

January 2012

The concept of selling real estate on the map and its legal adaptation A comparative study.

Duha Mohamed Al Nuaaman
College of Law - University of Bahrain, duhaalnuman@yahoo.com

Follow this and additional works at: https://scholarworks.uaeu.ac.ae/sharia_and_law



Part of the [Property Law and Real Estate Commons](#)

Recommended Citation

Al Nuaaman, Duha Mohamed (2012) "The concept of selling real estate on the map and its legal adaptation A comparative study.," *Journal Sharia and Law*. Vol. 2012 : No. 49 , Article 5.
Available at: https://scholarworks.uaeu.ac.ae/sharia_and_law/vol2012/iss49/5

This Article is brought to you for free and open access by Scholarworks@UAEU. It has been accepted for inclusion in Journal Sharia and Law by an authorized editor of Scholarworks@UAEU. For more information, please contact sljournal@uaeu.ac.ae.

The concept of selling real estate on the map and its legal adaptation A comparative study.

Cover Page Footnote

Dr. Duhaa Mohamed Saeed Abdullah alnuman Assistant Professor of Civil Law, Faculty of Law, Mosul University, Iraq duhaalnuman@yahoo.com

[د. ضحى محمد سعيد عبد الله النعيمي]

د. ضحى محمد سعيد عبد الله النعيمي (*)

مفهوم بيع العقار على الخريطة وتكييفه القانوني "دراسة مقارنة"*

ملخص البحث

رغم الظروف التي يمر بها حاليا عراقنا العزيز فلا بد أن تنجلي هذه الغمة بإذن الله ليدخل مرحلة البناء والتعمير، ولا يخفى على احد مدى الحاجة في العراق للمشاريع العقارية من مدارس ومستشفيات ومراكز تجارية بل والاهم من كل ذلك للمساكن والتي لا يقوى المواطن البسيط على امتلاكها مما سيفتح المجال أما الشركات الاستثمارية لبناء وتطوير المشاريع العقارية وطرحها على الجمهور للبيع على الخريطة كما هو الحال في أغلب الدول حيث يتعاقد فيها من يرغب بتملك عقار مع جهة متخصصة تعلن عن إنشاء مشروع عقاري بمواصفات معينة وتضع على الغالب مجسما للمشروع العقاري الذي تعزم إنشاؤه وتتعهد بالبناء خلال مدة معينة بعد أن تكون قد اشترت الأرض فتطرح العقارات قبل بنائها للمراغبين في التملك وربما تقوم بالتعاقد على كل وحدات العقار وتستوفي الأرباح من المتعاقدين ليتم تعمييره من هذه الأرباح أي أن البيع يكون على الخريطة، ووفقا لهذا العقد يدفع الراغب بالتملك غالبا قيمة العقار على دفعات يتم تحديد

(*) أستاذ القانون المدني المساعد - كلية الحقوق - جامعة الموصل - العراق.
* أجاز للنشر بتاريخ ٥/١١/٢٠١١.

مواعيدها مسبقاً حيث يدفع الدفعة الأولى عند توقيع العقد والدفعة الأخيرة عند استلامه للعقار بعد اكتمال البناء أو بعد ذلك وهو في هذا الأمر قد يكون عرضة لعمليات الاحتيال من قبل الشركات الوهمية التي بعد أن تستلم الدفعة الأولى من الراغبين بالتعاقد تختفي أو لا تقوم بتنفيذ المشروع أو تقوم بتنفيذه بمواصفات رديئة تختلف عن تلك التي تم الاتفاق عليها وهذا ما تنبه له المشرع الإماراتي فنظم على أساسه القانون رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٨ المعدل بالقانون رقم ٩ لسنة ٢٠٠٩ والخاص بتنظيم السجل العقاري المبدئي والذي تضمن ضمانات خاصة تكفل الحماية اللازمة لمشتري العقار على الخريطة، لهذا وجدنا أن هذا العقد يحتاج إلى أن نقف عنده لنوضح تكييفه القانوني ومدى مشروعيته وما يليق به على عاتق أطرافه من التزامات وما هي الضمانات التي تكفل للراغب في التملك الحماية الأمثل التي تضمن له أن لا يكون عرضة للنصب والاحتيال.

المقدمة

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على خاتم المرسلين سيدنا محمد وعلى آله وأصحابه ومن تبع هداه بإحسان إلى يوم الدين وبعد:
نعرف بمقدمة بحثنا من خلال الفقرات الآتية:
أولاً: التعريف بموضوع البحث:

إن تملك العقار بات أمراً لا يقدر عليه إلا الموسرون من الناس خاصة في المدن الكبرى حيث تزداد نسبة السكان، ويكثر الطلب على العقارات فترتفع أسعارها

[د. ضحى محمد سعيد عبد الله النعيمي]

لتصل إلى مبالغ جد كبيرة، ولكن أمام كل معضلة تواجه الإنسان تظهر حلول وأفكار لمواجهةها وتذليلها، وهذا ما حدث بالنسبة لتملك العقارات حيث ظهر لمواجهة أزمة صعوبة التملك ما يعرف بعقد بيع العقار على الخريطة وانتشر في العديد من المدن، وبموجبه يتعاقد من يرغب بتملك عقار مع جهة متخصصة تعلن عن إنشاء مشروع عقاري بمواصفات معينة، وتضع على الغالب مجسما للمشروع العقاري الذي تعترزم إنشائه وتتعهد بالبناء خلال مدة معينة بعد أن تكون قد اشترت الأرض فتطرح العقارات قبل بنائها للراغبين في التملك، وربما تقوم بالتعاقد على كل وحدات العقار وتستوفي الأرباح من المتعاقدين ليتم تعميره من هذه الأرباح أي أن البيع يكون على الخريطة، ووفقا لهذا العقد يدفع الراغب بالتملك غالبا قيمة العقار على دفعات يتم تحديد مواعيدها مسبقا حيث يدفع الدفعة الأولى عند توقيع العقد والدفعة الأخيرة عند استلامه للعقار بعد اكتمال البناء أو بعد ذلك وهو في هذا الأمر قد يكون عرضة لعمليات الاحتيال من قبل الشركات الوهمية التي بعد أن تستلم الدفعة الأولى من الراغبين بالتعاقد تخنفي أو لا تقوم بتنفيذ المشروع أو تقوم بتنفيذه بمواصفات رديئة تختلف عن تلك التي تم الاتفاق عليها، وهذا ما تنبه له بعض المشرعين ومنهم المشرع الإماراتي فنظم على أساسه القانون رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٨ المعدل بالقانون رقم ٩ لسنة ٢٠٠٩ والخاص بتنظيم السجل العقاري المبدئي والذي تضمن ضمانات خاصة تكفل الحماية اللازمة لمشتري العقار على الخريطة، ومن جهة أخرى فإن بيع العقار على الخريطة وإن كان حديث النشأة ولم يتناوله الفقهاء المسلمون بالمناقشة والتحليل إلا أننا نستطيع معرفة موقفهم منه من خلال معالجتهم لبيع المعدوم الذي لم تجزه الشريعة الإسلامية الغراء إلا في أحوال

استثنائية محددة في عقدي السلم والاستصناع مما يثير التساؤل عن مدى مشروعية البيع على الخريطة، وهل يقع في نطاق المنع أم في نطاق الاستثناءات المشروعة.

ثانياً: أهمية الموضوع وسبب اختياره:

١. لا يخفى على أحد مدى الحاجة في العراق للمشاريع العقارية من مدارس ومستشفيات ومراكز تجارية بل والأهم من كل ذلك للمساكن والتي لا يقوى المواطن البسيط على امتلاكها مما سيفتح المجال أما الشركات الاستثمارية لبناء وتطوير المشاريع العقارية وطرحها على الجمهور للبيع على الخريطة كما هو الحال في أغلب الدول اليوم وحيث إن عقد بيع العقار على الخريطة في هذه الدول بقي إلى فترة ليست بالبعيدة غائبا عن التنظيم القانوني مما عرض الكثير من راغبي التملك إلى عمليات النصب والاحتيال فانتبه مشروع تلك الدول إلى أهمية التنظيم القانوني لهذا العقد بما يوفر الحماية اللازمة لراغبي التملك فكان لابد أن نستفيد من تجارب الآخرين ونبدأ من حيث انتهوا، لا أن نقف متفرجين إلى أن تحصل المشكلة ونكتشف عدم وجود الحلول القانونية لها.

٢. إن غياب التنظيم القانوني في العراق لبيع العقار على الخريطة في الوقت الذي بدأت فيه شركات التطوير العقاري العمل فعلا ببيع العقارات على الخريطة دفعنا إلى أن نختار البحث في هذا العقد لنوضح مفهومه وتكييفه القانوني ومدى مشروعيته وما يلقيه على عاتق أطرافه من التزامات وما هي الضمانات التي تكفل للراغب في التملك الحماية الأمثل التي تضمن له أن لا يكون عرضة للنصب والاحتيال.

[د. ضحى محمد سعيد عبد الله النعيمي]

ثالثاً: إشكالية البحث:

إن إشكالية البحث تكمن في إيجاد الإجابة عن السؤال الآتي: ما حقيقة بيع العقار على الخريطة شرعاً وقانوناً؟ ويتفرع عن هذا السؤال مجموعة من الأسئلة الفرعية منها:

١. ما حقيقة بيع العقار على الخريطة؟
٢. ما التكييف القانوني لهذا العقد؟
٣. ما خصائص هذا العقد؟
٤. ما هو المحل في هذا العقد؟
٥. بما يمتاز عن غيره من العقود المشابهة؟

رابعاً: أهداف البحث:

نهدف من خلال هذا البحث إلى تسليط الضوء على مفهوم بيع العقار على الخريطة ومعرفة حكمه من خلال الوقوف عند التكييف الشرعي والقانوني له ودعوة المشرع العراقي إلى استباق المشاكل العملية بتنظيم قانوني خاص يكفل قيام طرفي العقد بتنفيذ الالتزامات التي تقع على عاتق كل منهما، ويوفر لكل منهما الضمانات الكفيلة بتوفير الحماية المطلوبة.

خامساً: الدراسات السابقة:

الواقع أننا لم نعثر على دراسات قانونية متخصصة حول عقد بيع العقار على الخريطة والمصدر الوحيد الذي وجدناه يشير للموضوع بشكل مباشر هو صفحات أربع في كتاب الدكتور محمد توفيق رمضان البوطي، البيوع الشائعة وأثر ضوابط

المبيع على شرعيتها، دار الفكر، بيروت، لبنان، الطبعة الثالثة، ٢٠٠٥ والذي يعلق فيه على قرار مجلس الفقه الإسلامي ولا يؤيده ويقترح صيغتين للخروج من مأزق بيع المعدوم في بيع العقار على الخريطة فوقنا عند هاتين الصيغتين ولاحظنا عدم إمكانية تطبيقهما من الناحية العملية فضلاً عن أنه يتناول الموضوع من الناحية الشرعية فقط.

سادساً: منهجية البحث:

سنعتمد في بحثنا هذا إن شاء الله المنهج التحليلي المكتبي المقارن حيث نتناول بالتحليل والمناقشة آراء الفقهاء المسلمين المعاصرين ومجلس الفقه الإسلامي من الموضوع فضلاً عن بيان موقف المشرع الإماراتي منه باعتباره التشريع الوحيد الذي نظم الموضوع.

سابعاً: هيكلية البحث:

المقدمة.

المطلب الأول: التعريف بعقد بيع العقار على الخريطة.

المطلب الثاني: التكييف القانوني لعقد بيع العقار على الخريطة.

المطلب الثالث: خصائص عقد بيع العقار على الخريطة.

المطلب الرابع: المحل في عقد بيع العقار على الخريطة.

المطلب الخامس: تمييز عقد بيع العقار على الخريطة عن غيره.

الخاتمة.

[د. ضحى محمد سعيد عبد الله النعيمي]

المطلب الأول

التعريف بعقد بيع العقار على الخريطة

لم ينظم القانون المدني العراقي ولا القوانين المدنية العربية^(١) عقد بيع العقار على الخريطة بشكل مباشر باعتباره عقداً مسمى كما لم نجد في كتب الفقه القانوني تعريفاً لهذا العقد، وحيث إننا اخترنا البحث في هذه العلاقة العقدية كان لا بد أن نبدأ من تعريفها محاولين الوصول إلى صياغة تتسجم مع الواقع العملي، ويمكن أن تشكل انطلاقة للبحث في تكييف هذا العقد.

فقد انتشرت في العديد من المدن الكبرى ظاهرة بيع العقارات على الخريطة وخاصة المساكن من بيوت وشقق سكنية حيث أقبل الناس على التعاقد مع شركات التطوير العقاري رغبة في تملك المسكن في ظل أزمة السكن التي تجتاح كل البلاد تقريباً، والتي أدت إلى ازدياد الطلب على المساكن وارتفاع أسعارها ولعجز الراغبين في التملك عن شراء المسكن ودفع ثمنه بالكامل عند العقد أقبلوا على هذا العقد الذي يسمح لهم بتقسيم الثمن والذي يوفر للبائع الباني أيضاً فرصة تمويل مشروع عقاري يعجز بإمكاناته المالية أن يموله بمفرده.

ويحدد أحد الفقهاء^(٢) الخطوات التي تنتهي بإبرام عقد بيع العقار على الخريطة مفترضا أن إحدى الشركات أرادت طرح عقار للراغبين في التملك على الخريطة بالخطوات الآتية:

- (١) ما بين أدينا من قانون مدني مصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ و سوري رقم ٨٤ لسنة ١٩٤٩ وأردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦ وبحريني رقم ١٩ لسنة ٢٠٠١ وموجبات وعقود لبناني رقم ٨٤ لسنة ١٩٦٩ ويمني رقم ١٤ لسنة ٢٠٠٢.
- (٢) د. محمد توفيق رمضان البوطي، البيوع الشائعة وأثر ضوابط المبيع على شرعيتها، دار الفكر، بيروت، لبنان، الطبعة الثالثة، ٢٠٠٥، ص ١٨٢.

١. تشتري شركة قطعة أرض معلومة صالحة للبناء، وتقوم بتحضيرها

للبناء (دراسة، رخص، ضرائب....) وذلك على نفقتها

٢. بعد أن تنتهي الشركة جميع المعاملات بشكل سليم، ويصبح بإمكانها البدء

بتشييد العقارات، تعلن للناس عن استعدادها لبيع هذه العقارات (وهذا

قبل الشروع بعملية البناء، أو بعدها بزمن يسير)

٣. يحضر الشخص الذي يرغب بالشراء إلى مكتب هذه الشركة، فيتم

إطلاعه على النقاط التالية:

- موقع الأرض المنوي تشييد البناء فيها (وربما عين الزبون الأرض بنفسه)

- خرائط وصور (وربما مجسمات) دقيقة تبين مساحة وشكل المشروع كله، بالإضافة إلى ذكر ما يتضمنه من عقارات.

- خرائط وصور دقيقة تصف العقار (شقة أو مخزن أو غير ذلك) وصفا دقيقا يتضمن الأمور التالية:

مكانه ضمن المشروع، الطابق، الجهة، على ماذا يشرف، المساحة الإجمالية، عدد الغرف، ومساحة كل منها، نوع البضاعة المستعملة (الأبواب، البلاط، الدهان....) وغير ذلك من المواصفات الضرورية التي تعطي الزبون فكرة تامة عن العقار الذي يريد شراءه (حتى كأنه يراه رأي العين).

١- يتم الاتفاق بين الشركة البائعة والزبون على الأمور التالية:

- يتم تحديد ثمن العقار بمبلغ معين، بعملة معينة، غير قابل للتعديل.
- يدفع الزبون جزءا من الثمن يعتبر دفعة أولى حين التوقيع على عقد البيع (وربما لا يدفع شيئا كدفعة أولى).

[د. ضحى محمد سعيد عبد الله النعيمي]

- يتم الاتفاق على تقسيط المبلغ الباقي على أقساط شهرية معلومة (وربما سنوية) لمدة معلومة، وإذا بقي مبلغ آخر يتم تحديد زمن يدفعه المشتري فيه.
- يتم الاتفاق على أجل معلوم بالأشهر، أو بالسنين، لتسلم المبيع موضوع العقد، على شرط أن يلتزم المشتري بالأقساط المحددة في أوقاتها، فإن تأخر في الدفع يتأخر التسليم (ليس من الضروري أن تكون الشركة قد قبضت كامل المبلغ قبل التسليم، بل غالباً ما تكون مدة التقسيط أطول من مدة التسليم، فربما تكون مدة التقسيط ٥ سنوات، بينما تتعهد الشركة بالتسليم بعد سنتين، فيكمل الزبون دفع ما تبقى بعد التسليم حسب الاتفاق).

ولعل المشرع الإماراتي هو الوحيد الذي عرف عقد بيع العقار على الخريطة وأطلق عليه عقد البيع على الخارطة^(٣) وذلك في المادة الثانية من القانون رقم ٩ لسنة ٢٠٠٩ وهو قانون تعديل القانون رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٨ الخاص بتنظيم السجل العقاري المبدئي في إمارة دبي بأنه: ((بيع الوحدات العقارية المفروزة على الخارطة أو التي لم يكتمل إنشاؤها))^(٤).

