كتابة الامضاء او وضع بصمة الابهام على الوثيقة لا تعدو ان تكون واقعة مادية مما يجوز اثباتها بطرق الاثبات كافة بضمنها الشهادة والقرائن.

في حين ان قانون الاثبات العراقي لم يجعل من شهادة الشهود بمفردها طريقا خاصا للمضاهاة وانما جعل سماع الشهود وسيلة لتعزيز ما اسفرت عنه المضاهاة سلبا او ايجابا ، وذلك لان المضاهاة لا تجري عن طريق الشهود مطلقا في القانون العراقي استنادا لاحكام المادة / ٤٥ من قانون الاثبات العراقي التي نصت على انه: " يجوز سماع الشهود الذين لهم علم بالوثيقة العادية وموضوعها فيما يتعلق باثبات الامضاء او بصمة الابهام وكذلك يجوز سماع الشهود اذا كان الامضاء او بصمة الابهام قد وضحت بعض معالمها دون البعض الاخر " ([١٨٢]) .

وكذلك الحال بالنسبة لموقف القضاء العراقي من هذا الامر اذ جاء في قرار لمحكمة التمييز العراقية كما انه: "... ليس للمحكمة عند انكار المدعى عليه لتوقيعه على السندات ان تستمع البينة الشخصية لاثبات صحة التوقيع بل عليها اجراء المضاهاة بواسطة مديرية تحقيق الادلة الجنائية في شعبة المخطوطات..." ([١٨٣]) .

([١٨١]) تنظر المادة /٣٠ من قانون الاثبات المصري

([١٨٢]) مما تجدر الاشارة اليه ان المادة / ١٧٤ من قانون اصول المحاكمات المدنية والتجارية اللبناني نصت على انه: " ... ويقدر اجراء تطبيق الخط اما بنفسه عن طريق المقابلة بين الاوراق او الاسناد واما بواسطة خبراء ويجوز سماع شهادة الشهود لاثبات حصول الكتابة او التوقيع او البصم بحضورهم " ولم يرد نص مماثل في قانون البينات السوري والاردني.

([١٨٣]) قرار محكمة التمييز العراقية رقم / ١٤٩١ في ١٩٧٣/١٢/١٣ ، النشرة القضائية ، وزارة العدل العراقية ، ع /٤ ، س٤، ١٩٧٣، ص٣٥١.

كما قضت هذه المحكمة ايضا انه: " لدى التدقيق والمداولة تبين من نتيجة اجراء التطبيق والمضاهاة بين التوقيعين المنسوبين الى (ز) وبين نماذج التواقيع المتخذه مقياسا للتطبيق من قبل الخبراء المختصين بالخطوط من خبراء التحريات الجنائية عدم انطباقها على المقاييس وقد طلب وكيل المميز اعادة المضاهاة ولكنه لم يقدم سببا يستوجب ذلك اما دفع الوكيل بان موقعة الكمبيالة كانت مريضة عند توقيعها الكمبيالة وذلك مما يوجب اضطرابها عند التوقيع فان هذه الحالة لا تزول بتكرار التطبيق كما انه على فرض اعادة المضاهاة وظهرت النتيجة بعكس الاولى وانطبق التوقيع على المقياس فسيحصل رأيان متعارضان وسيحتج الطرف الاخر على ذلك ويطلب اعادة المضاهاة ايضا، ذلك مما يستوجب التسلسل والتكرار في اجراء المضاهاة بلا انتهاء ودون اقتناع احد الطرفين بالنتيجة، لذا ولعدم اثبات المميزة دفعها بالبينة ورفضها تحليف المميز عليهما اليمين يكون الحكم المميز بما قضى به موافقا للقانون والاعتراضات التمييزية غير واردة فقد ردها وتصديق الحكم المميز وتحميل رسم التمييز وصدر القرار بالاتفاق " ([١٨٤]) .

فالمضاهاة هي بالاحرى عملية مقارنة بين البصمات والخطوط فقط وقد حددت المادة / ٤٨ من قانون الاثبات العراقي الاوراق التي تصلح لاجراء المضاهاة عليها اذ نصت على انه: " تجري المضاهاة على الاوراق التي اتفق عليها والا فتجري على الخط او الامضاء او بصمة الابهام الموضوعة على سندات رسمية او على سندات عادية اقر بها الخصم او على اوراق جرى استكتابه عليها امام المحكمة " .

ومما تجدر الاشارة اليه ان المحكمة لا تلجا الى طريقة الاستكتاب في التطبيق عموما الا اذا تعذر اجراؤه بالطرق السالفة الذكر التي حددتها المادة / ٤٨ من قانون الاثبات العراقي وذلك لان الاستكتاب يعد اضعف طريقة مقياسا للتطبيق في اجراء المضاهاة ، لان المستكتب يستطيع ان يغير كتابته الاعتيادية، فمن الاشخاص من له قدرة على الكتابة باكثر من قاعدة فيضيع على المحكمة الدليل في حين انه اذا كان توقيع الشخص المنسوب اليه السند موجودا مثل على قائمة راتبه فانه لا يستطيع ان يغير كتابته ويبقى توقيعه ثابتا ، لذلك فان المحكمة لا تلجا الى الاستكتاب الا اذا تعذر وجود اوراق تتخذها اساسا للمطابقة ([١٨٥]) .

([١٨٤]) قرار محكمة التمييز العراقية رقم: ٨٥١/ح٣/١٩٧٠ في ١٩٧٠/٨/٨ نقلا عن: حسين عبد الهادي البياع، مصدر سابق، ص٥٢.

([١٨٥]) ينظر : د. عباس العبودي، مصدر سابق ، ص١٥٩.

وبناءً على ما ذكرناه فقد بينت ايضا المادة / ٤٩ من قانون الاثبات العراقي انه: " على الخصم الذي ينازع في نسبة السند اليه ان يحضر بنفسه الاستكتاب لاخذ نموذج من خطه او امضائه او بصمة ابهامه في الموعد الذي تحدده المحكمة فان امتنع عن الحضور بغير عذر جاز الحكم بثبوت نسبة السند اليه " ، بينما اشارت المادة / ٤١ من القانون نفسه على حالة ما اذا كانت بينة المدعي سندا عاديا منسوبا للمدعى عليه الغائب فنصت على انه: " اذا كانت بينة المدعي سندا عاديا منسوبا للمدعى عليه الغائب ولم يتمكن المدعي من اراءة مقياس للتطبيق جاز في هذه الحالة اصدار الحكم غيابيا معلقا على الاستكتاب والنكول عن اليمين عند الاعتراض حتى ولو كان المدعى عليه قد حضر بعض جلسات المرافعة " .

وبناءً على ما تقدم فقد جاء في قرار لمحكمة التمييز العراقية انه: " ...فقد وجد انه صحيح وموافق للقانون للاسباب التي استند اليها حيث ثبت من وقائع الدعوى ان المدعى عليه قد انكر توقيعه على الكمبيالة المبرزة كما انكر انشغال ذمته للمدعي بالمبلغ المدعى به وان الشهود الذين وقعوا على الكمبيالة نفوا ان يكون المدعى عليه قد وقع على الكمبيالة وحيث ان تقرير خبراء الادلة الجنائية المؤرخ في ٢٠٠٠/١٢/٢٠ ايد ان التوقيع الموقع على الكمبيالة يختلف عن نماذج تواقيع المدعى عليه المتخذة مقياسا للانطباق ، وحيث عجز المدعي عن الاثبات ومنح حق تحليف المدعى عليه اليمين الحاسمة الا انه رفض ذلك براءة واستنادا لذلك يكون المدعى عليه قد خسر ما توجهت به اليمين وتكون دعواه واجبة الرد، وحيث ان محكمة الموضوع قضت برد الدعوى وان محكمة الاستئناف المميز حكمها قضت بتاييد الحكم البدائي لذا تكون قد طبقت حكم القانون... " ([١٨٦]) .

كما جاء ايضا في قرار لمحكمة بداءة بلد روز انه " ..ونتيجة المرافعة الغيابية العلنية واطلاع المحكمة على سند الكمبيالة بالعدد ٣٦٨٤ في ٢٠١٢/٧/٣ والمتضمن الزام المدعى عليه بمبلغ (٩٨٤٠٠٠٠تسع ملايين وثمانمائة واربعون الف دينار) لمدعي الطلب ومذيل بتواقيع تعزى الى الشاهدين واثق اكرم علي ووسام علي حسين وكذلك بصمتي ابهام تعزى الى الطرفين ومصدق من كاتب عدل جلولاء ولتكليف وكيله المدعي بابراز مقياس للتطبيق عند المضاهاة ولعجزها عن ذلك وطلبها اصدار القرار غيابيا معلقا على الاستكتاب والنكول عن اليمين عند الاعتراض ومن كل ما تقدم قررت المحكمة الحكم بالزام المدعى عليه حسام جاسم محمد ناديته للمدعي صفاء يونس علي المبلغ... " ([١٨٧]).

([١٨٦]) قرار محكمة التمييز العراقية رقم ١٠١٦/ منقول/٢٠٠١ في ٢٠٠١/٧/٥(قرار غير منشور).

