

جامعة سعد دحلب بالبليلة

كلية الحقوق

قسم القانون الخاص

أطروحة دكتوراه

التخصص: القانون العقاري

الحماية القانونية لمالك البناء

في عقد البيع بناءً على التصاميم

من طرف

عائشة طيب

أمام اللجنة المشكلة من

رئيسا	أستاذ التعليم العالي	جامعة سعد دحلب البليلة	بن شويخ الرشيد
مشرفا ومقررا	أستاذ محاضر (أ)	جامعة سعد دحلب البليلة	بن رقيه بن يوسف
عضوا	جامعة الجزائر	أستاذ التعليم العالي	بن شنياتي عبد الحميد
عضوا	جامعة جيجل	أستاذ التعليم العالي	سمار نصر الدين

البليلة، جوان 2012

شكر

أتقدم بالشكر الجزيل لكل من ساعدني على إنجاز هذه الأطروحة وأخص بالذكر:

-المشرف الأستاذ الدكتور بن رقيه بن يوسف

- موظفي صندوق الضمان والكفالة المتبادلة وعلى رأسهم السيد: حازي كمال مدير لجنة الضمان،

والسيدة، فريال، والسيد، كريم مستشار قانوني بالصندوق.

- السيد: هلال.ع مستشار قانوني بالوكالة العقارية بالبوينان، ولاية البلدية.

- السيد: بولوزة محمد بوزارة السكن

ملخص

يعد عقد البيع على التصاميم تقنية من تقنيات الترقية العقارية، التي أقرها المرسوم التشريعي رقم 03/93 المؤرخ في 01 مارس 1993 المتضمن النشاط العقاري، الملغى بموجب القانون رقم 04/11 المؤرخ في 17 فبراير 2011 المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية.

ونظرا لخصوصية هذا العقد التي فرضها ارتباطه بنشاط الترقية العقارية فقد تميز بأحكام خاصة تختلف على الأحكام المقررة في عقد البيع في القواعد العامة، سواء من حيث إجراءات إبرام العقد أو من حيث الضمانات التي قررها عقد البيع على التصاميم لمشتري العقار التي كانت محور أطروحتنا، نظرا للخطورة التي يرتبط بها هذا العقد لارتباطه بمجال البناء والتشييد.

وبما أن عملية التشييد تمر بعدة مراحل فقد أقر المشرع الجزائري ضمانات تتناسب مع كل مرحلة.

ففي مرحلة ما قبل إتمام الإنجاز أي مرحلة إبرام العقد، ومرحلة التشييد فقد أقر المشرع الجزائري عدة ضمانات تمثلت في ضرورة تضمين عقد البيع على التصاميم الثمن وسعر المراجعة إن اقتضى الأمر ذلك، والذي تم تحديده بموجب القانون رقم 04/11 بنسبة 20%.

كما استلزم المشرع ضرورة تحديد مدة الإنجاز في عقد البيع حتى لا يتماطل المرقى العقاري في إنجاز المشروع، الأمر الذي قد يؤدي إلى مراجعة الثمن إضافة إلى ذلك اشتراط إلزامك المرقين العقاريين باكتتاب تأمين لدى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة لضمان إتمام الإنجاز والتعويض للمشتريين في حالة ما إذا عجز المرقى عن إتمام الإنجاز.

لأي سبب من الأسباب المحددة قانونا كحالة الوفاة مثلا، إلى جانب حصول المرقى العقاري على شهادة المطابقة التي تثبت مطابقة البناية لرخص البناء.

وإلى جانب ذلك أقر المشرع مسؤولية الجزائئية للمرقى العقاري .

أما بعد إتمام الإنجاز فقد تميز عقد البيع بناء على التصاميم بضمانات خاصة ينفرد بها عن أي عقد آخر وهي ضمان حسن الإنجاز وضمن العيوب الظاهرة، وضمن حسن سير عناصر التجهيز، إلى الضمان العشري الذي أقره المشرع الجزائري في عقد المقولة.

وبكل هذه الضمانات سعى المشرع الجزائري إلى تحرير حماية قانونية لمشتري العقاري على

التصاميم.

المختصرات

القانون المدني الجزائري

ق. م . ج

القانون المدني الفرنسي

ق. م. ف

دينار جزائري

د. ج

قانون الإجراءات المدنية

ق. إ. م

O.P.CIT :

OUVRAGE Précédente cité.

الفهرس

ملخص

شكر

الفهرس

مقدمة

13

18

19

19

20

20

20

22

26

27

28

29

30

31

31

32

32

35

39

40

40

1. الحماية القانونية المقررة قبل حيازة البناء المشيد

1.1. ماهية عقد البيع بناء على التصاميم

1.1.1. مفهوم عقد البيع بناء على التصاميم

1.1.1.1. تعريف عقد البيع بناء على التصاميم وتمييزه عن غيره من العقود

1.1.1.1.1. تعريف عقد البيع بناء على التصاميم وخصائصه

1.1.1.1.1.1. تعريف عقد البيع بناء على التصاميم

1.1.1.1.1.2. خصائص عقد البيع بناء على التصاميم

2.1.1.1.1. تمييز عقد البيع بناء على التصاميم عن العقود المشابهة له

1.2.1.1.1.1. تمييز عقد البيع بناء على التصاميم عن الوعد الملزم للجانبين

2.2.1.1.1.1. تمييز عقد البيع بناء على التصاميم عن عقد المقاوله

3.2.1.1.1.1. تمييز عقد البيع بناء على التصاميم عن عقد البيع بالإيجار

4.2.1.1.1.1. تمييز عقد البيع بناء على التصاميم عن عقد البيع بالتقسيط

5.2.1.1.1.1. تمييز عقد البيع بناء على التصاميم عن بيع الأشياء المستقبلية

2.1.1.1. أطراف عقد البيع بناء على التصاميم

1.2.1.1.1. المتعامل في الترقية العقارية

1.1.2.1.1.1. تعريف المتعامل في الترقية العقارية

2.1.2.1.1.1. أنواع المتعامل في الترقية العقارية

2.2.1.1.1. المشتري بصفته المستفيد من العقار محل الإنجاز

3.1.1.1.1. البنائات محل عقد البيع بناء على التصاميم

1.3.1.1.1.1. البنائات ذات الاستعمال الحرفي أو الصناعي أو التجاري

40	2.3.1.1.1. البنائات ذات الاستعمال السكني
41	1.2.3.1.1.1. السكنات التساهمية الاجتماعية
43	2.2.3.1.1.1. السكنات الترقية
43	4.1.1.1. خصوصية عقد البيع بناء على التصاميم
44	1.4.1.1.1. خصوصية عقد البيع بناء على التصاميم من حيث ارتباطه بالترقية العقارية
45	2.4.1.1.1. خصوصية عقد البيع بناء على التصاميم من حيث الطبيعة الخاصة لمحلّه
46	3.4.1.1.1. خصوصية عقد البيع بناء على التصاميم من حيث آثاره
46	2.1.1. الإجراءات اللازمة لإبرام عقد البيع بناء على التصاميم
46	1.2.1.1. الإجراءات الإدارية
47	1.1.2.1.1. الإجراءات الإدارية الواجبة على المتعامل في الترقية العقارية
47	1.1.1.2.1.1. عقد ملكية الأرض
47	2.1.1.2.1.1. رخصة التجزئة
48	3.1.1.2.1.1. الجدول الوصفي للتقسيم
48	4.1.1.2.1.1. شهادة التقسيم
48	5.1.1.2.1.1. رخصة البناء
51	6.1.1.2.1.1. شهادة التعمير
52	2.1.2.1.1. الإجراءات الإدارية المتبعة من طرف المشتري
52	2.2.1.1. الإجراءات المالية
53	1.2.2.1.1. الإجراءات المالية المتبعة من قبل المتعامل في الترقية العقارية
54	2.2.2.1.1. الإجراءات المالية المتبعة من قبل المشتري
54	1.2.2.2.1.1. طلب الإعانة المالية من الصندوق الوطني للسكن
56	2.2.2.2.1.1. طلب قرض عقاري
59	2.1. الضمانات القانونية المقررة قبل حيازة البناء المشيد
59	2.1. الضمانات القانونية المقررة في مرحلة انعقاد عقد البيع بناء على التصاميم
60	1.1.2.1. مجالات الحماية
60	1.1.1.2.1. مجال انتقال الملكية
61	1.1.1.1.2.1. المقصود بحق الملكية
62	2.1.1.1.2.1. إجراءات انتقال ملكية العقار بناء على التصاميم

69	3.1.1.1.2.1. الآثار المترتبة عن انتقال الملكية في عقد البيع بناء على التصاميم
71	4.1.1.1.2.1. القيود الواردة على حق ملكية البناء في عقد البيع بناء على التصاميم
72	2.1.1.2.1. مجال مدة الإنجاز والتسليم
73	1.2.1.1.2.1. طريقة تحديد مدة الإنجاز
75	2.2.1.1.2.1. عقوبات التأخير في مدة الإنجاز وأجال التسليم
76	3.1.1.2.1. مجال تحديد الثمن
77	1.3.1.1.2.1. طريقة تحديد الثمن ومراجعته
79	2.3.1.1.2.1. كيفية دفع الثمن وتاريخ استحقاقه
82	2.1.2.1. اكتتاب عقود تأمين لصالح المشتري (المالك)
83	1.2.1.2.1. اكتتاب المتعامل في الترقية العقارية تأمين لدى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة
83	1.1.2.1.2.1. مفهوم صندوق الضمان والكفالة المتبادلة
86	2.1.2.1.2.1. هيئات صندوق الضمان والكفالة المتبادلة وإجراءات التأمين
90	3.1.2.1.2.1. نطاق ضمان صندوق الضمان والكفالة المتبادلة
93	4.1.2.1.2.1. آثار التأمين لدى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة
98	2.2.1.2.1. التأمين على المسؤولية العشرية
98	1.2.2.1.2.1. نطاق التأمين
104	2.2.2.1.2.1. أحكام التأمين الإجباري من المسؤولية
109	3.2.1.2.1. اكتتاب ضمان من جميع المخاطر
109	1.3.2.1.2.1. مفهوم الخطر في عقد التأمين
112	2.3.2.1.2.1. صور الخطر
113	2.2.1. الضمانات القانونية المقررة من مرحلة انطلاق الإنجاز إلى مرحلة إتمام التشييد
114	1.2.2.1. ضمان المطابقة
115	1.1.2.2.1. تعريف عدم المطابقة وتمييزها عما يشابهها
115	1.1.1.2.2.1. تعريف عدم المطابقة
116	2.1.1.2.2.1. تميز عدم المطابقة عما يشابهها
117	2.1.2.2.1. إجراءات الحصول على شهادة المطابقة
118	1.2.1.2.2.1. الإجراءات المقررة في حالة إيداع تصريح بانتهاء أشغال البناء

- 120 2.2.1.2.2.1. الإجراءات المقررة في حالة عدم إيداع التصريح خلال الأجل القانوني
- 120 3.2.1.2.2.1. الإجراءات المقررة في حالة غياب أي قرار في المطابقة خلال ثلاثة أشهر
- الموالية لإيداع التصريح بانتهاء أشغال البناء
- 121 3.1.2.2.1. الآثار المترتبة عن ثبوت عدم المطابقة
- 121 1.3.1.2.2.1. التنفيذ العيني
- 122 2.3.1.2.2.1. هدم البناء
- 122 2.2.2.1. حق امتياز من الدرجة الأولى
- 123 1.2.2.2.1. مفهوم حق الامتياز
- 124 1.1.2.2.2.1. تعريف حق الامتياز وخصائصه
- 124 2.1.2.2.2.1. أنواع حقوق الامتياز
- 131 2.2.2.2.1. مركز حق امتياز جماعة المالكين من حقوق الامتياز الأخرى
- 131 1.2.2.2.2.1. محل حق الامتياز
- 131 2.2.2.2.2.1. مرتبة حق الامتياز
- 131 3.2.2.2.2.1. طريقة استفادة جماعة المالكين من هذا الحق
- 133 3.2.2.1. المسؤولية العقدية للمتعامل في الترقية العقارية
- 134 1.3.2.2.1. أسباب تحقق المسؤولية العقدية للمتعامل في الترقية العقارية
- 134 1.1.3.2.2.1. المسؤولية العقدية للمتعامل في الترقية العقارية عن إخلاله بالتزامه بمواصلة الإنجاز والتشييد
- 136 2.1.3.2.2.1. المسؤولية العقدية للمتعامل في الترقية العقارية عن تسليم المبيع ومطابقته
- 138 3.1.3.2.2.1. المسؤولية العقدية للمتعامل في الترقية العقارية عن هلاك المبيع
- 139 4.1.3.2.2.1. المسؤولية العقدية للمتعامل في الترقية العقارية عن ضمان العيوب والأضرار
- 140 5.1.3.2.2.1. المسؤولية العقدية للمتعامل في الترقية عن انتقال الملكية في عقد البيع بناء على التصاميم
- 141 2.3.2.2.1. نظام المسؤولية العقدية للمتعامل في الترقية العقارية وأحكامها
- 142 1.2.3.2.2.1. شروط تحقق المسؤولية العقدية للمتعامل في الترقية العقارية
- 145 2.2.3.2.2.1. مدى إمكانية الاتفاق على تعديل أحكام المسؤولية العقدية للمتعامل في الترقية العقارية

145	3.2.3.2.2.1. تقادم دعوى المسؤولية العقدية
146	4.2.2.1. الحماية الجنائية والإدارية
146	1.4.2.2.1. الحماية الجنائية
147	2.4.2.2.1. الحماية الإدارية
150	2. الحماية القانونية المقررة بعد حيازة البناية
150	1.2. الضمانات المستحدثة بموجب المرسوم التشريعي رقم 03/93
151	1.1.2. ماهية التسليم والتسلم
152	1.1.1.2. التسليم في عقد البيع بناء على التصاميم
152	1.1.1.1.2. مفهوم التسليم في عقد البيع بناء على التصاميم
152	1.1.1.1.1.2. تعريف الالتزام بالتسليم
153	2.1.1.1.1.2. شروط التسليم
154	3.1.1.1.1.2. طريقة التسليم
155	2.1.1.1.2. الآثار المترتبة عن التسليم في عقد البيع بناء على التصاميم وجزاء الإخلال بهذا الالتزام
156	2.1.1.2. ماهية الالتزام بالتسليم في عقد البيع بناء على التصاميم
156	1.2.1.1.2. مفهوم التسليم
156	1.1.2.1.1.2. تعريف التسليم
158	2.1.2.1.1.2. شروط التسليم
159	3.1.2.1.1.2. صور التسليم
160	2.2.1.1.2. آثار التسليم في عقد البيع بناء على التصاميم وجزاء الإخلال بهذا الالتزام
160	1.2.2.1.1.2. الآثار المترتبة عن التسليم
161	2.2.2.1.1.2. جزاء الإخلال بالالتزام بالتسليم
161	2.1.2. الضمانات الخاصة
162	1.2.1.2. ضمان حسن الإنجاز
163	1.1.2.1.2. نطاق تطبيق ضمان حسن الإنجاز
163	1.1.1.2.1.2. النطاق الشخصي لضمان حسن الإنجاز
166	2.1.1.2.1.2. النطاق الموضوعي لضمان حسن الإنجاز
168	3.1.1.2.1.2. النطاق الزمني لممارسة حق ضمان حسن الإنجاز

170	2.1.2.1.2. أحكام ضمان حسن الإنجاز
170	1.2.1.2.1.2. جزاء الإخلال بضمن حسن الإنجاز
172	2.2.1.2.1.2. أسباب دفع ضمان حسن الإنجاز
174	2.2.1.2. عناصر سير تجهيز البناية
174	1.2.2.1.2. نطاق ضمان حسن سير عناصر تجهيز البناية
175	1.1.2.2.1.2. النطاق الشخصي لضمن حسن سير عناصر التجهيز
176	2.1.2.2.1.2. النطاق الموضوعي لضمن حسن سير عناصر التجهيز
178	3.1.2.2.1.2. النطاق الزمني لضمن حسن سير عناصر التجهيز
179	2.2.2.1.2. أحكام ضمان حسن سير عناصر التجهيز
179	1.2.2.2.1.2. أحكام ضمان حسن سير عناصر التجهيز والنظام العام
179	2.2.2.2.1.2. جزاء الإخلال بضمن حسن سير عناصر التجهيز
180	3.2.2.2.1.2. أسباب دفع ضمان حسن سير عناصر التجهيز
181	3.2.1.2. ضمان العيوب الظاهرة
182	1.3.2.1.2. مفهوم العيوب الظاهرة
182	1.1.3.2.1.2. تعريف العيب الظاهر
183	2.1.3.2.1.2. خصائص الالتزام بضمن العيب الظاهر
184	2.3.2.1.2. أحكام ضمان العيوب الظاهرة
184	1.2.3.2.1.2. نطاق ضمان العيوب الظاهرة
186	2.2.3.2.1.2. جزاء ظهور العيوب الظاهرة
187	2.2. الحماية من خلال أحكام الضمان العشري
188	1.2.2. أشخاص الضمان العشري
188	1.1.2.2. الأشخاص الملزمون بالضمان العشري
189	1.1.1.2.2. المقاول والمهندس المعماري
189	1.1.1.1.2.2. المقاول
191	2.1.1.1.2.2. المهندس المعماري
194	2.1.1.2.2. بائع العقار (المتعامل في الترقية العقارية)
198	3.1.1.2.2. المكلفون بالرقابة التقنية وأشخاص آخرون
199	1.3.1.1.2.2. المكلفون بالرقابة التقنية

200	2.3.1.1.2.2. أشخاص آخرون
205	2.1.2.2. المستفيدون من الضمان العشري
206	1.2.1.2.2. مشتري العقار بناء على التصاميم
206	1.1.2.1.2.2. استفادة المشتري من الضمان العشري بقوة القانون
207	2.1.2.1.2.2. استفادة المشتري من الضمان العشري باعتباره خلفا خاصا للمتعامل في الترقية العقارية
211	2.2.1.2.2. الخلف العام والخلف الخاص للمشتري
211	1.2.2.1.2.2. الخلف العام للمشتري
211	2.2.2.1.2.2. الخلف الخاص للمشتري
213	2.2.2. شروط الضمان العشري
214	1.2.2.2. الشروط الموضوعية
215	1.1.2.2.2. وجود عقد مقاوله وعقد بيع بناء على التصاميم
215	1.1.1.2.2.2. وجود عقد مقاوله
216	2.1.1.2.2.2. وجود عقد بيع بناء على التصاميم
218	2.1.2.2.2. تشييد مباني أو إقامة منشآت ثابتة
218	1.2.1.2.2.2. تشييد مباني
219	2.2.1.2.2.2. إقامة المنشآت الثابتة
220	3.1.2.2.2. تهدم أو تعيب البناء أو المنشأة
221	1.3.1.2.2.2. تهدم المباني والمنشآت
222	2.3.1.2.2.2. تعيب المباني
232	2.2.2.2. الشروط الشكلية
233	1.2.2.2.2. مدة الضمان العشري
233	1.1.2.2.2.2. مرحلة بدء سريان مدة الضمان العشري
235	2.1.2.2.2.2. الطبيعة القانونية لمدة الضمان العشري
236	2.2.2.2.2. دعوى الضمان العشري
236	1.2.2.2.2.2. الطبيعة القانونية لمدة دعوى الضمان العشري
237	2.2.2.2.2.2. تقادم دعوى الضمان العشري
237	3.2.2. أحكام الضمان العشري

238	1.3.2.2. جزء تحقق الضمان العشري
238	1.1.3.2.2. أطراف دعوى الضمان العشري
238	1.1.1.3.2.2. المدعى في دعوى الضمان العشري
238	2.1.1.3.2.2. المدعى عليه في دعوى الضمان العشري
239	2.1.3.2.2. جزء تحقق الضمان العشري
239	1.2.1.3.2.2. التنفيذ العيني
240	2.2.1.3.2.2. التعويض النقدي
240	3.2.1.3.2.2. الفسخ
241	2.3.2.2. أسباب دفع الضمان
242	1.2.3.2.2. القوة القاهرة
243	1.1.2.3.2.2. تعريف القوة القاهرة
244	2.1.2.3.2.2. شروط القوة القاهرة
245	2.2.3.2.2. خطأ رب العمل
245	1.2.2.3.2.2. تدخل رب العمل غير الخبير في البناء
246	2.2.2.3.2.2. تدخل رب العمل الخبير في فن البناء
246	3.2.3.2.2. خطأ الغير
247	1.3.2.3.2.2. خطأ الغير المتصل بعملية التشييد
248	2.3.2.3.2.2. خطأ الغير غير الخبير في فن البناء
251	الخاتمة
255	قائمة المراجع

مقدمة

إن كثرة الطلب على السكن وقلة العرض، خلف لهيبا في أسعار السكنات، التي نتج عنها حرمان شريحة المواطنين من للاستفادة منه.

هذا المشكل شملته الإصلاحات الاقتصادية المعلن عنها في نهاية الثمانينيات، التي تكلفت بصدور القانون رقم 07-86 المؤرخ في 04 مارس 1986 المتعلق بالترقية العقارية، والذي أعطى من خلاله المشرع الجزائري الأولوية في الترقية العقارية للبناء من أجل البيع، وحصر هذا القانون اتجاه الدولة إلى مهمة واحدة فقط في مجال البناء دون الاهتمام بالبنائيات المعدة للنشاط الاقتصادي، كما أن تطبيق هذا القانون نتج عنه احتكار المؤسسات العمومية لعملية الترقية العقارية .

هذه الأسباب وغيرها جعلت القانون رقم 07-86، المتعلق بالترقية العقارية، محدودا من حيث مجال تطبيقه، كما أنه لم ينجح في تلبية الطلبات المتزايدة على السكن، وبفشل تطبيق هذا القانون، ونظرا للتغيرات السياسية والاقتصادية والاجتماعية التي عرفها المجتمع الجزائري بعد صدور دستور 1989 دفعت بالمشرع الجزائري إلى إيجاد إطار قانوني جديد للترقية العقارية توج بصدور المرسوم التشريعي رقم 93-03 المؤرخ في 01 مارس 1993 المتعلق بالنشاط العقاري.

وأهم ما جاء في هذا المرسوم هو توسيع نطاق الترقية العقارية ليشمل البيع والإيجار، كما فتح الباب أمام المرقين العقاريين الخواص، لإنجاز منشآت عقارية وبيعها قبل الإنجاز، سواء كانت في صورة سكنات ترقيوية أو سكنات تساهمية، عن طريق عقد البيع بناء على التصاميم المنظمة بموجب المرسوم التنفيذي رقم 94-58 المؤرخ في 07/03/1994 المتضمن نموذج عقد البيع بناء على التصاميم.

وباستقراءنا للمرسوم التشريعي رقم 93-03 والمرسوم التنفيذي رقم 94-58 نلاحظ بأنهما اقتصرتا على تحديد الضمانات التقنية والمالية، التي يلتزم بها المتعامل في الترقية العقارية "البائع" اتجاه المشتري، خاصة وأن عقد البيع بناء على التصاميم هو عقد يلتزم بموجبه المتعامل في الترقية العقارية بانجاز محلات سكنية، أو تجارية، أو صناعية، مقابل دفع مشتري هذه المحلات الثمن أقساطا مجزأة على مراحل الإنجاز حسب الاتفاق على أن يتم التسليم عند انتهاء الإنجاز، هذا ما جعل هذا العقد يتميز عن عقد البيع المقرر في القواعد العامة من حيث الضمانات المقررة وأيضا لطريقة تنفيذه، وحتى من حيث الأهداف التي يرمي إلى تحقيقها

إذ يهدف عقد البيع على التصاميم إلى تحقيق المصالح المادية للمشتري من جهة، لأن هذا الأخير لا يستطيع أن يدفع الثمن كاملاً للحصول على مسكناً، ومن جهة أخرى فإنه يساهم في عملية البناء عن طريق الأقساط التي يدفعها، مما يؤدي إلى السرعة في الإنجاز، ويقضي على العجز المالي، الذي قد يتعرض له المرقى العقاري الذي يمنعه من إنجاز السكنات، وفي نفس الوقت يبعث الطمأنينة في نفس المشتري لأنه سيمتلك مسكناً بدفع ثمنه في صورة أقساط، بما يتفق وظروفه المادية خلال فترة معينة. ومن ناحية أخرى فإن هذا البيع يحقق مصلحة المرقى العقاري الذي لا يستطيع تمويل مشاريعه من أمواله الخاصة في غالب الأحيان.

وحتى يحقق هذا العقد الغايات المقصودة منه، وهي حماية مصالح البائع كطرف أول في عقد البيع بناء على التصاميم، الذي أطلق عليه المشرع الجزائري اسم المتعامل في الترقية العقارية بموجب نص المادة 03 من المرسوم التشريعي رقم 93-03 المتعلق بالنشاط العقاري، ومصالح الطرف الثاني وهو المشتري الذي اعتبره المشرع الجزائري مالكا للبناءية حتى قبل إتمام إنجازها، فقد تضمن مجموعة من الضمانات الخاصة التي تنقسم إلى قسمين.

يتمثل القسم الأول في الضمانات الاتفاقية التي يحددها أطراف العقد، دعماً للالتزامات الطرفين. أما القسم الثاني من الضمانات فهو يتمثل في الضمانات الخاصة القانونية المستحدثة بموجب المرسوم التشريعي رقم 93-03، وتشمل الضمان العشري مع الإشارة إلى أن المشرع الجزائري قد نظم بموجب أحكام المادة 554 من القانون المدني، لكن ما استحدث في هذا المرسوم هو أن المشرع الجزائري ربط فكرة الضمان العشري بعقد البيع بناء على التصاميم، في حين كان قبل صدور المرسوم التشريعي رقم 93-03، مرتبطاً بعقد المقاول فقط.

كما استحدث المشرع الجزائري بموجب هذا المرسوم، إلى جانب الضمان العشري، ضمان حسن سير عناصر التجهيز، وضمن حسن الإنجاز.

وتعد الضمانات القانونية أهم الضمانات المقررة لحماية المشتري، باعتباره الشخص الأكثر عرضة لمخاطر التشييد التي قد تترتب على عملية البناء، وإن كان المرقى العقاري بصفته بائعاً قد يتعرض لمخاطر البناء، إلا أن هذه المخاطر قد عولجت بموجب أحكام عقد المقاول التي تربطه بمشيدي البناء.

وبما أن مالك البناء أي المشتري قد يتعرض لمخاطر أخرى أثناء عملية الإنجاز، وقبل تسليم المبيع، تتمثل في عدم قدرة البائع على تسليم العقار محل الإنجاز، أو عدم إمكانية تعويض المشتري للتسديدات المدفوعة على شكل أقساط، نتيجة وفاته أو الحكم عليه بموجب قرار قضائي إذا كان شخصاً طبيعياً، أو إفلاسه وتصفية الشركة إذا كان شخصاً معنوياً، فقد خصه المشرع الجزائري بحماية خاصة

أوردتها المادة 11 من المرسوم التشريعي رقم 93- 03 المؤرخ في 01/03/1993 المتضمن النشاط العقاري .

التي يستخلص منها أن المتعامل في الترقية العقارية بصفته بائعا للعقار قبل الإنجاز يلتزم بالتأمين لدى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة " f g c m p " المنشأة بموجب المرسوم التنفيذي رقم 97-406 المؤرخ في 03/11/1997 والمتضمن إحداث صندوق الضمان والكفالة المتبادلة في الترقية العقارية، إلى جانب إلزامه بالتأمين العشري والتأمين ضد المخاطر.

ويضمن هذا الصندوق الأخطار التي تنشأ من أول دفع مسبق من طرف المشتري كجزء من ثمن المبيع "السكن " إلى غاية تحرير محضر التسليم، الذي يثبت حيازة المشتري للعقار محل الإنجاز، هذا إلى جانب ضمانات قانونية أخرى مرتبطة بعملية إبرام عقد البيع بناء على التصاميم خص بها المشتري نظرا لما ينطوي عليه شراء البناية قبل الإنجاز من خطورة لأن محله المتمثل في البناية غير موجود وقت التعاقد.

بالإضافة إلى ذلك يستفيد المشتري من الضمانات المقررة وفقا للقواعد العامة في عقد البيع العادي، وهي الالتزامات التي تقع على البائع والمتمثلة في ضمان التعرض والاستحقاق. ويشمل هذا الضمان ضمان عدم التعرض الشخصي بصورتيه المادية والقانونية، وأيضا عدم استحقاق المبيع للغير سواء كان استحقاقا كلياً أو جزئياً، المنصوص عليهما في المادة 371 وما بعدها من القانون المدني، كما تضمنهما نموذج عقد بيع العقار بناء على التصاميم .

إلى جانب ذلك يلتزم البائع بضمان العيوب الخفية التي من شأنها أن تنقص من قيمة ومنافع الشيء المبيع المنصوص عليها في القواعد العامة.

وبما أن دراستنا لهذا الموضوع تقتصر على دراسة الضمانات الخاصة التي تمثل حماية لمالك البناء ضد المخاطر التي تنشأ عن أعمال التشييد المقررة في عقد البيع بناء على التصاميم، فإننا نستبعد الضمانات المقررة وفقا للقواعد العامة ونحصر دراستنا في الضمانات القانونية المقررة لحماية مالك البناء "مشتري العقار" في إطار عقد البيع بناء على التصاميم. كما يجب أن نشير في هذا الخصوص إلى أن موضوع الأطروحة عنون بحماية المالك، بينما أثناء تحليلنا للموضوع نستعمل مصطلح المشتري والمالك على حد سواء، ويرجع السبب في ذلك لكون المشرع الجزائري اعتبر مشتري العقار بناء على التصاميم حسب نص المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 94- 58 المؤرخ في 07 مارس 1994 والمتضمن نموذج عقد البيع بناء على التصاميم مالكا ابتداء من تاريخ تحرير هذا العقد- والتي سنعلق عليها لاحقا- لذا فضلنا استعمال كلمة مالك بدل مشتري، كما أننا استعملنا كلمة بناية بدل عقار لأن جل الضمانات التي قررها القانون هي لحماية البناية، في حين لو استعملنا مصطلح العقار لتطرقنا للأرض

التي تقام عليها البناء على أساس أن محل عقد البيع بناء على التصاميم يشمل الأرض والبناء لذا تفادينا استعمال مصطلح " عقار " .

وبتفحصنا لأحكام عقد البيع بناء على التصاميم توصلنا إلى أن الضمانات المقررة لحماية مالك البناء في عقد البيع بناء على التصاميم تنطلق من مرحلة انعقاد العقد إلى ما بعد حيازة البناء، لذا يمكن أن نقسم الضمانات المقررة لحماية مالك (مشتري) العقار بناء على التصاميم إلى قسمين، ضمانات مقررة قبل حيازة البناء من طرف المالك التي تشمل نوعين من الضمانات، ضمانات مقررة في مرحلة انعقاد العقد و ضمانات مقررة في مرحلة الإنجاز. أما القسم الثاني فهو يشمل الضمانات المقررة بعد حيازة البناء، وتتمثل في الضمان العشري الذي نظمه المشرع الجزائري بموجب نص المادة 554 من القانون المدني، التي تمنح حق الاستفادة من الضمان العشري لكل رب عمل سواء كان صاحب المشروع أو مالك البناء.

ونظرا لأهمية هذا الضمان فقد أقره المشرع الجزائري كضمان خاص لمشتري العقار بناء على التصاميم، بموجب أحكام المادة 02/08 من المرسوم التشريعي رقم 93- 03 المتعلق بالنشاط العقاري التي أحالت تطبيق أحكام الضمان العشري إلى أحكام القانون المدني خاصة المادة 554 منه.

وبصفة خاصة فقد تضمن المرسوم التشريعي رقم 93- 03 ضمانات خاصة بمشتري العقار في إطار عقد البيع بناء على التصاميم ،لم يتضمنها القانون المدني ،تتمثل في ضمان العيوب الظاهرة، وضمان حسن سير عناصر التجهيز ،وضمان حسن الإنجاز، المترتبة عن مخاطر التنفيذ التي تظهر بعد تسليم المنشأة التي تعتبر صورة جديدة من صور الضمان، وتهدف إلى حماية مشتري العقار بناء على التصاميم .

لكن التجاوزات المسجلة أثناء تطبيق المرسوم التشريعي رقم 93 – 03 المتعلق بالنشاط العقاري من طرف المرقين العقاريين ونظرا لغياب الآليات القانونية التي من شأنها ضبط التزاماتهم، لاسيما في مجال احترام آجال الإنجاز، أدت إلى إلغاء هذا المرسوم بموجب القانون رقم 11-04 المؤرخ في 17 فبراير 2011 المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية. الذي تضمن مجموعة من الضمانات قررت لحماية مشتري العقار على التصاميم، أو كما أطلق عليه القانون رقم 11- 04 بالمقتني .

جل هذه الضمانات نظمها المرسوم التشريعي رقم 93-03 وفصل فيها القانون رقم 11- 04، باستثناء الحماية الجنائية والإدارية اللتين استحدثنا بموجب القانون رقم 11-04.

وما تجدر الإشارة إليه، هو أن موضوع الأطروحة تم دراسته في ظل أحكام المرسوم التشريعي رقم 93-03، وبعد الانتهاء منها صدر القانون رقم 11-04، لذا أضفنا ما جاء به هذا القانون لإبراز

أهم ما تضمنه هذا القانون في ما يخص الضمانات المقررة لحماية مشتري العقار على التصاميم (المالك) في انتظار صدور النصوص التنظيمية.

ولقد دفعتنا لدراسة هذا الموضوع الأسباب التالية:

- ما لحق بولاية بومرداس وبعض المناطق في ولايات أخرى، بعد زلزال ماي 2003، من خسائر مادية وبشرية بقيت آثارها إلى يومنا هذا، نتيجة غش المقاولين في عمليات البناء والتشييد، وذهب ضحيتها العديد من الأشخاص والممتلكات، فكان لا بد من البحث عن الأسباب التي أدت بهؤلاء إلى عدم احترام المقاييس الفنية لعملية البناء، هل ترجع لعدم وجود نص قانوني لردع هؤلاء من ارتكاب تلك الأخطاء، أم أن عدم وجود رقابة فعلية من الجهات الوصية سمحت لهؤلاء من التملص من العقوبات.

- لم يحظ هذا الموضوع بالدراسة من طرف المختصين إلا في بعض المقالات التي تناولت الموضوع بصفة عامة دون تدقيق، فارتأينا ضرورة تناوله بالتفصيل حتى يكون مرجعا يستفيد منه رجل القانون بالدرجة الأولى، وكل مالك لبناء عن طريق عقد البيع بناء على التصاميم، خاصة بعد شيوعه في السنوات الأخيرة في صورة سكنات تساهمية مدعمة من طرف الدولة، والتي أصبح الطلب يتزايد عليها يوما بعد يوم مقارنة بالسكنات الأخرى.

ولتحقيق هذه الأهداف واجهتنا العديد من الصعوبات من أهمها نقص المراجع المتخصصة في هذا الموضوع لاسيما بالنسبة للضمانات المستحدثة بموجب المرسوم التشريعي رقم 93-03 المتعلق بالنشاط العقاري.

على ضوء ما تقدم يمكننا أن نطرح الإشكالية التالية: هل تعد الضمانات القانونية المقررة في عقد البيع بناء على التصاميم كافية لحماية مالك البناء (المشتري) ؟

وللإجابة عن هذه الإشكالية ارتأينا إتباع الدراسة التحليلية التي تم على ضوءها تقسيمها إلى بايين، خصصنا الباب الأول للحماية المقررة قبل حيازة المالك للبناء، تتوزع في فصلين، نتعرض في الفصل الأول للحماية المقررة في مرحلة انعقاد العقد، أما الفصل الثاني فسنتناول من خلاله وسائل الحماية المقررة من مرحلة انطلاق الانجاز إلى مرحلة إتمامه.

وخصصنا الباب الثاني للضمانات المقررة بعد حيازة البناء، يتناول الفصل الأول منه الضمانات المستحدثة بموجب المرسوم التشريعي رقم 93-03، في حين يعالج الفصل الثاني الحماية المقررة من خلال أحكام الضمان العشري.

فصل 1

الحماية القانونية المقررة قبل حيازة البناء المشيد

رغبة من المشرع الجزائري في تقرير حماية قانونية فعالة للمالك المستفيد في إطار عقد البيع بناء على التصاميم، ونظرا لأن عقد البيع بناء على التصاميم يتطلب وقتا لتنفيذ الالتزامات الناشئة عنه، لكونه يرد على عقار مستقبلي، والمدة اللازمة لتنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد قد تطول، لم يكتف المشرع الجزائري بتقرير حماية لمشتري العقار بعد إتمام البناء فقط بل ضمنها في مرحلة الإنجاز، وأيضا في مرحلة انعقاد العقد.

ويرجع السبب في تقرير هذه الحماية الخاصة في عقد البيع بناء على التصاميم، نظرا للخطورة التي ينطوي عليها هذا العقد، لكون المالك المستفيد يساهم في عملية إنجاز السكنات عن طريق عملية تمويل المشروع، كما أن العقار المتعاقد عليه غير موجود وقت التعاقد وسيوجد في المستقبل.

وبتفحصنا لأحكام المرسوم التشريعي رقم 93-03 المؤرخ في 03/03/01 المتعلق بالنشاط العقاري، والمرسوم التنفيذي رقم 94-58 المؤرخ في 07 مارس 1994 المحدد لنموذج عقد البيع بناء على التصاميم، نجد أن المشرع الجزائري وضع قواعد خاصة لبيع عقار قبل الإنجاز تختلف جذريا عن قواعد البيع وفقا للقواعد العامة، وتقترب من أحكام المقاوله خاصة بالنسبة لأحكام ضمان عيوب البناء. ولا شك أن المشرع الجزائري يهدف من وراء هذه القواعد الخاصة إلى حماية المشتري.

وتتجلى هذه الحماية في منح المشتري عدة ضمانات قانونية من تاريخ انعقاد عقد البيع بناء على التصاميم إلى مرحلة حيازة البناء المشيد تضمنها عقد البيع بناء على التصاميم.

وقبل التطرق للضمانات التي تشكل آليات قانونية لحماية مشتري العقار بناء على التصاميم، يجدر بنا في البداية أن نقوم بتحديد ماهية عقد البيع بناء على التصاميم الذي تضمن هذه الضمانات في فصل أول ثم نتطرق في فصل ثاني للضمانات التي حددها هذا العقد في مرحلة ما قبل حيازة البناء، وذلك على الشكل التالي:

الفصل الأول: ماهية عقد البيع بناء على التصاميم

الفصل الثاني: الضمانات القانونية المقررة قبل حيازة البناء المشيد

1.1. ماهية عقد البيع بناء على التصاميم

تعد هذه المرحلة أول مرحلة يتطلب من المرفق العقاري القيام بها بعد صدور قائمة المستفيدين، حتى يتمكن من التعاقد مع كل مشتري مستفيد إذا تعلق الأمر بالسكنات التساهمية، وقبض الدفعة الأولى من الثمن المتفق عليه.

وبما أن عقد البيع بناء على التصاميم هو الذي يحدد حقوق والتزامات الأطراف المتعاقدة فقد عمل المشرع على تحديد الحقوق والالتزامات وفتح المجال في بعض المسائل لإرادة المتعاقدين. لذا يستلزم منا في هذا الفصل، قبل التحدث عن مجالات الحماية القانونية التي قررها المشرع في مرحلة انعقاد عقد البيع بناء على التصاميم، أن نتقدم ذلك بتحديد ماهية هذا العقد، وذلك بتحديد مفهوم عقد البيع بناء على التصاميم و أحكامه، من خلال المبحثين التاليين:

المبحث الأول: مفهوم عقد البيع بناء على التصاميم

المبحث الثاني: الإجراءات المتبعة لإبرام عقد البيع بناء على التصاميم

1.1.1. مفهوم عقد البيع بناء على التصاميم

يعد عقد البيع بناء على التصاميم من أهم تقنيات الترقية العقارية لذلك نظمه المشرع الجزائري بموجب المرسوم التشريعي رقم 93-03 المؤرخ في 10 مارس 1993 المتعلق بالنشاط العقاري، وذلك من خلال الفصل الثاني من هذا المرسوم المعنون بـ "علاقة المتعامل في الترقية العقارية بالمشتري". ونظرا لخصوصية هذا العقد اشترط المشرع تحريره في عقد نموذجي، تضمنه المرسوم التنفيذي رقم 94-58 المؤرخ في 07 مارس 1994 والمتضمن نموذج عقد البيع بناء على التصاميم الذي يطبق في مجال الترقية العقارية .

وحتى يمكننا معرفة المقصود بعقد البيع بناء على التصاميم، وعلاقته بالترقية العقارية سنحاول التطرق من خلال هذا المبحث إلى أربعة مطالب على الشكل التالي:

المطلب الأول: تعريف عقد البيع بناء على التصاميم وتمييزه عن غيره من العقود

المطلب الثاني: أطراف عقد البيع بناء على التصاميم

المطلب الثالث: البنائيات محل عقد البيع بناء على التصاميم

المطلب الرابع: خصوصية عقد البيع بناء على التصاميم

1.1.1.1. تعريف عقد البيع بناء على التصاميم وتمييزه عن غيره من العقود

من خلال هذا المطلب سنتطرق لتحديد تعريف عقد البيع بناء على التصاميم، وتمييزه عن العقود المشابهة له، وهذا ما سنحاول معالجته من خلال الفرعين التاليين:

1.1.1.1.1. تعريف عقد البيع بناء على التصاميم وخصائصه

يعد عقد البيع بناء على التصاميم من بين التقنيات القانونية التي يستعملها المتعامل في الترقية العقارية إلى جانب كل من البيع بعد إتمام الإنجاز وعقد الإيجار. ونظم المشرع الجزائري أحكام عقد البيع بناء على التصاميم بموجب المرسوم التنفيذي رقم 94-58 المؤرخ في 07 مارس 1958.

1.1.1.1.1.1. تعريف عقد البيع بناء على التصاميم

يعد عقد البيع بناء على التصاميم من العقود المسماة حديثة النشأة في التشريع الجزائري، إذ لم يتم تنظيمه إلا بصدر المرسوم التشريعي رقم 93-03 المؤرخ في 01 مارس 1993، وإن كانت بعض بوادره ظهرت من خلال عقد حفظ لحجز العقار المراد شراؤه وهو لا يزال في طور الإنجاز المنظم بمقتضى القانون رقم 86-07 المؤرخ في 04/03/1986 الملغى بموجب المرسوم التشريعي رقم 93-03.

أما بالنسبة للمشرع الفرنسي فقد عرف عقد البيع بناء على التصاميم بصدر المرسوم رقم 54-1123 المؤرخ في 10/11/1954 [158] ص 12، وتلته بعد ذلك عدة نصوص قانونية نظمت أحكام هذا العقد، كان آخرها القانون رقم 78-12 المؤرخ في 04/01/1978 المعدل والمتمم للقانون المدني، وقانون البناء والسكن، وذلك من خلال الفقرة الأولى للمادة 1601 من القانون المدني الفرنسي والمادة 216 من قانون البناء والسكن.

واصطلح على تسمية عقد البيع بناء على التصاميم في القانون المدني الفرنسي ب: "vente d'immeuble à construire"، أي بيع العقار في طور الإنشاء، وطبقا لأحكام قانون البناء والسكن الفرنسي فقد اصطلح على تسميته ب: "vente en l'état futur d'achèvement" أي بيع في حالة الإنجاز المستقبلي.

ولتحديد المقصود بعقد البيع بناء على التصاميم، سنحاول تحديد التعاريف الفقهية ثم التعريف القانوني.

التعريف الفقهي: من أهم المساهمات الفقهية في تعريف عقد البيع بناء على التصاميم التعريف القائل: "ذلك العقد الذي يرد على محل لم يتم إنشاؤه بعد ، وبموجب هذا العقد يتعهد المملك بإنشاء عقار معين أو وحدة معينة وفقا لنماذج معينة تحددها وثائق العقد، كما يتعهد بنقل ملكية هذا العقار إلى المكتتب وتسليمها إياه" [6] ص 57.

أما بالنسبة للفقه الفرنسي فقد عرفه الأستاذان Jean Bernard Auby et Hugues Berinet Marquet من خلال نص المادة 1601 من قانون البناء والسكن من خلال الالتزامات التي تقع على عاتق البائع، "أما الأستاذ Baraton Deffing فقد عرفه بأنه" ذلك البيع الذي يقع على عقار لم يشيد بعد، يلتزم البائع بمقتضاه بالإنجاز والالتزام بنقل الملكية للمشتري" [54] ص 2.

التعريف القانوني: بتفحصنا أحكام المرسوم التشريعي رقم 93-03 المتعلق بالنشاط العقاري والمرسوم التنفيذي رقم 94-58 المحدد لنموذج عقد البيع بناء على التصاميم نجد أن المشرع الجزائري لم يعرف عقد البيع بناء على التصاميم، وهذا ما يتضح من خلال نصوص المرسومين لاسيما نص المادة 09 من المرسوم التشريعي رقم 93-03 المؤرخ في 01/03/1993 المتضمن النشاط العقاري التي اكتفت بمنح المتعامل في الترقية العقارية الحق في بيع بناية أو جزء من بناية للمشتري قبل إتمام الإنجاز شريطة أن يرفق هذا العقد بضمانات تقنية ومالية كافية).

أما المشرع الفرنسي فقد تطرق إلى تعريف عقد البيع بناء على التصاميم بمقتضى نص المادة 1601 من القانون المدني الفرنسي الذي نظم نوعين من البيوع وهما، البيع المؤجل والبيع في حالة إنجاز مستقبلي.

نظمت المادة 02/1601 البيع المؤجل "la vente à terme"، الذي يقصد به عقد غير بات معلق على أجل، تؤجل بموجبه آثار البيع المتمثلة في كل من التسليم ودفع الثمن ونقل الملكية لغاية إتمام الإنجاز النهائي للبناية [153] ص 100.

أما المادة 3/1601 فقد نظمت البيع في حالة الإنجاز المستقبلي " la vente à l'état futur d'achèvement"، وهذا البيع يختلف عن البيع المؤجل إذ يتم نقل الملكية في العاجل في حين يدفع الثمن على أقساط حسب تقدم الأشغال [53] ص 101.

من النصوص القانونية السابقة الذكر يمكن تحديد المقصود من عقد البيع بناء على التصاميم بأنه: "العقد الذي يلتزم بموجبه المرفق العقاري ببيع بناية في طور الإنجاز، وفي المقابل يلتزم المشتري بدفع الثمن على أقساط يتفق عليها.

وبالرغم من الاختلاف بين التعاريف الفقهية والقانونية إلا أننا نلاحظ بأنها اتفقت على مضمون عقد البيع بناء على التصاميم المتمثل في بيع عقار في طور الإنجاز على أن يدفع الثمن في شكل أقساط.

هذا المفهوم كرسه المشرع الجزائري في المادة 28 من القانون رقم 04-11 التي عرفت عقد البيع على التصاميم بما يلي: «عقد البيع على التصاميم لبناية أو جزء من بناية مقرر بناؤها أو في طور البناء هو العقد الذي يتضمن ويكرس تحويل حقوق الأرض وملكية البنايات من طرف المرقي العقاري لفائدة المكتتب موازاة مع تقدم الأشغال، وفي المقابل يلتزم المكتتب بتسديد السعر كلما تقدم الإنجاز» [107].

ما يلاحظ على هذا النص هو أنه عرف عقد البيع على التصاميم على أنه العقد الذي يكرس تحويل ملكية البنايات وحقوق الأرض من طرف المرقي العقاري لفائدة المكتتب (المقتني) حسب تقدم الأشغال مقابل دفع هذا الأخير مبلغا ماليا كلما تقدم الإنجاز.

ما يجب أن نشير إليه هو أننا نبدي تحفظاتنا على هذا النص بإقراره انتقال الملكية حسب تقدم الإنجاز، فإذا أقر المشرع دفع الثمن حسب تقدم الإنجاز فهو أمر منطقي ومعقول، لكن القول بأن تحويل ملكية البنايات وحقوق الأرض موازاة مع تقدم الأشغال فإن الأمر يستدعي التوضيح، هل قصد المشرع أن نقل الملكية يتم على مراحل؟ وهذا أمر غير معقول لتنافيه مع الإجراءات القانونية اللازمة لنقل الملكية العقارية، أم أنه قصد فصل نقل ملكية الأرض عن ملكية البناية، وفي هذه الحالة يجب أن لا يتضمنهما نفس العقد و إلا خضعا لإجراء واحد. وإن كان لا يتصور هذا الأمر على أساس أن عقد البيع على التصاميم من العقود النموذجية التي تشمل نقل ملكية الأرض والبناية معا.

أما القول بتقسيم انتقال ملكية البناية على مراحل فهل هذا يعني أن المرقي العقاري ينقل ملكية كل جزء من البناية على حدا بمعنى ينقل ملكية الأساس ثم ملكية جزء من الجدار... الخ لا يمكن ذلك حسب ما هو مقرر في القواعد العامة لانتقال الملكية العقارية المنصوص عليها في المادة 793 من ق م ج والمادة 15 من الأمر 74-75 المتعلق بإعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري اللتان ربطتا انتقال الملكية بشهر عقد البيع العقاري، و إذا أقر المشرع الجزائري في القانون رقم 04-11 إجراء خاص لانتقال الملكية في عقد البيع على التصاميم لا بد من توضيح الإجراءات القانونية اللازمة لذلك عن طريق النصوص التنظيمية.

2.1.1.1.1. خصائص عقد البيع بناء على التصاميم

يتميز عقد البيع بناء على التصاميم بخصائص يشترك فيها مع عقد البيع طبقا للقواعد العامة، وفي نفس الوقت ينفرد عنه بخصائص تميزه عنه وعن العقود الأخرى، وتتمثل هذه الخصائص في الآتي:

عقد ملزم للجانبين: إذ كل طرف يلتزم اتجاه الطرف الثاني بالتزامات معينة، فالمشتري يلتزم بدفع الثمن في حين يلتزم المتعامل في الترقية العقارية (البائع) اتجاه المشتري بنقل ملكية المبيع وتسليم الشيء المبيع[108]، وفقا للمعايير الفنية المتفق عليها، بالإضافة إلى جملة من الضمانات القانونية الخاصة بعقد البيع بناء على التصاميم والمتمثلة في ضمان حسن الإنجاز وضمن حسن سير عناصر التجهيز .

عقد معاوضة: إذ يأخذ فيه كل طرف مقابل ما يقدمه للطرف الثاني، بناء على ذلك يلتزم المتعامل في الترقية العقارية بنقل ملكية العقار ويلتزم المشتري بتقديم الثمن للبائع[108].

عقد زمني أم فوري: يعد عقد البيع وفقا للقواعد العامة، عقدا فوريا تنفذ فيه الالتزامات بمجرد انعقاد العقد، أما عقد البيع بناء على التصاميم يعد الزمن عنصرا جوهريا في تنفيذه ، إذ يستلزم على البائع إتمام إنجاز المشروع خلال الأجل المحدد في العقد، كما أن الثمن المحدد وقت انعقاد العقد يمكن مراجعته بعد فترة زمنية، وبذلك يعد الزمن عنصرا جوهريا في تحديد ثمن العقار، لكن هل هذا يضيفي الصفة الزمنية على عقد البيع بناء على التصاميم؟

استنادا إلى خصائص العقد الفوري نجد أنه يتميز بميزتين، الأولى أنه يتطلب تنفيذ الالتزام الناشئة عنه في الحال، ومن ناحية أخرى يتم تحديد مقدار التزامات الطرفين دون أي تدخل لعنصر الزمن.

أما بالنسبة للعقد الزمني فهو ذلك العقد الذي يكون فيه عنصر الزمن عنصرا جوهريا بحيث تكون التزامات المتعاقدين مرتبطة دائما بعنصر الزمن[34] ص 69.

ومن التعريفين السابقين نستخلص أن أهمية التمييز بين العقد الفوري والزمني تكمن فيما يلي:

العقود الزمنية قابلة للمراجعة بسبب الظروف الطارئة طبقا للمادة 107 من ق.م.ج، مع إمكانية تطبيقها في العقود الفورية المتراخية التنفيذ التي تتطلب فاصل زمني بين وقت إبرام العقد ووقت تنفيذه[34] ص 377.

العقود الزمنية تستلزم زمنا لتنفيذها في حين لا يؤثر الزمن على مقدار الالتزامات التي يترتبها العقد على عاتق المتعاقدين.

يرتب الفسخ في العقود الفورية أثرا رجعيا في حين يترتب في العقود الزمنية بأثر فوري[34] ص 70.

بناء على هذه الخصائص يمكننا تحديد طبيعة عقد البيع بناء على التصاميم إن كان من العقود الفورية أو العقود الزمنية.

بالنسبة للخاصية الأولى : يخضع الثمن في عقد البيع بناء على التصاميم للمراجعة إذا طرأت ظروف استثنائية، وهذه الخاصية تطبق في العقود الزمنية والعقود الفورية إذا كانت متراخية التنفيذ، وعقد البيع بناء على التصاميم من العقود التي تحتاج مدة لتنفيذها، وهذا ما يحقق الخاصية الثانية.

أما بالنسبة للخاصية الثالثة المتعلقة بالفسخ فإن نص المادة 13 من المرسوم التنفيذي رقم 94-58 منحت حق فسخ العقد لكلا المتعاقدين في حال عدم تنفيذ المتعاقد الثاني لالتزاماته التعاقدية الذي يترتب عليه حق استرداد المبالغ المدفوعة من طرف المشتري واسترداد العقار محل الإنجاز من طرف المتعامل في الترقية العقارية، مما يؤدي إلى إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها وقت التعاقد، بمعنى أن للفسخ في عقد البيع بناء على التصاميم أثر رجعي مما يضفي صفة العقد الفوري على عقد البيع بناء على التصاميم.

ما نخلص إليه في الأخير هو أن عقد البيع بناء على التصاميم يقوم على تأجيل الالتزامات التعاقدية التي تتطلب لتنفيذها مرور فترة من الزمن، بمعنى أن الزمن يعد عنصرا جوهريا في عقد البيع بناء على التصاميم وهذا ما يحقق أهم خاصية في العقود الزمنية، كما يمكن مراجعة عقد البيع بناء على التصاميم في حالة وقوع أي حادث استثنائي، وهي خاصية يتميز بها كل من العقد الفوري والزمني، على حد سواء، أما فيما يخص الفسخ الذي له أثر رجعي هذا يحقق خاصية العقود الفورية.

لذا نلاحظ بأن عقد البيع بناء على التصاميم يجمع بين خصائص العقد الفوري والعقد الزمني، الأمر الذي أدى بالفقه المصري إلى اعتبار عقد البيع تحت الإنشاء، المقابل لعقد البيع بناء على التصاميم في التشريع الجزائري، من العقود الفورية، على أساس عدم وجود تقابل في الالتزامات من حيث التنفيذ لأن تنفيذ المشتري لجزء من الالتزامات يدفع أحد الأقساط لا يقابله تنفيذ جزء من التزامات البائع لأنه لا يقوم بتسليم العقار المتفق عليه إلا بعد الانتهاء الكلي من عملية الإنجاز [15] ص 110.

وفي نظرنا هذا الرأي هو الصائب لأن توفر خاصية الزمن التي تعد أهم خاصية فيه لا يعني أنه عقد زمني لأن أزمة السكن دفعت بالمشرع إلى إيجاد حل لهذه الأزمة، تمثل في وضع صيغة جديدة للبيع يساهم فيها المشتري في عملية الإنجاز عن طريق دفع الثمن على أقساط خلال مرحلة الإنجاز، الأمر الذي أدى بانفراد هذا العقد بخصوصية تميزه عن عقد البيع المقرر وفقا للقواعد العامة. ضف إلى ذلك أن العقد الزمني يتطلب تقابل الالتزامات من حيث الوجود والتنفيذ أما في عقد البيع بناء على التصاميم فإن المشتري يبقى ملتزما بدفع الثمن على دفعات طيلة مرحلة الإنجاز، في حين لا يلتزم المتعامل بتسليم البناية إلا بعد انتهاء الإنجاز، وهذا يعني عدم وجود تقابل في تنفيذ الالتزامات .

عقد شكلي: يعد عقد البيع بناء على التصاميم من العقود الشكلية لأن محله بيع عقار، الذي يستلزم توفر أربعة أركان لانعقاده وهي الرضا، المحل، السبب، والرسمية، وإلا عد العقد باطلا بطلانا مطلقا، وهذا ما نصت عليه المادة 324 مكرر 01 من القانون المدني، التي اشترطت ضرورة إضفاء الصفة الرسمية على كل عقد يتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية أو محلات تجارية أو صناعية، أو كل عنصر من عناصرها.

ويترتب عن مخالفة هذا الإجراء البطلان المطلق [108]، لذا يتم إفراغ التصرف المتضمن البيع بناء على التصاميم في عقد نموذجي محدد بموجب المرسوم التنفيذي رقم 94-58 المؤرخ في 1994/03/07 والمتضمن نموذج عقد البيع بناء على التصاميم لدى الموثق.

ويتم تحرير عقد البيع بناء على التصاميم لدى الموثق بحضور المشتري والمتعامل العقاري. وإذا تعلق الأمر بعمارة بها عدة أجزاء يحرر الموثق محضر عن ذلك يفيد حصول المشتري على محله مرفقا ببيان وصفي لتقسيم الملكية المشتركة لتوضيح وتحديد الجزء المخصص والذي ناله كل مشتري، إضافة إلى ذلك يرفق بنفس العقد شهادة إدارية تثبت مطابقة المنشآت لمخطط البناء المصادق عليه من قبل مديرية التعمير، كما ترفق بهذا العقد شهادة الضمان المسلمة للمتعامل في الترقية العقارية من طرف صندوق الضمان والكفالة المتبادلة.

وفي حالة عدم تحرير العقد في نمودجه المقرر حسب المرسوم التنفيذي رقم 94-58 ولم ترفق شهادة الضمان وشهادة المطابقة يقع على عاتق المحافظ العقاري التزام بعدم إخضاع هذا التصرف إلى الإشهار العقاري على مستواه، وفي حالة عدم مراعاته لذلك الإجراء يتعرض المحافظ إلى مساءلة تأديبية وقضائية [45] ص 105 - 106.

عقد إذعان أم مساومة: يقصد بعقد المساومة: "ذلك العقد الذي يتمتع فيه كل متعاقد بحرية كاملة في وضع شروط العقد وبنوده" [34] ص 72.

أما عقد الإذعان فقد عرفه الفقه بأنه: "ذلك العقد الذي تكون فيه المساومة معدومة أو محدودة، فهناك طرف قوي اقتصاديا يعرض على الجمهور نمودج عقد موحد يسمى عقد نمودجي يطلب فيه قبولاً بدون مناقشة، وعلى الطرف الآخر أي الطرف الضعيف أن يقبل الشروط بكاملها أو يرفضها بكاملها" [43] ص 23.

أما المشرع الجزائري فلم يعرف عقد الإذعان واقتصرته المادة 70 من ق.م.ج على إبراز طريقة تحقق القبول، إذ نصت على ما يلي: "يحصل القبول في عقد الإذعان بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها".

ومن التعريف الفقهي لعقد الإذعان نستخلص الخصائص التالية:

- الإيجاب في عقد الإذعان يكون إيجاباً عاماً، فلا يكون موجه لشخص معين أو إلى فئة معينة ويصدر بشكل غير قابل للنقاش.

- مركز المتعاقدين غير متساوي من الناحية الاقتصادية أو الاجتماعية.

- احتكار الموجب للسلع أو الخدمات المعروضة على الجمهور، بمعنى الانفراد بإنتاج سلعة ما.
- أن يتعلق العقد بسلعة أو خدمة أو مرافق تعتبر من الضروريات بالنسبة للجمهور، بحيث لا يتصور استغناء هؤلاء عن هذه السلعة أو تلك الخدمة في حاجاتهم دون أن يلحقهم أذى أو مشقة، وهذه السلعة ينفرد بها الطرف القوي وحده.

- هي عقود توضع بشكل مستمر كعقود نموذجية [43] ص 59.

لو حاولنا إسقاط هذه الخصائص على عقد البيع بناء على التصاميم نلاحظ أن هذا العقد تتوفر فيه بعض خصائص عقد الإذعان، منها خاصية العقد النموذجي وخاصية الإيجاب الموجه للجمهور، وخاصية تعلق العقد بسلعة ضرورية، إلا فيما يخص خاصية الاحتكار نلاحظ أن إنجاز مشاريع السكنات في إطار عقد البيع بناء على التصاميم غير محتكر من طرف جهة معينة بل فتح المجال أمام كل الأشخاص الطبيعية والمعنوية العامة والخاصة، لذا نستبعد هذه الخاصية عن عقد البيع بناء على التصاميم، بالإضافة إلى ذلك نجد أن عقد البيع بناء على التصاميم يمنح للمشتري حرية التعاقد، من حيث ترك المشرع تنظيم العديد من المسائل لاتفاق المتعاقدين، منها طريقة دفع الثمن، كما منح للمشتري حرية اختيار المسكن من حيث عدد الغرف وموقع العمارة إذا كان في الإمكان ذلك.
بناء على ما سبق نستخلص أن عقد البيع بناء على التصاميم ليس بعقد إذعان لعدم توفر كل خصائص العقد الأخير، إنما هو عقد مساومة.