(٣) وقد اخترنا مصطلح الخريطة لأنه الأدق من الناحية اللغوية انظر أحمد بن محمد بن علي المقري الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، المكتبة العلمية، بيروت، الجزء الأول، ص ١٦٧.

(٤) علماً أن هذه المادة قبل تعديلها كانت تعرف البيع على الخارطة بأنه: بيع الوحدات العقارية المفروزة على الخارطة أو التي تكون في طور الإنشاء أو التي لم يكتمل إنشاؤها. انظر نص القانون رقم ٩ لسنة ٢٠٠٩ على الموقع:

<http://uaesm.maktoob.com/vb/uae234118> بتاريخ ٢٥/٣/٢٠١٠ وانظر نص القانون رقم

١٣ لسنة ٢٠٠٨ على الموقع:

http://dubailows.com/Real_legislation1.htm بتاريخ ٢٥/٣/٢٠١٠.

ويلاحظ أن المشرع الإماراتي أراد صياغة التعريف بأسلوب بلاغي موجز إلا أنه لم يضمنه ما يوضح ماهية هذا العقد ومضمونه وعلى ماذا يرد لهذا فإننا بدورنا نعرف بيع العقار على الخريطة بأنه: ((عقد يملك بموجبه المشتري عقارا لم يبدأ البائع ببنائه بعد أو لم يكمل بناؤه حين التعاقد وفيه يتعهد البائع ببناء العقار المتفق على مواصفاته خلال المدة المتفق عليها مقابل تعهد الأخير بدفع أقساط الثمن في مواعيدها)). فيلاحظ أن هذا التعريف يفيد الأمور الآتية:

١. أن العقد من العقود الواردة على الملكية والعمل بالوقت ذاته وهو ما يبرر اعتباره نوعاً من أنواع البيوع وبالتالي فهو ليس مجرد وعد بالبيع كما أنه ليس بيعاً مطلقاً وإنما عقد مستقل يجب لانعقاده توافر أركان العقد من تراضٍ ومحلٍ وسبب.
٢. لابد من تحديد أوصاف العقار الذي ورد عليه التعاقد بما يكفي لصيرورته معلوماً لا جهالة فيه، ويكفي لصحة العقد الاتفاق على الأوصاف الأساسية للعقار من حيث المساحة وعدد الغرف والمكان والإطلالة والطابق الذي يقع فيه أما الأوصاف الفرعية فلا يشترط بيانها لصحة العقد ولكن إذا تم الاتفاق على أي شيء منها فيكون لازماً ويجب الوفاء به.
٣. أن الثمن لا يشترط أن يكون معجلاً وهذا ما يوضح استقلاليته عن السلم بل إن خصوصية هذا العقد تكمن في أنه يلبي حاجة المشتري الذي يعجز عن دفع كامل الثمن معجلاً، في مجلس العقد ويمنحه إمكانية تقسيط الثمن إلى أقساط يتم تحديد أقيامها ومواعيد استحقاقها بدقة وإلا كان العقد باطلاً أي أنه يكون باطلاً إذا تم الاتفاق على التقسيط من دون تحديد قيمة كل قسط

[د. ضحى محمد سعيد عبد الله النعيمي]

وميعاد استحقاقه مع الأخذ بنظر الاعتبار أن قاعدة التقسيط يجب أن تكون من القواعد المكتملة لا الأمرة فيكون للطرفين إمكانية الاتفاق على خلافها. ٤. أن المواد اللازمة لبناء العقار وكل ما يحتاج إليه من مواد أولية وآلات وأدوات يتم الاستعانة بها لإكمال البناء إنما يقدمها البائع الباني من عنده ولا يقدم المشتري شيئاً منها ويتم حساب قيمتها في الثمن الإجمالي والتي بمجموعها تكون الشيء الذي ينقل العقد ملكيته للمشتري، وهذا ما يميز العقد عن المقاوله التي ترد على العمل فقط دون نقل الملكية.

المطلب الثاني

التكييف القانوني لعقد بيع العقار على الخريطة

ترجع أهمية البحث في التكييف القانوني للعلاقة الناشئة عن عقد بيع العقار على الخريطة في أن تحديد الالتزامات التي تنشأ عن هذه العلاقة العقدية والتي يؤدي الإخلال بها إلى قيام المسؤولية يعتمد على التكييف القانوني للعقد، وبعبارة أخرى فإن الوقوف على التكييف القانوني الصحيح يعد بمثابة الخطوة الأولى التي يتوقف عليها تحديد الالتزامات، ومن ثم تحديد المسؤولية الناجمة عن الإخلال بهذه الالتزامات.

وحيث إن المشرع العراقي لم يتطرق صراحة في القانون المدني إلى عقد البيع على الخريطة لهذا فإن مسألة التكييف القانوني للعلاقة الناشئة عن هذا العقد مع ما يترتب على ذلك من تحديد آثارها كل ذلك أمر يعود مرجعه إلى القضاء في الوقت الحاضر إذا ما وقع أمامه نزاع خاص بالموضوع، وبهذا الصدد وعند البحث عن التكييف القانوني للعلاقة العقدية التي تربط طرفي عقد البيع على الخريطة نجد أن

[مفهوم بيع العقار على الخريطة وتكييفه القانوني]

مجلس الفقه الإسلامي في قراره رقم (٥٢/١/٦) الذي صدر عنه في دورة مؤتمره السادس المنعقد بجدة في المملكة العربية السعودية من ١٧ إلى ٢٣ شعبان ١٤١٠ هـ الموافق ١٤ إلى ٢٠ آذار (مارس) ١٩٩٠ م قرر ما يأتي: ((١- أن المسكن من الحاجات الأساسية للإنسان، وينبغي أن يوفر بالطرق المشروعة بمال حلال، وأن الطريقة التي تسلكها البنوك العقارية والإسكانية ونحوها، من الإقراض بفائدة قلت أو كثرت، هي طريقة محرمة شرعا لما فيها من التعامل بالربا. ٢- هناك طرق مشروعة يستغنى بها عن الطريقة المحرمة، لتوفير المسكن بالتملك (فضلاً عن إمكانية توفيره بالإيجار)، منها:

أن تملك المساكن عن طريق عقد الاستصناع - على أساس اعتباره لازماً - وبذلك يتم شراء المسكن قبل بنائه، بحسب الوصف الدقيق المزيل للجهالة المؤدية للنزاع، دون وجوب تعجيل جميع الثمن، بل يجوز تأجيله بأقساط يتفق عليها، مع مراعاة الشروط والأحوال المقررة لعقد الاستصناع لدى الفقهاء الذين ميزوه عن عقد السلم))^(٥).

وقد ذهب بعض الفقهاء المعاصرين إلى اعتبار البيع على الخريطة من قبيل الاستصناع أيضاً فذهب الأستاذ الدكتور وهبة الزحيلي إلى إجازة بيع العقار على الخريطة بقوله ((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

(٥) قرار مجلس الفقه الإسلامي منشور في برنامج مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الإصدار ٢٠٠٧، النسخة ٢,٥ صادر عن الشركة العربية لتقنية المعلومات.

[د. ضحى محمد سعيد عبد الله النعيمي]

إذا ذكرت في شروط العقد مواصفات البناء، بحيث لا تبقى جهالة مفضية إلى النزاع والخلاف^(٦).

كما ذهب الدكتور عبد اللطيف فرفور إلى القول: ((ومن التطبيقات الجديدة على عقد الاستصناع بيع الدور السكنية وما شاكلها على الخريطة، ضمن أوصاف محددة، فهذا الأمر لا يصح إلا بتخريجه على عقد استصناع، ويعد العقد صحيحاً إذا ذكرت في شروط العقد كل المواصفات التي تمنع الجهالة المفضية إلى النزاع وتزيلها))^(٧).

إلا أن الدكتور محمد توفيق رمضان البوطي كان له رأي آخر حيث انتقد قرار مجلس الفقه الإسلامي أعلاه بالقول: ((قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم ٥٢/١/٦ الذي بين الطرق المشروعة لتوفير المسكن عن طريق عقد الاستصناع، على اعتباره لازماً، ودون تعجيل جميع الثمن.... وإدراجهم مسألة: بيع البيوت على المصور بالتقسيت تحت عقد الاستصناع، مخالف لقواعد الحنفية.... ويبقى لونا من بيع المعدوم الذي اتفقت كلمة الفقهاء على منعه.... وإذا كان الهدف من مثل هذا القرار المساعدة على توفير السكن لمن لا يملكون القدرة على شرائه بدفع القيمة الكاملة فإنه يمكن أن نحقق المقصود من ذلك التعامل وفق تصور فقهي آخر وما

(٦) د. وهبة مصطفى الزحيلي، عقد الاستصناع، بحث منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي المنشورة في برنامج مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الإصدار ٢٠٠٧، النسخة ٢،٥ صادر عن الشركة العربية لتقنية المعلومات، ص ١٧.

(٧) د. محمد عبد اللطيف صالح الفرفور، أثر الاستصناع في تنشيط الحركة الصناعية، بحث منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي المنشورة في برنامج مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الإصدار ٢٠٠٧، النسخة ٢،٥ صادر عن الشركة العربية لتقنية المعلومات، ص ٩.

دام القصد تجزئة القيمة أو تقسيطها بشكل يساعد طرفي العقد على تحقيقه، فقد رأيت إمكان ذلك وفق الصورتين التاليتين - على سبيل المثال - بغية توضيح مبدأ تجزئة العقد على النحو الذي يحقق تقسيط القيمة.

الصورة الأولى:

بعد تحديد الأرض وتعيينها وتحضيرها للبناء بالدراسة الهندسية، واستخراج الرخصة، ورسم التصميم المفصل للبناء:

١. يشتري الراغب في شراء بيت أو مخزن أو مستودع، حصة من الأرض المقرر البناء عليها تكافئ حصته من مجموع البناء. ويمكن اعتبار المبلغ المدفوع، ثمناً لهذه الحصة، القسط الأول من ثمن العقار المرغوب. كما يمكن أن يقسم هذا المبلغ على أقساط؛ لأن الأرض معينة.
٢. يدفع هذا المشترك الحصة المترتبة من تكاليف الدراسة الهندسية وإجراءات الترخيص ونحو ذلك. ويمكن اعتبار ذلك قسطاً آخر من ثمن البناء. وكل دفعتي البند ١ و ٢ يمكن تجزئتهما باتفاق الطرفين.
٣. يدفع المشتركون ثمن مواد البناء على مراحل وفقاً للمرحلة المراد إنشاؤها، وبحسب الحصة السهمية للمشارك، إلى المتعهد - كوكيل لهم بشرائها - أو يشترونها منه نقداً أو تقسيطاً أو ديناً إن كانت متوفرة عنده - أو يشترونها منه سلماً إلى أجل محدد - أو يوكّلونه بشرائها على ذمتهم، إن أمكن ذلك.

[د. ضحى محمد سعيد عبد الله النعيمي]

٤. يتفق كل مشترك مع المتعهد على أجور توكيله بشراء تلك المواد وتأمينها وحفظها وكيفية تسديد تلك الأجور.
٥. يتفق كل مشترك مع المتعهد على أجور تنفيذ البناء وكيفية دفعها.
٦. بعد اكتمال بناء الهيكل، تحدد قيمة كل شقة أو مخزن أو غيره بالنظر إلى موقعه ومستواه وغير ذلك، بالنظر إلى مجموع قيمة البناء الكلية.
٧. يملك المشتركون المتماثلون في وصف العقار الذي تم شراؤه، تلك العقارات بصفة شائعة، ثم يتم التخصيص إما بالقرعة، أو بأسبوعية الاشتراك، على أحقية اختيار حصة كل منهم مع مراعاة فروق القيمة، باعتبار الموقع والخصائص الأخرى مثال ذلك أن المشتركين في شراء بناء كل طابق منه يتكون من ثلاث شقق مساحتها ١٢٥ م و ١٠٠ م و ٩٠ م يتراضى الذين اشتروا الشقق التي مساحة الشقة منها ١٢٥ م فيما بينهم على اختصاص كل منهم بشقة بالقرعة، أو غيرها من وجوده التراضي أو وفق أسس إزالة الشبوع شرعاً، وهكذا المشتركون في الشقق ذات أل ١٠٠ م)^(٨).

والواقع إننا نكتفي ببيان الصورة الأولى التي ذكرها الدكتور البوطي؛ لأن الملاحظات التي سنذكرها على هذه الصورة تنطبق على الثانية أيضاً والتي لا تختلف عن الصورة المعروضة سوى في بعض الجزئيات ومع كل احترامنا وتقديرنا لرأي الدكتور محمد توفيق البوطي إلا أننا نرى أن الصورة المعروضة لا توجد حلاً يمكن تطبيقه على أرض الواقع فلا يمكن إعمالها من الناحية العملية

(٨) د. محمد توفيق رمضان البوطي، البيوع الشائعة، مصدر سابق، ص ١٨٦.

خاصة في المشاريع الضخمة التي يتم فيها بيع عشرات آلاف الشقق على الخريطة ضمن مجمع سكني يعلن عنه فمن غير الممكن عمليا كلما تقدم راغب في الشراء أن يتم تسجيل حصة من الأرض باسمه فلا يخفى ما في نقل ملكية الأرض من إجراءات قانونية تجعل إشراك الآلاف في ملكيتها أمراً يكاد أن يكون مستحيلاً عملياً، كما أنه ومن الناحية العملية أيضاً لا يمكن الانتظار وعدم الشروع في البناء إلى حين بيع كافة الوحدات العقارية وتسجيلها باسم جميع المشترين للبدء في البناء بل الذي يحصل أن البائع يشرع بالبناء بعد بيع عدد معين من الوحدات تكفي أقساطها الأولى لتمويل البناء في مراحله الأولى ويتم بيع بقية الوحدات على طول الفترة التي تستغرقها عملية البناء وربما بعدها أيضاً ، ومن جهة أخرى فإن هذه الصورة سوف تثير المنازعات عند انتهاء البناء وتخصيص كل عقار لكل مشترٍ والذي لا يكون على بينة من موقع شقته وفي أي طابق تكون وعلى أي جهة تطل وبالتأكيد سوف يمني نفسه بأنها تجمع أفضل المواصفات، ومن النادر أن يقنع بغير ذلك.

وبالتأكيد فإن التساؤل الذي يثار في الذهن ما سبب انتقاد الأستاذ البوطي لقرار مجلس الفقه الإسلامي والذي دفعه إلى اقتراح تلك الصورة بدلا عن الاستصناع؟ وجواب ذلك يعود إلى أنه رجح من الآراء الفقهية تلك التي تشترط لصحة الاستصناع شروطا لا يمكن إعمالها في حالة بيع العقار على الخريطة كاعتباره إياه عقداً غير لازم وأنه على حد قوله يفتقر إلى قوة الإلزام العقدية وهو ما اختلف حوله فقهاء المذهب الحنفي كما سنوضح لاحقا، وأن الاستصناع يرد على عين في الذمة لا على العمل وهو أمر اختلف أيضاً حوله فقهاء الحنفية إلى آراء سنوضحها

[د. ضحى محمد سعيد عبد الله النعيمي]

لاحقاً أيضاً، فضلاً عن انتقاده للقرار من حيث إجازته تأجيل الثمن كله في عقد الاستصناع أو تقسيطه إلى أقساط معلومة^(٩).

في حين أن مجلس الفقه الإسلامي تبنى الأوفق من الآراء في المذهب الحنفي لروح العصر فأخذ برأي أبي يوسف مثلاً في اعتباره للاستصناع عقداً لازماً^(١٠)، كما أنه أخذ برأي من ذهب من فقهاء المذهب إلى أن الاستصناع يرد على العين والعمل معاً، كما أن المجلس بإجازته تأجيل الثمن أو تقسيطه لم يخالف المذهب الحنفي ذلك أن ورود العقد على العمل فضلاً عن المبيع هو الذي يبرر إجازة تأجيل الثمن أو تقسيطه، ولم نعثر ضمن آراء فقهاء المذهب الحنفي من اشترط تعجيل الثمن في الاستصناع وإنما هو شرط اشترطه فقهاء المالكية والشافعية والحنابلة عندما اعتبروا الاستصناع من صور السلم فاشترطوا فيه شروطه ومنها تعجيل الثمن^(١١).

لهذا فإننا نؤيد ما ذهب إليه مجلس الفقه الإسلامي من اعتباره عقد بيع العقار على الخريطة من قبيل الاستصناع لانطباق شروط وأحكام الأخير على الأول.

