

بِدَعْمِ



المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب
البنية الإسلامية للتنمية



تنظيم



شورى للاستشارات الشرعية
Shura Sharia Consultancy

مؤتمر شورة الفقهي الخامس

5th Shura Fiqh Conference

12-11 صفر 1435هـ 17-16 ديسمبر 2013 م

فندق جيه دبليو ماريوت - دولة الكويت

البحث الرابع:

حق الانتفاع العقاري

لفضيلة الشيخ أ.د. يوسف بن عبد الله الشبيلي

الراعي الذهبي

البنك الأهلي المتحد
ahli united bank

الراعي الرئيسي

اتحاد مصارف الكويت
KBA Kuwait Banking Association

الأهلي NCB
together as one

الناقل الداخلي

ركاب ReKab
تأجير السيارات

بنك بوبيان
Boubyan Bank

MASHAER
HOLDING COMPANY
مجموعة الماشاعر للاستثمار

عم
anon
Real Estate Finance

رواحل
Rawahel Holding Co.



مجموعة البيوت الاستثمارية (قائمة)
Bayout Investment Group (holding)

الراعي الاعلامي

النور

شريك استراتيجي

الاساميل
RASAMEEL
مجموعة الاساميل للاستثمار

الناقل الخارجي

قبلة
Qiblah
للتأجير والتسويق



بسم الله الرحمن الرحيم المقدمة

الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله، أما بعد:

فاستكمالاً لما كتبته سلفاً عن حق الانتفاع العقاري أقدم هذه الدراسة التي تركز على مقارنة بين القوانين المعاصرة في حق الانتفاع العقاري، وبعض الجوانب التطبيقية لهذا الحق.

وقد قسمت هذه الدراسة إلى تمهيد ومبحثين:

- التمهيد: التعريف بحق الانتفاع العقاري
- المبحث الأول: مسائل في حق الانتفاع العقاري بين الفقه والقانون
- المبحث الثاني: تطبيقات حق الانتفاع العقاري في التمويل الإسلامي

أسأل الله العون والتوفيق والسداد





التمهيد التعريف بحق الانتفاع العقاري

المطلب الأول: التعريف بالمفردات:

الحق في اللغة مصدر حق الشيء يَحِقُّ، وَيَحُقُّ حَقًّا وَحُقُوقًا، وقد استعمل في اللغة لعدة معان، كالواجب والأمر الثابت الموجود، والملك والمال، لاختصاص بالشيء من غير مشاركة، يقال: فلان أحق بماله أي: لا حق لغيره فيه^١.

وفي الاصطلاح الشرعي عرفه الشيخ مصطفى الزرقا -رحمه الله- بقوله: «الحق: اختصاص يقرر به الشرع سلطة أو تكليفًا»^٢ وهو من أدق تعريفات الحق، وأقربها بياناً لجوهره. والانتفاع في اللغة: مصدر انتفع، وهو الخير وما يتوصل به الإنسان إلى مطلوبه، وهو ضد الشر، والانتفاع: الوصول إلى المنفعة^٣.

وإصطلاحاً: «هو: حق المنتفع في استعمال العين واستغلالها ما دامت قائمة على حالها، وإن لم تكن رقبته مملوكة»^٤.

والعقار في اللغة يطلق على ما له صفة الثبوت والدوام، كالأرض والمسكن. قال ابن فارس: «العين والقاف والراء أصلان متباعد ما بينهما، وكل واحد منهما مطرد في معناه، جامع لمعاني فروعه، فالأول: الجرح أو ما يشبهه الجرح..والثاني: دال على ثبات ودوام»^٥.

المطلب الثاني: التعريف بحق الانتفاع العقاري مركباً: الفرع الأول: تعريفه مركباً في الاصطلاح الفقهي:

من خلال ما تقدم يمكن أن نعرف حق الانتفاع العقاري في الاصطلاح الفقهي بأنه: حق الشخص في الحصول على منفعة العقار.

ومن الجلي أن الفقهاء يفرقون بين ملكية عين العقار واستحقاق الانتفاع به، فمن له حق الانتفاع بالعقار ليس بالضرورة أن يكون مالكاً له إذا لم يملك رقبته.

وتملك حق الانتفاع في الفقه يكون بإحدى طريقتين:

الأولى: أن يكون على سبيل التأييد، وقد يكون ذلك بعقد معاوضة كالإجارة أو بعقد تبرع كالعارية، أو بالإباحة مثل أن يسبق إلى مرفق عام -كمكان جلوس عام- فينتفع به مدة.

والثانية: أن يكون على سبيل التأيد، بأن يبيع مالك العقار حق الانتفاع كله أو بعضه كحق المرور أو المسيل ونحوه مع احتفاظه بالرقبة، فتكون الرقبة ملكاً للبايع وحق الانتفاع ملكاً للمشتري على سبيل التأيد، وهو جائز عند جمهور الفقهاء -خلافاً للحنفية-؛ جاء في المدونة: «قلت^٦: رأيت إن

١. تهذيب اللغة ٣/٢٤١، تاج العروس ٢٥/١٦٦، المعجم الوسيط ١/١٨٧.

٢. المدخل الفقهي ٣/١٠.

٣. لسان العرب ٨/٣٥٨، المصباح المنير ص ٣١٨.

٤. مرشد الحيران: المادة (١٣).

٥. معجم مقاييس اللغة ص ٦٥٥، وينظر: لسان العرب ٩/٣١٦، المصباح المنير ص ٣٤٣.

٦. القائل: سحنون راوي المدونة عن ابن القاسم.



بعت شرب يوم، أيجوز ذلك أم لا؟ قال^٧: قال مالك: ذلك جائز، قلت: فإن بعت حظي، بعت أصله من الشرب، وإنما لي فيه يوم من اثني عشر يوماً، أيجوز ذلك في قول مالك؟ قال: نعم، قلت: فإن لم أبع أصله ولكن جعلت أبيع منه السقي، إذا جاء يومي بعت ما صار لي من الماء ممن يسقي به، أيجوز ذلك في قول مالك؟ قال: نعم^٨.

وعرف الشريبي -من فقهاء الشافعية- البيع بأنه: «مقابلة مال بمال على وجه مخصوص ثم قال: وحدّه بعضهم بأنه: عقد معاوضة مالية، يفيد ملك عين أو منفعة على التأبید، فدخل بيع حق الممرّ ونحوه»^٩.

وفي الروض المربع -من كتب الحنابلة-: «وهو -أي البيع- مبادلة مال ولو في الذمة أو منفعة مباحة كمر في دار بمثل أحدهما على التأبید»^{١٠}.

الفرع الثاني: تعريفه مركباً في القانون الوضعي:

يعرف حق الانتفاع في القوانين المدنية المعاصرة بأنه: حق عيني للمنتفع باستعمال عين تخص الغير واستغلالها ما دامت قائمة على حالها وإن لم تكن رقبته مملوكة للمنتفع، وينتهي الحق بموت المنتفع^{١١}.

ومن هذا التعريف يتبين أن حق الانتفاع العقاري يجمع عدداً من الخصائص: أولاً- أنه حق عيني: فهو حق يثبت للمنتفع على عين العقار، بحيث يكون له سلطة مباشرة على العين دون حاجة للرجوع إلى مالك الرقبة، وهو بهذا يختلف عن الحقوق الشخصية التي تثبت في ذمة مالك الرقبة.

ثانياً- يثبت للمنتفع حق الاستعمال والاستغلال: فللمنتفع استعمال العقار كالسكنى أو استغلاله كالإيجار وتكون له غلته، وليس له حق التصرف لأن ذلك لمالك الرقبة، وحق الانتفاع بهذا يختلف عن الحقوق العقارية الأخرى كحق الارتفاق والسكنى فهي أضيق منه في مجالات الانتفاع.

