

بالتعاون



هيئة المحاسبة والمراجعة
للمؤسسات المالية الإسلامية

بإدعم



المعهد الإسلامي للبحوث والتطوير
البنية الإسلامية للتنمية

تنظيم



شورى للاستشارات الشرعية
Shura Sharia Consultancy



المؤتمر الفقهي الرابع للمؤسسات المالية الإسلامية 4th Fiqh Conference for Islamic Finance Institutions

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

البحث الثاني

حق الانتفاع العقاري

إعداد: د. يوسف بن عبد الله الشبيلي

أستاذ الفقه المشارك بالمعهد العالي للقضاء

الرعاية الرئيسية



الشريك الاستراتيجي



الرعاية الفضية



الرعاية الذهبية

الرعاية الاعلامية



الناقل الخارجي



الناقل الداخلي



الحليف القانوني



الحليف المالي



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

المقدمة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على رسول الله، وعلى آله وصحبه أجمعين.

أما بعد:

فهذه دراسة موجزة عن حق الانتفاع العقاري حقيقته وأحكامه، وقد قسمتها إلى المباحث الأربعة الآتية:

المبحث الأول: التعريف بحق الانتفاع العقاري.

المبحث الثاني: التوصيف الشرعي لحق الانتفاع العقاري.

المبحث الثالث: المعاوضة على حق الانتفاع العقاري.

المبحث الرابع: تطبيقات على المعاوضة على حق الانتفاع العقاري.

أسأل الله أن يجنبنا الزلل، ويوفقنا لما يرضيه من القول والعمل.

المبحث الأول

التعريف بحق الانتفاع العقاري

المطلب الأول: التعريف بمضرداته:

الفرع الأول: التعريف بالحق:

الحق مصدر حق الشيء يَحِقُّ، وَيَحُقُّ حَقًّا وَحَقُوقًا، وقد استعمل في اللغة لعدة معان (١)، من أبرزها ما يلي:

١- الواجب، ومنه قوله تعالى: (وكان حقاً علينا نصر المؤمنين) (الروم: ٤٧) أي: واجباً.

٢- الأمر الثابت الموجود، ومنه قوله تعالى (ونادي أصحاب الجنة أصحاب النار أن قد

وجدنا ما وعدنا ربنا حقاً) (الأعراف: ٤٤) أي: وجدناه أمراً ثابتاً موجوداً.

٣- الملك والمال.

٤- الاختصاص بالشيء من غير مشاركة، يقال: فلان أحق بماله أي: لا حق لغيره فيه (١).

تعريف الحق في الاصطلاح الفقهي:

لم يحظ مصطلح (الحق) عند الفقهاء المتقدمين بمفهوم خاص به، وإنما استعملوه على نحو معانيه اللغوية، فاستعمل بمعنى الواجب والصدق والحكم (٢)، ثم إن الفقهاء المتأخرين وضعوا له مصطلحاً خاصاً به، ومن أبرز تعريفاته ما ذكره الشيخ مصطفى الزرقا -رحمه الله- بقوله: «الحق: اختصاص يقرر به الشرع سلطة أو تكليفاً» (٣) وهو من أدق تعريفات الحق، وأقربها بياناً لجوهره.

فقوله: (اختصاص): يخرج به الأمور المباحة كميّاه الأنتهار والكلأ، ونحوها. وقيد (الشرع): يخرج به الاختصاص الذي لا يعترف به الشرع كاختصاص الغاصب بالمال المغصوب، وقوله: (سلطة): تشمل ما تكون على شخص كحق الحضانة، وما تكون على أعيان كحق الملكية، (أو تكليفاً): يشمل أي التزام على الإنسان سواء أكان مالياً كوفاء الدين، أم غيره كقيام الأجير بعمله.

الفرع الثاني: التعريف بالانتفاع:

الانتفاع لغة: مصدر انتفع، من النفع، وهو الخير وما يتوصل به الإنسان إلى مطلوبه، وهو ضد الشر، والانتفاع: الوصول إلى المنفعة (٤).

وإصطلاحاً: «هو: حق المنتفع في استعمال العين واستغلالها ما دامت قائمة على حالها، وإن لم تكن رقبته مملوكة» (٥).

وعرف بأنه «حق الشخص في الحصول على المنفعة العرضية، الاستفادة من العين غير المملوكة له، بحيث يكون له حق الاستعمال والاستئثار بالمنفعة لمدة معينة» (٦).

يلاحظ من هذين التعريفين التفرقة بين ملكية حق الانتفاع وملكية الرقبة، فقد

١- تهذيب اللغة ٢/٢٤١، تاج العروس ٢٥/١٦٦، المعجم الوسيط ١/١٨٧.

٢- ينظر: الأم ١/٢١٢، الأحكام السلطانية ص ١١١، الفروق ١/١٤٠.

٣- المدخل الفقهي ١٠٣.

٤- لسان العرب ٨/٣٥٨، المصباح المنير ص ٢١٨.

٥- مرشد الحيران: المادة (١٣).

٦- الاعتياض عن حق الانتفاع لشبير ص ٩.

يملك حق الانتفاع من لا يملك الرقبة، وقد يكون مالك الرقبة مالكاً لحق الانتفاع تبعاً للملكية للرقبة.

ويشمل حق الانتفاع المنفعة التي يحصل عليها الإنسان عن طريق المعاوضة، من بيع وإجارة، والتي يحصل عليها عن طريق التبرع، من وصية وإعارة، أو عن طريق الإباحة العامة أو الخاصة (١) .

الفرق بين حق الانتفاع وملك المنفعة:

لأهل العلم اتجاهان في ذلك:

الاتجاه الأول:

وهو للحنفية (٢) بعدم التفريق بينهما، وقالوا: إنهما يستعملان بمعنى واحد؛ لأن حق الانتفاع، قد يكون نتيجة لثبوت الملكية التامة، كمن اشترى داراً، فإنه يملك المنفعة فضلاً عن الرقبة، وقد يكون حق الانتفاع نتيجة لثبوت الملكية الناقصة، وملكية المنفعة دون الرقبة، كمن استأجر داراً، فإنه يملك المنفعة وحدها، ولكل مالك للمنفعة في الحالتين حق الانتفاع بملكه، وقد يكون حق الانتفاع نتيجة الإباحة، فيحق للمباح له أن ينتفع بما أبيح له الانتفاع به (٣) .