وعقد الاستصناع عقد مسمى في القانون المدني العراقي حيث أشار له المشرع العراقي في معرض تعريفه لعقد المقاول في المادة (٨٦٥) والتي جاء فيها ما نصه: (١- يجوز أن يقتصر المقاول على التعهد بتقديم عمله على أن يقدم رب العمل المادة التي يستخدمها المقاول أو يستعين بها في القيام بعمله، ويكون المقاول

(٩) وهو ما يتضح في شرحه لعقد الاستصناع في المصدر السابق ص ١٦٦ وما بعدها.

(١٠) سوف نقف عند رأي الإمام أبي يوسف في المطلب القادم.

(١١) سوف نقف عند موقف الفقهاء المسلمين في هذا المطلب.

أجيرا مشتركا. ٢- كما يجوز له أن يتعهد المقاول بتقديم العمل والمادة معا ويكون استصناعا).

ويلاحظ أن المشرع العراقي رغم أنه سمى عقد الاستصناع ضمن العقود المسماة إلا أنه لم يورد له أحكاما خاصة بل طبق عليه أحكام المفاوضة ذاتها معتبرا إياها إحدى صورها في حين يلاحظ أن الفقهاء المسلمين من المالكية^(١٢) والشافعية^(١٣) والحنابلة^(١٤) عالجوا الاستصناع باعتباره من صور السلم واشترطوا فيه ما يشترط في السلم باستثناء الحنفية^(١٥) الذين اعتبروا الاستصناع نوعاً متميزاً من أنواع البيوع واعتبروه استثناء من عدم جواز بيع المعدوم للحاجة العامة إليه، فكما أن الصرف والسلم نوعان من البيع، وهما عقدان مستقلان ولهما أحكام خاصة

- (١٢) أبو البركات سيدي أحمد الدردير، الشرح الكبير، دار الفكر - بيروت، تحقيق محمد عليش، الجزء ٤، ص ٥٧. محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي، دار الفكر - بيروت، تحقيق محمد عليش، الجزء ٣، ص ٢١٧. أحمد الصاوي، بلغة السالك، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ١٤١٥هـ - ١٩٩٥ م، ط ١، ضبطه وصححه محمد عبد السلام شاهين، الجزء ٣، ص ١٨٠. محمد عليش، منح الجليل، دار الفكر، بيروت - لبنان، ١٤٠٩هـ - ١٩٨٩ م، الجزء ٧، ص ٤٥٨ و ص ٤٦٥.
- (١٣) أبو حامد محمد بن محمد الغزالي، الوسيط، دار السلام، القاهرة، ١٤١٧هـ، ط ١، تحقيق احمد محمود إبراهيم و محمد محمد تامر، الجزء ٤، ص ١٦٦. أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، دار الفكر، بيروت - لبنان، بلا سنة طبع، الجزء ١، ص ٢٩٧. النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، المكتب الإسلامي، بيروت، ١٤٠٥هـ ط ٢، الجزء ٣، ص ٣٣٦ وما بعدها.
- (١٤) أبو عبد الله محمد بن مفلح المقدسي، الفروع، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤١٨هـ، ط ١، تحقيق أبو الزهراء حازم القاضي، الجزء ٤، ص ١٨. منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشف القناع، دار الفكر، بيروت، ١٤٠٢هـ - ١٩٨٢، تحقيق هلال مصيلحي مصطفى هلال، الجزء ٣، ص ١٦٥.
- (١٥) علاء الدين الكاساني، بدائع الصنائع، دار الكتاب العربي، بيروت، ١٩٨٢، ط ٢، الجزء ٥، ص ٢١٠. فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي، تبيين الحقائق، دار الكتب الإسلامي، القاهرة، ١٣١٣هـ، الجزء ٤، ص ١٢٤. ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت، ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠ م، الجزء ٥، ص ٢٢٣.

[د. ضحى محمد سعيد عبد الله النعيمي]

لا تجري في البيع المطلق العادي فكذلك الاستصناع عندهم، وبهذا أخذت مجلة الأحكام العدلية فعقدت للاستصناع فصلاً خاصاً به في باب (أنواع البيوع) من كتاب البيوع في المواد ٣٨٨-٣٩٢^(١٦). بعد أن كانت قد عرفت في المادة ١٢٤ منها بأنه: ((عقد مع صانع على عمل شيء معين في الذمة)) كما جاء في المادة ٣٨٨ منها ما نصه: ((إذا قال شخص لأحد من أهل الصنائع: اصنع لي الشيء الفلاني بكذا قرشاً، وقبل الصانع ذلك انعقد البيع استصناعاً.....)).

وبالتالي فإن المذاهب الأربعة عدت الاستصناع من أنواع البيوع سواء باعتباره صورة من صور السلم عند المالكية والشافعية والحنابلة أم بعده عقداً مستقلاً عند الحنفية وهذا الأمر لم يأت من فراغ بل لما يترتب على الاستصناع من نقل ملكية الشيء المستصنع مما يسحب العقد إلى نطاق العقود الناقلة للملكية وإذا كان الأمر كذلك في زمن الفقهاء المسلمين أيام كان الاستصناع يرد على صنع الأشياء البخسة من أمثال الخف والقدر والثوب ألا يكون الأمر أولى في عصرنا هذا الذي أصبح الاستصناع فيه يرد على الطائرات والبواخر والعقارات.

لا شك أن معالجة المشرع العراقي لعقد الاستصناع ضمن العقود الواردة على العمل، وتحديدًا ضمن أحكام المقاولات وإعماله أحكام الأخيرة على عقد الاستصناع يعني إغفاله لأهم التزام يترتب على الاستصناع ألا وهو نقل الملكية، بل إن أهمية هذا الالتزام تغلب على أهمية الالتزامات الأخرى، فإذا كان الفقهاء المسلمون قد عدوه من العقود الناقلة للملكية رغم أن التزام البائع بنقل الملكية في الفقه الإسلامي

(١٦) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، دار الكتب العلمية، لبنان - بيروت، تعريب المحامي فهمي الحسيني، الجزء ١، ص ١٥٦ و ص ٣٥٩.

[مفهوم بيع العقار على الخريطة وتكييفه القانوني]

التزام ضمني يتم تنفيذه بمجرد التعاقد دون أن يحتاج إلى أي إجراء خاص فكيف والحال أن هذا الالتزام في التشريع العراقي يحتاج إلى إجراءات خاصة للوفاء به عندما يرد على عقارات أو مكائن أو طائرات وبواخر حيث إن عقد البيع يتحول من الرضائية إلى الشكلية الرسمية عندما يرد على عقار^(١٧) بينما عقد الاستصناع عقد رضائي فقط^(١٨).

وهكذا فإن أحكام المقابلة التي أعملها المشرع العراقي على عقد الاستصناع وإن كانت تنطبق على بعض الالتزامات الناشئة عن هذا العقد الأخير إلا أنها لا تكفي باعتقادنا للإحاطة بجميع الالتزامات الناشئة عنه، وبالتالي عن عقد بيع العقار على الخريطة، ففي المقابلة يلتزم المفاوض^(١٩) بإنجاز العمل المتفق عليه وبالشروط المتفق عليها و خلال المدة المتفق عليها أو المدة المعقولة إن لم يكن هناك اتفاق على المدة فضلاً عن التزامه بالضمان وهذه الالتزامات تقع على عاتق الصانع في عقد الاستصناع أيضاً إلا أن هذا الأخير وبالنظر لأنه يقوم بصناعة الشيء بمواد من عنده وينقل ملكيته إلى المستصنع فإنه يجمع بين صفتي المفاوض والبائع وبالتالي

(١٧) انظر المادة (٥٠٨) من القانون المدني العراقي والتي جاء فيها: ((بيع العقار لا يعقد إلا إذا سجل في الدائرة المختصة واستوفى الشكل الذي نص عليه القانون)).

(١٨) انظر المواد (٨٦٤ - ٨٩٠) من القانون المدني العراقي والتي لم ينص المشرع فيها على الشكلية في عقدي المقابلة والاستصناع.

(١٩) المواد (٨٦٦ - ٨٨١) من القانون المدني العراقي وانظر كذلك: د. جعفر الفضلي، العقود المسماة، البيع والإيجار والمقابلة، ط٢، طبعة وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، ٢٠٠٥، ص ٣٨٠ وما بعدها. د. عدنان إبراهيم السرحان، شرح القانون المدني (العقود المسماة) في المقابلة، الوكالة، الكفالة، مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، الطبعة الأولى، ١٩٩٦، ص ٢٦. د. طه نوري الملا حويش، التزامات المفاوض في عقد المقابلة، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية التي تصدرها كلية القانون بجامعة بغداد، المجلد العاشر، العدد الثاني، ١٩٩٤، ص ٢٠٧.

[د. ضحى محمد سعيد عبد الله النعيمي]

يلتزم فضلاً عن التزامات المقاول بالتزامات البائع^(٢٠) وأهمها الالتزام بنقل الملكية وبضمان التعرض والاستحقاق وضمان العيوب الخفية والتي لا تكفي أحكام المقاول للقول بالتزامه بها.

وبالتالي إذا كنا قد انتهينا إلى اعتبار عقد البيع على الخريطة عقد استصناع فإن ما دفعنا إلى تسليط الضوء عليه تلك الخصوصية التي تجعل المقاول عاجزة عن الإحاطة بأحكامه، والتي تجعله أقرب للبيع منه للمقاول بالنظر لطبيعة الالتزامات الخاصة الأخرى التي يلقيها على عاتق أطرافه وتحديداً بإلزام البائع على الخريطة بنقل ملكية العقار ابتداءً وانتهاءً أي بتسجيل العقد لدى الجهة المختصة عند التعاقد أولاً، وتسجيل الملكية باسم المشتري على الخريطة بعد اكتمال البناء ولدى الجهات المختصة ثانياً، وهو التزام لا نجده في عقد المقاول الرضائي، ونقطة الخلاف هذه يمكن أن تجرنا إلى مكن الخصوصية التي تميز عقد البيع على الخريطة والتي تتمثل باعتقادنا في أن محله عقار غير موجود وقت التعاقد، فيلبي التزامات أخرى لا يتضمنها عقد المقاول، كما أنه يحتاج إلى توفير ضمانات خاصة تكفل الحماية اللازمة للمشتري على الخريطة لا توفرها له أحكام المقاول الأمر الذي يدفعنا لاعتباره نوعاً خاصاً من أنواع البيوع.

وهكذا فإننا نؤيد المشرع الإماراتي في تكيفه للعقد، وفي استخدامه لمصطلح البيع على الخارطة مع أنه لم ينظم الاستصناع ضمن الصور الخاصة التي أوردها

(٢٠) المواد (٥٣١ - ٥٧٠) من القانون المدني العراقي وانظر كذلك: د. أنور سلطان، العقود المسماة، شرح البيع والمقايضة، مطبعة دار نشر الثقافة بالإسكندرية، الطبعة الثانية، ١٩٥٢، ص ٣٤٢ وما بعدها، كذلك د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود التي تقع على الملكية، البيع، دار إحياء التراث العربي، بيروت - لبنان، الجزء الرابع، المجلد الأول، ص ٧٣٣ وما بعدها.

لعقد البيع في قانون المعاملات المدنية الإماراتي، بل على العكس من ذلك نجد أنه نظم مفهوم الاستصناع من دون أن يسميه ضمن عقد المقاول في المادة (٨٧٣) والتي جاء فيها ما نصه: ((١- يجوز أن يقتصر الاتفاق في عقد المقاول على أن يتعهد المقاول بتقديم العمل على أن يقدم صاحب العمل المادة التي يستخدمها أو يستعين بها في القيام بعمله. ٢- كما يجوز أن يتعهد المقاول بتقديم المادة والعمل)). فالفقرة الثانية إنما هي الاستصناع بذاته، وإن لم يعلن المشرع الإماراتي صراحة أنه كذلك.

المطلب الثالث

خصائص عقد بيع العقار على الخريطة

بعد أن وقفنا عند مفهوم عقد بيع العقار على الخريطة ومعرفتنا لتكييفه القانوني يتضح لنا أن خصائص عقد بيع العقار على الخريطة تتمثل بالآتي:

أولاً: عقد بيع العقار على الخريطة عقد شكلي:

إن التصرفات العقارية عموماً تتطلب الشكلية لانعقادها وصحتها فبيع العقار مثلاً لا ينعقد إلا بتسجيله في مديرية التسجيل العقاري^(٢١) وهكذا الحال بالنسبة لرهن العقار^(٢٢) أو ترتيب أي حق عيني آخر عليه^(٢٣)، ولما كان عقد بيع العقار على الخريطة يرد على عقار فلا بد أن يكون عقداً شكلياً أيضاً لا ينعقد بمجرد

(٢١) المادة (٥٠٨) مدني عراقي.

(٢٢) المادة (١٢٨٦) مدني عراقي.

(٢٣) انظر على سبيل المثال المادة (١٢٦٦) مدني عراقي الخاصة بتسجيل حق المساحة.

[د. ضحى محمد سعيد عبد الله النعيمي]

ارتباط الإيجاب بالقبول وتطابقهما^(٢٤)، بل يشترط لانعقاده إجراءات شكلية تتمثل بتسجيله في الدائرة المختصة الأمر الذي يدفعنا لدعوة المشرع العراقي إلى اشتراط الشكلية في عقد الاستصناع في الحالة التي يرد فيها على عقار.

وهذا ما أخذ به المشرع الإماراتي والذي شدد على أن تسجل في السجل العقاري المبدئي جميع التصرفات التي ترد على الوحدات العقارية المبيعة على الخارطة^(٢٥)، ونص على أنه يقع باطلاً البيع وغيره من التصرفات القانونية الناقلة أو المقيدة للملكية أو أي من الحقوق المنقرعة عنها إذا لم يتم تسجيل هذه التصرفات في ذلك السجل^(٢٦). فيلاحظ أن المشرع الإماراتي أوجد ما يعرف بالسجل العقاري المبدئي واعتبر تسجيل عقود البيع على الخارطة عقداً شكلياً وهو ما تؤيده، وتدعو المشرع العراقي أن يحذو حذو المشرع الإماراتي ويأخذ بفكرة السجل العقاري المبدئي لتسجيل عقود بيع العقارات على الخارطة.

وهكذا فإن عقد البيع على الخارطة يجب أن يكون عقداً شكلياً ابتداءً وانتهاءً لأن الرضائية لا تكفي لوحدها لانعقاده، فابتداءً لا بد من تخصيص جهة معينة (كما فعل المشرع الإماراتي بإعطائه الاختصاص لدائرة الأراضي والأملاك) تختص

- (٢٤) د. حسن علي الذنون، أصول الالتزام، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٧٠، ص ٢٤. كذلك د. منذر الفضل، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني، دراسة مقارنة، الجزء الأول، مصادر الالتزام، الطبعة الأولى، ١٩٩١، ص ٤٩.
- (٢٥) وعرفت المادة الثانية من القانون رقم ٩ لسنة ٢٠٠٩ السجل العقاري المبدئي بأنه: (مجموعة الوثائق المحررة أو المحفوظة خطياً أو إلكترونياً بالسجل الإلكتروني لدى الدائرة التي تثبت فيها عقود بيع العقارات وغيرها من التصرفات القانونية على الخارطة قبل نقلها إلى السجل العقاري).
- (٢٦) المادة (٣) من القانون رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٨.

[مفهوم بيع العقار على الخريطة وتكليفه القانوني]

بتسجيل هذه العقود وأن يتم إعداد استمارة خاصة تتضمن حقولاً للشروط التي يجب أن يتم الاتفاق عليها من قبل الطرفين مثل مواصفات العقار من حيث عدد الغرف، والمساحة، والتمن، وعدد الأقساط التي يجب على المشتري أن يدفعها، وأوقات استحقاق كل قسط، وغير ذلك؛ وهو الأمر الذي نص عليه القانون الإماراتي فنص على أن: ((يقدم طلب تسجيل الوحدة العقارية في السجل العقاري المبدئي على النموذج المعد لهذا الغرض، وعلى أن تستوفى البيانات المستندات اللازمة وفقاً للأصول والإجراءات المتبعة لدى الدائرة))^(٢٧).

ومتى ما تم التسجيل انتقلت ملكية العقار على الخريطة إلى المشتري، وكان له أن يتصرف فيه بكافة أنواع التصرفات فله أن يبيعه وأن يرهنه وأن يهبه مثلاً على أن التصرف الذي يجريه عليه لا بد من تسجيله أيضاً لكي يكون صحيحاً فإذا ما كان التصرف الذي أجراه ناقلاً للملكية تنتقل التزامات المشتري إلى من انتقلت له الملكية سواء كان مشترياً جديداً أم موهوباً له، وقد أجاز القانون الإماراتي للمشتري التصرف في الوحدات العقارية المباعة على الخارطة والمسجلة في السجل العقاري المبدئي لدى الدائرة بالبيع أو الرهن وغير ذلك من التصرفات القانونية^(٢٨).

