

بالتعاون



هيئة المحاسبة والمراجعة  
للمؤسسات المالية الإسلامية

بدعم



المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب  
البنية الإسلامية للتنمية

تنظيم



شورى للاستشارات الشرعية  
Shura Sharia Consultancy



## المؤتمر الفقهي الرابع للمؤسسات المالية الإسلامية 4<sup>th</sup> Fiqh Conference for Islamic Finance Institutions

27-26 محرم 1433 هـ فندق كراون بلازا - الكويت 21-22 ديسمبر 2011 م

### البحث الثاني

## كشف القناع عن حق الانتفاع

أ. د. محمد أنس بن مصطفى الزرقا

كبير المستشارين الشرعيين في شركة شورى للاستشارات الشرعية

الرعاية الرئيسية



الشريك الاستراتيجي



الرعاية الفضية



الرعاية الاعلامي



الناقل الخارجي



الناقل الداخلي



الحليف القانوني



الحليف المالي





## كشف القناع عن حق الانتفاع

### خلاصة :

تستعرض هذه الورقة في قسمها الأول أنواعا من حقوق الانتفاع العقاري عرفها الفقه الإسلامي تاريخيا، لتظهر أين تقع منها صيغ مستحدثة لحقوق الانتفاع العقاري في الصناعة المالية الإسلامية،

و في قسمها الثاني تكشف القناع عن حق الانتفاع القانوني في بعض التقنيات العربية، التي استمدته من القانون المدني الفرنسي.

و في القسم الثالث ، أ قدم حالة افتراضية تبرز فيها ثلاث مراحل يمر فيها حق انتفاع إسلامي مستحدث على عقار، وأناقش في كل مرحلة ملكية مكونات العقد ، وجواز تداول حق الانتفاع عندها، وبعض عوارض التداول.

وتقتصر هذه الورقة على ما ينطبق على حق الانتفاع العقاري دون سواه من حقوق الانتفاع .

- 1 -

### أهم الحقوق المتعلقة بعقار، و مكان حق الانتفاع بينها

هب أن لدينا قطعة أرض عليها بيت صالح للسكنى .

ما أهم أنواع الحقوق العقارية التي يمكن أن تترتب على الأرض و البيت في الفقه الإسلامي مما يتصل بموضوعنا ويلقي الضوء عليه ؟

**حق الملكية هو أعظم هذه الحقوق ويشمل:**

(أ) الاستعمال (بالسكنى مثلا).

(ب) الاستغلال ، (بالإيجار مثلا).

(ج) التصرف في رغبة العقار بالبيع أو الهبة أو الوقف.

وللمالك أن يرتب على العقار حقوقا للأخرين متفرعة عن حق الملكية ، كالوصية والإيجار :

الوصية، بأن يوصي بسكنى البيت لشخص، فلهذا أن يسكنه فقط لا أن يستغله.

والإيجار، بأن يؤجر بعوض، فيملك المستأجر منفعة العقار للمدة المحددة في العقد، وهذه المنفعة تشمل بحسب الأصل الفقهي، الاستعمال والاستغلال. فللمستأجر أن يستغل فيؤجر لغيره، بشروط. والجمهور على ان الإجارة لا تنفسخ بموت أحد المتعاقدين .

ويجوز أن يشترط المؤجر عدم التأجير للغير، فينحصر حق المستأجر في الاستعمال دون الاستغلال.

فالفقهاء يفرقون بين (ملك الرقبة) الذي ينطوي على حق التصرف في العين، و(ملك المنفعة) الذي يشمل الاستعمال والاستغلال، و(حق الانتفاع) الذي قد يقتصر على الإذن بالاستعمال، وقد يشمل الاستغلال أيضا فيصبح نظيرا لملك المنفعة.

ومع اتفاق الفقهاء على التمييز بين هذه الحقائق، فقد اختلفت اصطلاحاتهم التي عبروا بها عن هذا التمييز.

فالقرا في مثلا في الفروق يعبر « بتمليك الانتفاع » عن مجرد إذن المالك لشخص بالاستعمال، ويعبر « بتمليك المنفعة » عما يشمل الاستعمال والاستغلال أيضا. (ر: الزرقا، المدخل الفقهي، فقرة ٢/٢٦ ص ٣٧٤) ويوجز العبادي مع إحالات تفصيلية اصطلاحات المذاهب في هذا الشأن ( العبادي، الملكية، ج ١ ص ٢٣١-٢٤٣ )

### حقوق الارتفاق

كما يمكن لمالك العقار أن ينشئ على عقاره حقوق ارتفاق (كحق التعلي وحق الطريق) مما عرفه الفقهاء قديما وفصلوا أحكامه .

والمالكية (خلافًا لآخرين) يجيزون إنشاء حقوق ارتفاق مبتكرة « بالإرادة والالتزام، كأن يقرر شخص على أرض يملكها ألا يقيم على ناحية منها ملاصقة لأرض أخرى بناء، وأن لا يرتفع بينائه إلا إلى حد معين..» (الزرقا، نظرية الالتزام، فقرة ٣/ ٤، ص ٤٧، حاشية ١).

و في حال تعدد المالكين، سهل الفقه الإسلامي بأحكامه في المهابة الزمانية والمكانية الاستفادة من حقي الاستعمال والاستغلال.

### العُمري :

نوع من الهبة، من صورها أن يقول رجل لآخر: أعمرتك داري هذه مدة حياتك.

وجمهور الفقهاء يجيزون العُمري ، على اختلاف في الصور الجائزة، التي أقربها إلى موضوعنا مذهب مالك «بأنها تضيد تمليك المنافع لا الرقبة.. فإذا مات (المعمر - بالفتح) رجعت الدار إلى المعمر - بالكسر- أو إلى ورثته» (الضرير، الغرر، ط ٢، ١٤١٦هـ / ١٩٩٥م ص ٦٣٢) ..