الاتجاه الثاني :

وهو اتجاه جمهور الفقهاء (المالكية والشافعية والحنابلة) ومفاده: التفريق بين ملك المنفعة وحق الانتفاع؛ فإن مالك المنفعة ينصرف لمن يملك المعاوضة عليها، أما من له حق الانتفاع، فلا يملك المعاوضة عليها، وهذا ما يظهر من نصوص فقهاءهم:

قال القرافي: « الفرق الثلاثون: بين قاعدة تمليك الانتفاع، وبين قاعدة تمليك المنفعة، فتمليك الانتفاع نريد به: أن يباشر هو بنفسه فقط، وتمليك المنفعة: هو أعم وأشمل، فيباشر بنفسه، ويمكن غيره من الانتفاع بعوض، كالإجارة، وبغير عوض، كالعارية. مثال الأول: سكنى الدار والخوانك والرباط.. فله أن ينتفع بنفسه فقط، ولو حاول أن يؤجر بيت المدرسة، أو يسكن غيره، أو يعاوض عليه بطريق من طرق المعاوضات امتنع ذلك، وكذلك بقية النظائر المذكورة معه. وأما مالك المنفعة، فكمن استأجر داراً أو استعارها،

١- المرجع السابق ص ٩ .

٢- ينظر: الأشباه والنظائر، لابن نجيم ص ٢٥٢.

٣- الامتياز عن حق الانتفاع ص ٨ .

فله أن يؤجرها من غيرها، أو يسكنه بغير عوض، ويتصرف في هذه المنفعة تصرف الملاك في أملاكهم» (١) .

وقال السيوطي: « وقد يملك الانتفاع دون المنفعة، كالمستعير، والعبد الذي أوصى بمنفعته مدة حياة الموصى له. وكل من ملك المنفعة، فله الإجارة والإعارة، ومن ملك الانتفاع، فليس له الإجارة قطعاً، ولا الإعارة على الأصح» (٢) .

وقال ابن القيم: « فائدة: تملك المنفعة شيء، وتمليك الانتفاع شيء آخر، فالأول: يملك الانتفاع والمعاوضة، والثاني: يملك به الانتفاع دون المعاوضة، وعليها إجارة ما استأجره؛ لأنه ملك المنفعة، بخلاف المعاوضة على البُضْع، فإنه لم يملكه، وإنما ملك أن ينتفع به، وكذلك إجارة ما ملك أن ينتفع به من الحقوق، كالجلوس بالرحاب، وبيوت المدارس، والربط، ونحو ذلك، لا يملكها؛ لأنه لا يملك المنفعة، وإنما ملك الانتفاع» (٣) .

ويتضح مما سبق أن أصحاب هذا الاتجاه يفرقون بينهما من حيث إن صاحب حق الانتفاع ليس له إلا أن ينتفع بنفسه دون أن يؤجر أو يعير أو يبيع لغيره، بخلاف مالك المنفعة، فله ذلك في حدود العقد (٤) .

وعند التأمل فالتفرقة بينهما اصطلاحية إذ العبرة في الحق محل التصرف فإن كان مما يقبل المعاوضة أو التنازل عنه للغير، فيجوز ذلك، سواء أسمىناه منفعة أم حق انتفاع، وإن لم يكن محلاً للمعاوضة أو التنازل فلا يجوز ذلك سواء أسمىناه منفعة أم حق انتفاع.

الفرع الثالث: التعريف بالعقاري:

العقاري نسبة إلى العقار. والعقار في اللغة يطلق على ما له صفة الثبوت والدوام، كالأرض والمسكن. قال ابن فارس: « العين والقاف والراء أصلان متباعدا ما بينهما، وكل واحد منهما مطرد في معناه، جامع لمعاني فروعه، فالأول: الجرح أو ما يشبه الجرح. والثاني: دال على ثبات ودوام» (٥) .

١- الفروق ١/٢٣٠.

٢- الأشباه والنظائر ص ٢٢٦ .

٣- بدائع الفوائد ١/٣ .

٤- الملكية الخاصة في الشريعة الإسلامية ص ٥٤ .

٥- معجم مقاييس اللغة ص ٦٥٥، وينظر: لسان العرب ٩/٢١٦، المصباح المنير ص ٢٤٣.

المطلب الثاني: التعريف بحق الانتفاع العقاري باعتباره 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 مالكا له إذا لم يملك رقبته.

وتملك حق الانتفاع في الفقه يكون بإحدى طريقتين:

الأولى: أن يكون على سبيل التأقيت، 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 التأييد، بأن يبيع مالك العقار حق الانتفاع كله أو بعضه كحق المرور أو المسيل ونحوه مع احتفاظه بالرقبة، فتكون الرقبة ملكا للبائع وحق الانتفاع ملكاً للمشتري على سبيل التأييد، وهو جائز عند جمهور الفقهاء كما سيأتي بيانه إن شاء الله.

الفرع الثاني: تعريفه مركباً في القانون الوضعي:

القوانين الوضعية متفاوتة في تحديدها لمفهوم حق الانتفاع العقاري. وكنظرة إجمالية فإن حق الانتفاع العقاري في القانون يشمل ثلاث صور؛ الصورتين السابقتين في الفقه بالإضافة إلى صورة ثالثة، وبيانها على النحو الآتي:

الصورة الأولى:

ملكية منفعة العقار دون رقبته لمدة مؤقتة، فلا يكون ثم فرق هنا بين حق الانتفاع وملك المنفعة.

الصورة الثانية:

تملك حق الانتفاع بالعقار دون الرقبة على سبيل التأييد.

وهاتان الصورتان هما الأكثر تطبيقاً على مستوى القوانين العربية (١).

١- ينظر على سبيل المثال: ماهية الملكية العقارية: <http://sciencesjuridiques.ahlamontada.net/t273-topic>،
المجلة العقارية 85 <http://www.alakaria.net/forum.php?action=view&id=85>.

فالقانون بهذا الاعتبار ينظر إلى حق الانتفاع على أنه حق عيني (١) في الانتفاع بشيء مملوك للغير بشرط الاحتفاظ بذلك الشيء لرده إلى صاحبه عند انتهاء مدته أو بموت المنتفع، وهذا الحق غير قابل للاستهلاك (٢)، وهو يكتسب بالتعاقد أو بالتقادم أو بمقتضى القانون.

الصورة الثالثة:

ملكية جميع الحقوق المتعلقة بالعقار مع احتفاظ طرف آخر بالصك (التسجيل القانوني) له، وهذا ما يعرف في القانون الإنجليزي بملكية الانتفاع (Beneficial ownership) وهو يختلف عن ملكية حق الانتفاع بمفهومها الفقهي السابق.

وهنا أورد ما ذكره موقع انفستوبيديا (investopedia) المتخصص في المصطلحات المالية في تعريف ملكية الانتفاع:

What Does Beneficial Owner Means

1. A person who enjoys the benefits of ownership even though title is in another name...

1. For example, when shares of a mutual fund are held by a custodian bank or when securities are held by a broker in street name, the true owner is the beneficial owner, even though, for safety and convenience, the bank or broker holds title (3).

