

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي



جامعة أحمد دراية - أدرار

كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية والعلوم الإسلامية

قسم العلوم الإسلامية

أطروحة دكتوراه بعنوان:

البيع على التصاميم في التشريع الجزائري

"دراسة مقارنة بالشريعة الإسلامية"

تخصص: شريعة وقانون

قسم: العلوم الإسلامية

إشراف الأستاذ: أ.د. موفق طيب شريف

إعداد الطالب: نعيمة عبد الرحمان

لجنة المناقشة:

الصفة	الاسم واللقب	الرتبة	مكان العمل
الرئيس	أ.د. محمد جراي	أستاذ	جامعة أدرار
المقرر (المشرف)	أ.د. موفق طيب شريف	أستاذ	جامعة أدرار
المناقش	أ.د. شوالين محمد السنوسي	أستاذ	جامعة وهران
المناقش	د. عمر بوعلالة	أستاذ محاضر أ	جامعة أدرار
المناقش	د. بوشي يوسف	أستاذ محاضر أ	جامعة تيارت
المناقش	د. حباس عبد القادر	أستاذ محاضر أ	جامعة غرداية

السنة الجامعية: 1440-1441 هـ / 2019-2020 م

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿وَقُلِ اعْمَلُوا فَسَيَرَى اللَّهُ عَمَلَكُمْ وَرَسُولُهُ وَالْمُؤْمِنُونَ ۖ  
وَسَتُرَدُّونَ إِلَىٰ عَالِمِ الْغَيْبِ وَالشَّهَادَةِ فَيُنَبِّئُكُمْ بِمَا كُنْتُمْ  
تَعْمَلُونَ﴾

سورة التوبة

سورة التوبة الآية: 105

## شكر وعرفان

﴿رَبِّ أَوْزِعْنِي أَنْ أَشْكُرَ نِعْمَتَكَ الَّتِي أَنْعَمْتَ عَلَيَّ وَعَلَىٰ وَالِدَيَّ وَأَنْ أَعْمَلَ صَالِحًا تَرْضَاهُ وَأَدْخِلْنِي

بِرَحْمَتِكَ فِي عِبَادِكَ الصَّالِحِينَ﴾

النمل - 19 -

نتوجه إلى الله سبحانه وتعالى بالحمد على ما أنعم علينا

وبالشكر والتقدير إلى من أعانني على البحث العلمي

الأستاذ الدكتور موفق طيب شريف الذي أشرف علي هذا البحث فكان

نعم الموجه والمرشد والناصح والداعم

وجامعة أحمد درايسة - أدرار

أساتذة وإداريين وعمال

## الإهداء

إلى من كان لهما الفضل لما وصلت إليه،

أبي أمي،

إلى زوجتي التي كانت نعم الرفيق ونعم العون

إلى أبنائي وبناتي: هبة الرحمن، مالك أنس

أحمد فاروق، أروى، رزان ومعتز بالله

بارك الله لي فيهم

إلى الزميل الأستاذ الدكتور سبوكر إسماعيل

الذي دفعني إلى البحث العلمي

إلى أختوتي وأخواتي في الله.

# مقدمة

## مقدمة:

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف المرسلين وعلى آله وصحبه ومن تبع هداه بإحسان إلى يوم الدين وبعد:

يعتبر السكن من ضمن أهم الانشغالات الأساسية للدولة الجزائرية الذي تكفلت به منذ زمن طويل، وما زالت توليه الأهمية الخاصة باعتباره المسألة الجوهرية لعملية التنمية الاجتماعية والاقتصادية للبلاد.

ولأهميته كرست الدولة كل جهودها للنهوض به عن طريق التدخل الواسع بعمليات البناء، وإصدار تشريعات متفاوتة لتنظيمه.

ويعدّ التشريع رقم 107/86 الصادر في 04 مارس 1986 المتعلق بالترقية العقارية قفزة نوعية في فتح المجال للمبادرة الخاصة لتخفيف العبء على الدولة، تماشياً مع سلسلة الإصلاحات الاقتصادية المعلن عنها في بداية النصف الثاني من الثمانيات؛ إلا أن هذا القانون لم يحقق الأهداف المنتظرة منه، بسبب انخفاض الموارد المالية الإجمالية للجزائر الذي انعكس بدوره على ميزانية قطاع السكن، وعدم الاعتراف بصفة المرقى العقاري للخواص، مما أدى إلى انفراد البلدية بأعمال الترقية العقارية.

ونظراً لإخفاق القانون 07/86 في القضاء على أزمة السكن تدخل المشرّع بإصداره المرسوم التشريعي رقم 03/93<sup>2</sup> الصادر في أول مارس 1993 م المتعلق بالنشاط العقاري، وبموجبه استحدثت تقنية البيع على التصاميم (وهي في الأصل مأخوذة من التشريع الفرنسي)، والتي انتشرت انتشاراً واسعاً بسبب المساعدات المالية التي تقدمها الدولة للمواطنين، وبما تحقّقه من فوائد لكل من المشتري والبائع على حد سواء، فالمشتري يجد فيها الوسيلة المثلى التي تمكنه من الحصول على بناية في المستقبل دون أن يكون ملزماً بدفع ثمنها كاملاً دفعة واحدة، في حين البائع يرى فيها الوسيلة الفعالة التي تمكنه من تمويل المشروع عن طريق ما يحصل عليه من دفعات وتسبيقات.

غير أنه وإن ساعد المرسوم التشريعي رقم 03/93 في ظهور نمط سكني جديد وهيئات تمويل مختلفة، وذلك كحل لأزمة السكن؛ إلا أنه لم يضع قواعد وشروط مفصلة لممارسة صيغة البيع على التصاميم، كما لم يحدد التزامات

<sup>1</sup> - القانون رقم 07/86 المؤرخ في 4 مارس 1986 المتعلق بالترقية العقارية الجريدة الرسمية رقم 10 مؤرخة في 24 جمادى الثانية 1406 هـ الموافق ل 05 مارس 1986 م

<sup>2</sup> - المرسوم التشريعي رقم 03/93 المؤرخ في 01 مارس 1993 المتعلق بالنشاط العقاري، الجريدة الرسمية رقم 14 مؤرخة في 09 رمضان 1413 الموافق ل 03 مارس 1993 م.

وحقوق الأطراف التي تتدخل في انجاز المشاريع العقارية، مما أدى إلى فوضى كبيرة ومشاكل عويصة، نتيجة توقف أشغال البناء بسبب الاحتمالات العديدة التي تعرض لها المواطنين من طرف المتعاملين في الترقية العقارية.

ولوضع حد لما سبق قام المشرّع الجزائري بإصدار القانون رقم 04/11 الصادر في 17 فبراير 2011 م المحدد لقواعد التي تنظم الترقية العقارية<sup>1</sup>، وذلك من أجل ضبط المركز القانوني للمرقي العقاري، وفك الأزمة الخانقة للمقتنين من خلال تكريس الحماية لهم، نظرا لأن قواعد القانون المدني وأحكام المرسوم التشريعي رقم 03/93 الملغى، لم تسعف المقتنين من الضرر الناتج عن أساليب النصب والاحتيال والتواطؤ الذي تعرضوا له من قبل المحترفين في المجال العقاري، كما نص على تقنية البيع على التصاميم وبيّن القواعد والشروط التي يخضع لها، بالإضافة إلى الضمانات المستحدثة قصد حماية المقتني، مما يتطلب معرفة هذه التقنية الجديدة هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن بيع العقار على التصاميم عقد حديث لم يتناوله الفقه الإسلامي بالدراسة مما يظهر عليه غموض من الناحية الشرعية؛ إلا أنه يمكن معرفة موقفه منه، وذلك من خلال البحث في الثروة الفقهية العظيمة التي تركها لنا الفقهاء المسلمون القدماء وأبحاث الفقهاء المعاصرين خاصة عند الحديث عن بيع المعدوم واستثناءاته.

## 1- أهمية الموضوع:

وقد اخترت هذا البحث المعنون بـ "البيع على التصاميم في التشريع الجزائري: دراسة مقارنة بالشرعية الإسلامية" نظرا لأهمية موضوعه والتي تتجلى فيما يلي:

أ- تكتسي هذه الدراسة أهمية بالغة، باعتبارها تتعلق بموضوع السكن، الذي هو أحد المواضيع الكبرى والشغل الشاغل للدولة، وهو ضرورة حتمية وطلب مستمر لكل تجمع حضري مهما كان حجمه.

ب- البيع على التصاميم ينتمي إلى عقد البيع الذي يعتبر أب العقود نظرا لأهميته واستعمالاته الواسعة في الحركة الاقتصادية مما يتطلب معرفة تكييفه وأحكامه بدقة.

ج- البيع على التصاميم يلي أهم مطلب اجتماعي يتمثل في التخفيف من حدة أزمة السكن، ويسهل على المشتري امتلاكه لمسكن قبل الإنجاز بما يلائم قدرته الشرائية وظروفه وإمكانياته المادية.

د- ولا يخفي ما لهذا الموضوع من حيوية، وذلك نظرا إلى حدائه وارتباطه بالواقع المعيش، وإلى معالجته بطريقة مقارنة بين القانون الوضعي والشرعية الإسلامية.

<sup>1</sup>- القانون رقم 04/11 المؤرخ في 17 فبراير 2011، يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، الجريدة الرسمية رقم 14 مؤرخة في 01 ربيع الثاني 1432 هـ- الموافق ل 06 مارس 2011 م.

هـ- إمكان تعميم هذا النوع من البيع ليشمل مجالات أوسع كالمجال الصناعي والتجاري والمنشآت الكبرى.

## 2- الإشكالية:

تتمثل إشكالية هذا البحث في أن البيع على التصاميم هو عقد ناقل للملكية ومحل بناء لم تنجز بعد، فكيف يمكن نقل ملكية شيء لم يوجد من الناحيتين القانونية والشرعية؟ وما التكييف القانوني والشرعي له؟ ويتفرغ عن هذين السؤالين مجموعة من الأسئلة الفرعية منها:

1- ما حقيقة البيع على التصاميم في القانون والشرعية الإسلامية؟ وهل هو خاضع للقواعد العامة المنظمة للعقود في القانون الجزائري أم لا؟

2- ما هو المحل المعقود عليه في هذا البيع من الناحية القانونية والشرعية؟

3- بم يمتاز عن غيره من العقود المشابهة له في القانون الجزائري والشرعية الإسلامية؟

4- ما موقف الشريعة الإسلامية من هذا البيع؟ وما حكم الإقدام عليه شرعاً؟

5- هل وفق المشرع الجزائري في تنظيمه لعقد البيع على التصاميم في ظل القانون رقم 11-04؟

## 3- أهداف البحث:

يهدف البحث إلى محاولة الإجابة على التساؤلات السابقة، وذلك بتسليط الضوء على مفهوم البيع على التصاميم، ومعرفة حكمه من خلال الوقوف على التكييف القانوني والشرعي له، خاصة وأنه عقد حديث النشأة، ولم يتناوله الفقهاء المسلمون بالمناقشة والتحليل، إلا أننا نستطيع معرفة موقفهم منه من خلال معالجتهم لبيع المعلوم الذي لم تجزه الشريعة الإسلامية إلا في أحوال استثنائية في عقدي السلم والاستصناع، محاولين تحديد مشروعية هذا العقد؛ هل يقع في نطاق المنع أو في نطاق الاستثناءات المشروعة أم أنه عقد جديد مستقل؟؛ وذلك ربطاً لتقديم الفقه الإسلامي بحديثه، مبرزين الاجتهادات الفقهية المتكاملة ومقارنتها بأحكام القانون الوضعي في هذا الموضوع، خاصة وأن الشريعة الإسلامية شريعة متكاملة وصالحة لمواكبة التطورات الاجتماعية والاقتصادية والسياسية الحاصلة في المجتمع الحديث.

## 4- أسباب اختيار الموضوع:

إن مما دفعني لبحث هذا الموضوع هو كون البيع على التصاميم عقد حديث النشأة؛ إذ لازال المرقى العقاري متردداً في خوض غمار الترقية التي تمثل بالنسبة له نشاطاً مجهولاً ومحفوفاً بالمخاطر من جهة، وغموض أحكامه لدى شريحة واسعة من المشتغلين بالشرعية نظراً لجدّته في الحياة القانونية، مما يستلزم البحث عن الإطار الشرعي المنظم



لهذا العقد الذي لم ينجز فيه المشروع من جهة أخرى؛ بالإضافة إلى نقص الدراسات القانونية وشحّ (حسب اطلاعي) الدراسات الشرعية المقارنة مع القانون الجزائري المتناولة لهذا العقد؛ الذي أصبح من أكبر الآليات التي تعتمد عليها الدولة الجزائرية للقضاء على أزمة السكن الخائفة .

هذه هي الأسباب التي كونت الإثارة الباعثة للتصدي لهذا البحث، نظرا لما تحمله من إشكاليات بدا لي أنّها ذات أغوار معرفية دقيقة ومعقدة، حيث اكتملت قناعاتي بأنّها تستحقّ البحث فيها وسبر مختلف جوانبها في نطاق البحث الأكاديمي المعمق.

## 5- منهج البحث:

يعتمد هذا البحث على المنهج التحليلي والمنهج المقارن حيث يتناول بالتحليل ما ورد في القانون رقم 11-04 والمرسوم التنفيذي رقم 13-431 المتعلق بنموذج البيع على التصاميم<sup>1</sup>، لإعطاء نظرة عامة على العقد ومعرفة إن كان لهذا العقد خصوصية في انعقاده أم يخضع للقواعد العامة المتمثلة في القانون المدني، وكذلك بالتحليل والمناقشة لآراء الفقهاء المسلمين (القدماء والمعاصرين) وقرار مجلس الفقه الإسلامي في الموضوع.

أما المنهج المقارن -بحكم طبيعة التخصص - فاعتمد عليه البحث للموازنة بين موقف القانون الجزائري وموقف الشريعة الإسلامية في الموضوع، وتهدف المقارنة إلى ترشيد وإثراء التشريعات القانونية ذات الصلة، وهذه المقارنة تفرضها حتميتان:

الأولى كوننا متعبدين بالشريعة الإسلامية الغراء وضرورة أن تتطابق سائر الأحكام والأوضاع التشريعية لها؛ والحتمية الثانية هي خضوعنا لأحكام القانون في المعاملات اليومية.

## 6- الدراسات السابقة:

الواقع أنه وبحكم حداثة عقد البيع على التصاميم في القانون الجزائري خصوصا، فإن الدراسات الأكاديمية الشرعية المقارنة تكاد تنعدم في هذا الموضوع؛ حيث أنني لم أعتز إلا على دراسة وحيدة؛ وإن كان من الناحية القانونية توجد بعض الدراسات الأكاديمية التي تناولت هذا الموضوع مثل:

<sup>1</sup> - مرسوم تنفيذي رقم 13-431 مؤرخ في 18 ديسمبر 2013، يحدد نموذجي عقد حفظ الحق وعقد البيع على التصاميم للأموال العقارية وكذا حدود تسديد سعر الملك موضوع عقد البيع على التصاميم ومبلغ عقوبة التأخير وأجالاتها وكيفية دفعها، الجريد الرسمية الجزائرية، عدد 66 الصادر بتاريخ 25 سبتمبر 2013.

- 1- نادية منصوري، الحماية القانونية لمالك البناء في عقد البيع على التصاميم، مذكرة ماجستير، فرع الإدارة والمالية، جامعة الجزائر 1، 2002/2001.
- 2- النظام القانوني لعقد البيع على التصاميم في القانون الجزائري، عقيلة نوي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العقود والمسؤولية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق بن عكنون، السنة الجامعية 2003-2004.
- 3- بيع العقار بناء على التصاميم، سهام مسكر، رسالة شهادة ماجستير في القانون العقاري والزراعي، كلية الحقوق، جامعة البليدة، سنة 2006.
- 4- عقد البيع بناء على التصاميم، بوجنان نسيم، رسالة شهادة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، السنة الجامعية 2008-2009.
- 5- فتحي ويس، المسؤولية المدنية والضمانات الخاصة في عقد بيع العقار قبل الإنجاز، رسالة ماجستير، تخصص القانون العقاري، جامعة البليدة، بدون سنة.
- 6- عقد بيع العقار على التصاميم في القانون الجزائري (دراسة مقارنة بين القانونين الفرنسي والجزائري)، شعبان عياشي، رسالة دكتوراه دولة في القانون الخاص، جامعة منتوري قسنطينة، السنة الجامعية 2011-2012.
- 7- عائشة الطيب، الحماية القانونية لمالك البناء في عقد البيع بناء على التصاميم، أطروحة دكتوراه، تخصص قانون عقاري، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة البليدة، 2012.
- 8- حمداني داني، النظام القانوني لعقد بيع العقار على التصاميم في التشريع الجزائري، مذكرة شهادة ماستر (غير منشورة)، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة البويرة، سنة 2013 م.
- 9- لامية كتو، عقد البيع على التصاميم في القانون 11-04، مذكرة ماجستير في القانون، فرع قانون العقود، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، 2013.
- 10- مرناش بلال وطوباش بلال، عقد بيع العقار على التصاميم في ظل القانون رقم 11-04، مذكرة ماستر في القانون، تخصص قانوني عقاري، قسم قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، 2014/2015.
- 11- نسيم موسى، ضمانات تنفيذ عقد الترقية العقارية (عقد بيع العقار في طور الإنجاز)، أطروحة دكتوراه علوم، فرع القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2015.
- 12- علي بن علي، عقد البيع على التصاميم في ظل القانون 11-04، مذكرة ماجستير، شعبة الحقوق والعلوم السياسية، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة بومرداس، 2015/2016.

- 13- سهام مسكر، التزامات المرقى العقاري المترتبة على بيع السكنات الترفوية، أطروحة دكتوراه، تخصص قانون عقاري وزراعي، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قسنطينة، 2016/2015.
- 14- بوسته حسام الدين، النظام القانوني لعقد البيع على التصاميم في التشريع الجزائري، مذكرة ماستر، تخصص قانون الأعمال، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة، 2017/2016.
- 15- رابح فغور، عقد البيع بناءً على التصميم (دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري)، أطروحة دكتوراه ل.م.د، قسم الشريعة والقانون، كلية الشريعة والاقتصاد، جامعة الأمير عبد القادر، قسنطينة، 2018/2017

ولكن يظهر عليها النقص من جانبين: الجانب الأول قدم بعضها لاعتمادها (بحكم تقدمها التاريخي) على المرسوم التشريعي رقم 03/93 الملغى بالقانون رقم 04/11 الذي يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية؛ والجانب الثاني ندرتها بحكم حداثة العقد بصفة عامة، وقلة من تناوله بالدراسة الأكاديمية القانونية في شقه التطبيقي بصفة خاصة.

وبالنسبة إلى الدراسات الشرعية القانونية المتخصصة حول عقد البيع على التصاميم في الشريعة الإسلامية بصفة عامة فإنها شحيحة، والمصدر الوحيد الذي أشار إلى الموضوع بشكل عام دراسة الباحث رابح فغور، وهي عبارة عن دراسة شرعية مقارنة بالقانون، والملاحظ عليها أن الباحث تأثر بالدراسات القانونية كثيرا، وسائر رأي بعض الفقهاء المعاصرين الذين ذهبوا إلى أن البيع على التصاميم هو عبارة عن صورة من صور عقد الاستصناع المعاصر فقط.

## 7- خطة البحث:

لتحقيق الأهداف المرجوة من هذا البحث، اتبعت الخطة الإجمالية الآتية:

### المقدمة

### الفصل الأول: ماهية وآثار البيع على التصاميم في التشريع الجزائري.

المبحث الأول: مفهوم البيع على التصاميم وأطرافه.

المبحث الثاني: أركان البيع على التصاميم في التشريع الجزائري.

المبحث الثالث: آثار البيع على التصاميم في التشريع الجزائري.

## الفصل الثاني: الإطار القانوني للبيع على التصاميم في التشريع الجزائري.

المبحث الأول: تمييز البيع على التصاميم في التشريع الجزائري عن البيع العادي والمقاولة.

المبحث الثاني: تمييز البيع على التصاميم في التشريع الجزائري عن بعض المعاملات القانونية المشابهة له.

المبحث الثالث: خصائص البيع في التشريع الجزائري على التصاميم وتكييفه القانوني.

## الفصل الثالث: موقف الشريعة الإسلامية من البيع على التصاميم

المبحث الأول: موقف الشريعة الإسلامية من انعدام المحل في البيع.

المبحث الثاني: السلم والاستصناع والعلاقة ببيع المعدوم.

المبحث الثالث: تأصيل الشريعة الإسلامية للبيع على التصاميم.

وأخيرا: الخاتمة.

# الفصل الأول:

ماهية وآثار البيع على التصاميم

في التشريع الجزائري

المبحث الأول: مفهوم البيع على التصاميم وأطرافه في التشريع الجزائري

المبحث الثاني: أركان البيع على التصاميم في التشريع الجزائري

المبحث الثالث: آثار البيع على التصاميم في التشريع الجزائري

## تمهيد:

لقد نظم المشرع الجزائري أحكام البيع في الكتاب الثاني من القانون المدني الجزائري<sup>1</sup> بعنوان الالتزامات والعقود، وأدرجه ضمن العقود الناقلة للملكية، وعرفه في المادة 351 منه على أنه: "البيع عقد يلتزم بمقتضاه البائع أن ينقل للمشتري ملكية الشيء أو حقا ماليا آخر في مقابل ثمن نقدي".

وصور البيع متعددة، ومنها البيع بناء على التصاميم الذي يعتبر صيغة مستحدثة للبيوع العقارية في الجزائر من حيث التنظيم القانوني والممارسة الميدانية، وبالرغم من أهمية هذا النوع من البيوع، إلا أن المشرع الجزائري لم يدرجه ضمن أنواع البيوع التي أوردها في القانون المدني، حيث تناوله من خلال المرسوم التنفيذي رقم 93-03 المتعلق بالنشاط العقاري<sup>2</sup>، ثم ألغى هذا المرسوم بإصداره للقانون رقم 11-04 الذي يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية<sup>3</sup>.

إن حداثة هذا العقد جعلته عقدا مجهولا لدى الكثيرين، وهذا ما جعلنا نحاول الإحاطة بالمسائل المتعلقة به، ومنه نتطرق في هذا الفصل إلى مفهوم البيع على التصاميم (المبحث الأول) وأركانه (المبحث الثاني) وآثاره وجزاء الإخلال بها (المبحث الثالث).

<sup>1</sup> - أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، متضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية عدد 78، الصادرة بتاريخ 30 سبتمبر 1975، معدل ومتمم.

<sup>2</sup> - مرسوم تشريعي رقم 93-03 مؤرخ في 04 مارس 1993، متعلق بالترقية العقارية، الجريدة الرسمية عدد 10، الصادرة بتاريخ 03 مارس 1993 (ملغى).

<sup>3</sup> - قانون رقم 11-04 مؤرخ في 17 فبراير 2011، يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، الجريدة الرسمية عدد 14، الصادرة بتاريخ 06 مارس 2011.

## المبحث الأول: مفهوم البيع على التصاميم وأطرافه في التشريع الجزائري

يعتبر البيع على التصاميم مستحدث في الجزائر، لم تعرفه السوق العقارية إلا في السنوات القليلة الماضية بعد أن عرفت إصلاحات وتعديلات في النشاط العقاري، وما يعدّ تفعيلًا أكثر لهذا النشاط هو صدور القانون 04-11 الذي يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية<sup>1</sup>، والذي أكد على مفهوم البيع على التصاميم كتقنية لشراء البنايات سواء كانت ذات استعمال سكني أو تجاري أو حربي مقرر بناؤها أو في طور البناء، وسنحاول في هذا المبحث إعطاء صورة لمفهوم عقد البيع على التصاميم (المطلب الأول) وأطراف العقد التي ركز عليها التعريف (المطلب الثاني).

### المطلب الأول: التعريف التشريعي والقانوني للبيع على التصاميم

بالرغم من تنظيم المشرع الجزائري لقواعد وأحكام البيع على التصاميم إلا أن تعريفه لهذا الأخير غير دقيق بما فيه الكفاية، وعليه سنحاول في هذا المطلب ضبط تعريف للبيع على التصاميم في التشريع الجزائري (الفرع الأول) ثم التعريف الفقهي له (الفرع الثاني).

### الفرع الأول: التعريف التشريعي للبيع على التصاميم

لم يتطرق المشرع الجزائري لتعريف هذا العقد الجديد، لا في أول قانون ينظم الترقية العقارية في الجزائر أي القانون 86-207<sup>2</sup>، ولا في المرسوم التشريعي رقم 93-03 المتعلق بالنشاط العقاري الذي ألغى قانون الترقية العقارية السابق ذكره، غير أن هذا الأمر لم يستمر طويلا، حيث تدارك المشرع هذا النقص<sup>3</sup> في القانون 04-11 الذي يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية وعرف عقد البيع على التصاميم في المادة 28 من هذا القانون، وكان تعريفه كالآتي: "عقد البيع على التصاميم لبنانية أو جزء من بناية مقرر بناؤها أو في طور البناء، هو العقد الذي يتضمن ويكرّس تحويل حقوق الأرض وملكية البنايات من طرف المرقى العقاري ولفائدة المكتتب موازاة مع تقدم الأشغال، وفي المقابل يلتزم المكتتب بتسديد السعر كلما تقدم الإنجاز...".

من خلال نص المادة، تظهر لنا عدة ملاحظات على هذا التعريف وهي كما يلي:

<sup>1</sup> - قانون رقم 04-11 يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، مرجع سابق.

<sup>2</sup> - قانون رقم 86-07 المؤرخ في 04 مارس 1986، متعلق بالترقية العقارية، الجريدة الرسمية عدد 10، الصادرة بتاريخ 05 مارس 1986 (ملغى).

<sup>3</sup> - عياشي شعبان، عقد بيع العقار بناء على التصاميم، أطروحة دكتوراه دولة، قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة، 2012/2011، ص 18.

أولاً: إن إطلاق مصطلح البيع على التصاميم على هذا النوع من البيع يتسم بالعموم، حيث يدخل فيه المنقول والعقار كبيع الطائرة والسيارة مثلاً، فكان من الأفضل تسميته ببيع العقار بناء على التصاميم<sup>1</sup>.

ثانياً: محل البيع قد يكون عينا لم تنجز بعد أو في طور الإنجاز<sup>2</sup>.

ثالثاً: تركيز المشرع الجزائري في تعريف عقد البيع على التصاميم على الآثار، حيث اعتبره عقدا منشأ للالتزام بنقل الملكية ودفع الثمن، وذلك بعد اتخاذ الإجراءات القانونية اللازمة لترتيب هذه الآثار<sup>3</sup>، فالعنصران الأساسيان فيه هما نقل الملكية ودفع الثمن، وهما العنصران اللذان يتميز بهما البيع بصفة عامة، فالمشرع لم يركز على العناصر الأساسية لهذا العقد، وهما التزام البائع بالبناء والمدة التي يقام خلالها البناء، فلا يوجد عقد بيع بناء على التصاميم دونهما أو بدون أحدهما<sup>4</sup>.

رابعاً: القول بدفع الثمن حسب تقدم الأشغال هو أمر منطقي لا غبار عليه، لكن القول بأن تحويل ملكية البناءات وحقوق الأرض موازاة مع تقدم الأشغال فالأمر يستدعي التوضيح<sup>5</sup>، هل قصد المشرع أن نقل الملكية يتم على مراحل؟ وهذا يتنافى مع الإجراءات القانونية اللازمة لنقل الملكية العقارية، أم أنه قصد فصل ملكية الأرض عن ملكية البناءة؟ وهنا يجب ألا يتضمنها العقد نفسه وإلا خضعا لإجراء واحد، إلا أن هذا الأمر لا يمكن تصوره نظراً لأن عقد البيع على التصاميم من العقود النموذجية التي تشمل نقل ملكية الأرض والبناءة معا<sup>6</sup>.

وعليه فإن الالتزام بدفع أقساط الثمن يكون بالموازاة مع تقدم الأشغال، وليس مع انتقال الملكية، ونعتقد أن المشرع وقع سهواً في هذا الغلط، نأمل أن يتدارك ذلك حتى يزيل اللبس الذي يكتنف نص المادة 28 من القانون رقم 04-11 التي تعد الأساس في تعريف عقد البيع على التصاميم<sup>7</sup>.

1 - عياشي شعبان، عقد بيع العقار بناء على التصاميم، مرجع سابق، ص 18.

2 - مرناش بلال وطوباش بلال، عقد بيع العقار على التصاميم في ظل القانون رقم 04-11، مذكرة ماستر في القانون، تخصص قانوني عقاري، قسم قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، 2015/2014، ص 10.

3 - علي بن علي، عقد البيع على التصاميم في ظل القانون 04-11، مذكرة ماجستير، شعبة الحقوق والعلوم السياسية، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة بومرداس، 2016/2015، ص 12.

4 - عياشي شعبان، عقد بيع العقار بناء على التصاميم، مرجع سابق، ص 20.

5 - لامية كسو، عقد البيع على التصاميم في القانون 04-11، مذكرة ماجستير في القانون، فرع قانون العقود، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، 2013، ص 36.

6 - بوسته حسام الدين، النظام القانوني لعقد البيع على التصاميم في التشريع الجزائري، مذكرة ماستر، تخصص قانون الأعمال، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة، 2017/2016، ص 8.

7 - علي بن علي، عقد البيع على التصاميم في ظل القانون 04-11، مرجع سابق، ص 13.



خامسا: التعريف التشريعي لعقد البيع على التصاميم يبدو عليه نوع من الغموض، إذ أن المشرع الجزائري لم يعط تعريفا دقيقا شاملا يحدد فيه طبيعة هذا العقد التي تبرز خصوصيته عن عقد بيع العقار المنظم وفقا للأحكام العامة<sup>1</sup>. بعد هذه الملاحظات حول التعريف التشريعي وجب اللجوء إلى النصوص الفقهية التي عرفت هذا العقد، ومنها يمكن استخلاص تعريف جامع لعقد البيع على التصاميم.

### الفرع الثاني: التعريف الفقهي (القانوني) للبيع على التصاميم

إن للبيع على التصاميم عدة جوانب مختلفة، كانت السبب في اختلاف فقهاء القانون في تعريفه نظرا لتركيز كل فقيه على إحداها، ولكن نحاول أن نتناول بعضها منها ونستخلص التعريف الأشمل.

فقد عرفه فتحي ويس بأنه: "هو عقد بيع عقاري محلّه عقار في طور التشييد يلتزم بمقتضاه المرقى العقاري-البائع- بأن يتم تشييده في الأجل المتفق عليه وبالمواصفات المطلوبة وأن ينقل ملكيته للمشتري الذي يلتزم بأن يدفع للبائع أثناء التشييد دفعات مخصصة من ثمن البيع تحدد قيمتها وآجال دفعها بالاتفاق"<sup>2</sup>.

وعرفه محمد المرسي زهرة بأنه: «ذلك البيع الذي بموجبه يلتزم البائع بتشبيد عقار خلال أجل مبين في العقد»<sup>3</sup>.

وعرفه علاء حسين علي بأنه: "العقد الذي يلتزم بمقتضاه شخص طبيعي أو معنوي بتشبيد مبان على أرضه أو أرض يملك حق البناء عليها لحساب المشتري، ونقل ملكيتها له وتسليمه إياها حسب المواصفات المتفق عليها، خلال مدة زمنية متفق عليها أو مدة معقولة، مقابل أقساط تدفع حسب التقدم في أعمال البناء أو على فترات زمنية محددة"<sup>4</sup>.

وعرفه براتون الفرنسي بأنه: "البيع الذي يقع على عقار لم يشيد بعد، يلتزم البائع بمقتضاه بالإيجاز والالتزام بنقل الملكية للمشتري، هذه الطريقة تسمح للمشيد من الحصول على السيولة المالية تساعد في تجميع رأسمال المشروع، وذلك ببيع العقار قبل وأثناء مراحل الإنجاز"<sup>5</sup>.

والملاحظ أن هذه التعاريف منها من ركز على التزامات الطرفين (المرقي العقاري والمكاتب) مع عدم ذكر الضمانات المقدمة من طرف البائع مثل التعريف الأول والثاني، ومنها من ركز على التزامات البائع مع إهمال ذكر

<sup>1</sup> - المادة 351 من أمر 75-58، متضمن القانون المدني (معدل ومتمم)، مرجع سابق.

<sup>2</sup> - فتحي ويس، المسؤولية المدنية والضمانات الخاصة في بيع العقار قبل الإنجاز - دراسة مقارنة في التشريعين الجزائري والفرنسي - رسالة ماجستير في القانون العقاري، كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب البلدة، 2004، ص 49.

<sup>3</sup> - محمد المرسي زهرة، بيع المباني تحت الإنشاء دراسة مقارنة في القانون المصري والكويتي والفرنسي، مصر، سنة 1998، ص 19.

<sup>4</sup> - علاء حسين علي، عقد بيع المباني تحت الإنشاء - دراسة مقارنة - منشورات زين الحقوقية، دون طبعة ومكان النشر، لبنان، 2011، ص 179.

<sup>5</sup> - Hidffinger Baraton, Vente d'immeuble à construire, répertoire de civil, 2<sup>ème</sup> Edition, Dalloz, Paris, 1988, p 12.

التزامات المشتري، التي بدورها تمثل عنصرا جوهريا في مثل هذا النوع من البيوع كما هو الحال في التعريف الثالث والرابع.

ولكن من خلال هذه التعاريف نلاحظ جوانب من التشابه وتمثل فيما يلي:

- عقد يرد على عقار غير موجود زمن التعاقد.
- الالتزام بالإيجاز.
- الالتزام بالمدة المحددة في العقد.
- الالتزام باحترام المواصفات والنماذج المتفق عليها.
- الالتزام بنقل ملكية العقار للمكتب.
- الالتزام بالتسليم.
- التزام المشتري بدفع الثمن المتفق عليه.

وفي الأخير يمكن تعريف عقد البيع على التصاميم بأنه: "عقد رسمي يقع على عقار في طور الإنجاز بشرط تقديم الضمانات التقنية والمالية الكافية من طرف المتعامل في الترقية العقارية، بصفته البائع الذي يلتزم بتشديد البناء في الأجل المتفق عليه، وتسليمها للمستفيد بصفته المشتري بالمواصفات المتفق عليها والمطابقة لقواعد البناء والتعمير، وفي المقابل يلتزم المشتري بدفع التسبيقات والدفوعات الجزأة على مراحل تقدم الإنجاز، مخصومة من ثمن البيع، وتحدد قيمتها وطريقة وأجال دفعها بالاتفاق"<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> - إيمان بوسنة، النظام القانوني للترقية العقارية، دار الهدى، الطبعة الأولى، عين مليلة، الجزائر، سنة 2011، ص 74.

## المطلب الثاني: أطراف البيع على التصاميم في التشريع الجزائري

لقد ركزت التعاريف السابقة وكذا التعريف المختار لعقد البيع على التصاميم على ذكر أطراف العقد (ملحق رقم 01)<sup>1</sup> وهما المرقي العقاري أو البائع (الفرع الأول) والمكاتب أو المشتري (الفرع الثاني).

## الفرع الأول: المرقي العقاري (البائع)

لقد نصت المادة 29 من القانون رقم 04-11 على أنه: "لا يمكن إبرام عقد بيع على التصاميم وعقد حفظ الحق لعقار مقرر بناؤه أو في طور البناء إلا من طرف المرقي العقاري..."<sup>2</sup>.

فمن هو المرقي العقاري، وما هي الشروط الواجب توفرها فيه، وما أنواعه؟

## البند الأول: تعريف المرقي العقاري

عرف المشرع الجزائري المرقي العقاري في المادة 03 من القانون 04-11 بما يلي: "يعدّ مرقياً عقارياً، في مفهوم هذا القانون كل شخص طبيعي أو معنوي يبادر بعمليات بناء مشاريع جديدة أو ترميم أو إعادة تأهيل أو تجديد أو إعادة هيكلة أو تدعيم بنايات تتطلب أحد هذه التدخلات، أو تهيئة أو تأهيل الشبكات قصد بيعها أو تأجيرها"<sup>3</sup>.

يتبين من خلال هذا النص أن المشرع الجزائري في تعريفه للمرقي العقاري وسع في مهامه من خلال النشاطات التي يقوم بها، وحددها في المبادرة ببناء مشاريع جديدة، أو ترميم أو إعادة تأهيل أو تجديد أو إعادة هيكلة أو تدعيم بنايات تتطلب أحد هذه التدخلات أو تهيئة وتأهيل الشبكات قصد بيعها أو تأجيرها<sup>4</sup>.

ويعدّ المرقي العقاري الشخص الوحيد الذي خصه المشرع بأهلية القيام بهذا النوع من العقود وفق الشروط المحددة قانوناً<sup>5</sup>. وهو ما نصت عليه المادة 29 من القانون 04-11 السابق: "لا يمكن إبرام عقد البيع على التصاميم وعقد حفظ الحق لعقار مقرر بناؤه أو في طور البناء إلا من طرف المرقي العقاري"، كما تنص المادة 4 (الفقرة 2)، 18، 19، 20 و 21 من هذا القانون، فالمقاول أو المهندس أو البناء لا يستطيع أن يبيع المنزل قبل تمام إنجازها، وإن

1 - ص 230.

2 - القانون رقم 04-11 يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، مرجع سابق.

3 - القانون رقم 04-11 يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، مرجع سابق.

4 - عائشة طيب، عقد البيع على التصاميم في ظل القانون 04-11، مجلة دراسات قانونية، مركز البصيرة للبحوث والاستشارات والخدمات العلمية، العدد 13، سنة 2011، ص 69.

5 - حمداني داني، النظام القانوني لعقد بيع العقار على التصاميم في التشريع الجزائري، مذكرة ماستر، تخصص عقود ومسؤولية، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة البويرة، سنة 2013، ص 22.

حدث أن قام بذلك دون أن يكون مكتسبا لصفة المرقى العقاري فإن تصرفه يكون بمثابة بيع لشيء مستقبلي عادي وليس بيعا لعقار قبل الإنجاز، وبالتالي لا يخضع لأحكام هذا العقد.

### البند الثاني: الشروط الواجب توفرها في المرقى العقاري

لقد ترتب على عدم وجود قانون ينظم مهنة المرقى العقاري إلى أن الأشخاص الذين مارسوا مهنة "المتعامل في الترقية العقارية"، هم في الأصل مقاولون، فكل من كان يحمل صفة "مقاول بناء" له الحق في مزاول مهنة المرقى العقاري دون شرط أو قيد، وقد أثبت الميدان العملي عجز الكثيرين منهم، وحدثت مشاكل كبيرة أدت إلى فشل القوانين المنظمة للترقية العقارية نظرا لهذا الفراغ القانوني<sup>1</sup>.

لذلك انتهر المشرع فرصة إصلاح الإطار التشريعي المنظم لنشاط الترقية العقارية، أين ضمن القانون الجديد المحدد للقواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية الصادر سنة 2011 نصوصا قانونية خاصة بمهنة المرقى العقاري وشروط مزاولتها (المواد من 17 إلى 23)، وتمثل شروط مزاول مهنة المرقى العقاري فيما يلي:

1- **ملكية الوعاء العقاري:** يجب على بائع العقار على التصاميم (المرقى العقاري) أن يكون مالكا للعقار له سلطة استعماله واستغلاله والتصرف فيه، مع مراعاة ما للملكية من وظيفة اجتماعية إذا تعارضت مع المصلحة العامة أو المصلحة الخاصة، ومن صور التصرف في العقار هو البيع، فبائع العقار على التصاميم يجب أن يكون مالكا للوعاء العقاري، إذ يلتزم بتقديم عقد الملكية عند جميع مراحل عملية إبرام العقد<sup>2</sup>.

2- **أن يكون مسجلا في السجل التجاري:** حيث نصت الفقرة 01 من المادة 04 من القانون رقم 04-11: "يرخص للمرقين العقاريين المعتمدين والمسجلين في السجل التجاري بالمبادرة بالمشاريع العقارية".

فالمعامل في الترقية العقارية ملزم بالتسجيل في السجل التجاري، والتسجيل في السجل التجاري للمرقى العقاري لا يختلف عن باقي التسجيلات التجارية، إلا فيما يتعلق بالرمز، إذ يحمل رقم 109-218 (أي مرقى عقاري)، وليس له مدة صلاحية إلا إذا صدر قانون يحدد إعادة القيد التجاري، لتصفية الوضعيات الجبائية خاصة في حالة التهرب الضريبي<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - عياشي شعبان، عقد بيع العقار بناء على التصاميم، مرجع سابق، ص 107.

<sup>2</sup> - لموسخ محمد، "الضمانات القانونية في عقد البيع على التصاميم"، مجلة المنتدى القانوني، العدد 6، كلية الحقوق، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، سنة 2009، ص 59.

<sup>3</sup> - علي بن علي، عقد البيع على التصاميم في ظل القانون 04-11، مرجع سابق، ص 49.

3- أن يكون حاصلًا على اعتماد ومسجلًا في الجدول الوطني للمرقين العقاريين: نصت على ذلك الفقرة 02 من المادة 04 من القانون 11-04: "لا يمكن أيًا كان أن يدعي صفة المرقى العقاري، أو أن يمارس هذا النشاط ما لم يكن حاصلًا على اعتماد ومسجلًا في الجدول الوطني للمرقين العقاريين حسب الشروط والكيفيات المحددة في هذا القانون"، كما نصت على ذلك أيضا المادة 23 من القانون نفسه: "يتطلب منح الاعتماد للمرقى العقاري تسجيله في الجدول الوطني للمرقين العقاريين، ويعدّ ترخيصًا لممارسة المهنة، مع مراعاة القيام بالإجراءات الشكلية الإدارية والجبائية المطلوبة للحصول عليه..."، ولتنظيم مهنة المرقى العقاري التي لم تعد متاحة لأي شخص أقر القانون رقم 11-04 إنشاء مجلس أعلى لمهنة المرقى العقاري في نص المادة 24 منه.

4- ألا يكون من الأشخاص الذين صدر ضدهم أحكام في جريمة من الجرائم التالية:

- التزوير واستعمال المزور في المحررات الخاصة أو التجارية أو البنكية.
  - السرقة وإخفاء المسروقات وخيانة الأمانة والتفليس وابتزاز الأموال أو القيم أو التوقيعات.
  - النصب وإصدار شيك بدون رصيد.
  - شهادة الزور واليمين الكاذبة والغش الضريبي.
  - الجنح المنصوص عليها بموجب الأحكام التشريعية المتعلقة بالشركات التجارية.
- كما يمنع من ممارسة مهنة المرقى العقاري كل الأعضاء المشطوبين تأديبيا وبصفة نهائية، بسبب الإخلال بنزاهة المهن المشكلة في النقابات، وقد نصت على هذا الشرط المادة 20 الفقرة 01.
- وبالإضافة إلى الأحكام السابقة فقد اشترطت المادة 21 من القانون نفسه في المرقى العقاري الذي يقدم طلبا لاعتماده أن يكون متمتعًا بحقوقه المدنية، والهدف من هذا الشرط هو حرص المشرع على تطهير قطاع الترقية العقارية من المتطفلين غير الشرفاء الذين عبثوا بأقوات الناس، فلا مكان فيه لمن لا يكون أمينًا في تنفيذ التزاماته ولا يحترم تعهداته<sup>1</sup>.

5- الخضوع إلى رخص وشهادات التعمير: وتتمثل هذه الشهادات في رخصة التجزئة، رخصة

البناء(ملحق رقم 04)<sup>2</sup>، شهادة التعمير، شهادة المطابقة(ملحق رقم 03)<sup>3</sup>

6- الاككتاب: يلتزم المرقى العقاري في عقد البيع على التصاميم بالاكتتاب لدى صندوق الضمان والكفالة

المتبادلة للترقية العقارية والذي يتولى طبقا للمادة 54 من القانون 11-04 الذي يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية، ضمان تسديد الدفعات التي قام بدفعها المكتتبون في شكل تسبيقات، وضمن إتمام الأشغال وضمن تغطية أوسع للالتزامات المهنية والتقنية، لذا يتوجب على المرقى العقاري بأن

<sup>1</sup> - عياشي شعبان، عقد بيع العقار على التصاميم، مرجع سابق، ص ص 109-110.

<sup>2</sup> - ص 244.

<sup>3</sup> - ص 243.

- يرفق جدولاً مفصلاً عن نسبة الأشغال المنجزة والمبالغ التي دفعها المشتري، إما نقداً أو بواسطة شيك، ثم تنتقل مصالح الصندوق لتعابن الأشغال المنجزة وتحقق من مطابقة الواقع للجدول<sup>1</sup>.
- 7- **الكفاءات المالية:** تنص المادة 12 من القانون رقم 04-11 على أنه: "يجب أن يبادر بالمشاريع المعدة للبيع والإيجاز محترفون يمتلكون... والقدرات المالية الكافية"، وهذا حماية للمقتنين.
- 8- **المؤهلات العلمية:** ترتبط هذه المؤهلات بالنشاط، ويراد بها حيازة شهادة علمية تثبت كفاءته في مجال الترقية العقارية، حيث نصت المادة 06 فقرة 01 من المرسوم التنفيذي رقم 12-85 على أنه: "لا يمكن أيًا كان التقدم بطلب الاعتماد لممارسة مهنة المرقي العقاري ما لم يستوف الشروط الآتية: ... أن يثبت كفاءات مهنية ترتبط بالنشاط يقصد في هذا المرسوم بكفاءة مهنية حيازة شهادة عليا في مجال الهندسة المعمارية أو البناء أو القانون أو الاقتصاد أو المالية أو التجارة أو أي مجال تقني آخر يسمح بالقيام بنشاط المرقي العقاري"<sup>2</sup>.

### البند الثالث: أنواع المرقي العقاري

- بالرجوع إلى الفقرة 14 من المادة 03 من القانون رقم 04-11 المرقي العقاري أو البائع قد يكون شخصا طبيعيا وقد يكون شخصا معنويا، لذلك فالمرقي قد يكون شخصا طبيعيا أو معنويا<sup>3</sup>.
- وبناء على ذلك يمكن تحديد نوعين من المرقين العقاريين وهما: المرقي العقاري العمومي (أولا) والمرقي العقاري الخاص (ثانيا).

### أولا: المرقي العقاري العمومي:

- هو كل شخص عمومي تابع للدولة يعمل لحسابها، أي خاضع في تصرفاته للقانون العام<sup>4</sup>، ويتمثل المرقي العقاري العمومي فيما يلي:

1 - بوسنة حسام الدين، النظام القانوني لعقد البيع على التصاميم في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص 26.

2 - مرسوم تنفيذي رقم 12-85 المؤرخ في 20 فيفري 2012، المتضمن دفتر الشروط النموذجي الذي يحدد الالتزامات والمسؤوليات المهنية للمرقي العقاري، الجريدة الرسمية، عدد 11، صادرة في 26 فيفري 2012.

3 - بوسنة إيمان، النظام القانوني للترقية العقارية، مرجع سابق، ص 59.

4 - طيب عائشة، عقد البيع على التصاميم في ظل القانون رقم 04-11، مرجع سابق، ص 71.

**1- دواوين الترقية والتسيير العقاري (OPIGI)**

تعتبر دواوين الترقية والتسيير العقاري مؤسسات عمومية وطنية ذات طابع صناعي وتجاري، تتمتع بالشخصية المعنوية واستقلالية الذمة المالية، وتعد تاجرة في علاقاتها مع الغير، وتخضع لقواعد القانون التجاري<sup>1</sup>.

**2- المؤسسة الوطنية للترقية العقارية (ENPI)**

وهي عبارة عن مؤسسة عمومية اقتصادية أنشأت من طرف شركة تسيير مساهمات الدولة، تأخذ على عاتقها طلبات المواطنين على السكن من ذوي الدخل المتوسط الذين لا تتوفر فيهم شروط الحصول على السكن الاجتماعي أو شروط الاستفادة من السكن الاجتماعي.

**3- الوكالة الوطنية لتحسين السكن وتطويره (AADL)**

تعتبر الوكالة الوطنية لتحسين السكن وتطويره مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري، تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي وتخضع في علاقاتها مع الغير إلى أحكام القانون التجاري.

**4- مؤسسة ترقية السكن العائلي (EPLF)**

تعتبر مؤسسة عمومية اقتصادية ذات أسهم تخضع للقانون التجاري وتتمتع بالشخصية القانونية والاستقلال المالي وتقوم بمهمة الإنجاز والبيع في إطار إنجاز جميع العمليات الرامية إلى الحصول على مسكن فردي عائلي<sup>2</sup>، وهذه المؤسسة أدمجت مؤخرا مع المؤسسة الوطنية للترقية العقارية السابقة الذكر.

**ثانيا: المرقى العقاري الخاص**

سمح المشرع الجزائري للخواص بالاستثمار في مجال الترقية العقارية التي لم تعد حكرا على مؤسسات الدولة، وذلك في نص الفقرة 14 من المادة 03 من القانون رقم 04-11 السالفة الذكر، والتي تبين أن المرقى العقاري قد يكون شخصا طبيعيا أو شخصا معنويا، إما في شكل شخص واحد في إطار شركة ذات الشخص الوحيد أو شركة توصية بسيطة أو شكل شركة مساهمة وقد تأخذ شكل تعاونيات عقارية خاصة تهدف إلى تحقيق الربح<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - عربي بايزيد، النظام القانوني للترقية العقارية في الجزائر، رسالة ماجستير في القانون الخاص، تخصص قانون عقاري، كلية الحقوق، جامعة باتنة، سنة 2010، ص 29.

<sup>2</sup> - بوسنة حسام الدين، النظام القانوني لعقد البيع على التصاميم في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص 27.

<sup>3</sup> - سهام مسكر، بيع العقار على التصاميم في الترقية العقارية، مذكرة ماجستير، تخصص القانون العقاري والزراعي، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة البليدة، 2005/2006، ص 17.

## الفرع الثاني: المكتتب أو المشتري

يعتبر المشتري هو الطرف الثاني في العلاقة التعاقدية في البيع على التصاميم حيث سماه القانون 04-11 الذي يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية بالمقتني أحيانا وبالمكتتب أحيانا أخرى، وعلى العموم فإن مجمل الأحكام التي تطبق عليه مستمدة من القواعد العامة باستثناء تلك التي تتوافق مع خصوصية البيع على التصاميم<sup>1</sup>. ولكن هل عرف القانون 04-11 المكتتب أولا؟ (البند الأول) وماهي الشروط الواجب توافرها فيه (البند الثاني).

### البند الأول: تعريف المكتتب

لم يعرف المشرع الجزائري المكتتب لا في القانون المدني ولا في القانون 04-11 الذي يحدد القواعد التي تنظم الترقية العقارية ولا في قوانين الترقية العقارية السابقة له، وإنما أجمعت هذه القوانين على كون المكتتب هو من يلتزم بدفع الثمن وتسلم المبيع<sup>2</sup>.

غير أنه وبالرجوع إلى بعض الكتابات الفقهية نجد من عرّف المشتري (المكتتب) بأنه: "كل شخص طبيعي أو معنوي يقوم بدفع مبالغ جزئية على شكل تسبيقات على الطلب في إطار عقد البيع على التصاميم، لغرض الحصول على كل أو جزء من بناية صغيرة من طرف المتعامل في الترقية العقارية في إطار مشروع الترقية العقارية"<sup>3</sup>.

### البند الثاني: الشروط الواجب توافرها فيه

لكي ينعقد عقد البيع على التصاميم برضا صحيح، يشترط في المقتني أن يكون شخصا مؤهلا قانونيا لإبرام العقد، وذلك بضرورة توفر الأهلية القانونية اللازمة لإبرام العقد وهي بلوغ سن الرشد القانوني وهو 19 سنة كاملة، وبما أن عقد البيع على التصاميم من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر فإن المشتري إذا كان ناقص الأهلية فإن تصرفه قابل للإبطال يتوقف على إجازة الولي أو الوصي أو بإذن من المحكمة، كما لا يجب أن تعترى المكتتب عوارض الأهلية من جنون أو عته أو غفلة أو عيب من عيوب الإرادة كالغلط والاستغلال والتدليس، وتجدر الإشارة إلى أن المكتتب قد يتعاقد أصالة عن نفسه وقد يوكل شخص آخر نيابة عنه يتصرف في حدود الوكالة الممنوحة له من طرف الموكل وحسابه<sup>4</sup>. وهذه الشروط خاصة بالمكتتب في بيع الترقوي حر.

<sup>1</sup> - بوسنة حسام الدين، النظام القانوني لعقد البيع على التصاميم في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص 28.

<sup>2</sup> - لامييه كتو، عقد البيع على التصاميم في القانون 04-11، مرجع سابق، ص 71.

<sup>3</sup> - علي بن علي، عقد البيع على التصاميم في ظل القانون رقم 04-11، مرجع سابق، ص 50.

<sup>4</sup> - عائشة طيب، عقد البيع على التصاميم في ظل القانون 04-11، مرجع سابق، ص 76.



بالإضافة إلى ما ذكر فإن المكتتب الراغب في الاكتتاب في البيع الترقوي التساهمي أو البيع الترقوي المدعم، فإنه يخضع لشروط زائدة، فالذي يرغب في شراء سكن ترقوي مدعم عليه استيفاء الشروط المطلوبة وهي:

- 1- ألا يزيد دخله الشهري 6 مرات عن الدخل الوطني الأدنى المطلوب.
- 2- ألا يكون قد استفاد من سكن اجتماعي.
- 3- ألا يكون مالكا لقطعة أرضية أو مسكن.

وقد نصت على هذه الشروط المادة 6 من القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 13 سبتمبر 2008 الذي يحدد كيفيات تطبيق المرسوم التنفيذي رقم 94-308 المحدد لقواعد تدخل الصندوق الوطني للسكن في مجال الدعم المالي للأسر<sup>1</sup>.

---

1- عياشي شعبان، عقد بيع العقار بناء على التصاميم، مرجع سابق، ص ص 111، 112.

## المبحث الثاني: أركان البيع على التصاميم في التشريع الجزائري

البيع على التصاميم عقد ملزم لجانبين، ولكي يكون هذا العقد مرتبا لكافة آثاره يجب أن تكون صحيحة، وهو أن يخضع إلى القواعد العامة في إبرام العقود، شأنه شأن بقية العقود الأخرى من حيث ضرورة توافر أركان وشروط موضوعية (المطلب الأول)، وأخرى شكلية (المطلب الثاني).

### المطلب الأول: الأركان الموضوعية في البيع على التصاميم في التشريع الجزائري

إن البيع على التصاميم صورة من صور عقد البيع عامة، ومنه يشترط اقتران إرادتين متطابقتين، وهو ما يعبر عنه بالتراضي (الفرع الأول) بالإضافة إلى تحديد موضوع هذا العقد وهو ما يعرف بالمحل (الفرع الثاني)، ويجب تحديد الغرض الذي دفع المتعاقدين للتقاعد وهو ما يعرف بالسبب (الفرع الثالث)، وهذه هي الأركان الموضوعية لأي عقد بيع.

### الفرع الأول: التراضي

يعتبر التراضي هو أساس العقد وقوامه فلا يقوم بغير توافره<sup>1</sup>، ولكي يكون العقد صحيحا لا يكفي وجود التراضي وتطابق الإرادتين بل يجب أن تكون هاتان الإرادتان صحيحتين، ففي العقد يجب البحث عن وجود التراضي ومدى صحته<sup>2</sup>، ويتحقق الرضا في عقد البيع على التصاميم بتحقيق الإيجاب (البند الأول) والقبول (البند الثاني) وبيان عناصر الرضا (البند الثالث).

### البند الأول: الإيجاب

يعرف الإيجاب بأنه: "هو العرض الصادر من شخص يعبر بوجهه جازم عن إرادته في إبرام عقد معين، بحيث إذا ما اقترن به قبول مطابق له انعقد العقد"<sup>3</sup>، ويعتبر الإيجاب كاملا إذا عينت فيه العناصر الجوهرية للعقد، أما إذا كان مصحوبا بتحفظ فهو غير بات أو مجرد دعوة للتعاقد، وإذا اقترن الإيجاب بأجل للقبول التزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى انقضاء هذا الأجل<sup>4</sup>.

1 - محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، الطبعة الرابعة، دار الهدى، سنة 2009، ص 79.

2 - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني (مصادر الالتزام)، الجزء الأول، دون طبعة، دار إحياء التراث العربي، لبنان، سنة 1969، ص 142.

3 - العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون الجزائري، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 2001، ص 49.

4 - سهام مسكر، بيع العقار بناء على التصاميم في الترقية العقارية، مرجع سابق، ص 59.

وغالبا ما يسبق الإيجاب في البيع على التصاميم الإعلان عن مشروع البناء والترويج له من قبل المرقيين العقاريين في مختلف وسائل الإعلام، ولقد ساد الاختلاف حول ما إذا كان هذا الإعلان هو عبارة عن إيجاب أم لا؟<sup>1</sup>.

فيرى جانب من الفقه، أن فتح باب الحجز للحصول على شقة مع بيان أوصافها وتحديد ثمنها هو إيجاب بات ونهائي صادر عن صاحب الإعلان، ويكون مقدم الحجز هو في الواقع جزء من الثمن، والإعلان إذا كان يحتوي على كافة العناصر الرئيسية لإبرام عقد البيع للشيء المبيع، الشقة محل الإعلان مثلا، والثمن، وكيفية دفعه، فإن استلام مقدم الحجز يعتبر في حد ذاته قبولا من الحاجز للإيجاب الصادر من الشركة المعلنة للحجز، ينعقد به العقد وتتوجب عليه كافة الآثار التي يرتبها البيع عموما، وبحيث يظل الإيجاب الصادر من الشركة صاحبة الإعلان قائما وملزما إلى أن تنتضي المدة المحددة للقبول متى حدد له ميعاد أو بنفاذ الشقق المعروضة للبيع.<sup>2</sup>

وهناك من يرى كذلك أن الإعلان بمثابة إيجاب كامل موجه للجمهور، إلا أنه يشترط فيه أن يتضمن بيانا مفصلا عن الأسعار أو الثمن المقدر وإلا أعتبر مجرد دعوة للتعاقد، ويكفي عرض الطلب فإذا نفذت فالموجب غير ملزم بإيجابه، ويسقط الإيجاب بانقضاء المدة المحددة لتقديم الطلبات، ويعتبر القبول صحيحا إذا اقترن بالإيجاب وهو ما يزال قائما.

في حين يرى جانب آخر من الفقه، أن الكثرة من الشركات المعلنة تستخدم ألفاظا لا تفيد أن إعلانها يعتبر هو الموجب الذي يقدم الإيجاب، وأن العقد لا ينعقد إلا بقبول من الشركة المعلنة، وأنه يترتب على هذه الإعلانات أولوية في الحصول على السلعة، وهي العقار الذي تقدمه الشركة المعلنة، ولا يعتبر استلام طلب الحجز ولا حتى استلام مقدم الحجز في ذاته دالا على قبول الإيجاب الحاجز.<sup>3</sup>

### البند الثاني: القبول

القبول موافقة الموجب إليه على الإيجاب المعروض عليه من قبل الموجب، وفي عقد البيع على التصاميم لا بد أن يكون القبول صريحا وباتا، إذ لا يمكن من الناحية العملية أن يكون سكوت المشتري قبولا بالتعاقد، فعليه أن يقرر صراحة الموافقة على مشروع البناء المعروض عليه أو رفضه.<sup>4</sup>

1 - حمداني داني، النظام القانوني لعقد العقار على التصاميم، مرجع سابق، ص 30.

2 - محمد المرسي زهرة، عقد البيع تحت الإنشاء، دراسة مقارنة بين القانون المصري، الفرنسي والكويتي، مرجع سابق، ص 64-66.

3 - الأودن سمير عبد السميع، تملك وحدات البناء تحت الإنشاء والضمانات الخاصة لمشتري الوحدات السكنية، الطبعة الأولى، مكتبة ومطبعة الإشعاع الفنية، الإسكندرية، سنة 2011، ص 14.

4 - علاء حسين علي، عقد بيع المباني تحت الإنشاء، دراسة قانونية مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية، لبنان، سنة 2011، ص 71.

فإذا ما وافق القبول الإيجاب بكافة شروطه، من حيث طبيعة عمل البناء المراد تنفيذه والتمن والضمان المشروط فإن العقد ينعقد من لحظة صدور القبول في التعاقد<sup>1</sup>.

### البند الثالث: عناصر الرضا

لانعقاد عقد البيع يجب أن ينصب الرضا كما في سائر العقود على ماهية العقد المحل (المبيع) والتمن.

#### 1- الرضا على ماهية العقد: فقد حرص المشرع الجزائري على ضمان رضا المشتري على وجه الخصوص

بماهية العقد في البيع على التصاميم من خلال النقاط التالية<sup>2</sup>:

أ- الحرص على إعلام المشتري بمشروع عقد البيع على التصاميم، وهذا ما جاء في نص المادة 41 من القانون رقم 04-11 التي تنص على وجوب الإعلام عن مشروعه وبيان كل ما يتعلق به قبل أي عرض للبيع.

ب- الحرص على إعلام المشتري بظروف التنفيذ، وذلك بوجوب تحديد مدة إتمام تشييد البناية.  
ج- التزامه بإفراغ العقد في قالب رسمي، حيث يحق للمشتري الاستفسار عن أي شيء يبدو له غامضاً في العقد.

#### 2- الرضا على المبيع: حرص المشرع الجزائري على ضمان إعلام المشتري بالعقار المبيع إعلاماً تاماً،

وذلك بالنص على وجوب أن يحدد في العقد:

أ- وصف البناية أو جزء من البناية المباعة ومشمولاتها.

ب- رخصة البناء المنصوص عليها في التنظيم الجاري به العمل.

#### 3- الرضا على الثمن: حيث تنص المادتين 37 و38 من القانون رقم 04-11 على وجوب بيان سعر

البيع وأجال الدفع وكيفيات مراجعته وعناصر مراجعته ونسبة المراجعة وشروط الدفع وكيفيته، مما يحقق للمشتري علماً تاماً بنظام الدفع في مثل هذا النوع من البيوع.

والتمن يحدد حسب تقدم الأشغال، وهو قابل للمراجعة بحسب الظروف والملابسات التي تقترن بعملية إنجاز البناية، وقد حدد القانون النصاب الأعلى للمراجعة بـ 20%<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - علي بن علي، عقد البيع على التصاميم في ظل القانون 04-11، مرجع سابق، ص 51.

<sup>2</sup> - علي بن علي، عقد البيع على التصاميم في ظل القانون 04-11، مرجع سابق، ص 51.

<sup>3</sup> - المادتان 37 و38 من القانون 04-11، يحدد القواعد التي تنظم الترقية العقارية، مرجع سابق.

## الفرع الثاني: المحل

ويقصد بالمحل العملية القانونية المراد تحقيقها، وتتضمن التزامات متقابلة لكلا الطرفين، فطبقا للقواعد العامة فمحل التزام البائع نقل ملكية المبيع، ومحل التزام المشتري دفع الثمن، لذا يعتبر المبيع والثمن محلين رئيسيين في عقد البيع<sup>1</sup>.

1- المبيع: ويشترط فيه حسب المادة 92 في القانون المدني<sup>2</sup> شروط وهي ما يلي:

أ- أن يكون موجودا أو ممكنا الوجود: العقار في البيع على التصاميم قابل للوجود، واحتمال الوجود في المستقبل يكفي لانعقاده صحيحا نظرا للضمانات التي أحاطه بها المشرع الجزائري وفق القانون 04-11.

ب- أن يكون معيناً أو قابلاً للتعين: بالرجوع إلى نموذج عقد البيع على التصاميم نجد المادة 01 منه الخاصة بتعيين العقار محل البيع قد تضمنت عناصر التعيين اللازمة في حالة البناء الجماعية وفي حالة البناء الفردية.

2- الثمن: عقد البيع على التصاميم من عقود المعاوضة يأخذ فيه البائع (المركبي العقاري) مقابلاً لما يعطيه حيث يلتزم المشتري (المكاتب) بدفع أقساط الثمن مقابل ملكية البناء، ويُدخل المركبي العقاري في حساب الثمن عدة عناصر كقيمة الأرض ونفقات البناء وغيرها، وباعتبار الثمن محل التزام المشتري في عقد البيع على التصاميم، سنتطرق إلى كيفية تحديده وجدديته.

أ- تحديد الثمن: الثمن في عقد البيع على التصاميم هو ثمن أولي تقديري قابل للمراجعة، فالمشرع الجزائري لم يشترط في هذا العقد تحديد الثمن بصفة نهائية وذلك لاعتبارات يفرضها كون البيع على التصاميم يتسم ببعض خصائص التصرفات الزمنية، وبناء على ذلك فقد منح للبائع إمكانية مراجعة الثمن بعد تحديده، وهو ما نصت عليه المادة 38 من القانون 11-04: "... كما يجب ذكر ما إذا كان السعر قابلاً للمراجعة أم لا وفي حالة الإيجاب يجب ذكر كفاءات المراجعة..."، وتجدد الإشارة إلى أن المشرع الجزائري حدد الحد الأقصى للمراجعة في نص المادة السابقة حيث نصت على أنه: "... لا يمكن أن يتجاوز مبلغ مراجعة السعر عشرين بالمائة (20%) كحد أقصى من السعر المتفق عليه في البداية"، وهدف المشرع تحديد سقف المراجعة هو حماية المشتري من تعسف المركبي العقاري في مراجعة الثمن حسب أهوائه<sup>3</sup>.

1 - حمداني داني، النظام القانوني لعقد العقار على التصاميم في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص 32.

2 - أمر رقم 75-58 متضمن القانون المدني، مرجع سابق.

3 - بوستة حسام الدين، النظام القانوني لعقد البيع على التصاميم في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص 33.

ب- **جدية الثمن:** يجب أن يكون الثمن في عقد البيع على التصاميم بالإضافة إلى التقدير والتعيين أن يكون جديا أي حقيقيا<sup>1</sup> لا رمزيا.

وبالرغم من أن الثمن في بيع العقار على التصاميم هو ثمن أولي تقديري إلا أنه لا بد أن يكون هو بالفعل الثمن الذي اتفق المرقى العقاري والمشتري عليه كمقابل للعقار الذي سيتم تشييده، فقد نصت المادة 37 من القانون 04-11 على أنه: "يجب أن يوضح عقد البيع على التصاميم تحت طائلة البطلان، تشكيلة سعر البيع وآجال الدفع بالنسبة لتقدم الأشغال، كما يجب عليه في حالة تجزئة تسديد المبلغ المتفق عليه تحديد كفيات ذلك".  
واضح من النص أن الثمن في عقد البيع على التصاميم يلزم أن يكون معين ومحدد وذلك تحت طائلة البطلان للعقد، مما يستبعد إبرام هذا العقد بثمان تافه<sup>2</sup>.

### الفرع الثالث: السبب

السبب هو الغرض المباشر الذي يقصد الملتزم الوصول إليه من وراء التزامه<sup>3</sup>.

وقد اختلف فقهاء القانون الوضعي في مفهوم السبب ولهم نظريتان أساسيتان، النظرية الأولى تعرف بالنظرية التقليدية، ويرى أنصار هذه النظرية أن سبب التزام كل متعاقد في العقود التبادلية في عقد البيع هو التزام المتعاقد الآخر، فسبب التزام البائع بتسليم المبيع هو التزام المشتري بدفع الثمن.

أما النظرية الثانية فهي النظرية الحديثة، ويرى أنصار هذه النظرية أن سبب العقد أمر ذاتي خارج عن العقد ويختلف باختلاف الشخص المتعاقد وهو الدافع إلى التعاقد، كأن يكون الدافع لإبرام عقد البيع رغبة البائع في سداد ما عليه من ديون، وقد وسعت هذه النظرية من اعتبارات النظام العام والآداب العامة، حيث جعلت منها قيودا على الإرادة تحد من انحرافها فتعمل دون مخالفتها لأسس المجتمع وأخلاقه<sup>4</sup>.

والمشرع الجزائري قد نص على ركن السبب في المادة 97 وكذا 98 من القانون المدني الجزائري، حيث تنص المادة 97 منه على أنه: "إذا التزم متعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو للآداب كان العقد باطلا".

<sup>1</sup> - سي يوسف زاهية حورية، الواضح في عقد البيع على التصاميم ومدعمة باجتهادات قضائية وفقهية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2012، ص 41.

<sup>2</sup> - علي بن علي، عقد البيع على التصاميم، مرجع سابق، ص 59.

<sup>3</sup> - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الأول، نظرية الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الثالثة، 2000، ص 452.

<sup>4</sup> - محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، الطبعة الثانية، دار الهدى، الجزائر، 2004، ص 222.

أما المادة 98 من القانون المدني الجزائري فتتضمن على أنه: "كل التزام مفترض أن له سبب مشروع ما لم يقيم الدليل على ذلك، ويعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك فإذا قام الدليل على صورية السبب فعلى من يدعى أن للالتزام شيئاً آخر مشروعاً أن يثبت ما يدعى"<sup>1</sup>.

ويتضح أن التقنين المدني الجزائري، يأخذ بالسبب ويجعله أمراً جوهرياً في التعاقد كغيره من القوانين اللاتينية، فإذا تخلف السبب في التعاقد<sup>2</sup> وكان غير مشروع، وقع العقد باطلاً، ومما تقدم يتبين لنا أن المشرع الجزائري قد أخذ بالنظرية الحديثة والتقليدية في آن واحد<sup>3</sup>.

وباعتبار أن البيع على التصاميم هو من العقود الملزمة للجانبين، فلكل من المتعاقدين سبب لالتزامه، فسبب التزام المرقي العقاري (البائع) هو الحصول على الثمن، وسبب التزام المكتتب (المشتري) هو انتقال ملكية البناية المنجزة إليه، وهما غير ملزمين بذكر السبب (الدافع والباعث) للتعاقد<sup>4</sup>، ويجب أن تتوفر فيه الشروط السابق ذكرها، أي أن يكون مشروعاً غير صورياً ولا مخالف للنظام العام أو الآداب.

### المطلب الثاني: الأركان الشكلية في البيع على التصاميم في التشريع الجزائري

من المسلم به في القانون الحديث أن العقود الناقلة للملكية رضائية، ومنها عقد البيع، ومن ثم فإنه يكفي لإبرامه الاتفاق على العناصر الأساسية له وهي المبيع والثمن<sup>5</sup>.

واستثناءً من الأصل اشترط المشرع الجزائري الشكلية في بعض العقود، ومن بين هذه العقود العقود التي ترد على عقارات، التي أخضعها إلى الشكل الرسمي بغض النظر إذا كان العقار محل البيع موجوداً أو غير موجود وقت البيع، فإن العقد يكون شكلياً، فإذا لم يستوف الشكل الذي يستلزمه القانون فإن العقد يتم تحت طائلة البطلان، حيث تنص المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: "زيادة عن العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي يجب تحت طائلة البطلان، تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية... في شكل رسمي..."<sup>6</sup>.

1- أمر رقم 75-58 متضمن القانون المدني، مرجع سابق.

2- مرناش بلال وطوباش بلال، عقد بيع العقار على التصاميم في ظل القانون 11-04، مرجع سابق، ص 27.

3- محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص 237.

4- بوجنان نسيم، عقد البيع بناء على التصاميم، مذكرة ماجستير في الحقوق، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، ص 46.

5- عياشي شعبان، عقد بيع العقار على التصاميم، مرجع سابق، ص 117.

6- بن عبيدة عبد الحفيظ، إثبات الملكية العقارية والحقوق العينية في التشريع الجزائري، الطبعة السابعة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2011،

كما عرفت الشريعة الإسلامية هي الأخرى الكتابة في إثبات بعض التصرفات كالديون والرهون والوصايا على سبيل المثال، بحيث استند الفقهاء على ما جاء في مصادر الشريعة الإسلامية، لا سيما الحكم القرآني الوارد في سورة البقرة وهو قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ وَلْيَكْتُب بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ وَلَا يَأْب كَاتِبٌ أَنْ يَكْتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ اللَّهُ فَلْيَكْتُب...﴾<sup>1</sup>.

والتي نصت على الأصل العام في الإثبات، وهو الكتابة في المعاملات المدنية<sup>2</sup>.

بالرغم من أن البيع على التصاميم يرد على عقار، لذا يجب لصحته أن يتم تحريره في الشكل الرسمي الذي يطلبه القانون في التصرفات العقارية بصفة عامة، إلا أن المشرع الجزائري لم يكتف بذلك<sup>3</sup>، بل نص في الفقرة 01 من المادة 34 من القانون رقم 04-11 على أن: "يتم إعداد البيع على التصاميم في الشكل الرسمي، ويخضع للشكليات القانونية الخاصة بالتسجيل والإشهار ويخص في نفس الوقت البناء والأرضية"، وتؤكد المادة 40 من القانون نفسه على أنه: "يجب أن يكون بيع الأرضيات الواجب بناؤها من طرف مرقي الأوعية العقارية المخصصة للبناء موضوع عقد يتم إعداده قانونا في الشكل الرسمي..."<sup>4</sup>.

وفي هذا الجزء من البحث نتناول الرسمية في البيع على التصاميم (الفرع الأول) تم التسجيل باعتباره الأساس لنقل الملكية (الفرع الثاني) ثم الشهر (الفرع الثالث) وهي الشروط الشكلية المنصوص عليها في المادة 34 من القانون 04-11.

### الفرع الأول: الرسمية في البيع على التصاميم

يفرض المشرع الجزائري على غرار كل التشريعات على العقود التي ترد على العقارات إجراءات الرسمية، وهذا ما نصت عليه المادة 12 من الأمر رقم 70-91 يتضمن قانون التوثيق على أنه: "زيادة على العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى الشكل الرسمي، فإن العقود التي تتضمن نقل عقارات أو حقوق عقارية أو محلات تجارية أو صناعية أو عقود إيجار زراعية أو تجارية... يجب تحت طائلة البطلان أن تحرر هذه العقود في الشكل الرسمي مع دفع الثمن لدى الضابط العمومي الذي حرر العقد"<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> - سورة البقرة، الآية 282.

<sup>2</sup> - حسين بطيمي، الكتابة الرسمية كوسيلة إثبات، المجلة الدورية للموثق، العدد 1، الجزائر، جوان 2001، ص 15.

<sup>3</sup> - حمداني داني، النظام القانوني لعقد بيع العقار على التصاميم في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص 37.

<sup>4</sup> - قانون رقم 04-11، مرجع سابق.

<sup>5</sup> - الأمر رقم 70-91 المؤرخ في 15 ديسمبر 1970 المتضمن قانون التوثيق، الملغي بقانون رقم 88-27 المؤرخ في 12 يوليو 1988 المتضمن تنظيم التوثيق، والذي هو بدوره تم إلغاؤه بالقانون 06-02 المؤرخ في 20 فبراير 2006 يتضمن مهنة الموثق.



أن الشكلية المطلوبة تضيء حماية خاصة على كل التصرفات الواردة على العقار، فلا يكفي توافر الرضا المحل والسبب وأهلية إبرام العقود بل لابد إتباع إجراءات الرسمية التي هي ركن للانعقاد ولصحة العقد.

وفيما يتعلق بعقد البيع على التصاميم فقد نص المشرع الجزائري في المادة 25 و34 من القانون 04-11 صراحة على خضوع عقد البيع على التصاميم للقالب الرسمي.

ونصت المادة 34 من القانون 04-11 على أنه: "... يتم عقد البيع على التصاميم المذكور في الفقرة السابقة بحضور يعدّ حضوريا في نفس مكتب التوثيق..."، ونفهم من عبارة في نفس مكتب التوثيق أن عقد البيع على التصاميم الأول المبرم كان أمام الموثق، وبعد التسليم يعدّ محضر التسليم والحياسة ويقدم مرة أخرى للموثق<sup>1</sup>. ولقد حدد المشرع الجزائري شكلا نموذجيا لعقد البيع على التصاميم، فلا يكون العقد صحيحا إلا إذا أفرغ في الشكل المحدد قانونا حسب النموذج المنصوص عليه في المرسوم رقم 13-431، يحدد نموذجي عقد حفظ الحق وعقد البيع على التصاميم للأملاك العقارية<sup>2</sup>. وسوف نبين هذه البيانات كما يلي:

- المرقى العقاري (شخص طبيعي أو شخص معنوي).
- المقتني (شخص طبيعي أو شخص معنوي)، التعريف الدقيق للمقتني طبقا لأحكام المرسوم رقم 63-76 المؤرخ في 25 مارس سنة 1976 والمتعلق بتأسيس السجل العقاري، المعدل والمتمم<sup>3</sup>.
- **تصريح البائع:** يصرح البائع بأنه باشر في بناء البناء أو جزء من البناء التي يخصصها للبيع في إطار القانون رقم 04-11.
- **تصريح المكتب:** يصرح المكتب أنه قد اطلع على ملف إنجاز البناء أو جزء منها، وأنه يقبل البيع وينظم حينئذ دون أي تحفظ إلى مجمل القواعد والشروط التي تنظم البيع والملكية المشتركة.
- **الوثائق المرجعية:** وهي عقد ملكية الوعاء العقاري، عند الاقتضاء (رخصة التجزئة)، رخصة البناء، الوصف الدقيق للبناء أو جزء منها.
- نظام الملكية المشتركة والكشف الوصفي للتقييم والمخططات المرفقة.
- ضمان من صندوق الضمان والكفالة المتبادلة لنشاط الترقية العقارية.
- التعيين، القوام، تحديد الموقع، وكذا التحديد الدقيق للموقع.

<sup>1</sup> - علي بن علي، عقد البيع على التصاميم، مرجع سابق، ص 68.

<sup>2</sup> - مرسوم تنفيذي رقم 13-431 مؤرخ في 18 ديسمبر 2013، يحدد نموذجي عقد حفظ الحق وعقد البيع على التصاميم للأملاك العقارية وكذا حدود تسديد سعر الملك موضوع عقد البيع على التصاميم ومبلغ عقوبة التأخير وآجالها وكيفية دفعها، الجريدة الرسمية الجزائرية، عدد 66 الصادر بتاريخ 25 سبتمبر 2013.

<sup>3</sup> - مرسوم تنفيذي رقم 63-76 مؤرخ في 25 مارس 1976، متعلق بتأسيس السجل التجاري، الجريدة الرسمية الجزائرية، عدد 30، الصادرة بتاريخ 13 أبريل 1976.

- العناصر المكونة للأجزاء الخاصة.
- قوام الملك.
- الملكية المشتركة.
- مكونات سعر البيع ومدة تسديد الدفع وفقا لتقدم الأشغال.
- سعر البيع وكيفيات مراجعته.
- كيفيات الدفع.
- أجل التسليم.
- مبلغ وأجل عقوبة التأخير في التسليم.
- كيفيات الحيازة.
- الالتزامات المتعلقة بتسيير الملكية المشتركة للمجموعة العقارية التي تتضمن الملك المباع.
- الضمانات (ضمان حسن التنفيذ والتأمين العشري).
- الإشهار العقاري.
- الموطن.
- التأكيدات.
- توقيع الأطراف والشهود والموثق بعد قراءته وتفسيره<sup>1</sup>.

### الفرع الثاني: التسجيل في البيع على التصاميم

بالإضافة إلى شكل الرسمية، فإن المشرع أوجب في نصوص عديدة على محرري العقود الرسمية القيام بإجراءات تسجيلها وشهرها في المحافظة العقارية قبل تسليم العقود لأصحابها، ورتب على عدم القيام بهذا الإجراء اعتبار العقود محررة عديمة الأثر فيما يخص نقل الحقوق العقارية التي تضمنتها<sup>2</sup>.

ويعرف التسجيل على أنه: "إجراء يتمثل في تدوين عقد في سجل رسمي يملكه موظفو التسجيل الذين يقبضون من جراء ذلك رسما جبائيا"<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - المرسوم التنفيذي رقم 13-431، يحدد نموذجي عقد حفظ الحق وعقد البيع على التصاميم للأملاك العقارية، مرجع سابق.  
<sup>2</sup> - بن عبيدة عبد الحفيظ، إثبات الملكية العقارية والحقوق العينية العقارية في التشريع الجزائري، الطبعة السابعة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2011، ص 58.

<sup>3</sup> - علي بن علي، عقد البيع على التصاميم في ظل القانون 11-04، مرجع سابق، ص 71.

كما يعرف على أنه: "إجراء ضريبي يتمثل في إدراج بعض الإجراءات والتصرجات في سجلات رسمية بشرط دفع حقوق ملائمة للإدارة المكلفة بهذه المهمة"<sup>1</sup>.

وتسجيل العقارات الغرض منه مالي، فحقوق التسجيل تعتبر من أهم الضرائب التي تعتمد عليها خزينة الدولة التي تسعى من خلالها إلى تمويل الخزينة العمومية وإعطائها وظيفة مالية بشكل مطلق حتى تستطيع هذه الأخيرة مواجهة نفقاتها المحدودة من أجل تسيير المرافق العمومية<sup>2</sup>.

كما أن عملية التسجيل تسمح أيضا للدولة من إحصاء الممتلكات، فالتسجيل يحقق وظيفتين وهما مراقبة الإدارة للعقود وقبض الرسوم القانونية المفروضة على العقد<sup>3</sup>.

بناء على ما تقدم فإن التسجيل هو إجراء إداري يقوم به موظف عمومي مؤهل قانونيا لتسجيل جميع التصرفات القانونية الواردة على العقارات مقابل دفع أتاوى حسب كفاءات متعددة حددها الأمر رقم 105-76 يتضمن التسجيل<sup>4</sup>.

كما تجدر الإشارة في هذا الشأن أن التشريع الجبائي فيما يخص الحقوق المتعلقة بالتسجيل لا ينظر إلى صحة التصرف القانوني المراد تسجيله فسواء أكان التصرف صحيحا أو باطلا، فإن هذا لا يؤثر على عملية التسجيل<sup>5</sup>.

أما فيما يخص عقد البيع على التصاميم فبالرغم من أنه يرد على عقار فهو خاضع للتسجيل إلا أن القانون رقم 04-11 نص في مادته 34 في الفقرة 01 على التسجيل، فتنص المادة على ما يلي: "يتم إعداد البيع على التصاميم في الشكل الرسمي ويخضع للشكليات القانونية الخاصة بالتسجيل والإشهار ويخص في نفس الوقت البناء والأرضية".

وما يميز البيع على التصاميم هو إعفاؤه من رسوم التسجيل والطابع وهو ما نصت عليه المادة 258 الفقرة 05 من الأمر 105-76 المتضمن لقانون التسجيل (السابق الذكر): "تعفى بالإضافة إلى ذلك من رسم الملكية المذكورة أعلاه العقود التي تتضمن بيع البنائيات أو أجزاء البنائيات ذات الاستعمال السكني أساسا المنحزة بعنوان عمليات الترقية العقارية وفق الشروط المحددة في التنظيم المتعلق بالترقية العقارية".

<sup>1</sup> - علي بن علي، عقد البيع على التصاميم في ظل القانون 04-11، مرجع سابق، ص 71.

<sup>2</sup> - محمد عباس محرز، اقتصاديات الجباية والضرائب، دار هومة، الجزائر، 2003، ص 30.

<sup>3</sup> - بوجنان نسيم، عقد البيع بناء على التصاميم، مرجع سابق، ص 50.

<sup>4</sup> - أمر رقم 105-76 مؤرخ في 9 ديسمبر 1976، يتضمن قانون التسجيل، الجريدة الرسمية، عدد 81، الصادرة بتاريخ 18 ديسمبر 1976.

<sup>5</sup> - خلفوني مجيد، نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري، بدون طبعة، دار هومة، الجزائر، 2007، ص 32.

## الفرع الثالث: الشهر في البيع على التصاميم

بالإضافة إلى الرسمية والتسجيل التي يخضع لها البيع على التصاميم، يلزمه كذلك الخضوع لإجراءات الإشهار وهذا طبقا لنص المادة 34 من القانون 11-04.

ويعرف الشهر العقاري على أنه: "عمل يهدف إلى تسجيل التصرفات الواردة على العقارات بإدارة الشهر العقاري لإعلام الكافة بها، وذلك من أجل تنظيم الملكية العقارية وتأمين استقرار المعاملات العقارية"<sup>1</sup>.

ولقد نصت المادة 15 من الأمر 75-74 المتضمن إعداد مسح الأرض العام وتأسيس السجل العقاري<sup>2</sup> على أن: "كل حق للملكية وكل حق عيني آخر يتعلق بعقار لا وجود له بالنسبة للغير إلا من تاريخ إشهارها في مجموعة البطاقات العقارية"، كما نصت المادة 793 من القانون المدني على أنه: "لا تنتقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أم في حق الغير إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون وبالأخص القوانين التي تدير مصلحة الشهر العقاري".

وقد أسندت هذه النصوص مسك السجل العقاري إلى مصلحة إدارية تسمى بالمحافظة العقارية يشرف عليها محافظ عقاري تابع لإدارة المالية.

ويشار هنا إلى أن المشرع الجزائري قد أخذ بازدواجية النظامين، أي أخذ بنظام الشهر العيني وذلك بموجب الأمر 75-74 السالف الذكر، وأصدر مراسيم تطبيقية لتفعيل هذا النظام، حيث عملية المسح تشمل القطر الوطني بأكمله، كما أخذ بنظام الشهر الشخصي بالنسبة إلى المناطق التي لم يتم مسحها بعد خصوصا في المناطق الداخلية والصحراوية، حيث أن المشرع بمقتضى المادة 27 من الأمر 75-74 نص على تمديد العمل بنظام الشهر الشخصي، ونصت أيضا المادة 113 من المرسوم التنفيذي رقم 76-63 المتضمن تأسيس السجل العقاري<sup>3</sup>، صراحة على ذلك، وعليه نقول أن المشرع أخذ بالنظامين إلى غاية شمول مسح القطر الوطني، بعد ذلك يتخلى عن نظام الشهر الشخصي<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - خلفوني مجدي، نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 13.

<sup>2</sup> - الأمر رقم 75-74، المؤرخ في 12 نوفمبر 1975، يتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، الجريدة الرسمية، عدد 92، صادرة في 18 نوفمبر 1975.

<sup>3</sup> - مرسوم رقم 76-63 مؤرخ في 23 مارس 1976، يتعلق بإعداد مسح الأراضي العام، الجريدة الرسمية، العدد 30، صادرة ب 13 أبريل 1976.

<sup>4</sup> - علي بن علي، عقد البيع على التصاميم في ظل القانون 11-04، مرجع سابق، ص 73.

يتضح مما سبق من المواد أنه يجب شهر عقد البيع على التصاميم وفق الإجراءات القانونية المتبعة، ويترتب على ذلك انتقال ملكية العقار محل الإنجاز إلى المشتري بقوة القانون سواء البناية أو القطعة الأرضية التي شيدت عليها البناية.

فالأرض الأساسية موجودة عند التعاقد وبالتالي فلا إشكال في نقل ملكيتها، أما البناية محل عقد البيع على التصاميم فهي غير موجودة عند التعاقد، ومع ذلك تنتقل ملكيتها وهذا لأن محل العقد هو شيء مستقبلي محقق الوجود بالنظر للضمانات التي يضعها المرقى العقاري للمشتري بموجب عقد البيع على التصاميم<sup>1</sup>.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع أعفى عقد البيع على التصاميم من رسم الإشهار العقاري وهذا طبقاً لنص المادة 353-5 الفقرة 11 من الأمر 76-105 المتضمن لقانون التسجيل: "تعفى من رسم الإشهار العقاري...11) العقود المتضمنة بيع المحلات ذات استعمال سكني جديدة أنجزها المتعهدون بالترقية العموميون أو الخواص في إطار برامج السكن المستفيدة من الدعم المالي من الخزينة العمومية ولا سيما منها السكن الاجتماعي التساهمي والسكن في إطار البيع بالإيجار والسكن الريفي".

<sup>1</sup> - سهام مسكر، بيع العقار على التصاميم في الترقية العقارية (دراسة تحليلية)، مذكرة ماجستير، تخصص القانون العقاري والزراعي، كلية الحقوق، جامعة البليدة، 2006/2005، ص 80.

### المبحث الثالث: آثار البيع على التصاميم في التشريع الجزائري

بعد أن تطرقنا في المبحثين السابقين إلى تكوين البيع على التصاميم، وألقينا نظرة عامة حول مفهوم هذا البيع وأركانه، سنخصص هذا المبحث إلى جزء آخر مهم من التنظيم القانوني لهذا البيع الذي يشمل التزامات الأطراف والضمانات الخاصة والجزاءات في البيع على التصاميم.

والبيع عموما يعتبر من العقود الملزمة للجانبين نظرا لما ينشئه من التزامات متقابلة في ذمة كل واحد من المتعاقدين، والبيع على التصاميم لا يخرج عن هذا الوصف، فبمجرد انعقاده صحيحا يرتب التزامات متبادلة يتحملها كل من المرقى العقاري (البائع) والمقتني (المشتري)، غير أن لبيع على التصاميم نوع من الخصوصية من حيث آثاره، فإذا كانت التزامات البائع في البيع العادي تتمثل في الالتزام بنقل الملكية الالتزام بالتسليم والالتزام بالضمان، فإن التزامات البائع في هذا العقد تختلف عن ذلك من ناحيتين، فمن جهة هي التزامات وإن كانت موجودة في البيع العادي كنقل للملكية والتسليم إلا أنها تختلف في مضمونها، ومن جهة ثانية فإن البيع على التصاميم يفرض على البائع مجموعة من الالتزامات غير معروفة في البيع العادي مثل الالتزام بالتشييد والالتزام بالمطابقة وبعض الضمانات المستحدثة، وكذا جزاءات عامة وخاصة (المطلب الأول).

أما فيما يتعلق بالتزامات المشتري، فلا تختلف عن تلك الالتزامات المقررة وفقا للقواعد العامة، والمتمثلة في الالتزام بالوفاء بالثمن ودفع مصروفات البيع والالتزام بتسلم المبيع، فالاختلاف يكمن فقط في طريقة تنفيذ تلك الالتزامات التي ترجع دائما لخصوصية البيع على التصاميم، كما تترتب على إخلال المشتري بالتزاماته كذلك جزاءات مقررة قانونا (المطلب الثاني).

### المطلب الأول: التزامات المرقى العقاري وجزاء الإخلال بها في البيع على التصاميم في التشريع الجزائري:

بمجرد إبرام البيع على التصاميم يصبح المرقى العقاري ملزما بمجموعة من الالتزامات (الفرع الأول) يترتب على الإخلال بها جزاءات عامة وخاصة (الفرع الثاني).

#### الفرع الأول: التزامات المرقى العقاري في البيع على التصاميم في التشريع الجزائري

يفرض البيع على التصاميم على المرقى العقاري (البائع) إضافة إلى الالتزامات المعروفة في عقد البيع طبقا للقواعد العامة التزامات خاصة، فبموجب هذا البيع يلتزم المرقى العقاري (البائع) بنقل الملكية، الذي يعدّ أهم الالتزامات التي تقع على عاتقه، وهو يختص بميزة وروده على البناية التي ستعجز والقطعة الأرضية التي تشيد فوقها تلك البناية (البند الأول)، ولهذا فهو ملزم بإقامة البناء طبقا للمواصفات المتفق عليها في هذا العقد (البند الثاني)،

وبمجرد إتمام الإنجاز طبقا للتصاميم فإنه يلتزم بتسليم العقار المبيع للمشتري (البند الثالث)، ويكون ملزما بضمان العيوب والتعرض للاستحقاق طبقا للقواعد العامة، إضافة إلى بعض الضمانات الخاصة المنصوص عليها في القانون رقم 07-11 (البند الرابع)، إضافة إلى ذلك الالتزام بالإعلام بالمشروع العقاري (البند الخامس).

### البند الأول: الالتزام بنقل الملكية

يعرف الالتزام بنقل الملكية في بيع العقار عموما أنه: "التزام البائع بكل ما هو ضروري قانونا وواقعا من أجل انتقال هذا الحق إلى المشتري"<sup>1</sup>.

والالتزام بنقل الملكية في بيع العقار ينشأ بمجرد إبرام العقد ويحدث أثره بالإشهار والتسجيل<sup>2</sup>، حيث تنص المادة 793 من القانون المدني على أنه: "لا تنتقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أو في حق الغير إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون وبالأخص القوانين التي تدير مصلحة شهر العقار".

وبالتالي جعل انتقال ملكية العقار المباع على التصاميم تتم بمجرد تسجيل وشهر العقد لدى المحافظة العقارية<sup>3</sup>.

إلا أنه نجد أن المشرع قد خرج عن هذه القاعدة، وذلك من استقراء نصوص المرسوم التنفيذي رقم 13-431 الذي يحدد نموذجي عقد حفظ الحق وعقد البيع على التصاميم، حيث جعل انتقال الملكية يتم بمجرد التوقيع على العقد<sup>4</sup>.

غير أنه بالرجوع إلى القانون رقم 04-11 الذي يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية وفي المادة 34 منه التي تنص على ما يلي: "يتم إعداد البيع على التصاميم في الشكل الرسمي ويخضع لشكليات القانونية الخاصة بالتسجيل والإشهار، ويخص في نفس الوقت البناء والأرضية التي شيد عليها البناء".

يتضح من نص المادة أن المشرع الجزائري ألزم المرقى العقاري في عقد البيع على التصاميم بالقيام بكل ما هو لازم من جانبه، ابتداء من اكتتاب العقد في شكله الرسمي وتسجيله وشهره حتى تنتقل الملكية إلى المشتري بقوة القانون<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> - محمد حسنين، عقد البيع في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1990، ص 78.

<sup>2</sup> - بوسنة حسام الدين، النظام القانوني لعقد البيع على التصاميم في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص 43.

<sup>3</sup> - علي بن علي، عقد البيع على التصاميم في ظل القانون 04-11، مرجع سابق، ص 80.

<sup>4</sup> - مرناش بلال وطوباش بلال، عقد البيع على التصاميم في ظل القانون رقم 04-11، مرجع سابق، ص 44.

<sup>5</sup> - سهام مسكر، بيع العقار بناء على التصاميم في الترقية العقارية، مرجع سابق، ص 43.

ونظرا للخصوصية التي يتميز بها عقد البيع على التصاميم فإن انتقال الملكية فيه يتم على مرحلتين بعكس البيع العادي<sup>1</sup>.

- **المرحلة الأولى:** تنتقل فيها ملكية العقار إلى المشتري ابتداء من تسجيله وشهره لدى المحافظة العقارية، وذلك طبقا لنص المادة 34 من القانون رقم 04-11 من دون أن يكون له الحق في التمتع فيها، فما ينقل إليه هو ملكية الرقبة فقط.

- **المرحلة الثانية:** تبدأ بالتوقيع على محضر التسليم، فينتقل إلى المشتري حق التمتع والتصرف في المبيع وذلك طبقا لنص المادة 34 الفقرة 02 من القانون رقم 04-11<sup>2</sup>.

والحقوق التي تنتقل ملكيتها تشمل الأرضية التي تشيد المنشأة فوقها والبنية محل الإنجاز، وكذا الملحقات الملحقة بالعقار، ويقصد بها حسب الأستاذ السنهوري<sup>3</sup>: "كل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال الشيء طبقا لما تقتضيه طبيعة الأشياء والعرف وقصد المتعاقدين كحقوق الارتفاق والعقار بالتخصيص".

وعليه قد تكون هذه الملحقات عبارة عن مرآب وقد تكون عبارة عن حديقة... إلخ، ويشترط تحديدها في نموذج عقد البيع بناء على التصاميم<sup>4</sup>.

وبالتزام المرقى العقاري بنقل الملكية فهو ضمنا ملزم بتشديد البنية وفق المواصفات المتفق عليها.

### البند الثاني: الالتزام بتشديد البناء ومطابقته

في الواقع أن الالتزام بالتشديد أو بالأحرى بمواصلة التشديد نجده خاصة في عقد المقاوله المتعلقة بالأنبنة، ونتيجة لاشتراك عقد المقاوله وعقد البيع على التصاميم في هذا الالتزام وتشابهما في مسائل أخرى كثيرة كالالتزام بالتسليم والتسلم، فقد رتب المشرع بعض الآثار على بيع العقار قبل تمام الإنجاز، عادة ما نجد في عقد المقاوله مثل ضمان التهدم، ضمان حسن الإنجاز وضمنا حسن سير عناصر التجهيز<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> - بوسنة حسام الدين، النظام القانوني لعقد البيع على التصاميم في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص 43

<sup>2</sup> - علال قاشي، التزامات المرقى العقاري وجزاء الإخلال بها في عقد البيع على التصاميم، الملتقى الوطني حول الترقية العقارية في الجزائر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ورقلة، 2012، ص 286.

