

مركز دراسات الدكتوراه والإنسان والمجال في العالم المتوسطي  
تكوين الدكتوراه الدراسات الإسلامية وقضايا المجتمع المعاصر  
مختبر دراسات في قضايا العلوم والمجتمع

أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في الدراسات الإسلامية  
بعنوان:

# تحقيق المناط في بيع العقار في طور الإنجاز طبقا للقانون والواقع العملي بالمغرب

إشراف:

الأستاذ الدكتور أحمد السنوني  
الأستاذة الدكتورة بثينة الغلبزوري

إعداد الباحث:

مصطفى اليربوعي

لجنة المناقشة:

- الأستاذ الدكتور سعيد هلاوي/مقررا
- الأستاذ الدكتور عبد السلام فيغو/مقررا
- الأستاذ الدكتور محمد الناصري/مقررا
- الأستاذ الدكتور محمد قجوي/رئيسا
- الأستاذة الدكتورة بثينة الغلبزوري/مقررا
- الأستاذ الدكتور أحمد السنوني/مقررا

السنة الجامعية:

2019م / 2020م

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

# إهداء

أهدي هذه الأطروحة إلى كل مهتم بالاجتهاد الفقهي المعاصر  
من الباحثين والدارسين عسى أن يجدوا فيه شيئاً ذا بال يستفاد،  
معتذراً منهم عن ما فيه من أخطاء وزلات، راجياً منهم  
تصويبها وتقويمها، ملتمساً الدعاء بالمغفرة والتوفيق والسداد.

## شكر وتقدير

أحمد الله عز وجل أولاً، وأشكره أن وفقني لإنجاز هذا العمل العلمي، وما توفيقي إلا به، عليه توكلت.

وأثني بتقدم خالص الشكر الجزيل، والامتنان العظيم، والاحترام والتقدير إلى أستاذيَّ المشرفين على هذه الأطروحة؛ الأستاذ الفاضل: الدكتور أحمد السنوني، والأستاذة الفاضلة: الدكتورة بثينة الغلبزوري - حفظهما الله تبارك وتعالى - اللذين تفضلاً بقبول الإشراف على هذه الأطروحة، وغمراني بالفضل، واختصاني بالنصح، وبتوجيهاتها السديدة، وملاحظتها القيمة البناء، فجزاهما الله عني خير الجزاء، وبارك فيهما، وأجزل مثوبتهما، وأدم عليهما الصحة والعافية.

كما أتوجه بالشكر العميم، والعرفان بالجميل، إلى فضيلة الأستاذ الدكتور محمد قجوي - حفظه الله - رئيس تكوين الدكتوراه "الدراسات الإسلامية وقضايا المجتمع المعاصر في العالم المتوسطي" الذي استفدت من توجيهاته العلمية القيمة في التكوينات واللقاءات العلمية التي يشرف على تنظيمها لفائدة طلبة سلك الدكتوراه، فجزاه الله أفضل الجزاء.

كما لا يفوتني في هذا القام أن أتوجه بالشكر والعرفان إلى: اللجنة الموقرة التي ستعكف - مشكورة مأجورة بإذن الله - على مناقشة هذه الأطروحة وتقويمها، وإلى: كل من وضح لي مسألة، أو قدم لي مشورة، أو أسدى لي معروفاً، أو قدم لي نصيحة، أو دعا بدعوة لأن يوفقني الله تعالى في إنجاز هذا العمل العلمي، وأخص بالذكر: الدكتور محمد المنتار - رئيس مركز الدراسات القرآنية بالرابطة المحمدية للعلماء -، فلهم مني جميعاً كل الشكر والتقدير، وجزاهم الله خير الجزاء.

## مقدمة البحث :

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف المرسلين، وعلى آله وصحابه  
أجمعين، والتابعين لهم بإحسان إلى يوم لقائك يا أرحم الراحمين.

أما بعد:

إن هذا البحث الموسوم: «تحقيق المناط في بيع العقار في طور الإنجاز طبقاً للقانون  
والواقع العملي بالمغرب» يُعنى بتحقيق مناط الحكم الشرعي في نوع من البيوع المعاصرة  
الذي يثير إشكالات فقهية، وهو: بيع العقار؛ كالدور والشقق، وهو في «طور الإنجاز» كما  
أطلق عليه في القانون المغربي، وقد انتشر هذا البيع بشكل كبير في العصر الراهن نظراً  
للاحتياج المتصاعد للسكن، ولا سيما في المدن الكبيرة وارتفاع ثمن العقار.

## أهمية «تحقيق المناط» في بيع العقار في طور الإنجاز:

تتجلى أهمية تحقيق المناط في القواعد المعرفية التي يحصل بها الاجتهاد والنظر والتبصر  
في محل تنزيل الحكم الشرعي في واقع الناس أفراداً وجماعات، وما يمكن أن يترتب عليه  
من العواقب والنتائج المرتبطة بتأثير أحوال الزمان والمكان في مناط الأحكام الشرعية، وهذا  
ما يكتسي أهمية بالغة؛ ذلك أن فقه الحكم دون فقه المحل المراد تنزيله فيه يكون نوعاً من  
العبث والإساءة للحكم نفسه، ويؤدي إلى الغلو والتشدد أو التسبب والانحلال.

وتزداد أهمية البحث في كونه دراسة تطبيقية لتحقيق المناط في مجال له أهمية اقتصادية  
 واجتماعية كبيرة في العصر الراهن، وهو بيع العقار في طور الإنجاز.

فقد تزايدت أهمية بيع العقارات السكنية قيد الإنجاز في ظل أزمة إسكان متزايدة تمر بها  
المجتمعات منذ عقود عدة، تعود آثارها الاقتصادية والاجتماعية على الكافة.

وبانصرام الزمن، ومع استفحال أزمة السكن، تكاثر إقبال الأفراد تحت شدة الظروف وضغط الحاجة على اقتناء المباني قبل اكتمال إنجازها، أو حتى قبل البدء في عمليات البناء، مقابل أداء أقساط الثمن على مراحل حسب تقدم الأشغال.

فقد ازداد التعامل ببيع العقارات في طور الإنجاز في المغرب؛ بفعل التحولات الاقتصادية والاجتماعية التي شهدتها ميدان العقار، والارتفاع الكبير الذي عرفه؛ بسبب التطور الذي عرفه قطاع الإسكان والاستثمار العقاري.

فعندما يكون محل التعاقد عقارا غير موجود وقت التعامل يتسع مجال الغرر، وتكبر مساحة الإبهام والغموض، ويفتح باب الغبن وأكل أموال الناس بالباطل، وهو ما يثير إشكالات وتساؤلات عدة.

### إشكالات البحث :

إن إشكالات هذه الأطروحة تنبثق من الخصوصية التي يتصف بها بيع العقار في طور الإنجاز، وتميزه عن العقود التقليدية، وتتجلى هذه الخصوصية في أن بيع العقار في طور الإنجاز وفق القانون المغربي، هو: عقد بيع عقار يلتزم البائع بإنجازه في أجل محدد، مقابل التزام المشتري بأداء الثمن مقسما داخل أجل محدد تبعا لتقدم الأشغال، وهو ما يثير الإشكالات الشرعية الآتية:

➤ إشكالات متعلقة بمحل الالتزام التعاقدى، وهو العقار المعدوم وقت انعقاد البيع، والثمن الذي يؤدي على أقساط، فيتنازع تكييف صورة هذا البيع أكثر من أصل، بعضها ممنوعة وبعضها جائزة، وهي:

✓ عقد السلم، وعقد الاستصناع، اللذان يكون فيهما المبيع في ذمة البائع إلى أجل معلوم.

✓ بيع المعدوم، وبيع الإنسان ما ليس عنده، باعتبار العقار المبيع في طور الإنجاز غير موجود، وليس عند البائع وقت إبرام العقد، وإنما هو في طور الإنشاء.

✓ بيع الكالئ بالكالئ (بيع الدين بالدين)؛ لكون المبيع والثلث في بيع العقار في طور الإنجاز مؤجلين إلى آجال معينة.

✓ بيع الغرر المؤدي إلى الغبن؛ إما من جهة المبيع المعدوم وقت إبرام العقد، أو الثلث المؤدى مقسطا، أو الأجل المتعلق بتسليم العقار المبيع وكامل الثلث.

✚ إشكالات تتعلق بالإجراءات القانونية للعقد؛ ذلك أن القانون المغربي يقتضي أن يعقد بيع العقار في طور الإنجاز على مرحلتين: مرحلة العقد الابتدائي (الفصل 3-618)، ومرحلة العقد النهائي (الفصل 16-618) الذي يتم عند الانتهاء من بناء العقار وتسليمه، ودفع جميع أقساط الثلث، وهو ما يشير إشكالات أهمها:

■ الإشكال الفقهي المتعلق بتوارد عقدين على مبيع واحد.

■ إشكال حجية العقد الابتدائي وآثاره؛ مما يتطلب القيام بالتكييف الفقهي للعقد الابتدائي من أجل معرفة هل يتحقق فيه مناط عقد البيع الصحيح الناقل لملكية المبيع، أم لا.

ومن ثم؛ فإن خصوصية هذا العقد يطرح إشكالا من حيث المنهجية الصحيحة لتكييفه، هل هو التكييف الجزئي الذي ينظر في صورة هذا العقد لتكييفه مع صورة أحد العقود السابقة الذكر، أم يُكَيَّفُ تكييفا كليا، قائما على النظر في خلو هذا العقد مما يخالف مقاصد الشريعة؛ كالغرر والغبن... فيحكم عليه بالمشروعية أو عدمها، حسب موافقته لمقاصد الشريعة أو مخالفتها؛ وذلك بالنظر في جزئيات هذا العقد.

وانطلاقا مما سبق يتبين أن الإشكال الرئيس لهذه الدراسة يكمن في السؤال الآتي: ما هو

التكييف الفقهي الملائم لتحقيق المناط الشرعي في بيع العقار في طور الانجاز

وفق القانون والواقع المغربي؟

## صعوبات البحث :

بالإضافة إلى الصعوبات التقليدية في الأبحاث العلمية المتمثلة في البحث عن ميطان مادة البحث من المراجع، والمصادر، والوثائق، والزيارات الميدانية للمؤسسات، واستفسار أهل التخصص... واختيار المعلومات الصحيحة، والاستفادة منها، وتوظيفها في مواضعها المناسبة في البحث، واجهت البحث صعوبات قانونية وفقهية، أبرزها:

**الصعوبات القانونية:** التي تتعلق بتجدد القانون وتغيره؛ فهو يعرف تعديلات كلما ظهرت إشكالات جديدة في المجتمع، أو إشكالات قديمة لم ينتبه إليها في القانون القديم، فبينما انتهت هذه الأطروحة من دراسة قانون رقم 44.00 بشأن بيع العقارات في طور الإنجاز المنشور في الجريدة الرسمية بتاريخ 2 رمضان 1423هـ (7 نونبر 2002م)، إذ نشر قانون رقم 107.12 في الجريدة الرسمية بتاريخ 9 جمادى الأولى 1437هـ (18 فبراير 2016م) بتغيير وتتميم القانون السابق، وقد كان الاعتماد بالأساس على قانون رقم 44.00؛ لأن القانون 107.12 لم يظهر إلا بعد سنتين من البدء في الأطروحة، ولم تصدر مراسمه التنظيمية إلى حد الآن.

**الصعوبات الفقهية:** من حيث تشعب الموضوعات الفقهية المطلوبة لتحقيق المناط في بيع العقار في طور الإنجاز؛ فتحقيق المناط الشرعي في كل جزء من أجزاء قانون بيع العقار في طور الإنجاز يقتضي استدعاء الموضوعات والأبواب الفقهية المسعفة في المعالجة الشرعية لأجزاء وفصول هذا القانون، بالإضافة إلى البحث عن مقاصد الشريعة في هذه الموضوعات، والمسائل الفقهية لتحقيق مناطها في بيع العقارات في طور الإنجاز، الأمر الذي يصعب معه وضع إطار جامع لكل الموضوعات الفقهية المتعلقة بالفصول القانونية لبيع العقار في طور الإنجاز.

## الدراسات السابقة:

لم أقف على عمل علمي قام بتحقيق مناط الحكم الشرعي في بيع العقار في طور الإنجاز وفق القانون والواقع المغربي، وإنما وجدت بعض البحوث المتعلقة بالحكم الشرعي لبيع العقار في طور الإنجاز أم قبل ذلك دون ربطه بقانون ومكان معين، ومنها:

✓ مفهوم بيع العقار على الخريطة وتكييفه القانوني: دراسة مقارنة، لضحي محمد سعيد عبد الله النعيمي، وهو بحث نشر في العدد التاسع والأربعين من مجلة الشريعة والقانون، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، صفر 1433هـ - يناير 2012م.

تناولت هذه الدراسة بيع العقار على الخريطة، وتكييفه القانوني، والالتزامات التي يفرضها على أطرافه، والضمانات التي تكفل للمشتري الحماية من النصب والاحتيال، مشيرة إلى مشروعيتها.

إلا أن هذه الدراسة لم تحط بكل جوانب موضوع بيع العقار في طور الإنجاز، كما ينظمه القانون وكما يمارس في الواقع، وأغفلت معلومات كثيرة تخص هذا العقد، مع اكتفائها بالإشارة إلى مشروعيتها تكييفاً مع عقد الاستصناع.

✓ الطبيعة القانونية لعقد بيع البناء على الخارطة وضمائنه - دراسة مقارنة -، لمحمد عليان العزام، نشر في العدد السادس من مجلة الحقوق - الجامعة الأمريكية - الإمارات.

تناول هذا البحث الطبيعة القانونية لعقد بيع البناء على الخارطة من المنظور الإسلامي ومن منظور القانون الوضعي، مشيراً إلى الإشكالية القانونية لهذا العقد بين اعتباره عقداً رضائياً أو عقداً شكلياً، بالإضافة إلى تطرقه لضمائنه لعقد بيع البناء على الخارطة.

فقد اكتفى هذا البحث بتقديم تعريف وجيز لبيع العقار في طور الإنجاز، وألحقه بعقد الاستصناع، واشترط له شروطه، دون التوسع في تفاصيله وإجراءاته، ودون النظر في

الممارسة العملية لهذا البيع في واقع الناس في هذا العصر، والاغفال عن الإشكالات التي تعترض تنفيذ بنود هذا العقد في الواقع العملي الذي يتطلب تحقيق مناطاته الشرعية.

✓ البيوع الشائعة وأثر ضوابط المبيع على شرعيتها، لمحمد توفيق رمضان البوطي، ط3 (بيروت: دار الفكر، 2005م)، فقد أشار مؤلفه في بضع صفحات إلى بيع العقار على الخريطة، وعلق على قرار مجلس الفقه الإسلامي، ولا يؤيده، واقترح صيغتين للخروج من مأزق بيع المعدوم في بيع العقار على الخريطة.

فهذا الكتاب ليس مخصصاً لدراسة بيع العقار في طور الإنجاز، وإنما تضمن إشارة موجزة إلى حكمه الشرعي دون التوسع في تصويره، وبيان تفاصيله، وتطبيقه العملي.

✓ التمويل العقاري لبناء المساكن وشرائها، لمحمد عبد اللطيف صالح الفرفور، نشر في العدد السادس من مجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، بجدة. فقد درس بيع العقار قبل البناء تحت كليتين فقهييتين:

كلية الاستصناع الذي يعد عقداً من العقود المسماة عند الحنفية، وله شروطه وضوابطه، وكلية بيع العقار قبل قبضه، فرجح تكييف بيع العقار قبل البناء مع عقد الاستصناع على تكييفه مع البيع بالتقسيط، وبهذا الترخيص ألحق البيع على الخارطة بعقد الاستصناع، فأجازه بشروطه، وألحق به أحكام الاستصناع.

قرار رقم (6/1/52) بشأن التمويل العقاري لبناء المساكن وشرائها، لمجلس الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره السادس بجدة في المملكة العربية السعودية، من 17 إلى 23 شعبان 1410 هـ الموافق 14-20 آذار (مارس) 1990م (جدة: مجلة مجمع الفقه الإسلامي الصادرة عن منظمة المؤتمر الإسلامي، العدد السادس).

فقد كُيف هذا القرار شراء المساكن قبل بنائها مع عقد الاستصناع، على أساس اعتباره لازماً، وبذلك يتم شراء المسكن قبل بنائه، بحسب الوصف الدقيق المزيل للجهالة المؤدية

للنزاع، دون وجوب تعجيل جميع الثمن، مع مراعاة الشروط والأحوال المقررة لعقد الاستصناع لدى الفقهاء الذين ميّزوه عن عقد السلم.

فهذه البحوث لم تتوسع في الموضوع، ولم تحط بكل جوانبه الفقهية الشرعية، بل اكتفت بتكييفه مع عقد الاستصناع، دون التوسع في تفاصيله وإجراءاته، ودون النظر في الممارسة العملية لهذا البيع في واقع الناس في هذا العصر، وهو ما غيب عن هذه البحوث الكثير من المسائل والأمور التي تعترى هذا البيع في ممارسته التطبيقية التي تتطلب تحقيق المناط الشرعي فيها قبل استنتاج النتائج النهائية.

بالإضافة إلى أن اختلاف القوانين المنظم لهذا البيع يؤدي إلى اختلاف صورته من قانون إلى قانون، مما يستوجب تحديد القانون المنظم لهذا العقد قبل تحقيق المناط فيه.

علاوة على هذا كله فهذه الدراسات لم تقم بتحقيق المناط في بيع العقار في طور الإنجاز وفق القانون والواقع المغربي الذي هو موضوع هذه الأطروحة.

وأما البحوث القانونية التي تناولت قانون بيع العقار في طور الإنجاز وقف القانون المغربي فهي عديدة؛ إلا أنها لم تجعل البحث في الحكم الشرعي لبيع العقار في طور الإنجاز وتحقيق المناط الشرعي فيه داخلا في نطاق اهتمامها ودراستها، وأهم هذه المراجع القانونية:

✓ **بيع العقار في طور الإنجاز شرح وتحليل لنصوص القانون رقم 44.00،**

لعبد الحق صافي، ط1 (الدار البيضاء: مطبعة النجاح الجديدة، 1432هـ-2011م).

يضمن هذا الكتاب العديد من الفصول ونماذج العقود التوثيقية المتعلقة ببيع عقار قيد الإنجاز، ويقدم شرحا كاملا لكل مقتضيات قانون 44.00 وتحليلها انطلاقا من كل جوانبه المتشعبة، التي تهتم بعملية تسويق العقار قيد الإنجاز، والمتصلة بتخصصات قانونية مثل نظرية الالتزامات والعقود، والقانون العقاري، وأنظمة وضوابط التعمير، والقانون البنكي، وقانون التوثيق، والقانون الجبائي.

ويعرض الكتاب لأحكام القانون 44.00 عبر مرحلتين أساسيتين: مرحلة البيع الابتدائي، ومرحلة البيع النهائي، حيث تتخللهما حقوق والتزامات متقابلة للطرفين.

كما يرصد الكتاب تطبيق أحكام القانون 44.00 لدى العديد من الجهات المعنية، من باحثين، وموثقين، ومحافظين على الأملاك العقارية، والمحامين، والمنعشين العقاريين وغيرها.

✓ **بيع العقار في طور الإنجاز: دراسة على ضوء القانون المغربي والمقارن،**

لعبد الحفيظ مشماشي، ط 1 (الدار البيضاء: مطبعة النجاح الجديدة 1433هـ-2012م).

هذا الكتاب عبارة عن دراسة تحليلية نقدية على ضوء التشريع والفقهاء والقضاء المغربي والمقارن لجل المواضيع المتصلة ببيع العقار في طور البناء والتشييد، وعلاقته بالقوانين الأخرى كمدونة الحقوق العينية، وقانون الملكية المشتركة للعقارات المبنية...

وتناول مضمون البيع الابتدائي وشكالياته بين الرضائية والشكلية، وحجته القانونية، وإشكالية تقرير الجزاء المناسب في حالة الإخلال بالأوضاع القانونية اللازمة لإبرام هذا العقد، وآثار حوالة العقد الابتدائي، وتأمين أقساط الثمن.

كما تعرض إلى البيع النهائي وإشكالية ضمان العيوب الظاهرة والخفية، وموقف القانون من إشكالية الضمان العشري في هذا النوع من البيع...

وقد اعتمدت هذه الأطروحة كثيرا في تصوير بيع العقار في طور الإنجاز، وفصوله القانونية على هذين المرجعين.

### أهداف البحث:

يكن الغرض الأساس لهذا البحث في تقديم منهج مناسب لتحقيق المناط في بيع العقار في طور الإنجاز بشكل تطبيقي؛ عبر تحقيق الأهداف الآتية:

✓ إبراز جانب المنهج، وخطواته، ومراحله في تحقيق المناط في المستجدات والنوازل المعاصرة؛ من خلال تحقيق المناط في بيع العقار في طور الإنجاز؛ قصد تقديم أنموذج

عملي لمنهج تحقيق المناط في النوازل المعاصرة، وربط الدراسة الفقهية للمعاملات والواقعات المعاصرة بمناهج علمية واضحة المعالم.

✓ القيام بتحقيق مناط الحكم الشرعي في بيع العقار قيد الإنشاء وفق القانون المغربي، وفي الواقع العملي المغربي؛ بشكل مفصل ومستوعب لجميع عناصره ومفرداته، وفي واقعه ومتوقعه، نظرا وتطبيقا، وليس تحقيقا عاما معتمدا على تصور عام.

✓ بيان حقيقة عقد بيع العقار في طور الانجاز وتصوير كل عنصر من عناصره، لتكوين صورة كلية عن هذا العقد.

✓ بيان ما وفره التنظيم التشريعي المغربي لبيع العقار في طور الإنجاز من الحماية اللازمة للمشتري على أرض الواقع، على اعتبار أنه يقوم بشراء العقار استنادا فقط على تصميم هندسي؛ لأن هذه الحماية لها تأثير في الحكم الشرعي لهذا البيع وجودا وعدما.

✓ إبراز مقاصد الشريعة ومعانيها التي يجب مراعاتها وتحقيقها في عناصر بيع العقار في طور الانجاز.

✓ الوصول إلى التكييف الفقهي الملائم لعناصر بيع العقار في طور الانجاز كما ينظمه القانون في المغرب، بالنظر إلى الإشكالات والصعوبات التي تعترض تكييف طبيعة هذا العقد الناتجة عن خصوصيته.

### منهج البحث:

اقتضت طبيعة هذا البحث، وما ينطوي عليه من المسائل القانونية والشرعية، أعمال المنهج الوصفي الذي يقوم على رصد ومتابعة الموضوع المبحوث، باعتماد جمع المعلومات والبيانات الضرورية وتفسيرها وتحليلها؛ من أجل الوصول إلى نتائج تساعد على الإجابة على إشكالات الموضوع وأسئلته؛ ومن ثم، فهذا البحث يتناول بالوصف والتحليل تحقيق المناط في بيع العقار في طور الإنجاز وفق القانون المغربي؛ وذلك بتتبع مختلف جزئيات البحث من مظانها القانونية والاقتصادية والشرعية وغيرها، مع النظر في

الواقع العملي المغربي لبيع العقار في طور الإنجاز ، بمقارنة نظرة القانون المغربي لبيع العقار في طور الإنجاز مع واقعه العملي؛ بهدف تحقيق المناط الشرعي في بيع العقار في طور الإنجاز وفق الواقع القانوني والعملي المغربي .

وبهذا يسعى منهج هذه الدراسة أي يكون متكاملًا، جامعًا بين الاستفادة من المعلومات والتصورات المستقاة من القانون المغربي لبيع العقار في طور الإنجاز، وبين المعلومات الموقوف عليها في واقع الممارسة العملية؛ من خلال عينة من المواطنين المعنيين بهذا النوع من البيع، ومن المتخصصين وأهل الميدان.

### خطة البحث:

انتظم هذا البحث وُسطتْ مسائله في مقدمةٍ، وأربعة أبواب، وخاتمة، وكل باب مستوعب لفصول، ومباحث، متسلسلة ومتتابعة.

وتضمنت المقدمة ما تقتضيه أدبيات البحث الأكاديمي الجامعي من الأمور العلمية، وهي: التعريف بموضوع البحث، وأهميته، وإشكالاته، ومنهجه، وتصميمه...

ليدلف البحث إلى الباب الأول الذي جاء بعنوان: «فقه واقع النازلة وملابساتها وسياقها التاريخي»، وتعرض الفصل الأول منه المعنون: «فقه واقع النازلة وملابساتها» إلى فقه الواقع في (المبحث الأول)، من خلال الحديث عن: تعريف الواقع في الدلالة اللغوية والاصطلاحية، وأهمية معرفة الواقع في تحقيق المناط، وصعوبة فقه الواقع، ثم إلقاء نظرة عامة على الواقع المعاصر وخصائصه. كما تطرق في (المبحث الثاني) إلى فقه واقع المعاملات المالية المعاصرة؛ فخرج على:

تعريف النظام الاقتصادي المعاصر، ومعالمه، والمبادئ الإسلامية ومقاصدها في الاقتصاد.

وأما الفصل الثاني بعنوان: «السياق التاريخي لظهور بيع العقار في طور الإنجاز وتنظيمه القانوني في المغرب»، فقد تعرض للسياق التاريخي لظهور بيع العقار في طور الإنجاز وتنظيمه القانوني في المغرب؛ من خلال إلقاء نظرة عن: مرحلة خضوع المعاملات المالية في المغرب لأحكام الفقه المالكي في (المبحث الأول)، ومرحلة خضوع بيع العقار في طور الإنجاز لقانون الالتزامات والعقود في (المبحث الثاني)، وسياق وضع القانون الخاص لبيع العقار في طور الإنجاز في (المبحث الثالث).

### الباب الثاني المعنون:

#### «تصوير بيع العقار في طور الإنجاز وتحقيق مناطاته الشرعية»

وقد عمد الفصل الأول منه الموسوم: «تصوير بيع العقار في طور الإنجاز» إلى بيان مصطلحي: التصوير، والنازلة، معقبا بتوضيح المقصود بـ تصوير النازلة، وأهميته، ووسائله في (المبحث الأول). ليتولى (المبحث الثاني) استبيان ماهية بيع العقار في طور الإنجاز، وخصائصه، وإجراءاته القانونية، ومضمونه؛ ليتم المرور إلى دراسة العقد الابتدائي لبيع العقار في طور الإنجاز؛ من حيث تعريفه، وتكييفه القانوني والفقهية، وآثاره، ومختما بـ: العقد النهائي لبيع العقار في طور الإنجاز.

وأما في الفصل الثاني من هذا الباب المعنون: «تحقيق مناط الحكم الشرعي في بيع العقار في طور الإنجاز» فقد تم التمهيد له بتعريف مصطلحات: تحقيق المناط، والتكييف الفقهي للنازلة. وفي ثنايا هذا المبحث تم بسط الكلام عن تحقيق مناطات العقود المسماة في (المبحث الأول)، من خلال بيان المقصود بالتكييف مع العقود المسماة، ومسالك التكييف الفقهي مع العقود المالية.

ليتوجه البحث إلى تحقيق مناط الحكم الشرعي في بيع العقار في طور الإنجاز، عبر المقارنة بين «بيع العقار في طور الإنجاز»، والعقود المشابهة له سواء الجائزة أو المحرمة، وهي: «بيع السلم» و«عقد الاستصناع» و«بيع المعدوم» و«بيع الإنسان ما ليس عنده» و«بيع الكالئ بالكالئ»؛ باعتبار أن المبيع في هذه البيوع غير موجود وليس عند البائع إبان إبرام العقد، لكن ممكن الوجود في الأجل المستقبل، كما أن الأصل في أداء ثمن العقار المبيع في طور الإنجاز أن يكون مقسطا في شكل دفعات مما يشبهه ببيع الكالئ بالكالئ (بيع الدين بالدين).

فجاءت بقية مباحث هذا الفصل كالآتي:

✓ «بيع العقار في طور الإنجاز» و«بيع السلم» (المبحث الثاني).

✓ «بيع العقار في طور الإنجاز» و«عقد الاستصناع» (المبحث الثالث).

✓ «بيع العقار في طور الإنجاز» و«بيع المعدوم» (المبحث الرابع).

✓ «بيع العقار في طور الإنجاز» و«بيع الإنسان ما ليس عنده» (المبحث الخامس).

✓ «بيع العقار في طور الإنجاز» و«بيع الكالئ بالكالئ» (المبحث السادس).

ولما توصل البحث من دراسة «بيع المعدوم» و«بيع الإنسان ما ليس عنده» و«بيع الكالئ بالكالئ» أن علة النهي عن هذه العقود، هو الغرر؛ ومقصده الوضوح في المعاملات، فقد عُقِدَ الباب الثالث من هذا البحث بعنوان:

«تحقيق مناط علة أحكام الشريعة ومقاصدها في بيع العقار في

طور الإنجاز واقعا و متوقعا»

وَصُدِّرَ الفصل الأول منه الموسوم: «اعتبار علة نصوص الشريعة ومقاصدها في تحقيق مناطات الأحكام الشرعية» بمقدمة عن: أهمية اعتبار علة نصوص الشريعة ومقاصدها في إعمال النصوص الشرعية وتحقيق مناطات أحكامها الشرعية؛ ليشير (المبحث الأول) إلى معنى المقاصد لغة واصطلاحاً، ويوضح المقصود ب: الاعتبار المقاصدي في إعمال النص الشرعي؛ في حين تطرق (المبحث الثاني) إلى: اعتبار علة نصوص الشريعة ومقاصدها في تحقيق المناط دون الاقتصار على ظواهرها؛ من خلال دراسة الإشكال الأصولي المتمثل في: ثبوت الأحكام الشرعية بألفاظ النصوص الشرعية أم بعللها ومقاصدها.

وبما أنه لا يمكن تصوّر فقه حقيقي في أمور الدّين مع الغفلة عن البعد المقاصدي فيه؛ فهذا يتطلب دراسة علل ومقاصد النصوص الواردة في «بيع الإنسان ما ليس عنده»، و«بيع المعدوم»، و«بيع الكالئ بالكالئ» لما لها من علاقة وثيقة بمناط بيع العقار في طور الإنجاز وهو دفع الغرر، مما يتطلب تحقيق مناط الوضوح ودفع الغرر في عناصر بيع العقار في طور الإنجاز، وذلك ما خُصص له الفصل الثاني من هذا الباب بعنوان: «تحقيق مناط مقصد الوضوح ونفي الغرر في مكونات بيع العقار في طور الإنجاز»؛ الذي تناول تعريف الغرر وحكمه، وموارده في البيوع، ومقصد الشرع من النهي عنه، وتأثيره في الحكم، وذلك في (المبحث الأول).

كما خصص (المبحث الثاني) بتحقيق مناط مقصد الوضوح والخلو من الغرر في عناصر بيع العقار في طور الإنجاز؛ من خلال الحديث عن موارد الغرر في البيوع، وتحقيق مناط الوضوح والخلو من الغرر في عناصر بيع العقار في طور الإنجاز، وهي: تحقيق المناط في صيغة البيع الابتدائي، وفي المبيع، وفي الثمن، وفي أجل تنفيذ مضمون بيع العقار في طور الإنجاز.

لينتقل البحث في الفصل الثالث الموسوم: «تحقيق المناط الشرعي في الضمانات القانونية لمآل بيع العقار في طور الإنجاز» إلى تحقيق المناط في بيع العقار في طور الإنجاز بالنظر إلى توقعه ومآله. وقد مهد لذلك بالكلام عن فقه التوقع والمآل وأهميته في تحقيق المناط؛ ليدلف البحث إلى التحقيق في خلو مآل بيع العقار في طور الإنجاز

من الغرر، عبر النظر في الحماية القانونية للمشتري من الأخطار المحتملة باعتباره يشتري عقارا غير موجود وقت إبرام العقد، وهي: الضمانة التي يقدمها البائع لتمكين المشتري من استرجاع الأقساط المؤداة في حالة عدم تطبيق العقد في (المبحث الأول والثاني)، وضمان سلامة العقار المبيع في (المبحث الثالث)، وتحقيق المناط الشرعي في ضمان البائع عيوب العقار المبيع في طور الإنجاز في (المبحث الرابع).

ليصل البحث إلى الباب الرابع الموسوم: «تحقيق المناط الشرعي في الواقع العملي لبيع العقار في طور الإنجاز بالمغرب»، الذي عقد للنظر في الواقع العملي لبيع العقار في طور الإنجاز في المغرب، من خلال تحقيق المناط الشرعي في واقع الممارسة العملية لبيع العقار في طور الإنجاز في المغرب، ومحل تطبيق القانون المنظم لهذا البيع، وهذا يحتاج إلى بحث ميداني في التطبيق العملي لبيع العقار في طور الإنجاز في الواقع المغربي.

وقد تضمن (الفصل الأول) من هذا الباب: الممارسة العملية لبيع العقار في طور الإنجاز في

الواقع المغربي

كما عالج (الفصل الثاني): تحقيق مناط الحكم الشرعي في الواقع العملي لبيع العقار في طور الإنجاز بالمغرب، من خلال الحديث عن «تأثير الزمان والمكان في اختلاف مناطات الأحكام الشرعية»، وعن «فساد الزمان والمكان» وتأثيرهما في تنزيل الأحكام الشرعية.

فجاءت أبواب هذه الأطروحة وفصولها كالآتي :

## المقدمة

**الباب الأول : فقه واقع النازلة وملابساتها وسياقها التاريخي**

الفصل الأول : فقه واقع النازلة وملابساتها

الفصل الثاني : السياق التاريخي لظهور بيع العقار في طور الإنجاز وتنظيمه القانوني في المغرب

**الباب الثاني : تصوير بيع العقار في طور الإنجاز وتحقيق مناطاته الشرعية**

الفصل الأول : تصوير بيع العقار في طور الإنجاز

الفصل الثاني : تحقيق مناط الحكم الشرعي في بيع العقار في طور الإنجاز

**الباب الثالث : تحقيق مناط علل أحكام الشريعة ومقاصدها في بيع العقار في طور الإنجاز واقعا ومتوقعا**

الفصل الأول : اعتبار علل نصوص الشريعة ومقاصدها في تحقيق مناطات الأحكام الشرعية

الفصل الثاني : تحقيق مناط مقصد الوضوح ونفي الغرر في مكونات بيع العقار في طور الإنجاز

الفصل الثالث : تحقيق المناط الشرعي في الضمانات القانونية لمآل بيع العقار في طور الإنجاز

**الباب الرابع : تحقيق المناط في الواقع العملي لبيع العقار في طور الإنجاز بالمغرب**

الفصل الأول : الممارسة العملية لبيع العقار في طور الإنجاز في الواقع المغربي

الفصل الثاني : تحقيق مناط الحكم الشرعي في الواقع العملي لبيع العقار في طور الإنجاز بالمغرب

الخاتمة

# الباب الأول :

فقه واقع النازلة وملابساتها وسياقها التاريخي

وتحته فصلان:

الفصل الأول: فقه واقع النازلة وملابساتها

الفصل الثاني: السياق التاريخي لظهور بيع العقار في طور

الإنجاز وتنظيمه القانوني في المغرب

# الفصل الأول :

## فقه واقع النازلة وملابساتها

ويشتمل على مبحثين:

⦿ المبحث الأول: فقه الواقع: تعريفه، حكمه، أهميته، صعوبته

⦿ المبحث الثاني: فقه الواقع الاقتصادي

## المبحث الأول: فقه الواقع: تعريفه، حكمه، أهميته، صعوبته

### المطلب الأول: تعريف الواقع في الدلالة اللغوية والاصطلاحية

#### الواقع في الدلالة اللغوية:

الواقع اسم فاعل من وقع الشيء يقع، ويُفيد معنى السقوط. يقول ابن فارس: «الواو والقاف والعين أصل واحد يرجع إليه فروعه، يدل على سقوط شيء، يقال: وقع الشيء وقوعاً فهو واقع»<sup>(1)</sup>، ويُقال: سمعت وقع المطر، وهو شدة ضربه الأرض إذا وبّل. ويُقال: سمعت لحوافر الدوابّ وقعاً ووقوعاً.

وَوَقَعَ الْقَوْلُ وَأَلْحَمَ: وَجِبَ ﴿وَإِذَا وَقَعَ الْقَوْلُ عَلَيْهِمْ﴾

ووقع الحق: ثبت ﴿فَوَقَعَ الْحَقُّ﴾<sup>(2)</sup>، فالوجوب يدل على الوجود المؤكد، والثبوت يقابل النفي والعدم، الواقع إذاً هو وجود ثابت.

#### الواقع في الدلالة الاصطلاحية:

شاع في العصر الحديث استعمال كلمة الواقع، لا باعتبارها كلمة لغوية لها دلالتها المفردة كما تقدم في التعريف اللغوي للواقع، بل باعتبارها مصطلحاً ومفهوماً استعمل في مجالات مختلفة: اجتماعية، وسياسية، واقتصادية...، اكتسب في هذه المجالات معنى أو سع وأشمل وأعم من الدلالة اللغوية للكلمة، وعرف بعدة تعاريف، منها:

✓ «ما يحيط بالإنسان والجماعة من حال ومجال وعصر، ويؤثر فيهما، وهو حال الإنسان والجماعة من قيم وأفكار، وطبائع وخصائص وسمات، ضمن مجالات يحياها.

(1) ابن فارس، مقاييس اللغة، مادة (وقع)، مرجع سابق (6/ 133).

(2) الأعراف: 118.

(3) ابن منظور، لسان العرب، مادة (وقع)، مرجع سابق (8/ 402-403)، أبو البقاء الحنفي، الكليات معجم في المصطلحات

والفروق اللغوية، تحقيق: عدنان درويش - محمد المصري (بيروت: مؤسسة الرسالة) (ص: 944).

ويعيشها كلُّ منهما، من أمور اقتصادية، وسياسية، واجتماعية، وثقافية، وفق المرحلة التاريخية العامة التي تمرُّ بها المجتمعات بسمااتها المختلفة<sup>(1)</sup>، وهو ما نطلق عليه العصر، والحال، والمجال. والعصر يعيش من قبل الإنسان والجماعة في زمن ممتد متحول.

✓ "هو السياق التاريخي الذي يعيش فيه مجتمع ما، ويندرج في ذلك عنصر الزمان والمكان، والبنية التحتية والبنية الفوقية، ومختلف فئات المجتمع ومؤسساته المعنوية والمادية."<sup>(2)</sup>

✓ الواقع يطلق على بيئة معينة، وفي ظرف زمني ومكاني معين، أو إنه: التقاء بين الزمان وبين المكان والحدث في لحظة محددة، مع ملاحظة أن تلك اللحظة هي الزمان المقصود، وأن المكان مقيد بذلك الزمان.<sup>(3)</sup>

✓ «ما تجري عليه حياة الناس، في مجالاتها المختلفة، من أنماط في المعيشة، وما تستقر عليه من عادات وتقاليد وأعراف، وما يستجد فيها من نوازل وأحداث»<sup>(4)</sup>.

ويستفاد من هذه التعريفات أن المقصود بالواقع، هو: كل ما يكون حياة الناس، وتجري عليه معيشتهم في سياق زمني ومكاني معين، وما يستجد فيه من نوازل ووقائع وأحداث وقضايا...، وما يشمل عليه من أحوال وعادات وتقاليد وأعراف وأنظمة قانونية، في مجالاتها المختلفة، بكل مظاهرها وظواهرها وأعراضها وطوائرها.

(1) عبد الرؤوف بن محمد الإندونيسي، الاجتهاد: تأثيره وتأثيره في فقهي المقاصد والواقع (بيروت: دار الكتب العلمية، 2013م) (ص: 592).

(2) ذويب حمادي، جدل الأصول والواقع (دار المدار الإسلامي، 2009) (ص: 21).

(3) ينظر: الورقة التأطيرية للشيخ ابن بية عبد الله المقدمة لمؤتمر: الاجتهاد بتحقيق المناط: فقه الواقع والتوقع المنعقد بالكويت، في الفترة ما بين: 18-20 (ص: 15).

(4) عبد المجيد النجار، في فقه التدين فهماً وتنزيلاً (قطر: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، سلسلة كتاب الأمة، ع (23/22)، 1989م) (1/111).

## المطلب الثاني: دلالة فقه الواقع

فقه الواقع مصطلح مركب، شاع استعماله في زماننا هذا بكثرة، وقد ظهرت رسائل وأبحاث مستقلة في ذلك، تبعاً لضرورة أن تكون الفتوى منطلقة من فهم صحيح للواقع الذي يُقصدُ الحكم عليه، بسبب ما حصل لهذا الواقع من تطور مذهل متسارع، وتغير كبير، ولما يكتنف إدراك حقيقته من غموض يحتاج إلى معرفة علوم متنوعة، وبحث عميق، واستشارات مختلفة.

وقد عرف فقه الواقع بتعابير مختلفة، منها:

- ✓ معرفة ما عليه الشيء بنفسه في ظرفه، وكيفية استفادتها، وحال المستفيد.<sup>(1)</sup>
- ✓ معرفة الناس، والواقع الذي يجتهد فيه.<sup>(2)</sup>
- ✓ فقه في نفس الواقع، وأحوال الناس<sup>(3)</sup>

فالمقصود من فقه الواقع معرفة حال الواقعة، وإدراك جميع أحوالها وملابساتها، وكل ما له أثر في معرفة حكمها الصحيح.

وبهذا يكون فقه الواقع يُطلق على معنى أوسع من تصوير النازلة، وهذا المعنى هو ما ذكره بعض الأصوليين والفقهاء من ضرورة معرفة المفتي أعراف الناس، وعاداتهم، وأحوالهم، وملابسات حياتهم، وضرورتهم وحاجاتهم، وما يحقق صلاحهم وفسادهم، ويجلب عليهم المشقة والضرر، ويحقق لهم اليسر والمصلحة، وكل ما تجري عليه حياتهم، والظروف التي

(1) سعيد بيهي، التأصيل الشرعي لمفهوم فقه الواقع، رسالة دكتوراه (مصر: الدار العالمية للنشر والتوزيع) (ص: 195).

(2) القرضاوي، في الفقه والفتوى والاجتهاد (مكتبة وهبة، 2011م) (ص: 30).

(3) ابن قيم الجوزية، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، تحقيق: نايف بن أحمد الحمد، ط1 (مكة المكرمة: دار عالم الفوائد، 1428

هـ) (6/1).

يعيشها الناس المراد إصدار الفتوى في قضاياهم، وما يعترىها من أمور تؤثر في الأحكام الشرعية التي تنزل عليهم.<sup>(1)</sup>

### المطلب الثالث: أهمية معرفة الواقع في تحقيق المناط

يعد فقه الواقع شرطاً لصحة تنزيل الأحكام الشرعية في الواقع، وفقدانه يوقع في خلل كبير؛ لأنه يفضي إلى الحكم على الشيء قبل تصوره، وإسقاط الأحكام الشرعية دون معرفة مواضعها، ومحالها، ومناطاتها معرفة دقيقة.

ففقهاء الواقع هو الذي يخول إدراك العلاقة بين الأحكام وبين الوجود المشخص، وهو الذي يتيح تنزيل خطاب الشارع على هذا الوجود، سواء أكان جزئياً أو كلياً، فردياً أو جماعياً، وذلك يفترض مراحل تبدأ من إدراك حكم موصوف لتنزيله على واقع مشخص معروف، وهو الواقع المحكوم فيه أو عليه؛ لأن المحكوم فيه أو عليه، سواء أكان ذاتاً، أو صفة، أو فعلاً... له حمولة من المعنى، هي التي تجعله قابلاً لحكم ما، وهذه الحمولة هي التي تسمى في الغالب علة أو سبباً، وقد تكون مانعاً أو شرطاً، وهي ما يبحث عنه الفقيه في النظر في الواقع.<sup>(2)</sup>

ففقهاء الواقع هو فقه محل التنزيل، وذلك باستبيان الأسباب، والشروط، والموانع، والاستطاعات، والضرورات، والحاجيات، والتحسينات، وكل ما يؤثر في الحكم ويوجهه.

إن معرفة الواقع له أثر مهم في الحكم على الأشياء، فهو يسهم في التوصل إلى الحكم المناسب لهذا الواقع وتطبيقه عليه، فيتم التوصل بمعرفة الواقع والتفقه فيه إلى معرفة حكمه

(1) النووي، آداب الفتوى والمفتي والمستفتي، تحقيق: بسام عبد الوهاب الجابي، ط1 (دمشق: دار الفكر، 1408هـ) (ص: 40-41)، ابن القيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين، تقديم وتعليق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، ط1 (المملكة العربية السعودية: دار ابن الجوزي، 1423هـ) (4/152)، القرافي، أنوار البروق في أنواع الفروق، د.ط (عالم الكتب، د.ت) (1/44 وما بعدها)، ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ط1 (بيروت: دار الكتب العلمية، 1419هـ - 1999م) (ص: 93 وما بعدها)، ابن عابدين، مجموعة رسائل ابن عابدين (طبعة درسعادت، 1321هـ) (2/125، 133).

(2) ينظر: ابن بية، تنبيه المراجع على تأصيل فقه الواقع، ط2 (الناشر: الموطأ للنشر، 2016م) (ص: 61).

الشرعي، فلا يمكن للمفتي مثلاً أن يجيب في مسألة ترتبط بواقع الناس في بلد دون أن يعرف ملابسات الواقعة هناك، لكي يتم التنزيل الشرعي السليم لها، لذا وجب مراعاة فقه الواقع باعتباره أداة من أدوات التنزيل المقاصدي للنصوص.

«فهم الواقع يعد شرطاً ثانياً لمنظومة الأحكام، إضافة إلى النصوص التي لم تأت إلا لتخاطب الواقع، وتنزل فيه على أحسن حال، وأفضل منهج، وأقوم سبيل... وواجب المجتهد الاطلاع على أحوال زمانه، وإلمامه بالأصول العامة لأحوال عصره، فهو يسأل عن أشياء قد لا يدري شيئاً عن خلفيتها وبواعثها، وأساسها الفلسفي أو النفسي أو الاجتماعي، فيتخبط في تكيفها والحكم عليها»<sup>(1)</sup>.

ففقه واقع تطبيق النص يشمل الظروف، وأحوال النازلة التي يطالب الفقيه باستكناها؛ لاستجلاء الأوصاف المؤثرة في الحكم، وهو ما يحصل به فقه الواقع، وفقه النص المناسب له.

فتنزيل النصوص إنما هو ثمرة فقه الواقع وتفاعل النص مع الواقع، أو هو فقه التنزيل.

يقول الشيخ ابن بية: «إن فهم الواقع هو الوسيلة لتنزيل الأحكام الشرعية على الوقائع، باعتبار أن الأحكام الشرعية معلقة بعد النزول على وجود مشخص، هو وجود الواقع، ففقه الواقع هو أصل فقه تنزيل الأحكام الشرعية على الوقائع، فإطلاق الأحكام مقيد بقيودها، وعمومها مخصوص بخصائصها، ولذلك كان خطاب الوضع شروطاً وأسباباً وموانع، رخصاً وعزائم، ناظماً للعلاقة بين خطاب التكليف بأصنافه: طلب إيقاع، وطلب امتناع، وإباحة، وبين الواقع بسلاسته ورخائه وإكراهاته»<sup>(2)</sup>.

(1) نور الدين بن مختار الخادمي، الاجتهاد المقاصدي: حجيته، ضوابطه، مجالاته (قطر: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، سلسلة

كتاب الأمة (الجزء الثاني)، ع (66)، رجب 1419هـ - 1998م) (ص: 67).

(2) ابن بية، تنبيه المراجع على تأصيل فقه الواقع، مرجع مذكور (ص: 119 - 120).

ومما يدخل في صميم فقه الواقعة معرفة الأحوال والملابس المحيطة بالنازلة التي لا بد للفقهاء من مراعاتها والنظر فيها، فالنازلة الفقهية تدور مع ملابسها وظروفها وأحوالها وجوداً وعدمها، على غرار قول الأصوليين في باب القياس: «الحكم يدور مع علته وجوداً وعدمها»<sup>(1)</sup>. ذلك أن المجتهد إذا ظهر له أن للنازلة ظروفًا وملابسًا خاصة تجعل أعمال النص العام، أو تطبيق الحكم الكلي عليها، أو الأخذ بالقياس الظاهر فيها يفوت المصلحة أو يفضي إلى مفسدة، فإنه يعدل فيها عن هذا الحكم إلى حكم آخر اقتضته هذه الظروف والملابس المختلفة بها، وهذا العدول هو المصطلح عليه بالاستحسان، وهو من طرق الاجتهاد، يحتاج إليه الناظر في الوقائع في تقدير الظروف الخاصة لهذه الوقائع للوصول إلى الحكم المناسب لها، الموافق لمقاصد الشرع وكلياته، وتعريف العلماء للاستحسان في مجملها لا تخرج عن مراعاة مقاصد الشريعة وكلياتها.

ولذلك نبه ابن رشد رحمه الله على أن: «معنى الاستحسان في أكثر الأحوال هو التفات إلى المصلحة والعدل»<sup>(2)</sup>.

والإمام الشاطبي قد أكد هذا المعنى في قوله: «قاعدة الاستحسان، وهو - في مذهب مالك - الأخذ بمصلحة جزئية في مقابلة دليل كلي، ومقتضاه الرجوع إلى تقديم الاستدلال المرسل على القياس، فإن من استحسن لم يرجع إلى مجرد ذوقه وتشهيه، وإنما رجع إلى ما علم من قصد الشارع في الجملة»<sup>(3)</sup>.

(1) ينظر: ابن قدامة المقدسي، روضة الناظر، مرجع سابق (1/ 180)، وأمير بادشاه، تيسير التحرير (مصر: مصطفى البابي الحلبي،

1351 هـ - 1932 م) (1/ 201)، والشيخ حسن العطار، حاشية العطار على شرح الجلال المحلي على جمع الجوامع، د. ط (بيروت: دار الكتب العلمية، د. ت) (2/ 12).

(2) ابن رشد، بداية المجتهد (القاهرة: دار الحديث، 1425 هـ - 2004 م) (2/ 154).

(3) الشاطبي، الموافقات، مرجع سابق (5/ 193-194).

والحاصل أن فقه الواقع الذي هو أصل فقه التنزيل يتطلب جمع المعلومات الصحيحة عن الوقائع والأحداث، ودراستها دراسة علمية عميقة؛ قصد تحقيق المناط في الواقع الذي يتم تنزيل النصوص والأحكام الشرعية فيه، على النحو الذي يحقق مقاصد الشرع.

وهذا يقتضي من فقهاء العصر معرفة أحوال زمانهم، والإلمام بشؤون مجتمعاتهم، فهم يسألون عن أشياء قد لا يدرون شيئاً عن خلفيتها، وبواعثها، ومقاصدها، وأساسها الفكري، أو الاجتماعي؛ فيخطئون في تكييفها، وتنزيل الحكم عليها.

#### المطلب الرابع: صعوبة فقه الواقع المعاصر

إن تشديد ابن القيم على «فهم الواقع، والفقه فيه، واستنباط علم حقيقة ما وقع بالقرائن، والأمارات، والعلامات، حتى يحيط به علماً»<sup>(1)</sup> يؤكد أن فهم الواقع ليس أمراً يسيراً، وأن الواقع لا يكون دائماً واضحاً، وأن معرفة فقه الواقع لا يقل صعوبة عن فقه النصوص الشرعية، واستنباط الأحكام منها؛ لأن فقه الواقع شريك لفقه النصوص في استنباط الأحكام، ف«العالم هو من يتوصل بمعرفة الواقع والتفقه فيه إلى معرفة حكم الله ورسوله»<sup>(2)</sup>.

وهذه الصعوبة التي تكتنف فقه الواقع، وتنزيل الأحكام الشرعية التي تناسبه، وتحقق مقاصد الشرع فيه، هي ما دفعت الأصوليين إلى أن يضعوه تحت عنوان: «تحقيق المناط»<sup>(3)</sup> الذي يتطلب بدل جهد في تحقيق محل الحكم وإثبات مناطه، وأن يقدموا لذلك وسائل لفهم الواقع، وقواعد لتنزيل الأحكام الشرعية المناسبة له.

ويتطلب تحقيق المناط في الاجتهاد المعاصر فقه الواقع المعاصر، وذلك باستيعاب أحوال المجتمع المعاصر؛ لأن الحوادث التي يدرسها الاجتهاد المعاصر من إنتاج هذا المجتمع الذي يتعرض بصفة عامة في هذا العصر لتغيرات كبيرة ومستمرة في بنيانه الاقتصادية

(1) ابن القيم، إعلام الموقعين عن رب العالمين، مصدر سابق (2/165).

(2) نفسه (2/165).

(3) ابن بية، تنبيه المراجع على تأصيل فقه الواقع، مرجع سابق (ص: 38-40).

والاجتماعية والسياسية والثقافية...، وهذا التغيير الهائل يمكن رصده وملاحظته من خلال بنيات المؤسسات، وكذا من خلال طرق التنظيم والتسيير، الهادفة بالدرجة الأولى إلى وضع نماذج ضابطة للمجتمع، تماشياً مع طبيعته، والعلاقات الاجتماعية السائدة والمسيطرة فيه.

إن التغيير الاجتماعي قد أصبح من سمات المجتمع المعاصر، وازدادت سرعة هذا التغيير بصورة واضحة في الوقت الحاضر، بفضل أهمية وسائل الإعلام والتواصل، من إذاعات وقنوات تلفزيونية، وصحف، ومجلات، وهواتف، وانترنت، في التأثير على الناس أفراداً ومجتمعات، وتغيير العادات والسلوك، وتقبل الأفكار والقيم الوافدة عليها.

فقد تحققت في هذا العصر تطورات هائلة في جميع الأصعدة؛ حيث عرفت التنمية البشرية تقدماً حثيثاً، وحدث تطور مذهل في التكنولوجيا، وازداد التحصيل العلمي، كما تحقق مقدار كبير في مجال المساواة بين الجنسين. صاحبت هذا كله وثبة معرفية، تتجلى بشكل واضح في ثورة الاتصالات التي حولت عالمنا بأقطاره وأصقاعه ودوله وقاراته إلى قرية كونية، متصلة ببعضها بعضاً، عبر وسائل إعلام غير مسبوقة، وهو ما أدى إلى تحقيق الثورة بفضل تكنولوجيا الاتصال التي أفضت إلى رؤية جديدة للزمان والمكان.<sup>(1)</sup>

وهذا التطور الهائل في تكنولوجيا الاتصال أدى إلى زوال الحواجز بين المجتمعات المعاصرة.

وهكذا، فإن الواقع المعاصر له خصائص وسمات، تختلف كلياً عن سمات الواقع الغابر؛ ومن ثم، فلا يصح إصدار الحكم الشرعي على حوادث العصر الحالي وظواهره وجزئياته إلا بإدراك خصائص هذا العصر، وسمات أحواله وطبائعه ومعالمه، ومختلف دوافعه، وبواعثه السياسية والفلسفية والاقتصادية والتكنولوجية وغيرها، بالاستعانة بأصحاب التخصص فيها، فلا يجوز الحكم على قضية معينة في الاقتصاد أو الطب أو القانون أو الفن

(1) دو مينيك وولتون، الإعلام ليس توأصلاً، ط1 (بيروت: دار الفرابي، 2012م) (ص: 37).

إلا بما يقوله المتخصصون في ذلك، ثم تتوضح شرعيته بما يقوله خبراء الشريعة، وأرباب التخصص الاجتهادي المقاصدي.

وهذه الخصائص بثت في العالم الإسلامي بموجب الوضع الحضاري المعاصر، وهيمنة الغرب على الاقتصاد العالمي وغيره.

فالمستجدات المعاصرة لن تفهم طبيعتها، ولا دواعيها، ومقاصدها، إلا إذا نظر إليها في إطار تلك الخصائص.

«ونحن اليوم بحاجة إلى قراءة جديدة للواقع، في ضوء الشرع؛ للتذكير بالكليات التي مثلت لبنات الاستنباط، بربط العلاقة بين الكليات وبين الجزئيات، وهي جزئيات تنتظر الإلحاق بكلي، أو استنتاج كلي جديد من تعاملات الزمان، وإكراهات المكان والأوان، أو توضيح علاقة كلي كان غائماً أو غائباً في ركام العصور وغابر الدهور»<sup>(1)</sup>.

إن معرفة الواقع المعاصر، من خلال استيعاب خصائص جزئياته ونوازله، أصل مهم، ومنطلق ضروري لتحقيق مناهج أحكام الشريعة الإسلامية وتحقيق مقاصدها وغاياتها وآثارها، وهذه المعرفة هي التي تسعف في مواجهة ما يتهدد العالم اليوم، وتعزيز ما يحقق صلاح الإنسان في دينه وقيمه وحياته وعرضه وماله، في ضوء المقاصد الشرعية المتمثلة في: عمارة الكون، وإصلاح الإنسان والمجتمعات، وحمايتها من المفسد والمهالك.

(1) ابن بية، تنبيه المراجع على تأصيل فقه الواقع، مرجع سابق (ص: 44).

## المبحث الثاني : فقه الواقع الاقتصادي

### المطلب الأول: النظام الاقتصادي (Economic System)

إن الاجتهاد الفقهي في القضايا المعاصرة يستلزم - كما تقدم - النظر في المجال الذي تنتمي إليها، والإحاطة بسياقاتها، وظروف نشأتها، والملابسات المحيطة بها، حتى تتبين أسبابها وعللها ومآلاتها، ومصالحها ومفاسدها، وموافقها لمقاصد الشريعة أو مخالفتها...

فالقيام بدراسة فقهية لأي مسألة اقتصادية في العصر الراهن يستدعي الإلمام بالنظام الاقتصادي الذي يحكم المعاملات المالية، والتصرفات الاقتصادية المعاصرة، ومنها: بيع العقار في طور الإنجاز الذي هو موضوع هذا البحث.

ويشير النظام الاقتصادي إلى مجموعة من الأسس والمبادئ التي تقوم عليها حياة المجتمع الاقتصادية، كما يتضمن كذلك أساليب سير هذه الحياة في حل مشكلاتها، وأساليب تنظيم العلاقات الاقتصادية، وأساليب الإدارة الاقتصادية والتخطيط تطبيقاً لتلك الأسس والمبادئ<sup>(1)</sup>.

فبفعل التطور الهائل في الأنشطة الاقتصادية الدولية، وازدياد حجم التجارة العالمية، أصبح من الصعوبة بمكان في وقتنا الراهن أن يعيش فرد داخل الدولة التي ينتمي إليها بمنأى عن التفاعلات الاقتصادية، والسياسية، والثقافية الدولية؛ باعتبار أن نظام الاقتصاد الوطني الذي يحكم الأنشطة الاقتصادية للمواطنين داخل أي دولة، يتأثر بنسبة كبيرة بالتطورات والتغيرات التي تطرأ على النظام الاقتصادي الدولي، فيصبح الاقتصاد الوطني مرآة للتغيرات الاقتصادية العالمية.

(1) مختار عبد الحكيم طلبة، مقدمة في المشكلة الاقتصادية: النظم الاقتصادية، بعض جوانب الاقتصاد الكلي، عوامل الانتاج (مركز جامعة القاهرة للتعليم المفتوح، 1428 هـ - 2007 م) (ص: 23).

فالحياة الاقتصادية للمجتمعات تسير وفق العلاقات، والقواعد، والأسس الاقتصادية القانونية الاجتماعية التي تكوّن النظام الاقتصادي الذي يحكم التفاعل، والتأثير المتبادل بين الحاجات البشرية من جهة، والموارد الطبيعية والبشرية والمعرفية والتقنية المتاحة من جهة أخرى. والنظام الاقتصادي لكل جماعة محددة في الزمان والمكان هو الذي يميز حياتها الاقتصادية، ويعدّ النظام الاقتصادي جزءاً لا يتجزأ من النظام الاجتماعي العام، يتأثر به ويؤثر فيه.

وتعد العلاقات المتنوعة الاجتماعية وغيرها بين جميع المساهمين في النشاط الاقتصادي هي التي توطر النشاط الاقتصادي؛ كنوع الملكية، ونظام العمل، ودور الدولة في الحياة الاقتصادية للمجتمع، وهذه العلاقات هي المحدد الرئيس لطبيعة النظام؛ لأنها تعكس الخلفية الفكرية (العقيدة) التي يقوم عليها النظام، والتي لها علاقة إيجابية أو سلبية بمستوى معين من تطور وسائل الإنتاج.<sup>(1)</sup>

فقد تشكل في تسعينات القرن الماضي عالم بلا حدود اقتصادية؛ فالنظم الاقتصادية المختلفة أصبحت متقاربة ومتداخلة ومتبادلة التأثير والتأثر، ولم تعد توجد فيما بينها حدود وفواصل، وان النظام الذي يسير عليه الاقتصاد في العالم اليوم هو نظام واحد، تحكمه أسس عالمية مشتركة، وتديره مؤسسات وشركات عالمية ذات تأثير في كل الاقتصادات المحلية، أما الأسواق التجارية والمالية العالمية فإنها، وكما يقول ماكلولم واترز، أضحت خارجة عن تحكم كل دول العالم بما في ذلك أكبرها وأكثرها غنى.<sup>(2)</sup>

(1) الموسوعة العربية (النسخة الإلكترونية)، "الأنظمة الاقتصادية"، نقلا عن موقع:

<http://www.arab-ency.com/overview/183>

أطلع عليه في: 2016/09/10

(2) Malcolm Waters, *Globalization* (London: Routledge 1995) P: 66.

وتعتبر المؤسسات المالية الدولية المتمثلة في: صندوق النقد الدولي، والبنك الدولي، ومنظمة التجارة العالمية، أبرز وسائل التحكم في الاقتصاد العالمي، عبر آليات عملها، والقواعد التي تنشئها.<sup>(1)</sup>

وتأسست هذه الهيمنة الاقتصادية لهذه المؤسسات المالية العالمية، والمؤسسات الاقتصادية الدولية على العناصر الآتية:

- ✓ تحرير المبادلات التجارية بلا قيود.
- ✓ الخصخصة لكل شيء وبلا استثناء.
- ✓ الاندماج في الاقتصاد العالمي (العولمة).

وقد أصبحت مهام صندوق النقد الدولي تتجاوز الدور المنوط به حسب ميثاق بريتون وودز 1945م، فأصبح يحل تقريبا محل الحكومات في صياغة الأهداف الاقتصادية والاجتماعية لأنظمة الحكم، وإحداث تغييرات أساسية في الهياكل الاقتصادية والمؤسسية للدولة، وتعديل قوانينها الأساسية، والتأثير في مستويات الأسعار والتكاليف، وتوزيع الدخل الوطني، كشرط لتلقي مساعداته؛ رغم أن كل تلك الأمور تدخل في صميم السيادة الوطنية للبلد، وقد أصبح الآن قادرا على إملاء ذلك كله؛ لأنه يقدم بعض القروض العاجلة وقت اندلاع الأزمة للدول التي ترضخ له، ويتوسط لها في عمليات إعادة الجدولة لديونها الخارجية، ويحدد التوجهات الاقتصادية والاجتماعية لأنظمة الحكم، ويؤثر في مستويات الأسعار والتكاليف، وتوزيع الدخل الوطني، رغم أن كل تلك الأمور تدخل في صميم السيادة الوطنية للبلد؛ فقد أصر يتحكم في الحكومات الوطنية ويوجهها لتحقيق الأهداف الاقتصادية والاجتماعية التي يرغب فيها.<sup>(2)</sup>

(1) نبيل مرزوق، حول العولمة والنظام الاقتصادي العالمي الجديد (بيروت: مجلة الطريق، ع 4، 1997م) (ص: 80-81).

(2) رمزي زكي، المحنة الآسيوية - قصة صعود وهبوط دول المعجزات الآسيوية-، ط 1 (سوريا: دار المدى للثقافة والنشر، 2000م) (ص: 105).

## المطلب الثاني: معالم النظام الاقتصادي المعاصر

لقد كان النظام الاقتصادي الدولي القديم يتميز بطابع الاستقلال لمختلف الدول المشكّلة للمراكز الاقتصادية، وشكلت المنافسة بينها نزاعاً مستمراً بينها.

وأما النظام الجديد فيتميز بتداخل اقتصادات المراكز التي فقدت استقلالها الذاتي بفعل التداخل بين اقتصاداتها، وأصبحت تشكل اقتصاداً عالمياً مندمجاً، ويطلق على هذه الظاهرة مصطلح "العولمة" (Mondialisation/Globalization).

فما هو المقصود بهذا المصطلح؟

ذهب بعض الباحثين إلى أن «العولمة» باعتبارها مصطلحاً لظاهرة اقتصادية ظهر استعماله منذ منتصف الثمانينات من القرن الماضي، والعولمة مؤخوذة من التعولم والعالمية، وتعني تعميم الشيء، وتوسيع دائرته وجعلها عالمياً،<sup>(1)</sup> والعولمة ترجمة لكلمة (Mondialisation) بالفرنسية، وتعني: موجة من تحرير التبادلات التجارية والاستثمارات، وتدفقات رؤوس الأموال، والازدياد الهائل للمنافسة الدولية في الاقتصاد العالمي.

«Une vague de libéralisation des échanges, des investissements et des flux de capitaux ainsi que l'importance croissante de tous ces flux et de la concurrence internationale dans l'économie mondiale»<sup>(2)</sup>.

أو ترجمة لكلمة (Globalization) الإنجليزية التي تشير إلى ظهور شبكة دولية تنتمي إلى نظام اقتصادي واجتماعي.<sup>(3)</sup>

(1) أحمد حسن صالح قادر، ظاهرة العولمة الاقتصادية وتأثيراتها على أسواق المال العالمية، ط 1 (إربد: عالم الكتب الحديث للنشر والتوزيع، 2013م) (ص: 8).

(1) Younesse EL KADIRI et d'autres, **Rapport du module Environnement Mondialisation**, Ecole Nationale Supérieure des Mines, Promotion 2003, Décembre 2003-Avril 2004, P: 03.

(2) CUTERELA, Sandu. **Globalization: Definition, Processes and Concepts**. Romanian Statistical Review . 2012, Issue Sup, P: 137.

("Globalization" which refers to the emerging of an international network, belonging to an economical and social system).

وقد عرف رولاند روبرتسون (Roland Robertson)، أستاذ علم الاجتماع في جامعة أبيردين (Aberden)، بأنها: «فهم العالم، وزيادة تصور العالم ككل»<sup>(1)</sup>.

وأما مارتن ألبرو (Martin Albrow) وإليزابيث كينغ (Elizabeth King) (وهما: عالما الاجتماع) فقد عرفا العولمة بأنها: «كل تلك العمليات التي من خلالها شعوب العالم، متحدة ومندمجة في مجتمع عالمي واحد»<sup>(2)</sup>.

وفي عام 2000 حدد صندوق النقد الدولي أربعة جوانب أساسية من العولمة: التجارة والمعاملات، وتحركات رأس المال والاستثمار، والهجرة وحركة الناس، ونشر المعرفة.<sup>(3)</sup>

وهكذا، فإن العولمة الاقتصادية ظاهرة تتجلى في: تحول العالم إلى منظومة من العلاقات الاقتصادية المتشابكة التي أدت إلى تحقيق سيادة نظام اقتصادي موحد، قائم على: تسهيل انتقال القوى العاملة، والمعلومات، والسلع، والأموال بين مختلف دول العالم التي يعتمد بعضها على بعض، في كل من الخدمات، والسلع، والمنتجات، والأسواق، ورؤوس الأموال والعمالة والخبرة، وتخطي الحدود الإقليمية، واندماج الأسواق في حقول التجارة والاستثمارات المباشرة.

وأبرز مبادئ العولمة الاقتصادية هي: الحرية الاقتصادية، وفتح الأسواق، وترك الأسعار للعرض والطلب، وعدم تدخل الحكومات في النشاط الاقتصادي؛ ونتج عن ذلك زيادة

(1) Robertson, Roland, **Globalization: Social Theory and Global Culture**. London : Sage Publications, 1992. P :8. (the compression of the world and the intensification of consciousness of the world as a whole).

(2) Albrow, Martin and Elizabeth King. **Globalization, Knowledge and Society**. London: Sage, 1990. P:8.

(Globalisation refers to all those processes by which the peoples of the world are incorporated into a single world society, global society).

(3) International Monetary Fund . (2000). "**Globalization: Threats or Opportunity**". 12th April, 2000: IMF Publications.

(In 2000 the International Monetary Fund has identified four basic aspects of globalization: trade and transactions, capital movements and investment, migration and movement of people and the spreading of knowledge).

حركة رؤوس الأموال، وفسح المجال أمام أصحابها لجمع المزيد من المال؛ وهو ما أفضى إلى ربط اقتصاد الدول النامية بالاقتصاد العالمي.

وهذه المبادئ التي تركز عليها العولمة الاقتصادية، هي مبادئ الدول الغربية القوية المهيمنة على مجال الاقتصاد في العالم.

وتستند العولمة الاقتصادية إلى اتفاقيات دولية تعقد بين الدول، وتتحكم فيها مؤسسات ومنظمات وشركات تجارية ومالية دولية من مختلف الدول.<sup>(1)</sup>

ولقد دفعت ظاهرة العولمة إلى العمل من أجل تكوين تكتلات اقتصادية إقليمية وقارية، وهو ما أدى إلى انحسار دور منظومة الاقتصاد القومي أمام مد منظومة الاقتصاد الكوني.

إن العولمة الاقتصادية تدخل تحت إطار التطور العام للنظام الرأسمالي، حيث تعتبر العولمة مرحلة من مراحل تطوره.

وفي ظل العولمة المالية الكاسحة تنامي دور الشركات المالية الكبيرة، وصارت تسيطر على حركة رؤوس الأموال في العالم، وتقوم بدور الوساطة المالية لمصالح الدول والشركات الكبرى في العالم، من قبيل إصدار الأسهم والسندات العامة والخاصة، وتعويم القروض في السوق العالمية، وغيرها من الأعمال والخدمات المالية.

فأصبح رأس المال المالي مهيمنا على رأس المال الزراعي والصناعي والتجاري... وهو ما جعله يهيمن على جميع المجالات الاقتصادية؛ مما أدى إلى تشكل نوع من الليبرالية الاقتصادية الجديدة القائمة على التوسع، والسيطرة على اقتصاديات العالم؛ بفعل الاندماج

(1) فراس عبد الجليل الطحان، جاسم زكريا، أحمد عبد العزيز، العولمة الاقتصادية وتأثيراتها على الدول العربية (العراق: كلية الإدارة والاقتصاد/ الجامعة المستنصرية، مجلة الإدارة والاقتصاد، ع (86)، 2011م)، (ص: 66).

بين المؤسسات والشركات المالية العملاقة خلال السنوات الثلاث الأخيرة، بهدف السيطرة على آليات العولمة.<sup>(1)</sup>

ونتج عن هذه الأمور فتح أسواق في كل أصقاع العالم للشركات الدولية والمؤسسات المالية الكبرى، وهو ما مكنها من التحكم في أسواق السلع والخدمات والبورصات وتحركات رؤوس الأموال؛ مما أدى إلى تقليص سيادة الدولة في مجال إدارة شؤونها الاقتصادية والمالية وتضييق حدود تدخلها وتأثيرها<sup>(2)</sup>، وهذا التحول هو أساس العولمة الاقتصادية التي هي السمة الطاغية على العالم الاقتصادي في هذا العصر.

فالعولمة الاقتصادية التي تسود العالم اليوم جعلت الميدان الاقتصادي لم يعد يخضع للرقابة التقليدية، وأصبحت الدول عاجزة عن التدخل في نشاطاته، وإخضاعه لسيطرته، وخاصة فيما يتعلق بانتقال السلع والخدمات ورأس المال على الصعيد العالمي، وقد وصلت المعاملات الاقتصادية مرحلة الانفصال التام عن الدول واقتصاداتها المحلية التي كانت فيما قبل هي المتحكمة في عمليات الإنتاج والاستثمار التي كانت تتم برعاية الدول وعبر تحكمها الكامل في اقتصاداتها، لكن هذا التحكم تراجع تحت تأثير العولمة الاقتصادية؛ بسبب بروز الشركات العالمية.

فالعولمة الاقتصادية هي السمة البارزة للاقتصاد المعاصر، وتتمثل في تحول مركز الثقل الاقتصادي في العالم من الاقتصاد المحلي الوطني إلى الاقتصاد العالمي، وذلك بخروج التحكم في الميدان الاقتصادي من سلطة الدول إلى الشركات والمؤسسات والتكتلات الاقتصادية، كما أن الموجه للاقتصاد في ظل العولمة هو حركة رأس المال، والاستثمارات، والموارد، والسياسات والقرارات على الصعيد العالمي، وليس على الصعيد المحلي، فأضحى الاقتصاد العالمي، ونموه وسلامته هو مناط الاهتمام العالمي، وليست الاقتصادات

(1) محمود عبد الفضيل، مصر والعالم (القاهرة: الهيئة المصرية العامة للكتاب، مكتبة الأسرة، 2001م) (ص: 156).

(2) محمود عبد الفضيل، مصر والعالم، مرجع سابق (ص: 156).

الوطنية والمحلية التي اندمجت في الاقتصاد العالمي؛ بسبب هذه العولمة الاقتصادية التي أحدثت انتقالاً هاماً في التاريخ الاقتصادي العالمي، سواء فيما يتعلق بربط الاقتصادات المختلفة فيما بينها، أو فيما يتعلق بحجم التجارة العالمية الهائل، أو فيما يخص الاستثمارات الخارجية التي بلغت مستويات غير معهودة، مما أدى إلى إعادة تأسيس بنية نظام اقتصادي يتميز بهيمنة الليبرالية الاقتصادية الجديدة داخل دائرة صنع القرار بالدولة.<sup>(1)</sup>

هذا الشكل الجديد من السيطرة الاقتصادية على دول العالم هو ما بات يعرف بـ (نظام العولمة الاقتصادية) القائم على مبادئ متمثلة في تداخل اقتصادات الدول التي فقدت استقلالها الذاتي، وأصبحت جزءاً في بنية اقتصادية عالمية مندمجة، تشكل المؤسسات الدولية بقيادة منظمة التجارة العالمية، وصندوق النقد، والبنك الدوليين العنصر المتحكم والرئيس فيها؛ عبر آليات عملها، والقواعد الملزمة الموضوعة من قبل مجموعة من البلدان الصناعية المتقدمة التي أدت بشكل واضح إلى تصاعد البعد الدولي للرأسمالية على النحو الذي تزال عنده الحدود السيادية للدول، مع تزايد درجة الارتباط والتشابك بين اقتصادات العالم المختلفة.<sup>(2)</sup>

وعليه، فإن إنشاء اقتصاد قائم على مبادئ إسلامية يتوقف على إنشاء الدول الإسلامية اقتصاداً قوياً قائماً على مبادئ دينها الإسلامي، مستقلاً عن التبعية المطلقة للاقتصاد الغربي الرأسمالي وتحكمه، وفي انتظار ذلك ما على المجتهد في الحال الذي نحن فيه إلا أن ينظر في هذه القضايا، ويجتهد في تحقيق المناطات الشرعية في القضايا المعاصرة الاقتصادية أو غيرها... المنتمية إلى منظومات وأنظمة غير قائمة على مبادئ الإسلام، ليميز فيها ما لا يخالف الشرع ومقاصده، وما يخالف ذلك.

(1) عبد الخالق عبد الله، العولمة جذورها وفروعها (الكويت: عالم الفكر - المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب، مج 28، ع 2،

أكتوبر - ديسمبر 1999م) (ص: 160).

(2) رمزي زكي، الليبرالية المتوحشة (دار المستقبل العربي، 2005م) (ص: 24-25).

## الفصل الثاني :

### السياق التاريخي لظهور بيع العقار في طور الإنجاز وتنظيمه القانوني في المغرب

ويشتمل على مبحثين:

- ⦿ المبحث الأول: مرحلة خضوع بيع العقار في طور الإنجاز لقانون الالتزامات والعقود
- ⦿ المبحث الثاني: سياق وضع القانون الخاص لبيع العقار في طور الإنجاز

## المبحث الأول: مرحلة خضوع بيع العقار في طور الإنجاز لقانون الالتزامات والعقود

تخضع المعاملات التعاقدية في المغرب لقانون الالتزامات والعقود الذي أصدرته الحماية الفرنسية بتاريخ 12 غشت 1913م، سعيًا منها إلى وضع سياسة تنظيمية متمشية مع حاجيات التطور الرأسمالي، وهذه المدونة القانونية لا تتضمن مواد قانونية خاصة ببيع العقار في طور الإنجاز قبل سنة 2002م، وذلك أن هذا النوع من البيع لم ينتشر إلا بعد ظهور أزمة السكن التي لم يعرفها المغرب قبل سنة 1928م، وانطلاقًا من هذا التاريخ بدأت مظاهر أزمة السكن تبدو في المغرب؛ بفعل ازدياد الهجرة من البوادي نحو المدن وبناء دور الصفيح الأولى، فقد أمسكت سلطات الحماية عن التدخل في المجال العقاري تاركة الأمور تسير على طبيعتها.