2.1.1.1.1 . تمييز عقد البيع بناء على التصاميم عن العقود المشابهة له

من خلال الخصائص السابقة الذكر، يمكن أن نقوم بتمييز عقد البيع بناء على التصاميم عن العقود المشابهة له نظراً للتداخل الموجود بينهما.
ومن أهم العقود المشابهة له عقد المقاوله من خلال تشابه التزامات البائع (المركبي العقاري مع التزامات المقاول)، ويتداخل مع الوعد بالبيع الملزم للجانبين، ويتداخل مع البيع بالإيجار.
ولتحديد مدى إمكانية فصل عقد البيع بناء على التصاميم عن هذه العقود، سنحاول تحديد المقصود بكل عقد حتى يتسنى لنا القيام بعملية المقارنة.

اختلف الفقه والقضاء حول طبيعة العقد في هذه الحالة، إذ ذهب جانب من الفقه إلى اعتباره مقاوله في حين اعتبره فريق آخر بأنه عقد بيع، واستقر الرأي السائد في الفقه المصري على أن العقد في هذه الفرضية قد يكون بيعا إذا كان العمل الذي يقوم به المقاول ثانويا بالمقارنة مع قيمة المواد المستخدمة في البناء، أما إذا كانت قيمة المواد المستخدمة في البناء ثانوية مقارنة بالعمل فإن العقد يكون مقاوله.

الفرض الثالث: تقديم العمل ومواد البناء والأرض التي سيقام عليها البناء في هذه الفرضية يلتزم المقاول بالبناء على أرض مملوكة له، وبمواد من عنده لحساب رب العمل. في هذه الحالة يعد العقد عقد بيع وارد على شئى مستقبل أسماه المشرع المصري 'بيع عقار تحت الإنشاء' [15] ص 48.

نخلص في الأخير إلى أن عقد البيع بناء على التصاميم يبرم بين المتعامل في الترقية العقارية والمشتري بغرض نقل ملكية عقار مجزأ إلى قسمين، الأرض التي يتم عليها التشييد والبناء المشيد، وبذلك يتصرف المتعامل بصفته بائعا لا مقاولا. ومن أجل إنجاز المشروع يتعاقد المتعامل في الترقية العقارية مع المقاول بموجب عقد مقاوله مستقل تماما عن عقد البيع بناء على التصاميم، لذلك يبقى هذا الأخير محافظا على خاصيته واستقلاليته عن عقد المقاوله.

3.2.1.1.1.1.1.1.1 تمييز عقد البيع بناء على التصاميم عن عقد البيع بالإيجار

عرف الدكتور محمد حسنين البيع بالإيجار بأنه: "هو العقد الذي يرد فيه العاقدان الإيجار والبيع معا، فهو إيجار إلى أن يتم الوفاء بالثمن كاملا، وبيع حين يتم الوفاء بالثمن...." [46] ص 15. وعرفته المادة 07 من المرسوم التنفيذي رقم 97-35 المؤرخ في 14 جانفي 1997، المتعلق بالبيع والبيع بالإيجار وإيجار المساكن والمحلات ذات الاستعمال التجاري والمهني والتابعة لدواوين الترقية والتسيير العقاري، بنصها: "هو ذلك العقد الذي يلتزم بموجبه ديوان الترقية والتسيير العقاري، باعتباره المالك المؤجر، أن يحول ملكا عقاريا ذا استعمال سكني لأي مشتري إثر فترة تحدد باتفاق مشترك حسب شروط هذا المرسوم" [130].

ونظرا لاعتبار البيع بالإيجار آلية من آليات دفع وتيرة النشاط العقاري نظم المشرع أحكامه بموجب المرسوم التنفيذي رقم 01-105 المؤرخ في 2001/04/23 الذي عرف البيع بالإيجار من خلال المادة 02 منه على أنه: "...هو الصيغة التي تسمح بالحصول على مسكن بعد إقرار شرائه بملكية تامة بعد انقضاء مدة الإيجار المحددة في إطار عقد مكتوب" [132].

وبتفحص أحكام هذا المرسوم خاصة المادة 02/12 التي تسمح بفسخ العقد في حالة الامتناع عن دفع الأقساط لمدة 06 أشهر مع إمكانية الطرد من السكن نلاحظ بأن البيع بالإيجار يخضع لأحكام عقد الإيجار.

وبتحليل نص المادة 19 من نفس المرسوم نلاحظ بأن المشرع نص على أن انتقال الملكية لا يتم إلا بتسديد المبلغ الكامل لسعر البيع، وبذلك يخضع البيع بالإيجار لأحكام عقد البيع. ولازدواجية الأحكام المطبقة بين أحكام عقد البيع وأحكام عقد الإيجار، نستنتج بان عقد البيع بالإيجار هو عقد ذو طبيعة خاصة لا بعقد بيع ولا بعقد إيجار.

من خلال هذا المفهوم يمكننا التمييز بين عقد البيع بناء على التصاميم وعقد البيع بالإيجار من خلال الجوانب التالية:

عقد البيع بناء على التصاميم عقد ينتج آثاره بمجرد انعقاده بما فيها نقل الملكية بعد اتباع إجراءات الشهر العقاري حتى قبل دفع كل الدفعات المستحقة، في حين نجد أن عقد البيع بالإيجار ينطوي على الإيجار في البداية وبعد دفع كل الأقساط تنتقل الملكية.

عقد البيع بناء على التصاميم يقوم على البيع فقط ، في حين نجد أن البيع بالإيجار ذو طبيعة مزدوجة بيع وإيجار.

الدفعات المقررة في عقد البيع بناء على التصاميم تعتبر جزء من الثمن، وفي حالة ما إذا عجز المتعامل في الترقية العقارية عن إتمام الإنجاز يحق للمالك المستفيد استرجاعها، في حين نجد أن الأقساط التي تدفع في عقد البيع بالإيجار تعد أجرة تدفع مقابل الانتفاع بالعين المؤجرة، وفي حالة ما إذا توقف عن دفع ستة أقساط متتالية يطرد المستفيد من المسكن، ويفسخ العقد ويسقط حقه في استرداد الأقساط التي دفعها. - الفسخ يقرر في عقد البيع بناء على التصاميم بناء على الاتفاق أو بموجب حكم قضائي، في حين نجد أن الفسخ في عقد البيع بالإيجار يقرر بقوة القانون دون الحاجة إلى استصدار حكم من المحكمة [132].

من هذه الاختلافات يتبين جليا بأن عقد البيع بالإيجار يختلف عن عقد البيع بناء على التصاميم، إذ يعد المرقي العقاري بائعا من مرحلة انعقاد البيع إلى مرحلة تسليم المنشأة، في حين نجد أن الهيئة المكلفة بإنجاز مساكن في صورة البيع بالإيجار تعد في البداية مؤجرة ثم تتحول إلى بائع.

4.2.1.1.1.1.1. تميز عقد البيع بناء على التصاميم عن عقد البيع بالتقسيط

عرفت المادة 363 من ق م ج م ج البيع بالتقسيط على أنه بيع يتم بتقسيط الثمن على عدة آجال، ويسلم المبيع إلى المشتري وقت انعقاد البيع، إلا أن الملكية لا تنتقل إلى المشتري إلا بعد أن يوفي كل الثمن.

من خلال هذا التعريف نجد أن وجه الشبه بين بيع العقار على التصاميم والبيع بالتقسيط، يتمثل أساسا في أن دفع الثمن في كليهما يتم على أقساط، وفي كلتا الحالتين تنتقل الملكية إلا أن ما يميز بينهما هو أن انتقال ملكية المبيع في البيع بالتقسيط لا يتم إلا بعد سداد جميع الأقساط المكونة لمجموع الثمن المتفق عليه في العقد، أما بالنسبة لبيع العقار بناء على التصاميم فإن ملكية العقار محل البيع تنتقل قبل حيازة العقار وهو ما نصت عليه المادة الثانية من المرسوم التنفيذي رقم 58-94 المؤرخ في 07 مارس 1994، والمتضمن نموذج بيع العقار بناء على التصاميم بقولها: " يكون المشتري مالكا للبناء المبيعة الآن بناء على التصاميم ابتداء من تاريخ التوثيق...".

5.2.1.1.1.1. تمييز عقد البيع بناء على التصاميم عن بيع الأشياء المستقبلية

أجاز المشرع الجزائري التعامل في الأشياء المستقبلية، بما فيها البيع بموجب نص المادة 92 من القانون المدني الجزائري، حيث جاء فيها: " يجوز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا، ومحققا غير أن التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطل ولو كان برضاه، إلا في الأحوال المنصوص عليها في القانون".

من خلال هذا النص نستخلص بأن المشرع الجزائري جاء بقاعدة عامة مفادها جواز التعامل في الأشياء المستقبلية شريطة أن تكون محققة الوجود، إلا ما استثناه فيما يخص التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة لما ينطوي على المضاربة على حياة الأشخاص [34] ص 226-229.

وبالتفسير الحرفي لنص المادة 92 يعد بيع العقار بناء على التصاميم بيعا لشيء مستقبلي، إلا أننا بتحليلنا للعقار محل عقد البيع بناء على التصاميم وجدنا أنه يتكون من عنصرين وهما القطعة الأرضية التي سيشتد فوقها البناء، والعنصر الثاني يتمثل في البناء المشيدة فوق القطعة الأرضية.

وبما أن هذه الأخيرة تكون موجودة وقت التعاقد وتنتقل ملكيتها بمجرد إبرام العقد، فلا يمكن أن نعتبرها بيعا لشيء مستقبلي، أما بالنسبة للبناء المراد تشييدها فهي التي ستوجد في المستقبل، وبالتالي يمكن أن نعتبره بيعا لشيء مستقبلي.

ما نخلص إليه في الأخير بعد محاولة تمييزنا لعقد البيع بناء على التصاميم عن بعض العقود المشابهة له، أن عقد البيع هو عقد مستقل بأحكامه عن العقود الأخرى ويعد من العقود المسماة.

2.1.1.1. أطراف عقد البيع بناء على التصاميم

لا ينعقد عقد البيع بناء على التصاميم إلا بتطابق إرادتي طرفيه على المسائل الجوهرية، وهي طبيعة العقد والمبيع والثمن.

والطرفان الأساسيان لإبرام عقد البيع بناء على التصاميم هما البائع (المتعامل في الترقية العقارية) والمشتري المستفيد من السكن محل الإنجاز.

سنحاول من خلال هذا المطلب التطرق لكل طرف على حدى حتى يمكننا التطرق للشروط التي تؤهله بأن يكون طرفا في عقد البيع بناء على التصاميم، وذلك بتخصيص الفرع الأول للمتعامل في الترقية العقارية (البائع)، على أن نتطرق في الفرع الثاني للمشتري (المالك).

1.2.1.1.1. المتعامل في الترقية العقارية

المتعامل في الترقية العقارية من الأشخاص الحديثين في مجال البناء لذا استلزم منا الأمر التطرق في البداية إلى تحديد المقصود بالمتعامل في الترقية العقارية، الذي يشكل طرفا في عقد البيع بناء على التصاميم.

1.1.2.1.1.1. تعريف المتعامل في الترقية العقارية (promoteur immobilier)

إن تحديد المقصود بالمتعامل في الترقية العقارية يستدعي منا أن نحدد المدلول التشريعي والفقهي والقضائي للمتعامل.

التعريف بالمتعامل في الترقية العقارية في التشريع

عرف المشرع الجزائري المتعامل في الترقية بمقتضى نص المادة 03 من المرسوم التشريعي رقم 93-03 المتعلق بالنشاط العقاري بأنه: " يدعى كل شخص طبيعي أو معنوي يمارس النشاطات المذكورة في المادة 02 السابقة متعاملا في الترقية العقارية".

والنشاطات المحددة في نص المادة 02 من المرسوم التشريعي رقم 93-03 السابق الذكر تتمثل

في الآتي:

إما إنجاز أو تجديد الأملاك العقارية المخصصة للبيع أو الإيجار أو تلبية حاجات خاصة، سواء كانت الأملاك العقارية المبنية محال ذات استعمال سكني أو محال مخصصة لإيواء نشاط حرفي، صناعي أو تجاري.

من خلال نص المادة 03 من المرسوم التشريعي رقم 93-03 اكتفى المشرع الجزائري بتحديد المقصود بالمرقي العقاري من خلال النشاطات التي يمارسها، وحدد صورته في الشخص الطبيعي أو المعنوي، الأمر الذي أدى إلى اختلاط المفاهيم بين المرقي العقاري والمقاول وحتى في بعض الأحيان مع المهندس المعماري. وبذلك يكون المشرع الجزائري قد عرف المتعامل في الترقية العقارية من خلال النشاط الذي يمارسه.

كما أن عدم تحديد مفهوم المرقى العقاري أدى إلى اكتساب هذه الصفة من أي شخص مع ممارسته لأي نشاط آخر إلى جانب الترقية العقارية، الأمر الذي أدى بالمشروع الجزائري إلى تقادي هذا المشكل من خلال القانون رقم 04-11 بتحديد المقصود بالمرقى العقاري وتحديده لشروط اكتساب هذه الصفة إذ عرفته المادة 03 من القانون رقم 04-11 بمايلي: «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 وتأهيل الشبكات قصد بيعها أو تأجيرها» [107].

من خلال هذا النص يتبين بأن المشروع الجزائري عرف المرقى العقاري من خلال النشاطات التي يقوم بها، وحددها في المبادرة بعمليات بناء مشاريع جديدة، أو ترميم، أو إعادة تأهيل، أو تجديد أو إعادة هيكلة، أو تدعيم بنايات تتطلب أحد هذه التدخلات أو تهيئة وتأهيل الشبكات قصد بيعها أو تأجيرها. وبهذا المفهوم يختلف المرقى العقاري عن المقاول الذي عرفته نفس المادة بأنه: «كل شخص طبيعي أو معنوي مسجل في السجل التجاري بعنوان نشاط أشغال البناء بصفته حرفيا أو مؤسسة تملك المؤهلات المهنية» [107].

من خلال هذين التعريفين نستخلص بأن الفرق بين المقاول والمرقى العقاري، يكمن في أن الأول تسند له مهمة التنفيذ المادي، أما الثاني فإنه ينجز لا يشيد بنفسه أشغال البناء. ويعتبر المتعامل في الترقية العقارية الشخص الوحيد الذي خصه المشروع بأهلية القيام بهذا النوع من البيوع، لذا استلزم المشروع الجزائري ضرورة أن تتوفر فيه الشروط التالية:

ملكية الوعاء العقاري: شرط ملكية الوعاء العقاري أساسي حتى يتمكن من نقل ملكيته فيما بعد للمشتري، خاصة وأن المشروع الجزائري اعتبر عقد البيع بناء على التصاميم عقد ينقل الملكية قبل إتمام الإنجاز [125].

القيود في السجل التجاري: اعتبرت المادة 03 من المرسوم التشريعي رقم 03-93 المتعامل في الترقية العقارية تاجرا بقولها: "...ويعد المتعاملون في الترقية العقارية تجارا باستثناء الذين يقومون بعمليات في الترقية العقارية لتلبية حاجاتهم الخاصة أو حاجات المشاركين في ذلك".

وبما أنه تاجر يشترط فيه أن يقيد في السجل التجاري كأى تاجر يشترط أن تتوفر فيه الأهلية القانونية للقيام بأعمال تجارية، وأن يقيد في السجل التجاري كأى تاجر آخر، وفقا للشروط المحددة في المرسوم التنفيذي رقم 97-41 المؤرخ في 18/01/1997 والمتعلق بشروط القيد في السجل التجاري، بعدها يسلم للمتعامل في الترقية العقارية السجل التجاري.

ونظرا للخطورة التي ينطوي عليها نشاط المرقى العقاري، فقد منع المشرع الجزائري بعض الأشخاص من اكتساب صفة المرقى العقاري، وهم الأشخاص الذين تعرضوا لعقوبات بسبب المخالفات التالية:

التزوير وإخفاء المسروقات وخيانة الأمانة والتفليس وابتزاز الأموال أو القيم أو التوقيعات.
النصب وإصدار شيك بدون رصيد
رشوة موظفين عموميين
شهادة الزور واليمين الكاذبة والغش الضريبي
الجنح المنصوص عليها بموجب الأحكام التشريعية المتعلقة بالشركات التجارية
كما منع من ممارسة هذا النشاط الأعضاء المشطوبون تأديبيا وبصفة نهائية، بسبب الإخلال
بنزاهة المهن المشكلة في نقابات^[107].

وبهذا يكون المشرع قد تفادى مشاكل النصب والاحتيال التي كان يقوم بها بعض المرقين قبل صدور هذا القانون، وإن كانت حماية نسبية لأن هناك العديد من المرقين المحتالين، لكن أفلتوا من يد العدالة، وبذلك فهم لا يخضعون لنص المادة 20 من القانون رقم 04-11.

ت- اكتتاب تأمين: اشترطت المادة 19 من المرسوم التشريعي 93-03 المؤرخ في 01 مارس 1993 المتضمن النشاط العقاري على كل متعامل في الترقية العقارية ضرورة اكتتاب تأمين من جميع الأخطار التي يكون مسؤولا عنها بصفته متعاملا إلى جانب التأمين من المسؤولية العشرية، واكتتاب تأمين لدى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة المنصوص عليه بموجب المرسوم التنفيذي رقم 97-406 المؤرخ في 03 نوفمبر 1997، المتضمن إحداث صندوق الضمان والكفالة المتبادلة في الترقية العقارية، الذي يتولى ضمان الدفعات التي يدفعها مشتري العقار بناء على التصاميم للمرقى العقاري.

واستلزم المشرع الجزائري أيضا من خلال القانون رقم 04-11 لاكتساب صفة المرقى العقاري ضرورة الحصول على الاعتماد والتسجيل في الجدول الوطني للمرقين العقاريين والسجل التجاري^[107].

أما بالنسبة للمشرع الفرنسي فقد أشار للمتعامل في الترقية العقارية عند تعريفه لعقد الترقية العقارية بموجب نص المادة 1831 من ق. م. ف، لكن دون أن يحدد المقصود بالمتعامل بالترقية العقارية^[57] ص 32.

التعريف القضائي للمتعامل في الترقية العقارية

لا نجد في القضاء الجزائري أي تعريف للمتعامل في الترقية العقارية، أما بالنسبة للقضاء الفرنسي فقد عرفه في العديد من القرارات، من أهمها القرار الصادر عن مجلس قضاء باريس في 12

جوان 1963 الذي عرف المتعامل في الترقية العقارية بأنه: " كل شخص طبيعي أو معنوي يبادر مباشرة أو عن طريق شركة مخصصة للبناء أو اقتناء عقار أو جزء من عقار مخصص للسكن وعليه يأخذ المبادرة والعناية التامة بالعملية".

وعرفته جهات قضائية فرنسية أخرى بأنه: " ذلك الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يأخذ المبادرة الرئيسية أو الأساسية بالعملية العقارية فيتكفل بأن يسلم، أو يبيع، أو يورد عقارا، مطابقا لقواعد الفن وخاليا من العيوب"^[57] ص 34.

وبهذا يكون القضاء الفرنسي قد عرف المتعامل في الترقية العقارية من حيث الوظائف التي يمارسها، والتي تتمثل في ثلاث وظائف وهي الوظيفة التقنية، والوظيفة القانونية، والوظيفة المالية. التعريف الفقهي للمتعامل في الترقية العقارية

عرف المتعامل في الترقية العقارية من طرف عدة فقاء في الفقه الفرنسي ، و من أهمها تعريف الفقيهين جيستاز ومالينفو اللذان عرفا المتعامل في الترقية العقارية بأنه: " الوكيل الاقتصادي الذي يتولى تحقيق بناء أو أكثر، كي يكسب ملكيته إلى واحد أو أكثر من الأشخاص الذي يطلق عليهم متلقي الملكية". أما الفقيه سان آلاري فقد عرفه بأنه: " الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يتعهد بأن يشيد عن طريق الغير عقارا أو قسما من عقار والذي يتولى تنظيم عملية التشييد وقيادتها على المستوى القانوني والمالي والإداري حتى نهايتها"^[57] ص 36.

أما بالنسبة للفقه العربي فقد عرفه الأستاذ عبد الرزاق حسين بأنه: " الشخص الذي يتولى مقابل اجر متفق عليه تحقيق العملية المعمارية التي يعهد بها إليه رب العمل بمقتضى عقد التمويل العقاري وذلك بالقيام بكل ما يتطلبه هذا التحقيق من تمويل وإدارة وإبرام كافة التصرفات القانونية اللازمة باسم رب العمل حتى يسلم العقار تاما خاليا من العيوب"^[9] ص 542.

أما في الجزائر فلا يوجد أي تعريف فقهي للمتعامل في الترقية العقارية.

2.1.2.1.1.1. أنواع المتعامل في الترقية العقارية

طبقا لنص المادة 03 من المرسوم التشريعي 93-03 المؤرخ في 01 مارس 1993 المتضمن النشاط العقاري قد يكون المتعامل العقاري شخصا طبيعيا وقد يكون شخصا معنويا، وقد يكون شخصا عاما وقد يكون شخصا خاصا، وبعد فتح السوق العقارية أمام الاستثمار انضم إلى القائمة المتعاملون العقاريون الأجانب.

بناء على ذلك يمكن تصنيف المتعاملين العقاريين في نوعين وهما المتعامل العقاري العمومي والمتعامل العقاري الخاص.

المتعامل العقاري العمومي: المتعامل العقاري العمومي هو كل شخص عمومي تابع للدولة ويعمل لحسابها[59] ص 13 .

وتتمثل الهيئات العمومية التي تتولى عملية الترقية العقارية في مايلي:

ديوان الترقية والتسيير العقاري o.p.g.i

أنشئت دواوين الترقية والتسيير العقاري بموجب المرسوم التشريعي رقم 43-76 المؤرخ في 1976/10/23 المتضمن إنشاء مكاتب الترقية والتسيير العقاري للولاية، وطبقا للمرسوم التنفيذي رقم 147-91 المؤرخ في 1991/05/12 المتضمن تغيير الطبيعة القانونية للقوانين الأساسية لدواوين الترقية العقارية طبقا لنص المادة الثانية منه على أنها مؤسسات عمومية ذات طابع صناعي وتجاري وتتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي، أي ألحق بها صفة التاجر[123].

وأكد على هذه الطبيعة المرسوم التشريعي رقم 93-03 المؤرخ في 01 مارس 1991 المتعلق بالنشاط العقاري الذي اعتبر المتعاملين في الترقية العقارية تجارا، تنطبق عليهم أحكام القانون التجاري. وتقوم دواوين الترقية والتسيير العقاري بجميع نشاطات الترقية بما في ذلك عمليات البيع بناء على التضاميم.

(الديوان الوطني للترقية العقارية):

حل الديوان الوطني للترقية العقارية محل مؤسسة ترقية السكن العائلي (E. P. L. F) التي حلت، ويقصد بالديوان كل مؤسسة ذات طابع إداري وتجاري تعمل على بناء السكنات الترقية وعملية بيعها، واستحدثت مكاتب جهوية تابعة للديوان من شأنها أن تسمح بتوسيع نشاطه على المستوى الوطني، وتضمن نجاحته ومساهمة أكبر ضمن البرنامج الخماسي القادم، خاصة أن مهمته الرئيسية أصبحت تتمحور حول المهمة التجارية[61] ص 25.

الوكالات الولائية المحلية للتسيير والتنظيم العقاريين الحضريين:

نظرا لاحتكار البلديات للسوق العقارية الحضرية، فقد أنشئت وكالات محلية عقارية بموجب قانون 86-04 المؤرخ في 1986/01/07 للحد من هذا الاحتكار، وبصدور قانون 25-90 المتعلق بالنشاط العقاري تم إعادة النظر في دور الوكالات وطرق تسييرها. إذ نصت المادة 86 من هذا القانون على ما يلي: "تحول ملكية القطع الأرضية العادية التي اقتنيت في إطار الأمر رقم 74-26 المؤرخ في 1974/02/20 إلى هيئات عمومية مختصة تتولى تسييرها حسب الكيفيات التي تحدد عن طريق التنظيم"[25] ص 134.

وبعدها صدر المرسوم التنفيذي رقم 405-90 المؤرخ في 1990/12/22 والمعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 408-03 المؤرخ في 03/11/05 الذي حدد شروط إنشاء وإدارة هيئات التسيير

والتنظيم العقاري المسماة الوكالة الولائية للتسيير الحضريين، المسماة بعد التعديل بالوكالة الولائية المحلية للتسيير والتنظيم العقاريين الحضريين المنصوص عليهما بمقتضى نص المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 03-408 المؤرخ في 2003/11/05.

وعرف المرسوم التنفيذي رقم 90-405 المؤرخ في 1990/12/22 الوكالات الولائية المحلية للتسيير والتنظيم العقاريين الحضريين بأنها: "مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري تنشأ من طرف المجالس الشعبية الولائية ، ويديرها مجلس إدارة يترأسه الوالي أو ممثله ويسيرها معا وبالتالي أصبح لزاما على الجماعات المحلية أن تحول الوكالات المحلية للتسيير والتنظيم العقاريين الحضريين المنشأة في إطار المرسوم التنفيذي رقم 90-405 المؤرخ في 1990/12/22 إلى وكالة ولائية للتسيير والتنظيم العقاري" [73] ص 126.

وتتمثل المهمة الأساسية للوكالة في حيازة جميع العقارات والحقوق العقارية المخصصة للتعمير لحساب الجماعة المحلية وتقوم بنقل ملكية هذه العقارات والحقوق العقارية .. الخ [122]. وهذا ما أكده مجلس الدولة في القرار رقم 10979 الذي أصدره بتاريخ 2004/04/06 القاضي بمايلي: "التصرفات التي تقوم بها الوكالة العقارية لا تخص الجوانب المالية فقط وإنما كل الأعمال التي تخص بيع أو شراء عقارات أو حقوق عقارية وخاصة بتحرير العقود المثبتة لنقل ملكية هذه الحقوق" [82] ص 217.

وبما أن الوكالات الولائية المحلية للتسيير والتنظيم العقاريين تتمتع بالشخصية المعنوية المستقلة عن الجماعات المحلية، فإنها تكلف بمهمتين أساسيتين، الأولى بصفتها شخص معنوي يتمتع بالذمة المالية المستقلة يمكنه حيازة العقارات والحقوق العقارية لحسابه الخاص، وكذا التنازل عليها، والمهمة الثانية المكلفة بها بصفتها مسير للمحافظة العقارية لحساب الجماعة المحلية المالكة وفي هذا الشأن تقوم بما يلي: حيازة جميع العقارات أو الحقوق العقارية المخصصة للتعمير لحساب الجماعة المحلية، بالنقل لفائدة الغير من أشخاص القانون الخاص ملكية العقارات أو الحقوق العقارية التي هي بحوزتها. تنفيذ جميع العمليات المتعلقة بالتنظيم العقاري طبقا للتنظيم الجاري به العمل. مساعدة أجهزة الجماعة المحلية في تحضير وسائل التعمير والتهيئة وإعدادها وتنفيذها. ترقية الأراضي المفروزة والمناطق ذات الأنشطة المختلفة تطبيقا لوسائل التعمير والتهيئة المقررة [25] ص 136.

وبما أن الوكالات العقارية تعد مؤسسات عمومية ذات طابع تجاري وصناعي فإن أي نزاع تكون طرفا فيه يدخل ضمن اختصاص القضاء التجاري أو المدني.

وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرار لها رقم 130998 المؤرخ في 1995/04/30 بقولها: "من المقرر قانونا بالمادة 24 من المرسوم التنفيذي رقم 90-405 المؤرخ في 1990/12/22 الخاص بتنظيم وتسيير الوكالات العقارية المحلية أن هذه الأخيرة هي مؤسسات عمومية ذات طابع صناعي وتجاري، إذ تمسك حساباتها على الشكل التجاري طبقا للأمر 75-35 .

وعليه فإن القاضي الإداري غير مختص للبت في النزاع الذي تكون مثل هذه المؤسسات طرفا فيه، مما يستوجب إلغاء الأمر الاستعجالي موضوع الطعن الحالي والتصريح برفض العريضة الأصلية" [77] ص 183. وهذا ما أكده القرار الصادر عن مجلس الدولة تحت رقم 004841 بتاريخ 2004/04/15 القاضي بمايلي: "الوكالات المحلية للتسيير والتنظيم العقاري الحضري هي مؤسسات ذات طابع اقتصادي وتجاري وبالتالي لا تكون نزاعاتها القائمة مع متقاضين خاضعين للقانون الخاص من اختصاص الجهة القضائية الإدارية" [88] ص 77.

ث- الصندوق الوطني للتوفير والاحتياط cnep banque

هو مؤسسة مالية يقوم بأداء دورين، أحدهما تمويلي وذلك بإعطاء قروض بفائدة مقابل تقديم ضمان رهنّي، والدور الثاني هو بيع سكنات ترقية بصفته متعامل في الترقية العقارية، بمعنى أنه متعامل في عقار، وبنك في نفس الوقت [59] ص 31.

المتعامل العقاري الخاص: حاول المشرع الجزائري بموجب التعديلات الأخيرة لقوانين الترقية العقارية تنمية الاستثمار في المجال العقاري وإنشاء سوق عقاري.

لذا فتح المجال أمام الخواص للدخول في مجال الترقية العقارية التي لم تعد حكرا على مؤسسات الدولة، والمتعامل العقاري الخاص بدوره قد يكون شخصا طبيعيا أو شخصا معنويا في إحدى الصور التالية:

الصورة الأولى: قد يكون المتعامل العقاري الخاص شخص واحد في إطار مؤسسة ذات الشخص الوحيد eurl، عرفها المشرع الجزائري بموجب الأمر رقم 96-27 المؤرخ في 9-11-1996 في المادة 13 المعدلة والمتممة للمادة 564 من ق.ت التي جاء فيها ما يلي: "إذا كانت الشركة ذات المسؤولية المحدودة المؤسسة طبقا للفقرة السابقة لا تضم إلا شخصا واحدا كشريك وحيد تسمى هذه الشركة مؤسسة ذات الشخص الوحيد المحدود" [109]. ويتمثل تكوين الشركة في قيام شخص بإرادته المنفردة في التأسيس المباشر للشركة ذات المسؤولية المحدودة وذلك نتيجة اجتماع حصص الشركة ذات المسؤولية المحدودة في يد واحدة، وتتميز هذه المؤسسة بالخصائص التالية:

تنشأ من طرف شخص واحد ولها شخصية معنوية.

إن مسؤوليات الشريك الوحيد محدودة فلا يسأل إلا في حدود ما قدمه من رأس مال فلا تتعدى مسؤولياته تجاه الغير إلى ذمته المالية الشخصية.

تسمى هذه الشركة بمؤسسة الشخص الواحد وذات المسؤولية المحدودة.

لا يجوز للشخص الطبيعي أن يكون وحيدا إلا في شركة واحدة ذات مسؤولية محدودة.

إن نشاطها وتصفيته وانحلالها تخضع لنفس الأحكام التي تخضع لها شركة المسؤولية المحدودة.

وتنقضي هذه الشركة وفقا للقواعد العامة المقررة في انقضاء شركات الأموال، فضلا عن

انقضائها بناء على قرار مؤسسها أو بحكم قضائي[110].

الصورة الثانية: قد يكون في شكل أشخاص متعددة في إطار شركة ذات مسؤولية محدودة sarl، وهي شركات حسب الشكل، ويجب أن لا يزيد فيها عدد الشركاء عن 20 شريكا، ولا يسأل الشريك في الشركة ذات المسؤولية المحدودة عن ديونها إلا بقدر الحصة المقدمة في رأسمال الشركة، وتحديد مسؤولية كل شريك في الشركة هو الذي يميز الشركة ذات المسؤولية المحدودة عن شركة التضامن[37] ص 318.

الصورة الثالثة: وقد يكون المتعامل العقاري الخاص في شكل شركة مساهمة spa، وهي من شركات الأموال وتهدف لتجميع الأموال قصد القيام بمشروعات صناعية وتجارية، وعرفت المادة 592 من ق.ت.ج بأنها: " الشركة التي ينقسم رأسمالها إلى حصص، وتتكون من شركاء لا يتحملون الخسائر إلا بقدر حصصهم ".

وتتميز شركة المساهمة بكونها الشركة التي ينقسم رأسمالها إلى حصص قابلة للتداول، ويسأل كل شريك بقدر نصيبه من الأسهم، ولا تنقضي الشركة بوفاة أحد الشركاء أو الحجر عليه أو إفلاسه لأنها غير قائمة على أساس الاعتبار الشخصي.

والشريك المساهم لا يكتسب صفة التاجر، وبذلك إذا أفلست الشركة لا يؤدي إلى إفلاس الشركاء[37] ص 593.

2.2.1.1.1. المشتري بصفته المستفيد من العقار محل الإنجاز

وهو المتعاقد الثاني في عقد البيع بناء على التصاميم، ويشترط فيه ما يشترط في المشتري وفقا للقواعد العامة.

ولينعقد عقد البيع بناء على التصاميم برضا صحيح يشترط في المشتري أن يكون شخصا مؤهلا قانونيا لإبرام هذا العقد وذلك بضرورة توفر الأهلية القانونية اللازمة لإبرام عقد البيع بناء على التصاميم وهي بلوغ سن الرشد القانوني وهو 19 سنة و أن يكون غير محجور عليه لجنون أو سفه. وبما أن عقد

البيع بناء على التصاميم يعد من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر وإذا كان المشتري ناقص الأهلية يكون تصرفه قابلا للإبطال يتوقف على إجازة الولي أو الوصي [108].

وحتى يعد رضاه صحيحا يشترط أيضا أن تكون إرادته خالية من عيوب الإرادة كالغلط أو التدليس أو الإكراه ولا يشترط أن يبرم العقد من طرف المشتري شخصيا بل يمكن أن يوكل شخصا آخر ينوب عنه لإبرام عقد البيع بناء على التصاميم [91].

3.1.1.1 . البنائيات محل عقد البيع بناء على التصاميم

طبقا لنص المادة 09 من المرسوم التشريعي رقم 93-03 المؤرخ في 10/03/1993 المتعلق بالنشاط العقاري، يشمل عقد البيع بناء على التصاميم كل بناية أو جزء من بناية قبل إتمام الإنجاز، سواء كانت هذه البنائيات محال ذات استعمال سكني أو محال مخصصة لإيواء نشاط حرفي أو صناعي أو تجاري.

بناء عليه سأحاول دراسة هذا المطلب من خلال فرعين: نخصص الفرع الأول للبنائيات الموجه للاستعمال الحرفي أو الصناعي أو التجاري، في حين نتطرق في الفرع الثاني للبنائيات ذات الاستعمال السكني.

1.3.1.1.1 . البنائيات ذات الاستعمال الحرفي أو الصناعي أو التجاري

خول المشرع الجزائري للمتعامل في الترقية العقارية بمقتضى أحكام المرسوم التشريعي 93-03 المتعلق بالنشاط العقاري مهمة إنجاز محلات ذات طابع مهني، وتجاري، وصناعي. ونفس الاتجاه يسير عليه المشرع الفرنسي الذي وسع مجال تدخل المتعامل في الترقية العقارية، الذي أصبح يساهم في بناء مكاتب وإنجاز مراكز تجارية، تهيئة مناطق صناعية، تطوير مناطق سياحية، وتوزع إنجازات المتعامل في الترقية العقارية في فرنسا على الشكل التالي:

75% بالنسبة للسكن، 5% لبناء العقارات لأوقات الفراغ، 3% للإقامات (للطلبة، ديار المسنين)، 3% للتهيئة، 2% لإعادة تأهيل المال القديم، 5% نشاطات متنوعة [57] ص 67.

2.3.1.1.1 . البنائيات ذات الاستعمال السكني

البنائيات المكونة لمحال ذات استعمال سكني قد تكون في صورة سكنات تساهمية اجتماعية، أو تكون في صورة سكنات ترقية.

1.2.3.1.1.1. السكنات التساهمية الاجتماعية

السكن التساهمي الاجتماعي صيغة جديدة يستفيد منها ذوي الدخل المتوسط ، يساهم المشتري المستفيد في عملية التمويل، ويتم إنجازه وشراؤه عن طريق إعانة تمنحها الدولة عن طريق الصندوق الوطني للسكن (c.n.i)، الذي يعتبر مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري أسس عام 1991، يعمل تحت وصاية وزارة السكن والعمران، تطبيقا للمرسوم التنفيذي رقم 94-308 المؤرخ في 04 أكتوبر 1994 المحدد لقواعد تدخل الصندوق الوطني للسكن (c.n.i) في ميدان الدعم المالي للأسر [156] ص 56.

ويشترط لاستفادة المشتري من السكن التساهمي الاجتماعي ما يلي:

أن لا يكون مالكا لسكن تتوفر فيه شروط النظافة و الأمن الضرورية أو مالكا لقطعة أرض صالحة للبناء، أو مستفيد من سكن عمومي ذي طابع اجتماعي.

أن لا يكون قد استفاد من الإعانة المالية الممنوحة من طرف الصندوق الوطني للسكن.

كل مواطن لا يفوق دخله الصافي العائلي ست مرات الدخل الوطني الأدنى المضمون (72000).

وسمي تساهمي لأن الدولة والمواطن المستفيد يساهمان في بناء هذا السكن، بالنسبة للدولة تساهم بمبلغ يقدم للمستفيد عن طريق الصندوق الوطني للسكن المقدر ب (700000) دج، والباقي يقدم من طرف المستفيد على شكل دفعات، وتتميز السكنات التساهمية الاجتماعية بإعانة تقدمها الدولة للمركبي العقاري في إطار الترقية العقارية، من أجل شراء الأرض التي سيقام عليها المشروع والتي تقدر بنسبة 80% [75] ص 65.

ولم يكتف المشرع الجزائري بهذا التدعيم فقط بل حرص على إيجاد تسهيلات أوسع من أجل تدعيم سياسة السكن في الجزائر، وذلك من خلال الامتيازات التي منحها لكل من المستفيدين والمتعاملين العقاريين قانون المالية لسنة 2010، التي من شأنها أن تمكن أكبر شريحة في المجتمع الاستفادة من السكنات سواء كانت معدة في إطار البرامج التي ينجزها الصندوق الوطني للتوفير والاحتياط، أو وكالة تحسين السكن (عدل)، أو برامج السكن الاجتماعي التساهمي.

وتتمثل هذه الامتيازات في ما يلي:

الامتيازات المقدمة للمواطنين الراغبين في امتلاك سكن ترقوي في إطار البرامج التي ينجزها الصندوق الوطني للتوفير والاحتياط، أو وكالة تحسين وتطوير السكن (عدل)، أو برامج السكن الاجتماعي التساهمي، تم تصنيفها حسب مداخل المواطنين على الشكل التالي:

فيما يتعلق بذوي المداخل التي تتراوح ما بين 1 و4 مرات قيمة الأجر الوطني الأدنى المضمون، أي ما بين 12 ألف و48 ألف دينار، يستفيدون من مساعدة عمومية قدرها 700.000، إضافة إلى تقليص فوائد القروض البنكية إلى 1%.

وفيما يخص ذوي الدخل الذي تتراوح قيمته 5 و6 مرات الأجر الوطني الأدنى المضمون، أي ما بين 6 ملايين سنتم و2.7 مليون سنتم، تمنح لهم مساعدة عمومية مباشرة قدرها 400.000، بالإضافة إلى خفض في تكلفة القرض البنكي على أن يتحمل المستفيد دفع فائدة نسبتها 1%.

في حين نجد أن أصحاب الدخل الذي يتراوح ما بين 4.8 مليون سنتم و 4.14 مليون سنتم، أي ما بين 7 مرات و 12 مرة الأجر الوطني الأدنى المضمون، تخفض تكلفة القرض البنكي على أن يتحمل المستفيد دفع فائدة نسبتها 3%.

الامتيازات الخاصة بالمرفقين العقاريين: هذه الامتيازات قررت للبرامج العقارية المدعمة من طرف الدولة، إذ منح قانون المالية لسنة 2010 للسكن الاجتماعي التساهمي وعدل، والصندوق الوطني للتوفير والاحتياط حق الاستفادة من المزايا التالية:

في مجال الاستفادة من الوعاء العقاري: أي القطعة الأرضية التي سيقام عليها المشروع السكني، تستفيد البرامج العقارية للصندوق الوطني للتوفير والاحتياط من تخفيضات على أسعار القطع الأرضية تصل إلى 80% على مستوى ولايات الجزائر، عنابة، قسنطينة ووهران، و95% على مستوى ولايات الهضاب العليا والجنوب، و90% في بقية ولايات الوطن [140].

الامتيازات في مجال القروض (تمويل الترقية العقارية): كل مرفق عقاري محلي ينجز برامج عمومية في الترقية العقارية، يحصل على تخفيض في تكلفة القروض على أن يتحمل دفع نسبة فائدة قدرها 4% [138].

ما يلاحظ على هذه الامتيازات الممنوحة للطرفين في مجال الترقية العقارية هو أن المشرع حاول إيجاد توازن بين مصلحة الطرفين، وبالتالي ضمن حقوق كل من المستفيدين للسكنات والمرفقين العقاريين، ومن جهة أخرى حقق التوازن والمساواة بين المستفيدين أنفسهم، عندما فرق بينهم حسب مستويات مداخلهم في تحديد نسبة الاستفادة المالية ونسبة فائدة القرض.

وبهذه الطريقة سيتم القضاء على أكبر مشكل يواجهه مشتري العقار بناء على التصاميم وهو رفض المرفقين العقاريين إبرام عقود البيع بناء على التصاميم إلا بعد إتمام الإنجاز، خوفا من عدم تمكن المشتري من دفع الدفعات المتبقية وانسحابه في منتصف المشروع مما يخلق مشكل كبير بالنسبة للمرفق العقاري، وفي نفس الوقت يبقى المشتري مهددا لعدم وجود عقد بيع يضمن له حقوقه، حتى ولو قام بدفع كل الدفعات المتفق عليها.

ولذا بوجود تمويل للمرقين العقاريين يدفعهم على إتمام إنجاز المشاريع في الأوقات المحددة كما أن تقديم القروض للمشتريين يسمح لهم من دفع كل الدفعات في الأوقات المناسبة مما يحول دون تأخر المرفقي في عملية الإنجاز الأمر الذي يؤدي إلى تقادي مراجعة الثمن.

2.2.3.1.1.1. السكنات الترقوية

السكن الترقوي يساهم فيه المشتري في عملية البناء، إلا أنه لا يحصل على إعانة الدولة ، لأن هذا النوع من السكنات موجه لذوي الدخل المرتفع، ومن ميزاته أنه يمنح حرية اختيار الوحدة السكنية المناسبة للمشتري، وكذا المكان محل الإنجاز الذي يريده [179].

ما نخلص إليه في الأخير هو أن كلا الصورتان يتمان بموجب عقد البيع بناء على التصاميم، الذي تضمنه المرسوم التنفيذي رقم 58-94 المتضمن نموذج عقد البيع بناء على التصاميم، إلا أنهما يختلفان من حيث الامتيازات، إذ يستفيد المشتري لسكن تساهمي من دعم الدولة، كما أن هذه السكنات مدعمة من طرف الدولة فيما يخص قطع الأرض التي تقام عليها، مما يجعل أسعارها أقل مما هي عليه السكنات الترقوية التي لا يستفيد لا المرقون ولا المستفيدون من دعم الدولة، لذلك ترتفع أسعارها.

ونظرا للتغيرات التي تبنتها وزارة السكن والعمران في برنامج مليوني سكن للبرنامج الخماسي لسنة 2010 إلى 2014، فقد حول السكن الاجتماعي التساهمي إلى صيغة تعرف بالسكن الترقوي المدعم الذي عرفته المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 10-235 بأنه: «كل سكن جديد ينجزه متعهد بالترقية العقارية وموجه للطالبيين المؤهلين للحصول على المساعدة المباشرة التي تمنح في إطار أحكام هذا المرسوم» [140].

هذه الصيغة تفتح المجال لأصحاب الأجور المرتفعة الذين أقصوا في التنظيم القديم مع فارق وحيد يكمن في تسديدهم نسبة فوائد عن القروض التي يستفيدون منها تصل إلى 03% [142].

4.1.1.1. خصوصية عقد البيع بناء على التصاميم

من خلال تمييز عقد البيع بناء على التصاميم عن العقود الأخرى تبين لنا أنه يتميز بخصوصية جعلته مستقل بأحكام خاصة لا وجود لها في بقية العقود الأخرى، وأبرز خصوصيات هذا العقد تتجلى في ارتباطه بالترقية العقارية في الجزائر، وخصوصية محله والآثار المترتبة عليه. سنحاول التطرق لهذه الأوجه من خلال ثلاث فروع على الشكل التالي:

1.4.1.1.1. خصوصية عقد البيع بناء على التصاميم من حيث ارتباطه بالترقية العقارية

نظم عقد البيع بناء على التصاميم بموجب المرسوم التشريعي رقم 93-03 المتعلق بالنشاط العقاري، في الفصل الثاني من هذا المرسوم الخاص بعلاقة المتعامل في الترقية العقارية بالمشتري، وهذا ما يدل على ارتباط هذا العقد ارتباطا وثيقا بمفهوم الترقية العقارية، إذ يعد عقد البيع بناء على التصاميم تقنية من تقنيات الترقية العقارية .

وإن كان أول تنظيم للترقية العقارية تم بموجب القانون رقم 86-07 المؤرخ في 04 مارس 1986 المتعلق بالترقية العقارية الذي كان يهدف إلى تمويل برامج السكن، واقتصرت عملية الترقية العقارية في ظل هذا القانون على بيع العقارات بموجب عقد " حفظ الحق " .

كما أن هذا القانون أعطى الأولوية للمحلات ذات الطابع السكني على حساب المحلات ذات الطابع المهني والتجاري لكون الترقية العقارية قد تفررت من أجل القضاء على أزمة السكن.

ونظرا للتحولات التي عرفتها الجزائر بعد صدور دستور 1989 ظهرت ضرورة إيجاد إطار قانوني جديد للترقية العقارية يتماشى مع هذا التطور، كلل بصدور المرسوم التشريعي رقم 93-03 المؤرخ في 01 مارس 1993 المتعلق بالنشاط العقاري.

وتولى هذا المرسوم تنظيم الترقية العقارية على أساس المنافسة الحرة بين القطاعين العام والخاص، وجعل العملية تشمل البيع والإيجار على حد سواء، كما وسع نطاق الترقية العقارية من حيث البنايات التي تخضع لها، إذ وسعها من بناء المحلات ذات الطابع السكني إلى المحلات المهنية والصناعية والتجارية، طبقا للمادة الثانية من المرسوم التشريعي رقم 93-03 المتعلق بالنشاط العقاري.

وعرفت المادة الثانية من هذا المرسوم الترقية العقارية بما يلي: " يشمل النشاط العقاري على مجموع الأعمال التي تساهم في إنجاز أو تجديد الأملاك العقارية المخصصة للبيع أو الإيجار أو تلبية حاجات خاصة....".

من خلال هذا النص يتبين بأن أعمال الترقية العقارية لا تقتصر على عملية إنجاز الأملاك العقارية بل تتعداها إلى عملية تجديد العقارات.

ويدعى كل شخص يمارس نشاط من النشاطات المحددة بموجب نص المادة 02 السابق ذكرها سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا متعاملا في الترقية العقارية.

ومن بين أهم النتائج التي ترتبت عن ارتباط عقد البيع بناء على التصاميم بالترقية العقارية هو توفر صفة المتعامل في الترقية العقارية في بائع العقار قبل الإنجاز وأضفى عليه المشرع الجزائري صفة التاجر بمقتضى نص المادة 02/03 من المرسوم التشريعي رقم 93-03 المتعلق بالنشاط العقاري

كما اعتبر بيع العقار بناء على التصاميم عملا تجاريا بحسب الموضوع بالنسبة للمتعامل في الترقية العقارية بموجب المادة 04 من المرسوم التشريعي رقم 93-03.

2.4.1.1.1. خصوصية عقد البيع بناء على التصاميم من حيث الطبيعة الخاصة لمحلّه

حسب أحكام نص المادة 02 من المرسوم التشريعي رقم 93-03 فإن موضوع عقد البيع بناء على التصاميم يشمل المحال ذات الاستعمال السكني والاستعمال التجاري والصناعي والحرفي [65] ص 47. أما المادة 09 من المرسوم التشريعي رقم 93-03 فقد أشارت إلى أن عقد البيع بناء على التصاميم يمكن أن ينصب على بيع بناية أو جزء من بناية. ويقصد بعقارة بناية أو جزء من بناية الوارد في نص المادة 09 هو أن البناية هي مجموعة من الشقق، أو المحال أو المحال التي تشكل وحدة واحدة غالبا ما تكون في شكل عمارة أو مجمع، أما جزء من بناية فيطلق عليه الشقة الواحدة أو المحل الواحد أو الطابق الواحد [66] ص 62.

كما أن عقد البيع بناء على التصاميم لا يقتصر على عملية الإنجاز بل يشمل عملية تجديد محل عقد البيع بناء على التصاميم.

ويقصد بعملية التجديد بيع بناء قديم أثناء أو قبل القيام بتجديده تجديدا شاملا، ولقد خضعت هذه الصورة لجدل فقهي في فرنسا حول طبيعة العقد في حالة ما إذا كان العقد بيع عادي أو بيع على التصاميم.

وإن كان المشرع الجزائري حسم بنص المادة 09 شمول عقد البيع بناء على التصاميم أعمال التجديد، ولم يثر أي إشكال فقهي حول هذه المسألة إلا أنه اختلفت الآراء في الفقه الفرنسي بين مؤيد لخضوعها لعقد البيع قبل الإنجاز وبين مخالف لذلك.

إذ ذهب جانب من الفقه في فرنسا إلى اعتبار بيع العقار قبل تمام التجديد لا يخضع لأحكام البيع قبل الإنجاز المنظم بموجب قانون 67-03 الذي يفترض أن العقار المبيع لم يكتمل بناؤه كلية.

أما الجانب الثاني من الفقه يرى أنه يمكن تطبيق قانون 67-03 المتعلق بالبيع قبل الإنجاز على البيع أثناء التجديد إذا كانت عملية التجديد تشمل العقار بأكمله وتستدعي بناءه [65] ص 48.

أما بالنسبة للقضاء الفرنسي فقد أخذ بمعيار الأهمية النوعية الذي اقترحه الفقه من بين العديد من المعايير، في حكم صدر عن محكمة باريس بتاريخ 12 سبتمبر 1990 التي قررت فيه بأنه: "يخضع لقانون بيع العقار قبل الإنجاز البيع قبل تمام التجديد إذا كانت الأعمال دائرة بين أعمال التجديد الثقيلة والضخمة، والأعمال المتوسطة" [15] ص 24.

3.4.1.1.1. خصوصية عقد البيع بناء على التصاميم من حيث آثاره

يتميز عقد البيع بناء على التصاميم بخصوصية من حيث آثاره، إذ ألزم المشرع الجزائري المتعاقدين-المتعامل والمشتري- بالتزامات مختلفة تماما عن الالتزامات الواردة في عقد البيع وفقا للقواعد العامة.

إذ يلزم المتعامل في الترقية العقارية (البائع) بضمان العيوب الظاهرة التي لا يلتزم البائع وفقا للقواعد العامة بضمانها، ويلتزم المتعامل بضمان حسن سير عناصر تجهيز البناية وضمان حسن إنجاز المنشأة وهي ضمانات استحدثها المشرع الجزائري بموجب أحكام المرسوم التنفيذي رقم 03-93 المتعلق بالنشاط العقاري.

أما بالنسبة لخصوصية عقد البيع بناء على التصاميم من حيث التزامات المشتري تتجلى في دفع الثمن الذي يتم في شكل تسبيقات، كما يمكن مراجعته إن اقتضت الظروف ذلك [65] ص 54. هذه الأوجه الثلاث للخصوصية جعلت عقد البيع بناء على التصاميم يختلف عن عقد المقولة وعقد البيع المقرر وفقا للقواعد العامة .

2.1.1. الإجراءات اللازمة لإبرام عقد البيع بناء على التصاميم

حماية لمشتري العقار بناء على التصاميم اشترط المشرع الجزائري على المتعاقدين المتعامل في الترقية العقارية والمشتري إتباع إجراءات إدارية قبل انعقاد عقد البيع بناء على التصاميم وإجراءات مالية .

بناء على ذلك سنقوم بدراسة هذه الإجراءات من خلال مطلبين، نخصص المطلب الأول للإجراءات الإدارية المتبعة من قبل الأطراف المتعاقدة، على أن نخصص المطلب الثاني للإجراءات المالية.

1.2.1.1. الإجراءات الإدارية

ألزم المشرع الجزائري المتعامل في الترقية العقارية باستخراج جملة من الوثائق الإدارية قبل الانطلاق في المشروع، حتى يحمي العقار المراد إنجازه والمشتري في آن واحد، وفي المقابل ألزم المشتري بتقديم الوثائق اللازمة لإبرام عقد البيع بناء على التصاميم، وهذه الوثائق بحد ذاتها تعد حماية سابقة على إبرام عقد البيع بناء على التصاميم قررها المشرع الجزائري للمشتري.

بناء على ذلك يمكن تحديد إجراءات إبرام عقد البيع بناء على التصاميم في نوعين من الإجراءات، الإجراءات الإدارية الواجبة على المتعامل في الترقية العقارية، والإجراءات الواجبة على المشتري، سنقوم بدراستهما من خلال الفرعين التاليين.

1.1.2.1.1. الإجراءات الإدارية الواجبة على المتعامل في الترقية العقارية

إن الإجراءات الإدارية اللازمة على المتعامل في الترقية العقارية تتمثل في استخراج الوثائق التالية: عقد ملكية الأرض، ورخصة البناء والتجزئة وشهادة التعمير، الجدول الوصفي للتقسيم، وشهادة التقسيم إن اقتضى الأمر الحصول عليها.

1.1.1.2.1.1. عقد ملكية الأرض

لقد سبق أن أشرنا إلى أن العقار محل البيع بناء على التصاميم يتكون من عنصرين، الأرض التي يقام عليها المشروع والبناء المراد تشييده. وبما أن انطلاق المشروع يستلزم ضرورة توفر الأرض اشترط المشرع الجزائري على المتعامل العقاري أن يحوز سند ملكية الأرض [107].

هذا ما نصت عليه المادة 01 من المرسوم التنفيذي رقم 58-94 المؤرخ في 7 مارس 1994، وأكدته المادة 03 من القانون رقم 04-11 المؤرخ في 17 فبراير 2011، التي نصت على مايلي: «يجب أن يتضمن عقد حفظ الحق وعقد البيع على التصاميم المذكوران على التوالي في المادتين 27 و28 أعلاه، أصل ملكية الأرضية رقم السند العقاري، عند الاقتضاء، ومرجعيات رخصة التجزئة، وشهادة التهيئة والشبكات، وكذا تاريخ رقم رخصة البناء».

هذا ما شكل أهم العوائق التي حالت دون نجاح عملية البيع بناء على التصاميم، مما أدى بالمتعاملين العقاريين إلى تأخير إبرام عقود البيع بناء على التصاميم إلى ما بعد إتمام الإنجاز، الأمر الذي شكل خطرا على حقوق المستفيدين من عدة نواحي، أهمها عدم إمكانية استرجاع الدفعات من طرف صندوق الضمان والكفالة المتبادلة في حالة عجز المرقى العقاري عن إتمام الانجاز لأي سبب كان كحالة الإفلاس مثلا، نظرا لعدم وجود عقد البيع بناء على التصاميم الذي يشترط فيه تقديم شهادة ضمان من طرف المرقى العقاري.

2.1.1.2.1.1. رخصة التجزئة

طبقا لنص المادة 57 من القانون 29-90 المؤرخ في 01/12/1990 المتعلق بالتهيئة والتعمير، والمادة 07 من المرسوم التنفيذي رقم 176-91 المؤرخ في 28 ماي 1991 المحدد لكيفيات

تحضير شهادة التعمير ورخصة التجزئة وشهادة التقسيم ورخصة البناء وشهادة المطابقة ورخصة الهدم وتسليم ذلك، نستخلص بأن أي تقسيم لقطعة أرض أو عدة قطع من ملكية عقارية واحدة أو عدة ملكيات مهما كان موقعها من شأنها أن تستعمل في تشييد بناية يشترط الحصول على رخصة التجزئة التي تسلم حسب الحالة في شكل قرار من رئيس المجلس الشعبي البلدي أو الوالي أو من الوزير المكلف بالتعمير[137].

ويشترط للحصول على رخصة التجزئة أن يتقدم المتعامل في الترقية العقارية أو وكيله إلى مصلحة التعمير بالبلدية، مرفقا بعقد الملكية ومخطط التجزئة، مع تبيان حدود القطعة الأرضية ومساحتها ومخطط مستقبلي للقطعة بعد التجزئة مع توضيح شبكة الارتفاقات والتطهير، على أن يقدم هذا الطلب في خمس نسخ[137].

وبعدما يعرض الطلب على المهندسين المعماريين التابعين لمصلحة التعمير بالبلدية أو مديرية التعمير بالولاية، لدراسة الملف للتأكد من إمكانية التجزئة أم لا، على أن تفصل الإدارة المعنية وهي مصلحة التعمير بالبلدية أو مديرية التعمير بالولاية في الطلب في أجل أقصاه ثلاثة أشهر بالنسبة للبلدية وأربعة أشهر بالنسبة للولاية[124].

وبصدور القرار المتضمن تسليم رخصة التجزئة تحدد فيه الأحكام التي يتكفل بها صاحب الطلب ويبين الإجراءات والارتفاقات ذات المنفعة العامة التي تطبق على التجزئة، على أن يرسل القرار ونسخة من الملف إلى مصالح الدولة المكلفة بالتعمير على مستوى الولاية، وتوضع نسخة ثالثة من الملف تحت تصرف الجمهور بمقر المجلس الشعبي البلدي لموقع وجود قطعة الأرض، على أن تحفظ نسخة رابعة من الملف بأرشيف الولاية ونسخة خامسة لدى السلطة المختصة التي سلمت رخصة التجزئة، وفي حالة ما إذا لم تصرح المصالح المختصة بردهم في أجل شهر واحد ابتداء من يوم استلام طلب الرأي يعدوا قد أصدروا رأيا بالموافقة[137].

وإذا تبين بعد فحص الملف بأن عملية التجزئة مخالفة لمخطط شغل الأراضي يرفض الطلب[137].

3.1.1.2.1.1. الجدول الوصفي للتقسيم

هو وثيقة تقنية يتم بموجبها تعيين الحصص المتضمنة في العقار المبنى المشترك تعيينا دقيقا، وذلك بتبيان هوية العقار الخاضع لأحكام الملكية المشتركة، بالإضافة إلى معلومات عامة متعلقة بالعقار وهي نوعه واسم البلدية، رقم القسم، ورقم القطعة، أما المعلومات الخاصة في الجدول الوصفي للتقسيم

فهي رقم الحصة حسب الترتيب التصاعدي للأرقام ، العمارة، الدرج، الطابق، نوع الحصة، والنسبة في الأجزاء المشتركة طبقاً للمادة 67 من المرسوم رقم 76-63[58] ص 102.

4.1.1.2.1.1. شهادة التقسيم

نظمها المشرع بمقتضى نص المادة 59 من قانون 90-29 المؤرخ في 01/12/1990 المتعلق بالتهيئة والتعمير، والمادة 26 من المرسوم التنفيذي رقم 91-176، التي اعتبرها مجرد وثيقة إدارية تبين شروط إمكانية تقسيم ملكية عقارية مبنية إلى قسمين أو عدة أقسام. والفرق بين شهادة التقسيم ورخصة التجزئة يكمن في أن هذه الأخيرة لازمة في كل عملية تقسيم لقطعة أرضية أو أكثر بينما تشترط الأولى لعمليات تقسيم العقارات المبنية دون قطع الأراضي [12] ص 68.

تطلب هذه الشهادة في حالة ما إذا كان العقار مبني ليس في شكل طبقات لأن العقار المبني في شكل طبقات يطلب فيه الجدول الوصفي للتقسيم.

5.1.1.2.1.1. رخصة البناء

اشترطت المادة 10 من المرسوم التشريعي رقم 93-03 المؤرخ في 01/03/1993 المتعلق بالنشاط العقاري ضرورة أن يشمل عقد البيع بناء على التصاميم العناصر الثبوتية للحصول على رخصة البناء، وإلا عد العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً. وأكد هذا الحكم المرسوم التنفيذي رقم 94-58 المؤرخ في 07 مارس 1994 المتعلق بنموذج عقد البيع بناء على التصاميم الذي يطبق في مجال الترقية العقارية. وللحصول على رخصة البناء يشترط على المتعامل العقاري أن يتقدم بطلب موقع منه، مرفق بنسخة من عقد الملكية أو توكيل في حالة الوكالة مع تصميم الموقع، ومخطط كتلة البناء والتهيئة، تصاميم معدة للتجهيزات الداخلية لمختلف مستويات البناء، مذكرة ترفق بالرسوم البيانية الترشيدية، دراسة حول المواد المستعملة ومدى تأثيرها على الصحة والمحيط، ومستوى الضجيج بالنسبة للبناء ذات الاستعمال الصناعي والتجاري، الوثائق المكتوبة والبيانية التي تدل على البناء بحصص، شهادة النفع والتهيئة [137]، كما يمكن لصاحب الطلب أن يوضح أن إنجاز الأشغال تخص بناية أو عدة بنايات في حصة أو عدة حصص [137].

وأضافت المادة 03 من المرسوم التنفيذي رقم 06-03 المؤرخ في 07/01/2006 المعدل والمتمم للمرسوم التنفيذي رقم 91-176 دراسات الهندسة المدنية ودراسات أجزاء البناء الثانوية للمشاريع غير الموجهة للسكن الفردي.