ثم إن بيع العقار على الخريطة عقد شكلي انتهاء، فمتى ما تم اكتمال بناء العقار المباع على الخريطة يجب تسجيل البيع النهائي لدى الجهات المختصة، وهي مديريات التسجيل العقاري في العراق وهذا الالتزام يقع على عاتق البائع فإذا ما امتنع عن القيام به نرى أن يعطي المشرع للمشتري إمكانية تقديم طلب للجهات المختصة لتسجيل العقار باسمه بدون حضور البائع، وهو الأمر الذي نص عليه

(٢٧) المادة (٥) من القانون رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٨.

(٢٨) المادة (٦) من القانون رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٨.

[د. ضحى محمد سعيد عبد الله النعيمي]

المشروع الإماراتي، والذي أوجب على البائع تسجيل المشروعات التي يكتمل إنشاؤها في السجل العقاري لدى الدائرة المختصة فور حصوله على شهادة الإنجاز من الجهات المعنية، ويشمل ذلك تسجيل الوحدات المبيعة بأسماء المشتريين الذين أوفوا بالتزاماتهم التعاقدية وفقاً للإجراءات المتبعة لدى الدائرة. فإذا لم يتم بذلك أجاز القانون لدائرة الأراضي والأملاك بناء على طلب المشتري أو من تلقاء نفسها أن تسجل في السجل العقاري الوحدات العقارية المسجلة في السجل المبدئي المبيعة على الخارطة باسم المشتري شريطة أن يكون قد أوفى بالتزاماته التعاقدية^(٢٩).

ثانياً: عقد بيع العقار على الخريطة عقد ملزم للجانبين:

يقسم العقد بصورة عامة من حيث أثره إلى قسمين الأول عقد ملزم لجانب واحد يكون فيه أحد المتعاقدين مديناً للآخر وهذا الأخير دائناً للأول. أما النوع الثاني فهو العقد الملزم للجانبين، وهو العقد الذي يكون فيه كل متعاقد دائناً ومديناً في الوقت نفسه للمتعاقد الآخر؛ لأن مثل هذا العقد ينتج التزامات متبادلة وهذا ما دعا إلى تسميته بالعقد التبادلي^(٣٠)، وحيث إننا انتهينا إلى أن بيع العقار على الخريطة يعد تطبيقاً من تطبيقات الاستصناع فإنه يرتب ذات الالتزامات التي تنشأ عن عقد الاستصناع وكما سبق أن بينا فإن الفقهاء المسلمين اعتبروا الاستصناع من أنواع البيوع، ورتبوا عليه آثار البيع في حين اعتبره المشرع العراقي من أنواع المقولة ورتب عليه آثارها ونحن وإن رجحنا كفة الفقهاء المسلمين من أن

(٢٩) المادة (٨) من القانون رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٨.

(٣٠) د. عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري و محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، الجزء الأول، مصادر الالتزام، دار الكتب للطباعة والنشر بجامعة الموصل، ١٩٨٠، ص ٢٤. كذلك د. حسن علي الذنون، مصدر سابق، ص ٢٥.

الاستصناع يجب أن يكون من أنواع البيوع لما يترتب عليه من التزام بنقل الملكية والذي يعد أهم الالتزامات الناشئة عن العقد إلا أننا وجدنا أن الالتزامات التي تنشأ عن عقد البيع لا تكفي وحدها للإحاطة بالالتزامات الناشئة عن عقد الاستصناع لما في هذا العقد الأخير من التزام بالقيام بعمل لا يرد عليه عقد البيع، وهذا ما يبرر اعتبار الاستصناع نوعاً خاصاً من أنواع البيوع؛ لأنه يرد على مبيع وعمل في آن واحد وبالتالي فإن البائع على الخريطة يجمع بين التزامات بائع العقار والتزامات الماؤول والمشتري على الخريطة يجمع بين التزامات المشتري والتزامات رب العمل.

وهكذا فإن بيع العقار على الخريطة عقد تبادلي ملزم للجانبين حيث يلتزم البائع فيه بنقل الملكية للمشتري أمام الجهات المختصة ابتداءً وانتهاءً وبضمان التعرض والاستحقاق وبضمان العيوب الخفية فضلاً عن التزامه ببناء العقار المتفق عليه وفقاً للمواصفات المتفق عليها وخلال المدة المتفق عليها، ومن ثم تسليمه للمشتري وضمان ما يحصل فيه من عيب وتهدم خلال المدة التي يحددها المشرع، كما يلتزم المشتري فيه بعدة التزامات تتمثل بدفع الثمن بموجب الأقساط المتفق عليها في مواعيدها وباستلام العقار عند انتهاء البناء فضلاً عن التزامه بالتعاون بكل ما من شأنه أن يمكن البائع الباني من تنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد.

وفضلاً عن كون البيع على الخريطة عقداً ملزماً للجانبين فإنه كذلك باعتقادنا لا بد أن يكون عقداً لازماً، ولا يستطيع أحد الطرفين الاستبداد في فسخه، والعقد اللازم هو أحد أنواع العقود وتقسيماتها في الفقه الإسلامي^(٣١) ويقابله العقد غير

(٣١) الإمام أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، الجزء الأول، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٧، ص ٤٢١. كذلك د. عبد الناصر توفيق العطار، نظرية الالتزام

[د. ضحى محمد سعيد عبد الله النعيمي]

اللازم فالعقد يكون لازماً إذا لم يكن في وسع أحد طرفيه الاستقلال بفسخه، ويكون غير لازم إذا كان بمقدور أحد طرفيه الاستقلال بفسخه كالوكالة والوديعة^(٣٢) أو لوجود أحد الخيارات فيه^(٣٣).

ومما تجدر الإشارة إليه في هذا الصدد أن البيع على الخريطة كما سبق وانتبهنا من تطبيقات الاستصناع وأن الفقهاء المسلمين قد اختلفوا حول مدى لزوم عقد الاستصناع إلى اتجاهات ثلاثة:

الأول: وهو رأي الإمام أبي يوسف^(٣٤) ويذهب إلى أن عقد الاستصناع لازم في حق الجانبين ولو قبل عمل المصنوع وإرادته للمستصنع، ولا خيار لواحد منهما، وبهذا الرأي القائل باللزوم في حق الصانع والمستصنع أخذت مجلة الأحكام العدلية في المادة ٣٩٢ والتي جاء فيها ما نصه (إذا انعقد الاستصناع فليس لأحد العاقدين الرجوع وإذا لم يكن المصنوع على الأوصاف المطلوبة المبينة كان المستصنع مخيراً) وحول هذه المادة يذكر الأستاذ علي حيدر أنه إذا انعقد الاستصناع فليس لأحد العاقدين على رواية أبي يوسف الرجوع عنه بدون رضا الآخر، فيجبر الصانع على عمل الشيء المطلوب وليس له الرجوع عنه؛ لأن الذي يبيع ما لا لم

في الشريعة الإسلامية و التشريعات المدنية، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، مطبعة السعادة، القاهرة، ١٩٧٥، ص ٢٦٢.

(٣٢) الإمام أبو زهرة، المصدر السابق، ص ٤٢١. كذلك د. عبد الناصر توفيق العطار، المصدر السابق، ص ٢٦٢.

(٣٣) انظر المادة (٥١٠) مدني عراقي والتي جاء فيها: ((إذا شرط الخيار للبائع والمشتري معاً فأيهما فسخ في أثناء المدة انفسخ البيع، وأيهما أجاز سقط خيار المجيز وبقي الخيار للآخر إلى انتهاء المدة)).

(٣٤) أبو الحسن علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الرشداني المرغيناني، الهداية شرح البداية، المكتبة الإسلامية، بلا سنة طبع، الجزء ٣، ص ٧٨.

[مفهوم بيع العقار على الخريطة وتكييفه القانوني]

يرد له خيار، وكذلك ليس للمستصنع أن يرجع عنه؛ لأنه لو جعل له الخيار ففي هذا ما يلحق بالبائع أضراراً؛ لأنه قد لا يرغب أحد في المصنوع غير المستصنع^(٣٥).

وقال الأستاذ منير القاضي في شرحه للمجلة: هو عقد لازم ليس لأحد العاقدين الرجوع فيه، ثم قال: ولا يخفى أن مسلك المجلة هو الأوفق للمصلحة كما أنه أقرب إلى القواعد الفقهية فإن الاستصناع بيع والبيع من العقود اللازمة، كما أن توصيف المستصنع وبيان ما يعنيه ينزل منزلة رؤيته فلا يبقى للمشتري خيار رؤياً أيضاً؛ لأن المقصود من الرؤيا حصول العلم وقد حصل ذلك بذكر أوصافه وقدره وجنسه ونوعه^(٣٦).

فإذا أتى الصانع بالمصنوع على الصفة المشروطة يكون ملكاً للمستصنع ملكاً لازماً فليس له الرجوع كما أنه ليس للصانع أن يبيعه لآخر بعد أن أراه للمستصنع أما قبل رؤيته إياه فيجوز له بيعه لآخر وعمل غيره للمستصنع، وإذا كان الصانع قد أتى بالمصنوع لا على الأوصاف المطلوبة المبينة في العقد كان المستصنع مخيراً بين قبوله ورده مع تكليف الصانع بتسليمه مصنوعاً موافقاً للأوصاف المطلوبة عند العقد^(٣٧).

وقال المحاسني في شرحه للمادة ٣٩٢: وإذا لم يكن المصنوع على الأوصاف المطلوبة المبينة كان المستصنع مخيراً بخيار العيب أو بخيار الوصف إذا كان

(٣٥) علي حيدر، مصدر سابق، ص ٣٦٠.

(٣٦) منير القاضي، شرح المجلة، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٤٩، ص ٢٠٨.

(٣٧) منير القاضي، مصدر سابق، ص ٢٠٨.

[د. ضحى محمد سعيد عبد الله النعيمي]

النقص من قبيل الوصف إن شاء قبله وإن شاء رده، وليس للمستصنع خيار الرؤيا عند أبي يوسف، وقد أخذت المجلة بقول الإمام المشار إليه^(٣٨).

الاتجاه الثاني: وهو للصاحبين وجمهور الفقهاء^(٣٩) وذهب إلى أنه عقد غير لازم في حق كل واحد من العاقدين قبل رؤية المستصنع للمصنوع والرضاء به، فللصانع أن يمتنع عن الصنع وأن يبيع المصنوع قبل إن يراه المستصنع وللمستصنع أن يرجع أيضاً قبل رؤية المبيع أو بعد رؤيته قبل الرضاء به.

الاتجاه الثالث: ويذهب أصحابه^(٤٠) إلى عدم اللزوم ولو بعد رؤية المستصنع للمصنوع وهو قول أبي حنيفة فيكون له خيار الرؤيا عند إحضار المصنوع؛ لأنه شراء ما لم يره.

وبدورنا أيدنا الرأي الأول لرجاحة العلل التي استند إليها في بناء حكمه ومنطقيتها وتماشيتها مع واقع العصر الذي نعيش فيه ذلك أن النص على عدم اللزوم يعني إعطاء الشرعية القانونية للمستصنع للإضرار بالصانع.

(٣٨) محمد سعيد المحاسني، شرح مجلة الأحكام العدلية نقلاً عن د. عبد الله محمد عبد الله، عقد الاستصناع، بحث منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي المنشورة في برنامج مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الإصدار ٢٠٠٧، النسخة ٢،٥ صادر عن الشركة العربية لتقنية المعلومات، ص ١٢. وبنفس المعنى: سليم رستم باز اللبناني، شرح المجلة، دار إحياء التراث العربي، بيروت - لبنان، طبعة ثالثة منقحة، ١٤٠٦ هـ - ١٩٨٦ م، ص ٢١٩.

(٣٩) علاء الدين الكاساني، مصدر سابق، ص ٢١٠. علي حيدر، مصدر سابق، ص ٣٢١. محمد بن علي بن محمد الشوكاني، فتح القدير الجامع بين فني الرواية والدراية من علم التفسير، دار الفكر، بيروت، بلا سنة طبع، الجزء ٦، ص ٢٤٤.

(٤٠) علاء الدين الكاساني، مصدر سابق، ص ٢١٠.

ثالثاً: عقد بيع العقار على الخريطة من عقود المعاوضة:

يطلق وصف المعاوضة على كل عقد يأخذ فيه أحد المتعاقدين مقابلًا لما يعطي ويعطي مقابلًا لما يأخذ وعكسه التبرع الذي يطلق على كل عقد يأخذ فيه أحد المتعاقدين دون أن يعطي مقابلًا لما أخذ أو يعطي دون أن يأخذ مقابلًا لما أعطى^(٤١)، وعقد البيع على الخريطة هو عقد من عقود المعاوضة فكل طرف فيه يأخذ مقابلًا لما يعطي ويعطي مقابلًا لما يأخذ فالبايع على الخريطة يأخذ الثمن المقسط إلى أقساط متفق على قيمتها ومواعيدها مقابل قيامه بنقل ملكية العقار الذي تعهد ببنائه للمشتري على الخريطة.

ويترتب على أن البيع على الخريطة عقد من عقود المعاوضة بالنسبة لكلا الطرفين أنه يعد من العقود الدائرة بين النفع والضرر وبالتالي فإنه يحتاج لصحته توافر أهلية الأداء الناقصة على الأقل فيهما مع إجازة الولي أو الوصي لمن كان منهما غير مكتمل أهلية الأداء الأمر الذي يمكن تصوره بالنسبة للمشتري واستبعاده بالنسبة للبايع فمن يأخذ على عاتقه القيام بمشاريع التطوير العقاري ومنها البيع على الخريطة يكون على الغالب شخصاً معنوياً متمثلاً بشركات التطوير العقاري، ومن ثم يجب أن يكون العمل داخلاً في حدود الغرض الذي أنشئ الشخص المعنوي من أجله.

رابعاً: عقد بيع العقار على الخريطة من العقود الفورية:

يقسم العقد من حيث دور الزمن فيه إلى عقد فوري، وهو العقد الذي تتحدد فيه التزامات أطرافه بمجرد ارتباط الإيجاب بالقبول دون أن يكون الزمن عنصراً

(٤١) د. حسن علي الذنون، أصول الالتزام، مصدر سابق، ص ٧٦. كذلك د. عبد المجيد الحكيم و عبد الباقي البكري و محمد طه البشير، مصدر سابق، ص ٢٦.

[د. ضحى محمد سعيد عبد الله النعيمي]

جوهرياً في تنفيذه^(٤٢) ، وبعبارة أخرى فإن العقد الفوري يتحدد محله مستقلاً عن الزمن، وإن الزمن إذا تدخل فيه فإنما يتدخل عنصراً عرضياً لا عنصراً جوهرياً، لتحديد وقت التنفيذ لا لتحديد المحل المعقود عليه ذلك أن محل العقد الفوري أرضاً كان أو بناء أو عروضاً أو نقداً أو غير ذلك - إنما يمتد في المكان لا في الزمان، أي أن له جرماً إذا هو قيس فإنما يقاس بحيز مكاني لا بمقياس زمني^(٤٣).

وعكسه العقد المستمر أو الزمني وهو العقد الذي يكون الزمن فيه عنصراً جوهرياً بحيث تتحدد به التزامات وحقوق أطرافه. ففي هذا العقد يكون الزمن عنصراً جوهرياً فيه بحيث يكون هو المقياس الذي يقدر به محل العقد ذلك أن هناك أشياء لا يمكن تصورهما إلا مقترنة بالزمن فالمنفعة لا يمكن تقديرها إلا بمدة معينة والعمل إذا نظر إليه في نتيجته أي إلى الشيء الذي ينتجه العمل كان حقيقة مكانية، ولكن إذا نظر إليه في ذاته فلا يمكن تصوره إلا حقيقة زمنية مقترنا بمدة معينة.

وتطبيقاً لما تقدم فإن عقد بيع العقار على الخريطة يعد عقداً فورياً للتنفيذ؛ لأنه كما سبق أن بينا يعد من تطبيقات الاستصناع والذي يعد بدوره من العقود الفورية فالصناعة وإن كانت لا بد أن تستغرق زمناً ولكن هذا الزمن هو أجل إجباري لا يتحدد به محل العقد فهو عنصر عرضي لا يقاس به المعقود عليه فهو عقد فوري عندما يحين وقت تنفيذه.

(٤٢) د. عبد المجيد الحكيم و عبد الباقي البكري و محمد طه البشير، مصدر سابق، ص ٢٤. كذلك د. منذر الفضل، مصدر سابق، ص ٧٠.

(٤٣) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، دار إحياء التراث العربي، بيروت - لبنان، ص ١٦٦ - ١٦٧.

خامساً: عقد بيع العقار على الخريطة من العقود المحددة:

العقد المحدد هو العقد الذي يعرف فيه كلا الطرفين مقدار ما سوف يعطي ومقدار ما سوف يأخذ^(٤٤) الأمر الذي يصدق على عقد بيع العقار على الخريطة حيث إن المشتري على الخريطة سوف يحصل على العقار المتفق عليه مقابل الثمن الذي يتم الاتفاق على تقييده في أغلب الأحوال والبائع سوف يحصل على هذا الثمن مقابل عمله في بناء العقار الذي سوف ينقل ملكيته للمشتري.

