Route Educational and Social Science Journal ISSN: 2148-5518
Volume 5(2), February 2018

Article History

Received/Geliş	Accepted/Kabul	Available Online/Yayınlanma
3 /12/2017	13 /01/2018	1/02/2018

حجية الأوراق المالية الإسلامية في الإثبات القضائي المدني
دراسة مقارنة

الأستاذ المساعد الدكتور: أوان عبد الله الفيضي

كلية الحقوق– جامعة الموصل

الملخص

الأوراق المالية الإسلامية هي وحدات استثمارية تتمثل بمحرر يمثل حصة شائعة في مال جمع بقصد استثماره في مشروع استثماري غير مخالف لإحكام الشريعة الإسلامية ، وذلك للحصول على ربح يصدره الشخص المستثمر بصفته مضاربا أو يصدره شخص أخر يعمل لحساب المستثمر ، وهي تقبل التداول والتحويل إلى نقود، لأنها تمثل عادة معظم مكونات المشروع الاستثماري .

وتنبع أهميتها كونها محررة بشكل أوراق مكتوبة فهي وثيقة مثبتة للحق أو عبارة عن شهادة تصدر وفقا لإجراءات معينة ، يصدرها الشخص المستثمر كأن تكون شركة عاملة في مجال تلقي الأموال لتوظيفها واستثمارها أو يصدرها شخص أخر لحساب المستثمر كأن تكون شركات توظيف الأموال أو المصرف ، وتصدر عادة باسم المكتتب الذي يرغب بالاكتتاب في هذا المشروع الاستثماري مقابل المبلغ الذي اكتتب به في رأس مال هذا المشروع أو التمويل المطلوب للنشاط الاستثماري الذي صدرت الأوراق لتمويله .

ولمعرفة حجية هذه الأوراق المالية الإسلامية في الإثبات المدني ينبغي التأكد بداية من هذه الوثيقة الصادرة وذلك 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 إذا 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.

وتم تقسيم البحث إلى مبحثين : المبحث الأول :- ماهية الأوراق المالية الإسلامية الرسمية وحجيتها، وينقسم إلى مطلبين ، المطلب الأول : ماهية الأوراق المالية الإسلامية الرسمية، والمطلب الثاني: حجية الأوراق المالية الإسلامية الرسمية.

المبحث الثاني:- ماهية الأوراق المالية الإسلامية العادية وحجيتها، وذلك في مطلبين ، المطلب الأول : ماهية الأوراق المالية الإسلامية العادية، والمطلب الثاني : حجية الأوراق المالية الإسلامية العادية، وهناك خاتمة : اشتملت على أهم النتائج والتوصيات.

حجية الأوراق المالية الإسلامية في الإثبات القضائي المدني
دراسة مقارنة

الأستاذ المساعد الدكتور: أوان عبد الله الفيضي

Authentic Islamic Securities in Civil Judicial Evidence Comparative Study

Assistant Professor Dr.
Awan Abdullah Al- faithy
Teaching assistant professor in the college of Law - University of Mosul - Mosul –The Republic Of IRAQ

Abstract

Islamic securities are investment units represented by an editor representing a common share in the collection money with the intention of investing in an investment project that is not in violation of the Islamic Sharia, in order to obtain a profit issued by the investor as a speculator or issued by another person working for the investor. Usually represent most components of an investment project.

It is important that it is written in the form of written papers. It is a document affixed to the right or a certificate issued in accordance with certain procedures issued by the investor, such as a company operating in the field of receiving the funds to be employed and invested or issued by another person to the investor account, Subscriber who wishes to subscribe to this investment project against the amount he has subscribed to in the capital of this project or the financing required for the investment activity for which the securities were issued.

To verify the authenticity of these Islamic securities in civil evidence, it is necessary to ascertain from the beginning of this issued document whether it is issued from an investment project belonging to the public law persons as a public bank or public company of the state institutions, the document will become the official document, From an investment project to private law persons as a private bank or private company, the document in this case will be characterized as the ordinary document.

The research was divided into two sections:

The first topic: - What are the official Islamic securities and Hajj, and is divided into two demands, the first requirement: what is the official Islamic securities, and the second requirement: the authoritative Islamic securities official.

The second topic: - What are the ordinary Islamic securities and their Hajj, in two demands, the first requirement: what are the ordinary Islamic securities, and the second requirement: the authenticity of ordinary Islamic securities, and there is a conclusion: included the most important findings and recommendations.

المقدمة :-

تعد الأوراق المالية الإسلامية وحدات استثمارية تتمثل بمحرر صك يمثل حصة شائعة في مال جمع بقصد استثماره في مشروع استثماري إسلامي غير مخالف لإحكام الشريعة الإسلامية ، وذلك للحصول على ربح يصدره الشخص المستثمر بصفته مضاربا أو يصدره شخص أخر يعمل لحساب المستثمر ، والجمهور الذين يكتتبون في هذه الأوراق المالية الإسلامية يكتتبون فيها بوصفهم أرباب مال مشترك بينهم ، ومن اجل الاستثمار وتوظيف للمال في نشاط اقتصادي أو مشروع

اقتصادي لا يتعارض مع مبادئ الشرع ومقاصده العامة يعود بالمنفعة المشروعة على البلد ومن اجل الحصول على نماء المال وزيادته، فالمستثمر هو أساسا مصدر الصك أو الورقة المالية لتمويل مشروعه الاستثماري الخاص أو نشاطه المعين ، وقد يكلف المستثمر شخصا أخر غيره سواء أكان مصرفا أم مؤسسة مالية بإصدار هذه الورقة لحسابه في مقابل أجر معين ،وهو يقبل التداول والتحويل إلى نقود، وهي لهذا لا تخرج عن كونها عبارة عن شهادة أو وثيقة تصدر باسم المكتتب الذي يرغب بالاكتتاب في هذا المشروع الاستثماري مقابل المبلغ الذي اكتتب به في رأس مال هذا المشروع أو التمويل المطلوب للنشاط الاستثماري الذي صدرت الأوراق لتمويله .

وهذه الأوراق المالية تكون عادة محررة لأنها عبارة عن أوراق مكتوبة تحريريا أي بشكل وثيقة مثبتة للحق أو شهادة تصدر وفقا لإجراءات معينة يصدرها الشخص المستثمر –كأن يكون شركة عاملة في مجال تلقي الأموال لتوظيفها واستثمارها أو يصدرها شخص أخر لحساب المستثمر كأن يكون شركات توظيف الأموال أو المصرف – الذي يرغب في استثمار أمواله للحصول على عائد مالي وللمشاركة فيما ينتج من ربح أو خسارة ، فهي بالتحديد أداة مالية جديدة بفئات متساوية القيمة وقابلة للتداول ، وقد تصدر باسم مالكها أو لحاملها، وتمتاز هذه الورقة المالية بأنها عبارة عن ورقة تقيم بمال معين ، والمال كل حق له قيمة مالية سواء كان حقا عينيا أم حقا شخصيا أم معنويا، فهي تشبه الأوراق النقدية المعروفة من حيث أنها يمكن أن تكون صادرة عن الدولة أو إحدى مؤسساتها ممثلة عادة بالبنك المركزي فيها وبضمانها، إلا أنها تمتاز عنها في أنها يمكن أن تصدر عن أي شخص كان من أشخاص القانون العام –كمصرف حكومي أو شركة حكومية تابعة لمؤسسات الدولة– أو أشخاص القانون الخاص للدولة–كمصرف خاص أو شركة خاصة تابعة للأفراد– ولهذا تكون الأوراق المالية الإسلامية إما وثائق رسمية أو وثائق عادية عرفية، كما أنه لا يمكن للأفراد أن يرفضوا قبول الأوراق النقدية في معاملاتهم فهم مجبرون على قبولها بحكم القانون ولا يبطل التعامل بها إلا بقانون أيضا ، كما أنها تكون غير محددة بمدة، فالحق يبقى فيها ثابت لا يتقادم والتقادم غير متصور فيها ، بعكس الأوراق المالية الإسلامية أنها قد تكون محددة بمدة معينة عادة ،كما أن هذا الإلزام غير وارد في الأوراق المالية الإسلامية إذ للإفراد رفضها في معاملاتهم كبديل عن النقد.

وتتميز الأوراق المالية الإسلامية 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 – أو يأمر شخصا أخر –كما في الورقة التجارية الحوالة والصك – بأداء المبلغ المذكور إلى شخص ثالث أو إلى من يأمر به هذا أو إلى حاملها، فالورقة المالية الإسلامية تتميز بان لا يضمن بائعها الجهة المصدرة له ، وتتميز أيضا بأنها تصدر بمجموعات لا تختلف كل واحدة عن الأخرى إلا برقمها حيث تصدر بأرقام متسلسلة وبقيمة متساوية، بيد أن قيمة الأوراق التجارية تدفع في ميعاد استحقاقها، كما أن الأوراق التجارية تقدم ضمانا قانونيا للمستفيد منها حيث أن كل موقع على الورقة التجارية كالساحب أو المظهر يكون ضامنا لأداء مبلغ الورقة التجارية عند عدم الوفاء .

وتتميز الأوراق المالية الإسلامية عن غيرها من الأوراق المالية التقليدية المعروفة في التعامل التجاري كالسهم والسند ، إذ يمثل كل من السهم والورقة المالية الإسلامية حصة شائعة في صافي أصول الشركة أو المشروع ، وهذه الأصول تشتمل غالبا على أعيان وحقوق ونقود ومنافع وديون لدى الغير بنسب متفاوتة ، فيستحق مالك السهم والورقة المالية حصة في صافي ربح الشركة أو المشروع تتناسب مع قيمة السهم التي يملكها في الشركة أو الأوراق المالية التي يملكها في المشروع إلى رأس مال الشركة أو المشروع ، ورغم التشابه بينهما ، فان السهم يختلف عن الورقة المالية الإسلامية في أمور عدة ، إذ يشترك مالكو الأسهم في إدارة الشركة عن طريق انتخاب مجلس للإدارة من بينهم وعن طريق الجمعية العامة لهم ، وتكون سلطات الإدارة موزعة بين المجلس والجمعية على النحو الذي يراه ملاك الأسهم في حدود القوانين السائدة في مكان تسجيل الشركة ، أما ملاك الأوراق المالية الإسلامية فإنهم لا يشاركون في إدارة المشروع بطريق مباشر فهم لا ينتخبون مجلس إدارة للمشروع من بينهم ، وليست لهم جمعية عمومية تشترك في إدارته المشروع ، بل أن الإدارة توكل للمضارب وحده والمضارب ملتزم في إدارته للمشروع بأحكام عقد المضاربة وشروطها الشرعية ، ولملاك الأوراق المالية أن يكونوا من بينهم أو من غيرهم مجلس مراقبة يرعى مصالحهم ويحمي حقوقهم في مواجهة المضارب ، ويكون مسؤولا عن مراقبة تنفيذ شروط العقد التي تضمنتها نشرة الإصدار.

