



# مَجَلَّةُ مَحْجُوثِ الشَّرْعِيَّةِ

دورية علمية محكمة



تصدرها كلية العلوم الشرعية  
بسلطنة عمان

العدد الخامس

جمادى الآخرة ١٤٤٧هـ / نوفمبر ٢٠٢٥م

الرقم الدولي (ISSN)

print: 2790-024X

Online: 2790-0258

مَجَلَّةُ مَحْجُوثِ الشَّرْعِيَّةِ

دورية علمية محكمة

جميع الحقوق محفوظة  
لكلية العلوم الشرعية



# مَجَلَّةُ مَحْجُوثِ الشَّرْعِيَّةِ

دورية علمية محكمة

تصدرها كلية العلوم الشرعية  
بسلطنة عمان

العدد الخامس

جمادى الآخرة ١٤٤٧هـ / نوفمبر ٢٠٢٥م

الرقم الدولي (ISSN)

print: 2790-024X

Online: 2790-0258

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

## فهرس البحوث

الصفحة	الموضوع
١٣	افتتاحية العدد
١٦	التكييف الفقهي لعقد بيع الوحدات العقارية قبل بدء المشروع أو في أثناء تنفيذه سالم بن سليمان بن عبد الله المفرجي، أ.د. محمد حفيظ
٥٤	أحكام الإمام الذهبي في «الكاشف» في رواية الكتب الستة الذين انفرد ابن حبان بتوثيقهم في «الثقات» روحي يوسف، د. إسلام طرازة
٨٩	دور الزكاة في التنمية الاقتصادية: علاج مشكلة التضخم النقدي أنموذجاً سارة أحمد الصادق البشير
١١٧	مفهوم الوصية بين قانون الأحوال الشخصية العماني وقانون المعاملات المدنية العماني «دراسة نقدية» د. سيف بن ناصر المعمرى، د. عبدالرحمن بن محمد الخروصي
١٤١	التفسير الشفوي عند الإباضية د. خالد سعيد يوسف نفوشيت
١٦٨	مختصرات الفقه المالكي «رصد لمآلات التوظيف في ضوء مقاصد التصنيف» د. أحمد القضاوي

## التعريف بمجلة بحوث الشريعة

### ◀ جهة الإصدار:

تصدر المجلة عن كلية العلوم الشرعية، وتخضع للأنظمة المعمول بها في السلطنة، وبالأخص قانون المطبوعات والنشر الصادر بالمرسوم السلطاني (٨٤ / ٤٩) وتعديلاته ولائحته التنفيذية، وكذلك قانون حقوق المؤلف والحقوق المجاورة الصادر بالمرسوم السلطاني (٢٠٠٨ / ٦٥).

### ◀ أهداف المجلة:

- ♦ نشر البحوث العلمية المحكمة في مجالات العلوم الشرعية والدراسات الإسلامية.
- ♦ إبراز جهود الباحثين من خلال نشر إنتاجهم العلمي وإتاحته للمختصين.
- ♦ تشجيع الباحثين في تخصصات العلوم الشرعية والإسلامية على إجراء البحوث ونشرها.
- ♦ الإسهام في تطوير حركة البحث العلمي في تخصصات الشريعة والدراسات الإسلامية.
- ♦ الإسهام في نشر المعرفة في مجالات علوم الشريعة الإسلامية ولا سيما المتعلقة بعمان.

### ◀ مجالات النشر:

تنشر المجلة البحوث والدراسات في مجالات العلوم الشرعية والدراسات الإسلامية وما يتعلق بها، وتشمل: الشريعة والقانون - الدراسات الإسلامية - الاقتصاد الإسلامي - الثقافة الإسلامية.

### ◀ هيئة التحرير:

#### ■ رئيس هيئة التحرير

د. راشد بن علي الحارثي

عميد كلية العلوم الشرعية

#### ■ مدير التحرير

د. سعاد بنت سعيد الدغيشية

مديرة مركز البحث العلمي

## ■ الأعضاء

د. طالب بن علي بن سالم السعدي	قسم الفقه وأصوله
د. أحمد حسين جودة	قسم أصول الدين
د. أحمد الصادق البشير الشايب	قسم الفقه وأصوله
د. سلطان بن منصور الحبسي	قسم الفقه وأصوله
د. خالد سعيد تفوشيت	قسم أصول الدين
د. مهدي دهيم	قسم أصول الدين
الفاضل / أشرف بن محمد النعماني	قسم المتطلبات العامة
الفاضل / أحمد بن إسحاق البوسعيدي	مركز البحث العلمي

## ■ منسق التحرير

الفاضل / أحمد بن إسحاق البوسعيدي

## ■ التصميم والتنسيق

إبراهيم بن خليفة الربيعي

## ■ الهيئة الاستشارية

أ. د. سليمان بن علي بن عامر الشعلي	جامعة السلطان قابوس - سلطنة عمان.
أ. د. داود بورقية	جامعة عمار ثليجي بالأغواط - الجزائر.
أ. د. عمر محمد عبد المنعم الفرماوي	جامعة الأزهر - مصر.
أ. د. إبراهيم نورين إبراهيم محمد	مركز أبحاث الرعاية والتحسين الفكري
	مجمع الفقه الإسلامي - السودان.
أ. د. مصطفى باجو	جامعة غرداية - الجزائر.
أ. د. أرطغرل بوينو كالن	جامعة مرمره - تركيا
أ. د. عبد الحميد عشاق	دار الحديث الحسنية - المغرب.
أ. د. كمال توفيق حطاب	جامعة الكويت - الكويت.

## قواعد النشر

مجلة بحوث الشريعة، مجلة علمية محكمة متخصصة، تصدر عن كلية العلوم الشرعية بسلطنة عمان، تعنى بنشر الدراسات والبحوث العلمية الأصيلة، التي تتوفر فيها مقومات البحث العلمي من حيث أصالة الفكر، ووضوح المنهجية، ودقة التوثيق، في مجالات العلوم الشرعية والدراسات الإسلامية. ويخضع النشر في المجلة للشروط والضوابط الآتية:

### ◀ شروط النشر:

- (١) ألا يكون البحث منشورًا، أو مقدما للنشر إلى أي جهة أخرى، ويقدم الباحث تعهدًا بذلك.
- (٢) ألا يكون البحث جزءًا من كتاب، أو بحث منشور، أو رسالة علمية مجازة.
- (٣) أن تتوفر في البحث المقدم الأمانة العلمية، والدقة المنهجية، وسلامة اللغة، مع استيفاء جميع أركان البحث العلمي، ومكوناته، وفق القواعد البحثية المعتمدة. ويتحمل الباحث وحده المسؤولية القانونية التامة في حالة نشر البحث وبه إخلال بالأمانة العلمية.
- (٤) ألا يزيد عدد الباحثين على ثلاثة.
- (٥) أن يكون البحث مكتوبًا باللغة العربية.
- (٦) أن يكون البحث في المجالات التي تختص بها المجلة.
- (٧) أن لا يقل عدد الكلمات عن (٦٠٠٠) ولا يزيد على (٨٠٠٠) بما في ذلك الجداول والأشكال والمراجع.
- (٨) تنشر المجلة المخطوط وفق الشروط الآتية:
  - ♦ أن يكون محتوى المخطوط متوافقًا مع مجالات النشر وقواعده في المجلة.
  - ♦ أن تكون له أهمية علمية ومرجعية، بما يجعله مشروع بحث ودراسة.
  - ♦ ويبيّن الباحث كل ذلك، وغيره من البيانات المهمة، في ورقة تأطيرية يُرفق بها النص المخطوط.
  - ♦ أن لا يزيد عدد كلمات المخطوط والورقة التأطيرية، معًا، على المحدّد في شروط النشر.
  - ♦ لا يُنشر المخطوط مُجزأً.

## ◀ ضوابط تسليم البحث:

- (١) إرسال البحث إلكترونياً إلى المجلة عبر البريد الإلكتروني: majallah@css.edu.om.
- (٢) طباعة البحث بخط تراديشنال أرابيك Traditional Arabic بحجم (١٦) للمتن و(١٢) للهوامش، بصيغة وورد، مع ترك مسافة ونصف بين السطور. وتطبع الكلمات المكتوبة بالحرف اللاتيني بخط تايمز نيو رومان Times New Roman بحجم (١٢) للمتن و(١٠) للهوامش، مع ترك مسافة ٥, ٢ سم على جوانب الصفحة الأربعة.
- (٣) كتابة البيانات الآتية باللغتين العربية والإنجليزية في صفحة مستقلة: عنوان البحث، واسم الباحث، وعنوانه، والبريد الإلكتروني، رقم الهاتف.
- (٤) تضمين البحث ملخصين باللغتين العربية والإنجليزية، في حدود مائتي (٢٠٠) كلمة، ويزيلان بالكلمات المفتاحية للبحث، على ألا تتجاوز خمس كلمات.
- (٥) احتواء مقدمة البحث على العناصر الأساسية: موضوع البحث وأهميته وأسباب اختياره، ومشكلته، وحدوده، وأهدافه، والدراسات السابقة فيه، وخطته، والمنهج المتبع فيه.
- (٦) اشتغال خاتمة البحث على أهم النتائج والتوصيات.
- (٧) مراعاة قواعد التوثيق والأمانة العلمية في الهوامش وقائمة المصادر والمراجع.
- (٨) مراعاة عدم ذكر اسم الباحث/ أسماء الباحثين أو ما يشير إليه/ إليهم في متن البحث.

## ◀ قواعد التوثيق:

- (١) يُذكر التوثيق في الهوامش بأرقام مستقلة في أسفل كل صفحة على حدة.
- (٢) يراعى في أسلوب التوثيق في الهوامش عدم كتابة المعلومات مفصلة إلا في قائمة المصادر والمراجع؛ وفق الأمثلة الآتية:
  - ♦ عند عزو الآيات القرآنية: سورة البقرة: ٥٠.
  - ♦ عند تخريج الأحاديث النبوية: رواه الربيع بن حبيب في كتاب الصلاة ووجوبها، باب: في أوقات الصلاة، برقم ١٧٨، من طريق أنس بن مالك، ص ١٦.

- ♦ عند ذكر المصدر أو المرجع: السالمي، مشارق أنوار العقول، ص ٢٧٠.
- ♦ عند ذكر المرجع الأجنبي:
- ♦ Walters M. Feminism a Very Short Introductionp. 64.
- ♦ المخطوط: الرقيشي، مصباح الظلام، مخطوط، ص ٨.
- ♦ الرسالة العلمية: المعولي، الدلالة اللغوية وأثرها في توجيه الحكم الشرعي عند أجوبة المحقق الخليلي، رسالة ماجستير، ص ٦٠.
- ♦ المقال في مجلة محكمة: الشعلي، السياق وأثره في الحكم على أسباب التنزيل: دراسة نظرية وتطبيقية مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، ص ٢٤٠.
- ♦ الشبكة العنكبوتية: بنعمر، الدرس اللغوي عند الأصوليين، مركز نماء للبحوث والدراسات، موقع إلكتروني.
- ٣) تذكّر التفاصيل في قائمة المصادر والمراجع وفق الأمثلة الآتية:
- ♦ الكتب العربية:
- الكتاب الذي خُرج منه الحديث: الفراهيدي؛ الربيع بن حبيب، الجامع الصحيح مسند الإمام الربيع بين حبيب، مسقط: مكتبة الاستقامة، ط ١، ١٩٩٥م.
- الكتاب المحقق: السالمي، عبد الله بن حميد، مشارق أنوار العقول، تحقيق: عبد الرحمن عميرة، ط ١، بيروت: دار الجيل، ط ١، ١٤٠٩هـ/ ١٩٨٩م.
- الكتاب المترجم: دي بوجراند، روبرت، النص والخطاب والإجراء، ترجمة: تمام حسان، القاهرة: عالم الكتب، ط ١، ١٩٩٨م.
- كتاب لمؤلفين معاصرين: أبو غزالة، إلهام، وحمد؛ علي خليل، مدخل إلى علم لغة النص: تطبيقات نظرية روبرت ديوجراند وولفجانج دريسلر، القاهرة: الهيئة المصرية العامة للكتاب، ط ٢، ١٩٩٩م.
- ♦ الكتب الأجنبية:
- Walters M. Feminism a Very Short Introduction Oxford University Press . ٢٠٠٥.

## ♦ المخطوطات:

- الرقيشي، خلف بن أحمد، مصباح الظلام، دار الوثائق والمخطوطات، وزارة التراث والثقافة، سلطنة عمان، رقم ٥٢١٩٠.

## ♦ الرسائل الجامعية:

- المعولي، سيف بن سليمان بن ناصر، الدلالة اللغوية وأثرها في توجيه الحكم الشرعي عند أجوبة المحقق الخليلي، رسالة ماجستير، جامعة نزوى، ١٤٣٧هـ / ٢٠١٦م.

## ♦ المجالات والدوريات:

- الشيعلي، سليمان بن علي بن عامر، السياق وأثره في الحكم على أسباب التنزيل: دراسة نظرية وتطبيقية، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية ٢٠١٢م، ٢٧ (٩٠)، ٢٣٩ - ٢٩٣.

## ♦ الشبكة العنكبوتية:

- بنعمر، محمد، الدرس اللغوي عند الأصوليين، مركز نماء للبحوث والدراسات، موقع إلكتروني: [www.nama-center.com/ActivitieDatials.aspx?Id=35](http://www.nama-center.com/ActivitieDatials.aspx?Id=35) شوهده في: فبراير، ٢٨، ٢٠٢٠م.

٤) تُضاف بعض الرموز في حال عدم توفر بعض البيانات كالآتي: بدون مكان النشر: د.م، بدون اسم الناشر: د.ن، بدون رقم الطبعة: د.ط، بدون تاريخ النشر: د.ت.

## ◀ إجراءات التحكيم والنشر:

١) تقوم هيئة التحرير بالمجلة بفحص البحث فحصاً أولياً لتقرر أهليته للتحكيم أو رفضه.

٢) يُعرض البحث على برنامج الاقتباس، ويشترط أن لا تتجاوز نسبته ٣٠ »

٣) يُحال البحث المقبول للتحكيم إلى مختصين اثنين، لتحكيمه علمياً، وفي حال اختلافهما، يُعرض على هيئة التحرير؛ لتقرر الحاجة إلى إحالته إلى محكم ثالث، أو الاعتذار عن عدم نشره.

(٤) في حال قبول البحث للنشر في المجلة مع التعديل يقوم الباحث بإجراء التعديلات المطلوبة، ويعد البحث مرفوضاً إذا لم يجر الباحث التعديلات المطلوبة في المدة التي تحددها هيئة التحرير.

(٥) للمجلة الحق في طلب حذف أي جزء من البحث، أو تعديله بما يتفق مع رؤية المجلة، وأهدافها.

(٦) في حال قبول البحث من غير تعديل، أو قام الباحث بالتعديلات المطلوبة، فإنه يرسل له خطاب بالقبول النهائي متضمناً وعداً بالنشر، مع بيان العدد الذي سينشر فيه.

(٧) في حال عدم قبول البحث للنشر، يتلقى الباحث إخطاراً بالاعتذار عن عدم النشر في المجلة.

