

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي و البحث العلمي

جامعة منتوري - قسنطينة
كلية الحقوق

عقد بيع العقار بناء على التصاميم

- دراسة مقارنة بين القانون الجزائري و الفرنسي -

رسالة مقدمة لنيل دكتوراه دولة في القانون الخاص

تحت إشراف

الأستاذ الدكتور / عبد الرزاق بوبندير

إعداد الطالب :

عياشي شعبان

أعضاء لجنة المناقشة :

رئيسا	جامعة منتوري قسنطينة	أستاذ التعليم العالي	المكي دردوس	الأستاذ الدكتور :
مشرقا ومقررا	جامعة منتوري قسنطينة	أستاذ التعليم العالي	عبد الرزاق بوبندير	الأستاذ الدكتور :
عضوا	جامعة منتوري قسنطينة	أستاذ التعليم العالي	عبد الحفيظ طاشور	الأستاذ الدكتور :
عضوا	جامعة منتوري قسنطينة	أستاذ التعليم العالي	محمد زعموش	الأستاذ الدكتور :
عضوا	جامعة فرحات عباس سطيف	أستاذ التعليم العالي	عمار بلمامي	الأستاذ الدكتور :
عضوا	جامعة فرحات عباس سطيف	أستاذ محاضر	بن زيوش مبروك	الأستاذ الدكتور :

السنة الجامعية : 2011 / 2012

مقدمة :

مما لا شك فيه ، أن حاجة الفرد إلى مسكن يأويه ، لا تقل أهمية عن حاجاته إلى عمل يرتزق منه ، فالفرد لا يستطيع أن يذهب إلى عمله وهو مرتاح البال - حتى يقوم بعمله على أكمل وجه - ما لم يكن متوفرا على مسكن يستريح فيه من عناء ومشقة العمل طوال النهار لذلك يعتبر السكن بحق من ضروريات الحياة التي لا يمكن الاستغناء عليها .

ونظرا لأهمية السكن القصوى في حياة الفرد الذي يحفظ له إنسانيته ، عملت الدولة الجزائرية منذ فجر الاستقلال على توفير مسكن لكل مواطن ، وقد تجسد حق المواطن في السكن باعتباره حقا اجتماعيا مضمونا من طرف الدولة التي يجب عليها تلبية بموجب دستور سنة 1976 غير أن هذا الحق لم يدم طويلا بسبب عدم قدرة الدولة على تنفيذ مشاريع السكن المبرمجة وعدم قدرتها على تلبية الطلب المتزايد على السكن ، لذلك جاء دستور سنة 1989 خاليا من أي نص يكرس حق المواطن في الحصول على السكن من الدولة .

وبقي مشكل السكن من المشاكل الكبيرة التي عانت منها الجزائر ، والتي لا تزال تعاني منها حتى اليوم ، رغم المجهودات الكبيرة التي بذلتها الدولة في هذا الميدان للقضاء على هذه المشكلة أو على الأقل للحد منها .

إن الزيادة الهائلة والمستمرة على طلب السكن ترجع إلى أسباب كثيرة منها النمو الديمغرافي السريع ، تطور الحياة الحضرية ، تهمد الأبنية القديمة ، تحسن دخل

المواطن ،استقلال الشاب عن الأسرة الكبيرة ، انهيار المباني الناجم عن الكوارث الطبيعية، أو السرعة في الانجاز ، النزوح الريفي نحو المدينة .

ولما عجزت الدولة عن الاستجابة للطلب على السكن الذي يتزايد باستمرار والذي احتكرته منذ الاستقلال عن طريق المؤسسات العمومية لجأت إلى البحث عن طرق وأساليب جديدة للتخفيف من حدة مشكل السكن ، فبدأت تتخلى تدريجيا عن النظام الاشتراكي والتوجه نحو النظام الحر ، وذلك بالسماح للقطاع الخاص - الذي كان مقيدا في هذا الميدان - في أن يساهم في عمليات الترقية العقارية المخصصة إلى الزيادة في مجال الإسكان ، وبالتالي تقديم مساهمة تكميلية لجهود الدولة للقضاء على أزمة السكن . فأصدر المشرع القانون رقم : 86 — 07 المؤرخ في 23 جمادي الثانية 1406 الموافق ل 4 مارس 1986. المتعلق بالترقية العقارية ، والذي يعد بحق نجاح كبير في مجال السكن في الجزائر حيث حاول فيه تعبئة الاستثمار الخاص وتشجيعه على المشاركة في مشاريع الترقية العقارية ،في وقت قلت فيه مساهمة الدولة في قطاع بناء السكن لانخفاض مواردها المالية في ذلك الوقت وزيادة الطلب على السكن إلى أقصاه .

غير أن هذا القانون - للأسف - قد فشل في تحقيق الهدف الذي توخاه المشرع من وراء تنظيمه للترقية العقارية ، وهو القضاء على أزمة الإسكان الخائفة وجعل كل مواطن مالكا لمسكنه ، بالرغم من كونها تحقق - نظريا - مصالح كافة الأطراف ، وهم المتعامل في الترقية العقارية، و المشتري ، والدولة على حد سواء . ويرجع فشل القانون إلى بعض البنود التي تضمنها مثل ضرورة تحديد نسبة

مشاركة المتعامل الخاص بما لا يقل عن 50% من التمويل للمشروع وصعوبة الحصول على الأرض المخصصة للبناء ، وقصر الاستثمار في هذا القطاع على انجاز المباني المخصصة للسكنى بغرض البيع أو تلبية الحاجة دون الإيجار . الأمر الذي أدى إلى نقص إقبال المواطن على شراء السكنات لانعدام الادخار ، كما أن تخويل البلدية مهمة الانفراد بالمبادرة بالمشروع وإعداد دفتر الشروط ، واقتصار دور المتعامل على الترشح للعملية فقط بدفعه للكفالة دون المشاركة في إعداد المشروع ساعد كثيرا على عدم إعداد دفتر الشروط والانطلاق في الانجاز بسبب ضعف البلدية ماليا وتقنيا .

ونظرا لفشل قانون 86 - 07 وإخفاقه في تحقيق الهدف الذي سن لأجله ، وهو القضاء على أزمة السكن ، أو الحد منها على الأقل ، وتوجه البلاد نحو نمط اقتصاد السوق بموجب دستور 23 فيفري 1989 ، صارت الحاجة ماسة إلى إيجاد إطار قانوني جديد ينظم الترقية العقارية فتدخل المشرع من جديد في سنة 1993 و أصدر المرسوم التشريعي رقم: 93 - 03 المؤرخ في 01 مارس 1993 المتعلق بالنشاط العقاري والذي نص في مادته 30 على إلغاء القانون رقم: 86- 07 المتعلق بالترقية العقارية ، مع استثناء الحقوق المكتسبة والعمليات التي شرع فيها طبقا للقانون رقم : 86 - 07 المتعلق بالترقية العقارية .

ويتبين من بعض نصوص هذا المرسوم المنظم للترقية العقارية أنه وسع في مجال الترقية العقارية ، بحيث صارت تشمل البيع والإيجار على حد سواء ، بعد أن كانت تقتصر فقط على انجاز وتشيد البناءات المخصصة للسكن بقصد بيعها

ومدها لانجاز المحلات ذات الطابع المهني والصناعي والتجاري ، وكذا عمليات التجديد ، و لم تعد مقصورة على المحلات ذات الطابع السكني كما هو الحال في قانون 07-86 ، كما أنه نظم الترقية العقارية على أساس المنافسة الحرة بين القطاعين العام والخاص ، بعد أن كانت محتكرة من قبل القطاع العمومي ، كما أضفى هذا المرسوم على المتعامل في الترقية العقارية ، سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا صفة التاجر، وتخضع لأحكام هذا المرسوم أيضا أعمال الترقية العقارية التي تتولى انجازها الشركات المدنية العقارية ما لم تكن هذه الشركات تهدف إلى توفير الحاجات الخاصة بأعضائها .

وما يهمننا هنا هو نشاطات الترقية العقارية المخصصة للبيع . بحيث وبمجرد دخول المرسوم رقم: 93- 03 السالف الذكر حيز التطبيق بدأت ظاهرة بيع العقار وهو في مرحلة الانجاز أو حتى قبل ذلك، وهو ما يزال في مرحلة المشروع ، و هو ما أسماه المشرع بالبيع بناء على التصميم ، تنتشر في الجزائر انتشارا واسعا ، ولعل السبب في انتشار هذه الظاهرة هو أزمة الإسكان الخائقة التي تعيشها البلاد ، ورغبة المواطن الجزائري في تملك مسكنه بدلا من إيجاره .

وقد ساعد أيضا على انتشار هذه الظاهرة ، أي ظاهرة بيع العقار بناء على التصاميم بما تحققه من فوائد لكل من المشتري والبائع على حد سواء ، فالمشتري يجد فيها الوسيلة المثلى التي تمكنه من الحصول على وحدة سكنية في المستقبل دون أن يكون ملزما بدفع ثمنها كاملا دفعة واحدة ، كما هو الحال لو لجأ إلى شراء مسكن جاهز ، فهو يوفي بالثمن تدريجيا تبعا لتقدم أعمال البناء ، وبما يتفق وقدرته المالية .

أما البائع فإنه يرى فيها الوسيلة الفعالة التي تمكنه من تمويل مشروعه عن طريق ما يحصل عليه من دفعات وتسبيقات لأن البائعين الجزائريين لم يصلوا بعد إلى مرحلة التمويل الذاتي الكلي لعمليات البناء مثل البائعين في بعض الدول المتقدمة ، وارتفاع تكلفة البناء في العصر الحديث فيلجأون إلى عرضه للبيع وهو لا يزال في مرحلة البناء ، أو حتى قبل الشروع فيه .

وهكذا يساهم المشتري بأمواله في تمويل مشروع البناء الذي سيمتلك وحدة سكنية فيه ، بما يعود في النهاية بالنفع على الجميع .

غير أن ظاهرة بيع العقارات بناء على التصاميم وبالرغم من أنها تحقق مصالح جميع الأطراف ، إلا أنها مع ذلك ، قد يصاحبها كثير من المخاطر ، خاصة بالنسبة للمشتري الذي يتعرض إلى خطر توقف البائع عن استكمال بناء العقار المبيع غير الموجود وقت التعاقد ، فهناك من البائعين (المرقين العقاريين) لا يرون في هذه العملية سوى وسيلة لاستثمار الأموال وجني الأرباح الطائلة بأسرع ما يمكن حتى ولو كان ذلك على حساب المواطنين . والواقع العملي يشهد على ذلك ، فكثيرا ما تطالعنا الصحف والجرائد عن عدم اكتمال العديد من مشروعات البناء ، والتي بقيت عبارة عن هياكل عقارية غير مكتملة لعدة سنوات ، شوهدت النسيج العمراني والمنظر الجمالي للحي أو المكان الذي تقع فيه ، ويضطر المشترون لتلك الوحدات الى تسلمها على حالها مرغمين ، ويعملون بعد ذلك على اتمام بنائها ، سواء بأنفسهم ، أو بالاستعانة بذوي الاختصاص في مجال البناء والتشييد من مقاولين

ومعماريين ،بعدها يكونوا قد خسروا جزء كبير من أموالهم بسبب انخفاض قيمة العملة وارتفاع الأسعار .

وأمام تعرض المشتري لخطر توقف البائع عن اكتمال بناء العقار المبيع ، حاول المشرع الجزائري من خلال إصداره المرسوم التشريعي رقم :93 - 03 حماية المشتري ضد هذا الخطر . فالمشرع يهدف - دون شك - إلى توفير قدر معقول من الحماية للمشتري الذي يلتزم بدفع جزء من الثمن قبل إتمام بناء العقار المتفق عليه ، فمن يقبل أن يخاطر بقبول شراء عقار لم يوجد وقت التعاقد يستحق الحماية .

لكن المرسوم التشريعي رقم : 03-93 لم يوفر للمشتري الحماية الكافية التي كانت مرجوة منه و ذلك بسبب ما يكتنف بعض نصوصه من غموض و عدم الدقة ، و كذلك سوء تسيير بعض المرقين العقاريين الذين وصفوا بالمتطفلين الذين تحولوا من مقاولين إلى مرقين من دون احترامهم لأخلاقيات المهنة ، وعدم مراعاتهم لمحتوى دفتر الشروط المعمول به ، و ذلك بتلاعبهم بأسعار السكنات تحت غطاء ارتفاع أسعار مواد البناء مستغلين في ذلك خلو المرسوم التشريعي رقم 03-93 من نص قانوني يحدد سقف مراجعة الثمن ، الأمر الذي أدى إلى تأخر إنجاز و تسليم الكثير من الوحدات السكنية لا سيما المنجزة بصيغة البيع التساهمي الإجتماعي في آجالها المحددة ، باعتبار أن هذا النمط من السكن الترقوي هو الأكثر شيوعا في الحياة العملية بسبب التدعيم المقدم من طرف الدولة لفائدة المشتريين .

و نظرا لما تم تسجيله من نقائص في الميدان العملي مست الحاجة إلى ضرورة
مراجعة الإطار التشريعي للترقية العقارية قصد تدعيمه و تحسينه ، و قد تم ذلك فعلا
بصدور القانون رقم : 04-11 المؤرخ في 14 ربيع الأول عام 1432 الموافق 17
فبراير سنة 2011 الذي يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية .

و أهم ما جاء به هذا القانون الجديد أنه حرص على ضرورة اختيار المرقيين
العقاريين على أساس معايير دقيقة ، و ضبط الشروط الأساسية لمزاولة مهنة المرقي
العقاري ، و أخضع المرقي العقاري إلى ضرورة التسجيل في الجدول الوطني
للمرقيين العقاريين ، إنشاء مجلس أعلى للمرقيين يسهر على السير الحسن للمهنة ، و
احترام أحكام القانون ، و تحديد الشروط التي يجب أن تستوفيها المشاريع المتعلقة
بنشاط الترقية العقارية ، و تحسين أنشطتها و تدعيمها و ضبط مضمون العلاقات بين
المرقي و المكتب ، و كذا تأسيس امتيازات و إعانات خاصة بمشاريع الترقية
العقارية .

كما أن أهم ما يميز القانون الجديد هو نصه صراحة على تسقيف نسبة مراجعة
أسعار بيع الوحدات السكنية بناء على التصاميم بـ : 20% لوضع حد للفوضى التي
سادت في هذا القطاع في ظل القانون الذي كان ينظم هذا النوع من البيع ، و يتعلق
الأمر بالمرسوم رقم : 03-93 .

إن ظاهرة بيع العقارات بناء على التصاميم لم تملها ظروف المجتمع الجزائري
فحسب ، بل وجدت من قبل في المجتمع الفرنسي أيضا .

يعتبر بيع العقارات المقرر بناؤها أو في طور البناء أي بناء على التصاميم و الرسومات من البيوع الحديثة - نسبيا - كذلك في المجتمع الفرنسي .

ففي ظل القانون المدني لسنة 1804 لا توجد نصوص تعالج بناء العقارات ماعدا النصوص الخاصة بالبناء في أرض الغير ، والمادتين 1792 و 2270 المتعلقة بمسؤولية المهندسين المعماريين والمقاولين عن عيوب البناء .

لكن بعد الحرب العالمية الأولى بدأ الأفراد الذين يبحثون عن مسكن يتجمعون فيما بينهم ، ويحاولون إيجاد حل لما يعانون منه من أزمة السكن بمجهوداتهم الخاصة ، هذه التجمعات الصغيرة شكلت فيما بينها شركات تقوم وظيفتها على أساس بناء عقار يصير بعد اكتمال بنائه مملوكا ملكية مشتركة للشركاء .

وتقوم هذه الشركات بالبحث عن قروض من أجل تمويل عملية البناء ، لكن سرعان ما ثارت الشكوك حول مشروعية هذه الشركات التي لم يكن أعضاؤها يسعون الى تحقيق الربح . ورغم اعتراف القضاء بشرعية هذه الشركات . الا أن الشكوك التي أثيرت حول شرعيتها من طرف البنوك المانحة للقروض العقارية كانت عائقا أمام هذه الشركات لايجاد قروض ، ومن ثم فان تكريس القضاء لشرعيتها لا يكفي، بل لابد من تدخل المشرع لرفع هذه العقبات التي كانت تحول دون حصولها على قروض، وكان ذلك بالقانون الصادر في 28 جوان 1938 الذي نظم هذه الشركات وحدد أهدافها ، وأعتبرها نوعا من أنواع الشركات الاجتماعية

مدنية، تعاونية ، الخ. التي لا تهدف الى الربح ، والتي تتميز فقط بموضوعها الذي هو إقامة بناء وتوزيعه على الشركاء .

غير أن شركات البناء هذه فقدت جزءا كبيرا من هدفها الأصلي وهو بناء مساكن للشركاء فيها . وأصبحت أداة في يد المرقين - الذين كان عددهم قليل في ذلك الوقت - لبناء العقارات وتسويقها .

وفي ظل قانون 28 جوان 1938 الذي تضمن إجراءات موجهة بصفة أساسية لتسهيل تكوين وإنشاء هذه الشركات وتحقيق هدفها الاجتماعي ، فإنه لم يتعرض أصلا لمسألة حماية الراغبين في شراء المساكن ، ولم يتخذ أي إجراء خاص حول هذه النقطة ، لكن عندما تبين أن هناك بعض المرقين استغلوا جهل وسذاجة وحاجة الراغبين في الحصول على السكن ، ومن ثم بدأ للمشرع ضرورة حماية المشتريين ضد هذه التعسفات ، فأصبح اهتمام المشرع الأساسي هو حماية الراغبين في السكن ضد المرقين .

وكان أول تدخل للمشرع الفرنسي في هذا الصدد هو المرسوم رقم: 1123-54 الصادر في 10 نوفمبر 1954 الذي يهدف إلى حماية المدخر ضد بعض الممارسات الخاطئة *activités préhensibles* في مجال البناء ، فقد وضع هذا المرسوم عدة التزامات على عاتق بائع العقار المقرر بناؤه بغرض الاستعمال السكني . ثم تدخل المشرع بعد ذلك وأصدر القانون رقم: 54 - 63 بتاريخ 15 مارس 1963 المتضمن الاصلاح الجبائي العقاري قرر بموجبه إعفاء ضريبييا لصالح بائعي العقارات المقرر

بناؤها المخصصة للسكنى ، في مقابل التزام هؤلاء باحترام بعض القواعد الخاصة بحماية المشترين ، هذه النصوص الجزائية والجنائية كانت بحاجة إلى تكملتها بمقتضى بعض القواعد الخاصة بالقروض في مجال البناء فصدر المرسوم رقم: 324 - 63 بتاريخ 24 ديسمبر 1963 المتعلق بالقروض في مجال الإسكان .

وبقي بيع العقارات المقرر بناؤها أو تحت الانجاز في فرنسا خاضعا لمختلف النصوص السابق ذكرها، المتناثرة هنا وهناك ، والغير متطابقة ، ان لم تكن متناقضة فيما بينها خاصة مع مرسوم سنة 1954 ومن ثم فانه يستحق المعالجة وهو ما تم فعلا بصدور قانون 3 جانفي 1967 .

إن التشريعات التي صدرت سنة 1967 التي تعد بمثابة حجر الزاوية بالنسبة لبيع العقارات المقرر بناؤها في فرنسا عددها ثلاثة . التشريع الأول والأكثر أهمية هو القانون رقم : 67 - 3 الصادر بتاريخ 3 جانفي 1967 المتعلق ببيع العقارات المقرر بناؤها والالتزام بضمان عيوب البناء . التشريع الثاني هو القانون رقم: 7 - 547 الصادر بتاريخ 7 جويلية 1967 الذي وضع بعض نصوص قانون 67 - 3 بتاريخ 3 جانفي 1967 السابق الذكر . أما التشريع الثالث والأخير لسنة 1967 فهو المرسوم رقم : 67 - 1166 الصادر بتاريخ 22 ديسمبر 1967 المتضمن تطبيق القانون رقم: 67 - 3 بتاريخ 3 جانفي 1967 المعدل بمقتضى القانون رقم 67 - 547 في 7 جويلية 1967 المتعلق ببيع العقارات المقرر بناؤها أو تحت الانجاز والالتزام بضمان عيوب البناء .

وفي مرحلة لاحقة لسنة 1967 أصدر المشرع الفرنسي قانونين آخرين ، وان كان موضوعهما لا يتعلق أساسا ببيع العقار المقرر بناؤه أو تحت الانجاز ، غير أن لهما علاقة مهمة بالنسبة لهذا البيع ، ويتعلق الأمر من جهة بالقانون رقم : 78 - 12 الصادر في 4 جانفي 1978 المتعلق بالمسؤولية والتأمين في ميدان البناء ، ويتعلق الأمر من جهة أخرى بالقانون رقم 79 - 596 الصادر في 13 جويلية 1979 المتعلق بالإعلام و حماية المقترضين في المجال العقاري .

وأهم ما جاء به القانون رقم : 78 - 12 أنه مد نطاق تطبيق المسؤولية العشرية والتأمين منها من حيث الأشخاص الملزمين بها ليشمل بائع البناء بعد اكتماله ، بعد ما كان بائع البناء التام لا يخضع لقواعد المسؤولية العشرية التي يخضع لها بائع العقار المقرر بناؤه فقط في ظل قانون 3 جانفي 1967 ، وإنما يلتزم بأحكام ضمان العيوب الخفية في المبيع المنصوص عليها في عقد البيع .

ويتضح مما تقدم ، أن المشرع الفرنسي قد أولى بيع العقارات بناء على التصاميم أهمية خاصة ، ومنحه العناية التي يستحقها ، ونظمه تنظيما تشريعيًا متكاملًا من جميع الأوجه . وكان اهتمام المشرع الوحيد من وراء تنظيمه لهذا البيع هو تأمين حماية المشتري ضد البائعين قصد المحافظة على حقوقه من الضياع .

وقد أدرك المشرع الفرنسي أن الغرض من العقار موضوع البيع يختلف من حالة إلى أخرى ، فقد يكون العقار المبيع مخصصا للسكنى ، وقد يكون مخصصا للاستعمال الصناعي أو التجاري ، وإذا كان مشتري العقار المقرر بناؤه بصفة عامة

بحاجة إلى الحماية ، إلا أن المشرع الفرنسي لم يسو في المعاملة من حيث قدر الحماية الممنوحة للمشتري بين مشتري عقار مخصص للسكنى ، ومشتري عقار مخصص للاستعمال الصناعي أو التجاري ، فالأول يحتاج إلى قدر أكبر من الحماية من الثاني .

لذلك قرر المشرع الفرنسي حدا أدنى من الحماية يستفيد منه كل مشتري لعقار بناء على تصاميم ، بصرف النظر عن الغرض المعد له العقار المبيع وأسماء النطاق العام ، ثم كثف هذه الحماية أي منح المشتري حماية أكبر إذا كان الغرض من العقار المبيع هو الاستعمال السكني أو الاستعمال السكني والمهني معا وأسماء النطاق الخاص أو النطاق المحمي .

ومن هنا يأخذ موضوع بيع العقار بناء على التصاميم أهمية علمية وعملية. فمن الناحية العلمية يطرح موضوع بيع العقار بناء على التصاميم العديد من التساؤلات .

منها ما يتعلق بتكييف العقد ، هل هو عقد بيع عادي ، أو عقد مقاوله ؟ ولعلنا أن ما يطرح هذا التساؤل بالذات ، هو كون الالتزام الرئيسي فيه ، هو قيام المرقى العقاري بإقامة البناء خلال مدة محددة في العقد ، وهو نفس الالتزام الذي يلتزم به المقاول في عقد المقاوله ، وإذا كان هذا العقد الجديد ليس بعقد مقاوله ، أو عقد بيع ، فما هي طبيعته القانونية ان ؟

ومنها ما يتعلق بمحل العقد ، فالبيع هنا يرد على شيء مستقبل ، والتعامل في الأشياء المستقبلية جائز طبقا للقواعد العامة ، فالمادة 92 من القانون المدني تقضي بأنه << يجوز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا ومحققا >> . فطبقا لهذا النص يجوز بيع العقار قبل البدء في عملية البناء أو أثنائها .

وإذا كانت القواعد العامة تسمح ببيع العقارات قبل وجودها ، أي بناء على التصاميم ، فما هو الداعي إلى تنظيم هذا البيع بقواعد خاصة به ، وما هي الغاية من وجود قواعد خاصة إلى جانب القواعد العامة ، وهل تعتبر تطبيقا لما سبق للقانون أن قرره من قواعد عامة ، أم تختلف عنها ، وبالتالي تؤدي إلى ترتيب آثار مختلفة .

الواقع أن القواعد العامة لا توفر للمشتري الضمانات الكافية ، بالنظر إلى خصوصيات بيع العقار بناء على التصاميم ، فالمشتري يدفع جزءا من الثمن لتمويل عملية البناء ، ومن ثم فإنه يتعرض إلى خطر عدم استرداد ما دفعه إذا توقفت عملية البناء بسبب إفلاس البائع ، أو تصرف هذا الأخير في العقار المبيع أو في جزء منه عن طريق رهنه إلى المؤسسة المالية التي تقرضه أموالا لتمويل مشروعه . وهنا تكمن مشكلة بيع العقارات بناء على التصاميم ، وهي مشكلة غير مطروحة أصلا في البيع العادي المنصب على عقار موجود وقت التعاقد ، ولعل هذا هو السبب الذي يجعل القواعد العامة للبيع عاجزة عن حل المشاكل التي يطرحها بيع العقارات بناء على التصاميم .

ومنها ما يتعلق بتحديد التزامات المرقى العقاري ذلك أنه إذا كان البيع التقليدي يترتب التزامات في ذمة البائع ، وهي التزام البائع بالتسليم وبالضمان أي ضمان التعرض والاستحقاق وضمان العيوب الخفية ، نجد في بيع العقار بناء على التصاميم، المرقى العقاري يلتزم أساسا بإقامة البناء على نحو مطابق لقوانين البناء والتنظيمات خلال المدة المحددة في العقد . ويترتب على طبيعة هذا الالتزام الخاصة أنه يسأل عن ضمان العيوب الخفية في البناء الذي قام بتشبيده طبقا لأحكام الضمان العشري الخاص بالمهندسين المعماريين والمقاولين ولا يلتزم بأحكام ضمان العيوب الخفية في الشيء المبيع وفقا لقواعد عقد البيع التقليدي ، بل وأكثر من ذلك فإن المشرع قد أنشأ ضمنا خاصا بالعيوب الظاهرة يلتزم به بائع العقار بناء على التصاميم ، دون أن يلتزم به لا البائع في البيع العادي ، ولا المقاول في عقد المقولة.

وإذا كان الأصل في القواعد المتعلقة بعقد البيع العادي أنها قواعد مكملة، يجوز للمتعاقدين الاتفاق على مخالفتها ، فان طبيعة القواعد الخاصة ببيع العقار بناء على التصاميم هي قواعد أمر ، ولا يقتصر الأثر على مخالفتها على البطلان فقط ، بل يمتد إلى تعرض البائع إلى عقوبة جنائية (مالية وبدنية) .

ويهدف البحث من الناحية العملية إلى محاولة الإجابة على التساؤلات السابقة ، ووضع الحلول المناسبة لجميع المشاكل التي يثيرها موضوع بيع العقار بناء على التصاميم الذي أنتشر في الجزائر على نطاق واسع ، خاصة بعد صدور المرسوم التشريعي رقم 93 - 03 المتعلق بالنشاط العقاري والمرسوم التنفيذي رقم 94- 58 المؤرخ في 25 رمضان عام 1414 الموافق ل 7 مارس سنة 1994

المتعلق بنموذج عقد البيع بناء على التصاميم الذي يطبق في مجال الترقية العقارية، وما يكتنف بعض نصوص المرسوم رقم 93 - 03 ، وكذلك القانون الحالي وهو القانون رقم : 11-04 من غموض وعدم الدقة .

وبالرغم من الأهمية القصوى لهذا الموضوع ، إلا أنه لم ينل حصته من البحث في الفقه الجزائري إذ لا يوجد - حسب علمنا - كتاب أو رسالة تتناول هذا الموضوع الهام ، خاصة أنه موضوع لم يكن معروف من قبل ، وهي الدوافع الأساسية التي دفعتنا إلى اختيار البحث في هذا الموضوع ، وأملنا أن نقدم بحثا علميا نثري به المكتبة .

وقد حرصنا أن تكون دراسة هذا الموضوع عبارة عن مقارنة بين القانون الجزائري والقانون الفرنسي ، لوجود صلة وثيقة لا ينكرها أحد بينهما ، ومحاولة القانون الجزائري الاستفادة فيما يضعه من نصوص قانونية وما يجريه من تعديلات بالتطورات والإصلاحات التي طرأت على القانون الفرنسي في هذا الموضوع بما يتناسب منها - طبعاً - وأحكام القانون الجزائري إضافة إلى وجود اختلاف بينهما . وهذا من شأنه أن يثري الموضوع عن طريق المقارنة .

وقد رأينا أنه لكي تكون دراسة الموضوع محل هذا البحث شاملة ومتكاملة لابد من تقسيم الكلام فيها إلى بابين :

نخصص الباب الأول منه إلى طبيعة عقد بيع العقار بناء على التصاميم وإبرامه ، وذلك في فصلين ، ندرس في الفصل الأول طبيعة هذا العقد و

خصوصياته، وذلك في مبحثين أولهما نتكلم فيه عن الطبيعة القانونية ، و ثانيهما نبحث فيه خصائصه ، أما الفصل الثاني فسوف نخصه لدراسة إبرام هذا العقد، نعرض فيه للتراضي في عقد بيع العقار بناء على التصاميم في مبحث أول، والمحل الذي يرد عليه في مبحث ثان .

أما الباب الثاني ، فسوف نخصه لدراسة آثار عقد بيع العقار بناء على التصاميم ، وذلك في فصلين ، ندرس في الفصل الأول التزامات البائع ، نعرض فيه للالتزام الأساسي المميز لهذا العقد وهو التزام البائع بإيجاد العقار المتعاقد عليه وهذا في مبحث أول ، والتزام البائع بالضمان العشري الخاص بالمهندسين المعماريين والمقاولين الناتج عن طبيعة الالتزام الأول وهذا في مبحث ثان . أما الفصل الثاني فسوف نعرض فيه لخصوصيات نقل الملكية في هذا العقد والوفاء بالثمن ، نتكلم في المبحث الأول عن حقوق المشتري في الحصول على ملكية العقار المبيع ،بينما نبحث في المبحث الثاني الوفاء بالثمن ، ونختم بحثنا بخاتمة نبين فيها النتائج التي أسفر عنها البحث ، و ذلك وفقا للخطة الآتية :

الباب الأول : الطبيعة القانونية لعقد بيع العقار بناء على التصاميم و إبرامه .

الباب الثاني : آثار عقد بيع العقار بناء على التصاميم .

الخاتمة .

الباب الأول

الطبيعة القانونية لعقد بيع العقار بناء على التصاميم و إبرامه

الباب الأول

الطبيعة القانونية لعقد بيع العقار بناء على التصاميم وإبرامه

إن تسمية هذا النوع من البيع ، البيع بناء على التصاميم⁽¹⁾ ، أو البيع على التصاميم⁽²⁾، هي تسمية جديدة لم يعرفها القانون الجزائري إلا حديثا ، أي منذ تدخل المشرع بتنظيمه لهذا البيع ، إذ نظم أول مرة بموجب القانون رقم : 07/86 المتعلق بالترقية العقارية ، تم بموجب المرسوم التشريعي رقم : 03/93 المتعلق بالنشاط العقاري الذي ألغى قانون الترقية العقارية السابق ذكره ، ثم نظم أخيرا بمقتضى القانون رقم 04-11 المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية .

و تجدر الإشارة إلى أن قانون الترقية العقارية ، ومن بعده المرسوم المتعلق بالنشاط العقاري لم يعرفا هذا العقد الجديد ، غير أن هذا الأمر لم يستمر طويلا ، حيث بادر القانون رقم : 04-11 الذي يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية بتعريفه في المادة 28 التي تقضي على أن >> عقد البيع على التصاميم لبناية أو جزء من بناية مقرر بناؤها أو في طور البناء ، هو العقد الذي يتضمن و يكرس تحويل حقوق الأرض و ملكية البنايات

(1)- تسميته طبقا للمرسوم التشريعي رقم 93 - 03 المتعلق بالنشاط العقاري .

(2)- تسميته وفقا للقانون رقم : 11 - 4 المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية . و قد أخفق المشرع - في رأينا - في تسمية هذا البيع ، بالبيع بناء على التصاميم ، أو البيع على التصاميم ، لأن عبارة البيع بناء على التصاميم ، أو البيع بناء على التصاميم ، عبارة عامة ، فقد تفهم على أنها تشمل المنقول و العقار على السواء كبيع السفينة مثلا قبل البدء في بنائها ، لذلك نحن نفضل تسمية هذا البيع ببيع العقار بناء على التصاميم .

من طرف المرقي العقاري لفائدة المكتب موازاة مع تقدم الأشغال ، وفي المقابل يلتزم المكتب بتسديد السعر كلما تقدم الإنجاز....>> .

يتضح من هذا التعريف ، أن الإلتزام الأساسي و الجوهري الذي يضعه هذا العقد على عاتق البائع (المرقي العقاري) ، هو الإلتزام بتحويل حقوق الأرض و ملكية البناءات لفائدة المشتري (المكتب) ، و أن الإلتزام الرئيسي الذي يضعه عقد البيع بناء على التصاميم على عاتق المشتري هو الوفاء بالثمن ، أي أن هذا البيع حسب التعريف الوارد في المادة 28 من القانون رقم : 04-11 يتميز بعنصرين أساسيين ، هما نقل الملكية و الثمن ، وهما نفس العنصران اللذان يتميز بهما البيع بصفة عامة الذي عرفته المادة 351 من القانون المدني >> البيع عقد يلتزم بمقتضاه البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقا ماليا آخر في مقابل ثمن نقدي << .

أما المشرع الفرنسي الذي كان سابقا في تعريفه لعقد بيع العقار المقرر بناؤه أو أثناء الإنجاز ، فقد عرفه في المادة 1-1601 المضافة إلى القانون المدني الفرنسي بموجب القانون رقم : 3-67 الصادر بتاريخ : 3 جانفي 1967 الذي نظم عقد بيع العقارات المقرر بناؤها ، بأنه >> بيع العقار المقرر بناؤه ، هو الذي يلتزم بموجبه البائع ببناء (أو إقامة) عقار خلال مدة يحددها العقد <<⁽¹⁾ .

(1)- L'article 1601 – 1 du code civil , (la vente d'immeuble à construire est celle par laquelle le vendeur s'oblige à édifier un immeuble dans un délai déterminé par le contrat) .

و يلاحظ أن هذا التعريف ، أيا كان أمره - و على عكس القانون الجزائري - فقد تضمن عنصرين أساسيين لهذا العقد الجديد ، بحيث لا يوجد عقد بيع بناء على التصاميم بدونهما ، أو بدون أحدهما ، وهما إلّتزام البائع بالبناء ، و المدة التي يقام خلالها البناء⁽¹⁾ .

فالبائع في بيع العقار بناء على التصاميم ، يتعين عليه أولا ، و قبل كل شيء ، العمل على إيجاد العقار المتعاقد عليه ، خلال المدة المحددة في العقد ، ثم يقوم بعد تحقيق ذلك بنقل ملكيته إلى المشتري .

و بمقارنة تعريف المشرع الجزائري لعقد البيع بناء على التصاميم الوارد في المادة 28 من القانون رقم : 04-11 المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية ، بتعريفه لعقد البيع العادي بصفة عامة الوارد في المادة 351 من القانون المدني ، نجد أن التعريفين لا يختلفان عن بعضهما إلا من حيث الشيء الذي يرد عليه محل إلّتزام البائع بنقل أو تحويل الملكية في كليهما ، ففي بيع العقار بناء على التصاميم ، نجد البائع (المرقي العقاري) يلتزم بتحويل حقوق الأرض و ملكية البناء لفائدة المشتري (المكتتب) موازاة مع تقدم الأشغال ، في حين نجد البائع في البيع العادي يلتزم بنقل ملكية شيء ، سواء كان هذا الشيء منقولا أو عقارا .

(1)-Jean – bernard auby hugues périnet – marquet ; droit de l'urbanisme et de la construction , 7^e édition , montchrestien , 2004 . n .1485 . p 886 .

و عليه يمكننا القول بأن المشرع الجزائري قد اغفل عند تعريفه لعقد بيع العقار بناء على التصاميم تضمين هذا التعريف العنصر الأساسي و الجوهرى المميز لهذا العقد الجديد ، و هو التزام البائع بإقامة البناء المتفق عليه خلال المدة المحددة في العقد .

و بناء على ذلك ، نحاول من جانبنا تعريف عقد البيع على التصاميم بأنه >> هو العقد الذي يلتزم بموجبه البائع (المرقى العقارى) ببناء العقار المتعاقد عليه خلال المدة التي يحددها العقد ، و أن يأتي هذا البناء مطابقا للمواصفات و التصاميم و النماذج و الرسومات المتفق عليها ، كما يلتزم بأن ينقل حقوقه على الأرض ، و كذلك ملكية البناء المقام على الأرض و الموجود وقت إبرام البيع ، و ينقل ملكية المنشآت التي ستقام مستقبلا أولا بأول إلى المشتري بمجرد الانتهاء منها ، و يلتزم المشتري (المكنتب) بدفع الثمن حسب التقدم في أعمال البناء << .

و قد رأينا ، أنه من المنطقي التعرض أولا لطبيعة عقد بيع العقار بناء على التصاميم و خصائصه الذاتية التي تميزه عن غيره من العقود القريبة منه و التي قد تشتبه به ، على اعتبار أن الطبيعة القانونية لأي عقد هي مسألة أولية ، ثم التعرض بعد ذلك لتكوينه، وذلك في فصلين ، نخصص الفصل الأول للطبيعة القانونية لعقد بيع العقار بناء على التصاميم و خصائصه ، و نعرض في الفصل الثانى لإبرامه أو انعقاده ، وفقا للخطة الآتية .

- الفصل الأول : الطبيعة القانونية لعقد بيع العقار بناء على التصاميم و خصائصه .

- الفصل الثانى : إبرام عقد بيع العقار بناء على التصاميم .

الفصل الأول

الطبيعة القانونية لعقد بيع العقار بناء على التصاميم و خصائصه

الفصل الأول

الطبيعة القانونية لعقد بيع العقار بناء على التصاميم و خصائصه

لقد بدأت ظاهرة بيع الشقق السكنية بناء على التصاميم تنتشر في الجزائر ، خاصة بعد أن تدخل المشرع بتنظيم هذا النوع الجديد من البيع بأحكام خاصة ، تتميز بالصفة الآمرة ، أي أنها تتعلق في أغلبها بالنظام العام ، بما يكفل حماية حقوق المشتري الطرف الضعيف في علاقته مع البائع ، دون أن يغفل حقوق هذا الأخير ، سواء خلال مرحلة إنجاز البناء أو بعد إكتماله .

و لعل ما ساعد على انتشار هذه الظاهرة ، أي ظاهرة بيع الشقق السكنية على التصاميم ، هو أزمة الإسكان الخائفة التي تعيشها البلاد ، ورغبة الدولة في القضاء عليها ، أو على الأقل التخفيف منها ، و ذلك عن طريق المساعدات المالية التي تقدمها للمواطنين الذين يرغبون في شراء مساكن وفقا لهذه الصيغة الجديدة ، و كذلك الإمتيازات و المساعدات - و التي تتمثل أساسا في تخفيف نسب فوائد القروض ، و تخفيض اسعار الأرض ، و الإعفاء من الضرائب ، تسهيلات الضمان الإجتماعي ، الأولوية في إقتناء مواد البناء - التي تمنحها الدولة لصالح المرقين العقاريين الذي ينشطون في إطار البرامج السكنية التي تدعمها الدولة ، أي في مجال ما يعرف ببيع السكن الترقوي الاجتماعي التساهمي ، و الموجهة للطبقة المتوسطة من المواطنين الذين لا تتوافر فيهم شروط الإستفادة من السكن الإجتماعي ، وليست لهم القدرة على اقتناء سكنات ترقية في البيع الحر ، و الذي أصبح يسمى الآن بالسكن الترقوي المدعم ، ذلك أن بيع السكن الترقوي على نوعين ، بيع ترقوي حر (غير مدعم) و بيع ترقوي مدعم ، ولا يوجد أي

إختلاف بينهما ، إلا من حيث الإمتيازات التي يوفرها كل نوع ، أما البيع ففي كليهما يتم بناء على التصاميم ، مع ملاحظة أن البيع الترقوي المدعم⁽¹⁾ هو الأكثر شيوعا و إستعمالا في الحياة اليومية و الأكثر أهمية، من النوع الآخر ، أي البيع الترقوي الحر .

و هكذا ، فإن ظاهرة بيع الشقق السكنية بنـاء على التصاميم أصبحت ظاهرة عامة، بعد أن كانت من قبل من قبيل الاستثناء ، لذلك يثور التساؤل عن الطبيعة القانونية لهذا البيع الجديد ، وما هي الخصائص المميزة له . وهذا ما سنعرض له في المبحثين الآتيين :

المبحث الأول : الطبيعة القانونية لعقد بيع العقار بناء على التصاميم .

المبحث الثاني : خصائص عقد بيع العقار بناء على التصاميم .

المبحث الأول

الطبيعة القانونية لعقد بيع العقار بناء على التصاميم

سبق و أن رأينا ، بأن الإلتزام الأساسي و الجوهرى الذي يضعه هذا العقد على عاتق البائع هو الإلتزام بالبناء ، و إذا كان البائع يلتزم بإقامة بناء خلال مدة محددة في

(1) السكن الترقوي المدعم ، هو خليط بين السكن الترقوي التساهمي و البيع الإيجاري ، الأول من حيث تدعيم الدولة المشتري بنسبة 400.000.00 دج أو 700.000.00 دج ، و الثاني من حيث إمكانية حصول المشتري على قرض من البنك .

العقد ، فإن تحديد الطبيعة القانونية لهذا العقد ليس بالأمر الهين كما يبدو لأول وهلة. فالقول أن محل العقد هو إقامة بناء خلال مدة محددة، و القول بأن المدين بهذا الإلتزام هو بائع، يبدو غريباً، فالبيع هو عقد ناقل للحقوق ، فالبايع فيه يلتزم - حسب نص المادة 351 من القانون المدني - بنقل ملكية شيء أو حقا ماليا آخر في مقابل ثمن نقدي. حقا أن هذا العقد ينشئ التزامات أخرى ملحقة ، تقع على عاتق طرفيه، لكن هل يعتبر الإلتزام بإقامة البناء إلتزاما ملحقا بالنسبة لعقد البيع ؟ مادام جوهر عقد البيع هو الإلتزام بنقل الملكية، أم أنه إلتزاما أصليا ، و الإلتزام بنقل الملكية إلتزاما ملحقا، و إذا كان الأمر كذلك، فإن عقد بيع العقار بناء على التصاميم يكون أقرب إلى عقد المقاوله منه إلى عقد البيع، و إذا كان هذا العقد الجديد ليس بعقد مقاوله، أو عقد بيع ، فما هي طبيعته القانونية ؟.

للإجابة على هذا التساؤل ، أو بالأحرى للوقوف على تحديد الطبيعة القانونية لهذا العقد الجديد، يجدر بنا أن نميز بوضوح بين بيع عقار بناء على التصاميم و غيره من العقود القريبة منه و التي قد تشتبه به، و سنقتصر هنا على التفرقة بين هذا العقد الجديد، و عقدي المقاوله و بيع عقار موجود وقت التعاقد، بإعتبار أن الأول يشترك معه في الإلتزام بالبناء، والثاني يشته به في نقل الملكية، وهذا ما سنعرض له في المطلبين الآتيين .

- المطلب الأول : عقد بيع العقار بناء على التصاميم و عقد المقاوله .

- المطلب الثاني : عقد بيع العقار بناء على التصاميم و عقد بيع عقار موجود وقت

التعاقد .

المطلب الأول

عقد بيع العقار بناء على التصاميم وعقد المقاولـة

قد نجد أن بعض العلاقات المختلفة تؤدي إلى نفس النتائج من الناحية الإقتصادية، فالالتزام مقاول بناء مثلا بأن يقوم ببناء مبنى لشخص آخر، أو أن يبيعه مبنى سيقوم ببنائه فإن الوضع في الواقع واحد من حيث الهدف الذي يسعى إليه الطرفان وقت إبرام العقد، لكن ذلك لم يمنع المشرع من أن يضع تنظيم خاص تحت إسم عقد المقاولـة في الحالة الأولى، وتنظيم آخر تحت إسم البيع في الحالة الثانية.

في الواقع أن مشكل التمييز بين عقدي المقاولـة وبيع العقار بناء على التصاميم أصبح مطروحا في الوقت الحاضر لأن مقاولي البناء الذين يحترفون هذه المهنة هم أنفسهم الذين يمارسون حاليا نشاطات الترقية العقارية. فما هي طبيعة العقد الذي يبرم بين المرقيـي العقاري البائع و المشتري الوارد على عقار بناء على التصاميم، هل هو عقد مقاولـة، يخضع للتنظيم القانوني الخاص بهذا العقد، أم عقد بيع لعقار بناء على التصاميم تسري عليه أحكام هذا العقد، فما هو إذن معيار التفرقة بين هذين العقدين ؟ وقبل أن نعرض لذلك، نعرض أولا لأهمية التفرقة بينهما وذلك في فرعين متتاليين.

الفرع الأول

أهمية تمييز عقد بيع العقار بناء على التصاميم عن عقد المقاولة

نستطيع أن نقول أنه قبل صدور قانون الترقية العقارية لسنة 1986. بأن الضمان التقليدي الذي يلتزم به البائع وفقا للمادة 397 وما بعدها من القانون المدني. والضمان العشري الذي يخضع له المقاول والمهندس المعماري وفقا للمادة 554 من القانون المدني هو الذي كان يمثل الأهمية الكبرى للتمييز بين العقدين. فقد كان الجدل قائما حول معرفة أي من الضمانين يطبق إذا كان مقاول البناء هو نفسه بائع العقار بناء على التصاميم . غير أن هذه الأهمية تلاشت منذ أن مد المشرع نطاق تطبيق الضمان العشري الذي يخضع له المهندس المعماري و المقاول ليشمل بائع العقار بناء على التصاميم خاصة فيما يتعلق بالعيوب الخفية⁽¹⁾.

(1) يلاحظ أن المادة 15 من المرسوم التشريعي رقم : 93 / 03 المتعلق بالنشاط العقاري التي تقابل المادة 1642-1 من القانون الفرنسي الخاصة بالعيوب الظاهرة لا تتعلق إلا بعقد بيع مبنى بناء على التصاميم. فالمهندس المعماري و المقاول في عقد المقاولة لا يسألان عن العيوب الظاهرة أو المعلومة لرب العمل وقت تسلم الأعمال دون أن يبدي هذا الأخير تحفظات بشأنها ، راجع في هذا المعنى . محمد كمال مرسي : شرح القانون المدني. العقود المسماة، الجزء الرابع، عام 1953 . ف 579 ص 499 - عبد الرزاق أحمد السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني، العقود الواردة على العمل، الجزء السابع ، المجلد الأول ، دار إحياء التراث العربي ، 1964 ، ف 65 ص 115 -

Planiol et ripert par rouast ; traité pratique de droit civil français , tome 6 , 2^e édition , librairie générale de droit et de jurisprudence , 1954 , n 951 . p 194 – albert caston : la responsabilité des constructeurs , 2^e édition , édition de moniteur , 1979 . n 202 . p . 110 ; andrée roussel et collaborateurs . responsabilités et assurances des constructeurs , 1979 , technique et documentation . p . a 11 =

بالمقابل، فإن القانون الفرنسي لسنة 1967 جاء بأهمية جديدة تضمنتها المادة :
1601 4 فقد نصت هذه المادة صراحة على جواز تنازل المشتري عن حقوقه
الناشئة عن عقد بيع العقار المقرر بناؤه ، ويحل المتنازل له محل المشتري
(المتنازل) بقوة القانون بالنسبة لالتزامات هذا الأخير في مواجهة
البائع.(تنازلا فعليا عن العقد كلية) وبذلك يكون المشرع الفرنسي قد خالف القواعد
العامة. فهذا التنازل خاص ببيع عقار تحت الإنجاز ولا يمكن تطبيقه إذا تعلق
الأمر بعقد مقاول⁽¹⁾.

إن الطعن بدعوى الغبن⁽²⁾ يشكل أيضا أهمية لا يمكن أن يستهان بها، ذلك أن
الغبن لا يتصور إلا بالنسبة لبعض العقود⁽³⁾، أو بالنسبة لبعض الأشخاص⁽⁴⁾.
ومن بين هذه العقود القليلة بيع العقار، وإذا كان صحيحا أن القانون المدني قد نظم
الغبن في البيع الذي يرد على شيء⁽⁵⁾ موجود بالفعل. غير أنه لا يوجد ما يمنع قانونا

= و قد جاء القانون رقم 04-11 المحدد للقواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية خاليا من نص يلزم المرقي
العقاري بالعيوب الظاهرة .

(1)en ce sens : frank . steinmetz ;les ventes d'immeubles à construire ,
thèse , montpellier , 1970 n38 P . 43

(2)موضوع دعوى الغبن يختلف في القانون الفرنسي عنه في القانونين الجزائري و المصري ، فهي في
القانون الفرنسي تهدف إلى فسخ العقد (المادة 1674 مدني فرنسي)، بينما تهدف في القانونين
الجزائري (المادة 358 مدني جزائري) و المصري (المادة 425 مدني مصري) إلى تكملة الثمن.

(3) كالبيع و قسمة العقار.

(4) إن الحق في الطعن في القانون المصري (المادة 425) مقصور على البائع القاصر فقط .

(5) المقصود بالشيء العقار دون المنقول لأن الطعن بالغبن مقصور على العقار دون المنقول (فالمادة

358 من القانون المدني الجزائري نصت على أنه إذا بيع عقار).

من تطبيقه كذلك على بيع العقار بناء على التصاميم. لكن دعوى الغبن لا يمكن قبولها بالنسبة لعقد المقاولة.

و فيما يتعلق بالثمن فإنه يجب أن يكون معيناً أو على الأقل تحديد الأسس التي سيتحدد بناء عليها في المستقبل، وإلا وقع البيع باطلاً بطلانا مطلقاً.⁽¹⁾ أما عقد المقاولة، فإنه لا يشترط لصحته ضرورة تحديد الأجر سلفاً⁽²⁾. فإذا لم يتفق المقاول ورب العمل على الأجر أمكن تحديده على أساس قيمة العمل ونفقات المقاول. بينما لا يرى الفقه الفرنسي في مسألة تحديد الثمن من عدمه أنها تشكل أهمية للفرقة بين العقدين⁽³⁾، فهو يفرق بين ما إذا كان عقد المقاولة وارداً على أعمال ذات

(1) H.L et j Mazeaud François chabas : leçons de droit civil principaux contrats vente et échange , tome 3 , 2 volume , 7 édition 1987 par Michel de Juglart, éditions Montchrestien N^o 8 62 . P .136 et N^o 875 .P 150.

بجاوي المدني ، التفرقة بين عقد العمل و عقد المقاولة ، دراسة تحليلية و نقدية ، دار هومة ، 2008 ص 94 .
(2) عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء 7 المجلد الأول ، العقود الواردة على العمل ، 1964 ، دار إحياء التراث العربي بيروت لبنان ، الفقرة 6 الصفحة 23 هامش 3 - قدري عبد الفتاح الشهاوى : عقد المقاولة في التشريع المصري و المقارن ، سنة 2002 ، منشأة المعارف بالأسكندرية ، ص 42 .

Cass . 1^e civ . 13 mars 1973 , Bull . civ . 1 . n 96 ; J . ghestien , l'indétermination du prix de vente et la condition potestative , D . 1973 , chron . 293 ;
bernard boubli, contrat d'entreprise , encycl . D .Rép . dr . civ . tome VII avril 2003 n 23 . p . 7.

(3) Frank steinmetz ; ouvrage précité N^o 39 . p 44 .

أهمية كبيرة كبناء عقار مثلا. فالأجر يصبح عنصرا أساسيا لصحة العقد كالبيع تماما. أما إذا كانت الأعمال قليلة الأهمية فإن العقد يعتبر صحيحا بالرغم من عدم تحديد الأجر.

ومن الأهمية أن نعرف ما إذا كنا بصدد عقد بيع أو عقد مقولة من أجل تحديد التأمينات. التي تضمن الوفاء بالثمن أو الأجر. فإذا كان العقد مقولة فإن التأمين الذي يضمن الوفاء بالأجر هو إمتياز المقاول و المهندس المعماري المقرر بنص المادة 1000 من القانون المدني الجزائري . أما إذا كان العقد بيعا، فإمتياز البائع هو الذي يضمن الوفاء بالثمن المستحق المادة 999 من نفس القانون.

وأخيرا، بالنسبة للتحلل من العقد، فإنه من الأهمية كذلك معرفة ما هي طبيعته القانونية، قصد تطبيق بعض النصوص التي تعتبر شخص المتعاقد محل إعتبار و التي تعد خروجا على حكم القواعد العامة. فالمادة 569 من القانون المدني الجزائري التي تقابلها المادة 1795 من القانون المدني الفرنسي، نصت على أن عقد المقولة ينقضي بموت المقاول إذا أخذت بعين الإعتبار مؤهلاته الشخصية وقت العقد، كما أن لرب العمل أن يتحلل من العقد ويوقف التنفيذ في أي وقت قبل إتمامه المادة 1/566 من القانون المدني الجزائري و 1794 مدني فرنسي⁽¹⁾.

(1) ويلاحظ أن رب العمل في القانون الفرنسي يكون له الحق في الفسخ إذا كانت مقولة جزافية .
dant le marché a forfait

الفرع الثاني

معيار تمييز عقد بيع العقار بناء على التصاميم عن عقد المقاولة

المقاولة عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين وهو المقاول، أن يصنع شيئاً أو أن يؤدي عملاً مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الآخر، وهو رب العمل⁽¹⁾.
وعقد بيع العقار بناء على التصاميم، هو البيع الذي يلتزم بموجبه البائع ببناء عقار خلال مدة محددة في العقد.

ومن هذا، يتبين أن عقد المقاولة يقترب من عقد بيع العقار بناء على التصاميم، فالبائع في هذا العقد أو المقاول في عقد المقاولة يلتزم بصنع شيء إقامة بناء خلال مدة محددة مقابل ثمن أو أجر يلتزم به المشتري أو رب العمل، فالإلتزام البائع في عقد بيع العقار ببناء على التصاميم لا يكاد يختلف عن الإلتزام المقاول في عقد المقاولة.

فإذا إقتصر المقاول على تقديم عمله على أن يقدم رب العمل المواد التي يستخدمها في إنجاز عمله فإن العقد يعتبر مقاولة، أما إذا قدم المقاول المادة و العمل معا⁽²⁾، فإن عقد المقاولة قد يشتهر ببيع العقار بناء على التصاميم في هذه الحالة، ومن

(1) المادة 549 من القانون المدني الجزائري .

(2) المادة 550 / 2 من القانون المدني الجزائري .

ثم يثور الشك حول طبيعة العقد ، هل هو عقد بيع لشيء مستقبل أم عقد مقاوله؟.

هذا بالإضافة إلى أن المتعاقدين غالبا ما يصفون - لأسباب ضريبية - إتفاقهم بعقد مقاوله حتى ولو كان في حقيقته بيعا، وهم يهدفون من وراء ذلك إلى تفادي الخضوع إلى الضريبة الباهضة المفروضة على البيوع العقارية⁽¹⁾.

في الواقع لا يجب الإعتداد بالوصف الذي أضفاه الطرفان على إتفاقهم، وإنما يجب تكييف العقد تكييفا صحيحا، فما هو إذا فيصل التفرقة بين عقد المقاوله وعقد بيع العقار بناء على التصاميم.

يرى البعض⁽²⁾، أن معيار التفرقة بين عقد المقاوله وعقد بيع العقار بناء على التصاميم يمر بملكية الأرض Tient à La propriété du sol، ويفرق الدكتور محمد المرسي زهرة⁽³⁾ بين ثلاثة حالات.

(1) Jacques tartanson ;la vente d'immeuble a construire jusqu'a la délivrance loi du 3 janvier 1967. p 107 et 108.

(2)philippe malinvaud philippe jestaz ; droit de la promotion immobilière , troisième édition , 1986 . dalloz . n⁰ 305 p 344 .

(3)محمد المرسي زهرة : بيع المباني تحت الإنشاء ، دراسة مقارنة في القانون المصري و الكويتي و الفرنسي ، الطبعة الأولى 1989 ، رقم : 23 ص 46 .

- **الحالة الأولى** : إذا قدم مالك الأرض المواد المستخدمة في إنجاز عملية البناء، وأقتصر دور المقاول على العمل فقط. فإن العقد يعتبر عقد مقاوله، فالمقاول في هذه الحالة تعهد بتقديم عمله فقط، أي بصنع شيء (إقامة بناء) لفائدة مالك الأرض وبمواد مملوكة لهذا الأخير، ولا يغير من ذلك، كون الأرض أصبحت بعد البناء عقارا مبنيا، فتغيير طبيعتها القانونية لا يغير في ملكيتها.

- **الحالة الثانية** : إذا إقتصر رب العمل على تقديم الأرض، وقدم المقاول بالإضافة إلى عمله المواد التي يستخدمها في إنجازها نكون بصدد عقد مقاوله، ولا يجب أن نعتد بقيمة العمل مقارنة بقيمة المواد المستخدمة⁽¹⁾.

- **الحالة الثالثة** : وهي الحالة التي يقوم فيها المقاول بإقامة البناء على أرض مملوكة له، أو على الأقل صاحب حق يمنحه سلطة البناء عليها وبمواد من عنده.

(1) السنهوري، المرجع السابق، الجزء 7، الفقرة 6 الصفحة 26 هامش 3 - خميس خضر - العقود المدنية الكبيرة (البيع والتأمين والإيجار) الطبعة الأولى سنة 1969 . الناشر دار النهضة العربية صفحة 32. - إبراهيم عثمان بلال : تملك العقارات تحت الإنشاء، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، فقرة : 69 ص 85. محمد صبري السعدي : الواضح في شرح القانون المدني، عقد البيع و المقايضة، دراسة مقارنة في القوانين العربية. 2008. دار الهدى للطباعة و النشر و التوزيع. فقرة 27 ص 43 .

Daniel mainguy ; contrats spéciaux ,5^e édition.2006 .Dalloz . N⁰ 33 . p 38 . ;
frédéric leclerc ; droit des contrats spéciaux , 2007. L. G . D. J. N⁰ 63 .P.35 .

فإن هذا العقد يعتبر بيعاً⁽¹⁾ وارداً على شيء مستقبل، أسماه المشرع « بيع عقار تحت الإنجاز »، أو البيع ببناء على التصاميم « فالإلتزام ببناء عقار يظهر في عقد المقابلة كما يظهر في عقد بيع عقار مقرر بناؤه ، و إذا كان هذا الإلتزام هو جوهر عقد بيع السكنات تحت الإنشاء إلا أن ذلك لا يعني أن هذا العقد يختلط بعقد المقابلة فرغم التشابه الكبير بينهما في بعض الحالات فإنه يبقى لكل عقد ما يميزه عن الآخر ويحفظ له ذاتيته الخاصة »⁽²⁾ .

والخلاصة من كل ذلك، أن ما يميز عقد بيع العقار ببناء على التصاميم عن عقد المقابلة ، هو عنصر نقل الملكية⁽³⁾، فالأول يتضمن إلتزاماً بنقل الملكية، و الثاني لا يتضمن هذا الإلتزام.

(1) Jérôme Huet , les principaux contrats spéciaux , 2^e édition , 2001 .
L . G .D . J . N 11125 . P . 79 ;Daniel mainguy , ouvrage précité . n 34 . p . 38 ;
frédéric leclerc , ouvrage précité . n 63 . p . 35 .

(2) محمد المرسي زهرة : المرجع السابق رقم : 26 ص 51 .

(3) Jean – bernard auby hugues périet – marquet ; ouvrage précité . n 1486 . p . 886

المطلب الثاني

عقد بيع العقار بناء على التصاميم و عقد بيع عقار موجود وقت التعاقد

قد يبدو لأول وهلة أن الفرق بين البيع العادي وبيع العقار بناء على التصاميم، واضح لا يحتاج إلى تحديد، فالعقار - في الواقع - إما أن يكون موجودا بالفعل وقت إبرام العقد ، فنكون بصدد بيع تقليدي. وإما أن يكون غير موجود، فيكون العقد بيعا لعقار بناء على التصاميم.

لكن الواقع قد يفرز حالات، يصعب فيها التحقق مما إذا كنا بصدد بيع عادي، أم بصدد بيع عقار بناء على التصاميم، خاصة أن كلا النوعين من البيع لا يخضعان إلى نظام قانوني موحد، و فيمالي نعرض لأهمية التفرقة بينهما، ثم نعرض بعد ذلك لمعيار التفرقة وذلك في فرعين متتاليين.

الفرع الأول

أهمية تمييز عقد بيع العقار بناء على التصاميم عن عقد بيع عقار

موجود وقت التعاقد

مما لا شك فيه أن نظام ضمان العيوب هو الذي يمثل الأهمية الكبرى للتمييز بين بيع عقار موجود ، وبيع عقار على تصاميم، فالبائع في البيع التقليدي لا يضمن

إلا العيوب الخفية⁽¹⁾ وهي العيوب التي لا يستطيع المشتري أن يكتشفها لو فحص المبيع بعناية الرجل العادي. أما العيوب الظاهرة، وهي تلك العيوب التي كان المشتري يعرفها وقت البيع ، أو كان يستطيع أن يكتشفها لو أنه فحص العقار المبيع بعناية الرجل العادي فلا يلتزم بضمانها⁽²⁾. وضمان البائع لهذه العيوب لا يتعلق بالنظام العام ، و من ثم يجوز الإتفاق على زيادته ، أو إنقاصه، أو إسقاطه⁽³⁾. أما في بيع العقار بناء على التصاميم، فإن البائع يخضع لنظام الضمان الذي يخضع له المهندس المعماري و المقاول ، ولا يضمن العيوب الخفية فقط، بل يضمن كذلك العيوب الظاهرة⁽⁴⁾. و أن هذا الضمان يعتبر من النظام العام، لا يجوز الإتفاق على إعفاء البائع من الضمان أو الحد منه وكل إتفاق على ذلك يقع باطلا و لا أثر

(1) أسعد دياب ، ضمان عيوب المبيع الخفية ، دراسة مقارنة بين القانون اللبناني و الشريعة الإسلامية و القوانين الحديثة العربية و الأوروبية ، الطبعة الثالثة ، إقرأ للنشر و التوزيع و الطباعة ، ص 53 — محمد زعموش، نظرية العيوب الخفية في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، رسالة دكتوراه، جامعة منتوري – قسنطينة ، سنة 2005 ص 61.

(2) الفقرة الثانية من المادة 379 من القانون المدني الجزائري .

(3) المادة 384 من القانون المدني الجزائري .

(4) Bernard gross , philippe bihr , contrats ventes civiles et commerciales , baux d' habitation , baux commerciaux 2^e édition . 2002. p. u f , n 370 . p . 244 .

له⁽¹⁾. ومدة الضمان هي عشر (10) سنوات⁽²⁾ وليس سنة كما هو الحال في البيع العادي⁽³⁾.

ومن ناحية أخرى، فإذا كانت شكلية العقد لا تمثل أية أهمية للتفرقة بين البيع العادي وبيع عقار بناء على التصاميم في القانون الجزائري، لكونها تعتبر ركن أساسي في بيع العقار⁽⁴⁾. سواء أنصب البيع على عقار موجود وقت العقد، أو

(1) المادة 556 من القانون المدني الجزائري، التي تقابلها المادة 1792 - 5 من القانون المدني الفرنسي المضافة إليه بمقتضى قانون 4 يناير 1978 .

(2) المادة 554 من القانون المدني الجزائري . مع ملاحظة أن مدة العشر سنوات، هي مدة لإختبار متانة و صلابة البناء ، وليست مدة تقادم كما هو الحال في دعوى الضمان طبقا للقواعد العامة.

(3) المادة 383 من القانون المدني الجزائري .

(4) أو التصرف في العقار بصفة عامة، وهذا ما نصت عليه المادة 324 مكرر 1 المضافة إلى القانون المدني بموجب القانون رقم 88 - 14 المؤرخ في: 16 رمضان عام 1408 الموافق لـ 03 ماي سنة 1988 الذي يعدل ويتم الأمر رقم 75 - 58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون المدني - والتي حلت محل المادة 12 من قانون التوثيق الصادر بالأمر رقم: 70 - 91 المؤرخ في: 15/12/1970 والذي بدأ العمل به ابتداء من 1971/01/01 - وذلك بقولها (زيادة على العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي يجب تحت طائلة البطلان تحرير العقود التي تتضمن نقل عقار أو حقوق عقارية أو محلات تجارية أو صناعية أو كل عنصر من عناصرها، أو التنازل عن أسهم من شركة أو حصص فيها ، أو عقود إيجار زراعية أو تجارية أو عقود تسيير محلات تجارية أو مؤسسات صناعية في شكل رسمي ، ويجب دفع الثمن لدى الطابط العمومي الذي حرر العقد ...). وقد نصت كذلك المادة 12 من المرسوم التشريعي رقم 93 - 03 المتعلق بالنشاط العقاري على أن(يحرر عقد البيع بناء على التصاميم على الشكل الرسمي ...). و التي صارت بعد إلغاء المرسوم المذكور المادة 34 في القانون رقم : 11-04 الذي يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية >> يتم إعداد عقد البيع على التصاميم في الشكل الرسمي و يخضع للشكليات القانونية الخاصة بالتسجيل و الإشهار ...>> .

على عقار غير موجود. فإنها مع ذلك لها أهميتها في القانون الفرنسي الذي نص صراحة على أن عقد بيع العقار المقرر بناؤه يجب أن يحرر في شكل رسمي إذا أبرم في نطاق الحماية الخاصة (المادة 7 من قانون 03 جانفي 1967). وهذا الحكم إستثناء هام على قاعدة رضائية العقود في القانون الفرنسي الواردة في المادة 1583 من القانون المدني الفرنسي التي تنص على أن البيع ينعقد بين الطرفين بمجرد الإتفاق على الشيء المبيع والثمن.

الفرع الثاني

معيار تمييز عقد بيع العقار بناء على التصاميم

عن عقد بيع عقار موجود وقت التعاقد

إن معيار التفرقة بينهما يرتبط أساسا بالوقت الذي يبرم فيه العقد⁽¹⁾. فالمرسوم التشريعي رقم 03/93 و القانون رقم 04-11 لا يطبقان فقط على العقود التي تبرم قبل البدء في تنفيذ عمليات البناء بل أيضا على العقود التي تبرم أثناء الإنجاز، بمعنى أن العقد يعتبر بيعا لعقار بناء على التصاميم، ما دام أن العقار المبيع لم يكن قد أكتمل وجوده، وقت البيع. وبالنتيجة لذلك، فإذا أبرم العقد بعد الإنتهاء من البناء وأكتمل وجود العقار المبيع فإن العقد يعتبر بيعا عاديا⁽²⁾، لا

(1) Frank steinmetz ; thèse précité N⁰ 33 p . 37

(2) محمد المرسي زهرة، المرجع السابق ف 31 ص 55 .

يخضع لنظام بيع العقارات بناء على التصاميم⁽¹⁾، مهما كان الوصف الذي يعطيه المتعاقدان لـه⁽²⁾.

غير أن هذا المعيار وإن كان يصلح للتمييز بينهما في بعض الحالات، فإنه يعجز عن ذلك في بعض الحالات الأخرى، ذلك أنه إذا كان صحيحا أن العقد يعتبر في كثير من الحالات بيع عادي أو بيع لعقار بناء على التصاميم حسب الوقت الذي أبرم فيه العقد، بعد إكمال وجود العقار المبيع أو قبل ذلك، إلا أن هناك حالات يعتبر العقد فيها بيعا عاديا رغم إنعقاده قبل الإنتهاء من أعمال البناء، وقبل وجود العقار.

(1) حتى ولو كان البائع يحمل صفة المرقي العقاري في مفهوم القانون رقم : 04-11 ، و يعد مرقيا عقاريا ، في مفهوم هذا القانون - حسب نص المادة 3 الفقرة 15 منه - 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 و تأهيل الشبكات قصد بيعها أو تأجيرها . و قد نصت المادة 26 الفقرة الأولى من القانون السابق ذكره على أن (عقد بيع عقار مبني هو كل عقد رسمي يحول بموجبه المرقي العقاري ، مقابل تسديد السعر من طرف المقتني ، الملكية التامة و الكاملة للعقار المبني موضوع الصفقة) . فطبقا لهذا النص فطالما أن البيع قد تم بعد إكمال البناء ، أي أنه أنصب على عقار مبني و موجود وقت إبرام العقد ، فإن البيع يعتبر بيعا عاديا منصبا على عقار بالرغم من أن البائع هو مرقي عقاري يحترف هذه المهنة طبقا لمفهومها حسب القانون المنظم لها .

(2)en ce sens : Frédérique cohet- cordey- betty laborrier jacques lafond ; ventes d'immeubles , 2^e édition . 2007 . litec . N^o 2 . P . 3 ; CA paris , 2 nov 1982 : D . 1985 , inf . rap . P . 26 , obs . f . magnin , - cass . crim . , 19 juin 2002 ,pourvoi n 01 – 85317 : inédit . cité par les hoteurs précité dans le même lieu .

فقد يبيع شخص عقار لم يكتمل بناؤه بعد إلى مشتري لا ينوي تسلمه بعد إتمام إنجازه فهو يشتريه ثم يقوم بنفسه بإتمام عملية البناء التي بدأها البائع ولم يتمها لأسباب خاصة به كصعوبات مالية أو تغيير الإقامة.

و إذا باع مرقي عقاري البناء وهو في طور الانجاز، أو إذا باع شخص عادي مسكنه الذي لم يكتمل بناؤه إلى شخص الذي يشتريه بحالته كما هي وقت العقد ليستكمل بنائه بنفسه، فإن هذا البيع لا يعتبر بيعا لعقار بناء على التصاميم رغم أنه أبرم قبل إكمال وجود العقار⁽¹⁾.

و الخلاصة أن العقار المبيع هنا يعتبر عبارة عن هيكل عقاري، يفعل به المشتري ما يريد، فله أن يهدمه، أو يتركه على حالته كما هو، أو يستكمل الأعمال⁽²⁾.

إذا فإن معيار وقت إبرام العقد ليس كافيا لتكييف العقد، هل هو بيع عادي، أم بيع لعقار على تصاميم.

لذلك يرى البعض⁽³⁾، في نية الطرفين الأساس الذي يعتمد عليه في تكييف

(1) Civ . 3^e 22 Fev 1984 . D . 1984 . IR . P . 284; J . c . p . 1984 . 1 . p . 136 .

(2) Frank steinmetz . thèse . précité . N^o 33 p . 38

(3) V. Me . Thibierge . VIIème journées d'études du c . n . e . i . l . p . 6 . cité par Frank steinmetz. ouvrage précité . n 34 . p 36 . note . 1 .

العقد، فإذا إتجهت نية الطرفين إلى إلتزام البائع بإستكمال العقار والإنتهاء من الأعمال طبقا للشروط المتفق عليها في العقد، نكون بصدد بيع عقار بناء على التصاميم⁽¹⁾.

أما إذا أبرم العقد قبل البدء في أعمال البناء، فإن البيع في هذه الحالة. إما أن يتعلق بالأرض فقط، و إما أن يتعلق بعقار تحت الإنشاء يشيد على هذه الأرض، هذا العقار الأخير الذي يشمل الأرض و البناء، هو العقار المستقبل الذي يمثل المحل لعقد واحد بيع على تصاميم <<vente sur plans>>.

وفي رأينا فإن إلتزام البائع بإقامة البناء خلال مدة محددة في العقد هو فيصل التفرقة بين بيع عقار موجود وقت التعاقد وبيع عقار بناء على التصاميم .

ويترتب على ذلك، أن العقد يعتبر بيع لعقار بناء على التصاميم إذا تعهد البائع بإقامة البناء خلال مدة معينة يستوي في ذلك أن يكون العقد قد أبرم قبل البدء في إنجاز الأعمال، أو أثناء الإنجاز، طالما أن العقار لم يكتمل بناؤه بعد.

أما إذا أبرم العقد بعد إتمام البناء، فإنه في هذه الحالة يعتبر بيعا عاديا. ولعل ما يعزز ويؤيد رأينا أن إلتزام البائع ببناء عقار خلال مدة معينة و محددة هو جوهر عقد

(1) وهذا ما يتفق مع تعريف بيع العقار بناء على التصاميم بأنه العقد الذي يلتزم بموجبه البائع بالبناء خلال مدة محددة في العقد، لذلك يمكننا القول أنه كلما ألتزم البائع بالبناء، كنا بصدد بيع عقار بناء على التصاميم . أما إذا إنعدم عنصر البناء خلال مدة معينة كنا بصدد بيع عادي لعقار موجود .

بيع العقار بناء على التصاميم ، فهو إلتزام أساسي لا يكون العقد بيعا بناء على التصاميم بدونه.

وعليه فإن كل بيع أبرم قبل إكتمال بناء العقار المبيع لا يمكن إعتبره بيعا لعقار بناء على التصاميم إذا لم يتضمن إلتزام البائع بالبناء، وهذا ما قررته محكمة النقض الفرنسية، فقد نقضت القرار الذي وافق على تكييف البيع بأنه بيع عقار مقرر بناؤه دون بحث ما إذا كان هذا الإلتزام موجود أم لا⁽¹⁾. وقد قضت في نفس المعنى بأن البيع الذي يتعهد بمقتضاه البائع بإتمام البلاط - التجبيس - فقط . فإن هذا العمل يعتبر ثانوي، ومن ثم يعتبر بيع عادي لمحلات غير مكتملة⁽²⁾.

ونفس الشيء بالنسبة للعقد الذي يتنازل بموجبه مشتري العقار المقرر بناؤه على حقوقه إلى شخص آخر قبل إكتمال البناء، فهو مجرد تنازل عن العقد تجيزه المادة 4-1601 من القانون المدني الفرنسي، N'est qu'une cession de contrat permise par l'article 1601-4-c - civil وليس بيع عقار مقرر بناؤه فالبايع تنازل عن مكانه ولكنه لم يتعهد بالإلزام بالبناء⁽³⁾.

(1) Civ . 3. 20 mai 1980 . rev. dr. immob . 1980 , 1 . p . 439 ; D . 1981

I. R 409 obs , magnin .

(2) Civ . 3 .22 fév 1984 .rev . dr . immob . 1984 - 424 .obs , grosliere et Jestaz ; D , 1985 . I r p . 28 . obs magnin .

(3) en ce sens : malinvaud philippe et jestaz philippe ; droit de la promotion immobilière ,troisième édition.1986 dalloz.n306.p 345 .

ننتهي إلى أن عنصر ملكية الأرض يتميز به عقد بيع العقار بناء على التصاميم عن عقد المقاوله، وعنصر إلتزام البائع بإقامة البناء خلال مدة محددة في العقد يميز عقد بيع العقار بناء على التصاميم على البيع العادي.

ولذلك فإن عقد بيع العقار بناء على التصاميم ليس هو بعقد مقاوله، كما أنه ليس بيعا عاديا، وإنما هو بيع لعقار مستقبل له ذاتيته الخاصة التي تميزه عن غيره من العقود القريبة منه. أنشأه المشرع من أجل حماية وتأمين المشتري الذي يلتزم بدفع جزء من الثمن لتمويل عملية البناء، قبل إتمام بناء العقار المتفق عليه، ضد خطر عدم إسترداد ما دفعه إذا توقف البائع عن استكمال بناء العقار المبيع ، بسبب إفلاسه، أو تصرفه في العقار المبيع أو في جزء منه عن طريق رهنه إلى المؤسسة المالية التي تقرضه أموالا لتمويل مشروعه.

ويلاحظ أن هذا الخطر الذي يتعرض له المشتري في عقد بيع العقار بناء على التصاميم لا وجود له أصلا في عقد البيع العادي المنصب على عقار موجود وقت التعاقد، وهذا هو السبب الذي يجعل القواعد العامة للبيع عاجزة على توفير الضمانات الكافية للمشتري في بيع العقار بناء على التصاميم وذلك نظرا لخصوصيات هذا العقد.

المبحث الثاني

خصائص عقد بيع العقار بناء على التصاميم

لقد رأينا ، عند دراستنا للطبيعة القانونية لهذا العقد الجديد ، أنه يشترك مع البيع التقليدي في خصيصة الإلتزام بنقل الملكية ، كما يشترك مع عقد المقولة في خصيصة الإلتزام بإقامة البناء خلال مدة معينة . فهو عقد جديد على الأقل من حيث شكله ، ونظامه وأحكامه . وإن كان من حيث طبيعته القانونية بيع قديم .

لذلك فإنه من الأهمية بمكان تحديد خصائصه التي تميزه عن غيره من العقود حتى تكتمل صورته وتحديد ذاتيته المستقلة .

وتجدر الإشارة إلى أننا سنقتصر هنا على إيراد الخصائص التي يستقل بها هذا العقد ، دون التعرض للخصائص التي يشترك فيها مع البيع العادي المنصب على عقار ، والتي يمكن تلخيصها في الآتي :

عقد بيع العقار بناء على التصاميم ، عقد شكلي⁽¹⁾ ، ملزم للجانبين

(1) ويلاحظ أنه إذا كانت الشكلية تعتبر ركن أساسي في بيع العقار أو بالأحرى التصرف في العقار بصفة عامة في القانون الجزائري . فإنها ليست كذلك في القانون الفرنسي. وإذا كان القانون الفرنسي إشتراط لإنعقاد عقد بيع العقار قبل الإنجاز أن يتم في ورقة رسمية إذا أبرم العقد في نطاق الحماية الخاصة Secteur protégé ، فإنه يبقى رضائيا إذا أبرم خارج هذا النطاق مثله في ذلك مثل البيع عموما . =

ومحدد القيمة ، منجز حال حياة المتعاقدين ، ناقل للملكية .المقابل النقدي ، لا يرد إلا على العقار (بناء) و لكن هذا العقار غير موجود وقت التعاقد .

أما الصفات الخاصة التي نرى بأن عقد بيع العقار بناء على التصاميم ينفرد بها ، تتمثل فيما إذا كان يعتبر من العقود الفورية أم الزمنية بالنظر إلى إلتزام البائع فيه بإقامة البناء خلال مدة محددة في العقد ، ثم ما إذا كانت شروط الإذعان تتوفر فيه أم لا على إعتبار أن المرقى العقاري ينفرد بوضع شروط البيع . هذا ما سنتناوله في المطلبين الآتيين :

- المطلب الأول : عقد بيع العقار بناء على التصاميم و العقود الفورية و الزمنية .

- المطلب الثاني : عقد بيع العقار بناء على التصاميم و عقود الإذعان .

= و لم يكتف المشرع الجزائري بالرسمية الضرورية للتصرف في العقار بصفة عامة (المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني) بشأن عقد بيع العقار على التصاميم ، فقد خص هذا الأخير بنص خاص هو نص المادة 34 من القانون رقم : 11-4 (المادة 12 من المرسوم رقم : 93-03) التي نصت على وجوب إعداد (تحرير) هذا العقد في الشكل الرسمي ، و يخضع للشكليات القانونية الخاصة بالتسجيل و الشهر ، و يخص (يشمل) في نفس الوقت البناء و الأرضية التي شيد عليها .و يجب أيضا أن يتم هذا العقد بحضور رسمي يعد حضوريا بمعرفة الموثق الذي حرر العقد الأصلي ،قصد معاينة الحيابة الفعلية من طرف المكتتب (المشتري) و تسليم البناية المنجزة من طرف المرقى العقاري طبقا للإلتزامات التعاقدية (الفقرة الثانية من المادة 34) و التي كانت المادة 13 في ظل المرسوم رقم : 93-03 المتعلق بالنشاط العقاري .

هذا فضلا عن أن عقد البيع على التصاميم لا ينعقد صحيحا إلا إذا تم إفراغه في قالب المحدد قانونا حسب النموذج المقرر بالمرسوم التنفيذي رقم : 58/94 ، و الذي يجب فيه التقيد بالبيانات الإلزامية المذكورة فيه ، و إرفاقه بالوثائق المرجعية الخاصة به زيادة على توافر شروط التعاقد العادية ، و يجب أن يوضح العقد ، تحت طائلة البطلان ، تشكيلة سعر البيع ، و أجل الدفع بالنسبة لتقدم الأشغال (المادة 37) .