ثالثاً- أنه حق مؤقت: فهو محدود بحياة المنتفع، ويجوز تحديده بمدة معينة ينتهي بانتهائها، فإن مات قبل انتهائها انفسخ العقد بموته.

رابعاً- الأصل أن محل حق الانتفاع في الأعيان غير القابلة للاستهلاك من العقارات والمنقولات، وأما ما يستهلك بالاستعمال كالطعام فلا يرد عليها حق الانتفاع بمقتضى أكثر القوانين؛ لأن المنتفع مطالب برد العين إلى مالك الرقبة عند انتهاء أجل الانتفاع، وهذه الأعيان لا يمكن الانتفاع بها إلا باستهلاكها، وتجزير بعض القوانين ذلك إذا وقع العقد عليها تبعاً لا على سبيل الاستقلال، وتكون ديناً في ذمة المنتفع باستهلاكها، ويطلب برد مثلها أو قيمتها عند انتهاء الحق^{١٢}.

خامساً- أنه قابل للمعاوضة أو للتبرع به، فيجوز لصاحب حق الانتفاع التصرف به أو التنازل عنه للغير دون الرقبة .

٧. القائل: عبد الرحمن بن القاسم راوي المدونة عن مالك .

٨. المدونة ٢٨٩/٣ .

٩. مغني المحتاج ٣/٢ .

١٠. الروض المربع ص ٢٣٣ .

١١. ينظر: القانون المدني الأردني م ١٢٠٥، القانون المدني المصري م ٩٨٦، القانون المدني الإماراتي م ١٣٣٣، القانون المدني الجزائري م ٨٥٢ .

١٢. القانون المدني الأردني م ١٢١٤ .



المبحث الأول مسائل في حق الانتفاع العقاري بين الفقه والقانون

المسألة الأولى: توصيف حق الانتفاع:

بالنظر في حق الانتفاع وفق ما قرره القوانين المعاصرة فثمة اتجاهان في توصيفه الفقهي:
الاتجاه الأول: تخريجه على عقد الإجارة:

يشبه حق الانتفاع حق المستأجر في عقد الإيجار من جهة أن كلاهما مؤقت ويفيد حق الاستعمال والاستغلال دون ملك الرقبة، إلا أن حق الانتفاع يعد في القانون من الحقوق العينية التي يثبت بها للمنتفع سلطة مباشرة على العين المنتفع بها دون الرجوع لمالك الرقبة، فكل ما يطلب من مالك الرقبة هو أن يتكزح المنتفع مباشر حقه دون أن يلتزم في مواجهته بأي التزام، وهو بهذا يختلف عن حق المستأجر في عقد الإيجار الذي يعد حقاً شخصياً؛ فالمستأجر لا يستطيع أن يباشر حقه في العين المؤجرة إلا عن طريق المؤجر؛ لأن هذا الحق يتعلق في ذمته، والمؤجر ملزم بمقتضى عقد الإيجار بأن يمكن المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة و تبعاً لذلك يلتزم المؤجر بتسليم العين المؤجرة إلى المستأجر في حالة صالحة للانتفاع، وعليه مسؤولية صيانتها طيلة فترة الإيجار.

ويترتب على هذا الاختلاف في التوصيف عدد من الفروق بين العقدين من أبرزها:

- ١- حق المنتفع عيني متعلق بالعقار المنتفع به مباشرة ولا يعد دينياً في ذمة المؤجر، بينما حق المستأجر منفعة في ذمة المؤجر.
- ٢- للمنتفع سلطة مباشرة على العين المنتفع بها ولا يحتاج للرجوع لمالك الرقبة، بخلاف المستأجر فله مطالبة المؤجر بما يمكنه من استيفاء المنفعة.
- ٣- حق الانتفاع - لكونه عينياً - فهو قابل للحيازة ويجوز اكتسابه بالتقادم بخلاف حق المستأجر.
- ٤- حق الانتفاع يكون لأجال طويلة كخمسين سنة وأكثر، بينما عقد الإيجار يغلب عليه أن يكون لفترات قصيرة.

٥- للمنتفع أحقية التبع بالمطالبة بالعين فيما لو انتقلت إلى شخص آخر وليس للمستأجر ذلك.

للمنتفع حق التقدم والأولوية على المستأجر عند المزاحمة.

٦- ولما سبق فالأظهر عدم صحة تخريج حق الانتفاع على عقد الإجارة؛ للفروق المؤثرة بينهما.

الاتجاه الثاني: تخريجه على عقد البيع:

يشبه حق الانتفاع عقد البيع في أن كلاهما يفيد حقاً عينياً، يكون للعائد سلطة مباشرة على العين محل العقد دون الرجوع إلى العائد الآخر أو التزام العائد الآخر بشيء تجاه المنتفع؛ إلا أن البيع يختلف عن حق الانتفاع من عدة أوجه:

١- البيع يفيد انتقال ملك الرقبة على سبيل التأييد بينما حق الانتفاع مؤقت.

٢- البيع يفيد تملك الرقبة ويثبت للمشتري الحقوق الثلاثة المتعلقة بالعين المعقود عليها، وهي:

أ- حق الاستعمال كالسكنى.

ب- وحق الاستغلال كالإيجار.

ج- وحق التصرف كالبيع والهبة والوقف والرهن ونحو ذلك.

بينما المنتفع ليس له إلا حق الاستعمال والاستغلال وليس له التصرف بالرقبة.



٣- لا يفسخ البيع بموت المشتري بينما حق الانتفاع ينتهي بموت المنتفع. ولذا فإن إلحاق حق الانتفاع بعقد البيع محل نظر؛ والأظهر أن حق الانتفاع عقد مستحدث لا يصح تخريجه على الإجارة أو البيع، ففيه أوجه شبه من كلا العقدين وفروق تمنع من إلحاقه بأحدهما من كل وجه، وعملاً بالقاعدة الشرعية أن الأصل في العقود هو الحل فلا مانع من استحداث عقد وإن لم يكن على نمط العقود المسماة، ويبقى النظر في أحكامه ومدى توافقه مع القواعد العامة في المعاملات.

المسألة الثانية: انتهاء حق الانتفاع العقاري بالموت:

تنص معظم القوانين المدنية على أن حق الانتفاع ينتهي بأحد الأسباب الآتية:

- ١- انقضاء الأجل المحدد له.
 - ٢- هلاك العين المنتفع بها.
 - ٣- اتفاق العقدين على إنهائه.
 - ٤- صدور حكم قضائي بإنهائه لسوء الاستعمال.
 - ٥- اتحاد صفتي المالك والمنتفع.
 - ٦- موت المنتفع وإن لم ينته الأجل المحدد له^{١٣}.
- ولا إشكال شرعاً في الأسباب الخمسة الأولى، وإنما الإشكال في السبب الأخير وهو وفاة المنتفع الذي يعد أحد أبرز خصائص حق الانتفاع العقاري، وبدونه -أي انتهاء الحق بموت المنتفع- لا يعتبر هذا الحق حق انتفاع.

وهذه المادة مأخوذة من القانون الفرنسي الذي نظم حق الانتفاع العقاري ليكون حقاً غير قابل للتداول فينتهي بانتهاء حياة المنتفع الأول؛ ولذا منعت بعض القوانين -كالقانون المدني السوري (م ٩٣٦-) إنشاء حق الانتفاع العقاري لشخص اعتباري؛ لأن بقاء الشخص الاعتباري قد يستمر طويلاً لعدة أجيال.

وشرط انتهاء حق الانتفاع بموت المنتفع وإن لم ينته أجله فيه غرر فاحش؛ لأن مدة الانتفاع مجهولة، وهو ينطوي على ظلم كبير فيما إذا مات المنتفع قبل انتهاء المدة؛ ولذا فإن حق الانتفاع بهذا الشرط لا يجوز شرعاً؛ لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن الغرر^{١٤}.

