

خصوصية عقد بيع العقار على التصاميم عن عقد البيع العادي (عقد بيع عقار موجود وقت التعاقد)

الأستاذ: عز الدين زوية

أستاذ مساعد قسم (ب)

كلية الحقوق بن عكنون - جامعة الجزائر 1 -

الملتقى الوطني حول: إشكالات العقار الحضري وأثرها على التنمية في الجزائر المنعقد

يومي 17/18 فيفري 2013

من طرف مخبر الحقوق والحريات في الأنظمة المقارنة بالتعاون مع فرقة بحث حول:

وضعية العقار في الجزائر وأثرها على التنمية

قسم الحقوق - كلية الحقوق والعلوم السياسية -

جامعة محمد خيضر - بسكرة -

الملخص :

يعتبر مشكل السكن من المشاكل الكبيرة التي عانت منها الجزائر، والتي لا تزال أو بقيت تعاني منها حتى اليوم رغم المجهودات الكبيرة التي بذلتها الدولة للقضاء على هذه المشكلة.

ولما عجزت الدولة عن الاستجابة للطلب على السكن والذي احتكرته منذ الاستقلال عن طريق المؤسسات العمومية لجأت إلى البحث عن طرق وأساليب جديدة، بدأت نتيجة للتخلي التدريجي عن النظام الاشتراكي والتوجه نحو النظام الحر بالسماح للقطاع الخاص في أن يساهم في عمليات الترقية العقارية أي الترخيص بالاستثمار في هذا المجال، فأصدر المشرع القانون رقم 07-86 المؤرخ في 23 جمادي الثانية 1406 الموافق ل 4 مارس 1986 المتعلق بالترقية العقارية.

غير أن هذا القانون للأسف قد فشل في تحقيق الهدف الذي توخاه المشرع من وراء تنظيمه للترقية العقارية، وهو القضاء على أزمة الإسكان الخائفة ويرجع فشله إلى عدة أسباب¹

ونظرا لفشل هذا القانون، صارت الحاجة ماسة إلى إيجاد إطار قانوني جديد ينظم الترقية العقارية فتدخل المشرع من جديد في سنة 1993 و أصدر المرسوم التشريعي رقم 03-93 المؤرخ في 01 مارس 1993 المتعلق بالنشاط العقاري والذي نص في مادته 30 على إلغاء القانون رقم 07-86 المتعلق بالترقية العقارية ، مع استثناء الحقوق المكتسبة والعملات التي شرع فيها طبقا للقانون الملغى، تبعه بعد ذلك صدور المرسوم التنفيذي 58-94 المتضمن نموذج عقد البيع بناء على التصاميم .

وبمجرد دخول المرسوم رقم 03-93 السالف الذكر حيز التطبيق² بدأت ظاهرة بيع العقار هو في مرحلة الانجاز أو حتى قبل ذلك وهو ما يزال في مرحلة المشروع وهو ما أسماه المشرع الجزائري بالبيع بناء على التصميم ، تنتشر في الجزائر انتشارا واسعا³ وقد ساعد أيضا على انتشار هذا النوع من البيوع الحديثة أو الجديدة لما يحققه 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 وتسبيقات⁴

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 قد يتعرض إلى خطر توقف البائع عن استكمال بناء العقار المبيع غير الموجود وقت التعاقد، فهناك من الباعين (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، شوهت النسيج العمراني والمنظر الجمالي للحي أو المكان الذي تقع فيه ويضطر المشترون لتلك الوحدات إلى تسلمها على حالها مرغمين، ويعملون بعد ذلك على إتمام بنائها بأنفسهم، أو بالاستعانة بذوي الاختصاص في مجال البناء والتشييد من مقاولين ومعماريين، بعدما يكونوا قد خسروا جزء كبير من أموالهم بسبب انخفاض قيمة العملة وارتفاع الأسعار⁵ أو انجازها بمواصفات رديئة تختلف عن تلك التي تم الإنفاق عليها.

وأمام تعرض المشتري لهذه الأخطار، حاول المشرع الجزائري من خلال إصداره المرسوم التشريعي رقم 03.93 حمايته، لكن هذا المرسوم التشريعي لم يوفر له الحماية الكافية التي كانت مرجوة منه وذلك بسبب ما يكتنف بعض نصوصه من غموض وعدم الدقة⁶

ونظرا لما تم تسجيله من نقائص في الميدان العملي مست الحاجة إلى ضرورة مراجعة الإطار التشريعي للترقية العقارية قصد تدعيمها وتحسينها، وقد 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 العقارية⁷ ومن هنا يأخذ موضوع بيع العقار بناء على التصاميم أهمية عملية حيث يطرح العديد من التساؤلات منها ما يتعلق بتكليف العقد، هل هو عقد بيع عادي، أو عقد مقاولته، وإذا كان هذا العقد الجديد ليس بعقد مقاولته، أو عقد بيع، فما هي طبيعته القانونية إذن؟

وبما أن العقد النهائي في عقد بيع العقار على التصاميم يتأخر إبرامه الأمر الذي جعل المشرع ينص على وجوب تحرير عقد تمهيدي يسمى (عقد حفظ الحق droit

(de réserve) لذلك يطرح التساؤل حول أهمية و دور هذا العقد زيادة عن طبيعته القانونية (عقد عرفي أو رسمي...) والالتزامات التي يربتها على عاتق الطرفين؟.

ومنها ما يتعلق بمحل العقد، على اعتبار أن البيع هنا يرد على شيء مستقبلي؟.

ومنها ما يتعلق بشكل العقد، بمعنى حول مدى كفاية الشكل الرسمي الذي يتطلبه القانون في التصرف في العقار بصفة عامة، أم هناك شروط إضافية لانتقال الملكية بين طرفي العقد؟.

وإذا كانت القواعد العامة تسمح ببيع العقارات قبل وجودها ، أي بناء على التصاميم فما هو الداعي أو الهدف من تنظيم هذا البيع بقواعد خاصة زيادة عن القواعد العامة؟

ومنها ما يتعلق بتحديد التزامات المرقى العقاري ذلك أنه إذا كان البيع التقليدي يرتب التزامات في ذمة البائع ، وهي التزامه بالتسليم وبالضمان أي ضمان التعرض والاستحقاق وضمان العيوب الخفية، فهل هذا العقد يرتب نفس هذه الالتزامات على عاتق المرقى العقاري؟

ويهدف البحث إلى محاولة الإجابة على التساؤلات السابقة ، ووضع الحلول المناسبة لجمع المشاكل (غموض، عدم دقة، ثغرات قانونية) التي يثيرها موضوع بيع العقار بناء على التصاميم حتى في ظل القانون الحالي وهو القانون رقم 04-11

وقد حرصنا أن تكون دراسة هذا الموضوع عبارة عن مقارنة بين القانون الجزائري والقانون الفرنسي، لوجود صلة وثيقة بينهما.

وعليه فإن التساؤل الذي يطرحه الموضوع حول خصوصية عقد بيع العقار بناء على التصاميم عن عقد البيع العادي أو عن البيوع المعروفة وفقا للقواعد العامة، بمعنى أن الدراسة تتناول الأحكام أو القواعد القانونية المميزة لعقد بيع العقار على التصاميم والتي من شأنها محاولة تحقيق ضمانات و حماية كافية و فعالة للمشتري و التي عجزت عن تحقيقها القواعد العامة في القانون المدني؟ كما يكمن موطن التساؤل حول مدى كفاية قانون 04-11 في توفير حماية فعالة للمشتري والتي تضمن له أن لا يكون عرضة للنصب والاحتيال بمعنى أن التساؤل العام يطرح حول مدى توفيق المشرع الجزائري عبر مختلف النصوص القانونية و التنظيمية في تنظيم هذا البيع ؟

وللإجابة عن كل هذه التساؤلات اعتمدت تقسيم ثلاثي للخطبة من خلال ثلاث محاور؛

تناولت في المحور الأول ماهية أو مفهوم عقد بيع العقار على التصاميم.

بينما في المحور الثاني تناولت تكوين أو إبرام عقد البيع على التصاميم.

بينما تناولت في المحور الثالث آثار عقد بيع العقار على التصاميم.

و في الخاتمة حاولت إبراز مختلف النتائج المتوصل إليها ضيف إليها بعض الاقتراحات المستخلصة.

المحور الأول- ماهية أو مفهوم عقد بيع العقار على التصاميم:

1تعريف عقد بيع العقار على التصاميم: إن صيغة أو تقنية بيع العقار على التصاميم أو البيع بناء على التصاميم (La Vente Sur Plans) استحدثت حديثا في النظام القانوني الجزائري⁸ مقارنة بالتشريع الفرنسي الذي أقر هذا البيع كعقد من العقود المسماة بموجب القانون 03-67 المؤرخ في 1-3-1967 المتعلق ببيع العقارات المقرر بناؤها والالتزام بضمان عيوب البناء و الذي عدل بقانون 547-67 المؤرخ في 7-7-1967 المتعلق ببيع العقارات المقرر بناؤها أو تحت الانجاز

(La Vente D'immeubles a Construire) والالتزام بضمان عيوب البناء الذي وضع بعض نصوص قانون 03-67 ثم صدر أيضا المرسوم 1166-67 المؤرخ في 12-22-1967 المتضمن تطبيق القانون 03-67، 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 12-78 الصادر في 4-1-1978 المتعلق بالمسؤولية والتأمين في ميدان البناء ، ومن جهة أخرى بالقانون 79-596 الصادر في 13-7-1979 المتعلق بالإعلام و حماية المقترضين في المجال العقاري⁹

وبالرجوع إلى أول قانون منظم للترقية العقارية في الجزائر أي قانون 07-86 ومن بعده المرسوم التشريعي 03-93 نلاحظ أن كل منهما لم يعرفا هذا العقد الجديد، وهو حال باقي التشريعات العربية الأخرى التي لا يزال البعض منها لم يتناوله أصلا بالتنظيم¹⁰

و يبدو أن التشريع الإماراتي هو الوحيد الذي عرف عقد بيع العقار بناء على التصاميم والذي سماه ببيع العقار على الخارطة¹¹ وذلك في المادة الثانية من القانون رقم 9 لسنة 2009 و هو قانون معدل للقانون رقم 13 لسنة 2008 الخاص بتنظيم السجل العقاري المبدئي في إمارة دبي بأنه: (بيع الوحدات العقارية المفردة على الخارطة أو التي لم يكتمل إنشاؤها)¹²

لكن بالرجوع إلى القانون 04.11 نلاحظ أن المشرع الجزائري بادر إلى تعريف هذا العقد لتدرك النقص الذي كان في ظل التشريعات السابقة و من اجل توضيحه حتى لا يقع خلط بينه و بين العقود الأخرى كما سنراه لاحقا و ذلك من خلال المادة 28 التي تنص أنه: (عقد البيع على التصاميم لبنائية أو جزء من بنائية مقرر بناؤها أو في طور البناء ، هو العقد الذي يتضمن و يكرس تحويل حقوق الأرض و ملكية البنائيات من طرف المرقي العقاري لفائدة المكتتب موازاة مع تقدم الأشغال ، وفي المقابل يلتزم المكتتب بتسديد السعر كلما تقدم الإنجاز...).

وعليه من خلال هذا التعريف يتبين أن الالتزام الجوهري الذي يقع على عاتق المشتري (الذي سماه بالمكتتب) في هذا العقد هو الوفاء أو تسديد الثمن للبائع (الذي سماه بالمرقي العقاري) في مقابل التزام هذا الأخير بتحويل حقوق الأرض و ملكية البناية لصالح المشتري موازاة مع تقدم الأشغال، وهذان الالتزامان أو العنصران الأساسيان (نقل الملكية و الوفاء بالثمن) هما نفسهما اللذان يتميز بهما البيع بصفة عامة¹³

أما المشرع الفرنسي فقد عرفه في المادة 1601-1. المضافة إلى القانون المدني الفرنسي بموجب القانون 03.67 بأنه: (بيع العقار المقرر بناؤه ، هو الذي يلتزم بموجبه البائع ببناء (أو إقامة) عقار خلال مدة يحددها العقد).¹⁴

حيث يتضح أن المشرع الفرنسي من خلال هذا التعريف نص على وجوب أن يتضمن هذا العقد على عنصرين أساسيين لا يوجد هذا العقد في حالة تخلف أحدهما أو كلاهما معا وهما: العنصر الأول هو التزام البائع بالبناء، أما العنصر الثاني فهو وجوب أن يتم إقامة البناء خلال المدة المحددة أو المتفق عليها في العقد من قبل الطرفين المتعاقدين، وما يمكن ملاحظته بعد مقارنة هذا التعريف مع تعريف المشرع الجزائري أن هذا الأخير أغفل النص على العنصر أو الالتزام الثاني للبائع المتعلق بالمدة التي يجب أن يتم إقامة البناء خلالها.

بينما يلاحظ أن التعريف الوارد في قانون 04-11 هو نفسه تعريف عقد البيع ضمن أحكام القانون المدني، حيث أن الاختلاف أو الخصوصية الوحيدة هي الشيء الذي يرد عليه محل التزام البائع بنقل ملكيته، حيث إذا كان البائع في عقد البيع العادي يلتزم بنقل ملكية شيء سواء كان هذا الأخير عقار أو منقول، فإن التزامه في بيع العقار بناء على التصاميم هو تحويل حقوق الأرض و ملكية البناء(عقار وليس منقول).

وقد عرف بعض الفقه بيع العقار قبل الإنجاز بأنه:(بيع لعقار لم يشيد بعد ، فيلتزم البائع بتشبيده ونقل ملكيته إلى المشتري بأشكال مختلفة حسب نوع البيع).

وانتقد هذا التعريف على أساس كونه يبرز فقط التزامات البائع دون مراعاة التزامات المشتري التي بدورها تمثل عنصرا جوهريا في مثل هذا النوع من البيوع على اعتبار أن هذا العقد يختلف عن العقد العادي باختلاف التزامات الأطراف كما لا نكون أمام عقد بيع قبل الإنجاز لو كان العقار مشيدا ولكن السؤال المطروح حول المقصود من مصطلح التشييد؟ هل يشترط أن يكون العقار قد شرع فعلا في تشييده قبل أو أثناء العقد أم يجوز زيادة على ذلك أن يكون العقار غير موجود أصلا وقت العقد أي لم يشرع في انجازه؟¹⁵ و الجواب أننا في كلتا الحالتين نكون أمام بيع عقار قبل الإنجاز وهو ما نص عليه المشرع الجزائري من خلال عبارة: (مقرر بناؤها أو في طور البناء). فالإشكال الرئيسي حول حكم حالة لو تم تجديد العقار أو البناء من قبل المرقي العقاري من أجل بيعه أو إيجاره سواء كما قلنا من قبل لغرض السكنى أو لممارسة نشاط صناعي أو تجاري أو حرفي و كان التجديد كلياً(هدمه وإعادة بناءه أي تجديده) هذا من جهة، ومن جهة ثانية هل يكفي اعتبار إجراء لمسات بسيطة دون المساس بمتانة البناء وقواعده الأساسية كالقيام بعملية الزخرفة أو الترميم أو الدهن أو التغيير الداخلي للغرف أو إضافة أشياء جديدة كالمصاعد و السلالم فهل هذه الأعمال تدخل في إطار البيع على التصاميم؟ بمعنى هل تنطبق على هذه الحالة أحكام المادة 28 من قانون 04-11؟¹⁶

كما عرفه بعض الفقه العربي بأنه:(عقد يتملك بموجبه المشتري عقارا لم يبدأ البائع ببنائه بعد أو لم يكمل بنائه حين التعاقد وفيه يتعهد البائع ببناء العقار المتفق على مواصفاته خلال المدة المتفق عليها مقابل تعهد الأخير بدفع أقساط الثمن في مواعيدها)¹⁷

كما عرف أيضا 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 النماذج والرسومات 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 (المكتتب) بدفع الثمن حسب التقدم في أعمال البناء).

و هذين التعريفين كل منهما حاول تفادي القصور أو الانتقادات التي ميزت التعارف السابقة لذلك يصح حسب رأينا اعتبارهما من التعاريف الشاملة لهذا العقد الجديد.

2- التكييف الشرعي و القانوني لعقد بيع العقار على التصاميم: بعد تعريفنا لهذا العقد نحاول في المرحلة الثانية تحديد طبيعته القانونية أي تكييفه القانوني ولكن قبل ذلك لابد من تكييفه الشرعي لنصل في المرحلة الثالثة إلى بيان خصائصه الذاتية التي تميزه عن غيره من العقود الأخرى.

إن إشكالية البحث تكمن في إيجاد الإجابة عن السؤال التالي: ما حقيقة بيع العقار على التصاميم شرعا وقانونا؟.

