الخلل في التنظيم القانوني للصكوك: نحو معالجة تشريعية تعزز من دورها في تمويل المشروعات التجارية

أ. د. مجدي شهاب
أستاذ الاقتصاد والمالية العامة
كلية القانون الكويتية العالمية

د. خالد التلاحمة
أستاذ القانون التجاري المشارك
كلية القانون الكويتية العالمية
كلية الحقوق والإدارة العامة، جامعة بيرزيت، فلسطين

الملخص

تهدف الدراسة إلى إجراء تقييم نقدي للتشريعات المتعلقة بالصكوك الإسلامية في بعض البلدان العربية، مع التركيز بشكلٍ أساسي على فحص وتقييم أقسام البنية العامة لمسودة مشروع قانون الصكوك الكويتيٍ لسنة 2019، وتحاول الإجابة عن جملة من التساؤلات الملحّة في هذا الشأن، ومن ذلك التساؤل حول التغيير التشريعي؛ هل من شأنه أن يحسّن القدرة التنافسية للصكوك في تمويل مشروع الشركة وتوفير حماية أفضل للمستثمرين؟ وهل نحن بحاجة لإيجاد إطار قانوني تنظيمي متخصّص للصكوك، أم يكفي إدخال تعديلات على الإطار الحالي للسندات التقليدية من أجل استيعابها في أسواق رأس المال وفقاً لطبيعتها الخاصة؟ وهل تم عمل الدراسات اللازمة لإعداد التشريعات قبل البدء بصياغة نصوص قوانين الصكوك، أم أنها صيغت بآلية غير تشاركية دون الاستماع إلى وجهات نظر أصحاب المصالح والأطراف الفاعلين في العملية التشريعية.

ومن ثمّ تأتي هذه الدراسة لبيان أوجه الخلل التشريعي في التنظيم القانوني للصكوك، وبحث إشكاليات الصياغة التشريعية من غموضٍ ونقصٍ وتعارض وعدم انسجام تشريعي في نصوص بعض القوانين المنظمة للصكوك، ومشروع قانون الصكوك الكويتي لسنة 2019، وكذلك وضع تصور دقيق لطرق معالجة ذلك الخلل من خلال توضيح الخطوات التمهيدية اللازمة لإعداد قانون الصكوك، وعرض مذكرة السياسة التشريعية المقترحة، التي يتعيّن على الصائغ الالتزام بما ورد فيها عند البدء بالصياغة التشريعية.

كلمات دالة: السندات التقليدية، المشروعات التجارية، السياسة التشريعية، إصلاح التشريعات.

المقدمة

من أجل توفير تنظيم تشريعي مناسب للصكوك الإسلامية، جرت محاولات إصلاح تشريعي للقوانين المتعلقة بالتمويل الإسلامي في بلدان عدة، ولاسيما العربية منها مثل الكويت ومصر والأردن وتونس، إلا أن تلك المحاولات، على الرغم من أهميتها، لم توفر تنظيمًا تشريعيًا مُحْكمًا يستند إلى الأصول السليمة لعملية الصياغة القانونية، ويحقق الأهداف المرجوة من وراء طرح الصكوك كورقة مالية متوافقة مع أحكام الشريعة الإسلامية.

ومن خلال مراجعة بعض ما سُنَّ من قوانين الصكوك، ومشاريع قوانين، فقد لُوحِظَ وجود إشكاليات وعيوب كثيرة في تنظيمها القانوني، على نحو يُشكّل تحديًا أمام استمرار صلاحيتها في تمويل المشروعات التجارية على الوجه المنشود.

وفيما تعود تلك الإشكاليات التقنينية، في جانبٍ منها، إلى وجود قصور أو نقص في تنظيمها القانوني، كما هو الحال في دولتي الكويت وفلسطين، فإنَّ ثمة جوانب أخرى من تلك الإشكاليات تعود إلى وجود عيوب في الصياغة التشريعية للنصوص القانونية الناظمة لها، وعدم التزامها بحدود مرتبتها في العملية التشريعية، وكذلك عدم توافق بعض نصوصها مع القواعد الدستورية ذات الصلة.

وعلى صعيد الواقع، فقد سَنَّتْ دولٌ، مثل مصر، قانونًا للصكوك يحمل الرقم 10 لسنة 2013، ولكنه لم يفعّل على أرض الواقع، بل تم إلغاؤه عام 2018؛ بموجب المادة الرابعة من قانون رقم 17 لسنة 2018 بتعديل بعض أحكام قانون سوق رأس المال الصادر بالقانون رقم 95 لسنة 1992، الأمرَ الذي يستدعي بحثًا في الأسباب المعيقة والإشكالات القانونية والعملية ذات الصلة، وكذلك بحثًا لوجوه الاختلاف في شكل التنظيم القانوني وطبيعة التحديات التي تواجه الصكوك مقارنة بالسندات، والتي من أبرزها: تلك التحديات المتعلقة بالبحث عن وجود آليات لتوحيد معايير إصدار الصكوك، وتوحيد الضوابط في تفسير الأحكام الشرعية المتعلقة بها أو التقريب بينها في الدول المختلفة، وتحديد فهم دقيق لحدود التوافق الممكنة مع أحكام الشريعة الإسلامية، حيث تتطلب معاملات الصكوك إصدار فتوى، أو تصريح قانوني من فقهاء أو علماء الشريعة الإسلامية من أجل تعزيز ثقة المستثمرين في أنَّ الصكوك متوافقة تمامًا مع أحكام الشريعة الإسلامية.

وانطلاقًا من النجاحات التي حققتها الصكوك في التنمية الاقتصادية وتمويل المشروعات التجارية في كثير من الدول، على نحوٍ أثبت قدرتها على الصمود في مواجهة أية أزمات

مالية مستقبلية[1]، تنبُع أهمية هذه الدراسة في تركيزها على معالجة الخلل التشريعي المتعلق بالتنظيم القانوني للصكوك؛ وذلك من خلال توفير تنظيم تشريعي جيد يتكئ على الفقه الإسلامي المعاصر للمعاملات المالية؛ لتعزيز فرص التمويل القائم على المشاركة بدلاً من التمويل القائم على الاقتراض، وكذلك لضمان استمرار ورقة الصكوك في أداء دورها الفعّال في الحياة الاقتصادية بصورة عملية تؤدي إلى تلافي أكبر قدر من الأزمات المالية والاقتصادية التي سببتها سياسة التمويل الراهنة للمشروعات التجارية المستندة بالأساس على السندات التقليدية، وما ترتَّبَ عليه من تفاقم ظاهرة الإقراض المفرط. كما تهدف الدراسة إلى بيان كيفية الاستفادة من الشريعة الإسلامية وضوابطها التي تركز على رأس المال، بخلاف غيرها من الأنظمة التي تركز على الحوكمة وتقليل مخاطر الائتمان في إيجاد تنظيم قانوني جديد يُسهّل فرصَ الوصول إلى رأس المال، ويوفّر وسائل حماية فاعلة للمستثمر.

ومن أجل تعزيز فاعلية الدراسة في هذا السياق، تم وضع مقاربة تشريعية تختبر الضوابط القانونية والشرعية التي تحكم معاملات الصكوك، والقوانين والأنظمة ذات الصلة بها؛ بغرض بيان مدى كفاءتها وقدرتها على توفير التمويل اللازم للمشروعات التجارية وفي مقدمتها الشركات، إلى جانب تقويم التشريعات الناظمة لها وبيان مدى ملاءمتها بأسلوب تحليلي مقارن، لاسيما وأن هناك قوانين سنّت في الصكوك وألغيت مثل قانون الصكوك المصري رقم 10 لسنة 2013، وقوانين مازالت نافذة مثل قانون صكوك التمويل الأردني رقم 30 لسنة 2012، وقانون الصكوك الإسلامية التونسي رقم 30 لسنة 2013، وهناك مشاريع قوانين اقترحت ولكنها لم تمر بعد بكل مراحلها الدستورية، كما هو الشأن بالنسبة لمشروع قانون الصكوك الكويتي لسنة 2019 الذي قدّم من خمسة من أعضاء مجلس الأمة الكويتي، علمًا بأن هناك قوانين أخرى في الكويت نصّت على الصكوك، فقد تضمن قانون الشركات رقم 1 لسنة 2016 نصوصًا خاصة بالصكوك الإسلامية وبتعيين هيئة الرقابة الشرعية بالنسبة للشركات التي تعمل وفقًا لأحكام الشريعة الإسلامية، وذلك في مواده (14، 15، 145، 211)، كما نصّ عليها القانون رقم 7 لسنة 2010 بشأن إنشاء هيئة أسواق المال وتنظيم نشاط الأوراق المالية، وكذلك

(1) أحمد شعبان محمد علي، الصكوك ودورها في تحقيق التنمية الاقتصادية، دار التعليم الجامعي، الإسكندرية، 2014. سليمان ناصر وربيعة بن زيد، الصكوك الإسلامية كأداة لتمويل التنمية الاقتصادية ومدى إمكانية الاستفادة منها في الجزائر، ورقة مقدمة في مؤتمر حول «منتجات وتطبيقات الابتكار والهندسة المالية بين الصناعة المالية التقليدية والصناعة المالية الإسلامية»، جامعة فرحات عباس، الجزائر، 5-2014/5/6. زياد الدماغ، الصكوك الإسلامية ودورها في التنمية الاقتصادية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2012.

لائحته التنفيذية لسنة 2015 التي تضمنت في الكتاب الحادي عشر منها فصلاً كاملاً عن الصكوك الإسلامية.

ومن ثَمَّ، ستشرع الدراسة في تتبع جوانب الخلل التشريعي في التنظيم القانوني للصكوك متضمنة المعالجة التشريعية التي تعزز من دور الصكوك في تمويل المشروعات التجارية، وذلك في مبحثين: يُعنى المبحث الأول بمعالجة جوانب الخلل التشريعي في الخطوات التمهيدية لبناء مشروع قانون الصكوك، فيما يهتم المبحث الثاني بالتطرق إلى جوانب الخلل التشريعي في أقسام البنية العامة لمشروع قانون الصكوك، ووضع العلاجات التشريعية لتلك الجوانب.

المبحث الأول
جوانب الخلل التشريعي في الخطوات التمهيدية لبناء مشروع قانون الصكوك

يتطلب الحكم على أي عمل تشريعي معرفة الفلسفة العامة والخطوط العريضة التي ينطلق منها هذا العمل لإيضاح إيجابياته وسلبياته، أين أصاب وأين أخفق[2]، ولتحقيق ذلك لابُدَّ من الوقوف على مسلك أو خطة الجهة المختصة بالتشريع في التشريعات التي تقوم بسنها[3].

وبالرجوع إلى النصوص والقوانين المنظمة للصكوك، يلاحظ أن مسلك الجهة المختصة بالتشريع جاء، أحيانًا مشوشًا، وانعكس ذلك على بناء التشريع بأكمله، ومردّ ذلك يعود لأمورٍ منها[4]:

أ. أظهرت المنهجية التى تمت بها عملية الصياغة وجود التباين التشريعي في تنظيم الصكوك في الدول التي سنّت تشريعات خاصة بها، وقد أدى ذلك إلى إصدار قوانين تتضمن عيوباً شكلية وموضوعية نتيجة لعدم مراعاتها أصول وضوابط إعداد وصياغة التشريعات، وعدم ارتكازها على برلمانات مستقلة فاعلة تمارس دورها الرقابي والتشريعي، وتملك سلطة انتقاد مشاريع القوانين التي تقدمها الحكومة وتغييرها لتتناسب مع السياسة العامة العليا للدولة، وتكون متوافقة مع مبادئ الحكم الجيد، ومبادئ الشريعة الإسلامية بالنسبة للقوانين المنظمة للصكوك.

ب. تأثرت صياغة النصوص والقوانين التي نظمت الصكوك بنوعية السياسة التشريعية، فالدول التي تتبع «سياسة» عامة للتشريع جاء قانونها متسقًا ومنسجمًا مع نصوص القوانين الأخرى ومع أحكام الدستور، أما الدول التي لا توجد فيها سياسة عامة للتشريع، وتصدر فيها القوانين بشكل عشوائي قبل عمل الدراسات اللازمة، ودون وجود خطة تشريعية تحدد على أساسها الأولويات التشريعية وفق جدول زمني

(2) خالد التلاحمة وعبد الرحيم طه، أصول الصياغة القانونية، المعهد القضائي الفلسطيني، رام الله، فلسطين، 2013، ص 49.

