



الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية - قسنطينة -

قسم الشريعة والقانون

دراسات عليا

كلية الشريعة والاقتصاد

الرقم التسلسلي : ...

رقم التسجيل : ...

عقد البيع بناءً على التصميم

- دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري -

بحث مقدم لنيل شهادة الدكتوراه ل.م.د في الشريعة و القانون

إشراف الدكتورة :

زهرة بن عبد القادر

إعداد الطالب :

رابح فغور

أعضاء لجنة المناقشة

الاسم واللقب	الرتبة العلمية	الصفة	الجامعة الأصلية
أ.د كمال لدرع	أستاذ التعليم العالي	رئيساً	الأمير عبد القادر
د. زهرة بن عبد القادر	أستاذ محاضر. أ.	مشرفاً ومقرراً	الأمير عبد القادر
د. ليلي بعتاش	أستاذ محاضر. أ.	عضواً مناقشاً	الأمير عبد القادر
د. نور الدين بوكريد	أستاذ محاضر. أ.	عضواً مناقشاً	الأمير عبد القادر
أ.د محمد الصالح روان	أستاذ التعليم العالي	عضواً مناقشاً	العربي بن مهدي
د. محمد رضا التميمي	أستاذ محاضر. أ.	عضواً مناقشاً	العربي بن مهدي

السنة الجامعية

1438 - 1439 هـ / 2017 - 2018 م

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

جامعة الأمير

الإسلامية

قَالَ تَعَالَى:

﴿وَلَقَدْ ءَاتَيْنَا دَاوُدَ مِنَّا فَضْلًا يَجِبَالٌ أُورِىٰ مَعَهُ وَالطَّيْرُ

وَأَلْنَا لَهُ الْحَدِيدَ أَنْ أَعْمَلَ سَبِغَاتٍ وَقَدَّرَ فِي السَّرْدِ

وَأَعْمَلُوا صَالِحًا إِنِّي بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ ﴿[سبأ 10 . 11]

وَقَالَ أَيضًا: ﴿وَيَصْنَعُ الْفُلْكَ وَكُلَّمَا مَرَّ عَلَيْهِ مَلَأَ

مِّن قَوْمِهِ سَخِرُوا مِنْهُ قَالَ إِنْ تَسْخَرُوا مِنَّا فَإِنَّا نَسْخَرُ

مِّنكُمْ كَمَا تَسْخَرُونَ ﴿[هود 38]

« إِنِّي رَأَيْتُ أَنَّهُ لَا يَكْتُبُ أَحَدٌ كِتَابًا فِي يَوْمِهِ إِلَّا
قَالَ فِي غَدِهِ : لَوْ عُرِّ هَذَا لَكَانَ أَحْسَنَ ، وَلَوْ زِيدَ هَذَا
لَكَانَ يُسْتَحْسَنُ ، وَلَوْ قَدِّمَ هَذَا لَكَانَ أَفْضَلَ ، وَلَوْ
تُرِكَ هَذَا لَكَانَ أَجْمَلَ . وَهَذَا مِنْ أَعْظَمِ الْعِبَرِ ، وَهُوَ
دَلِيلٌ عَلَى اسْتِيلاءِ النِّقْصِ عَلَى جُمْلَةِ الْبَشَرِ . »

العماد الأصفهاني

إهداء

إلى من أوجب الله الإحسان إليهما وبرّهما وحسن مصاحبتهما، فقال: ﴿وَقَضَىٰ

رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا﴾ سورة الإسراء [23].

إلى والديّ الكريمين أمي وأبي - حفظهما الله - .

إلى من تعلّمت على أيديهم حبّ العلم وفضله

أساتدتي في جميع المراحل التعليمية.

إلى الذين قاسموني الرضاة إخوتي الأعزاء .

إلى عائلة فغورور دون استثناء .

إلى الإخوة الذين لم تلدهم أمي... إلى من تحلّوا بالإخاء وتميّزوا

بالعطاء... إلى أيقونة الوفاء... إلى ينباع الصدق الصافي... رفاق الدرب

والأصدقاء.

إلى الذين تعاونوا معي وشجّعوني، تضيق الأسطر بكتابة أسمائهم ولا يضيق

الصدر بذكر فضلهم وتعاونهم.

إلى كلّ طالب للعلم كان النجاح طريقه والتفوق هدفه والتميّز سبيله.

إلى كل هؤلاء أهدي ثمرة جهدي المتواضع.

* رابع *

شكر وتقدير

الحمد لله وكفى والصلاة والسلام على عباده الذين اصطفى، و بعد:
انطلاقاً من قول النبي - صلى الله عليه وسلم - : "مَنْ لَمْ يَشْكُرِ النَّاسَ لَمْ
يَشْكُرِ اللَّهَ"، وبعد شكر المولى عزّ وجلّ الذي أمدني بعونه، ووهبني من
فضله، ووفقني لإتمام هذه الرسالة.

أكبر الشكر والامتنان لبلدي الحبيب الجزائر صاحب الفضل الكبير فيما أنا
عليه...أذهب الله عنه عادات الزمان. ثم إنّه لمن دواعي العرفان بالجميل
أن أتقدم بخالص التقدير والاحترام، وجزيل الشكر وصادق العرفان إلى
الأستاذة الدكتورة "زهرة بن عبد القادر"، لقبولها الإشراف على هذه
الرسالة، والتي لم تبخل عليّ بنصائحها وتوجيهاتها القيمة، فكانت لي نعم
الموجه والمرشد، أسأل الله أن يجزيها عنّي خير الجزاء.

كما أتقدم بخالص الشكر والتقدير إلى أعضاء لجنة المناقشة، الذين تفضلوا
بقبول قراءة هذا البحث وإسداء الملاحظات والتوجيهات القيمة.

والشكر موصول لكل من قدّم لي يد العون والمساعدة في إنجاز هذا البحث
المتواضع.

* رابع *

الإطار المنهجي للدراسة

- التعريف بالموضوع.
- إشكالية البحث.
- المنهج المعتمد.
- أهمية الدراسة.
- أسباب اختيار الموضوع.
- أهداف الدراسة.
- الدراسات السابقة.
- المنهجية المعتمدة.
- خطة البحث.

لقد ظهر العقد مند زمن بعيد قصد تلبية حاجات أفراد المجتمع على اختلافها وتباينها، حيث شاع التعامل بين الناس بأنواع مختلفة من العقود كالبيع، والإيجار، والشركة، والمقاول، الأمر الذي دفع الجهات المختصة في المجتمع بالتشريع و التدخل؛ لتنظيم هذه العقود بقواعد قانونية تميّزها، وترسم الحدود والفواصل بينها تحت ما يعرف بالعقود المسماة.

والناظر في هذه التشريعات يجد أنّها أطلقت على العقد الذي تنتقل فيه الملكية تسمية عقد البيع، ورسمت له حدودا لا تتعداها عناصره، بينما أطلقت على العقد الذي يؤدي فيه الشخص عملا ماديا لمصلحة شخص آخر مستقلا عنه بالمقاول، وقد ظلت المقاوله قائمة على عنصر العمل في الأحوال التي يقوم فيها مقاول البناء بتقديم مواد البناء، بعد أن أجمع الفقه القانوني على أنّ تقديم المقاول لمواد البناء لا يضيف للمقاول عنصرا جديداً من عقد البيع؛ بل يبقى العقد خاضعاً لتنظيم القانوني الذي وضعه المشرع للمقاول، لأنّ مواد البناء اندمجت بالعمل وأصبحت جزءاً منه.

غير أنّ حاجة الفرد إلى المباني وقلة الموارد اللازمة للحصول عليها من جهة، وارتفاع تكاليف البناء وتطور مستوياته الفنية من جهة أخرى، أوجد صيغة مستحدثة للتعاقد في الحياة المعاصرة احتلت مكانة مرموقة من الناحية العملية وحققت حاجات حيوية لكثير من الناس، يتولّى فيها البائع البناء بكافة مستلزماته من عمل ومواد وأرض يقيم عليها المبنى، ولم يعد الشخص يتعاقد على أنّه صاحب عمل؛ بل أصبح يدخل العملية التعاقدية بصفته مشترياً لجميع هذه المستلزمات، حيث ظهرت طبقة من المستهلكين يحتاجون إلى المباني سواءً للسكن أو لممارسة مهنتهم، ويفتقرون في ذات الوقت إلى الموارد المالية اللازمة للحصول على المبنى دفعة واحدة، إلى جانب نقص خبرتهم الفنية في البناء. وهي الصيغة التعاقدية التي استحدثها المشرع الجزائري في مجال الترقية العقارية تحت تسمية "عقد البيع بناءً على التصميم"، وسعيًا منه لضبط النظام التعاقدية لها بالنظر إلى أهميتها، سنّ العديد من النصوص القانونية منذ سنة 1986م، فقد عرف المجتمع الجزائري منذ عدّة سنوات أزمة سكن حادّة عاشتها شريحة كبيرة من المواطنين، بسبب الاستعمار الفرنسي والعشرية السوداء، وباعتبار السكن حقاً مضموناً لكل مواطن، كان هدف الدولة الجزائرية هو تلبية الطلب المتزايد عليه بإيجاد آليات قانونية سريعة لتخطي هذه الأزمة، حيث اهتمت منذ الاستقلال بعملية البناء والتشييد وتولت العملية بنفسها تماشياً مع نظام الاقتصاد الموجه الذي تبنته آنذاك، إذ أسندت عملية بناء وتشديد السكن لمؤسسات عمومية، مثل ديوان الترقية والتسيير العقاري، ومؤسسات ترقية السكن العائلي،

إلا أنّ احتكار الدولة لهذا المجال وإن كان يتماشى مع التوجّهات السياسية والاقتصادية للجزائر آنذاك، فإنّ هذه السياسة قد أثبتت فشلها وقصورها عن تلبية الطلب المتزايد على السكن، وهذا لعدم وضع البرامج التمويلية حيز التنفيذ في كثير من الأحيان وتهميش المبادرة الخاصّة.

هذه الوضعية دفعت بالمشرّع إلى ضرورة إيجاد حلول مناسبة، حيث شكّلت الترقية العقارية بمبادرة الخواص أحد المحاور الجوهرية لقانون 86-07 المؤرخ في 04 - 03 - 1986م المتعلّق بالترقية العقارية، والذي يعتبر بداية لمبادرات الخواص للاستثمار في مجال السكن، وقد خطى المشرّع الجزائري من خلال هذا القانون خطوة كبيرة، عندما أشرك القطاع الخاص في هذا المجال، إلا أنّ الإجراءات الخاصّة والتعقيدات الإدارية التعجيزية، التي كانت تفرض حالت دون الاعتراف بصفة المرتقي العقاري للخواص، لذلك أعاد المشرّع تنظيم القطاع العقاري على أساس التغيرات السياسية والاقتصادية والاجتماعية التي عرفتها الجزائر بعد صدور دستور 1989م، والذي كرّس مبدأ الملكية الخاصّة التي تجسّدت فعلا بصدور قانون 90 - 25 المؤرخ في 18 نوفمبر 1990م المتضمّن التوجيه العقاري، حيث تضمّن أحكاما جديدة تحرّر المعاملات العقارية والتي كانت في قانون 07/86 حكرا على المؤسسات العمومية، كذلك جاء القانون 10/90 المؤرخ في 14 أبريل 1990م المتعلّق بالنقد والقرض، والذي منح البنوك الاستقلالية والحرية في منح القروض، عكس ما كان عليه في ظل القانون 07/86، والذي كان ينص على التحديد التلقائي المسبّق لمبلغ القرض المسموح بمنحه للمتعامل العقاري، ومن ثمّ بدأت تتحرّر المعاملات العقارية من كلّ القيود الإدارية ومن احتكار البلديات، كذلك جاء المرسوم التشريعي 93 - 12 المتضمّن ترقية الاستثمار وغيره من القوانين والمراسيم وقوانين المالية المتتابعة، التي فتحت المجال أمام تحرير الحياة الاقتصادية وحرية المؤسسات، ثمّ القانون 90 - 29 المتعلّق بالتهيئة العمران وصولاً إلى المرسوم التشريعي 93 - 03 المؤرخ في 01 - 03 - 1993م المتعلّق بالنشاط العقاري، والذي أعطى بعثا جديدا للقطاع الخاص في البناء والسكن، ملغيا في طريقه أحكام القانون 86 - 07 بموجب المادة 30 منه.

وقد انفرد هذا المرسوم بتنظيم خاص لعقد البيع بناءً على التصميم، وبالرغم من أنّ ممارسة هذه الصيغة كانت واسعة، إلا أنّها طرحت العديد من الإشكالات العملية لغموض ونقص التنظيم الخاص بها في ظل هذا المرسوم التشريعي، الذي اختصر نصوص القانون 86 - 07 الخمسون في اثنان وثلاثون مادة تميزت بالغموض كما أنّها لا تتناسب وأهمية هذا النشاط، ونتيجة للعيوب والنقائص التي تضمّنها هذا

المرسوم تمّ إلغاؤه بموجب القانون رقم: 11 - 04 المؤرخ في 17 - 02 - 2011م المحدّد للقواعد التي تنظّم نشاط الترقية العقارية، والذي استهدف ضبط المركز القانوني للمرفقي العقاري وفك الأزمة الخانقة للمقتنين في المجال العقاري، من خلال تكريس حماية جنائية لهم نظرا لأنّ أحكام عقد بيع العقار في القانون المدني والمرسوم التشريعي 93-03 الملغى، لم توفر الحماية الكافية للمقتنين من الضرر الناتج عن أساليب النصب والاحتيال والتواطؤ، التي يتعرضون لها من قبل المحترفين في المجال العقاري.

هذه الإرهاصات القانونية دفعتني إلى البحث في هذا العقد وما يقابله في الفقه الإسلامي، محاولةً لإيجاد صورة له ما يمكننا من القياس عليها، وبالتالي وضعه في ميزان الشرع لمعرفة جوازه من عدمه، وبيان مدى ملائمته للمقاصد الشرعية وخصوصيات المجتمع الإسلامي؛ ذلك أنّ عقد البيع بناءً على التصميم من العقود التي لم يعرفها الفقه الإسلامي بهذه الصورة ولم يفرد لها أحكاما خاصّة، وهو ما يتطلّب ضرورة تكييفه لمعرفة أحكامه، ومن هذا المنطلق جاءت هذه الدراسة بعنوان: "عقد البيع بناءً على التصميم" - دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري -، لتبرز نظرة كل من الفقه الإسلامي والقانون الجزائري لهذا العقد.

إشكالية البحث:

- يثير موضوع البحث جملة من التساؤلات، يمكن بيانها ضمن الإشكالية الرئيسية الآتية:
- كيف نظّم المشرّع الجزائري عقد البيع بناءً على التصميم؟ وما هو موقف الفقه الإسلامي من هذا العقد؟
 - و تندرج تحت هذه الإشكالية عدّة تساؤلات فرعية هي:
 - ما مفهوم عقد البيع على التصميم، وماهي أبرز خصائصه؟
 - ماهي الطبيعة القانونية لهذا العقد، خصوصا وأنّه يظهر لأول وهلة عند تفحص أحكامه أنّه عقد مركب من عقدين (عقد البيع وعقد المقاولة)؟
 - كيف يمكن تكييفه في الفقه الإسلامي، وما مدى التوافق بينه وبين الصورة المقابلة له في الفقه الإسلامي المزمع القياس عليها وبناء جهة المقارنة عليها؟
 - ثمّ ما مدى مشروعيته؟
 - ماهي شروط وأركان هذا البيع؟ وهل هي موافقة لما جاء في الفقه الإسلامي أم مخالفة؟
 - ماهي وضعية المشتري في هذا البيع إزاء الملكية مادام البيع على التصميم فقط؟ وكيف لنا نقل ملكية شيء لم يوجد بعد؟

مقدمة

- وماذا عن التزامات طرفي عقد البيع بناءً على التصميم وجزاء الإخلال بها؟ هل هذه الالتزامات مشتركة بين هذا العقد وبين التزامات أطراف العقد الذي يقابله في الفقه الإسلامي؟ وإن لم تكن كذلك هل لهذه الالتزامات وجزاءات الإخلال بها نظير في الفقه الإسلامي؟

- ماهي الضمانات القانونية التي كفلها القانون لحماية مشتري العقار بناءً على التصميم من جهة وحث البائع على تنفيذ التزاماته من جهة أخرى؟ وما مدى فعاليتها وكفايتها؟ ثم هل هي موافقة لأحكام الفقه الإسلامي؟

هذه الإشكالات وغيرها سيتناولها الموضوع بالتدليل والتحليل والنقد.

المنهج المعتمد:

إنّ طبيعة هذا البحث اقتضت مني الجمع بين أربعة مناهج هي: المنهج الاستقرائي، المنهج الوصفي، المنهج التحليلي، المنهج المقارن.

- **المنهج الاستقرائي:** كان ضروريا في جمع مادة هذا الموضوع و ترتيبها، وذلك بتتبع أقوال الفقهاء في الشريعة و القانون و آرائهم، ومن خلال استقراء الأحكام القانونية حول عقد البيع بناءً على التصميم مباشرة من النصوص القانونية المختلفة، واستقراء آراء الفقهاء حول مختلف المسائل من كتبهم ودراساتهم حول الموضوع أو ما يشابهه.

- **المنهج الوصفي:** ويظهر من خلال تحديد مفهوم عقد البيع بناءً على التصميم، وبرز أكثر أثناء إلحاق هذا العقد بالصورة المقابلة له في الفقه الإسلامي، وأثناء تتبعنا لمفهوم هذه الصورة لمعرفة مدى صحة هذا الإلحاق، كذلك كثر استخدامه في معرض الحديث عن خصائص العقد، وفي كل ثنايا البحث.

- **المنهج التحليلي:** استخدمته لتحليل الأقوال و النصوص الواردة في الموضوع، سواءً ما تعلق منها بالفقه الإسلامي أو القانون .

- **المنهج المقارن:** بما أنّ الدراسة مقارنة فإنّ هذا المنهج كان حاضرا في العديد من ثنايا البحث، حيث تمّ من خلاله المقارنة بين ما جاء به المشرّع الجزائري وما ورد في الفقه الإسلامي بخصوص موضوع البحث .

أهمية الدراسة:

يمكن أن نلخص أهمية الدراسة فيما يأتي:

- 1- إنّ موضوع البيع بناءً على التصميم من المواضيع ذات الأهمية الكبيرة، نظرا لارتباطه الوثيق بحياة الإنسان وواقعه المعاش، خصوصا في ظل الحاجة الملحة للسكن، والذي لا يستطيع المواطن البسيط امتلاكه.
- 2- حداثة عقد البيع بناءً على التصميم وخصوصيته، الأمر الذي جعل غالبية الناس يجهلون أحكامه، إلا أنّ سعيهم الدائم للحصول على سكن مهما كلفهم من ثمن، يجعلهم ضحية لبعض المعاملات غير النزيهة من قبل القائمين على هذا النشاط بمراحله، مما يستوجب بيان مواطن الحماية والضمانات المقررة في هذا العقد بموجب النصوص القانونية.
- 3- كما أنّ لهذا الموضوع أهمية كبيرة في اجتماع رأس المال مع العمل لحل كثير من الأزمات وخاصة أزمة السكن، حيث يساهم عقد البيع بناءً على التصميم في تلبية أهم مطلب اجتماعي يتمثل في التخفيف من حدة أزمة السكن، والتيسير على المشتري في امتلاكه لمسكن قبل الانجاز، بما يلائم قدراته الشرائية وظروفه وامكانياته المادية.
- 4- تتجلى أهمية هذه الدراسة أيضا، في معرفة مدى مساهمة المشرع الجزائري للتطور الذي يلازم المجال العقاري خصوصا ما تعلق منه بالبيع .
- 5- ومّا يزيد الموضوع أهمية التطرق إليه في إطار الدراسات المقارنة، التي تهدف إلى الموازنة بين معالجته من وجهة نظر تشريعيين مختلفين هما الفقه الإسلامي و القانون الجزائري.

أسباب إختيار الموضوع:

- هناك أسباب عديدة دعنتي للبحث و الكتابة في موضوع " عقد البيع بناءً على التصميم"، يمكن إجمالها فيما يلي:
- 1- اهتمامي الخاص ورغبتي الملحة لدراسة المواضيع المتعلقة بالقانون الخاص، وبالذات العقود الخاصة الجديدة التي ترتبط بالميدان العقاري، لما لها من علاقة وثيقة بالواقع الذي نعيشه .
 - 2- قلة الدراسات والأبحاث العلمية التي تناولت الموضوع، خصوصا فيما يتعلق بالجانب الشرعي منه، فالموضوع - حسب اطلاعي - لم يأخذ حقه من الدراسة العلمية المفردة خاصة بعد التعديلات الأخيرة للقوانين التي تنظم النشاط العقاري.

- 3- ما عرفه عقد البيع بناءً على التصميم من إقبال سواء من طرف المرقين العقارين أو من قبل المقتنين، إلى جانب اهتمام المشرع به وحرصه على تماشي أحكام هذا العقد مع متطلبات الأفراد وحالتهم المادية، كون المشتري لا يستطيع عادة أن يدفع الثمن كاملاً مرة واحدة .
- 4- ما يثيره هذا العقد من إشكالات عملية وقانونية، فرغم تدخل المشرع للإلمام بأحكامه في العديد من المرات، إلا أنه في بعض الجوانب لا نجد له نصاً قانونياً و لا اجتهاداً قضائياً يبين أحكامه.
- 5- و بحكم التخصص فقد أردت أن أبحث عن التكييف الشرعي لهذا العقد الجديد وبالتالي بيان حكمه الشرعي، وذلك حتى يكون الناس على بينة من أمرهم أثناء الإقدام عليه.

أهداف الدراسة:

- ترمي هذه الدراسة إلى تحقيق جملة من الأهداف يمكن إنجازها فيما يأتي:
- 1- تحديد المرجعية الفقهية والتكييف الشرعي والقانوني لعقد البيع بناءً على التصميم، وكيفية الاستفادة منه في الاستثمار في ضوء مقاصد الشريعة ومصالح العباد.
 - 2- بيان أحكام هذا العقد في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، حتى يصبح التعامل به خال من المخالفات الشرعية والقانونية.
 - 3- تقديم مادة علمية مدعمة بنصوص فقهاء الشريعة والقانون، وبيان أدلتهم و حججهم في الموضوع، موثقة من مصادرها و مظاهرها الأصلية.
 - 4- محاولة طرح بعض الاقتراحات والحلول، قصد سد النقص الذي يكون قد أغفله المشرع الجزائري.
 - 5- إبراز مدى موافقة أو مخالفة الفقه الإسلامي للقانون الجزائري، فيما يتعلق بأحكام عقد البيع بناءً على التصميم و الآثار المترتبة عليه، والبحث في إمكانية الاستفادة من أحكام الفقه الإسلامي لتدعيم أحكام عقد البيع بناءً على التصميم.

الدراسات السابقة:

بالرغم من الأهمية التي يعترها موضوع "عقد البيع بناءً على التصميم"، إلا أنه لم تتم دراسته بشكل جامع معمق ومستوفي - حسب اطلاعي - ، خاصة بعد صدور القانون 11 - 04 وخصوصاً فيما يتعلق بالمقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، وذلك نظراً لحدائته. وهذا ما شكّل دافعاً قوياً لاختياره، والعمل بالتركيز على النصوص التشريعية و التنظيمية المنظمة له، و ربطها بالواقع.

مقدمة

فبعد البحث في الفهارس والدوريات استطعت الوقوف على بعض الدراسات، التي ساعدتني على بناء البحث، ولفتت انتباهي إلى إشكاليته السابقة الطرح، وهي كالآتي:

- **الدراسة الأولى:** دراسة قانونية بعنوان " عقد بيع العقار بناءً على التصاميم - دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والفرنسي " للباحث عياشي شعبان، وهي عبارة عن رسالة دكتوراه في القانون الخاص بكلية الحقوق في جامعة الإخوة منتوري قسنطينة، 2011 - 2012م، وقد قسّمها الباحث إلى بابين تناول في الباب الأول الطبيعة القانونية لعقد بيع العقار بناءً على التصاميم وإبرامه وفي الباب الثاني آثار عقد البيع بناءً على التصاميم، ومن باب الأمانة العلمية؛ فإنّ هذه الدراسة كانت لي عوناً في إعداد بحثي هذا خصوصاً بإحالي إلى المصادر والمراجع، وإن كانت في أغلبها دراسة قانونية اعتمد فيها الباحث المقارنة بين القانون الجزائري والقانون الفرنسي، وما يلاحظ على هذه الدراسة أيضاً أنّ الباحث لم يركّز على القانون 11 - 04 لسنة 2011م المحدّد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، وهذا بخلاف دراستنا التي سترتكز أساساً على القانون الجزائري مقارنة بالفقه الإسلامي، كما أنّ طريقة عرض المعلومات ومنهجية الدراسة تختلف، إذ نحن في دراستنا اعتمدنا على الأسلوب المباشر لعرض المعلومات، لكن في ثنايا هذه الأطروحة كثيراً ما تستوقفنا الخلافات الفقهية.

- **الدراسة الثانية:** دراسة فقهية هي عبارة عن كتاب لكاسب بن عبد الكريم البدران بعنوان "عقد الاستصناع في الفقه الإسلامي"، وهذا الكتاب أصله رسالة ماجستير تحتوي على كم هائل من المعلومات المتعلقة بعقد الاستصناع في الفقه الإسلامي، حيث تناوله الباحث على خلاف باقي الدراسات في الموضوع، والتي تكتفي بذكر التعريف والمسائل الخلافية في عقد الاستصناع ولا تحيطه بالتفصيل المعمق لدراسة العقود، بينما هو جمع بين الاثنين في هذا الكتاب، و الخصوصية التي تميّز دراستنا عن هذه الدراسة بالإضافة إلى الجانب القانوني وإلى الموضوع الرئيسي الذي هو عقد البيع بناءً على التصاميم، هي أنّ دراسة عقد الاستصناع ما وردت في هذه الدراسة إلاّ على سبيل المقارنة بينهما، ومعرفة مدى موافقة البيع بناءً على التصاميم لروح وأحكام الشريعة، والتي يكون مفتاحها الفقه الإسلامي وأحد عقودها .

- **الدراسة الثالثة:** هي دراسة قانونية متمثلة في مذكرة لليل شهادة الماجستير للأستاذة نسيم بوجنان تحت عنوان: "عقد البيع بناءً على التصاميم في القانون الجزائري"، نوقشت هذه الرسالة بجامعة أبو بكر بلقايد بتلمسان سنة 2009م، اعتمدت هذه المذكرة كذلك على التقسيم الثنائي للخطة إلى فصلين، الأول

تناولت فيه تكييف عقد البيع على التصاميم وتكوينه والثاني تحدّثت عن آثاره، ورغم أنّ هذه الدراسة تتداخل مع دراستنا في العديد من النقاط لكنها تختلف كثيرا عنها فمثلا التقسيم الثنائي للرسالة هو نفس تقسيمنا، لكن المحتوى والتفريع يختلفان كثيرا وكذلك النقاط المركز عليها في كل مبحث، إضافة إلى أنّ هذه الدراسة اعتمدت على القوانين القديمة والتي أصبحت ملغاة بغيرها في الوقت الراهن، لذا فالاعتماد عليها لم يتعدّى التحليلات الفقهية، والأمور الأساسية التي لم تتغير بموجب القوانين الجديدة.

فالملاحظ على هذه الدراسات أنّها دراسات قانونية أو شرعية فقهية بحتة، فلا يوجد في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة في هذا الموضوع وإنّما درسه فقهاء الشريعة الإسلامية في باب المعاملات المالية، لذلك فقد حاولت معالجة جوانب أخرى لم يتطرق إليها الباحثين خصوصا في الفقه الإسلامي، حيث لم أقف في هذه الدراسات على تكييف لعقد البيع بناءً على التصميم في الفقه الإسلامي، ولم يتناول الباحثين الجزاءات المترتبة على إخلال كل من البائع والمشتري بالتزاماته، وبالتالي فإنّ طبيعة تناولي للموضوع مختلفة عن هذه الدراسات حيث اقتصرت على القانون الجزائري في الغالب، وفق التعديلات الأخيرة للقوانين المنظمة للنشاط العقاري خصوصا القانون 11 - 04 المتعلّق بالنشاط العقاري، والذي خلت منه أغلب الدراسات المشار إليها سابقاً، كما أنّي لم أتطرق إلى العديد من النقاط التي أشارت إليها هذه الدراسات لعدم التكرار، إضافة إلى أنّ دراستي تكون مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، فالإضافة التي تقدّمها هذه الدراسة: هي تكميل ما ظهر من النقص في الدراسات السابق ذكرها، بالإضافة إلى التأصيل والضبط لهذا العقد في ضوء مقاصد الشريعة ومصالح العباد، ينتهج في ذلك الباحث الجمع بين القانون والفقه في دراسة مختلف أحكام هذا العقد الحديث .

المنهجية المعتمدة :

بالنسبة لمنهجيتي في البحث فكانت كالآتي:

- قسّمت البحث إلى فصلين، وكل فصل إلى مباحث، وكل مبحث إلى مطالب، وكل مطلب إلى فروع، وتحت كل فرع أبدأ ب: أولا، ثانيا، ثالثا، ...، ثم تحت أولا: 1، 2، 3، ...، ثم: أ، ب، ج، ...
- قدّمت الجانب القانوني على الجانب الشرعي، وذلك نظرا لطبيعة الموضوع كونه قانوني، إذ لا يمكن تأصيله في الفقه الإسلامي إلّا بعد بيان صورته في القانون، ثمّ المقارنة بما جاء في الفقه الإسلامي.
- عزوت الآيات القرآنية في الهامش، بذكر اسم السورة ورقم الآية وذلك على رواية حفص عن عاصم.

- قُمت بتخريج الأحاديث النبوية وذلك بالرجوع إلى كتب الحديث التسع المعتمدة في التخريج مثل: الصحيحين (البخاري ومسلم)، وغيرها من السنن (النسائي، أبو داود، الترمذي، ابن ماجه)، مع أنني إذا خرّجت الحديث من البخاري ومسلم اكتفيت، أمّا إذا خرجته من غيرهما اتبعته بذكر درجة الصحّة.

- أحلت في الهامش إلى الكتب التي اعتمدها في بحثي، حرصاً على الأمانة العلمية ونسبة الآراء والأقوال إلى أصحابها، مع كتابة كل معلومات النشر عند ذكر المصدر أو المرجع لأول مرة، أمّا إذا لم توجد بعض هذه المعلومات أشير إلى ذلك بالرموز (د.ن، د.م، د.ط، د.ت) أي : د.ن : إذا لم نذكر دار النشر، د.م : لعدم ذكر المكان، د.ط : لعدم وجود رقم الطبعة، ود.ت : لانعدام التاريخ، وعند تكرار الكتاب مرة أخرى على التوالي أشرت إليه بعبارة (المرجع نفسه)، فإذا فصل بينهما مصدر أو مرجع آخر ذكرت المؤلف وعنوان الكتاب واتبعته بعبارة (المرجع السابق)، مع الملاحظة أنّه إذا كان الاقتباس حرفياً، وضعت النصّ المقتبس بين شولتين، أمّا إذا كان غير حرفي استغنيت عنهما.

- وقد فرّقت بين المصادر والمراجع على أساس زمني، حيث أطلقت مصطلح (المصدر) على كتب المتقدمين، ومصطلح (المرجع) على كتب المتأخرين.

- لمّا كان العقد محل الدراسة هو عقد بيع، ونظراً لحدائته وما ينطوي عليه من طبيعة خاصّة فإنني أحيل بخصوص كل ما لم يرد بشأنه حكم خاص إلى القواعد العامة لعقد البيع، و التي تعمّقت في تفصيلها العديد من المؤلفات، وأرجع أحياناً إلى قوانين أخرى خصوصاً أحكام القانون الفرنسي الذي له السبق في تقرير هذه الصيغة من البيوع، للاستفادة منها في هذا الشأن كلّما اقتضت الضرورة.

- التزمت كتابة اسم المؤلف كاملاً عند ذكره أول مرة، فإذا تكرّر ذكره اكتفيت باسم الشهرة إن كان من المتقدمين، أمّا إذا كان من المتأخرين خاصّة مؤلفي الكتب القانونية فأكتب الاسم كاملاً.

- فيما يخصّ المواد القانونية، فإنني إذا ذكرت مادة من قانون معين لأول مرة أشرت في الهامش إلى رقم القانون والتاريخ الذي صدر فيه، ثمّ ما يتضمّنه ذلك القانون والجريدة الرسمية التي نشر فيها، فإذا ذكرت مادة من نفس القانون مرة أخرى، أشير في المتن إلى رقم أو اسم القانون دون إعادة ذكر رقم القانون وما يتضمّنه في الهامش.

- ترجمت لمعظم الأعلام الذين أوردت أقوالهم وآراءهم، حيث استعنت في ذلك بكتب التراجم أحرص في ذلك على ترجمة كل عالم من مظان كتب مذهبه، ثمّ أتبعه بكتب التراجم العامة والمعاصرة، أمّا إذا لم

مقدمة

أجد ترجمة للعلم في مظان مذهبه، فإنّي أعتمد في ترجمته كتب التراجم العامة والمعاصرة، باستثناء أنّي لم أترجم للصحابة، والخلفاء الراشدين، وأصحاب المذاهب الفقهية الأربعة، ورواة الحديث، وذلك لشهرتهم، وكذلك من تعدّر علي التعريف بهم من القانونيين والمعاصرين.

- شرحت المصطلحات التي لها علاقة بالبحث، وكذا المفردات والألفاظ التي قد يصعب فهمها ما أمكن، مستعين في ذلك بكثير من المعاجم والقواميس مثل: لسان العرب لابن منظور، القاموس المحيط للفيروز آبادي، تاج العروس للزبيدي... الخ.

- ذيلت البحث بفهارس للآيات القرآنية، والأحاديث النبوية الشريفة، والأعلام، والمصادر والمراجع، وبعض الملاحق التي تكمل الدراسة، وأخيرا فهرس الموضوعات التي احتواها البحث، ورتبتها حسب ما هو معهود في مثل هذه الدراسات الأكاديمية.

خطة البحث:

قصد تحقيق الأهداف المرجوة من البحث والإجابة عن الإشكالية الرئيسية والتساؤلات الفرعية المشار إليها سابقا، اعتمدت في هذا البحث على الخطة الثنائية حيث اشتمل على مقدمة و فصلين و خاتمة.

- المقدمة تضمّنت: التعريف بالموضوع، وإشكاليته، وأهميته، والأسباب التي حملتني على اختياره، وأهدافه، ومنهج الدراسة، والدراسات السابقة، ومنهجية الدراسة، وخطة البحث.

- أما الفصل الأول فقد خصّصته لماهية عقد البيع بناءً على التصميم، وقسمته إلى ثلاثة مباحث تناولت في المبحث الأول مفهوم عقد البيع بناءً على التصميم، وفي المبحث الثاني تكييف عقد البيع بناءً على التصميم في الفقه الإسلامي، أما المبحث الثالث فقد تناولت فيه أركان عقد البيع بناءً على التصميم.

- أما الفصل الثاني فقد خصّصته لآثار عقد البيع بناءً على التصميم، وقد قسمته هو الآخر إلى ثلاثة مباحث، تناولت في المبحث الأول التزامات طرفي عقد البيع بناءً على التصميم، وفي المبحث الثاني الجزاءات المترتبة عن الإخلال بهذه الالتزامات، وأما المبحث الثالث فقد تناولت فيه الضمانات الخاصة والمستحدثة في عقد البيع بناءً على التصميم.

- و ختمت البحث بخاتمة تضمّنت أهم النتائج والتوصيات .

- الفصل الأول -

- ماهية عقد البيع بناءً على التصميم -

المبحث الأول : مفهوم عقد البيع بناءً على التصميم

المبحث الثاني : كيفية عقد البيع بناءً على التصميم في الفقه
الإسلامي

المبحث الثالث : أركان عقد البيع بناءً على التصميم

تمهيد وتقسيم:

يُعتبر عقد البيع بناءً على التصميم من أهمّ الموضوعات حديثة في مجال الترقية العقارية¹، سواءً من حيث التنظيم القانوني أو الممارسة الميدانية، فهو من الصيغ التعاقدية الحديثة التي فرضها الواقع العملي في عدد من المجتمعات، الأمر الذي جعل أحكامه مجهولة لدى الكثير من الناس من جهة، كما أنّ المتعاملين في الترقية العقارية ينظرون إليه على أنّه نشاط يثير عدّة مخاطر من جهة أخرى، خاصّة وأنّ المشرع أفردّه بأحكام متميزة، ممّا يستدعي البحث فيه وبيان أحكامه، قصد إزالة هذا اللبس عنه.

ولأنّ هذا العقد حديث وطبيعة هذه الدراسة مقارنة، سنحاول التأسيس الفقهي والشرعي لهذا العقد، ومقارنته مقارنة رأسية مع الأصل المقيس عليه في الفقه الإسلامي، لكن قبل ذلك لا بد من التعرّف على هذا العقد من الناحية القانونية لكي يحصل لنا عنه تصور عام، يتسنى لنا عبره إعطاءه التكييف المناسب في الفقه الإسلامي. لذلك فإنّ دراسة هذا الموضوع تستوجب البحث أولاً في مفهوم عقد البيع بناءً على التصميم، ثمّ البحث في التكييف الفقهي له من طرف فقهاء الشريعة الإسلامية قصد بيان حكم هذا النوع من البيوع، للوصول إلى أركانه في القانون و الفقه الإسلامي. وتحقيقاً لهذا الغرض ستفرّع دراستنا لهذا الفصل إلى ثلاثة مباحث وفقاً لما يأتي:

المبحث الأول: مفهوم عقد البيع بناءً على التصميم

المبحث الثاني: تكييف عقد البيع بناءً على التصميم في الفقه الإسلامي

المبحث الثالث: أركان عقد البيع بناءً على التصميم

¹ - يعدّ حديثاً رغم مرور 24 سنة منذ صدور أول تشريع له بالجزائر بالمقارنة مع غيره من العقود، ومع تاريخ أول ظهور له.

المبحث الأول: مفهوم عقد البيع بناءً على التصميم

على غرار عقد البيع المنصوص عليه في القواعد العامة، يعتبر عقد البيع بناءً على التصميم من المواضيع ذات الأهمية البالغة، والتي تستحق أن تحظى بدراسة خاصة ومفصلة، حيث أنّ هذا العقد يعتبر متميّز وله من الخصوصية ما يجعله يخرج عن القواعد العامة لعقد البيع في كثير من أحكامه، وخصوصية هذا العقد تجعله يثير العديد من الإشكالات النظرية والتطبيقية، لذلك فإنّه قبل الولوج في البحث، لا بد أولاً من تحديد وضبط عنوان البحث، وبيان المقصود بعقد البيع بناءً على التصميم، وأهم خصائصه، للوصول إلى تكييفه القانوني، كما أنّنا سنميز هذا العقد عن غيره من العقود المشابهة له في القانون، لنتمكن من الوصول إلى التصور الحقيقي لهذا العقد حتى يتسنى لنا من خلاله إعطاءه التكييف الشرعي، لذلك ارتأيت تقسيم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب، أتناول في المطلب الأول تعريف عقد البيع بناءً على التصميم وبيان خصائصه، وفي المطلب الثاني تكييف عقد البيع بناءً على التصميم في القانون، وفي المطلب الثالث تمييز عقد البيع بناءً على التصميم عن غيره من العقود المشابهة، وذلك وفقاً للآتي:

المطلب الأول: تعريف عقد البيع بناءً على التصميم وبيان خصائصه

نتناول في هذا المطلب تعريف عقد البيع بناءً على التصميم في فرع أول، ثمّ نتطرق إلى بيان خصائصه في فرع ثاني، وفقاً للآتي:

الفرع الأول: تعريف عقد البيع بناءً على التصميم

قبل التطرّق إلى تعريف عقد البيع بناءً على التصميم باعتبار مركباً إضافياً، يجدر بنا تعريفه باعتبار مفرداته، حيث جاء المصطلح الذي لُقّب به هذا العقد مركباً من ثلاث مفردات، اثنين كل منهما يشكّل مصطلح له أحكام ثقيلة في المنظومة القانونية، والثالث يعبر عن خصوصية العقد، لذلك ارتأيت أن أتطرق لتعريف تلك المصطلحات تفصيلاً (أولاً) ثمّ تعريف عقد البيع بناءً على التصميم جملة (ثانياً)، وفقاً لما يلي:

أولاً: تعريف عقد البيع بناءً على التصميم باعتبار مفرداته

جاء في المادة 28 من القانون 11-104¹ الذي يحدّد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية: "عقد البيع على التصاميم... هو العقد الذي...". بناءً على هذه المقطعات يتبيّن لنا أنّ تسمية هذا العقد تتكوّن من

¹ - القانون رقم: 11-104 المؤرخ في 17 فيفري 2011م، المحدّد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 14، السنة 2011 م .

المصطلحات الآتية: **العقد، البيع، التصاميم**، وعلى هذا سيكون تعريفنا لهذا العقد باعتبار مفرداته بتعريف هذه المصطلحات الثلاث، ومعرفة من خلال التعريف المعنى الذي تضيفه على هذا العقد، وما المعاني التي تخرج من العقد بما كونها قيوداً له، لذا سنتناول تعريف العقد، ثم تعريف البيع، ثم تحديد المقصود بالتصميم الذي يكون بناءً عليه.

1 - تعريف العقد:

للقوف على مفهوم العقد نقوم بتعريفه أولاً من الناحية اللغوية، ثم من الناحية الاصطلاحية في كل من الفقه الإسلامي والقانون، وذلك وفق الآتي:

أ - العقد في اللغة:

العقد لغة: نقيض الحلّ، وهو من الفعل عَقَدَ يَعْقِدُ عَقْدًا وَتَعَقَّدًا¹، ومنه قوله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾². وقد جاء العقد في لغة العرب على عدّة معاني أهمّها:

✓ **الرَبْطُ والشَّدُ والإِحْكَامُ**: ومن ذلك قولنا: عقد الحبل والعهد والبيع أي: شَدُّه وربطه وأحكم في ربطه³، جاء في معجم مقاييس اللغة: " العين والقاف والبدال أصلٌ واحدٌ يدلُّ على شَدِّ وشِدَّةٍ وثُوقٍ..."⁴. ولعلّ هذا هو الأصل عند إطلاق العقد في اللغة، أمّا بقية المعاني فهي تؤوّل إليه.

✓ **المُلَازِمَةُ**: ومنه قول العرب: فلان عقد قلبه على الشيء إذا لزمه⁵، ومن ذلك ما جاء في قول - النبي صلّى

¹ - محمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسيني الزبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، تحقيق: مجموعة محققين، دار الهداية، د.م، د.ط، د.ت، الجزء 08، ص 394، وينظر: جمال الدين أبو الفضل محمد بن مكرم ابن منظور، لسان العرب، دار صادر، بيروت، لبنان، الطبعة 03، 1414 هـ، الجزء 03، ص 296.

² - سورة المائدة، الآية: 01.

³ - أبو نصر إسماعيل بن حماد الجوهري، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار، دار العلم للملايين، بيروت - لبنان، ط4، 1987م، الجزء 2، ص 510، - ابن منظور، لسان العرب، المصدر السابق، الجزء 3، ص 298.

⁴ - أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني، معجم مقاييس اللغة، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، بيروت، لبنان، د.ط، 1979م، الجزء 04، ص 86.

⁵ - محمد بن علي الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، المكتبة العلمية، بيروت، د.ط، د.ت، الجزء 2، ص 408، وينظر: الجوهري، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، المصدر السابق، الجزء 02، ص 510.

الله عليه وسلّم :- " الخَيْلُ مَعْقُودٌ فِي نَوَاصِيهَا الْخَيْرُ إِلَى يَوْمِ الْقِيَامَةِ"¹، أي: أَنَّ الْخَيْرَ مَلَازِمًا لَهَا كَأَنَّهُ مَعْقُودٌ فِيهَا².

✓ الإيجاب والإبرام والإلزام: قال ابن فارس³: "وعقدة النكاح وكل شيء: وجوبه وإبرامه، والعقدة في البيع: إيجابه"⁴. ولعلّ هذا الاستعمال أقرب الوجوه للمعنى الاصطلاحي للعقد، وهو المقصود في بحثنا.

ب - العقد في الاصطلاح: وسنعرّفه في اصطلاح الفقه الإسلامي أولاً، ثم في الاصطلاح القانوني ثانياً.

✓ تعريف العقد في الفقه الإسلامي: يُطلق العقد في الفقه الإسلامي على معنيين؛ عام وخاص: أمّا

المعنى العام فهو كل ما يلتزمه الإنسان على نفسه، سواءً أكان ذلك في العبادات - كاليمين - أم المعاملات، وسواءً كان من طرفين، كالبيع والإجارة والزواج أم من طرف واحد كالنذر والعتق⁵؛ أي أنّ هذا المعنى يتناول الالتزام مطلقاً، سواءً من شخص واحد أو من شخصين، ويشمل حينئذ ما يسمّى في المعنى الضيق أو الخاص عقداً، كما يشمل ما يسمّى تصرفاً أو التزاماً. فالعقد بالمعنى العام ينتظم جميع الالتزامات الشرعية، وهو بهذا المعنى يرادف الالتزام⁶.

وأما المعنى الخاص الذي يراد هنا حين الكلام عن نظرية العقد، فقد عرّفته مجلة الأحكام العدلية في المادة 103 حيث جاء فيها: "العقد التزام المتعاقدين وتعهّدُهُما أمرٌ وهو عبارة عن ارتباط الإيجاب بالقبول"⁷. وهذا التعريف هو الغالب الشائع في عبارات الفقهاء.

¹ - محمد بن إسماعيل البخاري، الجامع المسند الصحيح المختصر المعروف بصحيح البخاري، تحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر، كتاب: الجهاد والسير، باب: الخيل معقود في نواصيها الخير إلى يوم القيامة، رقم الحديث: 2849، دار طوق النجاة، بيروت، لبنان، ط1، 1422 هـ، الجزء: 04، ص 28.

² - ابن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، دار المعرفة، بيروت، لبنان، د. ط، 1379 هـ، الجزء: 6، ص 54.

³ - هو أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا بن محمد بن حبيب القزويني ثم الرازي، من أئمة اللغة والأدب ولد سنة 306 هـ وتوفي سنة 395 هـ، وقيل سنة 390 هـ من مؤلفاته: المحمل في اللغة، مقاييس اللغة، ينظر: - جلال الدين عبد الرحمان السيوطي، بغية الوعاة في طبقات اللغويين والنحاة، تحقيق: محمد أبو الفضل إبراهيم، دار الفكر، د. م، ط2، 1979م، الجزء1، ص 352. - خير الدين الزركلي، الأعلام، دار العلم للملايين، بيروت، لبنان، ط15، 2002م، الجزء1، ص193.

⁴ - ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، المصدر السابق، الجزء 04، ص 86.

⁵ - أبو عبد الله شمس الدين القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، تحقيق: أحمد البردوني وإبراهيم اطفيش، دار الكتب المصرية، القاهرة، مصر، ط2، 1964م، الجزء06، ص33.

⁶ - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق - سورية، د.ن، ط4، الجزء4، ص2918.

⁷ - لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية، مجلة الأحكام العدلية، تحقيق: نجيب هوويني، نور محمد كراتشي، د.م، د.ط، د.ط، د.ت، ص29.

✓ **تعريف العقد في القانون:** عرّفه القانون المدني الجزائري¹ في المادة 24، حيث جاء فيها: "العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص نحو شخص أو عدّة أشخاص آخرين بمنح أو فعل، أو عدم فعل شيء ما". فالعقد في القانون المدني هو توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني معين، سواءً أكان هذا الأثر إنشاء التزام، كالثمن في البيع، أم نقله كما في الحوالة. كما عرّفه السنهوري بقوله: "هو اتفاق إرادتين على إنشاء حق أو نقله، أو على إنهائه"².

وبهذا القيد الذي وضعه له المشرّع الجزائري؛ أي كونه عقد نخرج من الاختلاف الفقهي القانوني أو الشرعي حول حقيقة البيع بناءً على التصميم هل هو عقد أم وعد؟ أو هو وعد ابتداءً وعقد انتهاءً؛ بل هو عقد منذ صدور الإيجاب والقبول إلى غاية حيازة البناية وتملكها، وستبرز طبيعته العقدية أكثر عندما نتناول باقي عناصر البحث.

2 - تعريف البيع: نتطرّق إلى معنى البيع من الناحية اللغوية، ثم تعريفه من الناحية الاصطلاحية في كل من الفقه الإسلامي والقانون.

أ - البيع في اللغة: البيع في اللغة مبادلة شيء بشيء، جاء في تاج العروس: "باعه يبيعه بيعًا ومبيعًا وهو شاذ والقياس مَبَاعًا إذا باعه وإذا اشتراه"³.

والبيع لغة: من أسماء الأضداد مثل الشراء، أي يطلق على كل من المتعاقدين أنّه بائع، لكن إذا أطلق البائع: فالمتبادر إلى الذهن باذل السلعة⁴، فنقول: اشترت بمعنى بعت ونقول: بعت بمعنى اشترت، **قَالَ تَعَالَى: ﴿وَشَرَوْهُ بِثَمَنٍ بَخْسٍ دَرَاهِمَ مَعْدُودَةٍ وَكَانُوا فِيهِ مِنَ الزَّاهِدِينَ﴾**⁵، وشروه في الآية بمعنى باعوه.

ونقول بعت الشيء: اشتريته، والابتياح الاشتراء، وأباعه: أي عرضه للبيع، وباعه مبيعة: عقد معه البيع، والبيوع: بفتح الباء وضم الياء: الماهر بالبيع⁶.

ب - البيع في الاصطلاح: وهنا كذلك نتطرّق إلى تعريف البيع في اصطلاح فقهاء الشريعة أولاً، ثم في الاصطلاح القانوني ثانياً.

¹ - الأمر رقم: 58-75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975م، المتضمن القانون المدني الجزائري، الجريدة الرسمية، العدد 78، المعدّل والمتّمم بالقانون رقم: 07-05 المؤرخ في 13 مايو 2007م، الجريدة الرسمية العدد: 31 .

² - عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت - لبنان، ط2، 1998م، الجزء1، ص77.

³ - الزبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، المصدر السابق، الجزء 20، ص 365.

⁴ - ابن منظور، لسان العرب، المصدر السابق، الجزء 08، ص25.

⁵ - سورة يوسف، الآية: 20.

⁶ - إبراهيم مصطفى وآخرون، المعجم الوسيط، دار الدعوة، القاهرة - مصر، د.ط، د.ت، الجزء1، ص79.

✓ تعريف البيع في الفقه الاسلامي: تنوعت وتعدّدت تعاريف الفقهاء للبيع باختلاف مذاهبهم الفقهية، فعرفه الحنفية بأنه: "مبادلة المال بالمال بالتراضي بطريق الاكتساب"¹. وعرفه المالكية بتعريفين: الأول تعريفه بالمعنى العام، والثاني تعريفه بالمعنى الخاص. فأرادوا بالمعنى العام ما يشمل البيع المطلق، أي: مبادلة العين بالثمن، والمقايضة، والسلم، والصرف والمراطلة²، والشركة، والأخذ بالشفعة، وهبة الثواب بالعوض³، لذلك فقد عرفوه بأنه: "عقد معاوضة على غير منافع ولا متعة لذة"⁴. وأطلقوه بالمعنى الخاص: على البيع المطلق، فزادوا على التعريف السابق قيودًا حيث عرفوه بأنه: "عقد معاوضة على غير منافع ولا متعة لذة ذو مكايسة أحد عوضه غير ذهب ولا فضة معيّن غير العين فيه"⁵. وعرفه الشافعية بأنه: "مقابلة المال بمال أو أو نحوه تمليكًا"⁶. أمّا الحنابلة فعرفوه بأنه: "مبادلة مال ولو في الذمة، أو منفعة مباحة بمثل أحدهما على التأبيد غير ربا وقرض"⁷.

✓ تعريف البيع في القانون: عرف المشرّع الجزائري عقد البيع في المادة 351 من القانون المدني، حيث جاء فيها: "البيع عقد يلتزم بمقتضاه البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقًا ماليًا آخر في مقابل ثمن نقدي". كما عرفه فقهاء القانون بعدة تعاريف منها:

- عرفه السنهوري بأنه: "عقد ملزم للجانبين إذ هو يلزم البائع بأن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقًا ماليًا آخر، ويلزم المشتري بأن يدفع للبائع مقابلًا لذلك ثمنًا نقديًا"⁸.

1 - محمد بن محمد بن محمود الباري، العناية شرح الهداية، دار الفكر، بيروت - لبنان، ط 2، 1992م، الجزء 04، ص 501.

2 - الفرق بينها وبين الصرف عند المالكية: أنّ المراطلة بيع ذهب أو فضة بجنسه، والصرف هو بيع أحد النقيدين بغير جنسه. ينظر:

- محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الفكر، بيروت، لبنان، د.ط، د.ت، الجزء 02، ص 02.

3 - هبة الثواب هي الهبة في نظير عوض دنوي. ينظر: - شمس الدين أبو عبد الله بن عبد الرحمن الطرابلسي المعروف بالحطاب الرّعي،

مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، دار الفكر، بيروت - لبنان، ط 3، 1992م، الجزء 04، ص 443.

4 - الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، المصدر السابق، الجزء 3، ص 02. وينظر: - محمد بن عبد الله الخرشبي، شرح مختصر

خليل، دار الفكر، بيروت - لبنان، د.ط، د.ت، الجزء 05، ص 04.

5 - الخرشبي، شرح مختصر خليل، المصدر السابق، الجزء 5، ص 04-05.

6 - النووي، المجموع شرح المهذب، دار الفكر، بيروت، لبنان، د.ط، د.ت، الجزء 9، ص 149.

7 - منصور بن يونس بن صلاح الدين البهوتي، كشاف القناع عن مخ الإقناع، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، د.ط، د.ت، الجزء 3،

ص 146.

8 - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني (البيع والمقايضة)، دار إحياء التراث العربي، القاهرة - مصر، د.ط، د.ت، الجزء

4، ص 21.

- وعرفه جميل الشرقاوي بأنه: "عقد يتم به الاتفاق على نقل حق "وهو غالبا حق الملكية" من البائع إلى

المشتري، نظير مبلغ من النقود يسمّى الثمن يؤدّيه المشتري"¹.

- وعرفه إسماعيل غانم بأنه "عقد يقصد به طرفاه أن يلتزم أحدهما وهو البائع بأن ينقل ملكية شيء أو

حقًا ماليًا آخر في مقابل التزام الطرف الثاني وهو المشتري بثمن نقدي"².

ومن هذه التعاريف يتبيّن لنا أنّ البيع لا ينتج أثرًا بسيطًا، بل هو ذو أثر مزدوج يتضمّن نقل الحق من جانب البائع إلى المشتري، كما يتضمّن قيام المشتري بالوفاء بالثمن إلى البائع نظير تلقي الحق المبيع.

وتبعًا لما قلناه حول طبيعته العقدية - أثناء تعريفنا للعقد - فإنّ هذا العقد هو نوع من أنواع العقود المستحدثة عمليًا وقانونيًا، لذا أحتلّف فيه تحت أي نوع من العقود يندرج هل هو بيع أم مقاوله؟ وبهذا القيد-البيع- نُخرج من ذلك الخلاف الفقهي، فنقول أنّ المشرّع الجزائري صرّح بأنّ هذا العقد بيع، رغم طبيعته الخاصّة وما يتميز به من أحكام وخصائص خاصّة، تخالف القواعد العامة المعروفة في عقد البيع، و توافق تلك المعروفة في عقد المقاوله. وهذا ما سيتضح من خلال تناولنا للتكييف القانوني لهذا العقد.

ج - تعريف التصميم: للوقوف على المقصود بالتصميم نقوم بتعريف هذا المصطلح من الناحية اللغوية أولاً، ثم من الناحية الاصطلاحية.

✓ **التصميم في اللغة:** التصميم على وزن تفعيل من (صمّم)، والتصميم المراد هنا لم يكن معروفًا من قبل بمعناه هذا؛ بل كانوا يطلقون على مثل هذا المعنى لفظ الرسم أو الابتكار أو الابتداء، ممّا يدلّ على أنّه حقيقة عرفية لا علاقة لها بالمعنى اللغوي، لذلك لم نجد معنى لهذا المصطلح في معاجم اللغة العربية المتقدمة، وقد جاء في معجم اللغة العربية المعاصرة: "صمّم على، صمّم في يُصمّم، تصميمًا، فهو مُصمّم، والمفعول مُصمّم، صمّم المهندس البناء: رسمه وخطّط له"³. وعليه فالمعنى المقصود في بحثنا هو الرسم والتخطيط.

¹ - جميل الشرقاوي، شرح العقود المدنية "البيع والمقايضة"، دار النهضة العربية، القاهرة - مصر، د.ط، د.ت، ص 17.

² - إسماعيل غانم، مذكرات في العقود المسماة "عقد البيع"، دار النهضة العربية، مصر، د.ط، 1958م، ص 09.

³ - أحمد مختار عبد الحميد عمر، معجم اللغة العربية المعاصرة، عالم الكتب، بيروت - لبنان، ط 1، 2008م، الجزء 02، ص 1320، وقد ذكر هذا المعجم تعريفًا اصطلاحيًا للتصميم على أنّه: "رسم تخطيطي لعمل طباعي يمثل العمل تمثيلًا دقيقًا بكامل شكله ومظهره". المصدر نفسه، الجزء 2، ص 1321، وهذا التعريف يمثل نوع من أنواع التصميم.

✓ التصميم في الاصطلاح¹: هو الرسم والمواصفات التي يجري العمل على مقتضاها². وتُسمى هذا البيع بعقد

البيع بناءً على التصميم³ أو عقد البيع على التصميم⁴؛ لأنّ المشتري يعاين محل العقد في مخطّط، حيث يحدّد هذا الأخير كل مواصفات المبيع قبل وجوده على أرض الواقع⁵.

ويجب أنّ نشير في هذا الصدد إلى أنّ الشخص الذي يعهد إليه في وضع التصميم والرسوم والنماذج، لإقامة العقار يسمّى بالمهندس المعماري⁶، وقد عرّفه المشرّع الجزائري في القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 15/05/1988م⁷، على أنّه: "كل شخص طبيعي أو معنوي تتوافر فيه الشروط والمؤهلات والكفاءات التقنية والوسائل اللازمة الفنية في مجال البناء لصالح رب العمل، وذلك بالتزامه إزاء هذا الأخير على أساس الغرض المطلوب وأجل محدّد ومقاييس نوعية، وذلك تحت مسؤوليته الكاملة وفي إطار الالتزامات التعاقدية التي تربطه بصاحب المشروع". كما نجد أنّ المشرّع الجزائري أطلق تسمية "المتدخلون في الهندسة المعمارية" في القانون رقم: 04 - 06 المؤرخ في 14 أوت 2004م، المتعلق بشروط الإنتاج المعماري وممارسة مهنة المهندس المعماري⁸،

1 - وهنا سنكتفي بالاصطلاح القانوني فقط، لأنّ المشرّع الجزائري هو صاحب التسمية وهي غير معروفة في الفقه الإسلامي.

2 - مجمع اللغة العربية، معجم القانون، الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية، القاهرة- مصر، د. ط، 1460هـ-1999م، ص72.

3 - تسميته حسب المرسوم التشريعي رقم: 03/93 المؤرخ في 01 مارس 1993م، المتعلّق بالنشاط العقاري، الجريدة الرسمية العدد 14 الصادرة بتاريخ 03 مارس 1993م.

4 - تسميته حسب القانون رقم: 11-04، المحدّد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية.

5 - نسيمّة بوجنان، عقد البيع بناءً على التصميم في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2009م، ص12.

6 - المهندس المعماري حسب التعبير الفرنسي، كلمة "Architecte" هي كلمة مشتقة من الكلمة الإغريقية "Arkhiton"، وهي تتكون من مقطعين، الأول: "Arkhi" وتعني الهيمنة والرفعة بمعنى السيد. والثاني: "tektion" وتعني العمال؛ أي تأتي بمعنى: رئيس أو سيد العمال. ينظر في ذلك: عبد الرزاق حسين ياسين، المسؤولية الخاصة بالمهندس المعماري ومقاول البناء، جامعة أسبوط، ط1، 1987م، ص412.

7 - قرار وزاري مشترك مؤرخ في 15 ماي 1988م، يتضمّن كفاءات تنفيذ الأشغال في ميدان البناء، الجريدة الرسمية 43 المؤرخة في 26/10/1988م، معدّل ومتمّم بالقرار الوزاري المشترك المؤرخ في 04 جويلية 2001م.

8 - القانون رقم: 04 - 06 المؤرخ في 27 جمادى الثانية 1425هـ الموافق ل: 14 أوت 2004م، المتعلق بشروط الإنتاج المعماري

وممارسة مهنة المهندس المعماري، الجريدة الرسمية العدد 51، والذي تضمّن إلغاء المواد من 50 إلى 55 من المرسوم التشريعي رقم:

94 - 07 المؤرخ في 7 ذي الحجة 1414هـ الموافق ل: 18 ماي 1994م، والمتعلق بشروط الإنتاج المعماري وممارسة مهنة المهندس

المعماري، الجريدة الرسمية رقم 32.

على مجموعة الأشخاص المساهمين في عملية البناء، وقسمهم إلى ثلاثة أصنافهم: صاحب المشروع¹، وصاحب المشروع المنتدب²، وصاحب العمل³، وهو المهندس المعماري حسب التصور الوارد في هذا القانون، وذلك دون أن يعرفه، غير أنه من تعريفه للمهندسة المعمارية في المادة 02 من نفس القانون بنصها: "المهندسة المعمارية هي التعبير عن مجموعة من المعارف والمهارات المجتمعة في فن البناء كما هي انبعاث لثقافة ما وترجمة لها". يظهر لنا أنّ مهنة المهندس المعماري تتطلب بالإضافة إلى القدرة على الابتكار والإبداع، وضع الرسومات والنماذج بما يتناسب مع ظروف البيئة وثقافة المجتمع⁴.

وقد أوجب المشرّع اللجوء إلى المهندس المعماري من أجل تصميم ورسم الأبنية والتخطيط لها في المشاريع الخاضعة لرخصة البناء، وهو ما نصت عليه المادة 55 من القانون 90 - 29⁵ المتعلق بالتهيئة والتعمير، حيث جاء فيها: "يجب أن يتم إعداد مشاريع البناء الخاضعة لرخصة البناء من طرف مهندس معماري ومهندس في الهندسة المدنية معتمدين معا، في إطار عقد إدارة المشروع. يحتوي المشروع المعماري على تصاميم ووثائق تبين موقع المشروع وتنظيمه وحجمه ونوع الواجهات وكذا مواد البناء والألوان المختارة التي تبرز الخصوصيات المحلية والحضارية للمجتمع الجزائري...".

وعليه نخلص إلى أنّ المهندس المعماري هو الشخص المختص في هندسة البناء في البيع بناءً على التصميم، والقادر على إعداد الرسومات والتصميمات الهندسية والإشراف على تنفيذها، وهذه المهنة يغلب عليها العنصر الفكري.

ثانياً: تعريف عقد البيع بناءً على التصميم باعتباره مركباً إضافياً

¹ - يقصد بصاحب المشروع حسب نص المادة 07 من القانون 06.04 السابق: كل شخص طبيعي أو معنوي يتحمل بنفسه مسؤولية تكليف من ينجز أو يحول بناءً ما يقع على قطعة أرضية يكون مالكا لها أو يكون حائزا حقوق البناء عليها طبقا للتنظيم والتشريع المعمول بهما.

² - يقصد بصاحب المشروع المنتدب حسب نص المادة 08 من نفس القانون السالف الذكر: كل شخص طبيعي أو معنوي يفوضه صاحب المشروع قانونا للقيام بإنجاز بناء ما أو تحويله.

³ - يقصد بصاحب العمل حسب نص المادة 09 من نفس القانون: كل مهندس معماري معتمد يتولى تصور البناء ومتابعته.

⁴ - زهرة بن عبد القادر، نطاق الضمان العشري للمشيدين، دراسة مقارنة بين التشريعين الجزائري والفرنسي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة - الجزائر، 2008 - 2009م، ص 125 - 126.

⁵ - القانون رقم: 90 - 29 المؤرخ في 14 جمادى الأولى سنة 1414هـ الموافق ل: 01 ديسمبر 1990م، المعدل والمتّم بالقانون

رقم: 04 - 05 المؤرخ في 27 جمادى الثانية سنة 1425هـ الموافق ل: 14 أوت 2004م، المتعلق بالتهيئة والتعمير، الجريدة الرسمية العدد

لإعطاء مفهوم صحيح وواضح لعقد البيع بناءً على التصميم، ارتأيت دراسة هذه النقطة من خلال التقسيم الآتي:

1 - التعريف التشريعي لعقد البيع بناءً على التصميم:

يُعتبر عقد البيع بناءً على التصميم *Le vent sur plan* أو عقد بيع العقار في طور الإنجاز ¹ *Le vent en état future d'achèvement*، من البيوع العقارية التي كان للمشرع الفرنسي السابق في إقرارها² تحت اسم بيع العقار في طور الإنجاز *vente d'immeuble à construire*، حيث اعتبره عقدًا من العقود المسماة بموجب القانون رقم: 03/67 المؤرخ في 03/01/1967م المعدل بالقانون رقم: 547/67 وبالقانون 12/78 المؤرخ في 04/01/1978م، وقد عرّفته المادة 1 - 1601 من القانون المدني الفرنسي بأنه: "العقد الذي يلتزم بمقتضاه البائع ببناء عقار خلال مدة يحددها العقد"³.

كما عرّفه المشرع المغربي في الفصل 1 - 618 من القانون رقم: 12 - 107 المتضمن تغيير وتتميم القانون رقم: 44-00 المتعلق ببيع العقار في طور الإنجاز و المتمم بموجبه الظهير الشريف الصادر في 12 أوت 1913م بمثابة

1 - وهذه تسمية المشرع المغربي، ينظر في ذلك القانون رقم: 00 - 44 المتعلق ببيع العقار في طور الإنجاز، المتمم بموجبه قانون الالتزامات والعقود، الصادر في: 03 أكتوبر 2002م، المنشور في الجريدة الرسمية للمملكة المغربية العدد: 5054 بتاريخ: 07 نوفمبر 2002م. إلا أن الترجمة المقابلة لها باللغة الفرنسية توحى بغير ذلك المصطلح *vent en état future d'achèvement*، والتي تعني البيع العقاري الموقوف على شرط الإنهاء مستقبلاً لأشغال البناء.

² - لقد أقرّ المشرع الفرنسي طريقة بيع العقار في طور الإنجاز *vente d'immeuble à construire*، وأخضعه لكيفيتي بيع: أ. **البيع الآجل *vente à terme*** وفيه يلتزم مالك مشروع البناء بنقل ملكية المبنى عند تمام البناء، غير أنّ الملكية تنتقل بأثر رجعي من وقت التعاقد لا من تاريخ تمام البناء، ولا يلتزم المشتري بدفع أي قسط من الثمن قبل تمام البناء، لكن بمقدور المتعاقدين الاتفاق على أن يودع المشتري باسمه وديعة نقدية مصرفية كضمان لصاحب المشروع بدفع الثمن عند تمام البناء، وهو يقابله عقد حفظ الحق في القانون 04/11، **ب. البيع المستقبلي *vent en état future d'achèvement*** وفيه تنتقل الملكية حسب التقدم في أعمال البناء، مقابل دفع المشتري لقسط معين من الثمن عن كل عمل يتمّ إنجاز، وهو ما يقابله عقد البيع بناءً على التصميم في القانون 04/11، وعليه فإنّ البيع بناءً على التصميم في القانون الجزائري هو العقد المستقبلي في القانون الفرنسي. ينظر في ذلك:

- Malinvaud Philippe et autres, Droit de la promotion immobilière, Dalloz, 8 Edition, Paris, 2009, p377.

³ - l'article : 1601-01 du droit civil français prévoit que : « la vente d'immeuble à construire est celle par laquelle le vendeur s'oblige à édifier un immeuble dans un délai déterminé par le contrat ».

قانون الالتزامات والعقود¹، والذي جاء فيه: "يعتبر يباع لعقار في طور الإنجاز كل اتفاق يلتزم بمقتضاه البائع بإنجاز عقار داخل أجل محدد ونقل ملكيته إلى المشتري مقابل ثمن يؤديه هذا الأخير تبعاً لتقدم الأشغال".
وبالنسبة للمشرع الجزائري فإنه لم يعرف هذه التقنية من البيوع إلا حديثاً مقارنة بالتشريع الفرنسي، وذلك من خلال المرسوم التشريعي رقم: 03/93 المؤرخ في 01/03/1993م والمتعلق بالنشاط العقاري، أما في ظل القانون 07/86 المؤرخ في 04/03/1986م المتعلق بالترقية العقارية²، فقد نصّ المشرع على بيع العقار قبل إنجازها وذلك في الفصل السادس منه، خاصة في المادتين 29 و30، إلا أنه لم يحدد بدقة خصائص وشروط هذا العقد، والتزامات أطرافه والضمانات الممنوحة للمستفيدين. حتى أن المشرع لم يكن دقيقاً في تسمية هذا العقد فالفصل السادس من القانون 07/86 عنوانه عقد حفظ الحق، وفي نص المادة 1/29 من نفس الفصل ذكر المشرع اصطلاح "البيع بناءً على مخططات"، وذكر في الفقرة الثانية من نفس المادة عبارة "البيع بناءً على تصاميم"³، أما في الفقرة الأولى من نص المادة 30 من نفس الفصل ذكر مصطلح "البيع الآجل"⁴، لذلك فقد ألغى المشرع هذا القانون بموجب المرسوم التشريعي 03/93 السابق، وبالرغم من ذلك فإنه لم يضع تعريفاً لهذا البيع ضمن مواد هذا المرسوم، وقد تدارك هذا الأمر في القانون رقم: 04/11 الذي يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، والذي ألغى أحكام المرسوم التشريعي 03/93، حيث جاء تعريف عقد البيع بناءً على التصميم في المادة 28 من هذا القانون بنصّها: "عقد البيع على التصاميم لبناية أو جزء من بناية⁵ مقرر بناؤها أو

¹ - الجريدة الرسمية للمملكة المغربية العدد 6440 الصادرة في 09 جمادى الأولى 1437هـ الموافق لـ: 18 فبراير 2016م.

² - القانون رقم: 07/86 المؤرخ في 03 مارس 1986م، المتعلق بالترقية العقارية، الجريدة الرسمية العدد 10، لسنة 1986م.

³ - نصّ المادة 29 من القانون رقم: 07/86 المتعلق بالترقية العقارية على أنه: "يمكن الهيئة العمومية التي يحولها قانونها الأساسي لإنجاز عمليات الترقية العقارية أن تقترح البيع بناءً على مخططات تمت الموافقة عليها طبقاً لقواعد البناء التي تأمر بها المصالح المكلفة بالتعمير. كما يمكن المكتب لإنجاز إحدى عمليات الترقية العقارية الذي يستوفي قانوناً جميع الحقوق والالتزامات المتعلقة بها أن يقترح البيع بناءً على تصاميم تمت الموافقة عليها طبقاً لقواعد البناء التي تأمر بها المصالح المكلفة بالتعمير والمستخلصة من دفتر الشروط".

⁴ - تنص المادة 1/30 من نفس القانون السابق على: "يجب أن يسبق كل تنازل في إطار البيع الآجل تحرير عقد حفظ الحق الذي يحدد منواله النموذجي بالطرق التنظيمية".

⁵ - لم يحدد المشرع الجزائري المقصود بجزء من بناية، لكن يمكن للبائع أن يتفق مع المشتري بتشييد جزء من البناء إلى حد معين طبقاً للتصميم المتفق عليه على أن يتم هذا الأخير عملية التشييد وتكفل بالمساحات النهائية مثل الدهان، الديكور والزخرفة، أو يتفق معه على تشييد الطابق الأول طبقاً للتصميم المبرمج على أن يكمل المشتري عملية إنجاز الطابق الثاني لوحده. فيمكننا اعتبار هذا الإنجاز جزءاً من بناية. مسكر سهام، التزامات المرقى العقاري المترتبة على بيع السكنات الترقية، أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في القانون، تخصص قانون عقاري وزراعي، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري بقسنطينة، 2015-2016م، ص 337.

في طور البناء، هو العقد الذي يتضمّن ويكرّس تحويل حقوق الأرض وملكية البناءات من طرف المرقّي العقاري ولفائدة المكتتب موازاة مع تقدم الأشغال، وفي المقابل يلتزم المكتتب بتسديد السعر كلما تقدم الإنجاز، يحدّد نموذج عقد البيع على التصاميم عن طريق التنظيم".

وما يلاحظ على هذه المادة أنّها عرّفت عقد البيع بناءً على التصميم من حيث آثاره، حيث اعتبرته عقداً منشئاً للالتزام بنقل الملكية وذلك بعد اتّخاذ الإجراءات القانونية اللازمة لترتيب هذا الأثر¹.

كما أنّ هذه المادة لم تعرّف عقد البيع بناءً على التصميم تعريفاً دقيقاً ولم تحدّد طبيعة هذا العقد وخصائصه التي تميزه عن عقد بيع العقار العادي المنظّم بأحكام القانون المدني، فتعريف المادة 28 السابق حدّد محل عقد البيع بناءً على التصميم وركّز على بيان التزامات وحقوق طرفي العقد.

فقد كان لازماً من المشرّع بيان ميزة هذا العقد، والتي تجعلنا نميز بينه وبين عقد البيع الوارد على عقار اكتمل إنجاز².

لكن الباحث يرى أنّه بالنظر إلى التزامات أطراف العقد التي حدّدتها المادة السابقة (نقل الملكية والوفاء بالثمن) نجدتها تشكل في حدّ ذاتها ميزة لعقد البيع بناءً على التصميم بصفة عامة، فالالتزام الأساسي والجوهري الذي يقع على عاتق المرقّي العقاري هو الالتزام بتحويل حقوق الأرض وملكية البناءات لفائدة المكتتب وهو المشتري، وفي المقابل يقع على عاتق المشتري تسديد الثمن كلّما تقدم الإنجاز.

ونلاحظ أيضاً أنّ المشرّع الجزائري في تعريفه لعقد البيع بناءً على التصميم أغفل التزام المرقّي العقاري بإقامة البناء المتفق عليه خلال المدة المحدّدة، فذلك يؤدّي إلى تماثل المرقّي العقاري في إنجاز البناء وتسليمها إلى المشتري، إلاّ أنّه ضبط هذه الالتزامات في الفصل الثالث من القانون 04/11 في موادّه من 42 إلى 49.

وهذا بخلاف تعريف المشرّع الفرنسي - السابق الذكر - والذي تضمّن عنصريّن أساسيين لهذا العقد الجديد، بحيث لا يوجد بيع بناءً على التصميم بدون أحدهما أو بدون أحدهما، وهما: التزام البائع بالبناء من ناحية، والمدة التي يجب أن يتمّ خلالها البناء من ناحية أخرى.

وبالنظر إلى التعريف يرى الباحث أنّ المشرّع الجزائري قد أحسن إلى حد بعيد في ضبطه وتعريفه لهذا النوع من البيوع، خاصّة وأنّه عقد جديد قد يعتريه اللبس والغموض وتتنازعه الأفكار والآراء، غير أنّ ما يعاب على هذه التسمية أنّها عبارة عامّة خصوصاً فيما يتعلّق بمحل الالتزام، فقد تفهّم على أنّها تشمل المنقول والعقار على

¹ - عائشة طيب، عقد البيع على التصميم في ظل القانون رقم 11-04، دراسات قانونية، مركز البصيرة للبحوث والاستشارات والخدمات التعليمية، العدد 13، دار الخلدونية، الجزائر، 2011 م، ص 61.

² - عواطف زرارة، التزامات المرقّي العقاري في عقد البيع بناءً على التصاميم وفق القانون 04/11، الملتقى الوطني: إشكالات العقار الحضري وآثارها على التنمية في الجزائر، المنعقد يومي: 17 و 18 فيفري 2013 بجامعة محمد خيضر بسكرة، كلية الحقوق، ص 03.

السواء كبيع السفينة مثلاً قبل البدء في بنائها أو آلة ميكانيكية كبيرة، لذلك فحسب اعتقادي جبداً لو جاءت التسمية "عقد بيع العقار بناءً على التصميم"، لتوضّح هذا الغموض وتبين محل الالتزام في هذا العقد، كما يعاب على هذا التعريف أيضاً أنه طويلاً نوعاً ما، حيث جاء مخالفاً لخصوصيات التعاريف التي يجب أن تكون مختصرة وموجزة وجامعة مانعة.

2 - المحاولات الفقهية في تعريف عقد البيع بناءً على التصميم:

إضافة إلى تعريف المشرّع لعقد البيع بناءً على التصميم، فقد حاول بعض فقهاء وشرح القانون إعطاء تعاريف لهذا العقد الحديث ، ومن هذه التعاريف:

التعريف الأول:

"هو عقد بيع عقاري محله 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 تحدّد قيمتها وآجال دفعها بالاتفاق"¹.

التعريف الثاني:

"هو ذلك العقد الذي يلتزم بموجبه المرقى العقاري ببيع بناية قبل تشييدها مع ضرورة نقل ملكيتها وقت إبرام العقد أي قبل الإنجاز، وفي المقابل يلتزم المشتري بدفع الثمن على أقساط"².

التعريف الثالث:

"هو كل اتفاق يلتزم البائع بمقتضاه بإنجاز عقار داخل أجل محدد، كما يلتزم فيه المشتري بأداء الثمن تبعاً لتقدم الأشغال ويحتفظ البائع بحقوقه وصلاحياته باعتباره صاحب المشروع إلى غاية انتهاء الأشغال"³.

التعريف الرابع:

"هو العقد الرسمي المسجل والمشهر الذي يتم فيه تمليك لعقار لم يشيّد بعد أو مازال في طور الإنجاز للمشتري أو جزء من البناء، بمجرد شهر العقد سواءً محل استعمال سكني أو تجاري أو حرفي، ويلتزم بمقتضاه البائع بصفته

¹ - 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 البليدة، 2004، ص49.

² - نواره حميل، تقدير تقنية البيع على التصاميم، الملتقى الدولي حول الترقية العقارية يومي: 7 و8 فيفري 2006، جامعة قاصدي مبراح ورقلة، الجزائر، ص100.

³ - عبد الحق صافي، بيع العقار في طور الإنجاز، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء - المغرب، ط1، 2001 م، ص61.

مرقي عقاري بالإيجاز وإتمامه خلال الأجل المحدد في العقد وبالمواصفات المطلوبة والمطابقة لقواعد البناء والتعمير مع تقديم ضمانات تقنية ومالية كافية وأخيراً تسليم البناية للمشتري، بالمقابل يلتزم هذا الأخير بصفته المستفيد من البناية بدفع تسيقات ودفعات مجزأة على مراحل التشييد مضمومة من ثمن البيع بحسب الاتفاق الذي يوافق السعر التقديري المنصوص عليه في العقد، مع إمكانية مراجعته ويتسلم البناية¹.

التعريف الخامس:

" هو عقد يلتزم بموجبه البائع الذي يدعى المرقي العقاري بإيجاز بناية أو جزء من بناية للمشتري، مقابل ثمن تقديري يدفعه هذا الأخير بنسب محددة وفي آجال محددة أيضاً، وتسمى هذا البيع بعقد البيع على التصميم لأن المشتري يعاين محل العقد في مخطط، حيث يحدد هذا الأخير كل مواصفات المبيع قبل وجوده على أرض الواقع"².

التعريف السادس:

" هو البيع الذي يقع على عقار لم يشيد بعد، يلتزم البائع بمقتضاه بالإيجاز والالتزام بنقل الملكية للمشتري، هذه الطريقة تسمح للمشيد من الحصول على سيولة مالية تساعد في تجميع رأس مال المشروع، وذلك ببيع العقار قبل وأثناء مراحل الإنجاز"³.

والملاحظ على هذه التعاريف الفقهية أنّها أكثر توضيحاً لمفهوم هذا العقد، من ناحية كونه عقداً يقع على عقار في طور الإنجاز على خلاف عقد البيع العقاري العادي، الذي يرد على عقار غير مبني أو على عقار مبني اكتملت أشغاله، فوجه الاختلاف بين البيعين يتمثل في التزام البائع بتشيد البناء خلال أجل محدد وبمواصفات خاصة، فإذا توفر هذا الالتزام نكون أمام بيع لعقار بناءً على التصميم وإذا انعدم نكون أمام بيع عادي. كما يتبين لنا من خلال هذه التعاريف أنّ عقد البيع بناءً على التصميم هو بمثابة بيع يتأجل فيه التسليم إلى غاية الانتهاء من الأشغال، كما أنّ المشتري يؤدي الثمن أقساطاً تبعاً لتقدم الأشغال؛ أي التقدم في مراحل إنجاز المشروع، زيادة على احتفاظ البائع بحقوقه وصلاحياته باعتباره صاحب المشروع إلى غاية الانتهاء من الأشغال ودفع آخر قسط من الثمن.

¹ - سهام مسكر، بيع العقار بناءً على التصميم، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، قانون عقاري، كلية الحقوق، جامعة البلدة، 2006م، ص15.

² - علال قاشي، التزامات المرقي العقاري وجزاء الإخلال بها في عقد البيع على التصميم، الملتقى الوطني حول: الترقية العقارية في الجزائر الواقع والاتفاق، يومي 27 و 28 فيفري 2012، مطبعة جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، ص280.

³ - HDEFFINGER Baraton ,vente d'immeuble à construire , répertoire de droit civil , - 2éme édition, édition Dalloz, paris, 1988, P 12

وهذه التعريفات تنطبق على صيغتين هما: بيع محلات ترقية مدعمة من طرف الدولة le logement promotionnel aidé (LPA)¹، ويتم الحصول عليها بشروط محدّدة قانوناً²، ومحلات ترقية حرة غير مدعمة (le logement promotionnel (LP)، يشترط فيها القدرة على الدفع فقط، وسواء كانت هذه المحلات ذات استعمال سكني أو مهني، وهذا ما توضحه المادة 02 من القانون 11-04 المحدّد للقواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية التي تنصّ على: " يمكن أن تكون هذه المشاريع العقارية محلات ذات استعمال سكني أو مهني وعرضياً يمكن أن تكون محلات ذات استعمال حرفي أو تجاري"، إذن وتختلف الصيغتان في وجود التدعيم أو عدمه من طرف الدولة، لكن كلاهما يبيع على التصاميم يطبق عليه القوانين المنظمة لهذا العقد³.

ولو أنّنا نجد تركيز المشرّع الجزائري أثناء تنظيم هذا العقد على بيع المحلات السكنية فقط، وما يؤكد هذا الاتجاه هو نموذج عقد البيع على التصاميم الذي حدّده بموجب المرسوم التنفيذي 13-431 المحدد لنموذج عقد البيع على التصاميم⁴، إذ أنّه في هذا النموذج لم يرد ذكر إلاّ المحلات السكنية دون غيرها.

وعليه فمن خلال تعريف المشرّع الجزائري وتعريف بعض الفقهاء والباحثين في القانون لعقد البيع بناءً على التصميم، يرى الباحث أنّ كل تعريف منها ينظر إلى هذه الصيغة التعاقدية من زاوية فتارة يُعرّف من خلال المقابلة وجوهرها العمل أو البناء، وتارة يُعرّف من خلال البيع وجوهره نقل ملكية المبنى، وتارة أخرى يُعرّف من خلال التركيب بين البيع والمقابلة، كما أنّ هذه التعريفات ركّزت على العناصر الأساسية لهذا العقد وهي: محل البيع (عقار في طور الإنجاز)، أجل الإنجاز، وكذلك الالتزامات التعاقدية لكل من البائع والمشتري، وبناء على ذلك

¹ - وينظّم هذا القسم المرسوم التنفيذي رقم: 18 - 06 المؤرخ في 20 جانفي 2018م، يعدّل ويتّم المرسوم التنفيذي رقم: 10 - 235 المؤرخ في 05 أكتوبر سنة 2010م، الذي يحدّد مستويات المساعدة المباشرة الممنوحة من الدولة لاقتناء سكن جماعي أو بناء سكن ريفي أو سكن فردي منجز في شكل مجمع في مناطق محدّدة في الجنوب والهضاب العليا، ومستويات دخل طالبي هذه السكنات، وكذا كيفيات منح هذه المساعدة، الجريدة الرسمية العدد 02 الصادرة في 21 جانفي 2018م. حيث جاء في المادة 02 منه: "السكن الترقوي المدعم: سكن جديد ينجزه مرقي عقاري معتمد، جماعي أو فردي في شكل مجمع، موجه للطالبيين المؤهلين للحصول على المساعدة المباشرة التي تمنح في إطار أحكام هذا المرسوم". وعليه يعتبر السكن الترقوي المدعم في الجزائر le logement promotionnel aidé إحدى الصيغ الجديدة و التي تمّ استحداثها منذ 2010م من طرف السلطات العمومية الجزائرية عبر 48 ولاية، وقد شهدت هذه الصيغة طلباً هاماً وإقبالاً كبيراً من طرف أفراد المجتمع الجزائري.

² - وسيأتي تفصيل هذه الشروط في المبحث الثالث من هذا الفصل، عند تناولنا لأطراف عقد البيع بناءً على التصميم.

³ - نسيمة بوجنان، عقد البيع بناءً على التصاميم في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص5. وينظر: - سهام مسكر، التزامات المرقي العقاري المترتبة على بيع السكنات الترقية، المرجع السابق، ص6.

⁴ - المرسوم التنفيذي رقم: 13-431 المؤرخ في 18 ديسمبر 2013م، المحدد لنموذجي عقد حفظ الحق وعقد البيع على التصاميم للأملاك العقارية وكذا حدود سعر الملك موضوع عقد البيع على التصاميم ومبلغ عقوبة التأخير وأجالها وكيفيات دفعها، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 66، السنة 2013م.

فإنّه يمكن استخلاص تعريف شامل لهذا البيع بأنّه: "عقد بيع رسمي لعقار في طور الإنجاز، يلتزم بمقتضاه المرقى العقاري بجميع الضمانات القانونية في تشييد العقار وتمليكه إلى المشتري خلال مدّة زمنية متفق عليها، مقابل التزام هذا الأخير بالوفاء عن طريق دفع الثمن على حسب تقدم الأشغال".

الفرع الثاني: خصائص عقد البيع بناءً على التصميم

بعد أن تطرقنا لتعريف عقد البيع بناءً على التصميم، كان لازماً علينا تبيان أهم الخصائص التي يتميز بها هذا العقد، حتّى يتسنى لنا تكييفه في كل من القانون و الفقه الإسلامي وبالتالي معرفة حكم الشرع فيه ، حيث يتميز عقد البيع بناءً على التصميم بخصائص عامة يشترك فيها مع عقد البيع وفقاً للقواعد العامة والتي جاء بها الأمر رقم: 58-75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975م المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتّم (أولاً)، وخصائص أخرى ينفرد بها هذا البيع تخرج عن القواعد العامة جاءت بها القوانين المنظمة لنشاط الترقية العقارية (ثانياً)، وهذا ما سنبيّنه فيما يأتي:

أولاً: الخصائص العامة لعقد البيع بناءً على التصميم

يتضمّن عقد البيع بناءً على التصميم مجموعة من الخصائص التي يشترك فيها مع عقد البيع العادي وفقاً للقواعد العامة، ومن هذه الخصائص ما يلي:

1 - عقد البيع بناءً على التصميم من العقود المسماة:

وهي العقود التي وضع لها المشرّع تنظيمًا خاصًا بكل واحد منها¹، حيث تولّاه القانون بالتنظيم وأعطاه أسماء معينة، نظراً لشيوع استعمالها في الحياة العملية ولما تحظى به من أهمية خاصّة، وهذا التعريف دلّ على أمرين: أحدهما أنّ المعيار المعوّل عليه في تمييز العقود المسماة عن سواها من العقود غير المسماة هو التنظيم القانوني لها، والآخر أنّ هذه العقود لا تقتصر على القانون المدني، إذ توجد عقود مسماة في القانون التجاري وقانون العمل وغيرها من القوانين².

¹ - خليل أحمد حسن قداة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، د.ط، 2001م، الجزء 04، ص07.

² - و من هذه العقود: عقد النقل، عقد الوديعة النقدية، عقد إجارة الخزائن. ينظر: - علي هادي العبيدي، العقود المسماة - البيع والإيجار - وقانون المالكين والمستأجرين، دار الثقافة، عمان - الأردن، ط9، 2015م، ص17.

وبالرجوع إلى عقد البيع بناءً على التصميم نجد أنه من العقود المسماة؛ ذلك أنّ المشرع الجزائري نظّمه وبيّن أحكامه في المرسوم التشريعي 93-03 المتضمّن النشاط العقاري والملغى بموجب القانون 11-04 المحدّد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، وكذا المرسوم التنفيذي 94-158 الذي يحدّد نموذج عقد البيع بناءً على التصاميم، والملغى بموجب المرسوم التنفيذي 13-431 الذي يحدّد نموذجي عقد حفظ الحق وعقد البيع بناءً على التصاميم للأمولاك العقارية، والهدف من هذا التنظيم الخاص هو التيسير على الأفراد الذين غالباً ما يجهلون الأحكام القانونية الدقيقة لهذا العقد وحمائيتهم من تعسفات المرقى العقاري. وكذلك تيسير مهمّة القاضي في الفصل في النزاعات المعروضة عليه دون الرجوع إلى القواعد العامة، التي تتطلب جهداً كبيراً من القاضي عندما يريد تطبيقها على الحالات الخاصّة.

2 - عقد البيع بناءً على التصميم من العقود الشكلية:

لما كانت التصرفات العقارية عموماً تتطلب الشكلية لانعقادها وصحّتها²، وبما أنّ عقد البيع بناءً على التصميم يرد على عقار في طور الانجاز، فلا بد أن يكون عقداً شكلياً³، فبالإضافة إلى وجوب توافق كل من إرادة البائع والمشتري على إحداث أثر قانوني، يتمثل في التزام المشتري بدفع الثمن والبائع بنقل ملكية الشيء المبيع، وجب أيضاً توافر شروط شكلية، منها: الكتابة الرسمية للاتفاق وتسجيله وشهره لدى المصالح الإدارية المعنية، إذ يتم إبرام هذا العقد أمام الموثق حتّى يكتسب صفة الرسمية ويكون حجة على الغير، ثمّ يسجّل العقد أمام مصلحة الضرائب ويشهر في المحافظة العقارية. وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري حيث اشترط إفراغ عقد البيع بناءً على التصميم في الشكل المنصوص عليه في المرسوم التنفيذي 94-58 المؤرخ في 07 مارس 1994م، المحدد لنموذج عقد البيع بناءً على التصميم الملغى بواسطة المرسوم التنفيذي 13-431 المؤرخ في 18 ديسمبر 2013م الذي يحدّد نموذجي عقد البيع على التصميم وعقد حفظ الحق للأمولاك العقارية، حيث نص في المادة 34 من القانون 11-04 المحدّد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية على أنه: "يتمّ إعداد عقد البيع على التصاميم في الشكل الرسمي ويخضع للشكليات القانونية الخاصّة بالتسجيل والإشهار ويخص في نفس الوقت، البناء والأرضية التي شيّد عليها البناء".

¹ - المرسوم التنفيذي رقم: 58/94 المؤرخ في 07 مارس 1994م، المتعلّق بنموذج عقد البيع بناءً على التصاميم الذي يطبق في مجال الترقية العقارية، الجريدة الرسمية، العدد 13.

² - ينظر: المادة 324 مكرّر 01 من الأمر رقم: 75-58، المتضمّن القانون المدني الجزائري المعدّل والمتّم.

³ - وسيأتي التفصيل أكثر في الشكلية كركن من أركان عقد البيع بناءً على التصميم، في المبحث الثالث من هذا الفصل.

وهكذا فإنّ عقد البيع بناءً على التصميم يجب أن يكون عقدا شكليا؛ لأنّ الرضائية لا تكفي لوحدها لانعقاده، بل يجب إفراده في الشكل الرسمي الذي نص عليه القانون¹، فلا تنتقل الملكية إلّا من يوم شهر التصرف بالمحافظة العقارية .

3 - عقد البيع بناءً على التصميم ملزم للجانبين:

ينقسم العقد بصورة عامة من حيث أثره إلى قسمين: عقد ملزم لجانب واحد يكون فيه أحد المتعاقدين مدينا للآخر وهذا الأخير دائنا للأول، والقسم الثاني: هو العقد الملزم للجانبين، حيث يكون فيه كل متعاقد دائنا ومدينا في الوقت نفسه للمتعاقد الآخر²، لأنّ مثل هذا العقد ينتج التزامات متبادلة. ولما كان عقد البيع بصفة عامة هو عقد ملزم للجانبين حيث جاء في المادة 351 من القانون المدني الجزائري: "البيع عقد يلتزم بمقتضاه البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقا ماليا آخر في مقابل ثمن نقدي"، فإنّ البيع بناءً على التصميم عقد تبادلي ملزم للجانبين أيضا، حيث يلتزم فيه البائع بنقل الملكية للمشتري أمام الجهات المختصة وبضمان التعرض والاستحقاق والعيوب الخفية، فضلا عن التزامه ببناء العقار المتفق عليه وفقا للمواصفات المتفق عليها وخلال المدة المتفق عليها، ومن ثمة تسليمه للمشتري وضمان ما يحصل فيه من عيب وتهدم خلال المدة التي يحددها المشرع، كما يلتزم المشتري فيه بعدة التزامات تتمثل في دفع الثمن بموجب الأقساط المتفق عليها في مواعيدها واستلام العقار عند انتهاء البناء³.

ومن خلال هذه الخاصية يحق لكل طرف في عقد البيع بناءً على التصميم أن يمتنع عن تنفيذ التزاماته في حالة تخلف المتعاقد الآخر عن تادية التزامه المقابل، طبقا لقاعدة الدفع بعدم التنفيذ في العقود الملزمة للجانبين، وفي حالة المطل أي أن البائع أو المشتري امتنع أحدهما عن تنفيذ التزاماته من حق الطرف الآخر إجباره على التنفيذ، وإلا كان من حقه طلب فسخ العقد مع المطالبة بالتعويض⁴.

4 - عقد البيع بناءً على التصميم من العقود الفورية أم الزمنية:

¹ - وهذا الشكل الرسمي جاء به المرسوم التنفيذي رقم: 13 - 431 المؤرخ في 18 ديسمبر 2013م، المحدد لنموذجي عقد حفظ الحق وعقد البيع على التصاميم للأماك العقارية وكذا حدود سعر الملك موضوع عقد البيع على التصاميم ومبلغ التأخير عقوبة التأخير وآجالها وكيفيات دفعها، السابق الذكر.

² - محمد حسنين، نظرية الالتزام، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، د.ط، 1983م، ص 18. ينظر المواد: 55، 85 من الأمر رقم: 75 - 58، المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم.

³ - عواطف زرارة، التزامات المرقى العقاري في عقد البيع بناءً على التصاميم وفقا للقانون 04 / 11، المرجع السابق، ص 89 وما بعدها. وسيأتي تفصيل هذه الالتزامات في الفصل الثاني من هذا البحث.

⁴ - عبد الكريم بلعويور، نظرية فسخ العقد في القانون المدني الجزائري والمقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، د.ط، 1986م، ص 11.

ينقسم العقد من حيث دور الزمن فيه إلى عقد فوري وهو العقد الذي تتحدّد فيه التزامات الأطراف بمجرد ارتباط الإيجاب بالقبول، دون أن يكون الزمن عنصراً جوهرياً في تنفيذه، أي أنّ العقد الفوري يتحدّد محلّه مستقلاً عن الزمن، وإنّ الزمن إذا تدخل فيه فإنّما عنصراً عرضياً لا عنصراً جوهرياً لتحديد وقت التنفيذ¹.
وعكسه العقد المستمر أو الزمني، وهو العقد الذي يكون الزمن فيه عنصراً جوهرياً، بحيث تتحدّد به التزامات وحقوق أطرافه².

وبالرجوع إلى عقد البيع بناءً على التصميم نجد أنّ الزمن يعد عنصراً جوهرياً في تنفيذه، إذ يستلزم على البائع (المرقى العقاري) إتمام إنجاز المشروع خلال الأجل المحدّد في العقد، كما أنّ الثمن يعدّ عنصراً جوهرياً في تحديد ثمن العقار، لكن هل هذا يضيفي الصفة الزمنية على عقد البيع بناءً على التصميم؟
للإجابة على هذا السؤال يجب أن نبيّن أهمية التمييز بين العقد الفوري والزمني، والتي تكمن فيما يلي:

- العقود الزمنية قابلة للمراجعة بسبب الظروف الطارئة طبقاً للمادة 107 من القانون المدني الجزائري، مع إمكانية تطبيقها في العقود الفورية المتراخية التنفيذ، التي تتطلب فاصل زمني بين وقت إبرام العقد ووقت تنفيذه³.
- العقود الزمنية تستلزم زمناً لتنفيذها، في حين لا يؤثر الزمن على مقدار الالتزامات التي يربتها العقد على عاتق المتعاقدين.
- يرتّب الفسخ في العقود الفورية أثراً رجعيّاً في حين يترتّب في العقود الزمنية بأثر فوري⁴.

بناءً على هذه الخصائص يمكننا تحديد طبيعة عقد البيع بناءً على التصميم إن كان من العقود الفورية أو العقود الزمنية، من خلال الآتي:

فبالنسبة للخاصية الأولى: يخضع الثمن في عقد البيع بناءً على التصميم للمراجعة إذا طرأت ظروف استثنائية، وهذه الخاصية تطبق في العقود الزمنية والعقود الفورية إذا كانت متراخية التنفيذ.
كما أنّ عقد البيع بناءً على التصميم من العقود التي تحتاج مدة لتنفيذها، لأنّ عملية البناء يمكن أن تطول لمُدّة سنة أو سنتين على الأقل، وهذا ما يحقّق الخاصية الثانية.

¹ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة - مصر، 1964م، الجزء الأول، ص 166-167.

² - المرجع نفسه، الجزء الأول، ص 167.

³ - علي فيلاحي، الالتزامات - النظرية العامة للعقد - ، طبعة منقحة ومعدّلة، موفم للطباعة والنشر، الجزائر، 2008م، ص 377.

⁴ - المرجع نفسه، ص 70

أما بالنسبة للخاصية الثالثة المتعلقة بالفسخ، فقد نصّ المشرع الجزائري في المادتين 119 و120 من القانون المدني وكذلك في المرسوم التنفيذي 13-431 المحدد لنموذجي عقد حفظ الحق وعقد البيع على التصاميم للأموال العقارية، على إمكانية فسخ العقد من كلا الطرفين في حال عدم تنفيذ المتعاقد الثاني لالتزاماته، ويترتب على ذلك حق استرداد المبالغ المدفوعة من طرف المشتري واسترداد العقار محل الإنجاز من طرف المتعامل في الترقية العقارية، مما يؤدي إلى إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها وقت التعاقد، بمعنى أنّ للفسخ في عقد البيع بناءً على التصميم أثر رجعي مما يضيفي صفة الفورية عليه.

وعليه فإننا نخلص إلى أنّ عقد البيع بناءً على التصميم يقوم على تأجيل الالتزامات التعاقدية التي تتطلب لتنفيذها مرور فترة من الزمن، بمعنى أنّ الزمن يعدّ عنصراً جوهرياً في هذا العقد، وهي أهم خاصية في العقود الزمنية، كما يمكن مراجعة عقد البيع بناءً على التصميم في حالة وقوع أي حادث استثنائي، وهي خاصية يتميز بها كل من العقد الفوري والزمني على حد سواء، أما فيما يخص الفسخ الذي له أثر رجعي فهو يحقق خاصية العقود الفورية¹.

والملاحظ أنّ عقد البيع بناءً على التصميم يجمع بين خصائص العقد الفوري والعقد الزمني، إلا أنّ الباحث يرى أنّ هذا العقد يميل إلى العقود الفورية على أساس عدم وجود تقابل في الالتزامات من حيث التنفيذ، لأنّ تنفيذ المشتري لجزء من الالتزامات يدفع أحد الأقساط لا يقابله تنفيذ جزء من التزامات البائع، لأنّه لا يقوم بتسليم العقار المتفق عليه إلا بعد الانتهاء الكلي من عملية الإنجاز.

الأمر الذي دفع الفقه المصري إلى تبني هذا الرأي واعتبار عقد البيع تحت الإنشاء، المقابل لعقد البيع بناءً على التصميم في التشريع الجزائري، من العقود الفورية².

والباحث بدوره يؤيد هذا الرأي فتوافر خاصية الزمن فيه لا يعني أنّه عقد زمني، لأنّ أزمة السكن دفعت بالمشروع إلى إيجاد حل لهذه الأزمة، تتمثل في وضع صيغة جديدة للبيع يساهم فيها المشتري في عملية الإنجاز عن طريق دفع الثمن على أقساط خلال مرحلة الإنجاز، الأمر الذي أدّى إلى انفراد هذا العقد بخصوصية تميّزه عن عقد البيع المقرّر وفقاً للقواعد العامة، ضف إلى ذلك أنّ العقد الزمني يتطلّب تقابل الالتزامات من حيث الوجود والتنفيذ أمّا في عقد البيع بناءً على التصميم فإنّ المشتري يبقى ملتزماً بدفع الثمن على دفعات طويلة مرحلة الإنجاز، في حين لا يلتزم المرقى العقاري بتسليم البناية إلا بعد الانتهاء من الإنجاز، وهذا يعني عدم وجود تقابل في تنفيذ الالتزامات.

¹ - عائشة طيب، عقد البيع على التصاميم في ظل القانون 11-04، دراسات قانونية، المرجع السابق، ص 62.

² - محمد مرسي أبو زهرة، عقد البيع تحت الإنشاء - دراسة مقارنة بين القانون المدني المصري والفرنسي والكويتي - ، السيد عبد الله وهبة، القاهرة - مصر، ط 1، 1987م، ص 110.

5 - هل عقد البيع بناءً على التصميم من عقود الإذعان؟

إنّ الأصل في أي عقد أنّ المتعاقدين يبران بمراحل يناقشان خلالها أهم النقاط التي سيتم الاتفاق عليها في العقد المبرم، لكن هناك نوع من العقود لا تمر بهذه المراحل ولا تقبل المناقشة بين الطرفين وهي عقود الإذعان التي يعدّ فيها الموجب ذو الاحتكار القانوني أو الفعلي شروط محددة غير قابلة للتعديل أو المناقشة وبوجهها إلى الجمهور بقصد الانضمام إليه ويعرض بموجبها سلعة أو خدمة¹.

حيث يعرّف هذا العقد بأنّه: "العقد الذي يسلم فيه القابل بشروط مقرّرة يضعها الموجب و لا يقبل مناقشة فيها، وذلك فيما يتعلق بسلعة أو مرفق ضروري يكون محل احتكار قانوني أو فعلي، أو تكون المنافسة محدودة النطاق بشأنها"².

وقد نصّ المشرّع الجزائري على هذا العقد في المادة 70 من القانون المدني والتي جاء فيها: "يحصل القبول في عقد الإذعان بمجرد التسليم لشروط مقرّرة يضعها الموجب و لا يقبل المناقشة فيها". ونظرا للمركز القانوني الذي يتمتع به الموجب في هذا العقد فقد وقف المشرّع إلى جانب الطرف المدّعن وأحاطه بحماية خاصّة نصت عليها المواد 110، 2/112 من القانون المدني الجزائري³.

وهناك عدّة معايير وضعها الفقهاء لمعرفة ما إذا كان العقد من عقود الإذعان منها:

- أ - أن يكون الموجب في مركز اقتصادي متفوق، لما يتمتع به من احتكار فعلي أو قانوني، أو لكون المنافسة محدودة النطاق بالنسبة إليه، بحيث يجعله تفوقه قادرا من الناحية العملية على فرض شروطه على الطرف الآخر.
- ب - أن يتعلّق العقد بسلعة أو مرفق يعدّ من الضروريات الأساسية بالنسبة للمستهلك أو المنتفع، بحيث لا يستطيع الناس الاستغناء عنها في حياتهم⁴.

¹ - محفوظ بن حامد لعشب، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، ط7، 1990م، ص 31.

² - المرجع نفسه، ص 26.

³ - نصّت المادة 110 من القانون المدني الجزائري على أنّه: "إذا تمّ التعاقد بطريقة الإذعان، وكان قد تضمّن شروطا تعسفية، جاز للقاضي أن يعدّل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المدّعن منها، وذلك وفقا لما تقضي به العدالة ويقع باطلا كل اتفاق على = خلاف ذلك". ونصّت المادة 2/112 على: "غير أنّه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المدّعن".

⁴ - جلال علي العدوي، أصول الالتزامات، مصادر الالتزام، منشأة المعارف الإسكندرية، مصر، د.ط، 1997م، ص55. و ينظر:

- محمد حاتم البيات، أيمن محمد أبو العيال، القانون المدني المقارن بالفقه الإسلامي - الالتزامات العقد والإرادة المنفردة -، منشورات كلية الحقوق، جامعة دمشق - سوريا، 2015م، ص92.

ج - أن يصدر الإيجاب من مقدم السلعة أو الخدمة في قالب نموذجي يحتوي على بنود وشروط معينة ومقرّرة سلفاً ولا يقبل نقاشاً فيها، وما على المتعاقد إلاّ قراءتها وقبولها كما هي أو رفضها دون مناقشة أي شرط من هذه الشروط¹، وهذا ما أقرته المادة 70 من القانون المدني السابقة.

وإذا طبقنا هذه المعايير على عقد البيع بناءً على التصميم، تجعلنا نقول أنه إذا كان مبدئياً من الصعب القول بأنّ هذا العقد من عقود الإذعان، نظراً لعدم وجود الاحتكار القانوني أو الفعلي للسلعة المتعاقد عليها، المتمثلة في العقار المبيع لاسيما أمام المنافسة بين المرقيين العقاريين، إلاّ أنّه من الناحية العملية نجد أنّ قيام المرقي العقاري وهو الطرف ذو المركز القانوني الأقوى، بعرض مشروعه الإسكاني على كافة الناس وبشروط مماثلة تعدّ سلفاً من قبله لا يقبل مناقشة فيها، وما على الطرف الآخر سوى قبول التعاقد والانضمام إلى المشروع الإسكاني بالشروط التي حدّدها المرقي العقاري أو رفض التعاقد أصلاً، وهذا يعني أنّ التعاقد في عقد البيع بناءً على التصميم يكون بناءً على إيجاب يصدر من مقدم السلعة وهو المرقي العقاري، ثم قبول من طرف المشتري الذي يوافق على الشروط التي وضعها المرقي العقاري دون مناقشة².

ولمّا كانت قرينة موافقة المشتري على العقد بالشروط التي وضعها المرقي العقاري دون مناقشتها تبقى قائمة في غالب الأحوال، خصوصاً في ظل الظروف الاقتصادية الحالية وأزمة السكن التي يعيشها المواطن، وما يؤكد ذلك كثرة إقبال الناس وتسابقهم على المساكن المعلن على إنجازها بصيغة البيع على التصميم، كما أنّ محل عقد البيع بناءً على التصميم هو العقار المبيع، فهو يتعلّق بمرفق مهم خصوصاً إذا كان معداً للسكن الذي لا غنى لأي إنسان عنه، فهو من ضروريات الحياة حيث أنّ حاجة الأفراد إلى السكن لا تقلّ أهمية عن حاجتهم إلى المأكل والملبس؛ بل إنّه يأتي من حيث الأهمية عند أغلب الناس قبل الكهرباء والغاز التي تكون العقود بشأنها عقود إذعان، لأنهم لا يحتاجون إلى هذه الخدمات إلاّ إذا كانت لديهم مساكن³، فإنّ ملامح عقد الإذعان تظهر في هذا النوع من العقود على اعتبار أنّ المشتري ينضمّ إلى العقد دون مناقشة شروطه⁴، ولو أنّه من الصعب إعطاء هذا الوصف على هذا العقد نظراً لانعدام الاحتكار القانوني أو الفعلي للسلعة المتعاقد عليها لوجود المنافسة بين

¹ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، المصدر السابق، الجزء 01، ص 223. وينظر: - علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط6، 2006م، ص 26.

² - حمداني داني، النظام القانوني لعقد بيع العقار على التصميم في التشريع الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أكلي محمد أولحاج، البويرة، 2013م، ص 13.

³ - شعبان عياشي، عقد بيع العقار بناءً على التصميم، دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والفرنسي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة، 2011 - 2012م، ص 65 - 66.

⁴ - محمد حسين منصور، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، الدار الجامعية، مصر، د.ط، 2000م، ص 74.

المقرين العقاريين¹، ولو أنّ هذه المنافسة تبقى محدودة النطاق لما يتطلبه هذا النشاط من خبرة فنية ودراية ومقدرة مالية لا تتوافر إلاّ عند عدد محدود ممن يمارسه .

لذلك فإنّ الباحث يعتقد أنّ عقد البيع بناءً على التصميم له خصوصية عقد الإذعان، إلاّ فيما يخص وجود احتكار فعلي وقانوني خصوصا في ظل أزمة السكن الخائفة التي تعيشها البلاد، والمقصود به عقد الإذعان في مفهومه الحديث الموسع - وليس المفهوم التقليدي - الذي لا يشترط فيه توافر احتكار فعلي أو قانوني لسلمة ضرورية؛ بل يكفي مجرد استقلال شخص محترف أو منتج بإعداد العقد مسبقا وفرض شروطه على الزبائن وإن كانت تلك الشروط تتفق مع شروط منافسيه في السوق.

6 - عقد البيع بناءً على التصميم من العقود المحددة:

بالإضافة إلى الخصائص السابقة فإنّ هذا العقد أيضا من العقود المحددة لا الاحتمالية، وهي التي يعرف فيها كلا المتعاقدين مقدار ما سوف يعطي من التزامات ومقدار ما يأخذ من حقوق²، فالالتزامات طرفيه تحدّد وقت التعاقد ولا يتوقف مداها على ما سيؤول إليه الوضع بعد التنفيذ³، حيث يلتزم البائع ببناء البناية وفق الآجال والمواصفات المحددة في العقد ويقابله قبض الثمن من المشتري، وهذا حسب المادة 37 من القانون 04-11⁴ المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية.

ثانيا: خصائص عقد البيع بناءً على التصميم طبقاً لقوانين نشاط الترقية العقارية

زيادة على الخصائص العامة التي يشترك فيها جميع أنواع البيوع، هناك خصائص خاصة ينفرد بها عقد البيع بناءً على التصميم نستشفها بعد الاطلاع على القانون رقم: 04-11، الذي يحدّد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية وكذا المرسوم التنفيذي رقم: 13-431 المحدد لنموذجي عقد حفظ الحق وعقد البيع على التصاميم للأمالك العقارية، ومن هذه الخصائص نذكر:

1 - أنّه عقد بيع عقاري مستقبلي: إنّ الميزة الخاصّة والأولى التي يتميز بها البيع بناءً على التصميم هو أنّ محله يرد على عقار مستقبلي سينجز مستقبلا أو هو في طور الإنجاز⁵، فهو عقد بيع لبنانية لم تنجز بعد أو على

¹ - زكريا زيتوني، الضمانات القانونية في عقد البيع على التصاميم، دراسات قانونية، مركز البصيرة للبحوث والاستشارات القانونية والخدمات التعليمية، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، العدد 19، 2013م، ص42.

² - إدريس فاضلي، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، قصر الكتاب، الجزائر، د.ط، 2006 - 2007م، ص43.

³ - علاء حسين علي، عقد بيع المباني تحت الإنشاء - دراسة قانونية مقارنة -، منشورات زين الحقوقية، العراق، الطبعة الأولى، 2011م، ص23.

⁴ - تنصّ المادة 37 من هذا القانون على أنّه: "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 كفاءات ذلك".

⁵ - ينظر عياشي شعبان، عقد بيع العقار بناءً على التصاميم، المرجع السابق، ص 45.

الأقل لم تكتمل¹، وهذا ما أجازته المشرع الجزائري في المادة 925 من القانون المدني بقوله: "يجوز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً ومحققاً".

ومن بين هذه الأشياء بيع دار لم يبدأ البناء فيها بعد²، أو بيع عقار في طور الإنجاز مهما كانت طبيعته. وتؤكد كل هذا الكلام المادة 28 من المرسوم 04/11 التي تنص على أنّ: "عقد البيع على التصميم لبناية أو جزء من بناية مقرر بناؤها أو في طور الإنجاز هو العقد الذي يتضمن ويكرس تحويل حقوق الأرض وملكية البنائيات من طرف المرقي العقاري لفائدة المكتتب موازاة مع تقدم الأشغال. وفي المقابل يلتزم المكتتب بتسديد السعر كلما تقدم الإنجاز".

ففي قول المادة: "هو العقد الذي يتضمن ويكرس تحويل حقوق الأرض وملكية البنائيات... موازاة مع تقدم الأشغال"، دلالة على عدم وجود محل هذا العقد لكنه قابل للوجود، وهذا واضح في قولها البناية أو جزء من بناية مقرر بناؤها أو في طور البناء، فهذين الفعلين يدلان على أنّها غير موجودة عند التعاقد لكنها قابلة للوجود.

2 - أنّ الثمن في هذا البيع يكون على شكل أقساط: حيث يحدّد الثمن في عقد البيع بناءً على التصميم في شكل أقساط باتفاق بين الطرفين، وهو ما نصّت عليه المادة 03 من المرسوم التنفيذي رقم 13-431، بقولها: "أثناء إبرام عقود البيع على التصميم يتمّ تسديد سعر الملك العقاري حسب حالة تقدم أشغال الإنجاز.."، كما أنّ الثمن يكون ثابتاً أو قابلاً للمراجعة وهذا بالتحديد ما نصّت عليه المادة 2/38 من القانون 04-11³.

3 - أنّه يتميّز بضمانات خاصة تختلف عن تلك المعروفة في القواعد العامة: فهو يوفرّ حماية خاصة للمشتري، حيث وضع المشرع في هذا العقد ضمانات لحماية المشتري باعتباره الطرف الضعيف بموجب المرسوم التشريعي 03/93، ومن بين هذه الضمانات: حسن الإنجاز، الضمان العشري، ضمان حسن سير عناصر التجهيز، كما قد أُلزم المشرع البائع باكتتاب عدّة تأمينات من بينها: التأمينات على المسؤولية العشرية، والتأمين

¹ - 2001, Paris, — Olivier Tourna fond ,vent d'immeuble à construire, Dalloz action, 2000, p1527.

² - خليل أحمد حسن قداد، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط3، 2003م الجزء 04، ص78.

³ - نصّت المادة 2/38 على: "كما يجب ذكر ما إذا كان السعر قابلاً للمراجعة أم لا ..."

السنوي والتأمين لدى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة¹. الذي يضمن إتمام الأشغال للمشتري، وهذه الضمانات كفيلة بنفي صفة الغرر التي تتبادر إلى ذهن كل من يعلم أنّ محل هذا البيع هو شيء مستقبل. وقد عزّز المشرع هذه الضمانات وأكّدها وأضاف ضمانات أخرى بموجب القانون 04/11، منها:

- لزوم القدرة المالية والفنية للمرقي العقاري وانتسابه لصندوق الضمان، وهذا حسب المادة 12 و 55 من القانون 04/11.

- توسيع نطاق المسؤولية العشرية من حيث الأشخاص، فمن خلال نص المادة 46 من القانون السابق، لا تقتصر المسؤولية العشرية على عاتق المرقي العقاري فقط؛ بل تتعدى ذلك لتشمل كل من مكاتب الدراسات، والمقاولين وجميع المتدخلين في العملية من خلال العقد.

- تحمّل المرقي العقاري مسؤولية إصلاح العيوب والتعويض عن الأضرار، طبقاً لنص المادة 44 من القانون السابق.²

4 - انفراد المرقي العقاري بحق المبادرة بمشروع البيع بناءً على التصميم: وهذا طبقاً لما جاء في المادة 29 من القانون 11 - 04، إذ يتكفل المرقي العقاري في هذا العقد بمهمة إنجاز بناية حتى يتسنى له نقل ملكيتها وتسليمها للمشتري، وعليه فهو مكلف بالاستعانة بخدمات مقاول مؤهل قانوناً حسب أهمية المشروع العقاري وهذا وفقاً لنص المادة 16 من نفس القانون، وتنسيقه جميع العمليات التي تدخل في إطار الدراسات والأبحاث وتعبئة التمويل، واتخاذ كل التدابير التقنية الضرورية من أجل التكفل بتسيير العقار المنجز والحفاظ عليه.

5 - أنّ للمشتري حق امتياز من الدرجة الأولى في حالة إفلاس المرقي العقاري: حيث نصّت المادة 58 من القانون 11 - 04 المحدّد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية على: "في حالة الإفلاس والتسوية القضائية لمرقي عقاري قام بالبيع على التصاميم، يستفيد صندوق الضمان عن طريق الحلول محل المقتنين بامتياز الصف الأول في حدود ديون هؤلاء المقتنين والأموال المدفوعة للمرقي العقاري موضوع التصفية القضائية و/ أو المفلس...".

¹ - ينظر المواد: 26 فقرة: 03، 42-45-49-54-55-62 من القانون 04/11 المتعلّق بتحديد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية. وسيأتي تفصيل هذه الضمانات في المبحث الثالث من الفصل الثاني من هذا البحث، تحت عنوان الضمانات الخاصة والمستحدثة في عقد البيع بناءً على التصميم.

² - ربيعة صبايحي، الضمانات المستحدثة في بيع العقار على التصاميم على ضوء أحكام القانون 04/11، الملتقى الوطني حول الترقية العقارية في الجزائر، الواقع والآفاق، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، يومي: 27 و 28 فيفري 2012م، ص 79.

فمن خلال نص هذه المادة يتبين لنا أنّ صندوق الضمان والكفالة المتبادلة يجل مكان المقتنين، وهذا للمطالبة بديونهم اتجاه المرقي العقاري، إلا أنّ المشرّع لم يوضح المقصود بهذا الامتياز ورتبته مع باقي الامتيازات الأخرى، لا سيما امتياز الأجور المستحقة للعمال والمقاولين وغيرهم.

6 - القيد على التصرف مؤقتاً: فبالرغم من تحرير العقد في شكله الرسمي وتسجيله وشهره واعتبار المشتري مالكا للعقار، إلا أنّه لا يتسلّم نسخة عن العقد الرسمي إلاّ ليتمكن من طلب قروض بنكية وضمان حقوقه الثابتة في هذا العقد دون التصرف في العقار محل الإنجاز، ولا يتسلّم العقد إلاّ بعد تسديد كافة الأقساط وشهر محضر التسليم ليتّم بموجبه رفع القيد على التصرف، وهذا ما نصّت عليه المادة 34 فقرة 102¹ من القانون 04/11 المحدّد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، فيكون للمشتري كافة السلطات على العقار².

7 - عقد ناقل للملكية تدريجياً: إذ بمقتضاه ينقل المرقي العقاري ملكية البناء محل عقد البيع على التصاميم إلى المكتتب، لكن الذي يميز نقله للملكية عن باقي البيوع أنّ عملية النقل تتم على مراحل أي تدريجياً كلما تقدمت الأشغال³، وهذه الخاصية تأكدها صراحة المادة 28 من القانون 04-11 السالفة الذكر فالمرقي العقاري ملزم بتحويل حقوق الملكية سواء تعلق الأمر بملكية الأرض أو ملكية البناء المشيدة عليها لفائدة المشتري كلما تقدمت الأشغال هذا يعني أنّ المشتري يصبح مالك للبناء بالتدريج حتى تكتمل كل البناءة .

8 - عقد بيع عقاري مركب الأحكام: فهو ليس مجرد عقد مقاوله كما يظهر ذلك من خلال بعض العناصر خاصة التزامات البائع التي تشبه كثيرا التزامات المقاول خاصة الالتزام بإنجاز السكن، وإنما هو عقد ينقل الملكية العقارية. لكن كونه يبيعا لا ينفي أنّ أحكامه مركبة بين عقد المقاوله وعقد البيع. وقال من قال أنّه مقاوله ميلا إلى التيار الذي يرى أنّ المقاوله يمكن أن تنقل الملكية إذا كان العمل والمواد من المقاول، لكن يعاب على هذا الرأي، كون القول بأن المقاوله تنقل ملكية الشيء المصنوع إلى رب العمل مع بقائها مقاوله يجعل للمقاوله طبيعة أخرى تختلف تماما عن طبيعتها باعتبارها عقد يرد على العمل، ولم يقل أحد قبل ذلك أنّ المقاوله ترد على الملكية

¹ - نصّت هذه المادة على: " يتّم عقد البيع على التصاميم المذكور في الفقرة السابقة بمحضر يعدّ حضوريا في نفس مكتب التوثيق قصد معاينة الحياة الفعلية من طرف المكتتب وتسليم البناء المنجزه من طرف المرقي العقاري طبقا للالتزامات التعاقدية". وهو نفسه نص المادة 13 من المرسوم التشريعي 03/93.

² - علال قاشي، التزامات المرقي العقاري وجزاء الإخلال بها في عقد البيع على التصاميم، المرجع السابق، ص 5 - 6. وينظر: - نسيمة بوجنان، عقد البيع بناءً على التصاميم، المرجع السابق، ص 15.

³ - نسيمة موسى، ضمانات تنفيذ عقد الترقية العقارية - عقد البيع في طور الإنجاز -، أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في القانون، تخصّص القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2014-2015م، ص 04.

فتنقلها، وهي إذا وردت على الملكية فتنقلها، فذلك إما يكون إما لأنها اندمجت في عقد آخر أو اختلطت بعقد آخر، وهذا العقد الآخر الذي نقل الملكية في نظير مقابل لا يمكن إلا أن يكون بيعا إذا كان المقابل نقوداً¹.

المطلب الثاني: التكييف القانوني لعقد البيع بناءً على التصميم

المراد بتكييف العقد تحديد طبيعته القانونية وإعطائه الوصف القانوني المناسب له، فتكييف عقد البيع بناءً على التصميم مسألة في غاية الأهمية؛ ذلك أن الوقوف على طبيعة هذا العقد يؤدي إلى تحديد الالتزامات التي تنشأ عنه ومن ثمّ تحديد المسؤولية الناجمة عن الإخلال بهذه الالتزامات .

وبناءً على ذلك وبعد تناولنا في المطلب السابق لتعريف البيع بناءً على التصميم وتطرّقنا لبيان أهم خصائص هذا العقد، نصل في هذا المطلب إلى تكييف هذا النوع من البيوع، فنقول وبالله التوفيق: يعتبر عقد البيع بناءً على التصميم من العقود المعقدة، والتي أسالت حبر الفقهاء في تكييفه من حيث تحديد طبيعته القانونية، خصوصاً أنه يظهر لأول وهلة أنه مركب من عقدي البيع والمقاولة، ولما كان هذا البيع يتميّز بالازدواجية في الصفة وهذه الازدواجية تثير إشكالا خصوصاً من حيث النظام القانوني الواجب التطبيق، كان لازماً علينا تكييف صفة العمل في هذا البيع بالنسبة لكل من البائع والمشتري، وبناءً على ذلك ارتأيت تقسيم هذا المطلب إلى فرعين، أتناول في الفرع الأول تكييف عقد البيع بناءً على التصميم من حيث طبيعته القانونية، وفي الفرع الثاني تكييفه من حيث صفة العمل بالنسبة لكل من البائع والمشتري، وذلك وفق ما يلي:

الفرع الأول: تكييف عقد البيع بناءً على التصميم من حيث طبيعته القانونية

إنّ تحديد الطبيعة القانونية لعقد البيع بناءً على التصميم من أكثر المسائل جدلاً بين فقهاء القانون، نظراً لحدثة هذه الصيغة التعاقدية على الواقع القانوني من جهة، وتشابكها مع غيرها من العقود من جهة أخرى، فقد اختلف فقهاء القانون في تحديد الطبيعة القانونية لعقد البيع بناءً على التصميم وبالتالي معرفة الأحكام الواجبة التطبيق عليه، فهذا العقد هو نوع من أنواع العقود المستحدثة عملياً وقانونياً لذا أُخْتُلِفَ فيه تحت أي نوع من العقود يندرج هل هو بيع أم مقاولة؟ حيث ذهب رأي من الفقه القانوني إلى اعتباره عقد بيع في حين ذهب رأي آخر إلى إدراجه تحت عقد المقاولة، بينما جعله رأي آخر عقداً مركباً، وبالنسبة للمشرّع الجزائري فقد أعطاه طبيعة خاصّة، وهذا ما سنبيّنه فيما يلي:

¹ - زايدي مدوري، مسؤولية المقاول والمهندس المعماري في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصّص: قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012م، ص26. وسيأتي تفصيل هذا في تكييف عقد البيع بناءً على التصميم في المطلب الموالي.

أولاً: عقد البيع بناءً على التصميم عقد بيع

ذهب جانب من الفقه القانوني إلى اعتبار عقد البيع بناءً على التصميم عقد بيع¹ وهذا الرأي مستمد من الأحكام العامة للبيع على التصاميم، وكذا بالاطلاع على نموذجه المحدد بموجب المرسوم التنفيذي رقم 13-431 المؤرخ في 18 ديسمبر 2013م، وتوضيح ذلك فيما يلي:

- أطراف البيع هما نفس أطراف البيع على التصميم (بائع + مشتري)، وإن اختلفت تسمية البائع بالمركبي العقاري والمشتري بالمقتني.

- الشروط العامة والخاصة للبيع هي نفسها بالنسبة للبيع بناءً على التصميم، وكذا أركان البيع وأحكامه.

- تعيين العقارات، هو نفسه مع إضافة بسيطة حيث لا بد من وصف المجمع العقاري بأكمله في حالة البيع على التصميم وتحديد الوثائق، ولكن في الحالة الثانية نكون أمام بيع لشيء مستقبلي اتفق فيه الطرفان على العناصر الرئيسية لقيام العقد وصحته، فالمبيع شيء مستقبلي يعتمد وجوده على قيام المدين بالتزامه الذي يتمثل بإقامة العقار، وهو التزام يلعب دوراً مؤثراً في تكييف العقد².

- القابلية للرهن بالنسبة للعقار المكتسب في إطار عقد بيع أو ذلك المكتسب في إطار عقد البيع بناءً على التصميم.

- اشتراط الشكلية سواءً انصبّ البيع على عقار موجود وقت العقد أو على عقار في طور الإنجاز³، حيث نصّت المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري على أنه: "زيادة على العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي يجب، تحت طائلة البطلان، تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية أو محلات تجارية أو صناعية أو كل عنصر من عناصرها أو التنازل عن أسهم من شركة أو حصص فيها، أو عقود إيجار زراعية أو تجارية أو مؤسسات صناعية في شكل رسمي..."

¹ - نعيم مغبغب، عقود مقاولات البناء والأشغال الخاصة والعامة، دار الفكر، بيروت - لبنان، ط3، 2001م، ص 270. وينظر: -

محمد مرسي أبو زهرة، المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية المهنيين (المسؤولية المهنية للمحامين والمهندسين)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت - لبنان، ط2، 2004م، ص 236.

² - سمير عبد السميع الأوزن، تملك وحدات البناء تحت الإنشاء والضمانات الخاصة لمشتري الوحدات السكنية، مطبعة الإشعاع الفنية، الإسكندرية - مصر، د.ط، 2001م، ص 42.

³ - شعبان عياشي، عقد بيع العقار بناءً على التصميم، المرجع السابق، ص 37.

كما نصّت المادة 34 من القانون الذي يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية على أنه: "يتم إعداد عقد البيع على التصميم في الشكل الرسمي ويخضع للشكليات القانونية الخاصة بالتسجيل والإشهار..".
فهذه العناصر تجعل من البيع بناءً على التصميم عقد بيع، إلا أنه من البيوع الواردة على أشياء مستقبلية غير موجودة وقت التعاقد أي بيع الأرض في حالتها المستقبلية بعد أن يقام عليها البناء¹. إضافة إلى ذلك فإنّ تسمية المشرّع الجزائري: البيع بناءً على التصميم، تجعل من هذا العقد خاضعاً لأحكام عقد البيع دون سواه.
إلا أنّ فكرة البيع لقيت رفضاً من عدة جوانب:

1. إنّ هذا الاتجاه لا ينظر سوى إلى أثر واحد من الآثار المترتبة على العقد وهو نقل ملكية المبنى، ويهمل التزام صاحب المشروع (المركبي العقاري) بالبناء على اعتبار أنّه ليس سوى التزام ثانوي وتابع إذا ما قيس بنقل الملكية، في حين أنّ جوهر البيع بناءً على التصميم هو الالتزام بالبناء، فبدون إنجاز هذا العمل لا يعتبر المركبي العقاري قد وفّى بالتزامه. وإذا كان يترتب على البناء أن يمتلك المشتري المبنى، فذلك لا يعني أنّ العقد ورد في الأصل على الملكية².

2. اعتبار عقد البيع بناءً على التصميم عقد بيع لا يقدم معالجة كاملة وجذرية لجميع عناصره، إذ لا يمكن تطبيق أحكام البيع على مسألة تنفيذ العمل المطلوب والتأخر في تنفيذه وضمنان هذا العمل³، لكون أنّ عقد البيع بناءً على التصميم له خصوصية تميّزه في كثير من الأحيان عن أحكام البيع العادي.

3. كما أنّ بيع الشيء المستقبلي لا يعطي الحق لأي من طرفيه بإعمال دعوى الغبن الفاحش إلاّ من لحظة وجود المبنى المبيع، فهو الوقت الذي يعرف فيه إذا ما أنّ غبنا فاحشا أصاب أحدهما من خلال الموازنة بين ما يدفعه المشتري من ثمن وقيمة المبيع بعد وجوده، بغض النظر عمّا يحدث من تغيرات في الأسعار في الفترة ما بين التعاقد ووجود المبيع⁴، في حين أنّه في عقد البيع بناءً على التصميم يمكن للطرفين مراجعة سعر البيع إذا كان هناك تفاوت بين أقساط

¹ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود التي تقع على الملكية، البيع والمقايضة، المصدر السابق، الجزء 04، ص 31.

² - سعيد مبارك وآخرون، الموجز في العقود المسماة، دار الحكمة للطباعة والنشر، بغداد - العراق، 1993م، ص 04.

³ - علاء حسين علي، عقد بيع المباني تحت الإنشاء - دراسة قانونية مقارنة -، المرجع السابق، ص 44.

⁴ - المرجع نفسه، ص 44.

الثلث وقيمة ما ينقذ من أعمال البناء وتكاليفها جزاءً تقلبات الأسعار، وذلك من لحظة التعاقد وخلال تنفيذ أعمال البناء¹.

ثانياً: عقد البيع بناءً على التصميم عقد مقاول

يرى بعض فقهاء القانون² أنّ عقد البيع بناءً على التصميم يندرج تحت عقد المقاول، فالبائع يلتزم في بيع العقار بناءً على التصميم - كما هو الحال في المقاول - بصنع شيء (بناء العقار خلال مدة معينة) مقابل ثمن أو أجر يلتزم به المشتري أو رب العمل، كما أنّ البائع يقوم بتقديم المواد المستعملة من عنده وبالتالي فهذا العقد هو عقد مقاول، لأنّ المقاول تعرّف على أنّها: "عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئاً أو أن يؤدي عملاً لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر"³.

فأصحاب هذا الاتجاه جعلوا البيع بناءً على التصميم عقد مقاول لاعتبارين:

الأول: قيام البائع بالتزام يقع عليه كالتزام المقاول في عقد المقاول.

الثاني: أن قيام المقاول بتقديم المواد من عنده لا يخرج العقد عن مفهوم المقاول⁴.

وقد وضع أصحاب هذا الرأي عدّة فروض يختلط فيها عقد المقاول بعقد البيع بناءً على التصميم⁵ خصوصاً إذا كان يترتب على عقد المقاول نقل ملكية الشيء.

الفرضية الأولى: المقاول لا يقدم سوى عمله فقط

في هذه الفرضية يريد مالك الأرض أن يقيم عليها بناءً معيناً، فيتفق مع شخص آخر على القيام بأعمال البناء وهو يقدم له المواد الأولية اللازمة للبناء، وفي هذه الحالة لا جدال في أنّ العقد المبرم بينهما هو عقد مقاول، فالمقاول هنا لم يتعهد إلاّ بتقديم عمله فقط (بناء عقار) لصالح مالك الأرض، الذي هو في الوقت نفسه مالك

الاسلامية

1 - ينظر: المادة 38 من القانون 11 - 04 المحدث للقواعد التي تنظم نشاطات الترقية العقارية، السابق الذكر.

2 - محمد لبيب شنب، شرح أحكام عقد المقاول، منشأة المعارف، الإسكندرية - مصر، د.ط، 2003م، ص 27. وينظر: - أنور

العمروسي، العقود الواردة على الملكية في القانون المدني، دار الفكر الجامعي، د.م، د.ط، 2003م، ص 11.

3 - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود الواردة على العمل: المقاول والوكالة والوديعة والحراسة، دار إحياء التراث العربي، بيروت - لبنان، د.ط، د.ت، الجزء 07، ص 05.

4 - حمداني داني، النظام القانوني لعقد بيع العقار على التصاميم في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص 15.

5 - ينظر في هذه الفروض: - محمد مرسي أبو زهرة، عقد البيع تحت الإنشاء - دراسة مقارنة بين القانون المدني المصري والفرنسي و الكويتي، المرجع السابق، ص 46 وما بعدها.

المواد المستخدمة في البناء ولا يغير من ذلك كونها أصبحت بعد البناء عقارًا، فتغيير طبيعتها القانونية لا يؤثر في ملكيتها¹.

الفرضية الثانية: المقاول يقدم العمل والمواد المستخدمة في البناء

في هذه الحالة لا يكتفي المقاول بتقديم أعمال البناء فقط، وإنما يقدم بالإضافة إلى عمله المواد المستخدمة في عمليات البناء، ورب العمل يقتصر على تقديم الأرض، وقد ثار خلاف كبير في الفقه والقضاء حول طبيعة العقد في هذه الفرضية فبعض الفقه يذهب إلى أنّ مثل هذا التصرف يكتف على أنّه بيع بحجة أنّ المادة 1711 من القانون المدني الفرنسي تقضي بأن: "العقد لا يكون مقاوله إذا قدّم الصانع المادة من عنده"²، بينما يذهب رأي آخر إلى أنّ هذا التصرف يكتف على أنّه عقد مقاوله باعتباره ينصبّ أساساً على العمل، والمواد ليست إلا تابعة له³. وعلى العكس من الرأيين السابقين يذهب رأي آخر إلى أنّ مناط التكييف هو التفاوت بين قيمة العمل وقيمة المواد المستعملة، ومعيار ذلك أهمية العمل الذي يقوم به المقاول مقارنة بأهمية أو قيمة المواد المستخدمة في البناء، فإذا كان العمل الذي يقوم به المقاول ثانويًا بالمقارنة بقيمة المواد المستخدمة في البناء، كان العقد بيعًا لعقار على التصميم أمّا في الحالة العكسية أي إذا كانت المواد المستخدمة ثانوية بالنسبة للعمل الذي يقوم به المقاول، كان العقد مقاوله⁴.

إلا أن هذا المعيار منتقد ذلك أنّه يصعب بالاعتماد عليه معرفة قيمة المواد المستخدمة في البناء إلا بعد الانتهاء كليةً من أعمال البناء وتزداد صعوبة تكييف هذا العقد بناءً على هذا المعيار، إذا قدر في البداية أنّ قيمة العمل أكبر من قيمة المواد واعتبر العقد مقاوله، ثم احتاج البناء لمواد أكثر مما كان متوقعًا لدرجة أصبحت معها قيمتها أكبر من قيمة العمل⁵.

¹ - سمير عبد السميع الأوزن، تملك وحدات البناء تحت الإنشاء والضمانات الخاصة لمشترى الوحدات السكنية، المرجع السابق، ص 45.

² - poliniol et ribert, traité pratique de droit civil français, contrat civils, 2ème partie, LGDJ, paris, 1954, p 146.

³ - محمد عبد الرحيم عنبر، عقد المقاوله، دار النهضة العربية، القاهرة - مصر، د.ط، 1977م، ص 39.

⁴ - سمير عبد السميع الأوزن، تملك وحدات البناء تحت الإنشاء والضمانات الخاصة لمشترى الوحدات السكنية، المرجع السابق، ص 45.

⁵ - وينظر: - زهدي يكن، عقد البيع، منشورات المكتبة العصرية، بيروت - لبنان، ط1، د.ت، ص 77.

⁵ - عبد الجليل فريوة، عقد البيع في مجال الترقية العقارية في ظل القانون 04/11، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، جامعة قسنطينة، كلية الحقوق، 2013 - 2014م، ص 51.

لذلك ذهب بعض فقهاء القانون إلى أنه في هذه الحالة؛ أي إذا اقتصر رب العمل على تقديم الأرض وقدم المقاول بالإضافة إلى عمله المواد التي يستخدمها في إنجازها، نكون بصدد عقد مقاول ولا يجب أن نعتد بقيمة العمل مقارنة بقيمة المواد المستخدمة¹.

الفرضية الثالثة: المقاول يقدم العمل ومواد البناء والأرض التي سيقام عليها البناء

في هذه الحالة يلتزم المقاول بالبناء على أرضه ومواد من عنده لحساب شخص آخر، ويعتبر العقد في هذه الحالة عقد بيع وارد على شيء مستقبلي، وهو ما أطلق عليه المشرع اسم "البيع بناءً على التصميم"، فمعيار التمييز بين عقد المقاول وعقد البيع بناءً على التصميم قد يكون مرتبطاً بملكية الأرض، ففي عقد المقاول يقوم بالبناء على أرض مملوكة لرب العمل يستوي في ذلك أن يقدم العمل فقط أو العمل ومواد البناء، أمّا في بيع العقار بناءً على التصميم، فإن البائع يكون هو المالك للأرض التي سيقام عليها البناء².

وقد يكون المعيار هو عنصر نقل الملكية فعقد البيع بناءً على التصميم يتضمن الالتزام بنقل الملكية، أمّا عقد المقاول فلا يتضمن هذا الالتزام³.

وفكرة المقاول لقيت رفضاً هي الأخرى من عدّة نواح:

1. إنّ هذا التصور يؤخذ عليه ما يؤخذ على من قال بفكرة البيع، حيث أنه ينظر إلى الموضوع من زاوية

واحدة وذلك بإهماله عنصر الشراء ونقل الملكية فإذا تعاقد مالك المشروع على تنفيذ أعمال البناء فإن المشتري

تعاقد لشراء المبنى⁴.

2. كما أنّ عقد المقاول لا يستوعب كل أحكام عقد البيع بناءً على التصميم، فإذا التزم مالك المشروع

بالبناء وضمناً عيوب البناء كمقاول، فماذا يطبق على نقل الملكية؟ وإذا كان عدم تحديد الأجر في المقاول لا

يؤدي إلى بطلان العقد، فإنّ عدم تحديد الثمن في عقد البيع بناءً على التصميم يؤدي إلى بطلانه⁵.

¹ - السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، الجزء 7، ص 26 وينظر: - محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، عقد البيع والمقايضة، دراسة مقارنة في القوانين العربية، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، د.ط، 2008م، ص 43.

² - محمد مرسي أبو زهرة، عقد البيع تحت الإنشاء - دراسة مقارنة بين القانون المدني المصري والفرنسي والكويتي - ، المرجع السابق، ص 51. وينظر: - محمد لبيب شنب، شرح أحكام عقد المقاول، المرجع السابق، ص 22.

³ - شعبان عياشي، عقد بيع العقار بناءً على التصميم، المرجع السابق، ص 34.

⁴ - ينظر: المادة 37 من القانون 11 - 04 المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، السابق الذكر.

⁵ - ينظر: المادة 37 من القانون 11 - 04 المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، السابق الذكر.

ثالثاً: عقد البيع بناءً على التصميم عقد مركب

ذهب رأي فقهي آخر إلى أنّ عقد البيع بناءً على التصميم هو عقد مركب ليس بالبيع فقط ولا بالمقاوله فقط، إنّما هو مركب من هذين العقدين فتطبق أحكام المقاوله على التزام صاحب المشروع بالبناء حتى لحظة قبول المشتري لأعمال المقاول وإقراره لها، ومن ثمّ تطبق أحكام البيع ابتداءً من لحظة القبول¹.