ترجع أهمية البحث في التكييف القانوني للعلاقة الناشئة عن عقد البيع على التصاميم في أن تحديد الالتزامات التي تنشأ عن هذه العلاقة العقدية و التي يؤدي الإخلال بها إلى قيام المسؤولية يعتمد على التكييف القانوني للعقد. و بعبارة أخرى، فإن الوقوف على التكييف القانوني الصحيح يعد بمثابة الخطوة الأولى التي يتوقف عليها تحديد الالتزامات، و من ثم تحديد المسؤولية الناجمة عن الإخلال بهذه الالتزامات؟.

نشير في البداية أن جميع القواعد المنظمة لعقد بيع العقار على التصاميم هي قواعد أمرة متعلقة بالنظام العام فلا يجوز الإنفاق على مخالفتها ولا يقتصر الأثر على مخالفتها في البطلان فحسب، بل يمتد إلى تعرض البائع إلى عقوبة جنائية (مالية و بدنية) ¹⁸ ، خلافا للقواعد المتعلقة بعقد البيع العادي التي هي في الأصل قواعد مكتملة يجوز للمتعاقدین الاتفاق على مخالفتها بما يكفل حماية حقوق المشتري الطرف الضعيف في علاقته مع البائع ، دون أن يغفل حقوق هذا الأخير ، سواء خلال

مرحلة إنجاز البناء أو بعد اكتماله وهو ما من شأنه تحقيق نوع من التوازن العقدي بين الطرفين أي كفالة التوازن بين مصلحة المرقي العقاري ومصلحة المکتتب.

أ. التكييف الشرعي لعقد البيع على التصاميم: عند البحث عن التكييف الحقيقي الشرعي لعقد البيع بناء على التصاميم نجد أن مجلس الفقه الإسلامي في قراره رقم (52-61) الذي صدر عنه في دورة مؤتمره السادس المنعقد بجدة في المملكة العربية السعودية من 14 إلى 20 مارس 1990م قرر ما يأتي: (1- أن المسكن من الحاجات الأساسية للإنسان ، و ينبغي أن يوفر بالطرق المشروعة بمال حلال، و أن الطريقة التي تسلكها البنوك العقارية و الإسكانية و نحوها من الإقراض بفائدة قلت أو كثرت، هي طريقة محرمة شرعا لما فيها من التعامل بالربا 2 هناك طرق مشروعة يستغنى بها عن الطريقة المحرمة، لتوفير المسكن بالتملك فضلا عن إمكانية توفيره بالايجار، منها: إن تملك المساكن على أساس عقد الإستصناع¹⁹ على أساس اعتباره لازما و بذلك يتم شراء المسكن قبل بنائه ، بحسب الوصف الدقيق المزيل للجهالة ، دون وجوب تعجيل جميع الثمن ، بل يجوز تأجيله بأقساط يتم الإنفاق عليها مع مراعاة الشروط و الأحوال المقررة لعقد الإستصناع لدى الفقهاء الذين ميزوه عن عقد السلم)²⁰

وذهب بعض الفقهاء المعاصرين إلى اعتباره من قبيل الإستصناع²¹ فذهب الدكتور وهبت الزحيلي إلى إجازة البيع على التصميم بقوله: (و من أبرز الأمثلة والتطبيقات لعقد الإستصناع بيع الدور والمنازل والبيوت السكنية على الخريطة ضمن أوصاف محددة ، والواقع أن بيع هذه الأشياء لا يمكن تسويغه إلا على أساس عقد الإستصناع ، و يعد العقد صحيحا إذا ذكرت في شروط العقد مواصفات البناء، بحيث لا تبقى جهالة مفضية إلى النزاع و الخلاف)²² ، و هو نفس موقف الدكتور عبد اللطيف الفرفور²³

إلا أن الدكتور محمد توفيق رمضان البوطي كان له رأيا آخر حيث انتقد قرار مجلس الفقه الإسلامي حول اعتبار البيع على التصميم من قبيل عقود الإستصناع ، بحيث اعتبره موقف مخالف للمذهب الحنفي لكونه عقد غير لازم كما أن الإستصناع يرد على العين دون العمل، واقترح صورتين لصحة هذا العقد.²⁴

وعليه فإن الموقف الراجح يؤيد ما ذهب إليه مجلس الفقه الإسلامي من اعتبار العقد على التصاميم من قبيل الإستصناع لانطباق أحكام و شروط الأخير على الأول.

ولتوضيح عقد البيع على التصميم الذي اعتبر من قبيل الإستصناع يلاحظ أن مجلس الفقه الإسلامي قد حدد شروط الإستصناع ووضح موقفه منها في قراره المرقم: 67-3 و الذي اتخذه في دورة مؤتمره السابع المنعقد بجدة من 9 إلى 14 ماي 1992م و الذي جاء فيه: (1-إن عقد هو عقد وارد على العمل و العين و الذمة -ملزم للطرفين إذا توفرت فيه الأركان و الشروط. 2-يشترط في عقد الإستصناع ما يلي: أبيان جنس المستصنع و نوعه و قدره و أوصافه المطلوبة بآن يحدد فيه الأجل 3-يجوز في عقد الإستصناع تأجيل الثمن كله ، أو تقسيطه إلى أقساط معلومة لأجل محددة 4-يجوز أن يتضمن عقد الإستصناع شرطاً جزائياً بمقتضى ما اتفق عليه العاقدان ما لم تكن هناك ظروف قاهرة²⁵

ب-التكليف القانوني لعقد البيع على التصاميم: لتحديد الطبعة القانونية لبيع العقار على التصاميم، نقوم بتمييزه عن غيره من العقود الأخرى القريبة منه، أي هل هو عقد مقاولته على اعتبار أن في العقد الأول يتمثل الالتزام الرئيسي فيه بقيام المرقى العقاري بإقامة البناء خلال مدة محددة في العقد ، وهو نفس الالتزام الذي يقع على عاتق المقاول في عقد المقاولته، وإذا كان هذا العقد الجديد ليس بعقد مقاولته فما هي طبيعته القانونية إذن؟²⁶

معيار وأهمية التمييز بين عقد المقاولته وعقد البيع على التصاميم: المقاولته عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين وهو المقاول، أن يصنع شيئاً أو أن يؤدي عملاً مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الآخر، وهو رب العمل²⁷

أما عقد بيع العقار بناء على التصاميم ، هو البيع الذي يلتزم بموجبه البائع ببناء عقار خلال مدة محددة في العقد مقابل وفاء المشتري للثمن للبائع.

من خلال هذين التعريفين يتضح أن عقد المقاولته يقترب في مفهومه عن عقد بيع العقار على التصاميم لكن ما هي أوجه الاختلاف أو التفرقة بينهما؟.

-إذا اقتصر المقاول على تقديم عمله على أن يقدم رب العمل المواد التي يستخدمها في إنجاز عمله فإن العقد يعتبر مقاولته، أما إذا قدم المقاول المادة و العمل معاً، فإن عقد المقاولته قد يشتهر ببيع العقار بناء على التصاميم في هذه الحالة²⁸

ويرى البعض²⁹ أن معيار التفرقة بينهما هو ملكية الأرض (La Propriété Du Sol)، ويفرق الدكتور محمد المرسي زهرة بين ثلاثة حالات:

الحالة الأولى: إذا قدم مالك الأرض المواد المستخدمة في إنجاز عملية البناء، واقتصر دور المقاول على العمل فقط فإن العقد يعتبر عقد مقاولت.

الحالة الثانية: إذا اقتصر رب العمل على تقديم الأرض، وقدم المقاول بالإضافة إلى عمله المواد التي يستخدمها في إنجازها نكون بصدد عقد مقاولت.

الحالة الثالثة: وهي الحالة التي يقوم فيها المقاول بإقامة البناء على أرض مملوكة له أو على الأقل صاحب الحق يمنحه سلطة البناء عليها وبمواد من عنده فإن هذا العقد يعتبر بيعا واردا على شيء مستقبلي، أسماه المشرع بيع عقار تحت الإنجاز أو البيع بناء على التصاميم³⁰

تجدر الإشارة أن الأهمية الكبرى للتمييز بين العقدين تكمن في نوعية الضمان الذي يخضع له المرقي العقاري أي بائع العقار على التصاميم، هل هو نفسه الضمان التقليدي الذي يلتزم به البائع في عقد البيع العادي وفقا للمادة 397 و ما بعدها من القانون المدني، أم الضمان الذي يخضع له المقاول و المهندس المعماري للمادة 554 من القانون المدني؟، غير أنه حاليا لم يعد هناك أي جدل أو إشكال قائم خاصة بعد مد المشرع نطاق تطبيق الضمان العشري الذي يخضع له المهندس المعماري والمقاول ليشمل بائع العقار بناء على التصاميم خاصة فيما يتعلق بالعيوب الخفية³¹ زيادة على ضمانه العيوب الظاهرة أو المعلومة، خلافا للمقاول و المهندس المعماري لا يسألان إلا على العيوب الخفية أما العيوب الظاهرة أو المعلومة لرب العمل وقت تسلمه الأعمال دون إبدائه أي ملاحظات أو تحفظات بشأنها فإنهما لا يسألان عليها³²

و بالرجوع إلى القانون الفرنسي لسنة 1967 يظهر انه نص على خصوصية جديدة لهذا العقد الجديد و التي تميزه عن عقد المقاولت أكثر وهي إمكانية 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، فهذا التنازل خاص ببيع عقار تحت الإنجاز ولا يمكن تطبيقه إذا تعلق الأمر بعقد مقاولت³³

أيضا فيما يتعلق بدعوى الغبن الذي يكون في عقود قليلة كعقد البيع وقسمة العقار و التي تهدف في الأساس إلى تكملة الثمن، هذه الدعوى يمكن قبولها في عقد البيع على التصاميم دون عقد المقاولت.³⁴

- معيار و أهمية التمييز بين عقد بيع العقار بناء على التصاميم و عقد بيع عقار موجود وقت التعاقد(عقد البيع العادي أو التقليدي): إن معيار التفرقة بينهما يرتبط أساسا بالوقت الذي يبرم فيه العقد³⁵ ، فالمرسوم التشريعي 03-93 والقانون 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 الانتهاء من البناء وأكتمل وجود العقار المبيع فإن العقد يعتبر بيعا عاديا³⁶ حتى وإن كان البائع يحمل صفة المرقي العقاري طبقا لقانون 04-11 وحتى وإن اتفق المتعاقدان على إعطائه صفة البيع على التصاميم فإنه لا يعتبر كذلك لأنه كما أكدنا من قبل قواعد الترقية العقارية تعتبر من النظام العام.

لكن هذا المعيار وحده غير كاف إلا أن هناك حالات يعتبر العقد فيها بيعا عاديا رغم انعقاده قبل الانتهاء من أعمال البناء، وقبل وجود العقار³⁷

لذلك يرى البعض في نية الطرفين الأساس الذي يعتمد عليه في تكييف العقد، فإذا إتحت نية الطرفين إلى التزام البائع باستكمال العقار والانتهاء من الأعمال طبقا للشروط المتفق عليها في العقد، نكون بصدد بيع عقار بناء على التصاميم.

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 المستقبلي الذي يمثل المحل لعقد البيع على التصاميم³⁸ وهو ما أكدته محكمة النقض الفرنسية بنصها صراحة على عدم جواز اعتبار بيع العقار قبل اكتمال البناء من قبيل البيع على التصاميم إذا لم تكن نية الطرفين وخاصة نية البائع هي الالتزام بالبناء³⁹

كذلك تكمن أهمية التمييز بين عقد البيع على التصاميم و عقد البيع العادي في نوعية الضمان المقرر لحماية المشتري أو المكتتب في كلا العقدين، فإذا كان البائع في البيع العادي أو التقليدي لا يضمن إلا العيوب الخفية⁴⁰ 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 يكشفها لو أنه فحص العقار المبيع بعناية الرجل العادي فلا يلتزم بضمانها⁴¹ ، زيادة

على كون أحكام ضمان العيب الخفي في البيع العادي ليست من النظام العام بحيث يجوز للطرفين المتعاقدين الاتفاق على زيادته، أو إنقاصه أو حتى إسقاطه⁴²، هذا كله بخلاف أحكام البيع على التصاميم التي كما قلنا سابقا تقضي باعتبار المرقى القاري خاضع لنظام الضمان الذي يخضع له المهندس المعماري والمقاول، ولا يضمن العيوب الخفية فقط، بل يضمن كذلك العيوب الظاهرة، وأن هذا الضمان يعتبر من النظام العام، بحيث لا يجوز الاتفاق على إعفاء البائع من الضمان أو الحد منه وكل اتفاق على ذلك يقع باطلا ولا أثر له، أما مدة الضمان فهي عشر (10) سنوات وليس (1) سنة كما هو الحال في البيع العادي وهو ما من شأنه توسيع مجال أو نطاق الضمانات العمائية المقررة للمكاتب أو المشتري⁴³

- معيار وأهمية التمييز بين عقد بيع العقار بناء على التصاميم والوعد بالبيع: الوعد بالبيع كما هو معلوم هو عقد يتفق فيه الطرفان على إبرام عقد البيع ونقل ملكية مبيع معين بالذات إذا أظهر الموعد له رغبته بالشراء خلال مدة محددة يتفقان عليها⁴⁴

و يتشابه كل من الوعد بالبيع مع العقد على التصاميم في وجود تعهد بالبيع ونقل الملكية إذا أظهر الموعد له رغبته في الشراء في الأول وتعهد بالبناء ونقل الملكية ابتداء و انتهاء بعد اكتمال البناء في الثاني خلال مدة يتفق عليها الطرفان في كل منهما، وهذا التشابه جعل التساؤل يطرح حول ما إذا كان البيع على التصاميم هو وعد بالبيع؟
45

وهذا التساؤل ثار في ذهن الفقهاء المسلمين بصدد عقد الإستصناع فمنهم من اعتبره بالفعل وعدا بالبيع يلتزم بمقتضاه الصانع بنقل ملكية الشيء المصنوع إلى المستصنع عند انتهائه من الصناعة وهو موقف بعض الحنفية الذي يعتبرونه وعدا بالبيع ثم حين يكمل الصانع المصنوع ويسلمه للمصنوع إليه مع وجوب رضا هذا الأخير به هنا يصبح بيعا، إلا أن القسم الآخر من الحنفية اعتبروه بيعا وليس مجرد وعد بالبيع ومما جاء في احد أقوالهم: (إن الصانع إذا قبض الأجر يملك ولو كان مواعدا لا معاقدة لكان لا يصير الأجر ملكا له ...) ⁴⁶.

فيمكن القول أن البيع على التصميم يختلف عن الوعد بالبيع في أمور كثيرة، فالوعد بالبيع ليس هو البيع ذاته، ففي الأول يقصد المتعاقدان إرجاء انعقاد البيع ونقل الملكية إلى حين إظهار الرغبة في الانعقاد خلال المدة المتفق عليها، بينما في البيع على التصميم ليس ثمّة إظهار رغبة خلال مدة معينة، بل أن إرادة الطرفين انصرفت منذ

لحظة انعقاد العقد إلى ترتيب أثاره في الحال وإلى إلزام طرفيه بها والملكية تنتقل بتسجيل العقد⁴⁷

وعليه من أهم أثار الوعد بالبيع أن تبقى ملكية الموعود به للبائع الواعد، وتصح جميع تصرفاته به لغير الموعود له، و الذي لا يكون له سوى الرجوع على الواعد بالتعويض إذا كان قد تصرف فيه خلال المدة التي ألزم نفسه فيها بانتظار الموعود له برغبته في الشراء⁴⁸، في حين أن الملكية في البيع على التصميم تنتقل إلى المشتري باستيفاء الإجراءات المقررة قانونا بحيث يكون للمشتري أن يتصرف بحقه بالبيع أو الرهن أو غير ذلك من التصرفات وهنا تظهر أهمية التمييز بين هذين العقدين⁴⁹

3- خصائص عقد بيع العقار على التصاميم:

أ- عقد بيع العقار بناء على التصاميم عقد شكلي⁵⁰ : حيث لم يكتف المشرع الجزائري بالرسومية الضرورية للتصرف في العقار بصفة عامة طبقا لنص المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني، بل الأكثر من ذلك فإنه خص عقد بيع العقار على التصاميم بنص خاص هو نص المادة 34 من قانون 04-11 التي تقابل المادة 12 من المرسوم التشريعي الملقى 03-93، حيث اشترطت هذه المادة في فقرتها الثانية زيادة على وجوب إعداد أو تحرير هذا العقد في الشكل الرسمي وخضوعه للشكليات القانونية الخاصة بالتسجيل لدى مصلحة التسجيل والشهر لدى المحافظة العقارية مشتتلا في نفس الوقت الأرض والبناء المشيد فوقها، إتمام أو استكمال هذا العقد بمحضر رسمي يعد حضوريا وجاهيا بمعرفة الموثق الذي حرر العقد الأصلي، قصد معاينة أو إثبات الحيازة الفعلية من طرف المشتري و تسليم البناية المنجزة من طرف المرقي العقاري طبقا للالتزامات التعاقدية (حسب ما تم الاتفاق عليه)⁵¹

