

حق الانتفاع العقاري (والمعاوضة على العقد)

ورقة مقدمة إلى المؤتمر
الفقهي الرابع للمؤسسات المالية الإسلامية
في الفترة ٢١-٢٢/١٢/٢٠١١م
الكويت - دولة الكويت

د. محمد علي الفيزي

جامعة الملك عبدالعزيز (سابقاً)

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله وحده والصلاة والسلام على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه

وسلم ...

وبعد:

فإن الفقه الإسلامي بما اشتمل عليه من مرونة وحيوية قادر على ان يعطي الحوادث المستجدة ما يناسبها من أحكام مستمدة من معينه الذي لا ينضب وأصوله الثابتة في الكتاب والسنة مصادره الموثوقة من إجماع وقياس صحيح. قال الشيخ عبدالرحمن بن سعدي رحمه الله في الدرّة المختصرة في محاسن الدين الإسلامي "ان الشرع لا يأتي بما تحيله العقول ولا بما ينقضه العلم الصحيح وهذا من أكبر الأدلة على ان ما عند الله محكم ثابت صالح لكل زمان ومكان" وهذه الورقة محاولة للإبحار في محيط الفقه الإسلامي لاكتشاف شيء من جوانب المرونة والحيوية فيه.

المسألة محل النظر:

من المعلوم ان الحقوق المترتبة على الأصول المولدة للمنافع (مثل العقار) كما وردت في كتب الفقه هي حق الانتفاع وأقوى منه ملك المنفعة حيث يتضمن ملك المنفعة حق الانتفاع وزيادة، وأقوى من ذلك ملك الرقبة حيث يتضمن حق الانتفاع وملك المنفعة، وحق التصرف في الرقبة. تلك إذاً ثلاث أنواع من الحقوق مرتبة كما ذكر وهذا هو ما اشتهر في كتب الفقه. والذي نراه ان هذه المراتب هي أربع لا ثلاث إذ يقع في نظرنا بين ملك المنفعة وملك الرقبة مرتبة هي موضوع هذه الورقة، وهي موجودة في عمل الناس وفي كلام الفقهاء وان كان لا ينظر إليها على انها من مشمولات هذه الحقوق المترتبة على الأصول العقارية. ونحن نريد هنا ان نعرض تصوراً جديداً يفتح لنا أبواباً مفيدة لتوسيع دائرة المعاملات ذات العلاقة ضمن إطار الأحكام الشرعية.

مقدمة:

تترتب على الأصل المولد للمنافع – مثل العقار – حقوق ربما تكون مملوكة جميعها لمالك واحد فيقال انه يملك الرقبة، فهو يملك المنافع ويمكن له اباحتها لتكون لمن سبق (حق الانتفاع) أو تأجيرها بعوض (ملك المنفعة) كما يمكنه تمليكها إلى طرف عن طريق بيع ذلك الأصل. فهو بحكم كونه مالكا للرقبة فإن له

ان "يجزئ" هذه الملكية (أي تلك الحقوق) ويحتفظ لنفسه بحق التصرف بالرقبة ويعاوض أو يتبرع لآخرين بالحقوق الأخرى.

وكما ذكرنا آنفاً فإن هذه الحقوق المترتبة على الأصول المولدة للمنافع مرتبة من حيث ما يمكن وصفه "بالقوة" فأضعفها حق الانتفاع ثم يليه ملك المنفعة ثم يليه ملك الرقبة والذي نحاول التوصل إليه في هذه الورقة ان هناك حقاً آخر هو التصرف بالعقد وهو حق مختلف عن جميع الحقوق آنفة الذكر والذي نسعى إليه في هذه الورقة ليس اختراع أمر جديد أو استحداث صيغة لم تكن معروفة للناس أو لم يعهدا الفقهاء قديماً وحديثاً وإنما غاية ما نسعى إليه تقديم التصور الصحيح لمعاملة معروفة بإعطائها الوصف المناسب الذي يفتح لنا آفاقاً جديدة في فقه المعاملات تكشف بعض ما في الفقه الإسلامي من مرونة وغنى وتثري البحث العلمي في فقه العقود إذا منَّ الباري عز وجل علينا بالتوفيق وتكرم بالسداد وهو ولي ذلك والقادر عليه.

وسوف نبدأ بكلام موجز عن هذه التي وصفناها بأنها حقوق مرتبة على الأصول المولدة للمنافع كما وردت في كتب الفقهاء.