(3) دليل الصياغة التشريعية، معهد الحقوق، جامعة بيرزيت، فلسطين، 2000، ص 27.

(4) علي الصاوي، الصياغة التشريعية للحكم الجيد، ورقة عمل قدمت في ورشة عمل حول تطوير نموذج للصياغة التشريعية للبرلمانات العربية، بيروت 2003، ص5. فايز بكيرات وآخرون، العملية التشريعية في فلسطين: بين النظرية والتطبيق، معهد الحقوق، جامعة بيرزيت، فلسطين، 2005، ص32–30. خالد التلاحمة وعبد الرحيم طه، مرجع سابق، ص50.

ومعايير معينة، فقد تباينت أساليب الصياغة فيها من قانون لآخر، وظهرت بوضوح في قوانينها عيوب الصياغة التشريعية من نقص وغموض وتعارض وركاكة[5].

لذلك فإن نجاح عملية إصدار الصكوك، سواء أكانت حكومية أم خاصة رهن بتوفير بيئة قانونية سليمة تساعد على زيادة الإقبال على استخدامها في الحياة الاقتصادية[6]، كما أن التطلّع لوجود تشريع جيد ينظّم الصكوك ممكن إذا كانت هناك سياسية عامة تسير عليها الدولة في إعداد جميع تشريعاتها، لكي تخرج متفقة مع الدستور ومتسقة مع بعضها بعضًا دون تضارب أو تعارض، ولاسيما في الدول العربية التي تتباين في معظمها أساليب الصياغة التشريعية من تشريع لآخر، وهذا يعني ضرورة أن يسبق صياغة نصوص قانون الصكوك وجود مذكّرة سياسية تشريعية تضعها الجهة المقترحة للتشريع، وتقدّمها إلى الصائغ القانوني لدراستها وتحليلها والانطلاق منها إلى صياغة تشريع يعكس الأفكار والمبادئ الواردة فيها، دون أن يكون له حق معالجة أي مسائل تخرج عن نطاقها إلا بعد الرجوع للجهة التي وضعتها وأخذ موافقتها وملاحظاتها على ذلك، وبالنظر إلى أن الدول التي سنّت قوانين للصكوك لم تقم الجهات المختصة فيها بصناعة سياستها التشريعية، من خلال إعداد مذكرة السياسة التشريعية، فإننا سنقوم بتوضيح الخطوات التمهيدية التي كان من المفترض التقيد بها للخروج بتشريع جيد قبل البدء بصياغة قانون الصكوك في أي دولة، ويتمثل أهم هذه الخطوات في إعداد مذكرة السياسة التشريعية، وفهم مشروع القانون وتحليله من قبل الصائغ، وسنعرضها على النحو الآتي[7]:

أولاً– إعداد مذكرة السياسة التشريعية لمشروع قانون الصكوك المقترح، وتشتمل على ما يأتي:

1. عنوان مشروع قانون الصكوك

لابدَّ من التوضيح للصائغ بشأن عنوان التشريع المقترح صياغته بحيث يكون واضحًا ومختصراً ومعبرًا عن محتويات التشريع بشكل لا يثير اللبس أو الغموض، وفي هذه النقطة يلاحظ من مراجعة قوانين الصكوك التي سنّت أنها جاءت بعناوين مختلفة

(5) انظر حول عيوب الصياغة التشريعية: فايز بكيرات وآخرون، مرجع سابق، ص67–70.

(6) محمد مبارك فضيل البصمان، التنظيم القانوني للصكوك التمويلية وتمييزها عن السندات «دراسة في القانون الكويتي والقانون المقارن»، كتاب صادر عن مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، 2015، ص229 .

Khalid Talahma, Islamic Bonds (Sukuk): Opportunities and Challenges Asper Review of International Business and Trade Law. Faculty of Law, University of Manitoba, Winnipeg, Vol.15, 2015, Pp.398-400.

(7) دليل الصياغة الشريعية، مرجع سابق، ص 33–35. خالد التلاحمة وعبد الرحيم طه، مرجع سابق، ص64–68.

بعضها عن بعض، بالرغم من أن محتوياتها متقاربة، فقد استخدم المشرِّع المصري عنوان قانون الصكوك رقم 10 لسنة 2013، دون أية إضافة لكلمة «الصكوك»، وقد ألغي هذا القانون بموجب المادة الرابعة من قانون رقم 17 لسنة 2018 بتعديل بعض أحكام قانون سوق رأس المال الصادر بالقانون رقم 95 لسنة 1992، أما المشرِّع التونسي فقد استخدم عنوان الصكوك الإسلامية في القانون رقم 30 لسنة 2013، في حين استخدم المشرِّع الأردني في القانون رقم 30 لسنة 2012 عنوان صكوك التمويل الإسلامي، أما في الكويت فقد جاء عنوان مقترح قانون الصكوك المقدم من خمسة من نواب مجلس الأمة الكويتي لسنة 2019 باستخدام كلمة «الصكوك» فقط.

هذا الاختلاف يمكن التغلب عليه من خلال إعداد قانون نموذجي للصكوك يشارك في وضعه خبراء دوليّون متخصصون في مجالات الشريعة والقانون والاقتصاد، بحيث يشكل مرجعية قانونية تساعد الدول على الاسترشاد به في إعداد تشريعاتها الداخلية المتعلقة بالصكوك، ونحن نميل إلى أن يعنون القانون النموذجي للصكوك بالآتي: «قانون الصكوك النموذجي رقم ... لسنة ...» دون إضافة كلمة «إسلامية»؛ لأن كلمة «الصكوك» معروفة دوليًا وخاصّة عند الباحثين الغربيين على أنها أداة تمويل إسلامي وليس رأسمالياً، حتى أنهم استخدموها كما هي دون ترجمة، وأطلقوا عليها في اللغة الإنجليزية لفظة الـ (Sukuk) وفي قليل من الأحيان يسمونها (Islamic Bonds)[8]. ولمن يرى ضرورة إضافة كلمة «إسلامية» بعد كلمة «الصكوك» بقصد تمييزها عن أدوات التمويل الربوية المحرّمة شرعًا والتي تتخذ من الفائدة أساسًا لها مثل السندات التقليدية، نقول إنه يمكن توضيح معناها في مادة التعريفات بدلاً من أن ترد في عنوان التشريع.

2. تحديد المشكلة التي يريد مشروع قانون الصكوك معالجتها

يأتي التشريع في العادة لعلاج مشكلة معينة قد تكون ذات أبعاد سياسية أو اقتصادية أو اجتماعية، وهذه المشكلة يجب أن تكون وليدة البيئة التي يوضع فيها التشريع، وليس خافيًا أن البعد الاقتصادي هو الدافع الأساسي من وراء إعداد قانون

(8) See: Hanif, Muhammad, Differences and Similarities in Islamic and Conventional Ban - ing, International Journal of Business and Social Sciences, Vol. 2, No. 2, 2010; Salah, Omar, Dubai Debt Crisis: A Legal Analysis of the Nakheel Sukuk, Berkeley Journal of International Law, Vol. 4, 2010, Pp. 19-32; Godlewski, Christophe, et al. Are Islamic Investment Certificates Special? Evidence on the Post-Announcement Performance of Sukuk Issues, April 5, 2010, University of Strasbourg - large Research Center, Large Working Paper No. 2010-05; Mohamad, Shamsher, et al. Exigency for Sukuk Bonds Financing: Issues and Discussions, August 26, 2010. Available http://ssrn.com/abstract=1666103.

ينظم الصكوك كأداة تمويل مقترحة لتكون بديلاً عن سياسات التمويل الراهنة التي عرّضت الاقتصاد لأزمات مالية عديدة مازالت آثارها مستمرة بسبب تشجيعها على الاقتراض المفرط، ولكن وضع قانون خاص بالصكوك قد يكون مختلفًا عن وضع كثير من القوانين التي تصدرها الدولة من حيث خصوصية الأحكام التي يتضمنها وضرورة أن تكون متوافقة مع أحكام الشريعة الإسلامية التفصيلية ومبادئها وقواعدها الكلية، ومن هذه الأحكام تحديد معيار عائد الصكوك[9]، إذ لا يوجد حتى الآن مؤشر بديل متفق عليه تطبقه البنوك غير معيار مؤشر سعر الفائدة في السوق، لذلك هناك حاجة مُلحّة لوجود مؤشر إسلامي لتحديد معيار العائد في الصكوك غير مؤشر سعر الفائدة السائد في الأسواق العالمية، إلى جانب ضرورة أن تكون نصوص قانون الصكوك محْكمة خالية من عيوب الصياغة التشريعية، ومن شأنها أن تحسّن من قدرة الصكوك التنافسية في تمويل المشروعات التجارية، وتوليد أصول مالية قادرة على جذب المدّخرات، وعلى توفير فرص التمويل المربحة في النشاطات الاقتصادية المختلفة أكثر من السندات التقليدية[10].

3. أهداف مشروع قانون الصّكوك المقترح

بما أنّ الصكوك هي أهم وسائل التمويل المتوفرة للشركات والحكومات في الوقت الحاضر، والتي عن طريقها تستطيع هذه الجهات الحصول على رأس المال اللازم للنمو والمنافسة بصورة شرعية مقبولة ودون الوقوع في الربا[11]، فإنّه يجب أن توضّح مذكرة السياسة التشريعية أهداف مشروع القانون المقترح بكلّ دقة وشمولية، شريطة أن تكون هذه الأهداف واقعية وقابلة للتطبيق، ومنها ما يأتي[12]:

- أن يكون بناء مشروع القانون مستهدفًا إعداد قانون موحد وشامل لكل الصكوك المتوافقة مع الشريعة الإسلامية سواء أكانت صادرة عن الحكومة أم عن القطاع

(9) محمد مبارك فضيل البصمان، مرجع سابق، ص204–208. محمد القري بن عيد، عرض لبعض مشكلات البنوك الإسلامية ومقترحات لمواجهتها، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة الثامنة، المجلد الثالث، جدة، المملكة العربية السعودية، ص671–678.

(10) فهد الحويماني، المال والاستثمار في الأسواق المالية، ط2، السعودية، دون تاريخ نشر، ص391 .

(11) انظر حول الأهمية الاقتصادية للصكوك الإسلامية: أسامة عبد الحليم الجورية: صكوك الاستثمار ودورها التنموي في الاقتصاد، رسالة ماجستير، معهد الدعوة الجامعي للدراسات الإسلامية 2009، ص 130–136. محمد تقي العثماني، الصكوك كأداة لإدارة السيولة، بحث مقدم للندوة العشرين للمجمع الفقهي الإسلامي، مكة المكرمة، 25 – 26 /12/ 2010، ص 6. زاهر علي محمد عامر، التصكيك ودوره في تطوير سوق مالية إسلامية، دار عماد الدين، عمان، 2009، ص197–200.

(12) المذكرة الإيضاحية للاقتراح بقانون بشأن إصدار قانون الصكوك الكويتي لسنة 2019، منشورة في جريدة الأنباء بتاريخ 2019/1/3، ص 7.

الخاص، دون الحاجة لإفراد قانون مستقل للصكوك التي تصدرها الحكومة والهيئات العامة والأشخاص الاعتبارية العامة، وآخر للصكوك التي تصدر عن القطاع الخاص والشركات التجارية، ولاسيما أن المساحة المشتركة للمواد القانونية الخاصة بالصكوك أيًا كان نوعها وجهة إصدارها كبيرة، وهو ما يبرر وجود قانون واحد – لا قانونين– ينظم إصدارات الصكوك من القطاعين العام والخاص.