فالعُمري هي تمليك منفعة شيء مملوك مدة حياة المستفيد. وهي صحيحة إن كانت هبة، وفاسدة إن كانت معاوضة، لما فيها من غرر كبير حول مدة حياة المستفيد. (الضرير، الغرر، ص ٦٣٣ - ٦٣٥)

### حق الوقفية وما يتضرع منه:

لمالك العقار أن يقف عقاره فتحبس عينه عن التملك لتصرف منافعه إلى جهة بر. وعندها ينشأ على المال الموقوف حق عيني في احتباسه لمصلحة الجهة الموقوف عليها. (الزرقا، نظرية الالتزام، ص ٥١).

ومعلوم في أحكام الأوقاف التفريق بين وقف عقار لسكنى وإيجار الموقوف عليهم، أو لسكناهم فقط فليس لهم إيجاره.

وثمة حقوق قد تنشأ على العقارات الموقوفة، تتضرع من حق الوقفية أقتصر منها على الحُكر والإجارتين. وفيما يلي وصفهما ( من الزرقا ، نظرية الالتزام ، ف ٢/٤ و ٣/٤ ص ٥٢ و ٥٣ ) .

### حق الحُكر:

ويسمى أيضا المقاطعة (أي البدل السنوي المقطوع ) والإجارة المديدة (مدني سوري مادة ٧/١٠١)

وهو حق قرار مرتب على الأرض الموقوفة بإجارة مديدة تعقد بإذن القاضي يدفع فيها المستحكر لجانب الوقف مبلغا معجلا يقارب قيمة الأرض ويرتب مبلغ آخر ضئيل يستوفى سنويا لجهة الوقف من المستحكر أو ممن ينتقل إليه هذا الحق، على أن يكون للمستحكر حق الغرس والبناء وسائر وجوه الانتفاع.

وحقه هذا قابل للبيع والشراء وينتقل إلى ورثته بالموت إلخ...

والغرض من هذا العقد أن يستفاد من الأرض الموقوفة المعطلة عندما لا يكون الوقف متمكناً من استثمارها.

## حق الإيجارتين:

وهو ينشأ بطريقة أحدثتها القوانين العثمانية بعد سنة ١٠٢٠هـ على أثر الحرائق التي شملت أكثر عقارات الأوقاف في القسطنطينية، فعجزت غلاتها عن تجديدها، وتشوه منظر البلدة، فابتكروا طريقة الإيجارتين تشجيعاً على استئجار هذه العقارات لتعميرها اقتباساً من طريقة التحكير في الأراضي.

وهي عقد إجارة مديدة بإذن القاضي الشرعي على عقار الوقف المتوهن الذي يعجز الوقف عن إعادته إلى حالته من العمران السابق، بأجرة معجلة تقارب قيمته تؤخذ لتعميره، وأجرة مؤجلة ضئيلة سنوية يتجدد العقد عليها ودفعها كل سنة. وذلك كمخرج من عدم جواز بيع الوقف ولا إيجارته مدة طويلة. ومن هنا سميت بالإيجارتين.

والفرق بينها وبين الحكر أن البناء والشجر في الحكر ملك للمستحكر لأنهما أنشئا بماله الخاص بعد أن دفع إلى جانب الوقف ما يقارب قيمة الأرض المحكرة باسم أجرة معجلة.

أما في عقد الإيجارتين فإن البناء والأرض ملك للوقف، لأن عقدها إنما يرد على عقار مبني متوهن يجدد تعميره بالأجرة المعجلة نفسها التي يستحقها الوقف.

وحق الإيجارتين، مثل حق الحكر، يورث .

## إقطاع الأرض من بيت المال :

كل ماسبق ذكره من حقوق عقارية، يمكن أن يترتب على ملك خاص. وإلى جانب ذلك، عرف الفقه الإسلامي حقوقاً مشروعة رتبت على أراض مملوكة لبيت المال من أبرزها إقطاع الأرض. (ر: الموسوعة الفقهية الكويتية ، مادة إقطاع، والعبادي : الملكية ج ١ ص ٣٢٤-٣٢٩) .

فإن كان إقطاعاً للرقبة ، فهو تملك للأرض، ويخرج عن موضوعنا. أو كان إقطاعاً لمنفعتها فقط ، فهو إقطاع الاستغلال وهو المتصل بموضوعنا. والإقطاع قد يكون عطاءً، أي منحة من بيت المال لمستحق ، إما لحاجته، أو لخدمة قدمها أو يقدمها للمجتمع، أو لعمارة البلاد وزيادة الانتاج.

قال أبو يوسف في الخراج (والأرض عندي بمنزلة المال . فلإمام أن يجيز من بيت المال من كان له غناء في الإسلام ومن يقوى به على العدو . ويعمل في ذلك بالذي يرى أنه خير للمسلمين وأصلح لأمرهم ، وكذلك الأرضون يقطع الإمام منها من أحب من الأصناف

التي سميت . ولا أرى أن يترك أرضاً لا ملك لأحد فيها ولا عمارة حتى يقطعها الإمام فإن ذلك أعمر للبلاد وأكثر للخراج ( ١ ) .

واقطاع الاستغلال قد يكون لحياة المقطع ، أو لمدة محددة . وهو لمدة محدودة ، يقرب من حق الانتفاع العقاري المستحدث ، سوى أن هذا الأخير يكون بين طرفين خاصين ويبرز فيه معنى المعاوضة المالية الهادفة للربح. أما الإقطاع فهو تصرف اداري لا يبتغي الربح ، من ولي الأمر في أرض مملوكة للدولة أو موات . وفي الموضوع تفاصيل كثيرة تخرج عن نطاق هذه الورقة القصيرة، ترى عند د. العبادي وفي الموسوعة الفقهية الكويتية .

