

## موقف الفقه الإسلامي من عقد بيع العقار على التصاميم في التشريع الجزائري Contract of sale of real estate on the designs

د. رابع فغورور\*

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، كلية الشريعة والاقتصاد - قسنطينة، الجزائر،

rabeh.faghour@gmail.com

تاريخ الاستلام: 2019/03/04 تاريخ القبول: 2019/11/24 تاريخ النشر: 2019/12/30

### ملخص:

عقد بيع العقار على التصاميم هو عقد بيع لبناية أو جزء من بناية غير منجزة أو في طور الإنجاز، وأيضاً هو العقد الذي يتضمن تحويل حقوق الأرض وملكية البناية للمكاتب من قبل المرقي العقاري، بثمن مقسط إلى أقساط حسب تقدم الأشغال.

يتميز هذا العقد بضمانات كثيرة، تنفي عنه صفة الغرر، يتفق مبدأه وروح ومقاصد الشريعة إلا فيما دخل فيه الربا، لأنه إحدى الصور التطبيقية المعاصرة للعقد المعروف في الفقه الحنفي بعقد الاستصناع، له خصائص وأركان وآثار طبقاً للقواعد العامة أي وفق ما يقتضيه القانون المدني، وأخرى خاصة طبقاً لما تقتضيه قوانين نشاط الترقية العقارية بصفته إحدى تقنياتها، خاصة القانون 04-11 الذي يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، والمرسوم التنفيذي 13-431 الذي يحدد نموذج عقد البيع على التصاميم.

**الكلمات المفتاحية:** عقد بيع العقار على التصاميم؛ عقد الاستصناع؛ الترقية العقارية؛ الصانع؛ المكتب.

\* المؤلف المرسل

**Abstract:**

The contract for the sale of the property on the designs is a contract for the sale of the building or part of the building is not completed or in the process of completion, and is also the contract which includes the transfer of land rights and ownership of the building to the subscriber by the realtor, at a flat price to installments according to the progress of works.

It is one of the contemporary applied images of the contract known in the Hanafi jurisprudence of the Istisna'a contract, which has characteristics, elements and effects according to the general rules, ie, as required by the Civil Code, and other Especially in accordance with the laws of the activity of the promotion of real estate as one of its techniques, especially Law 11-04, which sets the rules governing the activity of promotion of real estate, and Executive Decree 13-431, which specifies the form of sales contract on designs.

**Keywords:** Contract of sale of real estate on the designs; Istisna' a contract; the promotion of real estate; the manufacturer; subscriber.

**مقدمة:**

يعتبر عقد بيع العقار على التصاميم من بين أحدث صور التطور في مجال عقود البيع التي تدور في فلك الميدان العقاري، حيث يعدّ هذا العقد الحل لكثير من العوائق التي تحول دون إمكانية حصول الفرد على مسكن أو محل أو مكتب أو أي عقار ليمارس نشاطه، والسكن على وجه الخصوص وذلك لأنّ الأزمات المرتبطة بالمحلات العقارية السكنية، من بين أكبر الحاجات التي تعيق حياة المجتمع وتدفع به إلى المسارعة لإيجاد الحلول. والجزائر على غرار كل البلدان عانت ولازالت تعاني من هذه الأزمات لذا فقد تبنت فكرة هذا العقد شيئاً فشيئاً كحل لتلك الأزمات، وللإشارة فإنّ هذا العقد حديث النشأة في التشريع الجزائري، لأنه لم يكن له عهد به إلا بعد أن قطع أشواطاً في التشريع الفرنسي الذي كان أول من أقر تقنية بيع العقار على التصاميم، فجعل منه عقداً من العقود المسماة بموجب القانون رقم 03-67 المعدل ثلاث مرات قبل تبني الجزائر لفكرته، التي لم تعرفه سوقها العقارية لا من

موقف الفقه الإسلامي من عقد بيع العقار على التصاميم في التشريع الجزائري

حيث التنظيم ولا من حيث الممارسة، إلا بصدر المرسوم التشريعي رقم 93-03 والمتعلق بالنشاط العقاري، وإن كانت بواده ظهرت من القانون 86-07 الملغى بموجب المرسوم التشريعي رقم 93-03 لكن هذا المرسوم رغم أنه نظم أحكام هذا العقد وشروطه إلا أنه تخلله النقص، مما جعله لا يتلاءم مع الظروف الاقتصادية والسياسية والاجتماعية التي كانت سائدة آنذاك، الأمر الذي أدى بالمشروع إلى إلغائه بموجب القانون 11-04 الذي يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية ويعد التشريع الساري مفعوله على عقد بيع العقار على التصاميم، فأحاطه بتنظيم شامل يسد الثغرات التي تخللت سابقه، وبما أنّ هذا البيع مستحدث وذو طبيعة خاصة فلا بد من وضعه في ميزان الشرع لمعرفة جوازه من عدمه ومدى ملائمته لخصوصيات ديننا ومجتمعنا الإسلامي، لذا فمهمتنا في هذا البحث هي محاولة إيجاد صورة لهذا العقد في الفقه الإسلامي.

وبناءً على ذلك جاءت هذه الدراسة بعنوان: "موقف الفقه الإسلامي من عقد بيع العقار على التصاميم في التشريع الجزائري"، لتبيّن نظرة الفقه الإسلامي لهذا العقد، فالانتشار السريع لعقد بيع العقار على التصاميم في المجتمع، وخصوصيته التي يشوبها الغموض، يقودان إلى الضرورة الملحة لدراسته على ضوء التشريع الجزائري الأخير المنظم له، وكذا ضرورة استئذان الفقه الإسلامي لمعرفة رأيه حول هذا التنظيم كوننا مسلمين، ملزمين بتعاليم ديننا الحنيف، ومفتاح إنجاز هذه الدراسة هو الإشكالية المتمثلة في الآتي: ما مفهوم عقد بيع العقار على التصاميم؟ كيف يمكن تكييفه في الفقه الإسلامي؟ وما موقف هذا الأخير منه؟ ثمّ إلى أي مدى يمكن القول بمشروعيته؟

وقصد الإجابة على هذه الإشكالية اعتمد الباحث العديد من الدراسات القانونية والشرعية السابقة، التي ساهمت في رسم أبعاد البحث، وساعدت على بنائه وبلورته إشكاليته السابقة الطرح منها:

**الدراسة الأولى:** هي دراسة قانونية متمثلة في مذكرة لنيل شهادة الماجستير للأستاذة نسيمة بوجنان تحت عنوان: "عقد البيع بناء على التصاميم في القانون الجزائري"، نوقشت هذه الرسالة بجامعة أبو بكر بلقايد بتلمسان سنة 2009م، إلا أنّ هذه الدراسة اعتمدت على القوانين القديمة والتي أصبحت ملغاة بغيرها في الوقت الراهن لذا فالاعتماد عليها لم يتعدى التحليلات الفقهية والأمور الأساسية التي لم تتغير بموجب القوانين الجديدة.

**الدراسة الثانية:** هي دراسات فقهية متمثلة في مقالات مجمع الفقه الإسلامي، المنشورة بمجلة المجمع ذاته، خاصة المنشورة في العدد السابع حول عقد الاستصناع، وفي العدد السادس حول تمويل بناء المساكن.

أما عن خطة البحث فإنّه قصد تحقيق الأهداف المرجوة من البحث والإجابة عن الإشكالية الرئيسية والتساؤلات الفرعية المشار إليها سابقا فقد انتهجنا في بحثنا الخطة الثنائية، بتقسيمنا للموضوع إلى مبحثين، الأول خصّصناه لمفهوم عقد بيع العقار على التصاميم، والثاني لتكييف هذا العقد في الفقه الإسلامي.

## المبحث الأول: مفهوم عقد بيع العقار على التصاميم:

سنقوم في هذا المبحث بتقصّي حقيقة هذا العقد من خلال تعريفه في مطلب أول وبيان خصائصه في مطلب ثاني.

## المطلب الأول: تعريف عقد بيع العقار على التصاميم:

لإعطاء مفهوم صحيح يوضح معنى هذا العقد في القانون يجب أن نتعرض لتعريف التشريع الجزائري أولاً ثم للتوضيح أكثر نطرق لتعريفات فقهاء القانون له، حتى يحصل لنا عنه تصور عام، يتسنى لنا عبره إعطائه التكييف المناسب في الفقه الإسلامي:

## الفرع الأول: تعريف التشريع القانوني لعقد بيع العقار على التصاميم:

لقد عرّف المشرّع الجزائري هذا العقد في المادة 28 من القانون رقم 11-04 المحدّد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية<sup>1</sup>، حيث جاء فيها: "عقد البيع على التصاميم لبناية أو جزء من بناية<sup>2</sup> مقرر بناؤها أو في طور الإنجاز هو العقد الذي يتضمن ويكرس تحويل حقوق الأرض وملكية البناءات من طرف المرقّي العقاري لفائدة المكتتب بتسديد السعر كلما تقدم الإنجاز".

يتضح من هذا التعريف، أن الالتزام الأساسي والجوهرية الذي يضعه هذا العقد على عاتق البائع، هو الالتزام بتحويل حقوق الأرض وملكية البناءات لفائدة المشتري، وأن الالتزام الرئيسي الذي يضعه عقد البيع على التصاميم على عاتق المشتري هو الوفاء بالثمن، أي أن

<sup>1</sup> القانون رقم: 11-04 المؤرخ في 17 فيفري 2011م، المحدّد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 14، السنة 2011 م .

<sup>2</sup> لم يحدّد المشرّع 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 ويتكفل باللمسات النهائية مثل الدهان، الديكور والزخرفة، أو يتفق معه على تشييد الطابق الأول طبقاً للتصميم المرصّح على أن يكمل المشتري عملية إنجاز الطابق الثاني لوحده. فيمكننا اعتبار هذا الإنجاز جزء من بناية مسكر سهام، التزامات المرقّي 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، ص337.

هذا البيع حسب التعريف السابق يركز على عنصرين أساسيين هما نقل الملكية والتمن<sup>1</sup>، وهما نفس العنصرين اللذين يتميز بهما البيع بصفة عامة.

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 وتنازعه الأفكار والآراء، غير أنّ ما يعاب على هذه التسمية أنّها عبارة عامّة خصوصا فيما يتعلّق بمحل الالتزام، فقد تفهم على أنّها تشمل المنقول والعقار على السواء كبيع السفينة مثلا قبل البدء في بنائها أو آلة ميكانيكية كبيرة، لذلك فحسب اعتقادي بهذا لو جاءت التسمية "عقد بيع العقار بناءً على التصميم"، لتوضّح هذا الغموض وتبيّن محل الالتزام في هذا العقد، كما يعاب على هذا التعريف أيضا أنّه طويلا نوعا ما، حيث جاء مخالفا لخصوصيات التعاريف التي يجب أن تكون مختصرة وموجزة وجامعة مانعة.

#### الفرع الثاني: تعريف الفقه القانوني لعقد بيع العقار على التصاميم:

لقد حاول بعض الفقهاء تعريف عقد البيع على التصاميم محاولين إعطاء صورة أوضح لهذا العقد الحديث في ظل فتح المشرع المجال في ذلك لهم وفي التالي ذكر بعضها:

**التعريف الأول:** "هو عقد بيع لعقار يشترط فيه عدم الوجود ولكنه قابل للوجود مستقبلا أو عقار مازال في طور الإنجاز، وأن يقوم به المرقي العقاري (البائع) دون سواه، فيلتزم بالبناء وفق المواصفات المطلوبة والآجال المحددة في الاتفاق مع تقديم ضمانات تقنية ومالية وتحصيله المسؤولية بعد التسليم النهائي للمشتري وهذا الأخير يلتزم بدفع الثمن على أقساط وفق الآجال المحددة في العقد وتسلم العقار محل الإنجاز"<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> عياشي شعبان، عقد بيع العقار بناء على التصاميم، دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والفرنسي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة، 2011 - 2012م، ص 19.

<sup>2</sup> قاشي علال، التزامات المرقي العقاري وجزاء الإخلال بها في عقد البيع على التصاميم، الملتقى الوطني حول الترقية العقارية في الجزائر الواقع والآفاق، كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة قاصدي مرباح ورقلة، فيفري 2012، ص 4.

موقف الفقه الإسلامي من عقد بيع العقار على التصاميم في التشريع الجزائري

**التعريف الثاني:** "هو عقد يلتزم بموجبه البائع الذي يدعى المرقي العقاري بإنجاز بناية أو جزء من بناية للمشتري مقابل ثمن يدفعه هذا الأخير بنسب محددة وآجال محددة"<sup>1</sup>.