([١٨٧]) قرار محكمة بداءة بلد روز رقم ٣٨٢/ب/٢٠١٢ في ٥/ ١١/ ٢٠١٢ (قرار غير منشور)

واخيرا فان المضاهاة تعد من الاجراءات التي بينتها القوانين عموما والتي يلزم اتباعها ([188])، فقد تجري خارج قاعة المحكمة او داخلها ([189])، وقد يترتب على صحة الطعن في صحة الوثيقة العادية للمشاريع الاستثمارية بعد انكارها واجراء المضاهاة بشانها التوصل للحكم او استبعادها ونتيجة التحقيق لا تخرج عموما عما ياتي:

اولا: رجوع المنكر عن انكاره قبل اجراء المضاهاة وفي هذه الحالة لا يتعرض للحكم عليه بالغرامة الا اذا ثبت انه لم يقصد بانكاره الا مجرد الكيد لخصمه او عرقلة الفصل في الدعوى ([190]) .

ثانيا: ثبوت صحة الادعاء ويترتب على هذه الحالة استبعاد الوثيقة العادية للمشاريع الاستثمارية التي تم انكارها وكذلك يتعين على القاضي ان يتحقق من امكانية تحريك الدعوى الجنائية ضد مقدم الوثيقة اذا كانت الوثيقة العادية للمشاريع الاستثمارية قد تعرضت للتزوير.

ثالثا: ثبوت صحة الوثيقة الرسمية للمشاريع الاستثمارية وعدم صحة الانكار ويترتب على هذه الحالة ثبوت حجية الوثيقة العادية للمشاريع الاستثمارية نهائيا، لاسيما فيما يتعلق بتوقيعها ولكن ذلك لايمنع من الطعن بها بالتزوير اذا ورد هذا الطعن على غير ما فصل فيه القرار الخاص بعدم صحة الانكار ، ذلك لان الوثيقة العادية للمشاريع الاستثمارية تحتمل الطعن بالانكار او التزوير كما بينا ذلك مفصلا، كذلك تحكم المحكمة على من انكر الوثيقة العادية للمشاريع الاستثمارية بغرامة قانونية تستحصل تنفيذا ، ولا يخل ذلك بحق المتضرر في طلب التعويض اذا ما اصابه ضرر من جراء ذلك سواء كان الضرر مادي ام ادبي معنوي ، اي لما اصابه من ضرر نتيجة هذا الانكار بشرط ان يثبت ان هناك ضرر اصابه من جراء هذا الانكار، اذ تقرر المحكمة التعويض بقدر ما لحق المتضرر من ضرر وما فاته من كسب، وذلك استنادا لاحكام المادة/ ٢٠٧ من القانون المدني العراقي ([191]) ، ولاحكام المادة / ٥٠ من قانون الاثبات العراقي التي نصت على انه: " اذا انتهت المحكمة الى ثبوت صحة السند يحكم على من انكره بغرامة لا تقل عن ثلاثة الاف دينار تستحصل تنفيذا ولايخل ذلك بحق المتضرر في طلب التعويض اما اذا ثبت بعض ما ادعاه فلا يحكم عليه بشيء " .

([188]) للمزيد من التفصيل ينظر: المواد / ٤٠-٥٢ من قانون الاثبات العراقي؛ والمواد/ ٣٠-٤٤ من قانون الاثبات المصري ؛ والمواد / ٢٨-٣٨ من قانون البينات السوري؛ والمواد / ١٧٢-١٧٩ من قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني.

([189]) تنظر: المادة / ٥٠ من قانون الاثبات العراقي.

([190]) تنظر: المادة / ٥٢ من قانون الاثبات العراقي.

([191]) تنظر: المادة / ٢٠٧ من القانون المدني العراقي.

وفي هذا السياق قضت محكمة التمييز العراقية انه: " لدى التدقيق والمداولة وجد ان الحكم المميز واقع ضمن المدة القانونية لذا تقرر قبوله شكلا، ولدى عطف النظر في الحكم الاستئنافي المميز وجد انه صحيح وموافق للقانون بالنظر لما استند اليه من اسباب، ذلك ان المميز كان قد انكر عائدية سند الكمبيالة المثبت للدعوى له لذا قامت المحكمة باجراء عملية المضاهاة للوصول الى واقع الحال عملا باحكام المادة/ ٤٣ من قانون الاثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ فظهر لها بالنتيجة صحة التواقيع المنسوب للمميز، لذا يكون لزاما على المحكمة ان تلزم المميز بقيمة السند المبرز ولا تاخذ بدفعه المتعلق بسبب الدين بعد الانكار ، وهذا هو ما قضت به محكمة الاستئناف لذا تكون الطعون التمييزية المثارة بهذا الخصوص غير واردة وقرر ردها وتصديق الحكم الاستئنافي المميز وتحميل المميز رسم التمييز، وصدر القرار بالاتفاق في ١٩٨٤/٥/١٦ " ([١٩٢]) .

([١٩٢]) قرار محكمة التمييز العراقية رقم/ ١١٥٣/م/٨٣-٨٥ في ١٩٨٤/٥/١٦، الاحكام العدلية، ع/ ١و٢و٣و٤، ١٩٨٤، ص٨٨. نقلا عن : علي محمد ابراهيم الكرباسي ، الموسوعة القانونية ، قانون الاثبات ، ص٣٣.

البند الثاني
الطعن بالتزوير في الاوراق المالية الاسلامية العادية

التزوير كما بيناه سابقا ومن خلال تطرقنا الى طرق الطعن في وثيقة الاوراق المالية الاسلامية الرسمية بانه تغيير الحقيقة بقصد الغش في وثيقة عادية او اية وثيقة باحدى الطرق المادية او المعنوية التي بينها القانون تغييرا من شانه احداث ضرر بالمصلحة العامة او بشخص من الاشخاص ([١٩٣]) ، كما بينا ايضا ان التزوير وتغيير الحقيقة يكون بطريقة مادية محسوسة ملموسة يترك اثرا يدركه الحس يكون ذلك بالزيادة أي الاضافة، او الحذف أي المحو او التغيير أي تعديل امور في الوثيقة الاستثمارية ، او قد يكون التزوير في الوثيقة الاستثمارية معنوي فلا يكون فيها تغيير في مادتها وشكلها بل في معناها ومضمونها وظروفها وملابساتها اذ لا يدركه الحس، وهذا ما ينطبق ايضا على الوثيقة العادية للمشاريع الاستثمارية.

كما ذكرنا انه اذا لجا المعترض على الوثيقة للمشاريع الاستثمارية الى طريق الادعاء بالتزوير فان مهمة المحكمة تقتصر على البت في قبول الطلب او رده حسب توافر الشروط التي حددتها المادة/ ٣٦ من قانون الاثبات العراقي ([١٩٤]) ، وهذا ما ينطبق ايضا على وثيقة الاوراق المالية الاسلامية العادية للمشاريع الاستثمارية ، حيث ذكرنا انه عند توافر الشروط المحددة في المادة/ ٣٦ من قانون الاثبات العراقي وجب على المحكمة اتخاذ اجراءات التحقيق عن صحة الوثيقة للمشاريع الاستثمارية والتي تبدا عادة باحالة الخصوم الى قاضي التحقيق لاتخاذ مايلزم بهذا الصدد، واستعرضنا الاحتمالات التي تترتب على صحة الطعن بالوثيقة للمشاريع الاستثمارية بعد القيام باجراءات التزوير، والتي تنطبق ايضا على الوثيقة العادية للمشاريع الاستثمارية والتي حددت على النحو الاتي:

أ- حالة ان يتنازل مدعي التزوير عن ادعائه قبل التحقيق وفي هذه الحالة لا يتعرض للحكم عليه بالغرامة، الا اذا اثبت انه لم يقصد بادعائه الا مجرد الكيد وعرقلة سير الدعوى وتاخير الفصل فيها.

ب- او حالة ثبوت صحة الادعاء في التزوير، فتعد الوثيقة للمشريع الاستثمارية عديمة الاثر نهائيا، ويحال مقدمها الى المحكمة الجنائية ليقاضى حسب قواعد قانون العقوبات الخاصة بجريمة التزوير.

([١٩٣]) تنظر: المادة / ٢٨٦ من قانون العقوبات العراقي .

([١٩٤]) تنظر: المادة / ٣٦ من قانون الاثبات العراقي .

ج- ثبوت عدم صحة الادعاء او حالة ثبوت عدم صحة الادعاء بالتزوير، وتعد الوثيقة في هذه الحالة صحيحة نهائيا ولا يجوز الطعن بها بالتزوير مرة اخرى ولو كان الطعن بالتزوير في المرة الثانية منصبا على مواقع اخرى من الوثيقة، ولخطورة الادعاء بالتزوير فان الادعاء به يكون مانعا من الادعاء بالانكار ايضا، فاذا انتهت المحكمة الى ثبوت صحة الوثيقة العادية للمشاريع الاستثمارية ورفضت الادعاء بالتزوير حكم على مدعي التزوير بغرامة لا تقل عن ثلاثة الاف دينار تستحصل تنفيذيا ولا يخل ذلك بحق المتضرر في طلب التعويض اذا كان له مقتضى، اما اذا ثبت بعض ما ادعاه فلا يحكم عليه بشيء ([١٩٥]) .