المطلب الأول

عقد بيع العقار بناء على التصاميم و العقود الفورية والزمنية

تصنف العقود حسب مدتها إلى عقود فورية و عقود مستمرة ، لذلك يثور التساؤل عن أي صنف من هذين العقدين ينتمي عقد بيع العقار بناء على التصاميم ؟

تتوقف الإجابة على هذا التساؤل على تحديد معيار التفرقة بين العقود الفورية و العقود المستمرة .

الفرع الأول

معيار التفرقة بين العقود الفورية و العقود المستمرة

العقد الفوري هو العقد الذي لا يكون عنصر الزمن فيه أساسيا فينفذ في الوقت الذي يحدده المتعاقدان ، سواء صاحب التنفيذ إبرامه ، أم تراخى إلى أجل أو آجال متتالية .

أما العقد المستمر ، أو الزمني ، أو عقد المدة فهو الذي يقاس الأداء الرئيسي فيه بالزمن ، فالزمن يكون عنصر جوهريا فيه .

يتضح مما سبق ، أن المعيار الذي يفرق بين العقد الفوري و العقد المستمر هو عنصر الزمن ، فالعقد الفوري تتحدد الإلتزامات الناشئة عنه دون أن يكون لعنصر

الزمن دخل فيها . أما العقد المستمر فتحدد الإلتزامات الناشئة عنه عن طريق الزمن. وتطبيقاً لذلك ، فإن عقد البيع مثلا عقد فوري لأن عنصر الزمن فيه معدوم ، فنقل ملكية المبيع وتسليمه إلى المشتري يتم فورا ، وكذلك دفع الثمن إلى البائع ، ولا يغير من طبيعة العقود الفورية الإتفاق على تأخير تسليم المبيع ، أو تأجيل دفع الثمن ، أو دفعه على أقساط ، لأن ذلك لا أثر له في تحديد محل الإلتزام الناشيء عن عقد البيع ، وهو الثمن أو المبيع . فالزمن إذا كان قد تدخل هنا ، فيكون عنصرا عرضيا لا جوهريا لتحديد وقت التنفيذ⁽¹⁾ . لا لتحديد الثمن .

و من أمثلة العقود المستمرة عقد الإيجار ، لأن الزمن هو الذي يحدد مقدار المحل المعقود عليه ، إذ أن الأداء الرئيسي فيه ، وهو تمكين المستأجر من الإنتفاع بالشيء المؤجر لمدة معينة ، ويلتزم المسأجر من جهة أخرى بدفع الأجرة طوال مدة الإيجار مقابل الإنتفاع المستمر بالشيء المؤجر .

(1) راجع في هذا المعنى : عبد الرزاق أحمد السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني ، نظرية الإلتزام بوجه عام، مصادر الإلتزام ، الجزء الأول العقد - العمل غير المشروع - الإثراء بلا سبب - القانون 1952 ، دار النشر للجامعات المصرية ، رقم : 64 ص 166 - محمد صبري السعدي : القانون المدني الجزائري ، النظرية العامة للإلتزامات ، مصادر الإلتزام ، الكتاب الأول ، المصادر الإرادية ، العقد و الإرادة المنفردة ، دار الكتاب الحديث . 2003 ف 53 ص 71 - جلال علي العدوي : أصول الإلتزامات مصادر الإلتزام ، سنة 1997 ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، رقم : 139 ص 69 - رمضان أبو السعود : النظرية العامة للإلتزام ، مصادر الإلتزام ، سنة 2002 ، دار المطبوعات الجامعية ص 27 - فتحي عبد الرحيم عبد الله : شرح النظرية العامة للإلتزام ، الكتاب الأول ، مصادر الإلتزام ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، الطبعة الثالثة ، سنة 2001 . رقم : 24 ص 40 — أحمد شوقي محمد عبد الرحمان : النظرية العامة للإلتزام ، العقد و الإرادة المنفردة في الفقه و قضاء النقض المصري و الفرنسي ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، سنة 2004 . رقم : 33 ص 30 — علي علي سليمان : النظرية العامة للإلتزام ، مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري ، الطبعة السادسة ، ديوان المطبوعات الجامعية ، سنة 2006 . رقم : 20 ص 19 — محمد محي الدين إبراهيم سليم : نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدني و الفقه الإسلامي << دراسة مقارنة >> . دار المطبوعات الجامعية ، سنة 2007 . ص 152 .

الفرع الثاني

هل عقد بيع العقار بناء على التصاميم فوري أم زمني

قد رأينا من قبل ، وفي أكثر من مناسبة ، أن العنصر المميز لعقد بيع العقار بناء على التصاميم هو التزام البائع بإقامة العقار المبيع خلال مدة معينة ، ومن ناحية المشتري فإنه يلتزم بدفع الثمن على أقساط أو دفعات ، ومن ثم فإن تنفيذ كل من هذين الإلتزامين يستغرق مدة من الزمن . لذلك يثور التساؤل عما إذا كان عنصر الزمن - المعيار الذي يعتمد عليه للتمييز بين العقد الفوري و العقد المستمر - يدخل في عقد بيع العقار بناء على التصاميم ، ومن ثم يكون عقدا زمنيا ؟ ، أم لا دخل له فيه و بالتالي يكون عقدا فوريا كعقد البيع عموما .

إن الإجابة على هذا التساؤل تتوقف - في رأينا - على معرفة ما إذا كانت خصائص العقود الزمنية متوفرة في عقد البيع على التصاميم أم لا .

وفي هذا الصدد يرى البعض⁽¹⁾ ، أن المشتري لا يدفع الثمن دفعة واحدة في بيع العقار بناء على التصاميم ، وإنما يدفعه على أقساط متتالية حسب التقدم في أشغال البناء . وهكذا يستغرق تنفيذ إلتزام المشتري بالوفاء بالثمن فترة من الزمن هي المدة التي تدفع خلالها الأقساط . ومن المعلوم أن إلتزام المشتري بدفع الثمن حتى ولو كان

(1) محمد المرسي زهرة : المرجع السابق ، ف 44 . ص 85 - 86 .

مؤجلا فإنه إلتزام فوري لا يدخل الزمن في تحديد مقداره ، وإن كان يمكن أن يتدخل بصفة عرضية لإرجاء تنفيذه ، أما إذا كان للزمن دور في تحديد مقدار الثمن فإن الإلتزام بالوفاء بالثمن يكون حينئذ إلتزاما زمنيا ويضرب لذلك المثال التالي « كثيرا ما يحدث الآن من إضافة نسبة معينة إلى الثمن مقابل الآجل الممنوح للمشتري فخصم 10 % أو 15 % من الثمن للدفع الفوري يعني ببساطة أن للزمن دور في تحديد محل إلتزام المشتري من حيث مقداره ومداه فهو مثلا خمسون ألف جنيه عند الدفع بالتقسيط ، وأربعون ألفا فقط عند الدفع الفوري . ولا شك أن التقسيط لمدة طويلة ليس كالتقسيط لمدة صغيرة ومقدار إلتزام المشتري سيزيد دون شك في الفرض الأول عنه في الثاني » (1) .

ويخلص صاحب هذا الرأي إلى القول بأن خصائص العقود الزمنية متوافرة في هذه الحالة ، « فتنفيذ إلتزام المشتري بدفع الثمن يستغرق مدة من الزمن ، كما أن للزمن هنا دورا أيا كان في تحديد مقدار الإلتزام » . غير أن ذلك لا يكفي لإعتبار عقد بيع عقار تحت الإنشاء ، اي بناء على التصاميم عقدا زمنيا ، لأن هذا الأخير يتحدد حسب هذا الإتجاه بالنظر إلى محل العقد أي المحل المعقود عليه ، و محل العقد هو الإلتزامات التي يرتبها على عاتق طرفيه . فعقد بيع عقار على التصاميم يرتب في ذمة البائع إلتزام بنقل الملكية وتسليم العقار المبيع ، ويرتب في ذمة المشتري إلتزام بدفع الثمن إحدهما فوري إلتزام البائع ، والآخر زمني أو دوري التنفيذ ، إلتزام

(1) محمد المرسي زهرة : المرجع السابق ، ف 44 ص 85 و 86 .

المشتري ، فالأول ينفذ فوراً ، و الثاني ينفذ بصفة دورية ، وما دامت الإلتزامات في العقد الزمني تتقابل سواء من حيث وجودها أو من حيث تنفيذها⁽¹⁾ ، فإنه لا يمكن إعتبار بيع العقار قبل الإنجاز عقداً زمنياً لعدم وجود تقابل بين إلتزام البائع بالتسليم ، وإلتزام المشتري بدفع الثمن من حيث تنفيذهما . فقيام المشتري بتنفيذ جزء من إلتزامه ودفع قسط من مجموع الأقساط لا يقابله تنفيذ جزء مقابل من إلتزام البائع ، فهذا الأخير لا يسلم العقار المبيع على دفعات متتالية ، وإنما يسلمه مرة واحدة بعد أن ينتهي من بنائه كلية .

بينما ذهب رأي آخر⁽²⁾ إلى أن عقد بيع عقار بناء على التصاميم يعتبر من العقود الزمنية ، ولكن ليس بالنظر إلى إلتزام المشتري بدفع الثمن على أقساط وإنما بالنظر إلى إلتزام البائع بالبناء لمدة معينة . فالزمن حسب هذا الإتجاه لا يدخل كعنصر في العقد ، وما تغيير الثمن هنا إلا مقابل تغيير طريقة تدهور قيمة النقود .

فمما لا شك فيه أن سداد ثمن العقار المبيع على سنوات يعرض البائع لخطر تدهور قيمة النقود ، غير أنه لا يتعرض لهذا الخطر إذا كان الدفع فوري . فهذه الزيادة التي تضاف إلى الثمن مقابل التقسيط أو الأجل عبارة عن فوائد عن المدة التي أجل فيها الثمن و هي في العادة نسبة ضئيلة من الثمن أي أن الزمن وإن كان له دور

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق ، نظرية الإلتزام بوجه عام . ف 66 ص 168 .

(2) إبراهيم عثمان بلال ، الرسالة السابقة ، ص 109 .

في تحديد مقدار إلتزام المشتري بدفع الثمن ومداه إلا أنه دور محدود يجب عدم الإعتداد به وإبقاء البيع في هذا الفرض من العقود الفورية⁽¹⁾ .

أما إلتزام البائع ببناء العقار المتعاقد عليه خلال المدة المتفق عليها ، فإنه لا يتصور الوفاء به في الحال ، وأعمال البناء و التشييد تستغرق حتما مدة من الزمن ، قد تصل في بعض الأحيان إلى العديد من السنوات⁽²⁾ ، لذلك فإن الزمن يدخل فيه ، وهذا يكفي لإعتبار عقد بيع العقار بناء على التصاميم من عقود المدة ، ويستند أصحاب هذا الرأي في ذلك إلى فكرة الأداء المميز المعروفة في فقه القانون الدولي الخاص⁽³⁾ . فكل عقد ينشئ في الحقيقة مجموعة من الإلتزامات على عاتق طرفيه ، لكن أي عقد يتضمن إلتزاما أساسيا تتحدد ذاتيته وأحكامه إنطلاقا منه ، وهذا الإلتزام هو ما يسميه فقه القانون الدولي الخاص الأداء المميز ، بمعنى الأداء الذي يميز العقد ويعطيه صفاته الأساسية ، كالإلتزام بنقل الملكية في عقد البيع ، والإلتزام بالتمكين من الإنتفاع في عقد الإيجار ، وتقديم العمل في عقد عمل ، وضمن الخطر في عقد التأمين⁽⁴⁾ .

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق ، نظرية الإلتزام ، رقم 64 ص 165 .

(2) أحمد شرف الدين : عقود عمليات البناء و تسوية منازعاتها ، بنك التعمير و الإسكان ، سنة 2008 ، ص 31 .

(3) هشام صادق ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ، طبعة 1995 ص 348 — أحمد عبد الكريم سلامة ، علم قاعدة التنازع و الإختيار بين الشرائع ، الطبعة الأولى ص 1104 بند 797 أوردهما إبراهيم عثمان بلال ، الرسالة السابقة ، صفحة 109 هامش 8 .

(4) إبراهيم عثمان بلال ، الرسالة السابقة ص 110 .

و يضرب صاحب هذا الرأي مثلا - لتقريب الفكرة إلى الذهن - بعقد الإيجار ، الذي يعتبر من عقود المدة ، فقد يقال أن عقد الإيجار عقد زمني لأن الأجرة ممتدة في الزمن . و لكن الأجرة قد تدفع مرة واحدة ، فهل يعني ذلك أن عقد الإيجار يكون في هذه الحالة عقدا فوريا ، لأن ثمن (بدل) الإيجار دفع مرة واحدة . فإذا نظرنا إلى التزام المستأجر بالوفاء بالأجرة ، فإن طبيعة عقد الإيجار سوف تختلف - لا محال - من حالة إلى أخرى ، تبعا لطريقة الوفاء بالأجرة . فإذا تم الوفاء بها مرة واحدة ، يكون العقد فوري ، أما إذا كان الوفاء بها يتم على فترات فإنه يكون عقدا زمنيا⁽¹⁾ ، « مرة يكون عقدا زمنيا ، ومرة أخرى يكون عقدا فوريا » . أما إذا نظرنا إلى التزام المؤجر بالتمكين من الإنتفاع فسوف نجد أنه ممتد في الزمن دائما ومن ثم فإن العقد يكون عقد زمني مهما كانت الطريقة التي يتم بها الوفاء بالأجرة ، أي سواء دفعت مرة واحدة ، أو دفعت على أقساط شهرية ، أو ثلاثية ، أو سداسية ، أو سنوية وما ذلك إلا لأن الإلتزام بالتمكين من الإنتفاع هو الأداء المميز لعقد الإيجار⁽²⁾ .

وهكذا فإن فكرة الإلتزام المميز التي أعتمد عليها صاحب هذا الرأي تلعب دورا مهما في التمييز بين العقد الفوري و العقد الزمني وبتطبيقها على عقد بيع عقار على التصاميم فإنه عقد زمني وليس عقدا فوريا ، وما دام عقد زمني فإنه يمكن تطبيق نظرية الظروف الطارئة عليه .

(1) لم يقل أحد بأن عقد الإيجار يصبح فوريا إذا دفعت الأجرة دفعة واحدة .

(2) في نفس المعنى : إبراهيم عثمان بلال ، الرسالة السابقة ص 110 .

من المسلم به أن العقد المستمر هو المجال الطبيعي لتطبيق نظرية الظروف الطارئة ، و ذلك لإرتباطه بالزمن ، و لأنه بقدر ما تكون مدة العقد طويلة ، يكون إحتمال تعرض المدين لتغيير الظروف الإقتصادية و النقدية أكبر .

أما في العقد الفوري ، فلا مجال لتطبيق هذه النظرية ، إلا إذا كان العقد مؤجلاً التنفيذ لمدة طويلة نسبياً⁽¹⁾ .

(1) و لعل هذا ما جعل صاحب الرأي الذي يرى في عقد البيع على التصاميم عقد فوري إلى القول (بأن عق بيع عقار تحت الإنشاء ، يعتبر كالبيع عموماً من العقود الفورية ، رغم ما يتضمنه هذا العقد من بعض مظاهر العقد الزمني ، و لعل هذا ما يفسر تطبيق نظرية الظروف الطارئة على عقود بيع عقارات تحت الإنشاء) . راجع في هذا المعنى : محمد المرسي زهرة ، المرجع السابق ف 44 ، ص 87 - و راجع أيضاً ، محمد حسين منصور ، مصادر الإلتزام ، العقد و الإرادة المنفردة ، الدار الجامعية ، سنة 2000 ، ص 67 . إذ يقول : أما العقود الفورية فإنه ينذر تطبيق نظرية الظروف الطارئة عليها ، و يتم ذلك في الحالات التي يكون تنفيذ العقد مؤجلاً أو يقترن تنفيذ أحد الإلتزامات الناشئة عنه بأجل يؤخر هذا التنفيذ ، كعقد بيع مسكن تحت الإنشاء . - و راجع عكس ذلك ، سعيد السيد علي ، نظرية الظروف الطارئة في العقود الإدارية و الشريعة الإسلامية ، دراسة مقارنة ، سنة 2006 ، دار الكتاب الحديث . ص 82 و 83 ، و الذي يرى بأنه ليس ثمة ما يمنع من تطبيق نظرية الظروف الطارئة متى توافرت شروطها إذا كان العقد غير متراخ التنفيذ و طرأت حوادث إستثنائية عقب إبرامه مباشرة ، و إن كان ذلك نادر الوقوع عملاً .

فالفيصل في تطبيق النظرية هو توافر شروطها ، بغض النظر عما إذا كان العقد متراخ التنفيذ أو غير متراخ ، فعدم تطبيق النظرية بالنسبة للعقود الفورية أو العقود غير متراخية التنفيذ في بعض الفروض لا يرجع إلى طبيعة خاصة بهذه الطائفة من العقود ، و إنما فقط بسبب عدم توافر شروط تطبيق النظرية و بصفة خاصة شرط << عدم التوقع >> و الذي لا يكون له فرصة من الناحية العملية للتحقق بسبب قصر مدة التنفيذ .

ولما كان المجال الطبيعي للنظرية هو العقود الزمنية ، فإنه لا يمكن تطبيقها على عقد بيع عقار تحت الإنجاز وفقا للرأي الذي يرى فيه عقدا فوريا ، فإذا جدت ظروف طارئة على عقد بيع عقار تحت الإنجاز فلا يجوز لأي من الطرفين البائع أو المشتري أن يتمسك بهذه النظرية ، ولذا فإن مسايرة هذا التكييف تؤدي إلى نتيجة خطيرة بالنسبة لأحد الطرفين أو الآخر⁽¹⁾ .

لذا ، فنحن من جانبنا نأخذ بالرأي الذي أعتبر العقد موضوع البحث عقد زمني وذلك بالإعتماد على طبيعة الإلتزام المميز فيه وهو الإلتزام بإقامة العقار المتعاقد عليه خلال مدة معينة وهو بطبيعته إلتزام ممتد في الزمن ، وهكذا يؤدي العنصر المميز فيه إلى إزالة العوائق أمام تطبيق نظرية الظروف الطارئة على هذا العقد .

المطلب الثاني

عقد بيع العقار بناء على التصاميم وعقود الإذعان

من المتفق عليه في الفقه التقليدي أن العقد إتفاق بين طرفين متعادلين في الحقوق ، ويناقشان شروط إتفاقهما بحرية ، غير ان الواقع يخالف ذلك تماما في كثير من الحالات ، فنادرا ما نجد إرادة الطرفين معا حرة . فالطرف الأقوى إقتصاديا

(1) إبراهيم عثمان بلال ، الرسالة السابقة ، ص ، 111 .

يمكنه أن يفرض شروطه على المتعاقد الآخر⁽¹⁾ . وهذا الأخير ليس أمامه سوى إلا الرضوخ لهذه الشروط ، أو عدم الرضوخ لها ، ولكنه لا يستطيع أن يغير فيها ، سواء بالزيادة ، أو النقصان ، أو الحذف .

وللتعبير عن هذا الوضع العملي أطلق الفقه على العقود التي أختل التعادل فيها عقود الإذعان⁽²⁾ .

(1) محمد شريف عبد الرحمان أحمد عبد الرحمان ، عقود الإذعان ، دار النهضة العربية سنة 2007 ، ص 5 و 147 — حبيب إبراهيم الخليلي ، مسؤولية الممتنع المدنية و الجنائية في المجتمع الإشتراكي ، ديوان المطبوعات الجامعية ، 1979 ص 200 — رمضان أبو السعود ، المرجع السابق ، ص 34 — جاك غوستان ، المطول في القانون المدني ، ترجمة منصور القاضي ، تكوين العقد ، المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع ، الطبعة الثانية ، سنة 2008 . ف 94 ، ص 95 — محمد محي الدين إبراهيم سليم ، نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدني و الفقه الإسلامي ، دراسة مقارنة ، سنة 2007 ، دار المطبوعات الجامعية ، ص 538 .

Alex weille François Terré ; droit civil les obligations , deuxième édition . 1975 . dalloz. N^o. 94 P 94 - François Terré Philippe simler yves lequette ; droit civil les obligations , 7^e édition 1999 , précis dalloz 1998 . P 29 .

(2) و لقد شاع في فرنسا تسمية هذه العقود بعقود الإنضمام لأن من يقبل العقد ينظم إليه دون مناقشة ، إلا أن الأستاذ الدكتور المرحوم عبد الرزاق أحمد السنهوري ، قد أثر أن يصفها بعقود الإذعان لما يشعر به هذا التعبير من معنى الإضطرار في القبول ، بينما الإنضمام أوسع دلالة من ذلك إذ يشمل عقد الإذعان و غيره من العقود التي ينظم إليها القابل دون مناقشة . راجع عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، نظرية الإنضمام بوجه عام ، مصادر الإنضمام . العقد - العمل غير المشروع - الإثراء بلا سبب - القانون ، دار النشر للجامعات المصرية ، سنة 1952 ف 116 ص 229 هامش 1 - و راجع أيضا محمد وحيد الدين سوار ، شرح القانون المدني ، النظرية العامة للإنضمام ، الجزء الأول ، مصادر الإنضمام ، المصادر الإرادية ، العقد و الإرادة المنفردة ، مطبعة رياض دمشق ، 1980 ، 1981 ف 87 ص 79 — محمد محي الدين إبراهيم سليم ، المرجع السابق ص 539 .

و يبدو أن سالي هو أول من لفت في فرنسا الإنتباه إلى هذه العقود عندما لاحظ أن محتواها كان يفرضه في الواقع ، أحد المتعاقدين على الآخر الذي يكتفي بإعطاء إنضمامه⁽¹⁾ .

فما المقصود بعقود الإذعان ، وما هي الشروط التي يجب توافرها لإنطباق هذا الوصف على عقد من العقود ، وما مدى إنطباق تلك الشروط على عقد بيع العقار بناء على التصاميم .

الفرع الأول خصائص عقد الإذعان

لم تضع التشريعات تعريفا لعقد الإذعان ، وإذا كان التعريف من صميم عمل الفقه ، فإن الفقه لم يجمع على تعريف واحد لعقد الإذعان .

فسالي الذي يكاد يجمع كل الفقهاء في فرنسا على أنه هو صاحب أول فكرة للإذعان يرى أن >> عقد الإذعان هو محض تغليب لإرادة واحدة تنصرف بصورة

(1) يكاد يجمع الفقه الفرنسي على أن تسمية هذه العقود أقترح من طرف سالي << Saleilles >> راجع في ذلك , 1937 eugène gaudemet hdesbois gaudemet ;théorie generale des obligatios réimpression de l'édition , p 52 – Georges berlioz ; le contrat d'adésion , thèse paris . 1971 . p 9 .

منفردة ، و تملي قانونها ليس على فرد محدد بل على مجموعة غير محددة وتقرضها مسبقا ومن جانب واحد ولا ينقصها سوى إذعان من يقبل قانون العقد <<(1)

و يعرف بعض الفقه العربي عقد الإذعان بأنه >> هو العقد الذي يسلم فيه القابل بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها ، و ذلك فيما يتعلق بسلعة أو مرفق ضروري يكون محل إحتكار قانوني أو فعلي ، أو تكون المنافسة محدودة النطاق بشأنها >>(2) .

و قد عرفه بعض الفقهاء الجزائريين بأنه >> هو ذلك العقد الذي يعد فيه الموجب ذو الإحتكار القانوني أو الفعلي ، شروطا محددة غير قابلة للتعديل أو المناقشة ، ويوجهها إلى الجمهور بصورة دائمة بقصد الإنظام إليه ، و يعرض بموجبها سلعة أو خدمة >>(3) .

(1) Saleilles de la déclaration de volanté , contribution à l' étude de l' acte Juridique dans le code civil allemand . Paris . 1929 N 89 p 229 .

(2) عبد المنعم فرج الصدة ، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية ط 1974 ، أورده لعشيب محفوظ بن حامد ، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري و المقارن ، المؤسسة الوطنية للكتاب ، سنة 1930 ص 24 هامش 26 .

(3) لعشيب محفوظ بن حامد ، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري و المقارن ، المؤسسة الوطنية للكتاب ، سنة 1990 ص 31 .

بل أن هناك من الفقهاء⁽¹⁾ - و خصوصا فقهاء القانون العام - من أنكر الصفة العقدية على هذا العقد و يرى فيه مركزا أو نظاما قانونيا (institution) ، و ليس عقدا ، تنشئه الإرادة المنفردة للمحتكر ، ويكون قانونا بالمعنى المادي لهذا الإصطلاح (Loi au sens materiel) ومن ثم يتعين تفسيره كما يفسر القانون و يراعى في تطبيقه العدالة ، وينظر فيه إلى ما تقتضيه الروابط الإقتصادية . التي وضع لتنظيمها⁽²⁾ .

لكن الإتجاه الغالب في الفقه المدني يرى انه عقد حقيقي له الصفة العقدية كغيره من العقود ، يتم بتطابق إرادتين و يخضع للقواعد التي تخضع لها العقود الأخرى . فالقانون لا يستلزم لقيام العقد أن تجري المساومة بين طرفيه في مضمونه قبل إبرامه ، ولا أن تتحقق بينهما المساوات الإجتماعية أو الإقتصادية .

و لقد أعتبرته القوانين العربية⁽³⁾ ، ومنها القانون المدني الجزائري عقدا بمعنى

(1) راجع في هذا محمد شريف عبد الرحمان أحمد عبد الرحمان ، المرجع السابق ص 49 - علي علي سليمان ، المرجع السابق ، ف 25 ، ص 26 ، و ف 33 ص 39 .

(2) محمد صبري السعدي ، القانون المدني الجزائري ، النظرية العامة للإلتزامات ، مصادر الإلتزام ، الكتاب الأول ، المصادر الإرادية ، العقد و الإرادة المنفردة . دار الكتاب الحديث ، 2003 ص 135 هامش 113 — عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق الوسيط ، نظرية الإلتزام بوجه عام ، ص 239 بند 116 .

(3) علي علي سليمان ، المرجع السابق ، رقم 25 ص 26 .

الكلمة (المادة 70 من القانون المدني)⁽¹⁾ . و لكن المشرع وقف إلى جانب الطرف الضعيف (المذعن) في هذه العقود و أحاطه بحماية من تعسف الطرف القوي .

و من بين الأحكام التي جاء بها القانون الجزائري لحماية المشتري في عقود الإذعان ، ما نصت عليه المادة 110 من القانون المدني من أنه (إذا تم العقد بطريق الإذعان ، و كان قد تضمن شروطا تعسفية ، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها و ذلك وفقا لما تقضي به العدالة ، و يقع باطلا كل إتفاق على خلاف ذلك) .

يمكن للقاضي وفقا لهذا النص أن يقوم بتعديل الشروط التعسفية في عقود الإذعان⁽²⁾ ، بل و يسقطها كلية إذا اقتضت مصلحة الطرف المذعن ذلك ، و النص المذكور أمر لا يجوز الإتفاق على سلب القاضي سلطة تعديل هذا العقد ، و إذا ما تم الإتفاق على ذلك فيكون باطلا . و السبب في ذلك أنه لو أجاز مثل هذا الإتفاق لأصبح في مقدور الطرف القوي ، تضمين العقد أي شرط تعسفي أو شرط فيه ظلم و جور بالطرف الضعيف المذعن ثم بعد ذلك يذكر بندا في العقد بعدم تعديله ، و بالتالي تصبح الحماية التي كفلها المشرع للطرف الضعيف من غير جدوى و لا فائدة لها .

(1) و يتطابق النص مع نص المادة 100 مدني مصري ، 101 مدني سوري ، المادة 100 مدني ليبي ، المادة 75 سوداني .

(2) و يعد هذا الحكم إستثناء خطير خص به المشرع عقود الإذعان خلافا لما تقضي به القواعد العامة ، فمن المعروف طبقا للقواعد العامة أنه لا يجوز نقض العقد أو تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقرها القانون ، لأن القاعدة الأصلية تقضي بأن العقد شريعة المتعاقدين (106 من القانون المدني الجزائري) فليس من سلطة القاضي تعديل شروط العقد أو إلغائها .

و من بين الأحكام التي قررها القانون المدني الجزائري كذلك لحماية الطرف المدعن ما جاءت به المادة 112 منه ، فبعد أن نصت في فقرتها الأولى على >> أن الشك يؤول في مصلحة المدين << نصت في فقرتها الثانية >> غير أنه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المدعن << .

فالقاضي طبقا لهذا النص يفسر الشروط أو العبارات الغامضة دائما لمصلحة الطرف الضعيف المدعن حتى و لو كان دائنا ، و ذلك خلافا للقاعدة العامة في تفسير أي عقد من العقود ، و التي مفادها أنه إذا ثار شك حول تفسير العقد ، فإن الشك يجب أن يفسر في مصلحة المدين (الفقرة الأولى من المادة 112) . أما في عقود الإذعان فإن المشرع وسع في نطاق هذه الحماية من حيث الأشخاص المستفيدين منها ، و مدها لتشمل الطرف المدعن سواء كان دائنا أو مدينا ، ذلك أن الطرف الآخر وهو القوي تتوافر لديه الوسائل الكافية التي تمكنه من أن يفرض على المدعن عند التعاقد شروطا و عبارات واضحة لا لبس فيها و لا غموض ، فإن لم يفعل ذلك ، فيكون مقصرا و يتحمل بالتالي تبعة وضع شروط غامضة أو مبهمة ، لأنه هو الذي تسبب في هذا الغموض و الإبهام ، بإنفراده بوضع شروط عقد الإذعان⁽¹⁾ .

(1) محمد صبري السعدي ، المرجع السابق ، نظرية الإلتزام ، رقم : 110 ص 137 هامش 119 — محمد شريف عبد الرحمان أحمد عبد الرحمان ، المرجع السابق ص 50 — رمضان أبو السعود ، النظرية العامة للإلتزام ، مصادر الإلتزام سنة 2002 ، دار المطبوعات الجامعية . ص 84 — أحمد شوقي محمد عبد الرحمان ، النظرية العامة للإلتزام ، العقد والإرادة المنفردة في الفقه و قضاء النقض المصري و الفرنسي ، سنة 2004 دار المعارف بالإسكندرية . رقم : 46 ص 66 .

ويتميز عقد الإذعان عن غيره بخصائص أساسية نوجزها في الآتي :

1 - أن يكون الموجب في مركز إقتصادي متفوق ، لما يتمتع به من إحتكار قانوني أو فعلي ، أو لكون المنافسة محدودة النطاق بالنسبة إليه ، بحيث يجعله تفوقه قادرا من الوجهة العملية على فرض شروطه على المتعاقد الآخر .

2 - أن يتعلق العقد بسلعة أو خدمة ضرورية ، أو تعد من الأوليات بالنسبة للمستهلك أو المنتفعين ، بحيث لا يستطيع الناس الإستغناء عنها في حياتهم ، و لهذا لا يعد التعاقد مع المحلات التي تتعامل بأسعار محددة لا تقبل مساومة فيها من قبيل عقود الإذعان ما دامت السلع التي يرد التعاقد عليها لا تعد من الأوليات ولا تنعدم فيها المنافسة أو تقل إلى حد كبير . و على نقيض ذلك يعد التعاقد مع شركة المياه تعاقدًا بطريق الإذعان لأن المياه تعد من الأوليات التي تنعدم المنافسة بشأنها مما يحمل الأفراد على التسليم بالشروط العامة المقررة التي تضعها شركة المياه ولا تقبل مناقشة فيها⁽¹⁾ .

3 - أن يقوم مقدم السلعة أو الخدمة بعرضها على جمهور المستهلكين كافة وفقا لشروط متماثلة على الدوام و مقررة سلفا، والتي يكون لها طابعا نموذجيا أو نظاميا⁽²⁾

(1) جلال علي العدوي ، أصول الإلتزامات ، مصادر الإلتزام ، سنة 1997 ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، رقم 110 ص 55 — محمد حسين منصور ، المرجع السابق ، ص 73 .

(2) مصطفى محمد الجمال ، جلال علي العدوي ، أصول المعاملات ، دار الفكر العربي ، دون تاريخ ، ص 138 و 139 .

ولا يقبل نقاشا فيها و الغالب تكون الشروط مطبوعة و على جانب كبير من الدقة و التعقيد بحيث لا يفهمها الشخص العادي ، وهي في مصلحة الموجب⁽¹⁾ . و يكون الإيجاب في عقود الإذعان عن طريق عرض السلعة أو الخدمة على كافة جمهور المستهلكين ، وهذا العرض يعد باتا و دائما ، و طالما كان الإيجاب دائما في مثل هذه العقود ، فإن عقد الإذعان يتم بشكل نهائي ، بمجرد قبول أي شخص للشروط الموضوعة مقدما ، و من ثم فلا يستطيع عارض السلعة أو الخدمة أن يتحلل من العقد ، بأن يرفض التعاقد مع أي شخص يقبل هذه الشروط و إلا ترتب على ذلك تحقق مسؤوليته العقدية .

أما القبول في عقود الإذعان ، فيتم برضوخ الطرف الآخر و هو المستهلك لهذه الشروط الموضوعة مقدما ، دون أن يناقش أي شرط من هذه الشروط و هذا ما قرره القانون (المادة 70 من القانون المدني الجزائري) .

و الواقع من الأمر أن الموجب (مقدم الخدمة) في مثل هذه العقود يعرض إيجابه في شكل بات و نهائي ، ولا يقبل المناقشة أو المساومة ، و بحيث لا يكون أمام الطرف الآخر (المستهلك) إما أن يقبل التعاقد أو يرفض التعاقد⁽²⁾ .

(1) محمد وحيد سوار ، المرجع السابق ، ف 88 ص 81 .

(2) محمد شريف عبد الرحمان أحمد عبد الرحمان ، المرجع السابق ص 19 — علي علي سليمان ، المرجع السابق رقم : 25 ص 26 .

هذه هي الصفات التي تتصف بها عقود الإذعان و التي يترتب على تحققها وصف العقد الذي ابرم طبقا لها بأنه من عقود الإذعان ، لذلك يثور التساؤل عما إذا كانت هذه الشروط تتوافر في عقد بيع العقار بناء على التصاميم ومن ثم يمكن وصفه بأنه عقد إذعان ، أم لا تتوافر فيه و هذا ما سنعرض له في الفرع الثاني .

الفرع الثاني

مدى إعتبار عقد بيع العقار بناء على التصاميم عقد إذعان

إذا كان من المعروف قديما ، أن البناء لكي يقوم بإنتاج سكن ينتظر حتى يطلب منه الزبون ذلك ، فإن الأمر لم يعد كذلك في الوقت الحاضر . فإن البناء (مقدم الخدمة أو السلعة) هو الذي يبادر بإعلان مشروع البناء ، ثم يعرض البيع على الزبائن ، وهذا يعني أن التعاقد في عقد بيع العقار بناء على التصاميم يتم بناء على إيجاب يصدر من مقدم السلعة (بائع العقار) ثم قبول من طرف المشتري الذي يوافق على الشروط التي وضعها المرقى العقاري (البائع) دون مناقشة . وفي هذا الصدد تنص المادة 70 من القانون المدني الجزائري على أن « يحصل القبول في عقد الإذعان بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها » .

و إذا كان يبدو للوهلة الأولى أنه من الصعب وصف عقد بيع العقار بناء على التصاميم بأنه عقد إذعان بالنظر إلى عدم توافر فيه عنصر الإحتكار القانوني أو الفعلي للسلعة المتعاقد عليها المتمثلة في العقار المبيع .

غير أن قيام المرقين العقاريين باعتبارهم الطرف القوي في التعاقد من الناحية الإقتصادية بعرض مشروع المساكن المزمع بناؤها على كافة الناس بشروط مماثلة تعد سلفا من قبلهم ، ولا يقبلوا نقاشا فيها . و من يريد أن يتعاقد بهذه الطريقة يختار بين أن يقبل التعاقد بالشروط التي حددها المرقى العقاري ، أو يرفض التعاقد من اساسه ، فالمشتري لا يسمح له بمناقشة شروط العقد و ليس أمامه - إذا أراد - سوى الإنضمام إلى مشروع الإسكان الذي أعد بعيدا عنه ، ودون تدخل منه⁽¹⁾ . و المعروض عليه كما هو معروض على غيره من المترشحين للملكية . و عليه فإن شبهة موافقة المشتري على العقد بالشروط التي انفرد بوضعها مقدما المرقى العقاري دون مناقشتها عن رضا كامل تبقى قائمة خاصة مع أزمة السكن الحالية ، و حاجة الناس إليه . ولعل ما يؤكد ذلك هو شدة إقبال الناس و تسابقهم على شراء المساكن المعلن على إنجازها بصيغة البيع بناء على التصاميم ، التي لقيت رواجاً كبيراً في الحياة العملية ، كذلك فإن حرص المشرع على حماية مشتري العقار بناء على التصاميم بنصه على وجوب تحرير هذا العقد وفق النموذج الذي قرره قرينة على مراعاة هذا الجانب وما يترتب عليه من آثار قانونية خاصة بتلك العقود⁽²⁾ .

ومما لا شك فيه أن محل عقد بيع العقار قبل الإنجاز وهو العقار المبيع خاصة إذا كان مخصصاً للسكن فإنه يعتبر سلعة ضرورية ، لا يستطيع الناس الإستغناء عنه

(1) voir en ce sens : Jacques tartanson : ouvrage précité . p 128 .

(2) راجع في هذا المعنى : الطيب زروتي ، حماية مشتري العقار في البيع على التصاميم طبقاً للمرسوم 93 / 03 ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الإقتصادية و السياسية ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر ، الجزء 42 عدد خاص سنة 2001 ، ص 57 .

في حياتهم⁽¹⁾ فهو من ضروريات الحياة ولا تستقيم حياة الأفراد بدونه ، فحاجة الناس إلى السكن لا تقل أهمية عن حاجتهم إلى المأكل و الملابس ، بل أنه يأتي من حيث الأهمية في رأي البعض⁽²⁾ قبل الكهرباء و الغاز و التليفون وهي خدمات أساسية للأفراد ، و العقود التي تبرم بشأنها تدخل في دائرة عقود الإذعان . وان الأفراد لا يمكنهم التعاقد عليها إذ لم تكن لديهم مساكن يحتاجون إلى تزويدها بمثل هذه السلع أو الخدمات .

و الخلاصة من كل ما تقدم ، أنه إذا كان ليس من السهل إعتبار عقد بيع العقار بناء على التصاميم من عقود الإذعان ، لعدم وجود إحتكار قانوني أو فعلي لبيع المساكن قبل إنجازها من طرف المرقين العقاريين الذين بلغ عددهم على المستوى الوطني - حسب إحصائيات وزارة السكن سنة 2009 - قرابة 1277 مرقى عقاري غير ان حاجة الناس إلى السكن بإعتباره سلعة اساسية في حياتهم ، وأمام أزمة

(1) وقد قضت محكمة النقض المصرية بأنه « من خصائص عقود الإذعان ، أنها تتعلق بسلع أو مرافق تعتبر من الضروريات ويكون فيها إحتكار الموجب إحتكارا قانونيا أو فعليا وتكون سيطرته عليها من شأنها أن تجعل المنافسة فيها محدودة النطاق ، وأن يكون صدور الإيجاب منه إلى الناس كافة وبشروط واحدة ، ولمدة غير محدودة ، والسلع الضرورية هي التي لا غنى عنها للناس و التي لا تستقيم مصالحهم بدونها بحيث يكونون في وضع يضطرهم إلى التعاقد بشأنها ولا يمكنهم رفض الشروط التي يضعها ولو كانت جائرة شديدة >> . نقض مدني في : 13 فيفري سنة 1978 ، في الطعن رقم : 726 لسنة 44 قضائية - غير منشور . اشار إليه محمد صبري السعدي ، المرجع السابق ، النظرية العامة للإلتزامات . ص 134 فقرة 109 هامش : 112 .

(2) محمد المرسي زهرة ، المرجع السابق ، ف 501 ص 101 .

الإسكان الخائفة التي تعيشها البلاد رغم المجهودات الجبارة التي بذلتها الدولة في هذا الميدان . تجعلهم يرضخون للشروط التي يضعها المرقي العقاري البائع دون مناقشة .

لذلك فإن العقود التي تبرم بصيغة البيع على التصاميم تدخل - في رأينا - في نطاق عقود الإذعان⁽¹⁾ على الأقل في الوقت الحاضر الذي لا تزال فيه أزمة الإسكان الطاحنة قائمة .

ضف إلى ذلك أن المفهوم الحديث لعقد الإذعان يقوم على فكرة واسعة ، هي أن عقد الإذعان يتم إعداده مسبقا حيث يتولى أحد أطرافه تحديد مضمونه ببيان الحقوق و الإلتزامات الناتجة عنه بالطريقة التي تحقق مصلحته ، دون أن يكون للطرف الآخر حق مناقشة ذلك المضمون . و يكفي ذلك لتوافر علاقة الإذعان ولا محل لإشتراط توافر الإحتكار القانوني أو الفعلي لسلعة ضرورية كمعيار للعلاقة بين طرف قوي

(1) و يرى البعض أن عقود حجز الوحدات السكنية على سبيل التمليك تعد من الصور الجديدة لعقد الإذعان ، ذلك أنه بسبب أزمة الإسكان الحالية ، فإن مجال المعاملات العقارية يعتبر من أهم المجالات التي يظهر إختلال التعادل في روابطها التعاقدية ، بسبب إستغلال أحد الطرفين لهذه الأزمة لمصلحته على حساب الطرف الآخر ، و من اهم صور هذا الإختلال الحالي أن يعلن بعض الأشخاص الطبيعيين أو الإعتباريين عن طرح الوحدات و الشقق السكنية للبيع لمن يرغب . فيأتي الأفراد و يتعاقدون مع هؤلاء بعقود بيع و حجز هذه الوحدات التي لم يتم إنشاؤها معتمدين في معرفة مواصفاتها الأساسية و التفصيلية على البيانات و المعلومات التي يدلي بها بائع الشقق ، بتأثير حاجتهم إلى التعاقد و الحصول على السكن . راجع في نفس هذا المعنى : نزيه محمد الصادق المهدي ، الإلتزام قبل التعاقد بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد و تطبيقاته على بعض أنواع العقود << دراسة مقارنة >> ، دار النهضة العربية . 1982 ص 4 و 226 و 227 .

اقتصاديًا و آخر ضعيف . بل يكفي مجرد استقلال شخص محترف أو منتج بإعداد العقد مقدما و يفرض شروطه على عملائه لأن تلك الشروط تتفق غالبا مع شروط منافسيه في السوق ولا يكون أمام المستهلك سوى قبول هذه الشروط التي قد تتسم بالتعسف ، وهنا تبدو أهمية الأخذ بالمفهوم الموسع لعقد الإذعان لمواجهة تلك الشروط⁽¹⁾ . وذلك يهدف إلى توفير الحماية القانونية للمستهلك .

و الخلاصة من كل ما تقدم ، هي إن عقد بيع العقار بناء على التصاميم ، يعتبر من العقود الزمنية بالنظر إلى العنصر المميز له ، وهو الإلتزام بالبناء خلال المدة المحددة في العقد . وهو من الصور الحديثة لعقود الإذعان ، بالاعتماد على الفكرة الموسعة التي يقوم عليها المفهوم الحديث لعقد الإذعان ، و ذلك حماية لمشتري العقار على التصاميم ، من الشروط التي يستقل المرقى العقاري بوضعها ، و التي قد تتسم بالتعسف .

(1) راجع في هذا المعنى : محمد حسين منصور ، المرجع السابق ، ص 74 .

الفصل الثاني

إبرام عقد بيع العقار بناء على التصاميم

الفصل الثاني

إبرام عقد بيع العقار بناء على التصاميم

من المعروف ، أنه لكي ينعقد أي عقد ، يجب أن يتفق المتعاقدان على العناصر الأساسية له ، و هي ماهية العقد ، و المحل ، و بالتالي فإنه لكي ينعقد عقد بيع العقار بناء على التصاميم ، يجب أن يتفق الطرفان على ماهية العقد ، أي أن تنصرف إرادتهما إلى إبرام عقد بيع عقار بناء على التصاميم ، و أن يتفقا على العقار المعقود عليه ، و ثمن البيع . وعليه فإننا نقسم الدراسة في هذا الفصل إلى مبحثين ، نتناول في المبحث الأول ، التراضي في بيع عقار بناء على التصاميم ، ونعرض في المبحث الثاني للمحل .

- المبحث الأول : الرضا في عقد بيع العقار بناء على التصاميم .
- المبحث الثاني : المحل في عقد بيع العقار بناء على التصاميم .

المبحث الأول

الرضا في عقد بيع العقار بناء على التصاميم

يخضع بيع العقار بناء على التصاميم في إبرامه شأنه في ذلك شأن أي عقد للقواعد العامة في إبرام العقود ، من حيث ضرورة توافر الأركان و شروط الصحة .

غير أن عقد بيع العقار بناء على التصاميم قد يمر بمرحلة تمهيدية قبل إبرام العقد النهائي . وهذا ما يسمى بالعقد التمهيدي في فرنسا ، و بعقد حفظ الحق في الجزائر، في ظل قانون الترقية العقارية لسنة 1986 الملغى ، و كذلك في القانون رقم : 04/11 لسنة 2011 المحدد للقواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية ، إذا تم البيع في صورة البيع لأجل .

وعليه فإننا نقسم الدراسة في هذا المبحث إلى مطلبين ، نخصص الأول للعقد التمهيدي ، ونعرض في الثاني للعقد النهائي .

- **المطلب الأول : العقد التمهيدي لبيع العقار بناء على التصاميم .**
- **المطلب الثاني : العقد النهائي لبيع العقار بناء على التصاميم .**

المطلب الأول

العقد التمهيدي لبيع العقار بناء على التصاميم

بيع العقار بناء على التصاميم هو البيع الذي يلتزم بموجبه البائع بأن يقوم ببناء عقار خلال مدة محددة في العقد ، غير أن العقد النهائي يتأخر إبرامه ، الأمر الذي جعل المشرع - كما سبق القول - ينص على وجوب تحرير عقد تمهيدي يسمى (عقد حفظ الحق) ، وذلك نظرا لأهمية هذا العقد ، ذلك أنه في مجال بيع العقار بناء على التصاميم توجد أسباب كثيرة يصعب معها تحرير العقد النهائي في الحال .

و في المقابل فإن نفس تلك الأسباب تجعل من المفيد الرجوع إلى الإتفاق ما قبل التعاقد الذي يلبي مجموعة مختلفة من إهتمامات البائع تبعا لمرحلة العملية .

فقبل الإعلان عن مشروع البناء الذي يرغب في إقامته ، يكون من مصلحة البائع أن يختبر مدى تقبل السوق لمشروعه الإسكاني ، و أكثر ما يساعده على ذلك هو معرفة المشترين لبناياته في المستقبل .

فإذا أُنخذ القرار بالبناء فإن الأمر يحتاج إلى بعض الوقت لتحديد الثمن لذلك فإن البائع لا يرتبط إلا على نحو إحتمالي وهذا ما يحققه له الإتفاق ما قبل التعاقد النهائي .

فإن من مصلحة البائع الكبرى أن يرتبط مع المشتري بموجب إتفاق ما قبل التعاقد في إنتظار إبرام العقد النهائي الذي لا يمكن إنعقاده في الحال كما سبق القول إما لأسباب عملية (مادية) هي وجوب تدخل موثق ، و إما لأسباب قانونية خاصة إذا تعلق الأمر ببيع حسب الحالة المستقبلية (في فرنسا) بحيث لا يمكن إبرام العقد النهائي في هذه الصورة قبل نهاية الأساسات ، أو الحصول على ضمان بنكي⁽¹⁾ .

(1) Voir en ce sens : Philippe malinvaud Philippe jestaz ; droit de la promotion immobilière, 3^e édition. n 361 . p 400 .

إن الإلتجار في عقار جديد يستلزم مساعدات مالية مهمة لا يقدر عليها المرقي العقاري حتى و لو كان مدعم من طرف البنوك . فهو ليست له الوسائل و الإمكانيات المالية الكافية لإنهاء عملية البناء بصفة جيدة .

و من أجل التغلب على هذه الصعوبة جاءت فكرة العمل على مشاركة من هم أكثر حاجة إلى إنجازها في تمويلها ، لذلك ظهر البيع بناء على التصاميم الذي يسمح بتمويل مباشر أو غير مباشر بأموال الملاك المستقبليين⁽¹⁾ .

لذلك فإن الفائدة من الإلتفاق ما قبل التعاقد النهائي تمكن المرقي العقاري من تقييم درجة نجاح مشروعه . وفي نفس الوقت تحديد المشتري و تحرير عقود الحجز و تدل على الحيوية التجارية لعملية البناء كما تسمح بالمساهمة المالية للبنوك .

لذلك يثور التساؤل عن الطبيعة القانونية لهذا العقد التمهيدي ، و ما هي الإلتزامات التي يرتبها على عاتق الطرفين .

و عليه ننتقل إلى دراسة العقد التمهيدي في ثلاثة فروع ، نخصص أولهما للتنظيم القانوني له ، وثانيهما لإلتزامات الطرفين ، وثالثهما لطبيعته القانونية .

(1) Thierry massis ;le contrat préliminaire dans la vente d'immeubles à construire .
thèse . paris 2 . 1979 . P . 23 .

الفرع الأول

التنظيم القانوني للعقد التمهيدي في بيع العقار بناء على التصاميم

نظم العقد التمهيدي أو ما يعرف عندنا بعقد حفظ الحق في مجال بيع العقار بناء على التصاميم في الجزائر لأول مرة بمقتضى القانون رقم 07/86 المؤرخ في 04 مارس 1986 المتعلق بالترقية العقارية . فقد نصت المادة 30 منه على وجوب تحرير عقد تمهيدي يسمى « عقد حفظ الحق » . ثم نظم بعد ذلك بموجب القانون رقم 04/11 المحدد للقواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية في المادة 27 منه . أما في فرنسا فقد نظم هذا العقد بموجب المادة 11 من قانون 03 جانفي 1967 المتعلق ببيع العقارات المقرر بناؤها و إلزام البائع بضمان عيوب البناء .

و العقد التمهيدي في فرنسا - حسب نص المادة 11 من قانون 03 جانفي 1967 - هو العقد الذي يلتزم بمقتضاه البائع بحجز عقار أو جزء من عقار للمشتري في مقابل إيداع هذا الأخير ضمان في حساب خاص .

أما عقد حفظ الحق في الجزائر - حسب نص المادة 27 من القانون رقم 04-11 لسنة 2011 - فهو العقد الذي يلتزم بموجبه المرقي العقاري بتسليم العقار المقرر بناؤه أو في طور البناء ، لصاحب حفظ الحق ، فور إنتهائه ، مقابل تسبيق يدفعه هذا الأخير يودع في حساب مفتوح بإسمه لدى هيئة ضمان عمليات الترقية العقارية .

و يلاحظ على تعريف المشرع الجزائري لعقد حفظ الحق بأنه العقد الذي يلتزم بموجبه المرقى العقاري بتسليم العقار المقرر بناؤه أو في طور البناء ، لصاحب حفظ الحق ، فور إنجائه ، أن هذا التعريف لا يستقيم مع طبيعة عقد حفظ الحق أو العقد التمهيدي الذي يعد من قبيل الإتفاقات التي تسبق إبرام العقد النهائي أي ما قبل العقد الذي يهدف إلى التحضير لإبرام البيع النهائي . فالقول أن المرقى العقاري يلتزم بتسليم العقار المقرر بناؤه لصاحب حفظ الحق فور الإنتهاء من البناء ، يعني أن هذا العقد يلزم المرقى العقاري بالتسليم ، وهو نفس الإلتزام الذي يرتبه العقد النهائي في ذمة المرقى العقاري في بيع العقار بناء على التصاميم ، أو الذي يرتبه العقد النهائي في ذمة البائع في البيع العادي هذا من جهة ، ومن جهة ثانية فإن إلزام عقد حفظ الحق المرقى العقاري بتسليم العقار المبيع بمجرد الإنتهاء من بنائه إلى صاحب حفظ الحق يتعارض مع حق كل طرف من طرفيه في التخلص من هذا العقد إذا تراءى له ذلك عملا بالمادة 32 من القانون 04-11 التي نصت على أنه يمكن فسخ عقد حفظ الحق في أي وقت خلال إنجاز المشروع العقاري ، بطلب من أحد الطرفين مع قبول الطرف الآخر ، أو بطلب من صاحب حفظ الحق ، أو بطلب من المرقى .

و يبدو أن المشرع الجزائري أخطأ عند تعريفه لعقد حفظ الحق ، فبدلا ما يأخذ بتعريف المشرع الفرنسي للعقد التمهيدي الذي جاءت به المادة 11 من قانون 03 جانفي 1967 ، أخذ بتعريف المشرع الفرنسي للعقد النهائي لبيع العقار المقرر بناؤه في صورة البيع لأجل ، و الدليل على ذلك هو أن المادة 27 من القانون رقم 04-11 لسنة 2011 التي عرفت عقد حفظ الحق تكاد تتطابق مع المادة 1601-3 من القانون المدني الفرنسي التي عرفت البيع لأجل بأنه هو العقد الذي يلتزم بمقتضاه البائع بتسليم

العقار عند إنتهاء بنائه ، و يتعهد المشتري بإستلامه ، و دفع الثمن عند التسليم ، و يتم إنتقال الملكية بقوة القانون بتحرير ورقة رسمية تثبت الإنتهاء من البناء ، و تنتقل الملكية بأثر رجعي من تاريخ إبرام العقد . ضف إلى ذلك فإن عقد حفظ الحق حسب النصوص المنظمة له ، فإنه يمهد لإبرام عقد بيع العقار بناء على التصاميم في صورة البيع لأجل المعروفة في فرنسا دون أن يفصح المشرع عن ذلك صراحة .

وقد أستوجب القانونان الجزائري و الفرنسي أن يتم العقد التمهيدي كتابة و هذا ما نصت عليه المادة 31 من القانون رقم 07/86 السابق وذلك بقولها « ويحرر هذا العقد في شكل عرفي و يخضع لإجراء التسجيل » . ونصت المادة 31 من المرسوم التنفيذي . رقم : 67 - 1166 على أن يتم العقد التمهيدي كتابة من عدة نسخ .

وقد أثبتت في فرنسا مسألة ما إذا كان العقد التمهيدي يخضع للتسجيل أم لا وفقا للمادة 1840 من قانون الضرائب التي تبطل بطلانا مطلقا أي وعد إنفرادي عرفي ببيع عقار ما لم يسجل خلال 10 أيام ، ذلك أن المادة R-261-17 نصت على أن يتم العقد التمهيدي كتابة و باقي النص قضى بوجوب تحرير العقد من عدة نسخ . مما يؤدي إلى الإعتقاد أنه عقد تبادلي ينشئ إلتزامات متبادلة على عاتق الطرفين (1) .

(1) voir en ce sens : philippe malinvaud et philippe jestaz ; ouvrage précité . N° 363p . 401.

إن الإجابة على هذا التساؤل تتوقف أو تعتمد على الطبيعة القانونية للعقد التمهيدي⁽¹⁾. التي اختلف بشأنها الفقه والقضاء على السواء⁽²⁾. ولكن محكمة النقض الفرنسية فسرت نص المادة 1840 - أ - من القانون العام للضرائب تفسيرا ضيقا و رفضت تطبيقها على العقد التمهيدي بسبب أن هذا العقد لا يعتبر وعد إنفرادي بالبيع ولكنه « إتفاق من نوع خاص تبادلي⁽³⁾ ». .

ويجب أن يتضمن العقد التمهيدي سواء في الجزائر أو في فرنسا بيانات محددة وإلا وقع تحت طائلة البطلان المادة 30 من قانون الترقية العقارية. والمادتين 261 - 15 و 5-261 إلى 27 من قانون البناء و السكن الفرنسي. وتتمثل هذه البيانات في:

1 - حسب نص المادة 30 من قانون الترقية العقارية :

- وصف العمارة المباعة و مشتملاتها ، أو وصف الجزء المبيع منها ومشتملاته .
- عدد الغرف الرئيسية ، وتعداد غرف الخدمة ، و التوابع ، والمنافذ .
- المساحة السكنية ، في العمارة و المساحة التي تمثل الجزء المبيع منها ، إن اقتضى الأمر وتحديد مكان هذا الجزء .

(1) voir en ce sens : Hélène henry ; les problèmes posé par le contrat préliminaire de vente d' immeubles à construire . A. J . P . I . mai 1978 . P . 376 – Philippe malinvaud philippe jestaz . ouvrage précité N° 401 et 402 .

(2) Philippe malinvaud philippe jestaz , ouvrage précité N° 363 p . 402 .

(3) Cass , 3° civ . 27 octobre 1975 . G . P . 1976 . P . 67 ; J . c . P . 1976 .2. 18340 .

- نوع البناء
- السعر التقديري ، و كفيات مراجعته .
- شروط الدفع وكفياته .
- آجال التسليم .
- عقوبات التأخير .
- ضمانات التمويل ووسائله .

كما بينت المادة 36 من المرسوم التنفيذي 86 – 38 أن هذا العقد يشمل شروطا عامة و أخرى خاصة بحيث تتمثل الشروط العامة الملحقة بعقد حفظ الحق - بحسب نص المادة 37 - في التذكير بالأحكام القانونية و التنظيمية التي تتصل بالعلاقات الضرورية بين المكتب بعملية الترقية العقارية و المترشح للملكية لا سيما ما يأتي :

- إلتزامات المكتب بعملية الترقية العقارية و ضماناته إزاء المترشح للملكية .
- العقوبات الإدارية ، و المدنية و الجزائية المترتبة على الإلتزامات و الضمانات السالفة الذكر .
- إلتزامات المترشح للملكية و ضماناته إزاء المكتب بعملية الترقية العقارية .
- الشروط الباطلة و الباطل أثرها و الممنوعة .
- الشروط الإجبارية .

و زيادة على هذا يجب أن يذكر في هذا العقد القسم المتعلق بالمواد من 39 إلى

49 من القانون رقم : 07/86 .

2 - حسب نص المادة 30 من القانون رقم : 11 - 04 لسنة 2011 .

- أصل ملكية الأرضية و رقم السند العقاري عند الإقتضاء .

- مرجعيات رخصة التجزئة .

- شهادة التهيئة و الشبكات .

- تاريخ رقم رخصة البناء .

إن تنظيم المشرع لأحكام عقد حفظ الحق في ظل القانون 07-86 كان على قدر كبير من الأهمية ، بالنسبة لصاحب حفظ الحق ، فبالإضافة إلى تمكينه من قراءة الملف التقني الكامل للمشروع و الإطلاع عليه مقدما فإن هذا العقد يتضمن وصف تفصيلي و دقيق للعقار المبيع بحيث يمكن من تعرفه .

و قد نصت المادة 31 من القانون 07-86 على الجزاء الذي يترتب في حالة ما إذا لم يتضمن عقد حفظ الحق البيانات السابق ذكرها ، و هو حق صاحب حفظ الحق في طلب إبطال عقد حفظ الحق ، و هذا الحق في الإبطال مقرر لصاحب حفظ الحق وحده دون البائع ، و الحكمة في قصر حق البطلان على المشتري دون البائع واضحة لأن البيانات التي نص القانون على وجوب أن يتضمنها عقد حفظ الحق ، إنما وضعت أساسا لمصلحة صاحب حفظ الحق .

و يلاحظ أن المادة 30 من القانون رقم 04-11 قد نصت على البيانات التي يجب أن يشملها عقد حفظ الحق ، دون النص صراحة على أن الجزاء الذي يترتب

على عدم شمول العقد تلك البيانات هو وقوعه تحت طائلة البطلان ، كما نصت على ذلك المادة 30 من قانون الترقية العقارية ، و إن كنا نرى بأنه يأخذ نفس الجراء .

أما البيانات الإلزامية التي تستلزمها المادة 15-261 و المادة 25-261 إلى 27 من قانون البناء و الإسكان الفرنسي فهي التالية :

- وصف المحل المحجوز ، وهذا الوصف يشمل المساحة ونوعية البناء .
- آجال تنفيذ الأشغال .
- الثمن التقديري للبيع . وطريقة مراجعته .
- التاريخ الذي سيتم فيه تحرير العقد النهائي .
- القروض التي سيدبرها الحاجز أو تحول إليه وعلى وجه الدقة هذه القروض وشروطها وأسماء المقرضين .

ويتبين من مقارنة البيانات الإلزامية التي يستلزمها القانون في العقد التمهيدي في القانون الفرنسي ، و في عقد حفظ الحق في القانون الجزائري في ظل قانون الترقية العقارية لسنة 1986 ، أنها واحدة ، سواء في القانون الجزائري ، أو في القانون الفرنسي ، ولا يوجد إختلاف بينهما بشأنها إلا فيما يتعلق بالتاريخ الذي سيتم فيه تحرير العقد النهائي ، فقد حرص القانون الفرنسي على ضرورة أن يتضمن العقد التمهيدي تاريخ تحرير العقد النهائي، بينما لم ينص القانون الجزائري على هذا البيان.

الفرع الثاني

إلتزامات طرفا العقد التمهيدي في بيع العقار بناء على التصاميم

يرتب العقد التمهيدي أو عقد حفظ الحق شأنه في ذلك شأن أي إتفاق إلتزامات على عاتق طرفيه المرقي العقاري و صاحب حفظ الحق .

أولا : إلتزامات صاحب حفظ الحق (المشتري) .

ألزم القانون سواء في فرنسا ، أو في الجزائر . صاحب حفظ الحق أو المحجوز له أن يودع ضمان مقابل إلتزام المرقي العقاري أو البائع الحاجز بالحجز وقد حدد القانونان نسبة هذا الضمان كآآتي :

فبالنسبة للقانون الجزائري :

1 - حسب القانون رقم : 07/ 86 .

- 20% من الكلفة التقديرية للعمارة المباعة أو الجزء منها .

و يصب مبلغ الضمان في حساب خاص باسم طالب الحجز (حفظ الحق) يفتح لدى المؤسسة المالية المخولة ، وتكون الأموال المودعة غير قابلة للحجز ، وغير قابلة للتنازل ، وغير قابلة للتصرف فيها ضمن الحد المنصوص عليه في المادة 34 السابقة (المادة 35) .

وإذا تخلى المحجوز له (المترشح للملكية) خلال إنجاز المشروع فإن الحاجز يستفيد إقتطاعا نسبته 25 % من مبلغ الضمان المودع (المادة 37) .

2 - حسب القانون رقم 11 – 04 لسنة 2011 .

20% من السعر التقديري للعقار كما تم الإتفاق عليه بين الطرفين (المادة 52 من القانون رقم : 04-11 لسنة 2011) .

و يودع مبلغ التسبيق من طرف صاحب حفظ الحق في حساب مفتوح بإسم هذا الأخير لدى هيئة ضمان عمليات الترقية العقارية المنصوص عليها في المادة 56 من القانون رقم : 04-11 (المادة 27 الفقرة الثانية) .

و يلاحظ أن القانون رقم 11 – 04 خلافا لقانون الترقية العقارية لسنة 1986 لم ينص على أن تكون الأموال المودعة غير قابلة للحجز ، ولا للتنازل ، ولا للتصرف فيها ضمن الحد المنصوص عليه في المادة 52 .

و قد أجازت المادة 32 للطرفين الحق في فسخ عقد حفظ الحق في أي وقت خلال إنجاز مشروع البناء بإتفاقهما ، أو بإنفراد أحدهما بطلب فسخه .

فإذا كان طلب الفسخ من صاحب حفظ الحق ، يستفيد المرقى العقاري في هذه الحالة من إقتطاع نسبته 15 % من مبلغ التسبيق المدفوع .

أما إذا كان طلب الفسخ من المرقى العقاري ، و يكون ذلك في حالة عدم إحترام صاحب حفظ الحق ، لإلتزاماته ، و يتعين على المرقى في هذه الحالة ، و قبل اللجوء إلى الفسخ ، أن يقوم أولاً بتوجيه إعدارين لصاحب حفظ الحق مدة كل واحد منهما شهر واحد . يبلغان له عن طريق محضر قضائي ، ولا يرد عليهما (الفقرة الرابعة من المادة 32) ، و لا يكون من حق المرقى العقاري إقتطاع نسبة معينة من مبلغ التسبيق المدفوع بالرغم من أن سبب طلب المرقى الفسخ هو إخلال صاحب حفظ الحق بإلتزاماته .

أما بالنسبة . للقانون الفرنسي فإن نسبة هذا الضمان هي :

- 5 % من الثمن التقديري إذا كانت مدة القيام بأعمال البناء لا تتجاوز سنة .
- 2 % من الثمن التقديري إذا كان الأجل لا يتجاوز سنتين .
- إذا كان الأجل يتجاوز سنتين فهذا الضمان غير مطلوب .

ويجب أن تودع وديعة الضمان في بنك أو منشأة تصلح لهذا الغرض أو لدى الموثق ، وتكون قيمة هذا الضمان غير قابلة للحجز ، وغير قابلة للتنازل وغير قابلة للتصرف فيها . ويرد لصاحبه في الجزائر دون أن يقتطع منه ، أو تفرض عليه عقوبة ، إذا زاد سعر البيع على سعر البيع التقديري المزيد فيه .

أما في فرنسا فإنه يرد إلى المحجوز له إذ لم ينعقد العقد في المدة المحددة بسبب فعل البائع . أو إذا تجاوز ثمن البيع 5 % من الثمن . أو إذا لم يتم الحصول على

القروض المحددة في العقد التمهيدي أو إذا كان مقدارها أقل بنسبة 10 ٪ من المقدار المتوقع في العقد.

وإذا تخلى المحجوز له عن الشراء خلال إنجاز المشروع فإن الحاجز يستفيد إقتطاعا نسبته 25 ٪ من مبلغ الضمان المودع. هذا في الجزائر . أما في فرنسا فإنه يفقده .

وقد أثير التساؤل عن الطبيعة القانونية لهذا الضمان الذي يلتزم به المحجوز لصالحه ، هناك رأيان ، فيمكن إعتبارها حق العدول ، أو شرط جزائي .

يرى الرأي الأول بأن هذا الضمان يعد كشرط جزائي لإلتزام المحجوز له بالشراء ففقد المحجوز له لقيمة الوديعة أو إقتطاع نسبة 25 ٪ منها لفائدة الحاجز يبدو كجزاء على عدم تنفيذه لإلتزامه الرئيسي بالشراء⁽¹⁾ . فالمحجوز له يلتزم من وجهة نظر هذا الإتجاه بموجب العقد التمهيدي بالشراء ، فإذا ما أخل بتنفيذ هذا الإلتزام ضاعت عليه ، كنوع من العقوبة الخاصة ، قيمة الضمان ، وهكذا تبدو الحكمة من الوديعة فيما تحققه من مصلحة للبائع الحاجز من حيث حصوله عليها كتعويض على عدم تنفيذ المحجوز له لإلتزامه بالشراء وكضمان لحمل المشتري على القيام بتنفيذ إلتزامه هذا .

(1) T. G .I . Paris . 5 janvier 1974 . Inédit cité par hélène . henry ; ouvrage précité . p . 378 . note . (30) .

وإذا كان هذا الحل بهذا المعنى يضع على عاتق المحجوز له إلزاما بالشراء إلا أنه في الواقع يخالف أحكام الشرط الجزائي ، لأنه من الثابت قانونا أن قيمة الشرط الجزائي تحدد وقت الإتفاق ، ولا تدفع إلا بعد الإخلال بالإلتزام ، بينما يلتزم المحجوز له بدفع الضمان مقدما⁽¹⁾ .

بينما ذهب أصحاب الرأي الثاني إلى إعتبار مبلغ الضمان بمثابة حق العدول ، يعطي الحق للمحجوز له في العدول عن شراء العقار أو الجزء من العقار مقابل فقد المبالغ المودعة⁽²⁾ . غير أن أصحاب هذا الرأي اختلفوا بدورهم حول هذه النقطة .

فمنهم من يرى أن حق العدول تقرر لفائدة المحجوز له، يسمح لهذا الأخير بأن يبقى حرا في اتخاذ قراره بالشراء أولا ، فلا يوجد إذن إلتزام بالشراء لأنه يمكنه أن يفضل فقده للضمانة التي أودعها⁽³⁾ . على شراء العقار المتفق عليه ، وهم يستشهدون لتدعيم ذلك قياسا على ما قرره القضاء في مادة الوعد بالبيع الملزم لجانب واحد بأن الحق في الرجوع في الوعد الملزم لجانب واحد لا يعني إلتزام

(1) voir en ce sens : Hélène .Henry ; ouvrage précité N° 21 . p . 378.

(2) voir en ce sens : Hélène .Henry ; ouvrage précité N° 18 . p . 377 .

(3) B. Boccara , de la nation de promesse unilatérale , j. c .p.1970.I. 2357 bis ; jean viatte , des promesses unilatérales de vente . G. p . 1973.1. p.67 ; j . L . bergel , les contrats préliminaires de réservation dans les ventes d' immeubles à construire , j .c . p .1974.I.2669.

المستفيد منه بالشراء⁽¹⁾ . ومنهم من يرى عكس ذلك ، فمن يلتزم بدفع وديعة الضمان يلتزم أولا وقبل كل شيء بالشراء ، وأن ما قرره القضاء السابق بخصوص الوعد بالبيع الملزم لجانب واحد يتعذر الأخذ به في مجال العقد التمهيدي . فإذا كان الموعد له تمنح له مدة معينة يستطيع خلالها أن يمارس حقه في الخيار . فإن المحجوز له لا يستفيد من مدة محددة لممارسة حقه في الخيار ، وإذا كان العقد التمهيدي يتضمن تاريخ محدد لإبرام العقد النهائي ، إلا أنه لا يخول أي مدة للمحجوز له للخيار فالتاريخ المحدد لإبرام العقد النهائي لم يتقرر لمنح المحجوز له أجلا يستطيع خلاله اتخاذ قراره النهائي، وإنما يمنح للحاجز (البائع) لتجميع الشروط المادية والقانونية اللازمة ، لإبرام العقد النهائي . وعلى كل حال فإن إعتبارها ثمن لأجل الخيار يمنح للمحجوز له ، فإن مبلغ الضمان يزيد شيئا فشيئا كلما طالت المدة المقررة للخيار، غير أنها تخفض بل تلغى إذا زادت المدة عن سنتين ، ومن ثم يرى أصحاب هذا الرأي أن الضمانة التي يودعها المحجوز له ليس تعويضا عن أجل الإختيار وإنما ضمان للمرقي أن المشتري سينفذ إزامه بالشراء وأن مشروع البناء سيبيع⁽²⁾ .

ثانيا : إلتزامات المرقي العقاري .

يلتزم الحاجز في القانون الفرنسي (المادة 11 من قانون 3 جانفي 1967)

(1) cass.Com . 24 avril 1972 , j . c . p . 1972 , 11 .17144.

(2) voir en ce sens : Hélène henry ; ouvrage précité . N° 19.p. 378 ; philippe malinvaud Philippe jastaz ;le contrat préliminaire a la vente d' immeuble à construire (à propos de l' arrêt de la 3° chambre civile de la cour de cassation du 27 octobre 1975) , la semaine juridique année 1976 . 1 .n° 13 . p 2790.

بموجب العقد التمهيدي بحجز العقار أو جزء من العقار لفائدة المحجوز له ، ولم يوضح المشرع المقصود بهذا الإلتزام ، فإن هذا الإلتزام فضلا عن أنه غير قانوني فإنه غير محدد ويسمح بأكثر من معنى فإذا كان العقد التمهيدي ما هو إلا أداة لجس السوق فإن الإلتزام بالحجز هو إلتزام سلبي ، أي إلتزام بعدم البيع للغير ، بشرط أن لا يكون العقار قد تم بناؤه . وأن الحاجز لا يكون ملزما بالبناء فهو إلتزام يبدو غريب لأن إلتزام البائع الحاجز يكون معلقا على شرط واقف يعتمد كلية على إرادة المدين ، ويعتبر من ثم شرطا إراديا محضا .

أما في القانون الجزائري فإنه سبق و إن رأينا أن المرقي العقاري لا يلتزم بموجب عقد حفظ الحق بحجز عقار لفائدة صاحب حفظ الحق ، كما هو الحال في القانون الفرنسي ، و إنما يلتزم بتسليم العقار محل عقد الحفظ فور إنتهائه ، مقابل تسبيق يدفعه صاحب حفظ الحق ، و من ثم فإن مبلغ التسبيق الذي يدفعه صاحب حفظ الحق و المقدر قانونا بـ : 20 % من السعر التقديري للعقار ، يعتبر جزء من الثمن و ليس مبلغ ضمان كما هو الحال في القانون الفرنسي .

و أن وجه الإختلاف بين عقد حفظ الحق في الجزائر وفقا للقانون رقم 04-11، و العقد التمهيدي في فرنسا ، هو أن العقد التمهيدي في فرنسا يمهد لإبرام العقد النهائي لبيع العقار على التصاميم ، سواء تم البيع في صورة البيع حسب الحالة المستقبلية أو في صورة البيع لأجل . أما عقد حفظ الحق الذي نظمه المشرع الجزائري بالقانون رقم : 04-11 فهو يمهد لإبرام العقد النهائي لبيع العقار بناء على التصاميم الذي يتم في صورة البيع لأجل . و الدليل على ذلك هو نص المادتين 31 و 33 من

القانون رقم 04-11 لسنة 2011 فالأولى نصت على أن >> يتم تحويل ملكية عقار موضوع عقد حفظ الحق عند تاريخ التسديد النهائي لسعر العقار المحفوظ ، و يجب إعداد عقد البيع أمام موثق طبقا للتشريع المعمولـة به << ، و الثانية نصت على أنه >> يتعين على المرقي العقاري ، بعد ثلاثة أشهر كحد أقصى على إثر الإستلام المؤقت للبناءة أو لجزء منها ، بإعداد عقد بيع البناءة أو جزء من البناءة المحفوظة ، أمام موثق مقابل التسديد الكلي لسعر البيع من طرف صاحب حفظ الحق << .

و يلاحظ أن قانون الترقية العقارية لسنة 1986 الملغي كان أكثر وضوحا من القانون رقم 04-11 الحالي ، من حيث وجوب أن يسبق العقد النهائي لبيع العقار بناء على التصاميم الذي يتم في صورة البيع لأجل عقد تمهيدي ، فقد نصت المادة 30 من قانون الترقية العقارية لسنة 1986 على أنه >> يجب أن يسبق كل تنازل في إطار البيع لأجل ، تحرير عقد حفظ الحق...<< .

و هكذا ، فإن عقد بيع العقار بناء على التصاميم في القانون الجزائري الحالي إذا أبرم في صورة البيع حسب الحالة المستقبلية المعروفة في القانون الفرنسي ، يبقى عقدا واحدا لا يسبقه أي عقد تمهيدي ، كما كان عليه الحال من قبل في ظل المرسوم التشريعي رقم : 03-93 المتعلق بالنشاط العقاري ، الذي لم ينظم عقد حفظ الحق أصلا .

الفرع الثالث

الطبيعة القانونية للعقد التمهيدي في بيع العقار بناء على التصاميم

بعد أن تناولنا محتوى التزامات كل من المرقى العقاري و صاحب حفظ الحق، وعلى ضوء ذلك يمكننا الآن تحديد أو بيان طبيعة هذا العقد .

لا يوجد موضوع طرح على بساط النقاش بالقدر الذي طرح به موضوع الطبيعة القانونية للعقد التمهيدي في بيع العقارات المقرر بناؤها ، الذي لا يزال لم يجد بعد حلا مقنعا⁽¹⁾ ، فهناك من يرى فيه صورة من صور الوعد بالترفضيل ، واعتبره البعض وعد بالبيع ملزم لجانب واحد ، و اعتبره البعض الآخر بأنه عقد ذو طبيعة خاصة ، و أخيرا فقد أعتبر البعض أن العقد التمهيدي ليس ذو طبيعة واحدة و إنما هو ذو طبيعة مزدوجة ، أي أنه وعد ملزم لجانب واحد أو ملزم للجانبين تبعا لما إذا كان العقد أبرم قبل أو بعد إتخاذ القرار بتنفيذ عملية البناء⁽²⁾ وهذا ما سنوضحه فيمايلي

أولا : العقد التمهيدي وعد بالترفضيل :

الوعد بالترفضيل عقد يلتزم بموجبه الواعد بأن يبيع مالا معيناً للموعد له بالأفضلية على غيره إذ قرر بيعه للغير ، ويكون الثمن في هذه الحالة هو الثمن الذي يعرضه الغير ويرضى به الواعد .

(1) Philippe Malinvaud et philippe jastaz ; ouvrage précité , droit de la promotion immobilière ; N⁰ . 371 . p 410 .

(2) Jean – louis bergel ; les contrats préliminaires de réservation dans les ventes d' immeuble à construire . unité ou dualisme ? J . C . P . 1974 . 1 . 2669 , N⁰ 13-14 . et 19-20 .

وقد إعتبر بعض الفقهاء⁽¹⁾. العقد التمهيدي وعد بالترفضيل ورتبوا على ذلك ، أن المحجوز له يتمتع بنفس الحقوق التي للموعد بالترفضيل بالنسبة للعقار أو الجزء من العقار محل العقد التمهيدي .

غير أن هذا التكييف أنتقده أغلب الشراح⁽²⁾ فالعقد التمهيدي لا يتفق مع فكرة الوعد بالترفضيل ، فيجب أولا أن نلاحظ بأن تقدير الثمن في العقد التمهيدي يتم دون حاجة لتدخل من الغير، بينما في الوعد بالترفضيل فإن الثمن يعين عادة عن طريق عرض يقدم من الغير . لا سيما وأن الوعد بالترفضيل يقوم أساسا على التنافس أو التسابق ، و من ثم فهو يهدف إلى حسم هذا التنافس⁽³⁾ . وهذا ما لا نجده في العقد التمهيدي لأن المرقي لا يمكنه أن يبيع إلى الغير إلا إذا رفض المحجوز له الشراء لسبب شرعي وإلا فإنه يفقد وديعة الضمان⁽⁴⁾ . ثم أن الوعد بالترفضيل يفترض أن يكون العقار موضوع الوعد محدد تحديدا واضحا ، بينما الوضع غير ذلك في العقد

(1) CI . thibierge , « la nouvelle réglementation des ventes d' immeubles à construire » , rev . écon . et dr . imm , 1968 . 4. – rojer . saint - alary , la vente d' immeuble à construire et l' obligation de garantie a raison des vices de construction , J . C . P . 1968 . N⁰ 2146 .

(2) H . Henry , art . précité N⁰ 34 p 381 ; J – massis , thèse précité . p 174 ; roger . brun, les contrats préliminaires aux ventes d' immeubles à construire , A . J . P . I . 1973 . doctrine . P 12 .

(3) thierry massis ; ouvrage précité . p 171 .

(4) Hélène Henry , art . précité N⁰ 34 p 381 .

التمهيدي ، حيث لا يكون العقار موضوع الحجز محددًا تحديدًا دقيقًا . فضلا عن أن المشروع إذا طرأ عليه تغيير جوهري يصبح من حق المحجوز له أن ينسحب من العقد ولا يبرم العقد النهائي ويسترد الضمانة . التي أودعها⁽¹⁾ .

كما أن فكرة الوعد بالترفضيل تتيح للواعد أن يتلقى طلبات الحجز المقدمة من الغير عن العقار الذي حجزه الموعود له بالترفضيل ثم المفاضلة بينهما وعرض ما يختاره منها على الموعود له يتقبلها أو يرفضها وهذا ما يخالف التنظيم الذي وضعه المشرع للعقد التمهيدي والذي يفترض أن يحجز العقار إلا لحاجز واحد⁽²⁾ .

وأخيرا فإنه في الوعد بالترفضيل تظل للبائع الحرية الكاملة في إتخاذ قرار البيع فهو يخضع لسلطته التقديرية حسب ما يترأى له ، بينما قرار البائع في العقد التمهيدي لا يخضع لسلطته التقديرية وإنما له حدود معينة فقراره بعدم البيع يجب ان يكون له ما يبرره وإلا ألتزم بتعويض المحجوز له⁽³⁾ .

ثانيا:العقد التمهيدي وعد إنفرادي بالبيع .

يرى أصحاب هذا الرأي في العقد التمهيدي ، أنه وعد إنفرادي بالبيع معلق على شرط واقف ، هو إنجاز البناء ، فالبائع يلتزم - حسب هذا التحليل - بالبيع لكن

(1) Michel d'agot ; ouvrage précité , vente d' immeuble a construire , p 133 .

(2) إبراهيم عثمان بلال ، الرسالة السابقة ، ص 49 .

(3) محمد المرسي زهرة ، المرجع السابق ص 412 .

إلتزامه معلق على شرط ، هو قيامه بتنفيذ مشروع البناء⁽¹⁾. وهذا الشرط صحيح لأنه ليس شرطا إراديا محضا لأن إرادة المدين (الحاجز) ليست مطلقة ، بل مقيدة بالظروف الخارجية وخاصة الظروف الإقتصادية التي تسمح له بتحقيق مشروع البناء⁽²⁾.