يرسل طلب رخصة البناء مرفقا بهذه الوثائق ومعدا في خمس نسخ إلى رئيس المجلس الشعبي البلدي محل وجود القطعة الأرضية، يسجل تاريخ إيداع الطلب بوصل يسلمه رئيس المجلس الشعبي بعد التحقق في الوثائق الضرورية [137]، وبعدها يرسل الطلب مع الملف إلى المصالح المكلفة بالبناء والتعمير وذلك خلال ثمانية أيام الموالية لتاريخ إيداع الملف كي تقوم بدراسته.

وطبقا لنص المادة 1/38 من المرسوم التنفيذي رقم 91-176 الذي يحدد كفاءات تحضير شهادة التعمير ورخصة التجزئة وشهادة التقسيم ورخصة البناء وشهادة المطابقة ورخصة الهدم وتسليم ذلك، يتعين على مصلحة الدولة المكلفة بالتعمير عند توجيه الطلب إليها أن تتأكد من أن الأعمال المطلوب الترخيص لها مطابقة ل:

- المخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير (P.D.A.U).

- مخطط شغل الأراضي (P.O.S) [95].

وقبل أن تبدي مصالح التعمير رأيها عليها أن تستشير عدة مصالح مختصة وهذا ما نصت عليه المادة 39 من المرسوم رقم 91-176، والتي تتمثل في المصالح التالية:

مصالح الحماية المدنية: في حالة تشييد البنايات لاستقبال الجمهور، البنايات السكنية، البنايات ذات الاستعمال الصناعي والتجاري.

المصالح المختصة بالأماكن والآثار التاريخية والسياحية عندما تكون مشاريع البنايات موجودة في مناطق مصنفة.

مصالح الفلاحة المكلفة بالفلاحة على مستوى الولاية بالنسبة للبنايات والمنشآت اللازمة للري والاستغلال الفلاحي أو لتعديل البنايات الموجودة.

مصالح الصحة على مستوى الولاية.

وعند الاقتضاء آراء الجمعيات المعنية بالمشروع وذلك بالنسبة للمباني غير السكنية مثل المباني الثقافية والرياضية والدينية.

و إذا لم تتحفظ أي جهة يصدر قرار الموافقة على إصدار رخصة البناء والتي يكون تسليمها من اختصاص إما رئيس المجلس الشعبي البلدي عندما يتصرف باعتباره ممثلا للبلدية في حالة وجود مخطط شغل الأراضي، إذ يلزم في هذه الحالة بأن يرسل نسخة من ملف الطلب إلى مصلحة الدولة المكلفة بالتعمير على مستوى الولاية في أجل ثمانية أيام الموالية لتاريخ إيداع الملف على أن تتولى المصلحة المختصة بالتعمير في البلدية باسم رئيس المجلس الشعبي البلدي بتحضير الملف [137].

أما إذا كان إصدار رخصة البناء من اختصاص رئيس المجلس الشعبي الذي يتصرف باعتباره ممثلا للدولة يكون ذلك في حالة عدم وجود مخطط شغل الأراضي، ويجب عليه في هذه الحالة أن يرسل

ملف الطلب في أربع نسخ إلى مصلحة الدولة المكلفة بالتعمير لإبداء رأيها وذلك في أجل ثمانية أيام الموالية لتاريخ إيداع الملف، وتتولى مصلحة الدولة المكلفة بالتعمير على مستوى الولاية، في هذه الحالة، تحضير الملف ويمنح لها مدة شهرين لإعادة ثلاث نسخ من الملف مرفقة برأيها وذلك ابتداء من تاريخ استلام هذا الملف [137].

وفي حالة ما إذا كان تسليم رخصة البناء من اختصاص الوالي أو الوزير المكلف بالتعمير تتبع نفس الإجراءات الخاصة بحالة تصرف رئيس المجلس الشعبي البلدي باعتباره ممثلاً للدولة، المنصوص عليها في المادة 41 من المرسوم التنفيذي رقم 91-176 المؤرخ في 28 مايو 1991 [137].

وبعد دراسة الطلب يبلغ المقرر المتضمن رخصة البناء إلى صاحب الطلب (المتعامل في الترقية العقارية)، في غضون ثلاثة أشهر الموالية لتاريخ إيداع طلبه، وذلك عندما يكون إصدار رخصة البناء من اختصاص رئيس المجلس الشعبي البلدي باعتباره ممثلاً للبلدية، وفي غضون أربعة أشهر في حالة ما إذا كان إصدار رخصة البناء من اختصاص رئيس المجلس الشعبي البلدي باعتباره ممثلاً للدولة، أو إذا كان من اختصاص الوالي أو الوزير المكلف بالتعمير [137].

وباستخراج رخصة البناء يكون المشتري في حماية من قرار الهدم الذي يصدر في حالة عدم الحصول على رخصة البناء، وإن كانت حماية نسبية لأن المشرع الجزائري اعتبر أن رخصة البناء المسلمة من أجل إنجاز بناية أو عدة بنايات على شكل حصة أو عدة حصص، تعتبر ملغاة إذا لم تتم الحصة في الآجال التي ينص عليها القرار المتضمن رخصة البناء [137].

6.1.1.2.1.1. شهادة التعمير

طبقاً لأحكام المادة 51 من القانون رقم 90-29 المؤرخ في 01 ديسمبر 1990 تمنح شهادة التعمير لكل شخص طبيعي أو معنوي، لتعيين حقوقه في البناء والارتفاعات من جميع الأشكال التي تخضع لها الأرض المعنية.

ويمكن الحصول على شهادة التعمير بناء على طلب يقدمه المتعامل في الترقية العقارية، الذي يجب أن يشمل على البيانات التالية:

اسم مالك الأرض.

العنوان والمساحة، والمراجع المساحية إن وجدت.

تصميم حول الوضعية.

تصميم للأرض معد حسب الشكل الملائم.

ويودع طلب شهادة التعمير بمقر المجلس الشعبي البلدي مقابل وصل إيداع[137]، وبعد دراسة الملف تسلم الشهادة وتبلغ خلال الشهرين التاليين لإيداع الطلب، و يجب أن تبين شهادة التعمير، أنظمة تهيئة التعمير المطبقة على القطعة الأرضية الارتفاقات المدخلة على القطعة الأرضية، خدمة القطعة الأرضية بشبكات الهياكل القاعدية العمومية الموجودة أو المتوقعة، وتحدد مدة صلاحية شهادة التعمير بسنة ابتداء من تاريخ التبليغ[137].

وفي حالة عدم اقتناع المتعامل في الترقية بصفته صاحب الشهادة، بالرد أو في حالة سكوت السلطة المختصة خلال الآجال المطلوبة، يمكن لصاحب الشهادة أن يتقدم بطعن سلمي أو برفع دعوى لدى الجهة القضائية المختصة[137].

2.1.2.1.1. الإجراءات الإدارية المتبعة من طرف المشتري

من أجل الحصول على سكن في إطار عقد البيع بناء على التصاميم يجب على المشتري أن يقوم بالإجراءات التالية:

على كل راغب في الحصول على سكن في إطار عقد البيع بناء على التصاميم أن يقدم طلب كتابي للحصول على سكن في إطار الترقية العقارية مرفقا بشهادة الإقامة، ونسخة من بطاقة التعريف وشهادة تثبت دخله الشهري أو السنوي أو أجرته الشهرية إذا كان موظفا، ويمكن إضافة شهادة تثبت دخل أو أجره زوجته إذا كانت تعمل، مع إرفاق عقد الزواج، وشهادة ميلاد، وشهادة سلبية تثبت عدم استفادته من إعانة من طرف الدولة سواء كانت في صورة أرض أو إعانة مالية، أو سكن.

وبعد تحضير الملف يقدم على مستوى البلدية لتحويل الملف إلى الوكالة العقارية المحلية التابعة لها، أو مباشرة إلى الهيئة المكلفة بالإنجاز والبيع، كدواوين الترقية والتسيير العقاري، أو شركات الترقية العقارية الخاصة... الخ.

وبعد إيداعه تقوم الهيئة المكلفة بدراسة الملف وباختيار قائمة المستفيدين، يتم استدعاؤهم من أجل الاطلاع على التصاميم المبرمجة، وعلى شروط وكيفية دفع الثمن التقديري، و آجال دفع كل قسط مستحق كجزء من الثمن وطريقته ومكان دفعه، وعلى آجال الإنجاز والتسليم[64] ص 67..

2.2.1.1. الإجراءات المالية

إن التزام المتعامل في الترقية العقارية بإنجاز مشروعها يتطلب مبالغ مالية لتنفيذه، الأمر الذي قد يدفعه لطلب قروض بنكية، وفي المقابل يلزم المشتري بدفع ثمن مقابل ملكيته للبناء. وبما أن ثمن

العقار مرتفع قد لا يتمكن المواطن العادي من إمكانية دفعه، فقد منح له المشرع حق الاستفادة من دعم الدولة، وحق الحصول على قرض بنكي.

بناء على ذلك يمكن أن نقسم الإجراءات المالية إلى قسمين، إجراءات مالية واجبة على المتعامل في الترقية العقارية سنحاول التطرق إليها من خلال الفرع الأول، أما القسم الثاني يتمثل في الإجراءات المالية الواجبة على المشتري نتناولها من خلال الفرع الثاني.

1.2.2.1.1. الإجراءات المالية المتبعة من قبل المتعامل في الترقية العقارية

إن عملية الترقية العقارية تحتاج إلى تمويل، لذا يمكن لأي متعامل في الترقية العقارية سواء كان متعاملا خاصا أو عاما أن يحصل على قرض بنكي من أجل تمويل مشروعه.

بدأت البوادر الأولى للاهتمام بتمويل السكن منذ 1981 حين قررت الدولة رفع مشكلة السكن إلى صف الأولوية الوطنية وتم الأخذ بها في المخططات الخماسية للفتحات من 1980 إلى 1984 ومن 1985 إلى 1989، لهذا تم اتخاذ الترتيبات اللازمة من أجل تخصيص مبالغ معتبرة من قروض السكن، لكن بعد انخفاض العائدات النفطية ظهر عجز الدولة عن القيام لوحدها بتمويل السكن، لذا كان لا بد من إيجاد حل فوري تمثل في صدور قانون الترقية العقارية لسنة 1986 المتعلق بالترقية العقارية فاتحا المجال في تمويل البرامج العقارية.

لذا قامت الدولة بالرجوع إلى صندوق الخدمات الاجتماعية للمؤسسات العمومية، والصندوق الوطني للسكن، إضافة إلى الموارد الخاصة بالمؤسسات ودواوين الترقية والتسيير العقاري [170] ص 46.

أما بعد صدور المرسوم التشريعي رقم 93-03 المؤرخ في 01 مارس 1993 المتعلق بالنشاط العقاري فقد عرف تمويل الترقية العقارية توجهها جديدا، إذ طرأت عليه عدة تعديلات مهمة بهدف تحفيز البنوك على التدخل لتمويل الترقية العقارية، ومن جانب آخر قررت حماية لهذه البنوك من المخاطر الناتجة عن عدم التسديد، لذلك أنشأت مؤسسات تعمل على تغطية المخاطر الناتجة عن عدم التسديد، وإعادة تمويل القروض، منها مؤسسة إعادة التمويل الرهنوي، وشركة ضمان القرض العقاري [59] ص 59.

ونظرا لتزايد الطلب على السكن ألغى المشرع الجزائري القروض الاستهلاكية وفتح المجال للقروض العقارية وهذا ما نصت عليه المادة 75 من قانون المالية التكميلي لسنة 2009 بأنه: "لا يرخص للبنوك بمنح القروض للأفراد إلا في إطار القروض العقارية...".

وتدعيما لتمويل الترقية منح المشرع الجزائري عدة امتيازات بموجب أحكام قانون المالية لسنة 2010، الذي قرر عدة امتيازات للبرامج العقارية المدعمة من طرف الدولة، إذ منح لكل مرقى عقاري محلي ينجز برامج عمومية في الترقية العقارية، أن يحصل على تخفيض في تكلفة القروض.

2.2.2.1.1. الإجراءات المالية المتبعة من قبل المشتري

إن الإجراءات المالية الواجبة على المشتري من أجل الاستفادة من سكن في إطار عقد بيع بناء على التصاميم نوعان، إجراءات طلب الإعانة المالية من الصندوق الوطني للسكن، وإجراءات طلب قرض عقاري. هذان الإجراءان متلازمان في حالة ما إذا تعلق الأمر بسكن تساهمي اجتماعي، أما إذا تعلق الأمر بسكن ترقوي فإن المشتري يتحقق له طلب واحد فقط وهو القرض العقاري ليس إلا .

1.2.2.2.1.1. طلب الإعانة المالية من الصندوق الوطني للسكن

الصندوق الوطني للسكن (cni) مؤسسة عمومية صناعية وتجارية تابعة لوزارة السكن، أنشئ بموجب المرسوم رقم 91-145 المؤرخ في 12 ماي 1991 المعدل والمتمم بمقتضى المرسوم التنفيذي رقم 94-111 المؤرخ في 18 ماي 1994.

ويتولى الصندوق مهمة وضع سياسة التدعيم المالي للدولة حيز التطبيق في مجال السكن لذوي الدخل الضعيف، ويتكفل بدراسة ملفات طالبي الإعانة، والتحقق من توفر الشروط اللازمة للاستفادة من الإعانة [156] ص 56 المتمثلة في الآتي:

التحقق من عدم استفادة طالب الإعانة من قبل بسكن أو ملكية عقارية عامة أو دعم مقدم من طرف الدولة لأجل شراء مسكن.

أن لا يكون طالب الإعانة مالكا لملكية ذات استعمال سكني.

أن لا يتجاوز دخله الشهري خمس مرات الحد الأدنى للأجر [147].

وبعد ما يقوم بفحص الملف المقدم له من طرف المتعامل في الترقية العقارية يقدر الدعم المستحق لكل مشتري من قائمة جماعة المالكين للعقار، ويختلف مبلغ الإعانة حسب الدخل الشهري للمتطلبين، وأصبحت الإعانة تقدر ب 700.000 دج بالنسبة لذوي الدخل الذي يتراوح ما بين 1 و 4 مرات قيمة الأجر الوطني الأدنى المضمون.

أما بالنسبة لذوي الدخل الذي يتراوح ما بين 5 و 6 مرات الأجر الوطني الأدنى المضمون فإنه يستفيد من مساعدة عمومية قدرها 400.000 دج.

لا يمكن أن تمنح المساعدات للحصول على الملكية عندما تتجاوز تكلفة إنجاز المسكن أو اقتنائه أربع مرات المبلغ الأقصى للمساعدة المالية السابق الإشارة إليها [147]، وفي حالة ما إذا تعلق الأمر بمسكن موجود في ولايات الجزائر، وهران، قسنطينة، عنابة، تيبازة، بومرداس أو البليدة، فإن تكلفة إنجازها لا يجب أن تتجاوز خمس مرات المبلغ الأقصى للمساعدة المالية المذكورة سابقا [147].
هذه المبالغ المسلمة كإعانة للمستفيدين تشكل جزءا من ثمن العقار المبيع والباقي يلزم به المستفيد ويدفع على أقساط في مراحل مختلفة.

وفي سبيل تحقيق هذه المهام يكلف الصندوق الوطني للسكن بما يلي:

المشاركة في تحديد سياسة تمويل السكن لاسيما السكن ذو الطابع الاجتماعي منه.
تسيير المساهمات والإعانات التي تقدمها الدولة لصالح السكن لاسيما فيما يخص الإيجار وامتصاص السكن غير اللائق وإعادة الهيكلة العمرانية وإعادة تأهيل الإطار المبنى وصيانته.
اقتراح كل الدراسات الرامية إلى تحسين عمل السلطات العمومية لصالح السكن، لاسيما ذو الطابع الاجتماعي منه.

إنجاز كل الدراسات والخبرات والتحقيقات والأبحاث المرتبطة بالسكن، وتقديم خبرته الفنية والمالية للمؤسسات العمومية والهيئات المعنية، وتشجيع الأعمال الإعلامية، وتبادل التجارب واللقاءات من أجل ترقية السكن وتطويره [75] ص 104.

تنظيم الصندوق: ينظم الصندوق كما يلي:

على المستوى المركزي: في شكل مديريات مركزية مقسمة إلى مصالح وخدمات.
على المستوى اللامركزي: في شكل مديريات جهوية (13) تجمع وكالات من أصناف مختلفة (27 حاليا).

وتتمثل هذه المديريات في ما يلي:

مديرية المفتشية والتدقيق .

مديرية المالية والمحاسبة.

مديرية السكن الإيجاري.

مديرية الإعانات لامتصاص السكن غير اللائق وإعادة التهيئة .

مديرية الإعانات للحيازة على ملكية .

مديرية الدراسات والتنظيم والإعلام الآلي.

مديرية الإدارة العامة والوسائل [178].

2.2.2.2.1.1. طلب قرض عقاري

نظرا لارتفاع أسعار السكن لم يعد باستطاعة المشتري دفع قيمة المسكن بالرغم من الإعانة المقدمة من طرف الدولة، وبما أن القروض العقارية تدعم مختلف الصيغ السكنية كالسكن التساهمي والريفي والترقوي، وتنعكس بالإيجاب من حيث آجال المشاريع وتسليم السكنات للمستفيدين منها، أوقف المشرع الجزائري كل القروض الموجهة للاستهلاك ووجهها لمجال السكن، وهذا ما نصت عليه المادة 75 من الأمر رقم 01-09 المؤرخ في 22 يوليو 2009، المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2009 بنصها: "لا يرخص للبنوك بمنح القروض للأفراد إلا في إطار القروض العقارية...".

وفي سبيل تحقيق ذلك رخص للخرينة العمومية بتخفيض معدلات فوائد القروض التي تمنحها البنوك والمؤسسات المالية لاقتناء سكن جماعي وبناء سكن ريفي من قبل المستفيدين الذين لا تتجاوز مداخيلهم مبلغا محددًا بالرجوع إلى عدد المرات من الأجر الوطني الأدنى المضمون، كما فتح في كتابات الخزينة حساب تخصيص خاص رقمه 302-132 وعنوانه "صندوق الفوائد على القروض الممنوحة للعائلات لاقتناء وبناء وتوسيع السكن وكذا المرقيين العقاريين في إطار البرامج المدعومة من طرف الدولة". ويقيد في هذا الحساب في باب الإيرادات تخصيصات ميزانية الدولة، أما في باب النفقات يقيد في حساب هذا الصندوق ما يلي:

الفوائد المستحقة من طرف البنوك والمؤسسات المالية على القروض الممنوحة بعنوان تمويل اقتناء أو بناء أو توسيع السكن.

الفوائد المستحقة من طرف البنوك والمؤسسات المالية على القروض الممنوحة لمرقي السكنات التي تندرج ضمن إطار البرامج العمومية للسكن.

وتتحدد قائمة إيرادات ونفقات هذا الحساب بقرار من الوزير المكلف بالمالية [141].

وحدد معدل الفائدة على القروض بموجب المرسوم التنفيذي رقم 10-87 المؤرخ في 14 مارس 2010، المحدد لمستويات وكيفيات منح تخفيض نسبة الفائدة على القروض التي تمنحها البنوك والمؤسسات المالية لاقتناء سكن جماعي وبناء سكن ريفي من قبل المستفيدين.

كما تضمن المرسوم التنفيذي رقم 10-166 المؤرخ في 30 يونيو 2010، تحديد سقف قيمة القروض لاقتناء السكن الاجتماعي أو بناء سكن، بقيمة 700 مليون سنتيم للموظفين أصحاب الوظائف العليا والموظفين المصنفين في قسم فرعي من 1 إلى 7 من القانون الأساسي للتوظيف العمومي، في حين تستفيد الفئات الأخرى من الموظفين من قروض بقيمة 400 مليون سنتيم، على أن تطبق هذه القروض 1 بالمائة سنويا من الفائدة لمدة أقصاها 30 سنة، مع تأجيل بداية التسديد إلى سنة واحدة، على أن لا تتعدى المبالغ الشهرية للتسديد 30 بالمائة من الدخل الشهري للموظف [139]. ويتم تسديد القروض بعدة

طرق، حيث يتم اقتطاعها من قبل مصالح أرباب العمل بالنسبة للموظفين في الخدمة حيث يتم الاقتطاع الشهري بدون انقطاع إلى غاية التسديد الكلي للمبلغ المقرض، في حين يتم اقتطاعها من قبل المؤسسات الخاصة بالتقاعد على غرار الصندوق الوطني للتقاعد، للإطارات العليا الحاصلين على وظائف عليا بالدولة بالنسبة للموظفين المؤهلين للتقاعد، وكذا الصندوق الوطني للتقاعد من خلال مديرياته الجهوية للموظفين الآخرين [139].

بالمقابل حدد المرسوم التنفيذي رقم 10-166 عدة ضمانات لتسديد القروض وتتمثل هذه الأخيرة في رهن موثق على السكن الممول، و كفالة تضامنية للزوج أو أحد أفراد أسرته (الأقارب المباشرين) بالنسبة للضمانات المباشرة في حال عدم قدرة المستفيد من التسديد، في حين يتم تقديم وثيقة التأمين لتسديد القرض لفائدة الخزينة في حالة الوفاة، وكذا وثيقة التأمين من الكوارث الطبيعية [139]. وفي الحالة التي يكون الموظف المستفيد من القرض قد قدم طلبا بالاستقالة عليه التسديد الكامل للمدة المستحقة الباقية من هذا القرض مع الفائدة المتعلقة به قبل قبول هذا الطلب، (في حين ينظر في رحيله باعتباره تخطى عن منصبه مما يؤدي إلى التنفيذ الفوري للرهن العقاري) على العقارات المملوكة، أو المبنية أو التي تم توسيعها مع قرض الخزينة في حين تكون الاستفادة من قرض الخزينة حصريا لأي دعم عمومي للسكن [139].

كما منح المرسوم التنفيذي إمكانية اقتناء سكن فردي في إطار الترقية العقارية للمستفيد المقيم في ولايات الجنوب والهضاب العليا، كما يمكن الاستفادة من القروض السابقة الذكر من قبل الموظفين المنتمين إلى الأسلاك الخاضعة للقانون الأساسي العام للوظيفة العمومية الذين يمارسون الوظيفة إلى غاية تاريخ تحرير طلب القرض. وفي هذا الصدد تكلف المديرية العامة للخزينة العمومية بمعالجة طلبات القروض، وتسير هذه القروض الممنوحة مع وزارة المالية [139].

وللاستفادة من القروض المدعمة من الخزينة العمومية لا بد من توفر عدة شروط، بالنسبة للموظفين الحاصلين على وظائف عليا في الدولة يجب أن يكون عمر المستفيد ستون سنة على الأكثر على أن يثبت الموظف أقدمية خمس سنوات في المنصب، كما يشترط أن يثبت المستفيد دخل شهري يساوي على الأقل 1.5 مرة الدخل الوطني الأدنى المضمون أي 22.5 ألف دينار شهريا مع احتساب العلاوات القانونية [139].

أما فيما يخص إجراءات الحصول على القرض فإنها تتمثل في تقديم طلب لدى أي بنك أو مؤسسة مالية مرفق بمجموعة من الوثائق تتعلق بشهادة عمل مؤرخة ثلاثين يوما على الأقل تتضمن تاريخ التوظيف وحالة الموظف، كشف الراتب للأشهر الثلاثة الأخيرة. وفي حال اقتناء أو بناء سكن يقدم الطالب شهادة تثبت أنه لا يملك سكنا، أما في حالة مشروع بناء أو توسيع سكن فيقدم الراغب في

الاستفادة من القرض عقد ملكية أو رخصة بناء سارية المفعول، في حين يقدم المستفيد عقد بيع مخطط محرر من طرف موثق في حالة اقتناء سكن لدى مؤسسة الخواص نسخة من عقد الملكية العقارية، شهادة السلبية للرهن العقاري وشهادة المطابقة^[139].

كما حدد المرسوم مستوى وكيفيات الاستفادة من تخفيض نسبة الفائدة على القروض التي تمنحها البنوك والمؤسسات المالية لاقتناء سكن جماعي وبناء سكن ريفي حسب مداخل المستفيدين، وتختلف نسبة التخفيض المطبقة على هذه القروض باختلاف صيغها ومداخل المستفيدين حيث يتحمل المستفيد من قرض ممنوح من قبل البنوك والمؤسسات المالية لأجل بناء سكن ريفي، والذي يقل دخله أو يساوي ست مرات الأجر الوطني الأدنى المضمون أي لا يتجاوز 9 ملايين سنتيم، نسبة 1 بالمائة من الفائدة المفروضة، في حين يرتفع معدل الفائدة إلى 3 بالمائة بالنسبة للمستفيد الذي تكون مداخله أكثر بست مرات الأجر الوطني الأدنى المضمون وأقل باثنتي عشر مرة الأجر الوطني الأدنى المضمون أي بالنسبة للموظفين الذين يتراوح أجرهم بين 9 و18 مليون سنتيم^[142].

أما بالنسبة لمعدلات التخفيض المطبقة على القروض التي تمنحها البنوك والمؤسسات المالية لاقتناء سكن جماعي تتمثل في الآتي:

إذا كانت مداخل المستفيد أكثر بمرة واحدة الأجر الوطني الأدنى المضمون و أقل أو مساوية ست مرات الأجر الوطني المضمون وأقل أو مساوية ست مرات للأجر الوطني الأدنى المضمون يتحمل المستفيد نسبة فائدة قدرها 1 بالمائة في السنة، أما إذا كانت مداخل المستفيد أكثر بست مرات وأقل باثنتي عشر مرة الأجر الوطني الأدنى المضمون أو تساويها ، يتحمل هذا المستفيد نسبة فائدة قدرها 3 بالمائة في السنة^[142].

ونسبة الفائدة التي تتحملها الخزينة العمومية هي ناتج الفرق بين نسبة الفائدة المطبقة من طرف البنوك والمؤسسات المالية ونسبة الفائدة التي يتحملها المستفيد، وذلك حسب نوع السكن ومستويات المداخل^[142]، حيث يعود للبنوك والمؤسسات المالية بالتنسيق مع المديرية العامة للخزينة العمومية مسألة ضبط نسبة اختيارية من أجل تحديد مستويات نسبة الفائدة باختلاف نوع السكنات بينما تقطع تكلفة تمويل التخفيض الممنوح من قبل البنوك والمؤسسات المالية من الخزينة العمومية من حساب التخصيص الخاص رقم 302-132 بعنوان " صندوق تخفيض نسبة الفوائد على القروض الممنوحة للأسر قصد اقتناء بناء أو توسيع مسكن، وكذا المرقيين العقاريين في إطار البرامج المدعمة من طرف الدولة"^[142]. وفيما يخص البنوك المعنية بالقرض هي كل من بنك الصندوق الوطني للتوفير والاحتياط، بنك القرض الشعبي الجزائري، بنك التنمية المحلية، بنك الجزائر الخارجي، البنك الوطني الجزائري، وكذا بنك الفلاحة والتنمية الريفية.

2.1. الضمانات القانونية المقررة قبل حيازة البناء المشيد

نستخلص مما سبق التطرق إليه في الفصل الأول بأن المشرع الجزائري قد وضع قواعد خاصة لبيع العقار بناء على التصاميم تختلف عن قواعد البيع المقررة وفقا للقواعد العامة، وتقترب من أحكام عقد المقاولة، وهذا ما جعل هذا العقد ينفرد عن العقود الأخرى في عدة مجالات، أهمها الضمانات القانونية التي منحت لمشتري العقار بناء على التصاميم المتمثلة في الضمانات التقنية الكافية والضمانات المالية.

بالنسبة للضمانات التقنية تتمثل في إحاطة المتعامل في الترقية العقارية بتقنيين مختصين في عمليات البناء كالمهندسين ومكاتب الدراسات والمقاولين بإبرام عقود مختلفة معهم قبل التعاقد مع المشتري، أما الضمانات المالية تتمثل في انضمام المتعامل في الترقية العقارية لصندوق الضمان والكفالة المتبادلة ليضمن الدفعات المقدمة من طرف المشتريين، بالإضافة إلى ضمانات أخرى قررت في مرحلة الإنجاز .

بناء على ما سبق يمكن أن نقسم هذه الضمانات حسب المرحلة المقررة لها إلى نوعين من الضمانات، ضمانات مقررة في مرحلة انعقاد عقد البيع بناء على التصاميم، وضمانات مقررة في مرحلة الإنجاز من خلال المبحثين التاليين:

المبحث الأول: الضمانات القانونية المقررة في مرحلة انعقاد عقد البيع بناء على التصاميم

المبحث الثاني: الضمانات القانونية المقررة من مرحلة الإنجاز إلى إتمام التشييد

1.2.1. الضمانات القانونية المقررة في مرحلة انعقاد عقد البيع بناء على التصاميم

يمكن حصر الضمانات القانونية المقررة في هذه المرحلة في كل ما يتعلق بإبرام العقد، من حيث كيفية انتقال الملكية في هذا النوع من العقود وكيفية دفع الثمن، وأجال إنجاز المشروع، وهي ما تسمى بمجالات الحماية، بالإضافة إلى شهادات التأمين التي ألزم بها المشرع الجزائري كل متعامل في الترقية العقارية، والتي يجب أن ترفق بعقد البيع بناء على التصاميم والتي تشكل بدورها حماية للمشتري.

بناء على ذلك يمكن التطرق لهذه الضمانات، من خلال مطلبين على الشكل التالي:

المطلب الأول: مجالات الحماية

المطلب الثاني: اكتتاب عقود تأمين

1.1.2.1. مجالات الحماية

نظرا للطبيعة الخاصة لعقد البيع بناء على التصاميم الذي يلتزم بموجبه المتعامل في الترقى العقارية (البائع) بإنجاز بناية أو جزء من البناية ، مقابل ثمن تقديري يدفعه المشتري، فقد وضع المشرع مصلحة المشتري المستفيد ضمن اهتماماته الأساسية في تنظيم أحكام عقد البيع بناء على التصاميم. ولعل أهم المجالات الحيوية التي اعتنى المشرع الجزائري بتنظيمها في مرحلة انعقاد البيع بناء على التصاميم ، بغرض حماية المشتري عن طريق توفير الضمانات الكافية لوفاء المتعامل في الترقية العقارية بالتزاماته تتمثل في مجال انتقال الملكية ومجال مدة الإنجاز، ومجال تحديد ثمن العقار المبيع. وهذا ما سنحاول التطرق إليه من خلال ثلاثة فروع على الشكل التالي:

الفرع الأول: مجال انتقال الملكية

الفرع الثاني: مجال مدة الإنجاز ومدة التسليم

الفرع الثالث: مجال تحديد ثمن العقار المبيع

1.1.1.2.1. مجال انتقال الملكية

يشكل التزام المتعامل العقاري بنقل ملكية العقار للمشتري المستفيد أهم الالتزامات التي تقع على عاتقه، لذا فهو مجبر على اتخاذ الإجراءات الكفيلة بتحقيق هذا الالتزام. ويبيع العقار بناء على التصاميم تسري عليه أحكام نقل الملكية العقارية الواردة في القانون المدني، المتمثلة في نص المادة 324 مكرر 1 من ق.م.ج، والمادة 793 من ق.م.ج، والقوانين الخاصة المتمثلة في المرسوم التنفيذي رقم 74-75 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، والمرسوم التشريعي رقم 93-03 المؤرخ في 01 مارس 1993 المتعلق بالنشاط العقاري، والمرسوم التنفيذي رقم 94-58 المؤرخ في 7 مارس 1994 المتعلق بنموذج عقد البيع بناء على التصاميم.

وباستقراءنا لهذه النصوص نستخلص بأن انتقال ملكية العقار بناء على التصاميم تتم بإتباع الإجراءات القانونية التالية: التوثيق، التسجيل، والشهر العقاري.

كما أن البحث عن إجراءات انتقال ملكية العقار بناء على التصاميم، يدفعنا للبحث أيضا عن الآثار المترتبة عن انتقال ملكية العقار بناء على التصاميم، وقبل ذلك نحدد المقصود بحق الملكية بوجه عام.

1.1.1.1.2.1. المقصود بحق الملكية

حق الملكية كما ورد في نص المادة 674 من ق.م.ج هو: "... حق التمتع والتصرف في الأشياء بشرط أن لا يستعمل استعمالا تحرمه القوانين والأنظمة".

أما المادة 27 من القانون رقم 90-25 المؤرخ في 18/11/1990 المتضمن قانون التوجيه العقاري فقد عرفت الملكية العقارية الخاصة بأنها: "...حق التمتع والتصرف في المال العقاري أو الحقوق العينية من أجل استعمال الأملاك وفقا لطبيعتها أو غرضها".

يتضح من هذين النصين أن حق الملكية العقارية يشمل الشيء وما يتفرع عنه من ثمار ومنتجات وملحقات، والحقوق العينية إذ لم يبق حق الملكية مقتصرًا على المال العقاري فقط بل تعداه ليشمل الحقوق العينية الواردة على العقار.

وبموجب حق الملكية يتمتع المالك بحق التصرف في هذا المال بأي طريقة سواء كان بمقابل أو تبرعا، كما يتمتع بحق الاستغلال حسب الوجهة التي يراها مناسبة، إلى جانب حق الاستعمال [47] ص 104.

لذلك عد حق الملكية من أوسع الحقوق العينية نطاقا لأنه يضم كل السلطات التي يعطيها القانون للمالك، كما أن للشخص صاحب حق الملكية أن يستعمل ملكه كما يشاء، بنفسه أو بواسطة غيره كما له ألا يستعمله، إلا إذا تدخل القانون ومنع استعماله بطريقة معينة إذا كانت مخالفة للقانون [108].

وهذا ما أكده المشرع الجزائري في الفقرة الأخيرة من المادة 674 من ق.م.ج التي قضت بما يلي: "... بشرط ألا يستعمل استعمالا تحرمه القوانين والأنظمة".

إن السلطات الثلاث الممنوحة للمالك له أن يستعملها أو يتنازل عنها كلها، وذلك بنقل ملكية الشيء إلى الغير بالبيع أو الهبة، كما يمكن للمالك أن يتنازل عن عنصر أو أكثر من عناصر الملكية، كأن يتنازل عن الاستغلال أو الاستعمال للغير ويحتفظ بملكية الرقبة، أي حق التصرف فيها بينما يتمتع الغير بحق الانتفاع [38] ص 41 - 402.

والملكية وفقا لهذا المفهوم إما أن تكون ملكية تامة أو مجزأة، أو مشتركة، أو مشاعة، بغض النظر عن طرق اكتسابها، سواء كان مصدرها التصرف القانوني، أو الواقعة المادية، أو الحكم القضائي، أو القرار الإداري [4] ص 12.

2.1.1.1.2.1. إجراءات انتقال ملكية العقار بناء على التصاميم

عقد البيع بناء على التصاميم من العقود الشكلية، لذا يستلزم ضرورة تحريره لدى موثق، كما أنه يستلزم شهره لدى المحافظة العقارية لأنه يتضمن نقل ملكية عقار، لذلك يستلزم الإجراءات اللازمة لانتقال الملكية العقارية وفقا للقواعد العامة، المتمثلة في إجراء التوثيق والتسجيل والشهر العقاري.

- إجراء التوثيق: عمل المشرع الجزائري على تنظيم الملكية العقارية لما تكتسيه من أهمية بالغة في مجال التنمية الاقتصادية والاجتماعية، لذا كان من الواجب إضفاء حماية صارمة على الملكية العقارية وإحاطتها بجملة من الضمانات. وفي سبيل تحقيق هذا الغرض اعتمد المشرع على مبدأ الرسمية في العقود الواردة على العقار انطلاقا من نص المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني، والتي تقضي بضرورة تحرير أي عقد يتضمن نقل ملكية عقار، أو حقوق عقارية، أو محلات تجارية، أو صناعية، في قالب رسمي وإلا عد العقد باطلا بطلانا مطلقا، وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرارها رقم 436937 بتاريخ 2008/11/19 بقولها: "يحرر عقد البيع على التصاميم وجوبا في الشكل الرسمي تحت طائلة البطلان".

وعن طريق هذا الإجراء يتم الركن الرابع في عقد البيع العقاري، الذي تتقرر معه صحة العقد، لأنه عقد شكلي لا رضائي.

وبالرجوع إلى نص المادة 12 من المرسوم التشريعي رقم 93-03 المؤرخ في 01 مارس 1993 المتضمن النشاط العقاري نجد أنها اشترطت أيضا ضرورة تحرير عقد البيع بناء على التصاميم في شكل رسمي وفقا للعقد النموذجي المحدد بموجب المرسوم التنفيذي رقم 94-58 المؤرخ في 07 مارس 1994 المتعلق بنموذج عقد البيع بناء على التصاميم، وذلك وفقا للخطوات التالية:

بعد صدور قائمة المستفيدين، يشرع المتعامل في الترقية العقارية بإبرام عقد البيع بناء على التصاميم وفقا للإجراءات القانونية مع كل مستفيد لدى الموثق.

وبعد التوجه إلى الموثق يشترط في المتعامل العقاري أن يرفق مع العقد شهادة الضمان المسلمة له إثر اكتتابه لدى صندوق الضمان والكفالة، ورخصة البناء التي تعتبر أكبر ضمانة تقاديا لأي قرار هدم فيما بعد، بالإضافة إلى التصاميم سواء في حالة بناية فردية أو جماعية، ويستلزم أيضا إرفاق نسخة من عقد ملكية الأرض التي سيقام عليها المشروع، ومشروع نظام الملكية المشتركة مع جدول وصفي للتقسيم، ورخصة تجزئة الأرض من أجل البناء.

كما أن عملية توثيق العقد تشترط ضرورة وصف التجمع العقاري من حيث تحديد الموقع ومساحة القطعة الأرضية، كما يتم وصف البناية بصفة دقيقة حسب نوع البناية ما إذا كانت فردية أو جماعية[125].

وعلى الموثق أن يتأكد من أن الأملك العقارية المبيعة ليست محل أية مصادرة أو أنها ليست مثقلة بقيد امتياز أو رهن، كما أنها ليست محل أي منازعة. وفي الأخير يوقع الطرفان المتعاقدان وهما المتعامل في الترقية العقارية والمشتري المستفيد، وشاهدي عدل والموثق على العقد بعد قراءته وتفسيره لهما، ويتم تحرير عقد البيع بناء على التصاميم باللغة العربية[93].

وبتوقيع الموثق على هذا النموذج يصبح عقد البيع بناء على التصاميم رسمياً، ينتج آثاره القانونية فيما بين المتعاقدين، المقررة في المرسوم التنفيذي رقم 58-94 المؤرخ في 7 مارس 1994 والمتعلق بنموذج عقد البيع بناء على التصاميم على أنه: "علا بالمادتين 9 و10 من المرسوم التشريعي رقم 03-93 المؤرخ في أول مارس سنة 1993 يكون المشتري مالكا للبناية المبيعة الآن بناء على التصاميم ابتداء من تاريخ التوقيع...".

باستقراء نص المادة 02 السابقة الذكر والوقوف على حرفية النص نجد بأن المشرع الجزائري اعتبر إجراء التوثيق إجراءً ناقلاً للملكية، في حين نجد أن القصد من التوثيق هو: إتمام ركن من أركان العقد، وتمكين المتعاقدين من سند تنفيذي[4] ص 112.

أما الأثر العيني المتمثل في نقل الملكية العقارية فقد نصت المادة 15 و16 من الأمر 74-75 المؤرخ في 12/11/1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري لا يتحقق إلا بالشهر العقاري.

لذا لا يمكن أن نعتبر أن انتقال ملكية العقار بناء على التصاميم يتم بمجرد توثيق العقد، لمخالفة ذلك المبادئ القانونية الخاصة بنقل ملكية العقارات، ولا يمكننا حتى أن نعتبر أن هذا الحكم هو حالة خاصة يتميز بها عقد البيع بناء على التصاميم لأن فيه مخالفة للإجراءات القانونية المقررة في كيفية إنشاء الحق العيني العقاري من توثيق وتسجيل وإشهار في المحافظة العقارية .

مع العلم أن المادة 12 من المرسوم التشريعي رقم 03-93 المؤرخ في 1 مارس 1993 المتعلق بالنشاط العقاري كانت واضحة، إذ اشترطت ضرورة إخضاع عقد البيع بناء على التصاميم في الشكل الرسمي مع إخضاعه للشكليات القانونية في التسجيل والإشهار .

وهذا ما يدفنا للقول بأن المشرع الجزائري من خلال نص المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 58-94 المؤرخ في 7 مارس 1994 المتضمن نموذج عقد البيع بناء على التصاميم السابقة الذكر

عندما اعتبر أن الملكية تنتقل بمجرد التوقيع على عقد البيع بناء على التصاميم، كان سهوا منه بدافع تقرير حماية كافية للمشتري المستفيد، وأسقط الإجراءات الأخرى التي نص عليها في المادة 12 من المرسوم التشريعي رقم 93-03 المتعلق بالنشاط العقاري التي أشار فيها المشرع صراحة لخضوع عقد البيع بناء على التصاميم للشكليات القانونية المتعلقة بالتسجيل والشهر.

لذا يستحسن تعديل المادة 02 بما يتناسب والمبادئ القانونية الثابتة في انتقال الملكية والحقوق العينية العقارية على أن تكون على الشكل التالي: "عملا بالمادتين 09 و12 من المرسوم التشريعي رقم 93-03 المؤرخ في أول مارس 1993 يكون المشتري مالكا للبناء المبيعة بناء على التصاميم ابتداء من تاريخ شهر عقد البيع بالمحافظة العقارية.

ويخوله التمتع بمجرد انتهائها والتوقيع على محضر التسليم الذي يحرر أمام الموثق".

وتفادى المشرع الجزائري المشكل الذي كانت تطرحه المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 94-58 المتضمن نموذج عقد البيع على التصاميم، من خلال القانون رقم 11-04 المؤرخ في 17 فبراير 2011، الذي اعتبر عقد البيع على التصاميم كأى عقد يتضمن نقل ملكية عقارية يقتضي إتباع إجراءات الرسمية والتسجيل والشهر لنقل ملكية العقار على التصاميم بعنصريه، ملكية البناءات وحقوق الأرض[107].

وهذا ما تضمنته المادة 34 من ذات القانون بقولها: «يتم إعداد عقد البيع على التصاميم في الشكل الرسمي ويخضع للشكليات القانونية الخاصة بالتسجيل والإشهار، ويخص في نفس الوقت البناء والأرضية التي شيد عليها البناء»[107].

وما يلاحظ على هذا النص هو تأكيده على أن انتقال ملكية البناء والأرضية التي شيد عليها البناء تستدعي إتباع إجراءات انتقال الملكية المتمثلة في الرسمية والتسجيل والشهر، إلا أنه لم يحدد لنا المرحلة التي تتم فيها هذه الإجراءات، هل هي بعد إتمام الإنجاز أو قبله، خاصة وأن الإجراءات الثلاث ترتبط بمدة معينة، إذ يتم تسجيل العقد الناقل للملكية خلال شهر من تحريره لدى الموثق، ويشهر خلال شهرين من تاريخ التوثيق[121].

هذا أول إجراء يشترط على المتعامل في الترقية العقارية القيام به، حتى يتمكن المشتري المستفيد الشروع في دفع الدفعة الأولى لدى الموثق.

لكن الأمر الذي يحدث عمليا غير ذلك لأن المتعاملين العقاريين لا يلجأون إلى تحرير عقود البيع بناء على التصاميم إلا عند انتهاء الإنجاز، مبررين ذلك بتخوفهم من تراجع أحد المستفيدين لعدم قدرته على الوفاء الذي يدفعهم إلى الفسخ القضائي على أساس إخلال المستفيد لالتزاماته.

وهروبا من الإجراءات القضائية المطولة التي قد تؤثر على إنجاز المشروع، لجأ المتعاملون إلى حل تأخير إبرام عقود البيع بناء على التصاميم إلى نهاية الإنجاز، بالرغم من أن القانون يفرض عليهم وجوب إبرامها في البداية حتى يلزم المتعامل في الترقية العقارية بإظهار شهادة الضمان المسلمة له من صندوق الضمان والكفالة المتبادلة، التي تظهر بأنه ضامن للمشروع وقررت حماية للمشتريين المستفيدين وتمكنهم من استرداد الدفعات المدفوعة في حالة من الحالات التي استلزمها المشرع لتحقيق ضمان الصندوق.

كما أن المتعاملين العقاريين يلجؤون في بعض الأحيان إلى تقديم شهادة الانضمام للصندوق دون أن يكونوا ضامنين للمشروع، وشهادة الانضمام لا تمنح للمشتريين المستفيدين الحق في استرداد دفعاتهم. وبسبب هذا المشكل تعرض العديد من المستفيدين للمشاكل على مستوى القضاء، تخص رجوعهم على الصندوق دون أن يكون بحوزتهم عقد بيع بناء على التصاميم الذي يمنح لهم الحق في الاستفاد من الضمان.

لذا يلزم إيجاد حل قانوني سريع لهذا المشكل، الذي من شأنه أن يوازي بين مصلحة المشتري والمتعامل في الترقية العقارية في آن واحد ، وذلك عن طريق إلزام المتعاملين العقاريين بإبرام عقد البيع بناء على التصاميم في البداية، ومن جهة أخرى تمنح للمتعامل العقاري ضمانات قانونية تمنع المشتري من العدول عن العقد أو توقفه عن الدفع وهو يتمتع بصفة المالك .

ولإيجاد هذا التوازن بين المصلحتين أرى ضرورة إلزام المتعاملين العقاريين بإبرام عقود بيع لدى الموثق، من أجل اكتساب الصفة الرسمية للعقد وبذلك يتم الركن الرابع في عقد البيع العقاري، وإتمام إجراء التسجيل والشهر العقاري الناقل للملكية، مع تضمين عقد البيع بناء على التصاميم شرط جزائي في حالة تراجع أحد الطرفين عن التزامه، وضرورة إجبار المتعامل في الترقية العقارية بإبرام عقود البيع بناء على التصاميم عند قبض أول دفعة من المشتري وإلا تعرض لغرامات مالية، حتى لا تتاح له فرصة الاحتيال على المواطنين الذين وقع العديد منهم فيه، دون أن يكون بيدهم أي سند، خاصة فيما يخص الضمان على مستوى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة الذي يقتضي وجود عقد البيع على التصاميم من أجل ضمان التسبيقات المدفوعة من طرف المشتري.

وبصدور القانون رقم 04-11 أُلزم المرقى العقاري بإبرام عقد البيع على التصاميم قبل أي تسويق، أو إيداع أو اكتتاب أو قبول سندات تجارية مهما كان شكلها، واشترط أيضا قبل تحرير عقد البيع على التصاميم أن يكتتب المرقى العقاري ضمان لدى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة[107].

وفي حالة ما إذا أخل بهذا الالتزام فإنه يتعرض لعقوبة جزائية تتمثل في الحبس من شهرين (02) إلى سنتين (02) وغرامة مالية من مائتي ألف دينار (200.000 دج) إلى مليوني دينار (2.000.000 دج)[107].

ولعل هذه الإجراءات الردعية توقف عمليات النصب والاحتيال التي تعرض لها العديد من المواطنين في ظل تطبيق المرسوم التشريعي رقم 03-13، إذ كان بمجرد صدور قائمة المستفيدين يلزمون بدفع التسبيق الأول، وفي بعض الأحيان إلى غاية الدفعة الثالثة أو أكثر، دون إبرام عقد البيع على التصاميم، ثم تلغى هذه القائمة وتستبدل بقائمة أخرى، وعند لجوئهم للقضاء ترفض دعواهم بحجة أنهم لا يحوزون عقود البيع على التصاميم، ومن جهة أخرى لا يرجعون لهم أموالهم التي دفعوها، لذا نرى أن العقوبات الجزائية التي تضمنتها المادة 71 من القانون رقم 04-11 قد لا تكف لردع هذا النوع من المرفقين، وفي نفس الوقت حماية مقتني العقار على التصاميم، لذا كان من الأحسن لو زيد في مبلغ الغرامة المالية.

- التسجيل: بعدما يقوم الموثق بتحرير عقد البيع بناء على التصاميم، يلزم بتسجيله لدى مصلحة التسجيل والطابع التابع لها مكتب التوثيق إقليميا طبقا لنص المادة 01/75 من الأمر رقم 105-76 المؤرخ في 1976/12/09 المتضمن قانون التسجيل التي نصت على ما يلي: "لا يمكن للموثقين أن يسجلوا عقودهم إلا في مكتب التسجيل التابع للدائرة أو عند الاقتضاء في مكتب الولاية الذي يوجد بها مكتبهم".

ويتم تسجيل العقد في أجل لا يتجاوز شهرا من تاريخ إبرام عقد البيع بناء على التصاميم، وفي حالة تأخر الموثق في عملية التسجيل يتعرض لعقوبات جبائية وتأديبية[112].
والغرض من عملية التسجيل هو تمكين الدولة من تحصيل الجانب الضريبي للخرينة العمومية[4] ص 116.

وكقاعدة عامة يخضع المشتري لنفقات التسجيل والتوثيق والشهر العقاري طبقا لنص المادة 393 من الأمر 58-75 المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن القانون المدني، غير أن المادة 05 من المرسوم التشريعي رقم 08-94 المؤرخ في 1994/05/26 المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 1994 قضت بأن الرسوم المفروضة على العقود التي تتضمن نقل الملكية وحق الانتفاع توزع على الطرفين المتعاقدين بشكل عادل أي منصفة.

وتكريسا لحماية المشرع الجزائري للمشتري المستفيد فقد استثنى عقد البيع بناء على التصاميم من رسوم التسجيل بموجب المادة 26 من القانون رقم 21-04 المؤرخ في 2004/12/29 المتضمن قانون المالية لسنة 2005 التي نصت على أنه: "تعفى من رسم حق نقل الملكية المنصوص عليه في

المادة 252 من قانون التسجيل عمليات بيع البناءات ذات الاستعمال الرئيسي للسكن حسب إجراء البيع بالإيجار والسكن الاجتماعي والسكن الاجتماعي التسهامي والسكن الريفي "[98].

ما يلاحظ على هذا النص هو أن الاستثناء شمل عمليات بيع السكنات التابعة للدولة والهيئات العمومية فقط، أما السكنات الترفوية لا تستفيد من هذا الاستثناء.

كان من المفروض على المشرع أن يحدد الاستثناء بالنظر إلى مصلحة المشتري المستفيد بغض النظر عن البائع سواء كان مرقى عمومي أو خاص، وبذلك يشمل الاستثناء الخاص بدفع رسوم التسجيل كل عقود البيع بناء على التصاميم، بغض النظر عن صفة المتعامل في الترقية العقارية.

الشهر العقاري: نظرا لأهمية حق الملكية وسائر الحقوق العينية سواء أكانت أصلية أو تبعية، باعتبارها من الحقوق التي يحتج بها على الكافة، لذا كان من اللازم إعلام الغير بها، وبما أن تحرير العقود لدى الموثق لا يكفي لتحقيق هذا الغرض، ومن أجل حماية المتعامل مع هذا العقار وحماية الملكية العقارية وضمان استمراريتها، فقد عمل المشرع الجزائري على إصدار العديد من التشريعات التي تهدف إلى تنظيم وسير الشهر العقاري بداية من المادة 793 من ق.م.ج والمادة 15 و16 من الأمر رقم 74-75 المتضمن تأسيس السجل العقاري و إعداد مسح الأراضي العام.

ويقصد بالشهر العقاري بأنه: " نظام قانوني له مجموعة من القواعد والإجراءات يضمن بها حق الملكية العقارية وكذا الحقوق العينية العقارية الأخرى وجميع العمليات القانونية الواردة على العقارات "[4] ص 118.

ويهدف الشهر العقاري إلى تحقيق أهم أثر يتمثل في انتقال الملكية العقارية، وهذا ما أقره المشرع الجزائري من خلال العديد من النصوص القانونية من بينها نص المادة 793 من ق.م.ج التي نصت على أنه: " لا تنقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار، سواء كان ذلك بين المتعاقدين أم في حق الغير إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون وبالأخص القوانين التي تدير مصلحة الشهر العقاري".

وأكدت هذا الغرض المادة 15 من الأمر رقم 74-75 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري بقولها: " كل حق للملكية وكل حق عيني آخر يتعلق بعقار لا وجود له بالنسبة للغير إلا من تاريخ يوم إشهارهما في مجموعة البطاقات العقارية ".

بناء على هذه النصوص القانونية يلزم الموثق بالقيام بإجراء الشهر لجميع العقود المحررة من قبله المتضمنة نقل ملكية عقارية أو حق عيني عقاري خلال الآجال القانونية المحددة، ويتم شهر هذه العقود خلال شهران ابتداء من اليوم الذي تم تحريرها لدى الموثق [121]، وفي حالة ما إذا أخل الموثق بالتزامه بالقيام بعملية الشهر تتحقق مسؤوليته المهنية [102].

وبعد القيام بعملية الشهر يصبح عقد البيع تصرفاً قانونياً يمكن أن يحتج به سواء بين المتعاقدين أو اتجاه الغير، كما أن عملية الشهر تهدف إلى تحقيق الاستقرار في التعاملات العقارية وإعلام الغير حول الوضعية القانونية للعقار، كما يدفع إلى دعم الائتمان العقاري أي على الافتراض بضمان الحقوق العقارية [4 ص 120].

وبهذا يكون المشرع الجزائري قد حقق حماية قانونية كافية لمالك البناء قبل الإنجاز، إذ تنتقل إليه الملكية القانونية قبل الإنجاز، وتبقى الحماية لغاية إتمام الإنجاز، وهذا ما ألزم به المشرع الجزائري المتعامل في الترقية العقارية بموجب المادة 12 من المرسوم التشريعي رقم 03-93 المؤرخ في 1993/03/01 المتعلق بالنشاط العقاري.

والهدف من هذا الإجراء شهر عقد البيع بناء على التصاميم قبل إتمام الإنجاز، وتحقق نقل الملكية العقارية للمالك المستفيد قبل الإنجاز هو حماية هذا الأخير وصون حقوقه، كي يعلم الغير أن العقار محل الإنجاز مملوكاً لشخص ما، وبذلك يمنع المتعامل العقاري من إعادة بيعه مرة ثانية. ولتحقق التوازن بين مصلحة المتعامل في الترقية العقارية ومصلحة المشتري المستفيد، فقد منح المشرع الجزائري وسيلة قانونية لحماية حقه في استفاء بقية الأقساط ما دام أن الثمن لا يدفع مرة واحدة، وفي المقابل يمتلك المشتري المستفيد الأرضية والبنية بمجرد شهر عقد البيع، عن طريق فسخ العقد في حالة إخلال المشتري بالتزامه المتمثل في دفع الأقساط المتبقية، وللفسخ أثر رجعي يجعل المشتري المستفيد غير مالك للعقار محل الإنجاز.

وللزيادة في الحماية أكثر للمالك فقد أعفى المشرع عقد البيع بناء على التصاميم من رسوم الشهر العقاري، وهذا ما أقرته المادة 22 من القانون 04-21 المؤرخ في 2004/12/29 المتضمن قانون المالية لسنة 2005 بنصها: "تتم أحكام المادة 353 من قانون التسجيل بفقرتين 10 و11 تحريراً كما يأتي:

المادة 353 خامساً: تعفى من رسم الإشهار العقاري

1- إلى 9 (...بدون تغيير)

11- العقود المتضمنة بيع محلات ذات استعمال سكني جديدة أنجزها المتعهدون بالترقية العموميون أو الخواص في إطار برامج السكن المستفيدة من الدعم المالي من الخزينة العمومية ولاسيما منها السكن الاجتماعي التساهمي والسكن في إطار البيع بالإيجار والسكن الريفي" [99].

ما نخلص إليه في الأخير هو أن المشرع الجزائري خرج عن القواعد العامة الخاصة بانتقال الملكية العقارية التي تلزم بدفع رسوم الشهر والتسجيل، كما جعل نقل ملكية عقار غير موجودة وقت التعاقد تتم قبل إتمام إنجازه، في حين نجد أن القواعد العامة تفرض وجود المحل لإتمام نقل الملكية.

ولعل السبب في هذا الاستثناء هو رغبة المشرع في تقرير حماية كافية للمشتري المستفيد المقبل على شراء مسكن غير موجود أصلاً إلا على الأوراق، وبتقرير نقل الملكية بمجرد شهر العقد يبعث الثقة في المشتري للتعامل مع هذا النوع من العقود .

وهذا ما يؤدي إلى التقليل من مشكل السكن لأن هذا النوع من البيوع تستفيد منه الطبقة المتوسطة على وجه الخصوص، ومن جانب آخر يعد البيع بناء على التصاميم دعماً لنشاط الترقية العقارية.

أما بالنسبة للمشرع الفرنسي فإنه يؤجل تحرير عقد البيع قبل الإنجاز وشهره إلى حين وجود المحل أي إتمام الإنجاز ويلزم البائع باكتتاب عقد البيع النهائي عند إتمام عملية الإنجاز [64] ص 56.

3.1.1.1.2.1. الآثار المترتبة عن انتقال الملكية في عقد البيع بناء على التصاميم

نقصد بالآثار المترتبة عن انتقال الملكية هو البحث عن ما الذي يمكن أن يتملكه المشتري بموجب عقد البيع بناء على التصاميم، وذلك عن طريق تحديد نطاق الملكية، مع تحديد حقوق مالك البناء، وبذلك يمكننا أن نعرف إلى أي مدى حاول المشرع الجزائري حماية المشتري من خلال مجال انتقال الملكية.

نطاق حق الملكية في عقد البيع بناء على التصاميم: نقصد بنطاق حق الملكية الشيء الذي يملكه المشتري المستفيد، وبالرجوع إلى أحكام المرسوم التنفيذي رقم 94-58 المتضمن نموذج عقد البيع بناء على التصاميم، نجد أن المشتري المستفيد يملك الشيء ذاته المتمثل في العقار بجزأيه الأرض والبنائية، كما يملك ملحقات الشيء.

ملكية الشيء ذاته: إن عقد البيع بناء على التصاميم هو بيع يقع على عقار في طور الإنجاز، ويشمل هذا العقار ملكية الأرض التي ستشيد المنشأة فوقها، والبنائية محل الإنجاز.

هذا المضمون حددته المادة 12 من المرسوم التشريعي رقم 93-03 المؤرخ في 01 مارس 1993 المتعلق بالنشاط العقاري، بنصها على أنه: "يحرر عقد البيع بناء على التصاميم على الشكل الأصلي، ويخضع للشكليات القانونية في التسجيل والإشهار، كما يشمل في آن واحد على البنائية وعلى القطعة الأرضية التي شيدت المنشأة فوقها."

والمفهوم الذي تضمنته المادة 12 السالفة الذكر جاء عاماً مقارنة مع نص المادة الأولى من المرسوم التنفيذي رقم 94-58 المتضمن نموذج عقد البيع بناء على التصاميم، الذي فصل في حقوق الملكية التي تنتقل إلى المشتري حسب نوع البنائية ما إذا كانت بناية فردية أو جماعية: الحالة الأولى: حالة البنائية الفردية: إن الحقوق التي تنتقل إلى المشتري تتمثل في الآتي:

البنائية الفردية.

التجهيزات الخاصة وهي عناصر التجهيز التي تساعد على استعمال المبيع في الغرض الذي أعد من أجله مثل المكيفات.

القطعة الأرضية التي بنيت عليها البنائية الفردية حيث يتم تحديدها بتحديد مساحتها في جدول تجزئة الأرض.

الحالة الثانية: حالة البنائية الجماعية: تفترض هذه الحالة وجود عقار يشكل جزءا من بنائية جماعية، وفي هذه الحالة يشمل ما يلي:

البنائية أو جزء من البنائية المبيعة.

التجهيزات الخاصة الموجودة بالبنائية باعتبارها أجزاء خاصة.

جميع الأجزاء المشتركة المرتبطة قانونا بالبنائية المبيعة[125].

ويلزم أن يكون البائع (المتعامل في الترقى العقارية) مالكا للأرض وقت التعاقد حتى يتمكن من نقل ملكيتها إلى المشتري، أما البنائية التي هي في طور الإنجاز بما أنها غير موجودة وقت التعاقد إلا أنها قابلة للوجود في المستقبل فإن ملكيتها تنتقل إلى المشتري بمجرد شهر عقد البيع بناء على التصاميم.

لكن هل بانتقال ملكية العقار بصورتيه ملكية الأرض والبنائية التي هي في طور الإنجاز إلى المشتري يمنح له حق التمتع بالسلطات الثلاث المحددة بموجب المادة 674 من ق.م.ج المتمثلة في حق التصرف والاستغلال والاستعمال؟

بالرجوع إلى نص المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 58-94 المتضمن نموذج عقد البيع بناء على التصاميم، نستخلص بأن المشتري المستفيد يتمتع بملكية الرقبة في الفترة ما قبل الإنجاز وبعد شهر البيع بناء على التصاميم دون أن يكون له حق التمتع بالبنائية إلا عند إتمام الإنجاز، وإتمام تسديد القسط الأخير، والتوقيع على محضر التسليم المعد من طرف الموثق وشهره طبقا لما هو مقرر بموجب المادة 14 من المرسوم رقم 03-93 المؤرخ في 01 مارس 1993 المتضمن النشاط العقاري وتسليم شهادة المطابقة.

وهذا هو وجه الخصوصية التي يتمتع بها مالك البناء في عقد البيع بناء على التصاميم، إذ في مرحلة شهر العقد لا يملك المشتري (المالك) سوى ملكية الرقبة التي تشمل الأرض والبناء في طور الإنجاز دون حق الانتفاع.

وبالرغم من تمتع المشتري المستفيد من ملكية الرقبة إلا أن المشتري يلتزم بعدم التصرف في البنائية بأي تصرف كان، سواء بمقابل أو بدون مقابل، إلا بعد حصوله على محضر الحيازة وشهره، وبمرور مدة 10 سنوات[104].

