

## منهجية البحث الفقهي المعاصر - أحكام الملكية الجزئية أنموذجاً -

### Methodology of Contemporary Jurisprudence - Fractional ownership as a model -

محمد مهدي لخضر بن ناصر\*

كلية العلوم الإنسانية والعلوم الاجتماعية، جامعة أبي بكر بلقايد بتلمسان (الجزائر).

البريد الإلكتروني: bahtilmi@hotmail.fr

تاريخ النشر	تاريخ القبول	تاريخ الإيداع
2020/12/01	2020/01/24	2019/11/21

#### الملخص:

تقوم الملكية الجزئية أساساً على بيع مؤسسة استثمارية أحد عقاراتها - خاصة السياحية منها - ذوي القيمة العالية لمستثمرين أو أكثر، فتقوم بتقسيم الملكية مناصفة في الاستخدام، وأيضاً في العوائد الإيجارية وثمان البيع النهائي، على أن تكون إدارة العقار بيد المؤسسة يدفعه تكاليفها المستمر سنوياً. ولا يخفى أن هذا الأسلوب من العقود يعطي فرصة ملكية شريحة من عقار فاخر يفوق بكثير إمكانيات المستثمر لو أنه تطلع لأسلوب الملكية الكاملة المعهود، ويناسب أيضاً المستثمر المرتبط بأعمال وظيفية أو استثمارية لا تتيح له وقتاً طويلاً لقضائه في عقاره السياحي. إلا أنه لا تزال هناك الكثير من الإشكالات تحوم حول هذا النوع من العقود، لأن البيع السابق المشابه والذي عرف بالتايم شير فشل فشلاً ذريعاً فلجأت المؤسسات العقارية لأسلوب الملكية الجزئية؛ لذا جاءت هذه الدراسة والتي هي بصدد إجلاء حقيقة هذا العقد وبيان هيكلته الإدارية من حيث الجملة، ثم بيان حكم هذه النازلة بالتفصيل فضلاً عن وضع وإرساء قواعد وآليات البحث النموذجي في القضايا المعاصرة.

**الكلمات المفتاحية:** الاجتهاد؛ القضايا المعاصرة؛ الملكية الجزئية؛ التكليف الفقهي.

#### Abstract:

Fractional ownership depends on the division of property or property equally in the utility, and in the rental income or final price in the case of sale.

\* المؤلف المرسل

It is noteworthy that these types of sales are abundant in Western countries, and has become a profit trade tens of millions. With the opening of the field for real estate companies, and not obliged in a certain way, there is a lot of fraud, and easy to manipulate the partners' funds, and this resulted in the large number of affected customers, then, what are the typical research mechanisms in contemporary cases, and then the possibility of downloading them to come down to Fractional ownership.

**Key words:** *Ijtihad; Contemporary Issues; Fractional ownership; Jurisprudential Adaptation.*

### المقدمة:

إن الناظر لمنهجية البحث الفقهي اليوم ينفذ في نفسه الحاجة الملحة لضبط الاجتهاد فيه وتقييمه، إذ إن التناول العلمي الرشيد للقضايا يكون من خلال أمرين، الأول: تلمس القواعد والضوابط الحاكمة للاجتهاد فيها، والثاني: بيان مزالق النظر والتبني على الأغلاط والأخطاء التي يمكن أن يقع فيها الباحثون والمفتون أو وقعوا فيها خلال الممارسة العملية الاجتهادية، ليكون ذلك دافعا لتحاكيها والتحرز منها، ولتكون الأحكام المرجوة من أثر اجتهادهم صحيحة؛ وقد آثرت في هذه الورقة البحثية مناقشة الأمر الأول تصويرا وتنظيرا وتنزيلا على واقعة معاصرة، هي الملكية الجزئية (Fractional Ownership) وهي تعتمد أساسا على تقسيم الملكية مناصفة على جهة الانتفاع، وأيضا عوائد الإيجار أو الثمن النهائي فيما لو تم بيع العقار.

والملاحظ أن هذا النوع من العقود نما بشدة في هذه السنين، وأصبح صناعة قوامها أو تدر عشرات الملايين، خصوصا في الولايات المتحدة وعند الأوروبيين، وهو ينتقل الآن تدريجيا إلى بلاد المسلمين، وتغري تجربته العديد من المستثمرين.

ومع فتح المجال للشركات العقارية، وعدم إلزامها بصورة محددة نمطية، تعددت الأساليب واختلفت، وكثرت الطرق وتفرقت، لذلك سهل التلاعب بأموال الشركاء، ولزم عن ذلك كثرة المتضررين من العملاء، وأرجعت إلى أذهانهم ما عرف في الثمانينيات بـ"التايم شير"، والتي صارت آنذاك مرادفة لكلمة الاحتيال، واستحال بسببها عند وجهاء الناس الحال، وأعول فيها العيال.

إذا؛ ما حقيقة الملكية الجزئية، وهل هي "تايم شير" باسم جديد، ثم ما هو تكييفها الشرعي الفقهي؟

وللإجابة عن هذه الإشكالية حاولت السير وفق خطة اشتملت على مقدمة، وأربعة عناوين رئيسية، تعلق أولها ببيان منهجية البحث في القضايا المعاصرة، ثم تعرضت في ثانيها لماهية عقد الملكية الجزئية، والفرق بينها وبين شركة اقتسام الوقت وكذلك صكوك الانتفاع؛ وفي الثالث تم التكييف الفقهي للنازلة تكييفاً إجمالياً وآخر تفصيلاً، ثم أردف على ما سبق العنوان الرئيس الرابع واستأثر ببيان أحكام التالف والفسخ في الملكية الجزئية، وأخيراً جاءت الخاتمة مبينة ومبرزة أهم النتائج المتوصل إليها باختصار.

