

المؤتمر العالمي الحادي عشر لعلماء الشريعة في المالكة الإسلامية



سوف رأس المال الإسلامي والمصرفية الإسلامية: تقوية القضايا العالقة

ISLAMIC CAPITAL MARKET & ISLAMIC BANKING: AN APPRAISAL OF UNRESOLVED ISSUES

التأصيل الفقهي لحق الانتفاع العقاري بعوض والاستعاضة به عن بيع الأعيان العقارية في الصكوك السيادية

الدكتور أسيد الكيلاني



الراعي الرسمي

الجهة المنظمة

سأهم في التمويل الجهة المدعوة



BANK NEGARA MALAYSIA
CENTRAL BANK OF MALAYSIA

ISRA الأاديمية العالمية للبحوث الشرعية
International Shariah Research Academy for Islamic Finance



MALAYSIA
WORLD'S ISLAMIC FINANCE
MARKETPLACE



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

المؤتمر العالمي الحادي عشر لعلماء الشريعة
في
المالئة الإسلامية

سوق رأس المال الإسلامي والمصرفية الإسلامية:
تقويم القضايا العالقة

التأصيل الفقهي لحق الانتفاع العقاري بعوض
والاستعاضة به عن بيع الأعيان العقارية

تُظَمِّه
الأكاديمية العالمية للبحوث الشرعية (ISRA)
بالتعاون مع:
المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب (IRTI)
كوالالمور . ماليزيا
2-1 / 2-1438 هـ
2-1 / 11-2016 م

في
الصكوك السيادية

د. أسيد الكيلاني



توطئة :



- الصكوك السيادية هي التي تُصدرها جهة سيادية، وهي الحكومة الوطنية (أو الدولة). وقد تُسمى "الصكوك الحكومية". وهي تقابل الصكوك الخاصة (أو الأهلية)، التي تُصدرها جهة خاصة (غير حكومية).
- يتم بيع الأعيان العقارية السيادية في صيغتين أساسيتين من صيغ الصكوك السيادية :
 - (1) صيغة شراء الأعيان من الجهة السيادية وتأجيرها إليها إجارة منتهية بالتملك (إجارة العين لمن باعها)
 - (2) صيغة شراء أعيان مؤجرة (أو تُدرّ دخلاً) من الجهة السيادية وتوكيلها بتقديم خدمات بشأنها، مع تعهدها بإعادة شرائها (الشراء والتوكيل بالخدمات)*

* ومع أن هاتين الصيغتين من أكثر الصيغ استخداماً في تطبيقات الصكوك، إلا أن الخلاف في حكمهما قائم، وليس هنا محلُّ بسطه.

تصوير حق الانتفاع العقاري المقصود



حق الانتفاع العقاري (في وضعه القانوني):

حقٌ عينيٌّ (أصلي) باستعمال واستغلال عقارٍ مملوكٍ للغير، بصفة مؤقتة، دون حق التصرف برقبته، مع وجوب المحافظة عليه لرده بذاته إلى مالكه عند انتهاء الحق.

توضيحات أولية:

- يمكن أن يثبت حق الانتفاع العقاري دون عقدٍ أو دون مقابلٍ. وهذا خارجٌ عن نطاق بحثنا.
- يختلف حق الانتفاع (وهو من وضع القانون الفرنسي) عن حق "الحيازة الإجبارية" طويلة الأمد (Leasehold) (وهو من وضع القانون الإنجليزي). وهذا الأخير خارجٌ عن نطاق بحثنا.
- عنصر الملكية التامة: الاستعمال، والاستغلال، والتصرف.
- الاستعمال والاستغلال يكونان لمالك المنفعة، أما التصرف فيكون لمالك الرقبة.
- قد يجتمع في العقار الواحد حقان عينيان أصليان، فيكون حق ملكية رقبته لشخص، وحق الانتفاع به لشخص آخر. ويكون لصاحب الحق الأول: ملكية ناقصة وحق التصرف فقط، ويكون لصاحب الحق الثاني: ملكية ناقصة وحق الاستعمال وحق الاستغلال فقط.

يتبع ...