وهذا يعد قيد من القيود الخاصة الواردة على حق ملكية العقار بناء على التصاميم التي تمنع المالك المستفيد من التصرف إلا بعد استكمال عناصر الملكية الثلاثة.

ملكية ملحقات العقار: قضت المادة 676 من ق.م.ج بهذا الحق بقولها: "لمالك الشيء الحق في كل ثماره ومنتجاته وملحقاته ما لم يوجد نص أو اتفاق يخالف ذلك".

ويقصد بالملحقات: "كل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال الشيء طبقا لما تقتضيه طبيعة الأشياء وعرف الجهة وقصد المتعاقدين كحقوق الارتفاق والعقار وبالتخصيص" [38 ص 586]، قد تكون هذه الملحقات عبارة عن مرآب، وقد تكون عبارة عن حديقة مثلا، ويشترط تحديدها في نموذج عقد البيع بناء على التصاميم.

حقوق مالك البناء التي يخولها له عقد البيع بناء على التصاميم: يمنح عقد البيع بناء على التصاميم لمالك البناء في طور الإنجاز الحقوق التالية:

حق طلب قرض عقاري مع إمكانية رهن العقار محل عقد البيع بناء على التصاميم:

يلجأ المشتري المستفيد لهذا الطلب في حالة ما إذا لم تكف مدخراته المالية لدفع بقية الدفعات الواجبة عليه في الآجال القانونية المحددة، بلجؤه إلى البنوك من أجل الحصول على قرض عقاري يمكنه من تسديد دفعاته ومقابل لذلك يرهن العقار في طور الإنجاز كضمان لهذا الغرض [125].

وبذلك يكون المشرع الجزائري قد شجع عمليات الاستثمار وسهل في إجراءات تمويل مشاريع إنجاز السكنات والمحلات التجارية، وفي نفس الوقت مكن المواطن من الحصول على مسكن دون عراقيل وصعوبات.

حق التعويض في حال نزع الملكية للمنفعة العامة: بما أن المالك في عقد البيع بناء على التصاميم هو المشتري المستفيد بمجرد شهر العقد بالمحافظة العقارية، فإن حق الاستفادة من التعويض المقرر في حال نزع الملكية للمنفعة العامة من طرف الدولة يكون من حق المالك المستفيد وليس المتعامل في الترقية العقارية، وهذا ما أقره المشرع الجزائري بمقتضى نص المادة 2/677 من ق.م.ج التي منحت للمالك حق الاستفادة من التعويض المقرر في حالة نزع الملكية للمنفعة العامة.

حق ملكية الرقبة: يتمتع المالك في عقد البيع بناء على التصاميم بملكية الرقبة دون أن يكون له حق الاستعمال والاستغلال إلا عند إتمام الإنجاز وتحرير محضر التسليم النهائي لدى الموثق، لكنها ملكية مقيدة [125].

4.1.1.1.2.1. القيود الواردة على حق ملكية البناء في عقد البيع بناء على التصاميم

نظرا للخصوصية التي يتميز بها عقد البيع بناء على التصاميم فقد خصه المشرع الجزائري بقيود مؤقتة خاصة به، تتمثل في ما اشترطه المشرع على المالك المستفيد من السكنات التساهمية

بموجب المادة 57 من قانون المالية لسنة 2008 المتمثلة في عدم قابلية التنازل على السكنات التساهمية لمدة 10 سنوات بالنسبة للسكنات التي تم تحرير عقودها التوثيقية بعد تاريخ 31 ديسمبر 2007، ويشترط أن تتضمن العقود التوثيقية التي تحرر بعد تاريخ 31-12-2007 بند عدم إعادة التنازل لمدة عشر سنوات [149]، إلا في حالة وفاة المالك وما تقتضيه ضرورة توزيع التركة التي تعد حالة استثنائية عن عدم إمكانية التنازل [105]. ويقصد بالسكنات المشار إليها في نص المادة 57 السابقة الذكر كل محل ذي استعمال سكني استفاد من إعانة لاكتساب الملكية، لاسيما المساكن الاجتماعية التساهمية والمساكن المنجزة في إطار البيع بالإيجار وكذا السكن الريفي المدعم [136].

ما يلاحظ على هذا القيد هو أنه وارد على حق التصرف دون بقية عناصر الملكية الأخرى، إذ يبقى للمشتري (المالك) حق الاستغلال والاستعمال بأي طريقة كانت. إذن فما فائدة نقل الملكية قبل إتمام الإنجاز ما دام حق التصرف فيها لا يمكن إلا بعد مرور عشر سنوات، فإذا كان المشرع يهدف إلى حماية أموال الدولة التي دعم بها المشتري، فكان عليه أن يلجأ إلى حل آخر يتمثل في منح حق التصرف للمالك المستفيد لكن بشرط وهو إرجاع الدعم المالي الذي تحصل عليه من طرف صندوق السكن cni إذا ما تصرف في ملكية العقار في الفترة ما قبل الحيابة، أما بعد الحيابة فله الحق في أن يتصرف كما يشاء مادامت استفادته من الإعانة لن تتكرر مرة ثانية، وهذا هو الأصل الذي يتماشى ومفهوم حق الملكية.

ما نخلص إليه في الأخير هو أن انتقال ملكية العقار بناء على التصاميم يتمتع بخصوصية فرضتها طبيعة العقد، الذي يكون محله عقار في طور الإنجاز، مما جعل أحكامه تختلف في العديد من الأحيان عن القواعد العامة.

2.1.1.2.1. مجال مدة الإنجاز والتسليم

يقصد بمدة الإنجاز: "الأجال القانونية التي يلزم خلالها البائع بمواصلة البناء وإنهائه"، و تتجلى أهمية تحديد مدة الإنجاز في اعتبار نهايتها هي بداية حساب التزام البائع لتسليم العقار، وقابلية البناء للاستعمال والانتفاع به وفقا لما أعد له ، كما يبدأ من تاريخ التسليم حساب مدد الضمان وتاريخ استحقاق الدفعة الأخيرة من ثمن العقار.

كما أن مدة الإنجاز تأخذ بعين الاعتبار في تحديد قيمة الضمان من طرف صندوق الضمان والكفالة المتبادلة لتغطية التسيقات المدفوعة من طرف المشتري.

لهذه الأسباب ألزم المشرع المتعامل في الترقية العقارية بتحديد الأجل الذي يلتزم خلاله، بإنهاء الإنجاز، وحماية للمشتري المستفيد من تماطل المتعامل في عملية الإنجاز وعدم احترامه للمواعيد

المحددة في عقد البيع بناء على التصاميم، فقد رتب عقوبات مالية عن كل تأخر في عملية التسليم لوضع حد لتماطل البائع في عملية الإنجاز والتسليم معا[125].

1.2.1.1.2.1. طريقة تحديد مدة الإنجاز

يتم تحديد مدة إنجاز بناء على الاتفاق بين الطرفين وتحدد هذه المدة في عقد البيع بناء على التصاميم، بفترة معينة مثلا الثلاثي الأخير من سنة 2009.

والحكمة من عدم تحديد المشرع لمدة الإنجاز بنص قانوني وتركها لإرادة البائع، على أساس اختلاف طبيعة المشاريع التي تتطلب مدد مختلفة، إضافة إلى إمكانية حدوث بعض الظروف الاقتصادية، والطبيعية، والسياسية، التي من شأنها أن تحول دون إتمام الإنجاز خلال المدة التي يراها القانون مناسبة لمشروع معين، لذا ترك أمر تحديد مدة الإنجاز لإرادة المتعامل في الترقية العقارية بما يتناسب وطبيعة المشروع وزمان ومكان تنفيذه.

ومن أجل تحقيق هذا الهدف، وهو إنهاء الإنجاز وإتمامه خلال المدة المحددة في عقد البيع بناء على التصاميم، فقد ألزم المشرع البائع بمواصلة الإنجاز وإتمامه بموجب المادة 02 في فقرتها الثانية من المرسوم التنفيذي رقم 94-58 بنصها على أنه: "يلزم البائع بمواصلة البناء وإنهائه في الآجال المقررة في هذا العقد.

ويتجسد الانتهاء بالحصول على شهادة المطابقة المنصوص عليها في التشريع المعمول به التي يلتزم البائع بإيداعها لدى مكتب التوثيق، بمجرد ما يتسلمها من مصالح التعمير المؤهلة".

ويقصد بالالتزام بمواصلة الإنجاز: "إنهاء وتنفيذ أشغال البناء، وتشبيد كل الأجزاء، وتركيب عناصر التجهيز في المكان المخصص لها، ليصبح البناء صالح للغرض الذي أنجز من أجله" [64] ص 80].

وبما أن انتهاء مدة الإنجاز هو بداية أجل التسليم لأن التسليم لا يمكن أن يتم إلا بعد إنهاء الإنجاز، ألزم المشرع الجزائري المتعامل في الترقية أيضا بتحديد المدة التي يلتزم خلالها بتسليم الملك المبيع بمقتضى نص المادة 03 من المرسوم التنفيذي رقم 94-58 المتضمن نموذج عقد البيع بناء على التصاميم، التي ألزمت المتعامل بتسليم الملك المبيع للمشتري خلال مدة معينة، كأن تحدد مثلا خلال الفصل الثاني من سنة 2009، ويكون تاريخ 31 ديسمبر 2009 كآخر أجل للتسليم، ويتم التسليم بعد إنهاء الإنجاز وخلال المدة القانونية المحددة في عقد البيع بناء على التصاميم، التي قد تكون نفس مدة إتمام الإنجاز، وقد تكون مدة التسليم تالية لمدة إتمام الإنجاز.

وطبقا لما ورد في المادة الرابعة من المرسوم التنفيذي رقم 58-94 المتضمن نموذج عقد البيع بناء على التصاميم، يلزم المتعامل في الترقية العقارية بالتسليم عن طريق محضر يحرر حضوريا أمام الموثق الذي حرر عقد البيع بناء على التصاميم، وذلك بعد قيام المتعامل العقاري باستدعاء المشتري بموجب رسالة للالتحاق بمكتب التوثيق يحدد فيها اليوم والساعة التي يجب أن يلتحق بها المتعامل في الترقية العقارية بمكتب الموثق، ويعتبر تاريخ الاستدعاء هو التاريخ الفعلي لتسلم السكن حيث يضع المتعامل العقاري تحت تصرف المشتري نسخة من شهادة المطابقة^[125].

وبعدها يقوم الموثق بتحرير محضر يوقعه الطرفان المتعامل في الترقية العقارية والمشتري لإثبات حيازة الملكية من المشتري وتسليم البناية التي أنجزها المتعامل في الترقية العقارية، ويتم عندئذ تسليم مفاتيح المسكن بعدما يكون المشتري قد أودع الدفعة الأخيرة من الثمن في حساب المتعامل في الترقية العقارية.

وفي حالة عدم حضور المشتري بمكتب التوثيق في التاريخ المحدد في الاستدعاء، يلزم المتعامل العقاري أن يستدعيه للمرة الثانية في خلال مدة 15 يوما بعد الاستدعاء الأول، وإذا لم يحضر بعد الاستدعاء الثاني يفسخ العقد.

كما أن المشرع منح حرية تحديد كيفية تسليم البناية لاتفاق الأطراف بموجب المادة 4 من المرسوم التنفيذي رقم 58-94 المتضمن نموذج عقد البيع بناء على التصاميم^[125]، كأن يتفقا على أن يلتزم المتعامل في الترقية العقارية بتسليم المبيع للمشتري دون الخدمات التالية:

الأبواب الداخلية الخشبية (الإطارات فقط تكون موجودة).

الطلاء الداخلي.

الأدوات الصحية وتركيبها.

التركيب الداخلي لقنوات الماء والغاز.

التجهيزات الكهربائية.

وإلى غير ذلك من الخدمات التي قد يحرم منها المشتري نتيجة ترك مسألة تحديدها لإرادة الطرفين، وبما أن المشتري يعتبر طرفا ضعيفا في عقد البيع بناء على التصاميم وإن كان المشرع قد منحه الحق في التعبير عن إرادته إلا أن البنود الاتفاقية معظمها تخضع لإرادة المتعامل في الترقية العقارية، لذا كان على المشرع الجزائي أن يتولى تحديد البناية بدقة أكثر عن طريق ملحق يرفق بعقد البيع بناء على التصاميم، يذكر من خلاله نوع الأبواب والبلاط المستعمل والخرف، وغير ذلك من الخدمات، مما يؤدي فيما بعد إلى تسليم بناء كامل، لا يرهق المشتري في مصاريف أخرى بعد تسليم البناية التي قد يطول إنجازها، وبذلك لا يعرقل حق انتفاعه بهذه البناية.

والتسليم في عقد البيع بناء على التصاميم يختلف عن التسليم المقرر في القواعد العامة، الذي يتم في مرحلة واحدة ، في حين نجد أن التسليم وفقا لأحكام عقد البيع بناء على التصاميم يتم على مرحلتين: المرحلة الأولى: هي مرحلة التسليم المؤقت ويتم ذلك عن طريق تحرير محضر بتسليم الأشغال مع التحفظ، أي أن المشتري بمجرد ما يتسلم البناية يحاول أن يتأكد من مدى مطابقتها للمواصفات المتفق عليها، وفحص العيوب الظاهرة التي قد تظهر بالبناية، وأيضا التأكد من مدى كفاءة عناصر التجهيز. وفي حالة ظهور أي عيب يبدي تحفظاته في محضر التسليم المؤقت أما إذا لم يستطع اكتشاف أي عيب وقت التسلم تمنح له مدة سنة لاكتشاف مدى مطابقة البناء للمواصفات المتفق عليها والتأكد من عدم ظهور عيوب ظاهرة، وبمجرد انتهاء مدة سنة من تاريخ التسليم المؤقت تبدأ المرحلة الثانية. المرحلة الثانية: وهي مرحلة التسليم النهائي التي تتم بتحرير محضر التسليم النهائي، لتبدأ ذمة المتعامل في الترقية العقارية من مسؤوليته عن العيوب الظاهرة ويبدأ سريان مدة الضمان العشري.

2.2.1.1.2.1. عقوبات التأخير في مدة الإنجاز وأجال التسليم

عقوبات التأخير في مدة الإنجاز: منح المشرع للمتعامل العقاري الحرية في تحديد المدة القانونية التي يلتزم خلالها بإتمام الإنجاز بالاتفاق مع المستفيدين، وفي المقابل حدد العقوبات أو الجزاءات المترتبة عن التأخر بموجب المادة 17 من المرسوم التشريعي رقم 93-03 المؤرخ في 01/03/1993 المتضمن النشاط العقاري، إذ نصت على أن: " كل تخلف أو عجز مادي من المتعامل في الترقية العقارية، يثبتته المحضر ثبوتاً قانونياً، ويظل مستمرا بالرغم من الإنذار تخول لجماعة المالكين مواصلة إنجاز البنايات بجميع الوسائل القانونية على نفقة المتعامل المتخلف وبدلاً منه".

نلاحظ أن هذا النص جاء عاماً إذ تكلم عن كل تأخر أو أي عجز مادي يحول دون إتمام الإنجاز مهما كان سببه ، ومنح الحق لجماعة المالكين الحق في إتمام الإنجاز على نفقة المتعامل دون أن تحدد الوسائل القانونية الممنوحة لجماعة المالكين للقيام بعملية إتمام الإنجاز، التي نرى من بينها ما اشترطه المشرع وفقاً للقواعد العامة بضرورة استصدار إذن قضائي يسمح لهم بمواصلة الإنجاز على نفقة المتعامل في الترقية العقارية، وهذا ما تضمنته المادة 170 من ق.م.ج وما تضمنه القرار رقم 152934 الصادر بتاريخ 11/03/1998 بقولها: " من المقرر قانوناً أنه في الالتزام بعمل إذا لم يتم المدين بتنفيذ التزامه جاز للدائن أن يطلب ترخيصاً من القاضي في تنفيذ الالتزام على نفقة المدين إذا كان هذا التنفيذ ممكناً "[78] ص 190.

كما يمكن للمشتري الاستفادة من الجزاءات المقررة في القواعد العامة المنصوص عليها بمقتضى نص المادة 119 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني، المتمثلة في طلب فسخ العقد

لإخلال المتعامل في الترقية العقارية بالتزامه المتمثل في إتمام الإنجاز أو تأخره في إتمام الإنجاز، مع حقه في المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي تكون قد لحقته نتيجة إخلال المتعامل في الترقية العقارية بالتزامه.

- عقوبات التأخر في التسليم: إن عدم احترام آجال التسليم المحددة في عقد البيع بناء على التصاميم يفرض على المتعامل في الترقية العقارية عقوبات التأخير المنصوص عنها في المادة 03 من المرسوم التنفيذي رقم 58-94 المؤرخ في 1994/03/07 المحدد لنموذج عقد البيع بناء على التصاميم، المتمثلة في عقوبة مالية تحدد بنسبة معينة تتحدد بناء على إرادة الطرفين من الثمن التقديري للبيع مع تحديد المبلغ الأقصى للعقوبة أيضا بناء على الاتفاق [125].

ما يمكن ملاحظته على هذه العقوبات هو أن المشرع الجزائري عمل على إيجاد وسائل قانونية لإلزام المتعامل في الترقية على تنفيذ التزامه بإتمام الإنجاز والتسليم في المواعيد المتفق عليها، وبذلك حفظ حقوق المشتري من أي تأخر قد يؤدي به إلى الزيادة في قيمة الثمن، خاصة و أن الثمن التقديري يخضع للمراجعة التي قد تقتضيها ارتفاع أسعار مواد البناء، والتأخر في عملية الإنجاز خلال المدة القانونية قد يخضع لظرف ارتفاع أسعار مواد البناء الذي يكلف المشتري فيما بعد بمراجعة الثمن. ولتأكيد هذه الحماية فقد رتب المشرع بموجب القانون رقم 04-11 عقوبات على المرقى العقاري على أي تأخر يلاحظ في التسليم الفعلي للعقار موضوع عقد البيع على التصاميم، وآجال تحديد مبلغ عقوبة التأخير وآجالها وكيفيات دفعها للنصوص التنظيمية التي ستصدر لاحقا [107].

3.1.1.2.1. مجال تحديد الثمن

يشكل الثمن في عقد البيع أهم الالتزامات التي تقع على عاتق المشتري مقابل التزام البائع بنقل ملكية المبيع، ويشترط في الثمن أن يكون نقديا طبقا لما هو منصوص عليه بمقتضى المادة 351 من ق.م.ج حتى يمكن التمييز بينه وبين عقد المقايضة، كما يشترط أن يكون جديا وذلك بأن يكون الثمن حقيقيا وغير تافه أو بخس [44] ص 77.

والأصل في تحديد الثمن يرجع إلى إرادة المتعاقدين (البائع والمشتري) إلا في بعض الأحيان قد يتم تقدير الثمن دون تدخل إرادتهما، وذلك في حالة البيوع الجبرية كالبيع بالمزاد العلني، إذ يتم تحديد الثمن طبقا لرغبات المتقدمين للشراء في عملية المزاد.

وباعتبار الثمن عنصرا جوهريا في عقد البيع يستلزم تقديره وقت التعاقد أو على الأقل أن يكون قابلا للتقدير، وإلا عد عقد البيع باطلا بطلانا مطلقا. وقابلية الثمن للتقدير تخضع لإرادة المتعاقدين فلا

يمكن أن يستقل أحدهما بتقدير الثمن [125]، وذلك لأنه لو قام المتعامل في الترقية بتقدير الثمن سيؤدي إلى المغالاة في رفع الثمن، وإذا استقل المشتري بتقديره فقد يقوم بتخفيض الثمن. وما يلاحظ على الثمن كركن في محل التزام المشتري في عقد البيع بناء على التصاميم أنه ينفرد بأحكام خاصة تميزه عن عقد البيع المقرر وفقا للقواعد العامة، من خلال طريقة تحديده ودفعه، وطرق مراجعته وتاريخ استحقاقه، مما شكل حماية لمشتري العقار بناء على التصاميم. وسنحاول التطرق لهذه المسائل من خلال فرعين، نخصص الفرع الأول لدراسة طرق تحديد الثمن مع إمكانية مراجعته، في حين نخصص الفرع الثاني لكيفيات دفع الثمن وتاريخ استحقاقه، للوقوف إلى أي مدى كرس المشرع الجزائري حماية للمشتري من خلال مجال الثمن.

1.3.1.1.2.1. طريقة تحديد الثمن و مراجعته

- طريقة تحديد الثمن: لقد اعتبر المشرع الجزائري الثمن كركن في عقد البيع بناء على التصاميم سعرا تقديريا يمكن مراجعته عند الاقتضاء، إذا ما طرأت ظروف تستدعي ذلك كارتفاع أسعار مواد البناء. ومع ذلك يشترط تحديد الثمن المتفق عليه بين المتعاقدين في عقد البيع بناء على التصاميم بالتدقيق، كأن تكون ملحقات المسكن مرآب مثلا في هذه الحالة يحدد في عقد البيع ثمن البيع بمبلغ رئيسي يحدد بصفة إجمالية ثم يفصل ثمن المسكن بتحديد ثمنه بصفة مستقلة عن ثمن المرآب، الذي يجب أن يظهر في عقد البيع بناء على التصاميم و لا يمكن أن يتم تعيين الثمن دون التحديد الدقيق، باعتبار أن الثمن يعد عنصرا جوهريا في عقد البيع بناء على التصاميم اشترط المشرع ضرورة تحديده تحديدا دقيقا، كما نص المشرع على إمكانية مراجعة الثمن مع تحديد نسبة المراجعة. وتختلف تركيبة الثمن بحسب طبيعة السكن، ما إذا كان سكنا ترقويا أو سكنا تساهميا، إذ يتحمل المشتري كامل الثمن في حالة السكن الترقيوي غير المدعم من طرف الدولة، في حين نجد أن السكن التساهمي المدعم من طرف الدولة يتكون من المساهمة الشخصية للمستفيد ومن دعم الدولة عن طريق الصندوق الوطني للسكن.

وصفة الثمن التقديري التي يتميز بها عقد البيع بناء على التصاميم، خالف بها المشرع الجزائري المشرع الفرنسي الذي اشترط في الثمن أن يكون نهائيا. ويرجع السبب في اشتراط المشرع الفرنسي لضرورة تحديد الثمن بصفة نهائية في عقد البيع قبل الإنجاز إلى إدراك المشرع الفرنسي بأن المتعاقدين لم يحددا الثمن إلا بعد دراسة عميقة لوضعية السوق العقارية وتكاليف الإنجاز التي تتم بموجب عقد ابتدائي يتفق فيه الطرفان على كل المسائل الجوهرية التي من بينها الثمن [65] ص 112.

مراجعة الثمن: يجب تحديد نسبة المراجعة في عقد البيع بناء على التصاميم وترك أمر تقدير هذه النسبة لإرادة المتعاقدين، شريطة ألا يتجاوز مبلغ المراجعة نسبة معينة متفق عليها من الثمن التقديري القاعدي[125].

ويرجع السبب في جعل الثمن في عقد البيع بناء على التصاميم سعرا تقديريا يرجع لكون هذا العقد عقدا زمنيا تطراً عليه ظروف طارئة بالتوازن بين قيمة العقار محل البيع والثمن المتفق عليه، كأن يتفقا على أن الثمن يمكن مراجعته على ألا يتجاوز نسبة 15% مثلا من الثمن التقديري القاعدي، مع العلم أن الأسباب المؤدية إلى المراجعة قد ترجع إلى المشتري بحد ذاته كأن يحدد مبلغ البيع ومدة الإنجاز. ونظرا لتماطل بعض المشتريين في دفع الدفعة الثانية أو الثالثة في الوقت المناسب، يؤدي إلى عرقلة عملية إنهاء الأعمال في الوقت المناسب مما يدفع بالمركي لمراجعة الثمن، خاصة و أن مدة الإنجاز ترتبط أيضا بمدة ضمان صندوق الضمان والكفالة المتبادلة، الذي يلزم المتعامل بتقديم دفعات إضافية في حالة تجاوز المدة المحددة في شهادة الضمان، وقد ترجع أسباب المراجعة إلى أسباب اقتصادية تتعلق بارتفاع أسعار مواد البناء.

ويتضح من خلال نص المادة 10 من المرسوم التشريعي 93-03 والمادة 06 من المرسوم التنفيذي رقم 94-58 المتضمن نموذج عقد البيع بناء على التصاميم ، أن المشرع الجزائري أخضع مراجعة الثمن لإرادة المتعاقدين، وبذلك نجد أن هذه النسبة غير موحدة فهناك من يحدد مثلا 10% . وهناك من يزيد عن هذه النسبة أو ينقص منها.

وبالرجوع للقواعد العامة نجد أن المادة 107/03 من ق.م.ج تضمنت استثناءً عن قاعدة العقد سريعة المتعاقدين، المتمثل في إمكانية تدخل القاضي لتعديل بنود العقد، وذلك إذا تعلق الأمر بظروف غير متوقعة وعامة، كحالة التقلبات الاقتصادية التي تجعل التزام أحد المتعاقدين مرهقا، ويتدخل القاضي لإعادة توازن العقد بتخفيض التزامات الطرفين، وبهذا يكون الطرف المتضرر محميا مادام أن القاضي هو من سيتدخل لتعديل التزامات المتعاقدين، في حين نجد أن المراجعة الاتفاقية المحددة في عقد البيع بناء على التصاميم وإن كان المشرع قد فرض تحديد النسبة التي لا يجب أن تتجاوزها هذه المراجعة، إلا أن المشتري يبقى مهددا من تماطل المركي العقاري في عملية الإنجاز، التي قد تطراً عليها ظروف اقتصادية تؤدي إلى رفع أسعار مواد البناء، مما يؤدي إلى استفادة المركي العقاري من هذه المراجعة دون أي مراقبة من أي جهة، ما دام أن نسبة المراجعة قد حددت بناء على اتفاق الطرفين، فلو كانت المراجعة تخضع للسلطة التقديرية للقاضي لأمكنه تقدير نسبة المراجعة بما يتناسب والأسباب التي أدت إلى هذه المراجعة .

وبوجود هذا الخطر الذي يهدد المشتري من الأجر أن يتدخل المشرع لتحديد طريقة المراجعة بدقة، وكذا النسبة التي يجب ألا يتجاوزها حتى يمكن حماية المشتري من خضوعه لرحمة البائع في تحديد الثمن بغياب أسس قانونية موضوعية يتحدد على ضوءها مقياس الأسعار وارتفاعها.

هذه الحماية كرسها المشرع الفرنسي الذي اشترط توقف عملية مراجعة الثمن، على تغير مؤشر وطني معين خاص بمجال البناء، ينشر شهريا في الجريدة الرسمية من قبل الوزير المكلف بالبناء والسكن يعرف بالمؤشر b01، وبذلك لا يتم مراجعة الثمن إلا إذا كانت نسبة هذا التغير بالمقارنة بين آخر مؤشر تم شهره يوم توقيع العقد و آخر مؤشر تم شهره في تاريخ كل دفع في حدود 70% [65] ص 113.

وبذلك لم يخضع المشرع الفرنسي مسألة مراجعة الثمن لإرادة البائع ووضع لها ضوابط من شأنها أن تحقق الحماية القانونية اللازمة لكلا الطرفين البائع والمشتري، وهذا ما نأمل من المشرع الجزائري الذي يلزم بوضع ضوابط قانونية كفيلة بتحقيق هذه الحماية التي تكفل تحقيق مصلحة الطرفين، المتعامل في الترقية والمشتري، عن طريق تحديد النسبة القصوى التي لا يجب أن يتجاوزها مبلغ المراجعة في عقد البيع بناء على التصاميم، كما يجب أن يحدد أيضا أسباب المراجعة الخاصة بمجال البناء، ترفق كملحق بعقد البيع بناء على التصاميم، وتخضع للتعديل كلما استدعت الظروف ذلك.

2.3.1.1.2.1. كيفية دفع الثمن وتاريخ استحقاقه

طبقا للقواعد العامة يخضع تحديد زمان ومكان وطريقة دفع الثمن لإرادة المتعاقدين، فإن لم يكن اتفاق بين المتعاقدين يتعين على المشتري أن يدفع الثمن في المكان والزمان الذين يتم فيهما التسليم [108].

إلا أنه ونظرا للخصوصية التي يتميز بها عقد البيع بناء على التصاميم، فقد خصه المشرع بطريقة خاصة لدفع الثمن، اشترط المشرع الجزائري بموجب المادة 10 من المرسوم التشريعي رقم 03-93 وجوب تحديدها في عقد البيع بناء على التصاميم.

وبما أن عقد البيع بناء على التصاميم عقد زمني، وينطوي على التزام مستقبلي فقد اشترط دفع الثمن على دفعات مجزأة تبعا لمراحل تقدم الأشغال [125]، التي تكون على الشكل التالي:

30% في مرحلة إبرام عقد البيع بناء على التصاميم.

25% عند إنجاز الأشغال الباطنية.

25% عند الانطلاق في الأشغال الكبرى.

15% عند الانطلاق في الأشغال الثانوية.

5% عند الاستلام .

ويلتزم المشتري بدفع هذه الدفعات لصالح المتعامل في الترقية العقارية إما نقداً أو عن طريق تحويل المبلغ لحساب المتعامل في الترقية، أو عن طريق صك بريدي [171] ص 54. وما يمكن ملاحظته على نص المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 94-58 المتضمن نموذج عقد البيع بناء على التصاميم، هو أنه جاء عاماً وغامضاً لم يحدد الأشغال ويجزئها حتى يكون المشتري على بينة في كل مرحلة، بالإضافة إلى أنه لم يحدد النسبة التي يلزم المشتري بدفعها في كل مرحلة، لهذا فهي خاضعة لإرادة المتعامل العقاري الذي قد يحددها بنسبة تفوق 50%، ويضاف إلى ذلك عدم وجود هيئة إدارية تعمل على مراقبة تقدم الأشغال حتى يمكن أن نحدد بأن مرحلة من المراحل قد انتهت وبذلك يلزم المشتري بدفع القسط المقابل لهذه المرحلة.

أما بالنسبة للمشرع الفرنسي فقد كان دقيقاً في هذه المسألة إذ أنه ميز بين البيع المؤجل والبيع قبل الإنجاز، إذ ألزم المشتري في البيع المؤجل بدفع الثمن جملة واحدة عند إتمام الإنجاز، أما إذا تعلق الأمر بالبيع قبل الإنجاز فإن الثمن يدفع من طرف المشتري بالتدرج بحسب تقدم الأشغال المتعلقة بالبناء. وللزيادة في الضمان تولى المشرع الفرنسي تحديد مراحل تقدم الأشغال المتعلقة بالبناء بمقتضى نص المادة 14/261 من قانون البناء والسكن الفرنسي على الشكل التالي:

35% من الثمن عند إنجاز الأشغال الأساسية .

70% عند تسقيف المبنى.

95% عند إنجاز المبنى كلياً.

100% عند وضع العقار تحت تصرف المشتري [65] ص 117.

ما نخلص إليه في الأخير هو أن المشرع الجزائري حاول من خلال إخضاع تحديد الثمن وطريقة مراجعته وطريقة دفعه لإرادة المتعاقدين، واشترط ضرورة النص عليها في عقد البيع بناء على التصاميم لتقرير حماية لمشتري العقار، الذي يكون على بينة من البداية على المبالغ التي يلزم بدفعها خلال مراحل معينة، وكذا نسبة المراجعة التي قد يخضع لها الثمن.

إلا أن الغموض وعدم الدقة في صياغة المادتين 05 و06 من المرسوم التنفيذي رقم 94-58

المتضمن نموذج عقد البيع بناء على التصاميم، جعل المشتري تحت رحمة المتعامل في الترقية العقارية الذي قد يستفيد من هذا الغموض لمصلحته مما يشكل هضماً لحقوق المشتريين.

لذا نرى ضرورة إعادة صياغة المادتين 05 و06 من المرسوم التنفيذي رقم 94-58

بدقة أكثر من خلال تحديد المسائل التالية:

بالنسبة للمادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 58-94 : يستلزم تحديد مراحل تقدم الأشغال المتعلقة بالبناء، وتحديد نسبة كل مرحلة دون أن تترك لإرادة المتعاقدين حتى لا يستغل المتعامل في الترقية ضعف المشتري وعدم خبرته في مجال البناء، مع ضرورة تحديد جهة إدارية تعمل على مراقبة تقدم الأشغال، حتى يمكن التأكد من أن المرقي يستحق دفعة معينة مقابل إنجازه لمرحلة معينة من مراحل تقدم الأشغال.

أما المادة 06 من المرسوم التنفيذي رقم 58-94 يستلزم أن يحدد فيها حد أقصى لنسبة المراجعة، الذي يجب ألا يتجاوزه حتى لا يبقى المشتري خاضعا لإرادة المتعامل العقاري.

وتفاديا لهذا الخطر أوجب القانون رقم 04-11 أن يذكر في عقد البيع على التصاميم تشكيلة سعر البيع وأجال الدفع بالنسبة لتقدم الأشغال، وإلا عد هذا العقد باطلا بطلانا مطلقا [107].

كما ألزم المقتني دفع الثمن في شكل دفعات حسب تقدم أشغال الإنجاز التي سيتم تحديدها عن طريق النصوص التنظيمية [107] مع قابلية الثمن للمراجعة إن اقتضى الأمر ذلك والتي تركز عادة على عناصر تغيرات سعر التكلفة وتعتمد على تطور المؤشرات الرسمية لأسعار المواد والعتاد واليد العاملة، وحدد سعر المراجعة بعشرين بالمئة (20 %) كحد أقصى من السعر المتفق عليه في البداية [107] دون أن يحدد المشرع عدد المرات التي يمكن أن يخضع فيها السعر للمراجعة، لأنه لو أخذنا بحرفية النص لوجدنا أن المرقي العقاري كلما تحققت له الأسباب التي تسمح له بالمراجعة لقام بذلك، ونتمنى أن توضح هذه المسألة في النصوص التنظيمية.

وفي المقابل قدم المشرع الجزائري للمرقي العقاري بموجب القانون رقم 04-11 ضمانا هامة تمثلت في حق توقيع عقوبة على المبلغ المستحق في حالة عدم تسديد مكتب في عقد البيع على التصاميم التسديدات التي تقع على عاتقه في أجال المنصوص عليها، كما قر فسخ العقد بقوة القانون في حالة عدم تسديد دفعتين متتاليتين بعد إعدارين وعدم الرد عليهما ومدة كل واحد منهما خمسة عشر (15) يوما يبلغ بهما عن طريق محضر قضائي [107].

من ناحية هي ضمانة ومن ناحية أخرى تشكل خطرا على حقوق المقتني للعقار بناء على التصاميم خاصة إذا تعلق الأمر بالدفعات الأخيرة، مما يؤدي إلى خسارة حقوقه، لذا نرى ضرورة حصر هذا الحكم في الدفعات الأولى فقط، أما الدفعات الأخيرة من الأحسن عدم فسخ العقد، ومنح المرقي العقاري حق توقيف تسليم البناء إلى أن يدفع المقتني كل الأقساط المتبقية، وذلك من أجل إقامة توازن بين حق المرقي العقاري في الحصول على حقه في الثمن في الميعاد المحدد، وحق المقتني في حيازة البناء.

2.1.2.1. اكتتاب عقود تأمين لصالح المشتري (المالك)

ألزم المتعامل في الترقية العقارية بهذا الضمان بموجب نص المادة 08-01 من المرسوم التنفيذي رقم 94-58 المتضمن نموذج عقد البيع بناء على التصاميم، التي فرض بموجبها على كل متعامل في الترقية العقارية أن يلزم المقاولين والمهندسين المعماريين باكتتاب تأمين على المسؤولية العشرية، بالإضافة إلى نص المادة 19 من المرسوم التشريعي رقم 93-03 التي ألزمت المتعامل في الترقية العقارية باكتتاب ضمان من جميع الأخطار. وهذا التأمين يتخذ عدة صور، فقد يكتتب عقود تأمين على مكان تنفيذ الأشغال من جميع الأخطار المترتبة في هذا المكان، والتي قد تسبب ضررا ماديا للأماكن، أو الأضرار الجسمانية التي تصيب العمال القائمين بعملية التشييد، أو المتدخلين في عملية الإنجاز، أو الغير، من تاريخ بداية الأشغال إلى غاية إنهائها وتحرير المحضر النهائي.

وفي نفس المدة يكتتب عقد تأمين يشمل ضمان مخاطر الإنجاز عن عملية تشييد البناء من الكوارث الطبيعية كالزلازل، انزلاق التربة، العواصف، الفيضانات، ومن أضرار المياه والحريق والسرقة.

وللزيادة في الضمان فقد ألزم المتعامل في الترقية العقارية باكتتاب ضمان لدى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة، حتى يضمن كافة التسديدات المدفوعة من قبل المشتري، خلال مراحل الإنجاز وقبل تسليم العقار محل البيع بموجب نص المادة 11 من المرسوم التشريعي رقم 93-03 المتعلق بالنشاط العقاري.

أما بعد إتمام الإنجاز يلتزم المتعامل في الترقية العقارية، بصفته بائعا، باكتتاب تأمين على المسؤولية السنوية لضمان كافة العيوب الظاهرة ابتداء من تاريخ تحضير المحضر المؤقت بتسليم الأشغال. أما بعد تحرير المحضر النهائي فإن البائع يكتتب تأمين على المسؤولية العشرية ليضمن كافة العيوب التي تهدد متانة وسلامة البناء، وأي عيب من شأنه أن يؤدي إلى تهدم كلي أو جزئي للعقار محل الإنجاز.

هذا من حيث تغطية التأمين، أما إجراء التأمين بحد ذاته يجب أن يتم قبل حيازة البناء، إذ نصت المادة 08 من المرسوم التشريعي رقم 93-03 المؤرخ في 01 مارس 1993 المتضمن النشاط العقاري، ضرورة تبليغ نسخة التأمين من المسؤولية العشرية إلى المشتريين خلال أجل أقصاه يوم حيازة ملكية البناية.

وأكد هذا الضمان بموجب المادة 49 من القانون رقم 11-04 التي نصت على مايلي: «ويتعين عليه بهذه الصفة مطالبة مكاتب الدراسات والمقاولين وشركائه الآخرين بكل الضمانات والتأمينات القانونية المطلوبة».

وبما أن موضوع دراستنا يتعلق بمظاهر الحماية التي قررها المشرع لحماية مشتري العقار بناء على التصاميم، فلن نتناول كل الصور السابقة للتأمين لأن منها ما هو مقرر للغير وما هو مقرر للعمال وما هو مقرر للمشيدين.

لذلك سنقتصر في دراسة هذا المطلب على ثلاث نقاط أساسية، وهي التأمين من المسؤولية المدنية العشرية، والتأمين من جميع الأخطار، والتزام البائع باكتتاب ضمان لدى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة، وذلك من خلال ثلاثة فروع على الشكل التالي:

الفرع الأول: اكتتاب المتعامل في الترقية العقارية تأمين لدى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة

الفرع الثاني: التأمين من المسؤولية العشرية

الفرع الثالث: التأمين من جميع الأخطار

1.2.1.2.1. اكتتاب المتعامل في الترقية العقارية تأمين لدى صندوق الضمان والكفالة

المتبادلة

يتضح من خلال المرسوم التشريعي رقم 93-03، أن المشرع الجزائري أدخل الترقية العقارية في القطاع الاقتصادي، وفتح أبوابها على اقتصاد السوق، الأمر الذي استوجب إحداث تغييرات جذرية على النظام المالي، وذلك بإحداث مؤسسات مالية جديدة لتمويل المشاريع السكنية.

ومن بين هذه المؤسسات صندوق الضمان والكفالة المتبادلة في الترقية العقارية، الذي استحدث لتمويل عقود البيع بناء على التصاميم، بقصد ضمان كافة التسديدات المدفوعة من قبل المشتري خلال مراحل الإنجاز وقبل تسليم العقار محل البيع، لتغطية أي عجز من طرف المتعامل في الترقية العقارية أو إفلاسه وبذلك يكون المشرع الجزائري قد كرس حماية قانونية لكل مشتري لعقار بناء على التصاميم، من خطر عدم قدرة المتعامل في الترقية العقارية على إتمام إنجاز المشروع لأي سبب كان.

وحتى يمكننا الوقوف على وجه الحماية التي يقدمها هذا الإجراء للمشتري يستدعي الأمر التطرق إلى هيئات الصندوق، وتحديد المهام التي يصبو إلى تحقيقها، ونطاق هذا الضمان.

1.1.2.1.2.1. مفهوم صندوق الضمان والكفالة المتبادلة

تدعيما لسياسة تمويل الترقية العقارية أحدثت سنة 1997 ثلاث مؤسسات مالية، هدفها الأساسي جعل النشاط العقاري أقل خطورة وأكثر أمانا لكل من المتعامل في الترقية العقارية والمستفيدين من السكنات. وتتمثل هذه المؤسسات في صندوق الضمان والكفالة المتبادلة في الترقية العقارية، وشركة ضمان القروض العقارية، وشركة إعادة تمويل الرهن.

وسيتم من خلال هذه الدراسة التطرق لمؤسسة مالية واحدة المتمثلة في صندوق الضمان والكفالة المتبادلة، وذلك من خلال تحديد تعريف صندوق الضمان والكفالة المتبادلة، ونشأة هذا الصندوق وطبيعته القانونية.

تعريف صندوق الضمان والكفالة المتبادلة: صندوق الضمان والكفالة المتبادلة هو هيئة تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي، موضوعة تحت وصاية وزارة السكن والعمران، أنشأ بموجب المرسوم التنفيذي رقم 97-406 المؤرخ في 3 نوفمبر 1997 [59] ص 70، له طابع تعاوني لا يسعى إلى تحقيق الربح، إذ يتمثل دوره في ضمان الدفعات المقدمة في شكل تسبيقات على الطلب من طرف المشتريين المستفيدين من السكنات التساهمية أو بنايات ذات استعمال غير السكني في إطار عقد البيع قبل الإنجاز [169] ص 5.

وبما أن صندوق الضمان والكفالة المتبادلة لا يهدف إلى تحقيق الربح، الأمر الذي جعله يختلف عن شركات التأمين التي هي مؤسسات تهدف إلى تحقيق الربح [26] ص 3. أما بالنسبة للمشرع الفرنسي فقد ألزم المتعامل في الترقية العقارية، بموجب نص المادة 261-01 وما يليها من قانون البناء والسكن الفرنسي، بتقديم ضمان للمشتريين في إطار عقد البيع بناء على التصاميم إذا تعلق الأمر بالبنائيات ذات الاستعمال السكني سواء كانت في صورة عقارات جماعية أو سكنات فردية.

ويتم التأمين لدى صندوق الضمان العقاري للعمارات " Caisse de garantie immobilière du bâtiment"، ويهدف ضمان هذا الصندوق إلى حماية المشتري في حالة عجز المتعامل العقاري، وذلك بتأمين تمويل إتمام إنجاز المبنى [11] ص 177، وهذا ما يجعل دوره يختلف عن دور صندوق الضمان والكفالة المتبادلة في الجزائر، الذي يهدف إلى ضمان التعويض دون إتمام الإنجاز.

- نشأة صندوق الضمان والكفالة المتبادلة: أنشئ صندوق الضمان والكفالة المتبادلة بموجب المرسوم التنفيذي رقم 97-406، المؤرخ في 3 نوفمبر 1997 وذلك عملاً بأحكام المادة 131 من المرسوم التشريعي 93-01 المؤرخ في 19 جانفي 1993، المتضمن قانون المالية لسنة 1993 التي تنص على أنه: "...يمكن إحداث صناديق للضمان والكفالة المتبادلة في مختلف قطاعات النشاط الاقتصادي عن طريق التنظيم.."[117].

وكذا نص المادة 11 من المرسوم التشريعي رقم 93-03 المتعلق بالنشاط العقاري، التي تنص على أنه: "يتعين على المتعامل في الترقية العقارية في عمليات البيع بناء على التصاميم أن يغطي

التزاماته بتأمين إجباري يكتتبه لدى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة المنصوص عليها في التشريع المعمول به..".

أما إحداثه الرسمي فقد تم إصداره بموجب المرسوم التنفيذي رقم 97-406 المؤرخ في 03 نوفمبر 1997، أما انطلاقته الفعلية فكانت في سنة 2000، وقبل هذا التاريخ قامت شركات التأمين المصرفية بكفالة المتعامل في الترقية العقارية، طبقاً لنص المادة 138 من قانون المالية لسنة 1994، التي رخصت لشركات التأمين والبنوك التدخل مكان صندوق الضمان والكفالة المتبادلة، وهذا ما أكدته المذكرة الصادرة عن وزارة المالية والموجهة لمديري الحفظ العقاري [148].

وقرر إنشاء هذا الصندوق من أجل تأمين حماية للمشتريين المستفيدين من هذه السكنات، خاصة بعد ما أنشئت شركات أجنبية للترقية العقارية، و لتفادي النصب والاحتيال الذي قد يواجه المواطنين، عند بيع هذه الشركات لبناية أو جزء من بناية قبل الإنجاز دون وجود أي ضمان.

فتح الصندوق ثماني ممثلات جهوية موزعة على الشكل التالي:

- أربعة (04) ممثلين عن الشرق: عنابة، قسنطينة، برج بوعريريج، وبسكرة.

- ثلاثة (03) ممثلين عن الغرب: وهران، الشلف ومعسكر.

- ممثل عن الجنوب: غرداية.

أما بالنسبة لولايات الشمال والوسط تبقى مرتبطة بالإدارة العامة للصندوق بالعاصمة [169] ص 8.

انضم لصندوق الضمان والكفالة 482 متعامل في الترقية العقارية، وضمن الصندوق 53497 مسكن من البنائيات ذات الاستعمال السكني التي بيعت بصيغة البيع على التصاميم (v s p)، و في 2007 تم ضمان 538 مشروع، ومثلت نسبة ضمان الصندوق للسكنات التساهمية 75 % وتعد هذه النسبة قليلة مقارنة مع عدد الوحدات السكنية المبرمجة [180].

- الطبيعة القانونية لصندوق الضمان والكفالة المتبادلة: يعد صندوق الضمان والكفالة المتبادلة أداة لتحقيق الأمان في التعاملات التجارية في المجال العقاري أو مجال الترقية العقارية العامة والخاصة [117].

وحددت الطبيعة القانونية لصندوق الضمان والكفالة المتبادلة بمقتضى نص المادة 04 من وثيقة التأمين "عقد البيع بناء على التصاميم" الصالحة كشهادة ضمان، التي نصت على أن: "الضمان الممنوح في العقد الحالي هو التزام بالكفالة تحكمه المواد 644 وما يليها من القانون المدني".

من خلال هذا النص نستخلص بأن صندوق الضمان والكفالة المتبادلة يعد كفيلا شخصيا للمتعامل

في الترقية العقارية.

2.1.2.1.2.1. هياآت صندوق الضمان والكفالة المتبادلة وإجراءات التأمين

في سبيل تحقيق الهدف الذي أنشأ من أجله المتمثل في ضمان الدفعات المقدمة من طرف المشتري فقد خصصت له هياآت تسهر على تسييره، وحتى يمكننا معرفة الأهداف المرجوة من إنشائه وهياآته، نقسم دراستنا هذه إلى نقطتين أساسيتين وهما، هياآت الصندوق، وإجراءات التأمين لدى الصندوق.

-هياآت صندوق الضمان والكفالة المتبادلة: لقد اعتمد صندوق الضمان والكفالة المتبادلة شكلا خاصا للتنظيم، حول له نوعا من الاستقلالية تجاه الدولة لاسيما بسبب التضامن والمشاركة المباشرة للفاعلين الرئيسيين، وهم المتعاملون في الترقية العقارية المنخرطون، وهذا من خلال أجهزة التسيير المنصوص عليها قانونا لهذا الغرض منها:

- مكتب الجمعية العامة للمتعاملين في الترقية العقارية المنخرطين(خمسة أعضاء منتخبة)
- مجلس علم الأخلاق المهنية(خمسة أعضاء منتخبة)
- مجلس تآديبي(خمسة أعضاء منتخبة)
- مجلس الإدارة (سبعة أعضاء منتخبة)
- لجنة الضمان (أربعة أعضاء)

وبناء على نص المادة 08 و09 من المرسوم التنفيذي رقم 97-406، المؤرخ في 3 نوفمبر 1997، المتضمن إحداث صندوق الضمان والكفالة المتبادلة في الترقية العقارية، يمكن أن نحدد تشكيلة صندوق الضمان والكفالة المتبادلة في: مجلس الإدارة، مدير عام، جمعية عامة ولجنة الضمان. مجلس الإدارة: يتكون مجلس الإدارة من سبعة إلى تسعة أعضاء، يتم انتخابهم من طرف المنخرطين في الجمعية العامة، ويجتمع هذا المجلس في دورة عادية بناء على استدعاء رئيسه أربع مرات على الأقل سنويا، كما يمكن أن يجتمع في دورة غير عادية كلما اقتضت مصلحة الصندوق ذلك، بناء على طلب من رئيسه وثلاثي أعضائه[128].

كما يمكن للمجلس أن يستشير أو يشرك كل شخص في اجتماعاته بإمكانه أن يساعده في أشغاله بحكم كفاءته.

وتتمثل مهامه في الآتي[128]:

تحديد برنامج نشاط الصندوق.

تحديد الشروط والكيفيات العامة لاكتتاب تأمين لدى الصندوق.

المصادقة على القواعد العامة لاستعمال الأموال الجائر التصرف فيها وتوظيف الأموال

الاحتياطية.

تشكيل لجنة الضمان وقواعد عملها.

قبول الهيئات والوصايا.

المدير العام: يعين المدير العام وتنتهي مهامه بموجب قرار من الوزير المكلف بالسكن، ويتولى المهام التالية [128]:

يسهر على تحقيق أهداف الصندوق وتنفيذ قرارات مجلس الإدارة.

يمثل الصندوق أمام العدالة وفي كل أعمال الحياة المدنية.

يعد مشروع النظام الداخلي ويعرضه على مجلس الإدارة.

يبرم عقود القروض ويأمر بصرف النفقات.

يوقع العقود والاتفاقات التي تربط الصندوق بالمنخرطين فيه والمتعاملين في الترقية العقارية وبالهيئات المقرضة وبالغير.

يقدم في آخر كل سنة مالية تقريرا عن نشاط الصندوق مرفقا بحواصل وحسابات النتائج، ويرسله إلى السلطة الوصية للمنخرطين .

إضافة إلى هذه المهام يمكن لمجلس الإدارة أن يخوله سلطات أخرى.

لجنة الضمان: تتكون لجنة الضمان من ثلاثة إلى خمسة أعضاء، يرأسها المدير العام للصندوق أو ممثله المؤهل قانونا، وتحدد تشكيلتها وطريقة عملها من طرف مجلس الإدارة [128]. ولهذه اللجنة الحرية في تحديد شروط الضمانات التي يغطيها الصندوق وكيفية تنفيذها وتحقيقها، كما لها حق اتخاذ قرار منح ضمان الصندوق بعد دراسة الوثائق، بما يطابق القواعد العامة والشروط المحددة من مجلس الإدارة [128]، وهذه الميزة جعلت الصندوق الهيئة الوحيدة التي تتمتع بهذه الحرية. عكس صناديق التأمين الأخرى التي يتم تحديد قواعد عملها عن طريق القانون.

ونظرا لهذه الخاصية التي يتمتع بها الصندوق، فقد أقصى المشرع بعض الأشخاص من عضوية

اللجنة تم تحديدهم على سبيل الحصر وهم [128]:

المتعاملون في التهيئة العقارية سواء كانوا أعضاء في الصندوق أو لم يكونوا أعضاء فيه .

أولياء وأقارب المتعاملين في الترقية العقارية أو أقارب المنخرطين في الصندوق حتى الدرجة

الرابعة.

القائمون بالإدارة وأعضاء هيئة التسيير ومجلس مراقبة شركات الترقية العقارية، وأصولهم

وفروعهم.

الأشخاص أو أزواج الأشخاص الذين يتقاضون من المتعاملين في الترقية العقارية أجرا أو

مرتبا مقابل أي نشاط كان.

وتعد قرارات مجلس الضمان نهائية، إلا أنه يمكن لكل متعامل في الترقية العقارية غير راضي بقرار مجلس الضمان، أن يقدم مرة ثانية طلباً أمام هذا المجلس، مدعماً بكل المعلومات أو العناصر الإضافية ليعيد النظر في القرار الذي اتخذته هذه اللجنة [128].

الجمعية العامة: تتكون الجمعية العامة من كل المنخرطين في الصندوق، يرأسها أحد أعضائها. تجتمع مرة واحدة في السنة على الأقل في دورة عادية، ويمكن أن تجتمع في دورة غير عادية بناءً على اقتراح من رئيسها أو ثلثي أعضائها [128].

وتحدد صلاحيتها في الآتي [128]:

تحدد شروط أهلية انتخاب ممثليها في مجلس إدارة الصندوق وتقوم بانتخابهم.

تطلع على التقرير السنوي لنشاطات الصندوق الذي يعده مديره العام وتقدم لهذا الأخير ملاحظاتها.

تبدي كل رأي أو اقتراح من شأنه أن يشجع تنمية الترقية العقارية، ويحسن قواعد تسبير الصندوق وإدارته، ويحافظ على سمعة المهنة.

تعيين محافظ الحسابات.

إجراءات التأمين لدى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة:

يضمن التأمين لدى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة الدفعات المقدمة من طرف مشتري العقار بناءً على التصاميم، والتي تأخذ طابع تسبيقات يتلقاها المتعامل في الترقية العقارية من المشتري [128].

ويتمثل الإجراء الذي يقوم به المتعامل في الترقية العقارية، حتى يتمكن من التأمين، في الانخراط لدى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة، وذلك عن طريق تقديم طلب الانخراط مع حقوق الانخراط وقيمة الاشتراك السنوي. ويجب أن يقدم الطلب في استمارة صادرة عن الصندوق، مرفقة بملف يتكون من مجموعة من الوثائق تتمثل في الآتي:

طلب الانخراط في صندوق الضمان والكفالة المتبادلة وذلك بملاً الاستمارة الصادرة عن الصندوق.

نسخة من القانون الأساسي للشركة (أو نسخة من صحيفة السوابق القضائية للأشخاص الطبيعية).

نسخة من تسجيل المتعامل في السجل التجاري (بالنسبة للشركات التجارية والأشخاص الطبيعية).

حصيلة حسابات الثلاث سنوات الأخيرة أو أية وثيقة تبرر رقم الأعمال، وبالنسبة للشركات حديثة النشأة تقدم ميزانيتها منذ إنشائها.

صك باسم صندوق الضمان يتضمن قيمة حقوق الانخراط والاشتراك السنوي المتعلق بالسنة الجارية.

بعدما يسلم الملف إلى الصندوق ويقبل انضمام المتعامل يلزم بدفع مبلغ اشتراك سنوي يقدر بـ 50.000.00 د.ج إضافة إلى نسبة أخرى تختلف من مرقى إلى آخر حسب مدة الانضمام ورقم الأعمال، فإذا كان رقم الأعمال أقل من 10 ملايين د.ج وكان المنخرط في السنة الأولى من الانخراط يضاف إلى مبلغ 50.000 د.ج مبلغ قدره 10.000 د.ج، وكلما زادت قيمة الأعمال زادت نسبة الاشتراك، على أن تخفض نسبة الاشتراك كل سنة إلى أن تصل إلى مدة عشر سنوات فما فوق من الانخراط، يستقر حينها سلم الاشتراك دون زيادة أو نقصان. وفي حالة ما لم يقدم المتعامل في الترقية العقارية خلال سنة من تاريخ انضمامه لصندوق الضمان والكفالة المتبادلة أي مشروع للضمان يفقد عضويته.

وبعدما ينخرط المتعامل في الترقية العقارية في صندوق الضمان والكفالة المتبادلة، يمكنه أن يقدم طلبا لضمان مشاريعه الذي يودعه على مستوى لجنة الضمان بصندوق الضمان والكفالة والمتبادلة، مصحوبا بمجموعة من الوثائق التي تستخدم في تحرير شهادة الضمان، وتتمثل هذه الوثائق في الآتي:

مطبوعة طلب ضمان معد وموقع بشكل سليم من طرف المتعامل.
نسخة مصادق عليها من قانون الشركة (أو مستخرج السوابق العدلية بالنسبة للأشخاص الطبيعيين).

نسخة مصادق عليها من تسجيل المتعامل في السجل التجاري الذي يرخص صراحة لهذا الأخير بممارسة نشاط الترقية العقارية.

نسخة من نماذج عقود البيع بناء على التصاميم مؤشر عليها من طرف موثق تتضمن مجموع العناصر المحددة في المادة 10 من المرسوم 93-03 المؤرخ في 01 مارس 1993.
حصيلة الثلاث سنوات الأخيرة للنشاط بالنسبة للشركات المنشأة منذ أقل من ثلاث سنوات من تاريخ إنشائها.

مخططات البناءات محل مشروع مخطط الوضعية، مخطط الكثافة، مخطط الأساسات، مخططات الطوابق، المقاطع والجدران.
نسخة مصادق عليها من رخصة البناء.

شهادة الوضعية الحالية للالتزامات الضريبية وشبه الضريبية.

كما يمكن للصندوق أن يطلب من المتعامل أي وثيقة أخرى يراها ضرورية لتقدير المشروع ومتابعتة[151].

والحصة التي يضمنها الصندوق هي الحصة المسبقة التي تدفع من طرف المشتري، شريطة أن يكون هذا التسبيق قد دفع فعلا للمتعامل في الترقية العقارية يوم معاينة إنجاز أحد الحوادث المضمنة والمحددة بموجب المادة 06 من وثيقة التأمين، ويحدد المقدار الشامل للتسبيق حسب فئة المسكن[151]. وكل تعديل للحصص المضمنة (سواء تعلق الأمر بمقدار التسبيقات أو تاريخ دفعها، أو في بنية مخطط التمويل وخاصة تمويل المشروع على الموارد الخاصة بالمتعامل، أو في التأمينات العينية المعطاة كضمان للصندوق) ، يجب أن يصل إلى علم الصندوق حتى في حالة سير مهم للأشغال وبند جديد في وثيقة التأمين الحالية يجب أن يتم إعداد منحة تأمين إضافية تحسب في نفس الشكل المستخدم في حساب النسبة الصافية للوثيقة الأولية التي يجب الوفاء بها من طرف المتعامل في الترقية العقارية. وفي حالة عدم احترام هذا الالتزام يؤدي تلقائيا إلى دفع المتعامل في الترقية العقارية إضافة إلى المنحة الإضافية المستحقة غرامة تساوي 100% من هذه المنحة[151].

3.1.2.1.2.1. نطاق ضمان صندوق الضمان والكفالة المتبادلة

يتحدد نطاق ضمان صندوق الضمان والكفالة المتبادلة من حيث تحديد الأشخاص الملزمين بالضمان والمستفيدين منه، كما يتحدد بنطاقه الموضوعي بتحديد الأخطار التي يضمنها، والمدة التي يلتزم خلالها صندوق الضمان والكفالة المتبادلة بالضمان.

على هذا الأساس يمكننا دراسة هذا العنصر من خلال ثلاث نطاقات وهي: النطاق الشخصي، النطاق الموضوعي، و النطاق الزمني.

النطاق الشخصي: تنعقد وثيقة تأمين عقد البيع بناء على التصاميم الصالحة كشهادة ضمان، بين كل من المتعامل في الترقية العقارية وصندوق الضمان والكفالة المتبادلة، لضمان الدفعات المالية المقدمة من طرف مشتري العقار بناء على التصاميم للمتعامل في الترقية العقارية، ويتقرر هذا الضمان في حالة عدم قدرة المتعامل في الترقية العقارية على إتمام الإنجاز وتسليم العقار للمشتري[151].

على هذا الأساس نستخلص مما سبق، أن صندوق الضمان والكفالة المتبادلة يكفل عجز المتعامل في الترقية العقارية عن تعويض المشتري المبالغ المدفوعة، وبذلك يعد صندوق الضمان والكفالة الشخص الملزم بالضمان، في حين نجد بأن مشتري العقار بناء على التصاميم هو المستفيد الوحيد من هذا الضمان، ووفقا لقواعد الاستخلاف يمكن أن ينتقل هذا الحق إلى الخلف العام والخاص لمشتري العقار بناء على التصاميم.

النطاق الموضوعي: يستخلص من نص المادة 11 من المرسوم التشريعي رقم 93-03 المتعلق بالنشاط العقاري، بأن المتعامل في الترقية العقارية ملزم باكتتاب تأمين لدى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة، المنشأ بموجب المرسوم التنفيذي رقم 97-406 المؤرخ في 03/11/1997، سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا بقصد ضمان عدم قدرة المتعامل في الترقية العقارية على تسليم العقار محل الإنجاز، أو عدم إمكانية تعويض المشتري عن المبالغ المدفوعة على شكل دفع مسبق أو أقساط الثمن.

أما مسألة انخراطه في صندوق الضمان والكفالة المتبادلة، فهي مسألة اختيارية تمنح للمرفق العقاري أن يصبح متعاوناً (عضواً) بمجرد أن يوقع على النظام الداخلي ويسدد حقوق الانضمام والاشتراكات [128].

ولهذا حددت وثيقة تأمين عقد البيع بناء على التصاميم الصالحة كشهادة ضمان الأحداث الخاضعة للضمان والأحداث المستبعدة من هذا الضمان .

الأحداث الخاضعة للضمان: تختلف الأحداث التي يهدف صندوق الضمان والكفالة المتبادلة إلى تغطيتها باختلاف صفة المتعامل في الترقية العقارية بين ما إذا كان شخصا طبيعيا أو شخصا معنويا. الحالة الأولى : حالة ما إذا كان المتعامل في الترقية العقارية شخصا طبيعيا، يضمن صندوق الضمان والكفالة المتبادلة الأحداث التالية:

وفاة المتعامل بدون تكفل الورثة الشرعيين بإتمام المشروع.