ومعنى ذلك أن ملكية الانتفاع تكون عندما يكون لشخص حق الانتفاع الكامل بالأصل بينما الصك أو التسجيل الرسمي لذلك الأصل باسم شخص أو جهة أخرى، كأن يكون الأصل أوراقاً مالية محتفظاً بها لدى بنك أو وسيط ومسجلة باسمه بينما المالك الحقيقي هو من يملك حق الانتفاع.

وفي العادة تكون ملكية الانتفاع عندما يكون الأصل مسجلاً باسم وكيل أو أمين (trustee)، فيظهر أمام الآخرين باعتباره المالك الاسمي (nominee) بينما المالك الحقيقي هو مالك الانتفاع (Beneficial owner)

وبه يتبين أن هذا المفهوم لحق الانتفاع العقاري في القانون أوسع من مفهومه الفقهي،

١- يقصد بالحقوق العينية في القانون: الحقوق الذي لا تستند في وجودها إلى حقوق أخرى.

٢- ماهية الملكية العقارية، الوسيط في شرح القانون المدني ٤/١.

٣- <http://www.investopedia.com/terms/b/beneficialowner.asp#axzz1dVvD1Ork>

وينظر أيضاً: http://en.wikipedia.org/wiki/Beneficial_owner و <http://moneyterms.co.uk/beneficial-ownership>

فهو يعني ملكية الشخص لكل الحقوق المتعلقة بالأصل وتحمله لكل تبعات ما يلحق الأصل من أضرار، إلا أن العقار غير مسجل باسمه.

ويُفرق القانون بين ملكية الانتفاع (Beneficial ownership) والملكية القانونية (Legal ownership)، فالأولى تعني ملكية الحقوق المتعلقة بالأصل، والثانية تعني التسجيل الرسمي للأصل، فلو أن شخصاً اشترى عقاراً عن طريق البنك، فإن البنك يحتفظ بالملكية القانونية (Legal ownership) للعقار بينما ملكية الانتفاع (Beneficial ownership) للمشتري، حتى يتم سداد جميع الأقساط فيصبح العميل حينئذٍ قد حاز كلا النوعين.

وتملك الانتفاع (Beneficial ownership) في القانون يختلف عن تملك منفعته من خلال عقد الإيجار، فالأول على سبيل التأبيد بخلاف الثاني، والأول يترتب عليه ملك العين إلا أنها مسجلة باسم غيره فلا يملك بيعها أو التصرف فيها تصرفاً ناقلاً للملكية إلا بموافقة من يحتفظ بشهادة التسجيل (Legal ownership)، بينما في الثانية يملك المستأجر المنفعة فقط دون العين (١).

المبحث الثاني

التوصيف الشرعي لحق الانتفاع العقاري

من خلال العرض السابق لمفهوم ملكية الانتفاع في القانون فيكيف حق الانتفاع شرعاً بحسب صورته الثلاث، وذلك على النحو الآتي:

المطلب الأول: تخريجه على ملكية المنفعة بصفة مؤقتة:

فإذا تنازل المالك لآخر عن منفعة العقار دون رقبته مدة مؤقتة، فيعد المنتفع في هذه الحال مالكاً للمنفعة، وقد يكون تملكه بعوض كالإجارة، أو بتبرع كالعارية، أو بالإباحة كأن يسبق للانتفاع بمرفق عام.

المطلب الثاني: ملكية الانتفاع دون الرقبة على سبيل التأبيد:

أي أن المنتفع يملك حق الانتفاع بالعين بصفة مؤبدة، دون الرقبة، فيجوز له التصرف بالعقار بجميع أنواع التصرفات دون الرقبة.

وهذا التوصيف يتخرج على رأي جمهور الفقهاء - خلافاً للحنفية- القائلين بجواز بيع بعض الحقوق المرتبطة بال عقار على سبيل التأييد مثل حق المرور وحق التعلي وحق المسيل.

جاء في المدونة : « قلت (١) : رأيت إن بعث شرب يوم، أيجوز ذلك أم لا ؟ قال (٢): قال مالك: ذلك جائز، قلت: فإن بعث حظي، بعث 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 بعث ما صار لي من الماء ممن يسقي به، أيجوز ذلك في قول مالك؟ قال: نعم » (٣).

وعرف الشرييني -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 التأييد، فدخل بيع حق الممرّ ونحوه» (٤).

وفي الروض المربع -من كتب الحنابلة-: «وهو -أي البيع- مبادلة مال ولو في الذمة أو منفعة مباحة كمر في دار بمثل أحدهما على التأييد» (٥).

وعلى هذا فيكون بيع حق الانتفاع العقاري من قبيل بيع منافع العقار على سبيل التأييد، إذ كما يجوز بيع بعض منافع العقار فيجوز بيع منافعه كلها.

المطلب الثالث: ملكية الانتفاع ملكية كاملة للعين والمنفعة:

فقد تقدم أن بعض القوانين تنظر إلى مالك الانتفاع (Beneficial owner) على أنه هو المالك الحقيقي، وأن تسجيل العقار باسم غيره على سبيل الحفظ، وقد يكون تصرف المنتفع بالعين مقيداً أو مشروطاً بموافقة من يحتفظ بالسجل العقاري.

وكون مالك الانتفاع غير قادر على بيع العقار أو رهنه أو هبته أو غير ذلك من التصرفات الناقلة للملكية لا ينفي امتلاكه له، بدليل أن من يملك عقاراً مرهوناً لا يملك التصرف فيه تصرفاً ناقلاً للملكية إلا بموافقة المرتهن، مع أنه -أي الراهن- هو المالك الحقيقي للعين المرهونة وليس المرتهن، فلم تمنع تلك التقييدات من إثبات ملكية الراهن للعين المرهونة ما دام أن له غنمه وعليه غرمه. وفي هذا يقول عليه الصلاة والسلام: « لا يغلق الرهن من صاحبه الذي رهنه له غنمه وعليه غرمه» (٦).

١- القائل: سحنون راوي المدونة عن ابن القاسم .

٢- القائل: عبد الرحمن بن القاسم راوي المدونة عن مالك .

٣- المدونة ٢/٢٨٩.

٤- مغني المحتاج ٢/٣.

٥- الروض المربع ص ٢٣٣.

٦- أخرجه الدارقطني والحاكم وابن حبان في صحيحه من حديث أبي هريرة -رضي الله عنه- .

ومالك الانتفاع قانوناً كالراهن، فغنم العقار له، وغرمه عليه، وعدم قدرته على التصرف فيه لا يمنع من الملكية.