وهذا الرأي وإن بدا سليماً، لأنّه يسدّ النقص الذي يترتب على تطبيق أحكام أحد العقدين فقط، من خلال معالجته لعنصرين مهمّين في العقد يفصل بينهما فارق زمني بتطبيقه أحكام المقاوله على الالتزام بالبناء وأحكام البيع على نقل الملكية، إلا أنّه يعجز عن معالجة المسائل الأخرى التي لا يرتبط أي منها بهاتين الفترتين، كطبيعة العوض وتحديد، وبعض الضمانات الخاصة. ممّا يؤدي إلى المفاضلة بين العقدين والتحكّم في أغلب الأحيان، ومن ناحية أخرى أنّ تكييف العقد إنّما يتمّ وقت انعقاده بالنظر إلى جملة الالتزامات التي يحتويها، فلا يجوز أن يتغيّر وصفه أثناء تنفيذه مرتين مرة يكون فيها مقاوله عند تنفيذ الالتزام بالبناء، ومرة يكون فيها يبعاً عند تنفيذ الالتزام بنقل الملكية².

بالإضافة إلى ذلك فإنّ القوانين المنظمة لهذا البيع جعلته عملية عقدية واحدة، ولم تجعله يتحلل إلى عمليتين مقاوله ابتداءً وبيع انتهاءً.

رابعاً: موقف المشرّع الجزائري من مسألة تكييف عقد البيع بناءً على التصميم

لقد نظّم المشرّع الفرنسي عقد البيع بناءً على التصميم بموجب القانون 03-67، حيث حدّد الطبيعة القانونية للبيع قبل الإنجاز، واعتبر بائع العقار قبل الإنجاز يضطلع بضمانات المهندس المعماري والمقاول ذاتها، وكذلك بمسؤوليتهما كما يلتزم بالتزامات البائع، وبذلك فلهذا العقد صفة مزدوجة أو مركبة بين عقد البيع والمقاوله³، أي أنّه عقد من نوع خاص.

أمّا بالنسبة للمشرّع الجزائري، وبالرغم من أنّه نظّم هذا العقد من الناحية القانونية وضبط أحكامه واعتبره "عقد بيع بناءً على التصميم"، بموجب المرسوم التشريعي رقم 93-03 الملغى بالقانون رقم 11-04 الذي يحدّد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، والمرسوم التنفيذي رقم 94-58 المتضمن نموذج عقد البيع بناءً على

¹ - علاء حسين علي، عقد بيع المباني تحت الإنشاء، المرجع السابق، ص 53.

² - المرجع نفسه، ص 53.

³ - جبروم هوييه، المطول في القانون المدني، ترجمة: منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت - لبنان،

د.ط، 2003، ص 79 - 80.

التصميم الملغى بالمرسوم التنفيذي 13-431 الذي يحدّد نموذجي عقد البيع على التصاميم وعقد حفظ الحق للأملاك العقارية، جاءت الأحكام الخاصّة به تجمع بين عقد البيع وعقد المقاوله، وبالتالي يمكن أن نقول أن المشرّع الجزائري اعتبر هذا العقد ذو طبيعة مزدوجة، فبالنظر إلى الالتزام بنقل ملكية البناية من قبل البائع مقابل الالتزام بدفع الثمن من قبل المشتري يعدّ هذا العقد بيعاً، أمّا بالنظر للالتزامات الأخرى خاصّة من جانب البائع والضمانات المستحدثة وبصفة عامة مسؤولية البائع نجده يشبه كثيراً عقد المقاوله، الذي يتميز بهذه الأحكام دون غيره من العقود، وهكذا يبقى البيع بناءً على التصميم يتأرجح بين اعتباره عقد بيع أو عقد مقاوله.

والباحث من جانبه يرى أنّ هذا العقد ذو طبيعة خاصّة ومتميزة، لذلك أعطاه المشرّع الجزائري اسماً خاصاً يختلف عن البيع والمقاوله، حيث أنّه من نص المادة 28 من القانون 11 - 04 المحدّد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية والتي جاء فيها: "عقد البيع على التصاميم...." فهذا القيد نخرج من ذلك الخلاف الفقهي، فنقول أنّ المشرّع الجزائري صرّح بأنّ هذا العقد بيع رغم طبيعته الخاصّة وما يتميز به من أحكام وخصائص خاصّة تخالف القواعد العامة المعروفة في عقد البيع و توافق تلك المعروفة في عقد المقاوله. و عليه فإنّ عقد البيع بناءً على التصميم هو نوع من أنواع العقود المستحدثة عملياً وقانونياً، وبالرغم من التشابه الكبير بينه وبين عقد البيع والمقاوله في بعض الحالات، إلّا أنّه يبقى لكل منها ما يميزه عن الآخر ويحفظ له ذاتيته الخاصّة.

الفرع الثاني: تكييف عقد البيع بناءً على التصميم من حيث صفة العمل بالنسبة للبائع والمشتري

إذا أردنا البحث عن طبيعة عقد البيع بناءً على التصميم، من حيث العمل الذي يقوم به أطرافه(المركبي العقاري والمقتني)، نجد أنّ الترقية العقارية في الجزائر عرفت خلال مراحل تطورها نظامين مختلفين، بحيث اكتست في المراحل الأولى من تنظيمها الطابع المدني وهذا في ظل القانون رقم: 07/86 المتعلق بالترقية العقارية، فكانت جميع عمليات البناء المنجزة في إطار الترقية العقارية تخضع آنذاك إلى أحكام القانون المدني، وبانتهاج الجزائر بعد صدور دستور 1989م¹ نهجا سياسيا جديدا، ترافق معه إصلاحات في المنظومة العقارية فأصبح القانون رقم: 07/86 لا يواكب هذه الإصلاحات فتّم إلغاؤه بموجب المرسوم التشريعي رقم: 03/93 المتعلّق بالنشاط العقاري، وبإلغائه ألغيت الصفة المدنية على عمليات الترقية العقارية وحلت محلّها الصفة التجارية، لذلك سأتطرق فيما يلي إلى دراسة هذين المرحلتين التي مرت عليهما الترقية العقارية في الجزائر:

أولاً: الطابع المدني للترقية العقارية

نصّ القانون 07/86 على الطابع المدني لنشاط الترقية العقارية حيث منع ممارسته على الأشخاص المعنويين الخاضعين للقانون الخاص الموصوفين بأنهم تجار شكلاً²، كما نصّت المادة 14 من نفس القانون صراحة على

¹ - الدستور الجزائري الصادر بتاريخ 23 فيفري 1989م، الجريدة الرسمية العدد 53 لسنة 1970م.

² - ينظر في ذلك: المادة 13 من القانون 07/86 المتعلّق بالترقية العقارية.

خضوع الأشخاص المعنوية القائمة بنشاط الترقية العقارية إلى أحكام الشركة المنظمة بموجب المادة 416 وما يليها من القانون المدني. وهذا التوجه نتيجة للسياسة المنتهجة آنذاك، التي كانت تستهدف أساسا البناء من أجل القضاء على أزمة السكن وليس تحقيق الربح، كما نجد أيضا المرسوم التشريعي 03/93 المتعلق بالنشاط العقاري قد أضفى الصفة المدنية على أعمال الترقية العقارية بالنسبة للمتدخلين في عمليات الترقية العقارية من غير المتعاملين العقاريين، وحتى المتعاملين أنفسهم في العمليات التي تخص احتياجاتهم الخاصة، وهو ما نصت عليه المادة 2/03 من ذات المرسوم والتي جاء فيها: "ويعد المتعاملون في الترقية العقارية تجارا، باستثناء الذين يقومون بعمليات في الترقية العقارية لتلبية حاجاتهم الخاصة أو حاجات المشاركين معهم".

ثانيا: الطابع التجاري للترقية العقارية

بصدور المرسوم التشريعي 03/93، المتأثر بانتهاج سياسة اقتصاد السوق المحسنة في دستور 1989م، أضفى المشرع الجزائري الطابع التجاري على نشاط الترقية العقارية، وذلك بموجب المادة الثالثة منه المشار إليها أعلاه، فيعدّ بذلك كل متعامل في الترقية العقارية تاجرا بمناسبة أداء نشاطه خارج احتياجاته الخاصة. كما ينص هذا المرسوم على أنّ ممارسة نشاطات الترقية العقارية يخول لكل شخص طبيعي أو معنوي يتمتع بالأهلية القانونية للقيام بأعمال التجارة¹.

وبذلك يتبين لنا أنّ نشاط الترقية العقارية أصبح من قبيل الأعمال التجارية وبالتالي تخضع في تطبيقها إلى أحكام القانون التجاري.

أما الآن وفي ظل أحكام القانون 04/11 المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، فلا يزال الطابع التجاري لنشاط الترقية العقارية قائما فالبائع أو المرقى العقاري يعتبر تاجرًا والعمل الذي يقوم به تجاريا، ولو لم يرد بشكل مباشر كما كان عليه الحال في المرسوم التشريعي 03/93، وهو ما يستخلص من نص المادة 19 من القانون 04/11 التي تنص على: "يسمح لكل شخص طبيعي أو معنوي مؤهل للقيام بأعمال التجارة بممارسة نشاط الترقية العقارية...". ومنه يعدّ المرقى العقاري تاجرًا في معاملاته، خاضعا للقيود في السجل التجاري وإذا كان في شكل شركة، كان خاضعا لإجراءات الإفلاس والتسوية القضائية.

أما بالنسبة لمشتري أو مقتني العقار، فإنه يقوم بعمل مدني لأنه لا يهدف من ورائه إلى تحقيق أرباح، إلا إذا كان قد قام بالشراء لأجل البيع كحرفة يمتنها².

¹ - وهذا ما أشارت إليه المادة 6 من القانون 07/86 المتعلق بالترقية العقارية، والتي جاء فيها: "تخول ممارسة النشاطات المذكورة في المواد 2 و 3 و 4 و 5 أعلاه، طبقا للتشريع المعمول به ووفق الشروط المحددة في هذا المرسوم التشريعي لكل شخص طبيعي أو معنوي يتمتع بالأهلية القانونية للقيام بأعمال تجارية".

² - إيمان بوسنة، النظام القانوني للترقية العقارية، دار الهدى، عين مليلة - الجزائر، د.ط، 2011م، ص 75.

من خلال ما سبق نستخلص أنّ عقد البيع بناءً على التصميم هو عمل مختلط، فهو عمل تجاري ومدني في نفس الوقت، عملاً تجارياً بالنسبة للبائع وتطبق عليه أحكام وقواعد القانون التجاري وعمل مدني بالنسبة للمشتري وتطبق عليه أحكام وقواعد القانون المدني، حيث لا يمكن إخضاع العمل المختلط للنظام الموحد، باعتبار أنّ العمل يكتسب الصفة التجارية بالنسبة لطرف والصفة المدنية بالنسبة لطرف آخر، وهذه الازدواجية تضطر القاضي في حالة النزاع إلى اعتماد قواعد القانون المدني تارة وقواعد القانون التجاري تارة أخرى. ويتربّب على اعتبار عقد البيع بناءً على التصميم عقد مختلط عدة نتائج منها:

- إذا نشأ نزاع بين البائع والمشتري، فهذا الأخير الحرية في اللجوء إلى القضاء التجاري أو القضاء المدني، وكذلك إمكانية الإثبات بكافة الطرق طالما أن خصمه تاجر، أمّا بالنسبة للبائع فهو ملزم في مواجهة المشتري بإثبات التزامه أو إخلاله بطرق الإثبات المدنية¹.

- أنّ المحكمة المختصة في النظر في النزاع المطروح، هي المحكمة الواقع بدائرتها العقار المبيع²، طبقاً للمادة 40 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية³ التي نصّت على أنّه: "في المواد العقارية، أو الأشغال المتعلقة بالعقار أو دعاوى الإيجارات بما فيها التجارية المتعلقة بالعقارات والدعاوى المتعلقة بالأشغال العمومية، أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان تنفيذ الأشغال".

- بالنسبة لقواعد الاعذار، ننظر إلى صفة العمل بالنسبة للمدين في حالة وجود نزاع في العمل المختلط، فإذا كان الدين بالنسبة للمدين تجاري نطبق قواعد الاعذار بكافة الوسائل، أمّا إذا كان الدين بالنسبة للمدين مدني فهنا يجب اعذاره بطريقة رسمية عن طريق محضر قضائي⁴.

- بالنسبة لقواعد الاختصاص، لا تثار مشكلة في الاختصاص النوعي لعدم وجود قضاء تجاري مستقل عن القضاء المدني في الجزائر، ففي حالة وجود نزاع متعلّق بعمل مختلط يرفع أمام القضاء المدني ولا يمكن للقاضي أن يحكم بعدم الاختصاص، أمّا الاختصاص المحلي فالقاعدة أنّه ترفع الدعوى أمام محكمة موطن المدعى عليه،

¹ - عمور عمار، الوجيز في شرح القانون التجاري الجزائري - الأعمال التجارية، التاجر، الشركات التجارية - ، دار المعرفة، الجزائر، د.ط، د.ت، ص 63.

² - علال قاشي، التزامات المرقي العقاري وجزاء الإخلال بها في عقد البيع بناءً على التصميم، المرجع السابق، ص 281.

³ - القانون رقم: 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008م، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 21، المؤرخة في 23 أفريل 2008م.

⁴ - نادية فضيل، القانون التجاري الجزائري الأعمال التجارية، التاجر، المحل التجاري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط6، 2004م، ص 52 - 53.

فلا يجوز مقاضاة الطرف المدني إلا أمام محكمة موطنه وهذا طبقاً لقواعد القانون المدني، أمّا بالنسبة للطرف التجاري فيجوز رفع الدعوى عليه أمام المحاكم الثلاث: محكمة موطنه، محكمة محل إبرام العقد، محكمة تنفيذ العقد¹.

المطلب الثالث: تمييز عقد البيع بناءً على التصميم عن غيره من العقود المشابهة

قد يتداخل عقد البيع بناءً على التصميم مع مجموعة من النظم القانونية، لذا وجب الوقوف عليها وبيان أوجه التشابه والاختلاف بينها، حتى نرسم الحدود والفواصل ويحدث التمايز بينها، وهذا ما سنحاول بيانه في الفروع الآتية:

الفرع الأول: تمييز عقد البيع بناءً على التصميم عن الوعد بالبيع العقاري

على الرغم من الأهمية العملية للوعد بالبيع العقاري، إلا أنّ المشرع الجزائري لم يخصّص له أحكام خاصة به في القانون المدني؛ بل اكتفى بالنص على الوعد بالتعاقد في القواعد العامة، والتي تضمنتها المواد 71 و72 من القانون المدني²، وبناءً على هذه النصوص فقد عرّف فقهاء القانون الوعد بالبيع العقاري على أنّه: "عقد يلتزم بمقتضاه شخص هو الواعد بأن يبيع عقاره إلى شخص آخر وهو الموعود إذا رغب في شراؤه خلال مدة معينة"³. وعليه فإنّ البيع بناءً على التصميم يشترك مع الوعد بالبيع العقاري في وجود تعهد مقترن بمدة زمنية في كليهما، فالأول فيه تعهد بالبناء ونقل الملكية ابتداءً وانتهاءً بعد اكتمال البناء، والثاني فيه تعهد بالبيع ونقل الملكية ابتداءً إذا أظهر الموعود له رغبته بالشراء خلال مدة يتفق عليها الطرفان في كل منهما⁴.

وبما أنّ البيع بناءً على التصميم والوعد بالبيع العقاري يردان على عقار، فإنّ جميع التصرفات التي ترد عليهما يجب أن تكون في شكل رسمي وإلاّ كان العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً⁵.

¹ - المرجع نفسه، ص 53.

² - نصّت المادة 71 من الأمر رقم: 58-75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975م، المتضمّن القانون المدني الجزائري على: "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 وهذا الشكل يطبق أيضاً على الاتفاق المتضمّن الوعد بالتعاقد" ونصت المادة 72 من نفس القانون على: "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".

³ - محمد حسنين، نظرية الالتزام، المرجع السابق، ص 36.

⁴ - ضحى محمد سعيد عبد الله النعيمي، مفهوم بيع العقار على الخريطة وتكييفه القانوني - دراسة مقارنة -، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الموصل، العراق، العدد 49، جانفي 2012م، ص 266.

⁵ - ينظر: المادة 793 من الأمر رقم: 58-75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975م، المتضمّن القانون المدني الجزائري.

ويختلف البيع بناءً على التصميم عن الوعد بالبيع العقاري من حيث:

أنّ البيع بناءً على التصميم ملزم لجانبين فهو يرتّب التزامات متبادلة في ذمة كل من المرقّي العقاري والمشتري، في حين أنّ الوعد بالبيع العقاري ملزم لجانب واحد؛ أي أنّ الواعد ملزم بالبقاء على وعده خلال مدة معينة، أمّا بالنسبة للموعد له فله الخيار بأن يبدّي رغبته في الشراء أو عدم رغبته، كما أنّ عقد البيع بناءً على التصميم يرتّب التزامات عينية، فالملكية تنتقل إلى المشتري ويمكنه التصرف في هذا العقار، في حين أنّ الوعد بالبيع العقاري يرتّب التزامات شخصية أي أنّ الملكية تبقى عند الواعد، وصحيح أنّ كلا العقدين يردان على عقار إلا أنّهما يختلفان من جهة أنّ العقار في البيع بناءً على التصميم يكون في طور الإنجاز، أمّا الوعد بالبيع العقاري قد يرد على عقار في طور الإنجاز أو عقار كامل التشييد¹.

الفرع الثاني: تمييز البيع بناءً على التصميم عن بيع الأشياء المستقبلية

نصّت المادة 92 من القانون المدني الجزائري على أنّه: "يجوز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً ومحقّقاً، غير أنّ التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطلاً ولو كان برضاه إلاّ في الأحوال المنصوص عليها في القانون"، ونصّت المادة 93 من نفس القانون على: "إذا كان محل الالتزام مستحيلاً في ذاته أو مخالفاً للنظام العام أو الآداب العامة كان العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً".

فيستخلص من نص المادتين أنّ المقصود بالأشياء المستقبلية كمحور للالتزام، تلك الأشياء التي ستوجد في المستقبل؛ أي بعد انعقاد العقد سواء أكان وجودها هذا أمراً محققاً أو محتملاً، وأمّا الأشياء التي يكون وجودها في المستقبل أمراً مستحيلاً، فلا تصلح كمحل للالتزام ولا ينعقد العقد لتخلّف ركن المحل².

فالمشرّع الجزائري أجاز التعامل في الأشياء والحقوق المستقبلية، كبيع عقار قبل إتمام بنائه، وبيع محصول قبل نضجه، وبالرجوع إلى عقد البيع بناءً على التصميم نجد أنّ المبيع في هذا العقد هو فعلاً شيئاً مستقبلياً بالنسبة للبناء دون الأرض، وهو في هذا يشبه بيع الأشياء المستقبلية، غير أنّ بيع الأشياء المستقبلية يرد على شيء غير موجود بتاتا، وبالتالي لا تنتقل فيه الملكية بمجرد انعقاد العقد، بعكس البيع بناءً على التصميم الذي تنتقل فيه ملكية الأرض إلى المكتتب بمجرد إبرامه، كما أنّ البيع بناءً على التصميم لا ينطوي على أي مجازفة لا من قبل

¹ - مجيد خلفوني، شهر التصرفات العقارية في القانون المدني الجزائري مدعم بالقرارات القضائية، دار هومه، الجزائر، ط2، 2011م، ص 185.

² - علي فيلاي، الالتزامات النظرية العامة للعقد، موفم للنشر، الجزائر، د.ط، 2008م، ص 227.

البائع ولا من قبل المشتري؛ لأنّ حق المشتري مضمون كضمان حسن الإنجاز والضمان العشري، وهي الضمانات التي لا وجود لها في بيع الأشياء المستقبلية¹.

وعليه نصل إلى أنّ بيع العقار قبل الإنجاز أو كما يسميه المشرع الجزائري البيع بناءً على التصميم، بالرغم من أنّه تطبق من تطبيقات البيع للأشياء المستقبلية، إلاّ أنّه يختلف عنها من حيث الانعقاد والمسؤولية والالتزامات والضمانات.

الفرع الثالث: تمييز عقد البيع بناءً على التصميم عن عقد حفظ الحق

جاء المشرع الجزائري بموجب القانون رقم: 11-04، المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية بصيغة عقد حفظ الحق، وقد عرّفه القانون الفرنسي في بيع العقار تحت الإنشاء وهو عقد ابتدائي (contrat préliminaire) يسبق العقد النهائي، وهذا بموجب القانون رقم 67-03 المؤرخ في 03/01/1967م، والذي بموجبه يلتزم البائع بأن يحجز عقار أو جزء من عقار للمشتري المحجوز له، على أن يدفع هذا الأخير مبلغ مالي كضمان يودع في حساب خاص باسم صاحب حفظ الحق في البنك أو لدى الموثق، ويجب على البائع أن يبلغ الحاجز خلال شهر بمشروع عقد البيع النهائي قبل التوقيع على العقد².

وقد عرّف المشرع الجزائري هذا العقد في المادة 27 من القانون المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية حيث جاء فيها: "عقد حفظ الحق هو العقد الذي يلتزم بموجبه المرقي العقاري بتسليم العقار المقرر بناؤه أو في طور البناء لصاحب حفظ الحق فور إنجازه مقابل تسبيق يدفعه هذا الأخير، يودع مبلغ التسبيق المدفوع من طرف صاحب حفظ الحق في حساب مفتوح باسم هذا الأخير لدى هيئة ضمان عمليات الترقية العقارية المنصوص عليها في المادة 56 من هذا القانون، يحدد نموذج عقد حفظ الحق عن طريق التنظيم".

من خلال هذا التعريف يتبيّن لنا أنّ عقد البيع بناءً على التصميم يشترك مع عقد حفظ الحق فيما يلي:

- أنّ القانون 11-04 المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية عرّف كل من عقد حفظ الحق وعقد البيع بناءً على التصميم، وذلك في المادتين 27 و28 منه، كما أنّ المادة 29 من هذا القانون بيّنت لنا أنّه لا يمكن إبرام هذين العقدين إلاّ من طرف المرقي العقاري، حيث أنّ كلاهما يرد على عقار مقررّ بناؤه أو في طور

¹ - فتحي ويس، المسؤولية المدنية والضمانات، الخاصة في بيع العقار قبل الإنجاز، دراسة تحليلية ومقارنة في التشريعين الجزائري والفرنسي، المرجع السابق، ص 58.

² - آسيا دوة، عقد حفظ الحق، الملتقى الوطني حول الترقية العقارية في الجزائر، الواقع والأفاق، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، 27 و28 فيفري 2012 م، ص 203.

البناء، ويجب أن يتضمّن كلا من العقدين أصل ملكية الأرضية ورقم السند العقاري عند الاقتضاء، مرجعيات رخصة التجرئة، شهادة التهيئة، الشبكات، تاريخ ورقم رخصة البناء¹.

- كما يشترك عقد البيع بناءً على التصميم مع عقد حفظ الحق من حيث أنّهما من العقود الملزمة للجانبين، وذلك أنّ عقد حفظ الحق باعتباره من العقود التبادلية طبقاً للقواعد العامة لاسيما المادة 55 من القانون المدني²، فهو يرتّب التزامات متقابلة على عاتق المتعاقدين، فيلتزم المرقي العقاري بالقيام بكل ما من شأنه أن يجعل صاحب حفظ الحق يستفيد من العقار محل الحفظ إلى غاية إعداد عقد بيع بناية أو جزء من البناية حفظ الحق طبقاً لنص المادة 33 من القانون 11-04³.

ومع ذلك فإنّ عقد البيع بناءً على التصميم يختلف عن عقد حفظ الحق في بعض النقاط أهمها:

- يبرم عقد حفظ الحق بين المرقي العقاري وصاحب حفظ الحق، وقد حدّد المشرّع شكله من خلال المرسوم التنفيذي 13-431 أين أصبح عليه صفة الرسمية، ذلك أنّه واجب التحرير أمام موثق ولكنّه غير واجب الشهر حيث جاء في الملحق الثاني المتضمّن نموذج عقد حفظ الحق من هذا المرسوم، وبالضبط في العنصر المتعلق بالتسجيل: "يخضع عقد حفظ الحق لهذا للتسجيل طبقاً لأحكام قانون الطابع والتسجيل وهو معفى من التزام الأشهر العقاري...". فبالرغم من أنّه وارد على عقار استثناه المشرّع من الشهر، وهذا بخلاف القانون 07/86 المتعلق بالترقية العقارية الذي لم يشترط المشرّع من خلاله الكتابة الرسمية واكتفى آنذاك بالكتابة العرفية مع شرط التسجيل بموجب المادة 31 منه، أمّا عقد البيع بناءً على التصميم فيبرم بين المرقي العقاري والمقتني وهو عقد رسمي، اشترط فيه المشرّع الكتابة الرسمية عند الموثق والتسجيل إضافة إلى الشهر لدى المحافظة العقارية⁴.

- أنّ عقد حفظ الحق يعتبر عقد تمهيدي وهذا طبقاً للمادة 30 من القانون 07/86 المتعلق بالترقية العقارية، بخلاف عقد البيع بناءً على التصميم الذي يعدّ عقد نهائي.

¹ - ينظر: المادة 30 من القانون رقم: 11-04، المؤرخ في 17 فبراير 2011م، المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية.

² - تنص المادة 55 من الأمر رقم: 58-75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975م، المتضمن القانون المدني الجزائري على: "يكون العقد ملزماً للطرفين، متى تبادل المتعاقدان الالتزام بعضهما بعضاً".

³ - تنص المادة 33 من القانون رقم: 11-04 المؤرخ في 17 فبراير 2011م، المتضمّن القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية على: "يتعين على المرقي العقاري، بعد ثلاثة أشهر كحد أقصى، على إثر الاستسلام المؤقت للبناية أو لجزء منها، بإعداد عقد بيع البناية أو جزء من البناية المحفوظة أمام الموثق مقابل التسديد الكلي لسعر البيع من طرف صاحب حفظ الحق".

⁴ - ينظر: المادة 34 من القانون رقم: 11-04 المؤرخ في 17 فبراير 2011م، المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية.

- أيضا نجد أنّ عقد حفظ الحق ليس يبيعا بالمعنى الحقيقي، وإنما عبارة عن حجز للعقار المراد شراؤه وهو في طور الانجاز، على عكس عقد البيع بناءً على التصميم الذي يعتبر يبيعا متميزا بأحكام خاصة.

الفرع الرابع: تمييز عقد البيع بناءً على التصميم عن البيع الإيجاري (الإيجار المنتهي بالتمليك):

عرّفت المادة 02 من المرسوم التنفيذي 04 - 340¹ البيع بالإيجار بنصها: " البيع بالإيجار صيغة تسمح بالحصول على مسكن بعد إقرار شرائه بملكية تامة بعد انقضاء مدة الإيجار المحددة في إطار عقد مكتوب". فالبيع الإيجاري يكون في صورة اتفاق، يلجأ فيه الطرفان إلى عقد الإيجار ليخفيا فيه عقد البيع، ويظهر من خلاله العقد على أنّه عقد إيجار عادي يلعب فيه البائع دور المؤجر، بالمقابل يظهر المشتري في صورة المستأجر²، وعند انتهاء المشتري من سداد الأقساط يتملك المال تلقائيا وبأثر رجعي يعود إلى يوم إبرام العقد³، إلا أنّه يمكن أن يفسخ عقد الإيجار عند تحلّف المشتري عن دفع الأقساط، وفي هذه الحالة يكون على المستأجر إعادة محل العقد إلى المؤجر مع الاحتفاظ بما قبضه، إمّا لكونه مقابل انتفاع أو تعويضا عن الفسخ⁴.

وعليه فإنّ عقد البيع بناءً على التصميم يتشابه مع البيع الإيجاري في عدّة أوجه منها:

- كلاهما من العقود المستحدثة التي خصّها المشرّع باسم معين، فهما من العقود المسماة، بالإضافة إلى أنّهما يردان على محل واحد وهو العقار.

- كلاهما عقد شكلي حيث أنّهما يخضعان لإجراءات التسجيل والشهر في المحافظة العقارية، طبقا للمادة 793 من القانون المدني الجزائري.

¹ - نظّم المشرّع هذا البيع بواسطة المرسوم التنفيذي رقم: 04 - 340 المؤرخ في 19 رمضان 1425 هـ الموافق ل: 2 نوفمبر 2004م،

المحدّد لشروط وكيفيات شراء المساكن المنجزّة بأموال عمومية أو مصادر بنكية أو أي تمويلات أخرى في إطار البيع بالإيجار، الجريدة الرسمية العدد9، المعدّل والمتمّم للمرسوم التنفيذي رقم01 - 105 المؤرخ في 29 محرم 1422 هـ الموافق ل: 23 أبريل 2001م.

² - ينظر: المادة 01 من المرسوم التنفيذي رقم: 105/01، المؤرخ في 23 أبريل 2001، المتعلّق بالبيع الإيجاري، الجريدة الرسمية، العدد 23، لسنة 2001م.

³ - نوارة حمليل، عقد البيع بالإيجار، مجلة الباحث، جامعة تيزي وزو، العدد 5، السنة 2007م، ص: 63. وينظر: - محمد الصغير كاوجة ، قاسم مولود، مقارنة قانونية لتحديد مفهوم البيع بالإيجار في ظل أنواع العقود الأخرى، الملتقى الدولي حول الترقية العقارية يومي 7 و8 فيفري 2006، جامعة قاصدي مرياح، ورقلة، ص 63.

⁴ - الموقع الإلكتروني: www.ajeni.com/into/htm. تاريخ الزيارة 18 ديسمبر 2015م. وينظر: - محمد حسين منصور،

شرط الاحتفاظ بالملكية، دار الجامعة الجديدة، مصر، د.ط، 2007م، ص 35.

- كما أنّ كل من هذين العقدين ملزم لجانبين، فالمؤجر في البيع الإيجاري يوضع العين المؤجرة تحت تصرف المستأجر، ويلتزم هذا الأخير (المستأجر) بدفع الثمن، وفي البيع بناءً على التصميم يلتزم المرقى العقاري بإنجاز البناية في أجل محدد والمشتري بدفع أقساط الثمن كلّما تقدم الإنجاز¹.

- كما يقترب العقدان من حيث الثمن الجزأً على شكل أقساط في كل منهما، فالمدة في عقد البيع بناءً على التصميم هي لإتمام إنجاز البناية ونقل ملكيتها للمشتري، أمّا المدة في البيع الإيجاري فهي ليست لإنجاز البناية المتفق عليها، بل هي مدة عقد الإيجار السابقة على عقد البيع الذي يبرم عند انتهاء هذه المدة واستيفاء المؤجر كامل الأقساط.

ورغم أوجه التشابه الموجودة بين هذين العقدين إلا أنّهما يختلفان في الكثير من النقاط منها:

- أنّ البيع الإيجاري يتعهد المالك فيه بنقل ملكية شيء لشخص آخر بعد فترة من انتفاعه به مقابل عوض، أمّا عقد البيع بناءً على التصميم فهو عقد بيع لعقار لم ينجز بعد، حيث يلتزم المرقى العقاري بإنجازه ونقل ملكيته للمشتري في مدة محددة، وبالمقابل يلتزم المشتري بدفع الثمن.

- يلتزم المشتري في عقد البيع بناءً على التصميم بدفع الثمن في شكل أقساط، وهذه الأقساط ناتجة عن هذا العقد، على خلاف أقساط البيع الإيجاري التي تكون ناتجة عن عقد الإيجار وليس عن عقد البيع.

- كما يختلف العقدان من حيث المدة الزمنية، فالمدة في عقد البيع بناءً على التصميم هي لإتمام إنجاز البناية ونقل ملكيتها إلى المشتري، أمّا المدة في البيع الإيجاري فهي ليست لإنجاز البناية المتفق عليها، وإنما هي مدة عقد الإيجار السابقة عن عقد البيع، والذي يبرم عند انتهاء هذه المدة واستيفاء المؤجر كامل الأقساط².

¹ - حمدي أحمد سعد أحمد، البيع الإيجاري، الدار القانونية، مصر، د. ط، 2007م، ص 11.

² - نسيم بوجنان، عقد البيع بناءً على التصميم، المرجع السابق، ص 28. وينظر: - علي الرام، بيع العقار في طور البناء، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، وجدة - المغرب - 2004م، ص 44.

المبحث الثاني: تكييف عقد البيع بناءً على التصميم في الفقه الإسلامي

بناءً على ما تمّ دراسته في المبحث الأول من تعريف عقد البيع بناءً على التصميم في القانون وبيان خصائصه، وبالإضافة إلى تكييفه من حيث طبيعته القانونية وتحديد طبيعة العمل القانوني لكل من البائع والمشتري، وتمييزه عن بعض النظم المشابهة في القانون، تكون قد تشكلت لدينا صورة عن هذا العقد، لذلك ارتأينا أن نخصّص المبحث الثاني من هذا الفصل لتكييف عقد البيع بناءً على التصميم في الفقه الإسلامي، فقسّمناه إلى ثلاثة مطالب: (المطلب الأول) نتناول فيه التأصيل الشرعي لهذا العقد، أمّا عن (المطلب الثاني) فنقوم فيه بوضع مقارنة بين خصائص عقد البيع بناءً على التصميم مع خصائص الأصل الفقهي له، أمّا (المطلب الثالث) نتناول فيه تمييز عقد البيع بناءً على التصميم عن بعض العقود المشابهة له في الفقه الإسلامي

المطلب الأول: التأصيل الشرعي لعقد البيع بناءً على التصميم

لابدّ أثناء التأصيل لأي مسألة مستحدّة من إتباع ثلاث مراحل رئيسية مهمّة، يذكرها الفقهاء المتخصّصون في دراسة النوازل¹، أولها: التصور، ثانيها: التخريج، وثالثها: التنزيل؛ ذلك أنّ "جميع المسائل التي تحدث في كل الوقت، وسواء حدثت أجناسها أو أفرادها يجب أن تتصور قبل كل شيء. فإذا عرفت حقيقتها، وشخصت صفاتها، وتصورها الإنسان تصورا تاما بذاتها ومقدماتها ونتائجها طبقت على نصوص الشرع وأصوله الكلية؛ فإنّ الشرع يحلّ جميع المشكلات: مشكلات الجماعات والأفراد، ويحلّ المسائل الكلية والجزئية؛ يحلّها حلا مرضيا للعقول الصحيحة والفطر السليمة. ويشترط أن ينظر فيه البصير من جميع نواحيه وجوانبه الواقعية و الشرعية"². وبالتالي فإنّ أي خلل في أحد هذه الخطوات الثلاث يؤدي حتماً إلى خلل في الذي يليه. لذلك سنتناول هذه العناصر فيما يلي بنوع من التفصيل، وفق الفروع الآتية:

¹ - النوازل لغة: جمع نازلة، وهي اسم فاعل من نزل. جاء في معجم مقاييس اللغة: "النون والزاي واللام كلمة صحيحة تدلّ على هبوط الشيء ووقوعه ونزل عن دابته نزولا، ونزل المطر من السماء نزولا، والنازلة: الشديدة من شدائد الدهر". ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، المصدر السابق، الجزء 5، ص 417. ويراد بالنوازل عند الفقهاء المتقدمين: المسألة الجديدة التي تتطلب اجتهادا. ينظر: عابد بن محمد السفياي، معنى النوازل والاجتهاد فيها، مجلة الأصول والنوازل، جامعة أم القرى، العدد الأول، محرم 1430هـ، ص 16. أمّا عند المعاصرين يقصد بها: الوقائع والمسائل المستحدّة والحادثة المشهورة بلسان العصر باسم: النظريات، والظواهر. ينظر: - بكر بن عبد الله أبو زيد، فقه النوازل - قضايا فقهية معاصرة - مؤسسة الرسالة، بيروت، 1416هـ - 1996م، المجلد الأول، ص 09.

² - عبد الرحمان السعدي، الفتاوى السعدية، مكتبة المعارف، الرياض، ط2، 1402هـ، ص 190.

الفرع الأول: تصوّر عقد البيع بناءً على التصميم

يعتبر التصوّر أول خطوة كما ذكرنا سابقاً في عملية معالجة أي نازلة، وكما يقال الحكم على الشيء فرع عن تصوره؛ ذلك أنّ الإقدام على الحكم في النوازل دون تصورها يعدّ قاصمة من القواصم، وهذا باب واضح لا إشكال فيه، والباب الذي يأتي من جهته الخلل والزلل إنّما هو القصور والتقصير في فهم النازلة وتصورها، وليس في تحصيل أصل التصوّر.

ومن هنا يتّضح لنا أهمية ضبط عملية التصوّر؛ فإنّ كثيراً من الناس يتوهّم أنّ لديه التصوّر الصحيح والفهم التام، مع أنّه فاسد التصوّر سقيم الفهم، و لذلك يجدر التنبيه ها هنا إلى أمر كالقاعدة في هذا المقام وهو: أنّه لا بدّ في تصور النازلة وفهمها فهما صحيحا من الجمع بين أمرين: الأول منهما تصور النازلة في ذاتها، وهذا وحده لا يكفي؛ بل لا بد من أمر آخر وهو تصور ما يحيط بهذه النازلة من ملابسات وقرائن وأحوال¹.

فالأمر الأول هو فهم الواقعة في ذاتها، وهو ما سنحاول بيانه من خلال حديثنا عن إدراك عقد البيع بناءً على التصميم في الجزء الأول.

وأما عن الأمر الثاني المتمثل في فهم الواقع المحيط بالنازلة، سنذكر فيه الأسباب التي أدت إلى ظهور هذا العقد في الحياة المعاصرة وخاصة في الجزائر - بما أنّ دراستنا متعلّقة بالتشريع الجزائري - في الجزء الثاني.

أولاً: إدراك عقد البيع بناءً على التصميم في حدّ ذاته

من خلال تناولنا للمبحث الأول والجزئيات التي تطرقنا إليها فيه بالدراسة والتحليل، تكون قد تشكّلت لدينا صورة عامة حول هذا العقد، فنقول: **عقد البيع بناءً على التصميم** هو عبارة عن عقد يُبرم بين البائع والمشتري، موضوعه متمثل في انجاز وحدة سكنية تكون منعدمة وقت التعاقد، بحيث يلتزم فيها البائع بإنجاز هذه الوحدة السكنية طبقاً لمواصفات معينة وأجل محدّد ونقل ملكيتها إلى المشتري بعد اكتمالها، في حين يلتزم المشتري بدفع أقساط متتالية من المبلغ الإجمالي للبناءة مناصفة مع تقدم الأشغال، مع العلم أنّ ملكية المبيع تنتقل إليه بشكل رسمي بعد سداد آخر قسط من التكلفة الإجمالية للبناءة.

¹ - محمد بن الحسن الجيزاني، فقه النوازل - دراسة تأصيلية تطبيقية -، دار ابن الجوزي، المملكة العربية السعودية، 1427هـ - 2006م، ط.2، الجزء 1، ص 39-40.

ثانياً: فهم (فقه) الواقع¹ الذي أدى إلى ظهور عقد البيع بناءً على التصميم

إنّ فهم الواقع يعدّ أمراً مهماً جداً في عملية الاجتهاد، إذ كلّما كان الفهم لطبيعة ذلك الواقع قريباً من الصواب كلّما كان تطبيق الأحكام وتحقيق مراميها ومقاصدها كذلك²، وبالرجوع إلى عقد البيع على التصميم، نجد أنّ هناك عدّة عوامل أدت إلى ظهوره في الجزائر، منها ما يرجع إلى أسباب قانونية، واقتصادية، واجتماعية. بالإضافة إلى أسباب أمنية، وكذلك تقنية متعلّقة بالبنائيات في حدّ ذاتها.

1 - الأسباب القانونية:

إنّه و من خلال تتبعنا للدساتير الجزائرية والقوانين المتعلّقة بالنشاط العقاري، نجد أنّ الدولة الجزائرية عملت منذ فجر الاستقلال على توفير مسكن لكل مواطن باعتباره حقاً اجتماعياً مضموناً من طرف الدولة، والتي يجب عليها تلبية بموجب الدستور سنة 1976م³. غير أنّ هذا الحق لم يعمّر طويلاً بسبب عدم قدرة الدولة على تلبية الطلبات المتزايدة على السكن، لذلك جاء دستور سنة 1989م⁴ حالياً من أي نص قانوني يكرس حق المواطن في الحصول على السكن من الدولة، ولأجل حل هذه الأزمة السكنية لجأ المشرّع الجزائري إلى إصدار قانون رقم 86-07 المؤرخ في 04/مارس/1986م المتعلّق بالترقية العقارية، وبهذا يكون قد فتح المجال أمام القطاع الخاص للمشاركة في مشاريع الترقية العقارية.

¹ - وهذا الفقه، أي فقه الواقع لم يُعرف عند السلف كعلم مستقل بذاته؛ بل هو من العلوم المستحدثة، وارتبط ذكره بدراسة المسائل والحوادث التي تقع للناس وفق ما يفهم من حياتهم ومعاشهم وظروفهم وتغيرات الأعراف، فلا يمكن للمفتي مثلاً أن يجيب في مسألة وقعت في الهند ترتبط بواقع الناس هناك دون أن يعرف ملابسات الواقعة لكي يتمّ التنزيل الشرعي السليم لها، لذا وجب مراعاة فقه الواقع كأداة من أدوات التنزيل المقاصدي للنصوص، "فهم الواقع يعدّ شرطاً ثانياً لمنظومة الأحكام، إضافة إلى النصوص التي لم تأت إلّا لتخاطب الواقع وتتنزّل فيه على أحسن حال، وأفضل منهج، وأقوم سبيل... وواجب المجتهد الاطلاع على أحوال زمانه، و إلمامه بالأصول العامة لأحوال عصره، فهو يسأل عن أشياء قد لا يدري شيئاً عن خلفيتها وبواعثها وأساسها الفلسفي أو النفسي أو الاجتماعي فيتخبط في تكييفها والحكم عليها". نور الدين بن مختار الخادمي، الاجتهاد المقاصدي، حجتيه - ضوابطه - مجالاته، كتاب الأمة، سلسلة دورية تصدر كل شهرين عن وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، الطبعة 01، 1998م، الجزء 02، ص 67.

² - المرجع نفسه، ص 65.

³ - الأمر رقم: 76-97 مؤرخ في: 20/ذي القعدة/1396 الموافق ل: 22/11/1976م، يتضمن دستور 1976م، الجريدة الرسمية العدد: 94 الصادر بتاريخ: 24/11/1976م.

⁴ - المرسوم الرئاسي رقم: 89-18 مؤرخ في: 23/02/1989م، الجريدة الرسمية العدد: 09، الصادر بتاريخ: 01/03/1989م.

غير أنّ هذا القانون لم يحقق الهدف المرجو منه وهو القضاء على أزمة السكن الخائفة، وهذا يرجع إلى بعض البنود التي تضمّنها نذكر من بينها: ضرورة تحديد نسبة مشاركة المتعامل الخاص في الترقية العقارية بما لا يقل عن 50% من تمويل المشروع، وصعوبة الحصول على الأرض المخصّصة للبناء، وقصر الاستثمار في هذا القطاع على إنجاز المباني المخصّصة للسكن بغرض البيع أو تلبية الحاجة دون الإيجار. وفي ظل هذه الصعوبات والمشاكل القائمة اضطرّ المشرّع الجزائري كعادته إلى إصدار المرسوم التشريعي 03/93 المؤرخ في 01/مارس/1993 المتعلّق بالنشاط العقاري، والذي نصّت المادة 30 منه على إلغاء القانون رقم: 86-07 المتعلق بالترقية العقارية. لينفرد هذا المرسوم بتنظيم خاص لعقد بيع عقار بناءً على التصميم، لكن ككل مرة تظهر عراقيل ومشاكل عملية تصحب هذه التنظيمات القانونية، وبالفعل ظهرت احتمالات من طرف المتعاملين اتجاه المشتريين وهذا راجع ربما إلى عدم تحديد القواعد والشروط اللازمة لإبرام هذا النوع من العقود، وإتباعا لما سلف تمّ إصدار القانون رقم: 11-04 المحدّد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، والذي ألغى هو أيضا المرسوم التشريعي السابق الذكر، حيث حاول فيه المشرّع الجزائري إلى حد ما سد الثغرات القانونية عن طريق منح ضمانات أكثر للمستفيدين. هذه معظم الأسباب والظروف القانونية التي أدت إلى ظهور عقد البيع بناءً على التصميم في الجزائر.

2 - الأسباب الاقتصادية:

بعدها عجزت الدولة على الاستجابة للطلب على السكن الذي يتزايد باستمرار، والذي احتكرته منذ الاستقلال عن طريق المؤسسات العمومية وفي ظل انخفاض الموارد المالية، لجأت إلى البحث عن طرق وأساليب جديدة للتخفيف من حدة مشكل السكن، فبدأت تتخلّى شيئا فشيئا عن النظام الاشتراكي والتوجه نحو النظام الرأسمالي، وذلك عن طريق إصدار ترسانة من القوانين في جميع المجالات بما فيها مجال الترقية العقارية، وذلك حتى تتماشى مع النظام الجديد. حيث فتح المجال للاستثمار أمام الخواص في ميدان السكن وذلك بموجب القانون 86/07 المتعلّق بالترقية العقارية. لكنّ هذا القانون الأخير لم يعد منسجما مع روح الدستور الجديد، الذي كرس الملكية الفردية وفتح المجال لحرية المعاملات العقارية، كما أصبح هذا القانون مخالفا لبعض القوانين الصادرة بعد دستور 1989م، ومن بين هذه القوانين قانون 25/90 المؤرخ في 18 نوفمبر 1990م المتعلّق بالتوجيه العقاري، والذي تضمّن أحكاما جديدة تحرّر المعاملات العقارية، والتي كانت في القانون 86/07 حكرا على المؤسسات

العمومية، كذلك جاء القانون 10/90 المتعلق بالنقد والقرض¹، والذي منح البنوك الاستقلالية والحرية في مجال منح القروض، عكس ما كان عليه في ظل القانون 07/86 والذي كان ينص على التحديد التلقائي المسبق لمبلغ القرض المسموح بمنحه للمتعامل العقاري². وبالتالي يعد السبب الرئيسي من الناحية الاقتصادية لظهور عقد البيع بناءً على التصميم، هو التحول من النظام الاشتراكي إلى النظام الرأسمالي آنذاك.

3 - الأسباب الاجتماعية:

توجد عدّة عوامل اجتماعية ساهمت في زيادة عدد الطلبات على السكن، ممّا أدى إلى البحث عن آليات للتخفيف من حدّة هذه الأزمة، ولعل أبرز هذه الأسباب الاجتماعية هي:

* **النزوح الريفي نحو المدينة:** وهذا ناتج عن تطور الحياة الحضرية في المدينة والبحث عن الظروف المعيشية الميسّرة، والتقرب من المرافق العمومية لتلبية الرغبات المختلفة والمتعدّدة، والتخلّص من الحياة بالريف التي تبدو عسيرة بالمقارنة مع العيش بالمدينة.

* **النمو الديمغرافي السريع:** يرجع سبب النمو الديمغرافي السريع إلى تحسن الأوضاع الاجتماعية، وخلو المحيط الذي يعيش فيه الإنسان من الحروب، وانعدام الأمراض والأوبئة الخطيرة، ورغبة الشاب في الانفصال والاستقلال عن الأسرة الكبيرة، كلها عوامل أدت إلى الزيادة في عدد الطلبات على السكن، والتي كانت تبلغ ما يقارب 100 ألف طلب في السنة.

4 - الأسباب الأمنية:

لقد ساهمت الأحداث التي مرت بها الجزائر بداية من أواخر الثمانينات إلى غاية نهاية التسعينات؛ وهي ما يعرف "بالعشرية السوداء" في تأزم وضعية السكن، من خلال فرار السكان من المناطق التي تشهد اضطرابات أمنية إلى المناطق الآمنة بغية الحفاظ على أرواحهم. لذا فإنّ هذه الفترة العسيرة التي مرّ بها بلدنا، ساهمت مساهمة كبيرة في تعقيد الأمور المتعلقة بمجال السكن.

5 - الأسباب التقنية:

¹ - القانون رقم: 10/90 المؤرخ في 14 أفريل 1990م المتعلق بالنقد والقرض، الجريدة الرسمية العدد 15، الصادرة في 1990م.

² - فتحي ويس، المسؤولية المدنية والضمانات الخاصة في بيع عقار قبل الإنجاز، المرجع السابق، ص 129.

تتعلق الأسباب التقنية بالبنائية في حد ذاتها، والمتمثلة أساساً في عدم الالتزام بالمعايير والمقاييس المعمول بها في مجال إنجاز البناءات، فسرعان ما تتعرض العمارات لانهيارات وتصدعات بعد وقت يسير من عمراتها. ويظهر ذلك جلياً أثناء حدوث الكوارث الطبيعية، وخير دليل على ذلك الزلزال الذي حدث سنة 2003 بمدينة بومرداس. وعليه فهذه معظم الأسباب التي أدت إلى ظهور أزمة السكن في نظر الباحث، فكانت بمثابة ملابسات وقرائن وأحوال تولد عنها عقد البيع بناءً على التصميم .

الفرع الثاني: التخريج الفقهي لعقد البيع بناءً على التصميم

على اعتبار أنّ عقد البيع بناءً على التصميم من العقود المعاصرة التي لم يكن لها مثيل في زمن ماضي، لذا لا بدّ من بيان حكمه الشرعي ولا يتأتى ذلك إلا من خلال التكييف الفقهي له¹. وللوصول إلى الأصل الفقهي لعقد البيع بناءً على التصميم لا بدّ من تخريج² هذا العقد على أحد العقود المتقدمة والتسوية بينهما في الحكم، وهو ما حاولنا أن نصل إليه من خلال قرارات المجمع الفقهي، وتتبع أقوال الفقهاء المعاصرين. فعندما نأتي للبحث عن التخريج الفقهي للعلاقة العقدية التي تربط طرفي عقد البيع بناءً على التصميم، نجد أنّ مجمع الفقه الإسلامي المنعقد بجدة، في قراره المتعلّق بالتمويل العقاري لبناء المساكن وشراء المساكن قبل بنائها وفق

المخطّطات الهندسية المفصّلة، نصّ على: "

¹ - يمكن تعريف التكييف بأنّه: تصنيف المسألة تحت ما يناسبها من النظر الفقهي، أو يقال هو رد المسألة إلى أصل من الأصول الشرعية. ينظر: - محمد بن الحسن الجيزاني، فقه النوازل، المرجع السابق، ص 47.

² - التخريج هو: نقل حكم المسألة إلى ما يشابهها والتسوية بينهما فيه. انظر: آل تيمية، المسودة في أصول الفقه، تحقيق: أحمد الذروي، دار الفضيلة، الرياض، 1422هـ، ط1، الجزء 2، ص 947. ويتفق التكييف الفقهي مع التخريج الفقهي في بعض جوانبه: كالتحقق من وجود العلة في الفرع، وإلحاقه بحكم الأصل. ويختلفان في أن الأصل في التخريج لا بد أن يكون منصوباً عليه في مذهب إمام من الأئمة. أمّا التكييف فلا يشترط له ذلك، فقد يكون الأصل فيه منصوباً عليه في القرآن أو السنة. - محمد عثمان شبير، التكييف الفقهي للوقائع المستحقة وتطبيقاته الفقهية، دار القلم، دمشق، 1435هـ-2014م، ط2، ص 21.

1. أنّ المسكن من الحاجات الأساسية للإنسان وينبغي أن يوفر بالطرق المشروعة بمال حلال، وإنّ الطريقة التي تسلكها البنوك العقارية والإسكانية ونحوها، من الإقراض بفائدة قلت أو كثرت هي طريقة محرّمة شرعا لما فيها من التعامل بالربا.
2. هناك طرق مشروعة يستغنى بها عن الطريقة المحرّمة، لتوفير المسكن بالتملك (فضلا عن إمكانية توفيره بالإيجار). منها:

- تملك المساكن عن طريق عقد الاستصناع - على أساس اعتباره لازماً- وبذلك يتم شراء المسكن قبل بنائه، بحسب الوصف الدقيق المنزل 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 السلم¹.

- والملاحظ على قرار الجمع الفقهي أنّه اعتبر بيع العقار على الخريطة² أو كما يسمّيه المشرّع الجزائري البيع بناءً على التصميم من قبيل الاستصناع، وقد أيد هذا التنزيل كثير من فقهاء الشريعة والمفتين المعاصرين، حيث ذهبوا إلى اعتبار البيع على الخريطة من تطبيقات الاستصناع، ومنهم: وهبة الزحيلي حيث يقول في إطار حديثه على عقد الاستصناع كأداة استثمار في الصناعات المتطورة وتشديد المباني: "...بل إنّّه أصبح أداة مهمّة في توفير المنازل والمساكن وتشديد المباني والجامعات والمدارس والمشافي والشكنات العسكرية، ممّا يمكن ضبطه بالمقاييس

¹ - قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم: (52/1/6)، في مؤتمره السادس المنعقد بجدة في المملكة العربية السعودية من 17 إلى 23 شعبان 1410 هـ الموافق لـ: 14 إلى 20 مارس 1990م، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 6، الجزء 01، ص 188.

² - عقد البيع بناءً على التصميم مصطلح قانوني مستحدث، لذلك لم نجد تعريفاً لهذا المصطلح في الفقه الإسلامي خصوصاً لدى الفقهاء القدامى، وبما أنّ هذا البيع ينصبّ ويقع على عقار في طور الإنجاز، فإنّه يمكن أن نطلق عليه في الفقه الإسلامي المعاصر مصطلح: "بيع الشقق على الخريطة" أو "بيع العقار على الخريطة" أو "بيع البيوت على المصوّرات"، والتي أوردها بعض الباحثين والمفتين المعاصرين في الفقه الإسلامي . وكما تعددت التسميات تعددت صورته بحسب النظام الذي يعترض السائل أو بحسب النظام الذي يعمل به قانون كل بلد أو المتعاملين بهذه الأنواع من العقود. ينظر في ذلك: - محمد توفيق رمضان البوطي، البيوع الشائعة وأثر ضوابط المبيع على شرعيتها، دار الفكر، بيروت - لبنان، ط3، 2005، ص 182 - 183. - سعد الدين محمد الكبي، المعاملات المالية المعاصرة في ضوء الإسلام، المكتب الإسلامي، بيروت - لبنان، ط1، 2002م، ص 328. - وهبة الزحيلي، المعاملات المالية المعاصرة، بحوث فتاوى وحلول، دار الفكر، دمشق - سوريا، ط4، 2007م، ص 308. - محمد ماجد عتر، المفصل في الفقه الحنفي، الأموال والمعاملات المالية وفق مقتضيات العصر ومعطيات سائر المذاهب، مكتبة المستقبل سوريا، ط1، 2005م، ص 235. ناصر أحمد إبراهيم النشوي، أحكام عقد الاستصناع في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية - مصر، د.ط، 2005م، ص 449. ضحى محمد سعيد عبد الله النعيمي، مفهوم بيع العقار على الخريطة وتكييفه القانوني - دراسة مقارنة-، المرجع السابق، ص 223-286.

والمواصفات المتنوعة... وأصبح شراء البيوت السكنية على الخريطة بعد صدور الرخصة الرسمية من الحكومة معتمداً على عقود الاستصناع¹.

وقال أيضاً: "...ومن أبرز الأمثلة والتطبيقات لعقد الاستصناع بيع الدور والمنازل والبيوت السكنية على الخريطة ضمن أوصاف محدّدة، فإنّ بيع هذه الأشياء في الواقع القائم لا يمكن تسويغه إلاً على أساس عقد الاستصناع"².

كما ذهب محمد ماجد عتر في كتابه: المفصل في الفقه الحنفي - الأموال والمعاملات المالية - إلى اعتبار هذا البيع من قبيل الاستصناع، وذلك في قوله: "...وهذا البيع يصحّ ويعتبر شرعاً - مع أنّه بيع شيء لم يوجد بعد - بناءً على عقد الاستصناع الذي سبق أن شرحناه"³.

وذهب عبد اللطيف الفرفور إلى القول: "ومن التطبيقات الجديدة على عقد الاستصناع بيع الدور السكنية وما شاكلها على الخريطة، ضمن أوصاف محدّدة، فهذا الأمر لا يصحّ إلا بتخرجه على عقد استصناع، ويعدّ العقد صحيحاً إذا ذكرت في شروط العقد كل المواصفات التي تمنع الجهالة المفضية إلى النزاع"⁴.

ويقول سعود بن مسعد الثبيتي: "...وكذلك لو تغير العرف وتعامل الناس بما لم يكن فيه تعامل كاستصناع الثياب في عصرنا الحاضر، وغيرها كالتطائرات 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 معه"⁵.

ويقول كاسب بن عبد الكريم البدران: "وعلى هذا تكون الصناعات التي كثرت في بلاد المسلمين في المباني الجاهزة داخلية في الاستصناع"⁶.

¹ - وهبة الزحيلي، المعاملات المالية المعاصرة، بحوث فتاوى وحلول، المرجع السابق، ص 308.

² - وهبة الزحيلي، عقد الاستصناع، بحث منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي الصادر عن الشركة العربية لتقنية المعلومات، 2007م، ص 17.

³ - محمد ماجد عتر، المفصل في الفقه الحنفي، الأموال والمعاملات المالية وفق مقتضيات العصر ومعطيات سائر المذاهب، المرجع السابق، ص 235.

⁴ - محمد عبد اللطيف صالح الفرفور، أثر الاستصناع في تنشيط الحركة الصناعية، بحث منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الصادر عن الشركة العربية لتقنية المعلومات، 2007، ص 9.

⁵ - سعود بن مسعد الثبيتي، الاستصناع تعريفه - تكييفه - حكمه - شروطه - أثره في تنشيط الحركة الاقتصادية، دار ابن حزم، بيروت - لبنان، ط 1، 1990م، ص 77.

⁶ - كاسب بن عبد الكريم البدران، عقد الاستصناع أو "عقد المقاوله" في الفقه الإسلامي - دراسة مقارنة - رسالة ماجستير، كلية التربية، جامعة الملك فيصل، السعودية، 1984م، ص 310.

وقد أعطى صاحب نوازل العقار هذه الصورة وألحقها بعقد الاستصناع في الفقه الإسلامي، وذلك كما يلي: " بيع الشقق والطبقات قبل إنشاء المشروع وصورته أن يقوم مالك العقار ببيع شقق أو طبقات 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) وملكية مفرزة إلا أن حقيقة العقد في أول صورته لم يقع على أي من النوعين السابقين لعدم وجودهما على أرض الواقع والحقيقة، وإنما البيع تم على شيئين:

- بيع حصّة مشاعة من الأرض لكل مالك بحسب حصته المفرزة.

- بيع شقّة أو طبقة (طابق) موصوفة في الذمة¹.

وأما البيع الأول الحاصل على حصة مشاعة من الأرض فهذا ظاهر، وأما البيع الآخر وهو بيع شقّة أو طبقة موصوفة في الذمة فهو حكم عقد الاستصناع. ووجه كون هذه الصورة من باب الاستصناع، أنّ مالك الأرض يبيع موصوفاً في الذمة بشرط العمل، فهو يبيع شقّة موصوفة في الذمة بشرط بنائها وإكمالها وتسليمها للمالك الجديد، وفي هذا العقد توفرت شروط وأركان الاستصناع².

ومن الباحثين الذين جعلوا عقد البيع بناءً على التصميم من عقود الاستصناع أيضاً حسام الدين عفانة في كتابه فتاوى يسألونك، عندما سأله أحدهم فقال: ما حكم شراء شقّة لم يتم بناؤها بعد، ويقع الشراء على المخططات المعدّة للشقّة؟

فكان الجواب كالتالي: يجوز شراء شقّة أو عمارة على المخططات والخرائط، وهذا يعتبر عقد استصناع، بشرط أن تكون المخططات والخرائط تفصيلية ومبيناً فيها كافة المواصفات، منعا للنزاع والخلاف مستقبلاً³.

وبناءً على ما سبق وبعد بيان موقف مجمع الفقه الإسلامي وبعض الباحثين المعاصرين الذين أيّدوه، يمكن أن نخلص إلى تكييف عقد البيع بناءً على التصميم على أنّه من باب عقد الاستصناع، ووجه كون هذه الصورة من باب الاستصناع أنّ مالك الأرض يبيع موصوفاً في الذمة بشرط العمل، فهو يبيع شقّة موصوفة في الذمة بشرط بنائها وإكمالها وتسليمها للمالك الجديد، وفي هذا العقد توفرت أركان الاستصناع الأربعة وهي: الصيغة، الصانع وهو المالك والمستصنع وهو مشتري الشقّة أو الطابق، المعقود عليه وهو الشقّة أو الطابق⁴، لذلك فإنّ الباحث

¹ - أحمد بن عبد العزيز العميرة، نوازل العقار، المرجع السابق، ص 170.

² - المرجع نفسه، ص 171.

³ - حسام الدين بن موسى عفانة، فتاوى يسألونك، مكتبة دنديس، الضفة الغربية- فلسطين-، ط 1، 1428هـ-2007م، الجزء 1، ص 249.

⁴ - سيأتي تفصيل هذه الأركان في المبحث الثالث من هذا الفصل، والمتعلق بأركان عقد البيع بناءً على التصميم.

يرى أنّ هذا التكييف يستوجب بيان مفهوم الاستصناع وحكمه الشرعي، حتىّ نتمكن من تنزيل الفرع المقيس وهو عقد البيع بناءً على التصميم عليه وإحاقه به في الحكم، وهذا ما سنبيّنه من خلال ما يلي:

أولاً: تعريف عقد الاستصناع

إنّ تحديد مفهوم الاستصناع يقتضي التمييز بين التعريف اللغوي والتعريف الفقهي، حتىّ تتضح لنا صورة العقد المقيس عليه، والذي أحقنا به عقد البيع بناءً على التصميم، وهذا ما سنبيّنه فيما يأتي:

1- تعريف عقد الاستصناع في اللغة:

جاء في لسان العرب: "صَنَعَهُ يَصْنَعُهُ صُنْعًا فَهُوَ مَصْنُوعٌ وَصُنْعٌ: عَمَلُهُ وَقَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿صُنِعَ اللَّهُ الَّذِي أَنْقَنَ كُلَّ شَيْءٍ إِنَّهُ خَيْرٌ بِمَا تَفْعَلُونَ﴾¹ ... دليل على الصنعة كأنه قال: صَنَعَ اللَّهُ ذَلِكَ صُنْعًا... ويقال: اصطنع فلانٌ خاتماً إذا سأل رجلاً أن يصنع له خاتماً... واستصنع الشيء دعا إلى صنعه... والصنّاعة حِرْفَةُ الصانع، وَعَمَلُهُ الصنعة، والصناعة: ما ستصنع من أمرٍ... ورجلٌ صَنِيعُ اليدين وَصِنْعُ اليدين، بكسر الصاد أي: صانعٌ حاذقٌ"².

وفي الصحاح: "الصُّنْعُ بِالضَّمِّ مصدر قولك صَنَعْتُ إِلَيْهِ مَعْرُوفًا، وَصَنَعْتُ بِهِ صَنِيعًا قَبِيحًا أي فعل والصنّاعة بالكسر حرفة الصانع وَعَمَلُهُ"³.

وفي المصباح المنير: "صنعتُهُ أصنَعُهُ صُنْعًا والاسم الصنّاعة والفاعل صانعٌ والجمع صنّاع والصنّعة عمل الصانع"⁴.

ومن هذا يتبيّن لنا أنّ مفهوم الاستصناع في اللغة هو: طلب عمل الصنعة من الصانع فيما يصنعه أي أن يُطلب الرجل من صانع أن يعمل له شيئاً ما يصنعه ممّا هو من حرفته وصنّاعته.

وقد ورد لفظ صنع ومشتقاته في القرآن الكريم عشرين مرة منها قوله تعالى: ﴿وَلَا يَزَالُ الَّذِينَ كَفَرُوا تُصِيبُهُمْ بِمَا صَنَعُوا قَارِعَةٌ أَوْ تَحُلُّ قَرِيبًا مِّن دَارِهِمْ حَتَّى يَأْتِيَ وَعْدَ اللَّهِ إِنَّ اللَّهَ لَا يُخْلِفُ الْمِيعَادَ﴾⁵.

¹ - سورة النمل، الآية: 88.

² - ابن منظور، لسان العرب، المصدر السابق، الجزء 08، ص 209.

³ - زين الدين أبو عبد الله الرازي، مختار الصحاح، تحقيق: يوسف الشيخ محمد، المكتبة العصرية، بيروت - لبنان، ط5، 1999م، ص 179.

⁴ - أحمد بن محمد الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، المصدر السابق، الجزء 1، ص 340.

⁵ - سورة الرعد، الآية: 31.

حيث أطلق على ما يصنعه الإنسان، ويطلق على صناعة السحر حيث يقول تعالى: ﴿وَأَلْقِ مَا فِي يَمِينِكَ تَلْقَفَ مَا صَنَعُوا إِنَّمَا صَنَعُوا كَيْدٌ سِحْرٌ وَلَا يُفْلِحُ السَّاحِرُ حَيْثُ أَقْبٰ﴾¹، وعلى صناعة السفينة حيث قال تعالى:

﴿وَيَصْنَعُ الْفُلَافُكَ وَكُلَّمَا مَرَّ عَلَيْهِ مَلَأٌ مِنْ قَوْمِهِ سَخِرُوا مِنْهُ قَالَ إِنْ تَسْخَرُوا مِنَّا فَإِنَّا نَسْخَرُ مِنْكُمْ كَمَا تَسْخَرُونَ﴾².

ومنها قوله تعالى في حق داود - عليه السلام - ﴿وَعَلَّمْنَاهُ صَنْعَةَ لَبُوسٍ لَكُمْ لِيُحْصِنَكُمْ مِنْ بَأْسِكُمْ فَهَلْ أَنْتُمْ شَاكِرُونَ﴾³. قال ابن كثير⁴: "يقول تعالى ذكره: وعلمنا داود صناعة لبوس لكم، واللَّبُوس عند العرب: السلاح كله، ذرعا كان أو سيفاً أو رحماً"⁵.

وبالتالي فإن هذه الكلمة مما شاع استعمالها في القرآن الكريم في معانيها اللغوية التي تشمل الحرفة، وغيرها من أي عمل كان، وفي إيجاد الشيء من العدم ونحو ذلك.

2 - تعريف عقد الاستصناع في الاصطلاح:

تسمية عقد الاستصناع بهذا الاسم مما اختص به فقهاء الحنفية، وذلك لنظرهم لهذا العقد باعتباره عقداً مستقلاً عن غيره من العقود، له أحكامه الخاصة، ولهذا ميزوه بهذه التسمية، وأفردوه بالبحث وتوسعوا في بيان مسأله، أما غيرهم من الفقهاء فإنهم لم ينظروا لعقد الاستصناع باعتباره عقداً مستقلاً، ولهذا لم يصطلحوا على تسميته باسم خاص وإن سموه استصناعاً أحياناً، كما أنهم لم يتناولوا مسألة ضمن باب مستقل على غرار ما فعل الحنفية⁶. لذلك فإن تحديد معنى الاستصناع عند الفقهاء يتجه اتجاهين:

¹ - سورة طه، الآية: 69.

² - سورة هود، الآية: 38.

³ - سورة الأنبياء، الآية: 80.

⁴ - هو إسماعيل ابن كثير بن ضوء بن كثير بن ضوء بن درع، العلامة عماد الدين أبو الفداء القرشي البصري الدمشقي الشافعي، الحافظ المفسر المؤرخ، المعروف بان كثير، ولد بدمشق سنة 701هـ، وتوفي سنة 774هـ، من مصنفاته: "تفسير القرآن العظيم"، "طبقات الفقهاء الشافعيين"، "البداية والنهاية". ينظر: - ابن قاضي شهبة، طبقات الشافعية، تحقيق: عبد العليم خان، عالم الكتب، بيروت - لبنان، ط1، 1407هـ - 1988م، الجزء3، ص85. - خير الدين الزركلي الأعلام، دار العلم للملايين، بيروت - لبنان، ط15، 2002م، الجزء1، ص320.

⁵ - إسماعيل ابن كثير، تفسير القرآن العظيم، تحقيق: محمد حسين شمس الدين، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ط1، 1419هـ، الجزء5، ص314.

⁶ - أسامة بن حمود بن محمد اللاحم، بيع الدين وتطبيقاته المعاصرة في الفقه الإسلامي، دار الميمان للنشر والتوزيع، الرياض - السعودية، ط1، 2012م، الجزء1، ص644.

الاتجاه الأول: وهو اتجاه عامة الحنفية¹، حيث يعتبرونه عقداً مستقلاً بذاته، له طبيعته الخاصة ومقوماته التي تميزه عن غيره، وهو ما يسمّى في القانون بالعقد المسمّى.

الاتجاه الثاني: وهو الذي يقول به المذاهب الثلاثة: المالكية² والشافعية³ والحنابلة⁴، حيث لم يعترفوا بالاستصناع كعقد مستقل مسمّى باسمه، بل يعتبرونه نوعاً من عقد السلم أو البيع بالصفة.

أ. تعريف الاستصناع عند أصحاب الاتجاه الأول (الحنفية):

المتنبّع لكتب الفقه الحنفي يجد أنّ فقهاء الحنفية عرّفوا الاستصناع بطريقتين: فمنهم من عرّفه بذكر صورة وهو ما يعرف بالتعريف بالرسم⁵، ومنهم من عرّفه بالحد⁶.

فممن عرّفه بذكر صورته (بالرسم) نذكر:

قول الكاساني¹: "أما صور الاستصناع فهي أن يقول إنسان لصانعٍ من خُفّافٍ² أو صَفّارٍ³ أو غيرهما، اعمل لي لي خُفّاً، أو آنية من أديمٍ أو نحاسٍ من عندك بثلثين كذا، ويبيّن نوع ما يعمل وقدره وصفته، فيقول الصانع نعم"⁴.

نعم"⁴.

- 1 - علاء الدين الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ط2، 1986م، الجزء5، ص2. وينظر: محمد بن أحمد السرخسي، المبسوط، دار المعرفة، بيروت - لبنان، د.ط، 1993م، الجزء15، ص84. - محمد بن محمد بن محمود البابرتي، العناية شرح الهداية، المصدر السابق، الجزء7، ص114. - زين الدين بن إبراهيم المعروف بابن نجيم المصري، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار الكتاب الإسلامي، بيروت - لبنان، ط2، د.ت، الجزء6، ص185.
- 2 - محمد بن يوسف بن أبي القاسم أبو عبد الله المواق، التاج والإكليل لمختصر خليل، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ط1، 1994م، الجزء7، ص526. وينظر: - محمد بن عبد الله الخرشبي، شرح مختصر خليل، المصدر السابق، الجزء5، ص223. - أبو العباس أحمد بن محمد الصاوي، بلغة المسالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير، دار المعارف، القاهرة - مصر، د.ط، د.ت، الجزء3، ص257.
- 3 - أبو عبد الله محمد بن إدريس الشافعي، الأم، دار المعرفة، بيروت - لبنان، د.ط، 1990م، الجزء3، ص134. وينظر: - شمس الدين محمد بن أبي العباس الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، دار الفكر، بيروت - لبنان، الطبعة الأخيرة، 1984م، الجزء4، ص212.
- 4 - محمد بن مفلح بن محمد بن مفرج، كتاب الفروع ومعه تصحيح الفروع لعلاء الدين علي بن سليمان المرادوي، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، بيروت - لبنان، ط1، 2003م، الجزء6، ص147. وينظر: - منصور بن يونس البهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع، المصدر السابق، الجزء3، ص165.
- 5 - "الرسم: هو لفظ وجيز يميّز المخبر عنه عمّا سواه فقط دون أن ينبئ عن طبيعته كقولك: الإنسان هو الضحّاك فإنك ميزت الإنسان الإنسان بهذا اللفظ تمييزاً صحيحاً ممّا سواه، إلا أنّك لم تخبر بطبيعته". أبو محمد علي بن أحمد بن حزم الأندلسي، الأحكام في أصول الأحكام، تحقيق: أحمد محمد شاكر، دار الأفاق الجديدة، بيروت - لبنان، الجزء1، ص36.
- 6 - "الحد: هو لفظ وجيز يدلّ على طبيعة الشيء المخبر عنه كقولك: الجسم هو كل طويل عريض عميق، فإنّ الطول والعرض والعمق هي طبائع الجسم لو ارتفعت عنه ارتفعت عنه الجسمية ضرورة، ولم يكن جسماً". ابن حزم، الأحكام في أصول الأحكام، المصدر السابق، الجزء1، ص35.

وقد جاءت مجلة الأحكام العدلية بصورٍ أخرى للاستصناع تدلّ على ما في ذلك العصر من صور جديدة، حيث نصّت المادة 388 منها على: "إذا قال شخص لأحد من أهل الصنائع: اصنع لي الشيء الفلاني بكذا قَرَشًا وقَبِل الصانع ذلك، انعقد البيع استصناعًا. مثلاً: لو أرى المشتري رجله لخفافٍ وقال له اصنع لي زوجي خفٍ⁵... أو تقاوم مع بحار على أن يصنع له زورقًا، أو سفينة ويبيّن له طولها وعرضها وأوصافها اللازمة، وقبل النجار انعقد العقد. كذلك لو تقاوم مع صاحب معمل أن يصنع له كذا بنديقية⁶..".
والملاحظ على هذين التعريفين:

- أن الكاساني ذكر أمثلة الاستصناع في وقته وزمانه وهي الخف والآنية، أمّا مجلة الأحكام العدلية فقد جاءت بصور أخرى نظرًا لكونها متأخرة عصرًا حيث اتسعت الحضارة، وبدأت أشياء مصنوعة جديدة في عهد العثمانيين، فوجد الأمثلة قد توسعت لتشمل السفن والأسلحة، وبالتالي فهذا لا يمنع أن تدخل اليوم في الاستصناع أنواع جديدة مثل: الطائرات والبيوت والسيارات والآلات وغير ذلك من المعدات التي يحتاجها العصر الحاضر، والتي جرى العرف بين الناس على الحصول عليها عن طريق الاستصناع. كما أنّ المجلة قد جعلت أحكام عقد الاستصناع في الفصل الرابع من الباب السابع الذي اشتملت فصوله على أنواع البيوع وأحكامها، فالاستصناع من عقود البيع وفق ما ذهبت إليه المجلة وما ذهب إليه الحنفية قبل ذلك⁷.

¹ - هو أبو بكر مسعود بن أحمد علاء الدين الكاساني، من فقهاء الحنفية، تفقّه على يد علاء الدين السمرقندي، وتوفي سنة 587هـ في حلب، من مصنفاته: "بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع"، "السلطان المين في أصول الدين". ينظر: - عبد القادر محمد محي الدين الحنفي، الجواهر المضية في طبقات الحنفية، تحقيق: عبد الفتاح محمد الحلو، هجر للطباعة والنشر، الرياض - السعودية، ط2، الجزء2، ص246. - عمر رضا كحالة، معجم المؤلفين، مؤسسة الرسالة، بيروت - لبنان، ط2، 1993م، الجزء2، ص70. - الزركلي، الأعلام، المرجع السابق، الجزء02، ص70.

² - الخفّاف هو: صانع الأحذية والخف ما يلبس في الرجل من جلد رقيق، نوع من الأحذية ليس له كعب يمكن ارتدائه ونزعه بسهولة.

ينظر: - أحمد مختار عبد الحميد عمر، معجم اللغة العربية المعاصرة، المرجع السابق، الجزء1، 2008م، ص672.

³ - الصقّار هو: صانع الآنية من النحاس الأصفر. المصدر نفسه، الجزء02، ص1302.

⁴ - علاء الدين الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المصدر السابق، الجزء5، ص2.

⁵ - الخف: ما يلبس في الرجل من جلد رقيق، وهو كل محيط بالقدم ساتر محل الفرض مانع للماء يمكن متابعة المشي فيه. ينظر:

- حسين يوسف موسى، عبد الفتاح الصعيدي، الإفصاح في فقه اللغة، دار الفكر العربي، بيروت - لبنان، ط1، 1964م، الجزء1، ص393.

⁶ - لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية، مجلة الأحكام العدلية، المصدر السابق، ص75.

⁷ - اعتبر الحنفية الاستصناع من عقود البيع وهو يقع على مبيع في الذمة المطلوب عمله. ينظر: السرخسي، المبسوط، المصدر السابق،

الجزء15، ص84.

وعليه فإنّ صورة عقد الاستصناع هي: " أن يوصي الإنسان على بعض أشياءه الخاصة وفق ما يلائم حاجته وذوقه من الأوصاف، لدى من يصنعها له من محترفي صناعتها، بمادة وعناصر من عند صانعها، وبشمن معين في مدة يتفق عليها، وذلك لصعوبة تجميع تلك العناصر، وبالمقادير التي تحتاج السلعة من قبل راعبها"¹. من خلال إعطاء صورة عقد البيع على التصاميم وإحاقها بصورة عقد الاستصناع فالفرق الذي لمسناه، ولو أنّه قد لا يعدّ فرقا بل تطورا، أو فرق ناتج عن التطور هو: أنّه في عقد الاستصناع المشتري من يصدر إيجابه للبائع من أجل صنع المبيع، لكن في صورة عقد البيع على التصاميم فالعكس هو الحاصل. كما نلمس نقطة اختلاف أخرى بين هذين العقد، فعقد الاستصناع قد يرد على عقار أو منقول ويغلب استعماله للثاني كما رأينا سابقا، أمّا عقد البيع بناءً على التصميم فهو منصّب على بيع عقار لم ينجز أو في طور الإنجاز، وبالتالي يمكننا القول أنّ بيع العقار على التصاميم يمثل صورة من صور الاستصناع، أو أنّه بمثابة تطور حاصل فرضته الظروف والأحوال والزمان على عقد الاستصناع.

وأما تعريفه - أي الاستصناع - بالحد فقد ذكروا له عدّة تعريفات منها:

- عرّفه ابن عابدين² بقوله: "وهو طلب العمل منه - أي الصانع - في شيء مخصوص على وجه مخصوص"³. وعرّفه العيني⁴ بقوله: "الاستصناع هو أن يطلب من الصانع أن يصنع له شيئا بشمن بشمن معلوم"⁵.

¹ - مصطفى أحمد الزرقا، عقد الاستصناع ومدى أهميته في الاستثمارات الإسلامية المعاصرة، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، تصدر عن منظمة المؤتمر الإسلامي، جدة-السعودية، 7 إلى 12 ذو القعدة 1412هـ الموافق 9 - 14 مايو 1992م، العدد7، ص740.

² - هو محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين، الدمشقي الحنفي المفتي، الشهير بابن عابدين ولد بدمشق سنة 1198 هـ، وتوفي بما سنة 1242 هـ، من مصنفاته: "رد المختار على الدر المختار"، "نسمة الأسمار على شرح المنار"، "تحرير النقول في فقه الفروع والأصول". ينظر:- إسماعيل باشا البغدادي، هدية العارفين وأسماء المؤلفين وآثار المصنفين، وكالة المعارف، اسطنبول، د.ط، 1951م، الجزء 2، ص 367-368. - عمر رضا كحالة، معجم المؤلفين، المرجع السابق، الجزء9، ص77.

³ - ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار، دار الفكر، بيروت - لبنان، ط2، 1992م، الجزء 05، ص 223.

⁴ - هو محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد أبو محمد بن حسين بن يوسف بن محمود قاضي القضاة، بدر الدين العيني الحنفي ولد سنة 762هـ، مؤرخ، من كبار المحدثين، أصله من حلب، ولي في القاهرة الحسبة وقضاء الحنفية ونظر السجون ثمّ صرف عن وظائفه، وعكف على التدريس والتصنيف إلى أن توفي بالقاهرة سنة 855هـ، من مصنفاته: "عمدة القاري في شرح البخاري"، "مغاني الأحيار في رجال معاني الآثار"، "العلم الهيب في شرح الكلم الطيب". ينظر: - شمس الدين بن محمد السنخاوي، الضوء اللامع لأهل = القرن التاسع، منشورات دار مكتبة الحياة، بيروت - لبنان، د.ط، د.ت، الجزء 10، ص131. - محمد عبد الحي اللكنوي، الفوائد البهية في تراجم الحنفية، دار المعرفة، بيروت - لبنان، د.ط، د.ت، ص257. - الزركلي، الأعلام، المرجع السابق، الجزء07، ص163.

⁵ - بدر الدين العيني، رمز الحقائق شرح كنز الدقائق، المطبعة الأميرية، القاهرة - مصر، ط1، 1285هـ، الجزء 2، ص56.

- كما عرّفه الكاساني بقوله: "قال بعضهم هو عقد على مبيع في الذمة. وقال بعضهم: هو عقد على مبيع في الذمة شرط فيه العمل"¹.

وجاء في تحفة الفقهاء ما يؤيد قول الكاساني: "هو عقد على مبيع في الذمة وشرط عمله على الصانع"².

وقد اختار الكاساني التعريف الثاني بعد ذكرهما معلاً ذلك في قوله: "والصحيح هو القول الأخير؛ لأنّ الاستصناع طلب الصنع، فما لم يشترط فيه العمل لا يكون استصناعاً، فكان مأخذ الاسم دليل عليه؛ ولأنّ العقد على مبيع في الذمة يسمّى سلماً وهذا العقد يسمّى استصناعاً والاختلاف في الأسماء دليل اختلاف المعاني في الأصل"³.

وعرّفته مجلة الأحكام العدلية بقولها: "الاستصناع عقد مقاولة مع أهل الصناعة على أن يعملوا شيئاً فالعامل صانع والمشتري مُستصنِعُ والشيء مصنوع"⁴.

من خلال ما سبق وبعد ذكر تعريفات الحنفية للاستصناع نلاحظ ما يلي:

- أنّ تعريف الاستصناع بطلب الصناعة أو طلب العمل من الصانع، كما عرّفه ابن عابدين لا يوضح هل الاستصناع عقد أو وعد⁵ ولا يميز بين الاستصناع والإجارة، وكذلك القول بأنّه عقد مقاولة مع أهل الصناعة - كما عرفته مجلة الأحكام - لا يميّز عقد الاستصناع عن الإجارة التي هي أحد قسمي المقاولة، أمّا التعاريف التي ذكرت صور الاستصناع فهي وإن كانت قريبة إلى حقيقة الاستصناع إلا أنّها خارجة عن حد الاختصار الذي يجب أن يتوفر في التعريف.

التعريف المختار: بناءً على ما سبق فإنّه يمكن أن أرّجح وأختار التعريف التالي لعقد الاستصناع: "عقد على مبيع موصوف في الذمة يشترط فيه العمل على وجه مخصوص بثمن معلوم"⁶.

¹ - الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المصدر السابق، الجزء 5، ص 02.

² - محمد بن أحمد أبو بكر علاء الدين السمرقندي، تحفة الفقهاء، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ط 2، 1994م، الجزء 02، ص 362.

³ - الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المصدر السابق، الجزء 5، ص 02.

⁴ - لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية، مجلة الأحكام العدلية، المصدر السابق، المادة 124، ص 31.

⁵ - سيأتي الكلام عن ذلك، وذكر الخلاف فيه عندما نتطرق لخصائص عقد الاستصناع.

⁶ - هذا التعريف مستخلص من تعريف: كاسب عبد الكريم بدارن لهذا العقد في كتابه: عقد الاستصناع في الفقه الإسلامي، دار الدعوة، الدعوة، الإسكندرية - مصر، د.ط، د.ت، ص 59. وقد اختار الأستاذ هذا التعريف بعد عملية تقصي واستقراء تام لمعنى هذا العقد عند فقهاء الحنفية وخلص إلى التعريف السابق.

فهذا التعريف إضافة إلى أنه يوافق المعنى اللغوي، فهو لا يجمع بين التعاريف السابقة فقط؛ بل من خلاله يمكننا معرفة مختلف ما يتعلق بالاستصناع من معاني وأحكام، وهذا ما سنوضحه من خلال شرح محترزات هذا التعريف:

فالقول بأنه: "عقد" يخرج الوعد والمواعدة وهذا ما سألصه فيما يأتي، والقول بأنه: "على مبيع" قيد ثان احترز به الإجارة لأنها عقد على منافع وليست على عين.

والقول: "موصوف" قيد ثالث ينفي عنه الغرر والجهالة التي تفسد العقد ويحترز به عن البيع بإطلاقه إذ أن من شروط البيع أن يكون مقبوضاً في مجلس العقد وهنا المطلوب صنعة في الذمة، كما أنه فيه دلالة على أن محل العقد غير موجود.

والقول "في الذمة" تعليقه في الذمة يعني إمكانية وجوده حتى تفرغ الذمة منه.

والقول بأنه: "يشترط فيه العمل" قيد رابع يخرج به السلم إذ أن السلم لا يشترط فيه العمل.

والقول: "على وجه مخصوص" أي جامع لشروط الاستصناع والتي سيأتي ذكرها.

أما القول "بشمن معلوم" تحديد سعر أولي بحيث ينفي الغرر وذلك بأن يحدد سعر مواد الصنع وثمان الصنع، يخرج به السلم إذ أنه بيع آجل بعاجل و الاستصناع لا يشترط فيه أخذ الثمن عاجلاً فقط أن يكون مقدراً¹.

ب. تعريف الاستصناع عند أصحاب الاتجاه الثاني:

وهو قول الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة، الذين لا يذكرون عقد الاستصناع كعقد مستقل مسمى بتعريف مستقل كالحنفية، وإنما يذكرونه في باب السلم: في بيع شيء موصوف في الذمة مما تدخله الصنعة، وبالتمحيص في مصادر كل مذهب، نجد لكل مذهب خصوصية في تعريفه وتنظيمه لهذا العقد، لذا سنطرق في هذا العنصر لتعريف الاستصناع عند كل مذهب على حدى:

فالمالكية اعتبروا الاستصناع سلمًا بالصناعات وهذا ما نص عليه ابن رشد² حيث قسم السلم في الصناعات إلى أربعة أقسام:

¹ - ينظر في هذا الشرح: - كاسب بن عبد الكريم البدران، عقد الاستصناع في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص59.

² - هو محمد بن أحمد بن رشد أبو الوليد القرطبي، قاضي الجماعة بقرطبة، من أعيان المذهب المالكي وهو جد ابن رشد الفيلسوف صاحب "بداية المجتهد ونهاية المقتصد"، ولد بقرطبة سنة 450هـ، وتوفي بها سنة 520هـ، من مصنفاته: "البيان والتحصيل"، "المقدمات والمهدات"، "نوازل ابن رشد"، "تهذيب مشكل الآثار". ينظر: ابن فرحون، الديباج المذهب في معرفة أعيان المذهب، تحقيق: محمد الأحمدي أبو النور، دار التراث للطبع والنشر، القاهرة - مصر، د.ط، د.ت، الجزء 2، ص248. الزركلي، الأعلام، المرجع السابق، الجزء 05، ص316.

القسم الأول: ألا يشترط المسلم المستعمل عمل من استعمله ولا يعين ما يعمل منه (المادة الخام)، فهذا سلم على حكم السلم، فلا يجوز إلا بوصف العمل وضرب الأجل وتقديم رأس المال.

القسم الثاني: أن يشترط عمله ويعين ما يعمل منه، فهذا ليس بسلم وإنما هو من باب البيع والإجارة في الشيء المبيع.

القسم الثالث: وهو أن لا يشترط عمله ويعين ما يعمل منه، فهو أيضا من باب البيع والإجارة في المبيع.

القسم الرابع: أن يشترط عمله ولا يعين ما يعمل منه، فلا يجوز لأنه يجتذبه أصلا من متناقضان: لزوم النقد لكون ما يعمل منه مصنوعًا وامتناعه لاشتراط عمل المستعمل بعينه¹.

وجاء في مواهب الجليل: "قال في المدونة: من استصنع طستًا² أو قُلنسوة³ أو خفًا أو غير ذلك مما يعمل في الأسواق بصنعة معلومة، فإن كان مضمونا إلى مثل أجل السلم ولم يشترط عمل رجل بعينه ولا شيئا بعينه يعمل منه جاز إذا قدّم رأس المال مكانه أو إلى يوم أو يومين، فإن ضرب لرأس المال أجلا بعيدًا لم يجز وصار دينًا بدين⁴".

فيستدلّ من النصوص السابقة أنّ من يطلب من صانع صنع شيء له فهو جائز ولكن حكمه حكم السلم وبشروط السلم لا يخرج عنها، ونحن نعرف أنّ الاستصناع هو ما كان فيه طلب صنعة على وجه مخصوص ويكون بالذمة ولم يعين فيه العامل فقد يكون الصانع نفسه أو غيره، وكذلك لم تعين المادة بالذات بل وصفت بأوصاف تنفي الجهالة والغرر، وهذا كله ظاهر في قول ابن رشد لكنّه أضاف بأن يكون بشروط السلم⁵. وأهمها شرط تعجيل الثمن، والذي يخالف الاستصناع لدى الحنفية الذي بدوره يخدم موضوع بحثنا.

وعليه فإنّ المالكية لم يفرّدوا بابا مستقلا للاستصناع؛ بل تحدّثوا عنه في باب السلم فالاستصناع عندهم هو نوع من السلم، حكمه حكم السلم، لا يجوز إلا بوصف العمل وضرب الأجل وتقديم رأس المال.

¹ - أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي (الجد)، المقدمات والمهدات، تحقيق: محمد حجي، دار الغرب الإسلامي، د.م، ط1، 1988 م، الجزء2، ص32.

² - الطست: هو إناء كبير مستدير من نحاس أو غيره يغسل فيه. ينظر: عبد الرزاق الحسيني الزبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، المصدر السابق، الجزء5، ص5. - أحمد مختار عبد الحميد، معجم اللغة العربية المعاصرة، عالم الكتب، بيروت - لبنان، ط1، 2008م، الجزء2، ص1399.

³ - القُلنسوة: من ملابس الرؤوس وهي عبارة عن غطاء يوضع على الرأس. ينظر: - ابن منظور، لسان العرب، المصدر السابق، الجزء6، ص181. أحمد مختار عبد الحميد، معجم اللغة العربية المعاصرة، المصدر السابق، الجزء3، ص1855.

⁴ - الخطاب الرعييني، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، المصدر السابق، الجزء4، ص529.

⁵ - كاسب بن عبد الكريم البدران، عقد الاستصناع في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص65.

أما بالنسبة للشافعية: فقد ذكروا الاستصناع ضمن باب السلم، ومذهبهم قريب من مذهب المالكية حيث أنّ السلم بالصناعات - الاستصناع - عندهم ينقسم إلى قسمين¹:

الأول: ما كان من مادة خام واحدة أي: ما صنع من جنس واحد كالحديد والنحاس ما عدا المادة المزينة، فهذا سلف في الصناعات ويجوز فيه السلم لإمكانية الضبط، قال الشيرازي²: "ويجوز السلم في كل مال يجوز بيعه وتضبط صفاته كالأثمان والحبوب والثمار... والفخار والحديد والرصاص"³.

الثاني: ما كان من مادتي خام واحدة فأكثر عدا المادة المزينة، فلا يجوز لعدم تمييز المواد بعضها عن بعض، حيث لا يعلم كم قيض من مواد الخام، فهذا سلم مجهول، قال الرملي⁴: "ويصح السلم في الأسطال المربعة مثلاً والمدورة... ومحله عند اتحاد معدنها لا إن خالطه غيره"⁵.

فقد أجازوا الاستصناع عن طريق السلم بشرط ضبط الصفات، أي إذا كان المستصنع فيه من مادة واحدة، أو مادتين لا يؤديان - جهالة قدرهما - إلى المنازعة، بأن أمكن معرفة كل منهما لتمييزها عن بعضها وإلا

فلا، فيجوز فيهما إذا اختلطا ولم يمكن تمييز قدر كل واحد عن الآخر⁶.

وأما الحنابلة فإنّ المستقرئ لمذهبهم يجد أنّ فيه قولان:

الأول: عدم جواز الاستصناع أصلاً، جاء في الإنصاف: "ذكر القاضي⁷ وأصحابه، أنّه لا يصح استصناع

¹ - ينظر في هذين القسمين: - الشافعي، الأم، المصدر السابق، الجزء3، ص23 وما بعدها.

² - هو أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي، الفيروز آبادي، الشافعي الملقب بجمال الدين، ولد بفيروز آباد - بلاد فارس - سنة393هـ، نشأ بها ثم رحل إلى شيراز فنسب إليها، اشتهر بالفطنة وقوة الحجّة في المناظرة، توفي سنة 476هـ، من مصنفاته: "التنبيه"،

"المهذب في فقه الإمام الشافعي"، "التبصرة"، "اللمع". ينظر: - جمال الدين عبد الرحيم بن إبراهيم السنوي، طبقات الشافعية، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ط1، 1407هـ، 1987 م، الجزء02، ص07. ابن خلكان، وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان، تحقيق: إحسان عباس، دار صادر، بيروت - لبنان، ط1، 1977م، الجزء1، ص:29-32.

³ - الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، د.ط، د.ت، الجزء2، ص72.

⁴ - هو محمد بن أحمد بن حمزة، شمس الدين الرملي، فقيه شافعي مصري، ولد بالقاهرة سنة 919 هـ، ولي إفتاء الشافعية، توفي سنة 1004 هـ، بالقاهرة، من مصنفاته: "نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج"، "غاية البيان في شرح زيد ابن رسلان"، "غاية المرام في شرح شروط الإمامة" ينظر: - عمر رضا كحالة، معجم المؤلفين، المرجع السابق، الجزء8، ص255-256. الزركلي، الأعلام، المرجع السابق، الجزء6، ص7-8.

⁵ - شمس الدين الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، دار الفكر، بيروت - لبنان، الطبعة الأخيرة 1984م، الجزء4، ص212.

⁶ - محمد رأفت سعيد، عقد الاستصناع وعلاقته بالعقود الجائزة، دار الوفاء، المنصورة- مصر، ط1، 1432هـ-2002م، ص16.

⁷ - هو القاضي محمد بن الحسين بن محمد بن خلف، القاضي أبو يعلى الحنبلي، توفي سنة 458هـ، من مصنفاته: "أحكام القرآن"،

"إيضاح البيان". ينظر: - أبو الحسين محمد بن أبي يعلى، طبقات الحنابلة، دار المعرفة، بيروت - لبنان، د.ط، د.ت، الجزء2، ص193.

سلعة لأنه باع ما ليس عنده على غير وجه السلم.¹ وجاء في كشاف القناع: "ولا يصح استصناع سلعة بأن يبيعه سلعة يصنعها له"².

الثاني: رغم النصوص السابقة التي تثبت عدم جواز الاستصناع، إلا أنّ الحنابلة تحدثوا في كتبهم عن الاستصناع تحت باب السلم - كالمالكية والشافعية -.

قال ابن قدامة³: "ولا يصحّ فيما يجمع أخلطاً مقصودة غير متميزة... ولا في الحوامل من الحيوان... ولا في الأواني المختلفة الرؤوس والأوساط، لأنّ الصفة فيه لا تأتي عليه وفيه وجه آخر أنّه يصح السلم فيه إذا ضبط بارتفاع حائطه ودور أعلاه وأسفله، لأنّ التفاوت في ذلك يسير"⁴.

- من خلال ما سبق يتضح لنا أنّ المذاهب الثلاثة - المالكية والشافعية والحنابلة - خلافاً للحنفية لم يجعلوا الاستصناع عقداً مستقلاً لا تُشترط فيه شروط السلم، بل جعلوه ضمن السلم وأجازوه بشروط السلم، غير أنّ الشافعية والحنابلة لم يجزوه إذا جمع أجناساً مقصودة لا تتميز، لما في ذلك من الغرر لعدم تمييز المواد عن بعضها. هذه الصيغة البسيطة التي نراها في تراث الفقهاء القدامى - رحمهم الله جميعاً - في حديثهم عن صناعة خُف وثوب وقلنسوة تتطور بها في حياتنا اليوم لسد الاحتياجات التمويلية على أعلى المستويات⁵، كما هو الحال في عقد البيع بناءً على التصميم، الذي يعتبر من أبرز الاحتياجات في العصر الحاضر كونه يقع على عقار خصوصاً إذا كان معداً للسكن، ونجعل من آرائهم وقياساتهم بالمنهج المأخوذ عن الصحابة وعن الرسول - صلى الله عليه وسلم - لنتمكن من معرفة الأساس الشرعي لمثل هذه المعاملات من جِلِّ فنقدم عليها مطمئنين أو حرمة فنبتعد عنها مقتنعين. والفائدة من هذا التتبع لحقيقة عقد الاستصناع هو معرفة حكمه ومدى انطباقه مع عقد البيع بناءً

¹ - علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرادوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، دار إحياء التراث العربي، بيروت - لبنان، ط2، د.ت، الجزء04، ص 300.

² - منصور بن يونس البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، المصدر السابق، الجزء3، ص 165.

³ - هو عبد الله ابن أحمد ابن محمد ابن قدامة ابن مقدم ابن نصر ابن عبد الله المقدسي ثمّ الدمشقي، ولد سنة 541هـ، فقيه من كبار الحنابلة، توفي سنة 620هـ، من مصنفاته: "المغنى في الفقه"، "روضة الناظر"، "الكافي في الفقه"، "لمعة الاعتقاد". ينظر: عبد الرحمن أحمد بن رجب الحنبلي، ذيل طبقات الحنابلة، تحقيق: عبد الرحمن بن سليمان العثيمين، مكتبة العبيكان، المملكة العربية السعودية، ط1، 2005، الجزء03، ص 281-337. عبد الحي بن أحمد بن العماد الحنبلي، شذرات الذهب في أخبار من ذهب، تحقيق: عبد القادر الأرناؤوط، دار ابن كثير، دمشق - سوريا، د.ط، 1406هـ، الجزء5، ص 88. عمر رضا عمالة، معجم المؤلفين، المرجع السابق، الجزء1، ص 194.

⁴ - ابن قدامة المقدسي، المغنى، مكتبة القاهرة، مصر، د.ط، 1968م، الجزء4، ص 208.

⁵ - محمد رأفت سعيد، عقد الاستصناع وعلاقته بالعقود الجائزة، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، تصدر عن منظمة المؤتمر الإسلامي، جدة - السعودية، د س ن، العدد7، ص 114.

على التصميم، وذلك لإمكانية معرفة ما إذا كان لعقد البيع بناءً على التصميم وجه شرعي، وهذا ما سنبينه عند حديثنا عن حكم الاستصناع في العنصر الموالي.

ثانياً: حكم عقد الاستصناع

اختلف العلماء في حكم عقد الاستصناع فالجمهور من المالكية و الشافعية والحنابلة اعتبروه قسمًا من أقسام السلم تشترط فيه شروطه - كما سبق الإشارة إلى ذلك -، وذهب الأحناف إلى أنه عقد مستقل يختلف عن السلم فلا يجب مراعاة شروط السلم فيه، وبناءً على ذلك فقد اختلف الفقهاء في حكم الاستصناع إلى مذهبين:

1 - المذهب الأول: وهو قول المالكية¹ والشافعية² والحنابلة³ وزفر⁴ من الحنفية⁵، حيث ذهبوا

إلى عدم جواز الاستصناع بالصورة التي أجازها الحنفية، فالاستصناع عندهم هو قسم من أقسام السلم يشترط فيه ما يشترط في السلم.

وقد استدلل أصحاب هذا القول بمجموعة من الأدلة منها:

أ. أنّ النبي - صلى الله عليه وسلم -: "نَهَى عَنْ بَيْعِ الْكَالِي بِالْكَالِي"⁶. وقد فسّر شراح الحديث ذلك بأنّه بيع النسيئة بالنسيئة أو بيع الدين بالدين¹.

¹ - ابن رشد القرطبي، المقدمات والمهدات، المصدر السابق، الجزء 02، ص 32. وينظر: - الخطاب، مواهب الجليل في شرح، مختصر خليل، المصدر السابق، الجزء 04، ص 539.

² - الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، المصدر السابق، الجزء 02، ص 72. وينظر: - شمس الدين الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، المصدر السابق، الجزء 04، ص 212.

³ - المرادوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، المصدر السابق، الجزء 04، ص 300. وينظر: - ابن مفلح، كتاب الفروع ومعه تصحيح الفروع لعلاء الدين علي بن سليمان المرادوي، المصدر السابق، الجزء 6، ص 147.

⁴ - هو زفر بن الهذيل بن قيس بن سلم العنبري، ولد سنة 110هـ، أصله من أصبهان، تفقه على يد أبي حنيفة، وهو من أكبر تلامذته في البصرة، توفي سنة 158هـ. ينظر: - شمس الدين أبو عبد الله الذهبي، سير أعلام النبلاء، تحقيق: مجموعة من المحققين بإشراف شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت - لبنان، ط 3، 1985م، الجزء 8، ص 38. - الزركلي، الأعلام، المرجع السابق، الجزء 3، ص 45.

⁵ - وفي ذلك يقول ابن الهمام: " والقياس أن لا يجوز وهو قول زفر...". كمال الدين ابن الهمام، فتح القدير، دار الفكر، بيروت - لبنان، د. ط، د. ت، الجزء 07، ص 114.

⁶ - أحمد بن الحسين أبو بكر البيهقي، السنن الكبرى، تحقيق محمد عبد القادر عطا، كتاب: البيوع، باب: ما جاء في النهي عن بيع الدين بالدين بالدين، رقم الحديث: 10536، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ط 3، 2003م، الجزء 5، ص 474. وأخرجه: أبو عبد الله الحاكم النيسابوري، المستدرک على الصحيحين، تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا، كتاب: البيوع، رقم الحديث: 2342، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ط 1، 1990م، الجزء 2، ص 65. قال الألباني: حديث ضعيف، ينظر: أبو عبد الرحمن محمد ناصر الدين الألباني، ضعيف الجامع الصغير وزيادته، المكتب الإسلامي، بيروت - لبنان، د. ط، د. ت، الجزء 01، ص 873. و الكالِي هو: الدّين أو المؤخر أو المؤجل أو النسيئة، وقد عرّفه ابن عرفة بقوله: " وحقيقته بيع شيء في الذمة بشيء في ذمة أخرى غير سابق تقرّر أحدهما على

ووجه الاستدلال: أنه إذا أجزنا تأخير الثمن في الاستصناع، فيكون كل من الثمن والسلعة ديناً نفع في النهي الوارد في الحديث. وقد استدلل بعض العلماء من القرآن نفسه على حديث النهي عن بيع الكالئ بالكالئ بقوله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ﴾². فقوله تعالى " بدين " إشارة إلى امتناع بيع الدين بالدين؛ ذلك أنّ قوله " تداينتم " مفاعلة من الطرفين وذلك يقتضي وجود الدين من الجهتين، فلما قال " بدين " عُلِمَ أنّه دين واحد من الجهتين³. فالحديث بهذا المعنى يدلّ دلالة واضحة على عدم جواز بيع الدّين بالدّين، والاستصناع داخل في بيع الدين بالدين فيكون منهى عنه بمفهوم الحديث. ويُعترض عليه: بأنّ هذا الحديث ضعيف ممّا لا يصح معه التمسك بعموم لفظه⁴.

ب. أنّ النبي - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان قي قوله: "لَا تَبِعْ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ"⁵.

ووجه الاستدلال: أنّ الاستصناع عقد وارد على معدوم، أو على ما ليس عند الإنسان فهو داخل تحت النهي الوارد في الحديث.

ويُعترض عليه: بأنّ معنى الحديث ينحصر في النهي عن بيع شيء معين غير مملوك لدائنه، كأن يقول: اشتر مني سلعة فلان، لأنّه غرر إذ لا يدري هل يبيعه فلان أم لا، وهل يكون بمثل الثمن أو أقل، وهذا يؤدّي إلى

الآخر". محمد بن قاسم الأنصاري الرصاع، الهداية الكافية الشافية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية، المكتبة العلمية، بيروت - لبنان، ط1، 1350هـ، ص 252.

¹ - محمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل الأوطار، تحقيق: عصام الدين الصابطي، دار الحديث، مصر، ط1، 1993م، الجزء 5، ص 185.

² - سورة البقرة، الآية: 182 .

³ - أبو عبد الله بدر الدين الزركشي، البرهان في علوم القرآن، تحقيق: محمد أبو الفضل إبراهيم، دار المعرفة، بيروت لبنان، ط1، 1957م، الجزء 02، ص 399.

⁴ - أسامة بن حمود بن محمد اللّاحم، بيع الدين وتطبيقاته المعاصرة في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، الجزء 1، ص 662.

⁵ - أبو داود سليمان بن الأشعث الأزدي، سنن أبي داود، تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد، أبواب: الإجارة، باب: في الرجل يبيع ما ليس عنده، رقم الحديث 3504، المكتبة العصرية، بيروت - لبنان، د. ط، د. ت، الجزء 3، ص: 283. أبو عيسى الترمذي، سنن الترمذي، تحقيق: أحمد شاکر وآخرون، أبواب البيوع، باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك، رقم الحديث: 1232، = مطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، الطبعة الثانية، 1975م الجزء 3، ص 526. أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب النسائي، تحقيق: عبد الفتاح أبو غدة، كتاب البيوع، باب بيع ما ليس عند البائع، رقم الحديث: 4613، مكتب المطبوعات الإسلامية، حلب - سوريا، ط2، 1986م، الجزء 7، ص 289. قال الألباني: حديث صحيح، ينظر: الألباني، صحيح الجامع الصغير وزيادته، المكتب الإسلامي، الرياض، د. ط، د. ت، الجزء 2، ص 1169.

النزاع والخلاف¹، وفي ذلك يقول البغوي²: "هذا في بيوع الأعيان دون بيوع الصفات، فلذا قيل السَلَمَ في شيءٍ موصوفٍ عامٍ الوجود عند المحلّ المشروط يجوز وإن لم يكن في ملكه حال العقد"³.

ج. استدلالهم بالإجماع: حيث قالوا أنّ الأمة الإسلامية منذ عهد النبي - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - مجمعة

على أنّه لا يجوز بيع الدّين بالدّين والاستصناع يعدّ من قبيل بيع الدّين بالدّين فيكون مجمعا على منعه وقد نقل هذا الإجماع العديد من العلماء. قال ابن حجر⁴: "إجماع النَّاسِ على أنّه لا يجوز بيع دين بدين"⁵، وجاء في تكملة المجموع: "وقد أجمع أهل العلم على أنّ بيع الدين بالدين لا يجوز"⁶.

2 - المذهب الثاني: وهو قول جمهور الحنفية⁷، حيث ذهبوا إلى أنّ الاستصناع عقد مستقل وهو عقد جائز، سواءً دُفِع الثمن في مجلس العقد أو دفع جزء منه، أو لم يدفع شيئاً منه وأخرّ كله أو بعضه إلى إحضار المستصنع، أو بعد إحضاره دفعةً واحدةً أو على دفعات، وقد استدلل أصحاب هذا المذهب على مشروعية الاستصناع كعقد مستقل بعدّة أدلة، من الكتاب والسنة والإجماع والمعقول.

أ. من الكتاب:

¹ - علي محي الدين القرداغي، "حديث لا تبع ما ليس عندك" سنده وفقهه، بحث منشور في كتاب: بحوث في فقه المعاملات المعاصرة، دار البشائر، بيروت - لبنان، د.ط، 2001م، ص 106.

² - هو أبو محمد الحسين بن مسعود بن محمد الفراء، الملقب بمحيي السنة أبو محمد البغوي، أحد أئمة الشافعية ولد سنة 436هـ، وكان إماماً في التفسير والحديث والفقه، توفي سنة 516هـ، من مصنفاته: "التهذيب"، "شرح المختصر" "معالم التنزيل في التفسير". ينظر: تقي الدين ابن قاضي شعبة، طبقات الشافعية، المصدر السابق، الجزء 1، ص: 281. شمس الدين أبو عبد الله الذهبي، سير أعلام النبلاء، سير أعلام النبلاء، المصدر السابق، الجزء 19، ص 439. الزركلي، الأعلام، المرجع السابق، الجزء 2، ص 259.

³ - أبو محمد الحسين بن مسعود البغوي، شرح السنة، تحقيق: شعيب الأرنؤوط - محمد زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت - لبنان، ط2، 1983م، الجزء 8، ص 140-141.

⁴ - هو أحمد بن علي بن محمد الكناي العسقلاني، أبو الفضل شهاب الدين الشافعي المعروف بابن حجر العسقلاني، ولد سنة 773 هـ بالقاهرة، من أئمة العلم والتاريخ أصله من عسقلان بفلسطين، توفي سنة 852هـ، من مصنفاته: "الدرر الكامنة في أعيان المائة الثامنة" "لسان الميزان"، "فتح الباري شرح صحيح البخاري". ينظر: - محمد بن علي الشوكاني، البدر الطالع بمحاسن من بعد القرن السابع، دار المعرفة، بيروت - لبنان، د. ط، د. ت، الجزء 2، ص 133. الزركلي، الأعلام، المرجع السابق، الجزء 1، ص 178.

⁵ - ابن حجر العسقلاني، التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ط1، 1989، الجزء 3، ص 71.

⁶ - النووي، المجموع شرح المهذب مع تكملة السبكي والمطيعي، المصدر السابق، الجزء 10، ص 107.

⁷ - الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المصدر السابق، الجزء 5، ص 2. وينظر: - السرخسي، المبسوط، المصدر السابق، الجزء 15، ص 85. - الباري، العناية شرح الهداية، المصدر السابق، الجزء 7، ص 115.

استدلوا بقوله تعالى: ﴿ قَالُوا يَنْذَا الْقَرْنَيْنِ إِنْ يَا جُوجَ وَمَأْجُوجَ مُقْسِدُونَ فِي الْأَرْضِ فَهَلْ نَجْعَلُ لَكَ خَرْجًا عَلَىٰ أَنْ تَجْعَلَ بَيْنَنَا وَبَيْنَهُمْ سَدًّا ۗ قَالَ مَا مَكَّنِّي فِيهِ رَبِّي خَيْرٌ فَأَعِينُونِي بِقُوَّةٍ أَجْعَلْ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُمْ رَدْمًا ۗ ﴾¹.

أي: هل نقرض لك من أموالنا جزءً كضريبة وخراج لتجعل وتصنع سدًا يحمينا من شرِّ يأجوج ومأجوج². فالآية تصوّر مشهداً من قصة ذي القرنين، فقد طلب هؤلاء القوم منه أن يصنع لهم السد ليحميهم من يأجوج و مأجوج مقابل مال يدفعونه له، والظاهر أنهم يريدون منه أن يعمل بمواد من عنده، لأنهم كانوا لا يعرفون طريقة صنع السد، فهم لا يفقهون القول لبطء فهمهم كما وصفهم القرآن: ﴿ لَا يَكَادُونَ يَفْقَهُونَ قَوْلًا ۗ ﴾³، ولم ينكر عليهم ذا القرنين هذه الصيغة وإنما اقترح أخرى أفضل منها ليُسرها عليهم، بأن يقدموا ما لديهم من إمكانيات: قطع حديدية، نحاس، يد عاملة، ويقدم لهم الخبرة الفنية والتكنولوجية والمهارة الفنية، ﴿ قَالَ مَا مَكَّنِّي فِيهِ رَبِّي خَيْرٌ ۗ ﴾⁴.

والملاحظ أنّ القرآن الكريم لم يرفض الطريقة التي اقترحوها ولم ينكرها، فإنها تكون مشروعة في ديننا⁵. فهذا إرشاد قرآني يستنبط منه صحة الاستصناع شرعاً، والاستدلال به مبني على أصل، وهو أنّ كل فعل أو أمر أو نهي صدر عن أحد، وذكر في القرآن فهو حق، إلا إذا نبّه القرآن إلى بطلانه؛ لأنّ الله تعالى سمّاه فرقاناً وهدى وتبيناً لكلّ شيء، فلا يمكن أن يذكر عن أحد من الناس ما هو باطل منكر ثم يسكت عن التنبيه على بطلانه⁶. وبطلانه⁶. وقد أشار الشاطبي⁷ لهذا المعنى في كتابه الموافقات، حيث قال: "ومن أمثلة هذا القسم جميع ما حُكي

¹ - سورة الكهف، الآية: 94-95.

² - محمد علي الصابوني، صفوة التفاسير، دار الصابوني، للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة - مصر، ط1، 1997م، الجزء 2، ص 189. وينظر: محمد بن جرير الطبري، جامع البيان في تأويل القرآن، تحقيق: أحمد محمد شاكر، مؤسسة الرسالة، بيروت - لبنان، ط1، 2000م، الجزء 18، ص: 103-104. وهبة الزحيلي، التفسير المنير، دار الفكر المعاصر، دمشق - سوريا، ط2، 1418هـ، الجزء 16، ص 21.

³ - سورة الكهف، الآية: 93.

⁴ - سورة الكهف، الآية: 95-96.

⁵ - محمد سليمان الأشقر وآخرون، بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة، المرجع السابق، المجلد الأول، ص 228.

⁶ - ناصر أحمد إبراهيم النشوي، أحكام عقد الاستصناع في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 208.

⁷ - هو أبو إسحاق إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي المعروف بالشاطبي، من علماء المالكية، محدّث فقيه أصولي لغوي مفسر، مفسر، ولد بغرناطة سنة 720هـ، وتوفي سنة 790هـ، من مصنفاته: "الموافقات"، "الاعتصام"، "المجالس". ينظر: - محمد بن محمد مخلوف، شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، تحقيق: علي عمر، مكتبة الثقافة الدينية، القاهرة - مصر، ط1، 2007م، الجزء 1، ص 231. - عمر رضا كحالة، معجم المؤلفين، المرجع السابق، الجزء 1، ص 77. - الزركلي الأعلام، المرجع السابق، الجزء 1، ص 75.

عن المتقدمين من الأمم السالفة مما كان حقاً؛ كحكايته عن الأنبياء والأولياء، ومنه قصة ذي القرنين، وقصة الخضر مع موسى عليه السلام، وقصة أصحاب الكهف، وأشبه ذلك¹.

ب. من السنة النبوية:

✓ عن نافع أن عبد الله حدثه أن النبي - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - اصطنع خاتماً من ذهب وجعل فصه في بطن كفه إذا لبسه، فاصطنع الناس خواتيم من ذهب، فرقي المنبر فحمد الله وأثنى عليه، فقال: " إِنِّي كُنْتُ اصْطَنَعْتُهُ وَإِنِّي لَا أَلْبَسُهُ" فنبذ الناس².

جاء في فتح الباري: "قوله: اتخذ خاتماً من ذهب، معنى اتخذه: أمر بصياغته فصيح فلبسه"³.

وجاء في النهاية: "اصطنع رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ خاتماً أي: أمر أن يُصنع له، كما تقول: اكتب، أي: أمر أن يُكتب له"⁴.

✓ عن أنس بن مالك - رضي الله عنه - : "أَنَّ النَّبِيَّ - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - أَرَادَ أَنْ يَكْتُبَ إِلَى رَهْطٍ أَوْ أَنَاسٍ مِنَ الْأَعَاجِمِ فَقِيلَ لَهُ: إِنَّهُمْ لَا يَقْبَلُونَ كِتَابًا إِلَّا عَلَيْهِ خَاتَمًا، فَاتَّخَذَ النَّبِيُّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ خَاتَمًا مِنْ فِضَّةٍ نَقَشَهُ: مُحَمَّدٌ رَسُولُ اللهِ، فَكَأَنِّي بَوَيْصٌ⁵ - أَوْ بِبَيْصِ الْخَاتَمِ - فِي اصْبِعِ النَّبِيِّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَوْ فِي كَفِّهِ"⁶. قال ابن حجر العسقلاني في شرح هذا الحديث: "قوله ونقش فيه: محمد رسول الله، أي: أمر بنقشه"⁷. ونقل العيني في شرح هذا الحديث قال: "وأخرج الدار قطني: عن يعلي بن أمية قال: أنا صنعت صنعت للنبي صلى الله عليه وسلم خاتماً ولم يشركني أحد ونقشت فيه: محمد رسول الله"⁸.

¹ - الشاطبي، الموافقات، تحقيق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن عفان، د.م، ط1، 1997م، الجزء 4، ص 161.

² - البخاري، صحيح البخاري، المصدر السابق، كتاب: اللباس، باب: من جعل فص الخاتم في بطن كفه، رقم الحديث: 5876، الجزء 07، ص 157.

³ - ابن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، المصدر السابق، الجزء 10، ص 319.

⁴ - محمد بن عبد الكريم ابن الأثير، النهاية في غريب الحديث والأثر، تحقيق: طاهر أحمد الزاوي، محمود محمد الطناحي، المكتبة العلمية، بيروت - لبنان، د. ط، 1977م، الجزء 3، ص 56.

⁵ - بويص أي: بريق وتألؤ. المصدر نفسه، ص 319.

⁶ - البخاري، صحيح البخاري، المصدر السابق، كتاب: اللباس، باب: نقش الخاتم، رقم الحديث: 5872، الجزء 7، ص 157.

⁷ - ابن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، المصدر السابق، الجزء 10، ص 319.

⁸ - بدر الدين العيني، عمدة القاري شرح صحيح البخاري، دار إحياء التراث العربي، بيروت - لبنان، د. ط، د. ت، الجزء 22،

✓ عن أنس بن مالك - رضي الله عنه -: "أَنَّه رَأَى فِي يَدِ رَسُولِ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - خَاتَمًا مِنْ وَرَقٍ يَوْمًا وَاحِدًا، ثُمَّ إِنَّ النَّاسَ اصْطَنَعُوا الْخَوَاتِيمَ مِنْ وَرَقٍ وَلَبِسُوهَا، فَطَرَحَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ خَاتَمَهُ، فَطَرَحَ النَّاسُ خَوَاتِيمَهُمْ"¹.

✓ عن أبي حازم قال: أتى رجال إلى سهل ابن سعد يسألونه عن المنبر فقال: بعث رسول الله - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - إلى فلانة امرأة قد سمّاها سهل: "أَنْ مُرِي غُلَامَكَ النَّجَارَ، يِعْمَلُ لِي أَعْوَادًا أَجْلِسُ عَلَيْهَا إِذَا كَلَّمْتُ النَّاسَ فَأَمَرْتَهُ يِعْمَلُهَا مِنْ طَرَفَائِ² الْغَابَةِ، ثُمَّ جَاءَ بِهَا، فَأَرْسَلْتُ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بِهَا فَأَمَرَ بِهَا فَوُضِعَتْ، فَجَلَسَ عَلَيْهِ"³.

"فهذه الأحاديث تعتبر أدلة على مشروعية الاستصناع، وإن كان حديث استصناع النبي صلى الله عليه وسلم للخاتم أكثر قبولا، لأنّ حديث استصناع المنبر طال النقاش حول الصورة التي تمّ بها الاستصناع... وهل هو استصناع بالمعنى المراد في اللغة وهو طلب الصنعة، أم كان هدية وتبرعا من صانعه، أو أنّ التعاقد تم على أساس التجارة"⁴.

ج - الإجماع العملي:

وهذا الدليل من أقوى الأدلة التي ساقها أصحاب هذا المذهب حيث قالوا: أنّ الناس يتعاملون بهذا العقد منذ عهد الرسول صلى الله عليه وسلم بلا نكير⁵، وتعامل الناس بلا نكير دليل الجواز. فلا يكاد يخلو أحد من الناس - حتى من الفقهاء المخالفين في الاستصناع - من أن يكون قد مارسه عمليا في حياته⁶. "فيذهب الواحد منهم إلى الخياط ويقاوله على خياطة ثوب ويكون الثوب والعمل من لدن الخياط، ويذهب الرجل اليوم فيقول على أرضه ليبيني له بيتا على أنّ المواد من المقاول"⁷.

¹ - البخاري، صحيح البخاري، المصدر السابق، كتاب: اللباس، باب: طرح الخاتم، رقم الحديث: 5866، الجزء 07، ص 156.

² - الطرّفاء: من شجر الغضا، وحشبه من أصلب الخشب. ينظر: ابن منظور، لسان العرب، المصدر السابق، الجزء 9، ص 220.

³ - البخاري، صحيح البخاري، المصدر السابق، كتاب: البيوع، باب: النجار، رقم الحديث: 2094، الجزء 3، ص 61.

⁴ - محمد سليمان الأشقر، بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة، المرجع السابق، ص 229.

⁵ - السرخسي، المبسوط، الجزء 12، ص 138.

⁶ - محمد سليمان الأشقر، بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة، المرجع السابق، ص 229.

⁷ - ديبان بن محمد الديبان، المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، المرجع السابق، ص 297.

قال الكاساني: "ويجوز-أي الاستصناع- استحساناً لإجماع النَّاس على ذلك، لأنَّهم يعملون ذلك في سائر الأعصار من غير نُكْر وقد قال - عليه الصلاة والسلام-: "لَا تَجْتَمِعُ أُمَّتِي عَلَى ضَلَالَةٍ"¹2. وقال ابن نجيم:³ "دليله - أي الاستصناع- هو الإجماع العملي وهو ثابت بالاستحسان والقياس"⁴.

د - كما يعتبر الاستحسان⁵ من عمدة أدلة الحنفية في مشروعية الاستصناع، فالشرع نُهي عن بيع المعدوم والتعاقد عليه، والاستصناع - الذي يراه الحنفية بيعة ومعاودة - يعد من المعدوم وقت التعاقد، فأجازوه استحساناً للإجماع الثابت بالتعامل بحسب قولهم⁶.

هـ - من المعقول:

قالوا: أنّ الحاجة تدعو إلى هذا العقد، لأنَّ الإنسان قد يحتاج إلى شيء من جنسٍ مخصوص و نوع مخصوص على قدر مخصوص وصفة مخصوصة، ولا يجده مصنوعاً فيحتاج إلى أن يستصنع، فلو لم يجز لوقع الناس في الحرج، و الشريعة جاءت لرفعه وإلا فكيف يتيسر للناس الوصول إلى ما يريدون من مصنوعات ومنتجات إذا أغلقنا في وجوههم باب الاستصناع، مع أنه أقرب سبيل للإنسان لتحقيق احتياجاته وتيسير حياته⁷.

"والأوضاع المتعارف عليها في الاستصناع لا تصلح مع جعله سلكاً، كما ذهب إليه من عدا الحنفية، لأنَّ المعتاد للناس عدم الالتزام بتعجيل الثمن، ولأنَّهم في الغالب يطلبون كون الصنعة من عمل الصانع نفسه، وذلك يفسد

¹ - ابن ماجة أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، سنن ابن ماجة، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، كتاب: الفتن، باب: السواد الأعظم، رقم الحديث: 3950، دار إحياء الكتب العربية، د.م. د. ط، د. ت، الجزء 2، ص: 1303، وأخرجه الترمذي، سنن الترمذي، المصدر السابق، أبواب: الفتن، باب: ماجاء في لزوم الجماعة، رقم الحديث: 2167، الجزء 4، ص 466. قال الألباني: حديث صحيح. ينظر: الألباني، ضعيف سنن الترمذي، مكتب التربية العربي لدول الخليج، الرياض، ط1، 1991م، ص 246.

² - الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المصدر السابق، الجزء 05، ص 03.

³ - هو زين الدين بن إبراهيم بن محمد المصري الحنفي، الشهير بابن نجيم، فقيه أصولي ولد سنة 926هـ وتوفي سنة 970هـ، من مؤلفاته: مؤلفاته: "البحر الرائق في شرح كنز الدقائق"، "الأشباه والنظائر". ينظر: - تقي الدين بن عبد القادر التميمي المصري، الطبقات السنيّة في تراجم الحنفية، تحقيق: عبد الفتاح الحلو، دار الرفاعي، الرياض، ط1، 1983م، الجزء 3، ص: 273. - الزركلي، الأعلام، المرجع السابق، الجزء 3، ص 73.

⁴ - ابن نجيم، البحر الرائق في شرح كنز الدقائق، المصدر السابق، الجزء 6، ص 185.

⁵ - الاستحسان نوعان، أحدهما: ترجيح قياس خفي على قياس جلي بدليل، وثانيهما: استثناء جزئية من حكم كلي بدليل، والدليل قد يكون من السنة أو لإجماع أو لضرورة. ينظر: - وهبة الزحيلي، الوجيز في أصول الفقه، دار الفكر، دمشق - سورية، ط1، 1999م، ص 86.

⁶ - علي السالوس، موسوعة القضايا الفقهية المعاصرة والاقتصاد الإسلامي، دار الثقافة، قطر، ط7، 1423هـ - 2002م، ص 731.

⁷ - الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المصدر السابق، الجزء 05، ص: 04. وينظر: السرخسي، المبسوط، المصدر السابق، الجزء 12، ص 138.

به السلم، فلو شرط في السلم أن تكون المواد المشتراة من عمل الصانع نفسه أو عمل صانع معين فسد السلم¹. كما أنّ الاستصناع فيه معنى عقدين جائزين وهما السلم والإجارة؛ ذلك أنّ السلم عقد على مبيع في الذمة، واستئجار الصانع يشترط فيه العمل، وما اشتمل على معنى عقدين جائزين كان جائزاً².

3 - الموازنة والترجيح:

من خلال ما سبق وبعد ذكر أدلة المانعين والمجيزين لعقد الاستصناع، نقول: لاشك أنّ الاستصناع من الأمور الحاجية والملحّة لفئات كثيرة من الناس، وعناية الشارع بالحاجيات تقارب عنايته بالضروريات، وقد ذكر العلماء أنّ الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة كانت أو خاصة، فيستثنى موضع الحرج والمشقة ويقال بجواز الاستصناع بدون شروط السلم حيث إنّ إجراء القياس مطلقاً يؤدي إلى حرج ومشقة في بعض موارد، فلو بقينا على أصل الدليل العام لأدّى إلى رفع ما اقتضاه ذلك الدليل من المصلحة، فكان من الواجب رعي ذلك المآل إلى أقصاه³.

وواقع التعامل بين الناس قديماً وحديثاً سواءً على مستوى الأفراد أم على مستوى الحكومات لا يدفع فيه الثمن وقد يدفع جزء منه حالة العقد والباقي على أقساط كما في استصناع المباني، وقد يؤخر الثمن حتى تسلّم السلعة المطلوب صنعها، وعليه فإنّ حاجة الناس ممن يحتاجون إلى استصناع المباني والعمارات والملابس والأدوات الحربية... إلخ، تؤيد القول بجواز الاستصناع سواءً دفع رأس المال أو دفع جزء منه أو لم يدفع منه شيء وهو ما يتفق مع مقاصد ونصوص الشريعة في المعاملات⁴ التي جاءت لرفع العنت و الحرج عن الناس، قال تعالى: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ مِّلَّةً أَيْكُمْ إِذْ رِهَيْمَ﴾⁵، وقال أيضاً: ﴿يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمْ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمْ الْعُسْرَ﴾⁶.

¹ - محمد سليمان الأشقر، بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة، المرجع السابق، ص 229.

² - الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المصدر السابق، الجزء 05، ص 03.

³ - الشاطبي، الموافقات، المرجع السابق، الجزء 05، ص 195.

⁴ - سعود بن مسعد الثبيتي، الاستصناع، المرجع السابق، ص 65.

⁵ - سورة الحج، الآية: 78.

⁶ - سورة البقرة، الآية: 185.

كما أنّ الناظر في السنة النبوية يجد أنّ النبي - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - قد رَغِبَ ودعا إلى التيسير ورفع الحرج والمشقة عن الناس، فعن عائشة - رضي الله عنها - قالت: " مَا خَيْرَ رَسُولَ اللَّهِ - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - بَيْنَ أَمْرَيْنِ إِلَّا أَخَذَ أَيْسَرَهُمَا مَا لَمْ يَكُنْ إِثْمًا فَإِنْ كَانَ إِثْمًا كَانَ أَبْعَدَ النَّاسِ مِنْهُ"¹.

قال الإمام النووي² في شرحه للحديث: " فيه استحباب الأخذ بالأيسر والأرفق ما لم يكن حراماً أو مكروهاً"³.

الفرع الثالث: تنزيل الفرع المقيس (عقد البيع بناءً على التصميم) على حكم الأصل (الاستصناع)

من خلال معرفة الأصل الفقهي لعقد البيع على التصاميم؛ والذي تبين أنه عقد استصناع كما وضّحنا ذلك سابقاً، فالظاهر أنه وحسب الأدلة التي أسهب في ذكرها فقهاء الحنفية سابقاً، والعلماء المعاصرين حديثاً، وبعد الترجيح والموازنة بأنّ عقد الاستصناع جائز شرعاً، وقياساً على ذلك فإنّ الباحث يرى أنّ عقد البيع بناءً على التصميم باعتباره من تطبيقات الاستصناع فهو أيضاً من العقود الجائزة شرعاً جملة، وهذا ما ذهب إليه الدارسون للموضوع، جاء في كتاب الفقه المنهجي: " ونرى أنّه يدخل في هذا الموضوع [عقد الاستصناع] بيع الشقق على الخارطة. فإنّها إذا كانت منضبطة الأوصاف، معلومة المقادير الداخلة في الصنع للمتعاقدين، كالإسمنت والحديد... واعتبر العقد صحيحاً، طالما أنّ الناس يتعاملون بهذا، شريطة أن توضح مواصفات البناء عند التعاقد بحيث لا تبقى جهالة تؤدّي إلى النزاع، وأن لا يكون في ذلك شيء من الشروط الباطلة والفاصلة التي لا توافق شرع الله تعالى... "⁴. فالفقه الإسلامي الذي يعتمد على الاجتهاد والاستنباط والتجديد والتطور ومراعاة الواقع وأحوال الناس والأعراف الصحيحة، التي لا تصادم النصوص الشرعية في القرآن والسنة النبوية والمقاصد الكلية، لا يمانع من إقرار هذا العقد، وتأصيله بالضوابط الأصولية والفقهية والاجتهادات المذهبية، فهو أولاً - القول بالجواز -

¹ - مسلم بن الحجاج، صحيح مسلم، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، كتاب: الفضائل، باب: مبادئه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ للآثام واختياره من المباح أسهله وانتقامه لله عند انتهاك حرّماته، رقم الحديث: 2327، دار إحياء التراث العربي، بيروت - لبنان، د.ط، د.ت، الجزء 4، ص 1813.

² - هو يحيى بن شرف الحوراني، محي الدين أبو زكريا النووي، فقيه شافعي المذهب، ولد بنوى من قرى حوران السورية سنة 631هـ، وتوفي سنة 776هـ، من مصنفاته: "رياض الصالحين"، "منهاج الطالبين"، شرح صحيح مسلم". ينظر: - تاج الدين السبكي، طبقات الشافعية الكبرى، تحقيق: محمود محمد الطناجي، عبد الفتاح محمد الحلوة، دار هجر، مصر، 1413هـ، الجزء 08، ص 395. - الزركلي، الأعلام، المرجع السابق، الجزء 08، ص 146.

³ - النووي، شرح صحيح مسلم، تحقيق: عصام الصباطي، حازم محمد عامر، دار الحديث، القاهرة - مصر، ط 1، 1415هـ، الجزء 8، ص 93.

⁴ - مصطفى الخزن، مصطفى البغا، علي الشربجي، الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي، دار القلم، دمشق - سوريا، ط 4، 1992م، الجزء 6، ص 59 - 60.

ينسجم مع نظرية الحنابلة القائلة بأن الأصل في العقود والشروط الإباحة¹، ذلك أنّ الشارع الحكيم قد بنى أحكام العقود والمعاملات المالية على الإباحة والإذن؛ لا التحريم والمنع، وهذا أصل عظيم يتجلى في التيسير ورفع الحرج، وهو ثانياً معمول به في جميع البلاد وأصبح التعامل به عرفاً عاماً، ويحقق مصلحة كبيرة للناس ويتجاوب مع حوائجهم، خاصة وأنّ مراعاة عادات و أعراف الناس من مظاهر التيسير ورفع الحرج البارزة في الشريعة²، وهو ثالثاً يتقارب ويتشابه مع عقد الاستصناع³.

فإباحة مثل هذه العقود يتماشى مع مقاصد الشريعة الإسلامية وحفظ كلياتها الخمس؛ فإذا تحصّل الفرد على مسكن عن طريق عقد الاستصناع، فقد حفظ نفسه ليقبها من برد الشتاء وحر الصيف؛ ليكون بذلك قد حفظ عقله باعتباره جزءاً منها، ثم يحفظ ماله كحفظ أغراضه المنزلية، ليأتي الدور على حفظ نسله، وذلك عن طريق إنجاب الأولاد إذا وجد الإنسان نفسه في منزل يأويه ويأوي عائلته؛ فإن تحقّق حفظ هذه الكليات الأربع، يؤدي حتماً لا ريب في ذلك إلى حفظ الدين، باعتباره أول كلية من الكليات الخمس.

وقولنا بالجواز ليس على إطلاقه، فلا بدّ من شروط وضوابط تمنع الجهالة والغرر والنزاع والخلاف في المستقبل، وتحفظ حق البائع والمشتري، لأنّ النبي - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - قد "نَهَى عَنْ بَيْعِ الْغَرَرِ"⁴، وخصوصاً شبهة الربا التي قد تتخلّل هذا العقد عند اللجوء إلى القروض البنكية، التي يستفاد منها المقتني بمناسبة إبرام هذا العقد⁵. فعقد البيع بناءً على التصميم جائز شرعاً - بتوافر ضوابط الاستصناع -، لما فيه من التيسير على الناس ورفع الحرج والمشقة عنهم، خاصّةً وأنّه يتعلّق بمرفق لا غنى للناس عنه ألا وهو السكن، الذي أصبح في وقتنا من

¹ - وفي ذلك يقول ابن تيمية: "وأما المعاملات في الدنيا فالأصل فيها أنّه لا يحرم منها إلّا ما حرّمه الله ورسوله، فلا حرام إلّا ما حرّمه الله، ولا دين إلّا ما شرعه... وهذا الموضوع كثر فيه غلط كثير من الفقهاء بتحريم عقود وشروط لم يحرمها الله". ابن تيمية، جامع الرسائل، تحقيق: محمد رشاد سالم، دار العطاء، الرياض - المملكة العربية السعودية، الطبعة 01، 1422هـ - 2001م، الجزء 02، ص 317.

² - ولذلك يقول ابن تيمية: "والعادات الأصل فيها العفو، فلا يحظر منها إلّا ما حرّمه الله... وهذه قاعدة عظيمة نافعة، وإذا كان كذلك فنقول: البيع والهبة والإجارة وغيرها، هي من العادات التي يحتاج الناس إليها في معاشهم... وإذا كان كذلك فالناس يتبايعون ويتاجرون كيف شاءوا ما لم تحرّمه الشريعة". ابن تيمية، مجموع الفتاوى، تحقيق: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة المنورة، المملكة العربية السعودية، د. ط، 1995م، الجزء 29، ص 18 - 19. وقد مدح الشيخ مذهب الإمام مالك، لاعتماده في العقود على هذه القاعدة؛ فقال: "وأهل المدينة جعلوا المرجع في العقود إلى عرف الناس وعاداتهم، فما عدّه الناس يبيعا فهو بيع وما عدّوه إجارة فهو إجارة وما عدّوه هبة فهو هبة، وهذا أشبه بالكتاب والسنة وأعدل". المصدر نفسه، الجزء 20، ص 345.

³ - وهبة الزحيلي، عقود جديدة - عقد المقاول، بيع الاسم التجاري والترخيص، التنازل عن المنفعة بمقابل (بدل الخلو)، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد 2، ماي 1988م، ص 17.

⁴ - مالك بن أنس، الموطأ، صحّحه وعلّق عليه وخرّج أحاديثه: محمد فؤاد عبد الباقي، كتاب: البيوع، باب: بيع الدين الغرر، رقم الحديث: 75، دار إحياء التراث العربي، بيروت - لبنان، د. ط، 1985م، الجزء 2، ص 664. وقال: حديث صحيح.

⁵ - وسيأتي التفصيل في هذه النقطة في الفصل الثاني من هذا البحث، أثناء تناولنا لالتزام المشتري بدفع الثمن.

الضروريات التي لا يتحقق قوام العيش دونها، هذا بالإضافة أوجه الرفق التي يتضمّن هذا البيع بالنسبة لكل من البائع والمشتري، فالبائع يعمل على هدى وبصيرة لكون ما يصنعه جرى بيعه مسبقاً وتحقق أنّه ربح فيه، كما أنّه يستعمل أموال الزبائن ممّا يقلّل لجوئه إلى القروض وبالتالي تخفيض سعر البيع، و أمّا المشتري فيستطيع أن يضع الشروط ويجدّد المواصفات والمواد التي يرغب فيها، وتتوافق مع حاجته وذوقه بالنسبة للسكن الذي يريد أن يشتريه، والتي لا يستطيع الحصول عليها في حالة ما إذا اشترى البيت جاهزاً، كما يمكنه أن يشرف بنفسه على خطوات سير البناء، وبذلك تتحقّق الجودة والإتقان على الوجه الأمثل، إضافة إلى أنّه يجمع أقساط المبلغ المطلوب على مهل ويدفعها للبائع باطمئنان، لكونه يملك التأمين الذي يضمن له الدفعات الفعلية التي يقدمها. وهذا ما يؤكده قرار المجمع الفقهي الإسلامي، فقد جاء في قراره المتعلّق بالتمويل العقاري لبناء المساكن، جواز شراء المساكن قبل بنائها وفق المخططات الهندسية المفصلة وفيما يلي نص القرار: "تملك المساكن عن طريق عقد الاستصناع - على أساس اعتباره لازماً - وبذلك يتم شراء المسكن قبل بنائه بحسب الوصف الدقيق المزبل للجهالة المؤدية للنزاع دون وجوب تعجيل جميع الثمن بل يجوز تأجيله بأقساط يتفق عليها، مع مراعاة الشروط والأحوال المقرّرة لعقد الاستصناع لدى الفقهاء الذين ميزوه عن عقد السلم"¹. - والله أعلم -

المطلب الثاني: خصائص عقد البيع بناءً على التصميم في الفقه الإسلامي

بعد ما تطرقنا في المطلب الأول إلى تأصيل وحكم عقد البيع بناءً على التصميم في الفقه الإسلامي، وتوصلنا إلى أنّه من تطبيقات عقد الاستصناع وبالتالي فهو عقد جائز - جملةً - من الناحية الشرعية، ارتأينا أن نخصّص هذا المطلب لمعرفة خصائص عقد الاستصناع، لنصل في الأخير إلى مدى توافق أو اختلاف هذه الخصائص مع خصائص عقد البيع بناءً على التصميم التي تناولناها في المبحث الأول من هذا الفصل؛ لذلك سأقسمها إلى فرعين: (الفرع الأول) خصائص طبقاً للقواعد العامة، و(الفرع الثاني) خصائص متعلّقة بخصوصية العقد.

الفرع الأول: خصائص عقد الاستصناع وفقاً للقواعد العامة

و سنبدأً بخاصيتين يدور حولهما الخلاف بين الفقهاء ثمّ نتطرّق إلى باقي الخصائص، وهاتين الخاصيتين هما:
الخاصية الأولى: هل عقد الاستصناع عقد مستقل أم يندرج ضمن غيره من العقود؟ ومعنى ذلك هل هو من العقود المسماة أم لا؟ (أولاً)
والخاصية الثانية: هل الاستصناع عقد أم وعد؟ ومعنى هذا هل هو ملزم للجانبين أم لا؟ (ثانياً)، ثمّ نتطرّق إلى باقي الخصائص. وهو ما سنحاول أن نبينه إن شاء الله فيما يلي:

¹ - القرار رقم: 6/1/52 مجلة مجمع الفقه الإسلامي، دورة مؤتمره السادس بجدة في المملكة العربية السعودية من 17 إلى 23 شعبان 1410 هـ الموافق 14-20 آذار (مارس) 1990م، العدد6، ص114.

أولاً: أنه من العقود المسماة

إذا كان عقد البيع بناءً على التصميم من العقود المسماة طبقاً للقواعد العامة في العقود المدنية - كما سبق بيانه - ، فإن ما يقابل هذا العقد في الفقه الإسلامي وهو عقد الاستصناع، والذي اختلفت وتنوعت آراء الفقهاء في التكيف الفقهي له، ومن أهمها ما يلي:

1. أن الاستصناع لا يعتبر عقد مستقل بل يندرج ضمن عقود أخرى كالسلم والإجارة: وهو الذي ذهب إليه جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة، وهو ما ذكرناه سابقاً في الحديث عن تعريف الاستصناع.