ويغتفر الغرر فيما إذا كان اكتساب هذا الحق بعقد تبرع كالهبة أو الوصية؛ لأن عقود التبرعات مبنية على المسامحة، ويغتفر فيها ما لا يغتفر في عقود المعاوضات.

وقد عالج القانون المدني الأردني م ١٢١٦ حالة انتهاء الحق المنتفع والأرض مشغولة بزراع المنتفع، ونصها: «إذا انقضى الأجل المحدد للانتفاع أو مات المنتفع في أثناءه وكانت الأرض المنتفع بها مشغولة بزراع تركت الأرض للمنتفع أو ورثته بأجر المثل حتى يدرك الزرع ويحصد»^{١٥}.

وهذه المعالجة مناسبة لتعويض المنتفع عن التكاليف التي تكبدها إلا أنها لا ترفع الضرر الناشئ عن الوفاة قبل انتهاء الأجل المتفق عليه.

١٣. القانون المدني السوري م ٩٣٦، القانون المدني الجزائري م ٨٤٩، وينظر: الوسيط في القانون المدني للسنهوري ١٢٠٠/٩

١٤. أخرجه مسلم من حديث أبي هريرة -رضي الله عنه-.

١٥. القانون المدني الأردني م ١٢١٦.



والحل الذي أراه مناسباً أن يوزع عوض حق الانتفاع على سنوات العقد بطريقة عادلة وليس بالضرورة أن تكون متساوية، فقد يكون عوض السنوات الأولى أعلى من التالية، فإذا مات المنتفع قبل انقضاء الأجل فإرد له من العوض ما يعادل السنوات التي لم ينتفع بها إن كان ما دفعه أكثر، أو يُدفع لمالك الرقبة من تركة المنتفع ما يعادل السنوات التي تم الانتفاع بها فعلاً إن كان العوض الذي دفعه المنتفع أقل من العوض العادل لتلك السنوات؛ فلو افترضنا أن مدة الحق ثلاثون سنة، والعوض ثلاثة ملايين واتفق أن العوض المقابل للسنوات العشر الأولى مليونان والعشر الثانية سبعمائة وخمسون ألفاً والعشر الثالثة مائتان وخمسون ألفاً، فلو مات المنتفع بعد خمس سنوات من العقد فإرد إلى تركته مليونين؛ وبذا يتحقق المقصود من جعل حق الانتفاع غير متداول دون إضرار بالمنتفع؛ والله أعلم.

المسألة الثالثة: صيانة العقار المنتفع به:

يقسم الفقهاء مسؤولية صيانة الأعيان المؤجرة إلى قسمين:
القسم الأول: الصيانة التشغيلية العادية:

وهي الصيانة التي تحتاج إليها العين لاستمرار منفعتها بحسب العرف. ويشمل هذا النوع:
١- الصيانة الناشئة بسبب الاستعمال المعتاد، فالأصل أن المسؤولية عن هذه الصيانة على المستأجر؛ لأنها بسبب استعماله، كما نص على ذلك أهل العلم. قال ابن قدامة: «وعلى المكري ما يتمكن به من الانتفاع، كتسليم مفاتيح الدار والحمام؛ لأن عليه التمكين من الانتفاع... وما كان لاستيفاء المنافع، كالحبل والدلو والبكرة، فعلى المكري»^{١٦}.
٢- الصيانة الوقائية الدورية، وهي أعمال محددة تتم في آجال معلومة يتم فيها تغيير بعض الأجزاء، وضبط وتجديد البعض الآخر، فهذه الصيانة الوقائية وإن كان الأصل فيها أنها على المؤجر إلا أنه يجوز تحميلها على المستأجر بالشرط؛ لأنها عمل منضبط والغرض فيه يسير^{١٧}.
والقاعدة في هذا النوع من الصيانة -أي الصيانة التشغيلية- أنها تشمل كل ما يمكن ضبطه بالوصف أو المقدار أو العرف في العقد؛ سواء أكانت الصيانة مجرد عمل أم كانت عملاً ومواد، فهذه الصيانة يجوز تحميلها بالشرط على المؤجر أو المستأجر، فإن لم يكن هناك شرط فيرجع إلى العرف، فإن لم يكن ثم عرف فالأصل أن الصيانة الناشئة عن الاستعمال على المستأجر، والصيانة الوقائية على المؤجر.

والقسم الثاني: الصيانة الأساسية:

وهي الصيانة التي يتوقف عليها بقاء أصل العين بحسب العرف؛ مثل صيانة الأعطال الطارئة، وهي ما ينبغي عمله لمواجهة ما يطرأ من أعطال فنية أساسية على الأعيان المؤجرة أثناء سريان عقد الإجارة، وكذا صيانة العيوب المصنعية والهندسية، وهي العيوب التي تظهر في العين المؤجرة لخلل في التصنيع أو في البناء ونحو ذلك.

١٦. المغني ٢٦٥/٥ الفروع ٤/٤٤٩.

١٧. المبسوط ١٥٧/١٥ المدونة ٣/٥١٥ مجلة مجمع الفقه ١١/٢١٧.



ولا خلاف بين أهل العلم على أن الأصل في هذا النوع -أي الصيانة الأساسية- أنه واجب على المؤجر؛ لأنه مما يلزم لأصل الانتفاع لا لكماله، ولا يضمنه المستأجر إلا في حال تعديه أو تفریطه، فإن شرط في العقد أن يغرم المستأجر هذه الأعمال فهو شرط باطل عند جمهور أهل العلم^(١٨)، وعن الإمام أحمد رواية أن هذا الشرط صحيح^(١٩)؛ لقول النبي صلى الله عليه وسلم: «المسلمون على شروطهم»^(٢٠). والقول الأول هو الأرجح؛ لأن في هذا الشرط غرراً فاحشاً، إذ يؤدي إلى جعل الأجرة ما سمي في العقد مع نفقات الصيانة المجهولة، فيؤدي إلى جهالة الأجرة، والعلم بها شرط لصحة الإجارة.

وتتجه معظم القوانين المعاصرة إلى مثل ذلك فتجعل الصيانة التشغيلية على المنتفع والصيانة الأساسية على مالك الرقبة ما لم تكن الصيانة متعلقة باستعمال المنتفع للعقار أو استغلاله له فتكون حينئذ على نفقته^(٢١).

وينص القانون المدني الأردني على جواز أن يشترط العاقدان تحمل المنتفع نفقات الصيانة الأساسية^(٢٢)، وهذا يتفق مع الرواية السابقة عن الإمام أحمد بجواز اشتراط ذلك على المستأجر في الإجارة؛ وفي هذه المسألة بخصوصها قد يكون لهذا القول قوة من جهة أن حق الانتفاع ليس عقد إجارة من كل وجه؛ إذ إن مالك الرقبة يسلم العقار للمنتفع ليتصرف فيه تصرف المالك من بناء وزرع وغير ذلك، فتحمله -أي المنتفع- مسئولية الصيانة الأساسية بالشرط له وجه؛ لكونه مطلق اليد بالتصرف في العقار، وقد يتعذر والحال كذلك أن يتتبع المالك العيوب الناشئة عن استعمال المنتفع من غيرها. وهذا الشرط وإن كان العقد لا يقتضيه ابتداء إلا أنه لا يناقضه، وما كان كذلك من الشروط فالأظهر من قولي أهل العلم هو الجواز، وهو اختيار شيخ الإسلام ابن تيمية^(٢٣)، وابن القيم^(٢٤)، وذكر ابن تيمية أن هذا قول الإمام أحمد، وأن أكثر نصوصه تجري على هذا القول^(٢٥)؛ لعموم قوله عليه الصلاة والسلام: ((المسلمون على شروطهم))^(٢٦).