ويستند أنصار هذا الرأي إلى نص المادة 11 من قانون 3 جانفي 1967 التي نصت صراحة على أنه يبطل كل وعد آخر بالبيع أو الشراء⁽³⁾. فبمفهوم المخالفة لهذا النص يكون العقد التمهيدي - في رأي أصحاب هذا الرأي - نوع من أنواع الوعد الإفرادي بالبيع .

غير أن بعض الفقهاء رفضوا هذا التحليل وحثهم في ذلك أن المشرع لم يقصد بنص المادة 11 وضع تكييف للعقد التمهيدي ، وإنما كان هدفه من ذلك أن يحمي المحجوز له من إستغلال المرقى له⁽⁴⁾ ، لذلك حرص على النص صراحة على الجزاء الذي يوقع على مخالفة أحكام المادة : 11 وهو بطلان أي صيغة أخرى من صيغ إتفاقات ما قبل التعاقد عدا العقد التمهيدي .

(1) Frank steinmetz ; thèse précité . p 316 ; Hélène Henry ; art . précité N⁰ 35 p 381 .

(2) Frank steinmetz ; thèse précité . p 316 .

(3) نص المادة 11 من قانون 3 جانفي 1967 بالفرنسية .

« nulle toute autre promesse d'achat ou de vente » .

(4) Jean – louis bergel ; Les contrats préliminaires de réservation dans les ventes d' immeuble à construire . unité ou dualisme ? J . C . P . 1974 . 1 , N⁰ 14 . p 2669.

وأخيرا ، فإنه إذا إعتبرنا العقد التمهيدي هو وعد إنفرادي بالبيع ، فإن معنى ذلك أن المحجوز له (المشتري) لا يلتزم بأي إلتزام، بينما يلتزم الحاجز (البائع) ، بحجز عقار أو جزء من عقار حسب نص المادة 11 في مقابل إلتزام المشتري بإيداع وديعة ضمان في حساب خاص ، وهذه الوديعة ليست عربونا أو تسبيق جزء من الثمن لأن المشتري لا يلتزم بالشراء ، وإنما هي مقابل أو ثمن الحجز⁽¹⁾ .

ثالثا : العقد التمهيدي هو إتفاق ذو طبيعة خاصة .

يرى أصحاب⁽²⁾ هذا الرأي أن العقد التمهيدي و إن كان يعتبر دون شك من قبيل ما قبل العقد إلا أنه ليس كالأخرين فهو يلعب دور خاص كوسيلة لإختبار السوق و معرفة القيمة التجارية لمشروع البناء ككل ، ومن ثم فهو عقد ذو طبيعة خاصة .

رابعا : العقد التمهيدي ذو طبيعة مزدوجة .

يرى البعض⁽³⁾ أن العقد التمهيدي ذو طبيعة مزدوجة ، تختلف من حالة لاخرى ، و ليس ذو طبيعة واحدة ، و كما أن الحرياء تغير لونها ، فإن العقد التمهيدي تتغير

(1) Jean – louis bergel ; art préc , N⁰ 14 . p 2669.

(2) Michel d'agot ; ouvrage précité , vente d' immeuble a construire , N⁰ 232 ; p . meysson et M tirard , J – cl . constr , fasc . 83- c , N⁰ 11 cité par philippe mlinvaud philippe jestaz ;ouvrage précité , droit de la promotion immobilière . N⁰ 371 . p 410 .note 3 .

(3) Jean – louis bergel ; art préc , N⁰ 13- 14 . p 2669. - Hélène henry ; art . précité N⁰ 40 p 382 .

طبيعته حسب مضمونه ومحتواه⁽¹⁾ ، و ذلك تبعا للوقت الذي يبرم فيه . فإذا أبرم قبل البدء في تنفيذ مشروع البناء ، فإن دوره يقتصر على كونه أداة لإختبار⁽²⁾ حالة السوق ، لكن في حالة ما إذا أستطاع البائع تنفيذ مشروع البناء فإن العقد هنا يلقي على كاهل البائع الحد الأدنى من الإلتزامات . حجز شقة، أي الإلتزم بعرضها على المحجوز له بالأفضلية على الآخرين في حالة بيعها >> وهو هنا مجرد وعد بالتفضيل <<⁽³⁾ .

أما إذ أبرم العقد التمهيدي بعد البدء في تنفيذ مشروع البناء ، و خاصة في حالة تقدم الأشغال فإن العقد التمهيدي في هذه المرحلة يتغير إلى وعد إنفرادي بالبيع⁽⁴⁾ .

و قد أيد بعض الفقهاء⁽⁵⁾ هذا التحليل ، كما أخذت به بعض المحاكم⁽⁶⁾ ، بينما رفضته محاكم أخرى⁽⁷⁾ .

(1) Obs .J . L . bergel sous . c .a paris 23 janvier 1975 . j . c . p 1975 . 2 . 18151 . cité par - hélène henry ; art . précité N⁰ 40 p 382 . note 53 .

(2) Hélène henry ; art . précité N⁰ 40 p 382 .

(3) محمد المرسي زهرة ، المرجع السابق ، فقرة 264 ص 417 .

(4) Hélène henry ; art . précité N⁰ 40 p 382 .

(5) Jean viatte ; le contrat préliminaire aux vente d' immeubles à construire , R. L 1973 ? P . 245 ; Meysson et tirard , vente d' immeubles à construire , j . c . c . fasc . 83 . N⁰ 6 .

(6) C .A . Rennes 18 décembre 1973 , D . 1974 . 2 . p 688 . note groslière , cassé par cass . 3^e civ . 27 octobre 1975 . D . 1976 . p . 97 , note franck .

(7) C . A . paris 20 février 1975 , J . C . P . 1975 . 2 . 18151 . obs bergel ; dans même sens C . A . Aix – provence 17 février 1975 , non publiée . cité par hélène . henry , art . précité N⁰ 40 p 382 . note 55 .

لقد اختلف القضاء بدوره حول مسألة تحديد الطبيعة القانونية للعقد التمهيدي ، ففي قرار صادر عن محكمة باريس بتاريخ 17 جانفي 1972⁽¹⁾ صرحت فيه بأن العقد التمهيدي هو إتفاق ذو طبيعة خاصة ملزم للجانبين ، و من ثم فإنه لا يمكن للحاجز أن يتحلل من العقد برد و ديدة الضمان للمحجوز لصالحه . بينما في قرار آخر صادر عن محكمة إستئناف رن⁽²⁾ في مادة الضرائب ، رأت في العقد التمهيدي وعدا إنفراديا بالبيع ، يخضع للتسجيل حسب حكم نص المادة 1840 - أ من قانون الضرائب العام التي نصت على ضرورة تسجيل الوعد بالبيع الإنفرادي خلال 10 أيام من تاريخ قبول الموعد له و إلا كان باطلا .

و قد حسمت محكمة النقض الفرنسية هذا الخلاف بقرارها الصادر عن الغرفة المدنية الثالثة بتاريخ 27 أكتوبر 1975⁽³⁾ ، و الذي قضت بموجبه بنقض القرار الصادر عن محكمة إستئناف رن السابق الإشارة إليه وكيفت العقد التمهيدي - و لأول

(1) Gaz . pal . , 1972 . 1 . 312 , concl . comiti ; J . C . P . ; 1972 . 2 . 17237 , obs . p . meyson et M . tirar ; D . 72 , somm . 115 .

(2) D . , 1974 . 688 et note grosliere ; Gaz . pal . , 1974 . 1 . 258 et note M . peisse ; rép . Note . , 1974 . 1 . 735 , art 35657 et note M . Vion ; act . jur . P . I . , 1974 . 816 et note brun .

(3) Civ 3^e , 27 oct . 1975 D . , 1976 . 97 et note E . frank , rép . defrénois , 1976 . 1 . 247 et note . frank , Gaz . pal . , 1976 . 1 . 67 et note M . peisse ; J . C . P . , 1976 . 2 . 18340 , obs . P . meyson . V . aussi Ph malinvaud et phjestaz , « Le contrat préliminaire à la vente d' immeuble à construire (A propos de l' arrêt de la 3^e chambre civile de la cour de cassation du 27 octobre 1975) » , J . C . P . , 1976 . 1 . 2790 . rappr . paris , 23 janv . 1975 , les petites affiches , 29 janv . 1975 . cité par Ph malinvaud et ph . jestaz ; ouvrage précité , N^o 371 p 411note 4 .

مرة بأنه «> عقد ذو طبيعة خاصة ملزم للجانبين أساسا *contrat sui generis* «
«*essentiellement Synallagmatique* الذي يتضمن إلتزامات متبادلة حيث يلتزم البائع ، في مقابل وديعة الضمان ، بأن يحجز للمشتري المحتمل عقارا أو جزءا من عقار ، ومن ثم فإن مثل هذا العقد ، يجب ألا يختلط بالوعد الإفرادي بالبيع بالمعنى الوارد في المادة 1840 - أ ... >> .

و أخيرا يمكن القول ، بأن مشكلة تحديد الطبيعة القانونية للعقد التمهيدي ، لم تجد بعد حلا مقنعا لأنها وضعت موضع خطأ⁽¹⁾ ، فمن الخطأ البحث عن الطبيعة القانونية للعقد الذي عرفته المادة 15 - 261 L من قانون السكن و التعمير . فهذا العقد لم يحدد سوى الإطار ، *Le contrat n'est qu'un moule* ، وهو ملزم بلا شك ، و لكن يمكن أن يستكمل باتفاق الطرفين ، بإضافة إلتزامات أخرى تلقى على عاتق الحاجز ، حسب الطريقة التي يتم بها إستكمال العقد ، فيكون له هذه الطبيعة أو تلك ، وهكذا ، فإن الطبيعة القانونية للعقد التمهيدي لا يمكن أن تحل على مستوى الإطار العام ، و إنما يجب أن تحل على مستوى كل عقد على حدى⁽²⁾ .

و مهما كان من إختلاف في الفقه و القضاء في فرنسا حول الطبيعة القانونية للعقد التمهيدي . فإن المشرع الجزائري يبدو أنه أعتبر عقد حفظ الحق الذي نظمه بموجب القانون رقم 11-04 و عد بالبيع ، يلتزم بموجبه الواعد وهو المرقى العقاري بتسليم العقار المقرر بناؤه أو في طور البناء لصاحب حفظ الحق فور الإنتهاء من بنائه .

(1) Philippe Malinvaud philppe Jestaz ; ouvrage précité N⁰ . 371 . P 411 .

(2) Philippe Malinvaud philppe Jestaz ; ouvrage précité N⁰ . 371 . P 412 .

ف عقد حفظ الحق ، ليس هو وسيلة يستعملها المرقي العقاري لإختبار مدى نجاح مشروعه ، من الناحية التجارية ، و الحصول على الوثائق الإدارية الضرورية ، و التمويل اللازم ، لأن عقد حفظ الحق حسب نص المادة 30 من القانون رقم 04-11 يجب أن يتضمن أصل ملكية الأرضية و رقم السند العقاري ، و مرجعيات رخصة التجزئة ، و شهادة التهيئة و الشبكات ، و كذا تاريخ و رقم رخصة البناء . و هذا يعني أن عقد حفظ الحق لا يمكن إبرامه قبل الحصول على التراخيص اللازمة لمشروع البناء ، وبالتالي فإن إلتزام المرقي العقاري بموجب هذا العقد هو إلتزام بالبيع ، وهو وعد بالبيع ملزم للجانبين - في رأينا - و قد نصت المادة 31 من القانون رقم : 86 - 07 لسنة 1986 المتعلق بالترقية العقارية على أن خلافا لأحكام المادة 12 من الأمر رقم : 70-91 المؤرخ في : 15/12/1970 و المتضمن تنظيم التوثيق ، و أحكام المادة 71 من القانون المدني ، يحرر العقد التمهيدي المسمى << عقد حفظ الحق >> في شكل عرفي ، و يخضع لإجراء التسجيل .

فإشارة المشرع للمادة 71 من القانون المدني الجزائري التي تتعلق بالوعد بالتعاقد بصفة عامة تفيد بما لا يدع مجالاً للشك ، أن المشرع حسم في مسألة طبيعة عقد حفظ الحق ، و اعتبره وعد بالبيع ، ذلك أن الفقرة الثانية من المادة 71 من القانون المدني التي تنطبق على الوعد بالبيع ، طالما أن المشرع لم ينظم الوعد بالبيع بنصوص خاصة ، تستلزم أن يتوافر فيه الشكل الواجب توافره في العقد الموعد بإبرامه . و هو هنا العقد النهائي لبيع العقار بناء على التصاميم الذي يتم في صورة البيع لأجل .

المطلب الثاني

إنعقاد العقد النهائي في بيع العقار بناء على التصاميم

سبق و أن رأينا عند دراستنا للعقد التمهيدي في القانون الفرنسي ، ولعقد حفظ الحق في القانون الجزائري ، أن القانون الجزائري الحالي بخصوص بيع العقار بناء على التصاميم إذا تم في صورة البيع حسب الحالة المستقبلية ، لا يعرف سوى عقد واحد ، و هو عقد البيع بناء على التصاميم ، الذي لا يسبقه أي عقد تمهيدي .

و عليه فإن بيع العقار بناء على التصاميم ، يخضع في إبرامه شأنه في ذلك شأن أي عقد للقواعد العامة في إبرام العقود ، من حيث ضرورة توافر الأركان و شروط الصحة ، فيجب أن يتوافر الرضا في طرفيه و هما البائع (المرقي العقاري)⁽¹⁾ و المشتري (المکتب) ، و أن يكون رضائهما مستندا إلى محل مشروع ، ومدفوع بسبب مشروع .

و يجب أن يكون رضاؤهما خاليا من عيوب الإرادة و هي الغلط و التدليس ، و الإكراه و الإستغلال ، و أن يكون كل منهما راشدا و أهلا للتصرف في العقار موضوع التعاقد .

(1) أو المتعامل في الترقية العقارية كما جاءت تسميته في المادة 3 من المرسوم التشريعي 93 – 03 ، أو المکتب حسب قانون رقم : 07/86 .

و لما كان عقد بيع العقار بناء على التصاميم عقد يخضع للقواعد العامة . فإننا نقتصر هنا على عرض القواعد الخاصة به .

و من المعلوم أن عقد البيع عموما عقد رضائي في القانون الفرنسي ، أما في القانون الجزائري فإنه يعتبر كذلك إذا كان محله منقولاً . ومن ثم يكفي لانعقاده مجرد التراضي ، و يتحقق التراضي بتبادل التعبير عن إرادتين متطابقتين هما إرادتا البائع و المشتري . فبمجرد إتفاق البائع و المشتري على العناصر الأساسية و الجوهرية للبيع و هي ماهية العقد ، و المبيع ، و الثمن ينعقد البيع دون اشتراط أن يجيء تراضي الطرفين في شكل معين ، و ذلك إعمالاً لمبدأ رضائية العقود في القانون الحديث⁽¹⁾ .

(1) راجع بوجه عام : السنهوري ، الوسيط ، الجزء 1 ص 163 و ما بعدها – أحمد حسن خليل قداة : الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري عقد البيع ، الجزء الرابع ، الطبعة الثالثة 2003 ، ديوان المطبوعات الجامعية ، ص 29 – علي هادي العبيدي ، العقود المسماة ، البيع و الإيجار ، الطبعة الأولى ، 2005 ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، ص 29 – عبد الرحمان أحمد جمعة الحلاشة : الوجيز في شرح القانون المدني الأردني ، عقد البيع ، دراسة متقابلة مع الفقه الإسلامي و القوانين المدنية ، الطبعة الأولى ، 2005 ، دار وائل للنشر ، ص 19 - نبيل إبراهيم سعد ، العقود المسماة عقد البيع الطبعة الثانية 2004 ، دار الجامعة الجديدة ص 37 – سرحان عدنان ، شرح أحكام العقود المسماة في قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية ، الجزء الأول عقد البيع ، الطبعة الأولى 2005 ، دار وائل للنشر ص 32 .

غير أن المشرع الفرنسي - بخصوص بيع العقار بناء على التصاميم - يستلزم لإبرامه ضرورة توافر شكل معين .

و إذا كان البيع العادي لعقار موجود وقت إبرام العقد ، يتم من قبل أي شخص يكون مالكا للعقار المبيع وقت البيع ، وأن أي شخص لديه القدرة على دفع ثمن العقار المبيع يستطيع شراؤه ، فإن بيع العقار بناء على التصاميم لا يستطيع أن يبرمه إلا من خوله المشرع أهلية القيام بهذا النوع من البيوع ، ومن جهة أخرى فإنه ليس في إمكان كل من يرغب في شراء عقار بناء على التصاميم إبرام هذا العقد إلا إذا توافرت فيه شروط معينة خاصة في البيع الترقوي التساهمي أو البيع الترقوي المدعم .

و على هذا سوف نقسم هذا المطلب إلى ثلاث فروع ، نخصص الأول لطرفي العقد ، و نخصص الثاني لما ينصب عليه الإتفاق بين الطرفين أو موضوع التراضي ، و نخصص الفرع الثالث لشكل عقد بيع العقار بناء على التصاميم .

الفرع الأول

طرفا عقد بيع العقار بناء على التصاميم

طرفا عقد بيع العقار بناء على التصاميم ، هما البائع (المرقى العقاري)⁽¹⁾ ، و المشتري (المكتب) .

أولا : المرقى العقاري :

إذا كانت عملية بناء و تشييد المساكن الموجهة للبيع بناء على التصاميم، تحتاج إلى تدخل أطراف آخرين يساهمون في تنفيذها و تمويلها مثل المهندسين المعماريين ، مكاتب الدراسات الهندسية ، والمقاولين والبنوك و المؤسسات المالية، فإن هؤلاء ليسوا أطراف في عقد بيع العقار بناء على التصاميم ، فمن هو إذا المرقى العقاري ، و ما هي الشروط اللازمة لممارسة مهنة المرقى العقاري .

بداية ، يجب التنويه إلى أن المرسوم التشريعي رقم : 93 – 03 المتعلق بالنشاط العقاري ، قد خص المتعامل في الترقية العقارية وحده ببيع العقارات بناء على التصاميم ، و لكنه لم يضع الشروط اللازمة لمزاولة مهنة المتعامل في الترقية العقارية .

(1) كما جاءت تسميته في المادة 3/ 15 من القانون رقم : 11 – 4 المحدد للقواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية ، أو المتعامل في الترقية العقارية حسب المادة 3 من المرسوم التشريعي رقم : 93 – 3 المتعلق بالنشاط العقاري أو المكتب حسب قانون الترقية العقارية رقم : 07/86 لسنة 1986 .

و أمام عدم وجود نظام قانوني و أساسي للمتعاملين في الترقية العقارية ، أصبحت هذه المهنة تزاوّل من قبل مقاولين الذين تحولوا من مقاولين إلى متعاملين في الترقية العقارية⁽¹⁾ ، و أخذوا يمارسون هذه المهنة دون إحترامهم لمحتوى دفتر الشروط المعمول به . هذا فضلا عن عدم توفر أغلبهم على الإمكانيات و الوسائل المادية و البشرية التي تؤهلهم لممارسة نشاط الترقية العقارية ، الأمر الذي تسبب في تأخر⁽²⁾ إنجاز و تسليم العديد من الوحدات السكنية المدعومة التي أنجزت بصيغة البيع التساهمي إلى أصحابها . ناهيك عن تلك التي أنجزت بصيغة البيع الحر .

و هناك من المرقين العقاريين من تلاعب بأسعار السكنات عن طريق المبالغة في الزيادة فيها⁽³⁾ ، بحجة ارتفاع سعر بعض مواد البناء كالإسمنت ، أو ارتفاع تكاليف اليد العاملة ، الذي نتج عن رفع الحد الأدنى للأجر القاعدي المضمون من 12 ألف دينار إلى 15 ألف في جانفي 2010 .

-
- (1) الذين قد بلغ عددهم في سنة 2009 حسب بيان وزارة السكن 1277 على المستوى الوطني .
 - (2) و قد أستاذ الكثير من المستفيدين من برنامج السكن التساهمي ، و في مناطق مختلفة من الوطن من تأخر إنجاز مساكنهم ، و التي مر على بداية الأشغال فيها أكثر من 5 سنوات ، دون أن تكتمل بالرغم من أن آجال الإنجاز حددت ب: 18 شهرا مثلا ، و المستفيدون سددوا مستحقاتهم .
 - (3) إذا كانت الزيادة في سعر السكنات التي تباع على تصاميم ممكنة ومشروعة ، ولها ما يبررها - في رأينا - لأن من جهة القانون نفسه يسمح بمراجعة السعر ، ومن جهة ثانية ، أن عملية البناء و التشييد تحتاج إلى وقت لتنفيذها و قد يطول هذا الوقت خاصة بالنسبة للمشاريع الكبرى ، ومن ثم فإن احتمال تغيير الظروف ممكن ، إلا أن المبالغة في زيادة السعر غير مقبولة ، فقد بلغت هذه الزيادة التي فرضها المرقون في جهات مختلفة من البلاد 100 مليون سنتيم .

و هناك من قام بالتلاعب في قوائم المكتتبين بحذف أسماء البعض و إضافة أسماء آخرين لم يكونوا مسجلين في القوائم من قبل ، و هناك من المرقين العقاريين من قام ببيع شقة واحدة لأكثر من مستفيد .

و الأكثر من كل ذلك ، فقد استولى بعض المرقين العقاريين على أموال المشترين الذين وجدوا أنفسهم فريسة مشاريع سكنية وهمية ، وقد سمعنا و قرأنا كثيرا عن هروب بعض المرقين العقاريين بما استطاعوا جمعه من أموال المشترين الذين قضوا - ربما - طوال حياتهم في جمعها من أجل شراء مسكن يأويهم⁽¹⁾ ، و حتى ولو تم القبض على هؤلاء المرقين المحتالين و تمت متابعتهم جزائيا على أساس جريمة النصب و الإحتيال ، فإن الواقع العملي يشهد بعدم فعالية و نجاعة العقوبات الجزائية المتمثلة في الحبس و الغرامة ، من ناحية لأن هذه العقوبة غالبا لا تكون رادعة أمام الإغراءات المالية ، فقد تفشت - للأسف الشديد - في مجتمعنا ظاهرة قبول البعض أن يحبس العديد من السنوات في مقابل الحصول على مبالغ مالية مرتفعة تعد بعشرات الملايير . و من ناحية ثانية ، ماذا يستفيد الضحية (المشتري) حبس (المتهم) المرقى العقاري و قد ضاعت أماله في الحصول على سكن ، بعد إنتظار طويل . و حتى على فرض أنه أستطاع أن يسترد - عن طريق العدالة - ما سبق دفعه ، فإنه يجد ما أسترده لا يكفي لشراء مسكن آخر ، بسبب إرتفاع سعر السكن في الفترة الممتدة بين تاريخ دفع الثمن و تاريخ إسترداده .

(1) و منهم حتى من باع حلي زوجته ، و منهم من أستدان لتحقيق حلمه ، في التمتع و لو لسنوات - قليلة - بسكن يتسع لكل أفراد العائلة ، ليجد حلمه يتحطم أمام جشع أصحاب الضمان الضعيفة .

وعلى ضوء ما تم تسجيله من نقائص في الحياة العملية ، مست الحاجة إلى ضرورة التعجيل بمراجعة الإطار التشريعي المنظم للترقية العقارية عموما ، و بيع العقار بناء على التصاميم خصوصا ، و يتعلق الأمر بالمرسوم التشريعي رقم : 93 – 03 المتعلق بالنشاط العقاري ، والعمل على إستحداث مرقين محترفين يتمتعون بروح المسؤولية . فأصدر المشرع القانون رقم : 11 – 04 المحدد للقواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية ، و الذي كان من بين أهدافه الأساسية تحديد نظام أساسي للمرقي العقاري .

وعرف القانون رقم : 11 – 04 الذي يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية في المادة 3 الفقرة 15 المرقي العقاري بأنه >> يعد مرقيا عقاريا في مفهوم هذا القانون ، كل شخص طبيعي أو معنوي ، يبادر بعمليات بناء مشاريع جديدة أو ترميم أو إعادة تأهيل ، أو تجديد أو إعادة هيكلة أو تدعيم بنايات تتطلب أحد هذه التدخلات ، أو تهيئة و تأهيل الشبكات قصد بيعها أو تأجيرها << .

و أول ما يلاحظ على تعريف المشرع للمرقي العقاري أنه وسع في مهامه . فمن المعروف أن مهنة المتعامل في الترقية العقارية ، في ظل المرسوم التشريعي رقم : 93 – 03 المتعلق بالنشاط العقاري ، كانت تتمثل أساسا في قيامه بإنجاز أو

تجديد الأملاك العقارية المخصصة للبيع أو الإيجار⁽¹⁾ أو تلبية حاجات خاصة .

بينما أصبحت مهامه تتمثل وفقا لنص المادة 15/3 السابق ذكرها . بالإضافة إلى قيامه بالمبادرة بعمليات بناء مشاريع جديدة ، قيامه بترميم أو إعادة تأهيل ، أو إعادة هيكلة أو تدعيم بنايات تتطلب أحد هذه التدخلات.

وهذا التوسع في مهنة المرقي العقاري يطرح إشكالا ، فيما يتعلق بالصيغة القانونية التي يتدخل بموجبها المرقي العقاري للقيام بأحد العمليات التي تتطلبها البناية .

و في رأينا ، أن الأمر لا يخرج عن أحد فرضين :

الفرض الأول : هو قيام المرقي العقاري بشراء بنايات موجودة من ملاكها الأصليين ، بموجب عقد بيع عادي طبعاً ، فيصبح هو المالك لها ، ثم يبادر بترميمها إذا كانت تحتاج إلى ترميم ، أو إعادة تأهيلها إذا كانت تقتضي ذلك ، أو إعادة هيكلتها أو تدعيمها إذا كانت بحاجة إلى تدعيم ، و يعمل في نفس الوقت على بيعها ، أو تأجيرها ، يستوي في ذلك ، أن يشرع في البيع قبل البدء في تنفيذ أو إنجاز أحد هذه التدخلات ، أو أثناء القيام بها ، أو حتى بعد الإنتهاء منها، أو أن

(1) لقد جاء المرسوم التشريعي رقم : 93 - 03 في إطار تشجيع الإستثمار في مجال الترقية العقارية عموماً و الإيجار خصوصا بسبب أزمة الإسكان ، راجع في هذا المعنى : محمدي فريدة ، التوازن في العلاقات الإيجارية (طبقا للمرسوم التشريعي 93-03 و نموذج عقد الإيجار) المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الإقتصادية و السياسية ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر ، الجزء 42 ، عدد خاص ، سنة 2001 ، ص 71 .

المركبي العقاري يملك بنايات تحتاج إلى التدخلات السابقة فيقوم ببيعها لمن يرغب في شرائها ، قبل قيامه بإنجاز التدخل الذي هي بحاجة إليه ، أو أثناء القيام به ، أو حتى بعد الإنتهاء منه . و نعتقد أن هذه الحالة لم تخطر على بال المشرع ، لكون المرقين العقاريين الجزائريين وقت صدور القانون رقم : 11 - 04 لسنة 2011 لا يملكون بنايات موجودة تحتاج إلى التدخلات المنوه عنها في المادة 15/3 التي عرفت المرقبي العادي ، وحددت مهامه .

الفرض الثاني : هو تقدم ملاك البنايات إلى مرقبي عقاري ، و يطلبون منه القيام بأحد أو بعض الأعمال التي حددتها المادة 15/3 من القانون رقم 11 - 04 ، و التي تتطلبها بناياتهم كالترميم مثلا ، أو الترميم و التدعيم معا ، و في هذه الحالة يكون مركز المرقبي العقاري في علاقته مع المتعاقد الآخر ، وهو مالك البناية ، مقاولا ، و ليس بائعا ، و يرتبط معه بعقد مقاوله ، وليس بعقد بيع بناء على التصاميم ، و يكون المتعاقد الآخر في مركز رب العمل و ليس بمشتري ، و بالتالي فإن العقد المبرم بينهما ، يخضع للأحكام الخاصة بعقد المقاوله الواردة في الفصل الأول من الباب التاسع من الكتاب الثاني من القانون المدني (المواد من 549 إلى 570) . ولا يخضع لأحكام القانون المتعلق بنشاطات الترقية العقارية عموما ، و البيع بناء على التصاميم خصوصا ، وهذا هو ما قصده المشرع فعلا من عبارة << يبادر بعملياتترميم أو إعادة تأهيل ، أو تجديد أو إعادة هيكلة أو تدعيم بنايات تتطلب أحد هذه التدخلات >> و هو بذلك يكون قد أعاد - دون قصد - المرقبي العقاري إلى حرفته

الأصلية التي أنحدر منها وهي مهنة المقاول⁽¹⁾ و هذا يتعارض مع روح القانون الجديد الذي من أهدافه الأساسية ، خلق أو إستحداث مرقين عقاريين حرفيين لا يمتون بصلة للمقاولين الذين كانوا ينشطون في مجال الترقية العقارية في ظل القانون السابق⁽²⁾ و الذين وصفوا من طرف المسؤولين عن قطاع السكن و البناء بالمتطفلين .

كما يلاحظ على تعريف المشرع للمرقي العقاري كذلك أنه أستعمل عبارة >> يبادر بعملياتتهيئة و تأهيل الشبكات << و هي عبارة غامضة و مبهمة ، فما المراد بتهيئة و تأهيل الشبكات ، هل المقصود بها شبكات الطرق و مواقف السيارات ، أو شبكات توصيل المياه و الغاز ، أم ماذا ؟ .

و بناء على الملاحظات السابقة ، يمكننا تعريف المرقي العقاري بأنه >> كل شخص طبيعي أو معنوي ، يبادر بعمليات بناء مشاريع جديدة ، ذات الإستعمال السكني ، أو الحرفي ، أو التجاري قصد بيعها ، أو تأجيرها ، و يلتزم المرقي العقاري - في سبيل القيام بمهمته - أن يقوم بكل ما هو ضروري لإنجازها << .

(1) خاصة وان المادة 16 من القانون رقم : 04-11 نصت صراحة على أن >> كل شخص طبيعي أو معنوي يبادر بمشروع عقاري معد للبيع أو الإيجار ، ملزم بالإستعانة بخدمات مقاول مؤهل قانونا حسب أهمية المشروع العقاري ، و تؤسس العلاقة بين الطرفين بعقد مقاولة يبرم بعد الحصول على عقود التعمير المطلوبة << ، ضف إلى ذلك أن أعمال التجديد أو إعادة التأهيل ، أو ترميم أو تدعيم البنايات ، هي أعمال ثانوية في كثير من الحالات - بالنسبة للمبادرة بإنجاز المشاريع السكنية الجديدة ، لذلك كان من الأفضل ترك القيام بهذه الأعمال للمقاولين فقط ، ليتفرغ المرقون لإقامة مشاريع جديدة ، وهذا هو هدف المشرع في تنظيم مهمة المرقي العقاري - في رأينا - .

(2) المرسوم التشريعي رقم : 93 - 03 .

و سبق و أن رأينا من قبل ، أنه لم يكن هناك قانون ينظم هذه المهنة ، و يحدد شروط مزاولتها و قد ترتب على هذا الفراغ القانوني ، أن الأشخاص الذين مارسوا مهنة << المتعامل في الترقية العقارية >> ، هم في الأصل مقاولون ، فكل من كان يحمل صفة << مقاول بناء >> له الحق في مزاولة مهنة المتعامل في الترقية العقارية دون شرط أو قيد ، و قد أثبت الميدان العملي عجز الكثيرين منهم .

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

1 - أن يكون الشخص - الذي يرغب في ممارسة هذه المهنة - طبيعيا كان أو معنويا مؤهل بداهة للقيام بالأعمال التجارية ، وهذا ما نصت عليه المادة 19 بقولها << يسمح لكل شخص طبيعي أو معنوي مؤهل للقيام بأعمال التجارة بممارسة نشاط الترقية العقارية موضوع المادتين 3 و 18 أعلاه ، طبقا للتشريع المعمول به و حسب الشروط المحددة في هذا القانون >> .

2 - أن يكون مسجلا في السجل التجاري ، وهذا الشرط وثيق الصلة بالشرط الأول ، لأنه من البديهي أن يكون المرقى العقاري بإعتباره تاجرا متحصلا على السجل التجاري لممارسة مهنته .

3- أن يكون مسجلا في الجدول الوطني للمرقيين العقاريين : وذلك حتى يستطيع الحصول على الإعتماد الذي يعد ترخيصا لممارسة المهنة ، و قد نصت على ذلك المادة 23 بقولها >> يتطلب منح الإعتماد للمرقي العقاري تسجيله في الجدول الوطني للمرقيين العقاريين و يعد ترخيصا لممارسة المهنة ، مع مراعاة القيام بالإجراءات الشكلية الإدارية و الجبائية المطلوبة للحصول عليه ...>> ، كما نصت على ذلك أيضا المادة 4 الفقرة الثانية بقولها >> لا يمكن لأي كان أن يدعي صفة المرقي العقاري ما لم يكن حاصلًا على إعتماد و مسجلا في الجدول الوطني للمرقيين العقاريين حسب الشروط و الكيفيات المحددة في القانون >> .

ولا يمكن للمرقي العقاري الذي تحصل على الإعتماد لممارسة مهنته ، أن يتنازل عنه أو يحوله ، و يترتب على تغيير في الشكل و التسمية و عنوان الشركة خلال نشاطه و كذا تغيير المسير إلى بطلان الإعتماد بحكم القانون ، و في هذه الحالة إذا أراد المرقي المعني تجديد الإعتماد ، فما عليه إلا تقديم طلب جديد و أن يستوفي الشروط اللازمة للحصول على الإعتماد (المادة 22) .

و يترتب على ممارسة مهنة المرقي العقاري بدون الحصول على الإعتماد بمزاولة المهنة من الجهة المختصة ، تعرض الشخص المخالف إلى عقوبة جريمة إنتحال الصفة طبقا للمادة 243 من قانون العقوبات ، المتمثلة في الحبس من ثلاثة أشهر إلى سنتين ، و بغرامة من 500 إلى 5000 دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين .

و إذا كانت ممارسة مهنة المرقي العقاري بدون إعتداد مصحوبة بالنصب ، تعرض المخالف إلى عقوبة جريمة النصب و الإحتيال المنصوص عليها في المادة 372 من قانون العقوبات ، و التي تتمثل في الحبس من سنة إلى 5 سنوات و غرامة من 500 إلى 20.000 دينار (المادة 77 الفقرة الثانية) .

4 - أن لا يكون من الأشخاص الذين صدرت ضددهم أحكام في جريمة من الجرائم التالية :

- التزوير و إستعمال المزور في المحررات الخاصة أو التجارية أو البنكية .
- السرقة و إخفاء المسروقات و خيانة الأمانة و التفليس و إبتزاز الأموال أو القيم أو التوقيعات .
- النصب و إصدار شيك بدون رصيد .
- رشوة موظفين عموميين .
- شهادة الزور و اليمين الكاذبة و الغش الضريبي .
- الجنح المنصوص عليها بموجب الأحكام التشريعية المتعلقة بالشركات التجارية .

كما يمنع من ممارسة مهنة المرقي العقاري ، كل الأعضاء المشطوبين تأديبيا و بصفة نهائية ، بسبب الإخلال بنزاهة المهن المشكلة في النقابات ، وقد نصت على هذا الشرط المادة 20 الفقرة الأولى التي تقضي بأنه لا يمكن أن يكونوا مرقيين عقاريين ، منشئين أو مشاركين ، بالأفعال قانونا أو فعليا ، بطريقة مباشرة أو من خلال وسيط للمبادرة بمشاريع عقارية تخضع لهذا القانون الأشخاص الذين تعرضوا لعقوبات إحدى الجرائم السابق ذكرها .

وواضح أن الحكمة من منع الأشخاص الذين حددتهم المادة 20 من القانون رقم 04-11 لسنة 2011 من الإنتساب إلى مهنة المرقي العقاري ، هي إستبعاد كل من يرتكب جريمة من جرائم الأموال من مزاوله مهنة المرقي العقاري ، لأن الشخص الذي يرتكب جريمة من تلك الجرائم ، أصبح في نظر القانون غير أمين على حقوق المشترين ، و هذا دليل على مدى حرص المشرع و إصراره على تطهير قطاع الترقية العقارية عموما ، من المتطفلين غير الشرفاء الذين عبثوا بأقوات الناس ، فمجال الترقية العقارية متاح لكل شريف ، يحترم أصول المهنة ، و يلتزم بتنفيذ إلتزامه و يقدر حاجات الناس ، و لا مكان فيه لمن لا يكون أمينا في تنفيذ إلتزاماته و لا يحترم تعهداته .

و بهذا يكون المشرع قد وفر - في رأينا - لمشتري العقار بناء على التصاميم ، حماية قبل إبرام العقد ، و ذلك بحرمان الأشخاص الذين حكم عليهم في جريمة من جرائم الأموال من إبرام عقد بيع العقار بناء على التصاميم .

و بالإضافة إلى الأحكام السابق ذكرها المنصوص عليها في المادة 20 من القانون رقم 04-11 لسنة 2011 أشرتت المادة 21 من نفس القانون في المرقي العقاري الذي يقدم طلبا لإعتماده ، أن يكون متمتعا بحقوقه المدنية .

ثانيا : المشتري (المكتب) .

سبق و أن رأينا من قبل أن بيع العقار بناء على التصاميم ، على نوعين ، بيع ترقوي حر (أي غير مدعم) ، و بيع ترقوي تساهمي (مدعم) الذي أصبح يعرف الآن بالسكن الترقوي المدعم .

فبالنسبة للنوع الأول ، فإن الإستفادة منه تتم بدون شروط ، بمعنى أن كل من لديه القدرة على الدفع المسبق ، و القدرة المالية لدفع الأقساط الباقية ، يستطيع شراء وحدة سكنية على التصاميم وفقا لهذه الصيغة ، مع إمكانية حصوله على قرض من البنك ، و أهم ما يتميز به هذا النوع من البيع بالنسبة للمشتري ، هو حرية هذا الأخير في إختيار نوع السكن الذي يرغب في شرائه و مكان تواجده .

أما الإستفادة من النوع الثاني ، أي البيع الترقوي التساهمي أو البيع الترقوي المدعم ، فإنها تخضع لشروط ، لذا فإن من يرغب في شراء مسكن ترقوي مدعم عليه إستيفاء الشروط المطلوبة و هي :

- 1 - ألا يزيد دخله الشهري 6 مرات الدخل الوطني الأدنى المضمون .
- 2 - ألا يكون قد استفاد من سكن إجتماعي .
- 3- أن لا يكون مالكا لقطعة أرضية أو مسكن .

و قد نصت على هذه الشروط المادة 6 من القرار الوزاري المشترك المؤرخ في : 13 سبتمبر 2008 الذي يحدد كفيات تطبيق المرسوم التنفيذي رقم 94-308 المحدد لقواعد تدخل الصندوق الوطني للسكن في مجال الدعم المالي للأسر .

و قد سمي هذا النوع من السكن بالترقوي الإجتماعي التساهمي ، لأنه لا ينجز إلا من قبل المتعامل في الترقية العقارية ، عاما كان أو خاصا . و أنه أحد برامج السكن الإجتماعي الموجه خصيصا للفئة المتوسطة من المواطنين قصد تملكها للسكن . و أنه ينجز بمساهمة المشتري الشخصية ، و مساهمة الدولة الداعمة له المتمثلة في المساعدة المالية التي تمنحها للمستفيد بواسطة الصندوق الوطني للسكن⁽¹⁾ ، دون إستردادها .

و مشتري العقار بناء على التصاميم ، في كلا النوعين إما أن يشتري مسكنا فرديا ، أو مسكنا في ملكية مشتركة ، و في هذه الحالة يخضع المشتري لنظام الملكية المشتركة من أجل حسن سير إدارة البناية أو العمارة التي يملك مسكن فيها ، الذي يحكمه المرسوم رقم 94 / 59 المؤرخ في : 7 مارس 1994 الذي يعدل و يتم المرسوم رقم 83 / 666 المؤرخ في 12 نوفمبر 1983 الذي يحدد القواعد المتعلقة

(1) المرسوم التنفيذي رقم 94 - 308 المؤرخ في 4 أكتوبر 1994 المحدد لقواعد تدخل الصندوق الوطني للسكن .

بالملكية المشتركة و تسيير البنايات الجماعية . وهذا بعدما يقوم المرقى العقارى الذى يلتزم بضمان إدارة الأملاك العقارية المشتركة لمدة سنتين إبتداء من تاريخ بيع الجزء الأخير من البناية المعنية ، بتحويل هذه الإدارة إلى الأجهزة المنبثقة عن المقتنين أو الأشخاص المعينين من طرفهم (المادة 62 من القانون رقم 04-11) .

و يلاحظ أن هذا القانون قد ألزم المرقى العقارى بإعداد ووضع نظام الملكية المشتركة ، و كذا إنجاز المحلات الضرورية لإدارة الأملاك المشتركة ، ومسكن البواب (المادتان 60 و 61) ، ولا شك أن كل ذلك فى مصلحة المشترين من أجل حسن سير إدارة البنايات و العمارات نتيجة الفوضى التى شهدتها البنايات الجماعية و تجمعات المساكن .

الفرع الثانى

موضوع التراضى فى عقد بيع العقار بناء على التصاميم

سبق القول أنه ، يجب لكى ينعقد عقد البيع عموما ، أن يتفق المتعاقدان على العناصر الأساسية أو الجوهرية للعقد ، الشيء المبوع و الثمن ، لذلك يثور التساؤل عما إذا كان ذلك يكتفى لإنعقاد البيع على التصاميم ، فينعقد بمجرد إتفاق المرقى العقارى و المكتب على السكن المبوع و الثمن أم لا .

و إذا كان محل إلتزام المرقى العقارى غير موجود وقت إبرام العقد فإنه لا يؤثر على صحة العقد ، ذلك أن المادة 92 من القانون المدنى تنص صراحة على أنه

يجوز أن يكون محل الإلتزام شيئاً مستقبلاً . فطبقاً لهذا النص يجوز بيع العقار قبل البدء في عملية البناء ، طالما أن هذا العقار قابل للوجود في المستقبل .

و قد تطلب القانون ضرورة أن يشمل عقد بيع العقار بناء على التصاميم بيانات معينة تتعلق بعناصر العقد .

و قد نصت المادة 10 من المرسوم التشريعي رقم : 93 - 03 على مختلف البيانات التي يجب أن يشتمل عليها العقد ، و ذلك بقولها >> يجب أن يشتمل عقد البيع بناء على التصاميم الذي يحدد نمودجه عن طريق التنظيم ، تحت طائلة البطلان ، على ما يأتي ، زيادة على الصيغ المعتادة .

- العناصر الثبوتية للحصول على رخص البناء المنصوص عليها في التنظيم الجاري به العمل .

- وصف البناء المبيع أو جزء البناء المبيع و مشتملات ذلك .

- أجال التسليم و عقوبات التأخير المرتبطة بها في حالة عدم احترام هذه الأجال .

- السعر التقديري و كيفيات مراجعته إن أقتضى الأمر .

- شروط الدفع و كيفياته .

- طبيعة الضمانات القانونية و ضمان حسن الإنتهاء و الضمانات الأخرى التي يعطيها

المتعامل في الترقية العقارية للمشتري مقابل تسبيقات و سلف و دفعات مجزأة

المنصوص عليها في العقد ، و دعم الإلتزامات التعاقدية الأخرى << .

و قد نصت المادة 30 من القانون رقم 04-11 على وجوب أن يتضمن عقد

البيع على التصاميم على مايلي :

- أصل ملكية الأرضية و رقم السند العقاري عند الإقتضاء .

- مرجعيات رخصة التجزئة ، و شهادة التهيئة والشبكات .

- و كذا تاريخ و رقم رخصة البناء .

و يتضح من نص المادة 10 من المرسوم التشريعي رقم 93 - 03 ، أنه إذا كان

عقد البيع عموما ينعقد بمجرد إتفاق البائع و المشتري على العناصر الأساسية لعقد

البيع العادي وهي المبيع و الثمن ، حتى و لو لم يتم الإتفاق على العناصر التفصيلية

أو الثانوية ، كوقت الوفاء بالثمن ، و تاريخ تسليم الشيء المبيع ، و مكان الوفاء بهما .

فإن هذه المسائل التفصيلية بالنظر إلى خصوصية بيع العقار بناء على التصاميم تعد

عناصر جوهرية فيه ، لذلك حرص المشرع على النص صراحة على بطلان عقد بيع

العقار بناء على التصاميم إذا لم يذكر فيه أجل التسليم ووقت الوفاء بالثمن ، و طريقة

الوفاء به .

و بالتالي فإنه لا يكفي - في رأينا - لإنعقاد البيع بناء على التصاميم مجرد إتفاق

المركبي العقاري و المكتتب على العقار المبيع و الثمن ، حتى و لو أنهما وصفا العقار

المبيع وصفا دقيقا حتى يمكن التأكد من مطابقته للمواصفات و الشروط المتفق عليها .

وحتى و لو أنهما أتفقا كذلك على الثمن الذي يجب أن يكون محددًا تحديدا كافيًا .

بل يجب فضلا عن كل ذلك أن يتفقا على المدة الزمنية التي يتعين فيها على المرقي العقاري أن يقوم ببناء العقار المبيع تمهيدا لتسليمه للمكاتب . فإذا لم يتضمن العقد المدة المتفق عليها ليقوم خلالها المرقي العقاري بتنفيذ التزامه الرئيسي ببناء العقار المبيع وقع العقد باطلا . كما يتعين عليهما أن يتفقا على وقت إستحقاق الثمن الذي يجب أن يكون موافقا للوقت الذي حدده القانون ، فهذا الوقت إنما روعي فيه مصلحة كلا الطرفين المرقي العقاري و المشتري ، فالإخلال بشيء من ذلك لا يقره القانون ، و يقع باطلا كل إتفاق على مخالفة الأحكام السابقة ، لتعلقها بالنظام العام .

و عليه فإذا أنفق المرقي العقاري مع المشتري على أن يكون الوفاء بالثمن في وقت يختلف عن الوقت الذي نص عليه القانون فإن هذا الإتفاق يقع باطلا ، بل و أكثر من ذلك فإن المرقي العقاري يتعرض إلى عقوبة جزائية تتمثل في الحبس من شهرين إلى سنتين و غرامة من ماتي ألف دينار إلى مليوني دينار (المادة 71 من القانون رقم 11 - 04) .

و هكذا ننتهي إلى القول ، بأنه إذا كان يكفي لإنعقاد عقد البيع عموما ، إتفاق البائع و المشتري ، على المبيع و الثمن ، فإن هذا لا يكفي لإنعقاد عقد بيع العقار بناء على التصاميم ، بل لا بد من الإتفاق على العناصر الأخرى مثل وقت الوفاء بالثمن ، و أجل التسليم ، التي تعتبر عناصر جوهرية في هذا النوع الجديد من البيع . لا يقوم بدونها .

الفرع الثالث

الشكل في عقد بيع العقار بناء على التصاميم

من المسلم به في القانون الحديث ، أن العقود الناقلة للملكية رضائية ومنها عقد البيع ، و من ثم فإنه يكفي لإبرامه الإتفاق على العناصر الأساسية له و هي المبيع و الثمن .

غير أن القانون الجزائري بخصوص التصرفات المتعلقة بالعقارات أستلزم أن يكون العقد الذي هو مصدر لها شكليا ، و على ذلك فإذا تعلق الأمر ببيع عقار - بصرف النظر عما إذا كان العقار محل البيع موجودا أو غير موجود وقت البيع - فإن العقد يكون شكليا ، و من ثم فإن الرضا وحده لا يكفي لإنعقاده ، فإذا لم يستوف الشكل الذي يستلزمه القانون فإن العقد يقع تحت طائلة البطلان و هذا ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة 324 مكرر⁽¹⁾ المضافة إلى القانون المدني بموجب القانون رقم : 14-88 المؤرخ في : 16 رمضان عام 1408 الموافق لـ : 3 ماي سنة 1988 الذي يعدل و يتمم الأمر رقم : 58-75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 و المتضمن القانون المدني و التي يجري نصها على النحو التالي >> زيادة على العقود التي يأمر القانون

(1) و التي حلت محل المادة 12 من قانون التوثيق الصادر بالأمر رقم : 70-91 المؤرخ في : 15/12/1970 و الذي بدأ العمل به ابتداء من 01/01/1971 .

بإخضاعها إلى شكل رسمي يجب تحت طائلة البطلان تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية أو محلات تجارية أو صناعية أو كل عنصر من عناصرها ، أو التنازل عن أسهم من شركة أو حصص فيها ، أو عقود إيجار زراعية أو تجارية أو عقود تسيير محلات تجارية أو مؤسسات صناعية في شكل رسمي ، و يجب دفع الثمن لدى الضابط العمومي الذي حرر العقد >> .

و قد نصت كذلك المادة 12 من المرسوم التشريعي رقم : 93-03 المتعلق بالنشاط العقاري على أن (يحرر عقد البيع بناء على التصاميم على الشكل الرسمي ...) ، و التي صارت المادة 34 في القانون رقم : 11-04 الذي يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية (يتم إعداد عقد البيع على التصاميم في الشكل الرسمي و يخضع للشكليات القانونية الخاصة بالتسجيل و الإشهار ...) .

إن المقصود بالشكلية حسب نص المادة 324 مكرر 1 في العقد المنصب على العقار هي الرسمية و هي تعني ضرورة إفراغ العقد في شكل رسمي ، و العقد الرسمي حسب نص المادة 324 من القانون المدني ، هو عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة ، ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن و ذلك طبقاً للأشكال القانونية و في حدود سلطته و لإختصاصه .

و بالرغم من أن البيع بناء على التصاميم ، يرد على العقار ، لذا يجب لصحته أن يتم تحريره وفقاً للشكل الرسمي الذي يتطلبه القانون في التصرف في العقار بصفة عامة ، إلا أن المشرع العقاري لم يكتف بذلك ، و نص في المادة 34 من القانون رقم

04-11 (المادة 12 من المرسوم التشريعي رقم 03-93) على أن يتم إعداد عقد البيع على التصاميم في الشكل الرسمي و يخضع للشكليات القانونية الخاصة بالتسجيل و الإشهار ، و يخص في نفس الوقت البناية و الأرضية التي شيد عليها البناء .

بل و أكثر من ذلك فإنه لا يكفي لصحة عقد بيع العقار بناء على التصاميم أن يحرر العقد في الشكل الرسمي بمعرفة الموثق وفقا للقالب الذي تصب فيه العقود الأخرى ، بل يجب فضلا عن ذلك أن يفرغ في القالب الخاص به ، و المحدد له وفقا للنموذج المقرر بالمرسوم التنفيذي رقم 58-94 ، الذي يجب أن يتضمن بيانات إلزامية خاصة به ، زيادة على البيانات العادية المألوفة في كل العقود ، نصت عليها المادة 10 من المرسوم التشريعي رقم 03-93 و هي :

- العناصر الثبوتية للحصول على رخص البناء المنصوص عليها في التنظيم الجاري به العمل .

- وصف البناية المباعة أو جزء البناية المباعة و مشتملات ذلك .

- آجال التسليم و عقوبات التأخير المرتبطة بها في حالة عدم إحترام هذه الآجال .

- السعر التقديري و كيفيات مراجعته إن اقتضى الأمر .

- شروط الدفع و كيفياته .

- طبيعة الضمانات القانونية و ضمان حسن الإنتهاء و الضمانات الأخرى التي

يعطيها المتعامل في الترقية العقارية للمشتري مقابل تسبيقات و سلف و دفعات

مجزئة ، المنصوص عليها في العقد ، و دعم الإلتزامات التعاقدية الأخرى .

و يمكن إستكمال نموذج هذا العقد بينود أخرى تعتبرها الأطراف المعنية مفيدة شريطة أن لا تكون مخالفة للأحكام القانونية المعمول بها في المعاملات العقارية .

أما البيانات التي يجب أن يشتمل عليها عقد بيع العقار بناء على التصاميم وفقا للقانون الجديد رقم 04-11 لسنة 2011 ، الذي لم يحدد بعد نمودجه ، نصت عليها المادة 30 وهي :

- أصل ملكية الأرضية و رقم السند العقاري عند الإقتضاء .
- مرجعيات رخصة التجزئة .
- شهادة التهيئة و الشبكات ، و كذا تاريخ رخصة البناء .

و واضح من هذه البيانات أن المشرع أراد أن يضع حدا للفوضى التي سادت من قبل بسبب قيام بعض المرقين العقاريين بإقامة مشاريع سكنية على أراض غير مملوكة لهم ، ودون حصولهم على رخصة البناء ، لأن الحصول على هذه الأخيرة مرتبط بعقد الملكية ، الأمر الذي أدى إلى تدخل السلطات العمومية بإتخاذ قرارات الهدم ، و إذا لم يصل الأمر إلى الهدم ، فإنه يصعب على المرقى العقاري نقل الملكية على الأرض للمشتري ، لكونه لا يملكها ، و فاقد الشيء لا يعطيه . و قد يحصل المرقى العقاري في بعض الولايات على شهادة إدارية تمنحها له مديرية أملاك الدولة فقط من أجل الحصول على رخصة البناء ، غير أن صندوق التأمين على الكفالة لا يوافق على إجراء التأمين إلا بتقديم عقد ملكية الأرض ، لذلك يحرم المشتري من التعويض الذي يتكفل به الصندوق المذكور .

لذلك حرص المشرع على النص صراحة على وجوب أن يتضمن العقد التراخيص الإدارية التي تثبت أن مشروع البناء المزمع إقامته يسير في الطريق الصحيح ، و ذلك حماية للمشتري .

هذا و قد نصت الفقرة الثانية من المادة 34 من القانون رقم 04-11 (المقابلة للمادة 13 الفقرة الأولى من المرسوم التشريعي رقم 03-93) ، على أن يتم عقد البيع على التصاميم بمحضر يحرر وجاهيا بذات مكتب التوثيق الذي حرر العقد قصد معاينة الحيازة الفعلية من طرف المكتب و تسليم البناية المنجزة من طرف المرقي العقاري طبقا للإلتزامات التعاقدية .

و يلاحظ أن هناك تناقض جراء عدم إنسجام الفقرتين الأولى و الثانية من المادة 34 ، (و هو نفس التناقض الوارد جراء عدم إنسجام المادتين 12 و 13 من المرسوم التشريعي رقم 03-93) . فالفقرة الأولى ، التي تقابلها المادة 12 ، تقرر بأن العقد الرسمي يخضع للشكليات القانونية الخاصة بالتسجيل و الإشهار ، يتعلق الأمر إذن ببيع ناجز . أما الفقرة الثانية ، التي تقابلها المادة 13 توضح بأن العقد يتم بمحضر يحرر وجاهيا بذات مكتب التوثيق لمعاينة تسليم البناية من قبل المرقي العقاري و معاينة الحيازة الفعلية لها من طرف المشتري .

إن تعبير << يتم >> في غير محله ذلك أننا نتم ما هو ناقص ، في حين أن البيع هنا ناجز كلية ، فيتعلق الأمر إذن بمحضر تنصيب يبرز التطابق بين البناء المتفق عليه ، و البناء المسلم و كذا العيوب الاحتمالية لكي يتحرر المرقي من ضمان الإنجاز المتقن . وهو بهذا المفهوم يحرر تلو البيع و ليس إتماما له .

و تعتبر الرسمية ركن في العقد لا يقوم بدونها، فالجزاء التي يترتب على تخلفها هو البطلان المطلق⁽¹⁾. و غني عن البيان أن عقد بيع العقار بناء على التصاميم الذي اكتسى طابعه الرسمي . لا يحدث أثره العيني كسائر العقود الأخرى ، الناقله للملكية العقارية . إلا إذا تم تسجيله لدى مصلحة التسجيل . و كذا شهره لدى المحافظة العقارية . مع العلم أن البيع التساهمي لا يخضع لإجراء التسجيل .

و عقد البيع في القانون الفرنسي ، عقد رضائي غير أن المشرع الفرنسي شد على هذه القاعدة فيما يتعلق ببيع العقار المقرر بناؤه ، أين استلزم الشكلية كركن أساس إذا أبرم العقد في القطاع المحمي Secteur protégé وهو القطاع الخاص بالإسكان المهني ذلك أن المشرع الفرنسي قد فرق بخصوص بيع العقار المقرر بناؤه ، بين إبرام هذا العقد في القطاع المحمي و القطاع العام ، و جعل الشكلية مقصورة على الفرض الأول دون الفرض الثاني .

فقد نصت المادة السابعة (7) من قانون 3 جانفي 1967 على أن عقد بيع العقار المقرر بناؤه ، في أي من صورتيه ، البيع لأجل و البيع حسب الحالة المستقبلية ، لا يمكن أن ينعقد إلا بعقد رسمي . و أن عدم مراعاة أحكام هذه المادة يجعل العقد باطلا و يعتبر هذا النص استثناء مهم جدا جاء به مشرع سنة 1967 على مبدأ الرضائية

(1) هذا ما كرسته المحكمة العليا في العديد من قراراتها ، أهمها قرار الغرف المجتمعة الصادر في : 1997/02/18 ، المجلة القضائية سنة 1997 ص 10 .

الواردة في المادة 1583 من القانون المدني التي تنص على أن البيع ينعقد بين الطرفين بمجرد الإتفاق على الشيء المبيع و الثمن ، فهو إعتداء أو إضرار مباشر atteinte على حد تعبير البعض⁽¹⁾ على مبدأ الرضائية .

و هكذا تبدو الحكمة من إشتراط الشكالية في بيع العقار بناء على التصاميم فيما تحققه من حماية لمصلحة المشتري الذي يستفيد من نصائح الموثق⁽²⁾ ، كما أن تدخل الموثق بإعتباره ضابط عمومي مختص في تحرير العقود يضمن مطابقة عقود بيع العقارات المقرر بناؤها لأحكام و نصوص القانون المنظم لهذا البيع الآمرة⁽³⁾ .

و قد أختلفت الآراء حول البطلان الذي قرره المشرع الفرنسي كجزاء على تخلف الشكل الذي تطلبه القانون .

فذهب البعض⁽⁴⁾ إلى القول أنه بطلان نسبي ، و بالتالي لا يجوز التمسك به إلا من طرف المشتري و ذلك على أساس أن المقصود من تقرير الشكل هو حماية المشتري ، و من ثم يكون له وحده التمسك بالبطلان .

(1) Jacques tartanson ; ouvrage précité . p . 43 .

(2) Philippe Malinvaud philippe jestaz ; ouvrage précité .N 373 p . 413 .

(3) Jacques tartanson ; ouvrage précité . p . 44 .

(4) Frank steinmetz ; thèse précité . p . 301 ; philippe Malinvaud philippe jestaz . ouvrage précité . N 378 . p . 416 .

و يشترط البعض⁽¹⁾، لكي يستطيع المشتري أن يتمسك بالبطان ، أن تتم المطالبة به قبل تمام البناء ، فتمام البناء هو الهدف النهائي من عملية البيع ، فإذا تحقق هذا الهدف ، فإن الحماية القانونية التي قررها المشرع للمشتري تكون دون محل .

بينما ذهبت الأغلبية⁽²⁾ إلى أنه بطلان مطلق يجوز لكل من البائع و المشتري أن يتمسك به ، و هم يستندون في ذلك إلى كون النص المقرر له يتعلق بالنظام العام ، و قد أخذت محكمة النقض الفرنسية بهذا الرأي ، و أعطت الحق في التمسك بالبطان لكل من البائع و المشتري إذا لم يستوف العقد الشكل المطلوب⁽³⁾.

(1) Frank steinmetz ; ouvrage précité p .301 .

(2) Roget saint - alary ; art précité . N .51 ; boubli , aspects civils du nouveau régime des ventes d' immeuble à construire . J not . 1968 . art . 48367 p . 83 ; meysson et tirar . précité .

(3) Civ . 3^e 5 déc 1978 , rev . dr . immob . 1979 . p . 222 , obs . grosliere et jestaz , J . C . P . 1979 ed . N .2 . 149 note steinmetz ; D . 1980 . 219 . note nguen phu duc .

المبحث الثاني

المحل في عقد بيع العقار بناء على التصاميم

محل العقد هو الشيء الذي يلتزم المدين القيام به بحيث قد يلتزم بإعطاء شيء أو القيام بعمل أو الإمتناع عن عمل . كما يشترط فيه أن يكون موجودا أو قابلا للوجود ، معينا أو قابلا للتعيين ، ومشروعا . ولما كان البيع من العقود الملزمة للجانبين ، فهو ينشئ التزامات في جانب البائع أهمها الشيء المبيع وينشئ التزامات مقابلة في جانب المشتري محلها الرئيسي هو الثمن ، و بالتالي يمكن القول أن للبيع محلان رئيسيان هما الشيء المبيع و الثمن .

وبتطبيق هذه القاعدة على عقد بيع العقار بناء على التصاميم ، نجد أن محل التزام البائع هنا هو العقار المبيع في حالته المستقبلية ، وفي المقابل يقع التزام المشتري الرئيسي في دفع الثمن . و نتكلم في العقار المبيع و في الثمن تباعا على أن نفرض لكل منهما مطلب مستقلا .

المطلب الأول : العقار المبيع في عقد بيع العقار بناء على التصاميم .

المطلب الثاني : الثمن في عقد بيع العقار بناء على التصاميم .

المطلب الأول

العقار المبيع في عقد بيع العقار بناء على التصاميم

سبق لنا القول أن التزام المرقى العقاري الرئيسي يتمثل في العقار المبيع ، ذلك أن البيع بصفة عامة لا يمكن أن يقع دون الشيء المبيع الذي يجب أن يكون موجودا أو على الأقل قابلا للوجود ، وبالتالي فلا يمكن بأي حال من الأحوال أن يكون المبيع مستحيل الوجود حيث تنص المادة 93 من القانون المدني الجزائري على مايلي >> إذا كان محل الالتزام مستحيلا في ذاته كان العقد باطلا بطلانا مطلقا . << كما أن المادة 92 في فقرتها الأولى لا تشترط أن يكون المبيع موجودا في الحال بل تكتفي بأن يكون قابلا للوجود مستقبلا بنصها على : >> يجوز أن يكون محل الإلزام شيئا مستقبلا ومحققا << فبيع العقار بناء على التصاميم ما هو إلا تطبيق للقاعدة العامة التي جاءت بها هذه الفقرة .

كما يشترط القانون أن يكون الشيء المبيع مشروعا تحت طائلة البطلان المطلق للعقد . وقد نصت المادة 96 من القانون المدني على أنه إذا كان محل الإلتزام مخالفا للنظام العام ، أو الآداب العامة كان باطلا بطلانا مطلقا ، كأن يكون العقار موضوع البيع مشيدا فوق أراضي الأملاك الوطنية أو الوقفية .

ولكن لكي ينعقد البيع لا يكفي أن يكون المبيع موجودا أو قابلا للوجود فحسب ، بل يجب فضلا عن ذلك أن يكون معينا ، أو قابلا للتعيين وهذا عملا بالمادة 94 من القانون المدني الجزائري .

هذا ويتميز العقار المبيع في عقد بيع العقار بناء على التصاميم بأمرين رئيسيين ألا وهما :

أولاً : أن هذا المبيع عقار مستقبلي معين بالذات ، وهذا ما يؤدي إلى نشوء إلتزام على عاتق البائع بأن يوجد العقار على هيئة معينة يحددها العقد الذي يحتوي على وصف كامل و مفصل للعقار المبيع و هذا ما يفرقه عن الأشياء قيد الصنع في صورتها المعهودة و هي صورة الأشياء المنقولة و التي يكون فيها المعقود عليه منقولاً يتحدد بنموذج معين .

الثاني : أن البائع يكون عليه التزام بناء أو انشاء هذا العقار بصفة كلية وكما تحدد في عقد البيع ، فالبناء بهذا المعنى يعتبر عنصراً جوهرياً في التزام البائع في هذا النوع من العقود⁽¹⁾ . و لنعرض فيما يلي لوصف العقار المبيع ، و الإلتزام ببناء العقار المبيع في فرعين متتاليين .

(1) راجع في هذا المعنى : إبراهيم عثمان بلال ، مرجع سابق . ص 16 .

الفرع الأول

و صف العقار المبيع في عقد بيع العقار بناء على التصاميم

عقد بيع العقار بناء على التصاميم يرد على محل لم يتم إنشاؤه بعد⁽¹⁾ ، و هذه الصفة التي يتميز بها محله هي التي تضيف على هذا العقد نوعا من الخصوصية ، مما يميزه عن باقي البيوع الأخرى .

إن عدم وجود الشيء المبيع وقت إبرام العقد و حماية للمشتري جعلت المشرع العقاري يتدخل لتنظيم أحكام هذا البيع و خاصة فيما يتعلق بالتزامات البائع وأول هذه الإلتزامات ضرورة تقديم كل المعلومات التي تتعلق بالعقار المبيع - لا سيما التصاميم - من جهة وكذا إرفاق عقد البيع بعدة وثائق وأولها أصل ملكية الأرضية ورقم السند العقاري ، و مرجعيات رخصة التجزئة و شهادة التهيئة و الشبكات ، و كذا تاريخ ورقم رخصة البناء . و شهادة التأمين .

و عليه نعرض أولا إلى خصوصية العقار المبيع ، و ثانيا للمعلومات التي يجب أن يقدمها البائع للمشتري .

(1) و يرى البعض أن البيع يرد على شيء موجود فعلا هو حصة المشتري في الأرض التي ستقام عليها العمارة ، و يشمل في نفس الوقت شيئا غير موجود هو الشقة التي ستبنى ، راجع في هذا المعنى : خالد محمد زكي صالح ، ملكية الطبقات ، رسالة دكتوراه ، جامعة الإسكندرية ، سنة 1979 ص 51 .

أولا : خصوصية العقار المبيع في عقد بيع العقار بناء على التصاميم.

يتعهد البائع بموجب عقد البيع بناء على التصاميم بإنشاء عقار معين وفقا لنماذج وتصاميم معينة تحددها وثائق العقد ، كما يتعهد بنقل ملكية هذا العقار إلى المشتري وتسليمه إليه . فهذا العقد يعتبر نوعا خاصا من البيوع ، يتميز عن البيع العادي بأن المبيع فيه هو عقار مستقبل يلتزم البائع بإقامته خلال مدة معينة يحددها العقد ، فإذا انعقد العقد بعد الإنتهاء من أعمال البناء فهو عقد بيع عادي يخضع لأحكام القواعد العامة .

هذا وطبقا للمادة 9 من المرسوم التشريعي 03/93 فإن بيع عقار على التصاميم يرد على بناية أو جزء منها ، وإن كان المقصود بكلمة بناية (Immeuble) بالمفهوم التقني والاصطلاحي ينصرف إلى مجموع الشقق أو المحال المشكلة لوحدة واحدة مثل العمارة أو المجمع وهي موضوع الملكية المشتركة بين المشتريين ، إلا أنه ينصرف أيضا إلى المنزل المنفرد وهو ما عبر عنه العقد النموذجي لمرسوم 58/94 بالبناية الفردية في كلتا الحالتين لا إشكال في تحديد موضوع العقد ، ولكن إذا اقتصر عمل المرقي العقاري على تجديد البناء فهل يكفي اعتبار إجراء لمسات بسيطة دون المس بمتانة البناء وقواعده الأساسية ، كزخرفة وإعادة البناء أو الترميم بل وحتى تغيير التوزيع الداخلي للغرفة أو إضافة أشياء جديدة كالمصاعد أو السلالم ، فهل يعد بيعا بناء على التصميم أم يجب أن تشتمل الأعمال المنجزة على قدر من الأهمية و النوعية ؟

إن الفقه الفرنسي ، مختلف في المعيار المعتمد ، مع أن هذه المسألة حيوية لتحديد متى يعد بيع العقار المجدد البناء داخلا في نطاق البيع بناء على التصاميم ، أو

العكس ، وباتفاق الفقه أن أعمال التعلية و التوسيع و التهيئة لا تخضع لأحكام بيع العقار قبل الإنجاز⁽¹⁾ .

ثانيا : المعلومات التي يجب أن يقدمها البائع للمشتري في عقد بيع العقار بناء على

التصاميم .

يتحتم على المرقي العقاري أو البائع في عقد البيع على التصاميم أن يحيط المشتري علما بكل ما يتعلق بالعقد الذي هو بصدد إبرامه ، لا سيما فيما يتعلق بالعقار المبيع .

إن أول ما يكون على المشتري التأكد من قبل إبرامه لعقد البيع بناء على التصاميم هو أصل ملكية الأرضية الأساس التي سيشيد عليها البناء و رقم السند العقاري و مرجعيات رخصة التجزئة ، و قد نصت المادة 76 من القانون رقم 04-11 لسنة 2011 على معاقبة المرقي العقاري الذي لا يعلم المقتني بالبيانات و المعلومات السابق الإشارة إليها . و المحددة في المادة 30 من نفس القانون بغرامة من مائتي ألف دينار إلى مليوني دينار . بعد ذلك يتعين على المشتري التأكد من حصول البائع على رخصة البناء و رخصة البناء هي قرار إداري تصدره جهات إدارية مختصة و محددة قانونا في شخص رئيس المجلس الشعبي البلدي ، الوالي أو الوزير المكلف بالتعمير في حدود و نطاق

(1) الطيب زروتي ، المرجع السابق . ص 56 .

إختصاصه⁽¹⁾.

وقد ربطت المادة 50 من قانون رقم 29/90 المتعلق بالتهيئة والتعمير مسألة حق البناء بملكية الأرض ، وبالتالي فلا يحق لأي كان بأن يقوم بتشبيد مبنى بدون رخصة تحت طائلة عدم شرعية البناء⁽²⁾ . و في حالة إقامة بناء دون ترخيص مكتوب ، فيحق للإدارة اللجوء إلى الهدم دون حاجة إلى استصدار قرار من الجهات القضائية الإدارية . إذ اللجوء إلى القضاء في هذه الحالة لا يكون إلا في حالة عدم مطابقة الأشغال المنجزة لرخصة البناء⁽³⁾ .

هذا وترفق بالعقد المراد إبرامه التصاميم التي تبين كل ما يخص العقار المراد إنجازه . كما يحيط البائع المشتري علما بمختلف المعلومات التي توصف العقار و ذلك بوصف البناية المبيعة أو جزء البناية المبيع و مشتملات ذلك ويكون ذلك مدونا على متن العقد وفقا لنموذج عقد البيع على التصاميم المقرر بالمرسوم التشريعي 58/94 .

لذا يلعب إلترام البائع بالإفضاء بالمعلومات دورا كبيرا كما يتضح بجلاء في تنوير رضاء المشتري و إحاطته بالمعلومات الصادقة الصحيحة المتعلقة بالوحدة السكنية التي تعاقد على شرائها .

(1) راجع المواد 40 . 41 . 42 من المرسوم التنفيذي رقم 76/91 المؤرخ 28 ماي 1991 الذي يحدد كفيات تحضير شهادة التعمير ورخصة التجزئة و شهادة التقسيم و رخصة البناء و شهادة مطابقة و رخصة الهدم و تسليم ذلك .

(2) حمدي باشا عمر: نقل الملكية العقارية الخاصة ، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع 2002 ص 90 ، 91 .

(3) حمدي باشا عمر، حماية الملكية العقارية الخاصة ، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع 2004. ص 100 .

الفرع الثاني

الإلتزام ببناء العقار في عقد بيع العقار بناء على التصاميم

في عقود البيع العادية ، يكون الإلتزام بالتسليم و الجزاءات المقررة للإخلال به ، كافيا لتحقيق أغراض المشتري من العقد ، سواء تعلق الأمر ببيع أشياء قائمة بالفعل أو تعلق الأمر بأشياء مستقبلية ، فإذا لم يقم البائع بتنفيذ إلتزامه بالتسليم فيمكن له أن يفسخ العقد و يحصل على ما يريده من مصدر آخر . أما في عقد بيع العقار بناء على التصاميم فالأمر مختلف . فتحقق أغراض المشتري يتطلب أولا إيجاد العقار محل العقد على الهيئة المتفق عليها ، ثم قيامه من بعد ذلك بتسليمه . ولا يكفي أن يلتزم المشتري بمجرد بناء العقار المراد إقامته بل يتعين عليه أن يحدد مدة يتم خلالها تنفيذ هذا الإلتزام⁽¹⁾ . و بناء على ذلك نتكلم أولا عن بناء العقار ، و ثانيا نعرض لأجل التسليم .

أولا : بناء العقار عنصر في محل العقد .

يلتزم البائع في عقد بيع العقار بناء على التصاميم ، كما هو الحال في البيع العادي بنقل ملكية البناء إلى المشتري في المستقبل ، في مقابل ثمن نقدي يدفعه له المشتري وفقا لطريقة الوفاء به المحددة قانونا . غير أن وفاء البائع بإلتزامه بنقل الملكية يستلزم بداهة قيامه بإيجاد البناء أو العقار المتفق عليه ، أي قيامه بأداء إلتزامه بالبناء ، إذ يستحيل على

(1) راجع : إبراهيم عثمان بلال ، الرسالة السابقة ، ص 27 .

البائع أن ينفذ إلتزاماته المترتبة على العقد كإلتزامه بالتسليم و إلتزامه بنقل الملكية⁽¹⁾ .
بدون أن يفي بإلتزامه بالبناء .

فالإلتزام بالبناء يستمد أهميته إذن من أهمية الأثار التي تترتب على الإنتهاء من تأديته ، و قد تنبه المشرع الفرنسي إلى أهمية هذا الإلتزام بالبناء ، لدرجة أنه جعله محور تعريف عقد بيع العقار المقرر بناؤه⁽²⁾ ، الذي أورده في الفقرة الأولى من المادة 1601 من القانون المدني التي نصت على أن " عقد بيع العقار المقرر بناؤه ، هو العقد الذي يلتزم بموجبه البائع ببناء عقار خلال المدة التي يحددها العقد "⁽³⁾ .

يتبين من هذا التعريف بوضوح تام أن محل إلتزام البائع في عقد بيع العقار بناء على التصاميم هو إقامة البناء ، و أن الإلتزامات الأخرى التي يلتزم بها كنقل الملكية مثلا هي التزامات لاحقة زمنيا لهذا الإلتزام .

(1) هدى سعيد النمر ، القيود التي ترد على تصرفات مالك المبنى المقسم إلى شقق و طبقات ، رسالة دكتوراه جامعة عين شمس ، سنة 1989 . ص 109 .

(2) هدى سعيد النمر، المرجع السابق ص 109 . — مصطفى عبد السيد الجارحي ، ملكية الشقق في القانون المصري " دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي " رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، سنة 1976 . ص 203 و 204 .

Michel d'agot ;la vente d'immeuble a construire . 1983 , N^o 1159 . P . 605 .

(3) article . 1601- 1 (la vente d' immeuble à construire est celle par laquelle le vendeur s' oblige à édifie un immeuble dans un délai détermine par le contrat) .

صحيح أن البائع يلتزم بعد ذلك بالتسليم ، مما دعا جانب⁽¹⁾ من الفقه الفرنسي إلى القول بأن الإلتزام بإقامة البناء ليس إلا إلتزاما بالتسليم ، أو على حد تعبير البعض الآخر الإلتزام بالتسليم أصبح في عقد بيع العقار المقرر بناؤه هو الإلتزام بالبناء⁽²⁾ ، غاية ما في الأمر أن تنفيذ هذا الإلتزام يستلزم القيام ببعض الأعمال الإيجابية من جانب البائع لتصنيع أو لبناء الشيء موضوع العقد ، لكن الحقيقة أن هذه الأعمال هي محل الإلتزام الأصلي للبائع على نحو يصعب معه جعلها تابعة للإلتزام بالتسليم .

أكثر من ذلك فإن إعتبارها بمثابة التزام مستقل يمكن أن يفسر بعض الحلول القانونية التي لا يفسرها الإلتزام بالتسليم ، فلو أن البائع لم ينجز مرحلة معينة من مراحل البناء وقام مع ذلك بالمطالبة بما يقابلها من أقساط الثمن في الوقت المقرر لإستحقاقها ، فإن من حق المشتري أن يمتنع عن دفع هذه الأقساط بالنظر إلى أن البائع لم يقم بتنفيذ التزامه المقابل .

والتزام البائع في هذه الحالة و على وجه التحديد ليس الإلتزام بالتسليم و إنما هو الإلتزام بإكمال البناء⁽³⁾ .

(1) Henri et léon Jean Mazeaud François Chabas; leçons de droit civil principaux contrats vente et échange , tome 3 septième édition , 1987 éditions montchrestien , N⁰933 P 245 . – Frank Steinmetz les ventes d'immeuble à construire . thèse montpellie ,28 fev 1970 N⁰21

(2)philippe Malinvaud philippe Jestaz ; ouvrage précité . N⁰ 310 . p . 350

(3) راجع : إبراهيم عثمان بلال ، الرسالة السابقة ، ص 27 ، 28 .

و من الواضح أن التزام البائع بالتسليم هو التزام بإعطاء ، أما التزامه بإقامة البناء فهو التزام بعمل . ومن الواضح أن هذا الالتزام يضم كافة الأعمال التي تلزم لإقامة البناء بدء من الحصول على رخصة البناء ، و حتى يصير البناء صالحا لتأدية الغرض المقصود منه و محققا لكافة المواصفات المتفق عليها في العقد . وهو من ثم التزام بعمل .

لكن قد يثور التساؤل عما إذا كان التزام البائع بإقامة البناء هو التزام ببذل عناية أم بتحقيق نتيجة ؟ . ومعيار التفرقة بين الإلتزام بتحقيق نتيجة و الإلتزام ببذل عناية هو إرادة المتعاقدين التي تحدد نوع الإلتزام ، فإذا تعذر معرفة إرادة المتعاقدين و جب الرجوع إلى طبيعة النتيجة التي يسعى المتعاقدان لتحقيقها من حيث طابعها الاحتمالي أو اليقيني . و الإلتزام ببناء عقار في عقد بيع العقار بناء على التصاميم ، هو القصد المباشر للمتعاقدين ، و النتيجة التي يسعيان إلى تحقيقها هي إقامة عقار ، و هي نتيجة مقصودة لذاتها ، ولا يكون نشاط البائع لتحقيق تلك النتيجة إلا مجرد وسيلة ليست هي محل الإلتزام . فإذا لم تتحقق تلك النتيجة كان البائع مسؤولا ، و لذا يكون من اليسير القول بأن الإلتزام بإقامة البناء هو التزام بتحقيق نتيجة وليس التزاما ببذل عناية .

و النتيجة التي تترتب على هذا التكييف أنه يكفي أن يثبت المشتري أن البناء لم يكتمل حتى تتعقد مسؤولية البائع ، و لا يكفي البائع أن يثبت قيامه ببذل العناية التي توصل إلى هذه النتيجة لكي يتخلص من هذه المسؤولية . وعليه فإن تكييف التزام البائع بأنه التزام بتحقيق نتيجة هي إتمامه إقامة العقار ، يعطي المشتري ضمانا حقيقيا للحصول على النتيجة المقصودة من العقد وهي إقامة البناء إذ لا يكون عليه أن يثبت عدم بذل البائع القدر من العناية المطلوب منه لإقامة مسؤوليته ، وإنما يكفي مجرد إثبات عدم

تحقيق النتيجة المرجوة ، و هي إقامة البناء ، لانعقاد مسؤولية البائع ، لكن يبقى الباب مفتوحا أمام المرقى العقارى لنفي مسؤوليته بإثبات السبب الأجنبي الذي حال بينه و بين تحقيق النتيجة المرجوة .

و لذلك فالمشتري لا يجوز له أن يتدخل في سير عمليات البناء و ليست له رقابة على المرقى العقارى في القيام بالبناء ، كتلك التي يمكن أن توجد بالنسبة للإلتزام بوسيلة⁽¹⁾ .

و لا يلتزم المرقى العقارى بأسلوب عمل معين أمام المشتري لأن إلتزامه إلتزام محدد بنتيجة ، فقد يقوم بنفسه بعملية البناء أو التصميم و قد يعهد بذلك إلى المقاولين أو المهندسين ، و يظل المشتري بعيدا عن هذه العلاقات ، فجميع الحقوق و الإلتزامات التي تشملها هذه العلاقات إنما تترتب لصالح و على عاتق المرقى العقارى⁽²⁾ .

(1) Jacques Tartanson ; la vente d'immeuble à construire , jusqu'à la délivrance (loi 3 – 1 – 1967) thèse aix . 1971 . P 141 et 142 .

- مصطفى عبد السيد الجارحي مشمل ، المرجع السابق ، ص 204 .

(2) أنظر : مصطفى عبد السيد الجارحي مشمل ، المرجع السابق ، ص 204 .

ثانيا : آجال التسليم وحسن الإنجاز .