كما تجدر الإشارة إلى أنني عمدت في هذا البحث استخدام المنهج الوصفي؛ بحيث يتم توصيف المنهج الدقيق للبحث النوازلي وكذا توصيف هذا العقد توصيفاً دقيقاً، ثم تقسيم أجزائه وتفريقها وتحليلها وتكييف كل جزئية منه، وذلك بذكر أقوال الفقهاء في الأصل الذي تم تحريره وإسناد النازلة إليه، ثم استخلاص الحكم الكلي لهذا العقد المركب من مختلف الجزئيات، وهذا ما يستدعي أيضاً الاستعانة بعنصري المقارنة والتحليل. وسنشرع الآن - بإذن الله - في تحرير المادة العلمية لهذه الورقة البحثية:

## 1. ماهية النوازل الفقهية وحكم دراستها وخطوات ذلك.

تناولت فيه تعريف النوازل الفقهية بالاعتبارين -التركيب الوصفي والمفهوم اللقبي-

في مطلبين على النحو الآتي :

### 1.1. تعريف النوازل الفقهية.

#### 1.1.1. تعريف النوازل الفقهية باعتبار التركيب الوصفي.

أ. معنى النازلة في اللغة: النوازل جمع "نازلة"، والنازلة اسم فاعل من نزل ينزل، إذا حل<sup>1</sup>.

وأما في الاصطلاح: فقد عرّفها بعض أهل العلم بقوله: "ما استدعى حكماً شرعياً من الوقائع المستجدة"<sup>2</sup>.

ويدخل في هذا التعريف النوازل الفقهية وغيرها، فالفقهية ما تعلق منها بالأحكام الشرعية العملية، وأما غيرُ الفقهية فهي على ضرب مختلف، منها:

أ. المسائل العقديّة، كظهور الفرق والنحل.

ب. المسائل التربوية الحادثة.

ج. الاكتشافات العلمية المبتكرة.

د. المسائل اللغوية المعاصرة وغيرها<sup>3</sup>.

ب. تعريف الفقه: الفقه لغة، هو مصدر من فقه بكسر عين الفعل في الماضي، وفتح عينه في المضارع، وفيه لغة أخرى، هي فقه بالضم في الماضي والمضارع، وهي تشير إلى رسوخ ملكة الفقه في النفس حتى تصير كالطبع والسجية<sup>4</sup>؛ قال ابن فارس: "فقه الفاء والقاف والهاء أصل واحد صحيح يدل على إدراك الشيء والعلم به، تقول فقّهت الحديث أفقهه، وكل علم بشيء فهو فقه، يقولون لا يفقه ولا ينقه، ثم اختص بذلك علم الشريعة فقيل لكل عالم بالحلال والحرام فقيه، وأفقهتك الشيء إذا بينته لك"<sup>5</sup>.

وقيل: إن أصل معناه يرجع إلى الشق والفتح، وهذا ما ذهب إليه الزمخشري من الفائق في غريب الحديث وأبو السعادات ابن الأثير في النهاية في غريب الحديث أيضاً<sup>6</sup>.

وفي الاصطلاح: هو العلم بجميع الأحكام الشرعية العملية المكتسب من الأدلة التفصيلية<sup>7</sup>.

## 1.1.2. تعريف النوازل الفقهية باعتبارها لقبا .

مما سبق يمكن القول: إن النوازل الفقهية هي القضايا المستجدة التي تستدعى حكماً شرعياً عملياً.

## 1. 2. حكم دراسة النوازل الفقهية وخطوات ذلك.

### 1. 2. 1. حكم دراسة النوازل الفقهية.

الاجتهاد في النوازل واجب على هذه الأمة فهو من فروض الكفاية، وربما تعين على بعض المتهيين للنظر في بعض النوازل<sup>8</sup>.

ومن شروط المسألة المجتهد فيها: أن تكون من المسائل النازلة بالمسلمين، أما المسائل غير الواقعة بهم فقد يكره الاجتهاد فيها أو يحرم، ولا يجب النظر في تلك المسائل التي تخص الكفار وحدهم كمسألة بنوك المني<sup>9</sup>.

والنازلة كأبي أمر يحتاج لحكم فقهي، وليس هناك أمر من الأمور إلا والله تعالى فيه حكم علمه من وفق إليه، وجهله من جهله.

فقد أنزل الله شريعة الإسلام حاكمة على الناس حتى تقوم الساعة، فكل واقعة تستجد أو حادثة تظهر فلا بد من حكم الله عز وجل<sup>10</sup>.

### 1. 2. 2. خطوات دراسة النازلة.

ذكر العلماء لدارس النازلة خطوات ينبغي للإمام والإحاطة بها، وهي كالآتي:

- التجرد والإخلاص لله في ذلك؛ عن طريق الإلحاح بالدعاء وطلب الفتح من الله أن يلهمه رشده وصوابه وتوفيقه إلى السداد وإصابة الحق في هذا الأمر، قال ابن القيم في إعلام الموقعين: "الفائدة العاشرة: ينبغي للمفتي الموفق إذا نزلت به المسألة أن ينبعث من قلبه الافتقار الحقيقي الحالي؛ لا العلمي المجرد إلى ملهم الصواب ومعلم الخير وهادي القلوب أن يلهمه الصواب ويفتح له طريق السداد ويدله على حكمه الذي شرعه لعباده في هذه المسألة، فمتى قرع هذا الباب فقد قرع باب التوفيق، وما أجدر من أمل فضل ربه أن لا يحرمه إياه"<sup>11</sup>، وقال في موضع آخر: "الفائدة الحادية والستون: حقيق بالمفتي أن يكثر الدعاء بالحديث الصحيح: اللهم رب جبرائيل وميكائيل وإسرافيل فاطر السموات والأرض

عالم الغيب والشهادة، أنت تحكم بين عبادك فيما كانوا فيه يختلفون، اهدني لما اختلف فيه من الحق بإذنك، إنك تهدي من تشاء إلى صراط مستقيم<sup>12</sup>.