### ملاحظات عن هذه الحقوق والابتكارات الفقهية:

نلاحظ ابتداء كثرة هذه الحقوق وتنوع خصائصها. وتقبلُ الفقه لتجزئة حق الملكية، والتصرف بكل جزء على حدة (كما في حق الاستعمال متميزاً عن حق الاستغلال، وجواز التصرف بهما مجتمعين أو منفردين)، بالهبة أو بالمعاوضة بشروطها الشرعية، أو بالوقف.

كما نلاحظ تقبل الفقه لابتكارات جوهرية حتى في نطاق الوقف، كالحكر والإجارتين مع أن الوقف لم يعد ملكاً خاصاً. مما يؤكد التوجه الفقهي العام بان الصيغ المقبولة لحق الانتفاع غير محصورة.

كل هذا يوفر مجالاً واسعاً ومرئونة كبيرة لهندسة عقود مبتكرة تلبى مختلف الحاجات والظروف المتبدلة.

-٢-

### حق الانتفاع القانوني في تقنيات عربية حديثة (٢)

إن هذا الحق بصورته التي ورد فيها في عدة تقنيات عربية هو مستورد من القانون المدني الفرنسي (منها التقنين المدني المصري والعقاري اللبناني ، والمدني السوري - الذي اوردت في ملحق بهذه الورقة بعض مواده - والعراقي والكويتي والبحريني وسواها) على اختلافات قليلة بينها . وسوف أشير إليه بـ (حق الانتفاع القانوني).

وقد وقع كثير من اللبس في أذهان بعض المشتغلين في التمويل الإسلامي حول حقيقة

1-<http://www.islamport.com/b/3/alhadeeth/ajzaa/%DF%7C8%20%7E1%CE%D1%7C%20%E1%C3%8ED%20ED%E6%D3DD/%DFCA%CA%7C8%20%7E1%CE%D1%7C%20%E1%C3%8ED%20ED%E6%D3DD%2020002.html>

٢- إن أكثر ما سأذكره عن حقيقة حق الانتفاع القانوني وخصائصه مستمد من الوسيط للسنيهوري مع بعض التصرف ، ج ٩ ص ١٢٠ وما يليها .

(حق الانتفاع القانوني) لتشابه اسمه مع بعض حقوق انتفاع وردت في الفقه مما ذكرت  
أفنا، رغم اختلافاته الجوهرية عنها. فشعرت بضرورة (كشف القناع) عن هذا الحق في  
القانون ومدى فائدته للصناعة المالية الإسلامية.

واقصر على ما يتصل بالعقارات، وأخير ما يهم الصناعة :

في مفهومه، وأحكامه، وأهميته، وكيفية اكتسابه، ثم تقويمه فقها.

### مفهوم حق الانتفاع القانوني:

هو حق يبيح استعمال شيء يخص الغير واستغلاله بسائر صور الاستغلال المباحة  
للمالك الأصلي. مع الالتزام بإعادته إلى مالكه بعد ذلك. فهو يقتصر على الأموال  
الاستعمالية أي التي لا تستهلك، و سنقتصر على العقارات منها.

أهم أحكامه:

أولا: هو حق عيني:

لذلك يستوفيه المنتفع مباشرة من الشيء دون توسط من مالك الشيء الذي، «... ليس  
ملتزما قبل المنتفع بتمكينه من الانتفاع كما يلتزم المؤجر نحو المستأجر. بل كل ما على  
المالك هو أن لا يتعرض للمنتفع في مباشرة حقه، ولا يلتزم نحوه بشيء. فإذا احتاجت  
العين إلى إصلاح لم يلتزم المالك أن يقوم به كما يلتزم المؤجر...» (السنهوري - الوسيط،  
ج ٩ ص ١٢٠١).

### ثانيا: يسقط حتما بموت المنتفع (١)

إن حق الانتفاع ينتهي حتما بموت المنتفع، بخلاف حق المستأجر فإنه في الأصل لا  
ينتهي بموت المستأجر.

ومع أن حق الانتفاع يجوز أن يحدد له أجل قصير أو طويل ولا يلزم أن يدوم طوال حياة  
المنتفع، فإنه ينتهي حتما بموته ولو قبل انقضاء الأجل.

### أهمية حق الانتفاع القانوني :

ينوه السنهوري بقلة أهمية حق الانتفاع القانوني في مصر (الوسيط، ج ٩ ص ١٢٠٩ -  
١٢١٠) قائلا:

١- ولا يجوز إنشاء حق الانتفاع القانوني لصالح شخص اعتباري في أكثر التقنينات العربية (الامصري) وهذا لازم لتحقيق هدف عدم استمراره آجالا  
طويلة. لأن الشخص الاعتباري لا يموت بأسباب طبيعية بل بأسباب تنظيمية قد تطول.

الأهمية المحدودة لحق الانتفاع في مصر وأهميته الكبيرة في فرنسا:

إذا كان لحق الانتفاع أهمية كبيرة في فرنسا، فإن ذلك يرجع إلى أن التقنين المدني الفرنسي قرر حالات هامة فيها يكسب الشخص حق الانتفاع في مال غيره، وهذه هي حالات حق الانتفاع المقررة بحكم القانون وتسمى بحقوق الانتفاع القانونية. فالمادة ٣٨٤ مدني فرنسي تجعل للأب وللأم، على ترتيب خاص، حق الانتفاع في أموال الأولاد حتى يبلغوا سن الثمانية عشرة... وقد جعلت قوانين فرنسية متعاقبة، حق الانتفاع لمن بقي حيا من الزوجين في بعض أموال الزوج الآخر، فشاغ بموجب هذه الأحكام حق الانتفاع في التعامل، وتكفل التقنين المدني الفرنسي بتنظيم هذا الحق تنظيمًا مفصلاً.