ولكن إذا كان كل من الطرفين يعرف مقدار ما سوف يعطي ومقدار ما سوف يأخذ فإن كلا منهما قد يعطي دون أن يأخذ إذا ما أخل الطرف الآخر بالالتزامات التي يلقيها عليه العقد، وقد تنبه المشرع الإماراتي إلى ذلك فتطرق إلى احتمالية عدم تنفيذ المشتري لالتزاماته فأعطى للبائع على الخريطة والذي سماه بالمطور العقاري الرئيسي^(٤٥) الحق في إلغاء عقد البيع إذا أخل المشتري بأي شرط من

(٤٤) د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الالتزام، الطبعة الخامسة، مطبعة نديم، بلا سنة طبع، ص ٤٨.

(٤٥) وعرف المشرع الإماراتي في المادة ٢ من القانون رقم ٩ لسنة ٢٠٠٩ المطور الرئيسي بأنه: ((كل من يرخص لممارسة أعمال تطوير العقارات في الإمارة وبيع وحداتها (للغير)). مع الإشارة إلى أن الحصول على الترخيص لمزاولة أعمال التطوير العقاري يقتضي إجراءات خاصة نص عليها قانون حسابات ضمان التطوير العقاري رقم ٨ لسنة ٢٠٠٧ والذي نص في المادة الرابعة منه على أنه: ((يعد بالدائرة سجل خاص يسمى "سجل المطورين العقاريين" تقيده فيه أسماء المطورين المرخص لهم بمزاولة نشاط التطوير العقاري بالإمارة، ولا يجوز لأي مطور مزاولة ذلك النشاط ما لم يكن مقيداً في ذلك السجل ومرخصاً من الجهات المختصة وفق الشروط التي تصدرها بهذا الشأن)). كما جاء في المادة الخامسة من هذا القانون ما نصه: ((لا يجوز للمطور الإعلان في وسائل الإعلام المحلية أو الخارجية، أو المشاركة في المعارض المحلية أو الخارجية للترويج لبيع وحدات أو عقارات على الخارطة، إلا بعد الحصول على تصريح خطي من الدائرة، ويصدر المدير العام للقرارات اللازمة لتنظيم شروط الإعلان في وسائل الإعلام والمشاركة بالمعارض)). ولا شك أن الحصول على الترخيص هو احد

[د. ضحى محمد سعيد عبد الله النعيمي]

الشروط المتفق عليها في عقد بيع الوحدة العقارية ولكن يقع أولاً على هذا المطور واجب إخطار دائرة الأراضي والأماك بذلك، وعلى الدائرة إمهال المشتري سواء حضورياً أو بواسطة البريد المسجل أو بالبريد الإلكتروني لمدة «٣٠» يوماً للوفاء بالتزاماته التعاقدية فإذا انقضت المهلة دون قيام المشتري بتنفيذ التزاماته التعاقدية، جاز للمطور إلغاء العقد وإعادة ما استوفاه من المشتري بعد خصم نسبة حددها المشرع من قيمة المبالغ المدفوعة له^(٤٦). إلا أنه لم ينطرق إلى جزاء إخلال البائع أو ما أسماه بالمطور العقاري بالتزاماته سواء ما أورده في الفقرة الخامسة من المادة الحادية عشرة من القانون والتي جاء فيها ((يجوز للمؤسسة بناء على تقرير مسبق أن تقرر إلغاء المشروع العقاري، وفي هذه الحالة يجب على المطور إرجاع

الضمانات التي وفرها المشرع الإماراتي لمشتري العقار على الخريطة فضلاً عن إنشاء حساب الضمان وهو ضمان آخر لصالح المشتري.

(٤٦) وقد حدد المشرع الإماراتي هذه النسبة في الفقرة ٢ من المادة ١١:

أ) في حال إنجاز المطور ما لا يقل عن ٨٠% من المشروع العقاري، يجوز للمطور الاحتفاظ بكامل المبالغ المدفوعة مع مطالبة المشتري بسداد ما تبقى من قيمة العقد، وفي حالة تعذر ذلك جاز للمطور المطالبة ببيع العقار بالمزاد العلني لاقتضاء ما تبقى من المبالغ المستحقة له.

ب) في حال إنجاز المطور ما لا يقل عن ٦٠% من المشروع العقاري، يجوز للمطور فسخ العقد وخصم ما لا يجاوز ٤٠% من قيمة الوحدة العقارية المنصوص عليها في العقد.

ج) في حالة المشاريع العقارية التي بدأ فيها الإنشاء ولم تصل نسبته إلى ٦٠% يجوز للمطور فسخ العقد وخصم ما لا يجاوز ٢٥% من قيمة الوحدة العقارية المنصوص عليها في العقد.

د) في حالة المشاريع العقارية التي لم يبدأ فيها الإنشاء لأسباب خارجة عن إرادة المطور ودون إهمال أو تقصير منه يجوز للمطور فسخ العقد وخصم ما لا يجاوز ٣٠% من قيمة المبالغ المدفوعة من قبل المشتري.

[السنة السادسة والعشرون] [العدد التاسع والأربعون - صفر ١٤٣٣هـ - يناير ٢٠١٢] ٢٥٥

جميع المبالغ المستلمة من المشتريين))^(٤٧)، كما تطرق المشرع إلى حالة ما إذا حدث نقص في مساحة العقار فيلتزم المطور بتعويض المشتري عن ذلك النقص إلا إذا كان النقص غير مؤثر، وأنذُر لا يكون المطور ملزماً بتعويض المشتري عن ذلك النقص^(٤٨). ومن جهة أخرى أجاز المشرع للمطور الرئيسي أن يستعين بمطور فرعي لتنفيذ أجزاء من المشروع العقاري الذي التزم بتنفيذه إلا أنه لم يضع أحكاماً خاصة لهذا الاتفاق^(٤٩).

سادساً: عقد بيع العقار على الخريطة من عقود الإذعان:

الأصل في أي عقد أن المتعاقدين يمران بمراحل يناقشان خلالها أهم النقاط التي سيتم الاتفاق عليها في العقد المبرم بينهما، وكذلك يلجآن إلى المفاوضات بكل ما

- (٤٧) أشارت اللائحة التنفيذية للقانون إلى تسعة أسباب تجبز للمؤسسة اتخاذ قرار إلغاء المشروع بناء على تقرير مسبب في أي من الحالات الآتية، وهي:
- ١- إذا لم يشرع المطور بدون عذر مقبول في أعمال البناء رغم حصوله على الموافقات اللازمة من الجهات المعنية.
 - ٢- إذا ارتكب المطور أياً من الجرائم المنصوص عليها في المادة رقم (١٦) من القانون رقم (٨) لسنة ٢٠٠٧ بشأن حسابات ضمان التطوير العقاري بالإمارة.
 - ٣- إذا تم سحب الأرض التي سيقام عليها المشروع بسبب إخلال المطور لأي من التزاماته التعاقدية مع المطور الرئيسي.
 - ٤- إذا تأثرت الأرض كلياً بمشروعات التخطيط أو إعادة التخطيط.
 - ٥- إذا عجز المطور عن تنفيذ المشروع بسبب الإهمال الجسيم.
 - ٦- إذا ثبت للمؤسسة عدم جدية المطور في تنفيذ المشروع.
 - ٧- إذا أعرب المطور عن عدم رغبته في تنفيذ المشروع لأسباب مقنعة.
 - ٨- إذا أشبه المطور إفلاسه.
 - ٩- لأية أسباب أخرى تراها المؤسسة.
- (٤٨) واعتبرت اللائحة التنفيذية للقانون رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٨ أن التغيير في مساحة الوحدة العقارية يكون غير مؤثر إذا كانت نسبة النقصان لا تتجاوز نسبة ٥% من المساحة الكلية، وتحسب المساحة الكلية للوحدة على أساس المساحة الصافية، كما ويحسب التعويض المستحق للمشتري إذا كان على أساس سعر الوحدة المنفق عليها في العقد.
- (٤٩) حيث عرفت المادة الثانية من القانون رقم ٩ لسنة ٢٠٠٩ المطور الفرعي بأنه: كل من يطور جزءاً من مشروع عقاري عائد لمطور رئيسي بموجب اتفاق بينهما.

[د. ضحى محمد سعيد عبد الله النعيمي]

يتعلق بتفاصيل العقد، لكن هناك نوع من العقود لا تمر بهذه المراحل ولا تقبل المناقشة بين الطرفين وإنما يطرح الموجب نموذجاً لعقد مكتوب يقرؤه من يرغب في التعاقد ويطلع عليه وإما أن يوقع عليه فيصبح عقداً أو أن يتركه ولا يوقع عليه دون أن يكون له الخيار في تعديل بنود العقد أو إضافة أو حذف شروط منه، لذلك يقال: إن القابل يذعن للعقد الذي وضعه الموجب^(٥٠).

وهناك عدة معايير لجأ إليها الفقهاء لمعرفة ما إذا كان العقد من عقود الإذعان، منها أن يكون الموجب في مركز اقتصادي متفوق لما يتمتع به من احتكار فعلي أو قانوني يجعله قادراً على فرض شروطه على الطرف الآخر. أو أن العقد يتعلق بسلعة أو مرفق يعد من الضرورات الأساسية بالنسبة للمستهلك، ويستدل كذلك على أن العقد هو عقد إذعان من صدور الإيجاب في قالب نموذجي يحتوي على بنود وشروط معينة وما على القابل إلا قراءتها وقبولها كما هي أو رفضها، وهذه تسمى بالصياغة النمطية للعقود^(٥١).

وإذا طبقنا المعايير السابقة على عقد بيع العقار على الخريطة نجد أنه عقد إذعان فهو يتعلق بمرفق مهم هو السكن الذي لا غنى لأي إنسان عنه كذلك فإن عقد بيع العقار على الخريطة لا يمكن إبرامه إلا عن طريق شركات متخصصة تزاو

(٥٠) ينظر نص المادة (١٦٧) من القانون المدني العراقي ونص المادة (١٤٥) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي.

(٥١) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، مصدر سابق، ج ١، ص ٢٢٩. د. محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام، ج ١، مصادر الالتزام، ط ١٠، جامعة دمشق، ٢٠٠٤، ص ٨٠.

* ينعقد العقد متى توافرت أركانه من تراض ومحل وسبب وهذا الأمر يصدق على عقد بيع العقار على الخريطة أيضاً الذي يحتاج لانعقاده أيضاً إلى ركن الشكلية، إلا أننا اقتصرنا على بحث المحل في هذا العقد لأنه المسألة التي يمكن أن يثار حولها الجدل ولأن القواعد العامة هي التي تحكم ركني التراضي والسبب أما الشكلية فقد سبق أن بينا حكمها عند بحثنا لخصائص العقد.

نشاط التطوير العقاري بعد حصولها على التراخيص والموافقات من الجهات المختصة بحيث يكون هذا النشاط مهنة لها، وفضلاً عن هذا فإن المطور العقاري عندما يبرم العقد فإنه يكون قد أعد مسبقاً صيغاً لعقود نموذجية متضمنة لبند محددة بموجب القانون غير قابلة لإجراء التعديل عليها، ويطرحها للناس كافة ولا يعطى الحق لأي متعاقد في أن يعدل بنود العقد فهو إما أن يقبل العقد أو يرفضه.

المطلب الرابع

المحل في عقد بيع العقار على الخريطة*

لكل عقد محل يرد عليه وحيث إننا انتهينا إلى أن بيع العقار على الخريطة هو عقد استصناع وأن هذا الأخير يجب أن ينظم بصورة منفصلة عن المقولة لما يترتب عليه من التزام بنقل الملكية وهو التزام لا تشمل عليه أحكام المقولة فلا بد لنا من أن نقف عند محل عقد الاستصناع لنصل من خلاله إلى محل عقد البيع على الخريطة.

أما محل الاستصناع عند الفقهاء المسلمين فكما سبق أن بيّنا فإن الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة اعتبروا الاستصناع من صور السلم وبالتالي اشترطوا في محله ما يشترط في محل السلم^(٥٢) في حين أن الحنفية اعتبروه عقداً مستقلاً واهتموا بتفصيل أحكامه وأفردوا له باباً خاصاً في كتاب البيوع إلا أنهم اختلفوا في تحديد المعقود عليه فيه أي المحل في الاصطلاح القانوني.

(٥٢) والتي سنقف عليها عند تمييزنا بين البيع على الخريطة والسلم في المطلب الخامس من هذا البحث.

[د. ضحى محمد سعيد عبد الله النعيمي]

فقال بعضهم^(٥٣) إن المعقود عليه في الاستصناع هو عمل الصانع البائع في العين المطلوبة، أي صنعه لها بنفسه، فمقصودهم أنه يبيع لعين موصوفة سيصنعها البائع نفسه.

وقال آخرون^(٥٤) إن المعقود عليه في الاستصناع هو العين الموصوفة المطلوبة وليس عمل الصانع البائع.

وثمرة هذا الخلاف أنه لو أحضر البائع للمستصنع المشتري عيناً مطابقة للأوصاف المتفق عليها لكنها من صنع صانع غيره هل يجبر المشتري على قبولها وإذا أعطاه إياها ولم يذكر له أنها من صنع غيره فهل تبرأ ذمته أم يكون قد غشه؟ فإذا عرف بعد أخذه هل يكون له خيار في أن يردّها؟

فعلى الرأي الأول (المبيع هو عمله بعد العقد) لا يجبر المشتري على قبولها، ولا تبرأ ذمته إن أعطاه صنع غيره فأخذه ظاناً أنه صنعه^(٥٥).

وعلى الرأي الثاني (المبيع هو العين لا العمل) يجبر المشتري على قبولها، وتبرأ ذمة الصانع إن لم يذكر له ذلك؛ لأنه قد وفى بالتزامه وهو تقديمه له عيناً مصنوعة موافقة للأوصاف المشروطة، وكذلك من باب أولى لو أحضر له عيناً مطابقة للأوصاف كان قد صنعها هو بنفسه قبل التعاقد مع المستصنع^(٥٦).

(٥٣) فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي، مصدر سابق، ص ١٢٤.

(٥٤) فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي، مصدر سابق، ص ١٢٤. شمس الدين السرخسي، المبسوط للسرخسي، دار المعرفة، بيروت، بلا سنة طبع، الجزء ١٢، ص ١٣٩.

(٥٥) ابن عابدين، مصدر سابق، ص ٢٢٣. شمس الدين السرخسي، ص ١٣٩. الزيلعي، مصدر سابق، ص ١٢٤.

(٥٦) شمس الدين السرخسي، مصدر سابق، ص ١٣٩. الزيلعي، مصدر سابق، ص ١٢٤.

[مفهوم بيع العقار على الخريطة وتكييفه القانوني]

مما يدعم الرأي الأول أن الاستصناع فيه شيء من عنصر الثقة الشخصية فالمستصنع قد يكون إنما اختار هذا الصانع بالذات لتقته بمهارته فربما لا يريد صناعة غيره^(٥٧).

ومما يدعم الرأي الثاني أن العبرة بالموصفات المطلوبة للمستصنع فإذا كانت متوفرة مادة وصنعا كما اشترط لم يبق لاختلاف الصانع أي فرق بالنسبة للمشتري المستصنع؛ لأن السلعة ومواصفاتها هي المقصودة^(٥٨).

ونعتقد أنه من الناحية القانونية ليس هناك ما يمنع من الأخذ بالرأين معا واعتبار محل الاستصناع من زاوية الصانع كلا من المبيع والعمل معا وليس في الجمع بين المبيع والعمل باعتبارهما محلي العقد أي تناقض ذلك أن القانون لا يعتبر كل العقود الواردة على العمل قائمة على الاعتبار الشخصي فعقد المقولة في التشريع العراقي قد تكون شخصية المقاول فيه محل اعتبار أو لا تكون كذلك حسب الأحوال^(٥٩) وبالتالي فإن اعتبار العمل محلا للعقد إلى جانب المبيع في عقد الاستصناع لا يمنع من القول: إن المشتري يجبر على قبول الشيء الذي صنعه الصانع وأن ذمة الأخير سوف تبرأ إن أعطى المشتري شيئا مطابقا للشروط المتفق عليها سواء أكان قد صنعه بنفسه أم لا، وهذا ما يبرر اعتبار الاستصناع نوعاً خاصاً من أنواع البيوع، وتطبيقاً لهذا القول فإن محل عقد البيع على الخريطة

(٥٧) الشيخ مصطفى احمد الزرقاء، عقد الاستصناع ومدى أهميته في الاستثمارات الإسلامية المعاصرة، بحث منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي المنشورة في برنامج مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الإصدار ٢٠٠٧، النسخة ٢,٥ صادر عن الشركة العربية لتقنية المعلومات، ص ٢٧.

(٥٨) الشيخ مصطفى الزرقاء، عقد الاستصناع، مصدر سابق، ص ٢٧.

(٥٩) انظر المادة (٨٨٨) مدني عراقي.