## ملحوظات عامة:

(١) الآراء الواردة في البحوث المنشورة تعبر عن وجهة نظر الباحثين فقط، ولا تعبر بالضرورة عن رأي المجلة.

(٢) في حال قبول البحث للنشر تؤول جميع حقوق النشر للمجلة، ولا يجوز نشره في أي منفذ نشر آخر ورقياً أو إلكترونياً، دون إذن كتابي من رئيس هيئة تحرير المجلة.

(٣) للمجلة حق إعادة نشر البحوث التي سبق لها نشرها ورقياً أو إلكترونياً، دون حاجة لإذن الباحث، ولها حق منح الإذن بإدراج بحوثها في قواعد البيانات المختلفة، سواء أكان ذلك بمقابل أم بدون مقابل.

(٤) يخضع ترتيب البحوث وأولوية نشرها لاعتبارات فنية تحددها هيئة التحرير.

(٥) يعد قيام الباحث بنشر البحث، ورقياً أو إلكترونياً، قبل تلقي قرار المجلة بشأن نشره، أو بعد نشره في المجلة، سلوكاً غير مقبول، ويحق للمجلة اتخاذ ما تراه مناسباً حيال الباحث.

### بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله الذي علم بالقلم علم الإنسان ما لم يعلم، وأصلي وأسلم على المبعوث رحمة للعالمين، سيدنا محمد وعلى آله وصحبه ومن تبع هداه إلى يوم الدين.

وبعد فيسرنى أن أقدم العدد الخامس من «مجلة بحوث الشريعة» والتي تصدرها كلية العلوم الشرعية بسلطنة عمان للباحثين وطلاب العلم والمهتمين بعلوم الشريعة والدراسات الإسلامية، راجين من الله تعالى أن تسهم هذه المجلة بجميع أعدادها في المسيرة الحضارية الإنسانية، وفي إنابة المسلمين لكتاب ربهم وسنة نبيهم، وأن تسهم بحوثها في نشر الوعي وترسيخ المعارف وبناء الأخلاق الفاضلة النابعة من هدي الشريعة الإسلامية السمحة، وأن تعنى في إبراز ما في الشريعة الإسلامية من علاج للمشاكل الإنسانية، وما ساهم به العلماء المسلمون عمومًا والعُمانيون خصوصًا في بناء الحضارة الإنسانية من استنباطات شرعية وتحليلات قيّمة؛ وذلك تحقيقًا لأهداف الكلية وتشجيعًا للبحث العلمي.

لقد طبّقت هيئة تحرير المجلة قواعد النشر المعلنة في التعامل مع البحوث التي وردتها من فحصها وتحكيمها علميًا، فاجتازت هذه المراحل مجموعة من البحوث ينشر بعضها في هذا العدد بعد اعتمادها من هيئة التحرير.

ويسرنى أن أشكر جزيل الشكر الإخوة أعضاء هيئة التحرير على ما بذلوه من جهد في استلام مخطوطات البحث وفحصها الفحص المبدئي ومتابعة تحكيمها ومراجعتها من مدير التحرير وباقي الأعضاء، وكل من ساهم في إخراج هذا العدد، سائلًا الله القدير أن يجعله في ميزان حسناتهم.

كما أنني يسرنى أن أدعو الإخوة الباحثين لنشر بحوثهم في «مجلة بحوث الشريعة» والإعانة لبلوغ هذه المجلة الأهداف المرجو تحقيقها من وجودها؛ حتى تصبح هذه المجلة رافدًا معرفيًا ومصدرًا علميًا وعاملاً لتطوير العلوم بما يتناسب مع متغيرات العصر، وما يحدث

فيه من تطورات عالمية مهمة، إذ إن من أهداف الكلية نشر التسامح والحوار الهادف وتقبل الرأي الآخر ومناقشته بأسلوب علمي رصين بعيد عن التعصب متبع للدليل؛ حتى تؤتي هذه المعارف ثمارها وتخدم الإنسانية وتعبر بها إلى معبر الأمان حيث الأخلاق الفاضلة، تحقيقاً لقوله تعالى: ﴿قُلْ هَذِهِ سَبِيلِي أَدْعُو إِلَى اللَّهِ عَلَى بَصِيرَةٍ أَنَا وَمَنِ اتَّبَعَنِي﴾.

د. راشد بن علي الحارثي

رئيس هيئة التحرير

# بحوث العدد

# التكييف الفقهي لعقد بيع الوحدات العقارية قبل بدء المشروع أو في أثناء تنفيذه

الباحث الرئيس: سالم بن سليمان بن عبد الله المنفري

طالب دكتوراه بقسم القانون بجامعة ملایا

الباحث المشارك: أ.د. محمد حفيظ

أستاذ دكتور بقسم القانون بجامعة ملایا

تاريخ تلقي البحث: ٢٢/٥/٢٠٢٤ م | تاريخ قبول البحث: ٣٠/١١/٢٠٢٥ م

## □ الملخص:

شهد قطاع العمران والتشييد في سلطنة عمان تطورا كبيرا أفرز صورا جديدة من المعاملات والعقود التجارية التي لم يعهد مثلها من قبل، فظهرت الكثير من المستجدات الفقهية التي أثارت جدلا واسعا حول تكييفها الشرعي، ومن بين تلك العقود عقد بيع الوحدات العقارية قبل بدء المشروع أو في أثناء تنفيذه.

ولذا هدفت هذه الدراسة إلى تأصيل هذا العقد، وتحديد طبيعته وماهيته الشرعية والقانونية، والنظر في إمكانية إلحاقه بما يشبهه من العقود، أو تقرير تميزه عنها وعدم مطابقته لها، للوصول إلى التكييف الفقهي المناسب له الذي يقود للاجتهاد الصحيح في استنباط الحكم الشرعي لذلك العقد.

وفي سبيل تحقيق ذلك تضمنت الدراسة التعريف الفقهي والتشريعي لهذا العقد وعرضت لخصائص هذا العقد وأوجه التكييف الفقهي له من خلال النظر في اشتراك هذا العقد مع العقود

المسماة في الشريعة في الأركان والشروط والخصائص.

وقد توصلت الدراسة إلى نتائج أهمها أن هذا العقد عقد بيع جديد مستحدث له خصائصه التي تميزه عن غيره من العقود، ويترتب على هذا التكييف له أنه عقد صحيح لازم.

الكلمات الافتتاحية: بيع، الوحدات العقارية، بيع الوحدات العقارية، بيع الوحدات العقارية قبل بدء المشروع أو خلال تنفيذه.

# Jurisprudential classification of the contract for the sale of real estate units before the start of the project or during its implementation

**Principal Researcher: Salem bin Sulaiman bin Abdullah Al-Mufraji**

PhD Candidate, Department of Law, University of Malaya

**Co-Researcher: Prof. Dr. Muhammad Hafiz**

Professor, Department of Law, University of Malaya

## ■ Abstract:

The construction sector in the Sultanate of Oman has witnessed significant developments, resulting in new forms of commercial transactions and contracts, unlike anything previously known. Numerous new legal developments have emerged, sparking widespread debate about their legal status. Among these contracts is the sale of real estate units before the start of a project or during its implementation.

Therefore, this study aimed to establish the origins of this contract, determine its nature and legal and Sharia essence, and consider the possibility of including it in similar contracts, or determining its distinction from them and its lack of conformity with them, in order to arrive at the appropriate jurisprudential classification of it that leads to correct ijtiḥād in deriving the Sharia ruling for that contract.

To achieve this, the study included a legal and legislative definition of this contract, and presented its characteristics and aspects of its legal classification

by examining the similarity of this contract with the named contracts in Sharia in terms of pillars, conditions, and characteristics.

The study reached the most important results, which is that this contract is a new and innovative sales contract with characteristics that distinguish it from other contracts. This classification results in it being a valid and binding contract.

**Keywords:** sale, real estate units, sale of real estate units, sale of real estate units before the start of the project or during its execution.

## المقدمة:

المسكن له أهميته القصوى بالنسبة للفرد بعد المأكل والملبس ليتحقق له العيش الرغيد في هذه الحياة الدنيا، فالإنسان عموماً لا يستطيع العيش دون مسكن يأويه، ولا يمكن أن يكون مواطناً صالحاً ومنتجاً إلا إذا وجد المسكن المناسب الذي يستريح فيه بعد يوم عمل شاق، لذلك امتن الله على عباده أن جعل لهم بيوتاً يسكنون فيها فقال تعالى: ﴿وَاللَّهُ جَعَلَ لَكُم مِّن بُيُوتِكُمْ سَكَنًا﴾ النحل: ٨٠.

ومن هنا يأخذ موضوع بيع الوحدات العقارية أهمية كبرى لأنه يمس حياة الفرد من قريب.

وقد ظهرت لدينا في سلطنة عمان ظاهرة بيع الوحدات العقارية قبل بدء المشروع أو في أثناء تنفيذه في السنوات الماضية، وبدأت هذه الظاهرة بالانتشار انتشاراً كبيراً، ونتيجة لهذا التسارع في حركة العمران والتشييد بصورة كبيرة سعت السلطنة إلى العناية بالتطوير العقاري فصدر بتاريخ ٢٠ مارس ١٩٨٩م المرسوم السلطاني رقم ٨٩/٤٨ بإصدار نظام تملك الشقق والطبقات، ثم صدر نظام السجل العقاري الصادر بالمرسوم السلطاني رقم ٩٨/٢، ثم صدر المرسوم السلطاني رقم ٩/٢٠٠٧ بشأن مشروع الموج- مسقط والذي تم بموجبه اعتماد اتفاقية التطوير الموقعة بتاريخ ١٠ يونيو ٢٠٠٦م بين حكومة سلطنة عمان ممثلة بوزارة السياحة وشركة الموج مسقط، ولمواكبة تزايد ظاهرة بيع الوحدات العقارية قبل بدء المشروع أو خلال تنفيذه صدر حديثاً المرسوم السلطاني رقم ٣٠/٢٠١٨ بإصدار نظام حساب الضمان لمشروعات التطوير العقاري بتاريخ ١١ نوفمبر ٢٠١٨م.

## ■ مشكلة البحث:

أثار ظهور هذا العقد جدلاً فقهيًا واسعاً حول تكييفه الشرعي؛ إذ هو من النوازل والمستجدات الفقهية المعاصرة التي يمكن أن تعد من أدق مسالك الفقه وأعوصها والتي تحتاج إلى دراسة وافية وبحث مستفيض يستوجب مرونة تتيح استيعاب هذه المستجدات دون الإخلال بالضوابط الشرعية، وهذا يتطلب البحث الدقيق حول ماهية هذا العقد وخصائصه وأركانه وشروطه ومقارنته بالعقود المسماة في الشريعة الإسلامية.

## ■ أسئلة البحث:

في ضوء عنوان البحث تنبثق منه أسئلة مهمة وهي:

١. ما تعريف عقد بيع الوحدات العقارية قبل بدء المشروع أو في أثناء تنفيذه؟

٢. وما خصائص هذا العقد وأركانه وشروطه؟

٣. وما التكييف الشرعي لهذا العقد؟ وما مدى مشروعيته في الفقه الإسلامي؟

## ■ أهداف البحث:

التكييف الفقهي لنازلة من النوازل الحادثة هو الخطوة الأولى للاجتهاد الصحيح، وذلك من خلال الفهم السليم للنازلة والتصور الدقيق لها، للوصول إلى الحكم الأقرب للصواب، لذا من خلال هذه الدراسة نهدف إلى ضبط هذا العقد المستحدث، والوقوف على جوانبه المختلفة، وتحديد طبيعته وماهيته الشرعية والقانونية، والنظر في إمكانية إلحاقه بما يشبهه من العقود، أو تقرير تميزه عنها وعدم مطابقته لها، للوصول إلى التكييف الفقهي المناسب له الذي يقود للاجتهاد الصحيح في استنباط الحكم الشرعي لذلك العقد.

## ■ أهمية البحث:

يحدث الزلل والخطأ في الفتيا في النوازل المعاصرة في كثير من الأحيان بسبب إهمال عملية التكييف الفقهي للواقعة المستجدة أو التقصير فيها، فالتكييف الفقهي يعد مرحلة مهمة لا يستغني عنها المجتهد والمفتي، فمن خلال التكييف الفقهي الصحيح للعقد موضوع البحث نتجنب النظرة السطحية لهذا العقد، والتسرع في إصدار الأحكام، وإعطاء الوصف غير المناسب للعقد الذي قد يتسبب في القول على الله بغير علم.

ومعرفة الوصف الشرعي الصحيح للعقد سوف يساعدنا في معرفة النظام الشرعي والقانوني الذي يحكم العقد، فيؤدي ذلك للوصول إلى الأحكام التي تنسب إليه.

ومن جانب آخر في الحقيقة نأمل أن يستفيد من هذا البحث الجهات الحكومية ورجال القانون والقضاء في إعداد مسودة قانون خاص ينظم هذا العقد المهم الذي يخدم شريحة كبيرة من الناس.

#### ■ حدود البحث:

كما تقدم من بيان موضوع البحث ستكون الدراسة عن التكييف الفقهي لعقد بيع الوحدات العقارية قبل أو في أثناء تنفيذ المشروع في ضوء آراء الفقهاء في المذاهب الإسلامية الخمسة ومواد القانون المدني العماني، ونظام حساب الضمان لمشروعات التطوير العقاري العماني.

#### ■ منهج البحث:

سوف يتبع الباحث المنهج الوصفي التحليلي المقارن، وسيكون ذلك من خلال تعريف هذا العقد وبيان خصائصه، واستعراض ومناقشة ما طرح حول الموضوع في الفقه الإسلامي في تكييف هذا العقد من خلال المذاهب الأربعة والمذهب الإباضي، وكذلك ما يتعلق بهذا العقد في القانون المدني العماني وقانون حساب الضمان لمشروعات التطوير العقاري.

وتجدر الإشارة هنا إلى أننا ولدقة موضوع هذا البحث قد لجأنا في مواضيع كثيرة إلى ذكر نصوص الفقهاء كي يشاركنا القارئ فهم النص وسلامة الاستنباط منه.

الدراسات السابقة: تناولت دراسات وبحوث كثيرة هذا العقد بمختلف جوانبه، ولكن من أبرز الدراسات والبحوث التي تناولت موضوع التكييف الفقهي لهذا العقد ما يلي:

النظام القانوني لعقود العقارات على الخرائط دراسة تحليلية مقارنة د محمد صديق محمد عبد الله<sup>(١)</sup> تناول هذا البحث التعريف بهذا العقد وأهميته وتكييفه القانوني، وخلص هذا البحث إلى أن المعيار الحاسم بين بيع العقار على الخارطة والبيع العادي هو نية الطرفين فإذا كان قصدهما إلزام المملك باستكمال البناء فتكون أمام عقد تمليك عقارات تحت الإنشاء، وإذا كان قصدهما تمليك البناء بحالته التي هو عليها فتكون أمام عقد بيع عادي.

(١) د محمد صديق محمد عبد الله، النظام القانوني لعقود العقارات على الخرائط (بيروت: دار النهضة العربية للطباعة والنشر، الطبعة العاشرة، ٢٠١٧).