وكما أن السند يمثل حق لصاحبه في مواجهة الشركة ، فان السهم يمثل حق ملكية فيها، أما الورقة المالية فهي كالسهم تمثل حصة مالية شائعة في صافي أصول الشركة أي جملة الأصول بأنواعها المختلفة مادية ومعنوية ثابتة وغير ثابتة مطروحا منها صافي التزامات الشركة،فحق صاحب الورقة المالية حق عيني يتعلق بموجودات الشركة أو المشروع،في حين أن السند يمثل دينا في ذمة الشركة التي تصدره ولا يتعلق أصلا بموجودات الشركة،كما أن حامل السند لا يتأثر بنتيجة أعمال الشركة ولا بمركزها المالي بطريق مباشر لأن مالكه يستحق القيمة الاسمية لسنده في مواعيد الاستحقاق المدونة فيه ، في حين أن مالك السهم والورقة المالية الإسلامية فأنه يتأثر بنتيجة أعمال الشركة أو المشروع ويشارك في تحمل المخاطر ، فله الغنم الذي يحققه المشروع وعليه الغرم الذي يتعرض له ، فالسهم والورقة المالية الإسلامية يشاركان في الأرباح المحققة ويتحملان الخسارة التي يتعرض لها المشروع أو الشركة.

كما تمتاز الأوراق المالية الإسلامية بأنها تمثل حصة شائعة في مال استثمر في مشروع استثماري بقصد الحصول على ربح ، فهي 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 ، 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 ، فهنا لا يكون الصك ورقة مالية بالمعنى المقصود في الأسواق المالية .

ويعد سجل حملة الوثائق الذي تعده وتحتفظ به الشركة التي تعمل في مجال تلقي الأموال لتوظيفها واستثمارها أو الصندوق الاستثماري حيث يقيد فيه المعاملات والتي تكون قد ثبتت على وثائق الأوراق المالية الإسلامية الاستثمارية والتي

حجية الأوراق المالية الإسلامية في الإثبات القضائي المدني
دراسة مقارنة
الأستاذ المساعد الدكتور: أوان عبد الله الفيضي

تعد قرينة على ملكية المستثمرين للأوراق المالية الإسلامية ، إذ تصدر الشركة أو الصندوق مقابل أموال المستثمرين أوراقا مالية إسلامية في صورة وثائق استثمارية اسمية بقيمة واحدة، وتخول هذه الأوراق المالية الإسلامية للمستثمرين حقوقا متساوية قبل الصندوق الاستثماري ويكون لحاملها حق الاشتراك في الأرباح والخسائر الناتجة عن استثمارات الصندوق كل بنسبة ما يملكه وفقا للشروط والأوضاع التي تبينها نشرة الاكتتاب ،وتعد هذه الوثائق الأوراق المالية الإسلامية وسائل إثبات يمكن الاعتماد عليها،اذ يتميز الدليل الكتابي بأنه بعد من أهم طرق الإثبات بدليل النص عليه في التشريعات الوضعية، لذا من غير الممكن نكران أهميته من الناحية العملية فهو دليل يمكن إعداده مسبقا عند صدور التصرف القانوني وقبل قيام النزاع حيث يتضمن حقوق الأفراد.

لهذه الأهمية للموضوع ولعدم بحثه بحثاً كافياً دقيقاً متخصصاً، إذ تكاد تنعدم تماماً الدراسات والبحوث فيه ، فلم يتناوله احد قبلنا، وللإجابة عن تساؤلات عديدة مصدرها مجموعة فرضيات أهمها تتعلق بماهية هذه الوثيقة التابعة للشركة التي تعمل في مجال تلقي الأموال لتوظيفها واستثمارها أو الصندوق الاستثماري سواء الرسمية منها أم العادية ،فما المقصود بالأوراق المالية الإسلامية، وما هي قوتها الثبوتية وحجيتها بالإثبات، وما هو مفهوم الأوراق المالية الإسلامية الرسمية ، وشروطها ،وحجيتها في الإثبات من حيث المصدر،والمضمون، وبالنسبة للغير، وما هو مفهوم الأوراق المالية الإسلامية العادية، وشروطها،وحجيتها في الإثبات من حيث المصدر، والمضمون، وبالنسبة للغير؟ معتمدين في ذلك على المنهج التحليلي وذلك باستعراض النصوص القانونية المتعلقة بالموضوع وتحليلها، كذلك استعراض الآراء الفقهية ومناقشتها للوقوف على الرأي الراجح منها، فضلا عن أسلوب المنهج المقارن، فإلى جانب قانون الإثبات وقانون الاستثمار وقانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية العراقي، كانت هناك قوانين مدار البحث مختلفة الأحكام، كقانون الإثبات واللائحة التنفيذية لقانون سوق المال المصري ، وقانون البيّنات السوري، وقانون البينات وقانون الأوراق المالية الأردني، وقانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية اللبناني ، فضلاً عن قانون تداول الأوراق المالية وصناديق الاستثمار الكويتي، مع الاستئناس ببعض القوانين الأُخر عندما تكون هناك ضرورة لذلك، كما حرصنا على ذكر موقف الفقه والقضاء في هذه التشريعات إن وجد لذلك سبيلاً، وتم أيضاً الاعتماد على المنهج التطبيقي الذي يقوم بالأساس على تعزيز المواقف التشريعية والفقهية بالأحكام القضائية الوثيقة بالموضوع، وبيان مدى مطابقة المواقف الثلاثة من عدمها.

وأخيراً لابد من بيان هيكلية البحث فقد قسم إلى مبحثين،تناول المبحث الأول:ماهية الأوراق المالية الإسلامية الرسمية وحجيتها، وينقسم إلى مطلبين اشتمل المطلب الأول على:ماهية الأوراق المالية الإسلامية الرسمية، بينما ركز المطلب الثاني على: حجية الأوراق المالية الإسلامية الرسمية، في حين اشتمل المبحث الثاني على: ماهية الأوراق المالية الإسلامية العادية وحجيتها، وذلك في مطلبين استعرض المطلب الأول: ماهية الأوراق المالية الإسلامية العادية، وتكلم المطلب الثاني عن :حجية الأوراق المالية الإسلامية العادية ، وكانت هناك خاتمة:اشتملت على النتائج والتوصيات.

المبحث الأول

حجية الأوراق المالية الإسلامية في الإثبات القضائي المدني
دراسة مقارنة

الأستاذ المساعد الدكتور: أوان عبد الله الفيضي

ماهية الأوراق المالية الإسلامية الرسمية وحجيتها

بداية سنعالج ماهية الأوراق المالية الإسلامية الرسمية ، ثم نتناول من بعد ذلك حجية هذه الوثيقة الأوراق المالية الإسلامية الرسمية ،وذلك حسب المطلبين الآتيين :-

المطلب الأول/ ماهية الأوراق المالية الإسلامية الرسمية .

المطلب الثاني/ حجية الأوراق المالية الإسلامية الرسمية .

المطلب الأول

ماهية الأوراق المالية الإسلامية الرسمية

سوف نستعرض أولا مفهوم الأوراق المالية الإسلامية الرسمية ، ومن ثم نتناول ثانيا شروط الأوراق المالية الإسلامية الرسمية ، وذلك كما في الفرعين الآتيين :-

الفرع الأول/ مفهوم الأوراق المالية الإسلامية الرسمية .

الفرع الثاني/ شروط الأوراق المالية الإسلامية الرسمية .

الفرع الأول

مفهوم الأوراق المالية الإسلامية الرسمية

مما لاشك فيه أن الاستثمار عموما يصنف بالاستناد إلى عدة أسس ، منها أداة الاستثمار ونوع الأموال التي يتم عليها وحسب وسائله، والمهم من هذه التقسيمات ([1])، والذي يرتبط باختصاصنا الشرعي والقانوني هو ما يخص الجوانب القانونية ، هو تقسيمه بحسب ما إذا كان أطرافه من الأشخاص العامة الحكومية ومؤسساتها أو من الأشخاص الخاصة أو بحسب ما إذا كان شخصا أجنبيا أيضا ، وهذا هو الشاهد من الأمر وهو ما ينصب في موضوع دراستنا لهذا المقصد بالتحديد عن الأوراق المالية الرسمية ([2]).

فالوحدات الاستثمارية المكونة من الأوراق المالية الإسلامية الرسمية تعد أساسا محررات تصدر عن أشخاص القانون العام يثبت فيها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة وفي حدود سلطته واختصاصه ما تم على يديه أو ما تلقاه من ذوي

([1]) مما لاشك فيه أن أشكال الاستثمار تتعدد تبعا لظروف ومتطلبات المشروع ، فهناك الاستثمار المادي والاستثمار التجاري والاستثمار البشري والاستثمار الاستراتيجي والاستثمار بالبحث والتطوير والاستثمار المالي ، وللمزيد من التفصيل ينظر : القرارات المتعددة بالاستثمار وأساليب التحليل متعددة الأبعاد ، مازن طلال عبيدات ، ط1، شركة المطبعة الاقتصادية ، من دون مكان طبع ، 1985 م، ص12 وما بعدها .

([2]) الجدير بالذكر في هذا الخصوص أن القانون العراقي لم يعرف الاستثمار الأجنبي بل عرف قانون الاستثمار العراقي النافذ رقم 13 لسنة 2006 ،المنشور في جريدة الوقائع العراقية ، تصدر عن وزارة العدل العراقية، ع/ 4031 في 2007/1/17 ، وفي المادة / 1- ط المستثمر الأجنبي بأنه : " المستثمر الأجنبي هو الذي لا يحمل الجنسية العراقية في حالة الشخص الحقيقي ومسجل في بلد أجنبي إذا كان شخصا معنويا أو حقوقيا "، كما عرفت أيضا المادة /1-ن منه الاستثمار بأنه" توظيف المال في أي نشاط أو مشروع اقتصادي يعود بالمنفعة المشروعة على البلد " .

الشأن وذلك طبقا للأوضاع القانونية ([1]) ، وهذه الوثائق حقيقة تثبت حق المساهم فيما يملكه من أسهم وحصص وتختم بختم الشركة العاملة في مجال تلقي الأموال لتوظيفها واستثمارها أو الصندوق الاستثماري وتوقع من قبل المفوضين بالتوقيع عنه وهي لإثبات كون المساهم يمتلك عددا معينا من الأسهم والحصص في المشروع الاستثماري ، ويذكر عادة اسم المشروع ومركزه الرئيسي واسم المساهم وعدد الأسهم التي يمتلكها ونوع مساهمته وترقم بأرقام متسلسلة وهذه الوثائق تختم بختم الشركة وتوقع من قبل المفوضين عن المشروع الاقتصادي.