وعقب الحرب العالمية الثانية شهد المغرب أزمة سكنية حادة، ناتجة عن ازدياد توافد الأجانب على هذا البلد قصد استثمار أموالهم، وهجرة السكان من البوادي نحو المدن بحثًا عن العمل، وارتفاع نسبة المضاربات العقارية.

وتتزايد أزمة السكن عقب حصول المغرب على الاستقلال، وهو ما أدى إلى ظهور بيع العقارات قيد الإنجاز، وخضع لأحكام النظرية العامة للعقد المنصوص عليها في قانون الالتزامات والعقود<sup>(1)</sup>.

فقانون الالتزامات والعقود لم يخصص مواد خاصة ببيع العقار في طور الإنجاز قبل سنة 2002م، وإنما يدخل هذا النوع من البيع في بيع الأشياء المستقبلية الذي أجازته الفصل 61 من قانون الالتزامات والعقود بقوله: (يجوز أن يكون محل الالتزام شيئًا مستقبلاً أو غير محقق...).

(1) عبد الحق صافي، بيع العقار في طور الإنجاز شرح وتحليل لنصوص القانون رقم 44.00، ط1 (الدار البيضاء: مطبعة النجاح الجديدة، 1432هـ-2011م) (ص: 16).

وهذا الجواز اقتضتها الضرورات الاقتصادية والاجتماعية، وموجبات التعامل التي تفرض مجارة الواقع العملي الذي يشهد انتشارا متزايدا لبيع شقق أو دور على التصميم قبل بنائها، أو قطعة أرض في تجزئة رهن الإعداد، أو بضاعة في طور الإنجاز والصنع، أو زرع لم ينبت... وتشمل "الأشياء المستقبلية" الأشياء المادية كما الأشياء السالفة الذكر، والحقوق المستقبلية، كأن يتنازل المؤلف للناشر عن مؤلف يزمع تأليفه.<sup>(1)</sup>

وعليه؛ فيع العقار في طور الانجاز خضع قبل سنة 2002م للمبادئ العامة المنظمة لعقد البيع والالتزام التعاقدى بوجه عام، التي تضمنتها قانون الالتزامات والعقود؛ فيجب على البائع والمشتري الاتفاق على الشروط الأساسية للتعاقد، وهو المبيع والثمن. فيعين المبيع وهو العقار المستقل البناء، تعيينا نافيا للجهالة عن طريق تحديد طبيعته العقارية، وكافة المواصفات المميزة له<sup>(2)</sup>، وتاريخ انتهاء الأشغال وانتقال الملكية للمشتري.<sup>(3)</sup>

ويحدد الثمن تحديدا وافيا بذكر مبلغه الإجمالي، وطريقة أدائه وزمان الأداء. وعند الاتفاق على التأجيل يعين مبلغ الأقساط، وتواريخ استحقاقها.<sup>(4)</sup>

ويمكن منذ البداية إبرام بيع نهائي يكون معلقا على شرط واقف، هو انتهاء الأشغال، وسداد إجمالي الثمن، أو بيع نهائي تنتقل معه الملكية للمشتري شيئا فشيئا بحسب تقدم الأشغال، كما يمكن التعاقد عبر مرحلتين: مرحلة تمهيدية يبرم خلالها وعد بالبيع أو بيع ابتدائي، ومرحلة نهائية يعقد خلالها بيع نهائي.

(1) عبد الحق صافي، القانون المدني: المصدر الإرادي للالتزامات، ط1 (الدار البيضاء: مطبعة النجاح الجديدة 1427هـ- 2006م) (1/ 383-384).

(2) عبد الحق صافي، عقد البيع، دراسة في قانون الالتزامات والعقود في القوانين الخاصة، (الدار البيضاء: مطبعة النجاح الجديدة 1418هـ- 1998م) (ص: 389 وما بعدها).

(3) عبد الحق صافي، بيع العقار في طور الإنجاز شرح وتحليل لنصوص القانون رقم 44.00، مرجع سابق (ص: 19).

(4) عبد الحق صافي، عقد البيع، دراسة في قانون الالتزامات والعقود في القوانين الخاصة، مرجع سابق (ص: 130-131).

والأصل في كل ذلك هو جواز إبرام التصرفات المشروعة التي لا تتعارض مع النظام العام ولا مع القواعد الآمرة. جاء في الفصل 57 من قانون الالتزامات والعقود: (الأشياء والأفعال والحقوق المعنوية الداخلة في دائرة التعامل تصلح وحدها لأن تكون محلا للالتزام، ويدخل في دائرة التعامل جميع الأشياء التي لا يحرم القانون صراحة التعامل بشأنها).

وبناء على هذا المبدأ، فإن من حق طرفي عقد بيع العقار قيد البناء أن يضمنا عقدهما كل الشروط التي يعتبرونها مناسبة، والتي تلزمهما، تطبيقاً لقاعدة (العقد شريعة المتعاقدين) المنصوص عليها في الفصل 230 من قانون الالتزامات والعقود الذي ورد فيه: (الالتزامات التعاقدية المنشأة على وجه صحيح تقوم مقام القانون بالنسبة إلى منشيئها، ولا يجوز إلغاؤها إلا برضاها معاً، أو في الحالات المنصوص عليها في القانون)<sup>(1)</sup>.

(1) عبد الحق صافي، بيع العقار في طور الإنجاز شرح وتحليل لنصوص القانون رقم 44.00، مرجع سابق (ص: 20).

## المبحث الثاني: سياق وضع القانون الخاص لبيع العقار في طور الإنجاز

لازمت معوقات وسلبيات انتشار بيع العقار في طور الإنجاز وتحد من فعاليته ونجاعته في حل أزمة السكن، فقد يتعطل المشروع بسبب إخلال البائع أو المشتري بتنفيذ التزاماته التعاقدية في مواعيدها المحددة المتمثلة في إنجاز أشغال البناء بالنسبة للبائع، وسداد أقساط الثمن بالنسبة للمشتري. والأخطر من ذلك تسويق مشاريع إسكان وهمية، وبيع العقار لأكثر من مشتر، وتضيق أموال المشترين الحاجزين الذين تتبخر أموالهم في امتلاك مسكن، ويجدون أنفسهم دون حماية فعالة لاسترجاع حتى أقساط الثمن التي سددها، أو الغش في مواد البناء؛ مما يفضي أحيانا إلى انهيار المبنى محل البيع وهو في حالة الإنجاز، فيتعطل المشروع برمته.<sup>(1)</sup>

ولقد اعتري خضوع بيع العقار في طور الإنجاز للنظرية العامة للعقد التي يتضمنها قانون الالتزامات والعقود عدة سلبيات، أبرزها:

- ✓ عدم تمتيع المشتري بأية ضمانات قانونية تدعوه إلى الاطمئنان بعدم ضياع حقوقه المتمثلة في إنجاز العقار وفق الشروط، والمواصفات المتفق عليها.
- ✓ عدم توفر المنعش العقاري البائع لأي قانون خاص بهذا النوع من البيع يشتغل في إطاره، ويحمي حقوقه، ويشجعه على الاستثمار في ميدان العقار.
- ✓ انعدام التحديد الدقيق لحقوق والتزامات المتبايعين خلال كل المراحل التي يمر بها بيع العقار في طور البناء.
- ✓ عدم الربط بين سداد أقساط الثمن، ومدى التقدم في أشغال إنجاز المشروع.
- ✓ تحكم البائع المنعش العقاري بفرضه في الغالب نموذج تعاقد يخدم مصالحه الخاصة، على حساب مصالح المشتري الذي يوجد في مركز ضعيف.<sup>(2)</sup>

(1) عبد الحق صافي، بيع العقار في طور الإنجاز، شرح وتحليل لنصوص القانون رقم 44.00، مرجع سابق (ص: 6).

(2) عبد الحق صافي، بيع العقار في طور الإنجاز شرح وتحليل لنصوص القانون رقم 44.00، مرجع سابق (ص: 21).

وتزايدت الأزمة السكنية المتفاقمة ذات المظاهر، والأسباب المتعددة؛ نتيجة النمو الديمغرافي في المدن، والهجرة القروية اللذين أفرزا أحياء صفيح، وسكن عشوائي<sup>(1)</sup>.

وهو ما دفع المشرع المغربي إلى إصدار قانون رقم 44.00 بتاريخ 25 رجب 1423 الموافق لـ 3 أكتوبر 2002<sup>(2)</sup> قصد تنظيم هذا النوع من البيوعات لتوجيهه، وحماية الطرف الضعيف، وتوفير ضمانات له، وكذا لتيسير إنجاز المشاريع السكنية من قبل المنعشين العقاريين؛ للتخفيف من أزمة السكن تلبية لحاجات الناس في تملك سكن لائق، عن طريق أداء الثمن على أقساط، وتشجيع المنعشين العقاريين على إنجاز مشاريع سكنية على مراحل، اعتمادا على تمويلها من الأقساط المستخلصة من المشتريين في مواعيدها. دون اللجوء إلى الاقتراض، من أجل سد الفراغ القانوني الذي يعرفه واقع الممارسة المتميز بشيوع بيوع على التصاميم أو على الحالة المستقبلية للبناء، وما نتج عنه من مآسي اجتماعية، ومشاكل اقتصادية، ونزاعات قضائية يصعب تكييفها وإثباتها وتنفيذ أحكامها.<sup>(3)</sup>

وقد أتى هذا القانون الخاص بتنظيم بيع العقار في طور الإنجاز لتجاوز السليبات التي اعترت عقود بيع العقار في طور الإنجاز اعتمادا على ضبط عدة أمور:

- ✓ تحديد المقصود من بيع العقار في طور الإنجاز، وتنظيم شامل لهذا البيع.
- ✓ توسيع مجال إبرام بيع العقار في طور الإنجاز، ليشمل كل العقارات، سواء أكانت محفظة، أو في طور التحفيظ، أو غير محفظة، وأيا كان وجه إعدادها؛ للاستعمال المهني، أو التجاري أو الصناعي أو الحرفي .

(1) عبد الحفيظ تيموتي، السياسة السكنية بالمغرب، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون العام ( الرباط: المكتبة الوطنية للإدارة، 1997م) (ص: 85).

(2) نشر قانون رقم 44.00 بالجريدة الرسمية عدد 5054، بتاريخ 07 نونبر 2002م (ص: 3183 وما يليها).

(3) محمد الخضراوي، إشكالية توثيق التصرفات العقارية ومتطلبات التنمية - قراءة في قانون 44.00، مجلة البحوث على الرباط الآتي، نظر بتاريخ 2016/01/17:

✓ تحديد شروط وإجراءات التعاقد بين طرفي العلاقة خلال مرحلتي البيع الابتدائي والنهائي، وتحديد حقوق والتزامات المتعاقدين خلال هاتين المرحلتين.

✓ سن ضمانات قانونية خاصة تمكن كل طرف من إرغام الطرف الآخر على احترام التزاماته التعاقدية، مما يحقق نوعاً من التوازن بين مصالح طرفي العلاقة؛ ويؤدي في نفس الوقت إلى تشجيع الأسر ذات الدخل الضعيف والمحدود على الحصول على مسكن، بالشروط الملائمة، وإلى تشجيع المقاولات على الاستثمار في ميدان العقار، من خلال توفير تمويل لهم، إضافة إلى التمويل الذاتي.<sup>(1)</sup>

ويتطلب تحقيق منطقات الحكم الشرعي في بيع العقار في طور الإنجاز، كما يمارس في المغرب، دراسة القانون المغربي المنظم لهذا العقد، في كل مراحله التي تدوم وقتاً طويلاً، والإجراءات القانونية لكل مرحلة؛ من أجل استكمال التصور الكامل لهذا العقد.

وبتأمل فصول قانون بيع العقار في طور الإنجاز، والإطلاع على شروحها، تبين أن ما يجب استجلاؤه، وتوضيح إجراءاته القانونية؛ قصد تحقيق منطقات الأحكام الشرعية فيها، هي المسائل الآتية:

1. ماهية عقد بيع العقار في طور الإنجاز.
2. العقد الابتدائي لبيع العقار في طور الإنجاز.
3. المعقود عليه.
4. العقد النهائي لبيع العقار في طور الإنجاز.
5. الضمانة التي يقدمها البائع لتمكين المشتري من استرجاع الأقساط المؤداة، في حالة عدم الوفاء بالعقد.
6. ضمان سلامة العقار المبيع في طور الإنجاز.

(1) عبد الحق صافي، بيع العقار في طور الإنجاز شرح وتحليل لنصوص القانون رقم 44.00، مرجع سابق (ص: 53-54).

وذلك أن هذه المسائل لها تأثير على الأحكام الشرعية المتعلقة بهذا العقد؛ من حيث واقعه، وآثاره.

وهذا هو محل الدراسة والبحث في الأبواب والفصول الموالية.

# الباب الثاني :

## تصوير بيع العقار في طور الإنجاز وتحقيق مناطه الشرعي

ويشتمل على فصلين :

الفصل الأول: تصوير بيع العقار في طور الإنجاز

الفصل الثاني: تحقيق مناط الحكم الشرعي في بيع العقار في  
طور الإنجاز

# الفصل الأول :

## تصوير بيع العقار في طور الإنجاز

وفيه مبحثان:

- المبحث الأول: تصوير النازلة: دلالاته، أهميته، وسائله
- المبحث الثاني: بيع العقار في طور الإنجاز: تصويره، خصائصه، إجراءاته، عناصره.

## المبحث الأول: تصوير النازلة: دلالاته، أهميته، وسائله

## المطلب الأول: دلالة «التصوير»

كلمة «التصوير» مشتقة من جذر (ص/و/ر)، والصورة ترد في كلام العرب على معنى:

- ✓ حقيقة الشيء وهيئته، يقال صورة الفعل كذا وكذا: أي هيئته.
- ✓ وعلى معنى صفته؛ فصورة الأمر كذا وكذا: أي صفته، ومنه قولهم: صورة المسألة كذا؛ أي صفتها. يقال هذا الأمر على ثلاث صور، وصورة الشيء ماهيته المجردة، وخياله في الذهن أو العقل.<sup>(1)</sup>

ورد في دستور العلماء: «الصورة: ما يمتاز به الشيء، ويقال صورة الشيء ما به يحصل الشيء بالفعل...ولفظ الصورة تطلق على معنيين؛ أحدهما: الماهية المعلومة، وثانيهما: العلم، وهو الأمر المتشخص بالتشخص الذهني...والحاصل أن الصورة تطلق...على المعلوم المتميز بها في الذهن».<sup>(2)</sup>

والتصوير مصدر تصوّر؛ وتصوّر الشيء تكونت له صورة الشيء واستحصر صورته في الذهن، والتصوّر: حصول صورة الشيء وهيئته وصفته وحقيقته وماهيته في العقل. والتصوير: بيان حقيقة الشيء على ما هو عليه، وتصوير الأمر: وصفه وصفا يكشف عن جزئياته.<sup>(3)</sup>

(1) ابن الأثير، النهاية في غريب الحديث والأثر، تحقيق: طاهر أحمد الزاوي - محمود محمد الطناحي (بيروت: المكتبة العلمية، 1399هـ - 1979م) (3/59).

(2) عبد النبي نكري، دستور العلماء، تعريب: حسن هاني فحص، ط 1 (بيروت: دار الكتب العلمية، 1421هـ - 2000م) (2/182).

(3) مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، ط 4 (مصر: مكتبة الشروق الدولية، 1425هـ - 2004م) (ص: 528).

وتصوير النازلة: يتحقق بتشخيصها وتوصيفها كما هي، وذلك بعد تصوُّرها، والتعرف على حقيقتها، والإحاطة بماهيتها، وارتسام صورتها الحقيقية في ذهن الباحث، وإدراكها على ما هي عليه دون لبس بما يشته به، ومعرفة واقعها.

يقول الجويني: «ولا بد من أن يفهم الواقعة المرفوعة إليه على حقيقتها، ويتفطن لموقع الإعضال، وموضع السؤال، ومحل الإشكال منها. فأما إذا لم يفهم الواقعة فكيف يفرض نفوذ حكمه فيها، وليس في عالم الله أخزى من متصد للحكم لو أراد أن يصف ما حكم به، لم يستطعه»<sup>(1)</sup>.

### المطلب الثاني: مفهوم «النازلة» لغة واصطلاحاً:

#### النازلة لغة:

قال ابن فارس:

«النون والزاي واللام كلمة صحيحة، تدل على هبوط شيء ووقوعه، ونزل عن دابته نزولاً، ونزل المطر من السماء نزولاً، والنازلة: الشديدة من شدائد الدهر تنزل»<sup>(2)</sup>.

والنوازل جمع "نازلة"، والنازلة اسم فاعل من "نزل ينزل"، إذا حلَّ، فكل ما حل ووقع فهو نازلة، ومن ذلك القنوت في النوازل، أي الحوادث والوقائع الشديدة.<sup>(3)</sup>

فالنوازل في اللغة إذن هي: الحوادث والوقائع التي تحل بالناس ولم تكن قبل، وبذلك تكسب صفة الجدة؛ لأنها لم تكن قبل، وأما الحوادث المعتادة لدى الإنسان فليست نوازل. وهذا المعنى للنازلة يشترك فيه المعنى اللغوي والاصطلاحي الفقهي للنوازل.

(1) الجويني، غياث الأمم في التياث الظلم، تحقيق: عبد العظيم الديب، ط2 (قطر: مكتبة إمام الحرمين، 1401هـ) (ص: 300-301).

(2) ابن فارس، مقاييس اللغة، مادة (نزل)، مرجع سابق (5/417).

(3) ابن منظور، لسان العرب، مادة (نزل)، مرجع مذكور (11/656).

## تعريف النازلة اصطلاحاً

المعنى الاصطلاحي للنازلة لا يكاد يخرج عن المعنى اللغوي؛ إذ معناها متصل دائماً بالحدوث والوقوع. ولذلك تطلق كلمة النوازل في الاصطلاح الفقهي بوجه عام على المسائل والوقائع الجديدة الطارئة على المجتمع، التي تستدعي اجتهاداً من أجل الوصول إلى حكم شرعي لها<sup>(1)</sup>. قال ابن عبد البر: «باب اجتهاد الرأي على الأصول، عند عدم النصوص، في حين نزول النازلة»<sup>(2)</sup>.

والنوازل المعاصرة تكون مستجدة بالنسبة للعصر الذي نشأت فيه، ولكل عصر نوازله، كان الفقهاء يسمونها كذلك حوادث وأقضية، ووقائع، ولا تعد نوازل بالنسبة للعصور المتأخرة، غير أنها قد تبقى قابلة للاجتهاد والمراجعة على ضوء تغير ظروف العصر وملابساته.

والباحث في مرحلة "التصوير" يتجه إلى التعرف على حقيقة النازلة، والإحاطة بماهيتها، وإدراكها على ما هي عليها، وتحديد أطرافها، وحسن صورها<sup>(3)</sup>، ثم تصوير النازلة: بتشخيصها وتوصيفها وبيانها.

## المطلب الثالث: أهمية تصور النازلة

إن الإقدام على الحكم في النوازل دون تصورها يعدُّ قاصمة من القواصم؛ فتصور النازلة هو أساس الانطلاق في عملية الاجتهاد في استخراج حكمها؛ لأن: الحكم على الشيء فرعٌ عن

(1) ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ط2 (بيروت: دار الفكر، 1412هـ - 1992م) (69/1)؛ محمد بن حسين الجيزاني،

فقه النوازل، ط2 (دار ابن الجوزي، 1427هـ - 2006م) (ص: 20، 21، 24).

(2) ابن عبد البر، جامع بيان العلم وفضله، تحقيق: أبو الأشبال الزهيري، ط1 (السعودية: دار ابن الجوزي، 1414هـ - 1994م) (844/2).

(3) ينظر: الشوكاني، إرشاد الفحول، تحقيق: أحمد عزو، ط1 (بيروت: دار الكتاب العربي، 1419هـ - 1999م) (20/1)، والجرجاني، التعريفات، مرجع مذكور (ص: 59).

تصوره تصوراً صحيحاً، وهذا باب واضح لا إشكال فيه، والباب الذي يأتي من جهته الخل والزلل إنما هو القصور والتقصير في فهم النازلة وتصورها، وليس في تحصيل أصل التصور.<sup>(1)</sup> إن تصور النازلة في ذاتها هو أهم المراحل لمن أراد الاجتهاد في التوصل إلى حكمها الشرعي، فالحكم على النازلة يسبقه التصور الجيد لها. يقول إمام الحرمين: «وأول ما يجب به الافتتاح تصوير المسألة»<sup>(2)</sup>.

ومن هنا تتضح أهمية ضبط عملية التصور، فكثيراً ما يتوهم المرء أن لديه التصور الصحيح والفهم التام، وهو غير ذلك، وكل خطأ في التصوير يعقب خطأ في التوصيف والتنزيل الفقهيين<sup>(3)</sup>، وقل من يجمع الأمرين، فالإقدام على الحكم في النوازل دون تصورها، أو القصور والتقصير في فهم النازلة يعد خطأ فادحاً.

فتصوير النازلة مرحلة في غاية الأهمية لا غنى عنها؛ إذ هو وسيلة لربط فقه النص بفقه الواقع، وربط المناط بالحكم.

يقول الشيخ ابن بية في بيان أهمية تصوير العقود المالية في تحقيق مناطات أحكامها الشرعية: «وتزداد أهمية هذه المرحلة عندما ندرك تعقد العقود المعاصرة، وانباءها على عناصر لم تكن موجودة في العقود المعروفة لدى الفقهاء؛ من: بيع، وسلم، وإجارة، وكراء، وقراض، وقرض، ومساقاة، ومزارعة، وكفالة، ووكالة، إلى آخرها.

فهنا يتوقف الفقيه برهه من الزمن للتعرف على مكونات العقد، وردّه إلى عناصره الأولى لتقرير طبيعته، وهل هو مشتمل على شرط ينافي سنن العقود المجمع عليها، والمختلف فيها... ولهذا فمن الأهمية بمكان أن يبذل الاقتصاديون الوضعيون، والأطباء، وغيرهم من أصحاب الصنائع،

(1) محمد بن حسين الجيزاني، فقه النوازل، مرجع سابق (ص: 48).

(2) الجويني، أبو المعالي، البرهان في أصول الفقه، تحقيق: صلاح بن محمد بن عويضة، ط1 (بيروت: دار الكتب العلمية، 1418 هـ - 1997 م) (2/233).

(3) ينظر: قطب الريسوني، نحو تأهيل اجتهادي لأعضاء هيئة الفتوى بالمصارف الإسلامية بين الواقع والمأمول، ضمن بحوث مؤتمر المصارف الإسلامية بين الواقع والمأمول - دبي المنعقد من 7-10 جمادى الآخرة 1430 هـ.

والتخصصات، جهداً لإيصال كل العناصر التي يتوفّرون عليها إلى زملائهم الشرعيين، ليحقق هؤلاء المناط لتزليل الحكم على واقع العقد، وعلى حقيقة الذات<sup>(1)</sup>.

ولا بد في تصور النازلة وفهمها فهما صحيحا من الاعتماد على وسائلها الصحيحة، ومداركها المناسبة.

### المطلب الرابع: وسائل تصور النازلة

تتعدد وسائل تصور النوازل باختلافها، وبحسب الواقع الذي وجدت فيه، وما يحيط به من قرائن وأحوال، يكون لها أثر على التصور الصحيح للنوازل.

والمقصود بالوسائل الوسائط التي يتعين على الفقيه أو المفتي أن يستعين بها، ليتعرف من خلالها على صورة النازلة.

### أولاً: مراجعة المختصين في معرفة حقيقة النازلة

يجب على الباحث الشرعي أن يسأل ويستوضح أهل الاختصاص عن كل ما يتعلق بالنازلة مما لا علم له به، ولا بد له من معرفته، حتى يصورها تصوراً دقيقاً لا يعتريه أي لبس وغموض...

يقول ابن تيمية معللاً جواز بيع المغيبات في الأرض، مما يكون لها ظاهر يدل عليها:

«أهل الخبرة يستدلون برؤية ورق هذه المدفونات على حقيقتها، ويعلمون ذلك أجود مما يعلمون العبد برؤية وجهه. والمرجع في كل شيء إلى الصالحين من أهل الخبرة به»<sup>(2)</sup>.

(1) الورقة التأطيرية للشيخ ابن بية عبد الله المقدمة لمؤتمر: الاجتهاد بتحقيق المناط: فقه الواقع والتوقع المنعقد بالكويت، في الفترة ما

بين: 18-20.

(2) ابن تيمية، مجموع الفتاوى، مرجع مذكور (31/29).

فكل فن أو علم أو حرفة أو مهنة لها أهلها الخبIRON بها، العارفون بتفاصيلها ودقائقها، الذين يملكون القدرة على التمييز بين الأمور التي تتشابه منها، والفصل بين ما يتداخل من نظائرها، وبيان صورتها على الحقيقة والتفصيل الذي يسمح بتحقيق مناط الحكم الشرعي فيها.

ومن المختصين في الجانب النظري: القانونيون والاقتصاديون والتجار، وفي الجانب التطبيقي: المقاولون في عقود المقاولات والتوريدات، والمصنعون بالنسبة للمصنوعات؛ كالزخاريف والمجسمات... حيث إن استشارة هؤلاء جميعاً، في مجالاتهم، تبين لباحث المعاملات دقائق نظرية تخفى عليه، وتكشف له عن ممارسات عملية لا تذكرها الدراسات النظرية، ويؤثر ذلك كثيراً في الأحكام الشرعية للمعاملات المالية.

فكل نازلة يرجع بها المفتي إلى المتخصصين في مجالها وموضوعها؛ كالاقتصاديين، والقانونيين والتجار والأطباء؛ فإن كانت النازلة على سبيل المثال مسألة اقتصادية سأل أهل الاقتصاد، بل إنه يسأل المتخصص في موضوع النازلة نفسها، فلو كانت من مسائل العقار مثلاً سأل المتخصص في هذا المجال؛ لأنه يكون عنده إمام واسع بالقوانين المنظمة للمعاملات المتعلقة بالعقار بيعاً وشراءً وكراءً...، وتفصيلها، والقدرة على بيان متعلقاتها أكثر من غيره ممن لم يتخصص في نفس المجال، وهكذا.

كما يتوجب الاطلاع على مصادر هذا العلم، والنظر في الكتب المتخصصة فيه، والاطلاع على كتابات أهله بلغتهم، وما يذكرونه من تفاصيل دقيقة، قد يغفلها عن ذكرها المختص حينما يسأل أو يكتب للعمامة.

ثانياً: معرفة الألفاظ والمفردات والمصطلحات الواردة في النازلة، وفهمها وفق مقصود أصحابها بها.

يقول النووي: « لا يجوز له أن يفتي في الأيمان والأقارير ونحو ذلك مما يتعلق بالألفاظ، إلا إذا كان من أهل بلد اللفظ بها، أو منتزلاً منزلتهم في الخبرة بمرادهم من ألفاظهم وتعارفهم فيها؛ لأنه إذا لم يكن كذلك كثر خطؤه عليهم في ذلك، كما شهدت به التجربة»<sup>(1)</sup>.

وإذا كانت معرفة لفظ السائل ضرورية لفهم قصده في مثل هذه المسائل المتعلقة باختلاف الأعراف عند أصحاب لغة واحدة، فإن معرفة المصطلحات العلمية، أو مصطلحات من لغة أخرى ضرورية لفهم صورة النازلة المعاصرة المتعلقة بالاقتصاد والطب وغير ذلك.

ولأجل ذلك أصبح من مزالق الفتيا المعاصرة: عدم فهم حقيقة المصطلحات المستعملة في القضايا المعاصرة، ومن أمثلة ذلك: عملية المضاربة بالأسهم والأوراق المالية، في مقابل المضاربة في مصادر (كتب) الفقه الإسلامي.

ومثل: بيع المرابحة للآمر بالشراء، الذي تجريه البنوك الإسلامية في مقابل بيع المرابحة القديم الوارد في كتب الفقه الإسلامي.<sup>(2)</sup>

ثالثاً: سؤال المستفتي عن مراده فيما يشكل معرفة معناه

إن السائل أدرى بمسأله من غيره، ويعرف من تفاصيلها ودقيق متعلقاتها ما لا يعرفه غيره، ولهذا يتعين على المفتي - حين تخفى عليه بعض الأمور في سؤال المستفتي - أن يسأله عما جهل من أمره، ويستفصله عما أشكل من مسأله<sup>(3)</sup>.

إلا أنه لا بد أن يتفطن المفتي إلى مقاصد السائل، حتى لا يقوم بتصوير السؤال وفق مقصود يريد من المفتي أن يحققه له، وهو لا يشعر.

رابعاً: تتبع خطوات تطبيق المعاملات المالية المعاصرة

(1) النووي، آداب الفتوى والمفتي والمستفتي، مرجع سابق (ص: 40-41).

(2) ينظر: نزيه حماد، معجم المصطلحات المالية والاقتصادية في لغة الفقهاء، ط1 (دمشق: دار القلم، 1429هـ-2008م) (ص: 408، 422).

(3) النووي، آداب الفتوى والمفتي والمستفتي، مرجع سابق (ص: 47).

ربما يقتضى تصور النازلة النزول إلى ساحة أهل النازلة، والاطلاع على واقعهم، والنظر في أحوالهم، ورؤية ما يزاولونه واقعا معاشا؛ لكي يرى الفقيه الواقع كما هو، ويستجمع كل العناصر المهمة لتصوير النازلة على حقيقتها، ثم يطبق الحكم على هذا الواقع بعد ذلك.

فالمعاملات المالية المعاصرة: هي تطبيق وتنزيل، أكثر منها تنظير وتأصيل؛ لذلك تتوقف صوابية أحكامها على تتبع خطوات تطبيقها؛ لأنه « لا يصح للعالم إذا سئل عن أمر كيف يحصل في الواقع إلا أن يجيب بحسب الواقع، فإن أجاب على غير ذلك أخطأ في عدم اعتبار المناط المسؤول عن حكمه؛ لأنه سئل عن مناط معين، فأجاب عن مناط غير معين»<sup>(1)</sup>.

والاجتهاد في المعاملات المالية المعاصرة يحتاج إلى تتبع التطبيقات العملية للقضايا محل البحث، ويقارن ما هو مكتوب بواقع التطبيق.

فأمر تصوير النازلة يستدعي الاستقراء النظري والعملي، اعتمادا على:

- إجراء استبيانات، أو مقابلات شخصية، أو جولات ميدانية لتصورها تصورا صحيحا، أو معايشة ومعاشرة، أو سؤال أهل الشأن.
- الاستقصاء والاطلاع على الدراسات المتعلقة بالنازلة في المجال الشرعي وغيره، وأن ينظر إلى نقاط الاتفاق بينها للاستفادة منها.

ولهذا أثر ظاهر في فهم المعاملات وتكييفها؛ حيث يطابق الفقيه بين الصيغ النظرية وممارساتها الواقعية، ومآلاتها الفقهية والاقتصادية، ومن ثم القدرة على تصور النازلة. ومما يحسن التنبيه عليه في هذا المقام أهمية تحديث المعلومات، فإن الأساليب تتجدد وتختلف من عصر لآخر.

(1) الشاطبي، الموافقات، مرجع سابق (3/301).

## خامساً: تحليل القضية المركبة وتفكيكها إلى عناصرها الأساسية

فتحليل المسألة المدروسة، وتفكيكها إلى عناصرها، يسهم في تكييفها الفقهي، وإبراز مناطات أحكامها الشرعية، «فتحقيق المناط بحاجة إلى اجتهاد ونظر، وتحليل لجميع عناصر الواقعة، وتفكيك لها إذا كانت مركبة من عدة مفردات، للثبوت بعدها من مدى اجتماعها لمناط الحكم المزمع تطبيقه عليها، وهنا تختلف أنظار العلماء وتقديراتهم»<sup>(1)</sup>.

فبعض العقود المالية تتركب من مجموعة من العقود الأخرى، وهو ما يتطلب التعرف على ماهية هذه العقود المركبة، وتفكيكها إلى عناصرها التي تتكون منها.

فالنازلة إذا كانت مركبة من عدة عناصر ومسائل لا بد من تحليلها وتقسيمها إلى أجزائها، وتفكيكها؛ ليتحصل فهمها وتصورها الذي هو ركن أساس للوصول إلى الحكم الشرعي، فيجب على الفقيه أن يفكك النازلة، ويدرس كل جزئية على حدة.

ومن ذلك بيع العقار في طور الإنجاز الذي يتطلب استجلاؤه، وتوضيحه لتحقيق مناطات الأحكام الشرعية فيه تفكيكه إلى العناصر الآتية، وهي: عقد البيع الابتدائي، والمعقود عليه (وهو: العقار قيد الإنشاء، والثمن)، وعقد البيع النهائي، والضمانة التي يقدمها البائع للمشتري لضمان إنجاز العقار في الموعد المحدد، وضمان سلامة العقار المبيع في طور الإنجاز؛ وذلك أن هذه المسائل لها تأثير على الأحكام الشرعية المتعلقة بهذا العقد؛ من حيث واقعه، وآثاره.

ومن ذلك كذلك بيع المرابحة، فهو عبارة عن ثلاثة عقود: عقد وكالة، وعقد وعد بالبيع، وعقد بيع بالتقسيط، وكذلك الإيجار المنتهي بالتمليك، مكوّن من إجارة وبيع وهبة... وهكذا،

وكما في البطاقات الائتمانية، التي يجتمع فيها معنى الكفالة، والوكالة، والحوالة<sup>(2)</sup>.

(1) عبد الرحمن الكيلاني، أثر الاختلاف في تحقيق المناط في اختلاف المجتهدين، ورقة مقدمة لندوة: مستجدات الفكر الإسلامي الحادية عشرة المنعقدة بالكويت في الفترة ما بين 18-20/02/2013م (ص:9).

(2) محمد عثمان شبير، التكييف الفقهي، ط 1 (دمشق: دار القلم، 2004م) (ص:69-70).

فتعريف النازلة هو الذي يبين عناصرها، وهل من المناسب تجزئتها إلى عناصرها الأساسية، وتحقيق المناط الشرعي في كل عنصر على حدة، أم لا.

فتجزئة المسألة يمكن من التدقيق في دراستها، وعدم إهمال أي عنصر يمكن أن يؤثر في الحكم الكلي على المسألة، كما يمكن من تبيان مكان الخلل في المسألة، حتى ينتبه الناس إلى الجزء أو العنصر الذي فيه مخالفة شرعية، فيقيمها الشخص وفق ما يوافق الشرع، بدل إطلاق الحكم على النازلة كلها، فيحكم بتحريمها كلها دون استبيان الخلل الذي اعترأها ليصلح.

سادسا: معرفة ما يحتف بالنازلة من قرائن وملابسات.

سابعا: معرفة خصائص المعاملة أو النازلة من حيث الطبيعة، والنشأة، والتطور.

وقد خُصَّص لسيط الكلام عن هذين المدركين الأخيرين مبحثان مستقلان بهما.

## المبحث الثاني: بيع العقار في طور الإنجاز: تصويره، خصائصه، إجراءاته، عناصره

### المطلب الأول: تصوير بيع العقار في طور الإنجاز

بيع العقار في طور الإنجاز هو الاسم الذي أطرقه المشرع المغربي على العقد المعروف في القانون الفرنسي باسم: (vente d'immeubles à construire)<sup>(1)</sup> أو (La vente en l'état futur d'achèvement)، ومعناها الحرفي بيع المباني قيد الإنشاء أو في طور الإنجاز، ونجد كذلك من يعبر بـ "البيع على الخريطة"<sup>(2)</sup>، أو على التصميم<sup>(3)</sup> (vente sur plan/ Buying (Off-Plan

والمقصود بالعقار هنا المبنى؛ سواء أكان معدا للسكنى كالشقة أو الدار، أو للاستعمال المهني أو التجاري أو الصناعي أو الحرفي.

وتسميته بيع العقار في طور الإنجاز اعتبارا لحالة العقار وقت إبرام العقد، وهو كونه في طور الإنجاز

وعبارة في «طور الإنجاز» تستوعب المراحل السابقة عن عملية التشييد الفعلي للبناء، أي مرحلة الحصول على الرخص الإدارية، وإعداد التصاميم المختلفة، وانتقاء المواد الأولية، والبحث عن القروض لتمويل المشروع، والتعاقد مع المقاول الذي سيتولى أشغال البناء..<sup>(4)</sup>، لذلك فعبارة (في طور الإنجاز) تشمل بيع العقار على التصاميم (la vente sur plan)

(1) المادة 1601 - 1 المضافة إلى القانون المدني الفرنسي بموجب القانون رقم: 67 - 3 الصادر بتاريخ 3 جانفي 1967 الذي نظم عقد بيع العقارات تحت الإنشاء.

(2) القرار رقم (7) لسنة 2015، بشأن سجل قيد البيع على الخريطة (الجريدة الرسمية لمملكة البحرين، العدد رقم 3212، بتاريخ 4 يونيو/ حزيران 2015).

(3) القانون الجزائري المتعلق بالبيع على التصاميم، رقم: 11-04 .

(4) عبد الحفيظ مشاشي، بيع العقار في طور الإنجاز: دراسة على ضوء القانون المغربي والمقارن، ط1 (الدار البيضاء: مطبعة النجاح الجديدة 1433هـ-2012م) (ص: 31).

الذي سمح به القانون 12-107 بشرط الحصول على رخصة البناء، سواء قبل البناء أو في طور البناء، لذلك استعملت عبارة: (في طور الإنجاز) بدل في (طور البناء).

وأما تسميته بالبيع على الخريطة أو التصميم، فباعتبار الطريقة التي يتم بها هذا البيع الذي يرم اعتمادا على الخرائط، والتصاميم الهندسية، ومخططات البناء التي تبين هيئة العقار، وحدوده، ومساحته... دون رؤية العقار، ومشاهدته على طبيعته؛ إما لأنه غير موجود مطلقا، أو هو في طور البناء.

وكل هذه المصطلحات رغم تعددها فإنها تعني في مجملها أن هذا البيع العقاري معلق على شرط إنهاء البناء مستقبلا.<sup>(1)</sup>

ورفعا لكل اختلاف محتمل في ماهية بيع العقار في طور الإنجاز، مما يحتمل أن ينشأ عنه لبس في معرفة صورة هذا النوع من البيع قد يتسبب في الإحجام عنه، فقد تدخل المشرع المغربي ووضع تعريفا لهذا النوع من البيوع، فعرفه الفصل 1-618 من قانون بيع العقار في طور الإنجاز بما يلي: "يعتبر بيعا لعقار في طور الانجاز كل اتفاق يلزم البائع بمقتضاه بإنجاز عقار داخل أجل محدد، كما يلتزم فيه المشتري بأداء الثمن، تبعا لتقدم الأشغال".

يتبين من خلال هذا التعريف أن بيع العقار في طور الإنجاز هو بيع المباني المزمع إنشاؤها في أجل محدد، يوضح موقعها وحدودها ومساحتها والمواصفات اللازمة لتعيينها بشكل مفصل، بالاستعانة بالخرائط والتصاميم الهندسية، فهو مبيع لعقار مستقبلي غير موجود.

### خصائص بيع العقار في طور الانجاز:

(1) العربي محمد مياد، تأملات في القانون المنظم لبيع العقارات في طور الإنجاز، موقع العلوم القانونية، مجلة الكترونية متخصصة على الموقع الآتي:

يظهر من خلال ما تقدم أن بيع العقار في طور الإنجاز يتميز بمجموعة من الخصائص؛ منها:

✓ أنه من العقود الملزمة للجانبين؛ لأنه يجعل على عاتق كل من البائع والمشتري التزامات، من أهمها: بناء العقار محل العقد في الآجال المحددة من قبل البائع، وأداء الثمن بالطريقة المتفق عليها من قبل المشتري.

✓ أنه من عقود المعاوضة؛ لأن البائع ملزم بإنجاز العقار، وتمليكه للمشتري في التاريخ المحدد، مقابل قيام المشتري بأداء الثمن.

✓ أنه من العقود المؤجلة التنفيذ؛ فالأصل في البيع طبقاً للأحكام العامة للبيع أن ينتج فور عقده أثره من إكساب المشتري ملكية المبيع، واستحقاق البائع الثمن؛ إلا أن هذا لا يسري على بيع العقار في طور الإنجاز، نظراً لطبيعة هذا العقد الذي يراد منه إنجاز العقار المبيع في وقت مستقبلي محدد، وتمليك العقار وتسليمه بعد الانتهاء من بناء العقار، لتيسير تمكين المشتري من الحصول على سكن غير موجود في الحال إلا أنه ممكن الوجود في المستقبل، مقابل أدائه الثمن في مواعيدها، تبعاً لتقدم أشغال البناء، مع التزام كلا طرفي العقد على تنفيذ التزاماته.

✓ أنه من العقود الشكلية التي لا تتم بمجرد تراضي المتعاقدين، بل لا بد له من شكل معين حدده القانون، إضافة إلى تراضي المتعاقدين. فالعقد الشكلي: «هو ما لا يتم بمجرد تراضي المتعاقدين، بل يجب لتمامه فوق ذلك اتباع شكل مخصوص يعينه القانون... والغرض من استبقاء شكليتها هو في الغالب تنبيه المتعاقدين إلى خطر ما يقدمون عليه من تعاقد»<sup>(1)</sup>.

ويقابل العقد الشكليّ العقد الرضائي الذي يضمه المتعاقدان ما تم الاتفاق والتراضي عليه بينها.

(1) السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، فقرة 48 (بيروت: دار إحياء التراث العربي) (1/150-151)، وينظر كذلك: الفصل 401 من قانون الالتزامات والعقود المغربي.

## إجراءات بيع العقار في طور الانجاز:

تعتبر عملية بيع العقار في طور الانجاز - بما أنه عقد على أمور مستقبلية متمثلة في: إنجاز العقار، ودفع الثمن في الآجال المحددة- من التصرفات القانونية المركبة التي تستلزم إبرام العقد الابتدائي، وتأكيده (بعد إنجاز العقار، ودفع كامل الثمن في الآجال المحددة) بتوقيع العقد النهائي، ويتخلل ذلك القيام بالأمور المتفق عليها.

وتشتمل الالتزامات إنجاز المبيع ودفع الثمن في الآجال المتفق عليها، وتبدأ من تاريخ إبرام العقد الابتدائي إلى غاية إبرام العقد النهائي، عند الانتهاء من إنجاز العقار، ودفع أقساط الثمن.

فبيع العقار في طور الإنجاز هو تعاقد ممتد زمنياً يؤدي في هذه المدة الثمن الإجمالي على شكل أقساط، تبعاً لتقدم أشغال البناء، كما يتم فيها إنجاز العقار عبر مراحل.

ونظراً لطبيعة هذا العقد، فإن القانون قد أحاط هذا العقد بعدة ضمانات في كل مرحلة من مراحلها، لضمان تنفيذ كل طرف من أطراف العقد التزاماته في الآجال والمواصفات المحددة، مع فرض تعويض نتيجة الإخلال بها.

يجب أن يتم توثيق عقد بيع العقار في طور الإنجاز من قبل الأشخاص الخاضعين للقانون العام أو الخاص بموجب عقد ثابت التاريخ، يتم تحريره من طرف مهني ينتمي إلى مهنة قانونية منظمة، ويخول لها قانونها تحرير العقود، وذلك تحت طائلة البطلان.<sup>(1)</sup>

## محتوى عقد بيع العقار في طور الإنجاز:

فطبقاً للفصل 3 - 618 من قانون بيع العقار في طور الإنجاز يجب أن يتضمن العقد على

الخصوص العناصر التالية:

- هوية الأطراف المتعاقدة.

(1) الفصلا 2- 618 و 3- 618 من قانون بيع العقار في طور الإنجاز.

- الرسم العقاري الأصلي للعقار المحفظ موضوع البناء، أو مراجع ملكية العقار غير المحفظ، مع تحديد الحقوق العينية والتحملات العقارية الواردة على العقار، وأي ارتفاع آخر عند الاقتضاء.

- وصف العقار محل البيع.

- ثمن البيع النهائي، وكيفية الأداء.

- أجل التسليم.

- مراجع الضمانة البنكية أو أية ضمانة أخرى، أو التأمين عند الاقتضاء.

ويجب أن يرفق هذا العقد:

- بنسخ مطابقة لأصل التصاميم المعمارية بدون تغيير، وتصاميم الإسمنت المسلح، ونسخة من دفتر التحملات.

وطبقا للفصل 4 - 618:

- يجب على البائع أن يضع دفتر التحملات يتعلق بالبناء، ويتضمن مكونات المشروع، وما أعد له، ونوع الخدمات والتجهيزات التي يتوجب إنجازها، وأجل الإنجاز والتسليم.

- يوقع البائع والمشتري على دفتر التحملات، وتسلم نسخة للمشتري مشهود بمطابقتها لأصلها، وبصحة إمضائه عليها.

وبما أن بيع العقار في طور الإنجاز يتطلب أولا إنجاز العقار المبيع ثم تسليمه، فإنه يتطلب إبرام عقدين: عقد ابتدائي يتعلق بإنجاز العقار المبيع، وتحديد الثمن، وأجل الانتهاء من تنفيذ المعقود عليه، وعقد نهائي بعد الإنجاز يخول نقل ملكية العقار إلى المشتري.

**المطلب الثاني: العقد الابتدائي لبيع العقار في طور الإنجاز، وتكييفه القانوني والفقه**

يتطلب استجلاء حقيقة العقد الابتدائي، وتكييفه القانوني، الوقوف على تعريفه، ومساطرته،

وخصائصه القانونية، تمهيدا لتكييفه الفقهي الذي لا يتم تحقيق المناط الشرعي في البيع

الابتدائي إلا بناء على هذا التكييف؛ لتبين هل هو عقد بيع لازم، أو مواعدة على عقد البيع مستقبلا بعد إنجاز العقار محل البيع؟ لأن أثر تكييفه على أساس أنه عقد يختلف عن تكييفه على أساس أنه مواعدة على إبرام عقد في المستقبل، وذلك يتوقف على تحليل العقد الابتدائي، لفهم طبيعته وإجراءاته القانونية، من أجل الوصول إلى تكييف قانوني مناسب له.

### تعريف البيع الابتدائي ( *contrat préliminaire - preliminary contract* )

عرف السنهوري البيع الابتدائي بصفة عامة، أيًا كان محل العقد، بأنه: الوعد بالبيع وبالشراء الملزم للجانبين<sup>(1)</sup>، وسنورد تعريفه بنصه عند الحديث عن صور الوعد بالبيع.

وأما العقد الابتدائي إذا كان المعقود عليه عقارا في طور الإنجاز فلم يضع له المشرع المغربي تعريفا دقيقا في قانون بيع العقار في طور الإنجاز، وإنما بين الجهة المخولة لعقده ووظيفته وآثاره القانونية، كما سيأتي، على عكس المشرع الفرنسي الذي عرفه في المادة 11 من قانون 3 يناير 1967 بأنه: عقد يلتزم بمقتضاه البائع بحجز عقار أو جزء منه للمشتري، في مقابل إيداع ضمان في حساب خاص".

La vente prévue à l'article 6 ci-dessus peut être précédée d'un contrat préliminaire par lequel, en contrepartie d'un dépôt de garantie effectué à un compte spécial le vendeur s'engage à réserver à un acheteur un immeuble ou <sup>(2)</sup>une partie d'immeuble.

وقد جرت العادة في العقود التي لا تنفذ أثرها في الحال، ويؤجل فيها تسليم المبيع للمشتري ودفع الثمن للبائع إلى أجل متفق عليه بين طرفي العقد توقيع العقد الابتدائي الذي يكون ملزما للجانبين، على أن يعقد عقد آخر نهائي عند حلول أجل تسليم المبيع، وانتقال الملكية للمشتري.

(1) السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، فقرة 132، مرجع سابق (1/250-251).

(2) Article 11 de *la loi n° 67-3 du 3 janvier 1967 relative aux ventes d'immeubles à construire et à l'obligation de garantie à raison des vices de construction/* Version consolidée au 01 septembre 2016.

وسمي عقدا ابتدائيا لأنه عقد مؤقت يمتد إلى حين توقيع العقد النهائي، وظيفته توثيق العلاقة التعاقدية بين البائع والمشتري، تتعلق بالأمر المستقبلية المتعلقة بالمبيع والتمن، والضمانة والضمان، وسائر الإجراءات القانونية المتعلقة بهذا البيع.<sup>(1)</sup>

فوظيفة العقد الابتدائي إذن، هي: الاتفاق على إنجاز الأمور المعقود عليها لئتم تنفيذها في آجالها المحددة، والتي تنتهي بتنفيذ العقد النهائي.

وتكمن أهمية العقد الابتدائي في الامتيازات التي يخولها للبائع والمشتري، فبالنسبة للمشتري فإنه بإبرامه العقد الابتدائي يكون قد ضمن فرصته في الحصول على الشقة أو البناء، بالمواصفات والشروط المتفق عليها في أجل محدد، مقابل أدائه لثمن محدد يؤديه على أقساط في آجال معينة حسب تقدم الأشغال، وأما البائع فإنه يجد في هذا النوع من العقود وسيلة للحصول على الأموال التي تمكنه من إتمام مشروعه، دون الاضطرار للقروض المرهقة لأوضاعه المادية.

وقد وقع الاختلاف بين فقهاء القانون في تكييف العقد الابتدائي، فقد اعتبره بعضهم صورة من صور الوعد بالبيع الملزم للجانبين، وخصص هذا النمط من البيع الملزم للطرفين بتسميته بالبيع الابتدائي تمييزا له عن العقد النهائي.<sup>(2)</sup>

وحل إشكال تكييف العقد الابتدائي متوقف على دراسة مضمونه، وإجراءاته القانونية؛ لما للبيع الابتدائي من خصوصيات أكدها القانون المنظم له.

### التكييف القانوني للعقد الابتدائي لبيع العقار في طور الإنجاز

#### 1- الوعد بالبيع والعقد الابتدائي

(1) السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، فقرة 132، مرجع سابق (1/250-251).

(2) عمر اليوسفي العلوي، بيع العقار في طور الإنجاز - بين النظر والتطبيق -، رسالة لنيل دبلوم الماستر المتخصص في القانون الخاص (الرباط: كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية السويسي، السنة الجامعية 2008م-2009م) (ص: 18).

يندرج الوعد بالبيع أو الوعد بالشراء La promesse de contrat، ضمن الاتفاقات التمهيديّة التي تسبق بعض العقود التي لها خصوصيات، فقد عرّف الفقه القانوني الاتفاقيات التمهيديّة التي تسبق إبرام العقد النهائي بأنها:

«كل عقد يهدف إلى إبرام عقد نهائي، وهي لا تتضمن الإيجاب فقط، بل تتكون من إيجاب وقبول»<sup>(1)</sup>.

ومن الاتفاقات التمهيديّة: البيع الابتدائي للعقار في طور الإنجاز الذي يعرب فيه طرفا العقد عن رغبتهما في التعاقد النهائي، في أجل معين.

ويعرف الوعد بالتعاقد بأنه: اتفاق بموجبه يتعهد أحد طرفيه أو كلاهما بإبرام عقد آخر نهائي، مع تحديد شروطه الأساسية بصورة مسبقة.

وهذا النوع من أنواع التعاقد التمهيدي شائع في الحياة العملية في عصرنا الحاضر، لما له من فوائد كثيرة؛ لهذا أصبح الوعد بالتعاقد وسيلة فعالة لتنشيط وتسهيل المعاملات، والتشجيع عليها في هذا العصر الذي تعقدت فيه المعاملات، وتشعبت؛ بسبب ظهور الصفقات الضخمة، والمشاريع المتطورة في شتى الميادين.<sup>(2)</sup>

والوعد بالبيع معروف جار به العمل منذ قديم الزمن، وتطرت إليه الكتب الفقهية، إلا أن تطور العقود في هذا العصر تطلب الأمر تنظيمه بدقة، ومن صور تجليات تنظيمه وتطويره العقد الابتدائي لبيع العقار في طور الإنجاز.

والوعد بالبيع له صور ثلاث :

(1) السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، فقرة 39، مرجع سابق (4/77-78).

(2) عبد الحق صافي، القانون المدني: المصدر الإرادي للالتزامات، مرجع سابق (1/246).

الصورة الأولى: الوعد بالبيع من جانب واحد (promesse de vente)، وفي هذه الصورة يعد مالك الشيء المرغوب في بيعه المتعاقد الراغب في الشراء أن يبيع منه هذا الشيء في مدة معينة. فيكون صاحب الشيء هو الملتزم وحده بالبيع إذا رغب الطرف الآخر في الشراء، أما الطرف الآخر فلا يكون ملتزماً بالشراء، بل هو حر إن شاء أقبل على إبرام العقد فيتم البيع النهائي، وإن شاء أحجم فلا يتم البيع، ويسقط الوعد بالبيع.

الصورة الثانية: الوعد بالشراء من جانب واحد (promesse d'achat)، وفي هذه الصورة يعد الراغب في الشراء صاحب الشيء المرغوب في شرائه أن يشتري منه ذلك الشيء، إذا رغب المالك في بيعه في مدة معينة. فيكون الراغب في الشراء هو الملتزم وحده بالشراء إذا رغب صاحب الشيء في بيعه، أما البائع فلا يكون ملتزماً بالبيع، بل هو حر إن شاء أتم البيع النهائي، وإن شاء امتنع فلا يتم البيع ويسقط الوعد بالشراء. فهذه هي الصورة المقابلة للصورة الأولى.

الصورة الثالثة: الوعد بالبيع والشراء الملتزم للجانبين، وهو بيع كامل، وليس اجتماع عقد الوعد بالبيع الملتزم للبائع، والوعد بالشراء الملتزم للمشتري. وفي هذه الصورة يوجد عقد واحد، التزم بموجبه أحد الطرفين بأن يبيع شيئاً والتزم الطرف الآخر بأن يشتريه، فيتم البيع بينهما ملتزماً للجانبين على هذا النحو.

فالوعد بالبيع والشراء الملتزم للجانبين - وهذا هو العقد الابتدائي كما سنرى - يلتزم صاحب الدار ببيعها من الطرف الآخر، وفي الوقت ذاته يلتزم الطرف الآخر بشرائها منه. فعندنا هنا عقد واحد ملتزم للجانبين... وهنا لا بد أن يتم البيع، بل هو قد تم فعلاً، فقد التزم صاحب الدار ببيعها والتزم الطرف الآخر بشرائها، فتم البيع ملتزماً للجانبين.<sup>(1)</sup>

## 2- البيع الابتدائي

(1) السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، فقرة: 40، مرجع سابق (4/80-82).

أن يتفق الطرفان على وعد بالبيع وبالشراء ملزم للجانبين، ويتلو هذا البيع الابتدائي بيع نهائي، يرم في ميعاد محدد يتفق عليه، فهذه هي الصورة العملية الصحيحة لما يسمى بالعقد الابتدائي.<sup>(1)</sup>

فتقف إذن عند هذه الصورة للكلام على ما يتعلق بها من الأحكام .

البيع الابتدائي<sup>(2)</sup> في صورته العملية الصحيحة: قلنا إن الطرفين يعقدان بيعاً ابتدائياً، ويحددان ميعاداً يتفقان عليه لإبرام البيع النهائي... وأهم ما يسترعى النظر في العقد الابتدائي - وهذا ما يميزه عن عقد البيع بوجه عام - أن كل الالتزامات (من دفع الثمن وتسليم المبيع) لا يقصد تنفيذها في الحال، بل في الآجال المحددة تنتهي بتحرير العقد النهائي .

إذ المفروض أن المتبايعين ، بتسميتهما العقد بيعاً ابتدائياً، إنما أرادا أن البائع لا يطالب بالثمن - فيما عدا ما قد يتفق عليه من عربون - حتى يحرر البيع النهائي، وأن المشتري لا يطالب بتسليم المبيع حتى هذا الوقت، ويزيد البيع الابتدائي في آثاره أنه ينشئ التزاماً في ذمة كل من الطرفين بإبرام البيع النهائي في الميعاد المتفق عليه.<sup>(3)</sup>

يبقى إذن أن نعرف لماذا لجأ المشرع إلى استعمال عبارة البيع الابتدائي، وهو في الحقيقة بيع تام ملزم للعاقدين؟ السبب في ذلك يرجع إلى اعتبارات عملية محضة، فقد أراد الطرفان إبرام بيع تام، وسمياه البيع الابتدائي؛ لأنهما يعتبران أن هذا البيع التام ليس هو البيع النهائي.<sup>(4)</sup>

(1) نفسه، فقرة: 40 (81-82/4).

(2) ويغلب أن يصاغ البيع الابتدائي بحيث يلتزم فيه البائع أن يبيع والمشتري أن يشتري، دون أن يذكر فيه لفظ "الوعد"، شأن البيع الابتدائي في ذلك شأن البيع النهائي. وهذا يدل على أن المتبايعين قصداً بالبيع الابتدائي بيعاً كاملاً باتاً منتجاً لجميع آثاره.

(3) السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، فقرة 42، مرجع سابق (82-83/4).

(4) نفسه، فقرة: 39 (78/4).

## 3- التكييف القانوني للعقد الابتدائي مع صورة الوعد بالبيع والشراء الملزم لطرفي العقد

تبين مما سبق أن العقد الابتدائي صورة للوعد بالبيع والشراء الملزم لطرفي العقد، وهناك بعض العقود الابتدائية لبيع العقار في طور الإنجاز ترم تحت عنوان: «الوعد بالبيع» صراحة CONTRAT COMPROMIS DE VENTE عوض البيع الابتدائي لبيع العقار في طور الإنجاز PRELIMINAIRE DU VENTE EN ETAT FUTUR D ACHEVEMENT، ويحتويان على مضمون واحد.

والعقد الابتدائي بما أنه وعد بالبيع وبالشراء ملزم لطرفي العقد، فإنه تنطبق عليه حقيقة البيع التام؛ تترتب عليه كل الآثار التي تترتب على البيع المطلق، فالبائع بمقتضى العقد الابتدائي ملزم بتسليم المبيع إلى المشتري، والمشتري ملزم بدفع الثمن إلى البائع، وإلى هذا المعنى تشير المادة 1589 من التقنين المدني الفرنسي، إذ تقول: «الوعد بالبيع يعدل البيع إذا تراضى الطرفان على المبيع والثمن»<sup>(1)</sup>.

إلا أن البيع المطلق تنفذ هذه الالتزامات في الحال، والعقد الابتدائي تنفذ في الآجال المحددة لذلك؛ وإلا ألزمه القضاء بذلك.

ويصدق هذا التكييف القانوني على العقد الابتدائي لبيع العقار في طور الإنجاز في القانون المغربي، فقد رأينا أن البيع الابتدائي للعقار في طور الإنجاز وعد بالبيع والشراء الملزم للجانبين، يعد بمقتضاه البائع بأن يبيعه عقارا أو جزءا منه في طور البناء، على أن ينتهي من أشغال بنائه داخل أجل محدد، ويعد المشتري بشراء العقار الموعود به بثمن يؤدي تبعا لتقدم أشغال البناء.

ويدل على كون البيع الابتدائي للعقار في طور الإنجاز ملزما للجانبين ما ورد في الفصل: 618-16 «إذا رفض أحد الطرفين إتمام البيع داخل أجل ثلاثين يوما من تاريخ توصله

(1) نفسه، فقرة: 39، (4/79).

بالإشعار المنصوص عليه في الفصل 18 - 618 أعلاه، فيمكن للطرف المتضرر اللجوء إلى المحكمة لطلب إتمام البيع، أو فسخ العقد الابتدائي» .

#### 4- آثار البيع الابتدائي للعقار في طور الإنجاز.

تقدم فيما سلف أن بيع العقار في طور الإنجاز يستلزم إبرام عقدين: العقد الابتدائي الذي يتضمن تحديد الالتزامات الملقى على عاتق البائع والمشتري، بالإضافة إلى مواصفاتها ومواعيد تنفيذها، وأجل الانتهاء منها، والعقد النهائي الذي يبرم بعد الانتهاء من تنفيذ هذه الالتزامات توثيقاً لها.

فعقد البيع الابتدائي إذا انعقد صحيحاً بأركانه وشروط صحته، فإنه يترتب عليه من الآثار ما يترتب على البيع بوجه عام، وهو انتقال ملكية المبيع إلى المشتري، واستحقاق البائع الثمن؛ إلا أن الاختلاف الموجود بين الآثار التي يربتها البيع الابتدائي والبيع العام، هو أن البيع الابتدائي لا ينتج آثاره في الحال، وإنما يتم الالتزام فيه على تنفيذ هذه الالتزامات في المواعيد المتفق عليها.

وعليه، فالبيع الابتدائي ينتج آثاراً تتمثل في الالتزامات المتفق عليها في ذمة كل من طرفي العقد، خلال مدة معينة.<sup>(1)</sup>

فترتب على البائع بمقتضى عقد البيع الابتدائي التزامين أساسيين، وهما:

❖ الالتزام بتشييد العقار المبيع داخل أجل محدد، وفق المواصفات المفصلة في دفتر التحملات الموقع عليه من الطرفين، وضمن المقاييس والمعايير المبينة بالتصاميم الهندسية؛ إعمالاً لمقتضيات الفصل 1-618 من قانون الالتزامات والعقود.

❖ الالتزام بضمان أقساط الثمن التي يدفعها المشتري في حالة عدم تطبيق مقتضى العقد الابتدائي.

(1) السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، فقرة 42، مرجع سابق (4/82-23).

وأما المشتري فيترتب على عاتقه بتوقيع البيع الابتدائي التزاماً أساسياً يتجلى في أداء أقساط الثمن في مواعيدها المحددة، وذلك تبعاً لتقدم أشغال البناء، ووفقاً لما تم الاتفاق عليه.<sup>(1)</sup>

### التكييف الفقهي للبيع الابتدائي للعقار في طور الإنجاز:

يتبين من تصوير العقد الابتدائي، واستجلاء حقيقته، وتكييفه القانوني، أن العقد الذي يجمع بين البائع والمشتري بتوقيع عقد البيع الابتدائي في حكم العقد التام، بصرف النظر عن اسم العقد؛ سواء سمي وعدا بالبيع والشراء، أم عقداً ابتدائياً، أم عقداً تاماً؛ لأن العبرة بحقائق العقود لا بأسمائها، فإذا تم التواعد على كون الوعد ملزماً فإن "الوعد الملزم المقترن بالعقد إنما هو في حكم العقد، وإن سمي وعداً؛ وذلك لأن العبرة بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني؛ لأن الإلزام من أبرز خصائص العقد"<sup>(2)</sup>؛ فالتواعد الملزم للجانبين، وإن كان متضمناً إبداء الرغبة في البيع والشراء دون إتمام ذلك، فإن ذلك غير مؤثر ما كان الإلزام باقياً.

فالعقد الابتدائي هو في الحقيقة؛ كما كشف عن ذلك التكييف القانوني السابق، عقد بيع على أمور مستقبلية لا تنفذ في الحال، ملزم للجانبين، وهو في موضع العقد التام، فينبغي أن تُجرى عليه أحكام العقد.

(1) عبد الحفيظ مشاشي، بيع العقار في طور الإنجاز: دراسة على ضوء القانون المغربي والمقارن، مرجع سابق (ص: 147، 191).

(2) ديبان بن محمد الديبان، المعاملات المالية أصالة ومعاصرة (الرياض: مكتبة الملك فهد الوطنية، 1432هـ) (9/ 559).

## نموذج لصيغة البيع الابتدائي لعقار في طور الإنجاز

التاريخ .....

### بيع ابتدائي لعقار في طور الإنجاز

بمحضر السيد ... موثق بمدينة... والموقع أسفله تقدم :

1- السيد...المزاد بكذا ... بتاريخ... مهنته...متزوج طبقا للشريعة الإسلامية بالسيدة...المغربي الجنسية والحامل للبطاقة الوطنية حرف...رقم...بتاريخ... المستوطن كطرف بائع من جهة والموقع أسفله

2-السيد...المزاد... بتاريخ... مهنته...متزوج بالسيدة...المغربي الحاصل للبطاقة الوطنية حرف...رقم...بتاريخ... المقيم بمدينة... تجزئة... زنقة...رقم... كطرف مشتري من جهة أخرى والموقع أسفله

فالتماسا من هذا السيد ...بصفته موثقا الإشهاد عليهما إلهادا رسميا بالبيع الابتدائي لعقار في طور الإنجاز طبقا للقانون 44.00 والجاري بينهما مباشرة ولذلك شهد عليهما بما يلي:

### الفصل الأول: بيع ابتدائي لعقار في طور الإنجاز

باع السيد... تحت جميع الصفات القانونية والفعلية في هذا النوع من البيوع إلى السيد... الذي صرح بقبوله، شقة العقار الذي يحمل اسم "الأمان" الموجود ب... رخصة البناء عدد... بتاريخ... يتكون البناء في طور الإنجاز من خمس طوابق ويخضع لنظام الملكية المشتركة طبقا لقانون 18.00، حامل الرسم العقاري عدد.... عن المحافظ على الملكية العقارية بمدينة...

### الفصل الثاني: التعيين

يشمل المبيع شقة من العقار تحت الصك العقاري عدد.... في الطابق الثاني مساحتها مائة (100) متر وتتكون من ثلاث غرف وصالون ومطبخ وحمام وبهو وفق ما هو مسطر في دفتر التحملات والتصميم الهندسي النهائي المصادق عليه من طرف المصالح المختصة.

### الفصل الثالث: الثمن

اتفق الطرفان على تحديد الثمن في خمسمائة ألف درهم (500000.00) درهم يؤديها المشتري للبائع كما يلي:

- عند الانتهاء من أشغال الطابق السفلي، يؤدي المشتري لفائدة البائع مبلغ مائة وخمسين ألف درهم (150000.00درهم).

- عند الانتهاء من بناء الشقة يؤدي المشتري للبائع مبلغ مائة وخمسين ألف درهم (150000.00 درهم).
- عند انتهاء الأشغال والقيام بأعمال تبييط الجدران والتزليج والسباكة وتركيب الأبواب والنوافذ يؤدي المشتري الباقي في ذمته وهو مائتي ألف درهم (200000.00 درهم).

### الفصل الرابع: مدة الإنجاز

يلزم البائع بتسليم المحل كاملا ومنجزا خلال مدة ثلاث سنوات تبتدئ من تاريخ العقد الابتدائي.

### الفصل الخامس: الوثائق

أدلى البائع بالوثائق المتطلبة قانونا في هذا النوع من البيوع طبقا للقانون 44.00 وهي:

- ✓ شهادة من السجل العقاري عدد...
- ✓ شهادة من المهندس السيد... تثبت الانتهاء من أشغال الأساسات الأرضية للعقار موضوع البناء وضمنه الشقة.
- ✓ نسخة طبق الأصل من التصميم المعماري النهائي.
- ✓ نسخة طبق الأصل من تصميم الإسمنت المسلح.
- ✓ نسخة طبق الأصل من دفتر التحملات الذي يتضمن مكونات المشروع، ونوع الخدمات والتجهيزات الواجب إنجازها، وما أعد له طبقاً للفصل 4-618 ق.ل.ع، وقد وقع عليها الطرفان وتسلم المشتري نسخة عنها.
- ✓ شهادة التأمين رقم... المؤرخة في... عن شركة التأمين... لفائدة المشتري في حدود خمسمائة ألف درهم (500000.00 درهم).

- ✓ شهادة بإيداع نسخة من دفتر التحملات ومن التصميم المعماري وتصميم الإسمنت المسلح. ومن نظام الملكية المشتركة لدى المحافظة العقارية، وقد اضطلع المشتري على نظام الملكية المشتركة.
- ✓ تعهد مكتوب ومصحح الإمضاء من قبل البائع باحترام التصاميم الهندسية وشروط دفتر التحملات.

#### الفصل السادس: أصل الملكية

يصرح المتبايعان أن أصل الملكية يرجع فيه إلى الرسم العقاري المشار له، وقد أقر البائع أنه تملك المبيع بعقد رسمي للبيع بتاريخ... مسجل بمصلحة المحافظة العقارية بتاريخ... مراجعه.

#### الفصل السابع: التحملات والشروط

إن البيع الابتدائي الجاري بين البائع والمشتري تحت جميع الضمانات والشروط القانونية والواقعية في مثله وعلى الخصوص.

- 1- يلتزم المشتري بعدم تفويت الشقة محل البيع الابتدائي إلا بموافقة البائع حتى يحرر عقد البيع النهائي.
- 2- يلتزم الطرفان بتطبيق مقتضيات القانون 44.00 بحسن نية وتفاهم.
- 3- يلتزم المشتري بأداء كامل الأقساط في إبانها وفق ما هو مسطر في الفصل الثالث أعلاه.
- 4- يلتزم البائع باحترام التصاميم الهندسية وشروط دفتر التحملات وكامل المواصفات الأخرى.
- 5- يلتزم البائع بإنجاز البناء في حدود المدة المتفق عليها وهي ثلاث سنوات كما ورد في الفصل الرابع أعلاه.

#### الفصل الثامن: تصريح

يصرح البائع أن العقار موضوع التصرف لا يترتب عليه أي رهن أو حجز أو تعرض

#### الفصل التاسع: التفويض

يفوض الطرفان الأستاذ... الموقع أسفله في التوقيعات اللازمة لإجراءات التنفيذ، وفي أداء مختلف الضرائب والرسوم المفروضة على العقار محل التعاقد وطلب جميع الرخص الإدارية التي يتوقف عليها تنفيذ العقد.

#### الفصل العاشر: محل المخابرة والتقاضي

لأجل حسن تنفيذ العقد وتوابعه، والتقاضي عند الاقتضاء فإن الأطراف يصرحون بأن محل المخابرة معهم في موطنهم المذكور في صدر هذه الوثيقة.

#### الفصل الحادي عشر: إبرام العقد النهائي

يبرم العقد النهائي بين الطرفين لدى الأستاذ الموثق... ما لم يتعذر ذلك طبقاً لأحكام الفصل (16-618) ق.ل.ع

## الفصل الثاني عشر: التذكير بالقوانين

تبعاً لظهير 4 ماي 1925 المنظم للتوثيق العصري، فإن الأستاذ الموقع أسفله ذكر الطرفان بالقوانين الجارية في مثل هذا النوع من البيوع وخاصة أحكام القانون 44.00 والفصول 12 و 12 مكرر و 41 و 41 مكرر، من مدونة التسجيل والتنبير لسنة 1958م كما غيرت وأتممت وبالذعائر التي قد تفرض عليهم في حالة إخفاء الثمن الحقيقي أو في حالة التملص من أداء الضرائب والرسوم الواجبة عليهم.

## الفصل الثالث عشر: قراءة الوثيقة والتوقيع

حضر لدى الأستاذ الطرفان، فقام فضيلته بإعادة قراءة العقد عليهما في كل فصوله قراءة تمعن وبيان، فاستوعباه، ووافقا عليه الموافقة التامة فأمضوا محتواه ووقعوه إيداناً بقبوله دون تحفظ.

وحرر ووقع في مدينة..... بتاريخ..... وسجل.....

إمضاء السادة :

— الأستاذ الموثق ..... -الطرف البائع..... - الطرف المشتري.....

## المطلب الثالث: العقد النهائي لبيع العقار في طور الإنجاز

العقد النهائي هو العقد الذي يبرم بعد تنفيذ كلا طرفي عقد بيع العقار في طور الإنجاز كل الالتزامات الملقاة على عاتقهما المضمنة في العقد الابتدائي، من إنجاز العقار من قبل البائع، ودفع كامل أقساط الثمن من قبل المشتري، وغير ذلك من الالتزامات، وبه ينتقل العقار المبيع إلى المشتري.

فالعقد النهائي باعتباره يُبرم بعد إنجاز العقار المبيع يخضع لنفس القوانين التي يخضع لها البيع العادي، إلا أن خصوصيته تستدعي إضافة بعض الأحكام الخاصة إليه نظرا لارتباطه باتفاقات سابقة مضمنة في عقد سابق، وهو العقد الابتدائي يجب احترامها في العقد النهائي، وهذا ما يمثل الخصوصية التي يتميز بها العقد النهائي لبيع العقار في طور الإنجاز عن العقد العادي.

وقد نص الفصل 16 - 618 على أن العقد النهائي يبرم طبقا لمقتضيات الفصل 3-618، ويتعين تضمينه نفس البيانات المضمنة في عقد البيع الابتدائي الواردة في الفصل 3-618 المتقدم، وذلك بعد أداء المبلغ الإجمالي للعقار، أو للجزء المفرز من العقار محل عقد البيع الابتدائي.<sup>(1)</sup>

فبيع عقار في طور الانجاز يخضع لسلسلة من الإجراءات القانونية، بدءا من توقيع العقد الابتدائي الذي يتضمن الالتزامات المتفق عليها بين البائع والمشتري المتعلقة بالمبيع والثمن والأجل، مروراً إلى مرحلة إبرام العقد النهائي بعد تنفيذ هذه الالتزامات المخصصة لتنظيم عملية انتقال ملكية المبيع إلى المشتري، طبقا لمقتضى الفصل 20-618 الذي ورد فيه: لا تنتقل ملكية الأجزاء المباعة إلى المشتري إلا من تاريخ إبرام العقد النهائي، أو صدور الحكم

(1) الفصل 16 - 618 - يبرم العقد النهائي طبقا لمقتضيات الفصول 3 - 618 المشار إليه أعلاه وذلك بعد أداء المبلغ الإجمالي للعقار أو للجزء المفرز من العقار، محل عقد البيع الابتدائي.

النهائي في الدعوى إن كان العقار غير محفظ أو في طور التحفيظ، وتنتقل الملكية بعد تقييد العقد النهائي، أو الحكم بالسجل العقاري إذا كان العقار محفظاً.

فالباع النهائي إذا أبرم فإنه ينسخ البيع الابتدائي ويحل محله، فلا يبقى إلا هذا البيع النهائي لتنظيم العلاقات بين المتبايعين. لأنه يمثل المرجع النهائي في تحديد الالتزامات التعاقدية بين البائع والمشتري. ويمكن القول: إن إبرام البيع النهائي يكون بمثابة تقايل من البيع الابتدائي، فيعتبر البيع الابتدائي كأن لم يكن، ولا يكون هناك إلا البيع النهائي، فيصبح تاريخ البيع هو تاريخ البيع النهائي... ولا عبرة بتاريخ البيع الابتدائي، فهذا بيع قد نسخ كما تقدم. ولهذا يجوز أن يختلف البيع النهائي في شروطه عن البيع الابتدائي، ولكن ذلك لا يكون إلا باتفاق الطرفين. فيجوز أن يتفقا على تعديل في مقدار الشيء المبيع، أو تعديل في الثمن، أو تعديل في سائر شروط البيع الابتدائي، ولا قيد عليهما في ذلك إلا وجوب اتفاقهما عليه. فإذا امتنع أي منهما عن قبول تعديل في شروط البيع الابتدائي، التزم الآخر بهذه الشروط دون تعديل، ووجب عليه إمضاء البيع النهائي بالشروط نفسها التي تم بها البيع الابتدائي.<sup>(1)</sup>

وبالجملة فإن: العقار محل البيع في بيع العقار في طور الإنجاز لا بد أن يتحقق إنجازها في المرحلة الأولى بمقتضى العقد الابتدائي، قبل الانتقال إلى مرحلة تسليمه بإبرام البيع النهائي الذي يمكّن المشتري من تملك العقار وهو كامل البناء والتجهيز، وفق المواصفات المتفق عليها سلفاً في العقد الابتدائي، كما يمكن كذلك البائع من تحصيل كامل الثمن المتفق عليه.

(1) ينظر: السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، فقرة 43، مرجع سابق (4/ 84-85).

## نموذج وثيقة البيع النهائي لعقار في طور الإنجاز

التاريخ .....

### بيع نهائي لعقار خاضع للقانون 44.00

بمحضر السيد ... موثق بمدينة... والموقع أسفله تقدم :

السيد... المزداد ... بتاريخ ... مهنته ... المغربي الجنسية بطاقته الوطنية رقم ... رمزها ... تاريخها ... مستوطن ...

كطرف بائع من جهة والموقع أسفله

1. السيد ... المزداد ... بتاريخ ... مهنته ... متزوج طبقا للشريعة الإسلامية بالسيدة ... المغربي الجنسية بطاقته

الوطنية رقم ... رمزها ... تاريخها ... مستوطن ...

كطرف مشتري من جهة أخرى والموقع أسفله

فالتمسا من السيد ... بصفته موثقا لإشهاد عليها إشهادا رسميا بالبيع النهائي للعقار في طور الإنجاز الخاضع للقانون

44.00 الجاري بينهما مباشرة ولذلك شهد عليهما بما يلي:

### الفصل الأول: بيع نهائي لعقار في طور الإنجاز

باع السيد ... تحت جميع الضمانات القانونية والفعالية في هذا النوع من البيوع الشقة من عقار الأمان الموجود ب ...