أما في مصر فالأمر يختلف، إذ لا يوجد في القانون المصري حقوق انتفاع قانونية. ويندر في العمل أن يرتب شخص على ماله حق انتفاع لشخص آخر بعقد أو بوصية، ومتى كان حق الانتفاع نادراً على هذا النحو فإنه يندر تبعاً لذلك أن يكسب بالشفعة أو بالتقادم مادام أنه ليس موجوداً من الأصل. والذي يقع غالباً هو أن يبيع الشخص لأولاده أو لزوجته مالا له، ويحتفظ لنفسه بحق الانتفاع في هذا المال طول حياته. وحتى في هذا الفرض، كثيراً ما يعتبر التعامل غير متعلق بحق انتفاع جدي، وإنما يعتبر وصية مستترة أراد بها الموصي التحايل على أحكام الميراث والوصية، وقد نصت المادة ٩١٧ مدني صراحة على هذه القرينة القانونية وإن قررت أنها تقبل إثبات العكس. من أجل ذلك لم يسهب التقنين المدني المصري، على خلاف التقنين المدني الفرنسي، في تفصيل أحكام حق الانتفاع، واقتصر على إيراد مبادئه الجوهرية، ونجاريه في ذلك.

### كيفية اكتساب حق الانتفاع القانوني:

ينشأ حق الانتفاع القانوني بأحد عدة أسباب، يهمنها منها ثلاثة:

**بحكم القانون** في حالات فصلها القانون الفرنسي كما سلف، ولا نظير لها فيما نعلم في التشريعات العربية لتناقضها البين مع أحكام الشريعة الإسلامية في ملكية القاصر الصغير، وفي الإرث.

وقد ينشأ حق الانتفاع بعقد تبرع كما في الوصية والهبة، وهذا قليل الأهمية في عمل الصناعة المالية الإسلامية.

كما يمكن أن ينشأ حق الانتفاع بعقد معاوضة. وسأقتصر في ما يلي من المناقشة على حالات المعاوضة لأنها الأهم في مجال الصناعة:

أ) فقد يبيع المالك العين، ويحتفظ لنفسه بحق الانتفاع بها مدى حياته. ويمكن التذرع بذلك للتحايل على أحكام الميراث والوصية كما نقلت عن السنهوري .

ب) وقد ينشئ مالك العين حق الانتفاع بها لآخر بعقد معاوضة .

ج) وقد ينقل من حصل على حق الانتفاع بأي سبب ، حقه لآخر بعقد معاوضة .

### تقويم فقهي واقتصادي لحق الانتفاع المكتسب بعقد معاوضة:

إن أبرز مخالفتين شرعيتين في حق الانتفاع القانوني إذا اكتسب بعوض هي أن فيه غرراً فاحشاً وظلماً بيناً .

أما الغرر، فلأن « المميز الجوهري (لحق الانتفاع القانوني). هو أنه ينتهي حتماً بموت المنتفع، (السنهوري، ج ٩/ص ١٢٠٠). «فسواء حدد لحق الانتفاع أجل أو لم يحدد، فإنه لا يعرف متى ينتهي، إذ قد يموت المنتفع قبل انقضاء هذا الأجل...» (المرجع نفسه ص ١٢٠٤).

أقول: وهذا هو المبرر الجوهري لرفضه فقهاً، في الحالات الثلاث (أ) و (ب) و (ج) لأنه ينطوي فيها جميعاً على غرر فاحش يفسد عقود المعاوضات (١).

وأما الظلم، فلأن مالك العقار غير ملزم قانوناً بأي شيء تجاه المنتفع، حتى ولا إصلاح العين إن تعطلت عن توليد المنافع المنتظرة. وإن إعفاء المالك من هذا الالتزام:

مقبول فقهاً فيما أحسب في انتفاع مصدره التبرع من مالك الشيء، إذ ما على المحسنين من سبيل. ولا أستبعد أن يكون هذا هو الحكم في مذهب مالك في العمري، لو تعطلت الدار المعمرة بعد بدء الانتفاع: أن لا يلزم المعمر (بالكسر) بإصلاحها إلا أن يطوع. لكن حالة الهبة بعيدة عن مجال الصناعة المالية التي قوامها حتى الآن على المعاوضات.

ومعقول، وإن لم يكن مقبولاً لأنه يخالف أحكام الفقه الإسلامي، عندما يقع الانتفاع بحكم القانون كما في فرنسا.

وغير معقول ولا مقبول في انتفاع مصدره المعاوضة، بل هو حينئذ من الظلم وأكل المال بالباطل، أن يستوي المالك العوض الذي يخصه، دون أن يلتزم تجاه المنتفع بإبقاء الشيء صالحاً للانتفاع (٢).

١- يمنع فقها المرتب مدى الحياة الذي مصدره عقد معاوضة، لشدة الغرر فيه (الضرير، ٦٢١-٦٢٦). وهذا يشبه مسألتنا حيث (حق الانتفاع مدى حياة المنتفع) يقابل المرتب مدى الحياة.  
٢- على تفصيل بين الصيانة المعتادة وغير المعتادة معروف في عقد الإجارة، وفي معيارها رقم ٩٠٠ الصادر من هيئة المحاسبة في البحرين.