تصوير حق الانتفاع العقاري المقصود



أبرز خصائص وأحكام حق الانتفاع العقاري (في الغالب من وضعه القانوني):

- حقٌ عينيٌّ، أي يثبت للمنتفع - بعد اكتسابه - على العين مباشرة دون واسطة مالك العين، ولا يكون الانتفاع التزاماً في نعمة المالك.
- يثبت به للمنتفع الاستعمال والاستغلال (من عناصر الملكية)، دون التصرف (بالرقبة) الذي يبقى لمالك العين.
- مؤقت، ينتهي بانتهاء المدة المحددة له أو بموت المنتفع (سواء حُددت له مدة أو لم تُحدد)، دون إلزام للمالك بأن يردّ من العوض بمقدار ما فات من مدة الانتفاع بسبب الموت، إن كانت المدة محددة.
- يلزم المنتفع ردّ العين محل الانتفاع عند انتهائه بالحالة التي كانت عليها عند ابتدائه (ما لم تتلف لأمرٍ لا يرجع إلى المنتفع).
- ينتهي بتلف العين محل الانتفاع (مع إلزام المنتفع بالتعويض إن رجع التلف إليه).
- يمكن للمنتفع التصرف به (بالبيع وغيره) دون أن تنقطع علاقة المنتفع بمالك الرقبة.

التأصيل الفقهي لحق الانتفاع العقاري (المتملك) بعوض:



- في الاجتهاد الجماعي :

- (1) القرار الثاني للمؤتمر الفقهي الرابع للمؤسسات المالية الإسلامية (تنظيم شركة شوري للاستشارات الشرعية - 1433هـ/2011)، في "حق الانتفاع العقاري". وهو خاصٌ بصورة تملك المنفعة مدةً طويلةً من نحو 99 سنة.
 - (2) القرار الثاني للمؤتمر الفقهي الخامس للمؤسسات المالية الإسلامية (تنظيم شركة شوري للاستشارات الشرعية - 1435هـ/2013)، في "حق الانتفاع العقاري - صوره وأحكامه (استكمال قرار المؤتمر الرابع)".
- إن كان القانون ينصُّ على انتهاء حق الانتفاع حتماً بموت المنتفع (أي كان الانتهاء لموت المنتفع من النظام العام)، دون أن يمكن إلزام مالك العين بردي ما يقابل الباقي من مدته بعد الموت، فلا تجوز المعاوضة على هذا الحق شرعاً، دون خلاف، للغرر الفاحش في المعاوضة. ومعظم القوانين المنظمة لحق الانتفاع تُقرر أصل هذا الانتهاء.

يتبع ...

التأصيل الفقهي لحق الانتفاع العقاري (المتملك) بعوض:



- إن خُذت له مدّة ولم ينص القانون على انتهائه حتماً بموت المنتفع أو نصَّ على ذلك وأمكن اشتراط ردِّ ما يقابل الباقي من مدته، وأمكن اشتراط ردِّ ما يقابل الباقي من مدّة الحق عند انتهائه بتلف العين، ففي تأصيله الفقهي اتجاهاً (إجمالياً) :
- الأول:** أنه يتخرّج على الحق الذي يثبت بتملك المنفعة بموجب عقد الإجارة، وتنطبق عليه أحكامه. وهو لبعض المعاصرين.
- الثاني:** أنه حق (أو عقد) جديد غير مسمى، فيه شبهة بالبيع وشبهة بالإجارة، ولا يتخرّج على أحدهما بانفراده، وتُطبّق عليه القواعد الشرعية العامة لعقود المعاوضة. وهو لبعض المعاصرين، وإليه انتهى قرار مؤتمر شوري.
- وبعض أصحاب الاتجاه الثاني وقرار مؤتمر شوري الرابع على أنه لا يجوز أن ينتهي الحق بموت المنتفع للغرر الفاحش بجهالة مدّة الانتفاع، أما مؤتمر شوري الخامس فعلى أن الأصل عدم انتهائه بذلك وإذا نصَّ القانون عليه فيسقط من العوض ما يقابل المدّة الباقية بعد الموت منعاً للغرر المبطل للعقد، وهو الواجب عند هلاك (تلف) العين.

يتبع ...

التأصيل الفقهي لحق الانتفاع العقاري (المتملك) بعوض:



ثمرة الخلاف (بين الاتجاهين) :

- جواز اشتراط تحمّل المنتفع لتكاليف الصيانة الأساسية، على الاتجاه الثاني، "لأن حق الانتفاع ليس إجارة من كلّ وجه".
- جواز المعوضة على حق الانتفاع الوارد على أعيان مؤجرة للغير (مدّة الحق)، على الاتجاه الثاني، "لما في حق الانتفاع من شبهة بالبيع".