وعموما تعد هذه الوثائق التي يصدرها الصندوق الاستثماري أوراقا مالية ([2]) ، حيث يقصد عموما بالأوراق المالية أو القيم المنقولة وثائق ذات قيمة مالية اسمية كانت أو لحاملها التي تصدرها أشخاص القانون العام أو القانون الخاص بمجموعات ذات أرقام متسلسلة وقيمة اسمية متساوية وذات اجل غير محدد أو طويل نسبيا ([3]) ، وتعد هذه الأوراق المالية أهم مكونات الصناديق المنتشرة في الأسواق المالية التقليدية ، ومن المعلوم أن الأوراق المالية المتداولة تكون عموما على نوعين : أسهم الشركات وسندات القرض ، وما يعنينا هي الأولى، أي الأسهم وهي الحصة الشائعة في الشيء المشترك أي الوثيقة التي تصدرها الشركة المساهمة والتي تمثل حق المساهم في مقدار ما يملكه من الشركة ، في حين أن السندات هي الوثيقة القابلة للتداول التي تصدرها الشركة تمثل قرضا طويل الأجل ويعقد عادة عن طريق الاكتتاب العام ويخول مالكه الحصول على فوائد ثابتة – فوائد ربوية والعياذ بالله – تؤدى قبل توزيع الأرباح على المساهمين ، فضلا عن استيفاء قيمة السند عند حلول الأجل أو عند التصفية قبل الأسهم أيضا ([4]) .

وقد عدت اللائحة التنفيذية لقانون سوق رأس المال المصري رقم 95 لسنة 1992،والصادرة من وزير الاقتصاد والتجارة الخارجية رقم 135 لسنة 1993، الوثائق التي تصدرها الصناديق الاستثمارية أوراقا مالية ، إذ يتم قيد وثائق الصندوق المغلق ببورصة الأوراق المالية وذلك وفقا للقواعد والإجراءات التي تحددها الهيئة كما يتم تداول وثائق الصناديق الاستثمارية المفتوحة بيعا وشراءً من خلال البنوك وشركات خدمات الإدارة، ويلتزم مدير الاستثمار وشركة خدمات الإدارة

([1]) تنظر: المادة/ 21- أولا من قانون الإثبات العراقي النافذ رقم 107 لسنة 1979 المعدل بالقانون 46 لسنة 2000م ، المنشور في جريدة الوقائع العراقية ، تصدر عن وزارة العدل العراقية، ع/ 3837 في 2000/7/31، ص450 ؛ والمادة /10 من قانون الإثبات المصري النافذ رقم 25 لسنة 1968 المعدل ؛ والمادة /5 من قانون البينات السوري النافذ رقم 359 لسنة 1947 المعدل ؛ والمادة /6 من قانون البينات الأردني النافذ رقم 30 لسنة 1952 المعدل بالقانون المؤقت رقم 37 لسنة 2001 ؛ والمادة /143 من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية اللبناني النافذ رقم 90 لسنة 1983 المعدل.

([2]) تنظر: المادة /156 من اللائحة التنفيذية لقانون سوق رأس المال المصري رقم 95 لسنة 1992 ، والصادرة (اللائحة) من وزير الاقتصاد والتجارة الخارجية رقم 135 لسنة 1993.

([3]) ينظر : القانون التجاري ، د. أكرم يا ملكي ود. فائق الشماع ، مطبعة جامعة الموصل ، بغداد ، 1980م، ص212.

([4]) للمزيد من التفصيل ينظر: الصناديق والصكوك الاستثمارية الإسلامية دراسة تطبيقية فقهية، د.هشام احمد عبد الحي ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 2010م ، ص115-127؛ وتنظر: المادة/100 من قانون الأوراق المالية الأردني المؤقت رقم 76 لسنة 2002 ، والتي نصت على انه: " أ- يقسم رأسمال صندوق الاستثمار إلى أسهم أو وحدات استثمارية متساوية الحقوق وتقتصر مسؤولية مالكي الأسهم أو الوحدات الاستثمارية على قيمة مساهمتهم في رأسماله ويتم تسديد قيمة الأسهم أو الوحدات الاستثمارية نقدا ودفعة واحدة عند الاكتتاب بها. ب- لأي مساهم أو حامل لوحدات استثمارية في صندوق الاستثمار المشترك المفتوح أن يطلب استرداد حصصه مقابل ثمن القيمة الصافية للحصص..." وتنظر أيضا : المادة /97و98 من القانون نفسه أيضا.

باتخاذ جميع الإجراءات اللازمة لتسهيل تداول وثائق الصناديق الاستثمارية ونقل ملكيتها وتسجيلها، ويجوز لمدير الاستثمار بيع أو استرداد الوثائق التي تم الاكتتاب فيها طوال مدة الصندوق في حدود الحد الأدنى المحدد في نشرة الاكتتاب([1]) .

ويصدر الصندوق الاستثماري مقابل أموال المستثمرين أوراق مالية في صورة وثائق استثمارية اسمية بقيمة واحدة ويحدد الصندوق القيمة الاسمية لوثيقة الاستثمار عند الإصدار ولا يجوز عادة إصدار وثائق الاستثمار إلا بعد الوفاء بقيمتها نقدا وفقا لسعر الإصدار وتخول هذه الوثائق للمستثمرين حقوقا متساوية قبل الصندوق ويكون لحاملها حق الاشتراك في الأرباح والخسائر الناتجة عن استثمارات الصندوق كل بنسبة ما يملكه وفقا لشروط والأوضاع التي بينتها نشرة الاكتتاب([2]) .

وأخيرا يمكننا أن نخلص 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.

([1]) تنظر: المادة/156 من اللائحة التنفيذية لقانون سوق رأس المال المصري.

([2]) تنظر: المادة/ 152 من اللائحة التنفيذية لقانون سوق رأس المال المصري .

الفرع الثاني

شروط الأوراق المالية الإسلامية الرسمية

لابد من توافر شروط محددة حتى تكون الأوراق المالية الإسلامية رسمية ، وهذا ما سنوضحه مفصلا ضمن المقصدين الآتيين :-

المقصد الأول/ صدورها من موظف عام أو مكلف بخدمة عامة وفي حدود سلطته واختصاصه.

المقصد الثاني/ أن يراعي الموظف الأوضاع القانونية في إصداره للأوراق المالية الإسلامية الرسمية .

المقصد الأول

صدورها من موظف عام أو مكلف بخدمة عامة وفي حدود سلطته واختصاصه

بداية لابد من معرفة معنى الموظف العام أو الشخص المكلف بخدمة عامة ، فيقصد بالموظف العام كل شخص عهدت إليه وظيفة دائمة داخلة في الملاك الخاص للموظفين ([1])، أي هو كل شخص يعمل بصفة دائمة في مرافق الدولة أو القطاع الاشتراكي في ضوء القوانين العراقية الحديثة ([2])، أما المقصود بالشخص المكلف بخدمة عامة فهو: "كل موظف أو مستخدم أو عامل انيطت به مهمة عامة في خدمة الحكومة ودوائرها الرسمية وشبه الرسمية والمصالح التابعة لها أو الموضوعة تحت رقابتها ويشمل ذلك رئيس الوزراء ونوابه والوزراء وأعضاء المجالس النيابية والإدارية والبلدية كما يشمل المحكمين والخبراء ووكلاء الدائنين(السنديكيين) والمصفين والحراس القضائيين وأعضاء مجالس إدارة ومديري ومستخدمي المؤسسات والشركات والجمعيات والمنظمات والمنشات التي تساهم الحكومة أو إحدى دوائرها الرسمية أو شبه الرسمية في مالها بنصيب ما بأية صفة كانت وعلى العموم كل من يقوم بخدمة عامة باجر أو بغير اجر..." ([3]) .

ويعد من شروط الأوراق المالية الإسلامية الرسمية أن تصدر من موظف عام عن أشخاص القانون العام، إلا انه لا يشترط في الموظف العام الذي تصدر منه الوثيقة الرسمية أن يكون تابعا لإحدى الدوائر الرسمية بل يجوز أن يكون موظفا في الدوائر شبه الرسمية أو في المصالح أو المؤسسات أو المصارف التي تتمتع بشيء من الاستقلال الإداري والمالي والتابعة لهما أو الموضوعة تحت رقابتها، فيقوم الموظف العام أو المكلف بخدمة عامة بتحرير هذه الوثيقة الرسمية في حدود اختصاصه أي أن يكون له سلطة أو ولاية تحريرها من حيث الموضوع والزمان والمكان، ولا يستلزم أن تكتب الوثيقة بيد الموظف المختص، إلا انه يجب على الذي يصدر الوثيقة الرسمية أن تكون له سلطة واختصاص في إصدارها ، وهذا الاختصاص يكون أما اختصاص موضوعي نوعي حيث يجب أن تكون الوثيقة الرسمية من اختصاص موظف المصرف الحكومي أو الشركة الحكومية، وليس لموظف التسجيل العقاري الذي يختص بإصدار سندات لبيع عقار أو من الكاتب العدل الذي

([1]) تنظر: المادة /2 من قانون الخدمة المدنية العراقي النافذ رقم 24 لسنة 1960 المعدل.

([2]) للمزيد من التفصيل ينظر: القانون الإداري ، د. ماهر صالح علاوي الجبوري ، مديرية دار الكتب للطباعة والنشر، جامعة الموصل ، 1989م ، ص198-201.

([3]) تنظر: المادة /9 من قانون العقوبات العراقي النافذ رقم 111 لسنة 1969 المعدل .

حجية الأوراق المالية الإسلامية في الإثبات القضائي المدني
دراسة مقارنة
الأستاذ المساعد الدكتور: أوان عبد الله الفيضي

يعد موظف عام يختص بتنظيم السندات والوثائق التي تدخل في اختصاصه أو من القاضي الذي يعد موظف عام بالنسبة للأحكام التي يقوم بتحريرها والتي تدخل في اختصاصه كإصدار قاضي الأحوال الشخصية سندا أو وثيقة لعقد الزواج أو كاتب الضبط يعد أيضا موظف عام بالنسبة لمحاضر الجلسات التي يقوم بكتابتها، فقد جاء في قرار لمحكمة البداءة انه:"...اطلعت المحكمة على صورة قيد العقار... وجنس العقار/ارض سكنية ملك صرف والصادرة عن مديرية التسجيل العقاري...كما اطلعت المحكمة أيضا على خارطة العقار المذكور المصدقة من قبل مديرية التسجيل العقاري في2011/11/30 كما اطلعت المحكمة على القسام الشرعي...الصادر عن محكمة الأحوال الشخصية في حمام العليل...حكمت المحكمة بتمليك العقار " ([1]).