كما اشترطت أيضا المادة 37 من المرسوم التنفيذي 58.94 لانعقاد هذا العقد صحيحا وترتيبه لكافة أثاره القانونية إفراغه في قالب المحدد قانونا حسب النموذج المحدد في هذا المرسوم سواء من حيث وجوب التقيد بالبيانات الإلزامية المذكورة فيه، وإرفاقه بالوثائق المرجعية الخاصة به، أو من حيث وجوب توضيح العقد تحت طائلة البطلان تشكيلة سعر البيع وأجال الدفع من قبل المشتري تبعا لتقدم الأشغال⁵²

ب- عقد بيع العقار بناء على التصاميم عقد ملزم لجانبين، محل هذا العقد هو عقار أو بناية معدة للاستغلال أو البناء غير أن هذا البناء غير موجود وقت التعاقد لكنه قابل للوجود في المستقبل والتعامل في الأشياء المستقبلية جائز طبقا للقواعد العامة⁵³

ج. عقد بيع العقار بناء على التصاميم عقد زمني وليس فوري⁵⁴: فإذا كان عقد البيع مثلا عقد فوري لأن عنصر الزمن فيه معدوم، فنقل ملكية المبيع وتسليمه إلى المشتري يتم فورا، وكذلك دفع الثمن إلى البائع⁵⁵، فإن عقد بيع العقار على التصاميم هو عقد فوري بالنظر إلى طبيعة الالتزام المميز فيه وهو التزام البائع بإقامة العقار المتعاقد عليه خلال مدة معينة وهو بطبيعته التزام ممتد في الزمن هذا من جهة، ومن جهة أخرى بالنظر إلى 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 التزام المشتري بالوفاء بالثمن فترة من الزمن هي المدة التي تدفع خلالها الأقساط⁵⁶، وباعتبار بيع العقار بناء على التصاميم عقد زمني هنا ثار التساؤل حول إمكانية تطبيق نظرية الظروف الطارئة عليه⁵⁷

د. عقد بيع العقار بناء على التصاميم عقد إذعان وفقا للمفهوم أو الصور الحديثة لعقود الإذعان:

يعرف بعض الفقه العربي عقد الإذعان بأنه: (هو العقد الذي يسلم فيه القابل بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها، وذلك فيما يتعلق بسلعة أو مرفق ضروري يكون محل احتكار قانوني أو فعلي، أو تكون المنافسة محدودة النطاق بشأنها)⁵⁸

و قد عرفه بعض الفقهاء الجزائريين بأنه: (هو ذلك العقد الذي يعد فيه الموجب ذو الاحتكار القانوني أو الفعلي، شروطا محددة غير قابلة للتعديل أو المناقشة، ويوجها إلى الجمهور بصورة دائمة بقصد الإنضمام إليه، و يعرض بموجبا سلعة أو خدمة)⁵⁹

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 الاحتكار القانوني أو الفعلي للسلعة المتعاقد عليها المتمثلة في العقار المبيع من طرف المرقيين العقاريين (الموجبين) الذين بلغ عددهم على المستوى الوطني حسب إحصائيات وزارة السكن سنة 2009 قرابة 1277 مرقي عقاري، غير أن حاجة الناس (القابلين) إلى السكن باعتباره سلعة أساسية في حياتهم، وأمام أزمة الإسكان الخائفة التي تعيشها البلاد رغم المجهودات الجبارة التي بذلتها الدولة في هذا الميدان، تجعلهم يرضخون للشروط التي يضعها المرقي العقاري البائع سلفا أو مسبقا ولا يقبل أي مناقشة بشأنها من قبل المشتريين الذين ليس لهم سوى الإنضمام إلى مشروع الإسكان الذي أعد بعيدا

عنه ودون تدخل منه، أو رفض ذلك وهو أمر جد صعب بسبب الظروف السالف ذكرها وهو ما يؤكد وجود ملامح أو خصائص عقد الإذعان في هذا العقد الجديد⁶⁰

ومن مظاهر الحماية القانونية للمشتري في عقد بيع العقار بناء على التصاميم من الشروط التي يستقل المرقى العقاري بوضعها و التي قد تتسم بالتعسف أي التي يمكن وصفها بالشروط التعسفية نصه كما سبق ذكره على وجوب تحرير هذا العقد وفق النموذج النظامي الذي قرره وفقا للمرسوم التنفيذي 58.94⁶¹

المحور الثاني- تكوين أو إبرام عقد بيع العقار على التصاميم:

يشترط لانعقاد عقد بيع العقار بناء على التصاميم، وجوب اتفاق الطرفان على ماهية العقد، أي أن تنصرف إرادتهما إلى إبرام عقد بيع عقار بناء على التصاميم أولا (الرضا أو التراضي)، وأن يتفقا على العقار المعقود عليه و ثمن البيع ثانيا (المحل).

أولاً الرضا أو التراضي في عقد بيع عقار 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 الذي يتأخر إبرامه في الحال لأسباب كثيرة وهذا ما يسمى بالعقد التمهيدي في فرنسا وبعقد حفظ الحق في الجزائر⁶² ، في ظل قانون الترقية العقارية لسنة 1986 الملقى⁶³ ، و كذلك في القانون 04-11. ولهذا العقد أهمية و دور كبيرين، لكنه يثير عدة تساؤلات تتعلق أساسا بنظامه القانوني والالتزامات التي يرتبها على عاتق طرفيه، إضافة إلى طبيعته القانونية.

1.العقد التمهيدي لبيع العقار بناء على التصاميم:

إن الصعوبات التي تواجه المرقى العقاري في انجاز أو إنهاء البناء بصفة جيدة باعتباره لا يملك في اغلب الحالات الوسائل والإمكانات المالية الكافية جعلت مصلحته تقتضي أن يرتبط مع المشتري بموجب اتفاق ما قبل التعاقد في انتظار إبرام العقد النهائي بعد نهاية الأساسات⁶⁴

يمكن العقد التمهيدي⁶⁵ المرقى العقاري من تقييم درجة نجاح مشروعه من خلال اختبار مدى تقبل السوق لمشروعه الإسكاني الذي يظهر من عدد الأشخاص الذين يريدون إبرام عقود حجز معه، كما يمكنه أيضا من الحصول على تمويل مادي سواء من أموال الملاك المستقبليين (المشتريين) أو من خلال المساهمة المالية للبنوك لمشروعه⁶⁶

عرف المشرع الجزائري عقد حفظ الحق من خلال المادة 27 من قانون 04.11 بأنه 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 باسمه لدى هيئة ضمان عمليات الترقية العقارية.

بينما عرفه المشرع الفرنسي من خلال المادة 11 من قانون 1967.1.3 بأنه العقد الذي يلتزم بمقتضاه البائع بججز عقار أو جزء من عقار للمشتري في مقابل إيداع هذا الأخير ضمان في حساب خاص.

يلاحظ من خلال مقارنة هذين التعريفين⁶⁷ أن المشرع الجزائري اخلط في تعريفه عقد حفظ الحق بالعقد النهائي، ذلك أن المرقي العقاري في هذا الأخير يلتزم بتسليم العقار المقرر بنائه لصاحب حفظ الحق فور الانتهاء من البناء، وهو أيضا الالتزام الذي يقع في ذمة البائع في البيع العادي، فهذا التعريف لا يستقيم مع طبيعة عقد حفظ الحق الذي يعد من قبيل الاتفاقات التي تسبق إبرام العقد النهائي (أي ما قبل العقد) والذي يهدف إلى التحضير لإبرام البيع النهائي فضلا عن كونه أداة لجس نبض السوق⁶⁸

كما يتعارض هذا التعريف مع نص المادة 32 من قانون 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 المرقي، لذلك كان من الأفضل لو تبني المشرع الجزائري تعريف المشرع الفرنسي للعقد التمهيدي.

وقد أستوجب القانونان الجزائري و الفرنسي أن يتم العقد التمهيدي كتابة⁶⁹

وقد نصت المادة 30 من قانون 07.86 على مجموعة من البيانات التي يجب أن يتضمنها عقد بيع العقار على التصاميم والتي تتمثل في:

- وصف العمارة المبيعة ومشملااتها، أو وصف الجزء المبيع منها ومشملااتها.
- عدد الغرف الرئيسية، وتعداد غرف الخدمة، والتوابع، والمنافذ.

المساحة السكنية، في العمارة والمساحة التي تمثل الجزء المبيع منها، إن أقتضى الأمر وتحديد مكان هذا الجزء. نوع البناء - السعر التقديري، وكيفيات مراجعته - شروط الدفع وكيفياته.

أجال التسليم - عقوبات التأخير - ضمانات التمويل ووسائله.

بينما نصت المادة 30 من قانون 04-11 على الوثائق الإدارية الضرورية والتراخيص والشهادات⁷⁰ اللازمة لإقامة مشروع البناء والتي يجب على المرقى العقاري الحصول عليها قبل إبرام عقد حفظ الحق والمتمثلة في:

أصل ملكية الأرضية ورقم السند العقاري عند الاقتضاء. مرجعيات رخصة التجزئة - شهادة التهيئة والشبكات - تاريخ رقم رخصة البناء⁷¹

وبمقارنة البيانات الواجب إدراجها في العقد التمهيدي طبقا للقانون الفرنسي⁷² مع تلك المنصوص عليها في القانون الجزائري يتضح عدم وجود اختلاف بينهما باستثناء البيان المتعلق بالتاريخ الذي سيتم فيه تحرير العقد النهائي الذي انفرد باشتراطه القانون الفرنسي دون الجزائري ولاشك أن موقف المشرع الفرنسي فيه ضمان أكبر لصاحب حفظ الحق.

بالنسبة للالتزامات التي يترتبها عقد حفظ الحق على عاتق المشتري فقد حددتها المادتين 52 و56 من قانون 04-11⁷³

وكما سبق ذكره فإن المادة 32 من قانون 04-11 أجازت للطرفين الحق في فسخ عقد حفظ الحق، فإذا كان طلب الفسخ من صاحب حفظ الحق، يستفيد المرقى العقاري في هذه الحالة من اقتطاع نسبته: % 15 من مبلغ التسبيق المدفوع⁷⁴

أما إذا كان طلب الفسخ من المرقى العقاري، ويكون ذلك في حالة عدم احترام صاحب حفظ الحق لالتزاماته⁷⁵، فإنه لا يكون من حق المرقى العقاري اقتطاع نسبة معينة من مبلغ التسبيق المدفوع بالرغم من أن سبب طلب المرقى العقاري الفسخ هو إخلال صاحب حفظ الحق بالتزاماته.

أما من حيث الطبيعة القانونية لعقد حفظ الحق فقد اعتبره المشرع الجزائري بموجب قانون 04-11 صراحة بأنه وعد بالبيع⁷⁶ يلتزم بموجبه الواعد وهو المرقى العقاري بتسليم العقار

المقرر بناؤه أو في طور البناء للموعد له وهو صاحب حفظ الحق فور الانتهاء من بنائه⁷⁷

2.العقد النهائي لبيع العقار بناء على التصاميم: حيث نتناول طرفا العقد النهائي
كما

يلي:

أ.المركبي العقاري: خص المرسوم التشريعي 93-03 المتعامل في الترقية العقارية⁷⁹ وحده ببيع العقارات بناء على التصاميم، و لكنه لم يضع الشروط اللازمة لمزاولة مهنة المتعامل في الترقية العقارية⁸⁰

وعلى ضوء ما تم تسجيله من نقائص في الحياة العملية، مست الحاجة إلى ضرورة التعجيل بمراجعة الإطار التشريعي المنظم للترقية العقارية عموما، وبيع العقار بناء على التصاميم خصوصا، فأصدر المشرع القانون 11-04 والذي كان من بين أهدافه الأساسية تحديد نظام أساسي للمركبي العقاري.

حيث عرفت المادة 3 الفقرة 15 من قانون 11-04 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)⁸¹ يلاحظ على تعريف المشرع للمركبي العقاري أنه أستعمل عبارة (يبادر بعمليات...تهيئة و تأهيل الشبكات) وهي عبارة غامضة ومبهمّة فما المراد بتهيئة و تأهيل الشبكات، هل المقصود بها شبكات الطرق ومواقف السيارات، أو شبكات توصيل المياه والغاز، أم ماذا؟.

يقترح الدكتور شعبان عياشي تعريف المرقي العقاري بأنه: (كل شخص طبيعي أو معنوي ، يبادر بعمليات بناء مشاريع جديدة، ذات الاستعمال السكني، أو الحرفي، أو التجاري قصد بيعها أو تأجيرها، و يلتزم المرقي العقاري في سبيل القيام بمهمته أن يقوم بكل ما هو ضروري لإنجازها)⁸²

و قد حددت المادة من 17 الى 23 من قانون 11-04 شروط مزاولة مهنة المرقي العقاري⁸³

ب.المشتري: إذا كان المشتري يريد الاستفادة من سكن وفق صيغة البيع الترقوي الحر فإن الاستفادة منه تتم بدون شروط ، بمعنى أن كل من لديه القدرة على الدفع

المسبق والمالية 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 اختيار نوع السكن الذي يرغب في شرائه ومكان تواجده.

أما إذا كان المشتري يريد الاستفادة من سكن وفق صيغة البيع الترقوي المدعم فإن الاستفادة منه تتم بدون شروط وهي:- ألا يزيد دخله الشهري 6 مرات الدخل الوطني الأدنى المضمون- ألا يكون قد استفاد من سكن اجتماعي- أن لا يكون مالكا لقطعة أرضية أو مسكن.⁸⁴

ثانياً المحل في عقد بيع عقار بناء على التصاميم: عقد بيع العقار بناء على التصاميم يرد على محل لم يتم إنشاؤه بعد، وهذه الصفة التي يتميز بها محله هي التي تضيف على هذا العقد نوعاً من الخصوصية، مما يميزه عن باقي البيوع الأخرى.⁸⁵

إن العقار المبيع في حالته المستقبلية هو محل التزام البائع في بيع العقار على التصاميم (إقامة بناء خلال المدة المتفق عليها أي أجل التسليم⁸⁶)، وفي المقابل فإن محل التزام المشتري الرئيسي هو دفع الثمن⁸⁷

طبقاً للمادة 9 من المرسوم التشريعي 93-03 فإن بيع عقار على التصاميم يرد على بنائية أو جزء منها، وإن كان المقصود التقني والاصطلاحي بكلمة بنائية ينصرف إلى مجموع الشقق أو المحال المشكلة لوحدة واحدة مثل العمارة أو المجمع وهي موضوع الملكية المشتركة بين المشتريين، إلا أنه ينصرف أيضاً إلى المنزل المنفرد وهو ما عبر عنه العقد النموذجي لمرسوم 94-58 بالبنائية الفردية.

إن الفترة التي تتوسط تاريخ إبرام العقد و تسليم محله قد تطول، و طوال هذه المدة التي يقوم البائع خلالها بإنجاز وبناء العقار محل البيع، قد يجد نفسه في ظروف تحتم عليه رفع هذا الثمن تحت طائلة وقوع أضرار تمس بمصلحته ومركزه المالي بحيث من جهة قد ترتفع أسعار المواد التي يستخدمها في تشييد البناء مما يزيد في كلفة الإنجاز، وفي المقابل قد تنخفض قيمة العملة النقدية المتفق عليها في السوق الوطنية وحتى الدولية، فإرادة البائع لا دخل لها في الظروف الاقتصادية التي تسود السوق.

لذلك ومن أجل حماية مصلحة البائع في عقد بيع العقار بناء على التصاميم وتأكيداً على مبدأ حسن النية أقرت الفقرة الأولى من المادة 10 من المرسوم التشريعي 93-03⁸⁸ 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 في العقد⁸⁹

إن إطلاق المشرع الجزائري من خلال المرسوم التشريعي 03.93 للمتعاقدين الحرية في تحديد شروط أو معايير و كيفية مراجعة الثمن، سمح للمرقي العقاري باعتباره الطرف الحقيقي الذي يبادر بطلب مراجعة الثمن بالمبالغة في نسبة ذلك، فقد تصل على سبيل المثال تلك النسبة إلى 200 % ومن هنا تصبح طريقة المراجعة الدورية للثمن على حد تعبير البعض وسيلة لابتزاز المشتري كلما طالت مدة الإنجاز⁹⁰ وحتى وإن حاول المشرع الجزائري تصحيح أو تدارك هذا الوضع حى نما اشترطت المادة 6 من المرسوم التنفيذي 58.94 أن لا يتجاوز مبلغ المراجعة نسبة معينة متفق عليها من الثمن التقديري القاعدي إلا أن عدم التحديد القانوني للحد الأقصى لنسبة المراجعة أبقى الوضع على ما هو عليه.

و للحد من هذه المبالغة في حماية البائع التي تحولت إلى ضرر بالنسبة للمشتري نصت الفقرة الثانية من المادة 38 من قانون 04.11 على وجوب أن يذكر العقد ما إذا كان السعر قابل للمراجعة أم لا و في حالة الإيجاب، يجب ذكر كيفيات المراجعة.