لم يكتف المشرع الفرنسي ، عند تعريفه لعقد بيع العقار المقرر بناؤه بمجرد النص على إلتزام البائع بالبناء فقط ، و إنما نص على ضرورة تحديد مدة معينة في العقد⁽¹⁾ ، يقوم خلالها البائع بتنفيذ إلتزامه بإقامة البناء . و من ثم يتعين تحديد مدة في العقد لتنفيذ هذا الإلتزام ، حتى يكون هذا الإلتزام ذاته محددًا و صحيحًا ، و قد نصت المادة 11- 261 L. من قانون السكن و العمران الفرنسي بأن عدم تحديد هذا الأجل في العقد يؤدي إلى بطلان العقد .

و يرى البعض⁽²⁾ ، أن هذا الجزاء الذي جاء به القانون يطبق على القطاع المحمي فقط ، أي قطاع الإسكان ، ولا يشمل القطاع العام .

(1) و تجدر الإشارة أنه عند مناقشة المادة 1601 التي أبرزت بوضوح لعنصر المدة ، طرح أحد البرلمانيين سؤالاً مكتوباً مفاده أن الأجل الذي تطلبته المادة المذكورة هو أجل من أجل قيام البائع بالبناء ، و من المفيد إضافة إليها أجل يقوم فيه البائع بتسليم البناء المنتهي ، فكانت إجابة الوزير المختص لا داع لذلك ، لأن البائع من مصلحته التسرع في التسليم من أجل حصوله على باقي الثمن ، و حتى يتخلص سريعاً من مدة الضمان عن العيوب الظاهرة . فليس من الضروري تحديد أجل للتسليم بعد إكتمال الأعمال ، فالبائع لا يؤخر عادة التسليم ، إلا في الحالات التي يكون فيها التأخر راجع لقيامه بإصلاح العيوب الظاهرة التي ظهرت وقت تسلم الأعمال . راجع في هذا : Philippe malinvaud philippe jestaz ; ouvrage précité , doit de la promotion immobilière .N⁰ 311 p 351 .

(2) frank steinmetz ; ouvrage précité , N⁰ 25 p 28 .

و عكس ذلك :

Rojet saint – alary (la vente d'immeubles à construire et l'obligation de garantie à raison des vices de construction : commentaire de la loi N⁰ 67 – 3 du 3 janvier 1967) , J . C . P . 1968. 1 .2146 .N⁰ 43 - philippe malinvaud philippe jestaz; ouvrage précité , doit de la promotion immobilière .N⁰ 311 p 350 et 351 .

هذا في فرنسا ، أما في الجزائر فقد اكتفى مرسوم 03/93 بإشارة ضمنية إليها في المادة العاشرة الخاصة بالبيانات الجوهرية الواجب ذكرها في العقد النموذجي ، بقولها يجب أن تحدد >> ... آجال التسليم ، وعقوبات التأخير المرتبطة بها في حالة عدم إحترام هذه الآجال << بمعنى يجب أن تكون مدة الإنجاز محددة و داخلية ضمن المدة المتفق عليها . و قد نصت المادة الثالثة من العقد النموذجي المرفق بالمرسوم 58/94 على أن يلتزم البائع بالتسليم الملك المبيع في أجل ... و يعني ذلك خلال ... الفصل الثلاثي ... 199 . هذا معناه أن البائع ملزم بتمام الإنجاز خلال مدة معينة . إن لتحديد مدة الإنجاز أهمية بالغة :

- هي بداية حساب التزام البائع بتسليم العقار للمشتري .
- هي المدة التي يستحق فيها باقي دفعات الثمن المتفق عليه .
- هي المدة التي يبدأ فيها حساب مدة الضمان .
- هي مدة تمام الإنجاز ، بمعنى قابلية البناء للإستعمال فيما أعد له عادة .

ولكن إن التقيد بانتهاء مدة الإنجاز أي المحددة له وتمامه مرتبطة بتوافر العوامل الأخرى منها ما يرجع إلى الظروف العامة كالعوامل الطبيعية و البيئية ونقص مواد البناء و عدم كفاية التمويل من الجهات المعنية ، و إفلاس المقاولات ، و الإضرابات⁽¹⁾ ومنها ما يتوقف على إرادة المرقى كالتهاون أو التأخير المتعمد لجني

(1) philippe malinvaud philippe jestaz ; ouvrage précité , droit de la promotion immobilière .N⁰ 311 p 351 .

مكاسب أخرى ، بل إن الملاحظ عمليا عدم سير وتيرة الإنجاز وجودته . حسب الجدول المخطط لها عادة ما تكون على حساب تقدير تمام الإنجاز وجودته⁽¹⁾ .

و يرى البعض⁽²⁾ أن الأجل اللازم للإنتهاء من أعمال البناء ، في بيع العقار المقرر بناؤه يسمى في الحياة العملية ، أجل التسليم ، و هو الفترة الزمنية الضرورية لإنجاز الإلتزامات الناتجة عن العقد .

ومما لا ريب فيه ، أن تحديد المدة اللازمة للإنتهاء من أعمال البناء - من الناحية البسيكولوجية - يلعب دورا مهما بالنسبة للطرفين على السواء ، فالمشتري يهمله بالدرجة الأولى أن يعرف متى سيصبح حائزا للشقة ، و البائع يهمله أيضا مع تقسيط الثمن ، أن ينجز الأعمال بسرعة حتى يحصل على بقية الأقساط⁽³⁾ .

فمن يشتري شقة بناء على التصاميم ، لا يشتري في الواقع شقة ، و إنما يشتري حلم ، وحتى يخرج المشتري من هذا الحلم ، أو بعبارة أخرى حتى يصبح هذا الحلم حقيقة ، و لكي لا يبقى المشتري يعيش على هذا الحلم لمدة طويلة ، فإنه من الضروري أن يبين العقد المدة التي سيتم خلالها تسليم الشقة .

(1) في نفس هذا المعنى ، الطيب زروتي ، المرجع السابق ص 62 .

(2) Jacques Tartanson ;ouvrage précité , p 68 .

(3) Jacques Tartanson ; ouvrage précité , p 68 .

و الخلاصة من كل ما تقدم ، أن الإلتزام بالبناء أو الإنجاز، هو الإلتزام الأساسي الذي يقع على عاتق المرقى العقاري في هذا النوع الجديد من البيع .

و أن تحديد الشيء المبيع في عقد بيع العقار بناء على التصاميم يطرح الكثير من المشاكل التي لا يزال البعض منها يبحث عن حل ، و يقع على عاتق القضاء عبء البحث عن إيجاد حلول لها .

و أن هذه الصعوبات في تعيين الشيء المبيع في عقد بيع العقار بناء على التصاميم ، ليست مفاجئة لأن الشيء المبيع لم يوجد بعد وجودا حقيقيا وقت إبرام العقد . وعلى خلاف ما يجري عليه العمل في بيع العقار التقليدي الموجود وقت التعاقد ، فإن المشتري هنا لم يعاين العقار المبيع الذي قبل بشرائه دون أن يراه ، فهو حلم بالنسبة له - خاصة مع أزمة الإسكان الحالية - لذا يجب أن يتضمن العقد تحديد إلتزام المرقى العقاري بالبناء تحديدا دقيقا نافيا للجهالة ، و على المرقى العقاري القيام بتنفيذه حتى يتمكن من تسليم الشيء المبيع للمشتري ، و يستوفي ما بقي له من ثمن .

و يحدث أن يمتلك شخص عقارا قائما بالفعل ، ثم يقوم باستصدار ترخيص بتعليق طابق أو أكثر ، فإذا ما قام ببيع الجزء الجاري تعليته على الرسم فهل يعد العقد هنا عقد بيع عقار تحت الإنجاز ، طالما أن إلتزام البائع هو بناء الوحدة التي سيجري تعليتها و نقل ملكيتها إلى المشتري ، فنحن هنا بصدد عقد بيع عقار تحت

الإنجاز⁽¹⁾. و إذا كان هذا الفرض يثير صعوبات عملية فيما يتعلق بالعلاقة بين البائع وغيره من حائزي وحدات المبنى ، إلا أن هذه المسائل خارجة عن نطاق البحث و تدخل في مجال بحث ملكية الطبقات⁽²⁾.

و يحدث أيضا أن يعتمد صاحب بناء قائم إلى التعاقد على نقل الملكية إلى آخر على أن يتولى هو أي البائع تجديده ، فهل يعتبر العقد حينئذ بيعا لعقار تحت الإنجاز ؟ .

لقد أثار التجديد بمعنى بيع بناء قديم أثناء أو قبل تجديده ، مع إلزام البائع بتجديد البناء بعد إتمام التصرف فيه ، إختلافا في الرأي ، تبعا لإختلاف زوايا النظر إلى هذه الصورة⁽³⁾.

فالبعض ينظر إليها من زاوية الهدف من إيجاد تنظيم خاص لبيع العقارات على التصاميم . فالهدف من هذا النظام هو حماية المشتري من خطر عدم قيام البائع بإنجاز العقار المتفق عليه وعدم حصول المشتري على الملكية التي يسعى إليها بالتالي . و لما كان العقار قائما بالفعل ، و يمكن للمشتري التوصل إلى تسلمه بالفعل و نقل ملكيته إليه ، بإتباع القواعد العامة ، فإن تطبيق النظام الخاص لبيع العقار على

(1) راجع في هذا المعنى : إبراهيم عثمان بلال ، المرجع السابق ، ص 21 .

(2) راجع في هذا المعنى : إبراهيم عثمان بلال ، نفس المرجع .

(3) إبراهيم عثمان بلال ، المرجع السابق ، ص 22 .

التصاميم لا يكون ضروريا في هذه الحالة ، بحيث يمكن الاستعاضة عنه بالقواعد العامة . ولا يتبقى بعد ذلك إلا تنفيذ إلتزام البائع بتجديد العقار . وهو ما يمكن إجباره على القيام به وفقا للقواعد العامة أيضا ، سواء عينا أو بطريقة التعويض⁽¹⁾ .

أما البعض الآخر ، فقد نظر إلى الموضوع من زاوية أخرى مختلفة تماما هي زاوية المعنى الذي يفيد لفظ التشييد الذي أستخدمه المشرع الفرنسي في هذا الخصوص فلفظ التشييد *édifier* الذي تستعمله المادة 1601 مدني فرنسي يتسع لكل من التشييد المبتدأ و إستكمال تشييد ما بدأ من قبل . ومعنى ذلك أن البائع يكون متحملا بإلتزام بالتشييد ذلك الإلتزام الذي يجعل منه المشرع بابا لتطبيق النظام الخاص ببيع العقار المقرر بناؤه و بذلك فإن العقد الذي يبيع بمقتضاه شخص معين شخصا آخر عقارا قائما مع الإلتزام بتجديده ، يكون عقد بيع عقار تحت الإنجاز⁽²⁾ .

و يبدو أن محكمة إستئناف باريس⁽³⁾ قد استطاعت أن تجمع بين وجهة النظر المشار إليهما معا . فقد أستندت محكمة باريس على أهمية أعمال التجديد التي يلتزم البائع بها للقول بخضوع أو عدم خضوع عقار قديم في حالة تجديده لنظام بيع العقارات المقرر بناؤها .

(1) cass civ 3^e 2 mai 1978 , D . 1998 , IR , 429 . obs giverdon , J . C . P , 1979 , 2 . 13 . note meysson .

(2) cass cri 23 octobre 1978 , J . C . P . 1979 . 2 . 45 . note slemmer .

(3) c . a paris 9 fevrier 1977 . D droit civil , 90 . 91 .

فإذا كانت هذه الأعمال على درجة من الأهمية و الجسامة ، كان المشتري في حاجة إلى حماية ولا مبرر لحرمانه منها بدعوى أن الأمر يتعلق بعقار قائم بالفعل . و إذا كانت أعمالا غير جسيمة أو غير هامة كانت القواعد العامة كافية لحماية المشتري .

و يرى البعض أن ما ذهبت إليه محكمة إستئناف باريس هو الأقرب إلى حقيقة الواقع . و لإثبات ذلك قدم بعض الأمثلة . فقد تتعلق أعمال التجديد مثلا بتغيير الأسقف أو تغيير تجهيزات الصرف الصحي بأكملها . و في هذا المثال يتعلق الأمر بإنشاءات جسيمة تتطلب إعمال قواعد الحماية الخاصة⁽¹⁾ .

و قد يتعلق الأمر بمجرد دهانات أو تغيير ديكورات أو نحوها و في هذا المثال لا يتعلق الأمر بإنشاءات بالمعنى الدقيق ولا تمس الحاجة إلى توفير حماية إستثنائية للمشتري⁽²⁾ .

و قد أخذ على إتجاه محكمة إستئناف باريس أنه يؤدي إلى تحكم القضاء ، و لكن تحكم القضاء كثيرا ما يكون أهون من التمسك بحرفية النصوص و التغاضي عن أهدافها و مقاصدها⁽³⁾ .

(1) راجع في هذا المعنى : إبراهيم عثمان بلال ، المرجع السابق ، ص 23 .
(2) cass civ 3^e 2 mai 1978 , D . 1998 , IR , 427. obs . giverdon .

(3) Philippe malinvaud philippe jestaz ; ouvrage précité , doit de la promotion immobilière . p 243 et 244.

المطلب الثاني

الثمن في عقد بيع العقار بناء على التصاميم

لقد رأينا بأن وجود الثمن ، يعتبر عنصرا أساسيا لصحة البيع ، فالبيع الذي يكون بدون ثمن يقع باطلا بطلانا مطلقا ، لأن محل إلتزام المشتري يكون منعدم ، و في مقابل ذلك ، يكون محل إلتزام البائع بدون سبب⁽¹⁾ . فالثمن هو محل إلتزام المشتري المقابل لإلتزام البائع المتمثل في نقل ملكية المبيع ، فالبيع إذن هو نقل ملكية المبيع في مقابل دفع ثمن .

و يشترط في الثمن أن يكون مبلغا من النقود و هذا ما يميز عقد البيع عن عقد المقايضة ، فأحد المحلين المتبادلين في البيع يجب أن يكون نقودا و إذا كان الثمن غير نقود فالعقد مقايضة⁽²⁾ . ولا يهم بعد ذلك أن يكون مؤجلا أو معجلا يدفع جملة واحدة أو على أقساط .

(1) jacques tartanson ; ouvrage précité , p 75.

(2) عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، العقود التي تقع على الملكية ، البيع و المقايضة ، الجزء الرابع ، دار إحياء التراث العربي بيروت ، ف 204 ص 364 — محمد صبري السعدي ، المرجع السابق ، الواضح في شرح القانون المدني عقد البيع و المقايضة ، ف 138 ص 160 .

زيادة على ذلك فالثمن يجب أن يكون مقدرًا⁽¹⁾ أو قابلاً للتقدير⁽²⁾ ، و أن يكون جدياً ، وهو لا يكون جدياً إذا كان تافهاً أو كان صورياً⁽³⁾ .

فإذا توافرت كل هذه الشروط في الثمن فقد صح ، و أصبح واجب الوفاء بالشروط التي يقررها العقد .

و بما أن عقد بيع العقار بناء على التصاميم من عقود المعاوضة فالتزام المشتري بدفع الثمن لازم لقيام هذا العقد ، ذلك أن الأمر في هذا العقد يتعلق بشيء مستقبل و هبة الأموال المستقبلية باطل ، لذلك كان عقد بيع العقار بناء على التصاميم دائماً و أبداً من عقود المعاوضة ، و من هذا المنطلق يثور التساؤل حول كيفية تحديد هذا الثمن و طريقة مراجعته و وقت إستحقاقه ؟ و لنتكلم فيما يلي في فرعين متتاليين

(1) تقدير الثمن غالباً ما يتم بواسطة المتعاقدين مباشرة في العقد .

(2) و قد نصت الفقرة الأولى من المادة 356 من القانون المدني الجزائري على أنه >> يجوز أن يقتصر تقدير ثمن البيع على بيان الأسس التي يحدد بمقتضاها فيما بعد << فطبقاً لهذا النص فإذا لم يتم تقدير الثمن من طرف المتعاقدان فإن العقد يكون صحيحاً إذا تم الإتفاق على بيان الأسس التي سيتحدد بناءاً عليها فيما بعد ، وهي — تفويض شخص ثالث يتفق عليه المتعاقدين ، للقيام بتقدير الثمن — سعر السوق (الفقرة الثانية من المادة 356) — السعر المتداول في التجارة أو السعر الذي جرى عليه التعامل بين المتبايعين (المادة 357 من القانون المدني الجزائري) .

(3) الثمن التافه : هو مبلغ من النقود يصل من التفاهة و القلة في عدم تناسبه مع قيمة المبيع إلى حد يبعث إلى الإعتقاد بأن البائع لم يتعاقد للحصول عليه و إن كان قد حصل عليه فعلاً .
- الثمن الصوري : هو الثمن الذي لا يقصد البائع أن يتقاضاه من المشتري و لو تم الإتفاق عليه .

عن كيفية تحديد الثمن و وقت إستحقاقه ، و آثار مدة العقد على ثمن العقار المبيع .

الفرع الأول

كيفية تحديد الثمن ووقت استحقاقه في

عقد بيع العقار بناء على التصاميم

إن الثمن في عقد البيع عموماً يشكل أحد الإلتزامات الرئيسية للمشتري كما سبق و أن ذكرنا و بالخصوص عقد بيع العقار بناء على التصاميم ، لكن الإشكال الذي يطرحه هو كيفية تحديده . و وقت الوفاء به .

إذا كان الثمن طبقاً للقواعد العامة ، يتم تحديده في الغالب بمعرفة البائع و المشتري وقت إبرام البيع ، ولا يترك أمر تحديده لأحدهما . فقد رأينا عند دراستنا لخصائص عقد بيع العقار بناء على التصاميم ، أن البائع (المرقى العقاري) قد ينفرد بوضع ثمن البيع ، الذي يفرض على كل المشتريين ، و من يقبل الشراء بالسعر الذي عرضه المرقى العقاري فما عليه إلا إبرام العقد دون أن تكون له حرية مناقشة مقدار الثمن الذي حدده المرقى العقاري ، خاصة في البيع الترقوي المدعم ، وهو يقبل مضطراً بالسعر المحدد سلفاً ، لأن أمله هو الفوز بمسكن في ظل أزمة الإسكان الحالية ، ولأن سعر البيع في هذا النوع من البيع يكاد يكون موحد عند كل المرقين العقاريين ، و إن لم يكن كذلك فإنه متقارب فمجال المنافسة محدود في هذا القطاع .

لذلك فإنه إذا كان يكفي لصحة البيع طبقا للقواعد العامة ، أن يتفق الطرفان على تحديد أو تقدير الثمن الذي يجب أن يتمثل في مبلغ من النقود ، أو الإتفاق على الأسس التي سيتحدد على ضوئها فيما بعد ، دون تحديد وقت وطريقة الوفاء به ، فلا يهم أن يكون مؤجلا أو معجلا ، يدفع جملة واحدة أو على دفعات . فهذا لا يكفي في عقد بيع العقار بناء على التصاميم .

فبالإضافة إلى إتفاق المرقى العقاري و المكتب على سعر البيع ، أو بالأحرى قبول هذا الأخير بالسعر الذي أقترحه المرقى . فإنهما ملزمان بإحترام الوقت الذي يتم فيه الوفاء بالثمن ، و كيفية أو طريقة الوفاء به ، و قد كان المشرع الجزائري صارما مع المرقى العقاري الذي لا يتقيد بميعاد إستحقاق الثمن ، فقد نصت المادة 71 من القانون رقم 04-11 لسنة 2011 على تعرض المرقى العقاري لعقوبة الحبس من شهرين إلى سنتين و غرامة من مائتي ألف دينار إلى مليوني دينار . إذا طلب أو قبل تسبقا من الثمن قبل التوقيع على العقد .

فالمشرع إمعانا منه في حماية المشتري حدد وقت إستحقاق البائع للثمن . فربط وقت دفع الثمن بما يتم تنفيذه من أعمال البناء ، أو بالمراحل التي تمر بها عملية البناء و التشييد ، و قد نصت على ذلك المادة 28 من القانون رقم 04-11 بقولها " ... و في المقابل يلتزم المكتب بتسديد السعر كلما تقدم الإنجاز " . هذا في البيع حسب الحالة المستقبلية ، أما في البيع لأجل ، فإن الوفاء بالثمن يتم وقت التسليم .

وواضح أن الحكمة التي توخاها المشرع من جراء ربطه وقت الوفاء بالثمن تبعا لمراحل تقدم الإنجاز ، حتى يضمن جدية قيام المرقى بتنفيذ إلتزامه بالبناء تمهيدا للتسليم في الموعد المحدد ، و يحمي حقوق المشتري من خطر عدم إتمام البائع للبناء بعد أن يكون قد قبض الثمن مقدما - لو أجز له ذلك - عند إبرام العقد⁽¹⁾ .

أما المشرع الفرنسي ، فقد حدد طريقة أداء الثمن كذلك تبعا للصورة التي يبرم فيها عقد بيع العقار المقرر بناؤه .

ففي البيع حسب الحالة المستقبلية ، لا يرتبط دفع الثمن بتسليم العقار المبيع ، و إنما يرتبط بنقل الملكية⁽²⁾ . فيتم إذن دفع جزء من الثمن مرة واحدة ، و الباقي يدفع على دفعات حسب ما يتم إنجازه من أعمال . وقد نص القانون على ألا تتجاوز النسبة التي يستحقها البائع عن 35% من قيمة الثمن عند الإنتهاء من وضع الأساسات ، و أن لا تزيد هذه النسبة عن 70% عند الإنتهاء من المرحلة المسماة الحماية من الماء ، و لا يجوز أن تزيد هذه النسبة 95% عند الإنتهاء من البناء ، أما الباقي من الثمن و قدره 5% يلتزم المشتري بدفعه عندما يتم وضع المبيع تحت تصرفه . و هذا الحكم يتعلق بالنظام العام ، بالرغم من أنه قد أشتراط لمصلحة المشتري ولذا لايجوز الإتيافاق على ما يخالفه ، و البطلان هنا يلحق فقط الشرط الذي يلزم المشتري بنسبة أكبر⁽³⁾ .

(1) هدى سعيد النمر ، المرجع السابق ، ص 130 و 132 .

(2) voir en ce sens : Jean – Michel lucheux ; les garantie de l’acquéreur dans les ventes d’immeubles à construire . thèse . paris . 1968 . P 75 .

(3) مصطفى عبد السيد الجارحي مشعل ، المرجع السابق ، ص 246 .

و في البيع لأجل ، منع المشرع البائع من تقاضي مقدم أو ضمان من المشتري قبل توقيع العقد كما منع عليه تقاضي جزء من الثمن قبل إنجاز البناء ، و لكن حماية له أجاز له أن ينص في العقد على قيام المشتري بإيداع نسب تودع في حساب يفتح بإسم المشتري و ليس بإسم البائع ، لدى هيئة تقوم بمثل هذه الأعمال تبقى لديها، غير قابلة للحجز حتى الإنتهاء من الأعمال و من هذا الوقت يستطيع البائع طلب تسلمها ، شريطة تقديمه شهادة صادرة من الموثق تدل على تمام الإنجاز، كما أن المشرع يهدف من وراء وضع وديعة الضمان في حساب يفتح بإسم المشتري و ليس بإسم البائع إلى تفادي خطر تبديد البائعين لأموال المشتريين إذا كانت تحت تصرفهم ، و عدم إنفاقها في الغرض المخصص لها أي في عمليات البناء⁽¹⁾ .

و يلاحظ أن المشرع الجزائري ، بالرغم من أنه ربط وقت تسديد الثمن في بيع العقار بناء على التصاميم ، تبعا لتقدم الإنجاز مثلما هو عليه الحال في القانون الفرنسي ، في صورة البيع حسب الحالة المستقبلية ، إلا أنه لم يحدد النسبة التي يدفعها المشتري في كل مرحلة ، فتحدد إذن باتفاق الطرفين .

ننتهي إلى أن المشرع قد أحاط المشتري في عقد بيع العقار بناء على التصاميم نظرا لخصوصيته بضمان كاف للمحافظة على الثمن الذي دفعه للبائع ، الذي يستفيد منه بدوره لتمويل عملية البناء . و يتمثل هذا الضمان في ربط وقت الوفاء بالثمن بتقدم الإنجاز بما يعود بالنفع على المرقي العقاري و المكتتب على السواء .

(1) راجع في نفس هذا المعنى : هدى سعيد النمر ، المرجع السابق ص 132 .

و قد تساءل البعض⁽¹⁾ عما إذا كان من الممكن أن يكون محل إلتزام المشتري مقابلا عينيا و ليس نقديا .

إن أصل الثمن في عقد البيع هو أن يكون مبلغا من النقود ، الأمر الذي ساعد غالبية الفقهاء و المشرعين على النظر إلى عقد بيع عقار بناء على التصاميم على أنه نوع من أنواع البيوع .

غير أنه في الواقع عادة ما نصادف بعض الحالات التي يتعاقد فيها أحد الأشخاص على بيع عقار مستقبل في مقابل عقار يملكه المتعاقد الآخر ، وفي هذه الحالة يثور التساؤل عما إذا كنا بصدد عقد بيع عقار بناء على التصاميم أم بصدد عقد آخر .

و أبسط مثال على ذلك هو أن يقدم شخص معين قطعة أرض يملكها للمتعاقد الآخر لكي يقيم عليها بناء ، على أن تقسم وحدات المبنى بين الطرفين ، فيحصل مقدم الأرض على عدد منها و يحصل الباني على عدد آخر . و الغالب أن يعتمد الطرفان في هذه الحالة إلى إبرام عقدين⁽²⁾ :

(1) Jean- bernard aubi huges periet – marquet ; droit de l’urbanisme et de la constuction , 7^e édition , 2004 . montchrestien ,N^o 1486-2 P 887

- إبراهيم عثمان بلال ، المرجع السابق ، ص 33 .

(2) Jean- bernard aubi huges periet – marquet ;droit de l’urbanisme et de la constuction , 7^e édition , 2004 . montchrestien ,N^o 1486-2 P 887.

عقد أول يبيع بمقتضاه صاحب الأرض أرضه إلى المتعاقد الذي سوف يقوم بالبناء ، و عقد ثان يبيع بمقتضاه المتعاقد الذي سوف يقوم ببناء عدد من الوحدات التي يزعم إقامتها للمتعاقد صاحب الأرض . و غالبا ما يذكر المتعاقدان في عقد بيع الأرض أن المشتري لم يدفع الثمن و أن الثمن الحقيقي هو وحدات البناء المستقبل التي باعها لبائع الأرض⁽¹⁾ .

و واضح من هذا الفرض أن الأمر يتعلق في الحقيقة بعملية قانونية واحدة و لكن تتضمنها وثيقتان أو أكثر . و هذه العملية لا تعدو أن تكون مبادلة عدد معين من الوحدات التي يبنيها الباني لجزء من الأرض التي يقام عليها البناء يمثل حصة الوحدات التي تكون حق الباني في الأرض المقام عليها البناء و لذلك فإن الأمر يتعلق بالحقيقة ببيع لعقار تحت الإنجاز ، لكن كل ما في الأمر أن الثمن ليس مقابلا نقديا و إنما هو مقابل عيني يتمثل في حصة من الأرض التي يقام عليها البناء .

لكن عادة ما تصادف هذه العملية مشاكل عدة ، خاصة بالنسبة للمتعاقد صاحب الأرض الأصلي ، فكثيرا ما يحصل المتعاقد الآخر على الأرض ثم لا يقوم بالبناء ، أو يقوم بالبناء ولا يسلم صاحب الأرض الوحدات المخصصة له ، و إنما يقوم بالتصرف فيها لآخر أو تأجيرها له .

(1) إبراهيم عثمان بلال ، المرجع السابق ، ص 33 .

و في هذه الحالة سوف يكون على صاحب الأرض للحصول على حقوقه إثبات
صوربة عقد بيع الأرض الذي نص فيه على حصوله على الثمن و إثبات حقيقة
العلاقة بين الطرفين⁽¹⁾ .

الفرع الثاني

أثار مدة العقد على ثمن العقار المبيع في

عقد بيع العقار بناء على التصاميم

لقد رأينا سابقا أن وجود الثمن شرط ضروري لصحة البيع ، و بهذا المفهوم إذا
لم يشتمل البيع على ركن الثمن فهو باطل بطلانا مطلقا . لكن هذا الركن في عقد بيع
العقار على التصاميم يطرح إشكالية جد هامة تتعلق بتحديدده ، لا سيما و أن هذا
النوع من العقود يرتكز على نقطة محورية تلعب دورا هاما في إختلافه و تمييزه
عن باقي عقود البيع الأخرى ألا و هي وجود المدة الزمنية التي تفصل وقت إبرام
العقد عن تاريخ التسليم .

إن الفترة التي تتوسط تاريخي إبرام العقد و تسليم محله قد تطول ، و طوال هذه
المدة التي يقوم البائع خلالها بإنجاز و بناء العقار محل البيع قد يجد البائع نفسه في
ظروف تحتم عليه رفع هذا الثمن تحت طائلة وقوع أضرار تمس بمصلحته و
مركزه المالي بحيث من جهة قد ترتفع أسعار المواد التي يستخدمها في تشييد البناء
مما يزيد في كلفة الإنجاز ، و في المقابل قد تنخفض قيمة العملة النقدية المتفق

(1) إبراهيم عثمان بلال ، المرجع السابق ، ص 35 .

عليها في السوق الوطنية و حتى الدولية . و سواء كان هذا الأمر أو ذاك فإن إرادة البائع هنا لا دخل لها في الظروف الإقتصادية التي تسود السوق .

لذا و حماية للبائع و تأكيدا على مبدأ حسن النية فقد أقرت الفقرة الأولى من المادة 10 من المرسوم التشريعي 93-03 أن الثمن الذي يكون محل للبيع بناء على التصاميم و الذي يتفق عليه الطرفان بموجب العقد المبرم بينهما ليس نهائيا بل هو تقديري ، قابل للمراجعة ، على أن تتم هذه الأخيرة بالكيفية التي يتفق عليها طرفاه و التي يكون نص عليها في العقد .

بحيث جاء في نص هذه المادة ما يلي :

>> يجب أن يشتمل عقد البيع بناء على التصاميم الذي يحدد نموذجه عن طريق التنظيم ، تحت طائلة البطلان ، على ما يأتي ، زيادة على الصيغ المعتادة : ... - السعر التقديري و كفيات مراجعته إن أقتضى الأمر - شروط الدفع و كفياته...<< .

كذلك أشرت المادتان 5 و 6 من العقد النموذجي للمرسوم التنفيذي 58/94 ضرورة تحديد ثمن البيع و كفيات دفعه مع ربط قيام المشتري بالدفعات المجزأة تبعا لمراحل تقدم الأشغال . فجاء في المادة 5 النص على " الثمن و كفيات الدفع " بحيث أقرت أنه : >> يحدد ثمن البيع و كفيات دفعه مع ربط قيام المشتري بالدفع المجزأة تبعا لمراحل تقدم البناء << .

كما نصت المادة 6 على كفيات مراجعة الثمن بقولها :

>> النص إن أقتضى الأمر على كفيات مراجعة الثمن . ولا يجوز أن يتجاوز الثمن مبلغ مراجعة ... % من الثمن التقديري القاعدي .<< .

لكن نلاحظ على المشرع مبالغته في حماية البائع - بموجب المرسوم التشريعي لسنة 1993 و المرسوم التنفيذي المطبق له - أنه أطلق بموجب نص هذه المواد الحرية للمتعاقدين في تحديد شروط و كفية مراجعة الثمن ، أو بعبارة اصح أعطى للمرقي العقاري مطلق الحرية في فرض شروط المراجعة ، فإذا بدا التحفظ الذي أورده المرسوم 58/94 في المادة 6 منه في صالح المشتري حينما اشترطت أن لا يتجاوز مبلغ المراجعة نسبة معينة متفق عليها من الثمن التقديري القاعدي ، إلا أنه لا يوجد تحديد لهذه النسبة ، ومن ثم لا يوجد ما يمنع أن تكون النسبة المتفق عليها عالية جدا ، مثلا 200 % ومن هنا تصبح طريقة المراجعة الدورية للثمن - على حد تعبير البعض⁽¹⁾ - وسيلة لإبتراز المشتري كلما طالت مدة الإنجاز .

و للحد من هذه المبالغة في حماية البائع التي تحولت إلى ضرر بالنسبة للمشتري ، وقد ظهر ذلك بوضوح في الحياة العملية ، كما سبق القول . أستجاب المشرع لنداء الفقه ، الذي ألح على ضرورة تحديد سقف المراجعة⁽²⁾ ، فنص في

(1) في هذا المعنى ، الطيب زروتي ، المرجع السابق ص 63 .

(2) الطيب زروتي ، نفس المرجع ، ص 70.

المادة 38 الفقرة الثانية من القانون رقم 11-04 لسنة 2011 ، على أن >> يجب ذكر ما إذا كان السعر قابل للمراجعة أم لا و في حالة الإيجاب ، يجب ذكر كيفية المراجعة⁽¹⁾ << .

وأضافت الفقرة الثالثة من نفس المادة على أن >> يجب أن تركز صيغة مراجعة الأسعار على عناصر تغيرات سعر التكلفة ، و تعتمد على تطور المؤشرات الرسمية لأسعار المواد و العتاد و اليد العاملة ، بإستثناء الظروف الطارئة التي لا يمكن تجنبها و الإستثنائية التي من شأنها أن تؤدي إلى الإخلال بالتوازن الإقتصادي للمشروع ، ولا يمكن أن يتجاوز مبلغ مراجعة السعر عشرين بالمائة 20% كحد أقصى من السعر المتفق عليه في البداية .

أما القانون الفرنسي ، فقد نصت المادة 7 الفقرة الثانية من قانون 3 جانفي 1967 المتعلق ببيع العقارات المقرر بناؤها و إلتزام البائع بضمان عيوب البناء، على أن يجب أن يذكر عقد البيع ما إذا كان السعر قابلا للمراجعة أم لا و في حالة الإيجاب ، يجب ذكر كيفية المراجعة .

و قد نصت المادة 20 من المرسوم التطبيقي الصادر في 22 ديسمبر 1967 على أنه إذا كان السعر قابلا للمراجعة ، فإن مؤشر المراجعة يمكن للأطراف الإتفاق عليه و يحددان كيفية حساب المراجعة .

(1) و يبدو أن هذا النص أقتبسه المشرع من نص الفقرة الثانية من المادة 7 من قانون 1 جانفي 1967 الفرنسي ، بدليل أنهما متطابقتان تمام المطابقة .

و نظرا لأن هذا النص أعترضته بعض الصعوبات عند تطبيقه في الحياة العملية فتم تعديله بموجب المادة الأولى من مرسوم 13 جوان 1972⁽¹⁾.

(1) voir en ce sens : jean – robert boueure ; Les ventes d'immeubles a construire Révision du prix de vente et garanties d'achèvement (commentaire du décret du 13 juin 1972 . A . J . P . I . 1972 , doctrine . p 808 .

الباب الثاني

أثار عقد بيع العقار بناء على التصاميم

الباب الثاني

أثار عقد بيع العقار بناء على التصاميم

رأينا أن عقد بيع العقار بناء على التصاميم له مقوماته الخاصة التي تميزه عن غيره من العقود القريبة منه و التي تشترك معه في أحد عناصره ، وأن ذاتيته الخاصة تتمثل خاصة في كونه يضع على عاتق المرقى العقاري أو البائع إلتراما جوهريا هو بناء أو إنجاز العقار المبيع حتى يتمكن من تحقيق الهدف النهائي لهذا العقد و هو نقل ملكية العقار المستقبل محل التعاقد وتسليمه للمشتري في المدة المتفق عليها ، الأمر الذي يقتضي معرفة حقوق المشتري المترتبة عن هذا العقد .

ولنعرض فيما يلي لإلترام المرقى العقاري أو البائع بإيجاد العقار المتفق عليه في فصل أول ، على أن يخصص الفصل الثاني لحقوق المشتري و إلترامه بالوفاء بالثمن ، و هذا وفقا للخطة الآتية .

- الفصل الأول : إلترام المرقى العقاري بإيجاد العقار محل عقد بيع العقار بناء على التصاميم .

- الفصل الثاني : حقوق المشتري و إلترامه بالوفاء بالثمن في عقد بيع العقار بناء على التصاميم .

الفصل الأول

إلتزام المرقى العقارى بإيجاد العقار محل عقد بيع
العقار بناء على التصاميم

الفصل الأول

إلتزام المرقي العقاري بإيجاد العقار محل

عقد بيع العقار بناء على التصاميم

إذا كان البيع الوارد على شيء موجود وقت إبرام العقد يتم تنفيذه فور إبرام العقد ، فإن الأمر ليس كذلك في بيع عقار بناء على التصاميم ، فهذا الأخير يرتب إلتزامات تحتاج بالضرورة إلى بعض الوقت لتنفيذها ، فقد رأينا أن هذا العقد يلزم المرقي العقاري أو البائع بإقامة البناء المتعاقد عليه خلال مدة معينة ، أي إيجاده من العدم ، ثم تسليمه للمشتري .

وإذا ما تحقق وجود العقار المبيع ، فإن من مصلحة المشتري أن يفيد منه على النحو الذي أعد له ، فالمشتري إذا كان يلتزم بدفع الثمن في مقابل الحصول على العقار المبيع فإنه يقصد تملك هذا العقار المبيع و الإنتفاع به على الوجه المطلوب ، ومن ثم يجب على البائع ضمان بقاء العقار المبيع قائماً وصالحاً للإستخدام طوال المدة المتوقعة لبقائه ، و نتكلم فيما يلي في إلتزام المرقي العقاري بإقامة البناء و تسليمه في مبحث أول ، و نخصص المبحث الثاني لإلتزامه بالضمان و هذا وفقاً للخطة الآتية .

- المبحث الأول : إلتزام المرقي العقاري بإقامة البناء و تسليمه في عقد بيع العقار بناء على التصاميم .

- المبحث الثاني : إلتزام المرقي العقاري بالضمان في عقد بيع العقار بناء على التصاميم .

المبحث الأول

إلتزام المرقى العقارى بإقامة البناء وتسليمه فى

عقد بيع العقار بناء على التصاميم

فى الحقيقة أن إلتزام البائع بإقامة أو إنجاز البناء ، لا يفصل عن الإلتزام بالتسليم ، فهذا الأخير لا يرد إلا على شىء موجود ، ولكى يستطيع البائع تنفيذ هذا الإلتزام يجب عليه قبل ذلك ، أن يعمل على إيجاد العقار ببناؤه خلال المدة المتفق عليها . ومن هنا تبدو أهمية الإلتزام بالبناء أو الإنجاز، وعلى ذلك ، نقسم هذا المبحث إلى مطلبين ، نخصص أولهما للإلتزام بالبناء ونعرض فى الثانى للتسليم .

- المطلب الأول : إلتزام المرقى العقارى بإقامة البناء فى عقد بيع العقار بناء على التصاميم .

- المطلب الثانى : الإلتزام بالتسليم فى عقد بيع العقار بناء على التصاميم .

المطلب الأول

إلتزام المرقى العقارى بإقامة البناء فى

عقد بيع العقار بناء على التصاميم

سبق القول أن الإلتزام بالبناء أو الإنجاز يعد من أهم الإلتزامات التى يترتبها عقد بيع العقار بناء على التصاميم على عاتق البائع ، لدرجة أن المشرع الفرنسى

جعله محور التعريف الذي أورده لعقد بيع العقار المقرر بناؤه في الفقرة الأولى من المادة 1-1601 (من قانون 3 جانفي 1967) التي نصت على أن بيع العقار المقرر بناؤه هو البيع الذي يلتزم بمقتضاه البائع ببناء عقار خلال مدة يحددها العقد⁽¹⁾ .

و يلاحظ أن المشرع الجزائري لم ينص على هذا الإلتزام صراحة ، إلا أنه أشار إليه في المادة 2 من المرسوم التنفيذي 58-94 المؤرخ في 7 مارس 1994 المتضمن نموذج عقد البيع على التصاميم ، بنصها >> على إلتزام البائع بمواصلة البناء و إنهائه في الآجال المقررة في هذا العقد .

لذلك يجب على البائع أن يقوم بالإنجاز خلال المدة المحددة في العقد (الفرع الأول) وأن يأتي هذا البناء مطابقا لبنود العقد (الفرع الثاني) . على أن نعرض لإلتزام البائع بضمان إكتمال البناء و الإسترداد في (الفرع الثالث) .

(1) Art - 1601 - 1 . < la vente d'immeuble à construire est celle par laquelle le vendeur s'oblige à édifier un immeuble dans un délai déterminé par le contrat > .

الفرع الأول

إلتزام المرقى العقارى بالبناء خلال الأجل المحدد

فى عقد بيع العقار بناء على التصاميم

يلتزم المرقى العقارى أو البائع ببناء (العقار) المبيع خلال المدة المتفق عليها فى العقد ، فالبيع لا يمكن أن يكون بيع العقار بناء على التصاميم إلا إذا تضمن العقد إلتزام المرقى العقارى ببناء العقار موضوع التعاقد ، وهو ما يعنى أن العقار محل البيع لم يكتمل بناؤه بعد ، سواء شرع فى بنائه وهو يزال فى مرحلة الإنجاز ، أو لم يشرع فى إنجازه أصلا ، فلكى يعتبر العقد بيع عقار بناء على التصاميم ينبغى أن يبرم قبل إكتمال بناء العقار أما إذا إنعقد بعد هذه المرحلة ، فهو فى هذه الحالة بيع تقليدى ، ومن ثم يخضع لأحكام القواعد العامة للبيع العادى⁽¹⁾ .

ويقصد بالبناء القيام بكافة الأعمال التى تؤدى إلى إكتمال وجود العقار وجودا فعليا . و قد عرفته المادة الثالثة من القانون رقم 04-11 المحدد للقواعد التى تنظم نشاط الترقية العقارية فى فقرتها الثانية بأنه >> كل عملية تشييد بناية و / أو مجموعة بنايات ذات الإستعمال السكنى أو التجارى أو الحرفى أو المهني << . ولكن متى يمكن إعتبار العقار قد أكتمل (بناؤه) . للإجابة على هذا السؤال يتعين تحديد

(1) راجع سابقا ص 38 و ما بعدها من هذا البحث .

المرحلة أو الوقت الذي يعتبر فيه البائع منتهيا من تنفيذ إلتزامه بالبناء ، وهذا يقتضي بالضرورة الإشارة إلى المراحل التي يمر بها هذا الإلتزام .

- المرحلة الأولى : وهي المرحلة المسماة hors d'eau ويعني هذا الاصطلاح أن العقار أصبح في مأمن من تسرب المياه ، ويكون ذلك بوضع الجدران الرئيسية للبناءة و السطح ، وعندما ينتهي البائع من هذه المرحلة يدخل في - المرحلة الثانية : المسماة hors d'eau et hors d'air ويقصد بهذا الاصطلاح أن البناءة أصبحت في مأمن من تسرب الهواء بالإضافة إلى الوقاية من مياه الأمطار التي تحققت في المرحلة الأولى ، وتنتهي هذه المرحلة بتركيب النوافذ - ثم المرحلة الثالثة : وتسمى هذه المرحلة parachèvement وتنتهي هذه المرحلة بوضع آخر طبقة طلاء للمبنى. و لم يكتف المشرع الفرنسي لاعتبار العقار مكتمل البناء بتنفيذ جميع المراحل السابق الإشارة إليها ، بل إستلزم في المادة الأولى من المرسوم رقم : 67-1166 الصادر في 22 ديسمبر 1967 - لإعتبار العقار قد أكتمل بناؤه achevé أن يكون البائع قد انتهى من تنفيذ أعمال البناء ، ومن تركيب العناصر التجهيزية اللازمة لإستعمال العقار موضوع التعاقد وفقا للغرض الذي أعد له ، ولا يؤثر في إعتبار العقار المكتمل achevé أن يكون هناك بعض العيوب غير الجوهرية مادام هذا العيب لا يحول دون إستعمال العقار وفقا للغرض المخصص له ، أو عدم مطابقة ما تم تنفيذه من أعمال للشروط المنصوص عليها في العقد⁽¹⁾ .

(1) Philippe malinvaud philippe jestaz ; ouvrage précité , N° 312. P 552 .

وليس معنى هذا أن البائع لا يكون مسؤولاً عن تلك العيوب التي لا تحول دون إكمال وجود العقار⁽¹⁾ و إنما معناه فقط أن مجرد إكمال العقار يترتب عليه إنتاج آثار قانونية خاصة ترتبط بهذا الإكمال ، وأهم هذه الآثار آثاران . الأثر الأول : هو أن يكون للبائع مطالبة المشتري بأقساط الثمن الذي يتوقف الوفاء بها بإكمال البناء ومن ثم لا يمكن للمشتري أن يمتنع عن الوفاء بها متذرعاً بعدم تنفيذ البائع لإلتزامه تنفيذاً كاملاً . الأثر الثاني : هو أن كل تصرف يرد على العقار المعقود عليه بعد إكمال وجوده بهذا المعنى يكون تصرفاً في عقار موجود بالفعل و بالتالي يخضع للقواعد العامة للبيع ولا يخضع للقواعد الخاصة ببيع عقار بناء على التصاميم .

و قد عرفت المادة 3 الفقرة 14 من القانون رقم 11-04 الإلتام الكامل للأشغال بقولها >> رفع التحفظات التي تم إيدؤها على إثر الإستلام المؤقت للأشغال و إصلاح عيوب البناء الملاحظة و ذلك قبل الإستلام النهائي للمشروع العقاري << .

و يتضح من هذا النص أن العقار المبيع يكون مكتملاً بعد الإلتام من كل الأشغال الضرورية لإتمام البناء ، والتي تتوج بمحضر يتم إعداده و التوقيع عليه بين المرقي العقاري و المقاول الذي كلف بإنجاز مشروع البناء ، وهذا ما يسمى بالإستلام المؤقت (الفقرة الأخيرة من المادة 3) ، ثم رفع التحفظات التي أبدت من طرف

(1) إبراهيم عثمان بلال ، المرجع السابق ص 135 فقرة 103 .

المركبي العقاري على إثر إستلامه المؤقت للأشغال و قيام المقاول بإصلاح عيوب البناء الملاحظة و ذلك قبل الإستلام النهائي للمشروع العقاري من طرف المركبي العقاري .

و البائع عند قيامه بتنفيذ إلتزامه بالإنجاز ، لا يلتزم بأسلوب عمل معين أمام المشتري ، فقد يقوم بالبناء بنفسه ، وقد يعهد بذلك إلى غيره من المقاولين ، ويظل المشتري بعيدا عن العلاقة التي تنشأ بين البائع وبين المقاول أو المقاولين المكلفين من طرفه بإنجاز البناء ، فجميع الحقوق و الإلتزامات الناتجة عن هذه العلاقة إنما تترتب لفائدة وعلى عاتق البائع⁽¹⁾ .

و إلتزام البائع بالبناء هو إلتزام بنتيجة وليس إلتزاما بوسيلة . لأن البائع لا يلتزم أمام المشتري بإقامة البناء فقط ، بل يلتزم بتسليمه له بعد إيجاده . فالإلتزام بالبناء هو في نهاية الأمر إلتزاما بإعطاء شيء معين بالذات⁽²⁾ ، وكل إلتزام ينتهي بإعطاء شيء كما هو الحال في إلتزام المقاول في عقد المقاوله وإلتزام البائع في عقد بيع عقار بناء على التصاميم هو إلتزام بنتيجة⁽³⁾ . ولما كان إلتزام البائع بالبناء هو إلتزام

(1) مصطفى عبد السيد الجارحي مشمل ، المرجع السابق ، ص 205 .

(2) إبراهيم عثمان بلال ، المرجع السابق ص - 136 ف 104 .

(3) في هذا المعنى : عبد الحي حجازي ، النظرية العامة في الإلتزام وفقا للقانون الكويتي ، بإعتناء الدكتور محمد الألفي . الجزء 1 ، ص 180 ، أورده إبراهيم عثمان بلال السابق . ص 136 رقم 104 هامش 22 .

بتحقيق غاية ، فإن ذمته لا تبرأ من هذا الالتزام إلا إذا تحققت الغاية و أنجز العمل المطلوب . فإذا لم يكتمل وجود العقار ، فإن البائع يكون مسؤولاً، دون أن يكون على المشتري إقامة الدليل على عدم تحقيق الغاية التي ألتم البائع بتحقيقها، فالإخلال بهذا الإلتزام يثبت بمجرد عدم تحقق تلك النتيجة⁽¹⁾ دون حاجة لإثبات خطأ⁽²⁾ ما في جانب البائع إذ عدم إنجاز البناء هو ذاته الخطأ كما هو الحال في كل إلتزام بتحقيق غاية⁽³⁾ .

وما دام إلتزام البائع بالبناء هو إلتزام بتحقيق نتيجة ، فلا يكفي لإنتفاء مسؤوليته عن عدم تنفيذه له أن ينفي الخطأ عن نفسه ، بل يلزم عليه أن يقيم الدليل على السبب الأجنبي الذي أدى إلى عدم تحقيق النتيجة التي ألتم بتحقيقها ، ويعتبر من قبيل السبب الأجنبي الذي قد يحول دون وفاء البائع بإلتزامه بإقامة البناء و الذي يعفيه من المسؤولية منه ، نزع ملكية الأرض المزمع إقامة البناء عليها للمنفعة العامة شريطة أن يكون نزع الملكية سابقا على التعاقد ، أو على الأقل أن لا يكون المشتري عالما به أو ليس في إمكانه أن يعلم به وقت التعاقد⁽⁴⁾ .

(1) أنظر في هذا المعنى ، بخصوص إلتزام المقاول ومثله في ذلك مثل إلتزام بائع العقار ببناء على التصاميم . نقض مدني مصري في : 10 يونيو 1965 ، مجموعة أحكام النقض ، السنة 16 ص - 736 - نقض مدني مصري في 23 يونيو 1970 ، مجموعة أحكام النقض ، السنة 21 رقم 171 ص 1068 . و المحاماة السنة 53 ص 64 رقم 49 .

(2) carbonier . Théorie des obligations - N° 154 cité par Jacques tartanson ouvrage précité . P . 142 .

(3) أنظر السنهوري ، المرجع السابق ، الوسيط الجزء 7 العقود الواردة على العمل ، ف 72 ص 134 و المراجع التي أشار إليها في الهامش 4 .

(4) في نفس المعنى : إبراهيم عثمان بلال ، المرجع السابق - ص 137 ف 104 .

أما إذا كان عدم وفاء البائع بالتزامه بالبناء راجعا مثلا إلى ما قد يعترضه من صعوبات عملية كعدم حصوله على ملكية الأرض التي سيقام عليها البناء ، أو أن ملكيتها أستحقت للغير ، أو إرتفاع أسعارها ، أو عدم تمكنه من الحصول على رخصة البناء أو عدم الحصول على القروض لتمويل عملية البناء ، فإن كل هذه الأسباب لا تعد من قبيل السبب الأجنبي ، ولا تعفي البائع من المسؤولية⁽¹⁾ . خاصة و أن المشرع الجزائري نص صراحة على وجوب أن يتضمن عقد البيع على التصاميم ، أصل ملكية الأرضية التي سيقام عليها البناء و رقم السند العقاري ، و مرجعيات رخصة التجزئة و تاريخ و رقم رخصة البناء (المادة 30 من القانون رقم 04-11 لسنة 2011) .

و يعتبر الأجل المحدد لإنجاز البناء عنصر أساسي في عقد بيع عقار على التصاميم ، و يكون البائع قد أحترم الأجل المتفق عليه إذا أكتمل بناء العقار في الأجل المحدد . و التاريخ الذي يعتمد عليه لتقدير إحترام البائع للأجل المتفق عليه لإنجاز البناء هو تاريخ تسليم العقار المبيع ، وهو التاريخ الذي يسمح فيه بالوفاء بالجزء الباقي من الثمن⁽²⁾ .

(1) إبراهيم عثمان بلال ، المرجع السابق ص 137 ف 104 .

(2) c a bordeaux , 19 nov 1992 . J . C . P . éd 1 . N⁰ , 1994 . prat . p . 2 .

الذي قضى بأن العقار يعتبر قد أكتمل بناؤه دون تأخر، حتى و لو كان العقار به بعض العيوب التي ليس من طبيعتها أن تكون عقبة لإستعمال العادي للأمكنة .

و إذا تجاوز البائع الأجل المتفق عليه لإقامة البناء ، فإن الجزاء الذي يترتب على ذلك هو ما تمليه القواعد العامة⁽¹⁾ ، و بالتالي يكون من حق المشتري إما المطالبة بتعويض الضرر أو فسخ العقد ، إذا كان التأخر يترك شؤماً سيئاً mal augurer على إكمال البناء أو يثبت تجاوزه للحد المعقول .

و يلاحظ أن بعض القضاء يجيز للمشتري أن يتسلم العقار المبيع على الحالة التي هو عليها ، و يعمل على إكمال بنائه بواسطة مقاول يختاره بنفسه بعد تسلم الأعمال بواسطة خبير⁽²⁾ .

و يلجأ البائعون من أجل محاولة الإفلات من هذه النتائج إلى تضمين عقود البيع شروط موقفة (des clauses suspensives) لأجل عوامل عديدة ، منها خاصة تغير الأحوال الجوية⁽³⁾ ، غير أن محكمة النقض الفرنسية ، ومن أجل تفادي كل تعسف يصدر من الباعين تتشدد في قبول مثل هذه الشروط ، و تشترط لذلك ، أن يتوفر في الحادث الموقف للأجل خصائص القوة القاهرة⁽⁴⁾ . ومع ذلك ، يبدو أن

(1) Jean – bernard auby hugues perinet – merquet ; ouvrage précité . N⁰ 1533 . 917 .

(2) Cass . 3^e civ , 15 juin 2000 . A. J. D . I . 2000 . 850 .

(3) V . en sens : Jean – bernard auby hugues perinet – merquet , ouvrage précité . N⁰ 1533 . 917 .

(4) Cass . 3^e civ , 4 mars 1980. R D immob , 1980 . 441 .

محكمة الإستئناف أكثر مرونة في الإعتراف بتوافر الشروط الثلاثة التي تشترط في الحادث الذي يعتبر قوة قاهرة ، و هي الخارجية ، وعدم التوقع ، و إستحالة الدفع⁽¹⁾ .

و في المقابل ، فإن بائع العقار بناء على التصاميم لا يمكنه أن يعفى من الأجل في العقد بسبب زيادة التغيرات الجوية يوم بعد يوم ، ما لم تكن هذه التغيرات الجوية ثابتة قانونا⁽²⁾ .

و في حالة التصفية القضائية للبائع ، فإن تعويض المشتري عن الأضرار الناتجة بسبب التأخر في البناء يمكن أن تخصم (compenser) من المبالغ التي لا تزال مستحقة في ذمة المشتري⁽³⁾ .

ولا يوجد نص خاص ينظم الجزاء الذي يترتب على إخلال البائع بتنفيذ إلتزامه بالبناء ، لذلك يخضع للقواعد العامة ، فيحق للمشتري إذا أخل البائع بتنفيذ إلتزامه بالبناء ، بأن يمتنع عن البناء أصلا ، أو يتوقف عن البناء بعد البدء فيه ، وقبل الإنتهاء

(1) أنظر فيما يتعلق بتغير الأحوال الجوية :

Cass , 3^e civ ; 19 oct 1982 , R D imm , 1983 . p . 465 , obs groslière et jestaz .

(2) C A paris 12 mai 1989 , R D immo , 1990 , p 500 , obs groslière et jestaz.

(3) C A versailles , 27 janv . 1995 . R D immo 1996 . 78 . obs . saint – alary – houin .

منه ، أو جاوز المدة المحددة للبناء ، أن يطالبه بتنفيذ العقد أو فسخه ، فبيع عقار على التصاميم من العقود الملزمة للجانبين فيخضع لحكم المادة 119 من القانون المدني الجزائري (1) .

فلمشتري - بعد إعدار البائع - طلب إجباره على تنفيذ إلتزامه عينا متى كان ذلك ممكنا(2) .

والأصل أن التنفيذ العيني يقوم به البائع بنفسه ، وقد يقوم به المشتري - بعد حصوله على ترخيص من القضاء - على نفقة البائع ، بل يجوز له في حالة الإستعجال أن يقوم بالتنفيذ على نفقة البائع دون الحصول على إذن من القضاء .

كما أن للمشتري الحق في طلب الفسخ ، وإسترداد ما دفعه من ثمن ، وللقاضي سلطة تقديرية في إجابة طلب المشتري بالفسخ ، فقد يحكم بالفسخ - كما لو كان ما لم يتم تنفيذه على درجة كبيرة من الأهمية - وقد لا يقضي به ، ويعطي للبائع مهلة لتنفيذ إلتزامه ، إذا إقتضت الظروف ذلك ، كما لو كان ما لم يتم تنفيذه قليل الأهمية بالنسبة لما تم تنفيذه ، أو أن البائع قدم ما يثبت عذره في التأخير في التنفيذ ، أو أن الضرر الذي لحق بالمشتري من جراء التأخر بسيط .

(1) المادة 1184 من القانون المدني الفرنسي .

(2) المادة 164 من القانون المدني الجزائري .

وسواء أختار المشتري التنفيذ العيني أو أختار الفسخ ، فله الحق في المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي أصابه بسبب عدم قيام البائع بتنفيذ إلتزامه ، أو التأخر فيه .

ننتهي إلى أن إلتزام المرقى العقاري أو البائع بالإنجاز هو إلتزام بتحقيق نتيجة ، و أن هذه النتيجة تتحقق بإنجاز البناء طبقا للمواصفات و الشروط المتفق عليها ، وهذا ما سننتقل إلى معالجته في الفرع الثاني .

الفرع الثاني

الإلتزام بالإنجاز طبقا للمواصفات في

عقد بيع العقار بناء على التصاميم

لا يلتزم المرقى العقاري في بيع العقارات المقرر بناؤها بإقامة البناء المتفق عليه خلال المدة التي يحددها العقد ، بل يجب عليه فضلا عن ذلك ، أن ينجز البناء طبقا لقواعد الفن و المعمار ووفقا للقوانين و اللوائح الخاصة بالبناء ، كذلك يلزم أن تكون المواد التي أستخدمها في البناء مطابقة للشروط و للمواصفات المتفق عليها في العقد .

وبالرغم من أن المشرع سواء في الجزائر ، أو في فرنسا ، نص على وجوب أن يتم البناء طبقا للمواصفات غير أنه لم يحدد مدلول المطابقة ، ومن ثم فإن الأمر لا يخرج على أحد فرضين . إما تطبيق أحكام الإلتزام بالتسليم وفقا للقواعد العامة على

حالة عدم مطابقة البناء للمواصفات ، وإما خضوعها لأحكام الإلتزام بضمان العيوب .

وعلى ذلك يمكن القول أن العقار المبيع يكون مطابقا للمواصفات المتفق عليها في العقد إذا قام البائع بتنفيذ إلتزامه بالبناء حسب النماذج والرسومات و دفتر الشروط ، و نظام الملكية المشتركة الذي أشارت إليه عقود البيع⁽¹⁾ ، وإستخدام مواد البناء المذكورة في العقد ، وإحترام الأصول الفنية في البناء .أما إذا خالف البائع النماذج و الرسومات ، ولم يحترم الأصول الفنية للبناء ، أو أستخدم مواد بناء غير التي تم الإتفاق عليها كان العقار المبيع غير مطابق للمواصفات .

وبهذا المعنى تختلف فكرة عدم مطابقة العقار للمواصفات عن فكرة عيوب البناء، ففي هذه الحالة الأخيرة يحترم البائع المواصفات المتفق عليها ، ويستخدم المواد المذكورة في العقد ، لكنه أستخدمها استخداما معيبا أو أستخدم نوعية رديئة من المواد المتفق عليها ، فإذا أتفق على وضع أبواب مصنوعة من الخشب وقام البائع بالفعل ، بوضع الأبواب المتفق عليها ، فلا مجال هنا لعدم المطابقة للمواصفات ، لكنه قد يستخدم نوعية رديئة من الخشب مثلا .

وإذا كانت فكرة تخلف المطابقة في بيع العقارات بناء على التصاميم طبقا

(1) cass . 3° civ . , 5 juillet 2000 , A J D I , 2000 . 965 .

للمفهوم السابق ، تختلف عن فكرة عيوب البناء ، سواء كانت عيوب ظاهرة ، أو كانت عيوب خفية ، غير أنهما قد يختلطان⁽¹⁾ ببعضهما بحيث يصعب التحقق مما إذا كنا بصدد عدم مطابقة البناء للمواصفات ، أو بصدد عيب فيه ، لهذا يجدر بنا أن نفرق بينهما .

و تعني المواصفات المعايير التي تحدد ذاتية العقار المبيع وطبيعته وأوصافه ، أما العيوب فتعني وجود خلل في العقار يؤثر على كيانه أو إستعماله لا يرجع إلى ذاتيته وطبيعته كما حددها العقد .

فنكون بصدد مخالفة المواصفات إذا سلم البائع مثلاً des cloisons بـ : 10 سنتيمتر بدل 15 سنتيمتر و نكون بصدد عيب إذا سلم البائع des cloisons بـ : 15 سنتيمتر ، بها خلل يزيد عن الحد المتسامح فيه . affectées de défauts de plominétrie ، ومع ذلك فإن هذه التفرقة تعرضت لإنتقاد الفقه لكونها تفرقة مصطنعة ، لكن مع ذلك فإن الفرق ليس دائماً واضحاً بين عدم مطابقة

(1) السيد محمد السيد عمران ، عدم المطابقة في بيع العقارات تحت التشييد ، دار المطبوعات الجامعية ، أسكندرية - 1994 ص 16 .

العقار للمواصفات و العيب بالمعنى الدقيق ، الأمر الذي يسمح بالقول بالعدول عن الوصف الذي أعطي⁽¹⁾ .

و فكرة عدم المطابقة للمواصفات ، تشمل بهذا المعنى أي تغيير في الشكل العام⁽²⁾ للعقار المبيع، أو موقعة كالطرق المؤدية إليه ، أو الحدائق التي تحيط به ، أو الأسواق الموجودة في المنطقة أو ملاهي الأطفال التي وعد البائع بإنشائها . كما تشمل المساحة الكلية للبناء⁽³⁾ .

هذا ويلاحظ أن القضاء الفرنسي اعتبر أن الوعود التي تتضمنها الوثائق الإشهارية تدخل في مجال التعاقد ، وبالتالي فعدم تنفيذها يشكل تخلف

(1) en ce sens : A . bellache ; Le régime Juridique des défauts de conformité dans la vente d'immeuble à construire . J . C . P . éd . N .doctr ,1985 . 2 p .14 .

(2) civ . 3^e . 3 Janv . 1979 . bull , N^o 3 ; R .T . D . Civ . 1979 . 807 obc cornu . (absence des placard prévus) ; 20 fevr 1979 .D .1979 IR . 521 (cuisine livrée san la hotte promise) : 19 fevr 1980 . bull N^o 41 (loge de concierge non réalisée) ; 10 mars 1981 . bull N^o 50 , défrénios 1981 . 1642 obs souleau ; rev dr imm 1981 . 517 . R . D . C . 1982 . 154 . obs . Rémy (matériaux non conformes) .

(3)Voir en se sens : H . L . et Jean mazeaud . Leçons de droit civil , T. 3 . 2^e Vol . 6^e éd . par . M . de juglard, principaus contrats , 1984 N^o 938 . p . 243 .

المطابقة⁽¹⁾ ، لكن يبقى مع ذلك رسم حد دقيق بين عدم المطابقة والإشهار الخادع⁽²⁾ .
. publicité mensongère

ويلاحظ من جهة أخرى أن محكمة النقض الفرنسية اعتبرت عمل سقف مائل لا يوافق الطراز التقليدي للمنطقة يشكل عيب خفي في البناء⁽³⁾ . في حين يرى البعض أن الخلل هنا يشكل بالأحرى عدم مطابقة ظاهرة ، لكن في هذه الحالة فإن التكييف لا يغير من الحل ويتعلق الأمر في أغلب الظن بزلة قلم⁽⁴⁾ . وحتى خارج هذه الحالات ، توجد حالات أخرى تشكل صعوبة في التكييف كما هو في حالة تركيب سخان بطريقة غير كافية وخطيرة⁽⁵⁾ وكما هو الحال كذلك بالنسبة لحالة العزل الصوتي الذي اختلف بشأنه القضاء في فرنسا، فتارة يعتبره من ضمن العيوب الظاهرة⁽⁶⁾ ، ومن ثم أخضعه للمادة 1-1642 . وتارة أخرى يعتبره من قبيل

(1) Civ . 3 . 2 avril 1979 , rev dr immob . 1979 . 477 ; G . pal 6,8 avril 1980 P . 7. note plan queel ; defrénois 1980 . 1 . 953 . obs . souleau (revêtement de garage ne comportant par de chape bouchardée) .

(2) V . tournafond , la publicité mensongère en matière immobilière . J . C . P . éd . N . , 1984 . 1 . 5535 .

(3) Civ. 3^e . 19 mai 1981 , J . C . P , éd N . 1982 . 2 . 66 , obs stemmer ; rev . dr immob . 1982 . 249 . obs , grosliere et jestaz . cité par philippe malinvaud philippe jestaz; ouvrage précité p . 356 . Note 1.

(4) Philippe malinvaud philippe jestaz . ouvrage précité N^o 315 . p . 356 .

(5) Aix . 18 déc . 1978 , bull, arrêts aix , 1978 . IV. N^o 264 , p 19 . 2^e espèce (qui opte pour le défaut de conformité) .

(6) Civ . 3` , 8 juin 1977 . D . 1978 . IR . 7 .

العيوب الخفية⁽¹⁾ تخضع بالتالي للمادة 1-1646 إذا كان يمس بالأعمال الكبيرة ويجعل العقار غير صالح للغرض الذي خصص له . وتارة ثالثة يعتبره مخالفا للمواصفات⁽²⁾ . و ذلك قبل أن تصير عيوب العزل الصوتي محلا لنظام قانون خاص⁽³⁾ .

وتظهر أهمية التفرقة من الناحية العملية بين عدم المطابقة للمواصفات وبين العيوب الخفية من حيث كون النظام القانوني ليس واحدا في كليهما – خاصة فيما

(1) Civ – 3° 23 nov 1976 , D 1977 . IR . 82 ; J . C . P . 1977 IV 14 27 fev 1979 . rev . dr immob . 1979 . 477 et 478 ; obs , grosliere et jestaz ; paris , 1 avril 1981 , rev dr immob 1982 , 248 ; T . G . I . Paris , 27 rev 1980 rev dr immob 1980 . 436 . C A riom , 21 juin 1988 , Gaz . pal . , 17 – 18 mai 1989 . p 10 .

(2) civ . 3 . 2 mai 1979 , bull . N° 95 . defréois 1980 . 1. 583 , obs , souleau , cass . 3° civ . , 12 juin 1979 bull . 3 N° 127 , p . 96 , re dr immob 1979 , 478 ; 2 juin 1982 . Gaz . pal . , 1982 . 2 . p 372 , obs , piedlièvre ; re dr immob . , 1983 , 239 - obs groslière et jestaz .

(3) ويلاحظ أن المشرع الفرنسي قد نص صراحة على إعتبار العيوب المتعلقة بالعزل الصوتي ، داخله ضمن ضمان إتمام الأعمال على الوجه الأكمل ، فنص في المادة 7 من قانون 7 جانفي 1978 على أن « عقود إيجار عمل التي يكون محلها إقامة مباني سكنية ، يفترض فيها أن تتضمن الإشتراطات القانونية ، أو اللائحية المتعلقة بتوفير الحد الأدنى المطلوب توافره في مجال العزل الصوتي . وتخضع الأعمال التي من شأنها أن تقي بهذه المتطلبات لضمان إتمام الأعمال على الوجه الأكمل المنصوص عليه في المادة 6-1792 من القانون المدني الفرنسي ويضمن البائع أو الممول العقاري ، في مواجهة أول من يشغل كل وحدة سكنية ، مطابقة هذه المتطلبات وذلك في خلال ستة أشهر ، تحسب من وقت حيازته الفعلية لهذه الوحدة » . و يبدو أن المشرع الفرنسي بإخضاعه هذا النوع من العيوب إلى ضمان إتمام الأعمال على الوجه الأكمل أراد أن يضع حدا لإختلاف القضاء بشأنها ، راجع في ذلك :

Albert caston ; la responsabilité des constructeurs , 2° éd , édition du moniteur , 1979 , p . 103 ; Jean pierre karila : les responsabilités du constructeurs , 1° édition , J . delmas . tele , 1981 . p . H⁶ .

يتعلق بالتقادم – فعدم المطابقة تخضع للقواعد العامة⁽¹⁾ ، بينما تخضع العيوب لنظام خاص بها ، على نحو ما سنراه .

و قد أعتبر القضاء من قبيل عدم المطابقة عدم وجود العناصر المتفق عليها في العقد ، أو وجود تلك العناصر غير أنها مغايرة لما تم الإتفاق عليه في العقد ، ومن أمثلة الأولى .

- عدم وجود خزانة⁽²⁾ .

- هبوط⁽³⁾ .

- تغطية الأرض⁽⁴⁾ .

- توصيل هوائي تلفزيوني⁽⁵⁾ .

- غلاف أو مشد تقني⁽⁶⁾ .

(1)Cass 3^e civ . , 14 déc 1977 . D .1978 . IR . 428 , obs giverdon , rev dr immob, 1979 , 86 . obs groslière et Jestaz ; C A aix , 18 déc 1978 , bull . , aix . 1978 . IV .N^o 264 , p 19 ; A .bellache ,artic précité . p 14 . , O Tournafond , les prétendus concours d'action et la vente d' immeuble à construire , rev dr immob , p 37 ; Jean – bernard auby hugues perinet – marquet ; ouvrage précité . N^o 1530 .P . 911 .

(2)Placards (cass . 3^e civ . , 3 janv 1979 , rev dr immob . , 1999 , 477 , obs , groslière et jestaz) .

(3)Hote (cass . 3^e civ . , 20 févr , 1979 , rev dr immob, 1999, 477, obs groslière et jestaz) .

4)Revêtements de sol (cass . 3^e civ . 5 nov , 1980 , rev dr immob . , 1982 , 249 , obs groslière et jestaz) .

(5)Raccordement à une antenne de télévision (C A paris , 14 oct .1982 , rev dr immob 1983 , 238 , obs groslière et jestaz) .

(6)Gaines techniques (cass . 3^e civ . , 30 avril 1985 , J C P , éd . G , IV ,245) .

- حمام سباحة⁽¹⁾ .
- إحكام السد⁽²⁾ .
- حبل رخو⁽³⁾ .
- عدم إحترام إحتياطات الحريق⁽⁴⁾ .
- ومن أمثلة الثانية :
- إنخفاض مستوى البناء⁽⁵⁾ .
- مسافة ضعيفة إزاء الجيران⁽⁶⁾ .
- سوء تغطية سقف مرأب⁽⁷⁾ .
- سقف مائل مخالف⁽⁸⁾ .

(1)Piscine (C A paris , 20 févr 1992 , J C P 1992 , éd . n, prat . , p . 2) .

(2)Etanchéité (C A Lyon , 18 nov . 1992 , Gaz . pal . , 16–17 févr . 1994 , p . 9)

(3)Corde molle d'un garage (cass . 3^e civ . , 28 juin 1995 , bull . III , N^o 155 , p 104 , R D imm . , 1995 , 761 , obs . saint – Alry - Houin) .

(4)Non – respect de la réglementation incendie (cass . 3^e civ . , 12 juillet 1995 , resp . civ . et ass . , 1995 , 365) .

(5)Niveau de la construction plus bas (cass . 3^e civ . 5 déc , 1979, rev dr immob . , 1980 , 310 , obs groslière et jestaz) .

(6)Distance plus faible vis-à- vis des voisins (R M du 6 déc 1990 , J O débat sénat , p 2599 . cité par Jean – bernard auby hugues perinet – marquet ; ouvrage précité . N^o 1531 .P . 914 .

(7)Revêtements de garage sans chape (cass . 3^e civ . 2 avril 1979 , rev dr immob . , 1979 , 477 , obs groslière et jestaz) .

(8)Pente de toit différente (cass 3^e civ . , 19 mai 1981 , rev dr immob, 1982 , 249 , obs groslière et jestaz) .

- جناح بالبلاستيك و ليس بالخشب⁽¹⁾ .
- موقف السيارات لا يستجيب للخصائص المتفق عليها⁽²⁾ .
- حماية إحكام السد مختلف⁽³⁾
- تصريف مياه الأمطار مغاير⁽⁴⁾ .
- تغيير في وضعية شقة أدى إلى زيادة الصوت مما أضر بالشقة التي تقع تحتها⁽⁵⁾ .
- ربط قنوات تزويد السكنات بالماء من الداخل ، بدلا من جعلها في الخارج⁽⁶⁾ .
- عدم وجود جزء من des chapes المتفق عليها في العقد⁽⁷⁾ .

(1)Volets en plastique et non en bois (cass 3^e civ. , 10 mars 1981 , bull . III ,n^o 50 , p 38 , rev dr immob . , 1981 , 518 , obs groslière et jestaz) ; en pvc au lieu d'aluminium (C A paris , 19 mai 1999 , constr . urb , 2000 , n^o 2) .

(2)Parking ne ne répondant pas aux caractéristiques prévues (C A versailles , 22 avril 1988 , rev dr immob . , 1988 , 472 , obs groslière et saint-alary ; cass . 3^e civ . 14 mai 1997 , , bull. III n^o 103 p. 68 , rev dr immob . , 1997 , 455 , obs ; saint- alary houin ; C A paris ,12 févr . 2002 , const . urb 2002 , 165 , obs , sizaire) .

(3)Protection d' étanchéité différente (cass 3^e civ. , 28 avril 1993 , rev dr immob . , 1993 , 389 , obs groslière et saint- alary houin) .

(4)Evacuation des eaux pluviales différente (cass 3^e civ. , 19 janv 1994 , Mon .tp ,8 avril 1994,p 39)

(5)Modification de la disposition d'un appartement augmentant les nuisance sonores pour l' appartement du dessous (cass 3^e civ. , 26 mai 1994 ,bull . III N^o 110 , p 70 , rev dr immob , 1995 , 117 obs saint- alary houin, D , 1995 , somm .com . 277 obs magnin) .

(6)Branchements d'alimentation en eau des logements situés à l'intérieur de ceux-ci alors qu' ils devaient être situés à l' extérieur (cass 3^e civ. , 3 déc 1997 , constr. Urb .1998 , 96) .

(7)Absence d'une partie des chapes prévues au contrat (cass 3^e civ. , 8 avril 1998 , rev dr immob . , 1998 , 384 , obs . saint- alary houin) .

- عدم إحترام متطلبات العزل الصوتي حسب دفتر الشروط⁽¹⁾ .
- تركيب الكهرباء غير مطابق للصنف الأكثر رفاهية⁽²⁾ .
- طوق مخالف لما هو مبين في العقد⁽³⁾ .

إذا توافرت حالة عدم مطابقة عقار على التصاميم ، فإن الجزاء الذي يترتب على ذلك هو نفس الجزاء الذي يترتب في حالة عدم إنجاز البناء، وهو حق المشتري في الفسخ و التنفيذ العيني مع التعويض في الحالتين .

فالمشتري له أن يختار إما طلب التنفيذ العيني إذا كان ذلك ممكنا ، وإما طلب الفسخ الكلي أو الجزئي للعقد .

ويلاحظ أن لجوء المشتري إلى التنفيذ العيني قد يكون فيه تعسف ، كما لو كانت الفائدة المرجوة من طلب التنفيذ العيني أقل من الضرر الذي يصيب البائع ، ومثال ذلك أن يطلب المشتري هدم البناء وإعادة بنائه من جديد ، ففي هذه الحالة قد تكون تكلفة التنفيذ العيني باهضة إذا قورنت بالفائدة المرجوة من ورائها ، و القاضي له سلطة تقديرية واسعة في هذا الصدد ، بحيث يمكنه أن يمتنع عن الحكم بالتنفيذ

(1)Non – respect des exigence phoniques d'un cahier des charges (cass 3^e civ. , 10 nov. 1997, constr. Urb .1999 , n^o 1) .

(2)Installation électrique non conforme au label promotélec confort plus (C A Versailles , 20 nov 1998 , Gaz . pal . , 13 . 14 aout 1999) .

(3)Cadre différent de celui prévu à l'origine (cass 3^e civ. , 5 juillet . 2000 , A J D I , 2000 , 965) .

العيني ، غير أن ذلك لم يمنع محكمة النقض الفرنسية من مصادقتها على حكم قضى بهدم سكن وإعادة بنائه على نفقة البائع بسبب عدم المطابقة⁽¹⁾ (خطأ في إرتفاع يزيد على متر) . Ereure de niveau de plus d'un mètre .

وإلتزام البائع بإقامة البناء مطابقا للمواصفات هو إلتزام بتحقيق غاية مثله في ذلك مثل إلتزامه بالإنجاز أو البناء ، لأنه يوجب عليه أن يسلم للمشتري العقار مطابقا تماما للعقد ، ولا يقبل منه الإدعاء بأنه بذل العناية اللازمة لتقديم العقار مطابق للعقد و لم يتمكن من ذلك⁽²⁾ .

فإذا أتضح وقت التسليم إنعدام المطابقة ، كما لو كان العقار المبيع غير مطابق للمواصفات المتفق عليها بين الطرفين فإن البائع يكون مسؤولا لعدم تحقيق النتيجة

(1) cass 3^e civ. , 5 déc 1979 , rev dr immob . , 1980 , 310 . obs groslière et jestaz ; J . C . P 1981 . 2 . 19 . 605 note steinmetz ; V . jeandidier , l'exécution forcée des obligations contractuelles de faire , R . T . D . civ 1976 . 700 .

(2) Jacque ghesrin ; conformité et garanties dans la vente (produits mobiliers) , 1983 . éd L . G . D . J . paris . N⁰ 262 . p 258 .

- عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق الوسيط ، جزء 4 ف 295 . ص 563 و ف 296 ص 565
- ثروت عبد الحميد ، ضمان صلاحية المبيع لوجهة الإستعمال ، دار أم القرى للطبع و النشر المنصورة . ف 40 ص 59 - جمال الدين عبد الرحمان محمد علي ، الخطأ في مجال المعلوماتية ، دراسة في العلاقة بين بنوك المعلومات و المستخدم النهائي ، الطبعة الثانية . 2003 ص 71 . أوردهما ممدوح محمد علي مبروك ، ضمان مطابقة المبيع في نطاق حماية المستهلك ، دار النهضة العربية ، 2008 . ص 113 هامش 1 .

المطلوبة(1) .

ولذلك فإن مسؤوليته تقوم بمجرد إثبات عدم مطابقة البناء للمواصفات دون حاجة إلى إثبات خطأ من جانبه ولا يعفيه من هذه المسؤولية سوى إثباته للسبب الأجنبي الذي حال دون تحقيقه لإقامه البناء مطابقاً للمواصفات .

وقد رأينا من قبل أن المرقى العقاري قد يقوم بعمليات البناء بنفسه ، وقد يعهد بها لمقاول ، وفي هذه الحالة الأخيرة يكون عدم الإلتزام بالمواصفات راجعاً للمقاول ، ولا يستطيع المرقى العقاري أن يدفع عنه المسؤولية عن ذلك بخطأ الغير، ذلك أن المرقى العقاري مسؤول عن الأشخاص الذين يستخدمهم في تنفيذ إلتزامه ، سواء يرتبط بهم بعقد مقولة أو بعقد عمل وخطأ هؤلاء لا يعتبر سبباً أجنبياً بالنسبة له و المقصود بالسبب الأجنبي هو ذلك السبب المستقل تماماً و الأجنبي عن فعل المدين ، وليس الحال كذلك بالنسبة لمن يستخدمهم في تنفيذ إلتزامه(2) .

و قد سبق و أن رأينا ، بأن المشرع ، سواء في الجزائر أو في فرنسا لم ينظم الجزاء الذي يترتب على إخلال المرقى العقاري بتنفيذ إلتزامه بإنجاز البناء أو مطابقتها للمواصفات، ومن ثم فإنه يخضع للقواعد العامة ، وهذا ما ينطبق على مدة

(1) ممدوح محمد علي مبروك ، المرجع السابق ص 113 .

(2) إبراهيم عثمان بلال ، الرسالة السابقة ص - 141 ف 108 .

تقادم الدعوى ، لذلك ، فمدة تقادم الدعوى هي خمس عشرة سنة في الجزائر⁽¹⁾ وثلاثون سنة في فرنسا⁽²⁾ .

فمشتري عقار بناء على التصاميم له إذا خمس عشرة سنة أو ثلاثون سنة ابتداء من تاريخ إكتشاف عدم المطابقة ، وهو عادة تاريخ تسليم العقار المبيع⁽³⁾ . فإذا كان المشتري قد رفض التسلم فإن هذه المدة تبدأ في السيران من تاريخ هذا الرفض .