أولاً: حق الانتفاع:

الحق في اللغة مصدر حق الشيء يحق إذا ثبت ووجب قال في القاموس المحيط يطلق في اللغة على المال والملك الموجود الثابت (مادة حق) وعند علي الخفيف "الحق مصلحة مستحقة شرعاً" وعرفه مصطفى الزرقا بالقول "الحق اختصاص يقرر به الشارع سلطة أو تكليفاً" (الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد ص ١٠).

وحق الانتفاع في كلام الفقهاء هو من قبيل الرخصة بالانتفاع الشخصي دون امتلاك. ومن الأمثلة التي يوردونها على ذلك حق الجلوس في الأسواق، واستعمال الطرق والأبواب، ودخول الأماكن التي يأذن أصحابها بدخولها، والسبق إلى المساجد للصلاة والاعتكاف، والسبق إلى المدارس والربط. وقد عرفه نزيه حماد في كتابه معجم المصطلحات الاقتصادية بالقول "حق الانتفاع عبارة عن الترخيص لشخص أو الإذن له في أن يباشر بنفسه فقط الإذن في سكنى المدارس والربط وحق الجلوس في المساجد والأسواق واستعمال الطرق والأبواب فلن أذن له في ذلك أن ينتفع بنفسه ويمتنع في حقه أن ينقله لغيره بعوض أو غير عوض".

ويتميز حق الانتفاع عن الحقوق الأخرى بأنه:

- أ- حق الانتفاع رخصة شخصية ليس للمنتفع التصرف فيها ولا تنتقل إلى الورثة فهو لا يفيد تملكاً وعليه لا يصح لصاحب حق الانتفاع ان يمكن أحد غيره من الانتفاع.
- ب- يقبل حق الانتفاع التقييد والاشتراط لأنه حق ناقص ليس لصاحبه إلا التصرفات التي يجيزها المالك.
- ج- حق الانتفاع لا ينشأ عن عقد وان كان يثبت ضمن العقود الناقلة للملكية المنفعة كالإجارة والوقف (للسكنى والاستغلال) والاعارة ولذلك فان السبب في حق الانتفاع أعم من ملك المنفعة.

ثانياً: ملك المنفعة:

ملك المنفعة عرفه مصطفى الزرقا بأنه "اختصاص حاجز" مثال ذلك حق المستأجر في منافع المأجور. ومن أهم أسبابها عقد الإجارة. وعقد الإجارة كما قال ابن قدامه في المغني: "نوع من البيع لأنها تملك" (١). فالإجارة تملك لمنفعة غير حرام فالأصل يبقى ملكه لصاحبه أما المستأجر فإنه يملك منفعه لمدة متفق عليها بأجرة معلومة، فهي محل عقد الإجارة.

١ - المغني، ج ٨، ص ٧.

ومالك المنفعة يمتلك المنفعة وله حق الانتفاع فحق الانتفاع متضمن في تلك المنافع بخلاف النوع الأول أي حق الانتفاع وان كان محله منافع إذ يملك من كان له حق الانتفاع ذلك شخصياً وليس له التصرف فيه.

ما يجوز لمالك المنفعة من التصرفات:

الملكية كما عرفها الفقهاء "قدرة يثبتها الشارع على التصرف إلا لمانع" ولذلك كل من ملك المنفعة يجوز له التصرف فيها تصرف الملاك وذلك بإسقاط حقه في المنفعة والاعتياض عنها^(١)، سواء أكان مالكا للرقبة أو للمنفعة دون الرقبة. ولذلك يجوز له:

١- بيع المنافع:

محل عقد الاجارة هو منافع الأصل، وفي هذه الحالة يملك المستأجر المنافع بالعقد (في قول أكثر الفقهاء) وله التصرف بهذه المنافع بالبيع فإذا وقع ذلك، أي أجر المستأجر المحل المؤجر كان ذلك المستأجر مؤجراً تجاه الطرف الثالث وصارت تلك المنافع مضمونة عليه بحكم كونه مؤجراً (أي على المستأجر الأول) وليست مضمونة على المالك للرقبة مباشرة وان كانت تتول إلى ذلك في

١ - وللحنفية كلام من جهة كون المنافع أموالاً.