فقدان مؤكد للمتعامل بشرط أن يكون هذا الفقدان مؤكدا من طرف سلطة قضائية أو سلطة إدارية مختصة في هذا المجال.

احتيال المتعامل شريطة إثبات ذلك من طرف السلطة القضائية [151].

الحالة الثانية: حالة ما إذا كان المتعامل في الترقية العقارية شخصا معنويا، يضمن صندوق الضمان والكفالة المتبادلة الأحداث التالية:

إفلاس شركة المتعامل في الترقية العقارية.

تصفية المؤسسة مهما كانت الأسباب قضائية أو بصورة مسبقة.

اكتشاف احتيال المتعامل في الترقية العقارية ونصبه من طرف السلطة القضائية [151].

الأحداث المستبعدة من الضمان: يستبعد من ضمان وثيقة التأمين كل الأحداث غير المشار إليها في المادة 06 من شهادة الضمان لاسيما:

ضمان حسن الإنجاز.

التأخير في تسليم الملكية التي حازها المشتري.

سعر البيع والمراجعات المحتملة للبيع.

التعديلات من أية طبيعة كانت.

كل تعويض اتفاقي أو قضائي.

الأضرار والتعويضات التي يستحقها المشتري من المتعامل لأي سبب كان.

الكوارث الطبيعية التي تخضع لتأمين خاص بها المنظم بموجب الأمر رقم 03-12 المؤرخ في 26 أوت 2003، المتعلق بالزامية التأمين على الكوارث الطبيعية وبتعويض الضحايا، ونصوصه التنظيمية.

الحريق، الانهيار والكوارث الأخرى المشابهة وكل الضمانات الأخرى المقررة في وثيقة التأمين" كل مخاطر الورشة" كما هو مقرر في الأمر رقم 07-95.

فسخ عقد البيع بناء على التصاميم بطريقة ودية [151].

ما نخلص إليه في الأخير هو أن صندوق الضمان والكفالة المتبادلة يضمن المبالغ المدفوعة من قبل المشتري أثناء مراحل الإنجاز فقط، أما القسط الأخير من الدفعة التي يلتزم بها المشتري لا يضمنها صندوق الضمان والكفالة، وللصندوق حق الرقابة لكل مشروع مقرر ضمانه بموجب وثيقة التأمين، وفي حالة أي رفض من طرف المتعامل في الترقية العقاري يعرض هذا الأخير لزيادة في قسط التأمين، الذي يتم عن طريق منحة إضافية يترك تقدير قيمتها للصندوق حالة بحالة [151].

وتتم الرقابة بانتقال مصالح صندوق الضمان والكفالة المتبادلة إلى مكان تواجد الأشغال لتتحقق ميدانيا من مدى مطابقة تصريحات المرقي العقاري بشأن نسبة تقدم الأشغال فإذا وجدت أن تصريح المتعامل في الترقية العقارية مخالف للحقيقة بمعنى أن نسبة التقدم أقل من النسبة المصرح بها، يقوم الصندوق باستدعاء المشتري ويعلمه بالوضعية الحقيقية للأشغال حتى لا يقوم بدفع باقي الأقساط. وفي حالة ما إذا قام بالدفع بالرغم من الإغذار فإن صندوق الضمان لا يضمن الأقساط المدفوعة بعد الإغذار [64] ص 94.

-النطاق الزمني للضمان: يبقى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة ملزما بالضمان من تاريخ أول دفع مسبق من طرف المشتري كجزء من الثمن المحدد في العقد إلى غاية تحرير محضر التسليم الذي يثبت حيازة المشتري للعقار محل الإنجاز كما هو مقرر في المادة 13 من المرسوم التشريعي رقم 03-93 المؤرخ في 01 مارس 1993، وفي حالة ما إذا تم تأجيل في مدة الإنجاز يجب إعلام الصندوق بذلك ليكون على علم بمراحل تطور الإنجاز.

وكل تجاوز من المتعامل في الترقية العقارية في مدة الإنجاز يؤدي إلى وضع بند جديد من طرف صندوق الضمان والكفالة المتبادلة في وثيقة التأمين لكل تجاوز في الأجل يفوق 10% من مدة الإنجاز المحددة في العقد والتي توجب دفع منحة تأمين إضافية تقدر ب 10%، وفي حالة امتناعه عن

دفع هذا القسط يلزم المتعامل في الترقية بدفع غرامة مالية للصندوق تقدر ب 100% من الزيادة في قسط التأمين تضاف إلى القسط الواجب دفعه [151].

من خلال ما سبق نستخلص أن اكتتاب ضمان لدى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة يشكل حماية حقيقية لمشتري العقار في إطار عقد البيع بناء على التصاميم، إلى جانب الضمانات التي يمنحها له المرسوم التشريعي رقم 93-03 السابقة الذكر.

وبالرغم من هذه الأهمية لم يغط الصندوق جميع العمليات الترقية، والسبب في ذلك يرجع إلى أن الانطلاقة الفعلية لعمل هذا الصندوق لم يتم إلا سنة 2000، بالرغم من أن إنشائه تم سنة 1997 بموجب المرسوم التنفيذي رقم 97-406.

لذلك كان على المشرع أن يلزم الموثقين بعدم قبول أي تحرير لعقد بيع بناء على التصاميم إلا بوجود عقد التأمين المكتتب لدى الصندوق، كما هو الأمر بالنسبة للتأمين ضد الكوارث الطبيعية الذي أصبح إلزاميا، وألزم كل موثق بعدم قبول أي معاملة عقارية ما لم تكن مصحوبة بشهادة تأمين ضد الكوارث الطبيعية حتى يمكن حفظ حقوق المشتريين.

4.1.2.1.2.1. آثار التأمين لدى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة

إن اكتتاب تأمين لدى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة يتم من طرف المتعامل في الترقية العقارية لمصلحة المشتريين، قصد الحصول على شهادة ضمان التسيقات المدفوعة من قبل المشتريين خلال مرحلة الإنجاز، لذا نلاحظ أن أطراف العلاقة هم ثلاثة، المتعامل في الترقية العقارية بصفته المؤمن أو المكتتب، صندوق الضمان والكفالة المتبادلة بصفته المؤمن له، والمشتريين بصفته المستفيدين من هذا التأمين.

لذا سنحاول من خلال هذا الفرع تحديد التزامات المتعامل في الترقية العقارية اتجاه صندوق الضمان والكفالة المتبادلة، وفي المقابل نحدد حقوق هذا الأخير اتجاه المتعامل في الترقية العقارية، وبما أن التأمين تم لمصلحة المشتري الذي لم يكن طرفا في عملية التأمين نحدد كيفية رجوع المشتري على صندوق الضمان والكفالة المتبادلة.

- التزامات المتعامل في الترقية العقارية اتجاه صندوق الضمان والكفالة المتبادلة: يلتزم المتعامل في الترقية العقارية بتقديم تقرير مكتوب لصندوق الضمان والكفالة المتبادلة كل ثلاثة أشهر، يحدد فيه نسبة تقدم الإنجاز من حيث عدد المساكن المنجزة والمدة المتبقية لإتمام الإنجاز، وكل تصريح كاذب يعرض المتعامل في الترقية العقارية إلى سحب حقوقه من الصندوق كما يمكن ملاحقته قضائيا عن التصريح الكاذب مع بقاء حق الضمان قائما للمشتري [151].

وفي حالة ما إذا تجاوزت الأشغال المدة القانونية المحددة يمكن لصندوق الضمان أن يطلب من المتعامل في الترقية العقارية تقديم ضمان إضافي عن المدة المتبقية لإنهاء المشروع [151]، فمثلا لو تقدم متعامل في الترقية واقترح مدة 24 شهرا لإنجاز مشروع معين وتم تحديد قيمة الضمان على أساس قيمة المشروع ومدة إنجازها، وبعد الانطلاق في المشروع تبين أن هذه المدة غير كافية، وتجاوزتها إلى 36 شهرا في هذه الحالة يمكن للصندوق أن يطلب منحة إضافية على تمديد المدة.

- حقوق صندوق الضمان اتجاه المتعامل في الترقية العقارية: بعد أن يتم منح شهادة الضمان من قبل لجنة الضمان على مستوى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة، ينشأ حق هذا الأخير في مراقبة المتعامل في الترقية العقارية وتتم المراقبة في صورتين، المراقبة القانونية والمراقبة التقنية.

المراقبة القانونية: تتم بفحص قائمة المستفيدين التي يجب على المتعامل في الترقية العقارية إرسالها إلى صندوق الضمان مع نسخة من صكوك الدفعات المدفوعة، واسم الموثق الذي حرر العقود، مع دراسة سند ملكية الأرض التي سيقام عليها البناء بالإضافة إلى رخصة التجزئة، مع ضرورة تقديم المتعامل في الترقية العقارية شهادة سلبية أقل من شهرين [151].

المراقبة التقنية: تتم بتنقل المصالح التقنية التابعة للصندوق المتمثلة في مهندسين معماريين إلى مكان الأشغال للتحقق ميدانيا من مدى مطابقتها مع جدول التصريحات المقدم من طرف المتعامل في الترقية العقارية، إلا أن هذه الرقابة تقتصر على أخذ صور للمشروع دون أن تتعداها إلى إجراءات أخرى.

لكن إذا اكتشف صندوق الضمان أن التصريحات التي قدمها المتعامل في الترقية العقارية مخالفة

للواقع له في هذه الحالة يمكن سحب حقوق المتعامل من الصندوق، كما يمكن ملاحقته قضائيا [151].

- حقوق المشتري اتجاه صندوق الضمان والكفالة المتبادلة: إن حقوق المشتري اتجاه صندوق الضمان والكفالة المتبادلة تنشأ بتحقق الضمان وذلك بتحقق عدم قدرة المتعامل في الترقية العقارية على إتمام الإنجاز. وتحقق عدم القدرة على الإنجاز في عدة حالات، إما أن تكون راجعة لوفاة المتعامل في الترقية العقارية أو فقدانه، أو ثبوت احتياله، أو إفلاسه إذا كان شخصا معنويا، أو ثبوت احتياله من طرف السلطة القضائية. وتحقق شروط الضمان يلتزم صندوق الضمان والكفالة المتبادلة بالتعويض للمشتريين بإتباع الخطوات التالية:

- على المتعامل في الترقية العقارية الاتصال بصندوق الضمان والكفالة المتبادلة لإعلامه بحالة العجز إذا كان في مقدوره ذلك، كما يمكن للمشتري إعلام الصندوق بحالة التوقف.

- بعد التوقف عن الأشغال من طرف المتعامل في الترقية العقارية، يكون لجماعة المالكين حق الاختيار بين الاستفادة من نص المادة 17 من المرسوم التشريعي 93-03 المؤرخ في 01 مارس 1993 المتضمن النشاط العقاري الذي يمنح لهم سلطة مواصلة إنجاز البناءات على نفقة المتعامل في الترقية

العقارية، وبين اللجوء إلى صندوق الضمان لطلب الضمان بناء على شهادة الضمان المسلمة لهم وقت التعاقد لاسترداد دفعاتهم.

هذا كله يتوقف على نسبة التقدم في الأشغال، إذا كان المشروع في بداية انطلاقه أي في مرحلة الأساس (fondations) يكون من مصلحة جماعة المالكين الرجوع على الصندوق وطلب الضمان برد الدفعات، أما إذا كان المشروع قد تقدم بنسبة كبيرة تتراوح ما بين 70% إلى 80% في هذه الحالة قد يفضل جماعة المالكين إتمام المشروع على نفقة المتعامل في الترقية العقارية، وذلك بالاتفاق مع مقاول آخر إذا كان المتعامل في الترقية العقارية هو نفسه المقاول القائم بعملية التشييد، أما إذا كان المتعامل في الترقية العقارية غير المقاول يمكن لهم الإبقاء على نفس المقاول من أجل إنهاء المشروع، وذلك بإتمام دفع الدفعات المتبقية.

إلا أن لجوء جماعة المالكين لاختيار إتمام المشروع على نفقة المتعامل في الترقية العقارية يخلق العديد من المشاكل من عدة نواحي:

- تعدد المالكين واختلاف توجهاتهم قد يدفعهم إلى عدم إمكانية إتمام المشروع، لعدم وجود مسير يتكفل بقبض الأموال والإشراف المباشر على المشروع الذي يتطلب أشخاص مختصين.

- إذا كان المتعامل في الترقية العقارية بحد ذاته يطلب مراجعة الثمن لتغيير الظروف الاقتصادية كارتفاع أسعار الحديد مثلا، هذا الأمر قد يطرأ على جماعة المالكين، التي يصعب عليها الاتفاق على تحديد الزيادة.

ويرجع السبب في هذا الإشكال إلى أن دور صندوق الضمان والكفالة المتبادلة يقتصر على تعويض الدفعات المقدمة من طرف المشتريين، في حين نجد أن المشرع الفرنسي ألزم بضرورة ضمان إتمام الإنجاز للمشتريين إلى جانب التعويض، وذلك بالتأمين لدى صندوق الضمان العقاري للسكن الذي يلتزم بإتمام الإنجاز في حالة عجز المتعامل لأي سبب كان.

وبما أن مهمة صندوق الضمان والكفالة المتبادلة تقتصر على ضمان التعويض فقط، جعل دوره غير فعال لكون التعويض قد لا يناسب المشتريين في الكثير من الأحيان، لاختلاف القيمة بين تاريخ الدفع وتاريخ التعويض، ومن جهة أخرى إذا كانت الأشغال قد تقدمت بنسبة كبيرة قد يحبذ المشتري إتمام الأشغال من أجل الحصول على مسكن بدلا من التعويض، خاصة وأن الحصول على فرصة الاستفادة من السكن في الجزائر أصبح أمرا صعبا.

لذا نأمل من المشرع الجزائري أن يراعي حاجة المستفيد إلى سكن أكثر من التعويض الذي لا يفيد في شيء، ويوسع من نشاط صندوق الضمان والكفالة المتبادلة، ليشمل إتمام الإنجاز لما له من قدرة على ذلك أكثر من جماعة المالكين، وبذلك يمكن تكريس حماية قانونية واجتماعية واقتصادية

للمشتري، وتوسيع نطاق عمل الصندوق من مجال التعويض إلى مجال إتمام الإنجاز لا تنعكس أهميته على المشتري فقط، بل تتعداها إلى صندوق الضمان بحد ذاته، إذ أن التزامه بتعويض الدفعات للمشتري يمنحه حق الحل محل المشتري وفقا للقواعد العامة وبذلك يرجع على المتعامل العقاري من أجل التنفيذ على المشروع الذي توقف إنجازه، وهنا يتعرض صندوق الضمان لأكبر مشكلة تتعلق بالتنفيذ، إذ كيف يمكنه تنفيذ بناء لم يجهز بعد وقد يكون في مرحلة الأساسات (foundations) .

كما أن المشرع الجزائري فتح المجال لكل شخص لكسب صفة المتعامل في الترقية العقارية، الأمر الذي أدى إلى اختلاس أموال المواطنين من طرف أشخاص مبتزين هدفهم هو تحقيق الربح على حساب حقوق المشترين، بالإضافة إلى جهل العديد من المرقين العقاريين لتقنيات البناء، لذا على المشرع الجزائري التدخل بتنظيم قانوني يحدد شروط اكتساب صفة المتعامل العقاري، حتى يتمكن من مواولة نشاط الترقية العقارية.

ولحل هذه الإشكالات أعطى القانون رقم 04-11 الاكتتاب لدى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة أهمية كبيرة، إذ خصص له دون الضمانات الأخرى فصل خاص وهو الفصل الرابع من هذا القانون، في حين نظم بقية الضمانات بمادة أو مادتين، وهذا نظرا للدور الفعال الذي يلعبه في مجال الترقية العقارية، وخاصة في حماية حقوق المقتنين (المشترين).

وأهم ما جاء في القانون رقم 04-11 فيما يخص اكتتاب تأمين لدى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة، هو إلزام كل مرقي عقاري معتمد ومسجل في الجدول الوطني للمرقين باكتتاب تأمين لدى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة، وبالانخراط في هذا الصندوق [107]، أما في ظل المرسوم التشريعي رقم 03-93 لم يكن المرقي العقاري ملزما بالانخراط واكتفى المرسوم بإلزامه باكتتاب تأمين لدى الصندوق فقط من خلال نص المادة 11 من هذا المرسوم.

كما تميز القانون رقم 04-11 عن المرسوم التشريعي رقم 03-93 من حيث المهام المخولة لصندوق الضمان، إذ اقتصرته مهمته في ظل المرسوم التشريعي رقم 03-93 على تعويض المشترين عن الدفعات التي قدموها في شكل تسبيقات، أما القانون رقم 04-11 فقد وسع مهام صندوق الضمان إلى الآتي:

تسديد الدفعات التي قدمها المكنتبون في شكل تسبيقات.

إتمام الأشغال مما يضمن للمشتري الحصول على مسكنه في النهاية، وبهذا تفادى المشرع الجزائري المشكل الذي طرحه المرسوم التشريعي رقم 03-93 الذي منح مهمة إكمال المشروع لجماعة المالكين الذين قد لا تربطهم أي علاقة بمجال البناء، كما أن هذه المهمة تقضي على مشكل التنفيذ على المشروع الذي كان يواجه صندوق الضمان والكفالة المتبادلة، الذي كان يتعرض له بعد تعويض

المشترين عن التسبيقات التي دفعوها وحلولة محلهم في الرجوع على المرقيين العقاريين بالتنفيذ على المشروع، الذي عادة ما يكون في بداية انطلاقه مما يصعب التنفيذ عليه.

3- تغطية أوسع للالتزامات المهنية والتقنية [107].

من خلال هذه المهام الموكلة لصندوق الضمان والكفالة المتبادلة يحل هذا الأخير محل المقتنين في حال سحب الاعتماد من المرقي العقاري بسبب الإفلاس، أو التسوية القضائية، أو لأي سبب آخر، قصد متابعة عمليات إتمام إنجاز البناء، عن طريق تفويض مهمة إكمال المشروع لمرقي آخر يحل محل المرقي الأصلي، ويمنع كل مقتني من مواصلة إتمام إنجاز البناء بدلا من المرقي العقاري الذي كان موضوع سحب الاعتماد [107]، وبهذا عالج المشرع المشكل الذي كانت تطرحه المادة 27 من المرسوم التشريعي رقم 93-03 بمنحها للمالكين حق إتمام المشروع بالرغم من عدم قدرتهم وعدم تخصصهم في هذا المجال.

كما منح القانون رقم 11-04 لصندوق الضمان في حالة إفلاس المرقي العقاري والتصفيّة القضائية، حق الاستفادة من حق امتياز من الدرجة الأولى، في حدود ديون هؤلاء المقتنين عن طريق الحلول محل المقتنين [107].

ومن بين الامتيازات التي منحت لصندوق الضمان والكفالة المتبادلة بموجب القانون رقم 11-04 استفادته من حق امتياز من الدرجة الأولى بحلوله محل المقتنين في حدود ديون هؤلاء الذين كان يستفيد منها في ظل المرسوم التشريعي رقم 93-03 بموجب القواعد العامة، أما القانون رقم 11-04 فقد منح له حق الحلول بموجب نص خاص.

وحتى يكون لهذا الضمان فعالية أكثر يستلزم توضيح نص المادة 57 من القانون رقم 11-04 عن طريق النصوص التنظيمية التي ستصدر لاحقا، لأن عملية إحالة إتمام المشروع لمرقي آخر يعينه صندوق الضمان والكفالة المتبادلة، لا بد أن توضح من حيث الإجراءات مع مراعاة حماية المقتنين، ومن حيث احترام آجال وتكلفة الإنجاز، وفي نفس الوقت تقادي الوقوع في نفس المشكلة التي أدت إلى تغيير المرقي العقاري الأول، لذا يستلزم تحديد المعايير التي يختار على أساسها المرقي الذي خولت له مهمة إتمام المشروع.

مع ضرورة تحديد الحالات التي يلجأ فيها صندوق الضمان والكفالة المتبادلة للتعويض والحالات التي يلجأ فيها لإتمام الأشغال، لأن نص المادة 54 من القانون رقم 11-04 حددت المهام دون أن تفصل في الحالات الخاصة بكل مهمة من مهام الصندوق المحددة في هذه المادة.

2.2.1.2.1. التأمين على المسؤولية العشرية

يعتبر التأمين على المسؤولية العشرية من التأمينات الإلزامية الواقعة على البناء طبقاً لنص المادة 178 من الأمر رقم 95-07 المؤرخ في 25/01/1995 المتعلق بالتأمينات، وأكدته المادتان 08 من المرسوم التنفيذي رقم 94-58 المؤرخ في 07 مارس 1994 المتعلق بنموذج عقد البيع بناء على التصاميم.

أما المشرع الفرنسي فقد نظم التأمين الإجباري من مسؤولية لمهندس المعماري والمقاول بمقتضى نص المادة 241 من قانون التأمين الفرنسي والمادة 1792 من القانون المدني الفرنسي. ولتفصيل أحكام التأمين الإجباري من المسؤولية لمشيدي البناء يجب التطرق لنطاق التأمين وأحكامه.

1.2.2.1.2.1. نطاق التأمين

إن تأمين المسؤولية المدنية العشرية يتم بمقتضى عقد يبرم بين شركة التأمين من جهة، ومشيدي البناء الذين يرتبطون بصاحب المشروع بموجب عقد مقاوله بصفتهم مهندسون معماريون، مهندسون مستشارون، مؤسسات مكلّفة بالدراسة أو الرقابة أو بصفتهم مؤسسة مكلّفة بالتنفيذ، والذين يشاركون في إنجاز عملية البناء.

بناء عليه يمكن تحديد نطاق التأمين الإجباري من حيث الأشخاص أي أطراف العلاقة، ومن حيث موضوع التأمين سواء من حيث المحل الذي يرد عليه أو الخطر الذي يضمنه، ومن حيث الزمان. النطاق الشخصي للتأمين: حددت المادة 08 من المرسوم التشريعي رقم 93-03 المتعلق بالنشاط العقاري والمادة 1/178 من الأمر رقم 95-07 المتعلق بالتأمينات الأشخاص الملزمين بالتأمين، في حين حددت المادة 178-2 من نفس الأمر الأشخاص المستفيدين من التأمين، ويمكن أن نحصرهم حسب نص هذه المواد في الآتي:

الأشخاص الملزمون بالتأمين: حسب نص المادة 178 من الأمر رقم 95-07 المؤرخ في 25/01/1995 المتعلق بالتأمين يلزم بالتأمين على المسؤولية العشرية كل مهندس معماري ومقاول وكذا المراقبين التقنيين .

وألزمت المادة 2/08 من المرسوم التنفيذي رقم 94-58 المؤرخ في 07 مارس 1994 المتعلق بنموذج عقد البيع بناء على التصاميم المتعامل في الترقية العقارية، أي بائع العقار بناء على التصاميم بمراقبة الضمان العشري ومتابعته عن طريق التأمين العشري لكل المهندسين المعماريين

والمقاولين والعمال القطعيين المشاركين في إنجاز البناية، مع التزامه بالتضامن معهم إزاء المشتري عن كل عيب أو تهدم يلحق البناية.

أما بالنسبة للمشرع الفرنسي فقد حدد الأشخاص الخاضعين للتأمين الإجباري بموجب نص المادة 241 من قانون التأمين الفرنسي رقم 89-1014 المؤرخ في 31/12/1989، التي ألزمت كل شخص طبيعى أو معنوي يمكن أن تتحقق مسؤوليته طبقا للشروط المحددة في المادة 1792 الخاصة بالضمان العشري أن يغطي هذه المسؤولية بعقد تأمين.

واستلزمت الفقرة الثانية من نفس المادة عدم البدء في أي عملية تشييد إلا بعد إثبات الشخص الطبيعي أو المعنوي المحددين في الفقرة الأولى من المادة 241 بأنه أبرم عقد تأمين [7] ص 17.

وبصدور القانون رقم 78-12 المؤرخ في 14/01/1978 تم تعديل نص المادة 241 من قانون التأمين الإجباري بموجب المادة 1792 من قانون 78-12 بحذف عبارة "المهندسين المعماريين والمقاولين وأي أشخاص آخرين"، واستعملت بدلا منها عبارة "كل معماري يتولى تشييد بناء"، ووضحت الفقرة الأولى من المادة 1792 المقصود بعبارة "كل معماري" بأنه : كل مهندس معماري أو مقاول أو فني أو أي شخص آخر مرتبط مع رب العمل بعقد مقولة، وبائع العقار، الصانع، المستورد، الموزع، الوكيل [168] ص 122.

ومع ذلك فقد استثنى المشرع الفرنسي بعض الأشخاص من إلزامية التأمين، وهذا بصريح المادة 242 من قانون التأمينات الفرنسي، التي نصت صراحة على أن الالتزام بالتأمين لا يخص سوى الأشخاص الذين يقومون بإنجاز عمارة، أما الشخص الذي يبني لذاته ولحسابه غير ملزم بإبرام عقد تأمين أضرار الإنجاز.

وحددت المادة السابقة الأشخاص غير الخاضعين للتأمين الإجباري في الآتي:

-الدولة: التي أعفيت بقوة القانون بموجب نص المادة 243-1 من قانون التأمينات، لأنها تقوم بالبناء لحسابها.

الجماعات المحلية: لأنها عادة ما تقوم بإنجاز بنايات لا تعتبر ذات طابع سكني، إذ معظم المشاريع التي تقوم بها هي بناء مستشفى، سجون، مدارس، وسكنات... الخ [168] ص 123.

وهو نفس الاتجاه الذي سار عليه المشرع الجزائري إذ استثنى بعض الأشخاص من إلزامية التأمين وهم: الدولة والجماعات المحلية.

الأشخاص الطبيعيين عندما يشيدون مساكن خاصة للاستعمال العائلي.

الأشخاص المستفيدون من التأمين

طبقا لنص المادة 08 من المرسوم التشريعي رقم 93-03 والمادة 178-02 من الأمر رقم 95-07 يستفيد من التأمين الإجباري من المسؤولية العشرية مشتري العقار والملاك المتأليين حسب تعبير نص المادة 178 في فقرتها الأخيرة، وبما أن الاستفادة من التأمين تمثل حقا للمشتري وكل مالك للبناء فإن هذا الحق ينتقل إلى الخلف العام والخلف الخاص لمشتري العقار بناء على التصاميم. ونفس الاتجاه انتهجه المشرع الفرنسي إذ نصت المادة 241 من قانون التأمين الفرنسي على أن التأمين الإجباري قرر لصالح مالك البناء من المسؤولية العشرية المقررة بمقتضى نص المادة 1792 من التقنين المدني الفرنسي.

ونصت المادة 242-01 من قانون 78-12 المؤرخ في 14/01/1978 الفرنسي على أن كل شخص طبيعي أو معنوي يتصرف بصفته مالكا للبناء، أو بائعا أو وكبلا عن المالك يقوم بتنفيذ عمل من أعمال البناء، يجب أن يبرم لحساب المالك المتعاقدين قبل البدء في عملية البناء تأمينا يضمن تعويض الأضرار التي تقوم عليها مسؤولية المعماري المنصوص عليها في المادة 1-1792 والصانع والمستورد والمراقب الفني في الفقرة الرابعة من نفس المادة [7] ص 77.

النطاق الموضوعي للتأمين: نقصد بالنطاق الموضوعي للتأمين الأضرار المغطاة بالتأمين، ومدى المسؤولية من حيث القيمة ما إذا كانت محددة بمبلغ معين أم لا، معتمدين في ذلك على أحكام القانون الجزائري والفرنسي.

الأضرار المغطاة بالتأمين: طبقا لنص المادة 05 من الشروط العامة للضمان العشري، فإن نطاق التأمين يشمل ما يلي:

الأضرار المضمونة بالضمان العشري المنصوص عليها بموجب المادة 554 من ق.م.ج والمادة 181 من الأمر رقم 95-07 المتعلق بالتأمينات، والمقصود بها كل عيب يهدد سلامة ومتانة البناء، وكل تهدم كلي أو جزئي للبناء.

مصارييف إزالة الأتربة الناتجة عن الكوارث المضمونة في الفقرة الأولى .

الأضرار المضمونة وفقا لأحكام المسؤولية المدنية التي يتحملها المؤمنون بموجب المواد 124 وما يليها من القانون المدني بسبب الأضرار الجسدية، المادية غير المباشرة، التي تتسبب للغير ولمالك المشروع بعد كارثة مضمونة وفقا للفقرة الأولى من نص المادة 05 السابقة الذكر.

-مصارييف المحاكمة المدفوعة، في حالة كارثة مضمونة في إطار الدفاع عن المصالح المشتركة، أمام جهات قضائية مدنية وحتى الجزائرية فيما يخص المصالح المدنية فقط، يقع تحمل مقدار هذه المصارييف على عاتق المؤمن لديه كليا، إضافة إلى قيمة حد الضمان المحدد في الشروط الخاصة للعقد الحالي، عندما يكون مقدار الحكم بالإدانة يستنتج منه الإعفاء، يكون أقل أو يساوي مقدار الحد المضمون، وفي

حالة المخالفة يتحمل مصاريف المحاكمة المؤمن لديه والمؤمن بالتضامن في نسب حصصهم ضمن كلفة الكارثة[150].

-من جهة أخرى يقرر صراحة في حالة المسؤولية المشتركة والتضامنية للمؤمن مع متدخلين آخرين، ينحصر ضمان العقد الحالي في حصته من المسؤولية في الضرر الذي تحملته المشاريع موضوع مهمته و/أو الغير وهذا مع مراعاة كل حكم مخالف.

كل هذه الضمانات تسري ابتداء من الاستلام النهائي للمشاريع المحددة في محضر الاستلام النهائي، وتنقضي بقوة القانون ودون أي إنذار بعشر سنوات بعد هذا التاريخ[150].

أما بالنسبة للقانون الفرنسي فقد حددت المادة 1792 من ق.م.ف الخطر الذي يغطيه التأمين الإجباري في فقراتها الثلاث الأولى، إذ حددت الفقرة الأولى من نص المادة 1792 جميع الأضرار التي تعرض للخطر متانة العمل وصلابته أو التي تصيبه في أحد عناصره التجهيزية والتي تجعل العمل غير صالح للغرض المخصص له.

أما الفقرة الثانية من المادة 1792 السالفة الذكر فقد حددت الخطر الثاني الذي يشمل التأمين الإجباري والمتمثل في الأضرار التي تصيب متانة عناصر التجهيز في البناء غير قابلة للانفصال، وبالنسبة للفقرة الثالثة من المادة 1792 فقد أخضعت خطر آخر للتأمين المتمثل في الأضرار الموجبة ل ضمان حسن الأداء والمحدد بسنتين.

إلا أن خلافاً ثار بين الفقه الفرنسي حول مدى سريان التأمين الإجباري على الضمان ذو سنتين أي ضمان حسن الأداء ، إذ ذهب فريق إلى القول بأن ضمان حسن الأداء يسري عليه التأمين الإجباري، وحثهم في ذلك نص المادة 241 من قانون التأمين التي تقضي بأن التأمين الإجباري يسري على الضمان العشري و ضمان حسن الأداء.

بينما ذهب أغلبية الفقه الفرنسي إلى أن التأمين الإجباري لا يسري إلا على الضمان العشري دون غيره ، أما ضمان حسن الأداء فإن التأمين ليس إجبارياً بالنسبة له ، مستندين في ذلك إلى نص المادة 231 من قانون التأمين التي قصرت التأمين الإجباري على الضمان العشري دون غيره[7] ص 57.

وبالأخذ بحرفية نص المادة 1792 نستخلص أن التأمين الإجباري في القانون الفرنسي يشمل كل من الأخطار التي يغطيها الضمان العشري والأخطار التي يغطيها ضمان حسن الأداء. يتبين مما سبق أن التأمين الإجباري في فرنسا يهدف إلى تعويض الأضرار التي تلحق المباني بغض النظر عن البحث في أية مسؤولية[7] ص 80.

في حين نلاحظ أن المشرع الجزائري تحدث عن إلزامية التأمين على الأضرار بموجب نص المادة 19 من المرسوم التشريعي 93-03، التي ألزمت كل متعامل في الترقية العقارية باكتتاب ضمان من جميع الأخطار التي يكون مسؤولاً عنها بصفته متعاملاً.

وبالرجوع إلى نصي المادتين 14 و15 نلاحظ أن المشرع الجزائري فقد قرر مسؤولية المتعامل في الترقية العقارية على جميع الأضرار الموجبة لضمان حسن الإنجاز والأضرار الموجبة لضمان حسن سير عناصر تجهيز البناية. أما التأمين الإلزامي على المسؤولية العشرية فهو مقرر لتعويض الأضرار التي تصيب المشتري بسبب التهدم الكلي أو الجزئي، أو تحقق عيب في البناء المحققان للضمان العشري طبقاً لنص المادة 554 من ق.م.ج .

ب- الأضرار غير المغطاة بالتأمين العشري: لم تكن وثيقة التأمين الإلزامي المعمول بها لدى شركات التأمين بتحديد الأضرار المغطاة بالتأمين فقط بل حددت أيضاً الأضرار غير المغطاة، التي يمكن تصنيفها في عدة مجموعات، منها ما ينتمي إلى القوة القاهرة أو الحادث الطارئ، ومنها ما يتعلق بالخطأ العمدي، أو الغش من قبل المؤمن له، ومنها ما يهدف إلى الجمع بين عدة أنواع من التأمين، واستثنت بعض المخاطر لارتباطها بنوع خاص من التأمين .

لهذه الأسباب استبعدت المادة 11 من وثيقة التأمين المتضمنة الشروط العامة للتأمين من المسؤولية العشرية الأضرار الناتجة عن :
فعل إرادي للمكاتب أو المؤمن.

حركات التربة الناجمة عن استغلال المناجم.

الآثار المباشرة وغير المباشرة لانفجار إخراج الحرارة، إشعاع نووي ناتج عن نواة الجزئ النووي أو النشاط الإشعاعي إضافة إلى آثار الإشعاعات التي أحدثها التسارع الاصطناعي للجزئات. الحريق و الانفجار المباشر أو غير المباشر ما عدا الحريق أو الانفجار الناتج مباشرة عن كارثة يغطيها العقد.

الأضرار التي تتحملها المشاريع التي قدمت قبل الاستلام أو أثناء ذلك تحفظات من جانب جهاز الرقابة التقنية، إذا كان مصدر الكارثة في موضوع التحفظات ذاته وهذا ما دامت هذه الأخيرة لم ترفع.

الأضرار التي سببتها أحد الأحداث التالية: حرب أهلية أو أجنبية، أفعال التخريب ذات دوافع سياسية أو إرهاب، أعمال عنف، حركات شعبية، إضراب واحتجاج [150].

إلى جانب هذه الأضرار فقد استبعدت المادة 06 من نفس وثيقة التأمين سببا آخر يتمثل في: أشغال التلبيس، التحويض، الحوض ومخزن العزل، إلا في حالة استثنائية يمكن للمؤمن لديه إصدار الضمان بعد فحص خاص للمخاطر، حالة بحالة، وذلك مقابل منحة إضافية [150].

أما المادة الثانية من المرسوم التنفيذي رقم 96-49 المؤرخ في 17 يناير 1996، المحدد لقائمة المباني العمومية المعفاة من إلزامية تأمين المسؤولية المهنية والمسؤولية العشرية، فقد استثنت قائمة من المباني العمومية المعفاة من إلزامية التأمين من المسؤولية العشرية المتمثلة في الآتي:

- الجسور، الأنفاق، السدود، القنوات، الطرق، الطرق السريعة، الحواجز المائية التلية، المكاسر، الموانئ والمرافئ ومباني الحماية، قنوات نقل المياه، خطوط السكك الحديدية ومدرجات هبوط الطائرات [127].

كما استبعدت من نطاق التأمين الإجباري كل المخاطر التي ألزم بتغطيتها قانونا بموجب تأمين إجباري آخر، كما هو الحال بالنسبة للتأمين على الكوارث الطبيعية التي تخضع لأحكام الأمر رقم 03-12 المؤرخ في 26 أوت 2003 المتعلق بإلزامية التأمين على الكوارث الطبيعية، إذ ألزمت كل مالك لمبنى عقاري أن يكتتب عقد تأمين على الأضرار يضمن هذا الملك من آثار الكوارث الطبيعية [114].

بالرجوع إلى نص المادة 178 و181 من الأمر رقم 95-07 المتعلق بالتأمين، نلاحظ بأن المشرع الجزائري أشار إلى الأضرار التي تخضع إلى التأمين بدون تحديد قيمتها، أما المشرع المصري فقد اقتصر التأمين الإجباري من المسؤولية على أعمال البناء التي تبلغ قيمتها 30.000 جنيه [60] ص 200، أي اقتصر التعويض على الأضرار الناشئة عن تهدم مباني قيمتها ثلاثين ألف جنيه فقط، بينما هناك من المباني التي قيمتها أقل من هذا المبلغ وقد تكون أضرارها أكبر، لذلك تفادى المشرع الجزائري تحديد قيمة المباني الخاضعة للتأمين واكتفى بتحديد الأضرار الموجبة للتأمين.

النطاق الزمني للتأمين: تختلف مدة التأمين الإجباري باختلاف طبيعة الضمان محل التأمين، فإذا تعلق الأمر بالضمان العشري فإن مدة التأمين هي نفس مدة الضمان، وهي عشر سنوات تبدأ من تاريخ التسليم النهائي أي من تاريخ تسلم المشتري للبناء وقبوله أعمال البناء [108]، أما إذا كان التأمين على المسؤولية السنوية أي لضمان حسن الإنجاز فإن مدة التأمين هي سنة على أساس أن مدة حسن الإنجاز محددة بسنة.

وهذا ما هو وارد في القانون الفرنسي الذي حدد مدة التأمين على المسؤولية العشرية بعشر سنوات وهي فترة الضمان العشري، أما التأمين الذي محله عناصر التجهيز فإن مدته سنتان تبعا لمدة ضمانه .

ويرجع السبب في تحديد مدة التأمين على أساس مدة الضمان هو استمرار التأمين خلال المدة التي تنعقد فيها مسؤولية المعمارين حسب نص المادة 2270 من ق. م. ف، وهذه المدة كافية لاختبار متانة البناء وصلابته وسلامته، والتأمين ما وجد إلا لضمان الأخطار التي تترتب على تحقق مسؤولية المعمارين، وينقضي بانقضاء مدة الضمان دون حدوث عيب أو خلل أو تهدم كلي أو جزئي أو تعطل أي عنصر من عناصر التجهيز، والتأكد من أن المبنى خالي من أي عيب أو خلل [7] ص 46..

2.2.2.1.2.1. أحكام التأمين الإجباري من المسؤولية

نظرا للطبيعة الإلزامية لهذا النوع من التأمين وتعلقه بالنظام العام فإن المشرع الجزائري تدخل لتحديد أحكامه. وبالرجوع إلى وثيقة التأمين المحددة للشروط العامة للمسؤولية العشرية والمعمول بها لدى شركات التأمين، فإنه يمكن التعرف على أحكام هذا التأمين من خلال تحديد حدود مسؤولية الشركة المؤمنة، والتزامات المؤمن له المتمثلة في الإجراءات الواجب إتباعها في حال تحقق خطر من الأخطار المؤمن عليها، وأخيرا الجزاء المترتب على عدم الامتثال للإلزامية التأمين.

حدود مسؤولية الشركة المؤمنة: حددت مسؤولية الشركة المؤمنة كطرف أول في وثيقة التأمين بموجب نص المادة 07 من هذه الوثيقة على الشكل التالي:

يتحدد الضمان المقرر في الفقرة الأولى من المادة 05 من وثيقة التأمين المتعلق بمخاطر الضمان العشري بالمقدار المحدد للأشغال كما هو مصرح به من طرف صاحب المشروع، مع استبعاد أشغال التسطیح والكتلة الكبيرة والقنوات والشبكات المختلفة.

ويشكل هذا المقدار الالتزام الأقصى للمؤمن لديه تجاه مجمل الكوارث التي يمكن أن تحدث أثناء مدة الضمان العشري، لهذا يخصم كل تعويض يقوم به المؤمن لديه بعد الكارثة من هذا المقدار المؤمن إلى غاية استنفاده.

غير أن إعادة تشكيل الضمان يكون ممكنا مقابل دفع منحة تحسب بالنظر للمصاريف التي سببتها إعادة البناء سواء من طرف المؤمن أو من طرف صاحب المشروع أو من طرف كل شخص لديه مصلحة في حفظ المشروع. إضافة إلى ذلك من المقرر أن إعادة تشكيل الضمان لا تسري آثارها من جديد إلا إذا كانت أشغال الإصلاح بعد الكارثة، حسب إسهام من الجهاز المؤهل للرقابة التقنية للبناء، تطابق المعايير النافذة في الجزائر.

يتحدد الضمان المقرر في المادة 06 من وثيقة التأمين المتعلقة بالعزل، بالمقدار النهائي للأشغال المتصلة به كما صرح به صاحب المشروع، ويشكل هذا المقدار الالتزام الأقصى للمؤمن لديه عن مجمل الكوارث التي قد تحدث أثناء مدة الضمان العشري، بهذا المعنى يخصم كل تعويض يقوم به المؤمن لديه بعد الكارثة من ذلك المقدار إلى غاية استنفاده.

غير أن إعادة تشكيل الضمان وعودة سريان أثر هذا الضمان يجب أن تستجيب للشروط المقررة في السطر الأخير من الفقرة الأولى من المادة 07 من وثيقة التأمين المتمثلة في الحصول على إسهام من الجهاز المؤهل للرقابة التقنية للبناء .

يتم تغطية مصاريف إزالة الأتربة التي سببتها الكوارث المضمنة بموجب الفقرة الأولى والثانية من المادة 07 السابقة الذكر ب 10/1 مخاطر مبررة، وتدفع هذه التعويضات رغم أي قواعد أخرى.

يتحدد الضمان المقرر في الفقرة الثالثة من المادة 05 من الشروط العامة للمسؤولية العشرية محدد بالكارثة بنسبة 50 % من مقدار الضمان المشار إليه في الفقرة الأولى من المادة 07 السابقة مع مقدار أدنى ب 500.000 دج أيا كان عدد الضحايا أو أهمية الأضرار [150].

ومع ذلك يستفيد المؤمن لديه في كل الظروف من إعفاء يقدر ب [150]:

- 06 % حول مقدار من الكارثة يقل عن 100.000.00 دج.
- 04 % حول مقدار من الكارثة ينحصر بين 100.000.00 دج و 500.000.00 دج.
- 02 % حول مقدار من الكارثة يزيد عن 500.000.00 دج.

غير أن الإعفاء الناتج عن تطبيق هذه الشروط لا يمكن أن يقل عن 2000.00 دج، ولا تخضع

لهذا الإعفاء الأضرار المحددة في الفقرة الثالثة من المادة 07 من وثيقة التأمين [150].

الإجراءات الواجبة الإتباع في حالة تحقق الأخطار: يتميز نظام التأمين بوجود مرحلتين متتاليتين هما معاينة الإخلال عن طريق خبرة، ثم تسوية قيمة أشغال الإصلاح الضرورية.

الإجراء الأول: معاينة الإخلال

في حالة حدوث أي كارثة يجب على المستفيد من هذا التأمين التصريح بالكارثة (المخاطر)

حتى يمكن تعيين خبير لمعاينة الكارثة.

أ- التصريح بالمخاطر: تنص وثيقة التأمين المتضمنة الشروط العامة للضمان العشري صراحة على التزام المؤمن له باتخاذ كافة الاحتياطات اللازمة لمنع وقوع أي خطأ، وفي حالة حدوث أي خطر يلتزم المؤمن له بالإدلاء بكافة الظروف والملابسة للخطر، ويتم التصريح بهذه المخاطر بطريقتين:

الطريقة الأولى: التصريح بالمخاطر عند الاكتتاب

يقع على عاتق المؤمن له التزام بتقرير حالة الخطر عند التعاقد حتى يتمكن المؤمن من التعرف

على معدل الخطر المراد التأمين منه، وتقدير مصلحته في قبول التأمين عليه أم لا [48] ص 193.

وترتكز التزامات المؤمن لديه على صحة التصريحات المقدمة من طرف المؤمن الملزم طبقا

للمادة 15 في فقرتها الأولى من الأمر رقم 95-07 المؤرخ في 25/01/1995 بالتصريح عبر

"استمارة أسئلة – مقترح مقرر لهذا الغرض" كل المعطيات والظروف التي يعرفها التي تسمح للمؤمن

لديه بتقدير المخاطر التي يتحملها [113].

الطريقة الثانية: التصريح بالمخاطر أثناء سريان العقد

لا تقتصر التزامات المؤمن على مجرد التصريح بالخطر عند التعاقد فقط، بل لا بد من

استمرارية التزامه بعد ذلك كلما استدعت الظروف ذلك وهي الظروف التي قد تؤدي إلى تفاقم الخطر أو

وقوع الخطر المؤمن منه الذي ينشأ التزام المؤمن لديه بدفع قيمة التأمين.

لذا يجب على صاحب المشروع أو كل شخص لديه حق في العقد الحالي إعلام المؤمن لديه كتابيا أو شفويا، بموجب رسالة مصحوبة بإشعار الوصول في مقره الاجتماعي أو الوكالة المشار إليها في العقد، بمجرد علمه بالكارثة خلال أجل أقصاه 07 أيام يحسب ابتداء من التاريخ الذي علم به بالكارثة، ماعدا في حالة استثنائية أو قوة قاهرة لكل كارثة، ويلتزم أيضا بتقديم كل التوضيحات الدقيقة التي تخص هذه الكارثة ومداهما وتقديم الوثائق الضرورية المطلوبة من طرف المؤمن لديه [113].

يمكن للمؤمن لديه في مدة ثلاثين يوما ابتداء من تاريخ معرفة الطابع المشدد اقتراح نسبة جديدة من المنحة للمؤمن، والمؤمن لديه الذي لم يقدم اقتراح خلال مدة ثلاثين يوما يضمن الظروف المشددة الحاصلة دون منحة إضافية، في حين يلتزم المؤمن خلال أجل ثلاثين يوما ابتداء من استلام اقتراح النسبة الجديدة للمنحة دفع ما يزيد عن المنحة المطلوبة من طرف المؤمن لديه. وفي حالة عدم الدفع يحق للمؤمن لديه فسخ العقد، وعندما يزول تشديد المخاطر الذي أخذه في الحسبان لتحديد المنحة أثناء سريان العقد يحق للمؤمن تقليص المنحة ذات الصلة ابتداء من التبليغ [113].

وكل إغفال أو تصريح غير دقيق، يكون هدفه تضليل تقدير المخاطر من طرف المؤمن لديه، يؤدي إلى ما يلي:

قبل الكارثة: إذا لاحظ المؤمن لديه أن المؤمن أغفل أو قدم تصريح غير دقيق، يمكنه التمسك بالعقد مقابل منحة عالية أكثر ومقبولة من طرف المؤمن، أو فسخ العقد إذا رفض المؤمن دفع الزيادة في المنحة.

وفي حالة الفسخ ترجع نسبة المنحة المدفوعة للفترة التي كان فيها التأمين غير ساري للمؤمن.

بعد الكارثة: إذا لاحظ المؤمن لديه بعد الكارثة أن المؤمن أغفل أو قدم تصريحا غير دقيق يقلص التعويض في نسبة المنح المدفوعة مقارنة بالمنح الحقيقية المستحقة للمخاطر المعتبرة، وكل تصريح كاذب إرادي من طرف المؤمن من شأنه تضليل تقدير المخاطر للمؤمن لديه يؤدي إلى بطلان العقد.

أما بالنسبة للقانون الفرنسي فقد حدد أجل التصريح بأجل لا يقل عن خمسة أيام واشترط ضرورة أن يكون التصريح مكتوبا وأن يحدد فيه ظروف الكارثة ووضع وصف سطحي [150].

وثار خلاف بين الفقه والقضاء الفرنسي حول مدى إلزامية هذا التصريح بمعنى هل المؤمن له ملزم بالتصريح قبل اللجوء إلى القضاء أم له حق اللجوء إلى القضاء دون التصريح.

فذهب البعض إلى اعتبار أن التصريح غير ملزم إذ يمكن للمؤمن له اللجوء إلى القضاء مباشرة، وذلك برفع دعوى قضائية تجاه المؤمن لديه عن الأضرار. في حين يرى البعض الآخر، أن التصريح يتسم بالطابع الإلزامي لكونه إجراء تعاقديا لذلك لا يمكن اللجوء إلى القضاء إلا بعد مباشرة إجراء التصريح.

هذا الخلاف أدى إلى رد وزاري صدر بالجريدة الرسمية بتاريخ 30-09-1985 مفاده: "...للمؤمن حرية مطلقة في اختيار العمل الذي ينوي ممارسته إذ يفضل أن يستعمل المؤمن الإجراء القضائي لوقف أجل الضمان خاصة لما يحدث الاختلال في نهاية الفترة العشرية ومن جهة أخرى للسماح بتعويض كامل لما تكون بعض الأضرار غير مضمونة من طرف المؤمن لديه" [168] ص 127.

ب- تعيين الخبير: بعد التصريح بالحادث يجب على المؤمن لديه تعيين خبير لمعاينة الاختلالات حتى يمكن تقديم تعويض سريع ، وحددت مدة إجراء استلام الخبرة في أجل أقصاه سبعة أيام من تاريخ استلام التصريح بالحادث [113].

أما بالنسبة للقانون الفرنسي لم يخضع هذا التعيين إلى أجل معين، على أساس أن للمؤمن لديه مصلحة في القيام بهذا التعيين، حتى يتمكن من إبلاغ المؤمن بنتائج الخبرة التعاقدية واقتراح التعويض المحتمل.

ولا يمكن للمؤمن فرض حق اختيار خبير، إذ أن هذا الأخير يعين من طرف قاضي الأمور المستعجلة بمبادرة من المؤمن لديه والذي تتجلى مهمته في الآتي:

البحث وجمع المعطيات الضرورية لعدم زيادة الخطورة وإصلاح سريع للأضرار المضمونة. إعداد تقرير أولي يتضمن الإشارة الوصفية والتقييمية للترتيبات التحفظية الضرورية لعدم زيادة خطر الأضرار.

إعداد تقرير خبرة مخصص لوصف المميزات التقنية ووضع اقتراحات وتقدير مختلف الترتيبات الواجب اتخاذها ، أي مختلف الأشغال الواجب تنفيذها لإصلاح كامل الأضرار المعايينة. ويجب أن يسلم تقرير الخبرة للمؤمن لديه في أجل شهر للسماح له أيضا بتبليغ اقتراحه في التعويض [168] ص 128.

الإجراء الثاني: تسوية الكارثة

بعد التصريح بالحادث تتم عملية تقويم الضرر إما بالتراضي أو عن طريق الخبرة إن اقتضى الأمر ذلك. وطبقا للمادة 13 من الأمر 07-95 المتعلق بالتأمين عندما تكون الخبرة ضرورية يجب على المؤمن أن يعين خبير في مهلة سبعة أيام من تاريخ إعلامه بالتصريح بالحادث، وطبقا لنفس المادة فإن وضع تقرير الخبرة يتم طبقا لآجال التسديد، وخلال ثلاثة أشهر يمكن للأطراف التسوية وديا بعد إجراء خبرة لتقدير الأضرار. وخلال هذه المدة يجب على المؤمن والمستفيدين أن يتفقا على مبلغ الأضرار، ويدفع خلال نفس الفترة، وفي حالة عدم اتفاقهما على المبلغ المحدد من طرف الخبير يتعين على المؤمن أن يدفع خلال الأجل ذاته (ثلاثة أشهر) 4/3 هذا المبلغ المحدد من طرف الخبير [113].

وفي حالة عدم الاتفاق أو تناقض خبرتين يتم تعيين خبير ثالث، من الخبراء المعتمدين لدى المحكمة الواقع بدائرة اختصاصها مكان وقوع الحادث، لتقدير الخسائر والأضرار المستحقة للتعويض خلال ثلاثين يوماً من وضع تقرير الخبرة نهائياً، حتى تتمكن شركة التأمين من التعويض وفقاً للتقرير المقدم، وفي حالات القوة القاهرة يمتد الأجل إلى ثلاثة أشهر ابتداءً من تكليف الخبير بهذه المهمة [150]. وفي حالة عدم التمكن من التسوية يلجأ المستفيد من التأمين إلى المحكمة المختصة التي يقع في دائرة اختصاصها موقع العقار المؤمن عليه، خلال ثلاث سنوات من وقت حدوث التهدم أو اكتشاف العيب، وهي مدة خاصة بتقادم دعوى الضمان العشري [113].

وبموجب هذه الدعوى يتم جبر الضرر عن طريق إعادة الحال إلى ما كان عليه أي التنفيذ العيني إن كان ممكناً، وتقوم شركة التأمين بتعويض المؤمن له بمبالغ الإصلاح والخسائر المادية، والأضرار الجسمانية التي تصيب الغير وخلفه [150].

أما بالنسبة للمشرع الفرنسي فقد حدد آجال يلزم خلالها الأطراف بإتمام التسوية وهي ستون (60) يوماً من تاريخ التصريح بالكارثة ليلبغ المؤمن قراره بشأن ضمان الكارثة [168] ص 129. الجزاء المترتب على عدم الامتثال لإلزامية التأمين الإجباري: استناداً إلى نص المادة 08 من المرسوم التشريعي 93-03 المتضمن النشاط العقاري، إذا لم يلزم المتعامل في الترقية العقارية المهندسين والمقاولين باكتتاب عقود تأمين تحملهم المسؤولية العشرية، يصبح المتعامل في الترقية العقارية مسؤولاً مدنياً وملزماً بالضمان.

وبالرجوع إلى نص المادة 185 من الأمر 95-07 المتعلق بالتأمين، فقد حصر المشرع الجزائري جزاءات عدم الامتثال إلى إلزامية التأمين لغرامات مادية تتراوح بين 5000 و100.000 دج، وهذه الغرامة تدفع لصالح الخزينة العمومية .

بالإضافة إلى هذه الغرامات أشار المشرع إلى عقوبات أخرى قد تتضمنها تشريعات أخرى، كقانون العقوبات في حالة ما إذا ارتكب مشيدي البناء عملاً يشكل جنائية أو جنحة منصوص عليها في قانون العقوبات [113].

أما المشرع الفرنسي فقد ألزم المؤمن بضرورة التأمين الإجباري، وفي حالة عدم قيامه بهذا الإجراء يتعرض لجزاءات كبيرة، كما ألزم شركات التأمين بضرورة الضمان، وإلا تعرضت لعقوبات عدة وهذا ما نصت عليه المادة 243/05 من قانون التأمين التي قضت بأن كل شركة تأمين ترفض ضمان الخطر يسحب منها الترخيص الإداري. كما حدد المشرع الفرنسي عقوبات جزائية على عدم الالتزام بالتأمين بموجب نص المادة 3/243 من قانون التأمين الإجباري الفرنسية تتمثل في الحبس لمدة

تتراوح من 06 إلى 10 أشهر، وبغرامة من 2000 إلى 500.000 فرنك أو بإحدى العقوبتين[60] ص 198.

وبتحقق الخطر المؤمن عليه ينشأ حق المضرور في الرجوع على المتسبب فيه بالتعويض، وبما أن المادة 08 من المرسوم التنفيذي رقم 58-94 المتضمن نموذج عقد البيع بناء على التصاميم ألزمت المتعامل في الترقية العقارية بضرورة إلزام المهندس المعماري والمقاول بالتأمين من المسؤولية العشرية، ويسأل بالتضامن معهم تجاه مشتري العقار بناء على التصاميم، لأن هذا الأخير هو المضرور والمستفيد الأول من هذا التأمين، وفي سبيل حصول المضرور على حقه عند فشل التسوية الودية يلجأ للقضاء من أجل المطالبة بحقوقه.

3.2.1.2.1. اكتتاب ضمان من جميع المخاطر

إلى جانب التأمين من المسؤولية العشرية، والتأمين الإجباري الذي يجب على المتعامل في الترقية العقارية أن يكتتبه لدى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة لضمان التسيقات المدفوعة من طرف المشترين الذي تضمنته نص المادة 11 من المرسوم التشريعي رقم 03-93 المتعلق بالنشاط العقاري، ألزم المتعامل في الترقية العقارية بموجب المادة 19 من المرسوم التشريعي رقم 03-93 باكتتاب ضمان من جميع الأخطار التي يكون مسؤولا عنها بصفته متعاملا في الترقية العقارية، هذه الأخطار لم يحددها المشرع الجزائري وفتح المجال أمام المتعامل للتأمين ضد أي خطر.

وبما أن المشرع الجزائري لم يحدد لنا الأخطار التي يجب على المتعامل أن يكتتب تأمينها لضمانها، سنحاول التطرق لمفهوم الخطر كنقطة أولى، ثم نتطرق لبعض تطبيقات الأخطار التي يمكن أن يؤمن عليها المتعامل في الترقية العقارية.

1.3.2.1.2.1. مفهوم الخطر في عقد التأمين

بهدف حماية المشترين نظرا لعدم خبرتهم في مجال التشييد، ولتسهيل التعويض السريع الكامل لما يترتب عن أعمال البناء من أضرار كثرت أسبابها وتعددت أخطارها، ألزم المشرع الجزائري المتعامل في الترقية العقارية بموجب نص المادة 19 من المرسوم التشريعي رقم 03-93 المتضمن النشاط العقاري بضرورة أن يكتتب ضمانا من جميع الأخطار، وما لاحظناه على هذا النص أن المشرع الجزائري لم يحدد الأخطار وترك الحرية للمتعامل في تأمين كل خطر يكون مسؤولا عنه، لذا سنلجأ للفقهاء لتحديد المقصود بالخطر وخصائصه، وشروط ضمان الخطر، وتقديره.

تعريف الخطر وخصائصه: إن المقصود بالخطر في هذا المجال هو الخطر بالمعنى التأميني وليس بالمعنى الذي يعطى له في مجال القانون المدني، إذ يقصد بالخطر بمفهومه العام هو: "أمر غير مرغوب فيه يخشى الإنسان وقوعه" [48] ص 48، أما المفهوم التأميني يشمل: "كل أمر أو حادث يهدد المستأمن في النفس أو الجسم أو الذمة المالية، هذا الأمر لا يشترط بالضرورة أن يكون ضاراً، بل يمكن أن يكون حادثاً سعيداً" [49] ص 48.

كما يعرف بأنه: "حدث لا يمنع القانون ضمانه، يحتمل تحققه مستقبلاً، سواء في ذاته أو في وقت غير ملائم، ويكون غير متعلق بإرادة أي من طرفي العقد أو صاحب مصلحة فيه" [50] ص 102. من التعاريف السابقة يمكن أن نستخرج الخصائص التالية للخطر:

الخاصية الأولى الخطر حدث محتمل: وهو ما يشكل العنصر الجوهرى في الخطر، سواء تعلق الاحتمال بتحقق الحدث في ذاته، من حيث أن وقوعه يحتمل التحقق من عدمه، أو تعلق الأمر بوقت تحقق الحدث إذا كان حتمي الوقوع، ويترتب على استحالة تحقق الحدث انعدام الخطر القابل للتأمين، فيصبح بذلك التعاقد من هذا النوع باطلا لانعدام وجود المحل [39] ص 100.

الخاصية الثانية أن يكون الخطر حدثاً مستقلاً عن إرادة الطرفين: بمعنى يجب ألا يكون تحقق الخطر رهن بمشيئة إرادة طرفي العقد، لأن ذلك من شأنه أن ينفي الصفة الاحتمالية، لذلك لا يمكن التعويض عن الأضرار التي يتسبب فيها المؤمن له بخطئه العمدي أو بطريق الغش أو التدليس [29] ص 46. الخاصية الثالثة أن يكون محل الخطر مشروعاً: يتوجب أن يكون الخطر المتولد عن احتمال تحقق الحدث مشروعاً غير مخالف للنظام العام والآداب [50] ص 106، كأن يكون الخطر ناتجاً عن الاتجار بالمخدرات أو التهريب [29] ص 46.

شروط ضمان الخطر: لضمان الخطر في عقد التأمين يستلزم توفر عدة شروط وهي، الالتزام بدفع القسط الالتزام باتخاذ بعض الاحتياطات، الالتزام بالتصريح بحالة الخطر.

الشرط الأول: الالتزام بدفع القسط: يلزم بدفع قسط التأمين المؤمن له [113] وهو المتعامل في الترقية العقارية. ويقصد بالقسط: "المقابل الذي يدفعه المؤمن له بغرض الحصول على تغطية الخطر المؤمن منه" [39] ص 134.

ويلزم بدفع القسط خلال الآجال المتفق عليها في عقد التأمين، والتي غالباً ما تكون خلال كل سنة، وفي حالة عدم دفع القسط من طرف المؤمن له يلتزم المؤمن بإعلام المؤمن له بتاريخ استحقاق القسط، شهر على الأقل، مع تعيين المبلغ الواجب دفعه وأجل الدفع. وفي هذا الصدد ألزم المشرع الجزائري المؤمن بتذكير المؤمن له بتاريخ استحقاق القسط لأن مدة دفع القسط غالباً ما تكون سنة فأكثر، وبما أن المدة طويلة قد تؤدي إلى نسيان المؤمن له أجل استحقاق القسط [39] ص 139، و إذا لم يتم

المؤمن له بدفع القسط المستحق خلال خمسة عشر يوماً (15 يوماً) ابتداء من تاريخ الاستحقاق المحدد في العقد دون اتخاذ أي إجراء، وعند انتهاء هذه المهلة دون دفع القسط يتخذ المؤمن إجراء الإعذار بالدفع، بموجب رسالة مضمونة مع علم الوصول، ينذر بموجبها المؤمن له بدفع القسط المطلوب خلال ثلاثين يوماً التالية لانقضاء آجال الخمسة عشر يوماً (15 يوماً)، وبعد انقضاء مدة ثلاثين يوماً (30 يوماً) يمكن للمؤمن وقف الضمان دون أي إعذار آخر [113].