ثم بعد كتابة ما تقدم ، سرنى أن اطلع على المادة ٩١٧ من القانون المدني في مملكة البحرين، فإذا بها تقرر أنه (لا يجبر مالك الرقبة على أداء التكاليف غير المعتادة ولا الإصلاحات الجسيمة... ما لم يكن حق الانتفاع قد تقرر بمقابل) فأحسن بتلافي الظلم. لكن المادة ٩٢١ منه تابعت التقنيات الأخرى بتقريرها أن حق الانتفاع القانوني ينتهي على أي حال بموت المنتفع) ، فلم توفق إلى تلافي الغرر الفاحش الذي يؤدي إليه هذا الحكم.

لماذا ينتهي حق الانتفاع بموت المنتفع في القانون الفرنسي ؟

«والحكمة في انتهاء حق الانتفاع حتما بموت المنتفع أن هذا الحق يشل إلى حد ما من تداول المال فلا يتيسر لمالك الرقبة أن يجد مشتريا لها مفردة من الانتفاع، ولا المنتفع يستطيع التصرف في ملكية المال كاملة، فأصبح المال في وضع اقتصادي غير مرغوب فيه، ولذلك عين المشرع حدا أقصى لهذا الوضع، وهو حياة المنتفع، فلا ينتقل حق الانتفاع بموت المنتفع إلى ورثته، بل ينتهي حتما فتعود الملكية كاملة لصاحب الرقبة، ويرجع المال إلى وضعه العادي من التداول». (السنهوري في الوسيط ج ٩ ص ١٢٠٣-٤، بتصريف يسير).

أقول: مع تقديرنا الكبير لشيخ القانونيين العلامة عبد الرزاق السنهوري رحمه الله، فإن ما راه حكمة في انتهاء حق الانتفاع بموت المنتفع يصدق فقط على حالات منح الانتفاع بحكم القانون في فرنسا، أو بالتبرع من مالك الشيء.

فتعميم هذا الحكم الى حق الانتفاع الحاصل من معاوضة ، قد أدخل عليه غررا فاحشا ليس من الحكمة في شيء، بل أراه أهم سبب يشل تداول حق الانتفاع نفسه والعقار المثقل بحق الانتفاع ، ويزهد الناس فيهما .

**حق الانتفاع القانوني: هل ينفع الصناعة المالية الإسلامية ؟**

كلا !

إن حق الانتفاع القانوني لا ينفع هذه الصناعة ، بمعنى أنه لا يقدم لها ابتكارا ماليا جديدا مقبولا فقها، لا يمكنها توفيره من صيدليتها الفقهية العامرة بحقوق انتفاع متنوعة الخصائص.

وعلى من يرى في حق الانتفاع القانوني فائدة للصناعة أن يأتي بأمثلة محددة لعقد انتفاع:

- يخلو من الغرر الفاحش والظلم، حتى يمكن قبوله فقها .

- ولا تغني عنه حقوق الانتفاع المعروفة فقها .

### حق الانتفاع القانوني : هل يضر بالصناعة المالية الإسلامية ؟

حتى لو افترضنا جدلاً قبول الفقه لحق الانتفاع القانوني، فإنه يضر بالصناعة ويدرسها في قمقم يشل (تداول حق الانتفاع) الذي لا غنى للصناعة عنه.

### نتيجة : عدم فائدة الانتفاع القانوني، وكيفية تقويمه:

إن مبرر وجود هذا الحق في فرنسا هو وجود حقوق انتفاع تنشأ فيها بحكم القانون، ولا وجود لمثلها في البلاد العربية . وحيث إن هذا الحق مهدد بالزوال فجأة بموت المنتفع الأول فإن تقدير قيمته المالية عرضة لغرر كبير يجعله غير صالح للمعاوضة وللتداول. أضف إلى ذلك ما فيه من ظلم إن اكتسب بعقد معاوضة .

ومع أنني لست ضد التقليد فيما هو نافع بعد تهذيبه بما ينسجم مع قيمنا ، لكنني أرى أن نقل حق الانتفاع القانوني من القانون الفرنسي إلى التقنينات العربية هو مثال مؤسف للتقليد على غير بصيرة، بل فيه تشويش ضار وإضاعة للجهد .

ولو أردنا إصلاح حق الانتفاع القانوني وإزالة الأذى عنه لوجب:

أن نسقط شرط سقوط حق الانتفاع بموت المنتفع، ونترك تحديد مدته للعاقدين، وأن نوسع ، إلى أقصى حد يسمح به الفقه ولا يجال في العدالة، أجناس الصيانة التي يجوز للعاقدين إلزام أحدهما بها دون الآخر ( مثلا المنتفع دون مالك الرقبة ).

لو أننا فعلنا ذلك لعاد حق الانتفاع سوياً سهل التقويم والتداول لا غرر فيه ولا ظلم. وهو معروف من قديم الزمان باسم عقد الإجارة ! الذي يملك به المستأجر منافع المأجور لمدة محددة وبعوض، وله أن يتصرف فيها تصرف المالك .

وفي الوضع الحاضر أقترح التصريح في العقود المالية المنطوية على انتفاع بأنه لا يتصل بحق الانتفاع القانوني ، اجتناباً لأي لبس.

- ٣ -

### حق الانتفاع المستحدث ، في الصناعة المالية الإسلامية

ظهرت في العقد الأخير صيغ مبتكرة لحق الانتفاع بعقار ، يرى أنها مقبولة فقها، ويمكن أن تستفيد منها الصناعة. أهم مميزاتها أنها مؤقتة، لكن لفترة طويلة محددة

(٢٥ - ٩٩ سنة مثلا)، وتعطي المنتفع حق الاستعمال والاستغلال، وتسمح بتكرار تداول الحق بين أطراف ثالثة .