الانتفاء. وهذا ما يسمى عقد إجارة من الباطن وفيه تبقى المنافع مضمونة للمستأجر الأول على المؤجر الأصلي (المالك) بالعقد الأول بينما ان تلك المنافع مضمونة للمستأجر الثاني على المستأجر الأول.

فإذا لم يشترط المؤجر على المستأجر الأول ان لا يؤجر من الباطن، فالأصل ان للمستأجر الأول الحق في التأجير من الباطن لأن المنافع التي هي محل العقد مملوكة للمستأجر الأول بالعقد وله التصرف بها بتمليكها لغيره.

وللمستأجر الأول أن يؤجر بمثل الأجرة الأولى أو أقل أو أكثر وبنفس شروط الدفع (أقساط قليلة أو كثيرة أو دفعة واحدة في أول العقد أو آخره) أو بشروط مختلفة عن شروط العقد الأول ولكن تبقى ضمن ما يملكه من منافع وحقوق فحسب. وهذه الصيغة تقع كثيراً في المعاملات المعاصرة حيث يستأجر المستأجر الأول بشروط "الجملة" ثم يؤجر بشروط "القطاعي" والفرق بينهما ربح الاستثمار.

جمهور الفقهاء على جواز تأجير المستأجر الشيء الذي استأجره وقبضه في مدة العقد ما دامت العين لا تتأثر باختلاف المستأجر، قال ابن قدامه في الشرح الكبير "وللمستأجر استيفاء المنفعة بنفسه وبمثله"، وفي مواهب الجليل "للمستأجر أن يستوفي المنفعة بنفسه وبغيره وله ان يؤجر مؤجره بمثل الاجارة

وبالأقل وبالأكثر ... وذلك لأنه ملك منفعة العقد فله ان يملكها لمن شاء كسائر املاكه ولهذا يكون له اجارة ما استأجره".

وفي مجلة الاحكام العدلية: "للمستأجر إيجار المأجور لآخر قبل القبض إذا كان عقاراً وان كان منقولاً فلا".

وجمهور الفقهاء على ان الإجارة لا تنفسخ بانتقال ملك الرقبة من مالك إلى آخر. فإذا بيع الأصل المؤجر وكان محملاً بعقد الإجارة فليس للمالك الجديد فسخ العقد إلا برضا المستأجر لاستقلال عقد البيع عن عقد الاجارة، وليس للمستأجر فسخ العقد إلا برضا المالك الجديد إلا ان يكون مثل ذلك شرطاً في عقد الإجارة.

ثالثاً: حق التصرف بالعقد:

ان التصرفات التي جرى عرف الناس عليها وكثر التعامل بها صيغة يمكن ان نسميها "حق التصرف بالعقد". وهي تنشأ في الحالات التي ينعقد بها بين مالك الأصل ومالك المنفعة عقد إجارة وبخاصة إذا كان يمتد مدة طويلة وهذا التصرف هو حلول مستأجر جديد في مكان المستأجر القديم في العقد القائم بينه وبين مالك الرقبة. فإذا وقع ذلك أصبحت العلاقة القائمة في الأصل بين المالك

والمستأجر الأول، قائمة بين المالك والمستأجر الجديد الذي يضحى الطرف الثاني في ذلك العقد. وتنتهي العلاقة بين المستأجر الأول وجميع الأطراف ذات العلاقة وكذا تنتهي جميع حقوقه والتزاماته المستمدة من العقد. وقد يشتبه هذا مع التأجير من الباطن ولكن الاختلاف بينهما جلي، إذ ان التصرف بالعقد يعني حلول طرف جديد محل القديم في العقد القائم وليس كذلك التأجير من الباطن هذا الذي أطلقنا عليه اسم التصرف بالعقد ليس فيه جديد بل عليه عمل الناس منذ مئات السنين ومن صورته المشهورة بدل الخلو والاستحكار. والذي نسعى إليه هو توسيع دائرة "التصرف بالعقد" إلى استخدامات جديدة. وقد أسمىناه حق التصرف بالعقد لأنه عقد معاوضة، وما يدفع فيه من بدل هو مقابل حق يتنازل عنه البائع إلى المشتري بالبيع.