البيع على أساس الوصف وتطبيقاته الحديثة دراسة في الفقه الإسلامي والقانون للدكتور أزوا عبد القادر<sup>(١)</sup> تحدث هذا البحث عن حكم البيع على أساس الوصف عند فقهاء الشريعة، وذكر عدة أمثلة حديثة لهذا البيع، وذكر منها بيع المباني تحت الإنشاء، وخلص إلى أن هذا العقد ذو طبيعة خاصة.

التكييف الفقهي لبيع العقار على الخارطة للدكتور مزيد بن إبراهيم بن صالح المزيد، تناول التكييف الفقهي لهذا العقد بصورة دقيقة وحسنة إلا أنه اقتصر فقط على تكييفه على أنه عقد استصناع أو بيع معدوم أو بيع دين بدين أو على أنه عقد جديد مستقل.

التنظيم القانوني لعقد بيع عقار تحت الإنشاء دراسة مقارنة للباحث: موسى نظام المجالي - رسالة ماجستير مقدمة لجامعة مؤتة<sup>(٢)</sup>، تناول الباحث هذا الموضوع في التشريع الأردني وقارنه بالتشريع المصري والتشريع اللبناني، وقد خصص مبحثاً من مباحثه لدراسة التكييف القانوني لهذا العقد، وقد تعرض للاتجاهات الفقهية في تكييف هذا العقد، ورجح الباحث بأن هذا العقد هو وعد بالتعاقد وله طبيعة خاصة.

ومن خلال تتبع الدراسات السابقة فإن الباحث يقف شاكراً ومقدراً للجهود المبذولة لهؤلاء الباحثين والمؤلفين وغيرهم فقد تناولوا هذا الموضوع بالدراسة من خلال بحث هذا العقد بجوانبه المختلفة، إلا أنه في نظري لا توجد دراسة مستقلة تناولت التكييف الفقهي لهذا العقد بإسهاب، فقد توجد هناك فجوة أو نقص في تلك الدراسات، علاوة على أن تلك الدراسات لم تتناول هذا الموضوع من النظرة الشرعية الإباضية والقانون العماني.

## ■ هيكل البحث:

سيكون هيكل البحث في مبحثين وخاتمة:

- المبحث الأول: ماهية بيع الوحدات العقارية قبل بدء المشروع أو خلال تنفيذه.
- المبحث الثاني: أوجه التكييف الفقهي لعقد بيع الوحدات العقارية قبل بدء المشروع أو

(١) أزوا عبد القادر، البيع على أساس الوصف وتطبيقاته الحديثة (دار الفكر، بيروت الطبعة الأولى، ٢٠١٦).

(٢) موسى نظام المجالي، تنظيم القانوني لعقد بيع عقار تحت الإنشاء دراسة مقارنة (بيروت: دار النهضة العربية للطباعة والنشر، ٢٠١٥).

خلال تنفيذه.

- الخاتمة: تتضمن مجموعة من النتائج والتوصيات.

## المبحث الأول: ماهية بيع الوحدات العقارية قبل بدء المشروع أو خلال تنفيذه

المشكلة التي تثار في هذا العقد تحديد ماهية العقد وخصائصه وما يميزه عن بقية العقود للوصول إلى ماهية النظام الشرعي الذي يحكمه، ولمعرفة ماهية وطبيعة هذا العقد لا بد لنا من تعريف هذا العقد وذكر خصائصه، وهذا ما سيكون في المطلبين القادمين.

### ■ المطلب الأول: تعريف بيع الوحدات العقارية قبل بدء المشروع أو خلال تنفيذه

قبل تحديد النظام الشرعي الذي يحكم عقد بيع الوحدات العقارية قبل بدء المشروع أو خلال تنفيذه كان لا بد من إيجاد تعريف واضح لهذا العقد، وسنقوم بتعريف هذا العقد باعتبار مفرداته وهي البيع والوحدة العقارية والمشروع، وتعريفه باعتبار اللقب أو المصطلح المكون من مجموع كلماته.

### • الفرع الأول: تعريف بيع الوحدات العقارية قبل بدء المشروع أو خلال تنفيذه باعتبار مفرداته

عند تعريف هذا العقد باعتبار الكلمات المكونة له يجدر بنا تعريف البيع وتعريف الوحدة العقارية والمشروع.

- أولاً: تعريف البيع

وردت كلمة البيع في كتاب الله في مواضع عدة كما في قوله تعالى: ﴿ذَلِكَ بِأَنَّهُمْ قَالُوا إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾ (البقرة: ٢٧٥).

والبيع لغة ضد الشراء، ويستعمل كل واحد منهما في موضع الآخر، وأصله من الباع، وهو قدر مد اليدين وما بينهما من البدن<sup>(١)</sup>.

(١) الزبيدي، تاج العروس (دار الهداية، ١٤٢٠هـ) ج ٣٨، ص ٣٦٣.

وللبيع عند الفقهاء تعريفات متعددة، ولخوف الإطالة نكتفي فقط بتعريف واحد حيث عرف الشيخ الشماخي رحمه الله نقلاً عن أبي عبد الله محمد بن بركة رحمه الله عقد البيع بأنه «إخراج الشيء من الملك على بدل له قيمة يتعوض عليه أي المبيع وهو عين الملك»<sup>(١)</sup>.

وعرف عقد البيع وفقاً لأحكام قانون المعاملات المدنية العماني في مادته (٣٥٥) بأنه «عقد تملك مال أو حق مالي في مقابل ثمن نقدي».

## - ثانياً: تعريف الوحدات العقارية

عرفت المادة (١) من نظام حساب الضمان لمشروعات التطوير العقاري الوحدة العقارية بأنها: «أي جزء مفرز له رسم مساحي مستقل سواء أكان على الخريطة أم في طور الإنشاء، ويشمل قطعة الأرض المعدة للبناء أو المبنى المخصص للأغراض السكنية أو التجارية أو السكنية التجارية، أو الصناعية، أو السياحية».

## - ثالثاً: تعريف المشروع

كلمة المشروع أو المشاريع كلمة شائعة الاستعمال نجدها من حولنا، أينما حللنا، ومتى تحدثنا، ففي أذهاننا توجد المشاريع، وفي وسائل الإعلام نسمع أو نقرأ عن المشاريع، فماذا نقصد بالمشروع؟

لقد تعددت التعاريف لمفهوم المشروع، وذلك وفقاً لخلفية الشخص، وكذلك وفقاً للغرض الذي من أجله سيتم إنشاء المشروع، وسوف أذكر منها تعريفاً واحداً وهو أن المشروع يعرف بأنه «مهمة محددة له نقطة بداية ونقطة نهاية محددتان أيضاً، بحيث إن هذه المهمة عادة ما يسبقها حاجة معينة، يتطلب إشباعها إجراء مجموعة من الأعمال أو النشاطات المترابطة والمتناسقة، وبمقدار ما يتم تنفيذ مستلزمات ورغبات هذه الحاجة بطريقة منظمة ومبرمجة، بمقدار ما تحقق الحاجة والإشباع الذي رغب فيه»<sup>(٢)</sup>.

## • الفرع الثاني: تعريف بيع الوحدات العقارية قبل بدء المشروع أو خلال تنفيذه باعتباره اللقبى

- أولاً: التعريف الفقهي لبيع الوحدات العقارية قبل بدء المشروع أو خلال تنفيذه

(١) الشماخي، حاشية أبي ستة على الإيضاح (مسقط: مكتبة مسقط، الطبعة الخامسة، ٢٠٠٤م) ج ٥، ص ٤.

(٢) حسن إبراهيم بلوط، إدارة المشاريع ودراسة جدواها الاقتصادية (بيروت: دار النهضة العربية، ٢٠٠٦) ص ١٩.

عرف فقهاء القانون هذا العقد بتعريفات كثيرة قد تتقارب بعضها في معانيها، وقد تختلف أحيانا، وقد عرفته الدكتور سبيل جعفر حاجي عمر بأنه «عقد بيع محله عقار لم ينجز بعد أو في طور الإنجاز يلتزم بتشييده البائع مالك المشروع في أجل المحدد بالعقد وبالمواصفات المتفق عليها وأن ينقل ملكيته للمشتري الذي يلتزم بأن يدفع للبائع ثمنا نقديا يدفعه على شكل أقساط دورية بحسب التقدم في أعمال البناء»<sup>(١)</sup>.

وهذا التعريف جمع بين تحديد مواصفات وطبيعة هذا العقد، كما حدد التزامات البائع، والتزامات المشتري فيه، ونص على عملية نقل ملكية البناء للمشتري إذ هو الهدف الأصيل من هذا العقد.

- ثانيا: التعريف التشريعي لعقد بيع الوحدات العقارية قبل بدء المشروع أو خلال تنفيذه مع أن التعريفات هي في الأصل اختصاص فقهاء القانون إلا أن القوانين والتشريعات التي تطرقت لهذا العقد قد عرف بعضها هذا العقد<sup>(٢)</sup>، وأما التشريع العماني فإنه وإن لم يكن قد عرف هذا العقد صراحة، إلا أنه عرف بعض عناصر هذا العقد بتعريفات جيدة، فقد عرف الوحدة العقارية كما ذكرنا ذلك سابقا، كما عرف التطوير العقاري بأنه: «الأعمال التي يخصص للمطور تنفيذها في المشروع من الجهة المختصة».

### ■ المطلب الثاني: خصائص عقد بيع الوحدات العقارية قبل أو في أثناء تنفيذ المشروع

بعد بيان تعريفات الفقهاء والتشريعات لبيع الوحدات العقارية قبل بدء المشروع أو خلال تنفيذه كان لا بد من التطرق إلى الخصائص التي يتميز بها هذا العقد عن غيره من العقود، وسيكون ذلك في ثلاثة فروع:

(١) د سبيل جعفر حاجي عمر، ضمانات عقد بيع المباني قيد الإنشاء (عمان: دار وائل للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، ٢٠١٤) ص ٢٧.

(٢) ومن ذلك التشريع المغربي في قانون ٤٤,٠٠ المتمم لقانون الالتزامات والعقود المتعلق ببيع عقار في طور الإنجاز الذي صدر بتاريخ ٣ أكتوبر ٢٠٠٢ والذي عرف هذا العقد في الفصل ١-٦١٨ حيث جاء فيه: يعتبر بيعا لعقار في طور الإنجاز كل اتفاق يلتزم البائع بمقتضاه بإنجاز عقار داخل أجل محدد كما يلتزم فيه المشتري بأداء الثمن تبعا لتقدم الأشغال. يحتفظ البائع بحقوقه وصلاحياته باعتباره صاحب المشروع إلى غاية انتهاء الأشغال. وقد تضمن هذا التعريف التزامين متقابلين وهما التزام البائع بتشييد البناء طبقا للمواصفات المتفق عليها وخلال أجل المحدد، وكذلك التزام المشتري بتسديد الثمن في شكل أقساط دورية طبقا للاتفاق وتبعا لتقدم الأشغال، كل ذلك مع العلم أن الملكية لا تنتقل للمشتري إلا عند انتهاء الأشغال.

## • الفرع الأول: عقد رضائي أم عقد شكلي

العقود الرضائية هي «التي يكفي لانعقادها أن يتبادل طرفا العقد إرادتين متطابقتين حول عناصره الجوهرية المبيع والثمن سواء أكان ذلك كتابة أم شفها أم بالإشارة دون الحاجة إلى إفراغ التراضي في شكل معين، ما لم يقرر القانون أو اتفاق الأطراف غير ذلك»<sup>(١)</sup>، فعلى ذلك يكون العقد رضائيا متى كان الرضا وحده كافيا لانعقاده.

ولكن لا يقدح في العقد الرضائي كونه يحتاج في إثباته إلى شكل مخصوص، فيظل عقدا رضائيا، لأن الكتابة شرط للإثبات وليست شرطا لانعقاد<sup>(٢)</sup>.

أما العقد الشكلي فهو «الذي يلزم لانعقاده بجانب الرضا ضرورة إفراغه في شكل معين، فإذا تخلف الشكل كان العقد باطلا، فالشكل ركن من أركان العقد»<sup>(٣)</sup>.

وإذا جئنا لتطبيق ذلك على عقد بيع الوحدات العقارية قبل بدء المشروع أو خلال تنفيذه فإننا سنجد بعض التشريعات القانونية تجعل هذا العقد من قبيل العقود الشكلية، إذ يرتب البطلان على تخلف شرط الكتابة<sup>(٤)</sup>،

وهذه الشكلية تساعد مشتري العقار قيد الإنشاء، لأن الموثق القائم بتحرير العقد يلتزم بأن يقدم لمشتري العقار النصح لمعرفته القانونية، كما يعينه على تحرير العقد بلغة واضحة دقيقة من الناحية القانونية.

أما المشرع العماني فاعتبر هذا العقد رضائيا يكفي الرضا لانعقاده، وأن التسجيل لا يعتبر شرطا لانعقاد العقد، ولكن لا تنتقل الملكية إلا به، فلم يرتب المشرع على تخلفه البطلان، وهذا ما أكدت عليه المحكمة العليا عندما أقرت بأنه: إذا كان البيع عقارا فإن الملكية فيه لا تنتقل إلا بالتسجيل وفق

(١) عبد الحق صافي، عقد البيع (الطبعة الأولى، ١٩٨٩) ص ١٥.

(٢) د علي محي الدين القره داغي، المقدمة في المال والاقتصاد والملكية والعقد (بيروت: دار البشائر الإسلامية، الطبعة الثانية، ٢٠٠٩م) ص ٣١١.

(٣) د السنهوري، الوسيط، ج ١، ص ١٨٨.

(٤) ومن ذلك التشريع المغربي فقد جاء في الفصل ٣-٦١٨ من قانون رقم ٤٤، ٠٠ المتمم لقانون الالتزامات والعقود المتعلق ببيع عقار في طور الإنجاز: يجب أن يحضر عقد البيع الابتدائي للعقار في طور الإنجاز إما في محرر رسمي أو بموجب عقد ثابت التاريخ يتم تحريره من طرف مهني ينتمي إلى مهنة قانونية منظمة ويخول لها قانونها تحرير العقود وذلك تحت طائلة البطلان.

ما تنص عليه المادتان ٢٨ و ٢٩ من نظام السجل العقاري، وأن عقد بيع العقار من عقود التراضي وليس عقدا شكليا، وأنه ينتج آثاره بمجرد انعقاده، وأن اشتراط تسجيله يرد على نقل الملكية وليس على صحة العقد<sup>(١)</sup>.

### • الفرع الثاني: عقد ملزم للجانبين

العقد الملزم للجانبين هو «العقد الذي ينشئ منذ البداية التزامات متقابلة في ذمة طرفيه، فيصبح كل متعاقد دائئا ومدينا في نفس الوقت»<sup>(٢)</sup>، والعقد غير الملزم يكون بخلاف ذلك فهو لا ينشئ التزامات على أطرافه.

ففي عقود البيع البائع يلتزم بنقل الملكية مقابل حصوله على الثمن، في حين يلتزم المشتري بدفع الثمن مقابل حصوله على ملكية المبيع.

