



مَحَلِّيَّ حُوْنَ الشَّرِعَيِّ

دورية علمية محكمة

٢٠٢٥

تصدرها كلية العلوم الشرعية
بساطنة عمان

العدد الخامس

جمادى الآخرة ١٤٤٧هـ / نوفمبر ٢٠٢٥م

الرقم الدولي (ISSN)

print: 2790-024X

Online: 2790-0258

مَحْلِفَةُ حُكُومَتِ الشَّرْعَيْنِ

دورية علمية محكمة

جميع الحقوق محفوظة
لكلية العلوم الشرعية



مَجْلِسُ حُوْنَّ الشَّرْعِيَّةِ

دورية علمية محكمة

تصدرها كلية العلوم الشرعية

سلطنة 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	التكيف 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 «الكافش» في رواة الكتب الستة الذين انفرد ابن حبان بتوثيقهم في «الثقة» روحى يوسف، د. إسلام طزازة
٨٩	دور الزكاة في التنمية الاقتصادية: علاج مشكلة التضخم النقدي أنموذجاً سارة أحمد الصادق البشير
١١٧	مفهوم الوصيّة 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 تفوشيت
١٦٨	مختصرات الفقه المالكي «رصد لآلات التوظيف في ضوء مقاصد التصنيف» د. أحمد القضاوي

التعريف بمجلة بحوث الشريعة

• جهة الإصدار:

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

• 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

عميد كلية العلوم الشرعية

د. راشد بن علي الحارثي

▪ مدير التحرير

مديرة مركز البحث العلمي

د. سعاد بنت سعيد الدغشيشية

مَجْلِسُ الْحُكُومَةِ الشَّرْعِيَّةِ

■ الأعضاء

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

■ منسق التحرير

الفاضل / أحمد بن إسحاق البوسعيدی

■ التصميم والتنسيق

إبراهيم بن خليفة الريبيعي

■ الهيئة الاستشارية

- | | |
|--------------------------------------|-------------------------------------|
| جامعة السلطان قابوس - سلطنة عمان. | أ. د. سليمان بن علي بن عامر الشعيلي |
| جامعة عمار ثليجي بالأغواط - الجزائر. | أ. د. داود بو رقيبة |
| جامعة الأزهر - مصر. | أ. د. عمر محمد عبد المنعم الفرماوي |
| مركز أبحاث الرعاية والتحصين الفكري | أ. د. إبراهيم نورين إبراهيم محمد |
| مجمع الفقه الإسلامي - السودان. | أ. د. مصطفى باجو |
| جامعة غردية - الجزائر. | أ. د. أرطغرل بوينوكالن |
| جامعة مرمرة - تركيا | أ. د. عبد الحميد عشاق |
| دار الحديث الحسينية - 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 الأصلية، التي توافر 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) لا يكون البحث منشوراً، أو مقدماً للنشر إلى أي جهة أخرى، ويقدم الباحث تعهداً بذلك.
- ٢) لا يكون البحث جزءاً من كتاب، أو بحث منشور، أو رسالة علمية مجازة.
- ٣) أن توافر في البحث المقدم الأمانة العلمية، والدقة المنهجية، وسلامة اللغة، مع استيفاء جميع أركان البحث العلمي، ومكوناته، وفق القواعد البحثية المعتمدة. ويتحمل الباحث وحده المسئولية القانونية التامة في حالة نشر البحث وبه إخلال بالأمانة العلمية.
- ٤) لا 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 متوافقاً مع مجالات النشر وقواعد في المجلة.
 - أن تكون له أهمية علمية ومرجعية، بما يجعله مشروع بحث ودراسة.
 - ويبين الباحث كل ذلك، وغيره من البيانات المهمة، في ورقة تأطيرية يرفق بها النص المخطوط.
 - أن لا يزيد عدد كلمات المخطوط والورقة التأطيرية، معًا، على المحدد في شروط النشر.
 - لا ينشر المخطوط مجزأً.

٤) 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 للملتن و ١٢ للهواشم، بصيغة وورد، مع ترك مسافة نصف بين السطور. وتطبع الكلمات المكتوبة بالحرف اللاتيني بخط تايمز نيو رومان Times New Roman بحجم ١٢ للملتن و ١٠ للهواشم، مع ترك مسافة ٥، ٥ سم على جوانب الصفحة الأربع.
- 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، ويفضلان 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، وخطه، والمنهج المتبع فيه.
- ٦) اشتمال خاتمة البحث على أهم النتائج والتوصيات.
- ٧) مراعاة قواعد التوثيق والأمانة العلمية في الهواشم وقائمة المصادر والمراجع.
- ٨) مراعاة عدم ذكر اسم الباحث / أسماء الباحثين أو ما يشير إليه / إليهم في متن البحث.

٥) قواعد التوثيق:

- ١) يُذكر التوثيق في الهواشم بأرقام مستقلة في أسفل كل صفحة على حدة.
- ٢) يراعى في أسلوب التوثيق في الهواشم عدم كتابة المعلومات مفصّلة إلا في قائمة المصادر والمراجع؛ وفق الأمثلة الآتية:
 - عند عزو الآيات القرآنية: سورة البقرة: ٥٠.
 - عند تحرير الأحاديث النبوية: رواه الريبع بن حبيب في كتاب الصلاة ووجوهاها، 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: المعمولي، الدلالة اللغوية وأثرها في توجيه الحكم الشرعي عند أوجبة المحقق الخليلي، رسالة ماجستير، ص ٦٠ .
- ◆ المقال في مجلة محكمة: الشعيلي، 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) تُذكر التفاصيل في قائمة المصادر والمراجع وفق الأمثلة الآتية:

- ◆ الكتب العربية:
 - الكتاب الذي خُرِّج منه الحديث: الفراهيدي؛ الربع بن حبيب، الجامع الصحيح مسند الإمام الربع بين حبيب، مسقط: مكتبة الاستقامة، ط ١٩٩٥ ، م ١٩٩٥ .
 - الكتاب المحقق: السالمي، عبد الله بن حميد، مشارق أنوار العقول، تحقيق: عبد الرحمن عمير، ط ١، بيروت: دار الجيل، ط ١، ١٤٠٩ / ١٩٨٩ .
 - الكتاب المترجم: دي بوجراند، روبرت، النص والخطاب والإجراء، ترجمة: تمام حسان، القاهرة: عالم الكتب، ط ١، ١٩٩٨ .
 - كتاب لمؤلفين معاصرین: أبو غزاله، إلهام، وحمد؛ علي خليل، مدخل إلى علم لغة النص: تطبيقات لنظرية روبرت دي بوجراند وولفجانج دريسler، القاهرة: الهيئة المصرية العامة للكتاب، ط ٢، ١٩٩٩ .
- ◆ الكتب الأجنبية:

. ٢٠٠٥ . Walters M. Feminism a Very Short Introduction Oxford University Press -

مُجْلِسُ حُكُومَتِ الشَّعْبِ

المخطوطات ◆

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

◆ الرسائل الجامعية:

– المعمولى، سيف بن سليمان بن ناصر، الدلالة اللغوية وأثرها في توجيه الحكم الشرعى عند أوجية المحقق الخليلى، رسالة ماجستير، جامعة نزوى، ١٤٣٧هـ.