([١٩٥]) تنظر: المادة / ٣٧ من قانون الاثبات العراقي المعدل اذ عدلت الغرامة بعد ان كانت لاتقل عن خمسين دينار وكذلك عدلت الغرامة المنصوص عليها بالمواد / ٣٧و ٥١ و٩٣- اولا و٩٤- ثانيا بموجب قرار صادر من وزير العدل ونشر في جريدة الوقائع العراقية ، ع/ ٣٦٧٧ في ١٩٩٨/٧/٧. استنادا لاحكام الفقرة ٣ من قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم ٢٠٦ في ١٩٩٤/١١/٢٢.

المقصد الثاني
سلطة المحكمة في تقدير صحة الاوراق المالية الاسلامية العادية

لاشك ان لمحكمة الموضوع التي تقدم امامها هذه الوثيقة الاوراق المالية الاسلامية العادية من قبل الخصم لاثبات دعواه سلطة واسعة في تقدير مدى صحتها ، اذ اعطى قانون الاثبات العراقي لمحكمة الموضوع السلطة التامة في بحث مدى صحة هذه الوثيقة التي تقدم اليها في الدعوى ، وقد لاحظنا ذلك بوضوح عند تناولنا بالدراسة والبحث موضوع سلطة المحكمة في تقدير مدى صحة وثيقة الاوراق المالية الاسلامية الرسمية .

فلمحكمة الموضوع اذن السلطة الواسعة في بحث مدى صحة أي وثائق تقدم اليها في الدعوى سواءً كانت وثائق رسمية للصناديق الاستثمارية ام وثائق عادية للصناديق الاستثمارية ، وان ترجح ما تطمئن نفسها الى ترجيحه منه ، فلها ان تستبعد من الاثبات أي وثيقة رسمية او عادية للصناديق الاستثمارية متى ظهر لها بجلاء من حالتها ومن ظروف الدعوى ان شائبة التزوير وشبهة التصنيع قائمة فيها ، وذلك طبقا لاحكام المادة/ ٣٥ من قانون الاثبات العراقي ([١٩٦]) .

وقد سبق ايضا ان بينا عند بحثنا لسلطة المحكمة في تقدير مدى صحة وثيقة الاوراق المالية الاسلامية الرسمية سلطة المحكمة في ان تقدر ما يترتب على الكشط والمحو والشطب والتحشية وغير ذلك من العيوب المادية من اسقاط قيمتها في الاثبات او انقاص هذه القيمة على ان تدلل على صحة وجود العيب في قرارها بشكل واضح، وهذا ينطبق بالتاكيد على وثيقة الاوراق المالية الاسلامية العادية ايضا، لان المحكمة تملك سلطة تقديرية واسعة في تقدير الادلة من تلقاء نفسها، فمن حقها ان تستبعد الوثيقة العادية للصناديق الاستثمارية التي لا يرتاح اليها ضميرها بما فيها من شطب او تحشية او كشط او غير ذلك من العيوب المادية دون حاجة الى احالة الخصوم الى قاضي التحقيق ، وتقدير المحكمة لهذه العيوب يكون اما باسقاط قيمة الوثيقة العادية للصناديق الاستثمارية في الاثبات او انقاص هذه القيمة، والفرق الجوهري والاساسي في هذا الصدد بين موضوع هذه العيوب المادية كالكشط والمحو سواءً في وثيقة الاوراق المالية الاسلامية الرسمية ام في وثيقة الاوراق المالية الاسلامية العادية هو منع القانون ان تشتمل الوثيقة الرسمية للمشاريع الاستثمارية على أي عيب من العيوب المادية، اما

([١٩٦]) تنظر: المادة / ٣٥ من قانون الاثبات العراقي؛ والمادة / ٢٨ من قانون الاثبات المصري ؛ والمادة / ٢٦ من قانون البينات السوري ؛ والمادة / ١٧٠ من قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني.

الوثيقة العادية للمشاريع الاستثمارية فلم يرد بشانها مثل هذه القيود الشكلية، فليس هناك نص يمنع من اجراء اضافة او تمشية او محو او شطب بعض العبارات ولانص يوجب التوقيع بصيغة خاصة على هذه التعديلات، لذلك فهذه العيوب تخضع لمطلق تقدير المحكمة فلها ان تاخذ بها ان وجدت من الظروف ما يسوغ لها ذلك او تطرحها وتعدها كان لم تكن ولها ان تستعمل سلطاتها هذه من تلقاء نفسها أي حتى ولو لم يطلب منها احد الخصوم ذلك ([١٩٧]) .

والجدير بالذكر ان المادة / ٢٢ من قانون تصديق اتفاقية تنظيم احكام التوقيع الالكتروني في مجال المعاملات الالكترونية في الدول العربية النافذ رقم ١٠١ لسنة ٢٠١٢ ، قد نصت على انه " يسري في شان اثبات صحة الوثائق والمحررات الالكترونية والتوقيع الالكتروني والكتابة الالكترونية فيما لم يرد بشانه نص في هذه الاتفاقية الاحكام المنصوص عليها في قانون الاثبات في المواد المدنية والتجارية في الدول الطرف " ([١٩٨]).

وفي هذا الصدد فقد قضت محكمة الأحوال الشخصية في حي الشعب التابعة الى رئاسة محكمة استئناف الرصافة الاتحادية انه " لدعوى المدعي والمرافعة الغيابية العلنية حيث ادعى أمام محكمة بداءة الشعب في الدعوى المرقمة ١٦٦/ب/٢٠٠٧ بان المدعى عليها زوجته الداخل بها شرعا بموجب عقد الزواج الصادر من محكمة الأحوال الشخصية المرقم ٢٧٧٠ في ٢٠٠٦/٦/١٩ على مهر معجله خمسة ملايين دينار ومؤجله خمسة ملايين دينار يستحق عند المطالبة والميسرة على وفق احكام المذهب الجعفري وحيث إنها كانت قد تنازلت عن مهرها المؤجل وعن أي مبلغ ومستحقات او نفقة او متعة بموجب السند العادي المرفق في الدعوى طلب الحكم بمنع مطالبتها بمهرها المؤجل وجميع نفقاتها وحقوقها التي تنازلت عنها اطلعت المحكمة على صورة عقد الزواج وصورة السند العادي ولوحظ إن أضبارة الدعوى المرقمة ١٦٦/ب/٢٠٠٧ المقامة أمام محكمة البداءة في حي الشعب قد أحيلت إلى هذه المحكمة للنظر فيها حسب الاختصاص الوظيفي على وفق قرار محكمة البداءة المؤرخ في ٢٠٠٧/٨/٢٧ وبعد التدقيق قبلت المحكمة هذه الإحالة كون اصل المطالبة في عريضة الدعوى ينصب على اثر من أثار عقد الزواج التي تختص محكمة الأحوال الشخصية في النظر النزعات الناشئة عنه على وفق أحكام الفقرة (١) من المادة ٣٠٠ مرافعات ثم استمعت المحكمة إلى وكيل المدعي الذي يين بان المدعى عليها لم تنفذ عقد الزواج للمطالبة بمهرها المؤجل او صدور قرار حكم قضائي يلزم موكله بأداء المهر المؤجل، إلا أنها أقامت دعوى أمام محكمة الأحوال الشخصية في الاعظمية

([١٩٧]) للمزيد من التفصيل ينظر: د. عباس العبودي ، مصدر سابق، ص١٦٤.

([١٩٨]) للمزيد من التفصيل تنظر : المواد / ١ و١٩ و٢٠ و٢٢ و٢٣ من قانون تصديق اتفاقية تنظيم احكام التوقيع الالكتروني في مجال المعاملات الالكترونية في الدول العربية النافذ رقم ١٠١ لسنة ٢٠١٢ .

التي أحيلت إلى هذه المحكمة للنظر فيها حسب الاختصاص المكاني والتي أدرجت تحت العدد ٨٢١/ش/٢٠٠٧ ومرافعاتها ٢٠٠٧/٩/١٢ وعلى وفق ما أشار في لائحته اليه في لائحته المؤرخة في ٢٠٠٧/٩/١٢ ومن خلال ما تقدم فان المدعي لم يلزم لحد ألان بأداء المهر المؤجل او سواه من النفقات، بمعنى ان المدعى عليها لم تعارض المدعي او تطالبه باي مبلغ وحيث ان دعوى منع المعارضة تستوجب ان يكون هناك فعل مادي ادى الى تعرض المدعي لحكم بالزام اداء شيء معين او لتصرف تعارض به المدعى عليها للمدعي، كما ان من شروط إقامة الدعوى ان يكون المدعى به مصلحة معلومة وحالة وممكنه وان طلب المدعي لم يرد فيه مما تقدم شيء وانما كان على سبيل التحسب والتخوف مما قد يحدث هذا من جانب ومن جانب آخر ترى المحكمة ان المدعي لو كان قد تعرض إلى المطالبة بالمهر المؤجل او النفقات مما زعم إن المدعى عليها قد تنازلت عنه فله ان يثير دفعه الوارد في عريضة هذه الدعوى إمام المحكمة التي تنظر في دعوى المطالبة التي ستبحث فيه وتنظر إليه بما يصبون الحقوق لكلا الطرفين لذلك ومما تقدم وحيث ان الدعوى لم تتوفر على شروطها المنصوص عليها في المادة ٦ من قانون المرافعات قرر الحكم برد الدعوى المدعي وتحميله الرسوم والمصاريف استنادا لأحكام المواد ٦ ، ٣٠٠ مرافعات حكما غيابيا قابلا للاعتراض والتمييز وافهم علنا في ٢٠٠٧/٩/١٣ الموافق ٣٠/شعبان/ ١٤٢٨ هـ " ([١٩٩]) .