الحامل للرسم العقاري عدد ... الصادر عن المحافظة العقارية بمدينة... والخاضع لنظام الملكية المشتركة طبقا لقانون

18.00

### الفصل الثاني: إتمام البيع

بعد الانتهاء من بناء الشقة موضوع العقد الابتدائي المحرر بتاريخ ... من طرفنا وفق المواصفات المحددة القانونية والاتفاقية،

وبعد الحصول على رخصة السكنى واعتبار الشقة جاهزة ومنجزة، وبعد أداء جميع الثمن المتفق عليه وهو خمس مئة ألف

درهم. (500000.00 درهم) على ثلاث دفعات وفق الاتفاق، وبعد إتفاق الطرفين على إلغاء التقييد الاحتياطي الذي كان

لفائدة المشتري، يطلب الطرفان البائع والمشتري من السيد المحافظ على الأملاك العقارية بكلميم أن يخصص لشقة السيد ...

( المشتري ) الموجودة بالطابق الثاني كما هي محددة في الفصل الثاني من عقد البيع الابتدائي، سجلا عقاريا خاصا بها

مستخرجا من السجل العقاري عدد ... ويسلمه الشقة المذكورة خال من أي التزام أو رهن أو حجز أو تحمل

### الفصل الثالث: التفويض

نفس المحلات المعينة في العقد الابتدائي.

وحرر ووقع في مدينة... بتاريخ ... وسجل ...

إمضاء السادة:

الطرف المشتري

الطرف البائع

الأستاذ الموثق

## الفصل الثاني :

### تحقيق مناط الحكم الشرعي في بيع العقار في طور الإنجاز

وفيه ستة مباحث:

- ⊖ المبحث الأول: مفهوم: «تحقيق المناط» و«التكييف الفقهي»
- ⊖ المبحث الثاني: «بيع العقار في طور الإنجاز» و«بيع السلم»
- ⊖ المبحث الثالث: «بيع العقار في طور الإنجاز» و«عقد الاستصناع»
- ⊖ المبحث الرابع: «بيع العقار في طور الإنجاز» و«بيع المعدوم»
- ⊖ المبحث الخامس: «بيع العقار في طور الإنجاز» و«بيع الإنسان ما ليس عنده»
- ⊖ المبحث السادس: «بيع العقار في طور الإنجاز» و«بيع الكالئ بالكالئ»

## المبحث الأول: مفهوم «تحقيق المناط» و«التكييف الفقهي»

أرى أنه لا بد قبل الخوض في تفصيلات تحقيق مناط الحكم الشرعي في بيع العقار في طور الإنجاز، الحديث عن مفهوم «تحقيق المناط»، وما يقوم عليه وهو «التكييف الفقهي»، من خلال مطلبين.

### المطلب الأول: مفهوم «تحقيق المناط».

يتم تعريف مصطلح «تحقيق المناط» وبيانه، من خلال التعريف بجزأيه: «التحقيق»، و«المناط».

#### التحقيق لغة واصطلاحاً:

التحقيق لغة هو إثبات الأمر والتأكد منه للوقوف على حقيقته واليقين منه، حتى يصير حقاً لا يشك فيه.

ورد في أساس البلاغة: «قال أبو زيد: حق الله الأمر حقاً: أثبتته وأوجبه. وحق الأمر بنفسه حقاً وحقوقاً. وقال الكسائي: حققت ظنه مثل حقيقته...»

وحققت الأمر وأحققته: كنت على يقين منه. وحققت الخبر فأنا أحقه: وقفت على حقيقته»(1).

والتحقيق في الاصطلاح عرف بأنه: إثبات المسألة بدليلها.(2)

فيبدو من خلال تعريفات العلماء لـ«تحقيق المناط» أنهم اكتفوا بالمعنى اللغوي للتحقيق؛ لأن معناه الاصطلاحى لا ينفك عنه، ولا يحتاج المصطلح إلى تمييز عن المعنى اللغوي

(1) الزمخشري، أساس البلاغة، تحقيق: محمد باسل عيون السود، ط1 (بيروت: دار الكتب العلمية، 1419 هـ - 1998 م) (203/1).

(2) الجرجاني، التعريفات، ط1 (بيروت: دار الكتب العلمية، 1403 هـ - 1983 م) (ص: 53).

لتطابقهما، فيمكن أن يقال اعتماداً على المعنى اللغوي أن "التحقيق" اصطلاحاً يعني: إثبات الشيء المتوقع على التأكد من صحته وصدقه.

### المناط لغةً واصطلاحاً:

#### المناط لغة:

المناط أصل يدل على تعليق شيء بشيء، يقال: ناط الشيء ينوطه نوطاً، أي علّقه، والنوط: ما يتعلق به، وجمعه: أنواط، والمناط بفتح الميم اسم موضع التعليق.<sup>(1)</sup>

#### المناط اصطلاحاً:

يُطلَقُ لفظ "المناط" في اصطلاح الأصوليين على: عِلَّةِ الحُكْمِ؛ لأنه نِيطَ -أي: عُلقَ- الحُكْمُ بها.

و"المناط"، و"العلة": لفظان مترادفان لمدلول واحد في اصطلاح الأصوليين، فإذا أُطلق لفظ "المناط" فإنه يراد به "العلة" في باب القياس، وكذا إذا أُطلق لفظ "العلة" فإنه يراد به "المناط". قال ابن قدامة: «ونعني بالعلة: مناط الحكم»<sup>(2)</sup>.

وقال الغزالي: «اعلم أنا نعني: بالعلة في الشرعيات مناط الحكم، أي: ما أضاف الشرع الحكم إليه، وناطه به، ونصبه علامة عليه»<sup>(3)</sup>.

(1) الجوهري، الصحاح، مادة (نوط)، مرجع سابق (3/1165)، الزبيدي، تاج العروس، مادة (نوط)، تحقيق: مجموعة من المحققين (الناشر: دار الهداية) (20/155)، أحمد الفيومي الحموي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير (بيروت: المكتبة العلمية) (2/630).

(2) ابن قدامة المقدسي، روضة الناظر، ط2 (بيروت: مؤسسة الريان للطباعة والنشر والتوزيع، 1423هـ-2002م) (2/144).

(3) الغزالي، المستصفى، تحقيق: محمد عبد السلام عبد الشافي، ط1 (بيروت: دار الكتب العلمية، 1413هـ - 1993م) (ص: 174).

وقال القرافي: «والعلة ربط بها الحكم وعلق عليها، فسميت مناطاً على وجه التشبيه والاستعارة»<sup>(1)</sup>.

فعامة الأصوليين لا يُفَرِّقون في اصطلاحهم بين لفظ "المناط" ولفظ "العلة"، ويعتبرونهما لفظين مترادفين في الاصطلاح كلاً منهما يُطلق إزاء الآخر.

وتحقيق المناط إذن: معناه النظر في معرفة وجود علة الحكم الشرعي المنصوص عليه في الفرع غير المنصوص عليه، بعد معرفة العلة في نفسها، سواء أكانت معروفة بنص، أو إجماع، أو استنباط<sup>(2)</sup>، ثم توسع مفهومه ليصبح دالاً على التحقيق في متعلق الحكم الشرعي مطلقاً؛ سواء أكان علةً، أو قاعدةً شرعيةً، أو معنى لفظٍ عامٍّ أو مطلقٍ، أو ما يشمل الحكم الشرعي الكلي العام، من المفردات العينية المظنون أنها مشمولة له في الواقع، فعرف تحقيق المناط بأنه: «أن يعلق الشارع الحكم بمعنى كلي، فينظر في ثبوته في بعض الأنواع، أو بعض الأعيان؛ كأمره باستقبال الكعبة، وكأمره باستشهاد شهيدين من رجالنا ممن نرضى من الشهداء ... فيبقى النظر...: هل هذا المصلي مستقبل القبلة؟ وهذا الشخص عدل مرضي؟ ونحو ذلك»<sup>(3)</sup>. ثم توسع ليصبح دالاً على التحقيق فيما يصح تنزيل الحكم الشرعي عليه من تلك المفردات مما لا يصح، بناء على تحقق المقصد الشرعي منه أو عدم تحققه، وهذا أوسع مدلول لتحقيق المناط ليشمل تلك الأبعاد المتعددة بعدما كان يدل على بُعد واحد منها، وفي ذلك يقول الشاطبي: «ومعناه أن يثبت الحكم بمدركه الشرعي، لكن يبقى النظر في تعيين محله»<sup>(4)</sup>.

(1) القرافي، شرح تنقيح الفصول، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، ط1 (الناشر: شركة الطباعة الفنية المتحدة، 1393 هـ - 1973 م) (ص: 388).

(2) الأمدي، الإحكام في أصول الأحكام، تحقيق: عبد الرزاق عفيفي (بيروت - دمشق: المكتب الإسلامي) (3/302).

(3) ابن تيمية، مجموع الفتاوى، تحقيق: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم (المدينة النبوية: مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، 1416 هـ / 1995 م) (16/19).

(4) الشاطبي، الموافقات، تحقيق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، ط1 (الناشر: دار ابن عفان، 1417 هـ / 1997 م) (5/12، 14-15).

فتحقيق المناط يتطلب البحث عن الواقع، وتدقيق النظر والملاحظة فيه، حتى يتعيّن محل الحكم الشرعي، عبر عملية «التكييف الفقهي» التي بها يتبين مناط الحكم، وما يتعلق به ويؤثر فيه، كما يتضح في المطلب الموالي.

### المطلب الثاني: «التكييف الفقهي» مفهومه، ومراحله، ومتطلباته

الكيفية: لفظ مولد مصوغ من كيف، وكيف: اسم يستفهم به عن الحال، والمراد بها: صفة الشيء وحاله.<sup>(1)</sup>

ومنه قول بعض علماء علم الكلام في الفرق بين التمثيل والتكييف: «إن التكييف هو: جعل الشيء على حقيقة معينة، من غير أن يقيداً بمماثل»<sup>(2)</sup>.

### التكييف الفقهي:

المراد بالتكييف الفقهي هو: «التصور الكامل للواقعة، وتحرير الأصل الذي تنتمي إليه»<sup>(3)</sup>. وتكييف العقد مثلاً يتمثل في إعطاء الوصف الحقيقي للعقد؛ وذلك بتحديد نوع من المعاملات، أو العقود الشرعية التي يمكن أن تلحق بها المعاملة المعاصرة المطلوب تكييفها؛ من أجل معرفة موقف الشرع من العقد، ضمن قواعد العقود العامة، وأحكام الشريعة ومقاصدها.<sup>(4)</sup>

فمتى عرضت للناظر في النوازل نازلة جديدة، فإنه يدرسها في إطار كليات الشريعة وجزئياتها؛ ليستطيع، بعد تأمل حقيقتها، وفحص واقعها وظروفها، أن يردّها إلى أصلها الشرعي، وأن يلحقها بابها الفقهي.

(1) محمد البعلي، المطلاع على ألفاظ المقنع، تحقيق: محمود الأرنؤوط وياسين محمود الخطيب، ط1 (جدة: مكتبة السوادي للتوزيع، 1423هـ - 2003م) (ص: 395).

(2) محمد الذهبي، العرش، تحقيق: محمد بن خليفة التميمي، ط2 (المدينة المنورة: عمادة البحث العلمي بالجامعة الإسلامية، 1424هـ/2003م) (1/116).

(3) محمد عبد الله بخضر، التكييف الفقهي للخدمات المصرفية، ط1 (الأردن: دار النفائس للنشر والتوزيع) (ص: 8).

(4) يُنظَر: خليفة الخروبي، العقود المساهة، ط2 (تونس: مجمع الأطرش للكتاب المختص، 2013م) (ص: 12، 14).

وبتأمل النوازل المعاصرة يمكن تقسيم التكييف إلى نوعين:

**الأول: التكييف البسيط:** وهو الجلي اليسير، حيث يمكن رد النازلة إلى أصل من أصول الشريعة بسهولة، لأن النازلة غير مركبة من عدة أمور متداخلة؛ مثل فتح الحساب الجاري في البنوك، حيث إن العميل يسلم للبنك شيئاً من المال بشرط أن يعيد البنك هذا المال أو بعضه للعميل متى طلبه، ويحق للبنك في مقابل ذلك أن يستثمر هذا المال بوجه من وجوه الاستثمار المشروعة.<sup>(1)</sup>

**والنوع الثاني: التكييف المركب:** وهو ما يتجاذب النازلة عدة أصول، وبذلك يكون رد النازلة إلى أصل فقهي معين ليس يسيراً واضحاً، بل يتطلب الأمر نظراً معمقاً، وجهداً علمياً في دراسة مضمون المسألة، وتفصيلها، كما في «عقد الصيانة» الذي تعددت أنماط تكييفاته حسب مضمون هذا العقد، فقد يكيف على أنه: عقد إجارة مع أجير مشترك أو خاص، أم عقد اجتمع فيه عقدان: البيع والإجارة، أم بيع وشرط، أم عقد إجارة على صناعة الشيء وصيانته، أم عقد إجارة وبيع، أم عقد الجعالة.<sup>(2)</sup>

### مراحل التكييف الفقهي:

يمر التكييف الفقهي للنوازل المالية بمرحلتين يجب مراعاتها عند تكييف تلك النوازل، كالآتي:

### المرحلة الأولى: التكييف العام.

تكييف المعاملة محل البحث تكييفاً عاماً، بتحديد أي قسم من أقسام العقود هي، وذلك بتحديد كونها معاوضة، أم تبرع... وبعض المعاملات لن تكييف إلا تكييفاً عاماً، كعقود

(1) ينظر: محمد بن حسين الجيزاني، فقه النوازل (48 / 1).

(2) ينظر: الصديق محمد الأمين الضير، عقود الصيانة وتكييفها الشرعي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ع 11 (جدة: منظمة المؤتمر

الإسلامي، 1419هـ-1998م) (344 / 11)

الاختيارات، فهي تكييف فقط على أنها معاوضة،<sup>(1)</sup> ويتعذر ردها لعقد مسمى، لذا يبدو أن التكييف العام، هو خطوة أولى في التخريج على نظرية العقد.

#### المرحلة الثانية: التكييف الخاص

وتكييف فيها المعاملة محل البحث تكييفاً خاصاً، بتحديد مسمى العقد الذي تندرج تحته، مثل تكييف عقود الإذعان على أنها عقد بيع؛ لذا يمكن القول بأن التكييف الخاص هو تخريج على العقود المسماة.<sup>(2)</sup>

ويكيف بيع العقار في طور الإنجاز تكييفاً خاصاً مركباً؛ بحيث يتنازع هذا العقد أكثر من أصل وتكييف، وهي: عقد السلم، وعقد الاستصناع، وبيع الإنسان ما ليس عنده، وبيع الكالئ بالكالئ، وبيع الغرر كما سنرى بعد.

#### ما ينبغي العناية به عند تكييف النوازل المالية المعاصرة:

عند تكييف النوازل المالية المعاصرة، ينبغي للمجتهد أن يراعي عدداً من الأمور التي تعينه على تكييف هذه النوازل، ومنها:

1. مراعاة مرونة التكييف الفقهي، حيث إن بعض المعاملات قد تكييف على أنها عقد واحد جديد، وقد تكييف بنوع من التكييف بأخذ جملة من العقود لا عقداً واحداً (مثل بيع العقار في طور الإنجاز)؛ فيجب أن يلحظ جملة من الأحكام، وليس حكماً واحداً، عند تكييف المعاملات المالية المعاصرة.

2. التعرف على التكييف القانوني للمعاملات؛ لأنه يساعد بشكل كبير على التكييف الفقهي، كما أن المعاملات المالية المعاصرة تحكمها القوانين الوضعية؛ لذا يحب التعرف عليها، للاستفادة منها. وكلما كان الباحث الشرعي متضلعا بالقانون الوضعي الذي ينظم المعاملات المالية المعاصرة كانت تكييفاته الفقهية للنوازل المالية أكثر انضباطاً.

(1) محمد الأمين الضير، الاختيارات، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، عدد (7) (جدة: منظمة المؤتمر الإسلامي، د.ت) (2/13408).

(2) حسني خيرى طه، مدخل لدراسة المعاملات المالية، مرجع سابق (ص: 97).

3. ضرورة التحقق من توافر أركان العقود وشروطها في العقود الحديثة، لتأخذ أحكامها من الصحة والبطلان، والنفاذ والتوقف...
4. وجوب الاستناد إلى النصوص والقواعد العامة التي تحكم المعاملات والعقود.
5. العناية والاعتبار بالمعاني والمقاصد، لا بالمباني والألفاظ.
6. بيان المقاصد الأصلية، والمقاصد التبعية للمعاملة؛ لأن العلم بها ييسر الحكم عليها.
7. الالتفات إلى آثار التكييفات الفقهية: وذلك بالنظر في مآلات الأحكام قبل إصدارها، وهو خطوة مهمة في التكييف الفقهي، تدفع الباحث إلى مراعاة آثار تكييفه للنوازل.

## المبحث الثاني: «بيع العقار في طور الإنجاز» و«بيع السلم»

تقدم فيما سبق أن المبيع في بيع العقار في طور الإنجاز هو عقار غير موجود وقت إبرام العقد الابتدائي، لكن ممكن الوجود في الأجل المستقبل، فهو ليس عند البائع وقت إبرام البيع، كما أن الأصل في أداء ثمن العقار المبيع في طور الإنجاز أن يكون مقسماً في شكل دفعات تستحق تبعاً لتقدم أشغال البناء.

والأصل في البيع أن يكون تسليم المبيع والتمن معجلاً، وتأجيل تسليم المبيع بأن يكون في ذمة البائع إلى أجل محدد يجيزه الفقهاء إذا توفرت فيه شروط بيع السلم المتفق على جوازه. وهذا ما يستلزم التحقق من انطباق صورة بيع السلم على بيع العقار في طور الإنجاز؛ باعتبار أن المبيع في كلا البيعين معدوم وغير مملوك للبائع وقت إبرام البيع، كما أن تسليمه يؤجل في العقدين إلى حين وجوده في أجل معين.

### المطلب الأول: بيع السلم: تعريفه، حكمه، شروطه

#### تعريف بيع السلم:

قال إبراهيم الحلبّي الحنفي: «هو بيع آجل بعاجل، ويصح فيما أمكن ضبط صفته، ومعرفة قدره، لا في غيره»<sup>(1)</sup>.

وقال ابن عابدين الحنفي: «هو شراء آجل بعاجل»<sup>(2)</sup>.

(1) إبراهيم الحلبّي، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، تحقيق: خليل عمران المنصور، ط1 (بيروت: دار الكتب العلمية، 1419هـ - 1998م) (1/137).

(2) ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، مرجع مذكور (5/209).

وقال القرطبي المالكي: «هو بيع معلوم في الذمة، محصور بالصفة، بعين حاضرة أو ما هو في حكمها، إلى أجل معلوم»<sup>(1)</sup>.

وفسر الشافعية بيع السلم بأنه: «عقد على موصوف في الذمة ببدل يعطى عاجلاً»<sup>(2)</sup>.

وقال موسى الحجاوي الحنبلي: «هو عقد على موصوف في الذمة مؤجل بثمن مقبوض في المجلس، ويشترط له ما يشترط للبيع، إلا أنه يجوز في المعدوم»<sup>(3)</sup>.

ويستفاد من هذه التعريفات أن الفقهاء اختلفوا في تعريف السلم تبعاً لاختلاف مذاهبهم في الشروط المعتمدة فيه.

فالحنفية والحنابلة الذين شرطوا في السلم ليكون صحيحاً قبض الثمن في مجلس العقد، وتأجيل المسلم فيه - احترازاً من السلم الحال - عرفوه بما يدل على ذلك كما ورد في تعريف إبراهيم الحلبى، وابن عابدين الحنفيين، وفي تعريف موسى الحجاوي الحنبلي.

وأما الشافعية فلم يشترطوا في المبيع المسلم فيه أن يكون مؤجلاً، لجواز السلم الحال عندهم كما فهم من تعريف النووي الشافعي.

وأما المالكية فيدل تعريفهم لبيع السلم على منعهم السلم الحال، وعدم اشتراطهم تسليم رأس المال في مجلس العقد، وأجازوا تأجيله اليومين والثلاثة لخفة الأمر.

فتقييد المالكية المسلم فيه بأن يكون معلوماً في الذمة يفيد التحرز من المجهول، ومن السلم في الأعيان المعينة، مثل الذي كانوا يستلفون في المدينة حين قدم عليهم النبي ﷺ

(1) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، تحقيق: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، ط2 (القاهرة: دار الكتب المصرية، 1384هـ - 1964م) (3/378-379).

(2) ينظر: الرافعي، العزيز شرح الوجيز، تحقيق: علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود، ط1 (بيروت: دار الكتب العلمية، 1417هـ-1997م) (4/391)، والنووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، تحقيق: زهير الشاويش، ط3 (بيروت- دمشق- عمان: المكتب الإسلامي، 1412هـ / 1991م) (3/4).

(3) الحجاوي، الإقناع في فقه الإمام أحمد، تحقيق: عبد اللطيف محمد موسى السبكي (بيروت: دار المعرفة) (2/133).

فإنهم كانوا يستلفون في ثمار نخيل بأعيانها، فنهاهم عن ذلك لما فيه من الغرر، إذ قد تخلف تلك الأشجار فلا تثمر شيئاً. وقولهم: «محصور بالصفة» تحرز عن المعلوم على الجملة دون التفصيل، كما لو أسلم في تمر أو ثياب أو حيطان ولم يبين نوعها ولا صفتها المعينة. وقولهم: «بعين حاضرة» تحرز من الدين بالدين. وقولهم: «أوما هو في حكمها» تحرز من اليومين والثلاثة التي يجوز تأخير رأس مال السلم إليه؛ فإنه يجوز تأخيره ذلك القدر، بشرط وبغير شرط لقرب ذلك، ولا يجوز اشتراطه عليها. ولم يجز الشافعي ولا أبو حنيفة تأخير رأس مال السلم عن العقد والافتراق، ورأوا أنه كالصرف.<sup>(1)</sup>

### حكم بيع السلم:

أجاز الشرع الإسلامي عقد السلم في القرآن والسنة، ووقع على جوازه إجماع الأمة:

أما في القرآن: قال ابن عباس: «أشهد أن السلف المضمون إلى أجل مسمى قد أحله الله في كتابه وأذن فيه، ثم قرأ قوله تعالى: ﴿إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى﴾<sup>(2)(3)</sup>، والسلم هو سلف في ذمة البائع إلى أجل معلوم.

ورد في تفسير ابن كثير: «...قال سفيان الثوري، عن ابن أبي نجيح، عن مجاهد، عن ابن عباس في قوله: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ﴾<sup>(4)</sup> قال: أنزلت في السلم إلى أجل معلوم.

(1) نفسه (3/ 378-379).

(2) البقرة: 282.

(3) رواه الشافعي في مسنده (1/ 138)، وعبد الرزاق الصنعاني في مصنفه، رقم: 14064 (5/ 8)، وابن أبي شيبة في مصنفه، رقم:

22319 (4/ 481).

(4) البقرة: 282.

وقال قتادة، عن أبي حسان الأعرج، عن ابن عباس، قال: أشهد أن السلف المضمون إلى أجل مسمى أن الله أحله وأذن فيه، ثم قرأ: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَيْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى﴾<sup>(1)</sup> رواه البخاري<sup>(2)</sup>.

وأما السنة: فقد روي عن ابن عباس أنه قال: «قَدِمَ النَّبِيُّ ﷺ الْمَدِينَةَ وَهُمْ يُسَلِّفُونَ بِالْتَّمْرِ السَّنَتَيْنِ وَالثَّلَاثَ، فَقَالَ: «مَنْ أَسْلَفَ فِي شَيْءٍ، فَفِي كَيْلٍ مَعْلُومٍ، وَوَزْنٍ مَعْلُومٍ، إِلَىٰ أَجَلٍ مَعْلُومٍ»<sup>(3)</sup>.

وأما الإجماع، فقال ابن المنذر: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن السلم جائز، ولأن بالناس حاجة إليه؛ لأن أرباب الزروع والثمار والتجارة يحتاجون إلى النفقة على أنفسهم أو على الزروع ونحوها حتى تنضج، فجوز لهم السلم دعماً للحاجة.<sup>(4)</sup>

#### شروط بيع السلم:

قال ابن حاجب: «له شروط، الأول: تسليم جميع الثمن خوف الدين بالدين، ويجوز اليوم واليومين بالشرط، وفيها: وثلاثة، وقيل: لا يجوز فإن أحر أكثر بغير شرط فقولان، ويجوز الخيار إلى ما يجوز التأخير إليه بالشرط بغير نقد [في العين].<sup>(5)</sup>

فالمبيع في عقد السلم كما يتضح في تعريفاته السابقة: هو مبيع معلوم موصوف في الذمة مؤجل إلى أجل معلوم.

(1) الآية نفسها.

(2) ابن كثير، تفسير القرآن العظيم، تحقيق: سامي بن محمد سلامة، ط2 (الرياض: دار طيبة للنشر والتوزيع، 1420هـ - 1999م) (722/1).

(3) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب السلم، باب السلم في وزن معلوم، رقم: 2240 (3/85)، ومسلم في صحيحه، كتاب المساقاة، باب السلم، رقم: 127 (1604).

(4) النووي، المجموع شرح المهذب (بيروت: دار الفكر) (95/13)، ابن قدامة، المغني (القاهرة: مكتبة القاهرة، 1388هـ - 1968م) (207/4).

(5) ابن الحاجب، جامع الأمهات، تحقيق: أبو عبد الرحمن الأخضر الأخضر، ط2 (دمشق-بيروت: دار اليمامة للطباعة والنشر والتوزيع، 1421هـ - 2000م) (370/1).

والفقهاء اشترطوا تعجيل الثمن، وقبضه في مجلس العقد أو قريبا منه بيوم أو ثلاثة كما أجاز المالكية لخفة الأمر. فلماذا اتفقوا على تعجيل الثمن رغم أن أدلة جواز السلم السابق ذكرها ليس فيها ما يدل على وجوب تعجيل الثمن؟ وإنما أكدت الآية على تحديد الآجل عند المدائنة، وأكد الحديث على تحديد المسلم فيه، وأجل تسليمه.

فقد صرح بعض الفقهاء أن سبب اشتراط الفقهاء أن يكون الثمن مقبوضا في مجلس العقد هو أن تأجيل قبض الثمن في بيع السلم يؤدي إلى بيع الدين بالدين؛ لأن البائع إذا باع موصوفا في الذمة إلى أجل معلوم بثمن مؤجل، فإنه يدين للمشتري بالثمن، والمشتري يدين للبائع بالمبيع، وهذا هو بيع الدين بالدين المنهي عنه، وسيأتي الحديث عنه.

### المطلب الثاني: تحقيق مناط بيع السلم في بيع العقار في طور الإنجاز

إن المبيع في بيع العقار في طور الإنجاز: هو عقار في ذمة البائع، غير موجود وقت إبرام العقد الابتدائي وإنما هو في طور الإنجاز، سيوجد كاملا وقت التعاقد النهائي، موصوف وصفا دقيقا يزيل عنه الجهالة؛ وذلك من خلال البيانات التي يجب أن يحتويها عقد البيع الابتدائي طبقا للفصل 3-618 من قانون بيع العقار في طور الإنجاز الذي ورد فيه:

«يجب أن يتضمن العقد على الخصوص العناصر التالية:

- هوية الأطراف المتعاقدة؛
- الرسم العقاري الأصلي للعقار المحفظ موضوع البناء، أو مراجع ملكية العقار غير المحفظ، مع تحديد الحقوق العينية، والتحملات العقارية الواردة على العقار وأي ارتفاق آخر عند الاقتضاء؛
- تاريخ ورقم رخصة البناء؛
- وصف العقار محل البيع؛
- ثمن البيع النهائي وكيفية الأداء؛

■ أجل التسليم؛

■ مراجع الضمانة البنكية، أو أية ضمانة أخرى، أو التأمين عند الاقتضاء».

وقد يقال إن المبيع في بيع العقار في طور الإنجاز عقار، والسلم في العقار لا يجوز عند الأئمة الأربعة.

ووجه المنع الذي ذكره الفقهاء: أن العقار لا بد أن يعين موضعه لتفاوت قيمته باختلاف موضعه، وبيان موضعه يعني تعيينه، وإذا تعين خرج عن كونه في الذمة، كما أنه إذا عين المسلم فيه أمكن بيعه في الحال، ولا حاجة إلى بيعه عن طريق السلم.

قال القرافي: «يمنتع السلم في الدور، والأرضين؛ لأن خصوص المواضع فيها مقصود للعقلاء، فإن عين لم يكن سلماً؛ لأن السلم لا يكون إلا في الذمة، وإن لم يعين كان سلماً في مجهول»<sup>(1)</sup>.

وقال الرملي: «ولا يصح السلم في العقار؛ لأنه إن عين مكانه فالمعين لا يثبت في الذمة وإلا فمجهول»<sup>(2)</sup>.

والعلة التي ذكرها الفقهاء لعدم جواز السلم في العقار هي: أن «شرط صحة السلم بيان صفته التي تختلف الأغراض فيها، وكونه ديناً في الذمة، ولا يمكن اجتماعهما فيه لأن من صفاته التي تختلف فيها الأغراض محله، وبذكرة يتعين خارجاً ولا يكون في الذمة، فلا بد فيه من فقد أحد الشرطين»<sup>(3)</sup>؛ إلا أن العقار الذي نتحدث عنه في هذا المقام هو عقار غير موجود وقت انعقاد البيع، مثل السلم في الثمار التي لم تخلق المنصوص على جوازه، ووصف العقار بتحديد موضعه لا يخرج عن كونه في الذمة، لأن هذا العقار غير موجود وإنما هو في ذمة

(1) القرافي، الذخيرة، تحقيق: محمد حجي وسعيد أعراب ومحمد بوخبزة، ط1 (بيروت: دار الغرب الإسلامي، 1994 م) (242/5).

(2) الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج (بيروت: دار الفكر، 1404هـ/1984م) (211/4).

(3) عليش محمد بن أحمد، منح الجليل شرح مختصر خليل، د.ط (بيروت: دار الفكر، 1409هـ/1989م) (388/5).

المنعش العقاري، وتحديد موضعه إنما يدخل في الأوصاف التي تزيل الجهالة عنه مثل ما يُزيل تحديداً الكيل أو الوزن الجهالة عن الثمار، فلكل مبيع الصفات التي يعرف بها وترفع الجهالة عنه، حسب نوعه وخصوصيته.

وأما الثمن في بيع العقار في طور الإنجاز: فهو معين لا يدفع بصفة نهائية بل يؤدي مجزأ إلى أقساط، تؤدي حسب مراحل إنجاز مشروع البناء تبعاً لتقدم أشغال البناء، فمن أهم ما يحتوي عليه العقد الابتدائي: البيانات المتعلقة بثمن البيع النهائي وكيفية أدائه.

وعليه، فالمبيع في بيع العقار في طور الإنجاز كالمبيع في السلم، محدد موصوف للبائع بأوصاف دقيقة ترفع عنه الجهالة، وهو في ذمة البائع يسلم للمشتري في أجل معلوم.

والثمن في عقد السلم: يكون معلوماً يسلم في مجلس العقد أو ما في حكمه بتأجيل يومين أو ثلاثة عند الملكية، والثمن في بيع العقار في طور الإنجاز معين محدد معلوم مثل الثمن في السلم، إلا أنه قد لا يدفع كاملاً معجلاً، بل غالباً ما يدفع قسط منه معجلاً والباقي مؤجلاً، وأما في عقد السلم فمن شروطه أن يدفع الثمن كله معجلاً في مجلس العقد أو ما في حكمه.

والإشكال المثار هنا أن العلماء الذين جوزوا بيع السلم في كل الأمور اشترطوا كغيرهم من العلماء في السلم أن يكون رأس المال المدفوع من المشتري مقبوضاً كله معجلاً، وفي بيع العقار في طور الإنجاز يدفع مقسطاً كما سبق ذكره.

وعليه، فعدم تسليم أحد البديلين يجعل العقد الابتدائي لبيع العقار في طور الإنجاز لا يتحقق فيه مناط أحكام بيع السلم بتسليم الثمن كله، وتأجيل تسليم المبيع؛ لأن ذلك من قبيل الكالئ بالكالئ المنهي عنه، وهذا ما يوضح استقلال بيع العقار في طور الإنجاز عن بيع السلم، بل إن خصوصية هذا العقد تكمن في أنه يلبي حاجة المشتري الذي يعجز عن دفع كامل الثمن معجلاً في مجلس العقد، ويمكنه من دفع الثمن على أقساط يتم تحديدها ومواعيد استحقاقها.

## المبحث الثالث: «بيع العقار في طور الإنجاز» و«عقد الاستصناع»

## المطلب الأول: تعريف عقد الاستصناع

## تعريف الاستصناع لغة:

"الاستصناع" لغة: طلب الصنع وسؤاله<sup>(1)</sup>، فالألّف والسين للطلب، يقال: استغفار لطلب المغفرة، يقول الجوهري: «(الصنع) بالضم: مصدر قولك صنع إليه معروفًا. وصنع به صنيعًا قبيحًا، أي فعل. والصناعة: حرفة الصانع، وعمله الصنعة»<sup>(2)</sup>، ويقول ابن منظور: "يقال اصطنع فلان خاتما إذا سأل رجلا أن يصنع له خاتما"<sup>(3)</sup>، واستصنع الشيء: دعا إلى صنعه.

## تعريف الاستصناع اصطلاحًا:

تعددت عبارات العلماء في تعريف عقد الاستصناع، ومن تلك التعريفات، قول الكاساني: «هو عقد على مبيع في الذمة، شرط فيه العمل»<sup>(4)</sup>.

وعرفه البابرتي بقوله: «الاستصناع هو أن يجيء إنسان إلى صانع فيقول اصنع لي شيئًا صورته كذا وقدره كذا بكذا درهما، ويسلم إليه جميع الدراهم أو بعضها أو لا يسلم»<sup>(5)</sup>.

وعرّف في مجلة الأحكام العدلية في المادة (124): «الاستصناع عقد مقاولة مع أهل الصنعة على أن يعمل شيئًا، فالعامل صانع، والمشتري مستصنع، والشيء مصنوع»<sup>(6)</sup>.

(1) النسفي، طلبه الطلبة، مادة (صنع) (بغداد: المطبعة العامرة، مكتبة المثنى، 1311 هـ) (ص: 109).

(2) الجوهري، الصحاح، مادة (صنع)، مرجع سابق (3/ 1245).

(3) ابن منظور، لسان العرب، مادة (صنع)، مرجع سابق (8/ 209).

(4) الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط 2 (بيروت: دار الكتب العلمية، 1406 هـ - 1986 م) (5/ 2).

(5) البابرتي، العناية شرح الهداية، د. ط (الناشر: دار الفكر، د. ت) (7/ 114).

(6) لجنة من العلماء والفقهاء، مجلة الأحكام العدلية، تحقيق نجيب هواويني (الناشر: نور محمد، كارخانه تجارت كتب، آرام باغ، كراتشي) (31/ 1).

ويستفاد من هذه التعاريف:

أن الاستصناع هو تعاقد بين الصانع وطالب الصنعة وهو المستصنع، والمعقود عليه هو المبيع في ذمة البائع شرطت فيه الصنعة والعمل، موصوف وصفا يرفع الجهالة عنه؛ بمثل تحديد وزنه أو كيله أو هيئته أو مساحته وغيرها، والتمن معلوم عند التعاقد، ويصح دفعه كله معجلاً في مجلس العقد، أو إعطاء بعضه معجلاً والباقي مؤجلاً، أو تأخير دفعه إلى حين قبض المبيع.

### المطلب الثاني: الحكم الشرعي لعقد الاستصناع

اختلف الفقهاء في حكم الاستصناع، تبعاً لاختلافهم في تكييفه، وإدخال بعض الشروط أو إخراجها؛ حيث أدخله الجمهور ضمن عقد السلم، واشتروا فيه نفس شروطه، في حين اعتبره الأحناف عقداً مستقلاً؛ فانقسم الرأي الفقهي في حكم الاستصناع إلى رأيين:

**الرأي الأول:** يرى عدم جواز عقد الاستصناع، وهو مذهب المالكية<sup>(1)</sup> والشافعية<sup>(2)</sup> والحنابلة<sup>(3)</sup> وهو قول زفر<sup>(4)</sup> من الحنفية، ومن أهم ما ستند إليه هذا القول:

(1) ورد في حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: «كما أن استصناع السيف والسرّج سلم سواء كان الصانع المعقود معه دائم العمل أم لا كأن تقول لإنسان اصنع لي سيفاً أو سرّجاً صفته كذا بدينار فلا بد من تعجيل رأس المال وضرب الأجل وأن لا يعين العامل ولا المعمول منه». الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، د. ط (مصر: دار إحياء الكتب العربية، د. ت) (3/217).

(2) قال الشافعي: «ولو شرط أن يعمل له طستا من نحاس وحديد أو نحاس ورصاص لم يجز؛ لأنها لا يخلصان فيعرف قدر كل واحد منهما وليس هذا كالصبغ في الثوب؛ لأن الصبغ في ثوبه زينة لا يغيره أن تضبط صفته وهذا زيادة في نفس الشيء المصنوع قال وهكذا كل ما استصنع». الشافعي، الأم، د. ط (بيروت: دار المعرفة، 1410هـ/1990م) (3/134).

(3) ورد في الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف: «ذكر القاضي وأصحابه: أنه لا يصح استصناع سلعة؛ لأنه باع ما ليس عنده على غير وجه السلم». المرادوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ط 2 (الناشر: دار إحياء التراث العربي، د. ت) (4/300).

(4) قال المرغيناني: «يجب أن يعلم أن الاستصناع جائز في كل ما جرى التعامل فيه كالقنيسوة والخف والأواني المتخذة من الصفر والنحاس وما أشبه ذلك استحساناً، ولا يجوز فيما لم يجر التعامل فيه كالثياب وما أشبهها، والقياس: أن لا يجوز الاستصناع أصلاً، وبه أخذ زفر والشافعي». المرغيناني، المحيط البرهاني في الفقه النعماني، تحقيق: عبد الكريم سامي الجندي، ط 1 (بيروت: دار الكتب

أن عقد الاستصناع لا يمكن أن يكون "عقد بيع"؛ لأن المستصنع لا يجوز بيعه؛ لأنه غير موجود عند البائع (الصانع) وقت انعقاد البيع، وقد نهى رسول الله ﷺ عن بيع ما ليس عند الإنسان، لقوله ﷺ «لَا تَبِعْ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ»<sup>(1)</sup>.

✓ أن عقد الاستصناع لا يصح أن يكون سلماً،<sup>(2)</sup> لأنه لم يضرب له أجل، ومن شروط

صحة السلم أن يكون المسلم فيه في ذمة البائع إلى أجل معلوم<sup>(3)</sup> عند الحنفية<sup>(4)</sup> والمالكية<sup>(5)</sup> والحنابلة<sup>(6)</sup>، خلافاً للشافعية.<sup>(7)</sup>

الرأي الثاني: وهو رأي علماء الحنفية ما عدا زفر<sup>(8)</sup>، وهو جواز عقد الاستصناع، ومستند هذا الرأي:

■ أن الاستصناع جرى التعامل به في سائر الأعصار منذ زمن رسول الله ﷺ إلى اليوم من غير تكبير، فيصدق عليه الإجماع العملي الذي يندرج في قوله ﷺ: «لَا تَجْتَمِعُ أُمَّتِي عَلَى ضَلَالَةٍ»<sup>(9)</sup>، وقوله ﷺ: «مَا رَأَى الْمُسْلِمُونَ حَسَنًا فَهُوَ عِنْدَ اللَّهِ حَسَنٌ»<sup>(10)</sup>.

(1) رواه أبو داود في سننه، أبواب الإجارة، باب في الرجل يبيع ما ليس عنده، رقم: 3503 (3/283)، والترمذي في سننه، أبواب البيوع عن رسول الله ﷺ، باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك، رقم: 1232 (3/526).

(2) تقدم تعريف عقد السلم وتكييفه الفقهي.

(3) قال رسول الله ﷺ: «مَنْ أَسْلَفَ فِي شَيْءٍ، فَفِي كَيْلٍ مَعْلُومٍ، وَوَزْنٍ مَعْلُومٍ، إِلَى أَجَلٍ مَعْلُومٍ»، تقدم تحريجه.

(4) الباقري، العناية شرح الهداية، مرجع سابق (7/86-87).

(5) ابن الحاجب، جامع الأمهات، مرجع سابق (1/370).

(6) الحجاوي المقدسي، الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل، مرجع مذكور (2/133).

(7) جاء في مغني المحتاج: «(ويصح) السلم (حالا ومؤجلا) بأن يصرح بهما. أما المؤجل فبالنص والإجماع، وأما الحال فبالأولى لبعده عن الغرر».

الخطيب الشرييني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ط1 (بيروت: دار الكتب العلمية، 1415 هـ - 1994 م) (3/8).

(8) المرغيناني، المحيط البرهاني في الفقه النعماني، مرجع سابق (7/134).

(9) رواه أبو داود في سننه، كتاب الفتن والملاحم، باب ذكر الفتن ودلائلها، رقم: 4253 (4/98).

(10) المرغيناني، المحيط البرهاني في الفقه النعماني، مرجع سابق (7/135). والحديث لم أجده إلا موقوفاً على عبد الله بن مسعود، رواه أحمد في

مسنده، رقم: 3600 (6/84)، والطبراني في المعجم الكبير، رقم: 8583 (9/112).

■ استصناع رسول الله ﷺ وسلم خاتما ومنبرا.<sup>(1)</sup>

وقد قصر الحنفية جواز عقد الاستصناع على ما جرى العمل على الاستصناع به، وأما ما لم يجر العمل على الاستصناع فيه فقد رجعوا فيه إلى القياس، فقالوا بعدم جوازه، كما إذا أمر حائكا أن يحيك له ثوبا بغزل نفسه.<sup>(2)</sup>

### المطلب الثالث: شروط الاستصناع في المذهب الحنفي

تقدم أن الحنفية جوزوا عقد الاستصناع استنادا إلى تعامل الناس به منذ عهد النبي ﷺ من غير نكير، تيسيرا للمعاملة بين الناس لاحتياجهم إلى استصناع ما يحتاجون.

ولما كان انتشار التعامل بالاستصناع من غير نهي هو مستند جوازه استثناء من النهي عن بيع الإنسان ما ليس عند عنده كما سبق، فإن فقهاء الأحناف ضبطوه بالطريقة التي يتعامل الناس بالاستصناع في عهدهم، فأروا أن الاستصناع إذا خرج عن هذه الطريقة فإنه يفقد سنده الشرعي الذي هو الإجماع العملي؛ ومن ثم اشترطوا لجواز عقد الاستصناع شرطين أساسيين:

#### الشرط الأول:

أن يكون المصنوع معلوما؛ بأن يحدد جنسه، ونوعه، وصفته، ومقداره؛<sup>(3)</sup> لأن المبيع لا يصير معلوما إلا ببيان هذه الأمور، وإن لم تتبين هذه الأمور أو بعضها فإنه تعثره جهالة فيكون ممنوعا؛ لأن الجهالة في المعقود عليه تفسد العقد.

#### الشرط الثاني:

(1) الزيلعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، ط1 (القاهرة: المطبعة الكبرى الأميرية - بولاق، 1313 هـ) (4/123).

(2) الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق (5/210).

(3) نفسه (5/3).

أن يكون المصنوع مما يجري فيه تعامل الناس بالاستصناع فيه، ومثلوا لذلك بأواني الحديد والنحاس والزجاج، والخفاف، والنعال، والسيوف، والسكاكين، ونحو ذلك، قال الكاساني: «ولا يجوز في الثياب؛ لأن القياس يأبى جوازه، وإنما جوازه - استحسانا - لتعامل الناس، ولا تعامل في الثياب»<sup>(1)</sup>.

وإذا نظرنا إلى الأشياء التي أجاز فيها الأحناف الاستصناع لتعامل الناس به فيها وجدناها تشمل: أواني الحديد والرصاص والنحاس والزجاج، والخفاف والنعال، ولجم الحديد للدواب، ونصول السيوف، والسكاكين والقسي، والنبل والسلاح كله، والطشت والقمقمة، ونحو ذلك.<sup>(2)</sup>

والناس في تلك العصور تعاملوا بالاستصناع في هذه الأمور ومثيلاتها لحاجتهم إلى استصناعها دون غيرها، وقد يحتاج الناس في أي عصر آخر إلى التعامل بالاستصناع في أشياء أخرى لنفس السبب، وهو تيسير معاملاتهم واحتياجهم إلى استصناع ما يحتاجون إليه من الآلات والأجهزة والبنيات وغيرها، وخصوصا في العصر الراهن المختلف عن العصور الماضية، بما وقع فيه من تطور هائل في جميع أنحاء الحياة، ومنها الحياة الاقتصادية التي أفرزت احتياجات كثيرة، وهذا ما انتهت إليه مجلة الأحكام العدلية التي نصت في المادة (389) على أن: «كل شيء تعومل استصناعه يصح فيه الاستصناع على الإطلاق، وأما ما لم يتعامل باستصناعه إذا بين فيه المدة صار سلما، وتعتبر فيه حينئذ شروط السلم، وإذا لم يبين فيه المدة كان من قبيل الاستصناع أيضا».

### المطلب الرابع: تحديد الأجل

تحديد الأجل في عقد الاستصناع، مسألة لها أهمية في تكيف هذا العقد مع عقد بيع العقار في طور الإنجاز الذي يعتبر تحديد الأجل فيه شرطا أساسيا.

(1) الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق (3/5).

(2) نفسه (3/5).

وقد اختلف الأحناف في حكم ضرب الأجل في الاستصناع إلى رأيين:

**الرأي الأول:** ذهب أبو حنيفة إلى أنه يشترط في الاستصناع أن لا يحدد فيه الأجل، وأهم مستند هذا القول أنه إذا حدد فيه الأجل فإنه ينطبق عليه معنى السلم: وهو عقد على مبيع في الذمة إلى أجل معلوم، فيلزم أن تتوفر فيه شروطه، وهي: قبض الثمن في مجلس العقد، وعدم ثبوت الخيار للمشتري إذا أتى المبيع المصنوع على الصفة المتفق عليها.

**الرأي الثاني:** رأى أبو يوسف ومحمد الشيباني أن الاستصناع عقد مستقل عن عقد السلم، ولا يشترط ألا يكون فيه أجل؛ ووجه قول أبي يوسف ومحمد أن عدم تحديد الأجل ليس بشرط في عقد الاستصناع: أن العادة جارية بضرب الأجل في الاستصناع قصد تعجيل العمل، فلا يخرج بالأجل عن كونه استصناعاً<sup>(1)</sup>، فإذا كان المصنوع مما يجوز الاستصناع فيه، فيصح عقد استصناع، سواء أضرَب فيه أجل أم لم يضرَب فيه «إلا إذا كان مما لا يجوز فيه الاستصناع، فينقلب سلماً في قولهم جميعاً»<sup>(2)</sup>.

لأن مستند جوازه هو تعامل الناس به، فقد جرى تعامل الناس بضرب الأجل في عقد الاستصناع؛ كي ينتفعوا بالمصنوعات في الوقت الذي هم في حاجتهم إليه، وحتى يكون للصانع أجل يستطيع أن ينجز فيه دون مطالبة المستصنع بتسليم المصنوع.

وهذا قصد معتبر؛ لأن تحديد الأجل يمكن المستصنع من الاستفادة من المستصنع في وقت الحاجة إليه، وعدم تحديد الأجل يؤدي إلى كساد السلعة لعدم وجودها في وقت الحاجة.

والحاصل أن أهم مستند للذين لم يجيزوا عقد الاستصناع هو:

(1) الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق (3/5).

(2) ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، مرجع مذكور (223/5).

✓ أن المعقود عليه، وهو المصنوع، غير موجود وقت إبرام العقد، وبيع المعدوم لا يجوز لقوله: «لا تبع ما ليس عندك»<sup>(1)</sup>.

✓ أنه لم يحدد لتسليم المصنوع أجل فيندرج في عقد السلم الجائز.

والذين أجازوا عقد الاستصناع اعتبروه عقدا مستقلا عن عقد السلم، إذا كان المصنوع مما جرى العمل على الاستصناع به؛ سواء حدد له أجل أولم يحدد، على رأي أبي يوسف ومحمد الشيباني بخلاف أبي حنيفة الذي اشترط أن لا يحدد في عقد الاستصناع أجل.

### المطلب الخامس: تحقيق مناط عقد الاستصناع في بيع العقار في طور الإنجاز

رأينا أن المعقود عليه في عقد الاستصناع في المذهب الحنفي هو مبيع معلوم موصوف في الذمة، اشترط فيه الضُّعُ، والعمل والمصنوع منه مَعْلُومان، ببيان الجنس والنوع والقدر، والمادة والعمل من الصانع، والعين هي المعقود عليه عند جمهور الحنفية.

والمبيع في بيع العقار في طور الإنجاز كما سبق، هو: عقار في ذمة البائع غير موجود وقت إبرام العقد الابتدائي، وإنما هو في طور الانجاز (en état de construction) الذي سينتهي وقت التعاقد النهائي، موصوف وصفا يزيل عنه الجهالة؛ وذلك من خلا البيانات التي يحتويها عقد البيع الابتدائي المتعلقة بالعقار محل البيع؛ مثل: بيان رقم الرسم العقاري الأصلي للعقار المحفظ موضوع البناء، أو مراجع ملكية العقار غير المحفظ مع تحديد الحقوق العينية والتحملات والارتفاعات الواردة على العقار، وموقع العقار محل البيع، ووصفه ومساحته التقريبية، وثمان البيع النهائي، وكيفية الأداء، وأجل التسليم، وتاريخ ورقم رخصة البناء، ومراجع ضمانه استرجاع الأقساط المؤداة في حالة عدم تنفيذ البائع للعقد أو ضمانه إنهاء الأشغال أو التأمين (الفصل 3-618 مكرر)؛ ومن ثم يتبين اتفاق صورة المبيع في كلا العقدين.

(1) تقدم تحريجه.

والثمن في بيع العقار في طور الإنجاز: يدفع بعضه مؤجلاً وبعضه معجلاً على أقساط حسب تقدم أشغال البناء، وتعجيل الثمن أو تأجيله في عقد الاستصناع يجوز عند أكثر الحنفية.

والعقد الابتدائي عقد لازم للطرفين كما تبين في تكييف العقد الابتدائي، وأما عقد الاستصناع فهو عقد غير لازم لدى أكثر الحنفية، وذهب أبو يوسف إلى أنه إن تم صنع المبيع في عقد الاستصناع، وكان مطابقاً للأوصاف المتفق عليها، يكون عقداً لازماً، وأما إن كان غير مطابق لها فهو غير لازم عند الجميع؛ لثبوت خيار فوات الوصف.<sup>(1)</sup>

إلا أنه بالرغم مما قد يظهر من اتفاق عقد الاستصناع وبيع العقار في طور الإنجاز من حيث الصورة، فالكشف عن طبيعة بيع العقار في طور الإنجاز، ودراسة مضمونه، وتفصيله، وإجراءاته في المرحلة الابتدائية والنهائية، يبين عدم قدرة عقد الاستصناع على استيعاب أحكام بيع العقار في طور الإنجاز سواء من حيث الالتزامات المباشرة لهذا العقد، والشروط الواجب توفرها فيه، والواجبات والحقوق المترتبة في ذمة المشتري والبائع في فترة الإنجاز وما بعد الإنجاز، وكيفية تسديد الثمن للمستثمر العقاري.

(1) الكمال ابن الهمام، فتح القدير، د.ط (الناشر: دار الفكر، د.ت) (5/355-356).

### المبحث الرابع: «بيع العقار في طور الإنجاز» و«بيع المعدوم»

سبق التطرق إلى أن المبيع في بيع العقار في طور الإنجاز هو مبيع لم يوجد بعد، وإنما هو في طور البناء والتشييد، فهو ليس موجودا ولا يملكه البائع وقت البيع، وإنما أبرم العقد الابتدائي على إيجاد مبيع في المستقبل محدد موصوف وصفا يزيل عنه الجهالة، وهذا ما يشير إشكالا يتعلق بمنع الفقهاء بيع المعدوم، مما يستوجب استجلاء حقيقة هذا البيع، ثم تحقيق مناطه في بيع العقار في طور البناء.

وقد اشترط العديد من الفقهاء في عقد البيع أن يكون المبيع موجودا، واعتبروا بيع المعدوم من البيوع الفاسدة لاختلال شرط من شروطه، وهو وجود المبيع. وسيتم في هذا المبحث استبيان حقيقة بيع المعدوم، وحكمه، وأدلته، وعلة حكمه؛ قصد تحقيق مناطه في بيع العقار في طور الإنجاز.

#### المطلب الأول: الدلالة اللغوية والاصطلاحية لبيع المعدوم

المعدوم هو ما يقابل الموجود، والمعدوم المطلق: ما لا يتحقق لا ذهنا ولا خارجا، ويقابله الموجود بالمعنى الأعم، أعني التحقق ذهنا وخارجا.<sup>(1)</sup>

والمعدوم قسمان:

- ✓ المعدوم حقيقة: وهو الذي ليس له صورة في الخارج.
  - ✓ المعدوم حكما: وهو الذي حكم الشرع بعدمه، وإن كانت له صورة في الخارج.<sup>(2)</sup>
- وأما بيع المعدوم:

(1) أبو البقاء الحنفي، الكليات معجم في المصطلحات والفروق اللغوية، مرجع مذکور (1/655).

(2) محمد رواس قلنجي وحامد صادق قنبي، معجم لغة الفقهاء، ط2 (الناشر: دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع، 1408 هـ - 1988م) (1/440).

فلم أعر له على تعريف فقهي، وإنما وجدت الفقهاء يوضحون بيع المعدوم بذكر أمثله، ومنها: بيع الثمرة التي لم تخلق، وبيع المعاومة والسنين، وبيع نتاج التاج، وبيع المضامين، والملاقيح، وحبل الحبل، وبيع الجنين في بطن أمه.

وذلك راجع فيما يظهر لي إلى كون «المعدوم» الذي يوصف به المبيع غير الموجود وقت إبرام العقد واضح؛ وهو ضد الموجود كما سبق؛ ومن ثم، فبيع المعدوم هو بيع ما ليس موجوداً وقت البيع، ويتنفي فيه شرطاً من شروط البيع عند الفقهاء، وهو: أن يكون المبيع موجوداً وقت التعاقد.

فإذا تتبعنا ما يصفه الفقهاء ببيع المعدوم نجدهم يطلقونه على عقد البيع الوارد على ما ليس موجوداً وقت البيع، لكن يتوقع وجوده، ويتضح هذا الأمر في الأمثلة التي يضربونها لبيان البيوع المنهي عنها لكون المبيع معدوماً، مثل: المضامين، والملاقيح، وحبل الحبل، والمعاومة وبيع السنين (بيع الثمرة سنين)، واللبن، وما ليس عند الإنسان، والثمره التي لم تخلق.

### المطلب الثاني: حكم بيع المعدوم وأدلته

ذهب الفقهاء في مختلف المذاهب الفقهية الأربعة إلى حرمة بيع المعدوم، قال النووي: «بيع المعدوم باطل بالإجماع، ونقل ابن المنذر وغيره إجماع المسلمين على بطلان بيع الثمرة سنتين ونحو ذلك»<sup>(1)</sup>، فذكروا من شروط المعقود عليه التي لا يصح البيع إلا بتوفرها في المبيع: أن يكون موجوداً، فلا ينعقد بيع المعدوم، وماله خطر العدم. قال الكسائي: «وأما الذي يرجع إلى المعقود عليه فأنواع، (منها): أن يكون موجوداً فلا ينعقد بيع المعدوم، وماله خطر العدم»<sup>(2)</sup>.

وقد استدلت الفقهاء على منع بيع المعدوم من السنة، كما يأتي:

(1) النووي، المجموع شرح المذهب، مرجع سابق (9/258).

(2) علاء الدين الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق (5/138).

أولاً: روى مالك، عن أبي حازم بن دينار، عن سعيد بن المسيب، «أن النبي ﷺ نهى عن بيع الغرر» (1).

«ومن الغرر بيع المعدوم، فإنه أشد من الموجود المجهول»<sup>(2)</sup>، فالغرر ما انطوى أمره وخفيت عاقبته... «والمعدوم قد انطوى أمره، وخفيت عاقبته، فلم يجز بيعه»<sup>(3)</sup>، فبيع المعدوم يعتريه الغرر من جهة احتمال الوجود وعدمه، فينطبق عليه بيع الغرر المنهي عنه شرعاً، فدليل النهي عن بيع الغرر أبرز دليل يستدل به الفقهاء على منع بيع المعدوم.

ثانياً:

✓ عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما: أن رسول الله ﷺ «نهى عن بيع حبل الحبله» (4).

✓ وعبد الرزاق قال: أخبرنا معمر، عن الزهري، سألته عن الحيوان بالحيوان نسيئة؟ فقال: سئل ابن المسيب عنه فقال: «لا ربا في الحيوان، وقد نهى عن المضامين، والملاقيح وحبل الحبله» (5).

✓ وعن ابن عمر، «أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع الثمر حتى يبدو صلاحها» نهى البائع والمبتاع (6).

(1) مالك بن أنس، الموطأ، تحقيق: محمد مصطفى الأعظمي، ط1 (أبو ظبي: مؤسسة زايد بن سلطان آل نهيان للأعمال الخيرية والإنسانية، 1425 هـ - 2004 م) (4/960).

(2) ابن العربي، القبس في شرح موطأ مالك بن أنس، تحقيق: محمد عبد الله ولد كريم، ط1 (دار الغرب الإسلامي، 1992 م) (1/843).

(3) الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي (بيروت: دار الكتب العلمية) (2/12).

(4) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب البيوع، باب بيع الغرر وحبل الحبله، رقم: 2143 (3/70).

(5) رواه عبد الرزاق الصنعاني في مصنفه، كتاب البيوع، باب: بيع الحيوان بالحيوان، رقم: 14137 (8/20).

(6) أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب البيوع، باب النهي عن بيع الثمار قبل بدو صلاحها بغير شرط القطع، رقم: 49 - (1534)

(3/1165).

فهذه الأحاديث تدل على حرمة بيع بعض المبيعات المعدومة التي انعقد سبب وجودها، أو التي على خطر الوجود وقت العقد؛ كبيع المضامين، والملاقيح، وحبل الحبلية، والثمرة التي لم تخلق. قال علاء الدين السمرقندي: «ومنها بيع المعدوم الذي انعقد سبب وجوده، أو ما هو على خطر الوجود؛ كبيع المضامين والملاقيح ونتاج الفرس، لما روي عن النبي ﷺ: أنه نهى عن بيع المضامين والملاقيح وبيع حبل الحبلية» (1)، وقال الشيرازي: «ولا يجوز بيع المعدوم؛ كالثمرة التي لم تخلق... وروى جابر رضي الله عنه أن النبي ﷺ نهى عن المعاومة، وفي بعضها بيع السنين» (2).

وقد بوب عليه مالك ما لا يجوز من بيع الحيوان، وهي المضامين والملاقيح وحبل الحبلية، فإنه غرر في المعدوم. (3)

ثالثاً: عن حكيم بن حزام، قال: يا رسول الله، يأتيني الرجل فيريد مني البيع ليس عندي أفأبتاعه له من السوق؟ فقال: «لَا تَبِعْ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ» (4).

ووجه استدلال الفقهاء بهذا الحديث على حرمة بيع المعدوم أن المبيع المعدوم ليس عند الإنسان ولا يملكه، فلا يقدر الإنسان أن يملك ما هو معدوم. قال شمس الدين أبو المظفر: «قلنا النبي ﷺ نهى عن بيع المعدوم... فقال: لا تبع ما ليس عندك؛ أي لا تبع المعدوم» (5)،

(1) علاء الدين السمرقندي، تحفة الفقهاء، ط2 (بيروت: دار الكتب العلمية، 1414 هـ - 1994 م) (49/2).

(2) الشيرازي، المهذب، مرجع سابق (12/2). والحديث أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب البيوع، باب النهي عن المحاقلة والمزابنة، وعن المخابرة، وبيع الثمرة قبل بدو صلاحها، وعن بيع المعاومة وهو بيع السنين، رقم: 85 (1536).

(3) ابن العربي، القبس في شرح موطأ مالك بن أنس، مرجع سابق (1/843).

(4) تقدم تحريجه.

(5) شمس الدين أبو المظفر، إنباء الإنصاف في آثار الخلاف، تحقيق: ناصر العلي الناصر الخليلي (القاهرة: دار السلام، 1408)

(308/1).

وقال البابرتي: «والقياس يقتضي عدم جوازه (الاستصناع)؛ لأنه بيع المعدوم، وقد نهى ﷺ عَنْ بَيْعِ مَا لَيْسَ عِنْدَ الْإِنْسَانِ، وَرَخَّصَ فِي السَّلْمِ»<sup>(1)</sup>.

ومنع بيع المعدوم يقتضي إبطال كل بيع لم يكن المبيع موجودا وقت انعقاد البيع؛ وهذا ما سيؤدي إلى وقوع الناس في حرج كبير وعسر شديد في معاملاتهم، وخصوصا في هذا العصر الذي تطورت فيه المعاملات المالية تطورا كبيرا، بالمقارنة مع المعاملات في الزمن الماضي، ومن هنا لا بد من فقه علة بيع المعدوم.

### المطلب الثالث: تحقيق مناط بيع المعدوم في بيع العقار في طور الإنجاز

قد تقدم أن الفقهاء استدلوا على حرمة بيع المعدوم بأحاديث تدل على: نهي الشارع عن بيع الغرر، وعن بيع بعض الأشياء المعدومة، وعن بيع الإنسان ما ليس عنده.

وعند تتبع أقوال الفقهاء نجدهم يصرحون بأن الغرر هو علة النهي عن بيع المعدوم.

فالدليل الأول، وهو أنه ﷺ «نهى عن بيع الغرر»<sup>(2)</sup>، نص على علة النهي عن ما يعتره غرر، ومن الغرر بيع المعدوم، فإنه أشد من الموجود المجهول؛ وذلك أن الغرر هو ما خفي

(1) البابرتي، العناية شرح الهداية، مرجع سابق (7/114). قال الزيلعي عن هذا الحديث: «والذي يظهر أن هذا حديث مركب، فحديث النهي عن بيع ما ليس عند الإنسان، أخرجه أصحاب السنن الأربعة عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عبد الله بن عمرو بن العاص، قال: قال رسول الله ﷺ: "لَا يَحِلُّ سَلْفٌ وَبَيْعٌ، وَلَا شُرْطَانٌ فِي بَيْعٍ، وَلَا رِبْحٌ مَا لَمْ تَضْمَنْ، وَلَا بَيْعٌ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ"، انتهى. قال الترمذي: حديث حسن صحيح، وأخرجه أيضا عن حكيم بن حزام أن النبي ﷺ قال له: "لَا تَبِعْ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ"، وحسنه الترمذي،... وأما الرخصة في السلم، فأخرج الأئمة الستة في كتبهم عن أبي المنهال عن ابن عباس، قال: «قَدِمَ النَّبِيُّ ﷺ الْمَدِينَةَ وَهُمْ يُسَلِفُونَ بِالْتَمَرِ السَّتِينِ وَالثَّلَاثِ، فَقَالَ: "مَنْ أَسْلَفَ فِي شَيْءٍ، فَفِي كَيْلٍ مَعْلُومٍ، وَوَزْنٍ مَعْلُومٍ، إِلَى أَجَلٍ مَعْلُومٍ". الزيلعي، نصب الرأية لأحاديث الهداية، تحقيق: محمد عوامة، ط 1 (بيروت: مؤسسة الريان للطباعة والنشر/ جدة: دار القبلة للثقافة الإسلامية، 1418هـ/1997م) (4/46).

(2) تقدم نخرجه.

أمره وعاقبته... والمعدوم قد انطوى أمره وخفيت عاقبته فلم يجز بيعه، كما تقدم في كلام الشيرازي<sup>(1)</sup>.

والغرر منهي عنه لما رواه مالك، عن أبي حازم بن دينار، عن سعيد بن المسيب؛ أن رسول الله ﷺ «نَهَى عَنْ بَيْعِ الْغَرَرِ»<sup>(2)</sup>، والغرر في بيع المعدوم أنه "على خطر الوجود"<sup>(3)</sup>.

والدليل الثاني، وهو الأحاديث السابقة التي تنص على حرمة بيع بعض الأشياء المعدومة؛ كالمضامين، والملاقيح، وحبل الحبلية، والثمرة التي لم تخلق، وغيرها من الأشياء المعدومة المنصوص على النهي عن بيعها لما فيها من غرر من جهة خطر وجودها في المستقبل.

وأما الدليل الثالث، وهو نهيه عن بيع الإنسان ما ليس عنده، وهو الشيء المعدوم عند البائع غير مملوك له؛ لأنه يتضمن نوعاً من الغرر، فإنه إذا باعه شيئاً معيناً، وليس في ملكه، ثم مضى ليشتريه، أو يسلمه له، كان متردداً بين الحصول وعدمه، فكان غرراً يشبه القمار، فنهي عنه<sup>(4)</sup>.

وهكذا يظهر أن علة النهي عن بيع المعدوم ليس هو العدم، وإنما هو ما يعتريه من الغرر؛ من جهة خطر الوجود المتمثل في: احتمال وجود المبيع في الأجل المحدد وعدمه.

ولذا انتقد ابن القيم من ظنَّ «أنه إنما نهى عنه؛ لكونه معدوماً، فقال: لا يصح بيع المعدوم، وروى في ذلك حديثاً أنه ﷺ «نَهَى عَنْ بَيْعِ الْمَعْدُومِ»، وهذا الحديث لا يعرف في شيء من كتب الحديث، ولا له أصل، والظاهر أنه مروى بالمعنى من هذا الحديث، وغلط من ظن أن معناه واحد، وأن هذا المنهي عنه في حديث حكيم وابن عمرو رضي الله عنه لا يلزم أن

(1) الشيرازي، المهذب، مرجع سابق (2/12).

(2) تقدم تحريجه.

(3) علاء الدين السمرقندي، تحفة الفقهاء، مرجع سابق (2/49).

(4) ابن القيم، زاد المعاد في هدي خير العباد، ط 27 (بيروت: مؤسسة الرسالة - الكويت: مكتبة المنار الإسلامية، 1415 هـ

/1994م) (5/716).

يكون معدوماً، وإن كان فهو معدوم خاص، فهو كبيع حبل الحبل، وهو معدوم يتضمن غرراً وتردداً في حصوله.<sup>(1)</sup>

وعليه، فلا يبعد أن يقال إن الشيء المعدوم إذا خلا من الغرر، أو فيه غرر يسير مغتفر يجوز بيعه، وأما إذا اعتراه غرر كثير فلا يجوز تبعا لاتفاق الفقهاء في جواز الغرر اليسير ومنع الغرر الكثير، واختلافهم في تحقيق مناط الغرر في بعض الأشياء؛ فمنهم من ألحقه بالغرر اليسير فأجازه، ومنهم من ألحقه بالغرر الكثير فمنعه. قال ابن رشد: «الفقهاء متفقون على أن الغرر الكثير في المبيعات لا يجوز، وأن القليل يجوز. ويختلفون في أشياء من أنواع الغرر، فبعضهم يلحقها بالغرر الكثير، وبعضهم يلحقها بالغرر القليل المباح، لتردها بين القليل والكثير»<sup>(2)</sup>.

(1) نفسه (5/716-717).

(2) ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مرجع سابق (3/173).

### المبحث الخامس: «بيع العقار في طور الإنجاز» و«بيع الإنسان ما ليس عنده»

إن من شروط البيع: أن يكون المبيع مملوكا للبائع، فلا ينعقد بيع ما ليس مملوكا، وإن ملكه بعد. فلا بد أن يكون البائع مالكا لما يبيعه؛ لأن البيع تمليك، فلا ينعقد فيما ليس بمملوك.<sup>(1)</sup>

ودليل هذا الشرط ما روي عن حكيم بن حزام رضي الله عنه، قال: قلت: يا رسول الله: «يأتيني الرجل يسألني البيع، ليس عندي ما أبيعه، ثم أبتاعه من السوق، فقال: «لا تبع ما ليس عندك»<sup>(2)</sup>، وبمقتضى هذا النهي؛ حرم الشرع بيع الإنسان ما ليس عنده، ولا يملكه.<sup>(3)</sup>

قال البابرّي: «قلنا: بل المراد النهي عن بيع ما ليس في ملكه بدليل قصة الحديث، فإن "حكيم بن حزام رضي الله عنه قال: يا رسول الله، إن الرجل يطلب مني سلعة ليست عندي فأبيعه منه، ثم أدخل السوق فأستجيدها فأشتريها فأسلمها إليه، فقال ﷺ: لا تبع ما ليس عندك"، وقد أجمعنا على أنه لو باع عينا مرثيا لم يملكه ثم ملكه فلم لم يجز؟ وذلك دليل واضح على أن المراد به ما ليس في ملكه»<sup>(4)</sup>، وقال البغوي: «النهي في هذا الحديث عن بيوع الأعيان التي لا يملكها»<sup>(5)</sup>.

والعقار المبيع وهو في طور البناء غير موجود وقت انعقاد البيع، فهل يندرج هذا البيع في بيع الإنسان ما ليس عنده؟

(1) الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق (5/146).

(2) رواه أبو داود في سننه، أبواب الإجارة، باب في الرجل يبيع ما ليس عنده، رقم: 3503 (3/283)، والترمذي في سننه، أبواب البيوع عن رسول الله ﷺ، باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك، رقم: 1232 (3/526).

(3) البابرّي، العناية شرح الهداية، مرجع سابق (7/114).

(4) نفسه (6/336).

(5) الشوكاني، نيل الأوطار، تحقيق: عصام الدين الصباطي، ط1 (مصر: دار الحديث، 1413هـ - 1993م) (5/184).

## المطلب الأول: صور بيع الإنسان ما ليس عنده

## 1- بيع الأشياء المعينة مما لا يملكها البائع

اتفق العلماء على أن بيع الأشياء المعينة مما لا يملكها البائع يدخل في النهي عن بيع الإنسان ما لا يملكه؛ لأن الإنسان إذا باع شيئاً معيناً وليس في ملكه، ثم مضى ليشتريه ويسلمه للمشتري، فإنه يكون متردداً بين أن يتمكن من شرائه وامتلاكه أم لا، فكان غرراً يشبه القمار؛ فَنُهِيَ عَنْهُ.<sup>(1)</sup>

## 2- بيع الأشياء الموصوفة في الذمة

وأما بيع الأشياء الموصوفة في الذمة مما لا يملكها البائع، فقد اختلف الفقهاء في الحالات التي تندرج في النهي عن بيع الإنسان ما ليس عنده، والتي لا تندرج؛ كالآتي:

- فإذا كان المبيع الذي لا يملكه البائع موصوفاً في الذمة مؤجلاً للتسليم إلى أجل، جاز بالإجماع؛ لأنه في صورة السلم، وعلّة جوازه: أنه سيملكها في أجل التسليم، وقادر على تسليمه في ذلك الأجل؛ مثل سائر الديون، فإن الإنسان الذي يبيع شيئاً موصوفاً في الذمة فإنما يبيعه إلى الأجل الذي يستطيع أن يوفر فيه المبيع للمشتري؛ مثل الإنسان الذي يقترض شيئاً إلى الأجل الذي يقدر أن يقضي فيه الدين.
- وأما إذا كان المبيع موصوفاً في الذمة مما ليس عند البائع، وكان التسليم حالاً، وهو ما يطلق عليه الفقهاء بالسلم الحال، فقد اختلف الفقهاء فيه:

ذهب الشافعي إلى جواز بيع ما لا يملك البائع إذا كان موصوفاً في الذمة، سواء أكان مؤجلاً أو حالاً (السلم المؤجل والحال)، فالنهي عن بيع الإنسان ما ليس عنده إنما يشمل عند الإمام الشافعي بيع الأعيان المعينة، وأما بيع الأشياء الموصوفة في الذمة فليس داخلاً فيه، لا حالاً ولا مؤجلاً.

(1) ابن القيم، زاد المعاد، مرجع سابق (5/ 716).

وذهب الجمهور إلى عدم جواز بيع الموصوف في الذمة إذا كان حالاً، ودليلهم أن حديث «لا تبع ما ليس عندك» يقتضي منع بيع ما في ذمة البائع إذا كان لا يملكه، لكن الشرع استثنى من هذا المنع بيع السلم المؤجل، فيبقى السلم الحال على المنع.<sup>(1)</sup>

والحاصل أن الفقهاء اتفقوا على أنه لا يجوز للبائع أن يبيع ما لا يملكه ولا يقدر على تسليمه من الأشياء المعينة، واتفقوا كذلك على جواز بيع ما لا يملكه البائع إذا كان المبيع موصوفاً في الذمة إلى أجل معلوم، واختلفوا إذا كان موصوفاً في الذمة وكان حالاً. ومن ثم، فإن بيع الإنسان ما لا يملكه إذا كان معيناً يشمل النهي عن بيع الإنسان ما لا يملكه، وإذا كان غير معين بأن كان موصوفاً في الذمة إلى أجل فلا يشمل النهي باتفاق، وإن كان موصوفاً في الذمة وكان حالاً فلا يشمل عند الشافعي، ويشمله عند الجمهور.

وعلة النهي عن بيع الإنسان ما ليس عنده أن البيع تمليك، فلا يستطيع المرء أن يملك غيره ما لا يملكه ولا يقدر على تسليمه، وهذا ما يوقع في الغرر المتجلي في كون عاقبة هذا العقد مجهولة؛ لأن البائع إذا باع ما لا يملكه فإنه قد ضمن شيئاً للمشتري غير مضمون عليه، ولا ثابتاً في ذمته،<sup>(2)</sup> ولا يدري هل يملكه فيقدر على تسليمه للمشتري أم لا؛ فيشبه قماراً، وهذا ما ينطبق على بيع ما لا يملكه البائع، ويتوجب تسليبه في الحال، وأما إذا كان تسليم المبيع غير المملوك للبائع في ذمة البائع إلى أجل معلوم، فإنه دين مثل السلم وسائر الديون.

قال ابن تيمية: «ونهي النبي ﷺ حكيم بن حزام عن بيع ما ليس عنده: إما أن يراد به بيع عين معينة، فيكون قد باع مال الغير قبل أن يشتريه، وفيه نظر. وإما أن يراد به بيع ما لا يقدر

(1) ينظر في مذهب الحنفية: محمد بن الحسن الشيباني، الحجة على أهل المدينة، تحقيق: مهدي حسن الكيلاني القادري، بيروت: عالم الكتب، (1403) (2/614)، المرغيناني، الهداية في شرح بداية المبتدي، تحقيق: طلال يوسف (بيروت: دار احياء التراث العربي) (3/73)، وينظر في مذهب المالكية: عبد الوهاب البغدادي المالكي، المعونة على مذهب عالم المدينة، تحقيق: حميش عبد الحق (مكة المكرمة: المكتبة التجارية، مصطفى أحمد الباز) (2/988)، والقرافي، الذخيرة، مرجع سابق (5/253)، والقرطبي، الجامع لأحكام القرآن، مرجع سابق (3/379)، وفي مذهب الحنابلة: المرادوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، مرجع سابق (5/98).

(2) قال ابن القيم: «وهو يتضمن نوعاً من الغرر، فإنه إذا باع شيئاً معيناً، وليس في ملكه، ثم مضى ليشتريه، أو يسلمه له، كان متردداً بين الحصول وعدمه، فكان غرراً يشبه القمار، فنهى عنه». ابن القيم، زاد المعاد، مرجع سابق (5/716).

على تسليمه وإن كان في الذمة، وهذا أشبه؛ فيكون قد ضمن له شيئاً لا يدري هل يحصل أو لا يحصل؟ وهذا في السلم الحال إذا لم يكن عنده ما يوفيه، والمناسبة فيه ظاهرة. فأما السلم المؤجل فإنه دين من الديون، وهو كالإبتيع بثمن مؤجل، فأى فرق بين كون أحد العوضين مؤجلاً في الذمة وكون العوض الآخر مؤجلاً في الذمة؟ وقد قال تعالى: ﴿إِذَا تَدَايَيْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ﴾ وقال ابن عباس: أشهد أن السلف المضمون في الذمة حلال في كتاب الله، وقرأ هذه الآية<sup>(1)</sup>.

### المطلب الثاني: تحقيق مناط «بيع الإنسان ما ليس عنده» في «بيع العقار في طور الإنجاز»

إذا نظرنا إلى صورة بيع العقار في طور الإنجاز نجد أنها توافق بيع الإنسان ما هو موصوف في الذمة إلى أجل محدد، فالعقار المبيع في طور الإنجاز غير موجود لدى البائع وقت إبرام البيع الابتدائي؛ إلا أنه محدد موصوف متفق عليه بين البائع والمشتري، يلزم البائع إتمامه وفق المواصفات المتفق عليه في أجل محدد.

