نظام العهدة المالية

(الترست)

اعداد

د. محمد علي القري

جامعة الملك عبدالعزيز (سابقاً)

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله وحده والصلاة والسلام على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم ... أما بعد:

مما اختصت به الدول التي تجد القوانين فيها جذورها في القانون الإنجليزي English Law[1]، ما يسمى بقانون الـ "ترست"، ولا يكاد يوجد في الأنظمة القانونية الأخرى. ويعد قانون الترست عنصراً مهماً في رزمة القوانين المنظمة للنشاط التجاري والاستثماري في تلك الدول ويجذب وجوده إليها استثمارات عظيمة تستفيد من البنية التحتية الملاءمة لحفظ الأموال واستثماراها. ومثل هذا القانون لا يوجد في أي من الدول العربية التي تجد القوانين فيها جذورها في الشريعة الإسلامية والقانون الفرنسي[2].

يمكن قانون الترست من إنشاء شخصية اعتبارية ذات غرض خاص لا مالك لها تشبه الوقف والغرض منها أن يعهد شخص طبيعي أو اعتباري يسمى الراعي إلى الناظر وهو المسئول عن مجريات الترست بحفظ أصول ذات قيمة كالأموال والعقارات والأسهم وتسجيلها باسم تلك الشخصية الاعتبارية وإدارتها

١ - القانون الإنجليزي.
٢ - عدا البحرين كما سيأتي تفصيله.

لتحقيق غرض محدد منصوص عليه في وثيقة إنشاء ذلك الترست لمصلحة مستفيد أو مستفيدين من غير ان يكون للراعي تدخل في عمل الناظر وليس للمستفيدين التدخل إلا في حال مخالفة الناظر للشروط الواردة في وثيقة إنشاء الترست. ويكون ذلك التدخل إذا وقع من خلال القضاء. ويمكن ان يكون الناظر شخصية طبيعية أو - وهذا في الغالب -شخصية اعتبارية.

ولتحقيق الاستقلال التام بين "الراعي" وأصول الترست المشار إليها ولغرض تمتع الناظر بالصلاحيات الكافية لزم ان يكون للشخصية الاعتبارية للترست ذمة مالية مستقلة تتحمل الالتزامات بقدر تلك الأصول وتناط بها الحقوق. ولهافي ظل القانون حق التقاضي لحفظ حقوقها والدفاع عن أصولها كسائر الشخصيات الطبيعية أو الاعتبارية. ولا يلزم ان يكون الترست لأغراض البر والخير بل غالب أمره ان يكون للتجارة والاسترباح أو رعاية مصالح فئة معينة من الناس. كما لا يلزم ان يكون على التأبيد بل يمكن ان يكون له مدة محددة. وتنظم الترست قوانين خاصة اشتهرت باسم Law of Trusts ويقع تحت إشراف جهة حكومية مختصة شأنه شأن قانون الشركات[١].

والترست كما أسلفنا يملك من خلال الشخصية الاعتبارية الأصول ولكن بخلاف الشركات ذات الشخصية الاعتبارية ليس له مالك، ولذلك فإن الحقوق

١ - ويعرف بالإنجليزية بأنه "a property interest held by one person (the trustee at the request of another (the settler) for the benefit of a third party (the beneficiary).

المقـررة للمسـتفيدين على تلـك الأصـول محـدودة بانتفـاعهم بـبعض الفوائـد المتولـدة منهـا مثـل الأربـاح والإيـرادات والـثمن عنـد البيـع ولكـن التصـرف في تلـك الأصول لتحقيق هذه الأرباح والإيرادات راجع إلى "الناظر" الذي يطلب منه في ظل القـانون أن يحفظهـا لصـالح أصحابها وان يتصـرف فيهـا في ضـوء التعليمـات الصادرة من مؤسس الترست أي الراعي والمدونة في وثيقة الإنشاء. وقد تتضمن تلك التعليمات التصرف بالبيع لتلك الأصول في تاريخ محدد أو عند وقوع أمر منصـوص عليـه. أمـا الراعي أو المؤسـس فـإن صـلته بالترسـت تنقطـع بمجـرد تأسيسه.

"الترسـت": هـو ممـا انفـردت بـه القـوانين التي تجـد جـذورها في النظـام القانوني الذي كان سائداً في إنجلترا وويلز في بداية الألفية الثانية. والذي تطور في بريطانيـا ثـم في امتـداداتها القانونيـة مثـل أمريكـا واسـتراليا ومسـتعمراتها. واشـتهر باسم Common Law، وكلمة ترست في اللغة الانجليزية انما تعني الثقة والأمانة والرعاية ونحـو ذلـك. أما في القـانون فلـه معنى خـاص وهـو موضـوع هـذه الورقـة. ومما يؤسف له ان ما كتب في هذا الموضوع باللغة العربية على قلته لا يستعمل أكثر الكتاب فيه إلا اللفظ الانجليزي وهو كلمة ترست. وإنما فعلوا ذلك لصعوبة إيجاد كلمة عربية تنقل المعنى الفني المقصود وليس المعنى اللغوي فحسب، ومنهم من اتجه إلى استخدام كلمة الوقف من باب تقريب المعاني.