**التعريف الثالث:** "هو ذلك البيع الذي يقع على عقار لم يشيد بعد يلتزم البائع بمقتضاه بالإنجاز والالتزام بنقل الملكية للمشتري، هذه الطريقة تسمح للمشيد بالحصول على السيولة المالية التي تساعد على تجميع رأسمال المشروع، وذلك ببيع العقار قبل وأثناء مراحل الإنجاز"<sup>2</sup>.

وكل من هاته التعريفات ركز على جانب أو جوانب معينة لكنها تكمل بعضها وتفي بالغرض المنشود وهو توضيح معنى عقد البيع على التصاميم. وهذه التعريفات تنطبق على صيغتين هما: بيع محلات تساهمية (LPA) مدعمة من طرف الدولة ويتم الحصول عليها بشروط محددة قانونا، و محلات ترقية حرة (LP) غير مدعمة يشترط فيها القدرة على الدفع فقط، وسواء كانت هذه المحلات ذات استعمال سكني أو مهني وهذا ما توضحه المادة/2 من القانون 04-11 المحدد لنشاط الترقية العقارية التي تنص: "يمكن أن تكون هذه المشاريع العقارية أن تكون هذه المشاريع العقارية محلات ذات استعمال سكني أو مهني وعرضيا يمكن أن تكون محلات ذات استعمال حرني أو تجاري"، إذن وتختلف الصيغتان في أنّ البيع التساهمي تشارك فيه الدولة فقط دون الخواص<sup>3</sup>، بينما البيع الترقوي يفتح فيه المجال للمبادرة الخاصة، لكن كلاهما بيع على التصاميم يطبق عليه القوانين المنظمة لهذا العقد مع بعض الاختلافات الطفيفة بحكم وجود التدعيم أو عدمه<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> بوجنان نسيم، عقد البيع بناء على التصاميم في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2009م، ص12.

<sup>2</sup> وزارة عوطف، التزامات المرقي العقاري في عقد البيع بناء على التصاميم وفقا للقانون 04-11، الملتقى الوطني: إشكالات العقار الحضري وآثارها على التنمية في الجزائر، المنعقد يومي: 17 و18 فيفري 2013 بجامعة محمد خيضر بسكرة، كلية الحقوق، ص88.

<sup>3</sup> يقصد بالمشاركة هنا من حيث التدعيم وليس التأسيس كطرف.

<sup>4</sup> بوجنان نسيم، عقد البيع بناء على التصاميم في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص5. مسكر سهام، التزامات المرقي 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، ص6.

ولو أننا نجد أن اتجاه المشرع الجزائري إلى تنظيم هذا العقد يركز على بيع المحلات السكنية فقط، وما يؤكد هذا الاتجاه هو نموذج عقد البيع على التصاميم الذي حدده بموجب المرسوم التنفيذي 13-431 المحدد لنموذج عقد البيع على التصاميم<sup>1</sup>، إذ أنه في هذا النموذج لم يرد ذكر إلا المحلات السكنية دون غير.

### المطلب الثاني: خصائص عقد بيع العقار على التصاميم:

تميز عقد البيع بناء على تصاميم خصائص عامة نستقرئها من القواعد العامة عملاً بالقانون المدني (فرع أول)، وأخرى خاصة طبقاً لقواعد نشاط الترقية العقارية المنصوص عليها في القانون رقم 11-04 والمرسوم التنفيذي 13-431 المحدد لنموذج عقد البيع بناء على التصاميم (فرع ثاني).

### الفرع الأول: خصائص عقد بيع العقار على التصاميم طبقاً للقواعد العامة:

وستتناول هذا الفرع في شقين الأول ندرس فيه خصائصه كعقد بصفة عامة حسب أحكام النظرية العامة للالتزامات والعقود في القانون المدني، وفي الثاني كنوع خاص من البيوع بصفة خاصة.

### أولاً: خصائص عقد بيع العقار على التصاميم العامة:

وهذه الخصائص المشتركة بين عقد بيع العقار بناء على التصاميم وغيره من العقود العادية، لذا سنحاول أن نسقط خصائص العقود بصفة عامة الواردة في القانون المدني على عقد بيع العقار على التصاميم.

1- عقد مسمّى: لأن المشرع الجزائري خصه بتنظيم قانوني في المرسوم التشريعي 11-04 وإن لم يفرد به بل في إطار تقنيات نشاط الترقية العقارية، كما شرع له المرسوم التنفيذي 13-431 الذي يحدد نموذجي عقد حفظ الحق وعقد البيع على التصاميم للأموال العقارية.

<sup>1</sup> المرسوم التنفيذي رقم 13-431 المؤرخ 18 ديسمبر سنة 2013 يحدد نموذجي عقد حفظ الحق وعقد البيع على التصاميم للأموال العقارية وكذا حدود تسديد سعر الملك موضوع عقد البيع على التصاميم ومبلغ عقوبة التأخير وأجلها وكيفيات دفعها، الجريدة الرسمية العدد 66.

موقف الفقه الإسلامي من عقد بيع العقار على التصاميم في التشريع الجزائري

2- عقد ملزم للجانبين: حيث يرتب التزامات متقابلة على طرفيه، إذ يلتزم كل طرف

تجاه الثاني بالتزامات معينة .

3- من العقود المحددة: عندما يتفقان على إنشاء العقد يجب أن يحدد مقدار ما

سيبذل من ثمن ومقدار ما سيأخذ من مقابل<sup>1</sup>، فالبائع في عقد البيع على التصاميم يحدد الثمن الذي يقبضه وفق تقدم الأشغال إلى انتهائها وانتقال الملكية وفق الآجال والمواصفات المحددة في العقد وهذا حسب المادة 37 من القانون 11-04<sup>2</sup>.

4- عقد شكلي: فلا يكفي فيه تطابق الإرادتين لانعقاده، فقد خص المشرع عقد البيع

على التصاميم بهذه الخاصية بنص خاص وهو نص المادة 34 من القانون 11-04 "يتم إعداد عقد البيع على التصاميم في الشكل الرسمي ويخضع للشكليات القانونية الخاصة بالتسجيل والإشهار، ويخص في نفس الوقت، البناء والأرضية التي شيد عليها البناء". هذا فضلا عن أن عقد البيع على التصاميم لا ينعقد صحيحا إلا إذا تم إفراغه في قالب المحدد قانونا والذي يجب فيه التقيد بالبيانات الإلزامية<sup>3</sup> المذكورة في النموذج المقرر بالمرسوم التنفيذي 431-13 والمتعلق بنموذج عقد البيع على التصاميم.

5- عقد معاوضة: فقد نصت المادة 98 من القانون المدني على أن "العقد بعوض هو

الذي يلزم كل واحد من الطرفين، بإعطاء أو فعل شيء ما" وهذا ينطبق على عقد البيع على التصاميم فالمرقي العقاري يحصل على مقابل إيجاد البناية ونقل ملكيتها للمكتب الذي بدوره يحصل على مراده من العقد.

6- عقد زمني: وهو العقد الذي يكون الزمن فيه عنصرا جوهريا، بحيث يكون هو

المقياس الذي يقدر به محل العقد ذلك أن هناك أشياء لا يمكن تصورها إلا مقترنة بالزمن.

<sup>1</sup> قاشي علال، التزامات المرقي العقاري وجزاء الإخلال بها في عقد البيع على التصاميم، مرجع سابق، ص5.

<sup>2</sup> المادة 37: "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 كيفية ذلك".

<sup>3</sup> عياشي شعبان، عقد بيع العقار بناء على التصاميم، المرجع السابق، ص. 45.

فالمنفعة لا يمكن تقديرها إلاّ بمدة معينة.<sup>1</sup> إذ يلعب فيه الزمن دورا مهما في تنفيذ الالتزامات لأن عملية البناء من الممكن أن تطول لمدة سنة أو سنتين على الأقل، إذ يُستلزم على المرقبي العقاري، إتمام إنجاز المشروع خلال الأجل المحدد في العقد كما أن الثمن المحدد وقت انعقاد العقد يمكن مراجعته بعد فترة زمنية، وعلى هذا فعقد البيع على التصاميم يقوم على تأجيل الالتزامات التعاقدية التي تتطلب لتنفيذها مرور فترة من الزمن، بمعنى أن الزمن يعد عنصرا جوهريا في عقد بيع العقار على التصاميم، كما يمكن مراجعة هذا العقد في حالة وقوع حادث استثنائي، وهي خاصة يتميز بها العقد الزمني.<sup>2</sup>

7- هل عقد البيع على التصاميم عقد إذعان؟: عقد الإذعان هو عقد يتم إعداده مسبقا، حيث يتولى أحد أطرافه تحديد مضمونه ببيان الحقوق والالتزامات الناتجة عنه بالطريقة التي تحقق مصلحته، دون أن يكون للطرف الآخر حق مناقشة ذلك المضمون. وهذا تعريف النظرية الحديثة لعقد الإذعان التي لا تشترط لعقد الإذعان تلك التي وضعتها له النظرية التقليدية خاصة الاحتكار وعدم وجود المنافسة<sup>3</sup>، وهو الذي ذهب إليه المشرع الجزائري في المادة 70 من القانون المدني بنصها: "يحصل القبول في عقد الإذعان بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل المناقشة فيها".

وإذا حاولنا تطبيق هذه المادة والتعريف الذي يسبقها على عقد بيع العقار على التصاميم فهل يمكننا القول أنه عقد إذعان؟

<sup>1</sup> السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، ط. دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1964م، 1/ 139

<sup>2</sup> بوجنان نسيم، عقد البيع بناء على التصاميم في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 13.

<sup>3</sup> وهذا التعريف حسب النظرية الحديثة كما واكتفينا بإيراده لأنه التعريف الذي أخذ به المشرع الجزائري وإن كنا نريد معرفة مدى إذعانية هذا العقد حسب التشريع الجزائري فيلزمنا هذا التعريف ولا فائدة من ذكر آخر. ليندة بومحراث، طرق تسوية منازعات التجارة الالكترونية، أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في العلوم الإسلامية، تخصص شريعة وقانون، كلية الشريعة والاقتصاد، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، 2015-2016م، ص 120.

انقسم الأساتذة الدارسون للموضوع إلى فريقين كل منهما له رأي مناقض للآخر في الموضوع: فالرأي الأول يقضي أنه ليس عقد إذعان لأنه ما من شك أن العقد النموذجي المقصود من وراءه اعتبار العقد من عقود الإذعان، هو العقد الذي يعده أحد الطرفين نظرا لمركزه القانوني، وبالرجوع إلى بيع العقار على التصاميم فإنه وإن كان يتخذ شكل العقود النموذجية، إلا أن هذا العقد حُدِّد مضمونه ونموذجه عن طريق التنظيم، حيث تولى المشرع بنفسه وضع البنود الأساسية فيه نظرا لأهميته وبما أن المشرع الجزائري لم يترك للمركبي العقاري سلطة وضع النموذج وفرض أي شرط قد يضر بالمشتري بل أنه تكفل بوضع نموذج العقد الذي يجب أن تصب فيه مختلف البيانات اللازمة للعقد مراعيًا فيها حقوق والتزامات الطرفين ومع التركيز على حقوق المكتتب فهذا يقدر في إذعانية هذا العقد<sup>1</sup>.

أما الثاني يقضي بأنه عقد إذعان حيث يخضع المشتري لشروط العقد التي يفرضها عليه المركبي العقاري دون مناقشة أو مفاوضة حيث يكون العقد في شكل نموذج تدون فيه شروط المركبي العقاري مسبقا لا يمكن للمشتري تعديلها أو مناقشتها وإنما هو ملزم بالقبول أو عدم القبول لكن أمام أزمة السكن الخائفة وقلة العرض مقابل ارتفاع الطلب عليه، فإن المشتري مضطر لقبول هذه الشروط دون أي تعديل من جانبه مما يجعل هذا العقد عقد إذعان. لذلك اهتم المشرع الجزائري بحماية المشتري من خلال إلزام المركبي بجملة من الالتزامات القانونية التي ينبغي عليه تنفيذها وإلا يتعرض للعقوبات القانونية الناجمة عنها<sup>2</sup>.

