تطبيق الملكية النفعية والملكية القانونية في التمويل الإسلامي الدولي

بحث مقدم

للمؤتمر العالمي التاسع لعلماء الشريعة

الأكاديمية العالمية للبحوث الشرعية (اسرا)

١٠ و١١ نوفمبر ٢٠١٤

كوالالمبور - ماليزيا

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:

١) المسألة محل النظر:

لم تعد المعاملات المصرفية الإسلامية ذات طابع محلي محدود مقتصر على تمويل الأفراد والأغراض الاستهلاكية ولكنه أصبح نظاماً مالياً مكتمل العناصر متخطياً للحدود المحلية إلى المستوى العالمية. ومع ان الالتزام بأحكام الشريعة الإسلامية هو الأصل الذي لا يحيد عنه إلا ان ذلك لم يمنع القائمين على المصارف الإسلامية الاستفادة من المبتكرات المستمدة من أنظمة قانونية أخرى ما دامت منضبطة بضوابط الشرعية، ومن أوضح الأمثلة على ذلك مسألة تقسيم الملكية إلى ملكية عدلية وملكية رسمية المستمد من النظام القانوني الانجلوسكسوني المشتهر باسم "قانون العموم" (Common Law) هذا التقسيم أضحى عنصراً أساسياً في عدد من المعاملات المصرفية والمالية الإسلامية وبخاصة

الصكوك. لكن هذا المصطلح بحاجة إلى تأصيل وإلى التأكد من ان ما وقعت الفتوى بإجازته هو الذي حصل التطبيق له، وبخاصة ان محاولات تجري لاضفاء معنى جديد عليه مخالف لما وقع إجازته.

سوف نستخدم في هذا البحث مصطلح الملكية العدلية والملكية الرسمية لأسباب ستتضح فيما بعد.

٢) الجذور التاريخية لتقسيم الملكية إلى عدلية ورسمية:

يرجع مصطلح الملكية العدلية والرسمية إلى النظام القانوني الانجلوسكسوني في بداية تكونه في انجلترا، كانت انجلترا وويلز -مثلها مثل بلدان أوروبا الأخرى-تئن تحت وطأة نظام الاقطاع حيث يمتلك النبلاء وعلى رأسهم الملك والأسرة الحاكمة والكنيسة جميع الأراضي الزراعية. 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 إلى طرف آخر بموافقة النبيل. وهذه الموافقة تقتضي في المعتاد 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 في تلك الحقبة.

اتسم النظام القضائي والقوانين السارية 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 جهد القضاة الالتزام بإجراءات مرسومة ومقننة ونصوص شكلية معتبرين ان ذلك هو الطريق الأنجع لتحقيق العدل.

في تلك الفترة وجَّه بابا الفاتيكان نداءه إلى جميع المسيحيين لكي يهبوا لتحرير القدس من المسلمين فيما سمي الحروب الصليبية وكان ممن شارك في هذه الحروب الصليبية الآلاف 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 إلى طرف آخر إذ يحدوه الأمل في العودة إليها كما لا يريد تركها بدون رعاية خوفاً من استيلاء الآخرين عليها بموافقة النبيل في حال وفاته بعيداً عن أرضه.

فما كان من أولئك الفلاحين إلا ان تبنوا طريقة للخروج من هذا المأزق وفيها يحل من هو موضع ثقة عند هذا الفلاح الذي سيغادر بلده يحل محله من خلال ترتيب موافق لمقتضى القوانين السارية المنظمة لعملية النقل، فكان صحيحاً من ناحية الشكل ولكنه صوري من ناحية المضمون لأنه يتنازل له عن أرضه تنازلاً نهائياً لكنه يتفق معه على ان يتعهد بردها له إن قدر له الرجوع إلى بلده أو يتنازل عنها بدون مقابل إلى ورثته ان قدرت عليه مصيبة الموت.

ولكن الذي وقع ان كثيراً منهم لم يكن عند المستوى المطلوب من الأمانة والاخلاص إذ بادر بمجرد غياب صاحبه إلى الاستناد إلى شكل العقد وتجاهل ان ذلك العقد كان صورياً ومن ثم يرفض رد الأرض لصاحبها أو التنازل عن الأرض إلى ورثة الميت بحسب الاتفاق ضارباً عرض الحائط بالاتفاق السري بينه وبين صاحب الأرض الأول.