ولم نجد أي من الطريقين يحقق المطلوب. أما استخدام كلمة الوقف فإنه يجعل الموضوع محل النظر (أي الترست) مختلطاً في ذهن القارئ مع الوقف الإسلامي ويدفعه من خلال الكتابة إلى محاولة المقارنة بين أحكام الوقف وأحكام الترست والحكم عليه بناء على انه نوع جديد من الوقف. وهذا المنهج غير سديد وينتهي بنا إلى محاولة اسقاط الترست في قالب الوقف الإسلامي. ولا حاجة بنا لذلك إذ الوقف الإسلامي له أغراضه وصوره الخاصة التي لا تحتاج إلى الاقتباس من الترست، والشبه بينهما لا يلزم ان يكون حجة على الوقف، اما استخدام الكلمة الإفرنجية فهو غير لائق وفيه إتهام للغة العربية بالعقم كما انه يغلق الطريق إلى تطوير صيغة محلية لهيكل الترست يمكن الاستفادة منها ضمن المعطيات والقوانين السارية في بلادنا، ومن أهم ذلك الانضباط بأحكام الشريعة الإسلامية دون الحاجة إلى انضوائها تحت أحكام الوقف أو بإشراف مؤسساته.

ولذلك فقد اتجهنا إلى استخدام ترجمة عربية تبناها المشرع البحريني عندما صدر عنه نظام للترست[1]، فأطلق عليه نظام "العهدة المالية"، فكان اختياراً موفقاً من الناحية اللغوية.

١ - صدر نظام العهدة المالية في البحرين في سنة ٢٠٠٦م وسيأتي الحديث عنه لاحقاً وقد انفردت البحرين بهذا القانون.

معنى العهدة في اللغة:

العهد في اللغة كل ما عوهد الله عليه وكل ما بين العباد من مواثيق والعهدة مفرد العهد وهو الميثاق واليمين التي يستوثق بها، والعهد والأمان والكفالة والضمان ذات معانٍ متقاربة، والعهد كتاب الحلف والشراء، والتعهد التحفظ بالشيء وتجديد العهد به.

معنى العهدة في اصطلاح الفقهاء:

تطلق العهدة في كلام الفقهاء ويراد بها ضمان الثمن للمشتري إذا استحق المبيع أو وجد فيه عيب، كما تستخدم لتعني ضمان الدرك.

معنى العهدة في اصطلاح المحاسبة:

العهدة في اصطلاح المحاسبين هي أمانة تودع عند مسئول في دائرة حكومية أو في شركة خاصة للصرف منها (إذا كانت عهدة نقدية) على نشاط معين أو استخدامها لغرض محدد له علاقة بعمله ومسئولياته، والعهدة تكون نقدية وهي عبارة عن مبلغ من المال يتسلمه نقداً أو يودع في حساب له عليه صلاحية، كما تكون عينية مثل ان تكون عهدته عبارة عن أجهزة أو أثاث أو معدات ...إلخ. وتكون مؤقتة لمشروع محدد كما تكون عهدة دائمة (وتمسى عهدة مستديمة عند المحاسبين) ولها في معايير المحاسبة معالجات معروفة.

من الواضح ان كلمة "العهدة" عندما نستخدمها ترجمة لكلمة "ترست" فإنها أقرب ما تكون في معناها إلى العهدة بمعناها المحاسبي. وهي ليست بعيدة عن المعنى اللغوي أيضاً حيث هي مفتقرة إلى الأمانة والثقة وهي عهد وميثاق بان يقوم المؤتمن برعاية مصلحة المستفيد. ولكنها تختلف عن العهدة في لغة الفقهاء إلا في عموم معنى الضمان والعهد.

