

## البيع على أساس الوصف وتطبيقاته الحديثة "دراسة في الفقه الإسلامي والقانون"

أ. أزوا عبد القادر

أستاذ مساعد "أ" بكلية الحقوق، جامعة أدرار

### ملخص باللغة العربية:

### Résumé

Pourraient être soulevées quant à la validité de la vente si la connaissance de l'acheteur se limite à des descriptions des ventes en raison de l'absence de ce dernier pour le contrat, ou le manque d'exhaustivité et de la qualité comme étant en cours de construction ou de fabrication.

Au niveau théorique de spécialistes du droit islamique différaient quant à la nature de la vente sur la base de la description.

Au niveau pratique dans le temps et grâce à des méthodes modernes qui sont devenus conclure bâtiment souvent basé sur la description seulement, comme la vente par catalogue, ou par la vente d'immeubles en cours de construction.

إذا كانت رؤية المبيع عند التعاقد تعد دليلاً على علم المشتري به، فإن الإشكال قد يثار حول مدى صحة البيع إذا اقتصر علم المشتري على أوصاف المبيع بسبب غياب هذا الأخير عن مجلس العقد، أو لعدم اكتمال وجوده كأن يكون تحت الإنشاء أو التصنيع.

فعلى المستوى النظري اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية حول طبيعة البيع على الصفة، ومدى اعتباره من بيوع الغرر المنهي عنها. أما المستوى التطبيقي فإن البيع على الصفة صار لصيقاً بالمعاملات الحالية من خلال الطرق الحديثة التي أصبحت العقود تبرم بناءً عليها كالبيع عن طريق النشرة الإعلانية "الكتالوج" أو البيع عن طريق التلفزيون، أو من خلال الصور الحديثة للتعامل على الوحدات العقارية كبيع المباني تحت الإنشاء.

مقدمة :

يقوم عقد البيع على رؤية المبيع في مجلس العقد، أو ما يقوم مقام الرؤية من خلال الوسائل التي تؤدي إلى العلم الكافي بمحل العقد حسب ما يقتضيه المعقود عليه.<sup>1</sup>

وإذا كان المبيع وأجزائه حاضراً في مجلس العقد أو عينة منه فتكفي رؤية بعضه، وهو ما يعرف عند الفقهاء ببيع النموذج، ولكن في حالة غيابه لكونه غير مملوك للبائع أو مملوكاً له ولكن تعذر إحضاره أو رؤيته، فإن الوصف يقوم مقام الرؤية.<sup>2</sup>

وقد حرصت التشريعات على إعادة التوازن بواسطة نصوص خاصة تضمن الحماية الكافية للمستهلكين وتحقيق الاستقرار. هذه الأحكام يزرخ بها الفقه الإسلامي من خلال مبادئه التي تنهي عن الجهالة والغرر، وتدعو إلى ضرورة الرضا التام وبث روح التناصح بين المسلمين من خلال ما وضعت من ضوابط لإبرام العقود.

من هنا تظهر أهمية البحث على المستويين النظري و العملي، فعلى المستوى النظري فإن البحث يناقش مسألة تار الخلاف بشأنها بين فقهاء الشريعة الإسلامية وهي طبيعة البيع على الصفة، ومدى اعتباره من بيوع الغرر.

وعلى المستوى التطبيقي فإن البيع على الصفة صار لصيقاً بالمعاملات الحالية من خلال الطرق الحديثة التي أصبحت العقود تبرم بناءً عليها.

**المبحث الأول: حكم البيع على الصفة للعين الغائبة في الفقه الإسلامي**

من المعلوم أن غرض الشريعة الإسلامية السمحة قطع التنازع والشقاق بين الناس، ولذلك قضت بفساد عقود البيع التي من شأنها إثارة التنازع والخصومات، وهذا

<sup>1</sup> العياشي فداد، البيع على الصفة للعين الغائبة وما يثبت في الزمة مع الإشارة إلى التطبيقات المعاصرة في المعاملات المالية. بحث رقم 56 المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، جدة، الطبعة الأولى 2000. 1421، ص 37.

<sup>2</sup> العياشي فداد، المرجع السابق، ص 38.

متفق عليه بين أئمة المذاهب، ولكنهم اختلفوا في بعض الصور التي لم يكن المبيع فيها واضحاً من جميع جهاته<sup>1</sup>.

ويعود سبب الخلاف إلى اختلافهم في الغرر الناشئ عن نقصان العلم المتعلق بالصفة عن العلم المتعلق بالحس، هل هو من الغرر الكثير الداخل تحت نهي الرسول صلى الله عليه وسلم عن بيع الغرر، أم أنه من الغرر اليسير المستجاز الذي لا يمنع من صحة العقد<sup>2</sup>.

فيرى الحنفية<sup>3</sup> والمالكية<sup>4</sup> جواز بيع العين الغائبة، أما الشافعية فالأصل عندهم أن هذا البيع لا يجوز، ولكن إذا وصفت بما يرفع الجهالة عنها، ففي ذلك قولان: فالقديم في المذهب يصح البيع مع ثبوت خيار الرؤية للمشتري، أما القول الجديد فلا يصح البيع<sup>5</sup>. وعن الحنابلة ففي البيع الغائب رويتان، أظهرها أن الغائب الذي لم يوصف ولم تتقدم رؤيته لا يصح بيعه، والرواية الأخرى أنه يصح. أما عن ثبوت الخيار للمشتري فعلى المشهور ثبوته<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> عبد الرحمن الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، الجزء الثاني: قسم المعاملات، المكتبة التجارية الكبرى، 1970، ص 214.