([١٩٩]) قرار محكمة الأحوال الشخصية في حي الشعب رقم /٨٢٥ / ش/ ٢٠٠٧ في ١٣/ ٩/ ٢٠٠٧ (قرار غير منشور) .

الخاتمة

وتتضمن الخاتمة ما يأتي:

النتائج والتوصيات

الخاتمة

تم بعون الله تعالى وفضله ومنه وكرمه ومساعدته وتوفيقه إكمال وإتمام هذه الدراسة المعمقة ، وبهذا ينتهي المطاف والكلام فيها وبعد أن بسطت القول فيها جهد استطاعتي مع ما يتعلق بها من التحليل والاستدلال والبرهنة واستعراض للنصوص الشرعية والقانونية المتعلقة بالموضوع وتحليلها ، واستعراض الآراء الفقهية التي طرحت حوله ومناقشتها للوقوف على الرأي الصائب والراجح منه ، فضلاً عن استعانتنا واعتمادنا في الدراسة على المنهج التطبيقي الذي يقوم بالأساس على تعزيز المواقف التشريعية والفقهية بالأحكام القضائية ، وهو الموضوع الذي عشت معه سنوات من عمري ، فما كان فيه من صواب فإلى الله تعالى وحده يرجع الفضل أولا وأخيرا وله المنة في توفيقي وسدادي إلى الحق والصواب .

وقد شملت الدراسة على بيان الأحكام الخاصة بالأوراق المالية الإسلامية وحجيتها في الإثبات المدني دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة ومعمقة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي وفي ضوء ارآء الفقه وأحكام القضاء معززة بالقرارات وبالتطبيقات القضائية .

ومن خلال هذه الدراسة اتضح لنا مدى أهمية هذه الأوراق المالية الإسلامية التي تعد بمثابة وثيقة تصدر باسم المكتتب المساهم في المشروع الاستثماري مقابل المبلغ الذي اكتتب به في رأس مال المشروع أو التمويل المطلوب للنشاط الاستثماري الذي صدرت الأوراق لتمويله فهي وحدات استثمارية تمثل حصة شائعة في مال جمع بقصد استثماره للحصول على ربح يصدره الشخص المستثمر بصفته مضاربا أو يصدره شخص أخر لحساب المستثمر وهو يقبل التداول والتحويل إلى نقود .

وقد توصلنا في أثناء هذه الدراسة إلى نتائج كثيرة ، فقمنا بتثبيتها في مواضعها من الدراسة ، وسأكتفي هنا بالإشارة إلى أهم تلك النتائج والتوصيات التي توصلنا اليها وذلك على الشكل الآتي:

أولا / النتائج .

ثانيا / التوصيات .

أولا: النتائج:

١- توصلنا إلى أن الأوراق المالية الإسلامية عبارة عن وحدات استثمارية ، أي أداة مالية جديدة بفئات متساوية القيمة وقابلة للتداول قد تصدر باسم مالكها أو لحاملها ، فهي عبارة عن محررات بشكل وثيقة مثبتة للحق أو شهادة تصدر وفقا لإجراءات معينة تمثل حصة شائعة في مال جمع بقصد استثماره للحصول على ربح يصدره الشخص المستثمر بصفته مضاربا أو يصدره شخص أخر لحساب المستثمر وهو يقبل التداول والتحويل إلى نقود .

٢- خلصنا إلى أن للأوراق المالية الإسلامية عدة خصائص فهي تمثل حصة شائعة في مال استثمر بقصد الحصول على ربح ، والمستثمر عادة يصدر الورقة المالية الإسلامية أو يصدرها الغير لحسابه ، المستثمر يصدر الورقة المالية بوصفه مضاربا .

٣- وجدنا أن الأوراق المالية تتميز بمميزات عديدة تميزها عما يشتبه بها فهي تتميز من الأوراق النقدية ، ومن الأوراق التجارية ومن الأوراق المالية التقليدية كالسهم والسند .

٤- توصلنا من خلال دراسة التكييف الشرعي للأوراق المالية الإسلامية لصناديق الاستثمار أنها تنبثق عادة من العلاقات التي تحكم جميع الأطراف المكونة لهذه الصناديق، من حيث المساهمون الذين يكتتبون في هذه الصناديق، ومن حيث مدير الاستثمار، فضلا عن جهة الإصدار والمصرف الذي يقوم بإنشاء الصناديق واستصدار التراخيص الرسمية لإنشائه بل قد يشارك في رأس ماله أيضا، وتبين أنه للاحاطه بالتكييف الشرعي للعلاقة بين مدير الاستثمار والمساهمين أو المؤسسين في الصناديق الاستثمارية ينبغي أن نعرف العلاقة بينهما أولا ، فالعلاقة التي تربط المساهمين أو المؤسسين بمدير الاستثمار هي علاقة المضاربة، وعليه فان شركة المضاربة هي الوصف الشرعي الصحيح لهذه العلاقة إذ يقوم مدير الاستثمار بإدارة الأموال نظير حصة معلومة من الربح .

٥- اتضح لنا أن الأوراق المالية الإسلامية عبارة عن وحدات استثمارية أما تكون صادرة عن أشخاص القانون العام كمصرف حكومي أو شركة حكومية تابعة لمؤسسات الدولة، أو تكون صادرة عن أشخاص القانون الخاص كمصرف خاص أو شركة خاصة تابعة للإفراد، ولهذا تكون الأوراق المالية الإسلامية أما وثائق رسمية أو وثائق عادية عرفية .

٧- خلصنا إلى أن المقصود بالأوراق المالية الإسلامية الرسمية بأنها عبارة عن وثائق استثمارية اسمية بقيمة واحدة يصدرها الصندوق الاستثماري التابع إلى أشخاص القانون العام كمصرف عام حكومي أو شركة عامة حكومية تابعة لمؤسسات الدولة حيث يثبت فيها موظف عام أو مكلف بخدمة عامة وفي حدود سلطته واختصاصه ما تم على يديه وما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقا للأوضاع القانونية، كما اتضح أن الأوراق المالية الإسلامية العادية تعد وثيقة محررة تصدر عن أشخاص القانون الخاص بشان تصرف قانوني من دون أن يتدخل في تحريرها موظف عام، فلا تستلزم القوانين عموما شكل معين في إعدادها ولهذا أطلقنا عليها الوثائق العادية، لان العادة والعرف جرى على أن الأشخاص سواء الطبيعية أو المعنوية هم الذين يتولون صياغتها وإعدادها.

٨- تبين أن إثبات الأوراق المالية الإسلامية يتم التأكد أولا من هذه الوثيقة الصادرة فيما إذا كانت صادرة من مشروع استثماري تابع إلى أشخاص القانون العام كمصرف عام أو شركة عامة حكومية تابعة لمؤسسات الدولة فان الوثيقة سوف تكتسب صفة الوثيقة الرسمية، أما أذا كانت صادرة من مشروع استثماري تابع إلى أشخاص القانون الخاص كمصرف خاص أو شركة خاصة فان الوثيقة في هذه الحالة سوف تتصف بصفة الوثيقة العادية.

٨- اتضح لنا أن صناديق الاستثمار كوسيلة من وسائل الاستثمار الجماعي تنعم بالعديد من المزايا التي لا تقتصر على مؤسسيها ومستثمريها فحسب بل يمتد نفعها أيضا ليشمل الاقتصاد القومي باجمعه، فضلا عن أنها تدخل في مجال التعاون على البر والتقوى والخير لصالح جميع المساهمين وجميع أفراد المجتمع، بل وللصالح العام للدولة وللأمة الإسلامية كافة.

٦- كما تبين أن لصناديق الاستثمار عددا من المزايا الاقتصادية أبرزها توفير حجم كبير من الأموال من خلال تجميع مدخرات عدد كبير من الأفراد، كما أنها توفر القدر على انتقاء الأوراق المالية ومتابعتها بواسطة خبراء متخصصين في تحليل وإدارة الأوراق المالية.

٧- اتضح أن أهمية صناديق الاستثمار لا تقتصر على الاستفادة بما تتميز به الإدارة المحترفة من مهارات وتخفيض المخاطر وتلبية أهداف المستثمر وتحقيق عائد متميز بل تمتد للعمل الدائب لضمان المحافظة على السمات المميزة للصندوق خاصة من حيث العائد والمخاطر.

٨- تبين لنا أن الصندوق الاستثماري يقوم بتوظيف المهارات العالية من المتخصصين ذوي الخبرات الطويلة والقدرات المتميزة في مجال إدارة الأموال نظرا للحجم الكبير للصندوق ، وهذا المستوى من الإدارة ليس بمقدور صغار المدخرين الحصول عليه إلا من خلال الصناديق الاستثمارية التي بدورها تعبئ مدخراتهم الصغيرة حتى تصبح ذات حجم كبير.

٩- تبين لنا أن صناديق الاستثمار الإسلامية يمكن أن تستخدم مواردها المالية في استثمارات حقيقية وفي عمليات مباشرة مبنية على عقد المضاربة الشرعية ومجالات الاستثمار الإسلامي الأخرى كالتأجير والسلم والمرابحات وغيرها.