<sup>3</sup> - هو: "السنهوري، (1312-1391هـ / 1895-1971م)، عبد الرزاق بن أحمد، كبير علماء القانون المدني في عصره، مصري، ولد في

الإسكندرية، تخرج بالحقوق من القاهرة (1917م)، اختير في بعثة إلى فرنسا (1921م)، تحصل على الدكتوراه في القانون والاقتصاد والسياسة

(1926م)، تولى وزارة المعارف بمصر، اختير عضو في مجمع اللغة العربية (1946م)، وعين رئيسا لمجلس الدولة بمصر، وضع قوانين مدنية كثيرة توفي

بالقاهرة" أنظر: خير الدين بن حمود الزركلي، الأعلام، الطبعة الخامسة عشر، دار القلم للملايين، سنة 2002م، ج 3، ص 350.

<sup>4</sup> - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، عقد البيع والمقايضة، الجزء الرابع، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2000، ص 570.

<sup>5</sup> - ويس فتحي، المسؤولية المدنية والضمائم الخاصة في بيع العقار قبل الإنجاز، مذكرة ماجستير، جامعة البلديدة، 2000، ص 75.



أن من أولى الالتزامات التي تقع على عاتق المرقى العقاري هي الالتزام بمواصلة الإنجاز وإتمامه في المدة المحددة (أولاً)، ومطابقته للمخططات والتصاميم المتفق عليها سالفاً (ثانياً).

### أولاً: الالتزام بتشييد البناء

عرفت المادة 03 فقرة 01 من القانون 04-11 الذي يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية بأنه: "كل عملية تشييد بناية و/أو مجموعة بنايات ذات الاستعمال السكني أو التجاري أو الحرفي أو المهني".

الالتزام بتشييد البناء يقصد به الالتزام بإقامة البناء وإنهائه وتشبيد كافة الأجزاء، وتركيب عناصر التجهيز في المكان المخصص لها، ليصبح البناء صالحاً للغرض الذي أنجز من أجله، فالمرقى العقاري بموجب عقد البيع على التصاميم ملزم بمواصلة الإنجاز وإتمامه اتجاه المكتتب، ولأجل ذلك يكون المرقى العقاري ملزماً بالاستعانة بخدمات مقاول مؤهل حسب أهمية المشروع العقاري.

نشير إلى أن التزام المرقى العقاري بإقامة البناء، يختلف عن التزامه بحسن الإنجاز، لأن هذا الأخير مرتبط بالتزام المرقى العقاري بالضمان، وهو يقوم في حالة ظهور عيوب البناء، بينما الالتزام بإنجاز البناء وإتمامه يتحقق إذا كانت الأعمال قد انتهت ونصبت عناصر التجهيز الضرورية لاستعمال المبنى في الغرض المعد له<sup>1</sup>.

يلاحظ أن المشرع الجزائري لم ينص على التزام المرقى العقاري بتشييد البناء وإنهائه في الموعد المتفق عليه في القانون رقم 04-11 وكذا في المرسوم التنفيذي رقم 13-439 الذي يحدد نموذجي عقد حفظ الحق وعقد البيع على التصاميم وإنما اكتفى بالإشارة إليه في نص المادة 02 من بند انتهاء الأشغال من المرسوم التنفيذي الملغى رقم 94-258 الذي جاء متضمن لنموذج عقد البيع على التصاميم حيث نصت المادة على أنه: "يلتزم البائع بمواصلة البناء وإنهائه في الآجال المقررة في هذا العقد، ويتجسد الانتهاء بالحصول على شهادة المطابقة المنصوص عليها في التشريع المعمول به التي يلتزم البائع إيداعها لدى مكتب التوثيق، بمجرد ما يتسلمها من مصالح التعمير المؤهلة".

ويقصد بمواصلة البناء (التشييد) هو إنهاء وتنفيذ أشغال البناء وإنجاز كل الأجزاء وتركيب عناصر التجهيز في المكان المخصص لها ليصبح البناء صالحاً للغرض الذي أنجز من أجله، ولا يتحقق التزام المرقى العقاري في إطار البيع على التصاميم إلا إذا تم إنجازها في الأجل المحدد، ولقد ترك المشرع مسألة تحديد مدة الإنجاز لاتفاق الطرفين لذلك أكتفى في المرسوم التنفيذي 13-431 الذي يحدد نموذجي عقد حفظ الحق وعقد البيع على التصاميم

<sup>1</sup> - قاشي علال، التزامات المرقى العقاري وجزاء الإخلال بما في عقد البيع على التصاميم، مرجع سابق، ص 287.

<sup>2</sup> - المرسوم التنفيذي رقم 94-58 المؤرخ في 07 مارس 1997، يتعلق بنموذج عقد البيع بناء على التصاميم الذي يطبق في مجال الترقية العقارية، الجريدة الرسمية، عدد 13، صادرة في 09 مارس 1994، (ملغى).

بالإشارة إليها من خلال ترك تحديد آجال كل مرحلة من مراحل الأشغال لاتفاق الأطراف، وعليه يكون المرقى العقاري قد وفى بالنزاهة بالإيجاز إذا اكتمل بناء العقار<sup>1</sup>.

تجدر الإشارة إلى أن المشرع في المرسوم التنفيذي 13-431 المذكور أعلاه لم يشر إلى آجال إتمام الأشغال إلا ضمن آجال التسليم، مما يفهم أنه ربط آجال الإنجاز بآجال التسليم رغم أنهما مختلفان لأن العقار قد يكون منجزا لكن لا يعني أنه سلم للمشتري<sup>2</sup>.

وكذلك المشرع الجزائري ترك تحديد آجال التسليم لاتفاق الأطراف حسب المادة 04 من المرسوم التنفيذي رقم 13-431: "يجب أن يتضمن عقد البيع على التصاميم صيغة حساب مبلغ عقوبة التأخير في حالة ما إذا لم يتم تسليم البناء أو جزء من البناء في الآجال المحددة".

ومادامت مسألة تحديد الآجال تركت لاتفاق الأطراف فيمكن ضبطها لفترة تطول أو تقصر، كما يمكن الاتفاق على وقف الآجال أو على أجل إضافي في حالة تأخر البائع في الوفاء بالتزامه في الأجل الأول، ولكن في حالة إخلال المرقى العقاري بالآجال المتفق عليها يتعرض لعقوبة التأخير كما جاء في المادة أعلاه، هذا وإن كان للبائع مصلحة في إتمام الإنجاز في أقصر الآجال لتفادي العديد من المشاكل، ومن أهمها ارتفاع أسعار سوق مواد البناء، فأن شرط الآجال في فرنسا بقي خاضعا لتقدير القاضي من حيث مشروعية تمديده، لارتباطه بجدية البائع وبالتالي مصلحة المشتري في حيازة البناء في آجال معقولة<sup>3</sup>.

### ثانيا: الالتزام بالمطابقة

أن تشييد البناء في البيع على التصاميم لا تكن كافية إلا إذا كانت مطابقة للشروط المتفق عليها في العقد، وحتى يكون التسليم مبرئا يجب أن يحمل على شيء مطابق لما اتفق عليه<sup>4</sup>، فالبائع ملزم بتحقيق نتيجة لا سيما وأن البناء محل العقد غير موجود وقت العقد، ولهذا وجب عند تواجده أن يكون مطابقا لما تعهد به المرقى العقاري في عقد البيع على التصاميم، ويتجسد ذلك بالحصول على شهادة المطابقة بعد إتمام الأشغال بصفة نهائية ويكون المرقى العقاري ملزم بتسليم تلك الشهادة للمقتني قبل حيازته للبناء، حيث نصت المادة 39 من القانون رقم 11-04 على أنه: "في حالة البيع على التصاميم لا يمكن حيازة بناءة أو جزء من بناءة من طرف المعني إلا بعد تسليم

<sup>1</sup> - مها بن تريعة، مسؤولية المرقى العقاري في إطار الترقية العقارية، مذكرة ماجستير، فرع المنافسة وحماية المستهلك، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2014/2013، ص 11.

<sup>2</sup> - بوسنة حسام الدين، النظام القانوني لعقد البيع على التصاميم في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص 42.

<sup>3</sup> - علي بن علي، عقد البيع على التصاميم في ظل القانون رقم 11-04، مرجع سابق، ص 77.

<sup>4</sup> - علي بن علي، عقد البيع على التصاميم في ظل القانون رقم 11-04، مرجع سابق، ص 79.

شهادة المطابقة المنصوص عليها في القانون رقم 90-29 المؤرخ في 01 ديسمبر 1990 والقانون رقم 08-15 المؤرخ في 20 يوليو 2008 والمذكورين أعلاه".

غير أن شهادة المطابقة لا تعني سوى مطابقة إدارية لمدى احترام القواعد والأصول التقنية والفنية في عملية البناء والتعمير دون النظر في مدى المطابقة بين المبنى المنجز فعلا وذلك المتفق عليه بموجب العقد.

ومن ثم فإن تسليم شهادة المطابقة لا تعد سوى قرينة على أن البائع قد نفذ التزامه بالبناء وتنتقض بمجرد معاينة المشتري لوجود اختلال بين صفات المبنى المعقود عليه والمبنى المنجز.

والملاحظ أن المشرع الجزائري لم ينظم عملية المعاينة بصفة دقيقة في القانون 04-11 عكس ما هو عليه الأمر في القانون الفرنسي<sup>1</sup> والذي استمد منه المشرع الجزائري في تنظيمه لعقد البيع على التصاميم حيث نظمها بالمادة L261-02 من قانون البناء والسكن الفرنسي وهذا تجنباً لأي نزاع بين البائع والمشتري، ومن ثمة فالمعاينة تكون - من حيث الأصل - أثناء تسليم العقار ويثبتها محضر معاينة الحيازة الفعلية من طرف المقتني، وهذا ما نصت عليه المادة 34 فقرة 02 من القانون 04-11، ويفهم من هذا المحضر أن المرقى العقاري قام بالتزامه والمتمثل في تسليم المبنى وتمت الحيازة الفعلية من قبل المقتني<sup>2</sup>.

وشهادة المطابقة بالرغم من أنها تؤكد أن البناء تم حسب التصاميم ومراعاة قواعد التعمير والبناء، إلا أنها لا تعفي المرقى العقاري من المسؤولية العشرية ولا من ضمان الإنهاء الكامل لأشغال الإنجاز التي يلتزم به المرقى طيلة سنة واحدة<sup>3</sup>.

### البند الثالث: الالتزام بالتسليم

تنص المادة 43 من القانون 04-11 على أنه: "يؤدي كل تأخر في التسليم الفعلي للعقار موضوع عقد البيع على التصاميم إلى عقوبات التأخير التي يتحملها المرقى..."، من خلال هذه المادة نستشف أنه على المرقى العقاري بعد الانتهاء من تشييد البناء ومطابقته، أن يسلم البناية محل البيع على التصاميم للمقتني، وأنه في حالة التأخر يتعرض لعقوبة التأخير.

ولكن المشرع لم يحدد في النصوص الخاصة المقصود بالتسليم، لذلك سنرجع للقواعد العامة في تحديده، فبخلاف عقود البيع العادية أين يلتزم البائع طبقاً للمادة 364 من القانون المدني<sup>4</sup> بتسليم المبيع في الحالة التي كان

<sup>1</sup> عقيلة نوي، النظام القانوني لعقد البيع على التصاميم، مذكرة ماجستير، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق بين عكنون، جامعة الجزائر، 2004/2003، ص 96.

<sup>2</sup> - علي بن علي، مرجع سابق، ص 79.

<sup>3</sup> - المادة 26 فقرة 03 من القانون 04-11، يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، مرجع سابق.

<sup>4</sup> - المادة 364 من القانون المدني تنص على ما يلي: "يلتزم البائع بتسليم الشيء المبيع للمشتري في الحالة التي كان عليها وقت البيع".

عليها وقت التعاقد، فإنه في عقد البيع على التصاميم العقار محل التشييد غير موجود وقت إبرام العقد إلا أن المرقى العقاري ملزم بإيجاده من خلال التزامه بالبناء وإتمام البناء<sup>1</sup>.

ويكون التسليم بنقل المبيع لحيازة المشتري وتمكينه من الانتفاع به، وهو ما نصت عليه المادة 367 من القانون المدني: "يوضع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن هذا الأخير من حيازته والانتفاع به دون عائق".

وفي البيع على التصاميم تتم الحيازة بحضور يعدّ حضوريا بمكتب التوثيق لدى الموثق نفسه الذي حرر العقد، وذلك قصد معاينة الحيازة الفعلية من طرف المقتني وتسليم البناية المنجزة من طرف المرقى العقاري، وبعد تسليم شهادة المطابقة<sup>2</sup>، حيث تنص المادة 34 الفقرة 02 من القانون 04-11 على أنه: "يتم عقد البيع على التصاميم المذكور في الفقرة السابقة بحضور يعدّ حضوريا في نفس مكتب التوثيق قصد معاينة الحيازة الفعلية من طرف المكتب وتسليم البناية المنجزة من طرف المرقى العقاري طبقا للالتزامات التعاقدية".

وتنص المادة 39 من القانون 04-11 على: "في حالة عقد البيع على التصاميم لا يمكن حيازة بناية أو جزؤه من بناية من طرف المقتني إلا بعد تسليم شهادة المطابقة...".

وبالنسبة لكيفيات معاينة عملية التسليم لم يحددها المشرع، وترك ذلك لاتفاق الأطراف، فقد يشترط المشتري مثلا حضور أحد ذوي الخبرة عملية التسليم كمرقب لمدى استجابة عملية الإنجاز لبنود العقد بقصد تمكين المشتري من إبداء تحفظات بشأن النقائص المسجلة<sup>3</sup>.

وكذلك الأمر نفسه بالنسبة لآجال التسليم فإن المشرع لم ينص على مدة محددة للتسليم لا في القانون 04-11 الذي يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، ولا في المرسوم التنفيذي 431-13 الذي يتضمن نموذجي عقد حفظ الحق وعقد البيع على التصاميم، وترك ذلك إلى اتفاق الطرفين، حيث يجب أن يتفقا في العقد على أجل يتم فيه التسليم وعلى عقوبات التأخير في حالة عدم احترام هذه الآجال، حيث نصت المادة 04 من المرسوم التنفيذي 431-13 المذكور أعلاه على أنه: "يجب أن يتضمن عقد البيع على التصاميم صيغة حساب مبلغ عقوبة التأخير في حالة ما إذا لم يتم تسليم البناية أو جزء من البناية في الآجال المحددة".

وتجدر الإشارة إلى أن عقوبة التأخير لا يمكن أن تتجاوز 20% من سعر البيع المتفق عليه، وهذا ما نصت عليه المادة 06 الفقرة 02 من المرسوم التنفيذي 431-13 السالف الذكر.

1 - لامية كتو، عقد البيع على التصاميم في القانون 04-11، مرجع سابق، ص 45.

2 - بوستة حسام الدين، النظام القانوني لعقد البيع على التصاميم في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص 45.

3 - علي بن علي، عقد البيع على التصاميم في ظل القانون رقم 04-11، مرجع سابق، ص 83.

## البند الرابع: الالتزام بالضمان

بالإضافة إلى الالتزامات السابقة فإنه يقع على المرقى العقاري التزام آخر وهو ما يعرف بالالتزام بالضمان، ولهذا سنتطرق إلى الضمانات طبقاً للقواعد العامة (أولاً)، ثم الضمانات الخاصة (ثانياً).

## أولاً: الضمانات العامة (طبقاً للقواعد العامة)

الضمانات العامة في البيع على التصاميم من الضمانات المقررة في عقد البيع العادي والمتمثلة في ضمان التعرض والاستحقاق، بصورتيه التعرض الشخصي والتعرض من الغير.

## 1- ضمان عدم التعرض الشخصي: يضمن المرقى العقاري عدم التعرض الشخصي سواء كان مادياً أو

معنوياً<sup>1</sup>، ويعدّ التعرض المادي كل فعل يقوم به البائع يترتب عليه حرمان المشتري من الانتفاع بالمبيع حرماناً كلياً أو جزئياً دون أن يستند فيه إلى ادعاء حق<sup>2</sup>.

أما التعرض القانوني فهو الذي يستند إلى حق مدعي به من شأنه أن يؤدي إلى نزع المبيع من المشتري<sup>3</sup>. بالرجوع إلى القانون رقم 04-11 فإنه يشترط عند تحرير العقد إرفاقه بعقد ملكية الأرض ورقم السند العقاري عند الاقتضاء تفادياً لمشكلة نقل ملكية البناء المنجز على أرض ملك للغير، لكن في حالة أي تعرض قانوني للمشتري يحق رفع دعوى قضائية يلزم فيها البائع بالضمان.

## 2- ضمان التعرض الصادر من الغير: البائع يضمن تعرض الغير للمشتري إذا كان قانونياً، وهذا التعرض

يشمل التزامين على عاتق البائع، الأول هو الالتزام بدفع التعرض، والثاني هو الالتزام بضمان الاستحقاق إذا أثبت الغير ما يدعيه (بتعويض المشتري مما لحقه من ضرر)<sup>4</sup>.

وإذا رفعت دعوى استحقاق المبيع يجب على البائع أن يدخل في الخصومة إلى جانب المشتري، أو أن يحل محله.

1 - مرناش بلال وطوباش بلال، عقد البيع على التصاميم في ظل القانون رقم 04-11، مرجع سابق، ص 50.

2 - سعد نبيل إبراهيم، العقود المسماة (عقد البيع)، الطبعة الرابعة، دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع، مصر، 2010، ص 342.

3 - قاشي علال، التزامات المرقى العقاري وجزاء الإخلال بها في عقد البيع على التصاميم، مرجع سابق، ص 288.

4 - قاشي علال، التزامات المرقى العقاري وجزاء الإخلال بها في عقد البيع على التصاميم، مرجع سابق، ص 289.

## ثانياً: الضمانات الخاصة

بما أن عقد البيع على التصاميم يتميز بنوع من المجازفة كون المحل ليس موجوداً فعلياً، فإن المشرع دعم هذا البيع بضمانات خاصة<sup>1</sup> زيادة على الضمانات العامة المعروفة في القواعد العامة، ولقد نص على هذه الضمانات القانون 04-11 الذي يحدد القواعد التي تنظم نشاطات الترقية العقارية وتمثل في:

### 1- الضمان العشري: نصت المادة 46 من القانون 04-11 على ما يلي: "تقع المسؤولية العشرية على

عائق مكاتب الدراسات والمقاولين والمتدخلين الآخرين الذين لهم صلة بصاحب المشروع من خلال عقد، في حالة زوال كل البناية أو جزء منها جراء عيوب في البناء، بما في ذلك جراء النوعية الرديئة لأرضية الأساس".

يتضح من نص المادة أن المشرع نص على الضمان العشري، وهو من أهم الالتزامات الواقعة على عائق المتدخلين في مجال الترقية العقارية من مهندسين معماريين ومقاولين بأن يضمنوا مسؤولية تضامنية ما يحدث لما تم تشييده من مباني ومنشآت ثابتة خلال 10 سنوات من تخدم جزئي أو كلي أو ظهور عيوب تهدد سلامة ومتانة البناء، وهذا حتى وإن كان يرجع العيب في الأرض، ويسري الضمان من تاريخ الاستلام النهائي للبناية.

وفي القانون 04-11 نجد أن المشرع الجزائري ألزم المرقى العقاري القيام بالضمانات وكذا الضمان العشري، فيعتبر كل اتفاق يكون فيه الإعفاء أو الحد من هذا الضمان باطلاً.

### 2- ضمان حسن الإنجاز: ألزم المشرع المرقى العقاري بضمان الإنهاء الكامل لأشغال الإنجاز بموجب المدة

26 الفقرة 03 من القانون 04-11، "غير أن الحيازة وشهادة المطابقة لا تعفيان من المسؤولية العشرية

<sup>1</sup> - إن موضوع الضمانات الخاصة في عقد البيع على التصاميم في التشريع الجزائري موضوع متشعب وهدفنا في هذا المدخل هو ذكر هذه الضمانات دون التطرق لمضامينها وذلك لإعطاء تصور لهذا العقد ومن أراد التعمق أكثر في هذا الموضوع فليُنظر:

- سهام مسكر، التزامات المرقى العقاري المترتبة على بيع السكنات الترقية، أطروحة دكتوراه، تخصص قانون عقاري وزراعي، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قسنطينة، 2015/2016.
- عائشة الطيب، الحماية القانونية لمالك البناء في عقد البيع بناء على التصاميم، أطروحة دكتوراه، تخصص قانون عقاري، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة البلدة، 2012.
- نسيم موسى، ضمانات تنفيذ عقد الترقية العقارية (عقد بيع العقار في طور الإنجاز)، أطروحة دكتوراه علوم، فرع القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2015.
- فتحى ويس، المسؤولية المدنية والضمانات الخاصة في عقد بيع العقار قبل الإنجاز، رسالة ماجستير، تخصص القانون العقاري، جامعة البلدة، بدون سنة.
- نادية منصور، الحماية القانونية لمالك البناء في عقد البيع على التصاميم، مذكرة ماجستير، فرع الإدارة والمالية، جامعة الجزائر 1، 2001/2002.

التي قد يتعرض لها المرقى العقاري، ولا من ضمان الإنهاء الكامل لأشغال الإنجاز التي يلتزم بها المرقى العقاري طيلة سنة".

وعرف المشرع الإنهاء الكامل للأشغال بموجب المادة 03 من القانون 04-11 بأنه: "رفع التحفظات التي تم إيداعها على إثر الاستلام المؤقت للأشغال وإصلاح عيوب البناء الملاحظة وذلك قبل الاستلام النهائي للمشروع العقاري"

وكذا أزم المشرع العقاري كذلك ضمان حسن سير عناصر التجهيز، وهي العناصر القابلة للتفكيك والانفصال عن البناية دون تلف، أي العناصر التي لا تشكل جسما واحدا مع البناية، ومثالها الأبواب، الشبايك، العداد الكهربائي... إلخ<sup>1</sup>.

حيث نصت المادة 44 من القانون 04-11 على أنه: "تحدد آجال تنفيذ الأشغال الضرورية لإصلاح عيوب البناء و/أو حسن سير عناصر تجهيزات البناية بموجب العقد المذكور في المادة 26 أعلاه"<sup>2</sup>.

والمشرع الجزائري لم يحدد مدى ضمان حسن سير عناصر التجهيز بل ترك تحديدها إلى أطراف العقد وذلك بموجب المرسوم التنفيذي 13-431 الذي يتضمن نموذجي عقد حفظ الحق وعقد البيع على التصاميم، وفي حالة ما لم يتم المرقى العقاري بالإصلاح بعد إخطاره من المكتب يمكن لهذا الأخير أن يلجأ إلى القضاء لإجبار المرقى على التنفيذ العيني لالتزامه أو القيام بالأشغال على نفقة المرقى طبقا لنص المادة 170 من القانون المدني: "في الالتزام بعمل، إذا لم يتم المدين بتنفيذ التزامه جاز للدائن أن يطلب ترخيص من القاضي في تنفيذ الالتزام على نفقة المدين إذا كان هذا التنفيذ ممكنا"<sup>3</sup>.

**3- ضمان إدارة الأملاك المشتركة:** استحدث المشرع الجزائري هذا الضمان بموجب القانون 04-11 بموجب المادة 62 التي نصت على أنه: "يلتزم المرقى العقاري بضمان إدارة الأملاك لمدة سنتين ابتداء من تاريخ بيع الجزء الأخير من البناية المعنية.

ويعمل المرقى العقاري خلال المدة المذكورة أعلاه على تنظيم تحويل هذه الإدارة إلى الأجهزة المنبثقة عن المقتنين أو الأشخاص المعنيين من طرفهم".

والأجزاء المشتركة هي الأجزاء المملوكة على الشيوع بين المالكين ولها منفعة واستعمال لجميع أو جل المالكين مثل الجدران الأساسية، الخزائن، الرواق الخارجي، الأسطح، المصاعد، المداخل... إلخ.

<sup>1</sup> - ربيعة صبايحي، الضمانات المستحدثة في بيع العقار على التصاميم على ضوء القانون 04-11، الملتقى الوطني حول الترقية العقارية في الجزائر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ورقلة، 2012، ص 72.

<sup>2</sup> - علي بن علي، عقد البيع على التصاميم في ظل القانون 04-11، مرجع سابق، ص 127.

<sup>3</sup> - أمر 58-75، متضمن القانون المدني، مرجع سابق.

وينتج كل هذا الالتزام تحمل المرقى العقاري لمدة سنتين كل النفقات المتعلقة بصيانة وتسيير مختلف التجهيزات المنصوص عليها في القواعد العامة والتابعة للملكية المشتركة<sup>1</sup>. يلتزم المرقى العقاري بالعمل على تحويل إدارة عناصر تجهيزات البناية إلى الأشخاص التي انتقلت إليهم ملكية البناية، أو إلى الأشخاص المعينين من طرفهم وهذا ما نصت عليه الفقرة 2 من المادة 62 من القانون 11-04.

4- **ضمان اكتتاب عقود التأمين:** ألزم المشرع المرقى العقاري في إطار البيع على التصاميم اكتتاب عدة عقود تأمين قصد تحقيق الحماية القانونية للمقتني، من بينها اكتتاب تأمين لدى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة، وكذا اكتتاب تأمين على المسؤولية المدنية والمهنية. فبموجب نص المادة 55 من القانون 11-04: "يجب أن ينتسب كل المرقين العقاريين المعتمدين والمسجلين في الجدول الوطني للمرقين العقاريين لصندوق الضمان والكفالة المتبادلة في نشاط الترقية العقاري...".

وهذا الصندوق أحدث بموجب المرسوم التنفيذي 97-406، المتضمن إحداث صندوق الضمان والكفالة المتبادلة في الترقية العقارية<sup>2</sup>، وهو عبارة عن هيئة تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي، لها طابع تعاوني ولا يسعى إلى تحقيق ربح تحت وصاية وزارة السكن<sup>3</sup>.

ودور الصندوق يتمثل في ضمان التسيبقات المدفوعة من طرف المقتنين وضمان إتمام الأشغال وكذا ضمان تغطية أوسع للالتزامات المهنية والتقنية، وهو ما نصت عليه المادة 55 من القانون 11-04، فيتعين على المرقى العقاري الذي يشرع في إنجاز المشروع العقاري من أجل بيعه قبل إنجازه اكتساب ضمان الترقية العقارية قصد ضمان ما يأتي على الخصوص:

- تسديد الدفعات التي قام بها المكتتبون في شكل تسيبقات.
- إتمام الأشغال.
- تغطية أوسع للالتزامات المهنية والتقنية.

وألزم المشرع الجزائري كذلك المرقى العقاري باكتتاب تأمين على مسؤوليته المدنية والمهنية، وذلك بموجب المادة 06 من المرسوم التنفيذي 12-85 يتضمن دفتر الشروط النموذجي الذي يحدد الالتزامات والمسؤوليات المهنية للمرقى العقاري التي تنص على ما يلي: "يتعين على المرقى العقاري

<sup>1</sup> - فريدة محمدي، ضرورة إعادة تنظيم تسيير الملكية المشتركة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاجتماعية والسياسية، الجزء 37، رقم 02، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، 1999، ص 155.

<sup>2</sup> - المرسوم التنفيذي 97-406، المؤرخ في 03 نوفمبر 1997، المتضمن إحداث صندوق الضمان والكفالة المتبادلة في الترقية العقارية، الجريدة الرسمية، عدد 73، صادرة في 05 نوفمبر 1997.

<sup>3</sup> - نصيرة ربيع، تمويل الترقية العقارية العمومية، مذكرة ماجستير، تخصص إدارة ومالية، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، 2006/2005، ص 70.



اكتتاب تأمين أو عدة تأمينات على الآثار المالية لمسؤوليته المدنية والمهنية"، كما نصت المادة 30 من المرسوم نفسه على أنه: "يتعين على المرقى العقاري الاكتتاب في جميع التأمينات أو الضمانات القانونية المطلوبة".

والهدف المتوخى من هذا التأمين هو توفير نوع من الحماية للمقتنين نظرا لانعدام الخبرة في مجال البناء وذلك بالتكفل بتعويضهم عن الأضرار التي تلحق بهم والناجحة عن أعمال البناء<sup>1</sup>، وتمتد مدة هذا التأمين من تاريخ فتح الورشة إلى غاية الاستلام النهائي للأشغال، وهذا ما نصت عليه المادة 177 من الأمر 95-107 المتعلق بالتأمينات حيث نصت على أنه: "يمتد التأمين بخصوص إنجاز الأشغال من فتح الورشة إلى غاية الاستلام النهائي للأشغال".

### البند الخامس: الالتزام بالإعلام

بالإضافة إلى الالتزامات السابقة، أوجب المشرع الجزائري على المرقى العقاري (البائع) التزاما آخرًا يتمثل في واجب إعلام (أخبار) المشتري، وذلك من أجل تكوين المشتري صورة واضحة وكاملة عن محل الالتزام.

وفكرة إعلام المشتري تبدأ أصولها في الفقه الإسلامي بما يعرف بـ "خيار الرؤية"<sup>2</sup>، وقد نص عليه القانون المدني الجزائري في المادة 352<sup>3</sup>.

وفي هذا الصدد نجد المادة 41 من القانون 11-04 السابق تنص على أنه: "يلتزم المرقى العقاري بضمان الإعلام عن مشروعه العقاري في الأماكن المخصصة للإشهار في البلدية المختصة إقليميا، وذلك قبل أي عرض للبيع".

من خلال نص المادة يتبين لنا أن المشرع وحرصا منه على علم الجمهور بالمشرع العقاري ألزم المرقى بالإعلام عنه، حتى يتقدم إليه من يرغب في التعاقد معه بصيغة البيع على التصاميم، وهو ما يعزز قدرة المقتني على العلم بما يقبل عليه من مشروع يكلفه أموالا يتطلب توفيرها الدعم من الدولة أو القرض من المؤسسات المالية، كما أن الإعلام يعزز قدرة المقتني على اختيار البناية بحسب الغرض النهائي المقصود، لنقص المعلومات لديه حول الجودة والأسعار

<sup>1</sup> - مها بن تريعة، مسؤولية المرقى العقاري في إطار الترقية العقارية، مرجع سابق، ص 28.

<sup>2</sup> - خيار الرؤية: "هو أن يكون للمشتري الحق في إمضاء العقد أو فسخه عند رؤية المعقود عليه، إذا لم يكن رأه عند إنشاء العقد أو قبله بوقت لا يتغير فيه عادة". أنظر: مجلة الأحكام العدلية، مرجع سابق، ج 1، ص 64. وهبة بن مصطفى الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الطبعة الرابعة، دار الفكر، دمشق، سوريا، دون تاريخ، ج 4، ص 3123.

<sup>3</sup> - حاج بن علي محمد، تمييز الالتزام بالإعلام على الالتزام بالنصيحة لضمان الصفة الخطرة للشيء المبيع، مجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، جامعة حسينية بن بوعلوي، الشلف، عدد جوان، 2011، ص 7.

والكفية، وبذلك فإن الإعلام يزيل خطر التفاوت بين المرقى العقاري والمقتنين في مستوى الخبرة والدراسات التقنية المتعلقة بالبنائة، والتي يصعب على المقتني العادي الكشف عليها<sup>1</sup>.

ويظهر الإعلام أساسا كوسيلة لحماية رضا المقتني في تدخل المشرع لتحديد نوعية وطبيعة المعلومات التي تقدم للمقتني، دون أن يترك السلطة التقديرية في ذلك للمرقى العقاري، فطبقا لنص المادة 30 من القانون 11-04 يلتزم المرقى العقاري بإعلام المقتني بأصل ملكية الأرض، ورقم السند العقاري عند الاقتضاء ومرجعيات رخصة التجزئة، شهادة التهيئة والشبكات، وكذا تاريخ ورقم رخصة البناء.

كما يلتزم طبقا لنص المادتين 47 و54 من القانون نفسه، وبمناسبة قيامه بواجب الإعلام عدم اللجوء للإشهار الكاذب، أو استغلال حسن نية أو ثقة المقتني، والسهر على إعلام حقيقي وكامل، والسهر على صحة البيانات والمعلومات التي ترد في الوثائق والقرارات والعقود المقدمة لمقتضيات النشاطات، قصد تعزيز علاقاته التجارية مع المقتنين المستقبليين، وكل مرقى عقاري يدلي بمعلومات خاطئة وغير كاملة في الوثائق والعقود والصفقات يتعرض لعقوبة جزائية طبقا للمادة 75 من القانون 11-04.

### الفرع الثاني: الجزاءات المترتبة على إخلال البائع بالتزاماته

أوجب البيع على التصاميم التزامات على عاتق المرقى العقاري، وفي حالة إخلال بما رتب عليها جزاءات طبقا للقواعد العامة (البند الأول)، وجزاءات طبقا للقانون 11-04 (البند الثاني).

#### البند الأول: الجزاءات طبقا للقواعد العامة

بما أن البيع ملزم للجانبين فيرتب التزامات متقابلة بين الطرفين، فإذا أحل البائع بأحد الالتزامات، مثلا عدم إتمام الإنجاز في الأجل المحدد، أو عدم مطابقته للمواصفات المطلوبة، أو عدم تسليم العقار محل الإنجاز في الآجال المحددة في العقد، يجوز للمشتري أن فسخ العقد أو طلب التنفيذ بعد إعدار البائع، كما يجوز في كلا الحالتين طلب التعويض إذا اقتضى الأمر، حيث نص المادة 119 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: "في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعداره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه، مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال ذلك..."<sup>2</sup>.

وطبقا للمادة 123 من القانون المدني التي تنص على أنه: "إذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء جاز لكل المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزاماته"، من خلال هذه المادة نستنتج أنه يجوز للمشتري في حالة إخلال البائع بالتزاماته أن يمتنع عن تنفيذ الالتزام، والإخلال هنا لا يقتصر بالضرورة على توقف البائع عن الإنجاز نهائيا بل

<sup>1</sup> ربيعة صبايحي، الضمانات المستحدثة في بيع العقار على التصاميم على ضوء القانون 11-04 مرجع سابق، ص 75.

<sup>2</sup> - أمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني، مرجع سابق.

حتى التأخر أو التماطل فيه يعدّ من قبيل التخلف، وبالتالي فحتى يتقرر لجماعة المشتريين حق مواصلة الإنجاز على نفقة البائع لا بد من:

- إخلال البائع بالتزاماته التعاقدية أو عجزه المالي.
- إثبات الإخلال بالتزامات بموجب محضر محرره المحضر القضائي.
- توجيه أعدار للبائع بمواصلة الأشغال<sup>1</sup>.

#### البند الثاني: الجزاءات الخاصة طبقا للقانون 04-11

لقد تدخل المشرّع الجزائري في القانون 04-11 بتكريس المسؤولية الإدارية والجزائية للمرقي العقاري محولا إعطاء ضمانات للمقتني في عقد البيع على التصاميم، وقد وصلت هذه الحماية إلى فرض عقوبات إدارية وجزائية على المرقيين العقاريين المخالفين للتنظيم الخاص بهذا النشاط، وعليه سوف نتعرض للمسؤولية الإدارية للمرقي العقاري (أولا)، ثم نتطرق إلى المسؤولية الجزائية (ثاني).

#### أولا: المسؤولية الإدارية للمرقي العقاري

المسؤولية الإدارية تعرف بأنها تلك الجزاءات ذات الخاصية العقابية التي توقعها سلطات إدارية مستقلة أو غير مستقلة وهي بصدد ممارستها العامة اتجاه الأفراد، بغض النظر عن هويتهم الوظيفية، وذلك كطريق أصلي لردع خرق بعض القوانين واللوائح<sup>2</sup>.

وقد اعتمد القانون رقم 04-11 الجزاء الإداري إلى جوار الجزاء الجنائي، ويظهر من خلال المواد التي نظم فيها المشرّع الجزاء الإداري أنه ينصب على سحب رخصة الاعتماد، لأنها الوسيلة الوحيدة التي يتوقف عليها ممارسة المرقي العقاري لنشاط الترقية العقارية، ويتبين من المواد 63 وما يليها أن المشرّع قرر ثلاث حالات لإعمال جزاء سحب الاعتماد.

- 1- السحب المؤقت للاعتماد لمدة لا تتجاوز 06 أشهر، يكون في الحالات التالية<sup>3</sup>:
- في حالة تقصير المرقي العقاري في التنفيذ الجزئي وغير المبرر لالتزاماته اتجاه المقتنين.
- في حالة عدم احترام المرقي العقاري لقواعد أخلاقيات المهنة.

<sup>1</sup> - علي بن علي، عقد البيع على التصاميم في ظل القانون رقم 04-11، مرجع سابق، ص 91.

<sup>2</sup> - سعداوي محمد صغير، المسؤولية الإدارية والجزائية في القانون 04-11 المتعلق بنشاط الترقية العقارية، الملتقى الوطني حول الترقية العقارية في الجزائر، المنظم يومي 27 و 28 فيفري 2012، كلية الحقوق، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، ص 218.

<sup>3</sup> - المادة 64 من القانون رقم 04-11، مرجع سابق.

- في حالة تقصير المرقى العقاري في التزاماته الموضحة في المواد من 42 إلى 49 ومن 54 إلى 62 التي تبين التزامات المرقى العقاري.
- 2- السحب النهائي للاعتماد، يكون في الحالات التالية:
  - في حالة عدم استيفاء المرقى العقاري الشروط التي تمكنه من الحصول على الاعتماد.
  - في حالة تجاهل المرقى العقاري، وعن قصد وبصفة خطيرة ومتكررة، للالتزامات الملقاة على عاتقه.
  - إذا أنهى المرقى العقاري نشاطه دون مبرر ودون إخطار مسبق للسلطة التي سلمته الاعتماد.
  - إذا قصر المرقى العقاري في التزاماته كما تم الاتفاق عليها اتجاه الدولة والمقتنين وشركائه.
- 3- السحب التلقائي للاعتماد:
  - في حالة وفاة المرقى العقاري.
  - إذا كان المرقى العقاري موضوع عجز جسماني أو عقلي يمنعه من القيام بالتزاماته.
  - إذا كان المرقى العقاري موضوع حكم بسبب الغش الضريبي.
  - إذا كان المرقى العقاري موضوع تصفية قضائية.

### ثانيا: المسؤولية الجزائية للمرقى العقاري

تعرف المسؤولية الجزائية بأنها: "تحمل الشخص لتبعات أفعاله الجزائية المحرمة بمقتضى نص القانون كالقتل والسرقة وخيانة الأمانة أو الاختلاس...، وغيرها من الجرائم التي يعاقب عليها القانون"<sup>1</sup>.

ونحن يهمنا في هذا الموضوع المسؤولية الجزائية في البيع على التصاميم التي خصها المشرع بمجموعة من النصوص التي تقيم المسؤولية الجزائية، والتي جاءت من المادة 69 إلى المادة 78 تحت الفرع الثالث تحت اسم العقوبات الجزائية من الفصل السادس تحت اسم العقوبات من القانون 04-11، وبعد استقراء وتمحص المواد الخاصة بالمسؤولية الجزائية من المادة 69 إلى المادة 78 من القانون 04-11 تبين لنا أنه يمكننا تقسيمها إلى ثلاث فئات وهي كالآتي<sup>2</sup>:

- 1- الجرائم المرتبطة بالالتزامات الذاتية للمرقى العقاري وهي كالآتي:
  - ممارسة مهنة المرقى العقاري دون الحصول على اعتماد العقوبة المقررة المنصوص عليها في المادة 243 من قانون العقوبات الجزائري، وهي الحبس من ثلاثة أشهر إلى سنتين وبغرامة مالية من 2.000.00 دج إلى 2.0000.00 دج.

<sup>1</sup> - وزارة لخضر، المسؤولية الجزائية للمرقى العقاري، أعمال الملتقى الوطني حول الترقية العقارية واقع وآفاق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، يومي 27 و28 فيفري 2012، ص 158.

<sup>2</sup> - سعداوي محمد صغير، المسؤولية الإدارية والجزائية في القانون 04-11 المتعلق بنشاط الترقية العقارية، الملتقى الوطني حول الترقية العقارية في الجزائر، المنظم يومي 27 و28 فيفري 2012، كلية الحقوق، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، ص 221.

- القيام بعمليات الترميم العقاري أو إعادة تأهيل أو تجديد عمراي أو إعادة هيكلة أو تدعيم دون ترخيص إداري مسبق أو الشروع في هذه الأعمال دون الترخيص الإداري المسبق والعقوبة المقررة هنا بنص المادة 69 من القانون 04-11 هي الغرامة من 2.000.00 دج إلى 200.000.00 دج.
- عدم اكتتاب التأمينات والضمانات المنصوص عليها في المادة 55 من القانون 04-11، العقوبة المنصوص عليها الحبس من شهرين إلى سنتين وغرامة مالية من 2.000.00 دج إلى 20.000.00 دج.
- كل عرض لبيع أموال عقارية في إطار مشروع عقاري أنجز مخالفة لأحكام المواد من 27 إلى 29 من القانون 04-11، التي تبين كيفية عقد الحق وعقد البيع بناء على التصاميم وشروط إبرامها، والعقوبة المقررة الحبس من شهرين إلى سنتين وغرامة مالية من 2.000.00 دج إلى 20.000.00 دج.
- 2- الجرائم المرتكبة من المرقى العقاري بمناسبة تعامله مع المقتنين أو الغير وهي كالآتي:
  - المطالبة أو قبول تسبيق أو إيداع أو اكتتاب أو سند تجاري قبل توقيع العقد، العقوبة المقررة بناء على نص المادة 71 من القانون 04-11 هي الحبس من شهرين إلى سنتين وغرامة مالية من 2.000.00 دج إلى 20.000.00 دج.
  - عدم تبليغ نظام الملكية المشتركة للمقتني قبل تسليم البناية في الآجال المنصوص عليها في العقد هذا النظام المنصوص عليه في المادة 61 من القانون 04-11، العقوبة المقررة بناء على نص المادة 72 من القانون 04-11 هي غرامة من 2.000.00 دج إلى 20.000.00 دج.
  - مخالفة أحكام آجال تحويل الملكية المنصوص عليها في المادة 33 من القانون 04-11، العقوبة المقررة بناء على نص المادة 73 من القانون 04-11 هي غرامة من 2.000.00 دج إلى 20.000.00 دج.
  - عدم إعلام المقتني أو صاحب حفظ الحق بالبيانات والمعلومات الخاصة بأصل ملكية الأرض ورقم السند العقاري ومرجعيات رخصة التجزئة وشهادة التهيئة وتاريخ ورقم رخصة البناء، العقوبة المقررة بناء على نص المادة 76 من القانون 04-11 هي غرامة من 2.000.00 دج إلى 20.000.00 دج.
- 3- جرائم أخرى قد يرتكبها المرقى أو غيره:
  - تتمثل في جريمة واحدة نصت عليها المادة 75 من القانون 04-11 التي تعاقب كل من يدلي بمعلومات خاطئة أو غير كاملة في الوثائق والعقود والصفقات في إطار أو بمناسبة عملية ترقية عقارية، والعقوبة المقررة بناء على نص المادة 75 من القانون 04-11 هي الحبس من شهر إلى خمس سنوات وبغرامة من 2.000.00 دج إلى 20.000.00 دج، أو بإحدى هاتين العقوبتين.

## المطلب الثالث: التزامات المشتري وجزاء الإخلال بها في البيع على التصاميم في التشريع الجزائري:

بمجرد انعقاد البيع على التصاميم يترتب على المشتري (المقتني، المكتتب) التزامات (الفرع الأول) يترتب على الإخلال بها جزاءات (الفرع الثاني).

### الفرع الأول: التزامات المشتري في البيع على التصاميم في التشريع الجزائري:

البيع على التصاميم عقد ملزم للجانبين، فكما ينشئ التزامات في ذمة البائع (المركبي العقاري)، تنشأ كذلك التزامات مقابلة في ذمة المشتري (المكتتب)، وهذه الالتزامات لا تختلف عن التزامات المشتري في البيع العادي الواردة في المواد من 387 إلى 396 من القانون المدني الجزائري، وتمثل هذه الالتزامات في الالتزام بدفع الثمن (البند الأول) والالتزام بالتسليم (البند الثاني).

#### البند الأول: الالتزام بدفع الثمن

الثمن عنصر جوهري في البيع بصفة عامة وفي البيع على التصاميم بصفة خاصة حيث تنص المادة 37 من القانون 04-11 على أنه: "يجب أن يوضح عقد البيع على التصاميم تحت طائلة البطلان تشكيلة سعر البيع وأجال الدفع بالنسبة لتقدم الأشغال".

ولكن هذا الالتزام (دفع الثمن) له أحكام خاصة ينفرد بها وتميزه عن البيع العادي، وهذا ما يلاحظ في تحديد الثمن ومراجعته (أولا) وطريقة دفع الثمن (ثانيا).

#### أولا: تحديد الثمن ومراجعته

نص المشرع الجزائري في نص المادة 37 من القانون رقم 11-104<sup>1</sup> الذي يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية السابقة الذكر على أن تحديد الثمن وطريقة مراجعته يعتبر ضمن البيانات الإلزامية، لهذا ألزم طرفي العقد بإدراج بند تحدد فيه تشكيلة سعر البيع وأجال الدفع المتفق عليها والمرتبطة بتسديد الدفعات بنسبة تقدم الأشغال، غير أن الثمن في عقد البيع على التصاميم يعتبر تقديريا وليس نهائيا، فهو يتحمل إن اقتضى الأمر المراجعة، فتتص المادة 07 من المرسوم التنفيذي رقم 13-2431<sup>2</sup> على أنه: "يجب أن ينص العقد أنه في حالة مراجعة السعر المتفق عليه، يجب أن تخضع هذه المراجعة للإجراءات والقواعد والكيفيات التي تم اعتمادها مسبقا وذلك طبقا

<sup>1</sup> - القانون رقم 04-11، مرجع سابق.

<sup>2</sup> - المرسوم التنفيذي 13-431، مرجع سابق.

لأحكام المادة 38 من القانون رقم 11-04 المؤرخ في 14 ربيع الأول عام 1434 الموافق لـ 17 فبراير سنة 2011 والمذكور أعلاه".

والمادة 07 من المرسوم المذكور أعلاه تحيلنا إلى المادة 38 من القانون 11-04 التي تنص في الفقرتين 02 و03 منها على أنه: "... كما يجب ذكر ما إذا كان السعر قابلا للمراجعة أم لا، وفي حالة الإيجاب يجب ذكر كيفية المراجعة".

يجب أن تركز صيغة مراجعة الأسعار على عناصر تغيرات سعر التكلفة، وتعتمد على تطور المؤشرات الرسمية لأسعار المواد والعتاد واليد العاملة، باستثناء الظروف الطارئة التي لا يمكن تجنبها والاستثنائية التي من شأنها أن تؤدي إلى الإخلال بالتوازن الاقتصادي للمشروع، ولا يمكن أن يتجاوز مبلغ مراجعة السعر عشرين بالمائة (20%) كحد أقصى من السعر المتفق عليه في البداية".

يتضح من الفقرتين السابقتين أنه يجب ذكر ما إذا كان السعر قابلا للمراجعة في بند من بنود العقد، وأن للأطراف الحرية في مراجعة الثمن كأصل عام، وذلك بالاعتماد على بعض المؤشرات مثل أسعار المواد وكذا العتاد واليد العاملة، لكنه استثناءً اشترط المشرع عدم تجاوز المراجعة 20% من السعر المتفق عليه في البداية<sup>1</sup>.

#### ثانيا: طريقة دفع الثمن

لقد ترك المشرع للأطراف حرية الاتفاق على طريقة دفع الثمن، غير أنه وضع لها مجموعة من الضوابط أوردتها المادتين 37 و38 من القانون 11-04 الذي يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، حيث تتمثل في:

- ضرورة تضمين عقد البيع على التصاميم لطريقة الدفع.
  - في حالة تجزئة تسديد المبلغ المتفق عليه يجب تحديد كيفية ذلك.
  - يجب أن يتم تسديد الدفعات وفقا لمراحل الإنجاز.
- وتجدر الإشارة إلى أن المشرع نص على كيفية دفع الأقساط وتقسيم مراحل دفعها في نص المادة 03 من المرسوم التنفيذي 13-431 الذي يحدد نموذجي عقد الحق وعقد البيع على التصاميم حيث قسم مراحل الدفع كالاتي:
- 20% من سعر البيع المتفق عليه عند التوقيع.
  - 15% من سعر البيع المتفق عليه عند الانتهاء من الأساسات.

<sup>1</sup>- مرناش بلال وطوباش بلال، عقد بيع العقار على التصاميم في ظل القانون رقم 11-04، مرجع سابق، ص 55.

- 35% من سعر البيع المتفق عليه عن الانتهاء من الأشغال الكبرى بما في ذلك المسالك والأسوار الخارجية والداخلية.
- 25% من السعر المتفق عليه عند الانتهاء من جميع الأشغال مجتمعة بما في ذلك الربط بالطرقات والشبكات المختلفة بالإضافة إلى التهيئات الخارجية.
- 5% من السعر المتفق عليه عند إعداد محضر الحيازة<sup>1</sup>.

### البند الثاني: الالتزام بالتسليم

إن الالتزام بتسليم المبيع من طرف المشتري يقابل التزام البائع بتسليم المبيع، فإذا نفذ البائع التزامه بوضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق ولو لم يستول عليه استيلاءً فعلياً، فإن تنفيذ المشتري لالتزامه بالتسليم يكون بأن يستولي على المبيع استيلاءً فعلياً<sup>2</sup>.

ولهذا سنتطرق إلى تعريف التسليم (أولاً) وشروطه (ثانياً) وآثاره (ثالثاً).

### أولاً: تعريف التسليم

لم يعرف المشرع الجزائري التسليم وترك هذا الأمر للفقهاء<sup>3</sup>، حيث أن هناك جانب من الفقه عرفه بأنه: "الاستيلاء الفعلي من قبل المشتري ويختلف باختلاف طبيعة المبيع فإذا كان عقاراً فإن الاستيلاء الفعلي له يتم عن طريق دخول المشتري العقار وحيازته وتمكنه من القيام بجميع الأعمال القانونية والمادية التي يقوم بها عادة المالك"<sup>4</sup>، وتجدد الإشارة إلى أن المشرع الفرنسي عرف التسليم في المادة 03/1792 من القانون المدني الفرنسي بأنه: "ذلك العمل الذي عن طريقه يقرر رب العمل أو المشتري في بيع العقار قبل الإنجاز بقبوله الأعمال المنجزة سواء مع أو بدون تحفظات"<sup>5</sup>.

فالتسليم في عقد البيع على التصاميم هو العمل القانوني الذي بواسطته يستولي المكتتب على العقار المبيع بوضع يده عليه، وهذا إما بالقبول أو الرفض وذلك لترتيب آثار قانونية<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> - بوسنة حسام الدين، النظام القانوني لعقد البيع على التصاميم في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص 47.

- علي بن علي، عقد البيع على التصاميم في ظل القانون رقم 11-04، مرجع سابق، ص 87.

<sup>2</sup> - زاهية سي يوسف، عقد البيع، الطبعة الثالثة، دار الأمل، الجزائر، 2000، ص 205.

<sup>3</sup> - بوجنان نسيم ديدن، عقد البيع على التصاميم، مرجع سابق، ص 102.

<sup>4</sup> - خليل أحمد حسن قداد، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، عقد البيع، الجزء الرابع، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1996، ص 80.

<sup>5</sup> - بوسنة حسام الدين، النظام القانوني لعقد البيع على التصاميم في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص 49.

<sup>6</sup> - ويس فتحي، المسؤولية المدنية والضمانات الخاصة في بيع العقار قبل الإنجاز، مرجع سابق، ص 96.



## ثانيا: شروط التسلم

للتسلم شروطا موضوعية وأخرى شكلية.

## 1- الشروط الموضوعية:

نص المشرع الجزائري على شرطي التسلم الموضوعين للحصول على رضا المشتري، الشرط الأول في المرسوم التنفيذي 13-431 المتضمن نموذجي عقد حفظ الحق وعقد البيع على التصاميم في بند كفايات الحياة، والشرط الثاني في المادة 39 من القانون 11-04 الذي يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية.

الشرط الأول: إنجاز العمل محل التعاقد

ونص عليه في المرسوم التنفيذي 13-431 في بند كفايات الحياة: "تجدر الإشارة على أن حياة البناء أو جزء من البناء من طرف المكتب يجب أن تتم عند إتمام أشغال الإنجاز...".

الشرط الثاني: مطابقة البناء للمواصفات المنصوص عليها في العقد

نص عليه المشرع الجزائري في المادة 39 من القانون 11-04: "في حالة عقد البيع على التصاميم لا يمكن حياة بناء أو جزء من بناء من طرف المقتني إلا بعد تسليم شهادة المطابقة...".

## 2- الشروط الشكلية:

نص المشرع الجزائري في المادة 34 من القانون 11-04 السالف الذكر على أن معاينة حياة المشتري وتسليم البائع للعقار يتم بحضور محرر حضوريا في نفس مكتب التوثيق لإثبات حياة الملكية من المشتري وتسلم البناء التي أنجزها المرقى العقاري وفق الالتزامات التعاقدية.

وبالتالي فإن المشرع اشترط الصيغة الرسمية لمحضر معاينة التسليم والاستلام للعقار المبيع، على أن يتم تحريره أمام مكتب التوثيق نفسه الذي حرر به عقد البيع، ويبدو بذلك أن المشرع أراد إلحاق محضر التسليم بعقد البيع من خلال استعماله لفظ "يتم عقد البيع على التصاميم"، ويترتب على ذلك خضوع محضر التسليم إلى إجراء الشهر بالمحافظة العقارية كدليل على إنهاء المشروع والحياة الفعلية للمقتني للعقار المبيع<sup>1</sup>.

## ثالثا: آثار التسلم

يترتب على تسلم العقار من طرف المكتب آثار قانونية وتتمثل فيما يلي<sup>2</sup>:

<sup>1</sup> - علي بن علي، عقد البيع على التصاميم في ظل القانون رقم 11-04، مرجع سابق، ص 89

<sup>2</sup> - حمداني داني، النظام القانوني لعقد بيع العقار على التصاميم في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص 63-64.

- استحقاق الأجر الباقي، حيث لا يعتبر المكتب مالكا إلا إذا وفي بكامل الإقساط المستحقة.
- بدأ سريان مدد الضمان المختلفة، الضمان العشري، ضمان حسن الإنجاز وعناصر التجهيز.
- تسلم البناء دون تحفظ يعفي البائع من الالتزام بضمان العيوب الظاهرة دون الخفية.
- انتقال تبعة الهلاك للمشتري إذا تخلف عن التسلم رغم إنذار البائع له قانونا.
- انتقال حق التصرف والانتفاع بالعين المباعة.

### الفرع الثاني: الجزاءات المترتبة على إخلال المشتري بالتزاماته

إذا أخل المكتب (المشتري) بالتزامات السابق ذكرها فإنه يترتب عليه جزاءات في كل من الإخلال بالتزام دفع الثمن (أولا) والإخلال بالتزام التسلم (ثانيا).

#### أولا: جزاءات الإخلال بالتزام دفع الثمن

المشتري ملزم بدفع الثمن المجدول طبقا لما اتفق عليه، فإذا امتنع عن دفع أحد الأقساط أثناء مرحلة تشييد البناء أو رفض دفع القسط الأخير عند التسليم فإن المشرع الجزائري قد تطرق إلى هذه الحالة في المرسوم التنفيذي 431-13 تحت عنوان كفاءات الدفع في الفقرة الثانية منه حيث نص على أنه: "في حالة عدم التسديد خلال المدة المحددة يحتفظ البائع بحق توقيع عقوبة التأخير على المبلغ المستحق والمحدد طبقا للقانون رقم 04-11 المؤرخ في 14 ربيع الأول عام 1432 الموافق لـ 17 فبراير سنة 2011 ونصوصه التطبيقية".

إذن فهذا ما يحيلنا إلى المادة 53 من القانون 04-11 والتي تنص على أنه: "يتعين على المكتب في عقد البيع على التصاميم دفع التسديدات التي تقع على عاتقه في الآجال المنصوص عليها، وفي حالة عدم التسديد يحتفظ المرقي العقاري بحق توقيع عقوبة المبلغ المستحق".

يترتب على عدم تسديد دفعتين متتاليتين فسخ العقد بحكم القانون بعد إعدارين مدة كل واحد منهما خمسة عشر (15) يوما، يبلغان عن طريق محضر قضائي، ولم يتم الرد عليهما.

فكما هو موضح أنه في حالة إخلال المكتب بالتزامه بدفع المستحقات يقوم المرقي العقاري بتوقيع عقوبة على ذلك المبلغ المستحق.

وفي حالة عدم قيام المكتب بتسديد دفعتين متتاليتين يقوم المرقي بإعداره مرتين تحدد مدة كل إعدار بـ 15 يوما، ويتم التبليغ عن طريق محضر قضائي وفي حالة تعنت المكتب عن تنفيذ التزامه وعدم الرد عليهما يفسخ العقد بقوة القانون.

## ثانيا: جزاءات الإخلال بالتزام التسلم

لم ينص المشرع الجزائري بموجب القانون رقم 11-04 الذي يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية على جزاء الإخلال بهذا الالتزام وعليه يتم الرجوع إلى القواعد العامة وفقا للمادة 394 من القانون المدني الجزائري والتي تنص على أنه: "إذا لم يعين الاتفاق أو العرف مكانا وزمانا لتسلم المبيع وجب على المشتري أن يتسلمه دون تأخير باستثناء الوقت الذي تتطلبه عملية التسلم".

فعلى المكتتب تسلم العقار في الآجال المتفق عليها في العقد، أما إذا تماطل هذا الأخير قصد إرهاب البائع بحراسة البناء<sup>1</sup>، أو لنية أخرى تتعارض مع مبدأ حسن النية في تنفيذ العقد فإنه يعتبر قد تسلم العقار محل البيع قانونا بعد إعداره وإن لم يتسلمه فعلا.

أما إذا امتنع المشتري من تسلم العقار المبيع لسبب مشروع وهو وجود عيوب ظاهرة في البناء أو عدم مطابقته لرخصة البناء والتصاميم الأولية، فلا يستلم المشتري العقار المبيع إلى حين إصلاح هذه العيوب<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - مسكر سهام، بيع العقار بناء على التصاميم في الترقية العقارية، مرجع سابق، ص 114.

<sup>2</sup> - بوجنان نسيمه ديدن، عقد البيع بناء على التصاميم، مرجع سابق، ص 107.

- مرناش بلال وطوباش بلال، عقد بيع العقار على التصاميم في ظل القانون رقم 11-04، مرجع سابق، ص 61.

## خلاصة الفصل الأول:

بعد أن تناولنا في هذا الفصل مدخل للبيع على التصاميم، بدءًا بمفهوم هذا البيع من حيث تعريفه في التشريع الجزائري والفقهاء القانونيين ومعرفة أطرافه وأركانه وصولًا إلى التزامات أطرافه وجزاء الإخلال بها، وذلك في مباحث ثلاث نخلص إلى ما يلي:

- رغم حداثة البيع على التصاميم إلا أن المشرع الجزائري قد نظمته وضبط أحكامه بمجموعة من النصوص القانونية آخرها القانون رقم 04-11 المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، والمرسوم التنفيذي 431-13 المحدد لنموذجي عقد حفظ الحق وعقد البيع بناء على التصاميم.
- ومع أن المشرع الجزائري عادة ما يترك التعريفات للفقهاء إلا أنه حرص على إعطاء مفهوم لهذا البيع في المادة 28 من القانون 04-11 وقد أحسن في ذلك إلى حد بعيد، إلا أننا نعتقد أن تسمية هذا البيع، البيع على التصاميم هي تسمية غير واضحة ومبهمّة، فالأصل أن يسمى ببيع العقار على التصاميم، كونه يباع ينصب على عقار، وبالتالي إزالة اللبس الواقع في محل البيع.
- إن المشرع الجزائري في تعريفه للمرقي العقاري وسع في مهامه وجعله هو الوحيد المؤهل للقيام بهذا النوع من العقود وفق الشروط المحددة قانونًا، كما انتهز المشرع فرصة إصلاح الإطار التشريعي المنظم لنشاط الترقية العقارية، أين ضمّن القانون الجديد المحدد للقواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية الصادر سنة 2011، نصوصًا قانونية خاصة بمهنة المرقي العقاري، وشروط مزاولتها (المواد من 17 إلى 23) وذلك إبعادًا للانتهازين عن هذا النشاط.
- لم يعرف المشرع المكتتب لا في القانون المدني ولا في القانون 04-11، وخصه بالإضافة إلى الشروط واجب توفرها فيه وفق القواعد العامة إلى شروط زائدة للذي يرغب في شراء مسكن ترقوي مدعم، والهدف منها توفير السكن للفئات المتوسطة وذات الدخل المتوسط ومنع استغلال هذا البيع للاغتناء أو التجارة به.
- البيع على التصاميم يقوم على أربعة أركان شأنه شأن البيوع العقارية، نستشفها من القواعد العامة ونسقطها على هذا العقد وماله من نصوص خاصة، إلا أن ركن الشكلية يشترط توفره بالكيفيات المنصوص عليها في القوانين المنظمة لنشاط الترقية العقارية وعلى رأسها القانون 04-11 وتلك المنصوص عليها في قانون التسجيل والتعديلات الواردة عليه.
- يضع البيع على التصاميم عدة التزامات على (المرقي العقاري) تتمثل في: الالتزام بتشييد البناء، الالتزام بنقل الملكية، الالتزام بالتسليم، الالتزام بالضمان، وأخيرًا الالتزام بالإعلام.
- أما بالنسبة لكيفية انتقال الملكية، فتكون على مرحلتين: المرحلة الأولى تبدأ من لحظة شهر العقد والتي تنتقل بمقتضاها ملكية الرقبة لمشتري، أما المرحلة الثانية فتبدأ بعد تمام الانجاز وتسليم شهادة المطابقة

وتسديد كل الأقساط وتحرير محضر التسليم وتوقيعه وشهره، والملكية التي تنتقل هي ملكية التمتع والتصرف في المبيع، وقد أوجب المشرع إثبات التسليم في محضر يجر لدى الموثق نفسه الذي اكتتب العقد وهذا طبقا للمادة 34 من القانون 11-04.

- يلتزم المرقى العقاري بضمان استحقاق الشيء المبيع، وضمان التعرض الشخصي ماديا أو قانونيا، والتعرض الصادر من الغير إن كان قانونيا، ومن جانب آخر ظهر للمشرع إخضاع أحكام البيع على التصاميم بالنسبة لضمان العيوب إلى نظام خاص يتماشى مع طبيعته، وجعله يخضع في معظم أحكامه لأحكام عقد المقاوله نفسها، وذلك لتشابه العقدين في هذه الناحية.
- حرصا من المشرع على علم الجمهور بالمشروع العقاري ألزم المرقى العقاري بالإعلام عنه، حتى يتقدم إليه من يرغب في التعاقد معه بصيغة البيع على التصاميم وهو عالم به، وهذا ما يعزز قدرة المقتني على العلم بما يقبل عليه من مشروع يكلفه أموالا يتطلب توفيرها جهدا كبيرا، ويعزز قدرته على اختيار البناية بحسب الغرض النهائي المقصود.
- لما كان البيع على التصاميم يرتب التزامات في ذمة كل من المرقى العقاري والمشتري (المكاتب)، فإنه يترتب على عدم الوفاء بهذه الالتزامات جزاءات بالنسبة لكلا الطرفين، فمن الجزاءات المترتبة في ذمة البائع منها ما هو خاضع للقواعد العامة ومنها ما هو خاص يخضع لقوانين النشاط العقاري، فمن الجزاءات التي ترجع إلى القواعد العامة حق المشتري في طلب التنفيذ العيني للعقد أو فسخ العقد، وذلك بعد إعداد البائع، وسواء طلب المشتري التنفيذ العيني أو الفسخ يجوز أن يطلب التعويض أيضا إذا كان له محل، إضافة إلى جزاءات خاصة تضمنتها قوانين النشاط العقاري، كالعقوبات الإدارية المتمثلة في سحب الاعتماد بأنواعه الثلاث: المؤقت، النهائي، والتلقائي طبقا للقانون 11-04، وبموجب القانون ذاته شرع توقيع عقوبات جزائية متمثلة في الغرامة والحبس في حالة إخلاله بالالتزامات المنصوص عليها فيه.
- بما أن البيع على التصاميم ملزم لجانبين فإنه يترتب التزامات على عاتق المكاتب، وهي الالتزام بدفع الثمن، الالتزام بالتسليم، والالتزام بدفع التكاليف المفروضة.
- بالنسبة لدفع الثمن فقد أحسن المشرع عندما نص في القانون 11-04 على أن دفع الثمن يكون على شكل أقساط تبعا لتقدم مراحل الإنجاز وأوضح المرسوم التنفيذي 13-431 نسبة دفع كل قسط، مما يسهل على المشتري دفع سعر كل قسط، كما منح القانون 11-04 الحرية للأطراف المتعاقدة في مراجعة الثمن كأصل عام، مراعاة لتغيير المعطيات خاصة المؤشرات الرسمية لأسعار مواد البناء والعتاد واليد العاملة، ولكنه كاستثناء اشترط أن لا يتجاوز السعر المراجع 20% كحد أقصى من السعر المتفق عليه في البداية، وهذا بخلاف المرسوم التشريعي 93-03 الملغي والذي لم يحدد نسبة المراجعة بل تركها تخضع لتقدير وإرادة المرقى العقاري الذي استغل الأمر في تحديد نسبة المراجعة دون أية مراقبة.

- بالنسبة للالتزام بالتسليم فإنه يتضمن في البيع على التصاميم مجموعة من الشروط الموضوعية، تتمثل في إنجاز العمل محل التعاقد، مطابقة البناء لموصفات المتفق عليها، كما نص المشرع الجزائري على ضرورة إفراغ عمليتي التسليم والتسلم في محضر يحرر بحضور كل من البائع والمشتري وفي مكتب الموثق نفسه الذي عهد إليه تحرير عقد البيع على التصاميم.
- في حالة إخلال المشتري في البيع على التصاميم بالتزامه بدفع الثمن فإن بائع العقار على التصاميم الذي قام من جهته بتنفيذ التزاماته، يمكنه مثل كل دائن يستمد حقوقه من عقد ملزم للجانبين، حبس العقار المبيع تطبيقاً لقواعد الدفع بعدم تنفيذ العقد المقررة في العقود الملزمة للجانبين، أو المطالبة بالتنفيذ العيني، وله طلب الفسخ، كما أن له في حالة تماطل المشتري في تسليم العقار وإعداره إياه أن يطلب من القضاء إجباره على تنفيذ التزامه عيناً، وله أن يطلب الحكم عليه بالغرامة التهديدية عن التأخر في التسلم أو تعيين حارس يتولى حراسة العقار على نفقة المشتري.
- نظراً للخصوصية التي يتميز بها البيع على التصاميم، خصوصاً المجازفة من طرف المشتري، فقد عززه المشرع بضمانات خاصة ومستحدثة، وتتمثل هذه الضمانات في الضمان العشري، ضمان حسن التنفيذ، ضمان إدارة الأملاك وإعداد الملكية المشتركة، لزوم القدرة الفنية والمالية للمرقي العقاري وانتسابه لصندوق الضمان، وهذه الضمانات تتماشى مع خصوصية هذا البيع وتحقق الهدف من وراء هذه الخصوصية وهو دائماً حماية المشتري.
- أحسن المشرع الجزائري إلى حد بعيد عندما حمل المرقي العقاري المسؤولية العشرية، إضافة إلى المهندس المعماري ومقاول البناء والمراقب التقني والشركاء المتدخلين الآخرين في البيع على التصاميم، ولكن يجب على المشرع تحديد هؤلاء المتدخلين لتجنب إخضاع فئات خارجة عن نطاق المقابلة للمسؤولية العشرية.

## الفصل الثاني:

### الإطار القانوني للبيع على

### التصاميم في التشريع الجزائري

المبحث الأول: تمييز البيع على التصاميم في التشريع الجزائري عن البيع العادي والمقولة

المبحث الثاني: تمييز البيع على التصاميم في التشريع الجزائري عن بعض المعاملات القانونية

المشابهة له

المبحث الثالث: خصائص البيع على التصاميم في التشريع الجزائري وتكييفه القانوني

## تمهيد:

إن تحديد الإطار القانوني للبيع على التصاميم من أكثر المسائل جدلا بين فقهاء القانون، وذلك لحدثة هذه الصيغة التعاقدية على الواقع القانوني، فلقد ساد هذا الاختلاف بين الفقهاء في فرنسا<sup>1</sup> حول طبيعة هذا العقد الذي اصطلح على تسميته بيع العقار قبل الإنجاز منذ أن ظهر في صوره الأولى، خاصة وأنه لم يكن يوجد إطار قانوني يضبط هذا العقد نظرا لتقاربه مع بعض العقود وتشابهه مع بعضها في الالتزامات.

وفي هذا الفصل سنتناول بالدراسة الإطار القانوني لعقد البيع على التصاميم، وذلك بتحديد مميزاته عن العقود المقاربة له كعقد البيع العادي وعقد المقاول (المبحث الأول) والعقود المشابهة له (المبحث الثاني) وتحديد خصائصه وطبيعته القانونية (المبحث الثالث).

---

<sup>1</sup> - عياشي شعبان، عقد بيع العقار بناء على التصاميم، مرجع سابق، ص 25.



## المبحث الأول: تمييز البيع على التصاميم في التشريع الجزائري عن البيع العادي والمقاولة

رغم تنظيم البيع على التصاميم من الناحية القانونية في الجزائر، حيث جاءت جملة من الأحكام الخاصة به تجمع بين أحكام البيع وعقد المقاولة، فبالنظر للالتزام بنقل ملكية البناية من قبل البائع مقابل الالتزام بدفع الثمن من قبل المشتري يعدّ هذا العقد بيعا، أما بالنظر للالتزامات الأخرى خاصة من جانب البائع والضمانات المستحدثة فيه وبصفة عامة مسؤولية البائع نحوه يشبه كثيرا عقد المقاولة الذي يتميز بهذه الأحكام دون غيره من العقود، وهكذا بقي البيع على التصاميم يتأرجح من حيث الإطار القانوني بين اعتباره عقد بيع أو عقد مقاولة، ونظرا لاشتراك أحكام البيع على التصاميم فعلا مع أحكام كل من عقد البيع وعقد المقاولة الخاص بالأبنية فإن تحديد الإطار القانوني للبيع على التصاميم يعتمد على فهم هذين العقدين أولا.

وعليه فسننتقل إلى نطاق التداخل والاختلاف بين عقد البيع على التصاميم وعقد البيع العادي (المطلب الأول) وبينه وبين عقد المقاولة (المطلب الثاني).

## المطلب الأول: تمييز البيع على التصاميم في التشريع الجزائري عن البيع العادي (عقد بيع عقار موجود وقت التعاقد):

إن القواعد العامة للبيع تسمح ببيع العقارات قبل وجودها أي بناء على التصاميم، إذاً فما هو الداعي إلى تنظيم هذا النوع من البيوع بقواعد خاصة زيادة عن القواعد العامة؟ وإذا كان البيع العادي يرتب التزامات في ذمة البائع وهي التزاماته بالتسليم وبالضمان أي ضمان التعرض والاستحقاق وضمان العيوب الخفية، فهل هذا العقد يرتب هذه الالتزامات نفسها على عاتق المرقى العقاري؟ وعليه فالتساؤل الذي يطرح نفسه هو: ماهي خصوصية البيع على التصاميم عن عقد البيع العادي أو عن البيوع المعروفة وفقا للقواعد العامة؟ وبمعنى آخر ماهي القواعد القانونية المميزة له عن البيع العادي؟

إن الإجابة على هذا التساؤل تجرنا أولا إلى التطرق إلى مفهوم عقد البيع العادي وذكر خصائصه ومميزاته (الفرع الأول)، ثم التطرق إلى مميزات البيع على التصاميم عن البيع العادي (الفرع الثاني).

## الفرع الأول: مفهوم البيع العادي وخصائصه

لوقوف على مفهوم البيع العقاري يقتضي مّا التطرق لتعريف عقد البيع في التشريع الجزائري (البند الأول) ثمّ التطرق إلى خصائصه التي يتميز بها (البند الثاني).

### البند الأول - تعريف البيع العادي:

البيع في اللغة مطلق المبادلة<sup>1</sup>.

وفي القانون الجزائري عرفته المادة 351 من القانون المدني الجزائري على أنه: "عقد يلتزم بمقتضاه البائع بأن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حق مالي في مقابل ثمن نقدي"<sup>2</sup>.

يستخلص من هذا التعريف أمران، أولهما: أنه قد يقع البيع على حقوق عينية غير الملكية كحق الانتفاع أو حق الاستغلال، وقد يقع على حقوق شخصية كما هو في حوالة الحق إذا كانت في مقابل مبلغ من النقود.

والأمر الثاني: أنه يتبين أن الثمن لا بد أن يكون من النقود، وهذا وصف جوهرى في الثمن<sup>3</sup>.

ويعرّف البيع العقاري على أنه: "عقد ناقل للملكية العقارية بالإشهار العقاري"<sup>4</sup>.

من خلال نص المادة السابقة والتعريف يتضح أن البيع يمتاز بخصائص يتميز بها عن باقي العقود والتي سندرسها في البند الموالي.

### البند الثاني: خصائص البيع العادي

من خلال تعريف المادة 351 من القانون المدني الجزائري يتبين أن للبيع عدة خصائص، فهناك خصائص يتميز بها كباقي العقود وتعتبر خصائص عامة (أولاً)، وهناك خصائص تميزه عن غيره من العقود وتعتبر خصائص خاصة (ثانياً).

<sup>1</sup> - الشريف علي بن محمد الجرجاني، كتاب التعريفات، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1983، ص 48.

<sup>2</sup> - الأمر رقم 75-58، المتضمن القانون المدني، مرجع سابق.

<sup>3</sup> - خليل أحمد حسن قداد، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، عقد البيع، الجزء الرابع، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1996، ص 12.

<sup>4</sup> - مجيد خلوفي، شهر التصرفات القانونية الجزائرية، الطبعة الأولى، دار هومة، الجزائر، 2008، ص 30.

## أولاً: الخصائص العامة

تتمثل الخصائص العامة فيما يلي:

## 1- عقد البيع عقد رضائي.

العقد الرضائي هو العقد الذي لا يطلب المشرع لانعقاده شكلاً خاصاً، وإنما يكفي تراضي طرفيه عليه لانعقاده.

بحيث يكفي التعبير عن رغبتهما في انعقاد العقد أيّاً كان شكل هذا التعبير كتابة أو شفاهة أو بالإشارة الدالة<sup>1</sup>.

أما العقد الشكلي فهو العقد الذي يشترط لانعقاده إفراغ رضاء أطرافه في شكل معين، ومبدأ رضائية البيع ليس متعلقاً بالنظام العام، فيجوز للمتعاقدين أن يتفقا على خلافه، فيجوز لهما الاتفاق على ألاّ ينعقد البيع بينهما إلا إن أفرغا رضاءهما في شكل معين كتدوينه في ورقة رسمية، فلا ينعقد البيع في هذه الحالة إلا باستيفاء الشكل المتفق عليه، ولكن بما أن الأصل أن العقد رضائي فيجب على المتعاقدين إذا أرادوا مخالفة هذا الأصل وتعليق وجود البيع على تحرير العقد أن يظهروا هذه النية صراحة. كما يكون عقد البيع قضائي، مثال ذلك في العقارات المحجوزة<sup>2</sup>.

## 2- عقد ملزم للجانبين.

البيع عقد ملزم للجانبين أو عقد تبادلي، لأنه يولد التزامات متقابلة على عاتق المتعاقدين، بحيث يصبح كل منهما دائماً ومدنياً للآخر في آن واحد، ويترتب على ذلك خضوع البيع لأحكام العقود الملزمة للجانبين من ناحية تطبيق أحكام الفسخ والدفع بعدم التنفيذ وتبعية استحالة التنفيذ<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الالتزام، الطبعة الثانية، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، الجزء 1، 2004، ص 83.

<sup>2</sup> - جميلة زايد، إجراءات نقل الملكية في العقد البيع العقاري في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، 2011/2012، ص 20.

<sup>3</sup> - خليل أحمد حسن قداد، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص 12.

**3- عقد معاوضة.**

عقد البيع من عقود المعاوضات لأن كلا طرفيه يأخذ مقابلا لما يعطيه، فالبايع يحصل على الثمن مقابل المبيع والمشتري يحصل على المبيع مقابل الثمن، فإذا انعدم المقابل أصبح العقد هبة لا يباعا وتعين خضوعه للأحكام الخاصة بالهبة لا البيع<sup>1</sup>.

**ثانيا: الخصائص الخاصة**

هناك خاصيتان أساسيتان لعقد البيع بواسطتهما يمكن أن نميزه عن غيره من العقود وهما:

**1- عقد البيع ناقل للملكية.**

وهي الخاصية الحقيقية لعقد البيع، فنقل الملكية هو الغرض الأساسي الذي يميز عقد البيع العادي عن سائر العقود، وحتى يمكن نقل الملكية خاصة في العقار فيما بين المتعاقدين وفي مواجهة الغير يجب أن يكون البائع مالكا للعقار، كما يجب القيام بالإجراءات اللازمة لنقل الملكية من تسجيل وشهر<sup>2</sup>. ويعتبر نقل الملكية كأثر مترتب على عقد البيع العقاري وهو يعدّ أساسا كالتزام واقع على البائع، وذلك خلافا لعقد البيع في الفقه الإسلامي، حيث ينقل عقد البيع الملكية بذاته، ولا يقتصر على إنشاء التزام بنقل الملكية<sup>3</sup>.

**2- عقد البيع المقابل فيه يكون نقديا.**

وهي الخاصية الثانية، فهو عقد معاوضة يحصل فيه البائع على الثمن مقابل نقل ملكية المبيع للمشتري، وهذا الثمن يجب أن يكون نقدا وفقا لنص المادة 351 من القانون المدني الجزائري، وبالتالي لا يمكن أن يكون المقابل شيئا آخر، وإلا كُنّا بصدد عقد مقايضة وليس عقد بيع. ويرى جانب من الفقه القانوني أنه في هذه الحالة لتحديد طبيعة العقد يؤخذ العنصر الغالب، فإذا كان المبلغ هو العنصر الغالب كان العقد بيعا، أما إذا كانت السيارة مثلا هي المقابل فإن العقد يعدّ مقايضة.

1 - محمد يوسف الزغبي، شرح عقد البيع في القانون المدني، الطبعة الأولى، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2004، ص 20.

2 - سي يوسف زاهية حورية، الوجيز في عقد البيع، دار الأمل، تيزي وزو، الجزائر، 2008، ص 13.

3 - أنور العمورسي، العقود الواردة على الملكية في القانون المدني، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2002، ص 82.

إلا أنه يبق التمييز بين عقد البيع وعقد المقايضة إن أعطى شخص منزله لآخر مقابل أوراق مالية أو سبائك ذهبية، فهل يعتبر المقابل هنا بمثابة النقد أم لا؟ يرى بعض الفقه أن العقد في هذه الحالة هو عقد مقايضة رغم سهولة تحويل الأوراق المالية أو السبائك الذهبية إلى نقد، لأن العبرة هي طبيعة المقابل وقت التعاقد<sup>1</sup>.

## الفرع الثاني: مميزات البيع على التصاميم عن البيع العادي (بيع عقار موجود وقت التعاقد) بالبيع العادي

بمقارنة البيع على التصاميم بالبيع العادي نلاحظ أن هناك أوجه يشترك فيها مع عقد البيع العادي وهي الأوجه الخاضعة للقواعد العامة (البند الأول) وأوجه أخرى يختلف فيها معه لأن له مجموعة من الخصائص تخرجه عن القواعد العامة لعقد البيع (البند الثاني).

### البند الأول: أوجه التشابه

- 1- أنه من العقود المسماة: حيث أن المشرع الجزائري عني ببيان الأحكام الخاصة بعقد البيع على التصاميم وهو ما تناوله المشرع الجزائري في المرسوم التشريعي 93-03 المتضمن النشاط العقاري الملغى بموجب القانون 11-04 الذي يحدد القواعد التي تنظم الترقية العقارية.
- 2- أنه من العقود الملزمة للجانبين: حيث أن هذا العقد كعقد البيع العادي وفقا للقواعد العامة فإنه يرتب التزامات متقابلة في ذمة كل من البائع والمشتري.
- فبالرجوع إلى القانون 11-04 نجد أن المرقى العقاري يلتزم بتشييد البناية المتفق عليها في الآجل المحدد، وفي المقابل يلتزم المشتري بدفع السعر كلما تقدم الإنجاز كما جاء في المادة 28 من القانون السالف الذكر.
- 3- أنه من العقود الرسمية: حيث أوجب المشرع أن يفرغ البيع على التصاميم في محرر مكتوب يشترط فيه الرسمية حيث يخضع لإجراءات التسجيل والشهر، فقد نصت المادة 34 من القانون 11-04

<sup>1</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، عقد البيع والمقايضة، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ج 8، 2000، ص 492.

على أنه: "يتم إعداد عقد البيع على التصاميم في الشكل الرسمي ويخضع للشكليات القانونية الخاصة بالتسجيل والإشهار...".

### البند الثاني: أوجه الاختلاف

- 1- أنه ناقل لملكية محل قابل للوجود: أي أن المحل غير موجود زمن التعاقد، حيث نصت المادة 28 من القانون 04-11 على أن: "عقد البيع على التصاميم لبناية أو جزء من بناية مقرر بناؤها أو في طور البناء...".
- وإن كان المشرّع الجزائري أجاز وفقا للمادة 92 من القانون المدني بأن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا أو محقق الوجود، إلا أنه استثنى بيع تركة مستقبلية وبيع الحقوق المتنازع فيها، لانعدام شرط مهم وهو إمكانية الوجود.
- 2- القواعد المنظمة لعقد البيع على التصاميم هي قواعد آمرة متعلقة بالنظام العام فلا يجوز الاتفاق على مخالفتها، ولا يقتصر الأثر على مخالفتها في البطلان فحسب، بل يمتد إلى تعرض البائع إلى عقوبة جنائية (مالية وبدنية)<sup>1</sup>، خلافا للقواعد المتعلقة بعقد البيع العادي التي هي في الأصل قواعد مكاملة يجوز للمتعاقدين الاتفاق على مخالفتها بما يكفل حماية المشتري الطرف الضعيف في علاقته مع البائع، دون أن يغفل حقوق هذا الأخير سواء خلال مرحلة إنجاز البناء أو بعد اكتماله، وهو ما من شأنه تحقيق نوع من التوازن العقدي بين الطرفين، أي كفالة التوازن بين مصلحة المرفق العقاري ومصلحة المكتتب<sup>2</sup>.
- 3- أنه يتميز بضمانات خاصة تختلف عن تلك المعروفة في القواعد العامة: حيث نص المادة 12 من القانون 04-11 على أنه: "يجب أن يبادر بالمشاريع العقارية المعدة للبيع أو الإيجار، محترفون يمتلكون المهارات في هذا المجال والقدرات المالية الكافية"، فهذه المادة اشترطت ضمانات تقنية ومالية تكفي لحماية المشتري، بالإضافة إلى المؤهلات العلمية، الضمان العشري، ضمان حسن الإنجاز، ضمان إدارة الأملاك المشتركة، ضمان اكتتاب عقود التأمين و ضمان العيوب الظاهرة.

<sup>1</sup> - عياشي شعبان، عقد بيع العقار بناء على التصاميم، مرجع سابق، ص 14.

<sup>2</sup> - عز الدين زوية، خصوصية عقد بيع العقار على التصاميم عن عقد البيع العادي، مجلة الحقوق والحريات، عدد تجريبي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2013، ص 47.

4- أن الثمن يكون على شكل أقساط: حيث يحدد الثمن في عقد البيع على التصاميم في شكل أقساط، فقد حددت المادة 03 من المرسوم التنفيذي 13-431 الذي يحدد نموذجي عقد حفظ الحق وعقد البيع على التصاميم الحق كيفية دفع الأقساط وتقسيم مراحل دفعها وذلك حسب تقدم عملية الإنجاز. في حين أن القاعدة الأساسية في زمان استحقاق الثمن وآلية دفعه في عقد البيع العادي هو عند إبرام العقد أو عند تسليم المبيع وعلى دفعة واحدة ما لم يتفق المتعاقدان على خلافه، فقد نصت المادة 388 من القانون المدني الجزائري على أنه: "يكون ثمن المبيع مستحقا في الوقت الذي يقع فيه تسليم المبيع ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بخلاف ذلك...".

5- انتقال الملكية لا يكون دفعة واحدة: إن انتقال الملكية في عقد البيع على التصاميم لا تكون دفعة واحدة إنما تتم تبعا لمرحلتين:

- المرحلة الأولى: وهي مرحلة التوقيع والتي تتم فيها نقل ملكية الرقبة فقط، والتي تشمل كلاً من الأرض والبناء محل التشييد.

- المرحلة الثانية: وهي مرحلة ما بعد إتمام الإنجاز ودفع القسط الأخير من الثمن وتحرير محضر التسليم، والهدف منه إثبات الحيازة المادية للعقار محل الإنجاز المشهر الذي يخول للمشتري باقي الحقوق أي حق الانتفاع والملكية، وهذا خلافا لما عليه نقل الملكية في أحكام القواعد العامة للبيع العادي الذي يكون دفعة واحدة<sup>1</sup>.

### المطلب الثاني: تمييز البيع على التصاميم في التشريع الجزائري عن المقاول

إن للبيع على التصاميم في التشريع الجزائري أحكاما والتزامات خاصة، يمكن أن تحدث إشكالا في عملية التكييف القانوني، وذلك لاشترائه مع عقد المقاول خاصة في الضمانات المتعلقة بجانب البائع والضمانات المستحدثة، وبصفة عامة فمسؤولية البائع في البيع على التصاميم تشبه كثيرا مسؤولية المقاول، إذأ فما هي مميزات البيع على التصاميم في التشريع الجزائري عن عقد المقاول؟

للإجابة عن هذا السؤال لا بد أن نتطرق إلى مفهوم عقد المقاول (الفرع الأول) ثم نذكر مميزات البيع على التصاميم في التشريع الجزائري عن عقد المقاول (الفرع الثاني).

<sup>1</sup> - علال قاشي، التزامات المرقى العقاري وجزاء الإخلال بما في البيع على التصاميم، مرجع سابق، ص 17.

## الفرع الأول: مفهوم المقاولة

يعتبر عقد المقاولة من العقود المسماة التي خصها المشرع الجزائري بتنظيم قانوني مستقل، ضمن أحكام القانون المدني.

وقد ترتب على ذلك أن أصبح لعقد المقاولة كيانا قانونيا تميز به عن غيره من العقود الأخرى.

ولتفصيل أكثر نقسم هذا الفرع إلى قسمين، قسم نتطرق فيه إلى تعريف عقد المقاولة (البند الأول)، والقسم الثاني نتطرق فيه لذكر خصائص ومميزات عقد المقاولة (البند الثاني).

### البند الأول: تعريف المقاولة

عرف المشرع الجزائري عقد المقاولة ضمن التنظيم القانوني الذي خص به هذا العقد في القانون المدني، وإن كان نادرا ما يلجأ المشرع لذلك على اعتبار أن مسألة تعريف المصطلحات القانونية هي اختصاص أصيل لفقهاء القانون<sup>1</sup>، وبالتالي نتساءل عن دقة التعريف الذي جاء به المشرع الجزائري؟

إن أصل كلمة مقاول مأخوذ من فعل قاو (هـ) مقاول في الأمر، أي باحثه وجادله<sup>2</sup>، ومن هذا المعنى اللغوي اصطلاح على عقد المقاولة بهذه التسمية لما يكون من جدال ومباحثة عند إبرام العقد.

هذا فيما يخص التعريف اللغوي، أما التعريف القانوني فقد عرّف المشرع الجزائري المقاولة من خلال المادة 549 من القانون المدني كالتالي: "المقاولة عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئا أو أن يؤدي عملا مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الآخر"<sup>3</sup>.

وعليه فإن عقد المقاولة هو اتفاق بين المقاول ورب العمل على أن يقوم المقاول بعمل معين لصالح رب العمل، في مقابل أجر يدفعه هذا الأخير للمقاول، وبالتالي فإن عقد المقاولة يرد على محل غير موجود أثناء التعاقد، وإنما يعمل المقاول على إيجادها في المستقبل بعد دخول العقد حيز التنفيذ بين طرفيه، غير أن عقد المقاولة بهذا المعنى

<sup>1</sup> - توفيق زيداني، التنظيم القانوني لعقد المقاولة على ضوء أحكام القانون المدني الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون، فرع قانون عقاري، كلية الحقوق، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2010/2009، ص21.

<sup>2</sup> - منجد اللغة والأعلام، الطبعة السادسة والعشرون، دار المشرق، بيروت، لبنان، ص 580.

<sup>3</sup> - أمر رقم 75-58، المتضمن القانون المدني معدل ومتمم، مرجع سابق.



الذي تضمنته المادة 549 أعلاه يثير بعض اللبس والغموض، فقد يتبادر إلى الذهن الخلط بينه وبين عقد العمل، إذ أن العامل في عقد العمل يؤدي أيضا عملا مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الآخر.

وإزاء هذا الوضع فإنه يتعين الرجوع إلى الفقه لمعرفة التعريف الدقيق لعقد المقاولة، فبالرجوع إلى الفقه نجد أنه قد حاول وضع تعريف جامع مانع لعقد المقاولة يكون أكثر دقة ووضوح تبرز من خلاله أهم الخصائص التي يتميز بها، ومن بين التعاريف الفقهية التي تناولت عقد المقاولة نتطرق إلى تعريفين، الأول من الفقه القانوني الغربي والثاني من الفقه القانوني العربي.

فالتعريف الأول للأستاذ مازو، إذ عرّف عقد المقاولة بأنه: "العقد الذي عن طريقه يتعهد شخص يقال له المقاول أو مؤجر العمل في مواجهة شخص آخر يقال له رب العمل أو العميل بأن ينفذ له عملا مقابل أجر مستقلا عنه ودون أن تكون له صفة تمثيلية"<sup>1</sup>.

أما التعريف الثاني فهو للأستاذ عبد الرزاق حسين ياسين الذي يذكر فيه أن المقاولة هي: "عقد يتعهد طرف فيه بصنع شيء أو أداء عمل لحساب الطرف الآخر مستقلا عن إدارته وإشرافه"<sup>2</sup>.

فهذا التعريف وإن كان يقترب من التعريف الذي أتت به المادة 549 من القانون المدني الجزائري، إلا أنه يبرز خاصية أساسية يتميز بها عقد المقاولة، وهي أن من يقوم بالعمل محل المقاولة إنما يفعل ذلك مستقلا، فلا يخضع لإدارة وإشراف الطرف الآخر الذي يتم العمل لحسابه أي رب العمل.

### البند الثاني: خصائص المقاولة:

بالنظر لتعريف عقد المقاولة في القانون الجزائري والفقه القانوني نلاحظ أنه يتميز بمجموعة من الخصائص

هي كالآتي:

<sup>1</sup> - الأستاذ عبد الرزاق حسين ياسين، المسؤولية الخاصة بالمهندس المعماري ومقاول البناء، شروطها، نطاق تطبيقها والضمانات المستحدثة فيها، دراسة مقارنة في القانون المدني، الطبعة الأولى، دار المعارف، أسبوط، مصر، 1987، ص 84.

<sup>2</sup> - المرجع السابق، ص 87.

**1- عقد رضائي:**

فلا يشترط لانعقاده شكل خاص، إذ أنه ينعقد بمجرد تراضي طرفيه على محل المقاولة، فيجوز إبرامه بالكتابة أو مشافهة<sup>1</sup>، وتبدو هذه الخاصية واضحة من نص المادة 561 من القانون المدني الجزائري الذي لا يجيز للمقاول أن يطالب بأية زيادة في الأجر، ولو حدث في التصميم المتفق عليه تعديل أو إضافة إلا إذا اتفقا على هذا الأجر، فقد اشترط النص المذكور أن يحصل هذا الاتفاق كتابة إلا إذا كان العقد الأصلي قد اتفقا عليه مشافهة.

ولكن ليس هناك ما يمنع من أن يكون عقد المقاولة عقدا شكليا إذا اشترط نص قانوني خاص الكتابة لوجوده<sup>2</sup>.

**2- عقد معاوضة:**

كل من طرفي عقد المقاولة يأخذ مقابلا لما يعطي، فالمقاول يقوم بالعمل المتفق عليه وقد يقدم المواد اللازمة لإنجاز هذا العمل مقابل الأجر الذي يحصل عليه من رب العمل.

على أنه يتعين أن يؤخذ المقابل بمفهوم واسع، فالدراسة التي يعدها المهندس المعماري على سبيل المثال قبل إبرام العقد لا تعتبر من دون مقابل متى أبرمت المقاولة لاحقا، ذلك أن المقابل يندرج في هذا العقد الأخير، كما أنه لا يشترط أن يكون المقابل معيناً عند إبرام عقد المقاولة، إذ يكفي أن يكون قابلا للتقدير وفقا للقواعد المهنية السارية<sup>3</sup>.

**3- عقد ملزم للجانبين:**

يرتب عقد المقاولة منذ انعقاده التزامات متبادلة على عاتق طرفيه، أهمها بالنسبة للمقاول إنجاز العمل المتفق عليه، وبالنسبة لرب العمل دفع الأجر المستحق للمقاول عن هذا العمل، ويترتب على هذه الخاصية التبادلية لعقد المقاولة نتائج هامة فيما يتعلق بالفسخ والدفع بعدم التنفيذ وتبعية الهلاك<sup>4</sup>.

1 - توفيق زيداني، التنظيم القانوني لعقد المقاولة على ضوء أحكام القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص 9.

2 - توفيق زيداني، التنظيم القانوني لعقد المقاولة على ضوء أحكام القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص 10.

3 - توفيق زيداني، التنظيم القانوني لعقد المقاولة على ضوء أحكام القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص 11.

4 - محمد لبيب شنب، شرح أحكام عقد المقاولة في ضوء الفقه والقضاء، الطبعة الثانية، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2004، ص 17.

**4- التزام المقاول بالقيام بالعمل محل المقاولة من دون تبعية رب العمل:**

إن الأداء الرئيسي في عقد المقاولة مطلوب من المقاول، وهو القيام بالعمل المتفق عليه مع رب العمل، ورغم أن هذا العمل يتم بمقابل، وإن هذا الأخير قد يكون عبارة عن نقل ملكية شيء مثلي أو قيمي إلى المقاول، إلا أنه يعتد في وصف العقد بالأداء الرئيسي (العمل) وليس بالمقابل مهما كانت طبيعته<sup>1</sup>، وإن العمل محل المقاومة الذي يلتزم المقاول بإنجازه وإن كان في الأصل له طابع مادي، إلا أنه مع التطور دخل الأداء ذو الطابع المعنوي أو الذهني ضمن الالتزامات التي تقع على عاتق المقاول، فقد أصبحت عقود الاستشارات الفنية والهندسية أو عقود الخبرة من عقود المقاولات الدارجة، وعلى ذلك فإن جوهر عقد المقاولة يتمثل في أداء أعمال لحساب شخص آخر، هذا وتفترض المقاولة قدرا من الاستقلال لدى القائم بأداء العمل، فالمقاول إذ يقوم بإنجاز العمل المتفق عليه، إنما يفعل ذلك باسمه الخاص، مستقلا عن أي إدارة أو إشراف من جانب رب العمل، ويقتصر عقد المقاولة على تحديد النتيجة التي يهدف إليها رب العمل ويترك للمقاول حرية اختيار الوسائل والأدوات التي تكفل تحقيقها دون أن يكون لرب العمل أن يتدخل لتوجيه هذا الاختيار أو رقبته<sup>2</sup>.

**5- عقد محدد:**

أي يستطيع كل طرف أن يحدد عند التعاقد قيمة ما يأخذه بمقتضاه وقيمة ما يعطيه، دون أن يتوقف تحديد هذه القيمة على أمر احتمالي غير محقق الوقوع كما في عقد الغرر<sup>3</sup>.

**6- عقد زمني:**

أي أن الزمن عنصر جوهري فيه بحيث يكون هو المقياس الذي يقدر به العمل، وهذا يعني أن الالتزامات تتقابل فيه تقابلا تاما لا في الوجود فحسب بل أيضا في التنفيذ فما تم منها في جانب يتم ما يقابله في الجانب الآخر<sup>4</sup>.