- فقه حقيقة المسألة؛ وذلك بتصورها تصورا واضحا ودقيقا يدور على الإحاطة بها من جميع الجوانب، لأن الحكم على الشيء فرع عن تصوره؛ وأكثر أغلاط المفتين إنما هو من جهة التصور.

ويتم تحقق ذلك بأمر ثلاثة:

أ- جمع المعلومات المتعلقة بموضوع المسألة، فيعرف حقيقتها وأقسامها ونشأتها والظروف التي أحاطت بها وأسباب ظهورها وغير ذلك.

ب- الاتصال بأهل الاختصاص في موضوع المسألة.

ج- تحليل القضية المركبة إلى عناصرها الأساسية<sup>13</sup>.

- تكييف المسألة تكييفاً فقهياً؛ بالبحث مثلا عن المسألة الأكثر شبهاً بنازلته في اجتهادات أئمة المذاهب الفقهية كنازلة عقد التأمين؛ فقد حاول الفقهاء المعاصرون تكييفها، وكثير اجتهادهم وتشعب نظرهم فيها داخل أروقة المجاميع الفقهية، من كونها قرض كفالة من المصدر لحاملها، أو وكالة عنه في أداء التزاماته قبل الغير أو كفالة له قبل الآخرين<sup>14</sup>؛ وهذا التكييف يفيد في تحديد مسار البحث بتعيين مصادره المعينة في معرفة الحكم، كما أنه يضيق دائرة البحث في المصادر والمراجع الواسعة؛ وهو نوعان: بسيط وهو ما سهل فيه إدراج النازلة تحت أصل فقهي واضح، ومركب وهو ما أشكل فيه رد النازلة إلى أصل فقهي، بل تجاذبها أكثر من أصل كما في عقود الصيانة، إذ هي مترددة بين الإجارة والجعالة والضمان وغير ذلك<sup>15</sup>.

أن يراعي عند إجراء تلك العمليات النظرات التالية<sup>16</sup>:

أ. عدم مصادمة النصوص الشرعية.

ب. ألا يعارض القول المخرج قول الإمام.

ج. اعتبار مقاصد الشريعة الإسلامية.

د. اعتبار أن درء المفسد مقدم على جلب المصالح عند التعارض.

هـ. اعتبار موافقة القواعد الشرعية الكبرى.

و. تقدير حالات الاضطرار وعموم البلوى .

- إذا لم يتوصل المجتهد إلى حكم شرعي في المسألة توقف فيها<sup>17</sup>.

## 2. تعريف الملكية وأنواعها.

وفي هذا المبحث سنتناول باختصار مفهوم الملكية عند الفقهاء مع بيان أنواعها

باعتبارات مختلفة، وذلك في مطلبين:

### 2. 1. تعريف الملكية.

#### 2. 1. 1. في اللغة.

مأخوذة من الفعل ملك، وملك الشيء ملكاً: حازه وانفرد بالتصرف فيه<sup>18</sup>. والملكية:

هي الملك، وهو مصدر يذكر ويؤنث<sup>19</sup>.

### 2. 1. 2. الملكية في الاصطلاح.

لقد اختلفت عبارات الفقهاء القدامى في تعريفهم للملكية، ولكنها تتفق في مدلولها

ومضمونها، لذلك ارتأيت الاقتصار على أحد تعريفاتهم - وهو تعريف القرافي -، إلا

أنني سأردف عليه بعض تعريفات المعاصرين لأنهم أعطوها مدلولاً أبعد من الأوليين.

عرف شهاب الدين القرافي الملك بأنه: "حكم شرعي مقدر في العين، أو المنفعة،

يقتضي تمكن من يضاف إليه من انتفاعه بالمملوك والعوض من حيث هو كذلك"<sup>20</sup>.

فقوله حكم شرعي مقدر يريد أنه صفة معنوية، تبيح لموصوفها التمكن من الانتفاع

بالعين أو المنفعة.

والآن؛ إليك بعض تعريفات المعاصرين كالاتي:

عرفه البعلي بأنه "الاختصاص الحاجز"<sup>21</sup>، أي الاختصاص المانع لغيره من الانتفاع به أو التصرف فيه إلا عن طريقه وبسببه بالتوكيل أو النيابة، وهو بهذا التعريف أدخل في الملك جميع ما يمتلكه الشخص من حقوق أو ملكيات.

وذكر أيضاً الأستاذ إبراهيم نور أن الملكية هي عبارة عن ارتباط شرعي بين الإنسان والمال، يعطي هذا الارتباط المالك جميع الحقوق المقررة سواء كانت تصرفات أو استعمالاً أو استغلالاً، فله أن يبيع ما يملكه أو يهبه، وله أن يستعمله بنفسه ويمنح غيره سلطة استغلاله؛ ما لم يعرض لهذه السلطة ما ينقصها أو يضعفها: كإعدام الأهلية أو نقصانها<sup>22</sup>.