أما الأستاذة مسكر سهام فربطت رأيها بما هو معمول به في الواقع إذ تقول في هذا الشأن: "من خلال تطبيق بقاء سلطة البائع بفرض شروط العقد وخلق باب التفاوض مما يجعل منه عقد إذعان لاسيما مع بقاء أزمة السكن، وبرأينا مادام ليس هناك ثقافة قانونية في أوساط المواطنين وعدم علمهم بأحكام هذا العقد يجعل هناك أشخاص تقبل التعاقد ولا

<sup>1</sup> نوي عقيلة، النظام القانوني لعقد بيع العقار بناء على التصاميم في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، بن عكنون، 2004، ص. 61.

<sup>2</sup> زكريا زيتوني، الضمانات القانونية في عقد البيع على التصاميم، دراسات قانونية، مركز البصيرة للبحوث والاستشارات القانونية، والخدمات التعليمية، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، ع. 19، 2013م، ص. 43.

يهما مناقشة العقد بقدر الحصول على أمل تسلم مسكن في المستقبل، وهذا يسمح للبائع بفرض ما يريد بما أنه متأكد بأنه سيجد المقتني الذي يقبل بكل شروطه وبالتمن المحدد حتى وإن كان يجاوز المعقول، لهذا نقترح توسيع ثقافة المواطن إعلامهم من خلال وسائل الإعلام بمختلف صيغ البيع خاصة البيع قبل الانجاز وفتح مواقع الكترونية تسمح بتقديم شكوى على مثل هذه التجاوزات تابعة لوزارة السكن والمجلس الأعلى لمهنة المرقي العقاري بهدف تجسيد الحماية القانونية السابقة للتعاقد بما يوافق أخلاقيات المهنة وإشراك كل مواطن يهمله الأمر في دعم أهداف السلطات العامة وضمن تطبيق القانون لأن المشكل غالبا ما يكون في حسن تطبيق القوانين وليس في وضع الأحكام القانونية<sup>1</sup>.

لكن إذا تمعنا في آراء كل من فريق نجد رأي كل منهما ينطبق مع الواقع، لكنّ الباحث يميل إلى الأخذ برأي الفريق الأول، لأنّ المشرع في السكن الترقوي المدعم كفه بالتنظيم ووضع له كامل الشروط من السعر إلى باقي التفاصيل وما على المرقي العقاري والمكتب إلا الالتزام بأحكام العقد التي وضعت له، وإبرامه بالكيفية المحددة قانونا فهنا يمكننا القول أنه ليس عقد إذعان لأن المشرع أحاط هذا العقد بحيث لا مجال لتعسف المرقي العقاري.

لكن بالنسبة للسكن الترقوي الحر وباقي المحلات غير المدعمة من الدولة فالمرقي العقاري مع مراعاة الأحكام القانونية السابقة والنموذج المنصوص عليه قانونا يضع أسعارا ونوعا معيناً من البناءات على حسب المشروع المعلن عليه، ولا مجال للمكتب في المناقشة أو التعديل وهذا ما يجعله عقد إذعان.

**الفرع الثاني: خصائص عقد بيع العقار على التصاميم طبقا لقواعد نشاط الترقية العقارية:** بعد الاطلاع على القوانين التي تنظم هذا العقد خاصة القانون 11-04 والمرسوم 13-431 اللذان يحددان القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية نستشف الخصائص الخاصة التالية:

<sup>1</sup> مسكر سهام، التزامات المرقي العقاري المترتبة على بيع السكنات الترقية، المرجع السابق، ص.288.

## أولا - بيع مستقبلي مصمم على مخطط:

إن الميزة الخاصة التي يتميز بها البيع على التصاميم هو أن محله يرد على عقار مستقبلي سينجز مستقبلا أو هو في طور الإنجاز<sup>1</sup>، فالمكتب في عقد البيع على التصاميم يعتبر مالكا غير عادي للعقار، باعتبار أن العقد يرد على محل غير موجود عند التعاقد لكنه قابل للوجود مستقبلا أو عقار مازال في طور الإنجاز<sup>2</sup>، ولقد أجاز القانون المدني الجزائري في المادة 92 منه أن ينصب عقد البيع على الشيء المستقبلي لكن بشرط أن يكون محقق الوجود، أي يكون وجوده في المستقبل ممكنا حتى ولو لم يوجد أثناء إبرام للبيع، وتبعا لذلك نصت المادة أعلاه على ما يلي: "يمكن أن تكون محلا للالتزام الأشياء المستقبلية والمحقة"، ومن بين هذه الأشياء بيع دار لم يبدأ البناء فيها بعد<sup>3</sup>، وعقد البيع على التصاميم ينقل ملكية عقار لكن هذا العقار غير موجود وقت التعاقد.

وتؤكد كل هذا الكلام المادة 28 من المرسوم 04/11 التي تنص على أن: "عقد البيع على التصاميم لبنانية أو جزء من بناية مقرر بناؤها أو في طور الإنجاز هو العقد الذي يتضمن ويكرس تحويل حقوق الأرض وملكية البناءات من طرف المرقى العقاري لفائدة المكتب موازاة مع تقدم الأشغال. وفي المقابل يلتزم المكتب بتسديد السعر كلما تقدم الإنجاز". ففي قول المادة هو العقد الذي يتضمن ويكرس تحويل حقوق الأرض ملكية البناءات... موازاة مع تقدم الأشغال دلالة على عدم وجود محل هذا العقد لكنه قابل للوجود وهذا واضح في قولها البنانية أو جزء من بناية مقرر بناؤها أو في طور البناء، فهذان الفعالان يدلان على أنها غير موجودة عند التعاقد لكنها قابلة للوجود.

وقد تكون البنانية في شكل عمارة وتشكل الأجزاء المشتركة التي تخضع لنظام الملكية المشتركة المحدد بالمواد من 734 حتى 756 مكررا القانون المدني الجزائري، وقد تكون فردية

<sup>1</sup> عياشي شعبان، عقد بيع العقار بناء على التصاميم، المرجع السابق، ص. 45.

<sup>2</sup> قاشي علال، التزامات المرقى العقاري وجزاء الإخلال بها في عقد البيع على التصاميم، المرجع السابق، ص. 6.

<sup>3</sup> لحسين بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في عقد البيع، دار هومه، الجزائر، ط2، 2006م، ص. 37.

في شكل شقة أو فيلا، ولا يشترط أن تخصص البناية للاستعمال السكني، بل يمكن أن تخصص لنشاط حرفي، مهني، صناعي أو تجاري .

### ثانياً - 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 بيعا لا يعني أن أحكامه مركبة بين عقد المقاوله وعقد البيع. وقال من قال إنّه مقاوله ميلا إلى التيار الذي يرى أن 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 أن المقاوله ترد على الملكية فتنقلها، وهي إذا وردت على الملكية فتنقلها، فذلك إنما 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 نقودا<sup>1</sup>.

### ثالثا - عقد ناقل للملكية تدريجيا:

إذ بمقتضاه ينقل المرقي العقاري ملكية البناء محل عقد البيع على التصاميم إلى المكتتب لكن الذي يميز نقله للملكية عن باقي البيوع أن عملية النقل تتم على مراحل أي تدريجيا كلما تقدمت الأشغال<sup>2</sup>، وهذه الخاصية تؤكد صراحة المادة 28 من القانون 11-04 السالفة الذكر فالمرقي العقاري ملزم بتحويل حقوق الملكية سواء تعلق الأمر بملكية الأرض أو ملكية البنائات المشيدة عليها لفائدة المشتري كلما تقدمت الأشغال هذا يعني أن المشتري يصبح مالكا للبناية بالتدريج حتى تكتمل كل البناية .

<sup>1</sup> مدوري زايدي، 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، ص.26.

<sup>2</sup> موسى نسيم، ضمانات تنفيذ عقد الترقية العقارية -عقد البيع في طور الإنجاز، أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في القانون، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2014-2015م، ص.04.

#### رابعا - المنع من التصرف مؤقتا:

وهذه الخاصية متممة ومؤكدة للتي قبلها. فبالرغم من تحرير العقد في شكله الرسمي وتسجيله وشهره، واعتبار المشتري مالكا، إلا أنه لا يتسلم صورة عن العقد الرسمي إلا ليتمكن فقط من طلب قروض بنكية دون التصرف في العقار محل الانجاز ولا يتسلم العقد إلا بعد تسديد كافة الأقساط وشهر محضر التسليم ليطم بموجبه رفع القيد على التصرف<sup>1</sup>.

#### خامسا - يتميز بضمانات خاصة:

هذه الخاصية لا تنفي استفادة المشتري من الضمانات المعروفة في القواعد العامة، بالإضافة إلى الضمانات الخاصة المنصوص عليها في المرسوم 04-11 خصوصا المواد (54)، (55)، (62)... والذي نستخلصه من فحوى نصوص هذه المواد وغيرها أن على المرقين العقاريين لإبرام عقود بيع عقارات قبل انجازها يشترط توفير ضمانات كافية لحماية المشتري من تعسفه<sup>2</sup>، فما يميز هذا النوع من البيع كونه لا ينطوي على المجازفة كباقي العقود المستقبلية، فإن المشرع أحاطه بضمانات قانونية، وبأحكام صارمة وملزمة مما ينفي عنها الغرر والمقامرة والمجازفة، كوجوب إتمام الإنجاز خلال الأجل المحدد لذلك وضمانه إضافة إلى ضمان حسن الإنجاز والمطابقة، وضمن حسن سير عناصر التجهيز والضمان السنوي والعشري، ومنحه امتيازاً من الدرجة الأولى في حالة إفلاس المرقى العقاري<sup>3</sup>، باكتتاب ضمان لدى صندوق الضمان والكفالة<sup>4</sup>، الذي يضمن كذلك ضمان إتمام الأشغال للمشتري.

وهذه الضمانات كفيلة بنفي صفة الغرر التي تتبادر إلى ذهن كل من يعلم أن محل هذا البيع هو شيء مستقبلي.

<sup>1</sup> قاشي علال، التزامات المرقى العقاري وجزاء الإخلال بها في عقد البيع على التصاميم، المرجع السابق، ص.7.

<sup>2</sup> بوجنان نسيمة، عقد البيع بناء على التصاميم في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص.14.

<sup>3</sup> مسكر سهام، التزامات المرقى العقاري المترتبة على بيع السكنات الترقية، المرجع السابق، ص.241.

<sup>4</sup> وهو عبارة عن هيئة مختصة تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي ذو طابع تعاوني لا يسعى إلى تحقيق الربح".  
عرباي باي يزيد، النظام القانوني للترقية العقارية في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص قانون عقاري، كلية الحقوق، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2009-2010، ص.42.

## سادسا - أنّ الثمنَ فيه يكونُ على شكل أقساط:

حيث يحدد الثمن في عقد البيع على التصاميم على شكل أقساط يدفع كل جزء حسب تقدم الأشغال وحسب ما نصت عليه المادة 03 من المرسوم التنفيذي 13-431 كما أنّ الثمن يكون ثابتا أو قابلا للمراجعة وهذا بالتحديد ما نصت عليه المادة 2/38 من القانون 11-104<sup>1</sup>، ونظرا لارتفاع أسعار السكن الترقوي وعدم مسايرة القدرة الشرائية للمستفيد خاصة إذا كان من ذوي الدخل الضعيف أو المتوسط؛ فإنّ المقتني يجد نفسه مرغما على اللجوء إلى 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 أنّنا مسلمون فإنّ أحكام الشريعة الإسلامية تحرّم مثل هذه القروض، لأنّها تجرّ نفعا بغير وجه حق، وقد قال تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا إِن كُنْتُمْ مُؤْمِنِينَ

2. . ولمعالجة هذه المشكلة نقترح إنشاء بنوك إسلامية تموّل مثل هذه المشاريع السكنية، لمنح قروض مالية للمكثّبين دون فوائد ربوية، وبالتالي يكون عليها إقبال كبير من طرف المستفيدين، ممّا يساهم في حل أزمة السكن في إطار مشروع.

<sup>1</sup> المادة 2/38: "كم يجب ذكر ما إذا كان السعر قابلا للمراجعة أم لا وفي حالة الإيجاب...".

<sup>2</sup> البقرة، الآية: 278.

## المبحث الثاني: تكييف عقد بيع العقار على التصاميم في الفقه الإسلامي<sup>1</sup>:

إنّ تأصيل أيّ مسألة مستجدة لا بد فيه من إتباع ثلاث مراحل رئيسية هامة يذكرها الفقهاء المتخصصون في دراسة النوازل<sup>2</sup>، أولها التصور (المطلب الأول)، ثانيها التحريج (المطلب الثاني)، وثالثها تنزيل حكم الأصل المقيس عليه (الاستصناع) على الفرع المقيس (بيع العقار على التصاميم) (المطلب الثالث) حيث قال ابن السعدي في الفتاوى معبرا عن هذه الخطوات الثلاث: "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 النصوص الشرع وأصوله الكلية؛ فإن الشرع يحل جميع المشكلات: مشكلات الجماعات والأفراد، ويحل المسائل الكلية والجزئية؛ يحلها حلا مرضيا للعقول الصحيحة والفطر السليمة.