والعقود الزمنية تمتد تنفيذها ويتراخى إلى أجل يحدد ضمن العقد وتتميز عن العقود الفورية بأمرين:

**الأول:** لا ينسحب أثر الفسخ في العقد الزمني على الماضي، لأن ما نفذ منه لا يمكن إعادته فلا يسري حكم الفسخ إلا بالنسبة إلى ما يأتي من الزمن بعد الفسخ.

1 - فتيحة قرّة، أحكام عقد المقاولة، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1992، ص 19.

2 - محمد لبيب شنب، شرح أحكام عقد المقاولة في ضوء الفقه والقضاء، مرجع سابق، ص 17.

3 - ابراهيم شاشو، عقد المقاولة في الفقه الإسلامي، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 26، العدد الثاني، 2010، ص 746.

4 - ابراهيم شاشو، عقد المقاولة في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 747.

الثاني: أن العقود الزمنية هي المجال الطبيعي لنظرية الظروف الطارئة، أما العقود الفورية فلا يمكن أن تنطبق أحكام هذه النظرية عليها إلا إذا كان تنفيذها مؤجلاً<sup>1</sup>.

### الفرع الثاني: مميزات البيع على التصاميم في التشريع الجزائري عن المقاولة

من خلال تعريف عقد المقاولة السابق ومقارنته بتعريف البيع على التصاميم نلاحظ أن هناك أوجه يتشابه فيها عقد البيع على التصاميم بعقد المقاولة (البند الأول) وأوجه يتميز ويختلف فيها عنه (البند الثاني).

#### البند الأول: أوجه التشابه

#### 1- أنهما من عقود المعاوضة.

فكل من طرفي عقد المقاولة والبيع على التصاميم يلتزمان بتقديم مقابل و عوض، فالمقاول يقدم العمل ورب العمل يدفع الأجر، والمرقي يقدم الإنجاز والمكاتب يدفع الثمن.

#### 2- أنهما من العقود الملزمة للجانبين.

فكلا العقدين يرتب التزامات متبادلة على عاتق طرفية، فالمقاول يلتزم بالعمل ورب العمل يلتزم بالأجر، والمرقي العقاري يلتزم بالإنجاز ونقل الملكية والمكاتب يلتزم بدفع الثمن.

#### 3- كلاهما يلتزم بصنع شيء.

فالبائع في عقد البيع على التصاميم أو المقاول في عقد المقاولة كل منهما يلتزم بصنع شيء، وهو إقامة البناء خلال مدة محددة مقابل ثمن أو أجر يلتزم به المشتري أو رب العمل، فالتزام البائع في البيع على التصاميم لا يكاد يختلف عن التزام المقاول في المقاولة<sup>2</sup>.

#### 4- كلاهما يستلزم مدة زمنية.

فالمقاولة وعقد البيع على التصاميم يحتاجان إلى مدة زمنية من أجل تنفيذ العمل أو إنجاز البناء فالزمن له دور أساسي فيهما.

1 - ابراهيم شاشو، عقد المقاولة في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 747.

2 - عياشي شعبان، عقد بيع العقار بناء على التصاميم، مرجع سابق، ص 31.

## 5- كلاهما عقد محدد.

فكل من أطراف العقدين يعرف مقدار ما سوف يعطى ومقدار ما سوف يأخذ، حيث أن المشتري في البيع على التصاميم سوف يحصل على العقار المتفق عليه مقابل الثمن الذي يتم الاتفاق على تقسيطه في أغلب الأحوال ومقابل حصول البائع على هذا الثمن نظير قيامه ببناء العقار الذي سوف ينقل ملكيته للمشتري<sup>1</sup>.

## البند الثاني: أوجه الاختلاف

- 1- البيع على التصاميم عقد شكلي: يتطلب إفراغه في شكل محدد قانونيا حسب النموذج المنصوص عليه في المرسوم رقم 13-431 يحدد نموذجي عقد حفظ الحق وعقد البيع على التصاميم للأموال العقارية، بينما المقابلة عقد رضائي يجوز إبرامه بالكتابة أو بالمشافهة.
- 2- البيع على التصاميم يقبل دعوى الغبن الذي يرد على عقار، والهدف منها تكملة الثمن دون عقد المقابلة، فقد نصت المادة 358 من القانون المدني الجزائري على أنه: "إذا بيع عقار بغبن يزيد على خمس (1/5) فللبائع الحق في طلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس (4/5) ثمن المثل، ويجب لتقدير ما إذا كان الغبن يزيد على الخمس (1/5) أن يقوّم العقار بحسب قيمته وقت البيع".
- 3- البيع على التصاميم ناقل للملكية والمقابلة التزام بإنجاز عمل كما هو الحال كذلك في البيع على التصاميم فإن المرقي العقاري يلتزم بإنجاز بناء العقار بالإضافة لنقله للملكية البناية محل الإنجاز، ولكن هنا قد يثور إشكال ناقشه عند الحديث عن الطبيعة القانونية للبيع على التصاميم.

<sup>1</sup> - ذنون يونس صالح وعلي سلمان صالح مهدي، مفهوم عقد بيع العقار على التصاميم الهندسي وتكييفه القانوني، مجلة جامعة تكريت للحقوق، العراق، السنة 1، المجلد 1، العدد 1، الجزء 2، 2016م، ذو الحجة 1437هـ، ص 336.

## المبحث الثاني: تمييز البيع على التصاميم في التشريع الجزائري عن بعض المعاملات القانونية المشابهة له

بالنظر إلى ميّزة وخصوصية البيع على التصاميم في التشريع الجزائري الذي يرد على محل لم يتم تشييده بعد، فإنه قد يلبس أو يتشابه مع بعض العقود الأخرى التي تقوم على تأجيل الالتزامات المتعاقد عليها كعقد حفظ الحق والوعد بالبيع العقاري (المطلب الأول) والبيع الإيجاري والبيع بالتقسيط وبيع الأشياء المستقبلية (المطلب الثاني).

### المطلب الأول: تمييز البيع على التصاميم في التشريع الجزائري عن عقد حفظ الحق والوعد بالبيع العقاري

نظرا لخصوصية الزمنية التي يتميز بها البيع على التصاميم، أي أنه يحتاج مدة من الزمن من أجل تنفيذ التزامات أطرافه، فهو يتشابه مع بعض العقود التي تحتاج إلى الزمن في التنفيذ مثل عقد حفظ الحق (الفرع الأول) والوعد بالبيع العقاري (الفرع الثاني).

### الفرع الأول: تمييز البيع على التصاميم في التشريع الجزائري عن عقد حفظ الحق

لمعرفة ما يتميز به البيع على التصاميم في التشريع الجزائري عن عقد حفظ الحق نتطرق أولا إلى تعريف عقد حفظ الحق وذكر خصائصه (البند الأول)، ثم معرفة أوجه التشابه والاختلاف بينهما (البند الثاني).

#### البند الأول: تعريف عقد حفظ الحق وخصائصه

##### أولا - تعريف عقد حفظ الحق:

عقد حفظ الحق هو تقنية من تقنيات الترقية العقارية، ونمط من أنماط البيع تحت الإنجاز، الذي أعاد استحداثه المشرع الجزائري بموجب القانون رقم 11-04 المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، وكان قد سبق أن نص عليه في القانون رقم 07/86 المؤرخ في 04/03/1986 المتعلق بالترقية العقارية وألغاه بموجب المرسوم

التشريعي 93-03 المؤرخ في 01/03/1993 المتعلق بالنشاط العقاري، وقد استمدته من التشريع الفرنسي الذي عرفه ببيع العقار تحت الإنشاء وهو عقد ابتدائي يسبق العقد النهائي<sup>1</sup>.

وعرف المشرع الجزائري عقد حفظ الحق في المادة 27 من القانون 04-11 الذي يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية بقوله: "عقد حفظ الحق هو العقد الذي يلتزم بموجبه المرقى العقاري بتسليم العقار المقرر بناؤه أو في طور البناء لصاحب حفظ الحق فور إنجائه مقابل تسبيق يدفعه هذا الأخير.

يودع مبلغ التسيق المدفوع من طرف صاحب حفظ الحق لحساب مفتوح باسم هذا الأخير لدى هيئة ضمان عملية الترقية العقارية المنصوص عليها في المادة 56 من هذا القانون".

ونصت المادة 33 من القانون نفسه على أنه: "يتعين على المرقى العقاري بعد ثلاثة (03) أشهر كحد أقصى على أثر الاستلام المؤقت للبناء أو لجزء منها بإعداد عقد بيع البناء أو جزء من البناء المحفوظة أمام موثق مقابل التسديد الكلي لسعر البيع من طرف صاحب حفظ الحق".

من خلال التعريف الذي أعطاه المشرع الجزائري لعقد حفظ الحق يتضح أن أطراف العلاقة القانونية هما المرقى العقاري من جهة وصاحب حفظ الحق من جهة أخرى، فالمرقى العقاري يلتزم بتسليم العقار المقرر بناؤه أو في طور البناء فور إنجائه لصاحب حفظ الحق مقابل التزام الأخير بدفع التسيق لدى هيئة ضمان عملية الترقية العقارية، كما أنه بالرجوع إلى المرسوم التنفيذي رقم 13-431 المؤرخ في 18 ديسمبر سنة 2013 المحدد لنموذج عقد حفظ الحق وعقد البيع على التصاميم، نلاحظ أن المشرع الجزائري قد نص في الملحق الثاني الخاص بنموذج عقد حفظ الحق تحت بند التسجيل، أن عقد حفظ الحق يخضع للتسجيل طبقاً لأحكام قانون التسجيل والطابع وهو معنى من التزام الشهر العقاري<sup>2</sup>.

والملاحظ على تعريف المشرع الجزائري لعقد حفظ الحق أن هذا التعريف لا يستقيم مع طبيعة عقد حفظ الحق أو العقد التمهيدي الذي يعدّ من قبيل الاتفاقات التي تسبق إبرام العقد النهائي أي ما قبل العقد الذي يهدف إلى التحضير لإبرام البيع النهائي، فالقول أن المرقى العقاري يلتزم بتسليم العقار المقرر بناؤه لصاحب حفظ الحق فور الانتهاء من البناء يعني أن هذا العقد يلزم المرقى العقاري بالتسليم، وهو الالتزام نفسه الذي يرتبه العقد النهائي في

<sup>1</sup> - دوة آسيا، عقد حفظ الحق، كتاب المؤتمر الوطني حول الترقية العقارية في الجزائر الواقع والآفاق المنظم يومي 27 و28 فيفري 2012، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، ص 202.

<sup>2</sup> - مرناش بلال وطوباش بلال، عقد بيع العقار على التصاميم في ظل القانون رقم 04-11، مرجع سابق، ص 20.

ذمة المرقى العقاري في البيع على التصاميم، أو الذي يرتبه العقد النهائي في ذمة البائع في البيع العادي هذا من جهة، ومن جهة ثانية فإن إلزام عقد حفظ الحق المرقى العقاري بتسليم العقار المبيع بمجرد الانتهاء من بنائه إلى صاحب حفظ الحق يتعارض مع كل طرف من طرفيه في التخلص من هذا العقد إذا تراءى له ذلك، عملا بالمادة 32 من القانون 04-11 التي نصت على أنه يمكن فسخ عقد حفظ الحق في أي وقت خلال إنجاز المشروع العقاري بطلب من أحد الطرفين مع قبول الطرف الآخر، أو بطلب من صاحب حفظ الحق أو بطلب من المرقى<sup>1</sup>.

### ثانيا - خصائصه:

يتميز عقد حفظ الحق من خلال التعريف السابق بعدة خصائص:

#### 1- عقد ملزم الجانبين.

عقد حفظ الحق يعتبر من العقود التبادلية طبقا للقواعد العامة لا سيما المادة 55 من القانون المدني باعتباره يرتب التزامات متقابلة على عاتق المتعاقدين، فيلتزم المرقى بالقيام بكل ما من شأنه أن يجعل صاحب حفظ الحق يستفيد من العقار محل الحفظ إلى غاية إعداد عقد بيع البناء أو جزء من البناء محل حفظ الحق طبقا لنص المادة 27 من القانون 04-11، ويلتزم المرقى العقاري بتسليم العقار المقرر بناؤه أو في طور البناء لصاحب حفظ الحق فور إنجازه، بالمقابل يلتزم صاحب حفظ الحق بدفع تسبيق نقدي باسمه يمثل مبلغ الضمان يودع في حساب خاص في صندوق الضمان والكفالة المتبادلة في نشاط الترقية العقارية.

#### 2- عقد غير ناقل لملكية العقار محل حفظ الحق.

عقد حفظ الحق غير ناقل لملكية العقار من البائع إلى المشتري، بل يرتب بين أطرافه التزامات شخصية فقط أحكامهما واردة في القواعد العامة وكذا القواعد الخاصة المنصوص عليها في القانون 04-11.

#### 3- عقد شكلي.

حيث حدد المشرع الجزائري نموذج معين يفرغ فيه العقد، وهذا ما نص عليه المرسوم التنفيذي رقم 431-13 المحدد لنموذجي عقد حفظ الحق وعقد البيع على التصاميم، ويجرر عند شخص مؤهل قانونا أعطى له القانون صلاحية تحرير العقود الرسمية<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - عياشي شعبان، عقد بيع العقار بناء على التصاميم، مرجع سابق، ص 74.

<sup>2</sup> - عبد الحفيظ بن عبيدة، إثبات الملكية العقارية والحقوق العينية العقارية في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص 60.



**4- عقد خاضع للتسجيل دون الشهر العقاري.**

نص المرسوم التنفيذي رقم 13-431 المحدد لنموذجي عقد حفظ الحق وعقد البيع على التصاميم في الملحق الثاني الخاص بنموذج حفظ الحق تحت بند التسجيل أن عقد حفظ الحق يخضع للتسجيل طبقاً لأحكام قانون التسجيل والطابع، وهو معنى من التزام الشهر العقاري.

البند الثاني: مميزات البيع على التصاميم في التشريع الجزائري عن عقد حفظ الحق

أولاً: أوجه التشابه

**1- كلاهما عقد مسمى**

حيث وضع القانون لهما تسمية خاصة وعرفهما في المادة 27 و 28 من القانون 04-11، كما أن المادة 29 من القانون 04-11 بينت لنا أنه لا يمكن إبرام هذين العقدين إلا من طرف المرقي العقاري، حيث نصت المادة 29 من القانون 04-11 على أنه: "لا يمكن إبرام عقد بيع على التصاميم وعقد حفظ الحق لعقار مقرر بناؤه أو في طور البناء إلا من طرف المرقي العقاري...".

**2- كلاهما يرد على عقار.**

فكل من البيع على التصاميم وعقد حفظ الحق يرد على عقار مقرر بناؤه أو في طور البناء، ويجب أن يتضمن كلا العقدين أصل ملكية الأرضية، رقم السند العقاري عند الاقتضاء، مرجعيات رخصة التجزئة، شهادة التهيئة، الشبكات، تاريخ ورقم رخصة البناء كما هو وارد في المادة 30 من القانون 04-11 المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية.

**3- كلاهما عقد ملزم لجانين.**

تعتبر خاصية مشتركة بين عقد البيع على التصاميم وعقد حفظ الحق أنهما من العقود الملزمة لجانين، وذلك أن عقد حفظ الحق يرتب التزامات تبادلية بين أطرافه كما نصت المادة 27 من القانون 04-11، وكذا عقد البيع على التصاميم يرتب التزامات تبادلية كما نصت عليه المادة 28 من القانون 04-11.

**4- كلاهما عقد شكلي.**

فكل من البيع على التصاميم وعقد حفظ الحق وضع لهما المشرّع الجزائري نموذج معين يفرغ فيه العقد، وهذا ما نص عليه المرسوم التنفيذي 13-431 المحدد لنموذجي عقد حفظ الحق وعقد البيع على التصاميم.

**5- كلاهما عقد خاضع للتسجيل.**

فعقد حفظ الحق نص على تسجيله المرسوم التنفيذي رقم 13-431 المحدد لنموذجي عقد حفظ الحق وعقد البيع على التصاميم، في الملحق الثاني الخاص بنموذج الحق تحت بند التسجيل أن عقد حفظ الحق يخضع للتسجيل طبقاً لأحكام قانون التسجيل والطابع. وعقد البيع على التصاميم نصت على تسجيله المادة 34 من القانون 11-04 على أنه: "يتم إعداد البيع على التصاميم في الشكل الرسمي ويخضع للشكليات القانونية الخاصة بالتسجيل والإشهار...".

**ثانياً: أوجه الاختلاف**

يختلف البيع على التصاميم في التشريع الجزائري عن عقد حفظ الحق في عدة وجوه هي كالاتي:

**1- عقد حفظ الحق عقد تمهيدي وعقد البيع على التصاميم عقد نهائي.**

فعقد حفظ الحق يعتبر عقد تمهيدي يستطيع كل من طرفيه فسخه، كما نصت عليه المادة 32 من القانون 11-04 مع قبول الطرف الآخر.

أما البيع على التصاميم فهو عقد نهائي يترتب على الإخلال به جزاءات مقررة في القواعد العامة والقواعد الخاصة بالقانون 11-04.

**2- عقد حفظ الحق غير مشهر وعقد البيع على التصاميم مشهر.**

إن عقد حفظ الحق رغم أنه وارد على عقار فقد استثناه المشرّع من المادة 793 من القانون المدني المتعلقة بشهر التصرفات العقارية، بينما البيع على التصاميم فهو عقد مشهر وفقاً للمادة 1793 من القانون المدني الجزائري لأنه وارد على عقار، والمادة 34 من القانون 11-04 التي نصت صراحة على

<sup>1</sup> - الأمر 75-58، متضمن القانون المدني، مرجع سابق.

شهر البيع على التصاميم حيث ورد فيها: "يتم إعداد البيع على التصاميم في الشكل الرسمي ويخضع للشكليات القانونية الخاصة بالتسجيل والإشهار..."<sup>1</sup>.

### 3- عقد حفظ الحق ليس بيعا.

فعقد حفظ الحق ليس بيعا بالمعنى الحقيقي وإنما عبارة عن حجر للعقار المراد شراؤه وهو في طور الإنجاز، على عكس عقد البيع على بناء على التصاميم الذي يعتبر بيعا متميزا بأحكام خاصة.

### 4- عقد حفظ الحق غير ناقل للملكية عكس البيع على التصاميم.

عقد حفظ الحق غير ناقل للملكية ولا يخضع لإجراءات الشهر العقاري، فهو يرتب بين أطراف العقد أي المرقي العقاري وصاحب حفظ الحق فقط التزامات شخصية تحكمها القواعد العامة وكذا القواعد الخاصة المنصوص عليها في القانون 04-11 المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية<sup>2</sup>. على عكس البيع على التصاميم الذي يعتبر ناقلا لملكية العقار بمجرد الشهر في المحافظة العقارية.

## الفرع الثاني: تمييز البيع على التصاميم في التشريع الجزائري عن الوعد بالبيع العقاري

للوصول إلى تمييز البيع على التصاميم عن الوعد بالبيع العقاري نتطرق أولا إلى مفهوم الوعد بالبيع العقاري وصوره وخصائصه (البند الأول)، ثم أوجه التشابه والاختلاف بينه وبين البيع على التصاميم (البند الثاني).

### البند الأول: مفهوم الوعد بالبيع العقاري

يعتبر الوعد بالبيع العقاري الملزم لجانب واحد الصورة الشائعة للعقود التمهيديّة<sup>3</sup> التي تسبق عادة إبرام عقد البيع في المستقبل، وذلك لما يمثله من فائدة كبيرة في مجال التصرفات العقارية التي تتسم بالخصوصية، وسوف نتطرق في هذا البند إلى تعريف الوعد بالبيع العقاري (أولا) وصوره (ثانيا) وخصائصه (ثالثا).

### أولا: تعريف الوعد بالبيع العقاري

بالرغم من الأهمية العملية للوعد بالبيع العقاري فإن المشرّع الجزائري لم يضع له الأحكام الخاصة به، سواء في القانون المدني أو في القوانين الأخرى.

<sup>1</sup> - القانون رقم 04-11، يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، مرجع سابق.

<sup>2</sup> - دوة آسيا، عقد حفظ الحق، مرجع سابق، ص 206.

<sup>3</sup> - خليل أحمد حسن قداد، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص 61.

وقد اكتفى بالنص على الوعد بالتعاقد في القواعد العامة والتي تضمنتها المادتين 71 و72 من القانون المدني الجزائري<sup>1</sup>.

وبالنظر لنص المادة 71 من القانون المدني الجزائري والتي جاء فيها: "الاتفاق الذي يعد له كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل، لا يكون له أثر إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه والمدة التي يجب إبرامه فيها، وإذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين فهذا الشكل يطبق أيضا على الاتفاق المتضمن الوعد بالتعاقد".

أما المادة 72 فقد جاء فيها: "إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل وقاضاه المتعاقد الآخر طالبا تنفيذ الوعد، وكانت الشروط اللازمة لتمام العقد وخاصة ما يتعلق منها بالشكل متوافرة، قام الحكم مقام العقد".

وعلى ضوء هذه النصوص القانونية والاستعانة بالفقه والقضاء وتطبيق القواعد العامة وخاصة القواعد المتعلقة بالوعد بالتعاقد يمكننا إعطاء تعريف خاص بهذا التصرف، فيعرف الوعد بالبيع بصفة عامة بأنه: "عقد يلتزم بموجبه أحد المتعاقدين والذي يدعى الواعد بأن يبرم عقد بيع لشخص آخر يدعى المستفيد من الوعد أو الموعود له ببيع شيء معين إذا ما أبدى هذا الأخير الرغبة في الشراء خلال مدة معينة"<sup>2</sup>.

أما الوعد بالبيع العقاري فإنه على ضوء ما سبق يمكن تعريفه بأنه: "عقد يلتزم بمقتضاه شخص هو الواعد بأن يبيع عقاره إلى شخص آخر هو الموعود له إذا رغب في شرائه خلال مدة معينة"<sup>3</sup>.

وبالرجوع للفقرة الثانية من المادة 71 من القانون المدني الجزائري السالفة الذكر والتي جاء فيها: "وإذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين فهذا الشكل يطبق أيضا على الاتفاق المتضمن الوعد بالتعاقد".

فيتضح من خلال هذه الفقرة أن عقد الوعد بالبيع العقاري يتطلب الشكلية لانعقاده، ذلك لأن البيع النهائي فيما لو تم يتطلب هذا الإجراء أيضا.

1 - أمر رقم 75-58، المتضمن القانون المدني، مرجع سابق.

2 - سي يوسف زاهية، عقد البيع، مرجع سابق، ص 32.

3 - جمال بدري، الوعد بالبيع العقاري على ضوء التشريع والقضاء الجزائري، مذكرة ماجستير في الحقوق، تخصص العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، يوسف بن خدة، 2009/2008، ص 8.

وبالتالي فإن عقد الوعد بالبيع العقاري هو عقد شكلي، بحيث يعتبر إفراغ التراضي حوله في ورقة رسمية ركنا رابعا فيه يؤدي تخلفه إلى بطلان العقد<sup>1</sup>.

فعقد الوعد بالبيع العقاري هو عقد يقترن فيه قبول الموعود له بإيجاب الواعد اقترانا كاملا على جميع العناصر الجوهرية في العقد المراد إبرامه، ويتم إفراغ هذا التراضي في ورقة رسمية لاستيفاء ركن الشكلية.

وعليه فإنه يجب أن يتوفر في الوعد بالبيع العقاري الأركان الأربعة الآتية (وهي مستخلصة من نص المادة 71 من القانون المدني الجزائري):

- 1- حصول الاتفاق على طبيعة الوعد.
- 2- تعيين جميع المسائل الجوهرية لعقد البيع وهي المبيع والثمن.
- 3- تعيين المدة التي يجب فيها إبرام البيع.
- 4- الشكلية.

إذن فالوعد ببيع العقار في التشريع الجزائري عقد شكلي، وفي حالة عدم توافر الشكلية فيه فإنه يتحول إلى عقد صحيح غير مسمى<sup>2</sup>، طبقا للمادة 105 من القانون المدني الجزائري والتي تنص على أنه: "إذا كان العقد باطلا أو قابلا للإبطال وتوفرت فيه أركان عقد آخر فإن العقد يكون صحيحا باعتباره العقد الذي توفرت أركانه، إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى إبرام هذا العقد".

### ثانيا: صور الوعد بالبيع العقاري

للوعد بالبيع العقاري ثلاث صور هن:

#### الصورة الأولى: الوعد بالبيع من جانب واحد<sup>3</sup>.

وصورته أن يعد صاحب العقار المتعاقد الآخر أن يبيع له هذا العقار إذا رغب الآخر في شرائه في مدة معينة، فيكون صاحب العقار هو الملتزم وحده بالبيع إذا أظهر الطرف الآخر رغبته في الشراء، أما الطرف الآخر فلا

1 - محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص 129.

2 - محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص 100.

3 - السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ج 4، ص 71.

يلزمه الشراء بل هو حر إن شاء أعلن رغبته في الشراء فيتم البيع النهائي، وإذا امتنع عن الرغبة لا يتم البيع ويسقط الوعد به.

والوعد بالبيع من جانب واحد ليس إيجاباً من الواعد بل هو عقد يجب أن يتوافر فيه إيجاب من الواعد وقبول من الموعد له، فإذا قبل الموعد له انعقد الوعد ملزماً الواعد وحده بالبيع، أما الموعد له فلا يلتزم بالشراء.

### الصورة الثانية: الوعد بالشراء من جانب واحد.

وفي هذه الصورة يعدّ المتعاقد الآخر صاحب العقار أن يشتري هذا العقار إذا أراد بيعه بثمن معين وفي خلال مدة معينة، فهي صورة عكسية للصورة الأولى، فالمتعاقد الآخر هو الملتزم بالشراء إذا رغب صاحب العقار في بيعه، وهذا الأخير لا يكون ملزماً بالبيع بل هو حر إن شاء أظهر رغبته خلال المدة المعينة في البيع وإن شاء فلا يظهر رغبته في البيع، ومن ثم فلا يبرم عقد البيع ويترتب على ذلك سقوط الوعد بالشراء.

### الصورة الثالثة: الوعد بالبيع والشراء أو الوعد المتبادل.

وهذه الصورة تجمع الحالتين السابقتين، حالة الوعد بالبيع والشراء من جانب واحد، وحالة الوعد بالبيع والشراء من الجانبين، ويسمى الوعد المتبادل، وفي هذه الصورة يلتزم كل من الطرفين بإبرام العقد إذا أعلن الطرف الآخر رغبته في ذلك.

مثاله أن يعدّ شخص آخر ببيع شيء له (دار مثلاً) بثمن معين إذا هو رغب في شرائه في المستقبل خلال فترة معينة، ويعدّ الشخص الآخر بشراء الدار منه إذا هو أظهر رغبته في بيعه خلال تلك المدة، ففي هذا المثال يكون كل من طرفي العقد واعداً وموعوداً له، فالأول واعداً بالبيع وموعوداً له بالشراء، الثاني واعداً بالشراء وموعوداً له بالبيع.

وصورة الوعد المتبادل والشراء نادرة الحصول، والصورة الغالبة عملاً هي الوعد بالبيع من جانب واحد<sup>1</sup>.

### ثالثاً: خصائص الوعد بالبيع العقاري

#### 1- عقد ملزم للواعد فقط.

<sup>1</sup> - محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري (النظرية العامة للالتزامات)، الطبعة الأولى، دار الهدى، الجزائر، ج 1، ص 124.

ففقده الوعد بالبيع العقاري ملزم للواعد فقط دون الموعد له الذي له خلال فترة الوعد حق يعرف بحق الخيار الذي يتمثل في حرية إبداء الرغبة من طرف الموعد له خلال تلك المدة.

## 2- حق الموعد له حق شخصي.

فحق الموعد له في عقد الوعد بالبيع العقاري هو مجرد حق شخصي لا عيني.

## 3- عقد شكلي.

عقد الوعد بالبيع العقاري عقد شكلي يجب إفراده في الشكل الرسمي الذي يتطلبه القانون، كما يجب تسجيله لدى مصلحة التسجيل والطابع التابع لها مكتب التوثيق إقليميا، ثم بعد ذلك شهره في المحافظة العقارية.

## 4- عقد زمني.

حيث نصت المادة 71 من القانون المدني الجزائري في الفقرة الأولى على ضرورة تعيين المدة التي يجب إبرام العقد فيها، وجاء فيها ما يلي: "الاتفاق الذي يعدّ له كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل، لا يكون له أثر إلا إذا عينت المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه والمدة التي يجب إبرامه فيها"، وتختلف الاتفاق على تحديد المدة معناه تخلف عنصر جوهري في عقد الوعد مما يؤدي إلى بطلانه<sup>1</sup>.

## 5- لا يشترط ملكية العقار وقت عقد الوعد بالبيع.

لا يشترط أن يكون الواعد مالكا للعقار محل الوعد عند إبرام العقد، كأن يكون مملوكا للغير في ذلك الوقت، ولكن يشترط أن يصبح الواعد مالكا لذلك العقار عندما يبدي الموعد له رغبته في إبرام العقد النهائي<sup>2</sup>.

## 6- أن يكون العقار الموعود به موجودا أو قابلا للوجود مستقبلا.

يشترط في العقار الموعود به أن يكون موجودا وقت العقد أو قابلا للوجود في المستقبل واتفق المتعاقدان على كونه كذلك، فهنا يكون حكمه في حكم الموجود ويكون العقد صحيحا<sup>3</sup>.

1 - جمال بدري، الوعد بالبيع العقاري على ضوء التشريع والفضاء الجزائري، مرجع سابق، ص 29.

2 - السنهوري، الوسيط، البيع والمقايضة، مرجع سابق، ص 273.

3 - محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص 34.

البند الثاني: مميزات البيع على التصاميم في التشريع الجزائري عن الوعد بالبيع العقاري:

أولاً: أوجه التشابه:

يشارك البيع على التصاميم مع الوعد بالبيع العقاري فيما يلي:

### 1- المدة الزمنية.

إن كلا العقدين يحتوي على مدة زمنية، فالمدة في البيع على التصاميم تتمثل في مدة إنجاز البناية، في حين أن المدة في الوعد بالبيع العقاري لإظهار الموعد له رغبته في التعاقد للواعد من أجل إتمام إبرام البيع النهائي.

### 2- يردان على العقار.

فالبيع على التصاميم والوعد بالبيع العقاري يردان على عقار، قد يكون موجود أو غير موجود، ولكن قابل للوجود مستقبلاً، إلا أن العقار إذا كان موجود في البيع على التصاميم يشترط فيه عدم التمام، ويلتزم البائع بإتمامه، وإلا أصبحنا أمام بيع عادي.

### 3- الشكلية.

بما أن البيع على التصاميم والوعد العقاري يردان على عقار، فإن جميع التصرفات التي ترد على العقدين يجب أن تكون في شكل رسمي وإلا كان العقدان باطلين بطلاناً مطلقاً، وذلك تطبيقاً لنص المادة 793 من القانون المدني الجزائري والمادة 12 من قانون التوثيق.

ثانياً: أوجه الاختلاف:

يختلف البيع على التصاميم عن الوعد بالبيع العقاري من حيث:

### 1- البيع على التصاميم ملزم لجانبين عكس الوعد بالبيع العقاري.

فالبيع على التصاميم ملزم لجانبين، فإنه يترتب التزامات متقابلة في ذمة كل من المرقى العقاري والمشتري، في حين أن الوعد بالبيع العقاري ملزم لجانب واحد، أي أن الواعد ملزم بالبقاء على وعده خلال مدة معينة، أما بالنسبة للموعد له فله الخيار بأن يبدي رغبته في الشراء أو عدم رغبته في الشراء.



- 2- البيع على التصاميم التزاماته عينية لا شخصية.
- البيع على التصاميم يرتب التزامات عينية، في حين أن الوعد بالبيع يرتب التزاماته شخصية أي أن الملكية تبقى عند الواعد<sup>1</sup>.
- 3- البيع على التصاميم ناقل للملكية عكس الوعد بالبيع العقاري.
- فالبيع على التصاميم يلتزم فيه المرقي العقاري بإنجاز ونقل ملكية العقار للمشتري بعد كمال الإنجاز، في حين أن الوعد بالبيع العقاري لا ينقل الملكية فهي تبقى ملك للواعد.
- 4- العقار في البيع على التصاميم يكون في طور الإنجاز أو لم ينجز.
- صحيح أن كلا العقدين يرد على عقار، إلا أنهما يختلفان من جهة أن العقار في البيع على التصاميم يكون في طور الإنجاز أو لم ينجز بعد، أما الوعد بالبيع العقاري قد يرد على عقار في طور الإنجاز أو كامل الإنجاز، ولم يملكه الواعد بعد<sup>2</sup>.
- 5- البيع على التصاميم نهائي لا ابتدائي.
- فمن الفروق الجوهرية بين البيع على التصاميم والوعد بالبيع، هو أن البيع على التصاميم بيع نهائي وليس مجرد وعد بالبيع، وينتج عن هذا أن آثار عقد البيع على التصاميم هي آثار البيع النهائي، بينما تقتصر آثار الوعد بالبيع العقاري على مجرد ترتيب التزام شخصي في ذمة الواعد بإبرام البيع النهائي يستطيع التخلص منها.
- 6- الوعد بالبيع العقاري يجوز تعديله بالبيع النهائي.
- كأن يتم التعديل في مقدار العقار المبيع أو في ثمن البيع، أما البيع على التصاميم فإن التغيير في ثمن البيع لا يتم فيه إلا طبقا لطريقة مراجعة الثمن المتفق عليها، وأي تغيير في العقار يشكل عيبا من عيوب المطابقة يستوجب المسؤولية<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - مجيد خلوفي، شهر التصرفات العقارية في القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص185.

<sup>2</sup> - Olivier Tourna fond, vent d'immeuble à Constantine, Dalloz action, 2000-2001, Paris, p 1527.

<sup>3</sup> - بوسنة حسام الدين، النظام القانوني لعقد البيع على التصاميم في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص 20.

## المطلب الثاني: تمييز البيع على التصاميم في التشريع الجزائري عن البيع بالإيجار والبيع بالتقسيط وبيع الأشياء المستقبلية:

تناولنا بالدراسة في المطلب السابق تمييز البيع على التصاميم في التشريع الجزائري عن العقود التي تحمل في معناها الوعد بالتعاقد وهما عقد حفظ العقد والوعد بالبيع العقاري، وستتناول في هذا المطلب تمييز البيع على التصاميم في التشريع الجزائري عن بعض البيوع المشابهة له والتي تحمل في معناها تأجيل الالتزامات إلى مدة معينة وهي البيع بالإيجار (الفرع الأول) والبيع بالتقسيط وبيع الأشياء المستقبلية (الفرع الثاني).

### الفرع الأول: تمييز البيع على التصاميم في التشريع الجزائري عن البيع بالإيجار

لقد اعتمدت الدولة الجزائرية حلولا للقضاء على أزمة السكن، ومن بين هذه الحلول المعتمدة صيغة البيع بالإيجار، والتي نظمها المشرع الجزائري بموجب أحكام المرسوم التنفيذي رقم 97-35<sup>1</sup>، المحدد شروط وكيفيات بيع الأملاك ذات الاستعمال السكني وإيجارها وبيعها بالإيجار، وشروط بيع الأملاك ذات الاستعمال التجاري والمهني وغيرها التي أنجزتها دواوين الترقية والتسيير العقاري.

غير أن معالجة المرسوم التنفيذي لعقد البيع بالإيجار لم تكن دقيقة ومفصلة، فلم يتطرق هذا الأخير للأحكام التفصيلية المنظمة لهذا العقد، مما دفع بالمشرع الجزائري إلى إصدار المرسوم التنفيذي رقم 01-105<sup>2</sup>، المعدل والمتمم بموجب المرسوم التنفيذي رقم 03-35<sup>3</sup>، والذي جاء لتكريس المبادئ الذي تضمنها المرسوم التنفيذي 97-35 وسد الثغرات التي تضمنتها أحكامه، إذًا فما هو مفهوم البيع بالإيجار؟ (البند الأول)، وما هي مميزاته عن البيع على التصاميم؟ (البند الثاني).

<sup>1</sup> المرسوم التنفيذي 97-35 المؤرخ في 14/01/1997، الذي يتعلق ببيع البيع بالإيجار وإيجار المساكن والمخلات ذات الاستعمال التجاري والتابعة لدواوين الترقية العقارية والتسيير العقاري، الجريدة الرسمية رقم 04، مؤرخة في 06 رمضان 1417 هـ الموافق لـ 15 يناير 1997م.

<sup>2</sup> المرسوم التنفيذي رقم 01-105 المؤرخ في 23/04/2001، الذي يحدد شروط شراء المساكن المنجزة بأموال عمومية في إطار البيع بالإيجار، الجريدة الرسمية رقم 25 مؤرخة في 05 صفر 1422 هـ الموافق لـ 29 أبريل 2001م، المعدل والمتمم.

<sup>3</sup> المرسوم التنفيذي رقم 03-35 المؤرخ في 13/01/2003م، يعدل ويتمم المرسوم التنفيذي رقم 01-105، الجريدة الرسمية رقم 04 مؤرخة في 20 ذو القعدة 1423 هـ الموافق لـ 22 يناير 2003م.

## البند الأول: مفهوم البيع بالإيجار

لبيع بالإيجار في القانون الجزائري مفهوم خاص (أولا)، وكذلك له خصائص تميزه عن غيره من العقود الأخرى (ثانيا)، نتناولها في هذا البند.

### أولا: تعريف البيع بالإيجار

عرفته المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 01-105 بأنه: "هو الصيغة التي تسمح بالحصول على سكن بعد إقرار شرائه بملكية تامة بعد انقضاء مدة الإيجار المحددة في إطار عقد مكتوب".

وقد عرفته المادة 07 من المرسوم التنفيذي رقم 97-35 بنصها، "هو العقد الذي يلتزم بموجبه ديوان الترقية والتسيير العقاري باعتباره المالك المؤجر أن يحول ملكا عقاريا ذا استعمال سكني لأي مشتر إثر فترة تحدد باتفاق مشترك حسب شروط هذا المرسوم".

إذن فهو العقد الذي يريد فيه العاقدان الإيجار والبيع معا، فهو إيجار إلى أن يتم الوفاء بالثمن كاملا، وبيع حين يتم الوفاء بالثمن، وفي هذا العقد يتفق الطرفان على أن يسلم البائع العين المبيعة في مقابل مبلغ دوري متجدد، على أن يعتبر هذا المبلغ أجرة عن الانتفاع بالعين المبيعة، حتى إذا أتم الطرف الآخر (المشتري) الوفاء بها جميعا في نهاية المدة المحددة انتقلت إليه الملكية، فإذا تخلف عن دفع أي مبلغ منها عند حلول أجل استحقاقها فيوجب عليه أن يرد العين المبيعة، ويعتبر ما دفع أجرة مقابل الانتفاع بها طوال المدة التي بقيت فيها تحت يده، والغرض من ذلك هو ضمان عدم التصرف في العين المبيعة قبل الوفاء بكافة الأقساط باعتبار أن الإيجار من عقود الأمانة<sup>1</sup>.

### ثانيا: خصائص البيع بالإيجار:

يتميز البيع بالإيجار بعدة خصائص هي:

#### 1- عقد ملزم للجانبين:

يلتزم فيه المؤجر بوضع العين المؤجرة تحت تصرف المستأجر، ويلتزم المستأجر بدفع بدل الإيجار المحدد في العقد.

#### 2- عقد يرد على العقار:

<sup>1</sup> - محمد حسين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، الطبعة الأولى ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000م، ص 15.

فمحل هذا العقد هو بيع بالإيجار لشقة ذات استعمال سكني، وذلك بصريح المادة 04 من المرسوم التنفيذي رقم 01-105، والتي تنص على ما يلي: "تطبق هذه الأحكام على المساكن المنجزة من ميزانية الدولة، أو الجماعات المحلية وفقا لمعايير المساحة والرفاهية المحددة سلفا"<sup>1</sup>.

### 3- عقد شكلي:

جاء التأكيد على ذلك بموجب المادة 17 من المرسوم التنفيذي رقم 01-105، والتي تنص على ما يلي: "يجرر عقد البيع بالإيجار المذكور في المادة 11 أعلاه لدى مكتب موثق... الخ".

### 4- عقد مشهر:

فكونه طويل المدة فلا يكون نافذا في مواجهة الغير، إلا بعد إشهاره في المحافظة العقارية، طبقا لنص المادة 17 من الأمر 75-74<sup>2</sup>، والتي تنص على ما يلي: "إن الإيجارات لمدة 12 سنة لا يكون لها أي أثر بين الأطراف ولا يحتج بها اتجاه الغير في حالة عدم إشهارها".

### 5- عقد مركب:

فهو مزيج بين عمليتي الإيجار والبيع، فهو يبدأ بإيجار ينتهي ببيع عند تسديد المستأجر لكل الأقساط وتنتقل إليه الملكية خالصة.

## البند الثاني: مميزات البيع على التصاميم عن البيع بالإيجار

### أولا: أوجه التشابه:

يقترّب البيع على التصاميم من البيع بالإيجار في عدة أوجه منها:

### 1- عقود مسماة:

فكلا العقدين من العقود المستحدثة التي خصها المشرّع باسم معين، فهما من العقود المسماة.

<sup>1</sup> - عدلت هذه المادة بموجب المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 03-35، مرجع سابق، وصار نصها كما يلي: "تطبق هذه الأحكام على المساكن المنجزة بواسطة ميزانية الدولة أو الجماعات المحلية أو بواسطة مصادر بنكية أو تمويلات أخرى...".

<sup>2</sup> الأمر 75-74 مؤرخ في 12 نوفمبر 1975، يتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، الجريدة الرسمية رقم 52 مؤرخة في 14 ذي الحجة 1395 هـ الموافق لـ 18 نوفمبر 1975 م.

**2- عقود شكلية:**

فكل من البيع على التصاميم والبيع بالإيجار يخضعان لإجراءات التسجيل والشهر في المحافظة العقارية.

**3- عقود ملزمة للجانبين:**

حيث يلتزم المؤجر في البيع بالإيجار بوضع العين المؤجرة تحت تصرف المستأجر ويمكنه من الانتفاع بها انتفاعا هادئا، كما يلتزم هذا الأخير (المستأجر) بدفع الثمن، وفي البيع على التصاميم يلتزم المرقي العقاري بإنجاز البناية في أجل محدد، والمشتري يلتزم بدفع أقساط الثمن كلما تقدم الإنجاز.

**4- المدة الزمنية:**

كلا العقدين يحتاج إلى مدة زمنية لتنفيذ التزامات أطرافه، ففي البيع بالإيجار يحتاج المشتري إلى مدة لدفع الثمن كأجرة للإيجار إلى إتمام كامل الثمن، وفي البيع على التصاميم يحتاج البائع إلى مدة لإنجاز البناية والمشتري يدفع الثمن حسب تقدم الأشغال.

**ثانيا- أوجه الاختلاف:**

يختلف البيع على التصاميم عن البيع بالإيجار من حيث:

**1- التزامات المالك ليست كالتزامات البائع:**

ففي البيع بالإيجار يتعهد المالك فيه بعد فترة من انتفاع المؤجر به بنقل ملكية الشيء للمؤجر مقابل عوض، أما البيع على التصاميم فيلتزم فيه المرقي العقاري بإنجاز البناية، فهو يبيع لعقار لم ينجز بعد، ويلتزم كذلك بنقل ملكيته إلى المشتري طبقا للمدة المتفق عليها.

**2- سبب أقساط الثمن:**

ففي البيع على التصاميم يلتزم المشتري بدفع الثمن في شكل مجزأ بأقساط، وهذه الأقساط ناتجة عن عقد البيع، على خلاف البيع بالإيجار الذي تكون الأقساط فيه ناتجة عن عقد الإيجار وليس على عقد البيع.

### 3- نقل الملكية:

فالباع بالإيجار لا تنتقل ملكية العقار فيه للمستأجر (المشتري) إلا بعد الوفاء بجميع الأقساط، بخلاف عقد البيع على التصاميم فتنقل ملكية العقار بمجرد تسجيل وشهر العقد لدى المحافظة العقارية<sup>1</sup>.

### 4- الحيابة والانتفاع تختلف بينهما:

فالحيابة والانتفاع بالعين في البيع بالإيجار تكون بعد إبرام العقد، بخلاف البيع على التصاميم فلا تتم الحيابة والانتفاع إلا بعد إتمام إنجاز العقار وتسليمه، أي أن نقل الملكية تسبق التسليم بخلاف البيع بالإيجار الذي يتم التسليم فيه قبل نقل الملكية<sup>2</sup>.

### 5- طبيعة العقد:

فعقد البيع بالإيجار يختلف عن عقد البيع على التصاميم كون هذا الأخير يقع على البيع فقط، في حين أن الأول ذو طبيعة مزدوجة بحيث يجمع بين البيع والإيجار<sup>3</sup>.

## الفرع الثاني: تمييز البيع على التصاميم في التشريع الجزائري عن البيع بالتقسيط وبيع الأشياء المستقبلية

إن البيع على التصاميم يقوم على التزام المكتب (المشتري) بدفع الثمن عبر أقساط، وهو في هذه الجزئية يتشابه مع البيع بالتقسيط، ومن جهة أخرى يلتزم المرقى العقاري بإنجاز البناية وتسليمها للمكتب (المشتري)، وهو في هذه الجزئية يتشابه مع بيع الأشياء المستقبلية.

ولكن ما هي مميزات البيع على التصاميم عن البيع بالتقسيط؟ (البند الأول)، وما هي مميزاته عن البيع الأشياء المستقبلية؟

1 - علي بن علي، عقد البيع على التصاميم في ظل القانون رقم 11-04، مرجع سابق، ص 36.

2 - علي بن علي، عقد البيع على التصاميم في ظل القانون رقم 11-04، مرجع سابق، ص 36.

3 - طيب عائشة، عقد البيع على التصاميم في ظل القانون رقم 11-04، مرجع سابق، ص 86.

## البند الأول: تمييز البيع على التصاميم في التشريع الجزائري عن البيع بالتقسيط

نتناول في هذا البند مفهوم البيع بالتقسيط (أولا) ثم أوجه التشابه بينه وبين البيع على التصاميم (ثانيا) وأوجه الاختلاف بينهما (ثالث).

### أولا: مفهوم البيع بالتقسيط

نصت المادة 363 من القانون المدني الجزائري على البيع بالتقسيط في فقرتها الثانية والثالثة التي جاء فيها: "إذا كان الثمن يدفع أقساطا جاز للمتعاقدين أن يتفقا على أن يستبقي البائع جزء منه على سبيل التعويض في حالة ما إذا وقع فسخ البيع بسبب عدم استيفاء جميع الأقساط... وإذا وقي المشتري جميع الأقساط يعتبر أنه تملك الشيء المبيع من يوم البيع".

من خلال نص المادة السابقة نستخلص أن البيع بالتقسيط هو البيع الذي بواسطته يتقسط الثمن على عدة فترات، وتسليم المبيع للمشتري من وقت انعقاد العقد، على ألا تنتقل الملكية إلا بعد أن يوفي المشتري بجميع الأقساط<sup>1</sup>.

### ثانيا: أوجه التشابه

يتمثل وجه التشابه بين البيع على التصاميم في التشريع الجزائري والبيع بالتقسيط، في أن دفع الثمن في كليهما يتم على شكل أقساط.

### ثالثا: أوجه الاختلاف

#### 1- انتقال الملكية.

تعد مسألة انتقال الملكية من أهم ما يفصل بينهما، ففي البيع بالتقسيط لا يتم انتقال ملكية المبيع إلى المشتري إلا بعد سداد جميع الأقساط المكونة لمجموع الثمن المتفق عليه في العقد، أما بالنسبة للبيع على التصاميم فإن ملكية المبيع تنتقل إلى المكتتب من تاريخ إبرام العقد وتوقيعه، أي بمفهوم آخر فإن

<sup>1</sup> - مرناش بلال، طوباش بلال، عقد بيع العقار على التصاميم في ظل القانون رقم 11-04، مرجع سابق، ص 22.

البيع على التصاميم يكون تسديد السعر حسب تقدم أشغال الإنجاز وتثبت الملكية بالحيازة الفعلية للبنية عكس البيع بالتقسيط<sup>1</sup>.

## 2- الجزاء المترتب على فسخ العقد:

يتميز البيع على التصاميم عن البيع بالتقسيط من حيث الجزاء المترتب عن تخلف المشتري عن دفع قسط من الثمن، حيث يكون للبائع في البيع على التصاميم الحق في طلب فسخ العقد مع التعويض، لكن مع رد أقساط الثمن المدفوعة من قبل المشتري، بينما في البيع بالتقسيط إذا تخلف المشتري عن دفع قسط من الثمن جار للبائع فسخ العقد واسترداد المبيع مع الاحتفاظ بما قبضه من الثمن<sup>2</sup>.

### البند الثاني: تمييز البيع على التصاميم في التشريع الجزائري، عن بيع الأشياء المستقبلية

سنتناول في هذا البند مفهوم بيع الأشياء المستقبلية (أولاً)، ثم أوجه التشابه بينه وبين البيع على التصاميم (ثانياً)، ثم أوجه الاختلاف بينهما (ثالثاً).

#### أولاً- مفهوم بيع الأشياء المستقبلية:

حوّز المشرّع الجزائري التعامل في الأشياء المستقبلية، بصيغة البيع الواردة في المادة 92 من القانون المدني الجزائري والتي تنص على ما يلي: "يجوز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً ومحققاً، غير أن التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطلاً ولو كان برضاه إلا في الأحوال المنصوص عليها في القانون". وتنص المادة 93 من القانون المدني الجزائري على أنه: "إذا كان محل الالتزام مستحيلاً في ذاته أو مخالفاً للنظام العام أو الآداب العامة كان باطلاً بطلاناً مطلقاً".

يستخلص من نص المادتين أن المقصود بالأشياء المستقبلية كمحور للالتزام، هي تلك الأشياء التي ستوجد في المستقبل، أي بعد انعقاد العقد، سواء كان وجودها هذا أمراً محققاً أو محتملاً، وأما الأشياء التي يكون وجودها في المستقبل أمراً مستحيلاً على الإطلاق، فلا تصح كمحل للالتزام ولا ينعقد العقد لتخلف ركن المحل<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - علي بن علي، عقد البيع على التصاميم في ظل القانون رقم 11-04، مرجع سابق، ص 38.

<sup>2</sup> - بوسنة حسام الدين، النظام القانوني لعقد البيع على التصاميم في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص 20.

<sup>3</sup> - فيلال علي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، طبعة منقحة ومعدلة، موفم للنشر، الجزائر، 2000، ص 227.



ثانيا- أوجه التشابه:

من خلال ما سبق يظهر أن المشرع الجزائري أجاز التعامل في الأشياء المستقبلية، وبالتالي فإنه يجوز بيع عقار قبل إتمام بنائه، على أن يتعهد البائع بإتمام إنجازه وتسليمه للمشتري، وبهذا فإن البيع على التصاميم هو بيع لشيء مستقبلي بالنسبة للبناء.

ثالثا- أوجه الاختلاف:

1- نقل الملكية.

لا يترتب على بيع المال المستقبلي انتقال ملكية هذا المال فور التعاقد إلى المشتري، بل إن كل ما يترتب عليه هو نشوء التزام في ذمة البائع بنقل ملكية المال المستقبلي إذا تحقق وجوده، فيكون على المشتري أن يتربص بالمبيع حتى إذا تحقق وجوده ملكه بقوة القانون<sup>1</sup>.

2- المحل في البيع على التصاميم ليس كله مستقبلي.

إن البيع على التصاميم هو بيع لشيء مستقبلي، إلا أن ذلك لا يشمل محل البيع كله، حيث أن الشيء المستقبلي الذي سيباع هو البناء فقط دون القطعة الأرضية التي سيشيد فوقها البناء<sup>2</sup>.

3- الضمانات في البيع على التصاميم.

بالرجوع إلى أحكام عقد البيع على التصاميم نرى أن المشرع أحاطه بضمانات قانونية وأحكام صارمة وملزمة، مما ينفي عنه الغرر والمقامرة والمجازفة على عكس بيع الأشياء المستقبلية، التي يكون فيها المشتري مهدد بالاحتمال والحظ، ففي البيع على التصاميم لا يجازف المشتري لا في مقدار البيع ولا في المبيع نفسه حيث يلتزم البائع بإتمام الإنجاز خلال الآجل المحدد لذلك ولضمان حسن الإنجاز والمطابقة وغيرها من الضمانات التي تحمي المشتري<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - عقيلة نوي، النظام القانوني لعقد بيع العقار بناء على التصاميم في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، سنة 2004/2003، ص 27.

2 - لامية كتو، عقد البيع على التصاميم في القانون 04-11، مرجع سابق، ص 49.

3 - فتحي ويس، المسؤولية المدنية والضمانات الخاصة في بيع العقار قبل الإنجاز، مرجع سابق، ص 44.

### المبحث الثالث: خصائص البيع على التصاميم في التشريع الجزائري وطبيعته القانونية

قبل تحديد الطبيعة القانونية للبيع على التصاميم، لا بد أن نتطرق إلى خصائصه التي يشترك فيها مع بقية العقود، وخصائصه التي تميزه عن العقود المشابهة له، وبعد معرفة الخصائص نعالج الطبيعة القانونية وفقا لهذه الخصائص، فسنتناول في الأول خصائص البيع على التصاميم العامة والخاصة والاقتصادية (المطلب الأول)، ثم طبيعته القانونية (المطلب الثاني).

#### المطلب الأول: خصائص البيع على التصاميم في التشريع الجزائري:

إن البيع على التصاميم في التشريع الجزائري يتفق ويختلف عن عقود البيع المشابهة له كما لاحظنا في المطلب الأول والثاني، فهو وإن كان يشترك مع بعض العقود في الخصائص العامة التي نستشفها من القواعد العامة عملا بالأمر 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني (المعدل والمتمم)، فإنه له خصائص خاصة نستشفها من القواعد التي تحدد نشاط الترقية العقارية المنصوص عليها في القانون رقم 11-04، والمرسوم التنفيذي 13-431 الذي يحدد نموذجي عقد حفظ الحق وعقد البيع على التصاميم للأموال العقارية وكذا حدود تسديد سعر الملك موضوع عقد البيع على التصاميم ومبلغ عقوبة التأخير وأجالها وكيفيات دفعها، كما له كذلك خصائص اقتصادية لها مجالها الواسع في التنمية الاقتصادية.

وعليه سنعالج في هذا المطلب الخصائص العامة للبيع على التصاميم في التشريع الجزائري (الفرع الأول)، ثم نتطرق إلى الخصائص الخاصة له (الفرع الثاني) وأخيرا نتناول خصائصه الاقتصادية (الفرع الثالث).

#### الفرع الأول: الخصائص العامة للبيع على التصاميم في التشريع الجزائري

إن البيع على التصاميم في التشريع الجزائري يعتبر عقد من العقود المتميزة، له من الخصوصية ما يجعله يخرج عن القواعد العامة لعقود البيع في كثير من أحكامها، ولكن هذا لا يمنع من أن يتصف بالخصائص العامة للعقود ذات الطبيعة القانونية، وعليه فإن البيع على التصاميم في التشريع الجزائري بالرجوع إلى النظرية العامة للالتزامات يتميز بالخصائص التالية:

**1- البيع على التصاميم عقد مسمى.**

العقد المسمى هو: "العقد الذي وضع له المشرع اسما خاصا وتكفل ببيان أحكامه"<sup>1</sup>، حيث يعتبر البيع على التصاميم عقد مسمى نظمه المشرع الجزائري في القانون 04-11 الذي يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية.

**2- البيع على التصاميم عقد بسيط.**

والعقد البسيط هو العقد الذي يتضمن نوعا واحدا من العقود ولم يمزج عقود متنوعة<sup>2</sup>، حيث يشمل البيع على التصاميم على أحكام عقد واحد منظم في القانون 04-11 السالف الذكر، وهو بيع بنائية لم تنجز أو في طور الانجاز<sup>3</sup>.

يرى البعض أنه من العقود المركبة، فهو عقد مقاوله من فترة ما بين إبرام العقد إلى غاية تسليم العقار، تنطبق عليه أحكام عقد المقاوله، أما بعد التسليم فهو عقد بيع تنطبق عليه أحكام عقد البيع، وهناك من يرى أنه يندرج تحت عقد البيع فقط، ورأي آخر يدرجه ضمن عقد المقاوله<sup>4</sup>، وهو ما سيتم تفصيله في عنصر الطبيعة القانونية للبيع على التصاميم.

**3- البيع على التصاميم عقد شكلي.**

العقد الشكلي هو العقد الذي لا يتم بمجرد اقتران القبول بالإيجاب، بل يجب لتكوينه إتباع شكل مخصوص يحدده القانون<sup>5</sup>.

فالبيع على التصاميم لا يكفي فيه تطابق الإرادتين لانعقاده بل يجب إفراده في الشكل المنصوص عليه<sup>6</sup>، في المرسوم التنفيذي 13-431 الذي يحدد نموذجي عقد حفظ الحق وعقد البيع على التصاميم للأموال العقارية وكذا حدود تسديد سعر الملك موضوع عقد البيع ومبلغ عقوبة التأخير وأجالها وكيفيات دفعها، وبما أنه تصرف وارد على العقار فأن القواعد العامة تشترط الرسمية بكتابة العقد وتسجيله وشهره.

<sup>1</sup> - محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص 51.

<sup>2</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، 1998، ج 1، ص 125.

<sup>3</sup> - بوسنة حسام الدين، النظام القانوني لعقد البيع على التصاميم في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص 10.

<sup>4</sup> - حمداني داني، النظام القانوني لعقد البيع العقاري على التصاميم في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص 10.

<sup>5</sup> - السنهوري، نظرية العقد، مرجع سابق، الجزء 1، ص 113.

<sup>6</sup> - سهام مسكر، بيع العقار بناء على التصاميم في الترقية العقارية، المرجع سابق، ص 22.

**4- البيع على التصاميم عقد معاوضة.**

عقد المعاوضة هو: "العقد الذي يأخذ فيه كل من المتعاقدين مقابلا لما أعطاه"<sup>1</sup>، فالمرقي العقاري (البائع) في البيع على التصاميم يأخذ ثمن بيع العقار والمكتب (المشتري) يستفيد من العقار المنجز.

**5- البيع على التصاميم عقد ملزم للجانبين.**

والعقد الملزم للجانبين هو: "العقد الذي ينشئ منذ تكوينه التزامات متقابلة، في ذمة كل من المتعاقدين"<sup>2</sup>، فيعتبر كل من طرفي دائن ومدين في الوقت نفسه. فالمرقي العقاري (البائع) يلتزم بالقيام بكل ما هو ضروري لنقل الملكية إلى المشتري مع ضمان حسن الإنجاز والمطابقة عند تسليمه البناية، وفي المقابل فإن المشتري يلتزم بدفع الثمن وتسلم العقار محل الإنجاز.<sup>3</sup>

**6- البيع على التصاميم عقد محدد.**

العقد المحدد هو: "العقد الذي يمكن لكل طرف فيه أن يحدد وقت التعاقد مقدار ما يأخذ ومدى ما يعطي وذلك بصرف النظر عن التعادل بين هاذين المقدارين"<sup>4</sup>. ففي البيع على التصاميم يستطيع المشتري أن يطلع على العقار محل الإنجاز من خلال التصاميم الهندسية المبرمجة ويلتزم البائع بالإنجاز وفق الآجال والمواصفات المحددة في العقد، كما يحدد البائع (المرقي العقاري) الثمن التقديري مع وجوب تحديد نسبة الزيادة في حالة مراجعة الثمن، وعلى أساسها يطلع المشتري على أقصى قيمة يمكن إضافتها للثمن التقديري، وهذا ما أكدت عليه المادة 38 من القانون 04-11 الذي يحدد القواعد التي تنظم الترقية العقارية وبالتالي تقسيط الثمن مع تحديد نسبة المراجعة، والاتفاق عليها مسبقا وتأجيل تسليم المبيع لا يؤثر في اعتبار العقد محددًا.

<sup>1</sup> - العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 49.

<sup>2</sup> - السنهوري، نظرية العقد، مرجع سابق، ص 130.

<sup>3</sup> - لامية كتو، عقد البيع على التصاميم في القانون 04-11، مرجع سابق، ص 39.

<sup>4</sup> - محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص 73.

## 7- البيع على التصاميم عقد إذعان أم مساومة.

يختلف المركز القانوني للمتعاقد في هذين العقدين، إذ أن الشروط في عقد الإذعان غير قابلة للمناقشة والتعديل لوجود مبرر قانوني أو فعلي<sup>1</sup>، بينما في عقد المساومة يتمتع المتعاقد بحرية كاملة في وضع شروط العقد وهي قابلة للمناقشة والتعديل<sup>2</sup>.

ومن الشروط لاعتبار العقد عقد إذعان أن يكون الموجب ذو احتكار قانوني أو فعلي، بحيث يستطيع فرض شروطه دون تعديل أو مناقشة، وأن يتعلق العقد بسلعة أو خدمة ضرورية أو تعد من الأوليات بالنسبة للمستهلك أو المنتفعين، بحيث لا يستطيع الاستغناء عنها.

أخيرا أن يقوم مقدم السلعة أو الخدمة بعرضها على جمهور المستهلكين، وفقا لشروط متماثلة على الدوام ومقررة سلفا لا تعديل ولا نقاش فيه.

انطلاقا من هذه الشروط السالفة هناك من يرى أن البيع على التصاميم في التشريع الجزائري عقد إذعان بمفهومه الواسع<sup>3</sup> لا عقد مساومة، حيث يقول الدكتور عياشي شعبان: "أنه إذا كان ليس من السهل اعتبار عقد بيع العقار بناء على التصاميم من عقود الإذعان، لعدم وجود احتكار قانوني أو فعلي لبيع المساكن قبل إنجازها من طرف المرقين العقاريين الذين بلغ عددهم على المستوى الوطني حسب إحصائيات وزارة السكن سنة 2009 قرابة 1277 مرقي عقاري، غير أن حاجة الناس إلى السكن باعتباره سلعة أساسية في حياتهم، وأمام أزمة الإسكان الخائفة التي تعيشها البلاد رغم الجهود الجبارة التي بذلتها الدولة في هذا الميدان، تجعلهم يرضخون للشروط التي يضعها المرقى العقاري البائع دون مناقشة، لذلك فإن العقود التي تبرم بصيغة البيع على التصاميم تدخل - في رأينا - في نطاق عقود الإذعان على الأقل في الوقت الحاضر الذي لا تزال فيه أزمة الإسكان طاحنة قائمة"<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - لعشب محفوظ بن جامد، عقد الإذعان في القانون الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، دون طبعة، 1990، ص 31.

<sup>2</sup> - أعجيري جهيدة، عقد البيع بناء على التصاميم، مجلة المفكر، العدد الخامس عشر، كلية الحقوق، جامعة محمد خيضر، بسكرة، بتاريخ 15 جوان 2017، ص 332.

<sup>3</sup> - عياشي شعبان، عقد بيع العقار بناء على التصاميم، مرجع سابق، ص 63-67. - بوسنة حسام الدين، النظام القانوني لعقد البيع على التصاميم في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص 12. - علي بن علي عقد البيع على التصاميم في وضل القانون 11-04، مرجع سابق، ص 22-23. - بو حنان نسيمة ديدن، عقد البيع بناء على التصاميم، مرجع سابق، ص ص 13-14.

<sup>4</sup> - عياشي شعبان، عقد بيع العقار بناء على التصاميم، مرجع سابق، ص ص 65-66.

بينما يرى بعض الباحثين أن البيع على التصاميم عقد فيه ملاح عقد الإذعان<sup>1</sup> وليس عقد إذعان صريح، وهذا نظرا لتخلف عنصر الاحتكار القانوني أو الفعلي للسلعة المتعاقد عليها المتمثلة في العقار المبيع من طرف المرقين العقاريين (الموجبين).

ويرى البعض الآخر أن البيع على التصاميم هو عقد مساومة، وأجابوا على الحجج المطروحة من طرف الفريق المؤيد إلى أن عقد البيع على التصاميم عقد إذعان من عدة نواحي<sup>2</sup> هي:

**الناحية الأولى:** إن الشروط النموذجية المعدة سلفا أصبحت في الوقت الحاضر سمة أغلب العقود التي يتفوق فيها الموجب فنيا أو اقتصاديا مع المتعاقد الآخر، وهذا لا يعني أن العقود النموذجية أصبحت عقود إذعان، وإن التقت معها في العقد معد فيه سلفا شروط التعاقد، أي أن العقود النموذجية ليست بالضرورة عقود إذعان على الرغم من أن العقد النموذجي هو الوسيلة لإبرام عقد إذعان<sup>3</sup>.

**الناحية الثانية:** لا يمكن وصف مالك المشروع بالمحتكر فالانتجار بالبناء ليس حكرا لأحد ولا يخضع لسيطرة شخص، وما يتطلبه من خبرة فنية ومقدرة مالية لا تجعل المنافسة فيه محدودة، وإلا نطبق ذلك على كل نشاط يتطلب هذه الخبرة والمقدرة كمقاولات البناء التي تسهم في توفير المساكن للأفراد.

**الناحية الثالثة:** أن معالجة الشروط التعسفية لا تبرر وصف البيع على التصاميم من عقود الإذعان، وإلا لوصف به كل عقد يحتاج فيه المتعاقد إلى حماية من الشروط التعسفية، كما أن معالجة هذه الشروط ليست قاصرة على عقود الإذعان، وإنما يمكن معالجتها من خلال أنظمة قانونية أخرى كعيوب الإرادة وضمنان العيوب فضلا عن التشريعات الخاصة بالشروط التعسفية التي تتجاوز نطاق عقود الاستهلاك، وبحسب رأي مؤيدي فكرة البيع على التصاميم من عقود المساومة، فإن هذا العقد يفتقد إلى الشرط المتعلق بالاحتكار الفعلي أو القانوني للسلعة المتعاقد عليها، ولاسيما أمام التنافس بين الشركات

<sup>1</sup> - علي بن علي، عقد البيع على التصاميم في ظل القانون رقم 11-04 مرجع سابق، ص 22-23. - حمداني داني، النظام القانوني لعقد البيع العقار على التصاميم في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص 12-13. - عز الدين زوبة، خصوصية عقد بيع العقار على التصاميم عن عقد البيع العادي، مرجع سابق، ص 52-53.

<sup>2</sup> - ذنون يونس صالح وعلي سلمان صالح مهدي، مفهوم عقد بيع العقار على التصميم الهندسي وتكييفه القانوني، مرجع سابق، ص 308-309.

<sup>3</sup> - Jestaz Philippe, MALINVAUD Philippe, Droit de la promotion immobilière, Paris, Dalloz, 1988, p 17.

المستثمرة والمختصة بالأبنية العقارية، كما أن ثمن المساكن يختلف حسب تكلفة الانجاز وقيمة العقار محل الانجاز وموقع المسكن وظروف عملية التشييد<sup>1</sup>.

وعليه فمن خلال ما تم استعراضه من جدل حول اعتبار البيع على التصاميم من عقود المساومة أو من عقود الإذعان، نخلص إلى تأييد الرأي الداعي إلى كونه عقد إذعان على أساس أن المشتري ينظم إلى العقد دون مناقشة لشروط العقد عن رضا تام يجعل من هذا العقد يقترب من عقد الإذعان.

وهذا ما جعل المشرع الجزائري يتدخل لحماية المشتري في البيع على التصاميم من الشروط التي يستقل المرقى العقاري بوضعها، والتي قد تتسم بالتعسف أي التي يمكن وصفها بالشروط التعسفية، حيث نص كما سبق ذكره على وجوب تحرير هذا العقد وفق النموذج النظامي الذي قرره وفقا للمرسوم التنفيذي 13-431 الذي يحدد نموذجي عقد حفظ الحق وعقد البيع على التصاميم لأمالك العقارية. والمشرع الجزائري وسع نطاق الاستفادة من الحماية القانونية المقررة من عقود الإذعان باكتفائه فقط بمعيار أو شرط وجود القبول أو التسليم من طرف المذعن بالشروط المقررة مسبقا وبصفة مستقلة من الموجب دون مناقشتها أو مساومتها أو التفاوض بشأنها للقول بوجود عقد إذعان، حيث نصت المادة 70 من القانون المدني الجزائري على أنه: "يحصل القبول في عقد الإذعان بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها".

ولم ينص على معيار وجود الاحتكار القانوني أو الفعلي للسلعة المتعاقد عليها، وهو ما يعرف بالمفهوم الحديث لعقد الإذعان والذي تبناه المشرع حمايةً للمستهلك بصفة عامة من الشروط التعسفية التي قد يضمنها المحترف أو المهني في العقد، وحمايةً لمشتري العقار بناء على التصاميم بصفة خاصة من هذه الشروط التي قد تكون تعسفية<sup>2</sup>.

## 8- البيع على التصاميم عقد زمني أم فوري.

يقسم العقد من حيث دور الزمن فيه إلى عقد فوري وعقد زمني مستمر، والعقد الفوري هو: "العقد الذي لا يكون الزمن عنصرا جوهريا فيه، فيتم تنفيذه دفعة واحدة"<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - الطيب زروقي، حماية مشتري العقار في بناء على التصاميم طبقا للمرسوم التشريعي رقم 93-03، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، كلية الحقوق بن عكنون، الجزائر، العدد 42، 2001، ص 57.

<sup>2</sup> - عز الدين زوية، خصوصية بيع العقار على التصاميم عن عقد البيع العادي، مرجع سابق، ص 75.

<sup>3</sup> السنهوري، نظرية العقد، مرجع سابق، ص 70.

وبعبارة أخرى فإن العقد الفوري يتحدد محله مستقلا عن الزمن، وإن الزمن إذا تدخل فيه فإنما يتدخل بوصفه عنصرا عرضيا لا عنصرا جوهريا، لتحديد وقت التنفيذ لا لتحديد المحل المعقود عليه، ذلك أن محل العقد الفوري أرضا كان أو بناء أو عروضاً أو غير ذلك، إنما يمتد في المكان لا في الزمان، كونه يقاس بميز مكاني لا بمقياس زمني.

وعكسه العقد الزمني والمستمر، وهو: "العقد الذي يقاس فيه الأداء الرئيسي بالزمن، فالزمن يكون عنصرا جوهريا فيه"<sup>1</sup>، أي يكون الزمن فيه عنصرا جوهريا بحيث تتحدد به التزامات وحقوق أطرافه، فالزمن في هذا العقد يكون هو المقياس الذي يقدر به محل العقد، ذلك أن هناك أشياء لا يمكن تصورها إلا باقترانها بالزمن، فالمنفعة لا يمكن تقديرها إلا بمدة معينة، والعمل إذا نظر إليه في نتيجته أي إلى الشيء الذي ينتجه العمل كان حقيقة مكانية، ولكن إذا نظر إليه في زمانه فلا يمكن تصوره إلا في حقيقة زمانية مقترنا بمدة معينة.

وعلى هذا الأساس هناك من يرى<sup>2</sup> أن البيع على التصاميم عقد فوري كون تأخر أحد المتعاقدين عن تنفيذ التزاماته التعاقدية لا يؤثر في وجود العقد ما دام أن هناك وسائل لتنفيذه كإلزامه بالتنفيذ الجبري، فهو عقد فوري متراخي التنفيذ فالمشتري لا يدفع الثمن دفعة واحدة في البيع على التصاميم، وإنما يدفعه على أقساط متتالية حسب التقدم في أشغال البناء، وهكذا يستغرق تنفيذ التزام المشتري بالوفاء بالثمن فترة من الزمن هي المدة التي تدفع خلالها الأقساط، ومن المعلوم أن التزام المشتري بدفع الثمن حتى ولو كان مؤجلا فإنه التزام فوري لا يدخل الزمن في تحديده مقداره، وإن كان يمكن أن يدخل بصفة عرضية لإرجاء تنفيذه<sup>3</sup>.

ويرى الكثير من الباحثين القانونيين<sup>4</sup>، أن البيع على التصاميم عقد زمني تتوفر فيه خصائص العقود الزمنية.

<sup>1</sup> - محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص 70.

<sup>2</sup> - بوسنة حسام الدين، النظام القانوني لعقد البيع على التصاميم في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص 13.

<sup>3</sup> - محمد المرسي أبوزهرة، عقد البيع تحت الإنشاء، مرجع سابق، ص 85.

<sup>4</sup> - عياشي شعبان، عقد بيع العقار بناء على التصاميم، مرجع سابق، ص 54. - علي بن علي، عقد البيع على التصاميم في ظل القانون رقم 11-04، مرجع سابق، ص 20. - مرناش بلال وطوباش بلال، عقد بيع العقار على التصاميم في ظل القانون رقم 11-04، مرجع سابق، ص 16. - عز الدين زوية، خصوصية بيع العقار على التصاميم، مرجع سابق، ص 13. - حمداني داني، النظام القانوني لعقد بيع العقار على التصاميم في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص 11.



فالعقود الزمنية قابلة للمراجعة بسبب الظروف الطارئة طبقا للمادة 107 من القانون المدني الجزائري على عكس العقود الفورية.

والفسخ في العقود الزمنية يترتب أثره في المستقبل فقط عكس العقود الفورية التي يترتب الفسخ فيها أثرا رجعيا<sup>1</sup>.

وبناء على هذه الخصائص يمكن تحديد عقد البيع على التصاميم إن كان من العقود الفورية أو العقود الزمنية.

فبالنسبة للخاصية الأولى، يخضع الثمن في عقد البيع على التصاميم للمراجعة إذا طرأت ظروف استثنائية، وهذه الخاصية تطبق في العقود الزمنية وهذا ما نصت عليه المادة 38 من القانون 04-11 الذي يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية وقد حددت نسبة المراجعة في الثمن على ألا تتجاوز 20% من السعر المتفق عليه.

وأما بالنسبة للخاصية الثانية، المتعلقة بالفسخ فإن نص المادة 53 من القانون 04-11 منحت حق فسخ العقد في حالة عدم تنفيذ الالتزامات.

نلاحظ أن البيع على التصاميم يقوم على تأجيل الالتزامات التعاقدية التي تتطلب لتنفيذها مرور فترة من الزمن، بمعنى أن الزمن يعدّ عنصرا جوهريا في عقد البيع على التصاميم، كما يمكن مراجعة هذا العقد في حالة وقوع حادث استثنائي، وهي خاصية يتميز بها العقد الزمني.

لذا يرحح أن البيع على التصاميم عقد زمني مستمر، أما لآثاره المخالفة فإن خصوصية هذا العقد هي التي تفرض هذا الاختلاف.

فالبيع على التصاميم عقد زمني وذلك بالاعتماد على طبيعة الالتزام المميّز فيه، وهو الالتزام بإقامة العقار المتعاقد عليه خلال مدة معينة وهو بطبيعته التزام ممتد في الزمن، وهكذا يؤدي العنصر المميز فيه إلى إزالة العوائق أمام تطبيق نظرية الظروف الطارئة على هذا العقد.

<sup>1</sup> - فيلالي علي، الالتزامات (النظرية العامة للعقد)، مرجع سابق، ص 64.

## الفرع الثاني: الخصائص الخاصة للبيع على التصاميم في التشريع الجزائري

زيادة على خصائص البيع على التصاميم طبقا للقواعد العامة، هناك خصائص ينفرد بها وحده دون غيره من العقود لأن المشرع الجزائري أدرج النصوص المتعلقة بالبيع على التصاميم ضمن القانون 04-11 الذي يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، فالبيع على التصاميم مرتبط ارتباطا وثيقا بمفهوم الترقية العقارية، إذ أنه يعتبر تقنية من تقنياتها ولا مجال لإبرامه خارج هذا الإطار، وهو ما يفسر أن له خصائص استقاها من قواعد الترقية العقارية، والتي تتمثل بتمتع البائع بصفة المرقى العقاري، وإن المشتري فيه لا يمكنه التصرف في العقار المبيع بالرغم من انتقال ملكيته إليه، كما يتميز البيع على التصاميم بالإضافة إلى سهولة مهمة دفع الثمن على المشتري بأنه يحيطه بمجموعة من الضمانات التي تكفل حمايته وعليه سنناول هذه الخصائص فيما يلي:

### 1- تمتع البائع بصفة المرقى العقاري:

إن البائع في عقد البيع على التصاميم هو المرقى العقاري الذي يتولى مهمة إنجاز البناء، وبتمام الإنجاز يتسنى له نقل ملكية العقار وتسليمه للمشتري<sup>1</sup>، وهذا ما أشارت إليه المادة 03 من القانون 04-11 والتي نصت على أنه: "يعدّ مرقيا عقاريا في مفهوم هذا القانون كل شخص طبيعي أو معنوي يبادر بعمليات بناء مشاريع جديدة، أو ترميم أو إعادة تأهيل أو تجديد أو إعادة هيكلة، أو تدعيم بنايات تتطلب أحد هذه التدخلات، أو تهيئة أو تأهيل الشبكات قصد بيعها أو تأجيرها".

### 2- القيد على التصرف:

بالرغم من تحرير العقد في شكله الرسمي وتسجيله وشهره، واعتبار المشتري مالكا للعقار في طور الإنجاز من تاريخ التوقيع على العقد، إلا أن هذا الأخير لا يستطيع التصرف في العقار محل الإنجاز إلا بعد تسديد كافة الأقساط والتسليم النهائي للبناء والتوقيع على محضر التسليم وشهره، ليتم بموجبه رفع القيد على التصرف<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - عقيلة نوي، النظام القانوني لعقد بيع العقار بناء على التصاميم في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 14.

<sup>2</sup> - بوسنة حسام الدين، النظام القانوني لعقد البيع على التصاميم في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص 14.

**3- المحل عقار غير منجز:**

يعتبر محل عقد البيع على التصاميم محلا غير منجز، ويستوي في ذلك أن يكون محل عقد البيع على التصاميم عقارا غير منجز تماما أو ذلك الذي في طور الإنجاز أي قابلا للوجود مستقبلا، فإن هذا العقد في الجزائر وإن كان قد عبر عنه المشرع بالبيع بناء على التصاميم La vente sur plan فإنه يستفاد منه أن محل البيع لا يوجد وقت الانعقاد إلا على التصاميم الهندسية، وإن كان المشرع الجزائري في المادة 28 من القانون 04-11 قد أستعمل مصطلحا آخر واتخذ منحى يفيد بإمكانية أن يكون محل هذا العقار قد شرع في إنجازه دون الانتهاء منه، حيث جاء في نص المادة المذكورة ما يلي: "عقد البيع على التصاميم لبناية أو جزء من بناية مقرر بنائها أو في طور البناء، هو العقد الذي يتضمن ويكرس تحويل حقوق الأراضي وملكية البناءات من طرف المرقى العقاري لفائدة المكتتب موازاة مع تقدم الأشغال وفي المقابل يلتزم المكتتب بتسديد السعر كلما تقدم الإنجاز".

**4- تسهيل دفع الثمن:**

إن البيع على التصاميم عقد يسهل المهمة بالنسبة للمشتري عند دفع الثمن، حيث أنه يتم على شكل أقساط حسب تطور الأشغال، وتكون الدفعة الأولى على الحساب، أما الدفعة الأخيرة فيتم تسليمها عند تسليم العقار.

فالتبيعة الخاصة هنا لم تجعل الثمن جملة واحدة، فمن غير المتصور أن يوفي المشتري بكامل التزامه بدفع الثمن في حين لم يشرع البائع بتنفيذ التزامه المقابل بإنجاز العقار وتسليمه، ولذلك فإن دفع الثمن يكون على أقساط مع ربطها بمراحل إنجاز العمل وعلى أن يتم الدفع ما بين إبرام العقد وتسليم العقار، فيتم دفع الحجز ثم جزء من الثمن على شكل أقساط دورية حسب التقدم في أعمال البناء وإبقاء جزء بعد التسليم<sup>1</sup>.

**5- حماية المشتري بموجب ضمانات خاصة:**

أقر القانون رقم 04-11 عدة ضمانات خاصة تكفل الحماية لمشتري العقار على التصاميم، ومن بين هذه الضمانات نجد الضمان العشري، الذي جاء به المادة 26 الفقرة 03 من القانون 04-11، وضمن حسن الإنجاز، وضمن إتمام البناء ومطابقته للمواصفات المطلوبة وللتصميم المتفق عليه، إضافة إلى مبلغ

<sup>1</sup> - ذنون يونس صالح وعلى سليمان صالح مهدي، مفهوم عقد بيع العقار على التصميم وتكليفه القانوني، مرجع سابق، ص 320.

الكفالة المدفوع لدى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة قبل الشروع في عملية الإنجاز وهذا ما نصت عليه المادة 54 من القانون 04-11، المتعلقة بصندوق الضمان والكفالة المتبادلة حيث جاء فيها: "زيادة على التأمينات المطلوبة في التشريع المعمول به وفي إطار ممارسة نشاط المرفقي العقاري طبقا لالتزاماته، يتعين على المرفقي العقاري الذي يشرع في إنجاز المشروع العقاري من أجل بيعه قبل إنجائه اكتساب ضمان الترقية العقارية قصد ضمان ما يأتي على الخصوص.

- تسديد الدفعات التي قام بها المكتتبون في شكل تسبيقات.
- إتمام الأشغال.
- تغطية أوسع للالتزامات المهنية والتقنية".

### الفرع الثالث: الخصائص الاقتصادية للبيع على التصاميم في التشريع الجزائري

إن القانون باعتباره الخط الذي يسير عليه الجميع وتحدد وجهتهم وفق علاماته وإشاراته وتوجيهاته، يوجد له تأثير قوي جدا على الاقتصاد ويتأثر به كذلك في كثير من الأحيان، والأثر للقانون يظهر على نمو الاقتصاد وحركة الأسواق وتوفيق أوضاعها وتحديد آليات التعاون والتبادل المالي وسبل عقد الصفقات وما إلى ذلك.

فعلى دارس القانون أن يكون ملما بالوقوع الاقتصادي والمتغيرات الاقتصادية حتى يبدع في مجاله، فلا يمكن أن ندرس القواعد القانونية بمعزل عن البعد أو الإطار الاقتصادي الذي يحيط بها، فإذا كان القانون في تعريفه يتضمن مجموعة القواعد التي تنظم العلاقات بين الأفراد (القانون الخاص)، أو بين الدولة أو الشخص المعنوي العام والأفراد (القانون العام)، فإن من بين تلك العلاقات وأغلبها، بل من أهمها العلاقات الاقتصادية (مباشرة أو غير مباشرة) فكيف ينظم العلاقات القانونية وهو لا يعلم بمهيتها؟ كما أن القواعد القانونية البحتة لها أبعادها الاقتصادية.

وعليه ففي حالة غياب الرؤية الاقتصادية لدى المشرع قد يصدر تشريعا يناهض متطلبات الواقع الاقتصادي، وربما يضطر إلى تعديله خلال فترة وجيزة وهذا ما حدث في قانون الترقية العقارية.

وبناء على ما سبق فإن للبيع على التصاميم في نطاق المعاملات أهمية وسمة اقتصادية، حيث نجد أن لهذا النوع من البيع دورا بارزا في مجال التنمية الاقتصادية، إذ لا يقتصر أثره الاقتصادي على أطرافه فحسب بل يطلع بدور محوري في نطاق تنفيذ رؤى الدولة الاقتصادية، وهذا ما سنبينه في هذا الفرع.

أولاً: الخصائص ذات الطبيعة الاقتصادية للبيع<sup>1</sup>

## 1- السمة التمويلية للبيع:

يُجد المستثمر في البحث عن مصدر تمويل لمشروعه، وهذا البحث لا يكون بحثاً مجرداً ينصب على أية وسيلة تمويلية فحسب، بل عن تلك الوسيلة التي توفر له تمويلاً مناسباً من غير أن ترهقه بفوائدها أو تكبله بضمائنها.

فمن المعلوم أن طرق التمويل التقليدية والمقدمة من قبل المؤسسات المالية تكون عادة مصحوبة بفوائد عالية على النحو الأغلب ومقترنة بضمانات الإيفاء بذلك القرض، الذي يجعل المستثمر مكابلاً بقيود كثيرة، ناهيك عن الإجراءات المعقدة المعتمدة من قبل المؤسسات المالية والتي تسبق منح ذلك التمويل أو القرض، لذا فقد ابتدع الفكر الاقتصادي طرق تمويل جديدة تنسجم مع تطلعات المستثمرين والمصارف على حد سواء.

وإذا نظرنا إلى البيع على التصاميم نجد أنه يشكل إحدى طرق التمويل المبتكرة، فالعملية المذكورة تتجلى فيها سمة التمويل بصورة واضحة، بل لا تكفي بإظهار هذه الصفة وإنما تؤطرها بميزات يبحث عنها المستثمرين عادة، وتتضح فكرة التمويل في هذا العقد بالثمن الذي يلتزم المشتري بدفعه على شكل أقساط إلى المرقى العقاري وفقاً للآجال المتفق عليها بالاعتماد على نسب الإنجاز، إذ تتوفر للمرقى العقاري سيولة مالية خلال مرحلة الانجاز تمكنه من الإبقاء بالالتزامات المترتبة في ذمته بموجب ذلك العقد.

وعليه فإن هذا التمويل يمتاز بعدة مميزات منها:

أ- يمكن المرقى العقاري من الإبقاء بالتزامه بإنجاز البناية وإتمامها، بأموال تأتي أغلبها من أقساط الثمن الذي يلتزم المكتتبون بدفعه له في أثناء مراحل الانجاز، وهذا الأمر يجد ذاته بشكل مميّز اقتصادياً للمرقى العقاري، إذ يجعله محتفظاً بجزء من أمواله الذاتية التي تمكنه من الدخول في مشاريع استثمارية أو تجارية أخرى.

<sup>1</sup> - هذه الخصائص نقلتها باختصار وتصرف من البحث القيم المعنون ب: مفهوم عقد بيع العقار على التصميم الهندسي وتكييفه القانوني - دراسة مقارنة - ، لذنون يونس صالح وعلي سليمان صالح مهدي، مرجع سابق، ص 312-318.

ب- إن هذا التمويل المتحصل عن طريق الأقساط المدفوعة يمتاز بكونه تمويلا لا تترتب عليه أية فوائد في ذمة المرقى العقاري، فلا يضيف عبئا ماليا جديدا على المرقى العقاري ولا يطالب بتقديم ضمانات مستقلة من أجل استحصاله، ذلك أن المستثمر عادة ما يبحث عن ذلك التمويل الميسر في إجراءاته وغير المبالغ فيه بالنسبة لفوائده وضمائنه، وهذا يتحقق بصورة جلية هنا، بل يمكن القول إنه يفوق كل طرق التمويل الأخرى.

## 2- أنه أداة من أدوات التنمية الاقتصادية:

يؤدي البيع على التصاميم دورا بارزا في مجال التنمية الاقتصادية بجوانبها المتعددة، ويمكن سوق المؤيدات لذلك وعلى النحو التالي:

- أ- إن هذا العقد يسهم في انتعاش التنمية العقارية من خلال تضمينه على محفزين أساسين هما:
- المحفز الأول - صفته التمويلية:** إذ أن أحد العوامل الأساسية لجذب المستثمرين للاستثمار في مجال أو نشاط ما هو أن يوفر لهم ذلك المجال أو النشاط برامج تمويلية تكون متناغمة مع أهدافهم، وفي هذا العقد نلاحظ توفر تلك الصفة التمويلية بدورها البارز.
- المحفز الثاني - انخفاض سعر بيع الوحدات العقارية:** إن البيع على التصاميم يؤدي إلى انخفاض سعر بيع الوحدات العقارية، وذلك الانخفاض ناجم من أن المستثمرين العقاريين سيعتمدون على المبالغ التي يحصلون عليها من المستثمرين لتلك الوحدات للإيفاء بالتزاماتهم، مما يجعلهم بعيدين عن البرامج التمويلية من المصارف والمؤسسات المالية، والتي تترتب عليها نسب فوائد وتبعات مالية يتحملها المشتري من خلال رفع سعر الوحدة المباعة، وعلى هذا الأساس فإن هذا الانخفاض بدوره يشكل مزية إيجابية تدفع المواطنين وخصوصا ذوي الدخل المتوسط إلى التعاقد على وفق هذا النمط من العقود.
- ب- أنه أداة لتحقيق الأهداف الجوهرية للتنمية.

إن وظيفة أي نشاط اقتصادي تتجسد في إمداد الناس بالوسائل التي يستطيعون بها التغلب على المسألة الناجمة عن غياب ونقص المستلزمات الضرورية للحياة، ومن أهمها السكن.

وهنا يلاحظ في هذا العقد انسجامه مع ذلك الهدف وبقية أهداف التنمية، إذ أن البيع على التصاميم وسيلة من وسائل توفر السكن، لاسيما لذوي الدخل المتوسط وذلك لما يقدمه من حوافز وما يتضمنه من مزايا.

كذلك يحقق البيع محل الدراسة هدفا أساسيا آخر من أهداف التنمية، وهو رفع مستوى المعيشة، فالبيع على التصاميم يسهم في ذلك من خلال توفيره فرص عمل بصورة مباشرة أو غير مباشرة وبصفة وقتية أو دائمة، فالأمر هنا غير مقصور على وحدة سكنية منفردة أو مكتب تجاري، وإنما ينصب على مشاريع تتكون من مئات الوحدات السكنية أو أكثر من ذلك، فإنجاز المشروع هنا يحتاج إلى التعاقد مع أيدي عاملة سواء من المستوى الفني أو الإداري وحتى الأمني.

فضلا عن ذلك، فإن خلق تلك الفرص واستمراريتها لا يضمحل عادة بمجرد إنجاز المشروع وإتمامه بل العكس من ذلك، إذ قد يفتح الإنجاز فرص عمل جديدة.

فالمشروع الذي ينشأ وفقا لهذه الطريقة أو الصورة لا يقتصر على المنشآت السكنية فحسب، بل يتضمن كذلك المنشآت الخدمية والتعليمية والصحية والتجارية التي تحتاج بدورها إلى كوادرات تعمل بصورة مستمرة لتقديم خدماتها للساكين.

ومن جانب آخر، فإن إنجاز المشروع ينعكس بدوره على حركة السلع والبضائع في السوق، إذ أن شراء المستثمر العقاري للمواد التي يحتاجها في إنجاز التزاماته العقدية من السوق المحلية، ينعكس على تلك الأخيرة وعلى مختلف الأصعدة.

وأخيرا يؤدي هذا النوع من البيع على التوسع في نطاق الاختيارات الاقتصادية للأفراد، إذ يؤدي إلى زيادة السبل في الحصول على الوحدة السكنية، والذي يمثل هدفا آخر من أهداف التنمية.

## المطلب الثاني: التكييف القانوني للبيع على التصاميم في التشريع الجزائري

إن البيع على التصاميم منذ ظهوره في صورته الأولى والفقهاء مختلفون في مسألة الطبيعة القانونية لهذا البيع، خصوصا في غياب إطار قانوني خاص بضبط هذا البيع، وحادثة هذه الطبيعة القانونية التعاقدية على الواقع القانوني، لذلك سنحاول في هذا المطلب تحديد الطبيعة القانونية لهذا البيع، وذلك من خلال دراسة طبيعة البيع من حيث نوعيته (الفرع الأول) ومدى تجارية ومدنية هذا البيع (الفرع الثاني).

### الفرع الأول: تكييف البيع على التصاميم في التشريع الجزائري من حيث نوعيته

اختلف الفقهاء في مسألة التكييف أو الإطار القانوني للبيع على التصاميم رغم تنظيم هذا العقد من الناحية القانونية في الجزائر، حيث جاءت جملة من الأحكام الخاصة به تجمع بين أحكام عقد البيع العادي وعقد المقاولة<sup>1</sup>، وأحكام أخرى كما سبقت جعلته ذو طبيعة خاصة يشترك مع البيع العادي وعقد المقاولة في بعض الأحكام ولكنها تخرجه عنها إلى دائرة الاستقلالية والخصوصية، وعليه فإننا سنتناول في هذا الفرع هذه الآراء لبيان العلاقة فيما إذا كان البيع على التصاميم بيع عادي (البند الأول) أو عقد مقاولة (البند الثاني) أو ذو طبيعة مستقلة (البند الثالث).

#### البند الأول: البيع على التصاميم بيع عادي

عرف المشرع الجزائري عقد البيع العادي (التقليدي) من خلال نص المادة 351 من القانون المدني الجزائري بأنه: "البيع عقد يلتزم بمقتضاه، البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقا ماليا آخر في مقابل ثمن نقدي".

وعليه يعدّ البيع العادي من العقود المسماة الناقلة للملكية، إذ يرتب هذا العقد نقل ملكية المبيع إلى المشتري، وهذا ما نصت عليه المادة 165 من القانون المدني الجزائري حيث جاء فيها ما يلي: "الالتزام بنقل الملكية، أو أي حق عيني آخر من شأنه أن ينقل بحكم القانون الملكية أو الحق العيني، إذا كان محل الالتزام شيئا معيننا بالذات يملكه الملتزم، وذلك مع مراعاة الأحكام المتعلقة بالإشهار العقاري"، فنقل الملكية يعدّ السمة الجوهرية وعنصر الاشتراك بين البيع العادي (التقليدي) والبيع على التصاميم، فكلاهما ناقل للملكية، فضلا عن ذلك أن كليهما

<sup>1</sup> - علي بن علي، عقد البيع على التصاميم في ظل القانون رقم 11-04، مرجع سابق، ص23.



يلزمان البائع بضمان العيوب الخفية والالتزام بالتسليم، فضلا عن كونهما يلزمان المشتري بدفع الثمن بوصفة مقابلا لنقل ملكية الشيء المبيع<sup>1</sup>.

وعلى وفق ما ذكر من نصوص أعلاه، هل يعني أن عنصر الاشتراك هنا مماثلة؟ بمعنى آخر هل يعدّ البيع على التصاميم صورة من صور البيع العادي التقليدي وأنه لا يتمتع بأي خصوصية مميزة تجعله ينحى منحى الاستقلالية؟

حقيقة الأمر أن التشابه بين البيع العادي (التقليدي) والبيع على التصاميم لا يعني التماثل أو التبعية، فهو يباع ليس عاديا تقليديا ولا صورة من صوره، فالبيع على التصاميم على الرغم من تشابهه مع البيع العادي في عدة خصائص إلا أنه مفترق عنه ومتميز عليه في خصائص أخرى يختلف فيها عنه كما بينا في المطلب الأول من المبحث الأول في الفصل الثاني<sup>2</sup>، هذه الخصائص تشكل بالنسبة له مجالا أساسيا لخصوصيته المستقلة.

هذه الصورة المتميزة دفعت الفقه إلى وضع المعايير لتمييز بين البيعين، فقد وضع الشراح معايير متعددة للتمييز بين البيع على التصاميم والبيع العادي التقليدي، فذهب بعضهم إلى أن معيار التفرقة يرتبط أساسا بالوقت الذي يبرم فيه العقد<sup>3</sup>.

فالقانون رقم 04-11 لا يطبق فقط على العقود التي تبرم قبل البدء في تنفيذ عمليات البناء بل أيضا على العقود التي تبرم أثناء الإنجاز، بمعنى أن العقد يعتبر يباع لعقار على التصاميم، مادام أن العقار المبيع لم يكن قد أكتمل وجوده وقت البيع<sup>4</sup>، وعليه فإذا أبرم العقد بعد الانتهاء من البناء وأكتمل وجود العقار المبيع فإن العقد يعدّ يباع عاديا تقليديا حتى وإن اتفق المتعاقدان على إعطائه صفة البيع على التصاميم، فإنه لا يعدّ كذلك لأن النصوص التشريعية المنظمة للعقد المذكور من النظام العام الذي لا يجوز الاتفاق على خلافها<sup>5</sup>.

إلا أن هذا المعيار غير كاف لوحده، لأن أعمال البناء ليست بمعيار، فهناك حالات يعتبر فيها العقد يباع عاديا رغم انعقاده قبل البناء من أعمال البناء كإجراء شخص لعقار لم يكتمل إنجازه وقد تم الاتفاق على شرائه

<sup>1</sup> دنون يونس صالح وعلي سلمان صالح مهدي، عقد بيع العقار على التصميم الهندسي وتكليفه القانوني، مرجع سابق، ص 332.  
<sup>2</sup> ص 60.