وفي هذا الخصوص أيضا أصدرت محكمة بداءة بلدروز ما يأتي "...واطلاع المحكمة على قيد العقار المذكور أعلاه...والصادر من ملاحظية التسجيل العقاري في بلدروز واطلاع المحكمة على حجة الوصاية بالعدد /100 في 5/6/ 2012 والصادر من محكمة الأحوال الشخصية في بلدروز ...قررت المحكمة الحكم بإزالة شيوع العقار..." ([2])،كما جاء في قرار لمحكمة الأحوال الشخصية انه "...واطلاع المحكمة على عقد الزواج المتضمن زواج طرفي هذه الدعوى،كما اطلعت المحكمة على تقرير البحث الاجتماعي...ولإقرار المدعى عليها بالزوجية وعدم الدخول والاتفاق مع المدعي على الطلاق ألخلعي...ولكل ما تقدم قرر الحكم بصحة الطلاق ألخلعي الواقع أمام هذه المحكمة..." ([3]) .

كذلك يجب أن يكون الموظف العام أو المكلف بخدمة عامة الذي يصدر الأوراق المالية الإسلامية الرسمية مختص اختصاص زماني أي أن يصدر منه أثناء الوظيفة أو بعد تعيينه ومباشرة العمل وقبل عزله أو فصله أو نقله أو إنهاء عمله لأي سبب من الأسباب ، فلا يصح أن تصدر الوثيقة الرسمية المحررة للصناديق الاستثمارية قبل مباشرة العمل ولا أن يصدرها بعد قطع الصلة بهذا العمل، وإذا خالف الموظف هذه الحدود فان الوثيقة تكون مزورة ، وما تقدم يمثل أساسا القاعدة العامة وهو الأصل ، إلا انه يستثنى من هذا الاختصاص ألزماني بعض الحالات كحالة صدور الوثيقة من موظف قبل أن يبلغ بقرار العزل أو النقل أو إنهاء العمل أو حالة الموظف الفعلي أي الذي يعين بقرار مخالف ثم يحكم فيما بعد بإلغاء هذا القرار أو لم يصدر بتعيينه قرار من الأصل ([4]) ،كذلك حدد القانون لكل موظف اختصاص مكاني أي

([1]) قرار محكمة بداءة حمام العليل رقم/ 134/ب/2011 في 2011/7/31(قرار غير منشور).

([2]) قرار محكمة بداءة بلدروز رقم /271/ب/2012 في 2012/7/29 (قرار غير منشور) ؛كما صدر قرار لاحق عن هذه المحكمة أيضا ، جاء فيه انه "... واطلاع المحكمة على صورة قيد العقار المرقم ...كما اطلعت المحكمة على الإنذار المسير بواسطة كاتب عدل بالعدد / 3931 في 23/ 9/ 2012 وعلى كتاب ملاحظية تسجيل في بلدروز... وعلى كتاب المجلس المحلي في قضاء بلدروز بالعدد / 2382 في 2012/11/20... ولكل ما تقدم قرر الحكم بتمليك السهام المشار إليها ..." قرار محكمة بداءة بلدروز رقم /407/ب/2012 في 2012/12/24 (قرار غير منشور) .

([3]) قرار محكمة الأحوال الشخصية في بلدروز رقم /552/ ش/2012 في 2012/12/23. (قرار غير منشور).

([4]) للمزيد من التفصيل ينظر: نظام الإثبات في المواد المدنية والتجارية ، د. عابد فايد الفتاح فايد ، ط1، دار النهضة العربية ، القاهرة، 2006م ، ص101؛ ومما تجدر الإشارة إليه في هذا الصدد أن الموظف يعد موظفا فعليا حتى وان عينته سلطة غير شرعية قد استقر سلطانها كحكومة دولة غازية ، فان الوثيقة التي يصدرها هذا الموظف المعين

اختصاص إقليمي وهي منطقة يمارس في حدودها اختصاصه، ولا يجوز أن يباشر عمله خارج دائرة اختصاصه، فلا يجوز أن يقوم الموظف العام أو المكلف بخدمة عامة بإصدار الوثيقة الرسمية والتوثيق إلا ضمن دائرته فقط ([1]) .

المقصد الثاني

أن يراعي الموظف الأوضاع القانونية في إصداره للأوراق المالية الإسلامية الرسمية

من المعلوم أن لكل محرر رسمي أوضاع وإجراءات قانونية يجب مراعاتها عند إصداره تختلف من محرر لأخر،حيث لكل محرر قواعد خاصة في إصداره،وتتعلق هذه الأوضاع عادة بالنسبة للوثيقة الرسمية للصناديق الاستثمارية بالتأكد من شخصية أطراف العلاقة بالاستناد إلى وثائق رسمية حتى تكتسب الوثيقة الرسمية الصفة الرسمية،وذلك بان تشتمل على البيانات الخاصة بموضوع المحرر أو الوثيقة،كأن يذكر اسم مالك الوثيقة وعنوانه وجنسيته ورقم بطاقته أو رقم السجل التجاري وعدد الوحدات التي يملكها مع توقيع الموظف وتحفظ لدى الجهة التي أصدرت أصوله، وتنسخ منها صورة وتسلم لذوي الشأن ويؤشر الموثق لتسلم الصورة على أصل الوثيقة الموقع ويوقع على هذا التأشير([2])،فضلا عن انه ينبغي أن يراعي الأوضاع القانونية أيضا في حالة إصدار وثائق رسمية بديلة للتالفة والمفقودة وطبقا للشروط التي ينص عليها نظام الصندوق([3])،فإذا لم تستوفي الوثيقة الشروط المذكورة من حيث صدورها من موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة وفي حدود سلطته واختصاصه،وان يراعي الموظف الأوضاع القانونية المتطلبة في إصداره للوثيقة،فلا تكون لها حجية الوثيقة الرسمية للصناديق الاستثمارية، وإنما حجية الوثيقة العادية للصناديق الاستثمارية في الإثبات إذا انطبقت عليها شروط الوثائق العادية([4]).

والجدير بالذكر في هذا الصدد أن الأوضاع الجوهرية التي تتعلق بالوثيقة الرسمية للصناديق الاستثمارية التي تتعلق بتاريخها واسم مالك الوثيقة وعنوانه وجنسيته ورقم بطاقته أو الرقم القومي أو رقم جواز السفر أو رقم السجل التجاري أو رقم السجل المدني لمالك الوحدات، والتواقيع إذا تخلفت يترتب عليها بطلان الوثيقة، أما الأوضاع غير الجوهرية كدفع الرسم وترقيم صفحات الوثائق، فان تخلفها لا يفقد الوثيقة الصفة الرسمية على أن بطلان الوثيقة كما ذكرنا لا يجردها من كل قيمة في الإثبات بل تعد وثيقة عادية بتوافر شروطها ([5]) .

تعيينا باطلا يكون صحيحا تطبيقا لنظرية الموظف الفعلي ، وهي نظرية معروفة في القانون الإداري ، وللمزيد من التفصيل ينظر: الوسيط في شرح القانون المدني ، د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1968م ، ج2، الإثبات وآثار الالتزام ، ص122.

([1]) للمزيد من التفصيل ينظر: شرح قانون الإثبات ، د.عصمت عبد المجيد ، المكتبة القانونية ، بغداد ، من دون سنة طبع ، ص64.

([2]) للمزيد من التفصيل ينظر : أصول الإثبات وإجراءاته في المواد المدنية في القانون المدني مقارنا بتقنينات سائر البلاد العربية، د. سليمان مرقس ، عالم الكتب، القاهرة، 1981م، ج1، الأدلة المطلقة، ص155.

([3]) ينظر: المادة /55 من قانون تداول الأوراق المالية وصناديق الاستثمار الكويتي لعام 1990.

([4]) تنظر: المادة /21 من قانون الإثبات العراقي ؛ والمادة /40 من قانون الإثبات المصري ؛ والمادة /5 من قانون البينات السوري ؛ والمادة / 6 من قانون البينات الأردني ؛ والمادة / 144 من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية اللبناني.

([5]) للمزيد من التفصيل ينظر : قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية في القانونين المصري واللبناني ، د. أنور سلطان ، من دون مكان الطبع، بيروت ، 1986م، ص48.

المطلب الثاني

حجية الأوراق المالية الإسلامية الرسمية

لاشك أن الوثائق الرسمية للصناديق الاستثمارية تعد حجة على الناس كافة بما دون فيها من أمور قام بها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة في حدود اختصاصه ما لم يتبين تزويرها أو الطعن بها بالتزوير، ويقصد بهذه الحجية قوة الوثيقة الرسمية من حيث البيانات المدونة فيها من حيث مصدرها ،كأن يكون مظهرها الخارجي لا يبعث على الشك من وجود كشط أو محو أو إضافة أو بعض العيوب المادية الأخرى ، كما أن حجيتها لا تقف عند ذوي العلاقة فقط ، بل تمتد إلى الغير أي الناس كافة وكل شخص يمكن أن يسري في حقه التصرف القانوني الذي تثبته الوثيقة، واستكمالا للموضوع وللإحاطة به مجملا لابد لنا أن نقسم هذا المطلب على الفروع الآتية:-

الفرع الأول / حجية الأوراق المالية الإسلامية الرسمية من حيث المصدر.

الفرع الثاني / حجية الأوراق المالية الإسلامية الرسمية من حيث المضمون.

الفرع الثالث/ حجية الأوراق المالية الإسلامية الرسمية بالنسبة للغير.

الفرع الأول

حجية الأوراق المالية الإسلامية الرسمية من حيث المصدر

إذا ما توافرت الشروط القانونية السابقة الذكر في الأوراق المالية الإسلامية الرسمية ، وكان مظهرها الخارجي دالا بما لا يقبل الشك على سلامتها قامت قرينتان في الإثبات، الأولى: قرينة سلامتها المادية من العيوب ، والثانية: قرينة صدورها ممن وقع عليها، غير ان قرينة الرسمية غير قاطعة يجوز إثبات عكسها عن طريق الطعن بالتزوير([1]) .

وإذا 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 أن تقدر ما يترتب على هذه العيوب في الوثيقة من إسقاط قيمتها في الإثبات أو إنقاص هذه القيمة على أن تدلل على صحة وجود العيب بشكل واضح في قرارها الصادر ([2])، كما يجوز للمحكمة أيضا في حالة كون الوثيقة الرسمية محل شك أن تدعو الموظف الذي صدر عنه أو الشخص الذي حررها ليبدي ما يوضح حقيقة الأمر فيها، إذ لا يمكن للمحكمة العمل بالوثيقة إلا إذا كانت سليمة من شبهة التزوير والتصنيع ([3]) ، وقد جاء في قرار لمحكمة بداءة الموصل انه:"...وللمرافعة الحضورية والعلنية وصورة قيد العقار

([1]) للمزيد من التفصيل ينظر:شرح أحكام قانون الإثبات العراقي،د.عباس العبودي،ط2، دار الكتب للطباعة والنشر،جامعة الموصل، 1997م ، ص106.

([2]) تنظر : المادة /35- ثانيا من قانون الإثبات العراقي ؛ والمادة / 28 من قانون الإثبات المصري ؛ والمادة / 26 من قانون البينات السوري ؛ والمادة /170 من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني.

([3]) تنظر: المادة /35-أولا من قانون الإثبات العراقي .

