

المؤتمر العالمي التاسع لعلماء الشريعة حول المالية الإسلامية

الملكية القانونية والملكية النفعية من منظور شرعي وقانوني

د. عصام العنزي

9th

ISSF

KUALA LUMPUR-MALAYSIA

10 - 11 November 2014

17 - 18 Muharram 1436H

الراعي الرسمي



BANK NEGARA MALAYSIA
CENTRAL BANK OF MALAYSIA

الجهة المدعوة



الجهة المنظمة



برعاية



الشريك الإعلامي



شريك المعرفة



الجهة الداعمة



بسم الله الرحمن الرحيم

المقدمة :

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف المرسلين، سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين..

بدعوة كريمة من الإخوة القائمين على الأكاديمية العالمية للبحوث الشرعية (اسرا) في ماليزيا، وطلبهم الكتابة في موضوع الملكية النفعية والملكية القانونية، فإنني أحببت أن أقدم هذا البحث، لأن هذا الموضوع من الموضوعات المهمة والتي لها تطبيقات معاصرة مهمة، وهذه دراسة موجزة للموضوع قسمتها إلى مطلبين:

المطلب الأول: الملكية بين الشريعة الإسلامية والقانون

المطلب الثاني: الملكية النفعية وتطبيقاتها المعاصرة.

فإن أصبت فمن الله وحده وإن أخطأت فمن نفسي ومن الشيطان.

"رَبَّنَا لَا تُؤَاخِذْنَا إِنْ نَسِينَا أَوْ
أَخْطَأْنَا رَبَّنَا وَلَا تَحْمِلْ عَلَيْنَا إِصْرًا
كَمَا حَمَلْتَهُ عَلَى الَّذِينَ مِنْ قَبْلِنَا رَبَّنَا
وَلَا تُحَمِّلْنَا مَا لَا طَاقَةَ لَنَا بِهِ وَاعْفُ
عَنَّا وَاعْفِرْ لَنَا وَارْحَمْنَا أَنْتَ مَوْلَانَا
فَانصُرْنَا عَلَى الْقَوْمِ الْكَافِرِينَ"

[البقرة / 286]

كتبه الفقير إلى عفو ربه

د. عصام خلف العنزي

المطلب الأول

الملكية بين الشريعة الإسلامية والقانون

تكلم الفقهاء وأهل القانون عن الملكية حتى غدت نظرية تناولوا فيها أحكام الملكية وآثارها المترتبة عليها، وسوف أتكلم عن الملكية عند أهل القانون والآثار المترتبة على ذلك ومقارنتها مع الشريعة الإسلامية.

أولاً: الملكية في القانون:

الملكية القانونية: هي سلطة تمكن المالك من الحصول على كافة أوجه الاستفادة المستمدة من الشيء محل الحق، وبالتالي يتقرر للمالك كل السلطات التي يمكن مباشرتها على الشيء⁽¹⁾، فحق الملكية يعتبر أوسع الحقوق العينية من حيث السلطات التي يمنحها لصاحبه، فهو يخوله كافة السلطات المتاحة على الشيء، من استعماله واستغلاله والتصرف فيه، بحيث يمكنه من الاستئثار بكل مزايا الشيء ومنافعه⁽²⁾. وهذا ما نصت عليه المادة (810) من القانون المدني الكويتي: "لمالك الشيء وحده، في حدود القانون حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه" وعلى هذا فإن من آثار الملكية أنها تخول المالك ثلاث سلطات:

أولاً: سلطة الاستعمال:

ويقصد بها استخدام الشيء من صاحبه، سواء فيما أعد له، أو في غير ذلك من أوجه الاستخدام المختلفة ما دامت مشروعة يقرها القانون⁽³⁾. كاستعمال المالك لسيارته بقيادتها، ومنزله بسكناه. غير أن استعمال المالك لما يملك لا يقتصر على الغرض المعد له الشيء أصلاً، بل يمكن أن يمتد ليشمل كل غرض يتمشى مع طبيعة الشيء، فالسيارة أعدت أصلاً للانتقال بها، إلا أن لصاحبها أن يجعلها مكاناً للإيواء أو التخزين،

(1) حق الملكية والحقوق المنفردة عنه د. أحمد شوقي 8.

(2) الحقوق العينية الأصلية د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل 109، أحكام حق الملكية د. إبراهيم الدسوقي 58.

(3) حق الملكية والحقوق المنفردة عنه 8، الحقوق العينية الأصلية 111، أحكام حق الملكية 58.

كما له أن يستعمله أو لا يستعمله بصفة مؤقتة أو بصفة دائمة، كما له أن يستعمله بنفسه أو يخول غيره بالاستعمال سواء بمقابل أم بغير مقابل.

ثانياً: سلطة الاستغلال:

ويقصد بذلك الحصول على غلة الشيء، أي الإفادة من منافعه بالحصول على ثماره ومنتجاته⁽¹⁾:

أ- ثمار الشيء: هي كل ما يدره الشيء بصفة دورية، دون أن يترتب عليها الانتقاص من أصله أي مادته.

ب- منتجات الشيء: هي كل ما ينتج عن الشيء في مواعيد غير دورية، ويترتب عليها الانتقاص من أصل الشيء، مثل معادن المناجم.

تظهر أهمية التفرقة بين ثمار الشيء ومنتجاته في الحالات التي تثبت فيها لغير المالك الحق في الحصول على ثمار الشيء، كما في حالة حق الانتفاع، أما المنتجات فتبقى من حق مالك الشيء⁽²⁾.

واستغلال الشيء إما أن يتم من ماله مباشرة كقيام المالك بزراعة الأرض وجني ثمارها، وإما أن يتم بطريقة غير مباشرة بمنح الغير حق الحصول على ثمار الشيء نظير مقابل يدفعه للمالك كتأجير الأرض الزراعية.