2. الاستصناع وعد¹ وليس عقد: وقد نسب هذا القول إلى مجموعة من فقهاء الحنفية منهم: الحاكم الشهيد²، الصفار³ ومحمد بن سلمة⁴: قال السرخسي⁵: "وكان الحاكم الشهيد يقول: الاستصناع مواعدة وإنما ينعقد العقد بالتعاطي إذا جاء به مفروغاً منه، ولهذا ثبت فيه الخيار لكل واحدٍ منهما"⁶.

والأثر المترتب على اعتبار الاستصناع وعداً أو عقداً هو: أنه إذا اعتبرناه عقداً فلا بد أن يكون داخلاً ضمن دائرة اللزوم أو عدمه، والعقد في الأصل يكون لازماً وإذا كان لازماً ترتب عليه الضمان، أما إذا اعتبرناه وعداً فليس هناك آثار ترتب عليه سوى الإثم من المتواعدين عند عدم الوفاء به، ولا ضمان على كل واحدٍ منهما⁷.

3. الاستصناع بيع: حيث ذهب بعض فقهاء الحنفية إلى أن الاستصناع بيع ملزم للطرفين، وذهب بعضهم إلى أنه بيع ولكن للمشتري فيه حق الاختيار، قال الكاساني: "قال بعضهم هو مواعدة وليس بيع

¹ - يعرف الوعد بأنه: "إخبار عن إنشاء المٌخبر معروفاً في المستقبل". وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الموسوعة الفقهية الكويتية، طبع الوزارة، الكويت، ط2، 1427هـ، الجزء44، ص 95.

² - هو أبو الفضل محمد بن محمد بن أحمد المرزوي، الوزير العالم الكبير ولي القضاء في "بخاري"، قتل شهيداً سنة 353هـ. ينظر: عبد القادر بن محمد محي الدين الحنفي، الجواهر المضية في طبقات الحنفية، المصدر السابق، الجزء2، ص23.

³ - هو أبو القاسم الصفار البلخي نقل عن الفقيه أبو جعفر الهنداواني، تفقه عليه جماعة من الفقهاء منهم: أحمد بن الحسين المرزوي، توفي سنة 336هـ. ينظر: - محي الدين الحنفي، الجواهر المضية في طبقات الحنفية، المصدر السابق، الجزء02، ص 263.

⁴ - هو أبو عبد الله محمد بن سلمة تفقه على أبي سليمان الجوزجاني، تفقه عليه أبو بكر محمد بن أحمد الإسكاف، روى عنه زفر، توفي سنة 278هـ. ينظر: - محي الدين الحنفي، الجواهر المضية في طبقات الحنفية، المصدر السابق، الجزء2، ص56.

⁵ - هو محمد بن أحمد بن سهل أبو بكر، شمس الأئمة السرخسي، فقيه أصولي حنفي ولد بسرخس (خرسان)، توفي سنة 490هـ، من مصنفاته: "المبسوط"، "شرح الجامع الكبير للإمام محمد"، "شرح السير الكبير للإمام محمد". ينظر: - محي الدين الحنفي، الجواهر المضية في طبقات الحنفية، المصدر السابق، الجزء02، ص 28-29. - الزركلي، الأعلام، المرجع السابق، الجزء5، ص 315.

⁶ - السرخسي، المبسوط، المصدر السابق، الجزء12، ص139.

⁷ - كاسب عبد الكريم البدران، عقد الاستصناع في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص79.

وقال بعضهم هو بيع، لكن للمشتري فيه خيار، ثم اختلفت عباراتهم عن هذا النوع من البيع، قال بعضهم: هو عقد على مبيع في الذمة وقال بعضهم هو عقد على مبيع في الذمة شرط فيه عمل¹.

4. الاستصناع إجارة: من فقهاء الحنفية من اعتبر الاستصناع إجارة محضة فالمعقود عليه عندهم هو العمل، لأنّ الاستصناع: طلب الصنع وهو العمل، وهو بذلك كالإجارة لأنّ العقد الذي قصد به العمل هو الإجارة².

5. الاستصناع إجارة ابتداءً بيع انتهاءً: حيث ذهب بعض الأحناف إلى أنّ الاستصناع إجارة ابتداءً بيع انتهاءً، جاء في البحر الرائف نقلاً عن الإمام البرهاني³: "وفي الذخيرة هو إجارة ابتداءً بيع انتهاءً لكن قبل التسليم لا عند التسليم بدليل قولهم إذا مات الصانع يبطل ولا يستوفى المصنوع من تركته"⁴.

6. الاستصناع عقد مستقل: وهذا رأي غالبية فقهاء الحنفية عدا زفر، وفي ذلك يقول السرخسي: "اعلم أنّ البيوع أربعة: بيع عين بثمان، وبيع دين في الذمة بثمان وهو السلم، وبيع عمل العين فيه تبّع وهو الاستئجار للصناعة ونحوهما فالمعقود عليه الوصف الذي يحدث في المحل بعمل العامل، والعين هو الصبغ بيع فيه، وبيع عين شرط فيه العمل هو الاستصناع"⁵. وجاء في المحيط البرهاني ردّاً على من قال أنّ الاستصناع مواعدة: "إذا قبض الآخر - أي الصانع الأجر - فإنّه يملكه، ولو كانت مواعدة لكان لا يصير الآخر ملكاً له، فدلّ أنّه ينعقد معاقدة لا مواعدة"⁶.

وهذا النقل يثبت لنا أنّ عقد الاستصناع عقد مستقل وهو من أنواع البيوع، وفي ذلك يتفق مع عقد البيع بناءً على التصميم في كون كلا منهما عقد مستقل، لكنّ الاستصناع بيع لأي محل مما تدخله الصنعة عقاراً كان أو

¹ - علاء الدين الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المصدر السابق، الجزء 05، ص 2.

² - محمد بن محمد بن محمود البابرّي، العناية شرح الهداية، المصدر السابق، الجزء 07، ص 116-117.

³ - هو محمود بن الصدر السعيد تاج الدين أحمد بن الصدر الكبير برهان الدين عبد العزيز بن عمر بن مازة، ولد سنة 551هـ وكان من كبار الأئمة وأعيان فقهاء الحنفية، توفي سنة 616هـ، من مصنفاته: "المحيط البرهاني"، "الذخيرة"، "شرح الجامع". ينظر: - اللكنوي،

الفوائد البهية في تراجم الحنفية، المرجع السابق، ص 205. - الزركلي، الأعلام، المرجع السابق، الجزء 07، ص 161.

⁴ - زين الدين بن إبراهيم المعروف بابن نجيم المصري، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، المصدر السابق، الجزء 6، ص 186.

⁵ - السرخسي، المبسوط، المصدر السابق، الجزء 15، ص 84.

⁶ - أبو المعالي برهان الدين محمود بن أحمد، المحيط البرهاني في الفقه النعماني، تحقيق: عبد الكريم سامي الجندي، دار الكتب العلمية،

بيروت - لبنان، ط 1، 2004م، الجزء 7، ص 135.

منقولاً، ولا يقتصر على العقار فقط، وهذا بخلاف عقد البيع بناءً على التصميم، الذي يشترط أن يكون محلّه عقاراً، وهذه نقطة اختلاف بين العقدين، لذلك فإنّ عقد البيع بناءً على التصميم هو صورة من صور الاستصناع (استصناع العقارات).

بعد هذا العرض المفصّل لما قاله الفقهاء في التكييف الفقهي للاستصناع، يتّضح للباحث أنّ الاستصناع عقد مستقل خاص له شروطه وخصائصه وآثاره الخاصة به، مثله مثل السلم والإجارة وهو ما يطلق عليه في القانون بالعقد المسمّى، فنحن نرجح القول الأخير الذي يرى باستقلالية عقد الاستصناع، وذلك لسببين رئيسيين -والله أعلم- وهما:

- **الإجماع العملي:** وذلك لأنّ الحياة العملية برهنت على أنّ الناس يتعاملون به فصار كغيره من العقود، وأنّ الأصل في المعاملات الإباحة، ومن خالف في هذا فقد تضطرّه الحاجة إلى الرضوخ إلى مثل هذه العقود.

- **أنّ عقد الاستصناع تطور مع تطور الحياة، فأصبح وسيلة تمويلية تشمل المشاريع الكبرى، وخير دليل على ذلك هو العقد الذي نحن بصدد دراسته، فدلّ هذا على كونه عقد مستقل عن غيره من العقود، وبذلك فهو يشترك في هذه الخاصية مع عقد البيع بناءً على التصميم، فهو عقد مسمّى لأنّ المشرع الجزائري خصّه بتنظيم قانوني في القانون 04-11 المحدّد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، كما شرع له المرسوم التنفيذي 13-431 الذي يحدّد نموذجي عقد حفظ الحق وعقد البيع على التصاميم للأمالك العقارية¹.**

وإن كان لفظ البيع بعمومه يشمل الجميع، فالاستصناع "عقد جديد مستقل ليس وعداء، وليس بيعاً، وليس إجارة، وليس سلماً، وإذا كان له شبه بالسلم وبالإجارة والبيع، فهو يشبه السلم لأنّه عقد على موصوف في الذمة، ويشبه البيع من أجل أنّ الصانع يقدم المواد من عنده مقابل عوض، ويشبه الإجارة من حيث أنّ العمل جزء من المعقود عليه"².

وهذا ما ذهب إليه مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، في دورة مؤتمره السابع المنعقد بجدة في ذي القعدة 1412هـ الموافق لجانفي 1992م، كما تبوّأ هذا الرأي عدد من الفقهاء المعاصرين منهم: مصطفى الزرقا في قوله: "الاستصناع نوع من البيوع مستقل لا يدخل في أحد الأنواع الأخرى، كالصرف والسلم نوعان من البيع، وهما عقدان مستقلان، ولهما أحكام خاصة لا تجري في البيع المطلق، فكذلك الاستصناع، وبهذا أخذت مجلة الأحكام العدلية، فعقدت للاستصناع فصلاً خاصاً به في باب (أنواع البيوع) من كتاب البيوع في المواد 388-392"³.

¹ - وقد سبقت الإشارة إلى هذه الخاصية عند تناولنا لخصائص عقد البيع بناءً على التصميم، في المبحث الأول من هذا الفصل.

² - محمد سليمان الأشقر وآخرون، بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة، دار النفائس، الأردن، ط1، 1998م، ص 227.

³ - مصطفى أحمد الزرقا، عقد الاستصناع ومدى أهميته في الاستثمارات الإسلامية المعاصرة، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، البنك الإسلامي للتنمية، مكتبة الملك فهد الوطنية، جدة، 1420هـ، ص 22.

وجاء في بحث علي محي الدين القره داغي: " الاستصناع هو ما إذا طلب المستصنع من الصانع صنع شيء موصوف في الذمة خلال فترة قصيرة أو طويلة، سواءً كان المستصنع عيّن المصنوع منه بذاته أم لا، وسواءً كان المصنوع منه موجوداً أثناء العقد أم لا، فمحلّ عقد الاستصناع هو العين والعمل معاً من الصانع، فالعقد بهذه الصورة ليس بيعاً، ولا سلماً، ولا إجارة ولا غيرها وإنما هو عقد مستقل خاص له شروطه الخاصة به، وآثاره الخاصة به، ولا ينبغي صهره في بوتقة عقد آخر فالاستصناع عقد مستقل خاص محلّه العين والعمل معاً، وبذلك يمتاز عن البيع الذي محلّه العين، وعن الإجارة التي محلّها العمل وعن السلم الذي محلّه العين الموصوفة في الذمة"¹.

وتظهر أهمية اعتبار الاستصناع عقداً خاصاً مستقلاً، في أنه بالرغم من وجود عقد السلم الذي يعجل فيه الثمن وتؤجل فيه السلعة، وعقد البيع بالتقسيط الذي يسمح للمشتري بتقسيط الثمن على عدة دفعات إلا أنّ هذين العقدين لا يخلان جميع المشكلات، فهناك سلعا يتعذر صنعها قبل وجود مشتر لها، وهذا التعذر قد يكون مالياً لضخامة ثمن السلع أو المنشآت، وتخوف البائع من عدم أو تأخر بيعها بعد صنعها، وقد يكون فنياً وتقنياً لخصوصية المواصفات واختلافها من مشتر لآخر، وفي هذا العصر الذي يعتبر عصر المصنوعات والانجازات العملاقة حجماً وتكاليفاً، فلا يمكن أن يجازف المنتجون والمقاولون بإنجاز مثل هذه المصنوعات التي قد لا يجدوا لها مشترياً، وكذلك قد لا يستطيع المشتري تطبيق صيغة السلم في دفع الثمن مقدماً نظراً لظروفه المادية، خصوصاً إذا تعلّق بالمشاريع السكنية، كبناء منزل بمواصفات معينة في مكان معين، أو بناء جسر بمواصفات محدّدة في مكان محدّد، ففي هذه الحالة يكون عقد الاستصناع هو البديل الذي يحقّق مصلحة البائع والمشتري معاً، فبالنسبة للبائع أو الصانع فإنّه يعمل على يقين وبصيرة في كون ما يصنعه جرى بيعه مسبقاً و تحقّق أنّه ربح فيه، وعرف مقدار ربحه، كما أنّه أدري بالمواد الخام، وأماكن بيعها، وتكرّر علاقته بيائعيها، وبالتالي يحصل على المواد بأرخص ممّا لو أحضرها المستصنع.

وبالنسبة للمشتري أو المستصنع فإنّه يستطيع أن يضع الشروط، ويحدّد المواصفات التي يرغب فيها، وتلائم حاجته ودوقه، وهذا ماينذر الحصول عليه باشتراء الشيء جاهزاً، كما أنّه - أي المستصنع - يمكنه أن يشرف مباشرة بنفسه على خطوات الصنع، لئلا يصنعه الصانع على نوع من الخلل، و بالتالي بلوغ صنعه للشيء الذي يريده درجة الجودة والإتقان على الوجه الأمثل، وبذلك تتجلّى ميزة اعتبار الاستصناع عقداً مستقلاً².

ثانياً: أنّه عقد ملزم للجانبين

¹ - علي محي الدين القره داغي، عقد الاستصناع بين الإتياع والاستقلال وبين الزوم والجواز، بحث منشور في مجلة: بحوث في فقه المعاملات المالية المعاصرة، دار البشائر الإسلامية، بيروت - لبنان، د.ط، 2001م، ص 136.

² - مصطفى أحمد الزرقا، عقد الاستصناع ومدى أهميته في الاستثمارات الإسلامية المعاصرة، المرجع السابق، ص 23. وينظر: - محمد سليمان الأشقر وآخرون، بحوث في قضايا اقتصادية معاصرة، المرجع السابق، ص 223-224.

يعتبر عقد البيع بناءً على التصميم عقد ملزم للجانبين طبقاً للقواعد العامة في القانون المدني الجزائري، كما ذكرنا ذلك سابقاً، أما عن عقد الاستصناع فبعدما رجحنا استقلالية هذا العقد، اختلف أصحاب هذا القول في لزوم عقد الاستصناع إلى قوليين:

1- القول الأول: يرى أصحاب هذا الرأي بأن الاستصناع هو عقد ملزم للطرفين، وهو قول لأبي يوسف¹ من الحنفية²، وأخذت به مجلة الأحكام العدلية³.

2- القول الثاني: يرى أصحاب هذا القول بأن عقد الاستصناع هو عقد غير لازم، وهو ما ذهب إليه أكثر الحنفية⁴.

أ - أدلة القول الأول: استدلل أصحاب هذا القول بأدلة عقلية من بينها:

✓ ذكر أبو يوسف أنه يجبر كل واحد منهما، أما الصانع فلأنه ضمن العمل فيجبر عليه وأما المستصنع؛ فلأنه لو لم يجبر على القبول يتضرر به الصانع؛ لأنه عسى لا يشتريه غيره منه أصلاً، أو لا يشتري بذلك القدر من الثمن، فيجبر على القبول دفعاً للضرر عن البائع⁵.

✓ أن فيه عقدين لازمين، هما السلم وعقد الإجارة، فدل على لزومه.

✓ اتساع نطاق المصنوعات يحتم أن يكون عقد الاستصناع عقد لازم، فلم يعد مجاله مقتصرًا على الأمور الشخصية البسيطة التكلفة، بل تشمل المصنوعات الضخمة كالبوراج والمصانع وغير ذلك، فعدم اللزوم يؤدي إلى أضرار جسيمة.

✓ إذا ثبت أنّ الاستصناع عقد، فإنّ العقود يناسبها اللزوم⁶.

ب - أدلة القول الثاني: استدلل أصحاب هذا القول بأدلة أيضا من المعقول وهي:

¹ - هو يعقوب ابن إبراهيم، أبو يوسف صاحب الإمام أبي حنيفة وتلميذه، ولد بالكوفة سنة 113 هـ، وتوفي ببغداد سنة 182 هـ، من كتبه "الخراج"، "النوادر"، "الآثار". ينظر: - اللكنوي، الفوائد البهية في تراجم الحنفية، المصدر السابق، ص 225. الذهبي، سير أعلام النبلاء، المصدر السابق، الجزء 5، ص 535. - الزركلي، الأعلام، المرجع السابق، الجزء 8، ص 193.

² - أبو المعالي برهان الدين، المحيط البرهاني، المصدر السابق، الجزء 7، ص 136.

³ - لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية، مجلة الأحكام العدلية، المصدر السابق، ص 76.

⁴ - ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار، المصدر السابق، الجزء 5، ص 225.

⁵ - أبو المعالي برهان الدين، المحيط البرهاني، المصدر السابق، الجزء 7، ص 136-137.

⁶ - أسامة يوسف الجزائر، العقود الآجلة في الاقتصاد الإسلامي البديل، رسالة ماجستير، كلية الشريعة و القانون، الجامعة الإسلامية- غزة، -1430 هـ-2009 م، ص 55.

✓ أَنَّهُ عَقْدٌ غَيْرٌ لَازِمٌ قَبْلَ الْعَمَلِ مِنَ الْجَانِبَيْنِ جَمِيعًا، بِلَا خِلَافٍ حَتَّى كَانَتْ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا خِيَارُ الْإِمْتِنَاعِ مِنَ الْعَمَلِ كَالْبَيْعِ بِالْخِيَارِ لِلْمُتَبَايِعِينَ، فَإِنَّ لِكُلِّ مِنْهُمَا الْفَسْخَ لِأَنَّ الْقِيَّاسَ يَفْتَضِي أَنْ لَا يُجَوِّزُ؛ لِمَا قُلْنَا، وَإِنَّمَا عَرَفْنَا جَوَازَهُ اسْتِحْسَانًا؛ لِتَعَامُلِ النَّاسِ، فَبَقِيَ اللَّزُومُ عَلَى أَصْلِ الْقِيَّاسِ.

✓ أَنَّ فِي تَخْيِيرِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا دَفْعَ الضَّرَرِ عَنْهُ، لِأَنَّ فِي إِثْبَاتِ الْخِيَارِ لِلصَّانِعِ مَا شَرَعَ لَهُ الْإِسْتِصْنَاعُ، وَهُوَ دَفْعُ حَاجَةِ الْمُسْتَصْنِعِ¹.

أما الراجح من القولين -والله أعلم- هو القول الأول:

" حيث ذكر أبو يوسف فقال: أَنَّ الصَّانِعَ قَدْ أَفْسَدَ مَتَاعَهُ وَقَطَعَ جِلْدَهُ، وَجَاءَ بِالْعَمَلِ عَلَى الصِّفَةِ الْمَشْرُوطَةِ، فَلَوْ كَانَ لِلْمُسْتَصْنِعِ الْإِمْتِنَاعُ مِنْ أَخْذِهِ؛ لَكَانَ فِيهِ إِضْرَارٌ بِالصَّانِعِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا قَطَعَ الْجِلْدَ وَلَمْ يَعْمَلْ، فَقَالَ الْمُسْتَصْنِعُ: لَا أُرِيدُ؛ لِأَنَّ لَا نَذْرِي أَنَّ الْعَمَلَ يَقَعُ عَلَى الصِّفَةِ الْمَشْرُوطَةِ أَوْلًا، فَلَمْ يَكُنْ الْإِمْتِنَاعُ مِنْهُ إِضْرَارًا بِصَاحِبِهِ؛ فَتَبَّتِ الْخِيَارُ"².

ولأن هذا القول يتناسب مع الصناعات المتطورة في حياتنا المعاصرة اليوم، فلو كان المستصنع مخيرا في قبول العين المستصنعة وكانت هذه العين موافقة للمواصفات المتفق عليها، لكان ذلك فيه إضرارا بالصانع وهذا لا يتماشى مع روح الشريعة الإسلامية، التي تدل بقواعدها العامة على أنه "لا ضرر ولا ضرار". وهذا القول موافق لما أقره فقهاء القانون على أن عقد البيع بناءً على التصميم هو عقد ملزم للجانبين، فدل على توافقه مع رأي أبو يوسف.

وقد أقرت مجلة الأحكام العدلية بأن عقد الاستصناع هو عقد لازم، حيث جاء في نص المادة 392 " وَإِذَا انْعَقَدَ الْإِسْتِصْنَاعُ ; فَلَيْسَ لِأَحَدِ الْعَاقِدَيْنِ الرَّجُوعُ وَإِذَا لَمْ يَكُنْ الْمَصْنُوعُ عَلَى الْأَوْصَافِ الْمَطْلُوبَةِ الْمُبَيَّنَةِ كَانَ الْمُسْتَصْنِعُ مُخَيَّرًا"³.

ثالثا: من العقود المحددة

قد عرفنا فحوى هذه الخاصية في القانون هي أن الثمن والمبيع في عقد البيع عامة، وفي البيع بناءً على التصميم خاصة يكونان محددتين أثناء الاتفاق على إنشاء العقد. وقد وجدنا لهذه الخاصية في الفقه الإسلامي الأهمية ذاتها، فنجد الحنفية يعدونها شرط صحة للعقد، وهذا حسب ما جاء في رد المحتار ففي معرض حديث ابن عابدين عن شرائط صحة الإيجاب قال: " وشرط لصحته معرفة قدر مبيع وثمان"⁴، وغيرها من النصوص في هذا الموضوع قديما

¹ - الكاساني، بدائع الصنائع، المصدر السابق، الجزء 5، ص 3-4.

² - المرجع نفسه، الجزء 5، ص 4.

³ - لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية، مجلة الأحكام العدلية، المصدر السابق، ص 76.

⁴ - ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، المصدر السابق، الجزء 4، ص 592.

وحدثنا، وما ذكرنا هذا النص إلاّ استشهدا على استقرائنا من خلال حديث العلماء على أهمية أن يكون العقد محددا بتحديد التزامات الطرفين، وتعبير أضيّق قدر المبيع والثلث. وبناءً على هذا يتبيّن لنا أنّ هذه الخاصية ليس لها وجه شرعي فقط؛ بل لها أهمية كبيرة يوضحها اشتراط هذا التحديد في عقد الاستصناع، فهو الآخر يتميز بهذه الخاصية على سبيل الاشتراط كما هو الحال في القانون. إذ يجب أن يكون المصنوع معلوماً بتحديد مواصفات الشيء المطلوب صناعته تحديداً وافياً، وأن يكون الثمن محدداً جنساً ونوعاً بما يمنع التنازع¹.

رابعاً: عقد شكلي

إنّ الفقه الإسلامي لم يوجب شيئاً من الشرائط الشكلية في شيء من البيوع إلاّ ما يوجب من إذن القاضي في بعض الحالات، كما في بيع عقار الصّغير إذا وجدت مسوغات بيعه، وهذا ممكن بالنسبة للعهد الفقهي سابقاً، حيث لم يكن قضاء القاضي مقيداً بالنظم الشكلية التي وضعت من قبل السلطات حالياً، أمّا في زماننا حيث قيد القضاء بقوانين الأصول (يقصد بها الإجراءات) وهي قوانين مقبولة شرعاً باعتبار أنّها تنظم للقضاء²، ولحياة الناس ومعاملاتهم إلاّ ما خالف فيها الشرع، وبالنسبة لهاته الخاصية والتي تعدّ ركناً فهي لا تخالف روح الشرع بل توافقها فنجد في آية المداينة قول الله تعالى: ﴿يَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ وَلْيَكْتُب بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ﴾³. وهذه الآية تحثّ على الشكلية في علاقة المديونية التي فيها أجل، أوّليس الدين في عقد البيع بناءً على التصميم مؤجل بأجل مسمّى، والذي يوجب الكتابة في الدين التي اشترطتها الآية؟.

والذي يفهم من النص أنّ الكتابة (الشكلية) هي وسيلة لحفظ المال الذي يعدّ مقصداً كلياً من مقاصد الشريعة، إذن فهذه الخاصية (الشكلية) في عقد البيع بناءً على التصميم وجه شرعي؛ بل وأهمية ترقى إلى حفظ مقصد كلي من مقاصد الشريعة.

خامساً: عقد معاوضة

وعقود المعاوضة ليست بمجددة على الفقه الإسلامي وهذه الخاصية لا تنفك عن عقد الاستصناع، فهو من عقود المعاوضة، لأنّه يحصل فيه تبادل مال (المال المصنوع) بمال (ثمنه)⁴. وهنا في العقد موضوع البحث مبادلة العقار المراد بناؤه بسعره المقسط.

¹ - سعود بن مسعد الثبتي، الاستصناع تعريفه-تكييفه-حكمه-شروطه-أثره في تنشيط الحركة الاقتصادية، المرجع السابق، ص75.

² - مصطفى أحمد الزرقا، عقد البيع، دار القلم، دمشق-سوريا، ط2، 2012 م، ص34.

³ - سورة البقرة، الآية: 282.

⁴ - وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الموسوعة الفقهية الكويتية، المرجع السابق، الجزء 30، ص234.

بهذا نستنتج أنّ خصائص عقد البيع بناءً على التصميم وفقاً للقواعد العامة تتفق مع خصائص عقد الاستصناع في الفقه الإسلامي؛ من حيث اعتبار أنّ عقد الاستصناع عقد مستقل في الفقه الإسلامي وذلك حسب المذهب الراجح، وبهذا يكون قد وافق عقد البيع بناءً على التصميم كونه من العقود المسماة، كما يعتبر عقد الاستصناع عقد وليس بوعد كما بيناه سابقاً وبالتالي يكون ملزماً للجانبين، وبهذا يكون قد وافق أيضاً عقد البيع بناءً على التصميم على اعتبار أنّه ملزم للجانبين إضافة إلى كونه عقد محدّد وشكلي وعقد معاوضة.

الفرع الثاني: خصائص متعلّقة بخصوصية عقد الاستصناع.

سنتناول في هذا الفرع خصائص عقد الاستصناع التي خالفت القواعد العامة، وسأركز على خاصيتين اثنتين وهما: أنّ محل البيع غير موجود (أولاً) والثمن يكون على شكل أقساط (ثانياً).

أولاً: أنّه يرد على بيع معدوم

إذا كان عقد الاستصناع يرد على شيء غير موجود وقت التعاقد فهو في حكم بيع المعدوم، وهذا البيع قد تحدث عنه الفقهاء وذكروا عللاً لمنعه، من بينها: كونه يشتمل على غرر، والغرر يؤدي إلى نزاع، وعدم استقرار في التعامل ولهذا ورد النهي من رسول الله - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - عن بيع الغرر¹، وهذا ما يدلّ عليه الحديث المروي عن أبي هريرة، قال: "نَهَى رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَنْ بَيْعِ الْغَرَرِ"². لكن تمّ الرد على منع بيع المعدوم من عدّة فقهاء وعلى رأسهم ابن القيم³ حيث قال: "فالكلام عليه من وجهين: * أَحَدُهُمَا: مَنَعُ صِحَّةِ هَذِهِ الْمُقَدِّمَةِ ؛ إِذْ لَيْسَ فِي كِتَابِ اللَّهِ وَلَا فِي سُنَّةِ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وَلَا فِي كَلَامِ أَحَدٍ مِنَ الصَّحَابَةِ أَنَّ بَيْعَ الْمَعْدُومِ لَا يَجُوزُ ، لَا بِلَفْظِ عَامٍّ وَلَا بِمَعْنَى عَامٍّ ، وَإِنَّمَا فِي السُّنَّةِ النَّهْيُ عَنْ بَيْعِ بَعْضِ الْأَشْيَاءِ الَّتِي هِيَ مَعْدُومَةٌ كَمَا فِيهَا النَّهْيُ عَنْ بَيْعِ بَعْضِ الْأَشْيَاءِ الْمَوْجُودَةِ ؛ فَلَيْسَتْ الْعِلَّةُ فِي الْمَنَعِ لَا الْعَدَمِ وَلَا الْوُجُودِ، بَلْ الَّذِي وَرَدَتْ بِهِ السُّنَّةُ النَّهْيُ عَنْ بَيْعِ الْغَرَرِ، وَهُوَ مَا لَا يُقَدَّرُ عَلَى تَسْلِيمِهِ.

¹ - كاسب بن عبد الكريم البدران، عقد الاستصناع أو عقد المقابلة في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 40.

² - مسلم، صحيح مسلم، المصدر السابق، كتاب: الطلاق، باب: بطلان بيع الحصة وبيع الغرر، رقم الحديث: 1513، الجزء 3، ص 1153.

³ - هو شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد بن جريز، الزرعي ثم الدمشقي، ولد سنة 691هـ بدمشق، فقيه حنبلي، مفسر نحوي، أصولي متكلم، توفي سنة 751هـ، من مصنفاته: "زاد المعاد في هدي خير العباد"، "إعلام الموقعين عن رب العالمين"، "بدائع الفوائد". ينظر: - عبد الرحمن بن أحمد بن رجب الحنبلي، ذيل طبقات الحنابلة، تحقيق: عبد الرحمن بن سليمان الحنبلي، مكتبة العبيكان، الرياض - المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى، 2005م، الجزء 5، ص 170. - ابن العماد الحنبلي، شذرات الذهب في أخبار من ذهب، المصدر السابق، الجزء 8، ص 287. - الزركلي، الأعلام، المرجع السابق، الجزء 6، ص 56.

* **الْوَجْهُ الثَّانِي:** أَنْ نَقُولَ: بَلَّ الشَّرْعُ صَحَّحَ بَيْعَ الْمَعْدُومِ فِي بَعْضِ الْمَوَاضِعِ؛ فَإِنَّهُ أَجَازَ بَيْعَ الثَّمْرِ بَعْدَ بُدُوِّ صَلَاحِهِ وَالْحَبِّ بَعْدَ اشْتِدَادِهِ، وَمَعْلُومٌ أَنَّ الْعَقْدَ إِنَّمَا وَرَدَ عَلَى الْمَوْجُودِ وَالْمَعْدُومِ الَّذِي لَمْ يُخْلَقْ بَعْدُ¹.

ولهذا يذكر الدكتور كاسب البدران قاعدة يمكن توظيفها في هذا الشأن، والتي ينبغي السير عليها في بيع المعدم على حسب قوله وهي: " أن كل معدم مجهول الوجود في المستقبل لا يجوز بيعه، وأن كل معدم محقق الوجود في المستقبل بحسب العادة يجوز بيعه"².

وهذه القاعدة تنطبق على عقد الاستصناع، فهو في الأصل بيع معدم لكن محقق الوجود في المستقبل بحسب العادة، ونفس الأمر بالنسبة لعقد البيع بناءً على التصميم فمحل المبيع منعدم وقت التعاقد قابل للوجود في المستقبل وإن كانت هذه خاصية تخالف القواعد العامة المعروفة في مجال البيوع، إلا أن الشريعة الإسلامية أجازت مثل هذه العقود، لذلك نجد عقد البيع بناءً على التصميم يتفق مع عقد الاستصناع في هذه الخاصية فهما عقدان يكون فيهما محل البيع معدم قابلاً للوجود في المستقبل.

ثانياً: الثمن فيه يكون على شكل أقساط

في عقد الاستصناع يجوز أن يكون الثمن معجلاً، كما يجوز أن يكون مؤجلاً؛ بل وحتى يجوز أن يكون على شكل أقساط، وفي هذا يقول محمد سليمان الأشقر: " لا يجب في عقد الاستصناع تعجيل الثمن، بل يجوز تعجيله، ويجوز تأخيره إلى وقت القبض أو بعده، ويجوز تقسيطه، وهو في ذلك على خلاف عقد السلم، فيجوز فيه تعجيل الثمن أو بعضه، أو تأخير كل الثمن، إلى أجل محدود أو غير محدود"³.

وقد قرّر مجمع الفقه الإسلامي في دورة مؤتمره السابع في إحدى قراراته ما يلي:

" يجوز في عقد الاستصناع تأجيل الثمن كله، أو تقسيطه إلى أقساط معلومة لآجال محدّدة"⁴.

فقرار الجمع الفقهي لم يلزم دفع الثمن كله في مجلس العقد، بل أجاز أن يكون على شكل أقساط بشرط أن يكون كل قسط معلوم وأجل محدّد.

كما نجد المادة 391 من مجلة الأحكام العدلية تنصّ على ما يلي: " لا يلزم في الاستصناع دفع الثمن حالاً (أي وقت العقد)"¹.

¹ - ابن القيم، إعلام الموقعين، تحقيق: محمد عبد السلام إبراهيم، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1411هـ-1991م، الجزء 2؛ ص7-8.

² - كاسب بن عبد الكريم البدران، عقد الاستصناع أو عقد المقاولة في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص45.

³ - محمد سليمان الأشقر وآخرون، بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة، المرجع السابق، الجزء 1، ص232-233.

⁴ - مجمع الفقه الإسلامي في دورته السابعة بجدة 7-12 ذو القعدة 1412هـ الموافق 9-14 مايو 1992م، قرار رقم: 7/3/66.

وما يمكن ملاحظته على هذه المادة أنّها لم تشترط أن يدفع الثمن وقت التعاقد، ممّا يدلّ على جواز أن يكون الثمن مؤجلاً كله أو يكون على شكل أقساط.

وما نستنتجه من هذا أنّ عقد البيع بناءً على التصميم قد وافق عقد الاستصناع في هذه الخاصية، وهي أن يكون الثمن على شكل أقساط معلومة، ووفقاً لأجال محدّدة، وهو كما بيّناه سابقاً في حديثنا عن خصائص عقد البيع بناءً على التصميم وفقاً لقواعد نشاط الترقية العقارية.

المطلب الثالث: تمييز عقد البيع بناءً على التصميم عن العقود المشابهة له في الفقه الإسلامي

إذا كنا قد قرّرنا أنّ عقد البيع بناءً على التصميم هو تطبيق من تطبيقات الاستصناع في الفقه الإسلامي، وأنّ هذا الأخير يجب أن يعتبر نوعاً خاصاً ومستقلاً من أنواع البيوع، ومع ذلك فإنّ هناك نظاماً قانونية كثيرة تشابه هذا العقد، الأمر الذي يقتضي منا الوقوف عندها لتمييزها عنه؛ لذلك ارتأينا في المطلب أن نميزه عن غيره من العقود المشابهة له في الفقه الإسلامي؛ فارتأينا تمييز عقد الاستصناع عن عقد السلم (الفرع الأول) لنقف من خلاله على تمييز عقد البيع بناءً على التصميم عن عقد السلم (الفرع الثاني) وخصّصنا (الفرع الثالث) لتمييز عقد البيع بناءً على التصميم عن الإجارة.

الفرع الأول: تمييز عقد الاستصناع عن بيع السلم في الفقه الإسلامي

إنّ الباعث من وراء إيرادنا لهذا المطلب هو الوقوف على أوجه التشابه والاختلاف بين الاستصناع والسلم، وبالتالي توضيح سبب اعتبارنا لعقد البيع بناءً على التصميم من تطبيقات الاستصناع وليس السلم، خاصّة وأنّ جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة أدرجوا عقد الاستصناع ضمن باب السلم، لذا يستلزم علينا بيان أوجه التشابه وأوجه الاختلاف بين العقدين، وقبل التطرق إلى هذا ينبغي علينا تعريف عقد السلم.

حيث عرّف الحنفية السلم بأنّه: "بيع آجل وهو المسلم فيه بعاجل وهو رأس المال"². فالآجل: هو المبيع ويسمّى: المسلم فيه وهو دين موصوف في الذمة. والعاجل: هو الثمن ويسمّى: رأس مال السلم ولا بد من قبضة في المجلس³.

وجاء في تحفة الفقهاء: "هو عقدٌ يثبت به الملك في الثمن عاجلاً وفي المُثْمَن آجلاً"¹.

¹ - لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية، مجلة الأحكام العدلية، المصدر السابق، ص 76.

² - ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، المصدر السابق، الجزء 05، ص 209.

³ - عبد الله أوزجان، الأجل في عقد البيع، رسالة ماجستير منشورة، دار النوادر، سوريا، ط1، 2007م، ص 282، بالنسبة للمالكية يجوز تأخير رأس المال عندهم إلى ثلاثة أيام. ينظر: ابن عبد البر القرطبي، الكافي في فقه أهل المدينة، تحقيق: محمد محمد أحمد، مكتبة الرياض الحديثة، المملكة العربية السعودية، ط2، 1980م، الجزء 2، ص 692.

وعرفه المالكية بقولهم: " هو بيع يتقدم فيه رأس المال ويتأخر المئتمن لأجل"². وقال الدسوقي³: " السَّلَمُ عقد معاوضة يوجب عمارة ذمة بغير عين ولا منفعة، غير متمائل العوضين"⁴.

فقوله: "عقد معاوضة" يدخل تحته البيع الأعم الذي يدخل فيه السَّلَم وغيره من أنواع المعاوضات كالإجارة والنكاح وغيرهما، وقوله: "يوجب عمارة ذمة" أخرج به المعاوضات على المعينات، وقوله: "بغير عين" أخرج به البيع بثمن مؤجل، وقوله: "ولا منفعة" أخرج به الكراء وما شابهه من المنافع في الذمة، وقوله: "غير متمائل العوضين أخرج به السلف"⁵.

وأما تعريف الشافعية فقد جاء في مغني المحتاج: " هو بيع موصوف في الذمة"⁶. وعرفه الحنابلة بقولهم: " وهو أن يُسَلِمَ عوضًا حاضرًا، في عوض موصوف في الذمة إلى أجل"⁷.

وعليه بعد ذكر تعاريف الفقهاء يمكن القول بأنَّ السلم هو بيع موصوف في الذمة، يتم تسليمه في أجل لاحق، ويجب كون الثمن كله معجلًا، أي إنَّه يتقدم فيه رأس المال أو الثمن، ويتأخر تسليم المبيع أو المسلم فيه لأجل في المستقبل⁸.

فإذا كانت الشريعة الإسلامية قد حرّمت الربا والاحتكار والغش وأكل أموال الناس بالباطل، وحرّمت العقود التي فيها جهالة أو قمار أو غرر، إلّا أنّه من رحمة الله بعباده وتيسيرا عليهم، ورفعاً للحرج عنهم، أجاز بعض العقود لحكمة يراها راجحة على المفسدة ومن هذه العقود بيع السلم.

فعقد السلم بيع مشروع على خلاف القياس، لأنّه بيع لمعدوم، ودليل مشروعيته قوله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ

ءَامَنُوا إِذَا تَدَايَنُكُمْ بِدِينٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُوبُوهُ﴾⁹.

¹ - علاء الدين السمرقندي، تحفة الفقهاء، المصدر السابق، الجزء 1، ص 8.

² - أبو عبد الله محمد بن أحمد، شرح ميارة الفاسي على تحفة الحكام في نكت العقود والأحكام، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ط1، 2000م، الجزء 2، ص 232.

³ - هو محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي، من علماء العربية، ولد في (دسوق) بمصر، وأقام وتوفي بالقاهرة سنة 1230هـ، من مصنفاته: "الحدود الفقهية"، "حاشية على مغني اللبيب"، "حاشية على الشرح الكبير على مختصر خليل في فقه الإمام مالك". ينظر: - محمد بن محمد مخلوف، شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، المصدر السابق، الجزء 2، ص 346-347. - الزركلي، الأعلام، المرجع السابق، الجزء 6، ص 17.

⁴ - الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، المصدر السابق، الجزء 4، ص 315.

⁵ - المصدر نفسه، الجزء 2، ص 232 - 233.

⁶ - الشريبي، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، المصدر السابق، الجزء 3، ص 3.

⁷ - ابن قدامة، المغني، المصدر السابق، الجزء 4، ص 207.

⁸ - وهبة الزحيلي، المعاملات المالية المعاصرة، بحوث وفتاوى وحلول، المرجع السابق، ص 295.

⁹ - سورة البقرة، الآية 282.

جاء في تفسير القرآن للقرطبي¹: "وحقيقة الدّين عبارة عن كلّ معاملة كان أحد العوضين فيها نقداً والآخر في الذمّة نسيئة، فإنّ العين عند العرب ما كان حاضراً، والدّين ما كان غائباً"². فهذه الآية أباح الله فيها الدّين والسلم من أنواع الديون، وما يؤكّد هذه الدلالة قول ابن عباس - رضي الله عنهما -: "أشهد أنّ السلف المضمون إلى أجلٍ مُسمّى، إنّ الله أحله وأذن فيه"³.

فالأصل أن لا يجوز السّلم لأنّ النبي - صلّى الله عليه وسلّم - نهى ما بيع ما ليس عند الإنسان في قوله: "لا تبّع ما ليس عندك"⁴، فهو عام إلاّ أنّ السلم شرع بالنصوص الخاصة التي تجيزه، فعن ابن عباس رضي الله عنهما قال: قال: قدم التّبي صلّى الله عليه وسلم المدينة وهم يُسلفون بالتمر الستين والثلاث، فقال: "مَنْ أسلفَ في شيءٍ ففي كَيْلٍ معلومٍ ووزنٍ معلومٍ إلى أجلٍ معلومٍ"⁵.

وبالرجوع إلى القانون نلاحظ أنّ المشرع الجزائري لم ينظّم أحكام بيع السلم، وإنّما اكتفى بنص المادة 92 من القانون المدني التي أجازت بيع الأشياء المستقبلية حيث جاء فيها: "يجوز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً ومحققاً غير أنّ التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطلاً ولو كان برضاه، إلاّ في الأحوال المنصوص عليها في القانون".

وقد عرّفت المادة 532 من القانون المدني الأردني بيع السّلم على أنّه: "بيع مال مؤجل التسليم بثمن معجّل"⁶. ولكي يكون بيع السلم صحيحاً فقد وضع الفقهاء المسلمون عدّة شروط في المبيع (المسلم فيه) من جهة، وفي رأس المال (الثمن) من جهة أخرى⁷، فأما الشروط التي وضعوها في المبيع فهي:

¹ - هو محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرج بن أبو عبد الله، الأنصاري الخزرجي الأندلسي القرطبي، فقيه مالكي مفسّر عالم باللغة، ولد بقرطبة سنة 600هـ، وتوفي في شوال سنة 671هـ، من مصنفاته: "الجامع لأحكام القرآن الكريم"، "التذكار في أفضل الأذكار"، "التقريب لكتاب التمهيد"، "التذكرة بأحوال الموتى وأحوال الآخرة". ينظر: - ابن فرحون، الديباج المذهب في معرفة أعيان المذهب، المصدر السابق، الجزء 2، ص 308. الزركلي، الأعلام، المرجع السابق، الجزء 5، ص 322.

² - القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، المصدر السابق، الجزء 3، ص 377.

³ - أبو بكر بن أبي شيبة، الكتاب المصنف في الأحاديث والآثار، تحقيق: كمال يوسف الحوت، كتاب: البيوع والأفضية، باب: السلف في الطعام والتمر، رقم الحديث: 22303، مكتبة الرشد، الرياض، ط 1، 1409هـ، الجزء 4، ص 479.

⁴ - أبو عيسى الترمذي، سنن الترمذي، المصدر السابق، أبواب: البيوع، باب: ما جاء في كراهية بيع ما ليس عند الإنسان، رقم الحديث: 1232، الجزء 3، ص 526. حديث صحيح، ينظر: - محمد بن عبد الله التبريزي، مشكاة المصابيح، تحقيق: محمد ناصر الدين الألباني، المكتب الإسلامي، بيروت - لبنان، ط 3، 1985م، الجزء 2، ص 867.

⁵ - البخاري، صحيح البخاري، المصدر السابق، كتاب: السلم، باب: السلم في وزن معلوم، رقم الحديث: 2240، الجزء 3، ص 85.

⁶ - محمود جلال حمزة، التبسيط في شرح القانون المدني (البيع والإيجار)، جمعية عمال المطابع التعاونية، الأردن، ط 1، 2005م، الجزء 04، الجزء 04، ص 203.

⁷ - ينظر في هذه الشروط مفصلة: - وهبة الزحيلي، المعاملات المالية المعاصرة، بحوث فتاوى وحلول، المرجع السابق، ص 297-298.

- محمد سليمان الأشقر وآخرون، بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة، المرجع السابق، المجلد الأول، ص 191-201.

- أن يكون عيناً معينة.
- أن يكون ممّا يمكن ضبط صفاته التي يختلف الثمن باختلافها.
- أن ينص في العقد على كل ما يرفع الخلاف في المبيع من الأوصاف عند قبضه أي بيان جنسه وصفته ومقدار الجودة.
- بيان مقدار المبيع.
- أن يكون مؤجلاً إلى أجل غير معلوم.
- أن يكون المبيع ممّا يغلب على الظن وجوده في الأسواق عند حلول الأجل.
- أن يعين في العقد مكان تسليم المسلم فيه.

وأما الشروط التي اشترطها في الثمن فهي:

- ألا يكون ممّا يجري ربا النسيئة بينه وبين المسلم فيه.
- أن يكون الثمن معلوماً ببيان جنسه ونوعه وقدره وأوصافه في العقد، كما يجب أن يكون معجلاً.

وحيث إنّ فقهاء المالكية قد شبهوا الاستصناع بالسلم، والشافعية أدخلوا الاستصناع في مباحث السلم، والحنابلة ذكروه عند بحثهم للسلم في الصناعات¹، وحيث إنّنا انتهينا إلى أنّ عقد البيع بناءً على التصميم من تطبيقات الاستصناع، الأمر الذي يقتضي التمييز بين الاستصناع والسلم لنقف من خلال ذلك على أوجه التمييز بين البيع بناءً على التصميم وبيع السلم.

أولاً: أوجه التشابه

توجد عدّة نقاط يتشابه فيها عقد الاستصناع مع عقد السلم منها:

- أنّ كلاً منهما يعدّ عند فقهاء الشريعة الإسلامية من أنواع البيوع، سواءً اندمج الاستصناع بالسلم أم كان لكل منهما اسم خاص مستقل وشروط خاصّة، وأنّ الاستصناع يمكن أن يكون سلماً إذا ما أعطي للصانع الأجر كاملاً في مجلس العقد، والذي هو ثمن شيء معلوم واتفقاً على أجل قريب أو بعيد لتسليم المبيع وتوفرت شروط السلم الأخرى.

- وقد سبقت الإشارة إلى ذلك في عنصر تعريف عقد الاستصناع.¹

- كل من الاستصناع والسلم هو بيع لشيء غير موجود في ملك البائع وقت البيع، فهما من أقسام بيع المعلوم، ولكنهما أجزا لحاجة الناس إليهما وتعاملهم بهما¹.
- كما أنه لا يصح في السلم و الاستصناع أن يكون الثمن ممّا يبرم بينه وبين المثمن الربا، ولا بد من العلم في كليهما بالثمن جنسًا ونوعًا وقدرًا وصفة، وإلا كان العقد باطلا بسبب الجهالة².
- المعقود عليه (المسلم فيه في عقد السلم، والمستصنع في عقد الاستصناع) لا بدّ في كلا العقدين من العلم بجنسه ونوعه، وقدره، وصفته؛ لأن كلا منهما مبيع والمبيع يشترط كونه معلوما غير مجهولا³.
- ومن أوجه التشابه أيضا بين الاستصناع والسلم أنّ كلاّ منهما يعدّ عقدا لازما لا يجوز فسخه بإرادة أحد الطرفين⁴.

ثانيا: أوجه الاختلاف

أما عن أوجه الاختلاف بين هذين العقدين نذكر:

- السلم يكون في المثليات فقط إلا من يجيز السلم في الحيوان⁵، والاستصناع يكون في المثلي والقيمي⁶، فالمبيع في عقد الاستصناع لا يشترط وجود مثله في السوق لا عند العقد ولا عند التسليم، بخلاف السلم إذ من شروط المبيع (المسلم فيه) أن يكون مقدور التسليم عند حلول الأجل¹.

¹ - سعود بن مسعد الشبيبي، الاستصناع، تعريفه، تكييفه، حكمه، شروطه، أثره في تنشيط الحركة الاقتصادية، المرجع السابق، ص 80.

² - المرجع نفسه، ص 80.

³ - ناصر أحمد إبراهيم النشوي، أحكام عقد الاستصناع في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 315.

⁴ - ضحى محمد سعيد عبد الله النعيمي، مفهوم بيع العقار على الخريطة وتكييفه القانوني، المرجع السابق، ص 272.

⁵ - وهم جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة في إحدى الروايتين. ينظر في ذلك: المذهب المالكي: الدسوقي، حاشية

الدسوقي، المصدر السابق، الجزء 4، ص 322. القراني، الذخيرة، تحقيق: سعيد أعراب، دار الغرب الإسلامي، بيروت- لبنان، ط1،

1998م، الجزء 5، ص 243 - 244. المذهب الشافعي: الشافعي، الأم، المصدر السابق، الجزء 3، ص 140. شمس الدين الرملي،

نهایة المحتاج إلى شرح المنهاج، المصدر السابق، الجزء 4، ص 191. المذهب الحنبلي: ابن قدامة، المغني، المصدر السابق، الجزء 5،

ص 724. منصور بن يونس البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، المصدر السابق، الجزء 3، ص 173.

⁶ - المثلي: هو ماله نظير في أسواق التجارة بدون تفاوت بينهما أو بتفاوت يسير لا يعتد به، فهو يشمل المكيلات و الموزونات،

والمعدودات التي لا تفاوت بين أحادها كالأشياء المصنوعة من مادة واحدة بحجم وشكل واحد. أما القيمي: فهو ما لا يوجد له مثيل في

- الثمن (رأس المال) في السلم يشترط قبضه كله في مجلس العقد، أما في الاستصناع فلا يشترط فيه قبض كامل الثمن في مجلس العقد، فقد يدفع كله أو بعضه، وقد لا يدفع منه شيء، بل يكون ديناً حتى يسلم المصنوع، وهذه الميزة تعطي الاستصناع مرونة عملية، تيسر للناس قضاء حوائجهم، ويتم الاتفاق على الثمن في هذا العقد عادة، بدفع عربون على أنه جزء من الثمن، ويؤخر الباقي إلى وقت تسليم الشيء المصنوع.²

- المبيع في السلم دين (وهو ما يثبت في الذمة) أما في الاستصناع فيرى جمهور الحنفية أن المعقود عليه عين (وهو الشيء المعين المشخص بذاته أو المال الحاضر). فالسلم يكون في شيء غير موجود في الحال، ويوجد في المستقبل بغير دخول الصنعة عليه، أما الاستصناع فيجري فيما يحتاج إلى تصنيع.³

- يشترط في السلم عند الجمهور غير الشافعية كونه مؤجلاً إلى أجل معلوم، ولا يصح السلم الحال إلا عند الشافعية⁴، حيث قالوا بجواز السلم حالا ومؤجلاً، قال الشرييني⁵:
"ويصح السلم حالاً ومؤجلاً بأن يصرح

بهما، أما المؤجل فبالنص والإجماع، وأما الحال فبالأولى لبعده عن الغرر..."⁶.

ولا يجوز عند أبي حنيفة اشتمال الاستصناع على أجل، وإلا انقلب سَلَمًا، وأجاز الصاحبان¹ تأجيله عملاً بالعرف السائد.²

بمجال التجارة أو يوجد ولكن مع وجود التفاوت الذي يعتد به في المعاملات كالعقارات لأنها تتفاوت بتفاوت مواضعها. ينظر: أحمد إبراهيم بك، المعاملات الشرعية المالية، المطبعة الفنية، القاهرة - مصر، الطبعة الأخيرة 1936م، ص 6.

- سعود بن مسعد الشيبني، الاستصناع، المرجع السابق، ص 81. وينظر: مصطفى أحمد الزرقا، عقد الاستصناع، المرجع السابق، ص 28.¹

- وهبة الزحيلي، المعاملات المالية المعاصرة، بحوث وفتاوى وحلول، المرجع السابق، ص 304.²

- المرجع نفسه، ص 304.³

- أبو زكريا النووي، المجموع شرح المهذب مع تكملة السبكي والمطيعي، المصدر السابق، الجزء 13، ص 107.⁴

⁵ - هو شمس الدين بن محمد بن أحمد الشرييني، فقيه شافعي مفسر من أهل القاهرة، ومن أعيان القرن العاشر الهجري، توفي سنة 977هـ،

من مصنفاته: "مغنى المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج"، "الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع"، "السراج المنير". ينظر: - إسماعيل بن محمد

أمين الباباني، هدية العارفين أسماء المؤلفين وآثار المصنفين، دار إحياء التراث العربي، بيروت - لبنان، د. ط، د. ت، الجزء 2،

ص 250. - ابن العماد شذرات الذهب في أخبار من ذهب، المصدر السابق، الجزء 10، ص 561. - الزركلي، الأعلام، المرجع

السابق، الجزء 6، ص 06.

- الشرييني، مغنى المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ط 1، 1954م، الجزء 03، ص 08.⁶

- يصحّ السلم فيما جرى به التعامل أو لم يجر فيه التعامل، أمّا الاستصناع فضابطه أنّه يصحّ في كل ما يجري فيه التعامل بين الناس فقط، ولا يجوز فيما لا تعامل لهم فيه³.

- الباعث على السلم هو شدة حاجة البائع إلى نقود ينفقها على نفسه وأهله أو إنتاجه الزراعي وغيره، لذا فهو ليس من عقود المضاربة⁴، أمّا الاستصناع فهو عقد تجاري - مثله مثل عقد البيع بناءً على التصميم - يحقق الربح للصانع ويُلبي حاجة المستنصر، فيكون الباعث عليه حاجة الصانع والمستنصر، فالصانع يمول صناعته، ويستغني بذلك عن الاقتراض بفائدة والمستنصر يحصل على حاجته بثمن مناسب⁵.

وبناءً على ذلك فهذه الفروق والاختلافات بين عقد الاستصناع والسلم، تبرّر وجوب اعتبارهما عقدين مستقلين كل منهما من أنواع البيوع الخاصة له أحكامه وضوابطه، وتوضّح سبب اعتبار الباحث لبيع العقار قبل الانجاز، أو كما يسميه المشرع الجزائري "البيع بناءً على التصميم" من تطبيقات الاستصناع وليس السلم لانطباق شروط الأول عليه دون الثاني، إضافة إلى ذلك فإنّ الفقهاء اتفقوا على امتناع السلم فيما لا يثبت في الذمة، وهي الدور والعقار وعللوا ذلك بأنّ المكان فيه مقصود، والتمن يختلف باختلافه، فلا بد من تعيينه، والعين لا تثبت في الذمة⁶.

فالعقار يختلف مكانه من شارع كبير إلى أزقة ضيقة، إلى نواحي الطرقات، إلى واجهة في ميدان فسيح، ممّا يجعل كل مكان يختلف ثمنه باختلاف موقعه، وقد يكون مكان مكتظ بالسكان والأهليين، وهو أقلّ سعرًا من

¹ - **الصاحبان هما:** أبو يوسف ومحمد بن الحسن الشيباني -رحمهما الله-. ينظر: محمد إبراهيم الحفناوي، الفتح المبين في حل رموز ومصطلحات الفقهاء والأصوليين، د. ن، د. م، د. ط، د. ت، ص: 16. أحمد صعيد حوى، المدخل إلى مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان - رحمه الله تعالى-، دار الأندلس الخضراء، جدة - المملكة العربية السعودية، ط1، 2002م، ص 83 وما بعدها.

² - وهبة الزحيلي، المعاملات المالية المعاصرة، المرجع السابق، ص 304.

³ - ناصر أحمد إبراهيم النشوي، أحكام عقد الاستصناع في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 318.

⁴ - **المضاربة هي:** عقد شركة في الربح بمال من رجل وعمل من آخر. ينظر: عبد الغفار عبد البصير الجوزجاني، المصطلحات الفقهية في المعاملات المالية، رسالة ماجستير، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة أم القرى بمكة المكرمة، المملكة العربية السعودية، 1404هـ، ص 219.

⁵ - وهبة الزحيلي، المعاملات المالية المعاصرة، المرجع السابق، ص 303.

⁶ - أبو الوليد محمد بن رشد القرطبي، المقدمات والمهدات، المصدر السابق، الجزء 2، ص: 27. وينظر: أحمد بن محمد بن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج في شرح المنهاج، المصدر السابق، الجزء 4، ص 258. الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، المصدر السابق، الجزء 03، ص 213.

مكان لا كثافة فيه بالأهلين، ومن هنا كان اختلاف الثمن مع اختلاف الغرض يجعل ثبوت العين بالصفات المطلوبة في الذمة أمرًا مستحيلًا، ومن ثم لا يجوز السلم في العقار¹.

واستدلوا بما روي عن ابن عمر رضي الله عنه: أنّ رجلاً أسلف رجل في نخل، فلم تخرج تلك السنة شيئاً، فاختصما إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال: "بِمَ تَسْتَحِلُّ مَالَهُ؟ أَرَدُّدُ عَلَيْهِ مَا لَهُ"، ثُمَّ قَالَ: "لَا تُسَلِّفُوا فِي النَّخْلِ حَتَّى يَبْدُوا صَلَاحَهُ"².

حيث استدللّ العلماء بهذا الحديث على عدم جواز أن يسلف شيء بعينه، لأنه لا يؤمن تلفه، والنخل معين، وقد نهي صلى الله عليه وسلم عن السلم فيه حتى يبدوا صلاحه³.

الفرع الثاني: تمييز عقد البيع بناءً على التصميم عن بيع السلم

إنّ هذه الاختلافات - التي ذكرناها سابقاً - بين عقد الاستصناع وعقد السلم في الفقه الإسلامي، تقودنا للبحث والوقوف على أوجه الشبه والاختلاف بين عقد البيع بناءً على التصميم وعقد السلم.

أولاً: أوجه التشابه

توجد نقاط تقاطع بين عقد البيع بناءً على التصميم وعقد السلم أهمها:

- يعتبر كل من عقد البيع بناءً على التصميم وعقد السلم بيع لشيء معدوم، فهو بحكم القواعد العامة ليس بيعاً.

- يشتمل عقد البيع بناءً على التصميم على أجل ويكون معلوماً على حسب تاريخ انجاز البناية، وكذلك عقد السلم فإنه يجب أن يحدّد فيه الأجل وهذا الذي قال به جمهور الفقهاء من الحنفية⁴ والمالكية⁵ ورواية عند الحنابلة⁶، أمّا الشافعية⁷ وكذلك رواية عند الحنابلة⁸ فقالوا بجواز السلم الحال.

¹ - أبو زكريا محيي الدين النووي، المجموع شرح المذهب مع تكملة السبكي والمطيعي، المصدر السابق، الجزء 13، ص 129.

² - أبو داود، سنن أبي داود، المصدر السابق، كتاب: البيوع، باب: في السلم في ثمرة بعينها، رقم الحديث: 3467، الجزء 02،

ص 276. قال الألباني: حديث ضعيف، ينظر: محمد ناصر الدين الألباني، ضعيف الجامع الصغير وزيادته، المرجع السابق، ص 899.

³ - سعد الدين محمد الكيّ، المعاملات المالية المعاصرة في ضوء الإسلام، المرجع السابق، ص 333.

⁴ - بدر الدين العيني، العناية شرح الهداية، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1420هـ - 2000م، الجزء 8، ص 388.

⁵ - أبو عبد الله المواق المالكي، التاج والإكليل لمختصر خليل، المصدر السابق، الجزء 6، ص 476.

⁶ - علاء الدين أبي الحسن علي المرادوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، المصدر السابق، الجزء 5، ص 69.

⁷ - محي الدين يحيى بن شرف النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، تحقيق: زهير الشاويش، المكتب الاسلامي، بيروت-لبنان-عمان،

ط3، 1412هـ - 1991م، الجزء 4، ص 7.

⁸ - علاء الدين أبي الحسن علي المرادوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، المصدر السابق، الجزء 5، ص 97.

- إنَّ من خصائص عقد البيع بناءً على التصميم كونه عقد ملزم لكل من البائع والمشتري، وكذلك الحال بالنسبة لعقد السلم فهو عقد لازم لا يجوز فسخه بإرادة أحد العاقدين.
- يشترك عقد البيع بناءً على التصميم مع عقد السلم في أنَّ المبيع يكون قابلاً للانضباط بالصفات، ففي العقد الأول يجب أن تكون البنية مطابقة للمواصفات، وفي السلم يجب أن يكون المسلم فيه معلوم الجنس والنوع والصفة والمقدار.
- إنَّ غاية البائع في عقد البيع بناءً على التصميم هي الحصول على الأموال مادام أنَّ طبيعة عمله تجاري كما علمنا ذلك مسبقاً، وهي نفس الغاية في السلم إذ البائع يكون محتاجاً إلى أموال ينفقها على نفسه أو إنتاجه الزراعي أو الصناعي.

ثانياً: أوجه الاختلاف

- وأما الاختلاف بين عقد البيع بناءً على التصميم مع عقد السلم، فيظهر في النقاط الآتية:
- أبرز فرق بين عقد البيع بناءً على التصميم و عقد السلم، أنَّ العقد الأول يكون فيه الثمن بالتقسيط عبر مراحل تقدم الانجاز، أما العقد الثاني فيشترط فيه قبض الثمن كاملاً في مجلس العقد.
- إنَّ محل العقد في البيع بناءً على التصميم يحتاج إلى أن ينجز ويبنى فهو يقع على بنية، بخلاف المبيع في عقد السلم فهو لا يحتاج إلى تصنيع أو بناء، وإنما يحتاج إلى نضج إذا كان المسلم فيه ثمار في غالب الأحيان.
- يعتبر عقد البيع بناءً على التصميم عقد حديث بالمقارنة مع عقد السلم، فعقد السلم موجود منذ عهد النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ والدليل على ذلك ما جاء في الحديث **عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا، قَالَ: قَدِمَ النَّبِيُّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ الْمَدِينَةَ وَهُمْ يُسَلِّفُونَ بِالتَّمْرِ السَّنَتَيْنِ وَالثَّلَاثَ، فَقَالَ: "مَنْ أَسْلَفَ فِي شَيْءٍ، فَفِي كَيْلٍ مَعْلُومٍ، وَوَزْنٍ مَعْلُومٍ، إِلَى أَجَلٍ مَعْلُومٍ"**¹.

من خلال إجراء هذه المقارنة البسيطة بين عقد البيع بناءً على التصميم مع بيع السلم، يتبين لنا أهم النقاط المشتركة وأبرز الفوارق الجوهرية وهي: أنَّ كلاهما يقع على مبيع غير موجود في الحال ممكن الوجود في المستقبل، وهو على خلاف القواعد العامة المتعارف عليها في عملية البيع، إلا أنَّها أبيحت للحاجة إليها. ويختلفان في رأس المال؛ ففي السلم يكون الثمن معجلاً، أما في عقد البيع على التصاميم يكون الثمن عبر مراحل تقدم الأشغال المتعلقة بإنجاز البنية.

الفرع الثالث: تمييز عقد البيع بناءً على التصميم عن عقد الإجارة

في غالب الأحيان ما نجد فقهاء الشريعة عندما يتناولون عقد الاستصناع يتطرقون إليه في باب السلم وباب الإجارة ومادام أنَّ عقد البيع بناءً على التصميم تمَّ تكييفه على أساس أنَّه عقد استصناع فإنه بالتأكيد يوجد

¹ - سبق تخريجه، ص 86.

تداخل بينه وبين عقد الإجارة كما يوجد اختلاف بينهما، وهو ما سنحاول أن نبرزه في هذا الموضوع، أوجه التشابه (أولاً) وأوجه الاختلاف (ثانياً).

وقبل التطرق إلى المقارنة ينبغي علينا تعريف عقد الإجارة، حيث جاء في الفتاوى الهندية الإجارة هي: "عَقْدٌ عَلَى الْمَنَافِعِ بِعَوْضٍ"¹. وجاء في موسوعة الفقه الإسلامي حول تعريفها: "عقد على منفعة مباحة معلومة، مدة معلومة، بعوض معلوم، كأن يؤجره داره بألف ريال لمدة سنة"².

وَالْإِجَارَةُ عَلَى ضَرْبَيْنِ: أَحَدُهُمَا إِجَارَةُ عَيْنٍ وَلَهُ صُورَتَانِ: إِحْدَاهُمَا أَنْ تَكُونَ إِلَى أَمَدٍ مَعْلُومَةٍ، وَالثَّانِيَةُ: أَنْ تَكُونَ لِعَمَلٍ مَعْلُومٍ؛ فالتى تَكُونُ عَلَى مُدَّةٍ كإِجَارَةِ الدَّارِ شَهْرًا أَوْ إِجَارَةَ الأَرْضِ عَامًا أَمَا التى تَكُونُ لِعَمَلٍ مَعْلُومٍ كإِجَارَةِ الأَدَمِيِّ لِلخِدْمَةِ أَوْ لِلرَّعْيِ أَوْ لِلخِيَاطَةِ وَخَوَّهَا مُدَّةٌ مُعَيَّنَةٌ فَعَلِمَ مِنْهُ أَنَّ إِجَارَةَ العَيْنِ تَارَةً تَكُونُ فِي الأَدَمِيِّ، وَتَارَةً تَكُونُ فِي غَيْرِهِ مِنَ المَنَازِلِ وَالدَّوَابِّ وَخَوَّهَا.

الضَّرْبُ الثَّانِي: عَقْدٌ عَلَى مَنَفَعَةٍ فِي الذِّمَّةِ فِي شَيْءٍ مُعَيَّنٍ أَوْ مَوْصُوفٍ مَضْبُوطٍ بِصِفَاتٍ، كَالسَّلَمِ فَيُشْتَرَطُ تَقْدِيرُهَا بِعَمَلٍ أَوْ مُدَّةٍ كخِيَاطَةِ ثَوْبٍ وَبِنَاءِ دَارٍ وَحَمَلٍ إِلَى مَوْضِعٍ مُعَيَّنٍ (لِيَحْضُلَ العِلْمُ بِالمَعْقُودِ عَلَيْهِ. والذي يقوم بالعمل يُسَمَّى الأَجِيرَ المُشْتَرَكِ³. (وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ الأَجِيرُ فِيهَا إِلَّا أَدَمِيًّا) لِأَنَّهَا مُتَعَلِّقَةٌ بِالذِّمَّةِ وَلَا ذِمَّةَ لِغَيْرِ الأَدَمِيِّ (جَائِزِ التَّصْرِيفِ) لِأَنَّهَا مُعَاوَضَةٌ لِعَمَلٍ فِي الذِّمَّةِ فَلَمْ تَجُزْ مِنْ غَيْرِ جَائِزِ التَّصْرِيفِ⁴.

وورد أيضا في بدائع الصنائع: " فَإِنْ سَلَّمَ إِلَى حَدَادٍ حَدِيدًا لِيَعْمَلَ لَهُ إِنَاءً مَعْلُومًا بِأَجْرِ مَعْلُومٍ، أَوْ جِلْدًا إِلَى خَقَافٍ لِيَعْمَلَ لَهُ خُفًّا مَعْلُومًا بِأَجْرِ مَعْلُومٍ؛ فَذَلِكَ جَائِزٌ وَلَا خِيَارَ فِيهِ؛ لِأَنَّ هَذَا لَيْسَ بِاسْتِصْنَاعٍ، بَلْ هُوَ اسْتِجَارَةٌ"⁵.

والضرب الثاني من الإجارة هو الذي يعيننا في التمييز بينه وبين عقد البيع بناءً على التصميم، والتي يسميها الفقهاء الإجارة على الصنع .

أولاً: أوجه التشابه

تنفق الإجارة التي تقع على العمل مع عقد البيع بناءً على التصميم في النقاط الآتية:

¹ - لجنة علماء برئاسة نظام الدين بلخي، الفتاوى الهندية، دار الفكر، د. م، ط2، 1310 هـ، الجزء4، ص 409.

² - محمد بن إبراهيم بن عبد الله التويجري، موسوعة الفقه الإسلامي، د.د، د.م، ط1، 1430هـ-2009م، الجزء3، ص527.

³ - الأجير المشترك: هو الذي يعمل للمؤجر ولغيره، كالبناء الذي يبني لكل أحد، والحمال الذي يحمل لكل أحد. وهذا ما يؤخذ من تعريفات الفقهاء جميعاً، ولا خلاف في أن الأجير المشترك عقده يقع على العمل، ولا تصح إجارته إلا ببيان نوع العمل أولاً. ولا يمنع هذا من ذكر المدة أيضاً. ينظر: - وزارة الاوقاف والشؤون الإسلامية، الموسوعة الفقهية الكويتية، المصدر السابق، الجزء 1، ص295.

⁴ - البهوتي، كشاف الفناع، المصدر السابق، الجزء 3، ص11.

⁵ - الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المصدر السابق، الجزء5، ص 04 .

- إن إنجاز البناية في عقد البيع على التصميم يكون من طرف المرقى العقاري، وكذلك الحال بالنسبة للإجارة التي تقع على العمل تكون من الأجير، فهما يتفقان في أنّ الصانع هو الذي يقوم بالعمل.
- يلتقي عقد البيع بناءً على التصميم مع الإجارة التي تقع على العمل في الأجل؛ بحيث يكون هذا الأخير معلوماً ويحدّد على حسب مقدار العمل في كل منهما.
- يعتبر كل من عقد البيع بناءً على التصميم و عقد الإجارة على العمل عقد ملزم للجانبين؛ فالواجب على الأجير في عقد الإجارة الالتزام بالعمل الموصوف في ذمته؛ فلا يملك أحد المتعاقدين الانفراد بفسخ العقد إلا لعذر طارئ.
- في عقد البيع بناءً على التصميم تكون فيه البناية مطابقة للمواصفات المتفق عليها، وهذا يتفق مع الإجارة التي تقع على العمل، فالمؤجر يشترط على الأجير المشترك أن يبني له بيتاً أو يصنع له خفاً أو غير ذلك بمواصفات محدّدة.
- يتفق عقد البيع بناءً على التصميم مع الإجارة التي تقع على العمل في السبب الذي أدى إلى إبرام مثل هذه العقود؛ فالحاجة هي التي أدت إلى المشتري إلى إبرام العقد الأول، وكذلك رب العمل في العقد الثاني احتياجه إلى من يقوم بتصنيع المواد التي قدمها إلى الصانع.

ثانياً: أوجه الاختلاف

- توجد فوارق جوهرية بين عقد البيع بناءً على التصميم و عقد الإجارة التي تقع على العمل، ويمكن إجمالها فيما يلي:
- إنّ محل المبيع في عقد البيع بناءً على التصميم هو العين والعمل، أمّا في الإجارة على الصنع فهو العمل فقط والعين فيه تكون تبعا لعمل الصانع.
- يختلف عقد البيع بناءً على التصميم مع الإجارة في العمل كون أنّ العقد الأول يكون فيه العمل ومواد البناء من عند المرقى العقاري، أمّا في العقد الثاني فالمؤجر هو الذي يقدم مواد الصنع للأجير وما على هذا الأخير إلاّ الالتزام بالعمل طبقاً للمواصفات المتفق عليها.
- يتمّ دفع الثمن في عقد البيع بناءً على التصميم على شكل أقساط كلما تقدم في تشييد البناية، أمّا في الإجارة على الصنع فإنّ دفع الثمن يكون بعد الانتهاء من العمل.
- يقع محل البيع في عقد البيع بناءً على التصميم إلاّ على البناية التي يرغب في شرائها على المخططات، بينما الإجارة على الصنع فقد تشمل صناعات متعدّدة كبناء المنازل أو خياطة الثياب أو صناعة الأواني... الخ.
- وبهذا يتبين لنا أنّ هناك أوجه تشابه بين عقد البيع بناءً على التصميم و عقد الإجارة التي تقع على العمل، فكلاهما يشتركان في كون العقد يقع على العمل ويقوم به الصانع وأنّ الحاجة هي التي دفعت إلى إبرام مثل هذه العقود، أمّا عن أوجه الاختلاف فيظهر جلياً الفرق بين العقدين ففي عقد البيع بناءً على التصميم يكون العمل

ومواد البناء من المرقى العقاري على خلاف الإجارة على العمل الذي تكون فيه مواد الصنع من المؤجر وما على الصانع إلا القيام بالعمل. هذه أبرز نقاط التشابه والاختلاف بين العقدين.

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

المبحث الثالث: أركان عقد البيع بناءً على التصميم

لكل عقد مقومات أساسية يقوم عليها هي: الصيغة والعاقدان والمعقود عليه، وحيث إننا انتهينا إلى اعتبار البيع بناءً على التصميم إحدى تطبيقات عقد الاستصناع في الفقه الإسلامي، لذا فدراستنا لهذا المبحث ستفصل في هاته الأركان التي يترتب على غياب أو تخلف أحدها البطلان، وذلك في كل من القانون و الفقه الإسلامي وفق المطالبين الآتين:

المطلب الأول: أركان عقد البيع بناءً على التصميم في القانون

إنّ عقد البيع بناءً على التصميم هو صورة من صور عقد البيع بوجه عام، ومنه فإنّه يلزم لانعقاد هذا البيع صحيحاً، اقتران إرادتين متطابقتين وهو ما يعبر عنه بالتراضي ويجب أن يكون هذا التراضي صحيحاً، بالإضافة إلى تحديد موضوع هذا العقد وهو ما يعرف بالمحل، وينصرف بهذا التحديد إلى الأداء الذي يجب على المدين القيام به لصالح الدائن، وبما أنّ عقد البيع بناءً على التصميم هو عقد ملزم لجانبين، فمحل التزام البائع هو الشيء المبيع، أمّا محل التزام المشتري فهو الثمن، ويجب كذلك تحديد الغرض الذي دفع المتعاقدين للتعاقد وهو ما يعرف بالسبب، وهذه الثلاثة (الرضا، السبب، المحل) تعرف بالأركان الموضوعية¹، وبما أنّ عقد البيع بناءً على التصميم يبيع منصب على عقار، فبالإضافة إلى احتوائه على الأركان الموضوعية العامة، فإنّ ملكية الشيء المبيع لا تنتقل إلّا بعد احترام الإجراءات الشكلية طبقاً لنص المادة 793 من القانون المدني الجزائري². ومّا تقدم يتبيّن لنا أنّ دراستنا لأركان عقد البيع بناءً على التصميم تنصرف إلى دراسة التراضي (أطراف العقد، وجود التراضي، صحة التراضي) في فرع أول، أمّا الفرع الثاني فنخصّصه لدراسة المحل والسبب، أمّا الشكل فنضع له فرعاً خاصاً به حيث نتناول فيه البيانات الإلزامية لهذا العقد، وذلك وفقاً للآتي:

الفرع الأول: التراضي في عقد البيع بناءً على التصميم

يتطلّب انعقاد عقد البيع بناءً على التصميم تبادل الطرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين، فلا ينعقد هذا العقد إلّا إذا اقترن الإيجاب الصادر من أحد الطرفين بقبول مطابق له صادر من المتعاقد الآخر، كما أنّه يشترط في

¹ - محمد حسن قاسم، عقد البيع، الدار الجامعية، مصر، د.ط، 1999م، ص 59. وينظر: - الحسين بن الشيخ آت ملويا، المنتقى في عقد البيع، دار هومه، الجزائر، ط2، 2006م، ص 29.

² - آسيا دوة، رمول خالد، الإطار القانوني والتنظيمي لتسجيل العقارات في التشريع الجزائري، دار هومه، الجزائر، ط3، 2011م، ص 81.

التراضي صحته، أي أن تكون الإرادة خالية من العيوب بالإضافة إلى صدورهما من شخص ذي أهلية لإبرام العقد¹.

وعليه فإنّ دراستنا لهذا الركن تقتضي التطرق إلى أطراف العقد (أولاً) وعن مدى وجود التراضي في هذا العقد (ثانياً) و صحته (ثالثاً)، وذلك وفقاً لما يأتي:

أولاً: أطراف عقد البيع بناءً على التصميم

من المعلوم أنّ عملية بناء وتشديد المساكن الموجهة للبيع بناءً على التصميم تتطلب تدخل عدّة أطراف، يساهمون في تنفيذها وتمويلها كالمهندسين المعماريين، مكاتب الدراسات الهندسية، والمقاولين والبنوك والمؤسسات المالية، إلّا أنّ هؤلاء لا يعتبرون أطراف في عقد البيع بناءً على التصميم²، فطرفي هذا العقد هما البائع أو المرقى العقاري³ والمشتري أو المكتتب (المقتني) فقط، لذلك سنتطرق فيما يأتي إلى هذين الطرفين بشيء من التفصيل:

1. المرقى العقاري:

لقد عمل المشرّع الجزائري لاسيما في القانون 04/11 المتعلّق بتحديد القواعد التي تنظّم نشاط الترقية العقارية، على تعريف المرقى العقاري وتحديد الشروط اللازمة للقيام بمهنة المرقى العقاري، وبالنسبة للأشخاص والهيئات التي يمكنها القيام بالنشاطات العقارية في القانون الجزائري، فقد حدّدها القانون 86 - 07 المتعلّق بالترقية العقارية.

وبناءً على ذلك سنتطرق فيما يلي إلى تعريف المرقى العقاري أولاً، ثمّ شروط ممارسة هذه المهنة ثانياً، وأخيراً نتطرق إلى أنواع المرقين العقاريين.

¹ - محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات، دار الهدى، الجزائر، ط2، 2005، الجزء 4، ص79.

² - شعبان عياشي، عقد بيع العقار بناءً على التصميم، المرجع السابق، ص 100.

³ - وهذه التسمية جاء بها القانون رقم: 11-04، المحدّد للقواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية في المادة الثالثة منه، وأطلقت عليه المادة

3 من المرسوم التشريعي رقم: 93-03 المتعلّق بالنشاط العقاري بالمعامل في الترقية العقارية بنصّها: " يدعى كل شخص طبيعي أو معنوي

يمارس النشاطات المذكورة في المادة 2 السابقة متعاملاً في الترقية العقارية ". ، كما أطلق عليه قانون الترقية العقارية رقم: 07/86 لسنة

1986م بالمكتتب، وسأعتمد في رسالتي هذه اصطلاح " المرقى العقاري " الذي أورده المشرّع الجزائري في نصوص القانون 11 - 04 على

اعتبار أنّه الساري المفعول حالياً.

أ - تعريف المرقى العقاري:

تعددت تعريف فقهاء القانون للمرقى العقاري *Le promoteur immobilier*، ومن هذه التعريفات نجد من عرّفه بأنّه: "الشخص الطبيعي أو المعنوي، الذي يتمثل نشاطه في اتخاذ المبادرة بعملية البناء العقاري وتنظيمها على المخططات القانونية والتقنية والمالية بعناية، ووضع المباني أو أجزاء المباني في يد مستعملها"¹. وهناك من جعل من عمله نشاطا اقتصاديا إذ عرّفه الفقيه الفرنسي *Jestaz* بأنّه: "الوكيل الاقتصادي الذي يتولى إنجاز بناء أو أكثر؛ كي يكسب ملكيته واحد أو أكثر من الأشخاص الذين يطلق عليهم متلقي الملكية"².

وقد عرّفه المشرّع الجزائري في المادة 03/ 14 من القانون 11 - 04 المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، بقوله: "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 وتأهيل السكنات قصد بيعها أو تأجيرها". ويستوي في ذلك أن يكون المرقى تابعا للقطاع الخاص أو للقطاع العام، كما هو الشأن بالنسبة لديوان الترقية والتسيير العقاري (O.P.G.I). ونجد النصّ الفرنسي الذي يقابل هذا النص وارد كالتالي:

"toute personne physique ou morale qui exerce les activités visées l'article 2 ci – dessus est appelée promoteur immobilier. "

والملاحظ على تعريف المشرّع للمرقى العقاري أنّه وسّع في مهامه، إذ كانت مهنة المتعامل في الترقية العقارية في ظل المرسوم التشريعي رقم: 93-03 المتعلق بالنشاط العقاري الملغى، تتمثل في قيامه بإنجاز أو تجديد الأملاك العقارية المخصصة للبيع أو الإيجار أو تلبية حاجات خاصّة³، بينما وسعت مهامه وفقا لنص المادة 3/ 15 من القانون 11-04 فبالإضافة إلى قيامه بالمبادرة بعمليات بناء مشاريع جديدة، قيامه أيضا بترميم أو إعادة تأهيل أو إعادة هيكلة أو تدعيم بنايات تتطلب هذه التدخلات⁴، كما يلاحظ على هذا التعريف أنّه استعمل عبارة: "أو تهيئة و تأهيل الشبكات" وهذه العبارة غامضة وغير واضحة، فهل قصد بها المشرّع شبكات الطرق ومواقف

¹ - SAINT Alary Roger, choix de la construction, presse universitaire de France, 1977, - p303.

² - Jestaz Philippe, MALINVAUD Philippe, Droit de la promotion immobilière, paris, - Dalloz, 1988, p17.

³ - حيث جاء في المادة 02 من المرسوم التشريعي رقم: 93-03، المتعلق بالنشاط العقاري: "يشتمل النشاط العقاري على مجموع الأعمال التي تساهم في إنجاز أو تجديد الأملاك العقارية المخصصة للبيع أو الإيجار أو تلبية حاجات خاصة".

⁴ - M'hamed SAHRAOUI, profession promoteur immobilier, Alger, Edition de la SOPIREF, 2008, p15.

السيارات أو شبكات توصيل المياه والغاز"¹. كما يتّضح من خلال التعريف أنّ المشرّع أخذ بمعيار النشاط لتعريف المرقي العقاري.

وبهذا المفهوم يختلف المرقي العقاري عن المقاول الذي عرّفته نفس المادة - المادة 13/3 من القانون 11 - 04 - بأنّه: " كل شخص طبيعي أو معنوي مسجل في السجل التجاري بعنوان نشاط أشغال البناء بصفته حرفياً أو مؤسسة تملك المؤهلات المهنية " .

وقد اشترط المشرّع الجزائري هذا الطرف في عقد البيع بناءً على التصميم وبدونه لا يكون العقد بيعاً على التصميم، حيث جاء في المادة 25 من القانون 11-04: " يجب أن يكون البيع من طرف المرقي العقاري لعقار مبني أو بناية أو جزء من بناية مقرر أو في طور البناء، موضوع عقد يعد قانوناً في الشكل الرسمي طبقاً للأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها وطبقاً لأحكام هذا القانون". وأيضاً في المادة 29 من القانون 11-04: " لا يمكن إبرام عقد بيع على التصاميم وعقد حفظ الحق لعقار مقرر بناؤه أو في طور البناء، إلا من طرف المرقي العقاري، ". فالملاحظ من هذه النصوص أنّ المشرّع الجزائري قد قصر البيع على التصاميم على المرقي العقاري دون سواه من الأشخاص الذين يحكم مهنتهم يمكن أن يقوموا بهذه الأعمال مثل المقاولين².

وعليه فإنّه يمكن تعريف المرقي العقاري بأنّه: "كل شخص طبيعي أو معنوي يبادر بعمليات بناء مشاريع جديدة، ذات الاستعمال السكني أو الحرفي أو التجاري قصد بيعها أو تأجيرها، مقيد في السجل التجاري وخاضع لشهادات البناء والتعمير، ومكتب لدى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة للترقية العقارية"³.

ب - شروط ممارسة مهنة المرقي العقاري:

لقد سبقت الإشارة إلى أنّ المرسوم التشريعي 93-03 المتعلّق بالنشاط العقاري الملغى، لم ينظّم مهنة المرقي العقاري ويحدّد شروطها، لذلك فقد تدارك المشرّع هذا الأمر من خلال القانون 11-04 المحدّد للقواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية، فنظّم هذه المهنة ووضع شروطها في المواد من 17 إلى 23 منه وتمثلت هذه الشروط فيما يلي:

1. ملكية الوعاء العقاري: وقد عرّفت المادة 674 من القانون المدني الملكية بأنّها: "حق التمتع والتصرف في الأشياء شريطة ألا تستعمل استعمالاً تحرّمه الأنظمة والقوانين"، وبالرجوع إلى المادة 27 من القانون 90 - 25

¹ - شعبان عياشي، عقد بيع العقار بناءً على التصاميم، المرجع السابق، ص 106.

² - نسيمة بوجنان، عقد البيع بناءً على التصاميم في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 36.

³ - وفاء داودي، عقد بيع العقار بناءً على التصاميم، مذكرة لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، 2004م، 2007م، ص 34.

المتضمن التوجيه العقاري هي حق التمتع والتصرف في المال العقاري أو الحقوق العينية من أجل استعمال الأملاك وفق طبيعتها وغرضها، فبائع العقار على التصاميم يجب أن يكون مالكا للوعاء العقاري إذ يلتزم بتقديم عقد الملكية عند جميع مراحل عملية إبرام العقد¹، وهذا بموجب المادة 30 من القانون 04-11 التي تنص: " يجب أن يتضمن عقد حفظ الحق وعقد البيع على التصاميم المذكوران على التوالي في المادتين 27 و 28 أعلاه، أصل ملكية الأرضية".

2. اكتساب الصفة التجارية: فيجب أن يكون الشخص الذي يريد ممارسة مهنة الترقية العقارية، سواء أكان شخصا طبيعيا أو معنويا، مؤهلا للقيام بالأعمال التجارية ويكتسب صفة التاجر، وهذا ما جاء في المادة 19 من القانون 04-11 حيث نصت على أنه: "يسمح لكل شخص طبيعي أو معنوي مؤهل للقيام بأعمال التجارة بممارسة نشاط الترقية العقارية موضوع المادتين 3 و 18 أعلاه، طبقا للتشريع المعمول به وحسب الشروط المحددة في هذا القانون". ونصت الفقرة الأولى من المادة 4 من نفس القانون على: "يرخص للمرقين العقاريين المعتمدين والمسجلين في السجل التجاري، بالمبادرة بالمشاريع العقارية". يستخلص من هذين النصين أن المرقي العقاري يكتسب صفة التاجر، وبالتالي يلتزم بالتزاماته (مسك الدفاتر التجارية والتسجيل في السجل التجاري) ويستفيد من مزاياه مثل (استفادة التاجر من التسوية القضائية)².

3. أن يكون خاضعا لمجموعة من الوثائق الإدارية: والتي تشمل: رخصة البناء، رخصة التجزئة، شهادة التعمير، شهادة المطابقة³.

أ - رخصة البناء: وهي عبارة عن قرار إداري تصدره جهة إدارية مختصة، تتمثل في رئيس البلدية، أو الوالي، أو الوزير المكلف بالتعمير، كل في نطاق اختصاصه من أجل القيام بالبناء أو إعادة تشييده، أو بخصوص أي عمل من أعمال

¹ - محمد لموسخ، الضمانات القانونية في عقد البيع على التصاميم، مجلة المنتدى القانوني، العدد السادس، كلية الحقوق، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2009م، ص 59.

² - نادية فضيل، القانون التجاري الجزائري، المرجع السابق، ص 165-181.

³ - للتوسع أكثر في كيفية طلب هذه الوثائق وقرارات منحها ينظر في النماذج الموجودة في ملحق المرسوم التنفيذي رقم: 15 - 19 المؤرخ في 25 جانفي 2015م، الذي يحدد كفاءات تحضير عقود التعمير وتسليمها، الجريدة الرسمية العدد 07، الصادرة في 12 فيفري 2015م.

البناء، غايته الأصلية أن تتأكد الإدارة من أنّ المشروع أو أشغال البناء موضوع طلب رخصة البناء لا تخالف الأحكام القانونية والأنظمة الموضوعة للبناء والتعمير¹.

وقد نص المشرع الجزائري عليها في المواد من 52 إلى 56 من القانون 90 - 29 المتعلق بالتهيئة والتعمير المعدل والمتّم، وكذلك المادة 33 وما بعدها من المرسوم التنفيذي 91 - 176² الذي يحدّد كفاءات تحضير شهادة التعمير ورخصة التجزئة وشهادة التقسيم ورخصة البناء وشهادة المطابقة ورخصة الهدم وتسليم ذلك، كما نص عليها في المواد من 41 إلى 62 من المرسوم التنفيذي 15 - 19 الذي يحدّد كفاءات تحضير عقود التعمير وتسليمها، وحتىّ يتمكّن طالب رخصة البناء من الحصول عليها، يجب عليه أن يقدم طلبا موقعا عليه مرفقا بعقد الملكية وتصميم هندسي مفصّل للموقع ومستويات البناء، وكل الارتفاقات الايجابية أو السلبية، ورخصة التجزئة على خمس نسخ إلى الجهة المختصة، ولرئيس البلدية أجل ثلاثة أشهر من إيداع الطلب لإصدار قرار منح الرخصة، وللوالي أجل أربعة أشهر، وغالبا ما تكون هذه الرخصة لها مدّة صلاحية بثلاث سنوات في أغلب الأحيان³.

ولما كانت رخصة البناء إجبارية في كل عملية تشييد أو تحويل لبنانية حسب المادة 33 من المرسوم التنفيذي 91 - 176 السابق الذكر، فقد قرّر وزير السكن والعمارة الجزائري عبد المجيد تبون سحب الاعتماد من المرمقي العقاري محمد صحراوي بعد انهيار عمارة في العاشور بالعاصمة، حيث كشفت لجنة التحقيق التي تمّ تشكيلها من 07 مسؤولين مركزيين و ولائيين تابعين لقطاع السكن والمدينة والعمارة، أنّ هذا المرمقي قام ببناء العمارة بدون رخصة بناء، كما تمّ فتح تحقيق رسمي ضده لمعرفة وضعية باقي البنايات التي أنجزها⁴. وبالرغم من إجبارية رخصة البناء إلا أنّ الواقع يثبت وجود سكنات تمّ الشروع في بنائها إلا أنّ المرمقي العقاري لم يستخرج هذه الرخصة أصلا.

ب - رخصة التجزئة: وتكون هذه الرخصة إجبارية في حالة ملكية المرمقي العقاري لوعاء عقاري ورغبته في تجزئته إلى أجزاء، لكي يشيد بناء على جزء ويترك الآخر فضاء، وهذا طبقا لنص المادة 57 من قانون التهيئة والتعمير

¹ - سبتي محمد، رخصة البناء في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير، فرع إدارة ومالية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2003م، ص 08.

² - المرسوم التنفيذي 91 - 176 المؤرخ في 28 ماي 1991م، المحدّد لكفاءات تحضير شهادة التعمير ورخصة التجزئة وشهادة التقسيم ورخصة البناء وشهادة المطابقة ورخصة الهدم وتسليم ذلك، الصادر في 01 جوان 1991م، الجريدة الرسمية العدد 26.

³ - للتفصيل أكثر في كيفية منح رخصة البناء ينظر: المواد من 34 إلى 53 من المرسوم التنفيذي 91 - 176، وكذا المواد من 41 إلى 57 من المرسوم التنفيذي 15 - 19، السابق ذكرهما.

⁴ - عبد الرحمن سالم، سحب الاعتماد من المرمقي العقاري محمد صحراوي بعد انهيار عمارة بالعاشور في العاصمة، جريدة النهار، العدد 2757، 2016/10/16، ص 5.

المعدّل والمتّم، والتي جاء فيها: "تشتتر رخصة التجزئة لكل عملية تقسيم لاثنين أو عدّة قطع من ملكية عقارية واحدة أو عدّة ملكيات مهما كان موقعها". وكذا المادة 07 من المرسوم 91 - 176 السابق.

وللحصول على هذه رخصة التجزئة يقدّم الطلب إلى مصلحة التعمير بالبلدية، مرفقا بعقد الملكية، ومخطط التجزئة، والمواصفات الهندسية للقطعة، وكذا الحدود، والمساحة، والمخطط المستقبلي للقطعة بعد التجزئة، في خمس نسخ إلى رئيس المجلس الشعبي البلدي، والذي يمنح هذه الرخصة خلال الثلاثة أشهر الموالية لتاريخ إيداع الطلب¹.

ج - شهادة التعمير: إنّ الهدف من وراء شهادة التعمير هو تعيين حقوق المعني في البناء والارتفاعات التي تخضع لها الأرض التي يراد البناء عليها، فهي تستهدف تحقيق غرضين هما: الأول إعلامي والثاني توفير الحماية القانونية لصاحبها².

وللحصول على هذه الشهادة يجب أن يشتمل الطلب على البيانات التالية: موضوع الطلب، هوية مالك الأرض، الموقع، المساحة، كما أنّ هذا الطلب يودع في البلدية مقابل وصل إيداع، وتسلم الشهادة بعد دراسة الطلب خلال شهرين من إيداعه، وتحدّد صلاحيتها بسنة واحدة ابتداء من تاريخ التبليغ³.

وللإشارة فإنّ شهادة التعمير تعتبر اختيارية بالنسبة للبائع، وهذا لوجود مخطط شغل الأراضي⁴ الذي توضع فيه كل التفاصيل المتعلقة بالعقار، والتي تعتبر البديل لهذه الشهادة لاسيما وأنّ المهندس واضع التصميم يراعي مخطط شغل الأراضي، وطبيعة المنطقة العمرانية وقواعد البناء والتعمير، غير أنّه من الضروري استخراجها في حالة ما إذا كان العقار لا يشمل هذا المخطط⁵.

د - شهادة المطابقة: الهدف من تسليم هذه الشهادة هو معرفة مدى مطابقة الأشغال المنجزة لرخصة البناء، ويسلم هذه الشهادة رئيس البلدية أو الوالي حسب المادة 75 من القانون 90 - 29 والمادة 55 من المرسوم التنفيذي 91 - 176، ويتمّ ذلك بإيداع تصريح بانتهاء الأشغال من طرف المرقى العقاري خلال أجل 30 يوم

¹ - ينظر: المواد من 08 إلى 17 من المرسوم التنفيذي 91 - 176 السابق الذكر. وكذا المواد من 07 إلى 32 من المرسوم التنفيذي 15 - 19 السابق الذكر.

² - محمد سبي، رخصة البناء في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 22 - 23.

³ - ينظر: المواد 03، 04، 05 من المرسوم التنفيذي 91 - 176، والمواد من 02 إلى 06 من المرسوم التنفيذي 15 - 19 السابق ذكرهما.

⁴ - ينظر في ذلك: المرسوم التنفيذي رقم 21 - 178 المؤرخ في 28 ماي 1991م، المحدّد لإجراءات إعداد مخطط شغل الأراضي والمصادقة عليه ومحتوى الوثائق المتعلقة به، الجريدة الرسمية العدد 28.

⁵ - سهام مسكر، بيع العقار بناءً على التصميم، المرجع السابق، ص 61.

من الانتهاء بمقرّ البلدية مقابل وصل إيداع، وترسل نسخة منه إلى مصلحة الدولة المكلفة بالتعمير بالولاية، وفي حالة عدم إيداع التصريح فإنّ الأجل المتوقع للإنجاز المحدّد برخصة البناء يعدّ تاريخاً لانتهاء الأشغال، وفي هذه الحالة تتم عملية المطابقة وجوبا بمبادرة من رئيس المجلس الشعبي البلدي أو الوالي، وبعد عملية إيداع التصريح يتم تشكيل لجنة تجتمع خلال ثلاثة أسابيع من إيداع التصريح بانتهاء الأشغال، تعد هذه اللجنة عند معاينتها للأشغال محضر جرد تسجل فيه كل الملاحظات ويمضي عليه كل الأعضاء، وعندها تقوم مصلحة الدولة المكلفة بالتعمير بالولاية بإرسال محضر الجرد مرفوقا باقتراحاتها إلى السلطة المختصة قصد منح شهادة المطابقة، عندما تلاحظ مطابقة الأشغال لرخصة البناء، أمّا في الحالة العكسية فيستوجب على السلطة المختصة أن تعلم المعني بضرورة القيام بالمطابقة للتصاميم المصادق عليها، وتذكره بالعقوبات المنصوص عليها في المادتين 76 - 77 من القانون 90 - 25¹.

4 - أن يكون مسجّلا في الجدول الوطني للمرقّين العقاريين وحاصلا على الاعتماد: فلا يكفي اكتساب صفة التاجر لممارسة هذه المهنة، حيث أنّه لا يمكن لأي كان أن يدّعي صفة المرقّي العقاري أو يمارس هذا النشاط، ما لم يكن حاصلا على اعتماد ومسجّلا في الجدول الوطني للمرقّين العقاريين²، وهذا الاعتماد يعدّ ترخيصا لممارسة المهنة³، كما نصّت على ذلك المادة 23 من القانون 11-04 في فقرتها الأولى حيث جاء فيها: "يتطلب منح الاعتماد للمرقّي العقاري تسجيله في الجدول الوطني للمرقّين العقاريين ويعدّ ترخيصا لممارسة المهنة". فهذا الشرط وجوبي يؤدّي تخلفه إلى تخلف صفة المرقّي العقاري .

حيث يعتبر هذا الاعتماد بمثابة ترخيص لممارسة المهنة وفي حالة ممارسة مهنة المرقّي العقاري بدون ترخيص - عدم الحصول على الاعتماد - من الجهة المختصة⁴، فإنّه يعدّ مرتكب لجريمة انتحال الصفة المعاقب عليها في قانون العقوبات¹، وإجراءات هذا الاعتماد محدّدة بموجب نص تنظيمي².

¹ - للتوسع أكثر في كيفية منح هذه الشهادة ينظر: المواد من 54 إلى 60 من المرسوم التنفيذي 91 - 176 ، والمواد من 63 إلى 69 من المرسوم التنفيذي 15 - 19 السابق ذكرهما.

² - وهذا الذي نصّت عليه الفقرة الثانية من المادة 4 من القانون 11-04: "لا يمكن أيا كان أن يدّعي صفة المرقّي العقاري أو يمارس هذا النشاط ما لم يكن حاصلا على اعتماد ومسجّلا في الجدول الوطني للمرقّين حسب الشروط والكيفيات المحددة في هذا القانون".

³ - شعبان عياشي، عقد بيع العقار بناءً على التصاميم، المرجع السابق، ص 108.

⁴ - نصّت المادة 6 من القانون 11-04 على أنّه: "تخضع كل عملية ترميم عقاري أو إعادة تأهيل أو تجديد عمراي أو إعادة هيكلة أو تدعيم إلى ترخيص إداري مسبق. يمنع الشروع في أي من الأشغال المذكورة أعلاه، دون الحصول على الترخيص الإداري المذكور في الفقرة أعلاه. تحدّد كيفيات تطبيق هذه المادة عن طريق التنظيم". وقد صدر بهذا الشأن المرسوم التنفيذي رقم: 12 - 84، المؤرخ في 20/02/2012م يحدّد كيفيات منح الاعتماد لممارسة مهنة المرقّي العقاري وكذا كيفيات مسك الجدول الوطني للمرقّين العقاريين، الجريدة الرسمية العدد 11. ينظر المواد 6 وما بعدها من هذا المرسوم.

5 - أن يكون المرقي العقاري من المحترفين وأن تكون له قدرات مالية: حيث أضاف القانون 11-04 المتعلق بتنظيم نشاط الترقية العقارية شرطا مهماً جداً، يتمثل في ضرورة أن يكون المرقي العقاري في عقد البيع بناءً على التصميم من المحترفين؛ وبالرغم من أن هذا الشرط فيه نوع من التقييد، لكنّه يشكّل ضماناً للمرقي العقاري على نجاح مشروعه وعلى منحه المشروع الذي يرغب فيه، فنصت المادة 12 من هذا القانون على أنّه: " يجب أن يبادر بالمشاريع العقارية المعدّة للبيع أو الإيجار محترفون يمتلكون المهارات في هذا المجال والقدرات المالية الكافية". يفهم من المادة أنّه يجب المرقي العقاري من المحترفين الذين يملكون مهارات وكفاءة مهنية في هذا المجال، بأن تكون لهم المعارف التقنية والإلمام بقواعد البناء والتعمير والأحكام المنظمة لنشاط الترقية العقارية، ثمّ نجد المشرّع يحدّد لنا في المادة 6 من المرسوم التنفيذي 12-84 المقصود بالكفاءة المهنية بأنّها: " حيازة شهادة عليا في مجال الهندسة المعمارية أو البناء أو القانون أو الاقتصاد أو المالية". إلاّ أنّه استثنى حالة عدم حصول المرقي العقاري على شهادة الكفاءة المهنية حيث يمكنه الاستعانة الدائمة بمن هو متخصصّ، وهو ما يشكّل حماية للمرقي العقاري الذي لديه الأموال اللازمة لإنجاز مشاريع الترقية العقارية، ولكنّه ليست له كفاءة مهنية يميّز بها المخاطر الناجمة عن النشاط والقرارات التي قد تؤدّي إلى إفلاسه³.

وأهمية هذا الشرط تظهر من الناحية العملية، فهو يؤدّي لاحتمال إلى استبعاد جميع الأشخاص الذين ليست لهم مؤهلات في مجال المشاريع العقارية و لا يريدون الاستعانة بأيّ متخصصّ في مشاريعهم، وكذا الأشخاص الذين

¹ - حيث تنص المادة 243 من الأمر رقم: 66-156 المؤرخ في 08 يونيو 1966م، المتضمّن قانون العقوبات الجزائري، الجريدة الرسمية 49 المؤرخة في 11/06/1966م، المعدّل والمتّم بالقانون رقم: 11-14 المؤرخ في 02/08/2011م، الجريدة الرسمية رقم 44 المؤرخة في 10/08/2011م على: "كل من استعمل لقباً متصلاً بمهنة منظمة قانوناً أو شهادة رسمية أو صفة حدّدت السلطة العمومية شروط منحها أو ادعى لنفسه شيئاً من ذلك بغير أن يستوفي الشروط المفروضة لحملها يعاقب بالحبس من ثلاثة أشهر إلى سنتين، وبغرامة من 20.000 إلى 100.000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين".

² - وهذا النص التنظيمي هو: المرسوم التنفيذي رقم: 12-84 المؤرخ في 20 فبراير سنة 2012م، الذي يحدّد كفاءات منح الاعتماد لممارسة مهنة المرقي العقاري وكذا كفاءات مسك الجدول الوطني للمرقيين العقاريين، الجريدة الرسمية العدد 11. خاصّةً المواد 6 وما بعدها من هذا المرسوم.

³ - يوسف زروق، الضمانات القانونية والاستثمارية لممارسة نشاط المرقي العقاري الخاص في الجزائر، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عباس لغور، خنشلة - الجزائر، العدد 08، جوان 2017م، الجزء 02، ص 779 - 780.

ليست لهم قدرات مالية للقيام بمشاريع عقارية؛ وبالتالي إنهاؤها في الأجل المحدد في العقد¹. لذا دعم المشرع المادة أعلاه بالقرار الوزاري المشترك لسنة 2012 يتعلق بإثبات الموارد المالية الكافية لاكتساب صفة المرقى العقاري².

6 - الاستعانة بخدمات مقاول: حيث نصت المادة 16 من القانون 11-04 على: " كل شخص طبيعي أو معنوي يبادر بمشروع عقاري معد للبيع أو الإيجار، ملزم بالاستعانة بخدمات مقاول مؤهل قانونا حسب أهمية المشروع العقاري، وتؤسس العلاقة بين الطرفين بعقد مقاوله يبرم بعد الحصول على عقود التعمير المطلوبة".

فمقاول البناء هو الذي يتعهد بالاتفاق مع المرقى لقاء أجر معين على القيام بعمل معين، أو يتعمق أساسا بالبناء أو عمليات التهيئة أو الترميم، و يمكن أن يقتصر على التعهد بتقديم العمل فحسب، على أن يقدم المرقى العقاري الوسائل والمواد التي يستخدمها أو يستعين بها في القيام بعملية البناء، كما يجوز أن يتعهد بتقديم العمل والمادة معاً³.

7- ألا يكون محل متابعة جزائية: نظرا للخطورة التي ينطوي عليها نشاط المرقى العقاري، اشترط المشرع في الشخص الذي يرغب بممارسة هذه المهنة أن لا يكون محلّ متابعة جزائية، إذ لا يمكن أن تمارس مهنة المرقى العقاري من قبل الأشخاص الذين صدرت ضدهم أحكام في جريمة من الجرائم التالية⁴:

- التزوير واستعمال المزور في المحرّرات الخاصّة أو التجارية أو البنكية.
- السرقة و إخفاء المسروقات، وخيانة الأمانة، والتفليس، وابتزاز الأموال أو القيم أو التوقيعات.
- النصب وإصدار شيك بدون رصيد.
- رشوة موظفين عموميين.
- شهادة الزور واليمين الكاذبة والغش الضريبي.

¹ - شهرزاد بوسطلة، المسؤولية الجنائية للمهندس المعماري عن تهم البناء، المسؤولية الجنائية للمهندس المعماري عن تهم البناء، مجلة المنتدى القانونية، العدد 05، 2003م، ص93.

² - القرار الوزاري المشترك الصادر في: 2012/12/06 م، المتعلق بإثبات الموارد البشرية الكافية لاكتساب صفة المرقى العقاري، الجريدة الرسمية العدد 02 لسنة 2013 المؤرخة في 2013/01/13م.

³ - مهدي شعوة، تطور المركز القانوني للمرقى العقاري الخاص في التشريع الجزائري، أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في القانون، تخصص قانون عقاري وزراعي، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري بقسنطينة، 2014-2015م، ص16.

⁴ - هذه الجرائم منصوص عليها في المادة 20 من القانون رقم: 11-04 المؤرخ في 17 فبراير 2011م، المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية.

- الجرح المنصوص عليها بموجب الأحكام التشريعية المتعلقة بالشركات التجارية.

- كما يمنع من مزاوله هذا النشاط الأعضاء المشطوبون تأديبياً وبصفة نهائية، بسبب الإخلال بنزاهة المهن المشكلة في نقابات.

إضافة إلى ذلك فإنّ المشرّع الجزائري وسعياً منه لتنظيم مهنة المرقي العقاري وضبطها، أقرّ في القانون 11 - 04 السابق إنشاء مجلس أعلى لهذه المهنة، يكلف بما يلي:

- اقتراح كل التدابير التي من شأنها تدعيم ممارسة مهنة المرقي العقاري.

- السهر على احترام قواعد أخلاقيات ممارسة مهنة المرقي العقاري.

- إبداء الرأي في كلّ مسألة تتعلق بالمهنة بمبادرة منه أو بطلب من السلطات العمومية¹.

ج - أنواع المرقي العقاري:

طبقاً لنص المادة 14/03 من القانون 11 - 04 المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية السابقة الذكر، فإنّ المرقي العقاري قد يكون شخصاً طبيعياً وقد يكون شخصاً معنوياً. ويفهم من هذه المادة أنّ الشخص الطبيعي الممارس لنشاطات الترقية العقارية يعدّ بمثابة مرقي عقاري، كما يعدّ أيضاً كل شخص معنوي يمارس نشاطات الترقية العقارية مرقياً عقارياً، وهذا الشخص المعنوي قد يكون شخصاً معنوياً عاماً وقد يكون شخصاً معنوياً خاصاً، " حيث يتمثلّ الشخص المعنوي العام في الدولة والهيئات التابعة لها والتي تسري عليها أحكام القانون العام، أمّا الأشخاص المعنوية الخاصة فيقصد بها الهيئات والمؤسسات التي تعترف لها الدولة بالشخصية المعنوية لتحقيق أهداف خاصة وتخضع في عملها إلى القانون الخاص"².

ومن هذا التحليل نجد أنّ المرقي العقاري قد يكون من القطاع العام وقد يكون من القطاع الخاص، وهو ما تبيّناه القانون 07/86³ المتعلّق بالترقية العقارية، وكذا المرسوم التشريعي 03/93⁴ المتعلّق بالنشاط العقاري الملغى، وبناءً على ذلك يمكن تحديد أنواع المرقيين العقاريين في نوعين هما: المرقي العقاري العام والمرقي العقاري الخاص.

¹ - المادة 24 من القانون 11 - 04، المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية.

² - Amar Aloui, propriété et regime foncier en Algérie, edition distribution Houma, Alger, 2004, p112.

³ - ينظر: المادة 06 من القانون 07/86 السابق الذكر.

⁴ - نصّت المادة 1/03 من هذا المرسوم على أنه: " يدعى كل شخص طبيعي أو معنوي يمارس النشاطات المذكورة في المادة 2 السابقة، متعاملاً في الترقية العقارية".

1 - المرقى العقاري العام:

المرقى العقاري العمومي هو كل شخص عام تابع للدولة ويعمل لحسابها، أي خاضع في تصرفاته للقانون العام¹، وبالنظر إلى عدم إمكانية حصر أنواع المرقى العقاري العام، حيث تعتبر كل المؤسسات العمومية التي ينطبق عليها نص المادة 03 من المرسوم التشريعي 03 / 93 بمثابة المرقى العام، فإنّ الباحث سيقصر فيما يلي على بيان بعض أنواع المرقى العقاري العام :

أ - ديوان الترقية والتسيير العقاري (o.p.g.i) L'office de Promotion et de Gestion Immobilière: وهي مؤسسة عمومية وطنية ذات طابع تجاري وصناعي تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي تعتبر تاجرة في علاقاتها بالغير وتخضع بالتالي للقانون التجاري، طبقاً للمرسوم التنفيذي رقم 91 - 141 المتضمن تغيير الطبيعة القانونية للقوانين الأساسية لدواوين الترقية والتسيير العقاري².

وقد أكد هذه الطبيعة المرسوم التشريعي رقم 93 - 03 المتعلق بالنشاط العقاري الذي اعتبر المتعاملون في الترقية العقارية تجاراً، تنطبق عليهم أحكام القانون التجاري³ بموجب المادة 03 في فقرتها 02⁴، وأشارت إليها المادة 04 من القانون 11 - 04 في فقرتها الأولى⁵. أمّا بالنسبة لوظيفة هذه الدواوين فإنّها تعمل على ترقية الخدمة العمومية في مجال السكن لاسيما بالنسبة للفئة الاجتماعية غير القادرة على توفير السكن وتتولى هذه المؤسسة عملية البناء في مجال العقار من أجل البيع والإيجار⁶، بما في ذلك البيع بناءً على التصميم.

ب - المؤسسة الوطنية للترقية العقارية (E.n.i.p) Entreprise national de la Promotion Immobilière: وهو عبارة عن مؤسسة عمومية اقتصادية ذات طابع إداري وتجاري تعمل على بناء السكنات الترقية وبيعها، وتأخذ على عاتقها طلبات المواطنين طالبي السكن من ذوي الدخل

¹ - نصيرة ربيع، تمويل الترقية العقارية العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص إدارة ومالية، كلية الحقوق، بن عكنون، الجزائر، 2005 - 2006م، ص 13.

² - ينظر: المادة 01 و 02 من المرسوم التنفيذي رقم: 147/91 المؤرخ في 12 ماي 1991م، المتضمن تغيير الطبيعة القانونية للقوانين الأساسية لدواوين الترقية والتسيير العقاري وتحديد كفاءات تنظيمها وعملها، الجريدة الرسمية العدد 25.

³ - الأمر رقم: 27/96 المؤرخ في 09 ديسمبر 1996، المتضمن القانون التجاري الجزائري، الجريدة الرسمية العدد 77.

⁴ - نصّت هذه المادة على أنه: "... ويعدّ المتعاملون في الترقية العقارية تجاراً، باستثناء الذين يقومون بعمليات في الترقية العقارية لتلبية حاجاتهم الخاصة أو حاجات المشاركين في ذلك".

⁵ - جاء في هذه المادة: " يرخّص للمرقين العقاريين المعتمدين والمسجلين في السجل التجاري بالمبادرة بالمشاريع العقارية".

⁶ - عائشة طيب، عقد البيع بناءً على التصميم في ظل القانون 11 - 04، دراسات قانونية، المرجع السابق، ص 72. وينظر: - شهرزاد بوسطة، المسؤولية الجنائية للمهندس المعماري عن تهمّد البناء، المرجع السابق، ص 19.

المتوسط، الذين لا تتوفر فيهم شروط الحصول على السكن الاجتماعي الإيجاري أو شروط الاستفادة من السكن الاجتماعي التساهمي¹.

ولقد تم إنشاء هذه المؤسسة بعد حلّ مؤسسة ترقية السكن العائلي (E.p.l.f) ودمجها في المؤسسة الوطنية للترقية العقارية بواسطة المرسوم رقم 177/84 المتضمّن حل الديوان الوطني للسكن العائلي².

ج - الوكالة الوطنية لتحسين السكن وتطويره (A.A.D.L) L'agence nationale de l'amélioration et du logement : تمّ إحداثها بموجب المرسوم رقم: 148/91 المتضمّن إحداث وكالة وطنية لتحسين السكن وتطويره³، وهي مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري، تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي، وتخضع في علاقاتها لأحكام القانون التجاري⁴، مكلفة بإنجاز عمليات السكن في إطار إطار الترقية العقارية، وقد حدّدت المادة 02 من المرسوم السابق مهام هذه الوكالة، والتي تتمثل في:

- ترويج وتطوير السوق العقارية وترقيتها.

- تأطير وتنشيط الأعمال التالية:

- القضاء على السكن غير الصحي.
- تجديد وترميم الأنسجة العمرانية القديمة.
- تغيير البنية الحضرية.
- إنشاء مدن جديدة.
- إعداد أساليب بناء مستحدثة من خلال برنامج عملها.
- تصوّر المعلومات ونشرها على نطاق واسع باتجاه العاملين في السوق العقارية.

د - الصندوق الوطني للتوفير والاحتياط Cnep banque: وهو مؤسسة مالية يقوم بأداء

¹ - عربي بايزيد، النظام القانوني للترقية العقارية في الجزائر، المرجع السابق، ص32.

² - ينظر: المادتين 1 و2 من المرسوم التنفيذي رقم: 177/84 المؤرخ في 1984/07/21، والمتضمّن حل الديوان الوطني للسكن العائلي وتحويل أعماله وأملكه وحقوقه والتزامات مستخدميه، الجريدة الرسمية العدد 30.

³ - المرسوم التنفيذي رقم: 91 - 148 المؤرخ في 12 ماي 1991م، المتضمّن إحداث وكالة وطنية لتحسين السكن وتطويره، الجريدة الرسمية العدد 25.

⁴ - ينظر: المادة الأولى من المرسوم التنفيذي رقم: 148/91 السابق الذكر.

دورين أحدهما تمويلي، وذلك بإعطاء قروض بفائدة مقابل تقديم ضمان رهني، والدور الثاني هو بيع سكنات ترقيوية بصفته مرقيا عقاريا¹.

2 - المرقى العقاري الخاص:

لقد فتح المشرع الجزائري الباب أمام الخواص للاستثمار في مجال الترقية العقارية، التي لم تعد حكرا على مؤسسات الدولة، حيث يمكن للمرقين العقاريين الخواص ممارسة النشاط العقاري وفق ما تنص عليه قوانين الترقية العقارية في إحدى الصورتين الآتيتين²:

الصورة الأولى: أن يكون المرقى العقاري الخاص شخص طبيعي واحد في إطار مؤسسة ذات الشخص الوحيد eurl، والتي عرّفها المشرع في المادة 13 من القانون التجاري، حيث جاء فيها: "إذا كانت الشركة ذات المسؤولية المحدودة المؤسسة طبقا للفقرة السابقة لا تضمّ إلا شخصا واحدا كشريك وحيد تسمى هذه الشركة مؤسسة ذات الشخص الوحيد المحدود".

الصورة الثانية: أن يكون المرقى العقاري الخاص في شكل أشخاص متعدّدة في إطار شركة ذات مسؤولية محدودة sarl تقوم بعملية البناء والبيع، وهي شركات حسب الشكل يجب ألا يزيد عدد الشركاء فيها عن 20 شريكا، ولا يسأل الشريك في الشركة ذات المسؤولية المحدودة عن ديونها إلا بقدر الحصة المقدمة في رأسمال الشركة³. وتعتبر شركات الترقية العقارية من أبرز الصور المتعارف عليها كمتعامل خاص في ميدان الترقية العقارية، بحيث تخضع في تأسيسها إلى القواعد التي تنظم الشركات التجارية، بحكم أنّها تعتبر تاجرة في علاقاتها مع الغير⁴.

بعد عرض تعريف المرقى العقاري وبيان شروط ممارسته لهذه المهنة وأنواع المرقين العقاريين، يرى الباحث أنّ المشرع الجزائري وخصوصا من خلال القانون 04/11 المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، قد ضبط هذه المهنة وبيّن أحكامها وبالتالي يكون بذلك تفاعلا لمشاكل النصب والاحتيال التي كان يقوم بها المرقين العقاريين قبل صدور هذا القانون.

2. المشتري (المقتني):

¹ - نصيرة ربيع، تمويل الترقية العقارية العمومية، المرجع السابق، ص 31.

² - ينظر في هاتين الصورتين: - عائشة طيب، عقد البيع على التصاميم في ظل القانون رقم 11 - 04، المرجع السابق، ص 75.

³ - عمار عمور، الوجيز في شرح القانون التجاري الجزائري - الأعمال التجارية، التاجر، الشركات التجارية - ، د.ط، دار المعرفة، الجزائر، 1990م، ص 318.

⁴ - ينظر: المادة 03 من المرسوم التشريعي 03/93 السابق الذكر.

المكاتب أو المشتري أو المقتني، وهو الشخص المستفيد من العقار المبيع، حيث يعتبر المتعاقد الثاني في عقد البيع بناءً على التصميم، ولا يختص المشتري في عقد بيع العقار بناءً على التصميم بشروط معينة كما هو الحال بالنسبة للمرقي العقاري، وبالتالي تطبق عليه القواعد العامة فيما يتعلق بالأهلية.

والأهلية مناطها التمييز لأن الإرادة لا تصدر إلا عن تمييز، فمن كان كامل التمييز كان كامل الأهلية و من نقص تمييزه نقصت أهليته، وأهلية التصرف واجبة في كل من البائع والمشتري، لأن البيع من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر، فالأهلية في البيع والشراء تقتضي بلوغ سن الرشد وهو 19 سنة كاملة¹، المتمثلة في أهلية الأداء.

أما الشخص المميز ويلحق به المحجور عليه، فأهليته في البيع والشراء أهلية ناقصة، فهو يستطيع أن يبيع ويشترى بشرط إجازة الولي أو الوصي أو القيم، وبإذن من المحكمة في الأحوال التي نصّ فيها القانون على ذلك².

كما يشترط كذلك خلو إرادة المكاتب من عيوب الإرادة، وهي الغلط والإكراه والتدليس، فإن توفرت هذه الشروط في المشتري فإنه يستطيع أن يبرم عقد البيع بناءً على التصميم مع المرقي العقاري، ويجب التمييز بين نوعين من أنواع البيع بناءً على التصميم: بيع ترقوي حر (غير مدعم)، وبيع ترقوي تساهمي (مدعم) الذي أصبح يعرف الآن بالسكن الترقوي المدعم.

- فبالنسبة للنوع الأول أي البيع الترقوي الحر، الاستفادة منه تتم بدون شروط؛ بمعنى أنّ كل مشتري لديه القدرة على الدفع المسبق يستطيع شراء وحدة سكنية على التصميم، مع إمكانية حصوله على قرض من البنك، وما يميز هذا النوع من البيع هو حرية المشتري في اختيار السكن الذي يرغب فيه.

- أما النوع الثاني أي البيع الترقوي التساهمي أو البيع الترقوي المدعم، فإنه يجب أن تتوافر في المشتري مجموعة من الشروط حدّدها المادة 06 من القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 13 سبتمبر 2008، الذي يحدّد كيفية تطبيق

¹ - زاهية حورية سي يوسف، الوجيز في عقد البيع، دراسة مقارنة ومدعمة باجتهادات قضائية وفقهية، المرجع السابق، ص 53. وهذا الشرط ينطبق على المكاتب دون المرقي العقاري، لأنه يشترط في المقبل على ممارسة هذا المهنة بلوغ 25 سنة على الأقل حسب نص المادة 6 من المرسوم التنفيذي رقم: 12-84 المؤرخ في 20 فبراير سنة 2012 م، الذي يحدد كفاءات منح الاعتماد لممارسة مهنة المرقي العقاري وكذا كفاءات مسك الجدول الوطني للمرقيين العقاريين، الجريدة الرسمية العدد 11.

² - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود التي تقع على الملكية، المرجع السابق، الجزء 04، ص 96.

المرسوم التنفيذي رقم 94 - 1308¹، المحدد لقواعد تدخل الصندوق الوطني للسكن في مجال الدعم المالي للأسر، وهذه الشروط هي:

- أن لا يتجاوز دخل الزوج و الزوجة معا 6 أضعاف الحد الأدنى للأجر الوطني المضمون².
- عدم الاستفادة من مسكن من الحظيرة العمومية الإيجارية، ما عدا في حالة تعهد مسبق بإرجاعه.
- عدم الاستفادة من مساعدة من الدولة مخصصة للسكن.
- عدم حيازة أي محل ذي الاستعمال السكني حيازة تامة.
- عدم امتلاك أي عقار أو قطعة أرض قابلة للبناء.

ثانيا: وجود التراضي

لما كان عقد البيع بناءً على التصميم من العقود الشكلية، فإنه لا ينعقد بمجرد تلاقي الإيجاب والقبول، وإنما يشترط أن تفرغ هذه الإرادة في شكل رسمي ويشهر هذا البيع لدى المحافظة العقارية، كما أنّ الشكل الرسمي لا يعني من ضرورة وجود إيجاب معين وقبول مطابق له، واقتزان هذا الأخير بالأول، ويسري على تبادل الإيجاب والقبول في هذا العقد الأحكام العامة التي نصّ عليها المشرع الجزائري في المادة 59 من القانون المدني³ وما بعدها، وبما أنّ إرادة الشخص هي أمر كامن في ذاته، فلا بدّ لها أن تخرج إلى العالم الخارجي وذلك بالتعبير عنها، وهذا التعبير قد يكون باللفظ والكتابة والإشارة المتداولة عرفا، كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالاته؛ بل يجوز أن يكون التعبير ضمنيا، حسب المادة 60 من القانون المدني ما لم يشترط القانون خلاف ذلك⁴.

¹ - المرسوم التنفيذي رقم: 94 - 308 المؤرخ في 04 أكتوبر 1994م، المحدد لقواعد تدخل الصندوق الوطني للسكن في مجال الدعم المالي للأسر، الجريدة الرسمية العدد 63.

² - نصّت على هذا الشرط أيضا: المادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 10-87 المؤرخ في 10-مارس 2010م، المحدد لمستويات و إجراءات دعم فوائد القروض المقدمة من طرف البنوك والمؤسسات المالية من أجل اقتناء مسكن جماعي و بناء مسكن ريفي من طرف المستفيدين، الجريدة الرسمية العدد 17.

³ - نصّت المادة 59 من القانون المدني الجزائري على: "يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية".

⁴ - نصّت هذه المادة على أنّه: "التعبير عن الإرادة يكون باللفظ والكتابة، أو بالإشارة المتداولة عرفا كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالاته على مقصود صاحبه، ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنياً إذا لم ينص أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا".

والإيجاب في عقد البيع بناءً على التصميم يأخذ صورة الإيجاب الموجه للجمهور؛ بمعنى أنّ المشروع الخاص بهذا العقد يعرض عن طريق الدعاية المرئية المسموعة والمقروءة وغيرها من وسائل الاتصال، كأن يعرض على واجهات الشركات العقارية، أو في الجرائد، أو في شبكة الانترنت، من قبل أصحاب المشاريع الكبرى (المتعاملين في الترقية العقارية) موجهة للأفراد، لحجز وحدة سكنية أو تجارية سيتم بناؤها خلال مدة معينة مع تقديم مقدم حجز، وتوضيح مساحة العقار والتمن وكيفية التسديد¹، لذلك يثار السؤال حول حكم هذا العرض، هل يعتبر إيجاب أم لا؟

حيث ذهب بعض فقهاء القانون إلى اعتبار الإيجاب الموجه للجمهور إيجاباً صريحاً من التاجر (الموجب)، لأنّ التاجر يتخذ بذلك موقفاً لاتدع ظروف الحال شكاً في دلالة على أنّه يقصد به بيع البضائع المعروضة بالتمن المكتوب عليها، وهذا الإيجاب يؤدي إلى انعقاد العقد متى اقترن به قبول أي فرد من الجمهور²، وليس للتاجر أن يرفض التعاقد بحجة أنّ إيجابه لم يكن موجهاً لمن قبله، فالأصل في عقد البيع أنّ شخصية المشتري لا اعتبار لها في التعاقد، ويظل الإيجاب قائماً مادامت البضاعة معروضة وللتاجر حق العدول عن هذا الإيجاب، إمّا بسحب البضاعة من واجهة المحل أو إبقائها مع تغيير ثمنها³.

وهناك من يرى من فقهاء القانون أنّ هذا الإعلان بمثابة إيجاب كامل موجه للجمهور، إلا أنّه يشترط فيه أن يتضمّن بياناً مفصلاً عن الأسعار أو الثمن المقدّر والامتيازات الممنوحة وشروط العقد، وإلا اعتبر مجرد دعوة للتعاقد⁴.

كما أنّه هناك من يرى أنّ الشركات المعلنة تستخدم ألفاظاً لا تفيد أنّ إعلامها يعتبر إيجاباً؛ بل هو في الواقع دعوة إلى التعاقد، بحيث إذا تقدم لها شخص للشراء فإنّه يعتبر هو الموجب الذي يقدم الإيجاب، وأنّ العقد لا ينعقد إلاّ بقبول من الشركة المعلنة⁵.

بناءً على هذه الآراء وبالنظر إلى خصائص وشروط الإيجاب المتمثلة في¹:

¹ - سمير عبد السميع الأودن، تملك وحدات البناء تحت الإنشاء والضمانات الخاصة لمشتري الوحدات السكنية، المرجع السابق، ص 70-71.

² - محمد حسن قاسم، عقد البيع، المرجع السابق، ص 67 - 69.

³ - ينظر في ذلك المادة 15 من القانون رقم 04 - 02 المؤرخ في 23 جوان 2004م، المتعلّق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، الجريدة الرسمية، العدد 41.

⁴ - أحمد خليل حسن قداة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 28-29.

⁵ - سمير عبد السميع الأودن، تملك وحدات البناء تحت الإنشاء والضمانات الخاصة لمشتري الوحدات السكنية، المرجع السابق، ص 14.

1 - أن يكون حازماً صادر عن نية باتة في التعاقد.

2 - أن يكون كاملاً متضمناً جميع العناصر الجوهرية اللازمة لإبرام العقد، وعلى ذلك فإذا اتجهت نية شخص إلى بيع شيء مملوك له، فعرض على آخر شراؤه دون تحديد الثمن، فإنّ هذا العرض لا يعتبر إيجاباً لنقص تعيين الثمن؛ بل يعتبر دعوة للتعاقد.

3 - عدم اشتراط توجيه الإيجاب إلى شخص معين؛ بل يصح توجيهه إلى الجمهور.

فإنّ الباحث وبالنظر في هذه الشروط يعتقد أنّ هذا الإيجاب صريحاً وباتاً ونهائي من المرقى العقاري، باعتباره الموجب ونيتته متجهة إلى التعاقد وليس مجرد دعوة للتعاقد²، متى بيّن أوصاف الشقة وحدّد ثمنها بالتفصيل، لأنّ الإعلان إذا كان يحتوي على كافة العناصر الرئيسية لإبرام عقد البيع (الشقة محل البيع، والثمن وكيفية دفعه)، فإنّه متى استجاب إلى ذلك أحد الأشخاص ودخل في مفاوضات مع المعلن وانتهت بالموافقة بين الطرفين، كان ذلك بمثابة الإيجاب والقبول.

وعليه فإنّ العناصر التي يشملها الرضا في هذا البيع هي: المبيع وذلك بوصف العقار وصفاً دقيقاً وبيان وروده على بناية أو جزء من بناية مقرر بناؤها وأجل تسليمه، وكذلك الثمن من حيث مقداره ووقت الوفاء به.

ثالثاً: صحّة التراضي

إنّ عقد البيع بناءً على التصميم يضمّ طرفين البائع أو المرقى العقاري والمشتري أو المكتتب، فالبائع يكتسب الصفة التجارية، أمّا المشتري فيكون إمّا شخصاً مدنياً أو تاجراً، كما يمكن أن يكون هذين الطرفين شخصاً طبيعياً أو معنوياً، وهذا ما نصت عليه المادة 3 من القانون 11-04 المحدث للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية.

فالمرقى العقاري باعتباره تاجراً لا بد أن تتوفر فيه أهلية الاتجار، فإذا لم تتوافر فيه هذه الأهلية فإنّه لا يعتبر تاجراً حتى ولو باشر أعمالاً تجارية، والملاحظ أنّ القانون التجاري لم يشر إلى أهلية الاتجار ممّا يقتضي الرجوع للقواعد العامة، إذ نجد المادة 40 من القانون المدني الجزائري تقضي بأنّ سن الرشد هو تسع عشرة سنة كاملة، وعلى ذلك فإنّ لكل شخص بلغ هذا السن الحق في مزاولته التجارة طالما كانت أهليته كاملة، ولم يصب بعارض من عوارض

¹ - ينظر في هذه الشروط: - محمد ليبب شنب، مبادئ القانون، دار النهضة العربية، بيروت - لبنان، د.ط، 1970، ص 282 - 283.

² - ذلك أنّ الدعوة للتعاقد هي العرض الذي يُتمّ عن الرغبة في إبرام العقد دون بيان الأركان، ومثال ذلك: الالفة التي يعلّقها شخص على منزله تفيد أنّه للإيجار أو للبيع، بينما الإعلان الموجه للجمهور في عقد البيع بناءً على التصميم يبيّن الموجب فيه محلّ العقد (وصف الشقة و تحديد الثمن). ينظر: علي بن علي، عقد البيع على التصاميم في ظل القانون 11-04، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة محمد بوقرة، بومرداس، ص 51.

الأهلية كالجنون والعتة والسفه والغفلة¹. إلا أنّ المادة 6 من المرسوم التنفيذي رقم 12-84 المؤرخ في 20 فبراير سنة 2012م، الذي يحدّد كفاءات منح الاعتماد لممارسة مهنة المرقّي العقاري وكذا كفاءات مسك الجدول الوطني للمرقّين العقاريين، تشترط في المقبل على ممارسة هذه المهنة بلوغ 25 سنة على الأقل.

أمّا بالنسبة للقاصر المرشّد فإنّ القانون يخوله حق مباشرة أعماله التجارية وذلك في حدود الإذن المسموح له، وقد نصّت المادة 06 من القانون التجاري الجزائري على أنّه: "يجوز للتجار القصر المرخص لهم طبقاً للأحكام الواردة في المادة 05 أن يربّوا التزاماً أو رهناً على عقاراتهم، غير أنّ التصرف في هذه الأموال سواء أكان اختيارياً أو جبرياً لا يمكن أن يتم إلاّ بإتباع أشكال الإجراءات المتعلّقة ببيع أموال القصر أو عديمي الأهلية، وبالتالي لا يمكن للقاصر المرشّد من أن يكون مرقّي عقاري أو متعاملاً في الترقية العقارية، لأنّه لا يملك أهلية التصرف في عقاراته، أمّا إذا كان البائع شخصاً معنوياً فيكتسب هو الآخر الأهلية التجارية وبالتالي يمكنه أن يكون مرقّي عقاري².

وبخصوص المشتري فيكون شخصاً طبيعياً مدنياً في غالب الأحيان، لذلك فيشترط فيه أهلية الأداء، وتعنى قدرة الإنسان على مباشرة التصرفات القانونية بنفسه مع سريان آثارها في حقه³.

ولكي يكون عقد البيع بناءً على التصميم صحيحاً يجب أن تكون إرادة كل من المرقّي العقاري و المشتري خالية من العيوب كالغلط والإكراه والاستغلال والتدليس، حيث إنّ هناك من العيوب ما يعدم الإرادة (كالصبي غير المميز، العته، الجنون)، فيكون العقد باطلاً بطلاً مطلقاً، ومنها ما يجعل الأهلية لمباشرة العقود والتصرفات القانونية ناقصة (كالصبي المميز، السفه، ذي الغفلة)، فيكون العقد قابلاً للإبطال⁴.

الفرع الثاني: المحل والسبب في عقد البيع بناءً على التصميم

نتناول في هذا الفرع ركن المحل والذي يعتبر الخاصية المميزة لهذا العقد عن باقي العقود الأخرى، ثم نتطرق لركن السبب، وذلك وفق الآتي:

أولاً: المحلّ في عقد البيع بناءً على التصميم

¹ - زاهية حورية سي يوسف، الوجيز في عقد البيع، دراسة مقارنة ومدعمة باجتهادات قضائية وفقهية، المرجع السابق، ص 54.

² - نادية فضيل، القانون التجاري الجزائري، المرجع السابق، ص 158-160.

³ - سليمان بوذياب، مبادئ القانون المدني، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت - لبنان، ط1، 2003، ص 71.

⁴ - ينظر: المواد 42 و43 من القانون المدني الجزائري.

يقصد بالمحل: "العملية القانونية المراد تحقيقها، تتضمن التزامات متقابلة لكلا الطرفين"¹.

فالمحلّ هو الالتزام الذي يترتب عليه العقد، ويتعدّد المحلّ بتعدّد الالتزامات التي تنتج عنه، وعقد البيع بناءً على التصميم يولّد التزامين أساسيين أحدهما على البائع والآخر على المشتري²، فمحلّ التزام البائع هو إنجاز البناء وفقاً للمواصفات والتصميم المطلوب، ومحلّ التزام المشتري هو دفع الثمن.

1. العقار المبيع (محلّ التزام البائع):

ما يميّز عقد البيع بناءً على التصميم هو عدم وجود المحلّ وقت إبرام العقد، إذ أنّ البيع ينصبّ على بناية لم تنجز بعد، وهذا ما يجعل محلّ هذا العقد شيئاً مستقبلياً³ فالمبيع في البيع بناءً على التصميم هو حق الملكية الواردة على المحلّ السكني في حد ذاته، الذي قد يكون شقه تنتمي إلى عمارة في إطار الملكية المشتركة أو منزلاً فردياً في إطار الملكية الفردية⁴، وتطبيقاً للقواعد العامة المتعلقة بالشروط الواجب توفرها في محلّ الالتزام والتي تضمنتها المواد من 92 إلى 95 من القانون المدني الجزائري، فإنّه يشترط في الشيء المبيع أربعة شروط:

- أن يكون موجوداً أو قابل للوجود.

- أن يكون معيناً أو قابل للتعين.

- أن يكون مشروعاً.

- أن يكون مملوكاً للبائع إذا كان المبيع معيناً بالذات.

أ. شرط وجود العقار أو قابليته للوجود في المستقبل: الأصل أنّه يجب لانعقاد العقد أن يكون المحلّ

موجوداً وقت إبرام العقد، غير أنّه استثناءً يمكن أن يكون المحلّ شيئاً مستقبلاً ومحققاً- نص المادة 92 من القانون

المدني الجزائري- فالمحلّ في عقد البيع بناءً على التصميم يشترط أن يكون موجوداً جزئياً أو سيوجد مستقبلاً، وهذا

ما نصّت عليه المادة 25 من القانون رقم: 04/ 11، والتي جاء فيها "يجب أن يكون البيع من طرف المرقي

العقاري لعقار مبني أو بناية أو جزء من بناية مقرر بناؤها أو في طور البناء".

¹ - محمد يحي عبد الرحمان المحاسنة ، مفهوم المحل والسبب في العقد، دار النهضة العربية، القاهرة - مصر، د.ط، 1986م، ص 23.

² - خليل أحمد حسن قداد، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري - عقد البيع - ، المرجع السابق، ص 58.

³ - حيث نصّت المادة 92 الفقرة 01 من القانون المدني الجزائري على: "يجوز أن يكون محلّ الالتزام شيئاً مستقبلاً ومحققاً".

⁴ - ينظر: المواد من 743 إلى 756 مكرر 1 من المرسوم التنفيذي رقم: 666/83 المؤرخ في 12 نوفمبر 1983م، الذي يحدّد القواعد

المتعلّقة بالملكية المشتركة وتسيير البنايات الجماعية، الجريدة الرسمية، العدد 17، المؤرخة في 15 نوفمبر 1983م.

ب. شرط تعيين العقار المبيع: نصّت المادة 94 فقرة 1 من القانون المدني على أنّه "إذا لم يكن محل الالتزام معيّنًا بذاته، وجب أن يكون معيّنًا بنوعه ومقداره وإلا كان العقد باطلاً". و يعتبر العقار المراد بناؤه في عقد البيع بناءً على التصميم من الأشياء القيمة المعينة بذاتها، فالتعيين في هذا العقد يحصل بأن يحدّد موقع البناء، وبيان أوصافه، ومساحته، وحدوده، ومشمّلاته، حتّى نميزه عن باقي البنايات الأخرى، ونظرا لخصوصية عقد البيع قبل الإنجاز فإنه يحدّد من خلال التصميم المرصّح، بحيث يطلّع عليه المشتري ليوضح له كل المسائل المتعلقة بالعقار محل الإنجاز، من مواصفات، ومشمّلات، وحقوق، ورقم إذا شمله المسح العام للأراضي¹، وتفرغ هذه البيانات في العقد النموذجي، بحيث يصف العقار وصفا مانعا للجهالة، وقد ورد بشأن تعيين العقار في هذا العقد أحكام خاصّة تضمنها نموذج عقد البيع بناءً على التصميم المنصوص عليه في ملحق المرسوم التنفيذي 13 - 431، منها:

- التحديد الدقيق للموقع: وذلك بإعطاء التحديد الدقيق للبنية أو لجزء من البنية بالنسبة للمناطق التي أجري بها المسح، تحديد القسم، مجموعة الأملاك والقطعة (الولاية، البلدية، الحي، عمارة رقم، الطابق، رقم البنية أو جزء من البنية).

- العناصر المكونة للأجزاء الخاصّة: عن طريق وصف دقيق للبنية أو لجزء من البنية، من حيث الأجزاء الخاصّة والمساحة.

- قوام الملك: وذلك ببيان عدد الغرف، الطابق، الحمام، المرحاض، الأسطح والشرفات، الأروقة والبهو.

- الملكية المشتركة: بإعطاء وصف الملكية المشتركة، من حيث العناصر المكونة والوصف والمساحات.

ومن خلال هذه الأحكام الخاصّة بتعيين العقار التي تضمّنها المرسوم التنفيذي 13 - 431، يتبيّن لنا أنّ المشرّع الجزائري قد حرص على تعيين العقار في عقد البيع بناءً على التصميم تعيينا دقيقا، وذلك من أجل تجنب أي نزاع بين البائع والمشتري أو بين المشتريين أنفسهم فيما بعد، وأعتقد أنّه قد وفق في ذلك إلى حد بعيد خصوصا عند ضبطه للملكية المشتركة.

ج. شرط المشروعية: فيجب أن يكون محل عقد البيع بناءً على التصميم مشروعًا يجوز التعامل فيه، حيث نصّت المادة 93 من القانون المدني الجزائري: "إذا كان محل الالتزام مستحيلا في ذاته أو مخالف للنظام العام أو الآداب العامة كان العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً". إذ أنّ هناك عقارات تخرج عن التعامل بحكم القانون،

¹ - نسيم بوجنان، عقد البيع بناءً على التصميم، المرجع السابق، ص 44. وينظر: - شعبان عياشي، عقد البيع العقار بناءً على التصميم، المرجع السابق، ص 128.

كالعقارات الموقوفة، و التركات المستقبلية، والحقوق المتنازع فيها، والتعامل في أملاك الدولة العامة المنصوص عليها في المادة 689 من القانون المدني الجزائري.

د. كون البائع مالكا للمبيع إذا كان معينا بالذات: بالنسبة للبيع بناءً على التصميم فإنّ البائع لا يكون مالكا للمبيع وقت العقد، وذلك لعدم وجود المحل لكنه قابلاً للوجود في المستقبل، وعليه فإنّه لا يشترط في الشيء المبيع أن يكون مملوكاً للبائع وقت انعقاد العقد، ذلك أنّ إرادة المتعاقدين انصرفت إلى إرجاء نقل الملكية إلى تاريخ لاحق على إبرام العقد حتى يقوم البائع بتنفيذ التزامه بنائها.