<sup>3</sup> عياشي شعبان، عقد بيع العقار بناء على التصاميم، مرجع سابق، ص 38.

<sup>4</sup> محمد المرسي زهرة، بيع المباني تحت الإنشاء، مرجع سابق، ص 50.

<sup>5</sup> عز الدين زوية، خصوصية عقد بيع العقار على التصاميم عن البيع العادي، مرجع سابق، ص 50.

بحالته كما هو وقت إبرام العقد ليستكمل المشتري بنفسه بعد ذلك أعمال البناء، فالعقد هنا لا يعتبر بيعا على التصاميم رغم انعقاده قبل اكتمال وجود العقار المباع<sup>1</sup>.

ويذهب البعض إلى القول بأن نية الطرفين تعد الأساس الذي يعتمد عليه في تحديد تكييف هذا البيع<sup>2</sup>، فإذا اتجهت فيه نية الطرفين إلى إلزام البائع باستكمال العقار والانتهاء من الأعمال طبقا للشروط المتفق عليها في العقد، نكون أمام عقد بيع على التصاميم، أما إذا أبرم العقد قبل البدء في أعمال البناء، فإن البيع في هذه الحالة، إما أن يتعلق بالأرض فقط فنكون أمام عقد بيع عادي، وإما أن يتعلق البيع بعقار تحت الإنشاء يشيد على هذه الأرض، بحيث يشمل الأرض والبناء ففي هذه الحالة يعدّ العقار المستقبلي محلا للبيع على التصاميم.

ولكن يعاب على هذا المعيار أن النية أمر كامن في النفس لا يمكن الاطلاع عليها إلا إذا كانت لها انعكاسات خارجية.

وذهب البعض الآخر إلى أن التزام البائع بإقامة البناء خلال مدة محددة في العقد هو فيصل التفرقة بين بيع العقار العادي التقليدي والبيع على التصاميم<sup>3</sup>.

والقول الأقرب هنا أن المحرر بين الطرفين هو المحدد نفسه في تكييف هذا العقد فيما إذا كان العقد بيعا على التصاميم أو بيعا عاديا، فإذا كان العقد متضمنا تلك التفاصيل المتعلقة بالبيع من مساحة وأبعاد وحدود وارتفاعات وتغليف وواجهات ومواصفات فنية للبناء، مع تضمنه التزام البائع بالبناء والتشييد، عدّ ذلك العقد بيعا على التصاميم، أما بخلاف ذلك يعدّ بيعا عاديا<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - بوستة حسام الدين، النظام القانوني لعقد البيع على التصاميم في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص 15.

<sup>2</sup> - عياشي شعبان، عقد بيع العقار بناء على التصاميم، مرجع سابق، ص 40.

<sup>3</sup> - عياشي شعبان، عقد بيع العقار بناء على التصاميم، مرجع سابق، ص 41.

<sup>4</sup> - دنون يونس صالح، علي سليمان، صالح مهدي، مفهوم عقد بيع العقار على التصميم الهندسي وتكييفه القانوني، مرجع سابق، ص 334.

## البند الثاني: البيع على التصاميم عقد مقاولة

لقد عرف المشرع الجزائري المقاول في المادة 549 من القانون المدني بأنها: "المقاول عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئاً أو أن يؤدي عملاً مقابل أجر يتعهد به المتعاقد لآخر".

وقد درسنا أوجه التشابه والاختلاف بين البيع على التصاميم والمقاول في المطلب الثاني من المبحث الثاني للفصل الثاني، حيث لاحظنا أن البيع على التصاميم يختلف عن المقاول في عدة خصائص تجعله يتميز عنها.

ولكن قد يثور إشكال عند البعض، فإن كلا العقدين البيع على التصاميم والمقاول يشتركان بقيام أحد طرفيهما بإنجاز عمل وإتمامه، فإذا اقتصر المقاول على تقديم عمله على أن يقدم رب العمل المواد التي يستخدمها المقاول في إنجاز عمله، فإن العقد يعتبر مقاولاً، أما إذا قدم المقاول المواد والعمل معاً، فإن المقاول قد تشبه بالبيع على التصاميم في هذه الحالة، فمثلاً إذا طلب شخص من مقاول بناء القيام ببناء منزل معين بمقابل نقدي يدفعه هذا الشخص، على أن المقاول هو الذي يقدم مواد البناء من عنده، ففي هذه الحالة تكون بصدد عقد مشابه للبيع على التصاميم، أما إذا قام المقاول بإنجاز البناء فقط دون تقديمه لمواد البناء فنحن بصدد عقد مقاول<sup>1</sup>.

يرى البعض أن مصادر التفرقة هو ملكية الأرض (La propriété du sol)<sup>2</sup>، ويفرق الدكتور محمد مرسي زهرة<sup>3</sup>، بين ثلاث حالات:

### - الحالة الأولى:

إذا قدم مالك الأرض المواد المستخدمة في إنجاز عملية البناء، وأقتصر دور المقاول على العمل فقط فإن العقد يعتبر مقاولاً.

### - الحالة الثانية:

إذا اقتصر رب العمل على تقديم الأرض، وقدم المقاول بالإضافة إلى عمله المواد التي يستخدمها في إنجازها نكون بصدد عقد مقاول كذلك.

<sup>1</sup> - علي بن علي، عقد البيع على التصاميم في ظل القانون رقم 11-04، مرجع سابق، ص 25.

<sup>2</sup> - عياشي شعبان، عقد بيع عقار بناء على التصاميم، مرجع سابق، ص 32.

<sup>3</sup> - محمد مرسي الزهرة، بيع المباني تحت الإنشاء، مرجع سابق، ص 46.

## - الحالة الثالثة:

هي الحالة التي يقوم فيها المقاول بإقامة البناء على أرض مملوكة له أو على الأقل صاحب الحق يمنحه سلطة البناء عليها بمواد من عنده، فإن هذا العقد يعتبر بيعا واردا على شيء مستقبلي، أسماه المشرع بيع عقار تحت الإنجاز أو البيع على التصاميم.

إلا أنه وعلى الرغم من التوافق أعلاه، تثار هنا نقطة جوهرية تثير اللبس والتساؤل في مسألة التماثل بين العقدين، والمتمثلة في "نقل الملكية" فمن المعلوم أن أحد آثار البيع على التصاميم هو نقل ملكية المبيع إلى المشتري، فنقل الملكية سمة جوهرية للبيع المذكور، بل جعلت مسماه مرتبط بها، إذ نلاحظ أن التسمية محل الدراسة قد ابتدأ مسماها بمفردة (البيع)، وبالتالي لا يمكن لنا الحديث عن مسألة الطبيعة القانونية وإغفال هذا المسمى أو ذلك الأثر. وعلى وفق ما ذكر أعلاه، هل يمكن لنا القول إن عقد المقاول قادر على استيعاب ذلك الأثر، حتى يمكننا التصريح، ولو مبدئيا بتماثل كلا العقدين؟

لا يمكن القول إن المقاول بصورتها العادية المتمثلة بالتزام المقاول بتقديم عمل، قادرة على استيعاب البيع على التصاميم، إذ لا يترتب ذلك الأثر وهو نقل الملكية للمشتري، بأي حال من الأحوال على عقدها<sup>1</sup>.  
والخلاصة أن ما يميز البيع على التصاميم عن المقاول هو عنصر الملكية فالأول يتضمن التزاما بنقل الملكية والثاني لا يتضمن هذا الالتزام<sup>2</sup>، وعلى هذا الأساس فإنه من غير الممكن اعتبار البيع على التصاميم مقاولا.

1 - ذنون يونس صالح، علي سليمان، صالح مهدي، مفهوم عقد بيع العقار على التصميم الهندسي وتكييفه القانوني، مرجع سابق، ص 338.

2 - عياشي شعبان، عقد بيع عقار بناء على التصاميم، مرجع سابق، ص 34.

## البند الثالث: الطبيعة الخاصة للبيع على التصاميم

من خلال ما سبق ذكره يتضح أن البيع على التصاميم عقد نظمه المشرع الجزائري بأحكام خاصة في إطار القانون 04-11 المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية ومن قبله المرسوم التشريعي 93-03 الملغى، والتي جعلته عقد مسمى ذو طبيعة قانونية خاصة ومستقلة سواء عن عقد البيع العادي للعقارات أو عقد المقاوله على أساس أنه ناقل للملكية عقار قابل للوجود في المستقبل<sup>1</sup>، وله ما يميزه عن الصور المعروفة في القواعد العامة، ففيه من الضمانات ما يكفل حماية كافية للمشتري دون إححاف لحقوق البائع فهو يوفر للمشتري فرصة الحصول على سكن أو مبنى يدفع ثمنه تدريجياً بدل البقاء عاجزاً عن دفع الثمن كاملاً بغية الحصول على سكن جاهز، بل أنه يحقق له في الوقت نفسه الحماية من احتمال وقوعه ضحية استغلال بعض المرقين العقاريين ذوي الضمائر الضعيفة والتي يغلب عليهم الجشع، وهمهم الوحيد هو الحصول على الربح غير مبالين بالحاجة الماسة للمشتري إلى سكن يؤمن لهم جانباً من الاستقرار المعيشي، وذلك نظراً لما يوفره هذا العقد من الضمانات التي تكفل حصول المشتري على المبنى مقابل ما يدفعونه من الثمن، ومن ناحية ثانية فإن هذا البيع يحقق مصالح البائع أيضاً الذي لا يستطيع تمويل مشروعه كاملاً من أمواله الخاصة فيلجأ عن طريق التقنية إلى عرض هذه المشاريع للبيع قبل إنجازها، ويستفيد بذلك من ثمنها لياشر تشييدها أو إتمامها، فالبيع على التصاميم ذو طبيعة مستقلة خاصة يتميز بها عن العقود المسماة التي يتشابه معها في بعض الخصائص وقد أحسن المشرع الجزائري بأن نظمه بأحكام خاصة.

<sup>1</sup> - سهام مسكر، بيع العقار بناء على التصاميم في الترقية العقارية، المرجع سابق، ص 42.

## الفرع الثاني: الطبيعة التجارية والمدنية للبيع على التصاميم في التشريع الجزائري

يتميز البيع على التصاميم بالازدواجية في الصفة وهذه الازدواجية تثير إشكالا خاصة من ناحية النظام القانوني الواجب التطبيق، وهو ما جعلنا نكيف صفة العمل بالنسبة لكل من البائع (البند الأول) والمشتري (البند الثاني) لتحديد الطبيعة القانونية لهذا العقد باعتباره عقد تجاري أو مدني.

### البند الأول: بالنسبة للبائع (المركبي العقاري)

يمكن تحديد طبيعة البيع على التصاميم من حيث تجارته بالرجوع إلى القانون رقم 04-11 الذي يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية لمعرفة القواعد القانونية الواجبة التطبيق عليه حيث تنص المادة 04 منه على أنه: "يرخص للمركبين العقاريين المعتمدين والمسجلين في السجل التجاري بالمبادرة بالمشاريع العقارية"، كما نصت المادة 19 من القانون نفسه على أنه: "يسمح لكل شخص طبيعي أو معنوي مؤهل للقيام بأعمال التجارة بممارسة نشاط الترقية العقارية موضوع المادتين 03 و18 أعلاه طبقا للتشريع المعمول به وحسب الشروط المحددة في هذا القانون".

في هذا المجال فإن الأمر يقتضي الرجوع لأحكام القانون التجاري الجزائري<sup>1</sup>، في نص المادة 02 والتي تنص على أنه: "يعدّ عملا تجاريا بحسب موضوعه...".

من المواد أعلاه يتبين أن المشرّع الجزائري اشترط أن يكون الشخص المباشر للبيع على التصاميم تاجرا، وأن يكون مقيدا في السجل التجاري، ومن المعلوم أن التسجيل في السجل التجاري قرينة تفيد أن المباشر لهذا العمل يستلزم أن يكون تاجرا، وبالتالي وعلى وفق هذه المعطيات يمكننا إقامة قرينة على أن البيع بالنسبة للمركبي العقاري (البائع) يعدّ عملا تجاريا، بيد أنه ينبغي لنا الالتفات إلى أن استدلالنا على تجارية البيع بالنسبة للبائع لا يعني أننا نضفي الصبغة التجارية على كل الأعمال التي يقوم بها التاجر، إذ أن هناك فرق بين القول بأن كل الأعمال التي يقوم بها التاجر تعد تجارية، وبين قولنا أن هذا العمل تقتصر مباشرته على التاجر دون غيره، فالثاني خلاف الأول.

ومعرفة الطبيعة التجارية تعين على معرفة وسائل الإثبات الممنوحة لأطراف العقد في حالة نزاع، وكذا معرفة الجهة القضائية المختصة بفض النزاع<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون التجاري، الجريدة الرسمية الجزائرية، عدد 101، الصادرة بتاريخ 19 ديسمبر 1975، معدل ومتمم.

<sup>2</sup> - سهام مسكر، بيع العقار بناء على التصاميم في الترقية العقارية، المرجع سابق، ص 43.

البند الثاني: بالنسبة للمشتري (المكاتب)

يعتبر البيع على التصاميم بالنسبة للمشتري (المكاتب) عملا مدنيا يطبق عليه أحكام وقواعد القانون المدني، إلا إذا كان قد قام بالشراء لأجل البيع كحرفة يمتهنا<sup>1</sup>.

فالبيع على التصاميم يعدّ ذو طبيعة مختلطة إذ يعدّ عملا تجاريا ومدنيا في الوقت نفسه، عملا تجاريا بالنسبة للبائع (المركبي العقاري) وتطبق عليه أحكام القانون التجاري، وعملا مدنيا بالنسبة للمشتري (المكاتب) وتطبق عليه أحكام القانون المدني<sup>2</sup>، وإذا حصل نزاع بين البائع والمشتري فإن لهذا الأخير الحرية في اختيار اللجوء إلى القضاء المدني أو التجاري، وله إمكانية الإثبات بكافة طرق الإثبات بما أن خصمه تاجر، حسب نص المادة 30 من القانون التجاري الجزائري التي نصت على أنه: "يثبت كل عقد تجاري بـ:

- 1- سندات رسمية.
- 2- سند عرفية.
- 3- فاتورة مقبولة.
- 4- بالرسائل.
- 5- بدفاتر الطرفين.
- 6- بالإثبات بالبينة أو بأية وسيلة أخرى إذا رأت المحكمة وجوب قبولها<sup>3</sup>.

في حين أن البائع ملزم بطرق الإثبات المدنية التي تعرف بتعقيدها وصعوبتها<sup>4</sup>.

وتجدر الإشارة إلى أن المحكمة المختصة للنظر في النزاع المطروح هي المحكمة الواقع بدائرتها العقار المبيع.

وهو ما نصت عليه المادة 40 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية<sup>5</sup>: "ترفع الدعوى في المواد العقارية أو الأشغال المتعلقة بالعقار، أو دعاوى الإيجارات بما فيها التجارية المتعلقة بالعقارات والدعاوى المتعلقة بالأشغال

1 - إيمان بوسنة، النظام القانوني للترقية العقارية، مرجع سابق، ص 75.

2 - لامية كتنو، عقد البيع على التصاميم في القانون 11-04، مرجع سابق، ص 55.

3 - الأمر رقم 75-59 المتضمن القانون التجاري، مرجع سابق.

4 - بوسنة حسام الدين، النظام القانوني لعقد البيع على التصاميم في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص 18.

5 - القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

العمومية أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها العقار أو المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان تنفيذ الأشغال".

ونستخلص في الأخير بما أن البيع على التصاميم عقد مختلط، فإنه لا يمكن إخضاع العمل المختلط للنظام الموحد باعتبار أن العمل يكتسب الصفة التجارية بالنسبة لطرف والصفة المدنية بالنسبة للطرف الآخر، وهذه الازدواجية تضطر القاضي في حالة النزاع إلى اعتماد قواعد القانون المدني تارة وقواعد القانون التجاري تارة أخرى.

أما بالنسبة لقواعد الإعدار ننظر إلى صفة العمل بالنسبة للمدين في حالة وجود نزاع في العمل المختلط، فإذا كان الدين بالنسبة للمدين تجاري نطبق قواعد الإعدار بكافة الوسائل، أما إذا كان الدين للمدين مدني فهنا يجب إعداره بطريقة رسمية عن طريق محضر قضائي.

وبالنسبة لقواعد الاختصاص، فمشكلة الاختصاص النوعي لا تثار في الجزائر لعدم وجود قضاء تجاري مستقل عن القضاء المدني، ففي حالة نزاع متعلق بعمل مختلط نحكم وفقا للقضاء المدني، ولا يمكن للقاضي أن يحكم بعدم الاختصاص.



## خلاصة الفصل الثاني:

بعدها تناولنا في هذا الفصل الإطار القانوني للبيع على التصاميم في التشريع الجزائري حيث قسّمناه إلى ثلاثة مباحث، تناولنا في المبحث الأول تمييز البيع على التصاميم في التشريع الجزائري عن البيع العادي والمقاول، ثم تطرقنا في المبحث الثاني تمييز البيع على التصاميم عن بعض المعاملات القانونية المشابهة له لنصل في الأخير إلى المبحث الثالث لنتناول خصائص البيع على التصاميم في التشريع الجزائري وطبيعته القانونية نستخلص ما يلي:

- إن البيع على التصاميم في التشريع الجزائري وإن كان يتشابه مع البيع العادي (بيع لعقار موجود وقت التعاقد) في أن كلاً منها عقد مسمى، وأنه عقد ملزم لجانبيين وأنه عقد رسمي، فإنهما يختلفان في أوجه، أهمها أن البيع على التصاميم ناقل للملكية محل قابل للوجود (أي غير موجود وقت التعاقد)، وأن القواعد المنظمة لعقد البيع على التصاميم قواعد أمرّة بخلاف البيع العادي، وأن البيع على التصاميم كذلك يتميز بضمانات خاصة تختلف عن تلك المعروفة في القواعد العامة، وأن نقل الملكية فيه لا يكون دفعة واحدة بل يتم عبر مرحلتين بخلاف نقل الملكية في البيع العادي.
- البيع على التصاميم في التشريع الجزائري وإن كان يتشابه مع المقاول في أن كلاً منها من عقود المعاوضة، وأنها من العقود الملزمة للجانبين، وأن في كليهما يلتزم البائع بصنع شيء، وكلاهما يستلزم مدة زمنية، وأنها من العقود المحددة، إلا أنها يختلفان في أن البيع على التصاميم عقد شكلي والمقاول عقد رضائي، والبيع على التصاميم يقبل دعوى الغبن بخلاف المقاول، وأنه ناقل للملكية بخلاف المقاول والتي هي التزام بإنجاز عمل فقط، وهذا هو الفرق الجوهرى بين العقدين.
- رغم أن عقد حفظ الحق تقنية من تقنيات الترقية العقارية ونمط من أنماط البيع قبل الإنجاز يتشابه مع البيع على التصاميم في التشريع الجزائري، فإن كلا منهما عقد مسمى، ملزم لجانبيين، يرد على عقار مقرر ببناءه أو في طور الإنجاز وكلاهما عقد شكلي، وعقد خاضع للتسجيل، إلا أنها يختلفان في أن عقد حفظ الحق غير مشهر وعقد البيع على التصاميم مشهر، عقد حفظ الحق ليس يباع بل هو حجز للعقار المراد شراؤه، بخلاف البيع على التصاميم الذي هو بيع متميز بأحكامه الخاصة، وعقد حفظ الحق غير ناقل للملكية عكس البيع على التصاميم.
- الوعد بالبيع العقاري وإن كان يتميز بأنه عقد زمني، يرد على عقار، ويتطلب الشكلية لتمامه، وهو في هذه الخصائص يتشابه مع البيع على التصاميم في التشريع الجزائري، إلا أنه يفارقه في أن البيع على التصاميم ملزم لجانبيين عكس الوعد بالبيع العقاري، والبيع على التصاميم التزاماته عينية لا شخصية عكس الوعد بالبيع العقاري، والبيع على التصاميم ناقل للملكية عكس الوعد بالبيع العقاري، والبيع على التصاميم بيع نهائي لا ابتدائي وأنه يكون في طور الإنجاز أو لم ينجز، أما الوعد بالبيع العقاري فهو مجرد وعد وقد يرد على عقار لم يملكه بعد.

- البيع بالإيجار صيغة جديدة استحدثها المشرع الجزائري للقضاء على أزمة السكن نظمها بموجب أحكام المرسوم التنفيذي رقم 97-35 والمرسوم التنفيذي رقم 01-105، ويتشابه مع البيع على التصاميم في التشريع الجزائري فإن كليهما عقد مسمى وعقد شكلي وعقد ملزم لجانبين وعقد زمني، إلا أنها يختلفان في أن التزامات مالك العقار في البيع بالإيجار ليست كالتزامات البائع في البيع على التصاميم، وأن سبب أقساط الثمن في البيع بالإيجار ناتجة عن الإيجار لا عن البيع، بخلاف البيع على التصاميم فأقساط الثمن نتيجة البيع، ونقل الملكية في البيع على التصاميم يتم بمجرد تسجيل وشهر العقد بينما في البيع بالإيجار لا تكون إلا بعد الوفاء بجميع الإقساط، ونقل الملكية في البيع على التصاميم يسبق التسليم بخلاف البيع بالإيجار الذي يسبق فيه التسليم نقل الملكية، وطبيعة عقد البيع على التصاميم تقع على البيع فقط والبيع بالإيجار ذو طبيعة مزدوجة تجمع بيع الإيجار والبيع.
- البيع بالتقسيط يتشابه مع البيع على التصاميم في التشريع الجزائري في أن دفع الثمن في كليهما يتم على شكل أقساط، ويختلفان في مسألة نقل الملكية، ففي البيع بالتقسيط لا يتم انتقال الملكية إلا بعد سداد جميع الأقساط، وفي البيع على التصاميم تنتقل الملكية بعد إبرام العقد وتوقيعه والحيازة تكون بعد انتهاء الأشغال، ويختلفان كذلك في الجزاء المترتب على فسخ العقد، ففي البيع على التصاميم تردّ أقساط الثمن من البائع في طلب التعويض، أما في البيع بالإيجار لا تردّ الأقساط.
- بيع الأشياء المستقبلية يختلف عن البيع على التصاميم في التشريع الجزائري في نقل الملكية، إذ هو مجرد التزام بنقل ملكية، وفي محل البيع إذ محله كله مستقبلي، بينما في البيع على التصاميم الشيء المستقبلي هو البناء دون الأرض التي سيشيد عليها البناء، والبيع على التصاميم يتميز بضمانات لا توجد في بيع الأشياء المستقبلية.
- البيع على التصاميم بناء على ما سبق يتميز بعدة خصائص عامة وخاصة واقتصادية.
- الخصائص العامة تتمثل في أنه عقد مسمى بسيط شكلي ومعاوضة، ملزم لجانبين ومحدد، وعقد إذعان وزمني.
- والخصائص الخاصة تتمثل في أن البائع فيه يحمل صفة المرقى العقاري، محله عقار غير منجز، دفع الثمن فيه تسهيل، والمشتري محمي بموجب ضمانات خاصة.
- أما خصائصه الاقتصادية فتتمثل في أنه ذو سمة تمويلية للبيع، وأنه أداة لتحقيق الأهداف الجوهرية للتنمية.
- الطبيعة القانونية للبيع على التصاميم من أكثر المسائل إثارة للجدل بين فقهاء القانون نظرا لتقاربها من البيع العادي وعقد المقاولة.
- فمن حيث نوعيته فهو لا يبيعا عاديا ولا مقاولة بل هو ذو طبيعة مستقلة خاصة، يتميز بها عن العقود المسماة التي تتشابه أو تقاربه في بعض الخصائص معه، وقد أحسن المشرع الجزائري بأن نظمه بأحكام خاصة.

- البيع على التصاميم في التشريع الجزائري، ذو طبيعة تجارية ومدنية، فالبيع على التصاميم بالنسبة للمرقي العقاري (البائع) يعدّ عملا تجاريا تطبق عليه أحكام القانون التجاري، وبالنسبة للمكاتب (المشتري) يعدّ عملا مدنيا تطبق عليه أحكام القانون المدني، فإذا حصل نزاع فللمشتري الحرية في اختيار اللجوء إلى القضاء المدني أو التجاري، وله إمكانية الإثبات بكفاية طرق الإثبات بما أن خصمه تاجر.

# الفصل الثالث:

## موقف الشريعة الإسلامية من

## البيع على التصاميم

المبحث الأول: موقف الشريعة الإسلامية من انعدام المحل في البيع

المبحث الثاني: السلم والاستصناع والعلاقة ببيع المعدوم

المبحث الثالث: تأصيل الشريعة الإسلامية للبيع على التصاميم

## تمهيد:

بعد أن تعرفنا على البيع على التصاميم في التشريع الجزائري وتكييفه القانوني، حيث حصل لنا عنه تصور عام، يتسنى لنا عبره إعطاؤه التأصيل المناسب في الشريعة الإسلامية، فمن ناحية تكييفه القانوني وصلنا إلى أنه عقد مسمى ذو طبيعة خاصة ومستقلة عن البيع العادي للعقارات أو عقد المقاوله، فهو إذن من قضايا المعاملات الحديثة المستجدة التي تحتاج إلى أهل فقه وبصيرة لإعطائها الحكم الشرعي المتفق مع روح الشريعة وقواعدها، وهذا البيع وإن كان حديث النشأة ولم يتناوله فقهاء الشريعة بالمناقشة والتحليل، إلا أننا نستطيع معرفة موقفهم منه من خلال معالجتهم لأنواع البيوع الموجودة في عصورهم؛ والبيع على التصاميم بما أنه عبارة عن عقد يبرم بين البائع والمشتري، موضوعه يتمثل في إنجاز وحدة سكنية تكون منعدمة وقت التعاقد أو قيد الإنجاز، يلتزم فيها البائع (المركبي العقاري) بإنجاز هذه الوحدة السكنية طبقا لمواصفات معينة وأجل محدد ونقل ملكيتها إلى المشتري (المكتب) بعد اكتمالها، في حين يلتزم المشتري بدفع أقساط متتالية من المبلغ الإجمالي للبناء موازاة مع تقدم الأشغال والملكية تنتقل بشكل رسمي بعد سداد آخر قسط من الثمن المتفق عليه، فهذا العقد محله معدوم زمن التعاقد يمكن معرفة حكمه من خلال معالجة فقهاء الشريعة لبيع المعدوم، الذي لم يجزه معظم فقهاء الشريعة الإسلامية إلا في أحوال استثنائية محددة في عقدي السلم والاستصناع، وهذا يثير التساؤل عن مدى مشروعية البيع على التصاميم، وهل يقع في نطاق المنع أم في نطاق الاستثناءات المشروعية أم أنه ذو طبيعة خاصة مستقلة؟

ولمعالجة هذا كله لا بد أولاً أن نتعرف على موقف الشريعة الإسلامية من انعدام المحل في البيع (بيع المعدوم) وعلاقته بالبيع على التصاميم في التشريع الجزائري (المبحث الأول)، ثم نتعرف عن الاستثناءات من بيع المعدوم (عقد السلم والاستصناع) (المبحث الثاني)، وأخيراً نتحدث عن التأصيل الشرعي للبيع على التصاميم وحكمه الفقهي وهل هو من قبيل بيع المعدوم أو من قبيل الاستثناءات من بيع المعدوم أم أنه عقد خاص مستقل (المبحث الثالث).

## المبحث الأول: موقف الشريعة الإسلامية من انعدام المحل (المعقود عليه) في البيع

لما كان البيع على التصاميم قائماً على أساس التعامل بشيء غير موجود وقت التعاقد، إذ أن البناية محل الإنجاز غير موجودة بصفقتها المطلوبة، كان من الواجب إتماماً للبحث وإكمالاً له أن أورد نبذة عن موقف الشريعة الإسلامية من انعدام المحل في البيع، ولا يتم ذلك إلا بعد أن نتعرف عن عقد البيع العادي وأركانه وشروطه في الشريعة الإسلامية (المطلب الأول)، ثم نتناول بالبحث بيع المعدوم وآراء الفقهاء في حكمه وحكمة التشريع في ذلك (المطلب الثاني).

### المطلب الأول: مفهوم البيع وأركانه وشروطه في الشريعة الإسلامية

نتناول في هذا المطلب مفهوم البيع وأركانه وشروطه وذلك في ثلاثة فروع، ففي الفرع الأول نتناول تعريف البيع وأدلة مشروعيته (الفرع الأول)، وفي الثاني نتناول أركانه (الفرع الثاني)، وفي الثالث نتناول شروط البيع في الشريعة الإسلامية (الفرع الثالث).

### الفرع الأول: مفهوم البيع وخصائصه وأدلة مشروعية

قبل الحديث عن الأركان والشروط المتعلقة بالبيع في الشريعة الإسلامية لابد من مقدمة نتناول فيها مفهوم البيع في الشريعة الإسلامية وخصائصه (البند الأول)، ثم نتطرق إلى أدلة مشروعيته (البند الثاني).

#### البند الأول: مفهوم البيع في الشريعة الإسلامية وخصائصه

##### أولاً: تعريف البيع لغة

البيع لغة مبادلة أو مقابلة مال بمال ليكون أحدهما عوضاً من الآخر والجمع بيوع<sup>1</sup>.

ويطلق على كل واحد من المتعاقدين أنه (بائع) ولكن إذا أطلق (البائع) فالمبتدأ إلى الذهن بادل السلعة<sup>2</sup>.

ويطلق (البيع) على المبيع فيقولون (بيع رابح وبيع خاسر) وذلك حقيقة في وصف الأعيان، لكنه أطلق على العقد مجازاً لأنه سبب التمليك والتملك<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - المعجم الوسيط، مادة (باع)، ج1، ص99. أحمد بن محمد بن محمد بن علي الفيومي المقرئ، المصباح المنير، المكتبة العصرية، صيدا، لبنان، مادة (باع)، ص40.

<sup>2</sup> - الفيومي، المصباح المنير، مرجع سابق، ص40.

<sup>3</sup> - أبي البقاء أيوب بن موسى الحسيني القرعبي الكفوي، الكليات معجم في المصطلحات والفروق اللغوية، مؤسسة، الطبعة الثانية، بيروت، لبنان، سنة 1472هـ-2011م، ص199. الفيومي، المصباح المنير، مرجع سابق، ص40.

والبيع من الأضداد (كالشراء) قد يطلق ويراد به الآخر<sup>1</sup>، قال تعالى: ﴿وَشَرُّهُ بِشَمَنِ بَخَسٍ دَرَاهِمَ مَعْدُودَةٍ وَكَأْتُوا فِيهِ مِنَ الزَّاهِدِينَ﴾<sup>2</sup>، أي باعه إخوته بشمن قليل<sup>3</sup>.

ثانيا: تعريف البيع اصطلاحا

#### أ- تعريف البيع في الاصطلاح الشرعي والقانوني

للبيع تعريفات ذهب إليها فقهاء المذاهب الإسلامية نستعرضها ثم نختار التعريف المناسب.

عرف فقهاء الحنفية البيع بأنه "مبادلة مال بمال"<sup>4</sup>.

وعرفه فقهاء المالكية بأن: "عقد معاوضة على غير منافع ولا متعة لذة"<sup>5</sup>.

وأما فقهاء الشافعية فالبيع عندهم: "عقد معاوضة مالية تفيد ملك عين أو منفعة على التأييد"<sup>6</sup>، فخرج بالمعاوضة نحو الهدية، وبالمالية نحو النكاح، وبإفادة ملك العين نحو الإجارة وبالتأييد الإجارة أيضا<sup>7</sup>.

والبيع عند فقهاء الحنابلة فهو "مبادلة المال بالمال تمليكاً وتملكاً"<sup>8</sup>.

والتعريف المختار هو الذي يجمع بين كل هذه التعريفات وهو "مبادلة مال بمال بطريق الاكتساب" ليخرج

به تبادل الهبات لأنها على سبيل التبرع لا بقصد الاكتساب.

<sup>1</sup> زين الدين محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، مؤسسة الرسالة، بدون طبعة، بيروت، لبنان، سنة 1414هـ-1994م، ص 71. محمد بن مكرم ابن منظور الإفريقي المصري، لسان العرب، الطبعة الأولى، بيروت، دار صادر، مادة (بيع) ج 8، ص 23.

<sup>2</sup> سورة يوسف، الآية 20.

<sup>3</sup> أبو الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير الدمشقي، تفسير القرآن العظيم (تفسير ابن كثير)، دار الجليل، بيروت، بدون طبعة، ج 2، ص 454.

<sup>4</sup> سراج الدين عمر بن إبراهيم بن نجيم الحنفي، النهر الفائق شرح كنز الدقائق، تحقيق أحمد عزو عناية، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، سنة 1422هـ-2002م، ج 3، ص 334. محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي، المبسوط، بدون طبعة، دار المعرفة، بيروت، لبنان، سنة 1414هـ-1993م، ج 13، ص 36. زين الدين بن إبراهيم بن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، الطبعة الثانية، دار الكتاب الإسلامي، بيروت، بدون تاريخ، ج 5، ص 255.

<sup>5</sup> أبي عبد الله محمد الرصاع الأنصاري التونسي، شرح حدود ابن عرفة، بدون طبعة، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، المغرب، سنة 1412هـ-1992م، ص 321. - محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دون طبعة، دار الفكر، بيروت، لبنان، دون تاريخ، ج 3، ص 2. - شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد الخطاب، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، الطبعة الثالثة، دار الفكر، بيروت، لبنان، سنة 1412هـ-1992م، ج 4، ص 225.

<sup>6</sup> شمس الدين الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، دون طبعة، دار الفكر، بيروت، لبنان، سنة 1404هـ-1984م، ج 3، ص 372. - الشرواني، على تحفة المحتاج بشرح المنهاج، دون طبعة، دار الفكر، بيروت، لبنان، دون تاريخ، ج 4، ص 215.

<sup>7</sup> شهاب الدين أحمد بن أحمد القليوبي، حاشية قليوبي على شرح جلال الدين المحلي على منهاج الطالبين، الطبعة الأولى، دار الفكر، بيروت، لبنان، سنة 1404هـ-1984م، ج 2، ص 191.

<sup>8</sup> مصطفى أحمد الزرقا، عقد البيع، الطبعة الثانية، دار القلم، بيروت، سنة 1433هـ-2012م، ص 21.

أو "البيع عقد معاوضة مالية تفيد ملك عين أو منفعة على التأكيد لا على وجه القرية"<sup>1</sup>.

هذا التعريف فيما يخص الشريعة الإسلامية أما تعريف البيع في التشريع الجزائري فقد عرفته المادة 351 من القانون المدني الجزائري التي نصت على أن "البيع عقد يلزم بمقتضاه، البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقا ماليا في مقابل ثمن نقدي"<sup>2</sup>.

### ب- المقارنة بين تعريف الاصطلاحين

الملاحظ أن البيع في الشريعة الإسلامية يتفق مع البيع في التشريع الجزائري فإن كليهما:<sup>3</sup>

- عقد ملزم للجانبين.
  - عقد معاوضة.
  - عقد رضائي.
  - عقد ناقل للملكية.
- ويختلفان فأن:

- البيع في الشريعة الإسلامية ينقل الملكية بذاته ولا يقتصر على إنشاء التزام بنقل الملكية أو التزام بتسليم المبيع، أما البيع في التشريع الجزائري فهو يرتب مجرد التزام<sup>4</sup>.
- البيع في الشريعة الإسلامية لا ينطبق على بيع المثليات ولا على بيع الأشياء المستقبلية في الأحوال التي يجوز فيها هذا البيع في القانون الجزائري، لأن الملكية في بيع المثليات لا تنتقل إلا بفرزها، ولأن الأشياء المستقبلية لا تنتقل ملكيتها إلا بعد وجودها، لذا ففي هاتين الحالتين لا يترتب على البيع سوى إنشاء التزام بنقل الملكية<sup>5</sup>.
- تعريف البيع في الشريعة الإسلامية يصح أن يكون الثمن غير النقود، فيتسع ليشمل البيع المطلق والمقايضة والصرف والسلم، أما في تعريف القانون الجزائري فينص صراحة على أن الثمن لا بد أن يكون من النقود فيخرج الصرف والمقايضة<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> - على أحمد السالوس، فقه البيع والاستيثاق، الطبعة السابعة، مؤسسة الريان، بيروت، لبنان، سنة 1429هـ-2008م، ص 16.

<sup>2</sup> - الأمر رقم 75/58، المتضمن القانون المدني، مرجع سابق.

<sup>3</sup> - السالوس، فقه البيع والاستيثاق، مرجع سابق، ص 17.

<sup>4</sup> - محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني "عقد البيع"، مرجع سابق، ص 21.

<sup>5</sup> - السعدي، الواضح، مرجع سابق، ص 22.

<sup>6</sup> - السالوس، فقه البيع والاستيثاق، ص 18.



البند الثاني: أدلة مشروعيته

أولاً: من القرآن الكريم

- 1- قال تعالى: ﴿الَّذِينَ يَأْكُلُونَ الرِّبَا لَا يَقُومُونَ إِلَّا كَمَا يَقُومُ الَّذِي يَتَخَبَّطُهُ الشَّيْطَانُ مِنَ الْمَسِّ ذَلِكَ بِأَنَّهُمْ قَالُوا إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾<sup>1</sup>.  
والمعنى على هذا: وأحل الله كل بيع إلا ما قام الدليل على فسادته<sup>2</sup>.
- 2- قال تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً حَاضِرَةً تُدِيرُونَهَا بَيْنَكُمْ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَلَّا تَكْتُبُوهَا وَأَشْهَدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ﴾<sup>3</sup>.  
وهذا أمر بالإشهاد على التبايع مطلقاً، ناجزاً كان أو إلى أجل، لأنه أحوط وأبعد من وقوع الاختلاف، والأمر للندب<sup>4</sup>.
- 3- قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالِكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ أَنْ اللَّهُ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا﴾<sup>5</sup>.  
والبيع من التجارة، حيث لا يتم إلا بالتوفيق بين إرادتين.
- 4- قوله تعالى: ﴿لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَبْتَغُوا فَضْلًا مِّن رَّبِّكُمْ فَإِذَا أَفْضْتُمْ مِّنْ عَرَافَاتٍ فَاذْكُرُوا اللَّهَ عِنْدَ الْمَشْعَرِ الْحَرَامِ وَاذْكُرُوهُ كَمَا هَدَاكُمْ وَإِنْ كُنْتُمْ مِّنْ قَبْلِهِ لَمِنَ الضَّالِّينَ﴾<sup>6</sup>.

أي التجارة في أيام الحج أباحها الله تعالى<sup>7</sup>، فلا حرج عليكم في الشراء والبيع قبل الإحرام<sup>8</sup>، وقد ورد في سبب نزولها، ما رواه البخاري عن ابن عباس رضي الله عنهما، قال: كانت عكاظ ومجنة وذو المجاز أسواقاً في الجاهلية فتأثموا أن يتجروا في المواسم فنزلت: ﴿لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَبْتَغُوا فَضْلًا مِّن رَّبِّكُمْ﴾ في مواسم الحج<sup>9</sup>.

1- سورة البقرة، الآية 275.

2- أحمد بن غنيم بن سالم النفراوي، الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، الطبعة الأولى، المكتبة العصرية، صيدا، بيروت، سنة 1425هـ-2005م، ج2، ص 112.

3- سورة البقرة، الآية 275.

4- سعيد حوى، الأساس في التفسير، الطبعة السادسة، دار السلام، القاهرة سنة 1424هـ-2004م، ج1، ص 662.

5- سورة النساء، الآية 29.

6- سورة البقرة، الآية 198.

7- محمد بن أحمد بن جزىء الغرناطي، التسهيل لعلوم التنزيل، تحقيق عبد الله الخالدي، دون طبعة، دار الأرقم، بيروت، دون تاريخ، ج1، ص 115.

8- ابن كثير، تفسير ابن كثير، مرجع سابق، ج1، ص 241.

9- البخاري، أبو عبد الله محمد بن إسماعيل الجعفي، الجامع الصحيح المسند (صحيح البخاري)، باب التجارة أيام المواسم والبيع في أسواق الجاهلية، الطبعة الأولى، دار طوق النجاة، سنة 1422هـ، ج2، ص 181.

## ثانيا: من السنة

- 1- ما رواه حكيم بن جزام (رضي الله عنه) أن النبي (صلى الله عليه وسلم) قال: "البيعان بالخيار ما لم يتفرقا"<sup>1</sup>.
- ووجه الدلالة: أن في الحديث جواز الخيار في عقد البيع، وهذا لا يكون إلا إذا كان عقد البيع في أصله مشروعاً.
- 2- ما رواه الزبير بن العوام (رضي الله عنه) عن النبي (صلى الله عليه وسلم) قال: "لأن يأخذ أحدكم حبله، فيأتي بجمرة الحطب على ظهره فيبيعهها، فيكفّ الله بها وجهه خير له من أن يسأل الناس أعطوه أو منعوه"<sup>2</sup>.
- ووجه الدلالة: أن الحديث حث على العمل والبيع وعدم التكاثر والتسول.
- 3- ما رواه قيس بن أبي غرزة (رضي الله عنه) قال: "كنا في عهد النبي (صلى الله عليه وسلم) نسمي السماسرة، فمر بنا النبي (صلى الله عليه وسلم)، فاسمانا باسم هو أحسن منه، فقال: يا معشر التجار، إن البيع يحضره اللغو والحلف، فشوبوه بالصدقة"<sup>3</sup>.
- ووجه الدلالة: أن النبي (صلى الله عليه وسلم) لم ينههم عن البيع، بل أقرهم عليه، فكان تقريراً ودليلاً على مشروعيته.
- وهناك أحاديث كثيرة تدل على إباحة البيع، ولكن نكتفي بما أوردناه لأنه كاف في الدلالة على المقصود.

<sup>1</sup> - متفق عليه، أخرجه البخاري، كتاب البيوع باب من أنظر معسراً، مرجع سابق، ج3، ص 64. ومسلم أبو الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، صحيح مسلم، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، باب الصدق في البيع والبيان، دار إحياء التراث العربي، بيروت، دون طبعة، دون تاريخ، ج3، ص 1164.

<sup>2</sup> - البخاري، صحيح البخاري، باب الاستغفار عن المسألة، مرجع سابق، ج2، ص 123.

<sup>3</sup> - حديث صحيح، أخرجه أبو داود، سليمان ابن الأشعث، سنن أبو داود، تحقيق شعيب الأرنؤوط، الطبعة الأولى، دار الرسالة العالمية، بيروت، سنة 1430هـ - 2009م، ج5، ص 215. - الترمذي، محمد بن عيسى، سنن الترمذي، تحقيق بشار عواد معروف، دون طبعة، دار الغرب الإسلامي، بيروت، سنة 1998، ج2، ص 505. - النسائي، أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب، المجتبى من السنن (السنن الصغرى)، تحقيق عبد الفتاح أبو غدة، مكتب المطبوعات الإسلامية، حلب، الطبعة الثانية، سنة 1406هـ - 1986م، ج7، ص 14. - ابن ماجه، أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، تحقيق، شعيب الأرنؤوط، الطبعة الأولى، دار الرسالة العلمية، بيروت، سنة 1430هـ - 2009م، ج3، ص 276.

**ثالثاً: الإجماع:** فقد قال ابن قدامة<sup>1</sup>: "أجمع المسلمون على جواز البيع في الجملة، والحكمة تقتضيه، لأن حاجة الإنسان تتعلق بما في يد صاحبه، وصاحبه لا يبذله بغير عوض، ففي شرع البيع وتجويزه شرع طريق إلى وصول كل واحد إلى غرضه ودفع حاجته"<sup>2</sup>.

إلى غير ذلك من الأدلة على مشروعية البيع نكتفي بأقواها الكتاب والسنة والإجماع.

### الفرع الثاني: أركان البيع في الشريعة الإسلامية

اختلف الفقهاء في تحديد أركان عقد البيع وذلك تبعاً لاختلافهم في تعريف الركن.

فالركن عند الجمهور هو: "ما يتوقف عليه وجود الشيء وتصوره في العقل، سواء أكان جزءاً منه أم كان مختصاً به وليس جزءاً منه"<sup>3</sup>

أما عند الحنفية فالركن عندهم: "ما يتوقف عليه وجود الشيء وكان جزءاً منه"<sup>4</sup>.

وتعريف الجمهور للركن هو الراجح، لأنه من التعريفات الجامعة لأركان المعرف.

وبناء على ما تقرر آنفاً اختلف الفقهاء في تحديد أركان البيع على رأيين.

**الرأي الأول:** ذهب الحنفية إلى أن لعقد البيع ركناً واحداً هو الصيغة (الإيجاب والقبول) فقط<sup>5</sup>، وأما العاقدان والمحل فهما ما يستلزمه وجود الصيغة وليس من الأركان.

**الرأي الثاني:** ذهب الجمهور إلى أن لعقد البيع ثلاثة أركان، وهي: الصيغة والعاقدان والمحل<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> - هو: "ابن قدامة (541-620هـ، 1146م-1223م)، عبد الله بن محمد بن قدامة الجماعلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، أبو محمد، موفق الدين، فقيه، من أكابر الحنابلة، ولد في جماعيل (من قرى نابلس فلسطين) وتعلم في دمشق، ورحل إلى بغداد سنة 561هـ، فأقام نحو أربع سنين، وعاد إلى دمشق وفيها وفاته". أنظر: الزركلي، الأعلام، مرجع سابق، ج 4، ص 67. - صالح بن عبد العزيز بن علي آل عثيمين، تسهيل السابلة لمريد معرفة الحنابلة، الطبعة الأولى، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، سنة 1422هـ-2001م، ج 2، ص 764.

<sup>2</sup> - أبو محمد موفق الدين ابن قدامة، المغني، دون طبعة، مكتبة القاهرة، سنة 1388هـ-1968م، ج 3، ص 480.

<sup>3</sup> - أبو الحسن علي بن أحمد بن مكرم، حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني، المحقق: يوسف الشيخ محمد البقاعي، بدون طبعة، دار الفكر، بيروت، سنة 1414هـ-1994م، ج 2، ص 202. - الكفوي أبي البقاء، الكليات مرجع سابق، ص 403.

<sup>4</sup> - علاء الدين أبو بكر بن مسعود لكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الطبعة الثانية، دار الكتب العلمية، بيروت، سنة 1406هـ-1986م، ج 5، ص 133. - محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار، الطبعة الثانية، دار الفكر، بيروت، 1412هـ-1992م، ج 1، ص 336.

<sup>5</sup> - السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، ج 24، ص 93. الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج 5، ص 133. - مجلة الأحكام العدلية لجنة من علماء الخلافة العثمانية، تحقيق: نجيب هواوي، الناشر، نور محمد، كارخانة تجارث كتب، آرام باغ، كراتشي، دون تاريخ، ج 1، ص 34.

<sup>6</sup> - شهاب الدين أبو العباس أحمد بن أحمد زروق، شرح زروق على متن الرسالة لأبي زيد القيرواني، الطبعة الأولى، تحقيق أحمد فريد المزيدي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، سنة 1427هـ-2006م، ج 2، ص 718. - شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد الخطاب، مواهب الجليل في شرح مختصر

ويتضح مما سبق أن الفقهاء متفقون على أن الصيغة التي هي الإيجاب والقبول ركن من أركان البيع، لأنها داخلية في حقيقته وماهيته، وإنما وقع الخلاف في العاقدين والمحل المعقود عليه، فالحنفية جعلوهم من الشروط، والجمهور جعلوهم أركاناً، والخلاف في ذلك لفظي مبني على اختلاف مفهوم الركن لدى كل من الفريقين<sup>1</sup>.

ومن العلماء من جمع بين أقوال الفقهاء في تحديد الأركان كالشيخ مصطفى الزرقا<sup>2</sup>، إذ قام بتسمية مجموع الصيغة والعاقدين والمحل (قوام البيع)، للاتفاق على عدم قيام العقد إلا بها<sup>3</sup>.

والذي نختاره بناء على ترجيحنا لتعريف الركن - رأي الجمهور - هو أن لعقد البيع ثلاثة أركان وهي: الصيغة والعاقدان والمحل.

### الفرع الثالث: شروط البيع في الشريعة الإسلامية

لكل من الأركان السابقة شروط يجب توفرها فيه، وهذا ما يتناوله هذا الفرع حيث يتناول شروط الصيغة (أولاً)، وشروط العاقدين (ثانياً)، وشروط المعقود عليه (المحل) (ثالثاً).

#### أولاً: شروط الصيغة

يقصد بالصيغة: الإيجاب والقبول، ويصلح لهما كل ما يدل على الرضا<sup>4</sup>، وقد اختلف الفقهاء في تعريفهم لكل من الإيجاب والقبول.

خليل، الطبعة الثالثة، دار الفكر، بيروت، سنة 1412هـ-1992م، ج 4، ص 228. - بدر الدين أبو الفضل محمد بن أبي بكر ابن قاضي شعبة، بداية المحتاج في شرح المنهاج"، تحقيق: أنور بن أبي بكر الشخبي الداغستاني، الطبعة الأولى، دار المنهاج، جدة، السعودية، سنة 1432هـ-2011م، ج 2، ص 9. - منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن ابن إدريس البهوتي الحنبلي، كشاف القناع عن متن الإقناع، دون طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ج 3، ص 146.

<sup>1</sup> - عدي جلال محمود جراب، بيع المعلوم وتطبيقاته المعاصرة في ضوء الفقه الإسلامي، (رسالة ماجستير غير منشورة)، تخصص الفقه والتشريع، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، سنة 2012م، ص 19.

<sup>2</sup> - هو: "مصطفى أحمد الزرقا، عالم سوري من أبرز علماء الفقه في العصر الحديث، ولد بمدينة حلب بسوريا سنة 1322هـ، الموافق لـ 1904م، درس في مسقط رأسه، ثم دمشق تحصل على البكالوريا الأولى في شعبة العلوم والآداب، والبكالوريا الثانية في شعبة الرياضيات والفلسفة، التحق بالجامعة السورية، تخرج من كليتي الحقوق والآداب معا وفي سنة 1947، نال شهادة الدبلوم في الشريعة الإسلامية من كلية الحقوق بجامعة فؤاد الأول (جامعة القاهرة حالياً)، تقلد عدة مناصب ودرس في عدد كبير من الكليات الشرعية في سوريا، الأردن، الخليج، يعتبر حجة في الاجتهاد المعاصر، له عدة مؤلفات، توفي يوم السبت 19 ربيع الأول 1420هـ، الموافق لـ 3 يوليو 1999م".

<sup>3</sup> - مصطفى أحمد الزرقا، عقد البيع، الطبعة الثانية، دار القلم، دمشق، ص 22.

<sup>4</sup> - السالوس، فقه البيع والإستيثاق، مرجع سابق، ص 23.

فالجمهور عندهم: الإيجاب ما يصدر من البائع دالا على الرضا، والقبول ما يصدر من المشتري كذلك، وعندهم أن تقدّم لفظ المشتري على لفظ البائع جائز لحصول المقصود<sup>1</sup>.

وعند الحنفية: الإيجاب يطلق على ما يصدر أولاً من كلام أحد العاقدين، سواء أكان هو البائع أم المشتري، والقبول ما يصدر بعده<sup>2</sup>.

والصيغة في البيع قد تكون قولية بالألفاظ، أو فعلية وهي بيع المعاوضة<sup>3</sup>، ويقصد بها وضع الثمن وأخذ المثل من تراض من الطرفين من غير لفظ، ويشترط أن يكون الثمن معلوماً.

وبيع المعاوضة جائز في الأشياء النفيسة والتافهة عند جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والحنابلة<sup>4</sup>.

وخالف بعض الحنفية، فقالوا بأنه ينعقد في الخسيس فقط، وأرادوا بالخسيس الأشياء المحتقرة التي هي أقل من نصاب القطع في السرقة<sup>5</sup>.

والمشهور عند الشافعية عدم صحة بيع المعاوضة، لأن العقد لا يتحقق إلا بالرضا، والرضا أمر خفي يعتبر فيه ما يدل عليه وهو اللفظ لا غير<sup>6</sup>.

والراجح قول الجمهور وهو جواز بيع المعاوضة في التافه والنفيس، لأن العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني<sup>7</sup>.

ويشترط في الصيغة إذا كانت قولية ما يلي:

1- أبو محمد جلال الدين عبد الله بن نجم بن شاش، عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، تحقيق: الدكتور حميد بن محمد لحر، الطبعة الأولى، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، سنة 1423هـ-2003م، ج 2، ص 614. - زين الدين المنجي بن عثمان التنوخي، المتع في شرح المقنع، تحقيق: عبد الملك بن عبد الله بن دهب، الطبعة الثالثة، مكتبة الأسد، مكة المكرمة، سنة 1424هـ، 2003م، ج 2، ص 373. - أبو زكرياء محي الدين يحيى بن شرف النووي، المجموع شرح المهذب، دون طبعة، دار الفكر، دون تاريخ، ج 9، ص 162.

2- ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار، مرجع سابق، ج 4، ص 506. مجلة الأحكام العدلية، مرجع سابق، ج 1، ص 29.

3- محمد توفيق رمضان البوطي، البيوع الشائعة وأثر ضوابط المبيع على شرعيتها، الطبعة السادسة، دار الفكر، سوريا، سنة 1431هـ-2010م، ص 40.

4- عثمان بن المكي التوزري، توضيح الأحكام شرح تحفة الأحكام، الطبعة الأولى، المطبعة التونسية، الدار الفكر، سوريا، سنة 1339هـ، ج 3، ص 6. - أبو البركات عبد السلام بن عبد الله بن الخضر بن محمد ابن تيمية، المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، الطبعة الثانية، مكتبة المعارف، الرياض، سنة 1404هـ، 1984م، ج 1، ص 260. - ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار، مرجع سابق، ج 4، ص 513.

5- ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار، مرجع سابق، ج 4، ص 513.

6- ابن قاضي شعبة، بداية المحتاج في شرح المنهاج، مرجع سابق، ج 2، ص 7. - محمد بن أحمد الخطيب، الشريبي، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، سنة 1415هـ، 1994م، ج 2، ص 326.

7- أحمد بن الشيخ محمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، الطبعة الثانية، دار القلم، دمشق، سوريا، سنة 1409هـ-1989، ج 1، ص 55.

1. **وضوح الدلالة<sup>1</sup>**: بأن يكون لفظ كل من العاقدين مفهوماً، باستعمال لفظ يدل لغة أو عرفاً على المقصود.
2. **تطابق الإيجاب والقبول<sup>2</sup>**: بأن يكون القبول موافقاً للإيجاب، ويحصل التوافق بين الإيجاب والقبول بأن يقبل المشتري المبيع بكل الثمن.
3. **اتصال القبول بالإيجاب<sup>3</sup>**: بأن يكون الإيجاب والقبول في مجلس واحد حال حضور المتعاقدين، أو في مجلس علم الطرف الغائب بالإيجاب، وكذا يصح الإيجاب والقبول بآلات الاتصال الحديثة كالهاتف والفاكس والتلكس والانترنت... والقديمة كالخطاب والكتابة والإشارة والرسول، لأن المواصلة بين الإيجاب والقبول بحسب العرف<sup>4</sup>.

### ثانياً: شروط العاقدين

- العاقدان وهما البائع والمشتري وهما ركيزة أساسية في البيع، ولا بد لكل منهما من أن يكون أهلاً للتعاقد<sup>5</sup>، إما بالإصالة عن نفسه، أو بالنيابة عن غيره، وليا عن الصغير والمجنون أو وكيلاً عن غيره من أصحاب الأهلية<sup>6</sup>.
- ويشترط في العاقدين الأهلية<sup>7</sup> لإبرام عقد البيع، وهي تشمل الأمور التالية:

---

<sup>1</sup> - ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار، مرجع سابق، ج 4، ص 504. - أبو الوليد محمد بن أحمد ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد، بدون طبعة، دار الحديث، القاهرة، سنة 1425هـ-2004م، ج 3، ص 187. - أبو حامد الغزالي، الوسيط في المذهب، مرجع سابق، ج 3، ص 10. - إبراهيم بن محمد بن عبد الله ابن مفلح، المبدع في شرح المقنع، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، سنة 1418هـ-1667م، ج 4، ص 4.

<sup>2</sup> - ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، مرجع سابق، ج 5، ص 525. - الكاساني، بدائع الضائع، مرجع سابق، ج 5، ص 216. - البجيرمي، حاشية البجيرمي، ج 3، ص 216. - منصور بن يونس بن صلاح الدين البهوتي، روض المربع شرح زاد المستنقع، دون طبعة، دار المؤيد، مؤسسة الرسالة، دون تاريخ، ج 1، ص 309.

<sup>3</sup> - الخطاب، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، مرجع سابق، ج 4، ص 241. - أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد ابن قدامه، الكافي في قمة الإمام أحمد، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، سنة 1414هـ-1914م، ج 2، ص 3.

<sup>4</sup> - السالوس، فقه البيع والإستيثاق، مرجع سابق، ص ص 28-29.

<sup>5</sup> - محمد قدرى باشا، مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان، الطبعة الثانية، المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق، سنة 1308هـ-1891م، ج 1، ص 28.

- محمد توفيق رمضان البوطي، البيوع الشائعة وأثر ضوابط المبيع على شرعيتها، مرجع سابق، ص 43.

<sup>6</sup> - وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويت، الموسوعة الفقهية الكويتية، الطبعة الثانية، دار السلاسل، الكويت، من 1404هـ-1427م، ج 30، ص 219.

<sup>7</sup> - وهبة بن مصطفى الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج 4، ص 296.

1. أن يكون العاقد مميزا بالغا: أما التمييز فهو عند جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والحنابلة، حيث يعتقد بيع المميز موقوفاً نفاذه على إجازة وليه<sup>1</sup>، وعند فقهاء الشافعية، لا يصح البيع إلا إذا كان العاقد بالغاً ولا ينفذ عقد المميز ولو أذن له الولي<sup>2</sup>.

وأما البلوغ فهو من شروط النفاذ عند جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والحنابلة<sup>3</sup>، وأما الشافعية فإن البلوغ يعتبر عندهم من شروط الصحة<sup>4</sup>.

2. أن يكون العاقد عاقلاً: فلا ينعقد بيع الجنون والصبي الذي لا يعقل، لأن أهلية التصرف شرط لانعقاد التصرف، والأهلية لا تثبت بدون العقل، فلا يثبت الانعقاد بدونه<sup>5</sup>.

3. أن يكون العاقد رشيداً: وهو شرط نفاذ عند الجمهور، وشرط صحة عند الشافعية<sup>6</sup>.

4. أن يكون العاقد مختاراً: غير مكره<sup>7</sup>.

5. أن يكون البائع مالكا للمبيع: أو وكيلاً للملكه، أو وليه أو وصيه<sup>8</sup>.

ثالثاً: شروط المحل المعقود عليه (الثمن والمثمن)

وهو محل العقد الذي تنفذ فيه الالتزامات، ويتناول (المبيع والثمن) فكلاهما معقود عليه، واشترط الفقهاء في محل العقد ما يلي<sup>9</sup>:

1- عثمان بن مكي التوزري، توضيح الأحكام شرح تحفة الأحكام، الطبعة الأولى، المطبعة التونسية، سنة 1339هـ، ج 3، ص 4 - الكاساني، بدائع الضائع، مرجع سابق، ج 5، ص 135.

2- شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب الشربيني، معنى المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، سنة 1415هـ، 1994م، ج 2، ص 332.

3- عبد الرحمن بن محمد بن قاسم النجدي، حاشية الروض المربع شرح زاد المستقنع، الطبعة الأولى، دون ناشر، سنة 1397هـ، ج 4، ص 333.

4- أبو البقاء، كمال الدين محمد بن موسى بن عيسى، النجم الوهاج في شرح المنهاج، الطبعة الأولى، دار المنهاج، جدة، سنة 1425هـ-2004م، ج 4، ص 17.

5- الكاساني بدائع الضائع، مرجع سابق، ج 5، ص 135.

6- النووي، المجموع شرح المذهب، مرجع سابق، ج 9، ص 137.

7- ابن جزري، أبو القاسم محمد بن أحمد الغرناطي، القوانين الفقهية، دون طبعة، دار الكتب، الجزائر، دون تاريخ، ص 195.

8- ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، مرجع سابق، ج 5، ص 279.

9- الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج 4، ص 3019 - التسولي، أبي الحسن علي بن عبد السلام، البهجة في شرح التحفة، دون طبعة، دار الفكر، بيروت، لبنان، سنة 1414هـ-1994م، ج 2، ص 3.

1. أن يكون المعقود عليه طاهراً<sup>1</sup>: لا نجسا ولا متنجسا، فكل ما كان طاهرا أي ما يباح الانتفاع به شرعا يجوز بيعه، والنجس مثل الخنزير والميتة والدم، والمتنجس الذي لا يمكن تطهيره كالخل واللين لا يجوز بيعه، ولم يشترط الحنفية هذا الشرط<sup>2</sup>... فأجازوا بيع النجاسات كشعر الخنزير وجلد الميتة للانتفاع بها، والمتنجس الذي يمكن الانتفاع به في غير الأكل، والضابط عندهم: كل ما فيه منفعة تحل شرعا، فأبى بيعه يجوز، لأن الأعيان خلقت لمنفعة الإنسان.

2. أن يكون المعقود عليه مشروعاً منتفعاً به<sup>3</sup>: بأن يكون مالا مملوكا متقوما، فإن لم يكن كذلك كان البيع باطلا، فبيع غير المال كالميتة والدم باطل لأن غير المال لا يقبل التملك أصلا.

ويبطل بيع غير المملوك كالطير في الهواء والسماك في الماء، أو الشيء المخصص للنفع العام كالطرق والجسور وغيرها.

والتصرف بغير المتقوم باطل: وهو ما لا يمكن ادخاره ولا الانتفاع به شرعا كالخمر والخنزير بين المسلمين.

3. أن يكون معينا معروفا للعاقدين: وذلك بأن يكون محل العقد معلوما علما يمنع من النزاع، للنهي عن بيع الغرر والمجهول.

وهذا الشرط مطلوب في المعاوضات المالية وغير المالية، كعقد الزواج وعقود التبرعات كالهبة وغيرها عند الشافعية والحنابلة<sup>4</sup>.

وقصره الحنفية على المعاوضات المالية وغير المالية، ولا يشترطونه في عقود التبرعات<sup>5</sup>، واكتفى المالكية باشتراطه في عقود المعاوضات المالية فقط<sup>6</sup>.

4. أن يكون المعقود عليه مقدور التسليم وقت التعاقد: باتفاق الفقهاء يشترط توافر القدرة على التسليم وقت التعاقد، فلا ينعقد العقد إذا لم يكن العاقد قادرا على تسليم المعقود عليه، وإن كان موجودا ومملوكا للعاقد، ويكون العقد باطلا<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> - ابن الحاجب، عثمان بن عمر بن أبي بكر بن يونس، جامع الأمهات، الطبعة الثانية، الإمامة، للطباعة والنشر والتوزيع، سنة 1421هـ 2000م، ج 1، ص 337. - الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج 5، ص 140. - الشربيني، مغني المحتاج، مرجع سابق، ج 2، ص 11.

<sup>2</sup> - الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج 5، ص 142.

<sup>3</sup> - الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج 4، ص 3024.

<sup>4</sup> - الشربيني، مغني المحتاج، مرجع سابق، ج 2، ص 16. - ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ج 4، ص 209.

<sup>5</sup> - السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، ج 13، ص 26. - الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج 5، ص 158.

<sup>6</sup> - الدردير، الشرح الكبير، مرجع سابق، ج 3، ص 106. - ابن جزى، القوانين الفقهية، مرجع سابق، ص 269.

<sup>7</sup> - الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج 4، ص 187. - ابن رشد، بداية المجتهد، مرجع سابق، ج 2، ص 156. - الشربيني، مغني المحتاج، مرجع سابق، ج 2، ص 12. - ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ج 4، ص 200.



5. أن يكون المعقود عليه موجودا وقت التعاقد: فإن كان المحل (المعقود عليه) معدوما، فهذا ما سنتناوله بشيء من التفصيل في المطلب الآتي.

### المطلب الثاني: انعدام المحل وموقف الشريعة الإسلامية منه

لما كان البيع على التصاميم قائما على أساس التعامل بشيء غير موجود وقت التعاقد إذ أن البناية المصممة غير موجودة بصفقتها المطلوبة، فكان من الواجب إذن وإتماما للبحث أن نورد نبذة عن نظر الشريعة الإسلامية لانعدام المحل (المعقود عليه) وقت التعاقد والذي سماه الفقهاء ببيع المعدوم.

حيث نتناول في هذا المطلب المفهوم الشرعي لانعدام المحل (بيع المعدوم) عند فقهاء الشريعة (الفرع الأول)، ثم مذاهبهم في حكم بيعه وأدلتهم (الفرع الثاني)، وتعليلهم لمنع بيع المعدوم وحكمه (الفرع الثالث).

### الفرع الأول: المفهوم الشرعي لانعدام المحل (بيع المعدوم)

تقدم تعريف البيع، وفيما يلي بيان معنى المعدوم لغة واصطلاحا.

#### أولا: في اللغة

المعدوم لغة: من فعل عدم، والعين والذال والميم أصل واحد يدل على فقدان الشيء وذهابه<sup>1</sup>.  
والمعدوم: المفقود وغير الموجود.

#### ثانيا: اصطلاحا

والمعدوم اصطلاحا: ضد الموجود<sup>2</sup>.

والمعدوم المطلق: ما ليس له ثبوت بوجه من الوجوه لا ذهنيا ولا خارجيا<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - محمد بن أحمد أبو منصور الأزهرى، تهذيب اللغة، تحقيق محمد عوض مرعب، الطبعة الأولى، دار إحياء التراث العرب، بيروت، سنة 2001م، ج2، ص 148. - الرازي، مختار الصحاح، مرجع سابق، ص 418. - أحمد بن محمد بن علي الفيومي، المصباح المنير، دون طبعة، المكتبة العصرية، بيروت، سنة 1425هـ-2004م، ص 206. - المنجد في اللغة والإعلام، الطبعة الثالثة والأربعون، دار المشرق، بيروت، لبنان، سنة 2008م، ص 492. - مجد الدين أبو طاهر محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، الطبعة الثامنة، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، سنة 1425هـ-2005م، ج1، ص 1136.

<sup>2</sup> - زكرياء بن محمد بن أحمد الأنصاري، الحدود الأنينة والتعريفات الدقيقة، تحقيق د. مازن المبارك، الطبعة الأولى، دار الفكر المعاصر، بيروت، ج1، ص 73.

<sup>3</sup> - أبو البقاء، الكليات، مرجع سابق، ص 552.

والفقهاء لا يبحثون المعدوم المطلق الذي ليس له وجود عقلا ولا حسا، وإنما يبحثون ما هو موجود في العقل باسمه ووصفه، ولكنه غير موجود بعينه في الواقع المحسوس<sup>1</sup>.

والمعدوم قسمان:

- 1- المعدوم حقيقة: وهو ما لا صورة أو وجود له في الخارج.
- 2- المعدوم حكما: الذي حكم الشرع بعدمه وإن كانت له صورة في الخارج<sup>2</sup>.

ويسمى القسم الثاني أيضا المعدوم شرعا: وهو ما كانت منفعته غير مباحة شرعا، وما هي لغرض محرم لا يصلح لغيره، فتلك المنفعة المحرمة شرعا كالمعدوم حسا<sup>3</sup>.

ومن الملاحظ أن فقهاء الحنفية يضيفون إلى المعدوم حقيقة المعدوم عرفا، وهو المتصل اتصالا خلقيا بغيره، كاللبن في الضرع ونوى في تمر وحب في قطن والزيت في الزيتون ونحو ذلك، فبيع هذه الأشياء حال اتصالها باطل، لأنها معدومة عرفا، فاللبن في الضرع معدوم، لأنه لا يعلم هل انتفاخ الضرع لوجود لبن فيه أو ريح أو دم، ولا سيما أن اللبن يحصل شيئا فشيئا بالتتابع، فلو جاز البيع فيه لاحتلط ملك البائع بملك المشتري<sup>4</sup>.

فبيع المعدوم إذاً هو: "بيع ما كان غير موجود في الواقع، أو كان غائبا عن مجلس العقد وموصوفا في الذمة"<sup>5</sup>.

## الفرع الثاني: مواقف الفقهاء من بيع المعدوم وأدلتهم

انقسم الفقهاء في حكم بيع المعدوم على مذهبين:

**المذهب الأول:** ويمثل هذا المذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة حيث ذهبوا إلى بطلان بيع المعدوم، وهذه بعض أقوال أئمتهم في ذلك:

1- عدي جراب جلال محمود، بيع المعدوم وتطبيقاته المعاصر في الفقه الأساسي، مرجع سابق، ص 27.

2- محمد رواس قلعجي، معجم لغة الفقهاء، الطبعة الثانية، دار النفائس، سنة 1408هـ-1988م، ج 1، ص 440.

3- سليمان بن عمر بن منصور الجمل العجلي الأزهرى، فتوحات الوهاب بتوضيح شرح منهج الطلاب (المعروف بحاشية الجمل)، دون طبعة، دار الفكر، دون تاريخ، ج 2، ص 223. - سليمان بن محمد بن عمر البجيرى المصرى الشافعى، التجريد لنفع العبيد (حاشية البجيرى على شرح المنهج)، دون طبعة، مطبعة الحلبي، سنة 1369هـ-1950م، ج 2، ص 7.

4- محمد بن علي بن محمد المعروف بعلاء الدين الحصكفي، الدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار، المحقق عبد المنعم خليل إبراهيم، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، سنة 1423هـ-2002م، ج 1، ص 400. - سراج الدين عمر بن إبراهيم بن نجم، النهر الفائق شرح كنز الدقائق، تحقيق أحمد عزو عناية الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، سنة 1422هـ-2002م، ج 3، ص 361. - عبد الغني بن طالب الغنيمي، اللباب في شرح الكتاب، تحقيق محمد بن محي الدين عبد الحميد، دون طبعة، المكتبة العلمية بيروت، لبنان، دون تاريخ، ج 2، ص 11.

5- عدي جلال، بيع المعدوم وتطبيقاته، مرجع سابق، ص 28. - القحطاني، د. أسامة بن سعيد وآخرون، موسوعة الإجماع في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، دار الفضيلة للنشر والتوزيع، الرياض، السعودية، سنة 1433هـ-2012م، ج 2، ص 233.

قال الكاساني<sup>1</sup> الحنفي: "لا ينعقد بيع المعدوم وماله خطر العدم، كبيع نتاج التاج بأن قال بعت ولد ولد هذه الناقة"<sup>2</sup>.

وقال القرابي المالكي<sup>3</sup> في الفروق: "بيع المجهول الموجود باطل قطعاً فيبطل بطريق أولى بيع المعدوم"<sup>4</sup>.

وقال الشيرازي<sup>5</sup> الشافعي في المذهب: "ولا يجوز بيع المعدوم كالثمرة التي لم تخلق..."<sup>6</sup>.

وقال النووي<sup>7</sup> في المجموع: "بيع المعدوم باطل بالإجماع..."<sup>8</sup>.

يقول ابن قدامة<sup>9</sup> في الكافي: "ولا يجوز بيع المعدوم لما روى أبو هريرة أن الرسول الله (صلى الله عليه وسلم) نهي عن بيع الغرر، رواه مسلم"<sup>10</sup>.

<sup>1</sup> - هو: "أبو بكر بن أحمد علاء الدين الكاساني، من فقهاء الحنفية، تفقه على يد علاء الدين السمرقندي، وتوفي سنة 587هـ في حلب، من مصنفاته: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، السلطان المبين في أصول الدين". - أنظر: كحالة عمر رضا، معجم المؤلفين، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية، سنة 1993م، ج 2، ص 70. - الزركلي، الأعلام، مرجع سابق، ج 2، ص 70.

<sup>2</sup> - الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج 5، ص 138.

<sup>3</sup> - هو: "أبو العباس أحمد بن العلاء، إدريس القرابي الصنهاجي من علماء المالكية، مصري المولد والمنشأ والوفاة له مصنفات عديدة منها: الذخيرة، الفروق، الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام، وغيرها، توفي سنة 684 هـ الموافق ل: 1285م". أنظر: محمد بن محمد بن عمر مخلوف، شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، تحقيق عبد المجيد خيالي، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، ج 1، ص 270. - إبراهيم بن علي بن محمد ابن فرحون، الدباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب، تحقيق الدكتور محمد الأحمد أبو النور، دار التراث، القاهرة، ج 1، ص 237.

<sup>4</sup> - أبو العباس شهاب الدين القرابي، انوار البروق في أنواع الفروق، دون طبعة، عالم الكتب، دون تاريخ، ج 3، ص 296.

<sup>5</sup> - هو: "أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي، الفيروز آبادي، الشافعي الملقب بجمال الدين، ولد بفيروز آباد (بلاد فارس) سنة 393هـ، نشأ بها ثم رحل إلى شيراز فنسب إليها، توفي سنة 476هـ، من مصنفاته: التنبيه، والمهذب في فقه الإمام الشافعي، والتبصرة، واللمع". أنظر: جمال الدين عبد الحكيم بن إبراهيم الأسنوي، طبقات الشافعية، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، سنة 1407هـ-1987م، ج 2، ص 07. - ابن خلكان، وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان، تحقيق إحسان عباس، الطبعة الأولى، دار صادر، بيروت، لبنان، 1977م، ج 1، ص 29.

<sup>6</sup> - الشيرازي، المهذب، مرجع سابق، ج 1، ص 262.

<sup>7</sup> - هو: "يحيى بن شرف الدين مري بن حسن النووي الشافعي، أبو زكرياء يحيى الدين، ولد سنة 631هـ الموافق ل: 1233م بنوي، علامة بالفقه والحديث، له عدة مصنفات، توفي في نوى بسوريا سنة 676هـ الموافق ل: 1277م". أنظر الزركلي، الأعلام، مرجع سابق، ج 8، ص 149.

<sup>8</sup> - النووي، المجموع، مرجع سابق، ج 9، ص 310.

<sup>9</sup> - هو: "عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة بن مقدم بن نصر بن عبد الله المقدسي الدمشقي، ولد سنة 541هـ، فقيه من كبار الحنابلة، توفي سنة 620هـ، من مصنفاته، المغني في الفقه، روضة الناظر، الكافي في الفقه، لمعة الاعتقاد". أنظر: بن العماد، عبد الحي بن أحمد الحنبلي، شذرات الذهب في أخبار من ذهب، تحقيق، عبد القادر الأرناؤوط، دون طبعة، دار ابن كثير، دمشق، سوريا، سنة 1610هـ، ج 5، ص 88. - كحالة، عمر رضا، معجم المؤلفين، مرجع سابق، ج 1، ص 194.

<sup>10</sup> - ابن قدامة، الكافي، مرجع سابق، ج 2، ص 10.

**المذهب الثاني:** ويمثل هذا المذهب متأخري الحنابلة (ابن تيمية<sup>1</sup> وابن القيم<sup>2</sup>)، حيث ذهبوا إلى جواز بيع المعدوم، وأن ما حظره الشارع من البيوع المعدومة إنما حظره للغرر لا للعدم، والغرر عندهما ما لا يقدر على تسليمه.

يقول ابن تيمية في ذلك: "فليس في كتاب الله ولا سنة رسوله بل ولا عن أحد من الصحابة أن بيع المعدوم لا يجوز لا لفظ عام ولا معنى عام، وإنما فيه النهي عن بيع بعض الأشياء التي هي معدومة، كما فيه النهي عن بيع بعض الأشياء التي هي موجودة، وليست العلة في المنع لا الوجود ولا العدم، بل الذي ثبت في الصحيح عن النبي (صلى الله عليه وسلم) أنه نهي عن بيع الغرر، والغرر: ما لا يقدر على تسليمه سواء كان موجوداً أو معدوماً، كالعبد الأبق والبعير الشارد ونحو ذلك مما قد لا يقدر على تسليمه، بل قد يحصل وقد لا يحصل، هو غرر لا يجوز بيعه وإن كان موجوداً... وهكذا المعدوم الذي هو غرر نهي عن بيعه لكونه غرر لا لكونه معدوماً..."<sup>3</sup>.

وقد تبع ابن القيم قول شيخه ابن تيمية في هذا الأمر<sup>4</sup>.

### أدلة أصحاب المذهب الأول:

استدل القانون ببطلان بيع المعدوم، بما يلي:

1- عن أبي هريرة (رضي الله عنه) قال: "نهى رسول الله (صلى الله عليه وسلم) عن بيع الحصاة وعن بيع الغرر"<sup>5</sup>.

**وجه الاستلال:** أن الحديث بمنطوقه يدل على النهي عن بيع الحصاة وعن بيع الغرر، والنهي يفيد التحريم، فلا يجوز بيع ما جهلت عاقبته وخفيت كالمعدوم<sup>6</sup>.

**مناقشة وجه الاستلال:** ليس في الحديث ما يفيد أن بيع المعدوم لا يجوز على الإطلاق، فهو يفيد أن بيع المعدوم الذي فيه غرر لا يجوز، ولا يفيد أن كل معدوم لا يجوز بيعه، فمن المعدوم لا غرر في

1- هو: "أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام بن تيمية الحراني الدمشقي الحنبلي، ولد بجران، سنة 661هـ، عني بالحديث وعلله وفقهه وعلم الكلام، مات سجينا في قلعة دمشق سنة 728هـ، له عدة مصنفات". أنظر: ابن العماد، شذرات الذهب، مرجع سابق، ج8، ص 142.

2- هو: "محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد الزرعي الدمشقي، أبو عبد الله الملقب بابن القيم، أحد كبار العلماء، تتلمذ لابن تيمية حتى كان لا يخرج عن أقواله، له عدة كتب منها، إعلام الموقعين عن رب العالمين، وزاد المعاد في هدي خير العباد، وغيرهم". أنظر: الزركلي، الأعلام، مرجع سابق، ج6، ص 56.

3- أحمد بن عبد الحليم ابن تيمية، مجموع الفتاوى، تحقيق عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، العاصمة النجدي، الطبعة الثانية، مكتبة ابن تيمية، بلا تاريخ، ج20، ص ص 542-544.

4- ابن القيم، إعلام الموقعين عن رب العالمين، الطبعة الأولى، المكتبة التجارية، سنة 1955م، ج3، ص 34.

5- أخرجه مسلم، صحيح مسلم، باب بطلان بيع الحصاة والبيع الذي فيه غرر، مرجع سابق، ج 3، ص 1153.

6- الشيرازي، المهذب، مرجع سابق، ج1، ص 262.

بيعه لأنه لا تخفى علينا عاقبته، وذلك كما في بيع الأشياء المعدومة وقت العقد، ولكنها محققة الوجود في المستقبل بحسب العادة كما في السلم والاستصناع<sup>1</sup>.

2- عن حكيم بن حزام (رضي الله عنه) قال: "يا رسول الله، يأتيني الرجل فيريد البيع ليس عندي، أفأبتاعه له من السوق؟ فقال: لا تبع ما ليس عندك"<sup>2</sup>.

وجه الاستلال: الحديث فيه دلالة واضحة عن النهي عن بيع ما ليس عند الإنسان، والمعدوم غير موجود عند البائع حين العقد.

مناقشة وجه الاستلال: إن قول الرسول (صلى الله عليه وسلم): "ما ليس عندك" تعني ما ليس مملوكا للبائع، ولا يدخل فيها المعدوم ولا المملوك الغائب عن مجلس العقد ولا الأشياء المباحة كذلك. يستفاد من قصة الحديث أن عدم جواز بيع ما ليس عند البائع، خاص فيما كان فيه البيع حالا لأنها الحالة التي يتصور فيها النزاع.

أما لو تم البيع على أن يسلم البائع المبيع بعد مدة من الزمن فإن هذا ينطبق عليه حكم تأجيل قبض المبيع، ولا يدخل تحت بيع المعدوم حالا.

إذا البيع لو وقع على أن يسلم المبيع حالا، فإن بيع المعدوم لا يجوز في هذه الحالة لأن فيه غرر، وبذلك يكون بيع المعدوم ليس ممنوعا في كل الأحوال بل في حالة واحدة هي حالة نشوء غرر في بيعه<sup>3</sup>.

3- عن جابر بن عبد الله (رضي الله عنه) قال: "نهى رسول الله (صلى الله عليه وسلم) عن المحاقلة والمزابنة والمعاومة والمخابرة، قال أحدهما: بيع السنين هي المعاومة، وعن الثنيا ورخص في العرايا"<sup>4</sup>.

وجه الاستدلال: أن النبي (صلى الله عليه وسلم) نهى عن المعاومة بيع السنين، وهو أن يبيع الثمر لأكثر من سنة، والثمر لم يخلق بعد، فهو بيع مجهول ومعدوم، والنهي يفيد التحريم فيبطل البيع بهذه الصورة لانعدام المحل واشتماله على الغرر.

<sup>1</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، سنة 1998م، ج3، ص 41.

- الصديق محمد الأمين الضير، الغرر وأثره في العقود في الفقه الإسلامي، الطبعة الثانية، دار الجيل بيروت، سنة 1416هـ-1995م، ص 371.

<sup>2</sup> - أخرجه أبو داود، سنن أبي داود، مرجع سابق، ج3، ص 283. - النسائي، المحتجى من السنن، مرجع سابق، ج7، ص 289. - الترمذي، سنن الترمذي، مرجع سابق، ج3، ص 534. - ابن ماجة، سنن ابن ماجة، مرجع سابق، ج2، ص 737.

<sup>3</sup> - كاسب بن عبد الكريم البدران، عقد الاستصناع في الفقه دراسة مقارنة، الطبعة الثانية، جامعة الملك فيصل، كلية التربية، سنة 1404هـ-1984م، ص 43.

<sup>4</sup> - أخرجه مسلم، صحيح مسلم، باب النهي عن المحاقلة والمزابنة...، مرجع سابق، ص 1175. والمحاقلة: بيع الخنطة في سنبلها بخنطة صافية. والمزابنة: بيع الرطب بالتمر كيلا. والمخابرة: هي المزارعة متقاربتان. وهما المعاملة على الأرض ببعض ما يخرج منها من الزرع. والثنيا: استثناء المجهول في البيع. والعرايا: النخلة أو النخلتان يأخذها أهل البيت بخرصها تمرا يأكلونها رطبة، والمعاومة، بيع السنين، وهو أن يبيع ثمر الشجرة عامين أو ثلاثة أو أكثر. أنظر: أبو زكرياء محي الدين يحيى بن شرف النووي، المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج، الطبعة الثانية، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ج10، ص 188-195.

وفي هذا المعنى يقول النووي: "وبيع المعاومة وهو بيع السنين، وهو باطل بالإجماع، نقل الإجماع ابن المنذر وغيره لهذه الأحاديث، ولأنه بيع غرر، وسبب الغرر أنه بيع معدوم ومجهول وغير مقدور على تسليمه وغير مملوك للعاقد"<sup>1</sup>.

**مناقشة وجه الاستدلال:** الدليل المذكور لا يفيد المدعى لأنه يفيد النهي عن بعض أفراد المعدوم وهو بيع الثمر سنين، والنهي عن بيع أفراد الشيء لا يدل على النهي عن سائرهما، لأن النهي عن ذلك الفرد قد يكون بمعنى انفراد به لا يتحقق في غيره من الأفراد كما في النهي عن بيع السنين، فإن النهي عنه الغرر الناشئ عن الجهل بوجوده في المستقبل لا لكونه معدوماً<sup>2</sup>.

4- عن ابن عباس (رضي الله عنهما) أن رسول الله (صلى الله عليه وسلم) "نهى عن بيع المضامين والملاقيح وحبل الحبل"<sup>3</sup>.

والمضامين: ما في أصلاب الذكور من الإبل وغيرها، والملاقيح: ما في بطون الإناث، وحبل الحبل هو بيع ولد نتاج الدابة<sup>4</sup>.

**وجه الاستدلال:** أن هذه الأشياء المذكورة في الحديث مجهولة وغير مقدور على تسليمها ويعتريها الغرر، فقد لا توجد فيكون لها حكم المعدوم ويطل بيعها<sup>5</sup>.

**مناقشة وجه الاستدلال:** إن هذه الأشياء التي نهى عن بيعها إنما كان النهي عنها لأنها مجهولة لا معدومة، لأن ما في بطون الإناث قد يكون موجود ولكنه مجهول العاقبة فيشتمل على غرر فاحش، لا على كونه معدوم، وهذا ما يؤكد ابن عبد البر<sup>6</sup> في هذا المقام حيث يقول: "بيع هذا كله باطل، لأنه بيع ما لم يخلق، ويدخله المجهول والغرر وأكل المال بالباطل"<sup>7</sup>.

### أدلة المذهب الثاني:

استدل أصحاب هذا الاتجاه بدليلين هما:

- 1- النووي، شرح صحيح مسلم، مرجع سابق، ج10، ص 193.
- 2- كاسب، عقد الاستصناع في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 41.
- 3- أبو عبد الله مالك بن أنس الأصبحي، موطأ الإمام مالك، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دون طبعة، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، سنة 1406هـ-1985م، ج2، ص 654.
- 4- ابن عبد البر أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد، التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، تحقيق مصطفى ابن أحمد العلوي ومحمد عبد الكبير البكري، وزارة عموم الأوقاف والشؤون الإسلامية، المغرب، سنة 1387هـ، ج13، ص 314.
- 5- عدي جلال محمود جراب، بيع المعدوم وتطبيقاته المعاصرة، مرجع سابق، ص 35.
- 6- هو: "ابن عبد البر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عاصم النمري، وكنيته أبو عمر، ولد في قرطبة سنة 368، ونشأ في بيت علم وصلاح وأخذ العلم عن مشايخ كثير، وأخذ عنه تلاميذ كثير، صنف مصنفات كثيرة، توفي رحمه الله سنة 463هـ". أنظر: القاضي عياض أبو الفضل عياض بن موسى اليحصبي، ترتيب المدارك وتقريب المسالك، تحقيق مجموعة من المحققين، الطبعة الأولى، مطبعة فضالة، المحمدية، المغرب، سنة 1983م، ج8، ص 127.
- 7- ابن عبد البر، التمهيد، مرجع سابق، ج13، ص 315.

أولاً: أنه لا يوجد أي دليل في القرآن أو السنة أو أقوال الصحابة يدل على عدم جواز بيع المعدوم، وإنما هناك أدلة على عدم جواز بيع بعض الأشياء المعدومة كما توجد أدلة على عدم جواز بيع بعض الأشياء الموجودة أيضاً، والعلة في عدم الجواز في كل هذه الأشياء هي الغرر وليس العدم<sup>1</sup>.

ثانياً: ثبت بالنص جواز المعاوضة على بعض المعدومات كبيع الثمرة بعد بدو صلاحها بشرط الإبقاء إلى تمام الصلاح<sup>2</sup>.

فعن ابن عمر (رضي الله عنهما) أن رسول الله (صلى الله عليه وسلم) "نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها، نهى البائع والمبتاع"<sup>3</sup>.

### الفرع الثالث: تعليل الفقهاء لمنع بيع المعدوم

#### أولاً: تعليل منع بيع المعدوم

إذا كانت هذه النصوص جوّزت التعاقد على بعض الأشياء المعدومة، ومنعت التعاقد على بعضها، فلا بد أن تكون هناك علة للمنع غير كون الأشياء معدومة، وهي كما قرر ابن تيمية الغرر<sup>4</sup>، وهي علة مضطربة لا توجبنا إلى استثناءات أو مخالفة للقياس<sup>5</sup>، لأن القياس يجب أن يبنى على النصوص الشرعية، والغرر قد يكون سببه العدم، أو الجهالة، أو عدم القدرة على التسليم، أو عدم الملك ونحو ذلك، فالعدم قد يسبب الغرر فيؤدي إلى منع البيع، وإن لم يسبب الغرر أو كان يسيرا فإن البيع في هذه الحالة لا يمنع، وبالتالي فإن الغرر هو علة منع بيع المعدوم وليس العدم، والمقصود بالغرر الذي هو علة منع بيع المعدوم هو الغرر الفاحش المفضي إلى التنازع والتخاصم.

#### ثانياً: الترجيح

بعد النظر في أدلة المانعين لبيع المعدوم مطلقاً، والمؤجزين له بشرط عدم اشتماله على غرر فاحش، وكذا النظر إلى علة منع بيع المعدوم، يظهر أن ما ذهب له ابن تيمية وتلميذه ابن القيم من جواز بيع المعدوم إلا في حالة

<sup>1</sup> - ابن تيمية، مجموع الفتاوى، مرجع سابق، ج20، ص ص 542-543. ابن القيم، إعلام الموقعين، مرجع سابق، ج2، ص 28.

<sup>2</sup> - ابن تيمية، مجموع الفتاوى، مرجع سابق، ج20، ص 544. ابن القيم، إعلام الموقعين، مرجع سابق، ج2، ص 28.

<sup>3</sup> - متفق عليه، أخرجه البخاري، صحيح البخاري، باب بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها، مرجع سابق، ج2، ص 766. مسلم، صحيح مسلم، باب النهي عن بيع الثمار قبل بدو صلاحها بغير شرط القطع، مرجع سابق، ج3، ص 1165.

<sup>4</sup> - الغرر هو: ما لا يقدر على تسليمه، سواء كان موجوداً أو معدوماً. أنظر ابن تيمية، مجموع الفتاوى، مرجع سابق، ج20، ص 543.

<sup>5</sup> - الضرير، الغرر وأثره في العقود في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 373. كاسب، عقد الاستصناع في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 45، السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ج3، ص 40.

وجود غرر هو الراجح، والغرر لا يتحقق إلا في حالة ما إذا كان المبيع مجهول الوجود، لأنه إن كان البيع محقق العدم فلا غرر في هذا، والبيع باطل بدهاءة لاستحالة التنفيذ، وإن كان المبيع محقق الوجود فلا غرر أيضاً، والبيع صحيح.

وإذا تبعنا ما منعه الشارع الحكيم من بيع المعدوم، وما أجازته منه، نجد أن كل ما منعه المبيع فيه مجهول الوجود، وأن كل ما أجازته منه المبيع فيه محقق الوجود عادة، وإن كان معدوماً وقت العقد، والقاعدة التي ينبغي السير عليها في بيع المعدوم هي: "إن كل معدوم مجهول الوجود في المستقبل لا يجوز بيعه، وإن كل معدوم محقق الوجود في المستقبل بحسب العادة يجوز بيعه"<sup>1</sup>.

وتخليصاً لما سبق نستنتج أن شروط بطلان بيع المعدوم<sup>2</sup> هي:

- 1- أن يكون المبيع من الأعيان، فإنه يجوز بيع المنافع وهي معدومة، بل لا يتم بيعها إلا وهي معدومة، كما في الإجازات.
- 2- ألا ينطوي هذا المعدوم على غرر فاحش، بحيث يكون مجهولاً جهالة مفضية إلى النزاع، ولا يقدر على تسليمه، ولا يكون مملوكاً ونحوه.
- 3- ألا تدعوا الحاجة أو الضرورة إليه، فإن دعت الحاجة أو الضرورة فإن بيع المعدوم يشرع.
- 4- أن يكون المعدوم منفرداً أصلاً وليس تبعاً لموجود، كثمار لم تخلق بعد مع عدم وجود ثمار ظاهرة<sup>3</sup>.
- 5- ألا تتوفر فيه شروط السلم والاستصناع، فإذا توفرت شروطهما كان البيع سلماً أو استصناعاً جائزاً شرعاً، بالرغم من أنه عقد على معدوم ولكنه ممكن الوجود مستقبلاً (وهذا ما سنتناوله في المبحث الآتي).

<sup>1</sup> - الضرير، الغرر وأثره في العقود في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 374.

<sup>2</sup> - جراب، بيع المعدوم وتطبيقاته المعاصرة في ضوء الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص ص 37-38.

<sup>3</sup> - النووي، صحيح مسلم بشرح النووي، مرجع سابق، ج 10، ص 193. - ابن رشد، بداية المجتهد، مرجع سابق، ج 2، ص 118. - ابن القيم، إعلام الموقعين، مرجع سابق، ج 2، ص ص 23-34.



## المبحث الثاني: السلم والاستصناع والعلاقة ببيع المعدوم

## تمهيد:

لقد رأينا أن جمهور فقهاء الشريعة لا يجوزون بيع المعدوم، وذلك يعود بالأصل لاشتراطهم في العقود عليه أن يكون موجودا وقت التعاقد فإذا انعدم وقت التعاقد كان العقد باطلا، حتى ولو كان وجوده محققا في المستقبل، ورأينا كذلك أن الشيء إذا كان موجودا في أصله دون أن يوجد كاملا كالزرع الذي يوجد بعضه بعد بعض، أو الثمر الذي بدا صلاحه، فهذا الوجود الأصلي وإن لم يكن وجودا كاملا يكفي لجواز التعاقد.

أما انعدام الشيء أصلا، فقد خلطوا بينه وبين الغرر، واعتبروا أن التعامل في شيء منعدم وقت التعاقد ينطوي في ذاته على غرر يفسد العقد، ولم يميزوا بين مصير الشيء المعدوم في المستقبل هل هو محقق الوجود فتزول الخشية من الغرر وكان ينبغي أن يصح، أو هو محتمل الوجود وعند ذلك يدخل عنصر الغرر بقدر متفاوت فيعالج بالقدر الذي يقتضيه<sup>1</sup>.

على أن تعامل الناس والحاجة أوجدا ثغرتين في هذا المبدأ، فأجاز فقهاء الشريعة الإسلامية بيع المعدوم في السلم والاستصناع، وهذا ما نستعرضه في هذا المبحث من خلال مطلبين، المطلب الأول نخصّصه للسلم، والمطلب الثاني نخصّصه للاستصناع، وذلك للبحث هل البيع على التصاميم داخل في هذه الاستثناءات من بيع المعدوم، أو أنه عقد مستقل عنهما.

## المطلب الأول: مفهوم وحكم السلم

نتناول في هذا المطلب بيع السلم وذلك بالتطرق إلى تعريفه ومشروعيته (الفرع الأول)، ثم نذكر أركانه وشروطه (الفرع الثاني) وأخيرا نتطرق إلى الفرق بين السلم وبيع المعدوم وكذا قراري مجمع الفقه الإسلامي بشأن السلم وتطبيقاته.

## الفرع الأول: مفهوم بيع السلم وحكمه

من خلال الفرع الذي نقسمه إلى بندين نتعرف على مفهوم السلم (البند الأول) وأدلة مشروعيته والحكمة منه (البند الثاني).

<sup>1</sup> - السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ج3، ص 31.

## البند الأول: مفهوم السلم

## أولاً: لغة

السلم بفتح السين واللام اسم مصدر لأسلم، ومصدره الحقيقي الإسلام وهو التقديم والتسليم أي استعجال تقديم رأس المال وتقديمه، وجاء في لسان العرب: والسلم بالتحريك، السلف، وأسلم في الشيء بمعنى واحد والاسم السلم، يقال أسلم وسلم: إذا أسلف وهو أن تعطى ذهباً وفضة في سلعة معلومة إلى أمد معلوم، فكأنك أسلمت الثمن إلى صاحب السلعة وسلّمته إليه<sup>1</sup>.

ويقال للسلم سلف لغة: إلا أن السلم لغة أهل الحجاز والسلف لغة أهل العراق، على أن السلف أعم من السلم لأنه يطلق على القرض<sup>2</sup>.

## ثانياً: اصطلاحاً

اسم لعقد يوجب الملك في الثمن عاجلاً، وفي المثلث آجلاً، فالمبيع يسمى (مسلماً فيه)، والثمن (رأس المال)، والبائع يسمى (مسلماً إليه)، والمشتري (رب السلم)، وقيل السلم بيع دين بعين<sup>3</sup>.

وعرفه الفقهاء تعريفات متعددة نظراً لاختلافهم في بعض شروطه نذكر طائفة منها:

عرفه الحنفية بأنه: "عقد يثبت به الملك في الثمن عاجلاً وفي المثلث آجلاً"<sup>4</sup>.

عرفه المالكية بأنه: "بيع معلوم في الذمة محصور بالصفة بعين حاضر أو ما هو في حكمها إلى أجل معلوم"<sup>5</sup>.

عرفه الشافعية بأنه: "عقد على موصوف في الذمة ببدل يعطى عاجلاً"<sup>6</sup>.

عرفه الحنابلة بأنه: "عقد على موصوف في الذمة مؤجل بثمن مقبوض في المجلس"<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> - محمد بن مكرم بن علي ابن منظور، لسان العرب، الطبعة الثالثة، دار صادر، بيروت، سنة 1444هـ، ج12، ص 295. - الفيومي، المصباح المنير، مرجع سابق، ص 149.