الفرق بين سلطة الاستعمال وسلطة الاستغلال:

قد يتحد استغلال الشيء مع استعماله من حيث أن كلاهما يتمثل في الحصول على منافع الشيء، إلا أنهما يختلفان من حيث مدى هذا الانتفاع، فالاستعمال يقتصر على الحصول على تلك المنافع التي تسد حاجة المالك وأسرته، أما الحصول على ما يزيد على ذلك فيكون استثماراً للشيء أي استغلالاً له.

(1) أحكام الملكية 60، حق الملكية والحقوق العينية المتفرعة عنه 9.

(2) الحقوق العينية الأصلية 114.

ويترتب على التفرقة بين استعمال الشيء واستغلاله، أن من يتقرر له حق استعمال الشيء فقط دون استغلاله لا يحتفظ بحسب الأصل - بكل ثمار الشيء، وإنما تقسم هذه الثمار بينه وبين المالك، وفقاً لما يتم الاتفاق عليه بينهما، أو وفقاً لما يحدده القانون⁽¹⁾.

ثالثاً: سلطة التصرف:

ويقصد بذلك اطلاق سلطة المالك على ما يملك ومدىها لتشمل إلى جانب استعمال الشيء، استغلاله والتصرف فيه أيضاً، وهو ينقسم إلى قسمين:

أ- التصرف المادي: ويتمثل في القيام بأي عمل مادي يؤدي إلى القضاء على مادة الشيء ذاته كلياً أو جزئياً، أو تحويله إلى شيء آخر، أو تغيير صورته، كهدم البناء كله أو في جزء منه، أو تحويل الحبوب إلى دقيق، أو الدقيق إلى حلوى⁽²⁾.
وسواء كان هذا التصرف نافعاً أم ضاراً.

- الفرق بين سلطة التصرف المادي وسلطة استعمال الشيء الذي يؤدي إلى استهلاك الشيء:

أن التصرف المادي في الشيء لا يتحقق معه استعمال الشيء، كما في حالة قيام الشخص بإحراق شيء يملكه أو اتلافه تمهيداً للتخلص منه، فهنا لا نواجه استعمالاً للشيء بل تصرفاً مادياً فيه.

أما إذا ترتب على استعمال الشيء استهلاكه، كما هو الحال بالنسبة للمأكولات والمشروبات التي تستهلك بمجرد استعمالها، فنواجه استعمالاً للشيء وليس تصرفاً مادياً فيه، طالما اتجهت النية إلى الاستعمال فعلاً⁽³⁾.

(1) أحكام حق الملكية 61.

(2) حق الملكية والحقوق العينية المنعزلة عنه 9-10.

(3) أحكام حق الملكية 62-63.

ب- **التصرف القانوني:** وهو يتعلق بالحق ذاته، أي بحق الملكية سواء شمل التصرف الملكية ذاتها، أي الحق بكل سلطاته، من ملكية الرقبة والاستعمال والاستغلال، أم اقتصر على بعض هذه السلطات.

فالتصرف في حق الملكية ذاته ينقضي به حق المالك ولا يعود إليه إلا بناء على سبب جديد من أسباب كسب الملكية، فهو نقل كامل لحق الملكية. أما التصرف في أحد عناصر الملكية يكون مؤقتاً فيعود إليه من جديد باعتباره صاحب الرقبة، فهو اقتطاع بعض سلطاته⁽¹⁾.

وبما أن سلطة التصرف القانوني ليست قاصرة على حق الملكية بل تمتد لكل الحقوق كأصل عام، فإنه يتعذر اعتبارها من خصائص الملكية، إلا أن سلطة التصرف مع حق الملكية تتميز بشمول نطاقها بسبب طبيعة حق الملكية واتساع السلطات التي يمنحها للمالك⁽²⁾.

ثانياً: الملكية في الفقه الإسلامي:

عرف العلامة مصطفى الزرقا الملك بأنه: اختصاص حاجز شرعاً يسوّغ صاحبه التصرف إلا لمانع⁽³⁾. فالملكية ليست شيئاً مادياً، وإنما هي حق من الحقوق، والحق نوع من الاعتبار الشرعي⁽⁴⁾.

ويقول الشيخ علي الخفيف: الملك: حيازة الشيء حيازة تمكن من الاستبداد به والتصرف فيه إلا لعارض شرعي يمنع من ذلك⁽⁵⁾

وجاء في مرشد الحيران المادة (11) ما يلي: "الملك التام من شأنه أن يتصرف به المالك تصرفاً مطلقاً فيما يملكه عيناً ومنفعة واستغلالاً، فينتفع بالعين المملوكة وبغلتها

(1) حق الملكية والحقوق العينية المتفرعة عنه10، أحكام حق الملكية 61-62.

(2) أحكام حق الملكية 62.

(3) المدخل الفقهي العام 333/1.

(4) المرجع السابق 334/1.

(5) أحكام المعاملات الشرعية، الشيخ علي الخفيف 45.

وثمارها ونتاجها، ويتصرف في عينها بجميع التصرفات الجائزة". ويقول السنهوري: ونرى من ذلك أن عناصر حق الملك في الفقه الإسلامي، كما هي في الفقه الغربي، ثلاثة:

1. الانتفاع بالعين المملوكة.

2. الانتفاع بالغلة والثمار والنتاج وهذا هو الاستغلال.

3. التصرف في العين.

فالمالك إما أن تنتقل عنه ملكية العين والمنفعة معا فتثبت لغيره ملكية تامة كما في البيع والهبة ونحوها من الأسباب التي توجب ملكاً تاماً، وإما أن تنتقل عنه ملكية المنفعة وحدها أو الرقبة وحدها، فتثبت لغيره ملكية ناقصة.

وعليه فالملكية التامة: هي أن يمتلك الشخص رقبة الشيء ومنفعته معاً.

والملكية الناقصة ولها شكلان:

أ- الشكل الأول: أن يملك الشخص منافع الشيء دون رقبته، وهذا الشكل أكثر الحالات الواقعية للملكية الناقصة، وتستفاد ملكية المنافع وحدها بإحدى طرق أربعة، وهي الإجارة، والإعارة، والوقف، والوصية لأحد بالمنفعة.