♦ المجلات والدوريات:

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

الشكة العنكبوتية ◆

– بنعمر، محمد، الدرس اللغوي عند الأصوليين، مركز نماء للبحوث والدراسات،
موقع إلكتروني: www.nama-center.com /ActivitieDatials.aspx?Id=35 شوهد
في: فبراير، ٢٠٢٠ م.

٤) تضاف بعض الرموز في حال عدم توفر بعض البيانات كالتالي: 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 الاقتراض، ويشرط أن لا تتجاوز نسبته ٣٠٪

(٣) يحال البحث المقبول للتحكيم إلى مختصين اثنين، لتحكيمه علمياً، وفي حال اختلافهما، يعرض 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 أيّ جزء من البحث، أو تعديله بما يتافق مع رؤية المجلة، وأهدافها.

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

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

٤ 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 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 مالم يعلم، وأصلى وأسلم على المبعوث رحمة للعالمين، سيدنا محمد وعلى آله وصحبه ومن تبع هداه إلى يوم الدين.

وبعد فيسرني 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 السمححة، وأن تعنى في إبراز ما في الشريعة الإسلامية من علاج للمشاكل الإنسانية، وما ساهم به العلماء المسلمين عموماً والعمانيون خصوصاً في بناء الحضارة الإنسانية من استنباطات شرعية وتحليلات قيمة؛ وذلك تحقيقاً لأهداف الكلية وتشجيعاً للبحث العلمي.

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

ويسرني أنأشكر جزيل الشكر الإخوةأعضاء هيئة التحرير على ما بذلوه من جهد في استلام مخطوطات البحث وفحصها الفحص المبدئي ومتابعة تحكيمها ومراجعتها من مدير التحرير وباقى الأعضاء، وكل من ساهم في إخراج هذا العدد، سائلاً الله القدير أن يجعله في ميزان حسناتهم.

كما أنني يسرني أن أدعو الإخوة الباحثين لنشر بحوثهم في «مجلة بحوث الشريعة» والإعانة ببلوغ هذه المجلة الأهداف المرجو تحقيقها من وجودها؛ حتى تصبح هذه المجلة رافداً معرفياً ومصدراً علمياً وعاملاً لتطوير العلوم بما يتاسب مع متغيرات العصر، وما يحدث

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

د. راشد بن علي العارشي
رئيس هيئة التحرير

بحوث العدد

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

الباحث الرئيس: سالم بن سليمان بن عبد الله المفرجي

طالب دكتوراه بقسم القانون بجامعة ملايا

الباحث المشارك: أ.د. محمد حفيظ

أستاذ دكتور بقسم القانون بجامعة ملايا

تاریخ تلقی البحث: ٢٠٢٤/٥/٢٢ | تاریخ قبول البحث: ٢٠٢٥/١١/٣٠

▣ الملخص:

شهد قطاع العمران والتشييد في سلطنة عمان تطوراً كبيراً أفرز صوراً جديدة من المعاملات والعقود التجارية التي لم يعهد مثلها من قبل، فظهرت الكثير من المستجدات الفقهية التي أثارت جدلاً واسعاً 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 تحرير تميزه عنها وعدم مطابقتها لها، للوصول إلى التكيف الفقهي المناسب له الذي يقود للاجتهاد الصحيح في استنباط الحكم الشرعي لذلك العقد.

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

المسممة 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 التكيف 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 ijtiihad 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 ومت朶جاً 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 لَكُمْ مِنْ بُيُوتِكُمْ سَكَنًا﴾ النحل: ٨٠.

ومن هنا يأخذ موضوع بيع الوحدات العقارية أهمية كبيرة لأنّه 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 ١٩٨٩ م المرسوم السلطاني رقم ٤٨/٩٤ بإصدار نظام تملك الشقق والطبقات، ثم صدر نظام السجل العقاري الصادر بالمرسوم السلطاني رقم ٢/٩٨، ثم صدر المرسوم السلطاني رقم ٩/٩٢٠٠٧ بشأن مشروع الموج - مسقط والذي تم بموجبه اعتماد اتفاقية التطوير الموقعة بتاريخ ١٠ يونيو ٢٠٠٦ م 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 ٢٠١٨ م.

■ مشكلة البحث:

أثار ظهور هذا العقد جدلاً فقهياً واسعاً حول تكييفه الشرعي؛ إذ هو من النوازل والمستجدات الفقهية المعاصرة التي يمكن أن تعد من أدق مسائل الفقه وأعوتها والتي تحتاج إلى دراسة وافية وبحث مستفيض يستوجب مرؤنة تتيح استيعاب هذه المستجدات دون الإخلال بالضوابط الشرعية، وهذا يتطلب البحث الدقيق حول ماهية هذا العقد وخصائصه وأركانه وشروطه ومقارنته بالعقود المسممة 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 للاجتهدad الصحيح، وذلك من خلال الفهم السليم للنازلة والتصور الدقيق لها، للوصول إلى الحكم الأقرب للصواب، لذا من خلال هذه الدراسة يهدف إلى ضبط هذا العقد المستحدث، والوقوف على جوانبه المختلفة، وتحديد طبيعته وما هيته الشرعية والقانونية، والنظر في إمكانية إلحاقه بما يشبهه من العقود، أو تقرير تميزه عنها وعدم مطابقتها لها، للوصول إلى التكييف الفقهي المناسب له الذي يقود للاجتهدad 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 للواقعية المستجدة أو التقصير فيها، فالتكيف الفقهي يعد مرحلة مهمة لا يستغنى عنها المجتهد والمفتى، 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 التقول 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 التكيف 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 تكيف هذا العقد من خلال المذاهب الأربع والمذهب الإباضي، وكذلك ما يتعلق بهذا العقد في القانون المدني العماني وقانون حساب الضمان لمشروعات التطوير العقاري.

وتتجدر الإشارة هنا إلى أننا ولدقة موضوع هذا البحث قد لجأنا في مواضع كثيرة إلى ذكر نصوص الفقهاء كي يشاركتنا القارئ فهم النص وسلامة الاستنباط منه.

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

النظام القانوني لعقود العقارات على الخرائط دراسة تحليلية مقارنة د محمد صديق محمد عبد الله^(١) 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 تملك عقارات تحت الإنشاء، وإذا كان قصدهما تملك البناء بحالته التي هو عليها ف تكون 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^(١) 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 المزید، تناول التكييف الفقهي لهذا العقد بصورة دقيقة وحسنة إلا أنه اقتصر فقط على تكييفه على أنه عقد استصناع أو بيع معهوم أو بيع دين بدين أو على أنه عقد جديد مستقل.