وسوف أفصل الآن حالة افتراضية تبرز فيها ثلاث مراحل يمر فيها حق انتفاع مستحدث على عقار.

### حالة افتراضية لحق انتفاع مستحدث:

إن الصيغة التي أقدمها الآن، مركبة من عدة صيغ مطبقة فعلا، وأعرض من خلالها بعض أسئلة مهمة للحوار بين ذوي الاهتمام.

### أطراف العقد:

**الطرف الأول:** مالك أرض خاصة ، (أو أرض عامة لبيت المال ، أو متولي أرض وقفية)، راغب في تأجيرها إجارة طويلة لمدة ثلاثين عاما مثلا .

**الطرف الثاني:** مؤسسة (مالية إسلامية) ترغب في استئجار الأرض للمدة الطويلة المحددة في العقد ، لتشييد على حسابها برجاً سكنياً وتجارياً ، مع تأثيثه وصيانته وصيانة شاملة وإدارته طيلة فترة الانتفاع ، كل ذلك بمواصفات تفصيلية محددة، ينفذها ..

**طرف ثالث** هو مقاول صانع متفق عليه بين الطرفين ، لكنه مسؤول تجاه المؤسسة فقط . وتستغل المؤسسة البرج بمختلف الصيغ المشروعة، ومنها التأجير من الباطن للشقق والمحلات **لطرف رابع** مع السماح له بإعادة التأجير من الباطن أي بتداول هذا الحق في السوق، في حدود ما تسمح به الشريعة ولا يخل بالتزام الأجرة للطرف الأول .

فأقصى مدة يمكن لطرف رابع أن يملك منافع العين خلالها (ولتكن مثلا، منافع شقة معينة في المبنى)، هي من بدء عقده مع المستأجر/ المنتفع السابق الى موعد نقل ملكية البرج كاملة الى الطرف الأول . وهذا الرابع قد يبيع بعد لخامس .

**الأجرة:** التي تلتزم بها المؤسسة تجاه الطرف الأول ليست نقدية، بل هي عينية مؤجلة إلى نهاية العام الأخير لفترة الانتفاع ، وتتمثل في نقل ملكية البرج كاملة وما فيه من أثاث وتجهيزات، بحالتها المطابقة للمواصفات المحددة، إلى مالك الأرض (أو إلى جهة الوقف) ، بوصفها أجرة الأرض للأعوام الثلاثين الفائتة .

**تكييف العقد:** عقد إجارة مديدة للأرض

- يملك المستأجر منافعتها كاملة لمدة ثلاثين سنة ،

- لقاء أجرة عينية مؤجلة (هي مبنى مؤثث محدد المواصفات يشيد على حساب المستأجر، الذي لا بد له من عقد استصناع على مسؤوليته و حساباه مع مقاول صانع ملتزم بالتشييد والتأثيث )،

- وهو حق يورث ، ويقبل التداول بعقود المعاوضة و التبرع ، كما يقبل الرهن .

### المراحل الثلاث للعقد:

ستتحمل المؤسسة نفقات كبيرة إلى حين بدء ظهور غلة للمشروع ، ناهيك عن تمام تنضيضه (تصفيته ) بعد ثلاثين سنة. ولا ترغب مؤسسة مالية عادة في ربط موارد كبيرة في استثمار طويل الى هذا الحد. لذلك سوف تسعى عادة لحشد موارد من مستثمرين آخرين، إما بالمشاركة - ولن أفضل فيها- وإما ببيعهم بالمفرق بعض ما تملكه المؤسسة وهو : حق الانتفاع من الأرض ومن الأصول المشيدة وما فيها من أثاث واستغلالها خلال مدة العقد .

ومن المفيد التمييز بين مراحل ثلاث:

**مرحلة «المخطط»:** تقع هذه المرحلة ما بين توقيع المؤسسة العقد مع مالك الأرض، الى حين بدء المقاول أعمال التشييد والتأثيث، ولنفترض أن هذه المرحلة تمتد سنة واحدة ، وتتوافر منذ بدايتها المخططات والمواصفات المفصلة لكل ما سوف يشيد ويؤثث.

**مرحلة الإنشاء:** من بدء المقاول أعماله إلى حين تسليمه البناء كاملا ومؤثثا، ولنفترض أن هذه المرحلة تمتد سنتين .

**مرحلة الاستغلال:** للبناء وما فيه ، مع صيانته ، وتمتد من أول السنة الرابعة إلى نهاية السنة الثلاثين .

### الملكية خلال المراحل الثلاث:

**مرحلة المخطط:** رغبة الأرض على ملك مالكيها الأصلي (الطرف الأول) ومنافع الأرض مملوكة للمستأجر طيلة المراحل الثلاث.

**مرحلة الإنشاء:** يبقى ما بني جزئيا على ملك وعهدة المقاول الملتزم بإنشائه إلى حين تسليمه للمؤسسة (المستصنع)

**مرحلة الاستغلال:** منذ استلام المبنى المكتمل والمؤثث من المقاول ، تنتقل ملكيته

ومخاطر تعييبه أو تلفه، والالتزام بصيانتته وتجديده ما يحتاج لتجديد من أثائه ينتقل كل ذلك إلى المؤسسة .

### التداول خلال المراحل الثلاث: أسئلة واجابات مقترحة:

س١: هل يجوز للمؤسسة في مرحلة المخطط أن تبيع المنافع الموصوفة للفترة الباقية من العقد، لشقة أو قسم محدد ومتميز ماديا في البناء المتعدد الأدوار؟

#### الجواب عن س١

هذه صورة معاصرة لعقد الاستصناع المعروف فقها والذي تعده المذاهب الثلاثة نوعا من السلم يخضع لشروطه، ومن أبرزها وجوب تعجيل كامل الثمن. بينما يعده الحنفية عقدا مستقلا في أحكامه عن السلم فيجيزون فيه تعجيل الثمن أو تأجيله أو تنجيمه على أقساط، وبهذا أخذ مجمع الفقه الدولي في قراره ٥٠ (١ / ٦) عام ١٤١٠ هـ / ١٩٩٠ م ثم في قراره ٦٥ (٣ / ٧) في عام ١٤١٢ هـ / ١٩٩٢ م .