وإذا تحقق الخطر في فترة التوقف لا يستفيد المؤمن له من الضمان، وإذا دفع المؤمن له دون الحاجة إلى تحرير ملحق تعديل للعقد إلا أن آثار العقد تستأنف ابتداء من الساعة الثانية عشر من اليوم الموالي لدفع القسط المتأخر، أما إذا تحقق الخطر قبل هذه الساعة فإن المؤمن غير ملزم بالضمان [39] ص 140.

الشرط الثاني: الالتزام بتنفيذ بعض الاحتياطات: يلزم المؤمن له باتخاذ الاحتياطات اللازمة لمنع حدوث الخطر كاشتراط شركة التأمين (المؤمن) في التأمين ضد الحريق شرط تزويد المحلات بوسائل الإطفاء، كما يلتزم باحترام الالتزامات التي تفرضها التشريعات الخاصة والتي من شأنها التقليل من الأضرار، وفي حالة الإخلال بهذه الالتزامات فإن الجزاء المطبق هو تحقق حق المؤمن في التعويض عن الضرر الذي لحق به [39] ص 142 - 143.

الشرط الثالث: الالتزام بالتصريح بحالة الخطر: ألزم المؤمن له بموجب نص المادة 15 من الأمر رقم 95-07 المؤرخ في 1995/01/25 المتعلق بالتأمينات، أن يقدم للمؤمن عند اكتتاب عقد التأمين كل البيانات المتعلقة بالخطر وظروفه، كتقدير معدل الخطر أو درجة احتمالته وجسامته، والتي هي ضرورية لحساب مقابل التأمين الذي يتعين المؤمن له دفعه، بالإضافة إلى ذلك يصرح بالبيانات المتعلقة بشخصه وبحالته المادية.

ويتم التصريح بالخطر عن طريق الإجابة على الأسئلة المذكورة بصفة كاملة و أمانة ودقة [39] ص 121، والتصريح لا يكون فقط أثناء التعاقد بل يقع على عاتق المؤمن له أثناء سريان العقد كلما طرأ تغيير أو تفاقم في حالة الخطر، ويحدث هذا التغيير نتيجة حدوث ظروف، بعد إبرام العقد، تغيير أو تزيد في الخطر المؤمن منه. في هذه الحالة يلزم المؤمن له بإعلام المؤمن بتغيير الخطر خلال سبعة أيام ابتداء من تاريخ إطلاعه عليه إلا في الحالة الطارئة أو القوة القاهرة [113].

ويترتب عن التصريح بتغيير الخطر أو تفاقمه طبقاً لنص المادة 18 من الأمر رقم 95-07 المتعلق بالتأمينات، إبقاء الخطر المؤمن منه مغطى بالتأمين إلى أن يبين المؤمن موقفه فيما جد من ظروف، وللمؤمن أن يقترح معدلاً جديداً للقسط وهذا في أجل لا يتعدى ثلاثين يوماً (30 يوماً) ابتداء من تاريخ علمه بتغيير الخطر أو تفاقمه، وإذا انقضت هذه المدة دون أن يقترح المؤمن المعدل الجديد للقسط

وجب عليه أن يضمن تفاقم الخطر دون أن يلزم المؤمن له بدفع أية زيادة في القسط، ويلزم المؤمن بضمان تفاقم الخطر دون أن يلزم المؤمن له بدفع أية زيادة في القسط، أما إذا اقترح معدلا جديدا للقسط خلال الأجل القانوني نشأ التزام على عاتق المؤمن له بدفع الزيادة المقترحة خلال ثلاثين يوما (30 يوما) تسري ابتداء من تاريخ استلام المؤمن له اقتراح المؤمن بهذه الزيادة، وللمؤمن له حق قبول أو رفض اقتراح المؤمن [39] ص 132.

وفي حالة إخلال المؤمن له بالتزامه بالتصريح بحالة الخطر تفرض عليه جزاءات تختلف بحسب ما إذا كان حسن النية أو سيء النية، فإذا كان المؤمن له سيء النية يكون للمؤمن المطالبة بإبطال العقد، مع احتفاظه بالأقساط التي اقتضاها [113]، أما إذا كان المؤمن له حسن النية يكون للمؤمن الحق في المطالبة بزيادة القسط إذا انكشفت الحقيقة قبل وقوع الخطر، أو المطالبة بتخفيض قيمة التأمين بما يتناسب مع القسط المتفق عليه إذا لم تنكشف الحقيقة إلا بعد وقوع الخطر المؤمن منه، مع منح المؤمن حق فسخ العقد عند رفض المؤمن له زيادة معدل القسط في الحالة الأولى [113].

2.3.2.1.2.1. صور الخطر

إن أبرز الضمانات المتداولة في شركات التأمين الجزائرية في مجال العقار بمختلف استعمالاته هي ضمان خطر الحريق، وخطر السرقة، وظهر مؤخرا التأمين ضد الكوارث الطبيعية، و إن كان خطر الحريق وخطر السرقة يقع أمر التأمين عليهما قبل التسليم على المتعامل في الترقية العقارية، إلا أن التأمين على الكوارث الطبيعية يثير إشكالية الشخص الذي يقع عليه التزام التأمين أهو المتعامل في الترقية العقارية أم مشتري العقار بناء على التصاميم؟

نصت المادة الأولى من الأمر رقم 03-12 المؤرخ في 26 أوت 2003، المتعلق بإلزامية التأمين على الكوارث الطبيعية وبتعويض الضحايا على أن كل مالك لملك عقاري مبني يقع في الجزائر سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا باستثناء الدولة، باكتتاب عقد تأمين على الأضرار من آثار الكوارث الطبيعية، وحددت المادة الثانية من المرسوم التنفيذي رقم 04-268 المؤرخ في 29 أوت 2004، المتضمن تشخيص الحوادث الطبيعية المغطاة بإلزامية التأمين على آثار الكوارث الطبيعية ويحدد كيفية إعلان حالة الكارثة الطبيعية الكوارث الطبيعية التي تشكل نطاق التأمين في الآتي [114]:

الزلازل.

الفيضانات وسوائل الوحل.

العواصف والرياح الشديدة.

تحركات قطع الأرض.

ومن خلال نص المادة الأولى من الأمر 03-12 المتعلق بإلزامية التأمين على الكوارث الطبيعية، تبين بأن المشرع تكلم عن العقار المبني، في حين ينحصر عقد البيع بناء على التصاميم على عقار في طور الإنجاز وقت التعاقد، واشترطت المادة 04 من هذا الأمر في كل عملية تنازل على ملك عقاري وثيقة تثبت الوفاء بإلزامية التأمين.

وباستقراء المراسيم التنفيذية التالية لهذا الأمر والمتعلقة بإلزامية التأمين ضد الكوارث الطبيعية، والمرسوم التشريعي 93-03 المتعلق بالنشاط العقاري، والمرسوم التنفيذي رقم 94-58 المتضمن نموذج عقد البيع بناء على التصاميم خاصة المادة 02 منه، التي اعتبرت المشتري مالكا للبناء قبل إتمام الإنجاز بمجرد إبرام عقد البيع بناء على التصاميم بعد إتباع الإجراءات القانونية الناقله للملكية، نجد أن الشخص الملزم بالتأمين ضد الكوارث الطبيعية هو مشتري العقار بناء على التصاميم لأنه مالك لبناء وهو في طور الإنجاز، وما يحدث عمليا أن المشتريين بعدما تتم حيازتهم للملك العقاري يقومون بتأمينه ضد الكوارث الطبيعية.

2.2.1. الضمانات القانونية المقررة من مرحلة انطلاق الإنجاز إلى مرحلة إتمام التشييد

إن حماية المشرع الجزائري لمشتري العقار بناء على التصاميم لم تقتصر على مرحلة انعقاد البيع التي تطرقنا إليها في الفصل الأول من هذا الباب، بل امتدت من مرحلة الإنجاز إلى مرحلة حيازة البناء، نظرا للمخاطر التي قد يتعرض لها المشتري في هذه المرحلة والتي من أهمها عدم مطابقة البناء للمقاييس والتصاميم المحددة في العقد، وبذلك ألزم المشرع الجزائري المتعامل في الترقية العقارية بضمان المطابقة.

كما أن المتعامل في الترقية قد يتوقف عن عملية إتمام الإنجاز لأي سبب من الأسباب، إما لوفاة أو إفلاس أو تسوية قضائية... الخ، لذا قرر المشرع في هذه المرحلة ضمان تعويض التسبيقات المدفوعة من طرف المشتري من طرف صندوق الضمان والكفالة المتبادلة، وذلك بإلزام المتعامل في الترقية باكتتاب تأمين لدى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة حتى يمكن لهذا الأخير الضمان، وإن كنا اعتبرناه مجالا من مجالات الحماية المقررة في مرحلة انعقاد العقد، على أساس أن المشرع اشترط تقديم شهادة الضمان الصادرة من صندوق الضمان والكفالة المتبادلة وقت انعقاد عقد البيع بناء على التصاميم لدى الموثق وإلا امتنع هذا الأخير عن إبرام العقد، إلا أنه يعتبر أيضا ضمانا من الضمانات المقررة في مرحلة الإنجاز في حالة التوقف عن عملية إتمام الإنجاز لأي سبب من الأسباب.

وبما أن المشتري قد يتعرض لخطر إفلاس المتعامل في الترقية العقارية، قرر له المشرع الجزائري حماية بضمان آخر يتمثل في حق امتياز من الدرجة الأولى لصالح جماعة المالكين، ضف إلى ذلك تحمل المتعامل في الترقية العقارية المسؤولية العقدية عن كل إخلال بالتزامه التعاقدية. وللزيادة في الضمان فقد أضاف المشرع الجزائري حماية من نوع آخر بصدر القانون رقم 04-11 المتمثلة في الحماية الإدارية والجنائية.

بناء على ما سبق يمكن أن نحصر الضمانات القانونية التي قررها المشرع لمشتري العقار بناء على التصاميم من مرحلة انطلاق الإنجاز إلى مرحلة الحيازة في أربع ضمانات قانونية ، سنقوم بدراستها من خلال أربعة مطالب على الشكل التالي:

المطلب الأول: ضمان المطابقة

المطلب الثاني: حق امتياز من الدرجة الأولى

المطلب الثالث: تحمل المسؤولية العقدية

المطلب الرابع: الحماية الإدارية والجنائية

1.2.2.1. ضمان المطابقة

لا يكفي التزام المتعامل العقاري بنقل ملكية العقار، وإتمام الإنجاز خلال الأجل القانونية المتفق عليها والمحددة في عقد البيع بناء على التصاميم، بل يلزم أيضا بمراعاته لقواعد البناء والتعمير والتصاميم المعدة من طرف المهندس المعماري خلال مرحلة الإنجاز، وإلا عد مخالفا بالتزامه التعاقدية المتمثل في مطابقة البناءات لرخصة البناء، لذا يعد التزام المتعامل بالترقية العقارية بالمطابقة هو التزام بتحقيق نتيجة.

وألزم المرقى العقاري بموجب نص المادة 39 من القانون رقم 04-11 بضرورة تسليمه لشهادة المطابقة حتى تتم حيازة البناية أو جزء من البناية من طرف المقتني. ونظرا لأهمية الالتزام بالمطابقة فقد نظمه المشرع الجزائري بموجب القانون رقم 29-90 المؤرخ في 01 ديسمبر 1990 والمتعلق بالتهيئة والتعمير المعدل والمتمم، والمرسوم التنفيذي رقم 91-76 المؤرخ في 28 مايو 1991 المحدد لكيفيات تحضير شهادة التعمير ورخصة التجزئة وشهادة التقسيم ورخصة البناء وشهادة المطابقة ورخصة الهدم وتسليم ذلك،

ولتحديد المقصود بالمطابقة وإجراءات الحصول على شهادة المطابقة ، وكذا الآثار المترتبة في حالة ثبوت عدم المطابقة، نقسم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع على الشكل التالي:

الفرع الأول: تعريف عدم المطابقة وتمييزها عن ما يشابهها

الفرع الثاني : إجراءات الحصول على شهادة المطابقة
الفرع الثالث: الآثار المترتبة عن ثبوت عدم المطابقة

1.1.2.2.1. تعريف عدم المطابقة وتمييزها عما يشابهها

المطابقة التزام يقع على عاتق المتعامل في الترقية العقارية، ألزمه المشرع به بمقتضى نص المادة 14 من المرسوم التشريعي رقم 93-03 المؤرخ في 01 مارس 1993 المتعلق بالنشاط العقاري، التي اعتبرت أن عملية تسليم البناية أو جزء من البناية لا يتم إلا بعد تسليم شهادة المطابقة، وبذلك لا يمكن استغلال البناء المشيد إلا بعد تسليم هذه الشهادة التي تثبت مطابقة البناء للمواصفات المتفق عليها. وفي حالة ما إذا أخل المتعامل في الترقية العقارية بالتزامه وتبين عدم مطابقة البناية المشيدة لرخصة البناء تتحقق مسؤوليته. وأثبتت الإحصائيات أن هناك 5995 بناء غير مطابق للرخصة المسلمة، و65434 بناية مقامة بدون رخصة بناء تم تسجيلها من 14 أوت 2004 إلى غاية مارس 2008، وتم تسجيل تهديم 10008 منها فقط أي نسبة 15 بالمائة من السكنات غير المطابقة لرخصة البناء المسلمة، أو التي أقيمت دون رخصة بناء هي المعنية أولا بقضية التسوية والاستكمال [106 ص 68].

وقبل البحث عن مسؤولية المتعامل في الترقية في حالة عدم مطابقة البناء المشيد، سنحاول تحديد المقصود بعدم المطابقة أي متى يعد البناء غير مطابق، وبما أن عدم مطابقة البناء تتداخل مع حالة ظهور عيب في البناء المبيع سواء كان في صورة عيب خفي أو ظاهر، سنحاول بناء على التعريف تحديد أوجه الاختلاف القائمة بينهم.

1.1.1.2.2.1. تعريف عدم المطابقة

يقصد بعدم المطابقة: "عدم الالتزام بالمواصفات المتفق عليها وفقا للنماذج والرسومات التي تم على أساسها إبرام العقد الابتدائي فضلا عن التلاعب في المواد المستخدمة في البناء" [3] ص 13. ويرى د. سمير عبد السميع الأودن أن عدم المطابقة يتحقق في حالة عدم مطابقة البنايات للمواصفات، كعدم الالتزام بالمخططات الموضوعية للمبنى، أو استخدام مواد مغايرة للمتفق عليها أو أقل جودة من المتفق عليها، أو استخدام قطاعات أقل حجما أو سمكا من القطاعات المتفق عليها في الأخشاب والنوافذ والأبواب" [6] ص 63.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد اكتفى بتعريف شهادة المطابقة التي تسلم في حالة ثبوت المطابقة على أنها: "وثيقة إدارية تسلمها البلدية أو الولاية وهي تحدد مدى تطابق البناء المنجز مع ما هو

محدد في رخصة البناء" [106]، ونفس المعنى حددته المادتان 54 و55 من المرسوم رقم 91-176 المؤرخ في 29 مايو 1991 اللتان حددتا الجهة المسؤولة عن تسليم شهادة المطابقة، واشترط مطابقة الأشغال لرخصة البناء [124].

وبذلك تعد المطابقة شرطا موضوعيا لقيام عملية التسليم، أما الشهادة فهي عمل مادي يتمثل في مدى احترام المقاول لقواعد التهيئة والتعمير واللوائح والقرارات المنظمة للصحة العمومية والسكنية العامة، وحقوق الارتفاق العامة والخاصة [74] ص 12.

ما نخلص إليه في الأخير هو أن المقصود بالمطابقة هو: "مطابقة البنايات لرخصة البناء، وقواعد البناء والتعمير والتصاميم".

وفي حالة عدم احترام المتعامل في الترقية العقارية لهذه المواصفات يجعل البناء غير مطابق، وبذلك يعد المتعامل في الترقية العقارية مخلا بالتزامه التعاقدية، مما يحقق التزامه بضمان المطابقة.

2.1.1.2.2.1. تمييز عدم المطابقة عما يشابهها

قد تتداخل عدم المطابقة مع العيوب سواء كانت ظاهرة أو خفية، إلا أنه ومن خلال التعاريف السابقة لعدم المطابقة سنحاول التمييز بينها وبين كل من العيب الظاهر والعيب الخفي. التمييز بين عدم المطابقة والعيب الخفي في بيع العقار بناء على التصاميم: بناء على ما تقدم يقصد بعدم المطابقة بأنها: "عدم مطابقة الشيء المسلم لرخصة البناء والتصاميم المتفق عليها والمحددة في عقد البيع بناء على التصاميم".

ولقد أعطى القضاء الفرنسي بعض التطبيقات لفكرة عدم مطابقة المواصفات من بينها نقص المساحة وعدم تركيب دواليب متفق عليها بالحائط... الخ [15] ص 194.

أما بالنسبة للعيب الخفي فقد عرفته محكمة النقض المصرية بأنه: "الآفة الطارئة التي تخلو منها الفطرة السليمة في المبيع" [27] ص 18.

من خلال هذين التعريفين يمكن أن نميز بين العيب الخفي وعدم المطابقة، في أن الأول هو عيب في البناء يجعله غير صالح لما أعد له، وقد يصل إلى درجة تهديد سلامة ومتانة البناء أو إلى تدمره كليا أو جزئيا، في حين نجد أن عدم المطابقة يجعل البناء غير مطابق للمواصفات المتفق عليها والمطلوب تحقيقها، وتخلفها لا يعيب البناء بل يبقى البناء قائما وصالحا للاستعمال، إلا أن مخالفته لرخصة البناء يجعل المتعامل في الترقية العقارية مخلا بالتزامه، في حين يؤدي تحقق العيب الخفي إلى التزام المتعامل في الترقية العقارية بالضمان العشري [27] ص 19.

وتوصلت محكمة النقض الفرنسية في حكم لها للتمييز بين العيب الخفي وعدم مطابقة المواصفات، للأخذ بالمعيار الوظيفي لعدم المطابقة للمواصفات والعيوب على حد سواء إذ قضت بأن: "قاضي الموضوع إذا لم يبحث ما إذا كان العيب يمكن أن يتحلل في ضوء ظروف الواقع إلى إخلال البائع بالتزامه بالتسليم حسب المواصفات التي تتفق مع الغرض الذي خصصت له" [15] ص 197.

بناء عليه اعتبر التشريع الفرنسي أن التزام البائع بتسليم الشيء المبيع في حالة مطابقة لشروط العقد أحد التزاماته الأساسية، يمنح للمشتري حق طلب إجراء مطابقة عندما تكون ممكنة أو فسخ البيع مع التعويض عن الأضرار عند الاقتضاء .

وميز الفقه الفرنسي بين عدم مطابقة الشيء المبيع والاضطرابات أو العيوب التي تجعل الشيء المبيع غير صالح لتحقيق غرضه، يعد مشوبا بعيب الصنع كالقرميد الذي يتدهور تحت تأثير الجليد وإن كان مطابقا للشروط العقدية، وكغياب موقع التوقف بسبب وجود منحدر من الإسمنت يجعله غير قابل للاستعمال فيشكل عيبا خفيا وليس عدم مطابقة [166] ص 131.

عدم المطابقة والعيب الظاهر: يقصد بالعيب الظاهر كل خلل يلحق بالبناء فيجعله غير صالح لما أعد له، ويتحقق هذا الخلل يلزم المتعامل في الترقية العقارية بإصلاح العيوب الظاهرة.

أما عدم المطابقة يقصد بها مخالفة البناء للمواصفات المتفق عليها في العقد مما يحول دون إمكانية حيازة البناء أو جزء من البناء إلا بعد مطابقة هذا البناء لرخصة البناء وللتصاميم المعدة من طرف المهندس المعماري [95]، وفقا للاقتراحات المقدمة من المتعامل في الترقية، وبذلك لا تبرأ ذمة هذا الأخير من التزامه بضمان المطابقة إلا بعد تقديم شهادة المطابقة التي تعد شهادة إدارية تثبت مطابقة البناء للتصاميم وقواعد التهيئة والتعمير [124].

كما يظهر وجه الاختلاف من حيث الجزاءات المترتبة عن تحقق عدم المطابقة أو ظهور عيب ظاهر، إذ الجزاء المترتب عن عدم المطابقة يتمثل في التنفيذ العيني إن كان ممكنا أو فسخ العقد، أما الجزاء المترتب عن ظهور العيب الظاهر يتمثل في إصلاح العيب.

2.1.2.2.1 . إجراءات الحصول على شهادة المطابقة

نصت المادة 54 من المرسوم التنفيذي رقم 91-176 المؤرخ في 28/05/1991 المستفيد من رخصة البناء أن تسلم له شهادة مطابقة الأشغال المنجزة بأحكام رخصة البناء، إذ جاء فيها ما يلي: "... يتعين على المستفيد من رخصة البناء عند انتهاء أشغال البناء وعند انتهاء أشغال التهيئة التي يتكفل بها إن اقتضى الأمر ذلك استخراج شهادة مطابقة الأشغال المنجزة مع أحكام رخصة البناء" [12] ص 66.

وإلى جانب هذه الرقابة فرض المشرع الجزائري بموجب قانون التهيئة والتعمير رقم 90-29 رقابة أخرى تمثلت في مجموع الرخص التي ضبطت إجراءاتها وكيفية الحصول عليها بموجب المرسوم التنفيذي رقم 91-176 المؤرخ في 1991/05/28.

أما فيما يخص تنظيم المشرع الفرنسي لشهادة المطابقة فقد تمت بموجب المادة 2/460 من المرسوم الصادر بتاريخ 1984/03/29 والخاص بتصريح بنهاية الأشغال.

ونظرا لأهمية شهادة المطابقة فقد ضبط المشرع الجزائري هذه الوثيقة بجملة من الشروط، تمثلت أساسا في وجود رخصة بناء مسبقة التي تتطلب لاستصدارها ملف التصاميم ووثائق تبين موقع المشاريع، تنظيمها، حجمها، نوع الواجهات، مواد البناء... الخ.

كما ضبط المشرع الجزائري إجراءات الحصول على شهادة المطابقة، التي تختلف باختلاف الحالات التي يلجأ فيها للحصول على هذه الشهادة، إذ تتخذ إجراءات خاصة في حالة ما إذا تم احترام الآجال القانونية لإيداع التصريح بانتهاء أشغال البناء، في حين نجد أن الإجراءات المتبعة في حالة عدم إيداع التصريح بانتهاء الأشغال خلال الآجال القانونية مختلفة عنها، وقد يتم إيداع التصريح بانتهاء أشغال البناء خلال المدة القانونية، إلا أن شهادة المطابقة لم يصدر بشأنها أي قرار. في هذه الحالة تتبع إجراءات خاصة لاستصدار شهادة المطابقة.

1.2.1.2.2.1. الإجراءات المقررة في حالة إيداع تصريح بانتهاء أشغال البناء

يلزم كل مستفيد من رخصة البناء أن يقدم تصريحات بانتهاء الأشغال خلال أجل ثلاثين (30) يوما ابتداء من تاريخ الانتهاء من الأشغال. ويعد هذا التصريح في نسختين مع إشهاد رسمي ممضى من طرفه يصرح فيه عن الانتهاء الفعلي من هذه الأشغال بمقر المجلس الشعبي البلدي لمكان البناء مقابل تسليم وصل إيداع، ثم ترسل نسخة من هذا التصريح إلى مصلحة الدولة المكلفة بالتعمير على مستوى الولاية [124].

وتكلف لجنة مراقبة للتحقق في مدى مطابقة الأشغال المنجزة مع أحكام رخصة البناء، وتضم ممثلين مؤهلين قانونا عن رئيس المجلس الشعبي البلدي والمصلحة المكلفة بالتعمير على مستوى الولاية، وممثلين عن المصالح المعنية الأخرى منها الحماية المدنية، ومصالح البيئة على مستوى الولاية [124]. والعبرة من اجتماع كل هذه الهيئات باختلاف تخصصها لإبداء رأيها في المطابقة من كل الجوانب لأنه مثلا لو تم بناء مجمع سكني من عدة عمارات وكانت مطابقة لكل المعايير التقنية للبناء، لكن مصلحة الحماية المدنية أبدت تحفظها حول الطريق المخصص للدخول أو الخروج لهذا المجمع السكني غير

كافي للسماح بمرور شاحنات الحماية المدنية، وبذلك إذا شب حريق بإحدى العمارات يصعب الدخول لإطفائه، لذا تعترض على تسليم شهادة المطابقة، وهذا ما حدث فعلا بإحدى البنايات بالعاصمة.

تجتمع لجنة مراقبة المطابقة بناء على استدعاء من رئيس المجلس الشعبي البلدي المعني بعد استشارة المصلحة المكلفة بالتعمير على مستوى الولاية خلال ثلاثة أسابيع بعد إيداع التصريح بانتهاء الأشغال، على أن يخطر رئيس المجلس الشعبي البلدي المستفيد من رخصة البناء بتاريخ إجراء المراقبة، وذلك قبل 08 أيام على الأقل، وبعد القيام بعملية المراقبة يعد محضر الجرد الذي يدون فيه جميع الملاحظات، ويبرز رأي اللجنة حول مدى المطابقة التي تمت معاينتها، مع ضرورة توقيع أعضاء لجنة المراقبة[124].

ثم ترسل المصلحة المكلفة بالتعمير على مستوى الولاية محضر الجرد مرفقا باقتراحاتها إلى السلطة المختصة، بغرض تسليم شهادة المطابقة في حالة ما إذا أثبت محضر الجرد مطابقة الأشغال المنجزة[124].

أما إذا تبين من محضر الجرد عدم مطابقة الأشغال المنجزة للتصاميم المصادق عليها وفقا لأحكام رخصة البناء، فإن لجنة المراقبة تعلم السلطة المختصة لتبلغ المعني بالأمر بعدم إمكانية تسليمه شهادة المطابقة، وأنه ملزم بمطابقة البناء للتصاميم المصادق عليها، مع تذكيره بالعقوبات التي يتعرض لها[124].

وعلى العون المخول بتحرير محضر معاينة المخالفة، بعد تأكده من عدم مطابقة البناء لرخصة البناء، يحرر المحضر ويرسله إلى الجهة القضائية التي لها السلطة التقديرية لتقرير إلزام المتعامل في الترقية بالمطابقة أو هدمه جزئيا أو كليا في أجل تحدده المحكمة الذي يجب ألا يتجاوز مدة 03 أشهر، كما ترسل في نفس الوقت نسخة منه إلى رئيس المجلس الشعبي البلدي والوالي المختصين في أجل لا يتعدى 72 ساعة[100].

وفي حالة عدم امتثال المعني للحكم الصادر عن المحكمة خلال الأجل الممنوحة له، يقوم رئيس المجلس الشعبي البلدي بتنفيذ الأشغال المقررة على نفقة المخالف أو توقع على المخالف عقوبة هدم ما تم بناؤه.

وبتطبيق القواعد العامة يلزم المتعامل في الترقية بالتنفيذ العيني وذلك بإلزامه بالمطابقة، وفي حالة عدم امتثاله لهذا الالتزام للمشتري الحق في طلب فسخ العقد[108] مع استرجاع المبالغ والأقساط المدفوعة للبائع، إضافة إلى ذلك له الحق في المطالبة بالتعويض عما لحقه من ضرر وما فاتته من خسارة[125].

ويشكل هذا الجراء حماية لمشتري العقار من أي تقصير في مراقبة المقاولين أثناء عملية إنجاز المشروع مما يحمله المسؤولية العقدية أمام المشتري.

2.2.1.2.2.1. الإجراءات المقررة في حالة عدم إيداع التصريح خلال الأجل القانوني

في حالة ما إذا لم يتم المعني بإيداع التصريح بانتهاء الأشغال، تجري عملية مطابقة الأشغال وجوبا بمبادرة من رئيس المجلس الشعبي البلدي أو من مديرية التعمير على مستوى الولاية. وتطبيقا للمادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 55-06 المؤرخ في 2006/01/30 المحدد لشروط وكيفيات تعيين الأعوان المؤهلين للبحث عن مخالفات التشريع والتنظيم في مجال التهيئة والتعمير ومعاينتها ، وكذا إجراءات المراقبة يلزم كل من مفتشي التعمير، المستخدمون الذين يمارسون عملهم بإدارة وزارة السكن والعمران والأعوان الذين يمارسون عملهم بمصالح التعمير التابعة للبلدية، بالتحقق ميدانيا من مدى مطابقة البناء المنجز لرخصة البناء، فإذا أثبتوا مطابقة البناء يمنح للمتعامل في الترقية شهادة المطابقة، أما إذا أثبت التحقيق عدم المطابقة في هذه الحالة يأمر المخالف بالقيام بعملية المطابقة، أو ترفع دعوى قضائية لدى الجهات القضائية الإدارية المختصة قانونا لإلزامه بالمطابقة إذا كان البناء قابلا للإصلاح وإلا تقضي المحكمة بهدم البناء كليا أو جزئيا[135].

3.2.1.2.2.1. الإجراءات المقررة في حالة غياب أي قرار في المطابقة خلال ثلاثة أشهر الموالية لإيداع التصريح بانتهاء أشغال البناء

في حالة ما إذا قام المعني بتقديم تصريح بانتهاء أشغال البناء خلال المدة القانونية، ولم تصدر الجهات المعنية أي قرار بشأن المطابقة خلال ثلاثة أشهر من تاريخ إيداع التصريح بانتهاء أشغال البناء، في هذه الحالة يمكن لأصاحب الطلب أن يتقدم بطعن سلمي بواسطة رسالة موصى عليها مع وصل بالاستلام إما إلى الوزير المكلف بالتعمير عندما يكون الوالي هو السلطة المختصة بتسليم الشهادة أو إلى الوالي في الحالات الأخرى[137].

وبعد تقديم الطعن يتعين على السلطة التي قدم لها الطعن أن تبلغ قرارها خلال الشهر الموالي، وإلا عدت شهادة المطابقة شهادة ممنوحة بعد انقضاء هذه المدة[103].

أما إذا أصدرت الجهة المختصة قرارها خلال المدة القانونية وكان قرارها يقضي برفض منح شهادة المطابقة نتيجة مخالفة المتعامل في الترقية لرخصة البناء وللتصاميم المصادق عليها، تجسد هذه المخالفات في محاضر[103].

3.1.2.2.1. الآثار المترتبة عن ثبوت عدم المطابقة

إن تسليم شهادة المطابقة يعد قرينة على أن البناء المشيد مطابق لرخصة البناء، أما إذا تبين بأن البناء غير مطابق لرخصة البناء، امتنعت الجهات المختصة عن تسليم شهادة المطابقة إلى المعني و هو المتعامل في الترقية العقارية، والذي يقوم بتسليمها إلى المشتري عند حيازة الملكية بموجب محضر تسليم، وتسلم بمكتب الموثق الذي حرر عقد البيع بناء على التصاميم.

وتسليم بناء غير مطابق لرخصة البناء يعد إخلالا بالتزام المتعامل في الترقية العقارية التعاقدية، مما يمنح للمشتري طبقاً للقواعد المقررة في القواعد العامة عدة وسائل كجزاء لعدم المطابقة في بيع العقارات قبل الإنجاز، إذ يمكن للمشتري أن يطلب إصلاح العيب إذا كان ممكناً وهذا هو التنفيذ العيني، كما يكون له الحق في طلب فسخ البيع إذا استحال الإصلاح كما يحق له الفسخ مع التعويض.

1.3.1.2.2.1. التنفيذ العيني

عند ثبوت المخالفة ميدانيا والمتعلقة بتشييد بناء لا يطابق المواصفات المحددة في رخصة التجزئة كحالة تجاوز معامل شغل الطريق مثلاً، أو عدم احترام الارتفاع المرخص به، أو تعديل الواجهة، وإنجاز منافذ غير مقررة وغير قانونية، في هذه الحالة تتخذ الإجراءات المحددة بمقتضى المادة 13 من القانون رقم 04-05 المؤرخ في 14 أوت 2004 المعدل والمتمم للقانون رقم 90-29 المؤرخ في 14 ديسمبر 1990 المتمثل في ضرورة تحرير محضر معاينة المخالفة من طرف العون المخول قانوناً عند تأكده من عدم مطابقة البناء لرخصة البناء المسلمة، ويرسله إلى الجهة القضائية المختصة، وهي القضاء الإداري، شريطة مراعاة التدرج القضائي وهذا ما أقرته الغرفة الأولى بمجلس الدولة بشأن قرارا خاص بشهادة المطابقة بتاريخ 2002/06/24، إذ جاء فيه مايلي: " طبقاً لنص المادة 274 من ق. إ. م التي تنص بأن مجلس الدولة ينظر ابتدائياً ونهائياً في الطعون بالبطلان في القرارات التنظيمية أو القرارات الفردية المركزية والطعون الخاصة بتفسير هذه القرارات والطعون الخاصة بمدى مشروعية الإجراءات التي تكون المنازعة فيها من اختصاص مجلس الدولة.

حيث أن هذه الدعوى تنص على إلزام وزير السكن بمنح المدعي شهادة مطابقة خاصة بمحطة بنزين وبالتالي فهذه الدعوى المقدمة في هذا الشكل، أي في شكل طعن مباشر أمام مجلس الدولة، هي دعوى غير مقبولة له شكلاً، وينبغي إذن عدم قبولها شكلاً.

لذا فإن دعوى إلزام وزير السكن بمنح المدعي شهادة مطابقة ترفع مباشرة أمام مجلس الدولة (لا) خرق المادة 280 من ق.إ.م (نعم)" [87]، كما يرسل نسخة من هذا المحضر إلى رئيس المجلس الشعبي البلدي والوالي المختصين في أجل لا يتعدى 72 ساعة.

في هذه الحالة تملك للجهة القضائية سلطة تقديرية للبت في الدعوى، إما بإلزام المتعامل في الترقية العقارية بمطابقة البناء المشيد لرخصة البناء، وبهذا يكون القاضي قد ألزمه بتنفيذ التزامه عيناً، أو الحكم بالهدم خلال أجل تحدده الجهة القضائية.

وفي حالة عدم تنفيذ المتعامل في الترقية العقارية للحكم الصادر عن العدالة خلال الآجال الممنوحة له، يقوم رئيس المجلس الشعبي البلدي أو الوالي المختصين تلقائياً بتنفيذ الأشغال المقررة على نفقة المخالف وهو المتعامل في الترقية العقارية [96].

2.3.1.2.2.1. هدم البناء

إذا استقر القضاء في حكمه على هدم البناء المشيد لعدم مطابقته لرخصة البناء، وفي هذه الحالة على الجهات المسؤولة تنفيذ الحكم، أما قبل تقرير القضاء بالهدم لا يمكن لها أن تباشر إجراءات الهدم لأن هذا القرار هو من اختصاص القضاء وحده وإلا عدت الإدارة في هذه الحالة قد تجاوزت حدود سلطتها وترتب مسؤوليتها.

وهذا ما أكدته القرار رقم 167252 المؤرخ في 27-04-1998 الذي قضى بما يلي: "من المقرر قانوناً بالمادة 124 من القانون المدني فإن كل عمل أيا كان يرتكبه المرء ويسبب ضرراً للغير يلزم من كان سبباً في حدوثه بالتعويض.

ولما كان ثابتاً في قضية الحال أن البلدية قامت بالتعدي على الجدار وتحطيمه دون أن تحصل على حكم يرخص لها بذلك بحجة أن الحائط تم بناؤه بطريقة فوضوية، رغم أن المستأنف استظهر برخصة البناء، ومحضر إثبات حالة على أنه لم يغلق مجرى مياه الوادي كما تدعيه البلدية وعليه فإن البلدية تتحمل مسؤولية خطئها، مما يتعين إلغاء القرار المستأنف الذي رفض تعويض المستأنف" [78].

2.2.2.1. حق امتياز من الدرجة الأولى

يتمتع كل دائن طبقاً للمادة 188 من ق.م.ج بحق الضمان العام، الذي يجعل كل أموال المدين ضامنة للوفاء بديونه سواء كانت هذه الأموال منقولة أو عقارية، ونظراً لقصور هذه الفكرة عن تحقيق الحماية الكافية لجماعة الدائنين الذين يتساوون في رجوعهم على المدين دون أن يكون لأي واحد منهم أن يتقدم على بقية الدائنين، ضف إلى ذلك هو أن فكرة الضمان العام لا تمنع المدين من التصرف في

أمواله مما يتيح له فرصة تهريب أمواله من الضمان العام، كان لابد من إيجاد وسيلة للحد من هذه المخاطر.

لذلك أقر المشرع الجزائري مجموعة من الوسائل القانونية الكفيلة للمحافظة على الضمان العام، من بينها الدعوى غير المباشرة، حق الحبس، الدعوى الصورية والحجز التنفيذي، والدعوى البوليصية.

ومع ذلك بقيت فكرة الضمان العام قاصرة على تحقيق الحماية الكافية للدائنين مما دفع بالمشرع الجزائري إلى منحهم ضمان آخر المتمثل في الضمان الخاص بصورتيه، التأمينات الشخصية كالكفالة أو التأمينات العينية التي من أبرزها الرهن الرسمي وحقوق الامتياز.

وبما أن عقد البيع بناء على التصاميم من العقود الملزمة للجانبين، يعتبر كل طرف فيه دائن ومدين في نفس الوقت، لذلك فقد خص المشرع جماعة المالكين في عقد البيع بناء على التصاميم بحماية خاصة بصورة من صور الضمان الخاص المتمثلة في حق امتياز من الدرجة الأولى المنصوص عليه بموجب المادة 16 من المرسوم التشريعي 93-03 المؤرخ في 01 مارس 1993 المتضمن النشاط العقاري، وذلك في حالة إفلاس المتعامل في الترقية العقارية، مما يضمن لهم حقوقهم المتمثلة في التسبيقات التي دفعوها للمتعامل في الترقية العقارية.

وحتى تتمكن من تحديد وجه الحماية في هذه الصورة، سنحاول من خلال هذا المطلب التطرق إلى المقصود بحق الامتياز بوجه عام عن طريق تحديد مفهوم حق الامتياز من خلال الفرع الأول، ثم في فرع ثاني سنتطرق لدرجة حق امتياز جماعة المالكين من حقوق الامتياز الأخرى والآثار المترتبة عن اكتساب هذا الحق.

1.2.2.2.1. مفهوم حق الامتياز

إن حق الامتياز من الحقوق العينية التبعية، نظمها المشرع الجزائري من المادة 982 إلى المادة 1001 من ق.م.ج .

وسنحاول من خلال هذا الفرع التطرق إلى عنصرين أساسيين، وهما تعريف حق الامتياز وخصائصه، وأنواعه، حتى يمكننا تحديد الصورة الخاصة التي تطرق إليها المشرع الجزائري من خلال نص المادة 16 من المرسوم التشريعي رقم 93-03 المؤرخ في 01 مارس 1993 المتضمن النشاط العقاري.

1.1.2.2.2.1. تعريف حق الامتياز وخصائصه

تعريف حق الامتياز: عرفت المادة 982 من ق.م.ج حق الامتياز بأنه: "أولوية يقررها القانون لدين معين مراعاة منه لصفته ولا يكون للدين امتياز إلا بمقتضى نص قانوني".

من خلال هذا التعريف يتبين بأن المشرع الجزائري عرف حق الامتياز بأنه أولوية، وهي أهم ميزة يتميز بها حق الامتياز عن التأمينات العينية الأخرى، كما يتميز حق الامتياز عن باقي التأمينات العينية من حيث مصدره المتمثل في القانون.

وعرف د. محمد وحيد الدين سوار حق الامتياز بأنه: "حق عيني مراعاة منه لصفات ديونهم، وهي تقع على جميع منقولات المدين وعقاراته أو على منقول معين أو على عقار معين منها، وتخول الدائن أن يرجح على غيره من الدائنين في استيفاء حقه من ثمن الأموال في أي يد يكون" [51] ص 283.

خصائص حق الامتياز: من خلال التعريف السابق يمكن تحديد خصائص حق الامتياز في الآتي:

الامتياز حق مصدره إرادة المشرع: إذ لا يوجد حق امتياز بدون نص قانوني، ويترتب على هذه الخاصية أن لا القاضي ولا الطرفان يمكنهما أن يدعيا حقا ما حقا ممتازا إذا لم يقض القانون بذلك.

حق الامتياز حق عيني تباعي: يمنح صاحبه حق التتبع والتقدم على سائر الدائنين التاليين له في المرتبة، باستثناء حقوق الامتياز العامة التي لا تخول صاحبها حق التتبع، وصفة تبعية حق الامتياز للالتزام الأصلي يترتب عنها تبعية من حيث الوجود والأوصاف والانقضاء.

حق الامتياز حق غير قابل للتجزئة: فهو يضمن كل الدين وكل الدين مضمون بكل حق الامتياز [52] ص 203 - 204.

يرد حق الامتياز على جميع أموال المدين المنقولة منها والعقارية [108].

2.1.2.2.2.1. أنواع حقوق الامتياز

تناول المشرع الجزائري أنواع حقوق الامتياز في الفصل الثاني من الباب الرابع من الكتاب الرابع من القانون المدني الجزائري.

ومن خلال المادة 989 من القانون المدني يتبين لنا أن حقوق الامتياز ليست واردة على سبيل الحصر إذ يمكن أن تضاف إلى هذه الحقوق حقوق امتياز أخرى بموجب نصوص قانونية خاصة، كما ورد في المادة 16 من المرسوم التشريعي رقم 93-03 المؤرخ في 10 مارس 1993 المتضمن النشاط العقاري، و سنحاول في البداية التطرق إلى أنواع حقوق الامتياز الواردة في القانون المدني، والتي

قسمها المشرع الجزائري إلى قسمين، قسم خاص بحقوق الامتياز العامة وحقوق الامتياز الخاصة الواقعة على منقول، في حين خصص القسم الثاني لحقوق الامتياز الخاصة الواقعة على عقار، وسنتناول دراستها بالاعتماد على هذا التقسيم القانوني.

حقوق الامتياز العامة وحقوق الامتياز الخاصة الواقعة على منقول: يتبين من خلال القسم الأول من الفصل الثاني من الكتاب الرابع، أن المشرع الجزائري أدخل حقوق الامتياز العامة مع حقوق الامتياز الخاصة الواردة على منقول في ترتيب واحد.

ويقصد بحقوق الامتياز العامة، هي التي ترد على جميع أموال المدين من منقولات وعقارات، أما حقوق الامتياز الخاصة هي التي تكون مقصورة على منقول أو عقار معين [108].

وسنقوم بتحديد هذه الحقوق بالاعتماد على الترتيب القانوني المحدد في المواد من 990 إلى 998 من ق.م.ج، والتي تتمثل في الآتي:

امتياز المصروفات القضائية: لقد أثار تحديد طبيعة هذا الامتياز نوعا من الجدل، إذ اعتبره الفقه المصري امتيازًا خاصًا على منقول، لأن محل حق الامتياز هو الثمن ولو كان ما بيع عقارا والتمن يعتبر منقول، أما بالنسبة للتشريع المصري فقد اعتبر هذا الامتياز من قبيل الامتيازات الخاصة، أما بالنسبة للمشرع الفرنسي فقد اعتبر هذا الامتياز من قبيل الامتيازات العامة على المنقول والعقار [33] ص 397.

ويتعلق امتياز المصروفات القضائية بثمن الأموال التي أنفقت المصروفات لحفظها وبيعها سواء كانت منقولات أو عقارات [54] ص 262، وسواء أنفقت لحفظ أموال المدين أم لتصفيتها بالبيع، أم لتوزيع الثمن على الدائنين، كمصروفات الحجز، ومصروفات البيع بالمزاد العلني، ومصروفات إدارة أموال المفلس ومصروفات تصفية التركة... الخ [51] ص 308.

ويشترط لتحقيق امتياز المصروفات القضائية شرطان وهما:

الشرط الأول: أن تكون المصروفات قضائية: أي أن تكون المصاريف قد أنفقت بصدد إجراءات قضائية يفرضها القانون لحفظ أموال المدينين وبيعها وتوزيع ثمنها [55] ص 710، أما إذا تمت إجراءات تصفية أموال المدين بطريقة ودية فلا تكون المصروفات في هذه الحالة قضائية وبالتالي لا تكون مصروفات ممتازة [33] ص 400.

الشرط الثاني: يجب أن تكون هذه المصروفات قد أنفقت لمصلحة جميع الدائنين، أما الإجراءات المتخذة لتحقيق دين أحد هؤلاء الدائنين لا تدخل في هذا الامتياز [51] ص 311.

وبتوفر هذان الشرطان تتقدم المصروفات القضائية على جميع الحقوق الأخرى التي أنفقت هذه

المصروفات من أجل استيفائها [108].

ب- امتياز المبالغ المستحقة للخرينة العامة: يضمن هذا الامتياز جميع المبالغ المستحقة للخرينة العامة من ضرائب مباشرة وغير مباشرة، ورسوم أيا كان نوعها، وقد يرد هذا الامتياز على كل أموال المدين من عقار ومنقول، وقد يكون خاصا يرد على عقار معين بالذات أو على منقول معين بالذات [54] ص 262.

ويأتي امتياز المبالغ المستحقة للخرينة العامة في المرتبة التالية لامتياز المصروفات القضائية، ويتقدم كافة حقوق الامتياز الأخرى والحقوق العينية الأخرى كالرهن الرسمي ويخول لصاحبه حق التتبع [108]، وهذا ما أكدته القرار رقم 257484 الصادر بتاريخ 2002/07/24 إذ جاء فيه ما يلي: "لإدارة الضرائب حق امتياز في استيفاء المبالغ المستحقة للخرينة العامة من الأموال المثقلة بهذا الامتياز في أي يد كانت وقبل أي حق آخر ولو كان ممتازا أو مضمونا برهن رسمي" [81] ص 91.

ت- امتياز مصروفات حفظ المنقول وترميمه: يقتصر هذا الامتياز على المصروفات التي أنفقت لحفظ المنقول أو ترميمه، كأجرة الميكانيكي مقابل إصلاح السيارة وأجرة النجار مقابل إصلاح الأثاث... الخ، أما المصروفات التي أنفقت في تحسين المنقول مما يزيد في قيمته فلا يضمنها هذا الامتياز.

والحكمة في تقرير الامتياز في مصروفات الحفظ دون مصروفات التحسين هو أن الأول كان سيهلك المنقول دون إنفاقها، بينما الثانية لا تؤدي إلى الهلاك [51] ص 342.

ويرد امتياز مصروفات حفظ المنقول وترميمه على ثمن المنقول كله، وتحدد مرتبته في المرتبة الثالثة بعد امتياز المصروفات القضائية وامتياز المبالغ المستحقة للخرينة العامة، وإذا تعددت هذه المصروفات يقدم بعضها على بعض بحسب الترتيب العكسي لتواريخ صرفها [108]، إذ يسبق المصروفات التي أنفقت مثلا بتاريخ 09/05/20 على المصروفات التي أنفقت بتاريخ 09//03/04 عل أساس أن من أنفق آخر المصروفات هو الذي حفظ المنقول من الهلاك لمصلحة مالكه، وهذا الترتيب يعد حافزا للمحافظة على المنقول لأنه لو كان حقه يتأخر على من انفق أولا أو يتساوى معه لتردد في القيام بحفظ المنقول إذا كان ما أنفق عليه من قبل يستغرق قيمته [33] ص 409 – 410.

ث- امتياز الأجر وثمان الملبس والمأكّل والنفقة: لقد عدد المشرع الجزائري من خلال نص المادة 993 من ق. م. ج عدة ديون ومنح لها امتياز على جميع أموال المدين من منقول وعقار وتتمثل هذه الديون في الآتي:

المبالغ المستحقة للخدم والكتب، والعمال وكل أجير، من أجرهم ورواتبهم من أي نوع كان عن الأثني عشر شهرا الأخيرة.

المبالغ المستحقة في ذمة المدين لأقاربه عن الأشهر الستة الأخيرة.

المبالغ المستحقة عما تم توريده للمدين ولمن يعول من مأكّل وملبس في الستة الأشهر الأخيرة.

والامتياز في صورته الثلاث يعد امتيازاً عاماً إذ يترتب على جميع أموال المدين من منقول وعقار، وهذا ما أفترته المادة 993 من ق.م.ج، وحسب نص هذه المادة يحتل امتياز المبالغ المستحقة للأجراء المرتبة الرابعة بعد الامتيازات الواردة في القانون المدني المتمثلة في امتياز المصروفات القضائية، وامتياز المبالغ المستحقة للخزينة العمومية، وامتياز مصروفات الحفظ والتريميم، أما المادة 89 من القانون رقم 90-11 المؤرخ في 21/04/1990 المتعلق بعلاقات العمل المعدل والمتمم فقد نصت على ما يلي: "تمنح الأفضلية لدفع الأجور وتسبيقاتها على جميع الديون الأخرى بما فيها ديون الخزينة والضمان الاجتماعي مهما كانت طبيعة علاقة العمل وصحتها وشكلها" [94].

يتبين من خلال هذا النص أن المشرع الجزائري منح لأجور العمال امتياز على كل الديون الأخرى بما فيها ديون الخزينة العامة، وحسب قاعدة الخاص يقيد العام فإن القانون رقم 90-11 هو الواجب التطبيق في حالة تزام امتياز الأجور مع الامتيازات الأخرى، وهذا ما أكدته القرار رقم 21276 الصادر بتاريخ 14/11/1981 الذي قضى بما يلي: "حماية للأجور لاتسامها بالطابع المعاشي، جاءت النصوص المنظمة للقانون الأساسي العام للعامل مكرسة لمبدأ أفضليتها على جميع الديون بما فيها ديون الخزينة العامة.

والمجلس القضائي الناظر في المادة الإدارية الذي استبعد تطبيق أحكام المادة التي تعطي الأفضلية للخزينة في دفع الأجور وتقيد بالنصوص القانونية التي تقضي بأن يكون قد التزم صحيحاً القانون إلى ما فيه التطبيق السليم مما يستتبع التصريح بعدم الاستئناف المرفوع ضد قراره" [80].

امتياز مصروفات الزراعة وامتياز المبالغ المستحقة عن الآلات الزراعية: يشمل الحق طبقاً لنص المادة 994 من ق.م.ج طائفتين من الحقوق الممتازة، الأولى حقوق امتياز مصروفات الزراعة، والثانية حقوق امتياز المبالغ المستحقة في مقابل آلات الزراعة.

الطائفة الأولى: تشمل هذه الطائفة طبقاً لنص المادة 994 من ق.م.ج المبالغ التي تنفق على البذور والسماد وغيره من مواد التخصيب والمواد المقاومة للحشرات، والمبالغ التي تنفق على أعمال الزراعة والحصاد، وعلى ذلك فإن جميع المبالغ التي صرفت في استغلال الأرض وزرعها منذ إعدادها حتى جني محصولها تعتبر حقاً ممتازاً [54] ص 262.

ويرد الحق الممتاز في هذه الطائفة على المحصول الذي صرفت تلك المبالغ في إنتاجه، وتعتبر مرتبة هذا الامتياز لاحقة لمرتبة حقوق الامتياز المنصوص عليها من المادة 990 إلى المادة 993 من ق.م.ج أي تقع في المرتبة الخامسة، ويستوفي الدائنون حقوقهم من ثمن المحصول [108].

الطائفة الثانية: يتعلق الحق الممتاز في هذه الحالة بالمبالغ المستحقة في مقابل آلات الزراعة، وهي كل: "الآلات التي تستعمل في حرث الأرض وتحضيرها للزراعة وجني المحصول وحفظ الثمار ونقلها في داخل المزرعة" [40] ص 968.

في هذه الحالة يقع الامتياز على الآلات الزراعية، ويحتل امتياز الآلات الزراعية نفس المرتبة مع امتياز مصروفات الزراعة [108].

امتياز مؤجر العقار وامتياز صاحب الفندق
امتياز مؤجر العقار: يستفاد من نص المادة 995 من ق.م.ج أن امتياز مؤجر العقار لا يكون إلا لمؤجر العقار فقط، سواء كان هذا العقار مبنى أم أرض.

وإن كان المشرع الجزائري منح هذا الحق لكل مؤجر إلا أنه وضع حدا أقصى للأجرة التي تعتبر حقا ممتازا، وهي أجرة المباني والأراضي الزراعية لسنتين أو لمدة الإيجار إن قلت عن ذلك [108].

وفضلا عن الأجرة يضمن حق الامتياز أي حق آخر للمؤجر يستند إلى عقد الإيجار، ك مبلغ تعويض عن تلف العين المؤجرة أو عن إحداث تغيير بها بغير وجه حق، أو عن عدم المحافظة عليها أو عدم إجراء الترميمات اللازمة لها [54] ص 267.

ويقع امتياز مؤجر العقار على ما يكون موجودا بالعين المؤجرة ومملوكا للمستأجرين من منقول قابل للحجز كالأثاث، ومن محصول زراعي، أو المواشي... الخ، سواء كانت مملوكة للمستأجر أو زوجه أو الغير، إذا لم يثبت أن المؤجر كان يعلم وقت وضعها في العين المؤجرة بوجود حق للغير عليها [108].

ويقع الامتياز على المنقولات والمحصولات المملوكة للمستأجر الفرعي من الباطن، في حالة ما إذا اشترط المؤجر صراحة عدم الإيجار من الباطن، أما إذا لم يشترط ذلك فلا يثبت الامتياز إلا بالنسبة للمبالغ التي تكون مستحقة للمستأجر الأصلي في ذمة المستأجر من الباطن.

ويحتل هذا الامتياز مرتبته بعد كل من امتياز المصروفات القضائية، الأجراء، المبالغ المستحقة للخزينة العامة، مصروفات حفظ المنقول، امتياز الموردين وامتياز المبالغ التي أنفقت في إنتاج المحصول [108].

امتياز صاحب الفندق: عرف المشرع الجزائري الفندقية والمؤسسة الفندقية والنشاط الفندقية بموجب نص المادة 04 من قانون 99-01 المؤرخ في 6 يناير 1999، المحدد للقواعد المتعلقة بالفندقة على أنه: "يعتبر في مفهوم هذا القانون:

نشاطا فندقيا: كل استغلال بمقابل لمؤسسة فندقية كما هو محدد أدناه.

مؤسسة فندقية: كل مؤسسة تستقبل الزبائن لإيوائهم مع تقديم خدمات إضافية لهم أو بدونها. فندقياً: كل شخص طبيعي أو اعتباري يمارس نشاطاً فندقياً كما هو محدد أعلاه [97].

وقرر المشرع بموجب نص المادة 996 من ق. م. ج لصاحب الفندق امتياز على الأمتعة التي أحضرها النزيل إلى الفندق، حتى ولو كانت غير مملوكة للنزيل إلا إذا أثبت أن صاحب الفندق كان يعلم وقت إدخالها عنده بحق الغير عليها بشرط ألا تكون تلك الأمتعة مسروقة أو ضائعة. وفي سبيل المحافظة على حقه يمكن لصاحب الفندق حتى يستوفي حقه أن يحبس أمتعة النزيل أن يعارض على نقل الأمتعة من فندقه ما لم يستوف حقه كاملاً، وفي حالة ما إذا تم نقلها بالرغم من معارضته أو دون علمه يبقى حق الامتياز قائماً عليها دون إخلال بالحقوق التي كسبها الغير بحسن نية [54] ص 267.

ويحتل امتياز صاحب الفندق المرتبة السادسة مع امتياز المؤجر، وفي حالة التزام بين الامتيازين يقدم صاحب الحق الأسبق في التاريخ، إلا إذا كان حقه غير نافذ بالنسبة للآخر [108]، كأن تنتقل المنقولات من عقار مؤجر إلى فندق، وكان صاحب الفندق يعلم بتعلق حق مؤجر العقار بهذه المنقولات فإن حق المؤجر هو الذي يتقدم لأنه أسبق في التاريخ، أما إذا كان صاحب الفندق لا يعلم بوجود حق المؤجر على هذه المنقولات فإن حقه هو الذي يتقدم على أساس الحيابة بحسن النية [33] ص 437.

امتياز بائع المنقول وامتياز المتقاسم فيه

امتياز بائع المنقول: يرد امتياز بائع المنقول على الشيء المبيع ذاته، شريطة أن يبقى محتفظاً بذاتيته، فإذا طرأ على المنقول تغيير أفقده ذاتيته كما إذا كان قمحا وتحول إلى دقيق ينقضي الامتياز. ويبقى البائع محتفظاً بامتيازته حتى لو انتقل المنقول إلى الغير إلا إذا كان هذا الأخير حسن النية [108]. ويضمن الامتياز ما يثبت لبائع المنقول من أصل الثمن أو الباقي منه والمصاريف المستحقة بعقد البيع، ويقتضي هذا تحقق هذا الامتياز وجود عقد بيع صحيح.

ويقع امتياز البائع على المنقول المبيع، ويثبت هذا الحق للبائع على منقول مملوك له لذا لا يثبت لمن يبيع ملك غيره [54] ص 270.

ويكون هذا الامتياز تالياً في المرتبة لحقوق الامتياز السابقة الواردة على المنقول، إلا أن هذا الامتياز يسري في حق المؤجر وصاحب الفندق إذا ثبت أنهما يعلمان به وقت وضع المبيع في العين المؤجرة أو الفندق [108].

امتياز المتقاسم في المنقول: قررت المادة 998 من ق.م.ج امتيازاً لضمان ما يستحق لمتقاسم المنقول قبل غيره من المتقاسمين مهما كان سبب القسمة، سواء كانت اتفاقية أو ودية، وذلك مهما كان سبب الشبوع الذي أجريت القسمة لإنهاء له.

ويرد هذا الامتياز على الحصة المفززة التي وقعت في نصيب المتقاسم، وتكون لهذا الامتياز نفس المرتبة التي لامتياز بائع المنقول، وفي حالة تزامن الحقان يقدم الأسبق في التاريخ [108].

حقوق الامتياز الخاصة الواقعة على عقار: حدد المشرع الجزائري ثلاثة حقوق امتياز خاصة تقع على العقار وهي: امتياز البائع وامتياز المقاول والمهندس المعماري، وامتياز الشريك المتقاسم.

أ- امتياز بائع العقار: الحق الممتاز في هذه الحالة هو الثمن وملحقاته كالمصاريف التي يلتزم بها المشتري، ويقع محل الامتياز على العقار المبيع كله [33] ص 450.

ويشترط في امتياز بائع العقار أن يخضع للقيد خلال شهرين من تاريخ البيع حتى يحتفظ بمرتبته من تاريخ البيع لا من تاريخ القيد أما إذا لم يتم القيد إلا بعد انقضاء مدة الشهرين أصبح الامتياز رهنا رسمياً، تحدد مرتبته من تاريخ قيده [108].

ب- امتياز المقاولين والمهندسين المعماريين: يقصد بالمقاول: "الشخص الذي يعهد إليه تشييد المباني أو إقامة المنشآت الثابتة الأخرى بناء على ما يقدم له من تصميمات وذلك في مقابل أجر" [9] ص 420، أما المهندس المعماري فقد عرفه الدكتور السنهوري على أنه: "هو الذي يعهد إليه وضع التصميم والرسوم والنماذج لإقامة المنشآت، وقد يعهد إليه بإدارة العمل والإشراف على تنفيذه ومراجعة حسابات المقاول والتصديق عليها وصرف المبالغ المستحقة إليه" [10].

أما الحق الممتاز يقصد به حق المهندس المعماري والمقاول اللذان تعاهدا مع المالك أو رب العمل من أجل القيام بعملية تشييد أبنية أو منشآت، أو إعادة تشييدها، وبالتالي المهندس الفضولي لا يتحقق له حق الامتياز لعدم وجود عقد [54] ص 272.

ويرد الحق الممتاز على هذه المنشآت بقدر ما زاد في قيمة العقار بسبب أعمال المقاول والمهندس وقت البيع، ويشترط قيد امتياز المقاولين والمهندسين المعماريين وتحدد مرتبته من تاريخ القيد [108].

ويرجع الفقه الحكمة من تقرير امتياز المقاولين والمهندسين المعماريين إلى أن عمل المهندس أو المقاول قد أضاف قيمة جديدة للعقار، فكان من العدل أن يتقدم بما يستحقه عن هذا العمل على ما تتسبب فيه من زيادة القيمة المضافة إلى ثروة مالك العقار [54] ص 272.

ت- امتياز المتقاسم في العقار: يرد الامتياز على الحصة المفززة التي وقعت في نصيب كل متقاسم، ويشترط أن يقيد هذا الامتياز خلال شهرين من تاريخ القسمة حتى يحتفظ بمرتبة تاريخ القسمة، وفي حالة ما إذا لم يتم القيد إلا بعد انقضاء مدة شهرين يأخذ مرتبته من تاريخ القيد[108].

إن ترتيب حقوق الامتياز بصورتها حدده المشرع الجزائري بمقتضى أحكام القانون المدني، إلا أن المشرع منح أولوية على كل هذه الحقوق للأجراء بمقتضى نص المادة 89 من القانون رقم 90-11 المؤرخ في 21-04-90 المتعلق بعلاقة العمل التي تعطي الأولوية في استثناء الديون للأجراء قبل الديون الأخرى حتى المبالغ المستحقة للخزينة العامة.