<sup>1</sup> عقد بيع العقار على التصاميم مصطلح قانوني مستحدث، لذلك لم نجد تعريفا لهذا المصطلح في الفقه الإسلامي خصوصا 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 صورة 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، ط3، 2005، ص. 182 - 183. سعد الدين محمد الكبي، المعاملات المالية المعاصرة في ضوء الإسلام، المكتب الإسلامي، بيروت، ط1، 2002م، ص. 328. وهبة الزحيلي، المعاملات المالية المعاصرة، بحوث فتاوى وحلول، دار الفكر، دمشق، ط4، 2007م، ص. 308.

<sup>2</sup> النوازل لغة: جمع نازلة، وهي اسم فاعل من نزل. قال ابن فارس: التون وازي واللام كلمة صحيحة تدل على هبوط الشيء ووقوعه ونزل عن دابته نزولا، ونزل المطر من السماء نزولا، والنازلة: الشديدة من شدائد الدهر. انظر: أحمد ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، ت: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، ط1، 1979م، 417/5. ويراد بالنوازل عند المتقدمين: المسألة الجديدة التي تتطلب اجتهادا. انظر: عابد بن محمد السفيناني، معنى النوازل والاجتهاد فيها، مجلة الأصول والنوازل، جامعة أم القرى، ع. 1، محرم 1430هـ، ص. 16. أما عند المعاصرين يقصد بها: الوقائع والمسائل المستجدة والحادثّة المشهورة بلسان العصر باسم: النظريات، والظواهر. انظر: بكر بن عبد الله أبو زيد، فقه النوازل - قضايا فقهية معاصرة - مؤسسة الرسالة، بيروت، 1416هـ - 1996م، مج. 1/09.

ويشترط أن ينظر فيه البصير من جميع نواحيه وجوانبه الواقعية والشرعية<sup>1</sup>؛ وبالتالي فإن أي خلل في أحد هذه الخطوات الثلاث يؤدي حتما إلى خلل في الذي يليه.

### المطلب الأول: تصور عقد بيع العقار على التصاميم:

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

ومن هنا يتضح لك أهمية ضبط عملية التصور؛ فإن كثيرا من الناس يتوهم أن لديه التصور الصحيح والفهم التام، مع أنه فاسد التصور سقيم الفهم. وها هنا يجدر التنبيه إلى أمر كالقاعدة في هذا المقام: وهو أنه لا بد في التصور النازلة وفهما 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 وأحوال<sup>2</sup>.

**فالأمر الأول** هو فهم الواقعة في ذاتها وهو ما سنحاول بيانه من خلال حديثنا عن عقد بيع عقار على التصاميم في الجزء الأول من هذا الفرع. 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 في الجزء الثاني من هذا الفرع.

<sup>1</sup> عبد الرحمان السعدي، الفتاوى السعدية، مكتبة المعارف، الرياض، 1402هـ، ط2، ص.190.

<sup>2</sup> محمد بن الحسن الجزائري، فقه النوازل - دراسة تأصيلية تطبيقية -، دار ابن الجوزي، الدمام المملكة العربية السعودية، 1427هـ - 2006م، ط.2، 1/39-40.

## الفرع الأول: إدراك عقد بيع العقار على التصاميم في حد ذاته:

من خلال تناولنا للمبحث الأول والجزئيات التي تطرقنا إليها فيه بالدراسة والتحليل تكون قد تشكلت لدينا صورة عامة حول هذا العقد في ذهننا، فنقول أنّ **عقد بيع العقار على التصاميم**: هو عبارة عن عقد بيع يبرم بين البائع والمشتري، موضوعه متمثل في إنجاز وحدة سكنية تكون منعدمة وقت التعاقد كلياً أو جزئياً، بحيث يلتزم فيها البائع بإنجاز هذه الوحدة السكنية طبقاً لمواصفات معينة وأجل محدد ونقل ملكيتها إلى المشتري بعد اكتمالها، في حين يلتزم المشتري بدفع أقساط متتالية من المبلغ الإجمالي للبناء مناصفة مع تقدم الأشغال، مع العلم أن ملكية المبيع تنتقل إليه بشكل رسمي بعد سداد آخر قسط من التكلفة الإجمالية للبناء.

## الفرع الثاني: فهم الواقع الذي أدى إلى ظهور عقد بيع العقار على التصاميم:

توجد عدة عوامل أدت إلى ظهور عقد بيع عقار على التصاميم، منها ما يرجع إلى أسباب قانونية واقتصادية واجتماعية. بالإضافة إلى أسباب أمنية وكذلك تقنية متعلقة بالبنائيات في حد ذاتها.

**أولاً- الأسباب القانونية:** إن من خلال تتبعنا للدراسات الجزئية والقوانين المتعلقة بالنشاط العقاري نجد أن 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 1976<sup>1</sup> غير أن هذا الحق لم يعمر طويلاً بسبب عدم قدرة الدولة على تلبية الطلبات المتزايدة على السكن، لذلك جاء دستور سنة 1989<sup>2</sup> حالياً من أي نص قانوني يكرس حق المواطن في الحصول على السكن من الدولة، ولأجل حل هذه الأزمة السكنية لجأ المشرع الجزائري إلى إصدار قانون رقم 86-07 المؤرخ في 04/مارس/1986 المتعلق بالترقية العقارية، وبهذا يكون قد فتح المجال أمام القطاع الخاص للمشاركة في مشاريع الترقية العقارية.

<sup>1</sup> الأمر رقم: 76-97 مؤرخ في: 20/ذي القعدة/1396 الموافق ل: 22/11/1976، يتضمن دستور 1976، الجريدة الرسمية العدد 94 الصادر بتاريخ: 24/11/1976.

<sup>2</sup> المرسوم الرئاسي رقم: 89-18 مؤرخ في: 23/02/1989، الجريدة الرسمية العدد: 09، الصادر في 01/03/1989.

غير أنّ هذا القانون لم يحقق الهدف المرجو منه وهو القضاء على أزمة السكن الخائفة وهذا يرجع إلى بعض البنود التي تضمنها نذكر من بينها: ضرورة تحديد نسبة مشاركة المتعامل الخاص في الترقية العقارية بما لا يقل عن 50 % من التمويل المشروع وصعوبة الحصول على الأرض المخصصة للبناء، وقصر الاستثمار في هذا القطاع على إنجاز المباني المخصصة للسكن بغرض البيع أو تلبية الحاجة دون الإيجار، وفي ظل هذه الصعوبات والمشاكل القائمة اضطر المشرع الجزائري كعادته إلى إصدار المرسوم التشريعي 03/93 المؤرخ في: 01/مارس/1993 المتعلق بالنشاط العقاري والتي نصت المادة 30 منه على إلغاء القانون رقم: 86-07 المتعلق بالترقية العقارية. لينفرد هذا المرسوم بتنظيم خاص لعقد بيع عقار بناء على التصاميم، 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 تم إصدار القانون رقم 11-04 المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية والذي ألغى هو أيضا المرسوم التشريعي السابق الذكر والذي حاول فيه المشرع الجزائري إلى حد ما سد الثغرات القانونية عن طرق منح ضمانات أكثر للمستفيدين. هذه معظم الأسباب والظروف القانونية التي أدت إلى ظهور عقد بيع عقار على التصاميم في الجزائر.

**ثانيا- الأسباب الاقتصادية:** بعدما عجزت الدولة عن 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 تتخلى 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 07/86.

لكن 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 1989، ومن بين هذه القوانين قانون 25/90 المؤرخ في 18 نوفمبر 1990 المتعلق بالتوجيه العقاري والذي تضمن أحكاما جديدة تحرر المعاملات العقارية، والتي كانت في قانون (07/86) حكرا على المؤسسات العمومية، كذلك جاء قانون 10/90 المؤرخ في 14 أبريل 1990 المتعلق بالنقد والقرض والذي منح البنوك الاستقلالية والحرية في مجال يمنح القروض، عكس ما كان عليه في ظل القانون 07/86 والذي كان ينص على التحديد التلقائي المسبق لمبلغ القرض المسموح بمنحه للمتعامل العقاري.<sup>1</sup> وبالتالي يعد السبب الرئيسي من الناحية الاقتصادية لظهور عقد بيع عقار بناء على التصاميم هو التحول من النظام الاشتراكي إلى النظام الرأسمالي آنذاك.

**ثالثا- الأسباب الاجتماعية:** توجد عدة عوامل اجتماعية ساهمت في زيادة عدد الطلبات على السكن، مما أدى هذا إلى البحث عن آليات للتخفيف من حدة هذه الأزمة، ولعل أبرز هذه الأسباب الاجتماعية هي:

\* **النزوح الريفي نحو المدينة:** وهذا ناتج عن تطور الحياة الحضرية في المدينة والبحث عن ظروف المعيشية الميسرة، والتقرب من المرافق العمومية لتلبية الرغبات المختلفة والمتعددة، والتخلص 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 الشباب 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.

<sup>1</sup> ويس فتحي، المسؤولية المدنية والضمانات الخاصة في بيع عقار قبل الإنجاز، -دراسة مقارنة في التشريع الجزائري والفرنسي - رسالة ماجستير في القانون العقاري، - كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب البلدية، 2004م، ص.129.

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

خامسا- الأسباب التقنية: تتعلق الأسباب التقنية بالبنية في حد ذاتها، والمتمثلة أساسا في عدم الالتزام بالمعايير والمقاييس المعمول بها في مجال إنجاز البناءات فسرعان ما تتعرض العمارات لانهيارات وتصدعات بعد وقت يسير من عمراتها ويظهر ذلك جليا أثناء حدوث الكوارث الطبيعية، وخير دليل على ذلك الزلزال الذي حدث سنة 2003 بمدينة بومرداس. هذه معظم الأسباب التي أدت إلى ظهور أزمة السكن، فكانت بمثابة ملايسات وقرائن وأحوال تولد عنها تشريع عقد بيع العقار على التصاميم والله أعلم.

### المطلب الثاني: التخريج الفقهي لعقد بيع العقار على التصاميم:

على اعتبار أن عقد بيع عقار على التصاميم من العقود المعاصرة التي لم يكن لها مثيل في زمن مضى، لذا فهذا يقتضي بيان حكمها الفقهي ولا يتأتى ذلك إلا من خلال التكييف الفقهي<sup>1</sup> لهذا العقد، فيا ترى ما هو الأصل الفقهي لعقد بيع عقار بناء على التصاميم؟

**الفرع الأول: الأصل الفقهي لعقد بيع العقار على التصاميم:** للوصول إلى الأصل الفقهي لعقد بيع عقار على التصاميم لابد من تخريج<sup>2</sup> هذا العقد على أحد العقود المتقدمة والتسوية بينهما في الحكم وهو ما حاولنا أن نصل إليه من خلال تتبع أقوال الفقهاء المعاصرين.

<sup>1</sup> يمكن تعريف التكييف بأنه: تصنيف المسألة تحت ما يناسبها من النظر الفقهي، أو يقال هو رد المسألة إلى أصل من الأصول الشرعية. انظر: محمد بن الحسن الجيزاني، فقه النوازل، المرحع السابق، ص. 47.

<sup>2</sup> تعريف التخريج: وهو نقل حكم المسألة إلى ما يشابهها والتسوية بينهما فيه. انظر: آل تيمية، المسودة في أصول الفقه، تح. أحمد الدروي، دار الفضيلة، الرياض، 1422هـ، ط1، 947/2. ويتفق التكييف الفقهي مع التخريج الفقهي في بعض جوانبه: كالتحقق من وجود العلة في الفرع، وإلحاقه بحكم الأصل. ويختلفان في أن الأصل في التخريج لابد أن يكون منصوبا عليه في مذهب إمام من الأئمة. أما التكييف فلا يشترط له ذلك، فقد يكون الأصل فيه منصوبا عليه في القرآن أو السنة. - د. محمد عثمان شبير، التكييف الفقهي للوقائع المستجدة وتطبيقاته الفقهية، دار القلم، دمشق، 1435هـ-2014م، ط2، ص. 21.