- سد جزء من الفجوة التمويلية داخل الاقتصاد الكلي للدولة سواء على المستوى الحكومي أو الخاص، من خلال الإسهام في تمويل أصول ومشروعات استثمارية متعددة.
- استيعاب كل النصوص المتفرقة المتعلقة بالصكوك في القوانين التي لها صلة مباشرة بإصدار الصكوك، وعلى سبيل المثال تشمل هذه القوانين في الكويت، قوانين النقد والبنك المركزي، والشركات والتجارة، والمهنة المصرفية، وهيئة سوق رأس المال وتداول الأوراق المالية، وكذلك المراسيم الخاصة بالسماح لوزارة المالية بالحصول على التمويل من خلال الصكوك أو بالاقتراض بالسندات والأذون.

4. أدوات تنفيذ مشروع قانون الصكوك المقترح

يجب أن تشتمل مذكرة السياسة التشريعية على الآليات والوسائل التي بمقتضاها يتم وضع التشريع موضع التطبيق العملي على أرض الواقع، وذلك من خلال إيجاد هيئة أو مؤسسة معينة تقوم على تطبيق أحكام قانون الصكوك المقترح مثل هيئة الرقابة المالية أو هيئة أسواق المال، وفي خصوص قانون الصكوك هناك ضرورة للنص على هيئة الرقابة الشرعية لأهمية دورها في إبداء الرأي الشرعي في كل ما يتعلق بإصدار الصكوك وتداولها وإلغائها، إلى جانب وضع لوائح تنفيذية وتعليمات وإجراءات تكفل وضع القانون موضع التطبيق العملي اللازم له.

5. ضمانات تطبيق مشروع قانون الصكوك المقترح

لضمان الالتزام بأحكام القانون المقترح تشتمل مذكرة السياسة التشريعية على الضمانات والجزاءات الكفيلة بتطبيقه على أرض الواقع، سواء أكانت مدنية أم جزائية، شريطة أن تنسجم هذه الضمانات والجزاءات مع الأصول العامة للمسؤولية المدنية في الشق المدني ومع قواعد التجريم والعقاب في الشق الجنائي. إلى جانب ضرورة ضبط كل الجوانب الخاصة بالقانون بشيء من التفصيل، نظراً لحداثة أداة الصكوك نسبيًا في كثير من البلدان، وهو ما يعمل على تقليل مساحة الاجتهاد في تفسير

الأحكام الشرعية المتعلقة بها قدر المستطاع، حيث إنه: «لا اجتهاد مع النص» كما أنه يُسهم في تحديد فهم دقيق لحدود التوافق الممكنة مع أحكام الشريعة الإسلامية، وهو ما يتطلب العمل على أن يَتْبَع قانون الصكوك فور إقراره في أي دولة إصدار لائحة تنفيذية لتقليل عقبات التطبيق إلى أدنى حد ممكن[13].

6. تأثير التشريع المنظّم للصكوك على الظروف القائمة والتشريعات النافذة

لوحظ من مراجعة بعض القوانين الخاصة بالصكوك – على نحو ما سنبين لاحقًا في هذا البحث – أنه لم يتم عمل البحث اللازم لتحديد تأثير نصوص قانون الصكوك على الظروف القائمة والتشريعات النافذة، مما أدى من جهة إلى وقوع هذه القوانين في مشكلة التعارض والتناقض مع غيرها من التشريعات النافذة أو الاتفاقيات الدولية ذات الصلة سواء أكانت تلك التشريعات من ذات الدرجة أم من درجة أعلى كالدستور، ومن جهة أخرى حدوث فراغ تشريعي أو ازدواج تشريعي وتضارب في الصلاحيات الواردة في التشريع المقترح مع الجهات الأخرى؛ لذلك وللتغلب على هذه الإشكالية تأتي مذكرة السياسة التشريعية لتحيط صائغ القانون علمًا بتلك المسائل جميعًا، وهذا لا يعفي الصائغ بطبيعة الحال من القيام بعملية البحث والدراسة للنصوص والتشريعات النافذة تلافيًا لحدوث تضارب أو تعارض أو عدم انسجام تشريعي في القانون المقترح مع تشريعات الدولة الأخرى.

7. تحليل الأثر المالي لمشروع قانون الصّكوك المقترح

يجب أن تشتمل مذكرة السياسة التشريعية على تحليل التكلفة المالية المتوقعة والإيرادات التفصيلية المترتبة على تنفيذ القانون المقترح إن وجدت، وبالنسبة للصكوك باعتبارها أداة تمويل قد لا تكون هناك تكلفة على موازنة الدولة، بل على العكس قد تكون وسيلة لتنفيذ ما لديها من مشاريع تنموية ومعالجة العجز في موازنتها العامة وحل مشكلة المديونية، إلى جانب استثمار حصيلتها في المشاريع ذات الدخل المرتفع والربحية، وبالرغم من ذلك لابُدَّ من تحليل الأثر المالي والعوائد المتوقعة من وراء تنفيذ القانون المقترح، وهذا يتطلب من الصائغ التشاور مع الجهات المسؤولة عن زمام الأمور المالية في الدولة حول هذه المسألة، وكذلك التواصل مع خبراء ومختصين في هذا المجال، فمهما كانت الأفكار والمبادئ التي يحملها مشروع قانون الصكوك جميلة ومثالية، إلا أنه لابُدَّ من ربطها ببيان الأثر المالي له على اقتصاد الدولة وميزانيتها.

(13) المذكرة الإيضاحية للاقتراح بقانون بشأن إصدار قانون الصكوك الكويتي لسنة 2019، منشورة في جريدة الأنباء بتاريخ 2019/1/3، ص 7.

ثانيًا- فهم مشروع قانون الصكوك المقترح وتحليله

بعد استلام الصائغ لمذكرة السياسية التشريعية يدخل في مرحلة غاية في الأهمية قبل البدء بصياغة القانون، وهي ضرورة أن يكون على فهم كامل بأهداف المشروع المراد تحقيقه، وأن يكون قادراً على تحليله من منطلق الصياغة ضمانًا لصياغة نصوص قانونية تُسهم في تعزيز دور الصكوك كأداة تمويل فاعلة للمشروعات التجارية وفق أحكام الشريعة الإسلامية. ونوضّح هاتين النقطتين على النحو الآتي[14]:

أ. فهم مشروع القانون

لوحظ أن بعض قوانين الصكوك وضعت على عجل دون أن تمر على صائغ لديه فهم لأهداف المشروع والآليات المختارة لتحقيق تلك الأهداف والنتائج المتوقعة جراء تنفيذ المشروع، وحتى يكون لدينا صائغ لمشروع قانون الصكوك يجب التأكد أن الصائغ قادر على الإجابة العديد من الأسئلة أهمها: معرفة بالفقه المعاصر للمعاملات الإسلامية، وبالقواعد القانونية التقليدية ذات الصلة بالمشكلة المراد معالجتها من خلال التشريع، وكذلك فهم دقيق لما تريد تحقيقه الجهة المرسلة لمذكرة السياسية التشريعية، ومعرفة فيما إذا كانت توجد جهة معينة يتم بواسطتها تطبيق التشريع، وهل يلزم الأمر إنشاء جهة محددة؟ وما هي طبيعة المؤسسات المالية والرقابية ذات الصلة بالتشريع؟ وما هي ضمانات تنفيذ أحكام التشريع في حال الإخلال بها؟ وهل يلزم الأمر ترتيب أحكام جزائية، أم يلزم تعويضات مدنية، أم كليهما؟

وبما أن موضوع التشريع عن الصكوك، فيجدر بالصائغ – على الأقل – أن يكون على معرفة بموضوع البحث وسُداه التخصصي الدقيق بل والمقارن، وأن يكون مطلعًا على قوانين النقد والبنوك والشركات وهيئة سوق رأس المال وتداول الأوراق المالية وقانون التجارة والقوانين الاقتصادية ذات الصلة، وعلى فقه المعاملات في الشريعة الإسلامية، وعلى أنواع المحاكم بشكل عام واختصاصاتها وإجراءات مباشرة الدعوى أمامها وطرق الطعن في أحكامها، وآليات تنفيذ الأحكام القضائية، وغير ذلك من المسائل المرتبطة بها.

ب. تحليل مشروع القانون

على صائغ المشروع أن يقوم بتحليله من منطلق الصياغة، فالطريقة التي يصوغ بها كل حكم من أحكامه على حدة سوف يحددها مدى فهمه لمجموعة من المسائل التي ينبغي له

(14) محمود صبرة، أصول الصياغة القانونية بالعربية والإنجليزية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، ص38. فايز بكيرات وآخرون، معهد الحقوق، مرجع سابق، ص62.

التحقق منها ومراجعتها عند مرحلة التحليل، وهي تتمثل في الآتي[15]:

1. فهم مبادئ الشريعة الإسلامية والفقه المعاصر للمعاملات المالية الإسلامية، والتأكد من عدم تعارض المواد التي يصوغها في المشروع معها، حيث إن الأصل في مصدرية وتقنين تشريعات الصكوك هو أولوية ما يأتي:

- ما انتهت إليه المجامع الفقهية الإسلامية كنموذج للاجتهاد الجماعي، مثل مجْمع الفقه الإسلامي الدولي بجدة، والمجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي، والمجلس الشرعي بهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، والمجلس العام للبنوك والمؤسسات المالية الإسلامية، والبنوك المركزية ومجلس الخدمات المالية الإسلامية.
- المواقع الإلكترونية المتخصصة، مثل المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، والسوق المالية الإسلامية الدولية، والمركز الإسلامي الدولي للمصالحة والتحكيم، والوكالة الإسلامية الدولية للتصنيف، ومنتدى التمويل الإسلامي، والموقع العالمي للتمويل الإسلامي والاقتصاد الإسلامي.
- التقارير الدورية والمجلات المتخصصة، مثل تقارير بنك بوبيان حول الصكوك لسنة 2011، ومجلة الاقتصاد الإلكترونية (IFI)، ومجلة المصرفية الإسلامية الإلكترونية.
- الكتب الفقهية والأبحاث التي كُتبت في مجال الصكوك والتمويل الإسلامي من ذوي الاختصاص من الفقهاء والعلماء، وذلك نظراً لما تحتويه هذه الكتب من تحليلات وتفسيرات لموضوع مشروع قانون الصكوك، كذلك قد تتناول هذه الكتب والأبحاث المسائل التي غفلت عنها التشريعات القديمة أو عالجتها بطريقة غير صحيحة، وبالتالي تدارك ما فات في التشريع الجديد[16].

(15) خالد التلاحمة وعبد الرحيم طه، مرجع سابق، ص136–138. دليل الصياغة التشريعية، معهد الحقوق، مرجع سابق، ص 37–46.

(16) See: Ali Said, Does the Use of Sukuk (Islamic bonds) Impact Islamic Banks Performances? A Case Study of Relative Performance during 2007-2009,Middle Eastern Finance and Economics, EuroJournals Publishing, Inc. Issue 12, 2011, p 67; Thorsten Beck, Asli Demirgüç-Kunt, & Ouarda Merrouche, Islamic vs. conventional banking: Business model, efficiency and stability, Journal of Banking & Finance, Volume 37, Issue 2, February 2013, Pp. 433-447; Beng Soon Chong, Ming-Hua Liu, Islamic banking: Interest-free or interest-based? Pacific-Basin Finance Journal, Volume 17, Issue 1, January 2009, Pp. 125-144; Chapra, Umer, Is it necessary to have Islamic economics? The Journal of Socio-Economics, Volume 29, Issue 1, 2000,

– استشارة الفنيين في موضوع التشريع وخاصة عندما يتناول التشريع مسائل فنية، وفي مجال قانون الصكوك يَحْسُن استشارة المختصين في التمويل الإسلامي وفي الشريعة والقانون والاقتصاد.

2. مدى تضارب المسائل التي يحكمها مشروع قانون الصكوك مع أحكام منصوص عليها في قوانين ذات صلة نافذة داخل الدولة مثل قوانين البنوك والتجارة والشركات وهيئة أسواق المال.

3. مدى اتساق قواعد المشروع والوسائل القانونية التي ستستخدم مع أحكام الدستور والاتفاقيات والمعاهدات التي تكون الدولة طرفاً فيها.

4. تأثير مشروع قانون الصكوك على القوانين الحالية النافذة، من حيث إلغائها بموجبه أو إدخال تعديلات عليها لتكون متسقة مع أحكامه.