## 2. 2. أنواع الملكية.

ينقسم الملك إلى أقسام عديدة باعتبارات بمختلفة<sup>23</sup>:

### 2. 2. 1. باعتبار نوع المعقود عليه.

وهو بهذا الاعتبار ينقسم إلى:

أ. ملك عين: ويتم عن طريق عقد البيع أو الهبة أو الميراث ونحو ذلك.

ب. ملك منفعة: ويكون غالباً عن طريق عقد الإجارة.

### 2. 2. 2. بحسب نسبة التملك.

فإنه ينقسم إلى ملك تام وملك ناقص:

1. الملكية التامة: وهو ملك ذات الشيء ومنفعته معاً، فتثبت لمالكة جميع الحقوق والآثار الشرعية.

2. الملكية الناقصة: هو ملك العين فقط كأن يوصي شخصاً لآخر بسكنى داره مدة حياته، فإذا مات الموصي قبل الموصى له كانت عين الدار ملكاً للورثة، أما الانتفاع بها، فهو من حق الموصى له؛ أو ملك المنفعة دون العين، وهو خمسة أنواع أسباب، وهي الإعارة، والإجارة، والوقف، والوصية، والإباحة.



3. تعريف الملكية الجزئية وذكر خصائصها مع الإشارة إلى نبذة تاريخية عن نشأته. وتتحصر المادة العلمية لهذا المبحث - كما هو ظاهر من عنوانه - في تحديد ماهية الملكية الجزئية، فالتعريغ على خصائصها، ثم ذكر نذ تاريخية عن كيفية ظهوره ونشأته، وذلك في المطالب الآتية:

### 3. 1. تعريف الملكية الجزئية والفرق بينها وبين التام شير.

#### 3. 1. 1. تعريف الملكية الجزئية.

من خلال تصفحي لمواقع الأنترنت التي تناولت هذا العقد لم أجد من وضع تعريف له، لكنني تمكنت من أخذ انطباع عام تولد عنه تحديد ماهية هذا العقد، وإليك بيانه: الملكية الجزئية هي أن تقوم مؤسسة استثمارية ببيع أحد عقاراتها - خاصة السياحية منها - ذوي القيمة العالية لمستثمرين أو أكثر، فتقوم بتقسيم الملكية مناصفة في الاستخدام، وأيضا في العوائد الإيجارية وثمان البيع النهائي، على أن تكون إدارة العقار بيد المؤسسة يدفعه تكاليفها المستثمر سنويا.

فهذا الأسلوب من العقود - كما هو ظاهر - يعطي فرصة ملكية شريحة من عقار فاخر يفوق بكثير إمكانيات المستثمر لو أنه تطلع لأسلوب الملكية الكاملة المعهود<sup>24</sup>. مثال عن ذلك:

شركة تملك فيلا فاخرة يبلغ ثمنها نصف مليون دولار فقط، لكنها موزعة على خمسة مستثمرين اختارتهم الشركة من بين زبائنها لأن رغباتهم في الشراء وفي حجم رأس المال المتوافر لهم متماثلة إلى درجة كبيرة، ودفع كل مستثمر نسبة 20 في المائة من الخمسة مائة ألف دولار، وبالمقابل يمتلك أحد أخماس الفيلا، أو نسبة 20 في المائة منها، تتيح له استخدامها الشخصي أو تأجيرها لمدة عشرة أسابيع كل عام.

فهذا الأسلوب يناسب المستثمر المرتبط بأعمال وظيفية أو استثمارية لا تتيح له وقتا طويلا لقضائه في عقاره السياحي؛ لكن على المشتري في كل الأحوال أن يتأكد أن

الشركة البائعة تملك الأرض التي يقام عليها المشروع، وأن الملكية تشمل أيضا الأرض. وهو ينصح بضرورة الاستشارة القانونية في كل الأحوال.

### 3. 1. 2. الفرق بين التايم شير والملكية الجزئية.

من خلال بيان ماهية الملكية الجزئية مع ذكر أهم خصائصها يظهر الفرق بين التايم شير في كون المشتري شريكا في رأس المال وفي ملكية العقار، وليس فقط مستخدما للعقار خلال فترة محدودة كل عام مثلما الحال في التايم شير، فهو يستفيد من نمو أسعار العقار عندما يحين وقت البيع.

### 3. 2. خصائص عقد الملكية الجزئية مع الإشارة إلى نبذة تاريخية عن نشأته.

#### 3. 2. 1. خصائص عقد الملكية الجزئية.

لهذا النوع من العقود خصائص عديدة؛ أهمها<sup>25</sup>:

- المستفيد يتمتع بملكية العقار من حيث زيادة القيمة، وربما من دخل الإيجار أيضا.
- كما يتجنب متاعب ومسؤوليات الملكية الكاملة.
- لا يضطر المستثمر إلى التعرف على بقية المساهمين في العقار او حتى اللقاء بهم، لأن إدارة الشركة العقارية تأخذ على عاتقها كافة الترتيبات المتعلقة بحاجات المساهمين، كل على حدة.
- ولا تربط الملكية الجزئية المساهمين فيها بموعد بيع محدد أو بقرارات استثمارية غير مناسبة لهم؛ فمن يريد من الشركاء بيع حصته يستطيع ذلك بسهولة عبر إدارة الشركة التي توفر مستثمرين آخرين يشترون الحصص المعروضة بسعر السوق.
- تحصل شركات الإدارة على نسبة تتراوح بين 3.5 الى 4.2 في المائة من قيمة العقار سنويا، ويمكن الغاء حصة من هذه الرسوم بتقديم العقار للإيجار لفترة من الأسابيع العشرة التي تدخل ضمن الملكية.