وسنبداً بتوضيح دعوانا ان بدل الخلو والحكر هو في حقيقته "تصرف

بالعقد":

(١) بدل الخلو^(١):

الخلو هو الفراغ والانفراد عرفه وهبه الزحيلي بأنه "مبلغ من المال يدفعه الشخص نظير تنازل المنتفع بعقار عن حقه في الانتفاع به" وله صور وردت في

١ - لا يخفى ان لبدل الخلو مبرر اقتصادي يرجع إلى ان للمستأجر دور في تحسن حظوظ العقار وزيادة الرغبة فيه بسبب نوع تجارته واقبال الناس عليه ونحو ذلك.

قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم ٣٢ (٤/٧) بشأن بدل الخلو ومنها الصورة الثانية التي يتم فيها الاتفاق بين المستأجر ومستأجر جديد في أثناء مدة عقد الإجارة وقد نص قرار المجمع بشأن الصورة الثانية على ما يلي:

"إذا تم الاتفاق بين المستأجر الأول والمستأجر الجديد في أثناء مدة الإجارة على التنازل عن بقية مدة العقد لقاء مبلغ زائد عن الأجرة الدورية فإن بدل الخلو هذا جائز شرعاً مع مراعاة مقتضى عقد الإجارة المبرم بين المالك والمستأجر الأول ومراعاة ما تقتضيه القوانين النافذة الموافقة لأحكام الشريعة".

يترتب على بدل الخلو انتقال ملكية المنافع إلى المستأجر الجديد ولكنها ليست مجردة (كما هو الحال في الإجارة من الباطن) ولكنها تنتقل مع العقد ذاته فتنشأ علاقة مباشرة بين المؤجر الأول والمستأجر الثاني. وهي ما أسميناه حق التصرف بالعقد، وبدل الخلو هو مبلغ مالي يدفعه المستأجر الجديد للتقديم لكي يتنازل له عن العقد القائم مع المالك فيحل محله.

وبدل الخلو بالصفة المذكورة أعلاه هو في حقيقته وفي التصور الصحيح له تصرف بالعقد بالبيع (التنازل مقابل عوض)، يشهد لذلك:

١- ان "الخلو" عقد معاوضة فما هو المحل المتعاقد عليه. إذا قيل هي منافع الأصل يرد على ذلك ان المنافع هي المحل المتعاقد عليه في عقد الإجارة، ولو كان ذلك عقد إجارة من الباطن لكان محله تلك المنافع. لكن المستأجر الأول يخرج من العقد وتنشأ علاقة مباشرة بين المنتفع الثاني ومالك الرقبة ولا يكون للمستأجر الأول الذي حصل على بدل الخلو حقوق ولا التزامات على المحل المتعاقد عليه فدل على ان المحل ليس المنافع بحال.

٢- فإذا قيل إنما هو "تنازل" فيقال تنازل عن ماذا؟ فإن كان الجواب تنازل عن المنافع كان الرد كما سبق إذ ان عرف الناس قد قام على انقطاع حلة المستأجر الأول بالمحل ولو كانت المنافع هي محل عقد الخلو والحال انها تتولد عبر الزمن بقيت الصلة قائمة كما هو الحال في المستأجر من الباطن مع المستأجر الأول.

٣- المحل المتعاقد عليه هو العقد نفسه إذ باع المستأجر الأول على المستأجر الثاني ليس حق الانتفاع ولكن حق التعاقد وحصل على البديل أي ثمن العقد. وبناء عليه حل المنتفع الجديد محل المنتفع القديم في العقد القائم مع مالك الرقبة فاستفاد من كافة الحقوق المقررة في ذلك العقد وتحمل جميع المسؤوليات والتبعات المنبثقة منه فدل على ان المحل المتعاقد عليه ليس إلا العقد نفسه.

صور مستحدثة من بدل الخلو:

نظراً لما تواجهه بعض مطارات العالم من ازدحام وصعوبة التوسع لوجود العوائق المالية وتلك المتعلقة بحماية البيئة فإن التوسع لإفساح المجال لتوفير الخدمة لشركات جديدة ليس أمراً ممكناً. ولذلك تعتمد تلك المطارات إلى تقسيم ساعات عمل المطار إلى Time slot يعني وقت مخصص يمكن لطائره الشركة النزول في المطار لتنزيل ركبها وتحميل آخرين وهو اختصاص حاجز لتلك الشركة لا يزاحمها فيه شركة أخرى مقابل مبلغ متفق عليه وهو عقد اجارة، لكن يحدث في كثير من الاحيان ان يكون لتلك الشركة وقت مخصص لها أكثر مما تستطيع استغلاله بكفاءة بسبب ظروف معينة بينما ان شركة أخرى تحتاج إلى النزول في ذلك المطار فلا تجد فرصة لذلك فتقوم الشركة الأولى ببيع ما يسمى Time slot إلى الشركة الجديدة^(١)، بمعنى انها تحل محلها في العقد المبرم مع سلطة المطار فهو بيع للعقد فتخرج الشركة الأولى من العقد نهائياً إذا وقع ذلك على صفة البيع^(٢).