5. الأغراض التي قد يحتاج الأمر من أجلها إلى تشريع ثانوي (لائحة تنفيذية أو نظام) لتكملة القانون الجديد.

6. العمل بقاعدة: «لنبدأ من حيث انتهى الآخرون لا من حيث بدأوا» وهذا يعني ضرورة أن يكون الصائغ مطلعًا على التنظيم القانوني للصكوك على المستويين المحلي والدولي، ولاسيما في الدول التي نجحت فيها إصدارات الصكوك مثل ماليزيا وأندونيسيا[17]. إذ إن البحث في التشريعات المقارنة المشابهة في ظروفها لظروف الدولة التي وضع فيها التشريع، يُحسّن من أداء الصائغ ويُكسبه معرفة في كيفية معالجة التشريعات المقارنة لأحكام الصكوك، ويساعده بالتالي على تجنّب ما حصل في صياغة نصوص قوانين صكوك بعض الدول من عملية الاستنساخ من تشريعات دول أخرى دون مراعاة لخصوصية بيئتها القانونية والتشريعية.

7. البحث في القرارات القضائية الصادرة عن المحاكم العليا والمحاكم الدستورية، سواء أكانت صادرة عن محاكم الدولة ذاتها أم محاكم دول أخرى مشابهة في

Pp. 21-37; Hearn, Bruce, Piesse, Jenifer, & Strange, Roger, The role of the stock market in the provision of Islamic development finance: Evidence from Sudan, Emerging Markets Review, Volume 12, Issue 4, December 2011, Pp. 338-353; Meysam Safari, Are Sukuk securities the Same as Conventional Bond?, Proposal for conference: Foundation of Islamic Finance-Second Conference, 8-10 march- Kula Lumpur/ Malaysia, p. 3.

(17) المذكرة الإيضاحية للاقتراح بقانون بشأن إصدار قانون الصكوك الكويتي لسنة 2019، منشورة في جريدة الأنباء بتاريخ 2019/1/3، ص7.

ظروفها للدولة التي يوضع فيها التشريع مع مراعاة الخصوصية قدر الإمكان، حيث إنه يمكن الاستفادة من المبادئ القضائية وتحويلها إلى نصوص تشريعية، ففي مجال إعداد قانون الصكوك يكون من الضروري اطلاع الصائغ على الأحكام ذات الصلة، وخاصة الصادرة في مجال الصكوك والتمويل الإسلامي عن محاكم النقض والمحاكم الإدارية العليا والمحاكم الدستورية.

المبحث الثاني
جوانب الخلل التشريعي في أقسام البنية العامة لمشروع قانون الصكوك

تكونت البنية العامة لمشروع قانون الصكوك الكويتي لسنة 2019 من أربعة أقسام رئيسية هي: بداية القانون ومقدمته ومتنه وخاتمته، وبرغم أنه يُحسب لمشروع القانون وحدة تطبيقه على الصكوك التي يصدرها القطاع الحكومي والقطاع الخاص، وأن إشكالات الصياغة التشريعية فيه قليلة بالمقارنة مع قوانين الصكوك التي صدرت في دول أخرى مثل مصر والأردن وتونس، إلا أنه مازال هناك بعض الملاحظات المتعلقة بإشكالات الصياغة في بناء أقسامه الأربعة ومضمونها، وسوف نقوم بتناولها جميعًا لبيان ما كان يجب أن يتضمنه، وما كان يجب أن يخلو منه، كي يتواكب مع الواقع العملي، ونخرج بقانون قادر على تقديم المعالجات التشريعية المطلوبة للصكوك، وذلك وفق الترتيب الوارد في المشروع على النحو الآتي:

أولاً- قسم بداية قوانين الصكوك

يشتمل هذا القسم على عنوان التشريع وديباجته، ويلاحظ أن الدول اختلفت في تسمية قوانينها الخاصة بالصكوك، فمشروع قانون الصكوك الكويتي لسنة 2019، اكتفى باستخدام مصطلح «قانون الصكوك» دون أية إضافة لكلمة «الصكوك»، وذلك على غرار المشرِّع المصري الذي لم يقيّد كلمة «الصكوك بوصفها «بالإسلامية»، حيث حمل القانون عنوان «قانون الصكوك المصري رقم 10 لسنة 2013»، أما الأردني فقد استخدم عنوان «قانون صكوك التمويل الإسلامي رقم 30 لسنة 2012»، في حين استخدم التونسي عنوان «قانون عدد 30 لسنة 2013 مؤرخ في 30 جويلية / يوليو 2013 يتعلق بالصكوك الإسلامية».

إنه لمن المسلم به ضرورة أن يكون عنوان التشريع مصاغًا بطريقة محكمة وواضحة، من خلال استخدام عبارات تدلّ على موضوعه، ويُفضّل أن تكون هذه العبارة مختصرة وأن تكون مألوفة جرى العرف القانوني على استخدامها[18]، وحيث إنّ معظم قوانين الصّكوك التي صدرت لم تتقيد بذلك، فإننا نبدي الملاحظات الآتية على عناوين القوانين التي صدرت، وتلك المقترحة في كلّ من الكويت ومصر والأردن وتونس.

(18) الدليل التشريعي لصياغة وتحليل بنية النص القانوني، مرجع سابق، ص 212.

1. بالنسبة للكويت ومصر فقد جاءت التسمية مباشرة وواضحة ومختصرة وتعبّر عن موضوع ومضمون مشروع القانون أو التشريع، من حيث إنه خاصّ بأداة من أدوات التمويل الإسلامي وهي الصكوك، وهذا تعبير كافٍ، حتى ولو لم يُضف إلى كلمة «الصكوك» كلمة « إسلامية»، لأنّ فكرة الصكوك جاءت في أصلها لتلبية متطلبات الشريعة الإسلامية، وقائمة في بنيانها على صيغ التمويل الإسلامي المتعددة القائمة على الملكية والمشاركة في الربح والخسارة عملاً بقاعدة «الغرم بالغنم والخراج بالضمان»، مثل صيغ الإجارة (إجارة الأصول والمنافع والخدمات) وصيغ التمويل مثل (المرابحة والمشاركة والاستصناع) وصيغ الاستثمار مثل (المضاربة والمشاركة والوكالة بالاستثمار)، وهو ما يعني بالتبعية عدم وجود صكوك (بالمعنى المتعارف عليه عالميًا) غير متوافقة مع الشريعة الإسلامية، وبالتالي فإن إحدى ميزاتها الأساسية هي مطابقتها للشريعة الإسلامية، التي هي في الأساس ضمان لتمويل أصول حقيقية، ومن ثم تخفيض المخاطر لأدنى حدّ ممكن[19].

2. بالنسبة للأردن استخدم المشرِّع عنوان «صكوك التمويل الإسلامي» وهذا العنوان فيه غموض وتزيّد، غموض لجهة ضبط وتحديد المقصود بمصطلح «صكوك التمويل» فهل تشمل جميع أنواع الصكوك أم تقتصر على بعضها فقط كما فعل المشرِّع المصري في قانون الصّكوك رقم 10 لسنة 2013، علمًا بأنّه يتّضح من مطالعة نصوص القانون الأردني أنّ المشرِّع قصد الصكوك بأنواعها المختلفة، ومن جانب آخر هناك تزيّد، إذ لا داعي لإضافة كلمة «الإسلامي» بالنظر إلى أنّ كلمة «الصكوك» ذات دلالة قارّة واسعة عند غالبية الناس، ولا يثور الشّك بشأن معناها لديهم، وكما أوضحنا سابقًا، فقد تم اقتراضها من اللغة العربية واستخدامها كما هي دون ترجمة (Sukuk) من الباحثين الأجانب في اللغات الأخرى غير العربية.

3. أما التونسي فقد استخدم في العنوان عبارة «يتعلق بالصكوك الإسلامية» وهذا العنوان عليه ملاحظتان: الأولى هي كلمة «يتعلق» وهذه الكلمة غير مناسب وضعها في عنوان التشريع، وعلى الصائغ أن يتجنب استخدام كلمات من مثلها في العنوان، إذ إنّ هذه الكلمات توحي لمستعمل التشريع أنّ التشريع يختص بجزئية معينة دون غيرها بدلاً من أن يكون شاملاً، إلى جانب ضرورة أن يكون

(19) المذكرة الإيضاحية للاقتراح بقانون بشأن إصدار قانون الصكوك الكويتي لسنة 2019، منشورة في جريدة الأنباء بتاريخ 2019/1/3، ص 7.

العنوان قصيراً قدر الإمكان، ومعبرًا عن كل الأحكام الواردة في التشريع ولا يثير اللبس والغموض. أما الثانية فتتعلق بكلمة «إسلامية»، فهي كلمة زائدة لا ضرورة لها كما سبق أن ذكرنا، باعتبار أنّ الصّكوك معروفة بأنها أداة تمويل إسلامية، والمعروف لا يعرف.

ثانياً- قسم مقدمة قوانين الصكوك

يتكون قسم مقدمة التشريع من مجموعة من العناصر المتمثلة في التعريفات الواردة في التشريع، وأهداف التشريع ونطاق تطبيقه، والملاحظة التي يمكن إيرادها في قسم مقدمة التشريع هي أن القوانين التي صدرت لتنظيم الصكوك اختلفت في تعريفها لكلمة «الصكوك» على نحوٍ تركت فيه الباب مفتوحًا لإثارة الاجتهاد في ضبط المعاني المخصصة لها، فقد عرّف مشروع قانون الصكوك الكويتي لسنة 2019، الصكوك في المادة الأولى منه بأنها: «أوارق مالية متساوية القيمة الاسمية»، وهو ما ورد في المادة الأولى من قانون الصكوك المصري رقم 10 لسنة 2013، الذي عرّف الصكوك بأنها: «أوراق مالية اسمية متساوية القيمة»، بينما جاء في المادة الثانية من قانون صكوك التمويل الإسلامي الأردني رقم 30 لسنة 2012 أنّ الصّكوك هي: « وثائق متساوية القيمة». في حين عرفها المشرِّع التونسي في القانون رقم 30 لسنة 2013 بأنها: «أوراق مالية قابلة للتداول، وتمثل حصّة شائعة ومتساوية القيمة..». أما المشرِّع السوداني في قانون صكوك التمويل لسنة 1995، فقد عبّر في تعريفه لبعض أنواع الصكوك في الأحكام التمهيدية بأنها « وثيقة».

ولنا ملاحظتان على تعريفات القوانين أعلاه:

الأولى، تتعلق باختلاف هذه القوانين في وصف الصكوك، فبعضها وصفها بأنّها «أوراق مالية» والبعض الآخر وصفها بأنها «وثائق»، وإن كنّا نميل للتعريفات الواردة في مشروع قانون الصكوك الكويتي والقانونين المصري والتونسي؛ لأنها تنظر إلى الصكوك بحُسبانها أوراقًا مالية وليست وثائق؛ لأنّ كلمة «وثائق» فضفاضة ويندرج تحتها كثير من الأوراق سواء أكانت رسمية أم عرفية، كما أن تعبير «ورقة مالية» هو الأقرب بالنظر إلى أنها مطروحة في الأساس لتكون بديلاً عن السندات كورقة مالية تقليدية، ولا نتفق مع من ذهب إلى أنّ المبرر لوصفها «بالوثائق» في القانونين الأردني والسوادني يعود لما تحتوي عليه صكوك التمويل من بيانات إلزامية توضّح ما لحاملها من حقوق وما عليه من التزامات، وتعطي لصاحبها رؤية كاملة عن طبيعة المشروع الممول عن طريقها[20]،

(20) سعد عبد الحميد صالح، صكوك التمويل وفقًا للقانون رقم 10 لسنة 2013 كآلية لتمويل المشروعات، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 2017، ص22.

فهذه البيانات وغيرها متوافرة أيضًا في الورقة المالية، وعليه نُفضّل استخدام عبارة «ورقة مالية» كونها تُعبر عن طبيعة الصكوك وأحكامها بطريقة مناسبة. إلى جانب ذلك فإن تعريف المفاهيم والاصطلاحات القانونية، ومن ضمنها كلمة «صكوك» هي من مهمة الفقه وليس المشرِّع، كما أنها ليست من قبيل الكلمات والمصطلحات الواجب تحديد معناها في مادة التعريفات كتلك المتعلقة بتحديد معنى كلمة أو عبارة لاختصار عدد الكلمات المستعملة للتعبير عن أسماء أو ألقاب طويلة.