وبالنظر إلى تعريف العقد الملزم وإسقاطه على عقد بيع الوحدات العقارية قبل بدء المشروع أو في أثناء تنفيذه فإنه يظهر جليا من أن هذا العقد هو من قبيل العقود الملزمة للجانبين، وذلك لأنه من بدايته ينشئ في ذمة كل من طرفي العقد التزامات متقابلة حيث يلتزم المطور فيه ببناء الوحدة العقارية ونقل ملكيتها للمشتري أمام الجهات المختصة وتسليمها للمشتري، ويلتزم المشتري بسداد الثمن بموجب أقساط يتم الاتفاق عليها واستلام الوحدة العقارية.

### • الفرع الثالث: المبيع في هذا العقد الأرض المعينة والبناء الموصوف في الذمة

مما يميز عقد بيع الوحدات العقارية قبل بدء المشروع أو خلال تنفيذه عما عداه من العقود، وعلى أساسه يبنى تكليفه الفقهي الذي ستعرض له في المبحث الثاني أن المبيع في هذا العقد يتكون من جزأين:

- الجزء الأول: أرض معينة، وهي التي سيقام عليها البناء.

(١) الطعن رقم ٣٥٨ لسنة ٢٠٠٦ تجاري عليا - جلسة ٢٠٠٦/١١/١٥، المحكمة العليا، مجموعة الأحكام الصادرة عن الدوائر المدنية بالمحكمة العليا والمبادئ المستخلصة منها في الفترة من ٢٠٠٦/١٠/١ وحتى ٢٠٠٧/٦/٣١، تصدر عن المكتب الفني للمحكمة العليا، ص ٦٧٦-٦٨٤.

(٢) دنون يونس صالح، علي سلمان صالح، مفهوم عقد بيع العقار على التصميم الهندسي وتكليفه القانوني (العراق: مجلة جامعة تكريت للحقوق، العدد ١، ٢٠١٦)، المجلد ١، الجزء ٢، ص ٢٥.

- الجزء الثاني: بناء موصوف في الذمة، وهذا البناء هو الذي سيقام على الأرض المعينة<sup>(١)</sup>.  
وقد بين الفقهاء بأن الأراضي والمباني أموال معينة لا تثبت في الذمة، وقد حكى ابن رشد الحفيد اتفاق العلماء على أن الدور والعقار لا تثبت في الذمة وأنها لا تصح إلا معينة<sup>(٢)</sup>.

## المبحث الثاني: أوجه التكيف الفقهي لعقد بيع الوحدات العقارية قبل أو في أثناء تنفيذ المشروع

بعدما انتهيت من تحديد ماهية هذا العقد وبيان خصائصه، أنتقل لموضع البحث وهو التكيف الفقهي لهذا العقد، والتكيف لغة «مصدر كيف، والتكيف اصطلاح مولد غير مسموع عن العرب، وكيف كلمة موضوعة للاستفهام بها عن حال الشيء وصفته، والكيفية هي حال الشيء وصفته»<sup>(٣)</sup>.  
والفقه في عبارة التكيف الفقهي صفة مقيدة، والياء في كلمة الفقهي نسبة إلى علم الفقه، والفقه لغة «الفهم»<sup>(٤)</sup>، واصطلاحاً هو «العلم بالأحكام الشرعية العملية المكتسب من أدلتها التفصيلية»<sup>(٥)</sup>.  
ويعرف التكيف الفقهي للمسألة بأنه «التصور الكامل الصحيح للمسألة وتحريرها وبيان انتمائها إلى أصل معين معتبر»<sup>(٦)</sup>، وتكييف العقود هو إلحاقها بما يشبهها من العقود»<sup>(٧)</sup>.

والتكيف الفقهي هو أحد مقدمات النظر في النوازل، وهي تحد فقهي يتطلب اجتهاداً عميقاً وفقاً لأحكام الشريعة ومقاصدها، إذ إن بعض المسائل المستحدثة قد لا تكون واضحة وضوحاً تاماً في صورتها وأوصافها، وقد تتجاذب المسألة مجموعة من الأصول الشرعية، لذلك كانت المسائل من أدق المسائل وأعوصها وتحتاج إلى دراسة وافية، الأمر الذي يستوجب مرونة فقهية تتيح

(١) د. مزيد بن إبراهيم بن صالح المزيد، التكيف الفقهي لبيع العقار على الخارطة، ص ١٣١.

(٢) محمد بن أحمد بن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج ٣، ص ٢١٧.

(٣) الزبيدي، تاج العروس (دار الهداية، د. ط. د. ت) ج ٢٤ ص ٣٥٣، ابن فارس، مقاييس اللغة (دار الفكر، ١٣٩٩ هـ) ج ٥، ص ١٥٠.

(٤) ابن فارس، مقاييس اللغة، ج ٤، ص ٤٤٢، الزبيدي، تاج العروس، ج ٣٦، ص ٤٥٦.

(٥) علي بن عبد الكافي السبكي وولده تاج الدين عبد الوهاب، الإبهاج في شرح المنهاج (دار البحوث، الطبعة الأولى، ١٤٢٤ هـ).

(٦) محمد شبير، التكيف الفقهي، (دار القلم، الطبعة الثانية) ص ١٤٣، عبد الرحمن السديس، التكيف الأصولي (دار النوادر، الطبعة الأولى) ص ١٤.

(٧) علي الخفيف، شهادات الاستثمار، ص ١١.

استيعاب هذه المستجدات دون الإخلال بالضوابط الشرعية، ليظهر مرونة الفقه الإسلامي وقدرته على إيجاد حلول مبتكرة تتماشى مع الواقع وما فيه صلاح للناس مع الالتزام بأصوله الراسخة.

وسوف أتناول التكييف الفقهي لعقد بيع الوحدات العقارية قبل بدء المشروع أو خلال تنفيذه، وذلك من خلال النظر في اشتراك هذا العقد مع العقود المسماة في الشريعة الإسلامية في الأركان والشروط والخصائص ل يتم النظر بعد ذلك في إلحاق هذا العقد المستجد بالعقد المسمى الذي يشبهه أو أنه يعد عقداً مستقلاً مستحدثاً، وسوف يكون ذلك في سبعة مطالب.

### ■ المطلب الأول: الوعد بالبيع

هل يمكن أن يكيف عقد بيع الوحدات العقارية قبل بدء المشروع أو خلال تنفيذه على أنه وعد بالبيع؟ سوف نتناول الإجابة عن هذا التساؤل في ثلاثة فروع:

#### • الفرع الأول: تعريف الوعد بالبيع

يعرف الوعد بالتعاقد بأنه «اتفاق بين شخصين يعد بموجبه أحدهما الآخر بإبرام عقد معين خلال مدة معينة، وذلك متى أظهر الموعود له رغبته في إبرام العقد خلال المدة المحددة»<sup>(١)</sup>.

وقد ذكر الوعد بالبيع والشراء في المذهب المالكي وأنه ملزم للواعد، وذكروا تفصيلات كثيرة فيها ليس المجال هنا لعرضها والتفصيل فيها<sup>(٢)</sup>.

ولا يجوز الوعد بالبيع للذهب والفضة في المستقبل، لأن الشارع شدد بوجوب التقابض فيهما في مجلس العقد<sup>(٣)</sup>.

ويرى فقهاء القانون بأن الوعد بالبيع يتخذ أشكالا مختلفة، فقد يكون متبادلا من قبل الجانبين بالبيع والشراء، وعندئذ يكون هذا الوعد بالبيع والشراء عقدا ملزما للجانبين، وقد يكون الوعد بالبيع فقط من قبل البائع، فإذا قبل الطرف الآخر هذا الوعد انعقد عقد وعد البيع، وكان ملزما لجانب واحد وهو البائع، وقد يكون الوعد بالشراء فقط من جانب المشتري فإذا قبل هذا الوعد من

(١) محمد إبراهيم بنداري، الوجيز في مصادر الالتزامات في قانون المعاملات المدنية العماني (مصر: دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، ٢٠١٤) ص ١٠٤.

(٢) أحمد بن محمد الخلوتي، حاشية الصاوي على الشرح الصغير (دار المعارف، بدون طبعة وبدون تاريخ) ج ٣، ص ١٢٩.

(٣) ندوة البركة الأولى، فتوى رقم ١٣، الفتاوى الشرعية في الاقتصاد، دلة البركة، ص ٨٣.

قبل البائع انعقد بين الطرفين عقد الوعد بالبيع، وكان ملزماً لجانب واحد وهو المشتري<sup>(١)</sup>.

وقد تطرق المشرع العماني للوعد بالتعاقد في القواعد العامة حيث نصت المادة ٧٢ من قانون المعاملات المدنية على الآتي: صيغة الاستقبال التي هي بمعنى الوعد المجرد ينعقد بها العقد وعدا ملزماً إذا انصرف إلى ذلك قصد المتعاقدين.

## • الفرع الثاني: أوجه التشابه بين الوعد بالبيع وعقد بيع الوحدات العقارية قبل أو في أثناء تنفيذ المشروع

بعد عرض تعريف الوعد بالبيع وضوابطه وشروطه نقول هنا: إن فريقاً من أهل الفقه رأى أن هناك تشابهاً بين كل من الوعد بالبيع مع عقد بيع الوحدات العقارية قبل بدء المشروع أو خلال تنفيذه في وجود تعهد بالبيع، ونقل الملكية إذا أظهر الموعود رغبته في الشراء في الأول، وتعهد بالبناء ونقل الملكية بعد اكتمال البناء في الثاني خلال مدة يتفق عليها الطرفان في كل منهما<sup>(٢)</sup>.

## • الفرع الثالث: أوجه الاختلاف بين الوعد بالبيع وعقد بيع الوحدات العقارية قبل بدء المشروع أو خلال تنفيذه

على الرغم من وجود بعض أوجه التشابه بين عقد الوعد بالبيع وعقد بيع الوحدات العقارية قبل بدء المشروع أو خلال تنفيذه إلا أن كثيراً من الفقهاء لم يرتض تكييف هذا العقد بأنه عقد وعد بالبيع بحجة أن هذا العقد يختلف عن الوعد بالبيع، لأن الأخير لا ينشئ فور التعاقد التزامات طرفيه، وإنما يقتصر على قصد المتعاقدين الذي اتجه إلى تأجيل انعقاد البيع ونقل الملكية لحين إظهار الرغبة في التعاقد خلال المدة المحددة، بينما عقد بيع الوحدات العقارية قبل بدء المشروع أو خلال تنفيذه هو عقد تام من حيث الانعقاد ونشوء الالتزامات، فإرادة الطرفين انصرفت منذ لحظة إبرام العقد إلى ترتيب آثاره وإلزام طرفيه به<sup>(٣)</sup>.

وهنا يمكن القول بأنه يتصور عقلاً في عقد بيع الوحدات العقارية قبل بدء المشروع أو خلال تنفيذه أن يكون وعداً بالشراء بين المتعاقدين حيث يعد المشتري البائع بشراء مبنى محدد منه

(١) د سليمان مرقس، شرح القانون المدني (القاهرة: مطبعة النهضة الجديدة، ١٩٦٨) ص ١٦.

(٢) عز الدين زوبة، خصوصية عقد بيع العقار على التصاميم عن عقد البيع العادي (مجلة الحقوق والحريات، جامعة محمد خيضر بسكرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، العدد (١)، ٢٠١٣) ص ٥١.

(٣) سبيل جعفر حاجي عمر، مرجع سابق، ص ٣٧-٣٨.

بعد فراغه من بنائه، بثمن محدد، وفي وقت معين، ويتفقان على ذلك، فعندئذ يكون الأمر جائزاً شرعاً، وأن هذا الوعد بالشراء يلزمه ديانة وحكما فالزامه ديانة بينة واضحة للأدلة التي توجب الوفاء بالوعد ومن ذلك قوله تعالى: «وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ» الإسراء: ٣٤، وأن الإخلاف بالوعد من صفات المنافقين للحديث «آية المنافق ثلاث إذا حدث كذب، وإذا وعد أخلف، وإذا أؤتمن خان»<sup>(١)</sup>، وأما إلزامه به حكماً لأن القضاء ما جعل إلا لتطبيق أوامر الله وحمل الناس عليها، ومن ألزم نفسه شيئاً ألزم إياه، وأن عدم إلزامه حكماً بتنفيذ الوعد يترتب الضرر على البائع ولا ضرر ولا ضرار في الإسلام.

ومع ما ذكرته أعلاه من تصور هذا العقد أن يكون وعداً بالبيع إلا أنني مع ذلك سأبين في المطالب القادمة ما يظهر لي من تكييف هذا العقد حسبما هو في الواقع العملي والقانوني.

### ■ المطلب الثاني: البيع الإيجاري (الإيجار المنتهي بالتمليك)

يجوز الاتفاق على أن يكون الثمن مقسماً لآجال معلومة مع تسلم المشتري للمبيع وهو ما يعرف ببيع التقسيط<sup>(٢)</sup>، إلا أنه لخطورة البيع بالتقسيط في حالة امتناع المشتري عن الدفع نتيجة إعساره أو إفلاسه فلا يستطيع البائع استرداد باقي الثمن، فدفعت ذلك بالبائعين إلى ابتكار عقد جديد يجعلهم يحتفظون بملكية الشيء المبيع الذي لم يسدد ثمنه بعد، وهو ما يعرف بالبيع الإيجاري أو الإيجار المنتهي بالتمليك أو الإيجار المقترن بوعد البيع الذي يظهر البيع بالتقسيط في صورة عقد إيجار، وفي نهاية المدة تنتقل ملكية الشيء المؤجر إلى المستأجر بناء على عقد آخر وهو الوعد بالهبة أو الوعد بالبيع بثمن حقيقي أو رمزي بشرط استكمال سداد الأجرة خلال المدة المتفق عليها، فهل هذا العقد يشبه عقد بيع الوحدات العقارية قبل بدء المشروع أو خلال تنفيذه؟ سوف نتناول الإجابة عن هذا التساؤل من خلال الفرعين الآتيين:

### • الفرع الأول: تعريف البيع الإيجاري

عرفت هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية الإجارة المنتهية بالتمليك بأنها «إجارة يقترن بها الوعد بتمليك العين المؤجرة إلى المستأجر في نهاية مدة الإجارة أو في أثنائها»<sup>(٣)</sup>.

(١) البخاري: كتاب الإيمان، باب: علامة المنافق (٣٣).

(٢) إبراهيم دسوقي، البيع بالتقسيط (الكويت: مطبعة جامعة الكويت، الطبعة الأولى، ١٤٠٤هـ) ص ٢٠.

(٣) هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، المعايير الشرعية، المعيار الشرعي رقم (٩) الملحق ج، ص ٢٧٠.