ثم اشترطت الفقرة الثالثة من نفس المادة وجوب أن تركز صيغة مراجعة الأسعار على عناصر تغيرات سعر التكلفة، وتعتمد على تطور المؤشرات الرسمية لأسعار المواد و العتاد واليد العاملة، باستثناء الظروف الطارئة التي لا يمكن تجنبها والاستثنائية التي من شأنها أن تؤدي إلى الإخلال بالتوازن الاقتصادي للمشروع، ولا يمكن أن يتجاوز مبلغ مراجعة السعر عشرين بالمائة 20 % كحد أقصى من السعر المتفق عليه في البداية⁹¹

المحور الثالث: آثار عقد بيع العقار على التصاميم:

كما رأينا من قبل فإن عقد بيع العقار بناء على التصاميم له مقوماته الخاصة التي تميزه عن غيره من العقود القريبة منه، فإذا 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 التزامات تحتاج بالضرورة إلى بعض الوقت لتنفيذها.

نتناول التزام المرقي العقاري أو البائع بإيجاد العقار المتفق عليه أولا، ثم حقوق المشتري والتزامه بالوفاء بالثمن ثانيا.

أولاً- التزام المرقى العقاري بإيجاد العقار محل عقد بيع العقار بناء على التصاميم:

يتجسد التزام المرقى العقاري أو البائع بإيجاد العقار المتفق عليه من خلال التزام المرقى العقاري بإقامة البناء وتسليمه في عقد بيع العقار بناء على التصاميم(1)، ثم التزام المرقى العقاري بالضمان في عقد بيع العقار بناء على التصاميم(2).

1- التزام المرقى العقاري بإقامة البناء وتسليمه في عقد بيع العقار بناء على التصاميم: نتناول التزام المرقى العقاري بإقامة البناء(أ)، ثم التزام المرقى العقاري بتسليم البناء(ب).

أ- التزام المرقى العقاري بإقامة البناء في عقد بيع العقار بناء على التصاميم:

يعد الالتزام بالبناء أو الإنجاز من أهم الالتزامات التي يرتبها عقد بيع العقار بناء على التصاميم على عاتق البائع، لدرجة أن المشرع الفرنسي جعله محور التعريف الذي أورده لعقد بيع العقار المقرر بناؤه في الفقرة الأولى من المادة 1601 من قانون 1967، بخلاف ذلك يلاحظ أن المشرع الجزائري لم ينص على هذا الالتزام صراحة، بل أشار إليه في المادة 2 من المرسوم التنفيذي 58.94 التي نصت على التزام البائع بمواصلة البناء وانتهائه في الأجل المقررة في العقد.

لذلك يجب على البائع أن يقوم بالإنجاز أو البناء خلال المدة المحددة في العقد، وأن يأتي هذا البناء مطابقاً للمواصفات الواردة في بنود العقد، كما يلتزم البائع زيادة على ذلك بضمان اكتمال البناء والاسترداد.

التزام المرقى العقاري بالبناء خلال الأجل المحدد: يقصد بالبناء القيام بكافة الأعمال التي تؤدي إلى اكتمال وجود العقار وجوداً فعلياً، وقد عرفته المادة الثالثة من القانون 04-11 بأنه:

(كل عملية تشييد بناية و/أو مجموعة بنايات ذات الاستعمال السكني أو التجاري أو الحرفي أو المهني)، ولكن التساؤل الذي طرح هو: متى يمكن اعتبار العقار قد اكتمل بناؤه؟

لذلك يتعين تحديد المرحلة أو الوقت الذي يعتبر فيه البائع منتهاياً من تنفيذ التزامه بالبناء وهذا يقتضي بالضرورة الإشارة إلى المراحل التي يمر بها هذا الالتزام⁹²

عرفت المادة 3 الفقرة 14 من قانون 04-11 الإتمام الكامل للأشغال بنصها: (رفع التحفظات التي تم إيدؤها على إثر الاستلام المؤقت للأشغال و إصلاح عيوب البناء الملاحظة و ذلك قبل الاستلام النهائي للمشروع العقاري).

وما دام التزام البائع بالبناء هو التزام بتحقيق نتيجة وليس التزاما بوسيلة، لذلك لا يكفي لانتفاء مسؤوليته عن عدم تنفيذه له أن ينفي الخطأ عن نفسه، بل يلزم أن يقيم الدليل على السبب الأجنبي الذي أدى إلى عدم تحقيق النتيجة، ويعتبر من قبيل السبب الأجنبي الذي قد يحول دون وفاء البائع بالتزامه بإقامة البناء والذي يعفيه من المسؤولية، 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، 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 استحققت للغير، أو ارتفاع 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 الأجنبي⁹³، ولا تعفي البائع من المسؤولية خاصة وأن المشرع الجزائري نص صراحة على وجوب أن يتضمن عقد البيع على التصاميم أصل ملكية الأرضية التي سيقام عليها البناء ورقم السند العقاري، ومرجعيات رخصة التجزئة وتاريخ ورقم رخصة البناء(المادة 30 من قانون 04-11).

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

يلاحظ أن بعض القضاء الفرنسي يجيز للمشتري أن يتسلم العقار المبيع على الحالة التي هو عليها

(غير مكتمل البناء) ويعمل على إكمال بنائه بواسطة مقاول يختاره بنفسه بعد تسلم الأعمال بواسطة خبير⁹⁴

وفي المقابل لا يمكن إعفاء بائع العقار بناء على التصاميم من الأجل في العقد بسبب زيادة التغيرات الجوية يوم بعد يوم، ما لم تكن هذه التغيرات الجوية ثابتة قانونا(لابد من إثبات البائع توفر شروط القوة القاهرة)، أما في حالة التصفية

القضائية للبائع، فإن تعويض المشتري عن الأضرار الناتجة بسبب التأخر في البناء يمكن أن تخصم من المبالغ التي لا تزال مستحقة في ذمة المشتري.⁹⁵

وإذا تجاوز البائع الأجل المتفق عليه لإقامة البناء أو امتنع أصلا عن البدء فيه أو توقف عن إكماله بعد البدء فيه، فإن الجزء الذي يترتب على ذلك هو ما تمليه القواعد العامة طالما لا يوجد نص خاص ينظمه في قوانين الترقية العقارية.⁹⁶

- التزام المرقى العقاري بالإنجاز طبقا للمواصفات: رغم أن المشرع الجزائري وحتى الفرنسي نصا على وجوب أن يتم البناء طبقا للمواصفات، غير أنهما لم يحددوا مدلول أو مفهوم المطابقة.

وعليه يمكن القول أن العقار المبيع يكون مطابقا للمواصفات المتفق عليها في العقد إذا قام البائع بتنفيذ التزامه بالبناء حسب النماذج والرسومات ودفتر الشروط و نظام الملكية المشتركة الذي أشارت إليه عقود البيع، واستخدام مواد البناء المذكورة في العقد، واحترام الأصول الفنية في البناء، أما إذا خالف البائع النماذج والرسومات، ولم يحترم الأصول الفنية للبناء، أو استخدم مواد بناء غير التي تم الاتفاق عليها كان العقار المبيع غير مطابق للمواصفات.⁹⁷

إذا توافرت حالة عدم مطابقة عقار على التصاميم، فإن الجزء الذي يترتب على ذلك هو نفس الجزء الذي يترتب في حالة عدم إنجاز البناء وهو حق المشتري في طلب التنفيذ العيني⁹⁸ أو الفسخ مع التعويض في الحالتين (الجزء المقرر طبقا للقواعد العامة) وهذا ما ينطبق على مدة تقادم الدعوى التي هي خمس عشرة سنة في الجزائر وثلاثون سنة في فرنسا⁹⁹ تحسب ابتداء من تاريخ اكتشاف مشتري العقار بناء على التصاميم عدم المطابقة، وهو عادة تاريخ تسليم العقار المبيع، فإذا كان المشتري قد رفض التسلم فإن هذه المدة تبدأ في السريان من تاريخ هذا الرفض¹⁰⁰

- التزام المرقى العقاري بضمان اكتمال البناء والاسترداد: عمل المشرع الجزائري على تأمين مشتري العقار بناء على التصاميم ضد خطر عدم قدرة البائع استكمال أشغال البناء المتفق عليه نتيجة إفلاسه¹⁰¹ أو سحب الاعتماد منه قبل استكمال بناء هذا العقار¹⁰²، لذلك نص صراحة على وجوب قيام المرقى العقاري البائع (الباني) باكتتاب تأمين لدى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة¹⁰³، حتى يضمن استرداد المشتري ما دفعه من ثمن البيع في حالة عدم نجاح المشروع.

استحدثت المشرع الجزائري ضمان إتمام أو استكمال البناء بموجب قانون 11-04 فهذا الضمان لم يكن معروف من قبل، على خلاف ضمان الاسترداد الذي قرره المشرع بموجب المرسوم التشريعي 93-03.

يمكن تعريف ضمان إتمام البناء، بأنه عقد يبرم بين المدين(البائع، المرقى العقاري، الباني) والغير الضامن(صندوق الضمان و الكفالة المتبادلة) يلتزم بمقتضاه هذا الأخير في مواجهة الدائن (المكاتب المشتري) وبالتضامن مع البائع المرقى العقاري بدفع المبالغ اللازمة لتمام بناء العقار، في حالة ما إذا تم سحب الاعتماد من المرقى العقاري¹⁰⁴

بينما يعرف ضمان الاسترداد بأنه عقد يبرم بين المدين والغير الضامن يلتزم بموجبه هذا الأخير بالتضامن مع المرقى 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.

يظهر من خلال هذين التعريفين أن كلا من هذين الضمانين ينشأ بمقتضى عقد كفالة يبرم بين الكفيل الغير الضامن والبائع، فطرفا عقد الكفالة هما الكفيل من جهة والمدين البائع من جهة أخرى¹⁰⁵، أما الدائن المشتري الذي تعقد الكفالة لمصلحته من جهة أخرى فلا يعتبر طرفا في العقد¹⁰⁶

وتأكيدا على الضمانات التي قررها قانون 11-04 لصالح المشتري اوجب هذا الأخير أن ينشأ هذا الضمان وقت إبرام عقد البيع بحيث يجب على الموثق الذي اختير لتحرير عقد البيع بناء على التصاميم أن يتأكد من أن المرقى العقاري البائع قام باكتتاب تأمين لدى صندوق الضمان و الكفالة المتبادلة طبقا لنص المادة 11 من المرسوم 93-03 التي تطابق المادة 45 من قانون 11-04، حيث ترفق شهادة التأمين أو الضمان إجباريا بعقد بيع العقار بناء على التصاميم(الفقرة الأولى من المادة 11 من قانون 11-04).

و يتحدد نطاق ضمان إتمام الأشغال بقيام الصندوق بإكمال 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 الاعتماد من المرقى

العقاري الأصلي الذي يشطب من صندوق الضمان آليا، كما يمتنع على كل مشتري مواصلة إتمام إنجاز البناء، بدلا من المرقى العقاري الذي سحب منه الاعتماد¹⁰⁷

بينما يتحدد نطاق ضمان الاسترداد من زاويتين، فالكفيل لا يلتزم إلا في حدود المبالغ التي دفعها المشتري تبعا لمراحل تقدم أعمال البناء هذا من جهة، ولا يكون ملتزما بذلك إلا في حالة ما إذا توقفت عملية البناء والتشييد بسبب تعرض المرقى العقاري للإفلاس أو التصفية القضائية من جهة أخرى (الفقرة الأولى من المادة 58 من قانون 04-11)¹⁰⁸

وعليه فإن الصندوق الكفيل لا يلتزم إلا بدفع جزء من الثمن الذي دفعه المشتري قبل توقف الإنجاز.

وفي حدود ما يقابله من أشغال، و يتحقق الصندوق من ذلك، من خلال قيام مصالحه بمراقبة عمليات الإنجاز وما مدى مطابقتها الواقع بجدول التصريحات المقدم من قبل المرقى العقاري البائع، فإذا لاحظ الكفيل أن الواقع مخالف لتصريحات المرقى العقاري، 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 المبلغ¹⁰⁹

خلاصة القول أن المشرع الجزائري في إطار الضمانات الحمائية المقررة لصالح مشتري العقار بناء على التصاميم فإنه قد وسع في نطاق تدخل صندوق الضمان والكفالة المتبادلة بموجب القانون 04-11، فبعد ما كان دوره قبل صدور هذا القانون يقتصر فقط على رد المبالغ المدفوعة من طرف المشتريين للمتعاين 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، وذلك في حالة ما إذا تم سحب الاعتماد من المرقى العقاري لأحد الأسباب التي حددها هذا القانون، أو لأي سبب آخر.

بـ التزام المرقى العقاري بالتسليم فيعقد بيع العقار بناء على التصاميم: يعني الالتزام بالتسليم، وضع المبيع من قبل البائع تحت تصرف المشتري الذي يقوم بدوره بتسلمه، فالتسليم والتسلم يتمان في الغالب بعملية واحدة، وفي وقت واحد، أي أنهما متعاصران.

وقد نصت المادة 367 من القانون المدني الجزائري على أن يتم التسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به، دون عائق ولو لم يستلمه تسليماً مادياً مادام البائع قد أخبره بأنه مستعد لتسليمه بذلك.¹¹⁰

يعتبر البائع في عقد بيع العقار بناء على التصاميم وحتى المفاوض في عقد المفاوضة قد وفى بالتزامه بالتسليم في حالة وضعه العقار المبيع تحت تصرف المشتري حتى يستطيع حيازته والانتفاع به، زيادة على وجوب تقبل البناء من طرف المشتري، بمعنى موافقته صراحة على هذا البناء أو هذا العمل بعد فحصه، وإقراره بأنه قد نفذ وفقاً للشروط المتفق عليها في العقد و لما تقتضيه أصول صناعة البناء أي تسلمه دون تحفظ، ويتم إثبات واقعة التسليم كما قلنا من قبل¹¹¹ بواسطة محضر موقع من الطرفين (المركبي العقاري والمشتري) يحرره نفس الموثق الذي حرر عقد بيع العقار بناء على التصاميم.

يلاحظ أن المحضر المثبت لحصول التسليم و التسلم لا يمكن إعداده إلا بعد تقديم المرقبي العقاري شهادة المطابقة المنصوص عليها في القانون 29.90 المتعلق بالتهيئة والتعمير، والقانون 15.08 المحدد لقواعد مطابقة البناءات وإتمام إنجازها، والتي تمنحها السلطات المختصة المتمثلة في رئيس المجلس الشعبي البلدي أو الوالي و التي تثبت مطابقة البناء لرخصة البناء¹¹²، والغرض من اشتراط المشرع لهذه الوثيقة الإدارية هو حماية المشتري الذي يتسرع إلى تسلم مسكنه بمجرد انتهاء المرقبي العقاري من إنجاز عمليات البناء ، حتى و لو لم يكن مطابقاً للمواصفات المتفق عليها في ظل أزمة السكن الحالية¹¹³

2. التزام المرقبي العقاري بالضمان في عقد بيع العقار بناء على التصاميم: اخضع المشرع الجزائري البائع في عقد بيع العقار بناء على التصاميم بالنسبة لضمان عيوب البناء لنظام خاص، ولم يتركه خاضعاً لما تقرره القواعد العامة بشأن ضمان عيوب الشيء المبيع، وهذا ما يؤكد تميز هذا العقد الجديد عن البيع العادي أي خصوصية هذا العقد وطبيعته الذاتية.

يتمثل هذا الضمان الخاص في الضمان العشري الذي يخضع له المفاوض والمهندس المعماري في عقد المفاوضة¹¹⁴

حيث نصت المادة 49 من القانون 04-11: (يجب على المرقى العقاري أن يلتزم بمسؤوليته المدنية في المجال العقاري لفائدة زبائنه.

ويتعين عليه، بهذه الصفة، مطالبة مكاتب الدراسات والمقاولين وشركائه الآخرين بكل الضمانات والتأمينات القانونية المطلوبة.

ويستفيد من هذه الضمانات المالكون المتوالون على البناية).

كما نصت المادة 46 من نفس القانون: (تقع المسؤولية العشرية على عاتق مكاتب الدراسات

والمقاولين 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)¹¹⁵

لم يكتف المشرع الجزائري بإخضاع البائع في البيع على التصاميم للضمان العشري الخاص بالمشيدين فقط، بل نص زيادة على ذلك على إلزامه بالتأمين على المسؤولية.