والثانية، أن المشرِّع أحسن صنعًا بأنْ حدّد صراحة في تعريف الصكوك بأنّها اسمية في كل من القوانين المصري والأردني والسوداني، أي تصدر بأسماء مالكيها وليست لحامليها، علمًا بأن المشرِّع الكويتي كان قد أجاز في المادة (178) من قانون الشركات رقم 25 لسنة 2012 إصدار صكوك لحاملها، ولكنه تلافى ذلك في قانون الشركات رقم 1 لسنة 2016، وكذلك في مشروع قانون الصكوك لسنة 2019، الذي نصّ صراحة على أن الصكوك اسمية، ومن وجهة نظرنا نرى أن عدم النصّ على الصكوك لحاملها خطوة إيجابية، حيث إنّ هذه الورقة مازالت في مراحلها الأولية في كثير من الدول، وهي إن أثبتت نجاحاً في بعض الدول إلا أن ذلك لا يمكن تعميمه على الدول الأخرى، حيث إن لكل دولة فلسفتها التشريعية ونظامها القانوني الذي يختلف في بنيانه كله أو جزء منه عن دول أخرى. إلى جانب أن فيه حماية لمتلكات الدولة من وقوع هذه الصكوك في يد فئات غير معلومة تمارس ما تشاء لتحقيق أهدافها الخاصة[21].

ويُحسب لمشروع قانون الصكوك الكويتي لسنة 2019 أنه لم يتقيد بمذهب فقهي معين عند تعريفه في المادة الأولى منه لأحكام الشريعة الإسلامية، إذ نصّ على أنها «الأحكام المنصوص عليها في القرآن والسنة أو المستنبطة منهما».

ثالثاً– قسم متن قوانين الصكوك

يُعد قسم متن التشريع بمثابة العمود الفقري للتشريع، أو بمعنى آخر صلب التشريع، ويتضمن هذا القسم – في العادة – الأحكام الموضوعية والإجرائية للتشريع[22]، وخاصة تلك المتعلقة بضوابط وأحكام الصكوك الإسلامية، ومخاطرها وإدارتها والتحوط منها، وأنواعها وضوابط وآلية كل نوع، وآليات وضوابط إصدارها وتداولها وإطفائها «إلغائها»، ونماذج لآلية الصكوك الإسلامية، كالمشاركة بتطبيقاتها وأنواعها المعاصرة– الإجارة وتطبيقاتها المعاصرة– المضاربة– الاستصناع– والسلم. وبمراجعة قوانين الصكوك

(21) سعد عبد الحميد صالح، المرجع السابق، ص29.
(22) دليل الصياغة التشريعية، مرجع سابق، ص 62–63.

محل الدراسة لاحظنا عددًا من الإشكالات في بناء نصوص المتن، بعضها شكلي والآخر موضوعي، ومن أهمها ما يأتي:

1. عدَّد مشروع القانون بشأن إصدار الصكوك الكويتي لسنة 2019، في المادة الثامنة منه أنواعًا كثيرة من الصكوك، منها صكوك التمويل وتشمل صكوك (السلم وصكوك المرابحة وصكوك الاستصناع)، وصكوك الإجارة وتشمل صكوك (ملكية الأصول القابلة للتأجير، صكوك ملكية حق منافع الأصول القابلة للتأجير، صكوك إجارة الخدمات) وصكوك الاستثمار وتشمل صكوك (المضاربة، والمشاركة، والوكالة بالاستثمار) وصكوك الصناديق والمحافظ الاستثمارية، كما تضمّن البند 5 من المادة الثامنة ما مفاده: «أية صكوك أخرى تقرها الهيئة الشرعية وتتم الموافقة عليها من الهيئة». وهذا يعني أن ما ورد في المادة (8) جاء على سبيل المثال لا الحصر، وقد أحسن مقترحو مشروع القانون في وضع هذا البند لأهميته في استيعاب وملاحقة التطور في إطار المعاملات المالية والمصرفية المتوافقة مع الشريعة الإسلامية، حيث يجوز لهيئة الرقابة الشرعية الموافقة على إصدار صكوك جديدة على أساس عقد من العقود الشرعية، ونرى في هذا الصدد أن هذا المقترح مهم أن يمر بمراحله الدستورية وينفّذ بالنظر لكونه يوفر تنظيمًا كاملاً ومستقلاً للصكوك كورقة مالية تستخدم لتمويل المشروعات التجارية على أساس المشاركة في الربح والخسارة، ولكن ملاحظتنا تتمثل في ضرورة إعادة بناء نصوص بعض المواد ومن ضمنها المادة الثامنة، من حيث عدم الحاجة لهذا التقسيم الطويل للصكوك وأنواعها المختلفة، حيث إن هذا التقسيم ذا الطابع الأكاديمي محلُّه اللوائح التنفيذية وليس القانون، وكان يكفي تعداد العقود التي تصدر الصكوك بناء عليها على سبيل المثال، حيث إن كل صك من هذه الصكوك يحمل اسم العقد الذي يصدر بناءً عليه.

وعلى صعيد الواقع الحالي للنصوص النافذة بخصوص الصكوك في الكويت، فالملاحظ أنه ورد تنظيم متفرق وغير شامل لأحكامها في بعض القوانين النافذة، فقد نظّم بعض أحكامها قانون الشركات رقم 1 لسنة 2016 في المواد (14، 15، 145، 211)، وقد نصّ على تأسيس شركات ذات غرض خاص لإصدار الصكوك الإسلامية، كما نظمها القانون رقم 7 لسنة 2010 بشأن إنشاء هيئة أسواق المال وتنظيم نشاط الأوراق المالية، وكذلك لائحته التنفيذية لسنة 2015، التي تضمنت في الكتاب الحادي عشر منها فصلاً كاملاً عن الصكوك الإسلامية، والذي نص على بعض الأمثلة للعقود التي تصدر بناءً عليها الصكوك، كما أجاز إنشاء عقود أخرى غير المنصوص عليها، وأوجب أن تصدر الصكوك

بجميع أنواعها طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية، وأن تجاز من هيئة رقابة شرعية، وتصدر هيئة أسواق المال الكويتية الأحكام الخاصة بكل نوع من أنواع الصكوك، والأحكام التي تخضع لها موجودات الصكوك.

وهذا على خلاف القانون الأردني الذي أحسن بعدم إيراده تقسيمات للصكوك، بل اكتفى في المادة الثامنة منه بإيراد أنواع العقود التي يمكن أن تصدر الصكوك من أجل تمويلها (1. الإجارة 2. المضاربة 3. المرابحة 4. المشاركة 5. السلم 6. الاستصناع 7. بيع حق المنفعة 8. أي عقد آخر تجيزه الهيئة). وبالرغم من أنّ نص المادة (8) من القانون الأردني لم يتضمن صكوك المغارسة والمساقاة والمزارعة التي نصّ عليها القانون المصري، إلا أنها أجازت أي عقد آخر تجيزه هيئة الرقابة الشرعية المشكّلة بمقتضى أحكامه، ونرى أن مسلك المشرِّع الأردني أولى بالاتباع؛ لأنّ الصك يحمل اسم العقد الذي يموله، لاسيما وأنه لم يذكر هذه العقود على سبيل الحصر وإنما على سبيل المثال، حيث ترك الباب مفتوحًا أمام إنشاء عقود جديدة تصدر بناءً عليها صكوك[23].

2. اشترط مشروع قانون الصكوك الكويتي لسنة 2019 في المادة (8) منه، أن تصدر الصكوك على أساس عقد، ويخضع تداولها واستردادها للضوابط الشرعية التي تقررها الهيئة الشرعية، وهذه الصيغة جاءت على سبيل الإلزام باشتراط أن يكون العقد الذي يتم بموجبه التمويل عقدًا شرعياً، فما المقصود بالعقد الشرعي الذي تصدر على أساسه الصكوك؟ وهل ذكر المشروع لأنواع الصكوك وللعقود التي يصدر كل نوع من الصكوك على أساسها يوضّح المقصود بالعقد الشرعي؟

في الواقع الإجابة بالنفي، إذ إن تعداد أنواع الصكوك وربطها بالعقود الشرعية التي تناسبها ليس تعريفًا لهذا المصطلح، وإن كنّا نميل إلى ترك التعريف للفقه وهو ما فعله مشروع قانون الصكوك الكويتي لسنة 2019، إلاّ أن بعض القوانين أوردت تعريفاً غير موفّق للعقد الشرعي، ومنها قانون الصّكوك المصري الملغى رقم 10 لسنة 2013، الذي عرّف العقد الشرعي في المادة الأولى منه على أنه: «العقد الشرعي الذي تصدر على أساسه الصكوك وفقاً لأحكام هذا القانون»، وليس خافيًا أن هذا التعريف غير مُحْكم ويستطيع القارئ له أن يصفه بالإبهام والغموض، لأنه لم يتضمن تعريفًا بالمعنى الاصطلاحي للمقصود بالعقد الشرعي، وكان من المفترض بالمشرِّع إما أن يورد تعريفًا واضحًا يشتمل على مفهوم هذا المصطلح ومضمونه، أو أن يترك تعريفه للفقه.

ومن جملة نصوص القانون يمكن تعريف عقد الإصدار الشرعي بأنه: «العقد

(23) سعد عبد الحميد صالح، مرجع سابق، ص46.

الذي بمقتضاه يتم إصدار نوع من الصكوك من أجل إنشاء أو تطوير مشروع معين، يكون ملكًا للمكتتبين ويشاركون في الربح والخسارة ولا يساهمون في إدارته، ويكون متوافقًا مع أحكام الشريعة الإسلامية»[24].

3. نصت المادة (14) من مشروع قانون الصكوك الكويتي لسنة 2019، على أنه: «يجب أن تستخدم حصيلة إصدار الصكوك في الغرض الذي صدرت من أجله، وفقاً لنشرة الاكتتاب، ويجوز استخدام حصيلة إصدار صكوك السلم في الأوجه التي يحددها «المتمول»، يلاحظ من ظاهر صياغة آخر هذ المادة أن «المتمول» يجوز له استخدام حصيلة صكوك السلم بالشكل الذي يراه مناسبًا دون قيد أو شرط، سواء أكان المتمول قطاعًا خاصًا أم أحد الأشخاص الاعتبارية العامة، وبالرغم من أن كل النصوص التي نظمها قانون الصكوك جاءت وفق أطر وضوابط الشريعة الإسلامية لاجتناب الوقوع في الربا بأشكاله وصوره المختلفة، إلاّ أن هذا النص بحاجة لتعديل من خلال وضع ضوابط وأسس تضمن استخدام حصيلة الاكتتاب في الصكوك كلها بما في ذلك صكوك السلم للنمو والتطوير والمنافسة حماية لمصالح العملاء وتجنبًا للوقوع فيما نهى الله عنه.

4. نصت المادة (18) من مشروع قانون الصكوك الكويتي لسنة 2019 على أنه: «تنشأ هيئة شرعية مركزية لإصدارات الصكوك الحكومية من خمسة أعضاء تشكل بقرار من رئيس مجلس الوزراء خلال شهرين من تاريخ العمل بهذا القانون، بناء على ترشيح وزير الأوقاف والشؤون الإسلامية. ويشترط فيمن يرشح عضواً في هذه الهيئة:

(أ) أن يكون حاصلاً على درجة الدكتوراه في الفقه الإسلامي أو أصوله، ويفضل الحاصلون على درجة الأستاذية.

(ب) أن تكون لديه بحوث منشورة عن النظام الاقتصادي والمالي الإسلامي.... (ج) .. (د)...

يلاحظ بمراجعة الشروط الواردة في هذه المادة أنها حصرت عضوية هيئة الرقابة الشرعية المركزية[25]، فيمن يحملون مؤهلات في الفقه الإسلامي أو أصوله فقط ولديهم خبرة بحثية في النظام الاقتصادي والمالي والإسلامي، وعلى الرغم من

(24) المرجع السابق، ص 81، 80.