فلما عاد المقاتلون إلى أرض الوطن وطفقوا يطالبون بأراضيهم وجدوها تحت أيدي أناس آخرين انتقلت إليهم بطريقة صحيحة من الناحية الشكلية، فلما هرعوا إلى المحاكم لاسترداد ما هو حق لهم لم تقبل منهم المحاكم دعوى الملكية ولم تعترف إلا بظاهر العقد مما ولد مشكلة اجتماعيه لكثرة المتأثرين بها والواقعين تحت وطأتها.

كان القرن الثالث عشر هو زمن الجمود القانوني في انجلترا كما أسلفنا فالمحاكم لا تعترف بتلك العقود الصورية وإنما تعتبرها عقوداً حقيقية مع علم القضاة بحقيقة ما جرى.

فما كان من هؤلاء الفلاحين إلا المبادرة لرفع شكواهم إلى الملك الذي أحالها إلى ديوان العدالة الذي أسسه الملك هنري الثاني وألحقه بالبلاط الملكي واعطاه الصلاحية التي تفوق تلك الممنوحة للمحاكم وغرضه الاستجابة للشكاوى الشعبية من احكام نظام قضائي اتسم بالجمود والشكلية.

اعاد ديوان العدالة الحق إلى نصابه فصدر الحكم بإعادة الأراضي إلى أصحابها الأصليين مخالفاً بذلك وبشكل واضح نصوص القوانين. احتاج ديوان العدالة من أجل تبرير خروج حكمه عن ظاهر القوانين والإجراءات المعتادة إلى تأصيل ذلك بابتكار نظرية يستند إليها في الحكم، ويمكن التعويل عليها في حل المشكلات المشابهة التي بدأت تتراكم مع نهاية الحروب الصليبية فجاءت بنظرية قانونية جديدة غيرت وجه النظام القانوني الانجلوسكسوني، وفحوى هذه النظرية ان الملكية تنقسم إلى قسمين:

القسم الأول: هو ملكية ظاهرة (أو رسمية أو قانونية).

والقسم الثاني: ملكية خفية غير ظاهرة للعيان، ولكنها موثقة بين صاحب الملكية الظاهرة وصاحب الملكية الخفية.

وقد يكون المالك الظاهر والخفي شخص واحد وهذا هو الأصل وما اعتاد عليه الناس واتفقت عليه جميع الأنظمة القانونية 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 ولا يعرف الناس في الظاهر مالكاً غيره فليس له التصرف بالملك إلا بما يحقق مصلحة المالك الخفي.

وبناء على هذه النظرية انتهى ديوان العدالة إلى ان المقاتل الصليبي الذي سلم من الموت وعاد من الحرب هو مالك خفي وهو المالك الحقيقي أما من حل محله في عقد صوري فهو المالك الظاهر الذي لا يملك حقيقة وان شهدت له الوثائق الرسمية وافقته الإجراءات الشكلية المرعية. بناء على ذلك أصدر حكمه بإرجاع جميع الأراضي إلى أصحابها الحقيقين وان من كانت بيدهم إنما هم في وضع المالك الظاهر المؤتمن على مصالح المالك الخفي وليس له التصرف بما يؤدي إلى الإضرار بذلك المالك الحقيقي.

ولهذا السبب اطلق على هذه الملكية غير الظاهرة اسم الملكية العدلية (Equitable Ownership) نسبة إلى ديوان العدالة الذي كان يسمى Court of Equity. ولم تكن هذه النظرية معروفة قبل صدور هذا الحكم ولذلك نسبت إلى ديوان (محكمة) العدالة. وولدت مع ذلك القرار نظرية جديدة للملكية كان لها الأثر العميق في التطور القانوني في النظام الانجلوسكسوني حتى يومنا هذا. وتوسع استخدامها وبخاصة في مجال الاستثمار في العصر الحديث وهي مما يستعلي به أصحاب القانون العمومي Common Law على الأنظمة القانونية الأخرى.

إذن المالك الرسمي أو القانوني هو الذي يكون الملك مسجلاً باسمه في السجلات الرسمية الظاهرة للعموم والتي يطلع عليها الناس و المالك العدلي وهو الذي يمكن وصفه بالمالك الحقيقي لا يظهر بصفة معلنة في السجلات المتاحة لنظر العامة وإنما يسجل ويوثق ملكه في محرر عرفي بين الأطراف ذات العلاقة.