وعليه لا يسأل المشيد عن كل الأضرار التي تترتب على البناء الذي قام ببنائه، بل تقتصر مسؤوليته على الأضرار الخطيرة التي تهدد متانة البناء وسلامته¹¹⁶، وأن تكون هذه الأضرار الخطيرة خفية وقت تسلم الأعمال¹¹⁷

لم يقف القضاء الفرنسي عند حرفية نص المادة 1792 من القانون المدني الفرنسي 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 استخلاص ما يقارب المعنى من خلال الإطلاع على الأحكام الصادرة في هذا الشأن من ذلك على سبيل المثال سوء العزل الصوتي¹¹⁸

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 12.78، حيث طبقا لهذا النص، إذا ترتب على الضرر عدم صلاحية البناء للغرض الذي خصص له ، كان الضرر خطيرا من وجهة نظر القانون الفرنسي ويسال عنه المشيد وفقا لقواعد الضمان العشري حتى ولو كان هذا الضرر لا يؤثر في متانة العمل(البناء) وسلامته، وزيادة على ذلك اعتبر المشرع الفرنسي بموجب المادة 1792-2 المضافة إلى القانون المدني الفرنسي بقانون 12-78 أن 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:- أن يكون العمل المشيد بناء بالمفهوم الضيق للكلمة (l'ouvrage doit être un bâtiment)- أن يكون الضرر قد أصاب عنصرا تجهيزيا غير قابل للانفصال أي مندمجا مع البناء سواء اندمج هذا العنصر مع أعمال المنافع العامة للمبنى أو مع الأعمال المتعلقة بأساساته أو بهيكله، أو بجدرانها، أو بأسقفه بحيث لا يمكن تركيبه أو رفعه، أو استبداله بدون تلف (Le désordre doit porter sur un élément d'équipement indissociable)- أن يكون الضرر مؤثرا في متانة العنصر التجهيزي بحيث يترتب عليه المساس بمتانته

(Le désordre doit affecter la solidité de l'élément d'équipement)

أما بالنسبة للمشرع الجزائري يلاحظ انه أراد أن يستفيد من التطور الذي طرأ على المسؤولية العشرية للمشيد في القانون الفرنسي، خاصة الإصلاحات التي جاء بها قانون 1978 بدليل أن نص المادة 181 من الأمر 07-95 المتعلق بالتأمينات التي مددت نطاق الضمان العشري إلى الأضرار التي تؤثر في متانة عنصر تجهيزي في المبنى اقتبسها حرفيا من نص المادة 1792-2 من القانون المدني الفرنسي، وهذه الأضرار لم ينص صراحة عليها سواء في القانون المدني بموجب النصوص المتعلقة بعقد المقاولة ، أو في القوانين المتعاقبة المنظمة لبيع العقار بناء على التصاميم ولو ان بعض الفقه الجزائري يرى انه من الأفضل لو نص على ذلك ضمن نصوص عقد المقاولة في القانون المدني لا ضمن نصوص قانون التأمينات¹¹⁹

و بالرجوع إلى قانون التأمينات، نجد أن المادة 8 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 المشتري¹²⁰ يقع على عاتق المهندس المعماري والمقاول، ولكن هذا لا يكون إلا في حالة ما إذا

كان المتعامل في الترقية العقارية قد كلف المهندسين المعماريين والمقاولين بإنجاز البناء أي أنه يكون في علاقاته معهم في مركز صاحب العمل، أما إذا كان المتعامل في الترقية العقارية هو الذي تولى بنفسه إنجاز البناء كما هو الغالب في الحياة العملية فإنه طبقا لنصي المادتين 8 فقرة ثالثة من المرسوم 03-93 التي تقابلها الفقرة الثانية من المادة 49 من قانون 04-11، والمادة 178 من الأمر المتعلق بالتأمين، لا أحد يلتزم بالتأمين وهذا ما لا يتفق مع نية المشرع، لذلك لا بد من تدخل المشرع من جديد من أجل لإعادة صياغة نص المادتين 49 و 8 وذلك بالنص صراحة على إلزام المربي العقاري البائع بالتأمين على المسؤولية العشرية، في مواجهة المشتري، سواء كان هو الذي قام بنفسه بإنجاز البناء، أو كلف مشيدين آخرين بإنجازه¹²¹

ثانيا- حق المشتري في الملكية والتزامه بالوفاء بالثمن في عقد بيع العقار بناء على التصاميم:

إن انتقال 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 future d'achèvement)¹²²، أم في صورة البيع لأجل (vente à terme)¹²³، أما انتقال الملكية في عقد بيع العقار بناء على التصاميم في القانون الجزائري فيبدو أن المشرع عندنا أخذ في ظل المرسوم التشريعي 03-93 بالصورة الثانية من صورتي بيع العقار المقرر بناؤه في فرنسا هي صورة البيع لأجل مع بعض الفارق سواء فيما يتعلق بوقت انتقال الملكية، أو بكيفية انتقالها، أما في ظل القانون 04-11 يظهر أن المشرع أخذ بالصورتين معا، دون أن يفصح عن ذلك صراحة، كذلك فيما يتعلق بالوفاء بالثمن في فرنسا، يختلف بحسب ما إذا كان البيع قد تم في صورة البيع حسب الحالة المستقبلية، أم في صورة البيع لأجل وهو حال التشريع الجزائري¹²⁴

الخاتمة:

كشفت لنا دراسة هذا العقد عن أن عقد بيع العقار على التصاميم وإن كان يبيعا، إلا أنه يتميز عن البيع العادي المنصب على عقار، من حيث كونه يعتبر من عقود الإذعان وهي صفة لا تتوافر في البيع العادي الوارد على عقار موجود بالفعل وقت التعاقد الذي يعتبر عموما من عقود المناقشة الحرة.

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، وقد اهتم المشرع سواء في الجزائر أو في فرنسا، بتنظيم هذا العقد التمهيدي أو عقد حفظ الحق تنظيماً شاملاً، محددًا التزامات كل من طرفيه، كما عني بتنظيم العقد النهائي، فأستوجب ضرورة تحريره في قالب النموذجي المحدد له و إلا وقع باطلاً، هذا فضلاً عن ضرورة استيفاء شكله الرسمي الذي تخضع له كافة العقود الناقلة للملكية العقارية، و حدد البيانات التي يجب أن يشتمل عليها العقد، و ذلك تفادياً لكل خلاف يمكن أن يحدث مستقبلاً 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 احترام 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 عقاراً أولاً و معيناً بالذات عند التعاقد ثانياً، و أن المحل يرتبط ارتباطاً كبيراً بالثمن الذي يدفعه المشتري، بحيث يستخدم هذا الثمن في تمويل عملية البناء، و بالتالي تحقيق المحل المذكور، وغيرها من الاستنتاجات الأخرى.

لذلك ارتأينا أن نختم هذا البحث، بعدة ملاحظات على التنظيم القانوني لعقد بيع العقار بناء على التصاميم أهمها:

- 1- من حيث التعريف: أغفل المشرع الجزائري عند تعريفه لهذا العقد تضمينه العنصر الأساسي و الجوهرى المميز له و هو التزام المرقي العقاري بإقامة البناء المتفق عليه خلال المدة المحددة في العقد.
- 2- من حيث وقت إبرام العقد: 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.
- 3- من حيث البيانات التي يجب أن يتضمنها العقد: من الضروري أن ينص المشرع صراحة على أن يشتمل العقد بالإضافة إلى العناصر المنصوص

عليها في المادة 30 من قانون 04-11 على البيانات التي عدتها المادة 10 من المرسوم 03-93 حتى لا يفتح الباب للتحايل على القانون.

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 ، وقد أدى هذا الفراغ القانوني إلى إنفراد المرقى 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 اتفاق يلزم المشتري بنسبة أكبر، و يمكن الاستفادة من الحل الذي أخذ به القانون الفرنسي في هذا الصدد.

5- من حيث ضمان عيوب البناء: النص صراحة على خضوع المرقى العقاري لأحكام الضمان العشري ، سواء كان هو الذي قام بنفسه بإنجاز البناء أو كلف مشيدين آخرين بإنجازه.

6- من حيث التأمين على المسؤولية العشرية: لكي تتحقق استفادة المشتري من هذا التأمين استفادة كاملة ، يجب أن يتدخل المشرع بتعديل النصوص القانونية ، سواء تلك المتعلقة بالمسؤولية العشرية الواردة ضمن نصوص عقد المقاولة في القانون المدني أو الواردة ضمن نصوص القانون 11-04، أو تلك الواردة ضمن قانون التأمين من خلال التنسيق بين كل هذه النصوص.

الهوامش :

1- إن من أهم أسباب فشل هذا القانون:- النص ضمن نصوصه على ضرورة تحديد نسبة مشاركة المتعامل الخاص(المشتري) بما لا يقل عن % 50 من التمويل للمشروع، صعوبة الحصول على الأرض المخصصة للبناء، قصر الاستثمار في هذا القطاع على إنجاز المباني المخصصة للسكنى بغرض البيع دون الإيجار وهو ما أدى إلى نقص إقبال المواطن على شراء هذه السكنات لانعدام الادخار ،- كما أن تحويل البلدية مهمة الأفراد بالمبادرة بالمشروع...

...وإعداد دفتر الشروط ، واقتصار دور المتعامل على الترشح للعملية فقط بدفعه للكفالة دون المشاركة في إعداد المشروع ساعد كثيرا على عدم الانطلاق في الانجاز بسبب ضعف البلدية ماليا وتقنيا.

2 - الذي أهم ما جاء به هو توسيعه لمجال الترقية العقارية ، بحيث صارت تشمل البيع والإيجار على حد سواء(إنجاز المحلات السكنية و المحلات ذات الطابع المهني والصناعي والتجاري لغرض بيعها أو إيجارها)، زيادة على إضفائه على المتعامل في الترقية العقارية سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا صفة التاجر، وإخضاعه أيضا أعمال الترقية العقارية التي تتولى إنجازها الشركات المدنية العقارية ما لم تكن هذه الشركات

تهدف إلى توفير الحاجات الخاصة بأعضائها لأحكامه، وبالتالي تطبيق قواعد القانون التجاري بدلا من القانون المدني الذي يخض له البائع العادي للعقار.

3- ساعد أيضا على انتشار تقنية البيع على التصاميم(التي أصبحت ظاهرة عامة أو الأصل في عمليات البناء بعد أن كانت استثناء) المساعدات المالية التي تقدمها الدولة للمواطنين الذين يريدون شراء سكنات و فق هذه الصيغة الجديدة زيادة على الامتيازات و المساعدات المتمثلة أساسا في تخفيض من نسبة الفوائد على القروض، أما بالنسبة للمرقين العقاريين فإنها تتمثل في تخفيض أسعار الأرض، الإعفاء من الضرائب، تسهيلات الضمان الاجتماعي، الأولوية في اقتناء مواد البناء التي تمنحها الدولة لصالح المرقين العقاريين الذين 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 الاستفادة من السكن الاجتماعي ، وليست لهم القدرة على اقتناء سكنات ترقوية في البيع الحر،

والذي أصبح يسمى الآن بالسكن الترقوي المدعم ، ذلك أن بيع السكن الترقوي على نوعين ، بيع ترقوي حر (غير مدعم) و بيع ترقوي مدعم، و لا يوجد أي اختلاف بينهما إلا من حيث الامتيازات التي يوفرها كل نوع ، أما البيع ففي كليهما يتم البناء على التصاميم ، مع ملاحظة أن البيع الترقوي المدعم هو الأكثر شيوعا و استعمالا مقارنة بالبيع الترقوي الحر.

4- حيث أن 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 ظاهرة البيع على التصاميم.

5- وهو ما جعل أحد أعضاء اتحاد المقاولين في تصريح لجريدة النهار يعتبر(البيع على التصميم أكبر ثغرة قانونية تسهل احتيال المرقى على المواطن) وهذا التصريح جاء نتيجة لعمليات احتيال و نهب بالملايير طالت المواطنين في كل الولايات من المرقين العقاريين خاصة من الشركات الوهمية التي بعد أن تستلم الدفعة الأولى من الراغبين بالتعاقد تختفي.

6- من أهم أوجه النقص و الغموض خلو المرسوم التشريعي 93-03 من نص قانوني يحدد سقف مراجعة الثمن، الأمر الذي أدى إلى تأخر إنجاز و تسليم الكثير من الوحدات السكنية في آجالها المحددة، كما أن هذا الفراغ القانوني سمح لبعض المرقين العقاريين الذين وصفوا بالمطفلين الذين تحولوا من مقاولين إلى مرقين من دون احترامهم لأخلاقيات المهنة بعدم مراعاة محتوى دفتر الشروط المعمول به ، و ذلك بالتلاعب بأسعار السكنات تحت غطاء ارتفاع أسعار مواد البناء.

7- و أهم ما جاء به هذا القانون الجديد نصه على معايير دقيقة يجب مراعاتها عند اختيار المرقين العقاريين و ضبطه الشروط الأساسية لمزاولة هذه المهنة ، وإخضاع هذا الأخير لضرورة التسجيل في الجدول الوطني للمرقين العقاريين، إنشاء مجلس أعلى للمرقين 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 المرقى والمكاتب، و كذا تأسيس امتيازات و إعانات خاصة بمشاريع الترقية العقارية، زيادة على نصه صراحة على تسقيف... ..نسبة مراجعة أسعار بيع الوحدات السكنية بناء على التصاميم ب % 20 لوضع حد للفوضى التي سادت في هذا القطاع في ظل المرسوم 93-03 وهذا أهم بند حسب اعتقادنا .

8- محمد لموسخ ،الضمانات القانونية في عقد البيع على التصاميم،مجلة المنتدى القانوني، جامعة بسكرة، كلية الحقوق، العدد السادس،2009، ص:56.

9- ففي ظل القانون المدني لسنة 1804 لا توجد نصوص تعالج بناء العقارات ما عدا النصوص الخاصة بالبناء في أرض الغير، و المادتين 1792 و 2270 المتعلقة بمسؤولية المهندسين و المقاولين عن عيوب البناء ، وكان أول تدخل للمشرع الفرنسي في هذا الصدد هو المرسوم رقم 54-1123 الصادر في 10 -11- 1954 الذي يهدف إلى حماية المنخر ضد بعض الممارسات الخاطئة في مجال البناء ، فقد وضع هذا المرسوم عدة التزامات على عاتق بائع العقار المقرر بناؤه بغرض الاستعمال السكني، ثم تدخل المشرع بذلك و أصدر القانون رقم 63- 54 بتاريخ 15-3-1963 المتضمن الإصلاح الجبائي العقاري قرر بموجبه إعفاء ضريبيا لصالح بائعي العقارات المقرر بناؤها المخصصة للسكنى ، في مقابل التزام هؤلاء باحترام بعض القواعد

الخاصة بحماية المشترين ، هذه النصوص كانت بحاجة إلى تكملتها بمقتضى بعض القواعد الخاصة بالفروض في مجال البناء فصدر المرسوم 63-324 بتاريخ 24-12-1963 المتعلق بالفروض في مجال الإسكان، وبقي بيع العقارات المقرر بناؤها أو تحت الإنجاز في فرنسا خاضعا لمختلف النصوص السابق ذكرها والتي وصفت بالمتناثرة... ..والغير متطابقة و المتناقضة أحيانا فيما بينها إلى غاية صدور قانون 3-1-1963.. -شعبان عياشي، عقد بيع العقار بناء على التصاميم (دراسة مقارنة بين القانونين الفرنسي و الجزائري)، رسالة مقدمة لنيل دكتوراه دولة في القانون الخاص، جامعة منتوري قسنطينة، السنة الجامعية 2011-2012، ص:9-11.

10- و هو ما تم ملاحظته من خلال الرجوع إلى القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948 و السوري رقم 84 لسنة 1949 والأردني رقم 43 لسنة 1976 و البحريني رقم 19 لسنة 2001 و قانون الموجبات والعقود اللبناني لسنة 1969 و اليمني رقم 14 لسنة 2002.

11- رغم أن بعض الفقه العربي يرى أن مصطلح الخريطة هو الأدق من الناحية اللغوية ،أنظر: أحمد بن محمد بن علي المقرئ الفيومي ،المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، المكتبة العلمية، الجزء الأول، بيروت، دون سنة النشر، ص: 167.

12- علما أن هذه المادة قبل تعديلها كانت تعرف البيع على الخارطة بأنه: (بيع الوحدات العقارية المفروزة على الخارطة أو التي تكون في طور الإنشاء أو التي لم يكتمل إنشاؤها).

13- 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).

14- 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) .

15- محمد لموسخ ،مرجع سابق، ص:56.

16- إذا كان الفقه الفرنسي متفق أن أعمال التعليق و التوسيع و التهيئة لا تخضع لأحكام بيع العقار قبل الإنجاز، فإن المشرع الجزائري نجده على العكس من ذلك يعتبر هذه الأعمال تدخل في اطار البيع على التصاميم و هذا الموقف يظهر بوضوح من خلال تعريفه للمرقي العقاري في المادة 03 من قانون 11-04.

17- ضحى محمد سعيد عبد الله النعيمي، مفهوم بيع العقار على الخريطة و تكييفه القانوني(دراسة مقارنة)، مجلة الشريعة و القانون، كلية الحقوق جامعة الإمارات العربية المتحدة،العدد التاسع و الأربعون،السنة السادسة والعشرون، يناير 2012، ص:232.

18- - شعبان عياشي، مرجع سابق، ص:14 و23.

19- إذا قال شخص لأحد من أهل الصنائع: اصنع لي الشيء الفلاني بكذا قرشا و قبل الصانع ذلك انعقد البيع استصناعا.