ب- الشكل الثاني: أن يملك الشخص رقبة الشيء دون منفعه، وهذا قليل وخلاف الأصل في ملكية الرقبة التي من خصائصها أن تستتبع المنفعة، وقد ورد هذا الشكل استثناء كما لو أوصى بمنفعة شيء بعد وفاته مدة معينة لشخص ورقبة العين لشخص آخر (1).

يقول الشيخ علي الخفيف: وللملك التام خواص ليست للملك الناقص، أهمها:

1. قدرة المالك على التصرف في ذات العين المملوكة بجميع أنواع التصرفات الجائزة شرعاً من بيع وهبة ووقف.

2. قدرة المالك على الانتفاع بالعين على أي وجه شاء من وجوه الانتفاع المشروع من إيجارها وإعارتها وزراعتها.

(1) المدخل الفقهي العام 349/1-350.

3. عدم تقييده بأي زمن محدود كسنة، ولا بأي مكان معلوم كالقاهرة، فهو دائم لا ينتهي إلا بموت المالك، أو بإنهاء ملكيتها بوقفها، أو بانتقال ملكيتها إلى آخر بسبب من الأسباب الناقلة للملكية شرعاً.
4. عدم مطالبة المالك ملكاً تاماً بضمان العين إذا أتلّفها بغير موجب ، لأن الضمان لا يستحقه إلا المالك⁽¹⁾.

إلا أنه أحياناً تنشأ بعض الأمور المستحدثة بسبب حاجة الناس، أو لتحقيق مقصود شرعي كالحفاظ على أموال الوقف.

يقول العلامة الزرقا: الأوضاع القانونية أوجدت انفكاك الانتفاع عن ملك الرقبة بصورة دائمة بالنسبة لأملاك الدولة، كما في حق التصرف بالأراضي الأميرية، فإن رقبته باقية لبيت المال، وإنما للناس فيها حق التصرف والانتفاع الدائم بكل الوجوه، كما أقرت هذا الانفكاك بصورة موقوتة بمدى حياة المنتفع بطريق التعاقد بعقد خاص ينشئ حقا عينيا يسمى: حق الانتفاع⁽²⁾. وهو ما سنفصل فيه القول عند الحديث عن الملكية النفعية.

(1) أحكام المعاملات الشرعية 48.

(2) المدخل الفقهي العام 351/1

المطلب الثاني

الملكية النفعية وتطبيقاتها المعاصرة

قامت العديد من النظم القانونية ولا سيما الإنجليزية والأمريكية بالتفريق بين الملكية القانونية (Ownership legal) والتي تتضمن حق الانتفاع والتصرف وتسمى في هذه الحالة الملكية التامة أو الكاملة (Perfect Title)، وبين الملكية النفعية (Beneficial Ownership)

وسوف نتناول الملكية النفعية بعدة نقاط:

أولاً: تعريف الملكية النفعية، وهي كما وردت في بعض المواقع كما يلي:

1. موقع wikipedia

Beneficial owner is a legal term where specific property rights ("use and title") in equity belong to a person even though legal title of the property belongs to another person.. This often relates where the legal title owner has implied trustee duties to the beneficial owner.

A common example of a beneficial owner is the real owner of funds held by a nominee bank or for stocks held in the name of a brokerage firm.⁽¹⁾

2. موقع Investopedia

DEFINITION of 'Beneficial Owner'

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

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.

⁽¹⁾ http://en.m.wikipedia.org/wiki/Beneficial_owner

- Any individual or group of individuals that, either directly or indirectly, has the power to vote or influence the transaction decisions regarding a specific security.

Beneficial ownership may be shared among a group of individuals. If a beneficial owner controls a position of more than 5% it must file Schedule 13D under Section 12 of the Securities Exchange Act of 1934. ⁽¹⁾

3. موقع businessdictionary

Definition

Entity that enjoys the possession and/or benefits of ownership (such as receipt of income) of a property even though its ownership (title) is in the name of another entity (called a 'nominee' or 'registered owner'). Use of a nominee (who may be an agent, custodian, or a trustee) does not change the position regarding tax reporting and tax liability, and the beneficial-owner remains responsible. Also called actual owner. ⁽²⁾

يقول إبراهيم الناصري وهو المستشار القانوني السابق لهيئة سوق المال في المملكة العربية السعودية:

في القانون الأنجلوسكسوني (وخاصة في بريطانيا وأمريكا) هناك نوع من الملكية اسمه الملكية النفعية، ويقصد به ملكية شخص (يسمى المالك النفعي) لمنافع الشيء كالعقار أو الورقة المالية دون أن يكون ذلك الشيء مسجلاً باسمه، وإنما مسجل باسم شخص آخر يسمى المالك الاسمي، ويملك المالك النفعي كل المنافع المترتبة على الملكية ما عدا الحق في التصرف بالشيء المملوك، حيث يكون ذلك في الغالب من خلال طرف ثالث يحوز وثيقة أو صك التملك. ولهذا النوع من الملكية فوائد عديدة لا سيما في مجال الرهن والتوريق. وفي المملكة العربية السعودية لجأ المستثمرون غير

⁽¹⁾ <http://www.investopedia.com/terms/b/beneficialowner.asp>

⁽²⁾ <http://www.businessdictionary.com/definition/beneficial-owner.html>

السعوديين الممنوعين من شراء الأسهم السعودية إلى أسلوب شراء منفعة الأسهم بحيث يشتري شخص سعودي الأسهم ثم يوقع اتفاقية مقايضة مع الطرف غير السعودي بحيث تكون الأسهم مسجلة باسم السعودي ومنافعها مملوكة لغير السعودي. وقد صدر قرار من مجلس هيئة السوق المالية بتاريخ 1429/8/19هـ يسمح بهذه الاتفاقيات ويحدد شروطها، ومن ذلك عدم تجاوز مدة الاتفاقية أربع سنوات، وأن يكون الطرف السعودي شركة وساطة مرخصة من الهيئة. وأن يحتفظ الطرف السعودي بحق التصويت للأسهم محل الاتفاقية. وأن تكون الاتفاقية مغطاة بالكامل من خلال شراء الأسهم محل الاتفاقية. وتعد هذه الاتفاقيات الوسيلة الوحيدة أمام غير السعوديين للشراء المباشر للأسهم السعودية.