المطلب الرابع: معيار التمييز بين ملكية الانتفاع التي يترتب عليها تملك العين والتي لا يترتب عليها ذلك:

قد يحصل تداخل بين صور تملك حق الانتفاع لاسيما ما يفيد منها تملك المنتفع لرقبة العقار وما لا يفيد ذلك. فمتى يقال: إن الشخص يملك العقار ملكاً حقيقياً رقبته ومنفعته؟ أو أنه يملك الانتفاع به فقط دون الرقبة؟

هنا ينبغي أن نفرق بين القيود والشروط التي تتنافى مع أصل الملك والقيود التي لا تنافيه، وبيان ذلك على النحو الآتي:

الفرع الأول: قيود لا تمنع من تحقق أصل الملك:

من الناحية القانونية تقسم ملكية العقار إلى ملكية تامة وملكية ناقصة أو مجزأة، فالملكية التامة هي التي يستجمع فيها المالك السلطات الثلاث، وهي حق الاستعمال وحق الاستغلال وحق التصرف، فإذا تنازل المالك عن بعض هذه الحقوق لصالح الغير، فتجزأ ملكيته، كأن يتنازل عن حقه في استعمال الشيء أو استغلاله لصاحب حق الانتفاع، فيبقى له عندئذ ملكية الرقبة (١).

وكذلك من الناحية الشرعية قد تكون الملكية تامة، بأن يكون للمالك حق الانتفاع والاستغلال والتصرف، وقد تكون الملكية ناقصة ومع ذلك يعد الشخص محتفظاً بأصل الملكية، ولا ينافي ذلك تملكه للعقار. ومن ذلك:

١- أن يتنازل عن منفعة العقار للغير بعوض أو بدون عوض، على سبيل التأقيت أو التأييد، كما تقدم.

٢- أن يمنع من التصرف في العقار لتعلق حق الغير به، مثل أن يكون العقار مرهوناً.

٣- أن يمنع من التصرف في العقار بالشرط، كأن يشتري عقاراً بشرط ألا يبيعه ولا يهبه أو متى باعه فالبائع أحق به بالثمن، ونحو ذلك من الشروط التقييدية التي تنافي بعض مقتضيات العقد، ولا تنافي العقد من أصله. وقد اختلف فيها أهل العلم على قولين:

القول الأول:

أن الشرط فاسد. وهذا مذهب الحنفية (١)، والمالكية (٢)، والشافعية (٣)، والرواية المشهورة عند الحنابلة (٤).

واستدلوا بعدة أدلة، منها:

١- ما روت عائشة رضي الله عنها في قصة بريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: (من اشترط شرطاً ليس في كتاب الله فهو باطل وإن كان مائة شرط) (٥). فالنبي صلى الله عليه وسلم نص على بطلان اشتراط الولاء لغير المعتق فيقاس عليه سائر الشروط، لأنها في معناه (٦).

ويناقد:

بأن النبي صلى الله عليه وسلم أبطل هذا الشرط لا لأنه يناه في مقتضى العقد بل لأنه يخالف حكم الشرع بدليل قوله: (ليس في كتاب الله) أي في حكمه.

٢- ما روى عبد الله بن عمرو -رضي الله عنهما- أن النبي صلى الله عليه وسلم (نهى عن بيع وشرط) (٧). ووجه الدلالة: أن الحديث نص على بطلان كل بيع وشرط، فيدخل في ذلك الشرط المنافي لمقتضى البيع (٨).

نوقش:

بأنه حديث ضعيف لا تقوم به حجة، وبأنه مخالف للإجماع، فقد قال شيخ الإسلام ابن تيمية مبيناً ضعف الحديث: (وقد أجمع الفقهاء المعروفون من غير خلاف أعلمه أن اشتراط صفة في المبيع ونحوه كاشتراط العبد كاتباً، أو صانعاً، أو اشتراط طول الثوب، أو قدر الأرض، ونحو ذلك شرط صحيح) (٩).

١- بدائع الصنائع ١٤/٧، فتح القدير ٧٧/٦، تبيين الحقائق ٥٧/٤، رد المحتار ٢٨٢/٧.

٢- شرح الخرشي ٨٠/٥، مواهب الجليل ٣٧٣/٤، الفواكه الدواني ٨٩/٢، بلغة السالك ٣٥/٢.

٣- الحاوي الكبير ٢٨١/٦، المجموع شرح المهذب ٣٦٣/٩، نهاية المحتاج ٤٥٠/٣، مغني المحتاج ٢٨١/٢.

٤- الشرح الكبير على المقنع ٢٢٢/١١، الكافي ٦١/٣، كشاف القناع ١٤٢٣/٤، التنقيح المشيع ص ١٧٤.

٥- أخرجه البخاري كتاب البيوع / باب إذا اشترط شروطاً في البيع لا تحل - برقم ٢١٦٨ (ومسلم) كتاب العنق / باب إنما الولاء لمن اعق - برقم ١٥٠٤.

٦- الشرح الكبير على المقنع ٢٢٢/١١.

٧- أخرجه الطبراني في الأوسط رقم (٤٢٥٨) والحاكم في معرفة علوم الحديث ص ١٢٨. وقال عنه شيخ الإسلام ابن تيمية: (ذكره جماعة من المصنفين في الفقه ولا يوجد في شيء من دواوين الحديث، وقد أنكره أحمد وغيره من العلماء وذكروا أنه لا يعرف وأن الأحاديث الصحيحة تعارضه) مجموع الفتاوى ١٢٢/٢٩ وقال ابن حجر (بلوغ المرام ص ١٦٩): (وهو غريب).

٨- فتح القدير ٧٧/٦.

٩- مجموع فتاوى ابن تيمية ١٢٢/٢٩.

٣- أن عقد البيع يقتضي تصرف المشتري فيما اشتراه على أي وجه شاء، فالتحجير عليه بالأب لا يبيع ولا يهب شرط مناف لمقتضى عقد البيع، فيكون فاسداً (١).

وناقش شيخ الإسلام ابن تيمية هذا الاستدلال بقوله: (من قال: هذا الشرط ينافي مقتضى العقد، قيل له: أينافي مقتضى العقد المطلق، أو مقتضى العقد مطلقاً؟ فإن أراد الأول: فكل شرط كذلك، وإن أراد الثاني: لم يسلم له، وإنما المحذور أن ينافي مقصود العقد، كاشتراط الطلاق في النكاح، أو اشتراط الفسخ في العقد، فأما إذا شرط ما يقصد بالعقد لم يناف مقصوده) (٢).

والقول الثاني: أن الشرط صحيح. وهو اختيار شيخ الإسلام ابن تيمية (٣)، وابن القيم (٤)، وذكر ابن تيمية أن هذا قول الإمام أحمد، وأن أكثر نصوصه تجري على هذا القول (٥).

واستدلوا بما يلي:

١- قوله عليه الصلاة والسلام: (المسلمون على شروطهم) (٦). ووجه الدلالة: أن الحديث عام فيدخل فيه هذا الشرط.

٢- قوله عليه الصلاة والسلام: (من ابتاع نخلاً بعد أن تؤبر فثمرتها للذي باعها إلا أن يشترطها المبتاع) (٧).

ووجه الدلالة منه: أن هذا الشرط خلاف مقتضى العقد المطلق، وقد جوزه الشارع (٨).