النظام القانوني السائد في انجلترا وويلز في القرن الثالث عشر الميلادي:

اتسم القانون السائد في انجلترا وويلز في القرن الثالث عشر الميلادي، بالجمود والاغراق في الشكلية والاهتمام المبالغ به بالإجراءات على حساب النتائج. ومن الطبيعي في ظل نظام مثل هذا ان لا يتحقق العدل بمعناه العام الذي لا تخطئه الفطر السليمة والضمائر المتجردة للحق، إذ كان غاية جهة القضاة الالتزام بإجراءات مرسومة ومقننة معتبرين ان ذلك هو الطريق الأنجع لتحقيق العدل. فلما كثرت الشكاوى المرفوعة إلى ملك انجلترا هنري الثاني بهذا الشأن متهمة المحاكم بأنها قد حادت عن جادة تحقيق العدل وان نظام المحلفين فيها يشكوا من الفساد والمحسوبية وان الشكلية المفرطة تجعلها غير قادرة على البت إلا في القضايا التي تكون قابلة لأن تصب في القالب المعد مسبقاً في نصوص القوانين. لما كثرت هذه الشكاوى قام الملك هنري الثاني بتأسيس ديوان خاص ملحق بالبلاط اسمه (Chancery) يحيل إليه الملك هذه الشكاوى ويقوم عليه

مستشار متمكن من القضايا القانونية ومتصف بالحكمة وبعد النظر، ثم يقوم هذا المستشار بإصدار الأوامر المؤيدة بخاتم الملك للفصل في القضايا بما يرى انه الحق والعدل بصرف النظر عما نصت عليه القوانين أو استدعتها الإجراءات القضائية. أو قضت به المحاكم. ومنهجه الانعتاق من ضيق الجمود القانوني إلى رحابة العدالة بمعناها العام. ولذلك اشتهر هذا الديوان باسم محكمة العدالة Court of Equity.

ومن الجلي ان النتيجة الحتمية لوجود نظامين قانونيين في بلد واحد هو الصراع المرير بينهما وهذا ما وقع بالفعل إذ كانت المحاكم تصدر الأحكام متمسكة بحرفية القانون ثم تجد ان محكمة العدالة قد نقضت الحكم من غير استناد إلى نص قانوني وإنما بناء على ما يراه مستشار الملك محققاً للعدالة ورافعاً للظلم الذي وقع على المحكوم عليه، وان كان مصحوباً دائماً بمحاولة لتبرير هذه الأحكام بالاستناد إلى قواعد المنطق وإيجاد نظريات قانونية مستحدثة يستند إليها الحكم.

في نهاية القرن الرابع عشر صار القضاة يدركون أنه لا غنى للناس عن محكمة العدالة وانه لا طائل وراء الاصرار على النظام القانوني الجامد الذي سارت عليه المحاكم ما دام ان محكمة العدالة ستنقض كل حكم لا تجده يحقق العدل، فما كان من القضاة إلا ان بدأوا في استيعاب قواعد العدل بأنفسهم في

محاكمهم دون الحاجة إلى تحميل المتقاضي إلى ان يهرع إلى الديوان بمجرد صدور حكم المحكمة. وكانت القضية التي اذابت الجليد بين هذين النظامين القانونيين خلاف بين مؤجر ومستأجر في اجارة طويلة لأرض وقد جرى اتباع الإجراءات القانونية بصرامة ومنها مطلب توثيق عقد الإجارة لدى الجهة المختصة حتى يصبح قانونياً، إذ لا تعترف المحاكم بعقد لا يكون موثقاً بالطريقة التي نص عليها القانون. وكان الطرفان قد اتفقا على تقديم أجرة السنة الأولى ووثقا هذا الاتفاق بالكتابة بينهما في مستند مستقل ولكن دون ان ينص عليه في الوثيقة المودعة لدى جهة التسجيل. لكن المستأجر بعد انعقاد العقد رفض تعجيل الأجرة فلما وصلت شكوى المؤجر إلى القضاء لم يكن الحكم فيها مفاجأة للمدعي ذلك ان المحكمة بناء على القوانين والإجراءات القضائية السارية المتسمة بالجمود والشكلية لا تعترف بأي اتفاق حتى لو كان مكتوباً وأقر به الطرفان، لا تعترف به إلا ان يكون مضمناً في العقد المسجل لدى الجهة الرسمية المختصة، كما يعرف المدعي ان لا سبيل إلى رفع الظلم عنه إلا بطريق محكمة العدالة وقد كان مضى على محكمة العدالة من السنين ما يعرف معه القاضي الحكم الذي ستتوصل إليه. فما كان منه إلا ان تجاوز الشكليات والإجراءات المعتادة وأصدر أمره بإلزام المستأجر بدفع الأجرة مقدماً بحسب الاتفاق مع ان هذا مخالف لنصوص القوانين وشكليات الإجراءات القضائية. ثم بدأ القضاة الآخرون بمثل ذلك حتى

تحول النظام القانوني في انجلترا وويلز على مر العقود إلى نظام يتمتع بمرونة عالية وقدره على الخروج على النصوص لتبني ما يراه القاضي محققاً للعدل وهو المسار التي مشى عليه القانون الانجلوسكسوني وسمي (Common Law) حتى اليوم.