من خلال هذه التعريفات وما تم ذكره من الآثار المترتبة على الملكية، يمكننا أن نرى مدى انطباق آثار الملكية القانونية (سلطة الاستعمال والاستغلال والتصرف) على الملكية النفعية:

أ- سلطة الاستعمال: نجد أن المالك النفعي في الملكية النفعية له سلطة استعمال الأصل فيما أعد له أو في غير ذلك من أوجه الاستخدام المختلفة ما دامت مشروعة يقرها القانون، وكما أن له استعمال الأصل أيضاً له ألا يستعمله بصفة مؤقتة أو دائمة، وسواء كان هذا الاستعمال يحقق منفعة للمالك النفعي أم لم يحقق منفعة له.

ب- سلطة الاستغلال: للمالك النفعي حق الاستفادة من منافع الأصل بالحصول على ثماره ومنتجاته، فهو الوحيد الذي له الحق فيما يدره الأصل من دخل كأجرة السكن وفوائد المبالغ النقدية وأرباح الأسهم والسندات.

ج- سلطة التصرف: قلنا إن سلطة التصرف تنقسم إلى قسمين: التصرف القانوني، والتصرف المادي، والتصرف المادي هو المميز الحقيقي لسلطة التصرف

باعتبارها سلطة لا تثبت إلا للمالك⁽¹⁾، وبمقتضاها تثبت للمالك القيام بكل الأعمال المادية على الأصل الذي يملكه، ولو كانت هذه الأعمال ضارة به، فإذا كان الأصل منزلاً فلما لكانه أن يهدمه، أو يعدل فيه، وإذا كان أشجاراً فلما لكانها أن يقتلعها، فسلطة التصرف هي التي تجعل المالك المهيمن والمتحكم بهذا الأصل، والمالك النفعي بحسب التعريفات السابقة له سلطة التحكم والتصرف بالأصل، كما يملك نقل هذه المنافع لآخر بمقابل أم بغير مقابل. وبالتالي فإن المالك النفعي يعتبر مالكاً حقيقياً لترتب جميع آثار الملكية عليه.

من خلال هذه التعريفات يتضح لنا عدة أمور:

1. إن جميع التعريفات السابقة اتفقت على أن المراد بالملكية النفعية هو الشخص الذي يتمتع بجميع منافع الملكية وإن كان الأصل مسجلاً قانوناً باسم طرف آخر، إلا أن موقع (Investopedia) أضاف معنى آخر للملكية النفعية وهو السيطرة على التصويت سواء بطريق مباشر أم غير مباشر، وسوف نقتصر على المعنى الأول لاتفاق الجميع على هذا التعريف.
2. إن المالك النفعي هو المتصرف والمسيطر على منافع الأصل سواء كان عقاراً أم ورقة مالية.
3. إن التسجيل القانوني لملكية الأصل يكون باسم شخص آخر غير المالك النفعي، لأن الأصل لو كان باسم المالك النفعي لاعتبرت الملكية هي الملكية التامة أو الكاملة.
4. إن التعاريف لم تقيد الملكية بفترة زمنية وإنما كانت الملكية مطلقة عن أي مدة.
5. إن المالك النفعي هو المالك الحقيقي للأصل، إلا أن التسجيل القانوني باسم طرف آخر لدواعي قانونية أو بسبب الضرائب أو لأي سبب يحول دون تسجيل الأصل باسم المالك النفعي. فمن سُجِّل الأصل باسمه يعتبر أميناً أو حافظاً لهذا الأصل.

(1) الحقوق العينية الأصلية 117.

6. إن محل الملكية في الملكية النفعية هو الحق الذي يخول مالكة التصرف فيه كتصرف المالك، لأن الملكية هي بذاتها تعتبر حقاً.
7. إن المالك النفعي هو من يتحمل خسارة وتلف وصيانة الأصل، بينما من تم تسجيل الأصل باسمه لا يتحمل أي تبعه.
8. أي تصرف يصدر ممن تم تسجيل الأصل باسمه يعتبر باطلاً ما لم يصدر بعد أخذ الإذن من المالك النفعي.

ثانياً: تمييز الملكية النفعية عن بعض المصطلحات:

لما كانت الملكية النفعية أمراً جديداً كان لا بد من إظهار الفروق الرئيسية بين هذا المصطلح ومصطلحات أخرى قد تختلط معه، وأهمها حق الانتفاع:
أولاً: حق الانتفاع في القانون:

حق الانتفاع في القانون: هو حق عيني أصلي مؤقت المدة يرد على شيء منقول أو عقار يخول صاحبه سلطة الاستعمال والاستغلال على شيء مملوك لغيره⁽¹⁾، وحق الانتفاع في القانون يتميز بعدة خصائص منها:
أ- حق الانتفاع حق عيني⁽²⁾:

حق الانتفاع حق عيني، فهو يخول صاحبه سلطات مباشرة على الشيء، ولا يحتاج في ذلك إلى وساطة شخص آخر، فمالك الرقبة ليس مديناً بأي التزام قبل المنتفع، فلا يلزم بتمكينه من الانتفاع بالعين، ولا بإصلاحها، ويختلف في ذلك عن حق

(1) حق الملكية والحقوق العينية المتفرعة عنه 144.

(2) يعرف القانون الحق الشخصي أو الإلتزام بأنه: رابطة ما بين شخصين دائن ومدين، بمقتضاها يطالب الدائن المدين بإعطاء شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل. والحق العيني هو سلطة يعطيها القانون لشخص على عين بالذات. مصادر الحق في الفقه الإسلامي د. عبد الرزاق السنهوري 12/1.