2. الثمن (محلّ التزام المشتري):

يقصد بالثمن في عقد البيع مبلغ من النقود، أو ما يقوم مقامه كالشيك والسفتحة والتحويل الإلكتروني، حيث يلتزم المشتري بدفعه للبائع، ويعدّ الثمن محلّ التزام المشتري في عقد البيع بناءً على التصميم، فيجب تعيين الثمن في هذا العقد¹ وإن لم يكن تعييناً دقيقاً، كما يجب أن يكون حقيقياً وجلياً.

وعليه فإنّ دراسة الثمن كمحلّ لعقد البيع بناءً على التصميم ستنبص على مسألتين مهمتين، وتكمن أهميتهما في كونهما من النقاط التي تتحقّق بهما حماية مشتري العقار بناءً على التصميم، وهاتين المسألتين هما: تعيين الثمن وجليّة الثمن.

أ - تعيين الثمن:

إنّ الاتفاق على الثمن بين البائع والمشتري يقتضي تعيينه، أو على الأقل بيان الأسس التي تؤدّي إلى تعيينه على وجه لا يثير النزاع في مقداره مستقبلاً، و المشرّع الجزائري لم يشترط تعيين الثمن بصفة نهائية في عقد البيع بناءً على التصميم، وإنما يتفق المرقّي العقاري والمقتني على ثمن أولي تقديري قابل للمراجعة، حيث يراعي مصلحة الطرفين، فالتزام المرقّي العقاري بإيجاد العقار قد يكون في مدة طويلة أو قصيرة، وخلال هذه المدة يمكن أن تتغير أسعار العناصر الداخلة في تكلفة البناء²، وهذا ما نصّت عليه المادة 10 من المرسوم التشريعي رقم 93 - 03، إلا أنّ هذه الحرية التي أقرّها المشرّع للمتعاقدين في تحديد شروط ومعايير وكيفية مراجعة الثمن، وباعتبار المرقّي

¹ - ونستطيع القول أنّ المشرّع أخذ هذه النقطة بعين الاعتبار في هذا العقد، إذ نص في نموذج العقد المحدّد بموجب المرسوم 13-431 لما عدّد ما يجب أن يحدّد في العقد اشترط تحديد الثمن بهذه العبارة: "مكونات سعر البيع ومدة تسديد الدفع وفقاً لتقدم الأشغال".

² - سمير عبد السميع الأودن، تملك وحدات البناء تحت الإنشاء والضمانات الخاصة لمشتري الوحدات السكنية، المرجع السابق، ص

العقاري هو الطرف الحقيقي الذي يبادر بطلب مراجعة الثمن، يتعسف في حق المشتري في الكثير من الأحيان¹. هذا ما دفع المشرع إلى النص في الفقرة الأولى من المادة 38 من القانون 11-04 على وجوب أن يذكر في العقد ما إذا كان السعر قابل للمراجعة أم لا، وفي حالة قابليته للمراجعة يجب ذكر كيفية المراجعة، كما اشترطت الفقرة الثالثة من نفس المادة وجوب 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. فلا يمكن أن يتجاوز مبلغ مراجعة السعر (20%) كحد أقصى من السعر المتفق عليه في البداية². وتحقيقاً لأقصى حماية للمشتري من تعسف المرقين العقاريين، في استعمالهم لإمكانية مراجعة السعر في هذا العقد، نصت الفقرة الرابعة منها على: "وفي كل الأحوال يجب تبرير تغيرات السعر". فمراجعة السعر تكون بدلائل ومبررات ووثائق تثبت ضرورتها، وإلا كانت مخالفة للقانون.

وكما تجدر الإشارة إلى أنه لا بد من تحديد شروط الدفع وكيفياته بطريقة دقيقة، بتحديد نسبة كل قسط ومرحلة استحقاقه ابتداء من القسط الأول إلى القسط النهائي، فهناك العديد من المشاكل التي يثيرها الثمن في هذا النوع من العقود، خاصة في البلدان التي لم يعرف فيها هذا العقد تنظيمًا قانونيًا محكمًا، ففي مصر مثلاً يعلن مشيدي البناء عن بيع الوحدات نظير دفع مقدم وعدد من الأقساط الدورية، وقسط نهائي يدفع عند التسليم لا يحدد إلا بعد النظر في التكلفة التي تحمّلها الباني، فيفاجئ في هذه الحالة المشترون بأن قيمة القسط النهائي مبالغ فيها، إلى الحد الذي يوازي نصف الأقساط المدفوعة³.

ب - جدية الثمن:

لا بد أن يكون الثمن ثمنًا حقيقيًا وجدياً؛ أي هو نفسه الثمن الذي تكون إرادة الطرفين قد اتجهت إلى إلزام المشتري به، باعتباره مقابلاً حقيقياً للمبيع، وبالرغم من أن الثمن في البيع بناءً على التصميم هو ثمن أولي تقديري، لا بد أن يكون هو بالفعل الثمن الذي اتفق عليه المرقى العقاري مع المشتري، كمقابل للعقار الذي سيتم تشييده.

¹ - عز الدين زوبة، خصوصية عقد بيع العقار على التصاميم عن عقد البيع العادي، الملتقى الوطني حول إشكالات العقار الحضري وآثارها على التنمية في الجزائر، جامعة محمد خيضر بسكرة، يومي 17 و 18 فيفري 2013م، ص 59.

² - سنتناول عنصر الثمن بالتفصيل حين دراسة التزام المشتري بدفع الثمن في المبحث الأول من الفصل الثاني.

³ - عقيلة نوي، النظام القانوني لعقد البيع بناءً على التصاميم في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2003 - 2004م، ص 10.

ويعتبر الثمن غير حقيقي إذا كان صورياً، وهذا متى جاء غير مطابق لحقيقة ما اتفق عليه الطرفان، أو تافهاً أو بخساً، وهو الذي يقل كثيراً عن قيمة المبيع ولكنه لا ينزل إلى حد الثمن التافه الذي لا يعتدّ به، كما يجب أن يكون الثمن في عقد البيع بناءً على التصميم نقدياً وقابلاً للتقدير¹.

ثانياً: السبب في عقد البيع بناءً على التصميم

السبب هو الغاية التي يقصد الملتزم الحصول عليها، وينطبق على ركن السبب في عقد البيع بناءً على التصميم القواعد العامة المنصوص عليها في المادة 97 و 98 من القانون المدني الجزائري، ولما نأتي لتعريفه نجده تتنازعه نظريتان حسب القواعد العامة في عقد البيع، النظرية التقليدية² والنظرية الحديثة، فالسبب حسب النظرية التقليدية هو: "الغاية المباشرة التي يقصد إليها الملتزم من التزامه الإرادي"³. ففي عقد البيع يكون سبب التزام البائع بنقل الملكية هو ارتقاب الحصول على الثمن من المشتري وسبب التزام المشتري بدفع الثمن هو ارتقاب الحصول على ملكية المبيع من البائع، ويجب أن يكون موجوداً ومشروعاً⁴، وهذا حسب المادة 97 من القانون المدني الجزائري: "إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلاً"، والمادة 98 من القانون المدني الجزائري: "كل التزام مفترض أن له سبباً مشروعاً ما لم يقم دليل على غير ذلك. ويعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك، فإذا قام الدليل على صورية السبب فعلى من يدعي أنّ للالتزام سبباً آخر مشروعاً أن يثبت ما يدعيه".

على هذا فالمفهوم التقليدي للسبب يحقق ارتباطاً قانونياً بين التزامات الطرفين بصورة تبرّر للمتعاقد الامتناع عن تنفيذ التزامه إذا امتنع الطرف الآخر عن التنفيذ، وله أن يطلب الفسخ والتحرر من التزامه، كما أنّ استحالة

¹ - زاهية حورية سي يوسف، الوجيز في عقد البيع، دراسة مقارنة ومدعمة باجتهادات قضائية وفقهية، المرجع السابق، ص 80 وما بعدها. وينظر: - خليل أحمد حسن قداد، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، الجزء 04، ص 97.

² - المقصود بالنظرية التقليدية هي أحكام قانون نابليون الذي تلقى نظرية السبب كما بسطها دووما، وقد بقي الفقهاء الفرنسيون على هذا التصور طوال القرن التاسع عشر. ينظر: - علي بن علي، عقد البيع على التصاميم في ظل القانون 11-04، المرجع السابق، ص 59.

³ - خليل أحمد حسن قداد، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 73.

⁴ - محمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 76.

التنفيذ لقوة قاهرة تجعل من التزام المتعاقد الآخر دون سبب مما يؤدي إلى انقضائه، فامتناع مالك المشروع عن البناء أو توقفه، يحوّل للمشتري الدفع بعدم تنفيذ التزامه بدفع الأقساط وله أن يطلب الفسخ¹.

وباعتبار أنّ عقد البيع على التصاميم هو من العقود الملزمة للجاني، فلكل من المتعاقدان سبب لالتزامه، فسبب التزام البائع هو الثمن وسبب التزام المشتري هو نقل ملكية البناية المبيعة إليه، ولذلك يجب أن يتوفر في سببيهما الشروط السابق ذكرها².

وهذا حسب النظرية التقليدية لتعريف السبب، أما النظرية الحديثة تقضي أنّ المفهوم الحديث للسبب أصبح الباعث الدافع إلى التعاقد أي غاية المتعاقد الرئيسية من إبرام العقد، فهو المحرك الأساسي للإرادة إذ أنّها مدفوعة وناجئة عن باعث تتجه إليه ولا تتم إلاّ به، وعلى هذا وبعكس المفهوم التقليدي يختلف الباعث من شخص لآخر في إطار العقد الواحد فقد يكون باطلاً أو صحيحاً بحسب الباعث الدافع إليه، ولا يشترط في السبب بهذا المفهوم إلا أن يكون مشروعاً على حسب نص المادة 97 من القانون المدني الجزائري المذكورة أعلاه، وطبقاً لهذا المفهوم إذا كان الغرض الذي سعى إليه المشتري من التعاقد مع مالك المشروع هو استخدام المبنى للدعارة أو للترويج للمخدرات بطل العقد³. لكن هذا المفهوم للسبب غير منطقي حسب رأينا لأنّه لا يعقل أن يفصح المشتري الذي غرضه من شراء البناية الترويج للمخدرات أو الدعارة أو أن دافعه غير مشروع، وسيذكر سبباً على حسب نوع البناية فإن كانت مسكناً كان سببه امتلاك مسكن، وإن كان محلاً كان غرضه القيام بنشاط اقتصادي، وبما أن السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك، كما نصت المادة 98 من القانون المدني.

ويرى الباحث أنّ السبب أو الدافع لإبرام عقد البيع بناءً على التصميم زيادة على ما قيل، هو حاجة البائع إلى النقود كي يموّل بها المشروع في كل مرة تتقدم فيها الأشغال، ثم تحقيق الربح في النهاية بالحصول على باقي الثمن، وهذا الذي نستخلصه من المادة 36 من القانون 04-11 التي تنص: "لا يمكن إبرام عقد البيع على التصاميم المنصوص عليه في المادة 28 أعلاه، عندما يلجأ المرقى العقاري لاستعمال قروض تخصيص لتمويل البناء" إذ أنّ المشرّع منع إبرام عقد البيع على التصاميم إذا لم يكن سبب إبرام المرقى العقاري هذا العقد هو الحصول ابتداءً

¹ - علي بن علي، عقد البيع على التصاميم في ظل القانون 04-11، المرجع السابق، ص 59.

² - نسيم بوجنان، عقد البيع بناءً على التصاميم في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 46.

³ - علي بن علي، عقد البيع على التصاميم في ظل القانون 04-11، المرجع السابق، ص 60.

على تمويل للبناء من المشتري وكان قد تحصل على قروض لتمويل البناء، والسبب في هذا العقد بالنسبة للمشتري هو حاجته إلى سكن أو محل أو غيره دون امتلاك ثمنه أو ثمن شراء الأرض وبنائه لذا قُسط الثمن، ولذلك أيضا نجده مضطرا لإبرام العقد بشروط المرفي العقاري دون أن تكون له حرية المناقشة أو التفاوض، و بناء على سبب كل طرف اشترط المشترع الجزائري أن تدفع الأقساط بالموازاة مع تقدم الأشغال¹.

وإذا تحدّثنا عملياً فإن غاية المشتري في عقد بيع العقار بناءً على التصميم هو الحصول على سكن يليق به، أو محل تجاري أو مهني يحقق طموحاته، وذلك بتقسيط الثمن على دفعات حسب قدراته، وغاية المتعامل في الترقية العقارية باعتباره تاجرًا هي تحقيق الربح²، وإذا كان يساهم إلى حد كبير في تنفيذ سياسة الدولة الراعية إلى تحسين وتوسيع ظروف السكن وهو غرض اجتماعي واقتصادي.

الفرع الثالث: الشكلية في عقد البيع بناءً على التصميم

نصّ المشترع الجزائري على أنّ كل التصرفات العقارية والتصرفات الأخرى الواردة على الحقوق العينية الأصلية، لا بدّ أن تكون خاضعة لل رسمية؛ أي أن يكون العقد الذي هو مصدر لها شكلياً، حيث جاء في المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري: "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".

وبالرجوع إلى عقد البيع بناءً على التصميم، وباعتباره يقع على عقار في طور الإنجاز فإنه عقد شكلي، طبقاً للمادة 25 من القانون رقم 11-04 الذي يحدّد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، و التي تشترط تحرير العقد في الشكل الرسمي³. فهو لا يخرج بأحكامه الخاصة عن ذلك الاشتراط لأنه عقد شكلي نموذجي والشكلية فيه تعتبر شرطاً للانعقاد، فلا ينعقد صحيحاً إلا إذا أفرغ في الشكل المحدّد قانوناً بموجب المرسوم التنفيذي رقم 13-431 المتضمن نموذج عقد البيع بناءً على التصميم الذي يطبق في مجال الترقية العقارية، وإلا كان العقد باطلاً وهذا ما استقرّ عليه قضاء المحكمة العليا⁴، وذلك تطبيقاً لنص المادة 1/34 من القانون 11-04 المحدّد

¹ - وهذا ما أكّده المادة 03 من المرسوم التنفيذي 13 - 431 المحدّد لنموذجي عقد حفظ الحق وعقد البيع على التصاميم للأمولاك

العقارية، وسيأتي التفصيل في هذه الأقساط في العنصر المتعلّق بالتزامات المشتري ضمن الفصل الثاني من هذا البحث.

² - علال قاشي، التزامات المرفي العقاري وجزاء الاخلال بها في عقد البيع على التصاميم، المرجع السابق، ص 283. وينظر: - نسيمه بوجنان، عقد البيع بناءً على التصميم، المرجع السابق، ص 29.

³ - نصّت هذه المادة على: " يجب أن يكون البيع من طرف المرفي العقاري لعقار مبني أو بناية أو جزء من بناية مقرر بناؤها أو في طور البناء، موضوع عقد يعد قانوناً في الشكل الرسمي..".

⁴ - قرار الغرفة العقارية لدى المحكمة العليا رقم: 664290، الصادر بتاريخ 2011/07/14م، مجلة المحكمة العليا، العدد 02 لسنة

للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية والتي تنص على: " يتم إعداد عقد البيع على التصميم في الشكل الرسمي ويخضع للشكليات القانونية الخاصة بالتسجيل والإشهار، ويخص في نفس الوقت، البناء والأرضية التي شيد عليها البناء".

فيجب التقيّد بالبيانات الإلزامية، وإرفاق العقد بالوثائق المرجعية الخاصة، إلى جانب وجوب الشهر والتسجيل. وهذا ما سنتناوله في ما يلي:

أولاً: البيانات الإلزامية

حيث يشترط لقيام عقد البيع بناءً على التصميم صحيحاً، توفر البيانات الإلزامية في المحرر الرسمي الخاص به من طرف الموثق، والتي حدّتها المواد (30)، (37)، (38) من القانون رقم 11-04 المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، وأكدها وأضاف عليها المرسوم التنفيذي 13-431 المحدد لنموذج عقد البيع على التصميم، و تتمثل هذه البيانات في:

1. العناصر الثبوتية: حيث نصّت المادة 30 من القانون رقم 11-04 على: "يجب أن يتضمن عقد

حفظ الحق وعقد البيع على التصميم المذكوران على التوالي في المادتين 27 و 28 أعلاه، أصل ملكية الأرض ورقم السند العقاري عند الاقتصاد، ومرجعيات رخصة التجزئة، وشهادة التهيئة والشبكات، وكذا تاريخ ورقم رخصة البناء".

نفهم من نص المادة أنّ العناصر الثبوتية التي يجب أن يشتمل عليها عقد البيع بناءً على التصميم هي:

- أصل ملكية الأرضية ورقم السند العقاري عند الاقتصاد.
- مرجعيات رخصة التجزئة.
- شهادة التهيئة والشبكات وهذه تسميتها بموجب القانون 11-04 بعد أن كانت "شهادة النفع والتهيئة". حيث تُثبت إجراءات التهيئة في الجزائر بموجب هذه الشهادة، التي تدلّ على مطابقة الأشغال لشهادة البناء و لرخصة التجزئة¹.
- تاريخ رخصة البناء.

والهدف من هذه العناصر الثبوتية، هو حماية المشتري، فرخصة البناء وأصل ملكية الأرضية تعتبران أكبر ضمانات للملكية البائع للوعاء العقاري الذي سيقام عليه البناء، ومدى احترام المرقى العقاري لمتطلبات حفظ الصحة والأمن

¹ - سهام مسكر، التزامات المرقى العقاري المترتبة على بيع السكنات الترقية، المرجع السابق، ص 118.

والطمأنينة، ولقواعد البناء والتعمير، وهذا حرصاً من المشرع على تجنب البنائيات الفوضوية غير المرخص بها¹ والتي قد تعرّض المشتري إلى هدم عقاره².

2. بيانات الأشخاص المتدخلين في العقد: المتمثلة في بيانات الموثق الذي يحرر العقد،

وبيانات طرفي العقد كل من المرقى العقاري والمكاتب، ثم تصريح كل منهما³. كذا ذكر بعض

البيانات اللازمة لباقي الأشخاص المتدخلين، كالمهندس المعماري الذي أعد التصاميم... وغيره.

3. السعر التقديري وكيفية مراجعته ودفعه: وهذا ما نصّت عليه المادة (37) و(38) من القانون رقم

04-11، حيث جاء في المادة (37) منه: "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".

فهذه المادة ألزمت أن يكون العقد متضمناً لثمن البيع، وما يميز الثمن في هذا العقد هو أنه تقديري أي أنه غير نهائي؛ بل قابل للمراجعة⁴، ونصّت المادة 38 من نفس القانون على أنه: "يتم ضبط تحديد سعر البيع على التصاميم، حسب تقدم أشغال الإنجاز في الحدود المنصوص عليها عن طريق التنظيم، كما يجب ذكر ما إذا كان السعر قابلاً للمراجعة أم لا وفي حالة الإيجاب يجب ذكر كفيات المراجعة... ولا يمكن أن يتجاوز مبلغ مراجعة السعر 20% كحد أقصى من السعر المتفق عليه في البداية...".

فهذه المادة تدلّ على أنّ دفع الثمن في عقد بيع العقار على التصاميم يكون تدريجياً في شكل دفعات، يجرأ تبعاً لمراحل تقدم الأشغال، وهذا راجع إلى كون هذا العقد يرد على عقار في طور الإنجاز، كما أنّها وضعت الحد الأقصى لمبلغ المراجعة للثمن⁵.

3. آجال التسليم وعقوبات التأخير: فلا بدّ أن يتضمن العقد آجالاً لتسليم البناية المبيعة، وكذلك

¹ - وهذا ما نص عليه القانون رقم: 90-29 المؤرخ في 1 ديسمبر 1990م، المعدل والمتّم بالقانون رقم: 05/04 المؤرخ في 04 أوت 2004م، والمتعلق بالتهيئة والتعمير، الجريدة الرسمية، العدد 51، السنة 2004، وذلك في المواد من 52 إلى 56.

² - إيمان بوسنة، النظام القانوني للترقية العقارية، دراسة تحليلية، المرجع السابق، ص 77.

³ - وتصريحهما يعد توثيق وإفراغ رضاها في الشكل المحدد بموجب المرسوم التنفيذي 13-431 المحدد لنموذج عقد البيع على التصاميم.

- فتحي ويس، المسؤولية المدنية والضمانات الخاصة في بيع العقار قبل الإنجاز، المرجع السابق، ص 68.⁴

⁵ - وهذا ما نصّت عليه المادة 03 من المرسوم التنفيذي رقم: 13-431، المحدد لنموذجي عقد حفظ الحق وعقد البيع على التصاميم للأموال العقارية وكذا حدود تسديد سعر الملك موضوع عقد البيع على التصاميم ومبلغ عقوبة التأخير وآجالها وكفيات دفعها.

العقوبات المترتبة عند التأخر في التسليم¹.

4. **كيفية الحيابة:** من حرص المشرّع على إحاطة هذا العقد بالتنظيم من جميع

جوانبه، كذلك حدّد في نموذج العقد الوقت الذي يستطيع فيه المكتب حيابة البناء، فقد جاء في نموذج العقد الذي نص عليه المرسوم التنفيذي 13-431: "تجدر الإشارة إلى أنّ حيابة 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"، كما حدّد كيفية الحيابة في نفس النص كما يلي: "تمت الحيابة بموجب محضر يحرّر حضورياً بنفس مكتب التوثيق ويلحق بعقد البيع على التصاميم. في حالة تسجيل تأخر في تسليم الملك العقاري في الآجال المذكورة في العقد، يمكن المقتني معاينة عدم الحيابة عن طريق محضر قضائي، طبقاً للتنظيم المعمول به"².

5. **فسخ عقد البيع على التصاميم:** أكدّ المشرّع في هذه الفقرة على الفسخ الذي تحدثت عنه المادة

53 من القانون 04-11، وأضاف عليه الفسخ بموافقة الطرفين فاشترط في هذه الحالة أن يحدّد الطرفان الكيفيات التوافقية لهذا الفسخ في نص العقد³.

6. **الالتزامات المتعلقة بتسيير الملكية المشتركة للمجموعة العقارية التي تتضمن الملك المباع:**

يجب أن ينص عقد البيع على التصاميم على التزام البائع بضمان أو التكليف بضمان تسيير الملك، خلال مدة سنتين (2) ابتداء من تاريخ بيع آخر جزء من البناء المعنية.

وهذه الالتزامات المتعلقة بتسيير الملكية المشتركة للمجموعة العقارية المتضمنة الملك المباع، محدّدة في المواد 60 و61 و62 من القانون رقم 04-11⁴.

7. **وصف البناء ومشتمالاتها:** فعلى المرقّي العقاري وصف البناء وصفا دقيقاً،

وذلك من خلال التصاميم المعدّة مسبقاً من طرف المهندس المعماري، وقد أشار إليها المشرّع

الجزائري من خلال عبارة: "الخصائص التقنية للعقار" في نص المادة 38 من القانون رقم 11-

04 حين جاء فيها "...البيانات المقيدة المتعلقة بالقرار والخصائص التقنية للعقار"، في حين فصل

¹ - المادة 04 و05 من نفس المرسوم التنفيذي.

² - ينظر: الملحق رقم 01 من هذه المذكرة المتضمن نموذج لعقد بيع بناءً على التصميم.

³ - الملحق نفسه.

⁴ - الملحق نفسه.

فيها المرسوم التنفيذي رقم 13- 431 المحدد لنموذجي عقد حفظ الحق وعقد البيع بناءً على

التصاميم، ووصف البناية يختلف بحسب ما إذا كانت جماعية أو فردية:

- فالبنائة الجماعية يجب أن يتم وصفها بدقة مع تعداد التجهيزات الخاصة بها، كما يجب تحديد جميع أجزاء الملكية المشتركة بناءً على الكشف الوصفي للتقسيم، ويجب إرفاق العقد ببيان وصفي لتقسيم الملكية المشتركة الذي يجرر بعناية المتعامل في الترقية العقارية، ويكون مشهرا لدى المحافظة العقارية.

- أما بالنسبة للبنائة الفردية فتضاف إليها وصف مجموعة القطع الأرضية التي بنيت عليها الدار الفردية، من تحديد لمساحتها وترقيم لكل جزء ووفقا للقرار المتضمن لرخصة التجزئة¹.

8. تقديم الضمانات القانونية وتدعيم الالتزامات التعاقدية: فعلى المرقى العقاري تقديم جميع

التأمينات التي قام باكتسابها أمام الموثق مثل تقديمه: شهادة الضمان لدى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة، وشهادة التأمين على المسؤولية العشرية، وكذلك ضمان العيوب الخفية².

9. النصوص التي تسيّر العقد: وهي مجمل النصوص التشريعية العامة والخاصة التي تنظم أو تساهم في

تنظيم وتأطير هذا العقد.

ثانيا: الوثائق المرجعية

بالإضافة للبيانات الإلزامية التي اشترطها المشرع الجزائري لعقد البيع بناءً على التصميم، هناك وثائق أخرى يستوجب إرفاق العقد بها، تستشف من خلال نموذج عقد البيع بناءً على التصميم المنصوص عليه في المرسوم التنفيذي رقم 13-431، لذلك سنتطرق إلى هذه الوثائق المرجعية الواجب إرفاقها بعقد البيع بناءً على التصميم حسب نوع العقار المباع بناية جماعية أو فردية.

1. الوثائق المرجعية في حالة البناية الجماعية:

إذا كان العقار المباع عبارة عن بناية جماعية أو جزء من بناية جماعية، وجب إرفاق العقد- تحت طائلة البطلان- مجموعة من الوثائق المرجعية هي:

¹ - سهام مسكر، بيع العقار بناءً على التصاميم، المرجع السابق، ص50. إيمان بوسنة، النظام القانوني للترقية العقارية، دراسة تحليلية، المرجع السابق، ص 78. وينظر في ذلك: البيانات الموجودة في نموذج عقد البيع بناءً على التصاميم الذي جاء به المرسوم التنفيذي رقم: 13- 431 المحدد لنموذج عقد البيع على التصاميم .

² - المرجع نفسه، ص 52-53 . وينظر: - مجيد خلفوني، شهر التصرفات العقارية في القانون المدني الجزائري مدعم بالقرارات القضائية، المرجع السابق، ص 101. - علال فاشي، التزامات المرقى العقاري وجزاء الإخلال بها في عقد البيع على التصاميم، المرجع السابق، ص285.

- عقد الملكية للقطعة الأرضية الأساسية للمشروع ككل.
- رخصة البناء والتصاميم الملحقمة.
- ضمان من صندوق الضمان والكفالة المتبادلة لنشاط الترقية العقارية، وذلك لضمان إتمام عملية إنجاز العقار على التصاميم وحماية المقتني من خطر عجز المرقى العقاري عن تنفيذ التزامه بإتمام الإنجاز، وستتضح باقي تفاصيل هذا الضمان في الفصل الموالي.
- تحديد نظام الملكية المشتركة استناداً إلى أحكام المواد (743 إلى 772 من القانون المدني الجزائري)، بالإضافة إلى إعداد الموثق لوثيقة تقنية تسمى الجدول الوصفي للتقسيم بطلب من المرقى العقاري، يتم بموجبها تعيين الحصص المتضمنة في العقار المبني¹.

2. الوثائق المرجعية في حالة البناية الفردية:

إذا كان العقار المبيع عبارة عن بناية فردية، فإنّ عقد البيع بناءً على التصميم يرفق بالوثائق المرجعية التي سبق ذكرها فيما يتعلق بالبناية الجماعية (عقد الملكية، رخصة البناء و التصاميم الملحقمة، ضمان من صندوق الضمان والكفالة المتبادلة)، غير أنّه في حالة البناية الفردية لا توجد الوثيقة المتعلقة بمشروع الملكية المشتركة ولا الكشف الوصفي للتقسيم، ويشترط أيضاً في حالة البناية الفردية إرفاق عقد البيع بناءً على التصميم برخصة تجزئة الأرض لأجل البناء ووثائقها الملحقمة².

ثالثاً: تسجيل وشهر عقد البيع بناءً على التصميم

لمّا كان البيع بناءً على التصميم يرد على عقار، فإنّه يجب لصحته أن يتمّ تحريره في الشكل الرسمي الذي يتطلبه القانون في التصرفات العقارية، إضافة إلى توفره على مجموعة من البيانات الإلزامية وإرفاقه ببعض الوثائق المرجعية، إلا أنّ المشرع الجزائري لم يكتف بذلك؛ بل أوجب إخضاعه لإجراءات التسجيل والشهر، حيث نصّت الفقرة 01 من المادة 34 من القانون رقم 11-04 على أنّه: " يتمّ إعداد البيع على التصاميم في الشكل الرسمي، ويخضع للشكليات القانونية الخاصة بالتسجيل والإشهار ويخص في نفس الوقت البناء والأرضية التي شيد عليها البناء".

¹ - فتحي ويس، المسؤولية المدنية والضمانات الخاصة في بيع العقار قبل الإنجاز، المرجع السابق، ص 70.

² - المرجع نفسه، ص 70.

انطلاقاً من نصّ هذه المادة فإنّ عقد البيع بناءً على التصميم يجرّ في الشكل الرسمي، ويخضع للشكليات الخاصة بالتسجيل والإشهار، ويخص في نفس الوقت البناء والأرضية التي شيّد عليها، وخضوع عقد البيع بناءً على التصميم للتسجيل والإشهار لا يرجع لخصوصيته؛ لأنّ كل البيوع العقارية تخضع لهذين الإجراءين .

فعقد البيع بناءً على التصميم يجب أن يسجل لدى مصلحة التسجيل والطابع المختصة، خلال الآجال المحدّدة في قانون التسجيل، ويجب أن يشهر لدى المحافظة العقارية المختصة وفقاً للإجراءات القانونية؛ لأنّ الإشهار هو الإجراء الذي به تنتقل الملكية، إلّا أنّ ما يميز عقد البيع بناءً على التصميم هو إعفائه من رسوم التسجيل والطابع، كما يعفى من رسم الإشهار العقاري بمقتضى المادة 22 من القانون رقم 04/29 والمتضمّن لقانون المالية لسنة 2004 المؤرخ 2005 /12/21م ، والتي جاء فيها: " تعفى من رسم الإشهار العقاري... العقود المتضمنة بيع محلات ذات استعمال سكني جديد أنجزه المتعهدون بالترقية العموميون أو الخواص، في إطار برامج السكن الاجتماعي التساهمي والسكن في إطار البيع بالإيجار والسكن الريفي " .

لذلك سنتطرق إلى هذين الإجراءين فيما يأتي:

1. التسجيل:

يجب أن يفرغ عقد البيع بناءً على التصميم في قالب عند الموثق محدّد بموجب المرسوم التنفيذي رقم 13-431 المؤرخ في 18 ديسمبر 2013م، المحدّد لنموذجي عقد حفظ الحق وعقد البيع بناءً على التصاميم للأموال العقارية، والذي ألغي بموجب المادة 08 منه أحكام المرسوم التنفيذي رقم 58/94 المؤرخ في 07 مارس 1997م المتعلق بنموذج عقد البيع بناءً على التصاميم، وقد أخذ المشرع الجزائري بنظام السجل العقاري بمقتضى الأمر رقم 75 - 174 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، والذي وضع حيز التطبيق بمقتضى المرسومين التنفيذيين له وهما: المرسوم 62/76² المتضمن إعداد مسح الأراضي العام، والمرسوم 63/76³ المتضمن تأسيس السجل العقاري .

¹ - الأمر رقم: 74/75 المؤرخ في 1975/11/12م، المتضمّن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، الجريدة الرسمية العدد 52 المؤرخة في 1975/11/18م.

² - المرسوم التنفيذي رقم: 62/76 المؤرخ في 1976/03/25م المتعلّق بإعداد مسح الأراضي العام، الجريدة الرسمية العدد 30، المؤرخة في 1976/04/13م، المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي 134/92 المؤرخ في 1992/04/07م، الجريدة الرسمية العدد 26، المؤرخة في 1992/04/08م.

³ - المرسوم التنفيذي رقم: 63/76 المؤرخ في 1976/03/25م المتعلّق بتأسيس السجل العقاري، الجريدة الرسمية العدد 30، المؤرخة في 1976/04/13م، المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي 123/93 المؤرخ في 1993/05/19م، الجريدة الرسمية العدد 34، المؤرخة في 1993/05/23م.

حيث يشترط قانون التسجيل على الموثق تسجيل مختلف العقود التي يبرمها لدى مصلحة التسجيل والطابع التابع لها مكتب التوثيق إقليمياً¹، كما ألزم هذا القانون وجوب التسجيل في أجل لا يتجاوز شهراً من تاريخ تحريره وإلا يترتب على تأخره عقوبات جبائية²، وهذا طبقاً لنص المادة 58، 75 من قانون التسجيل والطابع.

والغرض من عملية تسجيل العقود الرسمية، هو إعطاء تاريخ ثابت للعقد، وتمكين إدارة الضرائب من مراقبة ومتابعة جميع التحولات في الملكية العقارية الخاصة وإعادة تقويمها، وتحصيل الرسوم والضرائب المترتبة عليها، 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 نفقاتها³، أما صحة العقود وحجيتها فعدم التسجيل لا يؤثر فيها⁴.

وكأصل عام وبالنسبة لحقوق التسجيل المترتبة على اكتتاب عقد البيع، فإنّ نص المادة 258 من قانون التسجيل بفقراتها الثلاث: الرابعة والخامسة والسابعة تدلّ على إعفاءات من رسم التسجيل تمس عقد البيع على التصميم، فأما الفقرة الرابعة فتتنص على: "تعفى أيضاً من رسم نقل الملكية المذكور أعلاه، العقود التي يبيع بمقتضاها ديوان الترقية والتسيير العقاري في الولاية للموفرين شققاً موجودة في عمارات جماعية، ومبينة ضمن نطاق التوفير من أجل السكن". فحسب مفهوم هذه المادة فإنّ ديوان الترقية والتسيير العقاري يعفى من رسم التسجيل إذا أبرم عقد البيع على التصميم، ولو اكتفينا بذكر هذه الفقرة لقلنا أنّ الإعفاء يقتصر على البيع على التصميم الذي يبرمه ديوان الترقية والتسيير العقاري فقط، لكن الفقرة الخامسة بعدها جاءت عامّة لأنّها تعفي من هذا الرسم عقود بيع العقار المخصص للاستعمال السكني في إطار نشاطات الترقية العقارية وفقاً للتنظيم المتعلق بها، ولا يستفيد نفس الشخص من هذا الإعفاء إلا مرة واحدة⁵، فعمومية هذا النص يجعلنا نطبق هذا الإعفاء على عقد البيع على التصميم في إطاره الترقوي المدعم وغير مدعم.

¹ - وهذا ما نصّت عليه المادة 1/75 من الأمر 76-105 المؤرخ في 19 ديسمبر 1976 المتضمن قانون التسجيل، الجريدة الرسمية العدد: 81. بقولها: "لا يمكن للموثقين أن يسجلوا عقودهم إلا في مكتب التسجيل التابع للدائرة أو عند الاقتضاء، في مكتب الولاية الذي يوجد بها مكتبهم".

² - المادة 58 من قانون التسجيل: "يجب أن تسجل عقود الموثقين في أجل شهر ابتداء من تاريخها". والمادة 93 من القانون ذاته: "يتعين على الموثقين و... الذي لم يسجلوا عقودهم في الآجال المقررة قانوناً أن يدفعوا غرامة يحدد مبلغها عن كل مخالفة.."

³ - علي بن علي، عقد البيع على التصميم في ظل القانون 11-04، المرجع السابق، ص 71.

⁴ - سهام مسكر، التزامات المرقي العقاري المترتبة على بيع السكنات الترقية، المرجع السابق، ص 289.

⁵ - تنصّ المادة 5/258 من قانون التسجيل السابق على أنّه: "تعفى بالإضافة إلى ذلك، من رسم نقل الملكية المذكور أعلاه، العقود التي تتضمن بيع البنائيات أو أجزاء البنائيات ذات الاستعمال السكني أساساً، المنجزة بعنوان عمليات الترقية العقارية وفق الشروط المحددة في

وبالرغم من أنّ الفقرة السابعة من المادة ذاتها، المستحدثة بموجب قانون المالية لسنة 2005 التي تنصّ على أنّه: "تعفى من رسم حق نقل الملكية المنصوص عليها في المادة 252 من قانون التسجيل عمليات ذات الاستعمال الرئيسي للسكن التي تنازلت عليها الدولة والهيئات العمومية للسكن حسب إجراء البيع بالإيجار والسكن الاجتماعي التساهمي والسكن الريفي".¹ تخصّص نص الفقرة الخامسة لأثما تعفي السكن الاجتماعي التساهمي فقط؛ أي النوع المدعم من عقد البيع على التصاميم دون الحر، بل والإعفاء يخص المرقين العقاريين العموميين دون الخواص اعتمادا على نص الفقرة الرابعة¹، إلا أنّه بالرجوع إلى الواقع العملي نجد نص الفقرة الخامسة ساري المفعول ومعمول به، وعقد البيع على التصاميم بالنسبة للسكنات معفى من رسم التسجيل، سواء كان مدعما أو غير مدعم، يبرمه مرقى عقاري خاص أو مرقى عقاري عام. وهذا الإعفاء يخص المحلات ذات الاستعمال السكني، لكن بالنسبة للمحلات الأخرى ذات الطابع التجاري أو المهني أو الصناعي المنجزة في إطار الترقية العقارية، فإنّ نقل ملكيتها لا يعفيها من هذا التسجيل لكونه يطبق على المحلات ذات الاستعمال السكني فقط.²

2. الشهر:

بالإضافة لتوثيق العقد وتسجيله، استلزم المشرّع شهره ليحدث أثره الناقل للملكية، عملا بأحكام المادة 793 من القانون المدني الجزائري والمواد 15 و 16 من قانون تأسيس السجل العقاري.

حيث جاء في المادة 793 من القانون المدني الجزائري: "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 شهر العقار". وجاء في المادة 16 من قانون تأسيس السجل العقاري: "أنّ العقود الإدارية والاتفاقات التي ترمي إلى إنشاء أو نقل أو تعديل أو إنهاء حق عيني لا يكون لها أثر حتى بين الأطراف إلا من تاريخ نشرها في البطاقات العقارية".

من خلال استقراء هذه المواد يتبين لنا أنّ القيد هو شرط لنقل الملكية، فبغض النظر على نوع التصرف وعن صفة الشخص أو الجهة التي أصدرته، وسواء أكان كاشف أو منشئ للحق، فإنّه لا وجود له إلا بقيده لدى

التنظيم المتعلق بالترقية العقارية. لا يستفيد الشخص الواحد من الإعفاء إلا مرة واحدة، ما عدا في حالة إعادة استعمال حاصل البيع في إطار شراء بناية أو جزء من ذات استعمال سكني أساسا تكون قد أنجزت بمقتضى عمليات الترقية العقارية المذكورة أعلاه".

¹ - سهام مسكر، التزامات المرقى العقاري المترتبة على بيع السكنات الترقية، المرجع السابق، ص 289.

² - عربي باي يزيد، النظام القانوني للترقية العقارية في الجزائر، المرجع السابق، ص 100.

مصلحة الشهر العقاري¹. ويقوم بالشهر الموثق نيابة عن البائع، وذلك بشهر العقد في المحافظة العقارية حيث نصّت المادة 10 من قانون التوثيق رقم 02-06²: " يتولى الموثق حفظ العقود التي يجرها أو يتسلمها للإيداع ويسهر على تنفيذ الإجراءات المنصوص عليها قانوناً لا سيما تسجيل وإعلان ونشر وشهر العقود في الآجال المحددة قانوناً". ويجب عليه شهرها في أجل لا يتعدى شهر وهو ما نصت عليه المادة 58 من قانون التسجيل السابقة الذكر.

وعليه فإنّ عقد البيع بناءً على التصميم لا يمكن أن ينطبق عليه صفة العقد، إلاّ بعد استيفاء الشكليات السابقة والتي تختم بالشهر، حيث أنّه بشهر هذا العقد تنتقل ملكية القطعة الأرضية محل الإنجاز والبنية محل البيع بقوة القانون إلى المشتري، فالأرض موجودة عند التعاقد فلا إشكال في نقل ملكيتها، أمّا البنية محل عقد البيع بناءً على التصميم فهي غير موجودة عند التعاقد ومع ذلك تنتقل ملكيتها، نظراً لكون محل عقد البيع هو شيء مستقبلي محقق الوجود بالنظر إلى الضمانات القانونية التي يمنحها المرقي العقاري للمشتري بموجب هذا العقد، وكذلك لتشجيع المشتريين على الإقدام على هذا العقد دون تخوّف، كما أنّ ذلك يمكن المشتري من الحصول على قروض من خلال رهن العقار محل عقد البيع على التصميم³. فلا يمكنه رهن شيء إلاّ إذا انتقلت ملكيته إليه.

من خلال ما سبق يرى الباحث أنّ أهمّ ما يميز عقد البيع بناءً على التصميم عن باقي البيوع العقارية هو الإعفاء من رسوم التسجيل، وكذلك انتقال ملكية المبيع بمجرد الشهر بالرغم من عدم وجوده وقت التعاقد، وذلك كضمانة قانونية تحمي المقتني وتشجّعه على استخدام تقنية البيع بناءً على التصميم.

المطلب الثاني: أركان عقد البيع بناءً على التصميم في الفقه الإسلامي

بما أنّنا اعتبرنا أنّ عقد البيع بناءً على التصميم هو من قبيل عقد الاستصناع في الفقه الإسلامي - كما هو مقرّر سابقاً-، سنتناول في هذا المطلب أركان عقد الاستصناع في الفقه الإسلامي كونه الصورة المقابلة لعقد البيع بناءً على التصميم في القانون بشيء من المقارنة حتى نعرف مدى انطباق أحكام الأول على الثاني، وعليه فإنّ

¹ - عبد الحميد بن عبيدة، إثبات الملكية العقارية والحقوق العينية العقارية في التشريع الجزائري، دار هومة، الجزائر، د.ط، 2003م، ص60.

² - القانون رقم: 02-06 المؤرخ في 20/02/2006 م، المتضمّن تنظيم مهنة التوثيق، الجريدة الرسمية العدد 14.

³ - إيمان بوسنة، النظام القانوني للترقية العقارية، المرجع السابق، ص 85.

أركان الاستصناع باعتباره عقد من العقود هي الأركان العامة لكل عقد وهي عند جمهور الفقهاء ستة هي: الصانع، المستصنع، المحل، الثمن، الإيجاب والقبول، الباعث أو السبب.

ويمكن حصرها في: الصيغة - وهي الإيجاب والقبول-، العاقدان - وهما الصانع و المستصنع-، والمعقود عليه - وهو المحل والثمن-، والباعث وهو السبب بالإضافة إلى الشكلية¹ المتمثلة في كتابة العقد.

وهذه المقومات يعتبرها جمهور الفقهاء أركاناً، بينما يراها الأحناف شروطاً ما عدا الصيغة فهي ركن عندهم²، وعليه سنخطو في تناولنا لأركان عقد الإستصناع في الفقه الإسلامي نفس المنهجية التي اتبعناها عند تناولنا لأركان عقد البيع بناءً على التصميم، وذلك قصد تيسير المقارنة بين العقدين فيما يخص هذه الأركان، حيث سنشير أولاً إلى الصيغة (الإيجاب والقبول، العاقدان)؛ لأنه الركن المتفق عليه عند جمهور الفقهاء ومنهم الحنفية، أما باقي المقومات (المعقود عليه و السبب والكتابة) والتي هي شروط عند الحنفية وأركان عند غيرهم من الجمهور سنتكلم عنها في الفرع الثاني والثالث والرابع.

الفرع الأول: الصيغة

وتشمل كل ما يتلفظ به العاقدان من عبارات يلتزمان بها لتكوين العقد، ويطلق عليها "بالإيجاب والقبول"، ويقابلها في الاصطلاح القانوني طبقاً للقواعد العامة ركن "التراضي أو الرضا" في عقد البيع بناءً على التصميم، وقد سبق وعرفنا أنّ عقد الاستصناع في طبيعته وحقيقته هو من قبيل البيع، فهو أحد أنواع البيع لكن ذو طبيعة خاصة ومختلفة، وليس من قبيل الإجارة (إجارة الأشخاص)، ولا مجرد وعد.

وبناءً على ذلك سنتكلم عن الصيغة في عقد الاستصناع وفقاً للبيع بصفة عامة، لأنه كما تقدم وذكرنا أنّ الاستصناع نوع من البيوع لهذا تخضع الصيغة فيه للأحكام العامة في عقد البيع.

والصيغة هي كل ما يدلّ على رضا الجانبين المستصنع والصانع³، وهي ترتيب الكلام على نحو معين صالح لترتب الآثار المقصودة منه⁴، وهي أمر قلبي ويعبر عنها بالإيجاب والقبول من العاقدين. فعند الأحناف: "الإيجاب عبارة عما يذكر أولاً من كلام المتعاقدين أو ما يقوم مقام كل منهما الدال على الرضا، أمّا القبول هو ما صدر

¹ - والشكلية هنا ليست ركن من أركان عقد الاستصناع في الفقه الإسلامي، وإنما سيتمّ التطرق إليها هنا من باب بيان حكمها الشرعي ومقارنتها بالشكلية في عقد البيع بناءً على التصميم.

² - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ص92.

³ - الشيرازي، المهذب، المصدر السابق، الجزء2، ص3. وينظر: - حسام الدين خليل، عقد الاستصناع كأحد البدائل الشرعية للأوعية الادخارية البنكية، كليات الدراسات الإسلامية، مركز القرضاوي للوسطية الإسلامية والتجديد، د. ط، د.ت، ص 22.

⁴ - محمد رواس قلنجي، حامد صادق قنبي، معجم لغة الفقهاء، دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت-لبنان، ط2، 1408هـ - 1988م، ص 279.

من الطرف الثاني جواباً للأول¹. إذن الإيجاب عند الحنفية هو ما صدر أولاً من البائع أو المشتري²، وعند الجمهور الإيجاب ما صدر ممن يكون منه التمليك كالبائع...، سواء صدر أولاً أو آخراً، والقبول: هو ما صدر ممن يصير له الملك وإن صدر أولاً، فالمعتبر عندهم هو أن المملّك هو الموجب والمتملك هو القابل، ولا اعتبار لما صدر أولاً أو آخراً³. وهي نوعان:

أولاً: الصيغة القولية وما يقوم مقامها من رسول أو كتاب، فالقول: كأن يقول البائع قد بعته ثوبي بكذا أو أرسل له رسولا فقبل البيع، والقول يكون باللفظ الذي يدلّ على التمليك والتملك، كبعته واشترت.

ثانياً: المعاوضة و معناها الأخذ والإعطاء دون كلام، كأن يشتري شيء بثمن معلوم له، فأخذه المشتري ويعطي الثمن للبائع فيقبضه وهذا عند جمهور الفقهاء⁴ وأما الشافعية فيرون أنّ العقد لا يتمّ إلاّ بالإيجاب والقبول⁵ وهذا في العقد بصورة عامة.

ولمّا كانت صيغة العقد هي المعيّنة عن إرادة الطرفين، وكانت هذه الإرادة من الأمور الباطنة ويترتب عنها نتائج في الأموال والأعمال، وكما رأينا سابقاً أنّ للرضا في البيع بناءً على التصميم في القانون شروط، فإنّه كذلك الحال بالنسبة للصيغة في عقد الاستصناع فلها شروط وهي:

1. وضوح المعنى في صيغة العقد، بأن تكون مادة اللفظ المستعمل للإيجاب والقبول

في عقد الاستصناع تدلّ دلالة واضحة على هذا النوع من العقود.

2. توافق الإيجاب والقبول من جميع الوجوه.

3. جزم الإرادتين بلا تردّد ولا تسويق⁶.

وعليه لتمام الصيغة في عقد الاستصناع يلزم تواجد المتعاقدين أولاً، ثم صدور الإيجاب والقبول ثانياً.

1 - العاقدان

يقصد بالعاقدين في عقد الاستصناع الصانع والمستصنع، إذ يشكّلان طرفي العملية التعاقدية في هذا العقد، وهما المرقي العقاري والمقتني كما رأينا سابقاً في عقد البيع بناءً على التصميم.

¹ - ابن نجيم المصري، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، المصدر السابق، الجزء 5، ص 283.

² - محي الدين اسطنبولي، عقد الاستصناع وأهميته في الاستثمار، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه

في العلوم الإسلامية، تخصص أصول الفقه، جامعة الجزائر 1، كلية العلوم الإسلامية، 2015-2016م، ص 50.

³ - الموسوعة الفقهية الكويتية، المرجع السابق، الجزء 30، ص 201.

⁴ - المصدر نفسه، الجزء 5، ص 134.

⁵ - الشيرازي، المهذب، المصدر السابق، الجزء 2، ص 03.

⁶ - مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، دار القلم، دمشق - سوريا، د، ط، 1998م، الجزء 1، ص 405.

- أ- **الصانع:** هو من يقوم بتحضير المادة الخام ويقوم بالعمل سواءً باشر الصنع هو، أو من يقوم مقامه كالصانع الذي يعمل عنده أو يعطيه العملية بكاملها، ويكون الصانع المتعاقد مسئولاً عن كل شيء¹.
- ب- **المستصنع:** هو طالب الصنعة إذا باشره بنفسه أو بواسطة، وقد يكون فرداً أو مؤسسة².
- ويشترط فيهما ما يلي:

- **الأهلية الكاملة للمعاملة والتصرف:** أي أهلية الأداء وتعني صلاحية الشخص لصدور التصرفات عنه على وجه يعتد به شرعاً، وقد عرّفها مصطفى الزرقا بقوله: "هي صفة يقدرها الشارع في الشخص تجعله محلاً صالحاً لخطاب تشريعي"³. وتتحقق هذه الأهلية بالعقل والتمييز والرشد وعدم الحجر، وأهلية المتعاقدين بشقيها (العقل والبلوغ) كشرط الانعقاد هي محل اختلاف بين الفقهاء، فالحنفية والمالكية وإحدى الروايتين عند الحنابلة يرون أنّ العقل هو شرط الانعقاد فلا ينعقد بيع المجنون والصبي الذي لا يعقل عندهم⁴، وأمّا الشافعية⁵ فيصحّ البيع عندهم عندهم من كل بالغ عاقل حر، وبالنسبة للصبي والمجنون فقالوا لا يصح بيعهما لقوله صلى الله عليه وسلم: "رُفِعَ الْقَلَمُ عَنْ ثَلَاثٍ: عَنِ الصَّبِيِّ حَتَّى يَبْلُغَ، وَعَنِ النَّائِمِ حَتَّى يَسْتَيْقِظَ، وَعَنِ الْمَجْنُونِ حَتَّى يَفِيْقَ"⁶.

- **الولاية:** وتعني أن يكون للعاقد سلطة تمكّنه من تنفيذ العقد وترتيب آثاره الشرعية عليه، وهذه السلطة ناشئة من كونه مالكاً يتصرف بالأصالة عن نفسه، أو نائباً عن المالك الأصلي بالوكالة أو الوصاية⁷.

- **أن يكون العاقد متعدداً:** وهذا الشرط يذكره الحنفية⁸، فالواحد لا يصلح عاقداً من الجانبين في باب البيع إلاّ إلاّ الأب فله أن يبيع مال من ابنه الصغير بمثل قيمته، أمّا بالنسبة للمذاهب الأخرى فهم يرون ذلك أيضاً إلاّ أنّهم

¹ - كاسب بن عبد الكريم البدران، عقد الاستصناع في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 61.

² - المرجع نفسه، ص 60.

³ - مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، المرجع السابق، الجزء 2، ص 736.

⁴ - ينظر: - مذهب الحنفية: الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المصدر السابق، الجزء 5، ص 135.

- مذهب المالكية: الخطاب الرعيبي، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، المصدر السابق، الجزء 5، ص 241.

- مذهب الحنابلة: ابن قدامة، المغني، المصدر السابق، الجزء 4، ص 185.

⁵ - الشيرازي، المهذب، المصدر السابق، الجزء 2، ص 03.

⁶ - أبو داود، سنن أبي داود، المصدر السابق، كتاب: الحدود، باب: في المجنون يسرق أو يصيب حداً، رقم الحديث: 4403، الجزء 4، ص 141.

قال الألباني: حديث صحيح. ينظر: الألباني، صحيح الجامع الصغير وزيادته، المرجع السابق، الجزء 1، ص 659.

⁷ - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، الجزء 4، ص 139.

⁸ - الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المصدر السابق، الجزء 5، ص 135.

لا يذكرونه كشرط، فهم يعتبرون العاقدين من أركان العقد ومبني هذا قائم على الخلاف الموجود بين الحنفية وغيرهم في تحديدهم للركن.

- الرضا والاختيار: اتفق الفقهاء على أنّ الرضا أساس العقود على اختلاف بين الجمهور والحنفية في العقود، فالرضا عند الأحناف شرط صحة في العقود المالية أمّا غير المالية فليس بشرط صحة فتصح مع الإكراه فالاختيار هو وسيلة للرضا عندهم، أمّا الجمهور الرضا شرط صحة في كل العقود المالية أو غير المالية.

2 - وجود الصيغة:

بالنسبة للصيغة لا يشترط فيها عبارات معينة، بل كل ما يدل على رضا الجانبين، وأعتقد أنّها لا تكون بالمعاطاة في عقد الاستصناع، لأنّه لا بد من أوصاف يذکرها المستصنع واستفسار من الصانع بكيفية الصنع، وهذا يستدعي إيجاباً وقبولاً، وقد مثل الفقهاء لبعض الصيغ التي يكون بها الاستصناع منها: اعمل لي واصنع لي، فيقول الصانع: قبلت ورضيت¹.

وهذه الشروط والأحكام المتعلقة بالصيغة في عقد الاستصناع لا يتعارض معها الرضا في عقد البيع بناءً على التصميم؛ بل إنّهُ يمكن القول عن شروطه جملة كل هذه الشروط تتفق في روحها ومعناها مع شروط الصيغة التي اشترطها علماء الفقه الإسلامي في الاستصناع وبقية عقود البيع².

الفرع الثاني: المعقود عليه

يقصد بالمعقود عليه في عقد الاستصناع الثمن الذي يقدّمه المستصنع من جهة ، والعين المصنوعة والعمل الواقع عليها من جهة ثانية³.

أولاً: الثمن

وهو المال الذي يدفعه المستصنع نظير المطلوب صنعه، وهو قيمة المادة الخام مع عمل الصانع⁴. فيجب أن يكون الثمن معلوماً محدداً نوعاً وقدرًا في عقد الاستصناع، ولا يجب تعجيل الثمن؛ بل يجوز تعجيله، ويجوز تأخيره إلى وقت القبض أو بعده، ويجوز تقسيطه، وهو في ذلك على خلاف عقد السلم⁵، "كما يجوز ترديد الثمن في

¹ - المصدر نفسه، الجزء 5، ص 02.

² - مصطفى كمال التازري، الاستصناع والمقاولات في العصر الحاضر، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، تصدر عن منظمة المؤتمر الإسلامي، جدة- السعودية، 7 إلى 12 ذو القعدة 1412هـ الموافق 9 - 14 مايو 1992م، العدد 7، ص 1006.

³ - محي الدين اسطنبولي، عقد الاستصناع، المرجع السابق، ص 55.

⁴ - كاسب بن عبد الكريم البدران، عقد الاستصناع في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 62.

⁵ - محمد سليمان الأشقر وآخرون، بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة، المرجع السابق، ص 232.

الاستصناع، بحسب موعد إنجاز المصنوع، كأن يحدّد الثمن بمائة إذا كان تسليم المصنوع بعد شهرين، ومئة وعشرين إن كان بعد شهر وذلك قياساً على الإجارة¹، وهنا تظهر أهمية الاستصناع وقابليته لتلبية حاجات المتعاملين العقاريين في هذا العصر. وهذا الثمن يمكن أن يتحدّد بإحدى الطريقتين:

طريقة المساومة: أي التفاوض بين الصانع و المستصنع للوصول إلى سعر متفق عليه.

طريقة المراجعة: 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 يحدّد أثناء التعاقد². لذلك فالثمن وكيفية تحديده يبيّن لنا أكثر التقارب أو بالأحرى التطابق في العديد من الجوانب، بين عقد الاستصناع وعقد البيع بناءً على التصميم، فمادام عقد الاستصناع الأصل المقيس عليه أو المخرّج عليه عقد البيع بناءً على التصميم ويجوز فيه تقسيط الثمن، فلا مانع من الاشتراط في هذا الأخير كيفية التقسيط وكل الشروط والأحكام المتعلقة بالثمن المقسط، والتي من قبيل الرفق بالمشتري الذي دعت إليه الحاجة لا أكثر.

ثانياً: المبيع (المستصنع)

الاستصناع يتطلّب توافر أمرين مهمّين 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 هو الجهد الواعي الذي يبذله الصانع لإنجاز ما طلب منه، وكما سبق أن بيّنا أنّ جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة اعتبروا الاستصناع من صور السلم، وبالتالي اشترطوا في محلّه ما يشترط في محل السلم، في حين أنّ الحنفية اعتبروه عقداً مستقلاً واهتموا بتفصيل أحكامه وأفردوا له باباً خاصاً في كتاب البيوع، إلّا أنّهم اختلفوا في تحديد المثلث أي المحل في هذا العقد.

فذهب بعض الحنفية³ إلى أنّ المعقود عليه في الاستصناع هو عمل الصانع البائع في العين المطلوبة أي صنعه لها بنفسه، فمقصودهم أنّه يبيع لعين موصوفة سيصنعها البائع، ذلك أنّ الاستصناع استفعال من الصنع وهو العمل

- وهبة الزحيلي، المعاملات المالية المعاصرة، المرجع السابق، ص 307.¹

- مصطفى أحمد الزرقا، عقد الاستصناع ومدى أهميته في الاستثمارات الإسلامية المعاصرة، المرجع السابق، ص 22.²

³ - منهم: أبو سعيد البردعي، حيث جاء في مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر: "وقال البردعي: عمله نظراً إلى أنّ الاستصناع مشتق من الصنع وهو العمل". ينظر: - عبد الرحمن بن محمد بن سليمان، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، دار إحياء التراث العربي، بيروت -

لبنان، د.ط، د.ت، الجزء 2، ص 107.

فتسمية العقد به دليل على أنه هو المعقود عليه¹، كما أنّ في الاستصناع شبهة بالإجارة، ولذلك يبطل بموت أحد المتعاقدين، والمعقود عليه في الإجارة هو العمل فكذلك الاستصناع².
 وذهب جمهور الحنفية³ إلى أنّ المعقود عليه في الاستصناع هو عين الشيء المستصنع، ذلك أن المقصود هو عين الشيء المستصنع، ولهذا لو جاء به الصانع من صنع شخص آخر وفق ما طلب المستصنع، فإنّ العقد يصح فدلّ على أنّ العقد وارد على العين، ولو كان وارداً على العمل لما صحّ⁴.
 كما أنّ خيار الرؤية⁵ يثبت للمستصنع وخيار الرؤية لا يكون إلاّ في بيع العين، فدلّ على أنّ المبيع هو العين وليس العمل⁶.

وثمره هذا الخلاف تكمن في أنّه لو أحضر البائع للمستصنع المشتري عيناً مطابقة للأوصاف المتفق عليها لكنّها من صنع صانع غيره، هل يجبر المشتري على قبولها، وإذا أعطاه إياها ولم يذكر له أنّها من صنع غيره فهل تبرأ ذمته أم يكون قد غشه؟ فإذا عرف بعد أخذه هل يكون له خيار في أن يردّها؟
 فعلى الرأي الأول القائل بأنّ المعقود عليه في الاستصناع هو عمل الصانع لا يجبر المشتري على قبولها، ولا تبرأ ذمته إن أعطاه صنع غيره فأخذه ظاناً أنه صنعه⁷.
 وعلى الرأي الثاني القائل بأنّ المعقود عليه هو العين لا العمل يجبر المشتري على قبولها، وتبرأ ذمة الصانع إن لم يذكر له ذلك، لأنّه قد وقيّ بالتزامه، وهو تقديمه له عيناً مصنوعة موافقة للأوصاف المشروطة⁸.
 وهناك رأي ثالث تبناه بعض المعاصرين وهو أنّ المعقود عليه في الاستصناع هو العين والعمل معاً، وبذلك يتميز عن البيع الذي محلّه العين، وعن الإجارة التي محلّها العمل، وعن السلم الذي محلّه العين الموصوفة في الذمة⁹، وهذا وهذا ما أخذ به مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره السابع بجدة في المملكة العربية السعودية من 7-12 ذي القعدة 1412هـ الموافق لـ 9-14 ماي 1992م في قراره رقم 7/3/65 بشأن عقد الاستصناع.

¹ - السرخسي، المبسوط، المصدر السابق، الجزء 12، ص 139. وينظر: - فخر الدين الزيلعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي، المطبعة الأميرية الكبرى، بولاق - القاهرة، ط 1، 1313هـ، الجزء 4، ص 124.
² - الزيلعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي، المصدر السابق، الجزء 4، ص 124.
³ - السرخسي، المبسوط، المصدر السابق، الجزء 12، ص 139.
⁴ - كمال الدين ابن الهمام، فتح القدير، المصدر السابق، الجزء 07، ص 116.
⁵ - سيأتي البحث والتفصيل في هذا الخيار في المبحث الثالث من الفصل الثاني من هذا البحث.
⁶ - السرخسي، المبسوط، المصدر السابق، الجزء 12، ص 139.
⁷ - المصدر نفسه، الجزء 12، ص 139. وينظر: - الزيلعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، المصدر السابق، الجزء 04، ص 124.
⁸ - السرخسي، المبسوط، المصدر السابق، الجزء 12، ص 139.
⁹ - محيي الدين القره داغي، عقد الاستصناع بين الإلتزام والاستقلال والذم والحوار، المرجع السابق، ص 136. وينظر: - محمد سليمان الأشقر وآخرون، بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة، المرجع السابق، ص 230.

وعليه فنعتقد أنه ليس هناك ما يمنع من الأخذ بالرأيين معا واعتبار محل الاستصناع من زاوية الصانع كلا من المبيع والعمل معا، وليس في الجمع بين المبيع والعمل باعتبارهما محلا لعقد الاستصناع أي تناقض، وتطبيقا لذلك فإن محل عقد البيع بناءً على التصميم باعتباره تطبيقا لعقد الاستصناع يتمثل في العقار، وعملية البناء التي يقوم بها المرقي العقاري لغرض إنجاز العقار إذا نظرنا للمحل من زاوية البائع، ويتمثل في الثمن إذا نظرنا للمحل من جهة المشتري بناءً على التصميم، ولهذا المحل عدّة شروط تميّز عقد الاستصناع عن غيره من العقود وهي كالآتي:

1 - أن يكون المعقود عليه معلوما، والمقصود بذلك أن يذكر في العقد مواصفات الشيء المطلوب صنعه، وتحديد المواد الخام الداخلة في الصنع، وطريقة التصنيع بصورة وافية تؤدّي إلى تكوين العلم به، وتمنع التنازع عند التسليم وفي ذلك يقول الكاساني: "وأما شرائط جوازه فمنها: بيان جنس المصنوع، ونوعه وقدره وصفته لأنّه لا يصير معلوما بدونه"¹.

وقد نصّت مجلة الأحكام العدلية على هذا الشرط في المادة 395 منها حيث جاء فيها: "يلزم في الاستصناع وصف المصنوع وتعريفه على الوجه الموافق المطلوب"².

وهذا الشرط يجعل كلاً من الاستصناع والبيع بناءً على التصميم في نفس الطريق، إذ أنّه اشترط في كليهما هذا الشرط لحماية المشتري بأن لا يكون العقد المبرم فيه غرر وجهالة يفضيان إلى النزاع والخسارة، أمّا عن التصميم والمخطط الذي يشترط في البيع بناءً على التصميم، فهدفه تبيين مواصفات البناء ليحدث للمشتري علم بالمبيع بحيث تنتفي صفة الغرر والجهل المبطللة للعقد، لأنّ المحل غير مجهول. وعقد الاستصناع كما عرفنا سابقا أيضا يلزم فيه تحديد مواصفات المبيع بدقة كما هو الحال في البيع بناءً على التصميم لكن لم يشترط أن تكون تصاميم أو خرائط، ولا يمكننا عد هذه النقطة نقطة اختلاف؛ بل هي من مقتضيات العصر فالتطور أوجد وسيلة لوصف وتحديد المبيع.

2 - أن يكون الشيء المستصنع ممّا يجري فيه تعامل الناس في صناعته صنعا، أي ممّا جرى العرف على استصناعه، فإن لم يجر عرف بذلك لا يصح؛ لأنّ جوازه على خلاف القياس فيما تعامل به الناس فيختص بما جرى به العرف دون غيره³. ذلك "أنّ وجه استثناء الاستصناع من بيع المعدوم هو التعارف فما لم يتعارف على استصناعه يبقى على أصل المنع لأنّ التعامل دليل الحاجة"⁴.

¹ - الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المصدر السابق، الجزء 05، ص 03.

² - لجنة مكونة من عدّة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية، مجلة الأحكام العدلية، المصدر السابق، ص 76.

³ - الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المصدر السابق، الجزء 05، ص 03.

⁴ - محمد سليمان الأشقر وآخرون، بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة، المرجع السابق، ص 230.

وهذا الشرط يقتضي أن لا يصح الاستصناع فيما لم يجز الاستصناع فيه في زماننا الحاضر، والملاحظ أنّ الفقهاء المسلمين قد مثّلوا لما تعارف الناس على استصناعه في زمانهم، فذكر الكاساني أواني الحديد والرصاص والنحاس، والخفاف والنعال، والسيوف والسكاكين¹... إلخ. ثم جاءت مجلة الأحكام العدلية بصور وأمثلة أخرى تتناسب مع الصناعات الشائعة في عصرها، كونها صدرت في القرن الثالث عشر هجري ومن هذه الصور: السفن، الأسلحة، وغيرها².

وهذا يدلّ على أنّ ما ذكره الفقهاء من أمثلة ممّا يجوز استصناعه، إنّما كان على سبيل المثال عمّا كان معروفاً في زمانهم لا الحصر، وهذا لا يمنع الاستصناع في المجالات التي استجدت في هذا العصر خصوصاً بيع البيوت في طور الإنشاء أو كما يسميه المشرع الجزائري البيع بناءً على التصميم، وذهب مصطفى أحمد الزرقا إلى أنّ الانفجار الصناعي الهائل الذي يشهده العالم في العصر الحالي جعل الاستصناع متعارفاً عليه في جميع الأشياء، فأصبح شرط العرف متوافراً بوجه عام، وأنّه لا داعي لاعتبار هذا الشرط الآن³. ويرى محمد سليمان الأشقر أنّ التعارف على الاستصناع ليس وارداً على كل المصنوعات، فهناك أشياء لا يجري التعامل على استصناعها، مثل: الأجهزة المنزلية الإلكترونية، كالثلاجة والغسالة والتلفزيون، والمواد الكيماوية والعطور، وألواح الزجاج وغيرها. لذلك فيمكن تقييد جواز الاستصناع فيما يحتاج إليه، فقيّد الحاجة هو الذي يحدّد ما يدخله الاستصناع⁴.

وفي نظري أوافق محمد سليمان الأشقر فيما ذهب إليه، وكما هو مقرّر عند الفقهاء أنّ الحاجة تنزل منزلة الضرورة، فحاجة الناس اليوم إلى السكن، جعلته يدخل في الاستصناع.

3 - أنّ المادة أو المواد الأولية التي يصنع منها الشيء المستصنع فيه وسائر ما يحتاج إليه صنعه من مواد أساسية أو كمالية، سواء منها ما يحتاج إلى اشتراط، أو كان مفهوماً عرفاً، كل ذلك إنّما يقدمه الصانع البائع من عنده، ولا يقدم المستصنع المشتري شيئاً منه، لأنّه محسوب حسابه في الثمن، وهو إنّما يشتري الشيء مصنوعاً كاملاً.

¹ - الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المصدر السابق، الجزء 05، ص 03.

² - حيث نصّت المادة 388 من مجلة الأحكام العدلية على "...أو تقاوم مع نجار على أن يصنع له زورقاً، أو سفينة ويبيّن له طولها وعرضها وأوصافها اللازمة وقبل النجار انعقد العقد كذلك لو تقاوم مع صاحب معمل أن يصنع له كذا بندقية". - لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية، مجلة الأحكام العدلية، المصدر السابق، ص 76.

³ - مصطفى أحمد الزرقا، عقد الاستصناع ومدى أهميته في الاستثمارات الإسلامية المعاصرة، المرجع السابق، ص 36.

⁴ - محمد سليمان الأشقر وآخرون، بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة، المرجع السابق، ص 231.

وهذا ما يفرّق الاستصناع عن الإجارة من ناحية ثانية إذا استؤجر أحد الأشخاص لعمل ما مما يحتاج إلى مواد، فإن الأجير الخاص لا يقوم بتقديمها من عنده، وإنما يقوم بالعمل فقط¹. وهذا الشرط لا يتوافق فقط بل يتطابق به عقد الاستصناع مع عقد البيع بناءً على التصميم، ويتميز به هو الآخر عن أحد أنواع المقاولة التي تكون فيها مواد الصنع من صاحب العمل وعلى المفاوض الإنجاز فقط.

4- أنّ المبيع في الاستصناع مفترض فيه افتراضاً أنّه معدوم عند العقد، وأنّ المقصود صنعه وإيجاده وهذا ما يجعله قابلاً للتحقق. وهذه (كونه معدوم) تبرز فيه كما هي في السلم أنّهما قد فتح فيهما باب معقول استثنائي لبيع المعدوم تدعو إليه الحاجة والمصلحة². وهذا الشرط يجعل الاستصناع ينطبق تماماً مع عقد البيع على التصاميم لأنّه يشترط فيه أن يكون البناء غير موجود (أي معدوم) وإلاّ لن يصبح العقد بيعاً على التصاميم بل بيع عادي لعقار منجز.

5- أن يحدّد فيه زمن تسليم سواء أكان قصيراً أم طويلاً، وذلك لأنّ العقود التي يتخللها العمل لا بد أن يذكر معها الأجل. وهذه مسألة خلافية بين الأحناف، فذهب أبو حنيفة إلى أنّه لا يضرب فيه الأجل³، فإن ذكر فيه الأجل انقلب إلى عقد سلم، ولزم فيه مراعاة شروط السلم وأحكامه، وخالفه الصحابان (أبو يوسف ومحمد⁴) وقالوا: هو استصناع سواء ذكر فيه الأجل أم لم يذكر⁵. ووجه قول أبي حنيفة أنّه إذا ضرب فيه أجل فقد أتى بمعنى السلم، إذ أنّه عقد على مبيع في الذمة مؤجل، والعبارة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني⁶.

1 - مصطفى أحمد الزرقا، عقد الاستصناع ومدى أهميته في الاستثمارات الإسلامية المعاصرة، المرجع السابق، ص 745.

2 - المرجع نفسه، ص 745.

3 - السرخسي، المبسوط، المرجع السابق، الجزء 12، ص 139. وينظر: - الزيلعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي، المصدر السابق، الجزء 4، ص 124. - الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المصدر السابق، الجزء 05، ص 03.

4 - 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"، "السير"، "الأمالي". ينظر: - اللكنوي، الفوائد البهية في تراجم الحنفية، المرجع السابق، ص 163. - ابن العماد، شذرات الذهب في أخبار من ذهب، المصدر السابق، الجزء 1، ص 321. - الزركلي، الأعلام، المرجع السابق، الجزء 6، ص 80.

5 - الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المصدر السابق، الجزء 05، ص 03. وينظر: - الزيلعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، المصدر السابق، الجزء 4، ص 124.

6 - السمرقندي، تحفة الفقهاء، المصدر السابق، الجزء 02، ص 539.

أما وجه قول صاحبين بأنه استصناع في كل الأحوال، هو أنّ العادة جارية بضرب الأجل في الاستصناع، وإثماً يقصد به تعجيل العمل لا تأخير المطالبة، وإنّ الأجل الذي يذكر إنّما يراد به المدّة الصغرى التي يستطيع الصانع فيها الفراغ من العمل¹.

وقد رجّح عدد من المعاصرين² رأي صاحبين؛ بل أوجبوا تحديد الأجل في الاستصناع، كما ذكر محمد سليمان الأشقر: "لكن نقول كان هذا في عهدهم... أمّا في عصرنا الحاضر، فقد دخل الاستصناع في مصنوعات ضخمة هائلة باهظة التكاليف، كالطائرات، والبواخر، والعمارات، ممّا قد يحتاج إنشائه إلى سنين، ولذا ذهب جمهور فقهاء العصر ومجمع الفقه الإسلامي إلى أنّه يجوز ذكر الأجل بل يجب حسماً للنزاع"³.

وبدوري أؤيد صاحبين فيما ذهبوا إليه، فالاتفاق على الأجل أمر ضروري، لأنّ من شأنه تقليل حالات النزاع لمعرفة المشتري بالوقت الذي يحق له المطالبة بالمصنوع، وهذا ما أخذ به مجمع الفقه الإسلامي في قراره رقم: 68/3/7، والذي اتخذته في دورة مؤتمره السابع المنعقد بجدة في المملكة العربية السعودية من 07 إلى 12 ذو القعدة 1412هـ الموافق لـ 9 إلى 14 ماي 1992 والذي جاء فيه:

"أولاً: إنّ عقد الاستصناع وهو عقد وارد على العمل والعين في الذمة، ملزم للطرفين إذا توفرت فيه الأركان والشروط.

ثانياً: يشترط في عقد الاستصناع ما يلي:

أ. بيان جنس المستصنع ونوعه وقدره وأوصافه المطلوبة.

ب. أن يحدّد فيه الأجل.

ثالثاً: يجوز في عقد الاستصناع تأجيل الثمن كله أو تقسيطه إلى أقساط معلومة لأجل محدّد..."⁴.

وبهذا الشرط المرجح تزيد نقاط التوافق بين عقد الاستصناع وعقد البيع على التصاميم، لأن ضرب الأجل في هذا الأخير يترتب على تخلفه البطلان كما رأينا سابقاً.

¹ - السرخسي، المبسوط، المرجع السابق، الجزء 12، ص 139. ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، المصدر السابق، الجزء 05، ص 223.

² - ضحى محمد سعيد عبد الله النعيمي، مفهوم بيع العقار على الخريطة وتكييفه القانوني، المرجع السابق، ص 263. وينظر: - كاسب عبد الكريم البدران، عقد الاستصناع "عقد المقاول في الفقه الإسلامي"، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 175. - القره داغي، عقد الاستصناع بين الاتباع والاستقلال واللزوم والجواز، المرجع السابق، ص 143.

³ - محمد سليمان الأشقر وآخرون، بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة، المرجع السابق، المجلد الأول، ص 232.

⁴ - قرار مجلس مجمع الفقه الإسلامي رقم: 68/3/7، منشور في برنامج مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الشركة العربية لتقنية المعلومات، 2007م، الموقع الإلكتروني: www.Fiqhacademy.org.sa، تاريخ الزيارة: 2015/12/22م.

الفرع الثالث: السبب

درس الباحثون المعاصرون هذا الركن في الفقه الإسلامي تحت مسمى "الباعث"، وهو القصد الدافع للمتعاقد أو المتصرف أن يحققه بتصرفه أغراضاً وغايات غير مباشرة، وقلنا غير مباشرة لأن الأغراض المباشرة هي تلك الأغراض المعروفة في كل التزام وتصرف، فالغرض المباشر مثلاً في عقد البيع هو نقل ملكية المبيع إلى المشتري، ونقل ملكية الثمن إلى البائع¹. أمّا الاستصناع فهو عقد تجاري يحقق الربح للبائع الصانع، ويلبي حاجة المستصنع، فيكون الباعث الدافع عليه حاجة المستصنع، لذا روعي في الحديث عن الثمن حالة المستصنع، فجاز له دفعه بأي طريقة تلي حاجته. وهذا بخلاف الباعث على عقد السلم فهو شدة حاجة البائع إلى نقود ينفقها على نفسه وأهله أو على إنتاجه الزراعي، وهو لا يملك ذلك آنياً، لذا سمي "بيع المفاليس" وهذا ما يفسر اشتراط تعجيل الثمن². أمّا الباعث إلى عقد البيع بناءً على التصميم هو اجتماع الدافعين السابقين معاً مع فارق، إذ هو حاجة البائع إلى النقود كي يمول بها المشروع في كل مرة تتقدم فيها الأشغال ثم تحقيق الربح في النهاية، وحاجة المشتري إلى سكن دون امتلاك ثمنه أو ثمن شراء الأرض وبنائه - كما رأينا سابقاً - .

بالإضافة إلى هذه الأركان العامة لعقد الاستصناع، فإنه يشترط فيه أيضاً أن يكون العقد مكتوباً (الشكلية)، وإن لم يشر الفقهاء ولا مجمع الفقه الإسلامي إلى شرط الكتابة عند حديثهم عن شروط الاستصناع، ولكن بما أنّ هذا العقد تترتب عليه ديون والتزامات متبادلة بين الصانع والمستصنع، فإن الباحث يرى ضرورة اشتراط توثيق العقد، فقد أمرت الشريعة بكتابة الديون، قال تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ ءَلَكِ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَآكُتُبُوهُ﴾³، قال القرطبي في تفسير الآية: "...وقال الجمهور الأمر بالكتب ندبٌ إلى حفظ الأموال وإزالة الرّيب، وإذا كان الغريم تقياً فما يضره الكتاب، وإن كان غير ذلك فالكتاب ثقافٌ⁴ في دينه وحاجة صاحب الحق"⁵.

¹ - خالد بابكر، الباعث وأثره في العقود والتصرفات، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الإسلامية، تخصص فقه وأصوله معهد الشريعة (سابقاً)، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، 1414هـ-1994م، ص 9.

² - وهبة الزحيلي، عقد الاستصناع، المرجع سابق، ص 806.

³ - سورة البقرة، الآية: 282.

⁴ - ثقافٌ: من ثقّف الشيء ثقفاً وثقافاً إذا حذقه وفطنه، ورجل ثقّف أي ذو فطنة ودكاء. ابن منظور، لسان العرب، المصدر السابق، الجزء 9، ص 19.

⁵ - القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، المصدر السابق، الجزء 3، ص 383.

وجاء في التحرير والتنوير: "إنّ التوثيق في المعاملات من أعظم وسائل بث الثقة بين المتعاملين وذلك من شأنه تكثير عقود المعاملات ودوران دولا ب التمويل"¹.

ومهما كانت هذه المعاملة صغيرة أو كبيرة، حيث قال تعالى: ﴿وَلَا تَسْمَعُوا أَنْ تَكُنُّوهُ صَغِيرًا أَوْ كَبِيرًا إِلَىٰ أَجَلِهِ﴾²، وذلك قصد الطمأنينة والاستقرار في المعاملات ومنع الخلاف والمنازعة بين الطرفين، لقوله تعالى: ﴿ذَلِكُمْ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ وَأَقْوَمُ لِلشَّهَدَةِ وَأَدْنَىٰ أَلَّا تَرْتَابُوا﴾³، كل ذلك يدعو إلى ضرورة توثيق عقد الاستصناع كتابيا، وخاصة في هذا العصر الذي كثرت فيه المعاملات وتداخلت بحيث أصبح من المستحيل ضبطها إلاّ بالعقود الموثقة، أمّا عن كيفية التوثيق والكتابة فهي أمور تنظيمية ترك فيها الفصل للناس، لأنهم أعلم بأمر دنياهم لقول رسول الله - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ -: "أَنْتُمْ أَعْلَمُ بِأَمْرِ دُنْيَاكُمْ"⁴.

وبناءً على ذلك فإنّ أهم البيانات والضوابط التي يراها الباحث ضرورية يحتوي عليها عقد الاستصناع عند التوثيق⁵ هي:

- تاريخ إبرام العقد: حيث يرتبط به تحديد أجل الاستصناع وتسليم المعقود عليه.
- مكان إبرام العقد: فهو مجلس العقد وهو مهم في تحديد عملية تسليم وتسليم الثمن والمثمن في حالة عدم تحديد مكان آخر.
- طرفا العقد: وهما الصانع والمستصنع أو من يمثلهما مع إقرارهما بصحة أهليتهما للتعاقد.
- الصيغة: (الإيجاب والقبول): وذلك بالألفاظ الدالة على التراضي، والمعبرة عن إرادة المتعاقدين في إنشاء العقد.
- العين المستصنعة: بيان نوعها وجنسها وقدرها وكميتها، فإذا كانت عقارا يوصف وصفا دقيقا وتحدّد مساحته، مع إرفاق العقد بكل التصميمات والوثائق الموضحة لذلك، حيث تعتبر جزء من العقد.

¹ - محمد الطاهر ابن عاشور، التحرير والتنوير - تحرير المعنى السديد وتنوير العقل الجديد من تفسير الكتاب المجيد، الدار التونسية، تونس، د.ط، 1984م، الجزء3، ص98.

² - سورة البقرة، الآية: 282.

³ - سورة البقرة، الآية: 282.

⁴ - مسلم، صحيح مسلم، المصدر السابق، كتاب: الفضائل، باب: وجوب امتثال ما قاله شرعا دون ما ذكره صلى الله عليه وسلم من معاش الدنيا على سبيل الرأي، حديث رقم: 2363، الجزء4، ص1836.

⁵ - علي أحمد السالوس، فقه البيع والاستيثاق والتطبيق المعاصر، مؤسسة الريان، بيروت - لبنان، د.ط، 2004م، ص 777-781. وينظر في هذه البيانات الملحق رقم: 02 المتضمّن لنموذج من عقود الاستصناع.

- الثمن: من حيث قدره ونوعه (دينار، دولار، ..) وكيفية تسليمه مؤجلاً أو معجلاً أو على أقساط، مع النص على قبضه إن كان معجلاً، وإن كان مؤجلاً أو مقسطاً فتحدّد الآجال بدقة، وكذا عدد الأقساط وقيمة كل قسط ومكان التسديد.
 - الأجل: أي أجل تسليم العين المستنصعة، فيذكر ذلك بشكل محدد وقاطع ومعلوم للطرفين، مع بيان طريقة التسليم، هل يكون على دفعة واحدة أم على دفعات بحسب تقدم الإنجاز.
 - مكان التسليم والإيفاء: إذا اتفقا على مكان آخر خلاف مجلس العقد، وكيفية معالجة مصاريف النقل في حالة كون العين المستنصعة من المنقولات.
 - تحديد التزامات الصانع والمستنصع: ومن ذلك:
 - التأكيد على قيام الصانع بإنجاز العمل حسب الأصول الفنية للصناعة.
 - بيان حق الصانع في التعاقد من الباطن مع من يشاء وفقاً للقواعد المرعية في ذلك، أو النص على منعه من ذلك.
 - في حالة مشاريع البناء - البيع بناءً على التصميم - يتم التأكيد على مسؤولية المستنصع في استصدار جميع الرخص اللازمة لتنفيذ العمل.
 - آلية تسوية المنازعات: وسواء أكان ذلك لظروف قاهرة أم لغير ذلك وتحديد أسلوب التحكيم والشروط الجزائية المترتبة عن التخلف عن أداء الالتزامات.
 - الضمانات: تحديد طبيعة الضمانات كالرهن والكفالات... إلخ.
- وهذه البيانات التي يجب أن يحتوي عليها عقد الاستنصاع عند التوثيق لا تتعارض مع البيانات التي نص عليها القانون في الشكل النموذجي لعقد البيع بناءً على التصميم، الذي جاء به المرسوم التنفيذي 13 - 431 المحدد لنموذج عقد البيع بناءً على التصميم؛ بل إن أغلب هذه البيانات موجودة في هذا النموذج، وهذا من أبرز المؤشرات التي تزيد من التقارب بين عقد الاستنصاع وعقد البيع بناءً على التصميم.

خلاصة الفصل الأول:

بعد أن تناولنا في هذا الفصل ماهية عقد البيع بناءً على التصميم، بدءاً بمفهوم هذا العقد، من حيث تعريفه ثمّ تكييفه في الفقه الإسلامي، وصولاً إلى بيان أركانه، وذلك في ثلاثة مباحث، يمكن أن نخلص إلى ما يلي:

- رغم حداثة عقد البيع بناءً على التصميم إلا أنّ المشرع الجزائري قد نظمته وضبط أحكامه بمجموعة من النصوص القانونية آخرها: القانون رقم 11-04 المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، والمرسوم التنفيذي 13-431 المحدد لنموذجي عقد حفظ الحق وعقد البيع بناءً على التصميم.

- ومع أنّ المشرع الجزائري عادةً ما يترك التعريفات للفقه إلا أنّه حرص على إعطاء مفهوم لهذا العقد في المادة 28 من القانون 11-04، وقد أحسن المشرع في ذلك إلى حد بعيد، نتيجة حداثة هذا النوع من البيوع إذ يحتاج إلى تحديد دون لبس أو غموض. إلا أننا نعتقد أنّ تسمية هذا البيع - البيع بناءً على التصميم - هي تسمية غير واضحة ومبهمّة، فالأصل أن يسمي المشرع هذا العقد ببيع العقار بناءً على التصميم، لكونه بيعاً ينصبّ على عقار، وبالتالي إزالة اللبس الواقع في محلّ هذا العقد .

- يتميز عقد البيع بناءً على التصميم بخصائص طبقاً للقواعد العامة وأخرى طبقاً لقواعد نشاط الترقية العقارية، فخصائصه حسب القواعد العامة تتمثل في أنّه: عقد مسمّى، عقد شكلي، عقد ملزم لجانبيين، وأنه من العقود الفورية، كذلك هو من عقود الإذعان، وعقد محدّد ومن عقود المعاوضة. أمّا

خصائصه حسب قواعد نشاط الترقية العقارية فهو: عقد بيع عقاري مستقبلي، الثمن فيه يكون على شكل أقساط، يتميز بضمانات خاصة، مركب الأحكام، عقد ناقل للملكية تدريجياً. ولجميع هذه الميزات وجه شرعي في الفقه الإسلامي، ويشترك في أغلبها هذا العقد مع عقد الاستصناع في الفقه الإسلامي إلا ما اقتضته ضرورة العصر والتطور.

- أن عقد البيع بناءً على التصميم هو من قبيل عقد الاستصناع في الفقه الإسلامي، وهذا ما أخذ به مجموعة من الفقهاء المعاصرين ومجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي. وقد أطلق عليه بعض الباحثين المعاصرين في الفقه الإسلامي بيع العقار على الخريطة أو بيع البيوت على المصورت، وهذا ما أيدناه لانطباق أحكام الاستصناع على هذا البيع.

- لما كان عقد البيع بناءً على التصميم يرد على عقار، فإن هذه الخاصية نقطة اختلاف بينه وبين عقد الاستصناع في الفقه الإسلامي، فالثاني قد يرد على عقار أو منقول ويغلب استعماله في المنقول كما رأينا سابقاً، أما الأول فهو منصب على بيع عقار لم ينجز أو في طور الإنجاز، وبالتالي يمكننا القول أن بيع العقار بناءً على التصميم يمثل صورة من صور الاستصناع (استصناع العقارات)، .

- أن الفقهاء قد اختلفوا في عقد الاستصناع فمنهم من جعله عقداً مستقلاً وهو ما يسمّى في القانون بالعقد المسمّى، ومنهم من اعتبره نوعاً من أنواع السلم، وبدورنا رجّحنا القول بأن الاستصناع عقد مستقل، وذلك لما له من خصوصيات يختلف فيها عن السلم، وهو بذلك يتوافق تماماً مع عقد البيع بناءً على التصميم.

- ذهب جمهور الحنفية إلى جواز عقد الاستصناع واستدلوا على ذلك من الكتاب، والسنة، والإجماع، والمعقول، وقياساً على ذلك فإن عقد البيع بناءً على التصميم باعتباره من تطبيقات الاستصناع فهو عقد جائز شرعاً، لما فيه من مظاهر اليسر ومراعاة مصالح الناس، وهذا من مقاصد الشرع في المعاملات .

- وكما اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في تكييف عقد الاستصناع، اختلف فقهاء القانون في تكييف عقد البيع بناءً على التصميم بين من اعتبره عقد بيع ومن اعتبره عقد مقاوله، ورأينا أن المشرّع الجزائري وقف موقفاً وسطاً حيث جمع في أحكامه بين عقدي البيع و المقاوله فهو ذو طبيعة مزدوجة، يجمع بين التزامات المقاول والتزامات البائع، والتي أهمّها الالتزام بالإنجاز للأول والالتزام بنقل الملكية للثاني، وهذه الإزدواجية متحققة في عقد الاستصناع كذلك فهو مركب الأحكام من إجارة وبيع، ورغم ذلك فإن لكل من العقدين تنظيم خاص و اسم خاص وهو ما يبرز استقلاليته كعقد مسمّى.

- وجدنا أنّ بعض النظم القانونية في القانون الجزائري قد تشبّه بعقد البيع بناءً على التصميم، ممّا دعانا إلى تمييزه عنها، ومن هذه النظم: الوعد بالبيع العقاري، بيع الأشياء المستقبلية، عقد حفظ الحق، البيع الإيجاري، وكذلك الحال بالنسبة للفقهاء الاسلامي فإنّه توجد عدّة عقود تتشابه معه كبيع السلم، والإجارة، ولاحظنا أنّ البيع بناءً على التصميم يشترك مع هذه النظم في بعض النقاط إلّا أنّ نقاط الاختلاف أكثر، ممّا يبرّر اعتباره من تطبيقات الاستصناع وليس وعدا بالبيع، ولا يبيعا إيجاريا، ولا سلما، ولا إجارة، لانطباق شروط الاستصناع عليه دون بقية النظم.

- بالإضافة إلى أنّ اعتبار عقد البيع بناءً على التصميم من تطبيقات الاستصناع دفعنا للبحث والوقوف على أركان وشروط صحة عقد البيع بناءً على التصميم في القانون، لموازنتها ومقابلتها مع أركان وشروط صحة الاستصناع لدى الفقهاء المسلمين، وبالنظر في هذه الأركان والشروط تبين أنّها متقاربة إلى حد بعيد، والتي توصلنا من خلالها إلى أنّه يشترط لصحة البيع بناءً على التصميم - الوحدات السكنية قبل إنشائها - ما يشترط لعقد الاستصناع جملة إلّا فيما يخصّ بعض الأشياء التي استحدثها المشرّع، والتي تتماشى مع التطورات المواكبة للحياة المعاصرة فهي في مجملها لا تتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية. كما لاحظنا خصوصية عقد البيع بناءً على التصميم من حيث المحلّ كونه يرد على عقار لم ينجز بعد، هذا وقد اختلف فقهاء الحنفية في محل الاستصناع فمنهم من قال هو عمل الصانع، ومنهم من قال هو عين الشيء المستصنع، ورجحنا الرأي الذي تبناه بعض المعاصرين وهو أنّ المعقود عليه في الاستصناع العين والعمل، فضلا عن الثمن الذي يعدّ محلا للعقد أيضا.

- وقد ربط الفقهاء الشيء المستصنع بمسألة العرف، وقلنا أنّ بعض الباحثين المعاصرين ذهبوا إلى عدم اعتبار هذا الشرط، لأنّ الفقهاء القدامى أعطوا أمثلة للاستصناع فيما كان سائدا في عصرهم، أمّا في العصر الحالي فإنّ الاستصناع دخل في عدّة مجالات ومن أبرزها بيع العقار بناءً على التصميم، لذلك يتقيد الجواز بالحاجة وليس بالعرف، حيث أنّه يمكننا عدّ عقد البيع بناءً على التصميم بمثابة تطور حاصل فرضته الظروف والأحوال والزمان على عقد الاستصناع؛ ذلك أنّ ما يجري التعامل فيه بين الناس في تغيّر وتطور مستمر، وأنّه لا يمكن الوقوف عليه عند زمان أو مكان معين، ومن ثمّ فإنّ حاجات الناس المتطورة والمتغيرة تستدعي ألاّ ينحصر عقد الاستصناع فيما جرى فيه التعامل في الماضي؛ لأنّ الناس اليوم غدوا في أشدّ الحاجة إلى التوسع في مجالات جديدة، كاستصناع العقارات.

- عقد البيع بناءً على التصميم يقوم على أربعة أركان شأنه شأن البيوع العقارية، نستشفها من القواعد العامة ونسقطها على هذا العقد وما له من خصوصية لخلو النصوص الخاصة منها، إلا ركن الشكلية الذي 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. وفي ودراستنا للأركان كانت أخصب ميدان للمقارنة بين عقد البيع بناءً على التصميم وعقد الاستصناع أين أبرزنا التشابه الكبير بينهما. مما يؤكد على صحة إلحاق عقد البيع بناءً على التصميم بعقد الاستصناع وعدم صحة إلحاقه بالسلم .

جامعة الأمير الفصل الثاني آثار عقد البيع بناءً على التصميم

المبحث الأول: التزامات طرفي عقد البيع بناءً على التصميم

المبحث الثاني: الجزاءات المترتبة عن الإخلال بهذه الالتزامات

المبحث الرابع: الضمانات الخاصة والمستحدثة في عقد البيع بناءً على التصميم

تمهيد وتقسيم:

بمجرد قيام عقد البيع بناءً على التصميم على النحو الذي سبق بيانه بتوافر أركانه وشروطه، تبدأ آثاره في السريان بالنسبة إلى طرفيه (المركبي العقاري والمقتني)، إذ يتعين على كل منهما تنفيذ التزاماته وفقاً لما اتفقا عليه، فمن المعلوم أنّ عقد البيع على العموم عقد ملزم للجانبين (SYNALLAGMATIQUE)، وفور انعقاده ينشأ التزامات في ذمة البائع وأخرى في ذمة المشتري، ونفس الوصف ينطبق على عقد البيع بناءً على التصميم فهو الآخر عقد تبادلي يترتب التزامات يتحملها كل من البائع (المركبي العقاري) والمشتري (المقتني) بمجرد إبرام العقد، كما يترتب على عدم الوفاء بهذه الالتزامات عدّة جزاءات وعقوبات يفرضها القانون؛ لأنّ القانون يلزم العقاقدين بأن ينفذا العقد بحسن نية، وحسن النية تستلزم قيام كل منهما بثلة من الالتزامات المفروضة عليه، وهذا ما استقرئناه من القانون المدني الذي ينص في المادة 107 على: "يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبحسن نية. ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، بل يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته من وفقاً للقانون، العرف، والعدالة، بحسب طبيعة الالتزام". ولمّا كان المشتري هو الطرف الضعيف في العملية التعاقدية، فقد أحاطه المشرع بمجموعة من الضمانات الخاصة والمستحدثة، والتي من شأنها أن توفر له حماية أكثر في هذا العقد.

وعليه سنتطرق في هذا الفصل إلى بيان كل من التزامات البائع والمشتري وجزاء الإخلال بها في عقد البيع بناءً على التصميم، ثمّ نتعرض إلى الضمانات الخاصة والمستحدثة في هذا البيع، ولمّا كان هذا العقد هو إحدى تطبيقات وصور عقد الاستصناع في الفقه الإسلامي - كما سبق وأن قرّرنا - سنعمد في دراستنا لهذا الفصل المقارنة الرأسية في كل مبحث بين هذين العقدين، وذلك وفق المباحث التالية:

المبحث الأول: التزامات طرفي عقد البيع بناءً على التصميم.

المبحث الثاني: الجزاءات المترتبة عن الإخلال بهذه الالتزامات.

المبحث الثالث: الضمانات الخاصة والمستحدثة في عقد البيع بناءً على التصميم.

المبحث الأول: التزامات طرفي عقد البيع بناءً على التصميم

يعتبر عقد البيع بناءً على التصميم من العقود الملزمة لجانبين، وهذا ما تمّ بيانه عند تطرقنا لخصائصه، ومقتضى هذه الخاصية أنّ كلا الجانبين عليه في مواجهة الآخر التزامات لا بدّ له من الوفاء بها ليصبح العقد نافذاً وكاملاً، وقصد بيان ذلك سنتطرق في هذا المبحث إلى التزامات البائع (المركبي العقاري) والمشتري (المقتني) في هذا العقد في كل من القانون والفقهاء الإسلاميين وذلك وفق المطلبين الآتيين.

المطلب الأول: التزامات البائع في عقد البيع بناءً على التصميم

تقع على البائع في عقد البيع بناءً على التصميم عدّة التزامات اتّجاه المشتري، يكتسب فيها هذا العقد نوعاً من الخصوصية تجعله يختلف عن عقد البيع العادي خصوصاً في التزامات البائع، التي تحظى بنصيب وافر من الأهمية، بوصفه الطرف الذي يتلقى الائتمان من جانب المشتري، من خلال ما يحصل عليه من أقساط عند التعاقد وأثناء عمليات البناء، ويبدوا هذا الاختلاف من ناحيتين، فمن جهة هذه الالتزامات وإن كانت موجودة في عقد البيع إلّا أنّها تختلف في مفهومها، ومن جهة ثانية فإنّ هذا البيع ينصبّ على عقار قبل أو في طور الانجاز مما يفرض على البائع مجموعة من الالتزامات غير المألوفة في البيع العادي.

وبناء على ذلك سنتطرق في هذا المطلب إلى التزامات البائع في هذا العقد في كل من القانون والفقهاء الإسلاميين، وذلك وفق الفرعين الآتيين:

الفرع الأول: التزامات البائع (المركبي العقاري) في عقد البيع بناءً على التصميم في القانون

يتضمّن عقد البيع بناءً على التصميم نفس الالتزامات الناشئة عن عقد البيع العادي، لكنها تختلف في مضمونها عن الالتزامات العادية كما سبق الذكر، وبالرجوع إلى القانون 04/11 الذي يحدّد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، نجد أنّ المشرّع الجزائري قد وسع من مهام المركبي العقاري؛ إذ أصبح يلعب دوراً مهماً في التهيئة العمرانية وإعادة الهيكلة وتدعيم البنايات المخصّصة للبيع والإيجار، فالمركبي العقاري في عقد البيع بناءً على التصميم ملزم بكل بائع بنقل ملكية العقار للمشتري وتسليمه وضمان الانتفاع به، لكن مادام الأمر يتعلّق بعقار تحت التشييد والانجاز فإنّ الالتزام الأساسي الذي يقع على عاتق المركبي العقاري هو أن يقوم ابتداءً بتشيد العقار وإتمامه حتّى

يوجد فعليا، ليتمكن بعد ذلك من نقل ملكيته إلى المشتري وتسليمه له، فضلا عن الالتزام بالضمان والالتزام بالإعلام.

وعليه فإنّ الالتزامات التي تقع على عاتق المرقى العقاري هي: الالتزام بالتشييد، الالتزام بتسليم العقار في الآجال المحددة في العقد، الالتزام بنقل الملكية و الالتزام بالضمان وأخيرا الالتزام بالإعلام. لذلك سنتناول هذه الالتزامات فيما يأتي بشيء من التفصيل:

أولا: الالتزام بتشييد البناء

يعدّ الالتزام بالتشييد أول الالتزامات الناشئة عن عقد البيع بناءً على التصميم، وهو المحور الذي تدور عليه العملية التعاقدية، لأنّه في حالة عدم الوفاء به من جانب المرقى العقاري يستحيل الحديث عن باقي الالتزامات، لأنّ الوفاء بها لا يثار إلاّ في حالة وجود العقار محل البيع، في حين أنّ الالتزام بالتشييد يبدأ مصاحبا للعقد منذ توقيعه إلى حين إنهاء الإنجاز¹.

لذلك سنبحث فيما يلي المقصود بهذا الالتزام أولا، ثمّ نتطرق إلى شروط تنفيذه ثانيا.

1 - تعريف الالتزام بالتشييد:

إنّ الالتزام بالتشييد هو الالتزام بتنفيذ أشغال بناء العقار طبقا لما هو متفق عليه في عقد البيع بناءً على التصميم ووفقا للقوانين السارية المفعول، حيث يلتزم المرقى العقاري بالبناء والتشييد كما يلتزم المقاول في مقاولات البناء، سواءً كان المرقى العقاري يحمل هذه الصفة أو كان شخصا آخر يتعاقد مع مقاولين ومهندسين معماريين لتنفيذ أعمال البناء. فهو التزام تفرضه طبيعة العقار باعتباره يباعا لشيء غير موجود، وبالتالي فليس هناك مجالاً لنقل الحياة كما هو الأمر في البيع العادي. ولعلّ هذا الالتزام من أهم الخصائص التي يتميز بها عقد البيع بناءً على التصميم عن بقية البيوع، والتي جعلت المشرّع الجزائري يخصّ هذا العقد بأحكام لا تطبق إلاّ عليه².

¹ - نسيم موسى، ضمانات تنفيذ عقد الترقية العقارية - عقد بيع العقار في طور الإنجاز - ، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2015م، ص 7.

² - علال قاشي، التزامات المرقى العقاري وجزاء الإخلال بها في عقد البيع على التصميم، المرجع السابق، ص 18.

والملاحظ أنّ المشرّع الجزائري لم يورد تعريفا لهذا الالتزام، ولعلّ السبب في ذلك أنّ مسألة التعريفات تعود للفقهاء أكثر من القانون، غير أنّه بالرجوع إلى نص المادة 3 من القانون 11-04 المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية نجد أنّها عرّفت البناء في فقرتها الثانية بأنّه: " كل عملية تشييد بناءة و/ أو مجموعة بنايات ذات الاستعمال السكني أو التجاري أو الحرفي أو المهني"، كما نصت المادة 17 من نفس القانون على هذا الالتزام حيث جاء فيها: " يتولى المرقى العقاري مسؤولية تنسيق جميع العمليات التي تدخل في إطار الدراسات والأبحاث وتعبئة التمويل، وكذا تنفيذ أشغال إنجاز المشروع العقاري..."، وقد عرّفه المشرّع الفرنسي في المادة 01 من قانون البناء والسكن والتي نصّت على أنّ العقار يعتبر تامّ الانجاز إذا كانت الأعمال قد نفذت، ونصّبت عناصر التجهيز الضرورية لاستعمال المبنى في الغرض المعدّ له¹.

وهذا الالتزام هو التزام بتحقيق نتيجة وليس ببذل عناية، والإخلال بهذا الالتزام يثبت بمجرد عدم تحقّق النتيجة دون حاجة لإثبات الخطأ، كون عدم الإنجاز بحدّ ذاته يعتبر خطأ، ما لم ينفي مسؤوليته بإثبات السبب الأجنبي أو القوة القاهرة، ولا تنفي مسؤوليته في حالة عجزه عن تمويل عملية البناء أو في استحقال ملكية الوعاء العقاري من الغير².

وبناءً على ذلك فإنّه يمكن تعريف هذا الالتزام بأنّه: عملية نقل الرسومات والتصاميم الهندسية من حيز نظري إلى حيز الواقع، حتى يتم تشييد المبنى المتفق عليه وفقا لما جاء في التصميم المعماري، الذي وضعه المهندس المعماري سابقا.

فالباع لا يمكن أن يكون بيع بناءً على التصميم إلا إذا تضمّن العقد التزام المرقى العقاري ببناء العقار موضوع التعاقد³. فهذه هي الميزة التي يتميز بها هذا البيع عن البيوع العادية.

2 - شروط تنفيذ الالتزام بالتشييد:

لقد نصّ المشرّع الجزائري على هذا النوع من الالتزامات في المادة 02 الفقرة 02 من المرسوم التنفيذي رقم:

¹ - فتحي ويس، المسؤولية المدنية والضمانات الخاصة في بيع العقار قبل الانجاز، المرجع السابق، ص 76.

² - سهام مسكر، التزامات المرقى العقاري المترتبة على بيع السكنات الترقية، المرجع السابق، ص 342.

³ - شعبان عياشي، عقد بيع العقار بناءً على التصميم، المرجع السابق، ص 163.

58/94 المتعلق بنموذج عقد البيع بناءً على التصميم الذي يطبق في مجال الترقية العقارية الملغى، والتي جاء فيها: "يلتزم البائع بمواصلة البناء وإنهائه في الآجال المقررة في العقد، ويتجسّد الانتهاء بالحصول على شهادة المطابقة المنصوص عليها في التشريع المعمول به، والتي يلتزم البائع بإيداعها لدى مكتب التوثيق بمجرد ما يستلمها من مصالح التعمير المؤهلة".

وعليه فإنّه لا يمكن الحديث عن الالتزام من طرف البائع بمواصلة الانجاز وإتمامه، دون التطرق إلى الالتزام بالمطابقة، إذ يعتبر نتيجة حتمية للالتزام بتمام الانجاز فلا يستطيع المشتري قبول المحل إذا لم يكن مطابقاً للمواصفات المتفق عليها أثناء إبرام العقد، وكذا مطابقته لقواعد البناء والتعمير¹، وانطلاقاً من نص هذه المادة يتبين للباحث أنّ هذا الالتزام يتطلّب شرطين:

- أن يتمّ الانجاز وفي الأجل المتفق عليه.

- أن يكون العقار المنجز مطابقاً لما اتفق عليه من مواصفات².

أ- أن يتمّ الانجاز وفي الأجل المتفق عليه

بالرجوع إلى نصّ المادة 3 من القانون رقم: 04-11 المحدّد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية في فقرتها 14، نجدّها عرّفت الإتمام الكامل للأشغال بنصّها: "الإتمام الكامل للأشغال: رفع التحفظات التي تمّ إبدؤها على إثر الاستلام المؤقت للأشغال، وإصلاح عيوب البناء الملاحظة وذلك قبل الاستلام النهائي للمشروع العقاري". من خلال نص المادة يتّضح لنا أنّ العقار المبيع يكون منجزاً إذا انتهت الأشغال الضرورية للبناء، والتي تتوّج بحضور يتمّ إعدادها والتوقيع عليه بين المرقي العقاري والمقاول الذي كلف بإنجاز مشروع البناء، وهذا ما يطلق عليه بالاستلام المؤقت³، ثم رفع التحفظات التي أبدت من طرف المرقي العقاري على إثر استلامه المؤقت للأشغال وقيام المقاول بإصلاح عيوب البناء الملاحظة وذلك قبل الاستلام النهائي للمشروع العقاري من طرف المرقي العقاري⁴.

¹ - علال قاشي، التزامات المرقي العقاري وجزاء الإخلال بها في عقد البيع على التصاميم، المرجع السابق، ص 288.

² - عقيلة نوي، النظام القانوني لعقد بيع العقار بناءً على التصاميم في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 85.

³ - عرّفت المادة الثالثة من القانون 04-11 المحدّد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية في فقرتها الأخيرة الاستلام المؤقت بنصّها:

"الاستلام المؤقت هو محضر يتمّ إعدادها والتوقيع عليه بين المرقي العقاري والمقاول بعد انتهاء الأشغال".

⁴ - شعبان عياشي، عقد بيع العقار بناءً على التصاميم، المرجع السابق، ص 165، 166.

ويعتبر العقار تام الانجاز حتى ولو احتوى على عيوب عدم المطابقة ما لم تكن جسيمة، أو على نقائص ليس من شأنها جعل العقار غير صالح للاستعمال¹، كعدم التسقيف، أو عدم إيصال أسلاك الكهرباء، أمّا العيوب البسيطة التي تلحق البناء، كعدم دهن الجدران مثلاً، فهي تندرج تحت مفهوم حسن تمام الانجاز الذي سنتناوله لاحقاً كضمان مستحدث في عقد البيع بناءً على التصميم.

ولا يلتزم البائع بأسلوب معين عند قيامه بتنفيذ التزامه بالإنجاز فقد يقوم بالبناء بنفسه وقد يعتمد بذلك إلى غيره من المقاولين، ويظل المشتري بعيداً عن العلاقة التي تنشأ بين البائع والمقاول أو المقاولين المكلفين من طرفه بإنجاز البناء².

وبالنسبة لآجال البناء والإنجاز فلم يحدّد المشرّع الجزائري أجلاً لإتمام عملية التشييد، وإتّما تركها تخضع لاتفاق الطرفين لذلك اكتفى المرسوم التنفيذي 13-431 بالإشارة إليها من خلال ترك تحديد آجال كل مرحلة من مراحل الأشغال للاتفاق، وعليه يكون المرقى العقاري قد وفى بالتزامه بالإنجاز إذا اكتمل بناء العقار³، والملاحظ أنّ المشرّع لم يشر في المرسوم التنفيذي 13-431 إلى آجال إتمام الأشغال إلّا ضمن آجال التسليم رغم أنّهما مختلفين، لأنّ العقار قد يكون منجزاً لكن هذا لا يعني أنّه سلّم للمشتري⁴.

وما دامت مسألة تحديد الآجال تركت لاتفاق الأطراف فيمكن ضبطها بينهما لفترة تطول أو تقصر، كما يمكن الاتفاق على وقف الآجال، أو على أجل إضافي في حالة تأخر البائع في الوفاء بالتزامه في الأجل الأول، غير أنّ عدم تحديد آجال التسليم ليس في صالح المشتري، فذلك يفتح الباب أمام المرقى العقاري للتماطل والتلاعب بحقوق المشتري في تسليم البناء في الآجال المحدّدة، هذا وإن كان للبائع مصلحة في إتمام الإنجاز في أقصر الآجال لتفادي العديد من المشاكل، ومن أهمها ارتفاع أسعار سوق مواد البناء، لذلك فإنّ الباحث يرى أنّه كان من الأفضل لو حدّد المشرّع آجال التسليم أو ضبطها لفترة متوسطة المدى.

¹ - غلال قاشي، التزامات المرقى العقاري وجزاء الإخلال بها في عقد البيع على التصاميم، المرجع السابق، ص 287.

² - مصطفى عبد السيد الجارحي مشعل، ملكية الشقق في القانون المصري، دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1976، ص 205.

³ - مها بن تريعة، مسؤولية المرقى العقاري في إطار عقد الترقية العقارية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصّص قانون المنافسة وحماية المستهلك، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، الجزائر العاصمة، 2014م، ص 12.

⁴ - عقيلة نوي، النظام القانوني لعقد بيع العقار بناءً على التصاميم في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 85.

وتجدر الإشارة إلى أنّ تحديد مدّة الإنجاز له أهمية بالغة تتمثل في¹:

- بتمام الإنجاز يعتبر البائع قد وفى بالتزامه بمواصلة البناء وإنهائه ويبدأ التزامه بتسليم المبيع إلى المشتري.
- بتمام الإنجاز يصبح البائع مستحقاً لباقي دفعات الثمن المتفق عليها مع المشتري.
- بتمام الإنجاز تبدأ مدة حساب التزام البائع بالضمان.

ب - أن يكون العقار المنجز مطابقاً لما اتفق عليه من مواصفات

لا يكفي التزام البائع بإنجاز البناء وإتمامه خلال الأجل المتفق عليه؛ بل لابد أن يكون هذا الإنجاز مطابقاً لقواعد البناء والتعمير وللتصميم المبرمج من طرف المهندس المعماري²، والذي وافق عليه المشتري وكذلك لرخصة البناء.

ومسألة المطابقة في البيع بناءً على التصميم ليست أمراً سهلاً، لأنّ الأمور قد تتغير فقد تختفي بعض مواد البناء، أو تتغير بعض قواعد العمران أو تصبح بعض الأشغال الثانوية رئيسية أثناء سير الإنجاز، فهي مسألة وإن كانت ثانوية بالنسبة للبيع العادي فإنّها جوهرية ومهمّة في عقد البيع على التصميم.

ويكون العقار المبيع مطابقاً للمواصفات المتفق عليها في العقد، إذا قام البائع بتنفيذ التزامه بالبناء حسب النماذج والرسومات ودفتر الشروط، ونظام الملكية المشتركة الذي أشارت إليه عقود البيع، واستخدام مواد البناء المذكورة في العقد، واحترام الأصول الفنية في البناء، أمّا إذا خالف البائع النماذج والرسومات ولم يحترم الأصول الفنية للبناء، أو استخدم مواد بناء غير التي تمّ الاتفاق عليها كان العقار المبيع غير مطابق للمواصفات³.

إذ يستوجب على المرقى العقاري إنجاز البناء وفقاً للمعايير والقواعد المنصوص عليها قانوناً، ممّا يضمن سلامة ومتانة البناء، يتجسد ذلك بالحصول على شهادة المطابقة بعد تمام الأشغال بصفة نهائية، ويكون المرقى العقاري ملزماً بتسليم تلك الشهادة للمقتني قبل حيازته للبناء⁴، طبقاً للمادة 39 من القانون 11-04 التي تنص: "في

¹ - علال قاشي، التزامات المرقى العقاري وجزاء الإخلال بها في عقد البيع على التصميم، المرجع السابق، ص 19.

² - نورة حمليل، تقدير تقنية البيع على التصميم، المرجع السابق، ص 104.

³ - شعبان عياشي، عقد بيع العقار بناءً على التصميم، المرجع السابق، ص 173.

⁴ - مهبن تريعة، مسؤولية المرقى العقاري في إطار عقد الترقية العقارية، المرجع السابق، ص 13.

حالة عقد البيع على التصاميم لا يمكن حيازة بناية أو جزء من بناية من طرف المقتني إلا بعد تسليم شهادة المطابقة المنصوص عليها في القانون رقم: 90 - 29 المؤرخ في أول ديسمبر سنة 1990 والقانون رقم: 08-05 المؤرخ في 20 يوليو سنة 2008 المذكورين أعلاه"، وبالرجوع إلى القانون رقم: 90-29 المتعلق بالتهيئة والتعمير، نجد أنّ المادة 56 منه تقضي بأنه: "على المالك أو صاحب المشروع أن يشعر المجلس البلدي بإنهاء البناء لتسلم له شهادة المطابقة قرينة على أنّ البناية الرخصة البناء المسلمة اعتماداً على التصاميم والمقاسات التي قدمها المالك أو صاحب المشروع للحصول على رخصة البناء".

من خلال هذه المواد يتبين للباحث أنّه لا يكفي بأن يقوم المرقى العقاري بإقامة البناء وحده؛ بل لابد أن يكون مطابقاً لما تمّ الاتفاق عليه في العقد من شروط؛ ذلك أنّ تسليم شهادة المطابقة للبائع من طرف المصالح المختصة، لا يعني سوى مطابقة إدارية لمدى احترام القواعد والأصول التقنية والفنية في عملية البناء والتعمير، دون النظر في مدى المطابقة بين المبنى المنجز فعلاً وذلك المتفق على مواصفاته بموجب العقد.

ومن ثمّ فإنّ تسليم شهادة المطابقة، لا يعدّ سوى قرينة على أنّ البائع قد نقّذ التزامه بالبناء تنقض بمجرد معاينة المشتري لوجود اختلال بين صفات المبنى المعقود عليه والمبنى المنجز¹، أي أنّ شهادة المطابقة تعبر عن المطابقة الإدارية، وتتميز عن المطابقة الاتفاقية التي مبعثها المواصفات الواردة في العقد، كما أنّ عدم المطابقة يختلف عن العيب الخفي، فعدم المطابقة للمواصفات يفترض وجود اختلاف في التماثل أو الكم بين العقار المسلم والعقار الذي وعد به المرقى العقاري²، في حين العيب عبارة عن نقص في قيمة الشيء أو منفعته، فعدم المطابقة لا يعني أنّ البناء فيه عيب خفي³.

ويختلف مفهوم عدم المطابقة أيضاً عن الالتزام بضمان حسن الانجاز، فالأول ينشأ عندما لا يتطابق البناء مع تصاميم المهندس المعماري ورخصة البناء وقواعد البناء والتعمير، فهي لا تعيب البناء بأن تجعله غير صالح لما أعدّ له،

¹ - إيمان بوسنة، النظام القانوني للترقية العقارية، المرجع السابق، ص 93.

² - مها بن تريعة، مسؤولية المرقى العقاري في إطار عقد الترقية العقارية، المرجع السابق، ص 13.

³ - عقيلة نوي، النظام القانوني لعقد بيع العقار بناءً على التصاميم في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 91.

أما الثاني فهو ينشأ عند وجود خلل يصيب البناء ويؤثر في كيانه واستعماله فالبائع احترام المواصفات المتفق عليها واستخدام المواد المذكورة في العقد، لكنه استخدمها استخداما معيبا أو استخدم نوعية رديئة من المواد المتفق عليها¹.

وبالرغم من النصوص القانونية الملزمة للمرقي العقاري بضرورة الحصول على شهادة المطابقة كدليل إثبات على انتهاء الأشغال، إلا أنه في الواقع العملي نجد في كثير من الأحيان أن عقود البيع بناءً على التصميم تتم وتسلم البناء إلى أصحابها دون حصول المرقي على هذه الشهادة، وأحيانا أخرى تكون هذه الشهادة كعقبة في وجه المرقي، تمنعه من إتمام إجراءات البيع أو التأخير فيها، فكان على المشرع الجزائري إعادة ضبط القواعد المنظمة لهذا الالتزام.

ثانيا: الالتزام بنقل الملكية

إنّ الالتزام بنقل الملكية² هو من أهم الالتزامات الناشئة عن عقد البيع والملقاة على عاتق البائع، حيث عرّف القانون المدني الجزائري في المادة 351 عقد البيع بأنه: "عقد يلتزم بمقتضاه البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقا ماليا آخر في مقابل ثمن نقدي". فيتضح لنا أنّ نقل الملكية ليس من طبيعة البيع فحسب؛ بل من مستلزماته، ومضمون هذا الالتزام كما نصّت عليه المادة 361 من القانون المدني هو أن يقوم البائع بما هو لازم لنقل الحق المبيع إلى المشتري، وأن يمتنع عن كل عمل من شأنه أن يعسر نقل هذا الشيء.

فالبائع يقوم بما هو ضروري لنقل المبيع إلى ملكية المشتري، ذلك أنّ الملك هو عبارة عن اختصاص الإنسان بالشيء والتصرف فيه والانتفاع به منفردا، ومنع الغير عنه على الوجه الذي أذن فيه الشارع، إلا إذا منع مانع من التصرف والانتفاع به، كما في المحجور عليهم والقصر³.

والقاعدة العامة في البيوع، أنّ الملكية تنتقل بمجرد تمام العقد فيما بين المتعاقدين فيصبح المشتري مالكا فور العقد، ويستطيع أن يتصرف في المبيع حتى قبل تسلمه من البائع، وعليه أن يتحمّل كل الحقوق المتعلقة بالشيء

¹ - عمران السيد، عدم المطابقة في بيع العقارات تحت التشييد، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، مصر، د.ط، 1994م، ص 16.

وينظر: - نسيمة بوجنان، عقد البيع بناءً على التصميم، المرجع السابق، ص 82.

² - عرّف المادة 27 من القانون 25/90 المؤرخ في 18 نوفمبر 1990 المتضمن قانون التوجيه العقاري، الجريدة الرسمية العدد 49، المعدل والمتّم بالأمر 26/95 المؤرخ في 25 سبتمبر 1995م، الجريدة الرسمية العدد 15، الملكية العقارية بنصّها: "الملكية العقارية الخاصة هي حق التمتع والتصرف في المال العقاري أو الحقوق العينية من أجل استعمال الأملاك وفقا لطبيعتها وغرضها".

³ - أحمد فراج حسين، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، د.ط، 2005م، ص 31.

المبيع، بما في ذلك مغارم الدولة و الأداءات من ذلك التاريخ (كالضرائب ومصاريف العقد...)، كما أنّ الملكية تنتقل بمجرد تمام العقد بالنسبة للغير أيضاً¹، وهذا بالنسبة للعقود الرضائية دون الشكلية. أمّا فيما يخصّ عقد البيع بناءً على التصميم فهو عقد شكلي وليس رضائي²؛ ذلك أنّه عقد وارد على عقار طبقاً لنص المادة 25 و 34 فقرة 01 من القانون 04/11، فإنّ انتقال الملكية لا يتمّ إلاّ باستيفاء إجراءات التسجيل والشهر في المحافظة العقارية، وعليه فإنّ عقد البيع بناءً على التصميم تسري عليه أحكام المواد 165، 793، 792 من القانون المدني الجزائري والمادتين 15 و 16 من الأمر 76-77 المؤرخ في 12-11-1974م، المتضمن إعداد مسح الأراضي وكذلك المادتين 25 و 74 من القانون 04/11 السالف الذكر.

من خلال هذه النصوص نجد أنّ انتقال الملكية في عقد البيع بناءً على التصميم لا تكون دفعة واحدة، إنّما تتمّ تبعاً لمرحلتين:

المرحلة الأولى: وهي مرحلة ما بعد إتمام إجراءات الشهر العقاري للعقد، حيث تنتقل فيها ملكية العقار إلى المشتري ابتداءً من تاريخ شهر البيع، والملكية التي تنتقل إلى المشتري هي ملكية الرقبة فقط والتي تشمل كلا من الأرض والبناء محل التشييد، دون أن يكون له الحق في التصرف فيها.

المرحلة الثانية: وهي مرحلة ما بعد إتمام الانجاز والحصول على شهادة المطابقة ودفع القسط الأخير من الثمن، وتحرير محضر التسليم النهائي والهدف منه إثبات الحيابة المادية للعقار محل الانجاز المشهر، الذي يخوّل للمشتري باقي الحقوق أي حق الانتفاع والملكية، وهذا خلافاً لما عليه نقل الملكية العقارية في أحكام القواعد العامة التي تنتقل دفعة واحدة بمجرد شهر العقد³، وهذا ما أكدته المادة 39 من القانون 04/11 الذي يحدّد القواعد التي تنظم نشاط الترقية، حيث جاء فيها: "في حالة عقد البيع على التصميم لا يمكن حيابة بناية أو جزء من بناية من طرف المقتني إلاّ بعد تسليم شهادة المطابقة...".

¹ - خليفة الخروبي، نقل الملكية في عقد البيع أثر أم التزام، المجلة القانونية التونسية، مركز النشر الجامعي، تونس، 1997م، ص 11-12.

² - وقد سبقت الإشارة إلى ذلك عندما تطرقنا إلى خصائص عقد البيع بناءً على التصميم في الفصل الأول.

³ - علال قاشي، التزامات المرفقي العقاري وجزء الاخلال بما في عقد البيع على التصميم، المرجع السابق، ص 286. وينظر: - إيمان بوسنة، النظام القانوني للترقية العقارية، المرجع السابق، ص 90.

وبناءً على ذلك فإنّ المشرّع الجزائري وبنصّه في المادة 34 من القانون 11 - 04 على أنّه: " يتمّ إعداد عقد البيع على التصاميم في الشكل الرسمي ويخضع للشكليات القانونية الخاصة بالتسجيل والإشهار، ويخصّ في نفس الوقت البناء والأرضية التي شيّد عليها البناء"، التي اشترطت تحرير العقد في شكل رسمي، مع ضرورة خضوعه لإجراء التسجيل والشهر يكون قد تفادى المشكل الذي طرحته المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم: 94 - 58 المتضمّن نموذج عقد البيع على التصاميم الملغى، التي نصّت على أنّه: " عملا بالمادتين 9 و12 من المرسوم التشريعي 93 - 03 المؤرخ في أول مارس 1993، يكون المشتري مالكا للبناء المباعة الآن بناءً على التصاميم ابتداءً من تاريخ التوقيع ". حيث أنّها اعتبرت ملكية العقار على التصميم تنتقل بمجرد تحرير العقد، وهذا ما طرح إشكالا كبيرا في ظل المرسوم التشريعي 93 - 03 لتعارضه مع قواعد انتقال الملكية العقارية، التي تستلزم الخضوع إلى إجراءات الشهر والتسجيل.

إلا أنّ الباحث يرى أنّ القانون 11 - 04 قد خلق مشكلا آخر، وذلك في المادة 28 منه التي عزّفت عقد البيع بناءً على التصميم بنصّها: " عقد البيع على التصاميم لبناية أو جزء من بناية مقرّر بناؤها أو في طور البناء، هو العقد الذي يتضمّن ويكرّس تحويل حقوق الأرض وملكية البناءات من طرف المرقّي العقاري لفائدة المكتتب موازاة مع تقدّم الأشغال، وفي المقابل يلتزم المكتتب بتسديد السعر كلّما تقدّم الإنجاز". فقد جعلت هذه المادة الملكية في هذا البيع تنتقل إلى المشتري حسب تقدّم الأشغال، مقابل دفعه مبلغا ماليا كلّما تقدّم الإنجاز، هذا الطرح يبدو منطقي بالنسبة للالتزام المقتني المتمثّل في دفع الثمن على أساس إمكانيته، لكنّه بالنسبة للالتزام المرقّي العقاري المتمثّل في نقل الملكية يستدعي التوضيح وإزالة الإبهام، فهو يوحي أنّ المشرّع قصد أنّ نقل الملكية يتمّ على مراحل حسب تقدّم الإنجاز وهو ما يتضح من لفظ النص، وهذا ما يتنافى مع إجراءات نقل الملكية العقارية، والتي تنتقل دفعة واحدة بعد تحرير العقد لدى الموثق وتسجيله لدى مصلحة الضرائب وشهره على مستوى المحافظة العقارية .

ثالثا: الالتزام بالتسليم

يعتبر الالتزام بالتسليم متفرّع عن الالتزام بنقل الملكية، حيث أوجب القانون على البائع تسليم المبيع إلى المشتري مجردا من كل حق آخر، فور انعقاد العقد ما لم يكن هناك اتفاق أو نص في القانون يقضي بغير ذلك¹،

¹ - زاهية حورية سي يوسف، الوجيز في عقد البيع، المرجع السابق، ص160، وهذا ما نصّت عليه المادة 281 من القانون المدني الجزائري في فقرتها الأولى، حيث جاء فيها: "يجب أن يتم الوفاء فور ترتيب الالتزام نهائيا في ذمة المدين ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك".

فالتزام البائع بتسليم المبيع من مقتضيات عقد البيع، بل هو من أهم التزامات البائع التي تترتب بمجرد العقد¹.

ونظراً لخصوصية عقد البيع بناءً على التصميم كونه يقع على عقار في طور الانجاز، فإنّ الالتزام بالتسليم يستلزم أولاً أن يكون البائع قد استكمل التزامه بإنجاز البناء ومطابقته، غير أنّ المشرع الجزائري وبالرجوع إلى النصوص القانونية المنظمة لعقد البيع بناءً على التصميم لم يحدّد المقصود بالتسليم وكيفيته في عقد البيع بناءً على التصميم، ما عدا نصه في المادة 34 فقرة 02 من القانون 04 / 11 على ضرورة التزام المرقى العقاري بتسليم المبيع إلى المشتري، لذلك وجب الرجوع للقواعد العامة المحدّدة لهذا الموضوع.

وبالرجوع إلى القانون المدني نجد المادة 364 منه تنص على: "يلتزم البائع بتسليم الشيء المبيع للمشتري في الحالة التي كان عليها وقت البيع"، ونصّت المادة 167 من نفس القانون على: "الالتزام بنقل حق عيني يتضمن الالتزام بتسليم الشيء و المحافظة عليه حتى التسليم"، فيلاحظ أنّ التسليم الذي نصّ عليه المشرع في هاتين المادتين هو التسليم الذي يؤدّي إلى نقل الحيازة من البائع إلى المشتري بغض النظر عن انتقال الملكية أو عدمها، وعليه فالتسليم هو الإجراء الذي يقصد به تمكين المشتري من المبيع بحيث يستطيع أن يباشر عليه سلطاته كمالك دون أن يمنعه من ذلك أي عائق².

وتبدو أهمية التسليم في ميدان الترقية العقارية كضمان والتزام يقع على عاتق المرقى العقاري، كون المقتني يصبح منذ إتمام عملية البيع قادراً على الانتفاع الكامل بالمسكن، وبالتالي تحقيق غاية المستفيد من شراء المحل المنجز في إطار الترقية العقارية³.

وبتكييف معنى التسليم وفقاً للقواعد العامة مع خصوصية عقد البيع بناءً على التصميم، يمكن القول أنّ الالتزام بالتسليم في هذا العقد هو التزام بتحقيق نتيجة ألا وهي: قيام البائع بتسليم البناية المنجزة والمطابقة للتصاميم والمواصفات المحدّدة بالاتفاق في العقد إلى المشتري أو المقتني¹.

¹ - فتحي عبد الرحيم عبد الله، الوجيز في العقود المدنية المسماة (عقد البيع)، منشأة المعارف، مصر، ط3، د.ت، ص 137.

² - جميل الشراوي، شرح العقود المدنية (البيع والمقايضة)، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، د.ط، 1991م، ص 191.

³ - عربي باي يزيد، النظام القانوني للترقية العقارية في الجزائر، المرجع السابق، ص 110.

• وبالنسبة لطريقة التسليم، فقد نصّت المادة 367 من القانون المدني الجزائري في فقرتها الأولى على أنه: "يتمّ التسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به بدون عائق ولو لم يتسلمه تسليماً مادياً مادام البائع قد أخبره بأنه مستعد لتسليمه بذلك ويحصل التسليم على النحو الذي يتفق مع طبيعة الشيء المبيع". فمن خلال نص المادة يعتبر البائع قد نقدّ التزامه إذا قام بوضع العقار المبيع تحت تصرف المشتري، بحيث يتمكن هذا الأخير من حيازته والانتفاع به دون عائق مع ضرورة إعلام البائع للمشتري أنّ العقار المبيع أصبح تحت تصرفه، حتى ولو لم يكن المشتري حاز العقار المبيع حيازة فعلية. وعليه فإنّ تسليم البائع للعقار يكون بالتخلي عن حيازته للمشتري، وعدم مباشرة أي حق من الحقوق التي تخولها للمالك، وهذه القواعد خاصّة بتسليم العقار المبيع في عقد البيع العادي.

أمّا حسب قواعد نشاط الترقية العقارية فتتنص المادة 2/34 من القانون 04-11 على: "يتمّ عقد البيع على التصاميم المذكور في الفقرة السابقة بحضور يعد حضورياً في نفس مكتب التوثيق قصد معاينة الحيازة الفعلية من طرف المرقى العقاري طبقاً للالتزامات التعاقدية". وعليه فقد أوجب المشرع أن يتم إثبات عملية معاينة التسليم والحيازة الفعلية لمشتري العقار بناءً على التصاميم، في محضر يجرّ ويودع لدى الموثق نفسه الذي اكتتب العقد، وترك تحديد كفاءات معاينة عملية التسليم لاتفاق الأطراف، فقد يشترط المشتري مثلاً حضور أحد ذوي الخبرة عملية التسليم، كمراقب لمدى استجابة عملية الإنجاز لبنود العقد بقصد تمكين المشتري من إبداء تحفظات بشأن النقائص المسجلة². ويعدّ ذلك بمثابة ضمانة فعلية للمقتني ومانعا على المرقى العقاري حتى لا يرتب تصرفات أخرى على البناية بهدف تحقيق ربح غير شرعي³.

فبالإضافة إلى القواعد العامة السابقة يشترط لتسليم المبيع في عقد البيع بناءً على التصميم حسب قواعد نشاط الترقية العقارية ما يلي:

- إتمام الإنجاز خلال الأجل المحدّد في العقد.

- مطابقة الإنجاز لرخصة البناء المثبتة بواسطة شهادة المطابقة، وفقاً لنص المادة 39 من القانون 04 / 11.

¹ - منذر الفضل، صاحب الفضلاوي، شرح القانون المدني الأردني (العقود المسماة)، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، د.ط.

1997م، ص 87، وينظر: - زاهية حورية سي يوسف، الوجيز في عقد البيع، المرجع السابق، ص 135.

² - علي بن علي، عقد البيع على التصاميم في ظل القانون 04-11، المرجع السابق، ص 83.

³ - مهابن تريعة، مسؤولية المرقى العقاري في إطار عقد الترقية العقارية، المرجع السابق، ص 19.

- وجوب استخراج شهادة تأمين على المسؤولية المدنية العضوية للمقاول والمهندس المعماري والمرقي العقاري، طبقاً لنص المادة 46 من القانون 04/11.

- إثبات التسليم بمحضر يجزّر لدى نفس الموثق الذي اكتتب العقد وفقاً لنص المادة 34 الفقرة 02 من القانون 04/11، فإن كان تسليم العقار في عقد البيع يكون بالتخلي عن حيازته للمشتري فإنّ المشرّع في عقد البيع بناءً على التصميم استحدث إجراءً جديداً من الناحية الشكلية، فبالإضافة إلى ما قلناه في الفصل الأول إجراءات إبرام العقد وما تعلّق بها من الناحية الشكلية، أوجب إثبات التسليم في محضر يجزّر لدى نفس الموثق الذي اكتتب العقد، وهذا طبقاً للمادة 34 من القانون 11 - 04 في فقرتها الثانية السابقة الذكر.

وعلى البائع احترام آجال التسليم المحدّدة في العقد حيث ترك المشرّع أمر تحديد آجال التسليم لإرادة المتعاقدين، وفقاً للمواد 4، 5، 6 من المرسوم التنفيذي رقم 13 - 431 الذي يحدّد نموذجي عقد حفظ الحق وعقد البيع على التصاميم للأموال العقارية، المتعلقة بآجال التسليم وعقوبات التأخير، وعليه بمجرد إتمام الإنجاز يسلم المرقي العقاري البناية للمشتري.

وفي عقد البيع بناءً على التصميم يكون سريان أجل التسليم ابتداءً من تاريخ التوقيع على العقد، وتقسّم آجال التسليم بحسب مدة كل مرحلة، لأنّ المشرّع ربط كل جزء من مراحل الإنجاز بآجال يتمّ تحديدها حسب الاتفاق، تحسب بالأشهر، وعلى أساسها تحدد طريقة دفع الثمن في العقد النموذجي، مع الأخذ بعين الاعتبار حالة التوقف وأيام العطل وفي كل الأحوال عليه التقيد بهذه الآجال حتّى يتمّ التسليم في المعاد المحدّد له¹. إذن ما نفهمه من هذا الكلام أنّ أجل التسليم في البيع بناءً على التصميم هو الأجل اللازم لانتهاء من أعمال البناء، وهو الفترة الزمنية الضرورية لإنجاز الالتزامات الناتجة عن العقد².

وقد تناول المشرّع في المرسوم التنفيذي 13-431 هذه الآجال، حيث ورد في ملحقه الأول الذي يحتوي على نموذج عقد البيع على التصميم عن هذا الالتزام ما يلي:

" أجل التسليم

إن أجل تسليم البناية أو جزء من البناية للمقتني يبدأ سريانه، ابتداءً من تاريخ التوقيع على عقد البيع هذا على التصاميم.

¹ - سهام مسكر، التزامات المرقي العقاري المترتبة على بيع السكنات الترقية، المرجع السابق، ص 348. وينظر: - مها بن تريعة، مسؤولية المرقي العقاري في إطار عقد الترقية العقارية، المرجع السابق، ص 19.

² - شعبان عياشي، عقد بيع العقار بناءً على التصاميم، المرجع السابق، ص 139.

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 مجتمعة، بما في ذلك الربط بالطرقات والشبكات المختلفة وكذا التهيئات الخارجية شهرا
4	الإتمام	

...

مبلغ وأجل عقوبة التأخير في التسليم

يتم تحديد مبلغ وأجل عقوبة التأخير في التسليم وكذا كفيات دفعها طبقاً للتنظيم المعمول به "1.

وعليه نخلص إلى أنّ أجل التسليم مرتبط بإرادة المتعاقدين، وأنّ المشرّع جعل التسليم يتم عبر مراحل، وربط كل مرحلة بالضمانات المفروضة على البائع.

رابعاً: الالتزام بالضمان

إنّ البيع بناءً على التصميم شأنه شأن البيع العادي يلزم البائع بأن يقدم للمشتري مجموعة من الضمانات، منها ما هو عادي ومعروف في جميع البيوع، ومنها ما هو خاص ينفرد به عقد البيع بناءً على التصميم، فنظراً لخصوصية هذا العقد فقد أحاط المشرّع المشتري فيه بحماية خاصة جاء تفصيلها في ملحق المرسوم التنفيذي 13-431 المحدد لنموذج عقد البيع على التصاميم والذي جاء فيه: " يصرح البائع، باعتباره الجهة الأولى، أنّه يبيع البناية مع التزامه بكل الضمانات العادية والقانونية في هذا المجال، وكذلك الخاصة والواردة في هذا العقد". من هذه المادة نستنتج أنّ في هذا العقد نوعان من الضمانات، العامة وهي تلك الضمانات الواردة في القانون المدني والخاصة هي

¹ - ينظر: الملحق رقم 01 من هذه المذكرة يتضمّن نموذج عقد بيع بناءً على التصميم.

تلك الواردة في القانون 11-04. وعليه سنقتصر في هذا الفرع على الضمانات العادية لهذا العقد، أما الضمانات الخاصة فسيأتي الحديث عنها في المبحث الرابع.

فمن الضمانات التي تخضع إلى القواعد العامة للبيع: ضمان استحقاق الشيء المبيع، وضمن التعرض الشخصي مادياً أو قانونياً، والتعرض الصادر من الغير إن كان قانونياً، ومن جانب آخر ارتأى المشرع إخضاع أحكام عقد البيع بناءً على التصميم بالنسبة لضمان العيوب إلى نظام خاص يتماشى مع طبيعته، وجعله يخضع في معظم أحكامه لنفس أحكام عقد المفاولة، لذلك سأعالج في هذا العنصر ضمان التعرض والاستحقاق باعتباره من الالتزامات العامة والمعروفة في كل البيوع، وضمن العيوب الخفية حسب القواعد العامة.

1 - ضمان عدم التعرض و الاستحقاق:

من الالتزامات التي تقع على عاتق البائع (المركبي العقاري) في هذا العقد، هي ضمان عدم التعرض للمشتري في المبيع، لكي يتمكن المشتري من حيازة المبيع والانتفاع به انتفاعاً هادئاً كاملاً وأبدياً، فالتعرض هو قيام البائع أو الغير بأعمال من شأنها أن تحول دون انتفاع المشتري بالمبيع انتفاعاً هادئاً وسليماً، أو ادعائه بملكية المبيع ملكية تامة أو ناقصة، والاستحقاق هو أن ينتهي التعرض القانوني الصادر من الغير إلى ثبوت حق له على المبيع¹.

وضمن التعرض والاستحقاق كالتزام بالتسليم يجاوز نطاق عقد البيع إلى كل عقد ناقل للملكية؛ بل إلى كل عقد ينقل الحيازة والانتفاع، وينقسم هذا الضمان إلى قسمين: ضمان التعرض الشخصي وضمن تعرض الغير، حيث يلزم البائع بأن يضمن للمشتري الانتفاع بملكه بصفة تامة، وقد جمعها المشرع الجزائري في نص واحد وهو المادة 371 من القانون المدني والتي جاء فيها: "يضمن البائع عدم التعرض للمشتري في الانتفاع بالمبيع كله أو بعضه سواءً كان التعرض من فعله أو من فعل الغير يكون له وقت البيع حق على المبيع يعارض به المشتري، ويكون البائع مطالباً بالضمان ولو كان حق ذلك الغير قد ثبت بعد البيع وقد آل إليه هذا الحق من البائع نفسه"، وستتناول هذين القسمين فيما يلي بنوع من التفصيل:

¹ - محمد يوسف الرغبي، العقود المسماة، شرح عقد البيع في القانون المدني الأردني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، د.ط، 2006م، ص 333. وينظر: - زاهية حورية سي يوسف، الوجيز في عقد البيع، المرجع السابق، ص 173.

أ. ضمان التعرض الشخصي:

عملاً بقاعدة من وجب عليه الضمان امتنع عليه التعرض، يكون البائع ملزماً بالامتناع عن التعرض للمشتري في الانتفاع بالمبيع أثناء حيازته للملك، ويكون هذا الامتناع بعدم قيام البائع بأي عمل مادي أو قانوني من شأنه تعطيل المشتري في الاستفادة بالمبيع¹.

فالتعرض المادي هو الذي لا يستند فيه البائع إلى حق يدعيه، "ويقوم على أعمال مادية محضة يقوم بها البائع كسلب المبيع من المشتري، أما التعرض القانوني فيقوم على تصرفات قانونية يقوم بها البائع، مثل أن يبيع العقار مرة ثانية فيبادر المشتري الثاني إلى تسجيل البيع قبل المشتري الأول، فتنتقل عندئذ الملكية إليه"². أو دعوى استرداد رفعها البائع.

فلقيام ضمان التعرض لا بد أن يصدر من البائع عمل من شأنه أن يحول دون انتفاع المشتري بملكية المبيع كلياً أو جزئياً، فيجب إذا توافر شرطين: وجوب وقوع التعرض فعلاً، وأن يحول هذا التعرض دون انتفاع المشتري بملكية المبيع.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع وحمايه منه للمشتري في عقد البيع بناءً على التصميم من التعرض القانوني، يشترط عند تحرير عقد البيع بناءً على التصميم إرفاق عقد ملكية الأرض محل الإنجاز، وعلى الموثق المكلف باكتتاب عقد البيع التأكد من صحة عقد الملكية ومن البيانات الواردة فيه ومن تاريخ شهرها وتسجيلها، لأن عدم ملكيته للأرض محل الإنجاز تثير إشكالية نقلها إلى المشتري، إضافة إلى مشكلة نقل ملكية البناء على أرض ملك للغير³.