## أولاً- أقوال الفقهاء المعاصرين:

في حقيقة الأمر لم نجد تعاريف صريحة لعقد بيع عقار على التصاميم من قبل الفقهاء الشريعة الإسلامية المعاصرين؛ وإنما وجدناهم في بعض الأحيان يشيرون إلى أن هذا العقد له أصل في الشريعة الإسلامية، وأنه موجود منذ القدم لكن مع مرور الزمن تطور؛ فشمل صناعة الطائرات والسفن والبنائات وغيرها من الصناعات المتطورة. والدليل على ذلك ما ذكره الدكتور وهبة الزحيلي في كتابه المعاملات المالية المعاصرة حيث قال وهو يتحدث عن عقد الاستصناع: "بل إنّه أصبح أداة مهمة في توفير المنازل والمسكن وتشديد المباني والجامعات والمدارس والمشافي والثكنات العسكرية ونحوها، مما يمكن ضبطه بالمقاييس والمواصفات المتنوعة، ومنها الصناعات الغذائية المحفوظة، بالتعليب وتجميد المنتجات الزراعية ونحوها. وأصبح شراء البيوت السكنية على الخريطة بعد صدور الرخص الرسمية من الحكومة معتمداً على عقود الاستصناع".<sup>1</sup>

وقد أشار إلى هذا أيضاً في بحث له منشور في مجلة الجمع الفقهي الإسلامي حيث جاء فيه: "ومن أبرز الأمثلة والتطبيقات لعقد الاستصناع بيع الدور والمنازل والبيوت السكنية على الخريطة ضمن أوصاف محددة، فإن بيع هذه الأشياء في الواقع القائم لا يمكن تسويغه إلا على أساس عقد الاستصناع، ويعد العقد صحيحاً إذا ذكرت في شروط العقد مواصفات البناء، بحيث لا تبقى جهالة مفضية إلى النزاع والخلاف، وقد أصبح من السهل ضبط الأوصاف ومعرفة المقادير، وبيان نوع البناء، سواء بيع البناء على الهيكل، أم مكسباً كامل الكسوة، مع الاتفاق على شروط الكسوة، وأوصافها، من النوع الجيد أو الوسط أو العادي ويتم تسديد الثمن عادة على أقساط ذات مواعيد محددة أما مدة التسليم فيكون ذكرها عادة على سبيل الاستعجال والتقريب الزمني والحث على الإنجاز في وقت معقول".<sup>2</sup>

<sup>1</sup> وهبة الزحيلي، المعاملات المالية المعاصرة، دار الفكر، دمشق، 2002م، ط1، ص 308.

<sup>2</sup> وهبة الزحيلي، عقد الاستصناع، بحث منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي بجدة، ج.7، ص810.

والملاحظ على قول الدكتور وهبة الزحيلي أنه أشار إلى أن هذا العقد هو من قبيل عقود الاستصناع دون أن يعطي تعريفاً له.

وقد وافقه في رأيه هذا الدكتور محمد عبد اللطيف صالح الفرفور في بحثه المنشور أيضاً في مجلة المجمع الفقهي الإسلامي وهو يتحدث عن تطور عقد الاستصناع حيث قال: "ومن التطبيقات الجديدة على عقد الاستصناع بيع الدور السكنية وما شاكلها على الخريطة، ضمن أوصاف محددة، فهذا الأمر لا يصح إلا بتخريجه على عقد الاستصناع، ويعد العقد صحيحاً إذا ذكرت في شروط العقد كل المواصفات التي تمنع الجهالة المفضية إلى النزاع وتزيلها<sup>1</sup>.

ولقد حاول الدكتور أحمد بن عبد العزيز العميرة إعطاء تعريف لعقد بيع عقار على التصاميم في كتابه نوازل العقار حيث قال: "هو بيع شقة أو طبقة موصوفة في الذمة فهو في حكم عقد الاستصناع، ووجه كون هذه الصورة من باب الاستصناع، أن المالك الأرض يبيع موصوفاً في الذمة بشرط العمل، فهو يبيع شقة موصوفة في الذمة بشرط بنائها وإكمالها وتسليمها للمالك الجديد"<sup>2</sup>.

وما نلمسه في هذا التعريف أنّ صاحبه قد جعل هذا العقد من قبيل الاستصناع أيضاً، وبالتالي يكون قد وافق ما ذهب إليه الدكتور وهبة الزحيلي والدكتور عبد اللطيف صالح الفرفور سابقاً. بالإضافة إلى أنّه ركز على التزامات البائع التي تتمثل في إنجاز البناء وإكمالها وتسليمها للمالك الجديد دون ذكر التزامات المشتري ولا كيفية سداد الثمن ولا ذكر الأجل في العقد، وهي نقطة الإشتراك بين فقهاء القانون وفقهاء الشريعة في تعريف هذا العقد حينما يركزون على الالتزامات البائع دون ذكر التزامات المشتري.

<sup>1</sup> محمد عبد اللطيف صالح الفرفور، أثر الاستصناع في تنشيط الحركة الصناعية، بحث منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي بمدة، ع.7، ص.945.

<sup>2</sup> أحمد بن عبد العزيز العميرة، نوازل العقار، دراسة فقهية تأصيلية لأهم قضايا العقار المعاصرة، دار الميمان للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية-الرياض-، ط1، 1432هـ-2011م، ص.181.

موقف الفقه الإسلامي من عقد بيع العقار على التصاميم في التشريع الجزائري

ومن الباحثين الذين جعلوا عقد بيع العقار على التصاميم من عقود الاستصناع الأستاذ الدكتور حسام الدين عفانة في كتابه فتاوى يسألونك عندما سأله أحدهم فقال: ما حكم شراء شقة لم يتم بناؤها بعد، ويقع الشراء على المخططات المعدة للشقة، أفيدونا؟  
**الجواب:** يجوز شراء شقة أو عمارة على المخططات والخرائط، وهذا يعتبر عقد استصناع، بشرط أن تكون المخططات والخرائط تفصيلية ومبيناً فيها كافة المواصفات، منعاً للنزاع والخلاف مستقبلاً.<sup>1</sup>

وإتباعاً لما سبق يستلزم علينا تعريف عقد الاستصناع لدى فقهاء المذاهب الفقهية الأربعة ولدى الفقهاء المعاصرين ثم بيان مشروعيته بذكر الأدلة.  
**ثانياً- تعريف عقد الإستصناع:**

**1- تعريف عقد الاستصناع لغة:** إن أصل كلمة استصناع من (صنع) صنعه يصنعه صنعا، فاسم الفاعل (صانع)، والجمع (صناع). واصطنعه: اتخذه، وصنع عمله وهي حرفة الصانع الذي يعمل بيده، والتصنع: تكلف حسن الصمت وإظهاره والتزين به والباطن مدخول. والصنع: الحوض، والمصانع: ما يصنعه الناس من الآبار والأبنية وغيرها.<sup>2</sup>

كما أن لهذه الكلمة اشتقاقات أخرى من بينها (الصنعة) عمل الصانع و(الصنيعة) ما اصطنعه من خير و(المصنع) ما يصنع لجمع الماء نحو البركة والصبهريج، والجمع مصانع (وصنعاء) بلدة من قواعد اليمن والأكثر فيها المد والنسبة إليها، و(المصانعة) الرشوة.<sup>3</sup>

**2- تعريف عقد الاستصناع لدى فقهاء المذاهب:** نجد خلافاً بين فقهاء الشريعة في عقد الاستصناع فمنهم من جعله عقداً مستقلاً بذاته وهم فقهاء الأحناف، ومنهم من أدرجه ضمن عقد السلم وهم فقهاء المالكية والشافعية والحنابلة.

<sup>1</sup> حسام الدين بن موسى عفانة، فتاوى يسألونك، مكتبة دنديس، الضفة الغربية-فلسطين، 1428هـ-2007م، ط1، 1/249.

<sup>2</sup> محمد بن مكرم بن علي، أبو الفضل، جمال الدين ابن منظور الأنصاري الرويعي الإفريقي، (ت.711هـ)، لسان العرب، دار صادر، بيروت-1414هـ، ط3، 8/208.

<sup>3</sup> أحمد بن محمد بن علي المقرئ الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي، المكتبة العلمية، بيروت، دس، ط1، 348/3.

\* منهج الأحناف: لقد سلك فقهاء الأحناف في تعريف عقد الاستصناع طريقتين فمنهم من عرفه (حدا) ومنهم من عرفه (رسما)<sup>1</sup>.

### الطريقة الأولى:

تعريف الاستصناع حدا: عرفه ابن العابدين في حاشيته فقال: "فهو طلب العمل منه في شيء خاص على وجه مخصوص يعلم مما يأتي"<sup>2</sup>. وورد في تحفة الفقهاء: "الاستصناع هو عقد على مبيع في الذمة وشرط عمله على الصانع"<sup>3</sup>. وجاء أيضا في مجمع الأنهر: "وشرعا بيع ما يصنعه عينا فيطلب فيه من الصانع العمل والعين جميعا فلو كان العين من المستصنع كان إجارة لا استصناعا"<sup>4</sup>.

### الطريقة الثانية: تعريف الاستصناع رسما:

جاء في كتاب بدائع الصنائع: "أما صورة الاستصناع فهي أن يقول إنسان لصانع من خفافا وصفار أو غيرهما اعمل لي خفا، أو آنية من أديم أو نحاس، من عندك بثمان كذا، ويبين نوع ما يعمل وقدره وصفته، فيقول الصانع: نعم"<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> الحد: هو لفظ وجيز يدل على طبيعة الشيء المخبر عنه كقولك الجسم هو كل طويل عريض عميق فإن الطول والعرض والعمق هي طبائع الجسم. والرسم: هو لفظ وجيز يميز المخبر عنه مما سواه فقط دون أن ينبى عن طبيعته كقولك الإنسان هو الضحاك فإنك ميزت الإنسان بهذا اللفظ تمييزا صحيحا مما سواه. ينظر: أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري (ت: 456هـ)، الإحكام في أصول الأحكام، المحقق: الشيخ أحمد محمد شاكر، دار الآفاق الجديدة، بيروت، د.س، د.ط، الجزء 1، ص. 35-36.

<sup>2</sup> رد المختار على الدر المختار، ابن العابدين، دار الفكر، بيروت، 1412-1992م، ط2، 223/5.

<sup>3</sup> علاء الدين السمرقندي، تحفة الفقهاء (ت: 539هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، 1405هـ-1984، 369/2.

<sup>4</sup> عبد الرحمان بن محمد بن سليمان يعرف بداماد أفندي، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر (ت: 1078هـ)، دار إحياء التراث العربي، دم، د.ت، د.ط، 106/2.

<sup>5</sup> علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكساني (ت: 587هـ)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، مكتبة الحبيبية، باكستان، 1409هـ، 1979م، ط1، 2/7.

موقف الفقه الإسلامي من عقد بيع العقار على التصاميم في التشريع الجزائري

كما ورد أيضا في بحر الرائق: "وشرعا أن يقول لصاحب خف أو مكعب أو صفار اصنع لي خفا طوله كذا وسعته كذا أو دستا أي برمة تسع كذا ووزنها كذا وكذا ويعطي الثمن المسمى أولا يعطي شيئا فيقبل الآخر منه<sup>1</sup>.

والملاحظ على هذه التعاريف التي وضعها الفقهاء والمتعلقة بعقد الاستصناع أنها تعكس الحياة التي كان يعيش فيها الفقهاء في ذلك الزمان؛ فعقد الاستصناع كان مرتبطا بأشياء بسيطة كصناعة الخفاف والأواني والثياب وغيرها من الحاجيات البسيطة، إلى أن تطور مع تطور الحياة فشمّل تشييد المباني وصناعة الطائرات والسفن وباقي الصناعات المتطورة.

\* **منهج جمهور الفقهاء:** إن جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة لم يجعلوا عقد الاستصناع مستقلا بذاته بل أدرجوه تحت أبواب فقهية مختلفة مثل السلم والإجارة والشركة.

### تعريف فقهاء المالكية:

عرف الدسوقي الاستصناع في حاشيته بقوله ( كأن تقول لإنسان اصنع لي سيفاً أو سرجاً صفته كذا بدينار فلا بد من تعجيل رأس المال وضرب الأجل وان لا يعين العامل ولا المعمول منه)<sup>2</sup>.