فالبائع - فرداً أو شركة - يبيع العقار على التصاميم والخرائط؛ لأنه غير مطلوب بالتسليم حال العقد، مع بيان مواصفاته، وموقعه، ومساحته، ورسمه العقاري، ومشمولاته، وكونه في عمارة أو محلاً منفرداً، وعدد غرفه، وبيان رقم الرسم العقاري الأصلي للعقار المحفظ موضوع البناء، أو مراجع ملكية العقار غير المحفظ مع تحديد الحقوق العينية والتحملات والارتفاقات الواردة على العقار، وثمن البيع النهائي، وكيفية الأداء، وأجل التسليم، وتاريخ ورقم رخصة البناء، ومراجع ضمانه استرجاع الأقساط المؤداة في حالة عدم تنفيذ البائع للعقد، أو ضمانه إنهاء الأشغال أو التأمين (الفصل 3-618 مكرر)، وهذه الصورة للمبيع في بيع العقار في طور الإنجاز توافق صورة المبيع في بيع السلم، لأن المبيع في كلا البيعين محدد، موصوف، معلوم تاريخ التسليم.

(1) ابن تيمية، مجموع الفتاوى، مرجع مذکور (20/529).

فعلة إباحة الشرع بيع السلم مع أن المبيع غير مملوك للبائع وقت التعاقد هي أن قبض المبيع يحصل في الأجل الذي يمكن تحصيل المبيع فيه، بخلاف ما إذا باع الإنسان ما لا يملكه من الأشياء المعينة، أو من الأشياء الموصوفة في الذمة، وكان التسليم حالاً، فإن فرصة حصول البائع على مبيع لا يملكه ليسلمه إلى المشتري تقل في هذه الحال، فيقع الغرر الكثير، على خلاف المبيع المؤجل التسليم فإن الغالب أن يملكه في أجل تسليمه للمشتري.

قال الخرشي: «الشرط الثالث، وهو أن يضربا للسلم...أجلا معلوما...ليسلما من بيع ما ليس عند الإنسان المنهي عنه، بخلاف ما إذا ضرب الأجل فإنه لما كان الغالب تحصيل المسلم فيه في ذلك الأجل... إذ كأنه إنما بيع عند الأجل»<sup>(1)</sup>.

وأما علة نهى الشرع عن بيع الإنسان ما ليس عنده، ولا يملكه، أنه يتضمن نوعاً من الغرر، فإنه إذا باعه شيئاً معيناً، وليس في ملكه، ثم مضى ليشتريه، أو يسلمه له، كان متردداً بين الحصول وعدمه، فكان غرراً يشبه القمار، فنهي عنه.

قال الخطابي: «وإنما نهى عن بيع ما ليس عند البائع من قبل الغرر؛ وذلك مثل أن يبيعه عبده الآبق أو جملة الشارد، ويدخل في ذلك كل شيء ليس بمضمون عليه؛ مثل أن يشتري سلعة فيبيعها قبل أن يقبضها، ويدخل في ذلك بيع الرجل مال غيره موقوفاً على إجازة المالك؛ لأنه يبيع ما ليس عنده ولا في ملكه، وهو غرر؛ لأنه لا يدري هل يجيزه صاحبه أم لا والله أعلم»<sup>(2)</sup>.

فالقانون المغربي لبيع العقار في طور الإنجاز، بما فرضه من إجراءات يجب القيام بها من أجل السماح ببيع العقارات في طور الإنجاز، قد سعى إلى توفير الطمأنينة إلى أن العقار المبيع وهو في طور الإنجاز سينجز، وفي الموعد المتفق عليه.

(1) الخرشي، شرح مختصر خليل، د.ط (بيروت: دار الفكر للطباعة، د.ت) (210/5).

(2) الخطابي، معالم السنن (حلب: المطبعة العلمية، 1351 هـ - 1932 م) (140/3).

إذ إن بعض هذه الإجراءات تسمح بالتأكد من أن البائع هو مالك الأرض، وهو الذي سيقوم بالبناء في الموعد المحدد وفق ما اتفق عليه في العقار المبيع، وأوصافه، وهيأته وتصميمه، كما توفر للمشتري ضمانات في حالة إخلال البائع بما اتفق عليه في العقد سواء تعلق الأمر بعدم إنجاز المبيع أصلاً، أو الإخلال بأوصافه وتصميمه، أم بالإخلال بالأجل المتفق عليه لإنجاز المبيع وتسليمه، وهذا من شأنه أن يزيل عن العقار المبيع في طور الإنجاز الغرر حالاً ومآلاً.

والحاصل: أن أصل النهي عن بيع المعدوم، وبيع ما ليس عند الإنسان هو الغرر، وليس العدم ولا عدم الملكية وقت البيع؛ لأن الشرع أجاز بيع ما ليس موجوداً ولا مملوكاً للبائع وقت إبرام البيع، مثل بيع السلم لخلوه من الغرر من جهة بيان هيأته وأوصافه وأجل تسليمه؛ لكون المبيع في السلم، وإن لم يكن موجوداً ولا مملوكاً للبائع وقت إبرام العقد؛ إلا أنه يتضمن الشروط التي ترفع الغرر الكثير عنه، وهو أن يكون المبيع موصوفاً في الذمة وصفاً يزيل الجهالة عنه إلى أجل معلوم.

ومن ثم، فإذا كان المبيع المعدوم، وغير المملوك للبائع وقت البيع يتضمن الغرر الكثير فلا يجوز بيعه، وأما إذا كان خالياً منه فيجوز كما يجوز بيع السلم.

وهذا ما يستوجب البحث في مكونات بيع العقار في طور الإنجاز لاستبيان ما إذا كان خالياً من الغرر الكثير المفسد للبيع، أم هو دون ذلك؛ لأن البيع إذا كان يغلب عليه السلامة، فالبيع صحيح، وإذا كان يغلب عليه الهلاك، فهو بيع الغرر المنهي عنه.

وإذا انتاب البيع في بعض الحالات الغرر، وفي بعض الحالات السلامة منه؛ فما كان الأغلب فيه الهلاك، والسلامة فيه قليلة: فبيعه فاسد، وإن كان الغالب فيه السلامة، والذي يخاف هلاكه به أمر نادر: فبيعه جائز.

بدليل نهيه ﷺ عَنْ بَيْعِ الثَّمَارِ حَتَّى يَبْدُوَ صِلَاحُهَا<sup>(1)</sup>؛ لما يخشى عليها من العاهات، وأباح ذلك بعد زهوها، والخوف عليها قائم، لما كان الغالب عليها السلامة، ولا تكاد البيوع تنفك عن الغرر اليسير.<sup>(2)</sup>

(1) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب البيوع، باب بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها، رقم: 2194 (3/77).

(2) ينظر: الرجراجي، مناهج التحصيل ونتائج لطائف التأويل في شرح المدونة وحل مشكلاتها، اعتنى به: أبو الفضل الدميّاطي - أحمد بن عليّ، ط 1 (الناشر: دار ابن حزم، 1428 هـ - 2007 م) (6/358).

## المبحث السادس: «بيع العقار في طور الإنجاز» و«بيع الكالئ بالكالئ»

تقدم أن الفقهاء اشترطوا في بيع السلم أن يكون الثمن مقبوضا في مجلس العقد تفاديا لبيع الكالئ بالكالئ، ومعناه بيع الدين بالدين الذي ينطبق على بيع ما هو مؤجل التسليم إذا كان الثمن مؤجلا كذلك؛ ولذا اشترط الفقهاء في بيع السلم أن يكون الثمن معجلا مقبوضا في مجلس العقد، أو ما في حكمه فيكون البيع صحيحا.

ولما كان بيع العقار في طور الإنجاز بحسب الفصل 1-618 من قانون بيع العقار في طور الإنجاز هو «عقد يلزم البائع بمقتضاه بانجاز عقار داخل أجل محدد، كما يلتزم فيه المشتري بأداء الثمن، تبعا لتقدم الأشغال» فإنه يلزم البحث عن حقيقة بيع الكالئ بالكالئ، أو بيع الدين بالدين (بيع مؤجل "المبيع" بالمؤجل "الثمن")، وأنواعه، وأحكامه، وعلله، ثم النظر في مدى انطباق حقيقتها على "بيع العقار في طور الإنجاز"؛ باعتبار أن العقار دين في ذمة البائع، والثمن دين في ذمة المشتري.

فالمشرع المغربي عند تنظيمه لبيع العقار في طور الإنجاز افترض أن الأصل في أداء الثمن أن يكون مقسطا في شكل دفعات، تستحق تبعا لتقدم أشغال البناء، وأما العقار المبيع وهو في طور الإنجاز فلا يتصور تسليمه للمشتري إلا بعد اكتمال إنجازة.

### المطلب الأول: حقيقة بيع الكالئ بالكالئ

البيع في اللغة:

البيع لغةً: ضد الشراء، والبيع: الشراء أيضا، وهو من الأضداد. وبعث الشيء: شريته، أبعه بيعا ومبيعا<sup>(1)</sup>. يقال: قد باعه الشيء وباعه منه بيعا<sup>(2)</sup>، وقد بعث بيعا فيهما وقد بعته الشيء

(1) ابن منظور، لسان العرب، مادة (بيع)، مرجع سابق (23/8).

(2) ابن سيده، المحكم والمحيط الأعظم، مادة (ب ي ع)، تحقيق: عبد الحميد هندراوي، ط1 (بيروت: دار الكتب العلمية، 1421 هـ

- 2000 م) (261/2).

وبعته منه وابتعته - اشتريته والبيعان - البائع والمشتري والبيع أيضا - اسم المبيع والجمع يبيع والبياعات - الأشياء التي تباع للتجارة.<sup>(1)</sup>

البيع اصطلاحا:

عُرف البيع في حقيقته الشرعية بأنه: «نقل ملك إلى ملك بعوض معين، على وجه صحيح»<sup>(2)</sup>، أو هو: «عقد معاوضة على غير منافع»<sup>(3)</sup>.

الكالئ لغة:

الكالئ في اللغة هو: «النسيئة والسلفة»<sup>(4)</sup>، وكلاً الدين؛ أي تأخر<sup>(5)</sup>، والكالئ بالكالئ هو «النسيئة بالنسيئة»، والنسيئة: التأخير.<sup>(6)</sup>

الكالئ اصطلاحا:

كلأ الدين: تأخر كلوا فهو كالئ، ومنه: بيع الكالئ بالكالئ، وحقيقته: بيع ما في الذمة بشيء مؤخر<sup>(7)</sup>، وهو الدين، بالدين، أي النسيئة بالنسيئة، وهو أن يكون لك علي رجل دين، فإذا حل أجله استباعك ما عليه إلي أجل [وارد عليه في النهاية، والمراد به بيع النسيئة

(1) ابن سيده، المخصص، تحقيق: خليل إبراهيم جفال، ط1 (بيروت: دار إحياء التراث العربي، 1417 هـ - 1996 م) (3/432).

(2) زروق، شرح زروق على متن الرسالة لابن أبي زيد القيرواني، اعتنى به: أحمد فريد المزيدي، ط1 (بيروت: دار الكتب العلمية، 1427 هـ - 2006 م) (2/718).

(3) الرصاع، شرح حدود ابن عرفة، ط1 (الناشر: المكتبة العلمية، 1350 هـ) (1/232).

(4) ابن سيده، المحكم والمحيط الأعظم، مادة (ك ل أ)، مرجع مذکور (7/85).

(5) الجوهري، الصحاح، مادة (كلأ)، مرجع مذکور (1/69).

(6) الخليل بن أحمد الفراهيدي، العين، مادة (كلأ)، تحقيق: مهدي المخزومي، وإبراهيم السامرائي (الناشر: دار ومكتبة الهلال) (5/407).

(7) ابن الحاجب، جامع الأمهات، مرجع سابق (ص: 348).

بالنسيئة: وذلك أن يشتري الرجل شيئاً إليّ [أجل]، فإذا حل الأجل لم يجد ما يقضي، فيقول: بعنيه إليّ أجل آخر بزيادة شيء، فيبيعه منه ولا يجري بينهما تقابض<sup>(1)</sup>

والدين هو: «اسم لمال واجب في الذمة، يكون بدلا عن مال أتلفه، أو قرض اقترضه، أو مبيع عقد بيعه، أو منفعة عقد عليها»<sup>(2)</sup>.

فعلّم من هذا التعريف أن الدين أعم من القرض؛ إذ القرض أحد أسباب الدين الذي يثبت في ذمة المدين؛ بسبب القرض أو بغيره؛ من شراء مبيع لم يدفع ثمنه، أو استئجار أجير لم يدفع أجرته.

فالدين هو الثابت في الذمة من أحد عوضي أيّ معاملة، قال ابن العربي: «حقيقة الدين: هو عبارة عن كل معاملة، كان أحد العوضين فيها نقداً، والآخر في الذمة نسيئة؛ فإن العين عند العرب ما كان حاضراً، والدين ما كان غائباً»<sup>(3)</sup>.

ومهما اختلفت تعاريف العلماء للدين إلا أنها تجمعها حقيقة واحدة، وهي: أن الدين ما يثبت في الذمة من مال بسبب يقتضي ثبوته<sup>(4)</sup>.

(1) المواق، التاج والإكليل لمختصر خليل، ط1 (بيروت: دار الكتب العلمية، 1416هـ-1994م) (6/476). شرف الدين الطيبي، الكاشف عن حقائق السنن، تحقيق: د. عبد الحميد هندراوي، ط1 (مكة المكرمة - الرياض: مكتبة نزار مصطفى الباز، 1417هـ - 1997م) (7/2152).

(2) الكمال ابن الهمام، فتح القدير، مرجع سابق (7/221).

(3) ابن العربي، أحكام القرآن، مراجعة: محمد عبد القادر عطا، ط3 (بيروت: دار الكتب العلمية، 1424هـ - 2003م) (1/337).

(4) الرملي، نهاية المحتاج، مرجع سابق (3/103).

## المطلب الثاني : حكم بيع الدين بالدين إجمالاً

اتفق الفقهاء في المذاهب الأربعة<sup>(1)</sup> على تحريم بيع الدين بالدين، إلا أنهم اختلفوا في بعض الصور، هل تدخل في بيع الدين بالدين المحرم، أم لا تدخل فيه؛ أي إن الفقهاء اختلفوا في حكم بيع الدين بالدين، واختلفوا في تحقيق مناطه في بعض صور المسائل الفقهية. ومستندهم الشرعي أمران:

الأول: ما روي أن النبي ﷺ: نهى عن بيع الكالئ بالكالئ<sup>(2)</sup>، ولكون هذا الحديث مستند الفقهاء في حكم بيع الدين لا بد من تخريج هذا الحديث، معتمداً على ما أورده الزيلعي في نصب الراية مع التوثيق من مصنفات الحديث.

روي من حديث ابن عمر، ومن حديث رافع بن خديج؛ فحديث ابن عمر: رواه ابن أبي شيبه<sup>(3)</sup>، وإسحاق بن راهويه، والبخاري في مسانيدهم من حديث موسى بن عبيدة عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر، قال: «نهى النبي صلى الله عليه وسلم أن يُباعَ كَالِيٌّ بِكَالِيٍّ»؛ يعني ديناً بدين، انتهى، ولفظ البخاري قال: نهى رسول الله ﷺ بيع الغرر، وعن بيع كاليء بكاليء، وعن

(1) قال المرغيناني الحنفي: «ولا يصح السلم حتى يقبض رأس المال قبل أن يفارقه فيه» أما إذا كان من النقود فلأنه افتراق عن دين بدين، وقد نهى النبي ﷺ عن الكالئ بالكالئ». المرغيناني، الهداية في شرح بداية المبتدي، مرجع سابق (3 / 74)، وقال ابن عرابي: «ومما نهى عنه الكالئ بالكالئ وهو الدين بالدين». ابن عرابي، الكافي في فقه أهل المدينة، تحقيق: محمد أحمد ولد ماديك، ط2 (الرياض: مكتبة الرياض الحديثة، 1400 هـ / 1980 م (2 / 737)، وقال الإمام النووي الشافعي: «لا يجوز بيع نسيئة بنسيئة، بأن يقول: بعني ثوبا في ذمتي بصفته كذا، إلى شهر كذا، بدينار مؤجل إلى وقت كذا، فيقول: قبلت، وهذا فاسد بلا خلاف». النووي، المجموع شرح المذهب، مرجع سابق (9 / 400). وقال ابن قدامة: «قال ابن المنذر: أجمع أهل العلم على أن بيع الدين بالدين لا يجوز. وقال أحمد: إنما هو إجماع، وقد روى أبو عبيد في الغريب، "أن النبي ﷺ نهى عن بيع الكالئ بالكالئ"، وفسره بالدين بالدين». ابن قدامة، المغني، مرجع سابق (4 / 37).

(2) رواه الدارقطني في سننه، رقم: 3060 (4 / 40)، والحاكم في المستدرک، رقم: 2342 وقال: هذا حديث صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه (2 / 65)، ورواه البيهقي في السنن الكبرى، رقم: 10536 (5 / 474).

(3) في مصنفه، رقم: 22127 (4 / 461).

بيع عاجل بأجل<sup>(1)</sup>، ورواه ابن عدي في الكامل<sup>(2)</sup>، وأعله بموسى بن عبيدة، ونقل تضعيفه عن أحمد، قال: فقيلاً لأحمد: إن شعبة يروي عنه، قال: لو رأى شعبة ما رأينا منه لم يرو عنه، قال ابن عدي: والضعف على حديثه بين، انتهى. ورواه عبد الرزاق في مصنفه<sup>(3)</sup> أخبرني إبراهيم بن أبي يحيى الأسلمي عن عبد الله بن دينار به، باللفظ الأول، وهو معلول بالأسلمي، ورواه الحاكم في المستدرک<sup>(4)</sup> والدارقطني في سننه<sup>(5)</sup> عن موسى بن عقبة عن نافع عن ابن عمر أن النبي ﷺ نهى عن بيع الكالئ بالكالئ، وقال: هو النسيئة بالنسيئة، انتهى. قال الحاكم: حديث صحيح على شرط مسلم، ولم يخرجاه، انتهى. وغلطهما البيهقي<sup>(6)</sup>، وقال: إنما هو موسى بن عبيدة الربذي.

وأما حديث رافع بن خديج: فرواه الطبراني في معجمه، حدثنا أحمد بن عبد الله البزار التستري، أنبأ محمد بن أبي يوسف المسيكي، ثنا محمد بن يعلى زنبور، عن موسى بن عبيدة، عن عيسى بن سهل بن رافع بن خديج، عن أبيه، عن جده، قال: «نَهَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَنِ الْمُحَاقَلَةِ، وَالْمُزَابَنَةِ، وَالْمُنَابَذَةِ، وَنَهَى أَنْ يَقُولَ الرَّجُلُ لِلرَّجُلِ ابْتِعْ هَذَا بِنَقْدٍ وَاشْتَرِهِ بِنَسِيئَةٍ حَتَّى يَبْتَاعَهُ وَيُخْرِزَهُ، وَعَنْ كَالِيٍّ، بِكَالِيٍّ وَدَيْنٍ بِدَيْنٍ»، انتهى<sup>(7)</sup>.

(1) رواه البزار في مسنده، رقم: 6132 (297/12).

(2) رواه ابن عدي في الكامل في ضعفاء الرجال (47/7).

(3) رقم الحديث: 14440 (90/8).

(4) وقال: هذا حديث صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه. رقم: 2342 (65/2).

(5) رقم الحديث: 3060 (40/4).

(6) السنن الكبرى، رقم: 10536 (474/5).

(7) الزيلعي، نصب الراية لأحاديث الهداية، مرجع سابق (40/4). والحديث رواه الطبراني في المعجم الكبير، رقم الحديث: 4375

(267/4).

وهكذا يتبين أن هذا الحديث فيه ضعف من جهة سنده، كما قال الإمام أحمد، وابن عدي وغيرهما، قال الشافعي: «أهل الحديث يوهنون هذا الحديث»<sup>(1)</sup>.

ووجه الاستدلال بهذا الحديث على حرمة بيع الدين بالدين، أن الفقهاء فسروا الكالئ بالكالئ بالدين بالدين؛ فالكالئ بالكالئ هو «النسيئة بالنسيئة»، والنسيئة: التأخير،<sup>(2)</sup> وبيع النسيئة بالنسيئة هو بيع الدين بالدين، ولهذا فسر كثير من العلماء بيع «الكالئ بالكالئ» المنهي عنه في الحديث ببيع «الدين بالدين».

روى أبو جعفر الطحاوي بسنده أن النبي ﷺ: «نَهَى عَنْ بَيْعِ الْكَالِئِ بِالْكَالِئِ يَعْني: الدَّيْنَ بِالْدَّيْنِ»<sup>(3)</sup>، وقال ابن عبد البر: «ومما نهى عنه الكالئ بالكالئ، وهو الدين بالدين»<sup>(4)</sup>، وقال أبو الحسين يحيى بن أبي الخير العمراني الشافعي: «ولا يجوز بيع نسيئة بنسيئة، بأن يقول: بعني ثوباً في ذمتك من صفته كذا وكذا، إلى غرة شهر كذا بدينار في ذمتي مؤجل إلى يوم كذا؛ لما روى ابن عمر: «أن النبي ﷺ: «نَهَى عَنْ بَيْعِ الْكَالِئِ بِالْكَالِئِ». قال أبو عبيد: هو بيع النسيئة بالنسيئة»<sup>(5)</sup>، وقال عبد الرحمن المقدسي الحنبلي: «ولا يجوز بيع الكالئ بالكالئ، وهو بيع الدين بالدين»؛ لأن النبي ﷺ: «نَهَى عَنْ بَيْعِ الْكَالِئِ بِالْكَالِئِ»<sup>(6)</sup>. قال ابن عبد البر: «ومما نهى عنه الكالئ بالكالئ، وهو بيع الدين بالدين»<sup>(7)</sup>.

(1) الشافعي، الأم، مرجع سابق (9/3).

(2) الخليل بن أحمد الفراهيدي، العين، مادة (كأ)، مرجع سابق (407/5).

(3) رواه الطحاوي في شرح معاني الآثار، تحقيق: محمد زهري النجار - محمد سيد جاد الحق، ط1 (بيروت: عالم الكتب، 1414 هـ، 1994 م) (21/4).

(4) ينظر: ابن عبد البر، الكافي، مرجع مذكور (737/2).

(5) العمراني، البيان في مذهب الإمام الشافعي، تحقيق: قاسم محمد النوري، ط1 (جدة: دار المنهاج، 1421 هـ - 2000 م) (171/5).

(6) ابن قدامة المقدسي، الشرح الكبير على متن المقنع، اعتنى به جماعة من العلماء (بيروت: دار الكتاب العربي، 1403 هـ - 1983 م) (165/4).

(7) ابن عبد البر، الكافي، مرجع مذكور (737/2).

وقال المرداوي: «لا يجوز بيع الكالئ بالكالئ وهو بيع الدين بالدين»<sup>(1)</sup>.

وهذا ما يبين أن الفقهاء تلقوا هذا الحديث بالقبول، وإن كان في إسناده ضعف. قال ابن عرفة: «تلقي الأئمة هذا الحديث بالقبول يغني عن طلب الإسناد فيه، كما قالوا في "لا وصية لوارث"»<sup>(2)</sup>.

الثاني: الإجماع، فقد ذكر بعض الفقهاء أن الإجماع منعقد على حرمة بيع الدين بالدين. قال ابن رشد: «فأما النسيئة من الطرفين فلا يجوز بإجماع، لا في العين ولا في الذمة؛ لأنه الدين بالدين المنهي عنه»<sup>(3)</sup>.

### المطلب الثالث: صور بيع الدين بالدين (بيع الكالئ بالكالئ)

تقرر أن الإجماع منعقد على حرمة بيع الدين بالدين، فيبقى الإشكال في تحقيق مناطه في صور المعاملة بالديون التي ينطبق عليها بيع الدين بالدين، فتكون مشمولة بالنهاي، أو التي لا تنطبق عليها فتكون جائزة؛ لأن الإشكال والغموض والاختلاف قد لا يكون في فهم الحكم المنصوص عليه، وإنما في تنزيهه على الأفعال والتصرفات لمعرفة ما ينطبق عليه وما لا ينطبق عليه، وهذا ما يسري على مسألة بيع الدين بالدين المنهي عنه بحديث النهي عن بيع الكالئ بالكالئ.

قال ابن رشد: «وأما الدين بالدين، فأجمع المسلمون على منعه، واختلفوا في مسائل هل هي منه، أم ليست منه»<sup>(4)</sup>.

فقد بحث العلماء مناط بيع الدين بالدين؛ باعتباره بيع مال مؤجل في الذمة بمثله، وإذا تتبعنا صور بيع الدين بالدين التي ذكرها الفقهاء نجدها خمس صور؛ لأن المال المبيع

(1) المرداوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، مرجع سابق (44/5).

(2) المواق، التاج والإكليل لمختصر خليل، مرجع سابق (232/6).

(3) ابن رشد، بداية المجتهد، مرجع سابق (144/3).

(4) نفسه (166/3).

المؤجل في الذمة بمثله إما أن يكون قد تقرر سابقاً في الذمة، أو لا يكون كذلك، فإن كان قد تقرر في الذمة سابقاً، إما أن يكون بيعه على المدين نفسه، أو على غيره، وقد يكون الدين المباع يؤدي إلى إثبات دين في الذمة أو إسقاطه منه، أو يكون أحدهما إثباتاً والآخر إسقاطاً.

**الصورة الأولى:** ابتداء بيع الدين بالدين، والمراد ببيع الدين بالدين ابتداء هو: أن يتدئ المتعاقدان التعامل بينهما بدين، كما في السلم إذا لم يسلم رأس المال.<sup>(1)</sup> وسيأتي مزيد بيان في هذه الصورة، لما لها من تعلق ببيع العقار في طور الإنجاز.

**الصورة الثانية:** شراء المدين ديناً سابق التقرر في ذمته بما يصير ديناً في ذمته؛ فيكون المدين قد اشترى الدين الذي عليه بدين آخر، فكأنه فسخ ديناً بدين آخر، ويطلق المالكية على هذه الصورة "فسخ دين في دين". قال النفراوي: «ولا يجوز فسخ دين في دين»، وصور ذلك بقوله: (مثل أن يكون لك شيء) من المال (في ذمته)؛ أي المدين (فتفسخه في شيء) مخالف لما في ذمته، ولو في عدده أو صفته (لا تتعجله الآن)<sup>(2)</sup>.

**الصورة الثالثة:** بيع دين سابق التقرر في الذمة من المدين بزيادة عليه، قال القاضي عبد الوهاب: «إذا اشترى سلعةً بمائةٍ إلى أجلٍ... لم يجز له أن يبيعه من بائعها إلى أجلٍ بزيادة على المائة»<sup>(3)</sup>.

**الصورة الرابعة:** بيع دين مؤخر سابق التقرر في الذمة من غير المدين، بثمن موصوف في الذمة مؤجل.

قال مالك: «من سلف ذهباً أو ورقاً في حيوان أو عروض إذا كان موصوفاً إلى أجل مسمى، ثم حل الأجل، فإنه لا بأس أن يبيع المشتري تلك السلعة من البائع قبل أن يحل الأجل أو بعدما يحل بعرض من العروض يعجله، ولا يؤخره... وللمشتري أن يبيع تلك

(1) المرغيناني، الهداية في شرح بداية المبتدي، مرجع سابق (3/74)، والمرادي، الإنصاف، مرجع سابق (5/44).

(2) النفراوي، الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، د.ط (الناشر: دار الفكر، 1415هـ - 1995م) (2/101).

(3) عبد الوهاب البغدادي، الإشراف على نكت مسائل الخلاف، تحقيق: الحبيب بن طاهر، ط1 (الناشر: دار ابن حزم، 1420هـ -

1999م) (2/560).

السلعة من غير صاحبه الذي ابتاعها منه بذهب أو ورق أو عرض من العروض يقبض ذلك، ولا يؤخره؛ لأنه إذا أخرج ذلك قبض، ودخله ما يكره من الكالئ بالكالئ؛ والكالئ بالكالئ أن يبيع الرجل ديناً له على رجل بدين على رجل آخر<sup>(1)</sup>.

ووجه دخول هذه الصورة في بيع الكالئ بالكالئ: أن هذه الصورة من جملة ما يقع عليه بيع الكالئ بالكالئ.<sup>(2)</sup>

الصورة الخامسة: بيع دين مؤخر سابق التقرر في الذمة، بدين مماثل من غير المدين على نفس الدين. قال الرافعي: «ولو كان له دين على إنسان، ولآخر مثله على ذلك الإنسان، فباع أحدهما ماله عليه بما لصاحبه وقبل الآخر، لم يصح إن اتفق الجنس أو اختلف؛ لنهيهِ ﷺ عن بيع الكالئ بالكالئ»<sup>(3)</sup>.

والخلاصة أن المسلمين أجمعوا على منع بيع الدين بالدين، واختلفوا في مسائل هل هي منه أم ليست منه؟... «ومما أجازها مالك من هذا الباب، وخالفه فيه جمهور العلماء، ما قاله في المدونة من أن الناس كانوا يبيعون اللحم بسعر معلوم، والتمن إلى العطاء، فيأخذ المبتاع كل يوم وزناً معلوماً، قال: ولم ير الناس بذلك بأساً، وكذلك كل ما يتباع في الأسواق، وروى ابن القاسم أن ذلك لا يجوز، إلا فيما خشي عليه الفساد من الفواكه إذا أخذ جميعه، وأما القمح وشبهه فلا»<sup>(4)</sup>.

(1) الباجي، المنتقى شرح الموطأ، ط 1 (مصر: مطبعة السعادة، 1332 هـ) (5/32).

(2) نفسه (5/33).

(3) الرافعي، فتح العزيز (الناشر: دار الفكر) (8/439).

(4) ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مرجع سابق (3/166).

## المطلب الرابع: تحقيق مناط «بيع الدين بالدين (الكالئ بالكالئ)» في «بيع العقار في طور الإنجاز»

إن الحكم العام لبيع الدين بالدين هو الحرمة للأدلة المذكورة سلفاً، والفقهاء اختلفوا في تحقيق مناطه في بعض الصور الخمس المذكورة آنفاً، وأبسط الكلام الآن عن الصورة التي تتفق مع صورة البيع الابتدائي لبيع العقار في طور الإنجاز، وهي: «ابتداء بيع الدين بالدين» لمعرفة معناه، وحكمه وأمثله.

ابتداء الدين بالدين: هو أن يتدئ المتعاقدان التعامل بينهما بالدين، كما في السلم إذا لم يسلم رأس المال، وهو بيع شيء لم يكن ثابتاً في ذمة البائع قبل العقد إلى أجل معلوم، بثمن في ذمة المشتري إلى أجل معلوم، فينتج عن إبرام العقد بهذه الصورة أن المبيع دين للمشتري في ذمة البائع، والثمن دين للبائع في ذمة المشتري، فيكون المتعاقدان قد تبايعا بالمبيع المتأخر بالثمن المتأخر، وهو معنى الكالئ بالكالئ، أو النسيئة بالنسيئة، وهو ما فسر به ابن عرفة بيع الكالئ بالكالئ، حيث قال: وحقيقته «بيع شيء في ذمة بشيء في ذمة أخرى غير سابق تقرر أحدهما على الآخر، وهو معنى قولهم ابتداء الدين بالدين»<sup>(1)</sup>.

ويسمي المالكية هذه الصورة بـ«ابتداء الدين بالدين»؛ إذ حقيقة بيع الكالئ بالكالئ محتوية عندهم على ثلاثة أقسام: فسخ الدين في الدين، وبيع الدين بالدين، وابتداء الدين بالدين، قال الخرشي: «وإن كان بيع الدين بالدين يشمل الثلاثة لغة؛ إلا أن الفقهاء سموها كل واحد منها باسم يخصه»<sup>(2)</sup>.

(1) الرصاع، شرح حدود ابن عرفة، مرجع سابق (ص: 252).

(2) الخرشي، شرح مختصر خليل، مرجع سابق (5/76).

وقد عرف علماء المالكية رحمهم الله تعالى هذه الصورة من بيع الدين بالدين بقولهم: «هو تأخير رأس مال السلم العين أكثر من ثلاثة أيام»<sup>(1)</sup>؛ وذلك بناء على مذهبهم في تأخير رأس مال السلم؛ حيث يجوز تأخيره عندهم إلى ثلاثة أيام.<sup>(2)</sup>

(1) النفراوي، الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، مرجع سابق (101/2).

(2) نفسه (101/2).

ووجه اعتبار ذلك من ابتداء الدين بالدين أن كلا منهما شغل ذمة صاحبه بدين له عليه.<sup>(1)</sup>

### حكم ابتداء الدين بالدين:

قال المَرْغِينَانِي: «ولا يصح السلم حتى يقبض رأس المال قبل أن يفارقه فيه، أما إذا كان من النقود فلأنه افتراق عن دين بدين، وقد نهى النبي ﷺ عن الكالئ بالكالئ وإن كان عينا»<sup>(2)</sup>.

قال النووي: «لا يجوز بيع نسيئة بنسيئة؛ بأن يقول: بعني ثوبا في ذمتي بصفته كذا إلى شهر كذا بدينار مؤجل إلى وقت كذا، فيقول: قبلت، وهذا فاسد بلا خلاف»<sup>(3)</sup>.

ويرى ابن القيم أن بيع الكالئ بالكالئ المنهي عنه في الحديث ينحصر في بيع الدين بالدين ابتداء. قال ابن القيم: «وإنما ورد النهي عن بيع الكالئ بالكالئ، والكالئ: هو المؤخر الذي لم يقبض، كما لو أسلم شيئا في شيء في الذمة، وكلاهما مؤخر، فهذا لا يجوز بالاتفاق، وهو بيع كالئ بكالئ»<sup>(4)</sup>.

واستدل العلماء رحمهم الله تعالى على تحريم ذلك بما يلي:

1- حديث ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي ﷺ «نهى عن بيع الكالئ بالكالئ»، وقد فسر

الكالئ بالكالئ بالدين بالدين.<sup>(5)</sup>

2- الإجماع: أجمع العلماء على تحريم ابتداء بيع الدين بالدين، كما سبق الذكر، ونقل

ذلك ابن المنذر، قال ابن قدامة: «قال ابن المنذر: أجمع أهل العلم على أن بيع الدين بالدين

لا يجوز، قال أحمد: إنما هو إجماع»<sup>(6)</sup>

(1) ينظر: الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، مرجع سابق (3/63).

(2) المرغيناني، الهداية في شرح بداية المبتدي، مرجع سابق (3/74).

(3) النووي، المجموع شرح المذهب، مرجع سابق (9/400).

(4) ابن القيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين، مصدر سابق (3/172).

(5) سبق تحريجه والكلام عليه.

(6) ابن قدامة، المغني، مرجع سابق (6/106)

وحتى الذين رأوا جواز بعض صور بيع الدين بالدين لم يخالفوا في تحريم هذه الصورة من بيع الدين بالدين .

قال ابن هبيرة: «واتفقوا على أن بيع الكالئ بالكالئ - وهو الدين بالدين؛ مثل أن يعقد رجل بينه وبين آخر سلما في عشرة أثواب موصوفة في ذمة المبتاع إلى أجل بثمان مؤجل، وسواء اتفق الأجلان أو اختلفا - باطل»<sup>(1)</sup>.

وبعد استبيان حقيقة بيع الدين بالدين ابتداء، وحكمه الشرعي، ودليله، ننتقل إلى تحقيق مناطه في بيع العقار في طور الإنجاز؛ باعتبار أن البيع الابتدائي لعقار في طور الإنجاز عقد على عقار قيد البناء والإنجاز، مؤجل التسليم إلى أجل إتمامه، مقابل أداء للثمن الذي يلزم المشتري دفعه مقسما حسب المراحل المحددة في البيع الابتدائي، طبقا للفصلين 618/1 و 618/6 من قانون بيع العقار في طور الإنجاز اللذين اعتبرا أن هذا النوع من البيع يدفع فيه الثمن قبل تسليم المبيع، كما افترض أن الأصل في أداء الثمن أن يكون مقسما في شكل دفعات، تستحق تبعا لتقدم أشغال البناء، ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك.

فيكون العقار المبيع دينا على البائع، والثمن دينا على المشتري.

وعليه؛ فإذا انعقد البيع الابتدائي على أن يكون أداء الثمن مقسما في شكل دفعات في آجال محددة، فإن تسليم المبيع ودفع الثمن يكونان مؤجلين إلى الأجل المحددة في البيع الابتدائي.

ودفع الثمن على أقساط يدفع كل قسط في أجل محدد، مثل الثمن المؤجل إلى أجل واحد، ففي كلا الحالتين لم يدفع الثمن حالا وإنما مؤجلا، ولكل واحد من المتبايعين دين على آخر؛ مما يصدق على البيع الابتدائي بيعا مؤجلا بالدين، حيث يبرم العقد الابتدائي، والمبيع دين على البائع والثمن دين على المشتري، وهو ما تتحقق فيه صورة بيع الدين بالدين ابتداء الذي هو من صور بيع الدين بالدين المنهي عنه، كما سبق بيانه.

(1) ابن هبيرة، اختلاف الأئمة العلماء، تحقيق: السيد يوسف أحمد (بيروت: دار الكتب العلمية، 1423هـ - 2002م) (2/407).

وقد ذكر في تعليل حرمة ابتداء الدين بالدين أنه يؤدي إلى تعاضم الغرر في العقد؛ وذلك أن البيع الذي اعتراه غرر فاحش منهي عنه، فإذا كان المبيع في الذمة والضمن معجلا يصغر غرره، كما إذا كان المبيع موصوفا كما في بيع السلم فأصبح للحاجة؛ لكن إذا كان الضمن مؤجلا كذلك فإن الغرر في هذا العقد يزيد فيصبح غرورا فاحشا؛ لأن المتبايعين افترقا دون أن يكون بينهما ما يوثق هذا العقد، فالبائع لم يتسلم ثمن ما باع، ولا المشتري أخذ ما اشترى، كأن لم يكن بينهما عقد، فصار في العقد غرر فاحش غير موثق ومطمأن إليه، لذلك اشترط في عقد السلم تعجيل رأس المال.

قال الرافعي: «واحتج لاشتراطه بأن المسلم فيه دين في الذمة، فلو أخر تسليم رأس المال عن المجلس لكان ذلك معنى في بيع الكالئ بالكالئ؛ لان تأخير التسليم نازل منزلة الدينية في الصرف وغيره، (وقوله) في الكتاب جبرا للغرر في الجانب الآخر، أراد به أن الغرر في المسلم فيه احتمال للحاجة، فجبر ذلك بتأكيد العوض الثاني بالتعجيل كي لا يعظم الغرر في الطرفين»<sup>(1)</sup>.

قال ابن رشد: «وأما الدين بالدين، فأجمع المسلمون على منعه... وهذا الباب كله إنما حرم في الشرع لمكان الغبن الذي يكون طوعا وعن علم»<sup>(2)</sup>.

ومن خلال هذه العلة يتبين أن علة النهي عن بيع الدين بالدين، أو الكالئ بالكالئ، هو الغرر الفاحش الذي ينتاب عقد البيع إذا عُقد دون أن ينتج أثرا مباشرا من تسليم المبيع أو الضمن، فيصبح هذا العقد مجهول العاقبة، فكل طرف غير متأكد من تنفيذ آثار العقد؛ لأنه لا أحد منهما أعطى ولا أخذ شيئا، فلو سلم أحد البديلين عاجلا لأصبح هذا العقد موثقا بتنفيذ بعض آثاره، ولا مجال لأن يتصل منه أي طرف من أطراف العقد.

(1) الرافعي، فتح العزيز، مرجع سابق (9/ 209).

(2) ابن رشد، بداية المجتهد، مرجع سابق (3/ 166).

تم التوصل فيما سبق من دراسة «بيع المعدوم» و«بيع الإنسان ما ليس عنده» و«بيع الكالئ بالكالئ» أن علة النهي عن هذه العقود، هو الغرر؛ ومن ثم فلا يبعد أن يقال: إن هذه الأنواع من البيوع إذا خلت من الغرر في إتمام العقد بتسليم المبيع والثلث في آجالهما المحددة، وفي مآل هذا العقد، أو فيه غرر يسير مغتفر يجوز بيعه، وأما إذا اعتراه غرر كثير فلا يجوز، بناء على القاعدة الكبرى "الأصل في المعاملات الالتفات إلى المعاني والمقاصد"، وهذه القاعدة مثبتة بالاستقراء، وأكدها كون الشارع توسع في بيان العلل والحكم في تشريع باب العادات والمعاملات، وأكثر ما علل فيها بالمناسب الذي إذا عرض على العقول تلقته بالقبول كما قال الشاطبي، وأضاف: «ففهمنا من ذلك أن الشارع قصد فيها اتباع المعاني، لا الوقوف مع النصوص، بخلاف باب العبادات، فإن المعلوم فيه خلاف ذلك، وقد توسع في هذا القسم مالك رحمه الله، حتى قال فيه بقاعدة المصالح المرسلة، وقال فيه بالاستحسان»<sup>(1)</sup>.

ويستفاد من هذا جواز بيع المعدوم، وبيع الإنسان ما ليس عنده، وبيع الكالئ بالكالئ، إذا خلت من الغرر الفاحش؛ بوجود ما يضمن إتمام عقد البيع كما اتفق عليه، أو إرجاع الثمن إلى المشتري إذا لم يتم البيع وفق ما اتفق عليه. فالحكم يدور مع علته وجودا وعدا، وهذا ما يتناوله الباب الموالي بإذن الله.

(1) الشاطبي، الموافقات، مرجع سابق (2/ 523).



# الباب الثالث :

## تحقيق مناط علل أحكام الشريعة ومقاصدها في بيع العقار في طور الإنجاز واقعا ومتوقعا

وفيه ثلاثة فصول:

الفصل الأول: اعتبار علل نصوص الشريعة ومقاصدها في  
تحقيق مناطات الأحكام الشرعية

الفصل الثاني: تحقيق مناط مقصد الوضوح ونفي الغرر في  
مكونات بيع العقار في طور الإنجاز

الفصل الثالث: تحقيق المناط الشرعي في الضمانات  
القانونية لمآل بيع العقار في طور الإنجاز

# الفصل الأول :

## اعتبار علل نصوص الشريعة ومقاصدها في تحقيق مناطات الأحكام الشرعية

ويشتمل على :

- المبحث الأول : الاعتبار المقاصدي في تطبيق النص الشرعي
- المبحث الثاني : اعتبار علل نصوص الشريعة ومقاصدها في تحقيق المناط

## المبحث الأول: الاعتبار المقاصدي في تطبيق النص الشرعي

### المطلب الأول: المقاصد لغة واصطلاحاً

#### المقاصد لغة:

تعود كلمة المقاصد إلى أصول ثلاثة: القاف والصاد والذال، ويدل هذا الجذر على معنى التوجه والاعتزام وطلب الشيء وإتيانه، وهذا ما أشار إليه ابن جني، قائلاً: «أصل مَادَّة " ق ص د " ومواقعها في كَلَام الْعَرَب: الاعتزام، والتوجه، والنهوض، والنهوض نَحْو الشَّيْء، على اغْتِدَال كَانَ ذَلِكَ أَوْ جُور. هَذَا أَصْلُهُ فِي الْحَقِيقَةِ، وَإِنْ كَانَ قَدْ يَخْصُ فِي بَعْضِ الْمَوَاضِع بِقِصْدِ الْاسْتِقَامَةِ دُونَ الْمِيلِ. أَلَا تَرَى أَنَّكَ تَقْصِدُ الْجُورَ تَارَةً كَمَا تَقْصِدُ الْعُدْلَ أُخْرَى، فَالاعتزام والتوجه شَامِلٌ لهُمَا جَمِيعًا»<sup>(1)</sup>.

#### المقاصد اصطلاحاً:

من خلال النظر في كلام العلماء المتقدمين على مقاصد الشرع لا نكاد نعثر عندهم على حدٍّ جامع مانع لمفهوم مقاصد الشريعة، وإنما كان عملهم متجهاً نحو بيان هذه المقاصد وعدّها، نحو قول الغزالي: «ومقصود الشرع من الخلق خمسة؛ وهو: أن يحفظ عليهم دينهم، ونفسهم، وعقلهم، ونسلهم، ومالهم»<sup>(2)</sup>.

وقول الآمدي: «المقصود من شرع الحكم إما جلب مصلحة، أو دفع مضرة، أو مجموع الأمرين»<sup>(3)</sup>.

(1) ابن سيده، المحكم والمحيط الأعظم، مادة (قصد)، مرجع سابق (6/187).

(2) الغزالي، المستصفى، مرجع سابق (1/174).

(3) الآمدي، الإحكام في أصول الأحكام، مرجع سابق (3/271).

وقول الشاطبي: «تكاليف الشريعة ترجع إلى حفظ مقاصدها في الخلق، وهذه المقاصد لا تعدو ثلاثة أقسام: أحدها أن تكون ضرورية، والثاني: أن تكون حاجية، والثالث: أن تكون تحسينية»<sup>(1)</sup>.

أما في العصر الحديث، فقد عمل العلماء والباحثون على صياغة تعريف محدد لمفهوم "مقاصد الشريعة الإسلامية"، لضبط مدلوله بشكل يستوعب جميع المعاني التي يمكن اعتبارها مقاصد شرعية.

ويعد الشيخ محمد الطاهر بن عاشور والأستاذ علال الفاسي من أبرز من عرفوا مقاصد الشريعة ليتبعهما غيرهما؛ لذا سأكتفي بإيراد تعريفيهما دون الاستغراق في إيراد تعاريف غيرهما من العلماء والباحثين المعاصرين، خشية الإطالة والخروج عن مقصود البحث وغايته.

يقول الشيخ ابن عاشور: «مقاصد التشريع العامة هي: المعاني والحكم الملحوظة للشارع في جميع أحوال التشريع أو معظمها، بحيث لا تختص ملاحظتها بالكون في نوع خاص من أحكام الشريعة. فيدخل في هذا: أوصاف الشريع، وغايتها العامة، والمعاني التي لا يخلو التشريع عن ملاحظتها، ويدخل في هذا أيضاً معان من الحكم ليست ملحوظة في سائر أنواع الأحكام، ولكنها ملحوظة في أنواع كثيرة منها»<sup>(2)</sup>.

ويقول الأستاذ علال الفاسي: «المراد بمقاصد الشريعة؛ الغاية منها، والأسرار التي وضعها الشارع عند كل حكم من أحكامها»<sup>(3)</sup>.

ومقاصد الشريعة التي هي: معانيها وغاياتها وأهدافها ومصالحها، تتمثل بالجملة في: إقامة المصالح، ودرء المفاسد.

(1) الشاطبي، الموافقات، مرجع سابق (2/8).

(2) محمد الطاهر بن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية، تحقيق: محمد الحبيب ابن الخوجة (قطر: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، 1425 هـ - 2004 م) (3/165).

(3) علال الفاسي، مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها، ط5 (دار الغرب الإسلامي، 1993 م) (ص: 7).

### المطلب الثاني: المقصود بـ "اعتبار المقاصد في تطبيق النص الشرعي"

استناداً إلى ما سبق من بيان دلالة مسمى "مقاصد الشريعة الإسلامية"، يمكن تحديد المقصود بـ "اعتبار المقاصد في تطبيق النص الشرعي" بأنه: تنزيل النصوص الشرعية على الواقع وفق ما يجلب المصالح التي تهدف الشريعة إلى تحقيقها، وما يبعد المفسدات التي تتغيب درأها.

إنّ تفعيل المقاصد في أعمال النص الشرعي يكون وفق منهج قائم على اعتبار مقاصد الشريعة ومعانيها وحكمها ومصالحها في عملية التطبيق، وتعيين الأحكام الشرعية المناسبة الصالحة لتنزيلها على الوقائع المعينة؛ بحيث لا يكون هذا التنزيل على هذه الواقعة منافياً لمقاصد الشرع.

لأن «الأعمال الشرعية ليست مقصودة لأنفسها، وإنما قصد بها أمور أخرى؛ هي: معانيها، وهي المصالح التي شرعت من أجلها»<sup>(1)</sup>.

فالغاية من الأحكام الشرعية هي تحقيق إرادة الشارع على أرض الواقع، وهذا يستلزم عند تطبيق الأحكام الشرعية مراعاة مقاصد الشارع، والمعاني المصلحية التي توخاها في تشريعه.

والغفلة عن هذا الأمر يؤدي إلى تنزيل الأحكام في غير مواضعها المناسبة، وتعميمها على أفراد أو وقائع لم تتوجه إليهم إرادة الشارع بالتناول والقصد، وتضييع مصالح الخلق، وإلحاق الحرج والمشقة بالناس؛ أي إنّ نتائج التطبيق ستكون مناقضة للمقاصد والغايات التي وضعت الأحكام الشرعية لتحقيقها، والوصول إليها.

إنّ تنزيل الأحكام الشرعية وفق ما يحقق مقاصدها المفضية إلى مصالح التشريع وغاياته، يتطلب التحقق من انطباق علّة الحكم التي يرتبط بها الحكم وجوداً وعدمياً في الواقعة الجديدة، فالمجتهد الذي يبذل جهده لاستنباط الحكم الشرعي من موارده وأدلتها، يبذل جهده أيضاً لتعيين المعنى المؤثر، أو العلة المقصودة التي يرتبط بها هذا الحكم وجوداً وعدمياً،

(1) الشاطبي، الموافقات، مرجع سابق (2/ 285).

فيعدّي الحكم المستنبط إلى كل واقعة تحقق فيها ذلك المعنى المؤثر، ويوقف تطبيق الحكم إذا وجد أن علته غير متحققة، وهذا كله من باب الاعتبار المقاصدي في تطبيق النص الشرعي؛ لأنه نظر في تعيين الوقائع والجزئيات التي يطبق عليها الحكم، بناء على علته المعقولة المؤثرة.

فالمنهجية المثلى للتعامل مع الأحكام الشرعية فهما وتطبيقا، تتمثل في الوقوف على علة الأحكام ومقاصدها، في مرحلة الفهم؛ لتبين المعنى المقصود الذي أراده الشارع وتغيته من وراء تشريعه، والتأكد من تحقق المقصد الشرعي للأحكام عند تنزيلها على الوقائع في مرحلة التطبيق. وهذا يتطلب فهم الواقع الذي ينزل عليه الحكم الشرعي لمعرفة مصالحه ومفاسده<sup>(1)</sup>، وهو ما يساعد على الموازنة بينها، كما يعين على معرفة نتائج تطبيق الحكم ومآلاته التي تترتب عليه في الواقع عند التنزيل، وعدم الاكتفاء بحكم صورة الفعل في الأصل، فقد يكون الفعل في الأصل مشروعاً ولكن تطبيقه على واقعة معينة مفض إلى مفسدة أكبر من المصلحة التي شرع من أجلها، فيمنع نظراً لتلك المفسدة، وهو ما اصطلاح الأصوليون عليه بـ(سد الذرائع). كما قد يكون الفعل في الأصل غير مشروع، ولكن النهي عن تطبيقه على واقعة خاصة سيؤدي إلى تفويت مصلحة أكبر من المفسدة التي منع من أجلها، فيشرع نظراً لهذا الاعتبار. وهذا المقصد هو ما التفت إليه العلماء وجسدوه من خلال أصل (الاستحسان).

قال الشاطبي مبينا هذا الموضوع، وكاشفاً عن حقيقته وكنهه: «وقد يكون (الفعل) مشروعاً لمصلحة تنشأ عنه أو مفسدة تندفع به، ولكن له مآل على خلاف ذلك، فإذا أطلق القول في الأول بالمشروعية فربما أدى استجلاب المصلحة فيه إلى مفسدة تساوي المصلحة أو تزيد عليها، فيكون هذا مانعاً من القول بالمشروعية، وكذلك إذا أطلق القول في الثاني بعدم المشروعية فربما أدى استدفاع المفسدة إلى مفسدة تساوي أو تزيد، فلا يصح إطلاق القول

(1) وقد سبق الحديث بإسهاب عن فقه الواقع.

بعدم المشروعية، وهو مجال للمجتهد صعب المورد، إلا أنه عذب المذاق محمود الغب - أي العاقبة-، جار على مقاصد الشريعة»<sup>(1)</sup>.

فالعمل المشروع في الأصل قد ينهى عنه لما يؤول إليه من المفسدة عند التطبيق، والعمل الممنوع قد يترك النهي عنه لما في ذلك من المصلحة التي تترتب عليه عند التطبيق. قال الشاطبي: «وجميع ما مر في تحقيق المناط الخاص مما فيه هذا المعنى؛ حيث يكون العمل في الأصل مشروعاً، لكن ينهى عنه لما يؤول إليه من المفسدة، أو ممنوعاً لكن يترك النهي عنه لما في ذلك من المصلحة، وكذلك الأدلة الدالة على سد الذرائع كلها، فإن غالبها تدرع بفعل جائز، إلى عمل غير جائز، فالأصل على المشروعية، لكن مآله غير مشروع، والأدلة الدالة على التوسعة ورفع الحرج كلها، فإن غالبها سماح في عمل غير مشروع في الأصل، لما يؤول إليه من الرفق المشروع»<sup>(2)</sup>.

وتفضي الوسيلة المشروعة في أصلها إلى مآل ممنوع إذا انبنى على تطبيق تلك الوسيلة المشروعة مفسد وأضرار في الواقع في بعض الأحوال، والظروف، والأزمان، والأماكن... هي أعظم وأكبر من المصلحة التي أراد الشارع تحقيقها من تشريع الحكم ابتداءً، وهو ما يستوجب الحفاظ على الوسائل من أن تنحرف عن غايتها ومقاصدها الذي شرعت من أجله عند تطبيقها على الواقع، فيحكم بمنعها رغم أنها في أصلها مشروعة، التفاتاً إلى مآلها الذي تترتب عليه، وهذا يستلزم التبصر بمقاصد الشريعة، وإدراك الغايات المرادة من تصرفات المكلفين ووقائعهم.

وهذا المعنى الذي بينه الإمام الشاطبي هو ما تجسده قاعدتنا «سد الذرائع» و«الاستحسان»؛ وبيان ذلك: أن سد الذرائع هو منع الوسائل المشروعة في الأحوال التي

(1) الشاطبي، الموافقات، مرجع سابق (4/ 195)

(2) نفسه (5/ 181).

تؤدي فيها إلى الوقوع في ممنوع منهي عنه غالباً أو كثيراً<sup>(1)</sup>، والاستحسان: هو إيثار ترك الدليل، والترخيص على طريق الاستثناء؛ لجلب مصلحة ويسر، ورفع مشقة وعسر.<sup>(2)</sup>

وأساس ذلك كله وميزانه ومرتكزه هو الموازنة بين مصلحة الأصل ومفسدة التطبيق، أو مفسدة الأصل ومصلحة التطبيق.

وبالجملة، فالاعتبار المقاصدي في أعمال النصوص الشرعية، وتطبيق الأحكام الشرعية، منهج أصيل من مناهج الاجتهاد، تضافر فقهاء الأمة وعلمائها على أعماله وتفعيله في فتاواهم واجتهاداتهم المختلفة.

فتنزيل الأحكام الشرعية وفق ما يحقق مقاصد الشرع ومصالحه عمل اجتهادي، يستدعي الفقه بالواقع والواجب في الواقع، وهذا الفقه هو الذي يمكن من تطبيق الأحكام تطبيقاً محققاً لمراد الشارع ومقاصده، وأما إسقاط الأحكام بطريقة اعتبارية وتسرع، دون نظر وتأمل عميق، واعتبار لمقاصد التشريع وحكمه وأسراره، فينجم عنه آثار وخيمة؛ بحيث ينحرف الحكم عن غايته، فيصير سبباً للحرَج والمشقة والضيق والفساد، بدلاً من أن يكون وسيلة للسعة والرحمة والعدل والخير.

وقد سبق التطرق إلى المقصد الشرعي من النصوص الناهية عن بيع المعدوم، وبيع الإنسان ما ليس عنده، وبيع الكالئ بالكالئ، وهو دفع الغرر الموجود في هذه البيوع.

(1) ابن رشد الجدل، المقدمات، تحقيق: الدكتور محمد حجي، ط1 (بيروت: دار الغرب الإسلامي، 1408 هـ - 1988 م) (2/39-41)، والقرطبي، الجامع لأحكام القرآن، مرجع سابق (2/57-58)، والزركشي، البحر المحيط في أصول الفقه، ط1 (الناشر: دار الكتبي، 1414 هـ - 1994 م) (6/82)، والشاطبي، الموافقات، مرجع سابق (4/198).

(2) ومن تعارف الاستحسان: «ترك الدليل للعرف، وتركه للمصلحة، وتركه لليسير، وتركه لرفع المشقة، وإيثار التوسعة»، «استعمال مصلحة جزئية في مقابلة قياس كلي»، «أن يكون طرداً لقياس يؤدي إلى غلو في الحكم ومبالغة فيه، فيعدل عنه في بعض المواضع لمعنى يؤثر في الحكم يختص به ذلك الموضوع». الشاطبي، الاعتصام، تحقيق: سليم بن عيد الهلالي، ط1 (السعودية: دار ابن عفان، 1412 هـ - 1992 م) (2/639).

وهو ما يقتضي تحقيق مناط الغرر في بيع العقار في طور الإنجاز، للثبوت من وجود الغرر الكثير المؤدي إلى الغبن والغش، أو انتفائه، ولو كان هذا النوع من البيع تنطبق عليه صورة بيع المعدوم، وبيع الإنسان ما ليس عنده، وبيع الكالئ بالكالئ، وهذا من باب اعتبار علل نصوص الشريعة ومقاصدها في تحقيق المناط الذي يتناوله المبحث الموالي.

## المبحث الثاني: اعتبار علل نصوص الشريعة ومقاصدها في تحقيق المناط

### المطلب الأول: المقصود بثبوت الحكم بالعلة

اختلف الأصوليون الذين بحثوا مسألة ثبوت الحكم بالنص أم بعلة الحكم في المراد بثبوت الحكم بالنص أم بالعلة، تبعاً لاختلافهم في تفسير العلة؛ نظراً لتأثرهم بالمواقف الكلامية المتعلقة بتعليل أفعال الله.

فالمعتزلة الذين فسروا العلة بأنها المؤثرة في الحكم بإيجاده، ذهبوا إلى أن المقصود بثبوت الحكم بالعلة أنها الموجبة له، المؤثرة في إيجاده وإثباته.

قال الزركشي: «فعلى قول المعتزلة إنها مؤثرة، فحكم الأصل ثابت بها»<sup>(1)</sup>.

والذين فسروا العلة بأنها الباعث على تشريع الحكم، فقد جعلوا المراد بثبوت الحكم بالعلة أنها الباعث على تشريعه، ولم يجعلوها المؤثرة في إيجاده وإثباته.

قال ابن النفيس مبيناً مراد الشافعية بأن الحكم في محل النص ثابت بالعلة: «وينبغي أن يكون مراد الشافعية أن ثبوته بالنص لأجل العلة، لا أن العلة هي الموجبة له بدون النص، ولا أنها جزء الموجب؛ وحينئذ يصير الخلاف لفظياً»<sup>(2)</sup>.

والذين حملوا معنى العلة على أنها المعرف بالحكم، فقد جعلوا المراد بثبوت الحكم بالعلة أنه ثابت عندها لا بها؛ بحيث ثبت الحكم بالنص لا بالعلة، ولكنها جعلت مُعْرِفَةً به كاشفة له؛ بحيث يستدل بها على وجوده من غير أن تكون موجودة له، قال الإمام الزركشي رحمه الله: «صواب العبارة أن يقال: "ثابت عند العلة" لا "بها"؛ وكأن الشارع قال: مهما وجد الوصف

(1) الزركشي، البحر المحیط، مرجع سابق (4/95).

(2) نفسه (4/94).

فاعلموا أن الحكم الفلاني حاصل في ذلك التمثيل. وقد قال ابن الحاجب في مسألة العلة المركبة: التحقيق أن معنى العلة: ما قضى الشارع بالحكم عند الحكمة لا أنها صفة زائدة»<sup>(1)</sup>.

وقد أورد ابن أمير الحاج مثالا يوضح به معنى كون العلة مُعَرِّفَةً بحكم الأصل، قائلاً: «فإذا عرف الناظر مثلاً أن الإسكار علة التحريم، فهو حيث وجدته قضى بالتحريم، غاية ما في الباب أن العالم يعرف تحريم الخمر من غير الإسكار لاطلاعه على النص، ولكن هذا لا يوجب أن لا يكون الإسكار معرِّفاً، بل هو منصوب معرفاً؛ فقد يعرف بعض العوام عليّة الإسكار للتحريم، ولا يدري هل الخمر هو المنصوص أو النيذ أو غيرهما من المسكرات؛ فإذا وجد الخمر، قضى فيه بالتحريم؛ مستندا إلى وجدان العلة، مستفيدا ذلك منها، فوضح بهذا أن العلة قد تعرف حكم الأصل بمجردھا»<sup>(2)</sup>.

والمراد أن تحريم الخمر قد يُعَرَّفَ بدون معرفة النص الذي حرمها، وذلك إذا عرفنا أن الإسكار هو علة في التحريم في المسكرات؛ فدل هذا على أن الإسكار مُعَرِّفٌ بتحريم الخمر ولو بمعزل عن النص على تحريمها، وهو ما دل أيضا على أن العلة مُعَرِّفَةٌ بالحكم حتى في محل النص، وهذا معنى أن الحكم في محل النص ثابت بها.

وبالجملة، فإن كلام الأصوليين في بيان المقصود بثبوت الحكم بالعلة متأثر بالخلفية العقدية الكلامية المتمثلة في اختيار العبارة المناسبة لبيان المقصود بثبوت الحكم بالعلة: فمنهم من جعل المراد بثبوت الحكم بالعلة أنها الموجبة له، المؤثرة في إيجاد وإثباته؛ فهو لذلك ثابت بها، ومنهم من جعل المراد بثبوت الحكم بالعلة أنها الباعث على تشريعه، ومنهم من فسرها: بثبوت الحكم بالنص؛ لأجل العلة، فيكون المراد بثبوت الحكم بالعلة أنه ثابت عندها لا بها.

(1) نفسه (4/95).

(2) ابن أمير الحاج، التقرير والتحرير، ط2 (الناشر: دار الكتب العلمية، 1403هـ - 1983م) (5/355).

والحاصل أننا إذا تجاوزنا هذه الاختلافات اللفظية نخلص إلى أن الأصوليين يقصدون بثبوت الحكم في محل النص بالعلة في الدراسات الفقهية، أن العلة هي الباعثة على تشريع الحكم، فالحكم دل عليه النص لأجل علة ما، فيكون الحكم في محل النص إنما كان لأجل العلة؛ لأنها هي الباعثة على تشريعه، فيوجد الحكم عند وجود العلة المعرفة به، ويستدل بالعلة على وجود الحكم، فحينما يجد الإنسان العلة يقضي بالحكم الذي تقتضيها.

### المطلب الثاني: ثبوت الحكم المنصوص عليه بالنص أم بالعلة

نورد هنا كلام الزركشي في هذه المسألة بتمامه، يقول رحمه الله: «الحكم في محل النص هل ثبت بالعلة أو بالنص؟ فيه وجهان لأصحابنا حكاهما الأستاذ أبو إسحاق، وحكى في "المستصفى" وجهها ثالثا بالتفصيل بين أن تكون العلة منصوطة فيجوز إضافة الحكم إليها في محل النص كالسرقة مثلا، وإلا فلا. وهو غريب. ويخرج من كلام ابن السمعاني رابع، وهو أن الحكم ثبت في الأصل بالنص والعلة جميعا، فقال: وقولهم: إنه لا يضاف إلى النص. قلنا: يضاف، فيقال: النص يفيد هذا الحكم، والعلة أيضا مفيدة له. ويجوز أن يتوالى دليلان على حكم واحد. وكذا قال ابن برهان: ثبوته بالنص لا يمنع من إضافته إلى العلة، فنحن نجتمع بينهما ونقول: الحكم ثابت بينهما جميعا، ويجوز إضافة الحكم إلى دليلين بالاتفاق وإن اختلفوا في تعليقه بعلتين.

ثم قال الأستاذ: وقال أهل التحقيق: إن حقيقة القول في موجب الحكم الكشف عن الدليل المبين له، قالوا: وله في الأصل دليلان.

أحدهما: النص، وله حكمان:

أحدهما: بيان الشريعة، والثاني: بيان المعنى الذي تعلق به الحكم. وفي الفرع دليل واحد إذا كانت العلة واحدة، قال: وهذا هو الصحيح. وقد يجوز أن تكون العلة مدرك حكمه بوجوه من الأدلة. ثم يعرف حكم غيره ببعض أدلته، وقال الصيرفي: الحكم في الأصل ثبت بالعلة التي دل عليها النص، وحظ النص فيها التنبيه عليها، وهذا هو الراجح عند أصحابنا.

قال الإبياري: وهو الصحيح من مذهب مالك. وعن العراقيين من الحنفية أنه ثابت بالنص. وعلى الأول فإذا استنبط من محل عموم علة خاصة تخصيص حكم الأصل وهو بمثابة استنباط الإسكار من آية تحريم الخمر، فيقتضي أنه لا يحرم إلا القدر المسكر، وهو قول أبي حنيفة في النبيذ، بناء منه على أن حكم النبيذ هو المستند إلى العلة، وأما حكم الخمر فيستند إلى اللفظ العام..... وذكر الإبياري في " شرح البرهان " من فوائد الخلاف تحريم قليل النبيذ وكثيره كالخمر عندنا، وعندهم لا يحرم إلا القدر المسكر، بخلاف الخمر، فإن حرمة الخمر ثابتة بالنص، وهو عام يشمل قليله بعله الإسكار وحرمة النبيذ، والفرع ثابت بعله الأصل وهي الإسكار، فلا بد من وجودها فلا يحرم منه قدر لا يسكر<sup>(1)</sup>.

والحاصل أن: الأصوليين اختلفوا في ثبوت الحكم في الأصل المنصوص عليه، هل هو بالعلة أو بالنص، على أقوال، أهمها قولان:

القول الأول: وهو أن الحكم في محل النص ثابت بعله الحكم مطلقاً، لا بالنص، على معنى أن العلة هي الباعثة على حكم الأصل منصوصة كانت أم مستنبطة. وهو قول الجمهور من المالكية<sup>(2)</sup>، والشافعية<sup>(3)</sup>. وقال الأبياري: «هو الصحيح من مذهب مالك»<sup>(4)</sup>، وعده الشنقيطي صحيح مذهب مالك<sup>(5)</sup>. ونسبه ابن ملك إلى بعض المشايخ من الحنفية<sup>(6)</sup>، ونسبه

(1) الزركشي، البحر المحيط في أصول الفقه، مرجع سابق (7/134).

(2) عبد الله العلوي الشنقيطي، نشر البنود على مراقي السعود (المغرب: مطبعة فضالة) (2/130)، وشمس الدين محمود الاصبهاني، بيان المختصر شرح مختصر ابن الحاجب، تحقيق محمد مظهر بقا، (مكة المكرمة: جامعة أم القرى) (3/82-83)، الإيجي، شرح العضد الإيجي على مختصر المنتهى الأصولي لابن الحاجب، ضبط: فادي نصيف وطارق يحيى، ط1 (بيروت: دار الكتب العلمية، 1421هـ-2000م) (ص: 313).

(3) الغزالي، المستصفى، مرجع سابق (1/339)، والآمدي، الإحكام، مرجع سابق (3/270).

(4) الزركشي، البحر المحيط، مرجع سابق (7/133).

(5) الشنقيطي، نشر البنود على مراقي السعود، مرجع سابق (2/130).

(6) يقول ابن ملك: «الحكم في المقيس عليه يضاف إلى النص عندنا؛ فلا فائدة في العلة القاصرة، وعند الشافعي رحمه الله الحكم مضاف إلى العلة في الأصل والفرع، وهو قول بعض مشايخنا؛ فيجوز التعليل بعله قاصرة، وهذا ليس بشيء». ابن ملك، شرح منار الأنوار (بيروت: دار الكتب العلمية/ طبعة مصورة عن نسخة المطبعة النفيسة العثمانية، 1308هـ) (ص: 283).

ابن أمير الحاج إلى السمرقندي من الحنفية، ورجحه<sup>(1)</sup>، ونسبه الطوفي إلى مشايخ سمرقند من الحنفية<sup>(2)</sup>.

القول الثاني: الحكم في محل النص ثابت بالنص لا بعلّة الحكم، وعلى هذا ذهب جمهور الحنفية<sup>(3)</sup>، ووجه للشافعية<sup>(4)</sup>، وقول الحنابلة<sup>(5)</sup>.

وإذا كانت الأحكام تثبت بالعلل التي نبهت عليها النصوص لا بألفاظها، فهل يجوز نفي الحكم المنصوص عليه إذا انتفت علته؛ فيدور الحكم مع علته عدما، ولو كان الحكم منصوفا عليه، طبقا للقاعدة الأصولية: الحكم يدور مع علته وجودا وعدما؟

يمثل اعتبار البحث عن علل الأحكام الشرعية، واعتبارها في الاجتهاد الركن الأساس للاجتهاد الفقهي؛ لأن معرفة علل الأحكام الشرعية هي التي تؤدي إلى معرفة مقاصد الشريعة، وغاياتها التي ترجى من أحكامها<sup>(6)</sup>.

فالمقاصد عبارة عن مصالح تهدف الشريعة إلى تحصيلها بما وضعتها من الأحكام الشرعية، وهذه المقاصد لا تخرج عن المعاني السامية، والحكم الخيرة، والغايات الحميدة التي ابتغى الشارع تحقيقها، والوصول إليها من النصوص التي وردت عنه، أو الأحكام التي شرعها الله لعباده.

وإن اتباع تعاليم النصوص الشرعية يعني تطبيق الأحكام الشرعية التي جاءت بها، على

(1) ابن أمير الحاج، التقرير والتحجير، مرجع سابق (5/354، 356).

(2) الطوفي، شرح مختصر الروضة، مرجع سابق (3/321).

(3) محمد الفناري، فصول البدائع في أصول الشرائع، تحقيق: محمد حسين محمد حسن إسماعيل، ط1 (بيروت: دار الكتب العلمية، 2006 م - 1427 هـ) (2/336)، والأنصاري، فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت، تحقيق: عبد الله محمود محمد عمر، ط1 (بيروت: دار الكتب العلمية، 1423 هـ - 2002 م) (2/344)، السرخسي، أصول السرخسي (بيروت: دار المعرفة) (2/193).

(4) الزركشي، البحر المحيط، مرجع سابق (4/93).

(5) ابن النجار الحنبلي، شرح الكوكب المنير، تحقيق: محمد الزحيلي ونزيه حماد، ط2 (الناشر: مكتبة العبيكان، 1418 هـ - 1997 م) (4/102).

(6) الشاطبي، الموافقات، مرجع سابق (2/8).

النحو الذي يحقق به هذا التطبيق المقاصد التي شرعت من أجلها، حتى يكون التطبيق على الوجه الذي أراده الشارع وتغيّاه، وإلا وقع التعارض بين التشريع الذي يهدف إلى تحقيق مصالح معينة، وبين التطبيق الذي لا يعير لتلك المصالح أي أهمية، أو ينزل الحكم الشرعي على الأفراد بطريقة آلية مجردة، دون أي اعتبار للنظر المقاصدي؛ لأن الحكم قد شرع ابتداءً لتحقيق مقصد شرعي<sup>(1)</sup>.

فالتطبيق المقاصدي للنصوص الشرعية يعني: اعتبار مقاصد الشريعة أثناء تنزيل الأحكام الشرعية؛ بحيث يكون هذا التنزيل على النحو الذي يحقق المصالح التي جاءت النصوص لتحصيلها.

ومما يظهر فيه تَرَدُّدُ الفهم في إعمال النص الشرعي بين النظر الظاهري، والنظر المقاصدي: انتفاء الحكم المنصوص عليه بانتفاء علته المستنبطة؛ مثل: بيع المبيع قبل قبضه.

فقد ذهب بعض الفقهاء إلى أنه لا يجوز بيع المبيع حتى يقبض، مستدلين بما روي أن حكيم بن حزام أخبره، قال: قلت: يا رسول الله، إني اشتري بيوعاً فما يحل لي منها، وما يحرم علي، قال: «فَإِذَا اشْتَرَيْتَ بَيْعًا، فَلَا تَبِعْهُ حَتَّى تَقْبِضَهُ»<sup>(2)</sup>.

وعن زيد بن ثابت أن النبي ﷺ «نَهَى أَنْ تُبَاعَ السِّلْعُ حَيْثُ تُبْتَاغُ، حَتَّى يَحُوزَهَا التُّجَّارُ إِلَى رِحَالِهِمْ»<sup>(3)</sup>، وعن ابن عباس أن النبي ﷺ قال: «مَنْ ابْتِئَاعَ طَعَامًا فَلَا يَبِيعُهُ حَتَّى يَسْتَوْفِيَهُ»، قَالَ ابْنُ عَبَّاسٍ: وَأَخْسِبُ كُلَّ شَيْءٍ مِثْلَهُ<sup>(4)</sup>؛ أي لا فرق بين الطعام وغيره في ذلك. وظاهر هذه

(1) محمد سعد اليوبي، ضوابط إعمال مقاصد الشريعة في الاجتهاد، (مجلة الأصول والنوازل، ع4، رجب 1431 هـ) (ص: 29)،

ومحمد الطاهر بن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية، مرجع سابق (ص: 251)، وأحمد الريسوني، نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي، ط2 (الدار العالمية للكتاب الإسلامي، 1412 هـ - 1992 م) (ص: 7).

(2) رواه أحمد في مسنده، رقم: 15316 (24/32)، و البيهقي في السنن الكبرى، رقم: 10685 (5/511).

(3) أخرجه أبو داود في سننه، أبواب الإجارة، باب في بيع الطعام قبل أن يستوفي، رقم: 3499 (3/282)، و الدارقطني في سننه، كتاب البيوع، رقم: 2831 (3/398).

(4) أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب البيوع، باب بطلان بيع المبيع قبل القبض، رقم: 29 - (1525) (3/1159).

الأحاديث حجة لمن لا يجيز بيع المبيع حتى يقبض. سواء أكان طعاماً أو غيره، وهو مذهب الإمام الشافعي، وقول أبي يوسف، ومحمد من الحنفية، ورواية عن أحمد.<sup>(1)</sup>

إلا أن جمهور أهل العلم في الجملة نظروا إلى علة النهي عن بيع المبيع قبل قبضه، وهي: هي خشية انفساخ العقد بتلف المعقود عليه قبل القبض؛ واستناداً إلى اعتبار هذه العلة، قالوا: إن ما لا تجوز المعاوضة عنه قبل قبضه هو ما مُلك بعقد ينفسخ فيه العقد بتلف المملوك قبل قبضه، وأما إن كان احتمال انفساخ العقد بسبب غير التلف؛ سواء أكان من جهة أحد المتعاقدين أم غيرهما، فإنه لا يمنع التصرف في العين سواء أكان بالمعاوضة أو غيرها؛ بناء على أن علة النهي عن بيع المبيع قبل قبضه هي خشية انفساخ العقد بتلف المبيع قبل قبضه؛ وعلى هذا، فإذا كان العقد لا يخشى انفساخه بتلف المبيع قبل قبضه فيجوز التصرف فيه بالبيع.<sup>(2)</sup>

وأما المبيع الذي لا ينفسخ عقد بيعه بتلفه، فيجوز التصرف فيه قبل قبضه؛ لأن علة النهي عن بيع المبيع قبل قبضه متتية في هذا المبيع، وإلى هذا ذهب الحنفية<sup>(3)</sup>، والمالكية إن كان طعاماً<sup>(4)</sup>، والشافعية مطلقاً<sup>(5)</sup>، والحنابلة إن احتاج إلى حق توفية<sup>(6)</sup>، والظاهرية إن كان قمحاً.<sup>(7)</sup>

(1) الشافعي، الأم، مرجع سابق (4/ 144)، و ابن الهمام، فتح القدير، مرجع سابق (6 / 137)، وابن قدامة، المغني، مرجع سابق (4 / 221).

(2) الكساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق (5/ 180)، والشيرازي، المهذب، مرجع سابق (1/ 262)، وابن قدامة، المغني، مرجع سابق (4/ 240).

(3) ابن الهمام، فتح القدير، مرجع سابق (6/ 473)، وابن عابدين، رد المحتار، مرجع مذكور (7/ 370).

(4) الدسوقي، حاشية الدسوقي، مرجع سابق (3/ 151-152)، والصاوي، بلغة السالك لأقرب المسالك، د.ط (الناشر: دار المعارف، د.ت) (3/ 126).