الجذور التاريخية لنظام الترست:

كانت انجلترا وويلز -مثلها مثل بلدان أوروبا الأخرى-تئن تحت وطأة نظام الاقطاع حيث يمتلك النبلاء وعلى رأسهم الملك والأسرة الحاكمة جميع الأراضي الزراعية في انجلترا وويلز. وكان الفلاحون يقيمون في الأراضي غير مالكين لها وإنما هم يزرعون ويأكلون ويعطون النبيل ما يطلب من خدمات أو منتجات زراعية ونحو ذلك. وليس لهم بيع الأرض إذ هي غير مملوكة لهم ولكن لهم التنازل عنها بموافقة النبيل وهذه الموافقة تقتضي دفع مبلغ من المال للنبيل يقل أو يكثر بحسب الحال. ولما كانوا غير مالكين لهذه الأراضي فلم يكن لهم توريث تلك الأراضي لأبنائهم. هكذا كان حال ملكية الأراضي الزراعية.

استجابت مجتمعات أوروبا في القرن الثالث عشر للنداء الذي وجهه بابا الفاتيكان لجميع المسيحيين لكي يهبوا لتحرير القدس من المسلمين وكان ممن شارك في هذه الحروب الصليبية العديد من فلاحي انجلترا وويلز. ومعلوم ان

الفلاح منهم عندما يغادر بلاده فإنه لا يعرف هل ستقدر له العودة إلى أرضه أم يقتل في المعركة أو يهلك في الطريق. وهو لا يريد التنازل عن أرضه إذ يحدوه الأمل في العودة كما لا يريد تركها بدون رعاية خوفاً من استيلاء الآخرين عليها بموافقة النبيل. فما كان منهم إلا ان تبنوا ما أسموه "Use" والمقصود به ان يحل من هو موضع ثقة عند هذا الذي سيغادر بلده يحل محله من خلال هذا الترتيب بمعرفة النبيل مع تعهده بأنه ان هلك صاحب الأرض في المعركة كان عليه المبادرة إلى التنازل عن الأرض إلى ورثة ذلك المقاتل أو من أوصاه ان يتنازل له عنها، وعندئذً يدفع المبلغ المطلوب للنبيل، كما هو الإجراء المعتاد، للموافقة على ذلك. ولكن الذي وقع ان كثيراً منهم لم يكن عند المستوى المطلوب من الأمانة والاخلاص إذ بادر بمجرد غياب صاحبه إلى التنازل عن الأرض إلى طرف آخر اختاره هو ووثق ذلك لدى النبيل. فلما عاد المقاتلون يطالبون بأراضيهم وجدوها تحت أيدي أناس آخرين. ولم تكن المحاكم تقبل منهم الدعاوى إذ كان القرن الثالث عشر هو زمن الجمود القانوني في انجلترا كما أسلفنا فالمحاكم لا تعترف إلا بواضع اليد على الأرض ومن ثم اعتبرت تنازل ذلك المؤتمن قانونياً لأنه كان مالك للحق في التنازل. فما كان من هؤلاء الفلاحين إلا المبادرة لرفع شكواهم إلى ديوان محكمة العدالة المشار إليها آنفاً. اعادت محكمة العدالة الحق إلى نصابه لكنها احتاجت من أجل ذلك إلى تبرير خروجها عن ظاهر القوانين والإجراءات المعتادة بإيجاد نظرية

تستند إليها في ذلك، ويمكن التعويل عليها في حل المشكلات المشابه التي بدأت تتراكم مع نهاية الحرب الصليبية.

تعد هذه المسألة أهم قضية فصلت فيها محكمة العدالة إذ تمخض عنها نظرية قانونية جديدة غيرت وجه النظام القانوني الانجلوسكسوني، ولم تقتصر آثارها على الترست فحسب بل امتدت إلى أمور أخرى لا مجال للحديث عنها، وذلك لأن محكمة العدالة اتجهت إلى ان الملكية تنقسم إلى قسمين، الأول: هو ملكية ظاهرة (أو رسمية)، والثاني: ملكية خفية غير ظاهرة للعيان وقد يكون المالك الظاهر والخفي شخص واحد وهذا هو الأصل وما درج عليه الناس ولكن حيث يوجد مالكان ظاهر وخفي فقد قررت المحكمة ان المالك الحقيقي هو صاحب الملكية غير الظاهرة وان المالك الظاهر وان كان الملك مسجلاً باسمه ليس له التصرف بالملك إلا بما يحقق مصلحة المالك الخفي. وبناء عليه انتهت المحكمة إلى ان المقاتل الذي عاد من الحرب الصليبية هو مالك خفي وهو المالك الحقيقي أما من حل محله فهو المالك الظاهر ثم أصدرت حكمها بإرجاع جميع الأراضي إلى أصحابها الحقيقين وان من كانت بيدهم إنما هم المالك الظاهر المؤتمن على مصالح المالك الخفي وليس له التصرف بما يؤدي بالإضرار بالمالك الحقيقي.