### 3. 2. 2. تاريخ ظهور هذا النوع من العقود.

وسنعرض أهم المحطات التاريخية لهذا العقد أو ما يشابهه<sup>26</sup>:

بدأ هذا الأسلوب في الظهور في ولاية فلوريدا الأميركية منذ 30 عاما على أساس ملكية العقار بحد أدنى نسبته واحد على اثني عشر جزءا من العقار، يتيح للمالك الجزئي فترة أربعة أسابيع، وكان المعهود أن يقسم العقار بين أربعة ملاك يتشاركون في وقت المنفعة من العقار، وأيضا في التكاليف والصيانة، والاختلاف الجوهرى عن "المشاركة بالوقت" هو أن كل مستثمر يتلقى حصة من تعاقد الملكية بحيث يشارك في الأرباح أو الخسائر عند إعادة بيع العقار؛ أما أسلوب المشاركة في الوقت فهو يتيح فترة منفعة قد لا تزيد على أسبوع أو أسبوعين سنويا ومن دون أي حقوق ملكية في العقار نفسه؛ وقد اكتسب هذا الأسلوب سمعة سيئة لأسباب مختلفة أهمها النصب والاحتيال فضلا عن أسلوب البيع الذي يعتمد إلى الضغط على المشتريين أثناء العطلات، وكانت أسوأ حالات هذا الأسلوب في إسبانيا في الثمانينات. وبينما بقيت مرارة أسلوب المشاركة بالوقت في وعي الكثير من المستثمرين بحيث لا يمكن لهذا الأسلوب أن ينجح مرة أخرى.

ثم عاود أسلوب الملكية الجزئية الظهور في السنوات الأخيرة في ثوبه الجديد خاصة السواحل الأميركية وجزر البحر الكاريبي وكندا وجنوب أوروبا وبعض منتجات الجليد الأوروبية والأميركية، إلى درجة أنه أصبح صناعة قوامها عشرات الملايين من الدولارات، خصوصا في الولايات المتحدة. وهو ينتقل الآن تدريجيا إلى أوروبا عبر بريطانيا ويغري العديد من المستثمرين لتجربته.

إلا أنه لا تزال هناك الكثير من الإشكالات تحوم حول أسلوب الملكية الجزئية، لأن البيع بهذا الأسلوب يعني أن شركات العقار المطورة فشلت في العثور على مستثمر واحد لشراء العقار الجديد كاملا، فلجأت لأسلوب الملكية الجزئية. وهو قد يعني عدم وجود هيكلية إدارية للإشراف على هذا النوع من الملكية الذي يتطلب إدارة دائمة طوال العام.

كما أن بعض هذه العقارات يقع في مناطق يختلف فيها الطقس كثيرا بين فصول العام، مما يجعل منفعتها مختلفة بين مستثمر وآخر، ولعل هذا ما يبرر فشل هذا الأسلوب تماما في بريطانيا لأن الصيف المعتدل فيها يتحول إلى شتاء قارس البرد وممطر، مما يجعل المنفعة المتوقعة من مناطق ساحلية أو سياحية محدودة للغاية خلال الشتاء.

#### 4. التكيف الفقهي لعقد ملكية الجزئية وحكمه الشرعي.

بعدها تناولنا تعريف عقد الملكية مع بيان خصائصه سنحاول في هذا المبحث تكيف هذا العقد فقها بغية الكشف عن حكمه الشرعي؛ وبناء على ذلك سيتم تقسيم المادة العلمية لهذا المبحث إلى مطلبين.

#### 4. 1. التكيف الفقهي.

إن التكيف الفقهي العام لهذا العقد من الناحية الشرعية يتم عن طريق بيان العقود التي تكون عقد الملكية الجزئية، وبيان ذلك يكون على النحو كالاتي:

أولاً: هي بيع؛ من جهة أن المشترك يملك العين والمنفعة، والحال أن السلعة قائمة مملوكة للبايع، ويمكن معاينتها بلا جهالة ولا غرر، أو يمكن وصفها وصفا يدفع الجهالة. ثانياً: عقد استصناع في حال عدم وجود السلعة أو كانت قيد البناء أو الإنشاء.

ولذلك يشترط فيه ما يشترط فيه كتحديد مواصفات الشيء المطلوب وصفا يمنع التنازع والخصام عند التسليم؛ واشترط أبو حنيفة - رحمه الله - كذلك عدم ذكر الأجل عند العقد، فإن ذكر أجل انقلب إلى عقد سلم تراعى فيه شروط السلم وأحكامه؛ لكن الذي قرره مجمع الفقه الإسلامي - وهو مسلك الجمهور أيضا - ويتمشى مع المعاملات المعاصرة هو أنه يجوز ذكر الأجل، بل يجب حسماً للنزاع، على أن الأجل الذي يجوز ضربه هو ما يحتاج إليه لإتمام العمل وليس أكثر من ذلك، ولا يشترط في صحة هذا العقد تعجيل الثمن بل يجوز تأخيره كله أو بعضه، لأنه ليس سلماً، كما لا يشترط أن يكون ما يأتي به العامل من صنعه هو إلا إذا اشترط المستصنع ذلك<sup>27</sup>.

ثالثاً: إجارة؛ وذلك من جهة أن الإدارة تتكفل بأعمال الصيانة والإصلاح. ولذلك يشترط لصحتها أيضاً أن تكون من جائز التصرف، ويتم فيها تحديد العمل والمنفعة، وكذلك أن تكون الأجرة معلومة ومحددة بحيث لا يلحقها غرر ولا جهالة<sup>28</sup>.  
رابعاً: سمسرة في حالة رغبة أحد المشترك أو بعضهم أو جميعهم في بيع حصصهم.