الفرع الثاني: أوجه الاختلاف بين البيع الإيجاري وعقد بيع الوحدات العقارية قبل بدء المشروع أو خلال تنفيذه

من خلال ما تم استعراضه عن البيع الإيجاري يتضح بأن هذا العقد يشبه عقد بيع الوحدات العقارية قبل بدء المشروع أو خلال تنفيذه في آلية دفع الثمن، فالمشتري في عقد بيع الوحدات العقارية قبل بدء المشروع أو خلال تنفيذه يدفع الثمن على شكل أقساط دورية، وكذلك الحال بالنسبة للمستأجر في البيع الإيجاري يلتزم بدفع الأجرة (الثمن) على شكل أقساط إلا أنه مع ذلك فالعقدان يختلفان عن بعضهما في أمور منها:

في البيع الإيجاري يتفق المتعاقدان على إيجار شيء معين لمدة معينة لقاء أجر، ومتى أوفى المستأجر بجميع الأقساط (الأجرة) تنتقل ملكية الشيء المؤجر إلى المستأجر بناء على عقد آخر وهو الوعد بالهبة أو الوعد بالبيع، بينما في عقد بيع الوحدات العقارية قبل بدء المشروع أو خلال تنفيذه يتفق المتعاقدان على أنه بيع منذ البداية وليس إيجاراً.

إن الأقساط التي يلتزم المشتري بدفعها في بيع الوحدات العقارية قبل بدء المشروع أو خلال تنفيذه تعتبر جزءاً من الثمن، أما في البيع الإيجاري فتعتبر الأقساط أجرة عن الانتفاع بالعين المؤجرة، فإذا تخلف المشتري عن دفع أي مبلغ دوري عند استحقاقه جاز للمؤجر فسخ العقد واسترداد العين مع الاحتفاظ بما قبضه.

إن التسليم والانتفاع في البيع الإيجاري يكون بعد إبرام العقد، بينما في عقد بيع الوحدات العقارية قبل بدء المشروع أو خلال تنفيذه لا تتم الحيازة والانتفاع إلا بعد إتمام إنجاز العقار وتسليمه<sup>(١)</sup>.

فمن خلال ما تم ذكره يتضح بأنه لا يمكن أن وكيف عقد بيع الوحدات العقارية قبل بدء المشروع أو خلال تنفيذه على أنه بيع إيجاري للاختلافات الواضحة بينهما وإن وجد شبه بينهما في بعض الأمور.

## ■ المطلب الثالث: عقد بيع الموصوف في الذمة بغير لفظ السلم

بعدما انتهيت من استعراض الوعد بالبيع والبيع الإيجاري تنتقل لعقد آخر يمكن أن وكيف عليه عقد بيع الوحدات العقارية قبل بدء المشروع أو خلال تنفيذه ليكون هذا العقد من قبيل البيوع

(١) أحمد محمود محمد، بيع العقار دراسة تحليلية مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة لجامعة الأزهر في غزة، كلية الحقوق، ص ٥٣.

التقليدية العادية إلا أنه من قبيل البيوع الموصوفة في الذمة مع تأخير البدلين فهل يصح هذا التكيف؟ هنا سنناقش هذا الاحتمال من خلال الفرعين الآتيين:

### • الفرع الأول: هل يصح بيع الموصوف في الذمة بغير لفظ السلم مع تأجيل البدلين

قد يكون المبيع غير موجود على الإطلاق بأن كان معدوماً وقت التعاقد إلا أنه يمكن إيجاده وإحضاره في وقت التسليم المتفق عليه، وهو ما يسمى ببيع الموصوف في الذمة، فإن تم العقد على هذا المبيع بلفظ البيع مع تأخر الثمن فهل يجوز ذلك؟ ذهب جمهور العلماء إلى المنع من بيع الموصوف في الذمة مع تأجيل البدلين<sup>(١)</sup> لاحتوائه على مناهي شرعية ثلاثة وهي: أنه بيع المعدوم الذي اتفقت كلمة الفقهاء على منعه<sup>(٢)</sup>.

أن هذا البيع من باب بيع الإنسان ما لا يملكه وهو لا يجوز لحديث حكيم بن حزام قال: سألت النبي ﷺ فقلت: يا رسول الله يأتيني الرجل فيسألني البيع ليس عندي أبيعه ثم أبتاعه من السوق؟ قال: «لا تبع ما ليس عندك»<sup>(٣)</sup>.

أنه من باب بيع الدين بالدين المنهي عنه للإجماع وللحديث، فأما الإجماع فقد نقل إجماع العلماء عن بيع الدين بالدين غير واحد من الراسخين في العلم كالإمام أحمد وابن المنذر<sup>(٤)</sup>، وأما الحديث فقد روى ابن عمر قال: نهى رسول الله عن بيع الكالئ بالكالئ، قال نافع: هو بيع الدين بالدين<sup>(٥)</sup>.

وذهب بعض الفقهاء إلى جواز بيع الموصوف في الذمة مع تأجيل البدلين<sup>(٦)</sup> وردوا على أدلة

(١) الشماخي، كتاب الإيضاح، ج ٣، ص ١٢٠، المقدسي، الشرح الكبير، ج ٥، ص ٢٤٨، محمود بن أحمد العيني، البناية شرح الهداية (لبنان: دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤٢٠ هـ) ج ٨، ص ٣٢٩، الماوردي، الحاوي الكبير (لبنان: دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤١٩ هـ) ج ٥، ص ٣٩٨، ابن غنيم، الفواكه الدواني، ج ٢، ص ١٤٣.

(٢) البسيوي، مختصر البسيوي، ص ٢٩٨، النووي، المجموع شرح المذهب، ج ٩، ص ٥٨.

(٣) الترمذي، كتاب: البيوع، باب: ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك (١٢٣٢).

(٤) ابن قدامة، المغني، ج ٦، ص ١٠٦، أبو المنذر محمد بن إبراهيم، الإجماع، ص ٥٣.

(٥) أخرجه الحاكم في المستدرک: كتاب: البيوع (٢٣٤٢)، والبيهقي في السنن الكبرى: باب: ما جاء في النهي عن بيع الدين بالدين (١٠٥٣٦).

(٦) البجيرمي، حاشية البجيرمي على الخطيب، ج ٣، ص ٥، الشرقاوي، حاشية الشرقاوي على تحفة الطلاب بشرح تنقيح اللباب، ج ٢، ص ١٦٤، الأنصاري، أسنى المطالب، ج ٢، ص ١٢٤.

الجمهور بالآتي:

أنه ليس في كتاب الله ولا سنة رسول الله ﷺ ولم يرد عن أحد من الصحابة أن يبيع المعدوم لا يجوز، وإنما ورد النهي عن بعض الأشياء المعدومة، والعلة في النهي فيها الغرر وهو ما لا يقدر على تسليمه، وليست العلة في المنع الوجود أو عدمه، إذ موجب البيع تسليم المبيع، فإن كان البائع عاجزاً عن تسليمه فهو غرر ومخاطرة وقمار<sup>(١)</sup>.

أن النهي الوارد في حديث حكيم بن حزام إنما هو في المبيع المعين الذي ليس في ملك البائع وقت العقد لتعلق حق المشتري بتلك العين المعينة بخلاف المبيع الموصوف في الذمة فالبيع فيه واقع على الوصف، وليس على ذات معينة، والأوصاف لا تفوت فوات الأعيان<sup>(٢)</sup>، أو أن النهي إنما هو في الموصوف في الذمة غير المقدور على تسليمه<sup>(٣)</sup>.

أن الحديث المروي في النهي عن بيع الدين بالدين لا يصح، فقد قال الصنعاني: رواه إسحاق والبخاري بإسناد ضعيف، ورواه الحاكم والدارقطني من دون تفسير، وفي إسناده موسى بن عبيدة الزبدي وهو ضعيف، قال أحمد: لا تحل الرواية عندي عنه، ولا أعرف هذا الحديث لغيره، وصحفه الحاكم فقال: موسى بن عقبة فصحه على شرط مسلم، وتعجب البيهقي من تصحيحه على الحاكم، قال أحمد: ليس في هذا حديث يصح<sup>(٤)</sup>.

وقد أشار كذلك لضعف إسناده هذا الحديث الزيلعي وابن حجر والشوكاني<sup>(٥)</sup>.

وإن صح الحديث أو تحقق الإجماع فعلى أي صورة من صور بيع الدين بالدين ينطبق عليها الإجماع والحديث؟ ففقهاء يرون أن النهي إنما يحمل على فسخ الدين في الدين وبيع الدين بالدين، أما ابتداء الدين بالدين كما هو في بيع الموصوف في الذمة بثمن مؤجل فلا يدخل في النهي الوارد في الحديث أو المتفق عليه بين العلماء إن صح ذلك<sup>(٦)</sup>، ويؤكد ذلك أمران:

- (١) ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين، ج ٢، ص ٢٧.
- (٢) ابن عبد البر، الاستذكار، ج ٦، ص ٥١٨، البغوي، شرح السنة، ج ٨، ص ١٤١.
- (٣) ابن تيمية، تفسير آيات أشكلت على كثير من العلماء، ج ٢، ص ٦٩١، المباركفوري، تحفة الأحمدي، ج ٤، ص ٣٦٠.
- (٤) الصنعاني، سبل السلام، ج ٣، ص ٤٥.
- (٥) الزيلعي، نصب الراية، ج ٤، ص ٣٩، ابن حجر، التلخيص الحبير، ج ٣، ص ٢٦، الشوكاني، نيل الأوطار، ج ٥، ص ٢٤٥.
- (٦) الجندي، التوضيح في شرح مختصر ابن الحاجب، ج ٥، ص ٣٤٠، ابن مفلح، المبدع، ج ٤، ص ١٥٠، الزرقاني، شرح

- ما كان عليه عمل أهل المدينة، فقد جاء في المدونة عن سالم بن عبد الله قال: كنا نبتاع اللحم كذا وكذا رطلاً بدينار، يأخذ كل يوم كذا وكذا، والثلث إلى العطاء، فلم ير أحد ذلك ديناً بدين، ولم يروا بذلك بأساً<sup>(١)</sup>، فالظاهر أنهم كانوا يعقدون العقد ويتسامحون في هذا التأخير للبدلين ولا يرون ذلك من قبيل الدين بالدين.
- أن كثيراً من الفقهاء لا يشترطون قبض أحد العوضين في بيع المبيع المعين فيجيزون تأخير قبض العوضين عن مجلس العقد ولا يجعل ذلك من باب بيع الدين بالدين<sup>(٢)</sup>، ويدل لهذا الرأي حديث جابر عندما باع النبي ﷺ جملة واستثنى ركوبه إلى المدينة فقد روى الإمام مسلم عن جابر بن عبد الله؛ أنه كان يسير على جمل له قد أعيا، فأراد أن يسيه. قال: فلحقني النبي ﷺ، فدعا لي وضربه، فسار سيرا لم يسر مثله. قال: «بعنيه بوقية»، قلت: لا، ثم قال «بعنيه»، فبعته بوقية، واستثنيت عليه حملانه إلى أهلي. فلما بلغت أتيته بالجمل، فنقدي ثمنه، ثم رجعت فأرسل في أثري، فقال: «أتراني ماكستك لآخذ جملك؟ خذ جملك ودراهمك، فهو لك»<sup>(٣)</sup>.

#### • الفرع الثاني: أوجه التشابه والاختلاف بين عقد بيع الموصوف في الذمة وعقد بيع الوحدات العقارية قبل أو في أثناء تنفيذ المشروع

عقد البيع العادي يتشابه مع عقد بيع الوحدات العقارية قبل أو في أثناء تنفيذ المشروع في أن كلا العقدين يترتب عليه التزاما من قبل المشتري بدفع الثمن، والتزاما من قبل البائع بنقل الملكية وتسليم المبيع وضمان العيوب الخفية وضمان التعرض والاستحقاق، كما أن عقد بيع الوحدات العقارية قبل أو في أثناء تنفيذ المشروع يشابه بيع الموصوف في الذمة في أن محل البيع فيه غير موجود وقت إبرام العقد، ويلتزم البائع فيه بالبناء.

ومع ذلك التشابه بين العقدين إلا أنه يظهر لي اختلاف بين العقدين فمحل العقد في بيع الوحدات العقارية قبل أو في أثناء تنفيذ المشروع مكون من جزأين الأرض المعينة الموجودة عند إبرام العقد، والبناء الذي سيلتزم البائع بإقامته على تلك الأرض المعينة وهو غير موجود عند إبرام العقد.

مختصر خليل، ص ٨١، المجموع شرح المذهب، تكملة السبكي، ج ١٠، ص ١٠٨.

(١) ج ٣، ص ٣١٥.

(٢) حاشية ابن عابدين، ج ٥، ص ٢١٦، حاشية الصاوي، ج ٣، ص ٤٦، العمراني، البيان، ج ٥، ص ٤٣٣.

(٣) مسلم: كتاب: البيوع، باب: بيع البعير واستثناء ركوبه (٧١٥).

وهذا يعني أن الاتجاه الذي يكيف هذا العقد أنه بيع لموصوف في الذمة نظر فقط إلى نقل ملكية المبنى وهو أثر واحد من الآثار المترتبة على العقد، وأهمل التزام البائع بالبناء وهو التزام جوهري في هذا العقد وليس التزاما ثانويا تابعا لنقل الملكية.

## ■ المطلب الرابع: عقد السلم

تطرقت في المطلب السابق إلى بيع الموصوف في الذمة بلفظ البيع مع تأجيل البدلين، هنا نتطرق لحكم هذا البيع مع نقد الثمن وهو ما يعرف ببيع السلم، وسوف أذكر ذلك لأجيب عن التساؤل المهم في البحث وهو هل يمكن أن يكيف عقد بيع الوحدات العقارية قبل بدء المشروع أو خلال تنفيذه على أنه عقد سلم؟ والإجابة عن هذا التساؤل تتطلب منا أن نسبر أغوار عقد السلم من خلال تعريفه ومشروعيته وأركانه وشروطه وهذا الذي سيكون في الفروع التالية:

### • الفرع الأول: تعريف عقد بيع السلم

بيع السلم هو من بيوع الصفة التي تحدثنا عنها في المطلب السابق، والسلم لغة بفتحتين هو «السلف، يقال: أسلمت إليه أي أسلفت»، وقال ابن فارس: السلم الذي يسمى السلف كأنه مال أسلم، ولم يمتنع من إعطائه<sup>(١)</sup>.

ويعرف اصطلاحاً بأنه «عقد موصوف في الذمة مؤجل بثمن مقبوض في مجلس العقد»<sup>(٢)</sup>.

وعرفت المادة ٤٢٠ من قانون المعاملات المدنية العماني بيع السلم بأنه: بيع مال مؤجل التسليم بثمن معجل.

إذن من خلال التعريفات السابقة يتضح لنا جلياً بأن بيع السلم هو بيع مال آجل محدد ومبين أوصافه بعاجل وهو الثمن الذي يقدم ويقبض في مجلس العقد.

### • الفرع الثاني: مشروعية عقد بيع السلم

كان الأصل أن يتم اللجوء إلى عقد السلم من قبل المنتجين نظراً لحاجتهم إلى رأس المال النقدي من أجل الاستمرار في الإنتاج أو لتحقيق رغباتهم الاقتصادية التي لا تقبل الانتظار لحين

(١) الأزهري، تهذيب اللغة، ج ١٢، ص ٣١٠، ابن فارس، مقاييس اللغة، ج ٣، ص ٩٠.

(٢) ابن قدامة أبو محمد موفق الدين عبد الله، الكافي في فقه الإمام المبعجل أحمد بن حنبل (بيروت: المكتب الإسلامي، الطبعة الثانية، ١٣٩٩ هـ)، ج ٢، ص ١٠٨.