ولهـذا السـبب اطلـق علـى هـذه الملكيـة الخفيـة اسـم الملكيـة العدليـة (Equitable Ownership) نسبة إلى محكمة العدالة التي كانت تسمى Court of Equity . ولم تكن هذه النظرية معروفة قبل صدور هذا الحكم ولذلك نسبت إلى محكمة العدالة. وولدت معه نظرية جديدة للملكية كان لها الأثر العميق في التطور القانوني في النظام الانجلوسكسوني حتى يومنا هذا من هذا الحكم جاء نظام الترست.

في البداية كان مجرد حكم قضائي ثم سمى لاحقاً Trust بعد ان انتشر العمل به ثم تطور فلم يقتصر على الأراضي الزراعية بل توسع إلى أغراض أخرى[١].

عند مطلع القرن السادس عشر كان نظام الترست منتشراً جداً في ملكية الأراضي وفي العقارات وغيرها. وعندما واجه الملك هنري الثامن مصاعب مالية ما كان منه إلا ان أصدر في سنة ١٥٤٠ قانون الوصية والذي أذن بالوصية بالأرض وفرض ضريبة الأيلولة على المستفيد حتى لو كانت الأرض محل الوصية قد جعلت تحت رعاية ناظر عهدة. وترتب على ذلك ان انتقل الترست من ترتيب تهرع إليه المحاكم لحل الخلافات إلى قانون ينظم علاقة تعترف بها الدولة.

١ - من أشهرها ما كان يفعله المنتسبون إلى كنيسة الفرانشيشتكان وهم قوم ينتمون إلى الملة النصرانية لكنهم يسيرون على سنة مؤسس مذهبهم فرنسيس الذي كان يرى ان التقوى تقتضي الزهد والفقر والفاقة والرغبة عن الممتلكات المادية إلا ان بعض المنتسبين إليه وان كان انتمائهم الديني يقتضي اظهار الفقر فقد كانوا على غنى إلا انه مسجل بأسماء آخرين وكانت المحاكم تعترف بملكية المالك الخفي.

وفيما بعد توسع العمل بنظام الترست إلى الأراضي والعقارات خارج القطاع الزراعي وإلى الممتلكات المالية مثل الأسهم والسندات وغيرها من الأوراق المالية وصارت له أغراض متعددة تجارية وخيرية وغير ذلك.

نظرية أخرى بشأن الجذور التاريخية لنظام العهدة المالية:

هناك نظرية أخرى ترجع نظام العهدة (الترست) إلى جذور تاريخية مختلفة فتقول ان أصوله ترجع إلى نظام الوقف الإسلامي. من الثابت تاريخياً ان فكرة العهدة المذكورة نشأت بعد الحروب الصليبية ولذلك قال بعض المؤرخين ان حكم ديوان العدالة ليس هو المنشأ الصحيح للترست وان محل حكم ديوان العدالة لم يكن يسمى ترست وإنما كان يسمى use ولذلك لا يصلح ان ينسب إليه الترست. في رأي أصحاب هذه النظرية ان المحاربين من الصليبيين لما جاءوا إلى الشرق الإسلامي وجدوا الأوقاف تنتشر في فلسطين وبلاد الشام فاستلهموا الفكرة ونقلوها إلى بلادهم. ولذلك ليس مصادفة في نظر أصحاب هذه النظرية ان يكون أول "ترست" أسس في انجلترا كان خاصاً بجامعة اكسفورد الشهيرة سنة ١٣٧٤م من قبل أحد أغنياء انجلترا واسمه مرتون لإنشاء مرتون كوليج. وكان مرتون هذا من أكبر ممولي الحروب الصليبية ولذلك فإن اتصاله بثقافة الشرق الأدنى أمر ثابت فلا يستبعد اعجابه بما نقله له أعوانه. ومما يدل على تأثره

بالوقف الإسلامي ان الوثيقة المنشئة لترست مرتون كوليج في جامعة اكسفورد تكاد تكون منقولة من الوقفيات المعهودة في الشرق الإسلامي (انظر The influence of Islamic law of wagf on the of the development of the trust in England the case of Merton college).