من السوابق الثابتة ثبات الجبال الراسيات لدى المحاكم في بريطانيا والولايات المتحدة الأمريكية وغيرها ممن يسير على التراث القانوني الأنجلوسكسوني هي قبول الدعوى من المالك الخفي (أي العدلي) في حال وجود الخلاف بينه وبين المالك الرسمي بناء على ذلك المحرر العرفي لا ثبات ملكه على

الأصل ذي العلاقة وازاحة المالك الرسمي (القانوني) عن طريق تصرفه في ملكه. والإجراء المعتاد في حال الخلاف أن تطلق المحكمة للمالك العدلي ان يمارس بنفسه وليس بواسطة الملك القانوني كافة الحقوق والتصرفات المقررة للمالك، بما فيها البيع والذي كان منوطاً قبل ذلك بالمالك الرسمي لأنه هو الظاهر أمام الجهات الخارجية.

ونظراً لاستقرار مسألة التفريق بين المالك الخفي والمالك الرسمي وشيعوعة العمل بها وفشوها في البلدان التي تسير على هذا النظام القانوني فإن الأمر نادراً ما يحتاج إلى التقاضي أمام المحاكم إذ يستطيع المالك النفعي ان يباشر حقوقه عند حاجته إلى ذلك دون ما معارض في غالب الأحوال.

٣) تعريف الملكية العدلية:

عرف معجم BLACK's القانوني المعتمد عند المختصين في القانوني الانجلوسكسوني عرف المالك العدلي بأنه الشخص الذي لم تسجل ملكية الأصل باسمه ولكنه يتمتع بالحقوق المقررة للمالك على الملك (ص١٥٦ طبعة ١٩٩١). وهذا بالضبط ما بيناه فيما سبق والذي عليه المعول والعمل.

٤) 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) 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) 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 يجب ان 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 لأن فيه معصية لولي الأمر. فإذا لم يكن قد وقع مثل ذلك المنع 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 العدلي (أي الحقيقي).

والمالك الرسمي يكون له التصرف دون الملك وهو في هذا يكون في وضع المؤتمن الذي يرعى مصالح من ائتمنه أشبه ما يكون بالوكيل. ولا يقال إن هذا بيع صوري لأن قصد ونية الطرفين إنما انصرف إلى البيع الحقيقي لا الصوري فإذا كانت القوانين تعترف بهذا البيع وتجعل له قوة إلزام قانونية فإن وقع تسجيل الملكية باسم طرف ثالث لا يؤثر على صحة البيع أو نفاذه. وقد ذكر الفقهاء رحمهم الله تعالى "إن الظاهر أوكد إلا أن تقوم بينة تدفع العلانية"[1]. فإذا قامت هذه البينة فالمعول على حقيقة المعاملة لا ظاهرها.

ومن جانب آخر فإن لهذه المسألة نظائر في الفقه الإسلامي منها:

١ - الفتاوى، ابن تيمية ، ج٩ ص ٧٠ .

أ- جاء في "الفروق" للقرافي[1]: "الفرقُ الثمانون والمائة بين قاعدة الملك وقاعدة التصرف: أعلم أنَّ المِلْكَ أَشْكَلَ ضبطُه على كثير من الفقهاء، فإنه عامٌ يترتب على أسبابٍ مختلفةٍ كالبيع والهبة والصدَّقة والإرث وغير ذلك، فهو غيرها.

ولا يمكنُ أن يُقال: هو التصرّفُ، لأنَّ المحجور عليه يملكُ ولا يتصرَّفُ، فهو حينئذ غير التصرّفُ. فالتصرف والملكُ كلٌّ واحدٍ منهما أعمُّ من الآخر من وجه وأخصُّ من وجه، فقد يوجَدُ التصرفُ بدون الملك، كالوصي والوكيل والحاكم وغيرهم، يتصرفون ولا مِلْكَ لهم، ويوجدُ الملك بدون التصرف كالصبيان والمجانين وغيرهم يملكون ولا يتصرفون، ويجتمعُ الملكُ والتصرُّفُ في حق البالغين الرشيدين النافذين للكمة الكاملين للأوصاف. وهذا هو حقيقةُ الأعمّ من وجه والأخصّ من وجه، ان يجتمعا في صورة، وينفردُ كلٌّ واحد منهما بنفسه في صورةٍ، كالحيوان والأبيض.