التنظيم القانوني لعقد بيع عقار تحت الإنشاء دراسة مقارنة للباحث: موسى نظام الماجالي - رسالة ماجستير مقدمة لجامعة مؤتة^(٢)، تناول الباحث هذا الموضوع في التشريع الأردني وقارنه بالتشريع المصري والتشريع اللبناني، وقد خصص مبحثاً من مباحثه لدراسة التكييف القانوني لهذا العقد، وقد تعرض لاتجاهات 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 بجوانيه 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 تلک 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 الماجالي، 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 مجموعة 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: ﴿ذُلِّكَ بِأَنَّهُمْ قَالُوا إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَمَ الرِّبَا﴾ (البقرة: ٢٧٥).

والبيع لغة ضد الشراء، ويستعمل كل واحد منها في موضع الآخر، وأصله من الباع، وهو قدر مد اليدين وما بينهما من البدن^(١).

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

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

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

- 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 المبني 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 حللت، ومتى تحدثنا، ففي أذهاننا توجد المشاريع، وفي وسائل الإعلام نسمع أو نقرأ عن المشاريع، فماذا نقصد بالمشروع؟

لقد تعددت التعريفات لمفهوم المشروع، وذلك وفقاً لخلفية الشخص، وكذلك وفقاً للغرض الذي من أجله سيتم إنشاء المشروع، وسوف ذكر 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 المتراقبة والمتناسبة، وبمقدار ما يتم تنفيذ مستلزمات ورغبات هذه الحاجة بطريقة منتظمة ومبرمجة، بمقدار ما تتحقق الحاجة والإشباع الذي رغبت فيه»^(٢).

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

- 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 تقارب بعضها في معانٍها، وقد تختلف أحياناً، وقد عرفته الدكتورة سibil جعفر حاجي عمر بأنه «عقد بيع محله عقار لم ينجز بعد أو في طور الإنجاز يلتزم بتشييده البائع مالك المشروع في الأجل المحدد بالعقد وبالمواصفات المتفق عليها وأن ينقل ملكيته للمشتري الذي يلتزم بأن يدفع للبائع ثمناً نقداً يدفعه على شكل أقساط دورية بحسب التقدم في أعمال البناء»^(١).

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.

- ثانياً: 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^(٢)، 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 سابقاً، كما عرف التطوير العقاري بأنه: «الأعمال التي يرخص 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. سibil جعفر حاجي عمر، ضمانات عقد بيع المبني قيد الإنشاء (عمان: دار وائل للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، ٢٠١٤) ص ٢٧.

(٢) ومن ذلك التشريع المغربي في قانون ٤٤، ٢٠٠٠ المتمم لقانون الالتزامات والعقود المتعلق ببيع عقار في طور الإنجاز الذي صدر بتاريخ ٣ أكتوبر ٢٠٠٢ والذي عرف هذا العقد في الفصل ٦١٨-١ حيث جاء فيه: يعتبر بيعاً للعقار في طور الإنجاز كل اتفاق يلتزم البائع بمقتضاه بإنجاز عقار داخل أجل محدد كما يلتزم فيه المشتري بأداء الثمن تبعاً للتقدم الأشغال. يحتفظ البائع بحقوقه وصلاحياته باعتباره صاحب المشروع إلى غاية انتهاء الأشغال. وقد تضمن هذا التعريف التزامين متقابلين وهما التزام البائع بتشييد البناء طبقاً للمواصفات المتفق عليها وخلال الأجل المحدد، وكذلك التزام المشتري بتسديد الثمن في شكل أقساط دورية طبقاً للاتفاق وتبعاً للتقدم الأشغال، كل ذلك مع العلم أن الملكية لا تتنتقل 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 شفهيا أم بالإشارة دون الحاجة إلى إفراغ التراضي في شكل معين، مالم يقرر القانون أو اتفاق الأطراف غير ذلك»^(١)، فعلى ذلك يكون العقد رضائيا متى كان الرضا وحده كافيا لانعقاده.

ولكن لا يقدر في العقد الرضائي كونه يحتاج في إثباته إلى شكل مخصوص، فيفضل عقد رضائي، لأن الكتابة شرط للإثبات وليس شرطا للانعقاد^(٢).

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

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^(٤)،

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

أما المشرع العماني فأعتبر 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 محى الدين القره داغي، المقدمة في المال والاقتصاد والملكية والعقد (بيروت: دار البشائر الإسلامية، الطبعة الثانية، ٢٠٠٩) 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، ٢٠٠٤ المتمم لقانون الالتزامات والعقود المتعلق ببيع عقار في طور الإنجاز: يجب أن يحرر عقد البيع البدائي للعقار في طور الإنجاز إما في محرر رسمي أو بموجب عقد ثابت التاريخ يتم تحريره من طرف مهني يتميّز إلى منهنة قانونية منظمة ويخلو لها قانونها تحرير العقود وذلك تحت طائلة البطلان.

ما تنص عليه المادتان ٢٨ و٢٩ من نظام السجل العقاري، وأن عقد بيع العقار من عقود التراضي وليس عقداً شكلياً، وأنه ينبع آثاره بمجرد انعقاده، وأن اشتراط تسجيله يرد على نقل الملكية وليس على صحة العقد^(١).

• الفرع الثاني: عقد ملزم للجانبين

العقد الملزم للجانبين هو «العقد الذي ينشئ منذ البداية التزامات متقابلة في ذمة طرفيه، فيصبح كل متعاقد دائناً ومديناً في نفس الوقت»^(٢)، 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 جلياً 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 بمحض أقساط يتم الاتفاق عليها واستلام الوحدة العقارية.

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

مما يميز عقد بيع الوحدات العقارية قبل بدء المشروع أو خلال تنفيذه عملاً عداه من العقود وعلى أساسه ينبغي تكييفه 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 ١٥/١١/٢٠٠٦، المحكمة العليا، مجموعة الأحكام الصادرة عن الدوائر المدنية بالمحكمة العليا والمبادر المستخلصة منها في الفترة من ١٠/١/٢٠٠٦ حتى ٣١/٦/٢٠٠٧، ص ٦٧٦ - ٦٨٤.

(٢) ذنون يونس صالح، علي سلمان صالح، مفهوم عقد بيع العقار على التصميم الهندسي وتكييفه 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^(١). وقد بين الفقهاء بأن الأراضي والمباني أموال معينة لا تثبت في الذمة، وقد حكى ابن رشد الحفيد اتفاق العلماء على أن الدور والعقارات لا تثبت في الذمة وأئمها لا تصح إلا معينة^(٢).