<sup>2</sup> ابن رشد، المقدمات، ج 1-2، كتاب الغرر، مؤسسة الحلبي وشركاه للنشر والتوزيع، القاهرة، ص 551.

<sup>3</sup> بدر المنتقى في شرح الملتقى، ج 2، ص 3. البناية في شرح الهداية، ط 1، دار الفكر، بيروت، 1981، 1401، ص 302، العياشي فداد، المرجع السابق، ص 40.

<sup>4</sup> ابن رشد، المقدمات، ج 1-2، المرجع السابق، ص 551. الفروق للقرافي، الفرق السابع والثمانون المائة، عالم الكتب، بيروت، دون سنة الطبع، الجزء الثالث، ص 247. 248.

فيجوز البيع على الصفة إذا اجتمعت ثلاثة شروط:

- أن يكون قريباً جداً تمكن رؤيته من غير مشقة
- ألا يكون بعيداً جداً لتوقع تغييره قبل التسليم و يتعذر تسليمه.
- أن يصفه بصفاته.

\* القرافي، الفروق، الجزء الثالث، عالم الكتب، بيروت، دون سنة النشر، ص 247. 248

<sup>5</sup> الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، ط 2، مطبعة الحلبي، القاهرة، 1374. 1954، ج 1، ص 263، مشار إليه العياشي فداد، المرجع السابق، ص 410. الإمام الشافعي، كتاب الأم، دار المعرفة، بيروت، ج 3، ص 3.

<sup>6</sup> ابن قدامة، المغني و يليه الشرح الكبير، ج 4، ص 25.

### المطلب الأول: أدلة القائلين بجواز البيع على أساس الوصف

قال تعالى (وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا) فلفظ البيع يستغرق كل صورته إلا بيعاً منعه كتاب أو سنة أو إجماع<sup>1</sup>.

وقوله كذلك (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا)<sup>2</sup>. فلا يشترط في التجارة إلا التراضي، وبيع العين الغائبة داخل في ذلك من حيث تحقق التراضي بين المتعاقدين<sup>3</sup>.

وعن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم (من اشترى شيئاً لم يره فهو بالخيار إذا رآه) فالصريح في الحديث صحة الشراء ابتداءً مع ثبوت الخيار للمشتري<sup>4</sup>.

كما روى عن عثمان رضي الله عنه أنه ابتاع من طلحة بن عبيد الله أرضاً بالمدينة ناقلة بأرض بالكوفة، فلما تباينا ندم عثمان ثم قال بايعتك ما لم أره، فقال طلحة إنما النظر لي إنما ابتعت مغيباً، وأما أنت فقد رأيت ما ابتعت، فجعلا بينهما حكماً، فحكما جبير بن مطعم فقاضى على عثمان أن البيع جائز وأن النظر لطلحة لأنه ابتاع مغيباً<sup>5</sup>. وهذا الخبر يدل على اتفاق هؤلاء الصحابة على صحة البيع.

<sup>1</sup> ابن حزم، المحلى، ج8، ص31.

<sup>2</sup> سورة البقرة، الآية 275.

<sup>3</sup> النووي، المجموع، ج9، ص301، مشار إليه العياشي فداد، المرجع السابق، ص44.

<sup>4</sup> السرخسي، المبسوط، ط2، دار المعرفة، بيروت، ج13، ص70، مشار إليه العياشي فداد، المرجع السابق، ص44.

<sup>5</sup> السنن الكبرى، البيهقي، كتاب البيوع باب من قال يجوز بيع الغائبة، ج5، ص268، مشار إليه العياشي فداد، المرجع السابق، ص44.

النووي، المجموع شرح المذهب: الجزء التاسع، مطبعة العاصمة، دون سنة النشر، ص315.

كما استدلووا بالقول أن رؤية المعقود عليه لا تؤثر دائماً في صحة عقد المعاوضة كما في النكاح،<sup>1</sup> كذلك أن بيع الرمان و اللوز والجوز في قشرها الأسفل يجوز مع أنها من المغيبات والحال كذلك بالنسبة للعين الغائبة<sup>2</sup>.

### المطلب الثاني: أدلة القائلين بعدم جواز البيع على أساس الوصف

عن أبي هريرة رضي الله عنه قال نهى رسول الله عن بيع الحصة و عن بيع الغرر. ووجه الدلالة أن بيع العين الغائبة نوع من بيوع الغرر، فهو يشبه بيع المعدوم<sup>3</sup>.

كما نهى المصطفى صلى الله عليه وسلم عن أن يبيع الإنسان ما ليس عنده، وكذلك بيع الملامسة - لمس الثوب دون النظر إليه، فعلة الملامسة توجد في بيع الغائب بسبب الجهل بالمبيع<sup>4</sup>.