(25) انظر بخصوص هيئات الرقابة الشرعية: عبد الباري مشعل، شركات الاستشارات الشرعية وهيئات الرقابة الشرعية الضوابط والآليات، المؤتمر السابع للهيئات الشرعية للمؤسسات المالية الإسلامية، هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، مملكة البحرين، 27–2008/5/28، ص5.

أهمية اشتراط التخصص الأكاديمي والخبرة البحثية لعضوية الهيئة الشرعية بالنظر لكونها الجهة المختصة بإعطاء الرأي الشرعي في شأن إصدار الصكوك وتداولها وإطفائها، إلاّ أن المتمعن في طبيعة الصكوك وأنواعها والتزامات وحقوق أطرافها والإطار القانوني الذي يحكمها وانعكاساتها الاقتصادية، يصل إلى نتيجة مفادها أن هذه الورقة المالية لا تقتصر على الجانب الشرعي فقط، بل تتضمن جوانب قانونية واقتصادية ومحاسبية يجب التصدي لها عند إصدار الرأي الشرعي، لاسيما وأن هناك كثيراً من قواعد السندات التقليدية تطبق عليها لوجود تشابه معها في بعض الجوانب المتعلقة بالتنظيم، وإن كان هناك اختلاف في الأساس الذي يقوم عليه كل منهما.

وعلى إثر ذلك نرى لضمان فاعلية الورقة في تمويل المشروعات التجارية وفي التنمية أن تضم في عضوية هيئتها الشرعية تخصصات أخرى مثل القانون والاقتصاد والمحاسبة، على أن تكون الغلبة في تشكيل الهيئة لمن يحملون شهادات في الفقه الإسلامي أو أصوله ولديهم الخبرة العملية المقترنة بالعلم الشرعي بالدرجة الأولى دون التركيز كما جاء في المادة (18) على درجة الشهادة والرتبة العلمية، لأنّ الاعتماد على معيار الشهادة والرتبة العلمية ليس كافيًا للحكم على أن من يحملها مؤهلٌ ويقدّم على غيره، وعليه من الضروري وضع ضوابط ومعايير وآليات أخرى تركّز على المضمون وعلى الفهم الشرعي والخبرة العملية، وهو ما قد يكون متوافراً عند بعض الأشخاص بالرغم من عدم حملهم للمؤهل المنصوص عليه في المادة (18) آنفة الذكر.

5. بموجب أحكام المادة (18) من مشروع قانون الصكوك الكويتي لسنة 2019، فإن الهيئة الشرعية تتبع مجلس الوزراء، ويصدر بنظام عملها ومقرها والمعاملة المالية لأعضائها قرار من رئيس مجلس الوزراء، وقد تضمنت المادة (19) من المشروع اختصاصات الهيئة الشرعية التي يأتي في مقدمتها وفقًا لما ورد في الفقرة الأولى منها إبداء الرأي الشرعي في شأن الصكوك الحكومية المزمع إصدارها، واعتماد هياكلها وعقودها ونشرة اكتتابها، أما المادة (20) فقد بينت أن شركات المساهمة الكويتية، والبنوك الخاضعة لإشراف البنك المركزي الكويتي بعد موافقته، والمؤسسات المالية الدولية والإقليمية التي توافق عليها الهيئة الشرعية والبنك المركزي الكويتي يتم تشكيل هيئة شرعية بكل منها من عدد فردي من الأعضاء لا يقل عن ثلاثة، من بين المقيدة أسماؤهم في سجل هيئة الرقابة الشرعية المركزية.

يلاحظ أن الصيغة التي وردت في المادة (18) بخصوص وصف ما يصدر عن الهيئة

وقيمته القانونية اتجهت إلى تحديد أن دور الهيئة الشرعية ينحصر في القيام (بإبداء الرأي الشرعي)، بمعنى أن هذا الرأي لا يرقى إلى مرتبة القرار الملزم، وهذه الصيغة على خلاف ما تضمنه قانون الصكوك المصري الملغى رقم 10 لسنة 2013 الذي أعطى ما يصدر عن هيئة الرقابة الشرعية صفة (القرار النهائي الملزم) وسار ذات النهج التونسي في الفصل (29) من قانون الصكوك الإسلامية.

وبقراءة متأنية لوصف عمل الهيئة بأنه رأي شرعي أو قرار نهائي ملزم، فإننا نميل إلى وصفه بأنه رأي شرعي، بالنظر إلى أن جوهر ما تقوم به الهيئة هو إبداء رأيها في حدود التوافق الممكنة للصكوك من حيث إصدارها وتداولها وإلغائها مع أحكام الشريعة الإسلامية، وبالتالي لا يُعد ما تتوصل إليه من قبيل القرارات الإدارية، وفي ذلك فإننا نتفق مع موقف قانون صكوك التمويل الأردني الذي نص في المادة (5) منه على المهام التي تقوم بها هيئة الرقابة الشرعية بقوله تتولى الهيئة المهام والصلاحيات الآتية: «أ- إبداء الرأي الشرعي بشأن صكوك التمويل الإسلامي المراد إصدارها بما في ذلك نشرة الإصدار... بالتحقق من استمرار التعامل بالصكوك من الإصدار إلى الإطفاء»، هذه المادة تتحدث عن الرأي الشرعي من إصدار الصكوك إلى إطفائها وفق مبادئ الشريعة الإسلامية، دون استخدام كلمة نهائية وملزمة، (دون أن يكون لقولها إلزام).

وعلى ذلك، فقد جاء موقف مشروع قانون الصكوك الكويتي وموقف قانون صكوك التمويل الأردني موفقًا أكثر من موقف قانون الصكوك المصري وقانون الصكوك الإسلامية التونسي اللذين أعطيا هيئة الرقابة الشرعية صلاحية إصدار قرارات نهائية وملزمة فيما يتعلق بإصدار الصكوك وتداولها، وذلك طبقاً لما ورد في المواد (19، 20، 21) من القانون المصري، والفصل (29) من القانون التونسي.

وجدير بالذكر أنه بالنسبة لقانون الصّكوك المصري لم تعد هذه الصلاحية لهيئة الرقابة الشرعية، فقد ألغيت بإلغاء قانون الصكوك بموجب المادة الرابعة من قانون رقم 17 لسنة 2018 بتعديل بعض أحكام قانون سوق رأس المال الصادر بالقانون رقم 95 لسنة 1992.

ولأهمية معالجة الخلل في صياغة وبناء المادتين (19، 21) من قانون الصكوك المصري، فإننا نرى أهمية بيان مضمونيهما والتعليق عليه تفاديًا لعدم وقوع قوانين جديدة أو تعديلات لقوانين قائمة في ذلك.

نصت المادة (19): «... وتكون قرارات وفتاوى الهيئة الشرعية نهائية وملزمة لجميع الجهات المشاركة في الإصدار ...»، كما نصت المادة (21): «.. على أن ما يصدر من الهيئة

الشرعية المركزية فيما يعرض عليها من آراء وتوصيات تُصدر بشأنه «قراراً يكون ملزماً».

يلاحظ أنّ صياغة هاتين المادتين تثير إشكالات قانونية ودستورية يمكن إبرازها على النحو الآتي[26]:

1. فرّق المشرِّع بين الصكوك التي تصدرها الحكومة، حيث إن قول الهيئة الشرعية فيها يكون لمرة واحدة، وأما الصكوك التي تصدرها الجهات الأخرى وفقًا للمادة (2) فيكون أمامها أن تعرض أخذ الرأي مرتين، وهذه تفرقة منتقدة ولا يعرف ما هو الأساس التشريعي الذي بنيت عليه.

2. لا يجوز تحصين القرارات الإدارية من الطعن، حيث إن الأصل جواز الطعن عليها أمام القضاء الإداري من أجل حماية المصالح المشروعة للمستثمرين، وحتى لا تتعسف الجهات الإدارية في مواجهة أصحاب الأموال والمستثمرين في استعمال حق دستوري لهم يتمثل في حرية التجارة والاستثمار وحق الملكية على الأموال المتداولة في أسواق المال[27]، وسندنا في عدم جواز تحصين القرارات الإدارية من الطعن ما تضمنته الدساتير من نصوص في هذا الخصوص، فمثلاً نصت المادة (68) من دستور مصر سنة 1971 المعدل سنة 1980 على أن: «التقاضي حقّ مصون ومكفول للناس كافة، ولكلّ مواطن حق الالتجاء إلى قاضيه الطبيعي، وتكفل الدولة تقريب جهات القضاء من المتقاضين وسرعة الفصل في القضايا، ويحظر النّص في القوانين على تحصين أي عمل أو قرار إداري من رقابة القضاء». وعلى ذات النهج نصّ دستور مصر لسنة 2012 في المادة (75) منه، وفي المادة (97) من دستور مصر لسنة 2012 وتعديلاته سنة 2014.

وفي الكويت نصّت المادة (166) من دستور الكويت لسنة 1962 على أنّ: «حق التقاضي مكفول للناس، ويبين القانون الإجراءات والأوضاع اللازمة لممارسة هذا الحق». كما نصت المادة الأولى من قانون الدائرة الإدارية رقم 20 لسنة1981 المعدل بالقانون 61 لسنة 1982: «... خامساً: الطلبات التي يقدمها الأفراد والهيئات بإلغاء القرارات الإدارية النهائية، عدا القرارات الصادرة في شأن مسائل الجنسية وإقامة وإبعاد غير الكويتيين وتراخيص إصدار الصحف والمجلات

(26) سعد عبد الحميد صالح، مرجع سابق، ص279– 278.

(27) يسري العصار، النظام القانوني لهيئة أسواق المال ومدى فاعليته في تحقيق أهدافها، دراسة مقارنة بين الكويت ومصر وفرنسا، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة الرابعة، العدد 15، سبتمبر 2016، ص35.

ودور العبادة». علمًا أنه في قانون المطبوعات والنشر الكويتي رقم 3 لسنة 2006 أجاز المشرِّع – على خلاف قانون الدائرة الإدارية– الطعن على القرارات الصادرة بشأن تراخيص الصحف والمجلات.

في الواقع يلاحظ بمراجعة كثير من أحكام المحكمة الدستورية أنها قضت بعدم دستورية تحصين القرارات الإدارية[28]، باستثناء حكم لا نتفق معه قضت فيه المحكمة الدستورية في الكويت بدستورية تحصين قرارات لجنة الاعتراضات من الخضوع لرقابة القضاء لوجود عنصر قضائي ضمن تشكيل اللجنة[29].

وفي هذا الصدد يُحسب لمشروع قانون الصكوك الكويتي نصّه الصريح على عدم تحصين قرار هيئة أسواق المال برفض الموافقة على إصدار الصكوك، فقد نصت المادة (3/ هـ) منه على أنه: «يصدر قرار هيئة أسواق المال خلال 45 يوماً من تاريخ تقديم الطلب، وإلا اعتبر ذلك موافقة على إصدار الصكوك متى كان الطلب مستوفياً للشروط، وفي حالة عدم الموافقة يجب أن يكون قرار الرفض مسبباً، ويجوز لكل ذي مصلحة الطعن في ذلك القرار أمام الجهة المختصة، وتوضح اللائحة التنفيذية لهذا القانون آلية الطعن وضوابطه».

غنيّ عن التوضيح أنّ هذا النص يتفق مع القواعد الدستورية التي لا تجيز تحصين القرارات الإدارية، ولكننا نقترح إدخال تعديل على مدة صدور قرار هيئة أسواق المال لتصبح 60 يومًا بدلاً من 45 يومًا؛ لكي تتسق مع أحكام قانون الدائرة الإدارية رقم 20 لسنة 1981 المعدل بالقانون 61 لسنة 1982.