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

بعدما انتهيت من تحديد ماهية هذا العقد وبيان خصائصه، أنتقل لموضع البحث وهو التكييف الفقهي لهذا العقد، والتكييف لغة «مصدر كيف، والتكييف اصطلاح مولد غير مسموع عن العرب، وكيف كلمة موضوعة للاستفهام بها عن حال الشيء وصفته، والكيفية هي حال الشيء وصفته»^(٣).

والفقهي في عبارة التكييف الفقهي صفة مقيدة، والياء في كلمة الفقهي نسبة إلى علم الفقه، والفقه لغة «الفهم»^(٤)، واصطلاحا هو «العلم بالأحكام الشرعية العملية المكتسب من أدتها التفصيلية»^(٥).

ويعرف التكييف الفقهي للمسألة بأنه «التصور الكامل الصحيح للمسألة وتحريرها وبيان انتماها إلى أصل معين معتبر»^(٦)، وتكييف العقود هو إلهاقاتها بما يشبهها من العقود^(٧).

والتكييف الفقهي هو أحد مقدمات النظر في النوازل، وهي تحد فقهى يتطلب اجتهادا عميقا وفقا لأحكام الشريعة ومقاصدها، إذ إن بعض المسائل المستحدثة قد لا تكون واضحة وضوحا تماما في صورها وأوصافها، وقد تتจำกذب المسألة مجموعة من الأصول الشرعية، لذلك كانت المسائل من أدق المسائل وأعوتها وتحتاج إلى دراسة وافية، الأمر الذي يستوجب مرورة فقهية تتبع

(١) د مزيد بن إبراهيم بن صالح المزید، التکییف الفقہی لبیع العقار علی الخارطة، ص ١٣١.

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

(٣) الزبيدي، تاج العروس (دار الهدایة، د. ط، د. ت) ج ٤ ص ٣٥٣، ابن فارس، مقاييس اللغة (دار الفكر)، ج ٥، ص ١٥٠ هـ.

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

(٥) علي بن عبد الكافي السبكى ولد تاج الدين عبد الوهاب، الإهراج في شرح المنهاج (دار البحوث، الطبعة الأولى، ١٤٢٤ هـ).

(٦) محمد شبيب، التکییف الفقہی، (دار القلم، الطبعة الثانية) ص ١٤٣ ، عبد الرحمن السدليس، التکییف الأصولی (دار السوادر، 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 التكيف الفقهي لعقد بيع الوحدات العقارية قبل بدء المشروع أو خلال تنفيذه، وذلك من خلال النظر في اشتراك هذا العقد مع العقود المسممة في الشريعة الإسلامية في الأركان والشروط والخصائص ليتم النظر بعد ذلك في إلهاق 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 يكفي 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»^(١).

وقد ذكر الوعد بالبيع والشراء في المذهب المالكي وأنه ملزم للوعاد، وذكروا تفصيلات كثيرة فيها ليس المجال هنا لعرضها والتفصيل فيها^(٢).

ولا يجوز الوعد بالبيع للذهب والفضة في المستقبل، لأن الشارع شدد بوجوب التقادص فيهما في مجلس العقد^(٣).

ويرى فقهاء القانون بأن الوعد بالبيع يتخد أشكالاً مختلفة، فقد يكون متبادلاً من قبل الجانبين بالبيع والشراء، وعندئذ يكون هذا الوعد بالبيع والشراء عقداً ملزماً للجانبين، وقد يكون الوعد بالبيع فقط من قبل البائع، فإذا قبل الطرف الآخر هذا الوعد انعقد عقد وعد البيع، وكان ملزماً 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 الخلوق، حاشية الصاوي على الشرح الصغير (دار المعارف، بدون طبعة وبدون تاريخ) ج ٣، ص ١٢٩.

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

قبل البائع انعقد بين الطرفين عقد الوعد بالبيع، وكان ملزماً لجانب واحد وهو المشتري^(١).

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 وعدها ملزماً إذا انصر 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 الموقود رغبته في الشراء في الأول، وتعهد بالبناء ونقل الملكية بعد اكتمال البناء في الثاني خلال مدة يتفق عليها الطرفان في كل منهما^(٢).

• 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 يرتبط تكيف هذا العقد بأنه عقد وعد بالبيع بحجة أن هذا العقد يختلف عن الوعد بالبيع، لأن الأخير لا ينشئ فور التعاقد التزامات طرفية، 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، فإن إرادة الطرفين انصررت منذ لحظة إبرام العقد إلى ترتيب آثاره وإلزام طرفيه به^(٣).

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 مبني 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 والحربيات، جامعة محمد خضر بسكرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، العدد ١، ٢٠١٣)، ص ٥١.

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

بعد فراغه من بنائه، بثمن محدد، وفي وقت معين، ويتفقان على ذلك، فعندئذ يكون الأمر جائزًا شرعاً، وأن هذا الوعد بالشراء يلزم ديانة وحكم إلزامه ديانة بينة واضحة للأدلة التي توجب الوفاء بالوعد ومن ذلك قوله تعالى: «وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ» الإسراء: ٣٤، وأن الإخلال بالوعد من صفات المنافقين للحديث «آية المنافق ثلات إذا حدث كذب، وإذا وعد أخلف، وإذا اؤتمن خان»^(١)، وأما إلزامه به حكما لأن القضاء ما جعل إلا لتطبيق أوامر الله وحمل الناس عليها، ومن اللزم نفسه شيئاً ألزم إيماه، وأن عدم إلزامه حكما بتنفيذ الوعود يرتب 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 تكيف هذا العقد حسبما هو في الواقع العملي والقانوني.

■ المطلب الثاني: البيع الإيجاري (الإيجار المنتهي بالتمليك)

يجوز الاتفاق على أن يكون الثمن مقطعاً لآجال معلومة مع تسلم المشتري للمبيع وهو ما يعرف بـ **بيع التقسيط**^(٢)، إلا أنه لخطورة البيع بالتقسيط في حالة امتناع المشتري عن الدفع نتيجة إعساره أو إفلاسه فلا يستطيع البائع استرداد باقي الثمن، فدفع ذلك بالبائعين إلى ابتكار عقد جديد يجعلهم يحتفظون بملكية الشيء المبought الذي لم يسد ثمنه بعد، وهو ما يعرف بـ **الإيجار المنتهي بالتمليك** أو **الإيجار المقتن** بـ **الإيجار المقتن** وبعد البيع الذي يظهر البيع بالتقسيط في صورة عقد إيجار، وفي نهاية المدة تتنتقل ملكية الشيء المؤجر إلى المستأجر بناءً 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»^(٣).

(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، 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 الوعود بالبيع، بينما في عقد بيع الوحدات العقارية قبل بدء المشروع أو خلال تنفيذه يتفق المتعاقدان على أنه بيع منذ البداية وليس إيجارا.