تقسيم الملكية في القوانين الأنجلوسكسونية:

مدار نظام الترست هو تقسيم الملكية إلى ظاهرة وباطنة (أو مستورة) ولا يمكن فهم طبيعة عمل نظام العهدة المالية بدون الإحاطة بالتفريق الموجود في القوانين الأنجلوسكسونية، بين ما يسمى بالملكية النفعية (beneficial ownership) [1]، والملكية الرسمية (أو القانونية) (legal title)، ذلك إنهم يفرقون بين ما يمكن تسميته المالك الرسمي أو القانوني وهو الذي يكون الملك مسجلاً باسمه في السجلات الرسمية الظاهرة للعموم والتي يطلع عليها الناس يفرقون بينه وبين المالك الخفي أو النفعي وهو الذي يمكن وصفه بالمالك الحقيقي والذي لا يظهر بصفة معلنة في السجلات المتاحة لنظر العامة وإنما يسجل في محرر عرفي بين الأطراف ذات العلاقة. لكن المحاكم في بريطانيا والولايات المتحدة الأمريكية وغيرها ممن يسير على التراث القانوني الأنجلوسكسوني تقبل الدعوى من المالك الخفي (أي النفعي) في حال وجود الخلاف بينه وبين المالك الرسمي بناء على ذلك

١ - والتي تسمى كما ورد آنفاً الملكية العدلية نسبة إلى محكمة العدالة.

المحرر العرفي لأنها تعتبره المالك الحقيقي. والإجراء المعتاد في حال الخلاف أن تطلق المحكمة للمالك النفعي كافة الحقوق والتصرفات، بما فيها البيع والذي كان منوطاً قبل ذلك بالمالك الرسمي فحسب. ولا يحتاج الأمر في أكثر الأحوال ونظراً لاستقرار مسألة التفريق بين المالك الخفي والمالك الرسمي. وشيعوعة العمل بها فإن الأمر نادراً ما يحتاج إلى التقاضي في المحاكم إذ يستطيع المالك النفعي ان يباشر حقوقه دون ما معارض في غالب الأحوال.

ويقوم عمل الشخصية الاعتبارية الممثلة للعهدة المالية على كونها مالكاً رسمياً تسجل باسمها الأصول وتتصرف هي بها تصرف المالك ويقوم المؤتمن بصفته ناظراً للعهدة المالية ومديراً لها بمباشرة هذه المهام. وليس للمالك النفعي في الأحوال الطبيعية حق التصرف بالأصل بالبيع مباشرة إذ إن ذلك لا يكون إلا بواسطة المالك الرسمي. ويحدد القانون اجراءات مثل هذا التصرف. ولكن هذا لا يعني إطلاق يد المالك الرسمي بالتصرف كيفما شاء إذ أن القانون يجعل المالك الرسمي مؤتمناً على المال و في وضع مماثل لناظر الوقف فهو المعهود إليه في نظام العهدة المالية ليعمل لصالح صاحب الملكية الحقيقية أي المال النفعي.

افتقار القانون الفرنسي لنظام العهدة المالية:

لا يعتمد القانون الفرنسي في تطوره على السوابق القضائية كما هو الحال في القوانين الأنجلوسكسونية بل هو معتمد على التقنين الذي يستمد أصوله من القانون الروماني ومدونة جوستنيان. وهو يدور بصفة أساسية على النظرية العامة للالتزام. وكان يمكن للقانون الفرنسي أن يطور نظاماً لتقسيم الملكية كما فعل النظام القانوني الأنجلوسكسوني، يمكن من خلاله تأسيس شخصية اعتبارية مختصة بالعهدة المالية إذ ليس هناك ما يمنع من ذلك من الناحية الشكلية. لكن الثورة الفرنسية أجهضت أي جهد في هذا الاتجاه. ويرجع ذلك إلى الرغبة العارمة عندئذٍ لاجتثاث نظام الإقطاع وتحرير الأرض من هيمنة الاقطاعيين وتمليكها للفلاح وهو أحد أهم أغراض الثورة الفرنسية. احتاج هذا الهدف إلى سد الذرائع المؤدية إلى استيلاء الاقطاعيين مرة أخرى على الأرض بطرق ملتوية. ومن أهمها وأيسرها ان تسجل الأراضي باسم الفلاح (فيكون المالك الظاهر) بينما يكون المالك الحقيقي هو الاقطاعي. ولذلك اتجه أرباب القانون من المحامين والمشرعين والساسة إلى ضرورة منع تقسيم الملكية إلى ملكية رسمية وأخرى نفعية (كما وقع في إنجلترا) خوفاً من يفتح ذلك الباب ليكون الفلاحون مجرد ملاك رسميين ويبقى الاقطاعيون هم الملاك الحقيقيين. ولذلك لم يعترف القانون بتقسيم الملكية بالطريقة التي جرى عليها القانون الانجلوسكسوني

وجاءت نصوصه لتجعل للأرض مالكاً واحد فقط وليس لأحد ان يكون له مصلحة مؤثرة على ذلك الملك إلا من خلال الرهن أو الإيجار فحسب. ثم حصرت الحقوق المترتبة على الملك في الانتفاع أو البيع أو التأجير، وحسب.