٣- ما روي عن ابن مسعود -رضي الله عنه- أنه ابتاع جارية من امرأته زينب الثقفية واشترطت عليه: إن بعثها فهي لي بالثمن الذي تبيعها به، فسأل عبد الله بن مسعود عن ذلك عمر بن الخطاب، فقال عمر: لا تقربها ولأحد فيها شرط (٩).

ودلالته من وجهين:

الأول: أنه قال: (لا تقربها)، ولو كان الشرط فاسداً لم يمنع من قربانها.

١- البهجة في شرح النخعة ١٠/٢.

٢- مجموع فتاوى ابن تيمية ١٣٨/٢٩.

٣- مجموع فتاوى ابن تيمية ١٣٦/٢٩.

٤- إعلام الموقعين ٤٠٠/٣.

٥- مجموع فتاوى ابن تيمية ١٣٦/٢٩.

٦- 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 (١٢٧٢) وأبو داود من حديث أبي هريرة -رضي الله عنه- في كتاب الأفضية، باب في الصلح برقم (٢١٢٠)، 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.

٧- أخرجه البخاري في 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).

٨- إعلام الموقعين ٤٠٠/٣.

٩- أخرجه مالك في الموطأ (كتاب البيوع / باب ما يفعل بالوليدة والشرط فيها ١٢٨/٦) (والبيهقي) كتاب البيوع / باب الشرط الذي يفسد العقد ٢٣٦/٥).

والثاني: أنه علل ذلك بالشرط، فدل على أن المانع من القريان هو الشرط، وأن وطأها يتضمن إبطال ذلك الشرط، لأنها قد تحمل، فيمتنع عودها إليه (١).

والراجع هو القول الثاني لقوة أدلته وسلامتها من المناقشة.

وعلى هذا فمجرد كون الشخص ممنوعاً من بيع العقار أو من التصرف فيه إلا بقيود لا يعني ذلك أنه لا يملكه، أي أن ملكية حق الانتفاع وفقاً لما تقتضيه بعض القوانين -كما سبق- قد تجعل من المنتفع مالكا للعين مع كونه مقيداً في التصرف بها، وهو أمر مقبول شرعاً.

الفرع الثاني: الأوصاف المعتبرة لأصل الملك:

تقدم في الفرع السابق بعض القيود التي لا تمنع من تحقق أصل الملك، وهنا أبين الأوصاف التي تعد معياراً لتحقيق أصل الملك من عدمه. وهما وصفان:

الأول: الضمان:

والمقصود بذلك ضمان تلف العقار أو نقصان قيمته، وتحمل المسؤولية عن ذلك، فهذا الوصف ملازم حتماً للملكية لا ينفك عنها، وهو الحد الأدنى من الملكية، وبدونه تكون الملكية صورية لا حقيقية.

والثاني: الأحقية بالثمن عند بيع العقار:

فالمستحق للثمن عند بيع العقار هو المالك له حقيقة، بصرف النظر عن تسجيل العقار باسمه، فلو كان العقار مسجلاً باسم غير مالك حق الانتفاع، إلا أن العرف أو الشرط أو القانون يقتضي أنه عند البيع يكون ثمنه للمالك حق الانتفاع، فملك العين حقيقة للمالك حق الانتفاع وليس لمن يحتفظ بالسجل العقاري، أي أن مالك حق الانتفاع يملك العين والرقبة.

والأصل في هذين الوصفين قوله عليه الصلاة والسلام في الحديث السابق: « لا يغلِق الرهن من صاحبه الذي رهنه له غنمه وعليه غرمه»، فدل الحديث أن استحقاق الغنم وتحمل الغرم دليل الملكية، وأن الملكية تقتضي استحقاق الغنم وتحمل الغرم. وكذا قوله عليه الصلاة والسلام: « الخراج بالضمنان » (٢) فمالك العين يتحمل ضمانها وفي مقابل ذلك يستحق خراجها.

١- تهذيب السنن ١٤٥/٥، مجموع فتاوى ابن تيمية ١٣٦/٢٩.

٢- أخرجه أبو داود في (كتاب البيوع)، باب فيمن اشترى عبداً فاستعمله ثم وجد به عبياً) برقم: ٢٥٠٨، والترمذي في (كتاب البيوع / باب فيمن يشتري العبد فيشغله ثم يجد به عبياً) برقم ١٢٨٥، والنسائي في (كتاب البيوع/ باب الخراج بالضمنان) ٢٢٣/٧، وابن ماجه في (كتاب التجارات/ باب الخراج بالضمنان) برقم ٢٢٤٣ من حديث عائشة -رضي الله عنها- وهو حديث صحيح. ينظر: إرواء الغليل ١٥٨/٥.

المبحث الثالث

المعاوضة على حق الانتفاع العقاري

المعاوضة على حق الانتفاع لها صورتان، على النحو الآتي:

المطلب الأول: المعاوضة على سبيل التأقيت:

وذلك بأن يتنازل مالك العقار عن منفعته مدة معلومة، فالعقد هنا يأخذ حكم الإجارة، سواء طالّت المدة أم قصرت. قال في الروض المربع: « وإن أجر الدار ونحوها كالأرض مدة معلومة ولو طويلة يغلب على الظن بقاء العين فيها صح ولو ظن عدم العاقد فيها» (١).

وعلى هذا فما يعرف في بعض القوانين بـ (Lease) وتعني التنازل عن حق الانتفاع بالعقار مدة طويلة قد تمتد لعشرات السنين (٢)، تعد من الناحية الشرعية عقد إجارة وليست بيعاً؛ لأن العقد فيها مؤقت وليس مؤبداً، وتسري عليها أحكام الإجارة وليس البيع.

وفي هذه المعاوضة يجوز للمستأجر أن ينتفع من العين المؤجرة بنفسه، أو يؤجرها أو يعيرها لمن يقوم مقامه في الانتفاع أو دونه؛ لأن المنفعة مملوكة له فيجوز أن يستوفيه بنفسه ونائبه؛ وذلك بشرطين:

الأول: أن يكون المنتفع الثاني دونه في الضرر؛ لأنه لا يملك أن يستوفيه بنفسه فبنائبه أولى (٣).

والثاني: ألا يكون المؤجر قد شرط عليه ألا يؤجرها أو يعيرها لغيره. وقد اختلف أهل العلم في هذا الشرط، والصحيح جوازه ولزومه، وقد سبق بيان الخلاف في مثل هذا النوع من الشروط التي قد تناهت في بعض مقتضيات العقد.

المطلب الثاني: المعاوضة على سبيل التأييد:

وهذه المعاوضة تأخذ حكم البيع، فإذا كان تملك حق الانتفاع يفيد تملك العين والمنفعة كما سبق في الصورة الثالثة من صورته في القانون فلا إشكال في البيع، وأما في الحال

١- الروض المربع ص ٢٠٦.