### تعريف فقهاء الشافعية:

لقد بسط فقهاء الشافعية الحديث عن عقد الاستصناع في أبواب الإجارة والشركة، حيث ورد في روضة الطالبين في كتاب الإجارة ( وَوَارِدَةٌ عَلَى الدِّمَّةِ، كَمَنْ أَسْتَأْجَرَ دَابَّةً مَوْصُوفَةً لِلرُّكُوبِ أَوْ الْحَمَلِ، أَوْ قَالَ: أَلَزِمْتُ ذِمَّتَكَ خِيَاطَةَ هَذَا الثَّوْبِ، أَوْ بِنَاءِ الْحَائِطِ، فَقِيلَ)<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري، (ت: 970 هـ)، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار الكتاب الإسلامي، د.م، د.س، 185/6.

<sup>2</sup> محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي (ت: 1230 هـ)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الفكر، د.م، د.س، د.ط، 217/3.

<sup>3</sup> أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (المتوفى: 676 هـ)، روضة الطالبين وعمدة المفتين، التحقيق: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت - دمشق - عمان، 1412 هـ / 1991 م، ط. 173/35 - 174.

### تعريف فقهاء الحنابلة:

لقد تطرق فقهاء الحنابلة لعقد الاستصناع في أبواب الإجارة والشركة كما فعل فقهاء الشافعية، فقد ورد في المغني في أبواب الشركة في (معنى شركة الأبدان أن يشترك اثنان أو أكثر فيما يكتسبونه بأيديهم كالصناع يشتركون على أن يعملوا في صناعتهم فيما رزق الله تعالى فهو بينهم فإن اشتركوا فيما يكتسبون من المباح كالخطب والحشيش والثمار المأخوذة من الجبال والمعادن والتلصص على دار الحرب فهذا جائز)<sup>1</sup>.

ومن خلال تتبعنا لعقد الاستصناع لدى جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة أنهم لم يفرّدوا لعقد الاستصناع بابا خاص به بل أدرجوه ضمن أبواب السلم والشركة والإجارة كما أشرنا إلى ذلك سابقا.

**3- تعريف الفقهاء المعاصرين لعقد الاستصناع:** ذكر الدكتور محمد سليمان الأشقر تعريفا لعقد الاستصناع حيث قال: أما الاستصناع فأن يطلب المحتاج للصنعة من الصانع أن يصنع له الشيء بمادة خام من عند الصانع، كأن يطلب من الخياط أن يصنع له ثوبا والقماش من الصانع، أو يطلب من المقاول البناء أن يبني له بيتا بمواصفات محددة، والمواد على حساب المقاول، سواء طلب بناؤه جزئيا، كما لو طلب إنجاز بناء الهيكل فقط (العظم)، أو تشطيبات كلها، كما يعبر عنه بالتعبير الدارج (تسليم المفتاح)<sup>2</sup>.  
وكما عرفه الدكتور حسام الدين بن موسى عفانة بقوله: وعقد الاستصناع هو عقد على بيع عين موصوفة في الذمة مطلوب صنعها، وهو عقد مشروع عند عامة الفقهاء<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> ابن قدامة، المغني، مكتبة القاهرة، مصر، 1377هـ-1968م، د.ط، الجزء 5، ص04.

<sup>2</sup> محمد سليمان الأشقر وآخرون، بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة، دار النفائس، الأردن، 1418هـ، 1998م، ط.1، 1/222.

<sup>3</sup> حسام الدين بن موسى عفانة، فتاوى يسألونك، المكتبة العلمية ودار الطيب، القدس، 1430هـ-2007م، ط.1، 161/14.

موقف الفقه الإسلامي من عقد بيع العقار على التصاميم في التشريع الجزائري

وأيضاً عرفه الدكتور عبد الحليم عويس فقال: ويقصد بعقد الاستصناع التعاقد مع صانع على أن يصنع شيئاً محددًا بمواصفات محددة ووقت محدد وثمن محدد<sup>1</sup>.

كما أننا وجدنا تعريفا لعقد الاستصناع من قبل الدكتور محمد الزحيلي حيث قال: "وصورته أن يقول شخص لنجار مثلا اصنع لي مكتبا من خشب كذا، مع بيان جميع الأوصاف المكتب التي يرغب فيها بثمن كذا، في مدة أسبوع مثلا، فيقبل النجار بكذا، فإن كانت العين من المستصنع كان العقد إجارة"<sup>2</sup>.

ومن العلماء المعاصرين الذين عرفوا عقد الاستصناع الدكتور وهبة الزحيلي حيث قال: "هو عقد مع الصانع على عمل شيء معين في الذمة، أي العقد على شراء ما سيصنعه الصانع وتكون العين والعمل من الصانع، فإذا كانت العين من المستصنع لا من الصانع فإن العقد يكون إجارة لا استصناعا، وبعض الفقهاء يقول: إن المعقود عليه هو العمل فقط؛ لأن الاستصناع طلب الصنع وهو العمل"<sup>3</sup>.

ومن خلال تعريفات الفقهاء القدامى والمعاصرون لعقد الاستصناع نستنتج تعريفا لعقد الاستصناع فنقول وبالله التوفيق: "هو عقد يكون بين الصانع والمستصنع، يقع على كل ما يصنع في العادة، بحيث يلتزم الصانع بتوفير مواد الصنع من عنده والعمل فيها، وفقا للمواصفات المتفق عليها والآجال المحددة لذلك، في حين يلتزم المستصنع بدفع الثمن؛ إما أن يكون على شكل أقساط أو يكون مؤجلا ولا يشترط أن يكون كاملا في مجلس العقد".

ثالثا- مشروعية الاستصناع: يستدل على مشروعية عقد الاستصناع من القرآن الكريم ثم السنة النبوية الشريفة ثم الإجماع ثم المعقول.

<sup>1</sup> الدكتور عبد الحليم عويس، موسوعة الفقه الإسلامي المعاصر، دار ابن حزم، مصر، 1426هـ-2005م، ط.1، 150/2.

<sup>2</sup> محمد الزحيلي، عقد السلم والاستصناع في الفقه الإسلامي والتمويل الاقتصادي، مجلة كلية الدراسات الإسلامية والعربية، دولة الإمارات العربية المتحدة، العدد 13، 1417هـ-1996م، ص.201.

<sup>3</sup> وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق، 1405هـ-1985م، ط.2، 631/4.

## 1- من الكتاب:

الآية الأولى: ورد في قصة ذي القرنين مع يأجوج وما أجوج في صورة الكهف حيث قال الله تعالى: ﴿ قَالُوا يٰذَا الْقُرْنَيْنِ إِنَّ يَأْجُوجَ وَمَأْجُوجَ مُفْسِدُونَ فِي الْأَرْضِ فَهَلْ نَجْعَلُ لَكَ خَرْجًا عَلَىٰ أَنْ تَجْعَلَ بَيْنَنَا وَبَيْنَهُمْ سَدًّا ﴾<sup>1</sup>. وتفسير هذه الآية كما جاء عن ابن عباس رضي الله عنهما، في قول الله تعالى "لأجرًا عظيمًا"، يعني أنهم أرادوا أن يجمعوا له من بينهم مالا يعطونه إياه، حتى يجعل بينه وبينهم سدًا<sup>2</sup>.

الآية الثانية: ورد في قصة داود عليه السلام أنه كان صانعا حيث قال الله عز وجل في حقه: ﴿ وَعَلَّمْنَاهُ صَنْعَةَ لَبُوسٍ لَّكُمْ لِنُحِصِّنَكُم مِّنْ بِأْسِكُمْ ۖ فَهَلْ أَنْتُمْ شَاكِرُونَ ﴾<sup>3</sup>. يقول القرطبي في تفسير هذه الآية: أصل في اتخاذ الصنائع والأسباب، وهو قول أهل العقول والألباب، لا قول الجهلة الأغبياء القائلين بأن ذلك إنما شرع للضعفاء، فالسبب سنة الله في خلقه فمن طعن في ذلك فقد طعن في الكتاب والسنة، ونسب من ذكرنا إلى الضعف وعدم المنة. وقد أخبر الله تعالى عن نبيه داود عليه السلام أنه كان يصنع الدروع، وكان أيضا يصنع الخوص، وكان يأكل من عمل يده، وكان آدم حراثا، ونوح نجارا ولقمان خياطًا، وطالوت دباغا. وقيل: سقاء، فالصنعة يكف بها الإنسان نفسه عن الناس، ويدفع بها عن نفسه الضرر والبأس<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> سورة الكهف، الآية (94).

<sup>2</sup> ابن كثير، تفسير القرآن العظيم، تحقيق: سامي بن محمد سلامة، دار طيبة، 1420هـ - 1999م، ط2، 5/196.

<sup>3</sup> سورة الأنبياء، الآية: (80)

<sup>4</sup> القرطبي (ت: 671هـ)، الجامع لأحكام القرآن، المحقق: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، دار الكتب المصرية، القاهرة، 1484هـ - 1964م، ط2، 11/321.

الآية الثالثة: ورد أيضا في صورة الكهف قصة موسى عليه السلام مع الخضر في قوله

تعالى: ﴿فَانطَلَقَا حَتَّىٰ إِذَا أَنَّىٰ أَهْلَ قَرْبَةٍ اسْتَطَعَمَا أَهْلَهَا فَأَبَوْا أَن يُضَيِّقُوهَا فَوَجَدَا فِيهَا جِدَارًا يُرِيدُ أَنْ يَنْقُضَ فَاقَامَهُ ۗ قَالَ لَوْ شِئْتَ لَتَّخَذْتَ عَلَيْهِ أَجْرًا ۗ﴾<sup>1</sup>، وهذه صدرت من موسى سؤالا على جهة العرض لا الاعتراض، فكان العرض مباحا<sup>2</sup>.

2- من السنة: لقد أكدت السنة على مشروعية الاستصناع وذلك من خلال أقوال وأفعال النبي ﷺ وهذا كما يأتي بيانه:

- عن أنس، أن نبي الله ﷺ كان أراد أن يكتب إلى العجم، فقيل له: إن العجم لا يقبلون إلا كتابا عليه خاتم، «فاصطنع خاتما من فضة»، قال: «كأنني أنظر إلى بياضه في يده»<sup>3</sup>. وفي رواية أخرى عن أنس، أن النبي ﷺ أراد أن يكتب إلى كسرى، وقيصر، والنجاشي، فقيل: إنهم لا يقبلون كتابا إلا بخاتم، «فصاغ رسول الله ﷺ خاتما حلفته فضة، ونقش فيه محمد رسول الله»<sup>4</sup>.

- عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما: أن امرأة من الأنصار قالت لرسول الله ﷺ: يا رسول الله ألا أجعل لك شيئا تقعد عليه، فإن لي غلاما نجارا قال: «إن شئت»، قال: فعملت له المنبر، فلما كان يوم الجمعة قعد النبي ﷺ على المنبر الذي صنع، فصاحت النخلة التي كان يخطب عندها، حتى كادت تنشق، فنزل النبي ﷺ حتى أخذها، فضمها إليه، فجعلت تنثر أنين الصبي الذي يسكت، حتى استقرت، قال: «بكت على ما كانت تسمع من الذكر»<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> سورة الكهف، (الآية: 77)

<sup>2</sup> القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، المصدر السابق، 33/11.

<sup>3</sup> مسلم ابن الحجاج، صحيح مسلم، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط11، د.ت، كتاب اللباس والزينة، باب في اتخاذ النبي ﷺ خاتما لما أراد أن يكتب إلى العجم، رقم الحديث: 2092، 1657/3.

<sup>4</sup> المصدر نفسه، كتاب اللباس والزينة، باب في اتخاذ النبي ﷺ خاتما لما أراد أن يكتب إلى العجم، رقم الحديث: 2092، 1657، 3.

<sup>5</sup> البخاري، صحيح البخاري، تحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر، دار طوق النجاة، 1422هـ، ط1، كتاب البيوع، باب النجار، رقم الحديث: 2095، 61/3.

- عَنْ أَبِي ذَرٍّ، قَالَ: قُلْتُ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، أَيُّ الْأَعْمَالِ أَفْضَلُ؟ قَالَ: «الْإِيمَانُ بِاللَّهِ وَالْجِهَادُ فِي سَبِيلِهِ» قَالَ: قُلْتُ: أَيُّ الرِّقَابِ أَفْضَلُ؟ قَالَ: «أَنْفُسُهَا عِنْدَ أَهْلِهَا وَأَكْثَرُهَا ثَمَنًا» قَالَ: قُلْتُ: فَإِنْ لَمْ أَفْعَلْ؟ قَالَ: «تُعِينُ صَانِعًا أَوْ تَصْنَعُ لِأَخْرَقٍ<sup>1</sup>» قَالَ: قُلْتُ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، أَرَأَيْتَ إِنْ ضَعُفْتُ عَنْ بَعْضِ الْعَمَلِ؟ قَالَ: «تَكْفُفُ شَرِّكَ عَنِ النَّاسِ فَإِنَّهَا صَدَقَةٌ مِنْكَ عَلَى نَفْسِكَ»<sup>2</sup>.