### المبحث الثاني : البيع على أساس الوصف في القانون المدني

#### المطلب الأول: القواعد العامة للبيع على أساس الوصف

تنص المادة 94 مدني جزائري "إذا لم يكن المحل معيناً بذاته وجب أن يكون معيناً بنوعه ومقداره وإلا كان العقد باطلاً.

ويكفي أن يكون المحل معيناً بنوعه فقط إذا تضمن العقد ما يستطاع به تعيين مقداره و إذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشيء من حيث جودته ولم يمكن استخلاص ذلك من العرف أو من ظرف آخر التزم المدين بأن يسلم شيئاً من صنف متوسط.

هذا النص يكتفي بأن يكون المحل معيناً أو قابلاً للتعيين حتى يصح العقد دون أن يشترط رؤيته، وهذا ما دفع المشرع إلى إضافة شرط آخر هو العلم الكافي بالمبيع لتحقيق

<sup>1</sup> ابن قدامة، المغني، ج4، ص25.

<sup>2</sup> ابن رشد، المقدمات، ج2، ص78.

<sup>3</sup> النووي، المجموع شرح المذهب، ج9، ص330.

<sup>4</sup> الماوردي، الحاوي، ج5، ص16. مشار إليه في العياشي فداد، المرجع السابق، ص47.

الرضا التام. حيث جاء في الفقرة الثانية من المادة 352 قانون مدني: "يجب أن يكون المشتري عالماً بالمبيع علماً كافياً و يعتبر العلم كافياً إذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بحيث يمكن التعرف عليه".

ويختلف العلم الكافي بالمبيع عن تعيينه، أو قابليته للتعيين، فالعلم الكافي بالمبيع هو معرفة أوصافه الأساسية، ذلك أن المبيع قد يكون معيناً دون أن يعلم به المشتري علماً كافياً، كأن يعين البائع موقع العقار دون أن يحدد أوصافه الأساسية كمساحته وعدد الطوابق.

ولقد كانت أحكام العلم الكافي تقتصر على إلزام البائع بإعلام المشتري بالأوصاف الأساسية للمبيع، ولكن التقدم التكنولوجي في الصناعة والتقنية في المنتجات والتي تحتاج إلى خبرة عالية للإلمام بها، أدى إلى زيادة أهمية إلزام البائع بالإعلام بكافة المعلومات والبيانات المتعلقة بالمبيع وبالطريقة المثلى في استخدامه، لتقادي الأضرار التي قد تنشأ بسبب الاستعمال الخاطئ<sup>1</sup>.

ثم أصبح الالتزام بالتحذير والنصيحة التزاماً مستقلاً بذاته عن نظرية الغلط والتدليس ونظرية ضمان العيوب الخفية، فالإخلال به يؤدي إلى الالتزام بالتعويض استقلاً عن الإبطال الذي هو جزاء الوهم أو الضمان<sup>2</sup>.

فالمشرع اشترط رؤية المبيع أو ما يقوم مقامها، وبذلك فإن العلم الكافي يتحقق بـ:

المعاينة: الاطلاع على حال المبيع بما يتناسب و طبيعة الغرض المعد له، مادامت المعاينة تمت بطريقة تمكن الرجل العادي من معرفة هذه الأوصاف.

<sup>1</sup> السيد محمد السيد عمران، الالتزام بالإخبار، دراسة مقارنة، 1999، دار المطبوعات الجامعية، 1999، ص05.

<sup>2</sup> محمد عبد القادر علي الحاج، مسؤولية المنتج والموزع، دراسة في قانون التجارة الدولية مع المقارنة بالفقه الإسلامي، مطبعة الأمانة، 1982، ص76.

بيان الأوصاف الأساسية: فقد لا يتمكن المشتري من المعاينة لأن المحل قد يكون غائباً أو موجوداً في مكان يصعب معاينة حقيقته لكون المشتري فاقداً للبصر أو عاجزاً عن الانتقال، فيتم معرفة المبيع ببيان أوصافه الأساسية.

إقرار المشتري: والإقرار لا يخرج عن فرضين:

- أن يكون المشتري قد عاين المبيع فعلاً، فيكون الإقرار معبراً عن الواقع.
- التنازل على حق الرؤية بأن يقر المشتري بالعلم مع عدم رؤية المبيع كل ذلك ما لم يثبت تدليس البائع.<sup>1</sup>

فالقانون يجيز بيع العين الغائبة عن المجلس سواء سبق رؤيتها أم لا إذا توافر ما يقوم مقام الرؤية، وهو الوصف أو الإقرار بالعلم من جانب المشتري دون أن يثبت له الخيار، وفي ذلك يختلف القانون عن الفقه الإسلامي الذي يثبت للمشتري الخيار، فإذا وجده على الصفة لزمه البيع وإذا وجده مخالفاً للوصف يثبت له الخيار.