2.2.2.2.1. مركز حق امتياز جماعة المالكين من حقوق الامتياز الأخرى

إن حق امتياز جماعة المالكين نظمه المشرع الجزائري بموجب نص المادة 16 من المرسوم التشريعي رقم 93-03 المؤرخ في 01 مارس 1993 المتضمن النشاط العقاري، وسنحاول تحديد محله ومرتبته وطريقة استفادة جماعة المالكين من هذا الحق.

1.2.2.2.2.1. محل حق الامتياز

سبق وأن أشرنا إلى أن المشرع الجزائري اعتبر المتعامل في الترقية العقارية تاجرا، يخضع لأحكام الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 26-09-1975 المتضمن القانون التجاري سواء كان شخصا عاما أو خاصا.

لذا فإنه في حالة إفلاس المتعامل في الترقية العقارية يكون لجماعة المالكين حق امتياز من الدرجة الأولى، على أساس أن عقد البيع بناء على التصاميم هو عقد ناقل للملكية بعد إجراء الشهر الذي يكسبهم حقوق عينية .

ويتمثل الحق الممتاز في جميع التسديدات التي دفعوها للمتعامل في الترقية العقارية، ويقع هذا الحق على جميع أموال المتعامل من منقولات وعقارات بعد إجراء التسوية القضائية أو الإفلاس[110].

2.2.2.2.2.1. مرتبة حق الامتياز

منح المشرع الجزائري لجماعة المالكين في عقد البيع بناء على التصاميم حق امتياز من الدرجة الأولى بموجب المادة 16 من المرسوم التشريعي رقم 93-03 المؤرخ في 01 مارس 1993 المتعلق بالنشاط العقاري، وإن كان المشرع الجزائري منح لجماعة المالكين حق امتياز من الدرجة الأولى إلا أنه لم يوضح ما إذا كانت الدرجة الأولى على كل حقوق الامتياز المنصوص عليها وفقا للقواعد العامة، أم

أنه قصد الدرجة الأولى مع حق امتياز الأجرة الذي منحه المشرع الأولوية بموجب نص المادة 89 من القانون رقم 90-11 المؤرخ في 21/04/1990 المتعلق بعلاقة العمل.

وبما أن المشرع الجزائري جاء بحكم عام في المادة 16 من المرسوم التشريعي رقم 93-03 المتضمن النشاط العقاري دون أي تحديد، وطبقا لقاعدة الخاص يقيد العام نعتقد بأن حق امتياز جماعة المالكين يشترك في المرتبة الأولى مع حق امتياز الأجور.

3.2.2.2.1. طريقة استفادة جماعة المالكين من هذا الحق

يمكن لجماعة المالكين الاستفادة من حق الامتياز مباشرة عن طريق التدخل في إجراءات التقلية، وبذلك يستفيدون من حق الامتياز لاسترجاع حقوقهم.

وهناك طريقة ثانية عن طريق صندوق الضمان والكفالة المتبادلة وذلك بمقتضى التأمين الإلزامي، الذي فرضه المشرع الجزائري على المتعامل في الترقية العقارية لدى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة الذي يمكن المالكين اللجوء إلى صندوق الضمان، فحواه حصول المالكين المستفيدين على حقوقهم المتمثلة في استرداد الدفعات على أن يحل صندوق الضمان والكفالة المتبادلة وفقا للقواعد العامة في الحلول المنصوص عليها في القواعد العامة بمقتضى نص المادة 264 من ق.م.ج محل المالكين المستفيدين في حق الامتياز، التي تمنح لصندوق الضمان والكفالة المتبادلة حقوق المالكين ويصبح له نفس مرتبة حق امتيازهم التي منحها المشرع الجزائري لجماعة المالكين بموجب المادة 16 من المرسوم التشريعي رقم 93-03 المتضمن النشاط العقاري، ووفقا لقواعد الحلول العيني المقررة في القانون المدني [108]، والمادة 06 من المرسوم التنفيذي رقم 97-406 المؤرخ في 03 نوفمبر 1997 المتضمن إحداث صندوق الضمان والكفالة المتبادلة في الترقية العقارية، التي نصت على أنه: "يترتب عن تنفيذ الصندوق الضمان المذكور في المادة 04 أعلاه حله محل حقوق المشتري فيما يخص ديونه على المتعامل في الترقية العقارية في حدود مصاريفه الأساسية..".

ويحل صندوق الضمان والكفالة المتبادلة محل جماعة المالكين في رجوعه على المتعامل في الترقية العقارية، في حقهم بما لهذا الحق من خصائص، وما يلحقه من توابع وما يكفله من تأمينات، وما يرد عليه من دفع [108].

هذه الحلول أقرها المشرع الجزائري أيضا في المادة 58 من القانون رقم 11-04 التي قضت بمايلي: «في حالة الإفلاس والتصفية القضائية لمركبي عقاري قام بالبيع على التصاميم، يستفيد صندوق الضمان عن طريق الحلول محل المقتنين بامتياز الصف الأول في حدود ديون هؤلاء المقتنين والأموال المدفوعة للمركبي العقاري موضوع التصفية القضائية و/ أو المفلس».

وبهذا يكون المشرع الجزائري قد كفل للمالكين حماية ذات وجهين، الأولى تتمثل في منحهم حق امتياز من الدرجة الأولى يمكنهم من الحصول على حقوقهم بتقديمهم على سائر دائني المرقي العقاري، والثانية تتمثل في تسهيل حصولهم على حقهم وذلك بإدخال صندوق الضمان والكفالة المتبادلة كطرف ضامن يمكن جماعة المالكين من الحصول على حقهم المتمثل في التسديدات التي قدموها للمرقي العقارية على أن يحل صندوق الضمان محلهم فيما بعد، وبذلك يتفادى جماعة المالكين الإجراءات المعقدة والتي قد تطول وتدوم لسنوات.

3.2.2.1. المسؤولية العقدية للمتعاقل في الترقية العقارية

تقضي المادة 14 من المرسوم التشريعي رقم 93-93 المؤرخ في 01 مارس 1993 المتعلق بالنشاط العقاري بما يلي: "لا تتم حيازة ملكية بناية أو جزء من بناية من المشتري، إلا بعد تسليم شهادة المطابقة المنصوص عليها في القانون رقم 90-29 المؤرخ في 19 ديسمبر سنة 1990 والمذكور أعلاه غير أنه ليس لحيازة الملكية وشهادة المطابقة أثر إعفائي من المسؤولية المدنية المستحقة....".

من خلال هذا النص نستخلص بأن التزامات المتعاقل في الترقية العقارية بالضمان لا ينتهي بتمام الإنجاز، بل يبقى مسؤولاً عن كل تقصير من طرفه في عملية الإنجاز، أو تأخره عن إتمامه خلال الأجل المتفق عليه في عقد البيع بناء على التصاميم، لذا ألزمه المشرع الجزائري من خلال نص المادة 14 السابقة الذكر بضمان المطابقة عن طريق تقديم شهادة المطابقة للمشتري والتزامه بالمسؤولية المدنية، إلا أننا سنركز على صورة واحدة للمسؤولية المدنية في هذه المرحلة وهي المسؤولية العقدية، في حين نؤجل الحديث عن المسؤولية المدنية الخاصة المتمثلة في المسؤولية العشرية للمرحلة المرتبطة بها وهي ما بعد التسليم.

ويرتبط المتعاقل في الترقية العقارية والمشتري بعقد البيع بناء على التصاميم، يتعهد بمقتضاه الطرف الأول بإنجاز بناية أو جزء من بناية مقابل ثمن معين يتعهد به المشتري، ومن ثم فإن المتعاقل يلتزم بإتمام البناء خلال الأجل المتفق عليها، طبقاً للشروط والمواصفات الواردة في العقد، وهذا الالتزام هو التزام بتحقيق نتيجة وهي تسليم البناء محل العقد خلال أجل محددة، والإخلال بتنفيذه يثير المسؤولية العقدية.

وإن كان بإمكان المشتري أن يستفيد من أحكام المسؤولية العقدية وفقاً للقواعد العامة، إلا أن المشرع الجزائري أكد عليها من خلال المرسوم التشريعي رقم 93-03 المتعلق بالنشاط العقاري كضمان منحه للمشتري في عقد البيع بناء على التصاميم.

بناء على ذلك ستم دراسة المسؤولية العقدية للمتعامل في الترقية العقارية من حيث تحديد أسباب هذه المسؤولية، والنظام القانوني للمسؤولية العقدية، وذلك من خلال فرعين على الشكل التالي:

الفرع الأول: أسباب تحقق المسؤولية العقدية

الفرع الثاني: النظام القانوني للمسؤولية العقدية

1.3.2.2.1. أسباب تحقق المسؤولية العقدية للمتعامل في الترقية العقارية

بما أن المتعامل في الترقية العقارية يرتبط مع المقاول والمهندسين بعقد مقولة، ويرتبط مع المشتري بعقد بيع بناء على التصاميم، سنحاول من خلال هذه الدراسة تحديد الأسباب المحققة لمسؤولية المتعامل في الترقية العقارية وفقا لعقد البيع بناء على التصاميم، ونستبعد المسؤولية العقدية للمقاولين والمهندسين اتجاه رب العمل، والتي يمكن للمشتري أن يستفيد منها بصفته خلفا خاصا للمتعامل في الترقية العقارية.

ومن ثم يمكن للمشتري أن يستفيد من أحكام المسؤولية العقدية بقوة القانون بناء على عقد البيع بناء على التصاميم الذي يربطه بقوة القانون مع المتعامل في الترقية العقارية، وبصفته خلفا خاصا للمتعامل .

ويمكن حصر أسباب المسؤولية العقدية للمتعامل في الترقية العقارية في إخلال هذا الأخير بالتزاماته والتي تتمثل في الآتي:

1.3.2.2.2.1. المسؤولية العقدية للمتعامل في الترقية العقارية عن إخلاله بالتزامه

بمواصلة الإنجاز والتشييد

إن التزام المتعامل في الترقية العقارية بتشديد العقار نص عليه المشرع الجزائري بمقتضى نص المادة 02-02 من المرسوم التنفيذي رقم 94-58، المتضمن نموذج عقد البيع بناء على التصاميم إذ نصت على ما يلي: "يلتزم البائع مواصلة البناء وإنهائه في الآجال المقررة في هذا العقد".

ولا يعتبر التزام المتعامل في الترقية بمواصلة الإنجاز وإنهائه قد تم إلا إذا أنهى البائع التشييد، إذ لا يقتصر هذا الالتزام على مجرد القيام بمواصلة الإنجاز بل لا بد من إتمام البناية محل التشييد، وبذلك يعتبر الإنجاز قد تم إذا كانت جميع الأعمال قد نفذت. ولإثبات انتهاء الأشغال اشترط المشرع الجزائري بمقتضى نص المادة 02-02 من المرسوم التنفيذي رقم 94-58 الحصول على شهادة المطابقة وذلك بنصها: "...ويتجسد الانتهاء بالحصول على شهادة المطابقة، المنصوص عليها في التشريع

المعمول به التي يلتزم البائع بإيداعها لدى مكتب التوثيق، بمجرد ما يتسلمها من مصالح التعمير المؤهلة" [125].

أما بالنسبة للقانون الفرنسي فقد عرف إتمام الإنجاز بموجب المادة الأولى من قانون البناء والسكن الفرنسي، التي اعتبرت أن إتمام الإنجاز يتم بتنفيذ كل الأعمال بما فيها تركيب عناصر التجهيز الضرورية لاستعمال المبنى في الغرض المعد له، وأضافت المادة الأولى أيضا أن الإنجاز يعتبر قد تم ولو احتوى البناء على عيوب من شأنها أن تمنع استعماله، أو استعمال عناصره التجهيزية وفقا للغرض المعد له.

ويثبت إتمام الإنجاز طبقا لأحكام المادة 261-02 من قانون البناء والسكن الفرنسي عن طريق المعاينة [66 ص 66]، أما بالنسبة للمرسوم التشريعي رقم 93-03 لم يحدد طريقة إثبات إتمام الإنجاز في حين اكتفت المادة 02-02 من المرسوم التنفيذي رقم 94-58 من تحديد قرينة على انتهاء الأشغال والتي اعتبرت أن الانتهاء يتجسد بالحصول على شهادة المطابقة، وكان من الأحسن لو تم تحديد إنهاء الأشغال بموجب محضر يتم عن طريق المعاينة التي يستلزم فيها حضور المشتري وهيئة إدارية مختصة.

ويلتزم المتعامل في الترقية بإتمام إنجاز البناء وتسليمه خلال الأجل المحدد في عقد البيع بناء على التصاميم، وإلا اعتبر المتعامل في الترقية العقارية مخلا بالتزامه التعاقدية، والإخلال لم يقتصر على حالة التأخر عن إتمام الإنجاز المحدد في عقد البيع بناء على التصاميم، بل يعد أيضا المتعامل في الترقية العقارية مخلا بالتزامه التعاقدية في حالة ما إذا توقف عن إتمام الإنجاز، وفي الحالة الأخيرة منح المشرع الجزائري حماية للمشتري تجسدت في نص المادة 17 من المرسوم التشريعي رقم 93-03، التي منحت لجماعة المالكين حق مواصلة إنجاز البناء بجميع الطرق القانونية على نفقة المتعامل في الترقية العقارية، دون أن يحدد المشرع الجزائري هذه الطرق، وبذلك فتح المجال لإرادة جماعة المالكين في اختيار الطريقة القانونية المناسبة التي من بينها التعاقد مع مفاوض آخر لإتمام الإنجاز.

وبما أن تأخر البائع في الإنجاز يؤدي إلى إلحاق الضرر بالمشتري، دفع بالمشرع الجزائري إلى تمكين المشتري من الرجوع على المتعامل في الترقية العقارية ويطالبه بالتعويض عن الأضرار التي لحقت، لذلك نجد أن المتعامل في الترقية العقارية تتحقق مسؤوليته عن أي تأخر في إتمام الإنجاز أو توقفه عن الإنجاز.

2.3.2.2.2.1. المسؤولية العقدية للمتعامل في الترقية العقارية عن تسليم المبيع ومطابقته

إن التزام المتعامل في الترقية العقارية بتشديد بنائة أو جزء من بنائة، لا يكفي لتحقيق الغرض المقصود من عقد البيع بناء على التصاميم، المتمثل في حيازة الملكية والانتفاع بالمبيع انتفاعا كاملا، لذا ألزمه المشرع الجزائري بتشديد بناء مطابق لما تعهد به أمام المشتري في العقد، وفي حالة عدم مطابقة البناء تمتنع الجهات الرسمية عن تسليم شهادة المطابقة للمتعامل في الترقية العقارية، وبذلك يعجز هذا الأخير عن تسليم البناية باعتبار أن شهادة المطابقة هي الوسيلة القانونية التي تمكن المتعامل في الترقية من تسليم البناية وبدونها لا يتم التسليم بالرغم من أن إتمام الإنجاز قد تم، لذا ونتيجة لعدم إمكانية تسليم البناية يعد المتعامل في الترقية العقارية مخلا بالتزامه التعاقدية و إخلاله بالتسليم يتخذ عدة صور.

الصورة الأولى: التأخير في تسليم البناية: إن آجال التسليم يحددها عقد البيع بناء على التصاميم، وفي حالة ما إذا لم يتم التسليم في الترقية العقارية بتسليم الملك المبيع خلال الأجل المحدد في العقد، وبعد انتهاء المهلة المحددة في العقد، المضافة إلى آجال التسليم، وبعد إعداره ومع ذلك لم يتم تسليم الملك المبيع يعد المتعامل مخلا بالتزامه التعاقدية، مما يؤدي إلى تحقق مسؤولية المتعامل في الترقية العقارية العقدية[125].

وفي هذه الحالات يمكن للمشتري أن يستفيد من الجزاءات المقررة وفقا للقواعد العامة بمقتضى نص المادة 119 و123 من ق.م.ج، كما يمكنه الاستفادة من الجزاءات الخاصة المقررة طبقا لأحكام عقد البيع بناء على التصاميم، إذ نص المرسوم التشريعي رقم 93-03 المتعلق بالنشاط العقاري على جزاءات خاصة تترتب عن إخلال المتعامل في الترقية بالتزام من التزاماته التعاقدية، التي من بينها ما تضمنه نص المادة 10 الذي يفرض تضمين عقد البيع بناء على التصاميم جزاء التأخير في التسليم، والذي تضمنته المادة 03 من المرسوم التنفيذي رقم 94-58 التي ألزم بموجبها المشرع الجزائري المتعامل في الترقية .

وبذلك يلزم المتعامل في الترقية العقارية بدفع مبالغ مالية للمشتري والتي أطلق عليها المشرع الجزائري مصطلح المبالغ العقابية نسبة للغرض المقصود منها وهو معاقبة المرقى العقاري عن إخلاله بالتزامه بالتسليم، و تحسب بنسبة تحدد على أساس الاتفاق المحدد في العقد من الثمن التقديري للبيع، وفي نفس الوقت تحدد النسبة التي يجب ألا يتعداها المبلغ الأقصى للعقوبات من السعر القاعدي[125].

الصورة الثانية: إخلال المتعامل في الترقية بتسليم المبيع على الحالة التي كان عليها وقت التعاقد: يلزم البائع وفقا للقواعد العامة المنصوص عليها بموجب نص المادة 364 من ق.م.ج بتسليم المبيع بالحالة التي كان عليها وقت التعاقد، بمعنى أن الحالة التي يلتزم المتعامل في الترقية (البائع) أن يسلم بها المبيع

للمشتري بما أوضحه عند التعاقد ببيان الحدود وما على العين المبيعة من حقوق وتكاليف ودرجة جودة ونحو ذلك من الأمور التي يكون من شأنها تعيين حالة المبيع [23] ص 246.

ولا يقتصر التزام البائع على تسليم المبيع على الحالة التي كان عليها وقت التعاقد حتى يعد منفذا لالتزامه التعاقدية، بل يشترط أيضا أن يسلم المبيع حسب المقدار المحدد في العقد و إلا كان مسؤولا عما نقص منه. في هذه الحالة يمكن للمشتري أن يطلب فسخ العقد لنقص في المبيع إذا ثبت أن هذا النقص قد بلغ درجة من الجسامة لو علم بها المشتري وقت التعاقد لما أتم العقد [108].

هذا ما هو مقرر في القواعد العامة التي يفترض فيها وجود المبيع وقت التعاقد، أما بالنسبة لعقد البيع بناء على التصاميم الذي يكون محله المتمثل في البناية غير موجود وقت التعاقد فإن التعيين الذي استلزمه المشرع هو تعيين العقار المراد إنجازه تعيينا دقيقا في عقد البيع بناء على التصاميم، الذي يفترض المشرع أن المشتري قد رآه مجسما في مخطط. لذا يستلزم على المتعامل في الترقية وقت التسليم أن يسلم للمشتري بناء مطابقا في نوعه، ومواصفاته، وخصائصه للعقار المتفق على إنجازها، والذي على أساسه قبل كل من المتعامل والمشتري التعاقد، فإذا تم الاتفاق في العقد على تسليم مسكن من ثلاث غرف ومطبخ من عمارة - أ - في الطابق الثاني، ووقت التسليم قام المتعامل في الترقية العقارية بتسليم مسكن من غرفتين أو أنه سلم له المسكن في الطابق الخامس بدلا من الطابق الثاني يعد المتعامل في الترقية مخلا بالتزامه التعاقدية.

وتطرح أيضا مسألة نقص بعض المواصفات المتفق عليها، فبالرغم من أن المتعامل في الترقية يسلم المسكن المتفق عليه من حيث عدد الغرف والطابق إلا أن العقد ضمن وجود مصعد، وأثناء التسليم تبين أن العمارة لا تحتوي على المصعد، يعد المتعامل في الترقية مخلا بالتزامه التعاقدية لعدم مطابقة المبيع عند التسليم للحالة التي كان عليها وقت التعاقد.

في هذه الحالة يمكن للمشتري طبقا لما هو مقرر في القواعد العامة بشأن إخلال المدين بالتزامه أن يطلب من المتعامل في الترقية العقارية بالتنفيذ العيني للعقد [108] وذلك بعد إعداره للمتعامل في الترقية العقارية بضرورة تسليم المبيع مطابقا لما اتفق عليه، سواء من حيث الغرف المحددة في العقد مثلا أو حسب الطابق المحدد في العقد.... الخ.

وإذا كان التنفيذ العيني مستحيلا كالحالة التي يلتزم فيها المتعامل في الترقية العقارية بإنجاز بناية بمصاعد، وأثناء التسليم تبين أن العمارة بدون مصعد، يعتبر المتعامل قد أخل بالتزامه التعاقدية ونظرا لعدم إمكانية إلزامه بالتنفيذ العيني في هذه الحالة، لأن تركيب مصعد بعد إتمام الإنجاز قد يؤدي إلى تهدم العمارة أو إحداث عيوب بها، لا يبقى للمشتري سوى طلب فسخ العقد، مع إمكانية طلب التعويض عن الضرر الذي لحقه جراء إخلال المتعامل بالتزامه التعاقدية وهذا ما أقره المشرع الجزائري بمقتضى

نص المادة 119 من ق.م.ج التي تنص على أنه: " في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعداره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال إلى ذلك".

كما يجوز للمشتري أيضا في حالة إخلال البائع بأحد التزاماته أن يمتنع عن تنفيذ التزاماته، وذلك تطبيقا لنص المادة 123 من ق.م.ج التي تنص على أنه: " إذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزاماته...".

أما بالنسبة للجزاء الخاصة التي تضمنها المرسوم التنفيذي رقم 94-58 المتضمن نموذج عقد البيع بناء على التصاميم، تتمثل في حق المشتري في المطالبة بفسخ العقد وحقه في التعويض المحدد في العقد كشرط جزائي، ويضاف إلى ذلك التزام المتعامل في الترقية بدفع تعويض الضرر المحتمل الذي لحق بالطرف الثاني. ويخضع تقدير التعويض في هذه الحالة إلى السلطة التقديرية للقاضي مع إلزام المتعامل برد المبالغ المدفوعة من المشتري في حالة الفسخ خلال أجل يحدد بالاتفاق [125].

3.3.2.2.2.1. المسؤولية العقدية للمتعامل في الترقية العقارية عن هلاك المبيع

إن التزام المتعامل في الترقية العقارية بنشيد البناء، وإنهائه خلال الأجل المتفق عليها، لا يكفي بل يلتزم أيضا بالمحافظة على المبيع ما دام بحيازته، ويبدل في ذلك عناية الرجل العادي، ولذلك يعد التزامه بالمحافظة على المبيع (البنائية) التزام ببذل عناية [23] ص 269.

وفي حالة ما إذا هلك المبيع (البنائية) في مرحلة ما بين تمام التشييد والتسليم، وأصبح تنفيذ التزامه مستحيلا، في هذه الحالة طبقا للقواعد العامة يتحمل المتعامل في الترقية العقارية تبعه الهلاك [44] ص 367 - 368.

وقرر تحمل البائع (المتعامل في الترقية العقارية) لتبعة الهلاك قبل التسليم على البائع بموجب نص المادة 369 من ق.م.ج، على أساس أن المشتري قبل التسليم لا يستطيع السيطرة على المبيع سيطرة مادية.

أما المشرع الفرنسي فقد خالف القاعدة التي تقضي بأن المدين هو الذي يتحمل تبعه هلاك الشيء، إذ نصت المادة 1138 من ق.م.ج. ف أن المبيع يكون في ضمان بمجرد انعقاد عقد البيع، وفي حالة ما إذا هلك في الفترة ما بين إبرام العقد والتسليم سقط على البائع التزامه بالتسليم ويبقى المشتري ملزما بالثمن.

وحتى يتحمل البائع تبعه الهلاك قبل التسليم يشترط أن يكون الهلاك بسبب إحدى الحالتين

التاليتين:

الحالة الأولى: هلاك المبيع بسبب أجنبي: سواء بفعل الطبيعة كالقوة القاهرة، أو بفعل الإنسان. في هذه الحالة يقع الهلاك على عاتق البائع، ويفسخ البيع بقوة القانون طبقاً لنص المادة 369 ويلزم بإرجاع الثمن للمشتري إن كان قد دفعه، أما التعويض لا يمكن للمشتري أن يطالب البائع به على أساس أن الهلاك وقع بسبب لا يمكن نسبته للبائع.

الحالة الثانية: هلاك المبيع بفعل البائع: إذا قام البائع بفعل من شأنه أن يؤدي إلى هلاك المبيع في هذه الحالة يفسخ العقد لمصلحة المشتري بقوة القانون، مع حق المشتري في المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي لحق به نتيجة خطأ البائع [44] ص 369.

هذه الجزاءات أقرتها القواعد العامة، أما بالنسبة للجزاءات المقررة في عقد البيع بناء على التصاميم نلاحظ أن المشرع الجزائري أشار إليها بموجب نص المادة 08 من المرسوم التشريعي رقم 93-03 المتمثلة في تحمل البائع (المتعامل في الترقية العقارية) تبعة هلاك المبيع بعد البيع إذا تحققت شروط المسؤولية العشرية، أما قبل التسليم لم يصدر المشرع بشأنها جزاء خاص، لذا نحيل إلى تطبيق الجزاء المترتب عن هلاك المبيع سواء بسبب البائع أو السبب الأجنبي لأحكام المادة 369 من ق.م.ج، التي قررت فسخ العقد مع حق المشتري في استرداد التسيقات التي دفعها للبائع (المتعامل في الترقية العقارية).

وما يلاحظ على نص المادة 369 من ق.م.ج أنها جاءت باستثناء عن قاعدة تحمل البائع لتبعة الهلاك قبل التسليم وذلك في حالة ما إذا أعذر البائع المشتري بتسليم المبيع ووضعه تحت تصرفه، في هذه الحالة يتحمل المشتري تبعة الهلاك، بالرغم من أن الهلاك وقع قبل التسليم. هذا الاستثناء مقرر في القواعد العامة، أما فيما يخص عقد البيع بناء على التصاميم يستبعد على أساس أن التسليم يتم وفقاً لإجراءات شكلية، تتمثل في تحرير محضر التسليم لدى نفس الموثق الذي حرر العقد .

4.3.2.2.2.1. المسؤولية العقدية للمتعامل في الترقية العقارية عن ضمان العيوب

والأضرار

يلزم المتعامل في الترقية العقارية بمجموعة من الضمانات، سواء تلك المحددة وفقاً للقواعد العامة، أو الضمانات الخاصة المحددة بموجب أحكام المرسوم التشريعي رقم 93-03 والمرسوم التنفيذي رقم 94-58، منها ضمان العيوب الظاهرة والعيوب الخفية (الضمان العشري)، وضمن حسن الإنجاز وضمن حسن سير عناصر التجهيز.

ضمان العيوب: لقد ألزم المشرع الجزائري المتعامل في الترقية العقارية بضمن العيوب الخفية بمقتضى نص المادة 08 من المرسوم التشريعي رقم 93-03 المتعلق بالنشاط العقاري عن تحمله المسؤولية

العشرية المنصوص عليها في المادة 554 من ق.م. ج بالتزامن مع المقاول والمهندس المعماري، وألزمه بضمان العيوب الظاهرة بمقتضى نص المادة 15 من المرسوم التشريعي 03-93 .

هذان الالتزامان هما من الالتزامات التعاقدية التي يلزم بها المتعامل في الترقية العقارية، إلا أن المشرع خصص لهما جزاءات خاصة ، إذ أخضع ضمان العيوب الخفية للمسؤولية العشرية، وهي مسؤولية خاصة تختلف أحكامها عن المسؤولية العقدية المقررة وفقا للقواعد العامة، وبضمان المتعامل في الترقية العقارية للعيوب الظاهرة يكون المشرع قد خرج عن القواعد العامة التي تقر بضمان العيب الخفي دون العيب الظاهر، وهذا راجع للهدف الذي يسعى المشرع إلى تحقيقه من وراء تنظيم عقد البيع بناء على التصاميم بأحكام خاصة لحماية لمشتري العقار بناء على التصاميم.

ضمان حسن الإنجاز وحسن سير عناصر التجهيز: شدد المشرع الجزائي من مسؤولية المتعامل في الترقية العقارية في عقد البيع بناء على التصاميم، وذلك بإلزامه بضمان حسن الإنجاز وضمان حسن سير عناصر التجهيز، وذلك للزيادة في الحماية القانونية المقررة لمالك البناء (المشتري) من خلال توسيعه لدائرة الأضرار المغطاة بهذين الضمانين، ولا يشملهما ضمان العيوب الظاهرة ولا الضمان العشري، ويترتب عن تحقق هذين الالتزامين إصلاح الخلل.

ضمان التعرض والاستحقاق: إذا استحق المبيع (البنائة) للغير كأن يتم بيع مسكن لشخصين، وتتم الحيابة لأحدهما في هذه الحالة يمكن للمشتري المضرور أن يرفع دعوى ضمان الاستحقاق طبقا لما هو محدد في المادة 375 من ق.م.ج.

في الأخير نصل إلى أن المشرع الجزائي شدد من مسؤولية المتعامل في الترقية العقارية بقصد الزيادة في الحماية القانونية للمشتري (المالك) إلى أبعد حد، إذ لم يقتصر على الأحكام العامة للمسؤولية العقدية، بل تعداها إلى ضمانات خاصة استحدثها بموجب المرسوم التشريعي رقم 03-93 المتعلق بالنشاط العقاري، والتي حدد لها جزاءات خاصة. وبذلك يمكن للمشتري أن يرجع وفقا للأحكام العامة للمسؤولية العقدية المقررة في عقد البيع بناء على التصاميم، أو الأحكام الخاصة بالضمانات المستحدثة في المرسوم التشريعي رقم 03-93 التي سنتطرق لدراستها من خلال الباب الثاني.

5.3.2.2.2.1. المسؤولية العقدية للمتعامل في الترقية عن انتقال الملكية في عقد البيع بناء

على التصاميم

يلتزم المتعامل في الترقية العقارية بموجب عقد البيع بناء على التصاميم بنقل ملكية العقار إلى المشتري خلال الأجل المتفق عليها، وفي سبيل ذلك يلتزم باتخاذ الإجراءات اللازمة لنقل الملكية ، وهذا

ما نصت عليه المادة 361 من ق. م. ج بمايلي: "يلتزم البائع أن يقوم بما هو لازم لنقل الحق المبيع إلى المشتري وأن يمتنع عن كل عمل من شأنه أن يجعل نقل الحق عسيرا أو مستحيلا".

ويعتبر طبقا لهذا النص التزام المتعامل باتخاذ الإجراءات اللازمة لنقل الملكية التزاما جوهريا، يترتب على الإخلال به تحقق الخطأ العقدي الموجب لمسؤوليته ولو كان قد قام بتنفيذ التزامه بالتسليم ما دام أن المتعامل (البائع) لم ينقل الملكية للمشتري [23] ص 183.

وطبقا لأحكام المادة 793 من ق.م.ج والمادة 15 من الأمر رقم 74-75 المؤرخ في 1975، المتضمن تأسيس السجل العقاري وإعداد مسح الأراضي، يتبين من هاتين المادتين أن الملكية العقارية لا تنتقل إلا بعد إجراء الشهر العقاري. كما اشترطت المادة 12 من المرسوم التشريعي رقم 03-93 إجراء الشهر العقاري وذلك بنصها على أنه: "يحرر عقد البيع بناء على التصاميم على الشكل الأصلي، ويخضع للشكليات القانونية في التسجيل والإشهار، كما يشتمل في آن واحد على البناية وعلى القطعة الأرضية التي شيدت المنشأة فوقها".

بناء على هذه النصوص يلزم المتعاملون العقاريون من تحرير عقود البيع بناء على التصاميم مع المشترين وفقا للشكليات القانونية التي أشرنا إليها في الباب الأول، والمتمثلة في توثيق العقد لدى الموثق حسب ما هو منصوص عليه في المادة 324 والمادة 324 مكرر 1 من ق.م.ج حتى تضيء الصفة الرسمية للعقد، وبذلك يتم الركن الرابع في البيع العقاري، مما يكسب العقد الصحة ، ثم يخضع العقد للتسجيل لدى مصلحة الطابع والتسجيل ثم للشهر لدى المحافظة العقارية لتنتقل الملكية العقارية للمبيع المتمثل في البناية والقطعة الأرضية التي شيدت فوقها المنشأة طبقا لنص المادة 15 من الأمر رقم 75-74 المتعلق بتأسيس السجل العقاري وإعداد مسح الأراضي العام.

وفي حالة ما إذا تم تحرير عقد البيع بناء على التصاميم دون شهره لا تنتقل الملكية للمشتري [111]، وفي هذه الحالة يعد المتعامل مخلا بالتزامه التعاقدية، الذي يمنح له حق المطالبة بفسخ العقد مع حق المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي لحقتة [125]، خاصة إذا قام المتعامل في الترقية بإعادة بيع العقار لمشتري ثاني وانتقلت إليه الملكية بموجب شهر عقد البيع بناء على التصاميم.

2.3.2.2.1. نظام المسؤولية العقدية للمتعامل في الترقية العقارية و أحكامها

بعدما حددنا في الفرع الأول أسباب تحقق المسؤولية العقدية للمتعامل في الترقية العقارية، المتمثلة في إخلاله بالتزاماته التعاقدية وأيضا الجزاء المترتب عن هذا الإخلال، وبما أن المتعامل في الترقية العقارية لا يعتبر مسؤولا مسؤولية عقدية إلا إذا أخل بالتزام من التزاماته التعاقدية، لذا اشترط لتحقيق هذه المسؤولية ضرورة توفر ثلاثة شروط أساسية وهي الخطأ والضرر والعلاقة السببية بينهما.

كما أن المتعامل في الترقية له الحق في دفع المسؤولية العقدية إذا أثبت السبب الأجنبي، كما أجاز المشرع الجزائري الاتفاق على تعديل أحكام المسؤولية العقدية فهل يمكن الاتفاق على تعديل أحكام المسؤولية العقدية للمتعامل في الترقية العقارية؟.

1.2.3.2.2.1. شروط تحقق المسؤولية العقدية للمتعامل في الترقية العقارية

إذا نشأ عقد البيع بناء على التصاميم صحيحا يرتب كل التزاماته التعاقدية فيما بين المتعاقدين، وإذا أخل أحد المتعاقدين بتنفيذ العقد سواء امتنع عن تنفيذ التزامه أو تأخر في تنفيذ التزاماته، تحققت المسؤولية العقدية وذلك بتوافر ثلاثة شروط وهي الخطأ والضرر والعلاقة السببية. الخطأ العقدي: يتحقق الخطأ العقدي من عدم تنفيذ الالتزام المتفق عليه أو التأخر في تنفيذه معيبا أو متأخرا، فيقوم الخطأ بمجرد ذلك [53] ص 203.

والخطأ العقدي يتخذ ثلاث صور وهي الخطأ العقدي في مسؤولية المدين عن عمله الشخصي، والمسؤولية عن الغير أو عن الأشياء.

الصورة الأولى: الخطأ العقدي في مسؤولية المتعامل في الترقية العقارية عن عمله الشخصي: يتمثل هذا الخطأ العقدي في عدم تنفيذ المتعامل في الترقية العقارية لالتزامه العقدي لأي سبب من الأسباب، ويستوي في ذلك أن يكون التزامه بتحقيق نتيجة أو ببذل عناية، كحالة إخلاله بالتزامه بتسليم مسكن طبقا للمواصفات المحددة في العقد، ويعمل على تسليم مسكن مغاير، سواء كان هذا الخطأ العقدي ناتج عن الامتناع العمدي عن تنفيذ الالتزام المتفق عليه، أو كان نتيجة إهمال أو عدم اتخاذ الحيطة والحذر [53] ص 204.

الصورة الثانية: الخطأ العقدي في مسؤولية المتعامل في الترقية عن فعل الغير: يقصد بالغير في هذه الحالة: "الشخص المكلف بتنفيذ التزام المدين التعاقدية بموجب اتفاق معه بهدف المساعدة أو المعاونة أو الحلول محل المدين في التنفيذ" [53] ص 207.

والغير في عقد البيع بناء على التصاميم الذي يسأل المتعامل في الترقية العقارية عن أخطائه العقدية هو المقاول والمهندس المعماري، اللذان يربطهما بالمتعامل عقد مقاوله محل تشييد البناء محل عقد البيع بناء على التصاميم، لذلك إذا ارتكب كل من المقاول والمهندس المعماري خطأ عقديا كظهور عيب في البناء نتيجة إهمال المقاول في عملية التنفيذ، تتحقق مسؤولية المقاول العقدية عن الخطأ العقدي المتمثل في تشييد بناء لم يراع فيه الأصول الفنية ولم يتقيد بالشروط والمواصفات التي تضمنها الاتفاق مع المتعامل في الترقية [16] ص 112.

أما الخطأ العقدي بالنسبة للمهندس المعماري يتخذ عدة صور إما خطأ في وضع التصاميم، أو إهمال في الإشراف على تنفيذها [16] ص 42، هذه الأخطاء يمكن التمسك بها من طرف المتعامل في الترقية على أساس المسؤولية العقدية .

وبتحقق كل من المسؤولية العقدية للمهندس المعماري والمقاول عن أعمال التشييد التي يلتزمون بها اتجاه المتعامل بالترقية العقارية، تتحقق مسؤولية هذا الأخير العقدية عن خطأ المقاول والمهندس باعتبارهما من الغير، الذين استخدمهما المتعامل في الترقية في تنفيذ التزام التشييد.

وفي هذه الحالة يشترط توفر شرطان وهما وجود عقد صحيح بين المسؤول (المتعامل في الترقية) والمضروور (المشتري)، وأن يكون الغير (المقاول والمهندس) قد عهد إليهما من المتعامل تنفيذ هذا العقد وهو تشييد بناية أو جزء من بناية [53] ص 208.

على هذا الأساس إذا وجد أي عيب في البناء المشيد نتيجة أخطاء المقاولين والمهندسين يتحملها المتعامل اتجاه المشتري .

الصورة الثالثة: الخطأ العقدي في مسؤولية المتعامل في الترقية العقارية عن فعل الأشياء: تتحقق المسؤولية في هذه الحالة في خطأ منسوب إلى الشيء في حيازة المدين استخدمه في تنفيذ التزامه [53] ص 209.

الضرر: يلتزم المشتري بإثبات وقوع الضرر الذي يدعي أن الخطأ المنسوب إلى المتعامل في الترقية العقارية قد تسبب فيه، فإذا ادعى المشتري وجود عيب في البناء، أو عيب في تركيب إحدى عناصر التجهيز كان على المشتري أن يثبت أن الضرر الذي وقع له كان نتيجة الخطأ الذي ارتكبه المتعامل في الترقية العقارية لأن مجرد الإخلال بالالتزام التعاقدية من طرف المتعامل في الترقية لا يكفي لمساءلة المتعامل عقدياً، وإنما يتعين ترتيب ضرر جراء هذا الإخلال. ويتمثل الضرر في هذه الحالة في العيب الذي يلحق البناء بغض النظر عن مدى جسامته هذا العيب أو خطورته.

ويقصد بالضرر تلك الأضرار التي يسببها هذا العيب لرب العمل، سواء تلك الأضرار التي تصيب جسمه نتيجة تدهم البناء، أو تلك التي تصيبه في ذمته المالية، وسواء لحق الضرر المشتري نفسه أو أحد أفراد عائلته.

ويتحقق الضرر حتى لو كانت أعمال الإنشاء خالية من أي عيب ، إذا وقع تأخير في إنجازها عن الأجل المحدد في العقد [16] ص 138، مما يمنح للمشتري حق طلب التعويض عن هذا التأخر طبقاً لما هو محدد في المادة 13 من المرسوم التنفيذي رقم 94-58 المتضمن نموذج عقد البيع بناء على التصاميم .

العلاقة السببية: لتحقق المسؤولية العقدية للمتعامل في الترقية العقارية يشترط أن تكون هناك علاقة سببية بين الضرر الذي لحق بالمشتري والخطأ العقدي المرتكب من طرف المتعامل في الترقية العقارية. ولا يمكن للمتعامل في الترقية العقارية أن يتخلص من المسؤولية العقدية بنفي العلاقة السببية بإثبات السبب الأجنبي كحادث مفاجئ أو قوة قاهرة أو خطأ المضرور أو خطأ من الغير.

وهذا ما أقره المشرع الجزائري من خلال نص المادة 127 من ق.م.ج بقولها: "إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يد له فيه كحادث مفاجئ، أو قوة قاهرة، أو خطأ صدر من المضرور أو خطأ من الغير، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر، ما لم يوجد نص قانوني أو اتفاق يخالف ذلك".

أ- خطأ الغير: وهو الشخص الأجنبي عن عقد البيع بناء على التصاميم الذي قد يقوم بأعمال من شأنها أن تشكل عيبا بالبناء، كأن يقوم الغير بالحفر إلى جانب العمارة التي شيدها المتعامل في الترقية العقارية لصالح مجموعة من المالكين مما سبب تشققات بالعمارة، إذا استطاع أن يثبت المتعامل في الترقية أن خطأ الغير هو المسبب للضرر قطعت العلاقة السببية بين الخطأ العقدي للمتعامل والضرر الذي لحق المشتري شريطة أن يكون خطأ الغير قد استغرق خطأ المتعامل في الترقية .

ب- خطأ المضرور: نقصد بذلك فعله الذي يشترك مع خطأ المدعى عليه في إحداث الضرر، كأن يقوم المضرور (المشتري) بإحداث تعديلات في المسكن كأن يقوم بغلق شرفة أو تحطيم جدران لفتح الغرفتين على بعض مما يحدث خلا في البناء إلى جانب الخطأ العقدي للمتعامل في الترقية العقارية. في هذه الحالة نطبق قاعدة الاستغراق، أي أن يفوق أحد الخطأين في جسامته الخطأ الآخر [53] ص 308. فإذا استغرق خطأ المضرور (المشتري) خطأ المتعامل في الترقية انتفت المسؤولية العقدية للمتعامل في الترقية.

ت- القوة القاهرة: وهي كل حادث غير ممكن توقعه ويستحيل دفعه، كحدوث تهدم البناء نتيجة زلزال في هذه الحالة تنتفى المسؤولية عن المتعامل في الترقية العقارية ، وهذا ما أقره القرار رقم 53010 الصادر بتاريخ 1988/05/25 الذي قضى بما يلي: "من المقرر قانونا أنه إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يد له فيه كقوة قاهرة، كان غير ملزم بالتعويض هذا الضرر.

ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بالإساءة في تطبيق القانون غير وجيه.

لما كان الثابت في قضية الحال أن قضاة الموضوع بإسنادهم جزء من مسؤولية الفيضان إلى الشركة الطاعنة بنسبة الثلثين لكونها قامت بفتح ثغرة ولم تسدها بعد انتهاء الأشغال هذا من جهة ومن جهة ثانية لما أخذ قضاة الموضوع ظرف القوة القاهرة ومشاركتها في وقوع الضرر بنسبة الثلث الباقي البعين الاعتبار يكونون بقضائهم كما فعلوا قد طبقوا القانون التطبيق السليم.

ومتى كان ذلك استوجب رفض الطعن"[79].

2.2.3.2.2.1. مدى إمكانية الاتفاق على تعديل أحكام المسؤولية العقدية للمتعاقل في

الترقية العقارية

طبقا للقواعد العامة أجاز المشرع الجزائري تعديل أحكام المسؤولية العقدية بالتشديد أو التخفيف أو الإعفاء. بالنسبة للتشديد كأن يلتزم المدين (المتعاقل في الترقية) بأن يعرض لدائنه (المشتري) عن الضرر المباشر غير المتوقع والضرر غير المباشر.

وفيما يخص الاتفاق على التخفيف كأن يلتزم المدين بأن يعرض لدائنه عن عدم التنفيذ الراجع إلى خطئه غير العمدي اليسير وحده، كما يمكن الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية كأن يتفقا على عدم التزام المدين بتعويض لدائنه عما يرتكبه تابعوه من خطأ جسيم في تنفيذ العقد[53] ص 214 - 215. هذا فيما يخص القواعد العامة، أما بالنسبة لمسؤولية المتعاقل في الترقية العقدية في عقد البيع بناء على التصاميم هل يمكن له أن يتفق على تعديل أحكامها؟

نظرا للطابع الإلزامي لأحكام عقد البيع بناء على التصاميم خاصة فيما يتعلق بالمسؤولية المدنية والضمانات، ونظرا لغرض المشرع الجزائري في تحقيق حماية خاصة لمشتري العقار بناء على التصاميم، جعل أحكام عقد البيع بناء على التصاميم من النظام العام، لا يجوز الاتفاق على مخالفتها. وهذا ما أقره المشرع الجزائري بمقتضى نص المادة 18 من المرسوم التشريعي رقم 93-03 التي اعتبرت أن أي اتفاق يحد من المسؤولية أو الضمانات يعد باطلا بطلانا مطلقا، وذلك بنصها: "كل بند في العقد يكون الغرض منه إلغاء أو تحديد المسؤولية أو الضمانات المنصوص عليها في المادتين 11 و14 وفي المواد المنصوص عليها في التشريع الجاري به العمل، أو تحديد مداها إما عن طريق إبعاد تضامن المقاولين من الباطن أو تحديده يعد باطلا وكأنه لم يكن..".

3.2.3.2.2.1. تقادم دعوى المسؤولية العقدية

إذا ثبت إخلال المتعاقل في الترقية العقارية بالتزامه التعاقدية كان للمشتري أن يطالب بالتنفيذ العيني إن كان ممكنا أو المطالبة بفسخ العقد، مع الحق في المطالبة بالتعويض عن الأضرار. وتتقادم دعوى التعويض عن الضرر وفقا للقواعد العامة بانقضاء 15 سنة من وقوع الفعل الضار[108].

4.2.2.1. الحماية الجنائية والإدارية

لم يكتف المشرع الجزائري من خلال القانون رقم 04-11 بتقرير الحماية المدنية بمختلف صورها العقدية والتقصيرية، بل أضاف صور أخرى للحماية المتمثلة في الحماية الجنائية والإدارية التي لم يتضمنها المرسوم التشريعي رقم 03-93، وإن كانت مقررة وفقا للقواعد العامة، لكن رغبة المشرع في حماية كل مقتني لعقار بناء على التصاميم فقد أقرها بموجب نصوص خاصة في القانون رقم 11-04، ولتحديد نطاق هذه الحماية سنخصص لكل نوع منها فرع على الشكل التالي:

الفرع الأول: الحماية الجنائية

الفرع الثاني: الحماية الإدارية

1.4.2.2.1. الحماية الجنائية

إن الضمانات التقنية والمالية التي قررها المرسوم التشريعي رقم 03-93 لم تعد كافية لوحدها لحماية مقتني العقار على التصاميم، لذا عمل المشرع الجزائري من خلال القانون رقم 04-11 بتوسيع تلك الضمانات، بتقرير عقوبات جزائية في حق المرقين العقاريين المخالفين للتنظيم المنصوص عليه في هذا القانون، وما يلاحظ على هذه الحماية أنها استحدثت لأول مرة، إذ لم يشملها لا المرسوم التشريعي رقم 03-93 ولا القانون رقم 07-86، كل هذا بهدف حماية المقتني من التجاوزات التي يرتكبها المرقى العقاري، والتي وصلت لدرجة خسارة أموال العديد من المواطنين وقعوا ضحية نصب واحتيال، وإن خضعوا في ظل القوانين السابقة للجزاء المقررة في قانون العقوبات إلا أنها غير كافية مقارنة مع الأضرار التي تلحق بالمقتنين.

لذا جاء القانون رقم 04-11 بعقوبات جزائية خاصة بمجال الترقية العقارية توقع على كل مرقى عقاري يخالف الأحكام الواردة في هذا القانون، خاصة الضمانات التي قررت لحماية مقتاني العقار في إطار الترقية العقارية، إذ عرضت كل مرقى يطلب أو يقبل تسبيق، أو إيداع أو اكتتاب، أو سندا تجاريا قبل توقيع عقد البيع على التصاميم، أو عقد حفظ الحق، لعقوبة الحبس من شهرين إلى سنتين، وغرامة مالية من مائتي ألف دينار جزائري (200.000 دج) إلى مليوني دينار جزائري (2000.000 دج)[107].

ويعاقب كل مرقى عقاري غير مكنتب لدى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة بالحبس من شهرين إلى سنتين، وبغرامة مالية من مائتي ألف دينار (200.000 دج) إلى مليوني دينار جزائري (2.000.000 دج)[107]، كما يتعرض كل مرقى لا يعلم المقتني بالبيانات والمعلومات المنصوص

عليها في المادة 30 من هذا القانون الخاصة بمضمون عقد البيع على التصاميم، الذي يستلزم أن يتضمن أصل ملكية الأرضية ورقم السند العقاري، ومرجعيات رخصة التجزئة، وشهادة التهيئة والشبكات، وكذا تاريخ ورقم رخصة البناء، لعقوبة الحبس من شهر إلى خمس سنوات وغرامة مالية من مائتي ألف دينار (200.000 دج) إلى مليوني دينار جزائري (2.000.000 دج) أو بإحدى هاتين العقوبتين [107].

2.4.2.2.1. الحماية الإدارية

تجسدت هذه الحماية في مجموعة من العقوبات الإدارية التي تطبق على المرقى العقاري، في حالات معينة، واعتبرناها كحماية لأنها عقوبات ردعية تجعل المرقى يتمتع عن الإخلال بالتزاماته خوفاً من توقيعها، وبذلك يضمن للمقتني التعامل مع مرقى عقاري تتوفر فيه الشروط القانونية لممارسة مهامه. لذا نص القانون رقم 04-11 على أن يتعرض المرقى العقاري إلى سحب اعتماده مؤقتاً لمدة 6 أشهر في حال تقصيره في التنفيذ الجزئي وغير المبرر لالتزاماته تجاه المقتنين، أو عدم احترام المرقى لقواعد أخلاقيات المهنة، ويتعرض للسحب النهائي للاعتماد إذا لم يستوف شروط الحصول عليه، في حالة تجاهله عن قصد بصفة خطيرة ومتكررة القيام بالتزاماته، أو في حالة إنهائه لنشاطه دون مبرر ودون إخطار مسبق للسلطة المسلمة للاعتماد، كما يسحب منه هذا الأخير تلقائياً في حالة الوفاة أو العجز الجسماني والعقلي، أو إذا كان موضوع حكم بسبب الغش الضريبي أو تصفية قضائية [107].

ما نخلص إليه من خلال هذا الباب، هو أن المشرع الجزائري نظم أحكام عقد البيع بناء على التصاميم بقواعد تختلف عن أحكام البيع المقررة وفقاً للقواعد العامة، نظراً لقصور أحكام البيع العادي عن توفير الحماية اللازمة لمشتري العقار بناء على التصاميم.

وظهر هذا الاختلاف من حيث انعقاد العقد وإن كان يخضع لنفس إجراءات نقل الملكية العقارية إلا أن الملكية تنتقل قبل إتمام إنجاز البناء، وحماية للمشتري لا يتم إبرام عقد البيع بناء على التصاميم إلا بعد إيداع العديد من الوثائق التقنية والمالية، منها رخصة البناء وشهادة الضمان الصادرة عن صندوق الضمان والكفالة المتبادلة، وهو ما يشكل ضماناً في مرحلة الإنجاز عن كل توقف عن الأشغال سواء كان ذلك راجع إلى وفاة المتعامل في الترقية العقارية أو إفلاسه... الخ، كما مكن المشرع الجزائري المشتري من الحصول على قروض عقارية لاقتناء بناء في إطار البيع بناء على التصاميم مع تخفيض نسبة الفائدة الذي يشكل بحد ذاته ضماناً مالية للمشتري.

واختلفت أحكام عقد البيع بناء على التصاميم عن عقد البيع العادي أيضاً من حيث القيود الواردة على حق الملكية، إذ لا يمكن للمالك التصرف في عقاره إلا بعد مرور مدة 10 سنوات، ونظراً لكون أعمال البناء تستغرق وقتاً لإتمامها فقد تتغير أسعار مواد البناء في هذه المرحلة بدرجة تؤثر على حسن

سير المشروع، لذا نص المشرع الجزائري بمقتضى نص المادة 6 من المرسوم التنفيذي رقم 58-94 المؤرخ في 07 مارس 1994، المتعلق بنموذج عقد البيع بناء على التصاميم الذي يطبق في مجال الترقية العقارية على إمكانية مراجعة الثمن مع تحديد نسبة المراجعة في العقد.

وحتى لا يطول انتظار المشتري لحيازة البناية فقد نص المرسوم التشريعي رقم 93-03 المتعلق بالنشاط العقاري على ضرورة تحديد مدة الإنجاز في العقد، إذ يعد هذا الشرط ضمانا جوهريا لجدية المتعامل في الترقية العقارية حيث اشترط في المادة 10 منه أن يحدد في العقد آجال التسليم وعقوبات التأخير المرتبطة بها في حالة عدم احترام هذه الآجال وإلا عد العقد باطلا بطلانا مطلقا لتخالف هذا الشرط.

وزيادة في الضمان ألزم المتعامل في الترقية العقارية بتسليم شهادة المطابقة قبل تسليم البناية التي تضمن بأن البناء مطابق لرخصة البناء، وبذلك يتفادى المشتري فيما بعد خطر الهدم لعدم المطابقة من طرف السلطات المختصة مع تحمل المسؤولية العقدية عن أي خطأ عقدي يصدر من المتعامل في الترقية العقارية. كما منح بموجب أحكام عقد البيع بناء على التصاميم للمشتري حق امتياز من الدرجة الأولى في حالة إفلاس المتعامل في الترقية العقارية.

وبذلك نجد أن المشرع الجزائري أحاط عقد البيع بناء على التصاميم بضمانات خاصة قبل تسليم البناية استحدثها بموجب المرسوم التشريعي رقم 93-03 المؤرخ في 01 مارس 1993 المتعلق بالنشاط العقاري، والرسوم التنفيذية رقم 58-94 المؤرخ في 07 مارس 1994 المتضمن نموذج عقد البيع بناء على التصاميم، منها ما يتعلق بمرحلة انعقاد العقد والخاصة باكتتاب تأمين لدى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة لضمان الدفعات المقدمة من طرف المشتري في حالة إفلاس المتعامل أو وفاته... الخ، وذلك عن طريق تقديم شهادة الضمان وقت انعقاد العقد، إضافة للضمانات الخاصة بانتقال ملكية العقار بناء على التصاميم وطريقة دفع الثمن، ومجال مدة الإنجاز.

أما بالنسبة للضمانات المقررة من مرحلة انطلاق الإنجاز إلى مرحلة إتمامه تتمثل في ضمان المطابقة وامتياز جماعة المالكين من الدرجة الأولى، وتحمل المتعامل في الترقية العقارية المسؤولية العقدية و إلزامه بتقديم شهادة المطابقة عند إتمام الإنجاز.

ورغبة من المشرع الجزائري في حماية مقتني العقار على التصاميم، لم يكتف بهذه الضمانات وأضاف حماية أخرى بموجب القانون رقم 11-04 المتمثلة في الحماية الإدارية والجنائية.

وبالرغم من كل هذه الضمانات نجد أن المشرع لم يكتف عندها بل قرر ضمانات أخرى للمشتري بعد حيازته للبناية نظرا لخطورة الأضرار التي قد يتعرض لها، وهي ضمانات استحدثها المشرع الجزائري بموجب أحكام المرسوم التشريعي رقم 93-03 المتعلق بالنشاط العقاري، وهي

أيضاً خاصة بهذا العقد ولم تقررها القواعد العامة لا في عقد البيع ولا عقد المقاوله، التي سننطرق لدراستها من خلال الباب الثاني.

الفصل 2

الحماية القانونية المقررة بعد حيازة البناية

تقضي المادة 14 من المرسوم التشريعي رقم 03-93 المؤرخ في 01 مارس 1993 المتضمن النشاط العقاري بما يلي: " لا تتم حيازة ملكية بناية أو جزء من بناية من المشتري إلا بعد تسليم شهادة المطابقة".

من خلال هذا النص نستخلص بأن المشتري غير ملزم بتسلم البناية إلا بعد حصول المتعامل في الترقية العقارية على شهادة المطابقة التي تسلم له من قبل المصالح المختصة، وبتسليم شهادة المطابقة يتم تسليم وتسلم البناية، وتعد عملية التسلم في بيع العقار بناء على التصاميم نقطة انطلاق مدد مختلف الضمانات التي تقع على عاتق البائع، من ضمان العيوب الظاهرة، و ضمان حسن الإنجاز، و ضمان حسن سير عناصر التجهيز، و الضمان العشري.

وبما أن الضمانات المقررة بعد حيازة المشتري للبناية، هي ضمانات خاصة بعقد البيع بناء على التصاميم، استحدثها المشرع الجزائري بموجب المرسوم التشريعي رقم 03-93 المتعلق بالنشاط العقاري، إلى جانب الضمان الخاص المتعلق بعقد المقاوله وهو الضمان العشري. ارتأينا تقسيم هذا الباب إلى فصلين، نخصص الفصل الأول للضمانات المستحدثة بموجب المرسوم التشريعي رقم 03-93 المتعلق بالنشاط العقاري، على أن نخصص الفصل الثاني للضمان العشري كضمان خاص لمشتري العقار بناء على التصاميم.

1.2. الضمانات المستحدثة بموجب المرسوم التشريعي رقم 03/93

تتمثل هذه الضمانات في ضمان حسن الإنجاز، و ضمان حسن سير عناصر التجهيز، و ضمان العيوب الظاهرة، المقررة بموجب المادتين 14 و 15 من المرسوم التشريعي رقم 03-93 المؤرخ في 01 مارس 1993 المتعلق بالنشاط العقاري، إلى جانب الضمان العشري الذي خصصنا له الفصل الثاني على أساس أنه لم يستحدث بموجب المرسوم التشريعي رقم 03-93، بل نظم من قبل بموجب أحكام المادة 554 من القانون المدني الجزائري، وتفترض هذه الضمانات جميعا أن تكون البناية قد سلمت للمشتري.

لذا ألزم المشرع الجزائري المتعامل في الترقية العقارية بتسليم البناية بعد إتمام تشييدها، وفي المقابل يلتزم المشتري بالتسليم، وهذا ما قضت به المادة 13 من المرسوم التشريعي رقم 03-93 المتعلق بالنشاط العقاري التي نصت على ما يلي: "يستكمل العقد المنصوص عليه في المادة 12 السابقة بمحضر يحرر حضوريا في نفس مكتب الموثق لإثبات حيازة الملكية من المشتري وتسليم البناية التي أنجزها المتعامل في الترقية العقارية وفق الالتزامات التعاقدية".

وبما أن حيازة البناية هي التي تمكن المشتري من الاستفادة من الضمانات القانونية، سنحاول من خلال هذا الفصل تحديد ماهية التسليم والتسلم في مبحث أول، في حين نخصص المبحث الثاني للضمانات الخاصة المستحدثة بموجب المرسوم التشريعي رقم 03./93

1.1.2. ماهية التسليم والتسلم

من بين أهم الالتزامات التي تقع على عاتق المتعامل في الترقية العقارية، الالتزام بتسليم البناية خلال آجال محددة يتم تحديدها في عقد البيع بناء على التصاميم. ونظرا لأهمية هذا الالتزام اعتبر المشرع الجزائري بمقتضى نص المادة 10 من المرسوم التشريعي رقم 03-93 المتعلق بالنشاط العقاري، آجال الالتزام بالتسليم من العناصر الأساسية التي يجب أن يتضمنها عقد البيع بناء على التصاميم، وإلا عد العقد باطلا بطلانا مطلقا، وحتى تتم الحيازة لا بد من تسلم المشتري للبناية.

وإذا كان تسليم البناية بعد إتمام الإنجاز التزاما يقع على عاتق المتعامل في الترقية العقارية، حيث يلتزم بتنفيذه في الزمان والمكان المحددين في عقد البيع بناء على التصاميم، فهو يتم بوضع العقار بعد إتمامه تحت تصرف المشتري، بحيث يستطيع هذا الأخير الاستيلاء عليه وممارسة كافة حقوقه حتى ولو لم يستول عليه استيلاء ماديا، ما دام تم إخطاره بذلك، لكن هذا التسليم القانوني لا يحقق للمشتري كل مزايا التسليم الفعلي لأنه إذا لم يقم المشتري بوضع يده فعلا على العقار فإنه سيبقى في حيازة المتعامل في الترقية العقارية.

وعلى ذلك فإن المشرع الجزائري كما ألزم المتعامل في الترقية العقارية بتسليم العقار (البناية)، فقد ألزم المشتري بتسلمه، حيث جاء بالمادة 13 من المرسوم التشريعي رقم 03-93 المتعلق بالنشاط العقاري أنه: "يستكمل العقد المنصوص عليه في المادة 12 السابقة بمحضر يحرر حضوريا في نفس مكتب الموثق، لإثبات حيازة الملكية من المشتري...".

لذا سنحاول من خلال هذا المبحث تحديد المقصود من التسليم والتسلم من خلال مطلبين على

الشكل التالي:

المطلب الأول: التسليم في عقد البيع بناء على التصاميم

المطلب الثاني: التسلم في عقد البيع بناء على التصاميم

1.1.1.2. التسليم في عقد البيع بناء على التصاميم

ألزم المتعامل في الترقية العقارية بالتسليم بمقتضى نص المادة 10 من المرسوم التشريعي رقم 03-93 المؤرخ في 01 مارس 1993 المتعلق بالنشاط العقاري، التي نصت على ضرورة تضمين عقد البيع بناء على التصاميم آجال التسليم، كما تضمنت المادة 03 من المرسوم التنفيذي رقم 58-94 المتضمن نموذج عقد البيع بناء على التصاميم على الالتزام بالتسليم كالتزام يقع على عاتق المتعامل في الترقية العقارية (البائع).