١٠- اتضح لنا أن المضاربة ليست هي الأساس الوحيد لإدارة صناديق الاستثمار فكما يجوز إعطاء المال لمن يعمل فيه بنسبة من الربح على أساس شركة المضاربة التي يستحق فيها العامل المضارب نسبة شائعة من الربح، يجوز أيضا إعطاء المال إلى من يعمل فيه على أساس عقد الوكالة باجر معلوم أو بنسبة معلومة من رأس المال- الوكالة بالاستثمار- ويستحق الوكيل الأجر سواء تحققت أرباح أم لا، وتنطبق على هذه المعاملة أحكام الوكالة باجر، فالأساس الذي تقوم عليه إدارة الصناديق الاستثمارية الإسلامية عموما تتم عادة بإحدى الصيغ الشرعية المعروفة، فهي إما على أساس عقد المضاربة أو على أساس الوكالة بالاستثمار أو على أساس المشاركة أو على أساس الابضاع .

١١- تبين لنا أن يد إدارة صندوق الاستثمار عن المدخرات المستقطبة إليه هي يد أمانة وبالتالي فان هذه الإدارة لا تضمن تلف الأموال وهلاكها إلا عند التعدي أو الإهمال أو التقصير أو التفريط فقط.

١٢-استنتجنا من خلال تعرضنا لصناديق الاستثمار في مصر والمنشاة بقانون سوق رأس المال رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢ المعدل أن هذه الصناديق تتفق مع قواعد الفقه الإسلامي في اغلب أنشطتها ولله الحمد، ولكن يؤخذ على هذا القانون بعض المأخذ السلبية والتي من أهمها أن أتعاب مدير الاستثمار تمثل نسبة من صافي الربح كربح تحفيزي وهذا الأمر غير جائز شرعا إذ لا يجوز أن يكون الأجر جزء من ناتج العمل على رأي جمهور الفقهاء المسلمين وان كان ابن قدامة المقدسي ذكر صورا قريبة من هذه الصورة وينطبق ذلك أيضا على أتعاب البنك التي تمثل نسبة من صافي ربح الصندوق.

١٣- اتضح لدينا من خلال هذه الدراسة أن الوثيقة الرسمية للصناديق الاستثمارية المستخرجة من الفاكسميل تكون لها حجية الصورة الرسمية في حالة وجود الأصل ما لم ينازع في ذلك من يحتج عليه بها وفي هذه الحالة يتعين مراجعة الأصل فضلا عن أن الوثيقة الرسمية للصناديق الاستثمارية المستخرجة من الفاكسميل في حالة عدم وجود الأصل تعد لها حجية الصورة الرسمية الأصلية متى كان مظهرها الخارجي لا يثير الشك في مطابقتها للأصل وفي هذه الحالة يجوز مراجعتها على الصورة الأصلية التي أخذت منها.

١٥- وجدنا من خلال البحث في هذه الدراسة أن صناديق الاستثمار هي فعلا معلما بارزا من معالم الصناعة المالية الإسلامية لتنوع الفرص التي تتيحها أمام المستثمرين مما يشجع على الاستثمار ورفع عجلة الاقتصاد من خلال التدوير المستمر لرؤوس الأموال.

١٦- تبين أن صناديق الاستثمار بوصفها أداة جديدة من أدوات الاستثمار تسعى إلى تحقيق أهداف المدخرين وأصحاب الأموال على اختلاف ميولهم في المحافظة على رأس المال وتنميته وللتقليل من مخاطر الاستثمار ولتحقيق الإرباح لأصحاب الأموال ودخل دوري مناسب للمدخرين.

١٧- اتضح أن هذا الاستثمار في الصناديق الاستثمارية الإسلامية الملتزمة بأحكام الشرع الحنيف يتوافق كليا مع أهداف الاقتصاد الإسلامي المحدد بمحاربة الفقر وتشغيل اليد العاملة والقضاء على البطالة وتحريك القطاعات الراكدة وهذا بالتأكيد يعني اختيار مشاريع يكون التمويل فيها منتجا ومدروس المخاطر.

١٨- تبين أن من ابرز ما أسفرت عنه هذه الدراسة المتواضعة أن الصناديق الاستثمارية الإسلامية أوضحت حقيقة يتميز بها الاستثمار الإسلامي حيث صارت المؤسسة المديرة للاستثمار والمستثمرين شركاء في الربح والخسارة، وصار لزاما على مؤسسة الاستثمار قبل إصدار نشرة الاكتتاب دراسة المشروع وأسباب نجاحه وتقدير إنتاجيته وجدوى عوائده.

١٩- اتضح حقيقةً أن الاستثمار من خلال الصناديق الاستثمارية الإسلامية يتجاوب مع متطلبات التنمية المتوازنة لان المدخرين كما إنهم سيشاركون في تحمل نصيبهم من الخسائر وبالتالي سيؤدي إلى توزيع الخسائر أو الأرباح على الطرفين بشكل يوفر مناخا ملائما لسوق تتمكن معه جميع الأطراف من ممارسة نشاطاتها الاقتصادية دون توقف كما تتوافر الحوافز وتشجيع الفرص.

ثانيا: **التوصيات**:

أخيرا وليس أخرا نوصي بالأخذ بالمقترحات الآتية خدمةً للإسلام والمسلمين والصالح العام وهي:

١- نقترح إضافة فقرة جديدة للمادة/ ٢٧ من قانون الإثبات العراقي لتكون بالصيغة الآتية:

(رابعا: تكون لمستخرجات الفاكس الرسمية حجية الصورة الرسمية الأصلية).

٢- نقترح تعديل نص المادة /٣٩ من قانون الإثبات العراقي وإضافة جملة(...ومن احتج عليه بمحرر عرفي وناقش موضوعه لا يقبل منه إنكار الخط أو الإمضاء أو الختم أو بصمة الأصابع) .

فهذه الإضافة تسد باب المطل والكيد ذلك أن مناقشة موضوع الوثيقة الوارد في نص المادة بالنسبة لمن يحتج بها عليه إنما تفيد تسليمه بصحة نسبة الوثيقة إليه فإذا عاد بعد ذلك إلى إنكارها وقد سرت الدعوى شوطا بعيدا على أساس صحة الوثيقة فإنما يكون ذلك منه استغلالا لنصوص القانون في نقل عبء الإثبات إلى المتمسك بالوثيقة ورغبة في الكيد.

٣- نقترح إيجاد كوادر إدارية مؤمنة بأهداف وفلسفة الاقتصاد الإسلامي وان تكون مدربة تدريبا عاليا يفوق الكوادر التقليدية أو العمل على تنشيط الحركة الابتكارية بصياغة برامج متكاملة لتطوير المنتجات الاستثمارية وبناء ثقافة التجمع ودمج الكيانات الصغيرة لتتمكن من مواجهة التحديات العالمية وتجنب العزلة والانفراد والوحدة.

٤- نوصي بتشجيع الاستثمار في الصناديق الاستثمارية الإسلامية وان يقع على عاتق المؤسسات المديرة لها تفعيل العقود الشرعية وأي مبتكرات استثمارية متطورة جديدة لا تخرج عن إطار الشريعة الإسلامية.

٥- نوصي بوجوب عرض إدارة الصندوق الاستثماري لجميع مستنداتها- كالنظام والنشرة والاتفاقيات-على هيئة رقابة شرعية مكونة من أعضاء يجمعون بين العلم الشرعي والخبرة القانونية أو الاقتصادية كي تمارس دورا استشاريا ورقابيا عليها وللتأكد من توافق أنشطتها الاستثمارية وأحكام الشريعة الإسلامية، وان تكون قراراتها ملزمة لإدارة الصندوق والمشاركين فيه مع تقديم تقرير دوري عنه.

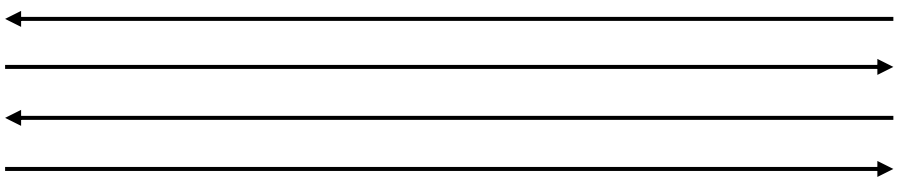
٦- نقترح تشجيع إدارة الصناديق الاستثمارية على القيام بالتنمية الاجتماعية من خلال ضخ جزء من الأموال في المجالات والمشاريع الخيرية المختلفة وبالاتفاق مع المساهمين فيه وقد يكون ذلك على شكل تعهد أو توكيل يعبا من قبل المساهمين في الصندوق.

٧- نقترح ونوصي بشدة إلغاء أي تشريع يتعارض ويخالف الشريعة الإسلامية خاصة فيما يتعلق بجزء من أتعاب مدير الاستثمار والذي يمثل نسبة من صافي الربح كربح تحفيزي، فلا يجوز أن يكون الأجر جزءً من ناتج العمل على رأي جمهور الفقهاء المسلمين وكذلك أيضا على أتعاب البنك التي تمثل نسبة من صافي ربح الصندوق، وإصدار قوانين سواء في هذا الصدد ام بغيره موافقة لأحكام الشريعة الإسلامية وغير مخالفة لها .