(5) النووي، المجموع شرح المهذب، مرجع سابق (9/ 266)، والنووي، روضة الطالبين، مرجع مذكور (3/ 170).

(6) ابن قدامة، الكافي في فقه الإمام أحمد، ط1 (بيروت: دار الكتب العلمية، 1414 هـ - 1994 م) (3/ 45)، والبهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع (بيروت: دار الكتب العلمية) (2/ 245).

(7) ابن حزم، المحلى بالآثار، د.ط (بيروت: دار الفكر، د.ت) (7/ 473).

ومن أمثلة الانفساخ في العقود: انفساخ عقد الإجارة إذا تلفت العين المستأجرة سواء أكان الانفساخ للعقد كله أم بعضه، ومثل انفساخ عقد الشركة، والمزارعة، والمساقات بموت أحد المتعاقدين، ويترتب على الانفساخ إعادة العاقدين إلى سابق وضعهما قبل التعاقد.

ومن خلال هذين المثالين يتضح أن الفقهاء يأخذون بعين الاعتبار علل النصوص ومقاصدها في اجتهاداتهم الفقهية دون الجمود على ظواهرها ومنطوقاتها، ويتجاوزون التفسير الظاهري أو الحرفي للنصوص إلى النظر في عللها وغاياتها ومقاصدها؛ لأجل تحقيق مقاصد الناس الموافقة لمقاصد الشريعة الإسلامية، ورفع الحرج والعسر عنهم، وتحقيق مصالحهم ودرء المفاسد عنهم.

فالدرس الأصولي اليوم يولي أهمية كبيرة للمقاصد وأهميتها، إلا أن اهتمامه بهذا الموضوع في أغلبه نظري؛ بحيث هناك نقص في مجال تطبيق فقه المقاصد، ولعل السبب الحقيقي يكمن في أن «دقائق المصالح والمفاسد، وآثارها، ووسائل تحصيلها، وانخراطها، فذاك المقام المرتبك، وفيه تتفاوت مدارك العقلاء اهتداء وغفلة، وقبولاً وإعراضاً»<sup>(1)</sup>.

وعليه فالبحث المقاصدي التنزيلي هو المسلك الأخطر في باب المقاصد.

وإن النصوص الشرعية على كثرتها وتنوعها، ومراتب الأحكام الواردة فيها، تقتضي فعلا التفصيل والتدقيق، والإعمال المحقق للمصالح الشرعية. ولما كان من الأهمية بمكان تحقيق هذا الأمر تطبيقياً؛ فإنه يحتاج إلى مزيد العناية والتدقيق حفظاً لمقاصد الشرع، ورعاية لحرمة النصوص ومنزلتها في الشرع.

ولا يتصور تحصيل فقه صحيح في أمور الدين، وإعمال النصوص الشرعية دون تفعيل البعد المقاصدي فيه؛ ف«الفقه في الدين هو معرفة حكمة الشريعة ومقاصدها ومحاسنها»<sup>(2)</sup>.

(1) ابن عاشور، مقاصد الشريعة، مرجع مذكور (ص: 316).

(2) ابن تيمية، مجموع الفتاوى، مرجع سابق (11/354).

وهذا ما يتطلب تحقيق مناط الوضوح ونفي الغرر في بيع العقار في طور الإنجاز، باعتباره من مقاصد النصوص الواردة في البيوع المشابهة لبيع العقار في طور الإنجاز ، وهي: «بيع الإنسان ما ليس عنده»، و«بيع المعدوم»، و«بيع الكالئ بالكالئ»، كما سبق بيان ذلك في مبحث سابق، وذلك ما نخصص له الفصل الموالي .

## الفصل الثاني :

### تحقيق مناط مقصد الوضوح ونفي الغرر في مكونات بيع العقار في طور الإنجاز

وتحتة مبحثان:

• المبحث الأول: تعريف الغرر، وحكمه، ومقصد الشرع من النهي عنه،  
وموارده في البيوع

• المبحث الثاني: تحقيق مناط مقصد الوضوح والخلو من الغرر في عناصر بيع  
العقار في طور الإنجاز

المبحث الأول: تعريف الغرر، وحكمه، ومقصد الشرع من النهي عنه، وموارده في

## البيوع

يعتبر الغرر أحد أصول الفساد في البيوع التي حددها ابن رشد الحفيد في: تحريم عين المبيع، والربا، والغر، والشروط التي تؤدي إلى الغرر أو الربا، أو إلى مجموعهما.<sup>(1)</sup>

فقد تبين مما تقدم من دراسة: بيع «السلم»، و«الاستصناع»، و«بيع المعدوم»، و«بيع الإنسان ما ليس عنده»، و«بيع الكالئ بالكالئ»، أن أساس أحكام هذه البيوع هو تحقق الغرر أو عدمه، فعندما يتنفي الغرر الفاحش كما في عقد السلم وفي الاستصناع عند الحنفية يجيزه الفقهاء؛ لأن المبيع فيهما موصوفان وصفا شاملا والأجل معلوم، وعندما يتحقق الغرر الفاحش، كما إذا انعقد البيع وهو غير موثق ومطمأن إلى إتمامه؛ إما: لعدم توثيقه بتسليم أحد البديلين، كما في «بيع الكالئ بالكالئ» المنهي عنه من جهة انعقاد العقد دون أن ينتج أي من آثاره، كتسليم المبيع وأداء الثمن، فلو عجل أحد البديلين لكان العقد موثقا، والبديل المؤجل مضمونا في ذمة الطرف الآخر، وكما في «بيع الإنسان ما ليس عنده» المنهي عنه لاحتمال عدم حصول البائع على ما باعه لتسليمه للمشتري.

وهذا ما يستوجب منا دراسة الغرر بيانا لحقيقته، وأنواعه، وحكمه، وعلة النهي عنه، وآثاره في العقد.

ثم الانتقال إلى النظر في مدى تحقق الغرر، وتأثيره في عناصر بيع العقار في طور الإنجاز؛ من أجل تحقيق مناط الحكم في هذا العقد.

(1) ابن رشد، بداية المجتهد، مرجع سابق (3/ 145).

## المطلب الأول: تعريف الغرر وحكمه

## تعريف الغرر لغة واصطلاحاً:

الغين والراء أصول ثلاثة صحيحة: الأول: المثل، والثاني: النقصان، والثالث: العتق والبياض والكرم... ومن الأصل الثاني وهو النقصان: بيع الغرر، وهو الخطر الذي لا يدرى أيكون أم لا، كبيع العبد الآبق، والطائر في الهواء، فهذا ناقص لا يتم البيع فيه أبداً.<sup>(1)</sup>

فبيع الغرر اعتراه النقصان، من قبل الجهل بمصيره، لعدم امتلاك ما يوثقه، ويضمن حصوله؛ بسبب نقصان العلم به، أو عدم امتلاكه، وعدم القدرة على تسليمه، وغير ذلك من الأسباب التي سنذكرها بعد؛ لذلك عرّف الأصمعي بيع الغرر بـ «أن يكون على غير عهدة ولا ثقة»<sup>(2)</sup>

وقال الأزهري: «ويدخل في بيع الغرر: البيوع المجهولة، التي لا يحيط بكنهها المتبايعان، حتى تكون معلومة»<sup>(3)</sup>.

والغرر في الاصطلاح الفقهي: الجهل الذي يعتري الشيء في نفسه، كالجهل بصفته وماهيته، أو عاقبته ومآله، فلا يدرى أيكون أم لا، وبعبارة وجيزة: الغرر ما هو مجهول الحال أو المآل أو هما معاً، وهذا ما يستفاد من التعاريف الآتية:

قال الرجراجي: «والغرر هو الخطر -بفتح الخاء-، فسمي بيع الغرر خطراً ومخاطرة بسببها؛ إذ لا يدرى المشتري حقيقة ما اشتراه، ولا البائع عرف حقيقة ما باع، ولا صفته، ولا مقداره بالمقام»<sup>(4)</sup>.

(1) ابن فارس، مقاييس اللغة، مادة (غر)، مرجع سابق (4/380-381).

(2) الأزهري، تهذيب اللغة، مادة (غر)، تحقيق: محمد عوض مرعب، ط1 (بيروت: دار إحياء التراث العربي، 2001م) (8/19).

(3) نفسه (8/19).

(4) الرجراجي، مناهج التحصيل، مرجع سابق (6/358).

وقال القاضي عياض: «ومنه نهى عن بيع الغرر، وهو الجهل بالمبيع أو ثمنه أو سلامته أو أجله»<sup>(1)</sup>.

وقال ابن عرفة: «بيع الغرر ما شك في حصول أحد عوضيه، أو مقصود منه غالباً»<sup>(2)</sup>.

وقال الكاسائي: «إن الغرر هو الخطر الذي استوى فيه طرف الوجود والعدم بمنزلة الشك»<sup>(3)</sup>.

### حكم الغرر في البيوع:

إن الغرر منهي عنه شرعاً، لما رواه مالك، عن أبي حازم بن دينار، عن سعيد بن المسيب، أن رسول الله ﷺ «نَهَى عَنْ بَيْعِ الْغَرْرِ»<sup>(4)</sup>، ولنهيه عن بعض المبيعات المعدومة، أو إن وجودها مستقبلاً في خطر؛ كبيع المضامين، والملاقيح، وحبل الحبلية، والثمرة التي لم تخلق، وبيع السنين، والمعاومة، وغيرها من الأشياء المعدومة المنصوص على حرمة بيعها؛ لما روي عن النبي ﷺ أَنَّهُ نَهَى عَنْ بَيْعِ الْمَضَامِينِ وَالْمَلَاقِيحِ وَبَيْعِ حَبْلِ الْحَبْلَةِ<sup>(5)</sup>، وروى جابر رضي الله عنه أن النبي ﷺ: "نَهَى عَنِ الْمُعَاوَمَةِ"، وفي بعضها "بَيْعِ السِّنِينَ"<sup>(6)</sup>.

وقد بوب عليه مالك ما لا يجوز من بيع الحيوان، وهي المضامين والملاقيح وحبل الحبلية، فإنه غرر في المعدوم<sup>(7)</sup>. فالغرر في المعدوم أشد من الموجود المجهول؛ وذلك أن الغرر هو

(1) القاضي عياض، مشارق الأنوار على صحاح الآثار (دار النشر: المكتبة العتيقة ودار التراث) (131/2).

(2) الرصاع، شرح حدود ابن عرفة، مرجع سابق (ص: 254).

(3) الكاسائي، بدائع الصنائع، مرجع سابق (5/163).

(4) رواه مالك في الموطأ، تحقيق: محمد مصطفى الأعظمي، مرجع سابق (4/960).

(5) علاء الدين السمرقندي، تحفة الفقهاء، مرجع سابق (2/49)، والحديث رواه عبد الرزاق الصنعاني في مصنفه، رقم: 14137

(6/8)، والطبراني في المعجم الكبير، رقم: 11581 (11/230)، والبخاري في مسنده، رقم: 1268 (2/67).

(6) الشيرازي، المهذب، مرجع سابق (2/12)، والحديث رواه مسلم في صحيحه، كتاب البيوع، باب النهي عن المحاقلة والمزابنة، وعن المخابرة..، رقم: 85 - (1536) (3/1175).

(7) ابن العربي، القبس في شرح موطأ مالك بن أنس، مرجع سابق (1/843).

ما خفي أمره وعاقبته... وهذا ينطبق على المعدوم، ومن ثم لم يجز بيعه<sup>(1)</sup>؛ وعلى هذا، فعلة النهي عن بيع المعدوم هو كونه يعتريه غرر في المعدوم.<sup>(2)</sup>

### المطلب الثاني: مقصد الشريعة من النهي عن بيع الغرر

إن الشرع الإسلامي قصد من النهي عن الغرر في العقود تحقيق الوضوح فيها؛ بحيث يطلع كل من المتعاقدين على تفاصيل العقد بدون غش وغموض، فيعلم كل طرف بجلاء ما يعطي وما يأخذ، ومتى وأين، مما يجنب المتعاقدين الوقوع في الغبن والغش والضرر والخديعة، وكل ما يؤدي إلى أكل أموال الناس بالباطل، ويحد من الخصومات والنزاعات.

فالنهي عن الغرر في البيوع يدل على أن الشارع قصد الوضوح فيها، وهو ما يخدم مقصد حفظ المال، والحد من الاعتداء عليه عن طريق عقود الغرر التي تؤدي إلى غبن أصحابها، وخديعتهم، وإلحاق الضرر بهم في أموالهم، وأكلها بالباطل، ويتنافى مع العدل الذي هو مقصد من مقاصد الشرع في الأموال، وهو ما يحول دون حفظها وصيانتها وتنميتها<sup>(3)</sup>.

فقد نص الشرع على منع كل بيع فيه غرر، والغرر سببه الجهالة وعدم الوضوح، وقد عبر ابن رشد عن هذه العلاقة التلازمية بين الغبن والغرر والجهالة بقوله: «وهي (يقصد بيوع الغرر) البيوع المنهي عنها من قبل الغبن الذي سببه الغرر، والغرر يوجد في المبيعات من جهة الجهل على أوجه»<sup>(4)</sup>.

وقد راعى الفقهاء وجود الغرر، واعتبروه علة معتبرة في الاجتهاد الفقهي في أنواع من العقود التي لم ينص عليها.

(1) الشيرازي، المهذب، مرجع سابق (12/2).

(2) ابن العربي، القبس في شرح موطأ مالك بن أنس، مرجع سابق (1/843).

(3) يقول الطاهر بن عاشور: «المقصد الشرعي في الأموال كلها خمسة أمور: رواجها، ووضوحها، وحفظها، وثباتها، والعدل فيها».

الطاهر بن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية، مرجع سابق (ص: 464).

(4) ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مرجع سابق (3/166).

## المطلب الثالث: الغرر المؤثر في الحكم

ليس كل غرر معتبرا في الفقه الإسلامي، وليس المراد بالغرر المؤثر في الحكم عند الفقهاء مطلق الجهالة، بل على وجه مخصوص، وضابط الغرر المؤثر في الحكم أن يكون ما لا يتسامح فيه، وكان ملتفتا إليه عرفا، والاختلاف اختلافا غير متسامح به كذلك، فالجهل الذي ليس كذلك لا يسمى غررا؛ ولذا لم يلتفت الفقهاء الى ما يتعارف من فضول الكيل، و اختلاف الوصف بما لا تختلف به القيمة عرفا.

والغرر المؤثر في أحكام العقود، هو أن يكون الغرر كثيرا، «في عقود المعاوضات المالية، إذا كان في المعقود عليه أصالة، ولم تدع للعقد حاجة»<sup>(1)</sup>.

والفقهاء يختلفون في تقدير الغرر الموجود في العقود هل هو من الغرر الكثير المؤثر الذي يؤدي إلى الغبن والغش، أم هو من الغرر اليسير الذي لا بد منه، فما اتفقوا على أنه من الغرر الكثير اتفقوا على منعه، وما اتفقوا على أنه من الغرر اليسير اتفقوا على العفو عنه، وما اختلفوا في اعتباره من الغرر الكثير أو اليسير اختلفوا في حكمه. يقول ابن رشد: «الفقهاء متفقون على أن الغرر الكثير في المبيعات لا يجوز، وأن القليل يجوز، ويختلفون في أشياء من أنواع الغرر، فبعضهم يلحقها بالغرر الكثير، وبعضهم يلحقها بالغرر القليل المباح لتردها بين القليل والكثير»<sup>(2)</sup>.

وقد راعى الشرع مقصد الوضوح في البيوع، فنهى عن البيوع المكتنفة بالغرر، منها: ✓ **بَيْعِ حَبْلِ الْحَبْلَةِ**<sup>(3)</sup>، وهي: بيع كانت تؤجل إلى أن تنتج الناقة ما في بطنها، ثم ينتج ما في بطنها، وهذا فيه جهالة من جهة الأجل.<sup>(4)</sup>

(1) الصديق محمد الضير، الغرر في العقود وأثره في التطبيقات المعاصرة، ط1 (جدة: المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، البنك الإسلامي للتنمية، 1414هـ-1993م) (ص: 39).

(2) ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مرجع سابق (3/ 173).

(3) وهو نتاج التناج وهو أن يقول بعت منك ولد ولهذه الناقة. النسفي، طلبه الطلبة مرجع مذكور (ص 110).

(4) ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مرجع سابق (3/ 168).

- ✓ بيع ما يحتمل تعرضه للتلف والجائحة، وهذا ما ظهر لجمهور العلماء من نهي الشرع عن بيع الثمرة قبل أن تزهي؛ لقوله ﷺ في حديث أنس بن مالك بعد نهييه عن بيع الثمرة قبل الزهو: «أَرَأَيْتَ إِذَا مَنَعَ اللَّهُ الثَّمْرَةَ، فَبِمَ يَأْخُذُ أَحَدُكُمْ مَالَ أَخِيهِ؟»<sup>(1)</sup>.
- ✓ بيع الحنطة في سنبلها دون السنبل، لأنه لا تعلم صفته ولا كثرته.<sup>(2)</sup>
- ✓ بيع الغائب أو متعذر الرؤية من غير وصف، فهو من باب الغرر الكثير عند مالك والشافعي.

ومن بينها كذلك العقود التي حقننا مناطها فيما تقدم، وهي:

1. بيع الدين بالدين.
2. بيع المعدوم.
3. بيع الإنسان ما ليس عنده.

#### المطلب الرابع: موارد الغرر في البيوع

إن معظم موارد الغرر في البيوع تعود إلى موضعين:<sup>(3)</sup>

أولاً: الغرر في صيغة العقد؛ وذلك بأن يعقد البيع بصيغة تجعل فيه غرراً؛ أي إن الغرر يتصل بنفس العقد لا بمحلله.

محل العقد؛ وهو ما يقع عليه العقد وتظهر فيه أحكامه وآثاره، ويختلف باختلاف العقود، ويطلق في عقد البيع على ما يشمل البدلين: المبيع والتمن، والأجل إن وجد.

ويكون الغرر في محل العقد:

- بالجهل بجنسه، أو نوعه، أو وصفه، أو مقداره، أو ذاته.

(1) نفسه (3/169)، والحديث رواه البخاري في صحيحه، كتاب البيوع، باب إذا باع الثمار قبل أن يبدو صلاحها، ثم أصابته عاهة فهو من البائع، رقم: 2198 (3/77).

(2) ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مرجع سابق (3/171).

(3) الصديق محمد الضير، الغرر في العقود وأثره في التطبيقات المعاصرة، مرجع سابق (ص: 12).

- بالجهل بالأجل .
- بعدم الوثوق في إمكان التسليم؛ بأن يكون أحد العوضين غير مقدور التسليم، فيكون البيع في خطر تلف أحد البديلين بلا عوض .
- بعدم وجود المحل وقت التعاقد .
- بعدم رؤية المحل .<sup>(1)</sup>

والحاصل أن الغرر: هو الخطر، وعدم الوثوق في إتمام العقد Risk , uncertainty ؛ بسبب الجهالة سواء أكانت في الثمن، أم في المبيع، أم في الاجل، أم في القدرة على التسليم .

قال ابن رشد: «والغرر يوجد في المبيعات من جهة الجهل على أوجه: إما من جهة الجهل بتعيين المعقود عليه، أو تعيين العقد، أو من جهة الجهل بوصف الثمن والمثمن المبيع، أو بقدره، أو بأجله إن كان هنالك أجل، وإما من جهة الجهل بوجوده، أو تعذر القدرة عليه، وهذا راجع إلى تعذر التسليم، وإما من جهة الجهل بسلامته (أعني: بقاءه)، وهاهنا بيع تجمع أكثر هذه أو بعضها»<sup>(2)</sup> .

فالغرر أساس فساد أنواع من البيوع، ومنها: بيع بعض الأشياء المعدومة، وبيع الإنسان ما ليس عنده، وبيع الكالئ بالكالئ، فنَهَيْهِ ﷺ عَنْ بَيْعِ الْغَرَرِ نَصٌ فِي النَّهْيِ عَنْ كُلِّ مَا يَعْتَرِيهِ غَرَرٌ .

إن تحقيق مناط الغرر في العقد الابتدائي لبيع العقار في طور الإنجاز، يتطلب الإطلاع بدقة على:

- ☒ المبيع؛ من حيث وجوده، وكونه معلوما<sup>(3)</sup>، ومملوكا للمشتري.<sup>(4)</sup>

(1) نفسه (ص: 12-13).

(2) ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مرجع سابق (3/166).

(3) بكونه موصوفا في الذمة وصفا يزيل الجهالة عنه، كما هو مشروط في عقد السلم والاستصناع.

(4) لقوله ﷺ: «لا تبع ما ليس عندك»، سبق تخريجه.

✘ الثمن؛ وذلك بالنظر في خلو كيفية أداء الثمن في بيع العقار في طور الإنجاز من الغرر والغبن، أم لا.

✘ الأجل المتعلق بتسليم المبيع والثمن؛ وذلك بالنظر في مدى تحديد أجل تنفيذ مقتضيات هذا العقد واحترامها؛ تجنباً الوقوع في الغرر والغبن.

✘ الضمانات التي تقدمه شركات العقار لزبائناتها، هل هي كافية لتوثيق بيع العقار في طور الإنجاز، فتجعل المشتري مطمئناً بهذه الضمانات أنه سيحصل على عقاره في الأجل المحدد، أو يعوض عن ذلك إذا طرأ ما يؤدي إلى غير ذلك؛ مما يجعل العقد خالياً من الغرر الفاحش، والغبن الفاسد.

وهذا ما يقتضي:

1. تحقيق مناط الغرر في صيغة البيع الابتدائي.
2. تحقيق مناط الغرر في المبيع.
3. تحقيق مناط الغرر في الثمن.
4. تحقيق مناط الغرر في الأجل.

## المبحث الثاني: تحقيق مناط مقصد الوضوح والخلو من الغرر في عناصر بيع العقار في طور الإنجاز

### المطلب الأول: تحقيق مناط الوضوح والخلو من الغرر في صيغة البيع الابتدائي

صيغة العقد: هي «الألفاظ والعبارات التي ينشأ بها العقد»<sup>(1)</sup>، ويعبر بها المتعاقدان عن إرادتهما في إبرام عقد، وتحديد نوعه.

وصيغة عقد البيع: هي ما يعبر بها المتبايعان عن إرادتهما ورضاهما في عقد البيع بينهما.

#### مورد الغرر في صيغة عقد البيع:

تقدم أن الغرر في العقد هو العقد المجهول العاقبة والمآل؛ بسبب ما اعتراه من جهالة في جانب من الجوانب، جعلت البيع لا يحيط بكنهه المتبايعان، حتى يكون معلوما.<sup>(2)</sup>

والغرر في الصيغة: هو الجهالة واللبس فيها؛ وذلك إذا انعقد العقد بصيغة يكتنفها غموض واحتمال، نتيجة عدم الجزم فيها بعاقبة العقد هل يتم أم لا، بحيث لا تفصح بوضوح عن كل عناصر العقد<sup>(3)</sup>، كأن يكون العقد معلقا على شرط. فإذا قال شخص لآخر: بعتك داري هذه بكذا إن باع لي فلان داره، فقال الآخر: قبلت، فإن هذا بيع غرر من جهة صيغته، لأن الصيغة التي انعقد بها تجعل العقد مستور العاقبة، فإن كلا من البائع والمشتري لا يدري هل يتم البيع أم لا يتم.<sup>(4)</sup> بمعنى أن الغرر يتعلق بنفس العقد (الإيجاب والقبول) لا بمحلله (المعقود عليه).

#### الصيغة التي يعقد بها البيع الابتدائي لعقار في طور الإنجاز:

(1) سعدي أبو حبيب، القاموس الفقهي، ط2 (دمشق: دار الفكر 1408 هـ / 1988 م) (ص: 255)

(2) الأزهري، تهذيب اللغة، مادة (غر)، مرجع سابق (8/ 19).

(3) وهي: المبيع، والثلث، والأجل إن وجد وما إلى ذلك.

(4) الصديق محمد الضير، الغرر في العقود وأثره في التطبيقات المعاصرة، مرجع سابق (ص: 13).

تقدم فيما سلف أن عقد البيع الابتدائي للعقار في طور الإنجاز هو الاتفاق الذي يلتزم البائع بمقتضاه بإنجاز عقار داخل أجل محدد، كما يلتزم فيه المشتري بأداء الثمن تبعا لتقدم الأشغال، وهو ما يستفاد من الفصل 1 - 618 من قانون بيع العقار في طور الإنجاز.

فمن خلال الإجراءات القانونية التي أوجب القانون المنظم لبيع العقار في طور الإنجاز اتباعها لإبرام هذا النوع من البيع، نجد أن القانون ألزم أن تتضمن الصيغة التي أبرم بها عقد بيع العقار في طور الإنجاز أمرين أساسيين:

الأمر الأول: بيان عناصر العقد، وهي: المتعاقدان؛ بيان: هويتها، والمعقود عليه؛ وهو: المبيع؛ بيان البائع ما يثبت ملكه للمبيع ملكا خالصا من كل التبعات، ووصف العقار محل البيع، والثمن، والأجل.

فبمقتضى الفصل 3 - 618 يجب أن يتضمن عقد بيع العقار في طور الإنجاز العناصر

الآتية:

- هوية الأطراف المتعاقدة ؛
- الرسم العقاري الأصلي للعقار المحفظ موضوع البناء، أو مراجع ملكية العقار غير المحفظ، مع تحديد الحقوق العينية والتحملات العقارية الواردة على العقار، وأي ارتفاع آخر عند الاقتضاء ؛
- تاريخ ورقم رخصة البناء ؛
- وصف العقار محل البيع ؛
- ثمن البيع النهائي وكيفية الأداء ؛
- أجل التسليم ؛

الأمر الثاني: الأمور التي توثق ما تضمنه العقد مما يتعلق بالمبيع، والثمن، والأجل.

فلتوثيق انجاز العقار كما اتفق عليه في العقد أو جب القانون أن يتضمن العقد:

• مراجع الضمانة البنكية أو أية ضمانة أخرى، أو التأمين عند الاقتضاء.

وأن يرفق العقد بـ:

1. نسخ مطابقة لأصل التصاميم المعمارية بدون تغيير، وتصاميم الإسمنت المسلح، ونسخة من دفتر التحملات؛

2. شهادة مسلمة من لدن المهندس المختص تثبت الانتهاء من أشغال الأساسات الأرضية للعقار (الفصل 3 - 618).

وأوجب على البائع أن يضع دفترًا للتحملات يتعلق بالبناء، ويتضمن مكونات المشروع وما أعد له، ونوع الخدمات والتجهيزات التي يتوجب إنجازها، وأجل الإنجاز والتسليم (الفصل 4 - 618).

كما وضع القانون الإجراءات التي توثق العقد، وتضفي عليه الإلزام بقوة القانون؛ فأوجب أن يحرر عقد البيع الابتدائي إما في محرر رسمي أو بموجب عقد ثابت التاريخ، يتم تحريره من طرف مهني ينتمي إلى مهنة قانونية منظمة، وخول لها قانونها تحرير العقود، وذلك تحت طائلة البطلان.

يجب أن يتم توقيع العقد والتأشير على جميع صفحاته من الأطراف، ومن الجهة التي حررتة.

ويتم تصحيح الإمضاءات بالنسبة للعقود المحررة من طرف المحامي لدى رئيس كتابة الضبط للمحكمة الابتدائية التي يمارس المحامي بدائرتها (الفصل 3 - 618).

يتبين من الصيغة القانونية لعقد البيع الابتدائي لعقار في طور الإنجاز الذي يتضمن الاتفاقات التي تمت بين البائع والمشتري المتعلقة بالمبيع، والتمن، والأجل، والضمانة... أن القانون المنظم لبيع العقار في طور الإنجاز وضع إجراءات قانونية ملزمة في صياغة وثيقة

البيع الابتدائي؛ تهدف إلى بيان كل عناصر العقد بوضوح، مثل بيان هوية المتعاقدين، والمعقود عليه وهو: المبيع، والثلث، والأجل، وبيان الأمور التي توثق تنفيذ مقتضيات العقد. وهو ما يجعل وثيقة عقد بيع العقار في طور الإنجاز توضّح كل جوانب العقد، والضمانات الموضوعية لإتمامه، واحترام ما تضمنته من الاتفاقات وفق المواصفات والآجل المتفق عليه... مما يجنب العقد الغموض، والجهالة، والغرر الذي يؤدي إلى: الغش، والغبن، والخديعة وأكل أموال الناس بالباطل.

### المطلب الثاني: تحقيق مناط الوضوح والخلو من الغرر في العقار المبيع في طور الإنجاز.

يتبين مما سبق من التكييف القانوني للبيع الابتدائي للعقار في طور الإنجاز أنه عقد بيع مؤجل التنفيذ، مع الاتفاق على المبيع، والثلث، وأجل إبرام عقد البيع النهائي.

فالمبيع في بيع العقار في طور الإنجاز هو عقار محدد موصوف متفق عليه بين البائع والمشتري؛ إلا أن هذا العقار لم يكتمل بناؤه بعد، وإنما هو في طور البناء والتشييد حين إبرام العقد الابتدائي، يلزم البائع إتمامه وفق المواصفات المتفق عليه في أجل محدد، وهذا ما تدل عليه عبارة "في طور الإنجاز" التي وصفت هذا العقد في القانون المغربي، بيانا أن هذا العقد يرد على عقار جزء منه موجود وقت إبرام العقد الابتدائي وأقله الأساسات الأرضية، والجزء المتبقي سينتهي بناؤه وتشييده في الأجل المحدد لتوقيع العقد الابتدائي، وتسليم العقار المبيع للمشتري<sup>(1)</sup>

### التكييف القانوني للمبيع في بيع العقار في طور الإنجاز:

تقدم فيما سبق أن الغرر يكون في المبيع إذا اعتراه الخطر من قبل الجهل بقدره، أو جنسه، أو بنوعه، أو وصفه، أو بمقداره، أو بذاته، فانه اذا لم يعلم العاقد ذلك يجعل المبيع في موضع الخطر، لجواز أن لا يكون المثلث على نحو يقابل ذلك الثلث.

(1) عبد الحفيظ مشاشي، بيع العقار في طور الإنجاز: دراسة على ضوء القانون المغربي والمقارن، مرجع سابق (ص: 32، 43).

وهذا ما يلزمنا بالبحث عن حال المبيع في بيع العقار في طور الإنجاز، لمعرفة ما إذا كان معلوما وموصوفا للمشتري وصفا دقيقا يزيل عنه الخطر، والجهالة، المؤديين إلى الغرر، والغبن؟

سبق أن رأينا ما أوجب الفصل 3 - 618 من قانون بيع العقار في طور الإنجاز أن يتضمنه العقد الابتدائي، مما يتعلق بالمبيع وهي العناصر التالية:

- الرسم العقاري الأصلي للعقار المحفظ موضوع البناء، أو مراجع ملكية العقار غير المحفظ، مع تحديد الحقوق العينية والتحملات العقارية الواردة على العقار، وأي ارتفاع آخر عند الاقتضاء؛

وهذه البيانات تتعلق بالوضعية القانونية للأرض موضوع مشروع العقار في طور البناء، وتكتسي أهمية بالغة تمكن المشتري من الاطمئنان إلى أن البائع هو مالك الأرض، وهو الملتزم بإتمام البناء.

- تاريخ ورقم رخصة البناء؛

و ذكر هذا العنصر يوفر الطمأنينة للمشتري الذي يدفع أقساطا للشراء من كون العقار في حالة جيدة مع أحكام التعمير، واحترامه لكل المقتضيات القانونية بهذا الخصوص.

- وصف العقار محل البيع؛

وذلك بذكر عنوان العقار المبيع، وموقعه، ومساحته، ورسمه العقاري، وحدوده إذا كان غير محفظا، ومشمولاته، وكونه في عمارة أو محلا منفردا، وعدد غرفه.

- أجل التسليم؛

لا بد من ذكر أجل التسليم حتى لا يبقى البائع طليقا إلى ما لا نهاية.

ولم يقتصر المشرع بذكر العناصر الواجب تضمينها في العقد الابتدائي، بل وزيادة من الاحتياطات اوجب أن يرفق العقد الابتدائي بـ:

- نسخ مطابقة لأصل التصاميم المعمارية بدون تغيير، وتصاميم الإسمنت المسلح، ونسخة من دفتر التحملات.

وذلك من أجل توثيق إنجاز العقار كما اتفق عليه المتعاقدان في العقد، وضمنان مطابقة أوصاف العقار في العقد مع التصاميم، كما أن هذه التصاميم تعد مرجعا ضروريا لاحقا للتأكد من مطابقة العقار المنجز مع ما تم الاتفاق عليه.

- شهادة مسلمة من لدن المهندس المختص، تثبت الانتهاء من أشغال الأساسات الأرضية للعقار (الفصل 3 - 618).

ومن جهة أخرى، أوجب المشرع على البائع أن يضع دفترا للتحملات يتضمن مكونات المشروع التي يلتزم إنجازها، ويبين مواصفات البناء، وما أعد له، ونوع خدماته وتجهيزاته، وأجل الإنجاز والتسليم.

ويوقع البائع والمشتري على دفتر التحملات، وتسلم نسخة للمشتري مشهود بمطابقتها لأصلها وبصحة إمضائه عليها (الفصل 4 - 618).

- يتعهد البائع باحترام التصاميم الهندسية، وأجل إنجاز البناء، وبصفة عامة باحترام شروط دفتر التحملات (الفصل 7 - 618).

وعليه، فإن القانون المغربي لبيع العقار في طور الإنجاز، بما فرضه من إجراءات يجب القيام بها من أجل السماح ببيع العقارات في طور الإنجاز، قد سعى إلى توفير الطمأنينة إلى أن العقار المبيع وهو في طور الإنجاز سينجز، وفي الموعد المتفق عليه.

إذ إن بعض هذه الإجراءات تسمح بالتأكد من أن البائع هو مالك الأرض، وهو الذي سيقوم بالبناء في الموعد المحدد وفق ما اتفق عليه في العقار المبيع، وأوصافه، وهيأته

وتصميمه، كما توفر للمشتري ضمانات في حالة إخلال البائع بما اتفق عليه في العقد سواء تعلق الأمر بعدم إنجاز المبيع أصلا، أو الإخلال بأصافه وتصميمه، أم بالإخلال بالأجل المتفق عليه لإنجاز المبيع وتسليمه، وهذا من شأنه أن يزيل عن العقار المبيع في طور الإنجاز الغرر حالا ومآلا.

### المطلب الثالث: تحقيق مناط الوضوح ونفي الغرر في ثمن العقار المبيع في طور الإنجاز

الثمن اسم لما يأخذه البائع في مقابلة المبيع، وكل ما يحصل عوضا عن شيء فهو ثمنه، ولو زاد أو نقص عن الواقع إن وقع به التراضي.<sup>(1)</sup>

ويعتبر الفقهاء الثمن ركنا من أركان البيع، فلا ينعقد البيع دون وجود المعقود عليه، وهو المبيع والثمن.

واشترط الفقهاء في الثمن شروطا، منها: تسمية الثمن (تعيين الثمن):<sup>(2)</sup> الذي يعد عنصرا أساسيا وجوهريا في عقد البيع، وعدم ذكره يؤدي إلى بطلان العقد، فهو أساس التزام المشتري، لذلك أوجب القانون تحديده في عقد البيع، وتحديد كيفية أداء أقساط الثمن وتاريخ أدائها.

فالثمن في بيع العقار في طور الإنجاز هو: الثمن النقدي الذي يلتزم المقبل على الشراء دفعه مقسما حسب المراحل المحددة في البيع الابتدائي، فطبقا للفصل 3-618 السالف يتعين تضمين عقد البيع الابتدائي للعقار قيد الانجاز: «ثمن البيع النهائي، وكيفية أدائه»، الذي يعد الالتزام الملحق على عاتق المشتري، والمفروض تحديده بكيفية نهائية، وتحديد طريقة أدائه بمقتضى العقد الابتدائي، كما أن أداء مبلغه الإجمالي شرط لازم لإبرام العقد النهائي؛<sup>(3)</sup> فعندما

(1) الراغب الأصفهاني، المفردات في غريب القرآن، تحقيق: صفوان عدنان الداودي، ط1 (دمشق وبيروت: دار القلم، الدار الشامية، 1412 هـ) (ص: 177)، الزبيدي، تاج العروس، مادة (ثمن)، مرجع مذکور (337/34).

(2) لجنة من العلماء والفقهاء، مجلة الأحكام العدلية، مرجع سابق (ص: 49).

(3) عبد الحفيظ مشاشي، بيع العقار في طور الإنجاز: دراسة على ضوء القانون المغربي والمقارن، مرجع سابق (ص: 284).

يحدد الثمن من قبل المنعش العقاري ويقبل به المشتري ويعقدان العقد الابتدائي فلا يمكن في الأصل تعديله، وهذا ما يفضي إلى احترام الإرادة المشتركة للعاقدين.<sup>(1)</sup>

فالقانون المغربي عند تنظيمه لبيع العقار في طور الإنجاز اعتبر أن هذا النوع من البيع يدفع فيه الثمن قبل تسليم المبيع، كما افترض أن الأصل في أداء الثمن أن يكون مقسما في شكل دفعات تستحق تبعا لتقدم أشغال البناء، وهذا ما تدل عليه بعض الفصول من قانون 44:00، ومنها: الفصلان 618/1 و 618/6 اللذان يلزمان المشتري بأداء أقساط الثمن تبعا لتقدم أشغال البناء.<sup>(2)</sup>

وعلى هذا، فالزام القانون تحديد الثمن في بيع العقار في طور الإنجاز ينفي عنه الغرر من جهة الجهالة بالثمن ومقداره، كما أن إلزام القانون المتبايعين تحديد طريقة أداء الثمن إما جملة واحدة، أو مقسما، يزيل الغرر عن هذا العقد من جهة الجهل بأجل دفع الثمن.

لأن بيان مقدار الثمن وكيفية أدائه يحقق توصيف الثمن، وتحديده الذي اعتبر الفقه الإسلامي الجهل بوصفه يلحق الغرر بالعقد.<sup>(3)</sup>

**المطلب الرابع: تحقيق مناط الوضوح ونفي الغرر في أجل تنفيذ مضمون عقد بيع العقار في طور الإنجاز**

العنصر الثالث من المعقود عليه في بيع العقار في طور الإنجاز هو: الأجل الذي يعد من أهم ما يميز بيع العقار في طور الإنجاز عن البيوع المتداولة، فلا يمكن الحديث عن بيع العقار في طور الإنجاز مع إغفال تحديد آجال تنفيذ الالتزامات التي يفرضها هذا العقد، فهو تعاقد ممتد زمنيا<sup>(4)</sup>

(1) عبد الحق صافي، بيع العقار في طور الإنجاز شرح وتحليل لنصوص القانون رقم 44.00، مرجع سابق (ص: 166-167).

(2) عبد الحفيظ مشاشي، بيع العقار في طور الإنجاز: دراسة على ضوء القانون المغربي والمقارن، مرجع سابق (ص: 200).

(3) ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مرجع سابق (3/166).

(4) عبد الحق صافي، بيع العقار في طور الإنجاز شرح وتحليل لنصوص القانون رقم 44.00، مرجع سابق (ص: 193-194).

ويشمل الأجل في بيع العقار في طور الإنجاز:

1. آجال أداء أقساط الثمن من قبل المشتري، تبعا لتقدم أشغال البناء.
2. أجل الانتهاء من إنجاز العقار المبيع من قبل البائع، وتوقيع العقد النهائي.

فقد ورد في الفصل 1-618 من قانون بيع العقار في طور الإنجاز المحدد لماهية بيع العقار في طور الإنجاز: «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».

فاشتمال بيع العقار في طور الإنجاز على الآجال لتنفيذ آثاره من أبرز ما يميز هذا العقد عن البيوع المتداولة التي تكون تامة بمجرد إبرام العقد؛ بحيث يستحق البائع الثمن، وتنتقل ملكية المبيع إلى المشتري فور إبرامه.

وأما بيع العقار في طور الإنجاز فلا تنطبق عليه هذه الأحكام، نظرا لطبيعة هذا العقد والخصوصية المميزة له، فهو من العقود المؤجلة التنفيذ، فانتهت ملكية العقار المبيع وتسليمه إلى المشتري لا يتم في حال إبرام العقد الابتدائي؛ لكون العقار المبيع غير موجود، لكن ممكن الوجود في الموعد المحدد، كما أن الثمن يدفع في مواعيد مستقبلية تبعا لتقدم أشغال البناء، وتستغرق مدة القيام بهذه الالتزامات ما بين إبرام العقد الابتدائي والعقد النهائي.

ولهذه الخاصية التي يتميز بها بيع العقار في طور الإنجاز المتمثلة في تأجيل تنفيذ آثاره؛ وهي تيسير التعامل في العقارات الممكن إنجازها في أجل مستقبلي، نظرا لتطور الأوضاع الاقتصادية، وتزايد الحاجة إلى تملك سكن لائق، من خلال أداء الثمن على أقساط تدريجيا، وتشجيع المستثمرين العقاريين على إقامة مشاريع سكنية تلبي حاجيات المواطنين دون اللجوء إلى الاقتراض.<sup>(1)</sup>

(1) عبد الحفيظ مشاشي، بيع العقار في طور الإنجاز: دراسة على ضوء القانون المغربي والمقارن، مرجع سابق (ص: 29).

فلا يصح قانونا إبرام عقد بيع العقار في طور الإنجاز مع إغفال تحديد آجال تنفيذ الالتزام الملقى على عاتق البائع، وهو الانتهاء من أشغال بناء العقار، والالتزام الملقى على عاتق المشتري، وهو دفع أقساط الثمن، ويترتب عن تحديدهما ثبوت للطرف المتضرر من عدم احترام الطرف الآخر الآجل المحددة للقيام بالالتزام الذي عليه الحق في التعويض المنصوص عليه في الفصل 12 - 618 الذي ورد فيه: « في حالة التأخر عن أداء الدفعات حسب المراحل المنصوص عليها في الفصل 6 - 618 أعلاه، يتحمل المشتري تعويضا لا يتعدى 1% عن كل شهر من المبلغ الواجب دفعه، على أن لا يتجاوز هذا التعويض 10% في السنة.

في حالة تأخر البائع عن إنجاز العقار في الآجل المحدد، فإنه يتحمل تعويضا بنسبة 1% عن كل شهر من المبلغ المؤدى، على أن لا يتجاوز هذا التعويض 10% في السنة».

وبهذا تتبين أهمية تحديد هذين الأجلين في عقد البيع الابتدائي لبيع العقار في طور الإنجاز؛ لأنه تترتب على هذا التحديد حقوق وواجبات، يتحتم على طرفي العقد القيام بها في الآجال المتفق عليها، لتجنب تحمل التعويض.

وقد اشترط الفقهاء في البيع الذي أجل فيه أداء الثمن أن يكون الآجل معلوما، واعتبروا الجهل بالآجل من الغرر الممنوع في البيع، ومثلوا للجهل بالآجل: بقدوم زيد، أو موت عمر.<sup>(1)</sup>

والتحديد الدقيق للآجل الذي فرضه القانون المغربي في بيع العقار في طور الإنجاز هو ما ينفي عن هذا العقد الغرر من جهة الجهل بالآجل، وهذا ما يبين أن مقصد قانون بيع العقار في طور الإنجاز من إلزام المتبايعين بتضمين العقد الابتدائي تحديد آجال أداء الثمن،

(1) ابن جزي، القوانين الفقهية، د.ط و د.ت (ص: 170)، الكشناوي، أسهل المدارك «شرح إرشاد السالك في مذهب إمام الأئمة مالك»، ط2 (بيروت: دار الفكر) (252/2).

والانتهاء من أشغال البناء، وتوقيع العقد النهائي، هو نفي الجهالة والغرر المنهي عنه شرعا، لما يسببه ذلك من النزاع، والخلاف، والشقاق، ووضياع حقوق الناس.

وبعد الانتهاء من تحقيق المناط في واقع بيع العقار في طور الإنجاز، والتثبت من خلوه من الغرر، وتحقق مقصد الوضوح فيه، ننتقل في الفصل الموالي إلى تحقيق المناط في هذا البيع بالنظر إلى توقعه ومآله؛ لأن فقه التنزيل الذي يقوم على تحقيق المناط يتلخص في فقه الواقع والتوقع.

## الفصل الثالث :

### تحقيق المناط الشرعي في الضمانات القانونية لمآل بيع العقار في طور الإنجاز

وفيه خمسة مباحث:

١ المبحث الأول: تعريف المآل وأهمية اعتباره في الاجتهاد التنزيلى

المبحث الثاني: الضمانة التي يقدمها البائع لتمكين المشتري من استرجاع الأقساط المؤداة في حالة عدم الوفاء بالعقد .

المبحث الثالث: تحقيق المناط الشرعي في الضمانة البنكية .

٢ المبحث الرابع: ضمان سلامة العقار المبيع في طور المبيع في طور الإنجاز .

٣ المبحث الخامس: تحقيق المناط الشرعي في ضمان البائع عيوب العقار المبيع

في طور الإنجاز

## المبحث الأول: تعريف المآل وأهمية اعتباره في الاجتهاد التنزيلى

### تعريف المآل لغة:

المآل من آل الشيء يؤول أولاً ومآلاً، بمعنى رجع، والموئل المرجع، وقد استعمل في المعاني فقيل: آل الأمر إلى كذا إذا صار إليه ورجع، والموئل المرجع وزنا ومعنى. ومن هذا المعنى يَكُونُ مَعْنَى التَّوِيلِ عَاقِبَةُ الأَمْرِ وما يُوُولُ إِلَيْهِ، من آل الشيء إلى كذا إذا صار إليه، وَرَجَعَ. (1)

فالمآل على هذا هو المرجع والمصير والعاقبة والمنتهى.

### تعريف المآل اصطلاحاً:

إذا كان معنى المآل لغة يُفِيدُ العَاقِبَةَ، فإنَّ المرادَ بالمآل اصطلاحاً هو: عاقبة الفعل ونتيجته المُتَرَتِّبَةُ عليه سواء كانت خيراً أو شراً، فذلك يعني رجوع الفعل إلى حالٍ ينتهي إليها من صلاحٍ أو فسادٍ.

واعتبار المآل عند تحقيق مناط الحكم الشرعي يفيد: النظر في عواقب الأفعال، وعدم إصدار الحكم عليها إلا بعد معرفة آثارها، واستحضار مآلها، وتقدير عواقبها؛ «ذلك أن المجتهد لا يحكم على فعل من الأفعال الصادرة عن المكلفين بالإقدام أو بالإحجام إلا بعد نظره إلى ما يؤول إليه ذلك الفعل، مشروعاً لمصلحة فيه تستجلب، أو لمفسدة تدرأ» (2). فاعتبار المآل إنما هو توقع، والتوقع مصدر توقع الشيء، وتفعل تدل على التكلف كتشجع

(1) ابن سيده، المحكم والمحيط الأعظم، مادة (أول)، مرجع سابق (10/448). أحمد الفيومي الحموي، المصباح المنير في غريب

الشرح الكبير، مادة (ء ول) (1/29).

(2) الشاطبي، الموافقات، مرجع سابق (5/177-178).

وتصبر، والعرب تقول: استوقع الشيء، وتوقعه انتظر وقوعه، قال الجوهري: استوقع الأمر: انتظر كونه، كتوقعه يقال: توقعت مجيئه، وتنظرته، وفي الأساس: توقعه: ارتقب وقوعه.<sup>(1)</sup>

وتوقع الشيء واستوقعه: تنظره وتخوفه. والتوقيع: تظني الشيء وتوهمه.<sup>(2)</sup>

فالتوقع إذن هو انتظار وتوقع، يحمل نوعاً من التظني والتوهم.

والتوقع له علاقة سببية بتصرفات المكلفين، فيبني المفتي فتواه على ما يحقق مصلحة أو يدرأ مفسدة في المستقبل، فحيثيات الحكم أو علته كامنة في توقُّع ما يحدث في المستقبل، وهذا أصل الذرائع والنظر في المآلات.<sup>(3)</sup>

والنظر في المآل فقه مبني على توازن بين حاضر وبين مستقبل، ويستوجب معرفة الواقع حتى يُعرَفَ المتوقع، فالمتوقع في جوهره مآل للواقع؛ لأنه هو الذي يتضمن الذريعة والوسيلة التي يتوصل بها، أو يتوصل بها إلى شيء في المستقبل.<sup>(4)</sup>

فالقضية تحتاج إلى ضبط النصوص الجزئية والقواعد الكلية، ومعرفة الواقع بكل تفاصيله ومتوقعاته حتى يطبَّقَ عليه حكماً متوازناً، بعيداً عن الانحلال والانفاسخ، وعن التشدد والتمتزم. والتوقعات ليست أوهاماً ولا افتراضات بعيدة الوقوع، ولكنها مستندة إلى معطيات أو احتمالات راجحة،<sup>(5)</sup> ولذا يتطلب هذا الأمر اعتماد الأدوات التي بإمكانها أن تكتشف هذا المستقبل المتوقع.

وبما أن الأحكام الشرعية يجب أن تطبَّقَ مع تحقيق مقاصدها ومصالحها، فأصل المآل يعني النظر المستقبلي في مدى تحقق المصلحة أو المفسدة عند تطبيق الحكم الحالي؛ لأنه

(1) الزبيدي، تاج العروس، مادة (وقع)، مرجع مذكور (22/364).

(2) ابن منظور، لسان العرب، مادة (وقع)، مرجع مذكور (8/406).

(3) ابن بية، تنبيه المراجع على تأصيل فقه الواقع، مرجع سابق (ص: 55).

(4) الشيخ خليل، مختصر العلامة خليل، تحقيق: أحمد جاد، ط1 (القاهرة: دار الحديث، 1426هـ/2005م) (ص: 150).

(5) ابن بية، تنبيه المراجع على تأصيل فقه الواقع، مرجع سابق (ص: 59-60).

«قد يتخلف تحقيق هذه المقاصد لعدم التحقق من مآلات الأفعال، إذ الحكمة لا تقتضي التطبيق الآلي للأحكام دون النظر لما قد يؤول إليه ذلك التطبيق، وما يسببه من تداعيات قد تعود على المقاصد الشرعية بالنقض، بل هو محكوم بأصل النظر في المآلات الواقعة أو المتوقعة»<sup>(1)</sup>.

واستناداً إلى النظر في المآلات يُنزل المجتهد الحكم المناسب؛ بحيث قد يكون الحكم مشروعاً لكن مآله المفسدة، يمسك المجتهد عن تنزيله، وقد يكون الفعل منهياً عنه، إلا أنه بمآله يحقق مصلحة أقوى من المنهي عنها في محل خاص فيحكم المجتهد بتنزيله، وهذا يندرج في تحقيق المناط الخاص. يقول الشاطبي: «وجميع ما مر في تحقيق المناط الخاص مما فيه هذا المعنى؛ حيث يكون العمل في الأصل مشروعاً، لكن ينهى عنه لما يؤول إليه من المفسدة، أو ممنوعاً لكن يترك النهي عنه لما في ذلك من المصلحة»<sup>(2)</sup>.

وبهذا لا بد من اعتبار المآل حين النظر، فلا يطلق القول بناء على النظر في الفعل فقط، وكذلك لا يطلق القول بناءً على النظر في المآل، وإنما لا بد من النظر في الأمرين، وذلك بناءً على القواعد الشرعية من الضروريات، والحاجيات، والتحسينيات. وبناءً على النظر في المآلات الكلية والجزئية.<sup>(3)</sup>

يقول الدريني: «بغير هذا المنهج في تحقيق المآل عند التطبيق يصبح التطبيق آلياً حتى وإن حقق مناطه، وهذه الآلية ربما أفضت في أحيان كثيرة إلى مشاق وأضرار، فإذا تحقق للمجتهد أو غلب على ظنه أن تطبيق أي حكم في الشريعة يفضي في ظرف من الظروف إلى مآل

(1) بشير بن مولود جحيش، في الاجتهاد التنزيلي، سلسلة «كتاب الأمة»، ع (93) (ص: 1/13)، نقلاً عن أحمد مرعي، فقه التنزيل دراسة أصولية تطبيقية، ط 1 (الناشر: مركز نهاء للبحوث والدراسات، 2015م) (ص: 275).

(2) الشاطبي، الموافقات، مرجع سابق (5/182).

(3) محمود فاعور، المقاصد عند الإمام الشاطبي دراسة أصولية فقهية، ط 1 (صيدا: بسبوني للطباعة، 1427هـ - 2006م) (ص: 371).

يناقض المقاصد التي استهدفها التشريع، فإنه لا يجوز المصير إلى ذلك بأي حال من الأحوال؛ لمنافاة للنظام الشرعي العام في مقاصده وأهدافه<sup>(1)</sup>.

فتنزيل النص على اعتبار أصل المآل، يعني عدم الاكتفاء بالنظر إلى الحكم أو الفعل المأمور هل هو مشروع أم غير مشروع، بل يتعدى ذلك إلى ما يحققه تنزيل ذلك الحكم من مآل؛ لأن «من الأفعال ما هو حقيقته وذاته، ولكنه ينهى عنه مرة لقبح ثمراته، ويؤمر به تارة لحسن ثمراته، ويباح تارة لمصالح تقاربه في الإقدام عليه والإحجام عنه»<sup>(2)</sup>، فمآل التطبيق هو الذي يكيف الفعل بالمشروعية وعدمها.

وهذا القانون هو المتبع في تحقيق مناطات الأحكام لشرعية؛ لتحقيق التكامل في التشريع، من خلال تحقيق المصالح ودرء المفاسد في الحال والمآل، فلا يحكم بالحكم إلا بعد النظر فيما يؤول إليه، وفي هذا يقول الشاطبي: «النظر في مآلات الأفعال معتبر مقصود شرعا كانت الأفعال موافقة أو مخالفة، وذلك أن المجتهد لا يحكم على فعل من الأفعال الصادرة عن المكلفين بالإقدام أو بالإحجام إلا بعد نظره إلى ما يؤول إليه ذلك الفعل، مشروعاً لمصلحة فيه تستجلب، أو لمفسدة تدرأ، ولكن له مآل على خلاف ما قصد فيه، وقد يكون غير مشروع لمفسدة تنشأ عنه أو مصلحة تندفع به، ولكن له مآل على خلاف ذلك، فإذا أطلق القول في الأول بالمشروعية، فربما أدى استجلاب المصلحة فيه إلى المفسدة تساوي المصلحة أو تزيد عليها، فيكون هذا مانعاً من إطلاق القول بالمشروعية، وكذلك إذا أطلق القول في الثاني بعدم مشروعية، ربما أدى استدفاع المفسدة إلى مفسدة تساوي أو تزيد، فلا يصح إطلاق القول بعدم المشروعية»<sup>(3)</sup>.

(1) نفسه (ص: 193).

(2) عبد العزيز بن عبد السلام، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، مراجعة وتعليق: طه عبد الرؤوف سعد (القاهرة: مكتبة الكليات الأزهرية، 1414 هـ - 1991 م) (2/107).

(3) الشاطبي، الموافقات، مرجع سابق (5/177-178).

فأصل اعتبار المآل له أهمية كبيرة في الواقع الذي يجتهد فيه المجتهد لتزليل الأحكام، فغض النظر عن مآلات الوقائع يؤدي إلى تنزيل الحكم في غير مناطه ومحلله الصحيح، فيخالف مقاصد الشريعة؛ مما يؤدي إلى الإساءة وفساد في المجتمع الذي نزلت فيه هذه الأحكام.

وبهذا تكون حاجة المجتمعات الإسلامية إلى فقه التوقعات والمآلات والعواقب حاجة ملحة، من خلال قراءة المستقبل، وما يحمل من تداعيات وعواقب عند تنزيل الأحكام على الوقائع، فتكون «قاعدة اعتبار مآلات الأحكام هذه، يحتاج إليها المجتهد في حل مشاكل المسلمين اليوم احتياجاً ملحاً، وذلك باعتبار الوضع الإسلامي المنبت في كثير من جوانبه عن مقتضيات الإسلامية، المتأثر في مجالات عدة بأحكام وافدة، من غير القانوني الإسلامي، فذلك يجعل الكثير من الأحكام المجردة، التي حملها التراث الفقهي، من عهود كان فيها المجتمع أكثر إسلامية من مجتمع اليوم، ذلك يجعل الكثير منها، لو اعتمد في خطة الإصلاح، مع هذه الظروف، لأفضى إلى تناقضات، تخل بإنجاز ذلك الإصلاح، فلا تتم الترقية المنشودة للتدين»<sup>(1)</sup>.

فالحاصل: أن التوقع واعتبار المآل لهما موقع كبير في الفقه، والتعامل مع المعاملات المعاصرة يستوجب الاستفادة من الوسائل الحديثة لإدراك حقائق الأشياء، فنحصل من خلال معطيات الحاضر على معرفة توجه للمستقبل، فالتوقع ليس وهماً وتخميناً، بل له أدواته التي قد تكون من خلال العينات المختلفة التي نطلع عليها ومن خلال الاستقراء، والاستقراء مؤصل في الفقه، وقد تكون نظرية؛ مثل ما وضعه بعض الاقتصاديين مما يسمى بـ «التوقع العقلاني L'anticipation Rationnelle» أو بـ «نظرية الاحتمال probability»<sup>(2)</sup>.

وقد تقدم سابقاً أن من الأمور التي يدخل منها الغرر إلى البيع وجود الخطر في مآل العقد ومصيره، فلا يدري المشتري أيتم هذا العقد في موعده طبقاً للمواصفات المتفق عليها في

(1) عبد المجيد النجار، في فقه التدين فيها وتنزيلا، ط2 (بيروت: الزيتونة للنشر والتوزيع، 1995م) (1/68).

(2) ينظر: Philippe MONGIN, *Les anticipations rationnelles et la rationalité: examen de quelques modèles d'apprentissage*, Recherches Economiques de Louvain 57 (4) 1991.

العقد. أم لا؛ وهذا ما يؤدي إلى عدم الثقة في إتمام العقد، فيكون مجهولا ومستور العاقبة لعدم وجود ما يوثقه، ويضمن حصوله؛ بأن يكون أحد العوضين غير مقدور التسليم، لعدم وجود المحل وقت التعاقد، فيكون البيع في خطر تلف أحد البدلين بلا عوض.

ولذا عرف الفقهاء بيع الغرر بأنه البيع الذي دخله خطر وشك في حصول أحد عوضيه، أو مقصود منه غالبا؛ بأن استوى فيه طرف الوجود، والعدم.<sup>(1)</sup>

وهذا قد يصدق على بيع العقار في طور الإنجاز؛ لأنه عقد بيع وارد على شيء مستقبلي غير مضمون المخاطر والعواقب، فقد يعمد البائع إلى الإعلان عن فتح مكتب بيع لتجزئة ما، ثم يقوم بجمع مبالغ مالية كبيرة برسم دفعات أو تسبيقات من الثمن، ثم لا يقوم بإنجاز المشروع العقاري، مخلفا وراءه ضحايا كثيرين لا يتوفرون على الضمان الخاص باسترداد ما دفعوه من الأموال؛ مما يؤدي إلى ضياع أموال الناس وحقوقهم، وإلى زعزعة الثقة في إنجاز الاستثمارات. وقد يعمد البائع بالفعل إلى إقامة البناء، لكن قد يقع إخلال بالتزامه بتسليم المبيع، أو التأخر في عملية التسليم، أو عدم احترام البائع للمواصفات المحددة في عقد البيع أو دفتر التحملات. ونتحدث في هذا الفصل عن ما وضعه القانون المغربي قصد حماية المشتري من ضياع حقوقه المتعلقة بالعقار الذي اشتراه إذا لم يتم العقد؛ بسبب عدم إنجاز العقار، أو أنجز مع الإخلال بالمواصفات المتفق عليها في العقد.

إن المشرع المغربي عمل على حماية وتأمين المشتري الطرف الضعيف في هذه المعادلة ضد هذه الأخطار، بضمان استرداد ما دفعه من ثمن البيع، وذلك بإلزام البائع بوجوب تدخل ضامن يحل محله في أداء الثمن في حالة عجزه لفائدة المشتري، ووضع نوعين من الضمان:

☒ الضمانة التي يقدمها البائع لتمكين المشتري من استرجاع الأقساط المؤداة في حالة عدم تطبيق العقد.

(1) الأزهرى، تهذيب اللغة، مادة (غر)، مرجع سابق (8/19). والكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق (5/163). ومحمد عيش، منح الجليل شرح مختصر خليل، مرجع سابق (5/29).

✘ ضمان سلامة العقار المبيع في طور الإنجاز.

وتعتبر هذه الضمانات التي تضمن إتمام العقد وتنفيذ مقتضياته في الآجال المحددة وسائل من شأنها أن تنفي الغرر في مآل بيع العقار في طور الإنجاز؛ لأنها موضوعة لتوثيق المعاملات، والتعهد بالوفاء بها، ونفي الغرر والخطر عنها، والنظر في هذه الضمانات الموثقة للحالة المستقبلية للعقار المبيع قبل إنجازها من باب فقه المآل، وإعمال مقاصد النصوص الشرعية، بناء على أن وجود الضمانة في البيع وسيلة لإزالة الغرر الذي هو علة النهي عن بيع المعدوم، وما ليس عند الإنسان وقت إبرام العقد.

## المبحث الثاني: الضمانة التي يقدمها البائع لتمكين المشتري من استرجاع الأقساط المؤداة في حالة عدم الوفاء بالعقد

تقدم فيما سبق أن من الالتزامات التي يضعها قانون بيع العقار في طور الإنجاز على عاتق البائع الالتزام في عقد البيع الابتدائي بضمان أقساط الثمن التي دفعها المشتري في حالة عدم تطبيق العقد، فقد ورد في الفصل: 9-618 «على البائع أن يقيم لفائدة المشتري ضماناً بنكية أو أية ضمانات أخرى مماثلة، وعند الاقتضاء تأميناً، وذلك لتمكين المشتري من استرجاع الأقساط المؤداة في حالة عدم تطبيق العقد. ينتهي أجل هذه الضمانة بمجرد إبرام عقد البيع النهائي، أو تقييده بالسجل العقاري إذا كان العقار محفظاً».

ويعرف عبد الحفيظ مشماشي الضمان المخول للمشتري استرجاع أقساط الثمن التي دفعها بمقتضى قانون بيع العقار في طور الإنجاز، بأنه: «عقد يلتزم بمقتضاه البنك أو من في حكمه بضمان استرجاع المشتري لأقساط الثمن المؤداة من قبله لفائدة البائع، في حالة عدم تنفيذ العقد الابتدائي، وهذا الضمان يجب إبرامه من طرف البائع»<sup>(1)</sup>.

ولا يمكن الاستفادة من آثار ضمان أقساط الثمن إلا في حالة عدم تطبيق العقد الابتدائي، وفقاً لما نصت عليه مقتضيات الفقرة الأولى من الفصل 9/618 من قانون الالتزامات والعقود.

ويشمل كل الاخلالات العقدية التي تعود للبائع، وهي بالخصوص:

❖ عدم احترام الأجل التعاقدية المضمن في العقد الابتدائي، فبمجرد حلول الأجل المتفق عليه يصبح البائع في حالة مطل إذا أحل بإنجاز العقار داخل الأجل المحدد في السند المنشئ للالتزام، ومن ثم يسوغ للمشتري إما إجباره على تنفيذ الالتزام ما دام تنفيذه ممكناً،

(1) عبد الحفيظ مشماشي، بيع العقار في طور الإنجاز: دراسة على ضوء القانون المغربي والمقارن، مرجع سابق (ص: 159).

فإن لم يكن تنفيذه ممكناً جاز للمشتري أن يطلب فسخ العقد طبقاً للفصل 259 من قانون الالتزامات والعقود.<sup>(1)</sup>

❖ فسخ العقد الابتدائي؛ سواء تم هذا الفسخ بناء على اتفاق الطرفين، أو بحكم القضاء<sup>(2)</sup>، والفسخ يكون نتيجة رفض أحد الطرفين إتمام البيع، كما هو مفهوم من الفصل 19-618 الذي ورد فيه: «إذا رفض أحد الطرفين إتمام البيع داخل أجل ثلاثين يوماً من تاريخ توصله بالإشعار المنصوص عليه في الفصل 18 - 618 أعلاه، فيمكن للطرف المتضرر اللجوء إلى المحكمة لطلب إتمام البيع أو فسخ العقد الابتدائي».

وقد وضح الفصل 9-618 الطرق الكفيلة بضمان البائع أقساط الثمن التي يدفعها المشتري ليضمن على أنه بإمكانه استرداد ما دفعه، إذا أخل البائع بالتزام تنفيذ العقد. وهذه الطرق حسبما نص عليها في هذا الفصل:

الضمانة البنكية أو أية ضمانة أخرى مماثلة.

والضمانة البنكية (Bank guarantee / Garantie bancaire) : هي تعهد المصرف كتابياً بكفالة أحد عملائه، وهو طالب إصدار خطاب الضمان (Lettre de garantie bancaire / Letter of bank guarantee) لطرف ثالث، في حدود مقدار معين من المال، ضماناً لوفاء هذا العميل بالتزامه تجاه ذلك الطرف خلال مدة معينة.

فقد ورد عن بنك فيصل الإسلامي أن خطابات الضمان عبارة عن:

«تعهد كتابي يتعهد بمقتضاه البنك بكفالة أحد عملائه في حدود مبلغ معين تجاه طرف ثالث، بمناسبة التزام ملقى على عاتق العميل المكفول، وذلك ضماناً لوفاء هذا العميل بالتزامه تجاه ذلك الطرف خلال مدة معينة، على أن يدفع البنك المبلغ المضمون عند أول

(1) عبد الحق صافي، بيع العقار في طور الإنجاز شرح وتحليل لنصوص القانون رقم 44.00، مرجع سابق (ص: 224).

(2) عبد الحفيظ مشاشي، بيع العقار في طور الإنجاز، مرجع سابق (ص: 159، 161).

مطالبة خلال سريان الضمان بغض النظر عن معارضة المدين أو موافقته في ذلك الوقت... حالة فشل العميل بالوفاء بالتزاماته تجاه الطرف الثالث أو إخلاله بشروط التعاقد معه<sup>(1)</sup>.

والكفالة البنكية بهذا المعنى هي إحدى صور استرداد أقساط الثمن المدفوعة من قبل المشتري لعقار في طور الإنجاز، وهي تفترض بداية وجود اتفاق بين المدين (البائع) وكفيله (المؤسسة البنكية) على إحلال البنك محل البائع في حالة عدم قدرة البائع على السداد، وبمقتضى هذه الكفالة البنكية يكون لمشتري عقار في طور الإنجاز الحق في مطالبة المدين الأصلي (البائع) أو كفيله (البنك) بأداء أقساط الثمن التي تسلمها البائع بمناسبة تنفيذ العقد الابتدائي<sup>(2)</sup>.

(1) عبد الحميد محمود البعلي، الاستئثار والرقابة الشرعية في البنوك والمؤسسات المالية الإسلامية، دراسة فقهية وقانونية ومصرفية،

ط 1 (القاهرة: مكتبة وهبة، 1411هـ-1991م) (ص: 47).

(2) عبد الحق صافي، بيع العقار في طور الإنجاز شرح وتحليل لنصوص القانون رقم 44.00، مرجع سابق (ص: 210-211).

## المبحث الثالث: تحقيق المناط الشرعي في الضمانة البنكية

## المطلب الأول: الضمان في الدلالة اللغوية والاصطلاحية

الضمان لغة:

يطلق الضمان في اللغة على معان متعددة، منها: الكفالة، والالتزام، والتغريم.

قال ابن فارس: «الضاد والميم والنون أصل صحيح، وهو جعل الشيء في شيء يحويه. من ذلك قولهم: ضمنت الشيء، إذا جعلته في وعائه. والكفالة تسمى ضمانا من هذا؛ لأنه كأنه إذا ضمنه فقد استوعب ذمته»<sup>(1)</sup>.

وقال ابن سيده: «الضمين الكفيل، ضمن الشيء وبه ضمنا وضمانا، وضمنه إياه كفله»<sup>(2)</sup>.

وقال الفيروز آبادي: «ضمن الشيء، وبه، كعلم ضمانا وضمنا، فهو ضامن وضمين: كفله. وضمنته الشيء تضمينا، فتضمنه عني: غرمته فالتزمه»<sup>(3)</sup>.

يتبين من هذه النصوص أن الضمان والكفالة يخلصان إلى مفهوم واحد، وهو الالتزام. وهذا ما قرره أهل الفقه أيضًا. يقول الإمام ابن رشد الجَدّ: «الكفالة هي الضمان ومعناها: التزام القيام بالشيء والاستطلاع به»<sup>(4)</sup>.

## مفهوم الضمان في الاصطلاح الفقهي:

المعنى العام للضمان هو التزام الشيء المضمون وكفالته، فكأن الضامن يحتوي المضمون ويستوعبه، وهذا هو المعنى الذي يدل عليه جذر هذه الكلمة، كما سبق عند ابن فارس.

(1) ابن فارس، مقاييس اللغة، مادة (ض م ن)، مرجع سابق (3/372).

(2) ابن سيده، المحكم والمحيط الأعظم، مادة (ض م ن)، مرجع سابق (8/214).

(3) الفيروز آبادي، القاموس المحيط، مادة (ضمن)، تحقيق: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة بإشراف: محمد نعيم

العرقُوسِي، ط8 (بيروت: مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، 1426 هـ - 2005 م) (1/1212).

(4) ابن رشد الجَدّ، المقدمات الممهّدات، مرجع سابق (2/373).

فمعنى الالتزام والكفالة حاضر في التعاريف الاصطلاحية الفقهية للضمان؛ بالإضافة إلى ربط هذا المعنى بأفعال المكلفين التي هي موضوع علم الفقه، ومن هذه التعاريف قولهم: «الضمان شغل ذمة أخرى بالحق»<sup>(1)</sup>، وقولهم: «التزام... ما وجب أو يجب على غيره مع بقاءه عليه»<sup>(2)</sup>.

كما بينت بعض التعريفات المسائل التي يتعلق بها الضمان، كما في التعاريف الآتية:

- ✓ «الضمان هو التزام ما في ذمة الغير من المال»<sup>(3)</sup>.
- ✓ «الضمان عبارة عن رد مثل الهالك، إن كان مثليا، أو قيمته إن كان قيميا»<sup>(4)</sup>.
- ✓ «عبارة عن غرامة التالف»<sup>(5)</sup>.
- ✓ «التزام دين أو إحضار عين أو بدن، ويقال على العقد المحصل لذلك»<sup>(6)</sup>.

وخلاصة هذه التعاريف، أن الضمان يتعلق بالتزام غرامة ما يأتي:

- المتلفات، والغصوب، والتعيبات، والتغييرات الطارئة.
- الأبدان، من قبيل ضمان الاعتداءات: كالديات ضمانا للأنفس، والأروش ضمانا لما دونها.
- الأموال، وذلك بالتزامها بعقد أو بغير عقد.

فكل هذه التعريفات متحدة المعنى، وجميعها ينصب على أن مقتضى الضمان والكفالة لزوم ما ضمنه الضامن وكفل به.

(1) الشيخ خليل، مختصر العلامة خليل، مرجع مذکور (ص: 176).

(2) الحجاوي، الإقناع في فقه الإمام أحمد، مرجع مذکور (2/175).

(3) الغزّي، فتح القريب المجيب في شرح ألفاظ التقريب، ط1 (بيروت: الجفان والجابي للطباعة والنشر، دار ابن حزم، 1425 هـ - 2005 م) (ص: 179).

(4) الحموي، غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر لابن نجيم، ط1 (بيروت: دار الكتب العلمية، 1405 هـ - 1985 م) (4/6).

(5) الشوكاني، نيل الأوطار، مرجع مذکور (5/397).

(6) العبادي الزبيدي، الجوهرة النيرة، ط1 (الناشر: المطبعة الخيرية، 1322 هـ) (1/317).

وجمهور الفقهاء يرون أن للمكفول له حق مطالبة من يشاء من الكفيل أو الأصيل أو مطالبتهما معاً،<sup>(1)</sup> وأما في المذهب المالكي فإن الكفيل لا يطالب باستيفاء ما التزم به إلا عند تعذر الاستيفاء من الأصيل.<sup>(2)</sup>

وهذا الرأي هو الذي يوافق الضمانة البنكية؛ لأن البنك لا يكون مطالباً بتنفيذ الضمانة إلا إذا تعذر العميل المضمون عنه عن الوفاء بالتزاماته للمضمون له.

### المطلب الثاني: التكييف الشرعي للضمانة البنكية

يتبين من التعاريف الفقهية المتقدمة للضمان (التزام ما في ذمة الغير من المال) أن الضمان البنكي في حقيقته العملية، لا يعدو أن يكون صورة من صور الكفالة بوجه عام في الفقه الإسلامي.

فقد عرف المشرع المغربي الكفالة بوجه عام في الفصل 1117 من قانون الالتزامات والعقود، بأنها: «عقد بمقتضاه يلتزم شخص للدائن بأداء التزام المدين، إذا لم يؤده هذا الأخير نفسه»، مع الأخذ بعين الاعتبار عند تكييف الكفالة البنكية في بيع العقار في طور الإنجاز خصوصيات قطاع العقار؛ وذلك أن من خصوصيات هذا القطاع أن يبرم عقد الكفالة البنكية بين طرفيه: المستثمر العقاري؛ باعتباره مديناً بتنفيذه الالتزام المترتبة على بيع العقار في طور الإنجاز من جهة، والمؤسسة البنكية من جهة أخرى.<sup>(3)</sup>

(1) العبادي الزبيدي، الجوهرة النيرة، مرجع سابق (1/317).

(2) الكشناوي، أسهل المدارك، مرجع سابق (3/20).

(3) عبد الحق صافي، بيع العقار في طور الإنجاز شرح وتحليل لنصوص القانون رقم 44.00، مرجع سابق (ص: 210-211).

## المطلب الثالث: الحكم الشرعي للضمان المقترن بالمبيع

وبما أن القانون ألزم البائع بتقديم ضمانه بنكية، أو أية ضمانات أخرى مماثلة لفائدة المشتري عند إبرام العقد الابتدائي، لتمكينه من استرجاع الأقساط المؤداة في حالة عدم تطبيق العقد، فهو في حقيقته ضمان مقترن بالمبيع، ويكيف فقهيًا على أنه شرط في البيع، وهو يتخرج على الخلاف في الشروط المقترنة بعقد البيع؛ فيكون فيه ثلاثة أقوال:

✓ قول بطلان البيع والشرط، استناداً إلى حديث عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده أن النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ «نَهَى عَنْ بَيْعٍ وَشَرْطٍ»<sup>(1)</sup>.

✓ قول بصحة البيع وبطلان الشرط، استدلالاً بحديث هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا قَالَتْ: «أَمَرَنِي رَسُولُ اللَّهِ ﷺ أَنْ أَشْتَرِيَ بَرِيرَةَ، فَأُعْتَقَهَا (وإن اشترط أهلها الولاء، فإن الولاء لمن أعتق) الْبَيْعُ جَائِزٌ، وَالشَّرْطُ بَاطِلٌ»<sup>(2)</sup>.

✓ قول بصحة البيع وصحة الشرط، بناء على حديث مسعر بن كدام عن محارب بن دثار، عن «جابر قال: بَعْتُ مِنْ لُبَيْبِ بْنِ نَاقَةَ، نَاقَةً وَشَرَطْتُ لِي حَلَابَهَا وَظَهْرَهَا إِلَى الْمَدِينَةِ، فَالْبَيْعُ جَائِزٌ، وَالشَّرْطُ جَائِزٌ»<sup>(3)</sup>.

والواضح أن الاختلاف بين هذه الأقوال الفقهية في البيع المقترن بالشرط مبني على اختلاف الأحاديث الواردة في هذه المسألة.

أما مالك ففصل تفصيلاً، وحاول الجمع بين هذه الأخبار، والنتيجة التي وصل إليها مالك من النظر في هذه الأخبار كلها: أن الشرط المنهي عن اقترانه بالعقد، هو الشرط الذي يؤول البيع به إلى الإخلال بشرط من شروط صحة العقد، أو الذي ينافي مقتضى البيع، وأما الشرط الصحيح الذي لا يؤدي إلى ما نهى عنه شرعاً؛ كالغرر والربا، أو إلى فساد في المبيع أو الثمن

(1) رواه الطبراني في المعجم الأوسط، رقم الحديث: 4361 (4/335).

(2) نفسه، رقم الحديث: 4361 (4/335).

(3) ابن رشد الجدل، المقدمات الممهدة، مرجع سابق (2/68)، والحديث رواه الطبراني في المعجم الأوسط، رقم الحديث: 4361

(4/335).

وما أشبه ذلك، فيجوز اشتراطه في البيع.