نضج المحصول وبيعه، كما أن المشتري يقدم على هذا البيع من أجل الحصول على الربح، لأن سعر المبيع سيكون أقل مما لو نضج وتم بيعه بعد ذلك<sup>(١)</sup>، وهذا الذي كان يحدث عند العرب في الجاهلية فقد روى ابن عباس أن رسول الله ﷺ قدم المدينة والناس يسلفون في الثمر العام والعامين فقال: «من أسلف في تمر فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم»<sup>(٢)</sup>.

وقد أجمع العلماء على مشروعيته<sup>(٣)</sup>.

### • الفرع الثالث: شروط صحة بيع السلم

هناك شروط لبيع السلم أذكر بعضها منها على عجلة وهي أن يكون كل من البديلين الثمن والسلعة المباعة مالا متقوما يصح تملكه وبيعه، تحرزا من المحرمات<sup>(٤)</sup>، وأن يكونا معلومين في الجنس والصفة والمقدار، وأن يكونا مختلفين جنسا تجوز النسبة بينهما، فلا يكونا طعامين، ولا يجوز تسليم الذهب والفضة أحدهما في الآخر، لأن ذلك ربا<sup>(٥)</sup>، وهذا ما نصت عليه المادة (٤٢٥) من قانون المعاملات المدنية العماني إذ جاء فيها: لا يجوز أن يكون رأس مال السلم والمسلم فيه طعامين أو نقدين ويكفي في غير الطعامين أن يختلفا في الجنس والمنفعة.

كما أنه يشترط تسليم الثمن في مجلس العقد قبل التفرق وإلا بطل العقد، وقد حكي الاتفاق على ذلك<sup>(٦)</sup>. وقد نص على ذلك قانون المعاملات المدنية العماني فقد جاء في المادة (٤٢٣):

(١) عدنان إبراهيم سرحان، أحكام البيع في قانون المعاملات المدنية الإماراتي (الأردن: الآفاق المشرقة ناشرون، الطبعة الثانية، ٢٠١٠) ص ٢٢٣.

(٢) البخاري: كتاب السلم، باب: السلم في كيل معلوم (٢٢٣٩)، ومسلم: كتاب: المساقاة، باب: السلم (١٦٠٤).

(٣) محمد بن يوسف أطفيش، شرح النيل، ج ٨، ص ٦٣٣، أبو الحسن البسيوي، جامع أبي الحسن البسيوي، ج ٤، ص ٩، ابن المنذر، الإجماع (الإسكندرية: مركز الإسكندرية) مسألة رقم ٤٩٥، ابن قدامة، المغني (دار الفكر، الطبعة الثانية، ١٤١٧هـ) ج ٤، ص ٣٣٨، ابن عبد البر، الاستذكار، ج ٦، ص ٣٨٤، شمس الدين محمد بن أبي العباس الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج في الفقه على مذهب الإمام الشافعي (القاهرة: مطبعة الحلبي، ١٣٨٦هـ) ج ٤، ص ١٨٢، محمد بن عبد الواحد السيواسي، شرح فتح القدير، ج ٧، ص ٦٧.

(٤) نهاية المحتاج، ج ٤، ص ١٧٩، الشرح الصغير، ج ٣، ص ٢٦٣.

(٥) محمد بن سعيد الكدومي، الجامع المفيد من أحكام أبي سعيد (مسقط، طبعة وزارة التراث والثقافة) ج ٣، ص ١٦٨، بداية المجتهد، ج ٢، ص ١٥٢، أحمد بن محمد العدوي، الشرح الكبير، ج ٤، ص ٣٢٣.

(٦) محمد بن يوسف أطفيش، شرح النيل، ج ٨، ص ٦٣٧، ابن قدامة، المقنع، ج ٢، ص ٩٣، مغني المحتاج، ج ٢، ص ١٠٢، الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٥، ص ٢٠٢، ابن المنذر، الإجماع، ص ١٦٠، ابن حجر، فتح الباري، ج ٤، ص ٣٦٤.

يجب أن يكون رأس المال معلوما للمتعاقدين، وأن يتم الوفاء به عند التعاقد.

كما أنه يشترط في السلعة المبيعة أن تكون مطلقة في الذمة، فلا يجوز في شيء معين، فلا يجوز مثلاً أن يسلم في ثمرة بستان بعينه، لأنه معرض للتلف والهلاك قبل الأجل، ولا يصح فيما لا يثبت في الذمة مثل الدور والعقار وما أشبه ذلك<sup>(١)</sup>.

• **الفرع الرابع: هل بيع الوحدات العقارية قبل أو في أثناء تنفيذ المشروع من عقود السلم؟**  
بعد أن سبرت بعض أغوار عقد بيع السلم أعود مرة ثانية إلى السؤال الذي سألته في بداية هذا المطلب وهو هل يمكن أن يعد بيع الوحدات العقارية قبل أو في أثناء تنفيذ المشروع من عقود السلم؟

يمكن القول بأن عقد بيع الوحدات العقارية قبل بدء المشروع أو خلال تنفيذه ليس من قبيل عقد السلم لأمرين:

- الأمر الأول: المبيع في بيع الوحدات العقارية قبل أو في أثناء تنفيذ المشروع مكون من جزأين: أرض معينة وبناء موصوف في الذمة يقام على الأرض المعينة، ومن شروط السلم أن لا يكون في معين بل في مطلق موصوف في الذمة كما فصلنا ذلك من قبل.
- الأمر الثاني: أن الثمن في عقد السلم يتم الوفاء به عند التعاقد، في حين نص المشرع العماني في نظام حساب الضمان لمشروعات التطوير العقاري بالنسبة لعقد بيع الوحدات العقارية قبل أو في أثناء تنفيذ المشروع بأن يربط سداد الثمن بمراحل إنجاز المشروع.

## ■ المطلب الخامس: عقد المقاوله

إن كان عقد السلم كما ذكرنا سابقاً كان يتعامل به كثيراً المزارعون لتسويق منتجاتهم الزراعية، كذلك الناس بحاجة إلى بناء المنزل الذي يضمن لهم العيش الكريم فظهر ما يعرف بعقد المقاوله، الذي يقوم فيه المقاول بالبناء بمواده على أرض رب العمل فهل يمكن أن نعتبر عقد بيع الوحدات العقارية قبل أو في أثناء تنفيذ المشروع من قبيل عقد المقاوله؟

(١) الشماخي، الإيضاح، ج ٣، ص ٣٦٠-٣٦١، أبو الحسن البسيوي، جامع أبي الحسن البسيوي، ج ٤، ص ١٠، الدردير، الشرح الصغير، ج ٣، ص ٢٨١، المهذب، ج ٢، ص ٧٥، عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني، ج ٥، ص ٦٦٨، علي بن أبي بكر المرغيناني، الهداية شرح بداية المبتدي، ج ٧، ص ٨٥.

والإجابة عن هذا السؤال تتطلب التعرف إلى عقد المقاوله من جميع جوانبه ليتسنى الوصول للإجابة المنطقية، وذلك سيكون في الفروع الآتية:

### • الفرع الأول: تعريف عقد المقاوله

المقاوله في اللغة «مفاعلة من القول، وتقاولا أي تفاوضا»<sup>(١)</sup>.

ولم يكن للفقهاء السابقين -رحمهم الله- كلام عن عقد المقاوله بهذا المصطلح؛ لكنه انتشر في الآونة الأخيرة، واهتم به أصحاب القانون، والتشريعات القانونية، وكتب فيه بعض الباحثين المعاصرين فذكروا له تعريفات، وهي في مجملها لا تختلف إلا في بعض القيود، فلقد عرفت الدكتورة أمل النفيسة عقد المقاول بأنه «عقد يتعهد أحد طرفيه بمقتضاه بأن يصنع شيئاً أو يؤدي عملاً مقابل أجر يتعهد به الطرف الآخر»<sup>(٢)</sup>.

وعرف قانون المعاملات المدنية العماني في المادة (٦٢٦) عقد المقاوله بأنه: «عقد يلتزم بمقتضاه المقاول بصنع شيء أو أداء عمل لقاء أجر».

فالذي يظهر من هذا التعريف بأن المشرع يطلق على الاستصناع الذي ستطرق إليه في المطلب القادم مقاوله.

فالمقاول لا يكلف إلا بالقيام بالأعمال المادية فهو لا يمثل رب العمل، وإنما يعمل لمصلحته وعلى نفقته، وقد يتكفل المقاول بإحضار كل ما يخص البناء فيكون عليه العمل والمواد معاً، وقد يقتصر دوره على العمل فقط دون إحضار مواد البناء، وقد أشارت المادة (٦٢٧) من قانون المعاملات المدنية العماني إلى هذه الصور حيث نصت على أنه يجوز أن يقتصر التزام المقاول على تقديم العمل، ويقدم صاحب العمل المادة التي يستخدمها المقاول أو يستعين بها في القيام بعمله، كما يجوز أن يقدم المقاول العمل والمادة معاً.

### • الفرع الثاني: حكم عقد المقاوله

من خلال تعريف عقد المقاوله، وبيان صورته يتضح بأن عقد المقاوله يدور بين عقد الاستصناع

(١) ابن منظور، لسان العرب، ج ١٤، ص ٩٥.

(٢) د أمل بنت عبد العزيز النفيسة، عقد المقاوله، ص ٦.

وعقد الإجارة، وهذا العقدان مشروعان، أو يمكن القول بأنه عقد جديد مستحدث، ويجوز استحداث عقود جديدة لا تتعارض مع نصوص الشارع إذ القاعدة الفقهية تنص على أن «الأصل في الأشياء الإباحة»<sup>(١)</sup> وما جاءت الشريعة إلا لتحقيق مصالح العباد في المعاش والمعاد، والحاجة اليوم ماسة لاستحداث مثل هذا العقد، لاسيما مع التطور والرقى في البنيان، فيحتاج الشخص أو المسؤول عن الدولة لإنشاء وإقامة الجسور والمطارات والمنشآت، وصيانة المباني ووسائل النقل، ولا يكون ذلك إلا بعقود مقاولات مع أهل الحرفة والمعرفة، ولو سد هذا الباب لضيق على الناس ووقعوا في الحرج الذي تمنعه الشريعة.

## • الفرع الثالث: هل عقد بيع الوحدات العقارية قبل بدء المشروع أو خلال تنفيذه عقد مقاول؟

بعد عرض عقد المقاوله من حيث التعريف بماهيته وصوره ومشروعيته أرجع للموضوع الأساسي، وهو: هل عقد بيع الوحدات العقارية قبل بدء المشروع أو خلال تنفيذه عقد مقاول؟

يذهب اتجاه من الفقه إلى أن المقاوله تقترب من بيع الوحدات العقارية قبل أو في أثناء تنفيذ المشروع من حيث الهدف، فالبائع يلتزم -كما هو الحال في عقد المقاوله- بصنع شيء أي بناء عقار خلال مدة معينة مقابل أجر يلتزم به المشتري أو رب العمل، ولا يغير من طبيعة هذا العقد كون الأرض التي سيقام عليها البناء ملكا للمقاول أو لرب العمل، هذا من جانب، ومن جانب آخر وجود حالة يكاد فيها أن يختلط عقد بيع الوحدات العقارية قبل أو في أثناء تنفيذ المشروع مع عقد المقاوله عندما يقوم المقاول بتقديم العمل والمادة معا<sup>(٢)</sup>.

إلا أن هذا التكييف غير مقبول عند مجموعة من الفقهاء، لأن المقاوله تتميز عن بيع الوحدات العقارية قبل أو في أثناء تنفيذ المشروع بكونها ترد على العمل، في حين يرد بيع الوحدات العقارية قبل أو في أثناء تنفيذ المشروع على الملكية، فالمبادلة في المقاوله تتمثل بقيام المقاول بعمل محدد

(١) أي أن الحكم الذي يجب أن يستصحب في الأعيان والأفعال قبل ورود الشرع أو بعد وروده إذا كانت من المسكوت عنها أو كان لها حكم يجهلها المكلف هو الإذن ونفي الحرج حتى يدل الدليل على الحظر والمنع، ينظر: ابن عابدين، رد المحتار، ج ٥، ص ١٩٨، ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص ٦٦، الرازي، المحصول في علم الأصول، ج ٥، ص ٥٩، النووي، المجموع، ج ١، ص ٢٤٢.

(٢) د محمد جابر الدوري، مسؤولية المقاول والمهندس في مقاولات البناء والمنشآت الثابتة بعد إنجاز العمل وتسليمه (بغداد: مطبعة أوفيسست عشتار، ١٩٨٥) ص ٣٢.

للحصول على مقابل معين، أما في البيع فتتمثل في نقل حق الملكية مقابل ثمن نقدي<sup>(١)</sup>.

وهذا يعني أن هذا الرأي الذي كيف عقد بيع الوحدات العقارية قبل أو في أثناء تنفيذ المشروع بأنه عقد مقاوله أهمل عنصر الشراء ونقل الملكية.

ولقد قضت المحكمة العليا العمانية في هذا الشأن بأن الفرق بين البيع والمقاوله أن عقد البيع ينقل ملكية الشيء أو الحق من أحد المتعاقدين للآخر مقابل الثمن، ويجوز بيع الأموال غير الموجودة طالما كان من الممكن تهيئتها وإحضارها، وأن الاتفاق على استصناع شيء معين بالوصف مقابل أجر معين هو عقد مقاوله، ويجوز تعهد المقاول بتقديم المادة والعمل أو الاقتصار على العمل دون غيره<sup>(٢)</sup>.

### ■ المطلب السادس: الاستصناع

ذكرت في المطلب السابق بأن البعض يعد عقد الاستصناع من عقود المقاوله، هنا ننتقل إلى دراسة هذا العقد بصورة خاصة لتتعرف إلى إمكانية أن يعد عقد بيع الوحدات العقارية قبل بدء المشروع أو خلال تنفيذه من عقود الاستصناع أو لا<sup>(٣)</sup>، وسيكون ذلك من خلال الفروع الآتية:

#### • الفرع الأول: تعريف عقد الاستصناع

الاستصناع لغة «من صنعه يصنعه صنعا فهو مصنوع: أي عمله»<sup>(٤)</sup> قال الله تعالى: ﴿صُنِعَ اللَّهُ الَّذِي أَتَقَنَ كُلَّ شَيْءٍ﴾ النمل: ٨٨.

وعرف سماحة الشيخ أحمد بن حمد الخليلي عقد الاستصناع بأنه «اتفاق بين طرفين على أن يصنع أحدهما للآخر شيئا على أوصاف معلومة، وبقدر معلوم، ومن مادة معلومة إلى أجل

(١) مصطفى أبو مندور موسى، العقود المسماة (بيروت: مكتبة بيروت، ٢٠١٢) ص ٢.

(٢) الطعن رقم ٢٠٨ لسنة ٢٠٠٧ تجاري عليا - جلسة ٢٠٠٨/١/٢م - المحكمة العليا، مجموعة المبادئ والقواعد القانونية التي قررت المحكمة العليا في الفترة من ٢٠٠١ وحتى ٢٠١٠، تصدر عن المكتب الفني للمحكمة العليا، ص ٤٦٣ - ٤٦٤.