٨- نوصي بان تقوم صناديق الاستثمار بتعيين هيئات للرقابة الشرعية يكون أعضاؤها من أولئك الذين يجمعون بين العلم الشرعي والقانوني ولديهم الخبرة القانونية أو الاقتصادية كي تمارس دورا استشاريا ورقابيا على هذه الصناديق للتأكد من توافق أنشطتها الاستثمارية وأحكام الشريعة الإسلامية.

٩- نقترح أن يوجد في كل صندوق استثماري إسلامي دليل شرعي يتضمن المعايير الشرعية حيث يعد بمثابة المرجعية التي يرجع إليها كافة العاملين به، فضلا عن وجود مراقب شرعي دائمي يمارس عملية الرقابة الشرعية على الصناديق الاستثمارية في مراحلها المختلفة من- رقابة شرعية قبل اتخاذ القرار- ورقابة شرعية متزامنة مع الأداء التنفيذي- ورقابة شرعية لاحقة بعد الأداء التنفيذي- ومن الضروري جدا أن يكون المراقب الشرعي على علم دائم ومستمر بالفتاوى الشرعية الجديدة التي تصدر بشان المعاملات الفقهية المعاصرة للصناديق الاستثمارية.

ومن الله تعالى التوفيق والسداد



ثبت

المراجع والمصادر

للدراسة

ثبت المـراجـع الـمصادر
للدراسة

وتشتمل ثبت المراجع والمصادر للدراسة عموما على مایاتي :
القـرآن الكـريم (كتـاب الله تعـالى ومعجزتـه الكبـرى، ودسـتور الإسـلام الخالـد) ، (اولا) المصادر العربية، (ثانيا) المصادر الاجنبية ، وهي على التفصيل الاتي :

القرآن الكريم

(أولا) المصادر العربية :-

وتشـتمل المصـادر العربيـة علـى : اولا / كتـب الحـديث الشـريف ، وثانيـا/ كتـب شـرح الحـديث الشـريف ، وثالثـا / كتـب الفقـه الإسـلامي ورابعا/ كتب اللغة والمصطلحات ، وخامسا / كتب القانون ، وسادسا / البحوث والمـؤتمرات العلميـة ، وسـابعا / مجـاميع الاحكـام والموسـوعات القانونيـة ، وثامنـا/ الـدوريات ، وتاسـعا / قـرارات المحـاكم القضـائية غيـر المنشـورة ، وعاشـرا /متـون القـوانين والمعاهـدات ، وحـادي عشـر/ المواقـع الالكترونيـة فـي الانترنت ، وذلك على الشكل الاتي :-

أولا / كتب الحديث الشريف :-

١- الإمام أبو داود سليمان بن الأشعث الازدي السجستاني (٢٠٢-٢٧٥هـ) ، كتاب السنن سنن أبي داود ، ط١، ضبط محمد عدنان بن ياسين درويش ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، ٢٠٠٠.

٢- الإمام الحافظ أبو عبد الرحمن احمد بن شعيب ابن علي بن سنان بن دينار النسائي (ت٣٠٣هـ) ، سنن النسائي المجتبى ، ج١و٢ ، اعتنى به عبد الفني مستو ، المكتبة العصرية ، بيروت ، ٢٠٠٨.

٣- الحافظ أبو عبدالله محمد بن يزيد القزويني (٢٧٥هـ)، سنن ابن ماجة، ط ٢ ، ضبط نصها احمد شمس الدين ، دار الكتب العلمية ،بيروت،٢٠٠٤.

ثانيا / كتب شرح الحديث الشريف :-

١- محمد بن إسماعيل الصنعاني(ت١١٨٢هـ)، سبل السلام شرح بلوغ المرام ، ط٣ ، دار الكتاب العربي، ، بيروت، ١٤٠٧هـ .

ثالثا / كتب الفقه الإسلامي :-

وتشتمل على : كتب الفقه الحنفي وكتب الفقه المالكي وكتب الفقه الشافعي وكتب الفقه الحنبلي وكتب الفقه الظاهري وكتب الفقه العام ، وذلك وفق الصيغة الاتية :

أ- كتب الفقه الحنفي

١- السيد سابق، فقه السنة ، المجلد ٣، المكتبة العصرية ، بيروت ، ٢٠٠٩ .

٢- الإمام علاء الدين بن مسعود الكاساني(ت٥٨٧هـ)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج٦، دار الكتاب العربي، بيروت، ١٤٠٢هـ/١٩٨٢م.

٣- علـى حيـدر ، درر الحكـام شـرح مجلـة الأحكـام ، ، ج١، ط١ ، تعريـب المحـامي فهمـي الحسيني ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ٢٠١٠.
٤- محمد أمين ابن عابدين (ت١٢٥٢هـ)، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الابصار المعروف بحاشية ابن عابدين، ج٤، دار الفكر، بيروت، ١٩٧٩.
٥- محمـد بـن احمـد السرخسـي (ت ٤٨٣ هـ) ، المبسـوط ، ج ٢٠، دار المعرفـة ، بيـروت ، ١٣٩٨/ ١٩٧٨ .

ب- كتب الفقه المالكي

١- الإمـام أبـو البركـات احمـد بـن محمـد الـدردير (ت١٢٠١هـ) ، الشـرح الصـغير علـى اقـرب المسالك إلى مذهب مالك، ج٢، دار المعارف، القاهرة، ١٤٠٦هـ/١٩٨٦م .

ت- كتب الفقه الشافعي

١- الإمام إبراهيم بن علي الشيرازي (ت ٤٧٦هـ)، المهذب في الفقه الشافعي، ج١، ط٢، مطبعة البابي الحلبي، القاهرة، ١٣٧٩هـ/١٩٥٩م.
٢- أ. د. محمد الحسن مصطفى البغاء، الشركة المساهمة في الفقه الإسلامي دراسة تاصيلية مقارنة، ط١، دار العلوم الإنسانية، دمشق، ٢٠٠٥ .
٣- محمد بن احمد الخطيب الشربيني(ت٩٧٧هـ)، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج ، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٠.

ث- كتب الفقه الحنبلي

١- موفق الـدين عبد الله بن احمد بن قدامـة بن نصـر المقدسـي (ت ٦٢٠هـ) ، المغنـي علـى مختصر الخرقي ، ج٤ ، ط٢ ، دار هجر ، القاهرة ، ١٤١٢ / ١٩٩٢ .

ج- كتب الفقه الظاهري

١- علي بن احمد بن سعيد بن حزم الظاهري (ت ٤٥٩هـ) ، المحلى ، ج٨ ، دار الاتحاد العربي ، القاهرة ، ١٣٨٨/ ١٩٦٨ .

ح - كتب الفقه العام

١- الشيخ احمد عيسى عاشور، الفقه الميسر في العبادات والمعاملات، جزء ٢، المعاملات، ط١، دار الخير للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، ٢٠٠١ .

٢- الشيخ احمد بن الشيخ محمد الزرقا (ت /١٣٥٧هـ-١٩٣٨)، شرح القواعد الفقهية ، ط ٦، بقلم مصطفى احمد الزرقا - ابن المؤلف - قام بالتنسيق والمراجعة د. عبد الستار ابو غدة ، دار القلم ، دمشق ، ٢٠٠١ .

٣- الشيخ حسن أيوب، فقه المعاملات المالية في الإسلام، ط١، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة، القاهرة، ٢٠٠٣ .

٤- سليم رستم باز، المجلة، ط٣ ، دار إحياء التراث العربي، بيروت ، من دون سنة طبع.

٤- أ. د. مصطفى إبراهيم الزلمي ، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية في نمط جديد ، ط٨ ، مركز دراسات برلمان كردستان، ٢٠١٢ .

٥- د. مطلب سانو، الاستثمار أحكامه وضوابطه في الفقه الإسلامي، دار النفائس، عمان- الأردن، ١٤٢٠هـ/٢٠٠٠م .

رابعا / كتب اللغة والمصطلحات :-

١- إبراهيم مصطفى واحمد حسن الزيات وآخرون ، المعجم الوسيط، ج١، مطبعة مصر، ١٩٦٠.

٢- المنجد الإعدادي ، ط١ ، دار المشرق ، المطبعة الكاثوليكية ، بيروت ، لبنان ، ١٩٦٩.

٣- الإمام العلامة أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الأنصاري الأفريقي المصري الملقب بابن منظور(ت ٧١١هـ) ، لسان العرب، المجلد ٨ ، دار صادر للطباعة ، بيروت ، من دون سنة طبع.

٤- فؤاد افرام البستاني، منجد الطلاب ، ط٢٢، دار المشرق ، بيروت ، ١٩٧٨ .
٥- محمد بن ابي بكر بن عبد القادر الرازي (٦٦٦هـ)، مختار الصحاح ، دار الكتاب العربي، بيروت، ١٩٨١ .
٦- محمود بن عمر الزمخشري (ت٤٦٧هـ)، الكشاف، ج١، دار ابن خزيمة، الرياض، ١٤١٤هـ/١٩٩٤.