وفي حالة التعرض القانوني، فإنّ للمشتري حق رفع دعوى قضائية يلزم فيها البائع بالضمان، وفي كل الأحوال لا يجوز إعفائه من التزامه بضمان تعرضه الشخصي عملاً بنص المادة 378 من القانون المدني التي تنص على أنه: "يقتضى البائع مسؤولاً عن كل نزع يد ينشأ عن فعله ولو وقع الاتفاق على عدم الضمان، ويقع باطلاً كل اتفاق يقضي بغير ذلك".

ب. ضمان التعرض الصادر من الغير:

¹ - علال قاشي، التزامات المرقى العقاري وجزاء الإخلال بها في عقد البيع على التصاميم، المرجع السابق، ص 288.

² - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني - البيع والمقايضة، المرجع السابق، الجزء الرابع، ص 626. وينظر: - محمد حسين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط2، 1982م، ص 128-129.

³ - سهام مسكر، بيع العقار بناءً على التصاميم، المرجع السابق، ص 90.

يعتبر الغير كل شخص أجنبي خارج عن العلاقة التعاقدية، أي أنه ليس طرفاً في عقد البيع بين البائع والمشتري¹. حيث يضمن المرقى العقاري للمقتني عدم تعرض الغير، وذلك بتدخله في الخصام لصالح المقتني والدفاع عن مصالحه، فإذا نجح في ذلك يكون قد وفى بالتزامه، أما إذا لم يتمكن من ذلك فلا يبقى أمامه إلاّ التعويض وهو ما يسمّى بضمان الاستحقاق².

وعليه فإنّ ضمان التعرض الصادر من الغير يلقي التزامين على عاتق البائع، الأول هو الالتزام بدفع التعرض، والثاني هو الالتزام بضمان الاستحقاق بتعويض المشتري إذا أثبت الغير ما يدّعيه.

وحثي يقوم التعرض الصادر من الغير يجب توافر شروط هي:

- أن يقع التعرض فعلاً من الغير.
- كما أنّ هذا التعرض يكون قانونياً وليس مادياً، ويتمثل في رفع دعوى من المشتري الثاني أو من يدّعي حقاً على المبيع على المشتري الأول.
- إضافة إلى أن يكون الحق الذي يدّعيه الغير سابقاً على البيع أو يكون تالياً له، ولكنه مستمد من البائع. فمثلاً قد يطالب الغير بحق الملكية، كما إذا فسخ أو أبطل سند ملكية البائع، أو ثبوت تكليف على المبيع لم يخطر المشتري بوجوده، وقد يكون التعرض لا دخل للبائع في إنشائه، كأن يصدر قرار بنزع ملكية بعد بيعه، أو بفعله إذا باع العقار مرة ثانية إلى مشتري ثاني وبادر الآخر بإجراءات التسجيل والشهر، وتحدث هذه الحالة خاصة مع المرقين العقاريين الذين نيتهم سيئة تتجه نحو التلاعب بالمشتريين الذين كل همهم الحصول على سكن، بمنح مقررات الاستفادة من المساكن لجماعة من المرشحين للملكية قبل تحرير عقد البيع بناءً على التصميم، ويقبض بعض التسبيقات منهم بالرغم من أنّها مساكن مبيعة لغيرهم لهم إمّا مقررات الاستفادة أو عقود ملكية مسجلة ومشهورة³. وهنا يحصل تنازع بين المشتريين الأولين مع الثانيين، ينتج عنه رفع أحدهم لدعوى لتحصيل ما يرى أنّه حق له، فتصبح تلك الدعوى بالنسبة للمشتري الآخر تعرض صادر من الغير.

¹ - حسين عبد اللطيف حمدان، أحكام الشهر العقاري، الدار الجامعية الجديدة، بيروت - لبنان، د.ط، د.ت، ص 295.

² - مهان تريعة، مسؤولية المرقى العقاري في إطار عقد الترقية العقارية، المرجع السابق، ص 36.

³ - سهام مسكر، التزامات المرقى العقاري المترتبة على بيع السكنات الترقية، المرجع السابق، ص 319.

وقد ينصبّ التعرّض الصادر من الغير على المبيع كله أو على جزء منه¹. فمتى قام ضمان البائع للتعرّض الصادر من الغير بتوافر هذه الشروط، فإنّه يكون قد تحقّق التزامه بالضمان، ويجب عليه عندئذ أن ينفذ هذا الالتزام تنفيذاً عينياً ويكون ذلك بطريق التدخل، وتميز في ذلك بين ثلاث حالات:

• إذا رفعت على المشتري دعوى باستحقاق المبيع وأخطر بها البائع، كان على البائع التدخل في الدعوى إلى جانب المشتري.

• فإذا تمّ الاخطار ولم يتدخل البائع في الدعوى وجب عليه الضمان، إلّا إذا أثبت أنّ الحكم الصادر في الدعوى كان نتيجة لتدليس أو خطأ جسيم من المشتري.

• أمّا إذا لم يخطر المشتري البائع بالدعوى في الوقت الملائم وصدر عليه حكم حاز قوة الأمر المقضي به، فقد حقّه في الرجوع بالضمان، إذا أثبت البائع أنّ تدخله في الدعوى كان يؤدي إلى رفض الاستحقاق². طبقاً للمادة 372 من القانون المدني.

وقد يقوم البائع بتنفيذ التزامه بطريق التعويض، وهذا في إحدى الحالات الآتية:

- إذا أخطر المشتري البائع بدعوى الاستحقاق، فتدخل البائع في الدعوى، ولم ينجح في دفع الدعوى.
- إذا أخطر المشتري البائع بدعوى الاستحقاق، ولم يتدخل البائع في الدعوى، فحسّر المشتري الدعوى ولم يستطع البائع أن يثبت تدليس المشتري أو خطأه الجسيم.
- إذا لم يخطر المشتري البائع بدعوى الاستحقاق، وحسّر المشتري الدعوى ولم يستطع البائع أن يثبت أنّ تدخله في الدعوى، كان يؤدي إلى رفض دعوى الاستحقاق.

فإذا وجب للمشتري على البائع ضمان الاستحقاق، في حالة من الحالات السابقة فيكون استحقاق المبيع إمّا كلياً أو جزئياً.

ففي الحالة الأولى، للمشتري أن يطلب من البائع قيمة المبيع وقت نزع اليد، قيمة الثمار التي ألزم المشتري بردها إلى الملاك الذين نزعوا يده عن البيع، المصاريف النافعة التي يمكنه أن يطلبها من صاحب المبيع، وكذلك المصاريف

¹ - لحسين بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في عقد البيع، المرجع السابق، ص 390.

² - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، الجزء 4، ص 640، 645. وهذا ما نصّت عليه المادة 372 من القانون المدني الجزائري.

الكفالية إذا كان البائع سيء النية، جميع مصاريف دعوى الضمان ودعوى الاستحقاق باستثناء ما كان المشتري يستطيع أن يتّقيه منها، لو علم البائع بهذه الدعوى الأخيرة طبقاً للمادة 373 من القانون المدني، وبوجه عام تعويضه عمّا لحقه من خسارة وما فاتته من كسب بسبب نزع اليد عن المبيع¹.

أما في حالة نزع اليد الجزئي عن المبيع، وكانت خسارة المشتري قد بلغت قدراً لو علمه المشتري وقت التعاقد لما قام بالتعاقد، فله عندئذ أن يطالب البائع بالمبالغ المبيّنة في حالة الاستحقاق الكلي، مقابل رد المبيع مع الانتفاع الذي حصل عليه إلى البائع.

أما إذا اختار المشتري استبقاء المبيع، أو كانت الخسارة التي لحقته لم تبلغ القدر المشار إليه سابقاً، لم يكن له سوى المطالبة بحق التعويض عن الضرر الذي لحقه بسبب نزع اليد الجزئي عن المبيع².

2 - ضمان العيوب الخفية وفقاً للقواعد العامة

ضمان العيوب الخفية كضمان التعرض والاستحقاق، يجاوز نطاق عقد البيع إلى كل عقد ناقل للملكية والانتفاع، وبخاصّة إن كان من عقود المعاوضات، والمقصود به حسب نص المادة 379 من القانون المدني: "أن يكون البائع ملزماً بالضمان إذا لم يشتمل المبيع على الصفات التي تعهد للمشتري وجودها فيه، أو إذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته، أو من الانتفاع به بحسب الغاية المقصودة منه. حيث يضمن البائع هذه العيوب ولو لم يكن عالماً بوجودها، مع ذلك فإنّه لا يضمن العيوب التي كان المشتري يعرفها وقت البيع، أو كان يستطيع أن يتبينها بنفسه، إلّا إذا أثبت المشتري أنّ البائع أكد له خلوه المبيع من العيوب، أو أنّه تعمد إخفاءها غشاً منه".

ويمكن أن نستخلص من هذا النص أنّ المشرّع الجزائري وضع معياران للعيوب الخفية الموجب للضمان، وهما معيار نقص القيمة أو المنفعة ومعيار تفويت غرض التعاقد³.

بناءً على ذلك فإنّه حتّى يتوجب الضمان في ذمة البائع، يجب أن تتوافر في العيب أربعة شروط هي:

¹ - المادة 375 من القانون المدني الجزائري.

² - المادة 376 من القانون المدني الجزائري.

³ - محمد زعموش، نظرية العيوب الخفية في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، 2005م، ص 15.

أ. أن يكون العيب مؤثراً: ومعنى هذا أن ينقص من قيمة المبيع¹، أو من الانتفاع به بحسب الغاية المقصودة منه حسبما هو مذكور بعقد البيع أو حسبما يظهر من طبيعته أو استعماله، وهذا وفقاً للفقرة الأولى من المادة 379 من القانون المدني.

ب. أن يكون العيب قديماً، ويكون من العيب قديماً في حالتين:

✓ إذا كان العيب موجوداً في المبيع قبل البيع، أي وجد العيب قبل الاتفاق على البيع، وإذا وقع الخلاف بين البائع والمشتري عن وقت وجود العيب، فإنّ الخبرة يمكن أن تحسم الخلاف، ويقع عبء إثبات بأن العيب قديم على المشتري وعليه الرجوع إلى كافة وسائل الإثبات.

✓ إذا حدث العيب بعد البيع وقبل التسليم، وفي هذه الحالة يكون المبيع سليماً قبل البيع وبعد البيع وانتقال الملكية إلى المشتري، لكن قبل التسليم حدث به عيب ففي هذه الحالة يعتبر العيب قديماً ويكون البائع مسؤولاً عنه.

ج. أن يكون العيب خفياً: فبالإضافة إلى شرطي التأثير والقدم يشترط في العيب أن يكون خفياً، فإذا كان العيب ظاهراً وقت تسلّمه من المشتري ولم يعترض عليه البائع فلا يضمنه البائع².

ويكون العيب خفياً في الحالتين الآتيتين:

✓ إذا لم يكن العيب وقت تسلّم المبيع ظاهراً، بحيث يمكن للمشتري تبينه وفحصه بعناية الرجل العادي.

✓ إذا كان المشتري بعد أن أثبت البائع أنّ العيب كان يمكن تبينه بالفحص، أثبت هو من جهته أحد الأمرين: إمّا أن يكون البائع قد أكد له خلوه المبيع من العيوب، وإمّا أنّ البائع قد تعمد إخفاء هذا العيب غشاً منه.

د. أن يكون العيب غير معلوم للمشتري: فإذا علم المشتري بالعيب فسكوته عليه يعتبر رضا به، ويعتبر تنازلاً عن حقه في الرجوع بالضمان على البائع. ولذا أوجب المشرع الجزائي على المشتري التحقّق من المبيع بمقتضى المادة 380 من القانون المدني: "إذا تسلّم المشتري المبيع وجب عليه التحقّق من حالته عندما يتمكن من ذلك حسب قواعد التعامل الجارية، فإذا كشف عيباً يضمنه البائع وجب عليه أن يخبر هذا الأخير في أجل مقبول عادة فإن لم يفعل اعتبر راضياً بالبيع. غير أنّه إذا كان العيب مما لا يظهر بطريق الاستعمال العادي وجب على المشتري بمجرد ظهور العيب أن يخبر البائع بذلك وإلا اعتبر راضياً بالمبيع بما فيه من عيوب". من مقتضى هذه

¹ - المقصود هنا قيمة الشيء المادية وليس النقص في المقدار، لأنّ النقص في المقدار يجعل البائع مخالفاً بالتزامه بالتسليم. ينظر: - زاهية حورية سي يوسف، الوجيز في عقد البيع، المرجع السابق، ص 230.

² - المرجع نفسه، ص 235.

المادة نلاحظ أنّ المشرّع لم يحدّد أجل معين لظهور العيب رغم ما لهذا التحديد من أهمية في تقرير مسؤولية البائع¹، واكتفى بالقول في أجل مقبول عادة، وبهذا الشكل يمكن أن يطرح الأجل إشكالا في الميدان العملي. ويتربّ على قيام ضمان العيوب الخفية "دعوى الضمان"، والتي من شروطها:

1. توافر الشروط السابقة في العيب الموجود في المبيع.
2. وجوب مبادرة المشتري بإخطار البائع بها، وله أن يرجع بعد ذلك بدعوى الضمان².

وعليه فإنّ للمشتري في عقد البيع بناءً على التصميم الحق في رفع هذه الدعوى، زيادة على دعوى أخرى قد حوله القانون رفعها وهي الضمان العشري³.

خامسا: الالتزام بالإعلام

بالإضافة إلى الالتزامات السابقة، ألقى المشرّع الجزائري على عاتق البائع (المركبي العقاري) التزاما آخر يتمثل في واجب إعلام؛ - أي إخبار- المشتري⁴. ويعرّف الالتزام بالإعلام بأنّه: "تنبية وإعلام طالب التعاقد بصورة من شأنها إلقاء الضوء على واقعة ما أو عنصر ما من عناصر التعاقد المزمع إقامته، حتى يكون الطالب على بينة من أمره، بحيث يتخذ القرار الذي يراه مناسبا في ضوء حاجته وهدفه من إبرام العقد"⁵. إذا ومن خلال التعريف فإنّ الإعلام هو الفعل الذي يصدر من البائع يؤدّي إلى اتجاه المشتري إلى التعاقد عن علم وتبصير كافٍ بما هو مقدم عليه. ولأنّ الإشهار يعتبر وسيلة من وسائل تنفيذ الالتزام بالإعلام لذا ألزم المشرّع الجزائري المركبي العقاري

¹ - بلجراف سامية، ضمانات المشتري في عقد البيع بناءً على التصميم، الملتقى الوطني حول: إشكالات العقار الحضري وأثرها على التنمية في الجزائر المنعقد يومي 17/18 فيفري 2013، من طرف مخبر الحقوق والحريات في الأنظمة المقارنة بالتعاون مع فرقة بحث، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، مجلة الحقوق والحريات، عدد تجريبي، ص 577.

² - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، الجزء الرابع، ص 623 - 633.

³ - سيأتي تفصيل هذا الضمان في المبحث الثالث من هذا الفصل، تحت عنوان: الضمانات الخاصة والمستحدثة في عقد البيع بناءً على التصميم.

⁴ - صياد الصادق، حماية المستهلك في ظل القانون الجديد رقم: 09 - 03 المتعلّق بحماية المستهلك وقمع الغش، رسالة ماجستير في العلوم القانونية والإدارية، تخصّص قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة 1، 2013 - 2014 م، ص 69.

⁵ - حاج بن علي محمد، تمييز الالتزام بالإعلام عن الالتزام بالنصيحة لضمان الصفة الخطرة للشيء المبيع، مجلة الاكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، جامعة حسبية بن بوعلوي، الشلف، عدد جوان 2011، ص 75.

بالإعلان والإشهار، لكن يختلف الالتزام بالإعلان عن الالتزام بالإعلام من حيث الهدف فالأول يهدف إلى دعوة المشتريين إلى التعاقد، والثاني يهدف إلى تكوين صورة واضحة وكاملة عن محل الالتزام¹.

وفكرة إعلام المستهلك المشتري تبدأ أصولها في الفقه الإسلامي بما يعرف بـ "خيار الرؤية"²، وقد نصّ عليه القانون المدني الجزائري في المادة 352³.

ويرى الباحث أنّ إعلام المشتري يدخل ضمن قواعد حماية المستهلك، وقد كرس المشرع الجزائري هذا الحق في القانون 89 - 02 المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك الملغى⁴ وإن لم ينصّ عليه صراحة، غير أنّ القانون الجديد 09 - 03⁵ نصّ عليه صراحة وأفرد له فصل خاص تحت عنوان إلزامية إعلام المستهلك.

وهذا الإعلام قد يكون في مرحلة ما قبل التعاقد، كما قد يكون أثناء تنفيذ العقد⁶، والمقصود بالإعلام الذي يلتزم به المرقى العقاري في مواجهة المقتنين هو ما كان في مرحلة ما قبل التعاقد، ويطلق عليه تسمية الإشهار⁷، وهو عملية توصيل الأحداث والأفكار لعلم المستهلك عبر طرق معينة إما مرئية، مسموعة، أو مكتوبة، حتى تتكوّن لدى المشتري فكرة معينة حول العقار المبيع، وبمقتضاه يتمكن من اختيار ما يناسبه⁸، كما أنّه يمثل أداة لتطوير المنافسة وتشجيعها بين المرقين العقاريين، والذي يؤدي بدوره إلى توفير الجودة والنوعية بالنسبة للمقتني. باعتبار أنّ هذا الأخير لا يقدم على إبرام العقد إلا إذا كان على دراية كاملة بالعقار الذي سيشتريه، ولا يكون ذلك إلا إذا قام المرقى العقاري بتقديم كل المعلومات والمعطيات التي تساعد في تنوير المقتني حتى يبرم العقد⁹.

¹ - المرجع نفسه، ص75.

² - سيأتي التفصيل في هذا الخيار عند تناولنا للجزاء المترتبة عن إخلال الصانع بالتزاماته.

³ - نصّت هذه المادة على أنّه: "يجب أن يكون المشتري عالماً بالمبيع علماً كافياً ويعتبر العلم كافياً إذا اشتمل العقد على بيان المبيع و أوصافه الأساسية بحيث يمكن التعرف عليه، وإذا ذكر في عقد البيع أنّ المشتري عالماً بالمبيع سقط حق هذا الأخير في طلب إبطال البيع بدعوى عدم العلم به إلا إذا أثبت غش البائع".

⁴ - القانون رقم: 89 - 02 المؤرخ في: 07 فيفري 1989م المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك، الجريدة الرسمية العدد06.

⁵ - ينظر المادة 17 و18 من القانون رقم: 09 - 03 المؤرخ في 25 فبراير 2009، المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، الجريدة الرسمية العدد 15.

⁶ - زاهية حورية سي يوسف، الوجيز في عقد البيع، المرجع السابق، ص 265.

⁷ - ينظر: المادة 03 من القانون رقم: 04 - 02، الذي يحدّد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، السابق الذكر.

⁸ - زاهية حورية سي يوسف، الوجيز في عقد البيع، المرجع السابق، ص 265.

⁹ - مها بن تريعة، مسؤولية المرقى العقاري في إطار عقد الترقية العقارية، المرجع السابق، ص 8.

فطبقاً للمادة 19 من القانون 11-04 المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، المرقى العقاري هو عون اقتصادي مؤهل لممارسة أعمال التجارة المرتبطة بالترقية العقارية، ومعلوم أنّ القواعد المطبقة على الممارسات التجارية تفرض عليه الممارسة في إطار الشفافية، وتتطلب منه واجب إعلام المقتني بالأسعار والتعريفات وشروط البيع، بحكم توافره على معلومات حول البنية لا تتوفر لدى المقتني، وهذا ما كرّسه المشرع من خلال القانون 04-02 الذي يحدّد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية¹.

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

من خلال نص المادة يتبيّن لنا أنّ المشرع وحرصاً منه على علم الجمهور بالمشروع العقاري، ألزم المرقى بالإعلام عنه حتى يتقدم إليه من يرغب في التعاقد معه بصيغة البيع بناءً على التصميم، وهو ما يعزّز قدرة المقتني على العلم بما يقبل عليه من مشروع يكلفه أموالاً يتطلب توفيرها الدعم من الدولة أو القرض من المؤسسات المالية، كما أنّ الإعلام يعزّز قدرة المقتني على اختيار البنية بحسب الغرض النهائي المقصود، لنقص المعلومات لديه حول الجودة والأسعار والكمية، وبذلك فإنّ الإعلام يزيل خطر التفاوت بين المرقى العقاري والمقتنين في مستوى الخبرة والدراسات التقنية المتعلقة بالبنية، والتي يصعب على المقتني العادي الكشف عليها².

ويظهر الإعلام أساساً كوسيلة لحماية رضا المقتني في تدخل المشرع لتحديد نوعية وطبيعة المعلومات التي تقدم للمقتني، دون أن يترك السلطة التقديرية في ذلك للمرقى العقاري، فطبقاً 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 و رقم رخصة البناء.

كما يلتزم طبقاً لنص المادتين 47، 54 من نفس القانون، وبمناسبة قيامه بواجب الإعلام عدم اللجوء للإشهار الكاذب، أو استغلال حسن نية أو ثقة المقتني، والسهر على إعلام حقيقي وكامل، والسهر على صحة البيانات

¹ - ربيعة صبايحي، الضمانات المستحدثة في بيع العقار على التصميم على ضوء أحكام القانون 11-04، المرجع السابق، ص 74. وهذا هذا طبقاً للمواد من 04 إلى 09 من القانون رقم: 04 - 02، الذي يحدّد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، السابق الذكر، والتي تلزم الشفافية في الممارسات التجارية.

² - المرجع نفسه، ص 75.

والمعلومات التي ترد في الوثائق والقرارات والعقود المقدمة لمقتضيات النشاطات، قصد تعزيز علاقاته التجارية مع المقتنين المستقبليين، وكل مرقي عقاري يدي بمعلومات خاطئة وغير كاملة في الوثائق والعقود والصفقات يتعرض لعقوبة الحبس من شهر إلى خمس سنوات وغرامة من 200000 دج إلى 2000000 دج، طبقاً للمادة 75 من القانون 11-04.

الفرع الثاني: التزامات البائع (الصانع) في عقد البيع بناءً على التصميم في الفقه الإسلامي

سبق وأن تطرقنا في الفصل الأول إلى تكييف عقد البيع بناءً على التصميم في الفقه الإسلامي، وانتهينا إلى أنه يعتبر من تطبيقات عقد الاستصناع، لذلك سنتحرى في هذا الفرع موقف الفقه الإسلامي من خلال إيراد آثار عقد الاستصناع على الصانع ومقارنتها مع آثار عقد البيع على التصاميم على المرقي العقاري.

وبالرجوع إلى أحكام عقد الاستصناع في الفقه الإسلامي نجد أنه يترتب التزامات معينة على عاتق الصانع، حيث يلتزم الصانع أساساً بإنجاز العمل المتفق عليه، فإذا أجزه التزم بنقل ملكيته وتسليمه إلى المستصنع، كما يلتزم بضمان العمل الذي أجزه، وأخيراً يلتزم بضمان الدرك، لذلك سنتناول هذه الالتزامات فيما يأتي قصد مقارنتها بالالتزامات المرقي العقاري في عقد البيع بناءً على التصميم:

أولاً: التزام الصانع بالصناعة

إنّ الالتزام الرئيسي الذي يترتب في ذمة الصانع، هو الالتزام بإنجاز العمل محل الصناعة، وهو في موضوعنا إنجاز وتشيد بنائية، ومن أجل أن يقوم بتنفيذ هذا الالتزام يجب عليه أن ينجز العمل حسب الطريقة المتفق عليها، على أن يبذل في إنجازها العناية اللازمة، ويتحقق ذلك بما يلي:

1 - تقديم مادة الصنع من عنده: جاء في المحيط البرهاني: "والاستصناع أن تكون العين والعمل من الصانع، فأما

إذا كان العين من المستصنع لا من الصانع يكون إجارة ولا يكون استصناعاً"¹، ويجب أن تكون هذه المادة مطابقة

¹ - برهان الدين محمود بن أحمد بن مازة البخاري، المحيط البرهاني في الفقه النعماني، المصدر السابق، الجزء 7، ص 626. حيث يطلق الفقهاء على حالة تقديم العمل وحده بإجارة الأشخاص أو الأجير المشترك، وحالة تقديم العمل ومواده بالاستصناع. ينظر: - الكاساني، بدائع الصنائع، المصدر السابق، الجزء 04، ص 174.

للمواصفات المتفق عليها، أو وافية بالغرض المقصود¹، ويكون الصانع مسؤولاً عن جودة وسلامة هذه المواد ومطابقتها للمواصفات، وكذلك من واجب الصانع توفير كل الآلات والأدوات اللازمة لإنجاز العمل على نفقته، وهذا يرجع إلى حقيقة الاستصناع، التي تتمثل في مسؤولية الصانع عن تقديم مواد الصنع والعمل معا.

2 - أن يقوم الصانع بالعمل بنفسه، وله أن يعهد إلى غيره بالعمل كله أو بعضه: حيث لا يلزم أن يكون ما يأتي به من صناعته هو، فلو جاء بشيء صنعه غيره مشتمل على الأوصاف المطلوبة كفى كذلك، خصوصاً إذا كانت طبيعة العمل توجب عليه الاعتماد على كفاءة ومؤهلات أشخاص آخرين، وهذا ما لم يشترط المستصنع خلاف ذلك، إذ قد يكون غرضه هو أن يحصل على الشيء من عمل الصانع نفسه لتمييزه بدقة الصناعة وجودتها²، فلا بد من مراعاة ذلك إذا اشترط.

3 - إنجاز العمل حسب شروط العقد وبالطريقة المتفق عليها: ويتحقق ذلك بالالتزام بالمواصفات التي اشترطها المستصنع على الصانع خصوصاً في البنائيات، فإذا اشترط المستصنع صفة معينة في الشيء المصنوع فإن تخلفها لا يبطل العقد، وإنما يتزعم لزومه بالخيار لتخلف الوصف المشروط³، وهذا ما يعرف في الفقه الإسلامي بخيار فوات الوصف⁴، فإذا لم يكن هناك شروط معينة في العقد التزم الصانع بإنجاز العمل حسب ما تقتضيه الأصول العلمية، والأعراف الخاصة بتلك الصنعة.

وهذا الالتزام من الصانع، هو عين الالتزام بتشديد البناء ومطابقته في عقد البيع بناءً على التصميم، من قبل المرقبي العقاري.

ثانياً: التزام الصانع بنقل الملكية

لا يمكننا الحديث عن انتقال الملكية في عقد الاستصناع إلا أن يقوم الصانع بعمل الشيء المستصنع حسب المواصفات المطلوبة، وهذا هو مقتضى عقد الاستصناع (بمعناه الخاص المستقل) ولذلك ليس من حقه - الصانع - أن يذهب إلى السوق ويشتري له شيئاً مصنوعاً حتى وإن كان موافقاً لما طلب منه، لأنّ عقد الاستصناع يقتضي العمل

¹ - وهبة الزحيلي، المعاملات المالية المعاصرة، بحوث فتاوى وحلول، المرجع السابق، ص 306.

² - محمد سليمان الأشقر، عقد الاستصناع، المرجع السابق، ص 233.

³ - علي حيدر، درر الأحكام شرح مجلة الأحكام، المصدر السابق، ص 258.

⁴ - عبد الستار أبو غدة، الخيار وأثره في العقود، مطبعة مقهوي، الكويت، ط2، 1985م، الجزء 1، ص 719. وسيأتي التفصيل في هذا الخيار في المبحث الموالي المتعلق بالجزاء المترتبة عن الإخلال بالالتزامات .

والعين¹، وفي هذه النقطة نلمس التوافق بين عقد الاستصناع وعقد البيع بناءً على التصميم الذي يشترط فيه التشريع أن يكون البناء لم ينجز بعد أو في طور الإنجاز، وذلك الإنجاز يكون بموجب العقد. وإذا ما أكمل الصانع الشيء الذي طلب صنعه، وأحضره أمام المستصنع أو وكيله، وحينئذٍ إما أن يكون المصنوع مطابقاً للمواصفات التي طلبت في العقد أم لا²، فإن لم يكن مطابقاً للمواصفات المطلوبة فإن العقد لم ينفذ بعد، حيث يحق له المطالبة بالتنفيذ على ضوء شروط العقد، وأما إذا كان فيه عيب يضر بالقيمة في عرف التجار، فإنَّ المستصنع³.

فعقد الاستصناع من عقود التمليكات⁴ في الفقه الإسلامي، إذ بموجبه يثبت للمستصنع تملك المبيع في ذمة الصانع إذا جاء به كما طلبه منه⁵، والشاهد على هذا ما جاء في بدائع الصنائع: "وأما حكم الاستصناع فهو ثبوت الملك للمستصنع في العين المبيعة في الذمة..."⁶. أما انتقالها على مراحل فهذه الخاصية من نقاط الاختلاف بين العقدين، لأنَّ الملكية في الاستصناع لا تنتقل للمستصنع إلا إذا جهز المبيع وكان مطابقاً للأوصاف المتفق عليها في البداية⁷، لذا نجدهم يتفقون على أنَّ حكم العقد بالنسبة للمستصنع إذا أتى الصانع بالمصنوع على الصفة المشروطة: هو ثبوت الملك⁸، أي بعد تجهيز المبيع وتسليمه. وهذه الخاصية في عقد الاستصناع نتيجة حتمية لغيرها من الأحكام، لأنَّ انتقال الملكية في الفقه الإسلامي يحدث بالتسليم والتسلم بحكم أنَّ العقود مبنية على الرضائية، على عكس القانون فانتقال الملكية فيما يخص العقارات يختلف عن التسليم والتسلم، ففي عقد البيع بناءً على التصميم لا تنتقل الملكية إلا بعد تحرير المحرر الرسمي أمام الموثق، وإرفاقه بكل الوثائق المرجعية الملحقه، ثم تسجيل العقد وأخيراً والأهم شهره .

ثالثاً: التزام الصانع بتسليم الشيء المصنوع

إنَّ الحديث على هذا الالتزام هو تابع للحديث عن الالتزام بنقل الملكية، لأنَّ انتقال الملكية في الفقه الإسلامي يحدث بالتسليم والتسلم بحكم أنَّ العقود مبنية على الرضائية، حيث يتعين على الصانع أن ينفذ التزامه بالتسليم في

¹ - علي محيي الدين القره داغي، عقد الاستصناع، المرجع السابق، ص 833.

² - المرجع نفسه، ص 833.

³ - المرجع نفسه، ص 835.

⁴ - وهي ما كانت ناقلة للملكية كالبيع والهبة والوصية.

⁵ - كاسب بن عبد الكريم البدران، عقد الاستصناع في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 197.

⁶ - الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المصدر السابق، الجزء 4، ص 3.

⁷ - علي السالوس، عقد الاستصناع، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، تصدر عن منظمة المؤتمر الإسلامي، جدة-السعودية، 7 إلى 12

ذو القعدة 1412هـ الموافق 9 - 14 مايو 1992م، العدد 7، ص 782.

⁸ - وهبة الزحيلي، عقد الاستصناع، المرجع السابق، ص 805.

الموعد المتفق عليه لإنجاز العمل، فإذا لم يكن هناك ميعاد متفق عليه، وجب أن يتم التسليم في ميعاد معقول، وفقاً لطبيعة العمل وعرف المهنة، وتختلف طريقة التسليم حسب طبيعة الشيء المصنوع، ومكان ممارسة الصانع لعمله وطبيعة العقد، فعلى سبيل المثال إذا لم يكن هناك اتفاق على مكان التسليم ففي المكان الذي يحدده عرف الصنعة، فإذا كان العمل وارداً على منقول فيتم تسليمه في المكان الذي يوجد فيه الصانع ومركز أعماله¹. وفي حالة تعلق الاستصناع بالعقارات كإنشاء السدود وبناء المنشآت والبيوت، كما هو الحال بالنسبة لتصنيع العقارات فالتسليم يكون بالتخلية².

وبالنسبة لآجال التسليم، فالمطلوب من الصانع هو الإتيان بالشيء المستصنع في زمنه المحدد له، ولذلك لو قام الصانع بصنعه قبل الأجل المحدد له، وباعه لآخر لا يضر ما دام قادراً على الإتيان بمثله في الزمن المحدد في العقد، وذلك لأن عقد الاستصناع يقتضي أداء الشيء المستصنع في الزمن المحدد له، ولا يقتضي تحدد المصنوع بعينه وذاته، فذمة الصانع مشغولة بصنع الشيء المطلوب منه صنعه بمواصفاته في الوقت الذي اتفق عليه الطرفان، وبعبارة أخرى أنّ ما في الذمة لا يتعين حتى بالتعيين، ولذلك حتى لو نوى بصنعه أنّ هذا الشيء يصنع لفلان، لا تمنعه هذه النية من بيعه لآخر، ما دام قادراً على صنع مثله وتسليمه للمستصنع في الوقت المحدد له³. وفي هذه النقطة نلتمس التعارض بين العقدين محل الدراسة لأنّه في عقد البيع بناءً على التصميم لا يمكن للمرقي العقاري بيع العقار لآخر إذا جهز قبل الأجل المحدد، وإن فعل يعدّ مخالفاً بالتزامه بحفظ العقار وبائعاً لملك الغير، ونرجع ونقول أنّ هذا الاختلاف كذلك منشأه الاختلاف في انتقال الملكية بالشكل المذكور سابقاً.

رابعاً: التزام الصانع بضمان عيوب الشيء المصنوع بعد تسليمه

سبق أن قرّرنا أنّ على الصانع إنجاز الشيء المراد استصناعه، وفق الشروط والمواصفات المتفق عليها، وطبقاً لأصول الفن الذي يحكم هذا العمل، فمتى جاء العمل مخالفاً لهذه المقاييس تعيّن حينئذ على الصانع ضمان العيوب

¹ - محمد أحمد عبد الرحمن الرزقا، الاستصناع والمشروع الصناعي، بحث شرعي وقانوني مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1422هـ، 2001م، ص 88.

² - التخلية هي: إخراج الأشياء الخاصة بالبائع، والتي كانت تشغل المبيع مع تسليم المفاتيح إن وجدت، ولا تتمّ التخلية في الدار المخصّصة المخصّصة للسكنى إلاّ بالإخلاء، أمّا في غيرها فيكفي تمكين المشتري من التصرف الحر بالعقار دون عائق، مع مراعاة الإجراءات التنظيمية اللازمة. ينظر: - محمد سكهال المجاحي، أحكام عقد البيع في الفقه الإسلامي المالكي، دار ابن حزم، بيروت - لبنان، ط1، 1422هـ - 2001م، ص 292.

³ - محيي الدين القره داغي، عقد الاستصناع، المرجع السابق، ص 833.

التي لحقت بعمله، فالصانع يضمن ما ينشأ عن صنعه أو فعله من ضرر أو خسارة سواء أكان ذلك بتعددية أو بتقصير، وهو قول جمهور أهل العلم (قول صاحبين والمالكية والشافعية وأحمد في أحد قوله)¹.

فقد يعتمد الصانع إلى إخفاء العيب أو المخالفة للشروط الواردة في العقد غشا منه، فلا يتمكن المستصنع من معرفة ذلك العيب أو المخالفة، وقت تسلّمه للشيء المصنوع، فإنّه يكون له الرجوع على الصانع بالضمان، وقد فصلّ ابن جزئي² ذلك فقال: " (السابع) تضمين الصانع ما غابوا عليه (أي أخفوه) سواء عملوه بأجرة أو بغير أجرة ولا يضمنون ما لم يغيّبوا عليه... " ³.

فالمصلحة تقتضي تضمين الصانع لأنّ في ترك الضمان عليه ذريعة إلى إتلاف الأموال، يقول الشاطبي: "إنّ الخلفاء الراشدين قضوا بتضمين الصانع، قال علي رضي الله عنه: لا يصلح الناس إلا ذاك، ووجه المصلحة فيه أنّ الناس لهم حاجة إلى الصنّاع، وهم يغيّبون عن الأمتعة في غالب الأحوال، والأغلب عليهم التفريط وترك الحفظ، فلو لم يثبت تضمينهم مع ميسر الحاجة إلى استعمالهم لأفضى ذلك إلى أحد أمرين: إمّا ترك الاستصناع بالكلية وذلك شاق على الخلق، وإمّا أن يعملوا ولا يضمنوا ذلك بدعواهم الهلاك والضياع، فتضيع الأموال ويقل الاحتراز وتتطرق الخيانة، فكانت المصلحة التضمين"⁴.

أمّا وقت تقدير الضمان فهو وقت الضرر، لأنّ الضمان يجب بالضرورة وقت ثبوت الحكم، وهو وقت وجود سببه فتعد قيمة الضرر يوم وقوعه⁵.

لذلك أكّد الزرقا و وافقه بعض المعاصرين⁶ على أنّه إذا اشترط الصانع البائع في عقد الاستصناع عدم مسؤوليته عمّا يظهر من عيوب أو اختلال في المبيع الذي سيصنعه، فإنّ هذا الاشتراط يقع باطلاً، ويبقى البائع الصانع

¹ - ينظر في ذلك: - السرخسي، المبسوط، المصدر السابق، الجزء 15، ص 103. - الكاساني، بدائع الصنائع، المصدر السابق، الجزء 6، ص 533. - الشربيني، مغني المحتاج، المصدر السابق، الجزء 2، ص 315. - ابن قدامة، الكافي، المصدر السابق، الجزء 2، ص 328.

² - هو أبو القاسم أبو بكر محمد ابن أحمد ابن جزئي الكلبلي الغرناطي، فقيه مالكي حافظ، برع في علوم العربية والأصول والحديث والتفسير، ولي الخطابة والقضاء بقرنطبة، توفي سنة 741 هـ، من مصنفاته: "وسيلة المسلم في تهذيب صحيح المسلم"، "الأقوال السننية"، "تقريب الوصول". ينظر: - ابن فرحون، الديباج المهذب في معرفة أعيان المذهب، المصدر السابق، ص 295. - محمد بن مخلوف، شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، المصدر السابق، ص 331. - الزركلي، الأعلام، المرجع السابق، الجزء 5، ص 325.

³ - ابن جزئي، القوانين الفقهية، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، د. ط، د.ت، ص 344.

⁴ - الشاطبي، الاعتصام، تحقيق سليم بن عيد الهلالي، دار ابن عفان، السعودية، ط1، 1992م، الجزء 2، ص 616.

⁵ - وهبة الزحيلي، نظرية الضمان، دار الفكر، سوريا، دمشق، ط 8، 2008م، ص 95-96.

⁶ - مثل: - محمد سليمان الأشقر، بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة، المرجع السابق، ص 237. - ناصر أحمد النشوي، أحكام عقد الاستصناع، المرجع السابق، ص 435.

مسؤولاً مسؤولية كاملة عن كل عيب يوجد في المبيع الذي سيصنعه، لأنّ البائع سيأتي بالشيء من صناعته هو، فلا يكون مثل هذا الاشتراط إلا من سوء نيته، ولإبعاد مسؤوليته عن الإهمال أو الخطأ أو الجهل بأصول صناعته التي تعاقده على أساس أنّه متقن لها، ويكون ذلك ملحقاً لأضرار كبيرة بالمستصنع المشتري، فمثل هذا الاشتراط يشجع على التدليس والغش في الصناعة، وخاصة في عصرنا هذا الذي أصبح يتم فيه التعاقد على استصناع المباني الضخمة والمصانع الكاملة، فإذا وجد فيها عيب أو خلل تقني تعطل عملها وعظمت خسارتها¹.

وهذا الاستثناء في عقد الاستصناع من جواز اشتراط عدم مسؤولية البائع² سببه واضح ومعقول جداً، لأنّ المبيع في الاستصناع معدوم وقت العقد وسيصنعه البائع نفسه، فكيف يعقل أن يشترط براءته وعدم مسؤوليته من العيوب التي قد تظهر فيه دون أن يكون هدفه من هذا الشرط حماية نفسه من مسؤولية الإهمال أو الخطأ أو الجهل بأصول صناعته، كما أنّه من المبادئ الأساسية في نظام المتعاقد في الفقه الإسلامي والقانون كذلك، أنّ كل شرط من شأنه أن يحمي سوء النية لدى المتعاقد الآخر يعتبر باطلاً، ولا يستفيد منه شارطه شيئاً حفاظاً على مبدأ وجوب الثقة والأمانة واستقرار المعاملات³، لذلك قال صلى الله عليه وسلم: "المسْلُومُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ مَا وَافَقَ الْحَقَّ مِنْ ذَلِكَ"⁴.

¹ - الزرقا، عقد الاستصناع، المرجع السابق، ص44. وينظر: - محمد سليمان الأشقر، بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة، المرجع السابق، ص237.

² - إنّ هذه المسألة من المسائل التي درسها الفقهاء القدامى في البيع، ولم يجعلوا لها حديثاً خاصاً في باب الاستصناع، وعليه فإنّ أحكام البيع هي التي تسري عليه سوى بعض الاستثناءات لها حديثاً خاصاً في باب الاستصناع، حيث ذهب الحنفية إلى أنّه يصحّ البيع بشرط البراءة من كل عيب سواء علمه البائع أم لم يعلمه، سمّاه أم لم يسمّه. وذهب جمهور فقهاء المذاهب الأخرى إلى عدم جواز مثل هذا الشرط - على تفصيل بينهم - وأنّ البائع يبقى على مسؤوليته عن ضمان العيب ولو اشترط في العقد البراءة منه. ينظر في ذلك:

- المذهب الحنفي: السمرقندي، تحفة الفقهاء، المصدر السابق، الجزء1، ص102. ابن عابدين، رد المحتاج، المصدر السابق، الجزء4، ص106. المذهب المالكي: ابن عبد البر القرطبي، الكافي في فقه أهل المدينة، المصدر السابق، الجزء2، ص712. المذهب الشافعي: أحمد سلامة القليوبي وأحمد البرلسي عميرة، حاشيتا قليوبي وعميرة، دار الفكر، بيروت - لبنان، د.ط، 1995م، الجزء2، ص249. المذهب الحنبلي: ابن قدامة، المغني، المصدر السابق، الجزء4، ص129.

³ - ناصر أحمد ابراهيم النشوي، أحكام عقد الاستصناع في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص436.

⁴ - البيهقي، السنن الكبرى، المصدر السابق، كتاب: الصداق، باب: الشروط في النكاح، حديث رقم14435، الجزء7، ص407. قال الألباني: حديث صحيح. الألباني، صحيح الجامع الصغير وزياداته، المرجع السابق، الجزء2، ص1138.

خامساً: التزام الصانع بضمان الدرك (التعرض)

إنّ دراسة هذا الالتزام تقتضي منّا بيان المقصود بضمان الدرك أولاً، حكمه الشرعي ثانياً، وشروط صحة هذا الضمان ثالثاً، وذلك وفقاً للآتي:

1 - تعريف ضمان الدرك

قبل التطرق إلى تعريف ضمان الدرك بمعناه اللّغوي، أرى أنّه من الضروري توضيح معنى كل من الضمان والدرك، وفقاً للآتي:

أ. تعريف الضمان

الضمان في اللغة مأخوذ من الفعل ضمن، أي كفل، والضمين: الكفيل، وضمّن الشيء، وبه ضمناً، وضمّاناً: كفل به، والتزمه¹، جاء في معجم مقاييس اللغة: "الضاد والميم والنون أصل صحيح، وهو جعل الشيء في شيءٍ يحويه.. والكفالة تسمى ضمّاناً من هذا، لأنّه كأنّه إذا ضمّنه فقد استوعب ذمته..."²، وفي الحديث قول النبي - صلى الله عليه وسلم -: "ثَلَاثَةٌ كُلُّهُم ضَامِنٌ عَلَى اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ..."³.

أما في الاصطلاح فهو: "ضمّ ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام الحق"⁴. أو هو: "التزام حق ثابت في ذمة الغير، أو إحضار عين مضمونه، أو بدن من يستحق حضوره"⁵.

ب. تعريف الدرك

"الدال والكاف والراء أصل واحد، وهو لحوق الشيء بالشيء ووصوله إليه"⁶. يقال: مشيت حتى أدركته وعشت حتى أدركت زمانه، ورجل درّك، أي مدرّك، كثير الإدراك، وتدارك القوم: تلاحقوا، أي لحق آخرهم أولهم،

¹ - ابن منظور، لسان العرب، المصدر السابق، الجزء 13، ص 257. وينظر: الفيومي، المصباح المنير، المصدر السابق، الجزء 2، ص

364. الزبيدي، تاج العروس، المصدر السابق، الجزء 35، ص 333.

² - ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، المصدر السابق، الجزء 3، ص 372.

³ - أبو داود، سنن أبي داود، المصدر السابق، كتاب: الجهاد، باب: فصل الغزو في البحر، رقم الحديث: 2494، الجزء 3، ص 7. قال

الألباني: حديث صحيح، الألباني، صحيح أبي داود، مؤسسة غراس للنشر والتوزيع، الكويت، الطبعة 1، 2002، الجزء 7، ص 254.

⁴ - ابن قدامة، المغني، المصدر السابق، الجزء 4، ص: 399.

⁵ - الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، المصدر السابق، الجزء 3، ص 198.

⁶ - ابن فارس، مقاييس اللغة، المصدر السابق، الجزء 2، ص 269.

ومنه قوله تعالى: ﴿إِنَّ الْمُنْفِقِينَ فِي الدَّرَكِ الْأَسْفَلِ مِنَ النَّارِ وَلَنْ تَجِدَ لَهُمْ نَصِيرًا﴾¹. وهي منازلهم التي يدركونها ويلحقون بها².

ويجوز تسكين الرءاء وفتحها في الدرك فيقال: الدَّرَكُ والدَّرَكُ، وهو التبعة واللاحق، ومنه ضمان الدَّرَكِ في عُهْدَةِ البيع، يقال: ما لحقك من درك فعليّ خلاصه، والدَّرَكُ: المطالبة والمؤاخذة، سُمي بذلك لالتزامه الغرامة عند إدراك المستحق لعين ماله³.

ج. تعريف ضمان الدَّرَكِ

عرّف الحنفية والمالكية ضمان الدَّرَكِ بأنّه: "ضمان الثمن عند استحقاق المبيع"⁴، وقد أطلق عليه الحنفية كذلك كذلك اسم "الكفالة بالدَّرَكِ"⁵، كما عرّفه المالكية في قول آخر أيضاً بأنّه: "التزام الثمن متى خرج المبيع مستحقاً أو أو معيياً"⁶. وعرّفه الشافعية بقولهم: "أن يضمن المشتري الثمن إذا خرج المبيع مستحقاً أو معيياً أو ناقصاً"⁷. أو "أن يضمن شخص لأحد العاقدين ما بذله للآخر، إن خرج مقابله مستحقاً أو معيياً أو ناقصاً، لنقص الصَّنْجَةِ⁸ سواء أكان الثمن معيياً أو في الذمة"⁹. وعرّفه الحنابلة بأنّه: "ضمان الثمن للمشتري متى خرج المبيع مستحقاً أو ناقصاً، أو زُود بعيب، وضمان الثمن للبائع، إن ظهر به عيب أو نقص أو استحق"¹⁰.

من خلال هذه التعريفات التي أوردها الفقهاء يتبين لنا أنّ الحنفية والمالكية حصروا الدرك في ضمان الثمن عند استحقاق المبيع، بينما أضاف المالكية في قول آخر لهم والشافعية والحنابلة إلى ذلك ما إذا ظهر المبيع معيياً، وجعلوه

¹ - سورة النساء، الآية 145.

² - ابن فارس، مقاييس اللغة، المصدر السابق، الجزء 2، ص 269.

³ - سليمان بن محمد البجيرمي، حاشية البجيرمي على الخطيب، دار الفكر، بيروت - لبنان، د.ط، 1995م، الجزء 3، ص 121.

⁴ - الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المصدر السابق، الجزء 9، ص 16. وينظر: علي الصعيدي العدوي، حاشية العدوي على شرح الخرشي، المصدر السابق، الجزء 5، ص 155.

⁵ - المصدر نفسه، الجزء 9، ص 6.

⁶ - الخرشي، حاشية الخرشي على مختصر خليل، المصدر السابق، الجزء 5، ص 155.

⁷ - النووي، منهاج الطالبين وعمدة المفتين في الفقه، تحقيق: عوض قاسم أحمد عوض، دار الفكر، بيروت - لبنان، ط 1، 2005م، ص 129.

⁸ - الصَّنْجَةُ: قطع معدنية ذات أثقال محدودة مختلفة المقادير يوزن بها. ابن منظور، لسان العرب، المصدر السابق، الجزء 2، ص 311.

⁹ - الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، دار الفكر، بيروت - لبنان، الطبعة الأخيرة، 1984م، الجزء 4، ص 439.

¹⁰ - البهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع، المصدر السابق، الجزء 3، ص 369.

تَمَّا يدخل تحت هذا النوع من الضمان، وأضاف الشافعية والحنابلة كذلك ما إذا خرج المبيع ناقصاً وكذا إذا ما كان الثمن المعين مستحقاً أو معيباً أو ناقصاً.

وعليه فإنَّ ضمان الدرك في الفقه الإسلامي كالتزام من التزامات الصانع في عقد الاستصناع، يقابله ضمان التعرُّض والاستحقاق في القانون كالتزام من التزامات المرقى العقاري في عقد البيع بناءً على التصميم، فمن خلال إيراد تعريف ضمان الدرك نجد أنه ينطبق على ضمان التعرُّض والاستحقاق، الذي نصَّ عليه المشرع الجزائري في المادة 371 من القانون المدني والتي جاء فيها: "يضمن البائع عدم التعرض للمشتري في الانتفاع بالمبيع كله أو بعضه سواء أكان التعرض من فعله أو من فعل الغير، يكون له وقت البيع حق على المبيع يعارض به المشتري ..".

2 - حكم ضمان الدرك

ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية¹ والمالكية² والشافعية³ - في الصحيح عندهم - والحنابلة⁴ إلى أنَّ ضمان الدرك الدرك صحيح وجائز، قال النووي: "والمذهب صحة ضمان الدرك بعد قبض الثمن"⁵. وقال الكاساني: "فأما إذا كانت مضافة إلى وقت بأن ضمن ما أدان له على فلان، أو ما قضى له عليه، أو ما دأين فلان، أو ما استهلك من ماله، أو ما غصبه أو ثمن ما بايعه صحَّت هذه الكفالة"⁶.

وجاء في تكملة المجموع: "فإنَّه يصحَّ ضمان العهد على المنصوص في الأم، وهو أن يشتري رجل عينا بثمن في ذمته فيضمن رجل عن البائع الثمن إن خرج المبيع مستحقاً"⁷.

ولمَّا كان ضمان الدرك أحد أنواع الكفالة بالمال، والكفالة بالمال مشروعة، فقد اعتبر جمهور الفقهاء أدلة مشروعية الكفالة بالمال، هي نفسها أدلة مشروعية ضمان الدرك، حيث استدلوا لمشروعية هذا الضمان من الكتاب والسنة والإجماع والمعقول، وبيان ذلك فيما يلي:

¹ - الكاساني، بدائع الصنائع، المصدر السابق، الجزء 6، ص 4.

² - الخرشبي، شرح مختصر خليل، المصدر السابق، الجزء 6، ص 24.

³ - الشربيني، مغني المحتاج، المصدر السابق، الجزء 3، ص 202.

⁴ - ابن قدامة، المغني، المصدر السابق، الجزء 5، ص 76.

⁵ - النووي، منهاج الطالبين، المصدر السابق، ص 129.

⁶ - الكاساني، بدائع الصنائع، المصدر السابق، الجزء 6، ص 05.

⁷ - النووي، المجموع شرح المهذب مع تكملة السبكي والمطيعي، المصدر السابق، الجزء 14، ص 37.

أما من الكتاب: فاستدلوا بقوله تعالى: ﴿وَلَمَن جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾¹، ووجه الاستدلال: أنّ الآية تجيز الكفالة، وضمان الدرك أحد أنواعها، فهو إذن جائز، والآية وإن كانت تجيز الكفالة في شريعة سيدنا يوسف -عليه السلام- فإنّ شرع من قبلنا هو شرع لنا ما لم يرد في شرعنا ما يخالفه².

وأما من السنة: فاستدلوا بعدة أحاديث منها:

أ. عن أبي أمامة رضي الله عنه أنّ النبي - صَلَّى الله عليه وسلّم - قال: "الزّعيم غارم"³، ووجه الاستدلال: الاستدلال: أنّ النبي - صَلَّى الله عليه وسلّم - عدّ الكفيل ملزوماً بما التزم به، وهو دليل على مشروعية الكفالة، وضمان الدرك أحد أنواعها.

ب. عن ابن عباس - رضي الله عنهما - : "أنّ رجلاً لزم غريماً له بعشرة دنانير فقال: والله لا أفارقك حتى تقضييني، أو تأتيني بحميل"⁴، قال: فتحمّل بها النبي - صَلَّى الله عليه وسلّم - فأتاه بقدر ما وعدّه، فقال له النبي - صَلَّى الله عليه وسلّم - : "من أين أصبت هذا الذهب؟ قال: من معدن، قال: لا حاجة لنا فيها ليس فيها خير، فقضاها عنه رسول الله صَلَّى الله عليه وسلّم"⁵.

وأما الإجماع فقد أجمعت الأمة الإسلامية منذ عهد النبي - صَلَّى الله عليه وسلّم - على مشروعية الكفالة، وضمان الدرك أحد أنواعها، فيكون مشروعاً⁶.

وأما المعقول: فلأنّ الكفالة صورة من صور التعاون على البرّ والتقوى، الذي أمرنا الله - عزّ وجل - به في

¹ - سورة يوسف، الآية: 72.

² - القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، المصدر السابق، الجزء 18، ص 247.

³ - ابن ماجه، سنن ابن ماجه، المصدر السابق، كتاب الصدقات، باب: الكفالة، حديث رقم: 2405، الجزء 2، ص 804. وأخرجه: البيهقي، السنن الكبرى، المصدر السابق، كتاب: الضمان، باب: وجوب الحق بالضمان، الجزء 6، ص: 119. قال الألباني: حديث صحيح، الألباني، إرواء الغليل، المرجع السابق، الجزء 5، ص 247.

⁴ - بحميل أي: بكفيل أو ضامن. ابن حجر، فتح الباري، المصدر السابق، الجزء 4، ص 468.

⁵ - أبو داود، سنن أبو داود، المصدر السابق، كتاب البيوع، باب: في استخراج المعادن، حديث رقم: 3328، الجزء 3، ص 243. قال الألباني، حديث صحيح. الألباني، إرواء الغليل، المرجع السابق، الجزء 5، ص 247.

⁶ - ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار، المصدر السابق، الجزء 5، ص 285. و ينظر: - الشرييني، مغني المحتاج، المصدر السابق، الجزء 2، ص 198. - ابن قدامة، المغني، الجزء 5، ص 70. - البهوتي، كشاف القناع، المصدر السابق، الجزء 3، ص 363.

قوله: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى﴾¹. فهي عقد من عقود الارتفاق، التي تُعين المحتاجين على قضاء حوائجهم، كما أنّ الحاجة تدعو إلى ضمان الدرك، لأنّه لو لم يصح لامتنعت المعاملات على من لم يعرف وفيه ضرر عظيم، رافع لأصل الحكمة التي شرع من أجلها البيع، خصوصاً في وقتنا المعاصر، ومن هنا قال العلماء أنّ ضمان الدرك قد جُوِّزَ على خلاف القياس، لأنّ البائع إذا باع ملك نفسه، ليس ما أخذه من ثمن دين عليه حتى يضمن، لكن لاحتياج الناس إلى معاملة من لا يعرفونه ولا يؤمن خروج المبيع مستحقاً².

وبالنسبة لضمان الدرك في عقد استصناع العقارات، فقد جاء في الفتاوى الشرعية في المسائل الاقتصادية، تحت عنوان "ضمان الدرك في عقد الاستصناع" في نموذج من ضمان الدرك المتعامل به في بيت التمويل الكويتي: أجازت الهيئة صيغة ضمان الدرك في عقد الاستصناع وفقاً للصيغة التالية:

"إقرار وضمان"

حيث إنّ بيت التمويل الكويتي سيقوم ببناء المشروع موضوع العقد المرفق بمبلغ (... د.ك)....، وحيث إنّنا قد عينّا لبيت التمويل الكويتي المقاولين المرشحين من قبلنا لإنشاء وإنجاز وصيانة هذا المشروع عن طريقهم، بموجب العقد المرفق، لذلك فإنّنا نتعهد بأن يكون هؤلاء المقاولون ممتازوا السمعة والمركز المالي، وقادرون على تنفيذ التزاماتهم اتجاه بيت التمويل الكويتي، وذلك على ضماننا ومسؤوليتنا، ونضمن لبيت التمويل الكويتي حسن تنفيذهم لما يطلب منهم لإنشاء وإنجاز وصيانة هذا المشروع.

كما نضمن تعويض بيت التمويل الكويتي عن أي خسارة أو ضرر يتعرض له، من جراء الغش أو التدليس أو التزوير أو التحريف أو التقصير، في أعمال الإنشاء أو الإنجاز والصيانة التي تصيبه من قبل هؤلاء المقاولين، ونقر بأننا نقرض بيت التمويل الكويتي بخضم قيمة الخسارة التي لحقتنا مما ذكر من ذلك، فوراً ودون تبييه أو اتخاذ أية إجراءات وبرغم معارضتنا³.

3 - شروط صحة ضمان الدرك

سبق وأن قرّرنا بأنّ ضمان الدرك هو أحد فروع الكفالة، وبالتالي فإنّ شروط هذا الضمان هي نفسها شروط الكفالة، مضاف إليها بعض الشروط التي تختصّ بضمان الدرك، وجملة هذه الشروط هي:

¹ - سورة المائدة، الآية: 02.

² - البهوتي، كشاف القناع، المصدر السابق، الجزء 3، ص 369.

³ - الفتاوى الشرعية في المسائل الاقتصادية رقم: 739، منشورة على موقع بنك التمويل، الموقع:

- أ. أن يكون الضمان برضا الضامن، فلا يصح ضمان المكره، لأنه التزام مال، فلم يصح بغير رضا الملتزم¹.
- ب. أن يكون الضمان من جائر التصرف في ماله، فلا يصح ضمان من يحجر عليه لصغر أو جنون أو سفه، لأنه إيجاب مال بعقد، فلم يصح من الصبي والمجنون، والسفيه كالبيع².
- ج. أن يكون المضمون معلوماً في قول الشافعية³، فلا يجوز ضمان المجهول لأنه إثبات مال في الذمة بعقد لآدمي، فلم يجز على الجهالة، كالثمن في البيع قال النووي: "يشترط أن يكون قدر الثمن معلوماً للضامن، فإن لم يكن، فهو كما لو لم يكن قدر الثمن في المراجعة معلوماً"⁴. وذهب الحنفية⁵ والمالكية⁶ والحنابلة⁷ إلى القول بجواز الكفالة مع جهالة المكفول به استدلالاً بقوله تعالى: ﴿وَلَمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾⁸، فقد أجاز الله عز وجل الكفالة بحمل البعير مع أن الحمل يحمل الزيادة والنقصان⁹.
- د. أن يكون الضمان بعد قبض الثمن، لأنه إنما يضمن ما يدخل في يد البائع، ولا يدخل الثمن في ضمانه إلا بقبضه¹⁰، فإن كان قبل القبض، فللشافعية في ذلك قولان: الأول: يصح لأن الحاجة تدعو إلى هذا الضمان قبل قبض الثمن كما تدعو إليه بعد قبضه¹¹، الثاني: لا يصح لأنه ضمان الحق قبل وجوبه¹².

¹ - الشيرازي، المهذب، المصدر السابق، الجزء 3، ص 321.

² - أبو الحسن علي بن محمد الماوردي، الحاوي الكبير، تحقيق: علي محمد معوض - عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة الأولى، 1999م، الجزء 7، ص 82.

³ - الشيرازي، المهذب، المصدر السابق، الجزء 3، ص 313.

⁴ - النووي، منهاج الطالبين، المصدر السابق، ص 200.

⁵ - الكاساني، بدائع الصانع، المصدر السابق، الجزء 9، ص 6.

⁶ - عبد الوهاب البغدادي، المعونة على مذهب عالم المدينة الإمام مالك بن أنس، تحقيق: حميش عبد الحق، مكتبة نزار مصطفى الباز، مكة المكرمة - السعودية، ط 1، 1415هـ، الجزء 2، ص 1232.

⁷ - ابن قدامة، المغني، المصدر السابق، الجزء 5، ص 72.

⁸ - سورة يوسف، الآية: 72.

⁹ - الكاساني، بدائع الصانع، المصدر السابق، الجزء 9، ص 6.

¹⁰ - الشيرازي، المهذب، المصدر السابق، الجزء 2، ص 326.

¹¹ - الشريبي، مغني المحتاج، المصدر السابق، الجزء 2، ص 201.

¹² - الشيرازي، المهذب، المصدر السابق، الجزء 2، ص 321.

هذا عن موقف الفقه الإسلامي من الالتزامات الكبرى للمرقي العقاري، التي قلنا أنه إذا وقي بها يمكننا القول عن عقد البيع بناءً على التصميم أنه أدى الغرض المنشود من إبرامه، وقد تغاضينا عن الباقي لما فيها من الخصوصية نتيجة التطور في العقد أو تدخل ضمن أمور شكلية، لا حاجة لنا باستئذان الفقه فيها.

المطلب الثاني: التزامات المشتري في عقد البيع بناءً على التصميم

لما كان عقد البيع بناءً على التصميم من العقود الملزمة لجانبين، فإنه يربّب التزامات في ذمة المشتري تقابل التزامات المرقي العقاري. وبناءً على ذلك سنتناول في هذا المطلب التزامات المشتري في عقد البيع بناءً على التصميم في القانون في فرع أول، ثمّ نعرضها على التزامات المستصنع في الفقه الإسلامي في فرع ثاني لبيان مدى التوافق أو التباعد بينها، وذلك وفق الآتي:

الفرع الأول: التزامات المشتري (المقتني) في عقد البيع بناءً على التصميم في القانون

إنّ التزامات المشتري في عقد البيع بناءً على التصميم في القانون، تتمثّل في التزامين مهمّين لا يختلفان عن الالتزامات المعروفة في عقد البيع العادي، التي نصّ عليها المشرع في المواد من 387 إلى 396 من القانون المدني هما: الالتزام بدفع الثمن والالتزام بتسليم المبيع، إلّا أنّه يوجد اختلاف في تنفيذ هذين الالتزامين، إذ أنّ طريقة تأديتهما في البيع بناءً على التصميم لها بعض الخصوصية من حيث أحكامها بالمقارنة مع عقد البيع العادي. وبالإضافة إلى هذين الالتزامين يتحمّل المشتري التكاليف المفروضة في العقد. وعليه سنتطرق إلى هذه الالتزامات بشيء من التفصيل فيما يأتي:

أولاً: الالتزام بدفع الثمن

يعدّ الالتزام بدفع الثمن هو الالتزام الرئيسي للمشتري، سواء كان ذلك في البيع بصفة عامة أو في البيع بناءً على التصميم، إلّا أنّ عقد البيع على التصميم يختلف في تقدير الثمن وطريقة دفعه، كما أنّ الثمن يكون بات في البيع العادي وفقاً للقواعد العامة في حين يمكن مراجعته في عقد البيع بناءً على التصميم، وهو يقابل التزام البائع الرئيسي المتمثل في إنجاز العقار المبيع، فهناك ارتباط وثيق بين التزام المرقي العقاري بإنجاز العقار والتزام المكتتب بدفع الثمن، ويظهر هذا الارتباط من ناحيتين: من ناحية تحديد الثمن ذاته، والذي يرتبط بالتزام المرقي بإنجاز العقار خلال مدة زمنية، وخلال هذه المدة قد تتغير أسعار العناصر الداخلة في تكلفة البناء، ومن ناحية تحديد آجال الدفع، إذ يبدأ

الأمر بدفعة مقدمة لا تتجاوز 20٪ طبقاً لنص المادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 13-413 المحدد لنموذج عقد البيع بناءً على التصميم، وذلك عند التوقيع وأن يقسط باقي الثمن على دفعات حسب مراحل تقدم الأشغال، وقد نصت على هذا الالتزام المادة 53 من القانون 04-11 التي جاء فيها ما يلي: "يتعين على المكتتب في عقد البيع على التصاميم دفع التسديدات التي تقع على عاتقه في الآجال المنصوص عليها..."

ونظراً لخصوصية عقد البيع بناءً على التصميم، فقد أفرد المشرع هذا الالتزام بأحكام خاصة لم نعهدها في البيع العادي، تضمن الحماية للمقتني الذي يتخلى عن أمواله في مقابل شيء لم يوجد بعد، حيث نصت 37 و 38 من المادة 04/11 على وجوب اشتغال عقد البيع بناءً على التصميم تحت طائلة البطلان على:

- تحديد ثمن البيع وكيفية مراجعته.
 - كيفية دفع الثمن وتاريخ استحقاقه.
- وبناءً على ذلك سنتناول التنظيم القانوني للثمن في عقد البيع بناءً على التصميم، من خلال هذين العنصرين فيما يلي:

1- تحديد الثمن وكيفية مراجعته:

مما لا شك فيه أنّ الاتفاق على الثمن وجعله قابلاً للتحديد يعدّ من الأركان الجوهرية لعقد البيع عموماً، غير أنّ ما يميز ركن الثمن في البيع بناءً على التصميم هو أنّ المشرع جعله سعراً تقديرياً أي غير نهائي، حيث ورد في المادة 38 من القانون رقم 04/11 وجوب بيان السعر التقديري وكيفية مراجعته في العقد، فالمادة تشير صراحة إلى أنّ الثمن الذي يجب أن يقع عليه اتفاق الطرفين في عقد البيع بناءً على التصميم، خلافاً للبيع العادي لا يحدّد بصفة نهائية وإنما هو سعر أولي تقديري، يحتمل أن يقبله المتعاقدان كمقابل للعقار المبيع دون زيادة أو نقصان كما يحتمل أيضاً إن اقتضى الأمر مراجعة هذا الثمن.

وكما أنّ المشرع اعتبر الثمن من البيانات الإلزامية بموجب المادة 37 من القانون 04/11، فقد اشترط أيضاً ذكر ما إذا كان هذا الثمن قابلاً للمراجعة أم لا، وذلك بموجب الفقرة الثانية من المادة 38 من نفس القانون، ولعلّ فتح المشرع المجال لإمكانية مراجعة الثمن يعود إلى عدّة اعتبارات أهمّها: أنّ البائع يلتزم في هذا العقد بتشييد العقار، وبما أنّ عملية الإنجاز هذه مسألة تتطلب وقتاً لإتمامها، فإنّه في هذه الفترة يمكن أن تتغير المعطيات خاصة تلك

المتعلقة بوضعية السوق العقارية وتكاليف الإنجاز، فقد يحدث تغير في أسعار أو في سعر اليد العاملة مما يجعل الثمن المتفق عليه في البداية لا يتناسب مع التزامات الأطراف¹.

وقد حدّد المشرّع الجزائري حالات مراجعة الثمن ونسبته في القانون 04/11، وذلك خلافاً لما كان عليه في المرسوم التشريعي 03/93 الملغى، فطبقاً لنص المادة 10 منه البائع هو من يحدّد حالات مراجعة الثمن، كونها غير مقيدة أو محصورة بحالات معينة أو نسب محدّدة من قبل المشرع كحد أقصى لا يمكن تجاوزه، الأمر الذي فتح المجال لتعسف البائع ومبالغته في زيادة الثمن مستغلاً حاجة المشتري، حيث تدارك المشرع الجزائري الأمر في القانون 04/11، وطبقاً لذلك نصّت المادة 38 في فقرتها الثالثة من القانون السابق على: "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 بالمئة (20٪) كحد أقصى من السعر المتفق عليه في البداية، وفي كل الأحوال يجب تبرير تغيرات الأسعار".

فيُتضح من نصّ هذه المادة أنّ المشرّع الجزائري منح الحرية للأطراف المتعاقدة في مراجعة الثمن بالنسبة لعقد البيع بناءً على التصميم كأصل عام، قصد مراعاة جانب إمكانية تعيّر المعطيات خاصّة تلك المتعلقة بوضعية السوق العقارية وتكاليف الإنجاز، وذلك بالاعتماد على 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.

وبذلك يكون القانون 04/11 قد أنهى الإشكال الذي طرحه المرسوم التشريعي 93-03 الملغى، المتمثل في عدم تحديد نسبة المراجعة والتي خضع تقديرها لإرادة المرقى العقاري، الذي استغل الأمر في تحديد نسبة المراجعة دون أية مراقبة، الأمر الذي أدّى إلى عجز العديد من المقتنين عن إتمام الدفعات المتبقية².

إلا أنّ الباحث يرى من جهته أنّ ترك مسألة مراجعة الثمن، وتحديد مبلغ المراجعة لاتفاق الأطراف في العقد دون أن يخضعها لرقابة القاضي - وإن كانت لا تتجاوز 20٪ كحد أقصى من السعر المتفق عليه في البداية - يُقضي

¹ - فتحي ويس، المسؤولية المدنية والضمانات الخاصّة في بيع العقار قبل الإنجاز، المرجع السابق، ص 95.

² - عائشة طيب، عقد البيع على التصاميم في ظل القانون 04/11، المرجع السابق، ص 82.

المجال مفتوحاً لتعسف البائع في حق المشتري، فلو أخضع المشرع هذه المراجعة لتقدير الخبراء لكان أحسن، ذلك أنّ المشتري في أغلب الأحيان يكون بعيداً عن السوق العقارية وتكاليف الإنجاز.

2 - كيفية دفع الثمن وتاريخ استحقاقه:

لقد ترك المشرع للأطراف المتعاقدة حرية الاتفاق على كيفية دفع الثمن، غير أنّه أخضعهما إلى ضوابط معينة تتمثل في منع دفع ثمن العقار الكلي بشكل مسبق ودفعة واحدة، ومنع المرقي العقاري أن يطالب بتسبيق مالي قبل توقيع العقد، وهذا ما يتّضح من نص المادة 38 من القانون رقم: 04/11 والتي تنص على أنّه: "يتمّ ضبط تسديد سعر البيع في عقود البيع على التصاميم حسب تقدم أشغال الإنجاز في الحدود المنصوص عليها عن طريق التنظيم". وكذا نص المادة 42 من نفس القانون والتي جاء فيها: "لا يمكن للمرقي العقاري أن يطالب ولا أن يقبل أي تسبيق أو إيداع أو اكتتاب أو قبول سندات تجارية مهما كان شكلها، قبل توقيع عقد البيع على التصاميم أو قبل تاريخ استحقاق الدين".

فيّضح لنا من نص المادة 38 السابق أنّ المشتري يلتزم بدفع الثمن في صورة أقساط دورية تدفع حسب تقدم الأشغال، فإذا ما انتهى البائع من أعمال البناء وقام بتسليم العقار، التزم المشتري بدفع الباقي من الثمن، فالتزام المشتري بدفع الثمن هو التزام دوري يستغرق تنفيذه فترة من الزمن¹.

كما يتّضح لنا من نص المادة 42 أنّ المشرع حدّر المرقي العقاري من قبول والمشتري من أداء، أي قسط قبل التوقيع على عقد البيع على التصاميم، وموقف المشرع هذا يتماشى والتعاقد بخصوص شيء قابل للوجود وعدم الدخول في متاهات التعاقد حول شيء قد يوجد وقد لا يوجد في المستقبل، وقد وفق المشرع في ذلك إلى حد بعيد، مادام التعاقد بخصوص البيع بناءً على التصاميم يعتبر تعاقد على شيء مستقبلي غير موجود في الحال، لذلك كان لزاماً على المشرع أن يربط أداء الثمن بتقدم الأشغال، وظهورها على أرض الواقع على شكل أعمال مادية ظاهرة.

وإنّما اشترط المشرع أن يتمّ دفع التسبيق الأولي عند توقيع العقد، بينما بقية الثمن يدفعه المشتري على دفعات مجزأة، تحدّد باتفاق الأطراف حسب كل مرحلة من مراحل الإنجاز².

¹ - نسيمه بوجنان، عقد البيع بناءً على التصاميم، المرجع السابق، ص 100.

² - عائشة طيب، عقد البيع على التصاميم في ظل القانون 04/11، المرجع السابق، ص 82.

وبناءً على ذلك فإنه لا يجب تحديد مواعيد معينة لدفع الأقساط، دون ربطها صراحةً بنسبة تقدم الأشغال، فبدون هذا الربط فقد تستحق الأقساط المتتالية دون أن يكون البائع قد بدأ العمل، أو دون أن يكون قد وصل به إلى مرحلة تتناسب مع الأقساط المستحقة.

وقد أكد المشرع على ذلك وحدد نسبة هذه الأقساط في المادة 03 من المرسوم التنفيذي 431-13 المحدد لنموذجي عقد حفظ الحق وعقد البيع على التصاميم للأموال العقارية، وذلك وفقاً للآتي:

- عند التوقيع على عقد البيع 20٪ من الثمن المتفق عليه.
 - عند الانتهاء من الأساسيات 15٪ من الثمن المتفق عليه.
 - عند الانتهاء من الأشغال الكبرى، بما في ذلك المساحة والأسوار الخارجية والداخلية 35٪ من الثمن المتفق عليه.
 - عند الانتهاء من الأشغال مجتمعة، بما في ذلك الربط بالطرقات والشبكات المختلفة بالإضافة إلى التهيئات الخارجية 25٪ من الثمن المتفق عليه.
 - عند إعداد محضر الحيازة 5٪ من الثمن المتفق عليه.
- لذلك فإنّ الباحث يرى أنّ المشرع الجزائري قد أحسن عندما نصّ في القانون 04/11 على دفع الثمن في شكل أقساط تبعا لتقدم مراحل الإنجاز، خصوصاً عندما أوضح في المرسوم التنفيذي 431/13 نسبة دفع كل قسط وقسم عملية البناء إلى مراحل وفصلها بدقة، ممّا يسهل على المشتري دفع سعر كل قسط، وهذا بخلاف ما كان سائداً في المرسوم التنفيذي 58-94 المتعلق بنموذج عقد البيع بناءً على التصاميم الذي يطبق في مجال الترقية العقارية الملغى، والذي نصّت المادة 05 منه على: "يحدّد ثمن البيع وكيفيات دفعه مع ربط قيام المشتري بالدفع الجزأً تبعا لمراحل تقدم الأشغال". فهذه المادة لم تحدّد الأقساط ولا مراحل البناء، بل منحت الأطراف حرية القيام بذلك ممّا يؤدي لا محالة إلى جعل المقتني تحت رحمة المرقبي العقاري، الذي يسعى دائماً لتحقيق الربح السريع ولو على حساب مصلحة غيره¹.

ومن جهة أخرى فإنّ الباحث يرى أنّه بالنظر لارتفاع أسعار السكن الترقوي وعدم مسايرة القدرة الشرائية للمستفيد خاصّةً إذا كان من ذوي الدخل الضعيف أو المتوسط؛ فإنّ المقتني يجد نفسه مرغماً على اللجوء إلى

¹ - المرجع نفسه، ص 82.

القروض البنكية لتغطية هذا العجز المالي، لكن الأمر الذي يقف أمامه في اقتراض أموال من هذه البنوك هو نسبة الفوائد التي تدفع فيما بعد، وباعتبار أننا مسلمين فإن أحكام الشريعة الإسلامية تحرم مثل هذه القروض، لأنها تجرّ نفعا بغير وجه حق، وقد قال تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَنفَقُوا اللَّهَ وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا إِن كُنْتُمْ مُؤْمِنِينَ﴾¹. ولمعالجة هذه المشكلة نقترح إنشاء بنوك إسلامية تمّول مثل هذه المشاريع السكنية، لمنح قروض مالية للمكاتب دون فوائد ربوية، وبالتالي يكون عليها إقبال كبير من طرف المستفيدين، ممّا يساهم في حل أزمة السكن في إطار مشروع.

ثانيا: الالتزام بتسلّم المبيع (العقار)

بمقابل التزام البائع بتسليم المبيع للمشتري يلتزم هذا الأخير بتسلّمه، حيث ينفذ البائع التزامه بالتسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشتري، بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق، ولو لم يستول عليه استيلاء ماديا، أمّا الالتزام بالتسلّم هو أن يضع المشتري يده فعلا على المبيع ويجوزه حيازة حقيقية تمكّنه من القيام بجميع الأعمال القانونية والمادية، التي يقوم بها عادة المالك²، وقد ألزم المشرّع إخضاع عملية التسليم إلى إجراءات وشكل معين. وعلى غرار الالتزام بدفع الثمن يكتسي الالتزام بالتسلّم أهمية خاصّة في البيع بناءً على التصميم؛ لأنّ مختلف الضمانات التي تقع على البائع في مواجهة المشتري لا تسري من يوم إبرام البيع ولا من يوم تسليم العقار، وإنّما من يوم وقوع التسلّم.

وبناءً عليه سنتناول في هذا العنصر تعريف التسلم، ثم نتطرق إلى إجراءاته وشروطه لنصل إلى آثاره، وذلك وفقا لما يلي:

1- تعريف التسلم:

بالرجوع إلى نصوص القانون نجد أنّ المشرع الجزائري لم يعرف التسلم في عقد البيع على التصميم؛ بل حتّى أنّه لم يعرف أصلا التسلم في البيع العادي مكتفيا بالإشارة إلى أنّه من التزامات المشتري. والملاحظ في القانون 04/11 أنّ المشرّع أطلق على التسلم عبارة الحيازة، حيث نصّت المادة 39 منه على أنّه: "في حالة عقد البيع على التصاميم لا يمكن حيازة بناية أو جزء من بناية من طرف المقتني إلّا بعد تسليم شهادة المطابقة...".

¹ - سورة البقرة، الآية : 278 .

² - زاهية حورية سي يوسف، الوجيز في عقد البيع، المرجع السابق، ص 285.

أما المشرع الفرنسي فقد عرّفه في نص المادة 1792-1/6 من القانون المدني على أنه التصرف الذي يعلن من خلاله رب العمل قبوله للعمل بتحفظات أو بدونها¹.

وبذلك فإنّ التسلم تصرف مادي يتمثل في الاستيلاء ووضع اليد على البناية، ويتبعه التقبل الذي هو تصرف قانوني يتمثل في قبول صاحب المشروع للبناية كما هي دون تحفظات أو بتحفظات²، وهذا ما هو معمول به في عقد المقاولة، والذي نصّ عليه المشرع الجزائري في الفقرة الأخيرة من المادة الثالثة من القانون 11 - 04 والتي جاء فيها: "الاستلام المؤقت هو محضر يتم إعداده والتوقيع عليه بين المرقي العقاري والمقاول بعد انتهاء الأشغال".

وبالرجوع إلى الفقه نجد أنّ فقهاء القانون عرّفوا التسلم بعدة تعريفات منها:

أ. "تلك العملية التي يتحقّق فيها رب العمل من اكتمال الأشغال، حسن تنفيذها ومطابقتها للاشتراطات التعاقدية، فهي العملية التي يغلب عليها الطابع التقني، الهدف منها هو معاينة مدى قابلية الأشغال للانتفاع بها من طرف رب العمل مهياً للغرض الذي أنشئت لأجله"³.

ب. "ذلك العمل الذي بواسطته أو عن طريقه يعطي رب العمل تصديقه للأعمال التي تمّ إنجازها ويسلم مخالصة بذلك للمقاول والمهندس المعماري أو بأنّه إقرار رب العمل للأعمال التي تمّ إنجازها لصالحه"⁴.

من خلال هذين التعريفين يمكن الخروج بنتيجة مفادها أنّ التسلم في عقد البيع بناءً على التصميم، كما هو الحال بالنسبة لعقد المقاولة، يختلف عن التسلم في البيع العادي، كونه يتضمّن عنصرين: أحدهما مادي، يتمثل في وضع اليد والاستيلاء على المبيع، والثاني إرادي يتمثل في تقبل العمل وإقراره بعد فحصه، ويعدّ العنصر الثاني الأهم لأنّ كل الآثار تنتج عنه.

وبناءً على ما سبق يمكن تعريف التسلم في البيع بناءً على التصميم بأنّه: " ذلك العمل القانوني الذي بواسطته يستولي المشتري على العقار المبيع بوضع يده عليه، ثم يقبله أو يرفضه بقصد ترتيب آثار قانونية"⁵. فالتسلم قد

¹ le maître de l'auverage . Art 17 92-6/1 C.C.V.F : «la réception et l'acte par lequel déclare accepter l'ouvrage avec ou sans réserves».

² - جازية مجيدة حمادي، عقد مقاولة البناء في القانون الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان - الجزائر، 2002م، 2003م، ص 119.

³ - moniteur, Albert Caston et autres, traité de la responsabilité des constructeurs, édition le 7^{eme} édition, France, 2013. p 159.

⁴ - فتحي ويس، المسؤولية المدنية والضمانات الخاصة في بيع العقار قبل الإنجاز، المرجع السابق، ص 96.

⁵ - المرجع نفسه، ص 96.

يتضمّن التقبل وإقرار العمل بعد فحصه أو التحفظ بشأنه، و لكن هذا لا يمنع من أن يكون كل من هما مستقلاً عن الآخر، فقد يسبق التسلمّ التقبل و يكون ذلك إذا تسلّم المشتري البناء بعد إنجازه دون أن يفحصه، فهو بذلك يكون قد تسلّم البناء دون أن يتقبله، و قد يسبق التقبل التسلمّ إذا عاينه المشتري بعد إنجازه وهو لا يزال في يد البائع، ويقرّ بأنّه تمّ تنفيذه وفقاً لما هو متفق عليه في العقد، و إذا انفصل التقبل عن التسلمّ فإذا سبق التسلمّ فإنّ ذمة البائع لا تبرأ وتتراخى إلى وقت التقبل، أمّا إذا حصل التقبل قبل التسلمّ تبرأ ذمة البائع من تاريخ حصول التقبل لا التسلم، فإذا امتنع عن التسلمّ بمعنى التقبل مستنداً في ذلك إلى سبب مشروع لا يعدّ مخالفاً بالتزامه، أمّا إذا كان رفض التسلم لا يستند إلى سبب شرعي، فهنا يعدّ مخالفاً بالتزامه وسنعرف جزاءه لاحقاً.

2 - شروط التسلمّ:

يعتبر التسلمّ عمل قانوني ذو طبيعة تعاقدية، فهو يحتاج إلى توافق إرادتين وبالتالي يشترط في صحته جميع ما يشترط في صحة الأعمال القانونية والعقود، سواءً من حيث أطرافها أو محلها أو سببها، كما يشترط في التسلمّ توافر شروط أخرى باعتباره التزاماً من التزامات المشتري في البيع بناءً على التصميم، حيث لا يكون هذا التسلمّ صحيحاً إلاّ بتوافرها، ومن هذه الشروط ما هو موضوعي يتعلّق بالشيء محلّ التسلمّ أي العقار المبيع، ومنها ما هو شكلي يتعلّق بالشكل الذي يفرغ فيه التسلمّ، لذلك سنتناول الشروط الموضوعية للتسلمّ أولاً، ثمّ الشروط الشكلية له ثانياً.

أ. الشروط الموضوعية للتسلمّ:

يتضمّن التسلمّ في عقد البيع بناءً على التصميم مجموعة من الشروط الموضوعية للحصول على رضا المشتري، تتمثل في:

- ✓ إنجاز العمل محل التعاقد، فلا يمكن للبائع أن يلزم المكتتب بتسليم عقار لم يكمل إنجازه بعد¹.
- ✓ مطابقة البناء للمواصفات المنصوص عليها في العقد² من خلال المقاييس الوصفية والكمية ومن خلال التصاميم ورخصة البناء (شهادة المطابقة)³، وكذا ضرورة استجابة العقار لشروط الصحة والأمن والسكينة طبقاً لما هو منصوص عليه في القانون المتعلّق بالتهيئة والتعمير⁴.

¹ - مهدي شعوة، تطور المركز القانوني للمرقي العقاري الخاص في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص 201.

² - وهذه العناصر سبق لنا وأن تناولناها في التزامات المرقي العقاري.

³ - نسيم بوجنان، عقد البيع بناءً على التصاميم في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 102.

⁴ - ينظر المواد: 7، 8، 9 من القانون رقم: 90-29 المتعلّق بالتهيئة والتعمير، السابق الذكر.

فبدون تحقق هذه الشروط لا يمكن الحديث عن التسلم، ولا يستطيع البائع إجبار المشتري على التسلم، مادام العقار لم يستكمل إنجازَه بعد، أو يفرض عليه تسلم عقار مخالف للمواصفات المتفق عليها في العقد. فالمشتري غير ملزم بتسلم العقار إلا بعد حصول البائع على شهادة المطابقة المسلمة من قبل مصالح التعمير المؤهلة، والتي يتجسد بواسطتها الانتهاء من الأشغال حيث نصت المادة 39 من القانون 04-11 على أنه: "في حالة عقد البيع على التصاميم لا يمكن حيازة بناية أو جزء من بناية من طرف المقتني إلا بعد تسليم شهادة المطابقة". وهذا ما أكدته العقد النموذجي للبيع بناءً على التصاميم المنصوص عليه في المرسوم التنفيذي 431-13 والذي نص على: "تجدر الإشارة إلى أنّ حيازة البناية أو جزء من البناية من طرف المكتب يجب أن تتم عند إتمام أشغال الإنجاز الذي تم إثباته قانوناً بشهادة المطابقة المسلمة طبقاً للتشريع والتنظيم المعمول بهما". والجدير بالذكر أنّ المشتري يمكنه أن يبدي تحفظات بخصوص إنجاز البناية حتى بعد حيازة العقار، وفي ذلك جاءت الفقرة الثالثة من المادة 26 من القانون 04-11 بنصها صراحة: "غير أنّ الحيازة وشهادة المطابقة لا تعفيان من المسؤولية العشرية التي قد يتعرض لها المرقى العقاري ولا من ضمان الإنهاء الكامل لأشغال الإنجاز التي يلتزم بها المرقى العقاري طيلة سنة واحدة".

أما بالنسبة لزمان التسلم، فلم ينص المشرع عليه لا في القانون 04-11 ولا في المرسوم التنفيذي 431-13، حيث أنه ترك هذه المسألة لاتفاق الأطراف، وعند عدم الاتفاق فقد نص المشرع على قاعدة مكملة في هذا الشأن تضمنها المادة 394 من القانون المدني بقولها: "إذا لم يعين الاتفاق أو العرف مكاناً أو زماناً للتسلم وجب على المشتري أن يتسلمه في المكان الذي يوجد فيه المبيع وقت البيع وأن يتسلمه دون تأخير باستثناء الوقت الذي تتطلبه عملية التسلم". وبالنسبة لمكان التسلم فهو نفس مكان التسليم وهو مكان تواجد العقار محل الإنجاز.

ب. الشروط الشكلية للتسلم:

نصّ المشرع الجزائري في الفقرة الثانية من المادة 34 من القانون 04-11، على ضرورة إفراغ عمليتي التسليم والتسلم في محضر يجزّر بحضور كل من البائع والمشتري، وفي نفس مكتب الموثق الذي عهد إليه تحرير عقد البيع بناءً على التصميم، وذلك من أجل معاينة الحيازة فعلياً من طرف المشتري، حيث جاء فيها: "يتمّ عقد البيع على التصاميم المذكور في الفقرة السابقة بحضور يعدّ حضورياً في نفس مكتب التوثيق قصد معاينة الحيازة الفعلية من طرف المكتب وتسليم البناية المنجزة من طرف المرقى العقاري طبقاً للالتزامات التعاقدية".

وهذا ما أكدّه العقد النموذجي للبيع على التصاميم المحدّد بملحق المرسوم التنفيذي 13-431، تحديداً في البند المتعلّق بكيفيات الحيّزة والذي جاء فيه: " تجدر الإشارة إلى أن حيّزة البناية أو جزء من البناية من طرف المكتب يجب أن تتم عند إتمام أشغال الإنجاز الذي تم إثباته قانوناً بشهادة المطابقة المسلمة، طبقاً للتشريع والتنظيم المعمول بهما. تتم الحيّزة بموجب محضر يجرر حضورياً بنفس مكتب التوثيق ويلحق بعقد البيع على التصاميم. في حالة تسجيل تأخر في تسليم الملك العقاري في الآجال المذكورة في العقد، يمكن المقتني معاينة عدم الحيّزة عن طريق محضر قضائي، طبقاً للتنظيم المعمول به".

من خلال استقراء النصوص أعلاه يمكن تسجيل الملاحظات الآتية:

- إنّ المشرّع اعتبر التسلم من الناحية الشكلية جزءاً من عقد البيع على التصميم، فهو غير مستقل عنه، ويبدو ذلك واضحاً من خلال استعماله كلمة يتمّ.
- لم يشترط المشرّع شكلاً معيناً في التسلم، بل ترك المجال للأطراف للاتفاق على طريقة وشكل معين للتسلم، وإتّماً أوجب إفراغه في محضر فقط.
- محضر التسليم والتسلم ونتيجة لاعتباره جزءاً من العقد، فإنّه يجب أن يجرر حضورياً أمام نفس مكتب الموثق الذي أبرم في مكتبه عقد البيع على التصميم¹.
- رغم أنّ محضر التسليم والتسلم يتمتع بميزة الرسمية، إلّا أنّ تحريره بهذه الطريقة ليس الهدف منه انعقاد عقد البيع، إنّما هو وسيلة لإثبات حيّزة المشتري للعقار، وتسليم البائع له كما تقضي بذلك المادة صراحة².

3 - آثار التسلم:

يترتب على تسلم العقار المبيع مجموعة من الآثار منها:

أ. نفقات التسلم:

إنّ المقصود بنفقات التسلم تلك النفقات التي تلي نفقات التسليم، وتكون ضرورية لتكملة عملية تسلم المبيع من قبل المشتري، فالمشتري بموجب المادة 395 من القانون المدني الجزائري ملزم بمصاريف التسلم، وذلك بعد أن

¹ - فتحي ويس، المسؤولية المدنية والضمانات الخاصة في بيع العقار قبل الإنجاز، المرجع السابق، ص 99.

² - إيمان بوسنة، النظام القانوني للترقية العقارية، المرجع السابق، ص 107.

يكون البائع قد نفذ التزامه بالتسليم، التي تنص على: "إن نفقات تسلّم المبيع تكون على المشتري ما لم يوجد عرف أو اتفاق يقضي بغير ذلك".

ب. استحقاق القسط الأخير من الثمن:

بما أنّ الثمن في البيع بناءً على التصميم يدفع على مراحل، تقسّم وفق تقدم الأشغال، فإنّ آخر مرحلة يستحق فيها البائع آخر قسط من الثمن هي مرحلة وضع المبيع تحت تصرف المشتري وتسلمه إياه¹. فإذا وقع التسلم صحيحاً مستوفياً للأحكام التي يتطلبها القانون استحقاق البائع الباقي من ثمن البيع، والذي يلتزم المشتري بدفعه فور قيامه بالتسلم والذي يقدر بـ 5% من الثمن الأصلي، وهذا ما نصّت عليه المادة 3 من المرسوم التنفيذي 13-431 في فقرتها الأخيرة والتي جاء فيها: "يجب أن يتم دفع الرصيد المتبقي عند إعداد محضر الحيازة والمقدّر بخمسة بالمائة (5%) من سعر البيع المتفق عليه".

ج. انتقال تبعة هلاك العقار إلى المشتري:

لقد ربط المشرّع الجزائري انتقال تبعة الهلاك بتسليم المبيع، وعليه فإذا ما قام المشتري بتسلم العقار فإنّه يصبح منذ هذه اللحظة مسؤولاً عن هلاك العقار، نظراً لانتقال السيطرة الفعلية على العقار إلى المشتري، ويتحقّق ذلك سواء تسلم المشتري العقار تسليماً فعلياً بالاستيلاء عليه مادياً، أو دون أن يتسلمه ولكن كان قد أعذر من قبل البائع بقيامه بالتسلم².

حيث يعتبر المشتري بعد تسلمه المبيع بمثابة الحارس له، ويكون مسؤولاً عن تغيير حالته مسؤولية حارس البناء³.

د. انتقال حق التصرف والانتفاع بالعين المبيعة:

بحيث يصبح للمشتري حق التمتع والتصرف بالعقار، فقبل دفع جميع الأقساط وتحرير محضر التسليم لم يكن للمشتري سوى ملكية الرقبة دون حق الانتفاع، وبمجرد دفع القسط الأخير من الثمن وتحرير محضر التسليم وشهره يرفع القيد عن المشتري ويصبح مالكا ملكية باتة للبناء⁴.

هـ. انطلاق حساب المواعيد المقررة للضمانات المترتبة على العقد:

¹ - المرجع نفسه، ص 107.

² - فتحي ويس، المسؤولية المدنية والضمانات الخاصة في بيع العقار قبل الإنجاز، المرجع السابق، ص 101.

³ - حيث نصّت المادة 140 من القانون المدني في فقرتها الأولى والثانية على: "من كان حائزاً بأي وجه كان لعقار أو جزء منه، أو منقولات حدث فيها حريق لا يكون مسؤولاً نحو الغير عن الأضرار التي سببها هذا الحريق إلا إذا ثبت أن الحريق ينسب إلى خطئه أو خطأ من هو مسؤول عنهم. مالك البناء مسؤول عما يحدثه أضرار البناء من ضرر ولو كان أهداماً جزئياً، ما لم يثبت أنّ الحادث لا يرجع سببه إلى إهمال في الصيانة أو قدم في البناء أو عيب فيه".

⁴ - نسيم بوجنان، عقد البيع بناءً على التصميم في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 103.

تعدّ عملية التسلم في البيع بناءً على التصميم نقطة انطلاق مدد مختلف الضمانات التي تقع على عاتق المرقى العقاري، من ضمان العيوب الخفية والظاهرة، وضمن حسن الإنجاز، وضمن حسن سير عناصر التجهيز، وأيضا الضمان العشري¹.

✓ مدة سريان ضمان حسن الإنجاز وحسن سير عناصر التجهيز

طبقا للفقرة الثالثة من نص المادة 26 من القانون رقم 04-11، فإنّ مدة ضمان حسن الإنجاز هي سنة كاملة، يبقى البائع ملتزما خلالها تجاه المشتري، وهي نفس مدة ضمان حسن سير عناصر التجهيز، ورغم أنّ المشرّع لم يبين لحظة بداية هذه المدة، إلا أنّها تبدأ من يوم تسلّم العقار لاعتبارات عديدة، منها مثلا لو أنّ البائع تسلّم العقار من المقاول في 2015/01/01م وقام بتسليمه للمشتري في 2016/01/02م، ففي هذه الحالة لو افترضنا أنّ المدة المقرّرة للضمان تبدأ من تاريخ التسليم الواقع بين البائع والمقاول، فإنّها تكون قد انقضت حتى قبل أن يتسلم المشتري العقار المبيع، وعليه فلو اكتشف هذا المشتري خلال أثناء أو بعد التسلم، فإنّه لن يكون له الحق في المطالبة بإصلاحه عملا بضمان حسن سير الإنجاز وحسن سير عناصر التجهيز².

✓ مدة سريان ضمان العيوب الظاهرة

يعدّ أجل هذا الضمان سنة كاملة طبقا لنص المادة 44 من القانون 04-11، والتي أحالت بدورها إلى الفقرة الثالثة من المادة 26 من نفس القانون، وهي المدة التي يجوز للمشتري من خلالها رفع دعوى ضمان العيوب الظاهرة ضد البائع مطالبا إياه بإصلاح هذه العيوب³.

✓ مدة سريان الضمان العشري

يخضع المرقى العقاري في عقد البيع بناءً على التصميم لنفس المدة التي يخضع لها المقاول والمهندس، ويؤخذ هذا من نص الفقرة 3 من المادة 26 من القانون 04-11، وقد جاء النص على مدة الضمان التي يخضع لها المقاول والمهندس في المادة 554 من القانون المدني الجزائري، والتي حدّتها بعشر سنوات تبدأ من لحظة التسلم النهائي للأعمال⁴.

ثالثا: الالتزام بدفع التكاليف المفروضة في العقد

¹ - علي بن علي، عقد البيع على التصميم في ظل القانون 04-11، المرجع السابق، ص 89.

² - إيمان بوسنة، النظام القانوني للترقية العقارية، المرجع السابق، ص 107.

³ - فتحى ويس، المسؤولية المدنية والضمانات الخاصة في بيع العقار قبل الإنجاز، المرجع السابق، ص 110.

⁴ - إيمان بوسنة، النظام القانوني للترقية العقارية، المرجع السابق، ص 107.

ألزم المشرّع الجزائري المشتري في عقد البيع بناءً على التصميم كما هو الحال في عقد البيع بصفة عامة، بتحمّل بعض التكاليف والمصاريف من غير ثمن العقار، وهذا الالتزام يقع على كاهله إذا لم يوجد اتفاق أو عرف، يلقي هذا الالتزام على كاهل البائع أو يقضي بتحمل هذه المصاريف مناصفة بينهما، فبالرجوع إلى القانون المدني نجد المادة 393 من القانون المدني الجزائري: "إنّ نفقات التسجيل، والطابع ورسوم الاعلان العقاري، والتوثيق وغيرها تكون على المشتري ما لم تكن هناك نصوص قانونية تقضي بغير ذلك".

فالمشتري هو الذي يتحمّل مصاريف إعداد العقد التوثيقي، وبالتالي يتحمّل أتعاب الموثق وكذا الورق المدموغ والطابع، ومختلف الضرائب المنصبة على عقد البيع، كما تقع عليه كذلك رسوم الإشهار العقاري للعقد¹، فعلى المشتري أن يدفعه للخرينة العامة لدى المحافظ العقاري²، وتقدر نسبته بـ1% من قيمة ثمن العقار ما لم يتم الإعفاء صراحة³، كما هو الحال مع عقد البيع بناءً على التصميم في صيغته المدعومة، إذ أنّ البيع الترقوي المدعم أو البيع الاجتماعي التساهمي للمحلات ذات الاستعمال السكني معفى من رسم الإشهار العقاري، وهذا ما جاءت به المادة 353 مكرر 5 من قانون التسجيل: "تعفى من رسم الإشهار العقاري:

10... العقود المتضمنة اقتناء المتعهدين بالترقية العموميين أو الخواص أراضي الوعاء الموجهة إلى إنجاز برامج السكن المستفيدة من الدعم المالي من الخزينة العمومية ولاسيما منها السكن الاجتماعي التساهمي والسكن في إطار البيع بالإيجار والسكن الريفي.

11) العقود المتضمنة بيع محلات ذات استعمال سكني جديدة أجزها المتعهدون الترقية العموميون أو الخواص في إطار البيع بالإيجار والسكن الريفي".

ونصت المادة 353 مكرر 6 كذلك على: "تعفى كذلك من الرسم المنصوص عيله في المادة 353-2 أعلاه: 10... عمليات اقتناء المتعهدين بالترقية العموميين أو الخواص أراضي مستعملة كوعاء لإنجاز برامج سكنية تستفيد من الدعم المالي من الدولة".

إذن فالإعفاء يشمل البناية والأرض معا، أمّا البيع بناءً على التصميم بالنسبة للبيع الترقوي الحر للمحلات ذات الاستعمال السكني أو التجاري أو الصناعي فلا يشملها الإعفاء ويدفع فيها الرسم على النحو الذي بيّناه.

¹ - لحسين بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في عقد البيع، المرجع السابق، ص 524.

² - فقد نصّت المادة 353 مكرر 10 من قانون التسجيل على: "يتكفل الطالب أو المستفيد من حق الإشهار، بدفع رسم الإشهار العقاري، ويسدد من قبل الطالب ويحصل مسبقا من طرف المحافظ العقاري".

³ - جاء في الفقرة الأولى من المادة 353 مكرر 2 من قانون التسجيل: "يطبق الرسم المنصوص عليه في المادة 353-1 أعلاه، كالاتي: 1% تحسب على قيمة العقار أو العقارات المصرح بها في الوثيقة التي تشهر بالنسبة للعقود حتى لو كانت مثقلة بشرط موقف...".

و تحمّل هذا الرسم فيه إئصال لكاهل المشتري، لأنّ هدف الإشهار العقاري هو نقل ملكية العقار إلى المشتري، وأنّ البائع هو الملتزم بنقل الملكية، ويبدو أنّ المشترع نظر إلى المسألة من وجهة نظر أخرى، وتمثل في كون المشتري هو المستفيد من نقل الملكية وبالتالي عليه أن يتحمل مصاريف الإشهار العقاري، كما يتحمل مصاريف التسجيل والطابع¹.

وتجدر بنا الإشارة هنا إلى أنّ الإعفاءات التي نص عليها القانون في بعض الحالات أثناء إبرام العقد - السابق ذكرها - تسقط هذا الالتزام للمعفيين من دفع تلك الرسوم، والمصاريف والتكاليف التي نتحدث عنها في هذا العنصر هي تلك المفروضة في الحالات التي لم تعفي الدولة فيها المشتري من دفع الرسوم المفروضة.

هذا عن التكاليف والشروط المالية المفروضة حسب القواعد العامة في عقد البيع العقاري بصفة عامة، طبقاً لنصوص القانون المدني وقانون التسجيل، أمّا عن التشريعات المنظمة لنشاط الترقية العقارية فلم نجد نصاً يخالف النص السابق، لكن وقفنا على نصوص تقرر تكاليف وشروط أخرى مالية وغيرها خاصة، وهذه التكاليف والشروط تختلف بحسب نوع البناية، فهناك تكاليف تفرض على المشتري في حالة البناية الجماعية، وتكاليف تفرض عليه في حالة البناية الفردية.

1- التكاليف المفروضة في حالة البناية الجماعية:

يلتزم المشتري في عقد البيع بناءً على التصميم طبقاً للقانون 11-04 والمرسوم التنفيذي 13-430 في حالة البناية الجماعية، بتنفيذ مجموعة من الشروط والتكاليف تتمثل في الانضمام إلى جميع القواعد والشروط الواردة في نظام الملكية المشتركة دون تحفظ وبمجرد القبول، وتحمّل ارتفاعات الخصوم بالإضافة إلى دفع كل العلاوات والمساهمات والحقوق.

أ. الانضمام إلى جميع القواعد والشروط الواردة في نظام الملكية المشتركة بدون تحفظ وبمجرد

القبول:

وهذا ما نصّ عليه المرسوم التنفيذي 13-430 في ملحقه المتعلق بنموذج عقد البيع على التصاميم، وبالتحديد في عنصر تصريح المكتب حيث جاء فيه: " يقبل البيع وينضمّ حينئذ دون أي تحفظ إلى مجمل القواعد والشروط التي تنظم البيع والملكية المشتركة المتعلقة به...".

¹ - لحسين بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في عقد البيع، المرجع السابق، ص 524.

وقد عرفت المادة 743 من القانون المدني الجزائري الملكية المشتركة بقولها: " الملكية المشتركة هي الحالة القانونية التي يكون عليها العقار المبني أو مجموعة العقارات المبنية والتي تكون ملكيتها مقسمة حصصاً بين عدة أشخاص تشمل كل واحدة منها على جزء خاص ونصيب في الأجزاء المشتركة".

ومن نصّ المادة يتبيّن لنا أنّ الملكية المشتركة هي حالة قانونية يجب أن تحتوي على عقار مبني أو مجموعة عقارية مبنية، تكون ملكيتها مقسّمة بين عدة أشخاص وفق حصص يجب أن تحتوي كل حصة على جزء خاص بكل مالك، بالإضافة إلى نصيب في الأجزاء المشتركة¹.

وتتمّ إدارة الأجزاء المشتركة حسب إدارة المال الشائع، وعلى جميع الشركاء إدارته وحفظه، ودفع الضرائب المفروضة عليه، وسائر التكاليف الناتجة عن هذه الملكية المشتركة عملاً بنص المادة 719 من القانون المدني الجزائري، بحيث يكون لكل شريك في الملكية حق التمتع بالأجزاء الخاصّة التابعة لحصته، وكذا الأجزاء المشتركة بشرط أن لا يمس بحقوق الشركاء الآخرين في الملكية².

ب. تحمّل الارتفاقات:

عرّفت المادة 867 من القانون المدني الجزائري حق الارتفاق بأنّه: "الارتفاق حق يجعل حدا لمنفعة عقار لفائدة عقار آخر لشخص آخر، ويجوز أن يترتب الارتفاق على مال إن كان لا يتعارض مع الاستعمال الذي خصّص له هذا المال".

فالمشترى في عقد البيع بناءً على التصميم في حالة وجود حقوق الارتفاق، يجب عليه أن يتحمّلها، ويخضع للقواعد العامة فيما يخص هذه الحقوق، لاسيما احترام القيود التي تفرضها هذه الحقوق والتي نصّت عليها المادة 870 من القانون المدني، وكذا القيام بالأعمال الضرورية لاستعمال هذا الحق والمحافظة عليه، وإقامة المنشآت اللازمة لهذا الاستعمال على نفقته، طبقاً للمواد من 872 إلى 886 من القانون المدني.

¹ - عمار دروازي، آليات إدارة الملكية العقارية المشتركة وحماتها في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، قانون عقاري، جامعة الحاج لخضر، باتنة، ص 05-06.

² - إيمان بوسنة، النظام القانوني الترقية العقارية، المرجع السابق، ص 81. وقد عرفت المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم: 94-59 المؤرخ في 07 مارس 1994م الذي يحدّد القواعد المتعلقة بالملكية المشتركة وتسيير العمارات الجماعية، الأجزاء المشتركة بنصها: "الأجزاء المشتركة هي الأجزاء التي يملكها على الشياخ جميع الشركاء في الملك، كل حسب الحصة العائدة إلى كل سهم والمخصصة لاستعمال أو لانتفاع جميع الشركاء أو كثير منهم...."

ج. دفع العلاوات والمساهمات والحقوق:

يلتزم المشتري في عقد البيع بناءً على التصميم بتحمل كل مصروفات ونفقات البيع بمجرد الشروع بالتمتع بال عقار المبيع، وتتمثل تلك المصروفات والنفقات في نفقات كتابة العقد وتوثيقه، رسوم الدمغة والتسجيل والضرائب المفروضة على البيع، بالإضافة إلى مصاريف استخراج الشهادة العقارية¹. وهذا ما نصّت عليه المادة 393 من القانون المدني الجزائري والتي جاء فيها: "إنّ نفقات التسجيل والطابع ورسوم الإعلان العقارية والتوثيق وغيرها تكون على المشتري ما لم تكن هناك نصوص قانونية تقضي بغير ذلك".

2 - التكاليف المفروضة في حالة البناية الفردية:

في حالة البناية الفردية لا مجال للتكلم عن الملكية المشتركة، إذ يتحمل المشتري في هذه الحالة نفس الالتزامات والشروط المفروضة في حالة البناية الجماعية، يضاف إليها الانضمام إلى جميع القواعد والشروط الواردة في دفتر شروط تجزئة الأرض لأجل البناء، دون تحفظ وبمجرد القبول وهذا في حالة حصول البائع على رخصة التجزئة².

الفرع الثاني: التزامات المشتري (المستصنع) في عقد البيع بناءً على التصميم في الفقه الإسلامي

سبق وأن قرّرنا أنّ عقد البيع بناءً على التصميم يعتبر من تطبيقات الاستصناع في الفقه الإسلامي، لذلك فإنّه من باب المقارنة، فإنّ دراستنا ستنصّب في هذا الفرع على التزامات المستصنع في عقد الاستصناع، والتي تتمثل في التزامين رئيسيين هما: الالتزام بدفع العوض المستحق للصانع (دفع الثمن)، والالتزام بتسليم ما تمّ من العمل بعد إنجازه.

أولاً: الالتزام بدفع العوض المستحق للصانع (دفع الثمن)

وهو الالتزام الأساسي الذي يقع على عاتق المستصنع، باعتبار الثمن حق للصانع مقابل التزامه الأساسي بالصناعة وتسليم الشيء المصنوع.

ويستحق الصانع العوض الواجب طبقاً لشروط العقد وما اتفق عليه العاقدان، أو عملاً بما جرت به عادة سابقة بينهما، أو وفقاً لما يقضي به العرف السائد إذا لم يكن هناك اتفاق سابق، عملاً بالقاعدة الفقهية: "المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً"، وفي عقود الاستصناع يتضمّن العقد غالباً مقدار العوض الواجب دفعه وكيفية الأداء ونوع

¹ - زاهية حورية سي يوسف، الوجيز في عقد البيع، المرجع السابق، ص 283-284.

² - سهام مسكر، بيع العقار بناءً على التصميم، المرجع السابق، ص 112-116.

العملة، فيجب أن يكون الثمن معلوماً محدداً نوعاً وقدرًا، و يمكن أن يكون الثمن في الاستصناع معجلاً كله، أو مؤجلاً كله¹ وهذا هو الأصل، وقد أجاز الفقهاء المعاصرون تقسيط الثمن في عقد الاستصناع وبناءً على عرض هؤلاء دراساتهم على مجمع الفقه الإسلامي قرّر أنّه: "يجوز في عقد الاستصناع تأجيل الثمن كله، أو تقسيطه إلى أقساط معلومة لآجال محدّدة"². وعلى هذا فهذه الخاصية في الثمن في عقد البيع بناءً على التصميم يتضمّننها ويحتويها عقد الاستصناع، وذلك يبرز لنا مدى التوافق في هذا الالتزام بين المقتني والمستصنع.

والثمن يحدّد في أغلب الأحوال بطريقتين:

1 - طريقة المساومة: أي التفاوض بين الصانع والمستصنع للوصول إلى السعر المتفق عليه.

2 - طريقة المراجعة: وذلك بأن يقدّر الصانع سائر النفقات والتكاليف اللازمة لصناعة الشيء المطلوب، مع إضافة مقدار الربح الذي يتفقان عليه، فيكون المجموع هو الثمن الذي يحدّده أثناء التعاقد³.

وإذا لم يتمّ المستصنع بدفع العوض المستحق في موعده، كان من حق الصانع الدائن بمقتضى القواعد العامة أن يجبره على الوفاء بالأجر، أو يفسخ العقد ويجبس العين ويطلب التعويض⁴.

ثانياً: الالتزام بتسليم ما تمّ من العمل بعد إنجازه

بالإضافة إلى التزام المستصنع بدفع الثمن المستحق للصانع في موعده، يلتزم أيضاً بتسليم الشيء المصنوع الذي اتفق مع الصانع على استصناعه وفق الضوابط والمواصفات المنصوص عليها في العقد، وإذا امتنع المستصنع عن تسليم المصنوع بغير سبب مشروع رغم دعوته إلى ذلك، وحدث أن تعيّب المصنوع أو تلف بغير تعدّد من الصانع فلا ضمان عليه⁵.

¹ - مصطفى أحمد الزرقا، عقد الاستصناع ومدى أهميته في الاستثمارات الإسلامية المعاصرة، المرجع السابق، ص 745.

² - قرار المجمع الفقهي، المرجع السابق.

³ - مصطفى أحمد الزرقا، عقد الاستصناع ومدى أهميته في الاستثمارات الإسلامية المعاصرة، المرجع السابق، ص 22.

⁴ - سيأتي تفصيل هذا في المبحث الموالي في المطلب المتعلق بالجزاء المترتبة عن إخلال المستصنع بالتزاماته.

⁵ - أحمد بلخير، عقد الاستصناع وتطبيقاته المعاصرة، رسالة ماجستير، جامعة الحاج لخضر، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية،

باتنة، 2007-2008م، ص 24.

وعليه بعد إيراد كل من التزامات المقتني في عقد البيع بناءً على التصميم والتزامات المستصنع في عقد الاستصناع، يتبيّن للباحث أنّ التزامات المستصنع هي نفسها التزامات المقتني، إلاّ الالتزامات الإجرائية التي تفرضها القوانين الشكلية.

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

المبحث الثاني: الجزاءات المترتبة عن الإخلال بالالتزامات

بما أنّ عقد البيع بناءً على التصميم هو عقد تبادلي ملزم لجانبين، فهو يرتّب التزامات متقابلة في ذمة كل من البائع والمشتري، وقد سبق لنا أن تطرقنا لهذه الالتزامات، إذ يتعيّن على كل طرف في هذا البيع - المرقى العقاري والمقتني - تنفيذ التزاماته اتجاه الطرف الآخر، ويترتب على إخلال أحد الطرفين بالتزاماته تعرّضه لجزاءات وعقوبات. وبما أنّ هذه الدراسة مقارنة وحيث أنّنا انتهينا إلى أنّ عقد البيع بناءً على التصميم هو إحدى صور عقد الاستصناع في الفقه الإسلامي، فإنّه من باب المقابلة بين هذين العقدين ارتأيت تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين أتناول الجزاءات المترتبة عن الإخلال بالالتزامات في القانون في مطلب أول، ثمّ الجزاءات المترتبة عن الإخلال بالالتزامات في الفقه الإسلامي في مطلب ثاني، وذلك وفقاً لما يأتي:

المطلب الأول: الجزاءات المترتبة على الإخلال بالالتزامات في القانون

لمّا كان عقد البيع بناءً على التصميم يرتّب التزامات في ذمة كل من المرقى العقاري والمشتري، فإنّه يترتب على عدم الوفاء بهذه الالتزامات جزاءات بالنسبة لكلا الطرفين، نتناولها في الفرعين الآتيين:

الفرع الأول: الجزاءات المترتبة عن إخلال البائع (المرقى العقاري) بالتزاماته

ولأنّ على المرقى العقاري التزامات عامّة حسب القواعد العامة، وأخرى خاصّة حسب قواعد نشاط الترقية العقارية، كذلك بالنسبة للجزاءات المترتبة على إخلاله بالتزاماته، تنقسم إلى جزاءات عادية ترجع إلى القواعد العامة في تنفيذ العقود، وجزاءات خاصّة بعقد البيع بناءً على التصميم.

أولاً: الجزاءات العادية التي ترجع للقواعد العامة

تعتبر العقود التي يدور موضوعها في فلكها من صميم المحاور الكبرى للقانون المدني، الذي ينظم حقوق الأفراد ويضبط أسلوب التعامل فيما بينهم ويضع الجزاء على كل إخلال، وهذا الجزاء باعتباره مدنياً قد لا يكون كافياً بالنظر إلى جسامة الاعتداء، لذلك يتدخل المشرّع الجنائي ويضيف جزاءً جنائياً¹، وعليه سندرس جزاء إخلال المرقى العقاري بالتزاماته طبقاً للقانون المدني كغيره من العقود أولاً، ثمّ ندرس الحالات التي تتعدّى تلك الإخلالات لتصبح جرائم يعاقب عليها قانون العقوبات ثانياً.

¹ - سليمان بارش، مبدأ الشرعية في قانون العقوبات الجزائري، دار الهدى، عين مليلة-الجزائر، د.ط، 2006م، ص6.

1 - الجزاءات المترتبة عن إخلال المرقى العقاري بالتزاماته طبقاً للقانون المدني:

يخضع عقد البيع بناءً على التصميم في تنفيذه والجزاء المترتب عن الإخلال بهذا التنفيذ إلى أحكام العقود الملزمة للجانبين، وفي هذا الصدد نصّت المادة 119 من القانون المدني الجزائري على: " في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوفّ أحد المتعاقدين بالتزامه، جاز للمتعاقد الآخر بعد إعداره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه، مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال ذلك، ويجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلاً حسب الظروف كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوفّ به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى كامل الالتزامات".

فمن خلال نص المادة يتضح لنا أنّ إخلال المرقى العقاري في البيع بناءً على التصميم بالتزاماته، كعدم التشييد أو عدم التسليم في الأجل المحدّد أو عدم المطابقة أو تعسير نقل الملكية، يمكن أن يدفع المشتري إلى طلب التنفيذ العيني أو فسخ العقد، وذلك بعد إعدار البائع وسواء طلب المشتري التنفيذ العيني أو الفسخ، يجوز أن يطلب التعويض أيضاً إذا كان له محل.

أ - التنفيذ العيني (التعويض العيني):

في حالة إخلال البائع (المرقى العقاري) بالتزاماته، يلجأ المشتري إلى مطالبة البائع قضائياً، بعد إعداره بتنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً متى كان ذلك ممكناً¹، والمقصود بالتنفيذ العيني هو إعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل وقوع الفعل الضار². ويكون التنفيذ العيني بحسب طبيعة الالتزام الذي أحلّ به البائع، فيقوم البائع بأداء ما التزم به إذا ما توفرت مجموعة من الشروط، أمّا إذا احتلت أحد هذه الشروط فإنّ التنفيذ يكون بمقابل، فيقوم المدين بدفع تعويض للدائن يشمل ما لحقه من خسارة وما فاتته من كسب بسبب عدم تنفيذ الالتزام تنفيذاً عينياً، وأكثر ما يكون التعويض مبلغ من النقود³.

وقد حدّدت المواد 164، 180، 181 من القانون المدني الجزائري الشروط الواجب توافرها حتى يلجأ إلى طريق التنفيذ العيني، وتتمثّل هذه الشروط في:

✓ أن يكون التنفيذ العيني ممكناً.

¹ - وهذا ما نصّت عليه المادة 164 من القانون المدني الجزائري والتي جاء فيها: "يجبر المدين بعد إنذاره طبقاً للمادتين 180 و181 على تنفيذ التزامه عينياً متى كان ذلك ممكناً".

² - العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانوني المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط5، 2008م، الجزء 2، ص 265.

³ - عبد الرزاق السنهوري، آثار الالتزام، د. ن، د. م، ط2، د. ت، الجزء 3، ص 708.

✓ أن يطلبه الدائن أو يتقدم به المدين.

✓ يجب ألا يكون في التنفيذ العيني إرهاباً للمدين، أو يكون فيه إرهاب لكن العدول عنه يلحق بالدائن ضرراً جسيماً.

✓ أن يعذر المدين قبل التنفيذ.

✓ أن يكون التنفيذ العيني ممكناً:

فإذا أصبح هذا التنفيذ مستحيلاً، سواء رجعت الاستحالة إلى سبب أجنبي أو كانت بخطأ المدين، لم تعد هناك جدوى من المطالبة بالتنفيذ العيني، ولا يكون أمام المشتري إلا الحق في المطالبة بالتعويض حسب المادة 119 من القانون المدني.

✓ أن يطلب الدائن التنفيذ العيني أو يتقدم به المدين:

إذا طلب الدائن التنفيذ العيني، وكان ممكناً فليس للمدين أن يمتنع عن ذلك مقتصرًا على التعويض، بل يجبر على التنفيذ العيني، وكذلك إذا تقدم المدين بالتنفيذ العيني ويكون في هذه الحالة أيضاً ممكناً، فليس للدائن أن يرفضه ويطلب تعويض مكانه، بل تبرأ ذمة المدين بالتنفيذ العيني، رضي به الدائن أو لم يرضى¹.

✓ أن لا يكون التنفيذ العيني مرهقاً للمدين:

إذا كان التنفيذ العيني مرهقاً للمدين أجاز المشرع للقاضي بناءً على طلب المدين أن يرفض التنفيذ العيني، لكن ألزمه في هذه الحالة أن يتوثق من أن ذلك لا يسبب ضرراً جسيماً للدائن².

والمقصود بالتنفيذ العيني المرهق تلك الظروف التي يكون فيها تنفيذ الالتزام ممكناً في حد ذاته ولكنه يلحق بالمدين ضرراً جسيماً، يتعلّق تقدير خطورته بما لقاضي الموضوع من سلطة وقدرة على التحقّق من الضرر ومدى جسامته، وفي كل حالة على حدة.

كما اشترط المشرع للعدول عن التنفيذ العيني إلى التنفيذ بمقابل، ألا يترتب على هذا العدول إلحاق ضرر جسيم بالدائن، ذلك أنّ الدائن لا يمكن أن يوصف بالتعسف في هذا الفرض لأنّ مصلحته في هذا الحال هي الأولى بالرعاية، لأنّه يطالب بالأصل في تنفيذ الالتزامات¹.

¹ - عادل جبري، محمد حبيب، التنفيذ العيني للالتزامات التعاقدية، دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة، دار الفكر العربي، بيروت، لبنان، ط1، 2004م، ص 140.

² - المرجع نفسه، ص 143.

✓ إعدار المدین:

إعدار المدین واجب في التنفيذ العيني، ويقصد بالإعدار تسجيل تأخر المدین وإعلامه بذلك، أو بتعبير آخر وضع المدین موضع المتأخر في تنفيذ الالتزام، فإذا لم یقم الدائن بإعدار المدین قبل مطالبته قضائياً بالتنفيذ العيني جاز للمدین حتى بعد المطالبة القضائية أن يتقدم للدائن بالتنفيذ العيني، ولا یصح كذلك أن یطالب الدائن المدین بتعويض عن تأخره في تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً، لأنه لم یعذر قبل المطالبة القضائية، على أن المطالبة القضائية ذاتها تعتبر إعداراً، فيجب على المدین أن یبادر إلى التنفيذ العيني بمجرد أن توجه له المطالبة القضائية، وإلا كان مسؤولاً عن تأخره².

ویختلف التنفيذ العيني في عقد البيع بناءً على التصميم بحسب الالتزام الملقى على عاتق المرقی العقاري:

● فإذا كان البائع محلاً بالتزامه بنقل ملكية العقار للمشتري، فإنّ تنفيذ هذا الالتزام عیناً یكون باستصدار المشتري حکماً من المحكمة بثبوت التعاقد یقوم مقام العقد، ویجوز تسجيله بدلاً من تسجيل العقد، فتنتقل بذلك ملكية العقار محل التعاقد³، وهو ما تقضي به المادة 171 من القانون المدني الجزائري التي تنصّ: "في الالتزام بعمل قد یكون حکم القاضي بمثابة سند التنفيذ، إذا سمحت بهذا طبيعة الالتزام مع مراعاة المقتضيات القانونية والتنظيمية".

وإذا أحلّ المرقی العقاري بالتزامه في الإنجاز، فإنّ التنفيذ العيني یكون باستصدار حکم یقضي بإجبار المرقی العقاري باستكمال البناء⁴. وكل تخلف أو عجز مادي من المتعامل في الترقية العقارية، یثبت المحضر ثبوتاً قانونياً ویظل مستمراً بالرغم من الإنذار، یحول لجماعة المالكین سلطة مواصلة إنجاز البناء بجميع الوسائل القانونية على نفقة المتعامل المتخلف وبدلاً منه⁵. والتخلف لا یقتصر بالضرورة على توقف البائع عن الإنجاز نهائياً؛ بل حتى التأخر والتماطل فيه یعد من قبيل التخلف⁶.

● بالنسبة لضمان عدم التعرض الشخصي، یكون التنفيذ عینياً بإزالة ذلك التعرض وذلك بمنع المرقی من القيام بالفعل الذي یشرع فيه أو منعه من الاستمرار فيما بدأ به، أو إزالة ما قام به، بتمكين المقتني من حيازة العقار

¹ - المرجع نفسه، ص 146.

² - عبد الرزاق السنهوري، آثار الالتزام، المرجع السابق، الجزء 3، ص 718-719.

³ - عقيلة نوي، النظام القانوني لعقد بيع العقار بناءً على التصميم في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 108.

⁴ - مها بن تريعة، مسؤولية المرقی العقاري في إطار عقد الترقية العقارية، المرجع السابق، ص 70.

⁵ - جاء في المادة 170 من القانون المدني الجزائري: "في الالتزام بعمل، إذا لم یقم المدین بتنفيذ التزامه جاز للدائن أن یطلب ترخيصاً من القاضي في تنفيذ الالتزام على نفقة المدین إذا كان هذا التنفيذ ممكناً".

⁶ - وهذا ما نصّت عليه المادة 17 من المرسوم التشريعي 93-03 المؤرخ في 01/03/1993م، المتعلق بالنشاط العقاري.

حيازة هادئة، فإذا أراد المرقي العقاري وضع يده على العقار طلب المقتني منعه من ذلك، وإذا وضع يده فعلا طلب إخراجه منها¹.

● بالنسبة لضمان عدم تعرض الغير: قلنا في حديثنا عن الالتزام بضمان التعرض الصادر من الغير، أنه لا ينشأ إلا إذا كان التعرض قانونياً، وهو في العادة يقع في صورة دعوى استحقاق يدعي فيه الغير، أنه مالك للمبيع الذي أصبح في حيازة المشتري²، ويجب على البائع عندئذ أن ينفذ هذا الالتزام تنفيذاً عينياً، ويكون ذلك بطريق التدخل في تلك الدعوى، فإذا رفعت على المشتري دعوى باستحقاق المبيع، وأخطر بها البائع، كان على البائع التدخل في الدعوى إلى جانب المشتري، فإذا تم الإخطار ولم يتدخل البائع في الدعوى وجب عليه الضمان، إلا إذا أثبت البائع أن الحكم الصادر في الدعوى كان نتيجة لتدليس من المشتري أو لخطأ جسيم منه³. أما إذا لم يخطر المشتري البائع بالدعوى في الوقت الملائم وصدر عليه حكم حاز قوة الأمر المقضي به، فقد حقه في الرجوع بالضمان، إذا أثبت البائع أن تدخله في الدعوى كان يؤدي إلى رفض الاستحقاق⁴، وهذا طبقاً للمادة 372 من القانون المدني⁵.

وإذا حاولنا إنزال هذه الأحكام على عقد البيع بناءً على التصميم، يكون التنفيذ عينياً في هذا المقام، عن طريق تدخل المرقي العقاري وهو البائع إلى جانب المقتني وهو المشتري في الدعوى التي يرفعها الغير الذي يتعرض للمشتري، والتنفيذ العيني يكون بدفاع المرقي العقاري عن حق المشتري وإثبات عدم أحقية الغير المتعرض⁶.

● بالنسبة لضمان العيوب الخفية، فإن التنفيذ العيني يكون بإصلاح تلك العيوب في الآجال المحددة⁷.

● وفي الحالات السابقة الذكر التي يشترط لها التنفيذ العيني أولاً، يقوم القاضي إذا وصل له الأمر بطلب التنفيذ العيني من الطرف المخلل الذي يكون في هذه الحالة التي ندرسها المرقي العقاري، مع إمكانية طلب التعويض

¹ - مها بن تريعة، مسؤولية المرقي العقاري في إطار عقد الترقية العقارية، المرجع السابق، ص 71.

² - خليل أحمد حسن قداد، الوجيز في القانون المدني الجزائري، المرجع سابق، ص 155.

³ - نسيمة بوجنان، عقد البيع بناءً على التصميم في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 91.

⁴ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني-البيع والمقايضة-، المرجع سابق، ص 561.

⁵ - تنص المادة 372 على أنه: "إذا رفعت على المشتري دعوى استحقاق المبيع كان على البائع حسب الأحوال ووفقاً لقانون الإجراءات المدنية أن يتدخل في الخصومة إلى جانب المشتري أو أن يجل فيها محله إذا أعلم البائع في الوقت المناسب ولم يتدخل في الخصام وجب عليه الضمان، إلا إذا أثبت أن الحكم الصادر في الدعوى كان نتيجة لتدليس، أو خطأ جسيم صادر من المشتري. فإذا لم يخر المشتري البائع بدعوى الاستحقاق من الوقت المناسب وصدر عليه حكم حاز على قوة الشيء المقضي به فإنه يفقد حق الرجوع بالضمان إذا أثبت البائع أن التدخل في الدعوى كان يؤدي إلى رفض دعوى الاستحقاق".

⁶ - مها بن تريعة، مسؤولية المرقي العقاري في إطار عقد الترقية العقارية، المرجع السابق، ص 71.

⁷ - المرجع نفسه، ص 71.

النقدي، بالإضافة إلى سابقه في حالة ما إذا سبب هذا الطرف ضرراً للطرف الآخر جزاء تأخره في التنفيذ¹.

ب - التعويض النقدي:

وهو الأصل للتعويض وهو عبارة عن مبلغ من النقود إما أن يعطى دفعة واحدة أو للقاضي أن يحكم بتعويض نقدي مقسط، كما له أن يقرره على أساس إيراد مرتب إما لمدة معينة أو مدى حياة الشخص المضرور. وهذا حسب العجز الذي يصيب المضرور².

وهذا التعويض من مقتضيات المسؤولية المدنية التي ترمي أساساً إلى جبر الضرر الذي يلحق من فعل الغير، وهذا بتحميل المسؤول نتائج سلوكه أي تعويضه تعويضاً عادلاً³، نص عليه المشرع في المادة 176 من القانون المدني: "إذا إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه، ما لم يثبت أنّ استحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا يد له فيه، ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه". إذن فالتنفيذ النقدي يبقى هو الوسيلة الوحيدة التي يقضي بها القاضي إذا استحال التنفيذ العيني⁴.

ويقدر التعويض حسب المادة 131 من القانون المدني حيث نصت " يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المصاب طبقاً لأحكام المادة 182 مع مراعاة الظروف الملابسة، فإن لم يتيسر له وقت الحكم أن يقدر مدى التعويض بصفة نهائية، فله أن يحتفظ للمضرور بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة بالنظر من جديد في التقدير". وتنص المادة 182 من نفس القانون على: "إذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد، أو في القانون فالقاضي هو الذي يقدره، ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر في الوفاء به. ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول. غير أنه إذا كان الالتزام مصدره العقد، فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشاً أو خطأً جسيماً إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد".

ومن المادة فإنّ التعويض مقياسه الضرر المباشر، سواء كان متوقعاً أو غير متوقع، وسواء كان حالاً أم مستقبلاً مادام محققاً ويدخل في تحديد الضرر الظروف الشخصية التي تحيط بالمضرور. ويلاحظ أنّ جسامته الخطأ لا تدخل في تحديد التعويض، وإتّماً جسامته الضرر فقط يكون لها الاعتبار في تحديد التعويض، بمعنى أنّ التعويض يقدر على قدر الضرر الذي لحق بالمضرور، بمعنى القدر الكافي لإعادة البناء للحالة الواجب أن يكون عليها دون الاعتداد بالرغبات الشخصية للمقتني من تعديلات وتحسينات، ويشمل التعويض طبقاً للقواعد العامة، الخسارة التي لحقت بالمضرور مثال ذلك الأضرار التي تلحقه سواء في شخصه أو ماله وكذا الكسب الذي فاته أي ضياع المنفعة التي

¹ - نسيم بوجنان، عقد البيع بناءً على التصميم في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 22.

² - العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني، المرجع السابق، ص 265.

³ - عبد الحميد الشواربي، فسخ العقد في ضوء القضاء والفقه، المرجع السابق، ص 308.

⁴ - مها بن تريعة، مسؤولية المرقى العقاري في إطار عقد الترقية العقارية، المرجع السابق، ص 71.

تعود عليه من ذلك العقار، ويندرج ضمن التعويض كذلك المصروفات الضرورية التي أنفقها المقتني لحفظ المبيع وصيانتها، كترميم حائط العقار المبيع بحيث لو امتنع عن ذلك لتهدم هذا الحائط وهذا يعود على البائع بالنفع¹.

ج - فسخ العقد:

فسخ العقد هو حل الرابطة العقدية بأثر رجعي بناءً على طلب أحد طرفي العقد، إذا أخل الطرف الآخر بالتزاماته². حيث جاء في نموذج عقد البيع على التصاميم المحدد بموجب المرسوم التنفيذي 13-431 حول الفسخ: "تجدر الإشارة إلى أنّ فسخ عقد البيع على التصاميم يتم في إطار أحكام القانون رقم 11-04... لاسيما المادة 53 منه".

ويعدّ فسخ العقد أخطر جزاء يمكن أن يتعرض له بائع العقار على التصاميم عند إخلاله بأحد التزاماته، ولكن القاضي لا يحكم به بمجرد طلبه من المشتري، وإتّما له سلطة تقديرية بحيث يجب أن يكون عدم تنفيذ البائع لالتزامه جسيما وخطيرا³.

وحتى يثبت للدائن وهو المكتتب هنا في هذه الحالة حق المطالبة بالفسخ، هناك شروط يجب توافرها هي:

✓ أن يكون العقد ملزما لجانبين:

حيث يرتب التزامات متقابلة على عاتق الطرفين، فإخلال أحدهما بتنفيذ التزامه يبرّر طلب الفسخ من قبل الطرف الآخر.

✓ إخلال أحد الطرفين بتنفيذ التزامه:

على ألا يكون هذا الإخلال ناشئ عن سبب أجنبي لا إرادة للمدين به.

✓ استعداد طالب الفسخ لتنفيذ التزامه:

ففي حالة إخلال المرقي العقاري - البائع - بالتزاماته لا يحكم القاضي بالفسخ بمجرد طلبه، وإتّما له السلطة التقديرية في الحكم به وبعد منح أجل للبائع لتنفيذ التزامه، وله أن يرفضه إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة لكامل الالتزامات طبقا لنص المادة 119 فقرة 2 من القانون المدني.

والجدير بالذكر أنّ القانون المدني الجزائري عند تقريره لمبدأ الفسخ، وضع له طرق ووسائل يتحقّق بها تضمّنتها نصوص قانونية تحدّد كل واحدة منها الوسيلة التي يفسخ بها العقد الملزم لجانبين¹، فبالإضافة إلى نص المادة 119

¹ - المرجع نفسه، ص 72.

² - عبد الحميد الشواربي، فسخ العقد في ضوء القضاء والفقه، المرجع السابق، ص 18.

³ - عقيلة نوي، النظام القانوني لعقد بيع العقار بناء على التصاميم في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 109.

التي جاء فيها: " في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعدار المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال ذلك. ويجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلاً حسب الظروف، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى كامل الالتزامات"، ونصّت المادة 120 على أنه: " يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخاً بحكم القانون عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه بمجرد تحقيق الشروط المتفق عليها وبدون حاجة إلى حكم قضائي، وهذا الشرط لا يعفي من الإنذار، الذي يحدد حسب العرف عند عدم تحديده من طرف المتعاقدين". كما نصّت المادة 121 على أنه: "في العقود الملزمة لجانبين إذا انقضى التزام بسبب استحالة تنفيذه انقضت معه الالتزامات المقابلة له وينفسخ العقد بحكم القانون".

من خلال هذه النصوص يتبين لنا أنّ فسخ العقد، قد يكون أمام القضاء وهذا ما يسمّى بالفسخ القضائي، وقد يكون الفسخ بالاتفاق بين طرفي العقد كما قد يكون بقوة القانون²، إذا استحال تنفيذه بسبب خارج عن إرادة الطرفين وهذا لا يهّمنا هنا، بل تهّمنا الحالات التي يكون فيها الفسخ كعقاب على عدم الوفاء بالالتزامات:

• الفسخ الاتفاقي: هو اتفاق الطرفين المتعاقدين عند إبرام العقد على وقوع الفسخ دون الحاجة إلى حكم قضائي عند تخلف أحدهما عن الوفاء بالالتزامات الملقاة على عاتقه³، وهذا ما جاء في نص المادة 120 من القانون المدني السابقة الذكر.

وبالرجوع إلى المرسوم 13-431 نجد أنّ النموذج نصّ على إمكانية فسخ عقد البيع على التصاميم باتفاق الأطراف: " فسخ العقد بموافقة الطرفين: في هذه الحالة يحدّد الطرفان الكيفيات التوافقية لهذا الفسخ".

• الفسخ القضائي: يقع الفسخ بحكم القضاء، مادام أنّه ليس هناك اتفاق في الشأن، ويجب على الدائن حتى يطلب الفسخ أن يعذر المدين مطالبا إياه بالتنفيذ حسب المادة 119 من القانون المدني، غير أنّه لا ضرورة للإعذار إذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن، أو غير مجد بفعل المدين (المادة 1/181 من القانون المدني). ويجب على الدائن بعد الاعذار، أن يرفع طلب الفسخ إلى القضاء في صورة دعوى، لأنّ الفسخ لا يتقرر إلاّ بحكم القضاء

¹ - عمر سالم محمد، الالتزامات في القانون المدني، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، الطبعة الأولى، د. ت، ص 24.

² - لطيفة أمازور، التزام البائع بتسليم المبيع في القانون الجزائري، أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في العلوم، تخصّص القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو - الجزائر، 2011م، ص 442.

³ - عبد الحميد الشواربي، فسخ العقد في ضوء القضاء والفقه، المرجع السابق، ص 48.

وحكم القاضي يعتبر منشأ للفسخ لا كاشفاً عنه، وذلك بخلاف الفسخ الاتفاقي، كما يجوز لطالب الفسخ العدول عن طلبه قبل صدور الحكم به، إلى طلب التنفيذ عينياً أو بمقابل¹، كما أنّ له إذا كان قد رفع دعوى بطلب التنفيذ أن يعدل عنه إلى طلب الفسخ، وللمدين قبل الحكم بالفسخ أن ينفذ التزامه، ولا يبقى حينئذٍ إلا أمر بالتعويض عن التأخير إن كان له موجب².

فإذا صدر حكم يقضي بفسخ العقد ترتّب عليه، وفقاً للقواعد العامة ما يلي:

- دفع تعويضات بنسبة معينة من الثمن القاعدي المحدّد للعقار المبيع.
- تعويض المشتري عن الضرر المحتمل، والضرر الذي لحق به، ويحدّد القاضي درجة الضرر ومبلغ التعويض، بحسب المسؤولية المدنية المحتملة إزاء الغير.
- رد المبالغ التي دفعها المشتري (التسبيقات والدفعات) خلال مدة محدّدة في العقد، سواء كانت البناية محل بيع جديد أم لا.
- وللمشتري طلب التعويض إلى جانب فسخ العقد إذا كان له محل، وفقاً لنص المادة 119 في فقرتها الأولى من القانون المدني، مع الإشارة إلى وجوب إيداع عقد الفسخ أو الحكم بالفسخ لدى مكتب التوثيق، لإخضاعه لشكليات الشهر العقاري³.

2 - الجزاءات المترتبة عن إخلال المرقى العقاري بالتزاماته طبقاً لقانون العقوبات:

إنّ الجزاء الجنائي المقرّر والملازم للجريمة من شأنه أن يردع الفرد من الانزلاق في دائرة المحذور، فالعقوبة تلعب دوراً وقائياً تمكّن الفرد من الانضباط في المجتمع وتكثيف سلوكياته مع مقتضياته المعبر عنها في النصوص التجريبية¹.

¹ - العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانوني المدني الجزائري، المرجع السابق، ص310.

² - المرجع نفسه، ص311.

³ - وقد نصّت على هذه الآثار المترتبة على فسخ العقد المادة 13 من المرسوم التنفيذي رقم 94-58، المحدّد لنموذج عقد البيع بناءً على التصميم الذي يطبق في مجال الترقية العقارية، الملغى بالمرسوم التنفيذي 13-431، والتي جاء فيها: "يكون الطرف المقصر في حالة فسخ هذا البيع بسبب عدم تنفيذ التزاماته مدين للطرف الآخر بتعويض يساوي... من الثمن القاعدي المنصوص عليه أعلاه. ويبقى زيادة على ذلك، الطرف المقصر مطالباً بتعويض الضرر المحتمل الذي ألحق بمن تعاقد وإياه، ويحدّد القاضي بطلب من الطرف المتضرّر درجة الضرر ومبلغ التعويض، بحسب المسؤولية المدنية المحتملة إزاء الغير وترد المبالغ التي دفعها المشتري في حالة الفسخ مهما يكن السبب خلال... أشهر الموالية لتاريخ الفسخ سواء أكانت البناية محل بيع جديد أو لا. وإذا كان المشتري هو الفاسخ فإنّ المبلغ المدفوع لا يرد منه إلا أصله وإذا كان البائع هو الفاسخ تزداد عليه فوائد التأخير. يجب أن يحزّر عقد الفسخ مهما تكن صيغة الفسخ أو أسبابه لدى الموثق، أو يكون موضوع إيداع لدى مكتب التوثيق إذا تعلق الأمر بقرار المحكمة، كما يخضع لشكليات الإشهار العقاري...".