أعلاه والقسام الشرعي...الصادر من محكمة الأحوال الشخصية في الموصل ...وحجية الوصايا...الصادر من محكمة الأحوال الشخصية في الموصل...قرر الحكم بتمليك القاصرين..."([1]).

الفرع الثاني

حجية الأوراق المالية الإسلامية الرسمية من حيث المضمون

ويقصد بحجية الأوراق المالية الإسلامية الرسمية من حيث المضمون ، أي قوة هذه الوثيقة من حيث البيانات المدونة والواردة فيها باختلاف ما إذا كانت هذه البيانات صادرة من الموظف العام أو كانت صادرة من الطرفين ، فالبيانات التي تصدر من موظف عام في حدود مهمته بوصفه قد تولى ضبطها بنفسه أو وقعت من ذوي الشأن بحضوره ، فهذه هي التي يلحقها وصف الرسمية وتكون حجة على أطراف المعاملة وعلى الناس حتى يطعن فيها بالتزوير وهو ما يكون بالنسبة للوثيقة الرسمية للصناديق الاستثمارية عادةً، ومن ذلك تاريخ الوثيقة واثبات تواقيع أصحاب العلاقة وتوقيع الموظف العام وكل البيانات الخاصة بالإجراءات التي يستلزمها القانون، أما إذا قام الموظف العام بتدوين معلومات لم تكن من ضمن اختصاصه فلا ينطبق عليها وصف الرسمية ولا تكون حجة أيضا([2]) .

أما البيانات التي تصدر من أصحاب العلاقة ويدونها الموظف العام تحت مسؤوليتهم بناء على ما سمعه منهم دون أن يكون قد شاهدها أو 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 إثبات عكسها بطرق الإثبات العادية ([3])، لان الصفة الرسمية تلحق صدور البيان أو الإقرار من ذوي العلاقة ، أما البيان أو الإقرار ذاته فلا يلحقه وصف الرسمية من حيث الدلالة على صحته، أو أن ما ورد في البيان أو الإقرار مطابق للحقيقة والواقع ومن ثم يجوز إثبات خلاف هذا البيان أو الإقرار وفقا لما تقرره قواعد الإثبات ومنها عدم جواز إثبات ما يخالف الكتابة إلا بالكتابة أو بمبدأ الثبوت بالكتابة المعززة بالشهادة والقرائن القضائية أو اليمين المتممة وذلك بكونها صورة من صور مبدأ الثبوت القانوني ([4])، ما لم يكن هناك مانع مادي أو أدبي ولا يلحق وصف الرسمية البيانات الواردة على لسان ذوي العلاقة والتي لم تعد الوثيقة الرسمية لإثباتها ([5]) .

الفرع الثالث

([1]) قرار محكمة بداءة الموصل المرقم 2010/10095 في 2011/11/11(قرار غير منشور).

([2]) تنظر: المادة / 22 من قانون الإثبات العراقي ؛ والمادة / 11 من قانون الإثبات المصري ؛ والمادة /6- 1 من قانون البينات السوري ؛ المادة / 7-1 من قانون البينات الأردني ؛ والمادة / 146 من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني.

([3]) تنظر: المادة/22 من قانون الإثبات العراقي؛ وينظر:شرح أحكام قانون الإثبات العراقي، د.عباس العبودي ،مرجع سابق، ص108.

([4]) للمزيد من التفصيل ينظر : مبدأ الثبوت القانوني ، دراسة مقارنة في الإثبات المدني ، الشيخ د. أوان عبد الله الفيضي ، دار الكتب القانونية ، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر- الإمارات ، 2012م، ص 55 وما بعدها.

([5]) تنظر: المادة / 18-ثانيا و78و79-أولا من قانون الإثبات العراقي ؛ والمادة / 29-1 و30 من قانون البينات الأردني؛ وللمزيد من التفصيل ينظر: شرح قانون الإثبات ، د.عصمت عبد المجيد ، مرجع سابق، ص69.

حجية الأوراق المالية الإسلامية الرسمية بالنسبة للغير

تعد الأوراق المالية الإسلامية الرسمية للمشاريع الاستثمارية حجة على الغير أي على الناس كافة استنادا لأحكام المادة/22- أولا من قانون الإثبات العراقي ([1])، فكل شخص يمكن أن يسري في حقه التصرف القانوني الذي تثبته الوثيقة، ولا يكون أمام الغير الذي له مصلحة في إثبات عكس ما ورد في الوثيقة إلا أن يطعن فيها بالتزوير، وذلك في الأمور التي لا يمكن إثبات عكسها ، وتشمل ما قام الموظف بتدوينه وتحقق من صحته بنفسه أو لأنه داخل في حدود اختصاصه وتنفيذا لواجباته الرسمية أو لأنه وقع من ذوي الشأن في حضوره، ومن هذه البيانات تاريخ الوثيقة الرسمية للصناديق الاستثمارية وتوقيع وختم مدير الصندوق الاستثماري ونحوها، أما بالنسبة لمضمون البيانات الصادرة من ذوي الشأن فان للغير أن يثبت عكسها بكافة طرق الإثبات ([2]) .

فالوثيقة الرسمية تعد حجة على الطرفين وعلى الغير، والناس كافة ،ومن ثم فليس لمن يحتج عليه بوثيقة رسمية أن ينكر وجود الوثيقة ذاتها أو بيانا من البيانات الواردة فيها على لسان الموظف المختص أو ينكر صدورها عن ذلك الموظف إلا عن طريق الادعاء بالتزوير،ولا تعد الوثيقة الرسمية حجة على الغير إلا فيما أعدت له هذه الوثيقة لإثباته فكل بيان أو إقرار وارد فيها لا علاقة له بما أعدت من اجله الوثيقة فلا تكون للوثيقة في هذه الحدود حجة على الغير([3]) .

المبحث الثاني

ماهية الأوراق المالية الإسلامية العادية وحجيتها

نستعرض أولا ماهية الأوراق المالية الإسلامية العادية، ثم نتناول ثانيا حجية هذه الوثائق العادية ، وذلك حسب المطلبين الآتيين :-

المطلب الأول/ ماهية الأوراق المالية الإسلامية العادية .

المطلب الثاني / حجية الأوراق المالية الإسلامية العادية .

المطلب الأول

ماهية الأوراق المالية الإسلامية العادية

بداية سوف نبين مفهوم الأوراق المالية الإسلامية العادية ، ومن ثم نعالج شروط الأوراق المالية الإسلامية العادية ، وذلك كما في الفرعين الآتيين :-

الفرع الأول/ مفهوم الأوراق المالية الإسلامية العادية .

([1]) تنظر: المادة /22 من قانون الإثبات العراقي؛ والمادة / 11 من قانون الإثبات المصري ؛ والمادة / 6 من قانون البينات السوري؛ والمادة / 7 من قانون البينات الأردني؛ والمادة / 146 من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني.

([2]) للمزيد من التفصيل ينظر : شرح أحكام قانون الإثبات العراقي ، د.عباس العبودي ، مرجع سابق، ص108.

([3]) ينظر : شرح قانون الإثبات ، د.عصمت عبد المجيد ، مرجع سابق، ص68.

الفرع الثاني/ شروط الأوراق المالية الإسلامية العادية .

الفرع الأول

مفهوم الأوراق المالية الإسلامية العادية

تعد وثيقة الأوراق المالية الإسلامية العادية محررات 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 ([1]) ، وتمتاز الكتابة عموما بأنها دليل يمكن إعداده 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 ،لأنها تحصل في وقت لا نزاع فيه وعند تقديمها للقضاء تنطبق تلك الحقائق التي سبق إثباتها ،ما لم يتبين أنها لم تتعرض للتلف أو التزوير ، فضلا عن أن الكتابة الموجودة في هذه الوثيقة الأوراق المالية الإسلامية العادية للمشاريع الاستثمارية تخلو من العيوب التي تعتري طرق الإثبات الأخرى كالشهادة ([2]) .

الفرع الثاني

شروط الأوراق المالية الإسلامية العادية

لابد من توافر شروط محددة حتى تكون هذه الوثيقة الأوراق المالية الإسلامية عادية، وهذا ما سنوضحه تباعا ضمن المقصدين الآتيين:-

المقصد الأول/ أن تكون الأوراق المالية الإسلامية العادية مكتوبة.

المقصد الثاني/ أن تكون الأوراق المالية الإسلامية العادية موقعة.

المقصد الأول

أن تكون الأوراق المالية الإسلامية العادية مكتوبة

واضح أن هذا الشرط أمر بديهي إذ بدون الكتابة لا توجد الأوراق المالية الإسلامية العادية ولا تعد دليلا للإثبات أصلا،وليس هناك شروط معينة للكتابة فيها،فيما عدا الثبات والجدية،والثابت أن يكون محررا بأداة كتابة ثابتة كالحبر مثلا على الورق ،ولا يشترط أن تكون الكتابة باللغة العربية بل يصح أن تكون مكتوبة بلغة أجنبية،غير انه جرى العمل في

([1]) تنظر: المادة /9 من قانون البينات السوري التي نصت على انه : " السند العادي بأنه السند الذي يشتمل على توقيع من صدر عنه وليست له صفة السند الرسمي " ، وتنظر: المادة / 110 من قانون البينات الأردني التي نصت على انه: " السند العادي هو الذي يشتمل على قائمة أو بصمة إصبعه وليست له صفة السند الرسمي " ، وتنظر: المادة / 150 من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية اللبناني التي نصت على انه: " السند العادي هو السند ذو التوقيع الخاص ويعتبر صادرا عمن وقعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط أو توقيع أو بصمة إذا كان يجهل التوقيع " في حين لم يرد تعريف في قانون الإثبات العراقي والمصري.

([2]) للمزيد من التفصيل ينظر: الإثبات بالمحررات في الشريعة الإسلامية ومواد الأحوال الشخصية والقضايا الجزائية ، حسين المؤمن ، مطابع دار الفجر، بيروت، 1975م، ص2 وما بعدها ؛ شرح قانون الإثبات ، د.عصمت عبد المجيد ، مرجع سابق ، ص60.

المحاكم العراقية لدى تقديم الوثيقة العادية المكتوبة بلغة أجنبية إلى القضاء أو أية جهة رسمية أخرى بضرورة أن ترفق ترجمة لها باللغة العربية مصدقة وفقا للأصول([1])،ولا يشترط أن تكون الكتابة بخط موقعه بل يجوز أن تكون الوثيقة العادية للمشاريع الاستثمارية مكتوبة بخط شخص أخر حتى ولو كان ناقص الأهلية،لأنها ليست سوى أداة تعبير عن إرادة موقع الوثيقة،وقد قضت في هذا الشأن محكمة النقض المصرية"..أن ثبوت صحة التوقيع على السند يجعله بما ورد فيه حجة على صاحبه بصرف النظر عما إذا كان صلب السند محررا أو بخط يده" ([2]) .