إن الأقساط التي يلتزم المشتري بدفعها في بيع الوحدات العقارية قبل بدء المشروع أو خلال تنفيذه تعتبر جزءا 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 الحياة والانتفاع إلا بعد إتمام إنجاز العقار وتسلیمه^(١).

فمن خلال ما تم ذكره يتضح بأنه لا يمكن أن يكفي 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 الوعود بالبيع والإيجاري ننتقل لعقد آخر يمكن أن يكفي 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^(١) لاحتواه على مناهي شرعية ثلاثة وهي:

أنه بيع المعدوم الذي اتفقت كلمة الفقهاء على منعه^(٢).

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 أبتعاه من السوق؟ قال: «لا تبع ما ليس عندك»^(٣).

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

وذهب بعض الفقهاء إلى جواز بيع الموصوف في الذمة مع تأجيل البدلين^(٦) وردوا على أدلة

(١) الشماخي، كتاب الإيضاح، ج ٣، ص ١٢٠، المقدسي، الشرح الكبير، ج ٥، ص ٢٤٨، محمود بن أحمد العيني، البنية شرح الهدایة (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 الدوائية، ج ٢، ص ١٤٣.

(٢) البسيوي، مختصر البسيوي، ص ٢٩٨، النwoي، المجموع شرح المهدب، ج ٢٥٨، ٩.

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

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

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

(٦) البجيري، حاشية البجيري على الخطيب، ج ٣، ص ٥، الشرقاوى، حاشية الشرقاوى على تحفة الطالب بشرح تنقیح الباب، ج ٢، ص ١٦٤، الأنصاري، أنسى المطالب، ج ٢، ص ١٢٤.

الجمهور بالآتي:

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

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^(٢)، أو أن النهي إنما هو في الموصوف في الذمة غير المقدور على تسليمه^(٣).

أن الحديث المروي في النهي عن بيع الدين بالدين لا يصح، فقد قال الصناعي: رواه إسحاق والبزار بإسناد ضعيف، ورواه الحاكم والدارقطني من دون تفسير، وفي إسناده موسى بن عبيدة الزبيدي وهو ضعيف، قال أحمد: لا تحل الرواية عندي عنه، ولا أعرف هذا الحديث لغيره، وصحفه الحاكم فقال: موسى بن عقبة فصححه على شرط مسلم، وتعجب البيهقي من تصحيفه على الحاكم، قال أحمد: ليس في هذا الحديث يصح^(٤).

وقد أشار كذلك لضعف إسناد هذا الحديث الزيليعي وابن حجر والشوكتاني^(٥).

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 بشمن مؤجل فلا يدخل في النهي الوارد في الحديث أو المتفق عليه بين العلماء إن صح ذلك^(٦)، ويؤكد ذلك أمران:

(١) ابن قيم الجوزية، إعلام الموقفين 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 الأحوذى، ج ٤، ص ٣٦٠.

(٤) الصناعي، سبل السلام، ج ٣، ص ٤٥.

(٥) الزيليعي، 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، والثمن إلى العطاء، فلم ير أحد ذلك ديناً بدين، ولم يروا بذلك بأسا^(١)، فالظاهر أنهم كانوا يعقدون العقد ويتسامرون 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^(٢)، ويدل لهذا الرأي حديث جابر عندما باع النبي ﷺ جمله واستثنى ركوبه إلى المدينة فقد روى الإمام مسلم عن جابر بن عبد الله: أنه كان يسير على جمل له قد أعيها، فأراد أن يسيبه. قال: فلتحقني النبي ﷺ، فدعا لي وضربه، فسار سيراً لم يسر مثله. قال: « يعنيه بوقية »، قلت: لا، ثم قال « يعنيه »، فبعثه بوقية، واستثنى عليه حملانه إلى أهلي. فلما بلغت أنتهيه بالجمل، فنقدني ثمنه، ثم رجعت فأرسل في أثره، فقال: « أتراني ما كستك لآخذ جملك؟ خذ جملك ودرارهمك، فهو لك »^(٣).

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

عقد البيع العادي يتتشابه مع عقد بيع الوحدات العقارية قبل أو في أثناء تنفيذ المشروع في أن كلا العقدين يترتب عليه التزاماً من قبل المشتري بدفع الثمن، والتزاماً 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، تكميلة السبكي، ج ١٠٨، ص ١٠٨.

(١) ج ٣، ص ٣١٥.

(٢) حاشية ابن عابدين، ج ٥، ص ٢٦٦، 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 المبني وهو أثر واحد من الآثار المترتبة على العقد، وأهمل التزام البائع بالبناء وهو التزام جوهرى في هذا العقد وليس التزاما ثانويا تابعا لنقل الملكية.

■ المطلب الرابع: عقد السلم

تطرق في المطلب السابق إلى بيع الموصوف في الذمة بلفظ البيع مع تأجيل البدللين، 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 نشير 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 بيع الصفة التي تحدثنا عنها في المطلب السابق، والسلم لغة بفتحتين هو «السلف، يقال: أسلمت إليه أي أسفلت»، وقال ابن فارس: السلم الذي يسمى السلف كأنه مال أسلم، ولم يمتنع من إعطائه^(١).

ويعرف اصطلاحا بأنه «عقد موصوف في الذمة مؤجل بثمن مقبوض في مجلس العقد»^(٢).

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

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

• الفرع الثاني: مشرعية عقد بيع السلم

كان الأصل أن يتم اللجوء إلى عقد السلم من قبل المنتجين نظرا لحاجتهم إلى رأس المال النبدي 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 المبجل أحمد بن حنبل (بيروت: المكتب الإسلامي، الطبعة الثانية، ١٣٩٩هـ) 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^(١)، وهذا الذي كان يحدث عند العرب في الجاهلية فقد روى ابن عباس أن رسول الله ﷺ قد المدينة والناس يسلفون في الشمر العام والعامين فقال: «من أسلف في تمر فليس له في كيل معلوم وزن معلوم»^(٢).

وقد أجمع العلماء على مشروعيته^(٣).

• الفرع الثالث: شروط صحة بيع السلم

هناك شروط لبيع السلم أذكر بعضها على عجلة وهي أن يكون كل من البدلين الشمن والسلعة المبعة مالاً متقوماً يصح تملكه وبيعه، تحرزاً من المحرمات^(٤)، وأن يكونا معلومين في الجنس والصفة والمقدار، وأن يكونا مختلفين جنساً تجوز النسيئة بينهما، فلا يكونا طعامين، ولا يجوز تسليم الذهب والفضة أحدهما في الآخر، لأن ذلك ربا^(٥)، 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 نقددين ويكتفي في غير الطعامين أن يختلفا في الجنس والمنفعة.