قال ابن رشد: «فتنقسم الشروط المشترطة في البيوع على مذهب مالك رحمه الله على أربعة أقسام، (أحدهما) يفسخ به البيع على كل حال، ولا خيار في إمضائه لأحد المتبايعين... وهو ما آل البيع به إلى الإخلال بشرط من الشروط المشترطة في صحة العقد، كعدم الربا والغرر في الثمن أو المثمون وما أشبه ذلك. (والثاني) يفسخ فيه البيع ما دام مشترط الشرط متمسكا بشرطه، فإن رضي بترك الشرط صح البيع إن كان لم يفت، وإن كان قد فات كان فيها الأقل من الثمن أو القيمة، أو الأكثر من القيمة أو الثمن على التفسير الذي قدمناه في بيوع الثنيا. (والثالث) يجوز فيه البيع والشرط، وذلك إذا كان الشرط صحيحا ولم يؤل البيع به إلى غرر ولا فساد في ثمن ولا مثمون، ولا إلى ما أشبه ذلك من الإخلال بشرط من الشرائط المشترطة في صحة البيع... (والرابع) يجوز فيه البيع ويفسخ الشرط، وذلك ما كان الشرط فيه غير صحيح، إلا أنه خفيف فلم يقع عليه حصة من الثمن، وذلك مثل أن يبيع السلعة ويشترط إن لم يأت بالثمن إلى ثلاثة أيام أو نحوها فلا يبيع بينهما... فهذا مذهب مالك رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى في الشروط المقترنة بالبيع، وعلى هذا الترتيب لا يتعارض ما روي عن النبي ﷺ في هذا الباب»<sup>(1)</sup>.

وقد تقدم سالفا أن الضمانة البنكية في بيع العقار في طور الإنجاز هو التزام البنك كتابيا بدفع القيمة المضمونة على البائع إلى المشتري في حالة عدم تنفيذ العقد الابتدائي، وفائدتها ضمان المشتري حقوقه من الضياع في حالة عدم تنفيذ العقد، والتثبت من جدية البائع في تنفيذ مقتضيات العقد.

وعليه، فهذه الضمانة البنكية لا تنفي مقتضى العقد، ولا تناقض المقصود منه، ولا تؤدي إلى إحداث خلل فيه، أو إلى منهي عنه شرعا، بل يتم معه المقصود من البيع وهو ضمان تنفيذ مقتضياته.

(1) ابن رشد الجد، المقدمات الممهدة، مرجع سابق (2/67).

فالشرط الذي لا يؤول البيع به إلى غرر، ولا إلى فساد في ثمن ولا مضمون، ولا إلى ما يشبه ذلك مما يخل بشرط من الشرائط المشترطة في صحة البيع، ولا يناقض مقصود العقد ومقتضاه بل هو من مصلحته، فهو شرط يصح معه عقد البيع.<sup>(1)</sup>

فالشرط الممنوع في العقد: هو الشرط الذي يناقض مقتضى العقد، ولا يتم معه المقصود منه، أو يعود بخلل في الثمن كشرط السلف، أو يؤول البيع به إلى الإخلال بشرط من شروط صحة العقد، أو يعود بفساد في الثمن أو المضمون؛ كالربا والغرر وما أشبه ذلك كبيع وسلف. فاشتراط الضمان وأمثاله؛ كالرهن، والأجل المعلوم، والخيار الصحيح في عقد البيع يصح البيع مع اشتراطها، فهي خارجة عن محمل النهي عن اقتران البيع بالشرط، والله تعالى أعلم.

(1) ابن رشد الجد، المقدمات الممهديات، مرجع سابق (2/67)، المواق، التاج والإكليل لمختصر خليل، مرجع سابق (6/246).

## المبحث الرابع: ضمان سلامة العقار المبيع في طور الإنجاز

يعتبر تسليم المبيع شرطاً لبراءة البائع من التزاماته تجاه المشتري، إلا أن هذا التسليم يجب أن يكون وفق المواصفات المتفق عليها في العقد الابتدائي، وخالياً من العيوب والنواقص؛ بسبب الغش والتحايل والتهاون، أو غيرها من الأسباب؛ مما يؤدي إلى إثارة النزاعات والخصومات.

وبما أن العقار المبيع في طور الإنجاز لا يتسلمه المشتري إلا بعد فترة طويلة من توقيع العقد، وهي فترة إنجاز العقار المبيع، فإنه لا يعلم هل سيتسلم العقار وفق المواصفات المحددة في العقد أم لا، وهو ما يجعل حقه في الحصول على عقار خال من العيوب في خطر، مما يستوجب تمتع المشتري بحق ضمان البائع عيوب العقار المبيع في طور الإنجاز؛ ليتمكن المشتري من استرجاع حقه عندما لا يتحقق المقصود من العقار المبيع، وهو تسليم العقار المبيع خالياً من العيوب والنواقص.

فما هي الضمانات التي وضعها القانون على عاتق البائع في بيع العقار في طور الإنجاز؟ وبالرجوع إلى قانون بيع العقار في طور الإنجاز 44 00 نجده لم يخصص أي فصل لضمان العيوب التي تكون أو تظهر في العقار المبيع، وإنما خصص الفصل 9-618 بالضمانة التي يقدمها البائع للمشتري لاسترجاع أقساط الثمن التي دفعها في حالة عدم تطبيق العقد كما تقدم. لكن قد لا يكون الإشكال في عدم تطبيق العقد وتنفيذه، فقد يكون البائع قد أنجز العقار في موعده المحدد؛ إلا أنه قد تكون فيه عيوب ظاهرة للمشتري فور تسلمه للعقار، أو عيوب خفية تكتشف بالخبرة أو مع مرور الزمان.

فقد عرف الفقهاء العيب في البيع بأنه: كل ما يخلو عنه الشيء في أصله، وكل ما أوجب نقصان الثمن في عادة التجار فهو عيب؛ لأن الضرر بنقصان المالية، ونقصان المالية بانتقاص القيمة، فالنقص بانتقاص القيمة، والمرجع في معرفته عرف أهله.<sup>(1)</sup>

وهذا التعريف قريب من الضوابط التي وضعها المشرع المغربي للعيب، فقد اعتبر البائع ضامنا للعيب في الحالتين الوارديتين في المادة 549 من قانون الالتزامات والعقود الذي جاء فيه:

«يضمن البائع عيوب الشيء التي تنقص من قيمته نقصا محسوسا، أو التي تجعله غير صالح لاستعماله فيما أعد له بحسب طبيعته أو بمقتضى العقد».

فلم يحصر القانون المغربي العيوب، وإنما جعل لها ضوابط تعتمد عند وقوع النزاع حين تظهر العيوب في العقار المعقود عليه، فينظر القاضي فيما إذا كان العيب مؤثرا؛ بحيث يجعل المبيع غير صالح لما أعد له، أو أنه ينقص من قيمته نقصا محسوسا.

وقد خصص قانون الالتزامات والعقود الذي يعتبر قانون بيع العقار في طور الإنجاز فرعا منه 25 فصلا لضمان عيوب المبيع.

وانطلاقا من هذه الفصوص يتبين أن العيوب التي تستدعي الضمان هي العيوب الخفية لا العيوب الظاهرة، فقد نص الفصل 569 على أن البائع لا يضمن العيوب الظاهرة، ولا العيوب التي كان المشتري يعرفها، أو كان يستطيع بسهولة أن يعرفها.

و«العيب يكون ظاهرا متى كان باديا للعيان، بحيث يمكن كشفه بالفحص المعتاد، من غير مشقة ولا كلفة»<sup>(2)</sup>.

(1) البابرتي، العناية شرح الهداية، مرجع سابق (357/6).

(2) عبد الحفيظ مشاشي، بيع العقار في طور الإنجاز: دراسة على ضوء القانون المغربي والمقارن، مرجع سابق (ص:300).

فالمشرع قد ألزام البائع بضمان عيوب المبيع الخفية، وهذا الضمان يلزم البائع بقوة القانون، وإن لم يشترط.

ولم يعرف المشرع المغربي العيب الخفي الذي يستدعي الضمان على البائع، وقد عرّف القانون السوداني العيب الخفي بأنه: «هو الذي لا يعرف بمشاهدة ظاهر البيع، أو لا يتبينه الشخص العادي، أو لا يكشفه غير خبير، أو لا يظهر إلا بالتجربة»<sup>(1)</sup>.

وعرفته محكمة ليون بأنه «كل ما يصيب الشيء بطريق عارض، ولا يوجد في كل الأشياء المماثلة»، فكل عيب يصيب البناء ويستعصي أمر اكتشافه عن طريق الفحص المعتاد، وباستعمال الوسائل البسيطة كالحواس، ويحتاج من أجل ضبطه والتعرف عليه، وتحديد نطاقه ومداه، وأسبابه ومسبباته إلى اللجوء إلى مساعدة أرباب النظر، بإجراء معاينة تقنية أو خبرة فنية لمحل النزاع، أو انتظار انصرام مدة معينة على استعمال المبيع وتجريبه يعد من قبيل العيب الخفي»<sup>(2)</sup>.

ويرى عبد القادر العرعاري: أن موضوع الضمان للعيب في هذا النوع من البيع (بيع العقارات في طور الإنجاز) يمتاز بأنه ذو دائرة واسعة، فهو لا يقتصر على العيوب الخفية فحسب، بل يمتد ليشمل العيوب الظاهرة كذلك، وبالرغم من أن ذلك يعد خروجاً عن القاعدة العامة في عدم شمولية الضمان لهذه العيوب؛ إلا أن هناك أسباباً تبرر هذا الامتداد، أهمها أن المشتري حين أبرم العقد لم يكن بإمكانه تبين ما إذا كان العيب خفياً أو ظاهراً؛ لأن محل العقد من الأشياء التي ستوجد مستقبلاً، وبالتالي فلا مجال لتطبيق مقتضيات الفصل 569 من قانون الالتزامات والعقود.<sup>(3)</sup>

(1) قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة 1984 م: المادة (202).

(2) عبد الحفيظ مشاشي، بيع العقار في طور الإنجاز: دراسة على ضوء القانون المغربي والمقارن، مرجع سابق (ص: 312 - 313).

(3) نفسه (ص: 309).

وهذا ما أقره بعض التشريعات بخصوص ضمان عيوب بيع العقار في طور الإنجاز يراعي خصوصية هذا النوع من البيع، مثل التشريع الفرنسي والتونسي اللذين ألزما البائع بضمان العيوب الظاهرة والخفية.

والغاية من الجزاءات القانونية الخاصة بضمان العيوب الخفية، هو جبر الضرر اللاحق بالمشتري نتيجة إخلال البائع بالتزاماته بتسليم المبيع مطابقا للمواصفات العقدية، وتنطوي هذه الجزاءات على كل طرق الرجوع على البائع بالضمان دون المساس بكيان العقد وقوته الملزمة.<sup>(1)</sup>

(1) عبد الحفيظ مشاشي، بيع العقار في طور الإنجاز: دراسة على ضوء القانون المغربي والمقارن، مرجع سابق (ص: 318).

## المبحث الخامس: تحقيق المناط الشرعي في ضمان البائع عيوب العقار المبيع في

## طور الإنجاز

تقدم عند الحديث عن الضمانة التي يقدمها البائع للمشتري لاسترجاع الأقساط المؤداة في حالة عدم تطبيق العقد، أن الضمان يطلق في اللغة على معان متعددة، منها: الكفالة، والالتزام، والتغريم.<sup>(1)</sup>

وتبين من التعاريف الفقهية السابقة:<sup>(2)</sup> أن الضمان يطلق على معان متعددة، منها: الالتزام بالرد والتعويض. جاء في غمز عيون البصائر تعريف الضمان بأنه: «عبارة عن رد مثل الهالك إن كان مثلياً، أو قيمته إن كان قيمياً»<sup>(3)</sup>، وجاء في نيل الأوطار بأنه: «عبارة عن غرامة التالف»<sup>(4)</sup>.

وهذان التعريفان هما المطابقان لضمان العيب الذي هو موضوع هذا المبحث، وهو ضمان التزام غرامة المضمون من المتلفات والغصوب والتعيبات والتغيرات الطارئة، وذلك برد مثل الهالك إن كان مثلياً، أو قيمته إن كان قيمياً.

وتقدم فيما سبق أن ضمان العيوب في بيع العقار في طور الإنجاز يشمل العيوب الخفية والظاهرة كذلك، وضمن العيوب في المبيع ثابت في الشرع، ودليل ذلك قوله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾<sup>(5)</sup>، وما روي عن عائشة رضي الله عنها أن رجلاً ابتاع غلاماً فاستغله، ثم وجد به عيباً فرده بالعيب،

(1) ابن فارس، مقاييس اللغة، مادة (ض م ن)، مرجع سابق (3/372)، ابن سيده، المحكم والمحيط الأعظم، مادة (ض م ن)، مرجع سابق (8/214)، الفيروز آبادي، القاموس، مادة (ضمن)، مرجع سابق (1/1212).

(2) في مبحث: "الضمانة التي يقدمها البائع للمشتري لاسترجاع الأقساط المؤداة في حالة عدم تطبيق العقد".

(3) الحموي، غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر لابن نجيم، مرجع سابق (4/6).

(4) الشوكاني، نيل الأوطار، مرجع سابق (5/357).

(5) سورة النساء: 29.

فقال البائع: غلة عدي، فقال النبي ﷺ: «الغلة بالضمان»<sup>(1)</sup>، وفي رواية: «الخراج بالضمان»<sup>(2)</sup>، وما ورد عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ مر برجل يبيع طعاما فأدخل يده فيه فإذا هو مبلول، فقال: «مَنْ عَشَّ فَلَيْسَ مِنِّي»<sup>(3)</sup>.

واستنادا إلى هذه الأدلة اتفق الفقهاء على أنه إذا ثبت في المبيع عيب بشروطه، (وهي في الجملة: أن يكون العيب منقضا للقيمة، أو مفوتا غرضا صحيحا) وجب ضمانه على البائع، وذلك برد المبيع واسترجاع الثمن، أو الرجوع بقيمة العيب، ويرجع في معرفة العيب إلى أهل الخبرة والعرف.

واستدلوا كذلك بالقياس على الخيار في المصراة، فقد أثبت الشرع الخيار للمشتري الشاة المصراة<sup>(4)</sup> بين أن يمسكه أو يرده. يقول النبي ﷺ: «مَنْ اشْتَرَى شَاةً مُحْفَلَةً فَرَدَّهَا، فَلْيُرَدِّ مَعَهَا صَاعًا مِنْ تَمْرٍ»<sup>(5)</sup>. فقاوسا على الشاة المصراة المبيع المعيب، فأثبتوا فيه الخيار سموه خيار العيب، والجامع بينهما عدم حصول المبيع سليما من العيوب؛ لأن المشتري في كلا البيعين بذل الثمن مقابل مبيع سليم ولم يكن كذلك.

(1) رواه أحمد في مسنده، رقم: 24514 (59/41)، والبيهقي في سنن الصغير، رقم: 1929 (261/2)، والحاكم في المستدرک، وقال: هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه، رقم: 2177 (18/2).

(2) أخرجه أبو داود في سننه، أبواب الإجارة، باب فيمن اشترى عبدا فاستعمله ثم وجد به عيبا رقم: 3510 (284/3)، والترمذي في سننه، أبواب البيوع عن رسول الله ﷺ، باب ما جاء فيمن يشتري العبد ويستغله ثم يجد به عيبا، رقم: 1285 (573/3) وقال: هذا حديث حسن صحيح.

(3) أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الإيمان، باب قول النبي ﷺ: «من غشنا فليس منا»، رقم: 102 (99/1).

(4) تفعيل من الصرى وهو الحبس، يقال صرى الماء إذا حبسه، ومنه المصراة؛ وذلك أن يريد بيع الناقة أو الشاة فيحقن اللبن في ضرعها أياما لا يمتلئ ليرى أنها كثيرة اللبن للبيع. الزمخشري، الفائق في غريب الحديث والأثر، تحقيق: علي محمد البجاوي - محمد أبو الفضل إبراهيم، ط2 (لبنان: دار المعرفة) (293/2)، والرازي، مختار الصحاح، مادة (ص ر ي)، تحقيق: يوسف الشيخ محمد، ط5 (بيروت - صيدا: المكتبة العصرية - الدار النموذجية، 1420هـ / 1999م) (ص: 176).

(5) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب البيوع، باب النهي للبائع أن لا يحفل الإبل، والبقر والغنم وكل محفلة، رقم: 2149 (70/3).

قال ابن قدامة: «إثبات النبي الخيار بالتصيرية تنبيه على ثبوته بالعيب»<sup>(1)</sup>.

فالسلامة شرط في العقد عرفاً، فما لم يسلم المبيع لا يلزم البيع، فلا يلزم حكمه، والدليل على أن السلامة مشروطة في العقد أن السلامة في البيع مطلوبة المشتري عادة؛ لأن غرضه الانتفاع بالمبيع، ولا يكتمل انتفاعه إلا بتوفر السلامة، ولأنه لم يدفع جميع الثمن إلا ليسلم له جميع المبيع، فكانت السلامة مشروطة في العقد عرفاً، فكانت كالمشروطة نصاً، فإذا، فات المساواة كان له الخيار.<sup>(2)</sup>

### عيوب المبيع التي يضمنها البائع:

لما ثبت لدى الفقهاء أن على البائع أن يضمن عيوب المبيع، اجتهدوا في تحقيق مناط هذا الحكم الذي هو الخيار بين الرد أو التعويض على قيمة العيب، فتوصلوا إلى أن العيب الذي يتحقق فيه مناط حكم العيب الوارد في الشرع بالأدلة السابقة هو العيب المؤثر في البيع، وهو ما نقصت به الملكية أو الرغبة أو الغبن...<sup>(3)</sup>

فذكروا ضابط هذا العيب المؤثر في البيع، وهو عند الحنفية<sup>(4)</sup> والحنابلة<sup>(5)</sup>: «ما يسبب نقصان الثمن في عادة التجار»؛ وذلك بانتقاص قيمة المبيع بظهور العيب فيه. وعند الشافعية: هو كل ما ينقص العين أو القيمة نقصاً يفتوُّ به غرضٌ صحيح، إذا غلب في جنس المبيع عدم وجود هذا العيب، سواء قارن العقد أم حدث بعده قبل القبض<sup>(6)</sup>. وعند المالكية: هو وجود نقص في المبيع أو الثمن، العادة السلامة منه.<sup>(7)</sup>

(1) ابن قدامة، المغني، مرجع سابق (4/109).

(2) الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق (5/274).

(3) النووي، تهذيب الأسماء واللغات، العناية بالنشر: شركة العلماء بمساعدة إدارة الطباعة المنيرية (بيروت: دار الكتب العلمية) (4/53).

(4) ابن عابدين، رد المحتار، مرجع مذكور (4/71).

(5) ابن قدامة، المغني، مرجع سابق (4/168).

(6) ابن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج في شرح المنهاج، د.ط (مصر: المكتبة التجارية الكبرى، 1357 هـ - 1983 م).

(7) الصاوي، حاشية الصاوي على الشرح الصغير للدردير (الناشر: دار المعارف) (3/152).

وقد اجتهد الفقهاء في تنزيل هذه الضوابط في العيوب في مختلف المبيعات، فعينوا في كل مبيع جملة من العيوب التي يُرد بها، وذكروا من عيوب الدور: تصدع الجدران، أو انكسار الأخشاب، أو أنه لا مرحاض لها، أو عدم الطريق أو المسيل، أو مجاورة موضع صنعة تضر بالبناء أو الساكن.

وأما المالكية فقد وضعوا لعيوب الدور ضوابط حاكمة، يميز بها بين العيوب المؤثرة في البيع والعيوب غير المؤثرة، وهي ثلاثة أضرب:

الأول: أن تشمّل العيوب أكثر الثمن، فيفسخ العقد ويُرد المبيع ويُرجع الثمن.

الثاني: أن لا ينقص العيب من الثمن، فهذا لا يرد به المبيع ولا يرجع بقيمة العيب؛ كسقوط شرافة، أو كسر عتبة أو رف، أو خلع بلاطة أرض.

الثالث: أن ينقص من الثمن قليلا، وهو أقل من الثلث، فهذا يرجع بقيمة العيب ولا ترد به الدار، وهو الراجح.

ودليل ذلك عند المالكية: أن الدار ليست كسائر المبيعات، بدليل أنه إذا استحق منها اليسير لزم الباقي بالثمن.

ودليل من لم يفرق بين الدار وغيرها: أن كل مبيع وجد به عيب ينقص الثمن فإنه يثبت فيه الرد بالعيب، ما لم يفت.<sup>(1)</sup>

فالفقهاء اجتهدوا في تحديد ما يعد عيبا مؤثرا في كل نوع من المبيع كالدور، ومن ثم، يجب على العلماء المعاصرين الاجتهاد في تعيين العيوب في المبيعات في هذا العصر، بالاستعانة بالمتخصصين وأهل الخبرة في كل مبيع.

وبما أن العيب في العقار قد لا يظهر حالة تسليمه للمشتري، فإذا ظهر عيب في المستقبل فمن يضمنه؟

(1) الرعيني، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، ط3 (الناشر: دار الفكر، 1412هـ - 1992م) (4 / 435).

تحدث الفقهاء المالكية عن حالة يكون فيها المبيع في ضمان البائع بعد العقد في مدة معينة، وعرفت هذه الحالة بالعهد.

وقد بحث الفقهاء مسائل العهدة في الشفعة وخيار العيب، والذي يتعلق بموضوعنا هو العهدة في خيار العيب:

### تعريف العهدة:

العهد في اللغة: من العهد، وهو بمعنى الأمان، واليمين، والموثق، والذمة، والحفاظ، والوصية،<sup>(1)</sup> وتطلق العهدة على الوثيقة والمرجع للإصلاح، يقال: في الأمر عهد، أي مرجع للإصلاح، وتسمى وثيقة المتبايعين عهداً؛ لأنه يرجع إليها عند الالتباس.

والعهدة في اللغة كذلك: الوثيقة الذي يستوثق بها في البيعات؛ لأنه يرجع إليها عند الالتباس.<sup>(2)</sup> وهي كتاب الشراء، أو هي الدرك.<sup>(3)</sup>

وفي الاصطلاح تطلق العهدة عند جمهور الفقهاء على هذين المعنيين: الوثيقة، والدرك. فقد عرفها المالكية بأنها: تعلق ضمان المبيع بالبائع؛ أي كون المبيع في ضمان البائع بعد العقد، مما يصيبه في مدة خاصة.<sup>(4)</sup> والضمان أعم، والعهد أخص.

وقد عرفها الدردير بأنها: تعلق ضمان المبيع بالبائع في زمن معين، وهي قسمان: عهد سنة. وعهد ثلاث<sup>(5)</sup>.

(1) الرازي، مختار الصحاح، مادة (عهد)، مرجع سابق (ص: 220).

(2) ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، مادة (عهد)، مرجع سابق (4/ 169).

(3) الفراهيدي، العين، مادة (عهد)، مرجع سابق (8/ 445)، الرازي، مختار الصحاح، مادة (عهد)، مرجع سابق (ص: 220).

(4) العدوي، حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني، تحقيق: يوسف البقاعي (بيروت: دار الفكر 1414 هـ - 1994 م) (2/ 174).

(5) الصاوي، بلغة السالك لأقرب المسالك، مرجع سابق (3/ 192).

### العهد في خيار العيب:

فالعهد في خيار العيب هي التي تتعلق بالعيب في بيع العقار في طور الإنجاز، وصورتها: أن المشتري إذا وجد في المبيع عيبا قديما ينقص الثمن عند التجار وأرباب الخبرة، فالمشتري يكون مخيرا إن شاء رده، وإن شاء قبله بثمنه المسمى<sup>(1)</sup>.

قال الدردير: «ومحل العمل بالعهدتين (إن شرطاً) عند العقد، ولو بحمل السلطان الناس عليهما (أو اعتيدا) أي جرت العادة بهما»<sup>(2)</sup>.

وعليه، فإن العيوب التي تكون في العقار المبيع في طور الإنجاز؛ سواء أكانت عيوباً ظاهرة عند استلام العقار المبيع، أو كانت عيوباً خفية تظهر في وقت لاحق لاستلام المبيع، أو يكتشفها أهل الخبرة والتجربة، مضمونة للمشتري على البائع فقها إذا كان العيب مؤثراً؛ بأن أدى إلى نقصان الثمن، أو القيمة...

فإذا وجد العقار المبيع في طور الإنجاز وقت التسليم مخالفا للمواصفات المتفق عليها في العقد الابتدائي، أو متضمنا عيوباً ونواقص فضمانه على البائع؛ لأنه من المفروض أن البائع قد التزم بأن ينقل إلى المشتري ملكية وحياسة سالمة للمبيع؛ بدفع ما قد يتم له من تعرض - بل أيضا حياسة نافعة ومفيدة، بحيث يكون في مقدور المشتري أن يحصل على الخدمات والمنافع التي كان ينتظرها من المبيع، والتي من أجلها أقدم على إبرام عقد البيع، فظهور عيب خفي مؤثر في المبيع من شأنه أن يجعله غير صالح للغرض الذي أعد له، يكون إخلالا من البائع بالتزامه.

(1) لجنة من العلماء والفقهاء، مجلة الأحكام العدلية، مرجع سابق (337).

(2) الدردير، الشرح الكبير على مختصر خليل، ضمن كتاب: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، مرجع سابق (3/142).

وبالجملة، فالضمانات التي توضع في العقود المعاصرة مقصدها حفظ حقوق المتعاقدين، وهذا من شأنه نفي الغرر المؤدي إلى الغبن والغش والخداع المحظورة شرعاً في المبيع والتمن، فإذا كان في العقود ضمانات فهذا كاف في نفي الغرر، وإباحة العقد إذا كان العقد في أصله مشروعاً، وهذا داخل في منهج الفقه الإسلامي في التعامل مع الغرر وجوداً أو عدماً، كثيراً مؤثراً، أو قليلاً مغتفراً.

وعن هذا الملحظ الفقهي يقول الدكتور عبد الرزاق السنهوري: «الواجب يقتضينا أن نسجل هنا للفقه الإسلامي حسنة من حسناته الكبرى، فهو قد اتخذ للغرر معايير مرنة، أمكن معها تغير الحلول عند تفاوت الظروف، واختلاف الملابسات، فيستطيع الفقه الإسلامي من وراء هذه المعايير مساندة الحضارات المتطورة في كل عصر. ولا شك في أن النظام القانوني الذي يتخذ المعايير المرنة - دون القواعد الجامدة - إنما يدل بذلك على تقدم كبير في الصناعة القانونية يجري بها ما يستحدثه التطور، وعلى حيوية عظيمة تكمن فيه فتجعله صالحاً للبقاء في العصور المتعاقبة»<sup>(1)</sup>.

والحاصل أن المشرع المغربي قد سعى بالإجراءات والالتزامات التي تضمنها قانون بيع العقار في طور الإنجاز إلى حماية أموال المستهلكين من كل استغلال ممكن.

فبيع العقار في طور الإنجاز الذي ينظمه القانون 44.00 المعدل بالقانون 107.12 قد جاء بمجموعة من الضمانات بالنسبة للمشتري وكذلك البائع، فهل بعد هذه الحماية القانونية المنيعة من خطر يخشى على ما دفعه المشتري من أموال لشراء عقار في طور الإنجاز؟

(1) عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي - دراسة مقارنة بالفقه الغربي -، ط 1 (بيروت: دار إحياء التراث العربي)

لو كان علينا أن نجيب بالاعتماد فقط على دراسة المقتضيات القانونية كما تم القيام به في الأبواب الثلاثة السابقة لهذا البحث، لرددنا بأن هذا القانون يحمي المشتري من التعرض للغبن، والغش، والتدليس، والاحتيال، وأكل أموالهم بالباطل.

إلا أن الإشكال يكمن في ماذا فعالية هذه الضمانات في الواقع العملي لتوفير أكبر قدر من الحماية للمشتري باعتباره الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية؟

وهذا ما يستلزم القيام ببحث في الوقائع الميدانية، والممارسة العملية لبيع العقار في طور الإنجاز، وتحقيق المناط الشرعي فيها، وهذا هو محل البحث في الباب الموالي.

# الباب الرابع :

## تحقيق المناط في الواقع العملي لبيع العقار في طور الإنجاز بالمغرب

وفيه ثلاثة فصول:

الفصل الأول: الممارسة العملية لبيع العقار في طور الإنجاز في  
الواقع المغربي

الفصل الثاني: تحقيق مناط الحكم الشرعي في الواقع العملي  
لبيع العقار في طور الإنجاز بالمغرب

# الفصل الأول :

## الممارسة العملية لبيع العقار في طور الإنجاز في الواقع المغربي

ويشتمل على:

- ⊖ المبحث الأول: الإطار المنهجي
- ⊖ المبحث الثاني: استمارة الاستبيان الخاصة بالواقع العملي لبيع العقار في طور الإنجاز.
- ⊖ المبحث الثالث: المقابلات الخاصة بالواقع العملي لبيع العقار في طور الإنجاز

## المبحث الأول: الإطار المنهجي

يهدف البحث في هذا الباب الرابع إلى استبيان الواقع العملي لبيع العقار في طور الإنجاز؛ من أجل تحقيق المناظ الشرعي في واقع الممارسة العملية لهذا البيع بالمغرب؛ وذلك باستطلاع الواقع التطبيقي لبيع العقار في طور الإنجاز، وإدراك حقيقة محل التطبيق الفعلي للقانون المنظم لهذا البيع؛ لأن واقع التطبيق والتنزيل يؤثر في الأحكام صلاحا وفسادا.

وهذا يحتاج إلى بحث ميداني في التطبيق العملي لبيع العقار في طور الإنجاز في الواقع المغربي.

### إشكال البحث:

رغم أهمية بيع العقار في طور الإنجاز في مواجهة أزمة السكن من الناحية النظرية، إلا أن تطبيقه العملي لا يخلو من إشكالات واختلالات.

والإشكال المحوري للبحث في الواقع العملي لبيع العقار في طور الإنجاز، يتمثل في السؤال الآتي: هل للتنظيم التشريعي المغربي لبيع العقار في طور الإنجاز أثر في توفير الحماية الكفيلة بتطبيق الالتزام المترتبة عن هذا البيع على أرض الواقع، باعتبار أن هذا البيع ينعقد استنادا فقط على تصميم هندسي، ودفتر التحملات؟ لأن تحقيق المناظ في هذا البيع يراعي هذه الحماية وجودا وعدما.

ويتفرع عن هذا السؤال الرئيس العديد من التساؤلات التفصيلية التي تتطلب إجابات عنها تخص الممارسة العملية لبيع العقار في طور الإنجاز؛ من قبيل:

✓ هل ينتج بيع العقار في طور الإنجاز اختلالات؟ وما هي؟ وما هي أسبابها؟ ومن يتحمل مسؤوليتها؟

✓ وما هي الحلول القانونية والعملية لهذه الاختلالات؟

منهج البحث:

المنهج المتبع في بحث الواقع العملي لبيع العقار في طور الإنجاز بالمغرب هو المنهج الوصفي الذي يهدف أولاً إلى جمع البيانات الكافية عن الممارسة العملية لهذا البيع، اعتماداً على أدوات البحث المعتمدة، ثم تحليل ما تم جمعه من بيانات، بطريقة تؤدي إلى التعرف على العوامل المؤثرة في التطبيقي الفعلي لهذا البيع في الواقع المغربي.

### الأدوات المستخدمة:

تعد المواقع الميدانية مصدراً لجمع البيانات والمعلومات وهي نوعان: بيانات أصلية: وهي البيانات التي يقوم الباحث بجمعها بنفسه.

بيانات ثانوية: وهي البيانات التي تم إعدادها مسبقاً، ويتم جمعها من دراسات سابقة.<sup>(1)</sup>

والمعتمد في دراسة الواقع العملي لبيع العقار في طور الإنجاز بالمغرب على البيانات الأصلية باعتماد أداة "الاستبيان" و"المقابلة"، وهما من أدوات البحث العلمي المستعملة من أجل الحصول على بيانات ومعلومات من الواقع تتعلق بالموضوع المبحوث.

### أولاً: الاستبيان

تعريف الاستبيان لغة:

كلمة مشتقة من الفعل استبان، واستَبَانَ الأمرُ: أي تَبَيَّنَ، ووضح، وظهر، واستبانَ الشيءَ بمعنى أوضحه، وبينه، وتعرفه جيداً، وثبته حتى علمه.<sup>(2)</sup>

والاستبيان إذن هو البحث عن البيان والوضوح؛ قصد معرفة الشيء، واستيضاح معالمه.

الاستبيان اصطلاحاً:

(1) وليد عبد الرحمن خالد الفراء، تحليل بيانات الاستبيان (الندوة العالمية للشباب الإسلامي، 1430 هـ) (ص: 5).

(2) الفرائي، ديوان الأدب، تحقيق: أحمد مختار عمر، ط 4 (القاهرة: مؤسسة دار الشعب، 1424 هـ 2003 م) (3/452)، نشوان الحميري، شمس العلوم ودواء كلام العرب من الكلوم، تحقيق: حسين بن عبد الله العمري وآخرون، ط 1 (بيروت/ دمشق: دار الفكر، 1420 هـ - 1999 م) (1/691).

الاستبان: هو الترجمة العربية للكلمة الإنجليزية Questionnaire، ويدل الاستبان في اصطلاح البحث العلمي على الاستمارة، وهي لائحة مؤلفة من مجموعة من الأسئلة أو العبارات المكتوبة ترتبط بموضوع الدراسة مزودة بإجابتها، أو الآراء المحتملة، أو بفرغ للإجابة، ويطلب من المجيب عليها الإشارة إلى ما يراه مهماً، أو ما ينطبق عليه منها، أو ما يعتقد أنه هو الإجابة الصحيحة.<sup>(1)</sup>

ويعتبر الاستبان وسيلة مهمة من أدوات البحث العلمي، ويعد تصميمه بشكل صحيح من المراحل المنهجية الهامة التي يتعين على الباحث أن يوليها اهتمامه؛ بقصد الحصول على معلومات وبيانات من عينة المبحوثين، لتوضيح وتحليل طبيعة الظاهرة أو المشكلة التي هي موضوع البحث، وعن طريق الاستبان تستمد المعلومات مباشرة من المصدر الأصلي، وهو عينة مجتمع الدراسة.<sup>(2)</sup>

وتناولت أسئلة الاستبان في هذا البحث: الأسباب التي تدفع الناس إلى اقتناء العقار في طور البناء، والاختلالات التي تواجهه، وأسبابها، والمسؤولين عنها، وغير ذلك من الأمور التي تناولتها أسئلة الاستبان التي رافقتها عدد مختلف من الإجابات من اجل اختيار الإجابة الصحيحة المناسبة لكل فرد من أفراد العينة.

ويهدف الاستبان في هذا البحث استيضاح واقع الممارسة العملية لبيع العقار في طور الإنجاز بالمغرب؛ اعتماداً على معطيات مأخوذة من الواقع العملي لبيع العقار في طور الإنجاز بالمغرب، مصدرها: عينة من الناس الذين اقتنوا العقارات في طور الإنجاز، عبر الاستمارة الكتابية.

(1) صالح بن حمد العساف، المدخل إلى البحث في العلوم السلوكية، ط1 (الرياض: مكتبة العكيان، 1416هـ-1995م) (ص: 342).

(2) نفسه.

## مجتمع الدراسة:

يقصد بمجتمع الدراسة المجتمع الذي تجري عليه الدراسة، ومنه تؤخذ العينة التي يبنى عليها الباحث دراسته.<sup>(1)</sup>

ومجتمع البحث في هذا البحث الميداني هو الناس الذين اقتنوا العقارات في طور الإنجاز في المغرب.

## عينة البحث:

العينة هي «عبارة عن مجموعة جزئية من مجتمع الدراسة يتم اختيارها بطريقة معينة، وإجراء الدراسة عليها، ومن ثم استخدام تلك النتائج وتعميمها على كامل مجتمع الدراسة الأصلي»<sup>(2)</sup>، نظرا لاستحالة وصعوبة القيام بدراسة شاملة لجميع مفردات مجتمع البحث المتكون في هذا البحث من الناس الذين اشتروا عقارا في طور الإنجاز بالمغرب.

وانطلاقا من موضوع هذا البحث الميداني حول الممارسة العملية لبيع العقار في طور الإنجاز، فقد تشكلت عينة الدراسة من 40 من الناس الذين اقتنوا عقاراتهم السكنية في طور الإنجاز في مدن: الرباط وتمارة والصخيرات وسلا والمحمدية والدار البيضاء ومدينة أكادير وضواحيها.

ونعتمد في استبيان الواقع العملي لبيع العقار في طور الإنجاز على الاستمارة الآتية:

(1) مركز الأبحاث الواعدة في البحوث الاجتماعية، الدليل البسط لإجراءات البحوث الاجتماعية (الرياض: جامعة الأميرة نورة بنت عبد الرحمن، 1437 هـ / 2016 م) (ص: 11).

(2) محمد عبيدات وآخرون، منهجية البحث العلمي: القواعد والمراحل والتطبيقات، ط2 (عمان: دار وائل للطباعة والنشر، 1999 م) (ص: 84).

استمارة بحث حول :

## "بيع العقار في طور الإنجاز"

(المقصود بالعقار في هذا الاستبيان: المباني كالمنازل والشقق والمحلات التجارية وغير ذلك)

ضع هذه العلامة (x) على أجوبتك بالنسبة للأسئلة التي تتطلب هذا النوع من الأجوبة.

1. هل اشتريت عقارا في طور الإنجاز؟

- نعم
- لا

2. إذا كنت اشتريت عقارا في طور الإنجاز، ففي أي سنة ومكان اشتريته؟ (السنة/المدينة والجهة أو الإقليم).

3. ما هي الأسباب التي دفعتك إلى اقتناء العقار في طور الإنجاز؟

- أداء ثمن العقار على أقساط حسب ما يتناسب مع ظروف الشخص وقدراته المالية .
- الاستفادة من القروض العقارية التي تمنحها البنوك .
- الرغبة في الاستفادة من انخفاض ثمن السكن الاقتصادي .
- حرية اختيار تصميم الشقة المرغوب فيها .

إذا كانت هناك أسباب أخرى أذكرها :

4. هل وجدت الفرق بين العقار الذي كنت تنتظره والعقار الذي تم تسليمه إليك؟

- نعم
- لا

5. إذا وجدت بعض الفروق، فما هي؟

- 
- 
- 
-

## 6. ما هي المشاكل والاختلالات التي تواجه بيع العقار في طور الإنجاز؟

- عدم الانتهاء من بناء العقار، وعدم تسليمه للمشتري في الأجل المحدد .
- ظهور عيوب واختلالات في البناء بعد تسلمه (مثل العيوب في المجاري المائية، وفي أرضية الشقق، وشقوق في الجدران وغيرها).
- عدم وجود المساحة المتفق عليها في العقار .
- عدم مطابقة العقار للمواصفات المتفق عليها في العقد .
- الإخلال بنظام أداء الثمن وفقا لما هو مضمن في العقد .
- رفض إتمام البيع وإبرام العقد النهائي بعد إنجاز العقار .
- لا تواجه بيع العقار في طور الإنجاز أي مشاكل.

إذا كانت هناك مشاكل واختلالات أخرى أذكرها :

## 7. ما هي أسباب الاختلالات في بيع العقار في طور الإنجاز ؟

- إسراع الشركات العقارية في إنجاز العقارات على حساب الجودة حينما يحين موعد التسليم .
- الشركة العقارية لا توضح للزبناء كل بنود العقد وشروطه والتزاماته إلى أن يتم توقيع العقد .
- إلزام الشركات العقارية الزبناء بشروطهم وما يخدم مصالحهم .
- عدم التزام الشركات العقارية بمضمون العقد وبنوده .
- صعوبة مراقبة كل العناصر المشاركة في إنجاز العقارات في طور البناء؛ كالمهندس المعماري، ومكتب دراسات، ومكتب المراقبة، والمختبر .
- غياب المراقبة الصارمة لتطبيق قوانين بيع العقار في طور الإنجاز على أرض الواقع .
- عدم التزام المنعش العقاري بدفتر التحملات المتضمن ل: مواصفات الجودة، ومعايير السلامة، والضوابط المرتبطة بمواد البناء ...
- تدخل شركات العقار لتعطيل تطبيق كل بنود قانون بيع العقار في طور الإنجاز في الواقع بالشكل المطلوب .

إذا كانت هناك أسباب أخرى أذكرها :

## 8. لما ذا في نظرك- يقرر بعض الناس استرجاع المبالغ المالية التي يقدمونها لشراء عقار في طور الإنجاز؟

- عدم رضاهم عن العقار المقدم لهم .
- التأخر في موعد تسليم العقار .
- التأخر في إنجاز العقار المتعاقد عليه .
- تغيير الشركة تصميم العقار دون موافقة المشتري .

إذا كانت هناك أسباب أخرى أذكرها :

9. هل لجأت إلى المساطر القضائية ضد الشركة العقارية المخلة بالتزاماتها في بيع العقار في طور الإنجاز؟

- نعم  
○ لا

10. إذا جوابك ب [لا]، فلماذا لم تلجئ إلى القضاء لاسترجاع الحقوق من الشركة العقارية؟

- العجز عن الدخول في معارك قضائية طويلة ضد الشركات العقارية .  
○ الجهل بالحقوق التي يكفلها قانون بيع العقار في طور الإنجاز، والمساطر القانونية التي يجب اتباعها عند اخلال الشركات العقارية بالتزاماتها .

إذا كانت هناك أسباب أخرى أذكرها :

11. من يتحمل مسؤولية المشاكل والاختلالات التي تواجه بيع العقار في طور الإنجاز؟

وقد تم توزيع هذا الاستبيان بطريقة مباشرة بتقديمها يدا للناس الذين اشترى عقاراتهم وهي طور الإنجاز، أو بطريقة غير مباشرة عبر وسائل التواصل الاجتماعي من خلال الإنترنت.

## ثانيا: المقابلة

المقابلة عبارة عن محادثة موجهة بين الباحث وشخص أو أشخاص آخرين للحصول على البيانات التي يريدها الباحث؛ بهدف الوصول إلى حقيقة أو موقف معين، يسعى الباحث إلى معرفته؛ من أجل تحقيق أهداف الدراسة.<sup>(1)</sup>

وتنقسم المقابلة من حيث طريقة إجرائها إلى:

المقابلة الشخصية: ويجلس فيها الباحث وجها لوجه مع المبحوث.

المقابلة بوسائط: مثل المقابلة التلفونية، أو المقابلة بواسطة أجهزة الاستقبال والإرسال، أو عبر الانترنت.<sup>(2)</sup>

(1) محمد عبيدات وآخرون، منهجية البحث العلمي: القواعد والمراحل والتطبيقات، مرجع سابق (ص: 55).

(2) أميرة منصور، المقابلة رؤية منهجية في بحوث تعليم اللغة العربية (مجلة الأثر، ع 27، ديسمبر 2016م) (ص: 215).


## المبحث الثاني : استمارة الاستبيان الخاصة بالواقع العملي لبيع العقار في طور الإنجاز

بعد بيان الجانب المنهجي، والتعرف على الإجراءات المتبعة في هذا البحث الميداني، نصل الآن إلى مرحلة تحليل الاستبيان الموزع على عينة البحث، وعرض البيانات المجموعة، وتنظيمها، وترتيبها؛ وذلك من أجل إخراجها، وإبرازها على شكل معلومات يتم استخدامها؛ بهدف الإجابة على أسئلة البحث.

ويتم تحليل بيانات الاستبيان عبر مرحلتين:

1. جمع البيانات، وتنظيمها بشكل مرتب، ووضع الإجابات في جداول لتسهيل عرضها.
  2. تحليل البيانات، واستنتاج المعلومات التي تساعد على الإجابة على الأسئلة السابقة.
- ويجرى تحليل محتوى الاستبيان بغرض الوصف الكمي للمعلومات المجموعة<sup>(1)</sup> حول الممارسة العملية لبيع العقار في طور الإنجاز بالمغرب، دون اللجوء إلى تأويلها؛ بغرض اعتمادها في تحقيق المناظ في الواقع العملي لبيع العقار في طور الإنجاز بالمغرب.
- وللاستفادة من الاستبيانات (الاستمارات) بشكل أفضل فقد تم تفرغ نتائجها في الجداول كالتالي:

(1) رشدي أحمد طعيمة، تحليل المحتوى في العلوم الإنسانية (القاهرة: دار الفكر العربي، 1425هـ-2004م) (ص: 73-74).

جدول (1) 

هل اشترت عقارا في طور الإنجاز؟

الاجابة	التكرارات	النسبة المئوية %
نعم	40	%100
لا	00	%00
مجموع الاستثمارات	40	%100

يهدف هذا السؤال إلى التثبت من دخول المبحوث في العينة المناسبة لمجتمع الدراسة، ونلاحظ من الجدول أعلاه أن عدد أفراد العينة بلغ 40 من مجموع الاستثمارات الموزعة، وقد تم إقصاء الاستثمارات المعبأة من قبل الأشخاص الذين لم يشتروا العقار في طور الإنجاز؛ لأنها لا تدخل في عينة البحث.

## جدول (2) 🇲🇦

إذا كنت اشترت عقارا في طور البناء، ففي أي سنة ومكان اشترته؟

العدد	الزمان	المكان
1	2004م	اليوسفية الرباط
3	2012م-2016م(2)	عين عودة ضواحي مدينة الرباط
2	2015م/2017م	عين عتيق الصخيرات
10	2006م-2009م(3)-2010م(4)- 2015م(2)	تامسنا
4	2009م(2)-2010م-2012م	تمارة
1	دون تحديد التاريخ	ببوزنيقة إقليم بنسليمان
3	2014م-2017م(2)	سلا
1	2015م	سلا الجديدة
1	2015م	المحمدية
5	2001م-2014م-2016م(2)- 2017م	الدار البيضاء
9	2010م(2)-2012م(3)-2015م- 2017م(2)-دون تحديد التاريخ	أكادير وضوحيه: إنزكان وأيت ملول وبيوكري

هذا السؤال جاء إتماماً للسؤال الذي جاء قبله؛ بحيث يبين أن مكان وجود عقارات أفراد العينة البالغ عددهم 40 هو: مدينة الرباط وضواحيه، وتمارة، والصخيرات، وبوزنيقة، وسلا، والمحمدية، والدار البيضاء، وأكادير وضواحيه، والفترة الزمنية التي اقتنيت فيها عقارات العينة تتراوح ما بين 2001م و2017م.

## جدول (3)

ما هي الأسباب التي دفعتك إلى اقتناء العقار في طور الإنجاز؟

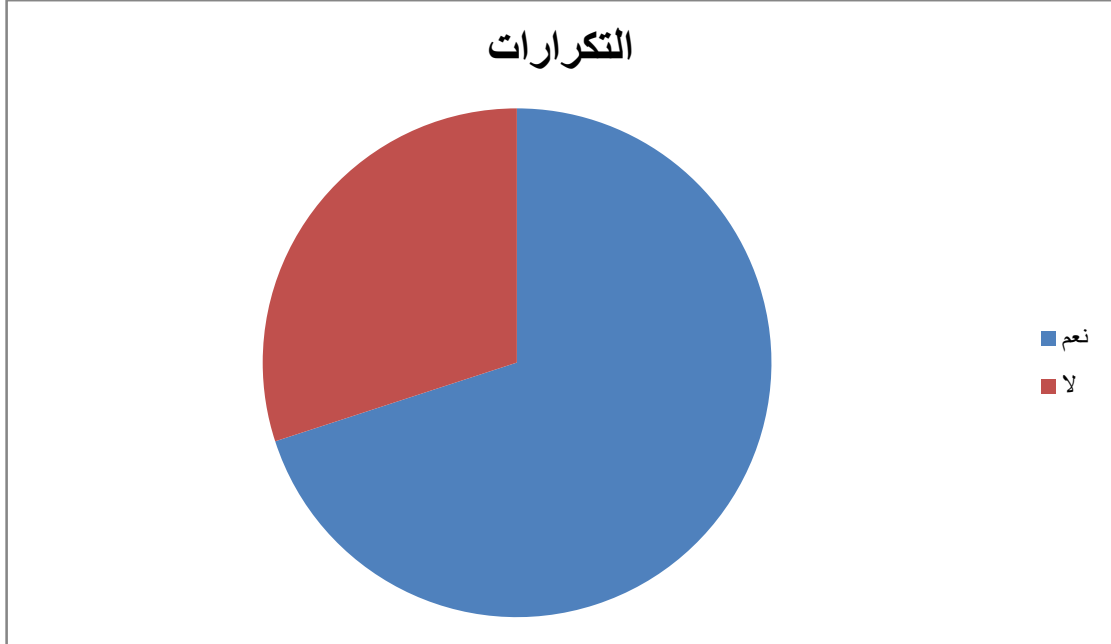
النسبة المئوية %	التكرارات	الاجابة
62.9%	22	أداء ثمن العقار على أقساط تبعا لتقدم أشغال البناء، وهو ما يتناسب مع ظروف الشخص وقدراته المالية.
31.4%	11	الاستفادة من القروض العقارية التي تمنحها البنوك.
45.7%	16	الرغبة في الاستفادة من انخفاض ثمن السكن الاقتصادي.
34.3%	12	حرية اختيار تصميم الشقة المرغوب فيها.
5.8%	2	تجنب تكاليف الكراء.
11.6%	4	أسباب أخرى

أكدت بيانات الجدول أعلاه أن أسباب إقبال أغلبية أفراد العينة على اقتناء العقار في طور الإنجاز، وأدى إلى انتشاره تتمثل في أن المشتري يؤدي الثمن على أقساط، وفق ما يتناسب مع ظروفه وقدراته المالية (62.9%)، والرغبة في الاستفادة من انخفاض ثمن السكن الاقتصادي (45.7%)، وحرية اختيار تصميم الشقة المرغوب فيها (34.3%)، والاستفادة من القروض العقارية التي تمنحها البنوك (31.4%)، وتجنب تكاليف الكراء (5.8%)، بالإضافة إلى أسباب أخرى، من قبيل: توهم المشتري الحصول على امتيازات... (11.6%)، فهذه الأمور هي أهم الأسباب التي تغري الناس إلى شراء العقار في طور الإنجاز.

## جدول (4)

هل وجدت الفرق بين العقار الذي كنت تنتظره والعقار الذي تم تسليمه إياك؟

الاجابة	التكرارات	النسبة المئوية %
نعم	28	70%
لا	12	30%
المجموع	40	100%



و من الجدول أعلاه نلاحظ أن أغلبية أفراد العينة؛ أي نسبة 70% وجدوا الفرق بين مواصفات العقار الذي تم التعاقد عليه، ومواصفات العقار بعد تسلمه.

## جدول (5)


إذا وجدت بعض الفروق، فما هي؟

النسبة المئوية %	التكرارات	الاجابة
57.14 %	20	غياب الجودة في البناء، والخلل في الهندسة، والمواد المستعملة، والعيوب في الجدران والصبغة، وفي الأنابيب والمجاري المائية، والأبواب والنوافذ.
20 %	07	عدم احترام مساحة العقار المتفق عليها.
08.57 %	03	انعدام البنية التحتية، والمرافق الاجتماعية.
05.71 %	02	عيوب في واجهة المبنى
02.85 %	1	ارتفاع الثمن مقارنة مع مواصفات العقار المسلم.
05.71 %	2	لا توجد فوارق

أوضح الجدول أعلاه أن الفروق بين مواصفات العقار المبيع في طور الإنجاز المحددة في العقد والعقد المنجز تعود إلى غياب الجودة في البناء، والخلل في هندسة البناء، والمواد المستعملة، وغياب الإتيان في البناء المتمثل في ظهور العيوب في الجدران والصبغة، وفي الأنابيب والمجاري المائية، والأبواب والنوافذ (بنسبة 57.14 %)، بالإضافة إلى اختلالات وعيوب أخرى، من قبيل: عدم احترام مساحة العقار المتفق عليها (بنسبة 20 %)، وانعدام البنية التحتية، والمرافق الاجتماعية (بنسبة 08.57 %)، وعيوب في واجهة المبنى (بنسبة

05.71 %، وارتفاع الثمن مقارنة مع العقار المسلم (بنسبة 02.85 %)، في حين ذهب 05.71 % من العينة إلى عدم وجود أي فرق.

وهذا يدل على أن الشروط المتفق عليها في العقد لم تحترم، وهذا ما جعل بعضهم يصرح في الاستبيان بأن العقار الذي تسلمه لا يرقى إلى مستوى تطلعاته.

جدول (6) 

ما هي المشاكل والاختلالات التي تواجه بيع العقار في طور الإنجاز؟

النسبة المئوية %	التكرارات	الاجابة
82.9%	29	ظهور عيوب في البناء
82.9%	29	عدم الانتهاء من بناء العقار، وعدم تسليمه للمشتري في الأجل المحدد.
42.9%	15	عدم وجود المساحة المتفق عليها في العقار
60%	21	عدم مطابقة العقار للمواصفات المتفق عليها في العقد.
5.7%	2	الإخلال بنظام أداء الثمن وفقا لما هو مضمن في العقد.
2.9%	1	رفض إتمام البيع وإبرام العقد النهائي بعد إنجاز العقار.
2.9%	1	عدو وجود المرافق والمساحة الخضراء

من خلال الجدول أعلاه يمكن رصد مظاهر الاختلالات في بيع العقار في طور الإنجاز المتمثلة أساسا في: العيوب التي يجدها المشترون في العقارات السكنية المباعة في طور الإنجاز بعد تسلمها وسكنها؛ مثل: العيوب في البناء، والاختلالات في المجاري، وأرضية الشقق المتهالكة، والطلاء والصبغة، وظهور شقق متفرقة في الجدران؛ بسبب انعدام الإسمنت، والحديد الكافي الواقي من الانفجار، وانعدام مخارج المياه الكافية؛ مما يتسبب في اجتماع المياه، وتسربها الذي أثر على طلاء الجدران، والحمامات والمطابخ المتهالكة، وعدم الانتهاء من بناء العقار لتسليمه للمشتري في الأجل المحدد (بنسبة 82.9%)، بالإضافة إلى: عدم مطابقة العقار للمواصفات المتفق عليها في العقد (بنسبة 60%)، وعدم وجود المساحة المتفق عليها في العقار (بنسبة 42.9%)، والإخلال بنظام أداء الثمن وفقا لما هو مضمن في العقد (بنسبة 5.7%)، ورفض إتمام البيع وإبرام العقد النهائي بعد إنجاز العقار (بنسبة 2.9%)، علاوة على أسباب أخرى تمثل نسبة 2.9%.

## جدول (7)

ما هي أسباب الاختلالات في بيع العقار في طور الإنجاز؟

النسبة المئوية %	التكرارات	الاجابة
62.9%	22	عدم التزام المنعش العقاري بدفتر التحملات المتضمن ل: مواصفات الجودة، ومعايير السلامة، والضوابط المرتبطة بمواد البناء ...
60%	21	غياب المراقبة الصارمة لتطبيق قوانين بيع العقار في طور الإنجاز على أرض الواقع .
60%	21	الشركة العقارية لا توضح للزبناء كل بنود العقد وشروطه والتزاماته إلى أن يتم توقيع العقد .
57.1%	20	إسراع الشركات العقارية في إنجاز العقارات على حساب الجودة عندما يحين موعد التسليم .
37.1%	13	إلزام الشركات العقارية الزبناء بشروطها وما يخدم مصالحها.
31.4%	11	عدم التزام الشركات العقارية بمضمون العقد وبنوده.
40%	14	صعوبة مراقبة كل العناصر المشاركة في إنجاز العقارات في طور البناء؛ كالمهندس المعماري، ومكتب الدراسات، ومكتب المراقبة، والمختبر .

8.6%	3	تدخل شركات العقار لتعطيل تطبيق كل بنود قانون بيع العقار في طور الإنجاز في الواقع بالشكل المطلوب.
11.6	4	أسباب أخرى؛ كالغش في البناء؛ مثل العيوب في المجاري المائية، وفي أرضية الشقق، وشقوق في الجدران وغيرها.


تشير بيانات هذا الجدول إلى أن أهم أسباب اختلالات بيع العقار في طور البناء ترتبط غالباً: بعدم التزام المنعشين العقاري بدفتر التحملات المتضمن ل: مواصفات الجودة، ومعايير السلامة، والضوابط المرتبطة بمواد البناء (بنسبة 62.9%)، وعدم توضيحهم للزبناء كل بنود العقد وشروطه والتزاماته إلى أن يتم توقيع العقد، وغياب المراقبة الصارمة لتطبيق قوانين بيع العقار في طور الإنجاز على أرض الواقع (بنسبة 60%)، وإسراع الشركات العقارية في إنجاز العقارات على حساب الجودة حينما يحين موعد التسليم (بنسبة 57.1%)، وصعوبة مراقبة كل العناصر المشاركة في إنجاز العقارات في طور البناء؛ كالمهندس المعماري، ومكتب الدراسات، ومكتب المراقبة، والمختبر (بنسبة 40%)، وإلزام المنعشين العقاريين الزبناء بشروطهم وما يخدم مصالحهم (بنسبة 37.1%)، وعدم التزامهم بمضمون العقد وبنوده (بنسبة 31.4%)، بالإضافة إلى تدخل شركات العقار لتعطيل تطبيق كل بنود قانون بيع العقار في طور الإنجاز في الواقع بالشكل المطلوب (بنسبة 8.6%)، علاوة على أسباب أخرى تمثل نسبة 11.6.

## جدول (8) 🇲🇦

لما ذا - في نظرك - يقرر بعض الناس استرجاع المبالغ المالية التي يقدمونها لشراء عقار في طور الإنجاز؟

النسبة المئوية %	التكرارات	الاجابة
68.6%	24	عدم رضاهم عن العقار المقدم لهم .
65.7%	23	التأخر في موعد تسليم العقار .
45.7%	16	التأخر في إنجاز العقار المتعاقد عليه .
31.4%	11	تغيير الشركة تصميم العقار دون موافقة المشتري .

من الجدول أعلاه نلاحظ أن بعض الناس يقررون استرجاع مبالغ التسبيق التي يقدمونها لشراء عقار في طور الإنجاز؛ لعدم رضاهم عن العقار المقدم لهم (بنسبة 68.6%)، أو للتأخر في موعد تسليم العقار (بنسبة 65.7%)، وفي إنجاز العقار المتعاقد عليه (بنسبة 45.7%)، أو لتغيير الشركة تصميم العقار دون موافقة المشتري (بنسبة 31.4%).

جدول (9) 

هل لجأت إلى المساطر القضائية ضد الشركة العقارية المخلة بالتزاماتها في بيع العقار في طور الإنجاز؟

الاجابة	التكرارات	النسبة المئوية %
نعم	00	%00
لا	40	%00
المجموع	40	%100

من الجدول أعلاه نلاحظ أن أفراد العينة لا يلتجئون إلى القضاء لاسترجاع الحقوق من الشركة العقارية.

## جدول (10)

إذا جوابك بـ [لا]، فلماذا لم تلجئ إلى القضاء لاسترجاع الحقوق من الشركة العقارية؟

النسبة المئوية %	التكرارات	الاجابة
74.3%	26	العجز عن الدخول في معارك قضائية طويلة ضد الشركات العقارية .
65.7%	23	الجهل بالحقوق التي يكفلها قانون بيع العقار في طور الإنجاز، والمساطر القانونية التي يجب اتباعها عند إخلال الشركات العقارية بالتزاماتها .
2.9%	1	عدم تطبيق القانون على أرض الواقع .
2.9%	1	تأخر القضاء في البث في النزاعات .

من بيانات الجدول أعلاه نلاحظ أن أفراد العينة يؤكدون أن عدم التجائهم إلى القضاء لاسترجاع الحقوق من الشركة العقارية يعود إلى: عجزهم عن الدخول في معارك قضائية طويلة ضد الشركات العقارية (بنسبة 74.3%)، وإلى الجهل بالحقوق التي يكفلها قانون بيع العقار في طور الإنجاز، والمساطر القانونية التي يجب اتباعها لاسترجاع الحقوق (بنسبة 65.7%)، وعدم تطبيق القانون على أرض الواقع، وتأخر القضاء في البث في النزاعات (بنسبة 2.9%).

## جدول (11)

من يتحمل مسؤولية المشاكل والاختلالات التي تواجه بيع العقار في طور الإنجاز؟

الاجابة	التكرارات	النسبة المئوية %
الشركات والمنعشون العقاريون	11	34.37%
وزارة السكنى والتعمير	8	25%
المواطن المشتري	7	21.87%
الدولة	2	6.25%
السلطات المحلية	2	6.25%
القضاء	2	6.25%

يظهر من بيانات الجدول السابق أن المسؤولية - بحسب أفراد العينة - مشتركة بين مختلف الفاعلين والمتدخلين في عملية إنجاز مشاريع بيع العقارات في طور الإنجاز ابتداء بالشركات والمنعشين العقاريين (بنسبة 34.37%)، ثم الدولة بصفة عامة، ووزارة السكنى والتعمير بصفة خاصة حيث لا تقوم بدورها في مراقبة التزام المنعشين العقاريين بقانون بيع العقارات في طور الإنجاز، ولا توفر الحماية للمواطن من جشع الشركات العقارية (بنسبة 31.25%)، ثم المواطن المشتري الذي لا يلجئ إلى القضاء للحصول على حقوقه، ولرفع الضرر عنه، ولا يطالب بالتعويض عن الضرر الذي لحقه (بنسبة 21.87%)، والسلطات المحلية التي لا تراقب مراحل البناء وجودته (بنسبة 6.25%)، وانتهاء بالقضاء لعدم استجابته لطلبات وشكايات المواطنين بشكل سريع (بنسبة 6.25%).

## نتائج الاستبيان:

يستخلص من نتائج الجداول السابقة ما يأتي:

1. أسباب إقبال أغلبية أفراد العينة على اقتناء العقار في طور الإنجاز، وأدى إلى انتشاره تتمثل في أن المشتري يؤدي الثمن على أقساط، وفق ما يتناسب مع ظروفه وقدراته المالية، والرغبة في الاستفادة من انخفاض ثمن السكن الاقتصادي، وحرية اختيار تصميم الشقة المرغوب فيها، والاستفادة من القروض العقارية التي تمنحها البنوك، وتجنب تكاليف الكراء، فهذه الأمور هي أهم الأسباب التي تغري الناس التي تشتري العقار في طور البناء.
2. أغلبية أفراد العينة وجدوا فروقا بين مواصفات العقار المبيع في طور الإنجاز المحددة في العقد والعقار المنجز، وتعود هذه الفروق إلى غياب الجودة في البناء، وفي المواد المستعملة، والخلل في الهندسة، وغياب الإتيان الذي يتجلى في: العيوب في الجدران والصبغة، وفي الأنابيب والمجاري المائية، والأبواب والنوافذ، بالإضافة إلى اختلالات وعيوب أخرى، من قبيل: عدم احترام مساحة العقار المتفق عليها، وانعدام البنية التحتية، والمرافق الاجتماعية، وعيوب في واجهة المبنى، وعدم تناسب الثمن المرتفع للعقار المسلم. وهذا يدل على أن الشروط المتفق عليها في العقد لا تحترم، وهذا ما جعل بعضهم يصرح بأن العقار الذي تسلمه لا يرقى إلى مستوى تطلعاته.
3. مظاهر المشاكل التي تعد إخلالا بالالتزامات المنوطة بالبائع والمشتري في عقد بيع العقار في طور الإنجاز تتمثل في: العيوب في العقارات السكنية المباعة في طور الإنجاز التي يجدها المشترون بعد تسلمها وسكنها، مثل: عيوب في البناء، والاختلالات في المجاري، وأرضية الشقق المتهاكلة، والطلاء والصبغة، وظهور شقق متفرقة انتشرت في الجدران؛ بسبب انعدام الإسمنت والحديد الكافي الواقى من الانفجار، وانعدام مخارج المياه الكافية مما يسبب في اجتماع المياه، وتسربها الذي أثر على طلاء الجدران، والحمامات، والمطابخ المتهاكلة؛ بالإضافة إلى: عدم الانتهاء من بناء العقار، وعدم تسليمه للمشتري في الأجل

المحدد، وعدم مطابقة العقار للمواصفات المتفق عليها في العقد، وعدم احترام المساحة المتفق عليها في العقار، والإخلال بنظام أداء الثمن وفقا لما هو مضمن في العقد، ورفض إتمام البيع وإبرام العقد النهائي بعد إنجاز العقار.

وهذه العيوب والاختلالات تثبت إخلال المنعش العقاري بالشروط المضمنة في عقد البيع، وشرط مطابقة العقار للمواصفات المتفق عليها في العقد، وهو ما يؤدي إلى وقوع مشتريين في الغبن بعد تسلمهم عقاراتهم التي اشتروها في طور الإنجاز؛ مما يدل على أنهم يحسون بالغبن والشماتة...، وهو الأمر الذي يندرج تحت أفعال التدليس.

4. أهم أسباب اختلالات بيع العقار في طور البناء ترتبط غالبا: بعدم التزام المنعش العقاري بدفتر التحملات المتضمن ل: مواصفات الجودة، ومعايير السلامة، والضوابط المرتبطة بمواد البناء، وعدم توضيحهم للزبناء كل بنود العقد وشروطه والتزاماته إلى أن يتم توقيع العقد، علاوة على النقص الكبير في المراقبة الصارمة لتطبيق قوانين بيع العقار في طور الإنجاز على أرض الواقع، وإسراع الشركات العقارية في إنجاز العقارات على حساب الجودة حينما يحين موعد التسليم، وصعوبة مراقبة كل العناصر المشاركة في إنجاز العقارات في طور البناء؛ كالمهندس المعماري، ومكتب دراسات، ومكتب المراقبة، والمختبر، وإلزام المنعشين العقاريين الزبناء بشروطهم وما يخدم مصالحهم، وعدم التزامهم بمضمون العقد وبنوده، بالإضافة إلى تدخل شركات العقار لتعطيل تطبيق كل بنود قانون بيع العقار في طور الإنجاز في الواقع بالشكل المطلوب.

5. بعض الناس يقررون استرجاع مبالغ التسبيق التي يقدمونها لشراء عقار في طور الإنجاز؛ لعدم رضاهم عن العقار المقدم لهم، أو للتأخر في موعد تسليم العقار، وفي إنجاز العقار المتعاقد عليه، أو لتغيير الشركة تصميم العقار دون موافقة المشتري.

6. أفراد العينة لا يلتجؤون إلى القضاء لاسترجاع الحقوق من الشركة العقارية، ويؤكدون أن عدم التجاؤهم إلى القضاء لاسترجاع الحقوق من الشركة العقارية يعود إلى: عجزهم عن

الدخول في معارك قضائية طويلة ضد الشركات العقارية، وإلى الجهل بالحقوق التي يكفلها قانون بيع العقار في طور الإنجاز، والمساطر القانونية التي يجب اتباعها عند إخلال الشركات العقارية بالتزاماتها، وعدم تطبيق القانون على أرض الواقع، وتأخر القضاء في البث في النزاعات.

7. مسؤولية المشاكل والاختلالات التي تواجه بيع العقار في طور الإنجاز - بحسب أفراد العينة- مشتركة بين مختلف الفاعلين والمتدخلين في عملية إنجاز مشاريع بيع العقارات في طور الإنجاز ابتداء بالشركات والمنعشين العقاريين، ثم الدولة لعدم مراقبتها للشركات العقارية المستثمرة في بيع العقارات في طور الإنجاز، وعدم اتخاذها في حقهم اجراءات جزرية ضد النصب والاحتيال باسم بيع العقار في طور الانجاز ممثلة في وزارة السكنى والتعمير التي لا تقوم -حسب بعض أفراد العينة- بدورها الكامل في مراقبة التزام المنعشين العقاريين بقانون بيع العقارات في طور الإنجاز، ولا توفر الحماية للمواطن من جشع الشركات العقارية، ثم المواطن المشتري الذي لا يلتجئ إلى القضاء للحصول على حقوقه، ورفع الضرر عنه، والتعويض عن الضرر الذي لحقه، والسلطات المحلية التي لا تراقب مراحل البناء وجودته، وانتهاء بالقضاء لعدم استجابته لطلبات وشكايات المواطنين بشكل سريع.

### المبحث الثالث: المقابلات الخاصة بالواقع العملي لبيع العقار في طور الإنجاز

إضافة إلى « الاستبيان »، اعتمد البحث « المقابلة » مع بعض المتدخلين في عملية بيع العقار في طور الإنجاز، للحصول على بعض المعلومات الإضافية؛ نظرا لاستفحال الاختلالات في العقارات التي اقتنيت في طور الإنجاز كما سبق في المبحث السابق، وهذا ما يدفع إلى البحث عن أجوبة الأسئلة الآتية:

- ✓ ما هي أسباب الاختلالات التي تعترى بيع العقار في طور الإنجاز؟
- ✓ من يتحمل المسؤولية هذه الاختلالات؟
- ✓ كيف يتجنب الراغب في شراء العقار في طور الإنجاز الوقوع في الغبن والغش عند إقدامه على البيع؟

وهذه الأسئلة هي محور المقابلات مع عينة من المسؤولين في وزارة السكنى؛ باعتبارها الوصية على قطاع السكن في المغرب، ورؤساء الجماعات الترابية باعتبارهم المسؤولين على المستوى المحلي، بالإضافة إلى المنعشين والمقاولين العقاريين، كما هو مبين في الجدول الآتي:

الرقم	اسم المقابل	تاريخ المقابلة	مكان المقابلة
1	السيد امحمد الهاللي (مدير الشؤون القانونية بوزارة إعداد التراب الوطني والتعمير والإسكان وسياسة المدينة)	الخميس 25 يوليوز 2019م	مقر وزارة الإسكان في الرياض بالرباط
2	السيدة هند بنزها (مديرة الإنعاش العقاري بوزارة إعداد التراب الوطني والتعمير والإسكان وسياسة المدينة)	الخميس 25 يوليوز 2019م	مقر وزارة الإسكان في الرياض بالرباط

مقر وزارة الإسكان في الرياض بالرباط	الخميس 25 يوليوز 2019م	السيدة سورية خليل (مديرة الجودة والشؤون التقنية بوزارة إعداد التراب الوطني والتعمير والإسكان وسياسة المدينة)	3
مقر وزارة الإسكان في الرياض بالرباط	الخميس 25 يوليوز 2019م	توفيق بنعمرا (رئيس قسم التقنين والنهوض بالجودة بالوزارة ذاتها)	4
مقر بلدية مدينة بيوكري، ولاية أكادير	الجمعة 16 غشت 2019م	السيد الحسين الفارسي (رئيس الجماعة الحضرية لمدينة بيوكري، ولاية أكادير)	5
أيت باها، ولاية أكادير	السبت 31 غشت 2019م	السيد محمد اليربوعي (رئيس الجماعة الحضرية لمدينة أيت باها، شتوكة أيت باها، ولاية أكادير).	6
مدينة أكادير	الاثنين 19 غشت 2019م	لحسين مخلص (منعش عقاري في مدينة أكادير)	7
مقابلة تلفونية	الخميس 26 شتنبر 2019	السيد محمد السعدي (صاحب مقاوله البناء والأشغال العمومية بأكادير)	8

نطرح الأسئلة السابقة أولاً على وزارة السكنى؛ باعتبارها مشرفة على تنظيم هذا المجال وتقنيته، عبر مقابلات شخصية مع كل من: السيد امحمد الهلالي (مدير الشؤون القانونية بوزارة إعداد التراب الوطني والتعمير والإسكان وسياسة المدينة)، والسيدة هند بنزها (مديرة الإنعاش العقاري بوزارة إعداد التراب الوطني والتعمير والإسكان وسياسة المدينة)، والسيدة سورية خليل (مديرة الجودة والشؤون التقنية بوزارة إعداد التراب الوطني والتعمير والإسكان وسياسة المدينة) بمعية توفيق بنعمرا (رئيس قسم التقنين والنهوض بالجودة بالوزارة ذاتها).

فالسيد امحمد الهلالي (مدير الشؤون القانونية بوزارة إعداد التراب الوطني والتعمير والإسكان وسياسة المدينة) فقد أجاب عن هذه الأسئلة قائلاً:

«الغش وارد في البناء وفي مواده؛ لأن الرشوة عمت، والفساد عم، والضمير المهني ناقص، فالعيوب التي تظهر في العقارات المبيعة في طور الإنجاز بعد تسلمها؛ فهي لاتخص فقط بيع العقار في طور الإنجاز، بل تعم كل بيوع العقارات والبنائات؛ سواء أكانت في طور الإنجاز، أو كانت جاهزة، فالمراقبة فيها خلل ليس فقط في بيع العقار في طور الإنجاز، وإنما في البناء كيف ما كان نوعه وغرضه، فهي تخص أورايش البناء بغض النظر عن طبيعتها، فينظر هل هذه البناية مطابقة للوثائق المسلمة؛ وهي التصميم التقني، والتصميم المعماري، ورخص البناء.

فالأمر التي تدخل في صلب بيع العقار في طور الإنجاز هي: مراحلها، وإجراءاته القانونية المتعلقة بالثمن والمبيع والأجل، فهي مضبوطة قانوناً، وهذا هو الذي يؤثر في تكييفه القانوني.

فأساس بناء العقار المبيع في طور الإنجاز موجود؛ لأن أوله هو التصور التقني فتنجز له دراسات من قبل المتخصصين؛ كالمهندس الطبوغرافي، والمهندس المعماري.

فوجود وثيقة ملكية الأرض، والتصميم المعماري، والتصاميم التقنية، ومواد البناء، ولم يبق إلا الشروع في البناء، فهذه الأمور كلها يجب اعتبارها، فرغم عدم وجود العقار الذي يبيعه

المنعش العقاري حسا فهو موجود حكما وقانونا، ولم يبق إلا إنجازه الذي يضمه دفتر التحملات، وقانون بيع العقار في طور الإنجاز، وهو ما يحمي المشتري من ضياع حقوقه، لكن على المشتري ألا يقدم على إبرام عقد بيع العقار في طور الإنجاز إلا إذا حصل من البائع على الوثائق التي تثبت أنه قام بهذه الإجراءات، وحصل على رخصة البناء.

إلا أنه منذ صدور قانون بيع العقار في طور الإنجاز لأول مرة سنة 2002م لا يطبق عمليا لعدم صدور قوانينه التنظيمية، ولاسيما تفعيل الضمانات الموجودة فيه؛ سواء الضمانات البنكية أو التأمين.

فالمنعش العقاري لا يلتزم في علاقاته التعاقدية مع المشتريين بقانون بيع العقار في طور الإنجاز، بل يأخذ منه ما هو من واجبات المشتري، ولا يدرج في العقد واجبات المنعش العقاري، بل يطوع القانون حسب ما يخدم مصالحه، فإذا وقع خلل في هذا البيع، وقدم المشتري شكاية ضد المنعش العقاري، فهناك من القضاة المجتهدين الذين يكييفون هذا البيع مع قانون بيع العقار في طور الإنجاز، وهناك قضاة يعتبرون أن الطرفين وقعا عقودا خاصة بينهما، والعقد شريعة المتعاقدين، ويقضي بينهما بما يتضمنه العقد، في حين أن المنعش العقاري إذا رفع دعوى قضائية ضد المشتري فإنه يطبق أجزاء من قانون بيع العقار في طور الإنجاز التي تخدم مصلحته؛ لأنه أدرجها في العقد؛ مثل أن يؤدي المشتري 10% من ثمن البيع، وهو الشرط الجزائي في حالة تراجع المشتري عن إتمام البيع.

وأما السؤال المتعلق بكيفية وقاية الراغب في شراء العقار في طور الإنجاز نفسه من الوقوع في الغبن والغش عند إقدامه على هذا النوع من البيع؟

فقد أجاب عنه السيد الهلالي قائلا: الراغب في شراء عقار في طور الإنجاز عليه ألا يبرم أي عقد مع البائع إلا وافق البائع على أن يكون وفق بنود قانون بيع العقار في طور الإنجاز، وأن يشار إلى ذلك في مضمون العقد، مثل: "بيع ابتدائي لعقار في طور الإنجاز خاضع لقانون 107.12"، وهذا ما سيحمي حقوقه عند إخلال البائع بالتزاماته؛ لأن المشتري إذا التجأ إلى

المحكمة، فإن القضاء سيفصل بينهما بمقتضى قانون بيع العقار في طور الإنجاز، وهو ما يؤدي إلى إعطاء كل ذي حق حقه، وأما إذا لم يشر في العقد إلى أنه يبرم العقد وفق قانون بيع العقار في طور الإنجاز فإن القضاء سيفصل في القضية بما يوجد في العقد الذي وقعا عليه». وأما السيدة هند بنزها (مديرة الإنعاش العقاري بوزارة إعداد التراب الوطني والتعمير والإسكان وسياسة المدينة) فقد أجابت عن هذه الأسئلة كالتالي:

### ما هي أسباب الاختلالات التي تشوب بيع العقار في طور الإنجاز؟

روح قانون بيع العقار في طور الإنجاز ومقصده مهم؛ فهو يوازن بين مصالح المشتري لبيع العقار في طور الإنجاز وبين المنعشين العقاريين؛ لأنه يعطي ضمانا بنكية أو غيرها على أنه إذا لم ينجز العقار في المدة المحددة وفق المواصفات الموجودة في العقد، فإن المشتري يأخذ حقه من الضمانة الموجودة، لكن على أرض الواقع هذا القانون لا يطبق كما هو، بل يطبق جزئيا؛ لأن المنعش العقاري يأخذ من القانون بعض بنوده ويترك البنود الأخرى، وهذا يعني أن هذا القانون لا يطبق، خصوصا وأن القوانين التنظيمية لهذا القانون لم تصدر؛ والمراسيم التنظيمية هي التي تحدد كيفية تطبيق القانون وتنزيله؛ ومن ثم فليس لهذا القانون الوسائل الكافية لتطبيقه كما ينبغي في الميدان.