وتعتبر هذه المدة طويلة في نظرنا وغير معقولة ، لأن البائع يبقى معرضا لخطر رجوع المشتري عليه بدعوى الفسخ أو دعوى التنفيذ العيني ، طول هذه المدة ، لذلك تأسف البعض من مشرع 1967 الذي لم ينقل هنا القواعد التي نص عليها بخصوص ضمان العيوب . لذا نرى مع هذا البعض أنه يستحسن أن ينص على رفع الدعوى خلال مدة قصيرة ابتداء من تاريخ إكتشاف عدم المطابقة كما هو الحال بالنسبة لدعوى ضمان العيوب .

(1) بلعير عبد الكريم - نظرية فسخ العقد في القانون المدني الجزائري المقارن ، المؤسسة الوطنية للكتاب ، 1986 ص - 176 .

(2) Voir . philippe malinvaud philippe jestaz – ouvrage précité N° 317 p . 357 .

(3) Civ . 3 . 14 déc 1977 . D . 1978 . I R . 428 obs . CL giverdon ; Rev dr . immob 1979 . 86 . obs grosliere et jestaz .

و يجدر بنا أن ننوه أخيرا بأن المشتريين بعد إكمال البناء ، يستفيدون من دعوى جماعية بخصوص عدم المطابقة الذي يتعلق بالأجزاء المشتركة أو البناء في مجموعه يرفعها في فرنسا الإتحاد⁽¹⁾ ، و في الجزائر الجمعية ممثلة في المتصرف⁽²⁾ ضد المرقى العقاري أو بائع العقار بناء على التصاميم⁽³⁾ .

الفرع الثالث

ضمان إكمال البناء و الإسترداد في

عقد بيع العقار بناء على التصاميم

رأينا أن المشتري في عقد بيع العقار بناء على التصاميم ، معرض لخطر عدم قدرة البائع إستكمال أشغال البناء المتفق عليه ، بينما مشتري العقار الموجود وقت إبرام العقد ، لا يتعرض لمثل هذا الخطر ، لذلك عمل المشرع على تأمين مشتري العقار بناء على التصاميم ضد هذا الخطر ، بنصه صراحة على وجوب قيام المرقى العقاري البائع << الباني >> بإكتتاب تأمين لدى صندوق

(1) المادة : 15 من القانون رقم 65 - 557 بتاريخ 10 يوليو 1965 الذي نظم الملكية المشتركة للعقارات المبنية .

(2) المادتان 756 مكرر 2 المضافة إلى القانون المدني بالقانون رقم 83 / 01 بتاريخ 29 يناير 1983 المعدل و المتمم للقانون المدني ، و المادة 764 بعد تعديلها بنفس القانون ، و المادتان 15 و 42 من المرسوم رقم 83 - 666 المؤرخ في 7 صفر عام 1404 الموافق 12 نوفمبر 1983 المحدد للقواعد المتعلقة بالملكية المشتركة و تسيير العمارات الجماعية .

(3) cass 3^e civ. 3 déc 1997 , constr . urb 1998 N^o 98 .

الضمان و الكفالة المتبادلة⁽¹⁾ . و ذلك حتى يضمن المشرع نجاح مشروع البناء ، و إذا لم يحصل ذلك ، كان للمشتري أن يسترد ما دفعه من ثمن البيع .

فالمشرع يهدف من وراء تقريره لهذا الضمان إلى حماية المشتري الذي قام بدفع جزء من الثمن قبل إتمام إنجاز البناء ضد خطر إفلاس المرقى العقاري أو سحب الإعتماد منه قبل إستكمال بناء العقار المتفق عليه فما هو إذن المقصود بهذا الضمان الجديد ، الذي يعد بحق أهم ضمان بالنسبة للمشتري ، و ما هو نطاقه ، و ما هي مميزاته ؟.

لم يعرف المشرع لا ضمان إكتمال البناء ، ولا ضمان الإسترداد ، و إذا كان التعريف ليس من مهام المشرع ، و إنما هو من صميم مهام الفقه ، فإنه يمكن القول أن ضمان إكتمال البناء ، هو ضمان جديد أستحدثه المشرع بالقانون رقم 04-11 لسنة 2011 المحدد للقواعد المنضمة لنشاط الترقية العقارية ، فهو لم يكن معروف

(1) و قد أنشأ هذا الصندوق بموجب المرسوم التنفيذي رقم 406/97 المؤرخ في 1997/01/03 . "غير أنه لم يتم تنصيبه إلا في سنة 2000 . لكن قبل التنصيب الفعلي له قامت شركات التأمين المصرفية بكفالة المتعامل في الترقية العقارية طبقا للمادة 138 من قانون المالية لسنة 1994 التي رخصت لشركات التأمين و البنوك ، التدخل في مكان صندوق الضمان و الكفالة المتبادلة لقطاع نشاط معين ، المذكورة رقم 700 صادرة بتاريخ 1999/02/08 عن المديرية العامة للأموال الوطنية " . أوردها : زروتي ليلي - حمدي باشا عمر ، المنازعات العقارية ، سنة 2002 ، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع ، ص 271 ، هامش (1) .

من قبل ، على خلاف ضمان الإسترداد الذي قرره المشرع بالمرسوم التشريعي رقم 03-93 .

و يمكن تعريف ضمان إتمام البناء ، بأنه عقد يبرم بين المدين (المرقي العقاري البائع الباني) ، و الغير الضامن (صندوق الضمان و الكفالة المتبادلة) ، يلتزم بمقتضاه هذا الأخير في مواجهة الدائن (المكتتب المشتري) ، و بالتضامن مع البائع المرقي العقاري بدفع المبالغ اللازمة لتمام بناء العقار ، في حالة ما إذا تم سحب الإعتماد من البائع المرقي العقاري .

و يمكن تعريف ضمان الإسترداد ، بأنه عقد يبرم بين المدين (المرقي العقاري البائع الباني) ، و الغير الضامن (صندوق الضمان والكفالة المتبادلة) يلتزم بموجبه هذا الأخير بالتضامن مع المرقي العقاري بأن يدفع للمشتري المبالغ التي دفعها هذا الأخير للبائع في شكل تسبيقات أو دفعات في مقابل ما أنجز فعلا من أشغال البناء ، في حالة ما إذا توقف البائع عن مواصلة الإنجاز بسبب إفلاسه أو تصفيته .

و يتبين من تعريفنا ل ضمان إتمام البناء ، و ضمان الإسترداد ، أن كلا الضمانين ينشأ بمقتضى عقد كفالة يبرم بين الكفيل ، الغير الضامن (وهو هنا صندوق الضمان و الكفالة المتبادلة) و البائع (المرقي العقاري و المشتري) فطرفا عقد الكفالة ، إذن ، هما الكفيل من جهة و المدين (البائع) و المشتري (الدائن) الذي تعقد الكفالة لمصلحته من جهة أخرى .

و ينشأ هذا الضمان وقت إبرام عقد البيع ، بحيث يتعين على الموثق الذي أختير
لتحرير عقود البيع بناء على التصاميم أن يتأكد من أن المرقى العقاري البائع قام
بإكتتاب تأمين لدى صندوق الضمان و الكفالة المتبادلة طبقا لنص المادة 11 من
المرسوم رقم 03-93 (المادة 45 من القانون رقم 04-11 لسنة 2011) .

فشهادة التأمين أو الضمان ترفق إجباريا بعقد بيع العقار بناء على التصاميم
الفقرة 1 من المادة 11 من المرسوم التشريعي رقم 03-93 المتعلق بالنشاط
العقاري .

و يلاحظ أن القواعد العامة للكفالة تقضي بأن يتم العقد بين الكفيل و
الدائن ، أما المدين الذي تعقد الكفالة عادة لمصلحته⁽¹⁾ فليس طرفا في
العقد⁽²⁾ ، ولا يشترط رضاؤه بها ، بل أنها تتعقد صحيحة رغم معارضته و دون
علمه ، و قد نصت على ذلك المادة 647 من القانون المدني الجزائري بقولها >>
تجوز كفالة المدين بغير علمه و تجوز أيضا رغم معارضته << .

و يتحدد نطاق ضمان إتمام الأشغال بقيام الصندوق بإتمام الأشغال عن طريق
تكليف مرقى عقاري آخر على حساب المرقى الأصلي و بدلا عنه ، و ذلك في حدود
الأموال المدفوعة ، و يتحقق ذلك في حالة ما إذا تم سحب الإعتماد من المرقى

(1) محمد صبري السعدي : شرح القانون المدني الجزائري ، التأمينات الشخصية و العينية القسم الأول
، عقد الكفالة ، الطبعة الأولى . 1991 ، 1992 ، دار الهدى ، ف 21 ، ص 33 .

(2) عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، التأمينات الشخصية و العينية ، الجزء
العاشر ، 1970 ، دار إحياء التراث العربي ، ف 28 ص 71 .

العقاري الأصلي⁽¹⁾ . الذي يترتب عليه شطبه من صندوق الضمان آليا⁽²⁾ .

و يتمتع على كل مشتري مواصلة إتمام إنجاز البناء ، بدلا من المرقى العقاري الذي سحب منه الإعتماد⁽³⁾ .

و يتحدد نطاق ضمان الإسترداد من زاويتين ، فالكفيل لا يلتزم إلا في حدود المبالغ التي دفعها المشتري . و لا يكون ملتزما بذلك إلا في حالة ما إذا توقفت عملية البناء و التشييد بسبب تعرض المرقى العقاري للإفلاس أو التصفية القضائية.

(1) الفقرة الأولى من المادة 57 من القانون رقم 04-11 لسنة 2011 .

(2) الفقرة الثانية من المادة 58 من القانون رقم 04-11 لسنة 2011 .

(3) الفقرة الثانية من المادة 57 من القانون رقم 04-11 لسنة 2011 . و يلاحظ أنه في ظل المرسوم التشريعي رقم 03-93 كان المشتري هو الذي يقوم بمواصلة إنجاز البناء على نفقة البائع إذا توقف هذا الأخير عن الإنجاز بسبب عجزه المادي ، بعدما يقوم بأعداره بمواصلة الأشغال فقد نصت المادة 17 من المرسوم التشريعي 03-93 على أن >> كل تخلف أو عجز مادي من المتعامل في الترقية العقارية يثبت المحضر ثبوتا قانونيا و يظل مستمرا بالرغم من الإنذار يخول لجماعة المالكين سلطة مواصلة إنجاز البناء بجميع الوسائل القانونية على نفقة المتعامل المتخلف و بدلا منه << .

و معنى هذا النص أنه في حالة إخلال المتعامل في الترقية العقارية بالتزامه بمواصلة الإنجاز و كذا في حالة عجزه المالي ، يثبت بموجب محضر يحرره المحضر القضائي يخول للمشتري مواصلة إنجاز البناء بعد ما يقوم بتوجيه إنذار للبائع بمواصلة الإنجاز و تكون أشغال البناء التي يقوم بها المشتري على نفقة البائع ، و في حالة إفلاس هذا الأخير فإن المشتري يكون له حق إمتياز من الدرجة الأولى ، و هذا ما قرره المادة 16 من المرسوم رقم 03-93 التي قضت بأنه >> يخول كل إفلاس لمتعامل في الترقية العقارية يكون قد قام بالبيع بناء على التصاميم ، حق الأمتياز من الدرجة الأولى لجماعة المالكين << .

- فمن ناحية إلتزام الكفيل ، بدفع الأقساط التي وفي بها المشتري ، فإنه يلتزم بمقتضى عقد الكفالة ، بدفع ما دفعه المشتري من ثمن على دفعات تبعا لمراحل تقدم أعمال البناء ، قبل توقف المرقى العقارى عن مواصلة عملية البناء، فالفرض هنا أن البناء لم يكتمل ، و من ثم فإن المشتري لا يكون ملزما بدفع كل الثمن ، و بالتالي فإن الصندوق الكفيل لا يلتزم إلا بدفع جزء من الثمن الذي دفعه المشتري قبل توقف الإنجاز ، و في حدود ما يقابله من أشغال ، و يتحقق الصندوق من ذلك ، من خلال قيام مصالحه بمراقبة عمليات الإنجاز وما مدى مطابقة الواقع بجدول التصريحات المقدم من قبل المرقى العقارى البائع . فإذا لاحظ الكفيل أن الواقع مخالفا لتصريحات المرقى العقارى ، فيستدعي المشتري و يعلمه بحقيقة تقدم أشغال البناء حتى لا يقوم بدفع باقي الثمن ، فإن دفع أكثر من الأعمال المنجزة لا يكون الكفيل ملزما بهذا المبلغ .

- ومن ناحية سبب توقف المرقى العقارى البائع عن مواصلة إكمال البناء ، فإن الصندوق الكفيل لا يلتزم بدفع المبالغ السابقة ، إلا إذا كان التوقف راجعا إلى تعرض البائع المرقى العقارى للإفلاس أو التصفية القضائية (الفقرة الأولى من المادة 58 من القانون رقم 04-11 لسنة 2011) . ومن ثم فإنه يخرج من نطاق هذا الضمان ، و بالتالي لا يستحق المشتري الإسترداد في الحالات الآتية :

- ضمان حسن الإنجاز لأن هناك ضمان مستقل خاص به و هو الضمان السنوي .
- التعويض عن التأخر في تسليم العقار المبيع للمشتري و المنجز بناء على التصاميم المتفق عليها .

- الزيادة في الثمن الأصلي في حالة المراجعة .
- الغرامات المالية بمختلف أنواعها .
- التعويضات عن الكوارث الطبيعية كون لها تامين مستقل بها .
- الحريق و الانفجارات و الأخطار المهنية الناجمة عن أشغال البناء .
- التعويض في حالة فسخ عقد البيع بناء على التصاميم ، بسبب الإخلال بالإلتزامات التعاقدية ، فالفسخ بصفة عامة ، لا يصلح أن يكون سبب للإسترداد .

و يتميز ضمان الإسترداد بأن للمشتري وحده حق المطالبة بوضع هذا الضمان موضع التنفيذ ، فهذا الضمان تقرر لصالحه ، ومن ثم فهو وحده الذي له الحق في مطالبة الكفيل بأن يدفع له المبالغ التي سبق له أن دفعها للمرقي العقاري البائع في شكل تسبيقات . أما البائع فلا يحق له الرجوع على الكفيل بضمن الإسترداد ، لكونه هو المدين بالإسترداد ، و يجب عليه ، بهذه الصفة ، أن يرد للمشتري المبالغ التي سبق له دفعها .

ولا يستطيع الكفيل أن يحتج على المشتري ، بوجوب أن يرجع هذا الأخير على البائع أولاً و يطالبه بالمبالغ التي دفعها له ، على إعتبار أن البائع هو المدين الأصلي برد هذه المبالغ ، كما لا يستطيع الكفيل أن يطلب من المشتري حتى يمكن لهذا الأخير مطالبته أن يثبت فقط أن البائع توقف عن إستكمال البناء بسبب إفلاسه أو تعرضه لتصفية قضائية ، دون حاجة إلى إثبات عجز البائع عن الدفع ، لأن الكفالة هنا هي كفالة قانونية ، لأن البائع المدين ملزم بتقديمها بناء على نص القانون ، و الكفالة

القانونية تجيز للمشتري أن يرجع على أي مدين من المدينين المتضامنين⁽¹⁾ .

و يلاحظ أنه إذا قام الكفيل (الصندوق) برد المبالغ المدفوعة للمرقي العقاري من قبل المشتريين ، في حالة تصفيته قضائيا ، فإن الصندوق يحل محل المشتريين قانونا في رجوعه على المرقي العقاري محل التصفية القضائية أو المفلس ، و يكون رجوعه مضمونا بحق امتياز الصف الأول ، في حدود ديون المشتريين و الأموال المدفوعة للمرقي العقاري⁽²⁾ .

و يتضح مما سبق ، أن المشرع قد وسع في نطاق تدخل صندوق الضمان والكفالة المتبادلة للترقية العقارية بموجب القانون رقم 04-11 ، فبعد ما كان دوره قبل صدور هذا القانون يقتصر على رد المبالغ المدفوعة من طرف المشتريين للمتعامل في الترقية العقارية ، الذي يتوقف عن مواصلة الإنجاز بسبب إفلاسه أو تصفيته ، أصبح في ظل هذا القانون الجديد يقوم بالإضافة إلى ذلك بإتمام أعمال البناء ، لصالح المشتريين ، و ذلك في حالة ما إذا تم سحب الإعتماد من المرقي

(1) و في حالة الكفالة القانونية يكون الكفيل و المدين متضامنين و التضامن هنا يكون بقوة القانون . وهذا مظهر من مظاهر التشديد يجعل الكفيل في الكفالة القانونية و كذلك القضائية في مركز أشد من الكفيل الإتفاقي ، لأن المشرع لا يقررها إلا إذا كان الدائن يستحق الحماية . راجع في هذا المعنى : توفيق حسن فرج ، التأمينات الشخصية و العينية ، دراسة لعقد الكفالة ، و الرهن و الإختصاص و الأمتياز ، 1984 ، مؤسسة الثقافة الجامعية ، ص 18 .

(2) الفقرة الأولى من المادة 58 من القانون رقم 04-11 لسنة 2011 .

العقاري لأحد الأسباب التي حددها هذا القانون⁽¹⁾ ، أو لأي سبب آخر .

المطلب الثاني

إلتزام المرقى العقاري بالتسليم في

عقد بيع العقار بناء على التصاميم

يقتضي بيان إلتزام المرقى العقاري بتسليم العقار في عقد بيع العقار بناء على التصاميم أن نبين كيفية حصول التسليم في فرع أول ، و الشكل المثبت لتمام التسليم في فرع ثاني .

(1) سحب الإعتامد من المرقى العقاري ، إما أن يكون مؤقتا ، أو نهائيا ، و قد نصت على ذلك المادة 64 من القانون رقم 04-11 لسنة 2011 بقولها >> يمكن أن يتعرض المرقى العقاري إلى العقوبات الإدارية الآتية :
- السحب المؤقت للإعتامد لمدة لا تتجاوز ستة (6) أشهر :

*في حالة تقصير المرقى العقاري في التنفيذ الجزئي و غير المبرر لإلتزاماته إتجاه المقتنين .
*في حالة عدم إحترام المرقى العقاري لقواعد أخلاقيات المهنة ،
*في حالة تقصير المرقى العقاري في إلتزاماته كما هي محددة بموجب أحكام هذا القانون و النصوص المتخذة لتطبيقه .

- السحب النهائي للإعتامد :

*في حالة عدم استيفاء المرقى العقاري الشروط التي مكنته من الحصول على الإعتامد ،
*في حالة تجاهل المرقى العقاري ، و عن قصد و بصفة خطيرة و متكررة ، للإلتزامات الملقاة على عاتقه ،
*إذا أنهى المرقى العقاري نشاطه دون مبرر ودون إخطار مسبق للسلطة التي سلمته الإعتامد ،
*إذا قصر المرقى العقاري في إلتزاماته كما تم الإتفاق عليها إتجاه الدولة و المقتنين و شركائه .
- السحب التلقائي للإعتامد :

*في حالة وفاة المرقى العقاري ،

*إذا كان المرقى العقاري موضوع عجز جسماني أو عقلي يمنعه من القيام بإلتزاماته ،

*إذا كان المرقى العقاري موضوع حكم بسبب الغش الضريبي ،

*إذا كان المرقى العقاري موضوع تصفية قضائية << .

الفرع الأول

كيفية حصول تسليم العقار في

عقد بيع العقار بناء على التصاميم

يعني الإلتزام بالتسليم ، وضع المبيع من قبل البائع تحت تصرف المشتري الذي يقوم بدوره بتسلمه⁽¹⁾ ، فالتسليم و التسلم يتمان في الغالب بعملية واحدة ، و في وقت واحد ، أي أنهما متعاصران ، فإذا كان التسليم يتحقق بنقل حيازة الشيء المبيع إلى المشتري فإنه من الضروري أيضا أن يقوم هذا الأخير ، سواء بنفسه أو بواسطة من ينوب عنه ، بتنفيذ إلتزامه المقابل للإلتزام بالتسليم ، وهو الإلتزام بالتسلم ، أي وضع يده على الشيء المبيع .

و قد نصت المادة 367 من القانون المدني الجزائري على أن >> يتم التسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته و الإنتفاع به ، دون عائق ولو لم يستلمه تسلمًا ماديا مادام البائع قد أخبره بأنه مستعد لتسليمه بذلك...<< .

و قد نصت المادة 558 من القانون المدني الجزائري على أنه >> عندما يتم المقاول العمل و يضعه تحت تصرف رب العمل و جب على هذا الأخير أن يبادر إلى تسلمه في أقرب وقت ممكن بحسب ما هو جاري في المعاملات ، فإذا أمتنع

(1) H . L . et J . mazaud françois chabas; ouvrage précité , leçons de droit civile , principaux contrats . N° 930 p . 241 .

دون سبب مشروع عن التسلم رغم دعوته إلى ذلك بإنذار رسمي أعتبر أن العمل قد سلم إليه << .

و يتضح من هذين النصين السابقين ، أن كلا من عقد البيع و عقد المقاوله يتضمن إلتزاما بالتسليم يقع على عاتق البائع و المقاول ، و هذا الإلتزام لا يختلف في فحواه في أحدهما مع الآخر ، من حيث كونه يتمثل في وضع المعقود عليه تحت تصرف الطرف الآخر مع إعلامه بذلك .

فالتسليم في عقد البيع أو في عقد المقاوله يتم بتوافر عنصرين هما :

- **العنصر الأول :** وضع المعقود عليه تحت تصرف المشتري أو رب العمل بحيث يتمكن من أن يضع يده عليه و أن ينتفع به دون عائق يحول بينه و بين الإنتفاع به .
- **العنصر الثاني :** إعلام المتعاقد الآخر (المشتري أو رب العمل) بأن المعقود عليه قد وضع تحت تصرفه و ذلك منعا لكل لبس حول حقيقة علمه بوضع الشيء المتعاقد عليه تحت تصرفه⁽¹⁾ .

فإذا توافر العنصران فإن كل من البائع أو المقاول يكون قد نفذ إلتزامه بالتسليم ، حتى و لو لم يستول المشتري أو رب العمل على المعقود عليه إستلاء مادي .

(1) و يلاحظ أنه لا يشترط في إعلام البائع المشتري شكل خاص ، فيتم بكافة الطرق ، عكس إنذار المقاول رب العمل فيتم بعقد رسمي (المادة 558 من القانون المدني الجزائري) .

و لما كان البائع في عقد بيع العقار بناء على التصاميم لا يستطيع أن يقوم بتنفيذ إلتزامه بالتسليم ، إلا بعد قيامه بتنفيذ إلتزامه ببناء أو بإنجاز العقار المبيع ، بما يرضي المشتري ، وهو نفس الإلتزام الذي يلتزم به المقاول في عقد المقاوله ، فإن التسليم في مثل هذه العقود التي تتضمن إلتزاما بإيجاد المعقود عليه له معنى خاص ، يختلف عن التسليم بمعنى وضع المعقود عليه تحت تصرف المتعاقد الآخر بحيث يستطيع حيازته و الانتفاع به ، و هو تقبل البناء من طرف المشتري في عقد بيع العقار بناء على التصاميم ، أو رب العمل في عقد مقاوله ، بمعنى موافقته على هذا البناء أو هذا العمل بعد فحصه ، و إقراره بأنه قد نفذ وفقا للشروط المتفق عليها في العقد و لما تقتضيه أصول صناعة البناء⁽¹⁾ . و قد عرفته الفقرة الأولى من المادة 1792 – 6 المضافة إلى القانون المدني الفرنسي بقانون 4 يناير 1978 بأنه << التصرف الذي بموجبه يعلن رب العمل قبوله للعمل بتحفظ أو بدونه >>⁽²⁾ .

و غالبا ما يقترن التسلم بالتقبل ، و لكن هذا لا يمنع من أن يكون كل منهما

(1) راجع السنهوري : المرجع السابق ، الجزء 7 ، ف 81 ص 148 .

Ploniol et ripert , ouvrage précité N⁰ 931 p . 169 ; p . peter , la responsabilité décennale des architectes et entrepreneurs , 2^e édition , dunod, 1969 . p 9 ; collette canteloube , la responsabilité décennale des entrepreneurs en droit publique français , 2^e édition . édition eyrolies 1967 . P 57 ; H . L et J mazeaud . traité théorique et pratique de la responsabilité civil délictuelle et contractuelle , tom 2 . 6^e édition , 1970 – 8 , p . 84 .

(2) Article . 1792 – 6 (loi N⁰ 78 -12 du 4 janvier 1978) « la réception est l'acte par lequel le maitre de l'ouvrage déclare accepter avec ou sans réserve ... » .

مستقلا عن الآخر ، فقد يسبق التسلم التقبل و يكون ذلك إذا تسلم المشتري البناء بعد إنجازه دون أن يفحصه ، فهو بذلك يكون قد تسلم البناء دون أن يتقبله و قد يسبق التقبل التسلم إذا عاينه المشتري بعد إنجازه وهو لا يزال في يد البائع ، و يقر بأنه تم تنفيذه وفقا لما هو متفق عليه في العقد⁽¹⁾ . و إذا انفصل التقبل عن التسلم فإن العبرة ، في التسليم المبريء للذمة يتحقق بالتقبل و ليس بالتسلم . فإذا سبق التسلم فإن ذمة البائع لا تبرأ وتتراخى إلى وقت التقبل ، أما إذا حصل التقبل قبل التسلم تبرأ ذمة البائع من تاريخ حصول التقبل لا التسلم ، فإذا أمتنع عن التسلم بمعنى التقبل ، مسندا في ذلك إلى سبب مشروع ، فإن التسليم المبريء للذمة لا يعتبر قد تم ، حتى ولو وضع العقار محل التعاقد تحت تصرف المتعاقد الآخر الدائن بالإلتزام بالتسليم ، أما إذا كان رفض التسلم لا يستند إلى سبب شرعي ، فإن التسليم يكون قد تم بوضع الشيء تحت تصرفه مادام المدين به قد دعي إلى ذلك بإنذار رسمي (المادة 558 من القانون المدني الجزائري) .

ويجدر بنا أن ننوه مع أزمة الإسكان الحالية التي من شأنها أن تجعل المشتري يتسرع في تسلم البناء فور إكتماله دون أن يبدي أي تحفظ بشأنه ، يجب أن لا يفهم من ذلك أنه قد أقرها أو تقبلها ضمنا⁽²⁾، بل ينبغي أن يقر صراحة على تقبله لها.

(1) voir en ce sens : req . 24 Juin 1929 , G . P . 1929 . 2 506 ; et voir aussi planiol et ripert . , ouvrage précité N^o 931 p . 169 .

(2) محمد شكري سرور ، مسؤولية مهندسي و مقاولي البناء و المنشآت التابعة الأخرى ، دراسة مقارنة في القانون المدني المصري و القانون المدني الفرنسي . سنة 1985 . دار الفكر العربي . ص 155 ف 122 . و قد قضى بأن الملاك الذين يعيشون في بلد دمرها الحرب ، و الذين يضطرون إلى إستعمال المبنى كماوى لهم لا يعتبرون قد وافقوا ضمنيا على هذه الأعمال — راجع في ذلك :

Cass , rep , 24 juin .1929 précité .

صحيح لا يوجد ما يمنع من أن يستخلص التقبل ضمنا ، و يستفاد ذلك من الظروف الملازمة التي تمت فيها عملية التسليم ، و التي تدل بوضوح عن نية لا لبس فيها على تقبل المالك للأعمال⁽¹⁾ ، من ذلك على سبيل المثال تسوية الحساب مع المشيدين⁽²⁾ ، أو وضع اليد على البناء دون تحفظ⁽³⁾ .

و لكن منعا لكل نزاع من الممكن أن يثور حول تاريخ براءة ذمة المرقى العقاري البائع من تنفيذ التزامه بالتسليم ، فإننا نرى ضرورة أن يتدخل المشرع بالنص على أن يكون التقبل صريحا .

الفرع الثاني

الشكل المثبت لتمام تسليم العقار في

عقد بيع العقار بناء على التصاميم

سبق القول أن التسليم و التسلم يقعان في آن واحد ، و يتم إثبات ذلك بمحضر موقع من الطرفين يحرره نفس الموثق الذي حرر عقد بيع العقار بناء على التصاميم

(1) Voir cass civ . 3 . 8 nov 1974 , cité par albert caston , la responsabilité des constructeurs . 2^e édition 1979 N^o 143 , p . 90 note (28) .

(2) Voir cass civ . 3 . 9 janvier 1969 , cité par boubli bernard la responsabilité et l'assurance des architectes entrepreneurs et autres constructeurs. 1979 , 2^e édition N^o 227 , p . 140 note (73) .

(3) P Petre ; ouvrage précité , p 11 ; andrée roussel et collaborateurs , ouvrage précité .p A 40 ; amor zahi , le droit et la responsabilité en matière de construction, revue algérienne des sciences juridiques , économiques et politiques . volume . xxv N^o 3 septembre 1987 p . 601 note (31) .

الذي يجب أن يتضمن حصول تمام التسليم و التسلم . أي قيام المرقى العقاري البائع بنقل حيازة البناء المبيع الذي أنجزه طبقاً للإلتزامات التعاقدية للمشتري ، و أن هذا الأخير حازه حيازة فعلية بما يفيد قبوله له ، وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 34 من القانون رقم 04-11 ، و التي كانت المادة 13 في المرسوم التشريعي رقم 93-03 .

و يلاحظ أن المحضر المثبت لحصول التسليم و التسلم لا يمكن إعداده إلا بعد تقديم المرقى العقاري شهادة المطابقة المنصوص عليها في القانون رقم 29-90 المتعلق بالتهيئة و التعمير ، و القانون رقم 15-08 المحدد لقواعد مطابقة البناءات و إتمام إنجازها ، و التي تمنحها السلطات المختصة المتمثلة في رئيس المجلس الشعبي البلدي أو الوالي و التي تثبت مطابقة البناء لرخصة البناء ، و قد نصت المادة 39 من القانون رقم 04-11 لسنة 2011 ، المقابلة للمادة 14 من مرسوم 03-93 لسنة 1993 على أنه >> في حالة عقد البيع على التصاميم لا يمكن حيازة بناية أو جزء من بناية من طرف المقتني إلا بعد تسليم شهادة المطابقة المنصوص عليها في القانون رقم 29-90 المؤرخ في أول ديسمبر سنة 1990 و القانون رقم 15-08 المؤرخ في 20 يوليو سنة 2008....<< .

و واضح من إشتراط المشرع ضرورة استصدار المرقى العقاري البائع الباني لشهادة المطابقة قبل تسليمه للبناية ، هو حماية المشتري الذي يتسرع إلى تسلم مسكنه بمجرد إنتهاء المرقى العقاري من إنجاز عمليات البناء ، حتى و لو لم يكن مطابقاً للمواصفات المتفق عليها ، فالملاحظ في الحياة العملية ، مع أزمة الإسكان

الحالية ، أن المشتري يطالب المرقى العقارى بتسليمه مسكنه الذى تعاقد من أجله ، قبل حصول المرقى العقارى على شهادة المطابقة . و تطبيقا لذلك قضت محكمة شلغوم العيد برفض الدعوى التى طلب فيها المدعى المشتري بإلزام المدعى عليه البائع المرقى العقارى بتسليم الشقة بعد إكمال بنائها ، مؤسسة حكمها على أنه من المقرر قانونا أنه بعد عملية الإنجاز يستكمل عقد البيع على التصاميم بمحضر يحرر بمكتب الموثق لإثبات حيازة الملكية من طرف المشتري و تسليم البناية و يشهر بالمحافظة العقارية و ذلك بعد تسديد الثمن الكلى للعقار أو بعد إضافة مبلغ المراجعة ، كما أنه تشترط شهادة المطابقة بعد إتمام الإنجاز و هذا من أجل التأكد من صلاحيتها للسكن . و بذلك يمنع شغل أو إستغلال أي شقة إلا بعد الحصول على شهادة المطابقة (1) .

(1) حكم صادر عن محكمة شلغوم العيد 2010/12/21 غير منشور .

المبحث الثاني الإلتزام بالضمان في عقد بيع العقار بناء على التصاميم

نظرا لما يتميز به عقد بيع العقار بناء على التصاميم من طبيعة ذاتية تجعله يتميز عن البيع العادي ، فإن المشرع أخضع البائع فيه بالنسبة لضمان عيوب البناء لنظام خاص ، ولم يتركه خاضعا لحكم القواعد العامة لضمان عيوب الشيء المبوع .

هذا الضمان الخاص ، هو الضمان العشري الذي يخضع له المقاول و المهندس المعماري في عقد المقاولة . لأنه أقرب إليه من حيث أن البائع يلتزم كما هو الحال في المقاولة ببناء عقار معين خلال مدة محددة ، فقد نصت المادة 41 من قانون الترقية العقارية رقم 86 / 07 المؤرخ في 4 مارس 1986 الملغي و ذلك بقولها >> يتحمل المكتب بإحدى عمليات الترقية العقارية طوال عشر سنوات إبتداء من تاريخ تسليم شهادة المطابقة العيوب الخفية التي يتحملها أيضا المهندسون المعماريون أو المقاولون أو الأشخاص الآخرون الذين يربطهم بصاحب الأشغال عقد إيجار العمل ، وذلك عملا بالمواد 140 الفقرة الأولى ، و 554 و 564 من القانون المدني << ، كما نصت المادة 8 من المرسوم رقم 03/93 المتعلق بالنشاط العقاري على أنه >> تظل المعاملات التجارية التي تتعلق ببنائة أو جزء بنايات ، خاضعة للتشريع المعمول به ولا سيما أحكام القانون المدني في هذا المجال ، مع مراعاة الأحكام المنصوص عليها أدناه و المتعلقة بالبيع اعتمادا على التصاميم .

و قبل أي تسليم بناية إلى المشتري ، يتعين على المتعامل في الترقية العقارية أن يطلب من المهندسين المعماريين و المقاولين المكلفين بإنجاز المنشآت شهادة تأمين تحملهم المسؤولية المدنية العشرية المنصوص عليها في أحكام القانون المدني ، لا سيما المادة 554 منه و طبقا للقانون المتعلق بالتأمينات لا سيما مواده من 94 إلى 99 .

تبلغ نسخة التأمين المذكورة في الفقرة السابقة إلى المشتريين يوم حيازة ملكية البناية كأقصى أجل .

و إن لم يكن ذلك ، يحمل المتعامل في الترقية العقارية المسؤولية المدنية زيادة على الأحكام التي ينص عليها القانون في هذا المجال << .

و تنص المادة 49 من القانون رقم 04-11 المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية على أنه << يجب على المرقى العقاري أن يلتزم بمسؤوليته المدنية في المجال العقاري لفائدة زبائنه .

و يتعين عليه ، بهذه الصفة ، مطالبة مكاتب الدراسات و المقاولين و شركائه الآخرين بكل الضمانات و التأمينات القانونية المطلوبة .
و يستفيد من هذه الضمانات المالكون المتوالون على البناية << .

و تنص المادة 46 من القانون السابق على أنه << تقع المسؤولية العشرية على عاتق مكاتب الدراسات و المقاولين و المتدخلين الآخرين الذين لهم صلة بصاحب

المشروع من خلال عقد ، في حالة زوال كل البناية أو جزء منها جراء عيوب في البناء ، بما في ذلك جراء النوعية الرديئة لأرضية الأساس << .

أما القانون الفرنسي فقد نصت المادة 1646 - 1 على أن << يلتزم بائع العقار المقرر بناؤه لمدة عشر سنوات تبدأ من وقت تسلم الأعمال ، بالعيوب الخفية ، التي يلتزم بها المهندسون المعماريون و المقاولون ، و غيرهم من الأشخاص الآخرين المرتبطين مع رب العمل بعقد إيجار عمل ، بمقتضى المادتين 1792 و 2270 من القانون المدني الفرنسي >>⁽¹⁾ .

فالمشرع سواء في الجزائر ، أو في فرنسا ، بالرغم من إعتباره المكتتب⁽²⁾ أو المتعامل في الترقية العقارية⁽³⁾ أو المرقي العقاري⁽⁴⁾ أو البائع ، بائعا وليس مقولا إلا أنه لم يعامله معاملة البائع في عقد البيع العادي بالنسبة لأحكام عيوب البناء ، لأنها لا تتلاءم مع خصوصيته وذاتيته ، وعامله معاملة المقاول والمهندس المعماري

(1) article . 1646 – 1 (loi N^o 67 -3 du 3 janv 1967) " le vendeur d'un immeuble à construire est tenu , pendant dix ans , à compter de la réception des travaux , des vices cachés dont les architectes , entrepreneurs et autres personnes liées au maitre de l'ouvrage par un contrat de louage d'ouvrage sont eux mêmes tenus en application des articles 1972 et 2270 du présent code " .

(2) كما كانت تسميته في ظل قانون الترقية العقارية رقم 86 - 07 لسنة 1986 .

(3) تسميته وفقا للمرسوم التشريعي رقم 93-03 لسنة 1993 .

(4) تسميته الحالية طبقا للقانون رقم 11-04 لسنة 2011 .

وغيرهما لوجود قاسم مشترك بينهما يتمثل في الإلتزام بإيجاد البناء خلال مدة معينة قبل تسليمه للمتعاقد الآخر رب العمل في عقد المقاوله ، أو المشتري في عقد بيع العقار بناء على التصاميم .

هذا وأن المشرع لم يكثف بإخضاع البائع في البيع موضوع الدراسة للضمان العشري الخاص بالمشيدين فقط ، بل نص على إلزامه بالتأمين على المسؤولية .

ويجدر بنا هنا أن ننوه إلى أنه ينبغي لمعرفة شروط هذا الضمان الجديد ، وكذا التأمين منه ، الرجوع إلى المؤلفات التي تتناول بالدراسة مسؤولية المهندسين و المقاولين و غيرهما من الأشخاص الذين يساهمون في عملية البناء و التشييد ، على أن نقتصر هنا على إيراد مدى إمتداد هذا الضمان إلى العلاقة بين بائع العقار بناء على التصاميم و المشتري منه ونعرض فيما يلي لهذا الضمان الجديد ، من حيث شروطه ، ومن حيث التأمين عليه ، كل في مطلب مستقل .

- المطلب الأول : شروط الضمان في عقد بيع العقار بناء على التصاميم .
- المطلب الثاني : الإلتزام بالتأمين في بيع العقار بناء على التصاميم .

المطلب الأول

شروط الضمان في عقد

بيع العقار بناء على التصاميم

ينبغي لإعمال المسؤولية العشرية أو الضمان العشري، ضرورة أن يتهدم البناء أو يظهر به عيب، و أن يقع هذا التهدم أو يظهر العيب خلال مدة معينة . لذلك فإن دراسة شروط تطبيق الضمان العشري تقتضي منا أن نتكلم أولا عن الأضرار الداعية للضمان ، و نبحت المدة التي يجب أن تظهر فيها الأضرار ثانيا .

الفرع الأول

الأضرار الداعية للضمان

لا يسأل المشيد عن كل الأضرار التي تترتب على البناء الذي قام ببنائه ، بل تقتصر مسؤوليته على الأضرار الخطيرة التي تهدد متانة البناء و سلامته . و أن تكون هذه الأضرار الخطيرة خفية وقت تسلم الأعمال .

أولا : خطورة الضرر .

يعتبر الضرر خطيرا حسب نص المادة 554 من القانون المدني الجزائري ، إذا تهدم البناء كليا أو جزئيا أو شابه عيب يهدد متانته أو سلامته .

أما في فرنسا ، فإن الضرر يكون خطيرا حسب نص المادة 1792 سواء في صيغتها الأصلية لسنة 1804 أو بعد تعديلها بقانون 3 يناير 1967 في حالة الهلاك الكلي أو الجزئي للمنشأة ، لكن بعد تعديلها بقانون 4 يناير 1978 ، أصبح الضمان العشري في فرنسا يشمل - بالإضافة إلى الهلاك الكلي أو الجزئي - العيوب التي تهدد متانة البناء وسلامته ، أو تجعله غير صالح للغرض الذي شيد من أجله ، و المساس بأحد عناصره التجهيزية الغير قابلة للانفصال ، بل وأكثر من ذلك ، فإن المشرع الفرنسي بموجب هذا القانون الأخير ، و كذلك المشرع الجزائري بموجب المرسوم التشريعي رقم 03-93 و القانون رقم 04-11 أستحدثا نوعين آخرين من الضمان الخاص هما ضمان إتمام الأعمال على الوجه الأكمل ، وضمان حسن عمل عناصر التجهيز القابلة للانفصال بغية تغطية الأضرار التي لا تعتبر خطيرة و التي تخرج بالتالي من نطاق الضمان العشري ، لذلك فمن المفيد دراسة كل حالة من هذه الحالات التي يعتبر فيها الضرر خطيرا أو تلك التي لا يعتبر فيها الضرر خطيرا على حدى فيما يلي:

1 - تهديد متانة البناء وسلامته :

مما لا ريب فيه أن تهدم البناء ، تهدما كلياً أو جزئياً ، هو أخطر الأضرار التي تصيب البناء⁽¹⁾ و التي يغطيها الضمان العشري سواء في القانون الجزائري

(1) محمد ناجي ياقوت : مسؤولية المماريين بعد إتمام الأعمال و تسلمها مقبولة من رب العمل ، دون تاريخ ، منشأة المعارف بالإسكندرية . ف 49 ص 118.

أم في القانون الفرنسي⁽¹⁾ ، ويمتد الضمان العشري في القانون الجزائري إلى ما يوجد في البناء من عيوب ، إذا كانت هذه الأخيرة من شأنها أن يترتب عليها تهديد متانة البناء وسلامته فلا يشترط للرجوع بناء على قواعد الضمان العشري ضرورة أن يتهدم البناء كله أو بعضه ، بل يكفي أن يظهر فيه عيب على درجة كبيرة من الخطورة⁽²⁾ . بحيث يعرض متانته وسلامته للخطر⁽³⁾ .

(1) المادة : 1792 مدني فرنسي ، سواء في صيغتها القديمة لسنة 1804 التي تقضي بأنه « يكون المهندس المعماري و المقاول مسؤولين عن الهلاك الكلي أو الجزئي فيما شيدها من مبان ، إذا كان مرجع هذا الهلاك إلى عيب في البناء ، أو حتى عن عيب في الأرض و كان البناء قد شيد بأجر جزافي ، وذلك لمدة عشر سنوات >> .

article . 1792 . ancien " si l'édifice construit à prix fait , périt en tout ou en partie par le vice de la construction , même par le vice du sol , les architectes, entrepreneurs en sont responsables pendant dix ans " .

أو في صيغتها بعد تعديلها بقانون 1967 التي تنص على أنه >> يكون المهندسون المعماريون و المقاولون و غيرهم من الأشخاص الآخرين المرتبطين مع رب العمل بعقد إيجار عمل مسؤولين عن الهلاك الكلي أو الجزئي ، إذا كان مرجع هذا الهلاك إلى عيب في البناء ، أو حتى في الأرض و ذلك لمدة عشر سنوات >> .

article . 1792 . (loi N^o 67-3 du 3 Janv 1967 " si l'édifice périt en tout ou en partie par le vice de la construction , même par le vice du sol , les architectes , entrepreneurs et autres personnes liées au maitre de l'ouvrage par un contrat de louage d'ouvrage en sont responsables pendant dix ans " .

(2) راجع السنهوري : المرجع السابق ، الوسيط الجزء 7 ف 65 ص 113 حيث يقول « وليس من الضروري أن يتهدم البناء كله أو بعضه ، بل يكفي أن يظهر فيه عيب يترتب عليه الضمان » .

(3) وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأنه " لم تشترط المادة 409 من القانون المدني القديم (المادة 651 من القانون المدني الجديد) ، (و المقابلة للمادة 554 من القانون المدني الجزائري) لقيام مسؤولية المقاول و المهندس المعماري غير حدوث التهدم الكلي أو الجزئي ، و من ثم فإنه وفقا لما جرى به قضاء هذه المحكمة يكفي لقبول دعوى الضمان أن يكون العيب المدعى به في البناء خلافا في متانته " .
نقض مدني مصري في 9 يونيو 1955 ، مجموعة أحكام النقض السنة 6 رقم 65 ، ص 1235 .

وبالرغم من أن المشرع الفرنسي لم ينص على هذا الحكم قبل صدور قانون 4 يناير 1978⁽¹⁾ ، ومع ذلك فإن القضاء لم يلتزم حرفية نص المادة 1792 ومد الضمان العشري للعيوب الخطيرة التي تظهر في البناء ، و التي من شأنها أن تهدد متنتاته⁽²⁾ ولم يشترط أن يتهدم البناء بالفعل .

ومما لا شك فيه ، أن خطورة الضرر هي مسألة واقع تترك للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع وفقا لظروف كل حالة على حدى، فإذا تبين لقاضي الموضوع أن العيب الذي ظهر في البناء قد بلغ حدا من الجسامة تجعله يعرض متانة البناء وسلامته للخطر حتى ولو لم يكن خطر التهدم محققا . فعليه تطبيق الضمان العشري . وإذا لم يبلغ العيب حدا من الجسامة بحيث لا يعرض متانة البناء وسلامته للخطر أي لا يصيب البناء في مجموعه أو في أحد عناصره الإنشائية ، بل في أحد عناصره الثانوية⁽³⁾ فإنه لا يمكن إعتبره ضررا خطيرا، وبالتالي لا تخضع المسؤولية الناشئة

(1) من المعلوم أن المادة 1792 من القانون المدني الفرنسي ، كانت تقصر المسؤولية العشرية على الهلاك الكلي أو الجزئي للمبنى فقط دون أن تمدها إلى العيوب التي تهدد متانة البناء و سلامته ، سواء في قانون 1804 ، أو بعد تعديلها بقانون 3 يناير 1967 .

(2) V . cass civ . 3 . 9 déc 1970 , D . 1971 sem . p . 65 ; conseil d'état 19 janv 1966 , j . c . p 1966 . 2 . 14594 . note Liet-veaux ; conseil d'état 8 nov 1968 , j . c . p 1969 . 2 . 16129 ? note moderne , et voir les arêtes cité par B . bernard , précité , N^o 392 . P . 250 . note (48) .

(3) ومثال ذلك العيب في الدهان أو في البياض ، أو في الأبواب ، أو في النوافذ ، أو في الزجاج ، أو في غير ذلك من الأجزاء الصغيرة .

عنه لأحكام الضمان العشري . ويتخلص منه المشيد بحصول التسليم⁽¹⁾ .

وتطبيقا لذلك قضى بأن التشققات البسيطة أو قليلة الأهمية التي لا يترتب عليها المساس بمتانة البناء وسلامته ، وإنما يمكن أن تؤدي إلى عقبة سيئة تخل بما يجب أن يكون عليه البناء من تناسق وجمال فني لا تصلح وحدها للرجوع على المشيد بمقتضى قواعد المسؤولية العشرية⁽²⁾ ، كما قضى أيضا بنقض الحكم الذي أوجب المهندس المعماري بإصلاح العيب المتنازع فيه والذي أصاب الأرضية الخشبية للعقار ، على أساس المادة 1792 من المجموعة المدنية الفرنسية ، لأنه لم يبين في حيثياته ما إذا كان قد ترتب على هذا العيب تعريض متانة هذا العقار وسلامته للخطر أو تجعله غير صالح للغرض الذي شيد من أجله⁽³⁾ .

(1) راجع في هذا المعنى محمد كمال مرسي : المرجع السابق ، ف 597 ص 499 - السنهوري : المرجع السابق ، الوسيط جزء 7 ف 65 ، ص 114 ، حيث يقول " تسري في شأنه القواعد العامة فتنتفي المسؤولية بتسلم العمل إلا إذا كان خفيا فيكون الضمان لمدة قصيرة يحددها عرف الصناعة " و راجع في الفقه الفرنسي على سبيل المثال

Planiol et Ripert , ouvrage précité N° 951 . p . 194 .

لكنه منذ نفاذ قانون 3 يناير 1967 الذي أستاذت نوعا جديدا من الضمان الخاص يغطي الأعمال الصغيرة لمدة سنتين ، إبتداء من وقت تسلم العمل و ذلك في المادة 2270 من القانون المدني الفرنسي المعدل بمقتضى هذا القانون ، لا يتخلص المشيد من العيوب التي تصيب البناء في أحد عناصره الثانوية و التي لا تعرض البناء للخطر بمجرد حصول عملية التسليم .

(2) cass civ . 3 . 22 avril 1975, cité par Jaen pierre karila , précité p . I³² . note (198) ; T . G . I . Seine , 1 mars 1961 , D . 1962 . P . 160 .

(3) cass civ . 3 . 7 juin 1978, D . 1978 . I . R . P . 502 .

هذا وقد تدخل المشرع الفرنسي وقنن ما وصل إليه القضاء ، عندما عدل نص المادة 1792 بموجب القانون رقم : 78-12 لسنة 1978 الذي تضمن عبارة (الأضرار التي تعرض متانة العمل للخطر) .

2 - الأضرار التي من شأنها أن تجعل البناء غير صالح للغرض المخصص له .

لم يقف القضاء الفرنسي عند حرفية نص المادة 1792 مدني فرنسي التي تشترط لتطبيق المسؤولية العشرية على المشيد هلاك المبنى كلياً أو جزئياً ، بل توسع في تفسير معنى الضرر الخطير ، ومدته إلى الأضرار التي من شأنها أن تجعل البناء غير صالح للغرض الذي شيد من أجله ، وإن كانت لا تعرض متانته وسلامته للخطر ، ، لكنه لم يبين بوضوح ما هو المقصود بفكرة « عدم صلاحية البناء للغرض المخصص له » ومع ذلك فإنه يمكن إستخلاص ما يقارب المعنى من الإطلاع على الأحكام الصادرة في هذا الشأن⁽¹⁾ . من ذلك على سبيل المثال سوء العزل الصوتي⁽²⁾ . الذي شاب جدار المنزل المخصص للسكنى ، وخاصة إذا ترتب عليه جعل حياة الأسرة فيه لا تحتمل مما يؤدي إلى عدم صلاحية العقار للغرض المخصص له وهو

1) V . en ce sens : andrée roussel et collaborateurs , ouvrage précité p . A 8 .

2) - لكن هذا النوع من العيوب التي أعتبرها القضاء من الأضرار الخطيرة أصبح يخضع لضمان إتمام الأعمال على الوجه الأكمل ، و ذلك بمقتضى المادة 7 من قانون 4 يناير 1978 . راجع لاحقاً ، ص 234 و ما بعدها من هذا البحث .

السكنى⁽¹⁾ ، أو سوء تشغيل أحد الأفران الملحق بالمخبز⁽²⁾ .

ويتبين من ذلك ، أن المعيار المتبع في تقدير عدم صلاحية البناء للغرض المشيد من أجله هو معيار ذاتي ، لأن الغرض المخصص له يختلف من عقار إلى آخر فهو يختلف في المباني ذات الإستعمال التجاري عنه في المنشآت الصناعية أو في المباني المعدة للسكنى، بل من الممكن أن يتميز حتى بالنسبة لهذا النوع الأخير وذلك تبعاً لما إذا كان هذا الإسكان، إسكان شعبي أم إسكان فاخر سياحي⁽³⁾ .

ويتمتع قضاة الموضوع بسلطة تقديرية في هذا الشأن وفقاً لظروف كل قضية على حدى دون رقابة من محكمة النقض ، وإنما تستلزم هذه الأخيرة أن يوضح قضاة الموضوع في حكمهم مدى أهمية العيب ، وما إذا كان من شأنه أن يجعل العقار غير صالح للغرض الذي شيد من أجله وإلا كان حكمهم قابلاً للنقض على أساس القصور في التسبيب⁽⁴⁾ .

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض الفرنسية بنقض الحكم الذي ألزم المهندس

(1) cass civ . 3 . 18 Juin 1975, cité par andrée roussel et collaborateurs ouvrage précité , p . A⁸ ; C .A besançon, 8 mars 1974 ,D, 1974 .juris . p . 383 , note Jean mazeaud .

(2) cass civ . 13 . avril 1976, j . c . p . 1976 . 4 . 189 .

(3) en ce sens : Andrée roussel et collaborateurs, ouvrage précité , p . A⁸ .

(4) (J) Fossereau ; le " clair obscur " de la responsabilité des constructeurs , Dalloz , 1977 , chronique , p . 21 .

المعماري بتعويض العيوب التي ظهرت في الأرضية الخشبية للعمارة التي كان قد كلف بتشييدها على أساس نص المادة 1792 مدني فرنسي . والذي ذكر بأن الأمر يتعلق بأعمال كبيرة ، وأن هذه الأعمال قد شابها تشوهات أو انعطافات جسيمة déformations et incurrations دون أن يبين أن العيوب محل النزاع تؤثر في متانة المبنى أو تجعله غير صالح للغرض الذي شيد من أجله⁽¹⁾ .

وقد قنن المشرع الفرنسي ما وصل إليه القضاء من التوسع في الأضرار التي تخضع للضمان العشري ، وذلك عندما عدل المادة 1792 مدني فرنسي بمقتضى القانون رقم : 12-78 لسنة 1978 فقد أصبح « كل مشيد لعمل بموجب هذه المادة في صياغتها الجديدة ، مسؤولا بقوة القانون في مواجهة رب العمل أو من آلت إليه ملكية العمل ، عن الأضرار حتى الناتجة عن عيب في الأرض و التي تعرض للخطر متانة العمل أو تجعله وهي تصيبه في أحد عناصره الإنشائية أو أحد عناصره التجهيزية غير صالح للغرض المخصص له »⁽²⁾ .

فطبقا لهذا النص الجديد ، إذا ترتب على الضرر عدم صلاحية البناء للغرض الذي خصص له ، كان الضرر خطيرا من وجهة نظر القانون الفرنسي الجديد

(1) cass civ . 3 . 7 Juin 1978, D . 1978 , I . R . p . 502 .

(2) article . 1792 . (loi N⁰ 78 -12 du 4 janv 1978) " tout constructeur d'un ouvrage est responsable de plein droit envers le maitre ou l'acquéreur de l'ouvrage , des dommages , même résultant d'un vice du sol , qui compromettent la solidité de l'ouvrage ou qui , l'affectant dans l'un de ses éléments de constitifs ou l'un de ses éléments d'équipement , le rendent impropre à sa destination ..."

ويسال عنه المشيد وفقا لقواعد الضمان العشري حتى ولو كان هذا الضرر لا يؤثر في متانة العمل وسلامته .

3 - الأضرار التي تؤثر في متانة عنصر تجهيزي غير قابل للإنفصال .

تنص المادة 1792-2 المضافة إلى القانون المدني الفرنسي بقانون 4 يناير 1978 على أنه « قرينة المسؤولية المنصوص عليها في المادة 1792 تشمل أيضا ، الأضرار التي تؤثر في متانة عناصر التجهيز في المبنى ، ولكن فقط إذا كانت هذه العناصر تشكل جسما على نحو غير قابل للإنفصال مع أعمال المنافع العامة للمبنى أو الأعمال المتعلقة بأساسه ، أو بهيكله أو بجدرانه ، أو بأسقفه .

ويعتبر عنصر التجهيز مشكلا جسما على نحو غير قابل للإنفصال ، مع أحد الأعمال المشار إليها في الفقرة السابقة إذا كان لا يمكن تركيبه أو رفعه ، أو استبداله بدون تهدم أو إتلاف أو رفع مواد من هذا العمل << (1) .

(1) article . 1792 (loi N° 78 - 12 du 4 janv 1978) " la présomption de responsabilité établie par l'article 1792 s'étend également aux dommages qui affectant la solidité des éléments, d'équipement d'un bâtiment ,mais seulement lors que ceux-ci font indissociablement corps avec les ouvrages viabilité , de fondation , d'ossature , de clos ou de couvert .

Un élément , d'équipement est considéré comme formant indissociablement corps avec l'un des ouvrages mentionnés à l'alinéa précédent lorsque sa dépose , son démontage ou son remplacement ne peut s'effectuer sans détérioration ou enlèvement de matière de cet ouvrage " .

يتضح من هذا النص أن المشرع الفرنسي اعتبر الأضرار التي تؤثر في متانة عنصر تجهيزي في المبنى أضرار خطيرة ، ومن ثم يخضع المشيد عنها للمسؤولية العشرية ، ولكن شريطة أن يتوفر في الضرر الذي يصيب عناصر التجهيز للمبنى الشروط الثلاثة الآتية :

أ - أن يكون العمل المشيد بناء بالمفهوم الضيق للكلمة :

L'ouvrage doit être un bâtiment

أي من المباني التي ترتفع فوق سطح الأرض بحيث يستطيع الإنسان أن يتحرك في داخلها ، و يدخل في هذا المفهوم ، المباني السكنية و التجارية ، و الصناعية وبوجه عام كل أنواع المباني المخصصة لاستقبال الجمهور ، كالمستشفيات و المدارس و الجامعات ، و الكنائس⁽¹⁾ . وبالمقابل لذلك يخرج من مفهوم المبنى بمعناه الضيق المنشآت الثابتة التي تنشأ بحيث تكون في مستوى الأرض ، كالجسور و السدود و الطرق ، وغير ذلك من المنشآت الثابتة الأخرى بالمفهوم الموسع .

ب - أن يكون الضرر قد أصاب عنصرا تجهيزيا غير قابل للانفصال .

Le désordre doit porter sur un élément d'équipement indissociable

لا يمكن إعمال المسؤولية العشرية إلا إذا كان العنصر التجهيزي الذي وقع عليه

(1) en ce sens: B. bernard , ouvrage précité ,1979, N° 402 . p . 255 et 156 .

الضرر يندمج مع البناء ، بحيث لا يقبل الانفصال عنه ، سواء أندمج هذا العنصر مع أعمال المنافع العامة للمبنى أو مع الأعمال المتعلقة بأساساته أو بهيكله ، أو بجدرانه ، أو بأسقفه (المادة 1792-2) . وقد عرفت الفقرة الثانية من هذه المادة فكرة عدم قابلية العنصر التجهيزي للانفصال بقولها >> ويعتبر عنصر التجهيز مشكلا جسما على نحو غير قابل للانفصال مع أحد الأعمال المشار إليها في الفقرة السابقة إذا كان لا يمكن تركيبه أو رفعه ، أو استبداله بدون تلف أو رفع مواد من هذا العمل << . أما إذا كان العنصر التجهيزي الذي وقع عليه الضرر لا يندمج في البناء ، بحيث يمكن فصله عنه دون تلف ، فإن الضرر الناتج عنه لا يخضع للمسؤولية العشرية ، وإنما يخضع لضمان حسن الأداء .

ج - أن يكون الضرر مؤثرا في متانة العنصر التجهيزي

Le désordre doit affecter la solidité de l'élément d'équipement

يلزم أن يكون الضرر الذي أصاب العنصر التجهيزي على قدر معين من الخطورة ، بحيث يترتب عليه المساس بمتانته (1) . ومما لا شك فيه أن خطورة الضرر المطلوبة هنا محدودة ، فليس من الضروري أن يؤثر الضرر على العمل الذي يرتبط العنصر التجهيزي به أو يجعله غير صالح للغرض المخصص له أو يهدد متانة البناء وسلامته ، بل يكفي أن يقتصر أثره على العنصر التجهيزي وحده ما دام ذلك يؤثر في متانته (2) .

(1) راجع الفقرة الأولى من المادة 1792 - 2 السالفة الذكر .

(2) V . boubli bernard , ouvrage précité , 2° édition , 1979 n° 406 . p . 258 .

و تجدر الإشارة هنا ، إلى أن المشرع الجزائري لم ينص صراحة على خضوع الأضرار التي تصيب أو تؤثر في متانة عنصر تجهيزي غير قابل للانفصال للضمان العشري ، سواء في القانون المدني ، بموجب النصوص المتعلقة بعقد المقولة ، أو في القوانين المتعاقبة المنظمة لبيع العقار بناء على التصاميم ، ولكنه أشار إليها بطريقة غير مباشرة في قانون التأمين .

تنص المادة : 181 من الأمر رقم 07/95 المتعلق بالتأمينات على أنه >> يغطي الضمان المشار إليه في المادة 178 أعلاه أيضا ، الأضرار المخلّة بصلابة العناصر الخاصة بتجهيز بناية ما ، عندما تكون هذه العناصر جزءا لا يتجزأ من منجزات التهيئة ووضع الأساس و الهيكل و الإحاطة و التغطية .

يعتبر جزءا لا يتجزأ من الإنجاز كل عنصر خاص بالتجهيز لا يمكن القيام بنزعه أو تفكيكه أو إستبداله دون إتلاف أو حذف مادة من مواد هذا الإنجاز >> .

و يتضح من هذا النص ، أن المشرع الجزائري أراد أن يستفيد من التطور الذي طرأ على المسؤولية العشرية للمشيدين و من في حكمهم في القانون الفرنسي ، خاصة الإصلاحات التي جاء بها قانون 4 جانفي 1978 ، بدليل أن نص المادة 181 - الذي أراد المشرع من خلاله أن يوسع في نطاق تطبيق التأمين على الضمان العشري من حيث الأضرار لم يكن له نص مقابل في قانون التأمين لسنة 1980 ، ففي ظل هذا الأخير كان التأمين الإلزامي على الضمان العشري حسب نص المادة 96 منه مقصور على الأضرار التي حددتها المادة 554 من القانون المدني ، و

هي أن يتهدم البناء كلياً أو جزئياً أو شابه عيب يهدد متانته أو سلامته . أما نص المادة 181 فإنه جديد أضيف إلى قانون التأمينات بموجب الأمر رقم 07/95 . أقتبسه المشرع - على ما يبدو - من نص المادة 1792 - 2 المضافة إلى القانون المدني الفرنسي بقانون 4 يناير 1978 ، و ما يؤكد كلامنا هذا هو أن المادة 181 من قانون التأمين الجزائري تكاد تتطابق مع المادة 1792 -2 من القانون المدني الفرنسي .

غير أن المشرع لم يوفق - في رأينا - في إقتباسه لهذا الحكم . فكيف يلتزم المقاول و المهندس المعماري ، والمرقي العقاري بائع العقار بناء على التصاميم بالتأمين على الأضرار التي تلحق بالعناصر التجهيزية الغير قابلة للإنفصال عن البناء . مع أن هذه الأضرار ليست من قبيل الأضرار التي يغطيها الضمان العشري المقرر بموجب نص المادة 554 من القانون المدني التي أحالت إليها المادة 178 من الأمر رقم 07/95 المتعلق بالتأمينات ، فلا المهندس المعماري ولا المقاول في عقد المقولة ، ولا المرقي العقاري في عقد بيع العقار بناء على التصاميم يسأل عن تلك الأضرار بناء على قواعد الضمان العشري .

و كان على المشرع بمناسبة تعديله لقانون التأمين أن يعيد النظر بصفة شاملة في تأمين مسؤولية المهندس المعماري و المقاول ، و المرقي العقاري بائع العقار بناء على التصاميم و ذلك بالتنسيق بين قواعد التأمين الإجباري و أحكام هذه المسؤولية كما وردت في القانون المدني الجزائري (المادة 554) ، فالمفروض أن المادة 181 من الأمر رقم 07/95 تغطي هذه المسؤولية بحدودها الواردة في المادة 554 من القانون المدني و لا تتجاوزها . و أن التعديل المذكور الذي أدخله على

قانون التأمين كان يجب أن يدخله ضمن نصوص عقد المقولة في القانون المدني، لا ضمن نصوص قانون التأمينات ، بما يجعله محققا للغرض الذي قصده المشرع ، وهو إلتزام المشيدين بالتأمين على الأضرار التي تصيب العناصر التجهيزية الغير قابلة للإنفصال و التي يغطيها الضمان العشري - بعد تقريرها - بموجب نصوص عقد المقولة في القانون المدني . و ذلك من أجل توفير الحماية الكافية و اللازمة للمستفيد منهما ، و لكي لا يضيع حقهم بسبب عدم خضوع المشيدين إلى قرينة الضمان العشري فيما يتعلق بالضرر الذي يصيب العناصر التجهيزية الغير قابلة للإنفصال .

ثانيا : أن يكون العيب خفيا .

إن المادة 554 من القانون المدني الجزائري ذكرت العيب بصورة مطلقة، فيستوي أن يكون العيب الموجب للضمان خفيا أو ظاهرا ، كما هو الحال بالنسبة للمادتين 1792-2270 من القانون المدني الفرنسي (1) .

غير أن الإتجاه السائد في الفقه و القضاء يسلم بضرورة أن يكون العيب الذي تغطيه المسؤولية العشرية أو الضمان العشري ، خفيا وقت التسليم النهائي للأعمال ، بحيث لم يستطع المستفيد من المسؤولية أو الضمان أن يكتشفه ، أما ما كان ظاهرا من عيوب أو معلوما لرب العمل في عقد المقاوله ، أو المشتري في عقد بيع العقار بناء على التصاميم وقت تسلم الأعمال أو البناء دون أن يبدي هذين الأخيرين

(1) ويقول الفقيه ألبير كاستون albert caston " إذا كنا بحاجة إلى سند قانوني يتطلب توفر شرط خفاء العيب فإننا نجد في المادة 1-1646 التي أضيفت إلى القانون المدني الفرنسي بقانون 3 يناير 1967 ، (و التي كانت تقابلها في القانون الجزائري المادة 41 من قانون الترقية العقارية) ، التي تقضي بأنه (بائع العقار تحت الأنجاز ، يكون مسؤولا خلال 10 سنوات ، تحسب من يوم تسلم الأعمال ، عن العيوب الخفية ، التي يكون المهندسون المعماريون و المقاولون وغيرهم من الأشخاص المرتبطين مع رب العمل بعقد إيجار عمل ، هم أنفسهم مسؤولون عنها تطبيقا للمادتين 1792-2270) كما أن المشرع أكد هذا الحل في الفقرة الثانية من المادة 1792 – المستحدثة بقانون 4 يناير 1978 المتعلقة بنطاق تطبيق ضمان إتمام الأعمال على الوجه الأكمل ، هذا الضمان الذي يمتد إلى إصلاح كل العيوب التي يشير إليها رب العمل سواء عن طريق التحفظات في محضر التسليم ، أو عن طريق إخطار كتابي للعيوب اللاحقة على التسليم ، ويترتب على ذلك دون منازع أن العيوب التي كانت ظاهرة وقت التسليم ولم يتحفظ بشأنها رب العمل تخرج من نطاق تطبيق هذا الضمان إذ يفترض أن رب العمل قد قبل هذه العيوب " ، راجع في نفس المعنى :

a. caston , ouvrage précité , 1979 . N^o 202 . P . 110; et voir aussi andrée roussel et collaborateurs , ouvrage précité , p . A⁸.

تحفظات بشأنه فلا يسأل عنه المشيد (1) أو المرقى العقارى البائع ، وذلك تأسيسا على ما للتسلم من أثر مبرئ للعيوب الظاهرة (2) .

وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض الفرنسية بأن >> تقبل الأعمال من طرف رب العمل ... يعفى مؤجر العمل من المسؤولية... فيما يتعلق بالعيوب الظاهرة <<(3) وقضت محكمة النقض المصرية بأنه >> يجب لقبول دعوى الضمان العشري ، أن يكون العيب المدعى به في البناء خفيا ، بحيث لم يستطع رب العمل صاحب البناء إكتشافه وقت التسليم ، أما إذا كان العيب ظاهرا أو معروفا ، فلا يسأل عنه المقاول ما دام رب العمل قد تسلم البناء من غير أن يحتفظ بحق له <<(4) . كما قضت أيضا بأن >> تسلم رب العمل البناء تسلما نهائيا غير متقيد بتحفظ ما ، من شأنه أن يغطي ما بالمبنى من عيوب كانت ظاهرة وقت حصول هذا التسليم أو معروفة لرب العمل أما ماعدا ذلك من العيوب مما كان خفيا لم يستطع صاحب البناء كشفه عند تسلمه البناء ، فإن التسليم لا يغطيه ولا يسقط ضمان المقاول و المهندس المعماري عنه (5) .

و بناء على ما تقدم ، يمكن القول انه إذا كان العيب ظاهرا أو معلوما لرب العمل عند التسليم ، فإنه يستبعد من الخضوع للضمان العشري ، أما ما عدا ذلك من

(1) محمد كمال مرسي : المرجع السابق ، ف 579 ص 499 – السنهوري : المرجع السابق ، ف 65 ص 115 P . 194 . N° 951 . Planiol et ripert par rouast , ouvrage précité ,

(2) A . Caston , ouvrage précité , 1979 , N° 202 et suivant ,

(3) Cass civ . 3 8 juil 1975 , cité par a . caston-, précité , N° 202 . p . 110 note 2.

(4) نقض مدني مصري في 15 يناير 1939 مجموعة أحكام النقض ، السنة 8 ص 975 رقم 49 .

(5) نقض مدني مصري في 10 يونيو 1965 مجموعة أحكام النقض ، السنة 16 ص 737 رقم 117 .

العيوب التي لا يكون في إستطاعته أن يكتشفها وقت التسليم ، إذا هو بذل عناية الرجل المعتاد في فحص المبنى فيبقى المشيد مسؤولاً عنها⁽¹⁾ ، ومن أمثلة العيوب التي أعتبرها القضاء من قبيل العيوب الخفية ، وبالتالي تدخل في نطاق الضمان العشري وجود عيب غير واضح في العزل الصوتي⁽²⁾ وكذلك وجود صعوبات تحول دون إمكانية دخول المرأب⁽³⁾ ومن أمثلة العيوب التي إعتبرها القضاء ظاهرة ومن ثم تخرج من نطاق المسؤولية العشرية ، تثبيت هوائي تليفزيوني خطأ على مدخنة البناء المجاور⁽⁴⁾ . ومع ذلك فقد قضى بأن العيوب الظاهرة يغطيها الضمان العشري إذا لم يكن من الواضح وقت التسليم مدى إمكانية تأثيرها على متانة الأجزاء الرئيسية للبناء⁽⁵⁾ .

- معيار خفاء العيب :

لم تستقر أحكام القضاء على معيار واحد لتقدير ما إذا كان العيب خفياً أو ظاهراً ، وقت تسلم رب العمل للأعمال ، فقد أخذت بعض الأحكام بالمعيار الموضوعي أي المجرد ، وبناء على ذلك قضى بأن العيب يكون خفياً إذا لم يكن بإمكان رب العمل المعتاد غير الخبير بأصول صناعة البناء أن يكتشفه وقت التسليم و

(1) السنهوري : المرجع السابق ، ف 65 ص 116 - محمد ناجي ياقوت : المرجع السابق ، ف 43 ص 106 .

(2) Cass civ . 3.11 déc 1974, inédit, cité par liet-veaux ; droit de la construction, 1982 . p . 353 .

(3) Cass civ . 3 . 7 juin 1978 , cité par Liet-veaux , précité, p . 353 .

(4) Cass civ 7 mai 1962 . inédit, cité par Liet-veaux , précité, p . 353 .

(5) Cass civ . 3 . 22 juin 1978 , cité par Liet-veaux , précité, p . 353 .

لو بذل ، في فحص العمل عناية الرجل العادي (1) ، بينما أخذت بعض الأحكام بالمعيار الشخصي أي الذاتي ، ومن ثم قضي بأن العيب يكون خفيا إذا لم يستطع رب العمل أن يقدر وقت تسلم العمل عواقب أو نتائج العيب الظاهر المتوقع حدوثه بعد التسليم(2)، وكذلك إذا كان ظاهرا ولكن لا يكون من شأنه أن يؤثر في متانة البناء إلا بالإستعمال الفعلي للبناء ، أو بعد الفيضانات التي تحدثها الأمطار(3) ، وذهبت أحكام أخرى إلى أن العيب يعتبر خفيا بمجرد حصول تسلم العمل مقبولا من رب العمل دون أن يبدي أي تحفظات بشأنه ، يفترض فيه جهله بالعيب المدعى به في العمل ، ويتعين على المشيد أن يثبت أن العيب كان ظاهرا أو معلوما من طرف رب العمل وقت التسلم(4) .

هذا وتتعرف محكمة النقص الفرنسية لقضاة الموضوع بسلمة تقديرية مطلقة في تقدير العيب الخفي من ظهوره ، تبعا لظروف كل حالة على حدى(5) .

(1) Cass civ 2. 19 mai 1958 , j . c . p 1958 .1.10808 et note starck .

(2) Cass civ .3 . 8 juin 1979 ,D .1979 , sem . p . 522 .

(3) Cass civ.3 . 21 fev 1978 , cité par A. caston, ouvrage précité N^o 205, p . 111 . note (11) .

" و كانت وقائع القضية تتلخص في عيب ظهر في تصميم مدخل سرداب Sous- sol شيد تحت العمارة "

(4)Req, 27 fer 1929, cité par planiol et ripert par rouast, ouvrage précité, N^o 951, p 194, note (3); et voir aussi en même sens, planiol et ripert par rouast, précité, N^o 951, p . 194; saint-alary , la vente d'immeuble à construire et l'obligation de garantie à raison des vices de construction , j . c . p 1968 . 1. doct, p . 2146 . N^o 61 .

(5)Cass civ.3 . 22 nov 1977 , cité par A. caston , ouvrage précité N^o 205, p . 111. note (10) .

ومن خلال الأحكام السابقة يتبين لنا بوضوح أن القضاء الفرنسي يتجه نحو التوسع في العيوب الخاضعة للمسؤولية العشرية ، وهو توسع مرغوب فيه ، لأنه يهدف إلى حماية رب العمل في عقد المقاوله أو المشتري في عقد البيع على التصاميم إذ أن كل منهما يكون غالبا غير خبير بفن البناء ، و المقصود أساسا من هذا الضمان المشدد ، وذلك عن طريق التخفيف من حدة شرط خفاء العيب بالنسبة له .

- ضمان حسن أداء عناصر التجهيز القابلة للإنفصال

إن المادتين 1792-2070 من القانون المدني الفرنسي ، في صيغتهما الأصلية لسنة 1804 قصرتا المسؤولية العشرية للمهندسين المعماريين و المقاولين على عيوب البناء التي تظهر في المنشآت و الأعمال الكبيرة فقط ، وقد أستخلص القضاء الفرنسي أن مسؤولية المشيدين لا يمكن أعمالها بالنسبة للعيوب التي تصيب الأعمال الصغيرة وأن تسلم الأعمال من قبل رب العمل من شأنه إعفاء المشيدين ليس فقط بالنسبة للعيوب الظاهرة ، بل وحتى بالنسبة للعيوب الخفية التي تصيب مثل هذه الأعمال الصغيرة⁽¹⁾ ، وظل الأمر على هذا النحو أكثر من قرن و نصف .

و في سنة 1958 عدلت محكمة النقض الفرنسية عن إتجاهها السابق ، و ألزمت المشيد بضمن العيوب الخفية في الأعمال الصغيرة طبقا للمسؤولية العقدية في

(1) V . Cass civ . 12 déc 1928 , D . H . 1929, 66; cass civ . 22 oct 1946 . j . c . p 1947 . 2 . 3482 . note rodière .

القواعد العامة مستلزمة هذا الحكم من أحكام ضمان العيوب الخفية في الشيء المبوع التي يلتزم البائع بضمانها في معنى المواد 1641 و ما بعدها من القانون المدني الفرنسي⁽¹⁾ بينما أستمر مجلس الدولة الفرنسي في تطبيق مسؤولية المشيدين على الأعمال الكبيرة فقط⁽²⁾.

و قد كان يتعين على رب العمل إقامة الدليل على وجود عيب في البناء أصاب عملا صغيرا ، و أن هذا العيب كان خفيا وقت تسلم الأعمال⁽³⁾ ، و كذلك على خطأ المشيد⁽⁴⁾ ، و أن مدة الضمان هي ثلاثون سنة⁽⁵⁾ طبقا للقواعد العامة في المسؤولية

(1) cass civ . 1 . 4 janv 1958 , D . 1958 , p 457 . note rodière ; G . P . 1958 . 1 168 ; R . T . D . C . 1958 , p . 1952 . obs , mazeaud , p . 272 , obs , carbonnier ; cass civ . 2 . 19 mais 1958 , J . C . P . 1958 . 2 . 10808 , note starck ; R . T . D . C . 1958 . P . 606 . obs , mazeaud , p 630 , obs carbonnier ; cass civ . 3 . 15 oct 1970 , G . P . 1971 . 1 . P . 214 .

(2) Voir , Jean Pierre karila , ouvrage précité , p , J² ; et voir par ex conseil d'état, 18 déc 1964 , J . C . P . 1965 . 2 . 13977 , bis et la jurisprudence cité par labin , thèse précité , p . note 1 .

(3) cass civ . 1 . 25 janv 1960, cité par Jean pierre karila , précité p . J³ , note 10 ; cass civ . 3 . 8 nov 1960 , G . P . 1961 . 1 . P . 63 ; cass civ . 1 . 19 oct 1964 ? j . c . p . 1965 . 2 . 14206 , D . 1965 , 161 ; cass civ . 1 . 30 nov 1964 , G . P . 1965 , 1 . 114 ; cass civ . 1 . 25 oct 1967 , D . 1968 . 104 .

(4) cass civ . 1 . 30 nov 1964 , précité ; cass civ . 3 . 29 nov 1968 , J . C . P . 1969 , 4 . 12 .

(5) cass civ . 3 . 28 nov 1969 , cité par Jean pierre karila , précité p . J³ , note (12).

العقدية⁽¹⁾ ، و يلزم أن ترفع الدعوى في وقت قصير إبتداء من إنكشاف العيب⁽²⁾ ، و يتمتع قضاة الموضوع بحرية مطلقة في تقدير مفهوم الوقت القصير⁽³⁾ .

و لما كان من غير المعقول أن تكون مدة ضمان الأعمال الصغيرة أطول من مدة ضمان الأعمال الكبيرة⁽⁴⁾ . تدخل المشرع الفرنسي و أنشأ ضمانا لمدة عامين خاصا بالأعمال الصغيرة من نفس طبيعة الضمان العشري و ذلك بمقتضى المادة 2270 بعد تعديلها بقانون 3 يناير 1967 .

و بالرغم من أن المرسوم التطبيقي لهذا القانون الصادر في 22 ديسمبر 1967 عرف كلا من هذين النوعين من الأعمال (المواد 11 ، 12 منه)⁽⁵⁾ و ضرب أمثلة لهما في خصوص المباني المعدة للسكنى أو لأغراض متشابهة ، و مع ذلك فإن

(1)boubli bernard , la responsabilité des architectes , des entrepreneurs et des autre locateurs d'ouvrage, 1^e édition , 1971 , N^o 240.p . 170 .

(2)Voir la jurisprudence cité par labin , ouvrage précité , p . 54 , note (7) .

(3) cass civ . 3 . cité par labin , précité , p . 155 , note (1) .

فقد قضي مثلا برفض الدعوى التي رفعت بعد إكتشاف العيب بثلاث سنوات .

cass civ . 1 . 11 oct 1964 . j . c . p . 1965 . 2 . 14208 ; G . P . 1964 . 2 . 431 . D . 1965 . 161) .

بينما قضي بقبول الدعوى التي رفعت بعد ثمانية عشرة شهرا من تاريخ إكتشاف العيب .

cass civ . 3 . 8 nov 1968 cité par labin , précité , p . 155 , note (3) .

(4)en ce sens : boubli bernard ; ouvrage précité , 1^e édition . 1971 , N^o 240 . p . 170.

(5)A . caston , ouvrage précité , 2^e édition , 1979 , N^o 456 , p . 214 , 215 .

التفرقة بين عمل كبير و عمل صغير أثارت إختلافات كثيرة في التطبيق العملي و تضاربت بشأنها أحكام القضاء⁽¹⁾ الأمر الذي جعل المشرع الفرنسي يتدخل مرة أخرى و ألغى التفرقة بين عمل كبير و عمل صغير ، وأستحدث بدلا منها تفرقة أخرى تقوم على أساس وظيفة العناصر التي يتكون منها البناء في مجموعه .

فالعناصر الإنشائية les éléments constitufs أخضعها للمسؤولية العشرية ، أما العناصر التجهيزية les éléments d' équipement ففرق فيها

(1) أنظر مثلا :

- في خصوص التبليط carrelages

-Gros ouvrage ; cass civ . 1. 18 oct 1965 ; cass civ . 1 . 5 mais 1965 ; cass civ . 3 . 7 janv 1971 ; cass civ . 9 juin 1971 ; T . G . I . Saint – Quentin 3 fév 1972 , inédit , cité par a . caston , ouvrage précité , 1979 , N⁰ 464 , p . 217 , note (63) .

-menus ouvrage ; cass civ . 3 . 5 juin 1968 , cité par a caston , ouvrage précité , 1979 , N⁰ 464 , p . 217 note (63) ; cass civ . 3 . 28 nov 1969 , J . C . P . 1970 . 8 ; C A . paris 12 nov 1957 , D . 1958 . p 141 .