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

(١) عدنان إبراهيم سرحان، أحكام البيع في قانون المعاملات المدنية الإماري (الأردن: الأفق 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 البصيوي، جامع أبي الحسن البصيوي، ج ٤، ص ٩، ابن المنذر، الإجماع (إسكندرية: مركز الإسكندرية) مسألة رقم ٤٩٥، ابن قدامة، المغني (دار الفكر، الطبعة الثانية، ١٤١٧) ج ٤، ص ٣٣٨، ابن عبد البر، الاستذكار، ج ٦، ص ٣٨٤، شمس الدين محمد بن أبي العباس الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح منهاج في الفقه على مذهب الإمام الشافعي (القاهرة: مطبعة الحلبي، ١٣٨٦) 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 الكدمي، الجامع المفيد من أحكام أبي سعيد (مسقط، طبعة وزارة التراث والثقافة) ج ٣، ص ١٦٨، بداية المجهد، ج ٢، ص ١٥٢، أحمد بن محمد العدوى، 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 معلوماً للمتعاقدين، وأن يتم الوفاء به عند التعاقد.

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

• الفرع الرابع: هل بيع الوحدات العقارية قبل أو في أثناء تنفيذ المشروع من عقود السلم؟

بعد أن سربت بعض أغوار عقد بيع السلم أعود مرة ثانية إلى السؤال الذي سأله 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 لأمرتين:

- 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 الشمن 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 الشمن بمراحل إنجاز المشروع.

■ المطلب الخامس: عقد المقاولة

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

(١) الشمامخي، الإيضاح، ج٣، ص٣٦٠-٣٦١، أبو الحسن البسيوي، جامع أبي الحسن البسيوي، ج٤، ص١٠، الدردير، الشرح الصغير، ج٣، ص٢٨١، المهدب، ج٢، ص٧٥، عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني، ج٥، ص٦٦٨، علي بن أبي بكر المرغيناني، الهدایة شرح بداية المبتدئ، ج٧، ص٨٥.

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

• الفرع الأول: تعریف عقد المقاولة

المقاولة في اللغة «معاملة من القول، وتقاولاً أي تفاوضاً»^(١).

ولم يكن للفقهاء السابقين -رحمهم الله- كلام عن عقد المقاولة 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 النفيسيّة عقد المقاول بأنه «عقد يتعهد أحد طرفيه بمقتضاه بأن يصنع شيئاً أو يؤدي عملاً مقابل أجر يتعهد به الطرف الآخر»^(٢).

وعرف قانون المعاملات المدنية العماني في المادة (٦٢٦) عقد المقاولة 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 مقاولة.

فالمقاول لا يكلف إلا بالقيام بالأعمال المادية فهو لا يمثل رب العمل، وإنما يعمل لمصلحته وعلى نفقته، وقد يتکفل 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 المقاولة

من خلال تعريف عقد المقاولة، وبيان صوره يتضح بأن عقد المقاولة يدور بين عقد الاستصناع

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

(٢) د. أمثل بنت عبد العزيز النفيسيّة، عقد المقاولة، 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»^(١) وما جاءت الشريعة إلا لتحقيق مصالح العباد في المعاش والمعاد، وال الحاجة اليوم ماسة لاستحداث مثل هذا العقد، لاسيما مع التطور والرقي 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 مقاولة؟

بعد عرض عقد المقاولة من حيث التعريف بما هي وصوره ومشروعيتها أرجع للموضوع الأساسي، وهو: هل عقد بيع الوحدات العقارية قبل بدء المشروع أو خلال تنفيذه عقد مقاولة؟

يذهب اتجاه من الفقه إلى أن المقاولة تقرب من بيع الوحدات العقارية قبل أو في أثناء تنفيذ المشروع من حيث الهدف، فالبائع يلتزم -كما هو الحال في عقد المقاولة- بصنع شيء أي بناء عقار خلال مدة معينة مقابل أجرا 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 المقاولة عندما يقوم المقاول بتقديم العمل والمادة معاً^(٢).

إلا أن التكييف غير مقبول عند مجموعة من الفقهاء، لأن المقاولة تميز 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، فالتبادل في المقاولة تمثل بقيام المقاول بعمل محدد

.....

(١) أي أن الحكم الذي يجب أن يستصحب في الأعيان والأفعال قبل ورود الشرع أو بعد وروده إذا كانت من المسكونات عنها أو كان لها حكم يجهله المكلف هو الإذن ونفي الحرج حتى يدل الدليل على الحظر والمنع، ينظر: ابن عابدين، رد المحتار، ج٥، ص١٩٨، ابن نعيم، الأشباه والنظائر، ص٦٦، الرازى، المحصول في علم الأصول، ج٥، ص٥٩، النوى، المجموع، ج١، ص٢٤٢.

(٢) د محمد جابر الدوري، مسؤولية المقاول والمهندس في مقاولات البناء والمنشآت الثابتة بعد إنجاز العمل وتسلیمه (بغداد: مطبعة أولیست عشتار، ١٩٨٥) ص٣٢.

للحصول على مقابل معين، أما في البيع فتتمثل في نقل حق الملكية مقابل ثمن نقيدي^(١).

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

ولقد قضت المحكمة العليا العمانية في هذا الشأن بأن الفرق بين البيع والمقاولة 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 مقاولة، ويجوز تعهد المقاول بتقديم المادة والعمل أو الاقتصار على العمل دون غيره^(٢).

■ المطلب السادس: الاستصناع

ذكرت في المطلب السابق بأن البعض يعد عقد الاستصناع من عقود المقاولة، 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^(٣)، وسيكون ذلك من خلال الفروع الآتية:

• الفرع الأول: تعريف عقد الاستصناع

الاستصناع لغة «من صنعه يصنعه صنعا فهو مصنوع: أي عمله»^(٤) قال الله تعالى: ﴿صُنْعَ اللَّهِ الَّذِي أَتَقَنَ كُلَّ شَيْءٍ﴾ النمل: ٨٨.

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

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

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

(٣) ممن ذهب إلى هذا الرأي الدكتور وهبة مصطفى الرحيلي (ينظر: عقد الاستصناع بحث منشور في مجلة مجتمع الفقه الإسلامي، العدد السابع، الجزء الثاني، ١٤١٢ هـ، ص ٣٢٠) وكذلك الدكتور محمد عبد اللطيف الفرفور (ينظر: أثر الاستصناع في تشريع الحركة الصناعية، بحث منشور في مجلة مجتمع الفقه الإسلامي، العدد السابع، الجزء الثاني، ١٤١٢ هـ، ص ٥٥).