يتبع ...

التأصيل الفقهي لحق الانتفاع العقاري (المتملك) بعوض:



والذي يظهر:

أن الشبهة بالبيع من وجهين :

- أنه يثبت به حقّ عينيّ أصليّ، والبيع كذلك (وهذا تصنيف قانوني، لا يوجد بمجرد شبهة شرعياً بالبيع دون الإجارة. ومما يضعف اعتباره أن المنتفع لا يصير أجنبياً عن مالك العين عند التصرف بالحق).
- أنه يُباع، فيحلّ المشتري محلّ البائع في علاقته بمالك العين (وهذا شبهة بالإجارة أيضاً لإمكانه بـ "الخلو ببدل"، فضلاً عن أن الحكم الغالب المقرّر قانوناً بقاء علاقة البائع بمالك العين على حالها بمثل بقاء علاقة المستأجر بمالك العين عند تأجيرها من الباطن).

يتبع ...

التأصيل الفقهي لحق الانتفاع العقاري (التمتلك) بعوض:



أن الاختلاف عن البيع من وجوه:

- أن التملك بالبيع على التأييد (وهو مؤقت في حق الانتفاع).
- أن أساس بيع العين تملك الرقبة (وهو منتقب في حق الانتفاع).
- أن بيع العين يعطي حق التصرف بالرقبة (وهو منتقب في حق الانتفاع).

أن الشبه بالإجارة من وجوه:

- أنه يفيد تملك (أو تملك) المنفعة دون الرقبة، مدة مؤقتة، بعوض (وهذه هي حقيقة الإجارة).
- أنه يعطي الحق في استعمال واستغلال العين محل الحق (وهو الشأن في الإجارة).
- أنه لا يعطي الحق في التصرف بالرقبة (وكذلك الحال في الإجارة).
- أن للمنتفع التصرف به للغير مع بقاء علاقته المباشرة بالمالك (وهو في الإجارة في التأجير من الباطن).

يتبع ...

التأصيل الفقهي لحق الانتفاع العقاري (التمتلك) بعوض:



والحاصل:

(1) أن الاتجاه الثاني قد اشترط لجواز المعوضة على حق الانتفاع العقاري: عدم انتهاء الحق بموت المنتفع أو وجوب أن يُردَّ من العوض ما يقابل الباقي من مدته إن انتهى الحق بموت المنتفع، و وجوب أن يُردَّ من العوض ما يقابل الباقي من مدته أيضاً عند انتهائه بتلف العقار محل الحق، منعاً للغرر الفاحش. وهو إقرارٌ بأن محلَّ المعوضة منفعة العقار مدةً محددةً، وشرطها أن تكون معلومة معلومية المنفعة في الإجارة.

(2) أن الغرر الذي منعه الاتجاه الثاني يوجد معناه في اشتراط الصيانة الأسلية على المنتفع، ويوجد في هذا الاشتراط: مخالفة لقاعدة "الخراج بالضمان"، والزام للمنتفع بدفع مبلغ مجهول لمالك العين، فتدخل الجهالة العوض الذي يدفعه للمالك، ويزداد وجه الغرر.

(والقانون المدني السوري والكويتي والعماني والبحريني على أن هذه الصيانة الأسلية على مالك العين، ومثله إجمالاً في القانون المدني المصري. وقانون المعاملات المدنية الإماراتي على أنها على المالك، ما لم يتفق مع المنتفع على أن تكون عليه. والقانون المدني العراقي والأردني على أنها على المالك بلا جبرٍ عليه، ما لم يوجد اتفاقٌ بغير ذلك).

يتبع ...