ولأنّ المشرّع ربّب على إخلال المرقي العقاري بالتزاماته المهنية والتعاقدية جزاءات مدنية وإدارية وجنائية لم يكتفي بالتي أقرّها بموجب القانون 11-04 المنظم لنشاط الترقية العقارية الآتي بيانها ، بل أحال من خلاله على قانون العقوبات في المادة 77 منه التي جاء في فقرتها الثانية ما يلي: " عندما تؤدي الممارسة غير القانونية، كما هو منصوص أعلاه، إلى النصب، تطبق أحكام المادة 372 من الأمر رقم 66-156... المتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتّم "

وتدخّل القانون الجزائري في مجال نشاط الترقية العقارية غايته إضفاء حماية وضمّان أكبر، لحقوق مقتني السكنات من تجاوزات المرقيين العقاريين، إذا توصلت إلى درجة التحايل على المقتنين²، فيكون مرتكباً للجريمة التي نصّت عليها المادة 372 من قانون العقوبات التي أحالت إليها المادة 2/77 أعلاه، وبالتالي فإنّ عقوبته تخضع للمادة ذاتها، التي تنص: " كل من توصل إلى استلام أو تلقى أموال أو منقولات أو سندات أو تصرفات أو أوراق مالية أو وعود أو محالصات أو إبراء من التزامات أو إلى الحصول على أي منها أو شرع في ذلك وكان ذلك بالاحتيال لسلب كل ثروة الغير أو بعضها أو الشروع فيه إما باستعمال أسماء أو صفات كاذبة أو سلطة خيالية أو اعتماد مالي خيالي أو بإحداث الأمل في الفوز بأي شيء أو في وقوع حادث أو أية واقعة أخرى وهمية أو الخشية من وقوع شيء منها يعاقب بالحبس من سنة على الأقل إلى خمس سنوات على الأكثر وبغرامة من 500 إلى 20.000 دينار. وإذا وقعت الجنحة من شخص لجأ إلى الجمهور بقصد إصدار أسهم أو سندات أو أذونات أو حصص أو أية سندات مالية سواء لشركات أو مشروعات تجارية أو صناعية فيجوز أن تصل مدة الحبس إلى عشر سنوات والغرامة إلى 200.000 دينار.

وفي جميع الحالات يجوز أن يحكم علاوة على ذلك الجاني بالحرمان من جميع الحقوق الواردة في المادة 14 أو من بعضها وبالمنع من الإقامة وذلك لمدة سنة على الأقل وخمس سنوات على الأكثر".

إذن ومن نصّ هذه المادتين السابقتين، يتبين لنا أنّ المرقي العقاري يمكن أن يتهم ويعاقب على جريمة النصب التي نصت عليها المادة 372 من قانون العقوبات، إذا قام بإحدى الأفعال التي المنصوص عليها في المادة ذاتها. وجريمة النصب جنحة وتبقى جنحة حتى ولو وقعت في ظروف خاصّة أين تشدد فيها العقوبة فقط، فتتجاوز الحد الأقصى المعتاد للجنح³ كما رأينا في نص المادة، وتطبق العقوبة المشار إليها أعلاه على المرقي العقاري سواء ارتكب الجريمة أو شرع فيها فقط.

إضافة إلى العقوبة الأصلية يجوز أن يحكم القاضي على المرقي العقاري بعقوبات تكميلية، تتمثل في الحرمان من الحقوق الواردة في المادة 14 من قانون العقوبات التي تنص على: " يجوز للمحكمة عند قضائها في جنحة وفي

¹ - سليمان بارش، مبدأ الشرعية في قانون العقوبات الجزائري، المرجع السابق، ص 6.

³ - مها بن تريعة، مسؤولية المرقي العقاري في إطار عقد الترقية العقارية، المرجع السابق، ص 77.

الحالات التي يحددها القانون أن تحظر على المحكوم عليه ممارسة حق أو أكثر من الحقوق المشار إليها في المادة 8 لمدة لا تتجاوز خمس سنوات".

والمادة 9 مكرر 1 من القانون ذاته تنص على: "الحرمان من الحقوق الوطنية ينحصر في:

(1) عزل المحكوم عليه وطرده من جميع الوظائف والمناصب السامية في الحزب أو الدولة وكذا جميع الخدمات التي لها علاقة بالخزينة.

(2) الحرمان من حق الانتخابات والترشيح وعلى العموم كل الحقوق الوطنية والسياسية ومن حمل أي وسام.

(3) عدم الأهلية لأن يكون مساعداً محلفاً أو خبيراً أو شاهداً على أي عقد أو أمام القضاء إلا على سبيل الاستدلال،

(4) الحرمان من الحق في حمل الأسلحة وفي التدريس وفي إدارة مدرسة أو الاستخدام في مؤسسة للتعليم بوصفه أستاذاً أو مدرساً أو مراقباً،

(5) عدم الأهلية لأن يكون وصياً أو قيمياً،

(6) سقوط حقوق الولاية كلها أو بعضها".

بالإضافة إلى هذه العقوبات فإنّ المرقى العقاري إذا مارس المهنة دون الحصول على الاعتماد يعاقب طبقاً لأحكام المادة 243 من الأمر رقم 66-156 المتضمن قانون العقوبات¹.

ثانياً: الجزاءات الخاصّة بعقد البيع بناءً على التصميم

يترتب على إخلال المرقى العقاري بالتزاماته جزاءات عامة كما سبق بيانها، إضافة إلى جزاءات خاصّة تضمنتها

القوانين المتعلّقة بالنشاط العقاري، نوردتها فيما يلي:

1 - الجزاءات التي تضمّنها المرسوم التشريعي 93-03 الملغى بالقانون 11-04:

من بين الجزاءات التي جاء بها هذا المرسوم في حالة إخلال البائع بالتزاماته ما يلي:

¹ - حيث نصّت هذه المادة على: "كل من استعمل لقباً متصلاً بمهنة منظمة قانوناً أو شهادة رسمية أو صفة حددت السلطة العمومية شروط منحها أو ادعى لنفسه شيئاً من ذلك بغير أن يستوفي الشروط المفروضة لحملها يعاقب بالحبس من ثلاثة (3) أشهر إلى سنتين (2) وبغرامة من 20 000 إلى 100 000 دج أو إحدى هاتين العقوبتين".

- وجوب إصلاح العيوب الظاهرة في الآجال المتفق عليها في العقد، وذلك جزاء إخلال المرقى العقاري بتسليم العقار مطابق للاتفاقيات التعاقدية، وهذا طبقاً لنص المادة 15 من المرسوم التشريعي 93-03، وكمثال على ذلك اتفاق المشتري مع المرقى العقاري على عمل نوافذ مطلة على اتجاه معين، وعدم احترام المرقى العقاري لرغبة المشتري، حيث لم ينجز له المطلوب.
- يلتزم المرقى العقاري بإصلاح العناصر الداخلة في مفهوم حسن سير عناصر التجهيز خلال المدة المتفق عليها، وذلك جزاء إخلاله بالالتزام الخاص بتسليم عقار تام الإنجاز، وكذلك يتحمل المصاريف في مواصلة الإنجاز للبناء المتفق عليه بواسطة الغير وعلى نفقته، في حالة تخلفه أو عجزه المادي بعد إثبات ذلك في محضر ثبوتاً قانونياً¹.
- كما يتحمل البائع في حالة وجود أخطار تؤدي إلى تهمد البناية، تقديم ضمانات ضد هذه الأخطار، التي سيكون مسؤولاً عنها بصفته متعاملاً في الترقية العقارية².
- منح حق امتياز من الدرجة الأولى للمشتريين جزاء إفلاس البائع، فإذا أفلس المرقى العقاري، يكون للمشتري حق أولوية وتقدم في استيفاء حقه حيث نصت المادة 16 من المرسوم التشريعي 93-03 على أنه: "يحول كل إفلاس لمعامل في الترقية العقارية يكون قد قام بالبيع بناءً على التصميم، حق الامتياز من الدرجة الأولى لجماعة المالكين".

2 - العقوبات الإدارية والجزائية طبقاً للقانون 11-04 والمرسوم 13-431:

نص القانون 11-04 المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية على مجموعة من العقوبات الإدارية والجزائية يتعرض لها المرقى العقاري عند إخلاله بالتزاماته.

أ. العقوبات الإدارية:

¹ - المادة 17 من المرسوم التشريعي رقم: 93-03 المتعلق بالنشاط العقاري.

² - تنص المادة 19 من المرسوم التشريعي رقم: 93-03 على أنه: "زيادة على الالتزام المنصوص عليه في المادة 11 أعلاه، يتعين على المتعامل في الترقية العقارية من جهة أخرى أن يكتب ضماناً من جميع الأخطار التي يكون مسؤولاً عنها بصفته متعاملاً".

قد يتعرّض المرقى العقاري لعقوبات إدارية نتيجة إخلاله ببعض التزاماته، وتمثل هذه العقوبات الإدارية المنصوص عليها في المادة 64 من القانون 04-11 سالف الذكر، في سحب الاعتماد والذي قد يكون سحباً مؤقتاً أو سحباً نهائياً أو تلقائياً.

✓ السحب المؤقت لمدة لا تتجاوز ستة أشهر: ويكون في الحالات الآتية:

- في حالة تقصير المرقى العقاري في التنفيذ الجزئي وغير المبرّر لالتزاماته تجاه المقتنين.
- في حالة عدم احترام المرقى العقاري لقواعد أخلاقيات المهنة.
- في حالة تقصير المرقى العقاري في التزاماته كما هي محدّدة بموجب أحكام القانون 04-11 والمرسوم التنفيذي 431-13.

✓ السحب النهائي للاعتماد: وذلك في الحالات الآتية:

- في حالة عدم استيفاء المرقى العقاري الشروط التي مكنته من الحصول على الاعتماد¹.
- في حالة تجاهل المرقى العقاري وعن قصد وبصفة خطيرة ومتكرّرة للالتزامات الملقاة على عاتقه.
- إذا أنهى المرقى العقاري نشاطه دون مبرّر ودون إخطار مسبق للسلطة التي سلمته الاعتماد.
- إذا قصرّ المرقى العقاري في التزاماته كما تم الاتفاق عليها تجاه الدولة والمقتنين وشركائه.

✓ السحب التلقائي للاعتماد: ويكون في الحالات الآتية:

- 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.

وهذه العقوبات الإدارية تتخذ بعد دراسة الملف من طرف اللجنة المنشأة لدى الوزير المكلف بالسكن والعمران، وهذا طبقاً للمادة 56 من القانون 04 - 11، وبالإضافة إلى طرق الطعن المحدّدة بموجب التشريع

¹ - نعتقد أنّ هذه الحالة يفترض ألا يوردها المشرّع، حيث أنّ عدم الحصول على الاعتماد لا يتصور معه السحب، لأنّ السحب النهائي يفترض أنّ المرقى العقاري حاز على الشروط ومنح له الاعتماد؛ إذ لا يتصور سحب شيء من شخص لم يحزه أصلاً.

والتنظيم المعمول بهما يمكن أن تكون العقوبات المنطوق بها موضوع طعن يودعه المرقى العقاري لدى الوزير المكلف بالسكن والعمارة¹.

ب. العقوبات الجزائية:

جاء المشرع الجزائري في القانون 04-11 بمجموعة من العقوبات الجزائية، التي قد يتعرض لها المرقى العقاري في حالة إخلاله بالتزاماته، تولت بيانها المواد من 69 إلى 78 منه، وتمثل هذه العقوبات فيما يلي:

✓ إذا تأخر المرقى العقاري في التسليم الفعلي للعقار موضوع عقد البيع بناءً على التصميم، فإنه يتعرض إلى عقوبات تتجسد في غرامات مالية، وهذا ما نصت عليه المادة 43 من القانون 04-11 بقولها: "يؤدى كل تأخر يلاحظ في التسليم الفعلي للعقار موضوع عقد البيع بناءً على التصميم إلى عقوبات التأخير التي يتحملها المرقى. يحدد مبلغ عقوبة التأخير وأجلها وكذا كيفية دفعها عن طريق التنظيم".

كما أوجب معاقبة مخالفة التأخر في التسليم، وفقاً لمخضرمعاينة يعده المخضرمقاضي وهو ما أكدته المادة 05 من المرسوم التنفيذي 431-13 بقولها: "يجب أن تتم معاقبة التأخير في التسليم الفعلي للملك العقاري، موضوع عقد البيع على التصميم، عند انقضاء أجل التسليم المذكور في المادة 4 أعلاه، من طرف مخضرمقاضي، طبقاً للأشكال والإجراءات المحددة في التشريع المعمول به".

وقد أعطى المشرع المرقى العقاري من دفع عقوبات التأخير في حالات القوة القاهرة وحدد كيفية احتساب عقوبات التأخير، وهذا في نص المادة 06 من المرسوم التنفيذي 431-13، فنص على أنّ المرقى العقاري يتحمل غرامة مالية عن كل يوم تأخير، ويتم اقتطاع هذه الغرامة من قيمة سعر البيع عند دفع القسط المتبقي.

أما بالنسبة لمبلغ العقوبة المالية، فقد حدّد المشرع نسبته ب 10% من سعر البيع المتفق عليه، وهو الأمر الذي أكدته الفقرة الثانية من المادة 06 من المرسوم السابق والتي جاء فيها: "لا يمكن أن يتجاوز مبلغ عقوبة التأخير، تحت أي ظرف عشرة بالمائة (10%) من سعر البيع المتفق عليه".

✓ إذا شرع المرقى العقاري في أشغال بناء أو ترميم عقاري أو إعادة تأهيل أو تجديد عمراي أو إعادة هيكلة أو تدعيم دون الحصول على الترخيص الإداري المنصوص عليه في المادة 6 من القانون 04-11 المحدد

¹ - ينظر في ذلك: المادة 65 من القانون 04-11 المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية السابق الذكر.

للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، فإنه يعاقب بغرامة مالية من مائتي ألف دينار (200 000 دج) إلى مليوني دينار (2000 000 دج)¹.

✓ ونصّت المادة 70 من القانون 04-11 على معاقبة كل من يقوم بعرض لبيع أملاك عقارية في إطار مشروع عقاري أُنجز مخالفة لأحكام المواد من 27 إلى 29 من نفس القانون² بعقوبة الحبس من شهرين إلى سنتين وغرامة مالية من مائتي ألف دينار (200 000 دج) إلى مليوني دينار (2000 000 دج).

✓ كل مرقي عقاري يطالب أو يقبل تسبيقاً أو إيداعاً أو اكتتاباً أو سنداً تجارياً قبل توقيع عقد البيع على التصاميم فإنه يتعرض لعقوبة جزائية تتمثل في الحبس من شهرين إلى سنتين وغرامة من مائتي ألف دينار (200 000 دج) إلى مليوني دينار (2000 000 دج) وذلك وفقاً للمادة 71 من القانون 04-11³.

✓ كما ألزم المشرع المرقي العقاري بإبلاغ المقتني بنظام الملكية المشتركة قبل تسليم البناية في الآجال المنصوص عليها في عقد البيع على التصاميم، وفي حال عدم قيامه بذلك يتعرض إلى عقوبة الغرامة من مائتي ألف دينار (200 000 دج) إلى مليوني دينار (2000 000 دج)⁴ وعند عدم احترام آجال تحويل الملكية المحددة في المادة 33 من نفس القانون يتعرض لعقوبة الغرامة من مائتي ألف دينار (200 000 دج) إلى مليوني دينار (2000 000 دج)⁵.

✓ في حالة عدم اكتتاب المرقي العقاري في التأمينات والضمانات المنصوص عليها في المادة 55 من القانون 04-11⁶، فإنه يعاقب بالحبس من شهرين إلى سنتين وغرامة مالية من مائتي ألف دينار (200 000 دج) إلى مليوني دينار (2000 000 دج) وهذا طبقاً للمادة 74 من نفس القانون.

¹ - المادة 69 من القانون 04-11 المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية. وينظر: - لخضر زرارة، المسؤولية الجزائية للمرقي العقاري، الملتقى الوطني حول الترقية العقارية في الجزائر واقع وآفاق، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، يومي 27، 28 فيفري 2012م، ص 162.

² - تنظم هذه المواد حقوق والتزامات طرفي عقد البيع بناءً على التصميم (المرقي العقاري والمقتني) وخاصة ما تعلق منها بتحديد الثمن ودفعه.

³ - عواطف زرارة، التزامات المرقي العقاري في عقد البيع بناءً على التصاميم وفقاً للقانون 04-11، المرجع السابق، ص 92.

⁴ - المادة 72 من القانون 04-11 المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية.

⁵ - المادة 73 من القانون 04-11 المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية.

⁶ - وهذه المادة متعلقة بالانتساب ل صندوق الضمان والكفالة المتبادلة في نشاط الترقية العقارية.

✓ إذا أدلى المرقي العقاري بمعلومات خاطئة أو غير كاملة في الوثائق والعقود والصفقات في إطار عملية ترقية عقارية، فإنه يتعرض طبقاً لنص المادة 75 من القانون 04-11 لعقوبة الحبس من شهر إلى خمس سنوات وغرامة من مائتي ألف دينار (200 000 دج) إلى مليوني دينار (2000 000 دج) أو بإحدى هاتين العقوبتين.

✓ إذا لم يتم المرقي العقاري بإعلام المقتني بأصل ملكية الأرضية، رقم السند العقاري، رخصة التجزئة وشهادة التهيئة والشبكات، تاريخ ورقم رخصة البناء، يتعرض لغرامة مالية من مائتي ألف دينار (200 000 دج) إلى مليوني دينار (2000 000 دج).¹

الفرع الثاني: الجزاءات المترتبة عن إخلال المشتري بالتزاماته

إذا لم يتم المقتني في عقد البيع بناءً على التصميم بتنفيذ ما جاء في الاتفاق بدفع الثمن وتسلم المبيع، فإنه يكون بذلك مخالفاً بالتزاماته.

حيث يتجسد إخلال المشتري بالتزامه في عدم دفعه ثمن العقار المبيع، سواء ما كان في شكل أقساط أو الباقي منه المستحق الوفاء عند التسليم، أو امتنع عن تسلم العقار بعد إعداره قانوناً من طرف البائع - المرقي العقاري - وبالتالي يترتب على هذا الإخلال مجموعة من الجزاءات، سنحاول التفصيل فيها من خلال ما يأتي:

أولاً: في حالة إخلال المشتري بدفع الثمن

لم ينص المشرع الجزائري على نصوص ونظام خاص يتعلّق بضمان الوفاء بالثمن، ومن ثمّ فإنّ القواعد العامة الخاصّة بالوفاء بالثمن في القانون المدني، هي التي تطبق على البيع بناءً على التصميم.

و يعدّ المقتني مخالفاً بالتزامه بدفع الثمن في عقد البيع بناءً على التصميم سواء كان عدم دفع الثمن كلياً أو جزئياً، ذلك أنّ امتناع المشتري عن دفع الأقساط المتبقية هو أيضاً إخلال بالتزامه، في هذه الحالة يجوز لبائع العقار بناءً على التصميم الذي لم يستوف الثمن، والذي قد يكون قام من جهته بتنفيذ التزامه، مثل كل دائن يستمدّ حقوقه من عقد ملزم للجانبين، حبس العقار المبيع تطبيقاً لقواعد الدفع بعدم تنفيذ العقد المقرّرة في العقود الملزمة للجانبين، أو المطالبة بالتنفيذ العيني فينفذ جبراً على أموال المشتري، وله طلب فسخ العقد²، وستتناول هذه الحالات بشيء من التفصيل فيما يلي:

1 - حبس العقار المبيع:

¹ - المادة 76 من القانون 04-11، المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية.

² - شعبان عياشي، عقد بيع العقار بناءً على التصميم، المرجع السابق، ص 317.

يستطيع البائع أن يمتنع عن تسليم مفتاح العقار في عقد البيع بناءً على التصميم إلى المشتري إذا لم يتم هذا الأخير بالوفاء بالثمن أو الجزء الباقي منه، وذلك طبقاً للقواعد العامة التي تقضي بأنه يجوز لكل من المتعاقدين، في العقود الملزمة للجانبين، أن يمتنع عن تنفيذ التزامه حتى يقوم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به، وهذا هو الدفع بعدم التنفيذ الذي يعدّ تطبيقاً للحق في الحبس¹.

وبناءً على ذلك نصّت المادة 320 من القانون المدني الجزائري على أنه: "إذا كان تعجيل الثمن كله أو بعضه مستحق الدفع في الحال جاز للبائع أن يمسك المبيع إلى أن يقبض الثمن المستحق ولو قدم له المشتري رهناً أو كفالة، هذا ما لم يمنحه البائع أجلاً بعد انعقاد البيع. يجوز كذلك للبائع أن يمسك المبيع ولو لم يحل الأجل المتفق عليه لدفع الثمن إذا سقط حق المشتري في الأجل طبقاً لمقتضيات المادة 211²".

ومن خلال نصّ هذه المادة، فإنّ حق البائع في حبس المبيع يكون في إحدى الحالات الآتية:

- إذا كان دفع الثمن واجباً وقت تسليم المبيع ولم يوف المشتري به، وكان هذا المبيع في يد البائع كان لهذا الأخير أن يمتنع عن تسليمه أو حبسه.
- إذا كان دفع الثمن واجباً قبل تسليم المبيع.
- أمّا إذا كان دفع الثمن واجباً بعد تسليم المبيع فلا يحق للبائع أن يحبس المبيع إلا إذا سقط حق المشتري في الأجل لسبب من الأسباب المذكورة في المادة 211 من القانون المدني السابق الإشارة إليها.
- مع الإشارة إلى أنّ الحق في الحبس لا يتجزأ ولو كان المبيع قابلاً للتجزئة، إذ لا يجبر البائع على تسليم بعض المبيع للمشتري مقابل الوفاء بجزء من الثمن³.

كما يتعين على البائع -المركي العقاري- وهو يستعمل هذا الضمان أن لا يحل بالقواعد الآمرة الخاصة ببيع العقار المقرّر بناؤه، كأن يكون امتناع المشتري عن دفع الجزء الباقي من الثمن راجع لاعتراضه على مطابقة البناء للمواصفات المتفق عليها في العقد، ففي هذه الحالة لا يستطيع البائع أن يستخدم حقه في الحبس المقرّر له طبقاً للقواعد العامة كوسيلة لجبر المشتري على دفع الباقي من الثمن⁴.

¹ - زاهية حورية سي يوسف، الوجيز في عقد البيع، المرجع السابق، ص 278. وهذا طبقاً لنص المادة 123 من القانون المدني الجزائري.

² - نصّت هذه المادة على الحالات التي يسقط فيها حق المدين في الأجل وهي: - إذا شهر إفلاسه وفقاً لنصوص القانون - إذا انقص بفعله إلى حد كبير ما أعطى الدائن من تأمين خاص - لم يقدم للدائن ما وعد في العقد بتقديمه من تأمينات.

³ - زاهية حورية سي يوسف، الوجيز في عقد البيع، المرجع السابق، ص 279.

⁴ - شعبان عياشي، عقد البيع بناءً على التصميم، المرجع السابق، ص 328.

2 - التنفيذ العيني:

يمكن لبائع العقار بناءً على التصميم عند عدم قيام المشتري بدفع الثمن، باعتباره دائناً له به، الحجز على أموال المشتري بصفته مدينا بالثمن، والتنفيذ عليها جبراً عن طريق بيعها بالمزاد العلني، واستيفاء حقه من الثمن الذي يرسو به المزاد، وذلك طبقاً للإجراءات المدنية والإدارية، كما أنّ لبائع العقار بناءً على التصميم ضمان خاص على العقار نصّت عليه المادة 999 من القانون المدني¹، حيث قرّر له المشرّع حق امتياز خاص على العقار المبيع بموجبه يستطيع أن يستوفي حقه من قيمته بالأولوية على سائر الدائنين².

ويلاحظ أنّ المرقي العقاري البائع مقيد في التنفيذ على أموال المشتري على وجود هذا الضمان الخاص، بحيث يتعين عليه أولاً التنفيذ على البناء المبيع فإذا اتضح أنّ الثمن الذي رسا به المزاد لا يكفي للوفاء بكل الثمن، جاز له مباشرة اجراءات التنفيذ على مال آخر من أموال المشتري .

3 - فسخ العقد:

إنّ المشتري ملزم بدفع الثمن المبذول طبقاً لما اتفق عليه مع المرقي العقاري، فإذا امتنع عن تسديد الدفعات الجزئية أثناء عملية التشييد أو امتنع عن دفع القسط الأخير من الثمن بعد تمام الإنجاز، فإنّه يجوز للبائع طلب فسخ العقد، فبالإضافة إلى حق البائع في طلب التنفيذ العيني على المشتري، يحق له كذلك طلب فسخ العقد نتيجة إخلال المشتري بتنفيذ التزامه بدفع الثمن، وذلك عملاً بالقواعد العامة في العقود الملزمة للجانبين³.

ففي حالة إخلال المشتري بالتزامه بدفع أقساط ثمن البيع، وبالأخص عدم تسديد دفعتين متتاليتين من الثمن، يفسخ العقد بحكم القانون وهذا بعد توجيه إعدارين مدّة كل واحد منهما 15 يوماً عن طريق محضر قضائي ولم يتم الرد عليهما، وهو ما جاءت به المادة 53 من القانون 11-04 في فقرتها الثانية بنصّها: "يترتب على عدم تسديد دفعتين متتاليتين فسخ العقد بحكم القانون بعد إعدارين مدة كل واحد منهما خمسة عشر (15) يوماً، يبلّغان عن طريق محضر قضائي ولم يتم الرد عليهما". يتبيّن من النص أنّه يحقّ للمرقي العقاري فسخ العقد إذا تماطل المقتني

¹ - نصّت هذه المادة على أنّه: " ما يستحق لبائع العقار من الثمن وملحقاته، يكون له امتياز على العقار المبيع. ويجب أن يقيد الامتياز ولو كان البيع مسجلاً، وتكون مرتبته من تاريخ البيع إذا وقع التقييد في ظرف شهرين من تاريخ البيع. فإذا انقضى هذا الأجل أصبح الامتياز رهناً رسمياً".

² - شعبان عياشي، عقد البيع بناءً على التصميم، المرجع السابق، ص 318.

³ - ينظر في ذلك المادة 119 من القانون المدني الجزائري.

وأخلاً بالتزامه المتعلق بدفع ثمن البناء، فقط أنه اشترط للمطالبة بهذا الحق الامتناع عن تسديد دفعتين متتاليتين، وإذا فسخ العقد بحكم قضائي، فلا بد أن يودع هذا الحكم لدى الموثق ويخضع لشكليات الإشهار العقاري¹، وإذا طلب البائع فسخ العقد وحكم به القاضي فإنه يحكم له أيضاً بتعويض يحدّد له سلفاً في العقد من الثمن القاعدي، بالإضافة إلى تعويض آخر عن الضرر المحتمل أن يلحق به، يتولى القاضي تحديده بطلب من البائع²، فتنص المادة 363 من القانون المدني على: "إذا كان ثمن البيع مؤجلاً جاز للبائع أن يشترط أن يكون نقل الملكية إلى المشتري موقوفاً على دفع الثمن كله ولو تمّ تسليم الشيء المبيع. فإذا كان الثمن يدفع أقساطاً جاز للمتعاقدين أن يتفقا على أن يستبقي البائع جزءاً منه على سبيل التعويض في حالة ما إذا وقع فسخ البيع بسبب عدم استيفاء جميع الأقساط. ومع ذلك يجوز للقاضي تبعاً للظروف أن يخفض التعويض المتفق عليه وفقاً للفقرة الثانية من المادة 184". وإذا حكم القاضي بفسخ العقد لإخلال المشتري بالتزامه، فإنه يترتب على ذلك حسب القواعد العامة، النتائج المترتبة عن فسخ العقد وهي:

- رد أصل المبلغ المدفوع دون فوائد تأخيرية.
 - الحكم للبائع بالتعويض بحسب نسبة معينة من الثمن القاعدي المنصوص عليه في العقد.
 - تعويض البائع عن الضرر المحتمل والضرر اللاحق بسبب الفسخ³. مع الإشارة إلى أنّ عقد الفسخ أو الحكم بالفسخ يودع لدى مكتب التوثيق لإخضاعه لشكليات الشهر العقاري.
- كما يمكن أيضاً للمشتري أن يتعرض لغرامات مالية في حالة عدم دفع الثمن، وهو ما نصّ عليه المشرع في المادة 53 من القانون 11-04 في فقرتها الأولى والتي جاء فيها: "يتعيّن على المكتتب في عقد البيع على التصاميم دفع التسديدات التي تقع على عاتقه في الأجل المنصوص عليها، وفي حالة عدم التسديد يحتفظ المرقى العقاري بحق توقيع عقوبة على المبلغ المستحق...". إلا أنّ المشرع لم ينص على القيمة المالية، أو نسبة العقوبة المفروضة على المشتري.

ثانياً: في حالة عدم الالتزام بالتسليم

¹ - علي بن علي، عقد البيع على التصاميم في ظل القانون 11-04، المرجع السابق، ص 89.
² - عقيلة نوي، النظام القانوني لعقد بيع العقار بناءً على التصاميم في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 123.
³ - إيمان بوسنة، النظام القانوني للترقية العقارية، المرجع السابق، ص 106.

يلتزم المشتري بتسليم العقار المبيع في الزمان والمكان المحددين في العقد، ويجب هنا التفرقة بين تماطله عن تسلّم هذا العقار وامتناعه عن ذلك لسبب مشروع.

1 - التماطل عن تسلّم العقار المبيع:

إذا لم يقيم المشتري بتسلّم العقار المبيع في الزمان والمكان المتفق عليه في العقد، وكان تماطله بهدف إرهاب البائع - المرقى العقاري - بحراسة المبيع، أو بسبب إهماله لميعاد التسلم، جاز للبائع وفقاً للقواعد العامة وبعد أن يعذر المشتري بالتسلّم، أن يطلب من القضاء إجبار المشتري على تنفيذ التزامه عيناً، وله في سبيل ذلك أن يطلب الحكم عليه بغرامة تهديدية عن كل يوم أو أسبوع أو شهر يتأخر فيه عن تسلّم المبيع، كذلك للمرقى العقاري بعد إنذار المشتري أن يطلب من القضاء تعيين حارس يتولى حفظه على نفقة المشتري¹.

وفي كل الأحوال يعتبر المشتري قد تسلّم العقار محل عقد البيع بناءً على التصميم قانوناً ولو لم يتسلّمه فعلاً². كذلك يكون للبائع (المرقى العقاري) الحق في طلب الفسخ حسب ما تقتضيه القواعد العامة، إذا امتنع المشتري عن الوفاء بالتزامه العقدي بالتسلّم³.

2 - الامتناع عن تسلّم العقار المبيع لسبب مشروع:

إذا امتنع المشتري عن تسلّم العقار المبيع، وكان امتناعه هذا مؤسساً على سبب مشروع، وهو وجود عيوب ظاهرة في البناء أو عدم مطابقته لرخصة البناء والتصاميم الأولية، ففي هذه الحالة لا يتسلّم المشتري العقار المبيع إلى حين إصلاح هذه العيوب من قبل المرقى العقاري البائع⁴.

المطلب الثاني: الجزاءات المترتبة عن الإخلال بالالتزامات في الفقه الإسلامي

¹ - زاهية حورية سي يوسف، الوجيز في عقد البيع، المرجع السابق، ص 288. وينظر: - علي هادي العبيدي، العقود المسماة البيع والايجار، المرجع السابق، ص 174 - 175.

² - سهام مسكر، بيع العقار بناءً على التصاميم، المرجع السابق، ص 170.

³ - مهدي شعوة، تطور المركز القانوني للمرقى العقاري الخاص في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص 201.

⁴ - فتحي ويس، المسؤولية المدنية والضمانات الخاصة في بيع العقار قبل الانجاز، دراسة تحليلية ومقارنة في التشريعين الجزائري والفرنسي، المرجع السابق، ص 180.

بما أننا قررنا أنّ عقد البيع بناءً على التصميم هو من تطبيقات الاستصناع في الفقه الإسلامي، سنبيّن في هذا المطلب الجزاءات المترتبة عن إخلال كل من الصانع والمستصنع بالتزاماته التي يملئها عليه هذا العقد، وهذا من باب المقارنة بينها وبين الجزاءات التي نصّ عليها القانون بالنسبة للمقري العقاري والمقتني، والناظر في هذه الجزاءات - المترتبة على عقد الاستصناع - يجد أنّ بعضها مشترك بين الصانع والمستصنع، وبعضها خاص بالصانع والبعض الآخر خاص بالمستصنع، وعليه سنقسم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع حيث نتناول في الفرع الأول الجزاءات المترتبة عن الإخلال بالتزامات المشتركة بين الصانع والمستصنع، ثم نبيّن في الفرع الثاني الجزاءات المترتبة عن إخلال الصانع بالتزاماته، وأخيراً الجزاءات المترتبة عن إخلال المستصنع بالتزاماته، وذلك وفقاً للآتي:

الفرع الأول: الجزاءات المشتركة بين الصانع والمستصنع

تعتبر المماطلة من أبرز صور الإخلال بالتزامات سواءً بالنسبة للصانع أو المستصنع، لذلك سنتناول تعريف المماطلة، وأدلة تحريمها، وشروط ثبوتها، والعقوبات المقررة للمماطل في الفقه الإسلامي، ثم مدى مشروعيتها الشرط الجزائي فيها .

أولاً: تعريف المماطلة: للوقوف على مفهوم المماطلة يقتضي منا بيان معناها اللغوي ثم الاصطلاحي.

1. المماطلة في اللغة:

المماطلة مفاعلة من المطل "الميم والطاء واللام أصل صحيح يدلّ على مد الشيء وإطالته، ومطلت الحديدة أمطلّها مَطْلاً: مددتها"¹.

فنقول: مَطَلَهُ وَمَاطَلَهُ بدينه وحقّه مَطْلاً إذا سوّفه بوعده الوفاء مرة أخرى "فالمطل هو التسويف بالعدّة والدّين"². جاء في تهذيب اللغة: "المطل في الحق مأخوذ منه [الحديد أو السيف الذي ضرب طولاً] وهو تطويل العدّة التي يضر بها الغريم للطالب"³.

وعليه نخلص إلى أنّ المماطلة في اللغة تدور حول معنى: الإطالة، والتسويف والتأجيل، وعدم القضاء.

2. المماطلة في الاصطلاح:

¹ - ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، المصدر السابق، الجزء 5، ص 331.

² - محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، تحقيق: مكتب تحقيق التراث، مؤسسة الرسالة، بيروت - لبنان، ط8، 1426هـ - 2005م، ص 1057.

³ - محمد بن أحمد بن الأزهري، تهذيب اللغة، تحقيق: محمد عوض مرعب، دار احياء التراث العربي، بيروت - لبنان، ط1، 2001م، الجزء 13، ص 244.

قال النووي في تعريف المماطلة في شرحه لحديث النبي صلى الله عليه وسلم "مَطْلُ الْغَنِيِّ ظُلْمٌ"¹: "المطل منع قضاء ما استحق أداءه فمطل الغني ظلم وحرام، ومطل غير الغني ليس بظلم ولا حرام بمفهوم الحديث..²"

وقال ابن حجر: "المطل تأخير ما استحق أداءه بغير عذر والغني مختلف في تعريفه، ولكن المراد به هنا من قدر على الأداء فأخره ولو كان فقيراً..³"

والملاحظ أنّ الفقهاء - رحمة الله عليهم - لم يذكروا في كتبهم تعريفا اصطلاحيا للمماطلة ما عدا ما ذكره بمناسبة شرحهم لحديث النبي صلى الله عليه وسلم السابق، لذلك فإنّ تعريف المماطلة يقوم على ركيزتين مهمّتين من خلال استقراء أقوال الفقهاء في الموضوع هما:

أ. أنّ المماطلة لا تكون في الدّين فقط وإنّما هي حاصلة وتتحقق بتأخير أداء أي حق من الحقوق الحالة سواءً المالية أو غير المالية، فهي غير مقتصرة على مماطلة المدين لدائنه في الوفاء بالثمن كما هو بالنسبة للمستصنع في عقد الاستصناع وإن كانت هي أشهر صورها؛ بل تشمل أيضا مماطلة البائع أو الصانع بتسليم السلعة، وغير ذلك ممّا يكون فيه الحق مستحقا وواجب الأداء ثم يحصل تأخيره من غير عذر.

ب. أنّ المماطلة ليست على درجة واحدة في الحكم فهناك صورتان مؤثرتان لا تخرج عنهما المماطلة هما:

✓ **مماطلة المعسر**: وهو الذي لا يجد وفاء لدينه الحال، فهذا قد اتفق الفقهاء على وجوب إنظاره ولا تحلّ

مطالبته إلى أن يوسر لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَتْ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾⁴.

✓ **مماطلة الموسر**: وهو الذي يملك وفاء لقضاء دينه، فهذه المماطلة قد تكون مماطلة لا يؤاخذ عليها إذا

كان هناك عذر منعه من الوفاء، أمّا إذا كان الموسر واجدا ممكنا لم يمنعه عذر من الوفاء لكنه سوف صاحب الحق فهذه هي المماطلة المقصودة والتي يترتب عليها مسؤولية المماطل⁵.

¹ - البخاري، صحيح البخاري، المصدر السابق، كتاب: الحوالات، باب: الحوالة وهل يرجع في الحوالة، رقم الحديث 2287، الجزء 3، ص 94.

² - النووي، المنهاج من صحيح مسلم بن الحجاج، دار إحياء التراث العربي، بيروت - لبنان، الطبعة 2، 1392 هـ، الجزء 10، ص 227.

³ - ابن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، المصدر السابق، الجزء 4، ص 465.

⁴ - سورة البقرة، الآية: 280.

⁵ - عبد الله بن ناصر السلمي، المماطلة مظاهرها وأضرارها وأنواعها وأسبابها في الفقه الاسلامي، مجلة البحوث الإسلامية، الرئاسة العامة لإدارات البحوث العلمية والافتاء والدعوة والارشاد، الرياض - السعودية، العدد 79، 1427 هـ، ص 305. وينظر: - وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الموسوعة الفقهية الكويتية، المصدر السابق، الجزء 38، ص 115.

وبناءً على ذلك فإنه يمكن تعريف المماطلة بأنها: "تأخير المواسر المتمكن لأداء الحق الحال بعد طلبه".

ثانياً: أدلة تحريم المماطلة

لقد حرّمت السنة النبوية المماطلة وعدتها من الظلم، فعن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله - صَلَّى الله عليه وسلّم - : "مَطْلُ الْغَنِيِّ ظُلْمٌ"¹.

قال ابن حزم²: "ومن المنكر مظل الغني، فمن صحّ غناه ومنع خصمه فقد أتى منكراً وظلماً، وكل ظلم منكر فواجب على الحاكم تغييره باليد"³.

وقال - صَلَّى الله عليه وسلّم - أيضاً: "لِي الْوَاجِدِ يُحِلُّ عِرْضَهُ وَعُقُوبَتَهُ"⁴. قال الشوكاني⁵ في بيان معنى الحديث: "عرضه شكايته وعقوبته حبسه"⁶.

وبناءً على هذين الحديثين فإنّ المظل بالباطل محرم شرعاً ومن الظلم الموجب العقوبة، وقد نصّ الفقهاء في المذاهب الأربعة⁷ على أنّ المماطل مستحق للعقوبة سواءً كانت بالحبس أو غيره، ذلك أنّ حفظ المال كلية من

¹ - سبق تحريجه، ص 223 .

² - هو أبو أحمد محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي، ولد بقرطبة سنة 384 هـ حافظ عالم بالحديث متفنن في علوم الطب والمنطق والأنساب كان شافعي المذهب ثم انتقل إلى المذهب الظاهري، توفي سنة 457 هـ، من مصنفاته: المحلى، الإحكام في أصول الأحكام، الفصل في الملل والأهواء والنحل. ينظر: ابن كثير، البداية والنهاية، تحقيق: علي شيري، دار احياء التراث العربي، بيروت - لبنان، ط1، 1988م، الجزء 12، ص 113. الزركلي، الاعلام، المرجع السابق، الجزء 4، ص 254.

³ - ابن حزم، المحلى، دار الأفاق الجديدة، بيروت - لبنان، د.ط، د.ت، الجزء 8، ص 173.

⁴ - أبو داود، سنن أبو داود، المصدر السابق، كتاب: الأفضية، باب: في الحبس في الدين وغيره، رقم الحديث 3628، الجزء 3، ص 313. وأخرجه: ابن ماجه، سنن ابن ماجه، المصدر السابق، كتاب: الصدقات، باب: الحبس في الدين والملازمة، رقم الحديث 2427، الجزء 2، ص 811. النسائي، المجتبى من السنن، المصدر السابق، كتاب: البيوع، باب: مظل الغني، رقم الحديث 4689، الجزء 7، ص 316. قال الألباني: حديث حسن. ناصر الدين الألباني، إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، المكتب الاسلامي، بيروت - لبنان، الطبعة 2، 1985م، الجزء 5، ص 259.

⁵ - هو محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني، ولد سنة 1172 هـ، نشأ بصنعاء، مفسر، فقيه أصولي، مؤرخ، أديب نحوي، كان على المذهب الزيدي ثم خرج عنه، توفي سنة 1250 هـ بصنعاء، من مصنفاته: "نيل الأوطار"، "إرشاد الفحول"، "فتح القدير"، "البدر الطالع". ينظر: - الزركلي، الاعلام، المرجع السابق، الجزء 1، ص 246. - عمر رضا كحالة، معجم المؤلفين، دار إحياء التراث العربي، بيروت - لبنان، د.ط، د.ت، الجزء 11، ص 53.

⁶ - محمد بن علي الشوكاني، نيل الأوطار، المصدر السابق، الجزء 5، ص 287.

⁷ - ينظر في المذهب الحنفي: الزيلعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، المصدر السابق، الجزء 4، ص 180. المذهب المالكي: محمد بن عبد الباقي، شرح الزرقاني لمختصر خليل، دار الفكر، بيروت، لبنان، د.ط، 1398 هـ، الجزء 3، ص 413. المذهب الشافعي: = =

الكليات الخمس، فمن يستهين بأموال الناس ويتلاعب بها وهو مستغنيا عنها ومع ذلك هو يجسها عن أصحابها ويمنعها عنهم، فإنه معتدٍ ببيع عرضه للمظلوم لينتصف ممن ظلمه، ويحلّ أيضاً للقاضي أن يحكم عليه بعقوبة تمسّه في بدنه فقد حُرمت المماطلة واستحق صاحبها العقوبة لما تسببه من أضرار خاصّة تلحق بصاحب الحق وأضرار عامة تلحق بالمجتمع بصفة عامة، فأما الأضرار الخاصة فهي متمثلة في منع صاحب الحق من الاستفادة من حقه فترة معينة قد تحمل هذه الفترة معها مزايا وفرصاً تفوت عليه بسبب المماطلة، وقد لا يقف الضرر على صاحب الحق عند عدم الاستفادة من حقه وإنما قد يتعدى ذلك تكبده خسائر مادية أخرى تلحقه إما جراء مطالبة المماطل أو بسبب توفير بديل لحقه المؤخر، كما يحصل لو تأخر الصانع (المركبي العقاري) في تسليم العقار المتفق عليه للمستصنع (المقتني)، فإنّ المستصنع سيضطرّ إلى الاستمرار في دفع الأجرة عن المدة التي يفترض خروجه وانتقاله من البيت المؤجر عليه إلى البيت الذي تعاقده عليه بموجب البيع بناءً على التصميم.

وأما الأضرار العامة من عملية المماطلة فتتمثل في إصابة الثقة بالأنظمة والعقود وربما تضعفها وتوهنها، وقد يبلغ ذلك حد إعاقة حركة المال والاقتصاد في المجتمع، وتعطيل كثير من مصالح الأمة الحيوية، لأنّ الثقة بوفاء الحق في أوانه هي أساس الائتمان¹.

ثالثاً: شروط ثبوت المماطلة:

ليس كل مماطلة وتأخير يعدّ فعلاً يعاقب عليه؛ بل لابد أن يتوافر في سلوك التماطل مجموعة من الشروط هي: حلول الحق واستحقاقه، حصول التأخير في قضاء الحق، مطالبة صاحب الحق بحقه، التمكن من الوفاء.

1. حلول الحق واستحقاقه:

وهذا الشرط يظهر جلياً من خلال تعريف المماطلة السابق بأنّها: تأخير المוסر المتمكن لأداء الحق الحال بعد طلبه، إذ لا يكون مانع الحق قبل استحقاقه مماطلاً، فإذا كان الحق معلّقاً على مدة معينة أو شرط معين فإنه لا يستحق إلاّ بحلول تلك المدة أو تحقّق ذلك الشرط، ولا يتصور حصول المدافعة والتسوية في الحق المؤجل قبل حلوله، وإن حصل ذلك فلا يعتبر مطاطلاً، لأنّ صاحب الحق لما رضي بتأجيل قضاء حقه فإنّ رضاه دليل على

الشيرازي، المهذب في فقه الامام الشافعي، المصدر السابق، الجزء 2، ص 294. المذهب الحنبلي: محمد بن مفلح، كتاب الفروع ومعه تصحيح الفروع لعلاء الدين علي بن سليمان المرادوي، المصدر السابق، الجزء 4، ص 224.

¹ - فواز بن خلف اللويحي المطيري، الحماية الجنائية والمدنية في التمويل العقاري - دراسة تأصيلية مقارنة - ، رسالة دكتوراه، كلية الدراسات العليا، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض - المملكة العربية السعودية، 2011م، ص 144.

إسقاط حقه في التعجيل، وأنه لاحق له في استيفائه قبل حلول الأجل، لذلك يقول الباجي¹: "المطل هو منع قضاء ما استحق عليه قضاؤه فلا يكون منع ما لم يحل أجله من الديون مطلاً، وإنما يكون مطلاً بعد حلول أجله، وتأخير ما يبيع على النقد عن الوقت المعتاد في ذلك على وجه ما جرت عليه عادة الناس..."². وهذا ما تطرقنا إليه عند حديثنا عن عقد البيع بناءً على التصميم، إذ لا يمكن اعتبار المرقي العقاري أو المقتني ممطلاً إلا بعد حلول أجل تسليم العقار أو دفع الثمن.

2. حصول التأخير في قضاء الحق:

فكل تأخير للحق الحال يعدّ ماطلة، وهذا التأخير يأخذ عدّة صور، فقد يكون في صورة الامتناع الكلي عن الوفاء بالحق لصاحبه خاصّة حينما لا يكون بيد صاحب الحق دليل أو حجة يمكن أن يلزمه بها، ففعله هذا أشد من فعل التأخير ويدخل في قوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبُطْلِ وَتُدْلُوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ لِتَأْكُلُوا فَرِيقًا مِّنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْإِثْمِ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ﴾³، جاء في تفسير ابن كثير: "عن ابن عباس: هذا في الرجل يكون عليه مال وليس عليه فيه بيّنة فيجحد المال ويخاصم إلى الحكام وهو يعرف أنّ الحق عليه، وهو يعلم أنّه آثم آكل الحرام"⁴. وقد يكون التأخير لكامل الحق دون ممانعة ثبوته، وهذا هو المعنى المتبادر إلى الذهن عند إطلاق لفظ الماطلة، كما قد يكون التأخير لبعض الحق فيوفي ببعضه ويؤخر بعضه الآخر دفعة واحدة أو مفرقا على مرات عديدة، يقول ابن الحاج⁵: "ومنهم من يكون قادرا على إعطاء الثمن كله في الوقت ثم إنّه يقطعه على صاحبه مرارا

1 - هو أبو الوليد سليمان بن خلف الباجي فقيه مالكي المذهب، ولد سنة 403 هـ، كان حافظا محققا أصوليا شاعرا، توفي سنة 474 هـ، من مصنفاته: "إحكام الفصول في أحكام الأصول"، "الحدود"، "الإشارة"، كما شرح الموطأ في الاستيفاء والذي اختصره في المنتقى. ينظر: ابن فرحون، الديقاج المذهب في معرفة اعيان المذهب، المصدر السابق، الجزء 1، ص 377-384. الزركلي، الأعلام، المرجع السابق، الجزء 3، ص 125.

2 - الباجي، المنتقى شرح الموطأ، مطبعة السعادة، مصر، الطبعة 1، 1332 هـ، الجزء 5، ص 66.

3 - سورة البقرة، الآية: 188.

4 - ابن كثير، تفسير القرآن العظيم، المصدر السابق، الجزء 1، ص 384.

5 - هو أبو عبد الله محمد بن الحاج العبدري الفارسي، فقيه مالكي ولد بفارس ورحل إلى مصر، عالم مشهور بالزهد والورع والصلاح، أقعد وتوفي بالقاهرة سنة 737 هـ، من مصنفاته: "مدخل الشرع الشريف"، "شموس الأنوار وكنوز الأسرار"، "بلوغ القصد و المنى في خواص أسماء الله الحسنی". ينظر: - محمد بن محمد مخلوف، شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، المصدر السابق، ص 218. الزركلي، الأعلام، المرجع السابق، الجزء 7، ص 35.

كثيرة وهذا ملتحق بما تقدم لقوله - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ -: "مَطْلُ الْغَنِيِّ ظَلَمٌ"¹: إذ لا فرق بين المطل بجميع الثمن أو بعضه لأنَّ البائع يتضرَّر بتأخير بعضه كما يتضرَّر بتأخير كله غالباً². وهذا ما يتفق عليه عقد الاستصناع وعقد البيع بناءً على التصميم.

3. مطالبة صاحب الحق بحقه:

فلا يعدُّ فعل التأخير ممانعة إلا بعد حصول المطالبة من صاحب الحق، لأنَّ الممانعة في حقيقتها امتناع عن الوفاء في الحال والامتناع رد لا يحصل إلا بعد طلب، وهذه المطالبة تقوم بكل طلب موجه من صاحب الحق سواءً كان الصانع أو المستصنع للمماطل بالوفاء بما عليه وأعلى صورها الدعوى، يقول العز بن عبد السلام³: " وإن طولب بدين أو حق واجب على الفور لزمه أداءه، ولا يحل له أن يقول لخصمه لا أدفعه إلا بالحاكم، لأنَّه مطل والمطل بالحقوق المقدور عليها محذور... وكثيراً ما يصدر هذا من العامة على الجهل بتحريمه وإثمه أعظم من إثم المطال المجرد، لما فيه من تعطيل المُدَّعي بانطلاقه إلى الحاكم ومثوله بين يديه، وبما يغرَّمه لأعوان الحاكم على الاحضار..."⁴.

4. التمكن من الوفاء:

إنَّ المماطل لا يكون ظالماً بمطله إلا إذا كان متمكناً من الوفاء بما وجب عليه، كالمشتري الذي يملك الثمن الكامل في عقد البيع بناءً على التصميم، والبائع الذي أتمَّ إنجاز البناء ومستعداً لتسليمه للمشتري وهذا التمكن يشمل أمرين:

¹ - سبق تخريجه، ص 223.

² - ابن الحاج، المدخل إلى تنمية الأعمال بتحسين النيات، مكتبة دار التراث، القاهرة - مصر، د. ط، د. ت، الجزء 4، ص 59.

³ - هو أبو محمد عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام السلمي، الملقَّب بسلطان العلماء فقيه شافعي، ولد بدمشق سنة 577هـ ونشأ بها درس في الجامع الأموي ثم اضطهد وسجن فخرج إلى مصر وبها تولَّى القضاء، برع في علوم التفسير والحديث والفقه والعربية، وتوفي بها سنة 660هـ، من مصنفاته: "التفسير الكبير"، "الامام في أدلة الأحكام"، "قواعد الشريعة". ينظر: - ابن كثير، البداية والنهاية، تحقيق: علي شيري، دار إحياء التراث العربي، بيروت - لبنان، الطبعة الأولى، 1988م، الجزء 13، ص 235. - الزركلي، الاعلام، المرجع السابق، الجزء 4، ص 21.

⁴ - العز بن عبد السلام، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، راجعه وعلق عليه: طه عبد الرزاق سعد، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة -

مصر، د. ط، 1991م، الجزء 2، ص 31.

أ. أن يكون موسراً: وهو المقصود في نص الحديث بالغني والواجد، والغني كما عرّفه ابن حجر في شرحه للحديث هو: "من قدر على الأداء فأخره ولو كان فقيراً"¹، أما المعسر فهو المدين الذي لا يملك فاضلاً عن حاجته ولا يجد وفاء لدينه² سواءً أكان معدماً أو غير معدم³، فإنه يمهّل حتى يوسر ويترك يطلب الرزق له ولعِياله ولدائنيه، ولا تحل مطالبته ولا ملازمته ولا مضايقته وذلك باتفاق أهل العلم⁴، قال ابن القيم: "والذي يدلّ عليه الكتاب والسنة وقواعد الشرع أنه لا يحبس في شيء من ذلك، إلا أن يظهر بقريته أنه قادر مماطل سواء كان دينه عن عوض أو عن غير عوض، وسواء لزمه باختياره أو بغير اختياره فإنّ الحبس عقوبة، والعقوبة إنّما تسوغ بعد تحقّق سببها"⁵. فالمعسر إذن لا تجوز عقوبته لتأخره لأنّ فعله لا يصدق عليه وصف المماطلة المحرّمة لانتفاء شرط التمكّن من الأداء يقول ابن رشد: "فبان بما أردناه صحة ما ذهب إليه مالك: أنّ المطالبة بالدين إنّما تجب مع القدرة على الأداء، فإذا ثبت الاعسار، فلا سبيل إلى المطالبة ولا إلى الحبس بالدين، لأنّ الخطاب مرتفع عنه إلى أن يوسر"⁶.

ب. أن لا يوجد مانع يمنعه من الأداء: فإذا كان المدين واجداً موسراً لكنه تأخر عن الوفاء لصاحب الحق لعذر، كغيبته أو غيبة ماله أو غير ذلك، فإنّ وصف المماطلة عنه مرتفع حتى ينتفي العذر، يقول النووي: "ولو كان غنياً ولكّنه ليس متمكناً من الأداء لغيبة المال أو لغير ذلك جاز له التأخير إلى الإمكان"⁷.

¹ - ابن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، المصدر السابق، الجزء 4، ص 465.

² - أحمد بن عبد الله الجعفري، أحكام الاعسار في الفقه الاسلامي مقارنة بأنظمة المملكة العربية السعودية، مجلة العدل، وزارة العدل، الرياض - السعودية، العدد 27، 1421هـ، ص 112.

³ - ذلك أن الإعسار في الفقه الاسلامي لا يخلو من حالتين هما: أ. أن يكون المدين مُعَدِّماً أي قد نفذ ماله كله فلم يتبق عنده ما ينفقه على نفسه وعِياله فضلاً عمّا يكفيهِ لوفاء دينه. ب. أن يكون مُقِلّاً غير معدم أي أنّه يملك بعض المال ولكنه قليل لا يكاد يكفيهِ للإتفاق على نفسه وعِياله بالمعروف وقضاء دينه إلا بضرر أو مشقة وضيق. ينظر: نزبه حماد، قضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد، المرجع السابق، ص 328. أمّا بالنسبة للقانون فإنّ الاعسار أيضاً على نوعين هما: أ. إعسار فعلي ويقصد به عدم كفاية أموال المدين للوفاء بديونه الحالة والمؤجلة. ب. إعسار قانوني ويقصد به عدم كفاية أموال المدين للوفاء بديونه المستحقة الأداء. ينظر: - السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، الجزء 2، ص 1213.

⁴ - السرخسي، المبسوط، المصدر السابق، الجزء 5، ص 187. وينظر: - الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، المصدر السابق، الجزء 3، ص 380. - الباجي، المنتقى شرح الموطأ، المصدر السابق، الجزء 5، ص 466. - ابن قدامة، المعني، المصدر السابق، الجزء 4، ص 499.

⁵ - ابن قيم الجوزية، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، مكتبة دار البيان، د.م، د.ط، د.ت، ص 57.

⁶ - أبو الوليد محمد بن رشد القرطبي، المقدمات والمهدات، المصدر السابق، الجزء 2، ص 306.

⁷ - النووي، المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج، المصدر السابق، الجزء 10، ص 227.

وهذا الشرط قد نصّ عليه ابن حجر في تعريفه السابق للمطل حيث قال: "المطل تأخير ما استحق أداءه بغير عذر"¹.

رابعاً: العقوبات المقررة للمماطل في الفقه الاسلامي

متى تقررت الشروط السابقة في المماطل الصانع أو المستصنع شرعت عقوبته حفظاً للحقوق، قال ابن القيم: "وأما عقوبة من عرف أنّ الحق عنده، وقد جحدته، فمتفق عليها بين العلماء، لا نزاع بينهم أنّ من وجب عليه حق من عين أو دين - وهو قادر على أدائه - وامتنع عنه، أنّه يعاقب حتى يؤدّيه"².

وقد ذكر الفقهاء في حديثهم عن عقوبة المماطل جملة من العقوبات المشروعة التي يمكن للقاضي أن يحكم بها على الصانع أو المستصنع المماطل منها: عقوبة الحبس، عقوبة التغريم، عقوبة المنع من السفر، عقوبة استيفاء الحق من المماطل جبراً، وفيما يأتي بيانها بشيء من التفصيل:

1. عقوبة الحبس:

يشرع حبس المماطل الممتنع عن أداء ما عليه لغير عذر حتى يفي بالتزاماته، والأصل في ذلك حديث الهرماس بن حبيب عن أبيه عن جده قال: "أتيت النبي صلى الله عليه وسلم بغيري لي فقال لي: الزمه، ثم مرّ بي آخر النهار فقال: ما تريد أن تفعل بأسيرك يا أبا بني تميم"³. وقد نصّ على هذه العقوبة جماهير الفقهاء من الحنفية المالكية والشافعية والحنابلة⁴، يقول ابن تيمية⁵: "فيعاقب الغني المماطل بالحبس فإن أصرّ عوقب بالضرب

¹ - ابن حجر، فتح الباري، المصدر السابق، الجزء 4، ص 465.

² - ابن قيم الجوزية، الطرق الحكمية، المرجع السابق، ص 92.

³ - البيهقي، السنن الكبرى، المصدر السابق، كتاب: التفليس، باب: ما جاء في الملازمة، حديث رقم: 11068، الجزء 06، ص 52، وأخرجه أبو داود، سنن أبو داود، المصدر السابق، كتاب: الاقضية، باب: في الحبس في الدين، حديث رقم: 3629، الجزء 2، ص 185. قال الألباني: حديث ضعيف. محمد ناصر الدين الالباني، صحيح وضعيف سنن أبي داود، برنامج منظومة التحقيقات الحديثية، مصر، د.ط، د.ت، الجزء 8، ص 129.

⁴ - ينظر في ذلك: المذهب الحنفي: الكاساني، بدائع الصنائع، المصدر السابق، الجزء 7، ص 137. المذهب المالكي: الخطاب، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، المصدر السابق، الجزء 5، ص 277. المذهب الشافعي: النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، تحقيق زهير الشاويش، المكتب الاسلامي، بيروت - لبنان، الطبعة الثالثة، 1991م، الجزء 4، ص 138. المذهب الحنبلي: ابن قدامة، المغني، المصدر السابق، الجزء 4، ص 499.

⁵ - هو أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام بن عبد الله بن أبي القاسم الخضر النميري الحرّاني الدمشقي الحنبلي، أبو العباس، تقي الدين ابن تيمية، الإمام شيخ الإسلام، ولد سنة 661هـ في حران، اعتقل في دمشق سنة 720هـ، ومات معتقلاً بقلعتها سنة 728هـ، = من

حتى يؤدي الواجب وقد نص على ذلك الفقهاء: من أصحاب مالك و الشافعي وأحمد وغيرهم رضي الله عنهم ولا أعلم فيه خلافاً¹. وتقدير مدّة الحبس ليست مسألة محدّدة شرعاً، وإمّا ترك الى ما يراه القاضي باعتباره عقوبة تعزيرية مفوضة إليه بحسب ما يراه محققاً للمصلحة العامة، وبحسب حال المماطل والمدّة التي يمكن أن تحمله على الوفاء بالتزاماته، يقول السرخسي: " لأنّ الحبس للإضجار وذلك ممّا تختلف فيه أحوال الناس عادةً فالرأي فيه للقاضي"².

2. عقوبة التغريم:

والمقصود بالغرامة التي تفرض على المماطل نفقات الشكوى والدعوى والتقاضي، التي لزمّت صاحب الحق للوصول الى حقه، يقول ابن تيمية: " إذا كان الذي عليه الحق قادراً على الوفاء ومطلّهُ حتّى احوجّه [أي صاحب الحق] إلى الشكاية فما غرّمه بسبب ذلك فهو على الظالم المماطل إذا غرّمه على الوجه المعتاد"³. وعليه فكل ما يلحق صاحب الحق من نفقات الدعوى وتكاليفها المعتادة لدفع الظلم والضرر عن نفسه وللوصول إلى حقه، يتحمّلها المماطل حيث يلزم بتعويضه عما دفعه عقوبة له لتسببه في ذلك جوراً.

3. عقوبة المنع من السفر:

انطلاقاً من كون عقوبة المماطل تعزيرية، فإنّه يجوز للقاضي أن يمنعه من السفر، وهذا ما نصّ عليه الفقهاء⁴، يقول النووي: " إذا أراد السفر من عليه دين، فإن كان حالاً، فلصاحبه منعه حتى يقضي حقه"⁵.

فمنع المماطل من السفر من شأنه أن يجمله على أداء ما عليه من الالتزامات، فهو عقوبة نفسية شديدة خصوصاً إذا كان هذا المماطل ممّن تعوّد على السفر، أو ممّن يريد تحقيق غرض ومقصد مالي لا يتحقّق إلاّ به، فإنّ

كتبه: "السياسة الشرعية"، "الفتاوى"، "الجمع بين النقل والعقل". ينظر: - عبد الرحمن بن أحمد بن رجب، ذيل طبقات الحنابلة، المصدر السابق، الجزء 4، ص 493-520.

¹ - ابن تيمية، مجموع الفتاوى، المصدر السابق، الجزء 22، ص 279.

² - السرخسي، المبسوط، المصدر السابق، الجزء 5، ص 188.

³ - ابن تيمية، مجموع الفتاوى، المرجع السابق، الجزء 3، ص 24، 25.

⁴ - النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، المصدر السابق، الجزء 4، ص 136.

⁵ - الكاساني، بدائع الصنائع، المصدر السابق، الجزء 7، ص 173. و ينظر: - النووي، روضة الطالبين، المصدر السابق، الجزء 4، ص 127.

- ابن قدامة، المغني، المصدر السابق، الجزء 4، ص 502.

هذا المنع يعدّ عقوبة؛ لأنّ الممنوع منه يحرم من خير كثير ويشعر بأنّ شيئاً عظيماً قد سلب منه ويحس بالضجر والسّامة وهذا ما يحمله على الإسراع في قضاء دينه متخلصاً من أمر المنع¹.

4. عقوبة استيفاء الحق من المماطل جبراً:

حيث يشرع للقاضي الحكم بالاستيفاء الجبري من أموال المماطل وفاء لما عليه من التزامات، وهذا الاستيفاء الجبري يأتي على صورتين، بحسب المال الذي يملكه المماطل:

أ. إذا كان المماطل يملك مالا من جنس الحق الذي عليه، وذلك كأن يكون الدين مالا نقدياً ويملك هو مالا نقدياً يغطي الدين الذي لزمه مثل المستصنع في عقد الاستصناع، فللقاضي في هذه الحالة أن يستوفيه منه جبراً ويدفعه إلى الدائن وفاء له، حيث جاء في الفتاوى الهندية: "المحبوس في الدين إذا امتنع عن قضاء الدين وله مال فإن كان ماله من جنس الدين بأنّ ماله دراهم والدين دراهم فالقاضي يقضي دينه من دراهمه بلا خلاف"².

ب. إذا كان المماطل لا يملك مالا من جنس الحق الذي عليه، وإنما يملك أموالاً منقولة أو عقارات، فقد اختلف الفقهاء في هذه الحالة إلى قولين:

القول الأول: وهو قول جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة³، والصاحبان من الحنفية⁴، حيث ذهبوا إلى أنّه يشرع للقاضي أن يبيع على المماطل ماله جبراً لإيصال الحق إلى صاحبه ورفع الضرر عنه، وهو ما ذهب إليه ابن حزم فقال: "من ثبت للناس عليه حقوق من مال أو ممّا يوجب غُرمَ مال بينة عدل أو بإقرار منه صحيح يبيع عليه كل ما يوجد له وأنصف الغرماء"⁵.

¹ - محمد بن عثمان شبير، منع المدين من السفر، بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة، دار النفائس، عمان، الاردن، الطبعة 1، 1418هـ، الجزء 2، ص 665.

² - لجنة علماء برئاسة نظام الدين البلخي، الفتاوى الهندية، دار الفكر، بيروت-لبنان، الطبعة 2، 1310هـ، الجزء 3، ص 419.

³ - ينظر في ذلك **المذهب المالكي**: ابن رشد، المقدمات والمهدات، المصدر السابق، الجزء 2، ص 307.

المذهب الشافعي: النووي، روضة الطالبين، المصدر السابق، الجزء 4، ص 137.

المذهب الحنبلي: البهوتي، كشاف القناع، المصدر السابق، الجزء 3، ص 407.

⁴ - ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار، المصدر السابق، الجزء 4، ص 322.

⁵ - ابن حزم، المحلى، المصدر السابق، الجزء 8، ص 168.

القول الثاني: وهو قول أبي حنيفة¹، حيث ذهب إلى أنه لا يجوز للقاضي أن يحكم ببيع مال المدين جبراً عنه، جاء في الفتاوى الهندية: "وإن كان ماله من خلاف جنس دينه بأن كان الدين دراهم وماله عروض أو عقار أو دنائير فعلى قول أبي حنيفة - رحمه الله تعالى - لا يبيع العروض والعقار وفي بيع الدنائير قياس واستحسان ولكنه يستدسم حبسه إلى أن يبيع بنفسه ويقضي الدين"². ففي هذه الحالة لا يبيع القاضي مال المدين جبراً عنه، ولكن يجبس حتى يضطر إلى بيع ماله لقضاء دينه.

وقول أبي حنيفة هذا يستند إلى كونه لا يرى جواز الحجر على المدين خلافاً للجمهور فيبيع القاضي أمواله عنه جبراً هو نوع من أنواع الحجر عليه³.

والظاهر - والله أعلم - أن الاستيفاء الجبري ببيع القاضي مال المدين عنه جبراً يعدّ عقوبة مشروعة، لأن ذلك من باب قيام القاضي مقام المدين في وفاء دينه عند امتناعه بالبطل عن أدائه⁴.

خامساً: مدى مشروعية الشرط الجزائي في المماثلة بالنسبة لعقد الاستصناع:

إنّ مصطلح الشرط الجزائي مصطلح معاصر، يحتاج إلى تحديد معناه حتى تتمكن من دراسته وبيان أنواعه ومعرفة حكمه في الفقه الإسلامي بالنسبة لعقد الاستصناع.

1. تعريف الشرط الجزائي:

عرّف الشرط الجزائي بعدة تعاريف منها⁵:

أ - " اتفاق بين المتعاقدين على تقدير التعويض الذي يستحقه من شرط له عن الضرر الذي يلحقه إذا لم ينقذ الطرف الآخر ما التزم به، أو تأخر في تنفيذه"⁶.

¹ - السرخسي، الميسوط، المصدر السابق، الجزء 4، ص 164.

² - لجنة علماء برئاسة نظام الدين البلخي، الفتاوى الهندية، المصدر السابق، الجزء 3، ص 119.

³ - الزيلعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي، المصدر السابق، الجزء 5، ص 199.

⁴ - نزيه حماد، قضايا فقهية معاصرة، المرجع السابق، ص 336.

⁵ - لم ينص القانون المدني الجزائري على تعريف خاص بالشرط الجزائي، والظاهر أنّ المشرع استعمل مصطلح التعويض الاتفاقي، حيث جاء في المادة 193 من هذا القانون: "يجوز للمتعاقد أن يحدّد مقدماً قيمة التعويض بالنص عليها في العقد أو في اتفاق لاحق".

⁶ - قرار مجمع الفقه الإسلامي المنبثق من منظمة المؤتمر الإسلامي، الدورة الثانية عشر، الرياض، من 25 جمادى الثانية إلى 1 رجب

1421 هـ الموافق ل: 23 - 28 سبتمبر 2000م.

ب - " هو اتفاق يقصد منه المتعاقدان سلفاً التعويض الذي يستحقه الدائن إذا لم ينفذ المدين التزامه أو إذا تأخر في تنفيذه " ¹.

ج - " اتفاق تابع يحدّد بموجبه الطرفان مسبقاً التعويض أو العقوبة، عند عدم التنفيذ أو التأخير فيه " ².
وإذا اسقطنا هذه التعاريف على عقد الاستصناع فإنه يمكن أن نقول أنّ الشرط الجزائي هو 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.

2. أهداف الشرط الجزائي: يهدف الشرط الجزائي إلى تحقيق الأهداف التالية ³:

أ. ضمان تنفيذ العقود وعدم الإخلال بالالتزامات المترتبة على المتعاقدين.
ب. تجنّب المتعاقدين اللجوء إلى القضاء وإجراءاته الطويلة والمعقدة، وما يترتب عن ذلك من تضييع للمال والوقت وهدر للجهود والطاقات.

ج. إعفاء الدائن من عبئ إثبات الضرر الذي يصيبه عند إخلال المدين بالتزاماته.

3. أقسام الشرط الجزائي في عقد الاستصناع وحكم كل قسم:

الشرط الجزائي في عقد الاستصناع إما أن يكون واقع على الصانع أو المستصنع.
أ. الشرط الجزائي الواقع على الصانع: ويكون نتيجة لعدم تنفيذ الصانع لالتزاماته بتنفيذ الأعمال أو التأخير في تسليم العمل المتفق عليه في الوقت المحدد، وقد وقع الخلاف بين الفقهاء حول جواز هذا النوع إلى قولين:

✓ القول الأول: جواز الشرط الجزائي الواقع على الصانع مطلقاً ما لم توجد ظروف قاهرة

وهذا ماقرّته الجامع الفقهيّة ولمان الفتوى والهيئات الشرعية في العالم الإسلامي، ومن ذلك:

¹ - ناصر أحمد إبراهيم النشوي، أحكام عقد الاستصناع في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 427.

² - عبد المحسن الرويشد، الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة - مصر، 1404هـ، ص 52.

³ - محمد عثمان شبير، صيانة المديونيات ومعالجتها من التعثر في الفقه الإسلامي، بحوث فقهيّة في قضايا اقتصادية معاصرة، دار النفائس، عمان - الأردن، الطبعة الأولى، 1998م، المجلد 02، ص 857.

- قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي في مؤتمره السابع بجدة من 07 إلى 12 ذو القعدة 1412هـ الموافق 09 - 14 ماي 1992م، الخاص بعقد الاستصناع والذي جاء فيه: "يجوز أن يتضمن عقد الاستصناع شرطاً جزائياً بمقتضى ما اتفق عليه المتعاقدان ما لم تكون هناك ظروف فاهرة".
- وهو أيضاً رأي دار الإفتاء المصرية: "الشرط الجزائي في العقد جائز، وتترتب عليه آثاره من حيث المال المشروط"¹.
- كما أخذت به الهيئة الشرعية لبيت التمويل الكويتي: "... فإذا حصل إخلال بالالتزام وطبق الشرط الجزائي الموجب للتعويض فإنّ المستحق التعويض أخذ المبلغ المحدد في العقد ولو كان الضرر الفعلي أقل منه"².
- وقد أخذ بهذا الرأي أيضاً مجموعة من العلماء والباحثين المعاصرين في الفقه الإسلامي منهم: زكي الدين شعبان³، علي أحمد السالوس⁴، الصديق محمد الأمين الضيرير⁵. واستدل أصحاب هذا الرأي بمجموعة من الأدلة يباينها فيما يلي:
- قوله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾⁶. فالإنسان مطالب بالوفاء بالعهود والعقود ما لم يدل دليل على حرمتها، والشرط الجزائي من ضمن العقود التي يلزم الإنسان بتنفيذها، ولم يوجد دليل يدل على حرمة⁷.
- عدم التنفيذ يؤدي إلى تفويت فرصة من كسب متوقع أو ألم نفسي أو احتجاج من أشخاص لهم مصلحة في التنفيذ المحدد، وكل هذا يوجب التعويض من الصانع ما لم تجد ظروف طارئة⁸. وهذا يؤكد قول النبي - صلى

¹ - الفتاوى الإسلامية، دار الإفتاء المصرية، المفتي الشيخ أحمد هريدي، رقم الفتوى 983، 13 يونيو 1968م، 2238/6.

² - الفتاوى الشرعية في المسائل الاقتصادية، بيت التمويل الكويتي، الفتوى رقم: 06، 300، 398، الموقع:

http://www.kfh.com/KFH_Fatawa/Fatawa_Index.aspx

³ - زكي الدين شعبان، الشرط الجزائي بين الشريعة والقانون، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد الثاني، المجلد الأول، 1977م، ص119.

⁴ - علي أحمد السالوس، الشرط الجزائي وتطبيقاته المعاصرة، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد14، السنة الثانية عشر، ص135.

⁵ - محمد الأمين الضيرير، الشرط الجزائي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة الثانية عشر، 22703/2.

⁶ - سورة المائدة، الآية: 01.

⁷ - محمد بن عبد العزيز بن سعد اليميني، الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة، رسالة دكتوراه، كلية التربية، جامعة الملك سعود، السعودية، السعودية، 1425 - 1426هـ، ص219.

⁸ - أحمد موافي، الضرر في الفقه الإسلامي، دار ابن عفان، المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى، 1997م، الجزء 02، ص1023.

الله عليه وسلّم - : "لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارًا"¹.

- الشرط الجزائي يؤدي إلى الوفاء بالالتزام ومنع التلاعب بالعقود، وهذه مصالح معتبرة لم يقم من الشارع دليل على إلغائها وإبطالها؛ بل أكدها قوله صلى الله عليه وسلّم: "الصُّلْحُ جَائِزٌ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ إِلَّا صُلْحًا حَرَّمَ حَلَالًا أَوْ أَحَلَّ حَرَامًا، وَالْمُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ إِلَّا شَرْطًا حَرَّمَ حَلَالًا أَوْ أَحَلَّ حَرَامًا"².

✓ القول الثاني: عدم جواز الشرط الجزائي الواقع على الصانع

وممن الذين قالوا بعدم الجواز عبد الرزاق السنهوري من فقهاء القانون³، علي الخفيف⁴ و فتحي الدريني⁵ من فقهاء الشريعة، وذهب رفيق يونس المصري إلى التفصيل⁶، فقال بجوازه في حالة عدم التنفيذ، أمّا إذا تأخر التنفيذ فلا يجوز.

وقد استدلل أصحاب هذا القول بما يلي:

- اشتمال الشرط الجزائي على الغرر والجهالة، فلا يمكن بأي حال من الأحوال أن يكون الشرط الجزائي مساوياً للضرر الواقع، لأنه محدّد مسبقاً قبل وقوع الضرر، وهذا هو الغرر المحرّم ويعتبر أكل لأموال الناس بالباطل، فعملاً بقاعدة سد الذرائع يمنع الشرط الجزائي⁷.
- لقد تكفّلت الشريعة برفع الضرر عن المتضرّر إمّا بالتعويض أو عقوبة من صدر منه، إحقاقاً للحق وإنصافاً للمتضرّر، بشرط وقوع الضرر، وهذا دور المحكمة لا دور المشتراط الذي يرى مصلحته فقط دون الطرف الثاني¹.

¹ - ابن ماجة القزويني، سنن ابن ماجة، المصدر السابق، كتاب: الأحكام، باب: من بني في حقّه ما يضرّ بجاره، حديث رقم 2341، الجزء 2، ص784. وأخرجه البيهقي، السنن الكبرى، المصدر السابق، كتاب: البيوع، باب: اتفاق الرجل بجدار غيره، رقم الحديث 2088، الجزء 2، ص303. قال الألباني: حديث صحيح. ينظر: محمد ناصر الدين الألباني، غاية المرام في تخرّيج أحاديث الحلال والحرام، المكتب الإسلامي، بيروت - لبنان، ط3، 1405هـ، ص158.

² - الترمذي، سنن الترمذي، المصدر السابق، أبواب الأحكام، باب: ما ذكر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في الصلح بين الناس، رقم الحديث: 1352، الجزء 03، ص626. قال الألباني: حديث صحيح. الألباني، إرواء الغليل، المرجع السابق، الجزء 05، ص142.

³ - عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق، المكتبة السلفية، السعودية، الطبعة الثانية، 1967م، الجزء 6، ص168.

⁴ - علي الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، دار الفكر، مصر، د.ط، 2000 م، ص59.

⁵ - فتحي الدريني، النظريات الفقهية، منشورات جامعة دمشق، سوريا، الطبعة الرابعة، 1996 - 1997م، ص197-226.

⁶ - رفيق يونس المصري، مناقصات العقود الإدارية، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، 18171/2.

⁷ - علي محيي الدين القره داغي، الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة، المرجع السابق، ص224.

- إنَّ الشرط الجزائي يحتل أربع صور لا تخلو من الغرر والمغامرة وأكل أموال الناس بالباطل.
الصورة الأولى: أن يكون الشرط الجزائي أكثر من الضرر الواقع على المستصنع.
- الصورة الثانية: أن يكون الشرط الجزائي أقل من الضرر الواقع على المستصنع.
- الصورة الثالثة: أن يكون الشرط الجزائي مساو للضرر الواقع على المستصنع.
- الصورة الرابعة: أن يختلفا فيه هل هو مساو أو أكبر أو أقل من الضرر فيحالا على القضاء.

ففي هذه الاحتمالات الأربع نجد أن القضاء هو الذي يفصل بين المتعاقدين، فما هو سبب اللجوء إلى وسيلة لاتحل الخلاف والنزاع بين المتعاقدين².

✓ مناقشة الأدلة والموازنة والترجيح:

1 - مناقشة أدلة القائلين بالجواز: نوقشت أدلتهم بما يلي:

أ - الاستدلال بأية العقود والأصل فيها الإباحة يقابلها آية تحريم أكل أموال الناس بالباطل ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾³، فالمسألة تدور بين الحلّ والحرم، والواجب في هذه الحالة الأخذ بالأحوط⁴.

ب - عدم الالتزام ببند العقد من شأنه أن يفوّت الفرص المتوقعة أو الكسب غير المحقّق، هذا لا يوجب التعويض لأنّ الأحكام مبنية على الوقائع الحقيقية، ولا يمكن التعويض إلّا بعد وقوع الضرر والتقدير القبلي فيه من الغرر والجهالة ما يؤدي إلى النزاع⁵.

ج - القول بوجود مصالح لا يضيفي صفة الشرعية على العمل، بل ينظر إلى النتائج المترتبة عليه، وتحريم الخمر خير مثال على ذلك، فقد حرّمت وفيها منافع، فصفة الحل مرتبطة بالنتائج وكذا الموازنة بين المصالح المحقّقة والمفاسد المترتبة على الفعل¹.

¹ - مصطفى أحمد الزرقا، هل يقبل شرعا الحكم على المدين المماطل بالتعويض، مجلة أبحاث الاقتصاد الإسلامي، جامعة الملك عبد العزيز، السعودية، العدد الثاني، 1985م، الجزء 02، ص103.

² - محمد بن عبد العزيز بن سعد اليميني، الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة، المرجع السابق، ص227.

³ - سورة النساء، الآية: 29.

⁴ - ابن حزم، الإحكام في أصول الأحكام، المصدر السابق، الجزء 1، ص51.

⁵ - محمد بن عبد العزيز بن سعد اليميني، الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة، المرجع السابق، ص219.

2 - مناقشة أدلة القائلين بعدم الجواز: نوقشت أدلتهم بما يلي:

- إذا كان في الشرط الجزائي غرر وجهالة يقع الخلاف والتنازع حوله، فباللجوء إلى القضاء يتمّ تعديله ويتحقق العدل، فقد ورد في قرار مجمع الفقه الإسلامي: "يجوز للمحكمة بناءً على طلب أحد الطرفين أن تعدّل في مقدار التعويض إذا وجدت مبرراً لذلك، أو كان مبالغاً فيه"². كما أنّ الضرر لا يرفع عن طريق المحكمة دائماً إنّما يكون عند الاختلاف، أمّا في حالة الاتفاق فلا يلجأ إليها.

3 - الموازنة والترجيح:

بعد عرض أدلة المجيزين والممانعين ومناقشتها يتبيّن للباحث - والله أعلم - أنّ الرأي الراجح هو الرأي القائل بصحة الشرط الجزائي الواقع على الصانع، لقوة أدلته وتحقيق المصلحة لكل أطراف العقد، بناءً على أنّ الأصل في العقود الإباحة، لكن هذا الجواز مرتبط بشروط هي:

- وقوع ضرر فعلي وحقيقي فإذا لم يقع الضرر لا يستحق الشرط الجزائي³.

- يجب أن يحدّد الشرط الجزائي عن طريق خبير معتمد لدى القضاء، حتى لا يترك المجال للمستصنع وفق إرادته.

- أن يأخذ بعين الاعتبار الظروف الطارئة حتى لا يظلم الصانع.

- في حالة التنازع حول تحديد الشرط الجزائي يلجأ إلى القضاء.

ب - الشرط الجزائي الواقع على المستصنع: ويكون في حالة تأخر المستصنع عن دفع ما عليه من مستحقات مالية للصانع، ويأخذ الشرط الجزائي في هذه الحالة إحدى الصورتين التاليتين:

- الصورة الأولى: أن يتفق الصانع مع المستصنع على تعويضه مقداراً مالياً محدّداً عن كل يوم تأخير في أداء ما عليه من التزامات، وحكم هذه الحالة التحريم فالشرط الجزائي من الربا المنهي عنه الذي أجمعت الأمة الإسلامية

¹ - الشاطبي، الموافقات، المصدر السابق، الجزء 02، ص 42.

² - قرار مجمع الفقه الإسلامي، المنعقد بالرياض من 25 جمادى الثانية إلى 01 رجب 1421هـ، الدورة الثانية عشر، رقم:

22858/12، 2/3/19، الشرط الجزائي وسلطة القاضي في تعديله، ص 382.

³ - جواد محمود أحمد بحر، نظرية الشرط الجزائي بين الفقه والقانون، رسالة ماجستير في القضاء الشرعي، كلية الدراسات العليا، جامعة

الخليل، 2009م، ص 192.

على تحريمه، لقوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الزُّبْنَ﴾¹، فهذه زيادة على أصل الدين نظير التأخير سواء كانت مشروطة في العقد أو عند حلول الأجل، فهذا الشرط محرم وباطل بإجماع العلماء.²

- الصورة الثانية: أن يشترط في العقد أنه إذا تأخر المستصنع في تسديد ما عليه من مستحقات للصانع وترتب على التأخير ضرراً حقيقياً، فإن للصانع الحق في التعويض بقدر الضرر، سواء نص في العقد على تقدير التعويض بين الطرفين، أو يرجع في هذا التقدير لأهل الخبرة، أو إلى القاضي في حالة النزاع.

وقد اختلفت هذه الصورة عن الأولى في أنّ العاقدان يتفقان على المبدأ العام وهو التعويض عن الضرر، ويتركبان التحديد إلى ما بعد وقوع الضرر، بينما في الصورة الأولى يكون الاتفاق محددًا لمبلغ التعويض عند الإخلال. ففي هذه الصورة - الثانية - لا يلزم المستصنع بدفع شيء للصانع مع تأخره إلا إذا وقع ضرر فعلي، وقد اختلف العلماء المعاصرين في حكمها، فمنهم من قال بالجواز أي مشروعية التعويض، ومنهم من ذهب إلى عدم جواز هذا التعويض ويلزم المستصنع على الوفاء بطرق أخرى، مثل الحبس أو أي عقوبة أخرى يراها القضاء مناسبة.

- الرأي الأول: جواز التعويض

حيث ذهب أصحاب هذا الرأي إلى جواز التعويض عن الضرر الواقع فعلاً، وإلزام المستصنع المماطل بالوفاء به، ومن ذهب إلى هذا الرأي هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية³، ومن الفقهاء مصطفى الزرقا⁴، والصدّيق الضير⁵. واستدلوا بما يلي:

- قول النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: "مَطْلُ الْغَنِيِّ ظُلْمٌ"⁶.

- وقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أيضاً: "لِيُ الْوَاجِدِ يُحِلُّ عَرَضَهُ وَعَقُوبَتَهُ"⁷.

كما اعتمدوا على قاعدة الأصل في الشروط الإباحة واللزوم، فاشتراط التعويض عن الضرر الفعلي على المستصنع

1 - سورة البقرة، الآية: 275.

2 - ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الحديث، القاهرة- مصر، د.ط، 1425هـ-2004م، الجزء 03، ص 148.

3 - أبحاث هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية، دار أولي النهى، الرياض، ط2، 1992م، الجزء 1، ص 214.

4 - مصطفى الزرقا، هل يقبل شرعاً الحكم على المدين المماطل بالتعويض، المرجع السابق، ص 103.

5 - الصدّيق محمد الأمين الضير، الاتفاق على إلزام المدين الموسر بتعويض ضرر المماطل، مجلة أبحاث الاقتصاد الإسلامي، جامعة الملك

عبد العزيز، جدة، 1985م، العدد 1، المجلد 3، ص 118.

6 - سبق تخريجه، ص 223.

7 - سبق تخريجه، ص 224.

لمصلحة الصانع المضرور شرط صحيح ولازم، لعدم ورود دليل ينافيه¹.

- الرأي الثاني: عدم جواز التعويض

ذهب أصحاب هذا الرأي إلى عدم جواز تعويض المستصنع للصانع، ومن مؤيدي هذا الرأي مجموعة من الفقهاء المعاصرين منهم: علي الخفيف²، زكي الدين شعبان³، نزيه حماد⁴، محمد شبير⁵، علي أحمد السالوس⁶. واستدل هؤلاء بما يلي:

- إن التعويض المتأخر هو عين الربا المحرم بالكتاب والسنة والإجماع⁷.

- إن العمل بالتعويض الربوي يؤدي إلى إلغاء الآليات الشرعية التي وجدت في الفقه لحمل المستصنع المماطل على أداء ما عليه من الالتزامات المالية مثل الحبس والتعزير⁸.

- إن أصول الشريعة تقضي بأن يكون أخذ المال تبرعاً أو مقابل مال ولا يكون مقابل أجل للوفاء⁹.

- مناقشة الأدلة والموازنة والترجيح:

أ - مناقشة أدلة القائلين بجواز التعويض:

1 - بنى أصحاب هذا الاتجاه رأيهم على مبدأ مسلم به في الفقه الإسلامي، وهو مبدأ التعويض عن الضرر، اعتماداً منهم على أنّ المظل في الدين ظلم، وقد سبب المستصنع بمطله ضرراً محقق الوقوع بالصانع. لكنّ هذا الرأي لا تبيحه الأصول الشرعية التي تقضي بأنّ أخذ المال لا يكون إلاّ تبرعاً، أو في مقابلة مال أخذ أو أتلّف، وإلاّ كان أكلاً له بالباطل؛ لأنّ أصل التعويض في نظر الفقهاء هو مقابلة المال بالمال¹⁰، وهذا ما حدّدته القاعدة الفقهية "لا

¹ - محمد مصطفى الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، دار الفكر، دمشق - سوريا، الطبعة الأولى، 2006م، الجزء 2، ص 815.

² - علي الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 19 - 20.

³ - زكي الدين شعبان، الشرط الجزائي في الشريعة والقانون، مجلة الحقوق والشريعة الإسلامية، جامعة الكويت، السنة الأولى، العدد 2، 1977م، ص 137.

⁴ - نزيه حماد، قضايا اقتصادية معاصرة في المال والاقتصاد، دار القلم، دمشق - سوريا، الطبعة الأولى، 2001م، ص 351.

⁵ - محمد شبير، صيانة المديونيات ومعالجتها من التعثر في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، الجزء 2، ص 873.

⁶ - علي أحمد السالوس، الشرط الجزائي وتطبيقاته المعاصرة، المرجع السابق، ص 135.

⁷ - محمد شبير، صيانة المديونيات ومعالجتها من التعثر في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، الجزء 2، ص 868.

⁸ - المرجع نفسه، الجزء 2، ص 868.

⁹ - نزيه حماد، قضايا اقتصادية معاصرة في المال والاقتصاد، المرجع السابق، ص 353.

¹⁰ - علي الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 20.

يجوز لأحد أن يأخذ مال أحد بلا سبب شرعي¹، وبناءً على ذلك فليس على المدين تعويض مقابل التأخير في الوفاء، وإن ترتب على ذلك ضرر بالدائن².

2 - ولما كان الالتزام هو أداء مبلغ من النقود فإنّ التنفيذ العيني ممكن في ذاته، وذلك بقضاء الحاكم أو القاضي دين الصانع من مال المستصنع حبراً، إذا كان من جنس الدين أو إجباره على بيع ماله وقضاء دين الغريم عندما لا يكون لديه مال من جنس الدين الثابت في ذمته.

3 - أمّا حديث "لي الواجد ظلم يجلّ عرضه وعقوبته" فقد قال العلماء في هذا الحديث عرضه أي شكايته إلى الحاكم وعقوبته الحبس³. ولم يقل أحد من العلماء المتقدمين بجواز التعويض المالي عن التأخير في سداد الدين، ولا في الفقهاء المعاصرين من فسّر العقوبة هنا بالعقوبة المالية، على اختلاف بينهم في جواز التعزير بالمال، ولو فسرها أحد بذلك، فإنّ العقوبة إنّما يحكم بها الحاكم لا الدائن نفسه⁴.

4 - وأمّا قولهم بأنّ الأصل في الشروط الصحة واللزوم فإنّ هذا مقيد بما لا يخل حراماً أو ينافي كتاب الله، والمشروط من الشرط الجزائي مبلغ من المال نظير الأجل، وليس نظير مال أو بدل تالف، فهو إمّا أن يكون أكل لأموال الغير بغير حق أو هو من ربا النسئة⁵.

ب - مناقشة أدلة القائلين بعدم جواز التعويض: نوقشت أدلة المانعين من وجهين:

1- حقيقة الربا هو استغلال من الدائن للمدين، بصورة تجعل الاحتمالات السيئة جميعها على المدين، وتضمن للدائن أصل دينه وربحاً ثابتاً دون النظر إلى حال المدين، وهذا الاستغلال يخلّ بالتوازن الاقتصادي بين الطرفين، أمّا تعويض ضرر التأخير فبعيد عن هذه المعاني⁶.

¹ - ينظر المادة 97 من مجلة الأحكام العدلية، المرجع السابق، ص 16.

² - نزيه حماد، قضايا اقتصادية معاصرة في المال والاقتصاد، المرجع السابق، ص 353 - 354.

³ - ابن عبد البر، الاستدكار، تحقيق: سالم محمد عطا، محمد علي معوض، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة الأولى، 2000م، الجزء 6، ص 492.

⁴ - القاضي محمد تقي العثماني، بحوث في قضايا فقهية معاصرة، دار القلم، دمشق - سوريا، الطبعة الثانية، 2003م، ص 42.

⁵ - ابن تيمية، القواعد النورانية الفقهية، تحقيق: أحمد بن محمد الخليل، دار ابن الجوزي، المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى، 1422هـ، ص 261 - 274.

⁶ - محمد عثمان شبير، صيانة المديونيات ومعالجتها من التعثر في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، الجزء 2، ص 871 - 872.

2 - إنّ الفوائد الربوية في المدائنات تعقد المدائنة على أساسها مند البداية، فتكون طريقاً استثمارياً أصلياً لقاصد الربا، بخلاف تعويض ضرر التأخير، فإنّه ليس طريقاً استثمارياً، وإنّما هو إعادة عادلة لتوازن العقد الأصلي الذي أخلّ به المدين المماطل، ولا تكون المدائنة قائمة على الاستثمار من البداية¹.

ج - الموازنة والترجيح:

بعد عرض أدلة المحيذين والممانعين للتعويض في هذه الصورة يرى الباحث - والله أعلم - أنّ الشرط الجزائي لا يجوز في هذه الصورة، فهو لا يختلف عن الربا الذي نزل القرآن بتحريمه في قوله تعالى: ﴿ذَلِكَ بِأَنَّهُمْ قَالُوا إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾²، فكل معاملة وجد فيها التفاضل في الجنس أو النساء فهي مندرجة تحت اسم الربا وإنّ تغير المصطلح كالفائدة والتعويض³، وفي ذلك يقول ابن عبد البر: "وكل زيادة من عين أو منفعة يشترطها المسلف على المستسلف فهي ربا لاخلاف في ذلك"⁴.

الفرع الثاني: الجزاءات المترتبة عن إخلال الصانع بالتزاماته

لقد عرفنا أنّه إن لم يف المرقى العقاري بالتزاماته يتعرّض إلى جملة من الجزاءات جمعت في العديد من النصوص القانونية العامة والخاصة، أمّا الصانع فبالإضافة إلى الجزاءات المترتبة عن المماطلة في الوفاء بالتزام، والتي يشترك فيها كل من الصانع والمستصنع، هناك جزاءات خاصّة تترتب على إخلال الصانع بالتزاماته، تتمثل في ثبوت مجموعة من الخيارات للمستصنع في عقد الاستصناع هي: خيار العيب، خيار الرؤية، خيار فوات الوصف، لذلك سنتناول في هذا الفرع هذه الخيارات بشيء من التفصيل:

¹ - المرجع نفسه، الجزء 2، ص 871 - 872.

² - سورة البقرة، الآية: 275.

³ - أحمد بن علي أبو بكر الجصاص، أحكام القرآن، تحقيق: عبد السلام محمد علي شاهين، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ط 1، 1994م، الجزء 2، ص 184.

⁴ - ابن عبد البر، الاستذكار، المصدر السابق، الجزء 6، ص 516.

أولاً: خيار العيب

إذا أحضر الصانع البناء المصنوع وليس به عيب فإنّ حق المستصنع في الرد يسقط، أمّا إذا كان في المصنوع عيب فإنّ للمستصنع الحق في الرد بالعيب ولا يلزمه أخذه¹. وهو ما يطلق عليه الفقهاء بخيار العيب، وبخاصّة الحنفية والشافعية والحنابلة²، أمّا المالكية فيطلقون عليه تسمية خيار النقيصة³، وهو ما يعرف عند أهل القانون بضمان العيوب الخفية⁴ والذي تطرّقنا له سابقاً كالالتزام من التزامات المرقى العقاري في عقد البيع بناءً على التصميم، وعليه سنتناول فيما يأتي المقصود بخيار العيب ومشروعيته وشروط ثبوته للمستصنع.

1. المقصود بخيار العيب:

خيار العيب مركب إضافي من كلمتين: (خيار) و (عيب)

أمّا كلمة خيار بالكسرة في اللغة العربية فهي اسم من الاختيار يقال: خيّرته بين الشيئين، فوضت إليه الاختيار فاختار أحدهما⁵. والخيار: اسم بمعنى طلب خير الأمرين، وخبّره بين الأشياء فضل بعضها على بعض⁶.

وفي الاصطلاح الخيار هو: طلب خير الأمرين من إمضاء العقد أو فسخه⁷.

أمّا كلمة العيب لغة: فتعني النقص والوصمة، وهي مصدر الفعل عاب نقول عاب الشيء: أي صار ذا عيب⁸،

عيب⁸، ومنه قوله تعالى: ﴿أَمَّا السَّفِينَةُ فَكَانَتْ لِمَسْكِينٍ يَعْمَلُونَ فِي الْبَحْرِ فَأَرَدْتُ أَنْ أَعِيبَهَا﴾⁹، أي أجعل السفينة

¹ - كاسب عبد الكريم البدران، عقد الاستصناع، المرجع السابق، ص205.

² - ينظر في ذلك: في المذهب الحنفي: الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المصدر السابق، الجزء5، ص257. المذهب الشافعي: النووي، مجموع شرح المذهب، المصدر السابق، الجزء12، ص95 وما بعدها. المذهب الحنبلي: البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، المصدر السابق، الجزء3، ص215.

³ - الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، الجزء3، ص354. وينظر: - القراني، الذخيرة، المصدر السابق، الجزء5، ص112،

المواق، التاج والإكليل لمختصر خليل، المصدر السابق، الجزء6، ص334. الخطاب، مواهب الجليل، المرجع السابق، الجزء4، ص427.

⁴ - زاهية حورية سي يوسف، الوجيز في عقد البيع، المرجع السابق، ص222.

⁵ - الفيومي، المصباح المنير، المصدر السابق، الجزء1، ص185.

⁶ - إبراهيم مصطفى وآخرون، المعجم الوسيط، دار الدعوة، تركيا، الطبعة2، 1982م، الجزء1، ص264.

⁷ - الشربيني، مغني المحتاج الى معرفة المعاني ألفاظ المنهاج، المصدر السابق، الجزء2، ص43.

⁸ - الفيومي، المصباح المنير، المصدر السابق، الجزء2، ص439.

⁹ - سورة الكهف، الآية: 79.

ذات عيب¹. وفي الاصطلاح العيب هو: " ما نقص عن الخِلْقَة الطبيعية أو عن الخلق الشرعي نقصانا له تأثير في ثمن المبيع"².

وأما خيار العيب كمركب فقد عُرف بأنه: " خيار النقيصة هو نقص يخالف ما التزمه (البائع) شرطا أو عرفا... والعرفي ما تقضي العادة بأنه إنّما دخل على السلامة منه مما يؤثر في نقص الثمن أو التصرف"³.

وجاء في مواهب الجليل: " هو ما ثبت بسبب نقص يخالف ما التزم البائع شرطا، أو عرفا في زمان ضمانه"⁴. وعليه يمكن تعريفه بأنه: الحق في فسخ العقد أو إمضائه إذا وجد عيب في محل العقد ينقص من قيمته ويفوّت المقصود منه، لم يكن معلوما عند التعاقد⁵.

ولالإشارة فإنّ القانون المدني الجزائري لم يعرف خيار العيب، إلا أنّه لم يهمل النص عليه؛ بل أورد شروطه في المادة 379⁶، المتعلقة بشروط ضمان العيوب الخفية.

2. مشروعيته:

لا خلاف بين جمهور الفقهاء في ثبوت خيار العيب للمشتري إذا كان في المبيع عيب ينقص من قيمته، يقول ابن قدامة: " لا نعلم بين أهل العلم في هذا خلافا"⁷.

وقد استدّلوا على مشروعيته بأدلة من الكتاب والسنة والإجماع.

¹ - ابن منظور، لسان العرب، المصدر السابق، الجزء 1، ص 633.

² - ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، المصدر السابق، الجزء 3، ص 192.

³ - المواق، التاج والإكليل لمختصر خليل، المصدر السابق، الجزء 6، ص 334.

⁴ - الخطاب، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، المصدر السابق، الجزء 4، ص 427.

⁵ - حسن أيوب، فقه المعاملات المالية في الإسلام، دار السلام، القاهرة - مصر، الطبعة الأولى، 2003م، ص 125.

⁶ - تنص هذه المادة على أنّه: " يكون البائع ملزوما بالضمان إذا لم يشمل المبيع على الصفات التي تعهد بوجودها وقت التسليم إلى المشتري، المشتري، أو إذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته، أو من الانتفاع به بحسب الغاية المقصودة منه حسبما هو مذكور بعقد البيع، أو حسبما يظهر من طبيعته أو استعماله، فيكون ضامنا لهذه العيوب ولو لم يكن عالما بوجودها...."

⁷ - ابن قدامة، المغني، المصدر السابق، الجزء 4، ص 109.

أ. من الكتاب:

- قوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾¹. فالعلم بالعيب في المبيع مناف للرضا المشروط في العقود، ذلك أنّ العقد الملتبس بالعيب تجارة عن غير تراض، فالآية تدلّ على أنّ العاقد لا يلزمه المعقود عليه المعيب؛ بل له رده والاعتراض بقطع النظر عن طريقة الرد والإصلاح.²

ب. من السنة:

- عن عائشة رضي الله عنها أنّ رجلاً ابتاع غلاماً فاستغله، ثم وجد به عيباً فردّه بالعيب، فقال: يا رسول الله إنّه قد استغلّ غلامي، فقال رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: "الخِرَاجُ بِالضَّمَانِ"³.
- ما روي عن عقبة بن عامر رضي الله عنه أنّه قال: "سمعت رسول الله - صلى الله عليه وسلم - يقول: "المُسْلِمُ أَخُو المُسْلِمِ، وَلَا يَحِلُّ لِمُسْلِمٍ بَاعَ مِنْ أَخِيهِ بَيْعًا فِيهِ عَيْبٌ إِلَّا بَيَّنَّهُ لَهُ"⁴.
- ما روي عن واثلة بن الأسقع رضي الله عنه أنّه قال: إني سمعت رسول الله - صلى الله عليه وسلم - يقول: "لَا يَحِلُّ لِأَحَدٍ يَبِيعَ شَيْئًا إِلَّا يُبَيِّنَ مَا فِيهِ، وَلَا يَحِلُّ لِمَنْ يَعْلَمُ ذَلِكَ إِلَّا يُبَيِّنُهُ"⁵.
يتّضح من خلال هذه الأحاديث أنّه من اشترى سلعة ووجد بها عيباً شرع له إرجاعها للبايع، كما يتّضح أنّ الرسول صلى الله عليه وسلم يحذّر من الغش في البيوع والعقود ويرشد المتعاملين إلى أن يكشفوا عمّا في سلعتهم من عيوب حتّى لا يلحقوا اضراراً لمن يتعامل معهم.

¹ - سورة النساء، الآية: 29.

² - ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، المصدر السابق، الجزء 2، ص 173.

³ - ابن ماجه، سنن ابن ماجه، المصدر السابق، كتاب: التجارات، باب: الخراج بالضمان، حديث رقم: 2243، الجزء 2، ص 754. وأخرجه أبو داود، المصدر السابق، كتاب: البيوع، باب: فيمن اشترى عبداً فاستغله ثم وجد به عيباً / حديث رقم: 3510، الجزء 3، ص 234. قال الألباني: حديث حسن. الألباني إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، المرجع السابق، الجزء 5، ص 158.

⁴ - المصدر نفسه، كتاب: التجارات، باب: من باع عيباً فليبينه، حديث رقم 2246، الجزء 2، ص 755. قال الألباني: حديث صحيح. إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، المرجع السابق، الجزء 5، ص 165.

⁵ - أحمد بن حنبل، مسند الامام أحمد تحقيق: شعيب الأرنؤوط، عادل مرشد، مؤسسة الرسالة، بيروت-لبنان، الطبعة الأولى، 2001م، الجزء 25، ص 395، وقال: إسناده ضعيف.

كما يعتبر حديث المصرة الذي رواه أبو هريرة أنّ رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال: "مَنْ ابْتَعَ شَاءَ مَصْرَاةً فَهُوَ فِيهَا بِالْخِيَارِ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ، إِنْ شَاءَ أَمْسَكَهَا وَإِنْ شَاءَ رَدَّهَا، وَرَدَّ مَعَهَا صَاعًا مِنْ تَمْرٍ"¹. من الأدلة التي تشهد بثبوت خيار العيب المشتري.

ج. من الإجماع:

لا خلاف بين الفقهاء في الرد بالعيب على الجملة جاء في المجموع: "وأما الاجماع فإنه لا خلاف بين المسلمين في الرد بالعيب"². وهذا الخيار يثبت دون الحاجة الى شرط فلا تدخل إرادة العاقد في قيامه وإن كان يثبت بالشرط دلالة³، إلا ما روى عن ابن حزم أنّه ضيق من نطاق خيار العيب فلم يره مشروعاً إلا في حال السكوت عن شرط السلامة في البيع، أما إن اشترط العاقد السلامة فظهر معيها فلا يشرع الخيار؛ بل مآل ذلك البيع الى الفسخ⁴.

4. شروط ثبوت خيار العيب (شروط الرد بالعيب)

لقيام خيار العيب وضع الفقهاء مجموعة من الشروط لا بد أن تتوفر في العيب الذي يمكن أن يضمه الصانع، ككون العيب خفياً عند العقد ولا يعلم به المستصنع، وكونه قديماً، وكونه مؤثراً ينقص من قيمة المصنوع ومنفعته، وستتناول هذه الشروط فيما يأتي:

أ. أن يكون العيب خفياً غير معلوم للمستصنع:

من الشروط التي يثبت بها خيار العيب للمستصنع كون العيب خفياً غير معلوم قال السبكي⁵: "ومفهومه أنّ عند العلم لا خيار"⁶. فلا بد أن يكون المستصنع غير عالم بالعيب عند العقد، أو بعده عند القبض، فإذا كان عالم عالم بالعيب عند العقد، أو كان جاهلاً به ثم علم به عند القبض فقبضه عالماً بعيبه انتفى الخيار عند القبض فقبضه

¹ - مسلم، صحيح مسلم، المصدر السابق، كتاب: البيوع، باب: حكم بيع المصرة، حديث رقم: 1425، الجزء 3، ص 158.

² - النووي، المجموع شرح المذهب، المصدر السابق، الجزء 3، ص 122.

³ - عبد الستار أبوغدة، الخيار وأثره في العقود، المرجع السابق، الجزء الأول، ص 360.

⁴ - ابن حزم، المحلى بالآثار، المصدر السابق، الجزء 7، ص 574.

⁵ - هو أبو نصر تاج الدين عبد الوهاب بن علي السبكي الشافعي، ولد بالقاهرة سنة 727هـ، ولي قضاء الشام ثم عزل، كان ماهراً في

الفقه والأصول والحديث، توفي بدمشق سنة 771هـ، من مصنفاته: "طبقات الشافعية الكبرى والوسطى والصغرى"، شرح مختصر ابن الحاجب، "الأشباه والنظائر". ينظر: - ابن كثير، البداية والنهاية، المصدر السابق، الجزء 14، ص 316. - الزركلي، الأعلام، المرجع السابق، الجزء 4، ص 335.

⁶ - النووي، المجموع شرح المذهب مع تكملة السبكي والمطيعي، المصدر السابق، الجزء 12، ص 121.

علما، لأنّ العلم بالعيب يعتبر رضا به، فكان عليه لبقاء حقه في الخيار أن يمتنع عن القبض عند علمه بالعيب، ذلك أنّ " العلم بالعيب عند البيع أو القبض مسقط للرد والأرش" ¹ 2.

مع الإشارة إلى أنّ الخيار يثبت للمستصنع إذا كان غير عالما بالعيب سواءً علم الصانع بالعيب وكتمه أو لم يعلم ³.

ب. أن يكون العيب قديما:

فحسب يثبت خيار العيب للمستصنع لا بد أن يكون العيب قديما، أي أنّه كان موجود قبل العقد أو بعد العقد وقبل القبض أو بعد القبض ولكنه يستند إلى سبب سابق ⁴، وهو ما ينص عليه المالكية بقولهم: أن يكون حادثا قبل قبل أمد التبايع باتفاق أو في العهدة ⁵ عند القائلين بها ⁶. فإذا لم يكن العيب قديما بل حدث بعد التسليم فلا يثبت يثبت الخيار، لحصول المعقود عليه سليما في يد المستصنع، إذ العيب لم يحدث إلا بعد التسليم قال المرغيناني ⁷: " لأنّ العيب قد يحدث بعد البيع قبل التسليم وهو موجب للرد" ⁸.

ج. أن يكون العيب مؤثرا ينقص من قيمة المصنوع ومنفعته:

من شروط ثبوت خيار العيب للمستصنع أن يكون العيب مؤثرا في الشيء المصنوع، ولا يكون العيب مؤثرا في الشيء المصنوع إلا إذا تحقّق فيه ضابط العيب القائم على أمرين هما:

¹ - الأرش: هو اسم للمال الواجب في الجناية على ما دون النفس، كذلك يستعمل الفقهاء هذا المصطلح في البيوع ويريدون به الفرق بين قيمة المبيع معيبا وبين قيمته سليما من الثمن أي ما يأخذه المشتري من البائع إذا اطلع على عيب في المبيع وهذا هو المقصود به هنا. ينظر: - نزيه حماد، معجم المصطلحات المالية والاقتصادية في لغة الفقهاء، الدار الشامية، بيروت - لبنان، ط1، 2008م، ص40. - ابن منظور، لسان العرب، المصدر السابق، الجزء6، ص263. - الفيروز آبادي، القاموس المحيط، المصدر السابق، ص584.

² - ابن الهمام، فتح القدير، المصدر السابق، الجزء6، ص396.

³ - عبد الستار أبو غدة، الخيار وأثره في العقود، المرجع السابق، ص402.

⁴ - المرجع نفسه، ص375.

⁵ - المقصود بالعهدّة: أنّ كل عيب حدث عند المشتري في مدّة لاحقة معينة فزمانه من البائع وهي إمّا أن تكون ثلاثة أيام أو ستة، وقد انفرد الامام مالك بالقول بالعهدّة دون سائر الفقهاء. - ابن رشد بداية المجتهد ونهاية المقتصد، المصدر السابق، الجزء3، ص193.

⁶ - ابن رشد، بداية المجتهد، المصدر السابق، الجزء3، ص193.

⁷ - هو أبو الحسن علي بن أبي بكر المرغيناني من كبار فقهاء الحنفية ولد سنة530هـ، كان حافظا مفسرا محققا أديبا من المجتهدين، توفي سنة593هـ، من مصنفاته: " بداية المبتدئ" ، وشرحه "الهداية"، منتقى العرف". اللكنوي، الفوائد البهية في تراجم الحنفية، المصدر السابق، ص141. وينظر: - الزركلي، الأعلام، المرجع السابق، الجزء5، ص73.

⁸ - ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار، المصدر السابق، الجزء5، ص13. وينظر: - الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المصدر السابق، الجزء5، ص153.

✓ كون الوصف العارض للشيء المصنوع وهو العيب مؤثراً في القيمة.

✓ كون الأصل في جنس المعقود عليه السلامة منه.

وبيان هذين الأمرين فيما يلي:

✓ كون العيب مؤثراً في القيمة:

نصّ الحنفية على هذا الضابط للعيب بقولهم: هو كل ما يوجب نقصاناً في الثمن عند أهل الخبرة سواءً أنقص العين أم لم ينقصها¹.

والملاحظ أنّ بعض الحنفية يعبرون بالثمن بدل القيمة وهي المرادة، قال ابن عابدين: "والظاهر أنّ الثمن لَمَّا كان في الغالب مساوياً للقيمة عبّروا به"².

وعند المالكية ما نقص عن الخِلقة الطبيعية، أو عن الخلق الشرعي نقصاناً له تأثير في المبيع³.

والضابط عند الشافعية أنّه المنقص للقيمة أو العين نقصاناً يفوت به غرض صحيح، بشرط أن يكون الغالب في أمثال المبيع عدمه أو ما نقص القيمة أو العين عن الخِلقة⁴.

أمّا الحنابلة فيرون أنّ نقص عين المبيع وحده كاف ولو لم تنقص به القيمة بل زادت أو نقصت قيمته عادة في عرف التجار وإن لم تنقص عينه، على أن تكون تلك نقيصة يقتضي العرف سلامة المبيع منها غالباً⁵.

✓ كون الأصل سلامة أمثال المبيع من العيب:

أي أنّ السلامة من ذلك الوصف العارض هي الأصل في نوع المبيع وأمثاله، أمّا إذا كان من المألوف وجوده في أمثاله، فإنّه لا يعتبر عيباً، ومن تعابير الفقهاء في اعتماد هذا العنصر قولهم: كون الغالب في جنس المبيع عدمه،

¹ - ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، المصدر السابق، الجزء 5، ص 13. و ينظر: - الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المصدر السابق، الجزء 5، ص 153.

² - المصدر نفسه، الجزء 5، ص 4.

³ - ابن رشد، بداية المجتهد، المصدر السابق، الجزء 3، ص 192.

⁴ - النووي، المجموع شرح المهذب مع تكملة السبكي و المطيعي، المصدر السابق، الجزء 12، ص 309.

⁵ - البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، المصدر السابق، الجزء 3، ص 215.

أو اقتضاء العرف سلامة المبيع عنه غالباً، أو ما خالف الحلقة الأصلية أو ما خالف المعتاد، أو ما تخلو عنه أصل الفطرة السليمة¹.

وقد نصّ الفقهاء على أنّ المرجع في كون العيب مؤثراً إلى أهل الخبرة في ذلك، قال ابن الهمام²: "والمرجع في كونه عيباً أو لا لأهل الخبرة بذلك وهم التجار أو أرباب الصنائع إن كان المبيع من المصنوعات"³. وقال الكاساني: "والتعويل في الباب على عرف التجار، فما نقص الثمن (أي القيمة) في عرفهم، فهو عيب يوجب الخيار، وما لا فلا"⁴.

وبالرغم من الضابط السابق الذي وضعه الفقهاء لاعتبار العيب موجب للخيار، إلا أنّهم لم يكتفوا بذلك؛ بل ذهبوا إلى ذكر مجموعة من صور العيوب في الأشياء التي يكثر تداولها بالبيع والشراء. وهذا الذكر على سبيل المثال وليس على سبيل الحصر. جاء في المجموع: "ذكر المصنف والأصحاب جملة من أمثلة العيوب وإن كانت لا تنحصر ولا مطمع في استيعابها"⁵. فبالنسبة لصور العيوب المعتبرة للخيار في استصناع المباني والدور التي ذكرها⁶ نذكر ما يلي:

- تصدّع الجدران أو انكسار الأخشاب.
- عدم الطريق والمسيل.
- ترتّب حقوق للغير فيه.
- مجاورة موضع صنعة تضر بالبناء أو الساكن.

¹ - ينظر في ذلك: - النووي، المجموع شرح المذهب، المصدر السابق، الجزء 12، ص 309. - البهوتي، كشف القناع، المصدر السابق، الجزء 3، ص 215. - ابن رشد، بداية المجتهد، المصدر السابق، الجزء 3، ص 192.

² - هو محمد بن عبد الواحد السيواسي الإسكندري من علماء الحنفية، ولد سنة 790هـ بالإسكندرية وأقام بجلب، كان علامة زمانه في الفقه والأصول والنحو والمنطق، وقد عدّ من أهل الترجيح توفي سنة 861هـ، من مصنفاته: "فتح القدير"، "التحرير"، "زاد الفقير". ينظر: - اللكنوي، الفوائد البهية في تراجم الحنفية، المصدر السابق، الجزء 6، ص 357.

³ - ابن الهمام، فتح القدير، المصدر السابق، الجزء 6، ص 357.

⁴ - الكاساني، بدائع الصنائع، المصدر السابق، الجزء 5، ص 275.

⁵ - النووي، المجموع شرح المذهب، المصدر السابق، الجزء 12، ص 313.

⁶ - ينظر في هذه الصور: عبد الستار أبو غدة الخيار وأثره في العقود، المرجع السابق، الجزء الأول، ص 389.

ثانياً: خيار الرؤية

يرتبط خيار الرؤية في الفقه الاسلامي ببحث التعاقد على العين الغائبة، سواءً كانت موصوفة أم غير موصوفة، وسواءً أكان سبب غيابها يرجع لكونها غائبة عن مجلس العقد تماماً، أو يرجع لكونها غير مرئية رغم أنّها حاضرة بالمجلس، حيث يكون لمن له خيار الرؤية حق الاختيار بين المضي في العقد أو فسخه، وبالرجوع إلى عقد الاستصناع- تصنيع العقارات و المباني- فإنه يقع على عين غائبة وإن كانت موصوفة، لذلك فإنّ هذا الخيار يثبت للمستصنع في هذا العقد عند رؤية محله. وعليه سنتعرض إلى تعريف خيار الرؤية ثم بيان حكمه في عقد الاستصناع ثم شروط ثبوته وفقاً لما يلي:

1. تعريف خيار الرؤية:

خيار الرؤية مركب إضافي من لفظي الخيار والرؤية¹، فأما كلمة الخيار فقد سبق بيان معناها اللغوي عندما تطرقنا لخيار العيب، وأما الرؤية: فهي مصدر للفعل رأى يَرَى، وهي النظر بالعين والقلب، يقال: رأيتُه بعيني رؤيةً، و رأيتُه رأياً العين، أي: حيث يقع البصر عليه².

وفي الاصطلاح عرّف خيار الرؤية بأنه: "حق يثبت بمقتضاه للعاقِد المشتري أن يفسخ العقد أو يمضيه عند رؤية محل العقد المعين، إذا لم يكن رآه عند التعاقد أو قبله، بوقت لا يتغير فيه"³.

كما عرّف بأنه: "أن يكون للمشتري الحق في إمضاء العقد أو فسخه عند رؤية المعقود عليه، إذا لم يكن رآه عند إنشاء العقد أو قبله بوقت لا يتغير فيه عادة"⁴.

وبناءً على هذين التعريفين فإنه يمكن القول بأنّ خيار الرؤية حق يثبت للعاقِد في فسخ العقد أو إمضائه عند رؤية محله، إذا لم يكن قد رآه وقت العقد ولا قبله، سواءً كان محل العقد قد تعين بالوصف أم لم يتعين جيداً به⁵، لأنّ الرؤية محققة للمعرفة وترفع الجهالة المفضية إلى الضرر وتمنع الغبن، وهو ما قضت به المادة 320 من مجلة

¹ - والإضافة في خيار الرؤية من إضافة السبب إلى المسبب أي خيار سببه الرؤية.

² - ابن منظور، لسان العرب، المصدر السابق، الجزء 14، ص 291.

³ - بدران أبو العينين بدران، تاريخ الفقه الاسلامي ونظرية الملكية والعقود، دار النهضة العربية، بيروت-لبنان، د.ط، د.ت، ص 532.

⁴ - وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي وأدلته، المرجع السابق، ص 267.

⁵ - علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، دار الفكر العربي، القاهرة - مصر، د.ط، 2008م، ص 378.

الأحكام العدلية والتي جاء فيها: " من اشترى شيئاً ولم يره كان له الخيار حتى يراه فإذا رآه إن شاء قبله وإن شاء فسخ البيع ويقال لهذا الخيار خيار الرؤية"¹.

2. حكم خيار الرؤية في عقد الاستصناع:

لقد اختلف الفقهاء الحنفية في مدى ثبوت خيار الرؤية للمستصنع، الذي يمكنه من فسخ العقد أو إمضائه عند رؤية المصنوع، على قولين:

القول الأول: وهو قول أبي حنيفة ومحمد بن الحسن - رحمهما الله - حيث ذهبوا إلى أنّ خيار الرؤية يثبت للمستصنع بحكم الشرع دون حاجة إلى اتفاق الإرادتين عليه، حتى ولو أتى الصانع بالمصنوع موافقاً للأوصاف والشروط²، قال الكاساني: "وأما المستصنع فمُشترى ما لم يره فكان له الخيار، وإنما كان كذلك لأنّ المعقود عليه، وإن كان معدوماً حقيقة فقد ألحق بالموجود"³. واستدلوا بقول النبي - صلى الله عليه وسلم - : " مَنْ اشْتَرَى شَيْئاً لَمْ يَرَهُ فَهُوَ بِالْخِيَارِ إِذَا رَأَهُ إِنْ شَاءَ أَخَذَهُ وَإِنْ شَاءَ تَرَكَهُ"⁴. كما استدلوا بقياس الاستصناع على الإجارة في ثبوت خيار الرؤية فيها، وهو ما اختاره الكاساني في البدائع⁵.

القول الثاني: وهو قول أبو يوسف - رحمه الله - حيث ذهب إلى أنّ الخيار بالرد يثبت للمستصنع إذا كان الشيء المصنوع غير موافق للشروط والأوصاف المتفق عليها، أما إذا أتى به الصانع موافقاً للأوصاف والشروط فلا خيار للمستصنع⁶. واستدلّ بالمعقول أنّ الصانع أتى بالعمل بالمواصفات المشروطة، فلو أعطي المستصنع الخيار لوقع الضرر المحقق بالصانع، وهذا عين الظلم، فالصانع لا يستطيع أن يتصرف في المصنوع لأنّه صنع بمقاييس محدّدة

¹ - لجنة مكونة من عدّة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية، مجلة الأحكام العدلية، المصدر السابق، ص64.

² - ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، المصدر السابق، الجزء4، ص592. وينظر: - ابن الهمام، فتح القدير، المصدر السابق، الجزء6، ص335. ابن نجيم، البحر الرائد شرح كنز الدقائق، المصدر السابق، الجزء6، ص28.

³ - الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المصدر السابق، الجزء5، ص4.

⁴ - البيهقي، السنن الكبرى، المصدر السابق، كتاب: البيوع، باب: من قال يجوز بيع العين الغائبة، رقم الحديث: 10425، الجزء5، ص439. حديث ضعيف. ينظر: - علي بن محمد ابن القطان، بيان الوهم والإيهام في كتاب الأحكام، تحقيق: الحسين آيت سعد، دار طيبة، الرياض، السعودية، الطبعة الأولى 1997م، الجزء3، ص84.

⁵ - الكاساني، بدائع الصنائع، المصدر السابق، الجزء5، ص4.

⁶ - ابن الهمام، فتح القدير، المصدر السابق، الجزء7، ص116. وينظر: - المرغيناني، الهداية شرح بداية المبتدئ، المصدر السابق، الجزء3، ص77.

تلائم المستصنع، وليس لأحد نفس الرغبة بنفس المقاييس، والتّي صلّى الله عليه وسلّم يقول: "لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارٌ"¹. جاء في البدائع: " (وجه) رواية أبي يوسف: أنّ الصانع قد أفسد متاعه وقطع جلده، وجاء بالعمل على الصفة المشروطة، فلو كان للمستصنع الامتناع من أخذه، لكان فيه إضرار بالصانع بخلاف إذا قطع الجلد ولم يعمل فقال المستصنع: لا أريد، لأنّ لا ندري أنّ العمل يقع على الصفة المشروطة أو لا، فلم يكن الامتناع منه إضرار بصاحبه، فثبت الخيار"². وقال السرخسي: " إذا جاء الصانع بالمستصنع فيه كما وصفه المستصنع فلا خيار للمستصنع استحساناً"³.

والظاهر أنّ سبب الخلاف بين الفقهاء الحنفية في خيار الرؤية يرجع إلى تكييف الاستصناع، فالذين قالوا بأنّه عقد قالوا بعدم خيار الرؤية إذا كان المصنوع موافقاً للأوصاف لأنّ العقد لازمًا، أمّا الذين قالوا بأنّ الاستصناع وعد قالوا بثبوت خيار الرؤية في الحالتين.

ولقد رجّح أهل الترجيح في المذهب الحنفي وعلى رأسهم الكاساني رأي أبي حنيفة، في أنّ للمستصنع خيار الرؤية ولو جاء الصانع بالمصنوع موافقاً للأوصاف المطلوبة، حيث جاء في قوله: "والصحيح جواب ظاهر الرواية... وقول أبي يوسف أنّ الصانع يتضرّر بإثبات الخيار للمستصنع مسلّم، ولكن ضرر المستصنع بإبطال الخيار فوق ضرر الصانع بإثبات الخيار للمستصنع"⁴. إلّا أنّ مجلة الأحكام العدلية خالفت ذلك، ورجّحت قول أبي يوسف في عدم الخيار للمستصنع إذا جاء المصنوع موافقاً للأوصاف المشروطة، تماشياً مع الحاجة والمصلحة الزمنية بعد أن أصبح الاستصناع واسع النطاق إلى درجة لا حد لها، وأصبحت المباني والبواخر والقطارات تستصنع، حيث جاء في المادة 392 منها: "إذا انعقد الاستصناع فليس لأحد العاقدين الرجوع وإذا لم يكن المصنوع على الأوصاف المطلوبة

¹ - سبق تخرجه، ص 235.

² - الكاساني، بدائع الصنائع، المصدر السابق، الجزء 5، ص 4.

³ - السرخسي، المبسوط، المصدر السابق، الجزء 2، ص 139.

⁴ - الكاساني، بدائع الصنائع، المصدر السابق، الجزء 5، ص 4.

المبينة كان المستصنع مخيراً¹. فجعلت هذه المادة عقد الاستصناع لازماً منذ بدايته وحتى نهايته ولا خيار للمستصنع إلا في حالة الإخلال بالمواصفات².

وهذا ما اختاره مجمع الفقه الإسلامي في دورته السابعة بنصه: "إنّ عقد الاستصناع، وهو عقد وارد على العمل والعين في الذمة، ملزم للطرفين إذا توفرت فيه الأركان والشروط"³. كما اختاره مصطفى الزرقا حيث ذهب الى عدم ثبوت الخيار للمستصنع إذا جاء المصنوع موافقاً للأوصاف، وذلك تماشياً مع مبدأ المصالح المرسلّة وقاعدة تبدل الأحكام بتبدل الأزمان⁴.

ويرى محمد سليمان الأشقر أنّه لا بد من قصر هذا الحكم على الحالات التي يحصل بها للصانع ضرر جسيم كاستصناع السفن والجسور، والمباني وغيرها، فإنّ المستصنع إذا عدل عن قبول المصنوع أصاب الصانع من ذلك أضراراً كبيرة، أمّا في الأحوال العادية والمصنوعات اليسيرة كالحذاء والثوب، فينبغي أن يبقى خيار الرؤية حقاً للمستصنع⁵.

والذي يبدوا للباحث - والله أعلم - أنّ هذا هو الراجح، ذلك أنّ من أثبت الإلزام أو الخيار أو نفاهما إنّما قصده منع الضرر، إنّما عن الصانع وإمّا عن المستصنع، ولاشك أنّ القول بالإلزام وعدم الخيار إلا إذا كان المصنوع مخالفاً لما هو متفق عليه أنفى للضرر عن كليهما، ويتحقّق به استقرار المعاملات وبالخصوص في هذا العصر الذي قد تكون فيه الصناعات بالملايين أو المليارات، والمستصنع قد لا يكون لديه مهلة من الوقت ليستصنع لدى صانع آخر وقد يحمله ذلك خسائر جمة، كما أنّ الصانع قد لا يجد أحداً آخر يشتري منه المصنوع، لأنّه صنع بمواصفات خاصّة لا تلائم أحداً غير المستصنع، والغرض منه لا يفيد إلاّ المستصنع، وعليه فإنّ حق المستصنع في الخيار مرتبط بفوات الوصف المشروط.

¹ - لجنة مكونة من عدّة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية، مجلة الأحكام العدلية، المصدر السابق، ص74.

² - علي حيدر، درر الحكماء شرح مجلة الأحكام، تعريب: فهمي الحسني، دار الجيل، بيروت، لبنان، ط1، 1411هـ - 1991م، الجزء1، ص924-425.

³ - قرار المجمع الفقهي الاسلامي رقم 87/3/7، الدورة السابعة المنعقدة بجدة من 07 إلى 12 ذو القعدة 1422هـ، الموافق ل: 09 الى 14 مايو 1992م.

⁴ - مصطفى الزرقا، عقد الاستصناع، المرجع السابق، ص26. وينظر: - مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، المرجع السابق، الجزء1، ص191.

⁵ - محمد سليمان الأشقر وآخرون، بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة، المرجع السابق، ص237.

3. شروط ثبوت خيار الرؤية للمستصنع:

بالإضافة الى كون الشيء المصنوع مخالفا للمواصفات التي تم الاتفاق عليها، يشترط لثبوت خيار الرؤية للمستصنع توافر مجموعة من الشروط هي:

أ. أن يكون المحل المعقود عليه عيناً:

والمراد بالعين ما ينعقد العقد على عينه لا على مثله؛ أي ما يعيّن بالوصف ويثبت في الذمة، بخلاف الدّين، قال ابن الهمام: "إلا أنّه لا يتصور في النقد وسائر الديون خيار رؤية، لأنّ العقد ينعقد على مثلها لا على عينها"¹، فإن كان المعقود عليه ممّا لا يتعيّن بالتعيين فلا يثبت فيه الخيار، وبالنسبة لتصنيع العقارات فإنّ العقد يقع على العين وبالتالي فإنّ حق خيار الرؤية يثبت فيه للمستصنع.

ب. أن تكون العين المستصنعة لم يرها المستصنع عند البيع:

فلو اشتراه وهو يراه، فلا خيار له لأنّ الأصل هو لزوم العقد وانبرامه، واعتبار عدم رؤية المعقود عليه شرطاً لقيام الخيار ممّا نص عليه الكاساني حيث قال: "ومنها [أي من شروط ثبوت خيار الرؤية] عدم الرؤية فإن اشتراه وهو يراه فلا خيار له، لأنّ الأصل هو لزوم العقد وانبرامه لأنّ ركن العقد وجد مطلقاً عن شرط إلا أنّا عرفنا ثبوت الخيار شرعاً بالنص، والنص ورد بالخيار فيما لم يره المشتري..."².

ج. أن يرى المستصنع العين المستصنعة بعد العقد:

وهذا الشرط أشار إليه ابن الهمام في تحليله لخيار الرؤية بقوله: "والإضافة من قبيل إضافة الشيء إلى شرطه، لأنّ الرؤية شرط ثبوت الخيار، وعدم الرؤية هو السبب لثبوت الخيار عند الرؤية"³.

وقال ابن عابدين: "مع أنّ الرؤية بعد الشراء شرط ثبوت الخيار"⁴.

¹ - ابن الهمام، فتح القدير، المصدر السابق، الجزء7، ص132.

² - الكاساني، بدائع الصنائع، المصدر السابق، الجزء5، ص295.

³ - ابن الهمام، فتح القدير، المصدر السابق، الجزء6، ص335.

⁴ - ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، المصدر السابق، الجزء4، ص596.

ثالثاً: خيار خيار الصفة (فوات الوصف)

إذا أحضر الصانع المصنوع موافقاً للأوصاف المنصوص عليها، فإنّه يكون له حق الفسخ ولا يجبر على تسلّمه¹، وهذا ما يعرف عند الفقهاء بخيار فوات الوصف، وبناءً على ذلك سنتطرق فيما يأتي إلى تعريف هذا الخيار، ثم بيان حكمه، وشروط ثبوته.

1. تعريف خيار الصفة:

خيار الصفة مركب إضافي من لفظي: الخيار والصفة، فأما الخيار فقد سبق بيان معناه اللغوي وأما الصفة فهي من الفعل وصف وهو مأخوذ من وصف الثوب الجسم إذا أظهره وبين هيمته². والوصف والنعته مترادفان والوصف: العارف بالوصف والصفة، كالعلم والجهل والسواد والبياض³.

أما في الاصطلاح فقد عرّف خيار الصفة بأنّه: "حق الفسخ لتخلّف وصف مرغوب اشترطه العاقد في المعقود عليه"⁴. وهذا التعريف يشمل جميع العقود وبالنسبة للاستصناع فإنّه يمكن أن نقول أنّ خيار الصفة هو أن يكون المستصنع مخيراً بين أن يقبل الشيء المصنوع بكل الثمن المسمّى، أو أن يفسخ البيع حيث فات وصف مرغوب فيه، وهذا ما نصّت عليه مجلة الأحكام العدلية في المادة 380 والتي جاء فيها: "إذا باع مالا بوصف مرغوب فظهر المبيع خالياً عن ذلك الوصف كان المشتري مخيراً إن شاء فسخ البيع وإن شاء أخذه بجميع الثمن المسمّى، ويسمّى هذا خيار الوصف..."⁵. ومثاله في تصنيع العقارات أن يشترط المستصنع من الصانع في العقار محل العقد وصفاً معيناً، كتحديد مساحة معينة ثم يأتي به المستصنع أقل من تلك المساحة.

والملاحظ أنّ الفقهاء يختلفون في تسمية هذا الخيار فمنهم من يطلق عليه خيار فوات الوصف المرغوب، أو تخلّف الصفة، ومنهم من يطلق عليه خيار الصفة، كما أنّ بعضهم يلحقونه بخيار العيب أو خيار الشرط⁶.

¹ - فؤاد محمد محيسن، التأصل الشرعي لعقدي الاستصناع والمقاوله، دائرة المكتبة الوطنية، عمان - الأردن، الطبعة الأولى، 2002م، ص52. وينظر: - أسامة محمد حسن العبد، عقد الاستصناع في الفقه الاسلامي دراسة مقارنة بالقانون المصري والكويتي، جامعة الكويت، كلية الشريعة والدراسات الاسلامية، د.ت، ص52.

² - الفيومي، المصباح المنير، المصدر السابق، الجزء2، ص661.

³ - الزبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، المصدر السابق، الجزء24، ص460.

⁴ - عبد الستار أبو غدة، الخيار وأثره في العقود، المرجع السابق، الجزء الأول، ص719. ابن الهمام، فتح القدير، المصدر السابق، الجزء6، ص332.

⁵ - لجنة مكونة من عدّة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية، مجلة الأحكام العدلية، المصدر السابق، ص62.

⁶ - المصدر نفسه، ص62، وينظر: - ابن الهمام، فتح القدير، المصدر السابق، الجزء6، ص332. - ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار، المصدر السابق، الجزء5، ص40. - ابن قدامة، المغني، المصدر السابق، الجزء3، ص496.

2. مشروعية خيار الصفة:

ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية في الأصح والحنابلة إلى مشروعية خيار فوات الوصف¹، وأثبتوه للمشتري متى كان المعقود عليه مخالفاً للأوصاف والشروط المتفق عليها في العقد، حيث استندوا في إثباته على ثبوت خيار العيب، ذلك أنّ فوات الوصف المرغوب بعد أن حصل في العقد الالتزام من البائع به، هو في معنى فوات وصف السلامة في المبيع إذا ظهر فيه عيب، فكما يثبت في الصورة الأخيرة خيار العيب يثبت في الصورة الأولى خيار الوصف، وبالتالي فإنّ ثبوت الخيار لمن اشترط الوصف دليله هو نفس أدلة خيار العيب².

3. شروط ثبوت خيار فوات الوصف:

لثبوت خيار الوصف للمستصنع لا بدّ من توافر مجموعة من الشروط هي:

أ. أن يكون المطلوب وجوده وصفاً:

والوصف بالنسبة لتصنيع العقارات يشتمل على: تحديد الموقع، المساحة، عدد الغرف، الطوابق، الواجهات... الخ، أمّا لو كان المطلوب ملكية عين أخرى أو منفعة مما هو ليس من قبيل الأوصاف فليس من باب فوات الوصف³.

ب. أن يكون الوصف المرغوب مباحاً شرعاً:

ذلك أنّ اشتراط الأوصاف التي تتعارض مع أحكام الشرع يعتبر باطلاً، وذلك لقول النبي - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ -: "المُسْلِمُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ إِلَّا شَرْطًا حَرَّمَ حَلَالًا أَوْ شَرْطًا أَحَلَّ حَرَامًا"⁴.

¹ - ينظر في ذلك: - المذهب الحنفي: ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار، المصدر السابق، الجزء 5، ص 40. الكاساني، بدائع الصنائع، المصدر السابق، الجزء 5، ص 169 - المذهب المالكي: الدسوقي، حاشية الدسوقي علي الشرح الكبير، المصدر السابق، = الجزء 3، ص 26. - المذهب الشافعي: النووي، المجموع، شرح المهذب، المصدر السابق، الجزء 12، ص 103. - المذهب الحنبلي: ابن قدامة، المغني، المصدر السابق، الجزء 4، ص 496.

² - عبد الستار أبو غدة، الخيار وأثره في العقود، المرجع السابق، ص 723.

³ - المرجع نفسه، ص 724.

⁴ - البيهقي، السنن الكبرى، المصدر السابق، كتاب: الشركة، باب: الشرط في الشركة وغيرها، رقم الحديث: 11430، الجزء 6، ص 131. ص 131. قال الألباني: حديث صحيح، الألباني، صحيح الجامع الصغير وزياداته، المرجع السابق، الجزء 2، ص 1138.

ج. أن يكون الوصف منضبطاً:

بحيث يمكن ضبطه، وذلك بمعرفته والحكم بوجوده من عدمه فإذا كان الوصف غير منضبط أو فيه غرر فلا خيار للمستصنع.

د. أن يشترط المستصنع الوصف المرغوب:

فالمستصنع هو الذي يطلب من الصانع الوصف الذي يرغب فيه، ويوافق هذا الأخير على ذلك في العقد، وذلك لأن الوصف يستحق في العقد بالشرط لا بمجرد العقد فلولاها لما استحق¹.

هـ. أن يكون الوصف المتخلف داخل تحت جنس الشيء المصنوع:

فإذا اشترط المستصنع تصنيع بناءة على أن يكون بناءها من آجر، فإذا هو من طين فالعقد غير صحيح لاختلاف الجنس².

و. أن يكون فوات الوصف المشترط ليس عيباً:

فيجب أن تكون الصفة المقصودة مما لا يعدّ فقدانها عيباً، وإلا ثبت للمستصنع خيار العيب وليس خيار فوات الوصف³.

وعليه فإذا تحققت فوات الوصف المرغوب بشروطه السابقة، ثبت الخيار للمستصنع وله الحق في رد البناء المصنوع أو أخذه بجميع الثمن دون أرش للوصف الفائت، وهذا إذا تمكن من الرد، فإذا امتنع الرد، رجع المستصنع على الصانع بحصة الوصف الفائت من الثمن⁴.

الفرع الثالث: الجزاءات المترتبة عن إخلال المستصنع بالتزاماته

سبق وأن تطرقنا إلى التزامات المستصنع في عقد الاستصناع، وقلنا بأنها تتمثل في التزامين أساسيين هما: الالتزام بتسديد الثمن والالتزام بتسليم المصنوع، لذلك سنتناول في هذا الفرع الجزاءات المترتبة عن الإخلال بهذين الالتزامين وفقاً لما يأتي:

¹ - ابن الهمام، فتح القدير، المصدر السابق، الجزء 5، ص 136.

² - عبد الستار أبو غدة، الخيار وأثره في العقود، المرجع السابق، الجزء 9، ص 729.

³ - النووي، المجموع شرح المهذب، المصدر السابق، الجزء 9، ص 324.

⁴ - ابن الهمام، فتح القدير، المصدر السابق، الجزء 5، ص 136.

أولاً: جزاء الإخلال بتسديد الثمن المتفق عليه

إذا لم يسدّد المستصنع الثمن المتفق عليه، سواءً أكان معجلاً أو مؤجلاً إلى وقت القبض، أو مقسماً على فترات بحسب تقدم الأشغال، أجاز جمهور الفقهاء¹ للصانع عدم تسليم المصنوع إلا بعد استيفاء الثمن المتفق عليه، وحثهم في ذلك قياس الاستصناع على البيع، فالبائع من حقه أن يحبس المبيع حتى يستوفي الثمن، جاء في بدائع الصنائع: "ومنها أنّ للبائع حق حبس المبيع حتى يقبض الثمن إذا كان الثمن حالاً... ولو نقد الثمن كلّه إلا درهماً كان له حق حبس المبيع جميعه لاستيفاء الباقي"². فكذلك الصانع يحق له أن يحبس المصنوع، فإذا هلك المصنوع في فترة الحبس - فترة وجوده عند الصانع - نجد أنّ الفقهاء قد اختلفوا حول ضمان الصانع لهذا المصنوع إلى رأيين: حيث ذهب المالكية³ والحنابلة⁴ إلى أنّ الصانع يضمن في كل الحالات قياساً على الأجير، وذهب الحنفية إلى التفريق بين حالتين⁵:

الحالة الأولى: إذا لم يكن للصانع أثر في العين فإنّه يضمن بالاتفاق.

الحالة الثانية: إذا كان للصانع أثر في العين اختلفت الرواية في المذهب، فذهب أبو حنيفة إلى عدم الضمان أمّا صاحبان فإنّه يضمن، وسبب الخلاف أنّ أبا حنيفة جعل الاستصناع عقداً أمّا صاحبان فشبهاه بالإجارة وقالوا أنّ الأجير ضامن.

أمّا إذا لم يوفّ المستصنع حق الصانع بسبب إفلاسه⁶ فإننا نميز بين حالتين:

¹ - السرخسي، المبسوط، المصدر السابق، الجزء 16 ص 24. وينظر: - الشيرازي، المهذب، المصدر السابق، الجزء 2 ص 271. النووي، المجموع شرح المهذب، المصدر السابق، الجزء 15 ص 109. - البهوتي، دقائق أولى النهى لشرح المنتهى المعروف بشرح منتهى الإيرادات، عالم الكتب، د.م، الطبعة 1، 1993م، الجزء 2، ص 272.

² - الكاساني، بدائع الصنائع، المصدر السابق، الجزء 5، ص 250.

³ - مالك بن أنس، المدونة، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة الأولى، 1994م، الجزء 3، ص 503.

⁴ - ابن قدامة، المغني، المصدر السابق، الجزء 5، ص 395.

⁵ - الكاساني، بدائع الصنائع، المصدر السابق، الجزء 4، ص 204. وينظر: - ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، المصدر السابق، الجزء 7، ص 302.

⁶ - الإفلاس هو: "أن يكون الدّين الذي على الرجل أكثر من ماله، سواءً أكان غير ذي مال أصلاً، أم كان له مال إلا أنّه أقل من دينه". دينه". وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الموسوعة الفقهية الكويتية، المصدر السابق، الجزء 5، ص 300.