الإيجار الذي يلزم بمقتضاه المؤجر بتمكين المستأجر من انتفاعه بالعين المؤجرة، وبإصلاحها، تحقيقاً للانتفاع المقصود.

وحق الانتفاع الوارد على عقار يعتبر مالاً عقارياً، ويتعين بالتالي تسجيل التصرف المنشئ له، لنشوء الأثر العيني في العلاقة بين العاقدين، وفي مواجهة الغير، كما أنه يمكن تحميله برهن رسمي، يلزم قيده للاحتجاج به تجاه الغير، أما حق الإيجار فهو حق شخصي، حتى لو كانت العين المؤجرة عقاراً، فرغم تعلق الإيجار هنا بعقار، إلا أن هذا العقار ليس هو محل حق المؤجر، فلا يعتبر مالاً عقارياً، ولا يلزم تسجيله لنشوئه، ولا يجوز للمستأجر رهنه رهناً رسمياً.

ب- حق الانتفاع حق مؤقت:

فحق الانتفاع ينقضي بانقضاء المدة المحددة له، فإذا لم تعين مدته، تقرر حق الانتفاع مدة حياة المنتفع، وهو ينتهي، في جميع الأحوال، بوفاة المنتفع، حتى قبل انقضاء المدة المعينة، فحق الانتفاع لا يورث، ويختلف في ذلك عن حق الملكية، الذي لا يقبل التاقيت، وينتقل إلى ورثة المالك بعد وفاته.

وتأقيت حق الانتفاع يرجع إلى الحرص على تجميع كافة السلطات المقررة على الشيء للمالك، حيث إن الاستغلال الاقتصادي الأمثل للشيء يتحقق عند تركيز السلطات الواردة عليه في يد شخص واحد، ويتمثل ذلك في حق الملكية، وعلى خلاف ذلك فإن صاحب حق الانتفاع يخضع لقيود في استغلاله للشيء، مما يعطل حسن استغلاله بصورة متكاملة.

وفي هذا الصدد قد يستلزم الأمر تحديد قيمة حق الانتفاع، كما لو تم نزع ملكية الشيء للمنفعة العامة، مما يقتضي توزيع التعويض المستحق بين مالك الرقبة وصاحب حق الانتفاع، وتثار الصعوبة في شأن هذا التقدير الذي لا يتم إلا بصورة تحكيمية، حيث يؤخذ في الاعتبار قيمة الثمار التي يتحصل عليها المنتفع، ومدة حقه، وسنه، وحالته الصحية.

ج- محل الانتفاع شيء مادي لا يهلك باستعماله:

حق الانتفاع يمكن أن يرد على عقار أو منقول، فإذا كان محله منقولاً وجب جرده، وتقديم كفالة به (م 1/992 مدني)، والحكمة من ذلك تعيين ما يجب على المنتفع رده، عند انتهاء مدة الانتفاع، وضمن هذا الرد.

ويلزم أن يكون الشيء الوارد عليه حق الانتفاع مما لا يهلك بمجرد الاستعمال، حتى يتسنى رده بعد انتهاء مدته.

فحق الانتفاع يختلف عن الملكية النفعية بأن المالك النفعي يمكنه نقل حقه في الانتفاع لآخرين مقابل وبدون مقابل.

ثانياً: حق الانتفاع في الشريعة الإسلامية:

وهو الترخيص لشخص أو الإذن له في أن يباشر بنفسه فقط الانتفاع كالإذن في سكنى المدارس والرباط، وحق الجلوس في الأسواق، فلمن أُذن له في ذلك أن ينتفع بنفسه، ويمتتع في حقه أن ينقله لغيره بعوض أو بغير عوض⁽¹⁾.

يقول السيوطي: قد يملك الانتفاع دون المنفعة: كالمستعير، وكالموصي بخدمته، وسكناها، فإن ذلك إباحة له لا تمليك. وكل من ملك المنفعة فله الإجارة والإعارة. ومن ملك الانتفاع فليس له الإجارة قطعاً، ولا الإعارة في الأصح⁽²⁾.

فحق الانتفاع في الفقه الإسلامي هو حق شخصي متعلق بشخص المنتفع، وهو حق قاصر عليه فليس له أن ينقله أو يبيعه لغيره، فهو غير مالك للمنفعة، لأن مالك المنفعة له أن يعاوض عليها بأن يأجرها للغير وأن يتصرف بها ضمن حدود العقد الذي ملكها بها، أما مالك حق الانتفاع فليس له ذلك، وإتماماً للفائدة أجد من الضروري بيان ملك المنفعة وملك الرقبة.

(1) معجم المصطلحات المالية والاقتصادية د. نزيه حماد 84-85.

(2) الأشباه والنظائر للسيوطي 326.

(1) ملك المنفعة:

المنفعة تطلق على الفائدة العرضية التي تستفاد من الأعيان بطريق استعمالها كسكنى المنازل، وركوب السيارة، ولبس الثوب، وعمل العامل، ولا تتناول الفوائد المادية كاللبن بالنسبة إلى الحيوان، والثمر بالنسبة إلى الشجر، لأنها تسمى غلة⁽¹⁾. وقد سبق تعريف الملك في السابق بأنه "اختصاص حاجز"، وبالتالي فإن ملك المنفعة عبارة عن حكم شرعي يقدر في منفعة يقتضي تمكن من ينسب إليه من انتفاعه به والعوض عنه من حيث هو كذلك⁽²⁾، فتعلق مالك المنفعة إنما في المنفعة فقط، ولذلك لا يتحمل أية تبعة تلحق الأصل، كما أن مالك المنفعة تتعلق منفعته بوجود الأصل وجوداً وعدمياً وهذا كله بخلاف الملكية النفعية.