١ - ومما ورد في الاخبار مؤخراً ان شركة طيران الخليج سوف تباع بعض slots المخصصة لها في مطار هيثرو لأنها خفضت رحلاتها إلى لندن.

٢ - ويمكن ان يكون ذلك على سبيل الاجارة من الباطن إذا كان مؤقتاً.

٢) الحكر أو الاستحكار في الوقف:

الحكر أو الاستحكار كما في مرشد الحيران " هو عقد إجارة يقصد به استبقاء الأرض للبناء والغراس أو لاحدهما" وهو كثير الوقوع في عمارة الوقف فإذا كان للوقف أرض ضعفت فيها الغلة وتعطل انتفاع الموقوف عليهم منها بالكلية ولم يوجد من يرغب في استئجارها لإصلاحها بل يوجد من يرغب في استئجارها للبناء اجارة طويلة يقيم عليها مبنى أو شجر أو نحو ذلك فتبقى الأرض في يده على ان يؤدي المرتب كل سنة (أو حيث تم التعاقد عليه) فإذا وقع ذلك كان له التصرف فيما اقيم على الأرض بأنواع التصرفات الشرعية من بيع وهبة وارث ووصية ... إلخ، وتبقى الأرض موقوفة على أصلها فإذا باع إلى طرف آخر انتقل مع ذلك البيع عقد الاجارة بكافة حقوقه والتزاماته.

فإذا أجر متولى الوقف إلى مستأجر ارضاً وقفية لمدة ٥٠ عاماً فأقام عليها الأخير عمارة ثم باعها إلى آخر فإن البيع يتضمن التزاماً بدفع المستحقات في عقد الاجارة (الحكر) وكذا الحال عند تداول ذلك العقار من مالك إلى آخر. وكل مالك جديد ملتزم بمبلغ الأجرة السنوية أو الدورية للوقف إذ تلك مقابل منافع الأرض التي هي محل عقد الإجارة الأصلي. فحقيقة هذه المعاملة إذن هل حلول طرف

جديد محل الطرف القديم في عقد الإجارة مقابل عوض وهذا العوض متضمن في ثمن بيع العقار فهو صورة من التصرف بالعقد.

ثمرة هذا الكلام:

ما نريد ان نتوصل إليه مما سبق ان التصور الصحيح لبدل الخلو وللحكر هو "حق التصرف بالعقد" من قبل المستأجر بإحلال غيره مكانه في عقد قائم مقابل عوض. وهذا عقد معاوضة فيه ثمن ومثمن وعاقدان وصيغة، أما عاقده فهما المستأجر القديم والمستأجر الجديد أما الثمن فهو ما يدفعه الجديد للقديم فما هو المثلن؟ المثلن في نظرنا هو العقد. ولذلك إذا انعقد بينهما هذا العقد أصبح المستأجر الجديد طرف في عقد قائم فكأن المستأجر القديم تنازل له عن مقابل عوض.

أما ثمرة هذا الكلام فهو محاولة توسيع الدائرة بالقول ان "حق التصرف بالعقد" قابل إلى ان يوجد في جميع العقود ولا يستثنى من ذلك إلا ما ترتب على مثل ذلك التصرف ربا أو غرر وجهالة أو مخالفة لنص من كتاب أو سنة أو تعارض اجماعاً أو قياس صحيح. يمنع مثل ذلك التصرف. ونقدم أدناه أمثلة

جرى عليها عرف التعامل دون نظر شرعي، ولكن تصورنا المذكور مستوعب لها جميعاً.

مما تعارف عليه الناس في التصرف في العقود:

١- بدل الخلو في إجارة الاشخاص:

الاجارة عرفها الفقهاء بأنها عقد معاوضة على تملك منفعة بعوض وهي تكون على منقول وعلى غير منقول كما تكون اجارة أشخاص عندما يكون محلها منافع العمل سواء أكان الأجير خاصاً أو مشتركاً.