أما إذا اشترى ما لم يراه أو ما يقوم مقام الرؤية، فالعقد صحيح و يثبت للمشتري حق طلب إبطال البيع إذا لم يوافقه (ثبوت خيار الرؤية)

**المطلب الثاني: التطبيقات الحديثة للبيع على أساس الوصف**

**الفرع الأول: وصف المبيع بواسطة النشرة الإعلانية (الكتالوج)**

النشرة الإعلانية وسيلة أساسية في البيع بواسطة المراسلة حيث ينعقد الاتصال المادي فلا يستطيع المشتري معاينة السلعة نظراً لغياب المحل التجاري. فيستطيع المشتري التعرف على السلع بالإطلاع على الموصفات المدرجة في الإعلانات التي تتخذ صوراً متعددة، فقد يكون في شكل ورقي يتضمن بيانات مكتوبة ورسومات للسلع

<sup>1</sup> عبد الله محمد العلفي، أحكام الخيار في القانون المدني اليمني، دراسة مقارنة بالقانون المدني المصري، رسالة دكتوراه، 1988، ص368-369.

المعروضة للبيع، وقد يكون في شكل شرائط فيديو يتم الاطلاع عليها بواسطة جهاز التلفاز أو الحاسب الآلي، أو يتخذ شكل صور متحركة وهو الأكثر انتشاراً حالياً.<sup>1</sup> على أنه يجب أن يراعى في النشرات القواعد والتنظيمات الخاصة بالتجارة لأنها وسيلة للتوزيع التجاري، فيجب أن تحتوي على بيانات صحيحة بلغة البلد الذي توزع فيه، ويجب ألا تتضمن بيانات مضللة أو الإشارة إلى سلع أو منتجات ممنوعة أو محظورة.

فظهر هذه النشرات ارتبط بالتقدم الحاصل في مجالي الإنتاج والتوزيع، فعمدت المؤسسات إلى تنمية مبيعاتها و الترويج لها عن طريق تحسين شكل الإعلانات وتقديم الحوافز للعملاء، وهي وسائل مشروعة ما لم تشتمل على إعلام مضلل أو نصب أو احتيال.<sup>2</sup>

### الفرع الثاني: البيع بواسطة البث التلفزيوني

البث التلفزيوني هو نشر متزامن للبرنامج و المعلومات الترفيهية أو التعليمية المصورة الموجهة للجمهور عبر القنوات التلفزيونية المرئية محلياً أو دولياً من خلال الأرقام الصناعية.<sup>3</sup>

فيمكن تعريف التعاقد عن طريق التلفزيون بأنه عبارة عن طلب سلعة أو منتج بواسطة التلفون أو المنتيل تالياً على عرضها المنقول بواسطة وسائل الاتصال السمعية المرئية.<sup>4</sup> فيقوم المتلقي بالاتصال هاتفياً بالبرنامج مع إرسال شيك بالمبلغ المحدد أو التسديد بوسائل الدفع الأخرى وبذلك ينعقد العقد.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> ممدوح مبروك، أحكام العلم بالمبيع وتطبيقاته في ضوء تقدم وسائل التكنولوجيا المعاصرة، دراسة مقارنة بين القانون المدني المصري والفرنسي والفقهاء الإسلاميين، المكتب الفني للإصدارات القانونية، 1999، ص530.

<sup>2</sup> ممدوح محمد مبروك، المرجع السابق، ص531.

<sup>3</sup> سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص39.

<sup>4</sup> السيد عبد المعطي خيال، التعاقد عن طريق التلفزيون، دون دار النشر، دون سنة النشر، ص10.

<sup>5</sup> أحمد سعيد الزقرد، حق المشتري في إعادة النظر في عقود البيع بواسطة التلفزيون، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، 1995، ص179.

ويرى الفقه الفرنسي أن تسمية هذا البرنامج **tèle-achat** تعبير غير دقيق وغامض حيث يشتمل على عنصر يتعلق بقانون التلفزة **de droit de l'audiovisuel** وعنصر يتعلق بقانون العقود، كما يمكن أن يتحلل في صورة برنامج إذاعي تلفزيوني يقترب في بعض الوجوه مع الإعلان، وبذلك يخضع لقواعد النشر والإذاعة التي تضعها السلطات العامة لوسائل الإذاعة والنشر من ناحية أخرى، وفي الوقت نفسه يمكن أن يتحلل في صورة عرض تعاقد حقيقي<sup>1</sup>.

ونظراً لخطورة التلفاز بحكم انتشاره، ومؤثر بما له من قوة الجذب والإقناع بالصوت والصورة وبالتالي يخشى من إغراء المتلقي وهو في منزله بشراء سلع غير ضرورية أو غير ذات أولوية، أو إقناعه بشراء سلع غير جيدة يساعد على ذلك أن عرض السلع بواسطة التلفزيون يهدف إلى التسويق للسلع والخدمات، تنشأ الحاجة إلى وسائل لحماية إرادة المستهلك.

وعلى الجانب الآخر أثار البيع بواسطة التلفزيون القلق والاضطراب لدى المحلات التجارية التي وجدت في البرامج منافساً قوياً وغير مسبوق في دائرة التوزيع المعروفة ولا يمكن مجاراته<sup>2</sup>.