- و في خصوص التدفئة المركزية chauffage central .

-gros ouvrage , orleans , 30 janv 1973 , cité par labin , ouvrage précité , p . 159 note (6) .

-menus ouvrage , amiens, 18 oct 1973 cité par labin , ouvrage précité , p . 159 note (6) .

- و في خصوص أعمال الدهان teinture les travaux de peinture et

- gros ouvrage ; cass civ . 3 . 4 déc 1969 , cité par a . caston , ouvrage précité , 1979 , N⁰ 463 , p . 217 note (60) .

-menus ouvrage ; cass civ . 3 . 3 oct 1969 , cité par a . caston , ouvrage précité .

بين العناصر التجهيزية التي تندمج في البناء ، بحيث لا تقبل الانفصال عنه⁽¹⁾ و أخضعها للمسؤولية العشرية ، و العناصر التجهيزية القابلة للانفصال و أخضعها لضمان حسن الأداء .

و نصت المادة 1792 – 3 من القانون المدني الفرنسي المضافة إليه بالقانون رقم 12-78 لسنة 1978 على هذا الضمان بقولها >> عناصر التجهيز الأخرى للبناء تكون محلا لضمان حسن أدائها لوظائفها ، لمدة حدها الأدنى سنتان تحسب من تسلم الأعمال<<⁽²⁾ .

أما المشرع الجزائري ، فقد نص على هذا الضمان ، لأول مرة في المادة 15 من المرسوم التشريعي رقم 93-03 المتعلق بالنشاط العقاري ، و التي أصبحت المادة 44 في القانون رقم 11-04 لسنة 2011 و التي نصت على >> تحدد آجال تنفيذ الأشغال الضرورية لإصلاح عيوب البناء و / أو حسن سير عناصر تجهيزات البناية بموجب العقد المذكور في المادة 26 أعلاه << .

و تجدر الإشارة هنا ، إلى أن المهندس المعماري و المقاول في عقد المقاولة لا يخضعان لضمان حسن سير عناصر التجهيز الذي يخضع له المرقى العقاري ، و هذا

(1) راجع سابقا ، ص 213 و ما بعدها من هذا البحث .

(2) article . 1792 – 3 (loi N⁰ 78-12 du 4 janv 1978) " les autres éléments d'équipement du bâtiment font l'objet d'une garantie de bon fonctionnement d'une durée minimale de deux ans à compter de réception de l'ouvrage " .

راجع لكون المشرع الجزائري واكب تطور مسؤولية المشيدين في فرنسا ، سواء عند وضعه للمرسوم التشريعي رقم 03-93 أو بعد إصلاح هذا الأخير بموجب القانون رقم 04-11 . إلا أنه لم يمد هذا التطور و هذا الإصلاح إلى نصوص القانون المدني المنظمة أصلا لمسؤولية المهندس المعماري و المقاول ، و التي بقيت على حالها منذ صدور القانون المدني في سنة 1975 . الأمر الذي أدى إلى وجود فراغ قانوني كبير في هذا الشأن ، ناهيك عن وجود تناقض بين نصوص القانون المدني المنظمة للضمان العشري ، و النصوص المنظمة له في التشريع الخاص ببيع العقار على التصاميم .

إن عبارة ضمان حسن الأداء la garantie de bon fonctionnement وفقا لنص المادة 1792 – 3 حديثة في القانون المدني الفرنسي ، و لكن محتواها ليس غريبا عن مسؤولية المشيدين ، فهي على حد تعبير البعض⁽¹⁾ الابنة la fille أو الوريثة الشرعية l'héritière للمسؤولية لمدة عامين القديمة ، لكن نصيها في الميراث كان ضئيلا ، فالمسؤولية ذات العامين تتعلق بكل العيوب التي تصيب الأعمال الصغيرة . أما ضمان حسن الأداء الجديد فإنه يقتصر على بعض عناصر البناء فقط دون غيرها و لا يغطي كل الأضرار التي تلحقها⁽²⁾ . فطبقا لنص المادة 1792 -3

(1)andrée roussel et collaborateurs , ouvrage précité , p . A²⁰ ; albert caston " la reforme de la responsabilité et de l'assurance dans le domaine de la construction " A . J . P . I 1978 . P 107 .

(2)andrée roussel et collaborateurs , ouvrage précité , p . A²⁰ .

التي تقابلها المادة 44 من القانون رقم 04-11 لسنة 2011⁽¹⁾ يخضع لضمان حسن الأداء و حسن التشغيل ، " عناصر التجهيز الأخرى في البناء " و بتقريب عبارة نص المادة 1792 – 3 إلى عبارة نص المادة 1792 – 2 ، نستنتج أن محل ضمان حسن الأداء هو عناصر التجهيز في البناء التي لا تشكل جسما على نحو غير قابل للإنفصال مع أعمال المنافع العامة للمبنى ، أو مع الأعمال المتعلقة بإنشائه ، بهيكله بجدرانه أو بمظلاته ، و نشير إلى أنه يشترط أن يكون العنصر التجهيزي الذي يغطيه ضمان حسن الأداء عنصر في البناء بالمفهوم الضيق للكلمة ، فهذا الضمان لا يطبق على العناصر التجهيزية القابلة للإنفصال الملحقة بالأعمال الأخرى غير المباني⁽²⁾ . كذلك لا يغطي هذا الضمان كل الأضرار التي تصيب تلك العناصر التجهيزية المشار إليها . فيستبعد من نطاق هذا الضمان ، كل الأضرار التي تدخل في نطاق تطبيق ضمان إتمام الأعمال على الوجه الأكمل أو حسن الإنجاز⁽³⁾ . كما يستبعد أيضا الأضرار التي تخضع للمسؤولية العشرية المنصوص عليها في المادة 1792 التي تسري على الأضرار التي تصيب العمل في أحد عناصره الإنشائية ، أو أحد عناصره التجهيزية (دون أن يميز النص بين قابلية أو عدم قابلية هذا العنصر التجهيزي للإنفصال)⁽⁴⁾ ، و التي يترتب عليها أن يصير العمل غير صالح للغرض الذي شيد

(1) و التي كانت المادة 15 من المرسوم التشريعي رقم 03-93 الملغي .

(2) andrée roussel et collaborateurs , ouvrage précité , p . A²² .

(3) أنظر المادة 1792 -06 المضافة إلى القانون المدني الفرنسي بالقانون رقم 78 – 12 لسنة 1978 . و المادة 26 من القانون رقم 04-11 لسنة 2011 المقابلة للمادة 14 من المرسوم التشريعي رقم 03-93 .

(4) andrée roussel et collaborateurs , ouvrage précité , p . A²² .

من اجله . و أمام عدم وجود أي تحديد خاص في شأن هذه النقطة أمكن القول ، بأن أي ضرر يصيب عنصر تجهيزي قابل للإنفصال ، يجعل العمل في مجموعه غير صالح للغرض المخصص له، فإن الضمان العشري هو الذي يطبق ، وليس ضمان حسن الأداء⁽¹⁾ .

أما الضرر الذي يصيب عنصر تجهيزي قابل للإنفصال ، و يترتب عليه تعذر أو سوء ، أو عدم كفاءة أداء هذا العنصر ، لوظائفه وفقا للمجرى العادي للأمر ، فإنه يخضع لضمان حسن الأداء ، فنحن هنا بصدد فكرة أقرب ما تكون إلى فكرة عدم صلاحية العنصر التجهيزي للغرض الذي أعد من أجله لخدمة البناء⁽²⁾ . ومن أمثلة العناصر التجهيزية القابلة للإنفصال الملحقة بالمبنى ، الأجهزة الميكانيكية ، أو الكهربائية ، و ماصورات و أنابيب المياه و قنوات الصرف الصحي⁽³⁾ و المصاعد الكهربائية التي يتولى المشيد القيام بعملية تركيبها في البناء بحالتها التي تسلمها عليها من الصانع أو الموزع ، أو المستورد ، دون أن يدخل عليها أي تعديل ، و أن يتقيد بالتعليمات التي وضعها المنتج ، و كذلك الأبواب الداخلية و بعض الأغلفة التي تغطي بها الأرض و الجدران⁽⁴⁾ .

(1) Voir Jean pierre karila , ouvrage précité , p . J⁸ ; andrée roussel et collaborateurs , ouvrage précité , p . A²² .

(2) Voir en ce sens : Jean pierre karila , ouvrage précité , p . J⁸ .

(3) الطيب زروتي ، المقال السابق ، ص 64 .

(4) Jean pierre karila , ouvrage précité , p . J⁸ .

هذا و أن مدة هذا الضمان الدنيا في القانون الفرنسي حسب نص المادة 1792 – 3 سنتان فإذا وجد إتفاق يقضي بمد هذه المدة إلى أكثر من عامين ، فيجب إعمال الإتفاق و إذا سكت العقد على تحديد المدة ، فإن المدة تكون سنتين ، و مدة هذا الضمان في القانون الجزائري هي سنة ، سواء في ظل المرسوم التشريعي رقم 93-03 أو القانون رقم 11-04 ، المادتان 44 و 26 و تحسب هذه المدة من تاريخ تسلم الأعمال .

- ضمان إتمام الأعمال على الوجه الأكمل .

تنص الفقرة الثانية من المادة 6-1792 من القانون المدني الفرنسي ، المضافة بقانون 4 يناير 1978 >> يمتد ضمان إتمام الأعمال على الوجه الأكمل الذي يلتزم به المقاول خلال سنة من تسلم الأعمال ، إلى إصلاح كل خلل أشار إليه رب العمل ، سواء عن طريق ما أبداه من تحفظات في محضر التسليم ، أو عن طريق إخطار كتابي بالنسبة للعيوب اللاحقة << (1) .

(1) article . 1792 – 6 (loi N^o 78-12 du 4 janvier 1978) " la garantie de parfait achèvement , à laquelle l'entrepreneur est tenu pendant un délai d'un an , à compter de la réception , s'étend à la réparation de tout les désordres signalés par le maitre de l'ouvrage , soit au moyen de réserves mentionnées au procès verbal de réception , soit par voie de notification écrite pour ceux révélés postérieurement à réception " .

و تنص الفقرة الثالثة من المادة 26 من القانون رقم 04-11 ، و التي كانت المادة 14 من المرسوم التشريعي 03-93 على أن >> ... يلتزم المرقي العقاري بضمان الإنهاء الكامل لأشغال الإنجاز طيلة سنة واحدة << .

و لقد أستمد المشرع الفرنسي هذا الضمان ، و الذي أخذه عنه المشرع الجزائري ، من العقود النموذجية التي وضعت سنة 1948 إبان كان العمل يجري على نظام ازدواجية التسليم⁽¹⁾ .

و يهدف المشرع سواء في فرنسا أو في الجزائر من تقنين هذا الضمان ، ومن جعله إجباريا حتى بالنسبة للصفقات التي لا تتضمن الإتفاق عليه ، تشديد مسؤولية المقاولين ، و خفض تكلفة التأمين من المسؤولية العشرية⁽²⁾ .

و يمتد هذا الضمان ليشمل كل خلل أشار إليه رب العمل أو المشتري عن طريق التحفظات في محضر التسليم ، أو عن طريق إخطار كتابي بالنسبة للخلل الذي لم يظهر إلا بعد التسلم⁽³⁾ ، دونما أهمية لخطورته ، كما يشمل أيضا عدم مطابقة

(1)albert caston , ouvrage précité , 2^e édition , 1979 N^o 132 p 85 .

(2) Voir en ce sens : Jean pierre karila , ouvrage précité , p . G³ ; jacques le gall , la réforme de l'assurance et de la responsabilité en matière de construction , presses universitaires d'aix-marseille , 1979 , p . 76 .

(3) راجع المادة 1792 – 6 .

العمل للمواصفات المتفق عليها و التي لم يشر إليها نص المادة 1792 – 6 (1) .

و طبقا للفقرة الأخيرة من المادة 1792 – 6 يخرج من إطار الضمان محل الدراسة في هذا الموضوع ، الأعمال اللازمة لإصلاح ما يترتب على الإستهلاك أو الإستعمال العادي من آثار⁽²⁾ ، ذلك أنه بالتسليم ، أصبح البناء تحت حراسة صاحبه الذي يكون مسؤولا عن صيانتته بإعتباره صاحب الحق في إستخدامه ، منذ أن وضع يده عليه⁽³⁾ .

و لما كان ضمان إتمام الأعمال على الوجه الأكمل ، يشمل إصلاح كل خلل بغض النظر عن درجة خطورته أمكن القول بأن المشرع أعطى لرب العمل في عقد المقاول و للمشتري في عقد البيع بناء على التصاميم خلال السنة التالية لتسلم الأعمال ، حق الإختيار في رجوعه على المقاول أو البائع ، إما عن طريق الضمان العشري ، و إما عن طريق ضمان حسن الأداء ، و أخيرا عن طريق ضمان إتمام الأعمال على الوجه الأكمل حتى بالنسبة للأضرار التي يغطيها كل من الضمان

(1) Voir albert caston , ouvrage précité , N^o 190 p . 105 ; Jean pierre karila , ouvrage précité , p . G³ ; andrée roussel et collaborateurs , ouvrage précité , p . A⁴⁵ .
- محمد ناجي ياقوت : المرجع السابق ، ف 56 ص 141 .

(2) article . 1792 – 6 (loi N^o 78-12 du 4 janv 1978) " la garantie ne s'étend pas aux travaux nécessaires pour remédier aux effets de l'usures normale ou de l'usage " .

(3) Voir en ce sens : albert caston , ouvrage précité , 2^e édition , 1979 N^o 184 p 102 ; Jean pierre karila , ouvrage précité , p . G⁹ .

العشري ، و ضمان حسن الأداء . ذلك أن كلا منها يبدأ في السريان من وقت التسليم ، مما يجعلها تتعاصر زمنا في السنة الأولى اللاحقة على التسليم⁽¹⁾ .

هذا و قد حرص المشرع الفرنسي لسنة 1978 على أن ينص صراحة على إعتبار العيوب المتعلقة بالعزل الصوتي ، داخله ضمن إتمام الأعمال على الوجه الأكمل ، و كانت هذه العيوب قبل نفاذ هذا القانون ، محل خلاف في القضاء الفرنسي ، من حيث مدى إمكان خضوعها للمسؤولية العشرية المنصوص عليها في المادتين 1792 ، 2270 من القانون المدني الفرنسي ، إذا كان من شأنها أن تجعل البناء غير صالح للغرض الذي شيد من أجله⁽²⁾ .

ويبدو أن المشرع الفرنسي ، بإخضاعه هذا النوع من العيوب إلى ضمان إتمام الأعمال على الوجه الأكمل ، أراد أن يضع حدا لهذه الإختلافات⁽³⁾ . فنص في المادة 7 من قانون 7 يناير 1978 على أن >> عقود إيجار عمل (المقولة) التي يكون محلها إقامة مباني سكنية ، يفترض فيها أن تتضمن الإشتراطات القانونية ، أو اللائحية المتعلقة بتوفير الحد الأدنى المطلوب توافره في مجال العزل الصوتي .

(1) Jean Luis Costa ; la responsabilité des constructeurs d'après la loi du 4 janvier 1978 , Dalloz 1978 , chronique , p . 44 . col (1) .

(2) Voir par ex : Cass Civ . 3 . 18 juin 1975 . D . 1977 juin 53 , Cass Civ , 21 janv 1975 , D. 1975 . I . R . P . 81 .

(3) Albert Caston ; ouvrage précité N° 185 , p 103 ; Jean Pierre Karila ; ouvrage précité , p H⁶ .

و تخضع الأعمال التي من شأنها أن تفي بهذه المتطلبات لضمان إتمام الأعمال على الوجه الأكمل المنصوص عليه في المادة 1792 - 6 من القانون المدني الفرنسي .

و يضمن البائع أو المرقى العقاري ، في مواجهة أول من يشغل كل وحدة سكنية ، مطابقة هذه المتطلبات ، و ذلك في خلال ستة أشهر ، تحسب من وقت حيازته الفعلية لهذه الوحدة <<(1) .

و يتضح من الفقرة الثانية من هذا النص ، أن العيوب المتعلقة بالعزل الصوتي في المباني السكنية ، أصبحت تخضع لضمان إتمام الأعمال على الوجه الأكمل ، و ذلك لمدة سنة من تاريخ التسلم .

كما يتضح أيضا من الفقرة السادسة من النص السالف الذكر ، أن البائع أو المرقى العقاري ، يلتزم بضمان جودة العزل الصوتي ، و لكن أثناء مدة مختلفة

(1) article .7 . (loi N⁰ 78-12 du 4 Janv 1978) " Les contrat de louage d'ouvrage ayant pour objet la construction de bâtiment d'habitation sont réputés contenir les prescriptions légales ou réglementaires relatives aux exigences minimales requises en matière d'isolation phonique .

Les travaux de nature à satisfaire à ces exigences relèvent de la garantie de parfait achèvement visée à l'article 1792-6 du code civil .

le vendeur ou le promoteur immobilier est garant , à l'égard du premier occupant de chaque logement , de la conformité à ces exigences pendant six mois de sa prise de possession " .

عن تلك التي يخضع لها المقاول ، فالبائع أو المرقي العقاري ، يلتزمان في مواجهة أول من يشغل كل وحدة سكنية ، لمدة ستة أشهر، تحسب من وقت حيازته الفعلية لهذه الوحدة بينما لا يلتزم المقاول إلا في خلال سنة تحسب من تاريخ تسلم الأعمال⁽¹⁾ .

و يتعين علينا أن نذكر هنا بأن قانون الترقية العقارية رقم 86-07 لسنة 1986 لم ينص على خضوع البائع (المكتب) إلى ضمان حسن الإنجاز ، و ضمان حسن أداء عناصر التجهيز القابلة للإنفصال . ومع ذلك فإنه ألزمه بالإضافة إلى خضوعه للضمان العشري ، بضمان البناء مدة ثلاث سنوات . فقد نصت المادة 40 من قانون الترقية العقارية الملغي على أن >> يلتزم المكتب بإحدى عمليات الترقية العقارية بضمان المبنى مدة ثلاث سنوات ابتداء من تاريخ تسلم الأشغال أو من تاريخ إكتشاف العيب ... << .

ونلاحظ على النص ، أنه لم يبين بوضوح الأعمال التي تخضع للضمان الثلاثي . ومن المؤكد أن المشرع لا يقصد بهذا الضمان تغطية الأعمال الكبيرة في البناء التي تخضع للضمان العشري و إنما يقصد به تغطية الأعمال الصغيرة التي تخرج من نطاق الضمان العشري ، مقتبسا هذا الحكم - على ما يبدو - من الفقرة الثانية من

(1) Liet – veaux ; ouvrage précité , p . 45 .

محمد ناجي ياقوت : المرجع السابق ، ف 59 ، ص 146 .

المادة 1646 - 1 المضافة إلى القانون المدني الفرنسي بمقتضى القانون رقم 67-3 الصادر في 7 يناير 1967 و المعدلة بالقانون رقم 78-12 لسنة 1978 التي تقضي بأنه >> يلتزم البائع بضمان الأعمال الصغيرة مدة سنتين تحسب من تاريخ تسلم الأشغال <<⁽¹⁾ ، و ما يؤكد كلامنا هذا هو أن الفقرة الثالثة من المادة 1646-1 تكاد تتطابق مع الفقرة الثانية من المادة 40 السالفة الذكر⁽²⁾ .

و لم يوفق المشرع حسب رأينا في التمييز بين عمل كبير يسأل عنه المكتتب لمدة عشر سنوات ، وآخر صغير يسأل عنه لمدة ثلاث سنوات ، لأن ذلك التمييز يثير صعوبات كبيرة في التطبيق العملي ، و هي نفس الإعتبارات التي جعلت المشرع الفرنسي يلغي التفرقة بين عمل كبير و صغير . كما يكتنف النص الغموض أيضا من حيث بداية سريان مدة الضمان ، فمدة الضمان حسب النص تبدأ في السريان إما من تاريخ تسلم الأشغال ، أو من تاريخ إكتشاف العيب . ومن الصعب جدا التوفيق بين هاتين العبارتين ، فكيف يمكن حساب مدة الضمان ابتداء من تاريخ تسلم الأشغال

(1) article . 1646 – 1 , al -2- (loi N⁰ 67-3 du 7 janv 1967) " le vendeur est tenu de garantir les menus ouvrage pendant deux ans à compter de la réception des travaux " .

(2) تنص الفقرة الثانية من المادة 40 من قانون الترقية العقارية لسنة 1986 على أنه >> ولا داعي لفسخ العقد أو تخفيض السعر إذا ألتزم المكتتب نفسه بإصلاح العيب في آجال معقولة لا يمكن أن تتجاوز ثلاثة (3) أشهر << . و تنص الفقرة الثالثة من المادة 1646 - 1 على أنه >> ولا داعي لفسخ العقد أو تخفيض الثمن إذا ألتزم البائع بإصلاح العيب << .

" il n'y aura pas lieu à résolution du contrat ou à diminution du prix si le vendeur s'oblige à réparer le vice "

أو إكتشاف العيب ؟ فإذا سلمنا فرضاً أن مدة الضمان تبدأ في السريان من وقت إكتشاف العيب ، فمعنى ذلك أن المكنتب يسأل عن العيوب التي تصيب الأعمال الصغيرة لمدة غير محددة . و من ثم تكون مسؤوليته عن الأعمال الصغيرة أشد منها في الأعمال الكبيرة . و إذا قلنا أن مدة الضمان تسري إبتداء من تاريخ تسلم الأشغال ، فإن ذمة المكنتب تبرأ بإنقضاء مدة الضمان وهي ثلاث سنوات - و هذا ما قصده المشرع في رأينا - و كان على المشرع أن يكتفي بالنص على أن مدة الضمان تبدأ في السريان من تاريخ التسلم ، و أن ترفع دعوى الضمان خلال ستة اشهر مثلاً إبتداء من تاريخ إكتشاف العيب . غير أن بداية سريان مدة الضمان من تاريخ تسلم الأشغال تثير صعوبة في التطبيق العملي ، وذلك في الحالات التي لا يحصل فيها التسلم ، و هي الحالات التي يكون فيها البناء قد أنجز من طرف المكنتب نفسه ، وكان على المشرع أن يتفادى ذلك بنصه على بداية سريان مدة الضمان من تاريخ تسليم شهادة المطابقة كما هو الحال في بداية سريان مدة الضمان العشري بالنسبة للمكنتب .

الفرع الثاني

المدة التي يجب أن يتحقق خلالها الضرر

لا يكفي للرجوع بناء على المسؤولية العشرية أو الضمان العشري ، أن يتضرر البناء ، بل يجب أن يحدث هذا الضرر خلال مدة معينة .

و المدة التي يجب أن يتحقق فيها الضمان ، هي بحسب الأصل عشر سنوات ، لذلك يثور التساؤل عن الوقت الذي تبدأ فيه هذه المدة في السريان ، وعن طبيعتها القانونية .

أولا : تحديد بداية مدة الضمان

لقد نص المشرع الجزائري ، في الفقرة الثانية من المادة 554 من المجموعة المدنية صراحة على أن مدة العشر سنوات تبدأ من تاريخ تسلم الأعمال نهائيا ، كما نص كذلك في المادة 41 من قانون الترقية العقارية الملغي صراحة على أن مدة العشر سنوات تبدأ من تاريخ تسليم شهادة المطابقة التي تسلمها الجهة المختصة في الولاية ، أما نص المادة 8 من المرسوم رقم : 03/93 المتعلق بالنشاط العقاري و المادتين 49 و 46 من القانون رقم 11-04 المحدد للقواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية الذي يخضع له البيع موضوع الدراسة ، فإن هذه المواد لم تكن في وضوح نص المادة 41 من قانون الترقية العقارية كما سبق القول حتى من حيث إمكان خضوع البائع (المتعامل في الترقية العقارية أو المرقي العقاري) للضمان الخاص

بالمشيدين المنصوص عليه في المادة 554 وما بعدها من القانون المدني ، ناهيك عن بداية سريانه وما دامت المواد 8 من مرسوم 03-93 و 49 و 46 من القانون رقم 04-11 لم تنص على بداية سريان مدة الضمان ، فإنه يتعين و الحال هذه تطبيق المادة 554 التي تنص على أن مدة العشر سنوات تبدأ من تاريخ تسلم الأعمال نهائيا .

وإذا كان المشرع نص صراحة على أن مدة الضمان تسري إبتداء من تاريخ تسلم الأعمال نهائيا ، إلا أنه لم يبين ما هو المقصود بتسلم الأعمال ، مثله في ذلك مثل القانون المدني الفرنسي قبل سنة 1978 .

وقد سبق و أن رأينا⁽¹⁾ ، عند دراستنا للإلتزام بالتسليم بأن الفقه عرف تسلم الأعمال بأنه ، تقبل العمل من طرف صاحب العمل بمعنى موافقته على هذا العمل بعد فحصه وإقراره بأنه قد نفذ وفقا للشروط المتفق عليها في الصفقة ولما تقتضيه أصول صناعة البناء⁽²⁾ . وقد عرفته الفقرة الأولى من المادة 1792-6 المضافة إلى

(1) راجع سابقا ص 196 من هذا البحث .

(2) راجع السنهوري : المرجع السابق ، ف 81 ، ص 148 .

Planiol et ripert, ouvrage précité, N° 931 . P 169; p . peter, ouvrage précité, p .9; collette Canteloube, la responsabilité décennale des entrepreneurs en droit publique français, 2° édition édition eyrolles 1967, p . 57 ; H . L et J .mazeaud, ouvrage précité N° 1070-8 , p . 84 .

القانون المدني الفرنسي بقانون 4 يناير 1978 بأنه . >> التصرف الذي بموجبه يعلن رب العمل قبوله للعمل بتحفظ أو بدونه << (1) .

و قد تتضمن الصفة إتفاقا على ازدواجية التسليم ، أحدهما مؤقت يستمر عادة لمدة سنة ، يليه تسلم نهائي . و يثير مثل هذا الإتفاق التساؤل عن تحديد بدء سريان مدة العشر سنوات ، وهل يجب أن تحسب من وقت التسلم المؤقت أو من تاريخ التسلم النهائي ؟

لا مجال لهذا التساؤل في القانون الجزائري ، فقد نصت الفقرة الثانية من المادة 554 مدني جزائري صراحة على أن مدة العشر سنوات تبدأ من وقت تسلم العمل نهائيا⁽²⁾ ، وهذا على خلاف الحال في القانون الفرنسي .

أما في فرنسا فقد ذهب رأي إلى أن سريان مدة العشر سنوات تكون من تاريخ التسليم المؤقت⁽³⁾ . بينما ذهب رأي آخر إلى أن هذه المدة تبدأ من تاريخ التسليم

(1) acticle . 1792-6 (Loi N^o 78 -12 du 4 janvier 1978) " La réception est l'acte par lequel le maître de l'ouvrage déclare accepter avec ou sans réserves ... " .

(2) و هذا على خلاف الحال لبداية سريانها بالنسبة للبائع المكتتب في ظل قانون الترقية العقارية لسنة 1986 ، حيث تبدأ بالنسبة له من تاريخ تسليم شهادة المطابقة التي تسلمها الجهة المختصة للولاية ، المادة 41 من القانون السابق ذكره .

(3) Voir par ex : cass civ .3. 9 janvier 1969;cass civ .3 . 8 mai 1969;cass civ .3.10 decembre 1969; cass civ .3. 8 mars 1970; cass civ .3. 01 fevrier 1977; T.G.I. paris 6e , 31 mai 1967, cité par aAlbert caston, 1979, N^o 231.p . 120 . note (52) .

= راجع أيضا الحجج التي يؤيدها هذا الإتجاه و التي أشار إليها :

النهائي⁽¹⁾ . وقد حسم المشرع الفرنسي لسنة 1978 هذا الخلاف حين نص في الفقرة الأولى من المادة 6-1792 على نظام التسليم الواحد ، سواء كان مقترنا بتحفظات أو لم يكن مقترنا بتحفظات ، ونص في المادة 2270 على أن مدة العشر سنوات هذه تبدأ من وقت تسلم الأعمال .

وقد يتم تسلم الأعمال على عدة دفعات ، بما يطرح التساؤل عن الوقت الذي تبدأ فيه مدة العشر سنوات في السريان ، وهل من وقت أن تتم الدفعة الأخيرة أو من وقت تسلم كل جزء بالنسبة لهذا الجزء ؟ .

يسلم الفقه و القضاء بأن مدة الضمان تحسب من وقت أن تتم الدفعة الأخيرة إذا كانت المباني مرتبطة ببعضها البعض من حيث الصلابة و المتانة ، بحيث لا يمكن تجزئتها ، أما إذا كانت المباني أو أجزاءها ، منفصلة عن بعضها البعض ، بحيث يمكن تجزئتها فإن مدة العشر سنوات تبدأ في السريان من وقت تسلم كل جزء بالنسبة

=Bernard soinne : la responsabilité des architectes et des entrepreneurs après la réception des travaux . (contribution à l'étude comparative de la garantie décennale et de la responsabilité de droit commun) , thèse , lille 1968 , éd 1969.tome 2 . p . 544 .

(1) en ce sens : cass civ .3 18 Avril 1972;cass viv.3. 20 juin 1972 cass civ.1. 17 mai 1965;cass civ.3. 6 mars 1973;cass civ.3. 17 juin 1975, cité par albert caston, ouvrage précité, N^o 231.p . 120, note (53) et voir aussi albert caston, précité, N^o 230, p . 120 .

لهذا الجزء على حدى⁽¹⁾ .

وإذا ظهرت عيوب خلال مدة السنوات العشر التالية لتسلم الأعمال ، وقام المقاول بإصلاح هذه العيوب مقرا بمسؤوليته عنها ، فإنه يكون لرب العمل مدة عشر سنوات جديدة بالنسبة إلى أعمال الإصلاح الجديدة فقط ، تبدأ من تاريخ تسلم رب العمل أو المالك لهذه الأعمال ، وليس من وقت تسلم الأعمال الأصلية⁽²⁾ .

وتسري مدة الضمان العشري في القانون الجزائري من وقت تسلم الأعمال نهائيا في مواجهة كل من المهندس المعماري و المقاول و المرقي العقاري ، أما في فرنسا فإن مدة الضمان العشري ، تسري من وقت التسلم بالنسبة لكل المشيدين الذين ساهموا في عملية البناء والتشييد ، سواء كانوا مرتبطين مع رب العمل أو المالك بعقد عمل ، أو بعقد آخر ، طالما كانوا من الأشخاص الذين إعتبرهم قانون 4 يناير

(1)V . en ce sens: planiol et ripert par rouast, précité , N^o 958 .p .203. , cass civ 3. 5 mars 1970 cité par boubli bernnard, 1979, précité, N^o 223, p .138, note (60) .

(2) هذه المدة الجديدة كانت في فرنسا سنتان أو عشر سنوات ، تبعا لما إذا كانت الأعمال محل الإصلاح كبيرة أو صغيرة ، راجع في ذلك :

cass viv.3. 10 décembre 1974, cité par boubli bernnard, ouvrage précité, 1979, N^o 427, p .270 et 271, note 125; cass civ .3. 22 avril 1976, D . 1976; sem . 58; p . peter, ouvrage précité, p . 16 .

1978 في حكم المشيدين من حيث مدى خضوعهم للمسؤولية العشرية⁽¹⁾ ، ولكن مع ذلك يبدو من أحد أحكام محكمة النقض الفرنسية ، أنه يمكن أن يختلف بدء وقت سريان مدة الضمان من مشيد إلى آخر في علاقته برب العمل ، ولكن بشرط أن يوجد إتفاق صريح على ذلك ، كأن يتفق مثلا رب العمل مع المهندس المعماري على أن يكون بدء مدة الضمان بالنسبة لهذا الأخير من وقت التسلم النهائي ، ويتفق مع المقاول على الوقت الذي تبدأ فيه مدة أخرى للضمان ، كأن تكون مثلا من وقت التسلم المؤقت⁽²⁾ .

ولقد قدر المشرع أن مدة عشر سنوات كافية لإختبار متانة البناء وصلابته بحيث إذ لم يظهر فيه عيب طيلة هذه المدة ، فقد أنقضت مدة الضمان ولا عبرة بالعيب الذي يظهر بعد ذلك حتى ولو كان راجعا إلى مخالفة عمدية للشروط و المواصفات المتفق عليها في العقد⁽³⁾ .

ولكن هل يكفي في الرجوع بالضمان على المشيد ، أو المرقى العقاري ، أن

(1) en ce sens : Jean pierre karila , ouvrage précité , p.F²⁶ ; H .L et J . mazeaud, ouvrage précité, N^o 1070-23 ,p . 130, et voir aussi conseil d'etat, 25 avril 1969, D . 1969. P 480 , note noderne .

(2)Voir en ce sens : cass civ . 3 .3 Av 1979, D. 1979, I . R .P . 406

(3) راجع في ذلك السنهوري : المرجع السابق ، ف 67 ص 122 ، و المراجع التي أشار إليها في الهامش (1) .

يثبت رب العمل أو المشتري وجود العيب في البناء خلال عشر سنوات حتى ولو لم ينكشف إلا بعد إنقضائها ، أو لا بد من إنكشاف العيب فعلا خلال هذه المدة ؟ .

ذهب البعض⁽¹⁾ إلى القول بأنه إذا وجد العيب خلال العشر سنوات التالية لتاريخ تسلم الأعمال نهائيا ، فإن حق رب العمل أو المالك في رجوعه على المهندس المعماري أو المقاول يبقى قائما ، حتى ولو لم ينكشف إلا بعد هذه المدة ، وفي هذه الحالة لا يبدأ سريان التقادم ومدته ثلاث سنوات إلا من وقت انكشاف العيب لا من وقت وجوده .

وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض المصرية >> بأن الضمان الذي يرجع إلى تنفيذ المقاول أعمال البناء ، يتحقق إذا ظهر وجود العيب في البناء خلال عشر سنوات من وقت التسليم ولو لم تنكشف آثار العيب أو تتفاقم أو يقوم التهدم بالفعل إلا بعد إنقضاء هذه المدة <<⁽²⁾ بينما ذهب البعض الآخر⁽³⁾ ، مستندا في ذلك إلى حكمين لمحكمة النقض المصرية الأول في 28 نوفمبر 1973⁽⁴⁾ ، و الثاني في 13 مايو 1973⁽⁵⁾ ، إلى أن العبرة في الضمان العشري ، تكون طبقا لصريح عبارة المادة

(1) أنظر في هذا المعنى محمد لبيب شنب ، أشار إليه السنهوري : المرجع السابق ف 67 ص 122 ، الهامش (1) .

(2) نقض مدني مصري في 23 يونيو 1970 مجموعة أحكام النقض لسنة 21 ص 1068 رقم 171 .

(3) محمد ناجي ياقوت : المرجع السابق 67 ص 162 .

(4) نقض مدني مصري في 82 نوفمبر 1973 مجموعة أحكام النقض ، السنة 24 ص 1146 رقم 199 .

(5) نقض مدني مصري في 13 مايو 1973 مجموعة أحكام النقض لسنة 24 ص 853 رقم 150 .

651 من القانون المدني المصري ، المقابلة للمادة 554 من القانون المدني الجزائري ، أي تهدم البناء كلياً أو جزئياً ، أو يظهر فيه عيب على درجة كبيرة من الخطورة ، بشرط أن يتهدم البناء فعلاً أو ينكشف العيب خلال مدة عشر سنوات ، لأن هذا يتفق مع الحكمة التي قصدها المشرع ، وأن القول بغير ذلك يؤدي إلى إهدارها ، بمعنى أنه يؤدي إلى إطالة المدة التي قررها المشرع للضمان .

وفي الحقيقة لا يتبين من هذين الحكمين ، أنهما يؤيدان هذا الرأي ، بل يظهر لنا بوضوح أنهما يؤيدان الرأي الأول ، ويستفاد ذلك من عبارة هذين الحكمين ، فالحكم الأول قضى ، بأن الضمان يتحقق إذا حدث سببه خلال هذه المدة⁽¹⁾ كما قضى أيضاً ، بأنه يشترط لتحقيق الضمان أن يحصل التهدم أو يظهر العيب ، خلال مدة عشر سنوات من تسلم رب العمل البناء .

وفي الحقيقة فإننا لا نعرف كيف نوفق بين هاتين العبارتين ، وهل هما مترادفتين . أما الحكم الثاني ، فقد تعرض إلى ميعاد سقوط دعوى الضمان بالتقادم الثلاثي ، الذي يبدأ من تاريخ التهدم الفعلي الكلي أو الجزئي ، في حالة عدم إنكشاف العيب الذي أدى إليه ، ومن تاريخ إنكشاف العيب دون إنتظار إلى تفاقمه حتى يؤدي إلى تهدم المبنى ، وإضطرار صاحبه إلى هدمه ، ولم يرفض الدعوى على أساس إنقضاء مدة الضمان . كما أن صاحب هذا الرأي يعول على حكم هام لمكحمة النقض

(1) ويبدو أن محمد شكري سرور ، يرجح هذا الحكم لصالح أنصار الرأي الأول ، أنظر محمد شكري سرور : المرجع السابق ، ف 238 ، ص 264 .

الفرنسية بدوائرها الجمعية صدر في 2 أغسطس 1882⁽¹⁾ الذي قرر بأنه >> لا يكفي لتطبيق المسؤولية العشرية المنصوص عليها في المادتين 1792، 2270 أن يظهر العيب خلال عشر سنوات التالية لتاريخ تسلم الأعمال ، بل يجب أن يتم رفع الدعوى به خلال هذه المدة << فإنه لا يتبين لنا أيضا من هذا الحكم ، أنه لا يعوض رب العمل عن العيوب التي يثبت وجودها أثناء مدة الضمان ، و لم تتكشف إلا بعد إنقضائها ، وإنما أشترط أن يكون ميعاد رفع الدعوى لا زال ساريا ، ذلك أن مهلة رفع الدعوى في فرنسا هي نفسها مدة الضمان⁽²⁾ ، ومع ذلك فإننا نميل إلى الأخذ بالرأي الثاني ، لأنه يتفق مع ما قصده المشرع من تقرير مدة الضمان بعشر سنوات ، لأنه رأى فيها أنها كافية لتجربة البناء ، وإذا لم يتهدم البناء أو يظهر به عيب على درجة كبيرة من الأهمية خلال هذه المدة ، فمعنى ذلك أن المقاول نفذ الأعمال طبقا للشروط المتفق عليها في الصفقة ، ولما توجهه أصول فن المعمار ، ولا يهم بعد ذلك العيب الذي ينكشف بعد إنقضاء مدة الضمان ، حتى ولو أثبت رب العمل ، أن هذا العيب يرجع في أصله خلال مدة الضمان .

ثانيا : الطبيعة القانونية لمدة الضمان .

هل مدة العشر سنوات ، هي مدة تقادم ، أم مدة تجربة لمتانة البناء وصلابته ؟

تختلف إجابة هذا السؤال في القانون الجزائري عنه في القانون الفرنسي .

(1) Ch.reun . 2 aout 1882, D . 1883 .1. P. 5, S 1883.1. P .5. note labbé, cité par planiol et ripert par rouast, ouvrage précité N^o 959, p. 206, note (1) .

(2) راجع لاحقا ، ص 250 وما بعدها من هذا البحث .

يذهب الفقه الجزائري⁽¹⁾ ، إلى أن مدة العشر سنوات المنصوص عليها في المادة 554 من القانون المدني الجزائري هي مدة إختبار لصلابة البناء وسلامته، يستطيع خلالها رب العمل أن يتحقق من حسن تنفيذ الأعمال التي قام بها المشيد، وليس مدة تقادم .

ونحن نأخذ بهذا الرأي ، وعلى ذلك فإن هذه المدة لا تكون عرضة لأن توقف لو وجد مانع يتعذر معه على رب العمل أن يطالب بحقه في الضمان ، كأن يكون غير كامل الأهلية أو غائبا وليس له نائب يمثله قانونا⁽²⁾ ، كذلك لا تكون مدة العشر سنوات عرضة لأن تنقطع⁽³⁾ .

ويجوز الإتفاق على إطالة مدة الضمان ، كأن يتفق رب العمل مع المشيدين على أن تبقى مدة الضمان عشرين سنة أو أكثر ، إذ قد تقتضي بذلك جسامة الأعمال و دقة

(1) Amor zahi, R .A . article précité , p . 601 et 602 .

و راجع أيضا في الفقه المصري : حامد زكي : شرح القانون المدني - العقود المعينة ، الجزء الثاني ، الطبعة الثانية ، مكتبة عبد الله وهبة ، 1945 ف 134 ص 173 - محمد كمال مرسي : المرجع السابق ، ف 102 ص 697 و 508 - السنهوري : المرجع السابق ، الجزء 7 ف 67 ص 123 ، محمد ناجي ياقوت : المرجع السابق ، ف 68 ص 165 - محمد شكري سرور : المرجع السابق ، ف 227 ص 253 .

(2) حامد زكي : المرجع السابق ، ف 134 ص 173 - محمد كمال مرسي : المرجع السابق - ف 602 ص 508 - السنهوري ، المرجع السابق جزء 7 ف 67 ص 123 - محمد ياقوت ناجي : المرجع السابق ، ف 67 ص 165 . . 602 . Amor zahi, ouvrage précité , p .
(3) السنهوري : المرجع السابق ، الجزء 7 ، ف 67 ص 123 .

العمل فيها ، بحيث أن إختبار متانتها وصلابتها يحتاج إلى مدة أطول من عشر سنوات⁽¹⁾ .

وإذا كان يجوز الإتفاق على إطالة مدة الضمان ، هل يجوز الإتفاق على تخفيضها ؟ تجيب المادة 556 من القانون المدني الجزائري صراحة على بطلان الإتفاقات التي من شأنها الحد من الضمان⁽²⁾ . ومع ذلك يجوز أن تكون مدة الضمان أقل من عشر سنوات ، إذا كان المقصود من المنشآت ألا تبقى طول هذه المدة . (وضرب الأستاذ الدكتور أحمد عبد الرزاق السنهوري) مثلا على ذلك حيث يقول : >> إذا كان هناك معرض مدته سنة ، وأقام أحد العارضين مبنى في المعرض ، يعرض فيه بضائعه ، فإن المفروض أن هذا المبنى لا يدوم إلا سنة واحدة ، هي مدة بقاء المعرض وبعد ذلك يهدم ، فتكون مدة الضمان في هذه الحالة سنة واحدة لا عشر سنوات⁽³⁾ <<، وقد نص المشرع المصري في الفقرة الأولى من المادة 651 من القانون المدني المصري ، صراحة على جواز أن تكون مدة

(1) السنهوري : المرجع السابق ، ف 67 ص 124 - محمد لبيب شنب ، أورده محمد ناجي ياقوت : المرجع السابق ، ف 68 ص 166 هامش (374) .

(2) تنص المادة 556 مدني جزائري على أن >> يكون باطلا كل شرط يقصد به إعفاء المهندس المعماري و المقاول من الضمان أو الحد منه << و نصت على ذلك أيضا المادة 45 من القانون رقم 04-11 لسنة 2011 . المقابلة للمادة 18 من المرسوم التشريعي رقم 03-93 . بقولها >> دون الإخلال بالأحكام السارية في القانون المدني و قانون العقوبات و المتعلقة بتطبيق الأحكام المتضمنة في هذا الفصل ، يعد باطلا و غير مكتوب كل بند من العقد يهدف إلى إقصاء او حصر المسؤولية أو الضمانات المنصوص عليها في أحكام هذا القانون ، و تلك المنصوص عليها في التشريع و التنظيم المعمول بهما أو تقييد مداها ، سواء باستبعاد أو بحصر تضامن المقاولين الثانويين مع المرقى العقاري << .

(3) السنهوري : المرجع السابق ، ف 67 ص 124 و 125 .

ضمان المهندس المعماري و المقاول لعيوب البناء أقل من عشر سنوات⁽¹⁾ .

أما المشرع الفرنسي فقد حدد مدة الضمان بعشر سنوات في المادة 1792 الواردة في الباب المخصص لعقد المقاولة ، ونص في المادة 2270 الواردة في باب التقادم على إعفاء المهندس المعماري و المقاول من هذا الضمان بعد مضي عشر سنوات ، وقد أدى هذا الازدواج التشريعي إلى التساؤل ، حول معرفة الطبيعة القانونية لمدة عشر سنوات هذه ، وهل هي مدة للتقادم، أم مدة لإختبار متانة البناء .

ذهب رأي إلى القول ، بأن مدة العشر سنوات المنصوص عليها في المادتين 1792-2270 هي مدة لإختبار متانة البناء ، و ليس مدة تقادم ، فهذه الأخيرة تسقط بمرور ثلاثين سنة طبقا للقواعد العامة⁽²⁾ .

وذهب رأي آخر إلى أن المادة 1792 الواردة في الباب المخصص لعقد إيجار عمل (مقاوله) ، تحدد مدة الضمان لإختبار مدى صلابة البناء وسلامته ، بدليل أن

(1) وتطبيقا لذلك ، قضي بأنه لا يكفي مجرد النص في العقد على مدة للضمان أقل من عشر سنوات ، بل يجب أن يتبين أن المتعاقدين قصدا بالبناء أن يبقى أقل من عشرة سنوات ، وفي هذه الحالة يجب أن يكون الضمان لكل المدة التي يبقى فيها البناء . ولا يمكن أن يكون لمدة أقل . إستئناف مختلط في 28 مايو سنة 1936 ، أشار إليه السنهاوري المرجع السابق ، الجزء 7 ، ف 67 ص 125 هامش (2) - وأنظر محمد لبيب شنب أورده السنهاوري ، في نفس الهامش .

(2) en ce sens : aubry et rau , cité par planiol et ripert, précité, N^o 959, p . 205 , note (2) .

هذه المادة أوردها المشرع في الباب المخصص لعقد المقاوله ، أما المادة 2270 فقد وردت في باب التقادم ، ونص على تقادم دعوى الضمان بعشر سنوات ، تبدأ من يوم وقوع الضرر أو إنكشاف العيب ، بشرط أن يتحقق الضرر أو يظهر العيب خلال مدة الضمان ، أي خلال عشر سنوات التالية لتاريخ التسليم⁽¹⁾ .

ولكن القضاء الفرنسي لم يؤيد كلا الرأيين ، واستقر منذ حكم الغرفة المجتمعة لمحكمة النقض الفرنسية لسنة 1882⁽²⁾ على أن مدة العشر سنوات هي مدة ضمان ومدة تقادم في وقت معا، فيجب أن يتحقق الضرر أو يظهر العيب ، وأن ترفع الدعوى به خلال عشر سنوات من يوم وقوعه أو إنكشافه وإلا سقط حق رب العمل في رجوعه على المشيد بمرور عشر سنوات ، لذلك يسلم الفقه الفرنسي الحديث⁽³⁾ بأن مدة الضمان هذه ، هي من جهة مدة إسقاط *délai préfixe* لإختبار البناء للتحقق من متانته وسلامته ، وجودة تنفيذ الأعمال ، وبالتالي فإنها لا تكون عرضة لأن توقف⁽⁴⁾ ، كما أنها لا تقبل الإنقطاع⁽⁵⁾ ومن جهة أخرى ، هي مدة لرفع

(1) voir en ce sens : duvergier, testoud, cité par planiol et ripert précité, N° 359, p . 205 , note (3) .

(2) Ch.reun . 2 aout 1882, D . 1883 .1. 5, note labbé, cité par planiol et ripert par rouast, ouvrage précité N° 959, p. 206, note (1) .

(3) voir par ex: Jean pierre karila , ouvrage précité, p . I⁴⁹ boubli bernard, ouvrage précité, 1979, N° 414, p. 262 .

(3) cass civ .3. 26 nov 1970, cass civ .3. 4 nov 1971, cité par boubli bernard ouvrage précité, 1979, N° 417, p. 265 (87).

(5) cass civ .3. 26 nov 1970, précité, cass civ .3. 20 fév 1969, cité par boubli bernard ouvrage précité, N° 417, p. 265, note (88) ; C.E, 19 janv 1966, j c . p 1966 .2. 14594, not liet-veaux .

دعوى الضمان⁽¹⁾ ، أي أن دعوى الضمان يجب رفعها خلال العشر سنوات التي يجب أن يظهر العيب أو يتحقق العيب فيها ، ومعنى ذلك أنه إذا تهدم البناء أو ظهر العيب في اليوم الأخير من السنة العاشرة ، فإن الضمان يغطيه ، لكن دعوى الضمان لا يجوز سماعها في اليوم التالي ، إذ تكن سقطت بالتقادم⁽²⁾ ويترتب على إعتبار مدة العشر سنوات في هذه الحالة مدة تقادم ، أنها تنقطع في حالتين ، حالة رفع الدعوى الموضوعية على المشيد⁽³⁾ ، حتى ولو رفعت الدعوى أمام محكمة غير مختصة⁽⁴⁾ ، وحالة إقرار المدين بمسؤوليته⁽⁵⁾ صراحة أو ضمناً كأن يقوم المشيد بإصلاح العيوب أو يتعهد بإصلاحها⁽⁶⁾ .

(1) cass civ .3. 4 juin 1970, cité par boubli bernard , précité, N^o414,p.262, note (79).

(2) voir en ce sens : planiol et ripert, par rouast, ouvrage précité, N^o956 ,p.206 ; cantelaub, ouvrage précité, p. 164; liet-veaux, droit de la construction 1982, p. 346; fossereau, art, D .1977, p.22.

وراجع أيضا محمد ناجي ياقوت : المرجع السابق ، ف 69 ص 169 .

(3) cass civ .3. 3 juil 1969, cité par boubli bernard, précité, N^o418,p.266, note 95); et voir fossereau, art, D.1977, précité, p 22 .

(4) cass civ .2 déc 1969, D.1976, 243;et voir jean luis costa, art,D 1979, précité , p. 46 .

(5) cass civ .3. 22 avril 1976,sem.58; rouen, 14 nov 1968,G.P. .1969.1.sem. 17; et voir aussi jean pierre karila,cité par boubli bernard, précité,1979, N^o424,p.269, note (112); H.L et J.mazeaud, ouvrage précité, N^o1070-23 , p 131 .

(6) cass civ .3. 20 fév 1969, cité par H.L et J . mazeaud, précité, N^o1070-23 , p 131 . note (18);riom. 10 nov 1950, D. 1951, p. 179; C.E. 19 janv 1966. J .C.P 1966.2. 14594, note liet-veaux; cass civ 18 oct 1968,j.c.p 1969 .2. 16117, note soinne .

وقد أقتراح أثناء مناقشة مشروع قانون 1978 ، أن ينص على إنقطاع مدة العشر سنوات هذه برفع دعوى مستعجلة ، لكن مثل هذا الإقتراح لم يكتب له النجاح ، لأنه من شأنه أن يؤدي إلى إطالة مدة الضمان (1) .

وقد أحسن المشرع الجزائري ، بتنظيمه مدة التقادم مستقلة عن مدة ضمان الأعمال(2) ، فنص على أنها ثلاث سنوات تبدأ من تاريخ إكتشاف العيب أو حصول التهدم(3) . فإذا أنكشف العيب أو حصل الضرر ، في آخر السنة العاشرة من وقت تسلم الأعمال ، كان أمام رب العمل أو المشتري ثلاث سنوات أخرى لرفع دعوى الضمان ، فإذا أنقضت مدة ثلاث سنوات ولم ترفع الدعوى فلا يجوز سماعها لكونها

(1) en ce sens : boubli bernard ; ouvrage précité, 1979, N°419 , p 226 .

(2) وأنظر على العكس من ذلك ، عمر زاهي الذي يرى " بأن تمييز المشرع الجزائري بين مدة الضمان ومدة رفع الدعوى به يطرح مشكل على الصعيد العملي ، بل وأكثر من ذلك فهو يفضل الإبقاء على الأحكام القديمة (إي في ظل القانون المدني الجزائري القديم) التي تسوي بين مدة الضمان ومدة رفع الدعوى به ، ويرى أيضا بانه في جميع الحالات يتبين بوضوح تام من ظاهر الأحكام الجديدة للقانون المدني الجزائري (المادة 554) أنها في صالح المشيد " . Amor zahi, R .A . article précité , p . 601 .

وفي الحقيقة أن هذا الإتجاه جذير بالنقض لأنه لم يبين لنا بوضوح المشاكل التي يمكن أن تطرح من الناحية العملية ، بسبب إختلاف مدة الضمان عن مدة رفع الدعوى به ، كما أنه لم يوضح لماذا يفضل الإبقاء على الأحكام القديمة بالرغم من أنها لا تراعي مصلحة رب العمل ، بل تخدم مصلحة المشيد على عكس ما يراه . راجع تعقينا على موقف المشرع الفرنسي من هذه النقطة ، ص 257 .

(3) تنص المادة 557 مدني جزائري المقابلة للمادة 654 مدني مصري على أنه " تتقادم دعاوى الضمان المذكورة أعلاه بإنقضاء ثلاث سنوات من وقت حصول التهدم أو انكشاف العيب " . وفي هذا المعنى نقض مدني مصري في 31 يوليو 1973 مجموعة أحكام النقض ، السنة 24، رقم 356 ص 853 .

قد سقطت بالتقادم (1) .

وكان على المشرع الفرنسي أن يحدد مدة للضمان للتحقق من جودة تنفيذ الأعمال ، ومدة أخرى للتقادم مستقلة عن مدة الضمان ولتكن أربع سنوات يبدأ سريانها من تاريخ إنكشاف العيب . فإذا انكشف الضرر في آخر السنة العاشرة من وقت تسلم الأعمال ، كان أمام رب العمل أو المالك ، أربع سنوات أخرى لرفع دعوى الضمان ، فإذا إنقضت هذه المدة ولم يرفع رب العمل دعوى الضمان ، تكون قد سقطت بالتقادم ، وفي هذا رعاية كافية لرب العمل في عقد المقاوله أو المشتري في عقد بيع العقار على التصاميم المقصود أساسا من هذا الضمان المشدد ، أما القول بأن مدة العشر سنوات هي مدة للضمان ولرفع الدعوى به في وقت واحد فإنه يؤدي في نظرنا إلى إهدار حقوق رب العمل أو مشتري العقار على التصاميم ، وخاصة في الحالات التي ينكشف فيها الضرر في آخر يوم من السنة العاشرة لتسلم الأعمال ، لأن الدعوى تكون قد سقطت بالتقادم .

ننتهي إلى أنه يشترط للرجوع على المشيد على أساس الضمان العشري ، أن يكون الضرر المدعى به قد حدث بالفعل خلال المدة القانونية للضمان ، و أن يرفع المدعي دعواه خلال المدة المحددة لسقوطها ، فإذا إنقضت مدة الضمان ولم يتهدم

(1) وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأنه " إذا قضى الحكم بعدم قبول الدعوى بمضي أكثر من ثلاث سنوات بين إنكشاف العيب ورفع الدعوى لا يكون قد أخطأ في تطبيق القانون أو شابه القصور في التسبب " نقض مدني مصري في 31 يوليو 1973 السابق الإشارة إليه وراجع في نفس هذا المعنى السنهوري : المرجع السابق ، ف 69 ص 130 .

البناء أو يظهر فيه عيب ، على درجة من الخطورة ، برأت ذمة المشيدين نهائيا ، بحيث لا يجوز للمشتري الرجوع عليهم بناء على قواعد الضمان العشري .

و يبدو من خلال دراستنا للضمانات الممنوحة لمشتري العقار على التصاميم ، في مجال عيوب البناء ، أن المشرع خصه بحماية كافية في هذا الميدان ، لا مثل لها في البيع العادي ، ولا في عقد المقاول ، بالنسبة لرب العمل ، فقد رأينا أن هذا الأخير لا يستفيد قانونا من ضمان حسن أداء عناصر التجهيز القابلة للإنصال ، و لا من ضمان حسن إكمال الأعمال على الوجه الأكمل ، إذا لم يتم الإتفاق على هذا الضمان الأخير في الصفقة .

غير أن توزيع الضمانات أو المسؤوليات بين المرقى العقاري و غيره من الأشخاص الذين يستعين بهم في إنجاز مشاريع البناء ، كمكاتب الدراسات و المقاولين يقلل من هذه الحماية . كما أن غموض و عدم دقة بعض المواد المتعلقة بالضمان العشري قد يؤدي إلى إمكان إفلات المرقى العقاري من أحكام هذا الضمان .

فالمادة 46 من القانون رقم : 11-04 لسنة 2011 نصت صراحة على أن >> تقع المسؤولية العشرية على عاتق مكاتب الدراسات و المقاولين و المتدخلين الآخرين الذين لهم صلة بصاحب المشروع من خلال عقد ، في حالة زوال كل البناية أو جزء منها جراء عيوب في البناء ، بما في ذلك جراء النوعية الرديئة لأرضية الأساس << .

ونصت المادة 49 من نفس القانون على أنه >> يجب على المرقي العقاري أن يلتزم بمسؤوليته المدنية في المجال العقاري لفائدة زبائنه .

و يتعين عليه بهذه الصفة ، مطالبة مكاتب الدراسات و المقاولين و شركائه الآخرين بكل الضمانات و التأمينات القانونية المطلوبة .

و يستفيد من هذه الضمانات المالكون المتوالون على البناية << .

و يتبين من النصين السابقين ، أن الذي يسأل وفقا لأحكام الضمان العشري هو مكتب الدراسات ، أو المقاول ، أو أي مشيد آخر يكون مرتبطا بالمرقي العقاري بموجب عقد مقولة ، و أن المستفيد من هذا الضمان هم المالكون المتوالون على البناية . فلو فرضنا أنه بعد مرور خمس (5) سنوات على التسلم ظهر عيب في البناء موجب للضمان ، فمن هو الذي يرفع دعوى الضمان العشري على المسؤول مقولا كان أو مكتب دراسات ، أو أي شخص آخر ، هل هو المستفيد من الضمان أي المشتري ، أم من سيخلفه في الملكية ، أو المرقي العقاري بإعتبار هذا الأخير دائن لهم بالضمان لكونه كان مرتبط معهم بموجب عقد مقولة ، هذا من جهة ، ومن جهة أخرى فإن الفقرة الثانية من المادة 49 توجب على المرقي العقاري مطالبة مكاتب الدراسات و المقاولين بكل الضمانات و التأمينات القانونية . فما هو المقصود بالمطالبة هنا ، هل هي المطالبة القضائية أي الرجوع عليهم بدعوى الضمان عند تحققه ، أو المقصود بها هو مطالبتهم بالتأمين على هذا الضمان ، و هذا هو ما قصده المشرع - في رأينا - من عبارة >> يتعين عليه بهذه الصفة ، مطالبة مكاتب الدراسات

و المقاولين و شركائه الآخرين بكل الضمانات و التأمينات القانونية المطلوبة << .
لأن الضمان المقرر على هؤلاء هو ضمان قانوني ، و لا حاجة للمرقي العقاري
بالتالي بإشتراطه عليهم . و المقصود بالضمان هنا هو الضمان العشري المقرر
عليهم بموجب نص المادة 46 من القانون رقم 04-11 لسنة 2011 . أما ضمان حسن
إكتمال البناء على الوجه الأكمل ، و ضمان حسن أداء عناصر التجهيز الغير قابلة
للإنفصال فلم تنص عليهما المادة 46 و من ثم لا يمكن أن يتحمل بهما مكتب
الدراسات أو المقاول أو غيرهما من الأشخاص الآخرين المرتبطين مع المرقي
العقاري بعقد مقاوله ، و أن هؤلاء جميعا لا يخضعون لهذين الضمانين وفقا
لنصوص عقد المقاوله إلا إذا تضمن هذا الأخير بندا يلتزم بموجبه المقاول بضمان
إتمام الأعمال على الوجه الأكمل كما جرى عليه العمل في عقود المقاولات .

ثم ما هو الحكم إذا تولى المرقي العقاري بنفسه إنجاز البناء كما هو الغالب في
الحياة العملية دون أن يستعين بمقاول ، و ظهر في البناء عيب ينسب له ، فعلى من
يرجع المشتري بالضمان العشري ما دام المرقي العقاري ليس من بين الأشخاص
الذين عدتھم المادة 46 من القانون رقم 04-11 ؟ . ضف إلى ذلك ، أن في رجوع
المشتري على غير المرقي العقاري ، الذي لم يرتبط معه مباشرة ، فيه إرھاق
للمشتري ، فهو في هذه الحالة يتعين عليه أن يبحث عليه ، و أن يثبت أنه كان مرتبطا
مع المرقي العقاري بعقد مقاوله . و في هذا مشقة و عناء للمشتري ، و كان بإمكان
المشرع أن يتغلب على كل ذلك بالنص صراحة على خضوع المرقي العقاري لأحكام

الضمان العشري كما كان ذلك في ظل قانون الترقية العقارية⁽¹⁾ لسنة 1986 . سواء كان هو الذي قام بنفسه بإنجاز البناء أو كلف مشيدين آخرين بإنجازه و أن تكون صياغة النص كما يلي >> يلتزم المرقى العقاري لمدة عشر سنوات تبدأ من وقت تسلم البناء ، بالعيوب الخفية ، التي يلتزم بها المهندس المعماري و المقاول بمقتضى المادة 554 من القانون المدني ، في مواجهة المشتري ، أو من أنتقلت إليه ملكية البناء ، سواء كان هو الذي قام بنفسه بإنجاز البناء ، أو كلف مشيدين آخرين بإنجازه في جملة أو في جزء منه و سواء تم البيع قبل إكمال البناء ، أي البيع على التصاميم ، أو تم البيع بعد إكمال البناء << .

(1) لقد نصت المادة 41 من القانون رقم 86-07 المتعلق بالترقية العقارية لسنة 1986 الملغى على ما يلي >> يتحمل المكتب بإحدى عمليات الترقية العقارية طوال عشر سنوات ابتداء من تاريخ تسليم شهادة المطابقة ، العيوب الخفية التي يتحملها أيضا المهندسون المعماريون أو المقاولون و الأشخاص الآخرون الذي يربطهم بصاحب الأشغال عقد إيجار العمل ، و ذلك عملا بالمواد 140 الفقرة الأولى و 554 و 564 من القانون المدني << .

المطلب الثاني

إلتزام المرقى العقارى بالتأمين فى

عقد بيع العقار بناء على التصاميم

لا يلتزم البائع فى عقد بيع العقار بناء على التصاميم بضمان الأضرار التى تهدد متانة البناء ، أو تجعله غير صالح للغرض الذى أعد له فقط ، بل يلتزم فضلا عن ذلك بالتأمين على هذا الضمان أو هذه المسؤولية ، فقد لا يكون فى وسع البائع إصلاح هذه الأضرار ⁽¹⁾ مما قد يؤدي إلى ضياع حق المشتري فى الضمان .

لذلك تدخل المشرع وفرض التأمين الإلجبارى ضد مسؤولية المرقى العقارى أو البائع عن الأضرار التى تصيب البناء موضوع البيع ، وحتى يتمكن المشتري من الرجوع مباشرة على المؤمن ، ومطالبته بإصلاح الأضرار التى تصيب البناء محل البيع ، بل أن المشرع الفرنسى لم يكف بذلك ، فقد نظم نوعا آخر من التأمين أطلق عليه تأمين الأضرار يهدف إلى إصلاح الأضرار بسرعة ، وقبل البحث فى المسؤولية عن هذه الأضرار ، وهذا ما سنعرض له فى الفرعين التالىين ، حيث نعرض فى الفرع الأول : لتأمين المسؤولية ، ونعرض فى الفرع الثانى لتأمين الأضرار .

(1) عبد الودود يحيى ، مسؤولية المهندسين والمقاولين والتأمين منها - مجلة مصر المعاصرة السنة السبعون - العدد 376 أبريل سنة 1979 ص 6 .

الفرع الأول تأمين المسؤولية

تنص الفقرة الثانية من المادة 8 من المرسوم رقم : 03/93 المتعلق بالنشاط العقاري على أنه >> وقبل أي تسليم بنائية إلى مشتري يتعين على المتعامل في الترقية العقارية أن يطلب من المهندسين المعماريين و المقاولين المكلفين بإنجاز المنشآت شهادة تأمين تحملهم المسؤولية المدنية العشرية المنصوص عليها في أحكام القانون المدني ، لا سيما المادة 554 منه ، وطبقا للقانون المتعلق بالتأمينات لا سيما مواده من 94 إلى 99 << .

و تنص الفقرة الثانية من المادة 49 من القانون رقم 04-11 على أنه >> يتعين على المرقي العقاري مطالبة مكاتب الدراسات و المقاولين و شركائه الآخرين بكل الضمانات و التأمينات القانونية المطلوبة ... << .

وتنص المادة 1-241 من تقنين التأمينات الفرنسي على أن كل شخص طبيعي أو معنوي يمكن أن تتعدد مسؤوليته بناء على القرينة الواردة في المادة 1792 وما بعدها من القانون المدني بسبب أعمال البناء يجب أن يغطي هذه المسؤولية بعقد تأمين⁽¹⁾ ، وفيما يلي

(1) article : 241 .1. C.A.F. << toute personne physique ou morale dont la responsabilité peut être engagée sur le fondement de la présomption établie par les articles 1792 et suivants du code civil , à propos de travaux de bâtiment doit être couverte par une assurance >> .

نعرض أولا للأشخاص الملزمين بهذا التأمين ، ثم نعرض بعد ذلك للأخطار التي يغطيها ، و للمسؤولية التي يجب التأمين عليها، و لمقداره ، وأخيرا مدته .

أولا : الملتمزم بالتأمين .

لقد جاء نص المادة 2-241 من قانون التأمينات الفرنسي عاما فيما يتعلق بالأشخاص الملتمزمين بتأمين المسؤولية ، ومن ثم فإن جميع الأشخاص الذين يسألون طبقا لقواعد المسؤولية العشرية يلتزمون بالتأمين على هذه المسؤولية ، وما يعنينا هنا هو بائع العقار المقرر بناؤه الذي يعد واحدا منهم لأنه يلتزم بأحكام المسؤولية العشرية للمشيدين وكذلك بائع العقار بعد إكمال البناء سواء كان قد أقامه بنفسه ، أو عمل على إقامته⁽¹⁾ .

وقد رأينا أن نص المادة 8 الفقرة الثانية من المرسوم التشريعي المتعلق بالنشاط العقاري ، و المادة 49 الفقرة الثانية من القانون رقم 11-04 لسنة 2011 ألزمتا المتعامل في الترقية العقارية أو المرقي العقاري أن يطلب - قبل تسليم البناء إلى المشتري - من المهندسين المعماريين و المقاولين المكلفين بإنجاز المنشآت شهادة تأمين تحملهم المسؤولية المدنية العشرية المنصوص عليها في أحكام القانون المدني ، لا سيما المادة 554 منه، وطبقا للقانون المتعلق بالتأمينات لا سيما مواد 94 إلى 99⁽²⁾ .

(1) Michel d'agot ; ouvrage précité . N⁰ 1437 . p . 721 ; philippe malinvaud Philippe jastaz ; ouvrage précité , 215 . p . 258 .

(2) أي المواد 94 إلى 99 من القانون رقم :07/80 المؤرخ في :28 رمضان عام1400 الموافق 9 غشت سنة1980 يتعلق بالتأمين ، و التي صارت المواد من175 إلى185 بموجب الأمر رقم :07/95 المؤرخ في :23 شعبان عام 1415 الموافق 25 يناير سنة1995 المتعلق بالتأمين ، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية ، العدد 13 .

و بالرجوع إلى قانون التأمينات ، نجد المادة 178⁽¹⁾ منه تتكلم عن المهندسين المعماريين و المقاولين ، وكذلك المراقبين التقنيين دون سواهم ، بما يفهم من ذلك أن التأمين على المسؤولية العشرية التي يلتزم بها المرقى العقاري في مواجهة المشتري ، يقع على عاتق المهندس المعماري و المقاول ، ولكن هذا لا يكون إلا في حالة ما إذا كان المتعامل في الترقية العقارية قد كلف المهندسين المعماريين و المقاولين بإنجاز البناء أي أنه يكون في علاقاته معهم - في هذه الحالة - في مركز صاحب العمل ، أما إذا كان المتعامل في الترقية العقارية هو الذي تولى بنفسه إنجاز البناء كما هو الغالب في الحياة العملية فإنه طبقاً لنصي المادتين 8 فقرة ثالثة من المرسوم رقم : 03/93 (التي تقابلها المادة 49 الفقرة الثانية) و 178 من الأمر المتعلق بالتأمين ، لا أحد يلتزم بالتأمين وهذا ما لا يتفق مع نية المشرع .

مما يجعلنا و الحال هذه نطالب بإلحاح بضرورة تدخل المشرع لإعادة صياغة نص المادتين 49 من القانون رقم 11-04 المتعلق بتحديد القواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية ، و المادة 178 من الأمر المتعلق بالتأمينات ، وذلك بالنص صراحة على إلزام المرقى العقاري (البائع) بالتأمين على المسؤولية العشرية ، في مواجه المشتري ، سواء كان هو الذي قام بنفسه بإنجاز البناء ، أو كلف مشيدين آخرين بإنجازه .

(1) تنص الفقرة الأولى من المادة 178 من الأمر المتعلق بالتأمين على أنه >> يجب على المهندسين المعماريين و المقاولين وكذا المراقبين التقنيين إكتتاب عقد لتأمين مسؤوليتهم العشرية المنصوص عليها في المادة 554 من القانون المدني على أن يبدأ سريان هذا العقد من الإستلام النهائي للمشروع << .

ثانياً : الأضرار التي يغطيها الضمان .

إن الأضرار التي يغطيها الضمان في القانون الفرنسي حسب نص المادة L 111-27 هي الأضرار التي تتعلق بالأبنية << batiments >> فقط ، دون غيرها من الأضرار التي تصيب الأعمال الأخرى .ويقصد بالبناء كل ما يرتفع فوق سطح الأرض بحيث يستطيع الفرد أن يتحرك بداخله وأن يكون من شأنه أن يوفر له حماية ولو كانت جزئية ضد المخاطر الناتجة عن المؤثرات الطبيعية الخارجية⁽¹⁾ ، أما في القانون الجزائري ، فإن التأمين على المسؤولية العشرية يشمل - في رأينا - الأضرار التي تتعلق بكل الأعمال التي تغطيها هذه المسؤولية و لا يقتصر على الأبنية << batiments >> فقط ، ما دام لا يوجد نص بذلك، ومن هذه الناحية يبدو نطاق هذا التأمين في القانون الجزائري أوسع منه في القانون الفرنسي .

ثالثاً : المسؤولية التي يجب التأمين عليها .

إذا كان بائع العقار على التصاميم ملزم بالتأمين على المسؤولية ، فأى مسؤولية يقصد المشرع ؟ ولعلنا أن ما يطرح هذا التساؤل هو كون المادة 111-28 من قانون 04 جانفي 1978 تحيل على المادة 1792 وما بعدها من القانون المدني الفرنسي

(1) هذا التعريف تضمنته اللائحة الوزارية المتعلقة بشروط التأمين الإجباري الصادرة في 17 نوفمبر 1978 ، لكن مجلس الدولة الفرنسي ألغى المادة 241-2 من قانون التأمين المستمد من اللائحة الوزارية السالفة الذكر لعدم دستوريتها في 30 نوفمبر سنة 1979 ومع ذلك يتفق الفقه الفرنسي بوجه عام على أن هذا التعريف الذي تضمنته اللائحة الملغاة يجمع العناصر التي يتكون منها مفهوم البناء . أشار إلى ذلك .

Jean pierre karila , ouvrage précité , p. I²⁷ .

وأن هذه الإحالة تتضمن عدة فروض يمكن أن تحقق فيها مسؤولية البائع⁽¹⁾

يجب أولاً استبعاد حالة ضمان إتمام الأعمال على الوجه الأكمل *garantie de parfait achèvement* ، لأن بائع العقار المقرر بناؤه في فرنسا لا يلتزم بهذا الضمان ، فهو يقع على عاتق المقاول فقط⁽²⁾ وإذا كان المرقي العقاري بائع العقار بناء على التصاميم في الجزائر يلتزم بضمان إتمام الأعمال على الوجه الأكمل عملاً بالمادة 26 الفقرة الثانية من القانون رقم 04-11 و التي كانت المادة 14 من المرسوم التشريعي المتعلق بالنشاط العقاري ، إلا أنه لا يلتزم - في رأينا - بالتأمين عليه لكون المهندس المعماري و المقاول لا يخضعان لهذا الضمان حسب نص المادة 554 من القانون المدني التي أحالت إليها المادة 8 من المرسوم رقم 3/93 . وكذا المادة 178 من الأمر المتعلق بالتأمين .

يبقى بعد ذلك ، ثلاثة أنواع من المسؤولية (أو الضمان) تقع على عاتق المرقي العقاري أو بائع العقار المقرر بناؤه .

- 1 - مسؤولية عشرية عن متانة الأعمال وعدم صلاحيتها للغرض المخصص له⁽³⁾ .
- 2 - مسؤولية عشرية عن متانة عناصر التجهيز غير قابلة للانفصال⁽⁴⁾ .

(1) Michel d'agot ; ouvrage précité . N^o 1440 . p . 722 .

(2) إلا إذا ألتزم به بائع العقار المقرر بناؤه بموجب الإتفاق أو إذا شملته المسؤولية العشرية .
voir en ce sens : bernard boubli rép . dr civ contrat d'entreprise N^o 565.

(3) article :1972 .c. civ, reproduit dans L 111 – 13.

(4) المادة 181 من الأمر المتعلق بالتأمين (مع العلم أن المقاول لا يسأل عنه) .
article :1972-2 du cod . civ, reproduit dans L 111 -15 .

3- ضمان حسن أداء عناصر التجهيز قابلة للإنفصال⁽¹⁾ .

لذلك يثور التساؤل عن معرفة ما إذا كان بائع العقار المقرر بناؤه يلتزم بتأمين هذه الأنواع الثلاثة من المسؤولية أو الضمان ؟ أو يؤمن ضد بعضها فقط ؟ ، وفي هذا الفرض الأخير ما هي ؟ .

للإجابة على التساؤل المطروح يجمع الفقه⁽²⁾ على أن المقصود بالمسؤولية التي يغطيها التأمين ، هي المسؤولية العشرية بنوعيتها الأول و الثاني ، بمعنى المسؤولية العشرية عن متانة الأعمال وصلاحيتها للغرض المخصصة له ، و المسؤولية العشرية عن متانة عناصر التجهيز التي لا يمكن فصلها ، أما المسؤولية الثنائية الخاصة بحسن أداء عناصر التجهيز التي يمكن فصلها ، فلا يغطيها تأمين المسؤولية أو على الأقل ليس إجباريا بالنسبة لها⁽³⁾ ، ويبرر البعض إستبعاد هذا النوع من المسؤولية من نطاق تأمين المسؤولية الإجباري على أساس أنه في حالة العناصر . التي يمكن فصلها ، فليس هناك مسؤولية فعلية، وإنما فقط ضمان⁽⁴⁾ .

(1) article :1972-3 du cod . civ, reproduit dans L 111 -16 .

(2) J . bigot, la loi N⁰ 78-12 du 4 janvier 1978, N⁰ 11 ; B.boubli, rép .dr. civ . contrat d'entreprise, N⁰565- philippe malinvaud philippe . jestar . op. cit N⁰ 213, p. 256 ; H. groutel ; le nouveau régime ligal de l'assurance . construction : Droit et ville 1979 .p 83 spé . p . 89 ; M-dagot . ouvrage précité N0 1441, p . 722 .

(3) en ce sens :michel d'agot . ouvrage précité N⁰ 1441 , p . 722.

(4) en ce sens :michel d'agot . ouvrage précité N⁰1441, p . 722.

غير أن البعض⁽¹⁾ يشكك في هذا التبرير ويذهب إلى أن الإلتزام بالتأمين الإجباري يشمل كذلك المسؤولية الناشئة عن حسن أداء عناصر التجهيز القابلة للإنفصال .

رابعاً : مقدار الضمان .

يمكن القول بأن المؤمن يضمن كل الأضرار التي تلحق بالبناء المبيع دون تحديد مقدار⁽²⁾ هذه المسؤولية مقدماً، فالتأمين يغطي مسؤولية المرقى العقاري . أو البائع مهما كان مقدارها .

فالأضرار التي قد تصيب البناء قد تكون بسيطة وقد تكون جسيمة⁽³⁾ ، ومن ثم فإنه لا يتصور أن يتضمن عقد التأمين تحديد حد أقصى⁽⁴⁾ لهذه المسؤولية ، ويتوقف مقدار الضمان على قيمة إصلاح الأضرار التي تصيب البناء ، دون أن يجاوزه⁽⁵⁾ .

خامساً : مدة الضمان .

يغطي التأمين المذكور المسؤولية الناشئة عن أعمال البناء طوال مدة قيامها

(1) G.durry ; les assurances obligatoire en matière de construction ; rev . dr immob, 1979 .p. 277 . note 43 .

(2) philippe malinvaud philippe jestaz ; ouvrage précité . N⁰ 216 .p. 258 .

(3) محمد زهرة ، المرجع السابق ، رقم 198 ص 317 .

(4) voir en ce sens: J. bigot, la loi N⁰ 78-12 du 4 janvier 1978 précité . N⁰ 17 ; philippe malinveaud philippe jestaz .ouvrage précité .N⁰ 216 .p. 258 et 259; michel d'agot ; précité N⁰ 1442 .p. 723 .

(5) عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط الجزء الأول ، ف 656 ص 983 .

وهي مدة العشر سنوات ، أو بعبارة أخرى ، المدة التي يضمن خلالها المرقي العقاري الأضرار التي تصيب العقار المبيع بعد تسليمه تسليما نهائيا .

وإذا كانت وثيقة التأمين تبرم عادة لمدة سنة - في القانون الفرنسي - وبالتالي فإن البائع يدفع القسط سنويا ، فإن من المحتمل لسبب أو آخر أن لا يتم دفع القسط . الأمر الذي يؤدي إلى وقف التأمين ، في حين أن مدة قيام المسؤولية و التأمين منها لم تنته بعد⁽¹⁾ .

ومن أجل تجنب هذه العقبة *inconvenient* قرر مشرع سنة 1978 في المادة 111-28⁽²⁾ فقرة ثالثة بأن عقد التأمين >> يعتبر متضمنا شرطا يضمن بقاء الضمان طوال المدة التي تظل فيها مسؤولية الشخص الذي يقع عليه واجب الضمان قائمة << .

وعليه فإن الحل الأمثل لتفادي العقبات السابق ذكرها ، هو دفع مقابل التأمين مرة واحدة لكل مدة ضمان⁽³⁾ .

وتجدر الإشارة أخيرا ، إلى وجوب أن تشير عقود البيع إلى وجود أو عدم وجود

(1) en ce sens: michel d'agot ; ouvrage précité . N⁰ 1445 .p. 723 .

(2) reproduit dans l'article L .241. alinéa .3 du code des assurances .

(3) michel d'agot ; ouvrage précité N⁰ 1446 .p.724 .

تأمين المسؤولية ، فقد حس المشرع بأن المشتري إذا علم بغياب التأمين فإنه لا يوافق على البيع إلا بثمن أقل . أو يطلب من بائعه إبرام التأمين الذي يجيء في هذه الحالة متأخرا ، ولكنه ممكن (1) .

وقد نص القانون صراحة على تعرض البائع - الذي لا يمتثل إلى إلزامية التأمين - إلى عقوبة جنائية تتمثل : في القانون الجزائري (2) ، في غرامة مالية يتراوح مبلغها من 5000 دج إلى 100.000 دج ، وفي القانون الفرنسي (3) ، الحبس لمدة تتراوح من عشر أيام إلى ستة أشهر ، وغرامة من 2000 فرنك إلى 500.000 فرنك أو بإحدى هاتين العقوبتين ، ولا تطبق هذه العقوبة بالنص الصريح في فرنسا (4) على الشخص الطبيعي الذي يشيد مبنى لسكانه الخاص ، أو لسكن زوجته ، أو سلفه أو خلفه ، أو سلف أو خلف زوجته ، أما في الجزائر ، فإنه لا يوجد نص قانوني يقضي بعدم تطبيق العقوبة السابق الإشارة إليها أعلاه ، على الشخص الطبيعي الذي يشيد مبنى خاص به وبالعائلة ومع ذلك ، فإننا نرى بأن العقوبة المذكورة ، لا تطبق على من يقوم ببناء مسكن خاص للإستعمال العائلي ، وحتتتا في ذلك ، واضحة وهي

(1) H. groutel ; le nouveau régime légal de l'assurance construction : droit et ville 1979 ,p. 83 spéc .p92 ; michel d'agot . ouvrage précité N⁰ 1433p- 719 .

(2) المادة : 185 من الأمر رقم : 07-95 المتعلق بالتأمينات .

(3) المادة : 3-243 من قانون التأمين الفرنسي .

(4) الفقرة الثانية من المادة 3-243 المشار إليها في الهامش السابق .