المسألة الرابعة: هلاك العين المنتفع بها:

لا خلاف بين أهل العلم على أن الأصل في ضمان العين المؤجرة على المؤجر، وأن يد المستأجر يد أمانة، فلا يضمن إلا في حال التعدي أو التفریط، فإن شرط عليه الضمان مطلقاً فهو شرط باطل عند عامة الفقهاء؛ لما فيه من الغرر، والمستأجر على خطر، فقد تسلم العين فيغرم النقص في الأجرة

١٨. المبسوطه/١٥٧/١٥، حاشية الدسوقي ٤٨/٤ تحفة المحتاج ١٢٧/٦ شرح المنتهى ٢٦/٢.

١٩. الشرح الكبير على المقنع ٤٩٣/١٤.

٢٠. أخرجه الترمذي من حديث عمرو بن عوف -رضي الله عنه- في كتاب الأحكام، باب ما ذكر عن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - في الصلح برقم (١٧٧٢) وأبو داود من حديث أبي هريرة-رضي الله عنه- في كتاب الأفضيه، باب في الصلح برقم (٣١٢٠)، والدارقطني من حديث عائشة -رضي الله عنها- بزيادة ((ما وافق الحق)) ٢/٣. وهو حديث صحيح بمجموع طرقه. تغليق التعليق ٢٨٠/٣، فتح الباري ٤٥١/٤.

٢١. ينظر: القانون المدني السوري م ٩٤٦، القانون المدني المصري م ٩٨٥.

٢٢. القانون المدني الأردني م ١٢١٠.

٢٣. مجموع فتاوى ابن تيميه ١٣٦/٢٩.

٢٤. أعلام الموقعين ٤٠٠/٣.

٢٥. مجموع فتاوى ابن تيميه ١٣٦/٢٩.

٢٦. أخرجه الترمذي من حديث عمرو بن عوف -رضي الله عنه- في كتاب الأحكام، باب ما ذكر عن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - في الصلح برقم (١٧٧٢) وأبو داود من حديث أبي هريرة-رضي الله عنه- في كتاب الأفضيه، باب في الصلح برقم (٣١٢٠)، والدارقطني من حديث عائشة -رضي الله عنها- بزيادة ((ما وافق الحق)) ٢/٣. وهو حديث صحيح بمجموع طرقه. تغليق التعليق ٢٨٠/٣، فتح الباري ٤٥١/٤، غوث المكود ٢٠٥/٢.



بسبب ضمانه، وقد تهلك هلاكاً كلياً بجائحة أو غيرها فيغرم^{٢٧}، وعن الإمام أحمد رواية أخرى بجواز هذا الشرط كالمسألة السابقة^{٢٨}. والقول الأول هو الأرجح؛ لما سبق.

ولا يختلف الأمر في حق الانتفاع العقاري؛ إذ تنص عامة القوانين على أن هلاك العين المنتفع بها يكون على مالكة، ولا يضمن المنتفع ذلك إذا لم يكن منه تعد ولا تفريط، سواء أكان الهلاك كلياً أم جزئياً، كما أن هلاك البناء الذي يجريه المنتفع على العقار يكون من ضمانه ولا يطالب المالك بتعويضه. وعلى هذا فلا يلزم المالك ولا المنتفع بإعادة بناء ما تهدم من العقار، سواء أكان التلف في أصل العقار الذي تم التعاقد عليه أم في الزيادات التي أحدثها المنتفع.

وإلى هذا القدر من الأحكام يتفق القانون مع الفقه، ولا إشكال في ذلك شرعاً، إلا أن محل الإشكال في أن القانون يرتب على هلاك العين المنتفع بها انتهاء الحق وليس للمنتفع تعويض عن الفترة التي لم ينتفع بها ولو كان الهلاك بغير فعله كالقوة القاهرة ونحو ذلك، وفي هذا غرر ظاهر، كما سبق بيانه في انتهاء حق الانتفاع بموت المنتفع والذي أراه أن تتم المعالجة وفق ما سبق بيانه هناك بأن يوزع عوض حق الانتفاع على سنوات العقد بطريقة عادلة وليس بالضرورة أن تكون متساوية، فإذا هلك العقار بغير فعل المنتفع قبل انقضاء الأجل فيرد له من العوض ما يعادل السنوات التي لم ينتفع بها إن كان ما دفعه أكثر، أو يرد لمالك الرقبة من ما يعادل السنوات التي تم الانتفاع بها فعلاً إن كان العوض الذي دفعه المنتفع أقل من العوض العادل لتلك السنوات.

المسألة الخامسة: بيع حق الانتفاع العقاري:

يعد حق الانتفاع العقاري من الأموال المتقومة شرعاً؛ فيجوز للمنتفع التصرف فيه بأنواع التصرفات في حدود الحق الذي يملكه، ومن ذلك: بيعه للغير دون أن يؤثر ذلك على ملكية صاحب العقار لعقاره. وسواء كيف الحق على أنه بيع أو إجارة أو أنه عقد مستحدث فإن العقد الجديد يأخذ حكم العقد الأول وتسري عليه أحكامه وآثاره.

وبيع حق الانتفاع له صورتان:

الأولى: أن يحل المنتفع الجديد محل الأول وتنتقل الحقوق والالتزامات بين المالك والمنتفع الأول إلى الثاني، وهذا ما يعبر عنه في القانون ب (الإحلال)، فالمنتفع الثاني يحل محل المنتفع الأول في جميع ما يقتضيه حق الانتفاع من حقوق والتزامات، ويخرج المنتفع الأول من عهدة العقد، وهذا البيع جائز شريطة موافقة المالك، سواء تم البيع بمثل ما تبقى من عوض حق الانتفاع في العقد الأول أو بأكثر منه أو أقل، ونظير هذه الصورة بدل الخلو في عقد الإجارة، وهو أن يتنازل المستأجر عن بقية المدة في عقد الإجارة لمستأجر آخر، وقد نص قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي على جواز ذلك، وفيه: « إذا تم الاتفاق بين المستأجر الأول وبين المستأجر الجديد، في أثناء مدة الإجارة، على التنازل عن بقية مدة العقد، لقاء مبلغ زائد عن الأجرة الدورية، فإن بدل الخلو هذا جائز شرعاً.

٢٧. المبسوط، ١٥٧/١٥ حاشية الدسوقي ٤٨/٤ مغني المحتاج ٤٤٤/٣ المغني ٣١٢/٥.
٢٨. الشرح الكبير مع الإنصاف ٤٩٣/١٤.



مع مراعاة مقتضى عقد الإجارة المبرم بين المالك والمستأجر الأول، ومراعاة ما تقضي به القوانين النافذة الموافقة للأحكام الشرعية، على أنه في الإجازات الطويلة المدة، خلافاً لنص عقد الإجارة طبقاً لما تسوغه بعض القوانين، لا يجوز للمستأجر إيجار العين لمستأجر آخر، ولا أخذ بدل الخلو فيها إلا بموافقة المالك»^{٢٩}.

والثانية: أن يبقى الارتباط العقدي بين المنتفع الأول والمالك بحقوقه والتزاماته، وتكون علاقة المنتفع الجديد بالمنتفع الأول، وهذه الصورة جائزة أيضاً، وهي نظير إجارة المستأجر للعين المؤجرة، ولا يشترط لها موافقة المالك، وإنما الشرط ألا يكون ثمة شرط بين المالك والمنتفع الأول بعدم بيع الحق للغير.

المسألة السادسة: رهن حق الانتفاع العقاري:

يعرف الرهن بأنه: توثقة دين بعين يمكن أخذه أو بعضه منها أو من ثمنها، إن تعذر الوفاء من غيرها^{٣٠}.