ولذلك تدخل المشرع الفرنسي ونظم هذه التقنية للبيع بالقانون 21/88 في 6 يناير 1988 وقد تعدى الأمر عمليات البيع بالتلفاز أو الراديو إلى كل البيوع التي تتم عن بعد أو مسافة **vente a distance**، ونص بصفة خاصة على تقرير حق المشتري في إعادة النظر في البيع عن طريق رد المبيع واسترداد الثمن أو استبدال السلعة خلال سبعة أيام من تسلّم المبيع، كما نص على ذلك في قانون الاستهلاك الصادر في 26 يولييه 1993 في المادة 16/121-19/121 وترك للجنة القومية للاتصالات والحرية

<sup>1</sup> ممدوح محمد مبروك، المرجع السابق، ص 570.

<sup>2</sup> أحمد سعيد الزقرد، المرجع السابق، ص 182.

C.N.C.L مهمة وضع القواعد التنظيمية الخاصة بعرض المبيعات بالإذاعة والتلفزيون<sup>1</sup>.

### الفرع الثالث: بيع المباني تحت الإنشاء

أن ازدياد الحاجة إلى المباني وقلة الموارد اللازمة للحصول عليها من جهة، وارتفاع تكاليف البناء وتطور مستوياته الفنية من جهة أخرى، اقتضت استحداث أنماطاً جديدة للتعامل على الوحدات العقارية تخضع لأحكام خاصة تختلف عن القواعد العامة للعقد بصفة عامة، وأحكام عقد البيع بصفة خاصة<sup>2</sup>.

وعقد بيع المباني تحت الإنشاء بحسب التشريع المقارن هو عقد ذو طبيعة خاصة، يتكون من عناصر لا يكفي أي منها مستقلاً لإبراز طبيعته القانونية، فما دام المشرع استعمل مصطلح البيع فجوهره نقل الملكية، واستخدام لفظ تحت الإنشاء أو التصاميم أو المخطط لإبراز جوهر مقابلة البناء.

غير أنه و إن كانت هذه الصيغة الجديدة للبيع تعالج اقتصادياً حاجة ذوي الدخل المحدودة، فقد أثارت خلافاً فقهياً حول ماهيتها، ومدى الجدوى من مزاياها على حساب ما تحمله من مخاطر تهدد نجاعتها كحلول قانونية لمشكلة السكن.

ومما لا ريب فيه أن مخاطر بيع مسكن مقرر إنشائه أو في طور الإنشاء لا تقل من حيث الأثر عن فشل مشروع البناء، فالمشتري قد يقبل التعاقد في مشروع وهمي قبل أن يتيقن من جديته لما يقع في نفسه وتحت ضغط الحاجة من تأثير الإعلان عن المشروع والترويج له بمختلف وسائل الدعاية.

### أولاً: التنظيم القانوني لبيع المباني تحت الإنشاء

إن دراسة التنظيم القانوني لبيع المباني تحت الإنشاء في التشريع الجزائري تقتضي الحديث عن النصوص القانونية الآتية:

<sup>1</sup> ممدوح محمد مبروك، ص 581.

<sup>2</sup> علاء حسن علي، عقد بيع المباني تحت الإنشاء، منشورات زين الحقوقية، الطبعة الأولى، 2011، ص 13 وما بعدها.

### 01: القانون 86-07 بتاريخ 04 مارس 1986 يتعلق بالترقية العقارية

نص في المادة الأولى منه: "يحدد هذا القانون الإطار العام للترقية العقارية ويضبط القواعد الخاصة ببعض عملياتها. وقد كان هذا القانون يهدف إلى تخفيف العبء على المؤسسات العمومية في مجال السكن وفتح المجال للمبادرة الخاصة.

### 02: المرسوم 93-03 بتاريخ 01 مارس 1993 متعلق بالنشاط العقاري

لم يقتصر على الترقية العقارية، بل نظم النشاط العقاري بشكل عام، وقد نص في المادة 30 منه على إلغاء أحكام القانون 86-07، وفتح بذلك المجال لتطوير النشاط العقاري بإدماجه في النظام العام للاقتصاد والاعتراف له بالطابع التجاري، فلم تعد الترقية العقارية منحصرة في انجاز السكنات ذات الاستعمال السكني فحسب بل تتكفل كذلك بالأغراض الأخرى كالاستعمال المهني والتجاري وأداء الخدمات في الميدان التجاري.

ومن حيث التنظيم أعاد هذا المرسوم تنظيم مهنة المتعامل في الترقية العقارية، بعدما كان يسمى مكتباً في ظل القانون 86-07، كما اعتبر الترقية العقارية عملاً تجارياً يخضع لأحكام القانون التجاري، إضافة إلى تنويع العروض السكنية من خلال صيغتي البيع على التصاميم، والبيع بالإيجار، إضافة إلى إعادة النظر في العلاقة الإيجارية، فقد كان لهذا المرسوم أثر بالغ على أحكام القانون المدني من حيث تنظيم عقد الإيجار، فقد كان مقدمة لتعديل القانون المدني في سنة 2007، فيما يتعلق بإلغاء حق البقاء في الأمكنة وكذا التجديد الضمني لعقود الإيجار<sup>1</sup>.

كما استحدث مرسوم 93-03 صندوق الضمان والكفالة المتبادلة، وهو عبارة عن مؤسسة عمومية تحت وصاية وزير السكن، يتولى ضمان العجز المادي للمتعامل في الترقية أو إفلاسه، كما يضمن التسبيقات المقدمة من المستفيدين في إطار البيع على التصاميم<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> هلال شعوة، الوجيز في شرح عقد الإيجار في القانون المدني، جسر للنشر والتوزيع، 2010، ص 74 وما بعدها.