20- قرار مجلس الفقه الإسلامي منشور في برنامج مجلة الفقه الإسلامي ، النسخة 2،5 صادر عن الشركة العربية لتقنية المعلومات، 2007.

21- تجدر الإشارة أن العقد المعدوم لم تجزه الشريعة الإسلامية الغراء إلا في أحوال استثنائية محددة في عقدي السلم والإستصناع، لذلك ثار التساؤل حول مدى مشروعية البيع على التصاميم، و هل يقع في نطاق المنع أم في نطاق الاستثناءات المشروعة؟.

22- وهبت مصطفى الزحيلي، عقد الإستصناع، مجلة الفقه الإسلامي، النسخة 2،5 صادر عن الشركة العربية لتقنية المعلومات، 2007، ص:17.

23- عبد اللطيف صالح فرفور، أثر الإستصناع في تنشيط الحركة الصناعية، مجلة الفقه الإسلامي، النسخة 2،5 صادر عن الشركة العربية لتقنية المعلومات، 2007، ص:9.

24- محمد توفيق رمضان البوطي، البيوع الشائعة و أثر ضوابط المبيع على شرعيتها، دار الفكر، الطبعة الثالثة، لبنان، 2005، ص: 182.

25- و هو ما أشارت إليه مجلة الأحكام العدلية في المادة 391 والتي نصت على: (لا يلزم في الإستصناع دفع الثمن حالا، أي وقت العقد).

26- الواقع أن التمييز بين هذين العقدين أصبح مهما في الوقت الحاضر على اعتبار أن مقاولي البناء الذين يحترفون هذه المهنة هم أنفسهم الذين يمارسون حاليا نشاطات الترقية العقارية.

27- أنظر: المادة 549 من القانون المدني الجزائري.

28- أنظر: المادة 550-2 من القانون المدني الجزائري، و هو نفس ما نص عليه قانون المعاملات المدنية الإماراتي الذي نظمته دون أن يسميه صراحة بالبيع على الخريطة ونظمه ضمن عقد المقاولة في المادة 873 والتي نصت: (يجوز أن يقتصر الإنفاق في عقد المقاولة على أن يتعهد المقاول بتقديم العمل على أن يقدم صاحب العمل المادة التي يستخدمها أو يستعين بها في القيام بعمله . 2- كما يجوز أن يتعهد المقاول بتقديم المادة و العمل معا) فالفقرة الثانية هي الإستصناع بعينه أي البيع على التصميم و إن لم ينص التشريع الإماراتي صراحة على ذلك.

29- Philippe Malinvaud Philippe Jestaz ; droit de la promotion immobilière, troisième édition, n° 305, dalloz, 1986, P: 344.

30- محمد المرسي زهرة، بيع المباني تحت الإنشاء، دراسة مقارنة في القانون المصري و الكويتي والفرنسي، الطبعة الأولى، 1989، ص: 4.

31- عبد الرزاق أحمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، العقود الواردة على العمل، دار إحياء التراث العربي، الجزء السابع، المجلد الأول، 1964، ص: 115.

32- هذا ما يتضح من خلال المادة 15 من المرسوم التشريعي 93-03 المتعلق بالنشاط العقاري و التي تقابلها المادة 1-1642 من القانون الفرنسي.

33- أنظر: المادة 1601-4 من القانون الفرنسي لسنة 1967.

34- أنظر: المادة 358 من القانون المدني الجزائري.

35- شعبان عياشي، مرجع سابق، ص: 38.

36- محمد المرسي زهرة، مرجع سابق، ص: 55.

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

38- شعبان عياشي، مرجع سابق، ص: 41.

39- Civ. Rev. Dr. Immob . 20 Mai 1980, P: 439.

40- أسعد دياب، ضمان عيوب المبيع الخفية، دراسة مقارنة بين القانون اللبناني و الشريعة الإسلامية والقوانين الحديثة العربية و الأوروبية، الطبعة الثالثة، دار اقرأ للنشر و التوزيع و الطباعة، ص: 53.

41- محمد زعموش، نظرية العيوب الخفية في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، رسالة دكتوراه، جامعة منتوري قسنطينة، سنة 2005، ص: 6. أنظر كذلك: المادة 379-2 من القانون المدني الجزائري.

42- أنظر: المادة 384 من القانون المدني الجزائري.

43- أما بالنسبة للشكلية كما سنفصله لاحقاً تعتبر ركن أساسي في بيع العقار سواء انصب البيع على عقار موجود وقت العقد، أو على عقار غير موجود وقت التعاقد وهذا استثناء على مبدأ الرضاية المقرر كاصل في العقود أو البيوع.

44- تنص المادة 71 من القانون المدني الجزائري: (الاتفاق الذي يعد له كلا من المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا يكون له أثر إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه، و المدة التي يجب إبرامه فيها.

و إذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين فهذا الشكل يطبق أيضاً على الإنفاق المتضمن الوعد بالتعاقد، أنظر كذلك المادة 91 من القانون المدني العراقي التي تنص: (1-الاتفاق الابتدائي الذي يتعهد بموجبه كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا يكون صحيحاً إلا إذا حددت المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه و المدة التي يجب أن يبرم فيها.

45- عقيلة نوي، النظام القانوني لعقد البيع العقار على التصاميم في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العقود والمسؤولية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق بن عكنون، السنة الجامعية: 2003-2004، ص:25.

46- ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، دار الفكر للطباعة والنشر، الجزء الخامس، بيروت، 2000، ص:24.

47- رمضان أبو السعود، شرح العقود المسماة في عقدي البيع والمقايضة، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2000، ص:149.

48- تنص المادة 72 من القانون المدني الجزائري: (إذا و عد شخص بإبرام عقد ثم نكل و قضاه المتعاقد الآخر طالباً تنفيذ الوعد، و كانت الشروط اللازمة لتمام العقد و خاصة ما يتعلق منها بالشكل متوافرة، قام الحكم مقام العقد).

49- كما يتميز هذا العقد أيضاً عن بعض العقود الأخرى المشابهة له كعقد بيع المفتاح الذي يلتزم بموجبه المتعامل في الترقية العقارية ببيع سكتنا تاماً عند إبرام العقد، وعقد البيع الإيجاري الذي يكون فيه أحد طرفيه بائعاً و مؤجراً في نفس الوقت و الطرف الآخر مشترياً مستأجراً في نفس الوقت أيضاً و المبلغ المدفوع يمثل ثمن و بدل الإيجار في أن واحد. محمد لموسخ، مرجع سابق، ص:57.

50- شعبان عياشي، مرجع سابق، ص:45.

51- وهو ما كان منصوص عليه في المادة 13 من المرسوم التشريعي الملغى 93-03، وما تجدر ملاحظته أن هناك تناقض جراء عدم انسجام الفقرتين الأولى والثانية من المادة 34 (وهو نفس التناقض الوارد جراء عدم انسجام المادتين 12 و 13 من المرسوم التشريعي 93-03) فالفقرة الأولى التي تقابلها المادة 12 تقرر بأن العقد الرسمي يخضع للشكليات القانونية الخاصة بالتسجيل والإشهار، يتعلق الأمر إذن ببيع ناجز، أما الفقرة الثانية، التي تقابلها المادة 13 توضح بأن... العقد يتم بحضور محرر وجاهي بذات مكتب التوثيق لمعاينة تسليم البناية من قبل المرقي العقاري، فلفظ يتم في غير محله ذلك أننا ننتم ما هو ناقص، في حين أن هنا البيع ناجز كلياً، فيتعلق الأمر فقط بحضور التنصيب يبرز التطابق بين البناء المنفق عليه والبناء المسلم وكذا العيوب الاحتمالية لكي يتحرر المرقي من ضمان الإنجاز المنفق، وهو بهذا المفهوم يحزر تلو البيع و ليس إتماماً له. - شعبان عياشي، مرجع سابق، ص:121.

52- أنظر: المادة 10 من المرسوم التشريعي الملغى 93-03 التي نصت على وجوب تضمين هذا العقد زيادة على البيانات العادية المألوفة في كل العقود بيانات إلزامية خاصة به. كل هذا بخلاف التشريع الفرنسي الذي لم يشترط الشكلية في بيع العقار أو التصرف فيه بصفة عامة(تكفي الرضاية)، وحتى و إن اشترط لانقضاء عقد بيع العقار قبل الإنجاز أن يتم في ورقة رسمية(الشكلية) فان ذلك فقط إذا أبرم العقد في نطاق الحماية الخاصة أو القطاع المحمي(Secteur Protégé) الذي كفه بقواعد أسرة من أجل حماية المستفيد من السكن ألا وهو المشتري البسيط الذي لا يكون على مستوى عال من الدراية بميدان البناء و انفق كل أمواله للحصول على السكن، أما إذا أبرم خارج هذا النطاق(القطاع العام) فإنه يبقى رضائياً مثله في ذلك مثل البيع عموماً، رغم أن

الأراء الفقهية اختلفت حول البطلان الذي قرره المشرع الفرنسي كجزء على تخلف الشكل الذي تطلبه القانون هل هو بطلان مطلق أو نسبي. أنظر:

-Frank Steinmetz ; thèse précitée, p:301.

53- حيث تنص المادة 92 من القانون المدني: (يجوز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا ومحققا) فطبقا لهذا النص يجوز بيع العقار قبل البدء في عملية البناء أو أثنائها.

54- العقد الفوري هو العقد الذي لا يكون عنصر الزمن فيه أساسيا فينفذ في الوقت الذي يحدده المتعاقدان سواء

55- تجدر الملاحظة انه لا يغير من طبيعة العقود الفورية الاتفاق على تأخير تسليم المبيع، أو تأجيل دفع الثمن ، أو دفعه على أقساط، لأن ذلك لا أثر له في تحديد محل الالتزام الناشئ عن عقد البيع ، وهو الثمن أو المبيع، فالزمن إذا كان قد تدخل هنا، فيكون عنصرا عرضيا لا جوهريا لتحديد وقت التنفيذ لا لتحديد الثمن. لمزيد من التفاصيل انظر:-علي علي... ..سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، الطبعة السادسة، ديوان المطبوعات الجامعية، 2006، ص19. - شعبان عياشي، المرجع نفسه، ص:47.

56- محمد المرسي زهرة، مرجع سابق، ص: 85 و86.

57- تنص المادة 107 من القانون المدني: (يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية...)

... ولا يقتصر العقد على التزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون، والعرف، والعدالة، بحسب طبيعة الالتزام.

غير انه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى وان لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك). إن مرجع هذا التساؤل هو أن العقد المستمر هو المجال الطبيعي لتطبيق نظرية الظروف الطارئة، وذلك لارتباطه بالزمن ولأنه يقدر ما تكون مدة العقد طويلة يكون احتمال تعرض المدين لتغيير الظروف الاقتصادية و النفدية أكبر، أما في العقد الفوري فلا مجال لتطبيق هذه النظرية إلا إذا كان العقد مؤجل التنفيذ لمدة طويلة نسبيا، و مادام عقد بيع العقار بناء على التصاميم عقد زمني فإنه يمكن تطبيق هذه النظرية عليه متى توفرت شروط تطبيقها، رغم اعتراض بعض الفقه معتبرا انه حتى وان جدت ظروف طارئة على عقد بيع عقار تحت الإنجاز فلا يجوز لأي من الطرفين البائع أو المشتري أن يتمسك بهذه النظرية، رغم أن مسaire هذا التوجه تؤدي إلى نتيجة خطيرة بالنسبة لأحد الطرفين. إبراهيم عثمان بلال، تملك العقارات تحت الإنشاء، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، 2001، ص:111. و انظر كذلك: -سعيد السيد علي، نظرية الظروف الطارئة في العقود الإدارية و الشرعية الإسلامية، دراسة مقارنة، 2006 ، دار الكتاب الحديث، ص: 82 و 83 .

58- عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية ط 1974، أورده عياشي شعبان، مرجع سابق، ص:57.

59- محفوظ بن حامد لعشب، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، 1990، ص: 31.

60- تنص المادة 70 من القانون المدني الجزائري: (يحصل القبول في عقد الإذعان بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها). وعليه وفقا لنص هذه المادة يظهر أن المشرع الجزائري قد وسع نطاق الاستفادة من الحماية القانونية المقررة من عقود الإذعان باكتفائه فقط بمعيار أو شرط وجود القبول أو التسليم من الطرف المدعن بالشروط المقررة مسبقا و بصفة مستقلة من الموجب دون مناقشتها أو مساومتها أو التفاوض بشأنها للقول بوجود عقد الإذعان، وعدم نصه على معيار وجود احتكار قانوني أو فعلي للسلعة المتعاقد عليها وهو ما يعرف بالمفهوم الحديث لعقد الإذعان، والذي تبناه المشرع حماية للمستهلك بصفة عامة

من الشروط التعسفية التي قد يضمنها المحترف أو المهني في العقد، وحماية لمشتري العقار بناء على التصاميم بصفة خاصة من هذه الشروط التي قد تكون تعسفية.

61- و من بين الأحكام التي جاء بها القانون الجزائري لحماية المشتري بصفة عامة في عقود الإذعان ما نصت عليه المادة 110 من القانون المدني: (إذا تم العقد بطريق الإذعان، و كان قد تضمن شروطا تعسفية، جاز للفاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها و ذلك وفقا لما تقتضي به العدالة، و يقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك)، إضافة إلى ما نصت عليه المادة 112 من القانون المدني فيعد أن نصت في فقرتها الأولى على أن الشك يؤول في مصلحة المدين، نصت في فقرتها الثانية على عدم جواز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن (حتى وإن كان دائما تفسر وفقا لمصلحته)، فهذه الأحكام جاءت مخالفة للقواعد العامة في العقود سواء ما تضمنته المادة 106 من القانون المدني أو الفقرة الأولى من المادة 112 من نفس القانون حماية للطرف المذعن. لمزيد من التفاصيل انظر: الطيب زروتي، حماية مشتري العقار في البيع على التصاميم طبقا للمرسوم 93-03، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية... .

... والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، الجزء الثاني و الأربعون، عدد خاص، 2001، ص: 57. - محمد بودالي، الشروط التعسفية في العقود في القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة مع قوانين ألمانيا و فرنسا و مصر، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص: 56 و 57. - زاهية حورية سي يوسف، حماية المستهلك من الشروط التعسفية (دراسة مقارنة)، مجلة العلوم الاجتماعية و الإنسانية، جامعة باتنة، الجزائر، العدد الثامن عشر، 2008، ص: 187-215. - شوقي بناسي، مواجهة الشروط التعسفية في العقود في ضوء قانون 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد الثاني، 2009، ص: 160-164.

62- شعبان عياشي، مرجع سابق، ص: 70.

63- حيث أن قانون 07-86 هو أول من نص على وجوب أن يسبق العقد النهائي لبيع العقار بناء على التصاميم عقد حفظ الحق من خلال المادة 30 منه التي نصت: (يجب أن يسبق كل تنازل في إطار البيع لأجل، تحرير عقد حفظ الحق...)، كما نظمه بعد ذلك ونص على وجوب تحريره قانون 11-04 دون المرسوم التشريعي 93-03، ولو أن قانون 07-86 كان أكثر وضوحا في تمييزه بين مفهوم العقد التمهيدي لعقد بيع العقار بناء على التصاميم (البيع على أجل) والذي سماه عقد حفظ الحق وسمى الشخص الذي يتعاقد مع المرقي العقاري بالمترشح للملكية، وبين مفهوم العقد النهائي لعقد بيع العقار بناء على التصاميم (البيع على أجل) وسمى الشخص الذي يتعاقد مع المرقي العقاري بالمشتري، وهو موقف ينبع عن فهمه و تمييزه بين العقدين بخلاف قانون 11-04 الذي كما سنوضحه أخطأ في مفهوم عقد حفظ الحق واخلط بينه وبين العقد النهائي لعقد بيع العقار بناء على التصاميم من خلال نصه على التزام المرقي العقاري بتسليم العقار المقرر بناؤه أو في طور البناء لصاحب حفظ الحق فور إنهائه رغم أن هذا الالتزام يقع في ذمة المرقي العقاري بموجب العقد النهائي وليس عقد حفظ الحق.

64- شعبان عياشي، مرجع سابق، ص: 72.

65- نظم المشرع الجزائري عقد حفظ الحق لأول مرة بموجب المادة 30 من القانون 07-86 ثم نظمه بعد ذلك بموجب المادة 27 من قانون 11-04، أما في فرنسا فقد نظمه المشرع الفرنسي بموجب المادة 11 من قانون 3-1967-1 المتعلق ببيع العقارات المقرر بناؤها و التزام البائع بضمان عيوب البناء.

66- Thierry Massis, le contrat préliminaire dans la vente d' immeubles à construire, thèse, paris 2, 1979, p:23.