ولا خلاف بين الفقهاء على جواز رهن كل متمول يمكن أخذ الدين منه، أو من ثمنه عند تعذر وفاء الدين من ذمة الراهن^{٣١}. ثم اختلفوا في بعض التفاصيل:

فاشترط الحنفية في المرهون أن يكون محلاً قابلاً للبيع، وأن يكون مفزراً مميزاً؛ فلا يصح عندهم رهن المشاع ولا ما كان متصلاً بما ليس بهرهن كالبنا دون الأرض أو الثمر على الشجر دون الشجر^{٣٢}.

وقال المالكية: يجوز رهن كل عين يصح بيعها، وما فيه غرر كعبد آبق وبغير شارد، وثمر لم يبد صلاحه، لأن المرتهن دفع ماله بغير وثيقة، فساغ أخذه بما فيه غرر؛ لأنه شيء في الجملة فهو خير من لا شيء، كما جوزوا رهن الدين للمدين إذا كان أجل الدين الرهن مثل أجل الدين الذي فيه الرهن، أو أبعد منه، ولغير المدين إذا قبضه المرتهن، ويجوز عندهم رهن المنفعة خلافاً للجمهور^{٣٣}. وقال الشافعية^{٣٤} والحنابلة^{٣٥}: إن كل عين جاز بيعها فيجوز رهنها، لأن المقصود من الرهن أن يباع ويستوفى الحق منه، إذا تعذر استيفاؤه من ذمة الراهن، وهذا يتحقق في كل عين جاز بيعها، ولأن ما كان محلاً للبيع كان محلاً لحكمة الرهن، فيجوز عندهم رهن المشاع، وما لا يصح بيعه لا يصح رهنه، فلا يصح رهن دين ولو ممن هو عليه، ولا رهن ما لا يصح بيعه كالوقف وأم الولد والكلب والخنزير ونحو ذلك.

وبناء على ما سبق فيصح أن يرهن المنتفع حق الانتفاع إذا كان أجل الدين قبل انتهاء أجل حق الانتفاع؛ لأنه حق يصح بيعه فيصح رهنه؛ ولأننا إن اعتبرناه عيناً - كما هو التوصيف القانوني - فيصح

٢٩. قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي بشأن بدل الخلو رقم ٣١ (٦/٤)

٣٠. الإقناع ٣٠٩/٢.

٣١. بدائع الصنائع ١٤١/٨، بداية المجتهد ٣٢٧/٢، فتح العزيز ٦/١٠، المغني ٤٥٥/٦، المحلى ٨٩/٨ الحاوي الكبير ١٠٢/٧.

٣٢. بدائع الصنائع ١٤١/٨، رد المحتار ٩٧/١٠.

٣٣. حاشية الدسوقي ٢٣١/٣، بلغة السالك ١٠٩/٢.

٣٤. فتح العزيز ٦/١٠ مغني المحتاج ٤٦/٣.

٣٥. الشرح الكبير على المقنع ٣٦٥/١٢، كشاف القناع ١٥٥٢/٥.



رهنه على قول الجمهور خلافاً للحنفية الذين اشتروا في العين المرهونة أن تكون مفرزة، وهذا يتعدى في حق الانتفاع؛ لأنه متصل بالعقار - وهو ملك غيره - اتصال خلقه، وإن اعتبرنا حق الانتفاع منفعة فيصح كذلك بناء على قول المالكية الذين جوزوا رهن المنفعة؛ لأنها مال متقوم شرعاً. والله أعلم.

المبحث الثاني تطبيقات حق الانتفاع العقاري المعاصرة في التمويل الإسلامي

المسألة الأولى: التطوير العقاري من خلال بيع المنافع الموصوفة:

وصورة هذه المسألة أن يبيع مالك الأرض حق الانتفاع على مطور ليقوم ببناء وحدات سكنية مثلاً بمواصفات محددة ومن ثم إجارتها على العملاء وهي قيد الإنشاء. فهذه إجارة موصوف في الذمة، وهي جائزة عند عامة أهل العلم بمن فيهم الحنفية - خلافاً لمن نسب إليهم القول بعدم الجواز -، قال الكاساني: « وإن كانت الإجارة على دواب بغير أعيانها فسلم إليه دواب قبضها فماتت لا تبطل الإجارة وعلى المؤاجر أن يأتيه بغير ذلك؛ لأنه هلك ما لم يقع عليه العقد؛ لأن الدابة إذا لم تكن معينة فالعقد يقع على منافع في الذمة»^{٣٦}. وقال ابن مفلح: « الإجارة أقسام: إجارة عين معينة فهي كالمبيع، وتفسخ بتعطل نفعها ابتداءً، أو دواماً فيما بقي، وإجارة عين موصوفة في الذمة فيشترط صفات السلم، ومتى غصبت أو تلفت أو تعيبت لزمه بدلها، فإن تعذر فللمكثري الفسخ، وتفسخ بمضي المدة إن كانت إلى مدة، وعقد على منفعة في الذمة، في شيء معين أو موصوف، كخياطة، ويشترط ضبطه بما لا يختلف»^{٣٧}. ويجوز في هذه الإجارة على الراجح من أقوال أهل العلم تعجيل الأجرة وتأجيلها، وفي حال التعجيل قبل اكتمال التطوير فيجب أن تكون الأجرة تحت الحساب، بحيث ترد إليه في حال عدم تمكنه من استيفاء المنفعة لعدم اكتمال المشروع.

وفي حال تأجيل الأجرة والبناء لم يكتمل فلا يعد ذلك من بيع الدين بالدين المحرم شرعاً؛ لما يلي: الأول: أنه لم يثبت في تحريم ابتداء الدين بالدين نص ولا إجماع يشمل جميع صورته؛ ولذا جوز منه ما تدعو إليه الحاجة كالاستصناع والتوريد والمقاولة ونحوها. والثاني: أن المنافع تختلف عن الأعيان، فهي مؤجلة بطبيعتها لكونها تحدث شيئاً فشيئاً، فلا يصح قياسها عليها، وما يمتنع في بيع الأعيان لا يلزم مثله في المنافع؛ لاختلافهما. قال الزليعي: « الإجارة تتضمن تمليك المنافع والمنافع لا يتصور وجودها في الحال فتكون مضافة ضرورة؛ ولهذا قلنا: تنعقد ساعة فساعة على حسب وجود المنفعة وحدوثها»^{٣٨}.

٣٦. بدائع الصنائع ٤/٢٢٣

٣٧. الضروع ٤/٤٤٠

٣٨. تبيين الحقائق ١٥/٥٦.



والثالث: القياس على ما ذهب إليه جمهور أهل العلم من جواز إجارة المعين المضافة إلى زمن مستقبل من غير شرط تسليم الأجرة في الحال^{٣٩}؛ أي مع تأجيل البدلين، مع اتفاقهم على منع بيع العين المعينة مؤجلة التسليم؛ سواء عجل الثمن أم لا؛ وذلك لأن المنفعة يتعذر قبضها دفعة واحدة؛ ولذا يتسامح في تأجيل استيفائها أو استيفاء أجرتها ما لا يتسامح في بيع الأعيان.