والعبارةُ الكاشفةُ عن حقيقة الملك: أنَّهُ حكم شرعيٌّ مُقَدَّرٌ في العين أو المنفعة يقتضي تمكُّنَ مَنْ يُضَافُ إليه من انتفاعه بالمملوك والعِوضِ عنه من حيث هو كذلك".

---

١ - (٢٠٨/٣)

ب- في فقه الرقيق في باب العبد المأذون له بالتجارة المتفق عليه عند جمهور الفقهاء ان المأذون يملك ولو كان ثم تسجيل لسجل الملك باسمه وهو رقيق، ومع ذلك لا خلاف أن المالك الحقيقي يبقى السيد إذ ان له ان ينزعه منه متى شاء وفي نفس الأمر فإن المحاكم في حال الاقتضاء سوف تثبت ملكه على تلك الأصول لأنه المالك الحقيقي وان كان خفياً غير ظاهر، للمتعاملين مع العبد المأذون.

ج- في العدل: صرح الفقهاء عند الحديث عن الرهن إذ امتنع الراهن اقباضه المرتهن واشترط وضعه 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].

د- ومن نظائر مسألتنا ما اشتهر باسم بيع التلجئة وبيع التلجئة هو ان يظهر الطرفان البيع ولا بيع بينهما حقيقة نحو ان يخاف رجل

١ - ابن العربي، أحكام القرآن، ج٢ ص٣٨.

السلطان فيقول لآخر إني اظهر إني بعت منك داري وليس ببيع وإنما هو تلجئة. وقد اختلف الفقهاء في حكم هذا البيع على عدة أقوال البطلان، والجواز، والجواز مع دعم اللزوم، وما يعنينا هنا هو ما ذكره الفقهاء بشأن التقاضي إذ قالوا إذا أقام المدعي البينة على التلجئة تقبل بينته لأنه أثبت الشرط بالبينة كما لو أثبت الخيار بالبينة فتقبل بينته فإذا أشهدا على العقد في بيع التلجئة، كانت صورته قريبة من مسألة تقسيم الملكية إلى ظاهرة وهي ملكية المشتري، ومستورة وهي ملكية الملتجئ، ولكن الملكية الخفية غير الظاهرة هي الملكية الحقيقة وهذه مسألتنا.

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"[1]. 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 إذا كان

١ - بدائع الصنائع، ج١٣ ص١١٨.

شخصية اعتبارية فإن احكامه أصبحت شبيهة بأحكام المالك الرسمي في الهيكل المشار إليه من ناحية الوظيفة الأساسية له ومن ناحية أحكامه. وان كان العدل الذي تحدث عنه الفقهاء يكاد يقتصر على الرهن وما شابه.

٥) بقاء البائع مالكاً رسمياً والمشتري مالكاً عدلياً:

من المعلوم ان إصدارات الصكوك (وبخاصة صكوك الاجارة) تتضمن بقاء الأصول مسجلة باسم المصدر (أي البائع) مع ان المالك الحقيقي هو حملة الصكوك فيكون الأول مالكاً رسمياً والثاني مالكاً عدلياً .

ربما أدعى البعض ان تسجيل الأصول باسم المالك القديم يترتب عليه أن يكون عقد البيع عقد صوري غير ناقل للملك حقيقة لأنه لا يتضمن إلغاء التسجيل المقيد باسم البائع إلى اسم المشتري (أي إلى اسم حملة الصكوك).