التأصيل الفقهي لحق الانتفاع العقاري (التمتلك) بعوض:



... والحاصل :

- (3) أن بيع حق الانتفاع لعقار مؤجر مدة الحق أو أطول منها هو بيع للأجرة، لأن منفعة العقار مسلوقة، فيرد الانتفاع على الأجرة حصراً، وهو مشكل شرعاً.
- (4) إن تقررت النقطتان السابقتان، فإن أحكام حق الانتفاع العقاري الأخرى وفق الاتجاه الثاني هي أحكام الإجارة وأحكام المنفعة فيها، ولا يبقى لاختلاف هذا الاتجاه عن الاتجاه الأول ثمرة معتبرة.
- (5) أن حق الانتفاع العقاري، في ضوء ما سبق: تنظيم قانوني جديد فقهاً، يتخرج الصحيح من أحكامه على أحكام الإجارة، ويكون تطبيقاً من تطبيقاتها، وهو تطبيق تؤسس فيه سلطات المنتفع (المستأجر) في التصرف بمنفعة العقار محل الانتفاع، بما لا يخالف القواعد العامة للإجارة. وما قد يوجد فيه من شبهة بالبيع (إن سلم) فغير مؤثر شرعاً، وهو ليس أكثر من معنى البيع الموجود في الإجارة وأنها "بيع منفعة".

هل يصلح بيع حق الانتفاع العقاري بديلاً لبيع العين في الصكوك (ومنها السيادية)؟



على الاتجاه الثاني، الذي لا يعد حق الانتفاع العقاري إجارة من كل وجه، ويُعطيه بعض أحكام البيع تغليباً لشبهه بالبيع فيها :

- قد يصلح حق الانتفاع بديلاً كاملاً محل بيع الأعيان العقارية في الصيغ التي تقدمت للصكوك السيادية، في الدول التي تعترف قوانينها بحق الانتفاع، بشرط تحديد مدة له، واشتراط ما يمنع الغرر الفاحش عند انتهائه لوفاء المنتفع أو تلف العين المنتفع بها. وما يُستفاد مما قرره مؤتمر شوري الخامس من جواز شراء حق الانتفاع العقاري لعقارات مؤجرة للغير، جواز إصدار صكوك بصيغة شراء حق الانتفاع العقاري لهذه العقارات من المصدر*، وتوكيله بإدارة العقارات المؤجرة بصقته وكيل خدمات، وإن كانت الإجارة القائمة على العقارات تستوعب مدة حق الانتفاع (عند من يجوز هذه الصيغة وإن تعهد المصدر بالشراء بثمن محدد مقدماً).

* لا تجري هنا على الاستخدام الفني لمصطلح «المصدر»، الذي يُقصد به «الشركة ذات الغرض الخاص»، وإنما يُقصد به الجهة الممولة بالصكوك.

يتبع ...

هل يصلح بيع حق الانتفاع العقاري بديلاً لبيع العين في الصكوك (ومنها السيادية)؟



- وهو بديل يمكن به تفادي بيع (رقبة) الأعيان العقارية السيادية، وما فيه من عقبات واشتراطات قانونية، إن كان القانون ينظمه، ويُبقيه حق انتفاع بعد اشتراط ما تقدّم.
- فإن كان القانون ينظم حق الانتفاع، إلا أنه يُنهيه حتماً بموت المنتفع دون إلزام مالك العين برّد ما يقابل الباقي من مدّته بعد الموت، وكان المقتضى عدم إمكان اشتراط ردّ ذلك، فإن هذا الحق لا يصلح للاستخدام في الصكوك في غير دولة الإمارات، لعدم جواز المعاوضة عليه. أما في دولة الإمارات، فقانون المعاملات المدنية لا ينهي حق الانتفاع بموت المنتفع.
- بيد أن حق الانتفاع الوارد في قانون المعاملات المدنية الإماراتي لا يشمل الأراضي المملوكة للدولة، حيث نصّت المادة (1335) منه على أن: "الأحكام المتعلقة بحق الانتفاع بالأراضي المملوكة للدولة ينظمها قانون خاص". ولم يصدر مثل هذا القانون. والمؤدّي أنه لا يمكن إصدار صكوك سيادية باستخدام حق الانتفاع العقاري على أراضٍ مملوكة للدولة ملكية سيادية.

يتبع ...