<sup>2</sup> نظم المشرع الجزائري صندوق الضمان والكفالة من خلال المرسوم التنفيذي 97-406 بتاريخ 03-11-1997.

### 03: القانون 11-04 بتاريخ 17 فبراير 2011 المتعلق بالترقية العقارية

جاء هذا القانون لمواجهة حالة الفوضى التي نجمت عن المرسوم 93-03 خصوصاً مسألة الانضمام إلى صندوق الضمان والكفالة، حيث ألغى هذا القانون أحكام المرسوم 93-03 باستثناء المادة 27.

وأهم ما يميز هذا القانون إعادة تنظيم مهنة المرقى العقاري من خلال:

- الفصل بين المقاول والمرقى العقاري: حيث تنص المادة 16 على أن هذا الأخير ملزم بالاستعانة بخدمات مقاول مؤهل قانوناً، ما يعني أن التنفيذ المادي للمشروع يختص به المقاول وليس المرقى العقاري.
- ضرورة الحصول على الاعتماد: حسب المادة 04 الفقرة الثانية، حيث أن صفة المرقى العقاري مرتبطة بالحصول على الاعتماد والتسجيل في الجدول الوطني للمرقين العقاريين.
- استحداث المجلس الأعلى للمهنة: حسب المادة 24، والذي من اختصاصاته الشهر على احترام قواعد أخلاقيات ممارسة مهنة المرقى العقاري.
- تحديد العقوبات التي تحول دون ممارسة مهنة المرقى العقاري.
- النص على العقوبات الإدارية، والمتمثلة في سحب الاعتماد الذي يعد سند ممارسة مهنة المرقى العقاري، وتختلف صور السحب بين السحب المؤقت لمدة ستة أشهر، والسحب النهائي، والسحب التلقائي، وذلك حسب المادة 64.
- تنظيم المسؤولية العشرية، والنص صراحةً على إدخال المقاول ومكاتب الدراسات، وجميع المتدخلين الذي لهم صلة بصاحب المشروع، حسب المواد من 45 إلى غاية 49.

- إلزامية الانضمام إلى صندوق الضمان والكفالة، حسب المادة 55، بعدما كان ذلك اختيارياً في إطار المرسوم 97-406 المتضمن إحداث صندوق الضمان و الكفالة المتبادلة في إطار الترقية العقارية.

- الالتزام بمطابقة النشاطات العقارية السابقة عن نشر هذا القانون لأحكام هذا الأخير خلال 18 شهر من تاريخ نشر هذا القانون، وهو ما نصت عليه المادة 79.

### ثانياً: ضمانات المستفيد في إطار بيع المباني تحت الإنشاء

هذه الضمانات يمكن تقسيمها إلا ضمانات تسبق إبرام العقد، و ضمانات مرتبطة بتنفيذ الأشغال و تسليم العين المباعة.

#### 01: ما قبل التعاقد

#### أ- الترخيص بممارسة نشاط الترقية العقارية " صفة المرقي العقاري "

يعد هذا الإجراء من الضمانات الأولية والأساسية والتي حاول المشرع ضبطها من خلال القانون 11-04، حيث جاء في المادة 02/04 منه: " لا يمكن أياً كان أن يدعي صفة المرقي العقاري أو يمارس هذا النشاط ما لم يكن حاصلًا على اعتماد ومسجلاً في الجدول الوطني للمرقيين العقاريين حسب الشروط والكيفيات المحددة في هذا القانون." و المرقي العقاري حسب المادة 03 من القانون ذاته هو 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 الشبكات قصد بيعها أو تأجيرها.

#### ب- تنظيم الإعلان عن المشروع العقاري:

لقد حرص المشرع على تنظيم المرحلة السابقة على التعاقد، ذلك أن مشاريع البناء غالباً ما تسبق بأعمال دعاية قد لا تترجم حقيقة ما يقدم للعملاء فقد تكون الدعاية مضللة تخفي مشروعاً وهمياً غاية المروجين له جمع أرباح طائلة سريعة يساعدهم في ذلك حاجة الناس خاصة إلى السكن، ومن هذا المنطلق تنص المادة 41 من القانون 11-04 " يلتزم المرقي العقاري بضمان الإعلام عن مشروعه العقاري في الأماكن

المخصصة للإشهار في البلدية المختصة إقليمياً وذلك قبل أي عرض للمبيع". ويعد الالتزام بالإعلام من تطبيقات قواعد حماية المستهلك في مجال التشريع العقاري.

## **02: أثناء التعاقد**

### **أ- اعتماد قاعدة الرسمية**

ذلك أن كل الحقوق العينية المتعلقة بالعقار لا تنتج آثارها في مواجهة الغير إلا بعد إشهارها،<sup>1</sup> فرغم أن المبنى لا يوجد إلا بعد تمام البناء، وأن الحيازة والاستغلال لا تنتقل إلا بعد تمام الانجاز وتسليم شهادة المطابقة من طرف المصالح الإدارية المعنية، فإن الملكية تنتقل للمشتري بمجرد تحرير العقد في الشكل الرسمي واستكمال إجراءات الشهر.