٢- ينظر: <http://www.investopedia.com/terms/l/lease.asp#axzz1dVNb4rJd> و <http://dictionary.reference.com/browse/lease>

٣- الروض المربع ص ٢٠٦.

التي يباع فيها حق الانتفاع دون الرقبة، فقد اختلف أهل العلم في ذلك على قولين:

القول الأول:

عدم صحة بيع حق الانتفاع وغيره من الحقوق المجردة عن الأعيان. وهذا هو المشهور في المذهب الحنفي.

قال السرخسي: « بيع الشرب فاسد، فإنه من حقوق البيع، بمنزلة الأوصاف، فلا يضر بالبيع، ثم هو مجهول في نفسه، غير مقدور على التسليم؛ لأن البائع لا يدري أيجري الماء أم لا، وليس في وسعه إجراؤه. قال: وكان شيخنا الإمام يحكي عن أستاذه أنه كان يفتي بجواز بيع الشرب بدون الأرض، ويقول: فيه عرف ظاهر في ديارنا بنسَف، فإنهم يبيعون الماء، فللعرف الظاهر كان يفتي بجوازه، ولكن العرف إنما يعتبر فيما لا نص بخلافه، والنهي عن بيع الغرر نص بخلاف هذا العرف، فلا يعتبر» (١).

وقال ملا خسرو: « ولا يجوز بيع مسيل الماء وهبته، ولا بيع الطريق بدون الأرض، وكذلك بيع الشرب، وقال مشايخ بلخ: جائز» (٢).

وعلى مثل هذا نص ابن نجيم بقوله: « وفي الخانية: ولا يجوز بيع مسيل الماء وهبته، ولا بيع الطريق بدون الأرض، وكذلك بيع الشرب، وقال مشايخ بلخ: بيع الشرب جائز» (٣).

فجمهور الحنفية لا يرون صحة بيع حق الانتفاع بالعقار مجرداً عن الرقبة، واعتبروا عمل أهل نسَف وبلخ من قبيل العرف الخاص، ولا يكون حجة. قال أبو زهرة: « وأهل الرأي الأول - القائلون بعدم صحة حق الشرب - يردون كل هذا، فينكرون أن يكون تعامل أهل مدينة مسوِّغاً لمخالفة القياس، إنما العرف المسوِّغ لمخالفة القياس هو عرف جميع الناس أو المسلمين، حتى يكون قريباً من الإجماع، كالمال في الاستصناع والسلام والإجارة في نظر الحنفية» (٤).

القول الثاني:

صحة بيع حق الانتفاع بالعقار مجرداً عن رقبته. وهذا ما عليه جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة.

ففي شرح الزرقاني على الموطأ في أول كتاب البيوع: « كتاب البيوع. وجمع لا اختلاف أنواعه، كبيع العين، وبيع الدين، وبيع المنفعة» (٥)، وسبق نقل كلام الإمام مالك في المدونة.

١- المبسوط ١٣٥/١٤ - ١٣٦.

٢- دزر الحكام ١٧٣/٢.

٣- البحر الرائق ٢٩٦/٥.

٤- الملكية ونظرية العقد ص ١٠٨.

٥- شرح الزرقاني على الموطأ ٢٩٧/٣.

وفي حاشية الرشيدى الشافعي على نهاية المحتاج: « وقد سلم من جميع هذه الإيرادات قول بعضهم: عقد معاوضة مالية، تفيد ملك عين أو منفعة على التأبید» (١).

وفي الإنصاف: « وقال في الوجيز: هو عبارة عن تملك عين مالية، أو منفعة مباحة على التأبید، بعوض مالي» (٢).

وسبب اختلافهم في ذلك هو اختلافهم في ضابط المال، وهل تعد المنافع أموالاً أم لا؟ ولهم في ذلك اتجاهان:

الاتجاه الأول: للحنفية:

قال ابن عابدين في تعريف المال: « المراد بالمال: ما يميل إليه الطبع، ويمكن ادخاره لوقت الحاجة، والمالية تثبت بتمول الناس كافة أو بعضهم (٣)، والتقوم (٤): يثبت بها وبإباحة الانتفاع به شرعاً».

فالمال عند الحنفية ما جمع صفتين:

الأولى: العينية، أي أن يكون الشيء عيناً، أي له وجود في الخارج، وهذا يؤخذ من قوله: « ويمكن ادخاره لوقت الحاجة». فخرج بذلك المنافع فهي ليست أموالاً بذاتها، ولكن تكون أموالاً متقومة في عقد الإجارة خلافاً للقياس بشرط ألا تنفصل عن العين المؤجرة.

والثانية: التمول، وذلك بأن تجري عادة الناس كلهم أو بعضهم على تمول تلك العين وحيازتها (٥).

والاتجاه الثاني: للجمهور من المالكية (٦)، والشافعية (٧)، والحنابلة (٨):

فعرفه الشاطبي: « ما يقع عليه الملك ويستبد به المالك عن غيره إذا أخذ من وجهه» (٩).

١- نهاية المحتاج ٣/٢٧٢.

٢- الإنصاف ١١/٧.

٣- يقسم الحنفية المال إلى قسمين: الأول: مال متقوم، وهو ما يمكن ادخاره، وبياح الانتفاع به شرعاً في حال السعة والاختيار، والثاني: مال غير متقوم، وهو ما يمكن ادخاره، ولا يباح الانتفاع به شرعاً في حال السعة والاختيار. قال ابن عابدين في حاشيته ١٤/١٠: (وحاصله أن المال أعم من المتقوم؛ لأن المال مما يمكن ادخاره ولو غير مباح كالخمر. والمتقوم: ما يمكن ادخاره مع الإباحة، فالخمر مال لا متقوم).

٤- رد المحتار ١٤/٩.

٥- ينظر: المبسوط: ١١/٧٩، الهداية: ٤/٣٤٥، بدائع الصنائع: ٧/١٦٠، تبين الحقائق: ٥/٢٣٤.

٦- شرح الخرشبي ٦/١٣٧، حاشية الدسوقي: ٢/٤٤٢، بلغة السالك: ٢/٢٠٩.

٧- الحاوي الكبير: ٧/١٦١، روضة الطالبين: ٥/١٣، المنثور: ٣/١٩٧، مغني المحتاج: ٢/٢٨٦.

٨- كشاف القناع: ٤/١١٢، منتهى الإيرادات: ١/٥٠٨.

٩- الموافقات ٢/٣٢٢.

وقال الشافعي في تعريف المال: (ماله قيمة يباع بها، وتلزم مُتلفه وإن قلت) (١).

وقال ابن قدامة: (هو ما فيه منفعة مباحة لغير ضرورة) (٢).

أي أن المال عند الجمهور يشمل كل ما له قيمة بين الناس وهذه القيمة متأتية من أن هذا الشيء ينتفع به انتفاعاً مباحاً. فيدخل في ذلك الأعيان والمنافع.