67- حيث يلاحظ من خلال المادة 11 من القانون الفرنسي أن التزام الحاجز بموجب العقد التمهيدي بحجز العقار أو جزء من العقار لفائدة المحجوز له هو التزام سلبي أي التزام بعدم البيع للغير.

68- حيث يلاحظ أن تعريف المشرع الجزائري لعقد حفظ الحق هو نفسه تعريف المشرع الفرنسي للعقد النهائي لبيع العقار المقرر بناؤه في صورة البيع لأجل، والدليل على ذلك هو أن المادة 27 من القانون رقم 11-04 التي عرفت عقد... حفظ الحق تكاد تتطابق مع المادة 1601-3 من القانون المدني الفرنسي التي

عرفت البيع لأجل بأنه العقد الذي يلتزم بمقتضاه البائع بتسليم العقار عند انتهاء بنائه، ويتعهد المشتري باستلامه، ودفع الثمن عند التسليم، و يتم انتقال الملكية بقوة القانون بتحرير ورقة رسمية تثبت الانتهاء من البناء، وتنتقل الملكية بأثر رجعي من تاريخ إبرام العقد، على اعتبار ان المشرع الفرنسي يميز بين العقد النهائي لبيع العقار المقرر بناؤه في صورة البيع لأجل الذي يجب أن يسبقه عقد تمهيدي والعقد النهائي لبيع العقار المقرر بناؤه في صورة البيع حسب الحالة المستقبلية و الذي يبقى عقدا واحدا بحيث لا يسبقه أي... عقد تمهيدي، وهذه الصورة الأخيرة كان يأخذ بها المشرع الجزائري من خلال المرسوم التشريعي 93-03 المتعلق بالنشاط العقاري الذي لم ينظم عقد حفظ الحق أصلا.

69- حيث نصت المادة 31 من قانون 86-07: (ويحرم هذا العقد في شكل عرفي ويخضع لإجراء التسجيل)، وهو أيضا ما نصت عليه المادة 31 من المرسوم التنفيذي 67-1166 التي أوجبت أن يتم العقد التمهيدي كتابة من عدة نسخ.

70- لمزيد من التفاصيل حول شهادات ورخص التعمير التي يخضع لها المرقي العقاري انظر:- محمد لموسخ، مرجع سابق، ص:59-61.

71- ما تجدر ملاحظته انه إذا كان قانون 86-07 الملغى قد نص من خلال المادة 31 على الجزاء الذي يترتب في حالة ما إذا لم يتضمن عقد حفظ الحق البيانات السابق ذكرها، وهو حق صاحب حفظ الحق وحده في طلب إبطال عقد حفظ الحق دون البائع، باعتبار أن هذه البيانات وضعت أساسا لمصلحة صاحب حفظ الحق، بينما نصت المادة 30 على البيانات...

... التي يجب أن يشملها عقد حفظ الحق فقط، دون النص صراحة على أن الجزاء الذي يترتب على عدم شمول العقد تلك البيانات هو وقوعه تحت طائلة البطلان، لذلك لا بد من تعديل هذه المادة تجنبنا لأي فراغ ينقص من الحماية أو الضمانات المقررة لصاحب حفظ الحق.

72- انظر المادة 261-15 والمادة 261-25 الى 27 من قانون البناء والإسكان الفرنسي.

73- حيث طبقا للمادة 52 من قانون 11-04 يجب أن يودع صاحب حفظ الحق مبلغ التسبيق المقرر ب: 20% من السعر التقديري للعقار في حساب مفتوح باسم هذا الأخير لدى هيئة ضمان عمليات الترقية العقارية المنصوص عليها في

المادة 56 من قانون 11-04، وما تجدر ملاحظته أن قانون 11-04 خلافا لقانون 86-07 لم ينص على أن تكون الأموال المودعة غير قابلة للحجز، ولا للتنازل، ولا للتصرف فيها ضمن الحد المنصوص عليه في المادة 52.

74- 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، وما يمكن ملاحظته قلة هذه المبالغ مقارنة بما هو مقرر في قانون 11-04 على اعتبار أن المشرع الفرنسي يعتبرها مبلغ ضمان للحاجز بخلاف التشريع الجزائري يعتبرها تسبيق أي جزء من الثمن.

75- طبقا للفقرة الرابعة من المادة 32 بتعيين على المرقي العقاري في هذه الحالة قبل اللجوء إلى الفسخ، أن يقوم أولا بتوجيه إذارين لصاحب حفظ الحق مدة كل واحد منهما شهر واحد يبلغان له عن طريق محضر قضائي، ولا يرد عليهما.

76- وهذا يطابق ما نصت عليه المادة 31 من قانون 86-07 التي نصت على انه خلافا لأحكام المادة 12 من الأمر 70-91 المؤرخ في 15-12-1970 والمتضمن تنظيم التوثيق وأحكام المادة 71 من القانون المدني، يحرم العقد التمهيدي المسمى (عقد حفظ الحق) في شكل عرفي، ويخضع لإجراء التسجيل، بإشارة 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،...

...وأعتبره وعد بالبيع- شعبان عياشي، مرجع سابق، ص:96.

77- ما تجدر ملاحظته أن المشرع الفرنسي خلافا للمشرع الجزائري لم يحسم موقفه حول الطبيعة القانونية لعقد حفظ الحق وهذا نتيجة لاختلاف الفقه والقضاء الفرنسيين حول هذه المسألة. لمزيد من التفاصيل حول هذه المسألة انظر:

-Jean – louis Bergel ; Les contrats préliminaires de réservation dans les ventes d'immeuble à construire. Unité ou dualisme ? , J. C. P, N⁰ :14, 1974, p: 2669.

- Frank Steinmetz : les ventes d'immeubles à construire, thèse, Montpellier, 1970. p:316et381.

78- إذا كانت عملية بناء وتشبيد 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.- شعبان عياشي، مرجع سابق، ص:100.

79- جاءت تسميته بالمتعامل في الترقية العقارية بموجب المادة 3 من المرسوم التشريعي 93-03، بينما كان يسميه بالمكاتب بموجب قانون 86-07، وحاليا أي بموجب المادة 15-3 من قانون 11-04 أصبح يسميه بالمرقي العقاري.

80- كما سبق ذكره فانه وأمام عدم وجود نظام قانوني للمتعاملين في الترقية العقارية، أصبحت هذه المهنة تزاول من قبل مقاولين الذين تحولوا إلى متعاملين في الترقية العقارية، وأخذوا يمارسون هذه المهنة دون احترامهم لمحتوى دفتر الشروط المعمول به هذا فضلا عن عدم توفر أغلبهم على الإمكانات والوسائل المادية والبشرية التي تؤهلهم لممارسة نشاط الترقية العقارية، الأمر الذي تسبب في تأخر إنجاز وتسليم العديد من الوحدات السكنية زيادة عن التلاعب بقوائم المستفيدين وبأسعارها عن طريق المبالغة في الزيادة فيها فقد بلغت 100 مليون سنتيم في جهات مختلفة من البلاد، بحجة ارتفاع سعر بعض مواد البناء كالإسمنت، أو ارتفاع تكاليف اليد العاملة.شعبان عياشي، المرجع نفسه، ص:101 و 102.

81- ما يلاحظ على تعريف المشرع للمرقي العقاري أنه وسع في مهامه، حيث أصبحت تتمثل بالإضافة إلى قيامه بالمبادرة بعمليات بناء مشاريع جديدة أو تجديدها وهي العمليات المنصوص عليها بموجب المرسوم التشريعي 93-03، 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، ضيف إلى ذلك يرى البعض انه من الأفضل لو تركت الأعمال الثانوية المتعلقة بالتجديد أو إعادة التأهيل أو ترميم أو تدعيم البنايات للمقاول بينما يتفرغ المرقي العقاري بالمبادرة بإنجاز المشاريع السكنية الجديدة و هي مهمته الرئيسية خاصة في ظل المادة 16 من قانون 11-04 التي تلزم المرقي العقاري بالاستعانة بالمقاول والتي حددت طبيعة العلاقة التي تربط الطرفين.-انظر: محمدي فريدة، التوازن في العلاقات الإيجارية (طبقا للمرسوم التشريعي 93-03 ونموذج عقد الإيجار)، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، الجزء الثاني والأربعين، عدد خاص، 2001، ص: 7. -شعبان عياشي، مرجع سابق، ص:104 - 106.

82- شعبان عياشي، مرجع سابق، ص: 106.

83- يمكن تلخيص هذه الشروط في :- أن يكون الشخص الذي يرغب في ممارسة هذه المهنة طبيعيا كان أو معنويا مؤهل بداهة للقيام بالأعمال التجارية أي أن يكون تاجر(المادة 19) و نتيجة لذلك يجب أن يكون مسجلا في السجل التجاري- أن يكون مسجلا في الجدول الوطني للمرقيين العقاريين وذلك حتى يستطيع الحصول على الاعتماد الذي يعد ترخيصا لممارسة المهنة(المواد: 4 و 23 و 77) - أن لا يكون من الأشخاص الذين صدرت ضدهم أحكام في جريمة من الجرائم المنصوص عليها في المادة 20 و هذا الشرط الأخير دليل على حرص المشرع على مصلحة مشتري العقار بناء على التصاميم بحرمان الأشخاص الذين حكم عليهم في جريمة من

جرائم الأموال من إبرام عقد بيع العقار بناء على التصاميم و في هذا تطهير لقطاع الترقية العقارية من المتطفلين غير الشرفاء وغير أميين على حقوق المشترين - أن يكون متمتعاً بحقوقه المدنية(المادة 21).

84- لمزيد من التفاصيل أنظر المواد: 60-63 من قانون 11-04 وانظر كذلك المرسوم التنفيذي 94-308 المؤرخ في 4 أكتوبر 1994 المحدد لقواعد تدخل الصندوق الوطني للسكن.

85- انظر المواد: 92-94 من القانون المدني الجزائري.

86- ما تجدر ملاحظته بأنه إذا كان قانون السكن والعمران الفرنسي من خلال المادة 261-11 قد رتب بطلان العقد على عدم تحديد هذا الأجل في العقد (الذي يقصد به وفقاً لمناقشة وزير الإسكان الفرنسي مع البرلمانين أجل قيام البائع بالبناء وليس أجل قيام البائع بتسليم البناء المنتهي أي بعد اكتمال الأعمال لأن البائع من مصلحته التسرع في التسليم من أجل حصوله على باقي الثمن، وحتى يتخلص سريعاً من مدة الضمان عن العيوب الظاهرة)، رغم أن هذا الجزاء وفقاً لبعض الفقه يطبق على القطاع المحمي فقط، أي قطاع الإسكان(القطاع الخاص)، ولا يشمل القطاع العام، أما في الجزائر فقد اكتفى مرسوم 93-03 بإشارة ضمنية إليه في المادة العاشرة الخاصة بالبيانات الجوهرية الواجب ذكرها في العقد

والمادة الثالثة من المرسوم التنفيذي 94-58، بمعنى أن البائع ملزم بتمام الإنجاز خلال مدة معينة لما في ذلك من أهمية كبيرة والواقع أن تأخر المرقى العقاري في البناء له عدة أسباب منها ما هو خارجي عن إرادة المرقى العقاري كالعوامل الطبيعية و البيئية ونقص مواد البناء في السوق وعدم كفاية التمويل من الجهات المعنية، وإفلاس المقاولات، والإضرابات ومنها ما يتوقف على إرادة المرقى كالتهاون أو التأخير المتعمد لجني مكاسب أخرى أنظر:- شعبان عياشي، مرجع سابق، ص: 138 و 139، وانظر كذلك:

Philippe Malinvaud Philippe Jestaz ; ouvrage précité , droit de la promotion-immobilière , p :351.

87- يثير موضوع الثمن عدة إشكالات تتعلق أساساً بكيفية تحديد الثمن ووقت استحقاقه، وأثار مدة العقد على ثمن العقار المبيع، والواضح أن الحكمة التي توخاها المشرع من جراء ربطه وقت الوفاء بالثمن أو السعر في المادة 28 من قانون 11-04 تبعا لمراحل تقدم الإنجاز، حتى يضمن جدية قيام المرقى بتنفيذ التزامه بالبناء تمهيدا للتسليم في الموعد المحدد،...

... و يحمي حقوق المشتري من خطر عدم إتمام البائع للبناء بعد أن يكون قد قبض الثمن مقدماً لو أجاز له ذلك عند إبرام العقد، ومن مظاهر حماية المشرع أيضاً للمشتري في موضوع الثمن نصه في المادة 71 من قانون 11-04 على توقيع عقوبة الحبس من شهرين إلى سنتين وغرامة من مائتي ألف دينار إلى مليوني دينار إذا طلب أو قبل المرقى العقاري تسبقاً من الثمن قبل التوقيع على العقد، لكن هذه الحماية تكون فعالة أكثر لو حدد المشرع الجزائري كما هو الحال في القانون الفرنسي النسبة التي يدفعها المشتري في كل مرحلة، وعدم تركها لاتفاق الطرفين إن لم نقل لتحديد المرقى العقاري على اعتبار أن هذا العقد يظهر فيه ملامح عقد الإذعان للتعرف على موقف القانون الفرنسي انظر:

-Jean Michel Lucheux ; les garanties de l'acquéreur dans les ventes d'immeubles à construire , thèse, paris,1968, p: 75 .

88- حيث ورد ضمن نص المادة 10 من المرسوم التشريعي 93-03 عبارة (السعر التقديري وكيفيات مراجعته)، كما نصت المادة 6 من المرسوم التنفيذي 94-58 على كيفيات مراجعة الثمن.

89- شعبان عياشي، مرجع سابق، ص: 152-154.

90- الطيب زوتي، مرجع سابق، ص: 63.

91- بمقارنة نص هذه المادة مع ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 7 من قانون 3-1-1967 الفرنسي وأيضاً المادة 20 من المرسوم التطبيقي الصادر في 22-12-1967 يلاحظ أنها تضمنت نفس الحكم الوارد في التشريعات الفرنسية لذلك يصح القول أن حكم هذه المادة مقتبس من القانون الفرنسي.

92- تتمثل هذه المراحل وفقا للتشريع الفرنسي في:- المرحلة الأولى وهي المرحلة المسماة (hors d'eau) ويعني هذا الاصطلاح أن العقار أصبح في مأمن من تسرب المياه، ويكون ذلك بوضع الجدران الرئيسية للبناءية والسطح، 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 (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 استلزم في المادة الأولى من المرسوم 67-1166 لإعتبار العقار قد اكتمل بناؤه (achevé) زيادة على أن يكون البائع قد انتهى من تنفيذ أعمال البناء، أن يكون قد انتهى أيضا من تركيب العناصر التجهيزية اللازمة لاستعمال العقار موضوع التعاقد وفقا للغرض الذي أعد له ، ولا يؤثر في اعتبار العقار المكتمل أن يكون هناك بعض العيوب غير الجوهرية مادام هذا العيب لا يحول دون استعمال العقار وفقا للغرض المخصص له(ليس معنى هذا أن البائع لا يكون مسؤولا عن تلك العيوب التي لا تحول دون اكتمال وجود العقار وإنما معناه فقط أن مجرد اكتمال العقار يترتب عليه إنتاج آثار قانونية خاصة ترتبط بهذا الاكتمال أهمها أن يكون للبائع مطالبة المشتري بأقساط الثمن الذي يتوقف الوفاء بها باكتمال البناء ومن ثم لا يمكن... للمشتري أن يمتنع عن الوفاء بها متذعرا بعدم تنفيذ البائع لالتزامه تنفيذا كاملا، أما الأثر الثاني هو أن كل تصرف يرد على العقار المعقود عليه بعد اكتمال وجوده بهذا المعنى يكون تصرفا في عقار موجود بالفعل وبالتالي يخضع للقواعد العامة للبيع ولا يخضع للقواعد الخاصة ببيع عقار بناء على التصاميم)، أو عدم مطابقة ما تم تنفيذه من أعمال للشروط المنصوص عليها في العقد. - شعبان عياشي، مرجع سابق، ص: 160-165.

- Philippe Malinvaud Philippe Jestaz ; ouvrage précité. p: 552.

93- إبراهيم عثمان بلال، مرجع سابق، ص : 136 و 137.

94- وهو حكم يطابق ما نصت عليه المادة 170 من القانون المدني الجزائري: (في الالتزام بعمل، إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه جاز للدائن أن يطلب ترخيصا من القاضي في تنفيذ الالتزام على نفقة المدين إذا كان هذا التنفيذ ممكنا).

95- Cass Paris 12 mai 1989 , R D immo1990 , p: 500. Cass Versailles . 27 janv 1995 . R D immo 1996 . p: 78 .

96- تنص المادة 119 من القانون المدني الجزائري: (في العقود الملزمة لجانبين، إذا لم يوف احد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد اعذاره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه، مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال ذلك).

ويجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلا حسب الظروف، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى كامل الالتزامات).

وتنص المادة 164 من نفس القانون: (يجبر المدين بعد اعذاره طبقا للمادتين 180 و 181 على تنفيذ الالتزام تنفيذا عينيا، متى كان ذلك ممكنا).