وعقد السمسرة له شروط عديدة؛ ومن هذه الشروط أن يكون أجر السمسار معلوماً له ولمن سيدفعه له، لأن السمسرة حقيقتها جعلية على القيام بعمل، وهذا يستلزم إيجاباً وقبولاً من المجاعل والمجاعل له، وعليه فلا بد أن يبين السمسار للمشتري السعر الذي طلبه مالك الأرض، وأن يبين للمالك ما يدفعه المشتري، وأن يبين أجرته لمن سيدفعها له<sup>29</sup>.  
خامساً: قسمة العقار بين المستثمرين يدخل تحت المهايأة.

لأن القسمة تنقسم ثلاثة أقسام: قرعة ومرأضة ومهايأة، فأما القرعة فهي فعل ما يعين حظ كل شريك مما بينهم مما يتمتع علمه حين فعله، والمرأضة هي أخذ كل واحد من الشريكين بعض ما بينهم بتراض ملكا، والمهايأة تعني قسمة المنافع، وهي قسمة مؤقتة تقتصر على تنظيم الانتفاع بالمال الشائع بين الشركاء<sup>30</sup>.

سادساً: كذلك نمط الاستفادة من العقار من المستثمرين أشبه ما يكون بشركة مفاوضة؛ إلا أن التفاوض فيها تتكفل به الإدارة التي أسند إليها هذا العمل.  
فكما هو معلوم فإن الشركة تنقسم إلى قسمين: شركة مفاوضة وشركة عنان.  
وشركة المفاوضة في الاصطلاح:

عند الأحناف: أن يتعاقد اثنان فأكثر على أن يشتركا في عمل، بشرط أن يكونا متساويين في رأس مالهما وتصرفهما ودينهما<sup>31</sup>.  
وعند المالكية: أن يُفوض كل واحد من الشريكين إلى صاحبه التصرف في ماله مع غيبته وحضوره في جميع أنواع الممتلكات<sup>32</sup>.

وعند الشافعية: بأن يعقدا الشركة على أن يشتركا فيما يكسبان بالمال والبدن، وأن يضمن كل واحد منهما ما يجب على الآخر بغصب أو بيع أو ضمان<sup>33</sup>.  
وعند الحنابلة: بأن يُفوّضَ كلُّ إلى صاحبه شراءً وبيعاً في الذمّة مضاربة وتوكيلاً ومسافرة بالمال وارتهاناً<sup>34</sup>.

سابعاً: الشرط الجزائي في حال فسخ العقد عند عدم دفع الثمن أو الأقساط، فبعض المؤسسات يشترط عند التأخر في أداء الثمن غرامات مالية أو يرهن العقار إلى حين السداد، وبعضها يفسخ العقد مباشرة، لكن -كما يظهر- ينبغي للمالك أن يتريث قليلاً ليتترك فرصة للمشتري.

#### 4. 2. الحكم الشرعي لعقد الملكية الجزئية.

إذا توفرت في هذا العقد جميع الشروط السابقة وسلم من المحاذير الشرعية فهو جائز والله أعلم، وسنحاول أن نستشف ذلك في هذا المطلب.  
أولاً: البيع، الظاهر توفر جميع شروط البيع في هذا العقد لذا فهو يوصف بالصحة من هذه الناحية.

ثانياً: الاستصناع؛ بحيث كان العقار قيد البناء أو الإنشاء.

ثالثاً: الإجارة.

وقد أشرنا إلى أن تكاليف الصيانة ترجع للإدارة الموكلة إليها والمسند إليها هذا العمل، لكن تحديد الأجرة بنسبة معينة فهذا مما نهى عنه الشارع؛ فقد ثبت نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن استئجار الأجير حتى يبين له أجره<sup>35</sup>. لذلك فإن جعل نسبة من دخل المستثمرين يؤدي إلى جهالة الأجرة، لأنها تختلف من شهر لآخر، وجهالة الأجرة في الإجارة مفسدة للعقد كما ذكرنا، ويكون للأجير في هذه الحالة أجر المثل.

رابعاً: السمسرة.

على مذهب الجمهور أنّ الأجرة بالنسبة لا تجوز، ولو وقعت استحق السمسار أجرة المثل، لأن ذلك يفضي إلى الغرر المنهي عنه حديث أبي هريرة رضي الله عنه قال: "تهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الحصة وعن بيع الغرر"<sup>36</sup>.  
وخالف في ذلك الحنابلة وبعض المالكية، فأجازوا تحديد الأجرة عن طريق النسبة<sup>37</sup>.

وبناء على ذلك فإن تصرف الإدارة في عقد الملكية الجزئية يتخرج على الخلاف السابق بين الجمهور والحنابلة.

خامساً: المهايأة.

وهي اختصاص كل شريك عن شريكه في شيء متحد أو متعدد بمنفعة في زمن - كما مر سابقاً-؛ فتعيين الزمن شرط: إذ به يعرف قدر الانتفاع، وإلا فسدت اتفاقاً في المتحد، وعلى طريقة ابن عرفة في المتعدد، ويظهر من كلام بعضهم ترجيحها؛ وطريقة ابن الحاجب وابن عبد السلام: أنه لا يشترط تعيينه في المتعدد، وعليها فإن عين فلازمة.  
سادساً: شركة المفاوضة مما اختلفت أنظار العلماء فيها.