المسألة الثانية: حكم إصدار صكوك متداولة على حقوق الانتفاع:

سبق معنا تقرير جواز بيع المنتفع حق الانتفاع على آخر، فهل يجوز للمنتفع الثاني أن يبيعه على ثالث، والثالث على رابع، وهكذا؟ إذ إن جواز البيع الأول لا يلزم منه جواز التداول. الأظهر جواز تداول هذه الحقوق؛ سواء أكانت العقارات مكتملة، أو قيد الإنشاء؛ ولا يعد ذلك من تداول الديون؛ لأن المباني وإن كانت موصوفة في الذمة إلا أنها تابعة للأرض، وهي -أي الأرض- معينة، وعملاً بقاعدة التبعية فيجوز التداول ولا يعد ذلك من تداول الديون، والأصل في ذلك ما روى ابن عمر -رضي الله عنهما- أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: ((من باع عبداً له مال فماله للذي باعه إلا أن يشترطه المبتاع))^{٤٠} فهذا الحديث أصل في قاعدة التبعية في المعاملات. ووجه الدلالة منه: أن الحديث دل على أن المبيع إذا اشتمل على نقدٍ واشترى بنقد، ولم يكن النقد المخلوط مقصوداً فلا يلتفت إليه، بمعنى أنه لا يجري على الصفقة حكم الصرف، حتى ولو كانت قيمة النقد المخلوط أكثر من قيمة الخِط الذي معه. قال ابن قدامة -رحمه الله-: «الحديث دل على جواز بيع العبد بماله إذا كان قصد المشتري للعبد لا للمال... فيجوز البيع سواء كان المال معلوماً أو مجهولاً، من جنس الثمن أو من غيره، عيناً كان أو ديناً، وسواء كان مثل الثمن أو أقل أو أكثر^{٤١}. ومن المعلوم أن العبد لا يملك، وأن المال الذي بيده مآله للمشتري، ومع ذلك جاز البيع مطلقاً بدون تقابض ولا تماثل حتى مع اتفاق النقدين (المال الذي معه، والثمن الذي يشتري به العبد)، وحتى لو كان المال الذي مع العبد أكثر من قيمة العبد نفسه.

وعلى هذا فيجوز لمالك العقار أو للمنتفع أن يصدر صكوكاً قابلة للتداول تكون موجوداتها حق الانتفاع العقاري، ويستثنى من ذلك ما إذا كانت العقارات مؤجرة للغير؛ فلا يجوز تداولها حينئذ؛ لأن الصكوك في هذه الحال تمثل الدفعات الإيجارية المستحقة مقابل تلك المنافع، والأجرة لها حكم الدين، فتجب مراعاة أحكام التصرف في الديون عند التداول، وأما المنفعة فقد ملكها المستأجر، وهذا ما أخذ به المجلس الشرعي لهيئة المحاسبة والمراجعة^{٤٢}. وتعتمد بعض الجهات إلى تكوين شخصية اعتبارية (شركة SPV مثلاً)، وتسجيل تلك الحقوق باسمها؛ لغرض تداولها، وفي نظري أن الأصل إذا كان لا يجوز تداوله شرعاً، فالحكم كذلك لا يتغير ولو كان من خلال شخصية اعتبارية؛ لأن ربط الحكم بالشخصية الاعتبارية ليس عليه دليل، فهي مصطلح قانوني وليس وصفاً شرعياً منضبطاً، بل لم تعرف الشخصية الاعتبارية وتستقر أحكامها إلا في العصور المتأخرة.

٣٩. المبسوط ١٦/٢٠، الإنصاف ٦/٤٢.

٤٠. أخرجه البخاري (كتاب المساقاة / باب الرجل يكون له ممر أو شرب في حائط أو نخل) ومسلم (كتاب

البيوع / باب من باع نخلاً عليها ثمر برقم ١٥٤٣) من حديث ابن عمر رضي الله عنهما.

٤١. المغني ٦/٢٥٨.

٤٢. المعايير الشرعية: معيار الصكوك الإسلامية. ص ٢٤٠.



المسألة الثالثة: بيع حق الانتفاع ثم إعادة تأجيله إجارة منتهية بالتملك على البائع:
والغرض من ذلك هو الحصول على السيولة، وقد تستخدم هذه الهيكلية في إصدار الصكوك حيث تستخدم حصيلة الاكتتاب في الصكوك في شراء حق الانتفاع بعوض حال، ثم إجارته على البائع إجارة منتهية بالتملك.

ولا تخلو هذه المسألة من حالين:

الحال الأول: أن يكون البائع الأول هو المنتفع ثم يستأجره من المنتفع الثاني (حملة الصكوك) إجارة منتهية بالتملك، والأظهر هو تحريم هذه المعاملة إذ لا فرق بين العقدين: الأول والثاني، وتسمية الأول بيعاً والثاني إجارة لا يغير من حقيقة المعاملة شيئاً؛ إذ العبرة في العقود بمعانيها لا بمسمياتها وألفاظها، وسواء في ذلك اعتبرنا حق الانتفاع بيعاً، فيكون حينئذ من بيع العينة، أو اعتبرناه إجارة فيكون من العينة الإيجارية، وقد تضمن المعيار الشرعي للإجارة والإجارة المنتهية بالتملك ما يفيد التحريم، ونصه: «يجوز للمستأجر إجارة العين لمالكها نفسه في مدة الإجارة الأولى بأقل من الأجرة الأولى أو مثلها أو أكثر إذا كانت الأجرتان معجلتين، ولا يجوز ذلك إذا كان يترتب عليها عقد عينة بتغيير في الأجرة أو في الأجل، مثل أن تقع الإجارة الأولى بمائة دينار حالة ثم يؤجرها المستأجر إلى نفس المؤجر بمائة وعشرة مؤجلة أو أن تقع الإجارة الأولى بمائة وعشرة مؤجلة ثم تقع الإجارة الثانية بمائة نقداً»^{٤٣}.

والحال الثانية: أن يكون البائع الأول هو مالك الرقبة:

فإذا اعتبرنا العقد الأول إجارة فحكم هذه الحال كسابقتها، وأما إن اعتبرناه بيعاً أو عقداً مستحدثاً وليس إجارة، وهذا ما سبق ترجيحه، فيتخرج على مسألة إجارة العين لمن باعها. وللعلماء المعاصرين فيها اتجاهان:

الاتجاه الأول: تخريجها على مسألة عكس العينة:

ويقصد بالعينة في اصطلاح الفقهاء: بيع سلعة إلى أجل ثم شراؤها من المشتري بأقل من ثمنها نقداً^{٤٤}. وعكسها: أن يشتري سلعة نقداً ثم يبيعه بالأجل على من اشترت منه بثمن أعلى. قال ابن القيم -رحمه الله-: ((هو كمسألة العينة سواء، وهو عكسها صورة، وفي الصورتين قد ترتب في ذمته دراهم مؤجلة بأقل منها نقداً، لكن في إحدى الصورتين: البائع هو الذي اشتغلت ذمته، وفي الصورة الأخرى: المشتري هو الذي اشتغلت ذمته، فلا فرق بينهما))^{٤٥}.

ولا خلاف بين أهل العلم على أنه إذا كان العقد الثاني مشروطاً في العقد الأول فيحرم؛ سواء في العينة أو عكسها. قال ابن رشد: «وأما إذا قال: أشتري منك هذا الثوب نقداً بكذا على أن تبيعه مني إلى أجل، فهو عندهم لا يجوز بإجماع»^{٤٦}.

٤٣. المعايير الشرعية: معيار الإجارة والإجارة المنتهية بالتملك، ص ١١٣.

٤٤. فتح القدير ٣٢٣/٦، مواهب الجليل ٤٠٤/٤، حواشي الشرواني ٣٢٢/٤، شرح المنتهى ١٥٨/٢.

٤٥. تهذيب السنن ١٠٧/٥، وينظر: المغني ٢٦٣/٦، حاشية الدسوقي ٨٨/٣، بلغة السالك ٤٧/٢، كشاف القناع ١٨٦/٣.

٤٦. بداية المجتهد ١١٦/٢، وينظر: تكملة المجموع ١٥٧/١٠، المحلى ٤٧/٩.