[د. ضحى محمد سعيد عبد الله النعيمي]

باعتباره تطبيقاً لعقد الاستصناع يتمثل بالعقار، وبعملية البناء التي يقوم بها البائع على الخريطة لغرض إنجاز العقار إذا نظرنا للمحل من زاوية البائع، ويتمثل بالثمن إذا نظرنا للمحل من جهة المشتري على الخريطة.

إن تحديد محل العقد ينعكس على الشروط التي يجب أن تتوفر فيه للقول بصحته فنجد أن فقهاء الحنفية الذين اعتبروا المبيع محلاً لعقد الاستصناع اشترطوا لصحة العقد الشروط الآتية:

أولاً: العلم بالمصنوع وذلك ببيان جنس المصنوع ونوعه وقدره وصفته؛ لأنه لا يصير معلوماً بدونها، وعليه يجب بيان كل ما يؤثر في الثمن والرغبات المطلوبة بياناً يحول دون النزاع حين التسليم وبالتأكيد فإن هذا الشرط أساسي ونرى ضرورة استيفائه لصحة العقد وإلا كان في العقد جهالة فاحشة تؤدي إلى بطلانه^(٦٠)، وبهذا نصت مجلة الأحكام العدلية في المادة ٣٩٠ منها والتي جاء فيها ما نصه: ((يلزم في الاستصناع وصف المصنوع وتعريفه على الوجه الموافق للمطلوب)).

ثانياً: أن يكون مما يجري التعامل فيه بين الناس، وضربوا أمثلة على ذلك بأواني الحديد والنحاس والرصاص والزجاج والخفاف والسلاح ونحو ذلك ثم قالوا: إنه لا يجوز في الثياب؛ لأن القياس يأبى جوازه، ولا تعامل للناس عليه في الثياب فإن حصل فيما ليس للناس فيه تعامل كان سلماً واشترطت فيه شروط السلم من

(٦٠) الكاساني، مصدر سابق، ص ٢١٠. ابن عابدين، مصدر سابق، ص ٢٢٤. الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند، مصدر سابق، ص ٢٠٧.

قبض الثمن وذكر الأجل وغيرها^(٦١)، وهو ما نصت عليه أيضاً مجلة الأحكام العدلية في المادة ٣٨٩ والتي جاء فيها ما نصه: ((كل شيء تعومل استصناعه يصح فيه الاستصناع على الإطلاق، وأما ما لم يتعامل باستصناعه إذا بيّن فيه المدة صار سلباً، وتعتبر فيه حينئذٍ شروط السلم، وإذا لم يبين فيه المدة، كان من قبيل الاستصناع أيضاً)).

إلا أن هذا الشرط محل نظر فمعلوم أنهم عللوا عدم جواز الاستصناع في الثياب مثلاً لعدم تعامل الناس عليها، وما كان كذلك يتغير بتغير التعامل فمعلوم أن الأحكام التي تبنى على العرف تتغير بتغيره فإذا جرى التعامل بشيء آخر لم يكن يتعامل به ثبت له الحكم، وكذلك لو تغير العرف وتعامل الناس بما لم يكن فيه تعامل كاستصناع الثياب في عصرنا الحاضر، وغير ذلك من السيارات والطائرات والبواخر والقطارات والمصانع إلى غير ذلك مما توصلت إليه العقول البشرية مثل الأقمار الصناعية وسفن الفضاء، فكل هذه الأشياء يجوز استصناعها وغيرها من المستجدات في ميدان الصناعة إذا أمكن ضبطها على وجه تنتفي المنازعة معه^(٦٢).

(٦١) ابن عابدين، مصدر سابق، ص ٢٢٥. الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند، الفتاوى الهندية في مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان، دار الفكر، ١٤١١هـ - ١٩٩١ م، الجزء ٣، ص ٢٠٢.

(٦٢) الشيخ مصطفى كمال التارزي، الاستصناع والمقاولات في العصر الحاضر، بحث منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي المنشورة في برنامج مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الإصدار ٢٠٠٧، النسخة ٢،٥ صادر عن الشركة العربية لتقنية المعلومات، ص ٣٥. د. سعود بن مسعد بن مساعد الثبيتي، الاستصناع تعريفه - تكييفه - حكمه - شروطه - أثره في تنشيط الحركة الاقتصادية، بحث منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي المنشورة في برنامج مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الإصدار ٢٠٠٧، النسخة ٢،٥ صادر عن الشركة العربية لتقنية المعلومات، ص ٤٧.

[د. ضحى محمد سعيد عبد الله النعيمي]

ثالثاً: أن لا يكون فيه أجل وهذا قول أبي حنيفة^(٦٣) فإن ضرب فيه أجل اعتبر سلماً واشترط فيه ما يشترط في السلم من قبض رأس المال في مجلس العقد وإنه لا خيار لأحد العاقدين إذا سلم الصانع المصنوع على الوجه المتفق عليه وخالفه صاحبان^(٦٤) حيث ذهبوا إلى أن الأجل ليس بشرط ويبقى استثناءً على كل حال ضرب فيه أجل أم لم يضرب.

ووجه قول أبي حنيفة أنه إذا ضرب فيه أجل فقد أتى بمعنى السلم، إذ أنه عقد على مبيع في الذمة مؤجل، والعبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني^(٦٥).

أما وجه قول صاحبين بأنه استثناء بكل الأحوال أن العادة جارية بضرب الأجل في الاستثناء، وإنما يقصد به تعجيل العمل لا تأخير المطالبة، وأن الأجل الذي يذكر إنما يراد به المدة الصغرى التي يستطيع الصانع فيها الفراغ من العمل^(٦٦).

وبدورنا نؤيد صاحبين فيما ذهبوا إليه بل والأكثر من ذلك نرى أن الاتفاق على الأجل أمر ضروري؛ لأن من شأن الاتفاق على الأجل تقليل حالات النزاع لمعرفة المشتري بالوقت الذي يحق له المطالبة بالمصنوع.

(٦٣) الكاساني، مصدر سابق، ص ١٢٥ وما بعدها. محمد بن علي بن محمد الشوكاني، مصدر سابق، ص ٢٤٤. شمس الدين السرخسي، مصدر سابق، ص ١٣٩.

(٦٤) الكاساني، مصدر سابق، ص ١٢٥ وما بعدها

(٦٥) علاء الدين السمرقندي، تحفة الفقهاء، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤٠٥هـ - ١٩٨٤ م ط ١، الجزء ٢، ص ٥٣٩.

(٦٦) شمس الدين السرخسي، مصدر سابق، ص ١٤٠. ابن عابدين، مصدر سابق، ص ٢٢٣.

ومعلوم أن المدة التي تشترط للاستصناع تختلف باختلاف الشيء المطلوب صنعه فلا يمكن تقديره بمدة معينة بل يرجع في ذلك إلى ما تعارف عليه أرباب الصناعات من تقدير وقت لصناعة الشيء المطلوب صنعه فلا شك أن الوقت يختلف باختلاف المصنوع، فالأقمار الصناعية والقطارات والبواخر والطائرات والمباني لكل منها وقت يمكن إنجازها فيه، وبالتالي يترك تحديد مدة الصنع للاتفاق وفي كل عقد على حدة.

ويلاحظ أن مجلس الفقه الإسلامي قد ناقش شروط الاستصناع، ووضح موقفه منها في قراره المرقم ٦٧/٣/٧ والذي اتخذته في دورة مؤتمره السابع المنعقد بجدة في المملكة العربية السعودية من ٧ إلى ١٢ ذو القعدة ١٤١٢هـ الموافق ٩ إلى ١٤ مايو ١٩٩٢ م والذي جاء فيه:

((١- أن عقد الاستصناع وهو عقد وارد على العمل والعين والذمة - ملزم للطرفين إذا توفرت فيه الأركان والشروط.

٢- يشترط في عقد الاستصناع ما يلي:

(أ) بيان جنس المستصنع ونوعه وقدره وأوصافه المطلوبة

(ب) أن يحدد فيه الأجل.

٣- يجوز في عقد الاستصناع تأجيل الثمن كله ، أو تقسيطه إلى أقساط معلومة لآجال محددة^(٦٧)

٤- يجوز أن يتضمن عقد الاستصناع شرطاً جزائياً بمقتضى ما اتفق عليه العاقدان مالم تكن هناك ظروف قاهرة^(٦٨).

(٦٧) وهو ما أشارت له مجلة الأحكام العدلية في المادة ٣٩١ والتي جاء فيها ما نصه: ((لا يلزم في الاستصناع دفع الثمن حالا، أي وقت العقد)).

[د. ضحى محمد سعيد عبد الله النعيمي]

ونؤيد ما ذهب إليه مجلس الفقه الإسلامي من تحديده لمحل عقد الاستصناع وشروطه وفضلا عما جاء في قراره أعلاه نرى أن المحل في الاستصناع يتمثل بكل من المبيع والعمل والثمن وأنه يجب أن تتوفر في كل منها الشروط اللازمة للقول بصحته، فالمبيع يجب أن يكون موجودا أو ممكن الوجود وأن يكون معيناً أو قابلاً للتعيين وأن يكون قابلاً للتعامل فيه، والعمل يجب أن يكون القيام به ممكناً وليس مستحيلاً وأن يكون معيناً أو قابلاً للتعيين وأن يكون مشروعاً، أما الثمن فيجب أن يكون موجوداً بمعنى أن لا يكون العقد من عقود التبرع وأن يكون محدداً متفقاً عليه أو على أساس تقديره على الأقل ولا يهم أن يكون الثمن مدفوعاً في مجلس العقد أو مؤجلاً كله أو بعضه أو مقسطاً إلى أقساط متفق على قيمتها ومواعيدها، بل إن الثمن وبقدر ما يتعلق الأمر ببيع العقار على الخريطة يكون مقسطاً دائماً، وبخلافه تنتفي حاجة الناس لهذا العقد فالبائع يأخذ القسط الأول ليستخدمه في عملية البناء والمشتري يستفيد من تقسيط الثمن الذي لا يتمكن من دفعه كاملاً عند التعاقد.

المطلب الخامس

تمييز عقد بيع العقار على الخريطة عن غيره

إذا كنا قد انتهينا إلى أن عقد بيع العقار على الخريطة تطبيق من تطبيقات الاستصناع وأن هذا الأخير يجب أن يعتبر نوعاً خاصاً من أنواع البيوع، وليس من صور المقاوله لاختلافه عن هذه الأخيرة في أمور وضحناها كما أنه بذات الوقت لا يمكن أن يعد من قبيل البيع المطلق؛ لأن أحكام هذا الأخير لا تكفي للإحاطة

(٦٨) قرار مجلس الفقه الإسلامي منشور في برنامج مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الإصدار ٢٠٠٧، النسخة ٢،٥ صادر عن الشركة العربية لتقنية المعلومات.

بالأحكام الناشئة عن الاستصناع ومع ذلك فإن نظم قانونية كثيرة أخرى تتبادر إلى الذهن وتثير التساؤل عما إذا كان عقد البيع على الخريطة يمكن أن يندرج تحتها الأمر الذي يقتضي منا الوقوف عندها لتمييزها عنه، وهو ما سنوضحه من خلال الفقرات الآتية:

أولاً: تمييز بيع العقار على الخريطة عن الوعد بالبيع:

الوعد بالبيع كما هو معلوم هو عقد يتفق فيه طرفاه على إبرام عقد بيع ونقل ملكية مبيع معين بالذات إذا أظهر الموعود له رغبته بالشراء خلال مدة محددة يتفقان عليها^(٦٩).

ويتشابه الوعد بالبيع مع البيع على الخريطة في وجود تعهد بالبيع ونقل الملكية إذا أظهر الموعود له رغبته بالشراء في الأول وتعهد بالبناء ونقل الملكية ابتداء وانتهاء بعد اكتمال البناء في الثاني خلال مدة يتفق عليها الطرفان في كل منهما.

وبالتالي فإن هذا التشابه قد يدعو للتساؤل عما إذا كان البيع على الخريطة يعد من قبيل الوعد بالبيع على اعتبار أن طرفي عقد البيع على الخريطة قد أبرموا عقد وعد بالبيع بمقتضاه يلتزم البائع بإبرام عقد البيع النهائي بعد انتهائه من البناء ونقل ملكية العقار، وهذا التساؤل ثار في ذهن الفقهاء المسلمين بصدد عقد الاستصناع ومنهم من اعتبر الاستصناع بالفعل مجرد وعد بالبيع يلتزم بمقتضاه الصانع بنقل

(٦٩) انظر المادة ٩١ من القانون المدني العراقي والتي جاء فيها: ((١- الاتفاق الابتدائي الذي يتعهد بموجبه كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا يكون صحيحاً إلا إذا حددت المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه والمدة التي يجب أن يبرم فيها. ٢- فإذا اشترط القانون للعقد استيفاء شكل معين فهذا الشكل تجب مراعاته أيضاً في الاتفاق الابتدائي الذي يتضمن وعداً بإبرام هذا العقد)). وانظر كذلك د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، ج ٤، مصدر سابق، ص ٥٥.

[د. ضحى محمد سعيد عبد الله النعيمي]

ملكية الشيء المصنوع إلى المستصنع عند انتهائه من الصناعة، الأمر الذي يقتضينا تمييز الاستصناع عن الوعد بالبيع لنقف من خلال ذلك على تمييز البيع على الخريطة (باعتباره من تطبيقات الاستصناع) عن الوعد بالبيع.

وبهذا الصدد نجد أن بعض الحنفية^(٧٠) قد ذهبوا إلى أن الاستصناع وعد بالبيع ثم حين يكمل الصانع المصنوع ويسلمه إلى المصنوع له يصبح بيعاً بالتعاطي وعلى ذلك لا يكون عقداً ملزماً للجانبين إلا بعد التسليم والرضاء به بل يكون له الخيار، إلا أن القسم الآخر من فقهاء الحنفية^(٧١) اعتبروا الاستصناع بيعاً، وليس مجرد وعد بالبيع فجاء في المحيط رداً على من قال أن الاستصناع مواعدة ((أن الصانع إذا قبض الأجر يملك ولو كان مواعدة لا معاقدة لكان لا يصير الأجر ملكاً له فدل على أنها تتعقد معاقدة لا مواعدة))^(٧٢)

إن الذين قالوا أن الاستصناع مواعدة قلة وقد رد عليهم عامة فقهاء الحنفية بأن الاستصناع يختلف عن المواعدة في الكثير من الأمور لعل أهمها أنه يجري فيه التقاضي وإنما يتقاضى في الواجب لا الموعود، ومنها أن الاستصناع خاص بما تجري فيه الصنعة والمواعدة تجوز في كل شيء، ومنها أيضاً أنه بعد الفراغ منه إذا كان موافقاً للشروط يكون لازماً على القول الأوفق والمواعدة لا لزوم فيها^(٧٣).

- (٧٠) ابن عابدين، مصدر سابق، ج ٥، ص ٢٤. السرخسي، مصدر سابق، ج ١٢، ص ١٣٩ كما أشار لرأيهم د. وهبة مصطفى الزحيلي، عقد الاستصناع، مصدر سابق، ص ٥.
- (٧١) الكاساني، مصدر سابق، ص ٢١٠. السرخسي، مصدر سابق، ص ١٣٩.
- (٧٢) المحيط البرهاني نقلاً عن د. علي محيي الدين القره داغي، عقد الاستصناع، بحث منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي المنشورة في برنامج مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الإصدار ٢٠٠٧، النسخة ٢،٥ صادر عن الشركة العربية لتقنية المعلومات، ص ١٨.
- (٧٣) المحيط البرهاني نقلاً عن د. علي محيي الدين القره داغي، مصدر سابق، ص ٢٣. د. سعود بن مسعود بن مساعد الثبيتي، مصدر سابق، ص ١٤.

[مفهوم بيع العقار على الخريطة وتكييفه القانوني]

وبدورنا نرى أن البيع على الخريطة يختلف عن الوعد بالبيع في أمور كثيرة فالوعد بالبيع ليس هو البيع ذاته ففي الأول يقصد المتعاقدان إرجاء انعقاد البيع ونقل الملكية إلى حين إظهار الرغبة في الانعقاد خلال المدة المتفق عليها بينما في البيع على الخريطة ليس ثمة إظهار رغبة خلال مدة معينة، بل إن إرادة الطرفين قد انصرفت منذ لحظة انعقاد العقد إلى ترتيب آثاره في الحال وإلى إلزام طرفيه بها وإن الملكية تنتقل بتسجيل العقد وقبل البناء أصلاً.