المقصد الثاني

أن تكون الأوراق المالية الإسلامية العادية موقعة

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

فالتوقيع إذن هو تأشير أو وضع علامة مميزة تدل عليه وتسمح بتحديد شخصيته والتعرف عليها بسهولة وبشكل يظهر إرادته الصريحة بالرضا ،فهي تدل على تصرف إرادي يقصد به التعبير عن موافقة الموقع عن مضمون الوثيقة، وللتعبير على القبول بما ورد فيه ، وقد حددت المادة/25 من قانون الإثبات العراقي أساليب التوقيع على الوثائق العادية فنصت على انه :" أولا: يعتبر السند العادي صادرا ممن وقعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط أو إمضاء أو بصمة إبهام. ثانيا: في حالة الإنكار الكيدي للسند يحق للمتضرر أن يطالب بتعويض عن الضرر الذي يصيبه عن ذلك في نفس الدعوى أو في دعوى مستقلة "كما نصت أيضا المادة/1- رابعا من قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية العراقي النافذ رقم 78 لسنة 2012 على أن:" التوقيع الالكتروني:علامة شخصية تتخذ شكل حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات أو أصوات أو غيرها وله طابع متفرد يدل على نسبته للموقع ويكون معتمدا من جهة التصديق "كما نصت المادة / 4- ثانيا منه على أن:" يكون للتوقيع الالكتروني في نطاق المعاملات المدنية والتجارية والإدارية ذات الحجية المقررة في التوقيع الخطي إذا روعي في إنشائه الشروط المنصوص عليها في المادة /5 من هذا القانون " ([3]).

ونصت كذلك المادة/1 – ثامنا من قانون تصديق اتفاقية تنظيم أحكام التوقيع الالكتروني في مجال المعاملات الالكترونية في الدول العربية النافذ رقم 101 لسنة 2012 على أن:" التوقيع الالكتروني: ما يوضع على محرر الكتروني

([1]) للمزيد من التفصيل ينظر : شرح أحكام قانون الإثبات العراقي ، د.عباس العبودي ،مرجع سابق، ص113.

([2]) قرار محكمة النقض المصرية في 1964/1/30، مجموعة أحكام النقض المصرية س15 رقم 30 ص8، نقلا عن: شرح قانون الإثبات ، د.عصمت عبد المجيد ، مرجع سابق ، ص72.

([3]) تنظر: المادة/4 و5 من قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية العراقي النافذ رقم 78 سنة 2012 ؛ المنشور في جريدة الوقائع العراقية ، تصدر عن وزارة العدل العراقية، ع / 4256 في 5/ 11/ 2012 ، ص 21 .

ويتخذ شكل حروف أو أرقام أو إشارات أو غيرها ويكون له طابع متفرد يسمح بتحديد شخص الموقع ويميزه عن غيره " ونصت المادة / 19 منه أيضا على انه:" يكون للتوقيع الالكتروني في نطاق المعاملات المدنية والتجارية والإدارية نفس الحجية المقررة للتوقيعات في أحكام قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية إذا روعي في إنشائه وإتمامه الشروط والضوابط الفنية الواردة في هذه الاتفاقية أو التي تحددها الجهة المختصة أو المتفق عليها في إطار مجلس الوحدة الاقتصادية العربية " .([1])

وبذلك فان أساليب التوقيع في القانون العراقي سواء على السندات الرسمية أم العادية هي التوقيع أو الإمضاء الخطي أو البصمة أو الختم الشخصي أو التوقيع الالكتروني ([2])،والمقصود بالإمضاء الكتابي هو كل إشارة أو اصطلاح خطي يختاره الشخص لنفسه وبمحض إرادته للتعبير عن صدور الوثيقة منه وموافقته على ما ورد في هذه الوثيقة ومحتوياتها، وقد جعل القانون العراقي الإمضاء بخط اليد هو الأصل وألغى الوسائل الميكانيكية الأخرى كالختم ، إذ نصت المادة /42- ثانيا من قانون الإثبات العراقي على انه: " لا يعتد بالسندات التي تذيل بالأختام الشخصية عدا السندات التي تذيل بالختم الشخصي المصدق من الكاتب العدل للمعوق المصاب بكلتا يديه على أن يتم ذلك بحضور المعوق شخصيا مع شاهدين أمام الموظف المختص " ([3]) ، كما حدد القانون العراقي أيضا التوقيع ببصمة الإبهام وجعلها وفق ضوابط معينة لابد من مراعاتها كأن تكون بحضور موظف عام مختص أو بحضور شاهدين يوقعان على الوثيقة ([4]) .

وتطبيقا لذلك فقد جاء في قرار لمحكمة استئناف نينوى الاتحادية الهيئة التمييزية انه:"...ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد انه غير صحيح بالنسبة للأشخاص الثلاثة المميزين (...) وذلك لعدم ثبوت صحة :1- عقد البيع بالنسبة لهم لان تقرير خبراء الأدلة الجنائية ...لم يثبت صحة بصمة الإبهام إزاء اسم ... في عقد البيع ...كما أن احد الشهود والمدعو...الذي استمعت إليه المحكمة بتاريخ2005/9/14 أفاد بأنه لم يكن حاضرا عند توقيع الموما إليه على

([1]) تنظر : المواد / 1 و19 و20 و23 من قانون تصديق اتفاقية تنظيم أحكام التوقيع الالكتروني في مجال المعاملات الالكترونية في الدول العربية النافذ رقم 101 لسنة 2012 ؛ المنشور في جريدة الوقائع العراقية، تصدر عن وزارة العدل العراقية، ع/4274 في 2013/4/15 ، ص1 ؛ والتي صادق عليها العراق بتاريخ 3/ 12/ 2012 - والموقعة في القاهرة ، وصدرت بالعراق بالقرار رقم / 102 في 17 / 12/ 2012 واصدر القانون رقم 101 لسنة 2012 قانون تصديق اتفاقية تنظيم أحكام التوقيع الالكتروني في مجال المعاملات الالكترونية في الدول العربية .

([2]) 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 الإجراءات المتبعة في إصدارها وتأمينها والتقنيات التي تتيحها فهناك مثلا: 1- التوقيع بالقلم الالكتروني 2- واستخدام البطاقات المغنطة المقترن بالرقم السري 3- والتوقيع باستخدام الخواص الذاتية (القياسات البيومترية) وتشمل هذه الطرق البيومترية البصمة الشخصية ومسح العين البشرية والبصمة الصوتية للتحقق من نبرة الصوت أو بصمة الإصبع للتحقق من خواص اليد البشرية أو بصمة الوجه للتعرف على الوجه البشري او التوقيع الشخصي أو بصمة الشفاه أو بصمة العين 4- أو التوقيع الرقمي (البصمة الرقمية) 5- نقل التوقيع الخطي بالماسح الضوئي، وللمزيد من التفصيل حول ماهية التوقيع الالكتروني وصوره وحجيته في الإثبات بين التداول والاقتباس ومخاطره وكيفية مواجهتها ينظر: التوقيع الالكتروني،د. ثروت عبد الحميد، دار النيل للطباعة والنشر، مصر، 2001م ، ص19 و53 ؛ التوقيع الالكتروني،د.سعيد السيد قنديل، ط2، دار الجامعات الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، 2006 م، ص66؛ التوقيع الالكتروني وحجيته في الإثبات ، منير محمد الجنبيهي وممدوح محمد الجنبيهي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية ، 2005 م، ص 9-16.

([3]) تنظر: المادة/ 42 من قانون الإثبات العراقي .

([4]) تنظر: المادة / 42- أولا من قانون الإثبات العراقي .

العقد لذا يكون المدعي عاجزا عن الإثبات عن هذه الجهة وكان على المحكمة أن تمنحه حق تحليف الأشخاص الثلاثة المذكورات يمين عدم العلم لذا تقرر نقض الحكم المميز ... " ([1]) .

فضلا عن ذلك فان هناك أمورا يجب مراعاتها في التوقيع يمكننا إجمالها في: أن يكون التوقيع صادرا من قبل الملتزم بمضمون الوثيقة شخصيا ، أي أن يقوم بالتوقيع بنفسه وباسمه وخطه ،لان التوقيع لا يكون له قيمة إلا إذا كان صادرا عن الشخص المنسوب إليه، ولا عبرة بالوثيقة العادية للصناديق الاستثمارية إذا كانت تحمل توقيع شخص أخر غير الملتزم بها حتى وان كان هذا الغير موكلا بالتوقيع، لان الوكيل لا يستطيع أن يوقع بالاسم الشخصي لموكله بل عليه أن يوقع باسمه الشخصي بالذات مع ذكر صفته كوكيل، ذلك لان التوقيع تصرف شخصي لا يجوز التوكيل فيه، ولا يمكن أن يقوم به إلا صاحبه، كما انه يجب أن 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 أن الموقع أراد الالتزام بجميع ما ورد من بيانات في تلك الوثيقة العادية للصناديق الاستثمارية، لذلك كان المحل المناسب لوضع التوقيع هو أسفل الوثيقة ([2]) .

المطلب الثاني

حجية الأوراق المالية الإسلامية العادية

بادي ذي بدء سنتناول التعرف على حجية هذه الوثيقة الأوراق المالية الإسلامية العادية من حيث المصدر والمضمون ،ومن ثم نبين حجيتها بالنسبة للغير ، أي مدى الاحترام والالتزام والقوة الثبوتية الذي تفرضه هذه الوثيقة ، وذلك ضمن الفروع الآتية:-

الفرع الأول/ حجية الأوراق المالية الإسلامية العادية من حيث المصدر.

الفرع الثاني/ حجية الأوراق المالية الإسلامية العادية من حيث المضمون.

الفرع الثالث / حجية الأوراق المالية الإسلامية العادية بالنسبة للغير.

الفرع الأول

حجية الأوراق المالية الإسلامية العادية من حيث المصدر

غني عن البيان أن الأوراق المالية الإسلامية العادية تعد صادرة ممن وقعها ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط أو إمضاء أو بصمة إبهام ([3])، ويقصد بالحجية القوة الثبوتية للوثيقة العادية للمشاريع الاستثمارية من حيث صحة توقيع ممن نسبت إليه، وقرينة صحة الوثيقة العادية البسيطة هذه يمكن إهدارها بإنكار الوثيقة العادية للمشاريع

([1]) قرار محكمة استئناف نينوى الاتحادية رقم / 387 /ث ب/2006 في 2006/9/5(قرار غير منشور).

([2]) للمزيد من التفصيل ينظر: شرح أحكام قانون الإثبات العراقي ، د.عباس العبودي ،مرجع سابق، ص116وما بعدها.

([3]) تنظر: المادة/ 25 من قانون الإثبات العراقي ؛ والمادة /14 من قانون الإثبات المصري ؛ والمادة /10 من قانون البينات السوري ؛ والمادة /11 من قانون البينات الأردني ؛ والمادة /151 من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني.