وأما إذا كان ذلك عن مواطأة أو عرف من غير شرط فذهب الشافعية^{٤٧}، والظاهرية^{٤٨} إلى الجواز، وذهب الحنفية^{٤٩}، والمالكية^{٥٠}، والحنابلة^{٥١} إلى التحريم؛ لحديث ابن عمر -رضي الله عنهما- أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: ((إذا تبايعتم بالعينة، وأخذتم أذناب البقر، ورضيتم بالزرع، وتركتم الجهاد، سلط الله عليكم ذلاً لا ينزعه حتى ترجعوا إلى دينكم))^{٥٢}. فدل الحديث على أن التبايع بالعينة سبب للإذلال، ولا يكون ذلك إلا لأمر محرم^{٥٣}. ولأن العينة حيلة ظاهرة على الربا؛ فإن المتعاقدين لم يعقدا على السلعة بقصد تملكها ولا غرض لهما فيها بحال، وإنما الغرض: مائة مائة وعشرين^{٥٤}.

والراجح تحريم بيع العينة إذا كان ثمة عادة أو مواطأة على إعادة بيع السلعة للبائع الأول، أما إذا وقع ذلك اتفاقاً من غير مواطأة فالأظهر الجواز، كأن يشتري سلعة بالأجل ثم يبيعه في المزاد نقداً ويكون البائع الأول من بين المساومين، وقد ذهب الإمام أحمد إلى مثل هذا في مسألة مشابهة، فقال: ((لو باع من رجل دنانير بدراهم، لم يجز أن يشتري بالدرهم منه ذهباً، إلى أن يمضي ويبتاع بالورق من غيره ذهباً فلا يستقيم، فيجوز أن يرجع إلى الذي ابتاع منه الدنانير فيشتري منه ذهباً))^{٥٥}.

وبناء على ما سبق فقد ذهب أصحاب هذا الاتجاه إلى تخريج صكوك الانتفاع إذا كان محلها أعياناً مؤجرة إجارة منتهية بالتملك على من اشترت منه على أنها صكوك عينة؛ إذ يرى أصحاب هذا الاتجاه أنه لا فرق بين أن تعود ملكية حق الانتفاع إلى المالك الأول (المصدر) بالبيع أو بالإجارة المنتهية بالتملك، فنتيجة كلا العقدين واحدة، والوعد بالتملك كالمواطأة بل هو أقوى، بل إن جمهور الفقهاء القائلين بتحريم العينة يرون تحريم العقد الثاني ولو بلا مواطأة. جاء في تبين الحقائق^{٥٦} -معرض حديثه عن العينة: « ولو اشتراه من لا تجوز شهادته له كولدته ووالده وعبدته ومكاتبه فهو بمنزلة شراء البائع بنفسه...وكذا لو وكل رجلاً ببيع عبده بألف درهم فباعه ثم أراد الوكيل أن يشتري العبد بأقل مما باع لنفسه أو لغيره بأمره قبل نقد الثمن لم يجز...وكذا لو اشترى من وارث مشتريه بأقل مما اشترى به المورث لم يجز لقيام الوارث مقام المورث» وفي حاشية الدسوقي^{٥٧} في شروط بيوع الآجال التي تنطبق إليها التهمة _ ومنها العينة _ : «وأن يكون المشتري ثانياً هو المبيع أولاً، وأن يكون البائع ثانياً هو المشتري أولاً أو من تنزل منزلته، والبائع أولاً

٤٧. أسنى المطالب ٤١/٢، نهاية المحتاج ٤٧٧/٣، حاشية الجمل ٦٨/٣، المحلى ٤٧/٩.

٤٩. فتح القدير ٣٢٣/٦، العناية ٣٢٣/٦، البحر الرائق ٢٥٦/٦.

٥٠. التقديمات المهديات ٣٩/٢، مواهب الجليل ٤٠٦/٤، بلغة السالك ٤١/٢.

٥١. المغني ٢٦١/٦، الإنباف ١٩٢/١١، شرح المنتهى ١٥٨/٢.

٥٢. أخرجه أحمد ٨٤/٢، وأبو داود (كتاب البيوع والإجازات / باب النهي عن العينة برقم ٣٤٦٢) والبيهقي (٣١٦/٥) من طرق متعددة لا يخلو كل منها من مقال إلا أنها باجتماعها يقوي بعضها بعضاً فيرتقي الحديث إلى رتبة الاحتجاج، وقد صحح الحديث: ابن تيمية، وابن القيم (إعلام الموقعين ١٧٨/٣) وابن القطان (نصب الراية ١٧/٤) وقال ابن حجر في بلوغ المرام (ص ١٧٧): رجاله ثقات. وصححه الشوكاني (نيل الأوطار ٢٩٨/٦) والألباني (السلسلة الصحيحة ١٦١).

٥٣. نيل الأوطار ٢٩٩/٦.

٥٤. تهذيب السنن ١٠١/٥.

٥٥. إعلام الموقعين ٢٤٢/٣، الفروع ١٦٧/٤، والمذهب: أنه في حال التواطؤ يفسد العقدان جميعاً وبدونه يفسد العقد الثاني فقط. الفروع ١٧٠/٤، كشف القناع ١٨٥/٣.

٥٦. ٥٤/٤، وينظر: بدائع الصنائع ١٩٩/٥.

٥٧. ٧٧/٣، وينظر: شرح مختصر خليل للخرشي ٩٥/٥.



هو المشتري ثانياً أو من تنزل منزلته، والمنزل منزلة كل واحد وكيله سواء علم الوكيل ببيع الآخر أو شرائه أو جهله.»

وفي كشف القناع^{٥٨}: «ومن باع سلعةً بنسيئةٍ أي بئمنٍ مؤجلٍ أو بئمنٍ حالٍ لم يقبضه صح الشراء، حيث لا مانع وحرم عليه -أي: على بائعها- شراؤها ولم يصح منه شراؤها نصاً بنفسه أو بوكيله بنقده من جنس الأول أقل مما باعها به بنقده -أي حال- أو نسيئة ولو بعد حل أجله.. وإن قصد بالعقد الأول العقد الثاني بطلا أي: العقدان.»

الاتجاه الثاني: جواز صكوك حقوق الانتفاع المؤجّرة إجارة منتهية بالتمليك على من اشترت منه: ويرى أصحاب هذا الاتجاه أنه لا يصح تخريج هذه الصكوك على مسألة العينة أو عكسها، فهي تختلف عنهما من عدة أوجه:

الأول: أن العقد الثاني في عكس العينة بيع آجل، بينما في هذه الصكوك إجارة مع الوعد بالتمليك، والإجارة تختلف في خصائصها وأحكامها عن البيع.

والثاني: في العينة وعكسها لا تبقى العين في ضمان المشتري إلا لفترة قصيرة، وهي فترة ما بين العقدين وهي لا تتجاوز لحظات، ولذا لا يلتفت إلى قيمتها ولا صفاتها؛ لأن مقصوده النقود، بينما في هذه الصكوك تكون مسئولية الصيانة الأساسية والتشغيلية للأعيان المنتفع بها الأصول المنتفع بها في ضمان حملة الصكوك لفترة طويلة قد تمتد لسنوات قبل إرجاعها للمصدر، فالمخاطر على حملة الصكوك في هذه المعاملة أعظم بكثير من مخاطر المشتري في مسألة العينة وعكسها، وهذه المخاطر حقيقية، وبها استحقوا الربح لقوله عليه الصلاة والسلام: «الخراج بالضمن»^{٥٩}.

والثالث: أن عودة حق الانتفاع إلى المصدر في الصكوك محتملة وليست مؤكدة، ففي حال إفلاس المصدر أو تعثره في سداد دفعات الإجارة أو إخلاله بالالتزامات في عقد الإجارة أو هلاك الأصول يفقد الحق في استعادة تلك الأصول بخلاف عكس العينة فإن السلعة ترجع للبائع الأول قبل وفاء الدين الذي عليه، فلو تعثر أو أفلس فلا يؤثر ذلك على تملكه لها.