<sup>2</sup> - عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، الطبعة الأولى، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، سنة 2005م، ج2، ص 160.

<sup>3</sup> - الجرجاني، على بن عبد الرحمن الشريف، التعريفات، مكتبة لبنان، بيروت، سنة 1985م، ص 136.

<sup>4</sup> - السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، ج12، ص 124. - ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار، مرجع سابق، ص 302.

<sup>5</sup> - القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، مرجع سابق، ج3، ص 378. - الخطاب، مواهب الجليل، مرجع سابق، ج4، ص 514.

<sup>6</sup> - النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، الطبعة الثانية، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، سنة 2005م، ج3، ص 242.

<sup>7</sup> - ابن قدامة، الكافي في فقه الإمام الميثل أحمد بن حنبل، مرجع سابق، ج2، ص 108.

والسلم والسلف بمعنى واحد، وهو بيع موصوف في الذمة بثمن معجل، والفقهاء يسمونه (بيع المحاويج)، لأنه بيع غائب تدعو إليه ضرورة كل واحد من المتبايعين، أي أنه شراء سلعة مؤجلة بثمن مدفوع حالاً<sup>1</sup>.

ونرى أن عبارات الفقهاء في تعريفهم للسلم لا تخرج عن معنى اصطلاحى شامل وهو: "بيع آجل بعاجل" والتفاوت في تعريفات الفقهاء يرجع إلى تضمينهم التعريف بعض شروط السلم<sup>2</sup>.

### البند الثاني: أدلة جوازه والحكمة منه

ثبت جواز السلم بالكتاب والسنة والاجماع.

### أولاً: أدلة جواز السلم في القرآن الكريم

قال الله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ﴾<sup>3</sup>.

وجه الدلالة: قال ابن عباس (رضي الله عنهما): "هذه الآية نزلت في السلم خاصة"<sup>4</sup>.

ومعناه أن سلم أهل المدينة كان سبب نزول الآية، وهي تتناول جميع المدينات، فدللت الآية على جواز مشروعية السلم.

وقال الإمام الطبري<sup>5</sup> في تفسيره: كان ابن عباس يقول: "نزلت هذه الآية في السلم خاصة"، ثم ذكر عدة روايات تؤيد ذلك<sup>6</sup>.

### ثانياً: أدلة جواز السلم من السنة النبوية

1- عن ابن عباس (رضي الله عنهما) أنه قال: قدم النبي (صلى الله عليه وسلم) والناس يسلفون في التمر السنة والسنتين، فقال "من أسلف في تمر فليسلف في كيل معلوم، ووزن معلوم، إلى أجل معلوم"<sup>7</sup>.

1- السيد سابق، فقه السنة، الطبعة السابعة، دار الكتاب العربي، بيروت، سنة 1405هـ-1985م، ج3، ص 121.

2- كمال الدين ابن الهمام، شرح فتح القدير، الطبعة الثانية، دار الفكر، بيروت، ج7، ص 70.

3- سورة البقرة، الآية 282.

4- أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري شمس الدين القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، تحقيق أحمد البردوني وإبراهيم اطفيش، الطبعة الثانية، دار الكتب المصرية، القاهرة، سنة 1384هـ-1964م، ج3، ص 331.

5- هو: "محمد بن جرير الطبري، أبو جعفر ولد سنة 224هـ-839م، في أمل بطبرستان وبما نشأ وحفظ القرآن صغيراً، ثم رحل في طلب العلم، فسمع بالري وبغداد والبصرة والكوفة والشام ومصر، عاد فاستوطن بغداد، اعتنق المذهب الشافعي، لم يعمر طويلاً، وعرض عليه القضاء والمظالم فامتنع، من مصنفاته، جامع البيان في تفسير القرآن، ويعرف بتفسير الطبري، وكتاب التاريخ تاريخ الطبري، توفي سنة 310هـ-923م". أنظر: نويهض عادل، معجم المفسرين، من صدر الإسلام وحتى العصر الحاضر، الطبعة الثالثة، مؤسسة نويهض للثقافة، بيروت، لبنان، سنة 1904هـ-1988م، ج2، ص 508.

6- محمد بن جرير الطبري، تفسير الطبري، دون طبعة، دار المعرفة، بيروت، سنة 1406هـ-1986م، ج3، ص 76-77.

7- رواه البخاري، باب السلم في كيل معلوم، مرجع سابق، ج2، ص 781. صحيح مسلم، باب السلم، مرجع سابق، ج3، ص 994.

وجه الاستدلال: دل الحديث على صحة السلف فقد جاء النبي (عليه الصلاة والسلام) والناس

يتعاملون بالسلم، فأقرهم عليه وأمرهم بالتقيد بشروط محددة قطعاً لأسباب الخصام والمنازعة.

2- عن عبد الرحمن بن أبيزي وعن عبد الله بن أبي أوفى (رضي الله تعالى) عنهما قالوا: كنا نصيب المغام

مع رسول الله (صلى الله عليه وسلم)، وكان يأتينا من أنباط الشام، فنسلفهم في الحنطة والشعير

والزبيب، وفي رواية إلى أجل مسمى، قيل أكان لهم زرع؟ قالوا: ما كنا نسألهم ذلك<sup>1</sup>.

وجه الاستدلال: هذا تقرير من الصحابييين الجليلين على جواز السلم حيث كانا يتعاملان به في عهد

النبي (صلى الله عليه وسلم) ولم ينههما عنه.

### ثالثاً: أدلة جواز السلم من الإجماع

أجمع المسلمون على مشروعية السلم، وتعامل به المسلمون من الصدر الأول إلى يومنا هذا دون نكير من

أحد فكان إجماعاً.

قال ابن المنذر<sup>2</sup>: "أجمع كل من تحفظ عنه من أهل العلم على أن السلم جائز"<sup>3</sup>.

وقال ابن رشد<sup>4</sup>: "أجمعوا على جوازه (أي السلم) في كل ما يكال أو يوزن لما ثبت من حديث ابن عباس المشهور"<sup>5</sup>.

### رابعاً: حكمة مشروعية السلم

سبب مشروعية السلم حاجة الناس إليه، ومن هنا كان في إباحته رفع للحرج عن الناس، فالمزارع مثلاً قد

لا يكون عنده المال الذي ينفقه في إصلاح أرضه وتعهده زرعاً إلى أن يدرك، ولا يجد من يقرضه ما يحتاج إليه من

<sup>1</sup> - النسائي، سنن النسائي، كتاب السلم في الطعام، مرجع سابق، ج7، ص 289.

<sup>2</sup> - هو: "محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري، ابوبكر: فقيه مجتهد من الحفاظ، ولد سنة 242هـ - 856م، كان شيخ الحرم بمكة، صنف في اختلاف الفقهاء كتباً لم يصنف مثلها، منها كتاب كبير في اختلاف العلماء والمبسوط وهو أكبر منه، وألف كذلك كتاب الإشراف وكتاب الإجماع، توفي بمكة سنة 319هـ - 931م". أنظر: الزركلي، الأعلام، مرجع سابق، ج5، ص294. - شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أحمد الذهبي، سير أعلام النبلاء، تحقيق مجموعة من المحققين بإشراف الشيخ شعيب الأرنؤوط، الطبعة الثالثة، مؤسسة الرسالة، سنة 1405هـ - 1985م، ج11، ص300. - صلاح الدين خليل بن أبيك بن عبد الله الصفدي، الوافي بالوفيات، تحقيق أحمد الأرنؤوط وتركي مصطفى، دار إحياء التراث، بيروت، سنة 1420هـ - 2000م، ج1، ص251.

<sup>3</sup> - ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ج4، ص185.

<sup>4</sup> - هو: "ابن رشد الحفيد محمد بن أحمد بن محمد القرطبي، ولد سنة 520هـ - 1126م، فيلسوف الوقت، ابن شيخ المالكية يكنى بأبي الوليد، له تصانيف عدة من "بداية المجتهد" في الفقه، "الكليات" في الطب و"مختصر المستصفي" في الأصول وغيرها، وولي قضاء قرطبة، وحدث سيرته، توفي سنة 595هـ - 1198م". أنظر: الذهبي، سير أعلام النبلاء، مرجع سابق، ج21، ص307-309. - الزركلي، الأعلام، مرجع سابق، ج5، ص318.

<sup>5</sup> - ابن رشد، بداية المجتهد، مرجع سابق، ج2، ص201.

المال، فهو في حاجة إلى نوع من المعاملة يتمكن بها من الحصول على ما يحتاج إليه من المال وإلا فانت عليه مصلحة استثمار أرضه، وكان في حرج ومشقة وعنت، من أجل ذلك كله أبيع السلم<sup>1</sup>.

### الفرع الثاني: أركان وشروط السلم

ذهب جمهور الفقهاء (المالكية والشافعية والحنابلة) إلى أن أركان عقد السلم ثلاثة:

أولاً: العاقدان (المسلم والمسلم إليه).

ثانياً: الصيغة (الإيجاب والقبول).

ثالثاً: المعقود عليه (المسلم فيه ورأس المال).

وخالف في ذلك الأحناف حيث اعتبروا ركن السلم هو الصيغة المؤلفة من الإيجاب والقبول الدالين على اتفاق الإرادتين وتوافقهما على إنشاء عقد السلم، وهذا الخلاف راجع كما سبق إلى اختلافهم في تعريف الركن، هل هو ما يتوقف عليه وجود الشيء وكان جزءاً منه، أو أنه ما يتوقف عليه وجود الشيء، سواء أكان جزءاً منه أم كان مختصاً به وليس جزءاً منه.

### الركن الأول: العاقدان

السلم عقد معاوضة مالية ينشأ بين طرفين متعاقدين بإرادتهما الحرة، فكلام المتعاقدين المعبر عن رضاها وإرادتهما بهذا العقد هو ركن العقد والمنشئ له، وعليه يرتب الشارع الآثار، فلا بد لانعقاد السلم ونفاذه أن يكون عاقداه وهما رب السلم (المشتري) والمسلم إليه (البائع) من أهل العبارة المعتبرة في إنشاء العقود والالتزام بآثارها، وأهلاً لصدوره عنه ويتحقق ذلك بشرطين هما<sup>2</sup>:

- **الشرط الأول:** أن يكونا أهلاً للمعاملة والتصرف، أي عندهما أهلية الأداء، ونعني بأهلية الأداء هي: "صلاحية الشخص لصدور الأقوال والأفعال منه على وجه يعتد به شرعاً"، وتتحقق هذه الأهلية في الإنسان البالغ العاقل الرشيد غير المحجور عليه بأي سبب من أسباب الحجر، وتكون الأهلية معدومة عند غير المميز كالجنون والصبي غير المميز الذي لم يبلغ السابعة من عمره وهذا باتفاق الفقهاء، لذا فإنه يكون أهلاً لعقد السلم مسلماً كان أو مسلماً إليه، فينعقد العقد بعبارة وينفذ.

<sup>1</sup> - جراب، بيع المعدوم وتطبيقاته المعاصرة، مرجع سابق، ص 50.

<sup>2</sup> - هيفاء شفيق سليمان الدويكات، عقد السلم كأداة للتمويل في المصاريف الإسلامية، رسالة ماجستير غير منشورة، تخصص الاقتصاد والمصاريف الإسلامية، جامعة اليرموك، أربد، الأردن، سنة 1999م، ص 24.

- **الشرط الثاني:** أن تكون لها ولاية على العقد وذلك باتفاق الفقهاء، والولاية المطلوبة فيمن يعقد السلم عن غيره، هي كونه مخلولا شرعا، وذلك إما بالنيابة الاختيارية التي تثبت بالوكالة، أو بالنيابة الإجبارية التي تثبت بتولية الشارع، وتكون لمن يلي مال المحجور عليهم من الأولياء الأوصياء الذين جعلت لهم سلطة شرعية على إبرام دون إنشاء التصرفات المالية لمصلحة من يلونهم. واشتراط الأحناف<sup>1</sup> في عقد السلم ألا يكون أحد العاقدين في مرض الموت، وخصّصوا لسلم المريض أحكاما خاصة، وفرقوا في حكم السلم في مرض الموت بين ما إذا كان رب السلم مريضا، وبين ما إذا كان المسلم إليه مريضا، وذلك حماية لحقوق الدائنين والورثة من تصرفاته الضارة بهم، حيث أن السلم مظنة المحاباة، لأن المبيع يباع بأقل من ثمنه.

### الركن الثاني: الصيغة (الإيجاب والقبول)

السلم عقد يتم بين طرفين، فوجوده يتوقف على صيغة تفصح عن رغبة المتعاقدين في إنشائه، وتعتبر بجلاء عن اتفاقهما على تكوينه، لأن النية أو الرغبة أمر باطني لا يمكن الاطلاع عليه، فلا بد من تعبير يدل عليه ويكشف عنه، وهو الإيجاب والقبول المتصلين المتوافقين.

اتفق الفقهاء<sup>2</sup> على صحة الإيجاب بلفظ السلم أو السلف، وكل ما اشتق منهما كأسلفتك وأسلمتك، وأعطيتك كذا سلما أو سلفا في كذا، لأنهما لفظان بمعنى واحد، وكلاهما اسم لهذا العقد، واتفقوا أيضا على صحة القبول بكل لفظ يدل على الرضا بما أوجبه الأول، مثل: قبلت ورضيت وكل لفظ يدل على الرضا والقبول.

واشترط جمهور الفقهاء في صيغة السلم أن تكون باتة لا خيار فيها لأي من العاقدين، لأنه عقد لا يقبل خيار الشرط، إذ يشترط لصحته تمليك رأس المال واقباضه للمسلم إليه قبل التفرق، ووجوب تحققهما مناف لخيار الشرط<sup>3</sup>.

وخالف المالكية<sup>4</sup> في ذلك وقالوا يجوز الشرط في السلم للعاقدين أو لأحدهما ثلاثة أيام فما دون ذلك، بشرط ألا يتم نقد رأس المال، فإن نقد فسد العقد مع شرط الخيار لتردد رأس المال بين السلفية والثنائية، وهذا هو الرأي المعتمد عند المالكية، وهو مبني على جواز تأخير قبض رأس مال السلم ثلاثة أيام فما دونهما لأن هذا التأخير

<sup>1</sup> - أنظر: السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، ج29، ص 38، 58 و78.

<sup>2</sup> - الكاساني، بدائع الضائع، مرجع سابق، ج5، ص 201. - النفراوي، الفواكه الدواني، مرجع سابق، ج2، ص 98. الشيرازي، المهذب، مرجع سابق، ج1، ص 297. - إبراهيم بن محمد بن عبد الله أبو إسحاق ابن مفلح، المبدع في شرح المقنع، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، سنة 1418هـ-1997م، ج4، ص 177.

<sup>3</sup> - الدويكات، عقد السلم كأداة للتمويل في المصارف الإسلامية، مرجع سابق، ص 27. - جراب، بيع المعدوم وتطبيقاتها المعاصرة، مرجع سابق، ص 51.

<sup>4</sup> - الدسوقي، حاشية الدسوقي، مرجع سابق، ج3، ص 196.

يسير فلا بأس به ومعفو عنه<sup>1</sup>، فإن الشرع إذا أثبت حكماً منوطاً بقاعدة فقد نيط بما يقرب منها، وإن لم يكن عينها<sup>2</sup>.

### الركن الثالث: المعقود عليه (المسلم ورأس المال)

والمعقود عليه يشمل كلا البديلين من المسلم فيه ورأس المال، ولا بد من توافر شروط عديدة منها ما هو مشترك بين البيع والسلم، ومنها ما هو خاص بالسلم وهي كالتالي:

#### أولاً: الشروط التي تتعلق بالبديلين معا

- 1- يشترط أن يكون رأس المال والمسلم فيه مالا متقوما طاهر العين منتفعا به انتفاعا شرعيا، فلا يجوز أحدهما خمرًا أو خنزيرًا.
- 2- يشترط ألا يكون البدلان مالين يتحقق في سلم أحدهما بالآخر بالنسيئة، وذلك بأن لا يجمع البديلين أحد وصفي علة بالفضل، لأن المسلم فيه مؤجل في الذمة، فيجب خلوه من ربا النسيئة، وهو بيع المال بجنسه مع تأخير أحد البديلين.
- 3- ذهب جمهور الفقهاء إلى اعتبار المنافع أموالا تحاز بجزأة أصولها، ولهذا أجازوا كونها أحد البديلين، وخالف الحنفية فلا يصح عندهم جعل المنافع بدلا<sup>3</sup>.

#### ثانياً: شروط رأس مال السلم

- 1- يشترط أن يكون معلوماً، لأنه بدل في عقد معاوضة، فإن كان حاضراً مشاهداً وقع العقد على عينه، وإن كان موصوفاً فيجب أن ينص في عقد السلم على جنسه ونوعه وقدره وصفته، فإن قبل الطرف الآخر وجب تعيين رأس المال في مجلس العقد.
  - 2- قبض رأس المال في مجلس العقد.
- واختلف الفقهاء في جواز تأخيره على رأيين هما:
- الرأي الأول:** ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة، إلى اشتراط تسليمه في مجلس العقد، وإلى عدم جواز تأخيره مطلقاً، لأن يصبح بيع دين بدين.

<sup>1</sup> - الموسوعة الفقهية الكويتية، مرجع سابق، ج25، ص 196.

<sup>2</sup> - محمد صدقي بن أحمد بن محمد آل بورنو، موسوعة القواعد الفقهية، الطبعة الأولى، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، سنة 1424هـ - 2003م، ج1، ص 214.

<sup>3</sup> - مجلة الأحكام العدلية، مرجع سابق، ص 31.

**الرأي الثاني:** ذهب المالكية إلى اشتراط القبض في مجلس العقد، إلا أنهم أجازوا تأخيره يومين أو ثلاثة أيام، لأنه حسب القاعدة الفقهية "ما قارب الشيء يعطى حكمه"<sup>1</sup>، وهذا التأخير يسير في حكم التعجيل.

### ثالثا: الشروط التي تتعلق بالمسلم فيه

- 1- أن يكون المسلم فيه ديناً موصوفاً في ذمة المسلم إليه، ولا يصح السلم إذا جعل المسلم فيه شيئاً معيناً بذاته، لأنه مخالف لمقتضى العقد، ومناقض للغرض المقصود منه، بالإضافة إلى ذلك فإن هذا التعيين يجعل السلم من عقود الغرر لاحتمال عدم القدرة على تنفيذ العقد لاحتمالية هلاك الشيء المعين قبل حلول وقت الأداء وبالتالي استحالة التنفيذ، وبناء على هذا الشرط فإن ما يصبح أن يكون مسلماً فيه من الأموال هو المثليات، كالمكيات والموزونات والمدروعات، والعديدات المتقاربة، والقيميات التي تقبل الانضباط بالوصف.
- 2- أن يكون المسلم فيه معلوماً ومنضبطاً، وذلك بأن يكون مبيناً بكل ما يرفع الجهالة ويحسم المنازعة، فاشتراط الفقهاء أن ينص في عقد السلم على جنس المسلم فيه ونوعه وقدره.
- 3- أن يكون المسلم فيه مؤجلاً، يرى جمهور الفقهاء أن الأجل من شروط السلم لقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ﴾<sup>2</sup>، ولقوله صلى الله عليه وسلم: "من أسلم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم"<sup>3</sup>، وذهب الشافعية إلى جواز السلم حالاً كما يجوز مؤجلاً<sup>4</sup>.
- 4- أن يكون الأجل معلوماً، اتفق الفقهاء على أن معلومية الأجل الذي يوفى فيه المسلم فيه شرطاً لصحة عقد السلم، فإن كان الأجل مجهولاً فالسلم فاسد، واستدلوا بقوله صلى الله عليه وسلم: "من أسلم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم"، وعدم تحديد ميعاد للأجل يؤدي إلى المنازعة وجهالة الأجل مفسدة للعقد<sup>5</sup>.
- 5- أن يكون المسلم فيه مقدور التسليم عند محله، ومقتضى هذا الشرط أن يكون المسلم فيه مما يغلب وجوده عند حلول الأجل، وهذا شرط متفق عليه لصحة السلم بين الفقهاء، وذلك لأن المسلم فيه واجب التسليم عند الأجل، فلا بد أن يكون تسليمه مقدوراً عليه حينئذ، وإلا كان من الغرر الممنوع،

<sup>1</sup> - أبو عبد الله بدر الدين محمد بن عبد الله بن بھادر الزركشي، المنثور في القواعد الفقهية، الطبعة الثانية، وزارة الأوقاف الكويتية، سنة 1405هـ - 1985م، ج3، ص 144.

<sup>2</sup> - سورة البقرة، الآية، 282.

<sup>3</sup> - سبق تخريجه

<sup>4</sup> - الموسوعة الفقهية، مرجع سابق، ج25، ص 212. - البدران، عقد الاستصناع، مرجع سابق، ص 121.

<sup>5</sup> - الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، مرجع سابق، ج2، ص 169.



فلا يجوز أن يسلم في ثمر إلى أجل لا يعلم وجود ذلك الثمر فيه، أو لا يوجد فيه إلا نادراً، كما لا يجوز أن يسلم في ثمار نخلة معينة أو ثمار بستان بعينه.

أما وجود المسلم فيه عند العقد فليس شرطاً لصحة السلم عند جمهور الفقهاء، فيجوز السلم في المعدوم وقت العقد وفيما ينقطع من أيدي الناس قبل حلول الأجل، وخالف في ذلك الحنفية<sup>1</sup>، فذهبوا إلى عدم صحة السلم إلا فيما هو موجود في الأسواق من وقت العقد إلى محل الأجل دون انقطاع، إذ لو مات المسلم إليه وجب أخذ المسلم فيه من تركته فيتعذر ذلك ويؤول إلى الغرر.

6- تعيين مكان الوفاء، اختلف الفقهاء في اشتراط تعيين مكان الإيفاء لأن المسلم فيه يحتاج عادة إلى مؤونة في نقله ونفقه لحمله، حيث ذهب كل من المالكية والحنابلة والصاحبان<sup>2</sup> من الحنفية، والشافعية في قولهم إلى أن الطرفين (المتعاقدين) إن عينا مكانا للتسليم عمل به<sup>3</sup>، وإلا يجب تسليمه في محل العقد.

وذهب أبو حنيفة والشافعي في قول آخر لهما إلى وجوب تعيين مكان الإيفاء لصحة عقد السلم، إن كان السلم فيه مما يحتاج إلى نفقة حمل، ولا يكفي اعتبار مكان العقد موضعاً للتسليم، لأنه لا يجب التسليم في الحال، ويختلف الأمر في وقت التسليم، ويؤدي الجهل إلى المنازعة لتفاوت الأغراض، والراجح هو القول الأول، فإن اتفق الفريقان على مكان التسليم وجب العمل به، وإن لم يعينا المكان فلا مانع من اعتبار مكان العقد مكاناً للإيفاء، لأن سكوتهما دليل رضاهما بتسليم المسلم فيه محل العقد<sup>4</sup>.

**مسألة:** حكم تعذر المسلم فيه عند حلول الأجل.

إذا انقطع المسلم فيه عند حلول الأجل بحيث تعذر على المسلم إليه إيفاؤه للمسلم في وقته، فقد اختلف الفقهاء فيما يترتب على ذلك من أحكام إلى ثلاثة مذاهب:

**المذهب الأول:** ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية في الأظهر عندهم والحنابلة في الأظهر عندهم أيضاً<sup>5</sup> إلى أن رب السلم مخير بين أن يصبر إلى وجوده، فيطالب به عندئذ، وبين أن يفسخ السلم ويرجع برأس ماله إن وجد على المسلم إليه أو بعوضه إن لم يوجد، لتعذر رده.

<sup>1</sup> - علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، تعريب فهمي حسين، الطبعة الأولى، دار الجيل، سنة 1411هـ - 1999م، ج1، ص 352.

<sup>2</sup> - وهما: أبو سف ومحمد بن الحسن الشيباني.

<sup>3</sup> - الموسوعة الفقهية، مرجع سابق، ج25، ص 216.

<sup>4</sup> - الدويكات، عقد السلم كأداة للتمويل في المصارف الإسلامية، مرجع سابق، ص 33.

<sup>5</sup> - علي ابن أبي بكر بن عبد الجليل أبو الحسن المرغيناني، الهداية في شرح بداية المبتدئ. تحقيق طلال يوسف، دون طبعة، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، دون تاريخ، ج3، ص 72. - الدسوقي، حاشية الدسوقي، مرجع سابق، ج3، ص 214. - الشيرازي، المهذب، مرجع سابق، ج1،

**المذهب الثاني:** ذهب بعض المالكية والشافعية في قول لهم<sup>1</sup> إلى أنه يفسخ السلم ضرورة، ويسترد رب السلم رأس المال، ولا يجوز التأخير، لأن المعقود عليه ثمرة هذا العام، وقد هلكت فانفسخ العقد.

**المذهب الثالث:** ذهب سحنون من المالكية<sup>2</sup> إلى عدم جواز فسخ العقد نتيجة لذلك، ويجب على رب السلم أن يصبر إلى أن يستطيع المسلم إليه تحصيله وتسليمه إليه. والراجح مذهب الجمهور لقربه للعقل والمنطق السليم<sup>3</sup>.

### الفرع الثالث: الفرق بين السلم وبيع المعدوم وقراري مجمع الفقه الإسلامي بشأن السلم وتطبيقاته

في هذا الفرع نحاول استقصاء الفروق بين السلم وبيع المعدوم (البند الأول)، ثم نتطرق إلى قراري مجمع الفقه الإسلامي بشأن السلم وتطبيقاته (البند الثاني).

#### البند الأول: الفرق بين السلم وبيع المعدوم<sup>4</sup>

قد يظهر بعض الغموض في أول وهلة بين تحريم الشريعة الإسلامية لبيع الغرر، ومنه بيع المعدوم وقت التعاقد، في حين أنها أباحت بيع السلم، وهو بيع يتم فيه التعاقد على شيء غير موجود وقت العقد، ولذلك ومن باب إزالة الإشكال والغموض نتطرق إلى التفريق بين بيع السلم وبيع المعدوم.

**أولاً:** بيع السلم لا ينصب على شيء معين، بل على شيء موصوف في الذمة فيقوم بعضه مقام بعض، فمن تعاقد على تسليم سلعة ذات مواصفات تنفي الجهالة عنها وقت التسليم يمكنه أن يسلم هذه السلعة بصفتها عند الأجل من أي جهة، من مزرعته أو مزرعة أخرى إن كانت زروع مثلاً.

أما بيع المعدوم فهو وارد على معدوم مجهول الوجود، كمن يتعاقد على ما ينتجه بستان بعينه أو أرض بعينها، فقد تنتج وقد لا تنتج، وإذا أنتج فهو مجهول المقدار والصفة.

ص302. - مرعي بن يوسف بن أبي بكر بن أحمد الكرمي الحنبلي، المقدسي، دليل الطالب لنيل المطالب، تحقيق أبو قتيبة نظر أحمد الغاربان، الطبعة الأولى، دار طيبة للنشر والتوزيع، الرياض، سنة 1425هـ-2004م، ص 119.

<sup>1</sup> - ابن رشد، بداية المجتهد، مرجع سابق، ج2، ص 154. - الشربيني، مغني المحتاج، مرجع سابق، ج2، ص 103.

<sup>2</sup> - ابن رشد، بداية المجتهد، مرجع سابق، ج2، ص 154.

<sup>3</sup> - جراب، بيع المعدوم وتطبيقاته المعاصرة، ص 62.

<sup>4</sup> - السالوس، فقه البيع والاستيثاق، مرجع سابق، ص ص 478-481.

ثانياً: بيع السلم ينصب على مبيع يشترط فيه أن يغلب وجوده عند الأجل، وهذا يجعل احتمال وجوده عند الأجل قويا، بخلاف بيع المعدوم الذي قد يتم على شيء غير موجود لا عند التعاقد ولا عند حلول الأجل وقد لا يغلب وجوده أصلاً.

ثالثاً: فيما لو لم يتم التسليم في بيع السلم عند الأجل المتفق عليه بين البائع والمشتري يخير المشتري فيه بين أن يفسخ العقد ويأخذ الثمن وبين أن يضرب له أجل جديد، وبين أن يأخذ شيئاً مساوياً في القيمة، وكل هذه الأمور تجعل الغرر في السلم ضئيلاً، وإن كان وارداً على المعدوم وقت التعاقد.

أما في بيع المعدوم فبمجرد العقد يدخل المبيع في ضمان المشتري، فإذا لم يوجد لم يلتزم البائع بتسليم شيء ولا يرد الثمن، وإذا وجد المبيع بقدر أقل من المتعاقد عليه فليس من حق المشتري أن يطلب الباقي، وإذا وجد بأزيد فليس من حق البائع أخذ شيء من المشتري.

مما سبق يتبين أن الغرر في بيع المعدوم واضح وفاحش، بخلاف بيع السلم المنضبط شرعاً، والذي يشترط فيه تعجيل الثمن عند العقد.

يقول ابن القيم: "وأما قياس السلم على بيع العين المعدومة التي لا يدري أيقدر على تحصيلها أم لا؟ من أفسد القياس صورة ومعنى، وصاحب الفطرة السليمة يدرك الفرق بين بيع الإنسان ما لا يملكه ولا هو مقدور له، وبين السلم إليه في محل مضمون في ذمته مقدور في العادة على تسليمه، فالجمع بينهما كالجَمع بين الميتة والمذكي والربا والبيع"<sup>1</sup>.

### البند الثاني: قراري مجمع الفقه الإسلامي بشأن السلم وتطبيقاته

أولاً: قرار مجمع الفقه الإسلامي بشأن عقد السلم.

وجاء فيه: "بعد الاطلاع على البحوث الواردة إلى مجمع بخصوص موضوع السلم، وبعد استماعه إلى المناقشات التي دارت حوله قرر ما يلي:

- أ- السلع التي يجري فيها السلم تشمل كل ما يجوز بيعه ويمكن ضبط صفاته ويثبت دينا في الذمة، سواء أكانت من المواد الخام أم المزروعات أم المصنوعات.
- ب- يجب أن يحدد لعقد السلم أجل معلوم، إما بتاريخ معين، أو بالربط بأمر مؤكد الوقوع، ولو كان ميعاد وقوعه يختلف اختلافاً يسيراً لا يؤدي للتنازع كموسم الحصاد.

<sup>1</sup> - ابن القيم، إعلام الموقعين، مرجع سابق، ج1، ص 301.

- ج- الأصل تعجيل قبض رأس مال السلم في مجلس العقد، ويجوز تأخيره ليومين أو ثلاثة ولو بشرط، على ألا تكون مدة التأخير مساوية أو زائدة عن الأجل المحدد للسلم.
- د- لا مانع شرعا من أخذ المسلم (المشتري) رهنا أو كفيلا من المسلم إليه (البائع).
- هـ- يجوز للمسلم (المشتري) مبادلة المسلم فيه بشيء آخر (غير النقد) بعد حلول الأجل، سواء كان الاستبدال بجنسه أم بغير جنسه، حيث أنه لم يرد في منع ذلك نص ثابت ولا إجماع، وذلك بشرط أن يكون البديل صالحا لأن يجعل مسلما فيه برأس مال السلم.
- و- إذا عجز المسلم إليه عن تسليم المسلم فيه عند حلول الأجل، فإن المسلم (المشتري) يخير بين الانتظار إلى أن يوجد المسلم فيه وفسخ العقد وأخذ رأس ماله، وإن كان عجزه عن إعسار فنظرة إلى ميسرة.
- ز- لا يجوز الشرط الجزائي عن التأخير في تسليم المسلم فيه، لأنه عبارة عن دين، ولا يجوز اشتراط الزيادة في الديون عن التأخير.
- ح- لا يجوز جعل الدين رأس مال للسلم، لأنه من بيع الدين بالدين<sup>1</sup>.

ثانيا: قرار مجمع الفقه الإسلامي بشأن تطبيقات عقد السلم.

من الجميل الوقوف في البداية على ما جاء في قرار مجمع الفقه الإسلامي بشأن التطبيقات المعاصرة للسلم، ليتضح لنا هل بيع العقار على التصاميم ضمن هذه التطبيقات أم لا، حيث جاء في القرار ما يلي:

"يعدّ السلم في عصرنا الحاضر أداة تمويل ذات كفاءة عالية في الاقتصاد الإسلامي وفي نشاطات المصارف الإسلامية، من حيث مرونتها واستجابتها لحاجات التمويل المختلفة، سواء أكان تمويلًا قصير الأجل أم متوسطة أم طويلة، واستجابتها لحاجات شرائح مختلفة ومتعددة من العملاء، سواء أكانوا من المنتجين الزراعيين أم الصناعيين أم المقاولين أم من التجار، واستجابتها لتمويل نفقات التشغيل والنفقات الرأسمالية الأخرى.

ولهذا تعددت مجالات تطبيق عقد السلم، ومنها ما يلي:

- أ- يصلح عقد السلم لتمويل عمليات زراعية مختلفة، حيث يتعامل المصرف الإسلامي مع المزارعين الذين يتوقع أن توجد لديهم السلعة في الموسم من محاصيلهم، أو محاصيل غيرهم التي يمكن أن يشتروها ويسلموها إذا أخفقوا في التسليم من محاصيلهم، فيقدم لهم بهذا التمويل نفعا بالغا، ويدفع عنهم مشقة العجز المالي عن تحقيق إنتاجهم.

<sup>1</sup> - القرار رقم 85 (9/2) الصادر عن مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنعقد في دورة مؤتمر التاسع بأبو ظبي في دولة الإمارات العربية المتحدة، من 1 إلى 6 ذي القعدة 1415هـ، الموافق ل: 1 إلى 6 نيسان (إبريل) 1995م، بشأن السلم وتطبيقاته المعاصرة. أنظر: مجلة المجمع، العدد التاسع، ج1، ص 371.

- ب- يمكن استخدام عقد السلم في تمويل النشاط الزراعي والصناعي، ولاسيما تمويل المراحل السابقة لإنتاج وتصدير السلع والمنتجات الرائجة، وذلك بشرائها سلماً وإعادة تسويقها بأسعار مجزية.
- ج- يمكن تطبيق عقد السلم في تمويل الحرفيين وصغار المنتجين الزراعيين والصناعيين، عن طريق إمدادهم بمستلزمات الإنتاج في صورة معدات أو آلات أو مواد أولية كراس مال سلم مقابل الحصول على بعض منتجاتهم وإعادة تسويقها<sup>1</sup>.

### المطلب الثاني: مفهوم وحكم الاستصناع

نتناول في هذا المطلب أحد الاستثناءات من بيع المعدوم عند الجمهور وهو عقد الاستصناع (ملحق رقم 02)<sup>2</sup> ويكون ذلك في ثلاثة فروع، الفرع الأول نتطرق فيه إلى مفهوم عقد الاستصناع ومشروعيته (الفرع الأول)، وثانياً نتناول أركانه وشروطه ومسائل (الفرع الثاني)، وأخيراً ندرس الفرق بين السلم والاستصناع ونذكر قرار مجمع الفقه الإسلامي بشأن الاستصناع (الفرع الثالث).

### الفرع الأول: مفهوم عقد الاستصناع وحكمه

نذكر في هذا الفرع التعريف اللغوي، والتعريف الفقهي والاتجاهات في التعريف الفقهي (البند الأول) ثم نتطرق إلى أدلة مشروعيته (البند الثاني).

### البند الأول: تعريف الاستصناع لغة واصطلاحاً

#### أولاً: تعريف الاستصناع لغة

جاء في لسان العرب "يقال اصطنع فلان" خاتماً إذا سأل رجلاً أن يصنع له خاتماً... واستصنع الشيء دعا إلى صنعه... والصناعة حرفة الصانع، وعمله الصناعة، والصناعة: ما ستصنع من أمر... ورجل صنيع اليدين وصنع بكسر اليدين أي: صانع حاذق"<sup>3</sup>.

وفي المصباح المنير: "صنعته (أصنعه) (صنعا) والاسم (الصناعة) والفاعل (صانع) والجمع (صناع) و(الصنعة) عمل الصانع"<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - القرار رقم 85 الصادر (9/2) الصادر عن مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنعقد في دورة مؤتمره التاسع بأبوظبي الإمارات العربية المتحدة، من 1 إلى 6 ذي القعدة 1415هـ، الموافق ل: 1 إلى 6 نيسان (إبريل) 1995م، بشأن السلم وتطبيقاته المعاصرة. أنظر: مجلة المجمع، العدد التاسع، ج1، ص 371.

<sup>2</sup> - ص 238.

<sup>3</sup> - ابن منظور، لسان العرب، مرجع سابق، ج08، ص 209.

<sup>4</sup> - الفيومي، المصباح المنير، مرجع سابق، ج01، ص 340.

وفي الموسوعة الفقهية: "الاستصناع في اللغة: مصدر استصنع الشيء أي دعا إلى صنعه، ويقال اصطنع فلان بابا: إذا سأل رجلا أن يصنع له بابا، كما يقال: اكتتب أي أمر أن يكتب له"<sup>1</sup>.

ومن هذا يتبين أن مفهوم الاستصناع في اللغة: هو طلب عمل الصنعة من الصانع فيما يصنعه، أي أن يطلب الرجل من صانع أن يعمل له شيئا ما ويصنعه مما هو من حرفته وصناعته.

### ثانيا: تعريف الاستصناع اصطلاحا

تعريف الاستصناع عند الفقهاء يتجه اتجاهين<sup>2</sup>:

**الاتجاه الأول:** وهو اتجاه عامة الحنفية، حيث يعتبرونه عقدا مستقلا بذاته، له طبيعته الخاصة التي تميزه عن غيره، وهو ما يسمى في القانون بالعقد المسمى.

**الاتجاه الثاني:** وهو للمذاهب الثلاثة: المالكية والشافعية والحنابلة، حيث لم يعترفوا بالاستصناع كعقد مستقل مسمى باسمه، بل يعتبرونه نوعا من عقد السلم أو البيع بالصفة<sup>3</sup>.

### أ- تعريف الاستصناع عند أصحاب الاتجاه الأول (الحنفية):

الناظر لكتب الفقه الحنفي يجد أن الأحناف عرفوا الاستصناع بطريقتين، فمنهم من عرفه بذكر صورته ومنهم من عرفه بتعريف لفظي.

فمن عرفه بذكر صورته نذكر:

قول الكاساني<sup>4</sup>: "أما صور الاستصناع فهي أن يقول إنسان لصانع من خفاف<sup>5</sup> أو صفار<sup>6</sup> أو غيرهما، أعمل لي خفا، أو آنية من أديم أو نحاس من عندك بثمان كذا، ويبين نوع ما يعمل وقدره وصفته، فيقول الصانع نعم"<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> - الموسوعة الفقهية، مرجع سابق، ج3، ص 326.

<sup>2</sup> - أسامة بن حمود بن محمد الاحم، بيع الدين وتطبيقاته في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، دار الميامن للنشر والتوزيع، الرياض، السعودية، سنة 2012م، ج1، ص 644.

<sup>3</sup> - كاسب عبد الكريم البدران، عقد الاستصناع في الفقه الإسلامي، الطبعة الثانية، جامعة الملك فيصل، كلية التربية، السعودية، سنة 1404هـ-1984م، ص 54.

<sup>4</sup> - هو: "أبو بكر سعود بن أحمد علاء الدين الكاساني، من فقهاء الحنفية، نفقه على يد علاء الدين السمرقندي، وتوفي سنة 578هـ، بحلب من مصنفاته: "بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع"، "والسلطان المبين في أصول الدين". أنظر: عبد القادر محي الدين الحنفي، الجواهر المضبوطة في طبقات الحنفية. تحقيق عبد الفتاح محمد الحلوة، الطبعة الثانية، هجر للطباعة والنشر، الرياض، السعودية، ج2، ص 246. - عمر رضا كحالة، معجم المؤلفين، الطبعة الثانية، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، سنة 1993م، ج2، ص 70.

<sup>5</sup> - الخفاف: صانع الأحذية.

<sup>6</sup> - الصفار: صانع الآنية من النحاس الأصفر.

<sup>7</sup> - الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج5، ص 2.

وعرفته مجلة الأحكام بقولها في المادة 388: "إذا قال شخص لأحد من أهل الصنائع: أصنع لي الشيء الفلاني بكذا قرشا وقبل الصانع ذلك، انعقد البيع استصناعا، مثلا: لو أرى المشتري رجله لخفاف وقال: اصنع لي زوجي خف...أو تقاول مع نجار على أن يصنع له زورقا، أو سفينة وبين له طولها وعرضها وأوصافها اللازمة، وقبل النجار انعقد العقد، كذلك لو تقاول مع صاحب معمل أن يصنع له كذلك بنديقة..."<sup>1</sup>.

أما الذين عرفه بتعريف لفظي نذكر:

قول ابن عابدين<sup>2</sup>: "الاستصناع هو طلب العمل منه في شيء خاص على وجه مخصوص"<sup>3</sup>.

وعرفته مجلة الأحكام العدلية بقولها: "الاستصناع عقد مقاوله من أهل الصنعة على أن يعملوا شيئا فالعامل صانع والمشتري مستصنع والشيء مصنوع"<sup>4</sup>.

من خلال ذكر تعريفات الحنفية للاستصناع نلاحظ ما يلي:

- إن تعريف الاستصناع بطلب الصنعة أو طلب العمل من الصانع، كما عرفه ابن عابدين لا يوضح هل الاستصناع عقد أو وعد، ولا يميز بين الاستصناع والإجارة، وكذلك القول بأنه عقد مقاوله مع أهل الصنعة.
- كما أن تعريف مجلة الأحكام، لا يميز عقد الاستصناع عن الإجارة التي هي أحد قسمي المقاوله.
- أما التعاريف التي ذكرت صور الاستصناع فهي وإن كانت قريبة إلى حقيقة الاستصناع إلا أنها خارجة عن حد الاختصار الذي يجب أن يتوفر في التعريف.

### التعريف المختار:

التعريف الذي نختاره هو تعريف أحد الباحثين المعاصرين الذي وضعه بعد عملية تقصي واستقراء تام لمعنى هذا العقد عند الحنفية وهو كما يلي: "عقد على مبيع موصوف في الذمة يشترط فيه العمل على وجه مخصوص بثمن معلوم"<sup>5</sup>.

شرح التعريف وإخراج المحترزات.

<sup>1</sup>- مجلة الأحكام العدلية، مرجع سابق، ص 75.

<sup>2</sup>- هو: "ابن عابدين، محمد بن عمر بن عبد العزيز، ولد بدمشق، سنة 1998هـ، حفظ القرآن صغيرا وتلمذ على يد خلق كثير، عرف بالتدين والصلاح والتقوى، له مؤلفات كثيرة منها: رد المختار على الدر المختار ورفع الأنظار على ما أورده الحلبي على الدر المختار، والعقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية إلى غير ذلك من المؤلفات، توفي رحمه الله سنة 1252هـ.. أنظر: الزركلي، الأعلام، مرجع سابق، ج 6، ص 42.

<sup>3</sup>- ابن عابدين، الدر المختار شرح تنوير الأبصار، تحقيق مجموعة من المحققين، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، سنة 145هـ-1994م، ج 7، ص 474.

<sup>4</sup>- مجلة الأحكام العدلية، مرجع سابق، المادة 124، ص 113.

<sup>5</sup>- كاسب عبد الكريم البدران، عقد الاستصناع في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 53.

فالقول بأنه "عقد" يخرج الوعد والمواعدة<sup>1</sup>.

- "على مبيع" تخرج الإجارة لأنها عقد على منافع لا على عين.
- "موصوف" ينفي عنه الغرر والجهالة التي تفسد العقد.
- "في الذمة" تعليقه بالذمة يعني إمكانية وجوده حتى تفرغ الذمة منه.
- "يشترط فيه العمل" يخرج السلم إذ أن السلم لا يشترط فيه العمل.
- "على وجه مخصوص" أي جامع لشروط الاستصناع.
- "بشأن معلوم" ينفي الغرر ويخرج السلم لأنه يبيع آجل بعاجل، والاستصناع لا يشترط فيه أخذ الثمن عاجلاً، بل أن يكون مقدراً.

#### ب- تعريف الاستصناع عند الاتجاه الثاني:

وهو عند الجمهور من المالكية<sup>2</sup> والشافعية<sup>3</sup> والحنابلة<sup>4</sup>، الذين لا يذكرون عقد الاستصناع كعقد مستقل مسمى كالحنفية، وإنما يذكرونه في باب السلم، في بيع شيء موصوف في الذمة مما تدخله الصنعة، فتعريف الاستصناع وأحكامه عند هؤلاء يؤخذ من تعريف وأحكام السلم عند الكلام عن السلف في الشيء المسلم للغير من الصناعات، فالاستصناع عندهم هو نوع من السلم حكمه حكم السلم، لا يجوز إلا بوصف العمل وضرب الأجل وتقدم رأس المال أي تعجيله كله، وعدم تقسيطه وإلا بطل الاستصناع.

#### البند الثاني: حكم الاستصناع

اختلف العلماء في حكم الاستصناع، فالجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة اعتبروه سلماً كما سبقت الإشارة إليه، وذهب الأحناف إلى أنه عقد مستقل يختلف عن السلم فلا يجب مراعاة شروط السلم فيه، وعليه اختلف الفقهاء في مشروعية الاستصناع إلى مذهبين<sup>5</sup>:

1- البدران، عقد الاستصناع، مرجع سابق، ص 59.

2- الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج 3، ص 217.

3- أبو عبد الله محمد بن إدريس الشافعي، الأم، دون طبعة، دار المعرفة، بيروت، لبنان، سنة 1990م، ج 3، ص 23.

4- ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ج 4، ص 208.

5- ناصر أحمد إبراهيم النشوي، أحكام عقد الاستصناع في الفقه الإسلامي، دون طبعة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، سنة 2005، ص ص 190-259.



**أولاً: المذهب الأول:** وهو قول المالكية والشافعية والحنابلة وزفر<sup>1</sup> من الحنفية<sup>2</sup>، الذين ذهبوا إلى عدم جواز الاستصناع بالصورة التي أجازها الأحناف، بل جعلوه قسم من أقسام السلم واستدلوا بما يلي:

- 1- أن النبي صلى الله عليه وسلم، قال لحكيم ابن حزام: "لا تبع ما ليس عندك"<sup>3</sup>.  
**وجه الاستدلال:** إن الاستصناع عقد وارد على معدوم، أو على ما ليس عند الإنسان فهو داخل تحت النهي في الحديث.
- مناقشة الاستدلال: إن معنى الحديث ينحصر في النهي عن بيع شيء معين غير مملوك لدائمه، كأن يقول: اشتر مني سلعة فلان، لأنه غرر إذ لا يدري هل يبيعه فلان أم لا، وهل يكون بمثل الثمن أو أقل، وهذا يؤدي إلى النزاع والخلاف<sup>4</sup>.
- 2- أن النبي صلى الله عليه وسلم: "نهى عن بيع الكالي بالكالي"<sup>5</sup>، وقد فسر شرح الحديث بأنه بيع النسيئة بالنسيئة أو بيع الدين بالدين<sup>6</sup>.  
**وجه الاستدلال:** أنه إذا أجزنا تأخير الثمن في الاستصناع، فيكون كل من الثمن والسلعة ديناً فنقع في النهي الوارد في الحديث.
- مناقشة الاستدلال: إن هذا الحديث لا يصح الاستدلال به لأنه حديث ضعيف الإسناد<sup>7</sup>.
- 3- **استدلالهم بالإجماع:** حيث قالوا: إن الأمة مجمعة على أنه لا يجوز بيع الدين بالدين والاستصناع يعدّ من هذا القبيل، جاء في تكملة المجموع: "وقد أجمع أهل العلم على أن بيع الدين بالدين لا يجوز"<sup>8</sup>.

1 - هو: "زفر بن الهذيل بن قيس بن سلم العنبري، ولد سنة 110هـ، أصله من أسبهان، تفقه على يد أبي حنيفة، وهو من أكبر تلامذته في البصرة، توفي سنة 158هـ". أنظر: الذهبي، سير أعلام النبلاء، مرجع سابق، ج 8، ص 38.

2- ابن الهمام، فتح القدير، مرجع سابق، ج 07، ص 45.

3- سبق تخريجه.

4- على محي الدين القر داغي، حديث لا تبع ما ليس عندك سنده وفقهه، بحث منشور في كتاب: بحوث في فقه المعاملات المعاصرة، دون طبعة، دار البشائر، بيروت، لبنان، سنة 2001م، ص 106.

5- أحمد بن الحسين أبو بكر البيهقي، السنن الكبرى، تحقيق محمد عبد القادر عطا، باب: ما جاء في النهي عن بيع الدين بالدين، الطبعة الثالثة، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، سنة 2003م، ج 5، ص 474. - عبد الله الحاكم النيسابوري، المستدرک علی الصحیحین، تحقيق مصطفى عبد القادر عطا، كتاب البيوع، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، سنة 1990م، ج 2، ص 65.

6- الكالي هو: "حقيقة بيع شيء في الذمة بشيء في ذمة أخرى غير سابق تقرر إحداها على الآخر" الرصاع، شرح حدود ابن عرفة، مرجع سابق، ص 348.

7- أسامة بن حمود بن محمد اللاحم، بيع الدين وتطبيقاته المعاصرة في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، دار الميمان للنشر والتوزيع، الرياض، السعودية، سنة 2012م، ج 1، ص 662.

8- النووي، المجموع شرح المذهب مع تكملة السبكي والمطيعي، مرجع سابق، ج 10، ص 107.

ثانيا: المذهب الثاني: وهو قول جمهور الحنفية، حيث ذهبوا إلى أن الاستصناع عقد مستقل وهو عقد جائز، سواء دفع الثمن في مجلس العقد، أو دفع جزء منه، أو لم يدفع شيئا منه وأخره كله أو بعضه إلى إحضار المستصنع، أو بعد إحضاره دفعة واحدة أو على دفعات، وقد استدلو بما يلي:

### 1- من الكتاب:

قوله تعالى: ﴿قَالُوا يَا ذَا الْقُرْنَيْنِ أَنْ يَا جُوجَ وَمَأْجُوجَ مُفْسِدُونَ فِي الْأَرْضِ فَهَلْ نَجْعَلُ لَكَ خَرْجًا عَلَى أَنْ تَجْعَلَ بَيْنَنَا وَبَيْنَهُمْ سَدًّا، قَالَ مَا مَكَّنِّي فِيهِ رَبِّي خَيْرٌ فَأَعِينُونِي بِقُوَّةٍ أَجْعَلْ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُمْ رَدْمًا﴾<sup>1</sup>.

أي: هل نقرض لك من أموالنا جزء كضريبة وخراج لتجعل وتصنع سدا يحمينا من شر يأجوج ومأجوج<sup>2</sup>.  
وجه الاستدلال: إن القوم طلبوا من ذي القرنين أن يصنع لهم سدا مقابل مال يدفعونه له، والقرآن لم يرفض الطريقة التي اقترحوها ولم ينكرها، فإنها تكون مشروعة في ديننا<sup>3</sup>.

### مناقشة وجه الاستدلال:

أ- إن قصة ذي القرنين حكاية عن رجل صالح ليس لها علاقة بالتشريع.  
ب- الآية وإن كانت إخبارا عن شرع من قبلنا لكن لا نسلم أن شرع من قبلنا يعدّ شرعا لنا بالاتفاق بل هو أمر مختلف في حجيته، والقاعدة أنه لا يجوز إثبات المختلف فيه بالمختلف فيه<sup>4</sup>.

### 2- من السنة:

عن أنس بن مالك رضي الله عنه: "أنه رأى في يد رسول الله (صلى الله عليه وسلم) خاتما من ورق يوما واحدا، ثم إن الناس اصطنعوا الخواتيم من ورق فلبسوها، فطرح سول الله (صلى الله عليه وسلم) خاتمه فطرح الناس خواتيمهم"<sup>5</sup>.  
عن نافع أن عبد الله حدثه: "أن النبي صلى الله عليه وسلم اصطنع خاتما من ذهب وجعل فسه في بطن كفه إذا لبسه، فاصطنع الناس خواتيم من ذهب، فرقى المنبر فحمد الله وأثنى عليه، فقال: "إني كنت اصطنعته وإني لا ألبسه فنبذه، فنبذ الناس"<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> - سورة الكهف، الآية 94-95.

<sup>2</sup> - محمد علي الصابوني، صفوة التفاسير، دون طبعة، دار الفكر، لبنان، دون تاريخ، ج 2، ص 206.

<sup>3</sup> - محمد سليمان الأشقر وآخرون، بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة، الطبعة الأولى، دار النفائس، الأردن، سنة 1998م، ص 228.

<sup>4</sup> - النشوي، أحكام عقد الاستصناع، مرجع سابق، ص ص 238-239.

<sup>5</sup> - أخرجه البخاري ومسلم، صحيح البخاري، كتابا للباس، مرجع سابق، ج 7، ص 51. صحيح مسلم، كتاب اللباس، مرجع سابق، ج 07، ص 1657.

<sup>6</sup> - البخاري، صحيح البخاري، كتاب اللباس، مرجع سابق، ج 07، ص 157.

وجه الاستدلال: هذه الأحاديث تعتبر أدلة على مشروعية الاستصناع، حيث أن النبي صلى الله عليه وسلم اصطنع خاتما واصطنع أصحابه خواتيم ولم ينههم، وهذا دليل على مشروعية الاستصناع.

### مناقشة وجه الاستدلال:

أ- ما حدث من النبي (صلى الله عليه وسلم) وأصحابه يحتمل أنهم قدموا المادة للصانع فالصانع حينئذ أجير، ولكن يدفع هذا بالقول إن هذا بعيد لعدم نقله إذ نقل ما هو أقل أهمية منه.  
ب- إن النبي صلى الله عليه وسلم لما نهى عن بيع الدين بالدين يحتمل أن يكون دفع الثمن في مجلس العقد فيكون استصناعا بشرط السلم، ولكن يرد على هذه المناقشة أنه لو دفع الثمن في المجلس لنقل وهذا لم ينقل.

### 3- من الإجماع:

وحاصله أن الناس يتعاملون بالاستصناع من لدن رسول الله (صلى الله عليه وسلم) إلى اليوم بلا نكير، وتعامل الناس من غير نكير أصل من الأصول كبير وهذا الإجماع هو ما يسمى بالإجماع العملي.

والمشاهد في عصرنا أن فقهاء المذاهب الثلاثة التي لا تجيز الاستصناع إلا بطريق السلم يمارسونه عمليا في حاجاتهم الخاصة، وحاجات أبنائهم من أحذية وملابس وسواها ولا يجدون منه بدأ<sup>1</sup>.

مناقشة الاستدلال: إن هذا النوع من الإجماع غير مسلم به ولا ينعقد، لأن فقهاء المذاهب الثلاثة لم يقولوا بمشروعيته كما قال به الحنفية، فمن أين يتأتى انعقاد الإجماع على هذه المسألة.

### 4- من الاستحسان:

وهو من عمدة أدلة الحنفية في مشروعية الاستصناع، فالشرع نهى عن بيع المعدوم والتعاقد عليه، والاستصناع (الذي يراه الحنفية يباع ومعاقدة) يعدّ من المعدوم وقت التعاقد، فأجازوه استحسانا، للإجماع الثابت بالتعامل بحسب قولهم<sup>2</sup>.

مناقشة الاستدلال: إن الاستحسان من الأدلة المختلف فيها، ولا يجوز إثبات المختلف فيه (الاستصناع) بالمختلف فيه (الاستحسان)، ويمكن أن يرد على هذه المناقشة فيقال: «إن المختلفين في الاستحسان لم يحرروا موضع النزاع واختلافهم هو اختلاف ظاهري لفظي لا حقيقي»<sup>3</sup>.

### 5- من المعقول:

قالوا: إن الحاجة تدعو الناس إلى احتياج أشياء معينة ومخصوصة غير موجودة مما يضطرهم إلى صناعتها، ولو أغلق الباب أمامهم لوقعوا في الحرج والشريعة جاءت للتيسير ورفع الحرج.

<sup>1</sup> - النشوي، أحكام عقد الاستصناع، مرجع سابق، ص 217.

<sup>2</sup> - السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، ج 12، ص 138.

<sup>3</sup> - النشوي، أحكام عقد الاستصناع، مرجع سابق، ص 245.

والاستصناع اشتمل على معنى عقدين جائزين السلم والإجارة فهو جائز<sup>1</sup>.

مناقشة الاستدلال:

يمكن أن يقال إن الحاجة الماسة بمنزلة الضرورة التي تبيح المحظور ولكن هذا بقيدين هما:

1- الضرورة تقدر بقدرها.

2- أن ما جاز لعذر بطل بزواله.

والناظر للاستصناع يجد أن هذه القيود غير متحققة فيه لوجود البديل الشرعي، ويمكن أن يردّ هذا أن

الحاجة إلى الاستصناع قائمة ولا سيما أن هذا العقد يحقق مصالح عظيمة وفوائد كبيرة.

ثالثاً: الموازنة والترجيح:

إن أدلة المذهبين لم تسلم من المناقشة وهذا ما يصعب الترجيح بين الأدلة، ولكن مع التسليم بهذا الأمر فإننا نجد الفقهاء قد اتفقوا على جواز عقد الاستصناع المتضمن لعقد السلم، وعليه فإن الراجح في هذه المسألة هو ما ذهب إليه جمهور الحنفية من أن الاستصناع عقد جائز ومشروع ومستقل بذاته، لأن الأخذ بهذا الرأي يعدّ تيسيراً للمتعاملين في المجتمع الإسلامي، والتيسير مبدأ من مبادئ التشريع، التي ثبت أصلها بالكتاب والسنة.

الفرع الثاني: أركان وشروط ومسائل متعلقة بالاستصناع

تمهيد:

لابد لقيام الاستصناع وتحققه من استيفائه لمجموعة من الأسس والقواعد الخاصة حتى يعتد بمشروعيته، والحكم عليه بصحة ووجوده، وبيان ذلك أن لكل نوع من المعاملات والتصرفات في الفقه الإسلامي إطاره الخاص الذي تتحدد فيه صورته، وتتجلى فيه خصائصه، حتى لا يلتبس بغيره أو يتداخل مع نوع آخر يصعب الوقوف على حقيقته، والتعرف على طبيعة نظامه.

وأركان الاستصناع هي الأركان العامة لكل عقد وإن اختلف مضمونها تبعاً لمعيار طبيعة الاستصناع وخصائصه، وبناء على ذلك اختلف الفقهاء في تحديد هذه الأركان على مذهبين.

المذهب الأول: يرى أصحابه أن للإستصناع أركان ثلاثة إجمالاً أحدهما الصيغة (الإيجاب والقبول)، ثانيهما العاقدان (الصانع والمستصنع)، ثالثهما المعقود عليه (العين والعمل والثمن)، وهذا ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من

<sup>1</sup> - النشوي، أحكام عقد الاستصناع، مرجع سابق، ص ص 250، 251.

المالكية والشافعية والحنابلة، وهذه الأركان عندهم تؤخذ من عقد السلم لأن الاستصناع عندهم هو نوع من أنواع السلم في المصنوعات.

**المذهب الثاني:** ويرى أصحابه أن للاستصناع ركنا واحدا إجمالا وهو الصيغة<sup>1</sup>، وإثنان تفصيلا هما (الإيجاب والقبول)، أما ما عدا الصيغة من العاقدين والمعقود عليه فهما من الشروط وليس من الأركان، وهذا ما ذهب إليه الحنفية ومن وافقهم.

وسبب الاختلاف اختلافهم في تعريف الركن، كما بينا أثناء التطرق إلى أركان البيع بصفة عامة.

والذي نسير عليه في بحثنا هذا هو رأي الجمهور، القائلين بأن أركان عقد الاستصناع هي الأركان نفسها العامة لكل عقد، وهي ثلاثة إجمالا: الصيغة، العاقدان، والمعقود عليه.

وذلك لأنه مادام وجود العقد متوقفا عليها فلا بد من اعتبارها جميعا، وعليه نفصل القول في الأركان وشروطها (البند الأول)، ومسائل متعلقة بالاستصناع (البند الثاني).

### البند الأول: الأركان وشروطها

#### أولا: الركن الأول: الصيغة وشروطها

الصيغة هي كل ما يدل على رضا الجانبين المستصنع والصانع<sup>2</sup> (الإيجاب والقبول)، ويقابلها في الاصطلاح القانوني طبقا للقواعد العامة ركن التراضي أو الرضا، وهي ترتيب الكلام على نحو معين صالح لترتيب الآثار المقصودة منه، وعند الأحناف الإيجاب عبارة عما يصدر أولا من كلام المتعاقدين أو ما يقوم مقام كل منهما الدال على الرضا، أما القبول فهو ما يصدر من الطرف الثاني جوابا للأول<sup>3</sup>، وعند الجمهور الإيجاب من البائع، سواء صدر أولا أو آخرا، والقبول هو ما صدر من المشتري وإن صدر أولا، والصيغة نوعان:

**النوع الأول:** الصيغة القولية<sup>4</sup> وما يقوم مقامها من رسول وكتاب، فالقول: كأن يقول البائع قد بعثك ثوبي بكذا، أو أرسل له رسولا فقبل البيع في المجلس، والقول يكون باللفظ الذي يدل على التملك: كبتت واشترت.

<sup>1</sup> - الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ص 92.

<sup>2</sup> - البدران، عقد الاستصناع في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 146.

<sup>3</sup> - ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، مرجع سابق، ج 5، ص 283.

<sup>4</sup> - البدران، عقد الاستصناع في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 146.

**النوع الثاني:** المعاطاء، وهي الأخذ والإعطاء دون كلام، كأن يشتري شيئاً معلوم له، فأخذه المشتري ويعطى الثمن للبائع فيقبضه وهذا عند جمهور الفقهاء، أما عند الشافعية فيرون أن العقد لا يتم إلا بالإيجاب والقبول وهذا في العقد بصورة عامة<sup>1</sup>.

وفي الاستصناع ينبغي ألا يكون بالمعاطاء، لأنه لا بد من أوصاف يذكرها المستصنع، واستعداد للعمل من الصانع، وهذا يستدعي إيجاباً وقبولاً<sup>2</sup>.

ولما كانت الصيغة هي المعبرة عن إرادة الطرفين، والإرادة من الأمور الباطنة ويترتب عنها نتائج في الأمور والأعمال، فيجب أن تتوفر لها شروط هي:

1. وضوح المعنى في صيغة العقد، بأن تكون مادة اللفظ المستعمل للإيجاب والقبول في عقد الاستصناع تدل دلالة واضحة على هذا النوع من العقود.
2. توافق الإيجاب والقبول من جميع الوجوه.
3. جزم الإرادتين بلا تردد ولا تسويق<sup>3</sup>.

وعليه فلتتمام الصيغة لا بد من وجود العاقدين، ثم صدور الإيجاب والقبول.

### ثانياً: الركن الثاني: العاقدان

يقصد بالعاقدين في الاستصناع الصانع: وهو من يقوم بالعمل في شيء معين، والمستصنع وهو من يطلب عمل شيء معين بأوصاف معينة<sup>4</sup>، فهما من يصدران الصيغة (الإيجاب والقبول) ويشترط فيهما ما يلي:

- 1- الأهلية الكاملة للمعاملة والتصرف: أي أهلية الأداء وتعني صلاحية الشخص لصدور التصرفات عنه على وجه يعتد به شرعاً، وتتحقق هذه الأهلية بالعقل والتمييز والرشد وعدم الحجز.
- 2- الولاية وتعني أن يكون للعاقد سلطة تمكنه من تنفيذ العقد وترتيب آثاره الشرعية عليه، وهذه السلطة ناشئة من كونه مالكا يتصرف بالأصالة عن نفسه، أو نائباً عن المالك الأصلي بالوكالة أو الوصاية<sup>5</sup>.

1 - الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج6، ص 2983. - الصاوي، الشرح الصغير، مرجع سابق، ج3، ص14. - الشيرازي، المهذب، مرجع سابق، ج1، ص 257. - ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ج4، ص4.

2 - البدران، عقد الاستصناع في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 146.

3 - الزرقاء، المدخل الفقهي العام، مرجع سابق، ج1، ص 405.

4 - النشوي، أحكام عقد الاستصناع، مرجع سابق، ص 387.

5 - بلخير أحمد، عقد الاستصناع وتطبيقاته المعاصرة، رسالة ماجستير، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية قسم الشريعة، فرع الاقتصاد الإسلامي، جامعة الحاج لخضر، باتنة، سنة (1428، 1429هـ) (2007، 2008م)، ص 16.

- 3- أن يكون العاقد متعدداً، وهذا الشرط يذكره الحنفية<sup>1</sup>، فالواحد لا يصلح عاقداً من الجانبين، أما بالنسبة للمذاهب الأخرى فهم يرون ذلك أيضاً، ولكن لا يذكرونه كشرط لاعتبارهم العاقدين من أركان العقد.
- 4- الرضا والاختيار: اتفق الفقهاء على أن الرضا أساس العقود على اختلاف بين الجمهور والحنفية في العقود، فالأحناف يرونه شرط في العقود المالية دون غيرها، والجمهور يرونه شرط صحة في كل العقود المالية أو غير المالية<sup>2</sup>.

### الركن الثالث: المعقود عليه

يقصد بالمعقود عليه الثمن والمثمن(السلعة).

- 1- **الثمن:** وهو المال الذي يدفعه المستصنع نظير المطلوب صنعه، وهو قيمة المادة الخام مع عمل الصانع<sup>3</sup>، فيجب أن يكون الثمن معلوماً محددًا نوعاً وقدرًا، ويجوز أن يكون الثمن معجلاً كله أو مؤجلاً كله أو مقسطاً كما في البيع العادي، وهنا تظهر أهمية الاستصناع وقابليته لتلبية حاجات المتعاملين الاقتصاديين في هذا العصر، وهذا الثمن يمكن أن يتحدد بإحدى طريقتين.
- **طريقة المساومة:** أي التفاوض بين المتعاقدين للوصول إلى سعر متفق عليه.
  - **طريقة المربحة:** وذلك بأن يقدر الصانع سائر النفقات والتكاليف اللازمة لصناعة الشيء المطلوب مع إضافة مقدار الربح (نسبة مئوية أو مبلغ محدد) الذي يتفقان عليه فيكون المجموع هو الثمن الذي يحدد أثناء التعاقد<sup>4</sup>.
- 2- **المثمن:** الاستصناع في حقيقته يتطلب أمرين مهمين هما: العين (الشيء المصنوع) والعمل (صناعة الشيء) وهما مطلوبان من الصانع، فالعين هي المواد الخام التي يراد إنجاز العمل بواسطتها من قبل الصانع وفق المواصفات المطلوبة من المستصنع، والعمل وهو الجهد الواعي الذي يبذله الصانع، أو من يقوم مقامه لإنجاز ما طلب منه، ومن هنا تتجلى الإشكالية التي بحثها فقهاء الأحناف وهي: ما هي حقيقة المعقود عليه في الاستصناع؟ أهو العمل أم العين؟، فذهب أغلب الأحناف إلى أن المعقود عليه هو العين (الشيء المصنوع) وليس عمل الصانع، فلو جاء بالشيء المصنوع مفروغاً منه

1- الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج 5، ص 135.

2- فغور رابح، عقد البيع بناء على التصميم، أطروحة دكتوراه، كلية الشريعة والاقتصاد، قسم الشريعة القانون، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، (1438، 1439هـ) (2017، 2018م)، ص 140.

3- البدران، عقد الاستصناع في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 62.

4- مصطفى أحمد الزرقاء، عقد الاستصناع ومدى أهميته في الاستثمارات الإسلامية المعاصرة، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، البنك الإسلامي للتنمية، مكتبة الملك فهد الوطنية، جدة، 1420هـ، ص 22.

وليس من صنعه، أو كان قد صنعه قبل العقد فأخذه المستصنع كان جائزاً، وذهب آخرون إلى أن المعقود عليه هو عمل الصانع البائع في العين المطلوبة، أي صنعه لها بنفسه<sup>1</sup>.

وهناك رأي ثالث تبناه بعض المعاصرين<sup>2</sup>، وهو أن المعقود عليه هو العين والعمل معاً، وبذلك يمتاز عن البيع الذي محله العين، وعن الإجارة التي محلها العمل، وعن السلم الذي محله العين الموصوفة في الذمة، وهذا الذي تبناه مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره السابع بجدة في المملكة العربية السعودية من 7-12 ذي القعدة 1412هـ الموافق لـ 9-14 ماي 1992 في قراره رقم 7/3/65 بشأن عقد الاستصناع<sup>3</sup>.

وللمعقود عليه في عقد الاستصناع عدة شروط تميّزه عن غيره من العقود وهي ما يلي:

- 1- أن يكون المعقود عليه معلوماً: يقول الكاساني: "وأما شرائط جوازه فمنها: بيان جنس المصنوع، ونوعه وقدره وصفته لأنه لا يصير معلوماً بدونه"<sup>4</sup>.  
وقد نصت مجلة الأحكام العدلية على هذا الشرط في المادة 395 منها حيث جاء فيها: "يلزم في الاستصناع وصف المصنوع وتعريفه على الوجه الموافق المطلوب"<sup>5</sup>.
- 2- أن يكون الشيء المصنوع مما يجري فيه التعامل: أي مما يجري العرف على التعامل في مثله استصناعاً، وذلك مبني على أن وجه استثناء الاستصناع من بيع المعدوم وهو التعارف (أي العرف)، فما لم يتعارف على استصناعه يبقى على أصل المنع لأن التعامل دليل الحاجة<sup>6</sup>.  
والانفجار الصناعي الهائل الذي يشهده العالم في العصر الحالي جعل الاستصناع متعارفاً عليه في جميع الأشياء، فأصبح شرط العرف متوافراً بوجه عام، وأنه لا داعي لاعتبار هذا الشرط الآن<sup>7</sup>.
- 3- ضرب الأجل: أي تحديد المدة اللازمة لتسليم الشيء المصنوع.

<sup>1</sup> - البدران، عقد الاستصناع في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 156.

<sup>2</sup> - محي الدين القره داغي، عقد الاستصناع بين الإتياع والاستقلال وال لزوم والجواز، بحث منشور في مجلة: بحوث في فقه المعاملات المالية المعاصرة، دار البشائر الإسلامية، بيروت، لبنان، 2001، ص 136. - محمد سليمان الأشقر، بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة، الطبعة الأولى، دار النفائس، الأردن، سنة 1998م، ص 230.

<sup>3</sup> - بلخير أحمد، عقد الاستصناع وتطبيقاته المعاصرة، مرجع سابق، ص 16.

<sup>4</sup> - الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج 05، ص 03.

<sup>5</sup> - مجلة الأحكام العدلية، مرجع سابق، ص 76.

<sup>6</sup> - الأشقر، بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة، مرجع سابق، ص 230.

<sup>7</sup> - الزرقاء، عقد الاستصناع، مرجع سابق، ص 36.



وهذه مسألة خلافية بين فقهاء الأحناف، فقد اشترط أبو حنيفة ألا يكون هناك أجل للاستصناع، فإن وجود صار سلماً يجب أن تطبق فيه شروط السلم، وذهب صاحبان (أبو يوسف ومحمد)<sup>1</sup> إلى أن ضرب الأجل وعدمه لا يؤثر ويبقى استصناعاً في الحالتين. وقد رجح عدد من المعاصرين رأيي صاحبين، بل أوجبوا تحديد الأجل في الاستصناع لأنه عقد قائم على العمل والعين المؤجلين عادة، وكل ما هو شأنه لا بد فيه من تحديد المدة حتى لا يؤدي إلى النزاع والخصام قياساً على الإجارة، وهذا الذي رجحه قرار مجمع الفقه الإسلامي في قراره رقم 7/3/68.

### البند الثالث: مسائل متعلقة بالاستصناع

#### المسألة الأولى: عقد الاستصناع بين الجواز واللزوم

هذه المسألة تحدث عنها جمهور فقهاء الحنفية ويمكن إبراز ما قالوه في مراحل ثلاثة:

**المرحلة الأولى:** بعد صدور الإيجاب والقبول من الطرفين، وقبل بدء العمل، فالعقد فيها غير لازم باتفاق الحنفية<sup>2</sup>.

**المرحلة الثانية:** وهي بعد إجراء العقد وبعد الفراغ من العمل لكن قبل أن يراه المستصنع ففي هذه الحالة أيضاً يكون العقد غير لازم<sup>3</sup>.

**المرحلة الثالثة:** هي ما إذا أكمل الصانع الشيء الذي طلب صنعه، وأحضره أمام المستصنع أو وكيله، حينئذ إما أن يكون المصنوع مطابقاً للمواصفات التي طلبت في العقد أم لا، فإن كان المصنوع مطابقاً للشروط والمواصفات في العقد فقد سقط خيار الصانع، وأما المستصنع فله الخيار، هذا على ظاهر الرواية عن أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد، وإن لم يكن مطابقاً للمواصفات المطلوبة فإن العقد لم ينفذ بعد، حيث يحق له المطالبة بالتنفيذ على ضوء شروط العقد، وأما إذا كان فيه عيب يضرُّ بالقيمة في عرف التجار فإن المستصنع بالخيار<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - أبو يوسف هو: "يعقوب بن إبراهيم بن حي الأنصاري الكوفي البغدادي أبو يوسف، ولد سنة 113هـ-731م، بالكوفة، صاحب الإمام أبو حنيفة، وأول من نشر مذهبه، كان فقيهاً علامة، من حفاظ الحديث، تفقه بالحديث والرواية، ثم لزم أبا حنيفة، ولي القضاء أيام المهدي والهادي والرشيد، ومات في خلافته ببغداد، سنة 182هـ-798م، أول من دعي "قاضي القضاة"، وأول من وضع الكتب في أصول الفقه على مذهب أبي حنيفة، من مصنفاته "الخراج" و"الآثار" و"النوادر" و"اختلاف الأمصار" وغيرها" أنظر، الزركلي، الإعلام، مرجع سابق، ج8، ص 198.

- محمد هو: "أبو عبد الله محمد بن الحسن بن فرقد الشيباني، ولد سنة 135هـ، ونشأ بالكوفة تفقه عن أبي حنيفة سنتين ثم أخذ عن أبي يوسف، توفي سنة 189هـ، من مصنفاته "الجامع الكبير، الجامع الصغير، الأمالي". أنظر: محمد عبد الحي اللكنوي، الفوائد البهية في تراجم الحنفية، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ص 136- الزركلي، الإعلام، مرجع سابق، ج 6، ص 80.

<sup>2</sup> - النشوي، أحكام عقد الاستصناع، مرجع سابق، ص 415.

<sup>3</sup> - النشوي، أحكام عقد الاستصناع، مرجع سابق، ص 415.

<sup>4</sup> - النشوي، أحكام عقد الاستصناع، مرجع سابق، ص 415.

هذا وهناك رواية أخرى عن الأحناف وحاصلها أن عقد الاستصناع يفيد لزوم للطرفين بمجرد الانتهاء من الصنع وإحضاره أمام المستصنع مطابقا للمواصفات، فيكون في المرحلة الأولى والثانية خلاف بين فقهاء الحنفية وليس فيها اتفاق كما نقل ذلك كثير من فقهاءهم، وهذا الرأي هو الذي رجح إليه أبو يوسف أخيرا<sup>1</sup>.

وهذا الرأي هو الراجح في المسألة لأن النصوص الشرعية دالة بوضوح على وجوب الوفاء بالعقود والعهود والالتزامات، وحرمة مخالفة الوعد ناهيك عن العقد.

وقد أخذت مجلة الأحكام العدلية بهذا الرأي ووسعت فيه حيث اعتبرت أن عقد الاستصناع يفيد لزوم للطرفين بمجرد انعقاده بالإيجاب والقبول<sup>2</sup>، وهذا رأي للمجلة وليس للمذهب الحنفي ككل، حيث نصت في المادة 392 على أنه: "إذا انعقد الاستصناع فليس لأحد العاقدين الرجوع، وإذا لم يكن المصنوع على الأوصاف المطلوبة المبينة كان المستصنع مخيرا...".

#### المسألة الثانية: هل يكون العقد مكتوبا (الشكلية)؟

لم يشر الفقهاء إلى هذا الشرط عند حديثهم عن شرط الاستصناع، لأن عقد الاستصناع مثل سائر عقود المعاملات التي تتم بمجرد ارتباط الإيجاب والقبول، ولا يتوقف انعقادها على إتباع شكل معين ولا تحتاج إلى توثيق كتابي لإثباتها، ولكن بما أن عقد الاستصناع تترتب عليه ديون والتزامات متبادلة، وقد أمرت الشريعة بكتابة الديون قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ﴾<sup>3</sup>، ومهما كانت هذه المعاملة صغيرة أو كبيرة قال تعالى: ﴿وَلَا تَسَامُوا أَنْ تَكْتُبُوهُ صَغِيرًا أَوْ كَبِيرًا إِلَىٰ أَجَلِهِ﴾<sup>4</sup>، وذلك لتوفير الطمأنينة والاستقرار في المعاملات ومنع الخلاف والمنازعة بين المتعاملين، قال تعالى: ﴿ذَالِكُمْ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ وَأَقْوَمُ لِلشَّهَادَةِ وَأَدْنَىٰ أَلَّا تَرْتَابُوا﴾<sup>5</sup>، لذلك كله أصبح ضروريا توثيق عقد الاستصناع كتابيا، وخاصة في هذا العصر الذي كثرت فيه المعاملات وتداخلت بحيث أصبح من المستحيل ضبطها إلا بالعقود الموثقة<sup>6</sup>.

ويمكن في هذا المجال الإشارة إلى بعض الضوابط الخاصة بمحتويات العقد ومنها: تاريخ التعاقد، مكان التعاقد، طرفا العقد، الصيغة، العين المستصنعة، الثمن، الأجل، ومكان التسليم والإيفاء، تحديد التزامات الصانع والمستصنع، آلية تسوية المنازعات، وأخيرا الضمانات.

<sup>1</sup> - البدران، عقد الاستصناع في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 195.

<sup>2</sup> - البدران، عقد الاستصناع في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 195.

<sup>3</sup> - سورة البقرة، الآية 282.

<sup>4</sup> - سورة البقرة، الآية 282.

<sup>5</sup> - سورة البقرة، الآية 282.

<sup>6</sup> - بلخير أحمد، عقد الاستصناع وتطبيقاته المعاصرة، مرجع سابق، ص 18، 19.

### المسألة الثالثة: الشرط الجزائي في عقد الاستصناع

وهو أن يتفق الصانع والمستصنع في ذات العقد الذي بينهما، أو في اتفاق لاحق وقبل الإخلال بالالتزام على مقدار التعويض الواجب دفعه لكل واحد من المتعاقدين عند إخلال الطرف الآخر بالتزامه أو تأخر في تنفيذه

والشرط الجزائي يهدف إلى:

- 1- ضمان تنفيذ العقود وعدم الإخلال بالالتزامات.
- 2- تجنيب المتعاقدين اللجوء إلى القضاء وإجراءاته الطويلة والمعقدة.
- 3- إعفاء الدائن من عبء إثبات الضرر الذي يصيبه عند إخلال المدين بالتزامه<sup>1</sup>.

فالشرط الجزائي لهذا المعنى أمر جائز لأنه لا ضرر ولا ضرار في الإسلام، وهذا ما اختاره بعض الفقهاء وفي مقدمتهم ابن تيمية وتلميذه ابن القيم ومن وافقهم، إذ القاعدة عندهم في الشروط أنه يجوز اشتراط أي شرط من المتعاقدين، بشرط ألا يصادم نصاً أو إجماعاً أو قياساً أو أي دليل آخر من الأدلة المعتمدة شرعاً.

وبناء على ما تقدم فإنه إذا اقترن عقد الاستصناع بشرط جزائي يلتزم به أحد المتعاقدين فإنه لا يفسد العقد، ويرجع إلى القاضي المختص لتفسير الشرط ومدى انطباقه على حكم الشرع والأعراف المتداولة بين التجار والصناع في هذا النوع من التعامل، والفصل في النزاع على ضوء هذا كله<sup>2</sup>.

### المسألة الرابعة: الظروف القاهرة وأثرها على الاستصناع

إذا حدث للصانع ظرفاً قاهراً منعه من تحقيق ما اتفق عليه هل يجبر الصانع أم يطالب بتعويض؟ أو يثبت للمستصنع خيار الفسخ، فإذا اعتمدنا على القول بأن الاستصناع عقد لازم يمكن اللجوء إلى قواعد الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي، وهي قواعد وردت صريحة في كتب الفقه الإسلامي، وبناء على هذا فإذا حدثت حرب منعت الصانع من استيراد المادة الخام التي لا توجد في البلاد مثلاً، ومثل أن يشب حريق في المصنع فأتى على كل ما فيه، فمثل هذه الظروف الطارئة (سواء كانت مكتسبة من الغير أو سماوية) تعطي الضرر للصانع، ويجعل المستصنع بالخيار بين الانتظار أو فسخ العقد، وذلك لأن هذه الشريعة تقوم تكاليفها التشريعية على القدرة والاستطاعة<sup>3</sup>، قال تعالى: ﴿لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا﴾<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - بلخير أحمد، عقد الاستصناع وتطبيقاته المعاصرة، مرجع سابق، ص 28.

<sup>2</sup> - النشوي، أحكام عقد الاستصناع في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 431.

<sup>3</sup> - البدران، عقد الاستصناع في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 195.

<sup>4</sup> - سورة البقرة، الآية 682.

## المسألة الخامسة: تكييف الفقه الإسلامي للاستصناع

اختلف فقهاء الحنفية في التكييف الفقهي للاستصناع.

ف قيل: مواعدة.

وقيل: هو بيع.

وقيل: هو: عقد على مبيع في الذمة شرط فيه العمل.

وقيل: إجارة ابتداء وبيع انتهاء.

قال الكاساني في بدائع الصنائع: "وأما معناه: فقد اختلف المشايخ فيه، قال بعضهم: هو مواعدة وليس ببيع، وقال بعضهم: هو بيع، ولكن للمشتري فيه خيار، وهو الصحيح: بدليل أن محمد (رحمه الله) ذكر في جوازه القياس والاستحسان، وذلك لا يكون في العادات، وكذا أثبت فيه خيار الرؤية، وأنه يختص بالبياعات، وكذا يجري فيه التقاضي، وإنما يتقاضى فيه الواجب، لا الموعود، ثم اختلفت عباراتهم في هذا النوع من البيع، فقال بعضهم: هو عقد على مبيع في الذمة، وقال بعضهم: هو عقد على مبيع في الذمة شرط فيه العمل... والصحيح هو القول الأخير: لأن الاستصناع طلب الصنع، فما لم يشترط فيه العمل لا يكون استصناعاً"<sup>1</sup>.

وجاء في البحر الرائق: "وفي الذخيرة هو إجارة ابتداء بيع انتهاء لكن قبل التسليم لا عند التسليم، بدليل قولهم إذا مات الصانع يبطل ولا يستوفي المصنوع من تركته"<sup>2</sup>.

يؤخذ مما سبق أن الحنفية اختلفوا في تكييف الاستصناع هل هو مواعدة أو بيع لموصوف في الذمة، أو بيع لموصوف في الذمة شرط فيه العمل، أو إجارة ابتداء بيعا انتهاء، ورجح الكاساني أنه بيع لموصوف في الذمة شرط فيه العمل<sup>3</sup>.

والذي يظهر أن عقد الاستصناع عقد مستقل، لا يدخل تحت أي من العقود المسماة الأخرى المتعارف عليها، بل هو عقد له شخصيته المستقلة، وله أحكامه الخاصة، كما ذهب إليه جمع من الفقهاء في العصر الحاضر<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج5، ص 2.

<sup>2</sup> - ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، مرجع سابق، ج6، ص 186.

<sup>3</sup> - السلوس، فقه البيع والاستيثاق، مرجع سابق، ص 499.

<sup>4</sup> - حسام الدين خليل، عقد الاستصناع كأحد البدائل الشرعية للأوعية الادخارية البنكية، دون طبعة، مركز القرضاوي للوسطية الإسلامية والتجديد، دون تاريخ، ص 17.

## الفرع الثالث: الاستصناع والسلم وبيع المعدوم والفرق بينهم وقرار مجمع الفقه الإسلامي بشأن الاستصناع

نتناول في هذا الفرع الفرق بين الاستصناع والسلم (أولاً)، والفرق بين الاستصناع وبيع المعدوم، ثم قرار مجمع الفقه الإسلامي بشأن الاستصناع (ثانياً).

### أولاً: الفرق بين الاستصناع والسلم

إن السلم والاستصناع كلاهما استثناء من بيع المعدوم، لهذا نجد جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة يعتبرونهم عقداً وحداً والذي هو السلم ومن تطبيقاته الاستصناع، بينما نجد فقهاء الحنفية يعتبرون السلم عقدًا مختلفاً عن الاستصناع، فهما وإن اتفقا في أمور عديدة هي<sup>1</sup>:

- كلاهما يعدُّ عند فقهاء الشريعة الإسلامية من أنواع البيوع.
- كلاهما بيع لشيء غير موجود في ملك البائع، فهما من أقسام بيع المعدوم، لكنهما أجزا للراحة.
- كلاهما يعدُّ عقداً لازماً في مرحلة ما، لا يجوز فسخه بإرادة أحد الطرفين<sup>2</sup>.
- المعقود عليه في كليهما يجب العلم بجنسه ونوعه وقدره وصفته.
- كلاهما لا يصح أن يكون الثمن مما يجري بينه وبين المثمن الربا
- إلا أنها يختلفان فيما يلي<sup>3</sup>:

1) في الاستصناع يشترط في المعقود عليه (السلعة) الصنع، والشرط يقع على عمل في المستقبل لا في الماضي، أما في السلم فإن المعقود عليه (المسلم فيه) لا يشترط الصنع، بل في الغالب يكون طعاماً أو حيواناً أو غير ذلك. الاستصناع يكون في المثلي<sup>4</sup> والقيمي<sup>5</sup>، أما السلم فلا يكون إلا في المثليات إلا من أجاز السلم في الحيوان.

1- النشوي، أحكام عقد الاستصناع، مرجع سابق، ص 315-316.

2- ضحى محمد سعيد عبد الله النعيمي، مفهوم بيع العقار على الخريطة وتكييفه القانوني، مرجع سابق، ص 272.

3- جراب، بيع المعدوم وتطبيقاته المعاصرة، مرجع سابق، ص 87-88. النشوي، أحكام عقد الاستصناع، مرجع سابق، ص 317-318. فغور، عقد البيع بناء على التصميم، مرجع سابق، ص 93-95.

4- المثلي: "ما له مثل أو نظير في الأسواق من غير تفاوت يعتد به بين أجزائه أو بتفاوت يسير لا يعتد به، فهو يشمل المكيلات والموزونات والمعدودات التي لا تفاوت بين أحادها كالأشياء المصنوعة من مادة واحدة بحجم وشكل واحد، أو تكون أحادها متفاوتة تفاوتاً يسيراً في الحجم كالبيض ونحوه مما يباع بالعدد، والمذروعات التي تباع بالذراع أو المتر". أنظر: مجلة الأحكام العدلية، مرجع سابق، ص 32. - الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج 4، ص 2885.

5- القيمي: "ملا يوجد له مثل أو نظير في السوق، أو يوجد ولكن مع التفاوت المعتد به في القيمة بين أجزائه، كأفراد الحيوان والأشجار، والأراضي وسائر العقارات تتفاوت بتفاوت مواضعها وصفاتها". أنظر: مجلة الأحكام العدلية، مرجع سابق، ص 32. - الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج 4، ص 2885.

- (2) الاستصناع جرى الخلاف فيه بين فقهاء الحنفية بين قائل بلزومه وعدمه، أما السلم فعقد لازم لا يجوز فسخه بإرادة أي من العاقدين، وإنما بتراضيها واتفاقهما على الفسخ.
- (3) ضابط الاستصناع أنه يصح في كل ما يجري فيه التعامل فقط، ولا يجوز فيما لا تعامل فيه، أما السلم فيصح في كل ما يجري به التعامل أو لم يجر فيه التعامل.
- (4) المبيع في الاستصناع هو عين موصوفة في الذمة، كاستصناع أثاث أو حذاء أو إناء أو طائرة أو سيارة أو سفينة، أما المبيع في السلم فدين تحتمله الذمة.
- (5) الاستصناع في اجتهاد أبي حنيفة لا يجوز اشتماله على أجل، وإلا انقلب سلماً، وأجار الصحابان تأجيله بأجل محدد عملاً بالعرف السائد، أما السلم فيشترط الجمهور غير الشافعية كونه مؤجلاً إلى أجل معلوم.
- (6) في الاستصناع لا يشترط قبض كل الثمن (رأس المال) في مجلس العقد، فقد يدفع كله أو بعضه، وقد لا يدفع منه شيء، بل يكون ديناً حتى يسلم المصنوع، وهذه ميزة تعطي الاستصناع مرونة عملية، تيسير للناس قضاء حوائجهم، ويتم الاتفاق على الثمن في هذا العقد عادة، بدفع عربون على أنه من الثمن، يؤخر الباقي إلى وقت تسليم الشيء المصنوع، أما في السلم فالثمن (رأس المال) يشترط قبضه كله في مجلس العقد.
- (7) الباعث على الاستصناع هو حاجة الصانع والمصنوع، فهو عقد تجاري يحقق الربح للصانع ويلبي حاجة المصنوع، فالصانع يمول صناعته، ويستغني بذلك على الافتراض بفائدة، والمصنوع يحصل على حاجته بثمن مناسب، أما الباعث على السلم فهو شدة حاجة البائع إلى نقود ينفقها على نفسه وأهله أو إنتاجه الزراعي وغيره، لذا فهو ليس من عقود المضاربة<sup>1</sup>.
- وبناء على هذه الفروق والاختلافات بين عقد الاستصناع والسلم، تبرر اعتبارهما عقدين مستقلين كل منهما من أنواع البيوع الخاصة له أحكامه وضوابطه.

### ثانياً: الفرق بين الاستصناع وبيع المعدوم

نظراً للتشابه الكبير بين السلم والاستصناع فإن مميزات السلم عن بيع المعدوم هي ذاتها تقريباً التي تميز الاستصناع عن بيع المعدوم كذلك، بالإضافة إلى أن عقد الاستصناع يشترط في المعقود عليه الصنع والعمل، والمصنوع يكون محدد الجنس والنوع والقدر والصفة وهذا ما يدفع عنه الغرر، بينما في بيع المعدوم فالمعقود عليه مجهول الوجود أصلاً ومجهول المقدار والصفة مما يجعل الغرر فيه فاحشاً مؤثراً في صحة العقد.

<sup>1</sup> - المضاربة هي: "عقد شركة في الربح بمال من رجل وعمل من آخر". أنظر: الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج 5، ص 3924. الموسوعة الفقهية الكويتية، مرجع سابق، ج 1، ص 174.

## ثالثاً: قرار مجمع الفقه الإسلامي بشأن عقد الاستصناع

من المناسب إيراد قرار مجمع الفقه الإسلامي<sup>1</sup>، وذلك للاطلاع على الاجتهاد الجماعي المعاصر حول هذا العقد وجاء فيه ما يلي:

"إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورته مؤتمره السابع بجدة في المملكة العربية السعودية من 7 إلى 12 ذو القعدة 1412هـ الموافق لـ: 9-14 مايو 1992م، بعد اطلاعه على البحوث الواردة إلى المجمع بخصوص موضوع "عقد الاستصناع".

وبعد استماعه للمناقشات التي دارت حوله، ومراعاة مقاصد الشريعة في مصالح العباد والقواعد الفقهية في العقود والتصرفات، ونظراً لأن عقد الاستصناع له دور كبير في تنشيط الصناعة، وفي فتح مجالات واسعة للتمويل والنهوض بالاقتصاد الإسلامي، قرر:

1- إن عقد الاستصناع (وهو عقد وارد على العمل والعين في الذمة) ملزم للطرفين إذا توافرت فيه الأركان والشروط.

2- يشترط في عقد الاستصناع ما يلي:

- أ. بيان جنس المستصنع ونوعه وقدره وأوصافه المطلوبة.
- ب. أن يحدد فيه الأجل.

3- يجوز في عقد الاستصناع تأجيل الثمن كله، أو تقسيطه إلى أقساط معلومة الآجل ومحددة.

4- يجوز أن يتضمن عقد الاستصناع شرطاً جزائياً بمقتضى ما اتفق عليه العاقدان ما لم تكن هناك ظروف قاهرة، والله أعلم".

<sup>1</sup> - قرار مجلس مجمع الفقه الإسلامي رقم، 86/3/7، الموقع الرسمي لمجمع الفقه الإسلامي: [www.fiqhacademy.org.sa](http://www.fiqhacademy.org.sa).

## المبحث الثالث: تأصيل الشريعة الإسلامية للبيع على التصاميم

لقد تبين أن البيع على التصاميم يرد على محل معدوم وقت التعاقد فهو نوع من بيع المعدوم، والسؤال المطروح هل البيع على التصاميم داخل في الاستثناءات من بيع المعدوم؟ أو هو عقد مستقل لوحده وإن كان محله معدوم وقت التعاقد؟، وهذا ما نتناوله في هذا المبحث حيث نعالج تكييف وتأصيل الشريعة الإسلامية لهذا البيع، ولكن قبل أن نصل إلى هذا لا بد من أن نتناول العلاقة بين البيع على التصاميم في التشريع الجزائري والبيوع المستثناة من بيع المعدوم في الشريعة الإسلامية (المطلب الأول)، ثم استقلالية وخصوصية البيع على التصاميم في الشريعة الإسلامية (المطلب الثاني).

### المطلب الأول: علاقة البيع على التصاميم في التشريع الجزائري بالعقود المستثناة من بيع المعدوم في الشريعة الإسلامية

في هذا المطلب نتطرق إلى أوجه التشابه وأوجه الاختلاف بين البيع على التصاميم والعقود المستثناة من بيع المعدوم في الشريعة الإسلامية (الإجارة والسلم) (الفرع الأول)، ثم نتحدث عن نسبة وعلاقة البيع على التصاميم بالاستصناع ورأي العلماء في ذلك (الفرع الثاني).

### الفرع الأول: العلاقة بين البيع على التصاميم في التشريع الجزائري والإجارة والسلم في الشريعة الإسلامية

البند الأول: تمييز البيع على التصاميم في التشريع الجزائري عن الإجارة في الشريعة الإسلامية

#### أولاً: تعريف الإجارة

لغة: هي ما أعطت من أجر<sup>1</sup>، وهي بكسر الهمزة وهذا هو المشهور<sup>2</sup>.

اصطلاحاً: هي عقد معاوضة على تملك منفعة بعوض<sup>3</sup>.

لها ثلاثة أركان كسائر العقود: الصيغة، العاقدان (المستأجر والأجير)، المحل (المعقود عليه).

<sup>1</sup> - أبو الحسن علي بن إسماعيل بن سيده المرسي، المحكم والمحيط الأعظم. تحقيق: عبد الحميد هندراوي، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، 1421هـ-2000م، ج 7، ص 48.

<sup>2</sup> - أبو زكرياء محي الدين النووي، تحرير ألفاظ التنبيه. تحقيق: عبد الغني الدقر، الطبعة الأولى، دار القلم، دمشق، 1408هـ، ج 1، ص 219.

<sup>3</sup> - الموسوعة الفقهية الكويتية، مرجع سابق، ج 1، ص 252. - السرخسي، المبسوط، مرجع سابق، ج 15، ص 74. - الشافعي، الأم، مرجع سابق، ج 3، ص 250. - ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ج 6، ص 3. - الصاوي، الشرح الصغير، مرجع سابق، ج 4، ص 5.



ويخص الملكية غالباً لفظ الإجارة بالعقد على منافع الآدمي، وما يقبل الانتقال غير السفن والحيوان، ويطلقون على العقد على منافع الأراضي والدور والسفن والحيوانات لفظ كراء<sup>1</sup>. والإجارة نوعان<sup>2</sup>:

- 1- إجارة على منافع: أي المعقود عليه هو المنفعة كسكن الدار أو ركوب السيارة.
- 2- إجارة على عمل: أي المعقود عليه هو العمل، كبناء جدار أو دار أو حدادة أو خياطة ثوب أو صنع شيء، أو حرث أرض وغيرها.