(2) ملك الرقبة:

ويقصد بذلك من يملك الأصل ومنفعته، فهو يستطيع أن يبيحها للآخرين فيكون لهم (حق انتفاع) أو تأجيرها بعوض فيكون لهم (ملك منفعة) كما يمكنه من تملكها لطرف آخر عن طريق بيع ذلك الأصل، فهو بحكم كونه مالكا للرقبة فإن له أن يجزئ هذه الملكية (أي تلك الحقوق) ويحتفظ لنفسه بحق التصرف بالرقبة ويعاوض أو يتبرع لآخرين بالحقوق الأخرى⁽³⁾. وبالتالي تختلف الملكية النفعية عن ملك الرقبة بأن المالك النفعي لا يملك الرقبة، لأنها مسجلة باسم طرف آخر إلا أنه يتصرف بالمنفعة الأصل تصرف الملاك. وعليه يمكن ترتيب هذه الحقوق بحسب قوتها إلى ملك الرقبة وهو أقواها ثم بعد ذلك ملك المنفعة ثم بعد ذلك حق الانتفاع وهو أضعفها.

(1) المرجع السابق 447.

(2) المرجع السابق 441.

(3) حق الانتفاع العقاري د. محمد القري 156 بحث مقدم للمؤتمر الفقهي الرابع المنعقد في الكويت 2011.

ثالثاً: التكيف الفقهي للملكية النفعية:

يقول الشيخ الدكتور عبد الستار أبو غدة: إن أقرب تكيف للملكية النفعية هو أنها إجارة لمنفعة عقار مع حق الحَكْر (الاستحكار)⁽¹⁾، ويطلق الاستحكار والاحتكار والتحكير على الاتفاق على إعطاء أرض الوقف الخالية لشخص لقاء مبلغ يقارب قيمتها باسم أجرة معجلة ليكون له عليها حق القرار الدائم، ويتصرف فيها بالبناء والغرس وغيرهما كتصرف المالكين، ويُرتَّب عليه أيضاً أجر سنوي ضئيل. وحق القرار الناشئ عن هذا العقد يورث عن صاحبه ويباع. وهذا العقد في حقيقته عبارة عن إجارة مديدة، الغرض منه أن يستفاد من الأراضي الموقوفة المعطلة عندما لا يكون الوقف متمكناً من استثمارها، وقد وصفه ابن عابدين بأنه: "إجارة يقصد بها منع الغير واستبقاء الانتفاع بالأرض"، ويغلب استعمال الفقهاء لهذا المصطلح في الأوقاف، غير أنهم يستعملونه أحياناً في الأملاك الخاصة⁽²⁾.

إلا أنني أعتقد - والله أعلم - أن الملكية النفعية مبنية على مدى جواز بيع الحقوق والاعتياض عنها، لأن المالك النفعي يملك حقاً فقط، فهي أقرب إلى بيع المرافق كحق المسيل وحق المرور وحق التعلي وغيرها من الحقوق، لأن الحكر كما سبق بيانه هو إجارة لمنفعة عقار، وأهل القانون ينصون في العقود أن عقد حق الانتفاع غير خاضع لمواد قانون الإجارة.

ولذلك أجد من الضروري بيان بعض الضوابط التي يجوز بمقتضاها الاعتياض عن الحق.

ضوابط الحق الذي يجوز الاعتياض عنه :

إن الفقهاء - رحمهم الله - قاموا بوضع بعض الضوابط التي يمكن من خلالها ضبط الحقوق المجردة التي يجوز الاعتياض عنها، وهذه الضوابط قد تكون صريحة في كلامهم، وقد تفهم من خلال الفروع التي نصوا عليها.

(1) حق الانتفاع العقاري د. عبد الستار أبو غدة 149 بحث مقدم للمؤتمر الفقهي الرابع 2011م.

(2) معجم المصطلحات المالية والاقتصادية د. نزيه حماد.

فالحنفية مثلاً ذهبوا إلى منع الاعتياض عن الحقوق المجردة لأنها ليست مالاً، وبالتالي لم يجيزوا بيعها لأنها لا تملك ولا تضمن بالإتلاف⁽¹⁾، وأجازوا الاعتياض عنها من باب الصلح بين الطرفين، وقد عللوا هذا الجواز أنه من باب الضرورة، أو من باب ما جرى عليه العرف، أو بالقياس على بعض النظائر الفقهية⁽²⁾، كإجازتهم للاعتياض عن الوظائف.

أما المالكية فنظروا إلى ملكية الحقوق بغض النظر على كونها مجردة أم لا، ونعني بذلك مدى اختصاص صاحب الحق به، لأن الملك: اختصاص حازر شرعاً يسوغ صاحبه التصرف إلا لمانع⁽³⁾، فإذا كان الحق مختصاً صاحبه به، جاز له الاعتياض عن هذا الحق، فالمالكية اختصوا دون غيرهم من المذاهب في إجازة كثير من الفروع منعها غيرهم.

وأما الشافعية فكما يفهم من كلامهم أنهم نظروا إلى مدى إمكانية قبض ما يمثله الحق، وليس أن يقبضه حقيقة أو حكماً، وإنما أنه يمكن قبضه، فما كان كذلك جاز الاعتياض عنه⁽⁴⁾. فمثلاً للموقوف عليه أن يبيع الثمرة الخارجة من الشجرة الموقوفة قبل أن يأخذها⁽⁵⁾، فالموقوف عليه إنما باع حقه في تلك الثمرة مع أن قبضه لها لم يتم.

فالحقوق أنواع كثيرة ومتعددة، فمنها ما أجاز الفقهاء بيعها، ومنها ما أجاز الفقهاء الاعتياض عنها عن طريق الإسقاط والصلح، ومنها ما لم يجز الفقهاء بيعه ولا الاعتياض عنه، ومنها ما منعه المتقدمون وأجازوه المتأخرون، مما يبين أن للعرف مجالاً في مدى جواز الاعتياض عن بعض الحقوق والمنع من أخرى، وعلى هذا يمكن ضبط الاعتياض عن الحقوق بما يلي:

(1) حاشية ابن عابدين 33/7.