وتنص المادة 176 من القانون نفسه: (إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينيا حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا يد له فيه، ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه).

97- 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 استخدمها استخداما معيبا أو استخدم نوعية رديئة من المواد المتفق عليه، 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 مثلاً، كما يختلف النظام القانوني لكل منهما خاصة فيما يتعلق بالتقادم ذلك ان عدم المطابقة تخضع للقواعد العامة بينما تخضع العيوب لنظام خاص به، وقد...

... اعتبر القضاء الفرنسي من قبيل عدم المطابقة عدم وجود العناصر المتفق عليها في العقد، أو وجود تلك العناصر غير أنها مغايرة لما تم الاتفاق عليه في العقد، ومن أمثلة الأولى:- عدم وجود خزانة-عدم وجود توصيل هوائي تلفزيوني، حمام سباحة، عدم احترام احتياطات الحريق...الخ، ومن أمثلة الثانية:- انخفاض مستوى البناء- مسافة ضعيفة إزاء الجيران- سوء تغطية سقف مراب- سقف مائل مخالف- موقف السيارات لا يستجيب للخصائص المتفق عليها- ربط قنوات تزويد السكنات بالماء من الداخل بدلا من جعلها في الخارج- تغيير في وضعية شقة أدى إلى زيادة الصوت مما أضر بالشقة التي تقع تحتها.

- Cass . 3° civ . 5 déc1979, rev dr immob ,1980 ,p: 310 . Cass .3° civ , 19 mai 1981, rev dr immob, 1982,p: 249.

98- يلاحظ أن لجوء المشتري إلى التنفيذ العيني قد يكون فيه تعسف أو مغالاة ، 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، فمن أجل منع هذا التعسف منحت للقاضي سلطة تقديرية واسعة في هذا الصدد، بحيث يمكنه أن يمتنع عن الحكم بالتنفيذ العيني، غير أن ذلك لم يمنع محكمة النقض الفرنسية من مصادقتها على حكم قضى بهدم سكن وإعادة بنائه على نفقة البائع بسبب عدم المطابقة.انظر:

-Cass .3e civ , 5 déc 1979, rev dr immob, 1980 , p:310 .

99- Philippe Malinvaud Philippe Jestaz , ouvrage précité, p:357.

100- تأسف بعض الفقه الفرنسي من موقف المشرع في قانون 1967 الذي جعل هذه المدة طويلة وغير معقولة ومضرة بالبائع الذي يبقى معرضا لخطر رجوع المشتري عليه بدعوى الفسخ أو دعوى التنفيذ العيني طول هذه المدة، حيث يعتبر انه من الأفضل لو ينص على رفع الدعوى خلال مدة قصيرة ابتداء من تاريخ اكتشاف عدم المطابقة كما هو الحال بالنسبة لدعوى ضمان العيوب.-نقلا عن:- شعبان عياشي، مرجع سابق، ص:184.

101- في إطار الضمانات المقررة لمشتري عقار بناء على التصاميم قررت المادة 16 من المرسوم 93-03 حق امتياز من الدرجة الأولى لصالح(مشتري لسكن فردي أو جماعة المالكين في حالة الملكية المشتركة أي بناية) في حالة إفلاس المرقى العقاري.

102- حيث يلاحظ أن مشتري العقار الموجود وقت إبرام العقد لا يتعرض لمثل هذا الخطر، وهنا تظهر خصوصية بيع العقار بناء على التصاميم عن بيع عقار موجود وقت التعاقد.

103- أنشأ هذا الصندوق بموجب المرسوم التنفيذي97-406المؤرخ في3-1-1997 غير أنه لم يتم تنصيبه إلا في سنة 2000 لكن قبل التنصيب الفعلي له وحماية لمشتري العقار على التصاميم قامت شركات التأمين المصرفية والبنوك بكفالة المتعامل في الترقية العقارية (التدخل في مكانه) طبقا للمادة 138 من قانون المالية لسنة 1994 التي رخصت لهم بذلك. ليلى زروتي - عمر حمدي باشا، المنازعات العقارية ، دار هومة للطباعة والنشر و التوزيع، 2002، ص:271.

104- نصت المادة 64 من قانون 11-04 على الحالات التي يتم بموجبها السحب المؤقت والسحب النهائي لاعتماد المرقى العقاري كعقوبة إدارية تفرض عليه كما نصت أيضا على حالات السحب التلقائي للاعتماد وهي:1-حالات السحب المؤقت للاعتماد لمدة لا تتجاوز ستة (6) أشهر: * في حالة تصير المرقى العقاري في التنفيذ الجزئي وغير المبرر لالتزاماته اتجاه المقتنين* في حالة عدم احترام المرقى العقاري لقواعد أخلاقيات المهنة*في حالة تصير المرقى العقاري في التزاماته كما هي محددة بموجب أحكام هذا القانون والنصوص المتخذة لتطبيقه.2-حالات السحب النهائي للاعتماد وهي: * في حالة عدم استيفاء المرقى العقاري الشروط التي مكنته من الحصول على الاعتماد*في حالة تجاهل المرقى العقاري، و عن قصد و بصفة خطيرة و متكررة،

للتزامات الملقة على عاتقه*إذا أنهى المرقي العقاري نشاطه دون مبرر ودون إخطار مسبق للسلطة التي سلمته الاعتماد * إذا قصر المرقي العقاري في التزاماته كما تم الاتفاق عليها اتجاه الدولة و المقتنين و شركائه.3- حالات السحب التلقائي للاعتماد وهي: *في حالة وفاة المرقي العقاري *إذا كان المرقي العقاري موضوع عجز جسماني أو عقلي يمنع من القيام بالتزاماته *إذا كان المرقي العقاري موضوع حكم بسبب الغش الضريبي *إذا كان المرقي العقاري موضوع تصفية قضائية.

105- تنص المادة 647 من القانون المدني الجزائري: (تجوز كفالة المدين بغير علمه و تجوز أيضا رغم معارضته).

106- عبد الرزاق أحمد السهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، التأمينات الشخصية والعينية، الجزء العاشر، 1970، دار إحياء التراث العربي، ص: 71 .

107- انظر المواد 157: و 158 من قانون 11-04، و هو حكم يخالف ما نصت عليه المادة 17 من المرسوم التشريعي 93-03 التي كانت تجيز للمشتري مواصلة إنجاز البناء بجميع الوسائل القانونية على نفقة البائع و بدلا عنه إذا توقف أو تخلف هذا الأخير عن الإنجاز بسبب عجزه المادي الذي يثبتته المحضر القضائي ثبوتا قانونيا(بواسطة محضر)، لكن بعد اعدار المشتري البائع بمواصلة الأشغال و يظل مستمرا(التخلف) بالرغم من إنذاره.

108- يخرج من نطاق ضمان الاسترداد ومن ثمة لا يستحق المشتري الاسترداد في الحالات المنصوص عليها طبقا للمادة 58 من قانون 11-04 وهي:- ضمان حسن الإنجاز لأن هناك ضمان مستقل خاص به و هو الضمان السنوي- التعويض عن التأخر في تسليم العقار المبيع للمشتري والمنجز بناء على التصاميم - الزيادة في الثمن الأصلي في حالة المراجعة- الغرامات المالية بمختلف أنواعها- التعويضات عن الكوارث الطبيعية كون لها تأمين مستقل بها- الحريق

و الانفجارات و الأخطار المهنية الناجمة عن أشغال البناء- التعويض في حالة فسخ عقد البيع بناء على التصاميم بسبب الإخلال بالتزامات التعاقدية، فالفسخ بصفة عامة لا يصلح أن يكون سبب للاسترداد.

109- يلاحظ أن هذا الضمان مقرر لمصلحة المشتري وحده فقط دون البائع الذي لا يحق له الرجوع على الكفيل بضمان الاسترداد، لكونه هو المدين أصلا بالاسترداد و ما على المشتري إلا إثبات توقف البائع عن استكمال البناء بسبب إفلاسه أو تعرضه لتصفية قضائية دون حاجة إلى إثبات عجز البائع عن الدفع بعد رجوعه عليه ، كما لا يحق للكفيل أن يحتج على المشتري بوجود أن يرجع هذا الأخير على البائع أولا و يطالبه بالمبالغ التي دفعها له على اعتبار أنه هو المدين الأصلي برد هذه المبالغ، لان هذه الكفالة قانونية وكما هو معروف طبقا للقواعد العامة فان هذه الأخيرة تجيز للمشتري أن يرجع على أي مدين من المدينين المتضامنين.

110- و هو نفس الحكم الذي تضمنته المادة 558 من القانون المدني الجزائري بشأن عقد المقاوله بحيث اعتبرت انه في حالة إنهاء المقاول العمل و وضعه تحت تصرف رب العمل وجب على هذا الأخير أن يبادر إلى تسلمه في أقرب وقت ممكن بحسب ما هو جاري في المعاملات ، فإذا امتنع دون سبب مشروع عن التسلم رغم دعوته إلى ذلك بإنذار رسمي اعتبر أن العمل قد سلم إليه.

111- انظر: المادة 34 من قانون 11-04 و المادة 13 من المرسوم 93-03 اللتين سبق ذكرهما و شرحهما.

112- انظر: المادة 39 من قانون 11-04 التي تطابق المادة 14 من المرسوم 93-03 التي نصت وأوجبت ذلك صراحة.

113- شعبان عياشي، مرجع سابق، ص: 194-200.

114- نص على هذا الضمان لأول مرة قانون الترقية العقارية 86-07 من خلال المادة 41 التي جعلته لمدة 10 سنوات تسري ابتداء من تاريخ تسليم شهادة المطابقة التي يتحملها أيضا المهندسون المعماريون أو المقاولون أو الأشخاص الآخرون الذين يربطهم بصاحب الأشغال عقد إيجار العمل، كما نصت عليه المادة 8 من المرسوم 93-03 لكنها لم تكن واضحة مثلها مثل المادتين 46 و 49 من قانون 11-04 بشأن بداية سريان مدة الضمان بخلاف الوضوح الذي جاءت به المادة 554 من القانون المدني الجزائري التي نصت على أن مدة

العشر سنوات تبدأ من تاريخ تسلم الأعمال نهائيا وهو ما سبق وان بيناه بخلاف التشريع الفرنسي أين وقع إشكال باعتبار أن عبارة (تسلم الأعمال) جاءت مطلقة لذلك ثار التساؤل هل يقصد به التسليم المؤقت أم النهائي؟ كما ثار تساؤل حول ما إذا كانت مدة 10 سنوات هي مدة لاختبار متانة البناء أم هي مدة تقادم أي الطبيعة القانونية لهذه المدة؟ انظر:

-Boulli Bernard, contrat d'entreprise, encycl. d . rép . drciv , tome VII avril 2003, p:226.

115- و هذا يطابق موقف المشرع الفرنسي في المادة 1646-1 من قانون 1967.

116- إن 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 الجسامه تجعله يعرض متانة البناء وسلامته للخطر حتى ولو لم يكن خطر التهدم محققا، فعليه تطبيق الضمان العشري، و على العكس من ذلك إذا لم يبلغ العيب حدا من الجسامه بحيث لا يعرض متانة البناء وسلامته للخطر أي لا يصيب البناء في مجموعه أو في أحد عناصره الإنشائية ، بل في أحد عناصره الثانوية(مثال ذلك: العيب في الدهان أو في البلاط أو في الأبواب أو في النوافذ، أو في الزجاج، أو في غير ذلك من الأجزاء الصغيرة كالتشققات البسيطة) فإنه لا يمكن اعتباره ضررا خطيرا، وبالتالي لا تخضع المسؤولية الناشئة عنه لأحكام الضمان العشري، ويتخلص منه المشيد بحصول التسليم.- محمد كمال مرسي، شرح القانون المدني، العقود المسماة، الجزء الرابع، 1953، ص:499.

117- بحيث يجب 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 المقاولة، أو المشتري في عقد بيع العقار بناء على التصاميم وقت تسلم الأعمال أو البناء دون أن يبدي هذين الأخيرين تحفظات بشأنها فلا يسأل عنه المشيد أو المرقي العقاري البائع، وذلك تأسيسا على ما للتسليم من أثر مبرر للعيوب الظاهرة. ومن أمثلة العيوب التي اعتبرها القضاء الفرنسي من قبيل العيوب الخفية وجود عيب غير واضح في العزل الصوتي وكذلك وجود صعوبات تحول دون إمكانية دخول المرأب أما العيوب الظاهرة التي تخرج من نطاق المسؤولية العشرية مثالها تثبيت هوائي تليفزيوني خطأ على مدخنة البناء المجاور ومع ذلك فقد قضى بأن العيوب الظاهرة يغطيها الضمان العشري إذا لم يكن من الواضح وقت التسلم مدى إمكانية تأثيرها على متانة الأجزاء الرئيسية للبناء، حيث يلاحظ أن القضاء الفرنسي يتجه نحو التوسع في العيوب الخاضعة للمسؤولية العشرية، وهو توسع مرغوب فيه ، لأنه يهدف إلى حماية رب العمل في عقد المقاولة أو المشتري في عقد البيع على التصاميم إذ أن كل منهما يكون غالبا غير خبير ببن البناء والمقصود أساسا من هذا الضمان المشدد ، وذلك عن طريق التخفيف من حدة شرط خفاء العيب بالنسبة له.

-Cass . Civ 3 , 22 juin 1978 , p :353.

- محمد كمال مرسي، مرجع سابق، ص:499.

118- 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 -1- 1978. انظر:

-Andrée Roussel et Collaborateurs , responsabilités et assurances des constructeurs, technique et documentation, 1979,p:8.

119- لمزيد من التفاصيل انظر: شعبان عياشي، مرجع سابق، ص:213-238.

120- هذا التامين جاء لمصلحة المشتري، فقد لا يكون في وسع البائع إصلاح الأضرار اللاحقة بالمشتري مما قد يؤدي إلى ضياع حقه في الضمان.

121- شعبان عياشي، مرجع سابق، ص: 262-277.

122- عرفته المادة 1601-3 من القانون المدني الفرنسي التي نصت: (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 الانتهاء منها، ويلتزم المشتري بدفع الثمن حسب التقدم في أعمال البناء، ويحتفظ البائع بسلطات رب العمل، حتى تسليم المنشآت) والتي تطابق المادة 221-3 من قانون السكن والبناء الفرنسي، والتي تطابق بدورها المادة 28 من قانون 11-04، لمزيد من التفاصيل حول الفرق بين العقدين انظر: شعبان عياشي، المرجع نفسه، ص: 280-326.

123- بينما عرفت المادة 1601-2 البيع بأجل بأنه: (البيع لأجل هو العقد الذي يلتزم بمقتضاه البائع بتسليم العقار عند انتهاء بنائه، ويتعهد المشتري باستلامه، ودفع الثمن عند التسليم، ويتم انتقال الملكية بقوة القانون بتحرير ورقة رسمية تثبت الانتهاء من البناء، وتنتقل الملكية بأثر رجعي من تاريخ إبرام العقد)، فعلى خلاف البيع حسب الحالة المستقبلية فإن انتقال الملكية هنا لا يرتبط بوقت إبرام العقد بالنسبة للأرض والمنشآت الموجودة وقت التعاقد، ولا أولا بأول بالنسبة للأعمال المستقبلية، فانتقال الملكية في البيع لأجل يتأخر إلى تاريخ لاحق، هذا التاريخ هو تاريخ الانتهاء من البناء الذي يجب إثباته، رغم أن نفس المادة تنص أن نقل الملكية يتم بأثر رجعي من يوم إبرام البيع، وهذا الأثر الرجعي نص عليه نتيجة إدراك المشرع الفرنسي الخطورة التي يتعرض لها المشتري في الفترة الواقعة بين تاريخ إبرام العقد وتاريخ انتقال الملكية إليه... .. فالبايع 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، أما بالنسبة للقانون الجزائري لا توجد أي خطورة على المشتري لكون العقد يتم شهره وقت إبرامه، وبالتالي فإن الملكية تنتقل إلى المشتري من هذا التاريخ، ومن ثم فإن الحقوق التي قد يرتبها البائع المتعامل في الترقية العقارية على العقار المبيع لا تكون نافذة في حقه، وفي المقابل لا يزول على المشتري القيد أو المنع من التصرف في البناء الذي فرضته عليه المادة 2 الفقرة الأولى من المرسوم التنفيذي 94-58 إلا من تاريخ شهر محضر التسليم الذي يثبت حيازة المشتري كما سبق تأكيده بمعنى أن الملكية الفعلية تنتقل للمشتري من تاريخ الانتهاء من البناء الذي يتم إثباته بمعرفة البائع والمشتري من خلال محضر التسليم الموقع من الطرفين والمحضر من طرف الموثق الذي أبرم عقد البيع. شعبان عياشي، مرجع سابق، ص: 300.

124- لمزيد من التفاصيل انظر: شعبان عياشي، المرجع نفسه، ص: 309-328.