وحيث يجوز للصانع أن يستصنع سواه من الباطن بعلم المستصنع ورضاه ، صارت المؤسسات المالية الإسلامية كثيرا ما تدخل بعقد استصناع أول مع المقاول ، فتعجل له الثمن أو تقسطه على فترة الإنشاء فقط، و تدخل في عقد استصناع آخر مع المشتري (الطرف الرابع) تكون فيه صانعة بثمن مستقل مقدارا وأجلا. وتبقى المؤسسة مسئولة تجاهه عن تنفيذ العقد بشروطه. ويصبح المقاول صانعا من الباطن .

س٢: هل يجوز لمشتري المنفعة ( الطرف الرابع ) أن يبيع بعد لخامس ، ثم هذا لسادس الخ؟

#### الجواب عن ٢:

إن أجزنا للطرف الثاني (المؤسسة) الدخول صانعا مع الطرف الرابع في عقد استصناع مواز، فلا مضر من أن نجيز لهذا الرابع مثله مع خامس ، يكون الرابع مسئولا قبله عن تنفيذ العقد بشروطه ، وللخامس مع سادس! هذا هو القياس .

لكن طول السلسلة يزيد من احتمال انفصامها وحصول نزاعات قضائية ، فلا يبعد أن يمنع استحسانا البيع لرابع في مرحلة المخطط. وأرى هذا أقرب للصواب لأنه أحفظ لحقوق الناس .

س٣: هب أن الطرف الثاني (المؤسسة) يريد أن يخرج نهائيا من العقد

أي انه غير راغب في الصورة التي تجعله صانعا مسئولا تجاه الطرف الرابع ، بل يريد أن

يخرج نهائياً من العقد بأن يبيع نفس عقده مع المقاول، قبل انتهاء هذا من الإنشاء، أي خلال مرحلة المخطط أو مرحلة الإنشاء، إلى (طرف رابع) يحل محله من كل وجه، فهل من سبيل مشروع يسمح بذلك؟

### جواب عن س ٣ مقترح للنقاش :

نعم، ثمة سبيل مشروع، شرط أن يلتزم الطرفان الثاني والرابع مذهب مالك في السلم، وفي الاستصناع تبعاً، فيعجل كل منهما كامل الثمن الذي يشتري به .

التفصيل : إن بيع الطرف الثاني (المؤسسة) عقدها مع المقاول ممنوع حسب قواعد المذاهب الأربعة، وإن اختلف تعليل المنع.

فالشافعية والحنابلة، الذين يعدون الاستصناع ضرباً من السلم، يمنعون بيع سلعة السلم قبل قبضها .

والحنفية وإن استثنوا الاستصناع من قواعد السلم كما تقدم، فإن هذا البيع للعقد الأول لا يمكن أن يعد عندهم استصناعاً، بل هو أقرب إلى بيع حق مالي في شيء معدوم حين العقد، وقواعدهم لا تجيزه.

يبقى المالكية، الذين تترك قواعدهم مجالاً محدوداً لتصحيح هذه الصورة بشروط.

ذلك أنهم وإن كانوا يعدون الاستصناع ضرباً من السلم (مثل الشافعية والحنابلة) لكنهم يجيزون بيع سلعة السلم قبل قبضها (= الشقة قبل بنائها) من غير المسلم إليه (= المقاول)، بمثل الثمن الأول أو أكثر أو أقل. (١) ولكن بشرط أن يعجل المشتري الجديد (الطرف الرابع) كامل الثمن للمؤسسة، على سنة السلم.

ويصرح المالكية بمنع الشراء الثاني لسلعة السلم بثمن مؤجل، لأنه يؤول إلى صورة ممنوعة من صور الكائى بالكائى.

### هل هذا حل يسهل تطبيقه؟

لا أحسبه حلاً عملياً، لأن من النادر أن ترغب (المؤسسة) أو أن تستطيع مالياً تعجيل كامل ثمن العقار للمقاول. بل حتى الحكومات في العالم لا ترضى بتعجيل كامل الثمن للمقاول، بل تؤديه منجماً بحسب تقدم أعمال التنفيذ، ولذلك أسباب وجيهة مشهورة.

١- ويجيزون البيع للمسلم إليه (المقاول) بمثل الثمن الأول أو أقل، لا بأكثر حذراً من شبهة الربا. حيث إن المشتري سلماً قد أسلف كامل الثمن نقداً، ويسترد أكثر منه بعد حين.

كما أن المشتري الجديد ( الطرف الرابع ) ، نادرا ما يستطيع تعجيل كامل الثمن .

س٤ : ما أول وقت يجوز فيه خلال مرحلة الإنشاء بيع حق الانتفاع لشقة موصوفة محددة؟

بعد أن يبدأ تشييد البناء الذي ستكون الشقة بعضا منه يمكننا قياس المسألة على حالة بيع الثمار على الشجر، الذي أبيح في السنة النبوية الشريفة بعد بدو صلاح الثمرة وأمنها العاهة ولو قبل اكتمال نضجها . وفسره بعض الصحابة الكرام وكبار الفقهاء بأن تصبح الثمرة مأكولة وإن لم تطب .