كل هذه الأحاديث التي ذكرنا سابقا دلت على مشروعية الاستصناع؛ فالحديث الأول دل على استصناع النبي ﷺ خاتما، والحديث الثاني استصناعه ﷺ المنبر، أما الحديث الثالث فقد جعل إعانة الصانع محل أفضل الأعمال، ففهمنا من هذا أن الاستصناع كان يتعامل به النبي ﷺ فدل على مشروعيته، وتعامل به الصحابة رضي الله عنهم أجمعين.

### 03- من الإجماع:

أجمعت الأمة على جواز التعامل بعقد الاستصناع وهو ما نقله ثلة من الفقهاء في كتبهم، حيث جاء في الجامع الصغير لمحمد بن الحسن الشيباني: (الاستصناع جائز بإجماع المسلمين)<sup>3</sup>.

وورد أيضا في الأصول للسرخسي: "وأما ترك القياس بدليل الإجماع فنحو الاستصناع فيما فيه للناس تعامل، فإن القياس يأبي جوازه، تركنا القياس للإجماع على التعامل به فيما بين الناس من لدن رسول الله ﷺ إلى يومنا هذا (وهذا) لأن القياس فيه احتمال الخطأ والغلط"<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> بفتح الصاد الأخرق: هو الذي ليس بصانع يقال رجل أحرق وامرأة خرقاء لمن لا صنعة له فإن كان صناعا حاذقا قيل رجل صنع بفتح النون وامرأة صناع.

<sup>2</sup> مسلم، في صحيح مسلم، المصدر السابق، كتاب الإيمان، باب بيان كون الإيمان بالله تعالى أفضل الأعمال، رقم الحديث: 136، 89/1.

<sup>3</sup> محمد بن الحسن الشيباني (ت:189)، الجامع الصغير، عالم الكتب، بيروت، 1406هـ، ط.1، 325/1.

<sup>4</sup> السرخسي (490هـ)، أصول السرخسي، دار الكتب العلمية، بيروت، 1414هـ-1993م، ط.1، الجزء2، ص203.

موقف الفقه الإسلامي من عقد بيع العقار على التصاميم في التشريع الجزائري

وما نستنتجه من هذه الأقوال أن عقد الاستصناع تلقته الأمة بالقبول لذا قال ﷺ في الحديث الذي يرويه عبد الله بن مسعود قال: "ما رأى المسلمون حسنا فهو عند الحسن وما رآه المسلمون سيئا فهو عند الله سيء وقد رأى الصحابة جميعا أن يستخلفوا أبا بكر رضي الله عنه"<sup>1</sup>.

#### 04- من المعقول:

يسر حياة الإنسان وسهولتها متوقفة على تلبية رغباتها؛ ولا يتأتى ذلك إلا من خلال توسعة مجالات التعامل في حياة الناس وذلك في إطار ما هو مباح. حيث جاء في بدائع الصنائع: "لأنَّ الإنسانَ قدَّ يَحْتَاجُ إِلَى خُفٍّ، أَوْ نَعْلٍ مِنْ جِنْسٍ مَخْصُوصٍ، وَنَوْعٍ مَخْصُوصٍ، عَلَى قَدَرٍ مَخْصُوصٍ وَصِفَةٍ مَخْصُوصَةٍ، وَقَلَمًا يَتَّفِقُ وَجُودُهُ مَصْنُوعًا؛ فَيَحْتَاجُ إِلَى أَنْ يَسْتَصْنَعَ، فَلَوْ لَمْ يَجُزْ؛ لَوَقَعَ النَّاسُ فِي الْحَرَجِ"<sup>2</sup>.

وورد أيضا في كشف الأسرار: "ومن الاستحسان ما ثبت بالإجماع مثل الاستصناع يعني فيما فيه للناس تعامل مثل أن يأمر إنسانا ليخرز له خفا مثلا بكذا ويبين صفته ومقداره، ولا يذكر له أجلا ويسلم إليه الدراهم أو لا يسلم فإنه يجوز والقياس يقتضي عدم جوازه؛ لأنه بيع معدوم للحال حقيقة"<sup>3</sup>.

من خلال الأدلة التي أوردناها سابقا سواء كانت من الكتاب أو السنة أو الإجماع أو المعقول نخلص إلى أنها تدل دلالة صريحة وواضحة على مشروعية التعامل بالاستصناع؛ وهذا رفعا للحرج والمشقة التي قد يقع فيها الإنسان من جراء حظر مثل هذه العقود، وجلبا لليسر والتوسعة وإعمالا للمقاصد والغايات التي جاءت الشريعة لتحقيقها.

<sup>1</sup> محمد بن عبد الله الحاكم، المستدرک علی الصحیحین، المحقق: مصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، 1411هـ- 1990، كتاب معرفة الصحابة رضي الله عنهما، رقم الحديث: 4465، 83/3.

<sup>2</sup> علاء الدين بن أحمد الكساني (ت: 587هـ)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، بيروت، 1406هـ- 1986م، ط. 2، 3/5.

<sup>3</sup> عبد العزيز بن أحمد علاء الدين البخاري (ت: 730هـ)، كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البيهقي، التحقيق: عبد الله محمود محمد عمر، دار الكتب العلمية، بيروت، 1417هـ- 1997م، ط. 1، 7/4.

المطلب الثالث: تنزيل حكم الأصل المقيس عليه (الإستصناع) على الفرع المقيس (بيع العقار على التصاميم):

من خلال معرفة الأصل الفقهي لعقد بيع عقار على التصاميم؛ والذي تبين أنه عقد إستصناع كما وضحنا ذلك سابقا، فإنّ حكم عقد بيع على التصاميم جائز جملة قياسا على عقد الاستصناع؛ وذلك لأنّ الحاجة داعية إلى مشروعيته وأن الأصل في العادات الإباحة ما لم يوجد دليل يحظر تلك العادة، جاء في كتاب الفقه المنهجي: "ونرى أنّه يدخل في هذا الموضوع [عقد الاستصناع] بيع الشقق على الخارطة. فإنّما 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 والفسادة التي لا توافق شرع الله تعالى..."<sup>1</sup>.

فإباحة مثل هذه العقود يتماشى مع مقاصد الشريعة الإسلامية وحفظ كلياتها الخمس؛ فإذا تحصل الفرد على مسكن عن طريق عقد الاستصناع فقد حفظ نفسه ليقبها من برد الشتاء وحر الصيف؛ ليكون بذلك قد حفظ عقله باعتباره جزءا 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 تحقق حفظ هذه الكليات الأربع يؤدي حتما لا ريب في ذلك إلى حفظ الدين باعتباره أول كلية من الكليات الخمس، وفي هذا يقول حجة الإسلام أبو حامد الغزالي: "وَمَقْصُودُ الشَّرْعِ مِنَ الخَلْقِ خَمْسَةٌ: وَهُوَ أَنْ يَحْفَظَ عَلَيْهِمْ دِيْنَهُمْ وَنَفْسَهُمْ وَعَقْلَهُمْ وَنَسْلَهُمْ وَمَالَهُمْ، فَكُلُّ مَا يَتَضَمَّنُ حِفْظَ هَذِهِ الأُصُولِ الخَمْسَةِ فَهُوَ مَصْلِحَةٌ، وَكُلُّ مَا يُفَوِّتُ هَذِهِ الأُصُولَ فَهُوَ مَفْسَدَةٌ وَدَفْعُهَا مَصْلِحَةٌ"<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> مصطفى الخن، مصطفى البغا، علي الشربجي، الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي، دار القلم، دمشق، ط4، 1992م، 60/59-60.

<sup>2</sup> أبو حامد الغزالي (ت: 505هـ)، المستصفي، المحقق: محمد عبد السلام عبد الشافي، دار الكتب العلمية، 1413هـ- 1993م، ط1، 174/1.

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 - ينسجم مع نظرية الحنابلة القائلة بأن الأصل في العقود والشروط الإباحة<sup>1</sup>، 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 وأعراف الناس من مظاهر التيسير ورفع الحرج البارزة في الشريعة، وهو ثالثاً يتقارب ويتشابه مع عقد الاستصناع<sup>2</sup>.

وقولنا بالجواز ليس على إطلاقه، فلا بدّ من شروط وضوابط تمنع الجهالة والغرر والنزاع والخلاف في المستقبل، وتحفظ حق البائع والمشتري، لأنّ النبي ﷺ قد "نهى عن بيع الغرر"<sup>3</sup>، وخصوصاً شبهة الربا التي قد تتخلّل هذا العقد عند اللجوء إلى القروض البنكية، التي يستفاد منها المقتني بمناسبة إبرام هذا العقد.

<sup>1</sup> وفي ذلك يقول ابن تيمية: "وأما المعاملات في الدنيا فالأصل فيها أنّه لا يجرم منها إلّا ما حرّمه الله ورسوله، فلا حرام إلّا ما حرّمه الله، ولا دين إلّا ما شرعه... وهذا الموضع كثر فيه غلط كثير من الفقهاء بتحريم عقود وشروط لم يجرّمها الله". ابن تيمية، جامع الرسائل، تحقيق: محمد رشاد سالم، دار العطاء، الرياض، ط.1، 1422هـ - 2001م، 317/2.

<sup>2</sup> وهبة الزحيلي، عقود جديدة - عقد المقاوله، بيع الاسم التجاري والترخيص، التنازل عن المنفعة بمقابل (بدل الخلو)، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد2، ماي 1988م، ص.17.

<sup>3</sup> 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، 664/2. وقال: حديث صحيح.

### الخاتمة:

من خلال تحليلنا لموضوع "موقف الفقه الإسلامي من عقد بيع العقار على التصاميم في التشريع الجزائري"، يمكن أن نخلص إلى النتائج والتوصيات الآتية:

**عقد بيع العقار على التصاميم** هو عقد بيع لبناية أو جزء من بناية من طرف المرقى العقاري لفائدة المكتب، لم تنجز بعد، أو في طور الإنجاز بثمن مقسط، حسب تقدم الأشغال، وفق آجال محددة. وقد تكفل المشرع الجزائري بتعريفه في المادة 28 من القانون 04-11، على غير عادته التي ألفناه عليها من ترك مهمة التعريف للفقه.

**نظم المشرع الجزائري** هذا العقد في عدة تشريعات عامة وخاصة، أهمها نصوص القانون المدني من التشريعات العامة، والقانون 04-11 الذي يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، والمرسوم التنفيذي 13-431 الذي يحدد نموذجي عقد حفظ الحق وعقد البيع على التصاميم للأموال العقارية...، من التشريعات الخاصة، لكن التنظيم بهذه الطريقة بدون الإحالة في التشريعات الخاصة على التشريعات العامة جعل من أحكام العقد المختلفة محل البحث والاجتهاد، لأنها مبعثرة ففي بحثنا فقط أوردنا الكثير من التشريعات العامة والخاصة المختلفة وما لم نذكره ليس بقليل (كقانون حماية المستهلك) وبالتالي اختلاف وجهات النظر في نفس القضية، وينجم عن ذلك تعارض النصوص في بعض الأحيان وتداخل المصطلحات مما يجعل الأحكام القانونية مضطربة، وهذا الذي يسعى القانون إلى تجنبه.

أن الصورة المقابلة لهذا العقد التي على أساسها نمتدي لمعرفة موقف الفقه الإسلامي من هذا العقد هي "عقد الاستصناع" وهذا هو التكييف الذي ذهب إليه أغلب المعاصرين الذين تصدوا لهذه النازلة بالتكييف والافتاء والدراسة، متبعين به مذهب الحنفية لانفرادهم بالتقعيد والتأصيل لهذا العقد دون غيرهم من المذاهب، الذي أدرجوه ضمن السلم.

من خلال تكييفنا لعقد البيع على التصاميم على أنه من قبيل الاستصناع، يمكننا الخلوص إلى أنّ عقد بيع العقار على التصاميم له وجه شرعي وإطار فقهي يتمثل في عقد الاستصناع، لكن هذا لا يعني أن عقد بيع العقار على التصاميم ينطبق تماما مع عقد الاستصناع ولكن نستطيع القول أنه إما صورة حديثة من صور هذا العقد أو هو عملية إلحاق شبيه بشبيهه لانطباق صورتها في بعض الوجوه وفي جوهر فكرة كل منهما، وما يهمننا من إلحاق عقد بيع العقار على التصاميم بعقد نظمت أحكامه في الفقه الإسلامي هو محاولة إيجاد تأصيل فقهي شرعي لهذا العقد الحديث ورأيه 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.