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

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

فمن خلال التعريفات المتقدمة يتبيّن لنا بأنّ في عقد الاستصناع بضاعة نريد شراءها إلا أنّ هذه البضاعة ليست موجودة وقت التعاقد بل نريد من البائع أن يقوم بصنعها فتتعاقد معه بهذا الوضع، كأنّ تقول لرجل أصنع لي سلاحاً أو ثوباً أو آنية من نحاس من عندك بخمسين ريالاً، ويبيّن له نوع ما يعمّل وقدره وصفته، ولا بد في موضوع عقد الاستصناع من صناعة، فكلّ ما يقع عليه العمل من قبل صانع فهو عين مستصنعة^(٢).

• الفرع الثاني: مشروعية عقد الاستصناع بـعـد الاستـصـنـاع جـائز لأـدـلة مـخـلـفة مـنـهـا:

حديث سهل قال: بعث رسول الله ﷺ إلى امرأة: مري غلامك النجار يعمل لي أعواداً أجلس عليها^(٣).

ووجه الدليل طلب النبي ﷺ من المرأة أن يصنع غلامها النجار له أعواداً دليلاً 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 العلمي^(٤).

• الفرع الثالث: التكييف الفقهي لعقد الاستصناع اخـتـلـفـ الـفـقـهـاءـ فـيـ حـقـيقـةـ عـقـدـ الـاستـصـنـاعـ عـلـىـ قـولـيـنـ:

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

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

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

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

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

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

- القول الثاني: قول الجمهور من الإباضية والمالكية والشافعية والحنابلة أن الاستصناع نوع من أنواع السلم، لأنهم اعتبروه من السلم في مصنوع، وشرطوا فيه شروطه، وأجرروا عليه أحکامه، ومن ذلك وجوب نقد الشمن، وأنه عقد لازم مثل عقود المعاوضات^(٣).

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 من يكلفه الصانع للقيام بعملية الصناعة والعمل، فيكون التعاقد فيه على العين والمنفعة معاً، لذلك هو يشبه عقد الإجارة إجارة الأجير المشتركة مما سوغ عدم اشتراط تسليم الشمن في مجلس العقد، لأن الإجارة وهي موصوفة في الذمة لا يشترط فيها تعجيل الشمن.

• 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 الاست-radius بيع الوحدات العقارية قبل بدء المشروع أو خلال تنفيذه^(٤)، وهذا الذي قرره مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر

(١) المعتصم بن سعيد المعمولى، 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 عليش، منح الجليل (بيروت: دار الفكر، ١٤٠٩هـ) ج ٥، ص ٣٨٥، البهوي، 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 العدوى، الشرح الكبير، ج ٤، ص ٣٥٠.

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

الإسلامي^(١) والمجلس الإسلامي للإفتاء ببيت المقدس^(٢).

ورأى فقهاء آخرون أنه لا يمكن تكييف عقد بيع الوحدات العقارية قبل أو في اثناء 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 يقام على الأرض المعينة، وهذا الاختلاف بينهما في ركن العقد يتضمن اختلاف أحکامهما، يقول الشيخ علي الخفيف: متى نعد العقد الذي يجري به التعامل عقداً جديداً مستقلاً مستحدثاً؟ ومتى نعد عقداً ملحاً بعقد معين من العقود التي عرفها الشارع؟ فيرأي أنه إذا كانت المشابهة نتيجة اشتراك في أركان العقد وعناصره ومعناه وغرض المتعاقدين منه، وجب حيئنة الحاقه بشبيهه، أما إذا اختلفت الأركان أو اختلف المعنى أو الغرض من العقد والقصد منه فإنه لا محل عندئذ للإلحاق^(٣).

- السبب الثاني: المبيع في بيع الوحدات العقارية قبل بدء المشروع أو خلال تنفيذه الأرض المعينة، والأراضي والدور لا تبع موصوفة في الذمة كما سبق بيانه، بخلاف الاستصناع فالمباع 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 أحق به القياس الأول مباشرة^(٤).

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

(١) قرار مجلس الفقه الإسلامي المؤتمـر السادس المنعقد بجلدة من ١٧-٢٣ شعبان ١٤١٠ هـ الموافق ٢٠-٣ مارس ١٩٩٠ وذلك بالقرار رقم ٦/١٥٢ 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، أحـكام عـقد بـيع الـبنـاء عـلى الـخارـطة، ص ١٩.

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

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

■ المطلب السابع: العقد الجديد المستقل

تأتي العقود على قسمين:

- القسم الأول: العقود المسممة وهي العقود التي وضع لها الفقه الإسلامي اسماء خاصا بها ورتب لها أحکاما خاصة بها.
- القسم الثاني: العقود غير المسممة وهي التي لم يضع الفقه الإسلامي اسماء خاصا بها، ولم يرتب الفقهاء أحکاما 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 تشرك معها في الأركان والشروط والخصائص، أو لأنها تحتوي على عدة صيغ وعقود اجتمعت في عقد واحد^(١).

ومن خلال ما تم ذكره في المطالب السابقة من احتمالات إلحاقي عقد بيع الوحدات العقارية قبل بدء المشروع أو خلال تنفيذه بأحد العقود المسممة في الفقه الإسلامي يتبيّن أن هذا العقد عقد جديد مستحدث له خصائصه التي تميّزه عن غيره من العقود، ولا يمكن إلحاقه بأحد العقود المسممة، وهذا الذي رجحه الدكتور مزيد بن إبراهيم بن صالح المزید^(٢) والدكتور سبيل جعفر حاجي عمر^(٣)، وأخرون.

وهذه البيوع المستحدثة وإن كانت بيعا إلا أنها تعد نوعا من أنواع البيوع المستقلة باسم خاص بها، وتبني أحکامها 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 الرحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج ٤، ص ٢٤٢.

(٢) د. مزيد بن إبراهيم بن صالح المزید، التكيف 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^(١)، وإن كان هناك من يرى أن الأصل في العقود الحظر^(٢).

واستحداث العقود في الفقه الإسلامي وإعطاؤها أسماء خاصة بها إنما هو نتيجة للتكييف الفقهي لتلك المعاملة المستجدة، لأن التكييف الفقهي ينبع عنه أحد أمرين:

- الأمر الأول: الإلحاد، فإذا اتحدت هذه المعاملة في الأركان والشروط والخصائص مع عقد معين من العقود المعروفة في الفقه الإسلامي ألحقت هذه المعاملة المستجدة بذلك العقد وأعطيت أحکامه التي ربها 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 عقداً جديداً مستحدثاً^(٣).

فإن كان التكييف الفقهي للمعاملة المستحدثة اقتضى الاستحداث فإن هذا العقد المستحدث تطبق عليه قواعد المعاملات المالية من كون العقد قد تم برضاء وطيب نفس من المتعاقدين، وأن يكون هذا العقد ليس فيه ربا أو شبهة ربا، وأن يكون خالياً من الغرر والغش والتسليس، وأن لا يكون مما نهى عنه الشارع^(٤).

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

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

- أنه عقد صحيح بناءً على أن الأصل في العقود الإباحة والصحة، وليس فيه شيء يخرجه عن هذا الأصل، كما بينت ذلك سابقاً.