والالاتجاه الثاني هو الأرجح؛ لما يلي:

• أن الشارع قد سَوَّغ أن تكون المنفعة مهراً في النكاح (٣)، والمهر يجب أن يكون مالاً، لقوله تعالى: « وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم محصنين غير مسافحين» (النساء: ٢٤).

• أن قصر المال على الأشياء العينية ليس عليه دليل في الشرع.

• التعريف اللغوي للمال يؤيد اتجاه الجمهور.

• أن العرف جار باعتبار مالية الأشياء غير العينية؛ كبعض المنافع والحقوق، ومن المقرر أن ما لم يرد تحديده في الشرع فمرده للعرف (٤).

وعلى هذا فيجوز لمالك العين أن يبيع حق الانتفاع لغيره ويحتفظ برقبة العين، ويجوز لمن اشترى حق الانتفاع أن يبيعه لغيره؛ لأنه ملكه. والله أعلم.

المبحث الرابع

تطبيقات لحق الانتفاع العقاري في عقود التمويل

سأذكر في هذا المبحث بعون الله بعض التطبيقات للمعاوضة على حق الانتفاع العقاري في عقود التمويل المصرفي، مع بيان حكم كل منها:

المطلب الأول: بيع حق الانتفاع العقاري مع وعد من البائع بالشراء بالقيمة الاسمية:

الفرع الأول: تصوير المسألة:

صورة هذه المسألة أن تحتاج شركة للتمويل فتعتمد إلى أصول عقارية مملوكة لها

١- نقله السيوطي في الأشباه والنظائر ص ٢٢٧.

٢- المقنع ص ١٥٢.

٣- وذلك في قوله عليه الصلاة والسلام: (زَوَّجْتُكُمْ بِمَا مَعَكُمْ مِنَ الْقُرْآنِ) (أخرجه البخاري برقم ٥٠٢٩، ومسلم برقم ١٤٢٥).

٤- ينظر: الملكية لأبي زهرة (ص ٥٢)، المدخل إلى نظرية الالتزام (ص ٢١٦).

ومؤجرة للغير، فتبيع حق الانتفاع لبنك بثمان نقدي، باعتبار أن هذا الحق يختلف حقيقة وحكماً وأجلاً عن المنفعة المملوكة للمستأجر، وتلتزم الشركة التزاماً من طرف واحد بشراء هذا الحق بعد مدة محددة بقيمته الاسمية.

وقد تستخدم هذه الطريقة في التصكيك، بأن يبيع مصدر الصكوك لحملة الصكوك حق الانتفاع بأصول مؤجرة ويلتزم بشرائه منهم بقيمته الاسمية.

الفرع الثاني: الحكم الشرعي:

الأظهر هو حرمة هذا النوع من التمويل؛ لأمرين:

الأول: أن بيع حق الانتفاع وحده دون الأصل مع كون الأصل مؤجراً للغير يدخل في بيع ما لا يملك، فالبيع صوري وليس حقيقياً في واقع الأمر.

والثاني: أن هذا من بيع الوفاء، وهو البيع بشرط أن البائع متى رد الثمن يرد المشتري المبيع إليه (١).

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 (٢).

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 (٣)، ومنفعة المبيع هي الربح، فهو في حقيقته قرض بعوض.

والراجح هول القول الثاني لأن حقيقته قرض وليس بيعاً، والعين رهن بيد المشتري فلا يملك بيعها ولا الانتفاع بها، ولو شرط الانتفاع صار قرضاً جر نفعاً، فيحرم لذلك؛ إذ العبرة في العقود بمعانيها وحقائقها لا بألفاظها (٤).

١- تبين الحقائق ١٨٤/٥، البحر الرائق ٨/٦.

٢- البحر الرائق ٨/٦، رد المحتار ٢٨٠/٥.

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

٤- ينظر: تبين الحقائق ١٨٤/٥، رد المحتار ٢٨٠/٥، كشف القناع ١٤٩/٣.

المطلب الثاني: تملك حملة الصكوك حق الانتفاع بالأصول دون الملكية الرسمية (الوثائق):

الفرع الأول: تصوير المسألة:

في كثير من الصكوك الإسلامية ينص في نشرة إصدار الصكوك بأن ملكية حملة الصكوك للأصول محل التصكيك هي ملكية حق انتفاع (Beneficial ownership) ولا تسجل الأصول باسمهم وإنما تبقى باسم المصدر، أو تكون مسجلة باسم جهة حفظ أو أمين لتلك الوثائق، فهل يعني ذلك أن حملة الصكوك لا يملكون تلك الأصول حقيقة، وأن ملكيتهم لها إنما هي ملكية صورية، وأن ما يثبت لهم على المصدر إنما هو دين في ذمته؟

الفرع الثاني: الحكم الشرعي:

تقدم معنا أن ملكية حق الانتفاع وفقاً للقانون الإنجليزي وكذا الأمريكي تعني ملكية كل الحقوق المتعلقة بالعين، وتحمل المسؤولية كاملة عنها، وأن تسجيلها باسم الأمين أو الحافظ لغرض التوثيق أو تسهيل الإجراءات، وأن المالك الحقيقي هو مالك الانتفاع (Beneficial ownership)، وعلى هذا فوصف هذه الملكية بأنها ملكية انتفاع لا تعني بالضرورة انتفاء ملكية الرقبة عن حملة الصكوك.

ويجب النظر في هذه الحال إلى الأوصاف والشروط التي تفيد الملكية من عدمها، وقد سبق أنهما وصفان:

الأول: الضمان، أي ضمان تلف العقار أو نقصان قيمته، وتحمل تبعات ذلك، فهذا الوصف ملازم حتماً للملكية لا ينفك عنها، وهو الحد الأدنى من الملكية، وبدونه تكون الملكية صورية لا حقيقية.

والثاني: الأحقية بالثمن عند بيع العقار، فالمستحق للثمن عند بيع العقار هو المالك حقيقة له، بصرف النظر عن من يسجل العقار باسمه، فلو كان العقار مسجلاً باسم غير مالك حق الانتفاع، إلا أن العرف أو الشرط أو القانون يقتضي أنه عند البيع يكون ثمنه لمالك حق الانتفاع، فملك العين حقيقة لمالك حق الانتفاع وليس لمن يحتفظ بالسجل العقاري.

وعلى هذا فإذا كان حملة الصكوك يتحملون المسؤولية في حال هلاك الأصول محل التصكيك، ويستحقون الثمن في حال بيعها، فملكيتهم لتلك الأصول تعد ملكية حقيقية ولو لم تسجل الأصول باسمهم، أو بقيت باسم المصدر.