النظام المسمى في القانون الفرنسي فيديوشاريه:

لما اتجه القانون الفرنسي إلى منع تقسيم الملكية إلى ملكية رسمية وملكية نفعية كما هو الحال في القوانين الأنجلوسكسونية ، لم يكن ممكناً أن يؤسس في ظل القانون الفرنسي شخصية اعتبارية ذات غرض خاص على صفة Trust . ومرد ذلك إلى أن انتقال الملك إلى أي جهة (ومنها الشخصية الاعتبارية ذات الغرض الخاص) يجب أن يكون رسمياً وقطعياً ولن تستمع المحكمة إلى الدعوى بأن وراء ظهر المالك الرسمي مالك خفي حقيقي. ومن ثم فإن "الناظر" وهو من انتقلت إلى اسمه الملكية سواء كان شخصاً طبيعياً أو اعتبارياً هو المالك الوحيد الذي يعترف به القانون، وله حق التصرف التام وليس للمستفيد الاعتراض على هذا التصرف حتى لو باع هذه الأصول إلى طرف ثالث واستأثر بالثمن لنفسه، وتكون ملكية الطرف الثالث (المشتري) ملكية حقيقية يعترف بها القانون ويحميها ولا يقبل اعتراض المستفيد من الترست عليها. فالمستفيد النفعي ان وجد ليس له أية حقوق على الملك .

الملكية النفعية والملكية الرسمية في النظر الشرعي:

لا يثير التقسيم المشار إليه أعلاه أي وجود شخص قد سجل العقار أو الأصل المملوك باسمه وآخر يملكه حقيقة، لا يثير ذلك أي إشكال شرعي ذلك أن البيع إذا انعقد صحيحاً خالياً من الموانع ومستوفياً لشرائط الصحة انتقل الملك إلى المشتري وكان بيعاً حقيقياً وليس صورياً، وليس التسجيل باسم المشتري ركناً من أركان العقد وإنما هو توثيق لهذا البيع وليس إنشاء له. والمشتري يتمتع بجميع الحقوق المقررة للمالك في ملكه. وإذا قام المشتري، لمصلحة يراها، (مثل تقليل الضرائب والمكوس أو تسهيل الإجراءات) قام بتسجيل الملكية باسم شخص آخر طبيعياً كان أو اعتبارياً لدى الجهات الرسمية وجرى توثيق ذلك في محرر عرفي له اعتباره عند التقاضي لدى المحاكم أو حصل على سند ضد لحماية حقوقه فإن ذلك من الأمور الجائزة قطعاً وهو غير مؤثر على ثبوت ملكية هذا المشتري على ما اشترى ووقوع المسئولية المترتبة على ذلك الملك كالزكاة والضريبة على المالك الحقيقي كما ان ملكية المشترى تحظى بالحماية القانونية وبخاصة إذا لم يكن الغرض من هذا الفعل الغش والتدليس أو أكل أموال الناس بالباطل. إلا ان يكون قد نص على منع ذلك في قانون معتبر فيخرج هذا الترتيب من أصل الاباحة إلى المنع. فإذا لم يكن قد وقع مثل ذلك فإن أي تصرف من قبل هذا المسجل باسمه الأصل (أي المالك الرسمي) بدون إذن من المالك النفعي يعد مخالفة،

ويمكن من خلال القضاء ردها ويترتب التعويض عما يحصل عنها من ضرر على ذلك المالك الرسمي لصالح المالك النفعي (أي الحقيقي). والمالك الرسمي في هذا يكون في وضع المؤتمن الذي يرعى مصالح من ائتمنه أشبه ما يكون بالوكالة. ولا يقال إن هذا بيع صوري لأن قصد ونية الطرفين إنما انصرف إلى البيع الحقيقي لا الصوري ولأن القوانين تعترف بهذا البيع وتجعل له قوة إلزام قانونية لا يؤثر عليها تسجيل الملكية باسم طرف ثالث. وقد ذكر الفقهاء رحمهم الله تعالى "إن الظاهر أوكد إلا أن تقوم بينة تدفع العلانية"[1]. فإذا قامت هذه البينة فالمعول على حقيقة المعاملة لإظاهرها.