(2) المرجع السابق 35/7، 36.

(3) المدخل الفقهي العام، للشيخ مصطفى الزرقا 257/1.

(4) روضة الطالبين 169/3-171.

(5) المرجع السابق 171/3.

أولاً: ألا يكون الحق شرع على وجه الصلة والبر:

إن بعض الحقوق فرضها الشارع بين الناس على وجه الصلة والبر مثل: حق الوالدين، وحق الأبناء، وحق الجوار، وحق الأقارب، وحق المريض وغيرها من الحقوق، فإن هذه الحقوق شرعت للصلة بين أفراد المجتمع، فهي غير قابلة للاعتياض عنها لا بالبيع ولا بالإسقاط، لأن الاعتياض عنها يخالف مقصود الشارع فيها، كما أن الشارع طلب أداء هذه الحقوق من أصحابها دون سواهم، فلا يقوم غيرهم مقامهم.

ثانياً: ألا يكون الحق شرع لرفع الضرر أو للضرورة:

فحق الشفعة، وحق الحضانة، وولاية اليتيم وغيرها من الحقوق إنما شرعت لدفع الضرر، والاعتياض عنها يخالف؛ لأن الاعتياض عنها يبين أن صاحبها لم يتضرر، كما أن الضرورة أو الحاجة التي تنزل منزلة الضرورة إنما تقدر بقدرها، فيجوز أحياناً الاعتياض عن هذا الحق للضرورة أو الحاجة، فهو من باب الاستثناء، فيجب أن يقدر بقدره، ولا يتوسع في هذا الباب كما هو مقرر عند الفقهاء، ومثل ذلك أيضاً ما لو شرع الأمر للنظر في الأخطأ كالخيار في البيع أو الإجارة لا يصح الصلح عليه؛ لأنه لم يشرع لاستفادة مال، وإنما شرع للنظر في الأخطأ⁽¹⁾.

ثالثاً: أن يكون الحق ثابتاً في الحال لا في المستقبل:

إن المستقبل من الأمور التي لا يضمن الإنسان تحققها، فهو في علم الغيب، قد يتحقق وقد لا يتحقق، وربط الأمور المالية بما هو هذا شأنه يؤدي إلى النزاع بين المتعاملين، وعدم استقرار وثبات المعاملات المالية، بسبب الغرر والجهالة التي تحصل بتعليق الأمور على المستقبل.

ولذلك كان أغلب الحقوق التي أجاز جمهور الفقهاء فيها الاعتياض إنما كانت حقوقاً متعلقة بالأعيان كبذل الخلو، حق المرور، حق التعليق، حق المسيل، حق الشرب، حق

(1) كشف القناع 401/3.

وضع الخشب على الجدار، حق فتح الباب وغيرها من الحقوق إنما كانت متعلقة بأعيان كالأرض والعقار وغيره. فالحق فيها ثابت في الحال لوجود تلك الأعيان.

رابعاً: أن يوجد عرف تجاري بالاعتياض عن الحق:

إن بعض الحقوق التي أجاز الفقهاء الاعتياض عنها إنما كانت بسبب أن الناس قد تعارفوا على أن التنازل عنها إنما يتم بعوض، فالحقوق السابق ذكرها من حق المرور، وحق التعلي وغيرها إنما ثبتت بناء على العرف الذي أجاز الاعتياض عنها، وجرى عمل الناس على ذلك.

خامساً: ألا يؤدي الاعتياض عن الحق إلى حرام أو مفسدة:

فحق الترشح والترشيح في الانتخابات الثابت للمواطن لا يجوز بيعه أو الاعتياض عنه، لما يؤدي إلى مفسدة وصول أصحاب الأموال من غير أهل الكفاءات، ويؤدي أيضاً إلى قبول الرشوة في المجتمع، وهو من الأمور التي حرمها الشارع، وحق الزوج في التمتع بزوجته حال قيام الزوجية لا يجوز بيعه أو الاعتياض عنه؛ لأنه حق متعلق بشخص الزوج والزوجة، ولما يترتب على إجازته من فساد وانتشار للزنى واختلاط الأنساب؛ ولذلك نص الفقهاء على أن الإنسان لو صالح شاهداً على ألا يشهد عليه بحق آدمي، أو بحق الله كزكاة ونحوها، أو ألا يشهد عليه بما يوجب حداً، أو صالحه على ألا يشهد عليه بالزور لم تصح على فعل حرام أو تركه، ولا يجوز الاعتياض عنه (1).

سادساً: أن يكون الحق قابلاً للانتقال أو الإسقاط:

إن الوارث له حق الوراثة، إلا أن هذا الحق غير قابل للمعاوضة عليه حال حياة المورث؛ لأن الوراثة إنما ثبتت بسبب النسب، فلا يمكن نقل أو إسقاط هذا الحق؛ لذلك

(1) كشف القناع 401/3، 400.

لا يجوز الاعتياض عنه، كما أن الحق غير ثابت للوارث في حال حياة المورث، فقد يموت الوارث قبل وفاة المورث.

- من أهم التطبيقات المعاصرة للملكية النفيعة:

أولاً: اصدار الصكوك

لما كثر الانتقاد لبعض أنواع الصكوك ولا سيما الصكوك السيادية الصادرة عن الحكومات، تم إنشاء نوع جديد من الصكوك قائم على حق الانتفاع، ولذلك نصت كثير من الإصدارات على أن محل الصك هو حق الانتفاع (Beneficial ownership)، فالدولة وإن كانت تملك الرقبة إلا أنها تبيع حق الانتفاع لحملة الصكوك والذين بدورهم إما أن يقوموا ببيعه مرة أخرى أو تأجيريه، وهذا فيه تلافٍ لما تعرضت له الإصدارات السابقة التي لا يمكن فيها بيع الأصول السيادية لعدم القدرة على نقلها لحملة الصكوك. وفي ظني أن هذه الإصدارات هي عبارة عن بيع للحق، وأن الإصدارات التي تمت متوافقة مع الضوابط التي أشرت إليها من أن هذا الحق قابل للانتقال كما تنص عليه كثير من القوانين، وأنه ثابت في الحال لارتكازه على أصل من الأصول، ويوجد عرف تجاري للاعتياض عنه، كما لا يؤدي إلى حرام أو مفسدة.