هناك فرق بين إبرام العقد وبين توثيق هذا الإبرام، أما إبرام عقد البيع فلم تختلف كلمة الفقهاء في انه إذا توافرت أركان العقد وخلا من الموانع فإن صيغة إبرام العقد هي الإيجاب بالبيع الذي يقابله قبول الشراء من المشتري بان يقول الأول بعت ويقول الثاني اشتريت، أما التسجيل هو توثيق لما وقع التعاقد

عليه فلا هو ركن من أركان العقد ولا شرط لصحته، فلا يقدح في صحة العقد وجود التسجيل وعدمه إلا ان ينص القانون على بطلان كل عقد لم يسجل. ولذلك نقول ان البيع قد انعقد صحيحاً، ويترتب على ذلك آثاره المعتادة وأهمها قدرة المشتري على التصرف في المبيع تصرف الملاك، فإذا تحقق ذلك لم يعد للمشكك دعوى. ولما كان ترتيب عملية البيع على صفة ملكية عدلية يضفي عليها القانون الشرعية والاحترام وأخرى رسمية متعلقة بالتسجيل فقط، لم يكن في ذلك بأس ولا يقال ان ذلك كان بيعاً صورياً.

٦) خطأ الترجمة إلى العربية أدى إلى اختلاط المعاني:

الملكية العدلية Equitable ownership التي وضح معناها يطلق عليها أحياناً اسم آخر هو Beneficial ownership وتقرر في المعاجم والمراجع القانونية إنهما سواء وان اسم عدلية نسبة إلى ديوان العدالة إذ هو أول من قال بها، وان الاسم الآخر لها أقرب إلى الوصف لها من الاسم. ولكن من ترجمها إلى العربية من المحامين للمرة الأولى أخطأ فانتشر خطأه وسار على طريقه آخرون فحصل الالتباس الذي مرده الاعتماد على المعنى اللغوي دون استقصاء المعنى القانوني للكلمة وجذور المصطلح، فقد ترجمت عبارة Beneficial ownership بأنها

"الملكية النفعية" ثم اشتهرت بهذه الترجمة، ولا تكاد تسمع في الوثائق كلمة ملكية عدلية وإنما شاع استخدام لفظ "الملكية النفعية".

وبسبب هذا الخطأ اختلط معناها بأمور أخرى فظن البعض ان هذا النوع من الملكية متعلق بعقود الإجارة أو أن محله المنافع فقط أو انها ملكية منسوبة إلى الانتفاع أو المنفعة دون ملكية الرقبة فحصل اللبس والتشويش وعدم الوضوح والحال ان الترجمة الآنفة غير دقيقة للأسباب التالية:

أ- إن المعنى المباشر لكلمة Beneficial كما ورد في القواميس الإنجليزية هو "نافع" وليس "نفعي" فتكون الترجمة الصحيحة هي "الملكية النافعة" وليس "الملكية النفعية".

ب- ليس لهذه الملكية علاقة بعقد الايجار ولا المنافع التي هي محل ذلك العقد فالمنافع التي هي محل عقد الاجارة لا تسمى باللغة الانجليزية Benefit وإنما تسمى Usufruct ولو كانت هذه الملكية متصلة بمنافع الاجارة لاستخدمت في ذلك كلمة Usufruct ولجاءت الكلمة باللغة الإنجليزية مشتقة من Usufruct. لتكون مثلاً Usufructuary ownership ولذلك رأينا في هذه الورقة استخدام كلمة الملكية العدلية وهو أكثر شهره، Equitable

ownership وأعرضنا عن استخدام كلمة Beneficial ownership

ولو فعلنا لترجمناها الملكية النافعة أو المفيدة.

٧) محاولة إضفاء معنى جديد على عبارة الملكية النفعية:

ذكرنا آنفاً ان "الملكية العدلية" التي ترجمت خطأ بأنها "ملكية نفعية" ترجع في أصلها إلى النظام القانوني الانجلوسكسوني وان هذه الملكية معروفة مشهورة وتقف على أرضية صلبة من ناحية آثارها فلا خلاف في ان المالك العدلي هو المالك الحقيقي وان المالك القانوني أو صاحب ملكية التسجيل هو مؤتمن فحسب.

لما وقعت الترجمة الخاطئة وطفق الناس يستخدمون كلمة الملكية النفعية وكثرت إصدارات الصكوك وهي لا تستغني عن استخدام هيكل تقسيم الملكية إلى عدلية ورسمية وأصبحت وثائق الصكوك تنقل إلى العربية بل قد تنشأ أصلاً باللغة العربية بدأت الكلمة تكتسب معناً جديداً هذا المعنى يبتكر نوعاً جديداً من الملكية يلبس على الناس انه المفهوم المشتهر في النظام الانلجوسكسوني والحال ان لا علاقة له بذلك، والمعنى الجديد يجعل الملكية النفعية نوعاً جديداً من الملكية المجردة من الحقوق المقررة والمعروفة للمالك ويقصرها على ما يسمى "المنفعة الاقتصادية" أي الدخل المتولد فقط.