ومن جهة أخرى فإن الوعد بالبيع لكي يكون صحيحاً منتجاً لآثاره فإنه يجب أن يتضمن كافة العناصر الجوهرية للعقد الموعود به فيجب أن يتضمن الوعد تحديداً كافياً للمبيع والتمن كما يجب أن يتضمن المدة التي يجب فيها إيداء الرغبة فضلاً عن استيفاء الشكلية إذا كان العقد النهائي المراد إبرامه عقداً شكلياً^(٧٤)، وحيث إن البيع الذي يرد على عقار هو عقد شكلي بنص الشارع^(٧٥) فإن الوعد ببيع العقار لا بد أن يكون شكلياً أيضاً وهو الأمر الذي لا يمكن تحقيقه في التشريع العراقي لأن مديرية التسجيل العقاري لا تختص بتسجيل عقد الوعد ببيع العقار مما يمنع من استيفاء الشكلية اللازمة لصحة الوعد ببيع العقار، ويمنع من إمكانية انعقاده في العراق، وحتى مع دعوتنا للمشرع العراقي بالحذو حذو المشرع الإماراتي والأخذ بفكرة السجل العقاري المبدئي لتسجيل عقود بيع العقار على الخريطة فإن هذا لا يعني اعتبار البيع على الخريطة من قبيل الوعد بالبيع لاختلاف حكم كل منهما عن الآخر، فيكفي للتمييز بينهما ما يترتب على كل منهما من أثر ففي الوعد بالبيع تبقى ملكية الموعود به للبائع الواعد، وتصح جميع تصرفاته به لغير الموعود له،

(٧٤) انظر المادة (٩١) مدني عراقي.

(٧٥) انظر المادة (٥٠٨) مدني عراقي.

[د. ضحى محمد سعيد عبد الله النعيمي]

والذي لا يكون له إلا الرجوع على الواعد بالتعويض إذا كان قد تصرف به خلال المدة التي ألزم نفسه فيها بانتظار إعلان الموعد له برغبته في الشراء^(٧٦)، في حين أن الملكية في البيع على الخريطة تنتقل بمجرد التعاقد للمشتري والذي يكون له بدوره أن يتصرف بحقه بالبيع أو الرهن أو غير ذلك من التصرفات.

ثانياً: تمييز بيع العقار على الخريطة عن البيع الابتدائي:

البيع الابتدائي وهو بيع تام تترتب عليه آثار البيع فضلاً عن التزام كل من الطرفين فيه بإبرام البيع النهائي في الميعاد المتفق عليه، وعقد البيع الابتدائي لا يعد وعداً بالبيع إنما هو اتفاق كامل تام حيث يتضمن شروط البيع كما يتضمن المدة التي يبرم فيها العقد النهائي فيلتزم البائع بنقل ملكية المبيع إلى المشتري وبتسليم المبيع إليه كما يلتزم بدفع الثمن والمصروفات وتسلم المبيع، غير أن عقد البيع الابتدائي يختلف مع ذلك عن العقد النهائي فإذا كان العقد الأول يرتب ذات الالتزامات التي يرتبها العقد النهائي، إلا أن المتعاقدين لا يقصدان ترتيب هذه الالتزامات فور العقد الابتدائي، وإنما قصداً ترتيبها بعد تحرير العقد النهائي؛ ولذلك تبقى هذه الالتزامات قائمة تنتظر التنفيذ فإذا امتنع أحد الطرفين عن القيام بالتزامه بإبرام البيع النهائي أمكن للأخر إجباره على ذلك عن طريق استصدار حكم من القضاء بحصول البيع بموجب دعوى صحة التعاقد، وهذا الحكم يقوم مقام العقد النهائي وإذا كان المبيع عقاراً أمكن للمشتري تسجيل هذا الحكم فتنقل إليه الملكية

(٧٦) د. رمضان أبو السعود، شرح العقود المسماة في عقدي البيع والمقايضة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٠، ص ١٤٩. د. محمد حسن قاسم، القانون المدني، العقود المسماة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت - لبنان، ٢٠٠١، ص ١٣٢.

[مفهوم بيع العقار على الخريطة وتكييفه القانوني]

بتسجيله^(٧٧)، فيلاحظ أن فكرة البيع الابتدائي تقترب كثيراً من عقد البيع على الخريطة إذا ما قلنا إن التشريعات أجازت أن يكون المبيع شيئاً مستقبلي الوجود فمتى ما وجد باكتمال البناء جاز للمشتري إجبار البائع على نقل الملكية باستصدار حكم من المحكمة بناء على توقيع البائع على العقد المبرم بينهما عند التعاقد خاصة وأن البيع الابتدائي يقضي بصحة تصرفات المشتري خلال الفترة بين إبرام البيع الابتدائي وإبرام البيع النهائي.

ولكن على الرغم من ذلك فإن هذه الفكرة لا يمكن إعمالها في التشريع العراقي ذلك أن المشرع العراقي لم يأخذ بدعوى صحة التعاقد، والعقد الابتدائي ببيع العقار في العراق ليس له أية قوة إلزام تمكن من نقل الملكية إلى المشتري أمام الجهات المختصة رغماً عن إرادة البائع باستثناء الأحوال التي نص عليها القرار رقم ١١٩٨ والتي ليس من بينها المشتري على الخريطة^(٧٨).

(٧٧) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج ٤، مصدر سابق، ص ٨٠. د. رمضان أبو السعود، مصدر سابق، ص ١٥٨. د. سمير عبد السيد تناغو، عقد البيع، منشأة المعارف الإسكندرية، بلا سنة طبع، ص ٥٦.

(٧٨) القرار رقم ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧ منشور في الوقائع العراقية العدد ٢٦٢١ في ١٤/١١/١٩٧٧ والذي جاء فيه: ((أ- يقتصر التعهد بنقل ملكية عقار أو حق التصرف فيه على الالتزام بالتعويض إذا اخل أحد الطرفين بتعهده، سواء اشترط التعويض في التعهد أم لم يشترط فيه، على أن لا يقل مقداره عن الفرق بين قيمة العقار المعينة بالتعهد وقيمه عند النكول، دون إخلال بالتعويض عن أي ضرر آخر. ب- إذا كان المتعهد له قد سكن العقار محل التعهد أو أحدث فيه أبنية أو منشآت أخرى أو مغروسات بدون معارضة تحريرية من المتعهد، فإن ذلك يعتبر سبباً صحيحاً يبيح للمتعهد له تملك العقار أو حق التصرف فيه بقيمته المعينة في التعهد أو المطالبة بالتعويض على الوجه المذكور في الفقرة (أ) من هذا البند، مضافاً إليه قيمة المحدثات والمغروسات قائمة وقت النكول.....))

[د. ضحى محمد سعيد عبد الله النعيمي]

ثالثاً: تمييز بيع العقار على الخريطة عن بيع السلم:

السلم هو شراء الشيء الذي لم يوجد بعد بثمن عاجل حال، أي أنه بيع أجل بعاجل، وفي تشريعه تيسير للناس في معاملاتهم^(٧٩)، وإذا كان الله سبحانه وتعالى قد حرم الربا والاحتكار والغش وأكل أموال الناس بالباطل، وحرم العقود التي فيها جهالة أو قمار أو غرر، ونهى عنها نهياً خاصاً، إلا أنه رحمة من الله وفضلاً، وتيسيراً على العباد، ورفعاً للحرص عنهم قد يخرج من عموم النهي تصرفاً ويجيزه رغم وجود مقتضى النهي لحكمة يراها راجحة على المفسدة، وهكذا فعندما نهى الرسول الكريم (صلى الله عليه وسلم) عن بيع المعدوم لما فيه من غرر ومخاطرة، فإنه عليه الصلاة والسلام استثنى " السلم" والذي كانت العرب تتعامل به وخاصة أهل يثرب، وبهذا فإن السلم من البيوع الجائزة بالاتفاق مستثنى من نهيه عليه الصلاة والسلام عن بيع ما ليس عند الإنسان^(٨٠).

ويلاحظ أن المشرع العراقي لم ينظم أحكام بيع السلم مكتفياً بنص المادة (١٢٩) من القانون المدني العراقي التي أجازت بيع الأشياء المستقبلية^(٨١) ولكن حيث إن

(٧٩) مصطفى أحمد الزرقاء، شرح القانون المدني السوري، العقود المسماة، الطبعة الثالثة، مطبعة الجامعة السورية، ١٣٧٦ هـ - ١٩٥٧ م، ص ٢٣.

(٨٠) البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ج ٢، دار الكتب الأزهرية، ١٠٤٦ هـ، ص ٢١٤. محمد أمين ابن عابدين، حاشية رد المحتار شرح تنوير الأبصار، ج ٥، ط ٢، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، ١٩٦٦، ص ٢٠٩. منصور بن يونس البهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع، مصدر سابق، ص ٢٨٨. شمس الدين محمد بن العباس، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج ٤، ط ٣، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ١٤١٣ هـ، ١٩٩٢ م، ص ١٨٢. أبو عبدالله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج ٣، دار الكتب المصرية، القاهرة، ١٩٥٠، ص ٣٧٨. أبو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن الحلبي، المختصر النافع في فقه الإمامية، دار الكتاب العربي، مصر، بدون سنة نشر، ص ١٣٣.

(٨١) وهو أمر لا نؤيده لما في بيع السلم من أحكام خاصة تقتضي التدخل التشريعي لتنظيمه

فقهاء المالكية قد شبهوا الاستصناع بالسلم، والشافعية أدخلوا الاستصناع في مباحث السلم، والحنبلة ذكروه عند بحثهم للسلم في الصناعات، وحيث إننا انتهينا إلى أن بيع العقار على الخريطة من تطبيقات الاستصناع الأمر الذي يقتضينا التمييز بين الاستصناع والسلم لنقف من خلال ذلك على أوجه التمييز بين بيع العقار على الخريطة وبيع السلم.

حيث يتشابه الاستصناع والسلم في أن كلا منهما يعد - عند فقهاء الشريعة الإسلامية - من أنواع البيوع سواء اندمج الاستصناع بالسلم أم كان لكن منهما اسم مستقل وشروط خاصة به، وأن الاستصناع يمكن أن يكون سلماً عندهم إذا ما أعطي للصانع الأجر كاملاً في مجلس العقد والذي هو ثمن شيء معلوم واتفقا على أجل قريب أو بعيد لتسليم المبيع وتوفرت شروط السلم الأخرى^(٨٢). كما يتشابه كل من الاستصناع والسلم في أن كلا منهما هو بيع لشيء غير موجود في ملك البائع وقت البيع، ولكنه أجزى لحاجة الناس إليه ولتعامل الناس به وأن المبيع يكون موصوفاً فيهما. ولا بد في كلا العقدين من العلم بالثمن جنساً ونوعاً وقدرًا وصفةً وإلا كان العقد باطلاً بسبب الجهالة، كما يعد كل من السلم والاستصناع عقداً لازماً لا يجوز فسخه بإرادة أحد الطرفين.

أما أوجه الاختلاف بينهما فكثيرة تظهر من خلال النقاط الآتية:-

(١) إن المبيع في عقد الاستصناع لا يشترط وجود مثله في السوق لا عند العقد ولا عند التسليم،^(٨٣) بخلاف السلم إذ من شروط المسلم فيه (المبيع)

(٨٢) د. سعود بن مسعد بن مساعد الثبيتي، مصدر سابق، ص ٤٢.

(٨٣) د. مصطفى أحمد الزرقاء، عقد الاستصناع، مصدر سابق، ص ٢٨، وانظر أيضاً: د. رفيق يونس المصري، الجامع في أصول الربا، ط ٢، دار القلم، دمشق، ٢٠٠١، ص ٣٧٧.

[د. ضحى محمد سعيد عبد الله النعيمي]

أن يكون مقدور التسليم عند محله أي أن يكون المسلم فيه (المبيع) مما يغلب وجوده عند حلول الأجل وهو شرط متفق على وجوده عند جمهور الفقهاء^(٨٤).

(٢) يشترط في السلم عند الجمهور غير الشافعية كونه مؤجلاً إلى أجل معلوم، ولا يصح السلم الحال إلا عند الشافعية^(٨٥)، ولا يجوز عند أبي حنيفة اشتغال الاستصناع على أجل، وإلا انقلب سلماً، وأجاز الصحابان تأجيله عملاً بالعرف السائد^(٨٦) فالأجل في الاستصناع غير واجب، وقد يذكر لمجرد الاستعجال^(٨٧)، وقد جاء بهذا المعنى نص المادة (٣٨٩) من المجلة^(٨٨). ونحن كنا قد ذهبنا إلى ضرورة ذكر الأجل في الاستصناع لما في تحديده من قطع لدابر النزاع.

(٣) ويمكن أن نلاحظ الفرق الجوهرى بين السلم و الاستصناع من خلال أنه يشترط في السلم قبض كامل رأس المال (الثلث) في مجلس العقد أما الاستصناع فلا يشترط فيه قبض كامل الثلث في مجلس العقد، وهذه

- (٨٤) انظر: البهوتي، كشاف القناع، ج٣، مصدر سابق، ص٢٩٠. الإمام أحمد بن يحيى بن المرتضى، البحر الزخار، ج٤، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، تحقيق د.محمد محمد تامر، ١٤٢٢هـ، ٢٠٠١م ص٦٨٣.
- (٨٥) أبو زكريا محيي الدين بن شرف النووي، المجموع شرح المذهب، ج١٣، دار الفكر، بدون سنة نشر، تحقيق د. محمود مطرجي، ص١١٧.
- (٨٦) د. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج٥، ط٤، دار الفكر المعاصر، ١٤١٨هـ، ١٩٩٧م، ص٣٠٤.
- (٨٧) د. رفيق يونس المصري، مصدر سابق، ص٣٧٧.
- (٨٨) علي حيدر، مصدر سابق، ص٣٥٩.

الميزة تعطي الاستصناع مرونة عملية، تيسر للناس قضاء حوائجهم و اعتمادهم عليه^(٨٩).

٤) كما أن الباعث على السلم هو شدة حاجة البائع إلى نقود ينفقها على نفسه وأهله أو إنتاجه الزراعي لذا فهو ليس من عقود المضاربة وإنما هو بيع المفاليس^(٩٠)، أما الاستصناع فهو عقد يحقق الربح للصانع ويلبي حاجة المستصنع فيكون الباعث الدافع إليه حاجة الصانع و المستصنع، فالصانع يمول صناعته، ويستغني بذلك عن الاقتراض بفائدة، والمستصنع يحصل على حاجته بثمن مناسب^(٩١).

فالفروق أعلاه توضح اختلاف عقد الاستصناع عن عقد السلم، وتبرر وجوب اعتبارهما عقدين مستقلين كل منهما من أنواع البيوع الخاصة، وتوضح بالتالي سبب اعتبار بيع العقار على الخريطة من تطبيقات الاستصناع وليس السلم لانطباق شروط الأول عليه دون الثاني.

- (٨٩) د. وهبة الزحيلي، المعاملات المالية المعاصرة، مصدر سابق، ص ٣٠٤.
د. السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام، مصدر سابق، ص ١٩٠.
(٩٠) د. السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام، مصدر سابق، ص ١٩٢.
(٩١) د. ناصر أحمد إبراهيم النشوي، مصدر سابق، ص ٣٦١.

[د. ضحى محمد سعيد عبد الله النعيمي]

الخاتمة

توصلنا من خلال بحثنا في مفهوم بيع العقار على الخريطة وتكييفه القانوني إلى النتائج والمقترحات الآتية:

أولاً: النتائج:

١. لم ينظم المشرع العراقي أحكام بيع العقار على الخريطة في حين نظمه المشرع الإماراتي في القانون رقم ٩ لسنة ٢٠٠٩ وهو قانون تعديل القانون رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٨ الخاص بتنظيم السجل العقاري المبدئي وعرفه بأنه ((بيع الوحدات العقارية المفروزة على الخارطة أو التي لم يكتمل إنشاؤها)) وبدورنا عرفناه بأنه ((عقد يملك بموجبه المشتري عقاراً لم يبدأ البائع ببنائه بعد أو لم يكتمل بناؤه حين التعاقد، وفيه يتعهد البائع ببناء العقار المتفق على مواصفاته خلال المدة المتفق عليها مقابل تعهد الأخير بدفع أقساط الثمن في مواعيدها))
٢. أن عقد البيع على الخريطة لا بد أن يكون عقداً شكلياً ابتداءً عند التعاقد قبل البناء وانتهاءً عند اكتمال البناء فلا تكفي الرضائية لانعقاده وأن الملكية تنتقل إلى المشتري على الخريطة بصفتها هذه عند تسجيل التعاقد ابتداءً، فله أن يتصرف فيها بكل التصرفات بشرط استيفاء الشكلية نفسها لصحة هذه التصرفات، ومن جهة أخرى فإن البيع على الخريطة عقد ملزم للجانبين؛ حيث إنه يترتب التزامات متقابلة على عاتق طرفيه ووجدنا أن البائع على الخريطة يلتزم بالتزامات البائع والمقاول معاً، وأن المشتري على الخريطة يلتزم بالتزامات المشتري ورب العمل معاً،

وفضلاً عن هذا فإن البيع على الخريطة من عقود المعاوضة المحددة، ومن العقود الفورية بكل ما يترتب على هذه الخصائص من نتائج وأحكام.