الحالة الأولى: إذا أفلس المستصنع قبل بدء العمل، فيحق للصانع أن يفسخ العقد على قول من يقول بأن الاستصناع غير لازم، وعلى قول من يقول بلزوم الاستصناع فإنّ الصانع لا يجب عليه تسليم العين المصنوعة دون قبض الثمن.

الحالة الثانية: إذا بدأ الصانع العمل وأفلس المستصنع فإنّ لهذه الحالة ثلاث صور:

1. إذا اتّفقا على الأجر قبل العمل، وسلّم له الأجر ثمّ أفلس بعد ذلك، فليس للصانع عذر والإفلاس لا يؤثر على العقد.
2. إذا اتّفقا على الأجر بالتقسيط، فما تمّ إنجازه وقبضت أجرته فلا أثر للإفلاس عليه، أمّا المتبقي من العمل فللصانع أن يفسخ العقد لإفلاس المستصنع.
3. إذا اتّفقا على الأجر عند نهاية العمل وأفلس المستصنع، فللصانع أن يمسك العين ولا يسلمها حتّى يقبض وليس للمستصنع أن ينفرد بالفسخ ويضيع حق الصانع¹.

ثانياً: جزاء الإخلال بتسليم المصنوع

إذا أجز الصانع العقار المصنوع، وكان مطابقاً للأوصاف المشروطة التي وضعها المستصنع فإنّ حق هذا الأخير في الخيار يسقط، ويكون العقد ملزماً، ويجبر على دفع الثمن المتفق عليه في العقد²، وهذا ما قضت به المادة 392 من مجلة الأحكام العدلية والتي جاء فيها: "إذا انعقد الاستصناع فليس لأحد العاقدين الرجوع وإذا لم يكن المصنوع على الأوصاف المطلوبة المبينة كان المستصنع مخيراً"³. ذلك أنّ عدم الاستلام من المستصنع فيه إضرار بالصانع لأنّه صنع بحسب مطلوب المستصنع على أوصاف ومقاييس قد تكون تخالف المعتاد بين الناس، فبرفضه قد يتعذر بيعه لغيره، وهذا إضرار بتغيير من المستصنع، إذ لولا توصيته لما صنعه الصانع⁴. فإذا أصّر المستصنع على عدم الاستلام

¹ - محي الدين اسطنبولي، عقد الاستصناع وأهميته في الاستثمار، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، المرجع السابق، ص 119.

² - الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المصدر السابق، الجزء 4، ص 204، وينظر: - السرخسي، المبسوط، المصدر السابق، الجزء 5، ص 4.

³ - لجنة مكونة من عدة علماء في الخلافة العثمانية، مجلة الأحكام العدلية، المصدر السابق، ص 76.

⁴ - مصطفى الزرقا، عقد الاستصناع، المرجع السابق، ص 24-25.

بعد دفعه العربون¹، فإنَّ حقَّه في استرجاع العربون يسقط، ويمكن أن يلجأ إلى القضاء للمطالبة بحقه في تقدير الضرر الواقع عليه².

وعليه بعد تناولنا للجزاء المترتبة على إخلال طرفي عقد البيع بناءً على التصميم (المركبي العقاري والمقتني) في القانون بالتزاماتهم، وعرضها على الجزاءات المترتبة على إخلال طرفي عقد الاستصناع (الصانع والمستصنع) في الفقه الإسلامي، يتبيّن للباحث أنّ هذه الجزاءات وإن اختلفت نتيجة التطور الحاصل في المعاملات المالية، إلا أنّها تصبّ في مقصد واحد وهو ضمان وفاء كل طرف في العقد بالتزاماته، وبالتالي حفظ الحقوق من الضياع، فالجزاءات المتعلقة بعقد البيع بناءً على التصميم أغلبها تتوافق مع ما جاء في عقد الاستصناع عموماً، إلا فيما يخصّ بعض الأمور التي استحدثها المشرّع والتي تتماشى مع التطورات المواكبة للحياة المعاصرة، فهي في مجملها لا تتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية.

¹ - العربون: هو أن يشتري السلعة، ويدفع إلى البائع درهماً أو أكثر، على أنّه إن أخذ السلعة، احتسب به من الثمن، وإن لم يأخذها فهو للبائع. ينظر: - وزارة الأوقاف والشؤون الدينية الإسلامية، الموسوعة الفقهية الكويتية، المرجع السابق، الجزء 9، ص 93.

² - محي الدين اسطنبولي، عقد الاستصناع وأهميته في الاستثمار، المرجع السابق، ص 113.

المبحث الثالث: الضمانات الخاصة والمستحدثة في عقد البيع بناءً على التصميم

سبق وأن قلنا أنّ عقد البيع بناءً على التصميم يتميز بنوع من المجازفة، خصوصاً من قبل المشتري الذي يقدم على شراء عقار على تصاميم فقط، ممّا يجعل هذا العقد قائم من دون وجود المحل، والذي يكون في طور الإنجاز في غالب الأحيان، حيث يعتبر هذا الأخير من بين الأركان الأساسية لقيام العقد وفقاً للقواعد العامة، وتختلف هذا الركن يكون العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً¹.

ولأنّ محل هذا العقد غير موجود أثناء إبرام العقد فيعتبر هذا العقد من قبيل بيع المعلوم الذي يعتره الغرر والجهالة اللذان يجعلان العقد ممنوعاً، فقد تدارك المشرع هذا الأمر وذلك بصدور القانون رقم: 04-11 المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، الذي دعم هذا العقد بضمانات خاصة زيادة على الضمانات العامة² المعروفة في القواعد العامة، بما يضمن التوازن في العلاقة العقدية بين المرقى العقاري والمقني، ويحقق حماية كاملة وفعالية لهذا الأخير بعد تسلّم العقار المبيع، وبناءً على ذلك فإنّ محور دراستنا في هذا المبحث هو الضمانات الخاصة والمستحدثة في عقد البيع بناءً على التصميم، وهي عبارة عن ضمانات قانونية تمّ النص عليها وتقريرها من خلال القانون 04-11 السابق والمرسوم التنفيذي 13-431 المتضمّن نموذج عقد البيع بناءً على التصميم، حيث جاء تفصيلها في ملحق المرسوم التنفيذي 13-431 - في العنصر المتعلّق بتصريح البائع والمكاتب - الذي نصّ على أنّه: " يصرح البائع، باعتباره الجهة الأولى، أنّه يبيع البناية مع التزامه بكل الضمانات العادية والقانونية في هذا المجال، وكذلك الخاصة والواردة في هذا العقد". من هذه المادة نستنتج أنّ في هذا العقد نوعان من الضمانات، العامة منها وهي تلك الضمانات الواردة في القانون المدني، والخاصة هي تلك الواردة في القانون 04-11 والمرسوم التنفيذي 13-431.

¹ - وهذا طبقاً لأحكام المادة 93 من القانون المدني والتي جاء فيها: " إذا كان محل الالتزام مستحيلًا في ذاته أو مخالفًا للنظام العام أو الآداب العامة كان العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً".

² - والمقصود بالضمانات العامة هنا تلك الضمانات الواردة في القانون المدني، والمتمثلة في التزام المرقى العقاري بضمان العيوب الخفية، وبضمان عدم التعرض والاستحقاق. وقد تناولنا هذه الضمانات في المبحث المتعلّق بالتزامات طرفي عقد البيع بناءً على التصميم.

وتتمثل هذه الضمانات الخاصة في: الضمان العشري، ضمان حسن التنفيذ، التأمين لدى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة، ضمان إدارة الأملاك وإعداد نظام الملكية المشتركة، وهذه الضمانات تتماشى مع خصوصية هذا العقد وتحقق الهدف من وراء هذه الخصوصية وهو دائما حماية المشتري.

ولما كانت هذه الضمانات مستحدثة ومعظمها جديد نتج عن التطور الحاصل في العقود، فإننا لم نجد ما يقابلها في الفقه الإسلامي، لذلك لن نعتمد المقارنة الرأسية في هذا المبحث بالنسبة لكل مطلب، وإنما سنكتفي ببيان موقف الفقه الإسلامي من هذه الضمانات آخر المبحث في مطلب مستقل، وذلك بتكييفها تكييفاً عاماً يتماشى مع المقاصد العامة للشريعة الإسلامية ومصالح العباد.

وعليه سنتناول هذه الضمانات في المطالب الآتية بنوع من التفصيل:

المطلب الأول: الضمان العشري

إنّ الضمان العشري هو في الأصل من الأحكام المقررة في عقد المقاولة؛ إذ تنصّ المادة 554 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: "يضمن المهندس المعماري والمقاول متضامنين ما يحدث خلال عشر سنوات من تهدم كلي أو جزئي فيما شيده من مبان أو أقامه من منشآت ثابتة أخرى، ولو كان التهدم ناشئاً عن عيب في الأرض، ويشمل الضمان المنصوص عليه في الفقرة السابقة ما يوجد في المباني والمنشآت من عيوب يترتب عليها تهديد متانة البناء وسلامته...". فالملاحظ أنّ المشرّع الجزائري في هذه المادة ألزم المقاول والمهندس المعماري بالضمان العشري في عقد المقاولة بالتضامن بينهما، إلا أنّ خصوصية عقد البيع بناءً على التصميم في مجال الترقية العقارية جعلت المشرّع يخضعه هو أيضاً للضمان العشري، الذي يمتد إلى التزام إضافي لما بعد التسليم مفاده سلامة البناء لمدة عشرة سنوات، وهو ما يعرف بالمسؤولية العشرية، حيث يُعتبر هذا الضمان من أبرز الضمانات الخاصة والمستحدثة التي نصّ عليها المشرّع الجزائري في عقد البيع بناءً على التصميم.

وعليه فإنّه لدراسة الضمان العشري في هذا العقد وتفصيل أحكامه، كان لا بدّ من التطرق إلى نطاقه، وهذا الأخير نوعان: الشخصي ونقصد به الأشخاص الملزمون به والمستفيدين منه، والموضوعي وهي الشروط الواجب توفرها حتى يتحقّق الضمان العشري¹. لذا سنقسم هذا المطلب إلى فرعين، نتناول أشخاص الضمان العشري في

¹ - زهرة بن عبد القادر، نطاق الضمان العشري للمشيدين، المرجع السابق، ص 173.

عقد البيع بناءً على التصميم في فرع أول، ثم الشروط الموضوعية لتحقيق الضمان العشري في عقد البيع بناءً على التصميم في فرع ثاني.

الفرع الأول: أشخاص الضمان العشري في عقد البيع بناءً على التصميم

إنّ دراسة النطاق الشخصي للضمان العشري في عقد البيع بناءً على التصميم، تقتضي متّ بيان الأشخاص الملزومون بهذا الضمان (أولاً)، ثمّ الأشخاص المستفيدون منه (ثانياً)، وهذا ما سنحاول بيانه من خلال ما يلي:

أولاً: الأشخاص الملزومون بالضمان العشري في عقد البيع بناءً على التصميم

حدّد المشرّع الجزائري في المادة 554 من القانون المدني - السابقة الذكر - الأشخاص الذين يخضعون لأحكام الضمان العشري بعبارة قاطعة لاتدع مجالاً للشك، وهما المهندس المعماري والمقاول. وبالرجوع إلى القانون 11-04 الذي يحدّد القواعد التي تنظّم نشاط الترقية العقارية، نجد أنّ النطاق الشخصي للمسؤولية العشرية قد عرف تطوراً وتوسّعاً ملحوظاً مقارنة بالقانون المدني والنصوص السابقة المنظمة للترقية العقارية، فبالرجوع إلى المادة 46 منه والتي تحدّد الأشخاص الملزومون بالضمان العشري، نجد أنها تنصّ على أنّه: "تقع المسؤولية العشرية على عاتق مكاتب الدراسات والمقاولين والمتدخلين الآخرين الذين لهم صلة بصاحب المشروع من خلال العقد، في حالة زوال كل البناية أو جزء منها جرّاء عيوب في البناء، بما في ذلك جرّاء النوعية الرديئة لأرضية الأساس". فالملاحظ على هذه المادة أنّها تضيف مكاتب الدراسات والمتدخلين الآخرين الذين لهم علاقة بصاحب المشروع وهو المرقّي العقاري بموجب عقد، وعليه فالمشرّع قد اشترط ارتباط كل من مكاتب الدراسات والمقاولين والمتدخلين الآخرين تعاقدياً مع المرقّي العقاري¹، ولو أنّه لم ينصّ صراحة على المرقّي العقاري ضمن قائمة الأشخاص المسؤولين بموجب أحكام الضمان العشري - حسب هذه المادة - . كما نصّت المادة 175 من الأمر 95-07 المتعلّق بالتأمين على أنّه: "على كل مهندس معماري ومقاول ومراقب تقني، وأي متدخل، شخصاً طبيعياً كان أو معنوياً، أن يكتب تأميناً لتغطية مسؤوليته المدنية المهنية التي قد يتعرض لها بسبب أشغال البناء وتجديد البناءات أو ترميمها".

¹ - أم الخير بوقرة، المسؤولية العشرية للمرقّي العقاري (دراسة تحليلية)، الملتقى الوطني حول: إشكالات العقار الحضري وأثرها على التنمية في الجزائر المنعقد يومي 17/18 فيفري 2013، من طرف مخبر الحقوق والحريات في الأنظمة المقارنة بالتعاون مع فرقة بحث، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، مجلة الحقوق والحريات، عدد تجرّبي، ص 365.

من خلال استقراء هذه النصوص، نستنتج أنّ المشرّع الجزائري قد خطى على نهج نظيره الفرنسي¹، في توسيع النطاق الشخصي للأشخاص الملزمون بالضمان العشري، من خلال إضافته إلى كل من مكاتب الدراسات والمتدخلين في المشروع العقاري الذين لهم صلة بصاحب المشروع من خلال العقد، والمراقبون الفنيون، إضافةً إلى المرقبي العقاري، الذي قد يتعرض لثبوت المسؤولية المدنية العشرية من جرّاء عدم احترامه لواجباته المهنية المقررة بموجب القانون 04-11 المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، وفيما يلي بيان لهؤلاء الأشخاص الذين ألزمهم المشرّع بأحكام الضمان العشري:

1. المهندس المعماري:

يقصد بالمهندس المعماري باعتباره من الأشخاص الملزمون بالضمان العشري، كل من اتخذ في عملية البناء مهمّة وضع التصميم والمقاييس ومتابعة التنفيذ والإشراف عليه، بغض النظر عن مؤهله العلمي أو احترافه أو مدى كفاءته المهنية، وبالتالي يمكن أن يكون رب العمل نفسه من يتولى وضع التصميم والمقاييس والإشراف على التنفيذ، وهذا ما استقرّ عليه القضاء الفرنسي². وبالنسبة للمشرّع الجزائري فقد نص على وجوب توافر المهندس المعماري على الصفة القانونية والمؤهل العلمي لممارسة هذه المهنة³، ذلك أنّه يشترط لممارستها الحصول على شهادة مهندس معماري معترف بها من طرف الدولة، وهذا طبقاً لنص المادة 17 من المرسوم التشريعي 94-07 المتعلق بشروط الإنتاج المعماري وممارسة مهنة المهندس المعماري في فقرتها الأولى والتي جاء فيها: "يسجل الأشخاص الذين يتمتعون بحقوقهم المدنية بناءً على طلبهم في الجدول الوطني للمهندسين المعماريين... وأن يستوفوا الشروط الآتية: أن يكون الأشخاص ذوو الجنسية الجزائرية حائزين على شهادة مهندس معماري معترف بها من طرف الدولة..."

¹ - بالنسبة للقانون الفرنسي فقد حدث التوسع في نطاق الأشخاص المخاطبين بأحكام الضمان العشري لمرتين متتاليتين، حيث تمّ الأول بالقانون رقم 3 لسنة 1967م، ثمّ بالقانون 12 لسنة 1978م، حيث حرص المشرّع الفرنسي على تمديد نطاق تطبيق أحكام الضمان ليشمل طائفة أخرى من الأشخاص اعتبرهم في حكم المشيدين فبالإضافة إلى البائع والمقاول والمهندس المعماري والمراقب الفني أدخل المشرّع الفرنسي في دائرة الضمان العشري كلا من الوكيل، والصانع، والمستورد، والموزع، وممول العقار، ومعماري المنزل الشخصي. ينظر في ذلك: - زهرة بن عبد القادر، الضمان العشري للمشيدين، دراسة مقارنة بين التشريعين الجزائري والفرنسي، المرجع السابق، ص 175-176.

² - فؤاد كامل، المسؤولية المدنية عن تهمد البناء في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير، فرع عقود ومسؤولية، 2001-2002م، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، ص 109-110.

³ - نصّت المادة 09 من المرسوم التشريعي 94-07 على أنّه: "يقصد بصاحب العمل في الهندسة المعمارية كل مهندس معماري معتمد يتولى تصور إنجاز البناء و مطابقته".

وعليه فإنّ كل مهندس معماري قائم بالتصميم أو بالإدارة والرقابة على التنفيذ، أو بهما معاً، مخاطب بأحكام المسؤولية العشرية حسب طبيعة المهام المسندة إليه من خلال عقد المقاولة، وهو ما أكّده المادة 14 من المرسوم التشريعي 94-07 السابق بنصّها: "يعدّ صاحب العمل عند إنجاز مهمّته وطبقاً لأحكام المادة 554 من القانون المدني، المدافع عن مصالح صاحب المشروع ويتحمل مسؤولية جميع الأعمال المنوطة به". وفي حالة اقتصار مهمّة المهندس المعماري على وضع التصاميم فقط، دون أن يكلف بالرقابة على التنفيذ، فإنّ مسؤوليته تقوم في حدود هذه المهمّة، أي عن التصاميم المعيبة التي أدت إلى ضرر من الأضرار المشمولة بالمسؤولية العشرية، وهذا طبقاً لنص المادة 555 من القانون المدني والتي جاء فيها: "إذا اقتصر المهندس المعماري على وضع التصميم دون أن يكلف بالرقابة على التنفيذ لم يكن مسؤولاً إلاّ عن العيوب التي أتت من التصميم".

2. مقال البناء المرتبط بعقد مقاولة مع المرقّي العقاري:

عرّفته المادة 03 من القانون 11-04 المحدّد للقواعد التي تنظم نشاط لترقية العقارية على أنّه: "كل شخص طبيعي أو معنوي مسجل في السجل التجاري بعنوان نشاط أشغال البناء بصفته حرفياً أو مؤسسة تملك المؤهلات المهنية". وبالرجوع إلى المرسوم التشريعي 94-07 المتعلّق بشروط الإنتاج المعماري وممارسة مهنة المهندس المعماري، نجد أنه أطلق عليه مصطلح صاحب المشروع المنتدب *le maitre de l'ouvrage délégué*، حيث عرّفته المادة 08 منه بأنّه: "كل شخص طبيعي أو معنوي يفوّضه صاحب المشروع قانوناً للقيام بإنجاز بناء ما أو تحويله".

وعليه فإنّه يمكن تعريف المقاول باعتباره من الأشخاص الذين يترتّب في ذمتهم الضمان العشري بأنّه: الشخص الذي يعهد إليه تشييد المباني أو إقامة المنشآت الثابتة الأخرى، بناءً على ما يقدم له من تصميمات ونماذج موضوعة من قبل مهندس معماري، وذلك في مقابل أجر ودون أن يخضع في عمله لإشراف أو إدارة رب العمل. كما يعرف أيضاً بالمنفّذ، فهو كل شخص طبيعي أو معنوي يتولى تنفيذ أعمال البناء، وفق تصميم ورسوم موضوعة من قبل مهندس معماري معتمد، وطبقاً للمواصفات والشروط المتفق عليها في العقد أو في دفتر الشروط¹.

¹ - يوسف إبراهيم، المسؤولية العشرية للمهندس المعماري والمقاول، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، 1995م، الجزء 3، ص 686.

والملاحظ من الناحية العملية أنّ المفاوض يلجأ في كثير من الأحيان إلى أشخاص آخرين، لتنفيذ جزء أو أجزاء من البناء محل عقد المفاوضة مع رب العمل، وهو ما يطلق عليه "عقد المفاوضة الفرعية"¹. وقد أقرّ المشرع الجزائري ذلك في المادة 1/564 من القانون المدني بنصّها: "يجوز للمفاوض أن يوكل تنفيذ العمل في جملة أو في جزء منه إلى مفاوض فرعي إذا لم يمنعه من ذلك شرط في العقد، أو لم تكن طبيعة العمل تفترض الاعتماد على كفاءته الشخصية".

فيتبين من خلال هذه المادة أنّه يجوز للمفاوض أن يبرم عقد مفاوضة فرعية مع مفاوض آخر يدعي بالمفاوض الفرعي، أو المفاوض من الباطن، وذلك إذا لم يوجد في العقد شرط يمنعه من ذلك، أو أنّ طبيعة العمل تقتضي الاعتماد على الكفاءة الشخصية للمفاوض الأصلي.

وقد أخضع المشرع الجزائري المفاوض الفرعي لأحكام المسؤولية العشرية، وذلك بموجب القانون 11-04 المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، وكذا المرسوم التنفيذي 12-85² المتضمن دفتر الشروط النموذجي الذي يحدّد الالتزامات والمسؤوليات المهنية للمرقي العقاري، وهذا على خلاف المشرع الفرنسي الذي لا يزال إلى يومنا هذا يعتبر أنّ المفاوض الفرعي غير مسؤول عشرينياً عن العيوب المؤدية لهدم أو تهديد متانة البناء³. حيث نصّت المادة 45 من القانون 11-04 على أنّه: "يعد باطلاً وغير مكتوب كل بند من العقد يهدف إلى إقصاء أو حصر المسؤولية أو الضمانات المنصوص عليها في أحكام هذا القانون وتلك المنصوص عليها في التشريع والتنظيم المعمول بهما أو تقييد مداها سواءً باستبعاد أو بحصر تضامن المفاوضين الثانويين مع المرقي العقاري". ونصّت المادة 30 من المرسوم التنفيذي 12-85 السابق على أنّه: "يتعيّن على المرقي العقاري الاكتماب في جميع التأمينات أو الضمانات

¹ - لم يرد تعريف للمفاوضة الفرعية ولا للمفاوض الفرعي في القانون المدني الجزائري، إذ بالرجوع إلى ذات القانون نجد أنّ المشرع الجزائري نظم أحكام المفاوضة الفرعية في المادتين 564 و565. فالمادة 564 تؤكد إمكانية عقد المفاوضة الفرعية في فقرتها الأولى وتسدّد المسؤولية الناتجة عن أخطاء المفاوض الفرعي للمفاوض الأصلي في فقرتها الثانية، أمّا المادة 565 فإنّها تبين أحكام مختلف العلاقات الناشئة عن المفاوضة الفرعية. وقد عرّف المشرع الفرنسي المفاوضة الفرعية في نص المادة الأولى من القانون رقم: 75-1334 المؤرخ في 1975/12/31 والمتعلّق بالمفاوضة الفرعية والتي يستخلص منها أنّ المفاوض الفرعي هو الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يوكل إليه تنفيذ كل أو جزء من العمل محل المفاوضة الأصلية.

² - المرسوم التنفيذي رقم: 12-85 المؤرخ في 20 فيفري 2012م، المتضمن دفتر الشروط النموذجي الذي يحدّد الالتزامات والمسؤوليات المهنية للمرقي العقاري، الجريدة الرسمية العدد 11، الصادرة في 2012/07/26م.

³ - ينظر في ذلك: المادة 1792 من القانون المدني الفرنسي.

القانونية المطلوبة، يتحمل المرقى العقاري خلال مدة عشر (10) سنوات مسؤوليته المتضامنة مع مكاتب الدراسات والمقاولين الفرعيين وأي متدخل آخر".

ومنه يمكن أن نستنتج أنّ المقاول الفرعي يدخل كمسؤول متضامن مع المتدخلين الآخرين والتقليديين في عملية البناء اتجاه المقتنين للمشاريع العقارية، وقد أحسن المشرع الجزائري ووفق إلى حد بعيد بإخضاعه للمقاول الفرعي لأحكام المسؤولية العشرية، ذلك أنّه غالباً ما تكون المقاولات الفرعية هي المنفذ الحقيقي للمشاريع العقارية، نظراً لطابعها الاحترافي في مجالها مقارنة مع المقاول الأصلي، الذي يكون مجرد مستثمر أموال بعيد عن التخصص الميداني في مجال البناء.

3. المرقى العقاري:

يعتبر المرقى العقاري من الأشخاص الملزمون بالضمان العشري، حيث يلتزم بضمان المشروع العقاري لمدة عشر سنوات مثله مثل المهندس والمقاول، فقد أخضعه القانون 86-07 الذي يعدّ أول قوانين الترقية العقارية لهذا الضمان، أين كان المكتب (المرقى العقاري حالياً) ملزماً بالضمان العشري بموجب المادة 41 منه¹. وبصدور القانون 11-04 المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، نلاحظ أنّه لم ينص على المرقى العقاري ضمن الأشخاص المسؤولين بموجب أحكام الضمان العشري في المادة 46 منه السالفة الذكر. إلا أنّه بالرجوع إلى الفقرة الثالثة من المادة 26 من نفس القانون نجد أنها تنصّ على: " غير أنّ الحياة وشهادة المطابقة لا تعفيان من المسؤولية العشرية التي قد يتعرض إليها المرقى العقاري". كما نصّ المشرع الجزائري في المرسوم التنفيذي 13-431، في ملحقه المتعلق بنموذج عقد البيع على التصميم وتحديدًا في العنصر المتعلق بالضمانات على: " 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 البناية، ويصرح أنّه يقبل التصرف بالتضامن معهم تجاه المقتني والغير إلا إذا حصل خطأ لا يمكن أن ينسب إليه".

¹ - نصّت هذه المادة على أنّه: " يتحمل المكتب بإحدى عمليات الترقية العقارية، طوال عشر (10) سنوات ابتداءً من تسليم شهادة المطابقة، العيوب الخفية التي يتحملها أيضاً المهندسون المعماريون أو المقاولون والأشخاص الآخرون والذين يربطهم بصاحب الأشغال عقد إيجار العمل، وذلك عملاً بالمواد 110 الفقرة الأولى و 554 و 564 من القانون المدني".

كما أنه بالرجوع أيضاً إلى المادة 30 من المرسوم التنفيذي 12-85 المتضمن دفتر الشروط النموذجي الذي يحدد الالتزامات والمسؤوليات المهنية للمرقي العقاري، والتي جاء فيها: " يتحمل المرقي العقاري خلال مدة عشر (10) سنوات مسؤوليته المتضامنة مع مكاتب الدراسات والمقاولين والشركاء والمقاولين الفرعيين وأي متدخل". فهذه المادة وضحت الإشكال المطروح في المادة 45 من القانون 11 - 04، التي نصت على التضامن في المسؤولية بين المرقي العقاري والمقاولين الفرعيين دون غيرهم، فأقرت تضامن المرقي العقاري مع جميع المتدخلين.

من هذه المواد يتضح لنا أن المرقي العقاري كذلك يلتزم بالضمان العشري وهو من أشخاص الضمان العشري، إلا أنه يعاب على المشرع ذكره للمسؤولية التضامنية للمرقي العقاري مع المتدخلين الآخرين، ولكنه لم يتعرض لمسؤولية المرقي العقاري إذا قام بنفسه بإنجاز المباني، فهل يدخل في هذه الحالة في الضمان العشري أم لا؟ حيث يرى الباحث أن الجانب العملي يؤكد الدور الإيجابي له، ليس فقط في عملية التمويل و التنسيق؛ بل و في عملية البناء، فهناك نسبة كبيرة من المرقيين العقاريين هم مقاولون في الأصل، كون المؤهل العملي المطلوب لممارسة هذه المهنة المنصوص عليه في المادة 06 من المرسوم التنفيذي 12-84 المحدد لكيفيات منح الاعتماد لممارسة مهنة المرقي العقاري وكذا كيفيات مسك الجدول الوطني للمرقيين العقاريين، يجعل من المرقي خبيراً ومخترباً في مجال البناء، كما قد يكون هو نفسه واضع التصاميم والمشرف على التنفيذ، وعليه فإنه يكون مخاطباً وملزماً بالضمان العشري في هذه الحالة، ولأجل ذلك وسداً للشغرات وإبعاد كل غموض، وضماناً لتحقيق الحماية القانونية التي يقصدها القانون، كان لابد على المشرع أن ينص صراحة على خضوع المرقي العقاري لأحكام الضمان العشري سواء قام بنفسه بإنجاز المباني، أو كلف مشيدين آخرين بإنجازها.

4. مكاتب الدراسات (المراقبون التقنيون):

أدخل المشرع الجزائري المراقبون التقنيون ضمن طائفة الأشخاص المدينين بأحكام الضمان العشري بموجب المادة 178 من القانون 95-07 المتعلق بالتأمين، والتي نصت على إلزام المراقب التقني بتأمين مسؤوليته العشرية، وهذا ما أكدته القانون 11-04 المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، أين ألزمت المادة 46 منه مكاتب الدراسات بالضمان العشري وهي تعتبر من المراقبين التقنيين¹. و يعرف المراقب التقني بأنه كل شخص طبيعي

¹ - وتختص مكاتب الدراسات بإنجاز كل الدراسات المتعلقة ببرنامج الاسكان والتجهيزات الجماعية، لاسيما الدراسات الطبوغرافية، ودراسات الأرض، والدراسات التقنية على اختلاف أنواعها. ينظر: - زهرة بن عبدالقادر، الضمان العشري للمشيدين، دراسة مقارنة بين التشريعين الجزائري والفرنسي، المرجع السابق، ص 211.

أو معنوي يتمتع بدرجة عالية من الكفاءة المهنية، يتولى بمقتضى عقد المقاولة المبرم مع رب العمل، فحص المسائل ذات الطابع الفني في عملية التشييد التي يرى رب العمل تكليفه بفحصها¹.

وقد سبق المشرع الجزائري نظيره الفرنسي² في تنظيم عملية الرقابة التقنية للمباني بموجب الأمر رقم: 71-85³ المتضمن إحداث هيئة الرقابة التقنية للبناء وتحديد قانونها الأساسي، ثم بالمرسوم التنفيذي 86-205 المتضمن تغيير هيئة المراقبة التقنية⁴.

وبالرجوع إلى المادة الثالثة من المرسوم التنفيذي 86-205 السابق، فإنّ المراقب التقني يتدخل في مرحلتين هما: مرحلة المشروع التمهيدي التي يقوم فيها المراقب التقني بدراسة انتقادية لكل الترتيبات التقنية على تصميم الأعمال، حتى يتأكد من مطابقتها لقواعد البناء، حسب ما تضمنته المادة 2/3 من المرسوم السابق التي تنص على أنه: "وتتمثل هذه المهمة في دراسة جميع الترتيبات التقنية التي تتضمنها المشاريع دراسة نقدية لاسيما رقابة تصميم الأعمال الكبرى والعناصر التي ترتبها للتأكد من مطابقتها لقواعد البناء ومقاييسه". ثم مرحلة الإنجاز، أين يراقب مدى احترام مخططات الإنجاز وكيفيات التنفيذ.

كما يتوجب على المراقب التقني مراقبة جودة مواد البناء⁵، وتسليم شهادة المراقبة للمقاولين المكلفين بالإنجاز لتمكينهم من إبرام عقود التأمين ضد العواقب المالية المترتبة عن المسؤولية العشرية⁶.

أما عن كيفية تدخله في المشروع العقاري، فمن خلال تعاقدته مع رب العمل بموجب عقد المقاولة، و بالتالي يكون خاضعا للمسؤولية العشرية في حدود المرحلة التي تدخل فيها بموجب العقد.

1 - عبد الرزاق حسين ياسين، المسؤولية الخاصة بالمهندس المعماري ومقاول البناء، شروطها نطاق تطبيقها والضمانات المستحدثة فيها، دراسة مقارنة في القانون المدني، ط1، 1985، م، دار المعارف، الإسكندرية، مصر، ص470.

2 - حيث تعدّ مهنة المراقب التقني من أحدث المهن على صعيد النشاط العقاري من الناحية التشريعية، إذ أنّها لم تنظم في فرنسا إلا بعد تعديل القانون المدني سنة 1978م.

3 - الأمر رقم: 71 - 85 المؤرخ في 29 ديسمبر 1971م، المتضمن إحداث هيئة المراقبة التقنية للبناء وتحديد قانونها الأساسي، الجريدة الرسمية العدد 4، الصادرة في 14 جانفي 1971م.

4 - المرسوم التنفيذي رقم: 86-205 المؤرخ في 19 أوت 1986 م، المتضمن تغيير هيئة المراقبة التقنية، الجريدة الرسمية العدد34، الصادرة في 20 أوت 1986 م.

5 - المادة 7/3 من المرسوم التنفيذي 86-208.

6 - المادة 4 من نفس المرسوم.

5. الشركاء والمتدخلين الآخرين الذين يربطهم بالمرقي العقاري عقد:

بالإضافة إلى المرقي العقاري ومكاتب الدراسات، أخضع المشرع الجزائري طائفة أخرى لأحكام الضمان العشري وهي الشركاء والمتدخلين الآخرين¹. إلا أنّ هؤلاء الأشخاص الذين ذكرهم المشرع لم يوضّح المقصود بهم وذلك لغموض هذا المصطلح. فهل قصد المشرع بالشركاء المساهمين في شركة ترقية عقارية؟ وحتى لو سلّمنا بهذا القصد، فالمسؤول عشريا في مواجهة المقتني هو الشركة كشخص معنوي ممثلة في شخص مسيرها، ولا يسأل كل شريك على حدى، إلا إذا قصد المشرع تعزيز الحماية المقررة للمقتني بإمكانية الرجوع بالضمان العشري على أي شريك في شركة الترقية العقارية، بغض النظر عن صفته ونسبة شراسته. وأمّا عن المتدخلين الآخرين الذين لهم صلة بصاحب المشروع من خلال عقد فهم مجهولين، فالمادة 46 من القانون 04-11 ذكرتهم دونما تحديد لصفاتهم أو مهامهم²، فهل قصدت المراقبين التقنيين، الخبراء العقاريين، العمال المستخدمين من طرف المقاول كالنجار والصانع، الموزع والمستورد، الوكيل... إلخ.

وعليه فإنّ الباحث يعتقد أنّ هذا النص غير واضح وفيه نوع من اللبس والغموض، وبحاجة إلى ضبط وتوضيح، لذلك ندعو المشرع إلى ضرورة تحديد هذه الفئة لتجنب إخضاع فئات خارجة عن نطاق المقولة للمسؤولية العشرية، خصوصا أنّ نص المادة 46 السابق لم يحدّد طبيعة العقد المبرم مع المسائل مدنيا، ممّا يدع المجال مفتوحا للتأويل، كإمكانية مساءلة العمال المتعاقدين بموجب عقد عمل.

ثانيا: الأشخاص المستفيدون من الضمان العشري في عقد البيع بناءً على التصميم

نصّت المادة 46 من القانون 04-11 على أنه: "تقع المسؤولية العشرية على عاتق مكاتب الدراسات والمقاولين والمتدخلين الآخرين الذين لهم صلة بصاحب المشروع من خلال عقد"، كما نصّت المادة 49 من نفس القانون في فقرتها الأخيرة على: "ويستفيد من هذه الضمانات المالكون المتوالون على البناية". ونصّت المادة

¹ - وقد ورد ذكرهم في المادة 46 من القانون 04-11 المنظم لنشاط الترقية العقارية، والمادة 30 من المرسوم التشريعي 12-85 المحدّد للالتزامات والمسؤوليات المهنية للمرقي العقاري والمادة 178 من الأمر 95-07 المتعلق بالتأمينات.

² - وذلك بخلاف المشرع الفرنسي الذي فصل في ذلك، حيث حدّدهم وأخضعهم بنص صريح إلى أحكام الضمان العشري وهم: الممول العقاري، الصانع، المستورد، الموزع، الوكيل. ينظر في ذلك المواد: 1841، 1792 من القانون المدني الفرنسي. ولو رجعنا لتعريف المتدخل في التشريع الجزائري، نجد المادة 07 فقرة 03 من القانون 03/09 المتعلق بقمع الغش وحماية المستهلك تنصّ على أنه: "كل شخص طبيعي أو معنوي يتدخل في عملية عرض المنتجات للاستهلاك".

2/178 من الأمر 95-07 المتعلق بالتأمين¹ على: "ويستفيد من هذا الضمان صاحب المشروع و/أو ملاكه المتتالين إلى غاية انقضاء أجل الضمان". فمن خلال نص المادتين يتبين لنا أنّ الضمان العشري تقرّر لحماية رب العمل، ولما كان المال في حركة دائمة، فإنّه قد تنتقل ملكية العقار الذي تم تشييده من ذمة رب العمل الذي شيّد البناء لحسابه إلى ذمة أخرى، بأي صورة من صور انتقال الملكية، وهو ما عبّر عنه المشرّع الجزائري بـ: " المالكون المتوالون على البناية " في المادة 49 من القانون 11-04 السابقة، وعليه سنتناول هؤلاء الأشخاص فيما يلي:

1. رب العمل:

أطلق المشرّع الجزائري على رب العمل مصطلح صاحب المشروع، وذلك في المادة 46 من القانون 11-04، وقد عرّفته المادة 07 من المرسوم التشريعي 94-07 المتعلق بشروط الإنتاج المعماري وممارسة مهنة المهندس المعماري كما يلي: "يقصد بصاحب المشروع" حسب مفهوم هذا المرسوم التشريعي كل شخص طبيعي أو معنوي يتحمّل بنفسه مسؤولية تكليف من ينجز أو يمولّ بناء ما يقع على قطعة أرضية يكون مالكا لها أو يكون حائزا حقوق البناء عليها طبقا للتنظيم والتشريع المعمول بهما". من خلال نصّ هذه المادة نستنتج أنّ صاحب المشروع كمستفيد من أحكام الضمان العشري هو رب العمل طبقا للقانون المدني، وهو المرقّي العقاري تفسيرا للقانون 11-04 الذي يتعاقد مع المقاول أو المهندس الذي تعينت مسؤوليته، وهذا بصفته طرفا رئيسيا في عقد البيع بناءً على التصميم .

والملاحظ من نص المادتين 46 من القانون 11-04 و 07 من المرسوم التشريعي 94-07 السابقتين، أنّ المشرع اشترط مجموعة من الشروط لاستفادة صاحب المشروع من أحكام الضمان، هي:

- وجود عقد مع كل من مكاتب الدراسات والمقاول والمتدخلين الآخرين لإنجاز المشروع.
- ملكية الأرض محل البناء، أو حيازتها حيازة مستوفية الشروط.

إلاّ أنّه حسب رأبي واعتقادي أنّ مصطلح، صاحب المشروع الذي استعمله المشرّع الجزائري لا يوحي إيجاباً جازماً أنّ المقصود به هو رب العمل أو المرقّي العقاري؛ ذلك أنّ القانون 11-04 لم يشر في أي نص من نصوصه

¹ - الأمر رقم: 95-07 المؤرخ في 25 جانفي 1995م، المتعلق بالتأمين، الجريدة الرسمية العدد 13، المعدّل والمتّم بالقانون رقم: 06-04، المؤرخ في 20 فيفري 2006م الجريدة الرسمية العدد 15، الصادرة في 12 مارس 2006م.

صراحة إلى استفادة المرقى العقاري من أحكام هذه المسؤولية، غير أنّ ورود رب العمل ضمن النصوص المنظمة لعقد المقاول¹، وإعمالاً لنص المادة 07 من المرسوم التشريعي 94-07 إضافة إلى الفقه و التطبيق القضائي، يجعلنا نقول أنّه مستفيد من الضمان العشري، في انتظار سن المرسوم التنفيذي للمادة 16 من القانون 11-04 .

2 - الملاك المتتالون على البناية:

المقصود بالملاك المتتالون على البناية الأشخاص الذين تؤول إليهم ملكية البناية في مدة الضمان العشري، و يصطّح عليهم بخلف صاحب المشروع أو مالك البناية، والذي لا يخرج عن إحدى الطائفتين إمّا أن يكون خلفاً عاماً أو خلفاً خاصاً لرب العمل.

أ. الخلف العام:

يستفيد الخلف العام لرب العمل من الضمان العشري طبقاً للمادة 108 من القانون المدني الجزائري و التي تقضي بأنّه: "ينصرف العقد إلى المتعاقدين والخلف العام، ما لم يتبيّن من طبيعة التعامل أو من نص القانون، أنّ هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام كل ذلك مع مراعاة القواعد المتعلقة بالميراث".

والمقصود بالخلف العام باعتبارهم من الأشخاص المستفيدين من الضمان العشري كل من انتقلت إليه الملكية عن طريق الوفاة²، فإذا مات رب العمل فإنّ ورثته يحلّون محلّه في الاستفادة من أحكام الضمان العشري في عقد البيع بناءً على التصميم الذي يكون المورث طرفاً فيه .

وقد أكّد المشرّع حق الخلف في مباشرة دعوى الضمان العشري بموجب المادة 178/2 من الأمر 95-07 المتعلّق بالتأمين السابقة الذكر.

ب - الخلف الخاص:

إنّ انتقال الحق في الضمان العشري إلى الخلف الخاص قاعدة قرّرها المشرع الجزائري في نص المادة 178/2 من الأمر رقم 95-07 المتعلّق بالتأمين، وقد سبقت الإشارة إليها. كما أنّها تجد سندها في القواعد العامة حيث أنّه

¹ - ينظر: المواد 550 إلى 570 من القانون المدني الجزائري.

² - حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية على ضوء آخر التعديلات وأحدث الأحكام، دار هومة، الجزائر، د.ط، 2001، ص 32.

بالرجوع إلى المادة 109 من القانون المدني نجد أنها تنصّ على انتقال الحقوق مادامت من مستلزمات الشيء المبّيع، وبما أنّ الضمان العشري حق، فيعتبر بالتالي من مستلزمات العقد وينتقل إلى المشتري مع الملكية .

والمقصود بالخلف الخاص لصاحب المشروع كل من انتقلت إليه ملكية البناء أو جزء منها عن طريق التنازل، سواء كان بمقابل أو بدون مقابل¹. وهو المقتني في عقد البيع بناءً على التصميم.

إلاّ أنّه قد تنتقل الملكية للمقتني في شكل ملكية مشتركة، أي مجمع سكني في شكل عمارات مقسمة إلى شقق، لذلك يثار السؤال حول كيفية استفادة المقتني في هذه الحالة من أحكام المسؤولية العشرية؟

نظّم المشرّع الجزائري الملكية المشتركة بموجب القانون المدني في المواد 743 إلى 772 منه، ثم بالقانون 83-666 المعدّل والمتّمّم بالمواد 24 إلى 26 من المرسوم التشريعي 14-99³.

وقد حدّد المشرّع الأجزاء الخاصّة والأجزاء المشتركة للبناءية وتكوينها في الباب الثاني من المرسوم، لذلك يمكن القول أنّ تقسيم عناصر الملكية المشتركة هو المعيار في تحديد المستفيد من الضمان، ذلك أنّ نظام الملكية المشتركة يتميز بالازدواجية، فكل مقتني يملك جزءاً بالذات منفرداً، وجزءاً على الشيوع مع الملاك الآخرين في البناءية، وبالتالي يستفيد كل مالك من هذا الضمان الخاص منفرداً في حدود الضرر المترتب لأحكامه في الجزء المملوك له⁴.

أمّا بالنسبة للجزء المشترك فيستفيد فيه جميع المالكين ممثلين في جمعية الشركاء في الملك⁵.

وعليه فإنّ المستفيد من الضمان العشري في عقد البيع بناءً على التصميم هو المقتني والملاك المتوالون على البناءية، والملتزم به تجاههم هو المرقي العقاري، لأنّه لا يعقل مطالبة المقتني للمقاول والأشخاص الآخرين الذين يلتزمون بهذا الالتزام وهو لا يعرفهم ولا يربطه بهم أي عقد، والمرقي العقاري يتحمّل مسؤولية متضامنة مع باقي

¹ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، الجزء 1، المجلد 2، ص 605.

² - المرسوم التنفيذي رقم: 83-666 المؤرخ في 12 نوفمبر 1982م، المحدّد للقواعد المتعلقة بالملكية المشتركة والبنائيات الجماعية، الجريدة الرسمية، العدد 47، الصادرة في 15 نوفمبر 1983 م.

³ - المرسوم التنفيذي رقم: 14-99 الصادر في 09 مارس 2014م، المحدّد لنموذج نظام الملكية المشتركة في الترقية العقارية، الجريدة الرسمية، العدد 14، الصادرة في 16 مارس 2014.

⁴ - محمد شكري سرور، مسؤولية مهندسي ومقاولي البناء والمنشآت الثابتة الأخرى، المرجع السابق، ص 207. وينظر: زهرة بن عبد القادر، نطاق الضمان العشري للمشيدين، المرجع السابق، ص 237.

⁵ - زهرة بن عبد القادر، نطاق الضمان العشري للمشيدين، المرجع السابق، ص 237.

الأشخاص الذين يقع عليهم الالتزام بتوفير هذا الضمان بموجب العقود التي يبرمها معهم. وهذا الذي تؤكد المادة 1/49 من القانون 04-11 التي تنص على: " يجب على المرقى العقاري أن يلتزم بمسؤوليته المدنية في المجال العقاري لفائدة زبائنه ويتعين عليه بهذه الصفة مطالبة مكاتب الدراسات والمقاولين وشركائهم الآخرين بكل الضمانات والتأمينات القانونية المطلوبة".

وتجدر الإشارة إلى أنّ هذا التضامن في المسؤولية بين المرقى العقاري وباقي المتدخلين في عملية البناء، لا يقوم إلاّ إذا اكتتب هؤلاء تأميناً يغطي مسؤوليتهم، وعموماً يمكن القول بأنّ المرقى العقاري باعتباره رب العمل في مواجهة المهندسين والمقاولين وكل متدخل في هذه العلاقة، فإنّه في حالة ما إذا أهمل مراقبة وجود التأمين القانوني الذي نص عليه المشرّع بموجب المواد السالفة الذكر، فإنّه يتحمل المسؤولية كاملة عن الضمان العشري في مواجهة المشتري، ما لم يدفع بوجود سبب أجنبي، أو قوة قاهرة، أو بفعل الغير، كما هو الحال في كل أنواع المسؤوليات الأخرى¹.

ويحصل الحق الناتج عن الضمان العشري بدعوى الضمان، وهي الدعوى التي يرفعها صاحب الحق في الضمان أو المستفيد من الضمان، وهو المقتني في عقد البيع بناءً على التصميم والذي آلت إليه ملكية العقار، في مواجهة أشخاص الضمان أو الملزمين بالضمان وهم المرقى العقاري مباشرة أو كل متدخل آخر في عملية البناء سواءً مقاولين، مكاتب دراسات، مقاولين فرعيين، أو مراقبين تقنيين والذين يكونون كما سبق الذكر مسؤولون تضامنياً في التعويض. والأساس في حق المقتنين في رفع الدعوى ضد المتدخلين الآخرين غير المرقى العقاري، هو صفة الخلف الخاص التي يكتسبونها عن طريق الشراء من مالك المشروع².

الفرد الثاني: الشروط الموضوعية للضمان العشري في عقد البيع بناءً على التصميم

لقد اشترط المشرّع الجزائي لتطبيق أحكام الضمان العشري في عقد المقاولات مجموعة من الشروط تعدّ الفيصل والمميز لهذا الضمان عن غيره، ونستشف هذه الشروط من نص المادة 554 من القانون المدني التي نصّت على أنّ الضمان يشمل إلى جانب التهدم الكلي أو الجزئي لما تم إنشائه من مباني ومنشآت ثابتة أخرى، العيوب التي يترتب عليها تهديد متانة البناء وسلامته، وكذلك المادة 181 من الأمر 07-95 المتعلق بالتأمين والتي جاء فيها: " يغطي

¹ - آمال يعيش تمام، حاحة عبد العالي، المسؤولية العشرية كآلية قانونية لحماية الملكية العقارية وفقاً للقانون رقم 04-11، الملتقى الوطني حول: إشكالات العقار الحضري وأثرها على التنمية في الجزائر المنعقد يومي 17/18 فيفري 2013، من طرف مخبر الحقوق والحريات في الأنظمة المقارنة بالتعاون مع فرقة بحث، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، مجلة الحقوق والحريات، عدد تجريبي، ص 521.

² - حسينة ريمان، المسؤولية العقارية في مجال الترقية العقارية على ضوء القانون 04-11 المحدد للقواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية، المرجع السابق، ص 234.

الضمان المشار إليه في المادة 178 أعلاه أيضا، الأضرار المخلة بصلاية العناصر الخاصة بتجهيز بناية ما عندما تكون هذه العناصر جزءا لا يتجزأ من منجزات التهيئة ووضع الأساسات والهيكل والإحاطة و التغطية ". وبالنسبة لعقد البيع بناءً على التصميم فإنه يشترط لإعمال أحكام المسؤولية العشرية للمرقي العقاري عموما، تطبيق الأحكام الواردة في القانون 11 - 04 المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، بالإضافة إلى الأحكام العامة الواردة في القانون المدني، والمتمثلة فيما يلي:

أولا: ضرورة وجود عقد مقاوله يربط بين المرقي العقاري ومكاتب الدراسات والمقاولين والمتدخلين الآخرين
وهذا طبقا لنص المادة 46 من القانون 11 - 04 ، والتي جاء فيها: " تقع المسؤولية العشرية على عاتق مكاتب الدراسات والمقاولين والمتدخلين الآخرين الذين لهم صلة بصاحب المشروع من خلال عقد ... ". و الملاحظ أنّ المشرّع الجزائري استعمل مصطلح العقد، وقد حدّد طبيعته بين المرقي العقاري والمقاول كمتدخل في المشروع العقاري، على أنّه عقد مقاوله¹ بالنسبة للمرقي العقاري، إعمالا لنص المادة 16 من القانون 11-04: "...وتؤسس العلاقة بين الطرفين بعقد مقاوله يبرم بعد الحصول على عقود التعمير المطلوبة". ليكون بذلك هذا العقد هو قوام المسؤولية العشرية بين المرقي العقاري والمقاول². لكن لم يحدده بصفة المقاوله بالنسبة لمكاتب الدراسات والمتدخلين الآخرين، إلا أنّ ارتباط الضمان العشري بعقد المقاوله كأصل عام وبعقد البيع بناءً على التصميم بالنظر إلى خصوصيته، يجعلنا نقول بأنّ هذا العقد هو عقد مقاوله.

ثانيا: إلزامية وجود عقد بيع بناءً على التصميم بين المرقي العقاري والمقتني

فعقد البيع هو الرابطة القانونية بين المرقي العقاري والمقتني قبل نهاية التنفيذ، كما يبقى هذا العقد مصدرا لالتزام المرقي العقاري بموجب أحكام المسؤولية العشرية في مواجهة المقتني، وهذا ما نصّت عليه المادة 25 من القانون 11 - 04، والتي جاء فيها: " يجب أن يكون البيع من طرف المرقي العقاري لعقار مبني أو بناية أو جزء من بناية مقرر بناؤها أو في طور البناء موضوع عقد يعدّ قانونا في الشكل الرسمي...".

¹ - وهذا بخلاف المشرّع الفرنسي الذي ربط الضمان العشري بضرورة وجود عقد إيجار عمل صراحة بموجب المادة 1792/1 المعدلة بالقانون رقم: 12 لسنة 1978 الصادرة 04 يناير 1978 والتي نصت على أنه: " يعتبر معماریا في مفهوم هذا القانون: 1. كل مهندس معماري أو مقاول أو تقني، أو أي شخص آخر يرتبط مع رب العمل بعقد إيجار عمل ". ينظر في ذلك: زهرة بن عبد القادر، الضمان العشري للمشيدین دراسة مقارنة بين التشريعيين الجزائري و الفرنسي، المرجع السابق، ص 164. وقد حدّد القانون الجزائري 86-07 المتعلق بالترقية العقارية في المادة 41 منه طبيعة العقد الرابط بين الاطراف على أنّه عقد إيجار العمل contrat de louage doeutre، متبعًا في ذلك القانون الفرنسي في تسميته لعقد المقاوله.

² - بوقرة أم الخير، المسؤولية العشرية للمرقي العقاري (دراسة تحليلية)، المرجع السابق، ص 365.

ثالثاً: أن يكون محلّ عقد البيع بناءً أو جزء من بناية

وقد عرّف المشرّع الجزائري البناء في المادة 03/01 من القانون 04-11 المحدّد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية والتي جاء فيها: "البناء كل عملية تشييد بناية و/أو مجموعة بنايات ذات الاستعمال السكني أو التجاري أو الحرفي أو المهني". كما عرّفته المادة 02/01 من القانون 08-15¹ المحدّد لقواعد مطابقة البيانات وإتمام إنجازها، والتي تقضي: "البناء بناية أو منشأ يوجه استعمالها للسكن أو التجهيز أو النشاط التجاري أو الإنتاج الصناعي و التقليدي أو الإنتاج الفلاحي أو الخدمات، تدخل البنائيات والمنشآت والتجهيزات العمومية في إطار تعريف هذه المادة". وبالرجوع إلى المادة 46 من القانون 11 - 04 نجد نصّ على قيام المسؤولية العشرية حال زوال بناية أو جزء من بناية، أي أنّ المشرّع اتّجه إلى تضيق مجال المسؤولية العشرية في عقد البيع بناءً على التصميم، بأن قصر الضمان على البناية أو الجزء من البناية فقط، دون الحديث عن المنشآت الثابتة وعناصر التجهيزات غير القابلة للانفصال - كما في عقد المقاولة - حسب المادة 554 من القانون المدني، وبما أنّ النصّ خاص فإنّه يقيد النص العام في القانون المدني بشأن عقد المقاولة. وإذا أردنا تفسير هذا الموقف من المشرّع الجزائري، سنقول بأنّ أعمال الترقية العقارية منصّبة على تشييد البنائيات ممّا يخرج من نطاقها المنشآت الثابتة، أمّا عناصر التجهيز غير القابلة للانفصال فقد أحضعها المشرّع لضمان حسن التنفيذ²، إلّا أنّ هذا التفسير يدفعنا إلى التساؤل عن مصير الطرقات الرابطة للمشروع العقاري بالطريق العام، ألا تعدّ من قبيل المنشأ الثابت؟ فكان الأحرى بالمشرّع استعمال مصطلح "المشروع العقاري" بذل مصطلح "بناية أو جزء من بناية" في المادة 46 من القانون 11 - 04 لإزالة هذا الغموض.

رابعاً: تسلّم البناية من طرف المقتني

وذلك باعتبار تسلّم العمل التزام قانوني يقع على عاتق المقتني، حيث أنّه من لحظة التسلم تبدأ مدّة سريان الضمان العشري، والملاحظ أنّ المشرّع لم يحدّد بداية سريان مهلة الضمان العشري في القوانين المنظمة لنشاط الترقية العقارية، ممّا يجعلنا نرجع إلى القواعد العامة، وهذا طبقاً لنصّ المادة 554 من القانون المدني في فقرتها الثانية: "وتبدأ مدّة السنوات العشر من وقت تسلّم العمل نهائياً".

خامساً: أن يقع التهدم أو أن تكتشف العيوب المهدّدة لسلامة البناية ومتانتها، في الآجال المحدّدة

بعشر سنوات

¹ - القانون رقم: 08-15 المؤرخ في 20 جويلية 2008م، المحدّد لقواعد مطابقة البيانات وإتمام إنجازها، الجريدة الرسمية، العدد 44 لسنة 2008 م، الصادرة في 05/08/2008 م.

² - وسيأتي تفصيل هذا الضمان في المطلب الثاني من هذا المبحث.

ومن ثمّ فإنّ الضمان العشري يغطي نوعاً خاصاً من الضرر على درجة عالية من الجسامة وهو إمّا تَهدم البناء أو تعيبهما بعيوب خطيرة يترتب عليها تهديد متانة البناء وسلامته¹. والمقصود بالتهديم انخلال الرابطة بين أجزاء البناء ممّا يؤدي إلى انفصال أجزائه عنه²، ويستوي في ذلك أن يكون كلياً أو جزئياً، كما لا يشترط أن يكون حالاً، بل يكفي أن يكون محقق الوقوع مستقبلاً³، كالتشققات والتصدعات الغائرة في أساس أو جدران المبنى، ممّا سيؤدي إلى تهدمه في المستقبل، كما لا يشمل الضمان العشري إلاّ الأضرار التي تحدث خلال الآجال المحددة قانوناً. والتي تقدر بعشر سنوات، وهي المدّة الممنوحة لمقتني الملك لاختبار صلابة البناية وسلامتها من العيوب التي قد تؤدي إلى تدهمها كلياً أو جزئياً⁴.

وبالرجوع إلى القانون 04-11 المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، نجد أنّ نصوصه قد خلت من تحديد تاريخ بداية سريان مهلة هذا الضمان المقدر بعشر سنوات. ممّا يستوجب تطبيق القواعد العامة بشأنها، وفي هذا الصدد نجد الفقرة الثانية من المادة 554 من القانون المدني حدّدت بداية سريانها من تاريخ الاستلام النهائي، وأوجبت المادة 557 من نفس القانون ممارسة هذه الدعوى خلال ثلاث سنوات من وقت حصول التهدم أو اكتشاف العيب.

سادساً: أن يكون العيب خفياً

وبالرغم من عدم النص على هذا الشرط صراحة من قبل المشرّع الجزائري في القانون المدني أو قوانين الترقية العقارية الحالية⁵، إلاّ أنّ الفقه والقضاء أجمع بأنّ الضرر الذي يدخل في تطبيق أحكام الضمان العشري لا بدّ أن يكون راجعاً في أصله إلى عيب في البناء أو المنشأ الثابت، وأن يكون هذا العيب خفياً، وهو الأمر الذي تستلزمه مقتضيات العدالة، ذلك أنّ المشرّع أخضع العيوب الظاهرة لضمان حسن الانجاز، فبمفهوم المخالفة قد أخضع

¹ - جمال وعلي، المسؤولية المدنية للمهندس المعماري و المقاول عن عيوب المباني المسلمة لصاحب المشروع، -دراسة في القانون الجزائري-، الملتقى الوطني حول الترقية العقارية في الجزائر - الواقع والآفاق-، يومي 27 و28 فيفري 2012م، جامعة قاصدي مرياح ورقلة، مطبعة جامعة قاصدي مرياح. ص 250.

² - المرجع نفسه، ص 250.

³ - محمد ناجي ياقوت، مسؤولية المماريين بعد إتمام الأعمال وتسلمها مقبولة من رب العمل، منشأة المعارف، الاسكندرية -مصر-، د.ط، ص 119.

⁴ - زهرة بن عبد القادر، الضمان العشري للمشيدين، المرجع السابق، ص 143.

⁵ - وقد نصّ على هذا الشرط القانون رقم: 86 - 07 المتعلق بالترقية العقارية الملغى، في المادة 41 منه، حيث جاء فيها: " يتحمّل المكتتب بإحدى عمليات الترقية العقارية خلال عشر سنوات ابتداءً من تاريخ تسلّم شهادة المطابقة العيوب الخفية التي يتحملها أيضاً المهندسون المعماريون أو المقاولون والأشخاص الآخرون الذين يربطهم بصاحب الأشغال عقد إيجار عمل...".

العيوب الخفية للضمان العشري، و مسألة تقدير خفاء العيب من ظهوره هي مسألة واقع ترجع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع، الذي له أن يأمر بالخبرة للتوصل إلى خفاء العيب من عدمه¹.

إلا أننا نعيب على المشرع الجزائري عدم النص صراحة على شرط الخفاء بالنسبة للعيوب الموجب للمسؤولية العشرية بنص واضح، ذلك أنّ ابقاء النص على إطلاقه قد يؤدي إلى تحميل المدين مسؤولية العيوب الظاهرة باعتبارها من العيوب الخفية، وهذا فيه نوع من تشدد المشرع وتحيّزه إلى المستفيد من أحكام الضمان. لذلك نرى إعادة إدراج شرط خفاء العيب في المادة 46 من القانون 04-11، أو إضافة نص آخر صريح يتضمّن هذا الشرط.

سابعاً: أن ترفع دعوى الضمان في الميعاد المحدّد

والملاحظ أنّ القانون 11 - 04 المحدّد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية لم يحدد ميعاد لرفع الدعوى ومنه تطبّق القواعد العامة وبذلك ترفع دعوى المسؤولية على المرقّي العقاري أو على غيره من المتدخلين في المشروع العقاري للتضامن بينهم - كما سبق وذكرنا -، خلال 3 سنوات، يجري احتسابها من وقت وقوع العيب المستحق للضمان العشري، تطبيقاً لنص المادة 557 التي جاء فيها: "تتقادم دعاوى الضمان المذكورة أعلاه بانقضاء ثلاث سنوات من وقت حصول التهدم أو اكتشاف العيب".

بالإضافة إلى ذلك فإنّه لا يمكن الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية العشرية أو الحد منها، لأنّ أحكامها من النظام العام وإن وقع ذلك كان مآل الاتفاق البطلان²، عملاً بالمادة 556 من القانون المدني: "يكون باطلاً كل شرط يقصد به إعفاء المهندس المعماري والمقاول من الضمان أو الحد منه". وكذا المادة 45 من القانون 04-11 المحدّد للقواعد التي تنظم نشاط لترقية العقارية السابق ذكرها، والتي تنصّ على المنع من الإعفاء من أحد الضمانات المقررة قانوناً للمشتري أو التخفيف منها، ويلاحظ أنّ الحكمة من تعلّق المسؤولية العشرية بالنظام العام هي أولاً تحقيق السلامة العامة، وثانياً تحقيق حماية رب العمل أو المشتري في عقد البيع بناءً على التصميم. ما يمكننا استخلاصه أنّ المسؤولية العشرية مفترضة بقوة القانون، لأنّه مجرد وقوع التهدم أو تهديد سلامته ومتانته، يمكن أن

¹ - حسينة ريمان، المسؤولية العقارية في مجال الترقية العقارية على ضوء القانون 04-11 المحدّد للقواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية، رسالة ماجستير، جامعة الحاج لخضر، باتنة، الجزائر 2013، 2014 م، ص 217.

² - آمال يعيش تمام، حاحة عبد العالي، المسؤولية العشرية كآلية قانونية لحماية الملكية العقارية وفقاً للقانون رقم 04-11، المرجع السابق، ص 533.

ترفع دعوى ضمان المسؤولية العشرية، لأنّ الضمان العشري هو التزام بتحقيق نتيجة، إذ أنّ ذمة الملتزم بهذا الضمان لا تبرأ إلاّ بإثبات السبب الأجنبي أو القوة القاهرة أو خطأ رب العمل أو خطأ الغير¹.
وعليه بعد تناولنا لأحكام الضمان العشري في عقد المقاولة وعقد البيع بناءً على التصميم، يرى الباحث أنّ الشيء المميّز لهذا العقد الأخير هو أنّه يوسّع من نطاق الضمان العشري، فهو يشمل المرقى العقاري إضافة إلى كل من المقاول والمهندس المعماري ومكاتب الدراسات والمتدخلين الآخرين الذين لهم صلة بصاحب المشروع من خلال العقد، حيث تكون المسؤولية تضامنية بينهم، وبالنسبة للمستفيد من الضمان العشري نعتدّ بالصفة المركّبة التي تميّز عقد البيع بناءً على التصميم، والتي تجعل المستفيد يتغيّر بتغيّر العقد، فعلى أساس عقد المقاولة يستفيد المرقى العقاري من الضمان العشري في علاقته مع المقاول والمهندس المعماري ومكاتب الدراسات وشركائه في المشروع بصفته رب عمل، وأما على أساس عقد البيع بناءً على التصميم فيستفيد المقتني من الضمان في علاقته مع المرقى، حيث يرفع دعواه ضده مباشرة لسهولة الرجوع عليه، بينما شركاء المرقى العقاري في المشروع يكونون في الغالب مجهولون لدى المقتني.

المطلب الثاني: ضمان حسن التنفيذ (الضمان السنوي)

إضافة إلى الضمان العشري أدخل المشرّع الجزائري على عقد البيع بناءً على التصميم ضمانا جديداً ومستحدثاً، والذي من شأنه تكميل الحماية الخاصة التي أولاها المشرّع للمشتري في هذا العقد، ويتمثل هذا الضمان في حسن التنفيذ.

وقد اختلفت تسميات هذا الضمان في مختلف القوانين المنظمة للنشاط العقاري، منذ استحداثه بموجب المرسوم التشريعي 93-03 المتعلّق بالنشاط العقاري الملغى، والذي جاء في المادة 14 منه: "...غير أنّه ليس لحيازة الملكية وشهادة المطابقة أثر إعفائي من المسؤولية المدنية المستحقة، ولا من ضمان حسن إنجاز المنشأة التي يلتزم بها المتعامل في الترقية العقارية خلال أجل سنة واحدة"، وقد أبقى عليه في المادة 03/26 من القانون 04-11 المحدّد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، والتي جاء فيها: "غير أنّ لحيازة وشهادة المطابقة لا تعفيان من المسؤولية العشرية التي قد يتعرض إليها المرقى العقاري، ولا من ضمان الإنهاء الكامل لأشغال الإنجاز ...".

بالمقارنة بين هاتين المادتين نجد أنّهما ينصان على نفس الأحكام مع اختلافهما في التعبير وفي التسمية فنلاحظ

¹ - نسيمة بوجنان، عقد البيع بناءً على التصميم في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 110.

المادة 14 من المرسوم التشريعي 93-03 تسميه "ضمان حسن إنجاز المنشأة" وأما المادة 3/26 من القانون 11-04 المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية فتسميه "ضمان الإنهاء الكامل لأشغال الإنجاز" أما المرسوم التنفيذي 13-431 المحدد لنموذج هذا العقد فقد أطلق عليه اسم آخر هو: "ضمان حسن التنفيذ". وهذا يؤكد أنّ كل هذه النصوص القانونية تتحدّث عن نفس الضمان، كما أنّ المتضمن في الاسمين يلاحظ التداخل الذي بينهما لأنّ إنهاء المرقى العقاري الكامل لأشغال الإنجاز، من صميم حسن الإنجاز أو حسن التنفيذ، والعكس صحيح.

ومنه سنتناول هذا الضمان في هذا المطلب، وذلك بتحديد المقصود به وبيان أنواعه في الفرع الأول، والتطرق إلى نطاقه وشروطه القانونية في الفرع الثاني.

الفرع الأول: تعريف ضمان حسن التنفيذ وبيان أنواعه

نصّت المادة 03/26 من القانون 11-04 المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية على: "...غير أنّ الحيازة وشهادة المطابقة لا تعفيان من المسؤولية العشرية التي قد يتعرض إليها المرقى العقاري، ولا من ضمان الإنهاء الكامل لأشغال الإنجاز التي يلتزم بها المرقى طيلة سنة واحدة".

وجاء في نموذج عقد البيع على التصاميم الملحق بالمرسوم التنفيذي 13-431 وبالتحديد في العنصر المتعلّق بضمان حسن التنفيذ: "يضمن البائع التنفيذ الجيد للأشغال، ويلتزم بتنفيذ الأشغال الضرورية قصد إصلاح عيوب البناء و/أو حسن سير عناصر تجهيزات البناية في أجل... (...). يوما ابتداء من تاريخ إخطاره من طرف المكتب. إنّ هذا الضمان صالح لمدة سنة ابتداءً من تاريخ الحيازة كما هو محدد في الإجراء المتعلّق بالحيازة...". بناءً على ذلك سنتطرق إلى تعريف هذا الضمان أولاً، ثم بيان أنواعه ثانياً.

أولاً: تعريف ضمان حسن التنفيذ

يعرّف ضمان حسن التنفيذ¹ بأنّه ذلك الالتزام القانوني الذي يقع على عاتق المرقى العقاري، يلتزم بموجبه بإصلاح أي خلل يحدث في البناية المشيّدة بشرط الإشارة إليه في محضر التسليم، ومن ثم يظل المرقى العقاري

¹ - للإشارة فإنّ المشرّع الجزائري لم يتناول تعريف هذا الضمان في مختلف القوانين المنظمة لنشاط الترقية العقارية، وهذا بخلاف القانون الفرنسي الذي يعتبر الأصل في ظهور هذا الضمان، وذلك في التعليمات الوزارية رقم 001-03 لسنة 1948م المتعلّقة بتنظيم العقود

ضامانا لهذا الخلل لمدة سنة من تاريخ التسليم¹.

وعرّفه الفقيه Malinvaud(ph) على أنّه الضمان الموضوعي الذي يسمح لرب العمل بالحصول في مدة سنة بعد التسليم، على عمل مطابق وأحسن ممّا كان أو ما يجب أن يكون عليه في تاريخ التسليم، فهو ضمان موجه للاستجابة للتحفظات المعاينة عند الاستلام وتدارك النقائص الظاهرة في السنة الأولى².

وعليه فهذا الضمان عبارة عن التزام قانوني ناتج عن علاقة تعاقدية بالإصلاح العيني للخلل المعين أو المشار إليه من رب العمل، بهدف إعادة العمل مطابقا للحالة التي كان يجب أن يكون عليها عند التسليم.

ويعدّ هذا الضمان من النظام العام كسابقه (المسؤولية العشرية) بحيث لا يجوز الاتفاق على تخفيف أحكامه، سواء باستبعاده أو بحصر التضامن فيه، وهو ما تقضي به المادة 45 من القانون 11-04 السابقة.

ثانياً: أنواع ضمان حسن التنفيذ

ينقسم ضمان حسن التنفيذ حسب نصوص القانون الجزائري المنظمة لنشاط الترقية العقارية إلى قسمين، الأول وارد في المادة 03/36 من القانون 11-04 تحت عنوان الإنهاء الكامل لأشغال الإنجاز وهو ما يقابله في النص الفرنسي *la garantie de parfait achèvement des travaux de réalisation*

والثاني تحت عنوان حسن سير عناصر التجهيز المنصوص عليه في المادة 44 من نفس القانون، وهو ما يقابله: *la bon fonctionnement des éléments d'équipements du bâtiment.*

النموذجية، حيث جاء في نص المادة 1-545 من هذه التعلّيم أنّ على كل مقاول أن يلتزم خلال سنة الضمان وعلى حسابه بإصلاح العيوب التي قد تظهر أو قد تعين بالاستعمال، وقد استمر العمل بهذا الضمان حتى بعد تراجع المشرع الفرنسي عن ازدواجية التسليم في تعديل 1978 وتحديدًا في المادة 6-1792 منه، تحت تسمية ضمان الانجاز *la garantie de parachèvement*، ينظر في ذلك:

Droit de la mémontos, 8^{eme} Roger saint- Alory ,Corinne saint -Alory - Houin, construction - édition, Dallez , Paris, France – 2006 , p167.

- عبد الرزاق حسين ياسين، المسؤولية الخاصة بالمهندس المعماري ومقاول البناء، المرجع السابق، ص 1022.

¹ - بشير هادي، الأبعاد التنظيمية للضمانات الخاصة بعقد البيع على التصاميم، الملتقى الوطني حول الترقية العقارية في الجزائر. الواقع والآفاق، جامعة قاصدي مرباح ورقلة 2012 م، مطبعة الجامعة، ص 311.

² " il s'agit donc d'une garantie de parachèvement destinée à satisfaire aux réserves - Malinvaud Philippe et autres, droit de la formulées lors de la première année". promotion immobilière .op.cit.p 99.

وقد جمع نموذج عقد البيع على التصاميم، الملحق بالمرسوم 13-431 هذين الضمانين أين أدرجهما تحت عنوان ضمان حسن التنفيذ.

1. ضمان الإنهاء الكامل لأشغال البناء (حسن الإنجاز):

وهو ما أطلق عليه المشرع في المرسوم التنفيذي رقم 13-431 الذي يحدّد نموذجي عقد حفظ الحق وعقد البيع على التصاميم للأملاك العقارية، بضمان التنفيذ الجيد للأشغال حيث نص هذا المرسوم التنفيذي على أنه: "يضمن البائع التنفيذ الجيد للأشغال ويلتزم بتنفيذ الأشغال الضرورية قصد إصلاح عيوب البناء و/ أو حسن سير عناصر تجهيزات البناية في أجل... (..) يوما ابتداءً من تاريخ إخطاره من طرف المكتب".

فالمشرع ألزم المرفقي العقاري بالتنفيذ الجيد للأشغال وإصلاح العيوب خلال سنة، ابتداءً من تاريخ إخطاره من طرف المكتب، وهذا ما نصّت عليه المادة 26 فقرة 103¹ من القانون 04 / 11، ومسألة حسن الانجاز تعدّ من النظام العام فلا يجوز الاتفاق على الحد منه أو انقاصه أو اسقاطه، وهو ما أكدته المادة 45 من القانون 04/11.

وتجدر الإشارة إلى أنّ ضمان حسن الإنجاز هو ضمان موضوعي، لا يستند إلى فكرة الخطأ على خلاف الضمانات السابقة؛ بل إنّه يدرج في نطاق الالتزام التعاقدية بتحقيق نتيجة، ومن جهة أخرى فإنّ هذا الضمان لا يغطي العيوب الناتجة عن استعمال العقار، وهو ما أكده المشرع الجزائري بحصره لمشمولات هذا الضمان في المرسوم التنفيذي 431 / 13 بقوله "إنّ هذا الضمان صالح لمدة.. سنة ابتداءً من تاريخ الحيازة وهو محدد في الإجراء المتعلّق بالحيازة المبين أعلاه، وكل الضمانات المعتادة المتعلّقة بتغطية الالتزامات المهنية والتقنية الأخرى".

2. ضمان حسن سير عناصر التجهيز:

يعتبر هذا الضمان من الضمانات المستحدثة التي أدخلها المشرع الجزائري في مجال البناء¹ بموجب المادة 44 من القانون 04/11، والتي نصّت على أنه: "تحدّد آجال تنفيذ الأشغال الضرورية لإصلاح عيوب البناء و/ أو حسن سير عناصر تجهيزات البناية بموجب العقد المذكور في المادة 26 أعلاه".

¹ - نصّت هذه المادة على أنه: "... غير أنّ الحيازة وشهادة المطابقة لا تعفيان من المسؤولية العشرية التي قد يتعرض إليها المرفقي العقاري، ولا من ضمان الإنهاء الكامل لأشغال الإنجاز التي يلتزم بها المرفقي طيلة سنة واحدة".

فإذا كان الضمان العشري يشمل عيوب محدّدة ومعروفة، وينصبّ على العناصر الخاصّة بالتجهيز غير القابلة للانفصال التي لا يمكن القيام بنزعها أو تفكيكها أو استبدالها بدون تلف²، فإنّه يكون من باب الأهمية استحداث ضمان آخر يغطي عناصر التجهيز القابلة للتفكيك والانفصال عن البناية دون تلف؛ أي العناصر التي لا تشكّل جسماً واحداً مع البناية³. وعليه فإنّ هذا الضمان يشمل تلك العناصر التي لا تشكّل بالضرورة محلاً للضمان العشري؛ أي العناصر التجهيزية القابلة للفك والانفصال من البناية دون تلف، المتمثلة في مجموع الأجهزة والآلات والأدوات الميكانيكية والكهربائية، وكل ما يتم تركيبه بالمبني شريطة إمكانية فصله ونقله من دون أن يصيب العقار أي تلف، كالأبواب، والشبائيك، والعدادات، وتجهيزات الإنارة.

وضمن حسن سير عناصر التجهيز يلزم به المرقي العقاري فهو المسؤول الوحيد في مواجهة المستفيدين منه، إذ يلتزم اتجاه المشتري بإصلاح واستبدال عناصر التجهيز التي ثبتت عدم كفاءتها، وهذا ما نصّ عليه المشرّع الجزائري في المرسوم التنفيذي رقم 13-431 بقوله: "يضمن البائع التنفيذ الجيد للأشغال ويلزم بتنفيذ الأشغال الضرورية قصد إصلاح عيوب البناء و/أو حسن سير عناصر تجهيزات البناية ..".

إلاّ أنّه يمكن للمرقي العقاري الرجوع على المسؤول عن عدم كفاءتها وفقاً لقواعد المسؤولية العقدية، باعتباره هو الآخر مقتني لهذه العناصر من بائع آخر⁴.

وتطبيقاً لنص المادتين 379-382 من القانون المدني يكون المرقي العقاري ملزماً بضمان حسن سير عناصر التجهيز، لمدة سنة ابتداءً من يوم حيازة البناء حتى ولو كانت العيوب خفية، وقد يلتزم المرقي بالضمان لمدة أطول، ويبقى تحديد هذه المدة موقوف على إرادة الطرفين بناءً على طبيعة كل عنصر¹.

¹ - للإشارة فإنّ ضمان حسن سير عناصر تجهيز البناية هو من أبرز خصوصيات عقد البيع بناءً على التصميم، الذي يعدّ العقد الوحيد الذي يعرف مثل هذا الضمان في الجزائر، بخلاف ما هو معروف في فرنسا حيث يعدّ هذا الضمان من الضمانات الموجودة في عقد المقاولة.

² - نصّت المادة 181 من الأمر 07/95 المتعلّق بالتأمينات على أنّه: "يغطي الضمان العشري أيضاً الأضرار المحلّة بصلاية العناصر الخاصة بتجهيز بناية ما عندما تكون هذه العناصر جزء لا يتجزأ من منجزات التهيّئة ووضع الأساس والهياكل والإحاطة والتغطية ... يعتبر جزء لا يتجزأ من الإنجاز كل عنصر خاص بالتجهيز، لا يمكن القيام بنزعها أو تفكيكها أو استبدالها دون إتلاف أو حذف مادة من مواد البناء". ومعنى ذلك أنّه مهما كانت عناصر التجهيز تشكل جسماً واحداً مع أحد أجزاء البناية تكون خاضعة للضمان العشري، ومفهوم المخالفة أنّه إذا كانت هذه العناصر منفصلة عن البناية فإنّها تخضع لضمان حسن سير عناصر التجهيز.

³ - ربيعة صبايحي، الضمانات المستحدثة في بيع العقار على التصميم على ضوء أحكام القانون 11-04، المرجع السابق، ص 79.

⁴ - إيمان بوسنة، النظام القانوني للترقية العقارية، المرجع السابق، ص 100.

الفرع الثاني: مجال ضمان حسن التنفيذ وشروطه القانونية

في الوقت الذي حدّد فيه المشرع النطاق الشخصي لضمان حسن التنفيذ، فإنّه لم يحدّد النطاق الموضوعي له كما لم يحدّد شروطه القانونية، لذلك نتناول هذه العناصر فيما يلي مستعينين في ذلك بالقانون الفرنسي فيما أغفله القانون 04-11 والمرسوم التنفيذي 13-431.

أولاً: مجال ضمان حسن التنفيذ

سنتناوله من خلال المجالين الشخصي والموضوعي

1. مجال ضمان حسن التنفيذ من حيث الأشخاص:

يقع ضمان حسن التنفيذ في عقد البيع بناءً على التصميم على عاتق البائع، إذ نصّت المادة 03/26 من القانون 04-11 السابقة، صراحة على أنّ المرقي العقاري هو المدين بضمان الإنهاء الكامل لأشغال الانجاز دون غيره من المتدخلين في عملية البناء، أمّا بالنسبة لضمان حسن سير عناصر التجهيز، فقد ورد في الفصل الثاني من القانون 04-11 المتعلق بالتزامات المرقي العقاري، ومنة وقوع هذا الضمان على عاتقه. الأمر الذي نفسره بكون المرقي العقاري هو المتعامل المباشر مع المقتني، وفي كل الأحوال يمكن للبائع الرجوع على المسؤول عن الخلل أو العطب الظاهر، سواءً كان المهندس المعماري أو المقاول، على أساس المسؤولية التقصيرية أو العقدية بواسطة دعوى العيوب الخفية².

وبالنسبة للمستفيد من أحكام ضمان حسن التنفيذ هو المقتني بإحدى صيغ البيع المحددة في المواد 25، 26، 27، 28 من القانون 04-11 أي المشتري للعقار المبني، أو مقرّر بناؤو أو في طور الانجاز، أمّا المرقي العقاري فالملاحظ من خلال نصوص القانون 04-11، أنّها قصرت هذا الضمان على أطراف عقد البيع دون أطراف عقد المقاول، لذلك يثار السؤال حول موضع المرقي العقاري كمستفيد من هذا الضمان.

2. المجال الموضوعي لضمان حسن التنفيذ:

¹ - ربيعة صبايحي، الضمانات المستحدثة في بيع العقار على التصاميم على ضوء احكام القانون 04-11، المرجع السابق، ص 79.

² - بشير هادي، الأبعاد التنظيمية للضمانات الخاصة بعقد البيع على التصاميم، المرجع السابق، ص 312.

لم يحدّد المشرّع الجزائري الأضرار والعيوب التي تكون محلاً لضمان حسن التنفيذ، وتوجب المسؤولية على المرقّي العقاري، وبالرجوع إلى نص المادة 181 من الأمر 95-07 المتعلّق بالتأمينات، نجدّها حدّدت مجال الضمان العشري في كل العناصر الخاصة بتجهيز البناية، والتي تمثل جزءاً لا يتجزأ من الإنجاز بحيث لا يمكن نزعها دون تلف. وعليه فـضمان حسن التنفيذ يشمل المبنى المشيد في مجموعه خارج نطاق المسؤولية العشرية، أي أنّ كل عيب لا يؤدي إلى إزالة البناية أو جزء منها يدخل ضمن ضمان حسن التنفيذ¹. فإذا كان الضمان العشري يشمل عناصر التجهيز غير القابلة للانفصال فإنّ الضمان السنوي ينصبّ على عناصر التجهيز القابلة للانفصال، ومثالها الأدوات الميكانيكية والكهربائية الملحقة بالعقار، الأبواب، الشبائيك، الأحواض... الخ .

ثانياً: الشروط القانونية لضمان حسن التنفيذ

لقيام ضمان حسن التنفيذ يجب توافر مجموعة من الشروط، فلا بدّ من الإعلان عن العيب خلال السنة الموالية للاستلام، وإن كانت العيوب ظاهرة تضمّن في محضر الاستلام، بالإضافة إلى إثبات الضرر.

1. الإعلان عن العيب خلال مدة ضمان حسن التنفيذ:

لاستفادة المقتني من ضمان حسن التنفيذ، لا بدّ عليه من أن يعلن عن عيب في عناصر التجهيز القابلة للانفصال، وذلك خلال سنة من تاريخ الاستلام للملك العقاري، والملاحظ من خلال نص المادة 03/26 من القانون 11/04 التي تقضي بأنّه: "غير أنّ الحيازة وشهادة المطابقة لا تعفيان من المسؤولية العشرية التي قد يتعرض إليها المرقّي العقاري، ولا من ضمان الإنهاء الكامل لأشغال الإنجاز التي يلتزم بها المرقّي العقاري طيلة سنة واحدة". أنّ مدة ضمان حسن التنفيذ هي نفسها مدة الدعوى وهذا بخلاف المسؤولية العشرية، التي يمنح المشرّع فيها ثلاث سنوات لرفع الدعوى، كما أنّه ترك تحديد أجل إصلاح العيوب المعاينة لاتفاق الطرفين، ثم لم يحدّد ميعاد رفع الدعوى حالة عدم القيام بالإصلاحات اللاّزمة، ما يفهم منه أنّ مدة الضمان هي سنة يجب أن ترفع الدعوى خلالها .

¹ - حسينة ريمان، المسؤولية العقدية في مجال الترقية العقارية على ضوء القانون 11-04، المرجع السابق، ص 146.

لذلك فالباحث يعتقد أنّه كان جديرا بالمشرع أن يفصل مدة الضمان عن آجال الدعوى كما هو مقرّر في المسؤولية العشرية، ذلك أنّ إبقاء النص على هذه الصياغة يثير التساؤل حول مصير العيب الذي يكشف في آخر يوم من الضمان.

2. وجوب تضمين العيوب الظاهرة في محضر الاستلام:

وهذا الشرط نصّ عليه المشرع الفرنسي، ذلك أنّ المشرع الجزائري لم ينظم أحكام ضمان حسن التنفيذ، واكتفى بالإشارة في نص المادة 44 من القانون 04-11 إلى وجوب تحديد مدة إصلاح العيوب في عقد البيع المبرم بين المرقى العقاري والمقتني، حيث ألزم المشرع الفرنسي المقتني بوجوب تضمين محضر الاستلام لعيوب المطابقة المعايينة عند الاستلام، تحت طائلة عدم إخضاعها لأحكام الضمان السنوي (ضمان حسن الإنجاز). ذلك أنّ عدم كتابتها في هذا المحضر يعدّ تنازلا ضمنيا عنها، وبالتالي إخلاء مسؤولية المقاول أو المرقى العقاري منها¹. وقد نصّت على ذلك صراحة المادة 06/2. 1792 من القانون المدني الفرنسي، أين جاء فيها بأنّ ضمان حسن الإنهاء الذي يلتزم به المقاول في أجل سنة من الاستلام، يجب أن تسجل عيوبه في محضر التسليم إذا عويبت أثناءه وأن تبّلع للمقاول²؛ أي أنّه في حالة معايينة العيب أثناء الاستلام يحزّر محضر بذلك، و في حالة المعايينة اللاحقة له على الاستلام، يبلغ المقاول من طرف رب العمل بموجب رسالة مضمّنة بوصول الاستلام، فالكتابة أو العلم الصريح بالعيوب شرط أساسي عند المشرع الفرنسي للاستفادة من الضمان السنوي (ضمان حسن التنفيذ)³.

3. إثبات الضرر:

¹ - Malinvaud Philippe, droit de a construction, Dallaztion. france.2010,2011,p 1131.

² - art 1792-6/2 : " l garantie de parfait achèvement à laquelle l'entrepreneur est tenu pendant un d'élai d' un an à compter de la réception c' etend à la réparation de tous les désordres signalés par le maitre de l'auvrage .soit au moyen se réserves mentionnées au procès verbale de la réception soit par voie de notification écrit par ceux révèles . "postérieurement à la réception

³ - حسينة ريمان، المسؤولية العقدية في مجال الترقية العقارية على ضوء القانون 04-11، المرجع السابق، ص 249.

يستوجب على المقتني إثبات عدم حسن التنفيذ، وله استخدام كافة الوسائل في ذلك كونها واقعة مادية قابلة للإثبات بكافة الطرق، أفضلها هو الطريق القانوني بإجراء معاينة من طرف محضر قضائي، الذي يحزر العيوب المعاينة في محضر رسمي يبلغ إلى المرقي العقاري، الذي يستوجب عليه السعي لإصلاح تلك العيوب في الوقت المتفق عليه .

ويقع على المرقي العقاري إثبات السبب الأجنبي للتخلص من المسؤولية؛ ذلك أنه لا يكفي للمرقي أن ينفي الخطأ عن نفسه، لأنّ قرينة الضمان قاطعة وقائمة بمجرد إثبات المقتني لعدم سير عناصر التجهيز بكفاءة، أو عدم إتمام الأشغال¹.

وبالنسبة للتعويض فهو عيني يتمثل في إصلاح العيب المعين، وفي حالة تعنت المرقي، للمقتني اللجوء إلى القواعد العامة لتنفيذ الاصلاحات على حساب المرقي².

المطلب الثالث: التأمين لدى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة

طبقاً للمادة 12 من القانون 04-11 المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، يشترط في المبادرين بالمشاريع العقارية المعدّة للبيع أو الإيجار أن يكونوا من المحترفين الذين يملكون المهارات في هذا المجال والقدرات المالية الكافية³، ذلك أنّ السيطرة على الجانب الفني في عقد البيع بناءً على التصميم هو ما يسمح لمنجزات المرقي العقاري أن تلقى مشترياً منذ البداية، بحيث لا يعرف المشروع العقاري كساداً في السوق أمام الطلب المتزايد للسكن في سوق العقار، لذلك لجأ المشرع إلى إحداث تقنية جديدة أكثر عملية تسمح للمرقي العقاري الخاص بإيجاد مصدر لتمويل مشروعه السكني (عقد البيع بناءً على التصميم)، وتؤمن حماية للمستفيدين من هذه السكنات.

حيث ألزم المشرع بموجب الفصل الرابع من القانون 04 / 11 في مواد من (54) إلى (59) كل مرقي عقاري معتمد ومسجل في الجدول الوطني للمرقيين الانضمام إلى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة، وأن يكتب تأميننا

¹ - عبد الرزاق حسين ياسين، المسؤولية الخاصة بالمهندس المعماري ومقاول البناء، المرجع السابق، ص 1012.

² - وهذا طبقاً لنص المادة 170 من القانون المدني التي تنص: "في الالتزام بعمل إذا لم يتم المدين بتنفيذ التزامه جاز للدائن أن يطلب ترخيصاً من القاضي في تنفيذ الالتزام على نفقة المدين إذا كان هذا التنفيذ ممكناً".

³ - وهذا ما تطرقنا إليه في الفصل الأول عند تناولنا لشروط ممارسة مهنة المرقي العقاري.

إجبارياً على المشروع المتضمن الملك موضوع البيع وأن يسدّد اشتراكاته، وذلك لضمان الأقساط المدفوعة من قبل المشتري، و التأمين لدى هذا الصندوق هو ضمان قانونية خاصّة منحها المشرّع للمشتري في عقد البيع بناءً على التصميم، فضلاً عن تلك التي يتمتع بها وفقاً للقواعد العامة، وتتجسّد هذه الضمانة من خلال عقد تأمين إجباري، يقوم المرقي العقاري باعتباره المؤمن له بإبرامه مع هذا الصندوق الذي يمثل المؤمن، حيث يلتزم هذا الأخير بإتمام الأشغال أو تسديد التسيّقات التي دفعها المشترون للمرقي العقاري في إطار عقد البيع بناءً على التصميم، وذلك عند تحقّق حالة من الحالات المتفق عليها في عقد التأمين، وهذا مقابل قسط تأمين يدفعه هذا المرقي عند توقيعه للعقد. فبالرجوع إلى نص المادة 54 من القانون 04/11 نجد أنها تنصّ على أنّه: "زيادة على التأمينات المطلوبة في التشريع المعمول به وفي إطار ممارسة نشاط مهنة المرقي العقاري طبقاً لالتزاماته، يتعين على المرقي العقاري الذي يشرع في إنجاز المشروع العقاري من أجل بيعه قبل إنجائه اكتتاب ضمان الترقية العقارية قصد ضمان ما يأتي على الخصوص: تسديد الدفعات التي قام بها المكتتبين في شكل تسيّقات، إتمام الأشغال، تغطية أوسع للالتزامات المهنية والتقنية". وكان الأخرى بالمشرّع أن يستعمل مصطلح المقتنون أو المشترون بدلاً من المكتتبين، حتى لا يحصل خلط بين المقتني في عقد البيع بناءً على التصميم أي المشتري وهو ما قصده المشرّع في هذه المادة، وبين المكتتب في ضمان الترقية العقارية لدى الصندوق وهو المرقي العقاري. أمّا في ظل المرسوم التشريعي رقم 93-03 الملغى، فقد ألزم المرقي العقاري باكتتاب التأمين من خلال المادة 11 منه¹. فما المقصود بصندوق الضمان والكفالة المتبادلة؟ وماهي مهام هذا الصندوق؟ وكيف نظّم المشرع الجزائري عمله؟

وللإجابة على هذين السؤالين ارتأيت تقسيم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع أتناول في الفرع الأول تعريف صندوق الضمان والكفالة المتبادلة، وفي الفرع الثاني أتطرّق إلى مهام هذا الصندوق، وفي الفرع الثالث إلى كيفية عمله.

الفرع الأول: تعريف صندوق الضمان والكفالة المتبادلة Le Fond de Garantie et de caution (F.G.C.M.p.I) Mutuelle de la promotion immobilière

عملاً بأحكام المادة 131 من المرسوم التشريعي رقم 93-01² المتضمن قانون المالية لسنة 1993، والمادة 11 من المرسوم التشريعي 93-03 الملغى بموجب القانون 11-04، أنشأ المشرّع الجزائري هذا الصندوق

¹ - حيث نصّت هذه المادة على أنّه: "يتعين على المتعامل في الترقية العقارية في عمليات البيع بناءً على التصميم أن يغطي التزامه بتأمين إجباري يكتبه لدى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة المنصوص عليها في التشريع المعمول به".

² - المرسوم التشريعي رقم: 93-01 المؤرخ في 19 جانفي 1993م، المتضمن قانون المالية لسنة 1993م، الجريدة الرسمية العدد 01.

بموجب المرسوم التنفيذي رقم 97-406 المؤرخ في 03/11/1997 المتضمّن إحداث صندوق الضمان والكفالة المتبادلة، المعدّل والمتّم بالمرسوم التنفيذي 14-180¹، وهو عبارة عن هيئة تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي لها طابع تعاوني لا تسعى لتحقيق الربح، موضوع تحت وصاية وزارة السكن. ونشير إلى أنّه لم يتم تنصيب هذا الصندوق فعلياً إلاّ في سنة 2000 وقبل هذا التنصيب قامت شركات التأمين المصرفية بكفالة المرقى العقاري². حيث يتوجب على المرقى العقاري الانتساب إلى هذا الصندوق في أجل أقصاه ستة أشهر من تاريخ حصوله على الاعتماد، تحت طائلة سحبه مؤقّتا، وهذا السحب قد يصبح نهائياً في حالة عدم تسوية المرقى لوضعيته لدى صندوق الضمان في أجل أقصاه الثلاثة أشهر الموالية لانقضاء الأجل الأول³.

ويرى الباحث أنّ هذا النوع من التأمين يندرج ضمن التأمين عن المسؤولية العقدية، التي تنشأ على عاتق المرقى العقاري اتجاه المشتري، إذا لم يتمكن من تنفيذ التزامه في عقد البيع بناءً على التصميم، والمتمثل في إتمام إنجاز البناء.

الفرع الثاني: مهام صندوق الضمان والكفالة المتبادلة

يتمثل دور صندوق الضمان والكفالة المتبادلة في ضمان التسديدات التي يدفعها المشترون، والتي تأخذ شكل دفعة مسبقة على الطلب إلى المتعاملين في الترقية العقارية على أساس عقد البيع بناءً على التصميم.

وقد وسّع المشرّع في مهام وأهداف هذا الصندوق بموجب القانون 04-11 إذا اقتضت مهمّته في المرسوم التشريعي رقم 03-93 الملغى على تعويض المشتريين عن الدفعات التي قدموها في شكل تسبيقات، لتشمل بموجب المادة 54 من القانون 04-11، والمادة 02 من المرسوم التنفيذي 14 - 180 المتضمّن إحداث صندوق الضمان والكفالة المتبادلة في الترقية العقارية ما يلي:

¹ - المرسوم التنفيذي رقم: 14 - 180 المؤرخ في 05/06/2014م، يعدّل ويتّم المرسوم التنفيذي رقم 97 - 406 المؤرخ في 03/11/1997م، والمتضمّن إحداث صندوق الضمان والكفالة المتبادلة في الترقية العقارية، الجريدة الرسمية العدد 37، الصادرة في 19/06/2014م.

² - ليلي زروقي، عمر حمدي باشا، المنازعات العقارية، دار هوم، الجزائر، د.ط، 2002م، ص 271. وينظر: - السعدية قني، دور صندوق الضمان والكفالة المتبادلة في ضمان تمويل الترقية العقارية، الملتقى الوطني حول إشكالات العقار الحضري وأثرها على التنمية في الجزائر، يومي 17 و 18 فيفري 2013، مجلة الحقوق والحريات، عدد تحريبي، ص 116.

³ - ينظر: المادة 04 من المرسوم التنفيذي رقم: 14 - 182 المؤرخ في 05 جوان 2014، الذي يحدّد شروط وكيفيات تسديد الاشتراكات والدفعات الإلزامية الأخرى من طرف المرقين العقاريين المنصوص عليها في النظام الداخلي لصندوق الضمان والكفالة المتبادلة في الترقية العقارية، الجريدة الرسمية العدد 37. وبالرغم من ذلك إلاّ أنّ الواقع يثبت أنّ نسبة كبيرة من المرقين العقاريين لا ينتسبون لهذا الصندوق.

- تسديد الدفعات التي قدمها المكتتبين في شكل تسبيقات .
 - إتمام الأشغال، ممّا يضمن للمشتري الحصول على مسكنه في النهاية.
 - تغطية أوسع للالتزامات المهنية و التقنية¹.
 - تسيير انتساب المرقين العقاريين المعتمدين المسجلين في الجدول الوطني للمرقين العقاريين.
 - ضمان متابعة وتسيير الحسابات التي تسجل التسبيقات المدفوعة من أصحاب حفظ الحق.
 - القيام بكل العمليات التجارية والمالية والعقارية ذات الصلة بمشروعه.
 - استحداث كل فرع وأخذ كل المساهمات ذات الصلة بمجال نشاطه.
 - إنجاز كل دراسة ونشر كل المعلومات.
- كما يمكن أن يكلف صندوق الضمان والكفالة بأنشطة إضافية عن طريق التنظيم، وهذا طبقاً للمادة 56 من القانون 11 - 04، إذ تنص: "يمكن لصندوق الضمان والكفالة المتبادلة في نشاط الترقية العقارية أن يكلف أيضاً بأنشطة إضافية عن طريق التنظيم، في إطار المهام المنصوص عليها في هذا القانون".
- من خلال هذه المواد نجد أنّ المشرع الجزائري جعل لصندوق الضمان وظيفة أساسية، تتمثل في العمل على ضمان التسديدات التي يدفعها المقتنين أو المكتتبين، والتي تكتسي شكل تسبيق مالي إلى المرقين العقاريين سواء أكانوا خواص أو عموميين في إطار عقد البيع على التصاميم². وهذه التسبيقات هي: "المبالغ المالية التي يدفعها المشتري للمرقي العقاري في إطار عقد البيع على التصاميم الذي يبرم طبقاً للتشريع المعمول به ما عدا الدفع الأخير والذي يتم عند حيازة السكن أو بداية الانتفاع به"³. حيث يترتب على تنفيذ الصندوق لهذه الضمانات، حلوله محل المشتري طبقاً للمرسوم التنفيذي 14-181⁴، فيما يخص ديونه على المتعامل في الترقية العقارية في حدود

¹ - وهذه الضمانات الثلاث نصّت عليها أيضاً المادة 09 من المرسوم التنفيذي رقم 14 - 182، الذي يحدّد شروط وكيفيات تسديد

الاشتراكات والدفعات الإجبارية الأخرى من طرف المرقين العقاريين المنصوص عليها في النظام الداخلي لصندوق الضمان والكفالة المتبادلة في الترقية العقارية، السابق الذكر.

² - مهدي شعوة، تطور المركز القانوني للمرقي العقاري الخاص في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص 137.

³ - مها بن تريعة، مسؤولية المرقي العقاري في إطار عقد الترقية العقارية، المرجع السابق، ص 24.

⁴ - المرسوم التنفيذي رقم: 14. 181 المؤرخ في 05/06/2014م، يحدد شروط حلول صندوق الضمان والكفالة المتبادلة في الترقية العقارية محل مقتني الأملاك العقارية المغطاة بضمان الترقية العقارية وكيفيات ذلك، منشور في الجريدة الرسمية العدد 37 الصادر في 2014/06/19م.

مصاريفه الحقيقية¹ في حالة سحب الاعتماد من المرقي العقاري بسبب الإفلاس أو التسوية القضائية، أو لأي سبب آخر²، قصد متابعة عمليات إتمام إنجاز البناء عن طريق تفويض مهمة إكمال المشروع لمركبي عقاري آخر محل محل المرقي الأصلي، وذلك في حدود الأموال المدفوعة³، وفي هذا الإطار يمنع على كل مقتني من مواصلة إنجاز البناء بدلا من المرقي العقاري الذي كان موضوع سحب الاعتماد⁴، حيث يعد هذا الصندوق كفيل شخصي للمشتري طبقا لنص المادة 671 من القانون المدني.

فالمرقي العقاري الذي يتلقى التسبيقات مجبر بتأمينها لدى صندوق الضمان حتى يتمكن هذا الأخير من حماية المشتريين من احتمالات عجز الأول، لأي سبب كان حيث يقوم الصندوق بإرجاع المبالغ المالية المدفوعة إلى المشتريين بعد التأكد من عجز المرقي العقاري بالطرق القانونية، شرط أن يكون المشتري حائزا على عقد البيع على التصاميم يتضمن تأميننا لدى الصندوق⁵. وفي حالة عدم القدرة على إكمال البناء لعدم توفر شرط من شروط قيام ضمان إتمام الأشغال.

الفرع الثالث: كيفية عمل صندوق الضمان والكفالة المتبادلة

نتطرق في هذا الفرع إلى الحالات التي يضمن فيها الصندوق للمشتري أولا، ثم كيفية حساب آجال الضمان من قبل هذا الصندوق ثانيا، لنصل إلى العلاقة بين المقتني وصندوق الضمان والكفالة ثالثا، وفقا للآتي:

أولا: الحالات التي يضمن فيها الصندوق للمشتري

من خلال المواد السابقة الذكر يضمن الصندوق إتمام الأشغال، وقد حددت المادة 09 من المرسوم التنفيذي رقم: 14-181 الذي يحدد شروط حلول صندوق الضمان والكفالة المتبادلة المقصود بهذا الضمان بنصها:

¹ - حيث نصّت المادة 02 من المرسوم 14 - 181 السابق على أنه: " يقصد بحلول الصندوق بموجب هذا المرسوم نيابته قانونا عن المرقي العقاري المحل بالتزاماته قصد متابعة إتمام إنجاز البناء وفقا للشروط المحددة في المواد أدناه عن المقتنين فيما يخص الاستفادة من امتياز الصف الأول في حالة إفلاس أو تصفية المرقي العقاري، في حدود ديون هؤلاء المقتنين فيما يتعلق بحقوق المقتنين ومتابعتهم للمرقي المحل بالتزاماته قضائيا ، بحسب المبالغ المدفوعة".

² - ينظر المادة 03 من نفس المرسوم.

³ - عائشة طيب، عقد البيع على التصاميم في ظل القانون رقم 11-04، المرجع السابق، ص 83 - 84.

⁴ - ينظر في ذلك الفقرة الثانية من المادة 57 من القانون 11 - 04.

⁵ - سعدية فني، دور صندوق الضمان والكفالة المتبادلة في ضمان تمويل نشاط الترقية العقارية، الملتقى الوطني حول: إشكالات العقار الحضري وأثرها على التنمية في الجزائر المنعقد يومي 17/18 فيفري 2013، من طرف مخبر الحقوق والحريات في الأنظمة المقارنة بالتعاون مع فرقة بحث، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، مجلة الحقوق والحريات، عدد تجريبي، ص 117.

يقصد بضمان إتمام إنجاز، التزام الصندوق بالإتمام الجيد لأشغال إنجاز البناءات أو أجزاء من البناءات التي كانت موضوع عقود بيع على التصاميم على حساب المرقي المخل بالتزاماته وبدلاً عنه، في حدود التسديدات التي دفعها المقتنون".

ويكون هذا الضمان من خلال تكليف مرقي عقاري آخر للقيام بذلك في حدود الأموال المدفوعة مما يضمن للمقتني الحصول على مسكنه في النهاية¹، حيث يقوم صندوق الضمان والكفالة بتنفيذ هذا الضمان في حالتين يشترط توفرهما:

- الأولى: أن تكون الأساسات منجزة ونصت عليها المادة 06 من المرسوم التنفيذي 14-181 الذي يحدد شروط حلول صندوق الضمان والكفالة المتبادلة: "يترتب على حلول الصندوق محل المقتنين، إلزامه بإتمام إنجاز البناءة أو جزء من البناءة التي كانت موضوع عقود البيع على التصاميم والتي تم توقيعها من طرف المقتنين والمرقي العقاري المخل بالتزاماته.

ولا تخص هذه الإلزامية إلا البناءات التي تمت تغطيتها بضمان إتمام الإنجاز والتي تم إنجاز أساساتها، على الأقل. وتقتصر الإلزامية الصندوق اتجاه المقتنين، بالنسبة للبناءات التي لم يتم إنجاز أساساتها، على ضمان التعويض". أي أنّ صندوق الضمان لا يضمن إتمام الأشغال إلا إذا أُنجزت الأساسات، وأما ما قبلها فيقتصر على ضمان التعويض. ويقصد بضمان التعويض التزام الصندوق بتعويض المقتنين عن التسديدات التي قاموا بدفعها للمرقي المخل بالتزاماته والتي تكتسي طابع تسيقات على الطلب، بعنوان عقد بيع على التصاميم²، ويترتب على تعويض الصندوق للتسديدات التي دفعها المقتني، تخلي هذا الأخير لفائدة الصندوق عن حقوقه المتعلقة بالملك العقاري، موضوع عقد البيع على التصاميم³.

- والثانية: في حالة سحب الاعتماد من المرقي العقاري أو إفلاسه أو عجزه عن تنفيذ التزاماته لأي سبب قانوني نصت عليها المادة 3 من المرسوم التنفيذي 14-181 الذي يحدد شروط حلول صندوق الضمان والكفالة المتبادلة: "يتم... تنفيذ ضمان الترقية العقارية، الممنوح في حالة:

- إفلاس المرقي العقاري أو تصفيته قضائياً،
- و/أو سحب الاعتماد من المرقي العقاري".

¹ - مها بن تريعة، مسؤولية المرقي العقاري في إطار عقد الترقية العقارية، المرجع السابق، ص 26.

² - المادة 07 من المرسوم التنفيذي 14-181 الذي يحدد شروط حلول صندوق الضمان والكفالة المتبادلة.

³ - المادة 08 من المرسوم نفسه.

وتؤكد على الوضعية الثانية المادة 57 من القانون 04-11: "يؤدي كل سحب للاعتماد من المرقي العقاري لأحد الأسباب المحددة أدناه، أو لأي سبب آخر، إلى حلول صندوق الضمان قانوناً محل المقتنين ويخوله حق متابعة عمليات إتمام إنجاز البناءات بموجب التزام مرقي عقاري آخر على حساب، المرقي الأصلي وبدلاً عنه وذلك في حدود الأموال المدفوعة. وفي هذا الإطار، يمنع على كل مقتن من مواصلة إتمام إنجاز البناء، بدلاً من المرقي العقاري الذي كان موضوع سحب الاعتماد". كما أنّ هذه المادة تبين لنا كذلك أنّ الصندوق يقوم بهذا الالتزام في حالة قيامه من خلال تكليف مرقي عقاري آخر للقيام بذلك في حدود الأموال المدفوعة مما يضمن للمقتني الحصول على مسكنه في النهاية¹، لكن يمنع عليه هو مواصلة البناء وحده. أمّا الوضعية الثالثة وهي حالة عجزه عن تنفيذ التزاماته لأي سبب قانوني: فيختلف العجز عما إذا كان المرقي العقاري شخصاً طبيعياً أو شخصاً معنوياً، فإذا كان المرقي العقاري شخصاً طبيعياً فإن هذا الصندوق سيضمن في حالة وفاته و عدم إتمام الأبحاث إزاء الورثة، وكذا في حالة فقدانه بموجب حكم أو قرار قضائي، أو في حالة اكتشاف احتياله أو نصبه من طرف السلطة القضائية، أما إذا كان المرقي العقاري شخصاً معنوياً، فإن الصندوق سيضمن إفلاسه أو تصفية شركته مهما كان السبب، وأيضاً في حالة اكتشاف احتيال المرقي العقاري من قبل سلطة من السلطات القضائية².

ويقوم الصندوق بتنفيذ ضمانه أيضاً عن طريق الحلول الذي عرفته المادة 2 من المرسوم التنفيذي 14-181 الذي يحدد شروط حلول صندوق الضمان والكفالة المتبادلة: "يقصد بحلول الصندوق، بموجب هذا المرسوم نيابته: - قانوناً، عن المرقي العقاري المخل بالتزاماته قصد إتمام إنجاز البناءات وفقاً للشروط المحددة في المواد أدناه (والتي سبق وبياناها في هذا العنصر)، - عن المقتنين، فيما يخص الاستفادة من امتياز الصف الأول، في حالة إفلاس أو تصفية المرقي العقاري، في حدود ديون هؤلاء المقتنين،

- فيما يتعلق بحقوق المقتنين ومتابعتهم للمرقي المخل بالتزاماته قضائياً، بحسب المبالغ المدفوعة". وإضافة إلى الفقرة الثانية من المادة أعلاه نصت المادة 58 من القانون 04-11 على حلول صندوق الضمان والكفالة محل المشتري في حالة الإفلاس أو التصفية القضائية، لضمان تحصيل ديونهم كاملة لاستفادته من امتياز الصف الأول ضمن جماعة الدائنين، في حدود ديونهم المدفوعة طبعاً.

إذن الهدف الأكبر من وراء اكتتاب تأمين لدى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة هو استرداد الثمن، واستكمال المشروع إلى غاية جاهزته لحيازة المكتتب له، وهذا التأمين إلزامي وعلى الموثق احترام ذلك وعدم إبرام عقود البيع على التصاميم في حالة عدم وجود هذا التأمين التزاماً بنص المادة 54 من القانون 04-11 المذكورة

¹ - مها بن تريعة مها، مسؤولية المرقي العقاري في إطار عقد الترقية العقارية، المرجع السابق، ص 26.

² - علي بن علي، عقد البيع على التصاميم في ظل القانون 04-11، المرجع السابق، ص 149.

أعلاه وبالتالي لا يمكن للموثق تحرير عقد البيع على التصاميم بدون وجودها، وفي المقابل على المكتتب أن يعلم أن غياب شهادة الضمان يعني المخاطرة الحقيقية فقد يخسر أمواله ولا يحصل على ملكية السكن¹.

في مقابل هذه الحالات فإنّ الصندوق لا يمكن أن يطلب منه ضمان ما يلي:

- ضمان حسن الإنجاز؛ لأنّ هذا الضمان له تأمين خاص.

- التأخر في تسليم الأملاك المكتسبة إلى المشتري والمنجزة بناءً على التصاميم المتفق عليها.

- الزيادة في الثمن في حالة مراجعته.

- الغرامات المالية بمختلف أنواعها.

- التعويضات القضائية والاتفاقية كالكوارث الطبيعية كونها تخضع للأمر 03.12.2².

- الحرائق والانفجارات والأخطار المهنية الناتجة عن أشغال البناء والمؤمن عليها طبقاً للمادتين 175 و 176 من الأمر 95 - 07 المتعلق بالتأمينات.

فهذه الحالات تخرج عن مسؤولية الصندوق ويتحمّل كل من المرقي العقاري والمشتري ضمانها بطرق أخرى، وذلك باكتتاب تأمين لدى شركات التأمين المختلفة³.

ثانياً: كيفية حساب آجال الضمان من قبل صندوق الضمان والكفالة المتبادلة

إنّ بداية حساب الضمان من قبل الصندوق، تبدأ من أول دفع مسبق من طرف المشتري كجزء من الثمن المحدد في العقد، إلى غاية تحرير محضر بالتسليم من قبل المرقي الذي يثبت حيازة المشتري للعقار محل الإنجاز⁴. لذلك فإنّ كل تأجيل في مدّة الإنجاز يجب إعلام الصندوق به، حتى يكون على دراية كاملة لمراقبة مراحل تطوّر إنجاز المشروع، لأنّ هذا التأجيل يزيد من قسط التأمين بالنسبة للمرقي لكل تجاوز بقدر 10% من مدّة الإنجاز المحددة في العقد.

¹ - سعدية فني، دور صندوق الضمان والكفالة المتبادلة في ضمان تمويل نشاط الترقية العقارية، المرجع السابق، ص 118.

² - الأمر رقم: 03 - 12 المؤرخ في 26 أوت 2003م، المتعلق بالزامية التأمين على الكوارث الطبيعية وتعويض الضحايا، الجريدة الرسمية العدد 52.

³ - خالد رمول، صندوق الضمان والكفالة المتبادلة في عقد البيع على التصميم، مجلة المفكر، جامعة محمد خيضر، بسكرة، العدد 5، د.ت، ص 301.

⁴ - ينظر المادة 34 فقرة 02 من القانون 11 - 04 السابق الذكر.

وإن تقاعس المرقى في دفع هذا القسط إلى صندوق الضمان، يتعرض إلى دفع غرامة مالية للصندوق تقدر بـ 100% من الزيادة في قسط التأمين تضاف إلى القسط الواجب دفعه¹. مع الإشارة إلى أنّ الصندوق يضمن فقط المبالغ المدفوعة من قبل المشتري أثناء مراحل الإنجاز وهو لا يضمن المبالغ المدفوعة عند التسليم أو بعدها².

ثالثاً: العلاقة بين المقتني وصندوق الضمان والكفالة المتبادلة

يعدّ صندوق الضمان والكفالة المتبادلة كفيل شخصي للمشتري وهذا طبقاً لنص المادة 671 من الأمر 75 - 58 المتضمن القانون المدني، ولقد نصّ المشرع على أحكام الكفالة في المواد 644 . 673 من نفس القانون. حيث أنّ القاعدة في كفالة الصندوق، باعتباره كفيل شخصي للمشتري في عقد البيع بناءً على التصميم، فإنّ الكفيل يلتزم بكل الدين من الأصل والفوائد والمصاريف والتعويضات لكن لا يلتزم إلاّ بأصل الدين. وفي سبيل ذلك خوّل له المشرع دعوى الدفع بالتجريد بمعنى الدفع بعدم جواز التنفيذ على أموال الكفيل الشخصي قبل تجريد المدين الأصلي والذي هو هنا المرقى العقاري من أمواله، وحتى يجوز أعمال هذا الدفع على الكفيل أي الصندوق الضامن التمسك به، ولا يجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها، ومن شروطه:

- ألا يكون الكفيل قد تنازل عن رفع دعوى الدفع بالتجريد.

- يجب أن يكون التنازل صريحاً سواء كان في عقد الكفالة ذاته أو اتفاق لاحق.

- وحتى يقبل هذا الدفع يجب أن تكون مطالبة المدين (المشتري) مجدية مع عدم جدوى هذه المطالبة اتجاه المدين الأصلي³.

وبذلك يتبيّن لنا أنّ صندوق الضمان والكفالة المتبادلة في مجال الترقية العقارية، يعتبر ضماناً حقيقية لكل مقتني في إطار بيع العقار بناءً على التصميم خصوصاً بعد أن وسّع المشرع في مهامه، إلاّ أنّه من الناحية العملية يبقى هذا الصندوق لم يؤدّي المهام المنوطة به على أكمل وجه .

المطلب الرابع: الضمانات المتعلقة بتسيير نظام الملكية المشتركة

¹ - خالد رمول، صندوق الضمان والكفالة المتبادلة في عقد البيع على التصميم، المرجع السابق، ص 304.

² - سهام مسكر، بيع العقار بناءً على التصميم، المرجع السابق، ص 140 وما بعدها.

³ - خالد رمول، صندوق الضمان والكفالة المتبادلة في عقد البيع على التصميم، المرجع السابق، ص 304.

نصّت المادة 61 من القانون 04-11 على أنه: " يتعيّن على كل مرقي عقاري إعداد نظام الملكية المشتركة وتوضيح كل البيانات القانونية والمالية الخاصّة به، ويجب عليه خصوصاً توضيح الأعباء والواجبات التي يلتزم بها المقتنون عند الاكتتاب في عقد بيع عقار ما.

كما يجب على المرقي العقاري توقع وإنجاز المحلات الضرورية لإدارة الأملاك ومسكن البواب بعنوان الأجزاء المشتركة".

ونصّت المادة 62 من نفس القانون على أنه: " يلتزم المرقي العقاري بضمان أو الأمر بضمان إدارة الأملاك لمدة سنتين (2) ابتداءً من تاريخ بيع الجزء الأخير من البناية المعنية".

من خلال نصّ المادتين يتبين لنا أنّه يترتب في ذمة المرقي العقاري التزامين مرتبطين بعقد البيع بناءً على التصميم، وهما: الالتزام بإعداد نظام الملكية المشتركة، والالتزام بإدارة الأملاك.

الفرع الأول: الالتزام بإعداد نظام الملكية المشتركة

يهدف نظام الملكية المشتركة إلى تنظيم علاقة الملاك منفردين ومجتمعين، وتنظيم إدارة العقار للمحافظة على سلامته، وقد نظّمه المشرّع الجزائري في المرسوم التنفيذي رقم: 14-99 المحدّد لنموذج نظام الملكية المشتركة المطبق في مجال الترقية العقارية، ويتميز هذا النظام بما يلي:

- يختص بتنظيم قواعد تسيير وإدارة البنايات الجماعية قصد توضيح كافة البيانات القانونية والتقنية والمالية المتعلقة بها، وكذا الأعباء والالتزامات المفروضة على المقتنين أثناء اكتتاب عقد البيع الخاص بأملاكهم العقارية¹.

- نظام الملكية المشتركة إلزامي لجميع المالكين، وهذا ما أكّدت عليه المادة 50 من القانون 04-11.

- يهدف هذا النظام إلى توضيح مآل البناية أو مجموع البنايات من حيث بيان تقسيمها إلى أجزاء خاصة ومشاركة، مع بيان شروط الانتفاع بها وتعيين وصف دقيق لكل من أصناف هذه الأجزاء².

- لا يتصور ورود هذا النظام على غير الملكيات الجماعية، كونها تتسم بازدواجية الملكية الخاصّة والجماعية³.

¹ - زهرة بن عبد القادر، نطاق الضمان العشري للمشيدين، المرجع السابق، ص 234.

² - ينظر في ذلك: نموذج نظام الملكية المشتركة في مجال الترقية العقارية، الملحق بالمرسوم التنفيذي 14-99، المحدّد لنموذج نظام الملكية المشتركة المطبق في مجال الترقية العقارية.

³ - زهرة بن عبد القادر، نطاق الضمان العشري للمشيدين، المرجع السابق، ص 234.

- المالك في نظام الملكية المشتركة له سلطة الاستعمال والاستغلال والتصرف في ملكيته الخاصة، مع اقتصار حقه على الاستعمال والانتفاع فقط في الملكية المشتركة دون الحق في التصرف بها أو تغيير معالمها إلا باتفاق الشركاء¹.

فطبقاً لنص المادتين 60 و 61 من القانون 04-11، يلتزم المرقى العقاري بإعداد نظام الملكية المشتركة في شكل رسمي، بحيث يجرّره الموثق بطلب من المرقى العقاري وبموافقة الممثل المنتخب أو المعين من طرف المقتنين²، أي أنّ نظام الملكية المشتركة عقد يبرم بين المرقى العقاري وجمعية الملاك. ويلتزم المرقى العقاري بمناسبة إعداد هذا النظام بعدّة التزامات هي:

✓ إعداد هذا النظام على أساس النموذج الملحق بالمرسوم التنفيذي 14-99 المحدّد لنموذج نظام الملكية المشتركة في الترقية العقارية، قصد تحديد كل البيانات القانونية والتقنية والمالية المتعلقة بها، مع بيان الأعباء والالتزامات المترتبة في ذمة المقتنين عند اكتتاب عقد بيع خاص بأملاكهم العقارية، وهذا ما نصت عليه المادة 03 من المرسوم التنفيذي السابق، أي أنّ نظام الملكية المشتركة عبارة عن جدول حقوق وأعباء تخص المقتنين من حيث الالتزامات القانونية المتعلقة باستعمال الملكية المشتركة والأعباء المالية للمحافظة على العقار المبيع، إصلاحاً وترميمياً وتعديلاً.

✓ العمل أثناء إعداد هذا النظام على توفير مرافق إدارة الأجزاء المشتركة، من محلات ضرورية ومسكن بواب عند الاقتضاء³.

✓ وبالإضافة إلى التزام المرقى العقاري بإعداد نظام الملكية المشتركة، يتعيّن عليه تبليغه للمقتنين مع عقد الملكية وشهادة المطابقة، ويخضع هذا النظام إلى التسجيل والشهر لدى المحافظة العقارية.

¹ - تنصّ المادة 13 من المرسوم التنفيذي رقم: 94 - 59 المحدّد للقواعد المتعلقة بالملكية المشتركة وسير العمارات الجماعية الملغى بالمرسوم التنفيذي 14. 99 المحدّد لنموذج نظام الملكية المشتركة في الترقية العقارية على أنه: "لا يجوز إدخال أي تغيير على الأشياء = = المشتركة ولا على الخدمات المشتركة مثل المصاعد وقنوات توزيع الماء والغاز والكهرباء إلاّ بموافقة الشركاء الآخرين"، وهي نفس الصياغة تقريباً للبند

2 - 3 من نموذج نظام الملكية المشتركة في مجال الترقية العقارية تحت عنوان استعمال الأجزاء المشتركة.

² - المادة 06 من المرسوم التنفيذي 14. 99.

³ - حيث نصّت المادة 04 من المرسوم التنفيذي 14. 99 المحدّد لنموذج نظام الملكية المشتركة في الترقية العقارية على أنه: "يتعيّن على المرقى العقاري أن يوضح أنه خصّص وأنجز بعنوان الأجزاء المشتركة المحلات الضرورية لإدارة الأملاك، وكذا مسكن البواب عند الاقتضاء". وهو نفس نص المادة 61 من القانون 04. 11 في فقرتها الثالثة والتي جاء فيها: "كما يجب على المرقى توقيع وإنجاز المحلات الضرورية لإدارة الأملاك ومسكن البواب بعنوان الأجزاء المشتركة".

الفرع الثاني: الالتزام أو الأمر بضمان إدارة الأملاك العقارية

جاء في نموذج عقد البيع على التصاميم المحدد بموجب المرسوم التنفيذي 13-431 حول التزام المرقى العقاري بتسيير الملكية المشتركة، ما يلي:

"الالتزامات المتعلقة بتسيير الملكية المشتركة للمجموعة العقارية التي تتضمن الملك المباع: يجب أن ينص عقد البيع على التصاميم على التزام البائع بضمان أو التكليف بضمان تسيير الملك خلال مدة سنتين (2) ابتداء من تاريخ بيع آخر جزء من البناية المعنية.

إنّ الالتزامات المتعلقة بتسيير الملكية المشتركة للمجموعة العقارية المتضمنة الملك المباع هي تلك المحددة في المواد 60 و61 و62 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 وبتحديد 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".

ونصّت المادة 05 من المرسوم التنفيذي 14-99 المتعلق بالملكية المشتركة على أنه: "يتعين على المرقى العقاري، زيادة على ذلك إعداد ووضع وسائل وأجهزة تسيير الأملاك العقارية المفتوحة للتنازل عنها وضمان أو السعي لضمان إدارة الملك خلال مدة سنتين (02) ابتداءً من تاريخ بيع آخر جزء من البناية المعنية، والعمل على تحويل هذه الإدارة إلى الأجهزة التي وضعها أو عينها المقتنون".

فمن خلال هذه النصوص ونص المادة 62 من القانون 11-04 المشار إليها سابقاً يتّضح أنّ المرقى العقاري ملزم بإعداد منظومة قانونية وإدارية لتسيير الملك العقاري، بوضع الركائز الأولية لطرق التسيير والإدارة من حيث الصيانة والأعباء، فيتولى بذلك إدارة هذه الوسائل والأجهزة المعدة لتسيير البناية، إمّا بنفسه أو بتعيين من ينوبه في ذلك لمدة سنتين ابتداءً من تاريخ بيع آخر جزء من البناية.

غير أنّ هذه الصياغة للنص غير مضبوطة خصوصاً في عبارة: "ابتداءً من تاريخ بيع آخر جزء من البناية المعنية". وليس من تاريخ الاستلام، فترك النص على هذه الصياغة يؤدي إلى الاعتقاد بأنّ عملية الإدارة والتسيير تتم قبل تمام الإنجاز، لأنّ في البيع بناءً على التصميم يباع آخر جزء عند سداد ثمن آخر دفعة، غير أنّ تمام الإنجاز لا يعني

الاستلام، فقد يتراخى إلى وقت لاحق، كالحصول على شهادة المطابقة وتوقيع محضر الاستسلام المقترن بالحيازة الفعلية للعقار¹.

والظاهر حسب رأي الباحث أنّ نية المشرّع من ذلك هي إعطاء فرصة للمقتنين للإمام بأساليب إدارة الملك العقاري، وتبلور أجهزته الداخلية من جمعية الشركاء في الملكية، وإعداد نظام الملكية المشتركة إلى حين الاستلام الفعلي، أين لا يبقى أمام المرقى العقاري سوى وضع آليات التسيير والإدارة بين أيدي الملاك.

فالمشرّع قدم هذا الضمان على عملية الاستلام وجعله ممتداً إلى ما بعدها لضمان حسن تسيير الأملاك العقارية، لأنّ المرقى هو العالم بكيفية إدارة مشروعه، وعليه بذلك إطلاع المقتنين على طرق التسيير والصيانة لضمان سلامة البناء والمحافظة عليه، وبالتالي تحلله من كل ما قد يصيبه جرّاء سوء التسيير أو الصيانة أو الاستعمال.

مع الإشارة إلى أنّ التزام المرقى العقاري بإدارة الأملاك العقارية أو الأمر بضمان إدارتها، التزاماً عقدياً أساسه عقد البيع المبرم مع المقتنين، كما يؤسس على نظام الملكية المشتركة الذي يأخذ فيه المرقى العقاري دور جمعية الشركاء في الملك، إلى حين إنشائها من طرف المقتنين، أمّا عن طبيعة هذا الالتزام فهو التزام ببذل عناية في السهر والمحافظة على العقار المبيع إلى حين تحويل مهام الإدارة إلى مجموعة الشركاء.

وبهذا يكون المشرّع قد أحاط المقتني في عقد البيع بناءً على التصميم بحماية قانونية من نوع خاص أساسها العقد، وهي المسؤولية العقدية المرتبطة بتنفيذ بنود العقد، ويتحقّق الضمانات المقرّرة بموجبه والمنظمة بالنصوص القانونية الخاصة والعامة، والتي تمتد على مدار فترة التنفيذ إلى ما بعد استلام المشروع العقاري ولمدة سنتين. **المطلب الخامس: موقف الفقه الإسلامي من الضمانات الخاصة والمستحدثة في عقد البيع بناءً على التصميم**

إنّ قضية الضمانات من القضايا التي اكتسبت أهمية كبرى في المعاملات المعاصرة وليدة التطور، لكبر وتشعب هذه المعاملات بحيث أصبحت تتداول فيها أموال طائلة تتعلق بها حقوق العديد من الناس، لذلك تدخل التشريع القانوني لحفظ هذه الحقوق عن طريق ضمانات خاصة كما رأينا في عقد البيع بناءً على التصميم، وهذا عين إحدى الغايات والمقاصد الكبرى للشريعة الإسلامية وهي حفظ المال، كما أنّ هذه الضمانات الخاصة التي يتميز بها عقد البيع بناءً على التصميم هي من أكبر الأحكام التي جاء بها التشريع لتنفي الضرر عن هذا العقد بالنسبة للمشتري، لأنّ العقار المبيع غير موجود بل العلم به يحصل عن طريق التصاميم والمخططات، والتي قد لا تتطابق مع

¹ - وهذا ما نصّت عليه المادة 34 من القانون 11.04.

حقيقة البناء بعد اكتماله، أو مخالفة آجال اكتماله أو عدم اتمامه والتخلي عن مشروع البناء، وبالتالي يقع الضرر على المشتري وهذا ما نهي عنه شرعنا الحنيف، أمّا ما يقابلها في عقد الاستصناع من ضمانات نجد الفقهاء المعاصرين جوّزوا احتواء عقد الاستصناع على شرط جزائي¹، نستنتج من خلال التبع لزمن ظهور هذا الشرط في عقد الاستصناع: "في أواخر العهد العثماني اتسعت في الدولة التجارة الخارجية مع أوروبا، وتطورت أساليب التجارة الداخلية، والصناعات، وتولدت في العصر الحديث أنواع من الحقوق لم تكن معهودة... واتسعت مجالات عقود الاستصناع في التعامل بطريق الإيصاء على المصنوعات مع المعامل والمصانع الأجنبية... وقد ضاعف احتياج الناس إلى أن يشترطوا في عقودهم ضمانات مالية على الطرف الذي يتأخر عن تنفيذ التزامه في حينه... ومثل هذا الشرط يسمى في اصطلاح الفقه الأجنبي: الشرط الجزائي، فعلى ضوء ذلك لا مانع من اقتران الشرط الجزائي بعقد الاستصناع، وحينئذ يلتزم به الطرفان، ويكون التعويض عند الإخلال بقدر الضرر وآثاره، ويرجع في ذلك إلى أهل الخبرة، أو إلى القاضي عند النزاع. إلا إذا طرأت ظروف قاهرة بعد انعقاد عقد الاستصناع تحول دون تنفيذه"²، وهذا الذي جاء به قرار مجمع الفقه الإسلامي إذ ينص على: "يجوز أن يتضمّن عقد الاستصناع شرطا جزائيا بمقتضى ما اتفق عليه العاقدان ما لم تكن هناك ظروف قاهرة"³. فاحتواء عقد الاستصناع على الشرط الجزائي هو دفع للضرر ومنع لتفويت المنافع، وسد أبواب الفوضى والتلاعب بحق العباد، وسبب من أسباب الحفز على الوفاء بالعهود⁴. بالإضافة إلى ذلك لا بد من مراعاة اختلاف الزمان والأحوال في قضايا العصر، فمع أنّ التغيّرات الحياتية والعلمية التي شهدتها العصور السابقة كانت طفيفة، فإننا رأينا 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 الضرورة والحاجة.

وبناءً على ذلك فإنّ هذه الضمانات الخاصة والمستحدثة في عقد البيع بناءً على التصميم يمكن تكيفها في الفقه الإسلامي تكييفاً عاماً، فنقول بأنّ كلّ 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

¹ - وقد سبق التفصيل فيه في المبحث الثالث من هذا الفصل تحت عنوان الجزاء المترتبة عن الإخلال بالالتزامات.

² - محمد رأفت سعيد، عقد الاستصناع وعلاقته بالعقود الجائزة، المرجع السابق، ص 1065.

³ - قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم 7/3/67 بشأن عقد الاستصناع، الصادر عند انعقاد دورة مؤتمره السابع بجدة في المملكة العربية

السعودية من 7 إلى 12 ذو القعدة 1412هـ الموافق 9-14 مايو 1992م، نشر بالمجلة التابعة له، العدد7، ص 1137.

⁴ - كاسب بن عبد الكريم البدران، عقد الاستصناع في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 232.

المالية، لا حاجة لنا باستئذان الفقه فيها فلا مانع من إقرارها مادامت تسعى دائماً إلى تحقيق العدل بين المتعاقدين حفظ حقوق. وبالنسبة لعقد الاستصناع فرأينا أنّ احتواء هذا العقد على شرط جزائي يعتبر من الضمانات الخاصة في هذا العقد.

خلاصة الفصل الثاني:

بعد تناولنا في هذا الفصل لآثار عقد البيع بناءً على التصميم، حيث قسمناه إلى ثلاثة مباحث، تناولنا في المبحث الأول التزامات طرفي عقد البيع بناءً على التصميم، ثمّ تطرقنا في المبحث الثاني إلى جزاء الإخلال بهذه الالتزامات، وأخيراً تناولنا في المبحث الثالث الضمانات الخاصة والمستحدثة في عقد البيع بناءً على التصميم، محاولين في ذلك مقارنة كل ذلك بخصوص ما جاء من أحكام عقد الاستصناع في الفقه الإسلامي، فإنّه يمكن للباحث أن يستخلص ما يلي:

- يضع عقد البيع بناءً على التصميم عدّة التزامات على عاتق البائع (المرقى العقاري) تتمثّل في الالتزام بتشديد البناء، الالتزام بنقل الملكية، الالتزام بالتسليم، الالتزام بالضمان، وأخيراً الالتزام بالإعلام، وهي تقريبا نفس الالتزامات التي تقع على عاتق الصانع في عقد الاستصناع (استصناع المباني) والمتمثلة في الالتزام بالصناعة، الالتزام بتسليم الشيء المصنوع، الالتزام بضمان عيوب المصنوع بعد تسليمه، والالتزام بضمان الدرك.

فبالنسبة للالتزام بالتشديد فيجب أن يتم في الأجل المتفق عليه وأن يكون العقار المنجز مطابقاً لما اتفق عليه من مواصفات في العقد، فلا يكفي بأن يقوم المرقى العقاري بإقامة البناء وحده، بل لابد أن يكون مطابقاً لما تمّ الاتفاق عليه في العقد من شروط، وهو نفس الأمر بالنسبة لالتزام الصانع بالصناعة في عقد الاستصناع، كما أنّه للمرقى العقاري أو الصانع أن يقوم بالعمل بنفسه أو يعهد إلى غيره بالعمل كلّهُ أو بعضه، وفي كلا العقدين يرجع تحديد مدّة الانجاز لاتّفاق طرفي العقد.

وبالنسبة لنقل الملكية فقد عالج القانون 11 - 04 المحدّد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية مشكل انتقال الملكية الذي طرحه المرسوم التنفيذي 94 - 58 المتعلق بنموذج عقد البيع على التصاميم في المادة 02 والتي اعتبرت الملكية تنتقل بمجرد إبرام العقد، حيث اشترط تحرير العقد في الشكل الرسمي مع ضرورة إخضاعه لإجراءات التسجيل والشهر، أمّا عن كيفية انتقالها فتكون على مرحلتين: المرحلة الأولى تبدأ من لحظة شهر العقد والتي تنتقل

بمقتضاها ملكية الرقبة للمشتري، أما المرحلة الثانية لانتقال الملكية تبدأ بعد تمام الإنجاز وتسليم شهادة المطابقة وتسديد كامل الأقساط وتحرير محضر التسليم وتوقيعه وشهره، بحيث يمكن أن ينتقل للمشتري حق التمتع والتصرف في المبيع، وهذا بخلاف عقد الاستصناع في الفقه الإسلامي والذي تنتقل فيه الملكية دفعة واحدة، كما أنها لا تنتقل للمستصنع إلا إذا جهز المبيع وكان مطابقاً للأوصاف المتفق عليها، لأن انتقال الملكية في الفقه الإسلامي يحدث بالتسليم والتسلم بحكم أن العقود مبنية على الرضاية، على عكس القانون فانتقال الملكية فيما يخص العقارات يختلف عن التسليم والتسلم لأنه يحدث بإجراءات شكلية حتى ولو لم يتسلم المشتري المبيع، لذلك نلمس الاختلاف هنا بين العقدين المدروسين في هذا البحث.

أما عن الالتزام بالتسليم فبالإضافة إلى إجراءات إبرام العقد وما تعلق بها من الناحية الشكلية، أوجب المشرع إثبات التسليم في محضر محرر لدى نفس الموثق الذي اكتتب العقد وهذا طبقاً للمادة 34 من القانون 11 - 04 ، وهذا الالتزام لا مجال للحديث عنه في عقد الاستصناع، لأنه التزام فرضه التطور الحاصل في المعاملات من الناحية الشكلية.

كما يلتزم المرقى العقاري بضمان استحقاق الشيء المبيع، وضمان التعرض الشخصي مادياً أو قانونياً، والتعرض الصادر من الغير إن كان قانونياً، ومن جانب آخر ارتأى المشرع إخضاع أحكام عقد البيع بناءً على التصميم بالنسبة لضمان العيوب إلى نظام خاص يتماشى مع طبيعته، وجعله يخضع في معظم أحكامه لنفس أحكام عقد المقاول، وهي تقريبا نفس الضمانات التي يلتزم بها الصانع في عقد الاستصناع إذ يلتزم بضمان العيوب إضافة إلى ضمان الدرك الذي يقابله ضمان التعرض والاستحقاق في عقد البيع بناءً على التصميم.

كما أن المشرع وحرصاً منه على علم الجمهور بالمشروع العقاري ألزم المرقى بالإعلام عنه، حتى يتقدم إليه من يرغب في التعاقد معه بصيغة البيع بناءً على التصميم، وهو ما يعزز قدرة المقتني على العلم بما يقبل عليه من مشروع يكلفه أموالاً يتطلب توفيرها الدعم من الدولة أو القرض من المؤسسات المالية، كما أن الإعلام يعزز قدرته على اختيار البناية بحسب الغرض النهائي المقصود، لنقص المعلومات لديه حول الجودة والأسعار والكمية.

- عند عرضنا للالتزامات الكبرى للمرقى العقاري على الفقه الإسلامي من خلال مقارنتها بنظيرتها في عقد الاستصناع، لأن الالتزامات الأخرى التزامات فرضتها القوانين الشكلية التي لا بد منها مع التطور الحاصل، وجدنا أنه لا يمكننا الحديث عن آثار الالتزام إلا بعد إنجاز الصانع المستصنع، والتزاماته تقتصر على الإنجاز بالمواصفات

المشروطة في العقد وحفظه للمستصنع ونقله لملكته له بالتسليم وإن لم يفى بها يثبت في حق المستصنع مجموعة من الخيارات هي: خيار الصفة، وخيار العيب، خيار الرؤية، والتي تعطي للمستصنع حرية القبول أو الفسخ أو الزام الصانع بالتنفيذ.

- ولما كان عقد البيع بناءً على التصميم يترتب التزامات في ذمة كل من المرقي العقاري والمشتري، فإنه يترتب على عدم الوفاء بهذه الالتزامات جزاءات بالنسبة لكلا الطرفين. فمن الجزاءات المترتبة في ذمة البائع منها ما هو عام يخضع 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 إعدار البائع وسواء طلب المشتري التنفيذ العيني أو الفسخ، يجوز أن يطلب التعويض أيضا إذا كان له محل، إضافة إلى جزاءات خاصة تضمنتها القوانين المتعلقة بالنشاط العقاري، كالعقوبات الإدارية المتمثلة في سحب الاعتماد بأنواعه الثلاث: المؤقت، النهائي، والتلقائي طبقا للقانون 04-11، وبموجب القانون ذاته شرع توقيع عقوبات جزائية متمثلة في الغرامة والحبس في حالة إخلاله بالالتزامات المنصوص عليها فيه، وعند مقابقتها بما جاء في الفقه الإسلامي حول الجزاءات المترتبة عن إخلال الصانع بالتزاماته فبالإضافة إلى الجزاءات المشتركة بين الصانع والمستصنع والمترتبة عن المماطلة في الوفاء بالالتزامات المتمثلة في: الحبس، التغريم، استيفاء الحق من المماطل جبرا. فإنه يجوز أن يتضمن هذا العقد شرطا جزائيا غير مححف لتعويض المستصنع في حالة إخلال الصانع بالتزاماته أو تأخره في تنفيذها ما لم توجد ظروف قاهرة كما أنّ هناك مجموعة من الخيارات تثبت للمستصنع نتيجة إخلال الصانع بالتزاماته هي: خيار العيب، خيار الرؤية، وخيار الوصف، والتي تعطي للمستصنع حرية القبول أو الفسخ أو الزام الصانع بالتنفيذ. ووجدناها متقاربة إلى حد بعيد مما يؤكد التشابه الحاصل بين العقدين.

- بما أنّ عقد البيع بناءً على التصميم ملزم لجانين فإنه يترتب التزامات على عاتق المقتني وهي الالتزام بدفع الثمن، الالتزام بالتسليم، الالتزام بدفع التكاليف المفروضة، والتي تقابلها التزامات المستصنع في عقد الاستصناع والمتمثلة في الالتزام بدفع الثمن، الالتزام بتسليم ما تمّ من العمل بعد إنجازها. وهي نفسها التزامات المقتني إلاّ الالتزامات الإجرائية التي تفرضها القوانين الشكلية.