واجارة الأشخاص هي عقد على منافع الأدمي والأجير الخاص من استؤجر ليعمل للمستأجر فقط ويستحق الأجر بتسليم نفسه في المدة لأن منافعه صارت مستحقة للمستأجر، الأجير المشترك يكتري لأكثر من مستأجر بعقود مختلفة ولا يتقيد بالعمل لواحد دون غيره، والأصل ان الأجير الخاص يستحق أجرته على المدة والأجير المشترك يستحق أجرته على العمل.

فإذا كان الأمر كذلك فهل لبدل الخلو مكان في اجارة الأشخاص؟

صفة الخلو كما ذكرناه آنفاً هو بدل يدفعه شخص إلى المستأجر مقابل الحلول محله في العقد المبرم مع مالك الرقبة. وقد سميناه حق التصرف بالعقد.

وقد صدر بإجازة بدل الخلو بالصورة الآنفة قرار المجمع الفقهي الإسلامي الدولي، والواقع ان احكام عقد الإجارة الأشخاص لا تختلف عن أحكام عقد الاجارة على الأشياء. وكان مستند قول الفقهاء قبل نحو خمسة قرون بجواز بدل الخلو هو جريان العرف به والعرف معتبر إذا كان لا يتعارض مع الشرع، والقاعدة ان "العادة محكمة".

وقد جرى العرف اليوم بشيء لا يختلف عن بدل الخلو ولا بد ان يأخذ حكمه وهو ما يمكن وصفه بدل الخلو في اجارة الأشخاص. وقد ادرجناه ضمن ما سميناه بحق التصرف بالعقد وإليك بعض أمثله:

١. بيع عقود لاعبي الكرة:

يرتبط النادي الرياضي مع لاعب الكرة المحترف بعقد عمل يلتزم بموجبه كل طرف بالتزامات منها اختصاص النادي بمهارات اللعب التي يتمتع بها هذا اللاعب بحيث يكون عضواً في فريق الكرة مقابل راتب شهري يحصل عليه ومكافآت أخرى متفق عليها وهو من هذه الناحية لا يختلف عن عقود العمل الأخرى. إلا ان الجديد في الموضوع هو ما جرى عليه العرف ونصت عليه التشريعات الرياضية من امكانية انتقال اللاعب المحترف إلى نادٍ آخر من خلال اتفاق ثلاثي يبيع فيه النادي عقد ذلك اللاعب إلى نادٍ آخر ويقبل اللاعب هذا

البيع وتنص احكام وشروط العقد على الحالات التي يمكن ان يرفض فيها اللاعب هذا البيع إذ ان الأصل فيه هو قبوله.

يملك النادي منافع هذا العامل (اللاعب) وهذا العامل هو مالك هذا الجسد المولد لهذه المنافع بما يشبه مالك العقار للرقبة. ثم هذا النادي يتصرف بالعقد بالبيع فيحل النادي الجديد محل القديم في العقد. وهذا في الواقع صورة من التصرف بالعقد من قبل المالك الأول للمنافع.

٢. عقود العمل (الكفالة):

مما جرى عليه العمل في أكثر دول الخليج انه يشترط الحصول العامل الأجنبي على تأشيرة عمل ان يكون مرتبطاً بعقد عمل مع شخصية وطنية (طبيعية كانت أو معنوية) وقد اشتهر صاحب عقد العمل المذكور باسم الكفيل.

ويحصل في حالات معينة ان تكون لدى شخص آخر رغبة في ان يكون كفيلاً لهذا العامل. وقد تكون هذه رغبة مشتركة للكفيل وللعامل ولا سيما إذا كان البديل الآخر هو انتهاء عقده ومغادرته البلاد. ولا تمنع القوانين هذا الانتقال، فإذا حصل التراضي بين أطراف العقد حل طرف جديد محل الكفيل القديم في ما يسمى بيع العقد وهو عقد معاوضة يحصل فيه الكفيل القديم على مبلغ

نقدي يتنازل مقابلته عن حقه ويحل الكفيل الجديد محله وتنتهي علاقة الكفيل الجديد بالعامل من كل وجه. ورب قائل ان كثيراً من الكفلاء يتنازلون بدون عوض فالجواب ان المهم عندنا تقرير هذا الحق لهم وهو موجود ومعتبر وجرى عليه عرف الناس بالتعامل فهي صورة من صور التصرف بالعقود.