٣. أن مجلس الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي عدّ البيع على الخريطة عقد استصناع، وهو ما أيدناه لانطباق أحكام الاستصناع على بيع العقار على الخريطة مما يجعله من تطبيقاته إلا أن الأمر الذي عرض لنا هو أن الفقهاء المسلمين اعتبروا الاستصناع نوعاً من أنواع البيوع في حين اعتبره المشرع العراقي من العقود الواردة على العمل وأعمل عليه أحكام عقد المقاوله، وبدورنا وجدنا أن أحكام هذه الأخيرة لا تكفي للإحاطة بجميع الالتزامات الناشئة عن عقد الاستصناع، وبالتالي عن عقد بيع العقار على الخريطة باعتباره تطبيقاً من تطبيقات الاستصناع لما في الاستصناع من نقل لملكية الشيء المصنوع من الصانع إلى المستصنع مما يجب أن يسحبه إلى ميدان العقود الناقلة للملكية.

٤. للوقوف على محل عقد البيع على الخريطة كان لا بد لنا من الوقوف عند محل الاستصناع أولاً، والذي وجدنا أن فقهاء الحنفية قد اختلفوا حول تحديده، فمنهم من اعتبر محل الاستصناع هو المبيع، ومنهم من اعتبره العمل الذي يقوم به الصانع بكل ما يترتب على هذا الاختلاف من نتائج وأحكام، وبدورنا وجدنا أن محل الاستصناع هو كل من المبيع والعمل في الوقت ذاته فضلاً عن الثمن الذي يعد محلاً للعقد أيضاً.

[د. ضحى محمد سعيد عبد الله النعيمي]

٥. كما أن اعتبار البيع على الخريطة من تطبيقات الاستصناع دفعنا للوقوف عند شروط صحة الاستصناع لدى الفقهاء المسلمين لنقف من خلالها على شروط صحة عقد بيع العقار على الخريطة، فوجدنا أنهم اتفقوا على أنه يشترط لصحته العلم بالمصنوع؛ وذلك ببيان جنس المصنوع، ونوعه، وقدره، وصفته؛ ثم اختلفوا حول اشتراط أن يكون المصنوع مما جرى التعامل على صنعه وحول عدم وجود الأجل، وبدورنا اتفقنا معهم حول الشرط الأول، ورجحنا رأي من ذهب منهم إلى عدم اشتراط الشرط الثاني؛ لأن التعامل بين الناس وتعارفهم على استصناع الأشياء يختلف ويتغير بتغير الأزمان، فاستصناع الثياب لم يكن متعاملاً به في وقت من الأوقات ثم أصبح كذلك بعد ذلك، كما أيدنا من ذهب من الفقهاء إلى أن ذكر الأجل لا يؤثر على صحة الاستصناع، ولا يحوله إلى سلم بل الأكثر من ذلك ذهبنا إلى ضرورة ذكر الأجل في الاستصناع لما في ذكره من تجنب للخصومة، فضلاً عن ذلك وحيث إن محل عقد بيع العقار على الخريطة هو كل من العقار والعمل المتمثل بالبناء والتمن فيشترط في كل منها جملة من الشروط لا بد من توفرها للقول بصحة العقد.

٦. كما وجدنا أن بعض النظم القانونية قد تشبهت ببيع العقار على الخريطة، وتثير التساؤل عما إذا كان بالإمكان اعتباره تطبيقاً لها مما دفعنا إلى تمييزه عنها، فوقفنا عند كل من الوعد بالبيع والبيع الابتدائي وبيع السلم، ووجدنا أن بين بيع العقار على الخريطة وبين هذه النظم القانونية نقاط تشابه إلا أن نقاط الاختلاف أكثر مما يبرر اعتبار بيع العقار على

الخريطة من تطبيقات الاستصناع وليس وعدا بالبيع ولا بيعا ابتدائيا ولا سلما.

ثانيا: المقترحات

في ضوء النتائج المتقدمة نضع بين يدي مشرعا العراقي المقترحات الآتية:

١- أن ينظم المشرع العراقي أحكام عقد الاستصناع بصورة مستقلة عن المقاوله، ويسحبه إلى ميدان العقود التي تقع على الملكية وتحديدًا ضمن أنواع البيوع، وأن ينظم أحكامه الخاصة التي تجمع بين البيع والمقاوله فضلاً عن تنظيم خصوصيته التي تقتضي التسجيل في الأحوال التي يرد فيها على عقار أو على منقولات ومكائن يستلزم القانون إجراءات خاصة لنقل ملكيتها.

٢- أن ينظم المشرع العراقي بنظام خاص أحكام بيع العقارات على الخريطة بما يوفر للمشتري الضمانات اللازمة للحول دون تعرضه لعمليات النصب والاحتيال. ونقترح بهذا الصدد الأخذ بنظام السجل العقاري المبدئي لتسجيل عقود البيع على الخريطة وتنظيم استثمارات خاصة تتضمن حقولاً محددة للشروط الواجب الاتفاق عليها والتي من شأن تحديدها تجنب الخصومات المستقبلية وأن يكون التسجيل في السجل ركنا من أركان انعقاد عقد بيع العقار على الخريطة بحيث يترتب على عدم استيفائه بطلان العقد. فضلاً عن الأخذ بالضمانات الأخرى التي أخذ بها المشرع الإماراتي في القانون رقم ٨ لسنة ٢٠٠٧ الخاص بحسابات ضمان التطوير العقاري وخاصة ما

[د. ضحى محمد سعيد عبد الله النعيمي]

يتعلق منها بإنشاء حساب الضمان وكيفية إدارته بما يضمن حقوق المشتريين على الخريطة.

٣- أن ينظم المشرع العراقي ممارسة مهنة التطوير العقاري بحيث لا يزاولها إلا من يحصل على ترخيص من جهة مختصة، ويحظر مزاوله نشاط بيع الوحدات العقارية على الخريطة - مهما كان غرضها - سكنية أو تجارية أو مكتبية أو خدمية أو صناعية أو سياحية أو غيرها، أو الإعلان عنها في وسائل الإعلام المحلية أو الخارجية، أو تسويقها أو العرض عنها في معارض، إلا بعد الحصول على موافقة الجهات المختصة، وبما يضمن جدية المشروع وتوفير الضمانات اللازمة للمشتريين.

المصادر

١. ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت، ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م، الجزء ٥.
٢. أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي، المهذب في فقه الأمام الشافعي، دار الفكر، بيروت - لبنان، بلا سنة طبع، الجزء ١.
٣. أبو البركات سيدي احمد الدردير، الشرح الكبير، دار الفكر - بيروت، تحقيق محمد عيش، الجزء ٤.
٤. أبو الحسن علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الرشداني المرغيناني، الهداية شرح البداية، المكتبة الإسلامية، بلا سنة طبع، الجزء ٣.
٥. أبو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن الحلبي، المختصر النافع في فقه الإمامية، دار الكتاب العربي، مصر، بدون سنة نشر.
٦. أبو حامد محمد بن محمد الغزالي، الوسيط، دار السلام، القاهرة، ١٤١٧هـ، ط ١، تحقيق احمد محمود إبراهيم و محمد محمد تامر، الجزء ٤.
٧. أبو عبد الله محمد بن احمد الأنصاري القرطبي، الجامع لإحكام القرآن، ج ٣، دار الكتب المصرية، القاهرة، ١٩٥٠.
٨. أبو عبد الله محمد بن مفلح المقدسي، الفروع، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤١٨ هـ، ط ١، تحقيق أبو الزهراء حازم القاضي، الجزء ٤.
٩. احمد الصاوي، بلغة السالك، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ١٤١٥هـ - ١٩٩٥ م، ط ١، ضبطه وصححه محمد عبد السلام شاهين، الجزء ٣.

[د. ضحى محمد سعيد عبد الله النعيمي]

١٠. أحمد بن محمد بن علي المقرئ الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، المكتبة العلمية، بيروت، الجزء الأول
١١. الإمام أبو زهرة، الملكية و نظرية العقد في الشريعة الإسلامية، الجزء الأول، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٧.
١٢. الإمام أبو زكريا محيي الدين بن شرف النووي، المجموع شرح المذهب، ج١٣، دار الفكر، بدون سنة نشر، تحقيق د.محمود مطرجي.
١٣. الإمام أحمد بن يحيى بن المرتضى، البحر الزخار، ج٤، الطبعة الأولى، دار لكتب العلمية، بيروت لبنان، تحقيق د.محمد محمد تأمر، ١٤٢٢هـ، ٢٠٠١م.
١٤. أنور سلطان، العقود المسماة، شرح البيع والمقايضة، مطبعة دار نشر الثقافة بالإسكندرية، الطبعة الثانية، ١٩٥٢.
١٥. البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ج٢، دار الكتب الأزهرية، ١٠٤٦ هـ .
١٦. جعفر الفضلي، العقود المسماة، البيع والإيجار والمقاول، ط٢، طبعة وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، ٢٠٠٥ .
١٧. حسن علي الذنون، أصول الالتزام، مطبعة المعارف ، بغداد، ١٩٧٠.
١٨. رمضان أبو السعود، شرح العقود المسماة في عقدي البيع والمقايضة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٠.
١٩. سعود بن مسعد بن مساعد الثبيتي، الاستصناع تعريفه - تكييفه - حكمه - شروطه - أثره في تنشيط الحركة الاقتصادية، بحث منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي المنشورة في برنامج مجلة مجمع الفقه الإسلامي،

- الإصدار ٢٠٠٧، النسخة ٢,٥ صادر عن الشركة العربية لتقنية المعلومات.
٢٠. سليم رستم باز اللبناني، شرح المجلة، دار إحياء التراث العربي، بيروت - لبنان، طبعة ثالثة منقحة، ١٤٠٦ هـ - ١٩٨٦ م.
٢١. سمير عبد السيد تناغو، عقد البيع، منشأة المعارف - الإسكندرية، بلا سنة طبع.
٢٢. شمس الدين السرخسي، المبسوط للسرخسي، دار المعرفة، بيروت، بلا سنة طبع، الجزء ١٢.
٢٣. شمس الدين محمد بن العباس، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج٤، ط٣، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ١٤١٣ هـ، ١٩٩٢ م.
٢٤. مصطفى أحمد الزرقاء، عقد الاستصناع ومدى أهميته في الاستثمارات الإسلامية المعاصرة، بحث منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي المنشورة في برنامج مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الإصدار ٢٠٠٧، النسخة ٢,٥ صادر عن الشركة العربية لتقنية المعلومات.
٢٥. الشيخ مصطفى كمال التارزي، الاستصناع والمقاولات في العصر الحاضر، بحث منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي المنشورة في برنامج مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الإصدار ٢٠٠٧، النسخة ٢,٥ صادر عن الشركة العربية لتقنية المعلومات.
٢٦. الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند، الفتاوى الهندية في مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان، دار الفكر، ١٤١١ هـ - ١٩٩١ م، الجزء ٣.

[د. ضحى محمد سعيد عبد الله النعيمي]

٢٧. طه نوري الملا حويش، التزامات المقاول في عقد المقاوله، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية التي تصدرها كلية القانون بجامعة بغداد، المجلد العاشر، العدد الثاني، ١٩٩٤.
٢٨. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود التي تقع على الملكية، البيع، دار إحياء التراث العربي، بيروت - لبنان، الجزء الرابع، المجلد الأول.
٢٩. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، دار إحياء التراث العربي، بيروت - لبنان.
٣٠. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الالتزام، الطبعة الخامسة، مطبعة نديم، بلا سنة طبع.
٣١. عبد المجيد الحكيم و عبد الباقي البكري و محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، الجزء الأول، مصادر الالتزام، دار الكتب للطباعة والنشر بجامعة الموصل، ١٩٨٠.
٣٢. عبد الناصر توفيق العطار، نظرية الالتزام في الشريعة الإسلامية والتشريعات المدنية، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، مطبعة السعادة، القاهرة، ١٩٧٥.
٣٣. عبد الله محمد عبد الله، عقد الاستصناع، بحث منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي المنشورة في برنامج مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الإصدار ٢٠٠٧، النسخة ٢,٥ صادر عن الشركة العربية لتقنية المعلومات.

٣٤. عدنان إبراهيم السرحان، شرح القانون المدني (العقود المسماة) في
المقاول، الوكالة، الكفالة، مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان،
الطبعة الأولى، ١٩٩٦.
٣٥. علاء الدين السمرقندي، تحفة الفقهاء، دار الكتب العلمية، بيروت،
١٤٠٥هـ - ١٩٨٤ م ط ١، الجزء ٢.
٣٦. علاء الدين الكاساني، بدائع الصنائع، دار الكتاب العربي، بيروت،
١٩٨٢، ط ٢، الجزء ٥.
٣٧. علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، دار الكتب العلمية، لبنان -
بيروت، تعريب المحامي فهمي الحسيني، الجزء ١.
٣٨. علي محيي الدين القره داغي، عقد الاستصناع، بحث منشور في مجلة
مجمع الفقه الإسلامي المنشورة في برنامج مجلة مجمع الفقه الإسلامي،
الإصدار ٢٠٠٧، النسخة ٢،٥ صادر عن الشركة العربية لتقنية
المعلومات.
٣٩. فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي، تبیین الحقائق، دار الكتب
الإسلامي، القاهرة، ١٣١٣هـ، الجزء ٤.
٤٠. محمد أمين ابن عابدين، حاشية رد المحتار شرح تنوير الأبصار، ج ٥،
ط ٢، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، ١٩٦٦.
٤١. محمد بن علي بن محمد الشوكاني، فتح القدير الجامع بين فني الرواية
والدراية من علم التفسير، دار الفكر، بيروت، بلا سنة طبع، الجزء ٦
٤٢. محمد توفيق رمضان البوطي، البيوع الشائعة واثر ضوابط المبيع على
شرعيتها، دار الفكر، بيروت، لبنان، الطبعة الثالثة، ٢٠٠٥.

[د. ضحى محمد سعيد عبد الله النعيمي]

٤٣. محمد حسن قاسم، القانون المدني، العقود المسماة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت - لبنان، ٢٠٠١.
٤٤. محمد عبد اللطيف صالح الفرפור، أثر الاستصناع في تنشيط الحركة الصناعية، بحث منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي المنشورة في برنامج مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الإصدار ٢٠٠٧، النسخة ٢،٥ صادر عن الشركة العربية لتقنية المعلومات.
٤٥. محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي، دار الفكر - بيروت، تحقيق محمد عليش، الجزء ٣.
٤٦. محمد عليش، منح الجليل، دار الفكر، بيروت - لبنان، ١٤٠٩هـ - ١٩٨٩ م، الجزء ٧.
٤٧. محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام، ج ١، مصادر الالتزام، ط ١٠، جامعة دمشق، ٢٠٠٤.
٤٨. رفيق يونس المصري، الجامع في أصول الربا، ط ٢، دار القلم، دمشق، ٢٠٠١.
٤٩. مصطفى أحمد الزرقاء، شرح القانون المدني السوري، العقود المسماة، الطبعة الثالثة، مطبعة الجامعة السورية، ١٣٧٦ هـ - ١٩٥٧ م.
٥٠. منذر الفضل، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني، دراسة مقارنة، الجزء الأول، مصادر الالتزام، الطبعة الأولى، ١٩٩١.
٥١. منصور بن يونس البهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع، ج ٣، دار الفكر، تحقيق هلال مصيلحي مصطفى، ١٩٨٢.
٥٢. منير القاضي، شرح المجلة، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٤٩.

٥٣. النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، المكتب الإسلامي، بيروت، ١٤٠٥هـ ط ٢، الجزء ٣.
٥٤. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج ٥، ط ٤، دار الفكر المعاصر، ١٤١٨هـ، ١٩٩٧م.
٥٥. وهبة مصطفى الزحيلي، عقد الاستصناع، بحث منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي المنشورة في برنامج مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الإصدار ٢٠٠٧، النسخة ٢،٥ صادر عن الشركة العربية لتقنية المعلومات.
٥٦. برنامج مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الإصدار ٢٠٠٧، النسخة ٢،٥ صادر عن الشركة العربية لتقنية المعلومات.
٥٧. القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.
٥٨. القرار رقم ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧ منشور في الوقائع العراقية العدد ٢٦٢١ في ١٤/١١/١٩٧٧
٥٩. قانون تنظيم السجل العقاري المبدئي الإماراتي رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٨ على الموقع http://dubailows.com/Real_legislation1.htm بتاريخ ٢٥/٣/٢٠١٠.
٦٠. قانون تعديل قانون تنظيم السجل العقاري المبدئي الإماراتي رقم ٩ لسنة ٢٠٠٩ على الموقع: <http://uaesm.maktoob.com/vb/uae234118> بتاريخ ٢٥/٣/٢٠١٠.
٦١. اللائحة التنفيذية للقانون الإماراتي رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٨ على الموقع <http://www.uaeec.com/vb/t132088.html>
٦٢. قانون حسابات ضمان التطوير العقاري رقم ٨ لسنة ٢٠٠٧ على الموقع http://dubailows.com/Real_legislation3.htm بتاريخ ٢/٤/٢٠١٠.