فقياسا على ذلك أقول : يكون بدو صلاح الشقة بقابليتها للسكن بحسب عرف المكان وإن لم تكتمل؛ كأن تثبت الأبواب الخارجية والشبابيك والزجاج والمغاسل، وإن لم يتم إنجاز البلاط والأبواب الداخلية والدهان . أما وصل المياه والمرحاض والصرف الصحي والتيار الكهربائي فيختلف أمره بحسب عرف المكان، إذ لا بد منه في المدن الكبيرة المكتظة ، وقد لا يكون معتادا أو لازما في الأرياف .

أما العاهة هنا فهي عجز المقاول أو مماطلته في تنفيذ ما التزم به . والأمن من ذلك قد يصعب في حال المقاول الفرد ، ويسهل إن كان شركة ذات سجل جيد قدمت ضمانات قوية للتنفيذ .

فإذا بدا صلاح الشقة كما وصفت ، وأمن عدم إنجازها ، فالظاهر جواز بيعها بربح ، أو بدونه ( تولية ) ، نقدا أو بثمن مؤجل .

لكن هل يجوز أن تخرج المؤسسة حينئذ من الصورة ولا تعود لها صلة بالعقد؟ ماذا لو عجز المقاول فعلا عن إكمال ما بقي ، خلافا لغلبة الظن السابق بأنه سيكمل ؟ ألا يتوجه أن يلزم بالبقاء على الأقل كفيلا للمقاول ؟ مسائل فيها نظر، وهي مع الأسف ليست نادرة الوقوع .

لكن في حالتنا المفترضة ، لا بد من استمرار مسؤولية المؤسسة تجاه الطرف الأول إلى نهاية فترة الاجارة المديدة ، للوفاء بالتزامها أداء الأجرة العينية المؤجلة للطرف الأول . ولا يصح خروجها من العقد قبل ذلك .

هذا ما يسر الله بيانه، وأرجو أن يكون قريبا من الصواب .

أسأله سبحانه أن يجعله مما ينفع الناس، وأحمده كثيرا على فضله، وأصلي وأسلم على رسوله محمد معلم الخير .

«سبحانك لا علم لنا إلا ما علمتنا، إنك أنت العليم الحكيم» .

## مراجع

- الزرقا، مصطفى أحمد، المدخل الى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي ، دار القلم : دمشق ، ١٤٢٠ هـ / ١٩٩٩ م
- الزرقا، مصطفى أحمد، المدخل الفقهي العام ، إخراج جديد ، دار القلم : دمشق ، ط ٢ / ١٤٢٥ هـ / ٢٠٠٤ م
- السنهوري - عبد الرزاق أحمد ، الوسيط في شرح القانون المدني ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، ١٩٨٦ ج ٩ .
- الضير ، الصديق محمد الأمين ، الغرر وأثره في العقود ، ط ٢ ، ١٤١٦ هـ / ١٩٩٥ م
- العبادي، د. عبد السلام ، الملكية في الشريعة الإسلامية. مكتبة الأقصى : عمان الأردن ١٣٩٤هـ / ١٩٧٤م.
- الموسوعة الفقهية الكويتية- وزارة الأوقاف - الكويت

## ملحق- بعض مواد حق الانتفاع في القانون المدني السوري

### في حق الانتفاع

مادة ٩٣٦

١. الانتفاع. هو حق عيني باستعمال شيء يخص الغير واستغلاله.

٢. ويسقط هذا الحق حتماً بموت المنتفع. ٣. ولا يجوز إنشاء حق انتفاع لصالح شخص اعتباري.

مادة ٩٣٧

ينشأ حق الانتفاع بمجرد إرادة الإنسان. ويمكن إنشاؤه لأجل أو بشرط.

مادة ٩٣٨

يجوز في الأمور العقارية. إنشاء حق الانتفاع على الحقوق التالية:

١- الملكية. ٢. التصرف. ٣. السطحية. ٤. الإجازتين. ٥. الإجازة الطويلة.

## في حقوق الاستعمال والاستغلال العائدة للمنتفع

مادة ٩٤٣

للمنتفع حق الاستعمال القائم باستخدام العقار لاستمتاعه الذاتي أو لصالحه الشخصي. ويكون هذا الحق شاملاً شمول حق مالك العقار. ويدخل في ذلك استعمال حقوق الارتفاق وكذلك حق الصيد والقنص. ما لم يكن صاحب العقار قد أجر هذه الحقوق قبل إنشاء حق الانتفاع.

مادة ٩٤٧

١. يحق للمنتفع أن يتنازل عن حقه مجاناً أو ببديل. ما لم يكن في صك إنشاء الانتفاع أحكام تخالف ذلك. ٢. ويظل حق الانتفاع بعد التنازل قائماً في شخص المتنازل. ولذلك لا يكون المتنازل في حل من التزامه تجاه مالك الرقبة. ٣. ويسقط حق الانتفاع بموت المتنازل. لا بموت المتنازل له.

مادة ٩٤٩

١. تكون على عاتق المنتفع: الضرائب العقارية المختلفة. وكذلك الترميمات اللازمة لصيانة العقار. ٢. أما التصليحات الكبيرة. أي التي تتعلق بتجديد قسم مهم من العقار وتستوجب مصاريف غير عادية. فإنها تترتب على مالك الرقبة.

مادة ٩٥٠

١. إن مالك الرقبة والمنتفع غير ملزمين بإعادة بناء ما تهدم بسبب قدمه أو قضاء وقدرًا. ٢. إلا أنه إذا حدث الانهدام على أثر كارثة وكان العقار المهدم كله أو بعضه مؤمناً. فيجوز بناء على طلب مالك الرقبة أو المنتفع استعمال التعويض المدفوع لتجديد بناء العقار أو ترميمه.