خامسا / كتب القانون :-

١- د. احمد إبراهيم البسام ، مبادئ القانون التجاري ، ج١ ، بغداد ، ١٩٦١.
٢- د.احمد أبو ألوفا، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، بيروت، ١٩٨٧.
٣- د. اشرف محمد دوابه ، صناديق الاستثمار في البنوك الإسلامية بين النظرية والتطبيق ، ط١، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة، القاهرة ، ٢٠٠٤.
٤- د. أكرم ياملكي ود.فائق الشماع، القانون التجاري ، مطبعة جامعة لموصل ، بغداد، ١٩٨٠.
٥- د. أنور سلطان ، قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية في القانونين المصري واللبناني ، بيروت، ١٩٨٦.
٦- الشيخ د. أوان عبد الله الفيضي ، مبدأ الثبوت القانوني ، دراسة مقارنة في الإثبات المدني ، دار الكتب القانونية ، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر- الإمارات ، ٢٠١٢.
٧- حسين المؤمن ، الإثبات بالمحررات في الشريعة الإسلامية ومواد الأحوال الشخصية والقضايا الجزائية ، مطابع دار الفجر، بيروت، ١٩٧٥.
٨- حسين المؤمن ، نظرية إثبات المحررات والأدلة الكتابية ، مكتبة النهضة ، بيروت ، ١٩٧٥.
٩- حسين عبد الهادي البياع، شرح قانون الإثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩، ط١، بغداد، ١٩٨٦.
١٠- د. أبو زيد رضوان ، الشركات التجارية في القانون المصري المقارن ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٨٨ .

١١- د. سليمان مرقس، أصول الإثبات وإجراءاته في المواد المدنية في القانون المدني مقارنا بتقنينات سائر البلاد العربية ، ج١، الأدلة المطلقة ، عالم الكتب ، القاهرة ، ١٩٨١.
١٢- د. سميحة القليوبي ، الشركات ، ج١ ، ط٣ ، القاهرة ، ١٩٩٢ ، ص ٢٤٢ .
١٣- د. طالب حسن موسى ، الوجيز في الشركات التجارية ، بغداد ، ١٩٧٥ .
١٤- طارق كاظم عجيل ، شرح قانون الاستثمار العراقي ، مكتبة السنهوري ، بغداد ، ٢٠٠٩.
١٥- د. عابد فايد عبد الفتاح فايد ، نظام الإثبات في المواد المدنية والتجارية ، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة ، ٢٠٠٦.
١٦- أ . د.عباس العبودي ، شرح أحكام قانون الإثبات العراقي ، ط ٢، جامعة الموصل ، كلية القانون ، ١٤١٨هـ/١٩٩٧ .
١٧- عبد الرحمن العلام، شرح قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل، ج٢، بغداد، ١٩٧٢.
١٨- د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الإثبات وأثار الالتزام، ج٢، دار النهضة العربية، القاهرة ، ١٩٦٨.
١٩- د.عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، ج١، في مصادر الالتزام ، دار الكتب للطباعة والنشر، جامعة الموصل ، ١٩٨٠.
٢٠ -أ. د.عبد المطلب عبد الحميد، صناديق الاستثمار سياستها والياتها ، ط١، الشركة العربية المتحدة للتسويق والتوريدات، القاهرة ، ٢٠١٠.
٢١- د. عصمت عبد المجيد ، شرح قانون الإثبات ، المكتبة القانونية ، بغداد ، من دون سنة طبع .
٢٢- د. علي حسن يونس ، الوسيط في الشركات التجارية ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٦٠ .
٢٣- المحامي فرج محمد علي ، عبء الاثبات ونقله ، دراسة فقهية قضائية للخصم المكلف بالاثبات – مرافعات – مدني –ضرائب – جمارك – طبقا لاحدث احكام محكمة النقض ، ط٢ ، المكتب الجامعي الحديث ، الاسكندرية ، ٢٠٠٩.

٢٤- أ. د. فوزي محمد سامي ، الشركات التجارية الإحكام العامة دراسة مقارنة ، ط ١، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، الأردن ، ١٩٩٩.
٢٥- د. فوزي محمد سامي و د. فائق محمود الشماع ، القانون التجاري الأوراق التجارية ، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي ، جامعة بغداد ، ١٤١٢/ ١٩٩٢ .
٢٦- د. قاسم نايف علوان ، إدارة الاستثمار بين النظرية والتطبيق ، دار الثقافة ، عمان ، ٢٠٠٩.
٢٧- د. كمال طلبة متولي، صناديق الاستثمار في الميزان، دار النهضة العربية، مصر، ٢٠١١.
٢٨- د. لطيف جبر كوماني ، الوجيز في شرح قانون الشركات الأردني ، عمان ، ١٩٩٤ .
٢٩- لطيف جبر كوماني ود. علي كاظم الرفيعي ، القانون التجاري، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي ، بغداد ، ١٤٢١هـ/ ٢٠٠٠م .
٣٠- د.ماهر صالح علاوي الجبوري ، القانون الإداري، مديرية دار الكتب للطباعة والنشر، جامعة الموصل، ١٩٨٩.
٣١- محمد طه البشير ود. غني حسون طه ، الحقوق العينية ، ج١، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي ، بغداد ، ١٤٠٢/١٩٨٢.
٣٢- د. مصطفى كمال طه ، القانون التجاري ، الدار الجامعية ، بيروت ، ١٩٨٨ .
٣٣- د. هشام فرعون ، القانون التجاري البري ، ج١ ، منشورات جامعة حلب ، كلية الحقوق ، ١٩٨٩ .
٣٤- د.هشام احمد عبد الحي ، الصناديق والصكوك الاستثمارية الإسلامية دراسة تطبيقية فقهية ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ٢٠١٠.
٣٥- د. يوسف احمد النوافلة، حجية المحررات الالكترونية في الإثبات في القانون الأردني ، ط١، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان- الأردن، ٢٠٠٧.

سادسا /البحوث والمؤتمرات العلمية :-

وتشتمل البحوث والمؤتمرات العلمية على :البحوث العلمية ، وبحوث المؤتمرات وهي على التفصيل الاتي :

أ- البحوث العلمية

١- د.عباس العبودي، حجية التقنيات العلمية في الإثبات المدني ، مجلة الرافدين للحقوق، كلية الحقوق، جامعة الموصل، ع١٣، ٢٠٠٢.

ب- بحوث المؤتمرات

١- د. عبد الستار أبو غدة ، صناديق الاستثمار الإسلامية دراسة فقهية تأصيلية موسعة ، بحث مقدم للمؤتمر العلمي السنوي الرابع عشر والخاص بالمؤسسات المالية الإسلامية ، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة ،٢٠٠٥.

٢- أ. د. صفية احمد أبو بكر، صناديق الاستثمار الإسلامية خصائصها وأنواعها، بحث مقدم للمؤتمر العلمي السنوي الرابع عشر والخاص بالمؤسسات المالية الإسلامية ، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة ،٢٠٠٥.

٣- أ. د. عبد المجيد الصالحين ، صناديق الاستثمار الإسلامية مفهومها خصائصها أحكامها ، بحث مقدم إلى المؤتمر العلمي السنوي الخامس عشر – مؤتمر أسواق الأوراق المالية والبورصات، ، كلية الشريعة والقانون ، جامعة الإمارات العربية المتحدة ، اذار٢٠٠٦ .

٤- حسن بن غالب، زكاة الصناديق الاستثمارية، بحث مقدم للهيئة الإسلامية العالمية للاقتصاد والتمويل في ندوة (زكاة الأسهم والصناديق الاستثمارية) ، الرياض، ١٤٢٩هـ .

٥- أ. حسين حسين شحاتة، منهج مقترح لتفعيل الرقابة الشرعية والمالية على صناديق الاستثمار الإسلامية، بحث مقدم للمؤتمر العلمي الثالث للاقتصاد الإسلامي، جامعة ام القرى، مكة المكرمة، ايلول٢٠٠٢،

٦- د.وليد هويمل، صناديق الاستثمار–دراسة وتحليل، بحث مقدم إلى المؤتمر العلمي السنوي الخامس عشر، مؤتمر أسواق الأوراق المالية والبورصات، جامعة الإمارات العربية المتحدة، اذار ، ٢٠٠٦.

٧- د. ثريا عبد الرحيم الخزرجي، الصناديق الاستثمارية أداة حديثة ومتطورة لتنشيط الأسواق المالية مع إشارة خاصة للصناديق الاستثمارية الإسلامية، بحث منشور في مجلة دراسات اقتصادية، بيت الحكمة ، بغداد، ع٣، ٢٠٠٠.

سابعا /مجاميع الأحكام والموسوعات القانونية :-

١- سمير سامي الحلبي المحامي، موسوعة البيانات في المواد المدنية والتجارية وفقا للاجتهاد اللبناني ، ط١، ١٩٧٩.
٢- علي محمد إبراهيم الكرباسي، الموسوعة القانونية ١، قانون الإثبات .

ثامنا /الدوريات :-

وتتضمن الدوريات على : جريدة الوقائع العراقية وعلى النشرة القضائية وهي على النحوالاتي :

أ-جريدة الوقائع العراقية ، تصدرها وزارة العدل العراقية :-

١- جريدة الوقائع العراقية، ع/ ٣٨٣٧ في ٢٠٠٠/٧/٣١.
٢-جريدة الوقائع العراقية ، ع /٤٠٣١ في ١٧/١/ ٢٠٠٧ .
٣- جريدة الوقائع العراقية، ع/ ٣٦٧٧ في ١٩٩٨/٧/٧.
٤- جريدة الوقائع العراقية ، ع / ٤٢٥٦ في ٥/ ١١/ ٢٠١٢ .
٥- جريدة الوقائع العراقية ، ع/٤٢٧٤ في ٢٠١٣/٤/١٥.