عدم خضوع من يقوم ببناء مسكن للإستعمال العائلي أصلا لإلزامية التأمين⁽¹⁾ على مسؤوليته التي يمكن أن تنشأ عن البناء الذي أقامه بغرض الإستعمال العائلي .

الفرع الثاني تأمين الأضرار

لم يكتف المشرع الفرنسي بتأمين المسؤولية السابق الإشارة إليه ، وإنما أضاف إليه نوعا آخر من التأمين يطلق عليه « تأمين الأضرار » . و يبدو من بعض نصوص الأمر رقم : 07-94 المتعلق بالتأمينات أن المشرع الجزائري أراد أن يحذو حذو المشرع الفرنسي في تقريره لهذا النوع من التأمين ، غير أنه لم يوقف - في رأينا - في إقتباسه أحكام هذا التأمين من القانون الفرنسي ، لذلك يحسن بنا أن نعرض أولا بإيجاز لهذا النوع من التأمين في فرنسا ، ثم ننتقل بعد ذلك إلى هذا التأمين في الجزائر ، لنرى ما إذا كان النص المتعلق به يحقق الغرض الذي وضع من أجله ، وهو الحصول على تعويض سريع ودونما البحث عن المسؤولية أم أنه يحتاج إلى تعديل ، وكيف يكون هذا التعديل .

(1) تنص المادة : 182 من الأمر رقم 04-95 المتعلق بالتأمينات في فقرتها الأولى و الثالثة على : >> لا تسري إلزامية التأمين المنصوص عليها في المادتين 175 و 178 أعلاه على : ...الأشخاص الطبيعيين عندما يبنون مساكن خاصة للإستعمال العائلي << .

أنتقد الفقه⁽¹⁾ الفرنسي إستعمال المشرع لإصطلاح تأمين الأضرار ، ويرى بأن المشرع كان يقصد بهذا الإصطلاح - أي تأمين الأضرار - تأمين الأشياء و الشيء هنا هو البناء ذاته ، وليس تأميننا للمسؤولية عن الأضرار التي تصيبه . يهدف إلى إصلاح الأضرار التي تصيب البناء بسرعة ، بغض النظر عن المسؤولية عن حدوث هذه الأضرار ، ومن هو المسؤول عنها ، وقبل الحصول على مبلغ التأمين في تأمين المسؤولية ، فالمؤمن الذي يضمن أضرار البناء يتعين عليه دفع ما تقتضيه عمليات الإصلاح الضرورية ، ثم بعد ذلك ، يحق له أن يعود ضد المسؤول ومؤمنه ، فالبحث عن المسؤول و المسؤولية يأتي زمنيا بعد تطبيق تأمين الأضرار ، أي بعدما يكون الضرر قد تم إصلاحه ، وأن هذا الحل مرض للمؤمن له ، لأنه يحصل على إصلاح الضرر بسرعة ، كما أن إجراءات الحصول عليه لا تثير إطلاقا أية عقبات ، عكس تأمين المسؤولية ، فالحصول على مبلغ التأمين فيه يحتاج إلى إجراءات طويلة ومعقدة ، هذا فضلا عن أن إعماله يقتضي البحث عن المسؤولية عن حدوث الأضرار، وعن تحديد من تقع عليه هذه المسؤولية ، فالمشتري لكي يتمكن من الحل محل البائع في مواجهة شركة التأمين يجب عليه ، أن يثبت تحقق مسؤولية

(1) J . bigot ; la loi N⁰ 78-12 du 4 janvier 1978,relative a la responsabilité et l'assurance dans le domaine de la construction 2^e partie l'assurance J.C.P.1979 éd .N . P. 29 . ; philippe malinvaud philippe jestaz ; ouvrage précité . N⁰ 221 p. 264; B. boubli, Rép . dr . civ . contrat d'entreprise-547 ; michel d'agot ouvrage précité . N⁰ 1422, p. 716.

البائع التي يضمنها التأمين ، وأن هذا الإثبات يحتاج إلى وقت ليس بالقصير .

ويلتزم بإبرام هذا التأمين حسب نص المادة : 30-111L من قانون 4 جانفي 1978⁽¹⁾ . كل من يتصرف بصفته مالكا للبناء ، أو بائعا ، أو وكيفا عن المالك ، وما يعنينا هنا هو بائع العقار المقرر بناؤه الذي يجب عليه - بموجب هذا النص - إبرام وثيقة تأمين الأضرار .

ويستفيد من هذا التأمين ، أي المؤمن له المالك الحالي للعقار دون سواه ، بمعنى المالك وقت إثبات تحقق الضرر ، وهو ما يتفق مع القواعد العامة في التأمين ، في حالة إنتقال ملكية الشيء المؤمن عليه ، إذ يبقى التأمين لمصلحة مكتسب العقار ، كما أن المادة 30-111L نصت صراحة على أن التأمين يبرم لحساب من يقوم بتنفيذ عمل من أعمال البناء ، ولحساب الملاك المتعاقبين و بالتالي ، فإن مشتري العقار المقرر بناؤه ، بصفته مؤمن له ، يمكنه أن يطالب

(1)article L 111-30 << toute personne physique ou moral qui, agissant en qualité de propriétaire de l'ouvrage , de vendeur ou de mandataire du propriétaire, fait réaliser des travaux de bâtiment doit souscrire avant l'ouverture du chantie, pour son compte ou pour celui des propriétaire successifs , une assurance garantissant en dehors de toute recherche des responsabilités, le paiement des travaux de réparation des dommages de la nature de Ceux dont sont responsabilité les constructeurs au sens de l'article 1792-1 du code civil .

Cette assurance prend effet après L'expiration du délai de garantie de parfait achèvement visé a L'article 1792-6 du code civile >> .

بالإستفادة من التأمين الذي أبرمه صاحب العمل⁽¹⁾ البائع .

ويغطي تأمين الأضرار مثله في ذلك مثل تأمين المسؤولية الأعمال التي هي من قبيل الأبنية دون سواها ، ويشمل الأضرار التي تغطيها المسؤولية العشرية طبقاً لأحكام المادة 1792 - 1 . وعليه فإذا كان الضرر من النوع الذي تغطيه المسؤولية العشرية ، فإن التأمين يشملها ، بصرف النظر عن وجود مسؤولية عن هذا الضرر أو عدم وجودها ، أما إذا كان الضرر يخرج من نطاق تطبيق المسؤولية العشرية فلا يغطيها التأمين .

ومدة قيام تأمين الأضرار هي نفس المدة التي تقوم خلالها المسؤولية العشرية ، وهي عشر سنوات مثلها في ذلك مثل تأمين المسؤولية ، غير أنها تختلف عن هذه الأخيرة من حيث بداية سريانها ، فقد رأينا أن مدة سريان تأمين المسؤولية تبدأ من تاريخ تسليم الأعمال تسليماً نهائياً ، بينما سريان مدة تأمين الأضرار تبدأ حسب نص المادة 1-242 قانون التأمين بعد إنتهاء مدة ضمان إتمام الأعمال على الوجه الأكمل ، أي تبدأ بعد سنة من تاريخ التسلم .

ولا يمكن تحديد حد أقصى لمبلغ التأمين لذلك يمكن القول بصفة عامة ، بأنه من غير الممكن أن نجد عقد تأمين الأضرار يحدد حد أقصى لمبلغ التأمين ، فالقواعد العامة لا تسمح بأن يحصل المؤمن له أكثر من قيمة البناء محل التأمين ، فلا يمكنه أن

(1) michel d'agot; ouvrage précité . N⁰ 1410 .p. 712 .

يثيري بفعل التأمين ، ومن ثم يمكن القول بأن الحد الأقصى الوحيد المتصور هو قيمة إعادة بناء المبنى محل التأمين⁽¹⁾ .

ويجب على البائع الملتزم بهذا التأمين أن يبرم عقد التأمين قبل البدء في البناء ، وإذا لم يفعل ذلك فإنه يتعرض لنفس الجزاء الذي يتعرض له في تأمين المسؤولية .

أما في الجزائر فقد نصت المادة 183 من الأمر المتعلق بالتأمينات على أنه >> يجب على المؤمن ، قبل البحث في المسؤولية ، أن يعرض صاحب المشروع المؤمن عليه أو من يكتسبه في حدود تكلفة إنجاز أشغال الإصلاح التي خلفتها الأضرار المحددة و المقدرة من قبل الخبير << .

يتضح من عبارة يجب على المؤمن ، قبل البحث في المسؤولية ، أن يعرض صاحب المشروع المؤمن عليه أو من يكتسبه أن المؤمن (شركة التأمين) ملزم بتعويض المستفيد من هذا التأمين و هو صاحب المشروع أي المالك أو من يكتسبه ، دون أن يبحث عما إذا كانت شروط قيام المسؤولية المؤمن عليها متوفرة أم لا ، ودون أن يبحث كذلك عن المسؤول عن حدوث الأضرار محل الإصلاح .

(1) philippe malinvaud philippe jestaz ; ouvrage précité. N⁰ 223 p. 267; B. boubli, rép .dr. civ . contrat d'entreprise N⁰ 555 ; J .bigot ;ouvrage préité N⁰ 38; michel d'agot ; ouvrage précité N⁰ 1424. p. 716.

بما يعني أن هذا التعويض يكون في مقابل التأمين على الأضرار التي تصيب البناء ، و ليس في مقابل التأمين على المسؤولية . لأنه لو كان تأميننا على المسؤولية فإن المؤمن لا يكون ملزماً بتعويض صاحب الحق منه إلا بعد التحقق مما إذا كانت شروط المسؤولية متوفرة أم لا ، و البحث عن المسؤول عن حدوث الضرر .

و يبدو من ذلك ، أن المشرع الجزائري أراد أن يستفيد من التطور الذي طرأ على التأمين في مجال البناء في فرنسا كما سبق القول . فاقتبس نص المادة 183 المتعلق بهذا النوع من التأمين - على ما يبدو - من المادة 242 - 1 من قانون التأمينات الفرنسي .

غير أن المشرع لم يوفق - في رأينا - في إقتباسه لهذا الحكم ، اللهم إلا إذا كان واضعوا هذا النص يقصدون به جعل التعويض على هذه المسؤولية يقوم على أساس الضرر و ليس على أساس الخطأ ، كما هو عليه الحال في التأمين على حوادث السيارات ، الذي يهتم بتعويض المضرورين قبل اهتمامه بمالك السيارة .

و مهما كان قصد المشرع من نص المادة 183 من المرسوم المتعلق بالتأمين ، أي سواء قصد به التأمين على الأضرار كما هو الحال في القانون الفرنسي ، أم قصد به التعويض على أساس الضرر في مجال التأمين على المسؤولية ، فإن الجديد الجديد الذي جاء به هذا النص هو أن المشرع قرر للمضرور المؤمن لصالحه الحصول على تعويض سريع . لإصلاح الأضرار اللاحقة بالبناء ، و ذلك خلال مدة قصيرة من الوقت لا تتجاوز ثلاثة (3) أشهر ابتداء من تاريخ معاينة

الأضرار من قبل الخبير المفوض لهذا الغرض⁽¹⁾ الذي يعينه المؤمن وذلك في ظرف سبعة (7) أيام إبتداء من تاريخ التصريح بالحادث⁽²⁾. هذا في حالة إتفاق المؤمن و المستفيدين على مبلغ التعويض المحدد من طرف الخبير ، أما إذا لم يحصل إتفاق على المبلغ الذي حدده الخبير فإنه يجب على المؤمن ومهما كان الأمر أن يدفع خلال المدة المذكورة 3/4 هذا المبلغ⁽³⁾ للمضرور ثم بعد ذلك يعرض النزاع على الجهة القضائية المختصة للبت فيه و في المبلغ النهائي للتعويض⁽⁴⁾.

و إذا كانت الحكمة التي توخاها المشرع من وراء وضعه هذا النص هي سرعة حصول المشتري على المبالغ اللازمة لإنجاز أشغال الإصلاح التي خلفتها الأضرار المحددة و المقدرة من قبل الخبير . إلا أن التطبيق العملي لهذا النص قد تعترضه بعض الصعوبات ، التي من شأنها أن تؤدي إلى تأخر حصول المشتري على مبالغ التعويض ، منها على سبيل المثال المدة التي يجب فيها على الخبير أن يقوم بمعاينة الأضرار و تحديدها و تقديرها نقدا ، ذلك أن نص المادة 183 ألزم المؤمن بأن يعين الخبير في ظرف سبعة (7) أيام إبتداء من تاريخ التصريح بالحادث دون أن يحدد المدة التي يجب خلالها على الخبير أن ينجز خبرته و يودعها لدى المؤمن . ومن ثم فإن المدة تبقى مفتوحة . و بالتالي فكلما تأخر الخبير عن إنجاز مهمته تأخر حظ المشتري في سرعة الحصول على التعويض ، خاصة إذا علمنا بأن الخبير لا يعين

-
- (1) الفقرة الثالثة من المادة 183 من الأمر المتعلق بالتأمينات .
 - (2) الفقرة الثانية من المادة 183 من الأمر المتعلق بالتأمينات .
 - (3) الفقرة الرابعة من المادة 183 من الأمر المتعلق بالتأمينات .
 - (4) الفقرة الخامسة من المادة 183 من الأمر المتعلق بالتأمينات .

من جهة محايدة كالقضاء مثلا . ولا يعين بإتفاق الطرفين و إنما يعين من طرف المؤمن لوحده كما أن نص المادة 183 يكتنفه بعض الغموض فيما يتعلق بالوقت الذي يبدأ فيه حساب مدة ثلاثة (3) أشهر التي يجب خلالها على المؤمن أن يدفع التعويض المستحق للمشتري . ذلك أن القول بأن التعويض يجب أن يدفع خلال ثلاثة (3) أشهر من تاريخ معاينة الأضرار من قبل الخبير المفوض لهذا الغرض ، هو قول غير مستصاغ لأن الخبير و من أجل قيامه بمهمته على أكمل وجه . قد يعاين الأضرار عدة مرات ، و بالتالي فهو قد ينتقل إلى البناء المصاب محل الخبرة أكثر من مرة . فهل حساب مدة ثلاثة (3) أشهر يبدأ من المرة الأولى أو الثانية ، أو الثالثة و هكذا . ثم أن الخبرة لكي تكون مكتملة العناصر يجب أن تتضمن بالإضافة إلى عنصر المعاينة ، جميع العناصر الأخرى ، كحجم الأضرار ، و نوعها ، و تحديدها ، و تقويمها نقدا و كل ذلك ، لا يتحقق إلا بإعداد تقرير خبرة مفصل .

و لتفادي كل ذلك ، كان على المشرع أن ينص على أن مدة ثلاثة (3) أشهر التي يجب خلالها على المؤمن أن يدفع التعويض للمضرور تبدأ من تاريخ إيداع الخبير تقرير خبرته لدى المؤمن .

ننتهي إلى أن إخضاع المشرع البائع المرقى العقاري ، أو من يتعاقد معهم بموجب عقد مقاوله لقواعد المسؤولية العشرية المشددة ، و إلزامهم بالتأمين عليها . يكون بذلك قد حقق للمشتري ضمانات كافية للحصول على حقه في التعويض و

بسرعة لإصلاح الضرر الذي قد يصيب البناء . هذا فضلا عن إلزام المرقي العقاري و من يتعامل معهم بقواعد المسؤولية العشرية و التأمين عليها يحثهم على القيام بإنجاز البناء وفقا للمواصفات اللازمة التي تقتضيها أصول صناعة البناء فيأتي البناء متينا و سليما فيبقى البناء قائما لمدة طويلة بما يعود بالنفع العام ليس على المشتري فقط . و إنما على الصالح العام كذلك . لأن ذلك يؤدي حتما إلى المحافظة على الثروة العقارية للبلاد ككل .

غير أن هذه الحماية التي قصد المشرع توفيرها للمشتري ، لا تكتمل - في نظرنا - إلا إذا قام المشرع بتعديل النصوص القانونية ، سواء تلك المتعلقة بالمسؤولية العشرية الواردة ضمن نصوص عقد المقاول في القانون المدني ، أو الواردة ضمن نصوص القانون رقم 04-11 المتعلق بتحديد القواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية ، أو تلك المتعلقة بالتأمين على المسؤولية العشرية الواردة ضمن قانون التأمينات ، أو ضمن القانون رقم 04-11 لسنة 2011 . و ذلك بإعادة النظر بصفة شاملة في تأمين مسؤولية المهندس المعماري (مكتب الدراسات) ، و المقاول ، و المرقي العقاري بائع العقار بناء على التصاميم و ذلك بالتنسيق بين قواعد التأمين الإجباري ، و أحكام هذه المسؤولية كما وردت في القانون المدني (المادة 554) .

الفصل الثاني

حق المشتري في الملكية وإتزامه بالوفاء بالثمن في عقد بيع العقار
بناءً على التصاميم

الفصل الثاني

حق المشتري في الملكية والتزامه بالوفاء بالثمن

في عقد بيع العقار بناء على التصاميم

إن الغاية المنشودة التي يصبو المشتري إلى تحقيقها في عقد البيع بناء على التصاميم هي حصوله على ملكية البناء المتعاقد عليه وذلك في مقابل التزامه بالوفاء بالثمن . و عليه فإننا نقسم هذا الفصل إلى مبحثين نعرض في أولهما لحق المشتري في الملكية ، و نخصص ثانيهما لالتزامه بالوفاء بالثمن .

- المبحث الأول : حق المشتري في الملكية في عقد بيع العقار بناء على التصاميم .

- المبحث الثاني : إلتزام المشتري بالوفاء بالثمن في عقد بيع العقار بناء على التصاميم

المبحث الأول

حق المشتري في الملكية في عقد بيع

العقار بناء على التصاميم

إن إنتقال الملكية في بيع العقار بناء على التصاميم في القانون الفرنسي يختلف بحسب ما إذا كان البيع قد تم في صورة البيع حسب الحالة المستقبلية *vente en état futur d'achèvement* أم في صورة البيع لأجل *vente à terme* ، ذلك أن

المشرع الفرنسي - كما رأينا - لم يكتف بالقواعد العامة لبيع العقار المقرر بناؤه ، إذا تعلق الأمر ببيع المحلات ذات الإستعمال السكني ، فقد نظم الصورتين المذكورتين وأوجب على البائع و المشتري إفراغ اتفاقهما في إحداهما وإلا كان العقد باطلا . أما إذا كان البيع خارج هذا النطاق الخاص ، فيجوز للطرفين تنظيم العقد في أي صورة أخرى كالبيع الإيجاري مثلا .

أما إنتقال الملكية في عقد بيع العقار بناء على التصاميم في القانون الجزائري . فيبدو أن المشرع عندنا أخذ في ظل المرسوم التشريعي رقم 93-03 المتعلق بالنشاط العقاري بالصورة الثانية من صورتين بيع العقار المقرر بناؤه في فرنسا ، و هي صورة البيع لأجل مع بعض الفارق ، سواء فيما يتعلق بوقت إنتقال الملكية ، أو بكيفية إنتقالها . أما في ظل القانون رقم 11-04 لسنة 2011 فيبدو أن المشرع أخذ بالصورتين معا ، دون أن يفصح عن ذلك صراحة ، فأطلق على صورة البيع حسب الحالة المستقبلية - المعروفة في فرنسا - عبارة عقد البيع على التصاميم المادة 28 ، و أكتفى بالنص في المادة 31 على وقت إنتقال ملكية العقار في البيع موضوع عقد حفظ الحق دون تسميته بالبيع لأجل .

ولنعرض فيما يلي لإنتقال الملكية في صورة البيع حسب الحالة المستقبلية ، ثم نعرض بعد ذلك لإنتقال الملكية في صورة البيع لأجل ، كل في مطلب مستقل .

- المطلب الأول : إنتقال الملكية في صورة البيع حسب الحالة المستقبلية .

- المطلب الثاني : إنتقال الملكية في صورة البيع لأجل .

المطلب الأول

إنتقال الملكية في صورة البيع حسب الحالة المستقبلية

البيع حسب الحالة المستقبلية ، هو صورة من صور بيع العقار المقرر بناؤه، وهي الصورة الأكثر شيوعا واستعمالا في الحياة العملية اليومية والأكثر أهمية من الصورة الأخرى ، أي صورة البيع لأجل⁽¹⁾ .

وقد عرفته المادة 1601-3 من القانون المدني التي تقابل المادة 221-3 L من قانون السكن و بالبناء بأنه >> العقد الذي يلتزم بموجبه البائع بأن ينقل حقوقه على الأرض وكذلك ملكية المباني المقامة على الأرض والموجودة وقت إبرام البيع ، وتنتقل ملكية المنشآت التي ستقام مستقبلا أولا بأول إلى المشتري بمجرد الإنتهاء منها ، ويلتزم المشتري بدفع الثمن حسب التقدم في أعمال البناء ، ويحتفظ البائع بسلطات رب العمل ، حتى تسليم المنشآت <<⁽²⁾ .

(1) michel d'agot : ouvrage précité N⁰ 389.p . 215- philippe malinvaud philippe jestaz ; ouvrage précité N⁰ 331.p.376 .

(2) Article 1601 – 3 code civil : << la vente en l'état futur d'achèvement est le contrat par lequel le vendeur transfère immédiatement à l'acquéreur ses droits sur le sol ainsi que la propriété des constructions existantes . les ouvrages à venir deviennent la propriété de l'acquéreur au fur et à mesure de leur exécution ; l'acquéreur est tenu d'en payer le prix à mesure de l'avancement des travaux.

Le vendeur conserve les pouvoirs de maitre de l'ouvrage jusqu'à la réception des travaux >> .

و قد نصت المادة 28 من القانون رقم 04-11 لسنة 2011 على أن >> عقد بيع على التصاميم لبنائية أو جزء من بناية مقرر بناؤه أو في طور البناء ، هو العقد الذي يتضمن و يكرس تحويل حقوق الأرض و ملكية البنايات من طرف المرقي العقاري لفائدة المكتتب موازاة مع تقدم الأشغال ، و في المقابل يلتزم المكتتب بتسديد السعر كلما تقدم الإنجاز ...<< .

و يتضح من نص المادة 28 من القانون رقم 04-11 و نص المادة 1601-3 من القانون المدني الفرنسي ، أن الأول يبين الوقت الذي تنتقل فيه الملكية ، و الثاني يبين كذلك الوقت الذي تنتقل فيه الملكية ، و إحتفاظ البائع بسلطات رب العمل .

الفرع الأول

وقت إنتقال الملكية في صورة البيع حسب الحالة المستقبلية

يتبين من النصين السابقين ، أن ما يميز البيع حسب الحالة المستقبلية هو تعاقب إنتقال الملكية فيه ، فهو يتضمن نوعين من إنتقال الملكية : أحدهما فوري والآخر مستقبلي .

أولا : الإنتقال الفوري .

الانتقال الأول للملكية ، يجب أن يكون فوريا بمجرد إبرام العقد ، وينصب هذا الانتقال على حقوق البائع على الأرض المزمع إقامة البناء عليها ، وكذلك على

المنشآت الموجودة على الأرض وقت البيع . فالنوع الأول من الانتقال الفوري للملكية يتمثل في حقوق البائع على الأرض ، وهي عبارة عامة تشمل مختلف الفروض التي يمكن أن تثار في العمل⁽¹⁾ .

فقد تكون حقوق البائع على الأرض حق ملكية ، وقد لا تكون كذلك ، فليس من الضروري أن يكون مالكا للأرض⁽²⁾ . فيكفي أن يكون للبائع الحق في البناء ، من ذلك مثلا أن يكون للبائع الحق في البناء ناتج عن إيجار بغرض البناء⁽³⁾ . bail avec permission de bâtir أو عن إيجار الأمفيتيوتيك⁽⁴⁾ bail emphytéotique .

أما النوع الثاني من إنتقال الملكية الفوري ، فإنه يتعلق بالمنشآت الموجودة على الأرض وقت البيع .

بالنسبة للمنشآت الموجودة وقت البيع فإن نص المادة 1601-3 يتكلم عن نقل الملكية ، و من ثم فإن ملكية هذه المنشآت تنتقل فور إبرام العقد ، دون حاجة لشهر العقد ، فعقد بيع عقار حسب الحالة المستقبلية يمكن أن يبرم قبل البدء في البناء ، وقد

(1) michel d'agot ; ouvrage précité , N^o 393. P . 217 .

(2) Philippe .malinvaud philippe jestaz ; droit de la promotion immobilière , 6^e édition , 1995 , dalloz , N0 332. p. 276 .

(3) Frank steinmetz ; ouvrage précité, p. 218 .

(4) Saint – alary ; bail a construction et opérations d'urbanisation . J . C . P . 1966 .1. 1976 .

يبرم بعد البدء في عملية البناء ، وفي العمل ناذرا ما يبرم المرقي عقود بيع قبل نهاية الأساسات⁽¹⁾ . وإذا أبرم البيع بعد البدء في إنجاز البناء بالفعل ، فإن الجزء الذي تم بناؤه حتى لحظة إبرام العقد تنتقل ملكيته إلى المشتري فورا أو بمجرد إبرام البيع .

وإذا كانت القواعد العامة تستلزم لإنتقال ملكية الشيء المستقبل ضرورة وجود هذا الشيء وجودا فعليا . فإن إنتقال حقوق البائع على الأرض وكذا ملكية المنشآت القائمة عليها للمشتري و الموجودة وقت إبرام العقد - فور إبرام البيع - ليس فيه ما يخالف القواعد العامة ، لأن الأمر يتعلق هنا بالأشياء الموجودة بالفعل وقت التعاقد .

وعلى أية حال ، فإنه لا يجوز إطلاقا الفصل بين إنتقال ملكية المنشآت الموجودة وقت البيع ، وإنتقال حقوق البائع على الأرض ، فكلاهما ينتقل بمجرد العقد ، وأي فصل بينهما يكون مخالفا للأحكام الأمرة لنص المادة 1601-3 من القانون المدني⁽²⁾ .

وإذا كانت توجد وقت إبرام العقد منشآت قديمة سيتم هدمها فيما بعد فإن إنتقال الملكية بالنسبة لها ، يكون كما هو الحال في المنشآت التي أنجزت، وفي هذه الحالة يجب أن يتضمن العقد شرطا يسمح للبائع بالهدم⁽³⁾ .

(1) Philippe malinvaud philippe jestaz ; ouvrage précité,3^e éd . N⁰ 333 .p.377 .

(2) michel d'agot ; ouvrage précité . N⁰ 395.p. 218 .

(3)michel d'agot ; ouvrage précité . N⁰ 395 . p . 218 et 219 ; Philippe malinvaud philippe jestaz ; ouvrage précité N⁰ 333.p.378 .

ثانيا : الإنتقال المستقبلي .

وينصب هذا الإنتقال المستقبلي على المنشآت المستقبلية أي تلك التي سيتم إقامتها في المستقبل أو بعبارة أخرى أعمال البناء التي بقيت دون إنجاز وقت إبرام عقد بيع عقار على الحالة المستقبلية ، فإنّ انتقال ملكية هذه المنشآت يختلف عن إنتقال ملكية المنشآت التي تكون موجودة وقت البيع ، فإن كانت هذه الأخيرة تنتقل ملكيتها بمجرد إبرام العقد ، فإن ملكية المنشآت المستقبلية تنتقل تدريجيا وأولا بأول au fur et a mesure حسب تاريخ اندماجها في الأرض أو بالمنشآت التي كانت قائمة وقت البيع وأنتقلت ملكيتها للمشتري بمجرد إبرام العقد .

ويلاحظ أن المشرع قد طبق هنا نظرية الإلتصاق⁽¹⁾ ، كأساس لاكتساب المشتري ملكية المنشآت التي ستقام في المستقبل فمن يملك الأرض يملك ما سيقام عليها من منشآت⁽²⁾ .

ولما كانت المنشآت المستقبلية تصبح مملوكة للمشتري أولا بأول تبعا لتنفيذها ذهب البعض⁽³⁾ إلى إعتبار عقد البيع حسب الحالة المستقبلية عقد مختلط بيع في أوله بالنسبة للأرض من جهة ، ومقولة في آخره بالنسبة للمنشآت المستقبلية التي ستقام

(1) voir en ce sens : philippe malinvaud philippe jestaz ; ouvrage précité . N⁰ 333 . p . 378 - michel d'agot ; ouvrage précité . N⁰ 401.p. 221.

(2) - نفس القاعدة طبقها القضاء في عقد المقولة فيما يتعلق بالبناءات العقارية :

Civ . 3^e 23 avr 1974.D.1975. 287 et note J.mazeaud . J. C . P . 1974.i r 206 .

(3)Bernard boubli . J . not 1968 . P 105 .

على الأرض ، فإنّ انتقال الملكية بطريقة تدريجية لا يغير من طبيعة العقد بالنسبة للمنشآت التي لم تنجز بعد ، فعقد بيع حسب الحالة المستقبلية يكون وحدة غير قابلة للتجزئة في نظر القانون و بالنسبة للمتعاقدين ، وليس صحيحا القول بأن المشتري يشتري أولا المنشآت الموجودة وقت البيع ، ثم يبرم عقد مقاولة بالنسبة للمنشآت الباقية ، فالبيع حسب الحالة المستقبلية هو إذن عقد بيع في مجموعه في أوله كما في آخره كالبيع لأجل ، ولا يختلف عنه إلا بالنسبة لكيفية إنتقال الملكية (1) .

لكن ومع ذلك بقي أن نحدد من الذي يتحمل تبعه هلاك المنشآت في الفترة الواقعة بين تاريخ إبرام العقد وتاريخ التسليم .

المبدأ في القانون الفرنسي هو أن العقود التي تتضمن نقل الأشياء الموجودة وقت التعاقد *transfer d'un corps certain* فإن الهلاك يقع على المالك ، وإعمال هذا المبدأ يؤدي إلى القول بأن المشتري هو الذي يتحمل تبعه الهلاك لكونه أصبح مالكا للمنشآت أولا بأول ، مما جعل الفقه (2) يميل إلى التفكير بأن تبعه الهلاك تقع في جميع الحالات على المدين أي تقع على البائع هنا وأن هذا الحل يتفق مع فكرة حماية المشتري التي قصدتها المشرع .

(1) Frank steinmtez ; ouvrage précité p . 219 .

(2) philippe malinvaud philippe jestaz ; ouvrage précité N⁰ 333 p.378-frank steinmtez , ouvrage précité N⁰ 214.p.222.

الفرع الثاني

إحتفاظ البائع بسلطات رب العمل في صورة

البيع حسب الحالة المستقبلية

إن صفة رب العمل ترتبط في الأصل بملكية الأرض و أن تطبيق هذه القاعدة بالنسبة للبيع حسب الحالة المستقبلية يؤدي إلى نقل هذه الصفة إلى المشتري⁽¹⁾. بإعتباره صار مالكا للأرض بمجرد إبرام البيع .

غير أن الفقرة الثانية من المادة 1601 – 3 نصت صراحة على أن البائع يحتفظ بسلطات رب العمل إلى غاية تسليم الأعمال ، وهو حكم خاص ، خص به المشرع البيع حسب الحالة المستقبلية⁽²⁾ . لذلك يتعين البحث أولا عن فائدة وجدوى هذه القاعدة ، ثم بعد ذلك نطاقها .

أولا : جدوى قاعدة إحتفاظ البائع بسلطات رب العمل .

لو لا وجود القاعدة القانونية السابق الإشارة إليها ، و التي نصت على إحتفاظ البائع بصفة رب العمل ، لأنتقلت هذه الصفة إلى المشتري ، الذي أصبح مالكا للأرض و للمنشآت الموجودة .

و يبدو أن الفائدة التي توخاها المشرع من وراء تقريره هذه القاعدة على وجه التحديد هي أن يفصل بين إنتقال الملكية ، والنتائج الطبيعية التي تترتب على هذا

(1) Philippe malinvaud philippe jestaz ; ouvrage précité . N⁰ 334 . P 378 .

(2) Frank steinmtez ; ouvrage précité . p , 226 .

الإنتقال . ومنها إنتقال سلطات رب العمل للمشتري . كما أراد كذلك تحديد آثار هذا الإنتقال بصفة نهائية ، و يعود الفضل في ذلك إلى القاعدة القانونية ، لأن الوضع فيما يتعلق بصفة رب العمل هو نفسه بالنسبة لجميع بيوع العقارات المقرر بناؤها ، بما في ذلك البيع لأجل كما سنرى⁽¹⁾ لا تثير المسألة صعوبة تذكر ، لأن البائع يبقى مالكا إلى غاية إتمام البناء . و بالنتيجة لذلك ، يبقى محتفظا بصفة رب العمل بإعتباره مالكا ، على عكس البيع حسب الحالة المستقبلية . فإن المشرع قرر إحتفاظ البائع بصفة رب العمل رغم إنتقال الملكية للمشتري⁽²⁾ .

كما أن المشرع أراد بهذه القاعدة أن يذكر البائع الذي أختار صورة البيع حسب الحالة المستقبلية ، بأن دوره لا يقتصر فقط على وضع المشتري في مواجهة المقاول ، فهو بائع ، و البائع يلتزم بمقتضى عقد البيع بالبناء ، و من ثم يتعين عليه أن يباشر عملية البناء إلى غاية إكتمالها محتفظا بالمبادرة ، و يتحمل مسؤوليته كاملة .

فالبائع هو المسؤول الوحيد أمام المقاول و المهندس ، سواء عن الوفاء بالثمن المستحق لهما ، أو عن تنفيذ عمليات البناء في مواجهة المشتري ، فهو لا يختفي من على مسرح *il ne doit pas disparaitre de la scène* عمليات البناء .

و بالمقابل ، فإن المشتري لا يستطيع التدخل في توجيه عمليات البناء ، ولا

(1) راجع لاحقا ص 294 و ما بعدها .

(2) michel d'agot ; ouvrage précité N⁰ 406. P . 223 .

يلتزم بأي إلتزام في مواجهة المقاول و المهندس المعماري . فالبايع يتصرف بإستقلال و بمعزل عن المشتري ، و أن هذا التصرف ، هو حق للبايع في مواجهة المشتري .

و يرى البعض⁽¹⁾ أن البائع حر في إستعماله لحقه في التصرف ، بمعنى أنه يجوز له أن يسمح للمشتري بالتدخل .

غير أن البعض الآخر⁽²⁾ ذهب عكس ذلك تماما و يرى بان المسؤول الوحيد على متابعة عمليات البناء هو البائع .

و يرى البعض⁽³⁾ ، أن الربط قانونا *délier en droit* بين صفة المالك ، و صفة رب العمل ، يعتبر من قبيل التجاوز *excessif* ، و لذا فإن القاعدة التي قررتها الفقرة الثانية من المادة 1601-3 تعتبر مفيدة لأنها تذكر البائع بإلتزاماته ، لأن بعض المرقين يتجه أحيانا إلى نسيانها ، و من ثم فإن هذا الربط قد يرتد ضد المشتري فالنص يقول بأن سلطات رب العمل يحتفظ بها البائع إلى غاية تسليم الأعمال ، أما بعد التسليم فإن البائع لا تكون له صفة رب العمل لأن هذه الصفة أنتقلت إلى المشتري و من ثم فإن البائع يختفي و يترك المشتري وحده في مواجهة المقاول و المهندس

(1) Frank steinmetz : les cadres juridiques de la promotion immobilière – conférence prononcée le 23 Avril 1966 . p . 68 .

(2) mellec jaffret. J . C . P . 67 , D 2066 N⁰ 18 et 19 cité par steinmetz , ouvrage précité . p . 227 note (3) .

(3) Frank steinmetz : ouvrage précité . N⁰ 222 . P . 229 .

المعماري . غير أن هذا الإختفاء في الحقيقة غير ممكن ، فالبايع يحتفظ دائما بصفة رب العمل ، حتى بعد التسليم ، لأنه هو الذي تعاقد مع المقاول و ليس المشتري⁽¹⁾ .

لكن إذا كانت الفائدة من هذه القاعدة - حسب هذا الرأي - تقتصر على تذكير البائع بالتزاماته . >> فهل من وظيفة القانون تذكير المدين بالتزاماته ؟ ألا يطبق القانون . ليس فقط على من ينسى التزاماته ، و إنما أيضا على من يجهلها كلية ؟ فالجهل بالقانون في كافة الأحوال و كافة الظروف ، ليس عذرا⁽²⁾ . ومن ثم يلتزم البائع بتنفيذ التزاماته سواء كان يذكرها أم يجهلها <<⁽³⁾ .

و قد قضت محكمة النقض الفرنسية بموجب قرارها المؤرخ في 13 نوفمبر 1961 في مسألة مماثلة و التي أيدت بموجبه القرار الذي قرر بأن الأتعاب المستحقة للمهندس المعماري يجب أن تسوى من طرف المرقى و ليس من طرف المشتري لأنه هو الذي تعاقد مع المهندس المعماري ، بينما المشتريين فهم يجهلون القانون⁽⁴⁾ que les copropriétaires étaient en droit d'ignorer.

(1) Frank steinmetz : ouvrage précité . N⁰ 222 . P . 229 .

(2)- راجع في هذا الموضوع بوجه عام ، توفيق حسن فرج : المدخل للعلوم القانونية ، الطبعة الثانية ، 1981 ، ف 179 ص 285 أورده محمد المرسي زهرة ، المرجع السابق ص 509 هامش 1 .

(3) - في هذا المعنى : محمد المرسي زهرة ، المرجع السابق ، ف 341 ص 509 .

(4) cass . 13 nov . 1961 . A . J . P . I 1962 . 495note cabanac , RT com . 63 obs . saint- alary . cité par frank steinmetz . ouvrage précité N⁰ 222 . p . 229 note (2) .

ثانيا : نطاق قاعدة إحتفاظ البائع بسلطات رب العمل .

يحتفظ البائع بصفة رب العمل ، حتى و لو لم يتضمن عقد البيع شرطا بهذا المعنى . فالمادة 1601-3 من القانون المدني لم تقل بأن البائع يمكنه أن يحتفظ بصفة رب العمل . فهذه الصيغة أو أي صيغة مماثلة تجعل من الضروري أن يتضمن العقد شرطا بذلك ، و لكنها قالت بصيغة الأمر *il dit de manière autoritaire* بأن البائع يحتفظ بصفة رب العمل ، ومن ثم فلا ضرورة أن يتضمن العقد شرطا للوصول إلى هذه النتيجة ، فحتى و لو لم يتضمن عقد البيع حسب الحالة المستقبلية أي إشارة في هذا الصدد ، فإن البائع له صفة رب العمل بقوة القانون .

و إذا كان هذا الشرط ليس ضروريا ، فإنه مع ذلك قد يكون ملائما و مفيدا ، و تبدو فائدته بالنسبة للطرفين - على الأقل - في لفت إنتباههما إلى هذه المسألة⁽¹⁾ .

و لكن هل من الممكن أن يتضمن العقد على العكس شرطا يعترف للمشتري بصفة رب العمل ؟ من ناحية الملائمة يبدو أن مثل هذا الشرط يكون بدون شك غير مستحب ، فإذا أحتفظ المشتري بصفة رب العمل ، فهذا يعني أن البائع فقد هذه الصفة ، فكيف يمكنه و الحال هذه أن ينفذ إلتزامه بالبناء . أما من ناحية الصحة فنشك

(1) michel d'agot ; ouvrage précité , N^o 407 . P . 223 .

محمد المرسي زهرة ، المرجع السابق ، ف 342 ص 509 .

أن يدرج مثل هذا الشرط في عقد بيع على الحالة المستقبلية، فالعقد لا يكون مطابق .
لنص المادة 1601-3 من القانون المدني ، وهو نص أمر ، ومن ثم يكون باطلا .

و يتضح من نص الفقرة الثانية من المادة 1601-3 أنها تتعلق أساسا ، بحالة ما
إذا كان البائع ليس هو في نفس الوقت المشيد . فعملية البناء تقوم بين ثلاثة أشخاص
وهم : المقاول ، البائع ، المشتري ، و أن البائع يلعب دور الوسيط بين المشتري و
المقاول ، و أن هذا لا يعفيه من المسؤولية . و بالتالي قرر المشرع إحتفاظه بصفة
رب العمل⁽¹⁾ .

أما إذا كان البائع ، هو نفسه المشيد محترف كما هو عليه الوضع في الوقت
الحاضر . فإن الأسباب التي أدت إلى النص على هذا الحكم غير متوفرة ، ففكرة صفة
رب العمل خاصة بعقد إيجار العمل (عقد المقاوله) ، فهي غريبة على عقد البيع
التقليدي و كذلك على عقد بيع العقار بناء على التصاميم .

و أخيرا ، فإن المادة 7 من مرسوم 22 ديسمبر 1967 نصت على أن السلطات
التي يملكها رب العمل تشمل إختيار المهندسين المعماريين و المقاولين إلى غير
ذلك ، فإن المشرع كان يقصد بدون شك بإحتفاظ البائع بصفة رب العمل الفرض
الذي لا يكون فيه هو نفسه مشيدا⁽²⁾ .

(1) Frank steinmetz ; ouvrage précité . p . 230 .

(2) Frank steinmetz ; ouvrage précité . N⁰ 224 . p . 230 .

و بقراءة نص a lire le texte المادة 3-1601 من القانون المدني ، يتضح أن بائع العقار بناء على التصاميم يحتفظ بصفة رب العمل إلى غاية تسليم البناء ، و بدون شك ، فإن المقصود هنا بالتسليم هو التسليم النهائي ، و ليس التسليم المؤقت ، و في جميع الأحوال de toute manière ينبغي أن تصور il doit demeurer envisager بأن البائع يبقى محتفظا بصفة رب العمل حتى إتمام إصلاح العيوب التي كانت محل تحفظات و ملاحظات المشتري ، و يمكن القول أنه منذ إنشاء ضمان إتمام الأعمال على الوجه الأكمل⁽¹⁾ التي تدوم مدته سنة من تاريخ التسليم ، فإن البائع يضل محتفظا بصفة رب العمل حتى نهاية هذه المدة⁽²⁾ .

و أخيرا ، فقد حدد القانون⁽³⁾ السلطات التي خولها للبائع نتيجة لاحتفاظه بصفة رب العمل ، و تتمثل هذه السلطات في إختيار المهندسين المعماريين و المقاولين ، و الفنيين ، و بوجه عام كل من يساهم في عملية البناء . و إبرام الإتفاق مع هؤلاء الأشخاص . و تسلم الأعمال ، سواء المؤقت أو النهائي . و لا شك أن القانون لم يذكر سوى بعض الأمثلة ، و أن سلطات البائع بصفته رب العمل أوسع من ذلك ، فتمتد

(1) أي منذ صدور قانون 8 جانفي 1978 .

(2) voir en ce sens : philippe malinvaud philippe jestaz ; ouvrage précité , N⁰ 335 .P . 379 ;michel d'agot ; ouvrage précité , N⁰ 410 . P . 225 .

(3) article . R . 261 – 7 code de la construction .

لتشمل كل الوسائل التي تستعمل في عملية البناء ، مثل الأدوات ، و الآلات ، و المواد . أما الاحتياجات الأخرى التي لا تستعمل في عملية البناء . فإنها تخرج من نطاق سلطات البائع بصفته صاحب العمل⁽¹⁾ .

المطلب الثاني

إنتقال الملكية في صورة البيع لأجل

البيع لأجل ، هو الصورة الثانية ، لبيع العقار المقرر بناؤه ، و الأقل إستعمالا في الحياة العملية⁽²⁾ ، وقد عرفته المادة 1601-2 من القانون المدني الفرنسي بقولها >> البيع لأجل هو العقد الذي يلتزم بمقتضاه البائع بتسليم العقار عند إنتهاء بنائه، ويتعهد المشتري بإستلامه ، ودفع الثمن عند التسليم ، ويتم إنتقال الملكية بقوة القانون بتحرير ورقة رسمية تثبت الإنتهاء من البناء ، وتنتقل الملكية بأثر رجعي من تاريخ إبرام العقد⁽³⁾ .

(1) voir en ce sens : michel d'agot ; ouvrage précité , N⁰ 441 . P . 225 .

(2) Jean – bernard aubi hugues periet – marquet : droit de l'urbanisme et de la construction , 7^e édition , 2004 , montchrestien . p. 943 .

(3) article : 1601-2 . code civ : << la vente à terme est le contrat par lequel le vendeur s'engage à livrer l'immeuble à son achèvement , l'acheteur s'engage à en prendre livraison et à en payer le prix a la date de livraison le transfert de propriété s'opère de plein droit par la constatation par Acte authentique de l'achèvement de l'immeuble , il produit ses effets rétroactivement au jour de la vente >> .

ويتضح من هذا النص ، أن البيع لأجل يخضع لقواعد خاصة به تميزه عن البيع حسب الحالة المستقبلية ، سواء فيما يتعلق بانتقال الملكية ، أو دفع الثمن، وانتقال الملكية هنا مرتبط بالإنهاء من البناء لكن هذا الانتقال يكون بأثر رجعي يستند إلى وقت إبرام البيع .

الفرع الأول

وقت انتقال الملكية في صورة البيع لأجل

على خلاف البيع حسب الحالة المستقبلية فإن انتقال الملكية هنا لا يرتبط بوقت إبرام العقد بالنسبة للأرض و المنشآت الموجودة وقت التعاقد ، ولا أولاً بأول بالنسبة للأعمال المستقبلية ، فإن انتقال الملكية في البيع لأجل يتأخر إلى تاريخ لاحق هذا التاريخ هو تاريخ الإنهاء من البناء ، لكن الإنهاء من البناء لا يكفي لانتقال الملكية بل يجب فضلا عن ذلك إثبات هذا الإنهاء⁽¹⁾ .

أولاً : الإنهاء من البناء :

إن لفكرة الإنهاء من الأعمال أهمية كبيرة في البيع لأجل في فرنسا ، إذ يتوقف على إثباتها انتقال الملكية للمشتري ، فهي التي تحدد وقت انتقال الملكية .

(1) وهكذا يكون المشرع قد طبق القواعد العامة في انتقال ملكية الشيء المستقبل بربطه بين انتقال الملكية ووجود البناء موضوع التعاقد وجوداً فعلياً في البيع لأجل .

وقد عرفها المشرع في المادة الأولى من قرار 22 ديسمبر 1967 (و التي تقابل الفقرة الأولى من المادة R . 1-261 من تقنيين البناء و السكن) ، بقوله >> بيع عقار لأجل ، أو حسب الحالة المستقبلية يفترض أنه قد أكتمل بالمعنى الوارد في المادة 2-1601 مدني ، و المادة 7 من قانون 3 جانفي 1967 عندما يتم تنفيذ الأعمال الرئيسية وتركيب العناصر التجهيزية اللازمة لإستعمال البناء المبيع وفقا للغرض المخصص له .

ولا يؤخذ في عين الإعتبار عند تقدير L'appréciation هذا الإنتهاء عدم مطابقة البناء للمواصفات المتفق عليها ، إذا لم تكن جوهرية ، ولا عيوب البناء إذا كانت هذه العيوب لا تؤدي إلى جعل الأعمال و العناصر التجهيزية المذكورة سابقا غير صالحة للإستعمال وفقا للغرض المخصصة له << .

ويتضح من هذا النص ، أنه أعطى لفكرة الإنتهاء من أعمال البناء تعريف لا يتفق مع تعريف فكرة الإنتهاء من الأعمال المعروفة في القواعد العامة⁽¹⁾ .

فطبقا للقواعد العامة فإن الإنتهاء من أعمال البناء يتحدد أساسا طبقا لشروط المتعاقدين ، إذ يكفي للتأكد مما إذا كان البناء قد إكتمل بناؤه أم لم يكتمل ، أن نقارن بين الأعمال التي تم تنفيذها بالفعل ، و الأعمال التي تم الإتفاق عليها في العقد⁽²⁾ .

(1) Frank steinmetz; ouvrage précité . N⁰ 193 . p . 200 et 201 .

(2) Philippe malinvaud philippe jestaz ; ouvrage précité. N⁰ 312 . p . 352 .

فإذا كانت الأعمال المنفذة مطابقة لما تم الإتفاق عليه في العقد ، فإن البناء يعتبر منتهيا حسب فكرة الإنتهاء التعاقدية ، بينما النص السابق أضاف أنه عند تقدير هذا الإنتهاء فإنه لا يجب الأخذ بعين الإعتبار عدم مطابقة البناء للمواصفات المتفق عليها إذا لم تكن جوهرية ، ولا عيوب البناء إذا كانت هذه العيوب لا تؤدي إلى جعل البناء غير صالح للإستعمال طبقا للغرض الذي أعد له .

وهكذا ، يعتبر البناء منتهيا في نظر المشرع الفرنسي إذا كان صالحا للغرض الذي أعد له حتى ولو كان غير مطابق للمواصفات المتفق عليها غير الجوهرية ، أو كان به عيوب لا تجعله غير صالح للإستعمال ، ومن ثم فإن البناء ، وفقا لهذا المعنى يعتبر قد أكتمل Achever ولكن ليس دائما منتهيا⁽¹⁾ ، ويترتب على ذلك أن عدم إنتهاء البائع من بعض الأعمال الثانوية⁽²⁾ . والتي ليست ضرورية لإستعمال البناء لا يمنع من إعتبار البناء قد أكتمل ، بالرغم من الإتفاق عليها في العقد⁽³⁾ .

ويلاحظ أخيرا أن المشرع ومن أجل حماية حقوق المشتري أراد أن يحدد بوضوح أثر إثبات الإنتهاء من البناء وهو نقل الملكية إلى المشتري . لكن إنتقال الملكية بهذا المعنى يجب أن لا يفهم منه أن البناء مطابق للمواصفات التي تم الإتفاق

(1) Bernard boubli << les problèmes de constatation d'achèvement dans la loi du 3 janvier 1967 : journal des notaires 5 juillet 1968 .p. 732 ; frank steinmetz; ouvrage précité. N⁰ 193 . p . 201 .

(2) مثل الدهان ، أو لصق ورق الحائط في بعض الغرف . revêtements

(3) dans le même sens : frank steinmetz ; ouvrage précité N⁰ 197 . p . 205 .

عليها في العقد ، أو أن المشتري قد تنازل عن حقوقه التي قررتها له المادة 1642-1 من القانون المدني ، والخاصة بالعيوب ، وإذا أراد البائع وقت إثبات الإنتهاء من الأعمال ، أن يحصل على إقرار من المشتري بمطابقة البناء للمواصفات المتفق عليها ، فيجب أن يكون إقرار المشتري بذلك صريحا ، وإن كنا نعتقد بأن المشتري لا يوافق على مثل هذا الطلب وخاصة إذا كان البناء غير مطابق للمواصفات في هذا الوقت .

ثانيا : إثبات الإنتهاء من البناء .

إذا كان المشرع الفرنسي - كما رأينا - قد نص على أن تاريخ إنتقال الملكية في البيع لأجل هو تاريخ الإنتهاء من البناء ، إلا أن ذلك لا يكفي بل يجب فضلا عن ذلك أن يتم إثبات هذا الإنتهاء حتى تنتقل الملكية إلى المشتري ، ولكن كيف يتم هذا الإثبات ؟ ومن هو الذي يقوم به ؟ .

نحن نعلم بأن الإنتهاء من البناء هو وفاء البائع لإلتزامه بإقامة البناء ، ومن ثم فإن إثبات هذا الإنتهاء ، هو كقاعدة إتفاق بين الطرفين ، وليس من طرف البائع وحده ، فهذه المهمة يجب أن تتم بالإتفاق بين كل من البائع و المشتري .

وكما يتم إثبات الإنتهاء من البناء بمعرفة الطرفين فإنه يمكن إثباته كذلك بمعرفة شخص آخر ، يكون مؤهلا للقيام بهذه المهمة ، إذا تضمن العقد ما يفيد أن المتعاقدين أتفقا على ذلك ، أو أن المتعاقدين لم يتفقا أصلا على إنتهاء البناء موضوع

التعاقد ، ويعين هذا الشخص الثاني من طرف المحكمة الكلية T . G . I . الكائن بدائرة إختصاصها البناء موضوع النزاع .

وسواء تم إثبات الإنتهاء من البناء بواسطة المتعاقدين ، أو من طرف الشخص الذي عينته المحكمة ، فإنه يجب أن يتم بموجب ورقة ، بل وأكثر من ذلك ، يجب أن تكون هذه الورقة رسمية⁽¹⁾ . يقوم بتحريرها الموثق الذي أبرم عقد البيع لأجل ، وكل ورقة عرفية لا تكون لها أي قيمة .

ونعتقد أن هذه الشكلية التي إستلزمها المشرع لإثبات الإنتهاء من البناء ضرورية لحماية المشتري ، بحيث تمكنه من التحقق من أن البناء قد أكتمل فعلا ، وأنه جاء مطابقا للمواصفات المتفق عليها⁽²⁾ .

ويترتب على إثبات الإنتهاء من البناء على النحو السابق إنتقال الملكية إلى المشتري فالملكية لا تنتقل إذن وقت الإنتهاء الفعلي للبناء ، وإنما تنتقل لحظة إثبات هذا الإنتهاء بورقة رسمية ، وتنتقل ملكية البناء إلى المشتري من هذا التاريخ بقوة القانون ، ودون حاجة إلى إجراء آخر، وينصب إنتقال الملكية هنا على العقار المكتمل

(1) Frank steinmetz ; ouvrage précité . N⁰ 200 . p . 206 .

(2) Frank steinmetz ; ouvrage précité . N⁰ 200 . p . 206 .

في مجموعه عكس الحال في البيع حسب الحالة المستقبلية (1) ، وإذا كانت الملكية تنتقل من وقت إثبات الإنتهاء من البناء غير أنها تنتقل بأثر رجعي ، وهذا ما سنعرضه في الفرع الثاني .

الفرع الثاني

الأثر الرجعي لإنتقال الملكية في صورة البيع لأجل

تنص المادة 1602-2 أيضا على أن >> نقل الملكية يتم بأثر رجعي من يوم إبرام البيع << .

ويتضح من هذا النص ، أن المشرع قد أدرك الخطورة التي يتعرض لها المشتري في الفترة الواقعة بين تاريخ إبرام العقد وتاريخ إنتقال الملكية إليه ، فالبائع يظل محتفظا خلال هذه الفترة بسلطات رب العمل ، ويبقى مالكا للبناء ، ومن ثم فقد تصدر منه تصرفات تؤثر على حقوق المشتري وتعرضها للضياع ، كأن يرتب على العقار حقوق عينية أو يبيعه إلى مشتري آخر ، ويقوم هذا الأخير بشهر سند ملكيته قبل المشتري الأول ، ولكي يتجنب المشتري مغبة هذه الخطورة قرر بأن الملكية تنتقل إليه بأثر رجعي من تاريخ إبرام البيع .

ونلاحظ أن المشتري في القانون الجزائري لا يتعرض إلى هذه الخطورة لكون

(1) بخصوص إنتقال الملكية في البيع حسب الحالة المستقبلية راجع سابقا، ص281 وما بعدها من هذا البحث.

العقد يتم شهره وقت إبرامه ، و بالتالي فإن الملكية تنتقل إلى المشتري من هذا التاريخ ، ومن ثم فإن الحقوق التي قد يربتها البائع المتعامل في الترقية العقارية على العقار المبيع لا تكون نافذة في حقه ، وإعمالاً للأثر الرجعي ، فإن ملكية البائع للبناء خلال المدة الواقعة بين إبرام العقد وتاريخ إثبات الإنتهاء من البناء تزول بأثر رجعي ، أي تزول من تاريخ التعاقد ، ويعتبر وكأنه لم يملكه أصلاً ، وقد تصرف فيما لا يملك ، أي تصرف في ملك المشتري ، ويترتب على ذلك زوال كل الحقوق التي يكون البائع قد رتبها للغير خلال تلك الفترة على البناء ، وبالتالي تنتقل الملكية إلى المشتري خالية من هذه الحقوق .

وقد ثار الخلاف في الفقه حول طبيعة البيع لأجل ، وهل هو بيع وارد على شيء مستقبل أم بيع شرطي ، أي معلق على شرط .

يرى أغلب الفقه⁽¹⁾ . بأن البيع لأجل هو بيع لشيء مستقبل وليس بيعاً معلقاً على شرط . فالرجعية هنا تقررت فقط لحماية المشتري من خطر قيام البائع بإنشاء حقوق لفائدة الغير على العقار المبيع في الفترة التي تستغرقها عملية البناء، وقد أقرح البعض⁽²⁾ ، مقارنة الأثر الرجعي لإنتقال الملكية في البيع لأجل مع الأثر الكاشف

(1) في هذا المعنى :

Frank steinmetz ; ouvrage précité . N⁰ 205.p. 213.

(2) Saint-alary ; commentaire précité N⁰ 28; me thiberge défrénois 15 février 1968 .p. 166 .cité par frank steinmetz ; ouvrage précité . N⁰205 .p. 213 .

وإذا كان الأثر الرجعي لإنتقال الملكية بين طرفي العقد يستند إلى تاريخ البيع ، فإن الأمر يختلف بالنسبة للغير بحيث لا يمكن الإحتجاج بهذه الرجعية في مواجهة الغير إلا من تاريخ شهر العقد في مكتب الرهون ، وعلى ذلك ، فإذا أنشأ البائع حقوق عينية على البناء المبيع لصالح الغير ، وأشهرت ما بين إبرام البيع وشهره فإنه يحتج بها على المشتري⁽¹⁾ .

وأخيرا ، من هو الذي يتحمل تبعه المخاطر التي تصيب البناء خلال الفترة التي تقع بين إبرام العقد ، وإنتقال الملكية إلى المشتري ؟ ، يمكن القول بأنه ما دام إنتقال الملكية إلى المشتري يعود بأثر رجعي إلى تاريخ انعقاد البيع ، فإن المشتري هو الذي يتحمل تبعه المخاطر باعتباره مالكا ، وليس البائع ، ولكن المشتري لا يتحمل المخاطر إلا إذا أكتمل البناء ، أما إذا لم يكتمل البناء ، فإن البائع هو الذي يتحمل بالمخاطر⁽²⁾ .

غير أن الأخذ بهذا الرأي لا يتفق مع الهدف الذي قصده المشرع من وراء تقريره لرجعية إنتقال الملكية إلى تاريخ التعاقد ، وهو بالتأكيد حماية المشتري من خطر تصرف البائع في العقار المبيع خلال مدة الإنجاز ، وليس تنظيم مسألة تحمل

(1) Frank steinmetz ; ouvrage précité . N⁰ 206 .p. 215 .

(2) Frank steinmetz ; ouvrage précité . N⁰ 207 .p. 216 .

المخاطر ، و من ثم يجب أن لا تخرج هذه الرجعية عن الغرض الذي أنشئت من أجله ، ثم أن فكرة الرجعية ما هي إلا حيلة قانونية أو افتراض يخالف الواقع ، ولهذا يتعين الحد من أثارها ، ومن ثم فإن البائع هو الذي يتحمل في البيع لأجل عبء المخاطر ، رغم الإنتقال الرجعي للملكية⁽¹⁾ .

ويلاحظ أن هذه المسألة لا تثير أي إشكال في الجزائر لكون المشرع ربط تبعة الهلاك بالتسليم و ليس بإنتقال الملكية⁽²⁾ .

أما في الجزائر فقد نصت المادة 2-1 من المرسوم التنفيذي رقم 58/94 المؤرخ في 25 رمضان عام 1414 الموافق لـ 7 مارس سنة 1994 المتعلق بنموذج عقد بيع بناء على التصاميم ، الذي يطبق في مجال الترقية العقارية ، على أنه >> عملا بالمادتين 9 و 12 من المرسوم التشريعي رقم 93-03 المؤرخ في أول مارس سنة 1993 ، يكون المشتري مالكا للبنية المباعة الآن ، بناء على التصاميم إبتداء من تاريخ التوقيع⁽³⁾ .

و يخول التمتع بمجرد إنتهاؤها و التوقيع على محضر التسليم الذي يحرر أمام الموثق << .

(1) Frank steinmetz ; ouvrage précité . N⁰ 207 .p. 216 .

(2) المادة 369 من القانون المدني الجزائري .

(3) إن نص المشرع الجزائري على أن ملكية البناء تنتقل فورا وقت إبرام عقد البيع على تصاميم فيه مخالفة للقواعد العامة التي تستلزم لإنتقال ملكية الشيء المستقبل ضرورة وجود هذا الشيء وجودا فعليا .

يتضح من الفقرة الأولى من هذا النص أن نقل الملكية في عقد بيع العقار بناء على التصاميم في ظل المرسوم التشريعي رقم 03-93 يكون بإبرام العقد في الشكل الرسمي ، و تسجيله و شهره ، فالشهر هو الذي ينقل الملكية طبقا للمادة 12⁽¹⁾ من المرسوم التشريعي رقم 03-93 المتعلق بالنشاط العقاري، و هي نفس الشروط اللازمة لنقل الملكية في بيع عقار موجود وقت إبرام البيع طبقا للبيع التقليدي⁽²⁾ .

غير أن توثيق عقد بيع العقار بناء على التصاميم و تسجيله و شهره ، لا يكفي لإثبات حيازة الملكية من طرف المشتري ، عكس ما هو عليه الحال في البيع التقليدي المنصب على عقار موجود وقت التعاقد . فالمادة 13 من المرسوم رقم 03-93 تستلزم - فضلا عن ذلك - أن يستكمل عقد بيع بناء على التصاميم بمحضر يحرر

(1) التي أحالت إليها المادة 2-1 من المرسوم التنفيذي رقم : 58/94 . و المادة 12 من هذا المرسوم تقابلها المواد التالية :

- المادتان 165 و 793 من القانون المدني الجزائري .

- المادتان 15 و 16 من الأمر رقم 74-75 المؤرخ في 8 ذي القعدة 1395 الموافق 12 نوفمبر 1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري .

(2) من المستقر عليه في القانون الجزائري أنه لكي تنتقل الملكية في العقار أو الحقوق العينية العقارية الأخرى ، يجب أن يكون التصرف الذي هو مصدر لها رسميا (موثقا) ثم يتعين تسجيله ، أي دفع رسوم لفائدة الخزينة العمومية ، و بعد ذلك شهره ، و من تاريخ إجراء الشهر تنتقل الملكية . و قد كرست المحكمة العليا هذا المبدأ بقولها >> لا تنتقل الملكية - في المواد العقارية و لا الحقوق العينية الأخرى - سواء بين المتعاقدين أم بالنسبة للغير إلا بالشهر ، و ما لم يحصل هذا الشهر تبقى الملكية على ذمة المتصرف و لا يكون للمتصرف إليه في الفترة ما بين تاريخ التعاقد إلى وقت الشهر سوى مجرد أمل في الملكية دون أي حق فيها << .

حضوريا في نفس مكتب التوثيق ، لإثبات حيازة الملكية من المشتري ، وتسليم البناية التي أنجزها المتعامل في الترقية العقارية وفق الإلتزامات التعاقدية . كما أن المادة 1-2 من المرسوم التنفيذي رقم 58-94 نصت في فقرتها الثانية على أنه << و يخول التمتع بمجرد إنتهائها و التوقيع على محضر التسليم الذي يحرر أمام الموثق >> .

فطبقا لهذين النصين ، فإن حيازة الملكية من المشتري لا يتحقق إلا بالإنتهاء من البناء ، الذي يتجسد بالحصول على شهادة المطابقة⁽¹⁾ التي يلتزم البائع بإيداعها لدى مكتب التوثيق ، بمجرد ما يستلمها من مصالح التعمير المؤهلة⁽²⁾ ثم يتم تسليم البناء محل البيع للمشتري بموجب محضر تسليم يحرر من طرف الموثق و ممضي من الطرفين . و يشهر بالمحافظة العقارية . ومن تاريخ شهر محضر التسليم يزول عن المشتري القيد أو المنع من التصرف في البناء الذي فرضته عليه المادة 1-2 الفقرة الثانية من المرسوم التنفيذي رقم 58/94 ، بحيث يستطيع المشتري أن يتصرف في البناء بشتى أنواع التصرفات الجائزة قانونا .

ويلاحظ أن منع المشتري من التصرف في البناء موضوع البيع قبل إكتماله يستفاد من نص المادة 1-2 من المرسوم التنفيذي رقم 58/94 التي تقضي بأنه و يخول التمتع بمجرد إنتهائها و التوقيع على محضر التسليم الذي يحرر أمام الموثق

(1) تنص المادة 14 من المرسوم رقم 03/93 السابق الذكر على أنه << لا تتم حيازة ملكية بناية أو جزء من بناية من المشتري ، إلا بعد تسليم شهادة المطابقة ...>> و تعتبر شهادة المطابقة قرينة على أن البناء قد شيد مطابقا لرخصة البناء .

(2) الفقرة الثانية من المادة 2-2 من المرسوم التنفيذي رقم 58-94 .

و هو ما يؤكد بأن تاريخ إنتقال الملكية إلى المشتري إنتقالا فعليا هو تاريخ الإنتهاء من البناء الذي يتم إثباته بمعرفة البائع و المشتري من خلال محضر التسليم الموقع من الطرفين و المحرر من طرف الموثق الذي أبرم عقد البيع . و تنتقل الملكية إلى المشتري بأثر رجعي من يوم شهر عقد البيع ، وهذا هو ما قصده المشرع في نظرنا بقوله << يكون المشتري مالكا للبناء المبيعة الآن ، بناء على التصاميم إبتداء من تاريخ التوقيع >>⁽¹⁾ .

و هكذا ، يتبين من ربط المشرع إنتقال الملكية بانتهاء البناء الذي يتوج بتسليم العقار بواسطة محضر تسليم رسمي ، أنه جعل إنتقال الملكية لاحقا للتسليم ، أو على الأقل معاصرا له⁽²⁾ . و لا يمكن أن يكون لاحقا له . ومن هذه الناحية يتميز بيع عقار بناء على التصاميم عن البيع التقليدي الوارد على العقار ، ففي هذا الأخير ، قد

(1) المادة 2 - 1 من المرسوم التنفيذي رقم 58-94 . و تجدر الإشارة إلى أن هناك تعارض بين نص هذه المادة ، و المادة 12 من المرسوم رقم 03/93 التي أحالت إليها من حيث التاريخ الذي يصير فيه المشتري مالكا للعقار المبيع ، فالمادة 1-2 أعتبرت المشتري مالكا للبناء المبيعة إبتداء من تاريخ التوقيع ، و المقصود بعبارة << من تاريخ التوقيع >> هو أن يكون المشتري مالكا للبناء المبيعة إبتداء من تاريخ تحرير عقد البيع ، بينما المادة 12 نصت على أن عقد البيع على تصاميم يخضع لإجراءات التسجيل و الشهر ، بما يعني أن المشتري - حسب هذه المادة - يكون مالكا للبناء المبيع من تاريخ شهر عقد البيع ، و ليس من يوم تحريره . و النص الصحيح في رأينا هو نص المادة 12 لأنه يحتوي على جميع شروط إنتقال الملكية في العقار ، و أهمها الشهر ، و ذلك عكس ما هو عليه الحال في فرنسا . فمن المعروف في القانون الفرنسي ، أنه لا يشترط شهر عقد البيع لإنتقال الملكية في العقار بين الطرفين ، و من ثم فإن الملكية فيه تنتقل إلى المشتري من يوم تحرير عقد البيع .

(2) و ذلك إذا تم شهر محضر التسليم في نفس اليوم الذي تم فيه التسليم .

يسبق التسليم نقل الملكية ، و قد يكون لاحقا لنقل الملكية .

و يلاحظ أخيرا أنه لا يترتب على إنتقال الملكية إلى المشتري ، و حصوله على شهادة المطابقة ، و تحرير محضر رسمي بانتهاء البناء و تسليمه للمشتري ، إعفاء البائع المتعامل في الترقية العقارية من إلتزامه من المسؤولية المدنية ، و إلتزامه بضمان حسن إنجاز المنشأة الذي يدوم سنة واحدة من تاريخ التسليم المادة 14 من المرسوم رقم 03/93 المتعلق بالنشاط العقاري . لذا يجب على المتعامل في الترقية العقارية أن يسلم عقارا مطابقا للمواصفات المتفق عليها في العقد .

يتضح مما سبق ، أن هناك تشابها كبيرا بين القانون الجزائري و القانون الفرنسي في صورة البيع لأجل ، فيما يتعلق بإنتقال الملكية ، غير أن هذا التشابه لا ينفي وجود أي إختلاف بينهما .

التشابه الأول يتعلق بأن كلا من القانونين يربط إنتقال الملكية بوجود العقار المبيع وجودا فعليا ، فملكية البناء المبيع لا تثبت للمشتري إلا إذا وجد فعلا ، و يصبح حقيقة واقعية ملموسة في العالم الخارجي .

و يتعلق التشابه الثاني في كون القانونين ربطا كذلك إنتقال الملكية بتنفيذ الطرفين إلتزامهما بتسليم و تسلم البناء المبيع و الوفاء بالثمن عند التسليم . و يتم إنتقال الملكية بقوة القانون بتحرير محضر رسمي أو ورقة رسمية يثبت الإلتهاء من البناء .

و يتمثل التشابه الثالث في أن عقد بيع العقار بناء على تصاميم في الجزائر في ظل المرسوم التشريعي رقم 93-03 المتعلق بالنشاط العقاري ، و بيع العقار المقرر بناؤه في صورة البيع لأجل في فرنسا أو في الجزائر في ظل القانون رقم 11-04 الذي يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية يتضمن تعليق إنتقال الملكية إلى غاية الإنتهاء من البناء . فإذا ما أكتمل البناء ، تحقق الشرط و ثبتت ملكية البناء للمشتري بأثر رجعي يستند إلى تاريخ شهر عقد البيع في القانون الجزائري ، و إلى تاريخ تحرير العقد في القانون الفرنسي . و هذا ما يوفر للمشتري قدرا من الحماية العملية خاصة في القانون الفرنسي ضد خطر إمكانية قيام البائع بالتصرف في البناء لفائدة الغير خلال الفترة الواقعة بين التعاقد و تحقق الشرط فإن مثل هذا التصرف لا يكون نافذا في مواجهة المشتري ، لكونه صدر بعدما صار المشتري مالكا .

أما الإختلاف بين القانونين فيتمثل أساسا في دور الشهر ، فالشهر شرط ضروري و أساسي لإنتقال الملكية فيما بين المتعاقدين في القانون الجزائري . أما القانون الفرنسي فإنه لا يشترط لإنتقال الملكية فيما بين المتعاقدين ضرورة شهر العقد ، و إنما للإحتجاج به على الغير فقط .

المبحث الثاني

إلتزام المشتري بالوفاء بالثمن في عقد بيع العقار بناء على التصاميم

الوفاء بالثمن هو الإلزام الرئيسي للمشتري ، سواء في البيع بصفة عامة ، أو في بيع العقار بناء على تصاميم ، وبالتالي فإن إلتزام المشتري في عقد بيع العقار بناء على التصاميم بالوفاء بالثمن يخضع لأحكام الوفاء بالثمن المقررة طبقا للقواعد العامة ومن ثم فإننا نقتصر هنا على بحث القواعد الخاصة به التي لا تتفق مع القواعد العامة.

و الوفاء بالثمن في فرنسا ، يختلف بحسب ما إذا كان البيع قد تم في صورة البيع حسب الحالة المستقبلية ، أم في صورة البيع لأجل ، ففي البيع حسب الحالة المستقبلية ، لا يرتبط الوفاء بالثمن بتسليم البناء المبيع ، وإنما يرتبط بنقل الملكية ، فالوفاء بالثمن إذن يتم تدريجيا تبعا لتقدم أعمال البناء ، و بالعكس من ذلك ، فإذا كان البيع ابرم في صورة البيع لأجل فإن الوفاء بالثمن لا يتم إلا وقت التسليم (1) .

أما في الجزائر فإن الوفاء بالثمن في ظل المرسوم التشريعي رقم 93-03 يتم تبعا لمراحل تقدم الأشغال ، كما هو الحال في البيع حسب الحالة المستقبلية في

(1) Jean-michel lucheux ; les garanties de l'acquéreur dans les ventes d'immeubles à construire , thèse . paris . 1968 . p .75.

فرنسا . أما في ظل القانون رقم 04-11 المتعلق بتحديد القواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية فإن الوفاء بالثمن يتم بنفس الطريقة التي يتم بها الوفاء بالثمن في فرنسا ، تبعا لما إذا كان البيع قد أبرم في صورة البيع حسب الحالة المستقبلية ، أو أبرم في صورة البيع لأجل . وعلى ذلك نقسم هذا المبحث إلى مطلبين نخصص أولهما للوفاء بالثمن في البيع حسب الحالة المستقبلية ، ونعرض في ثانيهما للوفاء بالثمن في البيع لأجل .

- المطلب الأول : إلتزام المشتري بالوفاء بالثمن في صورة البيع حسب الحالة المستقبلية .

- المطلب الثاني : إلتزام المشتري بالوفاء بالثمن في صورة البيع لأجل .

المطلب الأول

إلتزام المشتري بالوفاء بالثمن في صورة

البيع حسب الحالة المستقبلية

بعد أن نصت المادة 1603-3 على أن الأعمال تصبح مملوكة للمشتري أولا بأول وتبعا لتنفيذها . أضافت >> بأن المشتري يلتزم بالوفاء بالثمن تبعا لتقدم الأعمال << . وتنص المادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 94-58 المؤرخ في 25 رمضان عام 1414 الموافق 7 مارس سنة 1994 ، المتعلق بنموذج عقد البيع بناء على التصاميم الذي يطبق في مجال الترقية العقارية على أن >> يحدد ثمن البيع

وكيفيات دفعه مع ربط قيام المشتري بالدفع الجزأة تبعا لمراحل تقدم الأشغال << .
وتنص الفقرة الأولى من المادة 38 من القانون رقم 04-11 على أنه << يتم ضبط
تسديد سعر البيع في عقود البيع على التصاميم ، حسب تقدم أشغال الإنجاز في الحدود
المنصوص عليها عن طريق التنظيم ...>> ونبحث إذن مسألة وقت الوفاء بالثمن في
هذا النوع من البيع في الفرع الأول ، ثم نعرض في الفرع الثاني ل ضمانات دفع الثمن.

الفرع الأول

وقت الوفاء بالثمن في صورة البيع

حسب الحالة المستقبلية

يتضح من النصوص السابق الإشارة إليها ، أن المشتري يلتزم بالوفاء
بالثمن - سواء في القانون الفرنسي أم في القانون الجزائري - بالتدرج و بحسب
التقدم في أشغال الإنجاز . فوقت الوفاء بالثمن هنا لا يرتبط بالتسليم كما هو الحال
طبقا للقواعد العامة في البيع عموما في القانون الفرنسي ، كما لا يرتبط بوقت إبرام
البيع طبقا للقواعد العامة في البيع التقليدي في القانون الجزائري ، و إنما يرتبط
بوقت إنتقال الملكية ومن ثم فإن الوفاء به يتم تدريجيا تبعا لجزء البناء الذي تم إنجازه
وانتقلت ملكيته للمشتري .

وهكذا يستطيع البائع في فرنسا ، و في الجزائر في ظل القانون رقم 04-11
الحالي وقت إبرام عقد البيع أن يطالب بثمن الأرض ، و ثمن المنشآت الموجودة لحظة
البيع ، وإذا كان القانون لم يقل ذلك صراحة ، فإن ذلك يفهم ضمنا من الحل الذي

وضعته المادة 3-1601⁽¹⁾ من القانون المدني الفرنسي، و المادة 28 من القانون رقم 04-11 المحدد للقواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية .

وإذا كان يكفي قانونا أن يتم دفع الثمن حسب التقدم في أشغال إنجاز البناء ، أو بالتقسيت ، فإن عدد هذه الأقساط وتاريخ الوفاء بها ، يخضع لإتفاق الطرفين اللذان يجب عليهما أن يحددا في العقد تاريخ دفع الأقساط ، كل ما في الأمر أن يكون الدفع متناسب مع تقدم أشغال الإنجاز .

وإذا كان القانون ربط تقسيت الوفاء بالثمن تبعا لمراحل تقدم أعمال البناء فإنه حدد في نفس الوقت نطاق هذا التقسيت ، وذلك حماية للمشتري ، بحيث يجب عدم تجاوزه وعلى ذلك نصت المادة 19 من المرسوم 22 ديسمبر 1967 على أن الدفع يجب أن لا يتجاوز في مجموعه :

- 35 ٪ من الثمن عند إكتمال الأساسات .

- 70 ٪ من الثمن عندما يكون البناء في حماية من الماء .

- 95 ٪ من الثمن عند تمام بناء العقار .

و الباقي أي 5 ٪ يدفع عند وضع البناء تحت تصرف المشتري ، ولهذا الأخير

(1) Frank steinmetz , ouvrage précité . N⁰ 238 . p . 244.

الحق في الإمتناع عن دفع الباقي في حالة إعتراضه على عدم مطابقة العقار للمواصفات المتفق عليها في العقد .

وفي الحقيقة فإن الوفاء بالثمن بهذه النسب يحقق مصلحة كبيرة للبائع و المشتري على السواء ، فهذه النسب 35-70-95 % تتفق مع التكلفة الفعلية لأشغال الإنجاز في كل مرحلة من المراحل المشار إليها .

و المشتري لا يدفع إذن إلا مقابل ما تم فعلا تنفيذه من أعمال البناء ، ويغطي البائع بالتالي النفقات الضرورية لكل مرحلة من مراحل الإنجاز بأقساط المشتريين⁽¹⁾ .

ويرى الفقه⁽²⁾ أنه لا يوجد ما يمنع البائع من أن يطلب من المشتري أن يدفع النسبة الخاصة بكل مرحلة من المراحل الثلاث التي حددها القانون على عدة مرات ، مادام أن الدفع لا يتجاوز في مجموعه الحد الأقصى الذي وضعه المشرع لكل مرحلة كأن يتم الإتفاق على دفع 35 % عند تمام وضع الأساسات ، 50 % عند الإنتهاء من إقامة الطابق الثالث ، و 70 % عند وضع العقار في حماية من الماء ، ويتضح من ذلك أن مثل هذا الإتفاق مفيد جدا للبائع ، لأن المراحل الثلاث التي حددها القانون هي في الواقع بعيدة عن بعضها البعض⁽³⁾ .

(1) Jacques tartanson ; ouvrage précité p . 200 et 201 .

(2) Meysson ; les vente d'immeuble à construire . J . C . P construction .fasc. 80 . N⁰ 142 cité par jacques tartanson . précité , p . 201 .

(3) Jacques tartanson ;ouvrage précité , p .P.201 .

ويلاحظ أنه إذا كان لا يوجد ما يمنع المتعاقدين طبقاً للقواعد العامة من الإتفاق على تجزئة أو تقسيط الثمن ، وتاريخ دفع هذه الأقساط ، فإن ما يميز عقد بيع العقار بناء على التصاميم حسب الحالة المستقبلية في فرنسا أو في الجزائر هو أن التقسيط فيه يأخذ صفة إلزامية⁽¹⁾ .

أما عن كيفية أو طرق الوفاء بالثمن فقد أقر القانون الفرنسي للطرفين بحرية الإختيار بين طريقتين لتقسيم الثمن ، وفي كليهما يجب إحترام الحدود القصوى التي قررها المشرع وهما: الدفع الدوري الثابت ، والدفع المتتالي حسب التقدم في أعمال البناء .

أما عن الطريقة الأولى المتمثلة في دفع أقساط دورية متساوية وثابتة فإنه يصعب من خلالها مراعاة التقدم في أعمال البناء ، ذلك أنه إذا كان المشرع قد أشترط أن يكون الدفع حسب معدل التقدم في عمليات البناء ، فإن الإتفاق على دفع أقساط دورية متساوية قد يكون أسرع من تقدم أعمال البناء . أو العكس أبطأ منها ، فمن الصعب هنا أن يكون الدفع الدوري يوازي التقدم في عمليات البناء . فإن كان الدفع يتم بمعدل بطيء لا يتناسب مع سرعة التقدم في عمليات البناء ، فإن البائع في هذه الحالة قد يجد صعوبة في تمويل مشروع البناء في مجموعه .

أما إذا كان الدفع يتم على العكس بمعدل أسرع من البناء ذاته ، فإن ذلك يؤدي

(1) michel d'agot ; ouvrage précité N⁰ 562 . p . 311 .

إلى عقبة *contrainte* أخرى وهي الإخلال بالحدود التي وضعها القانون . و المرتبطة بحالة تقدم الأعمال (الإنتهاء من الأساسات ، صيرورة البناء في محل من الماء ، إكتمال البناء) فيكفي مثلا أن تتعطل عمليات البناء ، لمدة معينة حتى لو كان هذا التعطل لسبب عادي ومتوقع ، كالتقلبات الجوية فإن توقعات الطرفين تضطرب بسبب ذلك ، ومن ثم فإن أستمر المشتري في دفع الأقساط الدورية المتفق عليها ، يكون أسرع بالمقارنة بحالة تقدم أعمال البناء المنجزة ، مما يؤدي ربما إلى تجاوز الحدود القصوى التي وضعها المشرع لكل مرحلة من المراحل الثلاث⁽¹⁾ .