فالمنعشون العقاريون لا يطبقون بيع العقار في طور الإنجاز، وإنما يأخذون منه بعض البنود وبعض الأمور ويدرجونها في العقود التي يبرمونها مع الناس المشتريين، فالمنعش العقاري يأخذ من قانون بيع العقار في طور الإنجاز ما يخدم مصلحته ويحمي حقوقه ويترك ما ليس في مصلحته، ولا سيما البنود التي تلزم المنعش العقاري بوضع ضمانات لفائدة المشتري؛ كالضمانة البنكية كي يتمكن المشتري من استرجاع حقوقه عند عدم وفاء المنعش العقاري بالتزاماته، وهذا هو السبب القانوني للاختلالات التي تشوب بيع العقار في طور الإنجاز، فقانون بيع العقار في طور الإنجاز لو طُبّق لحل العديد من المشاكل، وخاصة ما يتعلق بالسكن الاجتماعي.

كما تعود أسباب تعرض المشتري لبيع العقار في طور الإنجاز للغش من وجوه مختلفة إلى جهل المواطنين بما لهم من الحقوق، وما عليهم من الواجبات بمقتضى قانون بيع العقار في طور الإنجاز؛ مما يؤدي إلى قبول الشروط التي يضعها المنعش العقاري، سواء في عقد التخصيص أو العقد الابتدائي التي قد يكون فيها إجحاف للمشتري، وتوفر للمنعش العقاري مخارج قانونية لعدم تحمل تبعات ومسؤولية الاختلالات التي قد تعترى بيع العقار في طور الإنجاز.

كيف يمكن تجنب الوقوع في هذه الاختلالات عند شراء العقار في طور الإنجاز؟

على المواطن المشتري أن يكون مرافقا بالموثق، فإننا نرى عددا كثيرا من المواطنين اشتروا عقارات في طور الإنجاز، ودفعوا أجزاء من الثمن دون أن يوثقوا لدى الموثق العقود التي بمقتضاها دفعوا ذلك الجزء من الثمن، بل يكتفون بأخذ ورقة توصيل من المنعش العقاري، وهذه الورقة ليست لها أية قيمة، فالتوثيق هو الذي يحفظ الحقوق، فأى جزء من الثمن يطلب دفعه من المشتري، وأي وثيقة يطلب منه التوقيع عليها لا بد أن يكون ذلك عند الموثق، ويطلب من الموثق توضيح بنود العقد، وما له وما عليه من الحقوق والواجبات، والضمانات القانونية التي تحمي حقوقه، وتأمين له تسليم العقار المبيع وفق المواصفات المتفق عليها في العقد، قبل إبرام العقد والتوقيع عليه.

لكن الناس يعطون أموالهم بدون توثيق، ولا أية ضمانات قانونية، ثم يطلبون من الدولة أن تحل لهم المشاكل، مع العلم أنهم لم يقوموا بما يلزمهم القيام به.

فالمشتري يجب أن لا يدفع أي جزء من الثمن إلا إذا كان موثقا من قبل مهني ينتمي إلى مهنة قانونية منظمة، يخول لها القانون تحرير العقود، فهناك من يكتفي عند إبرام عقد التخصيص الذي يدفع بموجبه جزءا من الثمن بالتوقيع على ورقة وتصحيح التوقيع.

أليست الوزارة مسؤولة على الاختلالات التي تعترى العقارات التي تباع في طور الإنجاز من جهة غياب المراقبة الصارمة؟

الوزارة لا يمكن أن تراقب كل مواطن يريد أن يبرم عقدا مع منعش عقاري، فالمواطن هو الذي لم يقم بالتحريات اللازمة، ولم يسأل عن هذا المنعش العقاري هل منعش قانوني...، وهو الذي وقع على العقد، ولم يلزمه أحد على التوقيع.

والذي على الوزارة هو التأطير القانوني لعملية البيع والشراء في هذا المجال، وعلى المواطن الالتزام بالقانون، وإذا اشترى المواطن أو باع خارج القانون، ووقع في مالا يرعب فيه فلا يلومن إلا نفسه.

أما مراقبة المشاريع السكنية المباعة في طور الإنجاز، فإذا كانت في إطار السكن الاجتماعي فالوزارة لها دور في مراقبتها؛ بحيث لا يشرع المنعش العقاري حتى تحصل الوزارة على وثيقة تثبت أن مشروعه السكني موافق لما في دفتر التحملات، فالدولة اتخذت منهجية، وهي أنها تتعامل مع المنعش العقاري بواسطة دفتر التحملات، والمنعش العقاري يلتزم عبر اتفاقية مواصفات الجودة، وأنه سيبني وفق تلك المواصفات، وبذلك تضمن الدولة عبر تلك الاتفاقية الحد الأدنى من مواصفات الجودة، بواسطة دفتر التحملات الذي يلزم المنعشين العقاريين بمعايير الجودة، من بينها: احترام مقتضيات والضوابط المرتبطة بمواد البناء، والالتزام بمعايير الجودة والسلامة، بالإضافة إلى إلزام المنعش العقاري اللجوء إلى مكاتب المراقبة التقنية لتتبع مسار الأشغال، والحرص على ضمان الجودة، ومكتب الدراسات، والمختبر.

وأما بيع العقار في طور الإنجاز خارج السكن الاجتماعي فالمسؤول عنه هو الجماعات الترابية؛ لأنها المسؤولة عن ما يقع في مجالها الترابي، فهي التي تمنح رخص البناء، ورخص السكن... وتشهد أن ما قام به المنعش العقاري موافق لقانون التعمير حسب مجال الجماعة، وهي التي توقع في الأخير بعد موافقة أطراف لجنة المشاريع الكبرى المكونة من مثلي مصلحة التعمير في العمالة، والوكالة الحضارية، ومصلحة التعمير في الجماعة...، لكن التوقيع موكول للجماعة في الأخير.

وأما السيدة سورية خليل (مديرة الجودة والشؤون التقنية بوزارة إعداد التراب الوطني والتعمير والإسكان وسياسة المدينة) والسيد توفيق بنعمرا (رئيس قسم التقنين والنهوض بالجودة بالوزارة ذاتها) فقد أجابا عن هذه الأسئلة كالتالي:

«فيما يخص السؤال المتعلق بأسباب اختلالات بيع العقار في طور الإنجاز، ومن يتحمل مسؤوليتها:

فالسكن المبيع في طور الإنجاز إذا كان فيه غش، فهو مثل الغش في أي بناية؛ سواء بيعت في طور الإنجاز أم بيعت بعد البناء، فكل الجهات التي لها علاقة بالعقار بصفة عامة، وبالعقار في طور الإنجاز بصفة خاصة يجب أن تقوم بدورها كما ينبغي؛ كالوكالة الحضارية، ومكتب الدراسات، ومكتب المراقبة، والمهندس العقاري، والمختبر، فكل هذه الأطراف لها دور كبير في السهر على إنجاز البناية وفق المواصفات القانونية، ومراقبتها؛ سواء من حيث الشكل والهندسة، ومن حيث مواد البناء.

فالمراقبة فيها مشكلة ليس فقط فيما يتعلق بالعقار في طور الإنجاز، بل في جميع البنايات، وفي جميع القطاعات، ولا يمكن للوزارة أن تخصص مراقبا لكل بناية، وإنما يوكل أمر المراقبة إلى المتخصصين، فمكتب الدراسات يتضمن مهندسا له دراسات ودبلوم التخصص، والدولة تضع فيه الثقة، ويجب أن يسهر على مراقبة البناية؛ كي تكون طبق القانون، ووفق المهنة التي يمارسها، وهذه هي المراقبة الذاتية، فكل واحد مسؤول عن ما أنجزه في البناية، ويمكن أن يكون الخلل في جهة معينة، فكل متدخل بصير على نفسه، وعليه أن يكون ملتزما بالقانون ويطبقه، فهناك سلسلة معروفة تتكون من: المختبر، والمهندس المعماري، ومكتب الدراسات، ومكتب المراقبة، فإذا لم تأت بمكتب دراسات كفاء، ولم تأت بمكتب المراقبة، وإذا لم تأت بالمختبر الذي يبين جودة الأرض التي سيقوم عليها المشروع، وتستطيع أن تتحمل، أكيد أنه سيكون هناك خلل، لكن لا يمكن في الواقع تخصيص مراقب وراء كل متدخل من هذه العناصر.

وإذا كان هناك مشكل كبير في البناية، فالدراسة التقنية هي التي تحدد المسؤول عن هذا الخلل، والقضاء عند وقوع الخلل هو الذي يقضي بوجوب إنجاز الدراسة التقنية لهذا المشروع، إلا أن المواطن غالباً ما لا يلتجئ إلى القضاء لتكلفته المادية والزمانية؛ لذلك على المواطن أن يقوم بأمور استباقية؛ كأن يختار المنعش العقاري المعروف بإتقانه لعمله.

وعلى جمعيات حماية المستهلك أن تقوم بدورها في توعية الناس، وإرشادهم بما يجب أن يفعلوه عند شراء العقار في طور الإنجاز، والخطوات الإجرائية والعملية التي يجب أن يتبعوها ليتجنبوا الاختلالات الكبرى.

وأما بالنسبة للسؤال: كيف يمكن للمواطن أن يتجنب الوقوع في الاختلالات التي تعترى بيع العقار في طور الإنجاز؟

فلا بد أن يبحث المشتري عن المنعش العقاري المعروف بالإتقان، والوفاء بالتزامه، وله سمعة طيبة، لا أن يأخذ الإنسان الأموال التي جمعها عبر السنين، ويعددها لمشروع حياته وهو السكن، ثم يضعها في بيع محفوف بالمخاطر، دون أن يبحث ويسأل عن المنعش العقاري وسمعته، ويقوم بجميع الاحتياطات اللازمة.

فالمواطنون عندما يترثون ولا يشترون إلا ممن يتقون فيه، فإن الطلب يقل؛ ويقل الرواج لدى المنعشين العقاريين؛ ومن ثم سيلتزمون بأداء ما عليهم من الواجبات، وأهمها التزام الجودة؛ ليكسبوا سمعة جيدة في السوق، ويكسبوا الزبناء، وأما ما نراه الآن فالمواطنون يشترون عند أي كان وكيف ما كان، وهذا ما يشجع المنعشين العقاريين على التلاعب والغش.

وأما المواطن الذي يخاف الوقوع في هذه الاختلالات، ولا يدري كيف يتجنبها، فأنصحته أن يتفادى شراء العقار في طور الإنجاز، وأن يشتري العقار الجاهز.

وننقل هذه الأسئلة كذلك إلى رؤساء الجماعات المحلية؛ باعتبارها المسؤولة قانونياً على العقارات التي تقع في مجالها الترابي، سواء المبيعة في طور الإنجاز أو غيرها، وهي التي

تمنح رخص البناء والسكن...؛ عبر مقابلات شخصية مع كل من: السيد الحسين الفارسي (رئيس الجماعة الحضرية لمدينة بيوكري، ولاية أكادير)، والسيد محمد اليربوعي (رئيس الجماعة الحضرية لمدينة أيت باها، شتوكة أيت باها، ولاية أكادير).

فالسيد الحسين الفارسي (رئيس الجماعة الحضرية لمدينة بيوكري، ولاية أكادير) أجاب عن السؤال المتعلق بسبب اختلافات بيع العقار في طور قائلاً:

سبب عدم وفاء المنعش العقاري بالالتزامات المضمنة في العقد، فيعود بالأساس إلى عدم كفاية السيولة المالية لإنجاز المشروع السكني، فالمنعش العقاري يعوّل على أقساط الثمن المسبقة التي يأخذها من الزبناء لإنجاز الأشغال.

فالمنعش العقاري ليس لديه الحق في البدء في البناء حتى يتحصل على وثيقة التسليم المؤقت للمشروع العقاري، التي تحمل إمضاء المصالح المختصة، وهي البلدية، والعمالة، والوكالة الحضارية، ومندوبية الإسكان، والمكتب الوطني للماء والكهرباء، والوقاية المدنية، فكل هذه الجهات يجب أن توقع على وثيقة التسليم المؤقت لصاحب المشروع ليحق له البدء في البيع، وهذا التسليم المؤقت هو عمدة المحافظ لإخراج وثائق كل جزء من أجزاء العقار الكلي؛ كالشقة أو البقعة الأرضية، وهذه الوثيقة هي عمدة الموثق في توثيق عقد البيع.

فالاختلال يكمن في أن صاحب مشروع بيع العقار في طور الإنجاز؛ كالمنعش العقاري أو التعاونية... يتسلم الدفعات المالية لدى الناس، ويوقع معهم وعود بالبيع، ويحدد تاريخ الانتهاء وتسليم العقار، فتمر المدة ولم يوف بما يوجد في العقد؛ لعدم وجود الإمكانية المادية لدى صاحب المشروع، ليكمل بناء العقار وتسليمه.

فالسبب الرئيسي للاختلال في بيع العقار في طور الإنجاز هو نقصان السيولة المالية، ولذلك يلجأ إلى تسلم الدفعات المالية من الزبناء حتى قبل الحصول على وثيقة التسليم المؤقت، وإعطائهم وصل التسليم وهذا ليس قانوني.

فالاختلال يكمن في المال، فالمنعش العقاري الذي يملك الإمكانيات المادية فهو يتم المشروع في الأجل المحدد؛ لأن من مصلحته ذلك ليبدأ في مشروع آخر.

فرغم الضمانات التي وضعها القانون لحماية البائع و المشتري في بيع العقار في طور الإنجاز فهي لم تحم هذا البيع من التلاعب، ولاسيما من قبل المنعشين العقاريين.

ومن أمثلة هذا التلاعب أن بعض المنعشين العقاريين ينخرط في مشروع آخر قبل إكمال المشروع الأول؛ لأنه رأى أنه قد يربح في المشروع الثاني أكثر مما يربح في المشروع الأول، فيدخل بالتسيقات التي أخذها في المشروع الأول في مشروع آخر، فيتورط مع المقاولين والشركات التي لم يؤد لهم تكاليفهم، فعندما يحين الأجل، ويأتي المشترون لتسلم عقاراتهم يجدونها غير مجهزة، ويجدون المنعش العقاري متورطاً مع الشركات التي تجهز له المشروع.

وأما عن السؤال المتعلق بكيفية تجاوز هذه الاختلالات:

فقد قال السيد الحسين الفارسي: الدولة وضعت القانون الذي يتضمن الضمانات التي تحمي هذا البيع من الاختلالات والتلاعبات، لكن الذي في نيته الخداع والتلاعب فلن يعدم وسيلة لذلك.

فلا أرى وسيلة للمواطن لتجنب الوقوع في هذه الاختلالات إلا شراء العقار الجاهز، فلا يشري العقار إلا بعد أن يستخرج البائع وثائق العقار في المحافظة، ويوثقها عند الموثق، ثم يتسلم عقاره مباشرة، وأما شراء العقار في طور الإنجاز فليس هناك ضمانات عملية تضمن للمشتري أنه سيتسلم عقاره في الأجل المحدد، فعندنا هنا في أكادير مشاكل في بيع عقارات في طور الإنجاز منذ 2010م إلى حد الآن في 2019م والناس لم يتسلموا عقاراتهم، مع العلم أنهم دفعوا التسيقات، ومنهم من دفع ثمن شقته كاملاً، وما زال المشروع لم يكتمل، فالضمانة الوحيدة هو شراء العقار الجاهز.

وأما من لم يستطع شراء العقار الجاهز لغلاء ثمنه فما عليه إلا أن يبحث عن منعش عقاري له سمعة طيبة في السوق، ومعروف عند الناس بالوفاء بالتزاماته في تلك المنطقة التي يرد شراء العقار فيها، وله تاريخ في ميدان الإنعاش العقاري.

وأما السيد محمد اليربوعي (رئيس الجماعة الحضرية لمدينة أيت باها، شتوكة أيت باها، ولاية أكادير) فقد أجاب عن هذه الأسئلة قائلاً:

أسباب الاختلالات التي تعترى بيع العقار في طور الإنجاز تعود بالأساس إلى أن الوعد بالبيع (العقد الابتدائي) لا يكون مفصلاً ومبيناً بما يكفي، ولا يوضح بتفصيل حقوق المشتري؛ بحيث تكون وثيقة عامة تترك هامش المناورة للمنعش العقاري، إذا كانت نيته غير سليمة، ويريد فقط التخلص من الالتزامات، ويضع فيها بنوداً عامة غير مفصلة تُؤوّل في حالة وقوع الاختلال لصالح المنعش العقاري.

بالإضافة إلى عامل آخر، وهو أن المواطن غالباً ما لا يفهم معايير البناء، وأنواع مواد التي فيها درجات في الجودة، ووثيقة العقد لا تشير إلى مواد البناء، ليعرف المشتري هل هي من النوع الجيد أو الرديء؛ مثل النوافذ، والتبليط، والزليج، والصباعة، وأنواع الحديد وما إلى ذلك، بالإضافة إلى أن المنعش العقاري لا يدلي بكل الوثائق المثبتة لصحة ومثانة البناية.

فلكي تفهم الاختلالات التي تشوب بيع العقار في طور الإنجاز، لا بد من معرفة كيف تتم العملية التقنية لهذا البيع من بدايتها إلى نهايتها في الواقع:

فأول مرحلة، هو: الدراسة الجيوتكنية لمعرفة نوعية التربة؛ هل هي طينية أو صخرية لتحديد عمق أساس البناية، ويقوم بهذه الدراسة المهندس الطبوغرافي، والمرحلة الثانية: تصميم التهيئة، ثم المرحلة الثالثة: التصميم المعماري للبقعة، ثم المرحلة الرابعة: مكتب الدراسات الذي يضع تصميم الخرسانة المسلحة؛ لتحديد المكونات الداخلية للبناية، والمرحلة الخامسة: مكتب المراقبة الذي يراقب أشغال البناية أثناء الإنجاز وبعده، ويراقب

أساس البناية عند وضعه ليكون أساسا متينا، ويحدد عيوب البناية إن وجدت لتداركها، وهؤلاء هم المهنيون المرتبطون بالبناء.

كما أن هناك إدارات تتدخل في بيع العقار في طور الإنجاز، وأولها: الجماعة التي تستقبل من المنعش العقاري ملفا يحتوي كل تصاميم المهندسين، والعقود مع مكتب الدراسات ومكتب المراقبة، وهذه التصاميم والعقود تُجمع في ملف يوضع لدى اللجنة التقنية للجماعة التي تسلمه للجنة المشاريع الكبرى في العمالة، وأطرافها: مصلحة التعمير في العمالة، والوكالة الحضارية، ومصلحة التعمير في الجماعة التي يوجد المشروع في ترابها، وسائر القطاعات الخدمانية المعنية؛ كالوقاية المدنية، والمكتب الوطني للكهرباء والماء، وهذه اللجنة هي التي تدرس الملف، وتعطي الرأي بالموافقة أو عدمها، وإذا تمت الموافقة على المشروع يحال هذا الرأي إلى الجماعة التي تعطي للمنعش العقاري رخصة إحداث تجزئة عقارية، وهنا ينتهي دور الجماعة عند تسليم الرخصة.

والاختلالات يمكن أن تكون إذا كان المنعش العقاري لم يحترم التصاميم، والمعايير الطبوغرافية، والمعمارية، والخرطانة المسلحة.

### مالمسؤول عن هذه الاختلالات؟

إذا ظهر عيب وخلل في بناية ما فإن ذلك يدل على أن معايير البناء لم تحترم، وإذا وقعت شقوق أو انهيار في البناية فإن التحقيق يشمل كل المتدخلين في البناية، ابتداء بالبحث عن وجود رخصة البناء، وعن احترامها للمسار القانوني الذي يجب أن تمر منه، وأن تصاميم المهندسين مصادق عليها، فإذا كانت كلها سليمة من الناحية القانونية والإدارية، فإن التحقيق ينتقل إلى البحث عن احترام هذه المعايير في المشروع، وتحديد الاختلالات والعيوب والغش فيها، ثم تحدد لجنة التحقيق المسؤول.

فعملية الغش لا تكون في الغالب في فترة الدراسة واستخراج الرخص، وإنما تكون في الأشغال هل احترمت المعايير التي حددها المهندسون المختصون أم لا، فالخلل في المراقبة، والمنعشون العقاريون يغشون في مواد البناء، حيث يستعملون المواد قليلة الجودة بدل المواد الجيدة؛ لأنها أرخص.

فالخلل في المراقبة من طرف المكلفين بها، وخصوصا مكتب الدراسات، ومكتب المراقبة، والمهندس المعماري، وهؤلاء هم من تجب عليهم المراقبة، ومن ثم، فأهم سبب للاختلالات هو عدم احترام المعايير التي تنظم عملية البناء وشروطه، وكذا تصاميم الخرسانة المسلحة، والتصاميم المعيارية التي هي الأسس التقنية التي ينجز على أساسها المشروع، إلا أن المنعشين العقاريون في الغالب لا يحترمونها من الناحية العملية، وإن احترموها من الناحية الشكلية والإدارية.

والسبب الثاني لاختلالات بيع العقار في طور الإنجاز هو أن الأغلبية الساحقة من المواطنين ليس لديهم ما يكفي من المعلومات والخبرة لمتابعة عملية البناء، فالمهنة معقدة كالطب والقضاء، والبناء من المهنة المعقدة؛ لأن فيها كثير من المتدخلين، وفيها مزج ما هو تفني بما قانوني، فالمواطن ليست لديه الإمكانيات للإحاطة بهذه المعارف.

### كيف يمكن تجاوز هذه الاختلالات؟

يجب أن يحتوي مكتب التسويق لبيع العقارات في طور الإنجاز على جميع الوثائق التقنية ليطلع عليها المواطنون، وهي: التصميم المعماري مصادق عليه، وتصميم الخرطانة المسلحة مصادق عليه، والعقد الذي يربطه بمكتب المراقبة مصادق عليه، ودفتر التحملات، فيجب على المواطن الاطلاع على كل الوثائق المؤطرة للمشروع قبل إبرام أي عقد.

وكذلك الوعد بالبيع على الدولة أن تضع عقدا موحدا ملزما قانونا؛ لأن كل منعش عقاري يضع في العقد ما يخدم مصلحته ويفرضه على المشتري، فوزارة السكنى عليها أن تضع نموذجا للوعد بالبيع وتفرضه قانونا على المنعشين العقاريين.

وننقل هذه الأسئلة كذلك إلى أطراف رئيسة في بيع العقار في طور الإنجاز، وهم المنعشون العقاريون والمقاولون، عبر مقابلة مع السيدين: الحسين مخلص (منعش عقاري في أكادير)، ومحمد السعدي (صاحب مقولة البناء والأشغال العمومية في أكادير)

أما السيد الحسين مخلص (منعش عقاري في أكادير) فقد جاءت المقابلة معه كالاتي:

ماهي أسباب الاختلالات التي تعتري بيع العقار في طور الإنجاز؟ وما المسؤول عنها؟

أسباب الاختلالات في بيع العقار في طور الإنجاز تعود إلى غياب المراقبة، ومسؤولية هذه الاختلالات يتحملها الذين يمنحون التراخيص، ويشهدون من خلالها على أن هذه البناية جيدة، وصالحة للسكن، وليس فيها أي خلل، وهذه الجهات هي: مكتب المراقبة، ومكتب الدراسات، والمهندس المعماري، فهم يعطون التراخيص دون أن يقوموا بمراقبة صارمة؛ لأنهم يتقاضون أجورهم من المنعشين العقاريين، ولا يريدون أن يفقدوا زبائنهم، فإذا ظهر في العقار أي خلل وعيب بعد الانتهاء من إنجازهِ وتسليمه، فإنهم من يتحملون المسؤولية؛ لأنهم أعطوا وثائق تشهد بأن هذه البناية سليمة.

كيف يمكن للشخص الراغب في شراء العقار في طور الإنجاز أن يتجنب الوقوع في هذه

الاختلالات؟

على المواطن الذي يرغب في شراء العقار ألا يدفع أي شيء من الثمن إلا عند الموثق، فإعطاء المقدم من الثمن للمنعش العقاري قبل أن ينشئ العقار حتى ولو كان هذا المنعش العقاري ذا سمعة طيبة، وليس في نيته الغش والخديعة، فمن يضمن للمشتري أن هذا المنعش العقاري لن يقع في مشاكل وعراقيل خارج إرادته، تحول بينه وبين إتمام إنجاز العقار، ولو

فرضنا أن هذا المنعش العقاري مات فمن يضمن للمشتري حقه، فقليل من الورثة الذين يستمرون في مشاريع مورثيهم ويتحملون تبعاتها، فهناك أمور يصطدم بها المنعش العقاري خارج إرادته وطاقته.

فليست هناك ضمانات حقيقية في بيع العقار في طور الإنجاز إلا شراء العقار الجاهز، وأن يستعين المشتري بالموثق، بحيث لا يدفع أي درهم إلا بحضوره؛ لذا أنصح المواطنين أن يتجنبوا شراء العقار في طور الإنجاز ويشتروا الجاهز.

وأما السيد محمد السعدي (صاحب مقابلة البناء والأشغال العمومية في أكادير) فقد أجاب عن أسئلة المقابلة كالآتي:

#### ما هي أسباب اختلالات بيع العقار في طور الإنجاز؟

من أهم أسباب اختلالات بيع العقار في طور الإنجاز الجهل بالقانون، فالعديد من الناس لا يعرفون حقوقهم، فيسلم المقدم من الثمن مكثفياً بأخذ وصل التسليم الذي لا قيمة له، وينتظر مدة طويلة، متغافلاً عن عقد التخصيص ثم العقد الابتدائي فكل هذه الأمور يجهلها، فيكون تحت تحكم المنعش العقاري الذي لم يتحرى في امتلاكه أصلاً رخصة بناء المشروع التي تدل على أن المنعش العقاري قد اجتاز مراحل عدة في إنجاز العقار، وهي مراحل التي لا بد من القيام بها للحصول على رخصة بناء المشروع السكني كالحصول على التصاميم المتعددة، وتجاوز الإجراءات الإدارية، وأن المنعش العقاري في وضع متقدم.

فالمنعشون العقاريون يتسلمون من الناس أقساطاً من الأثمنة، ويأخذ تلك الأموال فيشتغل بها، وهذا غير قانوني؛ لأن المبالغ المالية المؤداة من طرف المشتريين عند إبرام عقود التخصيص لا بد أن يودعها البائع في حساب بنكي خاص باسم البائع، وتكون هذه المبالغ المالية المودعة غير قابلة للتصرف إلى حين انقضاء أجل حق التراجع المتعلق بكل عقد وهو ستة أشهر، وفي المقابل يتسلم المشتري وصلاً بالإيداع.

لذا فعلى المراغب في الشراء قبل أن يؤدي أي قسط أن يطلب من المنعش العقاري الضمان البنكي؛ ليتأكد من أن القسط المقدم من الثمن قد وُضع في حساب الضمان وليس في حساب آخر، ليضمن أنه سيستعيد قسطه عندما يقع مشكل، أو لم يشرع في البناء.

وقد شاهدت بعض المنعشين العقاريين يأتون إلى أرض خالية ويصنعون "براقة"، ويضعون بعض الصور، ويأخذون لدى الناس أقساط الثمن الأولية مقابل وصل التسليم، ويهربون بالأموال، وسبب هذا هو جهل الناس بالقانون، فالعديد من الناس يظنون أنهم اشتروا عندما يؤدون قسط الثمن الأولي ويحصلون على وصل التسليم، بدون إبرام عقد التخصيص، ولا عقد ابتدائي، ولا يعرفون بأن الوصل ليس عقدا ولا قيمة له.

ثانيا: أكبر اختلال يوجد في تسليم العقار، فالمنعش يحدد أجل انتهاء البناء في عام ونصف، لكن غالبا هذا الأجل لا يحترم، والقانون أعطى المنعش العقاري فترة 6 أشهر بعد انتهاء الأجل، وسبب عدم التسليم في الوقت هو الإكراه المادي، فالمنعش العقاري لا يخصص الأموال التي يستخلصها من الناس لنفس المشروع حتى ينتهي منه، وإنما يمول بها مشاريع أخرى التي لم تبدأ بعد، أو يشتري أرضا أخرى؛ لأنه إذا لم يفعل ذلك سيقترض الأموال التي سيمول بها المشروع الآخر من البنك بفوائد عالية، فبعض المنعشين العقاريين ينتقلون من مدينة إلى أخرى، ويشغلون بأموال الناس، مستغلين جهل الناس بحقوقهم القانونية، وكان عليهم أن يخصصوا أقساط ثمن المشروع السكني في إنجاز المشروع نفسه وليس في مشروع آخر.

ومن بين أسباب التأخر في إنجاز العقار كذلك: سوء التفاهم بين المنعش العقاري والمقاول الذي تولى بناء العقار؛ وهو ما يتسبب في تأخر المقاول في إنجاز المبنى بسبب المشاكل التي تقع بيه وبين المنعش العقاري؛ كأن لم يؤد له المنعش العقاري حقوقه كاملة، فيتوقف المقاول عن الأشتغال، أو كأن يريد المنعش العقاري تغيير بعض مواصفات العقار المحددة في دفتر التحملات بمواصفات أخرى، فيقع النزاع فيها مع المقاول، فكل واحد

منهما يدافع عن مصالحه ويريد أن يربح أكثر، ويكون ذلك على حساب الجودة في مواد البناء، والمتضرر في الأخير هو المشتري، فيكون العقار غير مطابق للمواصفات الموجودة في اللائحة التقنية (l'affiche technique) للبناء، وقد يلجأ المفاوض إلى الحجز التحفظي على البناء حتى بعد إنجازها إذا لم يوف معه المنعش العقاري بحقوقه المادية، فلا يستطيع المنعش العقاري تسليمها للمشتريين، ويذهب النزاع إلى القضاء فيدوم مدة طويلة.

كيف يمكن للمواطن الراغب في شراء العقار في طور الإنجاز اجتناب الوقوع في هذه الاختلالات؟

عليه استشارة المتخصصين وأهل الخبرة في ميدان العقار، وهناك في بعض المدن مكاتب الاستشارة التي يمكن للشخص الاتجاء إليها لجمع المعلومات التي يريدها، وذلك لمعرفة معلومات مهمة عن المشروع السكني المستقبلي الذي يرد أن يشتري فيه عقاره، ومن أهمها معرفة هل لهذا المنعش العقاري رخصة البناء، التي تدل على أن هذا البائع مالك لهذه الأرض، وهي محفظة، وأنه قام بالتصميم المعماري، وتصميم الخرسانة المسلحة، والمراقبة، ودارسة التربة، والتصميم الطبوغرافي، وأما إذا ذهب المواطن واشترى من منعش عقاري دون التأكد من امتلاكه رخص البناء، فقد دخل إلى المجهول، وهو ما يؤدي إلى عدم تسليم العقار أصلاً إذا كان محتالاً، أو التأخر الكبير في التسليم؛ لأنه يبيع قبل أن يقوم بالإجراءات والتصاميم المطلوبة التي تدوم طويلة للحصول على رخصة البناء.

ثم بعد التأكد من امتلاك البائع رخصة بناء المشروع السكني، لا بد أن يعرف القانون المنظم لفترات أداء أقساط الثمن، وهي: 5% عند إبرام عقد التخصيص، و 5% عند إبرام العقد الابتدائي أو 10% عن عدم وجود عقد التخصيص، و 10% عند بداية الأشغال، ثم 60% مقسمة على ثلاث مراحل، وتؤدي حسب اتفاق الأطراف عند الانتهاء من أشغال إنجاز كل مرحلة، ثم 20% عند إبرام عقد البيع النهائي وتسلم المفاتيح.

وعندما يطلب المنعش العقاري من المشتري أقساط الثمن المناسبة للمرحلة التي وصل إليها في إنجاز البناية فهذا مؤشر على أن المنعش العقاري إنسان صادق، والعكس صحيح، وهذا ما يجب أن يقوم به المواطن، لا أن يدفع مبلغا يتجاوز مقداره المرحلة التي وصله المنعش العقاري في المشروع.

ومن بين الاختلالات التي يجب على المواطن تفاديها الغش في مساحة العقار، فالعقار في الأول تحدد مساحته التقريبية؛ لأن المساحة الحقيقية للعقار لا تعرف إلا بعد البناء، وإذا وقع فيها خطأ يتجاوز 10% فذلك غش ونصب، ولا يعرف المشتري بأن القانون قد حدد هامش الخطأ في النسبة التقريبية للعقار.

وإذا طلب المواطن من المنعش العقاري أن يدلي بالوثائق كرخصة البناء، ودفتر التحملات، والتصاميم، وأن يلتزم بالقانون عند دفع الأقساط بتوقيع العقد الذي يناسب القسط الذي دفعه، ابتداء بعقد التخصيص، ورفض المنعش العقاري الإدلاء بهذه الأمور فهذا دليل على أن المنعش العقاري ليس محل ثقة، فإذا وقع معه المشتري عقد بيع دون احترام القانون فقد دخل إلى المجهول، وعرض أمواله للنصب والاحتيال فيكون هو المسؤول.

فكل هذه الاختلالات سببها بصفة عامة جهل المواطنين بالإجراءات القانونية التي يجب اتباعها عند الإقدام على بيع العقار في طور الإنجاز.

#### ما يتحمل مسؤولية هذه الاختلالات؟

المشتري والمنعش العقاري كلاهما يتحملان مسؤولية هذه الاختلالات، فالمواطن يتحمل مسؤولية هذه الاختلالات في الجهة التي فرط فيها عن حقوقه، فعندما لا يبحث عن معرفة حقوقه حسب قانون بيع العقار في طور الإنجاز، ودفع قسطا من الثمن دون إبرام عقد التخصيص واكتفى بأخذ التوصيل، وخضع لإملاءات المنعش العقاري، فهو المسؤول عن

جهله؛ لأنه لا يعقل أن يرمي أمواله في بيع لا يعرف قوانينه، ولم يطالب بحقوقه في الوقت المناسب، كما يتحملها المنعش العقاري في عدم احترام أجل التسليم.

وتتحمل المسؤولية كذلك بعض الإدارات التي تلعب في مناطق الظل، فبعض هذه الإدارات فيها بعض الموظفين الذين ألفوا الريع في مثل هذه الأمور، ويأخذون الرشاوي في إعداد الوثائق، ويعطلون المساطر القانونية لإعطاء رخصة السكن التي تمر على مصالح البلدية، وقسم التعمير في العمالة، والوقاية المدنية، والمكتب الوطني للكهرباء والماء، فإذا كانت كل واحدة من هذه الإدارات تتماطل في الخدمات التي يطلبها منها المنعش العقاري فإنه سيتعطل في تسليم العقار للمشتري، ومنطقة الظل هذه ليست فيها مساطر قانونية تلزم الإدارة بإعداد الوثيقة المطلوبة من المنعش العقاري في مدة محددة.

## استنتاجات:

بعد هذه المقابلات التي أجريت مع عدد من المتدخلين، ومن لهم علاقة ميدانية ببيع العقار في طور الإنجاز، حول أسباب الاختلالات التي تعترى بيع العقار في طور الإنجاز، والمسؤول عنها، وكيفية تجنبها تم التوصل إلى النتائج التالية:

بالنسبة للسؤال الأول المتعلق بأسباب الاختلالات التي تعترى بيع العقار في طور الإنجاز، فقد أشار المستجوبون إلى أن الأسباب تعود إلى:

1. عدم تطبيق قانون بيع العقار في طور الإنجاز على أرض الواقع، فالعديد من المنعشين العقاريين يتجنبون الالتزام بالقانون وتطبيقه؛ بسبب الاختلال القانوني المتمثل في عدم صدور المراسيم التنظيمية لقانون بيع العقار في طور الإنجاز إلى حد الآن، وهو ما يستغله المنعشون العقاريون لعدم الالتزام بالقانون، مكتفين بإبرام عقود تخدم مصالحهم، فإذا وقع عليها الراغب في الشراء فإنها تلزمه لأن العقد شريعة المتعاقدين.

2. غياب المراقبة الصارمة من قبل الجهات المكلفة بها؛ كمكتب المراقبة، ومكتب الدراسات، والمهندس المعماري، وهذا ما يؤدي إلى التلاعب والخداع في المشاريع المتعلقة بالعقار، والغش في البناء ومواده، وهذا السبب عام لا يخص فقط بيع العقار في طور الإنجاز، بل يعم كل بيوع العقار والبنيات؛ سواء أكانت في طور الإنجاز، أو كانت جاهزة، فالمراقبة فيها خلل في أورايش البناء كيف ما كان نوعه وغرضه؛ لأن الرشوة عمت، والفساد انتشر، والضمير المهني ضعف.

3. جهل المواطنين بما لهم من الحقوق، وما عليهم من الواجبات بمقتضى قانون بيع العقار في طور الإنجاز؛ مما يؤدي إلى قبول الشروط التي يضعها المنعش العقاري في العقد التي قد يكون فيها إجحاف للمشتري، وتوفر للمنعش العقاري مخارج قانونية لعدم تحمله مسؤولية ما قد ينتج عن هذا البيع من العيوب والاختلالات.

4. عدم كفاية السيولة المالية لإنجاز المشروع السكني، حيث يعول بعض المنعشين العقاريين فقط على أقساط الثمن المسبقة التي يأخذونها من الزبناء لإنجاز الأشغال، ويحددون تاريخ الانتهاء وتسليم العقار، فتمر المدة ولم يوفوا بما يوجد في العقد؛ لعدم وجود الإمكانية المادية لديهم، ليكملوا بناء العقارات وتسليمها.
5. استخلاص بعض المنعشين العقاريين الأقساط المالية من الزبناء حتى قبل الحصول على رخصة البناء، مقابل منح وصل التسليم، وهذا مخالف للقانون.
6. عقد البيع الابتدائي لا يوضح بتفصيل حقوق المشتري؛ بحيث لا يُضْمَنُه المنعش العقاري كامل التفاصيل المبينة لكل الواجبات والالتزامات التي على عاتقه؛ لترك لنفسه هامش المناورة، ويكون مضمون العقد لصاحبه في حالة وقوع النزاع إذا كانت نيته غير سليمة، ويريد فقط التخلص من الالتزامات.
7. المنعش العقاري لا يدلي بكل الوثائق المثبتة لصحة ومتانة البناية، بالإضافة إلى أن وثيقة العقد لا تشير إلى مواد البناء ليعرف المشتري هل هي من النوع الجيد أو الرديء؛ مثل أنواع الحديد، والخشب، والتبليط، والزليج، والصبغة، وما إلى ذلك.
8. عدم احترام المنعشين العقاريين المعايير التي تنظم عملية البناء وشروطه، والمعايير التقنية التي ينجز على أساسها المشروع؛ مثل تصاميم الخرسانة المسلحة، والتصاميم المعمارية.
9. سوء التفاهم بين المنعش العقاري والمقاول الذي يتولى بناء العقار؛ بسبب المشاكل والنزاعات التي تقع بينهما، فكل واحد يدافع عن مصالحه ويريد أن يربح أكثر، فيترب عن ذلك تأخر المقاول في بناء العقار، وقد يذهب النزاع إلى القضاء فيدوم مدة طويلة إذا لم يوف له المنعش العقاري بحقوقه المادية، والمتضرر في الأخير هو المشتري.
10. أغلبية المواطنين ليس لديهم ما يكفي من المعلومات والخبرة لمتابعة عملية بناء العقار الذي اشتروه في طور الإنجاز؛ لأن هذا النوع من البيع فيه كثير من المتدخلين، وفيه مزج بين

ما هو تفني وما قانوني، وقد لا يفهمون معايير البناء، وأنواع مواد التي فيها درجات في الجودة.

وفيما يخص السؤال الثاني (ما المسؤول عن هذه الاختلالات؟) فقد حصرها المستجوبون فيما يأتي:

1. المواطن الذي لا يجمع المعلومات الكافية عن بيع العقار في طور الإنجاز من الناحية القانونية، والتقنية، وإجراءاته العملية، ولا يقوم بالتحريات اللازمة قبل الإقدام على إبرام العقد.

2. الجهات المكلفة بالمراقبة التي لا تقوم بمهامها الرقابية على الوجه المطلوب، وهي: مكتب المراقبة، ومكتب الدراسات، والمهندس المعماري، فإذا ظهر في العقار أي خلل وعيب فإنهم من يتحملون المسؤولية؛ لأنهم شهدوا أن هذه البناية سليمة.

3. وزارة الإسكان والتعمير لها دور في مراقبة إنجاز المشاريع السكنية المبيعة في طور الإنجاز إذا كانت في إطار السكن الاجتماعي؛ بحيث لا تبرأ ذمة المنعش العقاري حتى يثبت لدى الوزارة أن مشروعه السكني متضمن لمعايير الجودة والسلامة، والضوابط المرتبطة بمواد البناء، وموافق لما في دفتر التحملات.

4. الجماعات المحلية مسؤولة عن ما يقع في مجالها الترابي، فهي التي تمنح رخص البناء، ورخص السكن بعد الانتهاء من البناء... وتشهد أن ما قام به المنعش العقاري موافق لقانون التعمير حسب مجال الجماعة.

5. كل الجهات التي لها علاقة بالعقار بصفة عامة، وبالعقار في طور الإنجاز بصفة خاصة مسؤولة؛ من إدارات، ومؤسسات، ومهنيين؛ كالمختبر، والمهندس العقاري، والمنعش العقاري، ومكتب الدراسات والمراقبة، فكل واحد من هذه الأطراف مسؤول عن ما تكفل به في البناية مما يدخل في اختصاصاته، فإذا ظهر عيب وخلل فإن التحقيق هو الذي يفرز المسؤول بين هذه الجهات.

وفيما يتعلق بالسؤال الثالث (كيف يمكن للمواطن أن يتجنب الوقوع في الغبن والغش عند الإقدام على شراء العقار في طور الإنجاز؟) فقد أكد المستجوبون على ضرورة التزام بالأمور الآتية:

1. أن يقوم بالتحريات اللازمة ليختار المنعش العقاري المعروف بالإتقان، والوفاء بالتزاماته، وذي سمعة طيبة في السوق، ويقوم بجميع الاحتياطات الواجبة.
2. على المشتري ألا يقدم على إبرام عقد بيع العقار في طور الإنجاز إلا إذا تحصل من البائع على الوثائق التي تثبت أنه حصل على رخصة البناء، وأنه قام بكل الإجراءات اللازمة قانونا للبيع في طور الإنجاز.
3. عدم إبرام المشتري أي عقد إلا إذا وافق البائع على أن يكون وفق بنود قانون بيع العقار في طور الإنجاز، وأن يشار إلى ذلك في مضمون العقد؛ لأن القضاء سيفصل بينهما عند إخلال البائع بالتزاماته بمقتضى قانون بيع العقار في طور الإنجاز، وهذا ما سيحمي حقوقه.
4. معرفة القانون المنظم لفترات أداء أقساط الثمن، وهي: 5% عند إبرام عقد التخصيص، و 5% عند إبرام العقد الابتدائي أو 10% عن عدم وجود عقد التخصيص، و 10% عند بداية الأشغال، ثم 60% مقسمة على ثلاث مراحل أثناء أشغال البناء، ثم 20% عند إبرام عقد البيع النهائي وتسلم المفاتيح.
5. يجب على المشتري أن لا يدفع أي جزء من الثمن إلا لدى الموثق، وأن يوثق العقود التي يبرمها مع المنعش العقاري من قبل مهني ينتمي إلى مهنة قانونية منظمة يخول لها قانونها تحرير العقود، ويطلب المشتري من الموثق توضيح بنود العقد، وما له وما عليه من الحقوق والواجبات، والضمانات القانونية التي تحمي حقوقه، وتأمين له تسليم العقار المبيع وفق المواصفات المتفق عليها في العقد، قبل إبرام العقد والتوقيع عليه.

6. ينبغي للراغب في اقتناء العقار في طور الإنجاز الاطلاع على كل الوثائق المؤطرة للمشروع قبل التوقيع على أي عقد، ويطلب من مكتب البيع الإطلاع على جميع الوثائق التقنية، وهي: التصميم المعماري، وتصميم الخرطانة المسلحة، ودفتر التحملات...
7. استشارة المتخصصين وأهل الخبرة في ميدان العقار، وذلك للحصول على المعلومات الكافية عن العقار الذي يرد شراءه، ومن أهمها معرفة هل لهذا المنعش العقاري رخصة البناء التي تدل على أن هذا البائع مالك للأرض، وأنه قام بالتصميم المعماري، وتصميم الخرصانة المسلحة، ودارسة التربة، والتصميم الطبوغرافي.
8. المواطن الذي يخاف الوقوع في اختلالات بيع العقار في طور الإنجاز، ولا يدرى كيف يتجنبها، فلا يشتري العقار إلا بعد الانتهاء من بنائه، ويبرم العقد لدى الموثق، ثم يتسلم عقاره مباشرة.

## الفصل الثاني :

### تحقيق مناط الحكم الشرعي في الواقع العملي لبيع العقار في طور الإنجاز بالمغرب

وفيه مبحثان :

⦿ المبحث الأول: مناطات الأحكام الشرعية في الواقع العملي لبيع العقار في طور  
الإنجاز بالمغرب.

⦿ المبحث الثاني: أثر «فساد الزمان والمكان» في اختلاف مناطات الأحكام  
الشرعية

## المبحث الأول: مناطات الأحكام الشرعية في الواقع العملي لبيع العقار في طور الإنجاز بالمغرب.

إذا كان مقصد الشرع من النهي عن بيع الإنسان ما ليس موجودا عنده، ولا يملكه أثناء إبرام العقد، هو دفع الغرر المتمثل في خطر وجود المبيع في الأجل المحدد للتسليم، فإن قانون بيع العقار في طور الإنجاز سعى إلى رفع هذا الغرر بما وضعه من الإجراءات الحمائية، وبما فرضه من الالتزامات الوقائية الكفيلة بضمان جدية البائع، وحسن تنفيذه لشروط البيع، وحماية أموال المشتريين، وتجنبيهم الوقوع في النصب والغش والاحتيال والغبن.

إلا أنه تبين فيما سبق من دراسة الواقع العملي لبيع العقار في طور الإنجاز بالمغرب، أن الممارسة العملية لهذا البيع تعترتها اختلالات ومثالب كثيرة من الجهات الآتية:

- ❑ عدم الالتزام بإنجاز العقار المبيع داخل الأجل المحدد.
- ❑ الإخلال بشرط مطابقة العقار للمواصفات المتفق عليها.
- ❑ الإخلال بنظام الأداء المضمن في العقد، بعدم أداء أقساط الثمن في الأجل المحددة.
- ❑ رفض إتمام البيع؛ سواء من البائع أو من المشتري.

وهذه المخالفات والعيوب تؤثر في مناط الحكم الشرعي، فالحكم يدور مع علته ومناطه وجودا وعدما، والمناط الفاسد مثل الغش والغبن والتدليس يؤثر في حكم بيع العقار في طور الإنجاز.

فقد كشفت نتائج الدراسة الميدانية في الفصل الأول من هذا الباب أن أغلبية أفراد العينة وجدوا فروقا بين مواصفات العقار الذي تم التعاقد عليه، ومواصفات العقار بعد تسلمه؛ بسبب مخالفة الشروط والالتزامات المتفق عليها في العقد.

وتعود هذه الفروق إلى ما رصدته الدراسة الميدانية في الفصل السالف من مظاهر الاختلالات والعيوب في الممارسة العملية لبيع العقار في طور الإنجاز المتمثلة إجمالا في:

العيوب في المباني السكنية التي يجدها المشترون بعد تسلمها وسكنها، مثل: عدم احترام معايير الجودة في البناء، والخلل في الهندسة، والمواد المستعملة، وفي الأنابيب والمجاري المائية، والأبواب والنوافذ، واختلالات في أرضية الشقق المتهالكة، والطلاء والصبغة، وظهور شقق متفرقة انتشرت في الجدران، وانعدام مخارج المياه الكافية، ومشكل اجتماع المياه وتسربها الذي أثر على طلاء الجدران، وعيوب في واجهة المبنى؛ زيادة على عدم الالتزام بالبناء داخل الأجل المحدد؛ بسبب التأخر في إنجاز العقار المتعاقد عليه، والتأخر في موعد التسليم، وتغيير تصميم البناية دون إعلام المشتري، وافتقار كثير من مشاريع السكنية للمرافق الضرورية.

وعيوب أخرى، من قبيل: عدم احترام مساحة العقار المتفق عليها، حيث تكون مساحته أقل من المساحة المحددة في العقد، وانعدام البنية التحتية، والمرافق الاجتماعية، وارتفاع الثمن مقارنة مع العقار المسلم.

وهذه العيوب والنواقص تثبت الإخلالَ بشرط مطابقة العقار للمواصفات المتفق عليها في العقد؛ مما يؤدي إلى وقوع المشتري في الغبن والغش بعد تسلمهم العقارات التي اشتروها في طور الإنجاز، وهو الأمر الذي يندرج تحت أفعال التدليس؛ مما ينتج عن ذلك الإحساس بالغبن والشماتة...

وهذا يدل على أن الشروط المتفق عليها في العقد لا تحترم، وهذا ما جعل بعضهم يصرح بأن العقار الذي تسلمه لا يرقى إلى مستوى تطلعاته.

كما أكد البحث الميداني السابق أن أهم أسباب اختلالات بيع العقار في طور الإنجاز في الواقع العملي ترتبط غالبا بعدم تطبيق القانون على أرض الواقع، من قبل المنعشين العقاريين كليا أو جزئيا، فهم يأخذون من قانون بيع العقار في طور الإنجاز بعض بنوده التي تضمن حقوقهم، ويتركون الأخرى، ولا يحترمون مضمون العقد ومقتضياته، ويلزمون الزبناء بالشروط التي تخدم مصالحهم، مكتفين بإبرام عقود خاصة، فإذا وقع عليها الراغب في

الشراء فإنها تلزمه؛ لأن العقد شريعة المتعاقدين، كما أن المنعشين العقاريين لا يلتزمون بدفتر التحملات المتضمن ل: مواصفات الجودة، ومعايير السلامة، والضوابط المرتبطة بمواد البناء.

فالسبب القانوني للاختلالات التي تشوب بيع العقار في طور الإنجاز يتمثل في عدم صدور المراسيم التنظيمية التي تبين طريقة تنزيل مقتضيات القانون المنظم لهذا البيع، وهو ما يفتح المجال لتجنب الالتزام بالقانون وتطبيقه، وللتلاعب والخداع في المشاريع المتعلقة بالعقار، والغش في البناء وفي مواده، وإعطاء التراخيص من قبل المكلفين بالمراقبة على أن هذه البناية جيدة، وصالحة للسكن، دون أن يقوموا بمراقبة صارمة؛ بسبب انتشار الرشوة والفساد، وضعف الضمير المهني والوازع الأخلاقي.

فالمراقبة فيها خلل ليس فقط في بيع العقار في طور الإنجاز، وإنما في البناء كيف ما كان نوعه وغرضه؛ لصعوبة مراقبة كل العناصر المشاركة في أوراش البناء؛ كالمهندس المعماري، ومكتب الدراسات، ومكتب المراقبة، والمختبر.

كما أن من أهم أسباب اختلالات بيع العقار في طور الإنجاز جهل المواطنين بما لهم من الحقوق وما عليهم من الواجبات، بمقتضى قانون بيع العقار في طور الإنجاز؛ مما يؤدي إلى قبول الشروط التي يضعها المنعش العقاري؛ سواء في العقد الابتدائي أو العقد النهائي التي قد يكون فيها إجحاف للمشتري، وتوفر للمنعش العقاري مخارج قانونية لعدم تحمل مسؤولية الاختلالات التي قد تعترى بيع العقار المبيع في طور الإنجاز.

علاوة على أن العقد الابتدائي لا يوضح بتفصيل كل حقوق المشتري؛ بحيث يكون وثيقة غير مفصلة، تترك هامش المناورة للمنعش العقاري إذا كانت نيته غير سليمة، ويريد فقط التخلص من الالتزامات.

كما أن أهم سبب للاختلالات هو عدم احترام المعايير التي تنظم عملية البناء، وشروطه، وكذا تصاميم الخرسانة المسلحة وفق التصاميم المعيارية التي ينجز على أساسها المشروع،

وأغلبية المواطنين ليس لديهم ما يكفي من المعلومات والخبرة لمتابعة عملية إنجاز العقار الذي اقتنوه؛ لأن فيها كثير من المتدخلين، وفيها مزج ما هو تفني بما قانوني، فالمواطن ليست لديه الإمكانية للإحاطة بهذه المعارف.

فوثيقة العقد لا تشير إلى مواد البناء ليعرف المشتري هل هي من النوع الجيد أو الرديء؛ مثل النوافذ، والتبليط، والزليج، والصبغة، وأنواع الحديد وما إلى ذلك، زد على ذلك أن المنعش العقاري لا يدلي بكل الوثائق المثبتة لصحة ومتانة البناية، والمواطن غالباً لا يفهم معايير البناء، وأنواع موادها التي فيها درجات في الجودة.

ومسؤولية هذه المشاكل والاختلالات التي تواجه بيع العقار في طور الإنجاز مشتركة بين مختلف الفاعلين والمتدخلين في عملية إنجاز المباني التي تباع في طور الإنجاز، وعلى هذه الجهات القيام بدورها كما ينبغي لإنجاز البناية وفق المواصفات القانونية، ومراقبتها؛ سواء من حيث الشكل والهندسة، ومواد البناء؛ ابتداء بالشركات والمنعشين العقاريين، والمهنيين المشرفين على عملية البناء ومراقبتها؛ كمقاولات البناء، والمهندسين، ومكتب الدراسات والمراقبة، والمختبر...

كما تتحمل مسؤولية هذه الاختلالات والعيوب كذلك الدولة بمختلف مؤسساتها التي لها دور في مراقبة إنجاز المشاريع السكنية عامة، والمبيعة في طور الإنجاز بصفة خاصة؛ كوزارة الإسكان والتعمير، والجماعات المحلية.

بالإضافة إلى المواطن الذي يبرم العقد دون القيام بالتحريات اللازمة حول المنعش العقاري، ووثائقه القانونية قبل التوقيع على أي عقد معه.

ويؤكد اختلالات الواقع العملي لبيع العقار في طور الإنجاز التي كشفها البحث الميداني في هذا البحث العدد الهائل من الشكايات التي تتوصل بها جمعيات حماية المستهلك تدل

على عدم رضا عدد هائل من المواطنين على شراء السكن في طور الإنجاز؛ نتيجة المعاناة التي يجدونها في هذا النوع من البيع.

فقد كشفت الفدرالية الوطنية لجمعيات المستهلكين أن الشبايك المخصصة لاستقبال شكايات الزبناء توصلت بعدد من الشكايات ضد المنعشين العقاريين، تمثل 23.12%، وكان قطاع العقار يحتل الرتبة الثانية بعد قطاع التغذية، ويرتبط القسط الأكبر من هذه الشكايات بالعقارات التي تباع قبل إنجازها أو في طور الإنجاز.<sup>(1)</sup> وهذا ما يدل أن بيوع العقارات في طور الإنجاز تواجه مجموعة من إكراهات وصعوبات وتحديات.

ويمكن القول في نهاية هذا المبحث أن القانون المنظم لبيع العقار في طور الإنجاز، لئن كان يهدف إلى توفير الحماية القانونية، ووضع الإجراءات الضرورية لتشجيع المنعشين العقاريين على الاستثمار في مجال العقار، والإسهام في تنشيط الحركة الاقتصادية؛ لتمكين المواطنين من الاستفادة من إيجابيات هذا النوع من البيع الذي يخول لهم امتلاك سكن مقابل أداء أقساط شهرية أو دورية تناسب وأوضاعهم المادية، مع وجود ضمانات معقولة مقابل ما يدفعونه من أموال؛ إلا أن تطبيق هذا القانون أفرز جملة من الصعوبات والتجاوزات السابقة الذكر.

وبالرغم من أن هدف الضمان الذي فرضه القانون على البائع في بيع العقار في طور الإنجاز هو توثيق هذا البيع، وتمكين المشتري من استرجاع أمواله، وضمان حقوقه عند عدم إنجاز العقار المبيع في الأجل المحدد، أو ظهور عيب فيه، إلا أن البحث الميداني في واقع الممارسة العملية لبيع العقار في طور الإنجاز بالمغرب أثبت عدم إعطاء هذه الضمانة القانونية الجدوى المرجوة منها؛ بسبب ظهور العدد الهائل من الاختلالات، والمخالفات؛ مما يؤدي إلى ضياع حقوق المشتريين، بفعل الإخلال بالتطبيق العملي لهذا القانون، وعدم الالتزام التام به، نتيجة الفساد المستشري في ميدان العقار والاستثمار فيه.

(1) عبد الواحد كنفراوي، العقار أكثر القطاعات المشتكى بها، جريدة الصباح يوم 15 - 01 - 2014.

وهذا من باب ما اصطلح عليه الفقهاء بـ «فساد الزمان والمكان» الذي له أثر في اختلاف مناسبات الأحكام الشرعية كما يتبين في المبحث الموالي.

## المبحث الثاني: أثر «فساد الزمان والمكان» في اختلاف مناطات الأحكام الشرعية

إن معرفة علل أحكام الشرع ومقاصدها يساعد على بيان أحكام المسائل المستجدة في كل زمان ومكان؛ لأن الأحكام الشرعية تدور مع عللها وتهدف إلى تحقيق مقاصدها، ووضع العلماء بناءً على ذلك قاعدة تغير الفتوى واختلافها، بحسب تغير الأزمنة والأمكنة، والأحوال والنيات والعوائد؛ تبعاً لوجود أو انتفاء علة الحكم وما يحقق مقصده.<sup>(1)</sup>

وتأثير تغير أحوال الزمان والمكان في اختلاف الأحكام الشرعية يرجع إلى أن الأحكام الشرعية المعقولة المعنى (وهي المتعلقة بالمعاملات) تكون متعلقة بالمعاني، فإذا وجد معنى الحكم وجد الحكم، وإثبات معنى الحكم هو تحقيق المناظ.

والمعاني التي ترتبط بها الأحكام تكون عللاً، وحكماً، ومقاصد، ومصالح، ودرء مفسد ومضار، وهذه المعاني مرتبطة بالإنسان في زمن وفي مكان معينين، وهذا الإنسان تختلف الوسائل التي يحقق بها المصالح أو يدرأ بها المفسد، باختلاف أحواله، وظروفه، وعاداته، وأعرافه، وأفكاره، وصفاته، والملابسات والظروف المحيطة به؛ وهذا ما يؤدي إلى اختلاف المناظ فتختلف الأحكام، وهذا هو حقيقة تغير الفتوى بتغير الزمان والمكان.

وقد بين ابن القيم أهمية هذه القاعدة في الشريعة، قائلاً: «هذا فصل عظيم النفع جداً، وقع بسبب الجهل به غلط عظيم على الشريعة، أوجب من الحرج والمشقة، وتكليف ما لا سبيل إليه ما يعلم أن الشريعة الباهرة التي في أعلى رتب المصالح لا تأتي به، فإن الشريعة مبناها وأساسها على الحكم، ومصالح العباد في المعاش والمعاد، وهي عدل كلها، ورحمة كلها، ومصالح كلها، وحكمة كلها...»<sup>(2)</sup>.

(1) ابن القيم، إعلام الموقعين، مصدر سابق (6/114).

(2) نفسه (4/337).

## المقصود بتغير الزمان والمكان

يقصد بتغير الزمان والمكان اختلاف أحوال الناس، واحتياجاتهم، وأوضاعهم، وظروفهم، وعاداتهم، ومصالحهم، ومفاسدهم، وضرورتهم، وحاجاتهم... من حالٍ إلى آخر، أو من زمن إلى زمن، أو من مكان إلى مكان آخر، وقد نسب التغير للزمان والمكان مجازاً؛ لأنهما الوعاء الذي تجري فيه الأحداث، والأفعال، والأحوال التي تتقلب وتتغير، وإنما المقصود طروء التغير على أفكار الناس، وأحوالهم، وسلوكهم، وتصرفاتهم، وصفاتهم، وأوضاعهم، وأعرافهم في زمن أو في مكان معين، ويترتب عن هذا التغير تغير الأحكام بحسب اقتضاء المصلحة لها زماناً ومكاناً وحالاً.

وهذا ما يستفاد من كلام أهل العلم في هذا الموضوع، قال الإمام ابن القيم: «الأحكام نوعان: نوع لا يتغير عن حالة واحدة هو عليها، لا بحسب الأزمنة ولا الأمكنة، ولا اجتهد الأئمة، كوجوب الواجبات، وتحريم المحرمات، والحدود المقدرة بالشرع على الجرائم ونحو ذلك، فهذا لا يتطرق إليه تغيير ولا اجتهد يخالف ما وضع عليه.

والنوع الثاني: ما يتغير بحسب اقتضاء المصلحة له زماناً ومكاناً وحالاً، كمقادير التعزيرات وأجناسها وصفاتها، فإن الشارع ينوع فيها بحسب المصلحة»<sup>(1)</sup>.

وما تحدث عنه الفقهاء قديماً من تغير الفتوى بتغير الزمان والمكان يندرج فيما يعبر عنه بلغة هذا العصر بتأثير الواقع في الأحكام الشرعية، ومعناه: أن معرفة الواقع لها أثر مهم في الحكم على الأشياء، فبدون هذه المعرفة بالواقع لا يمكن الوصول إلى الأحكام المناسبة، وتنزيلها على الواقع، فلا يمكن للمفتي أن يجيب في مسألة ترتبط بواقع الناس في بلد دون أن يعرف ملابسات الواقعة هناك؛ لكي يتم التنزيل الشرعي السليم لها، فالملابسات المحيطة

(1) ابن القيم، إغاثة اللهفان من مصايد الشيطان، تحقيق: محمد عزيز شمس، ط1 (مكة المكرمة: دار عالم الفوائد، 1432 هـ)

بالنازلة مؤثرة في الحكم الأصلي، ومراعاتها ضروري لاختيار الحكم المناسب للنازلة المحقق لمقاصد الشريعة.

قال الإمام ابن القيم: «وأما قوله: «معرفة الناس» فهذا أصل عظيم يحتاج إليه المفتي والحاكم، فإن لم يكن فقيها فيه فقيها في الأمر والنهي، ثم يطبق أحدهما على الآخر، وإلا كان ما يفسد أكثر مما يصلح... فإن الفتوى تتغير بتغير الزمان والمكان والعوائد والأحوال، وذلك كله من دين الله»<sup>(1)</sup>.

ويعتبر فساد أحوال الزمان والمكان، أو فساد أحوال الواقع من أهم وجوه تغير الزمان والمكان المؤدي إلى تغير الأحكام، ويقصد بفساد الزمان فساد أفعال الناس، وانحدر أخلاقهم، وضعف الوازع الديني، وقلة التقوى؛ مما يؤدي إلى تغير الأحكام تبعاً لهذا الفساد؛ منعاً له أو تقليلاً منه، وقد أصبح في انتشاره عرفاً يقتضي تغير الحكم لأجله.<sup>(2)</sup>

وقد نص الفقهاء على ذلك، يقول ابن عابدين: «فكثير من الأحكام تختلف باختلاف الزمان لتغير عرف أهله، ولحدوث ضرورة، أو فساد أهل الزمان، بحيث لو بقي الحكم على ما كان عليه للزم منه المشقة والضرر بالناس، ولخالف قواعد الشريعة المبنية على التخفيف والتيسير، ورفع الضرر والفساد لبقاء العالم على أتم نظام، وأحسن إحكام»<sup>(3)</sup>.

وبتأمل اختلاف الأحكام باختلاف الزمان والمكان يتضح أنه من باب تحقيق المناظ وجودا وانتفاء.

وفي ما يأتي أمثلة مما بنوه على فساد الزمان والمكان، وتأثيره في الفتاوى والأحكام:

(1) ابن القيم، إعلام الموقعين، مصدر سابق (6/114).

(2) يعقوب الباسين، قاعدة العادة محكمة دراسة نظرية تأصيلية تطبيقية، ط2 (الرياض: مكتبة الرشد، 1433هـ-2012م) (ص:

224)، مصطفى أحمد الزرقاء، المدخل الفقهي العام، ط2 (دمشق: دا القلم، 1425هـ-2004م) (2/945).

(3) ابن عابدين، رسائل ابن عابدين، مرجع سابق (2/125).

✚ تنزيل الأحكام التي تضبط معاملات الناس في القضية التي استشرى فيها الفساد والغش والخداع، وتشديد العقوبة على المفسدين لينزجوا ويرتدعوا، فتصلح حالهم، ويتقلص الفساد والمخالفات؛ حفظاً لمصالح الناس، وزجراً للمذنبين والمجرمين. ويصدق هذا على تضمين سيدنا علي رضي الله عنه الصنّاع، وتحميلهم مسؤولية تعويض ما تلف تحت أيديهم من متاع دون خطأ منهم، خلافاً لما كان متبعاً من قبل، ولما سئل علي رضي الله عنه في ذلك، قال « لا يصلح الناس إلا ذاك »؛ وذلك لما خيف على أموال الناس التي تحت يد الصنّاع .

وكان الناس في زمن الرسول ﷺ يعطون الصنّاع ما يريدون أن يصنعوه لهم، ولا يضمنون ما هلك تحت أيديهم من أمتعة الناس وأموالهم، وكانت الأمانة شائعة فيهم، ولكن لما تبدلت الحاجة، ودخل النفوس الطمع في أموال الناس وخيانة الأمانة طمعاً في الأموال، وكثرت المشاكل والنزاعات بين الصنّاع والمستصنعين، رأى الصحابة تضمين الصنّاع حفظاً لمصالح الناس، وقد نُقل عن علي أنه قال: « لا يصلح الناس إلا ذاك »... فالحكم تغيير لتغيير سلوك الناس، وتصرفاتهم المعبر عنها بفساد الزمان.<sup>(1)</sup>

✚ تغيير الحكم الذي كان يحفظ الأموال والحقوق في زمن الصلاح، لَمَّا توسل الناس الفاسدون بالحكم المتقدم إلى أكل أموال الناس، وهضم حقوقهم، تقرر حكم آخر، من شأنه أن يقلل من ضياع حقوق الناس، ويحمي أموالهم، في واقع فاسد.

ومن ذلك: أن الإبل إذا ضاعت من أصحابها في زمن رسول الله ﷺ كانت تترك تأكل من المراعي، وتشرب من الآبار إلى أن يجدها صاحبها؛ لأن الأمانة كانت متفشية بين الناس، لذلك نهى الرسول ﷺ عن حبس ضالة الإبل.<sup>(2)</sup>

(1) يعقوب الباسين، قاعدة العادة محكمة، مرجع سابق (ص: 224)، مصطفى أحمد الزرقاء، المدخل الفقهي العام، مرجع سابق (945 / 2).

(2) حديث النهي عن حبس ضالة الإبل أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب في اللقطة، باب ضالة الإبل، رقم: 2427 (3 / 124).

ولما كان زمن سيدنا عثمان بن عفان، فرأى تغيير سجايا الناس وأخلاقهم، أمر بحبس ضالة الإبل حتى يأتي صاحبها فيعرفها.

روى عن ابن شهاب يقول: «كَانَتْ ضَوَالُ الْإِبِلِ فِي زَمَانِ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ إِبِلًا مُؤَبَّلَةً تَنَاتُجُ لَا يَمَسُّهَا أَحَدٌ، حَتَّى إِذَا كَانَ زَمَانُ عُثْمَانَ بْنِ عَفَّانَ، أَمَرَ بِتَعْرِيفِهَا ثُمَّ تُبَاعُ، فَإِذَا جَاءَ صَاحِبُهَا أُعْطِيَ ثَمَنَهَا»<sup>(1)</sup>.

وهذا على خلاف ظاهر قول رسول الله ﷺ المتقدم؛ وذلك لفساد أخلاق الناس، وجرأتهم على أخذ ضوال الإبل، ففهم عثمان رضي الله عنه الغاية من أمر الرسول ﷺ بترك ضوال الإبل، وهو حفظها لصاحبها، حافظ على المقصود من حديث النبي ﷺ، وإن خالفه ظاهرا، ولكنه موافق له حقيقة.

✚ ومن ذلك: أن الطلاق كان يقع بلفظ الثلاث طلقة واحدة، فلما فسد حال الزمان، وأكثر الناس من حلف الطلاق، وانتشر ذلك، أوقعه عثمان ثلاثا لا واحدة.<sup>(2)</sup>

✚ ومن ذلك: أن عثمان رضي الله عنه لما رأى ما عليه الناس من مقاصد فاسدة في تطليق النساء في مرض الموت؛ من أجل حرمانهن من الميراث، ورث تماضر الأسدية، عندما طلقها عبد الرحمن في مرض موته.

عن الأعرج، أن عثمان بن عفان «ورث نساء ابن مكمل منه، وكان طلقهن وهو مريض»<sup>(3)</sup>.

✚ تشديد العقوبة على المفسدين لينزجوا ويرتدعوا؛ ولذلك شدد الصحابة العقوبة على شارب الخمر.

(1) رواه مالك في الموطأ، تحقيق فؤاد عبد الباقي (بيروت: دار إحياء التراث العربي، 1406 هـ - 1985 م) رقم: 51 (2/759)، والبيهقي في السنن الكبرى، رقم: 12080 (6/316).

(2) أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الطلاق، باب طلاق الثلاث، رقم: 1472 (2/1099).

(3) رواه مالك في الموطأ، تحقيق: فؤاد عبد الباقي، رقم: 41 (2/572).

فقد كان الضرب بالجريد في زمن النبي ﷺ، والأربعين جلدة زمن أبي بكر، وكان هذا العدد في ذلك الوقت يكفي لردع الناس، وعندما لم تكن الأربعون زاجرة كما كان من قبل، اجتهد عمر في تشديد العقوبة فوقها ثمانين جلدة.<sup>(1)</sup>

عن أنس بن مالك « أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَتَى بِرَجُلٍ قَدْ شَرِبَ الْخَمْرَ، فَجَلَدَهُ بِجَرِيدَتَيْنِ نَحْوِ أَرْبَعِينَ »، قَالَ: وَفَعَلَهُ أَبُو بَكْرٍ، فَلَمَّا كَانَ عُمَرُ اسْتَشَارَ النَّاسَ، فَقَالَ عَبْدُ الرَّحْمَنِ: أَخَفِّ الْحُدُودِ ثَمَانِينَ، « فَأَمَرَ بِهِ عُمَرُ »<sup>(2)</sup>.

✚ تخفيف الشروط، والاكتفاء بما هو أقرب إلى المطلوب شرعاً؛ لئلا تضيع المصالح، وتتعطل الحقوق والأحكام، لفساد الزمان.

قال الزرقا: « لما ندرت العدالة، وعزت في هذه الأزمان، قال الفقهاء: بقبول شهادة الأمثل فالأمثل، والأقل فجوراً فالأقل. وقالوا نظير ذلك في القضاة وغيرهم، إذا لم يوجد إلا غير العدول، أقمنا أصلحهم وأقلهم فجوراً؛ لئلا تضيع المصالح، وتتعطل الحقوق والأحكام، فقد حسن ما كان قبيحاً، واتسع ما كان ضيقاً، واختلفت الأحكام باختلاف الأزمان، فإن خيار زماننا هم أراذل أهل العصر الأول، وولاية الأراذل فسوق، وجوزوا: تحليف الشهود عند إلحاح الخصم، وإذا رأى الحاكم ذلك، لفساد الزمان »<sup>(3)</sup>.

(1) إدريس جمعة دار بشير، الرأي وأثره في الفقه الإسلامي في عصور ما قبل قيام المذاهب الفقهية (القاهرة: دار إحياء الكتب العربية، 2006م) (ص: 223).

(2) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الحدود، باب حد الخمر، رقم: 35 - (1706) (3/1330).

(3) أحمد محمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، صححه وعلق عليه: مصطفى أحمد الزرقا، ط2 (دمشق: دار القلم، 1409هـ - 1989م) (ص: 229).

وقد كان الإمام أبو حنيفة: يجيز القضاء بشهادة مستور الحال في عهده، اكتفاءً بالعدالة الظاهرة، ومنع صاحبه أبو يوسف ومحمد الشيباني ذلك، لانتشار الكذب بين الناس، وتغير حالهم في عهدهما. (1)

✚ وجوزوا أيضاً: إحداث أحكام سياسية لقمع أرباب الجرائم عند كثرة الفساد، وأول من فعله عمر بن عبد العزيز رضي الله عنه، فإنه قال: ستحدث للناس أفضية بقدر ما أحدثوا من الفجور، وقد منع عمر بن عبد العزيز عماله عن القتل، إلا بعد إعلامه وإذنه به بعد أن كان مطلقاً لهم، لما رأى من تغير حالهم. (2)

ومن خلال هذه الأمثلة يتبين أن من مقاصد اعتبار فساد الزمان والمكان في الاجتهاد الفقهي، هو: رفع الضرر والفساد بوضع عقوبات أو تشديدها، لعقاب المفسدين، وتحذيرهم من العودة إلى الفساد، والوقوع فيه، وتنزيل أحكام مناسبة لثلاً تضع المصالح، وتتعدل الحقوق والأحكام رأساً، فقد حسن ما كان قبيحاً، واتسع ما كان ضيقاً، ومنع ما كان جائزاً لضبط أمور الناس لما تغير حالهم إلى فساد.

وهذا يعني: أن فساد أوضاع الناس، وسلوكهم يستوجب إصدار أحكام تناسب هذا الفجور، وتعالجه؛ إسهاماً في إصلاح المجتمع. قال سيدنا عمر بن عبد العزيز: «تحدث للناس أفضية بقدر ما أحدثوا من فجور» (3).

(1) قال الكاساني: «عن مشايخنا من قال: هذا الاختلاف اختلاف زمان لا اختلاف حقيقة؛ لأن زمن أبي حنيفة - رحمه الله - كان من أهل خير وصلاح؛ لأنه زمن التابعين، وقد شهد لهم النبي ﷺ بالخيرية بقوله «خير القرون قرني الذي أنا فيه، ثم الذين يلونهم، ثم الذين يلونهم ثم يفشو الكذب» الحديث، " فكان الغالب في أهل زمانه الصلاح والسداد، فوعدت الغنية عن السؤال عن حالهم في السر، ثم تغير الزمان وظهر الفساد في قرنهما فوعدت الحاجة إلى السؤال عن العدالة، فكان اختلاف جوابهم لاختلاف الزمان، فلا يكون اختلافاً حقيقة ». الكسائي، بدائع الصنائع، مرجع سابق (6/270)

(2) الشاطبي، الاعتصام، مرجع مذكور (1/232).

(3) أحمد محمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، مرجع مذكور (1/229).

فانتشار الفساد؛ كالغش والخداع والغبن، في زمن أو في مكان يقتضي تنزيل أحكام تضبط المعاملات التي استشرى فيها الفساد؛ لتشديد العقوبة على المفسدين، وزجر المذنبين والمجرمين، وقمع أرباب الجرائم لينزجروا ويرتدعوا، فتصلح حالهم، ويتقلص الفساد والمخالفات حفظاً لمصالح الناس.

فعلماء الشريعة منذ عصر الصحابة رضوان الله عليهم يقررون الأحكام التي تناسب وقائع الزمان والمكان، حسب تقلبات العصر، وأحوال الناس صلاحاً وفساداً، بما يلائم حكمة التشريع، وفلاح العباد، وتحقيق مقاصد الشريعة المتمثلة في حفظ حقوق الناس، وأموالهم، وأعراضهم... ومحاربة كل ما يؤدي إلى ضد ذلك؛ كالغش، والظلم، وأكل أموال الناس بالباطل... وجميع أنواع الفساد.

فساد أحوال الزمان والمكان له تأثير في تحقيق مناط الحكم الشرعي في بيع العقار في طور الإنجاز، من جهة تنزيل الحكم الذي يساعد على إصلاح ما فسد، وإزالة هذا الفساد الواقع، فيكون الحكم المناسب للحال الفاسد هو الذي يسهم في إصلاحه، وفقاً لقول سيدنا علي رضي الله عنه "لا يصلح الناس إلا ذاك"؛ وذلك بالعدول عن الحكم بالاقتضاء الأصلي الذي ينزل في الأحوال العادية إلى الحكم بالاقتضاء التبعي، «وهو الواقع على المحل مع اعتبار التوابع والإضافات»<sup>(1)</sup>.