فذهب الشافعي - رحمه الله - إلى بطلان هذا العقد، واستدل لهذا الحكم بأن اسم الشركة إنما يُطلق على اختلاط الأموال، فإن الأرباح فروغ، ولا يجوز أن تشترك الفروع إلا في اشتراك أصولها، أما إذا اشترط كل واحد منهما ربحاً لصاحبه من ملك نفسه، فهو من الغرر ومما لا يجوز<sup>38</sup>.

وذهب مالك وأبو حنيفة وأحمد إلى جواز وصحة مثل هذا النوع من الشركات، واستدلوا لذلك بأن شركة المفاوضة تجمع أنواع الشركات، فإذا جازت كل واحدة منها منفردة، فتجوز مع اجتماعها، وبأن الناس قد تعاملوا بها من عصور بدون نكير<sup>39</sup>.

## الخاتمة:

وهذه أهم النتائج المتوصل إليها باختصار:

أولاً: الملكية الجزئية هي أن تقوم مؤسسة استثمارية ببيع أحد عقاراتها - خاصة السياحية منها - ذوي القيمة العالية لمستثمرين أو أكثر، فتقوم بتقسيم الملكية مناصفة في الاستخدام، وأيضاً في العوائد الإيجارية وثمان البيع النهائي، على أن تكون إدارة العقار بيد المؤسسة يدفعه تكاليفها المستثمر سنوياً.

ثانياً: إن عقد الملكية الجزئية يعتبر نمطاً وأسلوباً وسيطاً بين التام شير والملكية المطلقة.

ثالثاً: هذا الأسلوب يناسب المستثمر المرتبط بأعمال وظيفية أو استثمارية لا يتيح له وقتاً طويلاً لقضائه في عقاره السياحي؛ لكن على المشتري في كل الأحوال أن يتأكد أن الشركة البائعة تملك الأرض التي يقام عليها المشروع، وأن الملكية تشمل أيضاً الأرض. وهو ينصح بضرورة الاستشارة القانونية في كل الأحوال.

رابعاً: من مساوئ الملكية الجزئية أنها تربط المستثمر بعقار واحد وبفترات محدودة سنوياً وبتكاليف إدارة عالية هو في غنى عنها، لو ذهب إلى فندق فاخر مختلف كل عام لقضاء وقت ممتع بلا متاعب ملكية، سواء كانت جزئية أو كلية.

خامساً: إن نظام الملكية الجزئية لو تم فيه تقرير جميع الشروط وانتفاء الموانع الشرعية - على ما مر تفصيله - فإنها تكون جائزة شرعاً، لأن العبرة بتصرفات الشركة المتعاقد معها ونوعها، وكذلك تصرفات المستثمرين.

وصلى الله وسلم على نبينا وسيدنا محمد صلى الله عليه وعلى آله وصحبه وسلم

تسليماً كثيراً.



## الهوامش والإحالات:

- <sup>1</sup> لسان العرب لابن منظور، ج11ص656.
- <sup>2</sup> فقه النوازل للجيزاني، ص24.
- <sup>3</sup> المرجع نفسه، ص28.
- <sup>4</sup> تاج العروس للزبيدي، ج9ص402.
- <sup>5</sup> معجم مقاييس اللغة، ج21ص442.
- <sup>6</sup> الفائق للزمخشري، ج3ص143.
- <sup>7</sup> جمع الجوامع لابن السبكي بشرح المحلي مع حاشية البناي، ج1ص32-33.
- <sup>8</sup> المجموع شرح المهذب للنووي، ج1ص27-45.
- <sup>9</sup> فقه النوازل للجيزاني، ص34.
- <sup>10</sup> الحكم الشرعي ليوستف قاسم، ص199.
- <sup>11</sup> إعلام الموقعين لابن القيم، ج6ص67.
- <sup>12</sup> المصدر نفسه، ج4ص257.
- <sup>13</sup> فقه النوازل للجيزاني، ص39-40.
- <sup>14</sup> فقه النوازل، أعد من طرف لجنة إعداد المناهج، ص12.
- <sup>15</sup> منهج استخراج الأحكام الفقهية للنوازل المعاصرة للقحطاني، ج1ص254.
- <sup>16</sup> فقه النوازل للجيزاني، ص55.
- <sup>17</sup> المصدر نفسه، ص58.
- <sup>18</sup> القاموس المحيط للفيروز أبادي، ج4ص264؛ لسان العرب لابن منظور، ج10ص492؛ مختار الصحاح للرازي، ص633.
- <sup>19</sup> المعجم الوسيط، لمجمع اللغة العربية، ج2ص921.
- <sup>20</sup> الفروق للقرافي، ج3ص208.
- <sup>21</sup> الملكية وضوابطها في الإسلام للبعلي، ص25.
- <sup>22</sup> النظام المالي والاقتصادي في الإسلام لسعد بن حميدان اللحياني، ص76؛ المدخل الفقهي العام للزرقا، ج1. ص259.
- <sup>23</sup> الملكية في الشريعة الإسلامية مع المقارنة بالشرائع الوضعية لعلي الخفيف، ص51 وما بعدها.
- <sup>24</sup> صحيفة الشرق الأوسط، العدد: 11533، الصادرة يوم السبت 13 رجب 1431 هـ الموافق ل 26 يونيو 2010.
- <sup>25</sup> المرجع نفسه.
- <sup>26</sup> المرجع نفسه.
- <sup>27</sup> ينظر: بدائع الصنائع للكاساني، ج5ص3؛ فتح القدير للسيواسي، ج7ص114.