الاستثمارية، وبهذا الصدد نصت المادة/39 من قانون الإثبات العراقي على انه:" إذا ابرز المدعي سندا عاديا لإثبات دعواه يعرض على المدعي عليه وله أن يقر بإمضائه أو ببصمة إبهامه أو ينكرها ويعتبر سكوته إقرارا.ثانيا: يجوز للوارث بدلا من الإقرار أو الإنكار أن يدعي الجهل بالسند. ثالثا: إذا عجز المحتج بالسند عن الإثبات يكتفي من الحلف بان يحلف يمينا بأنه لا يعلم أن الخط أو الإمضاء أو البصمة تعود لسلفه "،في حين نصت المادة /14من قانون الإثبات المصري على انه:" يعتبر المحرر العرفي صادرا ممن وقع ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط أو إمضاء أو ختم أو بصمة، إما الوارث أو الخلف فلا يطلب منه الإنكار ويكفي أن يحلف يمينا بأنه لا يعلم أن الخط أو الإمضاء أو الختم أو البصمة هي لمن تلقى عنه الحق ومن احتج عليه بمحرر عرفي وناقش موضوعه لا يقبل منه إنكار الخط أو الإمضاء أو الختم أو بصمة الأصابع" .

ويلاحظ على الفقرة الأخيرة من المادة / 14من قانون الإثبات المصري أنها فعلا 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 ([1]).

وهذه تعد حسب تقديرنا ميزة امتاز بها قانون الإثبات المصري على قانون الإثبات العراقي، وحسنا فعل المشرع المصري بذلك ، ونأمل من المشرع العراقي أن يحذو حذو المشرع المصري في هذا الشأن ، وذلك بتعديل نص المادة /39 من قانون الإثبات العراقي وإضافة جملة وهي: " ...ومن احتج عليه بمحرر عرفي وناقش موضوعه لا يقبل منه إنكار الخط أو الإمضاء أو الختم أو بصمة الأصابع " ، إذ أن تحقيق العدل الناجز يعتمد على توخي مبدأ الاقتصاد بالإجراءات القضائية، بمعنى أن تجري وتتم كل الإجراءات القضائية بأقصر واقل جهد واقل نفقات، لان الحكم لا يكفي أن يصدر عادلا فحسب ، بل يجب أن يصدر في وقته المناسب ، أي أن يكون عاجلا، لان عامل الزمن له أهميته في نطاق تحقيق العدل، فلا يكفي أن نقول الحق فحسب ، بل لكي نقول الحق ويكون مفيدا ومؤثرا وحاسما ينبغي أن تنطق به في وقته المطلوب.

الفرع الثاني

حجية الأوراق المالية الإسلامية العادية من حيث المضمون

لاشك أن المقصود من حجية الأوراق المالية الإسلامية العادية من حيث المضمون ،هو مدى صحة المعلومات والبيانات الواردة فيها، فإذا تقرر ثبوت صحة التوقيع على الوثيقة العادية بعدم إنكارها صراحة أو بثبوتها بعد إنكارها ،يجعل الوثيقة حجة على صاحبها بصرف النظر عما إذا كانت الوثيقة محررة بخط غيره، وتكون مكتسبا لقوة الثبوتية الرسمية

([1]) للمزيد من التفصيل ينظر : شرح أحكام قانون الإثبات العراقي ، د.عباس العبودي ،مرجع سابق، ص119.

في الإثبات، وهكذا إذا تقررت صحة التواقيع على الوثيقة العادية للمشاريع الاستثمارية يكون لها حجية الوثيقة الرسمية ذاتها ،وان امتداد حجية الوثيقة العادية إلى الكافة حكم يفهم ضمنا من نص المادة /26 من قانون الإثبات العراقي ([1]).

أما إذا أنكر من نسبت إليه الوثيقة العادية صحة الإمضاء أو بصمة الإبهام مع شرط أن يكون الإنكار صريحا ومحددا بشكل واضح، فتصبح الوثيقة مجردة من القوة الثبوتية وينتقل عبء الإثبات إلى المدعي الذي يقع عليه عبء إقامة الدليل على صحة نسبة الوثيقة إلى الموقع، وقد يسكت المنسوب إليه الوثيقة العادية ،فيعد سكوته إقرارا ،وذلك حسب نص المادة/39-أولا من قانون الإثبات العراقي، فمن لا يريد الاعتراف بالوثيقة أن ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط أو إمضاء ، فإذا آبى فيتعين اعتبار الوثيقة العادية قد اعترف بها حكما ،ولا يحول ذلك دون طعن المقر بسلامة الوثيقة المادية ولا يؤثر كذلك على أوجه الدفوع الشكلية والموضوعية التي يكون لمن اعترف بالوثيقة العادية في غير تحفظ أن يتمسك بها، لان الإقرار يعد في هذا الخصوص منصبا على نسبة الوثيقة إلى موقعه فقط دون إخلال بحق الطعن في صحة مضمونه أو التمسك بالدفوع المتعلقة بأصل الحق الثابت، فإذا اقر الخصم بعائدية بصمة الإبهام في الوثيقة العادية ودفع بجهله بمضمونه وعدم تسلمه مبلغا ،فيجب تكليفه بإثبات دفعه وعند عجزه منحه حق تحليف خصمه اليمين الحاسمة ([2]) .

([1]) تنظر: المادة /26 من قانون الإثبات العراقي ؛ والمادة /15 من قانون الإثبات المصري؛ والمادة /11 من قانون البينات السوري ؛ والمادة / 12 من قانون البينات الأردني ؛ والمادة / 154 من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني.

([2]) للمزيد من التفصيل ينظر : شرح قانون الإثبات ، د.عصمت عبد المجيد ، مرجع سابق ، ص77.

الفرع الثالث

حجية الأوراق المالية الإسلامية العادية بالنسبة للغير

إن المقصود بالغير عموما كل شخص يجوز أن 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 ([1]) .

ومع ذلك فان الغير تضيق دائرته هنا في حجية تاريخ الوثيقة العادية عن الغير بالمعنى العام الموضح أعلاه، ويمكن تحديد الأشخاص 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 أو الدعوى غير المباشرة، إذا انتقل إلى مرحلة التنفيذ ودائنو المفلس والمعمر ([2])، فالغير هنا إذن هو كل شخص أجنبي عن الوثيقة أو السند أو العقد أي ليس طرفا في ذلك ([3]) ، وإذا كان لتاريخ الوثيقة العادية حجية البيانات الواردة فيها ثم يفترض انه التاريخ الصحيح إلى أن يقوم الدليل على عكسه ،فانه بالنسبة للغير لا يكون حجة عليه إلا إذا كان هذا التاريخ ثابتا ،ولذلك فان تاريخ الوثيقة العادية لا يكون نافذا في مواجهة الغير إلا بتطبيق إحدى الطرق التي نص عليها القانون، والتي حددتها المادة/26- أولا من قانون الإثبات العراقي والتي نصت على انه: " أولا: لا يكون السند العادي حجة على الغير في تاريخه إلا منذ أن يكون له تاريخ ثابت ويكون تاريخ السند ثابتا في إحدى الحالات التالية:أ- من يوم أن يصدق عليه الكاتب العدل.ب- من يوم أن يثبت مضمونه في ورقة أخرى ثابتة التاريخ.ج- من يوم أن يؤشر عليه قاضي أو موظف مختص.د- من يوم وفاة احد ممن لهم على السند اثر معترف به من خط أو إمضاء أو بصمة إبهام أو من يوم أن يصبح مستحيلا على احد من هؤلاء أن يكتب أو يبصم لعلة في جسمه أو بوجه عام من يوم وقوع أي حادث أخر يكون قاطعا في أن السند قد صدر قبل وقوعه. ثانيا: ومع ذلك يجوز للمحكمة تبعا للظروف أن لا تطبق الفقرة (أولا)على الوصولات " ([4]) ، ويلاحظ أن المادة ،قد استثنت الوصولات من قاعدة ثبوت التاريخ ، ويرجع هذا الاستثناء إلى مراعاة ما تقضي به الضرورات العملية ورفع الحرج عن الناس في

([1]) في هذا الصدد يقصد بالخلف العام: هو من يخلف سلفه في ذمته المالية كلها أو في جزء شائع منها كالثلث والربع والنصف كالوارث والموصى له بجزء شائع من التركة كالثلث، والخلف يخلف سلفه بمقتضى أحكام الميراث والوصية، فمن الطبيعي أن يتأثر بالعقود التي ابرمها سلفه، تنظر: المادة /142 من القانون المدني العراقي النافذ المرقم 40 لسنة 1951 المعدل ؛ في حين أن المقصود بالخلف الخاص :هو من يخلف الشخص في مال معين من أمواله كالمشتري والموصى له بعين معين كملكية دار معينة مثلا ، فهو كل من انتقل إليه حق خاص أو مال ،وهذا لا يتأثر بالتصرفات التي يجريها السلف إلا إذا كانت تلك التصرفات تتعلق بالشيء الذي يخلفه فيه ،كما يجب أن يكون التصرف صادرا من سلفه قبل انتقال الشيء إليه ، فإذا ما رهن شخص داره لدى المصرف العقاري ثم باعها ،فإنها تنتقل إلى المشتري وهي مرهونة ؛ وللمزيد من التفصيل تنظر: المواد/ 363و1344و1352و1354 من القانون المدني العراقي ؛ وينظر: الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي،د.عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير، دار الكتب للطباعة والنشر، جامعة الموصل، 1980م، ج1، في مصادر الالتزام، ص130.

([2]) ينظر : شرح أحكام قانون الإثبات العراقي ، د.عباس العبودي ،مرجع سابق، ص120.

([3]) ينظر : شرح قانون الإثبات العراقي رقم 107 لسنة 1979، المحامي حسين عبد الهادي البياع، ، ط1، بغداد، 1986م ، ص38.

([4]) تنظر: المادة /15 من قانون الإثبات المصري ؛ والمادة /11 من قانون البينات السوري ؛ والمادة /12 من قانون البينات الأردني ؛ والمادة /154 من قانون أصول الحاكمات المدنية اللبناني.

المعاملات بوصف الوصولات عمليات بسيطة كثيرة الوقوع في الحياة العملية ، وان المدين في الصورة الغالبة عندما يدفع الدين لا يفكر في إثبات تاريخ الوصولات ([1]) .