### **ب- معالجة الشروط التعسفية**

يعد بيع المباني تحت الإنشاء مجالاً خصباً لفرض الشروط التعسفية كون المشتري الطرف الأقل خبرة والأضعف اقتصادياً، فقد يقبل بشروط تحرمه حق فسخ العقد إلا لظروف استثنائية يقرها المرقى العقاري وحده لقاء تنازل المشتري عن نسبة معينة من الأقساط التي قام بتسديدها، لذا سارت التشريعات على اعتبار المستفيد مستهلك ويخضع لتشريعات حماية المستهلكين والتشريعات الخاصة بحضر الشروط التعسفية.<sup>2</sup>

## **03: أثناء التنفيذ وبعده**

### **أ- الالتزام بمواصلة الانجاز و المطابقة**

ويقصد بمواصلة الانجاز إتمام الأشغال، ويختلف هذا الالتزام عن الالتزام بحسن الانجاز المرتبط بالضمان.

ومدة الانجاز تتحدد في العقد، وفي حالة عدم الإتمام، فإنه في ظل المرسوم التشريعي 93-03 وحسب المادة 17 منه فإنه يحق لجماعة المالكين مواصلة إنجاز البناءات على نفقة المتعامل المتخلف. وعلى العكس من ذلك فإن القانون 11-04 نص على أن التوقف عن الانجاز يترتب عنه سحب الاعتماد الذي سند ممارسة

<sup>1</sup> جمال بو شنافه، شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري، دار الخلدونية، 2006، ص 219 وما بعدها.

<sup>2</sup> علاء حسن علي، عقد بيع المباني تحت الإنشاء، المرجع السابق، ص 103 وما بعدها.

مهنة المرقي العقاري (المادة 64)، ويؤدي إلى حلول صندوق الضمان محل المقتنين من أجل متابعة عمليات الانجاز بموجب التزام مرقي عقاري آخر على حساب المرقي الأصلي في حدود الأموال المدفوعة، وفي هذا الإطار يمنع على كل مقتن مواصلة إتمام الانجاز بدلاً من المرقي العقاري الذي كان موضوع سحب الاعتماد.

ولا يقتصر دور المرقي على الانجاز بل لا بد من مطابقة البناء لقرارات البناء والتعمير، رخصة البناء، التصاميم الأولية (المواد من 05 إلى 11 من القانون 11-04)، والالتزام بالمطابقة هو التزام بتحقيق نتيجة، ويتم إثبات التخلص منه باستصدار شهادة المطابقة (م 14 المرسوم 93-03، م 2/2 المرسوم التنفيذي 94-58، المادة 39 القانون 11-04).

#### ب- الالتزام بالتسليم

حسب القواعد العامة في القانون المدني (م 364، 367)، غير أن القانون 11-04 وبعدما اشترط استعانة المرقي وجوباً بمقاول، فقد نص على الاستلام المؤقت الذي يتم بين المقاول والمرقي العقاري (م 03).

أما التسليم الذي يتم بين المرقي و المستفيد فيتم إثباته بمحضر يحرر حضورياً أمام الموثق الذي حرر عقد البيع يسمى محضر التسليم (م 34 القانون 11-04).

#### ت- الالتزام بالضمان

هناك نوعين من الضمانات، الضمانات العامة التي نص عليها القانون المدني (التعرض، الاستحقاق، العيوب الخفية)<sup>1</sup>، الضمانات الخاصة في إطار الترقية العقارية، وهي إما اتفاقية يحددها عقد البيع على التصاميم، أو قانونية متمثلة في حسن الانجاز وحسن سير عناصر التجهيز، غير أن المشرع لم يوضحهما بدقة، الضمان العشري أو المسؤولية المحددة بعشر سنوات ابتداء من تاريخ الإنجاز (أنظر

<sup>1</sup> انظر محمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، 2006، ص 126 وما بعدها. خليل أحمد حسن قدارة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الرابع: عقد البيع، ديوان المطبوعات الجامعية، 2003، ص 144 وما بعدها.

م 554 قانون مدني، م 8 مرسوم 03-93، م 8 مرسوم 58-94، م من 45 إلى غاية 49 القانون 04-11).

## خاتمة

من خلال دراسة هذا الموضوع توصلت إلى النتائج الآتية:

- العلم الكافي بالمبيع هو حق المشتري في معرفة حقيقة المبيع ذاتاً ووصفاً، وكافة البيانات الضرورية واللازمة لحسن الانتفاع به وتجنب أضراره على الوجه الذي يناسبه بحيث يكون هذا العلم أساساً للرضا الذي يصدر من المشتري.
- العلم الكافي يحقق مجموعة من الفوائد بالنسبة للمشتري، فمن الناحية المادية يضمن صحة وسلامة المشتري ويحقق المساواة بين أطراف العقد، ومن الناحية الأخلاقية يفيد في إدخال قيم الأخلاقية في نطاق العلاقات العقدية ولعل من أهم هذه القيم حسن النية والتعاون بين الطرفين على أساس الصدق والأمانة، ويبرز هذا الجانب بقدر كبير في الفقه الإسلامي.
- العلم الكافي بالمبيع يختلف عن نظام تعيين المبيع، فالتعيين يقتصر على الأوصاف المميزة للشيء عن غيره، بينما العلم الكافي يمتد إلى حق المشتري في ملائمة المبيع ل حاجته من الشراء.
- هناك فرق بين الغرر وبيع المجهول، فبيع الغرر هو الذي لا يعلم هل يحصل أم لا، كبيع الطير في الهواء والسماك في الماء، أما بيع المجهول فهو ما علم حصوله وجهلت صفته، كبيع ما في الكم، على أن الفقهاء كثيراً ما يخلطون بينهما فيستعملون الواحد موضع الآخر.
- يعود سبب الخلاف بين فقهاء الشريعة الإسلامية حول بيع العين الغائبة على الصفة إلى اختلافهم في الغرر الناشئ عن نقصان العلم المتعلق بالصفة عن العلم المتعلق بالحس، هل هو من الغرر الكثير الداخل تحت نهي الرسول صلى الله عليه وسلم عن بيع الغرر، أم أنه من الغرر اليسير المستجاز في البيوع الذي لا يمنع من صحة العقد. فمن رآه من الغرر اليسير أجازه، ومن أثبت للمشتري خيار الرؤية رأى أنه لا غرر هناك حتى وإن لم تكن له رؤية.

- يتفق الفقه الإسلامي مع القانون المدني من حيث البيانات التي يجب أن يكون المشتري على علم بها.
- الفقه الإسلامي اتخذ للغرر معايير مرنة أمكن معها تغيير الحلول عند تفاوت الظروف واختلاف الملابسات، فيستطيع الفقه الإسلامي من وراء هذه المعايير مسايرة الحضارات المتطورة في كل عصر، ولا شك في أن النظام الذي يتخذ المعايير المرنة إنما يدل على تقدم كبير في قواعده.
- قواعد القابلية للإبطال في القانون المدني هي تطبيق لأحكام خيار الرؤية في الفقه الإسلامي.
- حق المشتري في التعويض في حالة الضرر من جراء تخلف الوصف، ويكون ذلك بناءً على المسؤولية المدنية في القانون المدني، وبناءً على أحكام الضمان في الفقه الإسلامي.

### قائمة المراجع:

#### المراجع الفقهية:

- عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، الجزء الثاني: قسم المعاملات، المكتبة التجارية الكبرى، 1970.
- النووي، المجموع شرح المذهب، ج9، مكتبة الإرشاد، المملكة العربية السعودية، دون سنة النشر.
- ابن رشد، المقدمات، ج1-2، مؤسسة الحلبي وشركاه للنشر والتوزيع، القاهرة، دون سنة النشر.
- القرافي، الفروق، الجزء الثالث، عالم الكتب، بيروت، دون سنة النشر.
- ابن قدامة، المغني ويليه الشرح الكبير، الجزء الرابع، دار الكتب العلمية، بيروت، دون سنة النشر.
- الإمام الشافعي، الأم، دار المعرفة، بيروت، دون سنة النشر.

#### المراجع القانونية:

#### النصوص القانونية:

- الأمر 75-59 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.
- القانون 86-07 بتاريخ 04 مارس 1986 يتعلق بالترقية العقارية.
- المرسوم 93-03 بتاريخ 01 مارس 1993 يتعلق بالنشاط العقاري.
- القانون 11-04 بتاريخ 17 فبراير 2011 يتعلق بالترقية العقارية.

#### المؤلفات:

- السيد محمد السيد عمران، المجموعة، الالتزام بالإخبار، دراسة مقارنة، 1999، دار المطبوعات الجامعية، 1999.
- جمال بوشنافة، شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري، دار الخلدونية، 2006.
- حسن علي، عقد بيع المباني تحت الإنشاء، منشورات زين الحقوقية، الطبعة الأولى 2011.
- محمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، 2006.
- محمود السيد عبد المعطي خيال، التعاقد عن طريق التلفزيون، دون دار النشر، دون سنة النشر.
- ممدوح مبروك، أحكام العلم بالمبيع وتطبيقاته في ضوء تقدم وسائل التكنولوجيا المعاصرة، دراسة مقارنة بين القانون المدني المصري والفرنسي والفقهاء الإسلامي، المكتب الفني للإصدارات القانونية، 1999.
- هلال شعوة، الوجيز في شرح عقد الإيجار في القانون المدني، جسر للنشر والتوزيع، 2010.

#### الرسائل العلمية:

- عبد الله محمد العلفي، أحكام الخيار في القانون المدني اليمني، دراسة مقارنة بالقانون المدني المصري، رسالة دكتوراه، 1988.
- عزة عبد الرحمن علي، تعيين المحل والعلم به علماً كافياً: دراسة مقارنة بالفقهاء الإسلامي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة أسيوط، 2005.

#### الأبحاث:

- العياشي فداد، البيع على الصفة للعين الغائبة وما يثبت في الذمة مع الإشارة إلى التطبيقات المعاصرة في المعاملات المالية، بحث رقم 56 العهد الإسلامي للبحوث والتدريب، جدة، الطبعة الأولى 2000.