(٣) ممن ذهب إلى هذا الرأي الدكتور وهبة مصطفى الزحيلي (ينظر: عقد الاستصناع بحث منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السابع، الجزء الثاني، ١٤١٢هـ، ص ٣٢٠) وكذلك الدكتور محمد عبد اللطيف الفرفور (ينظر: أثر الاستصناع في تنشيط الحركة الصناعية، بحث منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السابع، الجزء الثاني، ١٤١٢هـ، ص ٥١٥).

(٤) ابن منظور، لسان العرب، ج ٨، ص ٢٠٨.

معلوم<sup>(١)</sup>.

وعرفت مجلة الأحكام العدلية في مادتها (١٢٤) الاستصناع بأنه عقد مع صانع على عمل شيء معين في الذمة.

فمن خلال التعريفات المتقدمة يتبين لنا بأن في عقد الاستصناع بضاعة نريد شراءها إلا أن هذه البضاعة ليست موجودة وقت التعاقد بل نريد من البائع أن يقوم بصنعها فتعاقد معه بهذا الوضع، كأن تقول لرجل اصنع لي سلاحاً أو ثوباً أو آنية من نحاس من عندك بخمسين ريالاً، ويبين له نوع ما يعمل وقدره وصفته، ولا بد في موضوع عقد الاستصناع من صناعة، فكل ما يقع عليه العمل من قبل صانع فهو عين مستصنعة<sup>(٢)</sup>.

## • الفرع الثاني: مشروعية عقد الاستصناع

بيع الاستصناع جائز لأدلة مختلفة منها:

حديث سهل قال: بعث رسول الله ﷺ إلى امرأة: مري غلامك النجار يعمل لي أعواداً أجلس عليهن<sup>(٣)</sup>.

ووجه الدلالة طلب النبي ﷺ من المرأة أن يصنع غلامها النجار له أعواداً دليل على جواز الاستصناع.

- أن الناس كانوا يتعاملون به من عهد النبي ﷺ ولم ينكر عليهم، وقد تعامل به الناس إلى يومنا هنا فكان بمثابة الإجماع العملي<sup>(٤)</sup>.

## • الفرع الثالث: التكيف الفقهي لعقد الاستصناع

اختلف الفقهاء في حقيقة عقد الاستصناع على قولين:

- القول الأول: ذهب بعض الإباضية والحنفية وأكثر الفقهاء المعاصرين من مختلف المذاهب

(١) أحمد بن حمد الخليلي، فتاوى المعاملات (مسقط: الأجيال للتسويق، بدون طبعة، ١٤٣٤هـ) ص ٢٥٢.

(٢) المعتمد بن سعيد المعولي، المعتمد في فقه الصيرفة الإسلامية (بيروت: الطبعة الأولى، ٢٠٢١م) ص ٣٦٩.

(٣) رواه البخاري في صحيحه، باب: الاستعانة بالصناعات والنجار في أعواد المنبر والمسجد (٤٣٧).

(٤) الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٦، ص ٢٦٧٨.

الإسلامية والمجامع الفقهية الإسلامية إلى أن الاستصناع عقد مستقل قائم بذاته<sup>(١)</sup>، لذا أفردوا له مبحثاً مستقلاً، ورأى الحنفية أنه لا يشترط فيه نقد الثمن، لأنه يشبه الإجارة إذ إن العمل في الاستصناع جزء مهم من المبيع، والإجارة يجوز فيها تأجيل الثمن، ورأوا أنه عقد غير لازم قبل العمل، واختلفوا في لزومه بعد الفراغ من العمل<sup>(٢)</sup>.

- القول الثاني: قول الجمهور من الإباضية والمالكية والشافعية والحنابلة أن الاستصناع نوع من أنواع السلم، لأنهم اعتبروه من السلم في مصنوع، وشرطوا فيه شروطه، وأجروا عليه أحكامه، ومن ذلك وجوب نقد الثمن، وأنه عقد لازم مثله مثل عقود المعاوضات<sup>(٣)</sup>.

ومن خلال ما تم ذكره أعلاه يمكن القول بأن عقد الاستصناع عقد مركب من عقدين: البيع والإجارة، فهو عقد على مبيع في الذمة شرط عمله على الصانع بنفسه أو من يكون تحت إدارته وإشرافه أو من غير ذلك ممن يكلفهم الصانع للقيام بعملية الصناعة والعمل، فيكون التعاقد فيه على العين والمنفعة معاً، لذلك هو يشبه عقد الإجارة إجارة الأجير المشترك مما سوغ عدم اشتراط تسليم الثمن في مجلس العقد، لأن الإجارة وهي موصوفة في الذمة لا يشترط فيها تعجيل الثمن.

#### • الفرع الرابع: هل عقد بيع الوحدات العقارية قبل بدء المشروع أو خلال تنفيذه عقد استصناع؟

بعد عرض عقد الاستصناع من حيث التعريف بماهيته ومشروعيته وتكييفه الفقهي أرجع للموضوع الأساسي وهو هل يمكن أن يعد عقد بيع الوحدات العقارية قبل بدء المشروع أو خلال تنفيذه عقد استصناع؟

ذهب جمع من الفقهاء إلى أن من تطبيقات عقد الاستصناع بيع الوحدات العقارية قبل بدء المشروع أو خلال تنفيذه<sup>(٤)</sup>، وهذا الذي قرره مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر

(١) المعتصم بن سعيد المعولي، المعتمد في فقه الصيرفة الإسلامية، ص ٣٧٩، الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٥، ص ٢٠٩.

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٥، ص ٣، حاشية ابن عابدين، ج ٥، ص ٢١٣.

(٣) محمد بن أحمد عlish، منح الجليل (بيروت: دار الفكر، ١٤٠٩هـ) ج ٥، ص ٣٨٥، البهوتي، الروض المربع، ص ٢٧٩، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج (بيروت: دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤١٥هـ) ج ٣، ص ٢٥، أحمد بن محمد العدوي، الشرح الكبير، ج ٤، ص ٣٥٠.

(٤) المعتصم بن سعيد المعولي، المعتمد في فقه الصيرفة الإسلامية، ص ٣٧٧، وهبة الزحيلي، عقد الاستصناع (بحث منشور في مجلة الفقه الإسلامي - الإصدار ٢٠٠٧، النسخة ٢٥) ص ١٧، محمد عبد اللطيف الفرفور، أثر الاستصناع في تشييط الحركة الصناعية، بحث منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السابع، الجزء الثاني، ١٤١٢هـ، ص ٥١٥.

الإسلامي<sup>(١)</sup> والمجلس الإسلامي للإفتاء ببيت المقدس<sup>(٢)</sup>.

ورأى فقهاء آخرون أنه لا يمكن تكييف عقد بيع الوحدات العقارية قبل أو في أثناء تنفيذ المشروع على أنه عقد استصناع، وهذا هو الرأي الذي أميل إليه لأسباب أخصها في أربعة أسباب:

- السبب الأول: أن المبيع في الاستصناع مال موصوف في الذمة، بينما المبيع في بيع الوحدات العقارية قبل بدء المشروع أو خلال تنفيذه مكون من جزأين أرض معينة وبناء موصوف في الذمة يقع على الأرض المعينة، وهذا الاختلاف بينهما في ركن العقد يقتضي اختلاف أحكامهما، يقول الشيخ علي الخفيف: متى نعد العقد الذي يجري به التعامل عقداً جديداً مستقلاً مستحدثاً؟ ومتى نعهده عقداً ملحقاً بعقد معين من العقود التي عرفها الشارع؟ في رأيي أنه إذا كانت المشابهة نتيجة اشتراك في أركان العقد وعناصره ومعناه وغرض المتعاقدين منه، وجب حينئذ إلحاقه بشبيهه، أما إذا اختلفت الأركان أو اختلف المعنى أو الغرض من العقد والقصد منه فإنه لا محل عندئذ للإلحاق<sup>(٣)</sup>.

- السبب الثاني: المبيع في بيع الوحدات العقارية قبل بدء المشروع أو خلال تنفيذه الأرض المعينة، والأراضي والدور لا تباع موصوفة في الذمة كما سبق بيانه، بخلاف الاستصناع فالمبيع فيه موصوف في الذمة.

- السبب الثالث: أن الاستصناع عقد مستحدث، وليس أصلاً حتى يقاس عليه أو يلحق به عقد مستحدث آخر، والأصل أنه لا يصح قياس على قياس، وإنما ينبغي أن يلحق القياس الثاني بالأصل الذي ألحق به القياس الأول مباشرة<sup>(٤)</sup>.

- السبب الرابع: وجود الخلاف في عقد الاستصناع هل هو عقد مستقل بذاته أم أنه عقد سلم، وما يترتب على هذا الخلاف من آثار أهمها الخلاف في وجوب نقد الثمن ولزوم العقد.

(١) قرار مجلس الفقه الإسلامي المؤتمر السادس المنعقد بجدة من ١٧-٢٣ شعبان ١٤١٠هـ الموافق ١٤-٢٠ مارس ١٩٩٠ وذلك بالقرار رقم ١/٦ / ٥٢ منشور في مجلة الفقه الإسلامي - الإصدار ٢٠٠٧ النسخة ٢٥ صادر عن الشركة العربية لتقنية المعلومات.

(٢) المجلس الإسلامي للإفتاء - بيت المقدس د محمد سعد خليفة، أحكام عقد بيع البناء على الخارطة، ص ١٩.

(٣) علي الخفيف، بحوث ومقالات في التشريع الإسلامي (القاهرة: دار الفكر العربي، الطبعة الأولى، ١٤٣١هـ) ص ٢٧٨.

(٤) ينظر محمد بن صالح العثيمين، تعليقات ابن عثيمين على الكافي لابن قدامة، المكتبة الشاملة، مرقم آليا، ج ٤، ص ١٧٦.

## ■ المطلب السابع: العقد الجديد المستقل

تأتي العقود على قسمين:

- القسم الأول: العقود المسماة وهي العقود التي وضع لها الفقه الإسلامي اسماً خاصاً بها ورتب لها أحكاماً خاصة بها.
- القسم الثاني: العقود غير المسماة وهي التي لم يضع الفقه الإسلامي اسماً خاصاً بها، ولم يرتب الفقهاء أحكاماً لها تتفق مع موضوعاتها، وذلك إما لعدم ظهورها في عصر التشريع وما تلاه من عصر التدوين الفقهي، أو لعدم وجود عقد يشبهها من العقود التي عرفها الفقه الإسلامي مما تشترك معها في الأركان والشروط والخصائص، أو لأنها تحتوي على عدة صيغ وعقود اجتمعت في عقد واحد<sup>(١)</sup>.

ومن خلال ما تم ذكره في المطالب السابقة من احتمالات إلحاق عقد بيع الوحدات العقارية قبل بدء المشروع أو خلال تنفيذه بأحد العقود المسماة في الفقه الإسلامي يتبين أن هذا العقد عقد جديد مستحدث له خصائصه التي تميزه عن غيره من العقود، ولا يمكن إلحاقه بأحد العقود المسماة، وهذا الذي رجحه الدكتور مزيد بن إبراهيم بن صالح المزيد<sup>(٢)</sup> والدكتور سبيل جعفر حاجي عمر<sup>(٣)</sup>، وآخرون.

وهذه البيوع المستحدثة وإن كانت بيعاً إلا أنها تعد نوعاً من أنواع البيوع المستقلة باسم خاص بها، وتبنى أحكامها على أصول وقواعد المعاملات المالية في الفقه الإسلامي، كما استقل كل من السلم والصرف والاستصناع مع أن كل واحد منها نوع من أنواع البيع.

وسوف نتناول فكرة العقد الجديد المستقل في الفرعين الآتيين:

### • الفرع الأول: ضابط استحداث العقود

لم يحصر الشرع الإسلامي الناس في التعاقد بعقود معينة، ومنعهم من مجاوزتها إلى عقود أخرى، وإنما وضع الشارع قواعد وشروط عامة في التعاقد، لذلك ليس هناك مانع من استحداث

(١) د. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج ٤، ص ٢٤٢.

(٢) د. مزيد بن إبراهيم بن صالح المزيد، التكييف الفقهي لبيع العقار على الخارطة، ص ١٦٠.

(٣) سبيل جعفر حاجي، ضمانات عقد بيع المباني قيد الإنشاء، ص ٢٠.

عقود جديدة لا تتعارض مع هذه القواعد العامة التي وضعها الشارع، لأن «الأصل في العقود الصحة والإباحة حتى يقوم دليل على البطلان والتحريم»، وهذا الأصل متقرر عند جمهور الفقهاء<sup>(١)</sup>، وإن كان هناك من يرى أن الأصل في العقود الحظر<sup>(٢)</sup>.

واستحداث العقود في الفقه الإسلامي وإعطائها اسما خاصا بها إنما هو نتيجة للتكييف الفقهي لتلك المعاملة المستجدة، لأن التكييف الفقهي ينتج عنه أحد أمرين:

- الأمر الأول: الإلحاق، فإذا اتحدت هذه المعاملة في الأركان والشروط والخصائص مع عقد معين من العقود المعروفة في الفقه الإسلامي ألحقت هذه المعاملة المستجدة بذلك العقد وأعطيت أحكامه التي رتبها الفقهاء على العقد الملحق به.

- الأمر الثاني: الاستحداث، فعندما لا تتفق هذه المعاملة المستحدثة مع أي عقد عرف في الفقه الإسلامي فإن هذه المعاملة تعد عقدا جديدا مستحددا<sup>(٣)</sup>.

فإن كان التكييف الفقهي للمعاملة المستحدثة اقتضى الاستحداث فإن هذا العقد المستحدث تطبق عليه قواعد المعاملات المالية من كون العقد قد تم برضا وطيب نفس من المتعاقدين، وأن يكون هذا العقد ليس فيه ربا أو شبهة ربا، وأن يكون خاليا من الغرر والغش والتدليس، وأن لا يكون مما نهى عنه الشارع<sup>(٤)</sup>.

• الفرع الثاني: الآثار المترتبة على تكييف عقد بيع الوحدات العقارية قبل أو في أثناء تنفيذ المشروع على أنه عقد جديد مستقل.

يترتب على تكييف هذا العقد بأنه عقد جديد مستقل ما يلي:

- أنه عقد صحيح بناء على أن الأصل في العقود الإباحة والصحة، وليس فيه شيء يخرج عنه هذا الأصل، كما بينت ذلك سابقا.

(١) العوتبي، الضياء، ج١٧، ص ١٧٧، شرح فتح القدير، ج٧، ص ٣، الخرشى على مختصر خليل، ج٥، ص ١٤٩، المحصول في علم الأصول، ج٦، ص ٩٧، شرح مختصر الروضة، ج١، ص ٣٩٩، ابن رجب، جامع العلوم والحكم، ج٢، ص ١٦٦، نشر الورود شرح مراقبي السعدود، ج١، ص ٤٤، ابن حزم الظاهري، الإحكام في أصول الأحكام، ج٥، ص ١٥.

(٢) ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص ٦٦، ابن الهمام، فتح القدير، ج٧، ص ٣.