- <sup>28</sup> بدائع الصنائع للكاساني، ج 4 ص 173؛ بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد، ج 2 ص 178؛ حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج 2 ص 4؛ كتاب الأم للشافعي، ج 4 ص 26؛ الفروع لابن مفلح، ج 6 ص 57؛ المغني لابن قدامة، ج 6 ص 2.
- <sup>29</sup> المدونة، ج 3 ص 466؛ حاشية الدسوقي، ج 3 ص 129؛ المغني لابن قدامة، ج 8 ص 42؛ مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى للرحبياني، ج 3 ص 132.
- <sup>30</sup> حاشية ابن عابدين، ج 9 ص 390؛ الهداية شرح البداية للمرغيناني، ج 3 ص 335؛ حاشية الصاوي على الشرح الصغير، ج 3 ص 660؛ حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني، ج 2 ص 366.
- <sup>31</sup> البناية شرح الهداية لأبي محمد العيني، ج 6 ص 827.
- <sup>32</sup> بداية المجتهد، ج 2 ص 254.
- <sup>33</sup> المذهب في فقه الإمام الشافعي للشيرازي، ج 1 ص 346.
- <sup>34</sup> منار السبيل، ج 1 ص 406.
- <sup>35</sup> رواه أحمد في مسنده.
- <sup>36</sup> أخرجه مسلم في صحيحه، ك: البيوع، ر: 1013.
- <sup>37</sup> البهجة للتسولي، ج 2 ص 299؛ المغني لابن قدامة، ج 5 ص 466.
- <sup>38</sup> المذهب، ج 1 ص 346، بداية المجتهد، ج 2 ص 254.
- <sup>39</sup> المغني، ج 5 ص 29.

### المصادر والمراجع:

- ابن رشد، محمد بن أحمد (1975). بداية المجتهد ونهاية المقتصد (ط4). القاهرة: مصطفى بابي الحلبي.
- الكاساني، أبو بكر بن مسعود (1982). بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، للكاساني (دط). بيروت: دار الكتاب العربي.
- العيني، محمود بن أحمد (2000). البناية شرح الهداية (ط1). بيروت: دار الكتب العلمية.
- التسولي، علي بن عبد السلام (1998). البهجة شرح التحفة (ط1)، ت: محمد عبد القادر شاهين. بيروت: دار الكتب العلمية.
- ابن عابدين، محمد أمين بن عمر (1992). رد المحتار على الدر المختار (ط2). بيروت: دار الفكر.
- الدسوقي، محمد بن أحمد (دت). حاشية على الشرح الكبير (دط). بيروت: دار الفكر.
- الشافعي، محمد بن إدريس (1990). الأم (دط). بيروت: دار المعرفة.
- الصاوي، أحمد بن محمد (دت). حاشية على الشرح الصغير (دط)، بيروت: دار المعارف.
- العدوي، علي بن خلف (1994). حاشية على شرح كفاية الطالب الرباني (دط)، ت: محمد البقاعي. بيروت: دار الفكر.

صحيفة الشرق الأوسط، العدد: 11533، الصادرة يوم السبت 13 رجب 1431 هـ الموافق ل 26 يونيو 2010.

ابن الهمام، محمد بن عبد الواحد (دت). فتح القدير (دط). بيروت: دار الفكر.  
ابن مفلح، أبو عبد الله محمد (2003). كتاب الفروع (ط1)، ت: عبد الله بن عبد المحسن التركي،  
بيروت: مؤسسة الرسالة.

القرافي، أحمد بن إدريس (1998). كتاب الفروق (دط)، ت: خليل منصور، بيروت: دار الكتب العلمية.  
الفيروز أبادي، محمد بن يعقوب (2005)، القاموس المحيط للفيروز أبادي (ط8)، ت: محمد نعيم  
العرقسوسي، بيروت: مؤسسة الرسالة.

ابن منظور، محمد بن مكرم (دت)، لسان العرب (دط)، بيروت: دار صادر.  
الرازي، محمد بن أبي بكر (1995)، مختار الصحاح (دط)، بيروت: مكتبة لبنان.  
الزرقا، مصطفى أحمد (1998)، المدخل الفقهي العام (ط1)، دمشق: دار القلم.  
سحنون، عبد السلام بن سعيد (دت)، المدونة (دط)، بيروت: دار صادر.  
الرحباني، كصطفى بن سعد (1994). مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى (ط2). بيروت:  
المكتب الإسلامي.

مجمع اللغة العربية (دت). المعجم الوسيط (دط)، القاهرة: دار الدعوة.  
ابن قدامة، عبد الله بن أحمد (1968). كتاب المغني (دط)، القاهرة: مكتبة القاهرة.  
الخفيف، علي محمد (1996). الملكية في الشريعة الإسلامية مع المقارنة بالشرائع الوضعية (دط)،  
القاهرة: دار الفكر العربي.

البعلي، عبد الحميد محمود (دت). الملكية وضوابطها في الإسلام (دط)، القاهرة: مكتبة وهبة.  
ابن ضويان، إبراهيم بن محمد (1989)، منار السبيل في شرح الدليل (ط7)، ت: زهير شاوش. بيروت  
المكتب الإسلامي.

الشيرازي، إبراهيم بن علي (دت). المذهب في فقه الإمام الشافعي، ت: محمد الزحيلي (دط)، دمشق: دار  
القلم.

اللحياني، سعد بن حميدان (2007). النظام المالي والاقتصادي في الإسلام (ط1). مكة المكرمة: جامعة  
أم القرى.

المرغيناني، علي بن أبي بكر (دت). الهداية شرح البداية (دط). بيروت: المكتبة الإسلامية.