وما عدا هذين الوصفين من التقييدات لا يمنع من تحقق الملك، فلو كانت نشرة الصكوك تقيد حملة الصكوك أو وكيلهم في بيع تلك الأصول أو تأجيرها أو غير ذلك من التصرفات، فهذه التقييدات لا تنفي أصل الملك ما دام الوصفان الأولان متحققين؛

لما سبق ترجيحه من جواز الشروط التي قد تناه في بعض مقتضى العقد ولا تنافيه من أصله أو تناه في المقصود منه.

ولذا أرى لزاماً أن ينص في وثائق الصكوك على تحمل حملة الصكوك لضمان تلف الأصول، واستحقاقهم للثمن عند بيعها، سواء بيعت على المصدر أو غيره؛ وذلك لتأكيد تملكهم للأصول.

ولدفع التوهم من الضروري أن يبين في الوثائق معنى ملكية حق الانتفاع (Beneficial ownership)، وأن المراد منها تملك العين والمنفعة وأن احتفاظ المصدر أو الأمين بالسجل الرسمي (Legal ownership) لا يعني تملكه لها.

المطلب الثالث: تداول صكوك حق الانتفاع العقاري في الأسواق المالية:

الفرع الأول: تصوير المسألة:

قد يكون ما تمثله الصكوك حق انتفاع عقاري، بأن يبيع المصدر حق الانتفاع لحملة الصكوك دون الرقبة، وقد يبيع الأمرين معاً العين والمنفعة لأجل التصكيك.

الفرع الثاني: الحكم الشرعي:

الأصل هو جواز تداول الصكوك، سواء أكانت تمثل أعياناً بمنافعها، أو كانت تمثل المنافع فقط دون الأعيان، بناء على قول الجمهور الذي سبق ترجيحه وهو جواز المعاوضة على الحقوق والمنافع المجردة عن الأعيان.

وفي نص المعيار الشرعي: «يجوز تداول الصكوك واستردادها إذا كانت تمثل حصة شائعة في ملكية موجودات من أعيان أو منافع أو خدمات بعد قفل باب الاكتتاب وتخصيص الصكوك وبدء النشاط، أما قبل بدء النشاط فتراعى الضوابط الشرعية لعقد الصرف، كما تراعى أحكام الديون إذا تمت التصفية وكانت الموجودات ديوناً أو تم بيع ما تمثله الصكوك بثمن مؤجل» (١).

على أنه إذا كانت الأصول مؤجرة فيمنع بيع حق الانتفاع المجرد عن الأصل ويمنع تداول الصكوك؛ لأن المبيع حقيقة هو الأجرة المستحقة في ذمة المستأجر، وأما المنفعة فهي مملوكة للمستأجر وخرجت عن ملك المؤجر. ونص المعيار الشرعي: «يجوز تداول صكوك ملكية منافع الأعيان المعينة قبل إعادة إجارة تلك الأعيان، فإذا أعيدت الإجارة كان الصك ممثلاً للأجرة، وهي حينئذ دين في ذمة المستأجر الثاني فيخضع التداول حينئذ لأحكام وضوابط التصرف في الديون» (٢).

١- المعايير الشرعية: معيار صكوك الاستثمار ص ٢٤٣.

٢- المعايير الشرعية: معيار صكوك الاستثمار ص ٢٤٤.

المطلب الرابع: بيع حق الانتفاع ثم استئجاره ممن اشتراه إيجاراً منتهياً بالتمليك:

الفرع الأول: تصوير المسألة:

قد تتم عملية التمويل بأن يبيع المتمول حق الانتفاع العقاري، ثم يبرم عقد إيجار منته بالتمليك مع المشتري.

ويحدث مثل ذلك في الصكوك بأن يبيع المصدر حق الانتفاع لحملة الصكوك ثم يستأجره منهم إجارة منتهية بالتمليك.

الفرع الثاني: الحكم الشرعي:

لا تخلو هذه المسألة من حالتين:

الحال الأولى:

إذا كان تملك حق الانتفاع يترتب عليه تملك العين والمنفعة - كما سبق - فهذه مسألة إجارة العين لمن باعها، وهي تشبه مسألة عكس العينة. وعكس العينة: أن يشتري سلعة نقداً ثم يبيعها بالأجل على من اشترت منه بثمن أعلى. وقد ذهب جمهور أهل العلم إلى تحريمها (١).

والفرق بين مسألة عكس العينة وهذه المسألة أن العقد الثاني في عكس العينة بيع أجل، ولذا لا تبقى العين في ضمان الممول (المشتري الأول) إلا لفترة قصيرة، وهي فترة ما بين العقدين، بينما العقد الثاني في إجارة العين لمن باعها هو إجارة تمويلية، ولذا تبقى العين في ضمان المؤجر (الممول) طيلة فترة الإجارة.

ولذا اختلف العلماء المعاصرون في حكم إجارة العين لمن باعها إجارة منتهية بالتمليك، وهل تلحق بمسألة عكس العينة؟ والأظهر أنه إذا كان التملك بالقيمة السوقية عند التملك أو بما يتفق عليه العاقدان عند التملك فتصح، أما إذا كان بقيمة محددة سلفاً، فينظر:

• فإن كانت تتغير صفة العين أو قيمتها بين عقد الإجارة وموعد التملك فتصح، فقد نص أهل العلم في بيع العينة على أنه إذا تغيرت صفة العين أو قيمتها فليس من العينة (٢). ويجب مراعاة ضوابط التأجير المنتهي بالتمليك، بحيث يكون التأجير حقيقياً لا صورياً، وأن يكون ضمان العين المؤجرة خلال فترة التأجير على المؤجر وليس على

١- حاشية الدسوقي ٨٨/٣، بلغة السالك ٤٧/٢، المغني ٢٦٣/٦، تهذيب السنن ١٠٧/٥.

٢- الإنصاف ١٩٤/١١، شرح المنهجي ١٥٨/٢.

المستأجر، وأن يكون التملك على سبيل الوعد بالبيع أو بالهبة، أو على سبيل الهبة المعلقة، ولا يجوز أن يكون بيعاً معلقاً.

• أما إذا كانت العين بحالها لا تتغير فلا تصح؛ لأنها حيلة على التمويل الربوي (١).

الحال الثانية:

أن يكون تملك حق الانتفاع مجرداً عن العين، فهذه من إجارة الحقوق والمنافع، فقد يقال: بالجواز؛ بناء على جواز إجارة المنفعة، فقد نص أهل العلم على جواز إجارة المستأجر لغيره، فإذا جاز ذلك لمن ملك المنفعة بعقد إجارة فيجوز لمن ملكها بعقد شراء من باب أولى. وقد يقال: بعدم الجواز إذا كان التملك اللاحق بثمن محدد وهذا هو الغالب؛ لأن الحق هنا لا تتغير صفته ولا قيمته، فيكون من عكس العينة. والله أعلم والحمد لله رب العالمين، وصلى الله وسلم على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.