ومن جانب آخر فإن لهذه المسألة نظائر في فقه الرقيق في باب العبد المأذون له بالتجارة ذلك ان المأذون يملك ويسجل الملك ان كان ثم تسجيل باسمه وهو رقيق ولكن المالك الحقيقي يبقى السيد إذ ان له ان ينزعه منه وفي نفس الأمر فإن المحاكم في حال الاقتضاء سوف تثبت ملكه على تلك الأصول لأن المالك الحقيقي وان كان خفياً غير ظاهر.

[1] - الفتاوى، ابن تيمية ، ج٩ ص ٧٠ .

نظائر لنظام العهدة المالية في الفقه الإسلامي:

١-**الوقف:** سبقت الإشارة إلى أن من النظريات التي جاء بها المؤرخون ما يرجح جذور نظام الترست إلى نظام الوقف الإسلامي لأن في الوقف اخراج الأصل المولد لمنافع من ملكية الواقف إلى ملك الله عز وجل ويجعل عليه ناظراً ينفذ شرط الواقف الذي ينظر إليه كنص الشارع لصالح مستفيدين يعينهم الواقف. ومن الجلي ان الشبه بينهما كبير لا حاجة بنا مزيد بيان له أما الاختلاف فإنه يتمثل في اقتصار الوقف على أعمال الخير والبر أما الترست فإنه يؤسس غالباً لأغراض تجارية بحتة وان كان يمكن تأسيسه لأغراض البر والخير.

٢-**العدل:** صرح الفقهاء عند الحديث عن الرهن إذ امتنع الراهن اقباضه المرتهن واشترط وصفه في يد شخص آخر يرتضيه الطرفان فقالوا يجوز وضع الرهن على يد عدل فسموا هذا الذي ارتضاه الراهن والمرتهن عدلاً، ويتم قبضه من قبله إذا طلب أحدهما (أي الراهن أو المرتهن) أن يوضع الرهن عند عدل، فإذا اختلف في عدل كان للحاكم أن يعين العدل قال ابن العربي في أحكام القرآن: "وإذا صار عند العدل فهو مقبوض

لغة مقبوض حقيقة لأن العدل نائب عن صاحب الحق وبمنزلة الوكيل له"[1].

واشترط الحنفية ان لا ضمان عليه حتى يكون عدلاً قال في بدائع الصنائع ".. لأنه لما أخذ رهناً لغيره شرط ان لا ضمان عليه فقد صار عدلاً"[2]. فإذا هلك يهلك من ضمان المرتهن لأن هلاك الرهن في يد العدل لا يوجب الضمان ويقوم قبض العدل مقام قبض المرتهن.

وقد ذكر الفقهاء ما يجوز وما لا يجوز للعدل ومن يصلح ومن لا يصلح ان يكون عدلاً وكيف ينعزل .. وما إلى ذلك. الحاصل ان العدل وهو في الأصل شخصية طبيعية ليس هناك ما يمنع من ان يكون شخصية اعتبارية فإذا كان شخصية اعتبارية فإن احكامه أصبحت شبيهة بأحكام الترست من ناحية الوظيفة الأساسية له ومن ناحية أحكامه. وان كان العدل الذي تحدث عنه الفقهاء يكاد يقتصر على الرهن وما شابه.

١ - ابن العربي، أحكام القرآن، ج٢ ص٣٨.
٢ - بدائع الصنائع، ج١٣ ص١١٨.

أطراف العهدة المالية:

١- **منشئ العهدة**: وهو الشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي ينشئ العهدة المالية.

٢- **المستفيد**: هو الشخص أو الأشخاص الذي نص منشئ العهدة المالية على حقهم في الاستفادة من ثمرة أصول العهدة المالية.

٣- **الأمين**: الشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي تسجل باسمه أصول العهدة المالية ويقوم بمباشرة مهمته لتحقيق غرض منشئ العهدة المالية لصالح المستفيدين منها.

٤- **وثيقة العهدة المالية**: وهي العقد المبرم بين منشئ العهدة وأمينها.

٥- **حامي العهدة**: من يعينه منشئ الوحدة أو الجهة المشرفة على نظام العهدة المالية لمراقبة قيام أمين العهدة بمهامه على أكمل وجه.

أغراض العهدة المالية:

١-تفادي الضرائب وهو أقدم أغراضها بل الباعث على ظهور نظام العهدة.

٢-لتمكين القصَّر من التملك بصورة غير مباشرة.

٣-للتمكين من تخصيص ورصد الأموال لأغراض محددة يقرها القانون.

٤-لتسهيل عملية الاستثمار على صفة صناديق استثمار.

٥-لحفظ أموال التقاعد لأصحابها.

٦-وقتياً حتى يتم حسم القضايا المختلف فيها حول الملكية دون تعطيل عمل الأصول.

أنواع العهد:

- العهدة الخاصة.
- العهدة الخيرية.
- العهدة غير الخيرية.