3. يمكن إذا أردنا تجاوز هذه المعضلة وإشكالية الصياغة والمضمون من خلال حمل كلمتي: (نهائية وملزمة) على أن نهائية القرار تكون فيما يخص الجهة الإدارية التي أصدرته، مع جواز الطعن على هذه القرارات أمام القضاء الإداري، والقرار الإداري المراد الطعن فيه يكون في الغالب قرار الهيئة الشرعية الصادر برفض إصدار الصكوك، فإذا رفع الأمر إلى القاضي فما القانون الذي سيطبقه وهو غير مخاطب بالتطبيق أو بالبحث في أحكام الشريعة الإسلامية مباشرة، – وإن كان يجوز للقاضي أن يحتكم إلى الشريعة الإسلامية مباشرة في بعض المسائل التي أشار إليها القانون إشارة عامة، كما هو الحال في الحق الذي أعطاه القانون للزوج في تأديب زوجته– لأن المخاطب بحكم المادة الثانية ومن وقت وضعها

(28) حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية، الطعن رقم (7) لسنة 31 قضائية، بتاريخ 2019/3/2. وحكم المحكمة الدستورية العليا المصرية، الطعن رقم (16) لسنة 25 قضائية، بتاريخ 2018/1/13.

(29) حكم المحكمة الدستورية الكويتية رقم (34) لسنة 2014، بتاريخ 22 يونيو 2014.

في الدستور المصري بتعديل سنة 1980 والتي تنص على أن: «مبادئ الشريعة الإسلامية هي المصدر الرئيسي للتشريع»، إنما يتمخّض عن قيد يجب على السلطتين التشريعية والتنفيذية أن تتحراه وتنزل عليه في تشريعاتها الصادرة بعد هذا التعديل[30].

رابعاً- قسم خاتمة قوانين الصكوك

يأتي قسم خاتمة التشريع في نهاية التشريع، وذلك بعد اكتمال قسم متن التشريع، حيث جاءت في مشروع قانون الصكوك الكويتي لسنة 2019، تحت عنوان «الأحكام الختامية». وقد درجت التشريعات على تضمين جملة من المسائل في وحدة الأحكام الختامية، وهذه المسائل تختلف من تشريع لآخر، وسوف نقوم بتسليط الضوء على بعض جوانب الخلل التشريعي في هذا القسم على النحو الآتي[31]:

أ. نظر المنازعات المتعلقة بالصكوك

نصت المادة (23) من مشروع قانون الصكوك الكويتي لسنة 2019 على أنه: «فيما عدا المنازعات والدعاوى الإدارية التي يختص بها مجلس الدولة، يكون الفصل في المنازعات التي تنشأ عن تطبيق أحكام هذا القانون من اختصاص محكمة أسواق المال وفقاً لأحكام القانون رقم 7 لسنة 2010 بشأن إنشاء هيئة أسواق المال وتنظيم نشاط الأوراق المالية والقوانين المعدلة له، ويجوز الاتفاق على تسوية المنازعات الناشئة عن تطبيق أحكام هذا القانون بطريق التحكيم، أو غير ذلك من وسائل تسوية المنازعات غير القضائية وفقاً لأحكام القوانين السارية، وبعد موافقة الوزير المختص بما لا يخالف أحكام الشريعة الإسلامية».

يلاحظ من هذا النص ما يأتي:

1. أن مشروع القانون جعل الاختصاص للبت في قضايا الصكوك -فيما عدا المنازعات والدعاوى الإدارية التي يختص بها مجلس الدولة- لمحكمة خاصة هي محكمة أسواق المال وفقاً لأحكام القانون رقم (7) لسنة 2010 بشأن إنشاء هيئة أسواق المال وتنظيم نشاط الأوراق المالية والقوانين المعدلة له، وهذا نصٌ جيد وقد أحسن مقترحو المشروع بالنّصّ على اختصاص محكمة أسواق المال بنظر النزاعات المتعلقة بالصكوك التي تحتاج إلى عاملَي السرعة والاختصاص،

(30) سعد عبد الحميد صالح، مرجع سابق، ص280. محمد أحمد سعفان، تطبيق الشريعة الإسلامية في قضاء المحكمة الدستورية العليا، مجلة الدستورية، السنة الثانية، العدد السادس، القاهرة، 2004، ص36.

(31) دليل الصياغة التشريعية، مرجع سابق ، ص 68-70.

منعًا من إطالة أمد التقاضي وبطء الإجراءات وتعقيدها، وحفاظاً على حقوق المستثمرين، وتعزيز ثقتهم في الاستثمار في الصكوك، والاعتماد عليها كأداة لتمويل المشروعات التجارية، وما ورد في مشروع قانون الصكوك الكويتي جاء على غرار نص المادة (26) من قانون الصكوك المصري الذي جعل منازعات الصكوك من اختصاص المحاكم الاقتصادية التي أنشئت بموجب القانون رقم 120 لسنة 2008[32].

2. وبالرغم من أهمية اختصاص محكمة أسواق المال بالنظر في منازعات الصكوك، إلاّ أن الإشكالية تتمثل في تشكيل محاكم أسواق المال والمحاكم الاقتصادية من قضاة ذوي خلفية قانونية ويحملون شهادات اختصاص في القانون، وقد يكون مبرر ذلك أن غالبية المنازعات تتعلق بالأوراق المالية التقليدية من أسهم وسندات مرجعيتها قانونية وليست شرعية، من هنا نرى أهمية أن يؤخذ بعين الاعتبار وجود أشخاص ضمن أعضاء هيئة المحكمة ممن لديهم الخبرة العلمية، ولديهم مؤهلات في الفقه الإسلامي وأصوله وعلم الاقتصاد، لاسيما وأن الصكوك تعتمد في مبناها على أحكام الشريعة الغراء، ولا يمكن أن تحوي نصوص القانون مهما فصّلت على كل ما قد يظهر في الواقع العملي، ومن ثم فإننا سنكون في حاجة إلى متخصصين في القانون والاقتصاد والشريعة، وعلى دراية بروح المصدر الذي تستمد الصكوك منه أحكامها ألا وهي الشريعة الإسلامية.

3. أجازت المادة (23) من مشروع قانون الصكوك الكويتي أيضاً الاتفاق على تسوية المنازعات الناشئة عن تطبيق أحكام هذا القانون من خلال وسائل تسوية المنازعات غير القضائية وفقًا لأحكام القوانين السارية، وبما لا يخالف أحكام الشريعة الإسلامية، وفي مقدمة هذه الوسائل التحكيم، وهذا النص جيد ويعزز من ثقة المستثمرين، ولاسيما الأجانب للاستثمار في الصكوك بالنظر إلى أن المنازعات سوف تعرض على هيئة تحكيم مختصة لهم دور في اختيارها، وليس على قضاء الدولة النظامي، إلى جانب أن التحكيم وغيره من وسائل حل النزاعات

(32) انظر حول اختصاص المحاكم الاقتصادية: أحمد علي السيد خليل، مدى حاجة منازعات الاستثمار إلى محاكم متخصصة (نموذج المحاكم الاقتصادية في التجربة المصرية)، ورقة منشورة في وقائع مجلدات المؤتمر السنوي التاسع عشر الذي نظمته كلية القانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة تحت عنوان «الاستثمار بين التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية وأثرها في التنمية الاقتصادية في دولة الإمارات العربية المتحدة»، 2011، ص1045 وما بعدها. هبة بدر صادق، إطلالة على المحاكم الاقتصادية ومنازعات الاستثمار، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، الجزء الثاني، العدد الأول، السنة التاسعة والخمسون، 2017، ص711.

يركز بشكل أساسي على الخبرة، وهو ما يتيح دخول عناصر غير قانونية شرعية واقتصادية في تشكيل هيئة التحكيم، وهذا بدوره يساعد على السرعة في البت في المنازعات والتخفيف من بطء إجراءات التقاضي أمام المحاكم الوطنية.

كما أنّ نصّ المادة (23) يشكل حافزًا للعمل على إيجاد مراكز متخصصة في فض النزاعات الناشئة عن الصناعة المالية الإسلامية مثل المركز الإسلامي الدولي للمصالحة والتحكيم في دبي، وهنا تثار تساؤلات حول تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، ولاسيما تلك الصادرة عن مراكز التحكيم في الدول الأخرى، وحيث إنّ أحكام التحكيم الأجنبي في مثل هذه المسائل تحتاج إلى الاعتراف بها والموافقة على تنفيذها من قبل المحكمة المختصة في بلد التنفيذ طبقًا لاتفاقية نيويورك للاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية لسنة 1958، فإن التساؤل المطروح هو: هل توافق المحكمة على تنفيذ قرار قد يصطدم مع نظامها العام أو قواعدها الآمرة، خاصة إذا كان بلد التنفيذ لا تطبق فيه أحكام الشريعة الإسلامية؟ بالتأكيد الإجابة عن هذا السؤال بالنفي، مما يقتضي ضرورة التصدي لهذه المسألة وغيرها من المسائل ذوات الطابع العملي عند معالجة الخلل التشريعي في تنظيم الصكوك.

ب. سريان أحكام القانون الكويتي فيما لم يرد بشأنه نص في قانون الصكوك

نصت المادة (25) من مشروع قانون الصكوك الكويتي على أنه: «تسري على الصكوك أحكام القانون الكويتي فيما لم يرد بشأنه نصّ خاص في هذا القانون بما لا يخالف أحكام الشريعة الإسلامية، ويقع باطلاً كلّ اتفاق يتمّ على خلاف ذلك».

يلاحظ من هذا النصّ أنّه يشترط لتطبيق أحكام القانون الكويتي انتفاء النصّ في قانون الصكوك وعدم مخالفة أحكام الشريعة الإسلامية، وبالنظر إلى أن قانون الصكوك لا يمكن أن يتضمن أحكاماً تستوعب جميع أشكال وصيغ التعاملات المتعلقة بالصكوك، فإنّ العودة لأحكام القانون الكويتي ستكون كثيرة جداً، وهو ما يؤكد توجهنا نحو ضرورة أن يضمّ تشكيل الهيئة الشرعية أصحاب تخصصات مختلفة وفي مقدمتهم قانونيون، بالنظر إلى أنها صاحبة الصلاحية في إبداء الرأي الشرعي فيما يتفق أو يخالف الشريعة الإسلامية. والملاحظ أن النص تشدد وجعل الجزاء البطلان على كل اتفاق يخالف أحكام الشريعة الإسلامية، بما يعني أن العودة لأي نصّ في القانون الكويتي لا يكون سليماً إلا إذا كان ما تضمنه من أحكام لا يعارض مبادئ الشريعة الإسلامية.

ج. الإلغاء

جاء الإلغاء ضمنيًا في المادة (27) من مشروع قانون الصكوك الكويتي لسنة 2019، فقد

نصّت على أنه: «يلغى كلّ حكم يتعارض مع أحكام هذا القانون» وقد كان يجدر بالصّائغ أن يتجنّب اللجوء إلى أسلوب الإلغاء الضمني، إذ إنّ اللجوء إلى هذا الأسلوب يقتضي من مستعمل التشريع الوقوف على كل النصوص المتعلقة بالصكوك والتمويل الإسلامي في كل التشريعات التي كانت سارية المفعول قبل وضع التشريع، وهذه مهمة ليست بالبسيطة أو السهلة وتزيد الأمور تعقيداً، وبالتالي تعارض الهدف الأسمى للصياغة التي ترمي أصلاً إلى تسهيل استعمال التشريع من المخاطبين بأحكامه؛ لذلك من الأهمية بمكان التعبير عن مادة الإلغاء بشكل صريح ومباشر وبوضوح تام، وذلك بأن يذكر عنوان التشريع الذي سيتم إلغاؤه ورقمه وسنة إصداره، وهذه مهمة تقع بالدرجة الأولى على الصائغ الذي يتعين عليه الإحاطة بكافة النصوص والتشريعات التي كانت سارية عند وضع التشريع الجديد، والذهاب لإلغائها بشكل صريح وواضح، كما يجب على الصائغ أن يتنبه عند اللجوء إلى مادة الإلغاء من حدوث فراغ تشريعي [33].

(33) دليل الصياغة التشريعية، مرجع سابق، ص 69–70.