ثانياً: إجارة حق الانتفاع إجارة منتهية بالتملك:

أقصد من هذا أن حق الانتفاع يمكن أن يصلح كمنتج موازي للإجارة المنتهية بالتملك، فالإجارة المنتهية بالتملك صدر بجوازها قرار مجمع الفقه الإسلامي 110 (2/4)، وكذلك المعيار الشرعي رقم (9) بشأن الإجارة والإجارة المنتهية بالتملك. إلا أن هناك بعض الملاحظات وهي كالتالي:

أولاً: إن المستأجر في الإجارة المنتهية بالتملك له ملك مراعى خلال فترة الإجارة، ولذلك جاء في المعايير الشرعية "إذا هلكت العين المؤجرة أو تعذر استمرار عقد الإجارة إلى نهاية مدته من دون تسبب المستأجر في الحالتين، فإنه يرجع إلى أجره المثل، ويرجع

المستأجر الفرق بين أجره المثل والأجرة المحددة في العقد إذا كانت أكثر من أجره المثل في مقابلة الوعد له بالتملك في نهاية مدة الإجارة" (1).

ومن المعلوم أن الأجرة إنما تكون بما يتفق عليه الطرفان، وأن أحكام الإجارة تطبق خلال فترة الإجارة، إلا أن ما جاء في المعايير راعى جانب أن المستأجر أصبح له ملك مراعى في العين أو الأصل.

إن المستأجر في الإجارة المنتهية بالتملك يتصرف في العين تصرف الملاك، لاعتقاده بأنه يدفع أقساطاً شهرياً تجعله يملك جزءاً من العين عند سداده لكل قسط.

تجد المؤسسات المالية الإسلامية حرجاً بتحمل أقساط التأمين والصيانة الأساسية ثم تحميلها للعميل، إذ أن العميل في حقيقة الأمر هو من يتحمل هذه المصاريف، ولا سيما في حال رغبة العملاء بإجراء التأمين لدى شركات لهم علاقات سابقة معها.

إن الإشكال الأساسي جاء من ناحية القانون إذ أنه يعتبر الإجارة المنتهية بالتملك عقد بيع، وقد واجهت المؤسسات المالية الإسلامية أحكاماً قضائية تلزمها باعتبار هذا العقد عقد بيع وجاء في المحاكم الإنجليزية ما يلي:

▪ قضية Lee V. Butler 1 : (أجر المدعي أثاثاً بموجب عقد بيع إداري ل (س)، كان على (س) أن يدفع جنيهاً فوراً، وأن يدفع الباقي وقدره 96 جنيهاً على أقساط شهرية ابتداء من مايو إلى أغسطس، ولا يكون الأثاث مملوكاً ل (س) إلا بعد دفع آخر قسط. وقبل الوفاء بهذا الشرط باع (س) وسلم الأثاث لمدعى عليه.

قضت محكمة الاستئناف بأن التفسير الصحيح للاتفاق هو أن (س) كان ملزماً إلزاماً بدفع جميع الأقساط لأنه قد "اتفق علي أن يشتري الأثاث. ومن ثم فإنه نقل ملكية صحيحة للمدعى عليه، الذي لا يجوز استرداد الأثاث منه).

(1) المعايير الشرعية معيار رقم (9) بشأن الإجارة والإجارة المنتهية بالتملك.

لما تقدم، أثر أصحاب المصانع والتجار استخدام هذه الصورة للعقد وهي خليط من الوديعة والشراء.

وتنشأ الصعوبة في قضايا البيوع الإيجارية من واقعة أن الفرد العادي الذي يتعامل في هذا الضرب من التصرفات يتخيل نفسه مشترياً الشيء بأقساط من المورد Dealer في حين أنه من ناحية قانونية مستأجر للشيء من الشركة الممولة التي يجد نفسه على صلة بها في حين أنه لا يعلم عنها شيئاً، وهي بدورها لم تقم بمعايينة البضاعة التي تكون محل الإيجار⁽¹⁾.

إن المعايير المحاسبية الدولية لا تسمح بإظهار أصول الإجارة المنتهية بالتملك كأصول للمؤسسة المالية الإسلامية وإن ما يظهر هو فقط الالتزامات المترتبة على العملاء كأقساط شهرية تدفع لهم، ولذلك كان بيع حق الانتفاع يعتبر حلاً لبعض السلبات التي يواجهها منتج الإجارة المنتهية بالتملك. فالمؤسسة تملك حق الانتفاع والرقبة فتبيع حق الانتفاع لعملائها، وتوكل نقل الرقبة إلى حين سداد جميع الأقساط.

والحمد لله رب العالمة أولاً وأخراً،،

"رَبَّنَا لَا تُؤَاخِذْنَا إِنْ نَسِينَا أَوْ
أَخْطَأْنَا رَبَّنَا وَلَا تَحْمِلْ عَلَيْنَا إِصْرًا
كَمَا حَمَلْتَهُ عَلَى الَّذِينَ مِنْ قَبْلِنَا رَبَّنَا
وَلَا تُحَمِّلْنَا مَا لَا طَاقَةَ لَنَا بِهِ وَاعْفُ
عَنَّا وَاعْفِرْ لَنَا وَارْحَمْنَا أَنْتَ مَوْلَانَا
فَاَنْصُرْنَا عَلَى الْقَوْمِ الْكَافِرِينَ"
[البقرة / 286]

كتبه الفقير إلى عفو ربه

د. عصام خلف العنزي

(1) أحكام العقد في القانون الإنجليزي 325-327.