فالدراسة الميدانية في الواقع العملي لبيع العقار في طور الإنجاز في المغرب أثبت الاختلالات المستشرية في الممارسة العملية لهذا النوع من البيع، بفعل غياب التطبيق الفعلي للقانون؛ مما أدى إلى بروز العدد الهائل من المخالفات، وضياع حقوق العدد الكثير من الذين أقدموا على إبرام عقود شراء العقارات في طور الإنجاز، وهو ما يحقق مناط الغرر في بيع العقار في طور الإنجاز طبقاً للممارسة العملية الحالية بالمغرب، وهذا من باب تأثير فساد الزمان والمكان في تحقيق مناطات الأحكام الشرعية.

(1) الشاطبي، الموافقات (3/292).

فلو كان تطبيق القانون ملتزماً به في الواقع، ولو ينتشر الفساد، لكانت الضمانات التي أحاط بها القانون هذا البيع كفيلة بحمايته من الغبن والغش، ولما أدرج في بيوع الغرر؛ لكن عدم الالتزام بهذا القانون في الواقع أدى إلى ضياع حقوق الناس، وتسبب في مظالم كثيرة؛ فأصبح بيع العقار في طور الإنجاز في الممارسة العملية ينتابه الارتباب والشك في الوفاء بمضامينه المعقود عليها؛ فيدخل بذلك في بيع الغرر من جهة الجهل بإنجاز العقار المبيع، وامتلاكه، وتسليمه للمشتري في الأجل المتفق عليه، أو من جهة الجهل بسلامته، ومطابقة العقار للمواصفات المتفق عليها.<sup>(1)</sup>

وما توصل إليه البحث؛ من وجود الغرر في التطبيق العملي لبيع العقار في طور الإنجاز بالمغرب لعدم احترام القانون المنظم لهذا البيع، هو ما صرح به المسؤولون والمتخصصون في ميدان العقار الذين أرجعوا سبب الاختلالات في هذا النوع من البيع في الجملة إلى عدم احترام القانون المنظم لهذا البيع، ونقص مراقبة تطبيق مقتضياته في بيوع العقارات في طور الإنجاز، وقد تقدم فيما سلف إيراد آرائهم من خلالات المقابلات التي أجريت معهم.

ولتجنب الوقوع في المفاسد المنهي عنها شرعاً في بيع العقار في طور الإنجاز المجملة في: الغرر، والغبن، والخداع، وأكل أموال الناس بالباطل، يقدم البحث أهم التوصيات المتمثلة في عدم الإقدام على شراء العقار في طور الإنجاز إلا بعد معرفة القانون الذي ينظمه؛ ليكون المشتري على بينة بحقوقه وواجباته، حتى لا يكون عرضة لاستغلال بسبب جهله بالقانون.

وأهم المقتضيات القانونية التي يجب على المشتري الانتباه إليها كالاتي:

البحث عن منعش عقاري له سمعة طيبة، ومعروف عند الناس بالوفاء بالتزاماته.

(1) تنويه: هذه الخلاصة التي توصل إليها البحث، وهي: دخول بيع العقار في طور الإنجاز ضمن بيوع الغرر المنهي عنها شرعاً، تخص الممارسة العملية لهذا البيع في الواقع المغربي الحالي؛ لا كما نظر له القانون، ولا في واقع آخر، أو في زمن آخر.

✚ عدم التوقيع على أي عقد مع البائع إلا إذا وافق على أن يكون وفق بنود قانون بيع العقار في طور الإنجاز، وأن يشار إلى ذلك في مضمون العقد؛ لأن القضاء سيفصل بينهما عند إخلال البائع بالتزاماته بمقتضى قانون بيع العقار في طور الإنجاز.

✚ التأكد من تضمن عقد التخصيص نفس البيانات الواجب إيرادها في العقد الابتدائي (الفصل 3- 618 مكرر مرتين).

✚ عدم إبرام عقد التخصيص أو العقد الابتدائي لبيع العقار في طور الإنجاز، والامتناع من دفع أي مبلغ إلا بعد حصول من البائع على الوثائق التي تثبت أنه قام بالإجراءات اللازمة، وحصل على رخصة البناء (الفصل 3- 618 مكرر مرتين) و(الفصلان 5-618 / 6-618).

✚ على المشتري أن يوثق العقود التي يبرمها مع المنعش العقار من قبل مهني ينتمي إلى مهنة قانونية منظمة، يخول لها قانونها تحرير العقود، فالتوثيق هو الذي يحفظ الحقوق.

✚ أن يتضمن عقد البيع الابتدائي على الخصوص البيانات التالية :

1. هوية الأطراف المتعاقدة؛
2. محل المخابرة المتفق عليه؛
3. رقم الرسم العقاري الأصلي للعقار المحفظ موضوع البناء، أو مراجع ملكية العقار غير المحفظ، مع تحديد الحقوق العينية، والتحملات، والارتفاقات الواردة على العقار؛
4. تاريخ ورقم رخصة البناء؛
5. موقع العقار محل البيع ووصفه ومساحته؛
6. ثمن البيع النهائي للمتر المربع، وكيفية الأداء، أو ثمن البيع الإجمالي بالنسبة للبيع المتعلق باقتناء عقار في إطار السكن الاجتماعي، كما هو محدد بالتشريع الجاري به العمل؛
7. أجل التسليم؛

8. مراجع ضمانه استرجاع الأقساط المؤداة في حالة عدم تنفيذ البائع للعقد، أو ضمانه إنهاء الأشغال أو التأمين (الفصل 3-618 مكرر).

✚ طلب المشتري عند توقيع عقد البيع الابتدائي ضمانه إنهاء الأشغال، أو ضمانه استرجاع الأقساط المؤداة في حالة عدم تنفيذ العقد (الفصل 9-618).

وأما المواطن الذي يخاف الوقوع في اختلالات بيع العقار في طور الإنجاز، ولا يدرى كيف يتجنبها، فعليه شراء العقار الجاهز، فلا يشري العقار إلا بعد أن يستخرج البائع وثائق العقار في المحافظة، ويوثقها عند الموثق، ثم يتسلم عقاره مباشرة.

والحاصل أن شراء عقار في طور الإنجاز يتطلب مراقبة دقيقة ومتابعة مستمرة، لضمان أن العملية تسير على النحو المطلوب، ووفقاً لأحكام القانون المنظم لهذا البيع، وهذا يتطلب استشارة المتخصصين في المجال، لمعرفة الإجراءات القانونية، والخطوات العملية، قبل الإقدام على شراء العقار في طور الإنجاز.

الخاتمة :

يمكن تلخيص أهم ما بلغته هذه الأطروحة من النتائج الجزئية والخلاصات العامة على الشكل الآتي:

### أولاً: نتائج تحقيق المناط في بيع العقار في طور الإنجاز طبقاً للقانون المغربي

(1) القانون المنظم لبيع العقار في طور الإنجاز وضع إجراءات قانونية ملزمة في صياغة وثيقة البيع الابتدائي، تهدف إلى بيان كل عناصر العقد بوضوح، والأمور التي توثق تنفيذ مقتضياته، والضمانات الموضوعية لإتمامه، واحترام ما تضمنه من الاتفاقيات، والمواصفات، والآجل... مما يجنب العقد الغموض، والجهالة، والغرر الذي يؤدي إلى: الغش، والغبن، والخديعة، وأكل أموال الناس بالباطل.

(2) المبيع في بيع العقار في طور الإنجاز هو عقار موصوف، يلتزم البائع بإنجازه وفق المواصفات المتفق عليه في أجل محدد؛ وبذلك توافق صورة المبيع في بيع العقار في طور الإنجاز صورة المبيع في البيع الموصوف في الذمة إلى أجل معلوم).

(3) الثمن في بيع العقار في طور الإنجاز يلزم قانوناً أن يكون معيناً معلوماً مثلما يجب فقهاً أن يكون الثمن في السلم؛ إلا أن الثمن في بيع العقار في طور الإنجاز قد لا يؤدي كاملاً معجلاً، بل غالباً ما يؤدي قسط منه معجلاً والباقي مؤجلاً، وأما الثمن في بيع السلم فمن شروطه أن يؤدي كله معجلاً في مجلس العقد أو ما في حكمه، وهذا ما يختلف فيه بيع العقار في طور الإنجاز عن بيع السلم.

(4) إبرام العقد الابتدائي للعقار في طور الإنجاز دون تسليم الثمن كله حالاً يجعل هذا العقد لا يتحقق فيه مناط حكم بيع السلم الذي يستلزم تعجيل أداء الثمن كله، وتأجيل تسليم المبيع؛ تفادياً الوقوع في بيع الكالئ بالكالئ (بيع الدين بالدين) المنهي عنه، وهذا ما يوضح استقلال بيع العقار في طور الإنجاز عن بيع السلم، بل إن خصوصية هذا العقد تكمن في أنه يُلبّي حاجة المشتري الذي يعجز عن دفع كامل الثمن معجلاً، ويُمكنه من دفع الثمن على أقساط يتم تحديدها، ومواعيد استحقاقها.

(5) التكيف القانوني لبيع العقار في طور الإنجاز، والكشف عن خصائصه، ودراسة مضمونه، وتفصيله، وإجراءاته في المرحلة الابتدائية والنهائية، يبين عدم استيعاب عقد الاستصناع أحكام بيع العقار في طور الإنجاز؛ سواء من حيث الالتزامات المباشرة لهذا العقد، والشروط الواجب توفرها فيه، والواجبات والحقوق المترتبة في ذمة المشتري والبائع في فترة الإنجاز وما بعد الإنجاز، وكيفية تسديد الثمن للمستثمر العقاري، والجهات المكلفة بتنفيذه؛ بالرغم مما قد يظهر من اتفاق عقد الاستصناع وبيع العقار في طور الإنجاز من حيث الصورة.

(6) يستفاد من الأحاديث التي استدل بها الفقهاء على النهي عن بيع المعدوم أن الغرر هو علة النهي عن هذا البيع؛ من جهة خطر وجوده في المستقبل؛ فيكون المبيع المعدوم مترددا بين الحصول وعدمه، فكان غررا يشبه القمار، فنهى عنه.

(7) علة النهي عن بيع الإنسان ما ليس عنده هو الغرر؛ لأن البائع إذا باع ما لا يملكه فإنه قد ضمن شيئا للمشتري غير مضمون عليه، ولا ثابتا في ذمته، ولا يدري هل يملكه فيقدر على تسليمه للمشتري أم لا؛ فيشبه قمارا.

(8) بيع الإنسان ما لا يملكه إذا كان معينا يشمل النهي عن بيع الإنسان ما ليس عنده باتفاق الفقهاء، وأما بيع الإنسان ما لا يملكه إذا كان موصوفا في الذمة إلى أجل فلا يشمل النهي بالإجماع؛ لأنه في صورة المبيع في بيع السلم، وعلة جوازه: أنه سيملكه في أجل التسليم، وقادر على تسليمه في ذلك الأجل؛ مثل السلم المؤجل، وسائر الديون.

(9) إذا انعقد البيع الابتدائي للعقار في طور الإنجاز على أن يكون أداء الثمن مقسطا في آجال محددة، فإن تسليم المبيع وأداء الثمن يكونان مؤجلين إلى الآجال المحددة في العقد؛ مما يصدق على البيع الابتدائي بيع مؤجل البدلين، وهو ما تتحقق فيه صورة بيع الدين بالدين ابتداء الذي هو من صور بيع الكالئ بالكالئ المنهي عنه.

(10) علة حرمة بيع الكالئ بالكالئ (الدين بالدين) أنه يؤدي إلى تعاضم الغرر والغبن في العقد، فإذا كان المبيع في الذمة والثمن معجلا يصغر غرره، كما في بيع السلم الذي أبيع

للحاجة؛ لكن إذا كان الثمن مؤجلاً كذلك فإن الغرر في العقد يزيد فيصبح غرراً فاحشاً؛ لذلك اشترط في عقد السلم تعجيل رأس المال.

(11) من الأمور التي يدخل منها الغرر إلى البيع وجودُ الخطر في مآل العقد ومصيره، إذا كان العقد مجهول العاقبة، كأن يكون أحد العوضين غير مقدور التسليم؛ لعدم وجود المحل وقت التعاقد، فيكون البيع في خطر تلف أحد البديلين بلا عوض، وهذا قد يصدق على بيع العقار في طور الإنجاز؛ عند عدم وجود ما يوثقه، ويضمن حصوله؛ لأنه عقد بيع وارد على شيء مستقبلي غير مضمون المخاطر والعواقب.

(12) الضمان الذي يقدمه المستثمر في بيع العقارات في طور الإنجاز للمشتري (مثل الضمانة البنكية) لا ينفي مقتضى العقد، ولا يناقض المقصود منه، ولا يؤدي إلى إحداث خلل فيه، أو إلى منهي عنه شرعاً، بل يتم معه المقصود من البيع، وهو ضمان تنفيذ مقتضياته، فاشتراط الضمان في عقد البيع يصح البيع مع اشتراطه، فهو خارج عن محمل النهي عن اقتران البيع بالشرط، ولا يعدو في حقيقته العملية أن يكون صورة من صور الكفالة بوجه عام في الفقه الإسلامي.

(13) النظر في الضمانات القانونية في بيع العقار في طور الإنجاز عند تحقيق المناط في هذا البيع من باب فقه المآل، وإعمال مقاصد النصوص الشرعية؛ بناء على أن وجود الضمانات في بيع العقار في طور الإنجاز موثقة للحالة المستقبلية للعقار المبيع قبل إنجازها، ووسيلة لإزالة الغرر في مآل هذا البيع؛ لأن الضمانات موضوعة لتوثيق المعاملات، والتعهد بالوفاء بها، ونفي الغرر والخطر عنها.

(14) حكم بيع العقار في طور الإنجاز مبني على تحقق مناط الغرر في هذا البيع أو عدمه؛ فإذا اعتراه غرر كثير فلا يجوز، وإذا خلا من الغرر الفاحش (بوجود ما يضمن تنفيذ مقتضيات عقد البيع كما اتفق عليه، أو إرجاع الثمن إلى المشتري إذا لم يتم البيع وفق ما اتفق عليه) فيجوز؛ بناء على أن الحكم يدور مع علته وجوداً وعداءً، وعلى القاعدة الكبرى "الأصل في المعاملات الالتفات إلى المعاني والمقاصد"، وتبعاً لاتفاق الفقهاء في جواز الغرر اليسير

ومنع الغرر الكثير، وهذا داخل في منهج الفقه الإسلامي في التعامل مع الغرر وجودا و عدما، كثيرا مؤثرا، أو قليلا مغتفرا.

(15) من شأن القانون المغربي لبيع العقار في طور الإنجاز إذا طبقت مقتضياته، بما فرضه من إجراءات و ضمانات في حالة إخلال البائع بما اتفق عليه في العقد، توفير الطمأنينة إلى أن العقار المبيع في طور الإنجاز سينجز في الموعد المتفق عليه، كما توفر للمشتري ضمانات لاسترجاع حقوقه في حالة إخلال البائع بما اتفق عليه في العقد، وهذا ما يزيل الغرر عن العقار المبيع في طور الإنجاز.

(16) الضمانات التي توضع في العقود المعاصرة مقصدها حفظ حقوق المتعاقدين، وهذا من شأنه نفي الغرر المؤدي إلى الغبن والغش والخداع المحظورة شرعاً في المبيع والتمن.

### ثانيا: نتائج تحقيق المناط في بيع العقار في طور الإنجاز طبقا للواقع العملي

(17) البحث الميداني في الواقع العملي لبيع العقار في طور الإنجاز بالمغرب أثبت الاختلالات والمخالفات المستشرية في الممارسة العملية لهذا النوع من البيع، وهو ما يؤدي إلى ضياع حقوق الذين يقدموا على إبرام عقود شراء العقارات في طور الإنجاز.

(18) سبب الاختلالات في بيع العقار في طور الإنجاز يعود في الجملة إلى: خلل في التطبيق الفعلي للقانون، ونقص في مراقبة الالتزام بمقتضياته في الواقع العملي، فلو كان تطبيق القانون ملتزما به في الواقع، ولو ينتشر الفساد، لكانت الضمانات التي أحاط بها القانون هذا البيع كفيلة بحمايته من الغرر المؤدي إلى الغبن والغش...

(19) بناء على الاختلالات الكثيرة في هذا النوع من البيع يتحقق مناط الغرر في الممارسة العملية الحالية لبيع العقار في طور الإنجاز بالمغرب؛ لما يتتبعه من الارتباب والشك في الوفاء بمضامينه المعقود عليها، وهذا من باب تأثير فساد الزمان والمكان في مناط الحكم الشرعي.

(20) اختلاف المكان والزمان يؤثر في مناط الحكم تبعا لاختلاف الأحوال، والعادات، والأعراف، والظروف، والمصالح... ويضاف إلى ذلك في هذا العصر اختلاف القوانين الوضعية المنظمة للمعاملات في ظل نظام الدولة الحديثة.

(21) الخلاصة التي توصل إليها البحث، وهي: ثبوت الغرر في بيع العقار في طور الإنجاز، إنما تخص الممارسة العملية لهذا البيع في الواقع المغربي الحالي؛ لا كما نظر له القانون، ولا في واقع آخر، أو في زمن آخر.

### ثالثا: نتائج منهجية:

(22) القيام بتحقيق مناط الحكم الشرعي في معاملة مالية مستجدة؛ كبيع العقار في طور الإنجاز، يستلزم:

○ تصوير كل عنصر من عناصر المسألة، بشكل مفصل، ومستوعب لجميع عناصره ومفرداته، وفي واقعه ومتوقعه، نظرا وتطبيقا؛ وذلك بفقهاء واقعه، وملاساتها، وسياقها؛ لتكوين صورة كلية عنها.

○ تحقيق المناط في كل جزء على حدة، قبل تحقيق المناط في المسألة إجمالا.

○ الاعتماد في تصوير معاملة مالية في بلد معين، على القانون الذي ينظمها، وواقعها العملي في ذلك البلد؛ لأن تحقيق المناط الشرعي في مسألة ما لا بد من ربطها بواقعها، والملاسات المحيطة بها، وليس تحقيقا عاما معتمدا على تصور عام.

والحاصل: أن تحقيق المناط في معاملة مالية يتطلب اتباع منهج متكامل، جامع بين الاستفادة من المعلومات والتصورات المستقاة نظريا من القانون المنظم لها، وبين المعلومات الموقوفة عليها بالبحث الميداني في الواقع العملي.

وأخيراً:

إذا كان كل بحث يهدف إلى الإسهام في تحقيق مقاصد وغايات، ويتوخى صاحبه أن يأتي بشيء ذي بال يسهم به في إزاحة الستار عن جوانب مهملة ومحتجبة عن المدارك والعقول، فإن مقصد هذه الأطروحة وغايتها من دراسة موضوع: «تحقيق المناط في بيع العقار في طور الإنجاز طبقاً للقانون والواقع العملي بالمغرب» هو تقديم نموذج عملي تطبيقي لمنهج تحقيق المناط في المستجدات المعاصرة يتسم بالتكامل، والجمع بين الاستفادة من المعلومات والتصورات النظرية، وبين الحقائق الموقوف عليها في واقع الممارسة العملية؛ بهدف ربط المستجدات الفقهية بمنهج اجتهادي واضح المعالم، يستقي من أصول الشريعة وقواعدها، والواقع المعاصر الذي أفرز هذه المستجدات، اعتماداً على مقارنة منهجية مبنية على نظرين:

النظر الجزئي: القائم على التعاطي مع المسألة المدروسة بشكل جزئي؛ وذلك بفرز مكونات النازلة، وتفكيكها إلى عناصرها الرئيسة، باعتماد "التكييف الجزئي"، فيبحث عن تكييف الواقعة الجديدة مع قواعد الشرع ومقاصده، بالاستفادة مما هو مدونه الفقهاء؛ فيتم تحقيق المناط في كل جزء على حدة، قبل تحقيق المناط في العقد إجمالاً.

النظر الكلي: بناء على استثمار مقاصد الشريعة، وكليات الفقه، وانطباقها على جزئيات الوقائع؛ بهدف تحقيق مناط المقاصد، والمعاني الشرعية في المسألة بشكل كلي عام.

ومن شأن هذا المنهج أن يحفظ الاتساق الموضوعي بين كليات الشريعة وجزئياتها، ويسهم في إحياء وظيفة الاجتهاد الفقهي في عالمنا المعاصر بشكل عملي، وإخراجه من التقليد والتجريد، فالدربة لا تحصل بمعرفة الشيء مجرداً، بل لا بد من الارتياض فيه والدربة عليه، كما قال الزركشي في البحر المحيط في أصول الفقه: «ليس يكفي في حصول الملكة على شيء تعرفه، بل لا بد مع ذلك من الارتياض في مباشرته».

هذا ما وفقني الله إليه في هذا البحث، فأرجو أن أكون قد وفقت فيما هدفت إليه، وما توفيقني إلا بالله، عليه توكلت، وأحمده تعالى أولاً وآخراً.

## الفهارس :

- فهرس الآيات الكريمة
- فهرس الأحاديث النبوية
- فهرس المصادر والمراجع
- فهرس المحتويات

## فهرس الآيات القرآنية

رقم الصفحة	السورة	رقمها	طرف الآية
68/67	البقرة	282	﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَيْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ﴾
169	النساء	29	﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ﴾

## فهرس الأحاديث

رقم الصفحة	طرف الحديث
68	قَدِمَ النَّبِيُّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ الْمَدِينَةَ وَهُمْ يُسْلِفُونَ بِالْتَّمْرِ السَّنَتَيْنِ وَالثَّلَاثَ
74	لَا تَجْتَمِعُ أُمَّتِي عَلَى ضَلَالَةٍ
74	مَا رَأَهُ الْمُسْلِمُونَ حَسَنًا فَهُوَ عِنْدَ اللَّهِ حَسَنٌ
131	نَهَى عَنْ بَيْعِ حَبْلِ الْحَبَلَةِ
83/74	لَا تَبِعْ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ
131/85/84/82	نَهَى عَنْ بَيْعِ الْغَرْرِ
131	نَهَى عَنْ بَيْعِ الْمَضَامِينِ وَالْمَلَاقِيحِ وَحَبْلِ الْحَبَلَةِ
131	نَهَى عَنِ الْمَعَاوَمَةِ وَبَيْعِ السِّنِينِ
84	نَهَى رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَنْ بَيْعِ مَا لَيْسَ عِنْدَ الْإِنْسَانِ، وَرَخَّصَ فِي السَّلْمِ
84	لَا يَحِلُّ سَلْفٌ وَبَيْعٌ، وَلَا شَرْطَانِ فِي بَيْعٍ...
93	نَهَى رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَنْ بَيْعِ الثَّمَارِ حَتَّى يَبْدُوَ صِلَاحُهَا
97	نَهَى النَّبِيُّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَنْ يُبَاعَ كَالِيٌّ بِكَالِيٍّ
97	نَهَى رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَنْ بَيْعِ الْغَرْرِ، وَعَنْ بَيْعِ كَالِيٍّ بِكَالِيٍّ، وَعَنْ بَيْعِ عَاجِلٍ بِأَجَلٍ
98	نَهَى رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَنِ الْمُحَاقَلَةِ، وَالْمُزَابَنَةِ، وَالْمُنَابَذَةِ...
99	نَهَى عَنْ بَيْعِ الْكَالِيِّ بِالْكَالِيِّ
124	نَهَى أَنْ تُبَاعَ السِّلْعُ حَيْثُ تُبْتَاغُ، حَتَّى يَحُوزَهَا التُّجَّارُ...

124	مَنْ ابْتِئَاعَ طَعَامًا فَلَا يَبِيعُهُ حَتَّى يَسْتَوْفِيَهُ
124	فَإِذَا اشْتَرَيْتَ بَيْعًا، فَلَا تَبِعْهُ حَتَّى تَقْبِضَهُ»
124	نَهَى أَنْ تُبَاعَ السِّلْعُ حَيْثُ تُبْتِئَاعُ، حَتَّى يَحُوزَهَا التُّجَّارُ إِلَى رِحَالِهِمْ
134	أَرَأَيْتَ إِذَا مَنَعَ اللَّهُ الثَّمَرَةَ، فِيمَ يَأْخُذُ أَحَدُكُمْ مَالَ أَحِيهِ؟
162	نَهَى عَنِ بَيْعِ وَشَرْطِ
162	أَمَرَنِي رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَنْ أَشْتَرِيَ بَرِيرَةَ، فَأُعْتِقَهَا
162	بِعْتُ مِنَ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ نَاقَةً، وَشَرَطْتُ لِي حِلَابَهَا..
170	الْغَلَّةُ بِالضَّمَانِ
170	الْخَرَاجُ بِالضَّمَانِ
170	مَنْ غَسَّ فَلَيْسَ مِنِّي
170	مَنْ اشْتَرَى شَاةً مُحَفَلَةً فَرَدَّهَا، فَلْيُرَدِّ مَعَهَا صَاعًا مِنْ تَمْرٍ
241	نَهَى الرَّسُولُ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَنِ حَبْسِ ضَالَةِ الْإِبِلِ
243	أُتِيَ بِرَجُلٍ قَدْ شَرِبَ الْخَمْرَ، فَجَلَدَهُ بِجَرِيدَتَيْنِ نَحْوَ أَرْبَعِينَ...

## فهرس المصادر والمراجع :

(مرتبة هجائيا وفقا لاسم الشهرة)

### الكتب :

#### القرآن الكريم

#### القرآن الكريم : تفسيراً وأحكاماً

1. ابن العربي، أحكام القرآن، مراجعة: محمد عبد القادر عطا، ط3(بيروت: دار الكتب العلمية، 1424 هـ - 2003 م).
2. ابن كثير، تفسير القرآن العظيم، تحقيق: سامي بن محمد سلامة، ط2 (الرياض: دار طيبة للنشر والتوزيع، 1420 هـ - 1999 م).
3. الراغب الأصفهاني، المفردات في غريب القرآن، تحقيق: صفوان عدنان الداودي، ط1 (دمشق وبيروت: دار القلم، الدار الشامية، 1412 هـ).
4. القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، تحقيق: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، ط2 (القاهرة: دار الكتب المصرية، 1384 هـ - 1964 م).

#### الحديث الشريف: تخريجاً وشرحاً

5. ابن أبي شيبة، مصنف ابن أبي شيبة، تحقيق: كمال يوسف الحوت، ط1 (الرياض: مكتبة الرشد، 1409).
6. ابن الأثير، النهاية في غريب الحديث والأثر، تحقيق: طاهر أحمد الزاوي - محمود محمد الطناحي (بيروت: المكتبة العلمية، 1399 هـ - 1979 م).
7. ابن العربي، القبس في شرح موطأ مالك بن أنس، تحقيق: محمد عبد الله ولد كريم، ط1 (الناشر: دار الغرب الإسلامي، 1992 م).

8. ابن عبد البر، جامع بيان العلم وفضله، تحقيق: أبو الأشبال الزهيري، ط1 (السعودية: دار ابن الجوزي، 1414 هـ - 1994 م).
9. ابن عدي، الكامل في ضعفاء الرجال، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود-علي محمد معوض عبد الفتاح أبو سنة، ط1 (الناشر: الكتب العلمية، 1418 هـ 1997 م).
10. أبو داود، السنن، تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد (بيروت: المكتبة العصرية، صيدا).
11. أحمد بن حنبل، المسند، تحقيق: شعيب الأرنؤوط - عادل مرشد، وآخرون، ط1 (الناشر: مؤسسة الرسالة، 1421 هـ - 2001 م).
12. الباجي، المنتقى شرح الموطأ، ط1 (مصر: مطبعة السعادة، 1332 هـ).
13. البخاري، صحيح البخاري، تحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر، ط1 (الناشر: دار طوق النجاة، 1422 هـ).
14. البزار، مسند البزار، تحقيق: محفوظ الرحمن زين الله، عادل بن سعد، صبري عبد الخالق الشافعي، ط1 (المدينة المنورة: مكتبة العلوم والحكم، 1988 م - 2009 م).
15. البيهقي، السنن الصغير، تحقيق: عبد المعطي أمين قلعجي، ط1 (كراتشي - باكستان: جامعة الدراسات الإسلامية، 1410 هـ - 1989 م).
16. البيهقي، السنن الكبرى، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، ط3 (بيروت: دار الكتب العلمية، 1424 هـ - 2003 م).
17. الترمذي، السنن، تحقيق وتعليق: أحمد محمد شاكر، محمد فؤاد عبد الباقي، إبراهيم عطوة عوض، ط2 (مصر: شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي، 1395 هـ - 1975 م).

18. الحاكم، المستدرک علی الصحیحین، تحقیق: مصطفیٰ عبد القادر عطا، ط 1 (بیروت: دار الکتب العلمیة، 1411 - 1990م).
19. الخطابی، معالم السنن (حلب: المطبعة العلمیة، 1351 هـ - 1932م).
20. الدارقطنی، السنن، حققه وضبط نصه وعلق علیه: شعيب الارنؤوط، حسن عبد المنعم شلبي، عبد اللطيف حرز الله، أحمد برهوم، ط 1 (بيروت: مؤسسة الرسالة، 1424 هـ - 2004 م).
21. الزمخشري، الفائق في غريب الحديث والأثر، تحقيق: علي محمد البجاوي - محمد أبو الفضل إبراهيم، ط 2 (لبنان: دار المعرفة).
22. الزيلعي، جمال الدين، نصب الراية لأحاديث الهداية، تحقيق: محمد عوامة، ط 1 (بيروت: مؤسسة الريان للطباعة والنشر/ جدة: دار القبلة للثقافة الإسلامية، 1418هـ/1997م).
23. الشافعي، المسند (الناشر: الناشر: دار الکتب العلمیة، بیروت - لبنان، 1400 هـ).
24. شرف الدين الطيبي، الكاشف عن حقائق السنن، تحقيق: د. عبد الحميد هنداوي، ط 1 (مكة المكرمة - الرياض: مكتبة نزار مصطفى الباز، 1417 هـ - 1997 م).
25. الشوكاني، نيل الأوطار، تحقيق: عصام الدين الصبابطي، ط 1 (مصر: دار الحديث، 1413 هـ - 1993 م).
26. الطبراني، المعجم الكبير، تحقيق: حمدي بن عبد المجيد السلفي، ط 2 (القاهرة: مكتبة ابن تيمية).
27. الطبراني، المعجم الأوسط، تحقيق: طارق بن عوض الله بن محمد، عبد المحسن بن إبراهيم الحسيني (لقاهرة: دار الحرمين).

28. الطحاوي، شرح معاني الآثار، تحقيق: محمد زهري النجار - محمد سيد جاد الحق، ط1 (بيروت: عالم الكتب، 1414 هـ، 1994 م).
29. عبد الرزاق الصنعاني، المصنف، تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي، ط2 (الهند: المجلس العلمي، 1403 هـ).
30. القاضي عياض، مشارق الأنوار على صحاح الآثار (دار النشر: المكتبة العتيقة ودار التراث).
31. مالك بن أنس، الموطأ، تحقيق فؤاد عبد الباقي (بيروت: دار إحياء التراث العربي، 1406 هـ - 1985 م)/تحقيق: محمد مصطفى الأعظمي، ط1 (أبو ظبي: مؤسسة زايد بن سلطان آل نهيان للأعمال الخيرية والإنسانية، 1425 هـ - 2004 م).
32. مسلم، صحيح مسلم، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي (بيروت: دار إحياء التراث العربي).

### الفقه: أصولاً وفروعاً

#### الفقه: أصولاً وقواعد ومقاصد

33. ابن القيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين، تقديم وتعليق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، ط1 (المملكة العربية السعودية: دار ابن الجوزي، 1423 هـ).
34. ابن النجار الحنبلي، شرح الكوكب المنير، تحقيق: محمد الزحيلي ونزيه حماد، ط2 (الناشر: مكتبة العبيكان، 1418 هـ - 1997 م).
35. ابن أمير الحاج، التقرير والتحبير، ط2 (الناشر: دار الكتب العلمية، 1403 هـ - 1983 م).
36. ابن بية، تنبيه المراجع على تأصيل فقه الواقع، ط2 (الناشر: الموطأ للنشر، 2016 م).

37. ابن قدامة المقدسي، روضة الناظر، ط2 (مؤسسة الريان للطباعة والنشر والتوزيع، 1423هـ-2002م).
38. ابن نجيم المصري، الأشباه والنظائر، ط1 (بيروت: دار الكتب العلمية، 1419هـ - 1999م).
39. أحمد الريسوني، نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي، ط2 (الرياض: الدار العالمية للكتاب الإسلامي، 1412هـ - 1992م).
40. الأمدي، الإحكام في أصول الأحكام، تحقيق: عبد الرزاق عفيفي (بيروت- دمشق: المكتب الإسلامي).
41. أمير بادشاه، تيسير التحرير (مصر: مصطفى البابي الحلبي، 1351هـ - 1932م).
42. الأنصاري، فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت، تحقيق: عبد الله محمود محمد عمر، ط1 (بيروت: دار الكتب العلمية، 1423هـ - 2002م).
43. الجويني، أبو المعالي، البرهان في أصول الفقه، تحقيق: صلاح بن محمد بن عويضة، ط1 (بيروت: دار الكتب العلمية، 1418هـ - 1997م).
44. الجويني، غياث الأمم في التياث الظلم، تحقيق: عبد العظيم الديب، ط2 (قطر: مكتبة إمام الحرمين، 1401هـ).
45. الحموي، غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر لابن نجيم، ط1 (بيروت: دار الكتب العلمية، 1405هـ - 1985م).
46. الخادمي، نور الدين، الاجتهاد المقاصدي: حجيته، ضوابطه، مجالاته (قطر: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، سلسلة كتاب الأمة (الجزء الثاني)، ع (66)، رجب 1419هـ-1998م).
47. ذويب، حمادي، جدل الأصول والواقع (دار المدار الإسلامي، 2009م).

48. الزركشي، البحر المحيط في أصول الفقه، ط 1 (الناشر: دار الكتبي، 1414هـ - 1994م).
49. السرخسي، أصول السرخسي (بيروت: دار المعرفة).
50. سعيد بيهي، التأصيل الشرعي لمفهوم فقه الواقع (مصر: الدار العالمية للنشر والتوزيع).
51. الشاطبي، الموافقات، تحقيق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، ط 1 (دار ابن عفان، 1417هـ / 1997م).
52. الشوكاني، إرشاد الفحول، تحقيق: أحمد عزو، ط 1 (بيروت: دار الكتاب العربي، 1419هـ - 1999م).
53. الشيخ حسن العطار، حاشية العطار على شرح الجلال المحلي على جمع الجوامع، د. ط (بيروت: دار الكتب العلمية، د.ت).
54. الطوفي، شرح مختصر الروضة، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، ط 1 (بيروت: مؤسسة الرسالة، 1407هـ / 1987م).
55. عبد الرحمن الإيجي، شرح العضد الإيجي على مختصر المتهى الأصولي لابن الحاجب، ضبط: فادي نصيف وطارق يحيى، ط 1 (بيروت: دار الكتب العلمية، 1421هـ - 2000م).
56. عبد الرؤوف بن محمد الإندونيسي، الاجتهاد: تأثيره وتأثيره في فقهي المقاصد والواقع (بيروت: دار الكتب العلمية، 2013م).
57. عبد اللطيف، ابن ملك، شرح منار الأنوار (بيروت: دار الكتب العلمية/طبعة مصورة عن نسخة المطبعة النفيسة العثمانية، 1308هـ).
58. عبد الله العلوي الشنقيطي، نشر البنود على مراقبي السعود (المغرب: مطبعة فضالة).

59. العز بن عبد السلام، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، مراجعة وتعليق: طه عبد الرؤوف سعد (القاهرة: مكتبة الكليات الأزهرية، 1414 هـ - 1991 م).
60. علال الفاسي، مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها، ط5 (دار الغرب الإسلامي، 1993 م).
61. الغزالي، المستصفي، تحقيق: محمد عبد السلام عبد الشافي، ط1 (بيروت: دار الكتب العلمية، 1413 هـ - 1993 م).
62. الفناري محمد، فصول البدائع في أصول الشرائع، تحقيق: محمد حسين محمد حسن إسماعيل، ط1 (بيروت: دار الكتب العلمية، 2006 م - 1427 هـ).
63. القرافي، أنوار البروق في أنواع الفروق، د.ط (عالم الكتب، د.ت).
64. القرافي، شرح تنقيح الفصول، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، ط1 (الناشر: شركة الطباعة الفنية المتحدة، 1393 هـ - 1973 م).
65. القرضاوي، الاجتهاد في الشريعة الإسلامية مع نظرات تحليلية في الاجتهاد المعاصر، ط1 (الكويت: دار القلم، 1417 هـ - 1996 م).
66. القرضاوي، في الفقه والفتوى والاجتهاد (مكتبة وهبة، 2011 م).
67. محمد الطاهر بن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية، تحقيق: محمد الحبيب ابن الخوجة (قطر: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، 1425 هـ - 2004 م).
68. محمود فاعور، المقاصد عند الإمام الشاطبي دراسة أصولية فقهية، ط1 (صيدا: بسيوني للطباعة، 1427 هـ - 2006 م).
69. النووي، آداب الفتوى والمفتي والمستفتي، تحقيق: بسام عبد الوهاب الجابي، ط1 (دمشق: دار الفكر، 1408 هـ).

70. يعقوب الباسين، قاعدة العادة محكمة دراسة نظرية تأصيلية تطبيقية، ط2 (الرياض: مكتبة الرشد، 1433هـ-2012م).

### الفقه: فروعاً وأحكاماً وفتاوى ونوازل

71. إبراهيم الحلبي، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، تحقيق: خليل عمران المنصور، ط1 (بيروت: دار الكتب العلمية، 1419هـ - 1998م).

72. ابن الحاجب، جامع الأمهات، تحقيق: أبو عبد الرحمن الأخضر الأخضرى، ط2 (دمشق-بيروت: دار اليمامة للطباعة والنشر والتوزيع، 1421هـ - 2000م).

73. ابن القيم الجوزية، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، تحقيق: نايف بن أحمد الحمد، ط1 (مكة المكرمة: دار عالم الفوائد، 1428هـ).

74. ابن تيمية، تقي الدين، مجموع الفتاوى، تحقيق: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم (المدينة المنورة: الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، 1416هـ/1995م).

75. ابن جزى، القوانين الفقهية، د.ط، و د.ن، و د.ت.

76. ابن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج في شرح المنهاج، د.ط (مصر: المكتبة التجارية الكبرى، 1357هـ - 1983م).

77. ابن حزم، المحلى بالآثار، د.ط (بيروت: دار الفكر، د.ت).

78. ابن رشد الجد، المقدمات الممهדות، تحقيق: الدكتور محمد حجي، ط1 (بيروت: دار الغرب الإسلامي، 1408هـ - 1988م).

79. ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد (القاهرة: دار الحديث، 1425هـ - 2004م).

80. ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار (حاشية ابن عابدين)، ط2 (بيروت: دار الفكر، 1412هـ - 1992م).

81. ابن عابدين، مجموعة رسائل ابن عابدين، (طبعة درسعادت، 1321هـ).

82. ابن عبر البر، الكافي في فقه أهل المدينة، تحقيق: محمد محمد أحمد ولد ماديك، ط 2 (الرياض: مكتبة الرياض الحديثة، 1400هـ/1980م).
83. ابن قدامة المقدسي، الشرح الكبير على متن المقنع، اعتنى به جماعة من العلماء (بيروت: دار الكتاب العربي، 1403هـ-1983م).
84. ابن قدامة المقدسي، الكافي في فقه الإمام أحمد، ط 1 (بيروت: دار الكتب العلمية، 1414 هـ - 1994م).
85. ابن قدامة المقدسي، المغني (القاهرة: مكتبة القاهرة، 1388هـ - 1968م).
86. ابن هبيرة، اختلاف الأئمة العلماء، تحقيق: السيد يوسف أحمد (بيروت: دار الكتب العلمية، 1423هـ - 2002م).
87. أحمد محمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ط 2 (دمشق: دار القلم، 1409هـ - 1989م).
88. أحمد مرعي، فقه التنزيل دراسة أصولية تطبيقية، ط 1 (الناشر: مركز نماء للبحوث والدراسات، 2015م).
89. إدريس جمعة دار بشير، الرأي وأثره في الفقه الإسلامي في عصور ما قبل قيام المذاهب الفقهية (القاهرة: دار إحياء الكتب العربية، 2006م) (ص: 223).
90. البابر تي، العناية شرح الهداية، د.ط (الناشر: دار الفكر، د.ت).
91. البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع (بيروت: دار الكتب العلمية).
92. الحجاوي المقدسي، الإقناع في فقه الإمام أحمد، تحقيق: عبد اللطيف محمد موسى السبكي (بيروت: دار المعرفة).
93. الحدادي العبادي الزبيدي، الجوهرة النيرة، ط 1 (الناشر: المطبعة الخيرية، 1322هـ).
94. الخرشي، شرح مختصر خليل، د.ط (بيروت: دار الفكر للطباعة، د.ت).

- 95 .
- 96 . الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ط 1 (بيروت: دار الكتب العلمية، 1415هـ - 1994م).
- 97 . خليل، مختصر خليل، تحقيق: أحمد جاد، ط 1 (القاهرة: دار الحديث، 1426هـ/2005م).
- 98 . ديبان بن محمد الديبان، المعاملات المالية أصالة ومعاصرة (الرياض: مكتبة الملك فهد الوطنية، 1432هـ).
- 99 . الدردير، أحمد، الشرح الكبير على مختصر خليل» ضمن كتاب: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدسوقي، د.ط (مصر: دار إحياء الكتب العربية، د.ت).
- 100 . الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، د.ط (مصر: دار إحياء الكتب العربية، د.ت).
- 101 . الرافعي، العزيز شرح الوجيز، تحقيق: علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود، ط 1 (بيروت: دار الكتب العلمية، 1417هـ-1997م).
- 102 . الرافعي، عبد الكريم القزويني، فتح العزيز بشرح الوجيز (الناشر: دار الفكر).
- 103 . الرجراجي، مناهج التحصيل ونتائج لطائف التأويل في شرح المدونة وحلّ مشكلاتها، اعتنى به: أبو الفضل الدمياطي - أحمد بن علي، ط 1 (الناشر: دار ابن حزم، 1428 هـ - 2007 م).
- 104 . الرصاع، شرح حدود ابن عرفة، ط 1 (الناشر: المكتبة العلمية، 1350هـ).
- 105 . الرعيني، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، ط 3 (الناشر: دار الفكر، 1412هـ - 1992م).
- 106 . زروق، شرح زروق على متن الرسالة لابن أبي زيد القيرواني، اعتنى به: أحمد فريد المزيدي، ط 1 (بيروت: دار الكتب العلمية، 1427 هـ - 2006 م).

- 107 . الزيّلعي، فخر الدين، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، ط1 (القاهرة: المطبعة الكبرى الأميرية - بولاق، 1313 هـ).
- 108 . الشاطبي، الاعتصام، تحقيق: سليم بن عيد الهلالي، ط1 (السعودية دار ابن عفان، 1412 هـ - 1992 م).
- 109 . الشافعي، الأم، د.ط (بيروت: دار المعرفة، 1410 هـ/1990 م).
- 110 . شمس الدين أبو المظفر (سبط ابن الجوزي)، إيثار الإنصاف في آثار الخلاف، تحقيق: ناصر العلي الناصر الخلفي (القاهرة: دار السلام، 1408).
- 111 . شمس الدين الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج (بيروت: دار الفكر، 1404 هـ/1984 م).
- 112 . شمس الدين محمود الاصبهاني، بيان المختصر شرح مختصر ابن الحاجب، تحقيق محمد مظهر بقا، (مكة المكرمة: جامعة أم القرى).
- 113 . الشيباني، محمد بن الحسن، الحجة على أهل المدينة، تحقيق: مهدي حسن الكيلاني القادري، بيروت: عالم الكتب، 1403).
- 114 . الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي (بيروت: دار الكتب العلمية).
- 115 . الصاوي، بلغة السالك لأقرب المسالك (حاشية الصاوي على الشرح الصغير)، د.ط (الناشر: دار المعارف، د.ت).
- 116 . الصديق محمد الضرير، الغرر في العقود وأثره في التطبيقات المعاصرة، ط1 (جدة: المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، البنك الإسلامي للتنمية، 1414 هـ - 1993 م).
- 117 . عبد الحميد محمود البعلي، الاستثمار والرقابة الشرعية في البنوك والمؤسسات المالية الإسلامية، دراسة فقهية وقانونية ومصرفية، ط1 (القاهرة: مكتبة وهبة، 1411 هـ - 1991 م).

- 118 . عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الاسلامي - دراسة مقارنة بالفقه الغربي-، ط1 (بيروت: دار إحياء التراث العربي).
- 119 . عبد المجيد النجار، في فقه التدين فهماً وتنزيلاً ( قطر: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، سلسلة كتاب الأمة، العددان: 22-23، 1989م) / ط2 ( بيروت: الزيتونة للنشر والتوزيع، 1995م ).
- 120 . عبد الوهاب البغدادي، الإشراف على نكت مسائل الخلاف، تحقيق: الحبيب بن طاهر، ط1 (الناشر: دار ابن حزم، 1420هـ - 1999م).
- 121 . عبد الوهاب البغدادي، المعونة على مذهب عالم المدينة، تحقيق: حميش عبد الحق (مكة المكرمة: المكتبة التجارية، مصطفى أحمد الباز).
- 122 . العدوي، حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني، تحقيق: يوسف البقاعي (بيروت: دار الفكر 1414هـ - 1994م).
- 123 . علاء الدين السمرقندي، تحفة الفقهاء، ط2 (بيروت: دار الكتب العلمية، 1414هـ - 1994م).
- 124 . عليش محمد بن أحمد، منح الجليل شرح مختصر خليل، د.ط (بيروت: دار الفكر، 1409هـ/1989م).
- 125 . العمراني، البيان في مذهب الإمام الشافعي، تحقيق: قاسم محمد النوري، ط1 (جدة: دار المنهاج، 1421هـ - 2000م).
- 126 . الغزّي، محمد بن قاسم، فتح القريب المجيب في شرح ألفاظ التقريب، ط1 (بيروت: الجفان والجابي للطباعة والنشر، دار ابن حزم، 1425هـ - 2005م).
- 127 . القرافي، أبو العباس شهاب الدين، الذخيرة، تحقيق: محمد حجي وسعيد أعراب ومحمد بو خبزة، ط1 (بيروت: دار الغرب الإسلامي، 1994م).
- 128 . الكاساني، علاء الدين، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط2 (بيروت: دار

الكتب العلمية، 1406هـ - 1986م).

129. الكشناوي، أسهل المدارك «شرح إرشاد السالك في مذهب إمام الأئمة مالك»، ط 2 (بيروت: دار الفكر).

130. الكمال ابن الهمام، فتح القدير، د.ط (الناشر: دار الفكر، د.ت).

131. محمد البعلي، أبو عبد الله محمد، المطلع على ألفاظ المقنع، تحقيق: محمود الأرنؤوط وياسين محمود الخطيب، ط 1 (جدة: مكتبة السوادي للتوزيع، 1423هـ - 2003م).

132. محمد بن حسين الجيزاني، فقه النوازل، ط 2 (دار ابن الجوزي، 1427هـ - 2006م).

133. محمد عثمان شبير، التكييف الفقهي، ط 1 (دمشق: دار القلم، 2004م).

134. المرادوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ط 2 (الناشر: دار إحياء التراث العربي، د.ت).

135. المرغيناني، ابن مازة البخاري، المحيط البرهاني في الفقه النعماني، تحقيق: عبد الكريم سامي الجندي، ط 1 (بيروت: دار الكتب العلمية، 1424هـ - 2004م).

136. المرغيناني، الهداية في شرح بداية المبتدي، تحقيق: طلال يوسف (بيروت: دار إحياء التراث العربي).

137. مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، ط 2 (دمشق: دار القلم، 1425هـ - 2004م).

138. المواق، التاج والإكليل لمختصر خليل، ط 1 (بيروت: دار الكتب العلمية، 1416هـ - 1994م).

139. النسفي، طلبة الطلبة (بغداد: المطبعة العامرة، مكتبة المثني، 1311هـ).

140 . النفراوي، الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، د.ط (الناشر: دار الفكر، 1415هـ - 1995م).

141 . النووي، المجموع شرح المذهب (بيروت: دار الفكر).

142 . النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، تحقيق: زهير الشاويش، ط3 (بيروت - دمشق - عمان: المكتب الإسلامي، 1412هـ / 1991م).

### المعاجم اللغوية والاصطلاحية:

143 . ابن سيده، المحكم والمحيط الأعظم، تحقيق: عبد الحميد هنداوي، ط1 (بيروت: دار الكتب العلمية، 1421هـ - 2000م).

144 . ابن سيده، المخصص، تحقيق: خليل إبراهيم جفال، ط1 (بيروت: دار إحياء التراث العربي، 1417هـ 1996م) (432/3).

145 . ابن فارس، مجمل اللغة، دراسة وتحقيق: زهير عبد المحسن سلطان، ط2 (بيروت: مؤسسة الرسالة، 1406هـ - 1986م).

146 . ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، تحقيق: عبد السلام محمد هارون (دار الفكر، 1399هـ - 1979م).

147 . ابن منظور، لسان العرب، ط3 (بيروت: دار صادر - 1414هـ).

148 . أبو البقاء الحنفي، الكليات معجم في المصطلحات والفروق اللغوية، تحقيق: عدنان درويش - محمد المصري (بيروت: مؤسسة الرسالة).

149 . الأزهري، تهذيب اللغة، تحقيق: محمد عوض مرعب، ط1 (بيروت: دار إحياء التراث العربي، 2001م).

150 . الجرجاني، التعريفات، ط1 (القاهرة: عالم الكتب، 1407هـ)، (بيروت: دار الكتب العلمية، 1403هـ - 1983م).

- 151 . الجوهرى، أبو نصر، الصحاح، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار، ط4 (بيروت: دار العلم للملايين، 1407 هـ / 1987 م).
- 152 . الحموي، أحمد الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير (بيروت: المكتبة العلمية).
- 153 . الخليل بن أحمد الفراهيدي، العين، تحقيق: مهدي المخزومي، وإبراهيم السامرائي (الناشر: دار ومكتبة الهلال).
- 154 . الرازي، زين الدين، مختار الصحاح، تحقيق: يوسف الشيخ محمد، ط5 (بيروت - صيدا: المكتبة العصرية - الدار النموذجية، 1420 هـ / 1999 م).
- 155 . الزبيدي، تاج العروس، تحقيق: مجموعة من المحققين (الناشر: دار الهداية).
- 156 . الزمخشري، أساس البلاغة، تحقيق: محمد باسل عيون السود، ط1 (بيروت: دار الكتب العلمية، 1419 هـ - 1998 م).
- 157 . سعدي أبو حبيب، القاموس الفقهي، ط2 (دمشق: دار الفكر 1408 هـ / 1988 م).
- 158 . عبد النبي نكري، دستور العلماء، تعريب: حسن هاني فحص، ط1 (بيروت: دار الكتب العلمية، 1421 هـ - 2000 م).
- 159 . الفرابي، ديوان الأدب، تحقيق: أحمد مختار عمر، ط4 (القاهرة: مؤسسة دار الشعب، 1424 هـ / 2003 م).
- 160 . الفيروز آبادي، القاموس المحيط، تحقيق: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة بإشراف: محمد نعيم العرقسوسي، ط8 (بيروت: مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، 1426 هـ - 2005 م).
- 161 . مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، ط4 (مصر: مكتبة الشروق الدولية،

1425هـ-2004م).

162. محمد رواس قلعجي وحامد صادق قنبي، معجم لغة الفقهاء، ط2 (الناشر:

دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع، 1408 هـ - 1988م).

163. نزيه حماد، معجم المصطلحات المالية والاقتصادية في لغة الفقهاء،

ط1 (دمشق: دار القلم، 1429هـ-2008م).

164. نشوان الحميري، شمس العلوم ودواء كلام العرب من الكلوم، تحقيق: حسين

بن عبد الله العمري وآخرون، ط1 (بيروت: دار الفكر المعاصر، دمشق: دار الفكر

(دمشق، 1420 هـ - 1999 م).

### المراجع القانونية:

165. السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (القاهرة: دار النهضة

العربية).

166. السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني (بيروت: دار الفكر للطباعة

والنشر والتوزيع).

167. عبد الحفيظ مشماش، بيع العقار في طور الإنجاز : دراسة على ضوء القانون

المغربي والمقارن، ط1 (الدار البيضاء: مطبعة النجاح الجديدة 1433هـ-2012م).

168. عبد الحق صافي، القانون المدني: المصدر الإرادي للالتزامات، ط1 (الدار

البيضاء: مطبعة النجاح الجديدة 1427هـ-2006م).

169. عبد الحق صافي، بيع العقار في طور الإنجاز شرح وتحليل لنصوص القانون

رقم 44.00، ط1 (الدار البيضاء: مطبعة النجاح الجديدة، 1432هـ-2011م).

170. عبد الحق صافي، عقد البيع، دراسة في قانون الالتزامات والعقود في القوانين

الخاصة، (الدار البيضاء: مطبعة النجاح الجديدة 1418هـ-1998م).

171. قانون الالتزامات والعقود المغربي، ظهير 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913) صيغة محينة بتاريخ 18 فبراير 2016م.

172. القانون الجزائري المتعلق بالبيع على التصاميم، رقم: 04-11 المؤرخ في 17 فبراير 2011م.

173. قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة 1984م: المادة (202).

174. القانون رقم 44.00 المتعلق ببيع العقارات في طور الإنجاز، الصادر بتنفيذه ظهير شريف رقم 1.02.309 بتاريخ 25 من رجب 1423 (3 أكتوبر 2002)؛ الجريدة الرسمية عدد 5054 بتاريخ 2 رمضان 1423 (7 نونبر 2002).

175. القانون رقم 107.12 بتغيير وتتميم القانون رقم 44.00 بشأن بيع العقارات في طور الإنجاز، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.16.05 بتاريخ 23 من ربيع الآخر 1437 (3 فبراير 2016)؛ الجريدة الرسمية عدد 6440 بتاريخ 9 جمادى الأولى 1437 (18 فبراير 2016).

176. المادة 1601 - 1 المضافة إلى القانون المدني الفرنسي بموجب القانون رقم : 67 - 3 الصادر بتاريخ 3 جانفي 1967 الذي نظم عقد بيع العقارات تحت الإنشاء.

### المراجع الاقتصادية:

177. أحمد حسن صالح قادر، ظاهرة العولمة الاقتصادية وتأثيراتها على أسواق

المال العالية، ط1 (إربد: عالم الكتب الحديث للنشر والتوزيع، 2013م).

178. رمزي زكى، الليبرالية المتوحشة (دار المستقبل العربي، 2005م).

179. رمزي زكى، المحنة الآسيوية - قصة صعود وهبوط دول المعجزات الآسيوية،

ط1 (سوريا: دار المدى للثقافة والنشر، 2000م).

180. محمود عبد الفضيل، مصر والعالم (القاهرة: الهيئة المصرية العامة للكتاب،

مكتبة الأسرة، 2001م)

181. مختار عبد الحكيم طلبة، مقدمة في المشكلة الاقتصادية: النظم الاقتصادية، بعض جوانب الاقتصاد الكلي، عوامل الانتاج (مركز جامعة القاهرة للتعليم المفتوح ، 1428هـ - 2007م).

### مراجع مختلفة:

182. ابن القيم، إغائة اللفان من مصاديد الشيطان، تحقيق: محمد عزيز شمس، ط 1 (مكة المكرمة: دار عالم الفوائد، 1432 هـ).
183. ابن القيم، زاد المعاد في هدي خير العباد، ط 27 (بيروت: مؤسسة الرسالة - الكويت: مكتبة المنار الإسلامية، 1415 هـ / 1994م).
184. أميرة منصور، المقابلة رؤية منهجية في بحوث تعليم اللغة العربية (محلة الأثر، ع 27، ديسمبر 2016م).
185. دو مينيك وولتون، الإعلام ليس تواملا، ط 1 (بيروت: دار الفرابي، 2012م).
186. رشدي أحمد طعيمة، تحليل المحتوى في العلوم الإنسانية (القاهرة: دار الفكر العربي، 1425هـ-2004م).
187. محمد عبيدات وآخرون، منهجية البحث العلمي: القواعد و المراحل و التطبيقات، ط 2 (عمان: دار وائل للطباعة والنشر، 1999م).
188. مركز الأبحاث الواعدة في البحوث الاجتماعية، الدليل البسط لإجراءات البحوث الاجتماعية (الرياض: جامعة الأميرة نورة بنت عبد الرحمن، 1437هـ/2016م).
189. صالح بن حمد العساف، المدخل إلى البحث في العلوم السلوكية، ط 1 (الرياض: مكتبة العكيان، 1416هـ-1995م).

190 . عبد الرحمن بدوي، مناهج البحث العلمي، ط3 (الكويت: وكالة المطبوعات، 1997م).

191 . النووي، تهذيب الأسماء واللغات، العناية بالنشر: شركة العلماء بمساعدة إدارة الطباعة المنيرية (بيروت: دار الكتب العلمية).

192 . وليد عبد الرحمن خالد الفراء، تحليل بيانات الاستبيان (الندوة العالمية للشباب الإسلامي، 1430هـ).

### الرسائل والأطاريح :

193 . عبد الحفيظ تغموتي، السياسة السكنية بالمغرب، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون العام ( الرباط : المكتبة الوطنية للإدارة، 1997م).

194 . عمر اليوسفي العلوي، بيع العقار في طور الإنجاز - بين النظر والتطبيق -، رسالة لنيل دبلوم الماستر المتخصص في القانون الخاص (الرباط: كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية السويسية، السنة الجامعية 2008م-2009م).

### المجلات والسلاسل والدوريات :

195 . بشير بن مولود جحيش، في الاجتهاد التنزيلي (قطر: كتاب الأمة، سلسلة دورية فكرية ثقافية - رئاسة المحاكم الشرعية والشؤون الدينية، ع (93)، محرم 1424 هـ / مارس 2003 م).

196 . عبد الخالق عبد الله، العولمة جذورها وفروعها (الكويت: عالم الفكر- المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب، ع(2)، أكتوبر- ديسمبر 1999م).

197 . فراس عبد الجليل الطحان، جاسم زكريا، أحمد عبد العزيز، العولمة الاقتصادية وتأثيراتها على الدول العربية (العراق: مجلة الادارة والاقتصاد-كلية الادارة والاقتصاد/الجامعة المستنصرية، ع (86)، 2011م).

- 198 . لجنة من العلماء والفقهاء، مجلة الأحكام العدلية، تحقيق نجيب هوايني (الناشر: نور محمد، كارخانه تجارتي كتب، آرام باغ، كراتشي).
- 199 . محمد الخضراوي، إشكالية توثيق التصرفات العقارية ومتطلبات التنمية - قراءة في قانون 44.00 مجلة البحوث، عدد 07، 2007م.
- 200 . محمد سعد اليوبي، ضوابط أعمال مقاصد الشريعة في الاجتهاد، (مجلة الأصول والنوازل، ع4، رجب 1431هـ).
- 201 . نبيل مرزوق، حول العولمة والنظام الإقتصادي العالمي الجديد، مجلة الطريق، بيروت، ع 4، السنة: 56، 1997م.

#### الندوات والمؤتمرات والملتقيات العلمية:

- 202 . ابن بية عبد الله، الورقة التأطيرية المقدمة لمؤتمر: الاجتهاد بتحقيق المناط: فقه الواقع والتوقع المنعقد بالكويت، في الفترة ما بين: 18-20.
- 203 . عبد الرحمن الكيلاني، أثر الاختلاف في تحقيق المناط في اختلاف المجتهدين، ورقة مقدمة لندوة: مستجدات الفكر الإسلامي الحادية عشرة المنعقدة بالكويت في الفترة ما بين 18-20/02/2013م.
- 204 . قطب الريسوني، نحو تأهيل اجتهادي لأعضاء هيئة الفتوى بالمصارف الإسلامية بين الواقع والمأمول، ضمن بحوث مؤتمر المصارف الإسلامية بين الواقع والمأمول - دبي المنعقد من 7 - 10 جمادى الآخرة 1430 هـ.

### الجرائد والصحف:

- 205 . الجريدة الرسمية للمملكة المغربية، عدد 5054 بتاريخ 2 رمضان 1423 (7 نونبر 2002)، وعدد 6440 بتاريخ 9 جمادى الأولى 1437 (18 فبراير 2016).
- 206 . جريدة "الصباح"، يومية مغربية، عدد 15-01-2014م، وعدد 09 يونيو 2016م.
- 207 . الجريدة الرسمية لمملكة البحرين، العدد رقم 3212، بتاريخ 4 يونيو 2015م.

### المواقع الإلكترونية:

- 208 . أحمد بوعود، فقه الواقع (أصول وضوابط)، بحث منشور على الرابط  
الآتي : <http://www.almeshkat.net/books/archive/books/fg121.pdf>
- 209 . العربي محمد مياذ، تأملات في القانون المنظم لبيع العقارات في طور الإنجاز، موقع العلوم القانونية، مجلة الكترونية متخصصة على الموقع الإلكتروني  
الآتي : <https://www.marocdroit.com>
- 210 . محمد الخضراوي، إشكالية توثيق التصرفات العقارية ومتطلبات التنمية - قراءة في قانون 44.00 مجلة البحوث، على الموقع الإلكتروني الآتي:  
<http://www.droitentreprise.com>
- 211 . الموسوعة العربية ( النسخة الإلكترونية ) ، " الأنظمة الاقتصادية " ، نقلا عن  
موقع :  
<http://www.arab-ency.com/overview/183>

### المراجع بغير العربية :

212. Albrow, Martin and Elizabeth King (eds.). *Globalization, Knowledge and Society*. London: Sage, ISBN 978-0803983243. 1990.
213. Article 11 de *la loi n° 67-3 du 3 janvier 1967 relative aux ventes d'immeubles à construire et à l'obligation de garantie à raison des vices de construction/*  
Version consolidée au 01 septembre 2016.
214. CUTERELA, Sandu. *Globalization: Definition, Processes and Concepts*. Romanian Statistical Review . 2012, Issue Sup.
215. International Monetary Fund . (2000). "*Globalization: Threats or Opportunity*." 12th April, 2000: IMF Publications.
216. Malcolm Waters, *Globalization* (London: Routledge 1995).
217. Philippe MONGIN, *Les anticipations rationnelles et la rationalité: examen de quelques modèles d'apprentissage*, Recherches Economiques de Louvain 57 (4) 1991.
218. Robertson, Roland, *Globalization: Social Theory and Global Culture* (Reprint. ed.). London : Sage Publications, 1992.
219. Younesse EL KADIRI et d'autres, *Rapport du module Environnement Mondialisation*, Ecole Nationale Supérieure des Mines, Promotion 2003, Décembre 2003-Avril 2004.

## فهرس المحتويات :

مقدمة البحث	
01	الباب الأول : فقه واقع النازلة وملابساتها وسياقها التاريخي
01	الفصل الأول : فقه واقع النازلة وملابساتها
01	المبحث الأول : فقه الواقع : تعريفه ، حكمه ، أهميته ، صعوبته .....
01	المطلب الأول : تعريف الواقع في الدلالة اللغوية والاصطلاحية .....
03	المطلب الثاني : دلالة فقه الواقع .....
04	المطلب الثالث : أهمية معرفة الواقع في تحقيق المناط .....
07	المطلب الرابع : صعوبة فقه الواقع المعاصر .....
10	المبحث الثاني : فقه الواقع الاقتصادي .....
10	المطلب الأول : النظام الاقتصادي .....
13	المطلب الثاني : معالم النظام الاقتصادي المعاصر .....
18	الفصل الثاني : السياق التاريخي لظهور بيع العقار في طور الإنجاز وتنظيمه القانوني في المغرب
19	المبحث الأول : مرحلة خضوع بيع العقار في طور الإنجاز لقانون الالتزامات والعقود .....
22	المبحث الثاني : سياق وضع القانون الخاص لبيع العقار في طور الإنجاز .....
26	الباب الثاني : تصوير بيع العقار في طور الإنجاز وتحقيق مناطاته الشرعية

27	<b>الفصل الأول: تصوير بيع العقار في طور الإنجاز</b>
28	المبحث الأول: تصوير النازلة: دلالاته، أهميته، وسائله.....
28	المطلب الأول: دلالة «التصوير».....
29	المطلب الثاني: مفهوم «النازلة» لغة واصطلاحاً.....
30	المطلب الثالث: أهمية تصور النازلة.....
32	المطلب الرابع: وسائل تصور النازلة.....
38	<b>المبحث الثاني: بيع العقار في طور الإنجاز: تصويره، خصائصه، إجراءاته، عناصره.....</b>
38	المطلب الأول: تصوير بيع العقار في طور الإنجاز.....
42	المطلب الثاني: العقد الابتدائي لبيع العقار في طور الإنجاز وتكييفه القانوني والفقهى.....
54	المطلب الثالث: العقد النهائي لبيع العقار في طور الإنجاز.....
57	<b>الفصل الثاني: تحقيق مناط الحكم الشرعي في بيع العقار في طور الإنجاز</b>
58	المبحث الأول: مفهوم: «تحقيق المنط» و«التكييف الفقهي».....
58	المطلب الأول: مفهوم «تحقيق المنط».....
61	المطلب الثاني: «التكييف الفقهي»؛ مفهومه، ومراحلها، ومتطلباته.....
65	<b>المبحث الثاني: «بيع العقار في طور الإنجاز» و«بيع السلم».....</b>
65	المطلب الأول: بيع السلم: تعريفه، حكمه، شروطه.....
69	المطلب الثاني: تحقيق مناط بيع السلم في بيع العقار في طور الإنجاز.....
72	<b>المبحث الثالث: «بيع العقار في طور الإنجاز» و«عقد الاستصناع».....</b>
72	المطلب الأول: تعريف عقد الاستصناع.....

73	المطلب الثاني: الحكم الشرعي لعقد الاستصناع .....
75	المطلب الثالث: شروط الاستصناع في المذهب الحنفي .....
76	المطلب الرابع: تحديد الأجل في عقد الاستصناع .....
78	المطلب الخامس: تحقيق مناط عقد الاستصناع في بيع العقار في طور الإنجاز .....
80	المبحث الرابع: «بيع العقار في طور الإنجاز» و«بيع المعدوم» .....
80	المطلب الأول: الدلالة اللغوية والاصطلاحية لبيع المعدوم .....
81	المطلب الثاني: حكم بيع المعدوم وأدلته .....
84	المطلب الثالث: تحقيق مناط بيع المعدوم في بيع العقار في طور الإنجاز .....
87	المبحث الخامس: «بيع العقار في طور الإنجاز» و«بيع الإنسان ما ليس عنده» .....
88	المطلب الأول: صور بيع الإنسان ما ليس عنده .....
90	المطلب الثاني: تحقيق مناط بيع الإنسان ما ليس عنده في بيع العقار في طور الإنجاز .....
94	المبحث السادس: «بيع العقار في طور الإنجاز» و«بيع الكالئ بالكالئ» .....
94	المطلب الأول: حقيقة بيع الكالئ بالكالئ .....
97	المطلب الثاني: حكم بيع الدين بالدين إجمالاً .....
100	المطلب الثالث: صور بيع الدين بالدين .....
103	المطلب الرابع: تحقيق مناط «بيع الكالئ بالكالئ» في «بيع العقار في طور الإنجاز» .....
110	<b>الباب الثالث:</b> <b>تحقيق مناط علل أحكام الشريعة ومقاصدها في بيع العقار في طور الإنجاز واقعا ومتوقعا</b>
111	<b>الفصل الأول: اعتبار علل نصوص الشريعة ومقاصدها في تحقيق مناطات الأحكام الشرعية</b>

112	المبحث الأول: الاعتبار المقاصدي في تطبيق النص الشرعي.....
112	المطلب الأول: المقاصد لغة واصطلاحاً.....
114	المطلب الثاني: المقصود بـ "اعتبار المقاصد في تطبيق النص الشرعي".....
119	المبحث الثاني: اعتبار علل نصوص الشريعة ومقاصدها في تحقيق المناط الشرعي.....
119	المطلب الأول: المقصود بثبوت الحكم بالعلة.....
121	المطلب الثاني: ثبوت الحكم المنصوص عليه بالنص أم بالعلة.....
128	<b>الفصل الثاني: تحقيق مناط مقصد الوضوح ونفي الغرر في مكونات بيع العقار في طور الإنجاز</b>
129	المبحث الأول: تعريف الغرر، وحكمه، ومقصد الشرع من النهي عنه، وموارده في البيوع....
130	المطلب الأول: تعريف الغرر وحكمه.....
132	المطلب الثاني: مقصد الشريعة من النهي عن بيع الغرر.....
133	المطلب الثالث: الغرر المؤثر في الحكم.....
134	المطلب الرابع: موارد الغرر في البيوع.....
137	المبحث الثاني: تحقيق مناط مقصد الوضوح والخلو من الغرر في عناصر بيع العقار في طور الإنجاز..
137	المطلب الأول: تحقيق مناط الوضوح والخلو من الغرر في صيغة البيع الابتدائي.....
140	المطلب الثاني: تحقيق مناط الوضوح والخلو من الغرر في العقار المبيع في طور الإنجاز.....
143	المطلب الثالث: تحقيق مناط الوضوح ونفي الغرر في ثمن العقار المبيع في طور الإنجاز.....
144	المطلب الرابع: تحقيق مناط الوضوح ونفي الغرر في أجل تنفيذ مضمون عقد بيع العقار في طور الإنجاز.....
148	<b>الفصل الثالث: تحقيق المناط الشرعي في الضمانات القانونية لمآل بيع العقار في طور الإنجاز</b>
149	المبحث الأول: تعريف المآل وأهمية اعتباره في الاجتهاد التنزيلي.....

156	المبحث الثاني: الضمانة التي يقدمها البائع لتمكين المشتري من استرجاع الأقساط .....
159	المبحث الثالث: تحقيق المناط الشرعي في الضمانة البنكية .....
159	المطلب الأول: الضمان في الدلالة اللغوية والاصطلاحية الشرعية .....
161	المطلب الثاني: التكيف الشرعي للضمانة البنكية .....
162	المطلب الثالث: الحكم الشرعي للضمان المقترن بالمبيع .....
165	المبحث الرابع: ضمان سلامة العقار المبيع في طور الإنجاز .....
169	المبحث الخامس: تحقيق المناط الشرعي في ضمان البائع عيوب العقار المبيع في طور الإنجاز ..
177	<b>الباب الرابع:</b> <b>تحقيق المناط في الواقع العملي لبيع العقار في طور الإنجاز بالمغرب</b>
178	<b>الفصل الأول: الممارسة العملية لبيع العقار في طور الإنجاز في الواقع المغربي</b>
179	المبحث الأول: الإطار المنهجي .....
187	المبحث الثاني: استمارة الاستبيان الخاصة بالواقع العملي لبيع العقار في طور الإنجاز .....
206	المبحث الثالث: المقابلات الخاصة بالواقع العملي لبيع العقار في طور الإنجاز .....
231	<b>الفصل الثاني: تحقيق مناط الحكم الشرعي في الواقع العملي لبيع العقار في طور الإنجاز بالمغرب</b>
232	المبحث الأول: مناطات الأحكام الشرعية في الواقع العملي لبيع العقار في طور الإنجاز بالمغرب .....
238	المبحث الثاني: أثر «فساد الزمان والمكان» في اختلاف مناطات الأحكام الشرعية .....
249	الخاتمة: .....
<b>الفهارس:</b>	
258	فهرس الآيات الكريمة .....

259	فهرس الأحاديث النبوية.....
261	فهرس المصادر والمراجع.....
283	فهرس المحتويات.....
289	ملخص الأطروحة بالعربية والإنجليزية والفرنسية.....

# ملخص الأطروحة بالعربية والإنجليزية والفرنسية

## ملخص الأطروحة

تعالج هذه الأطروحة تحقيق المناط الشرعي في مستجدة من المستجدات التي تثير إشكالات فقهية، وهي: بيع العقار في طور الإنجاز، وهذا النوع من البيع منتشر بشكل كبير في العصر الراهن؛ نظرا للاحتياج المتصاعد للسكن، وارتفاع ثمن العقار.

وقد سعت هذه الأطروحة الموسومة: «تحقيق المناط في بيع العقار في طور الإنجاز طبقا للقانون والواقع العملي بالمغرب» إلى تقديم نموذج عملي تطبيقي لتحقيق المناط في المستجدات المعاصرة، يتسم بالتكامل، والجمع بين الاستفادة من المعلومات والتصورات النظرية، وبين الحقائق الموقوف عليها بالبحث الميداني في واقع الممارسة العملية؛ بهدف ربط المستجدات الفقهية بمنهج اجتهادي واضح المعالم، يستند إلى نصوص الشريعة وقواعدها ومقاصدها، وعلوم الواقع المعاصر الذي أفرز هذه المستجدات.

هذا، وقد اشتملت عملية تخطيط المنهج الذي اتبعته هذه الأطروحة في تحقيق المناط في بيع العقار في طور الإنجاز على أربع مراحل رئيسة:

1. فقه واقع «بيع العقار في طور الإنجاز» وملاساته والسياق التاريخي لظهوره في المغرب.
2. تصوير «بيع العقار في طور الإنجاز» وتحقيق مناطاته الشرعية.
3. تحقيق مناط المعاني والمقاصد الشرعية في «بيع العقار في طور الإنجاز».
4. تحقيق المناط الشرعي في الواقع العملي لـ«بيع العقار في طور الإنجاز» بالمغرب.

وقد وقف البحث على التباين الموجود بين التنظير القانوني، وبين الممارسة العملية لبيع العقار في طور الإنجاز؛ مما له أثر في تحقيق المناط الشرعي في هذا البيع، وهو ما يقتضي الجمع بين المعرفة النظرية والعملية عند تحقيق المناط الشرعي في المسائل المعاصرة.

## Abstract

This study addresses the method of *Tahqīq al-Manāt* (characterization of the appropriate Islamic judgment) in the contemporary Islamic jurisprudence through an applied methodology on selling an under-construction property according to Moroccan law.

The objective of this research is to present an applied model method of *Tahqīq al-Manāt* in contemporary jurisprudential latest developments in order to develop a clear approach to the study of the contemporary jurisprudential latest developments based on the principles, rules of Shari'a and the Sciences interested in reality.

That is to say, this work aims at reducing the gap between theory and practice on one hand, and come up with a new approach that strikes the balance between the foundations of Islamic jurisprudence and reality, on the other hand, through four major steps:

1. Comprehensive understanding of the property sale in the future state of completion (VEFA) and its current and historical facts.
2. Comprehensive understanding of (VEFA) with regard to its Islamic jurisprudential foundations.
3. Study (VEFA) in the framework of *Maqāsid al-Sharī'a* (the purposes of Islamic law).
4. Field study of (VEFA) within the framework of Islamic Sharia.

In addition, this study describes the dichotomy between the law and its application, which has generated a great impact on characterization of the appropriate Islamic judgment of (VEFA).

## Résumé

Cette étude aborde la méthode de Tahqīq al-Manāt (caractérisation du jugement islamique approprié) dans la jurisprudence islamique contemporaine; à travers une recherche appliquée sur la vente d'une propriété en l'état futur d'achèvement (VEFA) selon la loi marocaine.

Le but de cette recherche est de présenter une méthode modèle appliquée de Tahqīq al-Manāt aux développements jurisprudentiels contemporains; Afin de développer une approche claire de l'étude des développements jurisprudentiels contemporains fondés sur les principes, les règles de la Shari'a et de la Science, qui s'intéressent à la réalité dans laquelle nous vivons.

Cela dit, elle cherche à combler le fossé entre la théorie et la pratique, et à proposer une nouvelle approche de l'adaptation au jugement qui établit un équilibre entre les fondements de la jurisprudence islamique et la réalité à travers quatre points principaux:

1. La compréhension approfondie de la vente de la propriété en l'état future d'achèvement (VEFA) et de ses faits actuels et historiques.

2. Compréhension globale de (VEFA) en ce qui concerne ses fondements jurisprudentiels islamiques.

3. Etude (VEFA) dans le cadre de *Maqāsid al-Sharī'a* (finalités du droit islamique).

4. Etude terrain de (VEFA) dans le cadre d'*al-Sharī'a* islamique

En outre, cette étude décrit la dichotomie entre la loi et son application, ce qui a engendré un grand impact sur caractérisation du jugement islamique approprié de (VEFA).