(١) العوتبي، الضياء، ج ١٧٧، ص ١٧٧، شرح فتح القدير، ج ٧، ص ٣، الخرشفي على مختصر خليل، ج ٥، ص ١٤٩، المحصول في علم الأصول، ج ٦، ص ٩٧، شرح مختصر الروضة، ج ١، ص ٣٩٩، ابن رجب، جامع العلوم والحكم، ج ٢، ص ١٦٦، نشر الورود شرح مراقي السعوڈ، ج ١، ص ٤٤، ابن حزم الظاهري، الإحکام في أصول الأحكام، ج ٥، ص ١٥.

(٢) ابن نجم، الأشياء والظواهر، ص ٦٦، ابن الهمام، فتح القدير، ج ٧، ص ٣.

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

(٤) محمد عثمان شبير، التكييف الفقهي (دمشق، دار القلم) ص ٥.

- أنه عقد لازم، ويقصد بالعقد اللازم كل عقد صحيح نافذ لا يقبل الفسخ أبداً أو قبله، ولكن لا يملك أحد الطرفين فسخه أو إبطاله إلا إذا حصل اتفاق بينهما على ذلك^(١). وعقد بيع الوحدات العقارية قبل بدء المشروع أو خلال تنفيذه عقد لازم لأنّه من أنواع البيع، وهو عقد لازم في حق طرف العقد، يقبل الفسخ بطريق الإقالة^(٢).

يجوز تعجيل الثمن وتأجيله، لأنّ المبيع أرض معينة يتبعها بناء موصوف في الذمة يبني 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 **الخلف** في الصفة المتفق عليها، لأنّ 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 الخلف** في الصفة^(٣) ، وعلى ذلك لو تبين أنّ 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 مالاً موصوفاً في الذمة كال المسلم فيه فإن ليس للمشتري فسخ العقد، وإنما يطالب البائع بيده وفق المواصفات المتفق عليها في العقد، لأنّ حقه متعلق بذمة البائع وليس في أرض معينة^(٤).

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 نجمي، 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 البهوي، شرح متن الإزادات (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 عقلاً في هذا العقد أن يكون وعداً بالشراء بين المتعاقدين إلا أن الواقع العملي والقانوني ينافي ذلك.
٤. يختلف هذا العقد عن الإيجار المتهي بالتمليك في نوعية العقد، فال الأول بيع، والثاني إيجار، وفيما يدفعه المشتري فال الأول جزء من الثمن، والثاني أجرة عن الانتفاع بالعين المؤجرة.
٥. لا يمكن تكييف هذا العقد على أنه بيع موصوف في الذمة، لأن المبيع في هذا العقد أرض معينة موجودة وقت العقد ومملوكة للبائع، وليس ديناً في الذمة.
٦. لا يمكن أن نعد هذا العقد من قبيل عقد السلع، لأن من شروط السلع أن لا يكون في معين بل في مطلق موصوف في الذمة، وأن يدفع الثمن كاملاً في أول التعاقد، بينما في العقد موضوع الدراسة الأرض المبيعة معينة، وكذلك يدفع الثمن مقسطاً.
٧. لا يعد هذا العقد من عقود المقاولة، وذلك لوجود التزام نقل الملكية في هذا العقد بخلاف المقاولة.
٨. لا يمكن تكييف هذا العقد على أنه عقد استصناع، إضافة لما قلناه في بيع الموصوف في الذمة والسلم أن الاستصناع عقد مستحدث، وليس أساساً 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.

ثانياً: التوصيات:

بعد هذه الدراسة يسرني أن أوجه بعض التوصيات وهي كالتالي:

١. توصي الدراسة الباحثين بإجراء مزيد من الدراسات الموسعة في هذا العقد، وسبر جوانبه المختلفة.
٢. توصي الدراسة المتصدرين لافتاء الناس بالاجتهد العميق لفهم النوازل والمستجدات الفقهية المعاصرة، وتجنب النظرة السطحية لها، والتسرع في إصدار الأحكام، وإعطاء الوصف غير المناسب للنازلة.
٣. أوصي بإقامة لجأن علمية متخصصة لدراسة العقود المستحدثة وتكييفها وتصنيفها في ضوء الأدلة الشرعية ومقاصد الشريعة، مع الاستفادة من تراث الفقهاء السابقين، والاستعانة بالمتخصصين في الفن المطلوب دراسته.
٤. أوصي بعقد المؤتمرات والندوات والدورس واللقاءات لتشريف العلماء وتوسيعهم بأهمية هذا العقد، وشروطه والضمانات الشرعية والقانونية له.
٥. نظراً 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 ليتعشّص 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 المقتضى، 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.
- البهوي، منصور بن يونس، شرح متنى 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.
- الخرشبي، محمد بن عبد الله، حاشية الخرشبي على مختصر خليل، بيروت: دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٩٩٧.
- الخليلي، أحمد بن حمد، فتاوى المعاملات، مسقط: الأجيال للتسويق، بدون طبعة، ١٤٣٤هـ.

- دسوقى، إبراهيم دسوقى، البيع بالتقسيط، الكويت: مطبعة جامعة الكويت، الطبعة الأولى، ١٤٠٤ هـ.
- الدورى، محمد جابر، مسؤولية المقاول والمهندس في مقاولات البناء والمنشآت الثابتة بعد إنجاز العمل وتسليمها، بغداد: مطبعة أوفيسن عشتار، ١٩٨٥.
- ذنون يونس صالح، علي سلمان صالح، مفهوم عقد بيع العقار على التصميم الهندسى وتكييفه القانوني (العراق: مجلة جامعة تكريت للحقوق، العدد ٢٠١٦، ١).
- الرازي، محمد بن عمر، المحصول في علم أصول الفقه، د.م، مؤسسة الرسالة، د.ط، د.ت.
- الزبيدي، تاج العروس، دار الهدایة، 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، ١٤٢٤ هـ.
- سليمان مرقس، شرح القانون المدني، القاهرة: مطبعة النهضة الجديدة، د.ط، ١٩٦٨ .
- سيل 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، ٢٠٠٣ م.
- الشريبي، محمد بن أحمد الخطيب، معنى المحتاج، بيروت: دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤١٥ هـ.
- الشريبي، محمد بن محمد الخطيب، معنى المحتاج، بيروت: دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٠ م.
- الشرقاوى، عبد الله بن حجازي، حاشية الشرقاوى على تحفة الطالب بشرح تنقیح الباب، القاهرة: دار الفكر، د.ط، د.ت.
- الشماخى، عامر بن علي، كتاب الإيضاح، عمان: وزارة التراث القومى والثقافة، الطبعة الثانية، ١٩٩٢ م.

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



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

جميع الحقوق محفوظة