وقد تتبعنا حقيقة عقد الاستصناع في هذا البحث لمعرفة حكمه ومدى تطابقه مع عقد البيع على التصاميم، وذلك لإيجاد وجه شرعي لعقد البيع على التصاميم، يمكننا من خلاله إعطاء حكم لهذا العقد المستجد. والظاهر أنه وحسب الأدلة التي أسهب في ذكرها فقهاء الحنفية سابقا والعلماء المعاصرون حديثا أنه من العقود الجائزة شرعا جملة إلا فيما دخل فيه الربا، على اعتبار أنه صورة من صور الاستصناع يدخل ضمن معنى تلك الأدلة الواردة على شرعية حجية الاستصناع وهذا ما ذهب إليه الدارسون في الموضوع ويؤكدده قرار المجمع الفقهي الإسلامي.

لذلك نقترح إنشاء بنوك إسلامية تمّول مثل هذه المشاريع السكنية، لمنح قروض مالية للمكثبين دون فوائد ربوية، وبالتالي يكون عليها إقبال كبير من طرف المستفيدين، ممّا يساهم في حل أزمة السكن في إطار مشروع.

المصادر والمراجع:

القرآن الكريم

أولاً- كتب التفسير والحديث:

- 01- ابن كثير، تفسير القرآن العظيم، تحقيق: سامي بن محمد سلامة، ط.2، دار طيبة، 1420هـ - 1999م.
- 02- البخاري، صحيح البخاري، تحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر، ط.1، دار طوق النجاة، 1422هـ.
- 03- القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، المحقق: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، ط.2، القاهرة، دار الكتب المصرية، القاهرة، 1484هـ - 1964م.
- 04- مالك بن أنس، الموطأ، صححه وعلّق عليه وخرّج أحاديثه: محمد فؤاد عبد الباقي، كتاب: البيوع، باب: بيع الدين الغر، رقم الحديث: 75، بيروت، دار إحياء التراث العربي، 1985م .
- 05- محمد بن عبد الله الحاكم، المستدرک على الصحيحين، المحقق: مصطفى عبد القادر عطا، بيروت، دار الكتب العلمية، 1411هـ - 1990.
- 06- مسلم ابن الحجاج، صحيح مسلم، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، ط.11، بيروت، د.ت .

ثانياً - كتب الفقه الإسلامي:

- 07- ابن العابدین، رد المختار على الدر المختار، ط.2، بيروت، دار الفكر، 1412-1992م.
- 08- ابن القيم الجوزية (ت:751هـ)، إعلام الموقعين عن رب العالمين، المحقق: محمد عبد السلام إبراهيم، بيروت، دار الكتب العلمية، 1411هـ - 1991م .
- 09- ابن تيمية، جامع الرسائل، تحقيق: محمد رشاد سالم، ط.1، الرياض، دار العطاء، الرياض، 1422هـ - 2001م .
- 10- ابن قدامة، المغني، مكتبة القاهرة، 1377هـ-1968م.
- 11- أبو حامد الغزالي (ت: 505هـ)، المستصفى، المحقق: محمد عبد السلام عبد الشافي، ط.1، دار الكتب العلمية، 1413هـ-1993م.
- 12- أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي (ت. 676هـ)، روضة الطالبين وعمدة المفتين، التحقيق: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، ط.3، بيروت- دمشق- عمان، 1412هـ / 1991م.
- 13- أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري (ت: 456هـ)، الإحكام في أصول الأحكام، المحقق: الشيخ أحمد محمد شاكر، بيروت، دار الآفاق الجديدة، بيروت، د.ت.
- 14- أحمد بن عبد العزيز العميرة، نوازل العقار، دراسة فقهية تأصيلية لأهم قضايا العقار المعاصرة، ط.1، الرياض، دار الميمان للنشر والتوزيع، 1432هـ-2011م .
- 14- آل تيمية، المسودة في أصول الفقه، المحقق: أحمد الذروي، ط.1، الرياض، دار الفضيلة، 1422هـ.

## موقف الفقه الإسلامي من عقد بيع العقار على التصاميم في التشريع الجزائري

- 15- بكر بن عبد الله أبو زيد، فقه النوازل - قضايا فقهية معاصرة-: بيروت، مؤسسة الرسالة، 1416هـ-1996م .
- 16- حسام الدين بن موسى عفانة، فتاوى يسألونك، المكتبة العلمية ودار الطيب، ط.1، القدس، 1430هـ-2007م، ط.1 .
- 17- حسام الدين بن موسى عفانة، فتاوى يسألونك، ط.1، ج.1، مكتبة دنديس، الضفة الغربية-فلسطين-، 1428هـ-2007م.
- 18- زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري، (ت. 970هـ)، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار الكتاب الإسلامي، د.ت.
- 19- السرخسي (490هـ)، أصول السرخسي، دار الكتب العلمية، ط.1، بيروت، 1414هـ-1993م
- 20- سعد الدين محمد الكبي، المعاملات المالية المعاصرة في ضوء الإسلام، المكتب الإسلامي، ط.1، بيروت، 2002م.
- 21- عبد الحلیم عويس، موسوعة الفقه الإسلامي المعاصر، دار ابن حزم، ط.1، مصر، 1426هـ-2005م.
- 22- عبد الرحمان السعدي، الفتاوى السعدية، ط.2، الرياض، مكتبة المعارف، 1402هـ.
- 23- عبد الرحمان بن محمد بن سليمان يعرف بداماد أفندي، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر (ت. 1078هـ)، دار إحياء التراث العربي، د.ت.
- 24- عبد العزيز بن أحمد علاء الدين البخاري (ت. 730هـ)، كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البيزوي، التحقيق: عبد الله محمود محمد عمر، ط.1، بيروت، دار الكتب العلمية، 1417هـ-1997م.
- 25- علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكساني (ت. 587هـ)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط.1، باكستان، مكتبة الحبيبية، 1409هـ، 1979م.
- 26- علاء الدين السمرقندي، تحفة الفقهاء (ت. 539هـ)، بيروت، دار الكتب العلمية، 1405هـ-1984.
- 27- علاء الدين بن أحمد الكساني (ت. 587هـ)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، بيروت، دار الكتب العلمية، ط.2، 1406هـ-1986م.
- 28- محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي (ت. 1230هـ)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الفكر، د.ت.
- 29- محمد بن الحسن الجيزاني، فقه النوازل- دراسة تأصيلية تطبيقية-، الدمام، دار ابن الجوزي، الدمام، 1427هـ-2006م .
- 30- محمد بن الحسن الشيباني (ت. 189)، الجامع الصغير، ط.1، بيروت، عالم الكتب، 1406هـ.
- 31- محمد توفيق رمضان البوطي، البيوع الشائعة وأثر ضوابط المبيع على شرعيتها، ط.3، بيروت، دار الفكر، 2005 .
- 32- محمد سليمان الأشقر وآخرون، بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة، ط.1، الأردن، دار النفائس، 1418هـ، 1998م.

- 33- محمد عثمان شبير، التكييف الفقهي للوقائع المستجدة وتطبيقاته الفقهية، دمشق، دار القلم، 1435هـ-2014م .
- 34- مصطفى الحزن، مصطفى البغا، علي الشربجي، الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي، ط.4، دمشق، دار القلم، 1992م .
- 35- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ط.2، دمشق، دار الفكر، 1405هـ-1985م.
- 36- وهبة الزحيلي، المعاملات المالية المعاصرة، بحوث فتاوى وحلول، ط.4، دمشق، دار الفكر، 2007م.
- 37- وهبة الزحيلي، المعاملات المالية المعاصرة، ط.1، دمشق، دار الفكر، 2002م.

#### ثالثا - الكتب القانونية:

- 38- السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، بيروت، ط. دار إحياء التراث العربي، 1964م .
- 39- حسين بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في عقد البيع، ط.2، الجزائر، دار هومه، 2006م.

#### رابعا - الرسائل الجامعية والمجلات والملتقيات:

- 40- بوجنان نسيمة، عقد البيع بناء على التصاميم في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2009م .
- 41- وزارة عواطف، التزامات المرقى العقاري في عقد البيع بناء على التصاميم وفقا للقانون 04-11، الملتقى الوطني: إشكالات العقار الحضري وآثارها على التنمية في الجزائر، المنعقد يومي: 17 و18 فيفري 2013 بجامعة محمد خيضر بسكرة، كلية الحقوق .
- 42- زكريا زيتوني، الضمانات القانونية في عقد البيع على التصاميم، دراسات قانونية، مركز البصيرة للبحوث والاستشارات القانونية، والخدمات التعليمية، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، العدد19، 2013م .
- 43- عابد بن محمد السفياني، معنى النوازل والاجتهاد فيها، مجلة الأصول والنوازل، جامعة أم القرى، العدد الأول، محرم 1430هـ .
- 44- عربي باي يزيد، النظام القانوني للترقية العقارية في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص قانون عقاري، كلية الحقوق، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2009-2010 .
- 45- عياشي شعبان، عقد بيع العقار بناء على التصاميم، دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والفرنسي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة، 2011 - 2012م .
- 46- قاشي علال، التزامات المرقى العقاري وجزاء الإخلال بها في عقد البيع على التصاميم ، الملتقى الوطني حول الترقية العقارية في الجزائر الواقع والآفاق، كلية الحقوق والعلوم السياسية- جامعة قاصدي مرباح ورقلة، فيفري 2012 .

## موقف الفقه الإسلامي من عقد بيع العقار على التصاميم في التشريع الجزائري

- 47- ليندة بومحراث، طرق تسوية منازعات التجارة الالكترونية، أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في العلوم الإسلامية، تخصص شريعة وقانون، كلية الشريعة والاقتصاد، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، 2015-2016م.
- 48- محمد الزحيلي، عقد السلم والاستصناع في الفقه الإسلامي والتمويل الاقتصادي، مجلة كلية الدراسات الإسلامية والعربية، دولة الإمارات العربية المتحدة، العدد 13، 1417هـ- 1996م .
- 49- محمد عبد اللطيف صالح الفرفور، أثر الاستصناع في تنشيط الحركة الصناعية، بحث منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي بجدة، العدد 7 .
- 50- 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 .
- 51- مسكر سهام، التزامات المرفي 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.
- 52- مسكر سهام، التزامات المرفي 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.
- 53- موسى نسيم، ضمانات تنفيذ عقد الترقية العقارية -عقد البيع في طور الإنجاز، أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في القانون، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2014-2015م .
- 54- نوي عقيلة، النظام القانوني لعقد بيع العقار بناء على التصاميم في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، بن عكنون، 2004 .
- 55- وهبة الزحيلي، عقد الاستصناع، بحث منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي بجدة، ج. 7 .
- 56- وهبة الزحيلي، عقود جديدة - عقد المعاولة، بيع الاسم التجاري والترخيص، التنازل عن المنفعة بمقابل ( بدل الخلو)، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد 2، ماي 1988م .
- 57- ويس فتحي، المسؤولية المدنية والضمانات الخاصة في بيع عقار قبل الإنجاز، - دراسة مقارنة في التشريع الجزائري والفرنسي - رسالة ماجستير في القانون العقاري -، كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب البليدة، 2004م .

### خامسا - النصوص القانونية:

- \* القانون رقم: 11-04 المؤرخ في 17 فيفري 2011م، المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 14، السنة 2011 م .

## د. رابح فغور

\* المرسوم التنفيذي رقم 13-431 المؤرخ 18 ديسمبر سنة 2013 يحدد نموذجي عقد حفظ الحق وعقد البيع على التصاميم للأماكن العقارية وكذا حدود تسديد سعر الملك موضوع عقد البيع على التصاميم ومبلغ عقوبة التأخير وأجالها وكيفيات دفعها، الجريدة الرسمية العدد 66.

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

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

## سادسا - المعاجم اللغوية:

\* أحمد ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، ت: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، 1979م.

\* أحمد بن محمد بن علي المقرئ الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي، المكتبة العلمية، بيروت، د.ت.

\* جمال الدين ابن منظور الأنصاري الرويفعي الإفريقي، (ت: 711هـ)، لسان العرب، ط.3، بيروت، دار صادر، 1414هـ.