ب-النشرة القضائية ،يصدرها المكتب الفني بمحكمة التمييز العراقية :-

١- النشرة القضائية ، وزارة العدل العراقية ، ع ٤ ، س٤، ١٩٧٣.

تاسعا /قرارات المحاكم القضائية غير المنشورة :-

وتشتمل قرارات المحاكم القضائية غير المنشورة على مايأتي : قرارات محكمة التمييز الاتحادية في العراق ، وقرارات محاكم الاستئناف بصفتها التمييزية ، وقرارات محكمة الاحوال الشخصية، ، وقرارات محكمة البداءة ، وذلك على الشكل الاتي :

أ- قرارات محكمة التمييز الاتحادية في العراق .

١- قرار محكمة التمييز العراقية رقم ١٠١٦/ منقول/٢٠٠١ في ٢٠٠١/٧/٥(قرار غير منشور).

٢- قرار محكمة التمييز التحادية في العراق رقم / ٥٢/ هيأة موسعة مدنية / ٢٠٠٨ في ٢٨ / ٨/ ٢٠٠٨ (قرار غير منشور) .

ب- قرارات محاكم الاستئناف بصفتها التمييزية .

١- قرار محكمة استئناف نينوى الاتحادية المرقم ٣٨٧ /ث ب/٢٠٠٦ في ٢٠٠٦/٩/٥(قرار غير منشور).

ت- قرارات محكمة الأحوال الشخصية .

١- قرار محكمة الأحوال الشخصية في بلدروز رقم /٥٥٢/ ش/٢٠١٢ في ٢٠١٢/١٢/٢٣. (قرار غير منشور).

٢- قرار محكمة الأحوال الشخصية في حي الشعب التابعة الى رئاسة محكمة استئناف الرصافة الاتحادية رقم /٨٢٥ / ش/ ٢٠٠٧ في ١٣/ ٩/ ٢٠٠٧ (قرار غير منشور) .

ث-قرارات محاكم البداءة .

١- قرار محكمة بداءة حمام العليل رقم/١٣٤/ب/٢٠١١ في ٢٠١١/٧/٣١(قرار غير منشور).
٢- قرار محكمة بداءة بلدروز رقم /٢٧١/ب/٢٠١٢ في ٢٠١٢/٧/٢٩ (قرار غير منشور) .
٣- قرار محكمة بداءة بلدروز رقم /٤٠٧/ب/٢٠١٢ في ٢٠١٢/١٢/٢٤ (قرار غير منشور) .
٤- قرار محكمة بداءة الموصل رقم/ ٢٠١٠/١٠٠٩٥ في ٢٠١١/١١/١١(قرار غير منشور).
٥- قرار محكمة بداءة الموصل رقم/ ٢٠١٠/٩٩٠٦ في ٢٠١٠/١٠/٦ (قرار غير منشور).
٦- قرار محكمة بداءة بلدروز رقم/٣٨٢/ب/٢٠١٢ في ٥/ ١١/ ٢٠١٢ (قرار غير منشور).
٧- قرار محكمة بداءة الكرادة التابعة الى محكمة استئناف بغداد – الرصافة الاتحادية رقم/ ١١٤٦/ ب / ٢٠٠٢ في٢٣/ ١ / ٢٠٠٦ (قرار غير منشور)

عاشرا / متون القوانين والمعاهدات :-

وتشتمل الاتفاقيات والتقنينات والقوانين العربية والاجنبية والمذكرات الايضاحية على ماياتي :(١)/ الاتفاقيات الدولية :- (٢)/ التقنينات والقوانين الملغية :- (٣)/ القوانين العربية :- (٤)/ القوانين الاجنبية :- (٥)/ المذكرات الايضاحية :- وذلك على الصيغة الاتية :

(١)/ الاتفاقيات الدولية :-

١- قانون تصديق اتفاقية تنظيم أحكام التوقيع الالكتروني في مجال المعاملات الالكترونية في الدول العربية النافذ رقم ١٠١ لسنة ٢٠١٢ – والتي صادق عليها العراق بتاريخ ٣/ ١٢/ ٢٠٠٨ –

(٢)/ التقنينات والقوانين الملغية :-

وتشتمل التقنينات والقوانين الملغية على: التقنينات الملغية والقوانين الملغية وذلك على الصيغة الاتية :-

أ- التقنينات الملغية :-

١- مجلة الاحكام العدلية العثمانية الملغاة.

ب- القوانين الملغية:-

١- قانون التجارة العراقي الملغي رقم ٦٠ لسنة ١٩٤٣ .

٢- قانون التجارة العراقي الملغي رقم ١٤٩ لسنة ١٩٧٠.

(٣)/ القوانين العربية :-

وتضم القوانين العربية على : القوانين العراقية والقوانين المصرية والقوانين اللبنانية والقوانين السورية والقوانين السعودية والقوانين الاردنية والقوانين الكويتية والقوانين البحرانية والقوانين القطرية ، وذلك على السياق الاتي :-

أ- القوانين العراقية :-

١- القانون المدني العراقي النافذ المرقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل.

٢- قانون الاستثمار العراقي النافذ رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٦ .

٣- قانون التجارة العراقي النافذ رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ المعدل .

٤- قانون الإثبات العراقي النافذ رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ المعدل بالقانون ٤٦ لسنة ٢٠٠٠.

٥- قانون الشركات العراقي النافذ رقم ٢١ لسنة ١٩٩٧ المعدل .

٦- قانون الخدمة المدنية العراقي النافذ رقم ٢٤ لسنة ١٩٦٠ المعدل.

٧- قانون العقوبات العراقي النافذ رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩م المعدل .

٨- قانون المرافعات المدنية العراقي النافذ رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل.

١٠- قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية العراقي النافذ رقم ٧٨ سنة ٢٠١٢ .

ب- القوانين المصرية:-

١- أللائحة التنفيذية للقانون المصري رقم ١٤٦ لسنة ١٩٨٨.

٢- قانون الإثبات المصري النافذ رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ المعدل ،

٣- قانون الشركات المصري النافذ رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ المعدل .

٤- قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري النافذ رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ المعدل

٥- قانون سوق رأس المال المصري النافذ المرقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢ المعدل .

ت -القوانين اللبنانية:-

١- قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية اللبناني النافذ رقم ٩٠ لسنة ١٩٨٣ المعدل .

٢- قانون التجارة اللبناني النافذ رقم ٣٠٤ لسنة ١٩٤٢ المعدل.

ث- القوانين السورية :-

١- قانون البينات السوري النافذ رقم ٣٥٩ لسنة ١٩٤٧ المعدل

٢- قانون التجارة السوري النافذ رقم ١٤٩ لسنة ١٩٤٩ المعدل.

٣- قانون الشركات السوري النافذ رقم ٢٩ لسنة ٢٠١١.

٤- قانون أصول المحاكمات المدنية السوري رقم ٨٤ لسنة ١٩٥٣ المعدل .

ج - القوانين السعودية:-

١- نظام المرافعات الشرعية السعودي النافذ رقم ٢١ لسنة ١٤٢١ هـ المعدل .

٢- لائحة صناديق الاستثمار السعودية الصادرة بموجب القرار ١-٢١٩-٢٠٠٦ في ٢٠٠٦/١٢/٢٤.

ح- القوانين الأردنية:-

١- قانون البينات الأردني النافذ رقم ٣٠ لسنة ١٩٥٢ المعدل بالقانون المؤقت رقم ٣٧ لسنة ٢٠٠١

٢- قانون الشركات الأردني النافذ رقم ٢٢ لسنة ١٩٩٧ المعدل .
٣- قانون الأوراق المالية الأردني المؤقت رقم ٧٦ لسنة ٢٠٠٢.

خ- القوانين الكويتية:-

١- اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم تداول الأوراق المالية وإنشاء صناديق الاستثمار الكويتي المرقم٣١ لسنة١٩٩٠ الملغي.

د- القوانين البحريني:-

١- قانون الشركات البحريني النافذ رقم ٢١ لسنة ٢٠٠١ .

ذ- القوانين القطرية :-

١- قانون الصناديق الاستثمارية القطري رقم ٢٥ لسنة٢٠٠٢.

حادي عشر /المواقع الالكترونية في الانترنت:-

١- قرار مجمع الفقه الإسلامي بخصوص التعامل بالأسهم رقم ٦٣ (٧/١) ، المؤتمر السابع للمجمع المنعقد بجدة في المملكة العربية السعودية ، للفترة من ٩-١٤/أيار/١٩٩٢ ، منشور على الموقع الالكتروني لمجمع الفقه الإسلامي الدولي:

http://www.fiqhacademy.org.sa

٢- د. محمد القري، صناديق الاستثمار الإسلامية ، ورقة عمل مقدمة لندوة التطبيقات الإسلامية المعاصرة، المغرب،١٩٩٨، دراسة منشورة بتاريخ٢٠١٢/١/١١، وعلى الموقع :

http://www.bltagi.com/portal/articles

(ثانيا) المصادر الأجنبية :-

1- R.Roblot: Les effects de commerce instruments de credit paris 1975.

2- E.R. Hardy Ivamy , in Company Law , Butter Worth shaw,and,sons.London,1978,p.87.