- بالنسبة لدفع الثمن فقد أحسن المشرع عندما نص في القانون 04/11 على دفع الثمن في شكل أقساط تبعا لتقدم مراحل الإنجاز، خصوصا عندما أوضح في المرسوم التنفيذي 431/13 نسبة دفع كل قسط وقسم عملية البناء إلى مراحل وفصلها بدقة، مما يسهل على المشتري دفع سعر كل القسط وهذا بخلاف ما كان سائدا في المرسوم

التنفيذي 94-58 الملغى، والذي لم يحدّد الأقساط ولا مراحل البناء، بل منح الأطراف حرية القيام بذلك ممّا يؤدي لا محالة إلى جعل المقتني تحت رحمة المرقى العقاري، الذي يسعى دائما لتحقيق الربح السريع ولو على حساب مصلحة غيره. كما أنّ المشرع الجزائري في القانون 11 - 04 منح الحرية للأطراف المتعاقدة في مراجعة الثمن بالنسبة لعقد البيع بناءً على التصميم كأصل عام، قصد مراعاة جانب إمكانية تغيير المعطيات خاصّة تلك المتعلقة بوضعية السوق العقارية وتكاليف الانجاز، وذلك بالاعتماد على المؤشرات الرسمية لأسعار مواد البناء والعتاد واليد العاملة، ولكنّه كاستثناء اشترط أن لا يتجاوز السعر المراجع 20٪ كحد أقصى من السعر المتفق عليه في البداية وهذا بخلاف المرسوم التشريعي 93-03 الملغى، والذي لم يحدّد نسبة المراجعة بل تركها تخضع لتقدير وإرادة المرقى العقاري الذي استغل الأمر في تحديد نسبة المراجعة دون أية مراقبة. هذا في عقد البيع بناءً على التصميم أمّا في عقد الاستصناع فقلنا أنّه يمكن أن يكون الثمن معجلا كله، أو مؤجلا كله وهذا هو الأصل، وقد أجاز الفقهاء المعاصرون ومجمع الفقه الإسلامي تقسيط الثمن في عقد الاستصناع . وعليه فهذه الخاصية في الثمن في عقد البيع على التصميم يتضمّننها ويحتويها عقد الاستصناع ممّا يزيد من مؤشرات التقارب بين العقدين. والأمر الذي يجب الإشارة إليه هنا بخصوص الثمن أيضا هو أنّ المقتني وقصد دفع هذه الأقساط، فإنّه يلجأ إلى القروض البنكية غالبا ممّا يوقعه في شبهة الربا، لذلك فإنّنا ندعو المشرّع إلى إنشاء بنوك إسلامية تقوم بتمويل مشاريع البناء ومنح قروض مالية للمكاتب دون فوائد ربوية..

أمّا بالنسبة للالتزام بالتسلّم فإنّه يتضمّن في عقد البيع بناءً على التصميم مجموعة من الشروط الموضوعية، تتمثل في إنجاز العمل محل التعاقد، مطابقة البناء للمواصفات المنصوص عليها في العقد من خلال المقاييس الوصفية والكمية ومن خلال التصميم، وكذا ضرورة استجابة العقار لشروط الصحة والأمن والسكينة طبقا لما هو منصوص عليه في القانون المتعلّق بالتهيئة والتعمير، كما نص المشرّع الجزائري على ضرورة إفراغ عمليتي التسليم والتسلّم في محضر يجرّ بحضور كل من البائع والمشتري وفي نفس مكتب الموثق الذي عهد إليه تحرير عقد البيع بناءً على التصميم، وهذا الالتزام هو نفسه الالتزام الواقع على عاتق المستصنع في عقد الاستصناع إلّا فيما يخص الاجراءات الشكلية التي فرضها التطور الحاصل في المعاملات - كما سبق الذكر - .

كما أنّه في حالة إخلال المشتري في عقد البيع بناءً على التصميم بالتزامه بدفع الثمن فإنّ بائع العقار بناءً على التصميم الذي لم يستوفي الثمن، والذي قد يكون قام من جهته بتنفيذ التزامه، يمكنه مثل كل دائن يستمدّ حقوقه من عقد ملزم للجانبين، حبس العقار المبيع تطبيقا لقواعد الدفع بعدم تنفيذ العقد المقرّرة في العقود الملزمة للجانبين، أو المطالبة بالتنفيذ العيني فينفذ جبرا على أموال المشتري، وله طلب فسخ العقد، كما أنّه في حالة تماطله عن تسلّم العقار جاز للبائع وبعد أن يعذر المشتري بالتسلّم أن يطلب من القضاء إجباره على تنفيذ التزامه عينا، وله أن

يطلب في سبيل ذلك الحكم عليه بالغرامة التهديدية عن التأخر في التسلم أو تعيين حارس يتولى حراسة العقار على نفقة المشتري، أمّا بالنسبة لعقد الاستصناع فبالإضافة إلى الجزاءات المشتركة بين الصانع والمستصنع والمترتبة عن المماطلة في الوفاء بالالتزامات المتمثلة في: الحبس، التغريم، استيفاء الحق من المماطل جبراً. هناك جزاءات خاصة تترتب عن إخلال المستصنع بالتزاماته، فإذا أخل بالتزامه بدفع الثمن أجاز الفقهاء للصانع حبس المستصنع إلى غاية استيفاء الثمن المتفق عليه، أمّا إذا أخل بالتزامه بتسليم المصنوع وكان موافقاً للأوصاف المشروطة التي وضعها المستصنع فإنّ حق هذا الأخير في الخيار يسقط ويكون العقد ملزماً.

- ونظراً للخصوصية التي يميّز بها عقد البيع بناءً على التصميم، خصوصاً المجازفة من طرف المشتري، فقد عزّزه المشرّع بضمانات خاصة ومستحدثة، تمّ النص عليها وتقريرها من خلال القانون 11-04 والمرسوم التنفيذي 13-431، حيث تتمثل هذه الضمانات في الضمان العشري، ضمان حسن التنفيذ، ضمان إدارة الأملاك وإعداد نظام الملكية المشتركة، لزوم القدرة الفنية والمالية للمرقي العقاري وانتسابه لصندوق الضمان، وهذه الضمانات تتماشى مع خصوصية هذا العقد وتحقق الهدف من وراء هذه الخصوصية وهو دائماً حماية المشتري.

فبالنسبة للضمان العشري يرى الباحث أنّ المشرع الجزائري قد أحسن إلى حد بعيد عند تحميله المرقي المسؤولية العشرية، إضافة إلى المهندس المعماري ومقاول البناء والمراقب التقني والشركاء والمتدخلين الآخرين في عقد البيع بناءً على التصميم، نظراً لما يمثله من دور في عملية الإنجاز، غير أنّ استعمال المشرّع لمصطلح الشركاء والمتدخلين الآخرين في إطار حديثه عن الأشخاص المخاطبون بالضمان العشري دونما تحديد لهم، يوجب ويفهم منه جواز مساءلة كل متدخل في عملية البناء بما في ذلك العمال المستخدمين من طرف المرقي العقاري أو المقاولين. وعليه فإنّ الباحث يعتقد أنّ هذا المصطلح غير واضح وفيه نوع من اللبس والغموض وبحاجة إلى ضبط وتوضيح، لذلك يجب على المشرّع تحديد هؤلاء المتدخلين لتجنب إخضاع فئات خارجة عن نطاق المفاولة للمسؤولية العشرية،

مما يلاحظ أيضاً على الضمان العشري أنّه من خلال النصوص القانونية المستحدثة فيه تظهر إرادة المشرّع الجزائري في توسيع النطاق الشخصي لهذا الضمان، منتهجاً في ذلك نهج نظيره الفرنسي، وذلك مواكبة للتطور الحاصل في مجال البناء والتشييد، لكن تبقى هذه الإرادة تنقصها النصوص القانونية الواضحة التي تحدّد قائمة الأشخاص المدنين بأحكام الضمان العشري تحديداً واضحاً.

يُتضح من خلال نص المادة 46 من القانون 11-04، أنّها اقتصرَت على حالة زوال البناية، أي تحقّق الزوال الكلي أو الجزئي فعلاً لا احتمالاً، وهذا بخلاف المادة 554 من القانون المدني التي لم تكنف بالعيب المؤدي للهدم بل نصّت على العيب المؤثر على متانة وسلامة البناء لترتب المسؤولية العشرية، وكذا تلك المخلة بصلاصة عناصر التجهيز غير القابلة للانفصال المشار إليها في الأمر 95 - 07 المتعلّق بالتأمينات، لذلك فالباحث يرى ضرورة تعديل نص المادة 46 من القانون 11 - 04 بما يوافق المادة 554 من القانون المدني؛ بل إنّ الباحث يقترح توسيع في دائرة العيوب التي تشكل نطاقاً موضوعياً لسريان أحكام الضمان العشري، بحيث يجعلها تشمل إضافة إلى العيوب السابقة، تلك التي يكون من شأنها أن تجعل العمل المقام غير صالح لتحقيق الغرض الذي أنشئ من أجله، خاصة أمام ما نعاينه في عصرنا من عدم صلاحية منشآتنا لتحقيق ما تقام من أجله من أغراض.

إضافة إلى الضمان العشري أدخل المشرّع الجزائري على عقد البيع بناءً على التصميم ضماناً جديداً ومستحدثاً، والذي من شأنه تكميل الحماية الخاصّة التي أولاها المشرّع للمشتري في هذا البيع حتّى بعد التسليم، ويتمثل هذا الضمان في حسن التنفيذ بنوعيه الإنهاء الكامل لأشغال الإنجاز وحسن سير عناصر التجهيز، وما يعاب على المشرّع الجزائري أنه ذكر هذا الضمان في القانون 11 - 04 دون تفصيل أحكامه، ممّا قد يؤدي إلى التداخل بينه وبين أحكام الضمان العشري.

كما ألزم المشرّع بموجب الفصل الرابع من القانون 11 / 04 في مواده من (54) إلى (59) كل مرقي عقاري معتمد ومسجل في الجدول الوطني للمرقين الانضمام إلى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة، وهذا التأمين عبارة ضمان قانونية خاصة منحها المشرّع للمشتري في عقد البيع بناءً على التصميم، فضلاً عن تلك التي يتمتع بها وفقاً للقواعد العامة، وتتجسّد هذه الضمانة من خلال عقد تأمين إجباري، يقوم المرقي العقاري باعتباره المؤمن له بإبرامه مع هذا الصندوق الذي يمثل المؤمن، حيث يلتزم هذا الأخير بإتمام الأشغال أو تسديد التسيقات التي دفعها المشترون للمرقي العقاري في إطار عقد البيع بناءً على التصميم، وذلك عند تحقّق حالة من الحالات المتفق عليها في عقد التأمين، وهذا مقابل قسط تأمين يدفعه هذا المرقي عند توقيع العقد.

بالإضافة إلى هذه الضمانات الخاصّة هناك ضمانات متعلّقة بتسيير نظام الملكية المشتركة تترتب في ذمة المرقي العقاري، وهي: الالتزام بإعداد نظام الملكية المشتركة، والالتزام بإدارة الأملاك. وهذه الضمانات الخاصّة والمستحدثة في عقد البيع بناءً على التصميم لا مانع من إقرارها في الفقه الإسلامي، كونها تسعى إلى حفظ كلي من الكليات

الخمسة وهو المال، كما تهدف أيضا إلى حفظ حقوق المتعاقدين، وقد رأينا ما يقابلها في عقد الاستصناع وهو الشرط الجزائي .

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

تذكرة

جامعة الأمير عبد القادر
الاعظم الإسلامية

خاتمة

الحمد لله الذي وقّفي على كريم فضله وخالص نعمته، في إنجاز هذا البحث الموسوم بـ: "عقد البيع بناءً على التصميم" - دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري - ، والذي يمكن اعتباره محاولة لإثراء هذا الجانب من الدراسات المتعلقة بالعقود، وخطوة إلى مزيد من الاهتمام والتقويم. وعليه فإنّه بعد عرضي لهذا الموضوع، ومحاولة الإمام بجميع جوانبه وجزئياته قدر المستطاع، توصلت إلى عدّة نتائج ومقترحات أجمالها فيما يأتي:

أولاً- نتائج البحث: من النتائج المتوصل إليها نذكر ما يلي:

1. عقد البيع بناءً على التصميم باعتباره تقنية من تقنيات الترقية العقارية الحديثة، عقد قائم بذاته له قواعده وأحكامه الخاصّة التي تكوّن نظامه القانوني الخاص به، وتحصّل هذه الذاتية المستقلة من خلال اندماج العناصر المكونة له، والمتمثلة في: قيام المرقّي العقاري بتشييد البناء لحساب المشتري وطبقاً للمواصفات المتفق عليها، دفع المشتري أقساط الثمن، وأخيراً تملك المشتري للبناء بعد تمام إنجازها.

2. إنّ عقد البيع بناءً على التصميم في الاصطلاح القانوني هو: "عقد بيع رسمي لعقار في طور الإنجاز، يلتزم بمقتضاه المرقّي العقاري بجميع الضمانات القانونية في تشييد العقار وتمليكه إلى المشتري، مقابل التزام هذا الأخير بالوفاء عن طريق دفع الثمن على حسب تقدم الأشغال".

3. رغم حداثة البيع بناءً على التصميم إلا أنّ المشرّع الجزائري قد نظّمه وضبط أحكامه بمجموعة من النصوص القانونية، آخرها القانون رقم: 11-04 المحدّد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، والمرسوم التنفيذي رقم: 13-431 المحدّد لنموذجي عقد حفظ الحق وعقد البيع بناءً على التصميم.

4. مع أنّ المشرّع الجزائري عادة ما يترك التعريفات للفقه إلا أنّه حرص على إعطاء مفهوم لهذا العقد في المادة 28 من القانون 11-04، وقد أحسن المشرّع في ذلك إلى حد بعيد نظراً لحداثة هذا العقد، غير أنّه يعاب عليه هذه التسمية "عقد البيع على التصميم"، حيث إنّها تسمية غامضة نوعاً ما خصوصاً فيما يتعلّق بمحل الالتزام، لذلك حسب اعتقادي حبذا لو جاءت التسمية "عقد بيع العقار بناءً على التصميم"، لتوضّح هذا الغموض وتبيّن محل الالتزام في هذا العقد.

5. إنّ عقد البيع بناءً على التصميم هو إحدى تطبيقات عقد الاستصناع في الفقه الإسلامي، وهذا هو التكييف الذي ذهب إليه مجموعة من الفقهاء المعاصرين الذين درسوا وأفتوا في هذه النازلة في ضوء أحكام المذهب الحنفي، لانفراده بالتفريد والتأصيل لهذا العقد دون غيره من المذاهب التي أدرجته ضمن السلم، و أقرّه مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي. وقد أطلق عليه بعض الباحثين المعاصرين في الفقه

خاتمة

الإسلامي بيع العقار على الخريطة أو بيع البيوت على المصورات، وهذا ما أيدناه لانطباق أحكام الاستصناع على هذا البيع، وهذه الصورة المقابلة لهذا العقد في الفقه الإسلامي هي التي على أساسها أنيطت المقارنة في هذا البحث لمعرفة موقف الفقه الإسلامي من هذا العقد.

6. من خلال هذا التكييف لعقد البيع بناءً على التصميم على أنه من قبيل الاستصناع، يمكن القول أنّ عقد بيع العقار على التصميم له وجه شرعي وإطار فقهي يتمثل في عقد الاستصناع، لكن هذا لا يعني أنّ عقد البيع بناءً على التصميم ينطبق تماما مع عقد الاستصناع، ولكن نستطيع القول أنه إمّا صورة حديثة من صور هذا العقد أو هو عملية إلحاق شبيهه بشبيهه لانطباق صورتها في بعض الوجوه، وما يهتّمنا من إلحاق عقد البيع بناءً على التصميم بعقد نظمت أحكامه في الفقه الإسلامي هو محاولة إيجاد تأصيل فقهي شرعي لهذا العقد الحديث ورأي الشرع في حكم هذا العقد جملة، ورأيه في مدى شرعية خصائصه وأركانه ومختلف أحكامه القانونية، من خلال معرفة رأيه في الأحكام المشابهة لها في باقي العقود المعروفة والمنظمة في الفقه الإسلامي قياسا عليها.

7. ذهب جمهور الحنفية إلى جواز عقد الاستصناع واستدلوا على ذلك من الكتاب والسنة والإجماع والمعقول، وقياسا على ذلك فإنّ عقد البيع بناءً على التصميم وحسب الأدلة التي أسهب في ذكرها فقهاء الحنفية قديما و العلماء المعاصرين حديثا، من العقود الجائزة شرعا جملة باعتباره من تطبيقات الاستصناع فهو عقد جائز شرعا إلا فيما دخل فيه الربا، لما فيه من التيسير على الناس ورفع الحرج والمشقة عنهم، خاصّة وأنّه يتعلق بمرفق لا غنى للناس عنه ألا وهو السكن الذي أصبح في وقتنا من الضروريات التي لا يتحقّق قوام العيش دونها، هذا بالإضافة أوجه الرفق التي يتضمّن هذا البيع بالنسبة لكل من البائع والمشتري .

8. إنّ جواز عقد البيع بناءً على التصميم على وجه الاستصناع وبالنحو الذي تقرّر في البحث هو أحد الأدلة على أنّ الإسلام دين يجمع بين دفتيه خيري الدنيا والآخرة، ويعالج مشكلات الحياة الدنيا بما يتفق مع المقاصد الشرعية ومصالح العباد والقواعد الفقهية في العقود والتصرفات، وعلى مرونة الفقه الإسلامي لما تضمّنه من قواعد وضوابط كلية يسهل التخريج عليها لمعرفة حكم ما يستجد من حوادث، وقد كان للمقاصد الشرعية الأثر البالغ في الحكم على هذه المعاملة المالية المستجدّة.

9. بالإضافة إلى أنّ اعتبار البيع بناءً على التصميم من تطبيقات الاستصناع دفعنا للبحث والوقوف على أركان وشروط صحة عقد البيع بناءً على التصميم في القانون، لنقف من خلالها على أركان وشروط صحة الاستصناع لدى الفقهاء المسلمين، وبالنظر في هذه الأركان والشروط تبين أنّها متقاربة إلى حد بعيد، والتي توصلنا من خلالها إلى أنّه يشترط لصحة البيع بناءً على التصميم ما يشترط لعقد الاستصناع جملة إلا فيما

يخص بعض الشروط التي استحدثتها المشرّع، والتي تتماشى مع التطورات المواكبة للحياة المعاصرة فهي في مجملها لا تتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية.

10. إن عقد الاستصناع يعتبر من العقود القديمة والمعاصرة التي درسها الفقهاء قديما وحديثا، فهو قابل للتجديد لتحقيق وتلبية حاجيات الأفراد أو المؤسسات في الجانب الصناعي، وهذا ما يظهر جليا في استصناع العقارات الذي أطلق عليه المشرّع الجزائري بعقد البيع على التصميم، والذي يمكن اعتباره بمثابة تطور حاصل فرضته الظروف والأحوال والزمان على عقد الاستصناع.

11. من حيث آثار هذا العقد تمّ التوصل إلى أنّ الذاتية الخاصّة لهذا العقد تتمثّل في كونه يضع على عاتق المرقى العقاري التزاما جوهريا هو بناء أو إنجاز العقار المبيع وفقا للمواصفات المتفق عليها وفي المدّة المحدّدة، وأنّ يضمن بقاء هذا العقار قائما وصالحا للاستخدام طوال المدّة المتوقعة لبقاءه.

12. كما تمّ التوصل إلى أنّ القانون 11 - 04 قد عالج مشكل انتقال الملكية الذي طرحته المادة 02 من المرسوم التنفيذي 94 - 58 الملغى المتعلّق بنموذج عقد البيع على التصميم، التي اعتبرت الملكية تنتقل بمجرد إبرام العقد، وذلك بموجب المادة 34 منه التي أوجبت تحرير العقد في الشكل الرسمي مع ضرورة إخضاعه لإجراءات التسجيل والشهر حتّى تنتقل الملكية.

13. كما توصل الباحث إلى أنّ الالتزام بالتسليم في هذا العقد له معنى خاص يختلف عن التسليم بمعنى وضع المعقود عليه تحت تصرف المتعاقد الآخر بحيث يستطيع حيازته والانتفاع به، وهو تقبل البناء من طرف مشتري العقار بناء على التصميم؛ أي موافقته على هذا البناء بعد فحصه وإقراره بأنّه قد نقد وفق الشروط المتفق عليها في العقد.

14. وبموازنتنا بين آثار عقد البيع بناءً على التصميم وآثار عقد الاستصناع وجدنا الاختلاف بينهما أكثر ممّا وجدناه فيما سبق، لكن هذا الاختلاف إن دلّ على شيء فهو يدلّ على عدم التطابق بينهما كما ذكرنا سابقا، لكن لم ينتج عن هذا الاختلاف حرمة أحكام عقد البيع بناءً على التصميم المختلفة عن أحكام عقد الاستصناع؛ بل الاختلاف كان نتيجة لبعض الأحكام المستجدة والتي بتكييفنا لها لم نجد مانعا شرعيا منها.

15. يسجل الباحث عدم الدقّة والغموض والاختصار المحلّ أحيانا في صياغة بعض نصوص القوانين المتعلقة بنشاط الترقية العقارية، إلى جانب التناقض بين النصوص المختلفة؛ بل حتى نصوص القانون الواحد في بعض الأحيان كما هو الحال بالنسبة للفقرة الثالثة من المادة 26 من القانون 11 - 04 والتي أشارت إلى المسؤولية العشرية للمرقى العقاري من خلال عبارة "... قد يتعرض إليها المرقى العقاري..." فهي عبارة احتمالية يفهم منها أنّ المرقى العقاري يعنى في حالات معينة من الضمان العشري، وهذا بخلاف المادة 45 من نفس القانون، التي تحمّل المرقى صراحة المسؤولية بشأن تنفيذ كل الضمانات، إضافة إلى ما سجلناه حول

خاتمة

المادة 63 التي أشار فيها المشرع إلى حالات السحب النهائي للاعتماد وبالضبط بنصها: "حالة عدم استيفاء المرقي العقاري الشروط التي تمكّنه من الحصول على الاعتماد". فعدم الحصول على الاعتماد لا يتصور معه السحب.

16. يمكن القول أنّ أحكام عقد البيع بناءً على التصميم في ظل القانون 11 - 04 قد منحت ضمانات كافية لحماية المشتري، لو طبقت بصرامة حيث ظهرت نية المشرع بوضوح في مد الحماية القانونية إلى ما بعد مرحلة التنفيذ، إلا أنّ هذا القانون لم يكن بمستوى التطلّعات المرجوة من سنّه؛ فقد طرح هو الآخر عدّة مشاكل خصوصاً النصوص الغامضة والاختصار المملّ أحياناً أخرى، ممّا أدى إلى صعوبة عمل القضاء، وذلك باتجاه القضاء إلى البحث في معاني النصوص ومدلولاتها بدل الانشغال بالوقائع محل النزاع والحكم فيها ممّا يؤدي لاحتمال إلى تعارض الأحكام القضائية.

17. بالرغم من أنّ القانون 11 - 04 قام بضبط أهم مصطلحات الترقية العقارية، وحدّد التزامات المرقي العقاري بأكثر دقة ووضوح ممّا كانت عليه تشريعات الترقية العقارية، إلا أنّ نصوص الضمان العشري وبعض الضمانات الخاصّة مازال يكتسبها الغموض ودون ترتيب وتنظيم، وفي عناوين متفرّقة بين الفصول والفروع، فبعضها أدرج في الفرع الأول من الفصل الثالث (المادة 26)، في حين البعض الآخر من الضمانات نصّ عليها في الفرع الثاني تحت عنوان التزامات المرقي العقاري لاسيما المادة 46 منه.

18. عموماً ومن خلال هذه الدراسة يرى الباحث أنّ القانون 11 - 04 قد كفّل للمقتني في عقد البيع بناءً على التصميم حماية خاصّة طويلة مراحل هذا العقد، فقبل إبرام العقد ألزم المرقي العقاري بالحصول على مختلف التراخيص والوثائق الإدارية كرخصة البناء ورخصة التجزئة وكذلك التزامه بالإعلام في مواجهة المقتني، وفي مرحلة إبرام وتنفيذ العقد وضع شروط تحول دون استغلال المرقي العقاري لحاجة المقتني منها: الشكلية (نموذج العقد، الشهر)، تحديد الثمن وآليات مراجعته وكيفيات دفعه، الالتزام بالبناء وفق الشروط وخلال المدة المحدّدة، محضر التسلم وشهادة المطابقة، وفي مرحلة ما بعد التسليم فرض المسؤولية العشرية وضمن حسن التنفيذ بنوعيه ضمان حسن الإنجاز وحسن سير عناصر التجهيز، بالإضافة إلى الضمانات المالية المتمثلة في اكتتاب تأمين لدى صندوق الضمان والكفالة، لذا نجدده وهو يشرّع ويعدّل في كل مرة يزيد صرامة مع المرقي العقاري، ويحاول سد الثغرات التي من الممكن أن يغتنمها هذا الأخير ليضر بالأول، وبهذا التنظيم يتفق المشرع الجزائري مع مقاصد الشريعة الإسلامية التي ترمي على الدوام إلى حفظ الحقوق وإحكام النظام وتقوية الضعيف.

ثانيا - مقترحات وتوصيات البحث: لأجل تعزيز النتائج المتوصل إليها نقترح مايلي:

1. نقترح توفير حماية أكثر للمقتني في عقد البيع بناءً على التصميم خاصة في ظل التطورات الحاصلة اليوم، ونعتقد أن ذلك لا يتأتى إلا بتفعيل النصوص القانونية المتوفرة، وتشريع النصوص الناقصة، حتى يتحقق الردع الكافي للمجرمين.
2. تشجيع البحوث المتعلقة بال عقار وإنشاء مراكز بحوث خاصة، تقدم الدراسات الفقهية الشرعية وأحكامها خصوصاً فيما يتعلق بنوازل العقار.
3. أعتقد أن إجراء الرقابة غير كاف، فيجب متابعة الرقابة الميدانية على المرقين العقاريين إلى غاية تسليم المشروع، إذ هناك تباين واضح بين النصوص القانونية التي نظم بها المشرع الجزائري عقد البيع بناءً على التصميم والواقع العملي، الذي لا يسعنا القول عليه أنه مرير وصادم، فبعد قيامنا باستطلاع ميداني للمرقين العقاريين اكتشفنا الفرق في عدة أمور منها:
 - ✓ قيام المرقين العقاريين بإبرام عقود مع المقتنين لشراء منازل في طور الإنجاز، لكن ليست بصيغة عقد البيع على التصاميم، وإذا كانت بهذه الصيغة فإنها توثق بالنموذج القديم الذي جاء به المرسوم التنفيذي 94 - 58 الملغى بالمرسوم التنفيذي 13 - 431 المحدد للنموذج الجديد.
 - ✓ وجود نسبة كبيرة من المرقين العقاريين غير منتسبين لصندوق الضمان والكفالة المتبادلة، مع أن القانون يلزمهم بذلك.
 - ✓ وجود سكنات تمّ الشروع في بنائها إلا أن المرقى العقاري لم يستخرج رخصة البناء أصلاً.
 - ✓ أن الجهل بأحكام هذا العقد لا يمس المشتريين فقط بل حتى المرقين العقاريين، إذ وجدنا في الوسط من يجهل بمختلف الأحكام التي جاء بها القانون 11-04 والمرسوم التنفيذي 13-431، ومختلف التشريعات المنظمة للعقد؛ بل ويجهلون وجودها أصلاً، ولا يعترفون بها حتى ولا يتعاملون بمقتضاها إلا في بعض الأمور الشكلية المشتركة في معرض تعاملهم مع الإدارات العمومية أو مع أشخاص يمثلون للقانون، كالموثقين الذين لا يخرجون عن الإطار القانوني في توثيقهم لمختلف التصرفات الشكلية، وهذا الجهل لا يبزره إلا تعمدهم لعدم تطبيق القانون فقد مضى على سريان التشريعين السابقين مدة لا بأس بها.
4. ضرورة فرض العمل بنموذج عقد البيع بناءً على التصاميم الجديد الذي نظّمه المرسوم التنفيذي 13 - 431 كونه يشكل آلية قانونية فعالة لحماية المشتري، فبالرغم من أن هذا المرسوم ألغى صراحة المرسوم التنفيذي 94 - 58، إلا أنه برجعنا للموثقين والمحضرين القضائيين وجدنا أنهم مازالوا لحد الساعة يتعاملون بالنموذج القديم.

5. ندعوا المشرع إلى التفصيل أكثر في ضمان حسن الإنجاز وحسن سير عناصر التجهيز، فقد أشار إليهما القانون 11 - 04 دون أن يبين أحكامهما، مع إضافة ضمان العزل الصوتي والحارري تماشياً والتطور الحاصل في المعاملات العقارية الحديثة وكذا التشريعات المقارنة.

6. كما ندعوا المشرع إلى ضرورة توحيد النصوص والمصطلحات في مجال الترقية العقارية، خصوصاً المتعلقة بالضمان بين القانون المدني وقانون التأمينات وقانون الترقية العقارية، لأنّ النصوص التي تنظم هذا النشاط مبعثرة ومشتتة كثيراً بين التشريعات العامة والخاصة، ومن الصعب جمعها، خاصة مع غياب الإحالات في القانون 11-04 على القواعد العامة، وهو ما يتطلب سن قانون موحد ينظم هذا الضمان وفقاً لرؤية واعية بمختلف جوانبها ودور المتدخلين فيها، وحبذا لو يكون ذلك في القانون 11 - 04 دونما إحالة لأي نص خاص أو عام .

7. ضرورة سعي الجهات الشرعية والقضائية لاعتماد عقود محدّدة لبيع الشقق على جهة الاستصناع (استصناع العقارات) إضافة لعقود البيع بناءً على التصميم، خاصة في ظل انخفاض الموارد المالية للدولة بسبب انخفاض أسعار البترول.

8. إنشاء بنوك إسلامية تقوم بتمويل مشاريع البناء ومنح قروض مالية للمكاتبين، منعا لما يحصل في عقود البيع بناءً على التصميم من مخالفات شرعية وقانونية، خصوصاً شبهة الربا التي قد تتخلل هذا العقد عند اللجوء إلى القروض البنكية التي يستفاد منها المكاتبين بمناسبة إبرام هذا العقد.

9. التسهيل في إجراءات منح الرخص والوثائق الإدارية لطرفي العقد؛ فالواقع العملي يشهد على التماطل فيها من طرف الهيئات الإدارية، فكثير من المشترين تعاقدوا مع مرقين عقارين بصيغة السكن الترقوي المدعم وتسلموا الوحدات السكنية دون وجود وثائق رسمية.

10. نشر الثقافة القانونية فيما يتعلق بعقد البيع بناءً على التصميم؛ فالكثير من الناس يجهل أحكام هذا العقد، حيث نجد الراغب في الحصول على مسكن بهذه الصيغة يجمع المال طول حياته للاستفادة من مسكن يأويه، ليتعرض في الأخير لسرقة من طرف مرقى عقاري، ثم لا يستطيع الدفاع والمطالبة بحقه قانوناً.

وختاماً... فهذا جهد المقلّ بذلت واستفرغت فيه وسعي قدر طاقتي، سائلاً الله تعالى أن يكون بالمقصود وافياً وللغليل شافياً، وقد قيل: "الكتاب كالمكف لا يسلم من المؤاخذه ولا يرتفع عنه القلم"، يبقى عملي بشري عرضةً للخطأ والنسيان، فما كان من صواب فمن الله وحده له الفضل والمنّة، وما كان من خطأ أو زلل فمن نفسي، واستغفر الله تعالى من كل زلل وخطيئة . لذا فإنني أرجو أن يكون هذا البحث مساهمة علمية ودافعا لبداية بحوث أخرى بخصوص الموضوع، ورحم الله من وقف فيه على سهو أو خطأ فأصلحه وبرّره.

- وما توفيتي إلا بالله عليه توكلت وإليه أنيب -

الملاحق

- الملحق رقم: 01 - نموذج لعقد البيع بناءً على التصميم
- الملحق رقم: 02 - نموذج لعقد من عقود الاستصناع
- الملحق رقم: 03 - قرار مجمع الفقه الإسلامي المتعلق بالاستصناع
- الملحق رقم: 04 - نموذج شهادة المطابقة
- الملحق رقم: 05 - نموذج رخصة البناء

الملاحق

الملحق رقم: 01

نموذج لعقد البيع بناءً على التصميم¹.

"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 للمرقين

العقاريين 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 ، طبقاً لأحكام المرسوم رقم 76-63 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،

¹ - المرسوم التنفيذي رقم 13-431 المؤرخ في 18 ديسمبر 2013م، المحدد لنموذجي عقد حفظ الحق وعقد البيع

على التصاميم للأملاك العقارية وكذا حدود سعر الملك موضوع عقد البيع على التصاميم ومبلغ عقوبة التأخير وأجالاتها وكيفية دفعها، السابق الذكر .

الملاحق

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 يخصّصها للبيع في إطار القانون رقم-11 04 المؤرخ في 14 ربيع الأول عام 1432 الموافق 17 فبراير سنة 2011 الذي يحدد القواعد التي تنظم نشاط 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 المكتتب

يصرّح المكتتب أنّه:

- قد اطلع 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 نشاط 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، للمكتتب 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 نشاط الترقية العقارية والقانون رقم 08-15 المؤرخ في 14 رجب عام 1429 الموافق 20 يوليو سنة 2008 الذي يحدد

الملاحق

قواعد مطابقة البناء 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 للبناءية أو لجزء من البناءية التي تم بيعها.
- نظام الملكية المشتركة والكشف الوصفي للتقسيم والمخططات المرفقة، معدة طبقا للتنظيم المعمول به.
- ضمان من صندوق الضمان والكفالة المتبادلة 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 للبناءية أو لجزء من البناءية، بالنسبة للمناطق التي أجري بها المسح، تحديد القسم، مجموعة الأملاك والقطعة

ولاية: بلدية: المكان المدعو، الحي:

عمارة رقم: الطابق:

رقم البناءية أو جزء من البناءية:

الملاحق

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 للبنية أو لجزء من البنية 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

مجموع الأجزاء المشتركة التابعة قانونا للبنية 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 مراجعة سعر البيع ، يجب

الملاحق

أن تبرر صيغة مراجعته وتتم في الحدود والكميات التي يسمح بها القانون)

كيفية الدفع

يتم تحديد كيفية الدفع بربط تحرير الدفعات المجزأة على أساس مراحل تقدم الأشغال من طرف المكتب، وذلك طبقاً لأحكام القانون رقم 11-04 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 11-04 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:

المراحل	مراحل الأشغال	الآجال القصوى
1	إتمام الأساسات شهراً
2	إتمام الأشغال الكبرى، بما في ذلك المسافة والجدران الخارجية والداخلية شهراً
3	إتمام كافة الأشغال مجتمعة، بما في ذلك الربط بالطرقات والشبكات المختلفة وكذا التهيئات الخارجية شهراً
4	الإتمام	

إن انتهاء مرحلة معينة، قبل انقضاء الأجل الأقصى المحدد أعلاه، لا يمنح الحق لدفع الاستحقاق

الملاحق

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 كفاءات دفعها طبقا للتنظيم المعمول به.

كفاءات الحيابة

تجدر الإشارة إلى أن حيابة البناية أو جزء من البناية من طرف المكتب يجب أن تتم عند إتمام أشغال الإنجاز الذي تم إثباته قانونا بشهادة المطابقة المسلمة، طبقا للتشريع والتنظيم المعمول بهما. تتم الحيابة بموجب محضر يحرر حضوريا بنفس مكتب التوثيق ويلحق بعقد البيع على التصاميم. في حالة تسجيل تأخر في تسليم الملك العقاري في الآجال المذكورة في العقد، يمكن المقني معاينة عدم الحيابة عن طريق محضر قضائي، طبقا 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 الكفاءات 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 التكليف بضمان تسيير الملك خلال مدة سنتين (2) ابتداء من تاريخ بيع آخر جزء من البناية 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 للمقني وتحديد مجموع البيانات القانونية والتقنية والمالية المتعلقة به. ويجب أن يوضح القبول الصريح للمقني لمجموع الالتزامات الناتجة عنه إلى غاية تحويل إدارة هذه الملكية المشتركة إلى الهيئات المنبثقة من المقنين والمعينة من طرفهم.

الضمانات

الملاحق

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. إنَّ 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 الموثق الموقع أدناه في المحافظة العقارية ل.....

الموطن

تختار الأطراف مواطنها في عناوينها المتتابعة، 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 06-01 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،

الملاحق

المعدلة بالمواد 192 إلى 194 من قانون المالية التكميلي لسنة 1990.

أكدت الأطراف تحت طائلة العقوبات الواردة في النصوص المذكورة أعلاه، أنّ هذا العقد يعبر على السعر المتفق عليه بكامله.

كما يؤكد الموثق الممضي أسفله، زيادة على ذلك، أنّ هذا العقد، حسب علمه، لم يعدل ولم يعارض بأي سند مضاد يحتوي على زيادة في السعر.

إثباتا لذلك

حرّر بمكتب الموثق الممضي أسفله.

في اليوم والشهر والسنة المذكورة أعلاه.

وقد وقع عليه الأطراف والشهود والموثق بعد قراءته وتفسيره.

الملاحق

الملحق رقم: 02

نموذج لعقد من عقود الاستصناع المطبقة في المصارف الإسلامية¹.

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 بصفتها وأهليتهما الكاملة للتعاقد، واتفقا على ما يلي :

تمهيد

تقدم الطرف الثاني إلى الطرف الأول بطلب يعرض 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 .. الصادر 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 المراقبة للطلب المذكور والمعتمدة من الطرف الثاني - جزءاً لا يتجزأ من هذا العقد وامتثالاً له .

¹ - 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 والخططات 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 محتملات 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 لتشييد 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 بتسلم الأعمال المنجزة وقبوله لها ، وإقرار منه بأنها نفذت وفقاً للمواصفات المطلوبة والشروط المتفق عليها مع الطرف الأول .

البند السادس

يعتبر المشروع متسلماً 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 - قبولاً غير قابل للتقاضي 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 ضمنت المشروع للطرف الأول أو لأي 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 مطالبة أو ادعاء قد ينشأ مستقبلاً بعد تسليم المشروع نتيجة سوء تنفيذ شركة المقاولات أو لأي 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؛ ما لم يكن هناك أسباب قهريّة لم ينسب 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 وضامين متضامين ، منفردين أو مجتمعين ، تجاه الطرف الأول ، عن تسديد المبالغ المطلوبة له بموجب هذا العقد .

البند الرابع عشر

مالم ينص على خلاف ذلك فى العقد نفسه ، فإن الأحكام والشروط الواردة فى الشروط العامة ، والصادرة من وزارة الأشغال العامة بدولة ... ، تسود على 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 الرقابة 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

حذر هذا العقد من نسختين أصليتين متوقعتين من قبل الطرفين بإرادة حرة خالية من العيوب الشرعية والقانونية بتاريخ هـ الموافق م. ويسقط الطرف الثاني حقه في الادعاء بكذب الإقرار و / أو أى دفع شكلي و / أو موضوعي ، ضد ما جاء في هذا العقد

الطرف الأول

الطرف الثاني

الملاحق

الملحق رقم: 03

قرار مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي المتعلق بعقد الاستصناع¹.

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيدنا محمد خاتم النبيين وعلى آله وصحبه.

قرار رقم: ٧/٣/٢٧

بشأن

عقد الاستصناع

إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي المعقد في دورة مؤتمره السابع بجدة في المملكة العربية السعودية من ٧ إلى ١٢ ذو القعدة ١٤١٢ هـ الموافق ٩ - ١٤ مايو ١٩٩٢، بعد اطلاعه على البحوث الواردة إلى المجمع بخصوص موضوع عقد الاستصناع.

وبعد استماعه للمناقشات التي دارت حوله، ومراعاة لمقاصد الشريعة في مصالح العباد والقواعد الفقهية في العقود والتصرفات، ونظراً لأن عقد الاستصناع له دور كبير في تنشيط الصناعة، وفي فتح مجالات واسعة للتنموي والنهوض بالاقتصاد الإسلامي،

* قرر:

- ١- إن عقد الاستصناع - وهو عقد وارد على العمل والتعين في الذمة - ملزم للطرفين إذا توافرت فيه الأركان والشروط.
- ٢- يشترط في عقد الاستصناع ما يلي:
 - أ- بيان جنس المستصنع ونوعه وقدره وأوصافه المطلوبة.
 - ب- أن يحدد فيه الأجل.
- ٣- يجوز في عقد الاستصناع تأجيل الثمن كله، أو تقسيطه إلى أقساط معلومة لأجال محددة.
- ٤- يجوز أن يتضمن عقد الاستصناع شرطاً جزائياً بمقتضى ما اتفق عليه العاقدان ما لم تكن هناك ظروف قاهرة. والله أعلم.

¹ - قرار مجلس مجمع الفقه الإسلامي رقم: 68/3/7، الموقع الرسمي لمجمع الفقه الإسلامي:

الملاحق

الملحق رقم 04: نموذج شهادة المطابقة¹.

الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية / العدد 07		الجزء
22 ربيع الثاني عام 1436 هـ 12 جوانير سنة 2015 م		
الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية		
ولاية :	رقم :	
دايرة :	رقم :	
بلدية :	رقم :	
مصلحة :	رقم :	
قرار يتكفلن شهادة المطابقة		
(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 :	رقم :	
الجلس الشعبي البلدي لبلدية		
إن رئيس المجلس الشعبي البلدي :		
نظرا للطلب الذي تم إيداعه بتاريخ		
من طرف (السيدة /الآنسة / السيد)		
السكنية () :		
بمنصوص لشغال :		
بمقتضى		
وبمقتضى		
وبمقتضى		
وبمقتضى رخصة البناء المسلمة تحت رقم		
وبمقتضى محضر جرد رقم		
الذي تم إعداده بتاريخ		
بالنسبة للبناء، المسترجعة من الجمهور والبنائيات ذات الاستعمال السكني العمامي والتجهيزات :		
وبمقتضى محضر استلام الانشغال الذي تم إعداده من طرف مصالح المركز التقني للبناء		
تحت رقم		
بتاريخ		
يلزم ما يأتي :		
المادة الأولى : تسلم شهادة المطابقة وتشبه مطابقة الانشغال المنجزة حسب المخططات المصاحبة عليها للبناء :		
.....		
.....		
المادة 2 : تتكون البنائة التي تحت مرافقتها من		
مستويات، والتي يكون تخطيطها كما يأتي :		
.....	/1	
.....	/2	
.....	/3	
.....	/4	
.....	/5	
.....	/6	
.....	/7	
.....	/8	
.....	/9	
رئيس المجلس الشعبي البلدي		

¹ - المرسوم التنفيذي رقم: 15- 19 المؤرخ في 25 يناير 2015م، يحدد كيفية تحضير عقود التعمير وتسليمها، السابق الذكر.

الملحق

الملحق رقم 05: نموذج 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 :
قرار يتضمن رخصة البناء		
(الحرسوم التنظيمي رقم 15-19 المؤرخ في 4 ربيع الثاني عام 1436 الموافق 25 يناير سنة 2015 الذي يعدد كيفية تحضير عقود التعمير وتسليمها)		
رقم :
المجلس الشعبي البلدي لبلدية :
ولاية :
إن رئيس المجلس الشعبي البلدي /أو الوالي / لـ :
أو وزير السكن والعمران والمدينة :
نظرا للطلب الذي تم إيداعه بتاريخ
من طرف (السيدة، الأنسة، السيد)
الساكن (ة) بـ
بمنازل
بمقتضى
وبمقتضى
وبمقتضى
وبمقتضى القرار رقم
المؤرخ في
والتضمن إنشاء الشبكات الوحيد المكلف بتعمير عقود التعمير،
وبمقتضى رأي الشبكات الوحيد بتاريخ
يقرر ما يأتي :		
المادة الأولى : تسلم رخصة البناء لإتمام		
المادة 2 : يخضع تسليم رخصة البناء للمتطلبات الآتية :		
المادة 3 : مدة صلاحية رخصة البناء ابتداء من تاريخ تبليغها هي		
المادة 4 : تعد رخصة البناء معلقة إذا لم يتم الانتهاء من أعمال البناء في الأجل المحددة أعلاه.		
المادة 5 : تلتحق نسخة من القرار تتضمن رخصة البناء مع الوثائق التأسيسية للطلب التي يمكن الاطلاع عليها من طرف كل شخص معني. يعقر المجلس الشعبي البلدي مدة ستة (6) أشهر واحد (1).		
المادة 6 : بعد تقديم طلب جديد قصد الحصول على رخصة البناء لكل المصلحة لأعمال أو استئنافها إجباريا بعد انقضاء مدة الصلاحية المحددة أعلاه. ينتج من هذا الطلب تسليم رخصة البناء التي يتم إعادتها دون دراسة جديدة بشرط ألا تتطور أحكام التهيئة والتعمير ومواصفاتها بلتمام مخالف لهذا التجديد، وأن تكون الأشغال المتجرية مطابقة لرخصة البناء المسلمة الأولى.		
المادة 7 : يجب أن تبلغ تواريخ بداية الأشغال ونهايتها إلى مصالح التعمير الخلية البلدية بجميع الطرق.		
المادة 8 : يقوم المتقدمون بالطلب والمالكون والمقاولون والمهندسون المعماريون والمقاولون على الإنجاز بإبلاغ الأشغال على مسؤوليتهم وبتمتع كل الأخطار.		
المادة 9 : يسلم هذا القرار دون المساس بحقوق الغير.		
المادة 10 : يجب أن تبلغ نسخة من هذا القرار إلى مصالح الولاية.		
رئيس المجلس الشعبي البلدي / الوالي / وزير السكن والعمران والمدينة		

¹ - المرجع نفسه.

الفهارس العامة

1. فهرس الآيات القرآنية.
2. فهرس الأحاديث النبوية الشريفة.
3. فهرس الأعلام المترجمة.
4. فهرس المصادر والمراجع.
5. فهرس الموضوعات.

فهرس الآيات القرآنية

الصفحة	السورة ورقم الآية	الآية
80 - 64 - 85 - 141	البقرة: 182	﴿ يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُوبُوهُ ﴾
71	البقرة: 185	﴿ يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ ﴾
226	البقرة: 188	﴿ وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ وَتُدْلُوا بِهَآ إِلَىٰ الْمُكَّارِ لِتَأْكُلُوا فَرِيقًا مِّنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْإِثْمِ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ ﴾
- 238 241	البقرة: 275	﴿ وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا ﴾
189	البقرة: 278	﴿ يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا إِن كُنْتُمْ مُّؤْمِنِينَ ﴾
223	البقرة: 280	﴿ وَإِن كَانَتْ ذُو عُسْرٍ فَنظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ ﴾
141	البقرة: 282	﴿ وَلَا تَسْمَعُوا أَن تَكْتُوبُوهُ صَغِيرًا أَوْ كَبِيرًا إِلَىٰ أَجَلِهِ ﴾
141	البقرة: 282	﴿ ذَٰلِكُمْ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ وَأَقْوَمُ لِلشَّهَادَةِ وَأَدْنَىٰ أَلَّا تَرْتَابُوا ﴾
- 236 244	النساء: 29	﴿ يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنْكُمْ ﴾
179	النساء: 145	﴿ إِنَّ الْمُنْفِقِينَ فِي الدَّرَكِ الْأَسْفَلِ مِنَ النَّارِ وَلَنْ تَجِدَ لَهُمْ نَصِيرًا ﴾
04 234	المائدة: 01	﴿ يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾
182	المائدة: 02	﴿ وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ ﴾

54	هود 38	﴿وَيَصْنَعُ الْفُلْكَ وَكُلَّمَا مَرَّ عَلَيْهِ مَلَأَ مِنْ قَوْمِهِ سَخِرُوا مِنْهُ قَالَ إِنْ تَسْخَرُوا مِنَّا فَإِنَّا نَسْخَرُ مِنْكُمْ كَمَا تَسْخَرُونَ﴾
06	يوسف 20	﴿وَشَرُّهُ بِشَمَنِ بَحْسٍ دَرَاهِمَ مَعْدُودَةٍ وَكَانُوا فِيهِ مِنَ الزَّاهِدِينَ﴾
- 181 183	يوسف 72	﴿وَلَمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾
54	الرعد 31	﴿وَلَا يَزَالُ الَّذِينَ كَفَرُوا تُصِيبُهُمْ بِمَا صَنَعُوا قَارِعَةٌ أَوْ تَحُلُّ قَرِيبًا مِنْ دَارِهِمْ حَتَّى يَأْتِيَ وَعْدُ اللَّهِ إِنَّ اللَّهَ لَا يُخْلِفُ الْعَاهِدَ﴾
242	الكهف: 79	﴿أَمَّا السَّفِينَةُ فَكَانَتْ لِمَسْكِينٍ يَعْمَلُونَ فِي الْبَحْرِ فَأَرَدْتُ أَنْ أَعِيبَهَا﴾
66	الكهف: 93	﴿لَا يَكَادُونَ يَفْقَهُونَ قَوْلًا﴾
66	الكهف: 94 - 95	﴿قَالُوا يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّا نَجْعَلُ لَكَ خَيْرًا عَلَىٰ أَنْ نَجْعَلَ لَكَ خَيْرًا عَلَىٰ أَنْ نَجْعَلَ بَيْنَنَا وَبَيْنَهُمْ سَدًّا ﴿٩٤﴾ قَالَ مَا مَكَّنِّي فِيهِ رَبِّي خَيْرٌ فَأَعِينُونِي بِقُوَّةٍ أَجْعَلْ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُمْ رَدْمًا﴾
66	الكهف: 95 - 96	﴿قَالَ مَا مَكَّنِّي فِيهِ رَبِّي خَيْرٌ فَأَعِينُونِي بِقُوَّةٍ أَجْعَلْ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُمْ رَدْمًا ؕ أَلَمْ يَكُن لَكُمْ زُبْرُ الْحَدِيدِ﴾
54	طه: 69	﴿وَأَلْقَى مَا فِي يَمِينِكَ تَلْقَفَ مَا صَنَعُوا إِنَّمَا صَنَعُوا كَيْدٌ سِحْرٍ وَلَا يُفْلِحُ السَّاحِرُ حَيْثُ أَتَى﴾
54	الأنبياء: 80	﴿وَعَلَّمْنَاهُ صَنْعَةَ لَبُوسٍ لَكُمْ لِنُحْصِنَكُمْ مِنْ بَأْسِكُمْ﴾
71 - 70	الحج: 78	﴿وَمَا جَعَلْ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ مَلَّةً أَيْكُمْ لِتَرْهَبُوا﴾
53	النمل: 88	﴿صُنِعَ اللَّهُ الَّذِي أَنْفَنَ كُلَّ شَيْءٍ إِنَّهُ خَيْرٌ بِمَا تَفْعَلُونَ﴾

فهرس الأحاديث النبوية

الصفحة	طرف الحديث
229	« أَتَيْتُ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بِغَرِيمٍ لِي فَقَالَ لِي: إِزْمَهُ، ثُمَّ مَرَّ بِي آخِرَ النَّهَارِ فَقَالَ: مَا تُرِيدُ أَنْ تَفْعَلَ بِأَسِيرِكَ يَا أَخَا بَنِي تَمِيمٍ ». »
244	« الْخِرَاجُ بِالضَّمَانِ ». »
133	« رُفِعَ الْقَلَمُ عَنْ ثَلَاثٍ: عَنِ الصَّبِيِّ حَتَّى يَبْلُغَ، وَعَنِ النَّائِمِ حَتَّى يَسْتَيْقِظَ، وَعَنِ الْمَجْنُونِ حَتَّى يَفِيقَ ». »
64	« نَهَى عَنِ بَيْعِ الْكَالِيِّ بِالْكَالِيِّ ». »
90	« . بِمَ تَسْتَحِلُّ مَالَهُ؟ أَرُدُّدُ عَلَيْهِ مَا لَهُ، ثُمَّ قَالَ: "لَا تُسْلِفُوا فِي النَّخْلِ حَتَّى يَبْدُوا صَلَاحَهُ" . »
05	« الْخَيْلُ مَعْقُودَةٌ فِي نَوَاصِيهَا الْخَيْرُ إِلَى يَوْمِ الْقِيَامَةِ ». »
181	« الزَّعِيمُ غَارِمٌ ». »
235	« الصُّلْحُ جَائِزٌ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ إِلَّا صُلْحًا حَرَّمَ حَلَالًا أَوْ أَحَلَّ حَرَامًا، وَالْمُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ إِلَّا شَرْطًا حَرَّمَ حَلَالًا أَوْ أَحَلَّ حَرَامًا ». »
244	« الْمُسْلِمُ أَخُو الْمُسْلِمِ، وَلَا يَحِلُّ لِمُسْلِمٍ بَاعَ مِنْ أَخِيهِ بَيْعًا فِيهِ عَيْبٌ إِلَّا بَيْنَهُ لَهُ ». »
255	« الْمُسْلِمُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ إِلَّا شَرْطًا حَرَّمَ حَلَالًا أَوْ شَرْطًا أَحَلَّ حَرَامًا ». »
67	« أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَرَادَ أَنْ يَكْتُبَ إِلَى رَهْطٍ أَوْ أَنَاسٍ مِنَ الْأَعَاجِمِ فَقِيلَ لَهُ: إِنَّهُمْ لَا يَقْبَلُونَ كِتَابًا إِلَّا عَلَيْهِ خَاتَمًا، فَاتَّخَذَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ خَاتَمًا مِنْ فِضَّةٍ نَقَشَهُ: مُحَمَّدٌ رَسُولُ اللَّهِ... ». »
68	« أَنَّ مُرِيَّ غُلَامَكَ النَّجَارَ، يَعْمَلُ لِي أَعْوَادًا أَجْلِسُ عَلَيْهَا إِذَا كَلَّمْتُ النَّاسَ فَأَمَرْتَهُ يَعْمَلُهَا مِنْ طَرْفَاءِ الْغَابَةِ، ثُمَّ جَاءَ بِهَا، فَأُرْسِلَتْ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بِهَا فَأَمَرَ بِهَا فَوُضِعَتْ، فَجَلَسَ عَلَيْهِ... ». »
68	« أَنَّهُ رَأَى فِي يَدِ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ خَاتَمًا مِنْ وَرَقٍ يَوْمًا وَاحِدًا، ثُمَّ »

الفهارس العامة

	إِنَّ النَّاسَ اصْطَنَعُوا الْخَوَاتِيمَ مِنْ وَرَقٍ وَلَبَسُوهَا، فَطَرَحَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ خَاتِمَهُ، فَطَرَحَ النَّاسُ خَوَاتِيمَهُمْ...».
67	« إِنِّي كُنْتُ اصْطَنَعْتُهُ وَإِنِّي لَا أَلْبَسُهُ » .
64	« لَا تَبِعْ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ » .
244	لَا يَحِلُّ لِأَحَدٍ يَبِيعُ شَيْئًا إِلَّا يُبَيِّنَ مَا فِيهِ، وَلَا يَحِلُّ لِمَنْ يَعْلَمُ ذَلِكَ إِلَّا يُبَيِّنَهُ.».
69	« لَا تَجْتَمِعْ أُمَّتِي عَلَى ضَلَالَةٍ.».
238 - 224	« لِي الْوَاجِدُ يُحِلَّ عَرَضَهُ وَعُقُوبَتُهُ » .
92 - 86	« مِنْ أَسْلَفَ فِي شَيْءٍ فَفِي كَيْلٍ مَعْلُومٍ وَوَزْنٍ مَعْلُومٍ إِلَى أَجَلٍ مَعْلُومٍ » .
250	« مَنْ اشْتَرَى شَيْئًا لَمْ يَرَهُ فَهُوَ بِالْخِيَارِ إِذَا رَأَهُ إِنْ شَاءَ أَحَدُهُ وَإِنْ شَاءَ تَرْكُهُ » .
245	«مَنْ ابْتَاعَ شَاءَ مَصْرَاةً فَهُوَ فِيهَا بِالْخِيَارِ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ، إِنْ شَاءَ أَمْسَكَهَا وَإِنْ شَاءَ رَدَّهَا، وَرَدَّ مَعَهَا صَاعًا مِنْ تَمْرٍ.».
71	«مَا خَيْرَ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بَيْنَ أَمْرَيْنِ إِلَّا أَخَذَ أَيْسَرَهُمَا مَا لَمْ يَكُنْ إِثْمًا فَإِنْ كَانَ إِثْمًا كَانَ أَبْعَدُ النَّاسِ مِنْهُ.».
181	« أَنْ رَجُلًا لَزِمَ غَرِيمًا لَهُ بَعْشَرَةَ دَنَائِرٍ فَقَالَ: وَاللَّهِ لَا أَفَارِقُكَ حَتَّى تَقْضِيَنِي، أَوْ تَأْتِيَنِي بِحَمِيلٍ، قَالَ: فَتَحَمَّلَ بِهَا النَّبِيُّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - فَاتَاهُ بِقَدْرٍ مَا وَعَدَهُ... » .
142	« أَنْتُمْ أَعْلَمُ بِأَمْرِ دُنْيَاكُمْ.».
178	« ثَلَاثَةٌ كُلُّهُمْ ضَامِنٌ عَلَى اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ ... » .
86	« لَا تَبِعْ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ » .
251 - 235	« لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ.».
- 224 - 223	« مَطْلُ الْغَنِيِّ ظُلْمٌ.».
238 - 227	
177	« الْمُسْلِمُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ مَا وَافَقَ الْحَقُّ مِنْ ذَلِكَ » .

الفهارس العامة

82	« نَهَى رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَنْ بَيْعِ الْحَصَاةِ، وَعَنْ بَيْعِ الْغَرْرِ ».
73	« نَهَى عَنْ بَيْعِ الْغَرْرِ ».

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

فهرس الأعلام

الصفحة	العلم	الصفحة	العلم
65	البغوي	78	أبو يوسف
89	الشريفي	226	ابن الحاج
62	ابن قدامة	248	ابن الهمام
246	المرغيناني	230	ابن تيمية
82	ابن القيم	60	ابن رشد (الجد)
176	ابن جزيء	57	ابن عابدين
74	السرخسي	05	ابن فارس
62	القاضي أبو يعلى الحنبلي	54	ابن كثير
85	القرطبي	69	ابن نجيم
224	ابن حزم	226	الباجي
139	محمد بن الحسن الشيباني	61	الرملي
74	الصفار	56	الكاساني
74	الحاكم الشهيد	89	الصاحبان
74	محمد بن سلمة	65	ابن حجر العسقلاني
67	الشاطبي	61	الشيرازي
245	السبكي	227	العز بن عبد السلام
71	النووي	58 - 57	العيني
84	الدسوقي	75	الإمام البرهاني
63	زفر	224	الشوكاني

فهرس المصادر والمراجع

- القرآن الكريم برواية حفص عن عاصم.

أ - كتب التفسير وعلومه

- 1- ابن كثير، إسماعيل بن عمر أبو الفداء، تفسير القرآن العظيم، تحقيق: محمد حسن شمس الدين، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ط1، 1419هـ .
- 2- الجصاص أبوبكر، أحكام القرآن، تحقيق: عبد السلام محمد علي شاهين، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ط1، 1994م .
- 3- الزحيلي وهبة، التفسير المنير، دار الفكر المعاصر، دمشق - سوريا، ط2، 1418هـ.
- 4- الزركشي أبو عبد الله بدر الدين، البرهان في علوم القرآن، تحقيق: محمد أبو الفضل إبراهيم، دار المعرفة، بيروت لبنان، ط1، 1957م.
- 5- الصابوني محمد علي، صفوة التفاسير، دار الصابوني، للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة - مصر، ط1، 1997م .
- 6- الطبري محمد بن جرير، جامع البيان في تأويل القرآن، تحقيق: أحمد محمد شاكر، مؤسسة الرسالة، بيروت - لبنان، ط1، 2000م .
- 7- القرطبي أبو عبد الله شمس الدين، الجامع لأحكام القرآن، تحقيق: أحمد البردوني وإبراهيم اطفيش، دار الكتب المصرية، القاهرة، مصر، ط2، 1964م .

ب - كتب الحديث وعلومه

- 1- ابن الأثير محمد بن عبد الكريم ، النهاية في غريب الحديث والأثر، تحقيق: طاهر أحمد الزاوي، محمود محمد الطناحي، المكتبة العلمية، بيروت - لبنان، د. ط، 1977م .
- 2- ابن القطان علي بن محمد ، بيان الوهم والإيهام في كتاب الأحكام، تحقيق: الحسين آيت سعد، دار طيبة، الرياض، السعودية، الطبعة الأولى 1997م .
- 3- ابن ماجة أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، سنن ابن ماجة، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية، د.م، د. ط، د. ت.

- 4- أبو داود سليمان بن الأشعث الأزدي، سنن أبي داود، تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد، المكتبة العصرية، بيروت - لبنان، د. ط، د. ت.
- 5- أبو زكريا النووي:
- المنهاج من صحيح مسلم بن الحجاج، دار إحياء التراث العربي، بيروت - لبنان، الطبعة 2، 1392هـ، الجزء 10، ص 227.
- شرح صحيح مسلم، تحقيق: عصام الصباطي، حازم محمد عامر، دار الحديث، القاهرة - مصر، ط1، 1415هـ .
- 6- أحمد بن حنبل، مسند الامام أحمد تحقيق: شعيب الأرنؤوط، عادل مرشد، مؤسسة الرسالة، بيروت-لبنان، الطبعة الأولى، 2001م .
- 7- الباجي، المنتقى شرح الموطأ، مطبعة السعادة، مصر، الطبعة 1، 1332هـ .
- 8- البخاري محمد بن إسماعيل ، الجامع المسند الصحيح المختصر المعروف بصحيح البخاري، تحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر، دار طوق النجاة، بيروت، لبنان، ط1، 1422 هـ.
- 9- ابن أبي شيبة أبوبكر، الكتاب المصنف في الأحاديث والآثار، تحقيق: كمال يوسف الحوت، مكتبة الرشد، الرياض، ط1، 1409هـ .
- 10- البيهقي أحمد بن الحسين أبو بكر، السنن الكبرى، تحقيق محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ط3، 2003م .
- 11- التبريزي محمد بن عبد الله ، مشكاة المصابيح، تحقيق: محمد ناصر الدين الألباني، المكتب الإسلامي، بيروت - لبنان، ط3، 1985م .
- 12- الترمذي أبو عيسى، سنن الترمذي، تحقيق: أحمد شاکر وآخرون، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، الطبعة الثانية، 1975م .
- 13- الشوكاني محمد بن علي بن محمد، نيل الأوطار، تحقيق: عصام الدين الصباطي، دار الحديث، مصر، ط1، 1993م .
- 14- العسقلاني ابن حجر:
- التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ط1، 1989.
- فتح الباري شرح صحيح البخاري، دار المعرفة، بيروت- لبنان، د.ط، 1379هـ.

- 15- العيني بدر الدين، عمدة القاري شرح صحيح البخاري، دار إحياء التراث العربي، بيروت - لبنان، د. ط، د. ت .
- 16- مسلم بن الحجاج، صحيح مسلم، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت - لبنان، د. ط، د. ت .
- 17- ناصر الدين الألباني أبو عبد الرحمن محمد:
- إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، المكتب الإسلامي، بيروت - لبنان، الطبعة 2، 1985 م .
- صحيح أبي داود، مؤسسة غراس للنشر والتوزيع، الكويت، الطبعة 1، 2002 م.
- صحيح وضعيف سنن أبي داود، برنامج منظومة التحقيقات الحديثية، مصر، د. ط، د. ت .
- ضعيف الجامع الصغير وزيادته، المكتب الإسلامي، بيروت - لبنان، د. ط، د. ت .
- ضعيف سنن الترمذي، مكتب التربية العربي لدول الخليج، الرياض، ط 1، 1991 م .
- غاية المرام في تخريج أحاديث الحلال والحرام، المكتب الإسلامي، بيروت - لبنان، ط 3، 1405 هـ.
18- النسائي أبو عبد الرحمان أحمد بن شعيب ، تحقيق: عبد الفتاح أبو غدة، مكتب المطبوعات الإسلامية، حلب - سوريا، ط 2، 1986 م .
19- النيسابوري أبو عبد الله الحاكم، المستدرک على الصحيحين، تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ط 1، 1990 م.

ج - كتب الفقه الإسلامي

* كتب الفقه الحنفي :

- 1- ابن الهمام كمال الدين، فتح القدير، دار الفكر، بيروت - لبنان، د. ط، د. ت .
- 2- ابن عابدين، رد المختار على المختار، دار الفكر، بيروت، لبنان، ط 2، 1992 م .
- 3- ابن نجيم المصري زين الدين بن إبراهيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار الكتاب الإسلامي، بيروت - لبنان، ط 2، د. ت.

الفهارس العامة

- 4- أبو المعالي برهان الدين محمود بن أحمد، المحيط البرهاني في الفقه النعماني، تحقيق: عبد الكريم سامي الجندي، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ط1، 2004م .
 - 5- البابرتي محمد بن محمد بن محمود، العناية شرح الهداية، دار الفكر، بيروت - لبنان، ط2، 1992م .
 - 6- الزيلعي فخر الدين، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي، المطبعة الأميرية الكبرى، بولاق - القاهرة، ط1، 1313هـ .
 - 7- السرخسي محمد بن أحمد، المبسوط، دار المعرفة، بيروت - لبنان، د.ط، 1993م .
 - 8- السمرقندي محمد بن أحمد أبو بكر علاء الدين، تحفة الفقهاء، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ط2، 1994م .
 - 9- عبد الرحمن بن محمد بن سليمان، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، دار إحياء التراث العربي، بيروت - لبنان، د.ط، د.ت.
 - 10- حيدر علي، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، تعريب: فهمي الحسني، دار الجبل، بيروت، لبنان، ط1، 1411هـ - 1991م .
 - 11- العيني بدر الدين:
- رمز الحقائق شرح كنز الدقائق، المطبعة الأميرية، القاهرة - مصر، ط1، 1285هـ.
- العناية شرح الهداية، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1420هـ - 2000م.
 - 12- الكاساني علاء الدين، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ط2، 1986م .
 - 13- لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية، مجلة الأحكام العدلية، تحقيق: نجيب هوايني، الناشر نور محمد كراتشي، د.م، د.ط، د.ت.
- * كتب الفقه المالكي :**
- 1- ابن الحاج، المدخل إلى تنمية الأعمال بتحسين النيات، مكتبة دار التراث، القاهرة - مصر، د.ط، د.ت .
 - 2- ابن جزوي، القوانين الفقهية، دار الهدى، عين ميليلة، الجزائر، د.ط، د.ت .
 - 3- ابن رشد محمد بن أحمد (الحفيد)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الحديث، القاهرة - مصر، د.ط، 1425هـ - 2004م.
 - 4- ابن عبد البر أبو عمر يوسف بن عبد الله القرطبي:

- الكافي في فقه أهل المدينة، تحقيق: محمد محمد أحميد، مكتبة الرياض الحديثة، المملكة العربية السعودية، ط2، 1980م .
- الاستذكار، تحقيق: سالم محمد عطا، محمد علي معوض، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة الأولى، 2000م .
- 5- ابن رشد القرطبي أبو الوليد محمد بن أحمد (الجد)، المقدمات والممهديات، دار الغرب الإسلامي، د.م، ط 1، 1988م .
- 6- البغدادي عبد الوهاب، المعونة على مذهب عالم المدينة الإمام مالك بن أنس، تحقيق: حميش عبد الحق، مكتبة نزار مصطفى الباز، مكة المكرمة - السعودية، ط1، 1415هـ.
- 7- الخطاب محمد بن عبد الرحمن، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، دار الفكر، بيروت - لبنان، ط3، 1412هـ-1992م.
- 8- الخرشبي محمد بن عبد الله، شرح مختصر خليل، دار الفكر، بيروت - لبنان، د.ط، د.ت .
- 9- الدسوقي محمد بن أحمد بن عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الفكر، بيروت، لبنان، د.ط، د.ت .
- 10- الرصاع محمد بن قاسم الأنصاري، الهداية الكافية الشافية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية، المكتبة العلمية، بيروت - لبنان، ط1، 1350هـ .
- 11- أبو إسحاق الشاطبي:
- الاعتصام، تحقيق: سليم بن عيد الهلالي، دار ابن عفان، السعودية، ط1، 1992م.
- الموافقات، تحقيق: أبو عبدة مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن عفان، د.م، ط1، 1997م .
- 12- الصاوي أبو العباس أحمد بن محمد، بلغة المسالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير، دار المعارف، القاهرة - مصر، د.ط، د.ت .
- 13- الطاهر ابن عاشور محمد، التحرير والتنوير - تحرير المعنى السديد وتنوير العقل الجديد من تفسير الكتاب المجيد، الدار التونسية، تونس، د.ط، 1984م .
- 14- القرافي أبو العباس بن شهاب الدين، الذخيرة، تحقيق: سعيد أعراب، دار الغرب الإسلامي، بيروت - لبنان، ط1، 1998م.
- 15- مالك بن أنس، المدونة، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة الأولى، 1994م.

16- محمد بن عبد الباقي، شرح الزرقاني لمختصر خليل، دار الفكر، بيروت، لبنان، د.ط، 1398 هـ .

17- المواق محمد بن يوسف بن أبي القاسم أبو عبد الله، التاج والإكليل لمختصر خليل، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ط1، 1994م.

* كتب الفقه الشافعي :

1- البجيرمي سليمان بن محمد، حاشية البجيرمي على الخطيب، دار الفكر، بيروت - لبنان، د.ط، 1995م، الجزء 3، ص 121.

2- البغوي أبو محمد الحسين بن مسعود، شرح السنة، تحقيق: شعيب الأرنؤوط - محمد زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت - لبنان، ط2، 1983م .

3- الحنّ مصطفى، البُغا مصطفى، علي الشّرّيجي، الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي، دار القلم، دمشق - سوريا، ط4، 1992م .

4- الرملي شمس الدين محمد بن أبي العباس، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، دار الفكر، بيروت - لبنان الطبعة الأخيرة، 1984م .

5- الشافعي أبو عبد الله محمد بن إدريس، الأم، دار المعرفة، بيروت - لبنان، د.ط، 1990م .

6- الشرييني محمد بن أحمد، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1954م .

7- الشيرازي أبو إسحاق، المهذب في فقه الإمام الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، د.ط، د.ت .

8- العز بن عبد السلام، قواعد الأحكام في مصالح الأنعام، راجعه وعلق عليه: طه عبد الرزاق سعد، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة - مصر، د. ط، 1991م .

9- القليوبي أحمد سلامة و البرلسي أحمد عميرة، حاشيتا قليوبي وعميرة، دار الفكر، بيروت - لبنان، د.ط، 1995م .

10- الماوردي أبو الحسن علي بن محمد، الحاوي الكبير، تحقيق: علي محمد معوض - عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة الأولى، 1999م.

11- النووي:

- المجموع شرح المهذب مع تكملة السبكي والمطيعي، دار الفكر، بيروت - لبنان، د. ط، د. ت .

- منهاج الطالبين وعمدة المفتين في الفقه، تحقيق: عوض قاسم أحمد عوض، دار الفكر، بيروت - لبنان، ط 1، 2005م، ص 129.
- روضة الطالبين وعمدة المفتين، تحقيق: زهير الشاويش، المكتب الاسلامي، بيروت - لبنان - عمان، ط 3، 1412هـ - 1991م.

* كتب الفقه الحنبلي :

- 1- ابن تيمية: -
 - القواعد النورانية الفقهية، تحقيق: أحمد بن محمد الخليل، دار ابن الجوزي، المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى، 1422هـ .
 - مجموع الفتاوى، تحقيق: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة المنورة، المملكة العربية السعودية، د.ط، 1995م .
 - جامع الرسائل، تحقيق: محمد رشاد سالم، دار العطاء، الرياض - المملكة العربية السعودية، الطبعة 01، 1422هـ - 2001م.
- 2- ابن قيم الجوزية:
 - الطرق الحكمية، مكتبة دار البيان، د.م، د.ط، د.ت .
 - إعلام الموقعين، تحقيق: محمد عبد السلام إبراهيم، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1، 1411هـ - 1991م.
- 3- ابن مفلح بن محمد بن مفرج، كتاب الفروع ومعه تصحيح الفروع لعلاء الدين علي بن سليمان المرادوي، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، بيروت - لبنان، ط 1، 2003م.
- 4- البهوتي منصور بن يونس:
 - كشاف القناع عن متن الإقناع، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، د.ط، د.ت .
 - دقائق أولي النهى لشرح المنتهى المعروف بشرح منتهى الإرادات، عالم الكتب، د.م، الطبعة 1، 1993م .
- 5- المرادوي علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، دار إحياء التراث العربي، بيروت - لبنان، ط 2، د.ت .
- 6- المقدسي ابن قدامة، المغنى، مكتبة القاهرة، مصر، د.ط، 1968م.

د - كتب الفقه العام وأصول الفقه

- 1- أبحاث هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية، دار أولي النهى، الرياض، ط 2، 1992م .

- 2- ابن حزم الأندلسي أبو محمد علي بن أحمد، الإحكام في أصول الأحكام، تحقيق: أحمد محمد شاكر، دار الأفاق الجديدة، بيروت - لبنان .
- 3- ابن حزم، المحلى، دار الأفاق الجديدة، بيروت - لبنان، د.ط، د.ت .
- 4- أبو جيب سعدي، القاموس الفقهي، دار الفكر، دمشق - سوريا، ط2، 1988 م .
- 5- أبو عبد الله محمد بن أحمد، شرح ميارة الفاسي على تحفة الحكام في نكت العقود والأحكام، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ط1، 2000 م .
- 6- أبو غدة عبد الستار، الخيار وأثره في العقود، مطبعة مقهوي، الكويت، ط2، 1985 م.
- 7- أبو زيد بكر بن عبد الله، فقه النوازل - قضايا فقهية معاصرة - مؤسسة الرسالة، بيروت، 1416هـ-1996م.
- 8- أحمد إبراهيم بك، المعاملات الشرعية المالية، المطبعة الفنية، القاهرة - مصر، الطبعة الأخيرة 1936 م .
- 9- أحمد فراج حسين، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، د.ط، 2005م، ص31.
- 10- آل تيمية، المسودة في أصول الفقه، المحقق: أحمد الذروي، دار الفضيلة، الرياض، ط1، 1422هـ.
- 11- الأشقر محمد سليمان وآخرون، بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة، دار النفائس، الأردن، ط1، 1998 م .
- 12- أوزجان عبد الله، الأجل في عقد البيع، رسالة ماجستير، منشورة، دار النوادر، سوريا، ط1، 2007 م .
- 13- البوطي محمد توفيق رمضان، البيوع الشائعة وأثر ضوابط المبيع على شرعيتها، دار الفكر، بيروت - لبنان، ط3، 2005م.
- 14- بدارن كاسب عبد الكريم، عقد الاستصناع في الفقه الإسلامي، دار الدعوة، الإسكندرية - مصر، د.ط، د.ت.
- 15- التويجري محمد بن إبراهيم بن عبد الله، موسوعة الفقه الإسلامي، د.د، د.م، ط1، 1430هـ- 2009 م .

- 16- الثبتي سعود بن مسعد، الاستصناع تعريفه- تكييفه- حكمه- شروطه- أثره في تنشيط الحركة الاقتصادية، دار ابن حزم، بيروت - لبنان، ط1، 1990م .
- 17- حسن أيوب، فقه المعاملات المالية في الإسلام، دار السلام، القاهرة - مصر، الطبعة الأولى، 2003م .
- 18- الحفناوي محمد إبراهيم، الفتح المبين في حل رموز ومصطلحات الفقهاء والأصوليين، د. ن، د. م، د. ط، د. ت .
- 19- حسام الدين بن موسى عفانة، فتاوى يسألونك، مكتبة دنديس، الضفة الغربية-فلسطين- ، ط1، 1428هـ-2007م .
- 20- حوى أحمد صعيد، المدخل إلى مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان - رحمه الله تعالى-، دار الأندلس الخضراء، جدة - المملكة العربية السعودية، ط1، 2002م .
- 21- الخفيف علي:
- أحكام المعاملات الشرعية، دار الفكر العربي، القاهرة - مصر، د.ط، 2008م .
- الضمان في الفقه الإسلامي، دار الفكر، مصر، د.ط، 2000 م .
- 22- خليل حسام الدين، عقد الاستصناع كأحد البدائل الشرعية للأوعية الادخارية البنكية، كليات الدراسات الإسلامية، مركز القرضاوي للوسطية الإسلامية والتجديد، د. ط، د. ت .
- 23- الخادمي نور الدين بن مختار، الاجتهاد المقاصدي، حجيته - ضوابطه - مجالاته، كتاب الأمة، سلسلة دورية تصدر كل شهرين عن وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، الطبعة 01، 1998م .
- 24- الدريني فتحي، النظريات الفقهية، منشورات جامعة دمشق، سوريا، الطبعة الرابعة، 1996 - 1997م .
- 25- الزرقا محمد أحمد عبد الرحمن، الاستصناع والمشروع الصناعي، بحث شرعي وقانوني مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1422هـ، 2001م .
- 26- الزحيلي محمد مصطفى، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، دار الفكر، دمشق - سوريا، الطبعة الأولى، 2006م .

27- الزحيلي وهبة:

- نظرية الضمان، دار الفكر، سوريا، دمشق، ط 8، 2008م .

- المعاملات المالية المعاصرة، بحوث فتاوى وحلول، دار الفكر، دمشق - سوريا، ط4،

2007م .

- الوجيز في أصول الفقه، دار الفكر، دمشق - سورية، ط1، 1999م.

28- الزرقا مصطفى أحمد:

- المدخل الفقهي العام، دار القلم، دمشق - سوريا، د، ط، 1998م.

- عقد الاستصناع ومدى أهميته في الاستثمارات الإسلامية المعاصرة، المعهد الإسلامي

للبحوث والتدريس، البنك الإسلامي للتنمية، مكتبة الملك فهد الوطنية، جدة،

1420هـ.

- عقد البيع، دار القلم، دمشق-سورية، ط2، 2012م .

29- السالوس علي أحمد:

- فقه البيع والاستيثاق والتطبيق المعاصر، مؤسسة الريان، بيروت - لبنان، د.ط، 2004م.

- موسوعة القضايا الفقهية المعاصرة والاقتصاد الإسلامي، دار الثقافة، قطر، ط7،

1423هـ - 2002م .

30- شبير محمد عثمان:

- منع المدين من السفر، بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة، دار النفائس، عمان،

الأردن، الطبعة1، 1418هـ .

- صيانة المديونيات ومعالجتها من التعثر في الفقه الإسلامي، بحوث فقهية في قضايا

اقتصادية معاصرة، دار النفائس، عمان - الأردن، الطبعة الأولى، 1998م .

- التكييف الفقهي للوقائع المستجدة وتطبيقاته الفقهية، دار القلم، دمشق، ط 2،

1435 هـ-2014م.

31- عتر محمد ماجد، المفصل في الفقه الحنفي، الأموال والمعاملات المالية وفق مقتضيات العصر

ومعطيات سائر المذاهب، مكتبة المستقبل سوريا، ط 1، 2005م .

- 32- الفتاوى الإسلامية دار الإفتاء المصرية، المفتي الشيخ أحمد هريدي، رقم الفتوى 983، 13 يونيو 1968م، 2238/6.
- 33- القاضي محمد تقي العثماني، بحوث في قضايا فقهية معاصرة، دار القلم، دمشق - سوريا، الطبعة الثانية، 2003م .
- 34- القره داغي علي محي الدين، "حديث لا تبع ما ليس عندك" سنده وفقهه، بحث منشور في كتاب: بحوث في فقه المعاملات المعاصرة، دار البشائر، بيروت - لبنان، د.ط، 2001م .
- 35- الكبيّ سعد الدين محمد، المعاملات المالية المعاصرة في ضوء الإسلام، المكتب الإسلامي، بيروت - لبنان، ط1، 2002م .
- 36- اللاحم أسامة بن حمود بن محمد، بيع الدين وتطبيقاته المعاصرة في الفقه الإسلامي، دار الميمان للنشر والتوزيع، الرياض - السعودية، ط1، 2012م .
- 37- لجنة علماء برئاسة نظام الدين البلخي، الفتاوى الهندية، دار الفكر، بيروت-لبنان، الطبعة2، 1310هـ .
- 38- المجاجي محمد سكمال ، أحكام عقد البيع في الفقه الإسلامي المالكي، دار ابن حزم، بيروت - لبنان، ط1، 1422هـ - 2001م .
- 39- محيسن فؤاد محمد، التأصل الشرعي لعقدي الاستصناع والمقاولة، دائرة المكتبة الوطنية، عمان - الأردن، الطبعة الأولى، 2002م.
- 40- موافي أحمد، الضرر في الفقه الإسلامي، دار ابن عفان، المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى، 1997م .
- 41- نزيه حماد، قضايا اقتصادية معاصرة في المال والاقتصاد، دار القلم، دمشق - سوريا، الطبعة الأولى، 2001م .
- 42- النشوي ناصر أحمد إبراهيم، أحكام عقد الاستصناع في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية - مصر، د.ط، 2005م .
- 43- وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الموسوعة الفقهية الكويتية، طبع الوزارة، الكويت، ط2، 1427هـ .
- 44- محمد رأفت سعيد، عقد الاستصناع وعلاقته بالعقود الجائزة، ط1، دار الوفاء، المنصورة- مصر، 1432هـ-2002م.

هـ - الكتب القانونية

- 1- أبو زهرة محمد مرسي:
- المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية المهنيين (المسؤولية المهنية للمحامين والمهندسين)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت - لبنان، ط2، 2004م .
- عقد البيع تحت الإنشاء - دراسة مقارنة بين القانون المدني المصري والفرنسي والكويتي - ، السيد عبد الله وهبة، القاهرة - مصر، ط1، 1987م .
- 2- الأوذن سمير عبد السميع ، تملك وحدات البناء تحت الإنشاء والضمانات الخاصة لمشتري الوحدات السكنية، مطبعة الإشعاع الفنية، الإسكندرية - مصر، د.ط، 2001م .
- 3- بلعور عبد الكريم، نظرية فسخ العقد في القانون المدني الجزائري والمقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، د.ط، 1986م .
- 4- بارش سليمان، مبدأ الشرعية في قانون العقوبات الجزائري، د ط، دار الهدى، عين مليلة-الجزائر، 2006م.
- 5- بن الشيخ آت ملويا حسين، المنتقى في عقد البيع، دار هومه، الجزائر، ط2، 2006م .
- 6- بن عبيدة عبد الحميد ، إثبات الملكية العقارية والحقوق العينية العقارية في التشريع الجزائري، دار هومة، الجزائر، د.ط، 2003م .
- 7- بوذياب سليمان، مبادئ القانون المدني، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت - لبنان، ط1، 2003م .
- 8- بوسته إيمان، النظام القانوني للترقية العقارية، دار الهدى، عين مليلة - الجزائر، د.ط، 2011م .
- 9- البيات محمد حاتم ، أيمن محمد أبو العيال، القانون المدني المقارن بالفقه الإسلامي - الالتزامات العقد والإرادة المنفردة -، منشورات كلية الحقوق، جامعة دمشق - سوريا، 2015م .
- 10- جبيري عادل ، محمد حبيب، التنفيذ العيني للالتزامات التعاقدية، دراسة تحليلية تأصلية مقارنة، دار الفكر العربي، بيروت، لبنان، ط1، 2004م .
- 11- حسنين محمد:
- نظرية الالتزام، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، د.ط، 1983م .
- عقد البيع في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط2، 1982م

- 12- حسين ياسين عبد الرزاق ، المسؤولية الخاصة بالمهندس المعماري ومقاول البناء، شروطها نطاق تطبيقها والضمانات المستحدثة فيها، دراسة مقارنة في القانون المدني، ط1 ، 1985 م، دار المعارف، الإسكندرية .
- 13- حمدان حسين عبد اللطيف ، أحكام الشهر العقاري، الدار الجامعية الجديدة، بيروت، لبنان، د.ط، د.ت .
- 14- حمدي أحمد سعد أحمد، البيع الإيجاري، الدار القانونية، مصر، د. ط، 2007 م .
- 15- خلفوني مجيد ، شهر التصرفات العقارية في القانون المدني الجزائري مدعم بالقرارات القضائية، دار هومه، الجزائر، ط2، 2011 م .
- 16- دوة آسيا، رمول خالد، الإطار القانوني والتنظيمي لتسجيل العقارات في التشريع الجزائري، دار هومه، الجزائر، ط3، 2011 م .
- 17- زروقي ليلي، اممر حمدي باشا، المنازعات العقارية، دار هومه، الجزائر، د.ط، 2002 م.
- 18- الزغيبي محمد يوسف، العقود المسماة، شرح عقد البيع في القانون المدني الأردني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، د.ط، 2006 م .
- 19- السعدي محمد صبري:
- الواضح في شرح القانون المدني، عقد البيع والمقايضة، دراسة مقارنة في القوانين العربية، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، د.ط، 2008 م .
- شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات، دار الهدى، الجزائر، ط2، 2005 م .
- 20- سليمان علي علي، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط6، 2006 م .
- 21- السنهوري عبد الرزاق:
- آثار الالتزام، د. ن، د. م، ط2، د. ت، الجزء 3 .
- السنهوري عبد الرزاق، مصادر الحق، المكتبة السلفية، السعودية، الطبعة الثانية، 1967 م.
- الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة - مصر، 1964 م .

- الوسيط في شرح القانون المدني، العقود الواردة على العمل: المقاوله والوكالة والوديعة والحراسة، دار إحياء التراث العربي، بيروت - لبنان، د.ط، د.ت.
- الوسيط في شرح القانون المدني، العقود التي تقع على الملكية، البيع والمقايضة، المجلد الأول، دار إحياء التراث العربي، بيروت - لبنان، 1973م .
- 22- السيد عمران، عدم المطابقة في بيع العقارات تحت التشييد، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، مصر، د.ط، 1994م.
- 23- شنب محمد لبيب:
- شرح أحكام عقد المقاوله، منشأة المعارف، الإسكندرية - مصر، د.ط، 2003م .
- مبادئ القانون، دار النهضة العربية، بيروت - لبنان، د.ط، 1970م .
- 24- صافي عبد الحق، بيع العقار في طور الإنجاز، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء - المغرب، ط1، 2001م .
- 25- العبيدي علي هادي، العقود المسماة - البيع والإيجار - وقانون المالكين والمستأجرين، دار الثقافة، عمان - الأردن، ط9، 2015م .
- 26- فتحي عبد الرحيم عبد الله، الوجيز في العقود المدنية المسماة (عقد البيع)، منشأة المعارف، مصر، ط3، د.ت .
- 27- العدوي جلال علي، أصول الالتزامات، مصادر الالتزام، منشأة المعارف الإسكندرية، مصر، د.ط، 1997م .
- 28- علاء حسين علي، عقد بيع المباني تحت الإنشاء - دراسة قانونية مقارنة - ، منشورات زين الحقوقية، العراق، الطبعة الأولى، 2011م .
- 29- عمر حمدي باشا، نقل الملكية العقارية على ضوء آخر التعديلات وأحدث الأحكام ، دار هومة، الجزائر، د.ط، 2001م .
- 30- العمروسي أنور، العقود الواردة على الملكية في القانون المدني، دار الفكر الجامعي، د.م، د.ط، 2003م .
- 31- عمور عمار، الوجيز في شرح القانون التجاري الجزائري - الأعمال التجارية، التاجر، الشركات التجارية - ، د.ط، دار المعرفة، الجزائر، 1990م .

- 32- عنبر محمد عبد الرحيم، عقد المقاوله، دار النهضة العربية، القاهرة - مصر، د.ط، 1977م .
- 33- فاضلي إدريس، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، قصر الكتاب، الجزائر، د.ط، 2006 - 2007م .
- 34- فضيل نادية، القانون التجاري الجزائري الأعمال التجارية، التاجر، المحل التجاري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط6، 2004م .
- 35- فيلاي علي، الالتزامات - النظرية العامة للعقد - ، طبعة منقحة ومعدّلة، موفم للطباعة والنشر، الجزائر، 2008م .
- 36- قاسم محمد حسن، عقد البيع، الدار الجامعية، مصر، د.ط، 1999م .
- 37- قداد خليل أحمد حسن، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط3، 2003م .
- 38- لعشب محفوظ بن حامد، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، ط7، 1990م، ص 31.
- 39- العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانوني المدني الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط5، 2008م.
- 40- مبارك سعيد وآخرون، الموجز في العقود المسماة، دار الحكمة للطباعة والنشر، بغداد - العراق، 1993م.
- 41- المحاسنة محمد يحيى عبد الرحمان، مفهوم المحل والسبب في العقد، دار النهضة العربية، القاهرة - مصر، د.ط، 1986م .
- 42- منذر الفضل، صاحب الفضلاوي، شرح القانون المدني الأردني (العقود المسماة)، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، د.ط، د.ت.
- 43- محمد عمر سالم ، الالتزامات في القانون المدني، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، الطبعة الأولى، د. ت .
- 44- محمود جلال حمزة، التبسيط في شرح القانون المدني (البيع والإيجار)، جمعية عمال المطابع التعاونية، الأردن، ط1، 2005م .

45- مغبغب نعيم، عقود مقاولات البناء والأشغال الخاصة والعامة، دار الفكر، بيروت - لبنان، ط3، 2001م .

46- الشرقاوي جميل، شرح العقود المدنية (البيع والمقايضة)، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، د.ط، 1991م .

47- منصور محمد حسين:

- شرط الاحتفاظ بالملكية، دار الجامعة الجديدة، مصر، د.ط، 2007م .

- مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، الدار الجامعية، مصر، د.ط، 2000م .

48- هوييه جيروم، المطول في القانون المدني، ترجمة: منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت - لبنان، د.ط، 2003م .

49- ياقوت محمد ناجي، مسؤولية المماريين بعد إتمام الأعمال وتسلمها مقبولة من رب العمل، منشأة المعارف، الاسكندرية - مصر، د.ط .

50- يكن زهدي، عقد البيع، منشورات المكتبة العصرية، بيروت - لبنان، ط1، د.ت .

و - كتب التاريخ والتراجم

1- ابن أبي يعلى أبو الحسين محمد، طبقات الحنابلة، دار المعرفة، بيروت - لبنان، د.ط، د.ت .

2- ابن العماد الحنبلي عبد الحي بن أحمد، شذرات الذهب في أخبار من ذهب، تحقيق: عبد القادر الأرنؤوط، دار ابن كثير، دمشق - سوريا، د.ط، 1406هـ .

3- ابن خلكان، وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان، تحقيق: إحسان عباس، دار صادر، بيروت - لبنان، ط1، 1977م .

4- ابن رجب الحنبلي عبد الرحمن أحمد، ذيل طبقات الحنابلة، تحقيق: عبد الرحمن بن سليمان العثيمين، مكتبة العبيكان، المملكة العربية السعودية، ط1، 2005م .

5- ابن فرحون، الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب، تحقيق: محمد الأحمد أبو النور، دار التراث للطبع والنشر، القاهرة - مصر، د.ط، د.ت .

6- ابن قاضي شهبة، طبقات الشافعية، تحقيق: عبد العليم خان، عالم الكتب، بيروت - لبنان، ط1، 1407هـ - 1988م .

- 7- ابن كثير، البداية والنهاية، تحقيق: علي شيري، دار إحياء التراث العربي، بيروت - لبنان، الطبعة الأولى، 1988م .
- 8- الأسنوي جمال الدين عبد الرحيم بن إبراهيم ، طبقات الشافعية، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ط1، 1407هـ، 1987م .
- 9- بدران أبو العينين بدران، تاريخ الفقه الاسلامي ونظرية الملكية والعقود، دار النهضة العربية، بيروت- لبنان، د.ط، د.ت .
- 10- البغدادي إسماعيل باشا، هدية العارفين وأسماء المؤلفين وآثار المصنفين، وكالة المعارف، اسطنبول، د.ط، 1951م .
- 11- تقي الدين بن عبد القادر التميمي المصري، الطبقات السنيّة في تراجم الحنفية، تحقيق: عبد الفتاح الحلو، دار الرفاعي، الرياض، ط1، 1983م.
- 12- الذهبي شمس الدين أبو عبد الله، سير أعلام النبلاء، تحقيق: مجموعة من المحققين بإشراف شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت - لبنان، ط3، 1985م .
- 13- الزركلي خير الدين، الأعلام، دار العلم للملايين، بيروت- لبنان، ط15، 2002م.
- 14- السبكي تاج الدين، طبقات الشافعية الكبرى، تحقيق: محمود محمد الطناجي، عبد الفتاح محمد الحلو، دار هجر، مصر، 1413هـ .
- 15- السخاوي شمس الدين بن محمد ، الضوء اللامع لأهل القرن التاسع، منشورات دار مكتبة الحياة، بيروت - لبنان، د.ط، د.ت.
- 16- السيوطي جلال الدين عبد الرحمان، بغية الوعاة في طبقات اللغويين والنحاة، تحقيق: محمد أبو الفضل إبراهيم، دار الفكر، د. م ، ط2، 1979م.
- 17- الشوكاني محمد بن علي، البدر الطالع بمحاسن من بعد القرن السابع، دار المعرفة، بيروت - لبنان، د. ط، د. ت .
- 18- كحالة عمر رضا ، معجم المؤلفين، مؤسسة الرسالة، بيروت- لبنان، ط2، 1993م.
- 19- اللكنوي محمد عبد الحي، الفوائد البهية في تراجم الحنفية، دار المعرفة، بيروت- لبنان، د.ط، د.ت.
- 20- محي الدين الحنفي عبد القادر محمد، الجواهر المضية في طبقات الحنفية، تحقيق: عبد الفتاح محمد الحلو، هجر للطباعة والنشر، الرياض - السعودية، ط2 .

21- مخلوف، محمد بن محمد، شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، تحقيق: علي عمر، مكتبة الثقافة الدينية، القاهرة- مصر، ط1، 2007م.

و- كتب اللغة والمعاجم

- 1- إبراهيم مصطفى وآخرون، المعجم الوسيط، دار الدعوة، تركيا، الطبعة 2، 1982م .
- 2- ابن فارس أحمد بن زكرياء القزويني، معجم مقاييس اللغة، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، بيروت، لبنان، د.ط، 1979م .
- 3- ابن منظور جمال الدين أبو الفضل محمد بن مكرم، لسان العرب، دار صادر، بيروت، لبنان، الطبعة 03، 1414 هـ .
- 4- أحمد مختار عبد الحميد عمر، معجم اللغة العربية المعاصرة، عالم الكتب، بيروت - لبنان، ط1، 2008م .
- 5- حسين يوسف موسى، عبد الفتاح الصعيدي، الإفصاح في فقه اللغة، دار الفكر العربي، بيروت - لبنان، ط1، 1964م .
- 6- الرازي زين الدين أبو عبد الله، مختار الصحاح، تحقيق: يوسف الشيخ محمد، المكتبة العصرية، بيروت - لبنان، ط5، 1999م .
- 7- الزبيدي محمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسيني ، تاج العروس من جواهر القاموس، تحقيق: مجموعة محققين، دار الهداية، د.م، د.ط، د.ت .
- 8- الفيروز آبادي، محمد بن يعقوب ، القاموس المحيط، تحقيق : مكتب تحقيق التراث، مؤسسة الرسالة، بيروت- لبنان، ط8، 1426هـ-2005م.
- 9- الجوهري أبو نصر إسماعيل بن حماد، الصحاح تاج اللغة و صحاح العربية، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار، دار العلم للملايين، بيروت - لبنان، ط4، 1987م.
- 10- الفيومي محمد بن علي ، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، المكتبة العلمية، بيروت، د.ط، د.ت.
- 11- محمد بن أحمد بن الأزهري، تهذيب اللغة، تحقيق: محمد عوض مرعب، دار احياء التراث العربي، بيروت - لبنان، ط1، 2001م .
- 12- مجمع اللغة العربية، معجم القانون، الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية، القاهرة- مصر، د ط، 1460هـ-1999م.

- 13- محمد رواس قلعجي، حامد صادق قنيبي، معجم لغة الفقهاء، دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت-لبنان، ط2، 1408هـ - 1988م.
- 14- نزيه حماد، معجم المصطلحات المالية والاقتصادية في لغة الفقهاء، الدار الشامية، بيروت - لبنان، ط1، 2008م .

ز - الرسائل الجامعية و الأبحاث والمقالات

✓ الرسائل الجامعية

- 1- اسطنبولي محي الدين، عقد الاستصناع وأهميته في الاستثمار، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في العلوم الإسلامية، تخصص أصول الفقه، جامعة الجزائر1، كلية العلوم الإسلامية، 2015-2016م .
- 2- البدران كاسب بن عبد الكريم، عقد الاستصناع أو "عقد المقاولة" في الفقه الإسلامي - دراسة مقارنة- رسالة ماجستير، كلية التربية، جامعة الملك فيصل، السعودية، 1984م .
- 3- بلخير أحمد، عقد الاستصناع وتطبيقاته المعاصرة، رسالة ماجستير، جامعة الحاج لخضر، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، باتنة، 2007-2008م .
- 4- بن تريعة مها، مسؤولية المرقي العقاري في إطار عقد الترقية العقارية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص قانون المنافسة وحماية المستهلك، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، الجزائر العاصمة، 2014م.
- 5- بن عبد القادر زهرة ، نطاق الضمان العشري للمشيدين، دراسة مقارنة بين التشريعين الجزائري والفرنسي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة - الجزائر .، 2008 - 2009م .
- 6- بوجنان نسيمة، عقد البيع بناءً على التصاميم، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2008 - 2009م .
- 7- جواد محمود أحمد بحر، نظرية الشرط الجزائي بين الفقه والقانون، رسالة ماجستير في القضاء الشرعي، كلية الدراسات العليا، جامعة الخليل، 2009م .
- 8- الجوزجاني عبد الغفار عبد البصير ، المصطلحات الفقهية في المعاملات المالية، رسالة ماجستير، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة أم القرى بمكة المكرمة، المملكة العربية السعودية، 1404هـ .

- 9- الجزائر أسامة يوسف ، العقود الآجلة في الاقتصاد الإسلامي البديل، رسالة ماجستير، كلية الشريعة و القانون، الجامعة الإسلامية-غزة-، 1430هـ-2009م، ص55.
- 10- حمادي جازية مجيدة، عقد مقاوله البناء في القانون الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2002م، 2003م .
- 11- داودي وفاء، عقد بيع العقار بناءً على التصاميم، مذكرة لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، 2004م، 2007م .
- 12- دروازي عمار ، آليات إدارة الملكية العقارية المشتركة وحمايتها في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، قانون عقاري، جامعة الحاج لخضر، باتنة .
- 13- الرام علي ، بيع العقار في طور البناء، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق ، وجدة - المغرب - 2004م .
- 14- ربيع نصيرة، تمويل الترقية العقارية العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص إدارة ومالية، كلية الحقوق، بن عكنون، الجزائر، 2005 - 2006م .
- 15- ريمان حسينة، المسؤولية العقارية في مجال الترقية العقارية على ضوء القانون 11-04 المحدد للقواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية، رسالة ماجستير، جامعة الحاج لخضر، باتنة، الجزائر 2013، 2014م .
- 16- زعموش محمد، نظرية العيوب الخفية في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، 2005م.
- 17- سبتي محمد، رخصة البناء في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير، فرع إدارة ومالية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2003م .
- 18- شعوة مهدي، تطور المركز القانوني للمرقي العقاري الخاص في التشريع الجزائري، أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في القانون، تخصص قانون عقاري وزراعي، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري بقسنطينة، 2014-2015م.
- 19- صياد الصادق، حماية المستهلك في ظل القانون الجديد رقم 09 - 03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، رسالة ماجستير في العلوم القانونية والإدارية، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة 1، 2013 - 2014م .
- 20- عبد المحسن الرويشد، الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، مصر، 1404هـ.

- 21- علي بن علي، عقد البيع على التصاميم في ظل القانون 11-04، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة محمد بوقرة، بومرداس.
- 22- عياشي شعبان، عقد بيع العقار بناء على التصاميم، دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والفرنسي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة منتوري قسنطينة، 2011-2012م .
- 23- فريوة عبد الجليل، عقد البيع في مجال الترقية العقارية في ظل القانون 11/04، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماستر، جامعة قسنطينة، كلية الحقوق، 2013 - 2014م .
- 24- فواز بن خلف اللويحي المطيري، الحماية الجنائية والمدنية في التمويل العقاري، دراسة تأصيلية مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الدراسات العليا، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض - المملكة العربية السعودية، 2011م .
- 25- كامل فؤاد ، المسؤولية المدنية عن تهم البناء في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 2001-2002م ، .
- 26- مدوري زايد، مسؤولية المقاول والمهندس المعماري في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012م.
- 27- مصطفى عبد السيد الجارحي مشعل، ملكية الشقق في القانون المصري، دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1976م .
- 28- موسى نسيم، ضمانات تنفيذ عقد الترقية العقارية - عقد بيع العقار في طور الإنجاز - ، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2015م .
- 29- مسكر سهام:
- بيع العقار بناءً على التصاميم، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، قانون عقاري، كلية الحقوق، جامعة البليدة، 2006م .
- التزامات المرقى العقاري المترتبة على بيع السكنات الترقية، أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في القانون، تخصص قانون عقاري وزراعي، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري بقسنطينة، 2015-2016م.
- 30- نوي عقيلة، النظام القانوني لعقد البيع بناءً على التصاميم في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2003 - 2004م .

31- ويس فتحي، 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، 2004م .

✓ الأبحاث والمقالات

- 1- إبراهيم يوسف، المسؤولية العشرية للمهندس المعماري والمقاول، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، 1995م .
- 2- بطيمي حسين، الكتابة الرسمية كوسيلة إثبات، المجلة الدورية للموثق، الجزائر، العدد1، جوان 2001م.
- 3- بوسطلة شهرزاد، المسؤولية الجنائية للمهندس المعماري عن تخدم البناء، المسؤولية الجنائية للمهندس المعماري عن تخدم البناء، مجلة المنتدى القانونية، العدد05، 2003م .
- 4- الجعفري أحمد بن عبد الله ، أحكام الاعسار في الفقه الاسلامي مقارنة بأنظمة المملكة العربية السعودية، مجلة العدل، وزارة العدل، الرياض - السعودية، العدد 27، 1421هـ .
- 5- حمليل نورة:
 - تقدير تقنية البيع على التصاميم، الملتقى الدولي حول الترقية العقارية يومي : 7 و 8 فيفري 2006، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، الجزائر.
 - عقد البيع بالإيجار، مجلة الباحث، جامعة تيزي وزو، العدد 5، السنة 2007م .
- 6- الخروبي خليفة ، نقل الملكية في عقد البيع أثر أم التزام، المجلة القانونية التونسية، مركز النشر الجامعي، تونس، 1997م .
- 7- دغش أحمد ، الضمانات في الترقية العقارية بعد الاستلام النهائي للمشروع العقاري، الملتقى الوطني حول الترقية العقارية في الجزائر، الواقع والآفاق، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، يومي 27 و 28 فيفري 2012م .
- 8- دوة آسيا، عقد حفظ الحق، الملتقى الوطني حول الترقية العقارية في الجزائر، الواقع والآفاق، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، 27 و 28 فيفري 2012م .
- 9- رمول خالد، صندوق الضمان والكفالة المتبادلة في عقد البيع على التصميم، مجلة المفكر، جامعة محمد خيضر، بسكرة، العدد 5، د.ت .
- 10- الزحيلي وهبة:

- عقد الاستصناع، بحث منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الصادرة عن الشركة العربية لتقنية المعلومات، 2007م .
- عقود جديدة - عقد المقاوله، بيع الاسم التجاري والترخيص، التنازل عن المنفعة بمقابل (بدل الخلو)، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد2، ماي 1988م.
- 11- وزارة عواطف، التزامات المرقي العقاري في عقد البيع بناءً على التصاميم وفق القانون 04/11، الملتقى الوطني: إشكالات العقار الحضري وآثارها على التنمية في الجزائر، المنعقد يومي: 17 و18 فيفري 2013 بجامعة محمد خيضر بسكرة .
- 12- الزرقا مصطفى أحمد، هل يقبل شرعا الحكم على المدين المماطل بالتعويض، مجلة أبحاث الإقتصاد الإسلامي، جامعة الملك عبد العزيز، السعودية، العدد الثاني، 1985م .
- 13- زكي الدين شعبان، الشرط الجزائي في الشريعة والقانون، مجلة الحقوق والشريعة الإسلامية، جامعة الكويت، السنة الأولى، العدد2، 1977م .
- 14- زوبة عز الدين، خصوصية عقد بيع العقار على التصاميم عن عقد البيع العادي، الملتقى الوطني حول إشكالات العقار الحضري وآثارها على التنمية في الجزائر، جامعة محمد خيضر بسكرة، يومي 17 و18 فيفري 2013م .
- 15- زيتوني زكريا، الضمانات القانونية في عقد البيع على التصاميم، دراسات قانونية، مركز البصيرة للبحوث والاستشارات القانونية والخدمات التعليمية، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، العدد 19.
- 16- زروق يوسف، الضمانات القانونية والاستثمارية لممارسة نشاط المرقي العقاري الخاص في الجزائر، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عباس لغرور، خنشلة - الجزائر، العدد08، جوان 2017م.
- 17- سامي عبد الرحمن ، سحب الاعتماد من المرقي العقاري محمد صحراوي بعد انهيار عمارة بالعاشور في العاصمة، جريدة النهار، العدد 2757، 2016/10/16م .
- 18- السالوس على أحمد ، الشرط الجزائي وتطبيقاته المعاصرة ، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد14، السنة الثانية عشر .
- 19- السلمي عبد الله بن ناصر، المماطلة مظاهرها وأضرارها وأنواعها وأسبابها في الفقه الاسلامي، مجلة البحوث الإسلامية، الرئاسة العامة لإدارات البحوث العلمية والافتاء والدعوة والارشاد، الرياض - السعودية، العدد 79، 1427هـ.

- 20- السفياني عابد بن محمد ، معنى النوازل والاجتهاد فيها، مجلة الأصول والنوازل، جامعة أم القرى، العدد الأول، محرم 1430هـ.
- 21- سويقات أحمد، الآثار القانونية لعقد البيع بناء على التصميم، الملتقى الدولي حول الترقية العقارية الواقع والآفاق، يومي 07 و08 فيفري 2006م، جامعة قاصدي مرباح ورقلة.
- 22- صبايحي ربيعة، الضمانات المستحدثة في بيع العقار على التصميم على ضوء أحكام القانون 04/11، الملتقى الوطني حول الترقية العقارية في الجزائر، الواقع والآفاق، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، يومي: 27 و 28 فيفري 2012م .
- 23- الصديق محمد الأمين الضرير:
- الاتفاق على إلزام المدين الموسر بتعويض ضرر المماثلة، مجلة أبحاث الاقتصاد الإسلامي، جامعة الملك عبد العزيز، جدة، 1985م، العدد 1 .
- الشرط الجزائي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة الثانية عشر، 22703/2.
- 24- ضحى محمد سعيد عبد الله النعيمي، مفهوم بيع العقار على الخريطة وتكييفه القانوني - دراسة مقارنة-، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الموصل، العراق، العدد 49، جانفي 2012م .
- 25- طيب عائشة، عقد البيع على التصميم في ظل القانون رقم 11- 04، دراسات قانونية، مركز البصيرة للبحوث والاستشارات والخدمات التعليمية، العدد 13، دار الخلدونية - الجزائر، 2011م.
- 26- قاشي علال، التزامات المرقى العقاري وجزاء الإخلال بها في عقد البيع على التصميم، الملتقى الوطني حول: الترقية العقارية في الجزائر الواقع والآفاق، يومي 27 و 28 فيفري 2012، مطبعة جامعة قاصدي مرباح، ورقلة .
- 27- قني السعدية، دور صندوق الضمان والكفالة المتبادلة في ضمان تمويل الترقية العقارية، الملتقى الوطني حول إشكالات العقار الحضري وأثرها على التنمية في الجزائر، يومي 17 و18 فيفري 2013، مجلة الحقوق والحريات، عدد تجربي .
- 28- القره داغي علي محيي الدين، عقد الاستصناع بين الإلتباع والاستقلال وبين اللزوم والجواز، بحث منشور في مجلة: بحوث في فقه المعاملات المالية المعاصرة، دار البشائر الإسلامية، بيروت - لبنان، د.ط، 2001م .

- 29- كاوجة محمد الصغير، قاسم مولود، مقارنة قانونية لتحديد مفهوم البيع بالإيجار في ظل أنواع العقود الأخرى، الملتقى الدولي حول الترقية العقارية يومي 7 و8 فيفري 2006م، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة .
- 30- لموسخ محمد ، الضمانات القانونية في عقد البيع على التصاميم، مجلة المنتدى القانوني، العدد السادس، كلية الحقوق، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2009م .
- 31- محمد بن عبد العزيز بن سعد اليميني، الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة، رسالة دكتوراه، كلية التربية، جامعة الملك سعود، السعودية، 1425 - 1426هـ .
- 32- محمد عبد اللطيف صالح الفرфор، أثر الاستصناع في تنشيط الحركة الصناعية، بحث منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الصادرة عن الشركة العربية لتقنية المعلومات، 2007م .
- 33- محمد حاج بن علي ، تمييز الالتزام بالإعلام عن الالتزام بالنصيحة لضمان الصفة الخطرة للشيء المبيع، مجلة الاكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، عدد جوان 2011.
- 34- المصري رفيق يونس، مناقصات العقود الإدارية، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، 18171/2.
- 35- مصطفى كمال التارزي، الاستصناع والمقاولات في العصر الحاضر، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، تصدر عن منظمة المؤتمر الاسلامي، جدة-السعودية، 7 إلى 12 ذو القعدة 1412هـ الموافق 9 - 14 مايو 1992م، العدد 7 .
- 36- هادي بشير، الأبعاد التنظيمية للضمانات الخاصة بعقد البيع على التصاميم، الملتقى الوطني حول الترقية العقارية في الجزائر. الواقع والآفاق .، جامعة قاصدي مرباح ورقلة 2012 م، مطبعة الجامعة .
- 37- وعلي جمال، المسؤولية المدنية للمهندس المعماري و المقاول عن عيوب المباني المسلمة لصاحب المشروع ، -دراسة في القانون الجزائري- ، الملتقى الوطني حول الترقية العقارية في الجزائر - الواقع والآفاق-، يومي 27 و28 فيفري 2012م ، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، مطبعة جامعة قاصدي مرباح.
- 38- محمد رأفت سعيد، عقد الاستصناع وعلاقته بالعقود الجائزة، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، تصدر عن منظمة المؤتمر الاسلامي، جدة-السعودية، د س ن، العدد 7 .

ح - النصوص القانونية

* القوانين:

- 1- القانون رقم: 07/86 المؤرخ في 04 مارس 1986م، المتعلق بالترقية العقارية، الجريدة الرسمية العدد 10 الصادرة بتاريخ 05 مارس 1986م.
- 2- القانون رقم: 10/90 المؤرخ في 14 أبريل 1990 المتعلق بالنقد والقرض، الجريدة الرسمية العدد 15، الصادرة في 1990.
- 3- القانون رقم: 04-11 المؤرخ في 17 فيفري 2011، المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 14، السنة 2011 م .
- 4- القانون رقم: 04 - 06 المؤرخ في 27 جمادى الثانية 1425هـ الموافق لـ: 14 أوت 2004م، المتعلق بشروط الإنتاج المعماري وممارسة مهنة المهندس المعماري، الجريدة الرسمية العدد 51، والذي تضمن إلغاء المواد من 50 إلى 55 من المرسوم التشريعي رقم 94 - 07 المؤرخ في 7 ذي الحجة 1414هـ الموافق لـ: 18 ماي 1994م، والمتعلق بشروط الإنتاج المعماري وممارسة مهنة المهندس المعماري، الجريدة الرسمية رقم 32.
- 5- القانون رقم: 04 - 02 المؤرخ في 23 جوان 2004، المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، الجريدة الرسمية، العدد 41.
- 6- القانون رقم: 90-29 المؤرخ في 1 ديسمبر 1990م، المعدل والمتمم بالقانون رقم 04/05 المؤرخ في 04 أوت 2004م، والمتعلق بالتهيئة والتعمير، الجريدة الرسمية، العدد 51، السنة 2004م.
- 7- القانون رقم: 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008م، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 21، المؤرخة في 23 أبريل 2008م.
- 8- القانون رقم: 25/90 المؤرخ في 18 نوفمبر 1990م المتضمن قانون التوجيه العقاري الجريدة الرسمية العدد 49 ، المعدل والمتمم بالأمر 26/95 المؤرخ في 25 سبتمبر 1995م الجريدة الرسمية العدد 15
- 9- القانون رقم: 89 - 02 المؤرخ في 07 فيفري 1989م المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك، الجريدة الرسمية العدد 06.

- 10- القانون رقم: 09 - 03 المؤرخ في 25 فبراير 2009، المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، الجريدة الرسمية العدد 15.
- 11- القانون رقم: 08-15 المؤرخ في 20 جويلية 2008 م، المحدد لقواعد مطابقة البيانات وإتمام إنجازها، الجريدة الرسمية، العدد 44 لسنة 2008 م، الصادرة في 2008/08/05 م.
- 12- القانون رقم: 00 - 44 المتعلق ببيع العقار في طور الانجاز المتمم بموجبه قانون الالتزامات والعقود، الصادر في: 03 أكتوبر 2002م، المنشور في الجريدة الرسمية للمملكة المغربية العدد: 5054 بتاريخ: 07 نوفمبر 2002م.
- 13- القانون رقم: 06-02 المؤرخ في 20/02/2006 م، المتضمن تنظيم مهنة التوثيق، الجريدة الرسمية العدد 14.

* الأوامر:

- 1- الأمر رقم: 58-75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975م، المتضمن القانون المدني الجزائري، المعدل والمتمم بالقانون رقم 07-05.
- 2- الأمر رقم: 76-97 مؤرخ في: 20/ذي القعدة/1396 الموافق ل: 22/11/1976م، يتضمن دستور 1976، الجريدة الرسمية العدد 94 الصادر بتاريخ: 24/11/1976.
- 3- الأمر رقم: 66-156 المؤرخ في 08 يونيو 1966م، المتضمن قانون العقوبات الجزائري، الجريدة الرسمية 49 المؤرخة في 11/06/1966م، المعدل والمتمم بالقانون رقم: 11-14 المؤرخ في 02/08/2011، الجريدة الرسمية رقم 44.
- 4- الأمر رقم: 96/27 المؤرخ في 09 ديسمبر 1996، المتضمن القانون التجاري، الجريدة الرسمية العدد 77.
- 5- الأمر رقم: 75/74 المؤرخ في 12/11/1975م المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، الجريدة الرسمية العدد 52 المؤرخة في 18/11/1975م.
- 6- الأمر رقم: 76-105 المؤرخ في 19 ديسمبر 1976م المتضمن قانون التسجيل، الجريدة الرسمية العدد: 81.
- 7- الأمر رقم: 95-07 المؤرخ في 25 جانفي 1995م، المتعلق بالتأمين، الجريدة الرسمية العدد 13، المعدل والمتمم بالقانون رقم: 06-04، المؤرخ في 20 فيفري 2006م الجريدة الرسمية العدد 15، الصادرة في 12 مارس 2006م.

- 8- الأمر رقم: 71 - 85 المؤرخ في 29 ديسمبر 1971م، المتضمّن إحداث هيئة المراقبة التقنية للبناء وتحديد قانونها الأساسي، الجريدة الرسمية العدد 4، الصادرة في 14 جانفي 1971م.
- 9- الأمر رقم: 03 - 12 المؤرخ في 26 أوت 2003، المتعلّق بالزامية التأمين على الكوارث الطبيعية وتعويض الضحايا، الجريدة الرسمية العدد 52.

* المراسيم:

- 1- المرسوم التشريعي رقم: 03/93 المؤرخ في 01 مارس 1993م، المتعلق بالنشاط العقاري، الجريدة الرسمية العدد 14 الصادرة بتاريخ 03 مارس 1993م.
- 2- المرسوم رئاسي رقم: 89-18 مؤرخ في: 23/02/1989م، الجريدة الرسمية العدد: 09، الصادر بتاريخ: 01/03/1989م.
- 3- المرسوم التنفيذي رقم: 58/94 المؤرخ في 07 مارس 1994، المتعلّق بنموذج عقد البيع بناءً على التصاميم الذي يطبق في مجال الترقية العقارية، الجريدة الرسمية، رقم: 13.
- 4- المرسوم التنفيذي رقم: 13- 431 المؤرخ في 18 ديسمبر 2013م، المحدّد لنموذجي عقد حفظ الحق وعقد البيع على التصاميم للأموال العقارية وكذا حدود سعر الملك موضوع عقد البيع على التصاميم ومبلغ عقوبة التأخير وآجالها وكيفيات دفعها، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 66، السنة 2013م.
- 5- المرسوم التنفيذي رقم: 18 - 06 المؤرخ في 20 جانفي 2018م، يعدّل ويتمّ المرسوم التنفيذي رقم: 10 - 235 المؤرخ في 05 أكتوبر سنة 2010م، الذي يحدّد مستويات المساعدة المباشرة الممنوحة من الدولة لاقتناء سكن جماعي أو بناء سكن ريفي أو سكن فردي منجز في شكل مجمع في مناطق محدّدة في الجنوب والهضاب العليا، ومستويات دخل طالبي هذه السكنات، وكذا كيفيات منح هذه المساعدة، الجريدة الرسمية العدد 02 الصادرة في 21 جانفي 2018م.
- 6- المرسوم التشريعي رقم: 94 - 07 المؤرخ في 7 ذي الحجة 1414هـ الموافق ل: 18 ماي 1994م، والمتعلق بشروط الإنتاج المعماري وممارسة مهنة المهندس المعماري، الجريدة الرسمية رقم 32.
- 7- المرسوم التنفيذي رقم: 04 - 340 المؤرخ في 19 رمضان 1425هـ الموافق ل: 2 نوفمبر 2004م، المحدّد لشروط وكيفيات شراء المساكن المنجزة بأموال عمومية أو مصادر بنكية أو أي

- تمويلات أخرى في إطار البيع بالإيجار، الجريدة الرسمية العدد9، المعدل والمتمم للمرسوم التنفيذي رقم 01 - 105 المؤرخ في 29 محرم 1422هـ الموافق لـ: 23 أبريل 2001م.
- 8- المرسوم التنفيذي رقم: 105/01، المؤرخ في 23 أبريل 2001، المتعلق بالبيع الإيجاري، الجريدة الرسمية، العدد 23، لسنة 2001م.
- 9- المرسوم التنفيذي رقم: 91 - 176 المؤرخ في 28 ماي 1991م، المحدد لكيفيات تحضير شهادة التعمير ورخصة التجزئة وشهادة التقسيم ورخصة البناء وشهادة المطابقة ورخصة الهدم وتسليم ذلك، الصادر في 01 جوان 1991م، الجريدة الرسمية العدد 26.
- 10- المرسوم التنفيذي رقم: 21 - 178 المؤرخ في 28 ماي 1991م، المحدد لإجراءات إعداد مخطط شغل الأراضي والمصادقة عليه ومحتوى الوثائق المتعلقة به، الجريدة الرسمية العدد 28.
- 11- المرسوم التنفيذي رقم: 12 - 84، المؤرخ في 20/02/2012م يحدد كيفيات منح الاعتماد لممارسة مهنة المرقي العقاري وكذا كيفيات مسك الجدول الوطني للمرقيين العقاريين، الجريدة الرسمية العدد 11.
- 12- المرسوم التنفيذي رقم: 147/91 المؤرخ في 12 ماي 1991م، المتضمن تغيير الطبيعة القانونية للقوانين الأساسية لدواوين الترقية والتسيير العقاري وتحديد كيفيات تنظيمها وعملها، الجريدة الرسمية العدد 25.
- 13- المرسوم التنفيذي رقم: 177/84 المؤرخ في 21/07/1984، والمتضمن حل الديوان الوطني للسكن العائلي وتحويل أعماله وأملاكه وحقوقه والتزامات مستخدميه، الجريدة الرسمية العدد 30.
- 14- المرسوم التنفيذي رقم: 91 - 148 المؤرخ في 12 ماي 1991م، المتضمن إحداث وكالة وطنية لتحسين السكن وتطويره، الجريدة الرسمية العدد 25.
- 15- المرسوم التنفيذي رقم: 94 - 308 المؤرخ في 04 أكتوبر 1994م، المحدد لقواعد تدخل الصندوق الوطني للسكن في مجال الدعم المالي للأسر، الجريدة الرسمية العدد 63.
- 16- المرسوم التنفيذي رقم: 62/76 المؤرخ في 25/03/1976م المتعلق بإعداد مسح الأراضي العام، الجريدة الرسمية العدد 30، المؤرخة في 13/04/1976م، المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 134/92 المؤرخ في 07/04/1992م، الجريدة الرسمية العدد 26، المؤرخة في 08/04/1992م.

- 17- المرسوم التنفيذي رقم: 63/76 المؤرخ في 25/03/1976م المتعلق بتأسيس السجل العقاري، الجريدة الرسمية العدد30، المؤرخة في 13/04/1976م، المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي 123/93 المؤرخ في 19/05/1993م، الجريدة الرسمية العدد34، المؤرخة في 23/05/1993م.
- 18- المرسوم التنفيذي رقم: 58-94 المؤرخ في 25 رمضان 1414هـ، الموافق ل: 07 مارس 1994م والمتعلق بنموذج عقد البيع بناء على التصميم الذي يطبق في مجال الترقية العقارية، الجريدة الرسمية العدد 13.
- 19- المرسوم التنفيذي رقم: 12-85 المؤرخ في 20 فيفري 2012م، المتضمّن دفتر الشروط النموذجي الذي يحدّد الالتزامات والمسؤوليات المهنية للمرقي العقاري، الجريدة الرسمية العدد11، الصادرة في 26/07/2012م.
- 20- المرسوم التنفيذي رقم: 86-205 المؤرخ في 19 أوت 1986 م، المتضمّن تغيير هيئة المراقبة التقنية، الجريدة الرسمية العدد34، الصادرة في 20 أوت 1986 م.
- 21- المرسوم التنفيذي رقم: 83-666 المؤرخ في 12 نوفمبر 1982م، المحدّد للقواعد المتعلقة بالملكية المشتركة والبنائات الجماعية، الجريدة الرسمية، العدد 47، الصادرة في 15 نوفمبر 1983 م.
- 22- المرسوم التنفيذي رقم: 14- 99 الصادر في 09 مارس 2014، المحدّد لنموذج نظام الملكية المشتركة في الترقية العقارية، الجريدة الرسمية، العدد 14، الصادرة في 16 مارس 2014.
- 23- المرسوم التشريعي رقم: 93-01 المؤرخ في 19 جانفي 1993، المتضمّن قانون المالية لسنة 1993، الجريدة الرسمية العدد 01.
- 24- المرسوم التنفيذي رقم: 10-87 المؤرخ في 10-مارس 2010 المحدد لمستويات و إجراءات دعم فوائد القروض المقدمة من طرف البنوك والمؤسسات المالية من أجل اقتناء مسكن جماعي وبناء مسكن ريفي من طرف المستفيدين. الجريدة الرسمية العدد 17.
- 25- المرسوم التنفيذي رقم: 14 - 180 المؤرخ في 05/06/2014، يعدّل ويتمّ المرسوم التنفيذي رقم 97 - 406 المؤرخ في 03/11/1997م، والمتضمّن إحداث صندوق الضمان والكفالة المتبادلة في الترقية العقارية، الجريدة الرسمية العدد37، الصادرة في 19/06/2014م.

- 26- المرسوم التنفيذي رقم: 14 - 182 المؤرخ في 5 جوان 2014، الذي يحدّد شروط وكيفيات تسديد الاشتراكات والدفعات الإجبارية الأخرى من طرف المرقين العقاريين المنصوص عليها في النظام الداخلي لصندوق الضمان والكفالة المتبادلة في الترقية العقارية، الجريدة الرسمية العدد 37.
- 27- المرسوم التنفيذي رقم: 14. 181 المؤرخ في 2014/06/05، يحدد شروط حلول صندوق الضمان والكفالة المتبادلة في الترقية العقارية محل مقتني الأملاك العقارية المغطاة بضمان الترقية العقارية وكيفيات ذلك، منشور في الجريدة الرسمية العدد 37 الصادر في 2014/06/19م.
- 28- المرسوم التنفيذي رقم: 15 - 19 المؤرخ في 25 جانفي 2015م، الذي يحدّد كيفيات تحضير عقود التعمير وتسليمها، الجريدة الرسمية العدد 07، الصادرة في 12 فيفري 2015م.

* القرارات:

- 1- القرار الوزاري مشترك مؤرخ في 15 ماي 1998م، يتضمّن كيفيات تنفيذ الأشغال في ميدان البناء، معدّل وامتّم بالقرار الوزاري المشترك المؤرخ في 04 جويلية 2001م.
- 2- القرار الوزاري المشترك الصادر في 2012/12/06 م، المتعلّق بإثبات الموارد البشرية الكافية لاكتساب صفة المرقى العقاري، الجريدة الرسمية العدد 02 لسنة 2013م المؤرخة في 2013/01/13.
- 3- القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 13 سبتمبر 2008 م، الذي يحدّد كيفية تطبيق المرسوم التنفيذي رقم 94 - 308 المحدّد لقواعد تدخل الصندوق الوطني للسكن في مجال الدعم المالي للأسر.

ط - القرارات القضائية

- 1- قرار الغرفة العقارية لدى المحكمة العليا رقم: 664290، الصادر بتاريخ 2011/07/14م، مجلة المحكمة العليا، العدد 02 لسنة 2011.

ي - قرارات المجامع الفقهية

- 1- قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم: (52/1/6)، في مؤتمره السادس المنعقد بجدة في المملكة العربية السعودية من 17 إلى 23 شعبان 1410 هـ الموافق لـ: 14 إلى 20 مارس 1990م، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 6.
- 2- قرار مجمع الفقه الإسلامي المنبثق من منظمة المؤتمر الإسلامي، الدورة الثانية عشر، الرياض، من 25 جمادى الثانية إلى 1 رجب 1421 هـ الموافق لـ 23 - 28 سبتمبر 2000م.

3- قرار المجمع الفقهي الاسلامي رقم 87/3/7، الدورة السابعة المنعقدة بجدة من 07 إلى 12 ذو القعدة 1422هـ، الموافق ل09 الى 14 مايو 1992م.

4- قرار مجمع الفقه الإسلامي، المنعقد بالرياض من 25 جمادى الثانية إلى 01 رجب 1421هـ، الدورة الثانية عشر، رقم 22858/12،2/3/19، الشرط الجزائي وسلطة القاضي في تعديله.

ك - المراجع الأجنبية

- 1 - Olivier Tournafond, vent d'immeuble à construire, Dalloz action, 2000 3— 2001, Paris .
- 2 - SAINT Alary Roger, choix de la construction, presse universitaire de France, 1977.
- 3 - Albert Caston et autres, traité de la responsabilité des constructeurs, édition le moniteur , 7^{eme} édition, France, 2013.
4. Malinvaud Philippe et autres , Droit de la promotion immobilière, Dalloz, 8 Edition , paris, 2009 .
- 5- construction Roger saint- Alory , corinne saint -Alory - Houin, Droit de la mémentos, 8^{eme} édition, Dalloz , Paris, France – 2006 .
6. Malinvaud philippe, droit de a construction, Dalloz. france. 2010, 2011.
- 7 - HDEFFINGER Baraton , vente d'immeuble à construire , répertoire de droit civil , 2^{eme} édition, édition Dalloz, paris, 1988 .
- 8- poliniol et ribert, traité pratique de droit civil français, contrat civils, 2^{eme} partie, LGDJ, paris, 1954 .
- 9 - Jestaz Philippe, MALINVAUD Philippe, Droit de la promotion immobilière, paris, Dalloz, 1988 .
- 10 - M'hamed SAHRAOUI, profession promoteur immobilier, Alger, Edition de la SOPIREF, 2008.

11. Amar Aloui, propriété et regime foncier en Algérie, edition distribution Houma , Alger,2004 .

ل - مواقع الإنترنت

1- وزارة العدل الجزائرية :

- www.mjustice.dz.

2 - الفتاوى الشرعية في المسائل الاقتصادية، بيت التمويل الكويتي، الفتوى رقم: 06،300، 398:

- [http : //www.kfh.com/KFH_ Fatawa/ Fatawa_ Index.aspx](http://www.kfh.com/KFH_Fatawa/Fatawa_Index.aspx).

3 - البيع الإيجاري:

-www.ajeni.com/into/htm.

4 - الموقع الرسمي لمجمع الفقه الإسلامي:

-www.fiqhacademy.org.sa

فهرس الموضوعات

الصفحة	الموضوع
أ - ي	المقدمة
	الفصل الأول: ماهية عقد البيع بناءً على التصميم
02	تمهيد وتقسيم
03	المبحث الأول : مفهوم عقد البيع بناءً على التصميم
03	المطلب الأول : تعريف عقد البيع بناءً على التصميم وبيان خصائصه
03	الفرع الأول : تعريف عقد البيع بناءً على التصميم
03	أولاً : تعريف عقد البيع بناءً على التصميم باعتبار مفرداته
10	ثانياً : تعريف عقد البيع بناءً على التصميم باعتباره مركباً إضافياً
17	الفرع الثاني : خصائص عقد البيع بناءً على التصميم
17	أولاً : الخصائص العامة لعقد البيع بناءً على التصميم
25	ثانياً: خصائص عقد البيع بناءً على التصميم طبقاً لقوانين نشاط الترقية العقارية
28	المطلب الثاني: التكييف القانوني لعقد البيع بناءً على التصميم
29	الفرع الأول: تكييف عقد البيع بناءً على التصميم من حيث طبيعته القانونية
29	أولاً: عقد البيع بناءً على التصميم عقد بيع
31	ثانياً: عقد البيع بناءً على التصميم عقد مقولة
34	ثالثاً: عقد البيع بناءً على التصميم عقد مركب
34	رابعاً: موقف المشرع الجزائري من مسألة تكييف عقد البيع بناءً على التصميم
35	الفرع الثاني: تكييف عقد البيع بناءً على التصميم من حيث صفة العمل بالنسبة للبائع والمشتري
36	أولاً: الطابع المدني للترقية العقارية
36	ثانياً: الطابع التجاري للترقية العقارية
38	المطلب الثالث: تمييز عقد البيع بناءً على التصميم عن غيره من العقود المشابهة

الفهارس العامة

38	الفرع الأول: تمييز عقد البيع بناءً على التصميم عن الوعد بالبيع العقاري
39	الفرع الثاني: تمييز البيع بناءً على التصميم عن بيع الأشياء المستقبلية
40	الفرع الثالث: تمييز عقد البيع بناءً على التصميم عن عقد حفظ الحق
42	الفرع الرابع: تمييز عقد البيع بناءً على التصميم عن البيع الإيجاري (الإيجار المنتهي بالتمليك)
44	المبحث الثاني: تكييف عقد البيع بناءً على التصميم في الفقه الإسلامي
44	المطلب الأول: التأصيل الشرعي لعقد البيع بناءً على التصميم
45	الفرع الأول: تصور عقد البيع بناءً على التصميم
45	أولاً: إدراك عقد البيع بناءً على التصميم في حد ذاته
46	ثانياً: فهم (فقه) الواقع الذي أدى إلى ظهور عقد البيع بناءً على التصميم
49	الفرع الثاني: التخريج الفقهي لعقد البيع بناءً على التصميم
53	أولاً: تعريف عقد الاستصناع
63	ثانياً: حكم عقد الاستصناع
71	الفرع الثالث: تنزيل الفرع المقيس (عقد البيع بناءً على التصميم) على حكم الأصل (الاستصناع)
73	المطلب الثاني: خصائص عقد البيع بناءً على التصميم في الفقه الإسلامي
74	الفرع الأول: خصائصه عقد الاستصناع وفقاً للقواعد العامة
74	أولاً: أنه من العقود المسماة
78	ثانياً: أنه عقد ملزم للجانبين
80	ثالثاً: من العقود المحددة
80	رابعاً: عقد شكلي
81	خامساً: عقد معاوضة
81	الفرع الثاني: خصائص متعلقة بخصوصية عقد الاستصناع
81	أولاً: أنه يرد على بيع معدوم
83	ثانياً: الثمن فيه يكون على شكل أقساط

الفهارس العامة

83	المطلب الثالث: تمييز عقد البيع بناءً على التصميم عن العقود المشابهة له في الفقه الإسلامي
84	الفرع الأول: تمييز عقد الاستصناع عن بيع السلم
87	أولاً: أوجه التشابه
88	ثانياً: أوجه الاختلاف
90	الفرع الثاني: تمييز البيع بناءً على التصميم عن بيع السلم
91	أولاً: أوجه التشابه
91	ثانياً: أوجه الاختلاف
92	الفرع الثالث: تمييز عقد البيع بناءً على التصميم على عقد الإجارة
93	أولاً: أوجه التشابه
94	ثانياً: أوجه الاختلاف
95	المبحث الثالث: أركان عقد البيع بناءً على التصميم
95	المطلب الأول: أركان عقد البيع بناءً على التصميم في القانون
95	الفرع الأول: التراضي في عقد البيع بناءً على التصميم
96	أولاً: أطراف عقد البيع بناءً على التصميم
110	ثانياً: وجود التراضي
112	ثالثاً: صحّة التراضي
113	الفرع الثاني: المحل والسبب في البيع بناءً على التصميم
113	أولاً: المحل في عقد البيع بناءً على التصميم
118	ثانياً: السبب في عقد البيع بناءً على التصميم
120	الفرع الثالث: الشكلية في عقد البيع بناءً على التصميم
121	أولاً: البيانات الإلزامية
124	ثانياً: الوثائق المرجعية
125	ثالثاً: تسجيل وشهر عقد البيع بناءً على التصميم
130	المطلب الثاني: أركان عقد البيع بناءً على التصميم في الفقه الإسلامي
130	الفرع الأول: الصيغة

الفهارس العامة

131	أولاً: الصيغة القولية وما يقوم مقامها من رسول أو كتاب
131	ثانياً: المعاطاة
134	الفرع الثاني: المعقود عليه
134	أولاً: الثمن
135	ثانياً: المبيع (المستصنع)
140	الفرع الثالث: السبب
144	خلاصة الفصل الأول
	الفصل الثاني: آثار عقد البيع بناءً على التصميم
148	تمهيد وتقسيم
149	المبحث الأول: التزامات طرفي عقد البيع بناءً على التصميم
149	المطلب الأول: التزامات البائع في عقد البيع بناءً على التصميم
149	الفرع الأول: التزامات البائع (المركبي العقاري) في عقد البيع بناءً على التصميم في القانون
150	أولاً: الالتزام بتشديد البناء
156	ثانياً: الالتزام بنقل الملكية
158	ثالثاً: الالتزام بالتسليم
162	رابعاً: الالتزام بالضمان
169	خامساً: الالتزام بالإعلام
172	الفرع الثاني: التزامات البائع (الصانع) في عقد البيع بناءً على التصميم في الفقه الإسلامي
172	أولاً: التزام الصانع بالصناعة
173	ثانياً: التزام الصانع بنقل الملكية
174	ثالثاً: التزام الصانع بتسليم الشيء المصنوع
175	رابعاً: التزام الصانع بضمان عيوب الشيء المصنوع بعد تسليمه
178	رابعاً: التزام الصانع بضمان الدرك (التعرض)
184	المطلب الثاني: التزامات المشتري في عقد البيع بناءً على التصميم

الفهارس العامة

184	الفرع الأول: التزامات المشتري (المقتني) في عقد البيع بناء على التصميم في القانون
184	أولاً: الالتزام بدفع الثمن
189	ثانياً: الالتزام بتسليم المبيع (العقار)
196	ثالثاً: الالتزام بدفع التكاليف المفروضة في العقد
199	الفرع الثاني: التزامات المشتري (المستصنع) في عقد البيع بناءً على التصميم في الفقه الإسلامي
199	أولاً: الالتزام بدفع العوض المستحق للصانع (دفع الثمن)
200	ثانياً: الالتزام بتسليم بما تم من العمل بعد إنجازه
202	المبحث الثالث: الجزاءات المترتبة على الإخلال بالالتزامات
202	المطلب الأول: الجزاءات المترتبة على الإخلال بالالتزامات في القانون
202	الفرع الأول: الجزاءات المترتبة عن إخلال البائع (المقري العقاري) بالتزاماته
202	أولاً: الجزاءات العادية التي ترجع للقواعد العامة
212	ثانياً: الجزاءات الخاصة بعقد البيع بناء على التصميم
217	الفرع الثاني: الجزاءات المترتبة عن إخلال المشتري بالتزاماته
217	أولاً: في حالة إخلال المشتري بدفع الثمن
221	ثانياً: في حالة عدم الالتزام بالتسليم
222	المطلب الثاني: الجزاءات المترتبة عن الإخلال بالالتزامات في الفقه الإسلامي
222	الفرع الأول: الجزاءات المشتركة بين الصانع والمستصنع
222	أولاً: تعريف المماطلة
224	ثانياً: أدلة تحريم المماطلة
225	ثالثاً: شروط ثبوت المماطلة
229	رابعاً: العقوبات المقررة للمماطل في الفقه الإسلامي
232	خامساً: مدى مشروعية الشرط الجزائي في المماطلة بالنسبة لعقد الاستصناع
241	الفرع الثاني: الجزاءات المترتبة عن إخلال الصانع بالتزاماته

الفهارس العامة

242	أولاً: خيار العيب
249	ثانياً: خيار الرؤية
254	ثالثاً: خيار فوات الوصف (خيار الصفة)
256	الفرع الثالث: الجزاءات المترتبة عن إخلال المستصنع بالتزاماته
257	أولاً: جزاء الإخلال بتسديد الثمن المتفق عليه
258	ثانياً: جزاء الإخلال بتسليم المصنوع
260	المبحث الثالث: الضمانات الخاصة والمستحدثة في عقد البيع بناءً على التصميم
261	المطلب الأول: الضمان العشري
262	الفرع الأول: أشخاص الضمان العشري في عقد البيع بناءً على التصميم
262	أولاً: الأشخاص الملزمون بالضمان العشري في عقد البيع بناءً على التصميم
269	ثانياً: الأشخاص المستفيدون من الضمان العشري في عقد البيع بناءً على التصميم
273	الفرع الثاني: الشروط الموضوعية للضمان العشري في عقد البيع بناءً على التصميم
274	أولاً: ضرورة وجود عقد مقاوله يربط بين المرقى العقاري ومكاتب الدراسات والمقاولين والمتدخلين الآخرين
274	ثانياً: إلزامية وجود عقد بيع بناءً على التصميم بين المرقى العقاري والمقنتي
274	ثالثاً: أن يكون محلّ عقد البيع بناية أو جزء من بناية
275	رابعاً: تسلمّ البناية من طرف المقنتي
275	خامساً: أن يقع التهدم أو أن تكتشف العيوب المهددة لسلامة البناية وماتانتها، في الآجال المحددة بعشر سنوات
276	سادساً: أن يكون العيب خفياً

الفهارس العامة

277	سابعاً: أن ترفع دعوى الضمان في الميعاد المحدد
278	المطلب الثاني: ضمان حسن التنفيذ (الضمان السنوي)
279	الفرع الأول: تعريف ضمان حسن التنفيذ وبيان أنواعه
279	أولاً: تعريف ضمان حسن التنفيذ
280	ثانياً: أنواع ضمان حسن التنفيذ
282	الفرع الثاني: مجال ضمان حسن التنفيذ وشروطه القانونية
283	أولاً: مجال ضمان حسن التنفيذ
284	ثانياً: الشروط القانونية لضمان حسن التنفيذ
286	المطلب الثالث: التأمين لدى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة
287	الفرع الأول: تعريف صندوق الضمان والكفالة المتبادلة (F.G.C.M.p.I)
288	الفرع الثاني: مهام صندوق الضمان والكفالة المتبادلة
29à	الفرع الثالث: كيفية عمل صندوق الضمان والكفالة المتبادلة
290	أولاً: الحالات التي يضمن فيها الصندوق للمشتري
293	ثانياً: كيفية حساب آجال الضمان من قبل صندوق الضمان والكفالة المتبادلة
294	ثالثاً: العلاقة بين المقتني وصندوق الضمان والكفالة المتبادلة
294	المطلب الرابع: الضمانات المتعلقة بتسيير نظام الملكية المشتركة
295	الفرع الأول: الالتزام بإعداد نظام الملكية المشتركة
296	الفرع الثاني: الالتزام أو الأمر بضممان إدارة الأملاك العقارية
298	المطلب الخامس: موقف الفقه الإسلامي من الضمانات الخاصة والمستحدثة في عقد البيع بناءً على التصميم
300	خلاصة الفصل الثاني
307	الخاتمة

الفهارس العامة

313	الملاحق
314	نموذج لعقد البيع بناءً على التصميم
322	نموذج لعقد من عقود الاستصناع المطبقة في المصارف الإسلامية
327	قرار مجمع الفقه الإسلامي المتعلق بعقد الاستصناع
328	نموذج شهادة المطابقة
329	نموذج رخصة البناء
330	الفهارس العامة
331	فهرس الآيات القرآنية
333	فهرس الأحاديث النبوية
336	فهرس الأعلام
337	فهرس المصادر والمراجع
370	فهرس الموضوعات