هل يصلح بيع حق الانتفاع العقاري بديلاً لبيع العين في الصكوك (ومنها السيادية)؟



- وإن كان مقتضى انتهاء حق الانتفاع بموت المنتفع، وأن هذا الحكم من النظام العام (أي لا يجوز الاتفاق على خلافه أو مخالفته بحال)، أن يكون المنتفع شخصاً عادياً، مع أن الأصل العام في القانون أن ما ينطبق على الشخص العادي ينطبق على الاعتباري، فإنه لن يكون للأشخاص الاعتباريين أن يتملّكوا الصكوك التي تقوم على بيع حق الانتفاع العقاري لحملة الصكوك. وقد صرّح القانون المدني السوري، في المادة (936)، البند (3)، بأنه: " .. لا يجوز إنشاء حق انتفاع لصالح شخص اعتباري". وهو ما صرّح به أيضاً قانون الملكية اللبناني، في المادة (32).
- وإذا اقتصر حملة الصكوك على الأشخاص العاديين (أو قبل أن يكون معهم أشخاص اعتباريون)، فإن إشكالية انتهاء حق الانتفاع في حصّة من يموت من هؤلاء تقف عقبةً عمليّةً في استخدامه في إصدار صكوك سيادية أو خاصّة.

يتبع ...

هل يصلح بيع حق الانتفاع العقاري بديلاً لبيع العين في الصُّكوك (ومنها السيادية)؟



أما على الاتجاه الأول، وما ظهر لنا في تأصيل هذا الحق، فإنه لا يصلح بديلاً لبيع العين في الصُّكوك التي تقدّمت للصُّكوك السيادية، ويصلح تطبيقاً من تطبيقات الإجارة، فقهاً أو قانوناً.

هل يمكن تأصيل حق الانتفاع العقاري بالوحدات السكنية في مناطق التطوير العقاري في الإمارات، تأصيلاً مختلفاً؟



- انفرد قانون المعاملات المدني الإماراتي (كما أسلفنا) بعدم انتهاء حق الانتفاع العقاري بموت المنتفع، فصدرت قوانين محلية في إمارات الدولة تسمح لغير المواطنين (ومن في حكمهم، ممن يجوز لهم التملك)، بأن يملكوا حق الانتفاع العقاري للوحدات العقارية المبنية في مناطق التطوير العقاري مدة تصل إلى (99) سنة. وتملك الحق لهذه المدة هو المطبق.
- الصحيح من أقوال الفقهاء أنه ليس للإجارة مدة قصوى لا يجوز تجاوزها، والضابط أن تكون الإجارة لمدة تبقى فيها العين المؤجرة غالباً، مهما طالّت هذه المدة.
- ومما مثّلوا به للمدد الطويلة: تأجير الدّابة (10) سنين، أو الدار (30) سنة، أو الأرض (100) سنة أو أكثر.
- نظراً للظروف المناخية والبيئة (في الإمارات)، فإنه لا يمكن لمباني (أو بناء) الوحدات العقارية أن تعمر (99) سنة. والعمر الافتراضي المعتمد فنياً للمباني يقل عن هذه المدة بكثير.

يتبع ...



هل يمكن تأصيل حقّ الانتفاع العقاري بالوحدات السكنية في مناطق التطوير العقاري في الإمارات، تأصيلاً مختلفاً؟

- يتّم التّعاقّد على حقّ الانتفاع العقاري للوحدة العقارية (بناءً وأرضاً)، والمالك (البائع) يعلم أن ما سترجع إليه حيازته (هو أو خلفه) بعد (99) سنة يقتصر -- عملياً -- على الأرض، والمنتفع (المشتري) يعلم أنه لن يرجع (هو أو خلفه) سوى ذلك.

والذي يظهر في التّأصيل الفقهي لحقّ الانتفاع العقاري في هذا التّطبيق :

أن المنتفع يثبت له به ملك بناء الوحدة العقارية حكماً، وتبقى الإجارة على الأرض مدّة حقّ الانتفاع الطويلة. وهو مقتضى القصد الحقيقي للعاقدين، الذي يستتره حقّ الانتفاع العقاري الذي أجرّيا المعلّوضه عليه.

والسؤال :

هل يصلح تمكّن حقّ الانتفاع العقاري، في مثل هذا التّطبيق، بديلاً لتمكّن الوحدات العقارية، في صيغتي الصكوك المتقدّمتين؟



مقترح ختامي ...

بعد الذي مرّ في التّأصيل الفقهي لحقّ الانتفاع العقاري بعوض، في الغالب من وضعه القانوني وفي التّطبيق الأخير الذي ذكرناه، فإن المقترح عدم التّسرّع (أو التّوسّع) في استخدامه في صيغ الصكوك، سيادية (أو خصّة)، وانتظار صدور المعيار الشرعي الخالص به، وهو في مرحلة المراجعة من المجلس التشريعي.

= = =