قال في بدائع الصنائع: "فإن سلم إلى حداد حديداً ليعمل له إناء معلوماً بأجر معلوم، أو جلداً إلى خفاف ليعمل له خفا معلوماً بأجر معلوم، فذلك جائز ولا خيار فيه، لأن هذا ليس باستصناع، بل هو إستئجار"<sup>3</sup>. وهذا النوع الثاني من الإجارة هو الذي يعيننا في التمييز بينه وبين عقد البيع على التصاميم، والتي يسميها الفقهاء الإجارة على صنع أو على عمل.

#### ثانياً: أوجه التشابه بين البيع على التصاميم في التشريع الجزائري والإجارة في الشريعة الإسلامية

تشابه الإجارة في الشريعة الإسلامية مع البيع على التصاميم في التشريع الجزائري في النقاط التالية<sup>4</sup>:

- إنجاز البناية في البيع على التصاميم يكون من طرف المرقبي العقاري، وكذلك الحال بالنسبة للإجارة التي تقع على العمل تكون من الأجير، فهما يتفقان في أن الصانع هو الذي يقوم بالعمل.
- يتفق البيع على التصاميم في التشريع الجزائري مع الإجارة في الشريعة الإسلامية في الأجل، بحيث يكون هذا الأخير معلوماً ويحدد على حسب مقدار العمل في كل منهما.
- كل من البيع على التصاميم في التشريع الجزائري والإجارة في الشريعة الإسلامية عقد ملزم للجانبين، فالواجب على الأجير في عقد الإجارة الالتزام بالعمل الموصوف في ذمته، فلا يملك أحد المتعاقدين الانفراد بفسخ العقد إلا لعذر طارئ.

<sup>1</sup> - الدردير، الشرح الكبير، مرجع سابق، ج 4، ص 2. - الموسوعة الفقهية الكويتية، ج 1، ص 253. - محمد رواس قلعجي، حامد صادق قنبي، معجم لغة الفقهاء، الطبعة الثانية، دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع، سنة 1408هـ - 1988م، ج 1، ص 42.

<sup>2</sup> - محمد بن إبراهيم عبد الله التويجري، موسوعة الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، بيت الأفكار الدولية، سنة 1430هـ - 2009م، ص 3529. - الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج 5، ص 3837.

<sup>3</sup> - الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج 5، ص 04.

<sup>4</sup> - فغور رابح، عقد البيع بناء على التصميم، مرجع سابق، ص 97-98.

- البيع على التصاميم تكون فيه البناء مطابقة للمواصفات المتفق عليها، وهذا يتفق مع الإجارة التي تقع على العمل، فالمؤجر يشترط على الأجير المشترك<sup>1</sup> أن يبني له بيتا أو يصنع له خفا أو غير ذلك بمواصفات محددة.

- يتفق البيع على التصاميم مع الإجارة في السبب الدافع لهما، فالحاجة هي التي أدت المشتري في البيع على التصاميم لإبرام هذا البيع، وكذلك رب العمل في الإجارة على الصنع الحاجة إلى من يقوم بتصنيع المواد التي يقدمها هي التي دفعته إلى إبرام عقد الإجارة.

ثالثا: أوجه الاختلاف بين البيع على التصاميم في التشريع الجزائري، والإجارة التي تقع على العمل في الشريعة الإسلامية

هناك فوارق جوهرية بين البيع على التصاميم في التشريع الجزائري، والإجارة التي تقع على العمل في الفقه الإسلامي، ويمكن حصرها فيما يلي:

- المحل (المعقود عليه) في البيع على التصاميم هو العين والعمل، أما في الإجارة على الصنع فهو العمل فقط والعين فيه تكون تبعا لعمل الصانع.

- يختلفان فيمن يقدم مواد الصنع، ففي البيع على التصاميم المرقى العقاري (الصانع) هو الذي يقدم مواد البناء، أما في الإجارة على الصنع فإن المؤجر الذي هو رب العمل هو من يقدم مواد الصنع للأجير وما على هذا الأخير إلا الالتزام بالعمل طبقا للمواصفات المتفق عليها.

- الثمن في البيع على التصاميم يدفع على شكل أقساط وذلك تبعا لتقدم عملية البناء، أما في الإجارة على الصنع فإن دفع الثمن يكون بعد الانتهاء من العمل.

- محل البيع في البيع على التصاميم يقع على البناء التي يرغب في شرائها على المخططات، بينما الإجارة على الصنع فقد تشمل صناعات متعددة كبناء منازل أو خياطة الثياب أو صناعة الأواني... الخ.

من خلال ما تقدم يتبين لنا أن هناك أوجه تشابه بين عقد البيع على التصاميم في التشريع الجزائري وعقد الإجارة في الشريعة الإسلامية التي تقع على العمل، فكلاهما يشتركان في كون العقد يقع على العمل ويقوم به الصانع وأن الحاجة هي الدافعة لإبرامها، أما أوجه الاختلاف فيظهر جليا الفرق بينهما، ففي البيع على التصاميم يكون العمل ومواد البناء من طرف المرقى العقاري (الصانع) بخلاف الإجارة على العمل التي تكون فيها مواد الصنع من طرف المؤجر، وما على الصانع إلا القيام بالعمل، وهنا فرق جوهري آخر هو أن المعقود عليه في البيع على التصاميم هو العين والعمل، والإجارة المعقود عليه فيها هو العمل فقط<sup>2</sup>، هذه أبرز نقاط التشابه والاختلاف بين العقدين.

<sup>1</sup> - الأجير المشترك، "هو الذي يعمل للمؤجر ولغيره، كالبناي الذي يبني لكل أحد". أنظر: الموسوعة الفقهية الكويتية، مرجع سابق، ج 1، ص 295.

<sup>2</sup> - فغرور رابح، البيع بناء على التصميم، مرجع سابق، ص 98.

### البند الثاني: تمييز البيع على التصاميم في التشريع الجزائري عن السلم في الشريعة الإسلامية

السلم كما سبق هو بيع موصوف في الذمة، يتم تسليمه في أجل لاحق، ويجب أن يكون الثمن كله معجلا، أي أنه يتقدم فيه رأس المال أو الثمن، ويتأخر تسليم المبيع أو المسلم فيه لأجل في المستقبل<sup>1</sup>.

حيث أننا انتهينا إلى أن بيع السلم هو نوع من بيع المعدوم، استثناء الشارع الحكيم لشدة الحاجة إليه، مثله مثل البيع على التصاميم، الأمر الذي يقتضي أن نُميّز بينهما، لنقف من خلال ذلك على أوجه التمييز بين البيع على التصاميم وبيع السلم.

#### أولا: أوجه التشابه

توجد عدّة نقاط يتشابه فيها البيع على التصاميم مع السلم وهي:

- كل من البيع على التصاميم والسلم يعدّ بيعا لشيء معدوم، فهما بحكم القواعد العامة ليسا بيعا، ولكنهما أحيزا لحاجة الناس إليهما وتعاملهم بهما<sup>2</sup>.
- كل منهما يعدّ نوع من أنواع البيوع، له اسم خاص وشروط خاصة.
- من خصائص البيع على التصاميم كونه عقد ملزم للطرفين البائع والمشتري، لا يجوز فسخه بإرادة أحد الطرفين وكذا السلم.
- البيع على التصاميم يشتمل على أجل ويكون معلوما على حسب تاريخ إنجاز البناء، وكذلك السلم فإنه يجب أن يحدد فيه الأجل وهذا الذي قال به جمهور الفقهاء، ما عدا الشافعية ورواية عند الحنابلة بجواز السلم الحال.
- البيع على التصاميم يشترك مع السلم في أن المبيع يكون قابلا للانضباط بالصفات، ففي العقد الأول يجب أن تكون البناء مطابقة للمواصفات، وفي السلم يجب أن يكون المسلم فيه معلوم الجنس والنوع والصفة والمقدار.
- غاية البائع في البيع على التصاميم هي الحصول على الأموال ما دام أن طبيعة عمله تجاري كما علمنا سابقا، وهي الغاية نفسها في السلم إذ البائع يكون محتاجا إلى أموال ينفقها على نفسه أو إنتاجه الزراعي أو الصناعي<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - وهبة الزحيلي، المعاملات المالية المعاصرة، بحوث وفتاوى وحلول، الطبعة الرابعة، دار الفكر، دمشق، سوريا، 2007م، ص 295.

<sup>2</sup> - سعود بن سعد الشيبني، الاستصناع، تعريفه، تكييفه، حكمه، شروطه، أثره في تنشيط الحركة الاقتصادية، الطبعة الأولى، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، 1990م، ص 80.

<sup>3</sup> - فغور رابح، عقد البيع بناء على التصميم، مرجع سابق، ص 95.

### ثانيا: أوجه الاختلاف

- أبرز فرق بين البيع على التصاميم وبيع السلم، أن العقد الأول يكون فيه الثمن بالتقسيط عبر مراحل تقدم الإنجاز، أما العقد الثاني فيشترط فيه قبض الثمن كاملا في مجلس العقد.
- البيع على التصاميم محله يحتاج إلى تصنيع وبناء، بخلاف المحل في السلم الذي يحتاج إلى النضج.
- يعتبر البيع على التصاميم عقد حديث بالمقارنة مع عقد السلم، فعقد السلم موجود منذ عهد النبي (صلى الله عليه وسلم)، عن ابن عباس (رضي الله عنهما) قال: "قدم النبي (صلى الله عليه وسلم) المدينة وهم يسلفون بالتمر بالسنتين والثلاث، فقال: من أسلف في شيء، ففي كيل معلوم، ووزن معلوم، إلى أجل معلوم"<sup>1</sup>.

من خلال إجراء مقارنة بين البيع على التصاميم وبيع السلم، يتبين أن أهم النقاط المشتركة وأبرز الفوارق الجوهرية هي: أن كلاهما يقع على مبيع غير موجود في الحال ممكن الوجود في المستقبل، وهو على خلاف القواعد العامة المتعارف عليها في عملية البيع، إلا أنهما أبيحا للحاجة إليهما، ويختلفان في رأس المال، ففي السلم يكون الثمن معجلا، أما في البيع على التصاميم يكون الثمن مؤجلا عبر مراحل تقدم الأشغال المتعلقة بإنجاز البناية، بالإضافة إلى أن المحل في البيع على التصاميم يحتاج إلى تصنيع وبناء بخلاف المحل في السلم الذي يحتاج إلى النضج<sup>2</sup>.

### الفرع الثاني: العلاقة بين البيع على التصاميم في التشريع الجزائري والاستصناع في الشريعة الإسلامية

نتناول في هذا الفرع آراء القائلين بأن البيع على التصاميم هو عقد استصناع (البند الأول)، وآراء الرافضين لهذا التكييف الفقهي والحلول المقترحة من طرفهم (البند الثاني).

#### البند الأول: آراء القائلين بأن البيع على التصاميم هو عقد استصناع في الشريعة الإسلامية

باعتبار أن البيع على التصاميم من العقود المعاصرة التي لم يكن لها مثيل في زمن مضى لجأ كثير من الفقهاء المعاصرين لتخريجه<sup>3</sup> على أحد العقود المتقدمة وتسويته في الحكم معه، وهذا ما صنعه مجمع الفقه الإسلامي المنعقد

<sup>1</sup> - رواه البخاري، كتاب السلم، باب: السلم في وزن معلوم، ج 3، ص 85.

<sup>2</sup> - عز الدين زوبة، خصوصية عقد بيع العقار على التصاميم عن عقد البيع العادي، مرجع سابق، ص 59.

<sup>3</sup> - التخريج عند الفقهاء: "هو بيان رأي الإمام في المسائل الجزئية التي لم يرد عنه فيها نص عن طريق إلحاقها بما يشبهها من المسائل المروية عنه، أو إدخالها تحت قاعدة من قواعده". أنظر: يعقوب بن عبد الوهاب بن يوسف الباحسين التميمي، التخريج عند الفقهاء والأصوليين (دراسة نظرية تطبيقية تأصيلية)، مكتبة الرشد، سنة 1414هـ، ص 12. وأنظر: فيصل بن سعيد تليلاني، التخريج الفقهي في المذهب المالكي، الطبعة الأولى، مؤسسة حسين رأس الجبل للنشر والتوزيع، قسنطينة، الجزائر، سنة 1439هـ-2018م، ص 10.

بجدة، في قراره المتعلق بالتمويل العقاري لبناء المساكن وشراء المساكن قبل بنائها وفق المخططات الهندسية المفصلة، فنص على: "

1- أن المسكن من الحاجات الأساسية، وينبغي أن يوفر بالطرق المشروعة بمال حلال، وإن الطريقة التي تسلكها البنوك العقارية والإسكانية ونحوها، من الإقراض بفائدة قلت أو كثرت هي طريقة محرمة شرعا لما فيها من التعامل بالربا.

2- هناك طرق مشروعة يستغنى بها عن الطريقة المحرمة، لتوفير المسكن بالتملك (فضلا عن إمكانية توفيره بالإيجار)، منها:

تملك المساكن عن طريق عقد الاستصناع على أساس اعتباره لازما، وبذلك يتم شراء المسكن قبل بنائه، بحسب الوصف الدقيق المزيل للجهالة المؤدية للنزاع، دون وجوب تعجيل جميع الثمن، بل يجوز تأجيله بأقساط يتفق عليها مع مراعاة الشروط والأحوال المقررة لعقد الاستصناع لدى الفقهاء الذين ميزوه عن عقد السلم<sup>1</sup>.

والملاحظ على قرار الجمع الفقهي أنه أعتبر البيع على التصاميم<sup>2</sup> كما يسميه المشرع الجزائري أو بيع العقار على الخريطة من قبيل الاستصناع، وقد أيد هذا التحريح الفقهي كثير من فقهاء الشريعة والمفتين المعاصرين، حيث ذهبوا إلى اعتبار البيع على الخريطة من تطبيقات الاستصناع، منهم:

- وهبة الزحيلي حيث يقول في إطار حديثه على عقد الاستصناع كأداة استثمار في الصناعات المتطورة وتشديد المباني: "بل أنه أصبح (أي عقد الاستصناع) أداة مهمة في توفير المنازل والمساكن وتشديد المباني والجامعات والمدارس والمشافي والثكنات العسكرية، مما يمكن ضبطه بالمقاييس والمواصفات المتنوعة... وأصبح شراء البيوت السكنية على الخريطة بعد صدور الرخصة الرسمية من الحكومة معتمدا على عقود الاستصناع"<sup>3</sup>. وقال أيضا: "...ومن أبرز الأمثلة والتطبيقات لعقد الاستصناع بيع الدور والمنازل والبيوت السكنية على الخريطة ضمن أوصاف محددة، فإن بيع هذه الأشياء في الواقع القائم لا يمكن تسويقه إلا على أساس عقد

<sup>1</sup> - قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم 52/1/6، في المؤتمر السادس المنعقد بجدة في المملكة العربية السعودية، من 17 إلى 23 شعبان 1410هـ، الموافق ل: 14 إلى 20 مارس 1990م، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 6، ج 01، ص 188.

<sup>2</sup> - البيع على التصاميم مصطلح قانوني مستحدث، لذلك لم نجد تعريفا لهذا المصطلح في الشريعة الإسلامية خصوصا لدى الفقهاء القدامى، ولكن أطلق عليه فقهاء الشريعة الإسلامية المعاصرين مصطلح: "بيع الشقق على الخريطة" أو "بيع العقار على الخريطة" أو "بيع البيوت على المصورات". أنظر: وهبة الزحيلي، المعاملات المالية المعاصرة، بحوث فتاوى وحلول، الطبعة الرابعة، دار الفكر، دمشق، سوريا، 2007م، ص 308. وأنظر: ضحى محمد سعيد عبد الله النعيمي، مفهوم بيع العقار على الخريطة وتكييف القانوني، مرجع سابق، ص 223. وأنظر كذلك: محمد توفيق رمضان البوطي، البيوع الشائعة وأثر ضوابط المبيع على شرعيتها، الطبعة الثالثة، دار الفكر، لبنان، 2002، ص 182.

<sup>3</sup> - الزحيلي، المعاملات المالية المعاصرة، مرجع سابق، ص 308.

- استصناع ويعدّ العقد صحيحاً إذا ذكرت في شروط العقد مواصفات البناء، بحيث لا تبقى جهالة مفضية إلى النزاع والخلاف"<sup>1</sup>.
- رابح فغور حيث قال في بحثه عن عقد البيع بناء على التصميم: "...يمكن أن نخلص إلى تكييف عقد البيع بناء على التصميم على أنه من باب عقد الاستصناع، ووجه كون هذه الصورة من باب الاستصناع أن مالك الأرض يبيع موصوفاً في الذمة بشرط العمل، فهو يبيع شقة موصوفة في الذمة بشرط بنائها وإكمالها وتسليمها للمالك الجديد وفي هذا العقد توفرت أركان الاستصناع الأربعة..."<sup>2</sup>.
- محمد ماجد عتر في كتابه: المفصل في الفقه الحنفي، الأموال والمعاملات المالية، إذ يقول: "...وهذا البيع (أي البيع على التصاميم) يصح ويعتبر شرعاً، مع أنه يبيع شيء لم يوجد بعد، بناء على عقد الاستصناع الذي سبق أن شرحناه"<sup>3</sup>.
- عبد اللطيف فرفور في بحثه أثر الاستصناع في تنشيط الحركة الصناعية، حيث يقول: "...ومن التطبيقات الجديدة على عقد الاستصناع الدور السكنية وما شاكلها على الخريطة، ضمن أوصاف محددة، صحيحاً إذا ذكرت في شروط العقد كل المواصفات التي تمنع الجهالة المفضية إلى النزاع"<sup>4</sup>.
- سعود بن مسعد الثبيتي حيث يقول: "...وكذلك لو تغير العرف وتعامل الناس بما لم يكن فيه تعامل كاستصناع الثياب في عصرنا الحاضر وغيرها، كالتائرات والسيارات، وأدوات الإنارة، والمعامل التحليلية والمصانع، والسفن وآلات الكتابة والتصوير إلى آخر ما توصلت إليه العقول البشرية كسفن الفضاء والأقمار الصناعية، يجوز استصناعها إذا أمكن ضبطها على وجه تنتفي المنازعة عنه"<sup>5</sup>.
- كاسب بن عبد الكريم البدران إذا يقول: "وعلى هذا تكون الصناعات التي كثرت في بلاد المسلمين في المباني الجاهزة داخلية في الاستصناع"<sup>6</sup>.
- أحمد بن عبد العزيز العميرة حين يقول: "بيع الشقق والطبقات قبل إنشاء المشروع، وصورته أن يقوم مالك العقار ببيع شقق وطبقات لعموم الناس على أن التسليم يكون بعد إجراء العقد ومضي مدة كافية لبناء المشروع، وهنا وإن كان العقد يؤول في الحقيقة إلى حصول نوعين من الملكية، ملكية مشاعة (مشتركة)

<sup>1</sup> - الزحيلي، عقد الاستصناع، بحث منشور في مجلة الفقه الإسلامي الصادرة عن الشركة العربية لتقنية المعلومات، 2007م، ص 17.

<sup>2</sup> - رابح فغور، عقد البيع بناء على التصميم مرجع سابق، ص 54.

<sup>3</sup> - محمد ماجد عتر، المفصل في الفقه الحنفي، الأموال والمعاملات المالية وفق مقتضيات العصر ومعطيات سائر المذاهب، الطبعة الأولى، مكتبة المستقبل، سوريا، سنة 2005م، ص 235.

<sup>4</sup> - محمد عبد اللطيف صالح الفرفور، أثر الاستصناع في تنشيط الحركة الصناعية، بحث منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الصادرة عن الشركة العربية لتقنية المعلومات، 2007م، ص 9.

<sup>5</sup> - سعود بن مسعد الثبيتي، الاستصناع تعريفه، تكييفه، حكمه، شروطه، أثره في تنشيط الحركة الاقتصادية، الطبعة الأولى، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، 1990م، ص 77.

<sup>6</sup> - كاسب بن عبد الكريم البدران، عقد الاستصناع أو عقد المقاومة في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية التربية، جامعة الملك فيصل، السعودية، 1984م، ص 310.

وملكية مفرزة، إلا أن حقيقة العقد في أول صورته لم يقع على أي من النوعين السابقين لعدم وجودها على أرض الواقع والحقيقة، وإنما البيع تم على شيئين.

- بيع حصة مشاعة من الأرض لكل مالك بحسب حصته المفرزة.
- بيع شقة أو طبقة (طابق) موصوفة في الذمة.

وأما البيع الأول الحاصل على حصة مشاعة من الأرض فهذا ظاهر، وأما البيع الآخر وهو بيع شقة أو طبقة موصوفة في الذمة فهو حكم عقد الاستصناع، ووجه كون هذه الصورة من باب الاستصناع، أن مالك الأرض يبيع موصوفاً في الذمة بشرط العمل، فهو يبيع شقة موصوفة في الذمة بشرط إكمالها وبنائها وتسليمها للمالك الجديد، وفي هذا العقد توفرت شروط وأركان الاستصناع<sup>1</sup>.

- حسام الدين عفانة في كتابه فتاوى يسألونك، عند إجابته على سؤال: ما حكم شراء شقة لم يتم بناؤها بعد، ويقع الشراء على المخططات المعدة للشقة؟ فكان الجواب كالتالي: "يجوز شراء شقة أو عمارة على المخططات والخرائط، وهذا يعتبر عقد استصناع، بشرط أن تكون المخططات والخرائط تفصيلية ومبيناً فيها كافة المواصفات، دفعا منها للنزاع والخلاف مستقبلاً"<sup>2</sup>.

- ضحى محمد سعيد عبد الله النعيمي في بحثه حول بيع العقار على الخريطة وبعد مناقشة الرأي الراض لتكليف بيع العقار على الخريطة على أنه استصناع، إذ يقول: "لهذا فإننا نؤيد ما ذهب إليه مجلس الفقه الإسلامي من اعتباره عقد بيع العقار على الخريطة من قبيل الاستصناع لانطباق شروط وأحكام الأخير على الأول"<sup>3</sup>.

هذه مجمل آراء القائلين إن البيع على التصاميم هو من قبيل الاستصناع، ولمناقشة هذه الآراء نترك الحديث للرافضين لهذا التكليف الفقهي ليقدموا الاعتراضات والحلول ثم نناقش رأيهم في ذلك.

**البند الثاني: آراء الراضين لتكليف البيع على التصاميم على أنه عقد استصناع في الشريعة الإسلامية ومقترحاتهم**

### 1- آراء الراضين ومقترحاتهم

لقد اعترض بعض الفقهاء المعاصرين على تكليف البيع على التصاميم (البيع على الخارطة) على أنه عقد استصناع منهم:

<sup>1</sup> - أحمد بن عبد العزيز العميرة، الطبعة الأولى، دار الميمان للنشر والتوزيع، الرياض، السعودية، سنة 1432هـ-2011م، ص 170.

<sup>2</sup> - حسام الدين بن موسى عفانة، فتاوى يسألونك، مكتبة دنديس، الضفة الغربية، فلسطين، الطبعة الأولى، سنة 1488هـ-2007م، ص 249.

<sup>3</sup> - ضحى محمد سعيد عبد الله النعيمي، مفهوم بيع العقار على الخريطة وتكليفه القانوني، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 239.

- محمد سكهال المجاجي في كتابه أحكام عقد البيع في الفقه الإسلامي المالكي، حيث يقول: "ويمكننا أن نستفيد من جواز البيع على البرنامج الحكم بالجواز من باب أولى في شأن بيع المصنوعات والأبنية الحديثة وغير ذلك، إذا كان التصميم والمعلومات المتعلقة بالمبيع بدفتر الصنع (الكتالوج)، واكتفى البائع بإطلاع المشتري على الدفتر للتعرف على المبيع، إلا أن بيع الأبنية قبل إنجازها يدخل في موضوع آخر، وهو بيع الشيء المعدوم وقت العقد، والقواعد لا تسمح بجواز مثل ذلك على أنه بيع محض، بل ربما يدخل في باب الإجارة أيضا، لأن العقد يتناول ضمنا شراء المواد وأجرة القيام بالبناء وله أصل في "المدونة" في كتاب الإجارة باب: الرجل يستأجر البناء على بناء داره، وعلى البناء الآجر والخص<sup>1</sup>".

- ومنهم سعد الدين محمد الكبي في كتابه المعاملات المالية المعاصرة في ضوء الإسلام حيث أورد اعتراضا ودفعه، فقال: "وقد يعترض معترض فيقول: لماذا لم يلحق بيع الشقق على الخريطة بعقد الاستصناع؟ فأقول:

إن عقد الاستصناع قسم من أقسام السلم عند الجمهور، ويشترط فيه ما يشترط في السلم، إلا أن الحنفية فرقوا بين السلم والاستصناع، فالسلم عندهم ما كان مؤجلا بشهر فأكثر، والمؤجل بدون استصناع، بشرط أن يجري فيه تعامل، وإلا كان استصناعا فاسدا.

لذلك فلا يصح إلحاقه بعقد الاستصناع المقرر عند الحنفية.

### البديل أو الحل الشرعي:

وإذا كان الناس لا يتمكنون من دفع المبلغ كاملا في مجلس العقد، فالحل الذي أراه مناسبا، ويتوافق مع الحكم الشرعي هو:

أن يقوم صاحب المشروع السكني ببناء الطوابق مبقية على الإسمنت من غير إغلاقها وإتمامها، وهكذا تكون الشقق السكنية موجودة عند البيع، وما كان موجودا عند عقد البيع فلا يلتحق بعقد السلم، فيجوز فيه البيع من غير تقديم كامل الثمن في مجلس العقد، لأنه لا يكون من باب بيع الدين بالدين، لأن الشقة السكنية التي هي المعوض، موجودة عند عقد البيع، فلا يكون ذلك سلما، وأما إغلاق الشقة وإتمامها فيقوم بتنفيذها صاحب المشروع

<sup>1</sup> - محمد سكهال المجاجي، أحكام عقد البيع في الفقه الإسلامي المالكي، الطبعة الأولى، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، سنة 1422هـ-2001م، ص



السكني إجارة، بشرط الاتفاق على مواصفات الإغلاق والإتمام، والأجرة، والمدة، فيكون العقد قد جمع بين البيع والإجارة بعقد واحد وهو جائز"<sup>1</sup>.

- ومن أبرزهم الدكتور محمد توفيق رمضان البوطي في كتابه "البيوع الشائعة وأثر ضوابط المبيع على شرعيتها"<sup>2</sup>، وكذا الدكتور ناصر أحمد إبراهيم النشوي في كتابه، "أحكام عقد الاستصناع في الفقه الإسلامي"<sup>3</sup>، وإن كان هذا الأخير ناقلاً لرأي الدكتور محمد توفيق رمضان البوطي ومؤيداً له، وبغية الاطلاع عن هذا الرأي ننقل رأي البوطي ونحاول أن نناقشه.

يقول الدكتور البوطي: "فإنني أرى أن تصحيح المساكن عن طريق عقد الاستصناع موضع نظر.

أما ما ذهب إليه مجلس الفقه الإسلامي من اعتبار الاستصناع ملزماً، وصحة ضرب الأجل فيه، خلافاً لما ورد في ظاهر الرواية، وإن أجازته الصاحبان، وإدراجهم مسألة (بيع البيوت على الصور بالتقسيم) تحت عقد الاستصناع، فإنه مخالف لقواعد الحنفية كما هو واضح، ويقتضي بيان معتمدتهم في ذلك، لأنه يبقى لونا من بيع المعلوم الذي اتفقت كلمة الفقهاء على منعه كما مر معنا في بيان شروط المبيع، ويغدو شكلاً من أشكال بيع الكالبي بالكالبي الممنوع أيضاً.

هذا مع أن قرار المجمع قد نص على مراعاة الشروط والأحوال المقررة لعقد الاستصناع لدى الفقهاء الذين ميّزوه عن عقد السلم.

إن القرار المشار إليه يفتقر إلى تفاصيل، يؤدي إغفالها إلى غرر واختلافات"، وبعد أن كيف بيع الشقق على الخريطة على أنه بيع سلم أورد صورتين كحل شرعي فقال:

"وإذا كان الهدف من مثل هذا القرار المساعدة على توفير السكن لمن لا يملك القدرة على شرائه بدفع القيمة الكاملة، فإنه يمكن أن نحقق المقصود من ذلك التعامل وفق تصور آخر، وما دام القصد تجزئة القيمة أو تقسيطها بشكل يساعد طرفي العقد على تحقيقه، فقد رأيت إمكان ذلك وفق الصورتين التاليتين، على سبيل المثال، بغية توضيح مبدأ تجزئة العقد على النحو الذي يحقق تقسيط القيمة.

### الصورة الأولى:

<sup>1</sup> - سعد الدين محمد الكبي، المعاملات المالية المعاصرة في ضوء الإسلام، الطبعة الأولى، المكتب الإسلامي، بيروت، سنة 1423هـ-2002م، ص ص 336-335.

<sup>2</sup> - محمد توفيق رمضان البوطي، البيوع الشائعة وأثر ضوابط المبيع على شرعيتها، الطبعة السادسة، دار الفكر، دمشق، سوريا، سنة 1431هـ-2010م، ص ص 184-192.

<sup>3</sup> - النشوي، ناصر أحمد إبراهيم، مرجع سابق، ص ص 452-459.

بعد تحديد الأرض وتعيينها وتحضيرها للبناء بالدراسة الهندسية واستخراج الرخصة، ورسم التصميم المفصل للبناء.

- 1- يشتري الراغب في شراء بيت أو مخزن أو مستودع حصة من الأرض المقرر البناء عليها تكافئ حصته من مجموع البناء، ويمكن اعتبار المبلغ المدفوع ثمنا لهذه الحصة القسط الأول من ثمن العقار المرغوب، كما يمكن أن يقسم هذا المبلغ على أقساط لأن الأرض معينة.
- 2- يدفع هذا المشترك الحصة المترتبة من تكاليف الدراسة الهندسية وإجراءات الترخيص ونحو ذلك، ويمكن اعتبار ذلك قسطا آخر من ثمن البناء (وكلا دفعتي البند 1، 2 يمكن تجزئتها باتفاق الطرفين).
- 3- يدفع المشتركون ثمن مواد البناء على مراحل وفقا للمرحلة المراد إنشاؤها وبحسب الحصة السهمية للمشارك إلى المتعهد كوكيل لهم بشرائها.
  - . أو يشترونها منه نقدا أو تقسيطا أو دينا إن كانت متوفرة عنده.
  - . أو يشترونها منه سلما إلى أجل محدد.
  - . أو يوكلونه بشرائها على ذمتهم إن أمكن ذلك.
- 4- يتفق كل مشترك مع المتعهد على أجور توكيله بشراء تلك المواد وتأمينها وحفظها وكيفية تسديد تلك الأجر.
- 5- يتفق كل مشترك مع المتعهد على أجور تنفيذ البناء وكيفية دفعها (دفع الحصة السهمية المكافئة).
- 6- بعد اكتمال بناء الهيكل تحدد قيمة كل شقة أو مخزن أو غيره بالنظر إلى موقعه ومستواه وغير ذلك، بالنظر إلى مجموع قيمة البناء الكلية.
- 7- يملك المشتركون المتماثلون في وصف العقار الذي تم شراؤه تلك العقارات بصفة شائعة ثم يتم التخصيص إما بالقرعة أو بأسبقية الاشتراك، على أحقية اختيار حصة كل منهم مع مراعاة فروق القيمة باعتبار الموقع والخصائص الأخرى (مثال: المشتركون في شراء بناء، كل طابق منه يتكون من ثلاث شقق مساحتها: 125م<sup>2</sup>، 100م<sup>2</sup>، 90م<sup>2</sup>، يتراضى الذين اشتروا الشقق منها 125م<sup>2</sup> فيما بينهم على اختصاص كل منهم بشقة بالقرعة، أو غيرها من وجوه التراضي أو وفق أسس إزالة الشبوع شرعا، وهكذا المشتركون في الشقق ذات 100م<sup>2</sup>)<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> - وهذه الصورة قد استنبطها الباحثون المعاصرون من أحكام القسمة التي ذكرها الفقهاء في كتبهم، يراجع فيما تقدم: الكافي في فقه أهل المدينة لأبي عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر النمري القرطبي، ص ص 445-450، ط، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الثانية، 413هـ-1992م، حاشية البيهقوري على شرح العلامة ابن القاسم القرى على متن الشيخ أبي شجاع للشيخ إبراهيم بن محمد الباجوري المتوفي سنة 1277هـ. تحقيق: محمد عبد السلام شاهين، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، سنة 1415هـ-1994م، ج 2، ص ص 641-650. الروض المربع، ج 2، ص ص 504-526. البيوت الشائعة، ص ص 186-189.

فالناظر في هذه الصورة يجد أنها صورة تحقق الأهداف الاقتصادية لكل من المتعاقدين في عقد الاستصناع وهي صورة خالية من المخالفات الشرعية وبيان ذلك على النحو التالي:

(1) أما شراء الحصة السهمية من الأرض فإنه يسوغ إنشاء العقار المشترك عليها، لأنها عندئذ تغدو ملكا لكل المشتركين بصورة شائعة، وليست عارية ولا مستأجرة، إذ بأي حق أستطيع أن أشارك في بناء على أرض لا أملكها؟ وقيمة هذه الحصة هي في الوقت ذاته القسط الأول من قيمة العقار.

(2) شراء المشتركين لمواد البناء، أمر دفعهم لأجور التوكيل أو التنفيذ بحسب الحصة السهمية التي تخص كل واحد منهم يجعلهم جميعا متمتعين بملكية شائعة لهذا البناء، كل فرد بمقدار ما يخصه.

(3) لم أحدد الشقة أو المخزن كيلا نقع في مشكلة بيع المعلوم. ولهذه الصورة يشتري المشتركون مواد البناء بصورة مشتركة ويستأجرون متعهدا لتنفيذ المشروع بصورة مشتركة... ويغدو البناء كله لهم بصورة مشتركة شائعة، لكل فرد منهم حصة سهمية منه بحسب نسبة اشتراكه.

قد يقال: يقتضي ذلك عدم الشروع بالتنفيذ إلا بعد اكتمال المشتركين، والجواب: إن المتعهد - أو صاحب الأرض الأصلي - ينبغي أن يعتبر هو صاحب بقية الحصص، حتى يأتي من يشتري تلك الحصص، ودفع صاحب الأرض الأصلي أو المتعهد ما يترتب على بقية الحصص من قيمة مواد البناء، وأجور التنفيذ مادامت تلك الحصص غير مبيعة.

(4) من الواضح من خلال ما أشرت إليه أن البنود (2، 3، 4) تضمنت:

- شراء المواد: أجور التوكيل بشرائها وحفظها، أجور تنفيذ البناء.

وقد ذكرت لشراء المواد صورا متعددة تجعل طريقة تسديد القيمة مرنة إلى حد بعيد، أما أجور التوكيل فيمكن أن تبقى في الذمة وفق الاتفاق، وكذلك أجور التوكيل.

(5) إذ تمّ بناء الهيكل وتقسيمه، تملك المشتركون الممثلون في الحصص تلك الحصص على وجه الشيوخ، وإزالة الشيوخ تتم وفق الأصول الشرعية الواردة في أبواب القسمة من كتب الفقه.

(6) أما تنفيذ الإكساء فإنه موضوع منفصل، ينفذ بعقد جديد، ويمكن أن يتم بطريقة شراء المواد واستئجار من يقوم بتنفيذ كل نوع من أنواع الإكساء (طين، بلاط، معجون، كهرباء، صحية... الخ) وتفصيل أحكام هذه المرحلة إنما تبحث في باب الإجارة.

الصورة الثانية:

وتتكون من الخطوات التالية:

- 1- يعدّ تحديد الأرض وتعيينها وتحضيرها للبناء على النحو التالي الذي ذكرت في الصورة الأولى، يشتري الراغب شراء بيت أو مخزن مستودع مثلا حصة سهمية من الأرض مكافئة لما سيشتريه من عقار، وما يدفعه المشترك هنا هو الدفعة الأولى من الثمن الإجمالي للبناء المطلوب.
- 2- يدفع المشترك الحصة المترتبة عليه، من تكاليف الدراسة الهندسية وإجراءات الترخيص ونحوها وهذه هي الدفعة الثانية، وكلا الدفعتين يمكن تجزئتها على أقساط باتفاق الطرفين.
- 3- يبين المشترك الرغبة في شقة ذات مساحة معينة وموقع وجهة محددتين (مثلا الطابق الثاني في الشقة القبلية).
- 4- يشتري المشترك المواد الأولية اللازمة لبناء عقاره (من حديد وأسمنت ونحو...) بإحدى الصور التالية:
  - . يشتريها من المتعهد بصورة عقد السلم بدفع قيمة ما يشتريه بعد تحديد الوصف والنوع والكمية لكل نوع من أنواع المواد ووقت التسليم... الخ.
  - . أو يوكل المتعهد بشرائها له وقت احتياجه لها، بالقيمة التي تساويها في ذلك الوقت.
  - . أو يشتريها منه نقدا أو دينا ويودعها عنده يستخدمها لدى الحاجة إليها، إن كانت المواد متوفرة لدى المتعهد.
- 5- يتعاقد المشترك مع المتعهد على أجور توكيله بشراء المواد الأولية وتأمينها وحفظها، وكيفية تسديد تلك الأجور.
- 6- يتعاقد المشترك مع المتعهد على أجور تنفيذ مشروع البناء وكيفية تسديد تلك الأجور.
  - ثم إن كان البناء المرغوب قيد الإنشاء، أو جاهزا للإنشاء فإنه لا إشكال في الأمر، أما إذا كان غير جاهز كأن يكون راغبا في شقة في الطابق الثالث والبناء لا يزال في مرحلة وضع الأساسات مثلا فإن التوكيل بشراء المواد الأولية مع دفع قيمتها يفي بالمطلوب، كذلك يمكن شراؤها من المقاول سلما، وإن لم تكن موجودة عنده، ولكن التوكيل قد يكون أكثر مرونة بالنسبة للمقاول لاحتمال ارتفاع الأسعار مثلا.
- 7- إذا تم بناء الهيكل فإنه قد يبقى في ذمة المشترك أجور وقيمة بعض المواد فيما إذا كان الاتفاق يقتضي ذلك، ويمكن أن يكون برئ الذمة.

ويبقى بعد ذلك تنفيذ الإكساء وقد أشرت في نهاية بيان الصورة الأولى إلى كيفية القيام بذلك بصورة شرعية.

والناظر في هذه الصورة يلاحظ الأمور التالية:

- 1) أن شراء الأرض فللسبب الذي ذكرته في توضيح الصورة الأولى.
- 2) شراء المشترك للمواد الأولية بالصورة التي ذكرتها، تترك المسألة بين يدي طرفي العقد تحل بصورة مرنة، تناسب الطرفين دون الوقوع في إشكال شرعي.
- 3) استئجار المشترك للمتعهد لتنفيذ بناء الهيكل وفق الهيكل الموضوع، وبأجر متفق عليه وملائم يدفع على النحو الذي يتم الاتفاق عليه ويمكن دفعه كاملا نقدا أو تقسيطا أو يبقى دينا في الذمة،

وفي المسألة بعض الاختلاف بين المذاهب في دفع الأجرة معجلا لأن الإجارة هنا إجارة ذمة... ولكن فيما ذكره بعض متسع يرفع الحرج، فقد ذكر الحنبلية أن الأجرة تثبت بنفس العقد وتثبت في الذمة، وإن تأخرت المطالبة بها سواء كانت إجارة عن أمر في الذمة، و أنها تملك بالعقد ويستحق الأجر قبضها عند تنفيذ العمل، ولا يجب تسليم أجرة العمل في الذمة حتى يتم تسليم العمل<sup>1</sup>.

وذكر الدردير في الشرح الصغير أن تأجيل الأجرة إن كانت غير معينة هو لحق الآدمي، إن تراضيا على تأخيره جاز والعقد صحيح<sup>2</sup>.

وبالنظر في هاتين الصورتين نستخلص الأمور التالية:

- أ. البدء بشراء الحصة المكافئة من الأرض.
- ب. دفع أجور الدراسة الهندسية والضرائب وإجراءات الترخيص وكلا الأمرين يمكن أن يتم تسديد قيمته كما أشرت نقدا أو نسيئة باتفاق الطرفين.
- ج. دفع قيمة المواد الأولية اللازمة لبناء الهيكل وتختلف الصورة الأولى عن الثانية بأن المواد في الصورة الأولى تدفع مقابل البناء كله بصورة مشتركة لأن الملكية لا تزال شائعة، أما الصورة الثانية فإن المواد خاصة للشقة المرغوبة وقد يقال: كيف جاز بيع المعدوم في الصورة الثانية وضع من ذلك في الأولى؟  
**الجواب:** أننا في الثانية لم نبع معدوما وإنما سبق أن أعلن المشترك الرغبة في هذه الشقة، بموجب كونه اشترك في حصة من الأرض شائعة وهو لم يشتري شقة، وإنما اشترى مواد البناء وأستأجر للتنفيذ، والله أعلم.
- د. والفرق بين الصورتين أخيرا أن المشتري في الصورة الأولى له حصة شائعة في البناء يتم تخصيصها فيما بعد، أما في الصورة الثانية فإنه يستأجر لبناء شقة محددة له على أرض يملك منها حصة سهمية، فالشقة محددة له ابتداء دون إزالة شيوع<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ج 7، ص 334. - المحافظ أبي علي الحسن بن أحمد بن عبد الله بن البنا المتوفى سنة 471هـ، المقنع في شرح مختصر الخرقى، تحقيق الدكتور: عبد العزيز بن سلمان بن إبراهيم النعيمي، الطبعة الثانية، مكتبة الرشد الرياض، سنة 1415هـ-1994م، ج 2، ص 760..

<sup>2</sup> أبو البركات أحمد بن محمد بن أحمد الدردير العدوي المالكي، الشرح الصغير على أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك، دار الفكر، ج 2، ص 245 وما بعدها، وهو مطبوع بمماش بلغة السالك تهذيب المسالك في نصرة مذهب مالك على نصح العدل والإنصاف في شرح مسائل الخلاف، لأبي الحجاج يوسف بن دوناس الفندلاوي المتوفى سنة 543هـ، تحقيق الأستاذ: أحمد بن محمد البوشينجي، الطبعة الأولى، مطبعة فضالة، المحمدية، المغرب، سنة 1419هـ-1998م، ج 4، ص 315.

<sup>3</sup> - يراجع في هذه المسألة، البوطي، البيوع الشائعة، مرجع سابق، ص 184-192. - النشوي، أحكام عقد الاستصناع في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 452-459.

هذا هو مجمل ما ذكره بعض الباحثين المعاصرين في هذه القضية ولا مانع من أن يبتكر المهندسون والمقاولون صورا أخرى لهذه القضية طالما جاءت هذه الصورة موافقة للشريعة الإسلامية، وجاءت خالية من المخالفات التي تخالف نصا أو إجماعا أو قياسا أو أي دليل آخر يعتبر شرعا، والله أعلم بالصواب.

## 2 - مناقشة آراء الرافضين لتكييف البيع على التصاميم على أنه عقد استصناع في الشريعة الإسلامية:

أما رأي محمد سكهال المحاجي فإنه اعترض على تكييف البيع على التصاميم على أنه بيع، لأنه بيع لشيء معدوم وقت العقد، وأدخله في باب الإجارة، خاصة الإجارة التي تتضمن اتفاق بين طرفين يتعهد بمقتضاه أحد طرفيه بأن يصنع للطرف الآخر شيئا، أو يؤدي عملا لقاء بدل يتعهد به الطرف الآخر<sup>1</sup>.

وقد رأينا من قبل الفرق بين البيع على التصاميم والمقاولة، وبناء على هذا فإن التكييف السابق فيه قصور حيث إن الإجارة التي يشمل عقدها شراء المواد وأجرة القيام بالبناء يكون العقد فيها على العمل فقط دون العين (نقل الملكية)، أما البيع على التصاميم فإن العقد يتضمن شيئين في المعقود عليه وهما العين (نقل ملكية البناء) والعمل، حيث يلتزم المرقي العقاري بنقل ملكية البناء إلى المكتب سواء كانت بناء دار فردية بقطعها الأرضية المبنية عليها، أو شقة في عمارة جماعية حيث ينقل ملكية الطابق مع البناية.

وهذا التكييف على أنه إجارة يصلح إذا كان البيع على التصاميم يتم التعاقد فيه على إنجاز بناية من طرف المرقي العقاري بمواد من عنده وقطعة الأرض أو الطابق المقام عليه البناية يقدم من طرف المكتب (المشتري)، والحقيقة عكس ذلك إذ أن قطعة الأرض أو الطابق يلتزم بتقديمه المرقي العقاري (البائع) كذلك.

أما اعتراض البوطي والنشوي فالواقع إننا نكتفي ببيان الصورة الأولى التي ذكرها الدكتور البوطي؛ لأن الملاحظات التي سنذكرها على هذه الصورة تنطبق على الثانية أيضا، والتي لا تختلف عن الصورة المعروضة سوى في بعض الجزئيات، ومع كل احترامنا وتقديرنا لرأي الدكتور محمد توفيق البوطي إلا أننا نرى أن الصورة المعروضة لا توجد حلا يمكن تطبيقه على أرض الواقع فلا يمكن إعمالها من الناحية العملية، خاصة في المشاريع الضخمة التي يتم فيها بيع عشرات آلاف الشقق على الخريطة ضمن مجمع سكني يعلن عنه، فمن غير الممكن عمليا أنه كلما تقدم راغب في الشراء يتم تسجيل حصة من الأرض باسمه، فلا يخفي ما في نقل ملكية الأرض من إجراءات قانونية تجعل إشراك الآلاف في ملكيتها أمرا يكاد أن يكون مستحيلا عمليا، كما أنه ومن الناحية العملية أيضا لا يمكن الانتظار وعدم الشروع في البناء إلى حين بيع كافة الوحدات العقارية وتسجيلها باسم جميع المشتريين للبدء في البناء، بل الذي يحصل أن البائع يشرع بالبناء بعد بيع عدد معين من الوحدات تكفي أقساطها الأولى لتمويل البناء في

<sup>1</sup> - إبراهيم شاشو، عقد المقاولة في الفقه الإسلامي، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 26، العدد الثاني، 2010، ص 747.  
- توفيق زيداني، التنظيم القانوني لعقد المقاولة على ضوء أحكام القانون المدني الجزائري، رسالة ماجستير، فرع قانون عقاري، قسم العلوم القانونية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2010/2009، ص 09.

مراحله الأولى، ويتم بيع بقية الوحدات على طول الفترة التي تستغرقها عملية البناء وربما بعدها أيضا، ومن جهة أخرى فإن هذه الصورة سوف تثير المنازعات عند انتهاء البناء، وتخصيص كل عقار لكل مشتر والذي لا يكون على بينة من موقع شقته وفي أي طابق تكون وعلى أي وجهة تطل، وبالتأكيد سوف يعني نفسه بأنها تجمع أفضل الواصفات، ومن النادر أن يقنع بغير ذلك.

وبالتأكيد فإن التساؤل الذي يثار في الذهن ما سبب انتقاد الأستاذ البوطي لقرار مجلس الفقه الإسلامي والذي دفعه إلى اقتراح تلك الصورة بدلا عن الاستصناع؟ وجواب ذلك يعود إلى أنه رجح من الآراء الفقهية تلك التي تشترط لصحة الاستصناع شروطا لا يمكن إعمالها في حالة بيع العقار على الخريطة، كاعتباره إياه عقدا غير لازما وأنه على حد قوله يفتقر إلى القوة الإلزام العقدية، وهو ما اختلف حوله فقهاء المذهب الحنفي كما وضحنا سابقا، وأن الاستصناع يرد على عين في الذمة لا على العمل وهو أمر اختلف أيضا حوله فقهاء الحنفية إلى آراء، فضلا عن انتقاده للقرار من حيث إجازته تأجيل الثمن كله في عقد الاستصناع أو تقسيطه إلى أقساط معلومة.

في حين أن مجلس الفقه الإسلامي تبني من آراء في المذهب الحنفي ما يوافق التكييف الشرعي للبيع على التصاميم الذي اختاره، فأخذ برأي أبي يوسف مثلا في اعتباره للاستصناع عقدا لازما، وهذا كما قلنا رأي لمجلة الأحكام التي وسعت من رأي أبي يوسف، كما أنه أخذ برأي من ذهب من فقهاء المذهب إلى أن الاستصناع يرد على العين والعمل معا، كما أن المجلس بإجازته تأجيل الثمن أو تقسيطه لم يخالف المذهب الحنفي، ذلك أن ورود العقد على العمل فضلا عن المبيع هو الذي يبرر إجازته تأجيل الثمن أو تقسيطه، ولم نعثر ضمن آراء فقهاء المذهب الحنفي من اشترط تعجيل الثمن في الاستصناع وإنما هو شرط اشترطه فقهاء المالكية والشافعية والحنابلة عندما اعتبروا الاستصناع من صور السلم فاشترطوا فيه شروطه ومنها تعجيل الثمن<sup>1</sup>.

### 3 - موازنة وترجيح:

بعد أن استعرضنا آراء المؤيدين لتكييف البيع على التصاميم، وآراء المعارضين لهذا التكييف، فإننا نرجح رأي المعارضين لهذا التكييف، ونزيد دليلا آخر للمعارضين وهو أن عقد الاستصناع في المذهب الحنفي عقد غير لازم منذ البداية، ومن جعله لازما منذ البداية فقد خالف إجماع المذهب الحنفي فضلا عن باقي المذاهب الأخرى، وهذا نص لمجلة الأحكام العدلية وعللت ذلك بأنها اختارت قول أبي يوسف، والمنقول في كتب المذهب الحنفي أن أبا يوسف لا يقول بعدم خيار المستصنع إلا بعد الصنع وإحضار الصانع المصنوع موافقا للأوصاف المشروطة، أما قبل الفراغ من صنعه أو بعد الفراغ من الصنع وقبل إحضاره فلا خلاف في أن المستصنع مخير<sup>2</sup>، وعليه فإن الظاهر أن

<sup>1</sup> - ضحى محمد سعيد عبد النعمي، مفهوم بيع العقار على الخريطة وتكييفه القانوني، مرجع سابق، بتصرف، ص 237-238.

<sup>2</sup> - الكاساني، بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج 5، ص 2. - مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، مرجع سابق، ج 1، ص 487. - علي السالوس، موسوعة القضايا الفقهية المعاصرة في الاقتصاد الإسلامي، الطبعة السابعة، مكتبة دار القرآن، 2002م، ص 842.

بجمل الأحكام العدلية أطلقت اللزوم على أنه قانون أمر، خاصة وقد اقترنت بالإرادة السلطانية في زمانها<sup>1</sup>، والآن وقد زالت عنها الصفة الآمرة كون العمل بها توقف بسقوط الخلافة العثمانية، فقد أصبح هذا الأمر رأي للمجلة فقط لا للمذهب الحنفي.

وبناء على ما تقدم يظهر الفرق بين البيع على التصاميم والاستصناع، كون الأول ملزم للطرفين منذ بداية العقد والثاني لازم بعد الصنع إذا كان موافقا للأوصاف المتفق عليها في العقد.

بالإضافة إلى الفرق السابق، نرى أن هناك فرقا آخر بين البيع على التصاميم والاستصناع في مسألة نقل الملكية، ففي البيع على التصاميم الملكية تنتقل على مرحلتين، المرحلة الأولى تنتقل فيها ملكية الأرض والبناء المشيد إلى المكتتب وذلك ابتداء من تسجيله وشهره لدى المحافظة العقارية، وهي ملكية حق الرقبة دون حق التمتع والتصرف، وفي المرحلة الثانية وهي تبدأ من التوقيع على محضر التسليم، فتنتقل إلى المكتتب (المشتري) حق التمتع والتصرف في المبيع.

أما في الاستصناع فإن ملكية الشيء المصنوع تنتقل دفعة واحدة، وذلك بعد إتمام الصنع وإحضاره من طرف الصانع وفق الأوصاف المتفق عليها.

أي أن ملكية الأرض في البيع على التصاميم تنتقل إلى المكتتب (المشتري) قبل الابتداء في الصنع فهي لا تحتاج إلى صنع.

كذلك البيع على التصاميم عقد على العمل والعين (البنائية)، أما الاستصناع فاختلف فيه الفقهاء هل هو عقد على العمل فقط أو على العين فقط أو عقد على العمل والعين معا.

<sup>1</sup> - الزرقاء، المدخل الفقهي العام، مرجع سابق، ج 1، ص 487.



## المطلب الثاني: خصوصية واستقلالية البيع على التصاميم في الشريعة الإسلامية

تمهيد:

بعدما تناولنا تكييف الفقهاء المعاصرين للبيع على التصاميم والاختلاف الحاصل بينهم حوله، نرى أن نقطة الانطلاق في بحث حكم الشريعة الإسلامية في عقد البيع على التصاميم يجب أن تبدأ من ناحية تعتبر هي حجر الأساس ألا وهي:

هل أنواع العقود في الشريعة محصورة لا تقبل الزيادة أم لا؟

أي هل أن نظام التعاقد في الإسلام يحصر الناس في أنواع معينة من العقود المسماة، وهي العقود المعروفة في صدر الإسلام من بيع وإجارة وهبة ورهن وشركة وصلح وقسمة وإعارة وإيداع وسلم واستصناع، وسائر العقود الأخرى المسماة التي ورد لها ذكر وأحكام في مصادر الشريعة الإسلامية من كتاب وسنة وإجماع، ولا يباح للناس إيجاد أنواع أخرى من العقود غير داخلية في أحد الأنواع السابقة؟، أم أن الفقه الإسلامي ترك الباب مفتوحاً للناس في أنواع العقود وموضوعاتها، فيمكنهم أن يتعارفوا على أنواع جديدة إذا دعته حاجتهم الزمنية إلى نوع جديد ليس فرعاً من أحد الأنواع المعروفة قبلاً (كالبيع على التصاميم مثلاً)، ويصح منهم كل عقد جديد متى توفرت فيه الأركان والشروط العامة التي تعتبر من النظام العام في الإسلام، كالشروط المطلوبة شرعاً في التراضي والتعبير عن الإرادة وفي محل العقد، بحيث لا يتضمن العقد ما يخالف قواعد الشريعة التي عبر عنها النبي صلى الله عليه وسلم بقوله: "كل شرط ليس في كتاب الله تعالى فهو باطل"<sup>1</sup>.

وللإجابة عن هذا التساؤل نقسم هذا المطلب إلى فرعين، ففي الفرع الأول نتحدث عن مدى حرية الإنسان في إنشاء العقود في الفقه الإسلامي أو مبدأ سلطان الإرادة العقدية في الفقه الإسلامي (الفرع الأول) ثم نتناول بالحديث البيع على التصاميم كعقد مستقل عن غيره من العقود الأخرى في الفقه الإسلامي (الفرع الثاني).

<sup>1</sup> - صحيح البخاري، مرجع سابق، ج3، ص 71. - صحيح مسلم، مرجع سابق، ج2، ص 1141. - سنن الترمذي، مرجع سابق، ج3، ص 624. - سنن أبي داود، مرجع سابق، ج4، ص 1292.

## الفرع الأول: مدى حرية الإنسان في إنشاء العقود في الشريعة الإسلامية (مبدأ سلطان الإرادة العقدية في الفقه الإسلامي)<sup>1</sup>

يقصد بجزئية إنشاء العقود (سلطان الإرادة العقدية) إطلاق الحرية للناس في أن يعقدوا من العقود ما يرون، وبالشروط التي يشترطون، غير مقيدين إلا بقيد واحد، وهذا القيد هو ألا تشتمل عقودهم على أمور قد نهي عنها الشارع وحرمها.

إن حرية التعاقد بالمعنى المقصودة ليس أمراً متفقاً عليه بين فقهاء المسلمين، إذ أنهم اختلفوا فيه على اتجاهين رئيسين وهما كالآتي:

**الاتجاه الأول:** وهو مذهب الظاهرية<sup>2</sup> ومن وافقهم، ويرون أن المسلمين مقيدون بعدد العقود التي تذكرها الكتب<sup>3</sup> والتي نص عليها القرآن والسنة والإجماع، وما عدا ذلك من العقود التي لم يرد بإثباتها نص أو إجماع لا يجوز للمسلم أن يباشر شيئاً منها.

**الاتجاه الثاني:** ويرى أصحابه أن المسلم حر في إبرام أي عقد من العقود سواء كان هذا العقد من العقود المسماة، أم كان من العقود غير المسماة، وهذا ما ذهب إليه جمهور الفقهاء، ثم اختلفوا بعد ذلك فيما بينهم هل هذه الحرية مطلقة أم مقيدة ببعض القيود على مذهبين.

**المذهب الأول:** وهو لابن تيمية وتلميذه ابن القيم ومن نهج نهجهم، ويرون أن المسلم له الحرية المطلقة في إبرام وإنشاء أي عقد من العقود سواء كان العقد مسمى أم غير مسمى طالما لم يرد نهي من الشارع عن هذا العقد<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - أنظر في ذلك: مصطفى الزرقاء، المدخل الفقهي العام، الطبعة التاسعة، دار الفكر، 1967، ج1، ص ص 461-472. - عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، 1998م، ج1، ص ص 80-81. - كاسب البدران، عقد الاستصناع في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص ص 22-38. - النشوي، أحكام عقد الاستصناع في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص ص 152-189. - فتحي الدريني، النظريات الفقهية، الطبعة الرابعة، منشورات جامعة دمشق، سنة 1417هـ-1997م، ص ص 276-288.

<sup>2</sup> - أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، المحلى بالآثار، تحقيق أحمد محمد شاكر، دون طبعة، دار الحديث، دون تاريخ، ج8، ص 412. - ابن حزم، الإحكام في أصول الأحكام، تحقيق لجنة من المحققين، الطبعة الأولى، دار الحديث، سنة 1418هـ-1997م، ج5، ص ص 5-12.

<sup>3</sup> - أي كتب الفقه الإسلامي، وقد عين الشارع خمسة وعشرين عقداً، ذكر أسمائها وصفاتها وهي: البيع والإجارة والكفالة والحوالة والرهن والإيداع والإعارة والهبة والقسمة والشركة والمضاربة والمزارعة والمساقاة والوكالة والصلح والتحكيم والمخارعة والقرض والعمرى والموالة والإقالة والزواج والوصية والايضاء وبيع الوفاء. أنظر: الزرقاء، مدخل الفقهي العام، مرجع سابق.

<sup>4</sup> - تقي الدين أحمد بن عبد الحليم ابن تيمية، القواعد النورانية الفقهية، تحقيق أحمد بن محمد خليل، الطبعة الأولى، دار ابن الجوزي، السعودية، 1422هـ، ص ص 261-302. - ابن تيمية، مجموع الفتاوى، مرجع سابق، ج29، ص 102. - ابن القيم الجوزية، إعلام الموقعين، مرجع سابق، ج1، ص ص 294-296.

**المذهب الثاني:** ويرى أصحابه أنه يجوز للمسلم أن يقدم على إنشاء أي عقد طالما قد ثبتت مشروعيتها بنص أو إجماع أو أي دليل آخر معتبر، فالأصل عندهم مشروعية العقود كلها طالما قد ثبتت مشروعيتها بأي دليل شرعي، وهذا ما ذهب إليه الحنفية<sup>1</sup> والمالكية<sup>2</sup> والشافعية<sup>3</sup> وأكثر الحنابلة<sup>4</sup>.

### الأدلة ومناقشتها:

استدل كل مذهب من الاتجاهين السابقين بأدلة عدة، نذكر طرفاً منها ومناقشتها على النحو التالي:

### أولاً: أدلة الظاهرية ومن وافقهم

وهم القائلون بأن الأصل في العقود الحظر لا الإباحة، وقد استدل أصحاب هذا الاتجاه بالكتاب والسنة والمعقول.

### 1- أدلتهم من الكتاب:

استدلوا بآيات كثيرة من القرآن الكريم تثبت مدعاهم من هذه الآيات ما يلي:

أ- قوله تعالى: ﴿تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾<sup>5</sup>.

**وجه الاستدلال:** هذه الآية قد بين الله تعالى فيها بياناً واضحاً أن المسلم يجب عليه أن يلتزم بحدود الله التي حددها في كتابه، والعقود من الحدود التي حددها الله تعالى في كتابه، فلا يجوز للمسلم أن يزيد عليها أو ينقص عنها.

**مناقشة وجه الاستدلال:** ناقش الجمهور هذا الاستدلال، بأن هذه الآية لا يصح الاستدلال بها، لأنها ليست في محل النزاع، فالآية جاءت في نهاية أحكام الطلاق والخلع، وأن لهما أحكام لا يجوز أن يخالفها المسلم، ولم تشر إلى العقود بإطلاق.

ب- وقوله تعالى: ﴿وَمَنْ يَعْصِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَتَعَدَّ حُدُودَهُ يُدْخِلْهُ نَارًا خُلِدًا فِيهَا وَلَهُ﴾<sup>6</sup>.

<sup>1</sup>-الكاساني، بدائع الضائع، مرجع سابق، ج6، ص 58. - الزيلعي، تبين الحقائق، مرجع سابق، ج4، ص87.

<sup>2</sup>-أبو الوليد محمد بن أحمد رشد القرطبي، المقدمات الممهدة، تحقيق الدكتور محمد حجي، الطبعة الأولى، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، 1408هـ-1988م، ج2، ص20.

<sup>3</sup>-محمد ابن إدريس الشافعي، الأم، مرجع سابق، ج3، ص243. - محمد ابن إدريس الشافعي، الرسالة. تحقيق: أحمد شاكر، الطبعة الأولى، مكتبة الحلبي، مصر، سنة 1358م-1940م، ص 232 وما بعدها.

<sup>4</sup>-ابن تيمية، مجموع الفتاوى، مرجع سابق، ج29، ص102. - ابن القيم، إعلام الموقعين، مرجع سابق، ج1، ص 294-296.

<sup>5</sup>- سورة البقرة، الآية 229.

<sup>6</sup>- سورة النساء، الآية 229.

**وجه الاستدلال:** إن الآية الكريمة جاءت بعد أن بين الله عز وجل الأحكام المتعلقة بالضعفاء من الأيتام والنساء وأحكام الموارث، أشار إلى أنها حدود الله ومحارمه التي لا يصح المسلم أن يتخطاها ويتجاوزها، وأن من يتعد حدود الله وينتهك حرمت الله، ويعص الله ورسله يدخله نارا خالدا فيها وله عذاب مهين.

**مناقشة وجه الاستدلال:** إن الآية هذه كسابقتهما ليست في محل النزاع، فقد جاء عقب آيات الموارث، حيث أشارت هذه الآية إلى جزاء من يخالف شرع الله في توزيع التركة لا في استحداث عقد جديد.

**ج- وقوله تعالى: ﴿الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتَمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيتُ لَكُمُ الْإِسْلَامَ دِينًا﴾<sup>1</sup>.**

**وجه الاستدلال:** الآية الكريمة تفيد أن الله عز وجل قد أكمل لنا الدين بإحلال الحلال وتحريم الحرام حتى صار كل شيء بينا واضحا، ليس فيه غموض، فبمقتضى هذا النص الكريم يكون المسلم ملتزما في إنشاء عقود مما ثبت بنص أو إجماع ولا يحدث عقدا جديدا غير منصوص عليه.

**مناقشة وجه الاستدلال:** الآية كسابقتهما ليست في محل النزاع، فالمراد بالإكمال فيها إكمال الأصول والقواعد الأساسية للدين.

أمّا ما يتجدد من أحكام الفروع فدورها دور الاجتهاد والمجتهدين، على أن المجتهدين إذا اجتهدوا في هذه الأحكام، لم يجتهدوا بالهوى والتشهي، وإنما بنوا اجتهادهم على النصوص الشرعية من الكتاب والسنة والإجماع، فتكون الآيات الثلاث المذكورة ليس فيها دلالة على إثبات المدعى.

## 2- أدلتهم من السنة:

استدلوا بقول النبي (صلى الله عليه وسلم): " ما بال أقوام يشترطون شروطا ليس في كتاب الله، من اشترط شرطا ليس في كتاب الله فهو باطل، وإن اشترط مائة شرط، شرط الله أحق وأوثق"<sup>2</sup>.

**وجه الاستدلال:** أن هذا الحديث يفيد أن أي شرط أو عقد ليس في كتاب الله تعالى لا يجوز للمسلم أن يبرمه، وإذا أقدم على إبرامه يكون باطلا، لأن العقود والعهود والأوعاد شروط واسم الشرط يقع على جميع ذلك<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - سورة المائدة، الآية 3.

<sup>2</sup> - صحيح البخاري، مرجع سابق، ج3، ص 71. صحيح مسلم، مرجع سابق، ج2، ص 1141. سنن الترمذي، مرجع سابق، ج3، ص 624. سنن أبي داود، مرجع سابق، ج4، ص 1292.

<sup>3</sup> - ابن حزم، الإحكام في أصول الأحكام، مرجع سابق، ج5، ص 15.

ومما يؤكد هذا المعنى قوله صلى الله عليه وسلم: "من أحدث في أمرنا هذا ما ليس منه فهو رد" وفي رواية أخرى: "من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد"<sup>1</sup>.

فصح بهذا النص بطلان كل عقد عقده الإنسان والتزمه، إلا ما صح أن يكون عقدا جاء النص بالإلزام به باسمه أو بإباحة التزامه<sup>2</sup>.

**مناقشة وجه الاستدلال:** إن المراد بكتاب الله تعالى هو حكمه المبين في الكتاب والسنة لأنه صلى الله عليه وسلم لا ينطق عن الهوى.

قال ابن بطال<sup>3</sup>: "كل شرط ليس في كتاب الله معناه في حكم الله وقضائه من كتابه وسنة رسوله وإجماع الأمة فهو باطل"<sup>4</sup>.

قال ابن خزيمة<sup>5</sup>: "ليس في كتاب الله أي ليس في حكم الله جوازه أو وجوبه، لا أن كل من شرط شرطا لم ينطق به الكتاب يبطل، لأنه قد يشترط في البيع الكفيل ولا يبطل الشرط، ويشترط في الثمن شروط من أوصافه أو من نجومه ونحو ذلك فلا يبطل"<sup>6</sup>.

أما استدلالهم بقوله صلى الله عليه وسلم: "من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد"، فإنه يرد عليه بأن هذا الحديث ليس فيه دلالة على إثبات مدعاهم، لأن العمل إذا جاء مخالفا لأمر الشرع فهو مرفوض وممنوع بالإجماع، وما نحن بصددده ليس كذلك، إذ حرية التعاقد مقيدة بقيد، وهذا القيد هو ألا يتضمن هذا التعاقد أمرا مخالفا لمقتضيات الشريعة، إذًا فيكون الحديث المستدل به قد خرج عن مواطن الاستدلال.

1- مسلم، صحيح مسلم، مرجع سابق، ج3، ص1343، وج4، ص1718.

2- محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، مصر، دون تاريخ، ص234.

3- هو: "علي بن خلف بن عبد الملك بن بطال أبو الحسن البكري، قرطبي الأصل وسكن بلنسية، يعرف بابن اللجام، كان من أهل العلم والمعرفة، عني بالحديث له شرح البخاري في عدة مجلدات توفي سنة 449هـ". أنظر: الصفدي، الوافي بالوفيات، مرجع سابق، ج21، ص56-الذهبي، سير أعلام النبلاء، مرجع سابق، ج13، ص303-الزركلي، الأعلام، مرجع سابق، ج4، ص285.

4- أبو الحسين علي بن حلف بن عبد الملك بن بطال، شرح صحيح البخاري، تحقيق أبو تميم ياسر بن إبراهيم، الطبعة الأولى، مكتبة الرشد، الرياض، سنة 1420هـ-2000م، ج7، ص79.

5- هو: "محمد بن إسحاق بن حزيمة النيسابوري الشافعي، ولد سنة 223هـ، عني بالحديث والفقهاء، حتى صار مضرب المثل في الإقتان، سمع من خلق كثير وحدث عنهم، كان إماما ثبتا معدوم النظر، وله كتاب كبير في التوحيد وله الصحيح قال الحاكم مصنفاته تزيد على مائة وأربعين كتابا سوى المسائل في مائة جزء، توفي رضي الله عنه سنة 311هـ". أنظر: الذهبي، سير أعلام النبلاء، مرجع سابق، ج14، ص365-تاج الدين أبي نصر عبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي السبكي، طبقات الشافعية الكبرى، تحقيق عبد الفتاح محمد الحلو ومحمود محمد الصناجي، الطبعة الثانية، هجر للطباعة والنشر والتوزيع، سنة 1413هـ-1992م، ج3، ص109-119.

6- أحمد بن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، الطبعة الثانية، دار الكتب العلمية، بيروت، سنة 1418هـ-1997م، ج5، ص235.

## 3- استدلالهم بالمعقول:

أما استدلالهم بالمعقول فكان كما يلي:

أ- إن الشريعة قد رسمت حدودا، وأقامت معالم لرفع الحق، ولتسود المعاملة العادلة بين الناس بلا شطط، ولم تترك أمر الناس فرطا بلا ضوابط ولا حدود، ولا قيود تمنع الظلم والغرر والجهالة المفضية إلى النزاع، وكل عقد لم يرد به دليل مثبت له من الشرع، أو لا يعتمد على أصوله الثابتة بلا ريب في ثبوتها فهو تعد لحدود الشريعة، وما يكون فيه تعد لحدودها لا تقره ولا توجب الوفاء به.

ب- كما أن وجوب الوفاء إلزام من الشارع الحكيم، ولا يصلح أن نفتي في أمر وندعى أن الشارع ألزم به، إلا إذا ورد في مصادر الشريعة وأصولها ما يدل على الإلزام ووجوب الوفاء، ومن ألزم في الشريعة الوفاء بأمر لم يرد في مصادرها ما يوجب الوفاء به فقد حرم حلالا، وأحل حراما، وذلك افتراء على الله بالكذب، وفعل أمر الجاهلية الذين كانوا يرمون ويحلون من غير علم من الشرع ولا سلطان مبین<sup>1</sup>.

مناقشة الاستدلال: أن القول إن العقود محددة وقد رسمها الشارع ووضع لها ضوابط يجب الوفاء بها، وماعدا ذلك يكون ممنوعا، يمكن التسليم به في العبادات فقط دون المعاملات، لأن العبادات توقيفية فالأصل فيها الحظر إلا ما ورد الدليل بجوازه، أما المعاملات فالأصل فيها الإباحة والجواز إلا ما ورد الدليل بمنعه.

## ثانيا: أدلة الجمهور

أدلة القائلين بأن الأصل في العقود الإباحة إلا ما ورد النص بتحريمه فقد استدلوا بالكتاب والسنة والمعقول

كالتالي:

## 1- أدلتهم من الكتاب:

استدلوا بآيات كثيرة من القرآن الكريم تثبت مدعاهم من هذه الآيات:

أ- قال الله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾<sup>2</sup>.

وجه الاستدلال: وجه الاستدلال من هذا النص هو أن الله سبحانه وتعالى أمر بالوفاء بالعقود وهذا عام، وكذلك أمر الوفاء بعهد الله وبالعهد، وقد دخل في ذلك ما عقده المرء على نفسه بدليل قوله تعالى: ﴿وَلَقَدْ كَانُوا عَاهِدُوا

<sup>1</sup>-محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص233.

<sup>2</sup> - سورة المائدة، الآية 1.

اللَّهُ مِنْ قَبْلُ<sup>1</sup>، فدل على أن عهد الله يدخل فيه ما عقده المرء على نفسه، وإن لم يكن قد أمر الله بنفس ذلك المعهود عليه قبل العهد كالنذر والبيع.

وبالمعنى نفسه وردت عدة آيات في القرآن الكريم أكدت وحرضت على وجوب وفاء الإنسان بما التزم به، ومنها.

أ- قوله تعالى: ﴿وَبِعَهْدِ اللَّهِ أَوْفُوا﴾<sup>2</sup>.

ب- قوله تعالى: ﴿وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا﴾<sup>3</sup>.

ج- قوله تعالى: ﴿وَمَا يُضِلُّ بِهِ إِلَّا الْفَاسِقِينَ الَّذِينَ يَنْقُضُونَ عَهْدَ اللَّهِ مِنْ بَعْدِ مِيثَاقِهِ وَيَقْطَعُونَ مَا أَمَرَ اللَّهُ بِهِ أَنْ يُوصَلَ﴾<sup>4</sup>.

وجه الاستدلال: إن الله ذم الفاسقين لنقضهم العهد وقطع ما أمر الله بوصله، لأن الواجب إما بالشرع، وإما بالشرط الذي عقده المرء باختياره.

د- قوله تعالى: ﴿وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي تَسَاءَلُونَ بِهِ وَالْأَرْحَامَ﴾<sup>5</sup>.

وجه الاستدلال: قال الضحاك<sup>6</sup> وغيره، تساءلون به أي تتعاهدون وتتعاقدون، وذلك لأن كل واحد من المتعاقدين يطلب من الآخر ما أوجبه العقد من فعل أو ترك أو مال أو نفع ونحو ذلك.

وجمع سبحانه في هذه الآية وسائر السورة أحكام الأسباب التي بين بني آدم المخلوقة كالرحم، والمكسوبة كالعقود التي يدخل فيها الصهر وولاية اليتيم ونحو ذلك<sup>7</sup>، وكلها تدعوننا إلى الوفاء بهذه الأسباب وعدم نكرانها.

و- وقوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾<sup>8</sup>.

1- سورة الأحزاب، الآية 15.

2- سورة الأنعام، الآية 152.

3- سورة الاسراء، الآية 34.

4- سورة البقرة، الآية 26-27.

5- سورة النساء، الآية 1.

6- هو: "الضحاك بن مزاحم الهلالي البلخي الخراساني تابعي جليل ومفسر ومشهور روى عن أنس وابن عمر وأبي هريرة وجماعة من التابعين، ثقة الأمام أحمد وابن حبان، توفي رضي الله عنه خراسان سنة 105هـ". أنظر: عادل نويهض، معجم المفسرين من صدر الإسلام حتى العصر الحاضر، الطبعة الثالثة، مؤسسة نويهض الثقافة للتأليف والترجمة والنشر، سنة 1409هـ-1988م، ج1، ص237. - الزركلي، الأعلام، مرجع سابق، ج3، ص215.

7- ابن تيمية، القواعد النورانية، مرجع سابق، ج3، ص215.

8- سورة البقرة، الآية 275.

وجه الاستدلال: إن لفظ البيع في الآية يفيد العموم لأنه اسم مفرد والاسم المفرد إذا دخل عليه الألف واللام صار من ألفاظ العموم<sup>1</sup>، واللفظ العام إذا ورد يحمل على عمومه إلا أن يأتي ما يخصه، فإذا خصص منه شيء، بقي ما بعد المخصوص على عمومه، ولهذا كانت المعاملات الجائزة هي التي لم يحظرها الشرع، ولا ورد فيها نهي ولا يبحث في كل ذلك على دليل الإباحة، بل يكفي ألا يوجد دليل التحريم، فأصل البيوع كلها مباح، إلا ما نهي عنه رسول الله (صلى الله عليه وسلم)<sup>2</sup>.

ز- وقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالِكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾<sup>3</sup>.

وجه الاستدلال: الآية عامة في إطلاق سائر التجارات وإباحتها، وهي كقوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ في اقتضاء عمومه سائر البيوع إلا ما خصه التحريم، إلا أن اسم التجارة أعم من اسم البيع<sup>4</sup>، والآية دليل على أن الباطل في المعاملات لا يجوز وليس فيها تعيين للباطل<sup>5</sup>.

مناقشة ووجوه الاستدلال من الكتاب: رد ابن حزم<sup>6</sup> على هذه الاستدلالات من القرآن بأن الآيات ليست على عمومها، ولكنها في بعض العقود والشروط، وهي ما جاء القرآن والسنة بالإلزام به فقط.

ومما قاله من الردود، أن الآيات التي تأمر بالوفاء بالعهد حجة لنا لا علينا، لأن العهد جاء فيها مضافاً إلى الله ﴿وَبِعَهْدِ اللَّهِ أَوْفُوا﴾، ولا يضاف إلى الله إلا ما أمر به لا ما نهي عنه.

## 2- أدلتهم من السنة:

استدلوا المبيحون للعقود إلا ما نص الشارع على تحريمها من السنة بما يلي:

<sup>1</sup>- أبو الحسن علي بن أبي علي بن محمد الأمدي، الإحكام في أصول الأحكام، تحقيق عبد الرزاق عفيفي، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، ج2، ص190.

<sup>2</sup>- محمد مصطفى أبوه الشنقيطي، دراسة شرعية لأهم العقود المستحدثة، الطبعة الثانية، مكتبة العلوم والحكم، المدينة المنورة، سنة 1422هـ-2001م، ج1، ص105.

<sup>3</sup>- سورة النساء، الآية 29.

<sup>4</sup>- أحمد بن علي أبو بكر الرازي الجصاص الحنفي، أحكام القرآن. تحقيق: محمد صادق القمحاوي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1405هـ، ج2، ص174.

<sup>5</sup>- القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، مرجع سابق، ج5، ص156.

<sup>6</sup>- هو: "علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهري، أبو محمد، عالم الأندلس في عصره، وأحد أئمة الإسلام، ولد بقرطبة سنة 384هـ-994م، وكان له ولأبيه من قبله رئاسة الوزراء وتدبير المملكة، فزهد بما وانصرف إلى العلم والتأليف، فكان من صدور الباحثين، ففيها حافظاً يستنبط الأحكام من الكتاب والسنة، من أشهر مصنفااته، الفصل في الملل والأهواء والنحل، المحلى بالآثار، الإحكام في أصول الأحكام، وجمهرة الأنساب، وغيرها توفي سنة 456هـ-1064م في البادية". أنظر: الزركلي، الأعلام، مرجع سابق، ج4، ص254، بتصرف.



أ- قوله الرسول (صلى الله عليه وسلم): " أربع من كن فيه كان منافقا خالصا، ومن كانت فيه خلة منهن كانت فيه خلة من نفاق حتى يدعها، إذا حدث كذب، وإذا عاهد عذر، وإذا وعد أخلف، وإذا خاصم فجر"<sup>1</sup>.

**وجه الاستدلال:** وجه الدلالة في الحديث المذكور أن الرسول (صلى الله عليه وسلم) نهي المسلمين عن الغدر وعن عدم الوفاء بالعهد، وهذا النهي يستلزم وجوب الوفاء أو على الأقل إباحة الوفاء، لأن الإسلام لا يجبر الوفاء بشيء محرم، فدل على جواز أن يوجب الإنسان على نفسه شيئا، وجواز وفائه به.

**مناقشة وجه الاستدلال:** رد ابن حزم بأن الأحاديث التي تجعل إخلاف الوعد خصلة من خصال النفاق فالمراد بالوعد فيها ما افترض الله الوفاء به، وألزم فعله، كالديون الواجبة والأمانات الواجب أداؤها، لا ما أوجبه الإنسان على نفسه مما لم يخالف نصا أو إجماعا.

ب- قوله صلى الله عليه وسلم: "إن أحق الشروط أن توفى به ما استحللتم به الفروج"<sup>2</sup>.

**وجه الاستدلال:** دل هذا الحديث على استحقاق الشروط بالوفاء، وأن شروط النكاح أحق بالوفاء من غيرها، وما جاء بالكتاب والسنة من الأمر بالوفاء بها على جواز الشروط، كل ذلك يدل على أن الأصل في العقود والشروط هو الجواز، وإذا كان جنس الوفاء ورعاية العهد مأمور به، علم أن الأصل صحة العقود والشروط.

**مناقشة وجه الاستدلال:** رد ابن حزم بأن هذا بلا شك في الشروط التي أمر الله تعالى أن يستحل بها الفروج من الصداق المباح ملكه الواجب إعطاؤه، والنفقة والكسوة والإسكان والمعاشرة بالمعروف وترك المضارة أو التسريح بإحسان، لا بما نهي الله تعالى عن أن يستحل به الفروج من الشروط المفسدة من تحليل حرام أو تحريم حلال أو إسقاط واجب أو إيجاب ساقط<sup>3</sup>.

### 3- استدلالهم من المعقول:

أما استدلالهم من المعقول فكان كما يلي:

أ- أن العقود والشروط من باب الأفعال العادية، والأصل فيها عدم التحريم، وقوله تعالى: ﴿وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَّا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ﴾<sup>4</sup> عام في الأعيان والأفعال، وإذا لم تكن حراما لم تكن فاسدة، وكانت جائزة ومباحة.

<sup>1</sup>- البخاري، صحيح البخاري، باب: إذا خاصم فجر، مرجع سابق، ج3، ص 131. - مسلم، صحيح مسلم، باب: بيان خصال المنافق، مرجع سابق، ج6، ص 787. - النسائي، سنن النسائي، باب: علامة المنافق، مرجع سابق، ج8، ص 116.

<sup>2</sup>- البخاري، صحيح البخاري، باب: الشروط في النكاح، مرجع سابق، ج3، ص 190. - مسلم، صحيح مسلم، باب: الوفاء بالشروط في النكاح، مرجع سابق، ج2، ص 1035. - النسائي، سنن النسائي، باب الشروط في النكاح، ج6، ص 92.

<sup>3</sup>- ابن حزم، الإحكام في أصول الأحكام، مرجع سابق، ج5، ص 21.

<sup>4</sup>- سورة الأنعام، الآية 119.

ب- ليس في الشرع ما يدل على التحريم لجنس العقود والشروط إلا ما ثبت تحريمه بعينه وأن انتفاء دليل التحريم دليل على عدم التحريم، فإذا حرمتنا العقود والشروط التي تجرى بين الناس في معاملاتهم العادية بغير دليل شرعي كنا محرمين ما لم يحرمه الله.

ج- أن الأصل في العقود رضا المتعاقدين، وموجبهما هو ما أوجبهما على أنفسهما بالتعاقد، لأن الله تعالى قال في كتابه العزيز: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾<sup>1</sup>.

وقال تعالى أيضا: ﴿فَإِنْ طِبَّنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَّرِيئًا﴾<sup>2</sup>، معلقا جواز الأكل بطيب النفس تعليق الجزاء بشرطه، فدل على أنه سبب له، وهو حكم معلق على وصف مشتق مناسب، فدل على أن ذلك الوصف سبب لذلك الحكم.

إذا كان طيب النفس هو المبيح لأكل الصداق، وكذلك سائر التبرعات قياسا عليه بالعلة المنصوصة التي دعا إليها القرآن، وكذلك قوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾<sup>3</sup>، لم يشترط في التجارة إلا التراضي، وذلك يقتضي أن التراضي هو المبيح للتجارة، وإذا كان كذلك فعندما يتراضى المتعاقدان بتجارة أو تطيب نفس المتبرع بتبرع ثبت حله بالقرآن ولم يتضمن ما حرمه الله ورسوله (صلى الله عليه وسلم) كتجارة على الخمر ونحو ذلك يكون ما تعاقدوا عليه جائز ومباح<sup>4</sup>.

**مناقشة الاستدلال:** ونوقش هذا الاستدلال بأن الشريعة رسمت حدودا وأقامت معالم، ولم تترك أمر الناس فرطا بلا ضوابط ولا حدود ولا قيود، فكل عقد لم يرد به دليل مثبت له من الشرع، أو لا يعتمد على أصوله الثابتة فهو تعد لحدود الشريعة، ولا يصح أن نفتي في أمر وندعى أن الشارع ألزم به، فذلك افتراء على الله بالكذب<sup>5</sup>.

### الترجيح:

بعد هذا العرض المفصل لمذاهب الفقهاء في هذه المسألة، ومناقشة ما أمكن مناقشته، نستنتج أن الراجح ما ذهب إليه بعض فقهاء الحنابلة، ومن وافقهم من أن الأصل حرية التعاقد، إلا إذا ورد دليل بالمنع امتنع الشخص عن هذا التصرف، وإذا ورد دليل بالجواز فلا إشكال، أما إذا لم يأت دليل لا بالجواز ولا بالمنع فإن الأصل حينئذ هو الجواز، لأن الشارع منح الإنسان حرية التصرف فيما يملك من مال أو حق واعتبره نافذا شرعا، وبما أن العقد نوع من التصرف فالشارع أباح له حرية التعاقد، وليس لأحد ولاية الحجر على المالك فيما يملك إلا إذا أضر بغيره

<sup>1</sup> - سورة النساء، الآية 29.

<sup>2</sup> - سورة النساء، الآية 04.

<sup>3</sup> - سورة النساء، الآية 29.

<sup>4</sup> - ابن تيمية، القواعد النورانية، مرجع سابق، ص 200.

<sup>5</sup> - محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 233.

من الفرد أو المجتمع ضررا فاحشا أو ناقض الشرع بمصادمته نصا آخر آمرا، أو يتخذ من العقد وسيلة لتحليل الحرام أو هدم واجب<sup>1</sup>.

وإنما كان هذا الرأي هو الراجح في نظرنا لقوة أدلتهم ولاتفاقه مع مقاصد الشريعة الغراء، كما يتفق مع مبدأ التسيير ورفع الحرج عن المجتمع بأسره، وهو مبدأ مقرر في الشريعة الإسلامية، هذا وقد أخذ القانون الجزائري بفكرة حرية التعاقد<sup>2</sup> المطلقة، فالقانون بذلك موافق لما رجحنا من الآراء في الشريعة الإسلامية، إلا أن القانون الوضعي يختلف عن الفقه الإسلامي في مفهوم حرية التعاقد، فالقانونيون يشترطون في حرية التعاقد ألا يكون العقد مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة<sup>3</sup>، فإذا كان العقد معارضا للنظام أو الآداب فإنه يكون باطلا، وإذا جاء موافقا للنظام العام والآداب كان صحيحا ولو تضمن أمرا محظورا في الإسلام<sup>4</sup>.

وبناء على ما سبق ذكره من ترجيح مبدأ حرية الإنسان في إنشاء عقود جديدة في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية، يمكننا طرح السؤال التالي: هل البيع على التصاميم في التشريع الجزائري يعتبر عقدا جديدا أم لا؟، هذا ما نحاول الإجابة عليه في الفرع الموالي.

1- الدريني، النظريات الفقهية، ص288.

2- تنص المادة 59 من القانون المدني الجزائري على أنه: "يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إدارتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية".

3- تنص المادة 93 من القانون المدني الجزائري على أنه: "إذا كان محل الالتزام مستحيلا في ذاته، أو مخالف لنظام العام أو الآداب العامة كان باطلا بطلانا مطلقا". أنظر: السنهوري، نظرية العقد، مرجع سابق، ج1، ص101.

4- وقد لخص الأستاذ ديموج نتائج نظرية سلطان الإدارة في ست:

- أولا: التعاقد ونوعه حر في حدود النظام العام.

- ثانيا: أثر الالتزام هو ما أرادة المتعاقدان.

- ثالثا: العبرة بالإرادة الباطنة لا بالإرادة الظاهرة.

- رابعا: يفسر القاضي العقد طبقا لنية المتعاقدين الصريحة والضمنية.

- خامسا: لا يجوز تعديل الالتزام إلا بإرادة المتعاقدين الصريحة أو الضمنية.

- سادسا: لا ينقضي الالتزام إلا بإرادة المتعاقدين". أنظر: السنهوري، نظرية العقد، مرجع سابق، ج1، ص101.

## الفرع الثاني: البيع على التصاميم عقد خاص مستقل في الشريعة الإسلامية

بعد ما تناولنا في المباحث السابقة آراء المؤيدين لتكليف البيع على التصاميم على أنه عقد استصناع، وكذا آراء المعارضين، والحلول المقترحة من طرفهم، وترجيحنا لرأي المعارضين بالإضافة إلى الاعتراضات الصادرة من طرفنا، وبعد أن تناولنا بالبحث كذلك مسألة حرية الإنسان في إنشاء العقود في الشريعة الإسلامية (مبدأ سلطان الإرادة التعاقدية) حيث وصلنا إلى أن الأصل بمقتضى دلائل نصوص الشريعة وكلياتها العامة حرية التعاقد، ووجوب الوفاء بكل ما يتراضى عليه المتعاقدان ويلتزمان به ما لم يكن هناك نص أو قياس صحيح يمنع من ذلك، فعندئذ يمتنع بخصوصه على خلاف القاعدة المطردة، ويعتبر الاتفاق عليه فاسداً، نصل إلى أن البيع على التصاميم عقد مستقل خاص في الشريعة الإسلامية (البند الأول)، ثم نعالج بعض المسائل الفقهية المتعلقة به (البند الثاني)، ثم نقارن بين التكليف القانوني للبيع على التصاميم في التشريع الجزائري وتأصيل الشريعة الإسلامية له (البند الثالث).

### البند الأول: تأصيل خصوصية واستقلالية البيع على التصاميم في الشريعة الإسلامية

إن البيع على التصاميم في الشريعة الإسلامية يمكن تكليفه على أنه عقد خاص مستقل جديد مستحدث مركب من عقدين هما البيع والإجارة على الصنع أو المقاوله ويستقل عنهما في بعض الأحكام، خاصة وأن المالكية جوزوا الجمع بين البيع والإجارة في عقد واحد لعدم التنافي والتخالف بينهما<sup>1</sup>، مثله مثل العقود المركبة<sup>2</sup> المستحدثة الجديدة كالإجارة المنتهية بالتملك<sup>3</sup>، والمراجحة للامر بالشراء<sup>4</sup>، والمشاركة المتناقصة<sup>5</sup> وغيرها، حيث أن هذه العقود الجديدة استحدثت في المصارف والبنوك الإسلامية وكيفية الفقهاء المعاصرون على أنها عقود مركبة من عقود قديمة في الشريعة الإسلامية، وقالوا بجوازها، والبيع على التصاميم واحد من هذه العقود الجديدة التي استحدثت في هذا

<sup>1</sup> - نزيه حماد، العقود المركبة في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، دار القلم، دمشق، سوريا، سنة 1426هـ - 2005م، ص30.

<sup>2</sup> - العقود المركبة هي: "اتفاق طرفين على إبرام معاملة (صفقة) تشمل على عقدين فأكثر، بحث تعتبر موجبات تلك العقود، وجميع الحقوق والالتزامات المترتبة عليها وحدة متكاملة، لا تقبل التفكيك والقطع والاحتزاء، بمثابة آثار العقد الواحد". أنظر: نزيه حماد، العقود المركبة في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، دار القلم، دمشق، سوريا، سنة 1426هـ - 2005م، ص76.

<sup>3</sup> - الإجارة المنتهية بالتملك هي: "أن يقوم المصرف بتأجير عين كسيارة إلى شخص مدة معينة بأجرة معلومة قد تزيد عن أجرة المثل، على أن يملكه إياها بعد انتهاء المدة ودفع جميع أقساط الأجرة بعقد جديد". أنظر: محمد عثمان شبير، المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، الطبعة السادسة، دار النقاش للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، سنة 1427هـ - 2007م، ص322.

<sup>4</sup> - المراجحة للامر بالشراء: "هي طلب الفرد أو المشتري من شخص آخر (أو المصرف) أن يشتري سلعة معينة بمواصفات محددة، وذلك على أساس وعد منه بشراء تلك السلعة اللازمة له مراجحة، وذلك بالنسبة أو الربح المتفق عليه، ويدفع الثمن على دفعات أو أقساط تبعاً لإمكاناته وقدرته المالية". أنظر: محمد عثمان شبير، المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص309.

<sup>5</sup> - المشاركة المتناقصة أو المشاركة المنتهية بالتملك هي: "شركة يعطي المصرف فيها الحق للشريك في حلول محله في الملكية دفعة واحدة، أو على دفعات حسبما تقتضيه الشروط المتفق عليها". أنظر: شبير، المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص334.

العصر كما استحدث الفقهاء القدامى عقوداً جديدة ملائمة لظروف عصرهم كبيع الوفاء<sup>1</sup> وبيع الاستحجار<sup>2</sup> وبيع الرجا<sup>3</sup>، ويمكن تأصيله وفق الأدلة التالية.

## 1- الأدلة من القرآن:

أ- عموم الآية الكريمة ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾<sup>4</sup>، هذا من عموم القرآن، والألف واللام للجنس لا للعهد إذ لم يتقدم بيع مذكور يرجع إليه، وإذا ثبت أن البيع عام فهو مخصص بما ذكر من الربا، وغير ذلك مما نهى عنه ومنع العقد عليه، كالخمر والميتة وحبل الحبلية، وغير ذلك مما هو ثابت في السنة وإجماع الأمة النهي عنه، وسائر الظواهر التي تقتضي العمومات ويدخلها التخصيص، وهذا مذهب أكثر الفقهاء<sup>5</sup>، وعليه فالآية تفيد إطلاق الجواز في البيوع، وهي تقتضي الشمولية في كافة العقود إلا ما استثناه الشارع، والبيع على التصاميم يشمل هذا الإطلاق ولا يخصه الاستثناء.

ب- قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالِكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ أَنْ اللَّهُ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا﴾<sup>6</sup>.

فلم يشترط في مطلق البيوع أي شرط سوى الرضا بين المتعاقدين، وفي أفراد الرضا كشرط في المعاملات دليل أصوليته في العقود (إلا أن تكون تجارة عن تراضي منكم)، قال الشافعي<sup>7</sup>: "فأصل البيوع كلها مباح إذا كانت برضا المتبايعين الجائزي الأمر فيما تبايعا إلا ما نهى عنه رسول الله (صلى الله عليه وسلم) منها، وما كان في معنى ما نهى عنه رسول الله (صلى الله عليه وسلم) محرم بإذنه داخل في المعنى المنهي عنه، وما فارق ذلك أجنابه بما وصفنا من إباحة البيع في كتاب الله تعالى"<sup>8</sup>، والتجارة اسم واقع

1 - بيع الوفاء هو: "البيع بشرط أن البائع متى ردَّ الثمن يرد المشتري المبيع إليه". أنظر: الموسوعة الفقهية الكويتية، مرجع سابق، ج 9، ص 260.

2 - بيع الاستحجار هو: "أخذ الحوائج من البئاع شيئاً فشيئاً ودفع ثمنها بعد ذلك". أنظر: الموسوعة الفقهية الكويتية، مرجع سابق، ج 9، ص 43.

3 - بيع الرجا هو: "التعاقد على بيع أصل مشروع، لمدة محددة، فيه إذن الانتفاع، متضمناً شرط فسخ البيع للبائع برد الثمن، خلال فترة معلومة وإلا تم البيع". أنظر: محمد عبد الغني المحمود العياشي، بيع الرجا وتطبيقاته المعاصرة، رسالة ماجستير في الاقتصاد الإسلامي، جامعة كاي، مطبوعات KIE،

دون تاريخ، ص 30، رابط: [www.kantakji.com](http://www.kantakji.com) أو [www.kie.university](http://www.kie.university)

4 - سورة البقرة، الآية 275.

5 - القرطبي، تفسير القرطبي، مرجع سابق، ج 3، ص 356.

6 - سورة النساء، الآية 29.

7 - هو: "محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان ابن شافع الهاشمي القرشي المطلبي أبو عبد الله، أحد الأئمة الأربعة عند أهل السنة وإليه نسبة الشافعية كافة، ولد في غزة بفلسطين سنة 150هـ-767م، وحمل منها إلى مكة وزار بغداد مرتين، وقصد مصر سنة 199، فتوفي بها سنة 204هـ-820م، له تصانيف كثيرة، أشهرها، كتاب الأم، والرسالة، والمسند، وأحكام القرآن وغيرها". أنظر: الزركلي، الأعلام، مرجع سابق، ج 6، ص 26. - تاج الدين عبد الوهاب بن تقي الدين السبكي، طبقات الشافعية الكبرى. تحقيق: الدكتور محمد الصناحي والدكتور عبد الفتاح محمد الحلو، الطبعة الثانية، هجر للطباعة وأكثر والتوزيع، 1413 هـ، ج 2، ص 71.

8 - محمد بن إدريس الشافعي، كتاب الأم، دار الشعب، طبعة سنة 1388هـ-1978م، ج 3، ص 2.

على عقود المعارضات<sup>1</sup>، فيقتضى قوله تعالى إباحة سائر التجارات الواقعة عن تراضى والبيع على التصاميم واحد منها.

ج- قوله الله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾<sup>2</sup>، ووجه الاستدلال أن الشارع لم يخص أي من العقود، فهو عام في باب البيوع، والبيع على التصاميم أحد هذه البيوع التي لا تعارض نصاً أو أصلاً شرعياً فهو جائز يجب الوفاء به إذا تم.

## 2- الأدلة من السنة:

جاءت السنة النبوية المطهرة بأحاديث كثيرة تضبط جانب المعاملات، منها ما يثبت في البيوع شروطاً معينة، ومنها ما ينفي ويحرم كثيراً من البيوع أو الشروط.