الترجيح:

يتضح من العرض السابق أن إصدار صكوك لحقوق انتفاع تمثل أعياناً مؤجّرة إجارة منتهية بالتمليك على من اشترت منه تشبه من بعض الأوجه عكس العينة، وتختلف عنه من أوجه أخرى؛ ولذا فإن إلحاقها به من كل وجه أو استبعاد ذلك من كل وجه غير مسلم.

والذي يترجح أنه إذا كان التمليك اللاحق بالقيمة السوقية عند التمليك أو بما يتفق عليه العقادان عند التمليك فتصح وليست من العينة أو عكسها، وأما إذا كان بقيمة محددة سلفاً، فينظر:

- ١- فإن كانت الأعيان محل الانتفاع بحالها لا تتغير فلا تصح؛ لأنها حيلة على التمويل الربوي.
- ٢- وأما إن كان التمليك بعد مدة يغلب على الظن أن تتغير فيها صفة الأعيان المنتفع بها أو قيمتها

٥٨. ١٨٥/٣. وينظر: المغني ٦/٢٣٣.

٥٩. أخرجه أبو داود في (كتاب البيوع)، باب فيمن اشترى عبداً فاستعمله ثم وجد به عيباً) برقم: ٣٥٠٨، والترمذي في (كتاب البيوع / باب فيمن يشتري العبد فيشغله ثم يجد به عيباً) برقم ١٢٨٥، والنسائي في (كتاب البيوع/ باب الخراج بالضمن) ٧/٢٢٣، وابن ماجه في (كتاب التجارات/ باب الخراج بالضمن) برقم ٢٢٤٣ من حديث عائشة -رضي الله عنها- وهو حديث صحيح. انظر: إرواء الغليل ٥/١٥٨.



بين عقد الإجارة وموعد التمليك فتصح، فقد نص أهل العلم في بيع العينة على أنه إذا تغيرت صفة العين أو قيمتها فليس من العينة. قال في المبسوط: «وكذلك لو دخل في المبيع عيب ثم اشتراه البائع بأقل من الثمن الأول؛ لأن الملك لم يعد إليه على الهيئة التي خرج عن ملكه فلا يتحقق فيه ربح ما لم يضمن ولكن يجعل النقصان بمقابلة الجزء الذي احتبس عند المشتري سواء كان النقصان بقدر ذلك أو دونه»^{٦٠}.

وفي الشرح الكبير للدردير: «(كتغيرها) أي السلعة المباعة المقومة تغيراً (كثيراً) حال شرائها بزيادة كسمن، أو نقص كهزال، فتجوز الصور كلها»^{٦١} وفي شرح المنتهى: «(إلا إن تغيرت صفته) أي المبيع مثل أن كان عبداً فهزل أو نسي صنعة أو عمي ونحوه، فيجوز بيعه بدون الثمن الأول ويصح»^{٦٢}.

المسألة الرابعة: بيع حق الانتفاع لعقارات مؤجرة للغير مع وعد بإعادة بيعها على البائع الأول: وفي هذه المسألة يقصد مالك الرقبة الحصول على السيولة ببيع حق الانتفاع بعوض حال، وغرض المنتفع الحصول على عائد الأجرة المتحصلة من مستأجري تلك الأصول، وقد تهيكل صكوك وفقاً لهذه الصيغة، بحيث تستخدم محصلة الاكتتاب في الصكوك في شراء حق الانتفاع من المصدر -وهو مالك الرقبة-، ويكون محل الانتفاع أصولاً مؤجرة للغير مع وعد من حملة الصكوك بإعادة بيع حق الانتفاع على المصدر في زمن لاحق، وعائد حملة الصكوك هو الأجرة المحصلة من مستأجري تلك الأصول.

وهذه المسألة لها حالتان:

الحال الأولى: أن يكون الوعد بالبيع بالقيمة السوقية أو بما يتفق عليه في حينه:

فهذه الصورة جائزة، ولا تعد من العينة ولا عكسها؛ لأن العينة وعكسها يكون الثمن في العقد الثاني فيهما مرتبطاً بزيادة أو نقصاناً بالثمن في العقد الأول، ومن هنا اعتبرتا حيلة على الربا؛ لأن الزيادة المؤجلة مضمونة، أما إذا كان العقد الثاني بحسب سعر السوق فليس من العينة؛ لأن السعر قد يزيد أو ينقص، شريطة أن يكون العقد الثاني بعد مضي مدة تتغير معها صفة العين المباعة.

والحال الثانية: أن يكون الوعد بالبيع بثمان محدد:

فهذه الحال ترد على وجهين:

الوجه الأول: أن يكون الوعد بالبيع اللاحق بمثل الثمن الأول (القيمة الاسمية):

فهذه الصكوك تخرج على بيع الوفاء. وبيع الوفاء في اصطلاح الفقهاء: البيع بشرط أن البائع متى رد الثمن يرد المشتري المبيع إليه^{٦٣}. وهذه التسمية هي المشتهرة عند فقهاء الحنفية، ويسميه المالكية بيع الثنيا، والشافعية بيع العهدة، والحنابلة بيع الأمانة^{٦٤}.

٦٠. المبسوط ١٣/١٢٣.

٦١. الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي ٣/٨٢.

٦٢. شرح منتهى الإرادات ٢/٢٥. وينظر: كشاف القناع ٣/١٨٥.

٦٣. تبيين الحقائق ٥/١٨٤، البحر الرائق ٦/٨.

٦٤. رد المحتار ٥/٢٨٠، مواهب الجليل ٤/٣٧٣، نهاية المحتاج ٣/٤٣٣، كشاف القناع ٣/١٤٩.



وقد اختلف فيه أهل العلم:
 فذهب بعض متأخري الحنفية والشافعية إلى أن بيع الوفاء جائز مفيد لبعض أحكامه من حل الانتفاع به إلا أن المشتري لا يملك بيعه.
 وحجتهم: أن الناس تعارفوا عليه وتعاملوا به لحاجتهم إليه؛ فراراً من الربا، فيكون صحيحاً وإن كان مخالفاً للقواعد؛ لأن القواعد تترك بالتعامل^{٦٥}.
 وذهب المالكية والحنابلة ومتقدمو الحنفية والشافعية إلى أنه بيع فاسد؛ لأن اشتراط البائع أخذ المبيع إذا رد الثمن إلى المشتري شرط يخالف مقتضى العقد، ولأن البيع بهذا الشرط لا يراد منه انتقال الملك حقيقة، وإنما يقصد منه الربا المحرم، وهو إعطاء المال إلى أجل، ومنفعة المبيع هي الربح، فهو في حقيقته قرض بعوض^{٦٦}.

الوجه الثاني: أن يكون الوعد بالبيع بالقيمة الاسمية مع عائد محدد:
 كأن يكون الوعد بالبيع بالقيمة الاسمية مع عائد ٥% تحسب على أساس سنوي.
 فهذه الصورة تُخرج على مسألة عكس العينة التي سبق بيانها، وهي: أن يبيع سلعةً بنقدٍ ثم يشتريها بأكثر منه نسيئة.
 وقد سبق ذكر الخلاف وترجيح ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من تحريم بيع العينة وعكسها؛ لأنها حيلة على الربا.

**والحمد لله أولاً وآخراً، وظاهراً وباطناً
 وصلى الله وسلم على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.**

٦٥. البحر الرائق ٨/٦، رد المحتار ٥/٢٨٠.

٦٦. رد المحتار ٥/٢٨٠، مواهب الجليل ٤/٣٧٣، نهاية المحتاج ٣/٤٣٣، كشاف القناع ٣/١٤٩.