لقد اتجه بعض المحامين في منطقة الخليج إلى اضفاء هذا المعنى الجديد على العبارة في هياكل إصدارات الصكوك. وبعد ان تحررت العبارة من معناها القانوني الانجلوسكسوني أصبحت ملكية لا يتمتع صاحبها بجميع الحقوق المقررة للمالك على ملكه في الشريعة الإسلامية، ولذلك لا تعد ملكية حقيقية في القوانين الشرعية لأنها ملكية تنحصر حقوق حاملها على جني العائد الاقتصادي المتولد من الأصل المملوك فقط.

لقد أساء هذا التطور إلى الصكوك إساءة بالغة وأدى إلى وصمها من قبل المراقبين بأنها سندات لبست ثوب الصكوك. والتبس حابل المعاني بنابلها لترويج ثله من المحامين لهذه الملكية بأنها ذات الملكية المقصودة في النظام الانجلوسكسوني حتى إذا دقق المراجع في وثائق الإصدار وجدها قد صيغت لتعني هذا المعنى المستحدث.

٨) استخدام مفهوم تقسيم الملكية في مجال الاستثمار:

ان تقسيم الملكية إلى عدلية ورسمية واسع الانتشار ويظهر ذلك بشكل جلي في مجال الاستثمارات المالية فمثلاً جميع صناديق الاستثمار التي تديرها بنوك الاستثمار وغيرها من مؤسسات إدارة الاستثمارات معتمدة على تقسيم

الملكية إلى ملكية عدلية وأخرى رسمية فالأصول المودعة في الصندوق الاستثماري سواء كانت عقارات أو اسهم أو ديون أو عقود أو منافع هي مملوكة ملكية رسمية للصندوق (بحكم كونه شخصية اعتبارية) الذي يمثله مدير الصندوق لكنها مملوكة ملكية عدلية للمستثمرين. فالمالك الحقيقي لها هم المستثمرون لكن جميع تلك الأموال مسجلة باسم الصندوق أو باسم مديره باعتباره ممثل له. وهو في وضع المؤتمن (Fiduciary) تماماً كما هو حال المالك العدلي فإذا كان صندوق الاستثمارات العقارية على سبيل المثال يمتلك عمارة أو قطعة أرض فإنها تكون مسجلة باسم الصندوق مع ان مالكها الحقيقي هم المستثمرون في ذلك الصندوق فيقال ان ملكيتهم لها ملكية عدلية[١].

٩) أهمية تقسيم الملكية إلى عدلية وقانونية في إصدارات الصكوك:

لعل استخدام هيكل الملكية العدلية والرسمية في إصدارات الصكوك مردّه ان الإصدارات في بداية عهدها كانت محكومة بالقانوني الانجليزي وأن فض المنازعات بشأنها مرجعه إلى محاكم انجلترا.

١ - ويجب ملاحظة ان ذلك مختلف عن علاقة حملة الأسهم بالشركة المساهمة إذ لا توصف ملكيتهم بانها ملكية عدلية لأصول الشركة لأن الشركة نفسها تملك تلك الأصول وهم يملكون الأسهم فقط.

إلا ان لذلك أسباب موضوعية أيضاً منها ان للصكوك مدة محددة ولذلك يجب ان يؤخذ في الاعتبار إجراءات وتكاليف تصفية أصول الصكوك واطفائها. ولما كانت إصدارات الصكوك تتضمن الوعد بالشراء من قبل المصدر فإنها ستعود إلى مالكها الأول، وبيعها من قبل المصدر إلى حملة الصكوك يلزم ان يترتب عليه دفع رسوم مالية لتسجيل الملكية مرتين فإذا أمكن تفادي ذلك دون الاخلال بمتطلبات صحة العقود من ناحية انتقال الملك حقيقة من البائع إلى المشتري فإن تفادي الرسوم مطلب مشروع، ومن سبل تحقيق هذا الغرض تصميم هيكل الإصدار بحيث يتضمن هذا التفريق بين نوعي الملكية.