### إثبات بعض الشروط:

- كإثبات خيار الشروط في قوله صلى الله عليه وسلم: "إذا بايعت فقل: لا خلافة، ولي الخيار ثلاثة أيام"<sup>3</sup>.
- وكإثباته خيار المجلس في قوله صلى الله عليه وسلم: "المتبايعان كل واحد منهما بالخيار على صاحبه ما لم يتفرقا إلا بيع الخيار"<sup>4</sup>، فخيار المجلس فيه فسحة لصاحب الحق لاسترداد حقه.
- كقوله صلى الله عليه وسلم في بيع السلم: "من أسلف في شيء ففني كيل معلوم إلى أجل معلوم"<sup>5</sup>. فهذه طائفة من ضوابط البيوع التي أثبتها الشارع.

### تحريم كثير من البيوع والشروط<sup>6</sup>:

واتبعنا هنا طريقة السبر والتقسيم، فإننا سبرنا أقسام الباطل التي هي فقد الثمن أو المبيع أو اختلال العقاد أو صحة التملك فوجدناها مفقودة في هذا البيع، ثم أقسام الفاسد فوجدناها مفقودة، ثم أقسام الصحيح من صدور الإيجاب والقبول من مكلف مختار مطلق التصرف والمبيع قابل للوجود فوجدناها موجودة في هذا البيع فما بقي بعد هذا التقسيم إلا أن يحكم عليه بالصحة.

<sup>1</sup> محمد بن عبد الله الأندلسي ابن العربي، أحكام القرآن. تحقيق: محمد عبد القادر عطا، الطبعة الثالثة، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ج1، ص521.

<sup>2</sup> - سورة المائدة، الآية 01.

<sup>3</sup> - البخاري، صحيح البخاري، باب ما يكره من الخداع في البيع، مرجع سابق، ج3، ص65.

<sup>4</sup> - البخاري، صحيح البخاري، باب البيعان بالخيار ما لم يتفرقا، مرجع سابق، ج3، ص64.

<sup>5</sup> - البخاري، صحيح البخاري، باب السلم في وزن معلوم، مرجع سابق.

<sup>6</sup> - ابن رشد، بداية المجتهد، مرجع سابق، ج1، ص120، وما بعدها.

والسبر هو حصر الأمر في قسمين ثم يتم إبطال أحدهما فيعلم منه ثبوت الثاني<sup>1</sup>.

وجاء في دراسة منهجية للأحاديث الواردة في البيوع المنهي عنها ما نصه: "وقد اشتمل البحث على ستين بيعة تقريبا من البيوع التي ورد النهي عنها، وكان عدد الأحاديث الواردة في هذا الموضوع حسب ما وقفت عليه 236 حديثا، الثابت منها 142 حديثا، منها 61 حديثا في الصحيحين أو أحدهما، و29 حديثا في غيرهما، و52 حديثا حسنا، وغير الثابت 94 حديثا، منها 50 حديثا ضعيفا، و44 حديثا ضعيفا جدا"<sup>2</sup>.

وهذه بعض الأحاديث التي تنص على تحريم بعض البيوع أو الشروط:

- قوله صلى الله عليه وسلم: "نهى عن سلف وبيع وشرطين في بيع وريح ما لم يضمن"<sup>3</sup>.

- قوله صلى الله عليه وسلم: "من باع بيعتين في بيعة فله أوكسهما أو الربا"<sup>4</sup>.

- قوله صلى الله عليه وسلم: "لا تبيعوا الدينار بالدينارين ولا الدرهم بالدرهمين"<sup>5</sup>.

وغيرها من الأحاديث الكثيرة التي تحرم بعض البيوع أو الشروط، ووجه الدلالة أن ما استثنى فهو الممنوع، وما بقي فعلى أصل قاعدة "الأصل في العقود والشروط الإباحة حتى يقوم الدليل على المنع" وبناء على هذا التقرير، فإن البيع على التصاميم لم يصادم أصلا من الشريعة الإسلامية، وعليه فيبقى على الإباحة، واستصحاب الأصل.

### 3- تخريج (البيع على التصاميم) على القواعد الأصولية والفقهية:

يعتبر علميا أن الأحكام الفقهية من أصول وفروع مبنية على أساس أصول ثابتة عند الفقهاء، وهو أصول الفقه المؤيد بكلام الله تعالى ونبيه سيدنا محمد (صلى الله عليه وسلم) ولغة العرب، والعقل.

و"أصول الفقه" هو مجموعة القواعد العامة التي تستخدم في استنباط الأحكام الشرعية الفرعية من أدلتها التفصيلية<sup>6</sup>، والاستنباط هو استخراج الدليل من المدلول، لذلك عملنا قدر الإمكان على تخريج البيع على التصاميم على بعض القواعد الأصولية والفقهية<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> - عبد الله بن إبراهيم العلوي الشنقيطي، نشر البنود على مراقي السعود، مطبعة فضالة بالمغرب، دون طبعة وتاريخ، ج2، ص 165.

<sup>2</sup> - سليمان بن صالح الثنيان، الأحاديث الواردة في البيوع المنهي عنها، الطبعة الأولى الجامعة الإسلامية، سنة 1422هـ-2002م، ج2، ص 705.

<sup>3</sup> - النسائي، سنن النسائي، باب سلف وبيع وهو أن يبيع السلعة على أن يسلفه سلفا، مرجع سابق، ج7، ص4629.

<sup>4</sup> - أبو داود، سنن أبو داود، من باع بيعتين في بيعة، مرجع سابق، ج3، ص 1208.

<sup>5</sup> - مسلم، صحيح مسلم، باب الربا، مرجع سابق، ج3، ص 1208.

<sup>6</sup> - محمد سليمان عبد الله الأشقر، الواضح في أصول الفقه، الطبعة السابعة، دار النفاس، سنة 1427هـ-2008م، ص7.

<sup>7</sup> - يقول الإمام القرافي، مفرقا بين القواعد الأصولية والقواعد الفقهية: "فإن الشريعة المعظمة المحمدية زاد الله تعالى منارها شرفا وعلوا اشتملت على أصول وفروع، وأصولها قسمان أحدهما المسمى بأصول الفقه وهو في غالب أمره ليس فيه إلا قواعد الأحكام الناشئة عن الألفاظ العربية خاصة وما يعرض لتلك الألفاظ من التشخيص والتجريح ونحو الأمر للوجوب والنهي للتحريم والصيغة الخاصة للمعوم ونحو ذلك وما خرج عن هذا النمط إلا كونه القياس

## 1- تخريج (البيع على التصاميم) على القواعد الأصولية:

### أ- تخريجه على قاعدة "الأصل في العقود الإباحة"<sup>1</sup>:

قاعدة الأصل في العقود الإباحة حتى يرد الدليل على المنع قاعد عظيمة القدر جليلة النفع، مستمدة من مصادر التشريع الأصيلة، لذلك جعلناها الدليل الأساسي للبحث والعمود الفقري له، وبناء عليه يكون البيع على التصاميم وخطواته الأصل فيها الإباحة حتى يقوم الدليل الشرعي على المنع والحظر، وإلا فالأصل بقاء ما كان على حتى قيام الدليل بعكس ذلك، يقول الإمام الشوكاني<sup>2</sup>: "إذا تقرر هذا فالمتوجه القضاء بصحة كل بيع وجد فيه ذلك المقتضى وهو الرضا، فيتعين البقاء على أصل الصحة بعد وجود مقتضياتها كما هو شأن القواعد الشرعية المقررة عند علماء الإسلام ما لم يتيقن المانع الذي ثبت كونه مانعا بنص أو إجماع"<sup>3</sup>.

فبناء على هذا التقرير والتحريم من هذا العالم النحرير، إذا لم يلوح البيع على التصاميم بأدنى ضرر أو غرر أو جهالة، ولم يثبت فساد خطواته وبطلانها، فبقاؤه على أصول الإباحة، ولا يجرم إلا ما حرم الله ورسوله (صلى الله عليه وسلم) أي أن المتعاقدين إذا اتفقا ورضيا على البيع على التصاميم انعقد ولا يحق لأي منها فسخه إلا برضا الطرف الآخر.

وبهذا يكون تطبيق البيع على التصاميم على أصل قاعدة الإباحة في العقود حتى يقوم الدليل على التحريم تطبيقاً لا يخرجها عن حقيقتها.

## 2- البيع على التصاميم بين المصالح المرسله وسد الذرائع:

المصالح المرسله: هي المصالح التي لم يشهد لها الشارع باعتبار ولا بإلغاء<sup>4</sup>، وسد الذرائع: هو منع كل ما يفضي إلى الحرام<sup>5</sup>، وإن جلب المصالح ودرء المفاسد هو من أسمى مقاصد الشارع في عبادته.

حُجَّةٌ وَخَبْرٌ الْوَاحِدِ وَصِفَاتِ الْمُحْتَمِدِينَ، وَالْقِسْمُ الثَّانِي قَوَاعِدُ كَلْبِيَّةٍ فُفْهِيَّةٌ جَلِيلَةٌ كَثِيرَةٌ الْعَدَدِ عَظِيمَةُ الْمَدَدِ مُشْتَمَلَةٌ عَلَى أَسْرَارِ الشَّرْعِ وَحِكْمِهِ، لِكُلِّ قَاعِدَةٍ مِنْ الْقُرُوعِ فِي الشَّرِيعَةِ". أنظر، القرائي، الفروق، مرجع السابق. ج1، ص2.

<sup>1</sup> - يوسف حامد العالم، المقاصد العامة للشريعة الإسلامية، الطبعة الثانية، الدار العالمية للكتاب الإسلامي، الرياض، السعودية، سنة 1415هـ-1994م، ص80.

<sup>2</sup> - الشوكاني: "هو محمد بن علي محمد بن عبد الله بن الحسن بن محمد الشوكاني، أبو عبد الله، فقيه، أصول، محدث، مفسر، من كبار علماء اليمن، أهل صنعاء، ولد بحجرة شوكان سنة 1173هـ-1760م، ونشأ وتعلم بصنعاء، وولى قضاءها سنة 1229هـ ومات بها سنة 1250هـ-1834م، له أكثر من مائة كتاب منها: "فتح القدير الجامع بين فني الرواية والدراية من علم التفسير، نيل الأوطار من أسرار منتقى الأخبار، إرشاد الفحول، وغيرها". أنظر: عادل نويهض، معجم المفسرين " من صدر الإسلام وحتى العصر الحاضر"، الطبعة الثالثة، مؤسسة نويهض الثقافية للتأليف والترجمة والنشر، بيروت، لبنان، سنة 1409هـ-1988م، ج2، ص593.

<sup>3</sup> - الإمام الشوكاني، الفتح الرباني من فتاوى الإمام الشوكاني، تحقيق محمد صبحي الحلاق، الطبعة الأولى، مكتبة الجيل الجديدة، صنعاء، ص3653.

<sup>4</sup> - محمد سعيد رمضان البوطي، ضوابط، المصلحة في الشريعة الإسلامية، الطبعة السادسة، مؤسسة الرسالة، ص398.

<sup>5</sup> - محمد أبو زهرة، أصول الفقه، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1997م، ص253.



والبيع على التصاميم باعتباره عقد مستحدث يعرض بين المصالح المرسله وبين سد الذرائع ليخلص الجائز من الممنوع ولتمييز الحبيث من الطيب، وضوابط المصلحة الشرعية تنحصر بما يتضمن حفظ الأصول الخمس مع مراعاة عدم معارضة الكتاب والسنة وعدم تفويت مصلحة أهم، وأن كل ما يفوت هذه الأصول أو بعضها فهو مفسدة يجب البعد عنه لأنه مضيع لمقصد الشارع، فالمصلحة الشرعية تدور على جلب المصالح ودرء المفاسد مع الأخذ بالاعتبار الموافقة التامة للكتاب والسنة وعدم تفويت مصلحة أهم<sup>1</sup>، وهي راجعة إلى حفظ أصل الملة، وحياطة أهلها في تصرفاتهم العادية، ولذلك فالبيع على التصاميم ومن خلال ما سبق من عرضه على الكتاب والسنة تبين أنه بيع يحمل في طياته المصلحة الشرعية التي قصدتها الشارع من جلب المصالح ودرء المفاسد، إذ أن البيع على التصاميم لا يفوت أصلاً من أصول الدين ولا يميجه ولا يخالف نصاً من نصوصه ولا يجلب مفسدة معتبرة شرعاً إذا خضع البيع لضوابطه، فالبيع على التصاميم بضوابطه وضمائنه ومآلاته ليس من باب سد أو فتح الذرائع، لأن فتح وسد الذرائع له تعلق كبير بالحيل فهو يدور بين الواجب والمستحب<sup>2</sup>.

### 3- تخريج (البيع على التصاميم) على القواعد الفقهية:

#### أ- تخريجه على قاعدة "المشقة تجلب التيسير"<sup>3</sup>:

المشقة تجلب التيسير لأن الحرج مدفوع بالنص، ولكن جلبها للتيسير مشروط بعدم مصادمتها نصاً، فإذا صادمت نصاً روعي دونها<sup>4</sup>.

وتطبيق القاعدة على البيع على التصاميم هو: أن السكن أصبح يكلف الإنسان مشقة عظيمة لو حاول بناءه بنفسه وبماله الخالص، مما يحتم عليه الدخول في صيغ جديدة ميسرة وسهلة من أجل الحصول على مسكن يأويه وأهله، ومن هذه الصيغ الجديدة الميسرة البيع على التصاميم إذن فهو جائز شرعاً مراعاة لهذه القاعدة.

#### ب- تخريجه على قاعدة "إذا ضاق الأمر اتسع"<sup>5</sup>:

أي إذا دعت الضرورة والمشقة إلى اتساع الأمر فإنه يتسع إلى غاية اندفاع الضرورة والمشقة، فإذا ضاقت عقود البيع وما شابهها من العقود المسماة في الشريعة الإسلامية على توفير المسكن للفرد نظراً لعدم قدرته على مباشرة هذه العقود، لنقص الثمن أو عدم قدرته على الالتزام بشروطها، فيمكن استحداث عقود جديدة توفر

<sup>1</sup> - محمد أبو زهرة، أصول الفقه، مرجع سابق، ص 246.

<sup>2</sup> - ابن القيم، إعلام الموقعين، مرجع سابق، ج 1، ص 58.

<sup>3</sup> - الشيخ أحمد بن الشيخ محمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، بقلم مصطفى أحمد الزرقا، الطبعة الثانية، دار القلم، دمشق، سوريا، سنة 1433هـ - 2012م، ص 157.

<sup>4</sup> - زين الدين بن ابراهيم بن محمد بن نجيم المصري، الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، سنة 1419هـ - 1999م، ج 1، ص 157.

<sup>5</sup> - الزرقا، شرح القواعد الفقهية، مرجع سابق، ص 163.

السكن بشروط سهلة وميسرة وترفع الحرج على الفرد، وهذا أفضل بكثير من الذهاب إلى تحليل القروض الربوية بنسب قليلة لتمويل شراء السكنات كما ذهبت إليه بعض المؤتمرات الفقهية ومجالس الإفتاء المعاصرة<sup>1</sup>، وهذا كله يتحقق في البيع على التصاميم، وعليه فهو جائز لا حرج فيه.

### 3- الدليل العقلي للبيع على التصاميم:

جاءت الشريعة الإسلامية لتحافظ على المصلحة العامة والخاصة، وشرعت أحكاماً لذلك المقصد، فكل ما يحقق المصلحة للناس فهو مباح بشرط نفي الضرر.

يقول الإمام الشاطبي<sup>2</sup> في الموافقات: "إن وضع الشرائع إنما هو لمصالح العباد في العاجل والآجل معا"<sup>3</sup>. وهذه قضية مسلم بها عند العقلاء، لذلك فأى شيء يدر نفعاً للمصلحة تقتضيه إلا أن يشوبه إحدى عناصر الضرر فيمنع عقلاً، ومنه فالبيع على التصاميم إن حقق المقصد الشرعي ولم ير من آثاره أي شبهة من ضرر وغيره فما المانع من جريانه على أصل الحل والإباحة في البيوع والعقود والشروط، وإن لاح أي ضرر لأحد المتعاقدين فيمنع من باب سد الذرائع<sup>4</sup>.

### البند الثاني: مسائل فقهية متعلقة بالبيع على التصاميم

#### المسألة الأولى: أركان البيع على التصاميم في الشريعة الإسلامية

بما أننا اعتبرنا البيع على التصاميم عقداً مستقلاً في الفقه الإسلامي نتناول في هذه المسألة الأولى أركانه وفق الفقه الإسلامي، وهي عند جمهور الفقهاء ستة تفصيلاً: البائع، المشتري، المحل، الثمن، الإيجاب والقبول، ونضيف لها الباعث أو السبب، ويمكن حصرها في: الصيغة وهي الإيجاب والقبول، العاقدان وهما المكتتب والمرقي العمقاري، والمعقود عليه وهو المحل والثمن، والباعث وهو السبب بالإضافة إلى الشكلية<sup>5</sup> المتمثلة في كتابة العقد.

أ- **الصيغة:** وتشمل كل ما يتلفظ به العاقدان من عبارات يلتزمان بها لتكوين العقد، ويطلق عليها "الإيجاب والقبول"، ويقابلها في الاصطلاح القانوني طبقاً للقواعد العامة ركن "التراضي والرضا":

1 - صلاح الصاوي، وقفات هادئة مع فتوى إباحة القروض الربوية لتمويل شراء المساكن في المجتمعات الغربية، دار الأندلس للنشر والتوزيع، جده، السعودية، دون تاريخ، ص 13.

2- هو: "ابراهيم بن موسى بن محمد الغرناطي الشهير بالشاطبي: أصول، من أهل غرناطة كان من أئمة المالكية، من كتبه (الموافقات في أصول الفقه) و(المجالس) و(الإفادات والإنشادات)، (الاعتصام) و(المقاصد الشافية في شرح خلاصة الكافية). أنظر: الزركلي، الأعلام، مرجع سابق، ج1، ص 75.

3- الشاطبي، الموافقات، مرجع سابق، ج2، ص 5.

4- الرزقا، المدخل الفقهي العام، مرجع سابق، ج1، ص 107.

5- الشكلية ليست هنا ركناً من أركان البيع على التصاميم في الشريعة الإسلامية، وإنما تنطرق إليها من باب بيان حكمها الشرعي فقط.

1- **الإيجاب:** إن الإعلان على المشروع وفتح باب الحجز للحصول على شقة مع بيان أوصافها وتحديد ثمنها هو إيجاب بات ونهائي من صاحب الإعلان.

2- **القبول:** هو موافقة الموجب إليه على الإيجاب المعروض عليه من قبل الموجب، وفي عقد البيع على التصاميم يكون القبول صريحاً، فإذا وافق القبول الإيجاب بكافة الشروط فأن العقد ينعقد.

#### ب- **العاقدان:**

يقصد بالعاقدين في البيع على التصاميم والمشتري (المركبي العقاري والمكاتب) إذ يشكلان طرفي العملية التعاقدية في هذا البيع ويشترط فيهما ما يلي:

- الأهلية الكاملة للمعاملة والتصرف.
- الولاية ومعناها أن يكون للعاقد سلطة تمكنه من تنفيذ العقد وترتيب الآثار الشرعية عليه.
- أن يكون العاقد متعدداً.
- الرضا والاختيار.

وهذه الشروط كلها متوفرة في المركبي العقاري والمكاتب فهما العاقدان في البيع على التصاميم.

#### ج- **المعقود عليه:**

ويقصد بالمعقود عليه في البيع على التصاميم الثمن الذي يقدمه المشتري (المكاتب) من جهة، والعين المصنوعة والعمل الواقع عليها من جهة ثانية:

1- **الثمن:** وهو المال الذي يدفعه المكاتب، ويجب أن يكون الثمن معلوماً محددًا نوعاً وقدرًا، ولا يجب تعجيل الثمن بل يجوز تأخيره، ويجوز تقسيطه، كما يجوز ترديد الثمن بحسب موعد إنجاز البناء، وهنا يظهر أهمية البيع على التصاميم وقابليته لتلبية حاجات المتعاملين العقاريين، والتسهيل والتيسير على المكاتبين.

2- **العين والعمل الواقع عليها:** وهي الأرض والبنية التي ستنجز عليها ويشترط فيها.

- أن تكون معلومة: وذلك بذكر الأوصاف المطلوبة وتحديد المواد الخام الداخلة في البناء.
- تقديم المواد الأولية من طرف المركبي العقاري، وهذا ما يميز البيع على التصاميم عن الإجارة على العمل لأن الأخير فيها يقوم بالعمل فقط.
- المبيع مفترض أنه معدوم عند العقد، وإن المقصود إيجادها وهذا ما يجعله قابلاً للتحقيق.
- أن يحدد فيه زمن التسليم سواء كان قصيراً أم طويلاً.

#### د- **السبب:**

وهو في الفقه الإسلامي يسمى "الباعث" وهو القصد الدافع للعاقد أو المتصرف لكي يحققه بتصرفه، وهو هنا في البيع على التصاميم يتمثل في حاجه البائع (المركبي العقاري) إلى النقود ليمول بها المشروع

في كل مرة تتقدم فيها الأشغال ثم تحقيق الربح في النهاية، وحاجة المشتري إلى مسكن دون امتلاك ثمنه أو ثمن شراء الأرض وبنائها.

#### هـ - الشكلية:

بالإضافة إلى الأركان العامة للبيع على التصاميم، فإنه يشترط فيه أيضا أن يكون العقد مكتوبا (الشكلية)، وهي وإن لم يشر الفقهاء إلى شرط الكتابة عند حديثهم عن أركان البيع، ولكن بما أن هذا العقد تترتب عليه ديون والتزامات متبادلة بين المرقي العقاري والمكتب فإننا نرى ضرورة اشتراط توثيق العقد، والشريعة الإسلامية أمرت بكتابة الديون قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ﴾<sup>1</sup>، خاصة في هذا العصر الذي كثرت فيه المعاملات وتداخلت بحيث أصبح من المستحيل ضبطها إلا بالعقود الموثقة، أما كيفية التوثيق والكتابة فهي أمور تنظيمية يترك فيها الأمر للمختصين.

#### المسألة الثانية: انتقال الملكية في البيع على التصاميم

القاعدة العامة للبيوع في الشريعة الإسلامية هي أن الملكية تنتقل بمجرد تمام العقد فيما بين المتعاقدين، فيصبح المشتري مالكا فور العقد، ويستطيع أن يتصرف في المبيع، لأن انتقال الملكية في الشريعة الإسلامية يحدث بالتسليم والتسلم بحكم أن العقود مبنية على الرضائية، على عكس القانون فانتقال الملكية فيما يخص العقارات يختلف عن التسليم والتسلم في الشريعة الإسلامية، ففي البيع على التصاميم انتقال الملكية لا يتم إلا بعد تحرير المحرر الرسمي أمام الموثق، وإرفاقه بكل الوثائق المرجعية الملحقة، ثم تسجيل العقد وأخيرا والأهم شهر ودفع القسط الأخير وتحرير محضر التسليم النهائي.

وعليه فإن انتقال الملكية في البيع على التصاميم لا تكون دفعة واحدة إنما تتم تبعا لمرحلتين.

**المرحلة الأولى:** وهي ما بعد إتمام إجراءات الشهر العقاري للعقد، حيث تنتقل فيها ملكية العقار إلى المشتري ابتداء من تاريخ شهر البيع، والملكية التي تنتقل إلى المشتري هي ملكية الرقبة فقط، والتي تشمل الأرض والبناء محل التشييد<sup>2</sup>.

**المرحلة الثانية:** وهي ما بعد إتمام الإنجاز والحصول على شهادة المطابقة ودفع القسط الأخير من الثمن، وتحرير محضر التسليم النهائي، والملكية التي تنتقل إلى المشتري هي ملكية التمتع والتصرف<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - سورة البقرة، الآية 282.

<sup>2</sup> - المادة 40 من القانون 04/11.

<sup>3</sup> - المادة 31 و33 و34 من القانون 04/11.

يظهر مما سبق أن الاحتفاظ بالملكية يعدّ شرطا موضوعيا خاصا في عقد البيع على التصاميم، حتى وإن لم ينص عليه المشترع صراحة عند تنظيمه لهذا العقد، إلا أنه يفهم ضمنا من المادة 31 من القانون 04/11، والتي تنص على ما يلي: "يتم تحويل ملكية عقار موضوع عقد حفظ عند تاريخ التسديد النهائي لسعر العقار المحفوظ، ويجب إعداد عقد البيع أمام الموثق طبقا للتشريع المعمول به"، وكذا المادة 33 من القانون 04/11 والتي تنص على أنه: "يتعين على المرقي العقاري، بعد ثلاثة (03) أشهر كحد أقصى، على إثر الاستلام المؤقت للبناءة أو جزء منها، بإعداد عقد بيع البناءة أو جزء من البناءة المحفوظة، أمام موثق مقابل التسديد الكلي لسعر البيع من طرف صاحب حفظ الحق"<sup>1</sup>.

ويظهر جليا أن لهذا الشرط دورا تأمينا، فهو من جهة يجعل انتقال الملكية إلى المشتري معلقا على شرط واقف، وهو وفاؤه بالتسديد الكلي لسعر البيع، ومتى لم يوف بالتسديد السعر الكلي، عادت الملكية إلى البائع وأمكنه فسخ العقد واسترداد المبيع، ومن جهة أخرى يجنب البائع خطر إفلاس أو إعسار المشتري، ويحفظ حقه في مواجهة الغير، ذلك أنه يحول دون تنفيذ دائني المستفيد المفلس على البناءة محل التعاقد، وفقهاء الشريعة الإسلامية اختلفوا في حكم البيع مع اشتراط عدم نقل الملكية إلا بعد الوفاء بالثمن، إلى قولين<sup>2</sup>.

### القول الأول:

ذهب جمهور الفقهاء إلى عدم جواز اشتراط عدم نقل الملكية في المبيع إلا بعد الوفاء بكامل الثمن، لأنه يناهض مقتضى العقد، فالبيع يقتضي نقل ملكية المبيع إلى المشتري.

### القول الثاني:

ذهب المالكية والحنابلة وابن شبرمة<sup>3</sup> إلى جواز هذا الشرط، لأن الأصل في العقود والشروط الإباحة، وعملا بقوله (صلى الله عليه وسلم): "المسلمون عند شروطهم إلا شرطا أحل حراما أو حرم حلالا"<sup>4</sup>.

### الترجيح:

<sup>1</sup> - سليمان مرقس، شرح القانون المدني العقود المسماة، الطبعة الرابعة منقحة ومزودة بأحكام محكمة النقض الحديثة، عالم الكتاب للنشر، القاهرة، سنة 1970، ج 1، ص 81.

<sup>2</sup> - محمد عثمان شبير، المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 325.

<sup>3</sup> - هو: "عبد الله بن شبرمة ولد سنة اثنتين وسبعين من الهجرة، وتفقه بالشعبي، ومات سنة أربع وأربعين ومائة، قال حماد بن زيد، ما رأيت كوفيا أفقه من ابن شبرمة". أنظر: أبو إسحاق إبراهيم بن علي الشيرازي، طبقات الفقهاء. تحقيق: إحسان عباس، الطبعة الأولى، دار الرائد العربي، بيروت، لبنان، سنة 1970م، ج 1، ص 84.

<sup>4</sup> - أبو داود، سنن أبو داود، مرجع سابق، ج 3، ص 446. - البيهقي، السنن الكبرى، مرجع سابق، ج 6، ص 131. - الصنعاني أبو بكر عبد الرزاق، المصنف، الطبعة الثانية، المكتب الإسلامي، بيروت، سنة 1403هـ، ج 8، ص 377.

والرأي الراجح في نظرنا هو مذهب المالكية والحنابلة وابن شبرمة وهو جواز اشتراط الاحتفاظ بالملكية إلى حين تسديد الثمن الكلية للبيع من قبل المشتري خاصة في هذا الزمان الذي فسدت فيه ذمم الناس وقلّ الواع الديني وأصبحت الحقوق لا تفتك إلا بقوة القانون، فقد قيل: "تحدث للناس أفضية بقدر ما أحدثوا من الفجور"<sup>1</sup>.

وهذا الشرط شبيهه بشرط المنع من التصرف قبل تسديد المستفيد كامل الأقساط وانتقال الملكية إليه في البيع بالإيجار المنصوص عليه في المادة 07 من المرسوم التنفيذي رقم 35/97 المؤرخ في 14/01/1997، الذي يتعلق ببيع والبيع بالإيجار وإيجار المساكن والمحلات ذات الاستعمال التجاري والتابعة للدواوين الترقية العقارية والتسيير العقاري<sup>2</sup>.

فبالنظر لشرط المنع من التصرف مدة الشراء، فهذا الشرط يحول هذا البيع إلى حق سكنى فقط للمشتري، فلا يستطيع التصرف في السكن تأجيرا، أو تنازلا بمقابل أو بدون مقابل<sup>3</sup>، وممن أجاز هذا الشرط المالكية، يقول الدكتور السنهوري ناصا على مذهب مالك في قبول الشرط الذي فيه منفعة معقولة لأحد المتعاقدين ولو لم يكن العقد يقتضيه أو يلائمه مادام الشرط نفسه لا يناقض مقتضى العقد: "ويصح في مذهب مالك...."

هـ - أن يشترط البائع على المشتري ألا يبيع ما اشتراه أو يهبه أو يعتقه حتى يعطي الثمن المؤجل، وفي هذا إيقاع معنى في المبيع لضمان حق البائع<sup>4</sup>.

ويقول الخرشي<sup>5</sup> ناصا على قبول شرط منع التصرف إلى سداد الثمن المؤجل ما يلي: "وشرط لا يقتضيه ولا ينافيه وهو من مصلحته، جائز لازم بالشرط ساقط بدونه، كالأجل والخيار والرهن، ولا بأس بالبيع بثمن إلى أجل على ألا يتصرف ببيع وهبة ولا عتق حتى يعطي الثمن، لأنه بمنزلة الرهن إذا كان إعطاء الثمن لأجل مسمى"<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> - محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن القيم الجوزية، الطرق الحكمية، (دون طبعة)، مكتبة دار البيان، ص 176.

<sup>2</sup> - الجريدة الرسمية الجزائرية، رقم 04 مؤرخة في 06 رمضان 1417هـ، الموافق لـ 15 يناير 1997م.

<sup>3</sup> - نعيبي عبد الرحمان، الحقوق العينية الأصلية للعقار ومدى جواز التصرف فيها، مذكرة ماجستير، تخصص شريعة وقانون، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة أحمد دراية، أدرار، ص 77.

<sup>4</sup> - السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ج 3، ص 156.

<sup>5</sup> - هو: "محمد بن عبد الله الخراشي المالكي (1010-1101هـ / 1601-1690م)، أول من تولى مشيخة الأزهر، نسبته إلى قرية خراش من البحيرة بمصر، كان فقيها فاضلا ورعا، أقام وتوفي بالقاهرة، من كتبه (الشرح الكبير على متن خليل). أنظر: الزركلي، الإعلام، مرجع سابق، ج 6، ص 241.

<sup>6</sup> - أبو عبد الله الخراشي، الخراشي على مختصر خليل، دون طبعة، دار الفكر، بيروت، دون سنة طبع، ج 5، ص 80.

المسألة الثالثة: الشرط الجزائي في البيع على التصاميم ومدى مشروعيته:

### 1- تعريفه:

إن مصطلح الشرط الجزائي مصطلح معاصر، عرّفه مجمع الفقه الإسلامي بأنه: "اتفاق بين المتعاقدين على تقدير التعويض الذي يستحقه من شرط له عن الضرر الذي يلحقه إذا لم ينفذ الطرف الآخر ما التزم به، أو تأخر في تنفيذه"<sup>1</sup>.

### 2- أهدافه:

يهدف الشرط الجزائي إلى تحقيق الأهداف التالية<sup>2</sup>:

أ. ضمان تنفيذ العقود وعدم الإخلال بالالتزامات المترتبة على المتعاقدين.  
ب. تجنب المتعاقدين اللجوء إلى القضاء وإجراءاته الطويلة والمعقدة، وما يترتب عن ذلك من تضييع للمال والوقت وهدر للجهد والطاقت.

ج. إعفاء الدائن من عبء إثبات الضرر الذي يصيبه عند إخلال المدين بالتزاماته.

### 3- أقسام الشرط الجزائي في البيع على التصاميم وحكم كل قسم:

الشرط الجزائي في البيع على التصاميم إما أن يكون على البائع (المركبي العقاري) أو المشتري (المكاتب).

#### أ- الشرط الجزائي الواقع على البائع (المركبي العقاري) وحكمه:

ويكون نتيجة لعدم تنفيذ البائع لالتزاماته بتنفيذ الأعمال، أو التأخر في تسليم العمل المتفق عليه في الوقت المحدد.

وهو شرط جائز، وهذا ما قرره المجامع الفقهية ولجان الفتوى والهيئات الشرعية في العالم الإسلامي، من ذلك:

قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي في مؤتمره الثاني عشر، بالرياض، رقم 109 (12/3)، من 25 جمادى الآخرة 1421هـ، إلى غرة رجب 1421هـ (23-28 سبتمبر 2000م)، وجاء فيه

<sup>1</sup> قرار المجمع الفقه الإسلامي المنبثق من منظمة المؤتمر الإسلامي، قرار رقم: 109 (12/3). بشأن موضوع الشرط الجزائي، الدورة الثانية عشر، الرياض، من 25 جمادى الثانية إلى 1 رجب 1421هـ، الموافق ل: 23-28 سبتمبر 2000م، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثاني عشر، ج 1، ص 648-681.

<sup>2</sup> محمد عثمان شبير، صيانة المديونيات ومعالجتها من التعثر في الفقه الإسلامي، بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة، دار النفائس، عمان، الأردن، الطبعة الأولى، 1998م، ج 2، ص 857.

ما يلي: "رابعا: يجوز أن يشترط الشرط الجزائي في جميع العقود المالية ماعدا العقود التي يكون الالتزام الأصلي فيها ديناً، فإن هذا من الربا الصريح، وبناء على هذا، فيجوز هذا الشرط، مثلاً، في عقود المقاولات بالنسبة للمقاول وعقد التوريد بالنسبة للمورد، وعقد الاستصناع بالنسبة للصانع إذا لم ينفذ ما التزم به أو تأخر في تنفيذه..."

وبناء عليه يجوز الشرط الجزائي في البيع على التصاميم بالنسبة للمرقي العقاري لأنه هو المقاول والصانع في هذا العقد.

وهو أيضاً رأي دار الإفتاء المصرية: "الشرط الجزائي في العقد جائز، وتترتب عليه آثاره من حيث المال المشروط"<sup>1</sup>.

كما أخذت به الهيئة الشرعية لبيت التمويل الكويتي: "...فإذا حصل إخلال بالالتزام وطبق الشرط الجزائي الموجب للتعويض فإن لمستحق التعويض أخذ المبلغ المحدد في العقد ولو كان الضرر الفعلي أقل منه"<sup>2</sup>.

#### ب- الشرط الجزائي الواقع على المشتري (المكاتب):

ويكون في حالة تأخر المشتري عن دفع ما عليه من مستحقات مالية للصانع، حيث يشترط في العقد أنه إذا تأخر المشتري في تسديد ما عليه من مستحقات وتترتب على التأخر ضرراً حقيقياً، فإن البائع (المرقي العقاري) في التعويض يقدر الضرر، سواء نص في العقد على تقدير التعويض بين الطرفين، أو يرجع في هذا التقدير لأهل الخبرة، أو إلى القاضي في حالة النزاع.

وهذه الصورة من الشرط الجزائي رفضها<sup>3</sup> مجمع الفقه الإسلامي المنبثق من منظمة المؤتمر الإسلامي في قراره رقم 109 (12/3) حول الشرط الجزائي حيث جاء فيه: "رابعا: ولا يجوز (أي الشرط الجزائي) -مثلاً-، في البيع بالتقسيط بسبب تأخر المدين عن سداد الأقساط المتبقية سواء، كان بسبب الإعسار، أو المماطلة، ولا يجوز في عقد الاستصناع بالنسبة للمستصنع إذا تأخر في أداء ما عليه".

وبناء عليه فلا يجوز الشرط الجزائي إذا تأخر المشتري (المكاتب) على أداء ما عليه من أقساط الثمن، سواء كان ذلك بسبب الإعسار أو المماطلة.

<sup>1</sup> - الفتاوى الإسلامية، دار الإفتاء المصرية، المفتي الشيخ أحمد هريدي، رقم الفتوى 983، 13 يونيو 1968م، ج 6، ص 2238.

<sup>2</sup> - الفتاوى الشرعية في المسائل الاقتصادية، بيت التمويل الكويتي، الفتوى 06، 300، 308، الموقع:

[http://www.kth.com/kfh\\_fatawa/fatawa\\_index.aspx](http://www.kth.com/kfh_fatawa/fatawa_index.aspx).

<sup>3</sup> - هناك من جوز هذه الصورة من الشرط الجزائي، ومن ذهب إلى هذا الرأي هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية، ومن الفقهاء المعاصرين: مصطفى الزرقاء، والصادق الضير، أنظر: راجح فغور، عقد البيع بناء على التصميم، مرجع سابق، ص 260-264.



ولما كان الالتزام هو أداء مبلغ من النقود فإن التنفيذ العيني ممكن في ذاته، وذلك بحكم القاضي بقضاء دين البائع (المركبي العقاري) من مال المشتري (المكاتب) جبراً، إذا كان من جنس الدين أو إجباره على بيع ماله وقضاء دين الغريم عندما لا يكون لديه مال من جنس الدين الثابت في ذمته، أو استعمال الآليات الشرعية التي وجدت في الفقه لحمل المشتري (المكاتب) المماثل على أداء ما عليه من الالتزامات المالية مثل الحبس والتعزير<sup>1</sup>، والمنع من السفر.

ولكن قد يثار تساؤل ههنا وهو: ما حكم دخول المسلم في عقود قد تحتوي على شرط جزائي بالنسبة للمشتري مثل البيع على التصاميم خاصة من المادة 53 من القانون 11/04، والتي جاء فيها ما يلي: "يتعين على المكاتب في عقد البيع على التصاميم دفع التسديدات التي تقع على عاتقه في الآجال المنصوص، وفي حالة عدم التسديد، يحتفظ المركبي العقاري بحق توقيع عقوبة على المبلغ المستحق...".

**الجواب:** أن المسلم له أن يباشر هذه العقود التي تحتوي على شرط جزائي بالنسبة للمشتري على أن ينفذ كل التزاماته وألا يقع في طائلة عقوبة الشرط الجزائي، وهذا يمكن تخريجه على القاعدة الفقهية عند المالكية وهي: "الصورة الخالية من المعنى هل تعتبر أم لا"<sup>2</sup>.

وتوضيح هذه القاعدة: هي أنه إذا كانت صورة التعامل ظاهرة التحريم، ولكنها في المعنى وحقيقة الحال لا ينتج عنها ما يقتضي التحريم، فهل يحرم العقد نظراً للصورة، أو يجوز نظراً للمعنى<sup>3</sup>؟. خلاف بين فقهاء المذهب وإن كان المشهور المنع.

ومن تطبيقات هذه القاعدة: أي الصورة الخالية عن المعنى قروض التنمية التي تعطىها بعض المصارف، تمكن بها المستفيد من شراء الآلات والأجهزة المطلوبة للتنمية بالعملة الصعبة التي يتعذر على الزبون الحصول عليها في بعض البلاد، ويوثق المصرف عليه عقداً ربوياً بفائدة إلى أجل، ومع أبرام هذا العقد الربوي يعطي المصرف الحق للعميل في أن يدفع القرض بالحاضر خالياً من الفوائد، فيصير العقد الربوي الموقع مع المصرف في حق من يختار الدفع بالحاضر صورة خالية من المعنى، فهي تجري على القاعدة<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - محمد عثمان شبير، صيانة المديونيات ومعالجتها من التعثر في الفقه الإسلامي، بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة، الطبعة الأولى، دار النفائس، عمان، الأردن، ج 02، ص 857.

<sup>2</sup> - أحمد بن يحيى الوئشيري، إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام أبي عبد الله مالك. تحقيق: الصادق بن عبد الرحمن الغرياني، الطبعة الثانية، دار الحكمة، طرابلس، ليبيا، 1997م، ص 119.

<sup>3</sup> - الصادق بن عبد الرحمن الغرياني، تطبيقات قواعد الفقه عند المالكية، دون طبعة، منشورات جامعة الفاتح، 2005م، ص 210-213.

<sup>4</sup> - الغرياني، تطبيقات قواعد الفقه عند المالكية، مرجع سابق، ص 211.

وعلى هذه الصورة يجري كذلك البيع على التصاميم بالنسبة للمشتري الذي اختار أن يدفع الأقساط في آجالها المحددة، ففيه الخلاف الوارد في القاعدة الفقهية، فالبيع على التصاميم جائز في حق المسلم المحتاج إذا عزم أن يجتهد في تسديد الدفعات في آجالها المحددة.

### المسألة الرابعة: الجزاءات في البيع على التصاميم وموقف الشريعة الإسلامية منها

لقد سبق وأن تطرقنا في الفصل الأول إلى الجزاءات المترتبة على إخلال طرفي عقد البيع على التصاميم (المركبي العقاري والمكاتب) في القانون بالتزامهم، وهي بالنسبة للمركبي العقاري (البائع) تتمثل في نوعين من الجزاءات، جزاءات وفقا للقواعد العامة، وتتمثل في الفسخ أو طلب التنفيذ العيني مع طلب التعويض<sup>1</sup> في الحالتين، وجزاءات وفقا للقواعد الخاصة، وتتمثل في جزاءات إدارية تتمثل في سحب الاعتماد إما مؤقتا أو نهائيا أو تلقائيا، والمسؤولية الجزائية للجرائم إما المرتبطة بالالتزامات الذاتية أو الجرائم المرتكبة بمناسبة تعامله (المركبي العقاري) مع المقتنين أو الغير أو جرائم قد يرتكبها المركبي العقاري أو غيره، ورأينا أنها تتراوح بين الحبس أو الغرامة المالية.

أما بالنسبة للمكاتب (المشتري) فتتمثل الجزاءات في جزاءات مرتبطة بإخلاله بالتزام دفع الثمن، وتكون إما عقوبة<sup>2</sup> مالية على التأخير يوقعها المركبي العقاري (البائع) أو الفسخ، وجزاءات الإخلال بالتزام التسليم وتتمثل في التسليم الجبري واعتباره متسلما بعد إعداره، إلا إذا أمتنع لسبب مشروع كعيب في البناء أو عدم مطابقته للمواصفات فله عدم التسليم، ويثبت له عدة خيارات هي، خيار العيب<sup>3</sup>، خيار الرؤية<sup>4</sup>، وخيار فوات الوصف<sup>5</sup>.

والملاحظ على هذه الجزاءات عند عرضها على الجزاءات المترتبة على إخلال طرفي عقد البيع في الشريعة الإسلامية، يتبين لنا أن هذه الجزاءات وإن اختلفت نتيجة التطور الحاصل في المعاملات المالية المعاصرة، فإنها تصب في مقصد واحد وهو ضمان وفاء كل طرف من طرفي العقد بالتزاماته، وبالتالي حفظ الحقوق من الضياع، فالجزاءات المتعلقة بالبيع على التصاميم أغلبها تتوافق مع ما جاء في الشريعة الإسلامية خاصة في عقد البيع والاستصناع عموما، إلا فيما يخص بعض الأمور التي استحدثها المشرع والتي تتماشى مع التطورات المواكبة للحياة المعاصرة (مثل الجزاءات

<sup>1</sup> - تعرضنا لهذه الجزئية (طلب التعويض) في المسألة السابقة مسألة الشرط الجزائي.

<sup>2</sup> - تعرضنا إلى مسألة العقوبة على المشتري في مسألة الشرط الجزائي السابقة حيث رجحنا جوازها على البائع (المركبي العقاري)، وعدم جوازها على المشتري (المكاتب) لأنها عقوبة مالية مترتبة على دين فهي نوع من الربا.

<sup>3</sup> - خيار العيب: "هو أن يكون لأحد العاقدين الحق في فسخ العقد أو إمضائه إذا وجد عيب في أحد البديلين، ولم يكن صاحبه عالما به وقت العقد" أنظر: الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج 4، ص 3116.

<sup>4</sup> - خيار الرؤية: "هو أن يكون للمشتري الحق في إمضاء العقد أو فسخه عند رؤية المعقود عليه إذ لم يكن رآه عند إنشاء العقد أو قبله بوقت لا يتغير فيه عادة". أنظر: مجلة الأحكام العدلية، مرجع سابق، ج 1، ص 64. - الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج 4، ص 3123.

<sup>5</sup> - خيار فوات الوصف: "هو أن يكون المشتري مخيرا بين أن يقبل بكل الثمن المسمى أو أن يفسخ البيع حيث فات وصف مرغوب فيه في بيع شيء غائب عن مجلس العقد"، أنظر: الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج 5، ص 3520.

الإدارية والمسؤولية الجزئية وهذه تدخل في عقوبة التعزيز<sup>1</sup> في الشريعة الإسلامية، فهي في مجملها لا تتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية<sup>2</sup>.

### المسألة الخامسة: موقف الشريعة الإسلامية من الضمانات الخاصة والمستحدثة في البيع على التصاميم

إن الضمانات في العقود من القضايا التي اكتسبت أهمية كبرى في المعاملات المعاصرة، وذلك لكبر وتشعب هذه المعاملات، حيث أصبحت تتداول فيها أموال طائلة تتعلق بها حقوق العديد من الناس، لذلك تدخل التشريع القانوني لحفظ الحقوق عن طريق ضمانات خاصة كما رأينا في البيع على التصاميم، وهذه إحدى الغايات والمقاصد الكبرى للشريعة الإسلامية وهي حفظ المال، كما أن هذه الضمانات الخاصة التي يتميز بها البيع على التصاميم هي من أكبر الأحكام التي جاء بها التشريع لينفي الضرر عن هذا العقد بالنسبة للمشتري، لأن العقار المبيع غير موجود بل العلم به يحصل عن طريق التصاميم والمخططات، والتي قد لا تتطابق مع حقيقة البناء بعد اكتماله، أو مخالفة آجال اكتماله أو عدم إتمامه والتخلي عن مشروع البناء، وبالتالي يقع الضرر على المشتري وهذا ما نهي عنه شرعنا الحنيف، ولوضع الضمانات لا بد من مراعاة اختلاف الزمان والأحوال في قضايا العصر، فمع أن التغيرات الحياتية والعلمية التي شهدتها العصور السابقة كانت طفيفة، فإن الاختلافات فيها بين الفقهاء واضحة، رغم المدد الزمنية القليلة التي فصلت بينهم، لذلك فلا عجب الآن في أن يكون لعصرنا قضايا ينظر فيها على ضوء فقه الواقع، والمقاصد، والموازنات، والمآلات، والأولويات، وفقه الضرر والحاجة.

وبناء على ذلك فإن هذه الضمانات الخاصة والمستحدثة في البيع على التصاميم يمكن تكييفها في الشريعة الإسلامية تكييفاً عاماً، فنقول بأن كل هذه الضمانات ترمي إلى حفظ مقصد كلي ضروري قطعي وهو المال، والأمر بحفظه معلوم من الدين بالضرورة، أو تدخل ضمن أمور شكلية نتجت عن التطور الحاصل في المعاملات المالية، والشريعة الإسلامية لا تمنع من إقرارها مادامت تسعى دائماً إلى تحقيق العدل بين المتعاقدين وحفظ حقوق.

### البند الثالث: المقارنة بين تكييف التشريع الجزائري وتأصيل الشريعة الإسلامية للبيع على التصاميم

من خلال ما تقدم من دراسة لموضوع البيع على التصاميم في التشريع الجزائري وبمقارنته بتأصيل الشريعة الإسلامية له نصل إلى أنه صورة من صور البيع المتعددة، فهو صيغة مستحدثة للبيوع العقارية نظمه المشرع الجزائري وفق المرسوم التشريعي رقم 93-03 المتعلق بالنشاط العقاري الملغى بموجب القانون 11-04 الذي يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، يتفق هذا البيع في طبيعته القانونية مع تأصيل الشريعة الإسلامية له في كثير من الوجوه، ويختلف معه في بعض الوجوه وذلك كالتالي:

<sup>1</sup> - التعزيز: "هو العقوبة المشروعة على معصية وجناية لا حد فيها ولا كفارة"، انظر الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج 7، ص 62.

<sup>2</sup> - رابع فغور، عقد البيع بناء على التصاميم، مرجع سابق، ص 283.

أولاً: أوجه التشابه

### 1- كلاهما عقد مستقل:

فالبيع على التصاميم في كل من الطبيعية القانونية له وتكييف الشريعة الإسلامية له يعتبر عقداً مستقلاً عن غيره من العقود الأخرى، سواء القانونية أو الشرعية، ذو طبيعة خاصة مستقلة، له ما يميزه عن الصور المعروفة في القواعد العامة لكل من الفقهاء القانوني والشرعي (الإسلامي)، وذلك بالنظر لالتزامات أطرافه والضمانات التي يوفرها للطرف الأضعف في هذه الرابطة العقدية.

### 2- كلاهما عقد ملزم للجانبين:

البيع على التصاميم وحسب ما رأينا أنه عقد ملزم لجانبين المرقى العقاري (البائع) والمكاتب (المشتري)، وذلك في كل من التكييف القانوني له في التشريع الجزائري، وتكييف الشريعة الإسلامية له، فالبايع ملزم بنقل ملكية العقار وملزم كذلك بإنجاز البناية وفق المواصفات المتفق عليها، والمشتري ملزم بدفع الثمن بالموازاة مع تقدم الأشغال.

### 3- كلاهما عقد محدد:

البيع على التصاميم في كلا الفقهاء القانوني والشرعي (الإسلامي) هو عقد محدد، يمكن لكلا طرفيه (البائع والمشتري) أن يحدد وقت التعاقد مقدار ما يأخذ ومدى ما يعطى، فالمشتري بإمكانه تحديد مقدار ما يدفع وما يأخذ وذلك بالاطلاع على التصاميم الهندسية المبرمجة، والبائع بإمكانه تحديد الثمن التقديري مع نسبة الزيادة في حالة مراجعة الثمن.

### 4- كلاهما عقد زمني:

بالنظر لطبيعة وخصائص البيع على التصاميم في كل من التشريع الجزائري والشريعة الإسلامية نستنتج أن عقد زمني في كلا الفقهاء، لأن الزمن عنصراً جوهرياً فيه، لأنه المقياس الذي يقدر به التزامات وحقوق الأطراف في القانون والشريعة الإسلامية.

### 5- كلاهما عقد معاوضة:

فكلا طرفيه يأخذ ويعطى، في كل من التكييفين القانوني أو الشرعي، فالبايع يأخذ ثمن بيع العقار، والمشتري يستفيد من العقار المنجز.

**6- القيد على التصرف فيهما:**

البيع على التصاميم ورغم تحرير عقده في الشكل الرسمي وتسجيله وشهره، واعتبار المشتري مالكا للعقار من تاريخ التوقيع على العقد في التكييف القانوني، إلا أن المشتري لا يستطيع التصرف في العقار محل الانجاز، إلا بعد تسديد كافة الأقساط والتسليم النهائي للبنية وتوقيع محضر التسليم وشهره ليتم بموجبه رفع القيد على التصرف، هذا من الناحية القانونية، ولا مانع في التكييف الشرعي له أن يوجد مثل هذا الشرط في الفقه الإسلامي، وهو شرط المنع من التصرف إلى دفع الثمن كاملا، أو الاحتفاظ بالمبيع إلى سداد الثمن الكلي.

**7- محله عقار لم ينجز أو طور الانجاز في كلا التكييفين القانوني والشرعي:**

ففي كلا التكييفين القانوني والشرعي نجد أن محل البيع على التصاميم غير منجز وغير موجود وقت التعاقد، فهو نوع من أنواع بيع الأشياء المستقبلية في القانون، ونوع من أنواع بيع المعدوم في الشريعة الإسلامية التي أجازته في حالات استثنائية.

**8- كلاهما له الأركان نفسها:**

ففي كلا التكييفين القانوني والشرعي البيع على التصاميم له الأركان نفسها والتي هي التراضي والمحل والسبب حسب تعبير القانونين، أو الصيغة والمتعاقدين والمحل، حسب تعبير فقهاء الشريعة الإسلامية.

**9- تسهيل دفع الثمن في الفقهاء:**

البيع على التصاميم في الفقهاء القانوني والشرعي (الإسلامي) يسهل مهمة المشتري عند دفع الثمن، حيث أنه يتم دفعه على شكل أقساط حسب تطور الأشغال، فنظرا لطبيعته القانونية أو الشرعية لم تجعل دفع الثمن جملة واحدة، لأنه ليس من المعقول أن يوفي المشتري بكل التزاماته في حين أن البائع لم يشرع بتنفيذ التزاماته.

ثانيا: أوجه الاختلاف

**1- عقد مسمى في القانون دون الشريعة الإسلامية:**

فالبيع على التصاميم في القانون الجزائري عقد مسمى، حيث وضع له المشرع الجزائري اسما خاصا وتكفل ببيان أحكامه في القانون 04-11، بينما البيع على التصاميم في الشريعة الإسلامية فهو عقد جديد لم نجد له اسما عند الفقهاء القدامى ولم يتحدثوا عنه، بل إن حتى الفقهاء المعاصرين اختلفوا في تسمية من بيع الشقق على الخريطة، إلى بيع البيوت على المصورات إلى بيع العقار على الخريطة، وكذا بيع الشقق والطبقات قبل إنشاء المشروع.

**2- عقد شكلي في القانون دون الشريعة الإسلامية:**

فالبيع على التصاميم في القانون عقد شكلي، فلا يكفي لا انعقاده تطابق الإرادتين بل لابد من إفراده في الشكل المنصوص عليه في المرسوم التنفيذي 13-431، بينما البيع على التصاميم في تكييف الشريعة الإسلامية له هو عقد رضائي، كمعظم العقود في الشريعة الإسلامية، يكفي لانعقاد تطابق الإرادتين، ولا يمنع ذلك أن نوثقه أو نضع له نموذجاً معيناً من باب التوثيق.

**3- عقد رسمي في القانون دون الشريعة الإسلامية:**

بما أن البيع على التصاميم في القانون هو تصرف وارد على عقار فإن القواعد العامة القانونية تشترط الرسمية بكتابة العقد وتسجيله وشهرة ليصبح نافذاً، بينما في الشريعة الإسلامية فإن البيع يتم بمجرد تطابق الإرادتين والإعلان عنهما بالصيغة فيصبح البيع منجزاً، أما الرسمية وغيرها فهي من باب توثيق العقد، فلا يجوز لأي من الطرفين التنصل من التزاماته قبل التسجيل والشهر.

**4- الشرط الجزائي**

الشرط الجزائي في التكييف القانوني على البائع والمشتري، أما في تكييف الشريعة الإسلامية وكما رجحناه أنه لا يجوز ضرب الشرط الجزائي على المشتري، لأنه يصبح زيادة مرتبة على دين ربا صريح، ولكن يمكن اللجوء إلى الآليات الشرعية لحمل المشتري المماطل على أداء ما عليه من التزامات مالية.

**5- انتقال الملكية:**

ففي البيع على التصاميم في التشريع الجزائري تنتقل الملكية عبر مرحلتين كما سبق، المرحلة الأولى تنتقل فيها ملكية الرقبة وذلك بعد تمام العقد وتسجيله وشهره، والمرحلة الثانية تنتقل فيها ملكية التمتع والتصرف وذلك بعد دفع القسط الأخير من الثمن وتوقيع محضر التسليم وشهره، أما في الشريعة الإسلامية فإن انتقال الملكية يتم بمجرد تمام العقد وحدوث التسليم والتسلم بحكم أن العقود مبنية على الرضائية، ولكن يجوز للبائع شرط الاحتفاظ بالملكية إلى سداد كامل الثمن.

**6- البائع في التكييف القانوني يتمتع بصفة المرفي العقاري:**

البائع في البيع على التصاميم في التشريع الجزائري لا بد أن يحمل صفة المرفي العقاري، وهذا ما نص عليه القانون 11-04، أما في الشريعة الإسلامية فإن لأي شخص طبيعي أو معنوي يحق له أن يقوم بعملية البيع شرط

الوفاء بالتزاماته، ولكن هذا لا يمنع من أن يشترط الحاكم أو المنظمّ صفة معينة في البائع، وذلك قصد تنظيم المهمة وتطهيرها من الانتهازيين وهذا حسب القاعدة الفقهية "التصرف على الرعية منوط بالمصلحة"<sup>1</sup>.

في الأخير نستنتج أن تكليف الشريعة الإسلامية للبيع على التصاميم يستوعب الطبيعة القانونية له، ويختلف معها في بعض الوجود التي يمكن للشريعة الإسلامية أن تجد لها حلا أو أن تصنع لها تصحيحا.

---

<sup>1</sup> - الرزقا، شرح القواعد الفقهية، مرجع سابق، ص 309.

## ملخص الفصل الثالث:

بعد أن تناولنا في هذا الفصل تكييف الشريعة الإسلامية للبيع على التصاميم في التشريع الجزائري، حيث قسمناه إلى ثلاثة مباحث، تناولنا في أول مبحث بيع المعدوم وحكمه في الشريعة الإسلامية، ثم تطرقنا في المبحث الثاني، الاستثناءات من بيع المعدوم (السلم والاستصناع)، وأخيرا تناولنا في المبحث الثالث تأصيل الشريعة الإسلامية للبيع على التصاميم في الشريعة الإسلامية، محاولين مقارنة هذا التأصيل الشرعي بالطبيعة القانونية للبيع على التصاميم في التشريع الجزائري، فإنه يمكن لنا أن نستخلص ما يلي:

- البيع بمفهومه العام في الشريعة الإسلامية، "هو عقد معاوضة مالية تفيد ملك عين أو منفعة على التأييد، لا على وجه القرية"، واختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في تحديد أركانه تبعا لاختلافهم في تعريف الركن فالحنفية جعلوا للبيع ركن واحد وهو الصيغة (الإيجاب والقبول) فقط، والجمهور جعلوا له ثلاثة أركان أجمالا هي الصيغة والعقدان والمحل، وستة تفصيلا هي: الإيجاب والقبول، والبائع والمشتري، والثمن والمثمن.
- من شروط المعقود عليه أن يكون موجودا وقت التعاقد، فإن كان معدوما وهو "بيع ما كان غير موجود في الواقع، أو كان غائبا عن مجلس العقد وهو موصوفا في الذمة" فقد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في حكمه إلى مذهبين، فذهب الجمهور من الحنفية والمالكية والشافعية إلى بطلان بيع المعدوم، وذهب ابن تيمية وابن القيم إلى جواز بيع المعدوم بشرط عدم اشتماله على غرر فاحش.
- أن الغرر هو علة منع بيع المعدوم في الشريعة الإسلامية، والغرر قد يكون سببه العدم، أو الجهالة، أو عدم القدرة على التسليم وعدم الملك ونحو ذلك، فليس العدم هو علة منع بيع المعدوم، فالراجح إذن هو جواز بيع المعدوم إلا في حالة وجود غرر ولا يتحقق إلا في حالة ما إذا كان المبيع مجهول الوجود.
- رغم أن جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية ذهبوا إلى أن بيع المعدوم لا يجوز، إلا أنهم استثنوا منه بيع السلم والاستصناع.
- السلم هو "بيع آجل بعاجل"، له ثلاثة أركان: العاقدان (المسلم والمسلم إليه) والصيغة (الإيجاب والقبول)، والمعقود عليه (المسلم فيه ورأس السلم).
- ومن شروط رأس مال السلم أن يقبض في مجلس العقد، وجوز المالكية تأخيره يومين أو ثلاثة أيام، ومن شروط المسلم فيه أن يكون دينا موصوفا في ذمة المسلم إليه.
- منع مجمع الفقه الإسلامي الشرط الجزائي عن التأخير في تسليم المسلم فيه، لأنه عبارة عن دين، ولا يجوز اشتراط الزيادة في الديون عند التأخير، وتحدثنا عن التطبيقات المعاصرة للسلم أنه يصلح لتمويل عمليات زراعية مختلفة ويمكن الزراعيين والصناعيين عن طريق إمدادهم بالآلات مقابل بعض المحصول.
- الاستصناع هو "عقد على مبيع موصوف في الذمة يشترط فيه العمل على وجه مخصوص بثمن معلوم" هذا عند الحنفية لأنهم يعتبرونه عقدا مستقلا، أما الجمهور وهم المالكية والشافعية والحنابلة فإنهم يذكرونه في



- باب السلم، فهو عندهم بيع شيء موصوف في الذمة مما تدخله الصنعة، فالاستصناع عندهم نوع من السلم.
- عقد الاستصناع غير لازم عند الحنفية بعد التعاقد وقبل البدء بالعمل، وكذلك بعد الفراغ من العمل وقبل أن يراه المستصنع، أما عند الانتهاء من العمل وفق المواصفات وبعد أن يراه المستصنع، فلا خيار للصانع والمستصنع الخيار هذا على ظاهر الرواية عن أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد، وهناك رواية لأبي يوسف بلزوم الاستصناع بعد العمل ولا خيار لأحدهما وهذا هو الراجح.
- ما جرت عليه مجلة الأحكام العدلية في المادة 392 من أن الاستصناع ينعقد لازماً ليس مذهبا لأحد من أئمة الحنفية، وما جرت عليه أيضا في المادة 389 على ما ظاهره يفيد صحة الاستصناع فيما لا تعامل فيه، ليس رأيا لأحد في المذهب الحنفي، بل المنصوص عليه أنه إذا استوفى شرائط السلم يكون سلما.
- من الفروق الجوهرية بين الاستصناع والسلم، أن المعقود عليه في الاستصناع يشترط فيه الصنع ويقع في المستقبل، إنما في السلم فإن المعقود عليه (المسلم فيه) لا يشترط الصنع بل في الغالب يكون طعاما أو حيوانا أو غير ذلك.
- من الفروق الجوهرية بين البيع على التصاميم في التشريع الجزائري والإجارة على العمل في الشريعة الإسلامية أن العمل ومواد البناء يكون من المرقى العقاري في البيع على التصاميم، بينما في الإجارة عن العمل تكون مواد البناء من المؤجر، والمعقود عليه في البيع التصاميم هو العين والعمل وفي الإجارة المعقود عليه هو العمل فقط.
- وأبرز الفوارق الجوهرية بين البيع على التصاميم والسلم، أن الثمن في البيع على التصاميم يكون دفعه عبر مراحل تقدم الأشغال، أما في السلم فإن الثمن يكون معجلا، والمحل في البيع على التصاميم يحتاج إلى تصنيع وبناء بخلاف المحل في السلم الذي لا يحتاج إلى الصنع.
- ذهب مجمع الفقه الإسلامي إلى عد البيع على التصاميم من قبيل الاستصناع وتبعه في ذلك كثير من الفقهاء المعاصرين منهم وهبه الزحيلي، عبد اللطيف فرفور، محمد ماجد عتر وغيرهم.
- ذهب بعض الفقهاء المعاصرين إلى رفض تكييف البيع على التصاميم على أنه عقد استصناع منهم: "محمد سكرال مجاجي، الدكتور محمد توفيق رمضان البوطي، الدكتور ناصر أحمد إبراهيم النشوي".
- من الفوارق بين البيع على التصاميم والاستصناع، أن البيع على التصاميم ملزم للطرفين منذ بداية العقد، والاستصناع لازم بعد الصنع إذا كان موافقا للأوصاف، ومن جعله لازما من البداية فقد خالف إجماع المذهب الحنفي وإنما ذلك رأي لمجلة الأحكام العدلية، بالإضافة إلى فرق آخر وهو نقل الملكية ففي البيع على التصاميم تنتقل الملكية على مرحلتين.
- المرحلة الأولى تنتقل ملكية الرقبة بعد التسجيل والإشهار، وفي المرحلة الثانية وهي حق التمتع والتصرف وهذا بعد التوقيع على محضر التسليم، أما في الاستصناع فإن الملكية تنتقل دفعة واحدة بعد إتمام الصنع.

- الراجح ما ذهب إليه الحنابلة ومن وافقهم من أن الأصل حرية التعاقد إلا إذا ما ورد دليل بالمنع، وهذا ما أخذ به القانون الجزائري كذلك.
- البيع على التصاميم في الشريعة الإسلامية عقد مستقل جديد مستحدث مركب من عقدين هما البيع والإجارة على العمل أو المقاول، له عدة أدلة شرعية تؤصله منها القاعدة العظيمة "الأصل في العقود الإباحة".
- موقف الشريعة الإسلامية من الشرط الجزائي في البيع على التصاميم، هو أنه تجيز الشرط الجزائي الواقع على البائع (المركبي العقاري)، أما الشرط الجزائي الواقع على المشتري (المكاتب) فالذي رجحناه هو عدم جوازه، ويمكن اللجوء إلى عقوبات أخرى من أجل إرغام المشتري على الوفاء بالتزامات.
- التكييف القانوني للبيع على التصاميم يتشابه مع تكييف الشريعة الإسلامية في أن كلاً منها عقد مستقل ملزم للجانبين، محدد وزمني، ومعاوضة، ومحلها معدوم، ودفع الثمن فيه تسهيل، وأركانها واحدة، ويختلفان في أن البيع على التصاميم في القانون عقد مسمى، وشكلي، والبائع فيه يتمتع بصفة المرقبي العقاري، والشرط الجزائي جائز على البائع والمشتري، وفي انتقال الملكية، وذلك بخلاف تكييف الشريعة الإسلامية له.

الخاتمة

## الخاتمة:

بعد أن تناولنا بالدراسة البيع على التصاميم "دراسة مقارنة بين التشريع الجزائري والشريعة الإسلامية" وحاولنا من خلال هذه الدراسة إثراء هذا العقد الجديد بالتحليل والتقييم مع إعطائه التكييف الشرعي، توصلنا إلى عدة نتائج ومقترحات نحملها فيما يلي:

أولاً: نتائج البحث: من النتائج المتوصل إليها نذكر ما يلي:

- 1- رغم حداثة البيع على التصاميم إلا أن المشرّع الجزائري قد نظم وضبط أحكامه بمجموعة من النصوص القانونية، آخرها القانون رقم 04-11 المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، والمرسوم التنفيذي رقم 13-431 المحدد لنموذجي عقد حفظ الحق وعقد البيع على التصاميم.
- 2- إن المشرّع الجزائري رغم أنه يترك التعريفات للفقه إلا أنه حرص على إعطاء مفهوم هذا البيع في المادة 28 من القانون 04-11، وقد أحسن المشرّع في ذلك، غير أنه يعاب عليه هذه التسمية "البيع على التصاميم" لأنها تسمية غامضة لأنها تشمل المنقول والعقار، وحبذا لو جاءت التسمية "بيع العقار على التصاميم" لتوضيح هذا الغموض.
- 3- أغفل المشرّع الجزائري عند تعريفه للبيع على التصاميم تضمينه العنصر الجوهري، ويتمثل في النص على التزام المرقي العقاري بإقامة البناء.
- 4- أن البيع على التصاميم وإن كان محله هو بيع شيء مستقبل، لكن هذا المحل يتميز عن مثليه في عقود بيع الأشياء المستقبلية بكونه عقارا أولاً، معينا بالذات عند التعاقد ثانياً، وأن المحل يرتبط ارتباطاً كبيراً بالثمن الذي يدفعه المشتري ثالثاً، بحيث يستخدم هذا الثمن في تمويل عملية البناء، وبالتالي تحقيق المحل المذكور.
- 5- إن المشرّع الجزائري في تعريفه للمرقي العقاري وسع من مهامه وجعله هو الوحيد المؤهل للقيام بهذا النوع من البيوع وفق الشروط المحددة قانوناً، كما ضمن المشرّع القانون 04-11 الجديد نصوصاً خاصة بمهمة المرقي العقاري وشروط مزاولتها (المواد من 17 إلى 23) وذلك أبعادا للانتهازيين عن هذا النشاط.
- 6- استوجب المشرّع ضرورة تحرير هذا العقد في قالب النموذجي المحدد له في المرسوم رقم 13-431 الذي ألغى المرسوم التنفيذي رقم 94-58 وإلا وقع باطلاً، هذا فضلاً عن ضرورة استيفاء الرسمية التي تخضع لها كافة العقود الناقلة للملكية العقارية، وحدد البيانات التي يجب أن يشتمل عليها العقد، وذلك تفادياً لكل خلاف يمكن أن يحدث مستقبلاً حول العقار المبيع أو الثمن وطريقة الوفاء به وكيفية مراجعته.
- 7- من حيث آثار هذا البيع يتبين أن الذاتية الخاصة لهذا البيع تتمثل في كونه يضع على عاتق المرقي العقاري التزاماً جوهرياً هو بناء أو إنجاز العقار المبيع وفقاً للمواصفات المتفق عليها في المدة المحددة، وأن يضمن بقاء هذا العقار قائماً وصالحاً للاستخدام طوال المدة المتوقعة لبقائه.

- 8- البيع على التصاميم وإن كان بيعاً، إلا أنه يتميز عن البيع العادي المنصب على عقار، من حيث كونه يعتبر من عقود الإذعان، وهي صفة لا تتوفر في البيع العادي الوارد على عقار موجود بالفعل وقت التعاقد الذي يعتبر عموماً من عقود المناقشة الحرة.
- 9- كما ينفرد هذا البيع على البيع العادي بخصوصيته من حيث الالتزامات التي تقع على الأطراف المتعاقدة، فمن ناحية المرقى العقاري، فإن الخصوصية تتجلى من حيث التزامه بنقل ملكية العقار حتى قبل إتمام الانجاز، والتي تقع على البناية والقطعة الأرضية التي تشيد فوقها البناية، وكذلك يشترط تسليم شهادة مطابقة البناية طبقاً للمواصفات المتفق عليها في العقد، إضافة إلى ذلك يلتزم المرقى العقاري بضمانات غير تلك المقررة في القواعد العامة، قصد حماية المشتري من جهة، ونظراً لما تنطوي عليه عملية البناء والتشييد من خطورة من جهة ثانية، أما عن خصوصية التزام المشتري فإنها تتمثل في دفع الثمن الذي يتم في شكل دفعات مجزأة أثناء عملية التشييد.
- 10- البيع على التصاميم يمر بمرحلة تمهيديه قبل إبرامه، بحيث يسبق إبرام العقد في صورته النهائية عقد حفظ الحق، يحجز بموجبه من يرغب في شراء الوحدة السكنية التي يرغب في شرائها مقابل إيداع مبلغ ضمان أو تسبيق، وقد اهتم المشرع بتنظيم هذا العقد (عقد حفظ الحق) وأوجب ضرورة تحريره في قالب النموذجي المحدد وإلا وقع باطلاً، مع ضرورة استيفاء شكله الرسمي الذي تخضع له كافة العقود الناقلة للملكية العقارية.
- 11- من حيث انتقال الملكية وبالرجوع إلى نص المادة 28 من القانون 04-11، نجد أنها ربطت نقل الملكية يتم بالموازاة مع تقدم الأشغال، وهذا يتنافى مع إجراءات نقل الملكية العقارية، الذي يكون بتسجيله لدى مصلحة الضرائب والشهر لدى المحافظة العقارية كما جاء النص عليه في المادة 34 من القانون نفسه.
- 12- البيع على التصاميم في ظل القانون 04-11 منح ضمانات كافية لحماية المشتري، إلا أن هذا القانون لم يكن واضحاً بما فيه الكفاية نظراً لغموض بعض النصوص، فنصوص الضمان العشري وبعض الضمانات الخاصة ما زال يكتسبها الغموض ودون ترتيب وتنظيم، فبعضها أدرج في الفرع الأول من الفصل الثالث (المادة 26)، في حين البعض الآخر من الضمانات نص عليها في الفرع الثاني تحت عنوان التزامات المرقى العقاري لاسيما المادة 42 منه.
- 13- البيع على التصاميم باعتباره تقنية من تقنيات الترقية العقارية الحديثة، يتشابه في كثير من أحكام مع البيع العادي والمقولة، إلا أنه عقد قائم بذاته له قواعده وأحكامه الخاصة التي تكوّن نظامه القانوني الخاص به، وتحصل هذه الذاتية المستقلة من خلال اندماج العناصر المكونة له، والمتمثلة في قيام المرقى العقاري بتشييد البناء لحساب المشتري وطبقاً للمواصفات المتفق عليها، دفع المشتري أقساط الثمن، وأخير تملك المشتري للبناء بعد تمام إنجازها.

- 14- الالتزام بالتسليم في هذا البيع له معنى خاص يختلف عن التسليم بمعنى وضع المعقود عليه تحت تصرف المتعاقد الآخر بحيث يستطيع حيازته والانتفاع به، بل هو تقبل البناء من طرف مشتري العقار على التصاميم، أي موافقته على هذا البناء بعد فحصه وإقراره بأنه قد نفذ وفق الشروط المتفق عليها في العقد.
- 15- إن الصورة التي تميز بها البيع على التصاميم، قد انعكست على سماته وخصائصه، فسمات البيع المذكور لم تتوقف عند تلك السمات القانونية المتمثلة في الضمان والشكلية وغيرها، بل اتضح لنا أن سمات العقد الاقتصادية كان ظهورها بارزا، إذ أسهمت تلك السمات بصورة فعالة في إيجاد البيع على التصاميم وانتشاره وكانت لنا وقفه مع سماته التمويلية وكونه أداة لتحقيق الأهداف الجوهرية للتنمية والتطور الاقتصادية.
- 16- إن البيع على التصاميم وفقا لذاتيته وما قنن له من أحكام في التشريع الجزائري، هو عقد تجاري تخلع عليه تلك الصفة وتسري عليه أحكامها، وذلك من زاوية من يمارس هذه المهنة (المركبي العقاري البائع) كون التشريعات قد استلزمت فيمن يمارس هذا النوع من البيوع أن يتمتع بصفة التاجر، ولا يعني ذلك غياب أحكام القانون المدني، فهو عقد مدني بالنسبة للمشتري (المكتب).
- 17- البيع على التصاميم في الشريعة الإسلامية نوع من أنواع البيوع ومن أنواع بيع المعدوم خاصة الذي يختلف فقهاء الشريعة في جوازه لاشتماله على الجهالة والغرر، والرأي الراجع في نظرنا جوار بيع المعدوم بشرط عدم اشتماله على غرر فاحش.
- 18- رغم أن جمهور فقهاء الشريعة منعوا بيع المعدوم إلا أنهم استثنوا منه السلم والاستصناع، إذ هما نوعان من بيع المعدوم.
- 19- رغم أن البيع على التصاميم بيع معدوم إلا أنه لا يدخل في إطار الاستثناءات من بيع المعدوم (السلم والاستصناع)، وإنما هو عقد مستقل جديد مستحدث له خصوصية في الشريعة الإسلامية.
- 20- تكييف الشريعة الإسلامية للبيع على التصاميم تتشابه في كثير من الوجوه مع الطبيعة القانونية للبيع على التصاميم في التشريع الجزائري، وتختلف في بعض الوجوه.
- وما نصل إليه في الأخير وبعد دراسة البيع على التصاميم، هو أن المشرع الجزائري قد خطا خطوة جوهرية وهامة في مجال الترقية العقارية بتشريعه للقانون رقم 11-04 المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، والذي بدوره تدارك الكثير من الثغرات والنقائص والغموض التي طرحها المرسوم التشريعي رقم 93-03 الملغى، وبالرغم من وجود بعض النقائص في القانون 11-04 لكن على العموم جاء وعالج الكثير من النقائص حيث راعي الطرف الضعيف، ألا وهو المقتني وأحاطه بمجموعة من الضمانات حماية له، وتشجيعا له للإقبال على إبرام مثل هذه البيوع، ومن أجل تعزيز النتائج المتوصل إليها نقدم جملة من الاقتراحات الآتية:

- 1- إعادة صياغة وضبط التعريف الوارد بشأن هذا العقد، لأن المشرّع الجزائري أغفل عند تعريفه للبيع على التصاميم تضمينه العنصر الأساسي والجوهري المميز له، وهو التزام المرقى العقاري بإقامة البناء المتفق عليه خلال المدة المحددة في العقد.
- 2- توضيح المشرّع الجزائري للالتزامات الملقاة على عاتق المرقى العقاري في البيع على التصاميم بشكل دقيق وصريح، خاصة التزامه بإقامة البناء، وذلك بإعادة صياغة نص المادة 28 من القانون 11-04.
- 3- ضرورة التفصيل أكثر في ضمان حسن الإنجاز وحسن سير عناصر التجهيز فقد أشار إليها القانون 11-04 دون بيان أحكامهما، مع إضافة ضمان العزل الصوتي والحراري تماشيا مع التطور الحاصل في المعاملات العقارية الحديثة والتشريعات المقارنة.
- 4- على المشرّع الجزائري أن يعيد صيغة نص المادة 28 على أساس أن دفع الثمن يكون بالموازاة مع تقدم الأشغال وليس انتقال الملكية، وإن كانت هذه هي نية المشرّع إنما وقع في سهو فقط ولا بد عليه عند تعديلاته تدارك هذا السهو حتى يزيل اللبس والغموض.
- 5- ربط المشرّع الجزائري تسديد سعر البيع المتفق عليه حسب حالة التقدم في أشغال الإنجاز، ولكنه لم ينص عن الهيئة المخول لها قانونا تسليم شهادة تقدم الأشغال، لذا نقترح أنه يجب تدارك ذلك بالنص على تولّي إحدى هيئات الدولة كالمبلدية أو مديرية السكن عملية معاينة نسبة تقدم الأشغال بناء على تصريح من طرف مهندس الأشغال.
- 6- تمديد مدة ضمان الإنهاء الكامل لأشغال الإنجاز التي يلتزم بها المرقى العقاري إلى 10 سنوات بدل سنة واحدة التي نص عليها القانون 11-04 في المادة 26 لأنها غير كافية، خاصة وأن بعض العيوب لا تظهر إلا بعد مدة من الزمن أو لا تظهر إلا باستغلال العقار واستعماله، فقد يؤجل المقتنى استغلال المبنى حتى فوات مدة الضمان المقدره بسنة نظرا لعدة أسباب، منها عدم إتمام إنجاز المرافق العامة مثلا أو عدم توفرها أصلا، ويجب تحديد وقت سريان هذا الضمان إما بالحيازة أو بالاستغلال الفعلي.
- 7- ضرورة إنشاء مخابر بحث خاصة بالعقار والمعاملات العقارية على مستوى كليات الشريعة، وذلك لتقديم الدراسات الفقهية الشرعية، وكذا بيان الأحكام المتعلقة بنوازل العقار، واقتراح الحلول الشرعية المناسبة من أجل التخفيف من أزمة السوق العقارية.
- 8- إنشاء بنوك إسلامية تقوم بتمويل مشاريع البناء ومنح قروض مالية للمكاتب خاصة في مجال البيع على التصاميم، مسترشدة في ذلك بالحلول التي تقترحها مخابر البحث على مستوى كليات الشريعة، وذلك من أجل إضفاء الفاعلية الواقعية ومواكبة الحياة المعاصرة على الفقه الإسلامي.
- 9- ضرورة عرض البيع على التصاميم في التشريع الجزائري على فقهاء الشريعة من أجل تصحيح مساره بما يتوافق تماما مع الشريعة الإسلامية، وذلك لإعطائه الصبغة الشرعية الإسلامية، وإثبات استقلالية المشرّع الجزائري في هذا الميدان عن المشرّع الفرنسي الذي أخذت عنه تقنية البيع على التصاميم.

10- ضرورة تطرق فقهاء الشريعة الإسلامية للبيع على التصاميم على أنه عقد مسمى ومستقل، وإعطائه تسمية متفق عليها وأحكام خاصة به، وذلك عند حديثهم على أنواع البيوع، مثل ما حدث ذلك لبيع الوفاء وعقد الاستصناع والبيوع الحديثة.



# الملاحق

الملحق 01: نموذج لعقد البيع على التصاميم

الملحق 02: نموذج لعقد من عقود الاستصناع المطبقة في المصارف الإسلامية

الملحق 03: نموذج شهادة مطابقة

الملحق 04: نموذج رخصة البناء

الملحق 01: نموذج لعقد البيع على التصاميم<sup>1</sup>

**"عقد بيع ... على التصاميم"**

السنة ..... واليوم .....

أمام الأستاذ .....، موثق بـ .....

**حضر،**

**المرفقي العقاري (شخص طبيعي) أو (شخص معنوي)**

.....

شخص معنوي (ممثل من طرف ..... يتصرف بصفة.....)

باختصار..... الواقع مقره بـ (العنوان) : ..... حاصل على

اعتماد رقم ..... بتاريخ ..... المسجل في الجدول الوطني للمرفقين

العقارين تحت رقم: ..... بتاريخ: ..... المنتسب لصندوق

الضمان تحت رقم: ..... السجل التجاري رقم: .....

التعريف الجبائي رقم: .....

**والذي يدعى في صلب النص " البائع " ، من جهة، و:**

**(2) المقتني ( شخص طبيعي أو شخص معنوي)**

التعريف الدقيق للمقتني ، طبقا لأحكام المرسوم رقم 63-76 المؤرخ في 25 مارس سنة 1976 والمتعلق

بتأسيس السجل العقاري ، المعدل والمتمم .

اللقب: ..... الاسم: ..... تاريخ الميلاد: ..... بطاقة التعريف

رقم: ..... المسلمة من طرف: ..... باختصار: .....

.....، والواقع مقره بـ: ..... الساكن بـ.....

**والذي يدعى في صلب النص " المكتتب " ، من جهة أخرى،**

<sup>1</sup> - مرسوم تنفيذي رقم 13-431 مؤرخ في 18 ديسمبر 2013، يحدد نموذجي عقد حفظ الحق وعقد البيع على التصاميم للأمولاك العقارية وكذا حدود تسديد سعر الملك موضوع عقد البيع على التصاميم ومبلغ عقوبة التأخير وآجالها وكيفيات دفعها، الجريد الرسمية الجزائرية، عدد 66 الصادر بتاريخ 25 سبتمبر 2013.

طلبت هذه الأطراف من الموثق الموقع أدناه، أن يستلم في شكل عقد رسمي الاتفاق الذي تمّ بينها وقامت، قبل تحرير عقد البيع موضوع هذه العقود، بعرض ما يأتي :

#### تصريح البائع

يصرّح البائع بأنّه باشر في بناء البناية أو جزء من البناية التي يختصّها للبيع في إطار القانون رقم 04-11 المؤرخ في 14 ربيع الأول عام 1432 الموافق 17 فبراير سنة 2011 الذي يحدد القواعد التي تنظم نشاطات الترقية العقارية. ويصرّح كذلك بأنّ:

- تُعتبر البناية (أو جزء من البناية)، موضوع عقد البيع على التصاميم، ملكيته الكاملة وليست موضوع إجراء قانوني يحدد حق الملكية وليست مثقلة بأي رهن،

- وأنّ شهادة الضمان المنصوص عليها في التشريع والتنظيم المعمول بهما، والتي ترفق بعقد البيع على التصاميم هذا، تغطي الملك موضوع البيع على التصاميم هذا.

#### تصريح المكتب

يصرّح المكتب أنّه:

- قد اطّلع على ملف إنجاز البناية أو جزء من البناية السالف الذكر، والذي تكون البناية، موضوع هذه العقود جزءا منه، وكذا التصاميم والمقاطع والكشف الوصفي للبناية والتجهيزات المتعلقة بها،

- يقبل البيع وينظّم حينئذ، دون أي تحفظ، إلى مجمل القواعد والشروط التي تنظم البيع والملكية المشتركة المتعلقة به والمحدّدة بموجب القانون رقم 04-11 المؤرخ في 14 ربيع الأول عام 1432 الموافق 17 فبراير سنة 2011 الذي يحدد القواعد التي تنظم نشاطات الترقية العقارية.

وبعد عرض ذلك، باشر الموثق الموقع أسفله، في تحرير العقد المتضمن الاتفاق الذي أقرته الأطراف.

يصرّح البائع، باعتباره الجهة الأولى، أنّه يبيع البناية مع التزامه بكل الضمانات العادية والقانونية في هذا المجال، وكذلك الخاصة والواردة في هذا العقد وكذا الوثائق المرجعية السالفة الذكر، للمكتب الحاضر، باعتباره الجهة الثانية، والذي يقبل البناية أو جزء من البناية.

#### النصوص التي تسيّر العقد

- يخضع عقد البيع على التصاميم هذا لأحكام القانون المدني وكذا أحكام القانون رقم 11-04 المؤرخ في 14 ربيع الأول عام 1432 الموافق 17 فبراير سنة 2011 الذي يحدّد القواعد التي تنظم نشاطات الترقية العقارية والقانون رقم 08-15 المؤرخ في 14 رجب عام 1429 الموافق 20 يوليو سنة 2008 الذي يحدّد

قواعد مطابقة البناءات وإتمام إنجازها والقانون رقم 90-29 المؤرخ في 14 جمادى الأولى عام 1411 الموافق أول ديسمبر سنة 1990 والمتعلق بالتهيئة والتعمير، المعدل والمتمم.

#### الوثائق المرجعية

تستند الأطراف، في حدود واتساع التزاماتها، زيادة على النصوص السالفة الذكر، إلى الوثائق الآتي ذكرها، والتي سبق إيداعها في شكل نسخ أصلية لدى الموثق الموقع أسفله بتاريخ .....

- عقد ملكية الوعاء العقاري، المعدّ باسم المرقي العقاري، بتاريخ ..... الذي تمّ نشره لدى المحافظة العقارية لـ ..... بتاريخ .....، حجم .....، الفهرس.....

- (عند الاقتضاء) رخصة التجزئة رقم ..... المؤرخة في ..... والتصاميم الملحقة بها، مسلمة من طرف .....

- رخصة البناء رقم ..... المؤرخة في ..... والتصاميم الملحقة بها، مسلمة من طرف.....

- الوصف الدقيق للبناءة أو لجزء من البناءة التي تم بيعها.

- نظام الملكية المشتركة والكشف الوصفي للتقسيم و المخططات المرفقة، معدة طبقا للتنظيم المعمول به.

- ضمان من صندوق الضمان والكفالة للتبادلة لنشاط الترقية العقارية المعد بتاريخ ..... تحت رقم ..... و يرفق بعقد البيع على التصاميم هذا .

#### التعيين

القوام : .....

تحديد الموقع : .....

كل ذلك، يطابق الملف التقني لمشروع الترقية، التنفيذ، الذي تم إيداعه لدى الموثق الممضي أسفله والذي سيتم بمقتضاه متابعة إنجاز الأشغال وإتمامها.

#### التحديد الدقيق للموقع :

إعطاء التحديد الدقيق للبناءة أو لجزء من البناءة، بالنسبة للمناطق التي أجزى بها المسح، تحديد القسم، مجموعة الأملاك والقطعة

ولاية: ..... بلدية: ..... المكان المدعو، الحي: ..... عمارة رقم: .....

..... الطابق: .....

رقم البناءة أو جزء من البناءة: .....

وهكذا يشكل الملك المباع حصة رقم ..... من الكشف الوصفي للتقسيم الذي تم نشره لدى المحافظة العقارية لـ ..... بتاريخ: .....

القسم - مجموعة الأملاك - القطعة

تحديد البلدية التي أجري بها المسح

**العناصر المكون للأجزاء الخاصة:** (وصف دقيق للبناءة أو لجزء من البناءة من حيث الأجزاء الخاصة والمساحة).

- مساحة صافية بدون أشغال.....
- مساحة قابلة للسكن أو نافعة.....
- يجب أن تظهر الخصائص التقنية والمساحية للملك في ملحق هذا العقد.....

#### قوام الملك:

عدد الغرف:..... الطابق:..... الحمام:.....  
المرحاض:.....  
الأسطح والشرفات..... الأروقة والبهو:.....

#### الملكية المشتركة

إعطاء وصف الملكية المشتركة من حيث العناصر المكونة والوصف والمساحات.

- الملحقات المبنية وغير المبنية.....
  - التجهيزات والمنشآت ذات الملكية المشتركة.....
- بمجموع الأجزاء المشتركة التابعة قانونا للبناءة التي تمثل..... الحصص النسبية للملكية المشتركة.

#### مكونات سعر البيع ومدة تسديد الدفع وفقا لتقدم الأشغال

تمت الموافقة وقبول البيع بسعر..... دينار جزائري، باحتساب كل الرسوم (..... دينار جزائري /باحتساب كل الرسوم).

#### سعر البيع وكيفيات مراجعته

يجب الإعلان أن سعر البيع ثابت أو قابل للمراجعة.

(في حالة ما إذا تقرر مُراجعة سعر البيع، يجب أن تبرر صيغة مراجعته وتتم في الحدود والكيفيات التي يسمح بها القانون)

#### كيفيات الدفع

يتم تحديد كيفيات الدفع بربط تحرير الدفعات الجزئية على أساس مراحل تقدم الأشغال من طرف المكتب، وذلك طبقا لأحكام القانون رقم 04-11 المؤرخ في 14 ربيع الأول عام 1432 الموافق 17 فبراير سنة 2011 الذي يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية والنصوص التطبيقية له.

في حالة عدم التسديد خلال المدة المحددة، يحتفظ البائع بحق توقيع عقوبة التأخير على المبلغ المستحق والمحدد طبقاً للقانون رقم 04-11 المؤرخ في 14 ربيع الأول عام 1432 الموافق 17 فبراير سنة 2011 ونصوصه التطبيقية.

### أجل التسليم

إنَّ أجل تسليم البناية أو جزء من البناية للمقني يبدأ سريانه، ابتداءً من تاريخ التوقيع على عقد البيع هذا على التصاميم.

يتم تقسيم آجال التسليم إلى ..... مراحل، محددة على النحو الآتي:

يتم تقسيم آجال التسليم إلى ..... مراحل، محددة على النحو الآتي:

المرحلة	مراحل الأشغال	الآجال القصوى
1	إتمام الأساسات	..... شهرا
2	إتمام الأشغال الكبرى، بما في ذلك المسافة والجدران الخارجية والداخلية	..... شهرا
3	إتمام كافة الأشغال بجمعة، بما في ذلك الربط بالطرقات والشبكات المختلفة وكذا التهيفات الخارجية	..... شهرا
4	الإتمام	

إن انتهاء مرحلة معينة، قبل انقضاء الأجل الأقصى المحدد أعلاه، لا يمنح الحق لدفع الاستحقاق الموافق لها، من طرف صاحب المشروع وتحت مسؤوليته وتقع مصاريف على عاتق البائع. يوقع البائع على محضر المعاينة ويسلمه للمقني للتوقيع عليه مقابل وصل استلام.

### مبلغ وأجل عقوبة التأخير في التسليم

يتم تحديد مبلغ وأجل عقوبة التأخير في التسليم وكذا كفيات دفعها طبقاً للتنظيم المعمول به.

### كفيات الحيازة

تجدر الإشارة إلى أن حياة البناء أو جزء من البناء من طرف المكتب يجب أن تتم عند إتمام أشغال الإنجاز الذي تم إثباته قانوناً بشهادة المطابقة المسلمة، طبقاً للتشريع والتنظيم المعمول بهما. تتم الحياة بموجب محضر محرر حضورياً بنفس مكتب التوثيق ويلحق بعقد البيع على التصاميم. في حالة تسجيل تأخر في تسليم الملك العقاري في الآجال المذكورة في العقد، يمكن المقتني معاقبة عدم الحياة عن طريق محضر قضائي، طبقاً للتنظيم المعمول به.

### فسخ عقد البيع على التصاميم

تجدر الإشارة إلى أن فسخ عقد البيع على التصاميم يتم في إطار أحكام القانون رقم 11-04 المؤرخ في 14 ربيع الأول عام 1432 الموافق 17 فبراير سنة 2011 والمذكور أعلاه، لاسيما المادة 53 منه.

### فسخ العقد بموافقة الطرفين

في هذه الحالة يحدد الطرفان الكيفيات التوافقية لهذا الفسخ :

الالتزامات المتعلقة بتسيير الملكية المشتركة للمجموعة العقارية التي تتضمن الملك المباع: يجب أن ينص عقد البيع على التصاميم على التزام البائع بضمان أو التكاليف بضمان تسيير الملك خلال مدة سنتين (2) ابتداء من تاريخ بيع آخر جزء من البناء المعنية.

إن الالتزامات المتعلقة بتسيير الملكية المشتركة للمجموعة العقارية المتضمنة الملك المباع هي تلك المحددة في المواد 60 و 61 و 62 من القانون رقم 11-04 المؤرخ في 14 ربيع الأول عام 1432 الموافق 17 فبراير سنة 2011 الذي يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية.

ويلتزم البائع بتسليم نظام الملكية المشتركة للمقتني وتحديد مجموع البيانات القانونية والتقنية والمالية المتعلقة به. ويجب أن يوضح القبول الصريح للمقتني لمجموع الالتزامات الناتجة عنه إلى غاية تحويل إدارة هذه الملكية المشتركة إلى الهيئات المنبثقة من المقتنين والمعينة من طرفهم.

### الضمانات

#### التأمين العشري:

يلتزم البائع، لفائدة المكتب، بمسؤوليته المدنية في المجال العقاري ويتولى مهمة مراقبة ومتابعة الضمان عن طريق التأمين العشري، لكل المهندسين المعماريين والمقاولين والعمال القطعيين المدعويين للمشاركة في إنجاز البناء، ويصرح أنه يقبل التصرف بالتضامن معهم تجاه المقتني والغير إلا إذا حصل خطأ لا يمكن أن ينسب إليه.

ضمان حسن التنفيذ :

يضمن البائع التنفيذ الجيد للأشغال، ويلتزم بتنفيذ الأشغال الضرورية قصد إصلاح عيوب البناء و /أو حسن سير عناصر تجهيزات البناية في أجل (..) ..... يوماً، ابتداء من تاريخ إخطاره من طرف المكتب.  
 إن هذا الضمان صالح لمدة ..... سنة، ابتداء من تاريخ الحيازة كما هو محدد في الإجراء المتعلق بالحيازة المبين أعلاه، وكل الضمانات المعتادة المتعلقة بتغطية الالتزامات المهنية والتقنية الأخرى.

### الإشهار العقاري

تنشر نسخة من هذا العقد بعناية للموثق الموقع أدناه في المحافظة العقارية ل.....

### الموطن

تختار الأطراف مواطنها في عناوينها المتتابة، المذكورة أعلاه، قصد تنفيذ هذا العقد وتوابعه.

### التأكيدات

قبل اختتام العقد، قام الموثق الموقع أسفله بقراءة على الأطراف بنود عقد البيع على التصاميم هذا وأحكام المواد الآتية :

- 113 ( معدلة بالمادتين 5 من قانون المالية التكميلي لسنة 1991 و 108 من قانون المالية لسنة، 1996 )، 114 و 133 (معدلتين بالمادة 66 من قانون المالية لسنة 1981 ) و 134، 257 (معدلتين بالمادتين 36 من قانون المالية لسنة 1993 و 50 من قانون المالية لسنة 1994) من قانون التسجيل

- 35 .

من القانون رقم 01-06 المؤرخ في 21 فبراير سنة 2006 والمتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته.  
 - 70 إلى 78 من القانون رقم 04-11 المؤرخ في 14 ربيع الأول عام 1432 الموافق 17 فبراير سنة 2011 الذي يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية.

- قانون المالية المتضمن إعفاء المهنيين من فائض قيمة البنائيات ، المنصوص عليه في المواد 192 إلى 197 من قانون المالية رقم 19-83 المؤرخ في 18 ديسمبر سنة 1983 والمتعلق بالضريبة الخاصة على فائض قيمة البنائيات، المعدلة بالمواد 192 إلى 194 من قانون المالية التكميلي لسنة 1990.

أكدت الأطراف تحت طائلة العقوبات الواردة في النصوص المذكورة أعلاه، أن هذا العقد يعبر على السعر المتفق عليه بكامله.

كما يؤكد الموثق الممضي أسفله، زيادة على ذلك، أن هذا العقد، حسب علمه، لم يعدل ولم يعارض بأي سند مضاد يحتوي على زيادة في السعر.



**إثباتا لذلك**

حزّر بمكتب الموثق الممضي أسفله.  
في اليوم والشهر والسنة المذكورة أعلاه.  
وقد وقع عليه الأطراف والشهود والموثق بعد قراءته وتفسيره.

## الملحق رقم: 02

نموذج لعقد من عقود الاستصناع المطبقة في المصارف الإسلامية<sup>1</sup>.

### عقد استصناع

في يوم..... الموافق..... قد تحرر هذا العقد بين كل من :

١- مصرف.....

ويمثله في التوقيع على هذا العقد السيد /.....

طرفاً أول

٢- السيد /.....