(٣) محمد عثمان شبير، التكييف الفقهي (دمشق، دار القلم) ص ٩١.

(٤) محمد عثمان شبير، التكييف الفقهي (دمشق، دار القلم) ص ٥١.

- أنه عقد لازم، ويقصد بالعقد اللازم كل عقد صحيح نافذ لا يقبل الفسخ أبداً أو يقبله، ولكن لا يملك أحد الطرفين فسخه أو إبطاله إلا إذا حصل اتفاق بينهما على ذلك<sup>(١)</sup>.

وعقد بيع الوحدات العقارية قبل بدء المشروع أو خلال تنفيذه عقد لازم لأنه من أنواع البيع، وهو عقد لازم في حق طرفي العقد، يقبل الفسخ بطريق الإقالة<sup>(٢)</sup>.

يجوز تعجيل الثمن وتأجيله، لأن المبيع أرض معينة يتبعها بناء موصوف في الذمة يبنى على الأرض المعينة، فبذلك يشبه عقد الإجارة الذي يجوز فيه تأخير الثمن، كما تم ذكر ذلك سابقاً.

يتملك المشتري الوحدة العقارية التي اشتراها من حين العقد كسائر البيوع العقارية مع حقه في فسخ البيع عند الخُلْف في الصفة المتفق عليها، لأن المبيع إنما هو الأرض المعينة، وأما البناء على الأرض فتابع للأرض، يقول ابن قدامة في بيع المعين الموصوف: متى وجده على الصفة لم يكن له الفسخ.... فإن وجده بخلاف الصفة فله الخيار، ويسمى خيار الخُلْف في الصفة<sup>(٣)</sup>، وعلى ذلك لو تبين أن البائع لم يلتزم بالمواصفات المتفق عليها في بناء العقار فمن حق المشتري فسخ البيع، واسترداد ما تم دفعه من الثمن، وهذا بخلاف ما لو كان المبيع مالا موصوفاً في الذمة كالمسلم فيه فإن ليس للمشتري فسخ العقد، وإنما يطالب البائع بدله وفق المواصفات المتفق عليها في العقد، لأن حقه متعلق بذمة البائع وليس في أرض معينة<sup>(٤)</sup>.

## الخاتمة

### ■ أولاً: نتائج البحث

من خلال هذا البحث توصلت إلى عدة نتائج، أخصها في الآتي:

١. عقد بيع الوحدات العقارية قبل بدء المشروع أو خلال تنفيذه هو من النوازل، والمستجدات الفقهية المعاصرة التي تحتاج إلى دراسة وافية، وبحث مستفيض، وذلك من خلال الفهم السليم للنازلة، والتصور الدقيق لها، للوصول للتكييف الفقهي لها، واستنباط الحكم

(١) ابن نجيم، البحر الرائق، ج ٦، ص ٧٥، ابن عابدين، حاشية رد المحتار على الدر المختار، ج ٥، ص ١٢١.

(٢) ابن قدامة، المغني، ج ٤، ص ١٣٠، ابن عبد السلام، قواعد الأحكام، ج ٢، ص ١٢٥.

(٣) المغني، ج ٣، ص ٤٩٦.

(٤) منصور بن يونس البهوتي، شرح منتهى الإرادات (بيروت: عالم الكتب، الطبعة الأولى، ١٤١٤هـ)، ج ٣، ص ٣٠٤.

الأقرب للصواب.

٢. مدى سعة الفقه الإسلامي واستيعابه لكثير من المعاملات المالية مهما كان زمن استحداثها ونشأتها.
٣. يتصور عقلا في هذا العقد أن يكون وعدا بالشراء بين المتعاقدين إلا أن الواقع العملي والقانوني ينافي ذلك.
٤. يختلف هذا العقد عن الإيجار المنتهي بالتمليك في نوعية العقد، فالأول بيع، والثاني إيجار، وفيما يدفعه المشتري فالأول جزء من الثمن، والثاني أجرة عن الانتفاع بالعين المؤجرة.
٥. لا يمكن تكيف هذا العقد على أنه بيع موصوف في الذمة، لأن المبيع في هذا العقد أرض معينة موجودة وقت العقد ومملوكة للبائع، وليست دينا في الذمة.
٦. لا يمكن أن نعد هذا العقد من قبيل عقد السلم، لأن من شروط السلم أن لا يكون في معين بل في مطلق موصوف في الذمة، وأن يدفع الثمن كاملا في أول التعاقد، بينما في العقد موضوع الدراسة الأرض المبيعة معينة، وكذلك يدفع الثمن مقسطا.
٧. لا يعد هذا العقد من عقود المقاولة، وذلك لوجود التزام نقل الملكية في هذا العقد بخلاف المقاولة.
٨. لا يمكن تكيف هذا العقد على أنه عقد استصناع، إضافة لما قلناه في بيع الموصوف في الذمة والسلم أن الاستصناع عقد مستحدث، وليس أصلا حتى يقاس عليه أو يلحق به عقد مستحدث آخر.
٩. يمكن اعتبار هذا العقد عقداً جديداً مستحدثاً، غير مسمى، له خصائصه التي تميزه عن غيره من العقود، ويترتب على هذا التكيف أن هذا العقد عقد صحيح لازم، يجوز فيه تعجيل الثمن وتأجيله، ويتملك المشتري الوحدة العقارية من حين العقد مع حقه في فسخ البيع عند الخلف في الصفة المتفق عليها.

■ ثانيا: التوصيات:

بعد هذه الدراسة يسرني أن أوجه بعض التوصيات وهي كالآتي:

١. توصي الدراسة الباحثين بإجراء مزيد من الدراسات الموسعة في هذا العقد، وسبر جوانبه المختلفة.
٢. توصي الدراسة المتصدرين لإفتاء الناس بالاجتهاد العميق لفهم النوازل والمستجدات الفقهية المعاصرة، وتجنب النظرة السطحية لها، والتسرع في إصدار الأحكام، وإعطاء الوصف غير المناسب للنازلة.
٣. أوصي بإقامة لجان علمية متخصصة لدراسة العقود المستحدثة وتكييفها وتوصيفها في ضوء الأدلة الشرعية ومقاصد الشريعة، مع الاستفادة من تراث الفقهاء السابقين، والاستعانة بالمتخصصين في الفن المطلوب دراسته.
٤. أوصي بعقد المؤتمرات والندوات والدروس واللقاءات لتثقيف العملاء وتوعيتهم بأهمية هذا العقد، وشروطه والضمانات الشرعية والقانونية له.
٥. نظرا لخطورة هذا العقد وأهميته في الاقتصاد أوصي أن يخضع هذا العقد لنظام قانوني خاص ينظم إجراءاته، ويوفر الحماية الكافية لأطرافه وفق رؤية المعاملات الإسلامية، حتى يقدم الناس عليه بكل أمان لينتعش الاقتصاد العماني، ويتوفر المسكن الملائم للمواطنين بالطريقة الشرعية والقانونية الآمنة.

## المصادر والمراجع

- ابن تيمية أحمد بن عبد الحليم ابن تيمية، تفسير آيات أشكلت على كثير من العلماء، السعودية: مكتبة الرشد، الطبعة الأولى، ١٩٩٦م.
- ابن رجب، عبد الرحمن بن أحمد، جامع العلوم والحكم، بيروت: مؤسسة الرسالة، الطبعة السابعة، ١٤٢٢هـ.
- ابن رشد، محمد بن أحمد بن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، جدة: مكتبة العلم، الطبعة الأولى، ١٤١٥هـ.
- ابن عابدين، محمد أمين ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، الرياض: دار عالم الكتب، طبعة خاصة، ٢٠٠٣م.

- ابن عبد البر، يوسف بن عبد الله، الاستذكار، بيروت: دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤٢١هـ.
- ابن فارس، مقاييس اللغة، دار الفكر، ١٣٩٩هـ.
- ابن قيم، محمد بن أبي بكر ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين، بيروت: دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤١١هـ.
- ابن مفلح، إبراهيم بن محمد، المبدع، بيروت: دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٩٩٧م.
- أبو المنذر، محمد بن إبراهيم، الإجماع، بيروت: دار الكتب العلمية، د.ط. د.ت.
- أحمد محمود محمد، بيع العقار دراسة تحليلية مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة لجامعة الأزهر في غزة، كلية الحقوق.
- البجيرمي، سليمان بن محمد، حاشية البجيرمي على الخطيب، بيروت: دار الفكر، بدون طبعة، ١٤١٥هـ).
- البسيوي، علي بن أحمد، مختصر البسيوي، مسقط: وزارة التراث القومي والثقافة، د.ط، ١٤٠٤هـ.
- بنداري، محمد إبراهيم بنداري، الوجيز في مصادر الالتزامات في قانون المعاملات المدنية العماني، مصر: دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، ٢٠١٤.
- البهوتي، منصور بن يونس، شرح منتهى الإرادات، بيروت: عالم الكتب، الطبعة الأولى، ١٤١٤هـ.
- الجندي، خليل بن إسحاق، التوضيح في شرح مختصر ابن الحاجب، الدار البيضاء: مركز نجيبويه لخدمة التراث، الطبعة الأولى، ١٤١٩هـ.
- حسن إبراهيم بلوط، إدارة المشاريع ودراسة جدواها الاقتصادية، بيروت: دار النهضة العربية، د.ط، ٢٠٠٦.
- الخرخشي، محمد بن عبد الله، حاشية الخرخشي على مختصر خليل، بيروت: دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٩٩٧.
- الخليلي، أحمد بن حمد، فتاوى المعاملات، مسقط: الأجيال للتسويق، بدون طبعة، ١٤٣٤هـ.

- دسوقي، إبراهيم دسوقي، البيع بالتقسيط، الكويت: مطبعة جامعة الكويت، الطبعة الأولى، ١٤٠٤هـ.
- الدوري، محمد جابر، مسؤولية المقاول والمهندس في مقاولات البناء والمنشآت الثابتة بعد إنجاز العمل وتسليمه، بغداد: مطبعة أوفست عشتار، ١٩٨٥.
- ذنون يونس صالح، علي سلمان صالح، مفهوم عقد بيع العقار على التصميم الهندسي وتكييفه القانوني (العراق: مجلة جامعة تكريت للحقوق، العدد ١، ٢٠١٦).
- الرازي، محمد بن عمر، المحصول في علم أصول الفقه، د.م، مؤسسة الرسالة، د.ط، د.ت.
- الزبيدي، تاج العروس، دار الهداية، د.ط، د.ت.
- الزحيلي، وهبة، عقد الاستصناع، بحث منشور في مجلة الفقه الإسلامي - الإصدار ٢٠٠٧، النسخة ٢٥.
- السبكي، علي بن عبد الكافي وولده تاج الدين عبد الوهاب، الإبهاج في شرح المنهاج، دار البحوث، الطبعة الأولى، ١٤٢٤هـ.
- سليمان مرقس، شرح القانون المدني، القاهرة: مطبعة النهضة الجديدة، د.ط، ١٩٦٨.
- سبيل جعفر حاجي عمر، ضمانات عقد بيع المباني قيد الإنشاء، عمان: دار وائل للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، ٢٠١٤.
- السيواسي، محمد بن عبد الواحد شرح فتح القدير، بيروت: دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٣م.
- الشربيني، محمد بن أحمد الخطيب، مغني المحتاج، بيروت: دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤١٥هـ.
- الشربيني، محمد بن محمد الخطيب، مغني المحتاج، بيروت: دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٠م.
- الشرقاوي، عبد الله بن حجازي، حاشية الشرقاوي على تحفة الطلاب بشرح تنقيح الباب، القاهرة: دار الفكر، د.ط، د.ت.
- الشماخي، عامر بن علي، كتاب الإيضاح، عمان: وزارة التراث القومي والثقافة، الطبعة الثانية، ١٩٩٢م.

- الصنعاني، محمد بن إسماعيل، سبل السلام، الرياض: دار ابن الجوزي، الطبعة الأولى، ١٩٩٧م.
- الطوفي، سليمان بن عبد القوي، شرح مختصر الروضة، السعودية، وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد، الطبعة الثانية، ١٩٩٨م.
- عبد الرحمن السديس، التكييف الأصولي، دار النوادر، الطبعة الأولى
- عبد الحق صافي، عقد البيع، د.م، دن، الطبعة الأولى، ١٩٨٩م.
- عبد الرزاق بن أحمد السنهوري، الوسيط، مصر: دار نهضة مصر، الطبعة الثالثة، ٢٠١١م.
- عدنان إبراهيم سرحان، أحكام البيع في قانون المعاملات المدنية الإماراتي، الأردن: الآفاق المشرقة ناشرون، الطبعة الثانية، ٢٠١٠.
- عز الدين زوبة، خصوصية عقد بيع العقار على التصاميم عن عقد البيع العادي، مجلة الحقوق والحريات، جامعة محمد خيضر بسكرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية.
- علي محي الدين القره داغي، المقدمة في المال والاقتصاد والملكية والعقد، بيروت: دار البشائر الإسلامية، الطبعة الثانية، ٢٠٠٩م.
- محمود بن أحمد العيني، البناية شرح الهداية، لبنان: دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤٢٠هـ.
- الكاساني، أبو بكر بن مسعود، بدائع الصنائع، بيروت: دار الكتب العلمية، الطبعة الثانية، ٢٠٠٣م.
- الماوردي، علي بن محمد، الحاوي الكبير، بيروت: دار الكتب العلمية، ١٤١٩هـ.
- محمد بن أحمد عيش، منح الجليل، بيروت: دار الفكر، د.ط، ١٤٠٩هـ.
- محمد بن يوسف أطفيش، شرح النيل، جدة: مكتبة الإرشاد، د.ط. د.ت.
- محمد شبير، التكييف الفقهي، دار القلم، الطبعة الثانية.
- المرغيناني، علي بن أبي بكر، الهداية شرح بداية المبتدي، بيروت: دار الكتب العلمية، الطبعة الثالثة، ١٩٩٩م.
- مزيد بن إبراهيم بن صالح المزيد، التكييف الفقهي لبيع العقار على الخارطة، د.م، جامعة

- الإمام محمد بن سعود الإسلامية، د.ط، د.ت.
- مصطفى أبو مندور موسى، العقود المسماة، بيروت: مكتبة بيروت، د.ط، ٢٠١٢.
- المعولي، المعتصم بن سعيد، المعتمد في فقه الصيرفة الإسلامية، بيروت: الطبعة الأولى، ٢٠٢١م.
- المقدسي، عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، الشرح الكبير، بيروت: دار الكتب العلمية، الطبعة الثالثة، ١٤٢٧هـ.
- المقدسي، عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، الكافي في فقه الإمام المجل أحمد بن حنبل، بيروت: المكتب الإسلامي، الطبعة الثانية، ١٣٩٩هـ.
- المقدسي، عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، المغني، بيروت: دار الكتب العلمية، الطبعة الثالثة، ١٤٢٧هـ.
- النووي، محيي الدين بن شرف، المجموع شرح المهذب، مصر: المطبعة المنيرية، د.ط، د.ت.

\*\*\*



الرقم الدولي (ISSN)  
print: **2790-024X**  
Online: **2790-0258**

جميع الحقوق محفوظة