الخاتمة

من خلال الفحص الدقيق للتشريعات المتعلقة بالصكوك الإسلامية في بعض البلدان العربية، أظهرت الدراسة أن آلية الصكوك الإسلامية مازالت تفتقر، في كثير من الدول، لإطار قانوني واضح ينظم إصدارها وإدراجها وتداولها وإجراءات التقاضي في المنازعات المتعلقة بها، وإن إدخال تعديلات على الإطار الحالي للسندات التقليدية لا يكفي من أجل استيعابها في أسواق رأس المال وفقاً لطبيعتها الخاصة، كما أنه لا يؤدي إلى توحيد أسس المعاملات المتعلقة بها أو التقريب بينها بسبب عدم توحيد الضوابط في تفسير الأحكام الشرعية المتعلقة بها، وعدم اكتمال التوافق على حدود الامتثال لأحكام الشريعة الإسلامية.

وقد توصلت الدراسة إلى أن الدول التي صدرت فيها قوانين خاصّة بالصّكوك لم تُتبع فيها الأصول السليمة للصياغة التشريعية، وفيها كثير من العيوب الشكلية والموضوعية من تعارض ونقص وغموض وعدم انسجام تشريعي ومخالفات دستورية، فضلاً عن أن بعض القوانين مضى على صدورها سنوات عديدة، وألغيت قبل أن تنفذ في الواقع العملي.

وبما أن الدراسة على المستوى المحلي ركزت الفحص والمناقشة على مشروع قانون الصكوك الكويتي لسنة 2019، فقد أبدت بعد قراءة متأنية له العديد من الملاحظات الشكلية والموضوعية التي تحتاج إلى معالجة؛ ضماناً لعدم انقطاع الصلة بين نصوصه القانونية والواقع العملي لها، ومن هذه الملاحظات وجود نقص وغموض في بعض النصوص المتعلقة بمواد مشروع القانون، كما أن صياغته جاءت قبل إعداد الدراسات والوثائق اللازمة التي تعكس سياسة الدولة التشريعية، ومن بين هذه الوثائق إعداد مذكرة السياسة التشريعية التي تتضمن مجموعة من النقاط في خصوص قانون الصكوك من أهمها ما يأتي:

أ. مبررات التشريع وضرورته، والأطر القانونية الملائمة للصكوك، والإرث القانوني للنظم التقليدية، والثقة في الأسواق، وآلية الانتقال من النظم القائمة (السندات التقليدية) إلى تلك المقترحة (الصكوك) دون المساس باستقرار السوق وحقوق المستثمرين.

ب. ضمانات وجزاءات تطبيقه في الواقع العملي سواء أكانت مدنية أم جزائية.

ج. تأثيره على التشريعات النافذة لتحقيق الانسجام التشريعي مع كافة التشريعات

ذات العلاقة النافذة، وبيان فيما إذا كان نظام الدولة يستوعب تطبيق أحكام هذا القانون.

د. التكلفة المالية للتشريع والتبعات الاقتصادية والمالية على موازنة الدولة، من حيث الإعفاءات من الضرائب والرسوم الجمركية وغير ذلك.

كما أنه كان يلزم قبل عرض مشروع القانون ومناقشته في مجلس الأمة أن يتم عرضه ابتداءً مع مذكرة السياسة التشريعية على اللجنة الدائمة لمراجعة وتطوير التشريعات بوزارة العدل، سندًا لقرار وزير العدل بتاريخ 2018/3/1.

وحيث إن مشروع قانون الصكوك الكويتي لسنة 2019 نصّ على اختصاص محكمة أسواق المال في نظر المنازعات المتعلقة بالصكوك، وكذلك على جواز حلّ المنازعات المتعلقة بها من خلال التحكيم وكافة الوسائل غير القضائية، من وساطة وتوفيق وغيرها، فإنّه من الضروري وضع قواعد لتشكيل الهيئات القضائية أو هيئات التحكيم أو الوساطة حتى يدخل في تكوينها متخصّصون في الفقه الإسلامي وأصوله؛ ضمانًا لتوافق أحكامها وقراراتها مع أحكام الشريعة الإسلامية.

أما على المستوى الدولي فإننا نقترح – لتفادي المثالب وأوجه الخلل التشريعي التي وقعت في قوانين الصكوك التي صدرت– إعداد قانون نموذجي للصكوك يراعي الأسس والمبادئ المستقرة في صناعة التقنين عمومًا، ويعطي تصورًا واضحًا للأحكام الفقهية في شريعة الإسلام التي تقوم عليها مسائل وموضوعات الصكوك التمويلية الإسلامية على خلاف نظائرها وهي سندات الاقتراض في القانون الوضعي، بحيث نخرج بقانون نموذجي متكامل للصكوك يشكل مرجعية قانونية تساعد الدول على الاسترشاد به في إعداد تشريعاتها الداخلية المتعلقة بالصكوك، بما يتلاءم مع سياستها التشريعية وظروفها الاقتصادية.

المراجع

أولاً- باللغة العربية

- أحمد شعبان محمد علي، الصكوك ودورها في تحقيق التنمية الاقتصادية، دار التعليم الجامعي، الإسكندرية، 2014.
- أحمد علي السيد خليل، مدى حاجة منازعات الاستثمار إلى محاكم متخصصة (نموذج المحاكم الاقتصادية في التجربة المصرية)، ورقة منشورة في وقائع مجلدات المؤتمر السنوي التاسع عشر الذي نظمته كلية القانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة تحت عنوان: «الاستثمار بين التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية وأثرها في التنمية الاقتصادية في دولة الإمارات العربية المتحدة، 2011.
- أسامة عبد الحليم الجورية: صكوك الاستثمار ودورها التنموي في الاقتصاد، رسالة ماجستير، معهد الدعوة الجامعي للدراسات الإسلامية، لبنان، 2009.
- دليل الصياغة التشريعية، جامعة بيرزيت، معهد الحقوق، جامعة بيرزيت، فلسطين، 2000.
- هبة بدر صادق، إطلالة على المحاكم الاقتصادية ومنازعات الاستثمار، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، الجزء الثاني، العدد الأول، السنة التاسعة والخمسون، القاهرة، 2017.
- زياد الدماغ، الصكوك الإسلامية ودورها في التنمية الاقتصادية، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2012.
- زاهر علي محمد عامر، التصكيك ودوره في تطوير سوق مالية إسلامية، دار عماد الدين، عمان، 2009.
- يسري العصار، النظام القانوني لهيئة أسواق المال ومدى فاعليته في تحقيق أهدافها، دراسة مقارنة بين الكويت ومصر وفرنسا، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة الرابعة، العدد 15، سبتمبر 2016.
- محمد أحمد سعفان، تطبيق الشريعة الإسلامية في قضاء المحكمة الدستورية العليا، مجلة الدستورية، السنة الثانية، العدد السادس، القاهرة، 2004.
- محمد مبارك فضيل البصمان، التنظيم القانوني للصكوك التمويلية وتمييزها عن السندات «دراسة في القانون الكويتي والقانون المقارن»، كتاب صادر عن مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، 2015.

- محمد القري بن عيد، عرض لبعض مشكلات البنوك الإسلامية ومقترحات لمواجهتها، مجلة مجمع الفقه الاسلامي، الدورة الثامنة، المجلد الثالث، جدة، المملكة العربية السعودية.
- محمد تقي العثماني، الصكوك كأداة لإدارة السيولة، بحث مقدم للندوة العشرين للمجتمع الفقهي الإسلامي، مكة المكرمة، 25–12/26/ 2010.
- محمود صبرة، أصول الصياغة القانونية بالعربية والإنجليزية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001.
- المذكرة الإيضاحية للاقتراح بقانون بشأن إصدار قانون الصكوك الكويتي لسنة 2019، منشورة في جريدة الأنباء بتاريخ 2019/1/3.
- سعد عبد الحميد صالح، صكوك التمويل وفقًا لقانون 10 لسنة 2013 كآلية لتمويل المشروعات، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 2017.
- سليمان ناصر وربيعة بن زيد، الصكوك الإسلامية كأداة لتمويل التنمية الاقتصادية ومدى إمكانية الاستفادة منها في الجزائر، ورقة مقدمة في مؤتمر حول «منتجات وتطبيقات الابتكار والهندسة المالية بين الصناعة المالية التقليدية والصناعة المالية الإسلامية»، جامعة فرحات عباس، الجزائر، 5–2014/5/6.
- عبد الباري مشعل، شركات الاستشارات الشرعية وهيئات الرقابة الشرعية الضوابط والآليات، المؤتمر السابع للهيئات الشرعية للمؤسسات المالية الإسلامية، هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، مملكة البحرين، 27–5/28/ 2008.
- علي الصاوي، الصياغة التشريعية للحكم الجيد، ورقة عمل قدمت في ورشة عمل حول تطوير نموذج للصياغة التشريعية للبرلمانات العربية، بيروت 2003.
- فايز بكيرات وآخرون، العملية التشريعية في فلسطين: بين النظرية والتطبيق، معهد الحقوق، جامعة بيرزيت، 2005.
- فهد الحويماني، المال والاستثمار في الأسواق المالية، الطبعة الثانية، السعودية، دون تاريخ نشر.
- خالد التلاحمة وعبد الرحيم طه، أصول الصياغة القانونية، المعهد القضائي الفلسطيني، رام الله، فلسطين، 2013.

ثانيًا– باللغة الإنجليزية

- Ali Said, Does the Use of Sukuk (Islamic bonds) Impact Islamic Banks Performances? A Case Study of Relative Performance during 2007-2009, Middle Eastern Finance and Economics, EuroJournals Publishing, Inc. Issue 12, 2011.
- Beng Soon Chong, Ming-Hua Liu, Islamic banking: Interest-free or interest-based? Pacific-Basin Finance Journal, Volume 17, Issue 1, January 2009.
- Godlewski, Christophe, et al. Are Islamic Investment Certificates Special? Evidence on the Post-Announcement Performance of Sukuk Issues (April 5, 2010), University of Strasbourg - LaRGE Research Center, LaRGE Working Paper No. 2010.
- Chapra, Umer, is it necessary to have Islamic economics? The Journal of Socio-Economics, Volume 29, Issue 1, 2000.
- Hanif, Muhammad, Differences and Similarities in Islamic and Conventional Banking, International Journal of Business and Social Sciences, Vol. 2, No. 2, 2010.
- Hearn, Bruce, Piesse, Jenifer, & Strange, Roger, The role of the stock market in the provision of Islamic development finance: Evidence from Sudan, Emerging Markets Review, Volume 12, Issue 4, December 2011.
- Mohamad, Shamsher, et al. Exigency for Sukuk Bonds Financing: Issues and Discussions, August 26, 2010. Available http://ssrn.com/abstract=1666103.
- Meysam Safari, Are Sukuk securities the Same as Conventional Bond?, Proposal for conference: Foundation of Islamic Finance-Second Conference, 8-10 march-Kula Lumpur/ Malaysia.
- Salah, Omar, Dubai Debt Crisis: A Legal Analysis of the Nakheel Sukuk, Berkeley Journal of International Law, Vol. 4, 2010.
- Talahma, Khalid, Islamic Bonds (Sukuk): Opportunities and Challenges (2015). Asper Review of International Business and Trade Law. Vol.15, Faculty of Law, University of Manitoba, Winnipeg, Manitoba, Canada.
- Thorsten Beck, Asli Demirgüç-Kunt, & Ouarda Merrouche, Islamic vs. conventional banking: Business model, efficiency and stability, Journal of Banking & Finance, Volume 37, Issue 2, February 2013.

المحتوى

الموضوع	الصفحة
الملخص	17
المقدمة	18
المبحث الأول– جوانب الخلل التشريعي في الخطوات التمهيدية لبناء مشروع قانون الصكوك	21
أولاً– إعداد مذكرة السياسة التشريعية لمشروع قانون الصكوك المقترح	22
ثانياً– فهم مشروع قانون الصكوك المقترح وتحليله	27
المبحث الثاني– جوانب الخلل التشريعي في أقسام البنية العامة لمشروع قانون الصكوك	31
أولاً– قسم بداية قوانين الصكوك	31
ثانياً– قسم مقدمة قوانين الصكوك	33
ثالثاً– قسم متن قوانين الصكوك	34
رابعاً– قسم خاتمة قوانين الصكوك	42
الخاتمة	46
المراجع	48