وأخيرا ، فإن هذه الطريقة قد تبدو خطيرة بالنسبة للبائع ، الذي يجب عليه دائما أن يراقب ما تم دفعه من أقساط ، ومعدل التقدم في عمليات البناء حتى لا يتجاوز الحدود القصوى التي وضعها القانون وإلا تعرض لتطبيق أحكام (المادة L 261.17) التي تنص على معاقبة كل من يطلب أو حتى يقبل دفع جزء من الثمن بالمخالفة للأحكام القانونية ، بل وأكثر من ذلك فإنه حتى ولو أن المشتري أستمر في دفع الأقساط وبالإحاح منه لكي لا يكسر عادة الدفعات الدورية و الثابتة ، ومع ذلك ، فإن البائع إذا قبل الوفاء في هذه الحالة دون إحترام الحدود التي رسمها المشرع يعرض نفسه للعقوبة الجنائية⁽²⁾ .

أما الطريقة الثانية التي وضعها المشرع لتفسيط الثمن فإنها تتمثل في دفع أقساط متوالية بحسب التقدم في أعمال البناء ، ومن هنا نرى بأنه لا فرق بين هذه الطريقة

(1) Michel d'agot ; ouvrage précité N° 579 . p . 320 .

(2) Michel d'agot ; ouvrage Précité N° 582 . p . 322 .

وسابقتها من حيث كون الأقساط التي يسدها المشتري للبائع دورية ، غير أن الإختلاف بينهما يكمن في كون الأقساط التي يدفعها المشتري في الطريقة الأولى >> متساوية و ثابتة>> و في الطريقة الثانية >> غير متساوية << ، وإنما حسب معدل التقدم في الأعمال ، ولهذا فإن هذه الطريقة تبدو أكثر مرونة من الطريقة الأولى من هذه الناحية ولهذا فإنه من السهل في الطريقة الثانية مراقبة ما إذا كان الوفاء بالثمن يتم بمعدل أسرع بالمقارنة مع معدل تقدم أعمال البناء ، لأن تقدم مختلف مراحل البناء تحدد إستحقاق الثمن .

ننتهي إلى القول بأن المشرع سواء في الجزائر أو في فرنسا ، أراد من وراء جعله دفع الثمن حسب تقدم الأعمال في صورة البيع حسب الحالة المستقبلية ، تحقيق مصلحة كل من البائع و المشتري على السواء ، فنظرا لتكاليف البناء الباهضة ، و التي لا يقدر البائع على توفيرها رأى المشرع في دفع الثمن تبعا لتقدم أشغال إنجاز البناء يساعد في تمويل مشروع البناء المخصص للبيع عن طريق المبالغ التي يقوم المشترون بدفعها دون انتظار إكمال البناء ، ومن جهة أخرى ، فإن ربط دفع الثمن بحسب التقدم في البناء لا يلزم المشتري إلا بدفع ما يتناسب مع تقدم عمليات البناء ، فالمشتري الذي يدفع ثمنا قبل الإنتهاء من البناء يتعرض إلى خطورة عدم قدرة البائع على تكملة البناء . و لا يمتلك سوى الأرض ، أو يمتلك هيكل عقاري غير مكتمل . ولهذا فإنه إذا كان من اللازم دفع الثمن قبل إكمال بناء العقار موضوع البيع ، فليكن ذلك بنسبة تعادل ما تم فعلا إنجازه من عمليات البناء ، حتى يستفيد البائع من هذه المبالغ في تمويل مشروع البناء ، وحتى يضمن المشتري أنه لم يفقد نقوده وأن العقار سيتم بناؤه .

الفرع الثاني

ضمانات الوفاء بالثمن في صورة

البيع حسب الحالة المستقبلية

لقد رأينا كيف أحاط المشرع المشتري بضمانات كثيرة وصلت إلى غاية التزام المرقي العقاري البائع بالتأمين ضد خطر عجزه عن إكمال البناء لدى صندوق الضمان و الكفالة في الترقية العقارية ويغطي هذا التأمين إسترداد المشتري للثمن الذي دفعه للبائع في مقابل ما تم إنجازه من البناء ، في مقابل ذلك ، لم ينص المشرع على نظام خاص يتعلق بضمان الوفاء بالثمن ، ومن ثم فإن القواعد العامة الخاصة بالوفاء بالثمن في البيع التقليدي ، هي التي تطبق على بيع عقار بناء على التصاميم .

فبائع العقار بناء على التصاميم الذي لم يستوف الثمن ، و الذي يكون قد قام من جهته بتنفيذ إلتزامه ، يمكنه مثل كل دائن يستمد حقوقه من عقد ملزم للجانبين ، حبس البناء المبيع تطبيقا لقواعد الدفع بعدم تنفيذ العقد المقررة في العقود الملزمة للجانبين (المادة 123 من القانون المدني الجزائري) ، أو المطالبة بالتنفيذ العيني فينفذ جبرا على أموال المشتري ، وله طلب فسخ العقد .

أولا: التنفيذ العيني :

يكون بائع العقار بناء على التصاميم ، عند عدم قيام المشتري بدفع الثمن بإعتباره دائنا له به ، الحجز على أموال المشتري بصفته مدينا بالثمن ، و التنفيذ

عليها جبرا عن طريق بيعها بالمزاد العلني وإستفاء حقه من الثمن الذي يرسو به المزاد ، وذلك طبقا للإجراءات التي رسمها قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، كما أن لبائع العقار بناء على التصاميم ضمان خاص على العقار المبيع ، فقد قرر له المشرع حق امتياز خاص على العقار المبيع بموجبه يستطيع أن يستوفي حقه من قيمته بالأفضلية على سائر الدائنين (1) .

ويلاحظ أن المرقى العقاري البائع مقيد في التنفيذ على أموال المشتري مع وجود هذا الضمان الخاص ، بحيث يتعين عليه أولا التنفيذ على البناء المبيع فإذا أتضح أن الثمن الذي رسا به المزاد لا يكفي للوفاء بكل الثمن ، جاز له مباشرة إجراءات التنفيذ على مال آخر من أموال المشتري .

ثانيا : فسخ العقد .

بالإضافة إلى حق البائع في طلب التنفيذ العيني . الحق في طلب الفسخ نتيجة إخلال المشتري بتنفيذ إلتزامه بدفع الثمن وذلك عملا بالقواعد العامة في العقود الملزمة للجانبين (2) .

و القاعدة أن الفسخ باعتباره جزاء يترتب على إخلال أحد الطرفين بإلتزامه ، لا يقع بقوة القانون ، بل يستلزم صدور حكم قضائي به ، و للقاضي سلطة

(1) المادة 999 من القانون المدني الجزائري .

(2) المادة 119 من القانون المدني الجزائري .

تقديرية في إجابة طلب المرقى العقاري البائع ، فالقاضي لا يقضي بإيقاع الفسخ إلا إذا كان إخلال المشتري بالتزامه بدفع الثمن قد بلغ حدا من الجسامة ، كأن يؤدي إمتناع المشتري عن دفع الثمن أن يجد البائع صعوبة في تمويل مشروع البناء . كأن يكون المشتري معسرا ، و أن المرقى العقاري البائع مهددا بضياع المبيع و الثمن ، هذا في حالة ما إذا كان البيع منصبا على بناية فردية ، أما إذا كان البيع واردا على عدة وحدات كما هو الغالب في الحياة العملية ، فإن إمتناع أحد المشتريين أو بعضهم عن دفع الثمن - في هذه الحالة - لا يضر بالبائع فحسب بل يؤثر حتى على باقي المشتريين، فالبائع قد يجد صعوبة في تمويل مشروع البناء، مما ينعكس في النهاية على مصالح جميع المساهمين في المشروع .

ويلاحظ أن المرقى العقاري البائع مع أزمة الإسكان الحالية له مصلحة في فسخ البيع ، لتعود له ملكية البناء المبيع ليعيد بيعه مرة أخرى ، ومن السهل جدا أن يجد من يشتريه منه و بالثمن الذي يريده خاصة إذا كان العقار المبيع قد أنتهى بناؤه ، كما أن لجوء البائع إلى الفسخ يجنبه خطر مزاحمة دائني المشتري له .

وسواء لجأ المرقى العقاري البائع إلى طلب التنفيذ العيني أو الفسخ فإنه يستطيع أن يطالب بتعويضه عن الضرر الذي لحق به بسبب الفسخ ، كما يمكنه أن يطلب باحتفاظه بجزء من الثمن الذي قبضه .

وسواء لجأ البائع إلى التنفيذ العيني أو الفسخ فإن له الحق في التعويض عن الضرر الذي لحق به بسبب تأخر المشتري في الوفاء بالثمن وغالبا ما يتم الإتفاق

على عقوبة التأخير في العقد ، ولذا تدخل المشرع الفرنسي ووضع حدا أقصى لهذا التعويض وهو 1 ٪ شهريا لا يجوز الإتفاق على نسبة أعلى منه وإلا وجب إنقاصه للحد المقرر قانونا (المادة : 19 من القرار 1967/12/22) .

و يجدر بنا أن ننوه أخيرا بأن المشتري قد لا يوفي ببعض الثمن ولا يكون مخلا بتنفيذ إلتزامه بالوفاء بالثمن ويتحقق ذلك ، إذا كان عدم الوفاء بباقي الثمن يستند إلى حقه في الحبس بسبب معارضته على عدم مطابقة البناء المبيع للمواصفات المتفق عليها . ومن ثم فإذا كان البائع يستطيع حبس المفتاح تطبيقا للحبس المقرر له بموجب القواعد العامة في الحبس (المادة 200 من القانون المدني الجزائري) أو بموجب قواعد عقد البيع (المادة 390 من القانون المدني الجزائري) ورفض تسليمه للمشتري إذا لم يتم هذا الأخير بدفع ما تبقى من الثمن لحمله على الوفاء ، فإنه لا يجوز له في هذه الحالة إستعمال حقه في الحبس لأنه يتعارض مع الأحكام الخاصة بعقد بيع العقار بناء على التصاميم .

المطلب الثاني

إلتزام المشتري بالوفاء بالثمن

في صورة البيع لأجل

لقد عرفنا من قبل بأن المشرع الفرنسي عند تعريفه للبيع لأجل قال بأن المشتري يتعهد بأن يتسلم البناء بعد نهايته وأن يوفي بالثمن في تاريخ التسليم .

فالنص على الإلتزام بالوفاء بالثمن من أجل تحديد وقت هذا الوفاء ضروري ، وهذا ما سنتناوله في الفرع الأول ، على أن نبحت في الفرع الثاني التأمينات التي من شأنها ضمان هذا الوفاء .

الفرع الأول

وقت الوفاء بالثمن في صورة البيع لأجل

ربط المشرع الفرنسي في البيع لأجل بين إلتزام البائع بالتسليم ، وإلتزام المشتري بالوفاء بالثمن ، على عكس البيع حسب الحالة المستقبلية - فقد رأينا - بأن دفع الثمن يرتبط بنقل الملكية ، وبذلك يكون المشرع قد طبق في البيع لأجل القاعدة العامة الواردة في المادة 1651 من القانون المدني الفرنسي المتعلقة بالبيع عموما ، غير أن المشرع أعطى لهذه القاعدة قيمة Valeur جديدة أضفى عليها الصيغة الأمرة ، بحيث لا يمكن أن يكون هناك بيع لأجل بالمعنى القانوني إذا تم الإلتفاق على دفع الثمن قبل التسليم⁽¹⁾ ، ومع ذلك ، فإن المشرع - حماية منه للمشتري - قد حاول التخفيف من هذه القاعدة ، بنصه على إمكانية الإلتفاق على إلتزام المشتري بدفع وديعة ضمان قبل التسليم .

القاعدة في البيع لأجل هي ربط الوفاء بالثمن بتسليم البناء المبيع ، وفي الواقع فإن الربط بين دفع الثمن و التسليم يوجد حتى في تعريف المشرع لهذا النوع من

(1) Frank Steinmetz . ouvrage précité . N^o 228 . p . 235 .

البيع ، فلا يوجد قانونا بيع لأجل إذا لم يحترم البائع و المشتري هذا الربط ، فتخلف هذا الربط كالبيع بدون ثمن ، أو البيع بثمن تافه ، ففي كلتا الحالتين لا يوجد بيع⁽¹⁾ ، ومن ثم يتبين بأن العلاقة التي أنشأها القانون بين التسليم والوفاء بالثمن تشكل عنصر أساسي وجوهري في البيع لأجل ، بحيث لا يقوم بدونها .

وإذا كان القانون قد قرر أن الوفاء بالثمن يجب أن يكون وقت التسليم فقد رأينا بأن المادة 1601-2 نصت على أن يكون التسليم وقت إنتهاء أعمال البناء المبيع ، وأن المادة الأولى من قرار 22 ديسمبر 1967 بينت متى يكون البناء منتهيا ، ومن ثم فإنه من وقت الإنتهاء من أعمال البناء ، يكون الثمن مستحق ، و بالتالي يتعين على المشتري دفعه للبائع ، وعلى هذا الأخير تسليم البناء إليه .

ولكن هل يجوز للطرفين أن يتفقا على تغيير وقت التسليم ، أي أن يكون في وقت غير الوقت الذي حدده القانون . إن الإجابة على ذلك ، تتوقف على ما إذا كان هذا الوقت سابقا للوقت الذي حدده القانون أم تاليا له ، فإذا كان وقت التسليم المتفق عليه متأخرا عن ذلك الذي حدده القانون ، فإنه جائز لأن دفع الثمن يكون من هذا التاريخ وأن هذا التاريخ لا يتعارض مع حكم المادة 1601-2 من القانون المدني طالما أن الطرفين نقلا موعد التسليم مع الربط بينه وبين الوفاء بالثمن ، فضلا عن كون هذا التأخير يحقق مصالح المشتري ، المقصود أساسا بالحماية .

(1) Frank steinmetz . ouvrage précité . N^o 228 . p . 235 .

أما إذا كان وقت التسليم المتفق عليه قبل الموعد الذي حدده القانون ، فهو غير جائز ، لأنه يتعارض مع طبيعة البيع لأجل كما أنه لا يحقق مصلحة المشتري ، فالعقد في هذه الحالة ، وإن كان بيع لعقار مقرر بناؤه إلا أنه ، ليس بيعا لأجل (المادة -2- 1601) ، أو بيعا حسب الحالة المستقبلية (3-1601) و بالتالي لا يخضع للقطاع المحمي⁽¹⁾ .

وتبدو الحكمة من لجوء المشرع إلى هذه الفكرة المفترضة ، أو السابقة لتاريخ الإنهاء الفعلي لعمليات البناء ، هي اختبار جدية المشتري ، وتحول وعده إلى فعل بتسديده الثمن ، فالمشتري بلا شك قد ألتزم منذ أن وقع عقد البيع لأجل ، لكنه لم يدفع شيئا منذ أن ألتزم⁽²⁾ ، ويتضح من ذلك أنه إبتداء من الوقت الذي يتخذ فيه البناء شكل معين يكون من حق البائع الحصول على المقابل الذي تعهد المشتري بأدائه له ، وهو الثمن .

ويرى البعض⁽³⁾ أن البيع لأجل لا يختلف كثيرا من الناحية الإقتصادية عن بيع المفتاح في اليد clé en mains ما دام الوفاء بالثمن فيه يتم عند الإنهاء من عمليات البناء .

(1) Frank steinmetz . ouvrage précité . N⁰ 229. p . 236 .

(2) وعلى ذلك ، فإن المشتري لا يتحمل مخاطر عدم إستطاعة البائع إنهاء عمليات البناء .

(3) M Thibierge, formules de vente a terme , Rép . nota defrénois 1968 . p . 166 cité par frank steinmetz ;ouvrage précité . p . 237 . note . 2 .

أما القانون الجزائري فإنه لم يحدد بوضوح الوقت الذي يلتزم فيه المشتري بالوفاء بالثمن للمرقي العقاري في البيع لأجل .

فالمادة 31 من القانون رقم 04-11 نصت على أن يتم تحويل ملكية عقار موضوع عقد حفظ الحق عند تاريخ التسديد النهائي لسعر العقار المحفوظ ، و يجب إعداد عقد البيع أمام موثق طبقاً للتشريع المعمول به . أما المادة 33 من نفس القانون فقد نصت على أنه يتعين على المرقي العقاري ، بعد ثلاثة أشهر كحد أقصى ، على إثر الإستلام المؤقت للبناء أو لجزء منها ، بإعداد عقد بيع البناء أو جزء من البناء المحفوظة أمام موثق مقابل التسديد الكلي لسعر البيع من طرف صاحب حفظ الحق . بينما نصت المادة 27 من القانون السابق ، الخاصة بعقد حفظ الحق على إلزام المرقي العقاري بتسليم العقار المقرر بناؤه أو في طور البناء ، لصاحب حفظ الحق فور إنجائه ، مقابل تسبيق يدفعه هذا الأخير .

يتضح من النصوص السابقة ، أنه لا يمكن الوفاء بالثمن في عقد بيع العقار بناء على التصاميم في صورة البيع لأجل في القانون الجزائري ، قبل إبرام العقد النهائي الذي يتأخر إبرامه إلى غاية إنهاء بناء العقار المبيع ، الذي يلتزم المرقي العقاري بتسليمه لصاحب حفظ الحق بمجرد إنجائه . ومن ثم فإن الثمن يكون مستحق الوفاء - في رأينا - من تاريخ الإنتهاء من أعمال البناء ، و بالتالي يتعين على المشتري دفعه للمرقي العقاري و على هذا الأخير تسليم العقار المبيع إليه .

الفرع الثاني

ضمانات الوفاء بالثمن في صورة البيع لأجل

إذا كان الثمن يكون مستحق الوفاء وقت الإنتهاء من أعمال البناء ، فإن هذا لا يعني دفع الثمن بالفعل من طرف المشتري ، فقد يمتنع هذا الأخير لسبب أو لآخر عن الدفع ، وهنا يكون البائع بحاجة ماسة إلى ضمانات تكفل له الحصول على الثمن ، ومن ثم صار من الضروري التفكير في إيجاد تأمينات تضمن للبائع وفاء المشتري بثمن العقار المبيع ، وهي في الواقع مستمدة من القواعد العامة .

أولا : إمتياز بائع العقار .

لبائع العقار المقرر بناؤه حق إمتياز خاص على البناء المتعاقد عليه لضمان الوفاء بالثمن ، مثله في ذلك مثل أي بائع في عقد البيع عموما (المادة 2108 الفقرة الأولى من القانون المدني الفرنسي) .

غير أن تطبيق حكم نص المادة 2108 الفقرة الأولى على البيع لأجل يثير صعوبات تحتاج إلى توضيح ، فقد رأينا عند بحثنا لأنتقال الملكية في هذا النوع من البيع ، بأن الملكية تنتقل إلى المشتري من تاريخ إثبات إنتهاء أعمال البناء وبقوة القانون ، وهذا يعني أن ملكية البناء المبيع تظل للبائع إلى غاية هذا التاريخ ، ومن ثم فإنه لا يستطيع أن يقيد الأمتياز قبل هذا التاريخ ، لأنه مازال مالكا للبناء ، فكيف يمكنه قيد إمتياز على عقار يملكه ؟ لذلك يتعين عليه الإنتظار حتى تنتقل الملكية إلى المشتري عند إثبات الإنتهاء من أعمال البناء ، ثم يقوم حينئذ بإجراء القيد

على البناء ، لكن هذا الإنتظار قد لا يكون مجددا للبائع ، أو بعبارة أخرى غير نافع له ، سواء من حيث مرتبة الأمتياز ، أو من حيث نفاذه في مواجهة الغير .

فمن ناحية مرتبة الأمتياز : فإنها لا تحسب إلا من تاريخ إجراء القيد ، وكلما تأخر القيد ، يصبح الأمتياز قليل الفائدة من الناحية العملية .

أما من ناحية نفاذه في مواجهة الغير ، فإن القانون يشترط لنفاذ الأمتياز في حق الغير و الإحتجاج عليه أن يكون مقيد في مكتب الرهون الواقع في دائرته العقار محل الأمتياز خلال شهرين من تاريخ البيع حتى ترتد مرتبة الأمتياز بأثر رجعي إلى تاريخ العقد ، ويستحيل على البائع أن يقوم بقيد الأمتياز على البناء موضوع التعاقد خلال شهرين من وقت إبرام العقد ، لأنه خلال هذه الفترة لا يزال مالكا له ، ولا يتصور أن يتم قيد إمتياز على عقار مملوك لمن تقرر له الأمتياز نفسه⁽¹⁾ .

وللتغلب على هذه الصعوبات ، تدخل المشرع بمناسبة وضع قانون 03 جانفي 1967 ، وأضاف المادة 2108-1 إلى القانون المدني ، التي نصت على أن << في حالة بيع العقار المقرر بناؤه أبرم لأجل طبقا للمادة 1601-2 من القانون المدني ، فإن إمتياز البائع يأخذ مرتبته من تاريخ إبرام العقد ، إذا كان القيد قد تم قبل نهاية مدة شهرين تحسب من تاريخ إثبات إنهاء أعمال البناء بموجب ورقة رسمية >> . فهذا النص يتفق مع قاعدة عدم إمكانية قيد أمتياز على عقار مملوك

(1) Frank steinmetz . ouvrage précité , p 237 .

لصاحب الأمتياز نفسه ، ما دام مازال مالكا له ، وهكذا فإن مدة شهرين التي يجب فيها على البائع أن يقيد الإمتياز حتى يحتفظ بمرتبته منذ تاريخ إبرام البيع ، لا تبدأ من تاريخ إنعقاد البيع مثلما هو الحال طبقا للقواعد العامة في إمتياز بائع العقار ، وإنما من تاريخ إثبات الإنتهاء من عمليات البناء المبيع بمقتضى ورقة رسمية .

وعليه فإذا قام البائع بقيد الأمتياز على البناء المبيع خلال هذه المدة ، فإن مرتبة الأمتياز تحسب من تاريخ إنعقاد العقد ، أي أن مرتبة الأمتياز تحسب - إذا تم القيد في المدة القانونية - بأثر رجعي من تاريخ البيع و ليس من تاريخ إجراء القيد .

ويعتبر هذا الحل الذي قرره المشرع بالنسبة للبيع لأجل ، منطقي ، ذلك أنه إذا كان القانون يقتضي قيد الأمتياز طبقا للقواعد العامة خلال مدة شهرين تحسب من تاريخ إبرام البيع ، فذلك لأن الملكية تنتقل من البائع إلى المشتري في هذا التاريخ . أما في البيع لأجل ، فإن إنتقال الملكية من البائع إلى المشتري يتأخر إلى غاية إثبات الإنتهاء من أعمال البناء بورقة رسمية ، و بالتالي كان من المعقول أن يقرر المشرع بدء سريان مدة الشهرين بالنسبة للبيع لأجل يكون من تاريخ إثبات الإنتهاء من أعمال البناء بإعتباره تاريخ إنتقال الملكية للمشتري .

ويلاحظ أنه إذا كان المشرع نفسه هو الذي قرر هذا الضمان القانوني لفائدة البائع الذي لم يستوف الثمن ، فإنه ليس من الضروري أن يتم النص في البيع على هذا الضمان ، فالبائع يستفيد منه حتى ولو لم يتم الإتفاق عليه في العقد ، وإن كانت عقود البيع تتضمن - من الناحية العملية - مثل هذا الإتفاق الذي يقتصر مفعوله

على الأقل تذكير المشتري بوجود هذا الضمان ، ولتفادي كل شك ، أو نزاع يمكن أن يثار حول وجود هذا الامتياز .

ثانيا : حق الحبس :

يستطيع البائع أن يمتنع كذلك عن تسليم مفتاح السكن ولا يسلمه إلى المشتري إذا لم يقدّم هذا الأخير بالوفاء بالثمن ، أو الجزء الباقي منه ، مستندا في ذلك إلى حقه في الحبس المقرر له طبقا للقواعد العامة (المادة 1612 من القانون المدني الفرنسي) التي تقضي أن البائع لا يلتزم بتسليم الشيء المبيع إذا لم يكن المشتري قد سدد ثمن البيع ، ولم يمنحه البائع أجلا للوفاء ، مع ملاحظة أنه يتعين على البائع وهو يستعمل هذا الضمان أن لا يخل بالقواعد الآمرة الخاصة ببيع العقار المقرر بناؤه ، كأن يكون إمتناع المشتري عن دفع الجزء الباقي من الثمن راجع لاعتراضه على مطابقة البناء للمواصفات المتفق عليها في العقد ، ففي هذه الحالة لا يستطيع البائع أن يستخدم حقه في الحبس المقرر له طبقا للقواعد العامة كوسيلة لجبر المشتري على دفع الباقي من الثمن .

ننتهي إلى أن المشرع ، سواء في فرنسا أو في الجزائر وضع قواعد عامة لبيع العقار بناء على التصاميم أيا كان صورته، أي سواء تم في صورة البيع لأجل أو حسب الحالة المستقبلية، لاسيما فيما يتعلق بالالتزام بالبناء وضمان عيوب البناء .

وبالإضافة إلى ذلك فإنه أخضع كل صورة من صورتيه إلى قواعد خاصة بها تميزها عن الصورة الأخرى ، وذلك من حيث نقل الملكية و الوفاء بالثمن .

الخاتمة

الخاتمة .

يستخلص من بحث موضوع عقد بيع العقار بناء على التصاميم ، أنه إذا كان من المعروف قديما أن البناء لكي يقوم بإنتاج مسكن ، ينتظر حتى يطلب منه الزبون ذلك ، فإن الأمر لم يعد كذلك في الوقت الحاضر ، فمع أزمة الإسكان الخانقة التي حاولت الدولة جاهدة القضاء عليها ، أو على الأقل التخفيف منها ، فلجأت إلى القطاع الخاص من أجل أن يساهم في عمليات الترقية العقارية المخصصة للسكن ، فبدأ المستثمرون يشترون الأرض ، ثم يقومون بالبناء عليها ، سواء بأنفسهم ، أو بواسطة مقاولين و مهندسين معماريين الذين يرتبطون معهم بموجب عقد مقاوله ، و يعملون في نفس الوقت على بيع وحدات البناء (الشقق السكنية) قبل إنجازه أو أثناء إنجازه ، أو حتى بعد إكمال إنجازه .

و نظرا للأهمية الكبرى التي تميزت بها الترقية العقارية لا سيما في مجال مساهمتها التكميلية لجهود الدولة للقضاء على أزمة الإسكان ، وضع لها المشرع تنظيما شاملا و مفصلا ، بعدة قوانين ، أهمها في الجزائر المرسوم التشريعي رقم 03-93 و القانون رقم 04-11 ، و في فرنسا قانون 1 جانفي 1967 و قانون 4 جانفي 1998 .

و قد نشأ عن نشاط الترقية العقارية عقد جديد ، سماه المشرع الجزائري بيع العقار بناء على التصاميم أو البيع على التصاميم ، و سماه المشرع الفرنسي ببيع العقار المقرر بناؤه ، له مقوماته الخاصة التي تميزه عن غيره من العقود القريبة منه

فهو ليس بعقد بيع لأشياء مستقبلية ، و ليس بعقد مقاولة . و إنما هو عقد بيع عقار مستقبل يجمع بين عناصر من كل من هذين العقدين ، أنشأه المشرع من أجل حماية و تأمين المشتري الذي يلتزم بدفع جزء من الثمن لتمويل عملية البناء ، قبل إتمامه ، ضد خطر عدم إسترداد ما دفعه إذا توقف البائع عن إكمال البناء .

و قد كشفت لنا دراسة هذا العقد عن أنه ، وإن كان بيعا ، إلا أنه يتميز عن البيع العادي المنصب على عقار ، من حيث كونه يعتبر من عقود الإذعان . و هي صفة لا تتوافر في البيع العادي الوارد على عقار موجود بالفعل وقت التعاقد ، فالبيع عموما من عقود المناقشة الحرة ، و لا يعتبر من عقود الإذعان ، أما بيع العقار على التصاميم ، بالصورة التي يتم بها في الواقع الجزائري فهو أقرب إلى عقود الإذعان منه إلى عقود المناقشة الحرة ، فالمفهوم الحديث لعقود الإذعان يقوم على فكرة واسعة هي أن القبول فيها يقتصر على مجرد الرضوخ للشروط التي يضعها الموجب دون مناقشتها ، وهو ما يحدث تماما في عقد بيع العقار بناء على التصاميم .

كما كشفت لنا هذه الدراسة عن أن هذا العقد . قد يمر بمرحلة تمهيدية قبل إبرامه ، بحيث يسبق إبرام العقد في صورته النهائية ، عقد تمهيدي أو عقد حفظ الحق يحجز بموجبه من يرغب في الشراء الوحدة السكنية التي يرغب في شرائها مقابل إيداع مبلغ ضمان أو تسبيق . و قد أهتم المشرع سواء في الجزائر أو في فرنسا بتنظيم هذا العقد التمهيدي أو عقد حفظ الحق تنظيميا شاملا ، محددًا إلتزامات كل من طرفيه ، كما عني بتنظيم العقد النهائي ، فأستوجب ضرورة تحريره في قالب النموذجي المحدد له و إلا وقع باطلا ، هذا فضلا عن ضرورة استيفاء شكله

الرسمي الذي تخضع له كافة العقود الناقلة للملكية العقارية ، و حدد البيانات التي يجب أن يشتمل عليها العقد ، و ذلك تفاديا لكل خلاف يمكن أن يحدث مستقبلا حول العقار المبيع أو حول الثمن و طريقة الوفاء به ، و كيفية مراجعته ، أو حول آجال البناء و تسليمه و عقوبات التأخير المرتبطة بها في حالة عدم إحترام هذه الآجال .

كذلك كشفت لنا دراسة هذا العقد أن محله هو بيع شيء مستقبل ، لكن هذا المحل يتميز عن مثيله في عقود بيع الأشياء المستقبلية بكونه عقارا أولا و معينا بالذات عند التعاقد ثانيا . و أن المحل يرتبط إرتباطا كبيرا بالثمن الذي يدفعه المشتري ، بحيث يستخدم هذا الثمن في تمويل عملية البناء ، و بالتالي تحقيق المحل المذكور .

و قد تعرضنا بعد ذلك إلى دراسة أثار هذا العقد ، و خلصنا إلى أن الذاتية الخاصة لهذا العقد تتمثل في كونه يضع على عاتق المرقى العقاري البائع إلتراما جوهريا هو بناء أو إنجاز العقار المبيع و أن يضمن بقاء هذا العقار قائما و صالحا للإستخدام طوال المدة المتوقعة لبقائه ، ففيما يخص إيجاد العقار المعقود عليه ، عرضنا لإلترام البائع بالبناء خلال المدة المتفق عليها في العقد فبينما مضمون هذا الإلترام ، و أن يأتي مطابقا للمواصفات ، و قد رأينا بأن المشرع قد قرر للمشتري ضمان خاص يكفل له الحصول على حقه في حالة ما إذا توقف البائع عن إتمام البناء بسبب إفلاسه ، أو إذا سحب منه الإعتماد ، وهو ما يسمى بضمان إكتمال البناء و الإسترداد ، ثم عرضنا بعد ذلك للإلترام بالتسليم ، و قد وضحنا بأن التسليم في هذا العقد له معنى خاص يختلف عن التسليم بمعنى وضع المعقود عليه تحت تصرف المتعاقد الآخر ، بحيث يستطيع حيازته والإنتفاع به ، و هو تقبل البناء من

طرف مشتري العقار بناء على التصاميم بمعنى موافقته على هذا البناء بعد فحصه و إقراره بأنه قد نفذ وفقا للشروط المتفق عليها في العقد .

و فيما يتعلق بالضمان ، فقد رأينا ، بأنه نظرا لما يتميز به هذا العقد من طبيعة ذاتية تجعله يتميز عن البيع العادي . فإن المشرع أخضع البائع فيه بالنسبة لضمان عيوب البناء لنظام خاص ، هذا الضمان الخاص ، هو الضمان العشري الذي يخضع له المقاول و المهندس المعماري في عقد المقاوله ، و ألزمه بالتأمين على المسؤولية الناشئة عن هذا الضمان .

و خلصنا من ذلك إلى أن المشرع في الجزائر لم يخضع المرقى العقاري البائع في العقد موضوع هذه الدراسة إلى أحكام الضمان العشري فقط ، بل أخضعه كذلك إلى ضمان إكمال البناء على الوجه الأكمل ، و ضمان حسن أداء عناصر التجهيز القابلة للإنفصال ، مع أن المقاول في عقد المقاوله لا يلتزم بهذين الضمانين ، و قد تبين لنا من دراسة هذه الضمانات ما يحققه المشرع من حماية للمشتري في هذا العقد الجديد .

و فيما يتعلق بنقل الملكية ، بينا كيف تنتقل الملكية في القانونين الجزائري و الفرنسي ، فقلنا بأن ملكية العقار المبيع في ظل المرسوم التشريعي رقم 93-03 تنتقل بالطريقة التي تنتقل بها الملكية في القانون الفرنسي وفقا لصورة البيع لأجل ، سواء فيما يتعلق بوقت إنتقالها ، أو بكيفية إنتقالها مع بعض الفارق ، أما في ظل القانون 04-11 لسنة 2011 ، فإن الملكية تنتقل بالكيفية التي تنتقل فيها الملكية في

فرنسا ، تبعا لما إذا كان البيع قد تم في صورة البيع حسب الحالة المستقبلية أو في صورة البيع لأجل . ثم عرضنا بعد ذلك للوفاء بالثمن بإعتباره الإلتزام الرئيسي للمشتري ، فبيننا كيف يتم الوفاء به ، و قد خلصنا إلى أن المشرع الجزائري في ظل المرسوم التشريعي رقم 03-93 ربط الوفاء بالثمن بانتقال الملكية و ليس بالتسليم ، فالوفاء بالثمن يتم تبعا لمراحل تقدم الأشغال كما هو الحال في البيع حسب الحالة المستقبلية في فرنسا . أما في القانون رقم 04-11 فإن الوفاء بالثمن يختلف بحسب الصورة التي أبرم فيها عقد بيع العقار بناء على التصاميم ، فإذا أبرم في صورة البيع حسب الحالة المستقبلية ، فإن الوفاء بالثمن يرتبط بنقل الملكية و ليس بالتسليم ، فالوفاء بالثمن يتم بالتدريج موازاة مع تقدم الإنجاز ، و إذا أبرم البيع في صورة البيع لأجل ، فإن الوفاء بالثمن لا يتم إلا وقت التسليم .

و قد بينت لنا دراسة هذا العقد أنه قد أصبح عقدا مسمى في القانونين الجزائري و الفرنسي له تنظيمه الخاص به . إلا أنه و بالرغم من تلاحق التشريعات المنظمة للترقية العقارية ، بصفة عامة ، و لعقد بيع العقار بناء على التصاميم بصفة خاصة ، إستجابة من المشرع لتطور صناعة البناء في الجزائر ، و مواجهة ما يكشف عنه التطبيق العملي من قصور في التشريعات السابقة و مع ذلك لاحظنا نقص و غموض في بعض المواد حتى بالنسبة للتشريع الجديد و يتعلق الأمر بالقانون رقم 04-11 لسنة 2011 .

لذلك أرتأينا أن نختم هذا البحث ، بعدة ملاحظات معينة ، على التنظيم القانوني لعقد بيع العقار بناء على التصاميم .

1- من حيث التعريف .

بالرغم من أن التعريفات عموما ليست من عمل المشرع بل هي من صميم عمل الفقه ، إلا أن المشرع عرف عقد البيع على التصاميم في المادة 28 من القانون رقم 04-11 لسنة 2011 ، و قد أحسن ذلك ، نظرا لكون هذا العقد عقد جديد يحتاج إلى تحديد بوضوح دون لبس أو غموض ، غير أن المشرع أغفل عند تعريفه لهذا العقد تضمينه العنصر الأساسي و الجوهري المميز له و هو إلتزام المرقي العقاري بإقامة البناء المتفق عليه خلال المدة المحددة في العقد .

و بناء على ذلك نعرف عقد بيع العقار بناء على التصاميم بأنه هو العقد الذي يلتزم بموجبه البائع (المرقي العقاري) ببناء العقار المتعاقد عليه خلال المدة التي يحددها العقد ، و أن يأتي هذا البناء مطابقا للمواصفات و التصاميم و الرسومات المتفق عليها .

و عقد بيع العقار بناء على التصاميم ، يمكن أن يبرم لأجل أو حسب الحالة المستقبلية .

البيع حسب الحالة المستقبلية هو العقد الذي يلتزم بموجبه المرقي العقاري بأن ينقل حقوقه على الأرض ، وكذلك ملكية المباني المقامة على الأرض و الموجودة وقت إبرام البيع ، و تنتقل ملكية المباني التي ستقام مستقبلا أولا بأول إلى المشتري بمجرد الإنتهاء منها . و يلتزم المشتري بدفع الثمن حسب التقدم في أعمال البناء .

البيع لأجل هو العقد الذي يلتزم بمقتضاه المرقى العقاري بتسليم العقار عند إنتهاء بنائه للمشتري الذي يلتزم بدفع الثمن عند التسليم ، و يتم إنتقال الملكية بقوة القانون بتحرير محضر يحرره الموثق الذي حرر العقد يثبت الإنتهاء من البناء ، و تنتقل الملكية بأثر رجعي من تاريخ شهر العقد .

2 - من حيث وقت إبرام العقد .

يستحسن أن ينص على أن لا يبرم العقد إلا بعد الإنتهاء من وضع الأساسات اللازمة للبناء ، لضمان جدية البائع من جهة ، و حماية المشتري من المفاجآت غير السارة من جهة أخرى ، خاصة أن البائع يمكنه تمويل عملية البناء خلال هذه المرحلة بواسطة القروض الميسرة التي يستطيع الحصول عليها من البنوك ، كما يمكنه أن يطمأن على مدى تقبل السوق لمشروعه عن طريق الارتباط مع المشتريين المستقبليين بموجب عقد حفظ الحق ، أي الوعد بالبيع ، فالعقد التمهيدي يصلح أن يكون مؤشرا جيدا لتقييم درجة نجاح مشروعه من الناحية التجارية . لذا نرى من الضروري أن يتدخل المشرع من جديد بالنص صراحة على أن يسبق إبرام عقد بيع العقار بناء على التصاميم عقد تمهيدي ، سواء تم البيع في صورة البيع لأجل ، أو في صورة البيع حسب الحالة المستقبلية . و أن تكون صياغة النص كما يلي >> عقد حفظ الحق هو العقد الذي يلتزم بموجبه المرقى العقاري ، بحجز عقار أو جزء من عقار مقرر بناؤه لصاحب حفظ الحق ، في مقابل ضمان يودعه هذا الأخير في حساب خاص يفتح بإسمه لدى هيئة ضمان عمليات الترقية العقارية << .

3 - من حيث البيانات التي يجب أن يتضمنها العقد .

لقد أكتفى المشرع لسنة 2011 على النص فقط في المادة 30 منه على وجوب أن يتضمن عقد البيع على التصاميم على :

- أصل ملكية الأرض و رقم السند العقاري عند الإقتضاء .
- مرجعيات رخصة التجزئة ، و شهادة التهيئة و الشبكات .
- و كذا تاريخ رقم رخصة البناء .

و حتى لا يفتح الباب - من البداية - للتحايل على القانون نرى أنه من الضروري أن ينص صراحة على أن يشتمل العقد بالإضافة إلى العناصر السابقة ، البيانات التي عدتها المادة 10 من التشريع السابق ، أي المرسوم رقم 93-03 الملغي ، وهي :

- وصف البناء المبيع أو جزء البناء المبيع وصفا تفصيليا .
- آجال التسليم .
- تحديد الثمن و طرق دفعه و كيفية مراجعته إذا كان يقبل المراجعة .
- الضمان الذي يقدمه البائع لإتمام البناء أو لإسترداد الثمن في البيع حسب الحالة المستقبلية .

4 - من حيث دفع الثمن .

لقد ربط المشرع وقت تسديد الثمن في هذا العقد ، تبعا لتقدم الأشغال ، إلا أنه لم يحدد النسبة التي يدفعها المشتري في كل مرحلة ، و قد أدى هذا الفراغ القانوني إلى إنفراد المرقي العقاري بتحديد مقدار كل قسط ، لذا يجب على المشرع أن يحدد النسبة

التي يستحقها المرقى العقاري عن كل مرحلة . و أن ينص صراحة على بطلان كل إتفاق يلزم المشتري بنسبة أكبر ، و يمكن الإستفادة من الحل الذي أخذ به القانون الفرنسي في هذا الصدد . فقد نص هذا الأخير على ألا تتجاوز النسبة التي يستحقها البائع على 35% من قيمة الثمن عند الإنتهاء من وضع الأساسات . و أن لا تزيد هذه النسبة عن 70 % عند الإنتهاء من المرحلة المسماة الحماية من الماء ، ولا يجوز أن تزيد هذه النسبة عن 95 % عند الإنتهاء من البناء أما الباقي من الثمن و قدره 5 % يلتزم المشتري بدفعه عند ما يتم وضع المبيع تحت تصرفه .

5- من حيث ضمان عيوب البناء .

أ - النص صراحة على خضوع المرقى العقاري لأحكام الضمان العشري ، سواء كان هو الذي قام بنفسه بإنجاز البناء أو كلف مشيدين آخرين بإنجازه و أن تكون صياغة النص كما يلي >> يلتزم المرقى العقاري لمدة عشر سنوات تبدأ من وقت تسلم البناء من المشتري ، بالعيوب الخفية ، التي يلتزم بها المهندس المعماري و المقاول بمقتضى المادة 554 من القانون المدني ، في مواجهة المشتري ، أو من أنتقلت إليه ملكية البناء ، سواء كان هو الذي قام بنفسه بإنجاز البناء ، أو كلف مشيدين آخرين بإنجازه في جملته أو في جزء منه و سواء تم البيع قبل إكمال البناء ، أي البيع على التصاميم ، أو تم البيع بعد إكمال البناء << .

ب - و فيما يتعلق بنطاق الضمان العشري من حيث الأضرار يجب حذف عبارة >> التهدم الكلي أو الجزئي << التي أستخدمها المشرع في المادة 554 مدني و عبارة >> زوال كل البناية أو جزء منها << التي أستخدمها في المادة 46 من

القانون رقم 04-11 لسنة 2011 ، و أن يضاف إلى النصين مصطلح (الأضرار) لأن لفظ الضرر يشمل التهدم أو الزوال سواء كان كلياً أو جزئياً ، كما يشمل أيضاً العيوب التي من شأنها أن تهدد متانة البناء و سلامته حتى ولو لم تؤد إلى تدمره ، و نحبد أيضاً أن يمتد الضمان إلى تغطية الأضرار التي تصيب البناء و تجعله غير صالح للغرض الذي شيد من أجله حتى و لو لم يترتب عليها تهديد متانة البناء و سلامته . و كذلك تغطية الأضرار التي تصيب أو تؤثر في متانة عنصر تجهيزي غير قابل للإنفصال .

6 - من حيث التأمين على المسؤولية العشرية .

لكي تتحقق إستفادة المشتري من هذا التأمين إستفادة كاملة ، يجب أن يتدخل المشرع بتعديل النصوص القانونية ، سواء تلك المتعلقة بالمسؤولية العشرية الواردة ضمن نصوص عقد المقاوله في القانون المدني (المادة 554) ، أو الواردة ضمن نصوص القانون رقم 04-11 المتعلق بتحديد القواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية ، أو تلك المتعلقة بالتأمين على المسؤولية العشرية الواردة ضمن قانون التأمين ، أو ضمن القانون رقم 04-11 لسنة 2011 ، و ذلك بإعادة النظر بصفة شاملة في تأمين مسؤولية المقاول و المهندس المعماري (أي مكتب الدراسات) و المرقي العقاري بائع العقار بناء على التصاميم و ذلك بالتنسيق بين قواعد التأمين الإجباري و أحكام هذه المسؤولية كما وردت في القانون المدني الجزائري (المادة 554) .

قائمة المراجع

قائمة المراجع .

أولا : المراجع بالعربية .

أ . المراجع العامة .

- 1- أحمد شوقي محمد عبد الرحمان : النظرية العامة للإلتزام ، العقد و الإدارة المنفردة في الفقه و قضاء النقض المصري و الفرنسي ، سنة 2004 ، منشأة المعارف بالإسكندرية .
- 2- أسعد دياب : ضمان عيوب المبيع الخفية ، دراسة مقارنة بين القانون اللبناني و الشريعة الإسلامية و القوانين الحديثة العربية و الأوروبية ، الطبعة الثالثة ، 1983 ، دار أقرأ للنشر و التوزيع و الطباعة .
- 3- بلعور عبد الكريم : نظرية فسخ العقد في القانون المدني الجزائري المقارن ، سنة 1986 ، المؤسسة الوطنية للكتاب .
- 4- بجاوي المدني : التفرقة بين عقد العمل و عقد المقاوله ، دراسة تحليلية و نقدية ، دار هومة . 2008 .
- 5- توفيق حسن فرج : التأمينات الشخصية و العينية دراسة لعقد الكفالة و الرهن و الإختصاص و الامتياز . 1984 ، مؤسسة الثقافة الجامعية .
- 6- حبيب إبراهيم الخليلي : مسؤولية الممتع المدنية و الجنائية في المجتمع الاشتراكي ديوان المطبوعات الجامعية سنة 1979 .

- 7- **حمدي باشا عمر** : نقل الملكية العقارية في التشريع الجزائري ، دار العلوم للنشر و التوزيع سنة 2000 .
- 8- **حمدي باشا عمر** : حماية الملكية العقارية الخاصة ، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع 2004 .
- 9- **جآك غستان** : المطول في القانون المدني ، ترجمة منصور القاضي ، تكوين العقد ، المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع ، الطبعة الثانية ، سنة 2008 .
- 10- **جلال علي العدوي** : أصول الإلتزامات مصادر الإلتزام ، سنة 1997 ، منشأة المعارف بالإسكندرية .
- 11- **خميس خضر** : العقود المدنية الكبيرة (البيع و التأمين و الإيجار) ، الطبعة الأولى ، سنة 1969 ، دار النهضة العربية .
- 12- **خليل أحمد حسن قدارة** : الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري الجزء الرابع عقد البيع الطبعة الثالثة 2003 . ديوان المطبوعات الجامعية .
- 13- **رمضان أبو السعود** : النظرية العامة للإلتزام ، مصادر الإلتزام ، سنة 2002 ، دار المطبوعات الجامعية .
- 14- **زروقي ليلي حمدي باشا عمر** : المنازعات العقارية ، سنة 2002 ، دار هومة للطباعة و النشر .
- 15- - **سعيد السيد علي** : نظرية الظروف الطارئة في العقود الإدارية و الشريعة الإسلامية ، دراسة مقارنة سنة 2006 ، دار الكتاب الحديث .

- 16- **عبد الرحمان أحمد جمعة الحلاشة** : الوجيز في شرح القانون المدني الأردني عقد البيع ، دراسة متقابلة مع الفقه الإسلامي و القوانين المدنية ، الطبعة الأولى 2005 . دار وائل للنشر .
- 17- **عبد الرزاق أحمد السنهوري** : الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، نظرية الإلتزام بوجه عام ، مصادر الإلتزام ، الجزء الأول ، العقد - العمل غير المشروع - الإثراء بغير سبب - القانون 1952 ، دار النشر للجامعات المصرية .
- 18- **عبد الرزاق أحمد السنهوري** : الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء 7 المجلد الأول ، العقود الواردة على العمل ، المقالة و الوكالة و الوديعة و الحراسة ، 1964 ، دار إحياء التراث العربي بيروت لبنان .
- 19- **عبد الرزاق أحمد السنهوري** : الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء 4 العقود التي تقع على الملكية البيع و المقايضة ، دار إحياء التراث العربي .
- 20- **عبد الرزاق أحمد السنهوري** : الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء 10 ، في التأمينات الشخصية و العينية ، 1970 ، دار إحياء التراث .
- 21- **عدنان سرحان** : شرح أحكام العقود المسماة في قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية ، الجزء الأول ، عقد البيع ، الطبعة الأولى ، 2005 . دار وائل للنشر .
- 22- **علي علي سليمان** : النظرية العامة للإلتزام ، مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري الطبعة السادسة ، سنة 2006 ، ديوان المطبوعات الجامعية .
- 23- **علي هادي العبيدي** : العقود المسماة ، البيع و الإيجار ، الطبعة الأولى . 2005 ، دار الثقافة للنشر و التوزيع .

- 24- **فتحي عبد الرحيم عبد الله** : شرح النظرية العامة للإلتزام ، الكتاب الأول ، مصادر الإلتزام ، الطبعة الثالثة ، سنة 2001 .
- 25- **قديري عبد الفتاح الشهاوى** : عقد المقابلة في التشريع المصري و المقارن سنة 2002 ، منشأة المعارف .
- 26- **محمد حسنين** : عقد البيع في القانون المدني الجزائري ، الطبعة الثالثة 1990 . ديوان المطبوعات الجامعية .
- 27- **محمد حسين منصور** : مصادر الإلتزام ، العقد و الإدارة المنفردة ، الدار الجامعية ، سنة 2000 .
- 28- **محمد شريف عبد الرحمان أحمد عبد الرحمان** : عقود الإذعان ، سنة 2007 ، دار النهضة العربية .
- 29- **محمد صبري السعدي** : القانون المدني الجزائري ، النظرية العامة للإلتزامات ، مصادر الإلتزام ، الكتاب الأول المصادر الإدارية ، العقود و الإرادة المنفردة ، سنة 2003 ، دار الكتاب الحديث .
- 30- **محمد صبري السعدي** : الواضح في شرح القانون المدني ، عقد البيع و المقايضة ، دراسة مقارنة في القوانين العربية ، 2008 ، دار الهدى للطباعة و النشر و التوزيع .
- 31- **محمد كمال مرسي** : شرح القانون المدني ، العقود المسماة ، الجزء الرابع ، عام 1953 .
- 32- **مصطفى محمد الجمال و جلال علي العدوي** : أصول المعاملات ، دار الفكر العربي ، دون تاريخ .

- 33- محمد محي الدين إبراهيم سليم :** نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدني و الفقه الإسلامي دراسة مقارنة ، سنة 2007 ، دار المطبوعات الجامعية .
- 34- محمد وحيد الدين سوار :** شرح القانون المدني ، النظرية العامة للالتزام ، الجزء الأول ، مصادر الالتزام ، المصادر الإرادية العقد و الإدارة المنفردة ، مطبعة رياض دمشق ، سنة 1980 - 1981 .
- 35- لعشب محفوظ بن حامد :** عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري و المقارن ، المؤسسة الوطنية للكتاب ، 1990 .
- 36- نبيل إبراهيم سعد :** العقود المسماة عقد البيع ، الطبعة الثانية ، 2004 . دار الجامعة الجديدة .

ب - المراجع المتخصصة و الرسائل الجامعية :

- 37- أحمد شرف الدين :** عقود عمليات البناء و تسوية منازعاتها ، بنك التعمير و الإسكان ، سنة 2008 .
- 38- إبراهيم عثمان بلال :** تملك العقارات تحت الإنشاء ، رسالة دكتوراه ، جامعة عين شمس ، سنة 2001 .
- 39- خالد محمد زكي صالح :** ملكية الطبقات ، رسالة دكتوراه ، جامعة الإسكندرية ، سنة 1979 .
- 40- محمد المرسي زهرة :** بيع المباني تحت الإنشاء دراسة مقارنة في القانون المصري و الكويتي و الفرنسي ، الطبعة الأولى 1989.

- 41- **محمد السيد عمران** : عدم المطابقة في بيع العقارات تحت التشييد ، 1994 .
دار المطبوعات الجامعة .
- 42- **محمد المنجي** : عقد البيع الابتدائي ، طبعة مزيدة سنة 2002.
- 43- **محمد زعموش** : نظرية العيوب الخفية في الشريعة الإسلامية و القانون
الوضعي ، رسالة دكتوراه ، جامعة منتوري قسنطينة سنة 2005 .
- 44- **محمد شكري سرور** : مسؤولية مهندسي و مقاولي البناء والمنشآت الثابتة
الأخرى ، دراسة مقارنة ، سنة 1985 .
- 45- **ممدوح محمد علي مبروك** : ضمان مطابقة المبيع في نطاق حماية
المستهلك ، سنة 2008 ، دار النهضة العربية .
- 46- **مصطفى عبد السيد الجارحي مشعل** : ملكية الشقق في القانون المصري "
دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي " رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، سنة 1976 .
- 47- **محمد ناجي ياقوت** : مسؤولية المعمارين بعد تقبل الأعمال و تسلمها مقبولة من
رب العمل (بدون تاريخ) ، منشأة المعارف بالأسكندرية .
- 48- **نزيه محمد الصادق المهدي** : الإلتزام قبل التعاقد بالإدلاء بالبيانات المتعلقة
بالعقد و تطبيقاته على بعض أنواع العقود " دراسة فقهية قضائية مقارنة" . دار
النهضة العربية ، سنة 1982 .
- 49- **هدى سعيد النمير** : القيود التي ترد على تصرفات مالك المبنى المقسم إلى شقق
و طبقات ، رسالة دكتوراه ، جامعة عين الشمس ، سنة 1989 .
- ج - المقالات :**

50- الطيب زروتي : حماية مشتري العقار في البيع على التصاميم طبقا لمرسوم 03/93 ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية و السياسية ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر ، الجزء 42 ، عدد خاص سنة 2001 .

51- عبد الودود يحي : مسؤولية المهندسين و المقاولين و التأمين منها ، مجلة مصر المعاصرة ، السنة السبعون ، العدد 376 أبريل سنة 1979 .

52 - محمدي فريدة : التوازن في العلاقات الإيجارية (طبقا للمرسوم التشريعي 03-93 ونموذج عقد الإيجار) ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية و السياسية ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر ، الجزء 42 ، عدد خاص ، سنة 2001 .

ثانيا : المراجع بالفرنسية .

A- OUVRAGES GENERAUX.

53-Alex Weill François terré : droit civil les obligations .
deuxième édition . 1975 . Dalloz .

54- Bernard Gross . Philippe bihr :contrats Ventes civiles et
commerciales , baux d'habitation , baux commerciaux , 2^e éd ,
2002 . PUF .

55-Daniel Mainguy :contrats spéciaux 5^e éd, 2006. Dalloz.

56-Eugène Gaudemet Hdesbois Gaudemet :théorie générale
des obligations 1937, réimpression de l'édition .

57- Frédéric Leclerc : droit des contrats spéciaux , 2007 . L .
G . D . J .

58- François terré Philippe Simler Yves lequet : droit civil
les obligations, 7 édition 1999,précis Dalloz .

59- Georges Berlioz : le contrat d'adhésions . thèse paris ,
1973 .

60- H. L et j Mazeaud François Chabas : leçons de droit
civil ; principaux contrats vente et échange,Tome 3, 2 volume,
7 édition 1987, par michel de juglar, édition montchrestien .

61- H . L et J Mazeaud : traité théorique et pratique de la
responsabilité civil délictuelle et contractuelle , tom 2 . 1970.

62- Jacque. Ghestin: conformité et garantie dans la vente (
produits mobilières) 1983 . éd . L . G . D . J .

63- Jérôme Huet : les principaux contras spéciaux , 2^e éd,
2001. L. G. D. J .

64- -Planiol et ripert par rouast : traité pratique de droit
civil Français , tome 6 , 2^e édition , librairie général de droit et
de jurisprudence , 1954 .

65- Rémy Cabrillac: droit des obligations. 3^e édition . Dalloz
. 1998 .

B – OUVRAGE SPECIAUX ET THESES.

66-Albert Caston:la responsabilité du constructeurs, 2^e édition, édition de moniteur, 1979 .

67-Andrée roussel et collaborateurs:responsabilités et assurances des constructeurs,1979,technique et documentation

68-Bernard Boubli:la responsabilité et l'assurance des architectes,entrepreneurs et autres constructeurs.1971.1^e édition.

69-Bernard Boubli:la responsabilité et l'assurance des architectes, entrepreneurs et autres constructeurs.1979.2^e édition .

70-Collette Canteloube: la responsabilité décennale des entrepreneurs en droit publique français . 2^e édition . 1967 .

71- Frank Steinmetz : les ventes d'immeubles à construire, thèse , montpellier , 1970.

72- Frédérique Cohet-Cordey Betty laborrier Jacques lafond : ventes d'immeubles , 2^e édition . 2007. litec.

73-Jaques Legalle :la réforme de l'assurance et de la responsabilité en matière de la construction . 1979.

74- Jacques tartanson: la vente d'immeuble a construire jusqu'a la délivrance loi du 3 janvier 1967 .

75-Jean-Bernard aubi Hugue Periet-Marquet: droit de l'urbanisme et de la construction, 7^e édition, 2004 Montchrestien .

76- Jean – Michel lucheux: les garanties de l'acquéreurs dans les vente d'immeubles à construire . thèse . paris . 1968 .

77- Liet - Veaux Georges : le droit de la construction , 1982 .

78-Michel d'agot : la vente d'immeuble à construire, 1983.

79-Philippe Malinvaud philippe Jastez; droit de la promotion immobilière, troisième édition, 1986 . Dalloz .

80-Philippe Malinvaud philippe Jastez ; droit de la promotion immobilière , 6^e édition , 1995 , Dalloz

81-P- Peter: la responsabilité décennal des architectes et entrepreneurs , 1969 . 2^e édition .

82-Soinne bernard : la responsabilité des architectes et des entrepreureurs après le récéption des travaux . (contribution à l'etude comparative de la garantie décennale et de la responsabilité de droit commun) , thèse , lille , 1968, éd 1969.

83- Thierry Massis : le contrat préliminaire dans la vente d'immeubles a construire thèse . paris . II . 1979 .

C- ARTICLES .

84- Albert Caston: la reforme de la responsabilité et de l'assurance dans le domaine de la construction A . J . P . I . 1978 .

85- Amor Zahi : le droit et la responsabilité en matière de construction . revue algérienne des sciences juridiques économiques et politiques . volume xxv . N⁰ 3 septembre 1987 .

86-Alix Bellache :le régime juridique des défauts de conformité dans la vente d'immeuble à construire J.C.P.ed.N., 1985 . 2 . 141 .

87- B . Boccara: de la notion de promesse unilatéral . J . C . P . 1970 . 1 . 2357 . bis .

88- Bernard Boubli : contrat d'entreprise, encycl. d . rép . dr. civ . tome VII avril 2003 .

89- B . R .B: la protection des souscripteurs de logement , A. J. P. I. 1961. 1. Doct .

90- CL . Thibierge: « la nouvelle réglementation des vente d'immeubles à construire », rev . écon . et dr . imm. 1968 . 4 .

- 91- Costa Jean Luis:** la responsabilité des constructeurs d'après la loi du 4 Janvier 1978, Dalloz. 1978 .
- 92- D'agot (Michel):** vente d'immeuble et protection de l'acquéreur emprunteur .J. C. P. 1980. N° 2973.Doctr.
- 93-Hélène Henry:**les problèmes posés par le contrat préliminaire de vente d'immeubles à construire, A.J.P.I.1. études.mai 1978 .
- 94-Fossereaus (J) :** le "clair obscur " de la responsabilité des constructeurs , dalloz , 1977 , doct .
- 95- François Magnin :** droit privé de la construction , recueil Dalloz Sirey . 1985 . I . R .
- 96-G.Dirry:**les assurances obligatoire en matière de construction, rev. dr. immob. 1979.
- 97- Jacques remy:** la réglementation des ventes a construire, G. P.1974. 1 doct .
- 98-Jean – Claude Groslière et Corinne Saint-Alary Houin:** promotion immobilière vente d'immeuble, rev. dr. imm 1985.
- 99-Jean Viatte:**les convention relatives aux ventes d'immeubles à construire, G P 1977. 1 doct .

100- Jean-Louis Bergel:les contrats préliminaires de réservation dans les vente d'immeubles, a construire unite ou dualisme?, la semaine juridique .1.1974. Doct .

101-J .M. BEZ :«la détermination du prix dans les vente d'immeuble assujettie à la T. V.A.» J.C.P.1976 . éd N .N⁰ 2758 .

102-Jean–Robert Bouyeure:les vente d'immeubles à construire révision du prix de vente et garanties d'achèvement (commentaire du décret du 13 j 1972).A.J.P.I.1972, Doctri .

103- J. Ghestin: l'indétermination du prix de vente et la condition potestative, D.1973 . chron .

104- J . Bigot : la loi N⁰ 78 . 12 du 4 janvier 1978 .

105-Philippe Malinvaud Philippe Jestaz:le contrat préliminaire a la vente d'immeubles a construire(a propos de l'arrêt de la 3^e civil de la cour de cassation du 27 octobre 1975), la semaine juridique.1976.1. doct .

106-Roger Brun:les contrat préliminaire de vente d'immeubles à construire, A . J . P . I . 1 . 1973 .Doct .

107- Roget Saint-Alary :« la vente d'immeubles à construire et l'obligation de garantie à raison des vices de construction :

commentaire de la loi n^o 67 – 3 janvier 1967 » , J . C . P .
1968 . 1 doc .

**108-Roger Saint-Alary -Jean – Claude Groslière- Philippe
Jestaz** : promotion immobilière - vente d'immeubles .

109- Saint – Alary : bail à construction et opérations
d'urbanisation . J . C . P .1966 .1.

110-Tournafond :la publicité mensongère en matière
immobilière. J . C . P . éd .N, 1984 . 1 . 5535 .

111-V.Jeandidier :l'exécution forcée des obligation
contractuelle de faire, R . T . D . civ . 1976 .

D- TEXTES .

- Code civil français , Dalloz .

التشريعات :

- الأوامر :

- الأمر رقم 75 الصادر بتاريخ 26 سبتمبر 1975 . المتعلق بالقانون المدني المعدل
و المتمم .

- الأمر رقم 75 – 74 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي
العام و تأسيس السجل العقاري .

- الأمر رقم 90 -25 المؤرخ في 18 نوفمبر 1990 المتضمن قانون التوجيه العقاري.

- الأمر رقم 95-07 المؤرخ في 25 / 01 / 1995 المتعلق بالتأمينات .

- المراسيم :

- المرسوم رقم 83-666 المؤرخ في 7 صفر عام 1404 الموافق 12 نوفمبر سنة 1983 المحدد للقواعد المتعلقة بالملكية المشتركة و تسيير العمارات الجماعية .

- المرسوم رقم 86-38 المؤرخ في 23 جمادي الثانية 1406 الموافق 4 مارس 1986 الذي يحدد شروط الإكتتاب بإحدى عمليات الترقية العقارية و كفياته ، و يضبط دفتر الشروط النموذجي و المنوال النموذجي لعقد حفظ الحق .

- المرسوم التنفيذي رقم 91-196 المؤرخ في 28 ماي 1991 الذي يحدد كفيات تحضير شهادة التعمير و رخصة التجزئة و شهادة التقسيم و رخصة البناء و شهادة المطابقة و رخصة الهدم و تسليم ذلك .

- المرسوم التشريعي رقم 93-03 المؤرخ في 1 مارس 1993 المتعلق بالنشاط العقاري .

- المرسوم التنفيذي رقم 94-58 المؤرخ في 25 رمضان 1414 الموافق 7 مارس 1994 المتضمن نموذج عقد البيع بناء على التصاميم .

- المرسوم التنفيذي رقم 95 - 414 المؤرخ في 09/12/1995 المتعلق بإلزامية التأمين في البناء من مسؤولية المتدخلين المدنية المهنية ، الجريدة الرسمية عدد 76 المؤرخة في 10/12/1995 .

- المرسوم التنفيذي رقم 97-406 المؤرخ في 3/11/1997 المتضمن إحداث صندوق الضمان و الكفالة المتبادلة في الترقية العقارية .

- المرسوم التنفيذي رقم 08-196 المؤرخ في 06/07/2008 يحدد شروط إعادة التنازل عن المساكن الإجتماعية الممولة من طرف الدولة المستفيدة من إعانات الدولة لإكتساب الملكية .

- القوانين :

- القانون رقم 86-07 المؤرخ في 23 جمادي الثانية 1406 الموافق 4 مارس 1986 المتعلق بالترقية العقارية .

- القانون رقم 90-29 المؤرخ في 1 ديسمبر 1990 المتعلق بالتهيئة و التعمير .

- القانون رقم 11-04 المؤرخ في 14 ربيع الأول عام 1432 الموافق 17 فبراير سنة 2011 الذي يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية .

فهرس الموضوعات

فهرس الموضوعات

الموضوع : الصفحة

المقدمة : 1.....

الباب الأول

18..... الطبيعة القانونية لعقد بيع العقار بناء على التصاميم و إبرامه.....

23..... الفصل الأول : الطبيعة القانونية لعقد بيع العقار بناء على التصاميم و خصائصه

24..... المبحث الأول : الطبيعة القانونية لعقد بيع العقار بناء على التصاميم

26..... المطلب الأول : عقد بيع العقار بناء على التصاميم و عقد المقاولة

27..... الفرع الأول : أهمية تمييز عقد بيع العقار بناء على التصاميم عن عقد المقاولة ..

31..... الفرع الثاني : معيار تمييز عقد بيع العقار بناء على التصاميم عن عقد المقاولة...31

35..... المطلب الثاني : عقد بيع العقار بناء على التصاميم و عقد بيع عقار موجود وقت التعاقد.....

الفرع الأول : أهمية تمييز عقد بيع العقار بناء على التصاميم عن بيع

عقار موجود وقت التعاقد.....35

الفرع الثاني : معيار تمييز عقد بيع العقار بناء على التصاميم عن بيع عقار

موجود وقت التعاقد.....38

44..... المبحث الثاني : خصائص عقد بيع العقار بناء على التصاميم

46..... المطلب الأول : عقد بيع العقار بناء على التصاميم و العقود الفورية و الزمنية

46..... الفرع الأول : معيار التفرقة بين العقود الفورية و الزمنية

48..... الفرع الثاني : هل عقد بيع العقار بناء على التصاميم فوري أم زمني

54..... المطلب الثاني : عقد بيع العقار بناء على التصاميم و عقود الإذعان.....

56..... الفرع الأول : خصائص عقد الإذعان

63..... الفرع الثاني :مدى إعتبار عقد بيع العقار بناء على التصاميم عقد إذعان

69..... الفصل الثاني : إبرام عقد بيع العقار بناء على التصاميم

- 69.....المبحث الأول : الرضا في عقد بيع العقار بناء على التصاميم
- 70.....المطلب الأول : العقد التمهيدي في بيع العقار بناء على التصاميم
- 73.....الفرع الأول: التنظيم القانوني للعقد التمهيدي في بيع العقار بناء على التصاميم...
- 80.....الفرع الثاني :إلتزامات طرفا العقد التمهيدي في بيع العقار بناء على التصاميم...
- 80.....أولا : إلتزامات صاحب حفظ الحق (المشتري)
- 85.....ثانيا : إلتزامات المرقى العقاري
- الفرع الثالث :الطبيعة القانونية للعقد التمهيدي في بيع العقار بناء على
- 88.....التصاميم
- 88.....أولا : العقد التمهيدي وعد بالتفضيل
- 90.....ثانيا : العقد التمهيدي وعد إنفرادي بالبيع
- 92.....ثالثا : العقد التمهيدي هو إتفاق ذو طبيعة خاصة
- 92.....رابعا : العقد التمهيدي ذو طبيعة مزدوجة
- 97.....المطلب الثاني : إنعقاد العقد النهائي في بيع العقار بناء على التصاميم
- 100.....الفرع الأول : طرفا عقد بيع العقار بناء على التصاميم
- 100.....أولا : المرقى العقاري
- 111.....ثانيا : المشتري (المكتب)
- 113.....الفرع الثاني :موضوع التراضي في عقد بيع العقار بناء على التصاميم
- 117.....الفرع الثالث :الشكل في عقد بيع العقار بناء على التصاميم
- 125.....المبحث الثاني : المحل في عقد بيع العقار بناء على التصاميم
- 126.....المطلب الأول : العقار المبيع في عقد بيع العقار بناء على التصاميم
- 128.....الفرع الأول : وصف العقار المبيع في عقد بيع العقار بناء على التصاميم
- 129.....أولا : خصوصية العقار المبيع في عقد بيع العقار بناء على التصاميم
- ثانيا : المعلومات التي يجب أن يقدمها البائع للمشتري في عقد بيع العقار

- 130..... بناء على التصاميم
- 132..... **الفرع الثاني: الإلتزام ببناء العقار في عقد بيع العقار بناء على التصاميم**
- 132..... **أولاً: بناء العقار عنصر في محل العقد**
- 137..... **ثانياً: آجال التسليم و حسن الإنجاز**
- 144..... **المطلب الثاني: الثمن في عقد بيع العقار بناء على التصاميم**
- الفرع الأول: كيفية تحديد الثمن ووقت إستحقاقه في عقد بيع العقار بناء
- 146..... على التصاميم
- الفرع الثاني: أثار مدة العقد على ثمن العقار المبيع في عقد بيع العقار بناء
- 152..... على التصاميم
- الباب الثاني**
- 158..... **أثار عقد بيع العقار بناء على التصاميم**
- الفصل الأول: إلتزام المرقى العقاري بإيجاد العقار محل عقد بيع العقار بناء
- 160..... على التصاميم
- المبحث الأول: إلتزام المرقى العقاري بإقامة البناء و تسليمه في عقد بيع العقار
- 161..... بناء على التصاميم
- 161..... **المطلب الأول: إلتزام المرقى العقاري بإقامة البناء في عقد بيع العقار بناء على التصاميم**
- الفرع الأول: الإلتزام بالبناء خلال الأجل المحدد في عقد بيع العقار بناء
- 163..... على التصاميم
- الفرع الثاني: الإلتزام بالإنجاز طبقاً للمواصفات في عقد بيع العقار بناء
- 172..... على التصاميم
- الفرع الثالث: ضمان إكمال البناء و الإسترداد في عقد بيع العقار بناء
- 185..... على التصاميم
- 193..... **المطلب الثاني: الإلتزام بالتسليم في عقد بيع العقار بناء على التصاميم**

الفرع الأول : كيفية حصول تسليم العقار في عقد بيع العقار بناء

194..... على التصاميم

الفرع الثاني : الشكل المثبت لتمام تسليم العقار في عقد بيع العقار بناء

198..... على التصاميم

201..... **المبحث الثاني : الإلتزام بالضمان في عقد بيع العقار بناء على التصاميم**

205..... **المطلب الأول : شروط الضمان في عقد بيع العقار بناء على التصاميم**

205..... **الفرع الأول : الأضرار الداعية للضمان**

205..... **أولا : خطورة الضرر**

206..... **1- تهديد متانة البناء و سلامته**

2- الأضرار التي من شأنها أن تجعل البناء غير صالح

210..... **للغرض المخصص له**

3- الأضرار التي تؤثر في متانة عنصر تجهيزي غير قابل

213..... **للإنفصال**

219..... **ثانيا : أن يكون العيب خفيا**

223..... **- ضمان حسن أداء عناصر التجهيز القابلة للإنفصال**

231..... **- ضمان إتمام الأعمال على الوجه الأكمل**

239..... **الفرع الثاني : المدة التي يجب أن يتحقق خلالها الضرر**

239..... **أولا : تحديد بداية مدة الضمان**

247..... **ثانيا : الطبيعة القانونية لمدة الضمان**

259..... **المطلب الثاني : الإلتزام بالتأمين عن المسؤولية في عقد بيع العقار بناء على التصاميم**

260..... **الفرع الأول : تأمين المسؤولية**

261..... **أولا : الملتمزم بالتأمين**

263..... **ثانيا : الأضرار التي يغطيها التأمين**

- 263..... **ثالثا : المسؤولية التي يجب التأمين عليها**
- 266..... **رابعا : مقدار الضمان**
- 266..... **خامسا : مدة الضمان**
- 269..... **الفرع الثاني :تأمين الأضرار**
- 279 **الفصل الثاني : حق المشتري في الملكية و إلتزامه بالوفاء بالثمن**
- المبحث الأول : **حق المشتري في الملكية في عقد بيع العقار بناء**
- 279..... **على التصاميم**
- 281..... **المطلب الأول : إنتقال الملكية في صورة البيع حسب الحالة المستقبلية**
- 282..... **الفرع الأول : وقت إنتقال الملكية في صورة البيع حسب الحالة المستقبلية**
- 282..... **أولا : الإنتقال الفوري**
- 285..... **ثانيا : الإنتقال المستقبلي**
- الفرع الثاني : **إحتفاظ البائع بسلطات رب العمل في صورة البيع حسب**
- 287..... **الحالة المستقبلية**
- 287..... **أولا : جدوى قاعدة إحتفاظ البائع بسلطات رب العمل**
- 291..... **ثانيا : نطاق قاعدة إحتفاظ البائع بسلطات رب العمل**
- 294..... **المطلب الثاني : إنتقال الملكية في صورة البيع لأجل**
- 295..... **الفرع الأول : وقت إنتقال الملكية في صورة البيع لأجل**
- 295..... **أولا : الإنتهاء من البناء**
- 298..... **ثانيا : إثبات الإنتهاء من البناء**
- 300..... **الفرع الثاني : الأثر الرجعي لإنتقال الملكية في صورة البيع لأجل**
- المبحث الثاني : **إلتزام المشتري بالوفاء بالثمن في عقد بيع العقار بناء**
- 309..... **على التصاميم**
- 310..... **المطلب الأول : إلتزام المشتري بالوفاء بالثمن في صورة البيع حسب الحالة المستقبلية**

- 311..... الفرع الأول : وقت الوفاء بالثمن في صورة البيع حسب الحالة المستقبلية
- 317 الفرع الثاني : ضمانات الوفاء بالثمن في صورة البيع حسب الحالة المستقبلية....
- 317..... أولاً : التنفيذ العيني
- 318..... ثانياً : فسخ العقد
- 320..... الملطب الثاني : إلتزام المشتري بالوفاء بالثمن في صورة البيع لأجل
- 321..... الفرع الأول : وقت الوفاء بالثمن في صورة البيع لأجل
- 325..... الفرع الثاني : ضمانات الوفاء بالثمن في صورة البيع لأجل
- 325..... أولاً : إمتياز بائع العقار
- 328..... ثانياً : حق الحبس
- 330..... الخاتمة :
- 341..... قائمة المراجع :

ملخص

يعتبر عقد بيع العقار بناء على التصاميم ، من حيث تنظيمه القانوني، عقد حديث في الجزائر ، و الذي أنتشر بسرعة على نطاق واسع ، نظرا لما يحققه من فوائد لكل من المشتري و البائع و الدولة على السواء . غير أنه مع ذلك قد يصاحبه كثير من المخاطر ، خاصة بالنسبة للمشتري .

و من هنا تبدو أهمية موضوع بيع العقار بناء على التصاميم ، الذي يطرح العديد من التساؤلات ، منها ما يتعلق بتكييف العقد ، و منها ما يتعلق بمحله ، ومنها ما يتعلق بتحديد إلتزامات المرقى العقاري البائع .

و قد حرصنا أن تكون دراسة هذا الموضوع عبارة عن مقارنة بين القانون الجزائري و القانون الفرنسي ، لوجود صلة وثيقة بينهما .

و قد قسمنا الدراسة في هذا الموضوع إلى بابين ، خصصنا الباب الأول لطبيعة عقد بيع العقار بناء على التصاميم و إبرامه ، درسنا في الفصل الأول طبيعة هذا العقد و خصائصه ، و عرضنا في الفصل الثاني لإبرامه . أما الباب الثاني فخصصناه لدراسة آثار عقد بيع العقار بناء على التصاميم ، تطرقنا في الفصل الأول لإلتزامات المرقى العقاري البائع ، و عرضنا في الفصل الثاني لخصوصيات نقل الملكية في هذا العقد و الوفاء بالثمن .

و قد كشفت لنا دراسة هذا العقد ، أنه و إن كان بيعا ، إلا أنه يتميز عن البيع العادي المنصب على العقار ، من حيث كونه يعتبر من عقود الإذعان . وأن المحل فيه يرتبط ارتباطا كبيرا بالثمن الذي يدفعه المشتري ، بحيث يستخدم هذا الثمن في تمويل عملية بناء العقار الذي تنتقل ملكيته للمشتري أول بأول حسب تقدم الأشغال ، و أنه يضع على عاتق المرقى العقاري البائع إلتزاما جوهريا هو بناء العقار المبيع ، وأن يضمن بقاء هذا العقار قائما لمدة عشر سنوات .

و قد بينت لنا دراسة هذا العقد أنه قد أصبح عقد مسمى له تنظيمه الخاص به ، إلا أنه و بالرغم من تلاحق التشريعات المنظمة له ، لمواجهة ما يكشف عنه التطبيق العملي من قصور في التشريعات السابقة ، و مع ذلك لاحظنا نقص و غموض في بعض المواد حتى بالنسبة للتشريع الجديد و يتعلق الأمر بالقانون رقم 11-04 لسنة 2011 ، لذلك أختتمنا دراسة موضوع عقد بيع العقار بناء على التصاميم بعدة ملاحظات على التنظيم القانوني الخاص به .

Résumé

Le contrat de vente d'immeuble sur plans, du point de vue de sa réglementation juridique, est considéré comme récent en Algérie, mais qui s'est largement propagé vu ses avantages que ce soit pour l'acquéreur, le vendeur ou l'état. Néanmoins, il peut s'accompagner de beaucoup de risques, et notamment pour l'acquéreur.

Dès lors, se manifeste l'importance du sujet de la vente d'immeuble sur plans, qui évoque plusieurs points d'interrogation, entre autre l'adaptation de l'acte, son objet, la détermination des obligations du promoteur immobilier qui est le vendeur.

Nous avons pris le soin que l'étude de ce sujet soit une comparaison entre la loi algérienne et la loi française, vu le rapport étroit qui existe entre les deux.

L'étude de ce sujet a été partagée à deux chapitres, le premier a été consacré à la nature du contrat de vente sur plans et sa passation, la première partie a analysé la nature de l'acte et ses caractéristiques, et dans la deuxième partie nous avons traité sa passation. Le deuxième chapitre a été consacré à l'étude des effets de l'acte de vente sur plan, dans sa première partie, nous avons fait le point sur les obligations du promoteur immobilier vendeur, et dans sa deuxième partie, il a été question de déterminer les caractéristiques du transfert de propriété dans cet acte et le paiement du prix.

A partir de l'étude de cet acte, il a été constaté que malgré qu'il soit une vente, il se distingue de la vente ordinaire de l'immobilier, du fait qu'il est considéré comme un acte de soumission. Et que l'objet est lié directement avec le montant que l'acquéreur verse, du fait que ce montant est réservé au financement de l'opération de construction du bien immobilier dont le transfert de sa propriété s'effectue au fur et à mesure avec l'avancement des travaux, et met à la charge du promoteur immobilier vendeur un engagement essentiel qui est la construction de l'immeuble vendu, en assurant le maintien de l'immeuble pour une durée de dix ans.

A travers cette étude, il s'est avéré que cette forme d'actes est devenue reconnue, et ayant sa propre réglementation, sauf que malgré la succession des législations le régissant, afin de faire face aux insuffisances dans les réglementations précédentes révélées par l'application pratique, nous avons constaté le manque et l'ambiguïté dans certains articles, même en ce qui concerne la nouvelle législation, il s'agit de la loi N° 11-04 de l'année 2011, et par conséquent, nous avons conclu l'étude du contrat de vente sur plans par de différentes observations sur la réglementation juridique y afférente.

Summary

The contract of sale on plan, relatively to its legal regulation, is recently founded in Algeria, but it was largely and quickly propagated, thanks to its benefits for the purchaser, the seller as well as the state. Nevertheless, it may have some risks, especially for the purchaser.

As a matter of fact, the importance of the issue of selling a real estate upon a plan leads us to ask some questions, for instance the adaptation of the contract, its position, and the definition of the real estate promoter's obligations "the seller".

The study of this subject was elaborated as a comparison between the Algerian law and the French law, considering their tight bond.

The study was divided into two chapters; the first one was intended to the nature of the sale contract on plan and its contracting, in the first part, we treated the nature and the characteristics of this contract, and in the second part it was about its contracting. The second chapter was devoted to the effects of the contract of sale on plan, we exposed in the first part, the obligations of the real estate promoter "seller", and in the second part, the characteristics of property transfer in this contracts as well as the payment of the price.

The study of this contract revealed that in spite of its selling character, it differs from the ordinary sale of a real estate, considering its nature of a submission contract. And that the place is extremely bounded with the amount that the purchaser would pay, considering that this amount will be reserved for the financing of the real estate construction operation, which property will be transferred progressively with works performance, constraining the real estate promoter to execute a main obligation, which is the construction of the sold real estate, and assuring it for ten years.

The study revealed that this contract became approved and has its own regulation, in spite of the successive regulations ruling it, to expose the deficiencies in the previous legislations; we recorded the deficiency and ambiguity in some sections, even in the new legislation, it concerns the law No. 11-04 of 2011, for these reasons, we concluded the study of the sale contract on plan with some notes in its legal regulation.