طرفاً ثانياً

أقر الطرفان بصفتهم وأهليتهما الكاملة للتعاقد، واتفقا على ما يلي :

### تمهيد

تقدم الطرف الثاني إلى الطرف الأول بطلب يعلن فيه عن رغبته في أن يقوم الأخير بتنفيذ مشروع بناء..... لحسابه على جزء من قطعة الأرض التي يملكها على مساحة..... متر مربع بموجب سند الملكية رقم.....

كما قدم الطرف الثاني إلى الطرف الأول رخصة البناء رقم... الصادرة بتاريخ..... والتصاميم والمخططات والرسومات والمواصفات الهندسية، وجداول الكميات والشروط العامة والخاصة للمشروع التي تم إعدادها من قبل المكتب الاستشاري الهندسي..... وقد وافق الطرف الأول على طلب الطرف الثاني، وتحرر بين الطرفين هذا العقد للبنود التالية:

### البند الأول

يعتبر التمهيد السابق - كذلك رخصة البناء والتصاميم والمخططات والرسومات والمواصفات الهندسية وجداول الكميات المرافقة للطلب المذكور والمعتمدة من الطرف الثاني - جزءاً لا يتجزأ من هذا العقد وتماماً له.

<sup>1</sup> - علي أحمد السالوس، فقه البيع والاستيثاق والتطبيق المعاصر، المرجع السابق، ص 777 - 781.

### البند الثاني

اتفق الطرفان على أن يقوم الطرف الأول بكافة الأعمال اللازمة لإنشاء المشروع، وفقاً للتصاميم والمخططات والرسومات والمواصفات الهندسية وجداول الكميات المقدمة من الطرف الثاني، ووفقاً للشروط العامة وكذلك الشروط الخاصة المبينة في هذا العقد، وتسليمه للطرف الثاني بموجب شهادة التسليم الابتدائي الصادرة من المكتب الاستشاري.

### البند الثالث

قيمة هذا العقد مبلغ ..... ويلتزم الطرف الثاني بدفعه للطرف الأول على ..... قسطاً شهرياً قيمة كل قسط ..... ويستحق القسط الأول بعد ..... من تاريخ توقيع هذا العقد .

ويخضع سريان هذا العقد لإجراء الرهن لصالح المصرف على العقار رقم ..... والذي يمثل أرض المشروع وما عليها من مشتملات وبناء ؛ حيث إن الطرف الثاني لم يقدم ضماناً آخر غير المشروع نفسه ، كما يخضع لحصول الطرف الثاني على الموافقات النهائية من إدارات الدولة المعنية بما فيها رخصة البناء دون تحفظ .

### البند الرابع

يلتزم الطرف الأول بتنفيذ جميع الأعمال اللازمة لتشبيد المشروع خلال مدة أقصاها ..... شهراً من تاريخ تسليم الموقع .

### البند الخامس

قام الطرف الثاني بتعيين المكتب الاستشاري ..... ليكون وكيلاً عنه في الإشراف على تنفيذ مراحل المشروع المختلفة، وتسلم المشروع بعد إتمام التنفيذ بالكامل ، ووافق الطرف الأول على ذلك المكتب ، ويقوم هذا الوكيل بالإشراف على جميع أعمال المشروع، ومراحل التنفيذ المختلفة ، واعتماد جميع المواد المستخدمة في المشروع ، والتأكد من أن الأعمال المنجزة نفذت طبقاً للمواصفات المطلوبة والشروط المتفق عليها ، وأن يقوم كذلك بإعداد شهادات الإنجاز، وإن توقيعه عليها كوكيل عن الطرف الثاني بمثابة شهادة من الطرف الثاني بتسليم الأعمال المنجزة وقبوله لها ، وإقرار منه بأنها نفذت وفقاً للمواصفات المطلوبة والشروط المتفق عليها مع الطرف الأول .

### البند السادس

يعتبر المشروع متسلسلاً من قبل الطرف الثاني بمجرد إصدار شهادة التسليم الابتدائي من قبل المكتب الاستشاري المعتمد، حيث يعتبر ذلك بمثابة تسليم ابتدائي للمشروع أو جزء منه ومن وكيل الطرف الثاني .

### البند السابع

يحق للطرف الأول التعاقد مع إحدى شركات المقاولات لتنفيذ المشروع حسب الشروط والمواصفات المتفق عليها مع الطرف الثاني ، كما يحق للطرف الأول في حالة مخالفة شركة المقاولات للشروط المتفق عليها وعدم الوصول إلى اتفاق لحل الخلاف مما يؤثر على سير العمل، استبدالها والتعاقد مع شركة أو شركات أخرى لإكمال تنفيذ المشروع .

### البند الثامن

يقبل الطرف الثاني - قبولا غير قابل للتقضى أو الإلغاء - ضمان تنفيذ جميع الأعمال بالمشروع من الطرف الأول، أو من الجهة التي يتعاقد معها الطرف الأول لتنفيذ المشروع ، وتقبل تقديم هذا الضمان، وحيث إن شركة ..... قد تضمنت المشروع للطرف الأول أو لاي طرف آخر يتعاقد معه الطرف الأول ويقبل هذا الضمان ، فإن الطرف الأول يجعل هذا الضمان لصالح الطرف الثاني . وبناء على هذا فإن الطرف الثاني يتنازل عن حقه في الرجوع على الطرف الأول في أية بطلانية أو ادعاء قد ينشأ مستقبلا بعد تسليم المشروع نتيجة سوء تنفيذ شركة المقاولات أو لاي سبب آخر، ويلتزم الطرف الثاني - بناء على ذلك - بالرجوع على شركة المقاولات في أية مطالبة أو ادعاء.

### البند التاسع

في حالة تأخر الطرف الأول أو من يتعاقد معه عن إتمام تنفيذ المشروع في الموعد المحدد فإنه يتحمل جميع الأضرار التي تنتج عن هذا التأخير ، مالم يكن هناك أسباب قهربية لم يتسبب فيها الطرف الأول ، وتكون خارجة عن إرادته .

### البند العاشر

على الطرف الأول أو من يتعاقد معه لتنفيذ المشروع اعتماد جميع المواد اللازمة للمشروع قبل استعمالها من الطرف الثاني أو وكيله .

### البند الحادى عشر

يلتزم الطرف الأول أو من يتعاقد معه بتأمين وتوفير جميع ما يلزم المشروع من مواد ومعدات بشكل يكفل إنهاء المشروع فى موعده المحدد .

### البند الثانى عشر

فى حالة وجود أية أعمال إضافية أو تعديلات يقترح الطرف الثانى أو المكتب الاستشارى أو كلاهما معاً ضرورة إدخالها مما يؤثر على شروط وقيمة هذا العقد ، فإن على الطرف الثانى مراجعة الطرف الأول والاتفاق على تعديل العقد أو أخذ موافقته على التعديل المقترح قبل تنفيذ أية أعمال خلاف الأعمال المعتمدة سواء كان ذلك بالزيادة أو النقصان، كما أن عليه تزويد الطرف الأول بموافقة المكتب الاستشارى على التعديلات المطلوبة ، وتعديل المخططات والتصاميم والمواصفات تبعاً لذلك .

### البند الثالث عشر

فى حالة توقيع هذا العقد من قبل أكثر من شخص واحد بصفة طرف ثانٍ، يكون جميع الموقعين مسؤولين وضامنين متضامنين، منفردين أو مجتمعين، تجاه الطرف الأول ، عن تسديد المبالغ المطلوبة له بموجب هذا العقد .

### البند الرابع عشر

عالم بنص على خلاف ذلك فى العقد نفسه ، فإن الأحكام والشروط الواردة فى الشروط العامة ، والصادرة من وزارة الأشغال العامة بدولة . . . . . تسود على أحكام أى مستند آخر يمثل جزءاً من العقد .

### البند الخامس عشر

أ) يتم الفصل فى النزاع على أساس الشريعة الإسلامية .

ب) أى خلاف ناشئ عن تطبيق أحكام هذا العقد و/ أو متعلق به ، يعرض على لجنة تحكيم تشكل من ثلاثة أعضاء على الوجه التالى :

- ١- حكم يختاره الفريق الأول .
- ٢- حكم يختاره الفريق الثانى .
- ٣- حكم يختاره المحكمان الأولان .

يكون حكمهم ، سواء صدر بالإجماع أو بالأغلبية، ملزماً للطرفين وغير قابل للطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن الجائزة قانوناً، وبشرط إقرار هيئة لرقابة الشرعية للمصرف بعدم تعارض الحكم الصادر مع أحكام الشريعة الإسلامية.

وفي حالة عدم توافر الأغلبية، يحال الخلاف موضوع التحكيم إلى المحاكم .....

وتكون محاكم دولة ..... هي المختصة دون سواها بالفصل في أية طلبات و/ أو قضايا تنشأ بمقتضى التحكيم و/ أو ناشئة و/ أو متعلقة به و/ أو بهذا العقد .

### البند السادس عشر

تسرى أحكام القانون..... والقوانين والأنظمة المرعية على هذا العقد؛ فيما عدا ما نص عليه من اتفاق بين الطرفين ، وبما لا يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية.

### البند السابع عشر

حرر هذا العقد من نسختين أصليتين موقعتين من قبل الطرفين بإرادة حرة خالية من العيوب الشرعية والقانونية بتاريخ ..... هـ الموافق .....م ويسقط الطرف الثاني حقه في الادعاء بكذب الإقرار و/ أو أي دفع شكلي و/ أو موضوعي ، ضد ما جاء في هذا العقد

لطرف الأول

لطرف الثاني

الملحق 03: نموذج شهادة المطابقة<sup>1</sup>

22 ربيع الثاني عام 1436 هـ 12 فبراير سنة 2015 م	الجمهورية التونسية للجمهورية الجزائرية / العدد 07	34
الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية		
ولاية : .....	.....	في .....
دائرة : .....	.....	
بلدية : .....	.....	
مصلحة : .....	.....	
<b>قرار بتفويض شهادة المطابقة</b>		
(المرسوم التنفيذي رقم 15-19 المؤرخ في 4 ربيع الثاني عام 1436 الموافق 25 يناير سنة 2015 الذي يحدد كيفية، تحضير عقود التعمير وتسليمها)		
رقم .....	.....	
المجلس الشعبي البلدي لبلدية .....		
إن رئيس المجلس الشعبي البلدي :		
نظرا للطلب الذي تم إيداعه بتاريخ .....		
من طرف ( السيدة / الأتمه / السيد ) .....		
ساكنة (ة) بـ .....		
بخصوص اشغال .....		
بمقتضى .....		
وبمقتضى .....		
وبمقتضى .....		
وبمقتضى رخصة البناء المسلمة تحت رقم .....		
وبمقتضى محضر جرد رقم .....		
الذي تم إيداعه بتاريخ .....		
بالنسبة لبنائية المسترجمة من المجهور والبنائية ذات الاستعمال السكني الجماعي والتجهيزات :		
وبمقتضى محضر استلام الاشغال الذي تم إيداعه من طرف مصالح المركز التقني للبناء .....		
تحت رقم .....		
بتاريخ .....		
<b>يعرر ما يأتي :</b>		
<b>الفقرة الأولى :</b> تسلم شهادة المطابقة وثيقة مطابقة الاشغال المنجزة حسب المخططات الصادرة عليها للبنائية :		
.....		
.....		
<b>الفقرة 2 :</b> تتكون البنائية التي تحتها مرافقتها من .....		
مستوية .. والتي يكون تقسيمها كما يأتي :		
.....	.....	/1
.....	.....	/2
.....	.....	/3
.....	.....	/4
.....	.....	/5
.....	.....	/6
.....	.....	/7
.....	.....	/8
.....	.....	/9
رئيس المجلس الشعبي البلدي		

<sup>1</sup> - المرسوم التنفيذي رقم: 15 - 19 المؤرخ في 25 يناير 2015م، يحدد كيفية تحضير عقود التعمير وتسليمها، السابق الذكر.

الملحق 04: رخصة البناء1

29	الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية / العدد 07	22 ربيع الثاني عام 1436 هـ 12 فبراير سنة 2015 م
الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية		
ولاية : ..... دائرة : ..... بلدية : ..... مصلحة : .....		
<b>قرار يتضمن رخصة البناء</b>		
(المرسوم التنفيذي رقم 15-19 المؤرخ في 4 ربيع الثاني عام 1436 الموافق 25 يناير سنة 2015 الذي يحدد كيفية تمضير عقود التمير وتسليمها)		
رقم ..... المجلس الشعبي البلدي لبلدية ..... ولاية .....		
إن رئيس المجلس الشعبي البلدي / أو الوالي / لـ / ..... أو وزير السكن والممران والمدينة : نظرا للطلب الذي تم إيداعه بتاريخ ..... من طرف (السيدة، الأئمة، السيد) ..... الساكن (ة) بـ ..... بخصوص تشغيل ..... بمقتضى ..... وبمقتضى ..... وبمقتضى ..... وبمقتضى القرار رقم ..... المؤرخ في ..... والمتضمن إنشاء الشبكات الوحيد المكلف بتعمير عقود التمير، وبمقتضى رأي الشبكات الوحيد بتاريخ .....		
<b>يقرر ما يأتي :</b>		
<b>المادة الأولى :</b> تسلم رخصة البناء لإتجاز .....		
<b>المادة 2 :</b> يوضح تسليم رخصة البناء للشعطاء الآتية : .....		
<b>المادة 3 :</b> مدة صلاحية رخصة البناء ابتداء من تاريخ تبليغها، هي .....		
<b>المادة 4 :</b> تمد رخصة البناء مطلقا إذا لم يتم الانتهاء من تشغيل البناء في الأجل المحددة أعلاه.		
<b>المادة 5 :</b> تلتحق نسخة من القرار المتضمن رخصة البناء مع الوثائق البيانية لملف الطلب التي يمكن الاطلاع عليها من طرف كل شخص مهني. يعطى المجلس الشعبي البلدي مدة سنة واحدة (1) وشهر واحد (1).		
<b>المادة 6 :</b> بعد تقديم طلب جديد قصد الحصول على رخصة البناء لكل مبلطرة لشغال أو استئصالها إجباريا بعد انقضاء مدة الصلاحية المحددة أعلاه. ينتج من هذا الطلب تسليم رخصة البناء التي يتم إمدادها بون دراسة جديدة شرط ألا تتطور أحكام التهيئة والتعمير ومواصفاتها باتجاه مخالف لهذا التجديد، وأن تكون الأشغال المنجزة مطابقة لرخصة البناء المسلمة الأولى.		
<b>المادة 7 :</b> يجب أن تبلغ تواريخ بداية الأشغال ونهايتها إلى مصالح التعمير الخاصة بالبلدية بجميع الطرق.		
<b>المادة 8 :</b> يقوم المتقدمون بالطلب والمالكون والمقاولون والمهندسون المعماريون والمشرفون على الإتجاز بإنجاز الأشغال على مسؤوليتهم وبتمويل كل الأخطار.		
<b>المادة 9 :</b> يسلم هذا القرار دون المساس بحقوق الغير.		
<b>المادة 10 :</b> يجب أن تبلغ نسخة من هذا القرار إلى مصالح الولاية.		
رئيس المجلس الشعبي البلدي / الوالي / وزير السكن والممران والمدينة		

<sup>1</sup> - المرجع نفسه.



# الفهارس العامة

- 1- فهرس الآيات القرآنية.
- 2- فهرس الأحاديث النبوية الشريفة.
- 3- فهرس الأعلام.
- 4- فهرس المصادر والمراجع.
- 5- فهرس الموضوعات

فهرس الآيات القرآنية

الصفحة	السورة ورقم الآية	الآية
27، 147،142 206، 165،	سورة البقرة، الآية 282	﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ وَلْيَكْتُب بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ وَلَا يَأْب كَاتِبٌ أَنْ يَكْتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ اللَّهُ فَلْيَكْتُبْ...﴾
122	سورة يوسف، الآية 20	﴿وَشَرُّهُ بِشْمَنِ بَخْسٍ دَرَاهِمَ مَعْدُودَةٍ وَكَانُوا فِيهِ مِنَ الزَّاهِدِينَ﴾
124	سورة البقرة، الآية 275	﴿الَّذِينَ يَأْكُلُونَ الرِّبَا لَا يَتُوبُونَ إِلَّا كَمَا يَقُومُ الَّذِي يَتَخَبَّطُهُ الشَّيْطَانُ مِنَ الْمَسِّ ذَلِكَ بِأَنَّهُمْ قَالُوا إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾
124	سورة البقرة، الآية 275	﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً حَاضِرَةً تُدِيرُونَهَا بَيْنَكُمْ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَلَّا تَكْتُبُوهَا وَأَشْهَدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ﴾
199،124	سورة النساء، الآية 29	﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ أَنْ اللَّهُ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا﴾
124	سورة البقرة، الآية .198	﴿لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَبْتَغُوا فَضْلًا مِّن رَّبِّكُمْ فَإِذَا أَفَضْتُمْ مِّنْ عَرَفَاتٍ فَاذْكُرُوا اللَّهَ عِنْدَ الْمَشْعَرِ الْحَرَامِ وَاذْكُرُوهُ كَمَا هَدَاكُمْ وَإِنْ كُنْتُمْ مِّن قَبْلِهِ لَمِن الضَّالِّينَ﴾
157	سورة الكهف، الآية 95-94	﴿قَالُوا يَا ذَا الْقُرْنَيْنِ أَنْ يَا جُوجَ وَمَأْجُوجَ مُفْسِدُونَ فِي الْأَرْضِ فَهَلْ نَجْعَلُ لَكَ خَرْجًا عَلَىٰ أَنْ تَجْعَلَ بَيْنَنَا وَبَيْنَهُمْ سَدًّا، قَالَ مَا مَكَّنِّي فِيهِ رَبِّي خَيْرٌ فَأَعِينُونِي بِقُوَّةٍ أَجْعَلْ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُمْ رَدْمًا﴾
166	سورة البقرة، الآية 282	﴿لَا تَسْأَلُوا أَنْ تَكْتُبُوهُ صَغِيرًا أَوْ كَبِيرًا إِلَىٰ أَجَلِهِ﴾
166	سورة البقرة، الآية 282	﴿ذَالِكُمْ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ وَأَقْوَمُ لِلشَّهَادَةِ وَأَدْنَىٰ أَلَّا تَرْتَابُوا﴾

167	سورة البقرة، الآية 682	﴿لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا﴾
190	سورة البقرة، الآية 229	﴿تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾
190	سورة النساء، الآية 229	﴿وَمَنْ يَعْصِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَتَعَدَّ حُدُودَهُ يُدْخِلْهُ نَارًا خَالِدًا فِيهَا وَلَهُ﴾
190	سورة المائدة، الآية 3	﴿الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتَمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيتُ لَكُمُ الْإِسْلَامَ دِينًا﴾
200، 193	سورة المائدة، الآية 1	﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾
193	سورة الأحزاب، الآية 15	﴿وَلَقَدْ كَانُوا عَاهِدُوا اللَّهَ مِنْ قَبْلِ﴾
195، 193	سورة الأنعام، الآية 152	﴿وَبِعَهْدِ اللَّهِ أَوْفُوا﴾
192	سورة الاسراء، الآية 34	﴿وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا﴾
194	سورة البقرة، الآية 26- 27.	﴿وَمَا يُضِلُّ بِهِ إِلَّا الْفَاسِقِينَ الَّذِينَ يَنْقُضُونَ عَهْدَ اللَّهِ مِنْ بَعْدِ مِيثَاقِهِ وَيَقْطَعُونَ مَا أَمَرَ اللَّهُ بِهِ أَنْ يُوصَلَ﴾
194	سورة النساء، الآية 1.	﴿وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي تَسَاءَلُونَ بِهِ وَالْأَرْحَامَ﴾
194، 124	سورة البقرة، الآية 275	﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾
199، 195	سورة النساء، الآية 29	﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالِكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾
196	سورة الأنعام، الآية 119	﴿وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ﴾
197	سورة النساء، الآية 04	﴿فَإِنْ طَبِخَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَّرِيئًا﴾

فهرس الأحاديث النبوية

الصفحة	طرف الحديث
125	"البيعان بالخيار ما لم يتفرقا"
125	لأن يأخذ أحداكم حبله، فيأتي بجزمه الحطب على ظهره فيبيعهها، فيكف الله بها وجهه خير له من أن يسأل الناس أعطوه أو منعوه"
125	"كنا في عهد النبي (صلى الله عليه وسلم) نسمي السماصرة، فمر بنا النبي (صلى الله عليه وسلم)، فاسمانا باسم هو أحسن منه، فقال: يا معشر التجار، إن البيع يحضره اللغو والحلف، فشوبوه بالصدقة"
135	"نهى رسول الله (صلى الله عليه وسلم) عن بيع الحصة وعن بيع الغرر"
136	"يا رسول الله، يأتيني الرجل فيريد البيع ليس عندي، فأبتاعه له من السوق؟ فقال: لا تبع ما ليس عندك"
136، 156	"نهى رسول الله (صلى الله عليه وسلم) عن المحاقلة والمزابنة والمعومة والمخابرة، قال أحدهما: بيع السنين هي المعومة، وعن الثنيا ورخص في العرايا"
137	عن ابن عباس (رضي الله عنهما) أن رسول الله (صلى الله عليه وسلم) نهى عن بيع المضامين والملاقيح وحبل الحبلية"
138	فعن ابن عمر (رضي الله عنهما) أن رسول الله (صلى الله عليه وسلم) نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها، نهى البائع والمبتاع"
143	قدم النبي (صلى الله عليه وسلم) والناس يسلفون في التمر السنة والستين، فقال "من أسلف في تمر فليسلف في كيل معلوم، ووزن معلوم، إلى أجل معلوم"
147	"من أسلم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم"
156	أن النبي صلى الله عليه وسلم: "نهى عن بيع الكالي بالكالي"
158	"أن النبي صلى الله عليه وسلم اصطنع خاتما من ذهب وجعل فسه في بطن كفه إذا لبسه، فاصطنع الناس خواتيم من ذهب، فرقي المنبر فحمد الله وأثنى عليه، فقال: "إني كنت اصطنعته وإني لا ألبسه" فنبذه، فنبذ الناس"
175	قدم النبي (صلى الله عليه وسلم)، المدينة وهم يسلفون بالتمر بالستين والثلاث، فقال: من أسلف في شيء، ففي كيل معلوم، ووزن معلوم، إلى أجل معلوم"

191	"ما بال أقوام يشترطون شروطا ليس في كتاب الله، من اشترط شرطا ليس في كتاب الله فهو باطل، وإن اشترط مائة شرط شرط الله أحق وأوثق"
191	"من أحدث في أمرنا هذا ما ليس منه فهو رد"
191، 192	"من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد"
195	أربع من كن فيه كان منافقا خالصا، ومن كانت فيه خلة منهن كانت فيه خلة من نفاق حتى يدعها، إذا حدث كذب، وإذا عاهد غدر، وإذا وعد أنخلف، وإذا خاصم فجر"
196	"إن أحق الشروط أن توفى به ما استحللتم به الفروج"
200	"إذا بايعت فقل: لا خلافة، ولي الخيار ثلاثة أيام"
200	"المتبايعان كل واحد منهما بالخيار على صاحبه ما لم يتفرقا إلا بيع الخيار"
201	"من أسلف في شيء ففني كيل معلوم إلى أجل معلوم"
201	"نهي عن سلف وبيع وشرطين في بيع وريح ما لم يضمن"
201	"من باع بيعتين في بيعة فله أوكسهما أو الربا"
201	"لا تبيعوا الدينار بالدينارين ولا الدرهم بالدرهمين"

فهرس الأعلام

الصفحة	العلم	الصفحة	العلم
220،177	فرفور	134	ابن قدامة
178	عفانة	127	مصطفى الزرقا
192	ابن بطال	170،163،154،134	الكاساني
196،195	ابن حزم	134	القرافي
192	ابن خزيمه	134	الشيرازي
194	الضحاك	137،134	النوي
141	الشافعي	134	ابن قدامة
141	الإمام مالك	189،166،139،138،135	ابن تيمية
120	الإمام أحمد	189،166،150،139،135 219	ابن القيم
164	الإمام أبو حنيفة	137	ابن عبد البر
202	الشوكاني	120	القرطي
208	ابن شبرمة	132،137	ابن المنذر
204	الشاطبي	143	ابن رشد
208،36	السنهوري	155،154	ابن عابدين
209	الخرشي	156	زفر
220،177	محمد ماجد عتر	165،164	أبو يوسف
177	الثبتي	120	محمد بن الحسن الشيباني
179	الكبي	220،176	الزحيلي
177،06	فغرور	185	سكحال المحاجي
220،185،180	النشوي	185،180	محمد توفيق البوطي

قائمة

المصادر والمراجع

## فهرس المصادر والمراجع

- القرآن الكريم

### أ- كتب التفاسير

- 1- أبو الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير الدمشقي، تفسير القرآن العظيم (تفسير ابن كثير)، دار الجيل، بيروت، بدون طبعة.
- 2- أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري شمس الدين القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، تحقيق أحمد البردوني وإبراهيم اطفيش، الطبعة الثانية، دار الكتب المصرية، القاهرة، سنة 1384هـ-1964م.
- 3- أحمد بن علي أبو بكر الرازي الجصاص الحنفي، أحكام القرآن. تحقيق: محمد صادق القمحاوي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1405هـ.
- 4- سعيد حوى، الأساس في التفسير، الطبعة السادسة، دار السلام، القاهرة سنة 1424هـ-2004م.
- 5- محمد بن أحمد بن جزيء الغرناطي، التسهيل لعلوم التنزيل، تحقيق عبد الله الخالدي، دون طبعة، دار الأرقم، بيروت، دون تاريخ.
- 6- محمد بن حرير الطبري، تفسير الطبري، دون طبعة، دار المعرفة، بيروت، سنة 1406هـ-1986م.
- 7- محمد بن عبد الله الأندلسي ابن العربي، أحكام القرآن. تحقيق: محمد عبد القادر عطا، الطبعة الثالثة، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2004م.
- 8- محمد علي الصابوني، صفة التفاسير، دون طبعة، دار الفكر، لبنان، دون تاريخ.

### ب- كتب الحديث وعلومه

- 1- ابن عبد البر أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد، التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، تحقيق مصطفى ابن أحمد العلوي ومحمد عبد الكبير البكري، وزارة عموم الأوقاف والشؤون الإسلامية، المغرب، سنة 1387هـ.
- 2- ابن ماجه، أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، تحقيق، شعيب الأرنؤوط، الطبعة الأولى، دار الرسالة العلمية، بيروت، سنة 1430هـ-2009م.
- 3- أبو الحسين علي بن حلف بن عبد الملك بن بطلال، شرح صحيح البخاري، تحقيق أبو تميم ياسر بن إبراهيم، الطبعة الأولى، مكتبة الرشد، الرياض، سنة 1420هـ-2000م.
- 4- أبو داود، سليمان ابن الأشعث، سنن أبو داود، تحقيق شعيب الأرنؤوط، الطبعة الأولى، دار الرسالة العالمية، بيروت، سنة 1430هـ-2009م.



- 5- أبو زكرياء محي الدين يحيى بن شرف النووي، المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج، الطبعة الثانية، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
- 6- أبو عبد الله مالك بن أنس الأصبحي، موطأ الإمام مالك، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دون طبعة، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، سنة 1406هـ-1985م.
- 7- أحمد بن الحسين أبو بكر البيهقي، السنن الكبرى، تحقيق محمد عبد القادر عطا، باب: ما جاء في النهي عن بيع الدين بالدين، الطبعة الثالثة، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، سنة 2003م.
- 8- أحمد بن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، الطبعة الثانية، دار الكتب العلمية، بيروت، سنة 1418هـ-1997م.
- 9- البخاري، أبو عبد الله محمد بن إسماعيل الجعفي، الجامع الصحيح المسند (صحيح البخاري)، الطبعة الأولى، دار طوق النجاة، سنة 1422هـ.
- 10- الترمذي، محمد بن عيسى، سنن الترمذي، تحقيق بشار عواد معروف، دون طبعة، دار الغرب الإسلامي، بيروت، سنة 1998.
- 11- عبد الله الحاكم النيسابوري، المستدرک على الصحيحين، تحقيق مصطفى عبد القادر عطا، كتاب البيوع، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، سنة 1990م.
- 12- مسلم أبو الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النسابوري، صحيح مسلم، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، دون طبعة، دون تاريخ.
- 13- النسائي، أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب، المجتبى من السنن (السنن الصغرى)، تحقيق عبد الفتاح أبو غدة، مكتب المطبوعات الإسلامية، حلب، الطبعة الثانية، سنة 1406هـ-1986م.

### ج- كتب الفقه الإسلامي

#### ❖ كتب الفقه الحنفي

- 1- ابن عابدين، الدر المختار شرح تنوير الأبصار، تحقيق مجموعة من المحققين، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، سنة 145هـ-1994م.
- 2- زين الدين بن إبراهيم ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، الطبعة الثانية، دار الكتاب الإسلامي، بيروت، بدون تاريخ.
- 3- سراج الدين عمر بن إبراهيم بن نجيم الحنفي، النهر الفائق شرح كنز الدقائق، تحقيق أحمد عزو عناية، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، سنة 1422هـ-2002م.
- 4- سراج الدين عمر بن إبراهيم بن نجيم، النهر الفائق شرح كنز الدقائق، تحقيق أحمد عزو عناية الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، سنة 1422هـ-2002م.

- 5- عبد الغني بن طالب الغنيمي، اللباب في شرح الكتاب، تحقيق محمد بن محي الدين عبد الحميد، دون طبعة، المكتبة العلمية بيروت، لبنان.
- 6- علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الطبعة الثانية، دار الكتب العلمية، بيروت، سنة 1406هـ-1986م.
- 7- محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار، الطبعة الثانية، دار الفكر، بيروت، 1412هـ-1992م.
- 8- محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي، المبسوط، بدون طبعة، دار المعرفة، بيروت، لبنان، سنة 1414هـ-1993م.
- 9- محمد بن علي بن محمد المعروف بعلاء الدين الحصكفي، الدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار، المحقق عبد المنعم خليل إبراهيم، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، سنة 1423هـ-2002م.

### ❖ كتب الفقه المالكي

- 1- ابن الحاجب، عثمان بن عمر بن أبي بكر بن يونس، جامع الأمهات، الطبعة الثانية، اليمامة، للطباعة والنشر والتوزيع، سنة 1421هـ-2000م.
- 2- ابن جزري، أبو القاسم محمد بن أحمد الغرناطي، القوانين الفقهية، دون طبعة، دار الكتب، الجزائر، دون تاريخ، ص 195.
- 3- أبو البركات أحمد بن محمد بن أحمد الدردير العدوي المالكي، الشرح الصغير على أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك، دار الفكر، وهو مطبوع بمامش بلغة السالك تهذيب المسالك في نصرة مذهب مالك على نهج العدل والإنصاف في شرح مسائل الخلاف، لأبي الحجاج يوسف بن دوناس الفندلاوي المتوفى سنة 543هـ، تحقيق الأستاذ: أحمد بن محمد البوشينجي، الطبعة الأولى، مطبعة فضالة، المحمدية، المغرب، سنة 1419هـ-1998م.
- 4- أبو الحسن علي بن أحمد بن مكرم، حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني، المحقق: يوسف الشيخ محمد البقاعي، بدون طبعة، دار الفكر، بيروت، سنة 1414هـ-1994م.
- 5- أبو الوليد محمد بن أحمد ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد، بدون طبعة، دار الحديث، القاهرة، سنة 1425هـ-2004م.
- 6- أبو الوليد محمد بن أحمد رشد القرطبي، المقدمات الممهديات، تحقيق الدكتور محمد حجي، الطبعة الأولى، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، 1408هـ-1988م.
- 7- أبو عبد الله الخرشبي، الخرشبي على مختصر خليل، دون طبعة، دار الفكر، بيروت، دون سنة طبع.

- 8- أبو محمد جلال الدين عبد الله بن نجم بن شاش، عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، تحقيق: الدكتور حميد بن محمد لحر، الطبعة الأولى، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، سنة 1423هـ-2003م.
- 9- أبي عبد الله محمد الرصاع الأنصاري التونسي، شرح حدود ابن عرفة، بدون طبعة، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، المغرب، سنة 1412هـ-1992م.
- 10- أحمد بن غنيم بن سالم النفراوي، الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، الطبعة الأولى، المكتبة العصرية، صيدا، بيروت، سنة 1425هـ-2005م.
- 11- التسولي، أبي الحسن علي بن عبد السلام، البهجة في شرح التحفة، دون طبعة، دار الفكر، بيروت، لبنان، سنة 1414هـ-1994م.
- 12- شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد الخطاب، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، الطبعة الثالثة، دار الفكر، بيروت، لبنان، سنة 1412هـ-1992م.
- 13- شهاب الدين أبو العباس أحمد بن أحمد زروق، شرح زروق على متن الرسالة لأبي زيد القيرواني، الطبعة الأولى، تحقيق أحمد فريد المزيدي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، سنة 1427هـ-2006م.
- 14- عثمان بن المكي التوزري، توضيح الأحكام شرح تحفة الأحكام، الطبعة الأولى، المطبعة التونسية، الدار الفكر، سوريا، سنة 1339هـ.
- 15- عثمان بن مكي التوزري، توضيح الأحكام شرح تحفة الأحكام، الطبعة الأولى، المطبعة التونسية، سنة 1339هـ.
- 16- الكافي في فقه أهل المدينة لأبي عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر النمري القرطبي، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الثانية، 413هـ-1992م.
- 17- محمد بن أحمد بن عرفه الدسوقي المالكي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دون طبعة، دار الفكر، بيروت، لبنان، دون تاريخ.
- 18- محمد سكحال المجاجي، أحكام عقد البيع في الفقه الإسلامي المالكي، الطبعة الأولى، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، سنة 1422هـ-2001م.

#### ❖ كتب الفقه الشافعي

- 1- أبو البقاء، كمال الدين محمد بن موسى بن عيسى، النجم الوهاج في شرح المنهاج، الطبعة الأولى، دار المنهاج، جدة، سنة 1425هـ-2004م.
- 2- أبو حامد الغزالي، الوسيط في المذهب،

- 3- أبو زكرياء يحيى الدين يحيى بن شرف النووي، المجموع شرح المذهب، دون طبعة، دار الفكر، دون تاريخ.
- 4- أبو عبد الله محمد بن إدريس الشافعي، الأم، دون طبعة، دار المعرفة، بيروت، لبنان، سنة 1990م.
- 5- بدر الدين أبو الفضل محمد بن أبي بكر ابن قاضي شهبة، بداية المحتاج في شرح المنهاج"، تحقيق: أنور بن أبي بكر الشيشي الداغستاني، الطبعة الأولى، دار المنهاج، جدة، السعودية، سنة 1432هـ - 2011م.
- 6- حاشية البيجورى على شرح العلامة ابن القاسم القرى على متن الشيخ أبي شجاع للشيخ إبراهيم بن محمد الباجورى المتوفى سنة 1277هـ. تحقيق: محمد عبد السلام شاهين، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، سنة 1415هـ-1994م
- 7- سليمان بن عمر بن منصور الجمل العجيلي الأزهري، فتوحات الوهاب بتوضيح شرح منهج الطلاب (المعروف بحاشية الجمل)، دون طبعة، دار الفكر، دون تاريخ.
- 8- سليمان بن محمد بن عمر البجيرى المصري الشافعي، التجريد لنفع العبيد (حاشية البجيرمي على شرح المنهج)، دون طبعة، مطبعة الحلبي، سنة 1369هـ-1950م.
- 9- الشرواني، على تحفة المحتاج بشرح المنهاج، دون طبعة، دار الفكر، بيروت، لبنان، دون تاريخ.
- 10- شمس الدين الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، دون طبعة، دار الفكر، بيروت، لبنان، سنة 1404هـ-1984م.
- 11- شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب الشربيني، معنى المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، سنة 1415هـ، 1994م.
- 12- شهاب الدين أحمد بن أحمد القليوبي، حاشية قليوبي على شرح جلال الدين المحلي على منهاج الطالبين، الطبعة الأولى، دار الفكر، بيروت، لبنان، سنة 1404هـ-1984م.
- 13- محمد بن أحمد الخطيب، الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، سنة 1415هـ، 1994م.
- 14- النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، الطبعة الثانية، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، سنة 2005م.

#### ❖ كتب الفقه الحنبلي

- 1- إبراهيم بن محمد بن عبد الله ابن مفلح، المبدع في شرح المقنع، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، سنة 1418هـ.
- 2- إبراهيم بن محمد بن عبد الله أبو إسحاق ابن مفلح، المبدع في شرح المقنع، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، سنة 1418هـ-1997م.
- 3- أبو البركات عبد السلام بن عبد الله بن الخضر بن محمد ابن تيمية، المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، الطبعة الثانية، مكتبة المعارف، الرياض، سنة 1404هـ، 1984م.

- 4- أبو محمد موفق الدين ابن قدامه، المغني، دون طبعة، مكتبة القاهرة، سنة 1388هـ-1968م.
- 5- أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد ابن قدامه، الكافي في قمة الإمام أحمد، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، سنة 1414هـ-1914م.
- 6- أحمد بن عبد الحلیم ابن تيمية، مجموع الفتاوى، تحقيق عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، العاصمي النجدي، الطبعة الثانية، مكتبة ابن تيمية، بلا تاريخ.
- 7- الحافظ أبي علي الحسن بن أحمد بن عبد الله بن البنا المتوفى سنة 471هـ، المقنع في شرح مختصر الخرقى، تحقيق الدكتور: عبد العزيز بن سلمان بن إبراهيم النعيمي، الطبعة الثانية، مكتبة الرشد الرياض، سنة 1415هـ-1994م، ج 2، ص 760.
- 8- زين الدين المنجي بن عثمان التنوخي، المتمع في شرح المقنع، تحقيق: عبد المالك بن عبد الله بن دهيش، الطبعة الثالثة، مكتبة الأسدى، مكة المكرمة، سنة 1424هـ، 2003م.
- 9- عبد الرحمن بن محمد بن قاسم النجدي، حاشية الروض المربع شرح زاد المستنقع، الطبعة الأولى، دون ناشر، سنة 1397هـ.
- 10- محمد عبد الحي اللكنوي، الفوائد البهية في تراجم الحنفية، دار المعرفة، بيروت، لبنان.
- 11- مرعي بن يوسف بن أبي بكر بن أحمد الكرمي الحنبلي، المقدسي، دليل الطالب لنيل المطالب، تحقيق أبو قتيبة نظر أحمد الغارياني، الطبعة الأولى، دار طيبة للنشر والتوزيع، الرياض، سنة 1425هـ-2004م.
- 12- منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن ابن إدريس البهوتي الحنبلي، كشاف القناع عن متن الإقناع، دون طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، (دون تاريخ).
- 13- منصور بن يونس بن صلاح الدين البهوتي، روض المربع شرح زاد المستنقع، دون طبعة، دار المؤيد، مؤسسة الرسالة، دون تاريخ.

#### د- كتب الفقه العام

- 1- أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، المحلى بالآثار، تحقيق أحمد محمد شاكر، دون طبعة، دار الحديث، دون تاريخ.
- 2- أحمد بن عبد العزيز العميرة، نوازل العقار، الطبعة الأولى، دار الميمان للنشر والتوزيع، الرياض، السعودية، سنة 1432هـ-2011م.
- 3- أحمد بن يحيى الونشريسي، إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام أبي عبد الله مالك. تحقيق: الصادق بن عبد الرحمان الغرياني، الطبعة الثانية، دار الحكمة، طرابلس، ليبيا، 1997م.
- 4- أسامة بن حمود بن محمد اللاحم، بيع الدين وتطبيقاته المعاصرة في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، دار الميمان للنشر والتوزيع، الرياض، السعودية، سنة 2012م.

- 5- أسامة بن حمود بن محمد اللاحم، بيع الدين وتطبيقاته في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، دار الميامن للنشر والتوزيع، الرياض، السعودية، سنة 2012م.
- 6- الإمام الشوكاني، الفتح الرباني من فتاوى الإمام الشوكاني، تحقيق محمد صبحي الحلاق، الطبعة الأولى، مكتبة الجيل الجديدة، صنعاء.
- 7- حسام الدين بن موسى عفانة، فتاوى يسألونك، مكتبة دنديس، الضفة الغربية، فلسطين، الطبعة الأولى، سنة 1488هـ-2007م.
- 8- سعد الدين محمد الكبي، المعاملات المالية المعاصرة في ضوء الإسلام، الطبعة الأولى، المكتب الإسلامي، بيروت، سنة 1423هـ-2002م.
- 9- سعود بن سعد الثبيتي، الاستصناع، تعريفه، تكييفه، حكمه، شروطه، أثره في تنشيط الحركة الاقتصادية، الطبعة الأولى، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، 1990م، ص 80.
- 10- سعود بن مسعد الثبيتي، الاستصناع تعريفه، تكييفه، حكمه، شروطه، أثره في تنشيط الحركة الاقتصادية، الطبعة الأولى، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، 1990م.
- 11- سليمان بن صالح الثنيان، الأحاديث الواردة في البيوع المنهي عنها، الطبعة الأولى الجامعة الإسلامية، سنة 1422هـ-2002م.
- 12- السيد سابق، فقه السنة، الطبعة السابعة، دار الكتاب العربي، بيروت، سنة 1405هـ-1985م.
- 13- صلاح الصاوي، وقفات هادئة مع فتوى إباحة القروض الربوية لتمويل شراء المساكن في المجتمعات الغربية، دار الأندلس للنشر والتوزيع، جده، السعودية، دون تاريخ.
- 14- الصادق عبد الرحمان الغرياني، تطبيقات قواعد الفقه عند المالكية، دون طبعة، منشورات جامعة الفاتح، 2005م.
- 15- الصديق محمد الأمين الضرير، الغرر وأثره في العقود في الفقه الإسلامي، الطبعة الثانية، دار الجيل بيروت، سنة 1416هـ-1995م.
- 16- عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، الطبعة الأولى، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، سنة 2005م.
- 17- عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، سنة 1998م.
- 18- علي أحمد السالوس، فقه البيع والاستيثاق، الطبعة السابعة، مؤسسة الريان، بيروت، لبنان، سنة 1429هـ-2008م.
- 19- علي محي الدين القرداغي، حديث لا تبع ما ليس عندك سنده وفقهه، بحث منشور في كتاب: بحوث في فقه المعاملات المعاصرة، دون طبعة، دار البشائر، بيروت، لبنان، سنة 2001م.

- 20- علي السالوس، موسوعة القضايا الفقهية المعاصرة في الاقتصاد الإسلامي، الطبعة السابعة، مكتبة دار القرآن، 2002م، ص 842.
- 21- الفتاوي الإسلامية، دار الإفتاء المصرية، 1968م.
- 22- فتحى الدريني، النظريات الفقهية، الطبعة الرابعة، منشورات جامعة دمشق، سنة 1417هـ-1997م.
- 23- فتحى الدريني، النظريات الفقهية، الطبعة الرابعة، منشورات جامعة دمشق، سنة 1417هـ-1997م.
- 24- فيصل بن سعيد تليلاي، التخريج الفقهي في المذهب المالكي، الطبعة الأولى، مؤسسة حسين رأس الجبل للنشر والتوزيع، قسنطينة، الجزائر، سنة 1439هـ-2018م، ص 10.
- 25- كاسب عبد الكريم البدران، عقد الاستصناع في الفقه الإسلامي، الطبعة الثانية، جامعة الملك فيصل، كلية التربية، السعودية، سنة 1404هـ-1984م.
- 26- محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، مصر، دون تاريخ.
- 27- محمد بن إبراهيم عبد الله التويجري، موسوعة الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، بيت الأفكار الدولية، سنة 1430 هـ-2009م
- 28- محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن القيم الجوزية، الطرق الحكمية، (دون طبعة)، مكتبة دار البيان.
- 29- محمد توفيق رمضان البوطي، البيوع الشائعة وأثر ضوابط المبيع على شرعيتها، الطبعة السادسة، دار الفكر، سوريا، سنة 1431هـ-2010م.
- 30- محمد سليمان الأشقر وآخرون، بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة، الطبعة الأولى، دار النفائس، الأردن، سنة 1998م
- 31- محمد عبد اللطيف صالح الفرفور، أثر الاستصناع في تنشيط الحركة الصناعية، بحث منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الصادرة عن الشركة العربية لتقنية المعلومات، 2007م.
- 32- محمد عثمان شبير، المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، الطبعة السادسة، دار النقاش للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، سنة 1427هـ-2007م.
- 33- محمد عثمان شبير، صيانة المديونيات ومعالجتها من التعثر في الفقه الإسلامي، بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة، دار النفائس، عمان، الأردن، الطبعة الأولى، 1998م.
- 34- محمد ماجد عتر، المفصل في الفقه الحنفي، الأموال والمعاملات المالية وفق مقتضيات العصر ومعطيات سائر المذاهب، الطبعة الأولى، مكتبة المستقبل، سوريا، سنة 2005م.
- 35- محمد مصطفى أبوه الشنقيطي، دراسة شرعية لأهم العقود المستحدثة، الطبعة الثانية، مكتبة العلوم والحكم، المدينة المنورة، سنة 1422هـ-2001م.
- 36- مصطفى أحمد الزرقا، عقد البيع، الطبعة الثانية، دار القلم، بيروت، سنة 1433هـ-2012م.

- 37- مصطفى أحمد الزرقاء، المدخل الفقهي العام، الطبعة التاسعة، دار الفكر، 1967م.
- 38- مصطفى أحمد الزرقاء، عقد الاستصناع ومدى أهميته في الاستثمارات الإسلامية المعاصرة، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريس، البنك الإسلامي للتنمية، مكتبة الملك فهد الوطنية، جدة، 1420هـ.
- 39- موسوعة الإجماع في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، دار الفضيلة للنشر والتوزيع، الرياض، السعودية، سنة 1433هـ-2012م
- 40- ناصر أحمد إبراهيم النشوي، أحكام عقد الاستصناع في الفقه الإسلامي، دون طبعة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، سنة 2005.
- 41- نزيه حماد، العقود المركبة في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، دار القلم، دمشق، سوريا، سنة 1426هـ-2005م.
- 42- وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويت، الموسوعة الفقهية الكويتية، الطبعة الثانية، دار السلاسل، الكويت، من 1404هـ-1427م.
- 43- وهبة الزحيلي، المعاملات المالية المعاصرة، بحوث وفتاوى وحلول، الطبعة الرابعة، دار الفكر، دمشق، سوريا، 2007م، ص 295.

#### ه- كتب اصول وقواعد الفقه

- 1- مجلة الأحكام العدلية لجنة من علماء الخلافة العثمانية، تحقيق: نجيب هواويني، الناشر، نور محمد، كارخانة تجارث كتب، آرام باغ، كراتشي، دون تاريخ.
- 2- أحمد بن الشيخ محمد الزرقاء، شرح القواعد الفقهية، الطبعة الثانية، دار القلم، دمشق، سوريا، سنة 1409هـ-1989.
- 3- محمد قدرى باشا، مرشد الخيران إلى معرفة أحوال الإنسان، الطبعة الثانية، المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق، سنة 1308هـ-1891م
- 4- أبو العباس شهاب الدين القرطبي، انوار البروق في أنواء الفروق، دون طبعة، عالم الكتب، دون تاريخ.
- 5- ابن القيم، إعلام الموقعين عن رب العالمين، الطبعة الأولى، المكتبة التجارية، سنة 1955م.
- 6- محمد صدقي بن أحمد بن محمد آل بورنو، موسوعة القواعد الفقهية، الطبعة الأولى، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، سنة 1424هـ-2003م.
- 7- أبو عبد الله بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر الزركشي، المنشور في القواعد الفقهية، الطبعة الثانية، وزارة الأوقاف الكويتية، سنة 1405هـ-1985م، ج3، ص 144.
- 8- علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، تعريف فهمي حسين، الطبعة الأولى، دار الجيل، سنة 1411هـ-1999م، ج1، ص 352.



- 9- ابن حزم، الإحكام في أصول الأحكام، تحقيق لجنة من المحققين، الطبعة الأولى، دار الحديث، سنة 1418هـ-1997م.
- 10- تقي الدين أحمد بن عبد الحلیم ابن تیمة، القواعد النورانية الفقهية، تحقيق أحمد بن محمد خليل، الطبعة الأولى، دار ابن الجوزي، السعودية، 1422هـ.
- 11- محمد ابن إدريس الشافعي، الرسالة. تحقيق: أحمد شاكر، الطبعة الأولى، مكتبة الحلبي، مصر، سنة 1358م-1940م.
- 12- أبو الحسن علي بن أبي علي بن محمد الأمدي، الإحكام في أصول الأحكام، تحقيق عبد الرزاق عفيفي، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان.
- 13- عبد الله بن إبراهيم العلوي الشنقيطي، نشر البنود على مراقي السعود، مطبعة فضالة بالمغرب، دون طبعة وتاريخ.
- 14- محمد سليمان عبد الله الأشقر، الواضح في أول الفقه، الطبعة السابعة، دار النفاس، سنة 1427هـ-2008م.
- 15- يوسف حامد العالم، المقاصد العامة للشريعة الإسلامية، الطبعة الثانية، الدار العالمية للكتاب الإسلامي، الرياض، السعودية، سنة 1415هـ-1994م.
- 16- محمد سعيد رمضان البوطي، ضوابط، المصلحة في الشريعة الإسلامية، الطبعة السادسة، مؤسسة الرسالة.
- 17- محمد أبو زهرة، أصول الفقه، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1997م.
- 18- الشيخ أحمد بن الشيخ محمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، بقلم مصطفى أحمد الزرقا، الطبعة الثانية، دار القلم، دمشق، سوريا، سنة 1433هـ-2012م.
- 19- زين الدين بن ابراهيم بن محمد ابن نجيم المصري، الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، سنة 1419هـ-1999م.

#### و- الكتب القانونية

- 1- الأودن سمير عبد السميع، تملك وحدات البناء تحت الإنشاء والضمانات الخاصة لمشتري الوحدات السكنية، الطبعة الأولى، مكتبة ومطبعة الإشعاع الفنية، الإسكندرية، سنة 2011، ص 14.
- 2- الأستاذ عبد الرزاق حسين ياسين، المسؤولية الخاصة بالمهندس المعماري ومقاول البناء، شروطها، نطاق تطبيقها والضمانات المستحدثة فيها، دراسة مقارنة في القانون المدني، الطبعة الأولى، دار المعارف، أسيوط، مصر، 1987.
- 3- أنور العمورسي، العقود الواردة على الملكية في القانون المدني، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2002.

- 4- إيمان بوسته، النظام القانوني للترقية العقارية، دار الهدى، الطبعة الأولى، عين مليلة، الجزائر، سنة 2011.
- 5- بن عبيدة عبد الحفيظ، إثبات الملكية العقارية والحقوق العينية العقارية في التشريع الجزائري، الطبعة السابعة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2011.
- 6- بن عبيدة عبد الحفيظ، إثبات الملكية العقارية والحقوق العينية في التشريع الجزائري، الطبعة السابعة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2011م.
- 7- حسين بطيمي، الكتابة الرسمية كوسيلة إثبات، المجلة الدورية للموثق، العدد 1، الجزائر، جوان 2001.
- 8- خلفوني مجيد، نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري، بدون طبعة، دار هومة، الجزائر، 2007.
- 9- خليل أحمد حسن قداد، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، عقد البيع، الجزء الرابع، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1996.
- 10- خليل أحمد حسن قداد، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، عقد البيع، الجزء الرابع، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1996.
- 11- زاهية سي يوسف، عقد البيع، الطبعة الثالثة، دار الأمل، الجزائر، 2000.
- 12- سعد نبيل إبراهيم، العقود المسماة (عقد البيع)، الطبعة الرابعة، دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع، مصر، 2010.
- 13- سي يوسف زاهية حورية، الواضح في عقد البيع ومدعمة باجتهادات قضائية وفقهية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2012.
- 14- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، عقد البيع والمقايضة، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ج 8، 2000.
- 15- عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، 1998م.
- 16- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني (مصادر الالتزام)، الجزء الأول، دون طبعة، دار إحياء التراث العربي، لبنان، سنة 1969.
- 17- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الأول، نظرية الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الثالثة، 2000.
- 18- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، عقد البيع والمقايضة، الجزء الرابع، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2000.
- 19- العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون الجزائري، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 2001.

- 20- علاء حسين علي، عقد بيع المباني تحت الإنشاء، دراسة قانونية مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية، لبنان، سنة 2011.
- 21- فتيحة قرّة، أحكام عقد المقاولة، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1992.
- 22- فيلاي علي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، طبعة منقحة ومعدلة، موفم للنشر، الجزائر، 2000.
- 23- لعشب محفوظ بن جامد، عقد الإذعان في القانون الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، دون طبعة، 1990م.
- 24- ليمان مرقس، شرح القانون المدني العقود المسماة، الطبعة الرابعة منقحة ومزودة بأحكام محكمة النقض الحديثة، عالم الكتاب للنشر، القاهرة، سنة 1970.
- 25- مجيد خلوفي، شهر التصرفات القانونية الجزائري، الطبعة الأولى، دار هومة، الجزائر، 2008.
- 26- محمد المرسي زهرة، بيع المباني تحت الإنشاء دراسة مقارنة في القانون المصري والكويتي والفرنسي، مصر، سنة 1998م.
- 27- محمد حسنين، عقد البيع في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1990.
- 28- محمد حسين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، الطبعة الأولى ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000م.
- 29- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، الطبعة الرابعة، دار الهدى، سنة 2009.
- 30- محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري (النظرية العامة للالتزامات)، الطبعة الأولى، دار الهدى، الجزائر.
- 31- محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، الطبعة الثانية، دار الهدى، الجزائر، 2004.
- 32- محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الالتزام، الطبعة الثانية، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، الجزء 1، 2004.
- 33- محمد عباس محرز، اقتصاديات الجباية والضرائب، دار هومة، الجزائر، 2003.
- 34- محمد لبيب شنب، شرح أحكام عقد المقاولة في ضوء الفقه والقضاء، الطبعة الثانية، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2004، ص 17.
- 35- محمد يوسف الزغبي، شرح عقد البيع في القانون المدني، الطبعة الأولى، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2004.

ز- كتب التاريخ والتراجم

- 1- إبراهيم بن علي بن محمد ابن فرحون، الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب، تحقيق الدكتور محمد الأحمدي أبو النور، دار التراث، القاهرة.
- 2- ابن خلكان، وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان، تحقيق إحسان عباس، الطبعة الأولى، دار صادر، بيروت، لبنان، 1977م.
- 3- أبو إسحاق إبراهيم بن علي الشيرازي، طبقات الفقهاء. تحقيق: إحسان عباس، الطبعة الأولى، دار الرائد العربي، بيروت، لبنان، سنة 1970م
- 4- بن العماد، عبد الحي بن أحمد الحنبلي، شذرات الذهب في أخبار من ذهب، تحقيق، عبد القادر الأرناؤوط، دون طبعة، دار ابن كثير، دمشق، سوريا، سنة 1610هـ
- 5- تاج الدين أبي نصر عبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي السيكي، طبقات الشافعية الكبرى، تحقيق عبد الفتاح محمد الحلو ومحمود محمد الصناجي، الطبعة الثانية، هجر للطباعة والنشر والتوزيع، سنة 1413هـ-1992م.
- 6- جمال الدين عبد الحكيم بن إبراهيم الأسنوي، طبقات الشافعية، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، سنة 1407هـ-1987م.
- 7- خير الدين بن حمود الزركلي، الأعلام، الطبعة الخامسة عشر، دار القلم للملايين، سنة 2002م،
- 8- شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أحمد الذهبي، سير أعلام النبلاء، تحقيق مجموعة من المحققين بإشراف الشيخ شعيب الأرناؤوط، الطبعة الثالثة، مؤسسة الرسالة، سنة 1405هـ-1985م
- 9- صالح بن عبد العزيز بن علي آل عثيمين، تسهيل السابلة لمريد معرفة الحنابلة، الطبعة الأولى، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، سنة 1422هـ-2001م.
- 10- صلاح الدين خليل بن أبيك بن عبد الله الصفدي، الوافي بالوفيات، تحقيق أحمد الأرناؤوط وتركلي مصطفى، دار إحياء التراث، بيروت، سنة 1420هـ-2000م.
- 11- عبد القادر محي الدين الحنفي، الجواهر المضيئة في طبقات الحنفية. تحقيق عبد الفتاح محمد الحلو، الطبعة الثانية، هجر للطباعة والنشر، الرياض، السعودية.
- 12- القاضي عياض أبو الفضل عياض بن موسى اليحصي، ترتيب المدارك وتقريب المسالك، تحقيق مجموعة من المحققين، الطبعة الأولى، مطبعة فضالة، المحمدية، المغرب، سنة 1983م.
- 13- كحالة عمر رضا، معجم المؤلفين، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية، سنة 1993م.
- 14- محمد بن محمد بن عمر مخلوف، شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، تحقيق عبد المجيد خيالي، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت.

## ح- كتب اللغة والمعاجم

- 1- أبو الحسن علي بن إسماعيل بن سيده المرسي، المحكم والمحيط الأعظم. تحقيق: عبد الحميد هندراوي، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، 1421هـ-2000م.
- 2- أبي البقاء أيوب بن موسى الحسيني القريني الكفوي، الكليات معجم في المصطلحات والفروق اللغوية، مؤسسة، الطبعة الثانية، بيروت، لبنان، سنة 1472هـ-2011م.
- 3- الأحمد بن محمد بن علي الفيومي، المصباح المنير، دون طبعة، المكتبة العصرية، بيروت، سنة 1425هـ-2004م.
- 4- زكرياء بن محمد بن أحمد الأنصاري، الحدود الأنيقة والتعريفات الدقيقة، تحقيق د. مازن المبارك، الطبعة الأولى، دار الفكر المعاصر، بيروت.
- 5- زين الدين محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، مؤسسة الرسالة، بدون طبعة، بيروت، لبنان، سنة 1414هـ-1994م.
- 6- الشريف علي بن محمد الجرجاني، كتاب التعريفات، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1983.
- 7- عادل نويهض، معجم المفسرين " من صدر الإسلام وحتى العصر الحاضر"، الطبعة الثالثة، مؤسسة نويهض الثقافية للتأليف والترجمة والنشر، بيروت، لبنان، سنة 1409هـ-1988م.
- 8- مجد الدين أبو طاهر محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، الطبعة الثامنة، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، سنة 1425هـ-2005م.
- 9- محمد بن أحمد أبو منصور الأزهرى، تهذيب اللغة، تحقيق محمد عوض مرعب، الطبعة الأولى، دار إحياء التراث العرب، بيروت، سنة 2001م.
- 10- محمد بن مكرم ابن منظور الإفريقي المصري، لسان العرب، الطبعة الأولى، بيروت، دار صادر.
- 11- محمد رواس قلعجي، حامد صادق قنبي، معجم لغة الفقهاء، الطبعة الثانية، دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع، سنة 1408هـ-1988م.
- 12- المعجم الوسيط، (دون ناشر وتاريخ).
- 13- المنجد في اللغة والإعلام، الطبعة الثالثة والأربعون، دار المشرق، بيروت، لبنان، سنة 2008م.
- 14- نويهض عادل، معجم المفسرين، من صدر الإسلام وحتى العصر الحاضر، الطبعة الثالثة، مؤسسة نويهض للثقافة، بيروت، لبنان، سنة 1904هـ-1988م.

ط- الرسائل الجامعية والأبحاث والمقالات

• الرسائل الجامعية

- 1- بلخير أحمد، عقد الاستصناع وتطبيقاته المعاصرة، رسالة ماجستير، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية قسم الشريعة، فرع الاقتصاد الإسلامي، جامعة الحاج لخضر، باتنة، سنة (1428، 1429هـ) (2007، 2008م).
- 2- بوجنان نسيمة، عقد البيع بناء على التصاميم، مذكرة ماجستير في الحقوق، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2009/2008م.
- 3- بوسته حسام الدين، النظام القانوني لعقد البيع على التصاميم في التشريع الجزائري، مذكرة ماستر، تخصص قانون الأعمال، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة، 2017/2016.
- 4- توفيق زيداني، التنظيم القانوني لعقد المقاولة على ضوء أحكام القانون المدني الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون، فرع قانون عقاري، كلية الحقوق، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2010/2009.
- 5- جمال بدري، الوعد بالبيع العقاري على ضوء التشريع والقضاء الجزائري، مذكرة ماجستير في الحقوق، تخصص العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، يوسف بن خدة، 2009/2008.
- 6- جميلة زايدي، إجراءات نقل الملكية في العقد البيع العقاري في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، 2012/2011.
- 7- حمداني داني، النظام القانوني لعقد بيع العقار على التصاميم في التشريع الجزائري، مذكرة ماستر، تخصص عقود ومسؤولية، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة البويرة، سنة 2013.
- 8- سهام مسكر، التزامات المرقى العقاري المترتبة على بيع السكنات الترقية، أطروحة دكتوراه، تخصص قانون عقاري وزراعي، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قسنطينة، 2016/2015.
- 9- سهام مسكر، بيع العقار على التصاميم في الترقية العقارية (دراسة تحليلية)، مذكرة ماجستير، تخصص القانون العقاري والزراعي، كلية الحقوق، جامعة البليدة، 2006/2005.
- 10- عائشة الطيب، الحماية القانونية لمالك البناء في عقد البيع بناء على التصاميم، أطروحة دكتوراه، تخصص قانون عقاري، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة البليدة، 2012.
- 11- عدي جلال محمود جراب، بيع المعلوم وتطبيقاته المعاصرة في ضوء الفقه الإسلامي، (رسالة ماجستير غير منشورة)، تخصص الفقه والتشريع، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، سنة 2012م.
- 12- عربي بايزيد، النظام القانوني للترقية العقارية في الجزائر، رسالة ماجستير في القانون الخاص، تخصص قانون عقاري، كلية الحقوق، جامعة باتنة، سنة 2010.

- 13- عقيلة نوي، النظام القانوني لعقد بيع العقار بناء على التصاميم في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، سنة 2004/2003م.
- 14- علي بن علي، عقد البيع على التصاميم في ظل القانون 04-11، مذكرة ماجستير، شعبة الحقوق والعلوم السياسية، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة بومرداس، 2016/2015.
- 15- عياشي شعبان، عقد بيع العقار بناء على التصاميم، أطروحة دكتوراه دولة، قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة، 2012/2011.
- 16- فتحي ويس، المسؤولية المدنية والضمانات الخاصة في عقد بيع العقار قبل الإنجاز، رسالة ماجستير، تخصص القانون العقاري، جامعة البليدة، بدون سنة.
- 17- فغور رابح، عقد البيع بناء على التصاميم، أطروحة دكتوراه، كلية الشريعة والاقتصاد، قسم الشريعة القانون، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، (1438، 1439هـ) (2017)، (2018م).
- 18- كاسب بن عبد الكريم البدران، عقد الاستصناع أو عقد المقاومة في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية التربية، جامعة الملك فيصل، السعودية، 1984م.
- 19- لامية كتو، عقد البيع على التصاميم في القانون 04-11، مذكرة ماجستير في القانون، فرع قانون العقود، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، 2013.
- 20- مرناش بلال وطوباش بلال، عقد بيع العقار على التصاميم في ظل القانون رقم 04-11، مذكرة ماستر في القانون، تخصص قانوني عقاري، قسم قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، 2015/2014.
- 21- مها بن تريعة، مسؤولية المرقى العقاري في إطار الترقية العقارية، مذكرة ماجستير، فرع المنافسة وحماية المستهلك، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2014/2013.
- 22- نادية منصور، الحماية القانونية لمالك البناء في عقد البيع على التصاميم، مذكرة ماجستير، فرع الإدارة والمالية، جامعة الجزائر 1، 2002/2001.
- 23- نسيم موسى، ضمانات تنفيذ عقد الترقية العقارية (عقد بيع العقار في طور الإنجاز)، أطروحة دكتوراه علوم، فرع القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2015.
- 24- نصيرة ربيع، تمويل الترقية العقارية العمومية، مذكرة ماجستير، تخصص إدارة ومالية، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، 2006/2005.
- 25- نعيبي عبد الرحمان، الحقوق العينية الأصلية للعقار ومدى جواز التصرف فيها، مذكرة ماجستير، تخصص شريعة وقانون، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة أحمد دراية، أدرار، 2015/2014م.

- 26- هيفاء شفيق سليمان الدويكات، عقد السلم كأداة لتمويل في المصاريف الإسلامية، رسالة ماجستير غير منشورة، تخصص الاقتصاد والمصاريف الإسلامية، جامعة اليرموك، أربد، الأردن، سنة 1999م.
- 27- ويس فتحي، المسؤولية المدنية والضمانات الخاصة في بيع العقار قبل الإنجاز، مذكرة ماجستير، جامعة البليدة، 2000.

• الأبحاث والمقالات

- 1- ابراهيم شاشو، عقد المقاولة في الفقه الإسلامي، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 26، العدد الثاني، 2010.
- 2- أعجيري جهيدة، عقد البيع بناء على التصاميم، مجلة المفكر، العدد الخامس عشر، كلية الحقوق، جامعة محمد خيضر، بسكرة، بتاريخ 15 جوان 2017.
- 3- حاج بن علي محمد، تمييز الالتزام بالإعلام على الالتزام بالنصيحة لضمان الصفة الخطرة للشيء المبيع، مجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، جامعة حسبية بن بوعلي، الشلف، عدد جوان، 2011.
- 4- حسام الدين خليل، عقد الاستصناع كأحد البدائل الشرعية للأوعية الادخارية البنكية، دون طبعة، مركز القرضاوي للوسطية الإسلامية والتجديد، دون تاريخ.
- 5- دوة آسيا، عقد حفظ الحق، كتاب المؤتمر الوطني حول الترقية العقارية في الجزائر الواقع والآفاق المنظم يومي 27 و 28 فيفري 2012، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة.
- 6- ذنون يونس صالح وعلي سلمان صالح مهدي، مفهوم عقد بيع العقار على التصاميم الهندسي وتكليفه القانوني، مجلة جامعة تكريت للحقوق، العراق، السنة 1، المجلد 1، العدد 1، الجزء 2، 2016م، ذو الحجة 1437هـ.
- 7- ربيعة صبايحي، الضمانات المستحدثة في بيع العقار على التصاميم على ضوء القانون 11-04، الملتقى الوطني حول الترقية العقارية في الجزائر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ورقلة، 2012.
- 8- زرارة لخضر، المسؤولية الجزائرية للمرقي العقاري، أعمال الملتقى الوطني حول الترقية العقارية واقع وآفاق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، يومي 27 و 28 فيفري 2012.
- 9- سعداوي محمد صغير، المسؤولية الإدارية والجزائية في القانون 11-04 المتعلق بنشاط الترقية العقارية، الملتقى الوطني حول الترقية العقارية في الجزائر، المنظم يومي 27 و 28 فيفري 2012، كلية الحقوق، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة.
- 10- سعداوي محمد صغير، المسؤولية الإدارية والجزائية في القانون 11-04 المتعلق بنشاط الترقية العقارية، الملتقى الوطني حول الترقية العقارية في الجزائر، المنظم يومي 27 و 28 فيفري 2012، كلية الحقوق، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة.



- 11- ضحى محمد سعيد عبد الله النعيمي، مفهوم بيع العقار على الخريطة وتكييفه القانوني - دراسة مقارنة- ، جامعة الموصل، العراق، العدد49، جانفي 2012م.
- 12- الطيب زروقي، حماية مشتري العقار في بناء على التصاميم طبقا للمرسوم التشريعي رقم93-03، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، كلية الحقوق بن عكنون، الجزائر، العدد 42، 2001.
- 13- عائشة طيب، عقد البيع على التصاميم في ظل القانون 11-04، مجلة دراسات قانونية، مركز البصيرة للبحوث والاستثمارات والخدمات العلمية، العدد 13، سنة 2011.
- 14- عز الدين زوبة، خصوصية عقد بيع العقار على التصاميم عن عقد البيع العادي، مجلة الحقوق والحريات، عدد تجربي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2013،
- 15- علال قاشي، التزامات المرقى العقاري وجزاء الإخلال بها في عقد البيع على التصاميم، الملتقى الوطني حول الترقية العقارية في الجزائر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ورقلة، 2012.
- 16- فريدة محمدي، ضرورة إعادة تنظيم تسيير الملكية المشتركة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاجتماعية والسياسية، الجزء 37، رقم 02، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، 1999.
- 17- لموسخ محمد، "الضمانات القانونية في عقد البيع على التصاميم"، مجلة المنتدى القانوني، العدد 6، كلية الحقوق، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، سنة 2009.
- 18- محي الدين القره داغي، عقد الاستصناع بين الإلتباع والاستقلال واللزوم والجواز، بحث منشور في مجلة: بحوث في فقه المعاملات المالية المعاصرة، دار البشائر الإسلامية، بيروت، لبنان، 2001.

#### ك- النصوص القانونية

##### ● القوانين

- 1- قانون رقم 86-07 المؤرخ في 04 مارس 1986، متعلق بالترقية العقارية، الجريدة الرسمية عدد 10، الصادرة بتاريخ 05 مارس 1986 (ملغى).
- 2- القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.
- 3- القانون رقم 04/11 المؤرخ في 17 فبراير 2011، يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، الجريدة الرسمية رقم 14 مؤرخة في 01 ربيع الثاني 1432 هـ- الموافق ل 06 مارس 2011 م.

##### ● الأوامر

- 1- أمر رقم 70-91 المؤرخ في 15 ديسمبر 1970 المتضمن قانون التوثيق، الملغى بقانون رقم 88-27 المؤرخ في 12 يوليو 1988 المتضمن تنظيم التوثيق، والذي هو بدوره تم إلغاؤه بالقانون 06-02 المؤرخ في 20 فبراير 2006 يتضمن مهنة الموثق.
- 2- أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، متضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية عدد 78، الصادرة بتاريخ 30 سبتمبر 1975، معدل ومتمم.

- 3- أمر رقم 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون التجاري، الجريدة الرسمية الجزائرية، عدد 101، الصادرة بتاريخ 19 ديسمبر 1975، معدل ومتمم.
- 4- أمر رقم 75-74، المؤرخ في 12 نوفمبر 1975، يتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، الجريدة الرسمية، عدد 92، صادرة في 18 نوفمبر 1975.
- 5- أمر رقم 76-105 مؤرخ في 9 ديسمبر 1976، يتضمن قانون التسجيل، الجريدة الرسمية، عدد 81، الصادرة بتاريخ 18 ديسمبر 1976.

• المراسيم

- 1- مرسوم رقم 76-63 مؤرخ في 23 مارس 1976، يتعلق بإعداد مسح الأراضي العام، الجريدة الرسمية، العدد 30، صادرة بـ 13 أبريل 1976.
- 2- مرسوم تنفيذي رقم 76-63 مؤرخ في 25 مارس 1976، متعلق بتأسيس السجل التجاري، الجريدة الرسمية الجزائرية، عدد 30، الصادرة بتاريخ 13 أبريل 1976.
- 3- المرسوم التنفيذي 97-35 المؤرخ في 14/01/1997، الذي يتعلق ببيع والإيجار وإيجار المساكن والمحلات ذات الاستعمال التجاري والتابعة لدواوين الترقية العقارية والتسيير العقاري، الجريدة الرسمية رقم 04، مؤرخة في 06 رمضان 1417 هـ الموافق لـ 15 يناير 1997 م.
- 4- المرسوم التشريعي رقم 93/03 المؤرخ في 01 مارس 1993 المتعلق بالنشاط العقاري، الجريدة الرسمية رقم 14 مؤرخة في 09 رمضان 1413 الموافق لـ 03 مارس 1993 م (ملغى).
- 5- المرسوم التنفيذي رقم 94-58 المؤرخ في 07 مارس 1997، يتعلق بنموذج عقد البيع بناء على التصاميم الذي يطبق في مجال الترقية العقارية، الجريدة الرسمية، عدد 13، صادرة في 09 مارس 1994، (ملغى).
- 6- المرسوم التنفيذي 97-406، المؤرخ في 03 نوفمبر 1997، المتضمن إحداث صندوق الضمان والكفالة المتبادلة في الترقية العقارية، الجريدة الرسمية، عدد 73، صادرة في 05 نوفمبر 1997.
- 7- المرسوم التنفيذي رقم 01-105 المؤرخ في 23/04/2001، الذي يحدد شروط شراء المساكن المنحزة بأموال عمومية في إطار البيع بالإيجار، الجريدة الرسمية رقم 25 مؤرخة في 05 صفر 1422 هـ الموافق لـ 29 أبريل 2001 م، المعدل والمتمم.
- 8- المرسوم التنفيذي رقم 03-35 المؤرخ في 13/01/2003 م، يعدّل ويتم المرسوم التنفيذي رقم 01-105، الجريدة الرسمية رقم 04 مؤرخة في 20 ذو القعدة 1423 هـ الموافق لـ 22 يناير 2003 م.
- 9- مرسوم تنفيذي رقم 12-85 المؤرخ في 20 فيفري 2012، المتضمن دفتر الشروط النموذجي الذي يحدد الالتزامات والمسؤوليات المهنية للمرقي العقاري، الجريدة الرسمية، عدد 11، صادرة في 26 فيفري 2012.
- 10- مرسوم تنفيذي رقم 13-431 مؤرخ في 18 ديسمبر 2013، يحدد نموذجي عقد حفظ الحق وعقد البيع على التصاميم للأموال العقارية وكذا حدود تسديد سعر الملك موضوع عقد البيع على التصاميم

ومبلغ عقوبة التأخير وآجالها وكيفيات دفعها، الجريد الرسمية الجزائرية، عدد 66 الصادر بتاريخ 25 سبتمبر 2013.

#### ي- قرارات المجامع الفقهية

- 1- قرار مجلس مجمع الفقه الإسلامي رقم، 86/3/7، بشأن الاستصناع.
- 2- قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم 52/1/6، في المؤتمر السادس المنعقد بجدة في المملكة العربية السعودية، من 17 إلى 23 شعبان 1410هـ، الموافق ل: 14 إلى 20 مارس 1990م.
- 3- قرار رقم 85 (9/2) الصادر عن مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنعقد في دورة مؤتمر التاسع بأبو ظبي في دولة الإمارات العربية المتحدة، من 1 إلى 6 ذي القعدة 1415هـ، الموافق ل: 1 إلى 6 نيسان (إبريل) 1995م، بشأن السلم وتطبيقاته المعاصرة.
- 4- قرار المجمع الفقه الإسلامي المنبثق من منظمة المؤتمر الإسلامي، قرار رقم: 109 (12/3). بشأن موضوع الشرط الجزائي، الدورة الثانية عشر، الرياض، من 25 جمادى الثانية إلى 1 رجب 1421هـ، الموافق ل: 23-28 سبتمبر 2000م.

#### ك- المراجع الأجنبية

- 1 - Hidffinger Baraton, Vente d'immeuble à construire, répertoire de civil, 2<sup>ème</sup> Edition, Dalloz, Paris, 1988.
- 2- Olivier Tourna fond, vent d'immeuble à Constantine, Dalloz action, 2000-2001, Paris.
- 3- Jestaz Philippe, MALINVAUD Philippe, Droit de la promotion immobilière, Paris, Dalloz, 1988.

#### ل- مواقع الأنترنت

- 1- الموقع الرسمي لمجمع الفقه الإسلامي: [www.fiqhacademy.org.sa](http://www.fiqhacademy.org.sa)
- 2- الفتاوى الشرعية في المسائل الاقتصادية، بيت التمويل الكويتي، الموقع: [http://www.kth.com/kfh\\_fatawa/fatawa\\_index.aspx](http://www.kth.com/kfh_fatawa/fatawa_index.aspx).
- 3- البيع الإيجاري: [www.ajeni.com/into/htm](http://www.ajeni.com/into/htm)
- 4- جامعة كاي، مطبوعات KIE، رابط: [www.kantakji.com](http://www.kantakji.com) أو [www.kie.university](http://www.kie.university)

فهرس

الموضوعات

فهرس الموضوعات

الصفحة	العنوان
I	شكر وعران
II	الإهداء
أ	المقدمة.....
<b>الفصل الأول: ماهية وآثار البيع على التصاميم في التشريع الجزائري</b>	
9	تمهيد.....
10	المبحث الأول: مفهوم البيع على التصاميم وأطرافه في التشريع الجزائري.....
10	المطلب الأول: التعريف التشريعي والفقهي (القانوني) للبيع على التصاميم .....
10	الفرع الأول: التعريف التشريعي للبيع على التصاميم .....
12	الفرع الثاني: التعريف الفقهي (القانوني) للبيع على التصاميم.....
14	المطلب الثاني: أطراف البيع على التصاميم في التشريع الجزائري.....
14	الفرع الأول: المرقى العقاري (البائع) .....
14	البند الأول: تعريف المرقى العقاري.....
15	البند الثاني: الشروط الواجب توفرها في المرقى العقاري.....
17	البند الثالث: أنواع المرقى العقاري.....
19	الفرع الثاني: المكتتب أو المشتري.....
19	البند الأول: تعريف المكتتب.....
19	البند الثاني: الشروط الواجب توفرها فيه.....
21	المبحث الثاني: أركان البيع على التصاميم في التشريع الجزائري.....
21	المطلب الأول: الأركان الموضوعية في البيع على التصاميم في التشريع الجزائري.....
21	الفرع الأول: التراضي.....
21	البند الأول: الإيجاب.....
22	البند الثاني: القبول.....
23	البند الثالث: عناصر الرضا.....
24	الفرع الثاني: المحل.....
25	الفرع الثالث: السبب.....
26	المطلب الثاني: الأركان الشكلية في البيع على التصاميم في التشريع الجزائري.....

27	الفرع الأول: الرسمية في البيع على التصاميم.....
29	الفرع الثاني: التسجيل في البيع على التصاميم.....
31	الفرع الثالث: الشهر في البيع على التصاميم.....
33	المبحث الثالث: آثار البيع على التصاميم في التشريع الجزائري.....
33	المطلب الأول: التزامات المرقى العقاري وجزاء الإخلال بها في البيع على التصاميم في التشريع الجزائري.....
33	الفرع الأول: التزامات المرقى العقاري في البيع على التصاميم في التشريع الجزائري.....
34	البند الأول: الالتزام بنقل الملكية.....
35	البند الثاني: الالتزام بتشييد البناء ومطابقته.....
38	البند الثالث: الالتزام بالتسليم.....
40	البند الرابع: الالتزام بالضمان.....
44	البند الخامس: الالتزام بالإعلام.....
45	الفرع الثاني: الجزاءات المترتبة على إخلال البائع بالتزاماته.....
45	البند الأول: الجزاءات طبقا للقواعد العامة.....
46	البند الثاني: الجزاءات الخاصة طبقا للقانون 11-04.....
49	المطلب الثالث: التزامات المشتري وجزاء الإخلال بها في البيع على التصاميم في التشريع الجزائري.....
49	الفرع الأول: التزامات المشتري في البيع على التصاميم في التشريع الجزائري.....
49	البند الأول: الالتزام بدفع الثمن.....
51	البند الثاني: الالتزام بالتسلم.....
53	الفرع الثاني: الجزاءات المترتبة على إخلال المشتري بالتزاماته.....
55	خلاصة الفصل الأول.....
<b>الفصل الثاني: الإطار القانوني للبيع على التصاميم في التشريع الجزائري</b>	
59	تمهيد.....
60	المبحث الأول: تمييز البيع على التصاميم في التشريع الجزائري عن البيع العادي والمقاولة.....
60	المطلب الأول: تمييز البيع على التصاميم في التشريع الجزائري عن البيع العادي (عقد بيع عقار موجود وقت التعاقد).....
61	الفرع الأول: مفهوم البيع والعادي وخصائصه.....
61	البند الأول: تعريف البيع العادي.....

61	.....البند الثاني: خصائص البيع العادي
64	.....الفرع الثاني: مميزات البيع على التصاميم عن البيع العادي (بيع عقار موجود وقت التعاقد) بالبيع العادي
64	.....البند الأول: أوجه التشابه
65	.....البند الثاني: أوجه الاختلاف
66	.....المطلب الثاني: تمييز البيع على التصاميم في التشريع الجزائري عن المقاوله
67	.....الفرع الأول: مفهوم المقاوله
67	.....البند الأول: تعريف المقاوله
68	.....البند الثاني: خصائص المقاوله
71	.....الفرع الثاني: مميزات البيع على التصاميم في التشريع الجزائري عن المقاوله
71	.....البند الأول: أوجه التشابه
72	.....البند الثاني: أوجه الاختلاف
73	.....المبحث الثاني: تمييز البيع على التصاميم في التشريع الجزائري عن بعض المعاملات القانونية المشابهة له
73	.....المطلب الأول: تمييز البيع على التصاميم في التشريع الجزائري عن عقد حفظ الحق والوعد بالبيع العقاري
73	.....الفرع الأول: تمييز البيع على التصاميم في التشريع الجزائري عن عقد حفظ الحق
73	.....البند الأول: تعريف عقد حفظ الحق وخصائصه
76	.....البند الثاني: مميزات البيع على التصاميم في التشريع الجزائري عن عقد حفظ الحق
78	.....الفرع الثاني: تمييز البيع على التصاميم في التشريع الجزائري عن الوعد بالبيع العقاري
79	.....البند الأول: مفهوم الوعد بالبيع العقاري
83	.....البند الثاني: مميزات البيع على التصاميم في التشريع الجزائري عن الوعد بالبيع العقاري
85	.....المطلب الثاني: تمييز البيع على التصاميم في التشريع الجزائري عن البيع بالإيجار والبيع بالتقسيط وبيع الأشياء المستقبلية
85	.....الفرع الأول: تمييز البيع على التصاميم في التشريع الجزائري عن البيع بالإيجار
86	.....البند الأول: مفهوم البيع بالإيجار
88	.....البند الثاني: مميزات البيع على التصاميم عن البيع بالإيجار
90	.....الفرع الثاني: تمييز البيع على التصاميم في التشريع الجزائري عن البيع بالتقسيط وبيع الأشياء المستقبلية

90	البند الأول: تمييز البيع على التصاميم في التشريع الجزائري عن البيع بالتقسيط.....
91	البند الثاني: تمييز البيع على التصاميم في التشريع الجزائري، عن بيع الأشياء المستقبلية.....
94	المبحث الثالث: خصائص البيع على التصاميم في التشريع الجزائري وطبيعته القانونية.....
94	المطلب الأول: خصائص البيع على التصاميم في التشريع الجزائري.....
94	الفرع الأول: الخصائص العامة للبيع على التصاميم في التشريع الجزائري.....
101	الفرع الثاني: الخصائص الخاصة للبيع على التصاميم في التشريع الجزائري.....
104	الفرع الثالث: الخصائص الاقتصادية للبيع على التصاميم في التشريع الجزائري.....
107	المطلب الثاني: التكيف القانوني للبيع على التصاميم في التشريع الجزائري.....
108	الفرع الأول: تكيف البيع على التصاميم في التشريع الجزائري من حيث نوعيته.....
108	البند الأول: البيع على التصاميم بيع عادي.....
110	البند الثاني: البيع على التصاميم عقد مقاولة.....
112	البند الثالث: الطبيعة الخاصة للبيع على التصاميم.....
113	الفرع الثاني: الطبيعة التجارية والمدنية للبيع على التصاميم.....
113	البند الأول: بالنسبة للبائع (المركبي العقاري).....
114	البند الثاني: بالنسبة للمشتري (المكاتب).....
116	خلاصة الفصل الثاني.....
<b>الفصل الثالث: موقف الشريعة الإسلامية من البيع على التصاميم</b>	
120	تمهيد.....
121	المبحث الأول: موقف الشريعة الإسلامية من انعدام المحل في البيع.....
121	المطلب الأول: مفهوم البيع وأركانه وشروطه في الشريعة الإسلامية.....
121	الفرع الأول: مفهوم البيع وخصائصه وأدلة مشروعيتها.....
121	البند الأول: مفهوم البيع في الشريعة الإسلامية وخصائصه.....
124	البند الثاني: أدلة مشروعيته.....
126	الفرع الثاني: أركان البيع في الشريعة الإسلامية.....
127	الفرع الثالث: شروط البيع في الشريعة الإسلامية.....
132	المطلب الثاني: انعدام المحل وموقف الشريعة الإسلامية منه.....
132	الفرع الأول: المفهوم الشرعي لانعدام المحل.....
133	الفرع الثاني: مواقف الفقهاء من بيع المعدوم وأدلتهم.....



138	الفرع الثالث: تعليل الفقهاء لمنع بيع المعدوم .....
140	المبحث الثاني: السلم والاستصناع والعلاقة ببيع المعدوم.....
140	تمهيد.....
140	المطلب الأول: مفهوم وحكم السلم.....
140	الفرع الأول: مفهوم بيع السلم وحكمه.....
141	البند الأول: مفهوم السلم.....
142	البند الثاني: أدلة جوازه والحكمة منه.....
144	الفرع الثاني: أركان وشروط السلم .....
149	الفرع الثالث: الفرق بين السلم وبيع المعدوم وقراري مجمع الفقه الإسلامي بشأن السلم وتطبيقاته.....
149	البند الأول: الفرق بين السلم وبيع المعدوم.....
150	البند الثاني: قراري مجمع الفقه الإسلامي بشأن السلم وتطبيقاته .....
152	المطلب الثاني: مفهوم وحكم الاستصناع.....
152	الفرع الأول: مفهوم عقد الاستصناع وحكمه.....
153	البند الأول: تعريف الاستصناع لغة واصطلاحا.....
156	البند الثاني: حكم الاستصناع.....
160	الفرع الثاني: أركان وشروط ومسائل متعلقة بالاستصناع.....
160	تمهيد.....
161	البند الأول: الأركان وشروطها .....
165	البند الثالث: مسائل متعلقة بالاستصناع .....
168	الفرع الثالث: الاستصناع والسلم وبيع المعدوم والفرق بينهم وقرار مجمع الفقه الإسلامي بشأن الاستصناع
167	البند الثاني: تكييف الفقه الإسلامي للاستصناع .....
171	المبحث الثالث: تأصيل الشريعة الإسلامية للبيع على التصاميم .....
171	المطلب الأول: علاقة البيع على التصاميم في التشريع الجزائري بالعقود المستثناة من بيع المعدوم.....
171	الفرع الأول: العلاقة بين البيع على التصاميم في التشريع الجزائري والإجارة والسلم في الشريعة الإسلامية
171	البند الأول: تمييز البيع على التصاميم في التشريع الجزائري عن الإجارة في الشريعة الإسلامية.....
171	البند الثاني: تمييز البيع على التصاميم في التشريع الجزائري عن السلم في الشريعة الإسلامية.....
175	الفرع الثاني: العلاقة بين البيع على التصاميم في التشريع الجزائري والاستصناع في الشريعة الإسلامية.....

175	البند الأول: آراء القائلين بأن البيع على التصاميم هو عقد استصناع في الشريعة الإسلامية.....
178	البند الثاني: آراء الرافضين لتكييف البيع على التصاميم على أنه عقد استصناع في الشريعة الإسلامية ومقترحاتهم.....
188	المطلب الثاني: خصوصية واستقلالية البيع على التصاميم في الشريعة الإسلامية.....
188	تمهيد.....
189	الفرع الأول: مدى حرية الإنسان في إنشاء العقود في الشريعة الإسلامية (مبدأ سلطان الإرادة).....
199	الفرع الثاني: البيع على التصاميم عقد خاص مستقل في الشريعة الإسلامية.....
199	البند الأول: تأصيل خصوصية واستقلالية البيع على التصاميم في الشريعة الإسلامية.....
205	البند الثاني: مسائل فقهية متعلقة بالبيع على التصاميم.....
214	البند الثالث: المقارنة بين تكييف التشريع الجزائري وتأصيل الشريعة الإسلامية للبيع على التصاميم
219	ملخص الفصل الثالث.....
224	الخاتمة.....
230	الملاحق.....
<b>الفهارس العامة</b>	
246	فهرس الآيات القرآنية.....
248	فهرس الأحاديث النبوية الشريفة.....
250	فهرس الأعلام.....
252	قائمة المصادر والمراجع.....
274	فهرس الموضوعات.....
280	الملخص.....

الملخص

## الملخص:

تعتبر هذه الدراسة بحثاً لموضوع البيع على التصاميم في التشريع الجزائري والشريعة الإسلامية فهي دراسة مقارنة لها ارتباط وثيق بموضوع المعاملات المالية المعاصرة، فقد نظم المشرع الجزائري البيع على التصاميم بموجب المرسوم التشريعي 93-03 (الملغي) المتعلق بالنشاط العقاري وبعدها بموجب القانون 11-04 الذي يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، وهو عقد محرر رسمي وفق الشكل النموذجي المحدد في المرسوم التنفيذي 13-431 الذي يحدد نموذجي عقد حفظ الحق وعقد البيع على التصاميم، فهو عقد حديث النشأة في الجزائر لقي انتشاراً واسعاً، نظراً لما يحققه من فوائد لكل من المشتري والبائع والدولة على حد سواء، غير أنه مع ذلك قد يصاحبه كثير من المخاطر، خاصة بالنسبة للمشتري، من هنا تظهر لنا أهمية الموضوع الذي يطرح العديد من التساؤلات، يحتاج إلى أن نقف عندها لنوضح تكييفه القانوني ومدى مشروعيته في الشريعة الإسلامية، وما يلقيه على عاتق أطرافه من التزامات، وما هي الضمانات التي تكفل للراغب في التملك والحماية الأمثل التي تضمن له أن لا يكون عرضة للنصب والاحتيال، ولمعالجة هذا الموضوع قدمنا هذا البحث وقسمناه إلى مقدمة وثلاثة فصول وخاتمة.

تناولنا في المقدمة التعريف بالموضوع وأهميته، والإشكالية المطروحة وأسباب الاختيار للموضوع، والمنهجية المعتمدة، وخطة البحث.

وتناولنا في الفصل الأول مدخل للبيع على التصاميم في التشريع الجزائري وقسمناه إلى ثلاثة مباحث، في المبحث الأول تحدثنا عن مفهوم البيع على التصاميم وأطرافه وفي المبحث الثاني أركان البيع على التصاميم في التشريع الجزائري، وفي المبحث الثالث آثار البيع على التصاميم في التشريع الجزائري.

أما الفصل الثاني فقد خصصناه للإطار القانوني للبيع على التصاميم في التشريع الجزائري وقسمناه إلى ثلاثة مباحث تناولنا في المبحث الأول تمييز البيع على التصاميم في التشريع الجزائري عن البيع العادي (بيع عقار موجود وقت التعاقد) والمقابلة، وفي المبحث الثاني تمييز البيع على التصاميم عن بعض المعاملات القانونية المشابهة له، وفي المبحث الثالث خصائص البيع على التصاميم وطبيعته القانونية في التشريع الجزائري.

وفي الفصل الثالث والأخير تناولنا بالتفصيل تكييف الشريعة الإسلامية للبيع على التصاميم وقسمناه إلى ثلاثة مباحث، خصصنا المبحث الأول لعلاقة البيع على التصاميم ببيع المعلوم في الشريعة الإسلامية والمبحث الثاني تناولنا الاستثناءات من بيع المعلوم (السلم والاستصناع)، والمبحث الثالث خصصناه لتأصيل الشريعة الإسلامية للبيع على التصاميم.

**الكلمات المفتاحية:** البيع على التصاميم، المرقى العقاري، المكتتب، الترقية العقارية، عقد مستقل، الاستصناع.

**Résumé :**

Cette étude est une recherche sur le sujet de la vente sur les dessins dans la législation algérienne et la charia islamique, qui est une étude comparative étroitement liée au sujet des transactions financières modernes. Le législateur algérien a réglementé la vente de dessins en vertu du décret législatif n ° 93-03 (aboli) sur l'activité immobilière, puis en vertu de la loi n ° 11-04, qui définit les règles régissant la promotion immobilière, qui est un contrat édité formel selon le modèle établi dans le décret exécutif 13-431, qui définit le modèle de contrat de conservation des droits et le contrat de vente pour les dessins, c'est un contrat moderne en Algérie qui a été largement répandu, en raison des avantages qu'il apporte à la fois à l'acheteur et au vendeur et à l'état, cependant, il peut aussi s'accompagner de nombreux risques, notamment pour l'acheteur, cela nous montre de l'importance du sujet qui soulève de nombreuses questions: nous devons nous lever pour clarifier son adaptation juridique dans la charia islamique, sa légitimité, ses obligations envers ses parties et les garanties le droit de propriété, ce qui lui garantit de ne pas être sujet à la fraude et la corruption, pour aborder ce sujet, nous avons présenté cette recherche et l'avons divisée en une introduction, trois chapitres et une conclusion.

Dans l'introduction, nous avons discuté la définition du sujet et leur importance, de la nature problématique du sujet, de la méthodologie adoptée et du plan de recherche.

Dans le premier chapitre, nous avons parlé du concept de vente sur les dessins et de ses parties, que nous avons divisé en trois sections : dans la première section, nous avons parlé du concept de vente sur les dessins et de ses parties, et dans la deuxième section, les éléments de vente sur les dessins dans la législation algérienne, et dans la troisième section, les effets de la vente sur les dessins dans la législation algérienne.

Le deuxième chapitre était consacré au cadre juridique régissant la vente de dessins dans la législation algérienne, que nous avons divisé en trois sections : la première section traitait de la discrimination de la vente de dessins dans la législation algérienne relative à la vente ordinaire (vente d'un immobilier existant au moment du contrat) et à l'entrepreneur, et dans la deuxième section, on distingue la vente de dessins relatifs à des transactions juridiques similaires, et dans la troisième partie, les caractéristiques de la vente sur des dessins et leur nature juridique dans la législation algérienne.

Dans le troisième et dernier chapitre, nous avons discuté en détail de l'adaptation de la loi islamique à la vente sur les dessins et divisé celle-ci en trois sections, nous avons consacré la première section de la relation de vente aux dessins de la vente de nu dans la charia islamique, la deuxième section ayant trait aux exceptions à la vente du nu (Salam et Istisna'a), et dans la troisième section nous avons consacré à la consolidation de la loi islamique à la vente sur les dessins.

**Mots-clés :** Vente sur les dessins, promoteur immobilier, souscripteur, promotion immobilière, contrat indépendant, Istisna'a.

**Abstract :**

This study is a research on the subject of selling on drawings in Algerian legislation and Islamic sharia, which is a comparative study closely related to the topic of modern financial transactions. The Algerian legislator regulated the sale of drawings under Legislative Decree No. 93-03 (abolished) on real estate activity, then under Law No. 11-04, which defines the rules governing real estate development, which is a formal edited contract according to the model established in executive decree 13-431, which defines the model of contract of conservation of the rights and the contract of sale for the drawings, it is a modern contract in Algeria which was widely spread, because of the advantages it brings to both the buyer and the seller and the state, however, it can also be accompanied by many risks, especially for the buyer, it shows us the importance of subject that raises many questions: we must stand up to clarify its legal adaptation, its legitimacy in Islamic sharia, its obligations to its parties and guarantees the right of ownership, which guarantees it not to be subject to fraud and corruption, To address this topic, we presented this research and divided it into an introduction, three chapters and a conclusion.

In the introduction, we discussed the definition of the subject and their importance, the problematic nature of the subject, the methodology adopted and the research plan.

In the first chapter, we talked about the concept of sale on the drawings and its parts, which we divided into three sections: in the first section, we talked about the concept of sale on the drawings and its parts, and in the second section, the elements of sale on the drawings in the Algerian legislation, and in the third section, the effects of the sale on the drawings in the Algerian legislation.

The second chapter was devoted to the legal framework governing the sale of drawings in Algerian legislation, which we divided into three sections: the first section dealt with the discrimination of the sale of drawings in the Algerian legislation relating to the ordinary sale (sale of 'an existing real estate at the time of the contract) and to the entrepreneur, and in the second section, we distinguish the sale of drawings relating to similar legal transactions, and in the third part, the characteristics of the sale on drawings and their legal nature in Algerian legislation.

In the third and final chapter, we discussed in detail the adaptation of Islamic law to sale on drawings and divided it into three sections, we devoted the first section of the sales relationship to the drawings of the sale of nude in Islamic sharia, the second section dealing with exceptions to the sale of the nude (Salam and Istisna'a), and in the third section we devoted to the consolidation of Islamic law for sale on the drawings.

**Keywords:** Sale on drawings, real estate developer, subscriber, real estate promotion, independent contract, Istisna'a.