فالوثيقة العادية إذا اقر بها من نسب إليه أو ثبت نسبته إليه بعد الإنكار اعتبر جميع ما ورد فيها- ماعدا التاريخ - حجة على طرفيه والغير كما هو الحال بالنسبة للوثيقة الرسمية، إلا انه يجوز الطعن فيها عن طريق الادعاء بالتزوير، فإذا ثبت تاريخ الوثيقة العادية بإحدى الحالات المذكورة في المادة أعلاه ،فهذا التاريخ يكون حجة على الغير ويسري بحقه منذ الوقت الذي اعتبر فيه التاريخ ثابتا ، لا من التاريخ المثبت بالوثيقة ، ويجب لإمكان التمسك بعدم ثبوت التاريخ أن يكون الغير حسن النية لا يعلم بالتصرف الذي يحتج بعدم ثبوت تاريخه، أما إذا كان الخلف الخاص أو الدائن الحاجز يعلم وقت انتقال الحق إليه أو وقت توقيع الحجز بالتصرف المتعلق بالمال الذي انتقل إليه أو الذي حجز عليه ،فانه يكون سيء النية ولا يستطيع التمسك بعدم ثبوت تاريخه ، إنما الأصل حسن النية فمن يدعي سوء نيته على خلافه عليه أن يقيم الدليل على ما يدعيه،وهناك حالات تكون فيها الوثيقة العادية حجة على الغير على الرغم من عدم ثبوت تاريخها وهذه الحالات هي كما يأتي([2]) :-

1- في حالة إذا لم تكن الوثيقة العادية معدة أصلا لإثبات التصرف القانوني ،ومن ثم فان الأوراق المنزلية والدفاتر التجارية لم تعد أصلا ، بل جعلت لها القوانين تجوزا قيمة الوثائق العادية، وباعتقادنا أن وثيقة الأوراق المالية الإسلامية العادية للمشاريع الاستثمارية تكون حجة على الغير على الرغم من عدم ثبوت تاريخها طبقا لهذه الحالة الاستثنائية، لأنها لم تعد أصلا لإثبات التصرف القانوني ،وإنما مجرد الاستشهاد بان الشخص يملك كذا عدد من الأسهم والحصص في المشروع الاستثماري.

2- إذا كان القانون لا يتطلب الكتابة للإثبات كالتصرفات القانونية التي لا تزيد قيمتها على النصاب القانوني المحدد وهي خمسة آلاف دينار عراقي ، والتي يجوز إثباتها بالشهادة والقرائن ، ومن ثم فإذا حررت وثائق عادية لإثبات هذه التصرفات فلا يشترط فيها ثبوت التاريخ.

3- الوصولات عملا بالمادة /26- ثانيا من قانون الإثبات العراقي ،فيجوز للمحكمة تبعا للظروف ان لا تطبق المادة /26- أولا من قانون الإثبات العراقي على الوصولات،وذلك كما ذكرنا مراعاة للظروف العملية ورفع الحرج عن الناس في التعامل.

([1]) ينظر : شرح أحكام قانون الإثبات العراقي ، د.عباس العبودي ،مرجع سابق، ص121.

([2]) للمزيد من التفصيل ينظر : شرح قانون الإثبات ، د.عصمت عبد المجيد ، مرجع سابق ، ص78و81.

الخاتمة

من خلال هذه الدراسة توصلنا إلى عدة نتائج، قمنا بتثبيتها في مواضعها من الدراسة،وسأكتفي هنا بالإشارة إلى أهم تلك النتائج والتوصيات التي توصلنا إليها وذلك على الشكل الآتي:-

أولا: النتائج:-

1- اتضح لنا مدى أهمية هذه الأوراق المالية الإسلامية التي تعد بمثابة وثيقة أو وحدات استثمارية 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 محررات 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 .

2- خلصنا إلى أن للأوراق المالية الإسلامية عدة خصائص فهي أداة مالية جديدة بفئات متساوية القيمة وقابلة للتداول قد تصدر باسم مالكها أو لحاملها ، 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 ، وهي بهذا تتميز عن كل من الأوراق النقدية والتجارية والأوراق المالية التقليدية المعروفة في التعامل التجاري كالسهم والسند .

3- توصلنا إلى أن الأوراق المالية الإسلامية عبارة عن وحدات استثمارية إما 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 إما وثائق رسمية أو وثائق عادية عرفية .

4- خلصنا إلى 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، والمقصود 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، 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، وتعد هذه الوثيقة 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.

5- خلصنا إلى 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.

ثانيا: التوصيات:-

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

1- نقترح إضافة فقرة جديدة للمادة/ 27 من قانون الإثبات العراقي لتكون بالصيغة الآتية: " رابعا: تكون لمستخرجات الفاكس الرسمية حجية الصورة الرسمية الأصلية " .

2- نقترح تعديل نص المادة /39 من قانون الإثبات العراقي وإضافة الجملة الآتية : "...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.

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

4- نوصي بوجوب عرض إدارة الصندوق 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.

5- نقترح ونوصي بشدة إلغاء أي تشريع يتعارض ويخالف الشريعة الإسلامية خاصة وإصدار قوانين سواء في هذا الصدد أم بغيره موافقة لأحكام الشريعة الإسلامية وغير مخالفة لها .

6- 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 الصناديق للتأكد من توافق أنشطتها الاستثمارية وأحكام الشريعة الإسلامية.

7- 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.

ثبت المراجع المصادر للدراسة

أولا / كتب القانون :-

1- الإثبات بالمحررات في الشريعة الإسلامية ومواد الأحوال الشخصية والقضايا الجزائية ، حسين المؤمن ، مطابع دار الفجر، بيروت، 1975م.

2- أصول الإثبات وإجراءاته في المواد المدنية في القانون المدني مقارنا بتقنينات سائر البلاد العربية، د. سليمان مرقس ، عالم الكتب، القاهرة، 1981م، ج1، الأدلة المطلقة.

3- التوقيع الالكتروني ، د. ثروت عبد الحميد، دار النيل للطباعة والنشر ، مصر، 2001م .

4- التوقيع الالكتروني،د.سعيد السيد قنديل،ط2،دار الجامعات الجديدة للنشر،الإسكندرية،2006م.

5- التوقيع الالكتروني وحجيته في الإثبات ، منير محمد الجنبيهي وممدوح محمد الجنبيهي، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 2005 م.

6- شرح أحكام قانون الإثبات العراقي ، د.عباس العبودي، ط2، دار الكتب للطباعة والنشر، جامعة الموصل، 1997م .

7- شرح قانون الإثبات ، د.عصمت عبد المجيد ، المكتبة القانونية ، بغداد ، من دون سنة طبع .

8- شرح قانون الإثبات العراقي رقم 107 لسنة 1979، المحامي حسين عبد الهادي البياع، ، ط1، بغداد، 1986م .

9- الصناديق والصكوك الاستثمارية الإسلامية دراسة تطبيقية فقهية، د.هشام احمد عبد الحي ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 2010م .

10- القانون الإداري، د. ماهر صالح علاوي الجبوري، مديرية دار الكتب للطباعة والنشر، جامعة الموصل ، 1989م .

11- القانون التجاري، د. أكرم يا ملكي ود.فائق الشماع ، مطبعة جامعة الموصل، بغداد ، 1980م.

12- القرارات المتعددة بالاستثمار وأساليب التحليل متعددة الأبعاد ، مازن طلال عبيدات ، ط1، شركة المطبعة الاقتصادية ، من دون مكان طبع ، 1985 م.

13- قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية في القانونين المصري واللبناني ، د. أنور سلطان ، من دون مكان الطبع، بيروت ، 1986م.

14- مبدأ الثبوت القانوني ، دراسة مقارنة في الإثبات المدني ، الشيخ د. أوان عبد الله الفيضي ، دار الكتب القانونية ، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر- الإمارات ، 2012م.

15- نظام الإثبات في المواد المدنية والتجارية ، د. عابد فايد عبد الفتاح فايد ، ط1، دار النهضة العربية ، القاهرة، 2006م .

16- الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي،د.عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير، دار الكتب للطباعة والنشر، جامعة الموصل، 1980م، ج1، في مصادر الالتزام.

17- الوسيط في شرح القانون المدني ، د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1968م ، ج2، الإثبات وآثار الالتزام .

ثانيا /الدوريات :-

1- جريدة الوقائع العراقية ، تصدر عن وزارة العدل العراقية، ع/ 4031 في 1/17/ 2007.

2- جريدة الوقائع العراقية ، تصدر عن وزارة العدل العراقية، ع / 4256 في 5/ 11/ 2012 .

3- جريدة الوقائع العراقية، تصدر عن وزارة العدل العراقية، ع/4274 في 2013/4/15 .

ثالثا /قرارات المحاكم القضائية غير المنشورة :-

1- قرار محكمة الأحوال الشخصية في بلدروز رقم/552/ش/2012في 2012/12/23.

2- قرار محكمة استئناف نينوى الاتحادية رقم/ 387 /ث ب/2006 في 2006/9/5.

3- قرار محكمة بداءة الموصل رقم / 2010/10095 في 2011/11/11.

4- قرار محكمة بداءة بلد روز رقم /271/ب/2012 في 2012/7/29 .

5- قرار محكمة بداءة بلد روز رقم /407/ب/2012 في 2012/12/24 .

6- قرار محكمة بداءة حمام العليل رقم/ 134/ب/2011 في 2011/7/31.

رابعا / متون الاتفاقيات الدولية والقوانين:-

(1)/الاتفاقيات الدولية:-

1- قانون تصديق اتفاقية تنظيم أحكام التوقيع الالكتروني في مجال المعاملات الالكترونية في الدول العربية النافذ رقم 101 لسنة2012 – والتي صادق عليها العراق بتاريخ 3/ 12/ 2012 –.

(2)/القوانين العربية :- وتضم العراقية والمصرية والسورية والأردنية واللبنانية والكويتية وكالاتي:

أ- القوانين العراقية :-

1- قانون الإثبات العراقي النافذ رقم 107 لسنة 1979 المعدل بالقانون 46 لسنة 2000م .

2- قانون الاستثمار العراقي النافذ رقم 13 لسنة 2006 .

3- قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية العراقي النافذ رقم 78 سنة 2012.

4- قانون الخدمة المدنية العراقي النافذ رقم 24 لسنة 1960 المعدل.

5- قانون العقوبات العراقي النافذ رقم 111 لسنة 1969 المعدل .

6- القانون المدني العراقي النافذ المرقم 40 لسنة 1951 المعدل .

ب- القوانين المصرية:-

1- قانون الإثبات المصري النافذ رقم 25 لسنة 1968 المعدل.

2- اللائحة التنفيذية لقانون سوق رأس المال المصري رقم 95 لسنة 1992 ، والصادرة (اللائحة) من وزير الاقتصاد والتجارة الخارجية رقم 135 لسنة 1993.

ت- القوانين السورية :-

1- قانون البينات السوري النافذ رقم 359 لسنة 1947 المعدل .

ث- القوانين الأردنية:-

1- قانون البينات الأردني النافذ رقم 30 لسنة 1952 المعدل بالقانون المؤقت رقم 37 لسنة2001.

2- قانون الأوراق المالية الأردني المؤقت رقم 76 لسنة 2002.

ج- القوانين اللبنانية:-

1- قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية اللبناني النافذ رقم 90 لسنة 1983 المعدل.

ح- القوانين الكويتية:-

1- قانون تداول الأوراق المالية وصناديق الاستثمار الكويتي لعام 1990.