٣. عقود المقاولات والاستصناع:

مما اعتاد الناس التعامل به ما يندرج في القوانين الغربية تحت مصطلح Novation وهو في نظرنا صورة من صور بيع التصرف بالعقود بالبيع وصفته ان يكون انسان قد أبرم عقد مقاولة مع شركة لبناء السفن (على سبيل المثال) يقوم من خلاله حوض البناء بإنشاء ثلاث سفن بمواصفات محددة وثمان متفق عليه كما هو المعتاد في عقود المقاولات والاستصناع. تسلم إليه في تاريخ محدد متفق عليه ولكن ربما احتاج المستصنع إلى الخروج من العقد وهو لما يتسلم السفن بعد إذ أنها تحت الإنشاء أو ربما يكون طرف ثالث محتاجاً إلى تلك السفن. ولما كانت قيد الإنشاء فلا سبيل إلى شرائها من المالك إلا من خلال عقد استصناع مواز وهذا لا يرغبه كل أحد لما يترتب على الصانع من مسؤوليات ومخاطر لا قبل له بها حيث سيكون تسليم تلك السفن إلى المشتري الجديد مسؤوليته، كما انه ملتزم في العقد القديم بتسلم السفن ودفع ثمنها للحوض. أضف إلى ذلك ان

المشتري الجديد سيتحمل مخاطر في دخوله في عقد مقابلة لبناء سفن مع طرف ليس هذا اختصاصه... إلخ، ذلك مما هو جلي معلوم.

المعتاد في مثل هذه الحالات هو حلول الطرف الثالث محل الطرف الثاني في العقد المبرم مع الحوص لبناء السفن متحملاً كافة الالتزامات ومتمتعاً بجميع الحقوق وكل ذلك بموافقة الطرف الأول (الصانع) الذي ليس له الاعتراض إلا بوجود مبررات معتبرة. فإذا وقع ذلك خرج المستصنع الأول من العقد تماماً وحل محله المستصنع الجديد. وهذه صيغة من صيغ التصرف بالعقود بالبيع. وكسائر البيوع ربما كان تنازله عن العقد بالبيع على سبيل المربحة أو التولية أو الوضعية بمعنى ان هذا البيع ربما كان بثمن يدفعه المستصنع الثاني إلى الأول أو العكس من ذلك. وهو عقد معاوضة محله حق التصرف بالعقد الذي قررناه لطرفيه.

عقود التطوير العقاري:

كثيراً ما يقوم الأفراد بالدخول مع المطور العقاري في عقد شراء وحدة سكنية على الخريطة والذي يمكن ان يخرج على ان حقيقته هي عقد الاستصناع أو المقابلة. ثم بعد ذلك يبحث عن التمويل لدى البنوك الإسلامية. فإذا حصل على الموافقة الائتمانية على تمويله وقع الطرفان في حيص بيص من ناحية ان

هذا عقد قائم يرتب حقوقاً والتزامات على طرفيه وهو عقد لازم ليس لأي من طرفيه الخروج منه إلا برضا الطرف الآخر. فلا يكون من البنك الإسلامي إلا ان يطلب من عميله فسخ العقد مع المطور حتى يتمكن البنك الإسلامي في الدخول في عقد جديد مع المطور يكون هو أي البنك الإسلامي مستصنعاً. ولكن هيمات. فإن المطورين يرفضون ذلك لخشيتهم ان يترتب على ذلك اعفاء العميل من مسؤولياته العقدية ثم لا يقدم البنك على الدخول في عقد بديل، أو تغير الشروط في العقد الجديد وما إلى ذلك مثل تكاليف الدخول في عقد جديد. ومن يقبل من المطورين هذا الترتيب فإنه يقبله بطريقة غير صحيحة مثل الدخول في عقد مع البنك أولاً ثم فسخ العقد مع العميل وهذا عجيب.

المخرج الصحيح والطريقة المستقيمة هي تصرف هذا العميل بالعقد بإحلال البنك محله في العقد بالطريقة التي رأيناها سابقاً فإذا وقع ذلك انتقلت جميع حقوق ومسئوليات الطرف المتنازل إلى الطرف المتنازل له سواء كان هذا مقابل عوض أو بدونه.