وحتى يمكننا تحديد المقصود بهذا الالتزام سنحاول التطرق لمفهوم التسليم في عقد البيع بناء على التصاميم في فرع أول، و آثار التسليم في فرع ثاني.

1.1.1.1.2. مفهوم التسليم في عقد البيع بناء على التصاميم

إن الالتزام بالتسليم الذي يقع على عاتق المتعامل في الترقية العقارية، يتميز بطبيعة خاصة يختلف فيها عن التسليم المطبق وفقا للقواعد العامة، ولإظهار هذه الخصوصية سنحاول من خلال هذا الفرع تحديد تعريف التسليم في عقد البيع بناء على التصاميم، وشروطه، وطريقة التسليم.

1.1.1.1.1.2. تعريف الالتزام بالتسليم

الالتزام بالتسليم وفقا للقواعد العامة يقصد به: "وضع المبيع تحت تصرف المشتري حتى يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق حتى ولو لم يتسلمه تسليما ماديا" [108].
أما في عقد المقاولة وعقد البيع بناء على التصاميم لم يرد أي تعريف للالتزام بالتسليم، واكتفى المشرع بتحديد التسليم كالتزام يقع على عاتق المقاول في عقد المقاولة، والمتعامل في الترقية العقارية في عقد البيع بناء على التصاميم، إذ نصت المادة 558 من ق م ج على أنه: "عندما يتم المقاول العمل ويضعه تحت تصرف رب العمل وجب على هذا الأخير أن يبادر إلى تسلمه في أقرب وقت ممكن بحسب ما هو جار في المعاملات فإذا امتنع بدون سبب مشروع عن التسلم رغم دعوته إلى ذلك بإنذار رسمي اعتبر أن العمل قد سلم إليه ويتحمل كل ما يترتب على ذلك من آثار".

يتبين من هذا النص أن التسليم يتم بمجرد وضع المبيع تحت تصرف رب العمل وفقا لأحكام عقد المقاولة، ويتضح من عبارة "...في أقرب وقت ممكن...." بأن المشرع الجزائري قصد بأن زمان التسليم يختلف عن زمان التسلم، وهي المرحلة التي تمنح لرب العمل بإعطاء موافقته على الأعمال بعد

فحص ما إذا كانت مطابقة لما اتفق عليه أم لا، ولهذا يختلف التسليم عن الحيازة إذ يعتبر رب العمل متسلماً للمبيع دون أن تكون له حيازته وذلك إذا وضع تحت تصرفه دون أن يستولي عليه استيلاء مادياً، ولكن لا يعتبر حائزاً، أما الحيازة تقتضي تحول الحراسة من المقاول إلى رب العمل، وبذلك يعد التسليم عملاً قانونياً في حين تعد الحيازة عملاً مادياً [177] ص 130.

والتسليم في عقد البيع بناء على التصاميم يشبه التسليم في عقد المقاوله ، فهو ليس مجرد استيلاء مادي كما هو مقرر في البيع وفقاً للقواعد العامة، بل يتضمن عناصر أخرى هي تقبل العمل والموافقة عليه بعد فحصه، وباعتبار المبيع في عقد البيع بناء على التصاميم عقاراً فإن طريقة تسليمه تتم عن طريق تسليم البائع المفاتيح ومستندات ملكية العقار للمشتري ، حتى يتمكن هذا الأخير من التصرف فيه [108].

2.1.1.1.1.2. شروط التسليم

لكي يتم تسليم المبنى من المتعامل في الترقية العقارية إلى المشتري يشترط ما يلي:

إنجاز العقار محل التعاقد: يقصد بإنجاز العقار محل التعاقد الانتهاء من تشييد البناية محل العقد. يعتبر والالتزام بالإنجاز من الالتزامات الرئيسية التي يترتبها عقد البيع بناء على التصاميم على عاتق المتعامل في الترقية العقارية، وهو التزام بتحقيق نتيجة، بحيث لا تبرأ ذمة المتعامل في الترقية العقارية من هذا الالتزام إلا إذا تحققت هذه النتيجة أو ثبت السبب الأجنبي الذي حال دون تحققها [10] ص 83. ويتجسد الانتهاء من الأشغال بالحصول على شهادة المطابقة وهذا ما نصت عليه المادة 02/02 من المرسوم التنفيذي رقم 58/94 المؤرخ في 07 مارس 1994 المتضمن نموذج عقد البيع بناء على التصاميم، بقولها: "يلتزم البائع مواصلة البناء وإنهاءه في الآجال المقررة في هذا العقد، ويتجسد الانتهاء بالحصول على شهادة المطابقة...".

المطابقة: لا يكفي لاعتبار المتعامل في الترقية العقارية موفياً بالتزامه إذا ما قام بتشيد البناية، بل يجب أن يكون هذا التنفيذ مطابقاً لما هو منصوص عليه في العقد سواء في نوع البناء ومواصفاته وخصائصه [10] ص 179.

التسليم في الموعد المتفق عليه: يكتسي الالتزام بالتسليم أهمية خاصة في عقد البيع بناء على التصاميم، لذا خصه المشرع الجزائري بأحكام خاصة جعلته يختلف عن الالتزام المقرر في عقد البيع بناء على التصاميم، ومن الصور الخاصة بالتسليم اشتراط المشرع الجزائري على طرفي العقد أن يتفقا في العقد على أجل يتم فيه التسليم وعلى عقوبات التأخير في حالة عدم احترام هذه الآجال، ويترتب عن عدم اتفاق المتعامل في الترقية العقارية والمشتري في عقد البيع بناء على التصاميم على آجال التسليم في العقد

بطلان هذا العقد طبقا لنص المادة 10 من المرسوم التشريعي رقم 93-03، أما القواعد العامة فقد نصت على أنه في حالة عدم الاتفاق على آجال التسليم يتم التسليم في الوقت الذي يبرم فيه العقد [108].

3.1.1.1.2. طريقة التسليم

إن تسليم العقار بناء على التصاميم يتم على مرحلتين، المرحلة الأولى تتم بين المقاول والمتعامل في الترقية العقارية، أما المرحلة الثانية تتم بين المتعامل في الترقية العقارية والمشتري . المرحلة الأولى: هي مرحلة التسليم التي تتم بين المقاول والمتعامل في الترقية العقارية والتي بدورها تتم على مرحلتين، مرحلة التسليم المؤقت ومرحلة التسليم النهائي. مرحلة التسليم المؤقت: عرف الدكتور عبد الرزاق حسين ييسن التسليم المؤقت بأنه: " إجراء يعبر به رب العمل عن إرادته في تقبل العمل بصفة مؤقتة حتى يتم رفع كل أسباب التحفظات التي يضمنها رب العمل في محضر التسليم، وذلك بإصلاح كل العيوب وإزالة كل الشوائب التي أدت إلى تقرير هذه التحفظات وذلك في المدة التي يتفق عليها الطرفان أو المدة المعقولة طبقا للعرف الجاري في المهنة" [9] ص 241.

وعرفته المادة 03 من القانون رقم 11-04 بأنه: «محضر يتم إعداده والتوقيع عليه بين المرقي العقاري والمقاول بعد انتهاء الأشغال».

ما يلاحظ على هذا النص أن المشرع عرف الاستلام المؤقت بأنه المحضر، بينما الأصح هو الإجراء الذي يتم بموجب محضر يتم إعداده والتوقيع عليه بين المرقي العقاري والمقاول بعد انتهاء الأشغال، وأيضا لم يوضح هذا النص الغرض من هذا الإجراء.

ويلزم المقاول بإبلاغ المهندس بانتهاء الأشغال بواسطة رسالة موصى عليها ويتم ذلك بالقيام باستلام مؤقت من طرف مهندس الدائرة أو من طرف المعماري بحضور المقاول أو استدعائه قانونيا، وفي حالة غياب المقاول يذكر ذلك في المحضر الرسمي، ويعلن عن استلام مؤقت جزئي عندما تستعمل الإدارة حق التدخل في الامتلاك المسبق لبعض المنشآت [152].

ويترتب عن التسليم المؤقت ما يلي:

- انتقال تبعة الهلاك لرب العمل.
- ضمان العيوب الظاهرة، بالنسبة للقانون الفرنسي الذي يعتبرها التزاما يقع على عاتق المقاول، أما بالنسبة للمشرع الجزائري فإنها تقع على عاتق المتعامل في الترقية العقارية اتجاه المشتري.

- ضمان حسن الإنجاز و ضمان حسن سير عناصر التجهيز، هذان الضمانان ألزم المشرع الفرنسي بهما المقاول، أما في التشريع الجزائري فإن هذين الضمانين ألزم بهما المتعامل في الترقية العقارية دون المقاول [171] ص 56.

مرحلة التسليم النهائي: بعد مرور سنة من تاريخ التسليم المؤقت تنقضي مدة ضمان حسن الإنجاز، وإصلاح المقاول لكافة العيوب التي يكون رب العمل قد أبدى تحفظاته عليها، ويعلن عن التسليم النهائي، وتتم عملية التسليم النهائي بعد ستة أشهر ابتداء من تاريخ الاستلام المؤقت بالنسبة لأشغال الصيانة وأشغال الحفر وممرات الرصيف والتجهيز وسنة بالنسبة للأشغال الأخرى [152].

ويترتب على التسليم النهائي بداية سريان مدة الضمان العشري، واسترجاع مبلغ الضمان من طرف المقاول الذي يكون قد دفعه لرب العمل، ووضع نهاية لبعض التزامات الأطراف المتعاقدة منها التزام المقاول بإتمام الإنجاز والتزام المراقبة الذي يقع على عاتق المهندس، والالتزام بدفع الثمن بالنسبة لرب العمل [173] ص 35. ويقع عبء إثبات تسليم المشروع لرب العمل على عاتق المقاول، وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرار لها رقم 532578 الصادر بتاريخ 2009/04/01 القاضي بما يلي: "عبء إثبات وضع المشروع المنجز قصد تسليمه تحت تصرف صاحب المشروع يقع قانونا على عاتق المقاول" [90].

المرحلة الثانية: وهي المرحلة التي تتم فيها عملية تسليم البناية من المتعامل في الترقية العقارية للمشتري (المالك) بتحرير محضر تسليم مفاتيح لدى الموثق الذي حرر عقد البيع بناء على التصاميم.

2.1.1.1.2. الآثار المترتبة عن التسليم في عقد البيع بناء على التصاميم وجزاء الإخلال بهذا الالتزام

يترتب عن تسليم البناية من طرف المتعامل في الترقية العقارية للمشتري انتقال تبعة الهلاك للمشتري إذا أعذره المتعامل بالتسليم، انقضاء ما قد يترتب من عقوبات التأخير المحددة في عقد البيع. أما بالنسبة للجزاء المترتبة عن إخلال المتعامل بالتزامه بالتسليم سواء تم ذلك عن طريق التأخر في التسليم عن الموعد المتفق عليه، أو أنه سلم بناية غير مطابقة للمواصفات المحددة في عقد البيع بناء على التصاميم، فإن للمشتري طبقا لنص المادة 03 من المرسوم التنفيذي رقم 94-58 المتعلق بنموذج عقد البيع بناء على التصاميم أن يطالب المتعامل في الترقية العقارية (البائع) بالمبالغ العقابية عن التأخير المحددة في عقد البيع بناء على التصاميم، كما يمكن للمشتري أن يطالب بالتنفيذ العيني إن كان ممكنا، وإذا استحال التنفيذ العيني يمكنه المطالبة بالفسخ مع التعويض [125].

2.1.1.2. ماهية الالتزام بالتسليم في عقد البيع بناء على التصاميم

يعد التسليم أحد الالتزامات التي تقع على عاتق المشتري في عقد البيع بناء على التصاميم، ويكتسي هذا الالتزام في هذا العقد أهمية خاصة نظرا لأن مختلف مدد الضمانات التي تقع على البائع في مواجهة المشتري تسري من يوم تسلم البناية، الذي عبر عنه المشرع الجزائي بالحيازة في نص المادة 13 من المرسوم التشريعي رقم 93-03 المتعلق بالنشاط العقاري.

وحتى تتجلى لنا كيفية تسلم العقار في عقد البيع بناء على التصاميم سنقوم بتحديد مفهوم التسليم وأثاره من خلال الفرعين التاليين:

1.2.1.1.2. مفهوم التسليم

إن مفهوم الالتزام بالتسليم في عقد البيع بناء على التصاميم يتشابه مع التسليم في عقد المقاوله، كونه لا يقتصر على مجرد الاستيلاء المادي على المبيع، بل إنه يتضمن عناصر أخرى هي تقبل المبيع و فحصه ومعاينته معاينة كافية للتأكد من مدى مطابقته للمواصفات المتفق عليها، وهذا ما يختلف عما هو مقرر في البيع العادي وفقا للقواعد العامة [6] ص 101، لذا سنحاول دراسة موضوع التسليم وفقا لأحكام عقد المقاوله مع إبراز الأحكام الخاصة بعقد البيع بناء على التصاميم.

1.1.2.1.1.2. تعريف التسليم

التعريف القانوني للتسليم: لم يتعرض المشرع الجزائي لتحديد مفهوم التسليم لا في القانون المدني ولا في القوانين المنظمة لعقد البيع بناء على التصاميم، حيث جاءت عبارة المادة 554 من ق.م.ج خالية من أي مفهوم للتسليم، وإنما اقتصر على تحديد وقت التسليم كتاريخ لانطلاق مدة الضمان العشري.

كذلك لم يتعرض المرسوم التنفيذي رقم 94-58 المؤرخ في 07 مارس 1994 المتضمن نموذج عقد البيع بناء على التصاميم، والمرسوم التشريعي رقم 93-03 المتعلق بالنشاط العقاري، لمفهوم التسليم وإن جاء التسليم ضمن الالتزامات الملقاة على عاتق المشتري. وأطلقت المادة 13 و 14 من المرسوم التشريعي رقم 93-03 المتعلق بالنشاط العقاري على التسليم عبارة الحيازة إذ نصت المادة 13 من هذا المرسوم على أنه: "... لإثبات حيازة الملكية من المشتري وتسليم البناية...".

ونفس المصطلح احتفظ به القانون رقم 11-04 في نص المادة 2/34 منه التي جاء فيها مايلي: «... يتم عقد البيع على التصاميم المذكور في الفقرة السابقة بمحضر يعد حضوريا في نفس مكتب

التوثيق، قصد معاينة الحيازة الفعلية من طرف المكتب وتسليم البناية المنجزة من طرف المرقى العقاري طبقاً للالتزامات التعاقدية».

لكن ما يؤخذ على هذا النص في الغرض من تحرير المحضر، إذ اعتبر المشرع أن تحرير المحضر لدى الموثق يتم قصد معاينة الحيازة الفعلية من طرف المكتب (المقتني)، في حين أن نص المادة 13 من المرسوم التشريعي رقم 03-93، كانت أدق لأنها استعملت مصطلح إثبات حيازة الملكية، وكان من المفروض إثبات حيازة البناية، يعني أن المحضر هو وسيلة إثبات، أما المعاينة فتكون ميدانية، وهذا ما لا يحدث في الميدان العملي.

أما المشرع الفرنسي لم يتطرق لمفهوم التسلم إلا بعد صدور قانون 04 يناير 1978، إذ عرف تسلم الأعمال لأول مرة في المادة 6/1792 من هذا القانون بأنه: "الفعل الذي بموجبه يقرر رب العمل قبوله للعمل بتحفظ أو بدون تحفظات".

التعريف الفقهي للتسلم: ذهب جانب من الفقه المصري من بينهم الدكتور محمد لبيب شنب إلى تعريف التسلم بأنه: "إقرار رب العمل لما قام به المقاول من عمل بعد معاينته واعترافه بأنه قد تم صحيحاً مطابقاً لما هو متفق عليه ولما توجبه الأصول الفنية" [17] ص 117.

أما في الفقه الفرنسي، فقد عرفه الأستاذ مازو بأنه: "الفعل الذي بواسطته، أو عن طريقه، يعطي رب العمل تصديقه للأعمال التي تم إنجازها، ويسلم مخالصة بذلك للمقاول والمهندس المعماري".

كما عرفه جانب آخر من الفقه الفرنسي بأنه: "الفعل الذي بواسطته يقرر رب العمل بأن تنفيذ العمل قد تم صحيحاً" [168] ص 573.

يتضح مما سبق أن الفقه لم يقف عند العنصر المادي للتسلم الذي يتمثل في واقعة وضع اليد وإنما يتطلب عنصراً آخر هو العنصر المعنوي المتمثل في تقبل رب العمل للأعمال التي تم إنجازها، وإقراره بأن الأعمال مطابقة للأصول الفنية.

وهذا المضمون تضمنته المادة 14 من المرسوم التشريعي رقم 03-93 المتعلق بالنشاط العقاري، التي منحت للمشتري حق إبداء التحفظات بخصوص إنجاز البناية حتى بعد حيازتها حيث نصت على ما يلي: "غير أنه ليس لحيازة الملكية وشهادة المطابقة أثر إعفائي من المسؤولية المدنية المستحقة ولا من ضمان حسن إنجاز المنشأة....".

ولا يلزم المشتري بتسلم العقار إلا بعد حصول المتعامل في الترقية العقارية على شهادة المطابقة التي أشرنا إليها في الباب الأول.

2.1.2.1.1.2. شروط التسلم

التسلم هو بذاته موضوع التسليم وكلاهما وجهان لعملة واحدة، والملتزم بالتسليم هو المتعامل في الترقية العقارية، حيث يلتزم بتقديم الشيء محل عقد المقاول وهو البناء الذي تم إنجازه إلى المشتري. ولكي يتم التسلم صحيحا منتجا لكافة آثاره القانونية يجب أن تتوفر فيه شروط معينة، وهناك نوعان من الشروط يجب توافرها في التسلم.

الشروط الشكلية: بالنسبة للتشريع الجزائري نصت المادة 13 من المرسوم التشريعي رقم 93-03 المتعلق بالنشاط العقاري، على أن حيازة المشتري للملكية وتسليم البناية من طرف المتعامل في الترقية العقارية تتم في محضر يحرر حضوريا في نفس مكتب الموثق الذي عهد إليه تحرير عقد البيع بناء على التصاميم، هذا المحضر يصرح فيه المشتري أن الشقة المسلمة له مطابقة للملف التقني للترقية العقارية، و أنه تعرف تماما على الملكية العقارية المذكورة في المحضر وقبل بها صراحة كما عاينها بالحالة التي هي عليها، وتخضع بدون قيد لجميع القواعد والشروط المنظمة للملكية المشتركة، دون أن تسجل أي ملاحظات أو خلل أو نقص في الشقة، هذا في حالة عدم وجودها، أما إذا وجدت يتم الإشارة إليها مع تسجيل تحفظات المشتري.

هذا من جهة ومن جهة أخرى يجب أن يتضمن المحضر تصريحات المتعامل في الترقية العقارية، التي من بينها أنه غير مسؤول عن أي تدهور محتمل في الشقة وكل تعديل في الأجزاء المشتركة ممنوع منعا باتا للواجهة الخارجية، هياكل الإدراج، المقصورات، الشرفات والسطوح...، وكل إعادة إلى الحالة التي كانت عليها الشقة يكون على عاتق المشتري، وفي الأخير يمضي على هذه التصريحات كل من المشتري والمتعامل في الترقية العقارية والموثق.

ومما سبق نستخلص بأن التسلم يتم بطريقة رسمية لكون أن المشرع اشترط تحرير محضر التسليم والتسلم لدى نفس الموثق الذي حرر عقد البيع بناء على التصاميم، والرسمية هنا هي وسيلة لإثبات حيازة ملكية البناية من قبل المشتري وتسليم البناية من طرف المتعامل في الترقية العقارية.

أما بالنسبة للمشرع الفرنسي فقد نصت المادة 06/1792 من القانون مدني على ما يلي: "...وفي كل الأحوال يتم التسليم حضوريا"، وهذا يعني أن المشرع الفرنسي اشترط أن يتم التسليم في حضور الأطراف المعنية وهي المقاول ورب العمل لكن دون أن يشير إلى الرسمية.

الشروط الموضوعية: هي شروط تتعلق بإنجاز الأعمال، ومطابقة ما تم إنجازه لما تم الاتفاق عليه في العقد وما تقتضيه أصول المهنة وقواعد الفن، و هي نفس الشروط التي سبق لنا و أن أشرنا إليها عند حديثنا عن شروط التسليم، لذا نحيل إليها.

3.1.2.1.1.2. صور التسلم

قد يتم التسلم في صورته الصريحة أو الضمنية، وقد يكون حكماً أو قضائياً.

التسلم الصريح والتسلم الضمني: يتم التسلم الصريح بتحرير محضر يوقع عليه رب العمل أو من ينوب عنه في بعض الأحوال [9 ص 231]، وهو الصورة المتبعة في تسلم العقار في إطار عقد البيع بناء على التصاميم التي أشرنا إليها سابقاً.

أما التسلم الضمني فقد عرف بأنه: "التسلم الذي يستفاد من اتخاذ موقف معين لا تدع ظروف الحال معه شكاً في أنه يعبر عن إرادة واعية لمتخذه، في تسلم العمل محل التعاقد وتقبله" [16 ص 150]، هذا النوع من التسلم لا يمكن تطبيقه إذا كنا بصدد عقد البيع بناء على التصاميم، لأن المشرع الجزائري اشترط بمقتضى نص المادة 12 من المرسوم التشريعي رقم 93-03 المؤرخ في 01 مارس 1993 المتعلق بالنشاط العقاري، ضرورة تحرير محضر لإثبات حيازة الملكية وتسليم البناية.

التسلم الرضائي والتسلم القضائي: التسلم الرضائي هو ذلك التسلم الذي يتم بطريق رضائي بين الأطراف المتعاقدة وذلك في حضورهم، وبالشكل الذي يرونه محققاً لصالحهم سواء تم ذلك شفاهة أو كتابة، وهذه الصورة لا تنطبق على عقد البيع بناء على التصاميم كون المشرع الجزائري اشترط صراحة التسلم الرسمي الذي يتم لدى موثق، طبقاً لما هو مقرر في نص المادة 13 من المرسوم التشريعي رقم 93-03 المتعلق بالنشاط العقاري.

أما بالنسبة للتسلم القضائي يلجأ إليه في حالة ما إذا امتنع رب العمل عن تسليمه أو قد يتأخر أو يمتنع المقاول عن تسليمه له لإجبار الطرف المقصر على تنفيذ التزامه [62] ص 61 - 62 - 63، وعالج المشرع الجزائري مشكل الامتناع أو التأخر في التنفيذ بموجب المادة 558 من ق.م.ج حيث قضت بأنه: "...فإذا امتنع دون سبب مشروع عن التسلم رغم دعوته إلى ذلك بإنذار رسمي، اعتبر أن العمل قد سلم إليه..."، أما المادة 06/1792 مدني منحت لصاحب المصلحة حق طلب التعجيل في التسليم إما ودياً وإما قضائياً.

2.2.1.1.2. آثار التسلم في عقد البيع بناء على التصاميم وجزاء الإخلال بهذا الالتزام

عقد البيع بناء على التصاميم كعقد البيع المقرر وفقا للقواعد العامة يترتب عدة آثار فيما بين طرفيه بعد انعقاده التي من أهمها التزام المشتري بتسلم المبيع الذي يترتب عليه عد آثار قانونية، وفي حالة ما إذا أخل المشتري بالتزامه بالتسلم تترتب عليه جزاءات.

1.2.2.1.1.2. الآثار المترتبة عن التسلم

يترتب عن تسلم المشتري للبناءية الآثار التالية:

استحقاق الباقي من الثمن: يعتبر الثمن من الالتزامات الرئيسية الملقاة على عاتق رب العمل ولا تبرأ ذمته منه إلا بأدائه كاملا، وإذا تم التسليم والتسلم وفقا للشروط القانونية استحق المتعامل في الترقية العقارية الباقي من الثمن المحدد في العقد، والذي يشكل الدفعة الأخيرة التي يلتزم بها المشتري اتجاه المتعامل في الترقية العقارية [125].

انتقال تبعة الهلاك إلى المشتري: يترتب على عملية التسلم نقل تبعة العقار المشيد، وتبعة الهلاك قد تكون تبعة هلاك وقد تكون تبعة حراسة.

أ- تبعة هلاك: بما أن التسلم ينقل حيازة وملكية البناء إلى رب العمل فإن تبعة الهلاك تنتقل إلى المشتري، أما إذا كان الهلاك بسبب عيب خفي في البناء فإن هلاكه يخضع لأحكام المسؤولية العشرية التي تلزم البائع (المتعامل في الترقية العقارية) بضمانه بعد التسلم، وهذا ما يشكل الطبيعة الخاصة للضمان العشري.

ويتم تحديد مرحلة انتقال تبعة الهلاك من المتعامل في الترقية العقارية إلى المشتري من زمان التسلم، الذي يتم تحديده بناء على اتفاق الطرفين، وعليه فانطلاقا من هذا الأجل والذي يفترض أن يتسلم فيه المشتري العقار تنتقل تبعة الهلاك إليه [125]، إلا في حالة ما إذا هلك العقار بسبب عيب في العقار حسب ما هو محدد في المادة 554 من القانون المدني، في هذه الحالة يكون المتعامل في الترقية العقارية مسؤولا بموجب أحكام الضمان العشري.

ب- تبعة الحراسة: يقصد بالحراسة السيطرة الفعلية على الشيء، و يعد المشتري بعد تسلمه للبناءية حارسا لها مما يحقق مسؤوليته عن تغير حالة البناء وعن الأضرار التي تسببها للغير ويخضع في ذلك لأحكام المسؤولية المقررة وفقا للقواعد العامة [108].

انطلاق مدد مختلف الضمانات: إن مختلف الضمانات المقررة لحماية مشتري العقار بناء على التصاميم بعد حيازة البناء تنطلق من تاريخ تسلم العقار، وهي ضمان حسن الإنجاز و ضمان حسن سير عناصر التجهيز، و ضمان العيوب الظاهرة، وهي ضمانات خاصة استحدثها المشرع بموجب المرسوم التشريعي

رقم 03-93 المتعلق بالنشاط العقاري، ويضاف إليها الضمان العشري الذي نظمت أحكامه في عقد المقاوله الذي نضم بموجب المادة 554 من ق.م.ج، وألزم به المتعامل في الترقية العقارية بصفته بائعا للعقار.

2.2.2.1.1.2. جزاء الإخلال بالتزام التسلم

الالتزام بالتسلم من الالتزامات التي تقع على عاتق المشتري، وفي حالة ما إذا تماطل في تنفيذه اعتبر مخلا بالتزامه، إلا إذا ارتكز في رفضه للتسلم لوجود عيوب ظاهرة أو عدم مطابقة البناية للمواصفات العقدية، في هذه الحالة لا مسؤولية عليه أما إذا لم يكن له مبرر في تقاعسه عن تسلم البناية عد مخلا بالتزامه، مما يمنح للمتعامل في الترقية العقارية حق فسخ العقد والمطالبة بالتعويض [125].

2.1.2. الضمانات الخاصة

أولى المشرع الجزائري حماية خاصة لمشتري العقار بناء على التصاميم، بصفته مالك البناء بموجب المرسوم التشريعي رقم 03-93 بمقتضى نص المادة 14 و15 منه، إذ تضمنتا نوعين من الضمان يختلفان عن الضمانات القانونية المنصوص عليها وفقا للقواعد العامة، بالإضافة إلى ضمانات أخرى تضمنها نفس المرسوم، هذه الضمانات لا يستفيد منها إلا مشتري العقار بناء على التصاميم .

وتتمثل هذه الضمانات في ضمان حسن إنجاز المنشأ " La garantie de parfait achèvement"، و ضمان حسن سير عناصر تجهيز البناية " La garantie de bon fonctionnement"، و ضمان العيوب الظاهرة، و ضمان التسديدات المدفوعة من قبل المشتري خلال مراحل الإنجاز وذلك عن طريق إلزام بائع العقار (المتعامل في الترقية العقارية) باكتتاب ضمان لدى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة.

وتعتبر هذه الضمانات أهم الضمانات القانونية التي خص بها المشرع الجزائري مشتري العقار بناء على التصاميم، باعتباره مالكا للبناء إلى جانب الضمان العشري المنصوص عنه بمقتضى نص المادة 554 من ق.م.ج والمادة 8 من المرسوم التشريعي 03-93 المتعلق بالنشاط العقاري.

ونفس هذه الضمانات قررها القانون رقم 04-11، إذ تضمنت المادة 26 من هذا القانون ضمان حسن الإنجاز والمسؤولية العشرية (الضمان العشري) في حين تطرقت المادة 44 لضمان حسن سير عناصر تجهيز البناية و ضمان عيوب البناء (العيوب الظاهرة).

بناء على ذلك ستكون هذه الضمانات محل دراستنا في هذا المبحث، على أن نفرّد لكل منها مطلباً، باستثناء الضمان المتعلق باكتتاب تأمين لدى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة الذي تطرقنا لدراسته في الباب الأول كضمان خاص في مرحلة إبرام العقد.

بناء عليه سنخصّص المطلب الأول لضمان حسن إنجاز المنشأة، في حين نخصّص المطلب الثاني لضمان حسن سير عناصر التجهيز، أما المطلب الثالث سيتم تخصيصه لضمان العيوب الظاهرة.

1.2.1.2. ضمان حسن الإنجاز

نظم المشرع الجزائري ضمان حسن إنجاز المنشأة بمقتضى نص المادة 14 من المرسوم التشريعي رقم 93-03 المتضمن النشاط العقاري إذ نصت على ما يلي: "...غير أنه ليس لحيازة الملكية وشهادة المطابقة أثر إعفائي من المسؤولية المدنية المستحقة ولا من ضمان حسن إنجاز المنشأة التي يلتزم بها المتعامل في الترقية العقارية خلال أجل سنة واحدة".

يتبين من خلال هذا النص أن المشرع الجزائري فرق بين المسؤولية المدنية وضمان حسن الإنجاز، لضمانهما حقوقاً مختلفة لمالك البناء، إذ أن ضمان حسن إنجاز المنشأة تقرر خصيصاً لحماية مشتري العقار بناء على التصاميم (مالك البناء)، و لا يتمتع به المشتري في عقد البيع وفقاً للقواعد العامة الذي يستفيد من أحكام المسؤولية المدنية فقط.

ونظراً لأهمية ضمان حسن الإنجاز فقد نظمه المشرع الفرنسي بموجب المادة 06/1792 من التقنين المدني الفرنسي، وذلك بموجب التعديل التشريعي الذي تضمنه القانون رقم 12 الصادر في 04 يناير 1978 [9] ص 1021.

والهدف من إقرار المشرع الجزائري لهذا الضمان هو إصلاح كل خلل يوجد في العقار المشيد، سواء ظهر هذا الخلل عند التسليم، أو خلال السنة التالية له.

ونظراً للغموض الذي ساد نص المادة 14 من المرسوم التشريعي 93-03 الذي اكتفى بالنص عنه كضمان مقرر لمشتري العقار، وحدد مدته دون أي تفاصيل خاصة كموضوع الضمان، وجزاء إخلال المتعامل العقاري بهذا الالتزام، وأمام هذا الفراغ القانوني وانعدام الأحكام القضائية في هذا الشأن لا يسعني لدراسة هذا الضمان إلا الرجوع لأحكام القانون المدني الفرنسي لأنه المصدر الرئيسي الذي استوحى منه المشرع الجزائري أحكام عقد البيع بناء على التصاميم.

بناء على ذلك سيكون هذا الضمان محل دراستنا في هذا المطلب على الشكل التالي:

الفرع الأول: نطاق تطبيق ضمان حسن الإنجاز

الفرع الثاني: أحكام ضمان حسن الإنجاز

1.1.2.1.2. نطاق تطبيق ضمان حسن الإنجاز

يتحدد نطاق تطبيق أحكام ضمان حسن الإنجاز بأشخاص معينين يشكلون نطاق تطبيقه الشخصي، كما أن تحديد هذا الضمان يستدعي التطرق إلى الأسباب التي تستوجب تطبيقه، وهذا من خلال تطرقنا للنطاق الموضوعي للضمان. كما أن تحديد النطاق الموضوعي والشخصي يستدعي ضرورة تحديد النطاق الزمني الذي تطبق فيه أحكام ضمان حسن الإنجاز.

1.1.1.2.1.2. النطاق الشخصي لضمان حسن الإنجاز

إن دراسة النطاق الشخصي لضمان حسن الإنجاز يستدعي تحديد المستفيد والملتزم من ضمان حسن الإنجاز.

المستفيد من ضمان حسن الإنجاز: بما أن نص المادة 14 من المرسوم التشريعي رقم 93-03 المتضمن النشاط العقاري هي النص الوحيد الذي تطرق لضمان حسن الإنجاز وجاء خاليا من أي تفاصيل، كما أنه جاء مبهما سنعمد في دراستنا على المقارنة كما أشرت إلى ذلك سابقا، لذلك سيتم تحديد المستفيد من الضمان وفقا للتشريع الجزائري والتشريع الفرنسي.

بالنسبة للتشريع الجزائري، يمكن تحديد المستفيد من ضمان حسن الإنجاز بالرجوع إلى نص المادة 14 من المرسوم التشريعي رقم 93-03 المتعلق بالنشاط العقاري، التي خصت شخص واحد فقط للاستفادة من هذا الضمان وهو مشتري العقار بناء على التصاميم، أما المشتري وفقا للقواعد العامة لا يمكنه الاستفادة من هذا الضمان.

كما أن بائع العقار بناء على التصاميم لا يستفيد من ضمان حسن الإنجاز لأن العلاقة التي تربط بين بائع العقار (المتعامل في الترقية) والمقاول يحكمها عقد المقاول، وهذا العقد لم يتضمن هذا الضمان إذ اقتصره المشرع في عقد البيع بناء على التصاميم فقط.

لكن مع ذلك منح المشرع الجزائري للمتعامل في الترقية العقارية ضمان آخر يتشابه مع ضمان حسن الإنجاز، بموجب المرسوم التنفيذي رقم 91-434 المؤرخ في 04/11/1991 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، والمعدل والمتمم بموجب المرسوم الرئاسي رقم 03-301 المؤرخ في 11/09/2003 يسمى بضمان كفالة حسن التنفيذ الذي تضمنته المادة 84 من المرسوم الرئاسي رقم 02-250 بنصها على أنه: " يتعين على المتعامل المتعاقد أن يقدر كفالة حسن تنفيذ الصفقة زيادة على كفالة رد التسبيقات المنصوص عليها في المادة 63 أعلاه...".

تقدم هذه الكفالة أثناء تقديم أول وضعية أشغال وتقدر ب 5 % إلى 10% من مبلغ الصفقة[116]، وتتحول كفالة حسن التنفيذ إلى كفالة ضمان عند التسليم المؤقت للعمل[116]، ومدة هذا الضمان هي سنة من تاريخ التسليم المؤقت للمشروع، وفي حالة عدم ظهور أي عيب أو خلل في البناء يسترد المبلغ المدفوع على سبيل الضمان خلال مدة شهر من تاريخ التسليم النهائي للصفقة[116].

إذا حسمنا الأمر بالنسبة لبائع العقار (المتعامل في الترقية العقارية) واعتبرناه شخصا ملزما بضمان حسن الإنجاز لا مستفيدا فهل يمكن أن ينتقل ضمان حسن الإنجاز إلى الخلف العام والخلف الخاص للمشتري؟

لا يوجد نص قانوني في التشريع الجزائري يقضي صراحة بانتقال الحق في ضمان حسن الإنجاز إلى الخلف العام أو الخلف الخاص الذي آلت إليه ملكية البناء المشوب بعيوب.

ولكن بالرجوع إلى القواعد العامة في انتقال الحق نستخلص من نص المادة 108 من القانون المدني بأنها أجازت في حالة وفاة السلف (مشتري العقار بناء على التصاميم) وكانت مدة الضمان لم تنته بعد ، ينتقل حق الرجوع بهذا الضمان إلى خلفه العام، كما ينتقل حق الضمان للخلف الخاص وفقا للقواعد العامة لنظرية الاستخلاف في الحقوق المنصوص عليها في المادة 109 من ق.م.ج.

أما بالنسبة للمشرع الفرنسي فقد حدد المستفيد من ضمان حسن الإنجاز في نص المادة 06/1792 مدني فرنسي في فقرتها الثانية، والتي نستخلص من خلالها بأن ضمان حسن الإنجاز في التشريع الفرنسي يلتزم به المقاول خلال سنة من تاريخ التسليم بإصلاح كل خلل أشار إليه رب العمل في محضر التسليم.

وما يلاحظ على هذه الفقرة أيضا هو أن المشرع الفرنسي استعمل مصطلح *désordre* بدلا من مصطلح *vice* ولفظ *désordre* يقابله مصطلح خلل بدلا من عيب *vice*.

أما الفقرة الثالثة من المادة 06/1792 مدني فرنسي، فقد نصت على المدة اللازمة لتنفيذ أعمال الإصلاح، التي تحدد باتفاق مشترك بين رب العمل والمقاول الذي يعنيه الأمر.

من خلال هاتين الفقرتين نستخلص أن المستفيد الوحيد وفقا لأحكام القانون المدني الفرنسي هو رب العمل.

وبهذا يختلف المشرع الجزائري عن المشرع الفرنسي من حيث شخصية المستفيد التي قررها كل تشريع، إذ حصرها التشريع الجزائري في مشتري العقار بناء على التصاميم ، وبالتالي أهمل حقوق رب العمل الذي يتضرر هو أيضا من العيوب المنشأة لالتزام لضمان حسن الإنجاز، فكان من الأولى أن يستفيد منه هو مباشرة لا أن يلزم به ، لأن هذه الأعمال عهدت إلى مقاولين ومهندسين، وبالتالي كان

على المشرع على الأقل أن يمنح هذا الحق لرب العمل في إطار أحكام عقد المقاول المنصوص عليها في القانون المدني.

الملتزم بضمان حسن الإنجاز: إن الملتزم بضمان حسن الإنجاز هو المدعى عليه بضمان العيوب التي نشأت خلال مدة معينة، وباستقراءنا لنص المادة 14 من المرسوم التشريعي رقم 03-93 المتعلق بالنشاط العقاري نستخلص بأن الملتزم بضمان حسن الإنجاز هو المتعامل في الترقية العقارية، أي بائع العقار بناء على التصاميم .

والسبب في إلزام المتعامل في الترقية العقارية بضمان حسن الإنجاز دون غيره من المقولين والمهندسين هو عقد البيع الذي يربط بينه وبين مشتري العقار (مالك البناء) الذي يسهل على هذا الأخير الحصول على حقه.

والتزام بائع العقار بناء على التصاميم (المركي العقاري) بضمان حسن الإنجاز لا ينتقل إلى خلفه العام لأن الالتزام في التشريع الجزائري لا ينتقل من المورث إلى الوارث بل يبقى دينا في التركة[41] ص 653.

أما بالنسبة للخلف الخاص فوفقا للقواعد العامة المنصوص عليها بموجب المادة 109 من ق.م.ج تنتقل حقوق والتزامات السلف بقبود وهي أن تكون هذه الالتزامات من مستلزمات الشيء وعلم الخلف الخاص به وقت انتقال الحق إليه.

أما بالنسبة لأحكام المرسوم التشريعي التي قضت بالتزام المتعامل في الترقية العقارية بضمان حسن الإنجاز دون غيره، لذا لا يمكن أن ينتقل هذا الضمان إلى الخلف الخاص للمتعامل في الترقية العقارية ألا وهو مشتري العقار بناء على التصاميم لأن هذا الأخير لا يحمل صفة المتعامل في الترقية العقارية.

أما بالنسبة للمشرع الفرنسي فقد ألزم بموجب نص المادة 1/1792 كل المعماريين بالضمان العشري، إلا أنه ألزم المقاول فقط بضمان حسن الإنجاز بمقتضى نص المادة 06/1792 من القانون المدني الفرنسي في فقرتها الثانية، وبذلك يكون المشرع الفرنسي قد أبقى كل من المهندس المعماري وبائع العقار قبل الإنجاز وغيره من المتدخلين في عملية الإنجاز من ضمان حسن الإنجاز، كما لا وجود لأي تضامن بين المقاول المسؤول وبقية المعماريين[164] ص 126، إلا أنه استثنى حالة واحدة يلزم فيها البائع والمتعامل في الترقية العقارية بضمان حسن الإنجاز، وهي حالة العزل الصوتي، وهو ما استجده المشرع الفرنسي بموجب قانون 04 جانفي 1978 الذي منح للشاغل الأول من طرف البائع والمتعامل في الترقية العقارية فقط حق المطالبة بضمان حسن الإنجاز إذا تعلق الأمر بعيوب العزل الصوتي خلال سنة من تاريخ حيازة المسكن لا من تاريخ تسليم البناية لرب العمل[168] ص 160.

والتزام المقاول بضمان حسن الإنجاز دون غيره من مشيدي البناء لا يمنعه من الرجوع على المتسبب الحقيقي في إحداث الخلل الذي قام بإصلاحه المقاول [16] ص 172.

فلو عمم هذا الالتزام على كل المعمارين كما فعل في الالتزام بالضمان العشري لكان أحسن، إذ تعدد المسؤولين وتضامنهم فيما بينهم يمنح أكبر حماية لمالك البناء، ونفس المشكل يطرح بالنسبة للمشرع الجزائري الذي حصره في المتعامل في الترقية العقارية فقط دون غيره من مشيدي البناء.

2.1.1.2.1.2. النطاق الموضوعي لضمان حسن الإنجاز

بما أن مشتري العقار بناء على التصاميم لم يشتر عقارا عن طريق المعاينة والفحص، لذلك حرص المشرع على حمايته من بعض العيوب التي قد تظهر بعد إتمام الإنجاز.

إذ أن العبرة ليست بتشديد البناء في الوقت المحدد بقدر ما يستلزم مطابقته للمواصفات المتفق عليها، لذلك ألزم المتعامل في الترقية العقارية (بائع العقار) بضمان حسن الإنجاز لكل خلل يظهر في البناء المشيد.

وهذا الضمان كغيره من الضمانات الأخرى يستدعي شروطا لتحقيقه وأسبابا خاصة بالعيوب الموجبة للضمان.

لذلك فإن دراسة النطاق الموضوعي لضمان حسن الإنجاز يفترض التعرض للنقاط التالية: الأعمال التي تشكل موضوعا لتطبيق ضمان حسن الإنجاز، والأسباب الموجبة لتطبيق أحكام ضمان حسن الإنجاز، والشروط الواجب توفرها لتطبيق ضمان حسن الإنجاز.

العيوب والأعمال التي تشكل موضوعا لتطبيق ضمان حسن الإنجاز: يستخلص من نص المادة 14 من المرسوم التشريعي رقم 93-03 بأن المشرع الجزائري لم يحدد الأعمال التي تشكل موضوعا لتطبيق ضمان حسن الإنجاز، واكتفى بتحديد كالتزام يقع على عاتق المتعامل في الترقية العقارية فقط.

وهو نفس المسلك الذي سلكه المشرع الفرنسي الذي لم يحدد صراحة الأعمال التي يرد عليها هذا الضمان، أما بالنسبة للأسباب فقد نص صراحة عليها بمقتضى نص المادة 06/1792.

وبما أن نص المادة 06/1792 من القانون المدني الفرنسي لم يحدد صراحة الأعمال التي يرد عليها ضمان حسن الإنجاز، هذا يعني أن المشرع الفرنسي قصد من شمول هذا الضمان لكل العقار دون تمييز بين عناصره التكوينية أو عناصره التجهيزية.

كما يدخل في هذا الضمان كل أعمال التهيئة والتجهيز للأرض من رصف للطرق وإقامة الجسور، وخطوط السكك الحديدية... الخ [62] ص 439.

هذا يصدق في القانون المدني الفرنسي، أما بالنسبة للقانون الجزائري لا يمكن التوسع في النطاق الموضوعي لضمان حسن الإنجاز على أساس أن المشرع الجزائري خص عقود البيع بناء على التصاميم فقط بهذا الضمان، وهذه العقود محلها انجاز محلات سكنية أو تجارية، أو صناعية، أما المنشآت الأخرى فهي ليست محل عقد البيع بناء على التصاميم.

في حين نجد أن المشرع الفرنسي ألحق ضمان حسن الإنجاز بعقد المقاولة وهذا ما فسح المجال لتوسيع مفهوم الأعمال إلى كل المنشآت مهما كانت طبيعتها.

وبهذا المفهوم نستخلص بأن المشرع الفرنسي أراد أن يمد نطاق ضمان حسن الإنجاز إلى كل الأعمال التي لم يمتد إليها الضمان العشري وضمن حسن سير عناصر التجهيز إلا أنه استثنى نوع من الأعمال ونص عليه صراحة بإخضاعه لضمان حسن الإنجاز المتمثلة في توافر الحد الأدنى من مقتضيات العزل الصوتي في المباني الذي نصت عليه المادة 07 من قانون 04 جانفي 1978 [175].

ومحتوى هذه المادة هو أن عقود المقاولة المتعلقة بعمليات تشييد المباني السكنية تتضمن بقوة القانون الالتزام بمراعاة القواعد القانونية والتنظيمية الخاصة بتوفير الحد الأدنى المطلوب توافره في هذه المباني في مجال العزل الصوتي، والأعمال التي تجعل هذه القواعد موضع التنفيذ تدخل في نطاق ضمان حسن الإنجاز المنصوص عليه في المادة 06/1792 من التقنين المدني الفرنسي. ويعتبر كل من البائع أو المقاول في الترقية العقارية ضامنا في مواجهة الشاغل الأول للمسكن خلال الستة أشهر التالية لتاريخ شغله لهذه الوحدة السكنية [157].

وبذلك يكون المشرع الفرنسي قد حسم خلافا كبيرا في الفقه والقضاء الفرنسيين، حول تكييف الضرر المتمثل في العزل الصوتي للبناء المشيد، إذ ألحق عيوب العزل الصوتي إلى ضمان حسن الإنجاز واستبعدها من أحكام الضمان العشري.

وبالرغم من أن المشرع الفرنسي لم يحدد الأعمال التي تدخل في نطاق ضمان حسن الإنجاز إلا أنه بموجب نص المادة 06/1792 أخرج صراحة بعض الأعمال من نطاق الضمان المتمثلة في الأعمال اللازمة لعلاج آثار الاستعمال العادي. ويرجع سبب استبعاد المشرع الفرنسي لهذه الأعمال كون أن رب العمل عند استلامه للمبنى واستغلاله بالطريقة المحققة لمصلحته لذلك تتحقق مسؤوليته عن صيانته للمبنى [62] ص 440.

الشروط الواجب توافرها لتطبيق ضمان حسن الإنجاز: إن تقرير الحماية القانونية لمالك البناء لا يؤدي إلى قيد حقوق مشيدي البناء، لذلك عمل المشرع الفرنسي على إيجاد توازن بين تقرير الحماية الفعالة لرب العمل والمحافظة على حقوق المقاول، وذلك بوضع شروط لتطبيق هذا الضمان.

وتتمثل هذه الشروط في الآتي:

شرط تعيين الخلل: هذا الشرط نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 06/1792 من القانون المدني الفرنسي، ويقصد به أن يقوم رب العمل عند تسلمه للبناء المشيد بمعاينته ، فإذا اكتشف أي خلل يجب أن يعينه في شكل تحفظ في محضر التسليم والتسلم الذي يتم تحريره وقت التسلم.

وفي حالة عدم تعيين الخلل وقت التسلم وقبل رب العمل البناء المسلم إليه يؤدي إلى عدم إلزام المقاول بإصلاحه عينا، إذ أن التسلم بهذه الطريقة يعد بمثابة إبراء لذمة المقاول من الالتزام بضمان حسن الإنجاز، ويعتبر رب العمل متنازلا عن حقه في طلب الإصلاح[62] ص 446.

ما يخلص إليه في الأخير هو أن كل خلل أو ضرر يكون ظاهرا أو على الأقل معروفا لرب العمل أو من ينوب عنه عند التسليم ولم يتم التحفظ بشأنه من طرف رب العمل يسقط حقه في الضمان اتجاه المقاول.

وكلمة "ظاهرا" لا يقصد بها ظهور الخلل أو الضرر في حد ذاته و إنما حتى آثاره[62] ص

1066.

شرط الإخطار: اشترط المشرع الفرنسي شرط الإخطار في حالة ما إذا كان الخلل خفيا وقت التسليم مما صعب على رب العمل أو من ينوبه اكتشافه أو اكتشاف آثاره، وفي حالة ما إذا ظهر خلال سنة من تاريخ التسليم اشترط عليه المشرع الفرنسي بمقتضى الفقرة الثانية من نص المادة 06/1792 ضرورة إخطار المقاول المعني بالأمر بالخلل الذي ظهر، ويشترط في هذا الإخطار أن يكون مكتوبا، وأن يطلب من خلاله المقاول بإصلاح الخلل الذي ظهر[163] ص 289.

بناء على ما سبق إذا لم يقم رب العمل بإخطار المقاول بعد ظهور الخلل، يعتبر بمثابة تنازل من

طرفه ولا يلزم بعد ذلك المقاول بالإصلاح، حتى ولو علم به من جهة أخرى[62] ص 447.

3.1.1.2.1.2. النطاق الزمني لممارسة حق ضمان حسن الإنجاز

إن تحديد الأشخاص المستفيدين من ضمان حسن الإنجاز، والملزمين به، والعيوب والأضرار التي تشكل موضوع هذا الضمان لا تكفي إذا لم نحدد الإطار الزمني الذي يحق فيه للمستفيد أن يستعمل هذا الضمان.

لذلك سنحاول تحديد المدة القانونية التي إذا ظهر فيها العيب نشأ حق ضمان حسن الإنجاز،

والمدة التي يمكن أن ترفع خلالها دعوى ضمان حسن الإنجاز.

مدة ضمان حسن الإنجاز: حدد المشرع الجزائري مدة الضمان بموجب نص المادة 14 من المرسوم التشريعي رقم 03-93، بسنة واحدة يبقى خلالها المتعامل في الترقية العقارية ملزما بضمان حسن

الإجاز اتجاه المشتري، وهي نفس المدة التي حددها المشرع الفرنسي بمقتضى نص المادة 06/1792، لذلك اصطلح على تسميتها في فرنسا بالضمان السنوي *la garantie annule* [165] ص 456.

أ- مرحلة بداية سريان مدة ضمان حسن الإنجاز: باستقراءنا لنص المادة 14 من المرسوم التشريعي رقم 03-93 نستخلص بأن المشرع الجزائري اكتفى بتحديد مدة الضمان دون أن يحدد مرحلة سريان مدة السنة الخاصة بهذا الضمان.

أما بالنسبة للمشرع الفرنسي فقد حدد مرحلة بداية سريان مدة السنة المحددة بتاريخ تسلم العمل [165 ص 456] بموجب المادة 1792، وقبل صدور التعديل التشريعي المؤرخ في 04 جانفي 1978 كانت مرحلة انطلاق مدد الضمانات الثلاث "الضمان العشري، ضمان حسن الإنجاز، ضمان حسن سير عناصر التجهيز" من يوم معاينة تنفيذ الأشغال [161] ص 709.

لكن بالرغم من وضوح نص المادة 06/1792 في تحديدها لمرحلة بدء سريان مدة الضمان، إلا أن المحاكم قامت بتفسير المادة 06/1792 فيما يخص شكل وشروط الاستلام، إذ حددت ثلاثة أنواع للاستلام وهي: الاستلام الصريح، الاستلام الصامت، والاستلام القضائي.

ب- الطبيعة القانونية لمدة ضمان حسن الإنجاز: إن مدة ضمان حسن الإنجاز المحددة بسنة اتفق الفقه الفرنسي على أنها مدة سقوط لا تقادم، لذلك لا تقبل الوقف أو الانقطاع [9] ص 1075، كما أنها تتعلق بالنظام العام، فلا يجوز التنازل عنها وأي اتفاق يهدف إلى ذلك يعد باطلا.

مدة دعوى ضمان حسن الإنجاز: بعدما حددنا المدة التي يسأل خلالها المتعامل في الترقية العقارية عن الأضرار التي تظهر في البناية وتشكل عيبا موجبا لضمان حسن الإنجاز، يجدر بنا أن نحدد المدة التي يمكن فيها لمشتري العقار بناء على التصاميم، رفع دعوى ضمان حسن الإنجاز لرفع الضرر عنه.

فبالرجوع إلى نص المادة 14 من المرسوم التشريعي 03-93 نستخلص بأن المشرع الجزائري حدد مدة الضمان، ولم يحدد مدة لرفع دعوى الضمان.

وبما أن المشرع الجزائري لم يحددها هذا يعني أنه تركها لإرادة الأطراف خصوصا وأن المادة 04 من نموذج عقد البيع بناء على التصاميم دفعت الأطراف المتعاقدة- المرقى العقاري والمشتري- إلى وجوب تحديد آجال تدارك العيوب، وفي حالة ما إذا أهمل المشتري هذا الإجراء ترتب عنه سقوط حقه في إصلاح العيوب [125].

وإن كان النص عاما يمكن أن نأخذه كأساس لاعتبار أن مدة دعوى ضمان حسن الإنجاز في التشريع الجزائري تتحدد على أساس الاتفاق.

ومع ذلك كان لزاما على المشرع الجزائري أن ينص صراحة على المدة القانونية التي يجب على مشتري العقار (مالك البناء) أن يرفع خلالها دعوى ضمان حسن الإنجاز، ولا يترك الأمر للاتفاق

بين الأطراف خصوصا وأن عقد البيع بناء على التصاميم يعد من العقود النموذجية، التي تفرض فيها إرادة الطرف الضعيف وبذلك قد تنعدم الحماية القانونية التي توخاها المشرع الجزائري من خلال إلزام المتعامل في الترقية العقارية بضمان حسن الإنجاز ، ليحفظ بذلك حقوق المشتري (مالك البناء). ونفس الموقف اتخذه المشرع الفرنسي إذ لم يحدد المدة القانونية التي يجب أن ترفع خلالها دعوى ضمان حسن الإنجاز، وهذا ما دفع بالفقه الفرنسي إلى اعتبار أن مدة دعوى ضمان حسن الإنجاز هي نفسها مدة الضمان، بمعنى أن مدة سنة التي يبدأ سريانها من تاريخ التسليم هي مدة ضمان حسن الإنجاز وفي نفس الوقت مدة دعوى ضمان حسن الإنجاز.

بناء عليه إذا ظهر الخلل في اليوم الأخير من السنة لا يمكن للمستفيد من الضمان رفع دعوى الضمان التي تسقط في نفس اليوم الذي يسقط فيه الضمان بانقضاء مدة سنة [9] ص 1075.

2.1.2.1.2. أحكام ضمان حسن الإنجاز

إن أهم ما يمكن التطرق إليه من خلال أحكام ضمان حسن الإنجاز، هو جزاؤه، وأسباب دفع هذا الضمان.

1.2.1.2.1.2. جزاء الإخلال بضمان حسن الإنجاز

طبقا للقواعد العامة في عقد البيع، إذا أخل أحد المتعاقدين بالتزامه كان للمتعاقد الثاني أن يطلب منه التنفيذ العيني إذا كان ممكنا، وإذا استحال التنفيذ العيني كان للدائن أن يطالب المدين بالتنفيذ بمقابل عن طريق التعويض.

كما منح المشرع الجزائري جزاء آخر أشد من الجزاءين الأولين يتمثل في الفسخ، أي إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كان عليها قبل إبرام العقد.

وهي نفس الجزاءات المطبقة في عقد البيع بناء على التصاميم، إذ نصت المادة 17 من المرسوم التشريعي رقم 93-03 على أن: "كل تخلف أو عجز مادي من المتعامل في الترقية العقارية يثبتته المحضر القضائي قانونيا، ويظل مستمرا بالرغم من الإنذار يخول لجماعة المالكين سلطة مواصلة إنجاز البناءات بجميع الوسائل القانونية على نفقة المتعامل المتخلف وبدلا منه".

إن القراءة الأولية لهذه المادة تفيد بأن المشرع الجزائري قد قصد البناء الذي لم يتم إنجازَه بسبب عدم الانتهاء من الأشغال.

لكن القراءة المتأنية لها تدفعنا إلى القول بأن المشرع الجزائري قد جاء بمدلول واسع، إذ يمكننا اعتبار بأن العيوب التي تلحق بعقار ما تجعله أيضا غير تام الإنجاز.

ولتفادي تكرار ما ذكر وفقا للقواعد العامة لعقد البيع الخاصة بجزء الإخلال بالالتزام، سنحاول أن نقتصر في دراستنا لهذا المطلب على الجزء المترتب عن الإخلال بالالتزام بضمان حسن الإنجاز المتمثل في تنفيذ أعمال إصلاح الخلل، مبتدئين دراستنا بتحديد إجراءات تعيين الخلل الواجب إصلاحه عينا ثم كيفية تنفيذ أعمال الإصلاح.

إجراءات تعيين الخلل الواجب إصلاحه عينا: تستوجب المادة 06/1792 من القانون المدني الفرنسي بفقرتها الثانية والثالثة على رب العمل أن يقوم بتعيين الخلل الموجود بالعقار المشيد، سواء كان ظاهرا وقت التسليم في محضر التسليم، وأن يخطر المقاول عن كل عيب لم يكن ظاهرا وقت التسليم ولكنه ظهر خلال المدة القانونية بأنه راجع إلى خطأ معماري في ما نفذه المقاول [155] ص 161.

تنفيذ أعمال الإصلاح: يلتزم المتعامل في الترقية العقارية بالإصلاح العيني لكل عيب يظهر خلال المدة القانونية للضمان المحددة بسنة، وفي حالة ما إذا امتنع عن الإصلاح على المشرع أن ينذر المتعامل في الترقية العقارية، فإذا لم يستجب كان للمشتري أن يقوم وفقا للقواعد العامة بأعمال الإصلاح على نفقة المتعامل في الترقية العقارية وبدلا منه.

وما يلاحظ على أحكام المرسوم التشريعي رقم 93-03 أنها لم تحدد مدة الإصلاح، وتركت مسألة تحديدها لاتفاق الطرفين على أساس أن العيوب تختلف، وباختلافها تختلف المدة الواجبة لإصلاحها.

ونفس الاتجاه سار عليه المشرع الفرنسي، إذ يستفاد من نص المادة 06/1792 بفقرتها الثانية والثالثة على إلزام المقاول بإصلاح الخلل وتتم عملية الإصلاح خلال المدة لازمة لتنفيذ عمليات الإصلاح بالاتفاق المشترك بين رب العمل والمقاول الذي يعنيه الأمر، دون أن يحدد الشكل الواجب توفره لهذا الاتفاق [164] ص 164.

لكن قد يحدث ألا يتفق رب العمل والمقاول على مدة الإصلاح، أو لا يقوم المقاول بالتنفيذ خلال المدة المتفق عليها، هل يمكن لرب العمل في هذه الحالة أن يقوم بأعمال التنفيذ بالاستعانة بمقاول آخر على نفقة المقاول الأول؟

أجابت على هذا التساؤل المادة 06/1792، التي يتبين من خلالها أن المشرع الفرنسي قد أجاز لرب العمل أن يقوم بأعمال التنفيذ شريطة أن يقوم رب العمل في البداية بإنذار المقاول بعد التحفظ في محضر التسليم، أو قام بإخطاره، أو بعد إخطار رب العمل للمقاول وعدم استجابة هذا الأخير [155] ص 158.

وبذلك يكون المشرع الفرنسي قد منح لرب العمل حماية قانونية فعالة ضد مشيدي البناء، كان على المشرع الجزائري أن يخطوها، ويتطرق لهذه الحالة مباشرة، وإن كانت القواعد العامة قد تطرقت

إلى ذلك بموجب المادة 170 من ق.م.ج التي تشترط الحصول على إذن قضائي قبل التنفيذ على نفقة المدين، وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرار لها تحت رقم 152934 الصادر بتاريخ 1998/03/11 الذي جاء فيه ما يلي: "من المقرر قانونا 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.

ولما كان ثابتا في قضية الحال أن الطاعنة لجأت إلى مقال أول آخر الذي قام بتنفيذ ما التزم به المطعون ضدهما المتمثل في تشييد مجموعة من المساكن المتعاقد عليها، دون أن تلجأ الطاعنة إلى القضاء لتطلب ترخيصا لتنفيذ الالتزام حسب ما يقتضيه القانون. ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون قد يتجاوز السلطة ومخالفة القانون غير سديد ويستوجب الرفض".

وإزالة للغموض في مسألة مدى إثبات المقال للأعمال المطلوب إصلاحها، نص المشرع الفرنسي على ذلك في الفقرة الخامسة من المادة 06/1792 وبمقتضاها يتم إثبات عملية الإصلاح إما بإقرار الطرفين أو بحكم قضائي [161] ص 715.

2.2.1.2.1.2. أسباب دفع ضمان حسن الإنجاز

كما هو مقرر وفقا للقواعد العامة يمكن للمتعاقد في الترقية العقارية أن ينفي عنه المسؤولية إذا استطاع أن يثبت أن الخلل الذي لحق بالبناء قد نشأ عن سبب لا يد له فيه كقوة القاهرة، أو خطأ صدر من المضرور، أو خطأ صادر من الغير.

القوة القاهرة: تفترض القوة القاهرة جمع ثلاثة خصائص وهي عدم قابلية الدفع. وعدم قابلية التوقع، ويعتبر طبقا لهذه الخصائص من قبيل القوة القاهرة "الأمطار الفيضانية التي لا يمكن توقعها وعدم القدرة على دفعها، وارتفاع درجة الحرارة... الخ"، وإن كان نتيجة التطور العلمي أصبح من الممكن توقع بعض الكوارث، وبذلك يؤدي إلى عدم توفر خاصية "عدم التوقع"، لكن خاصية عدم قابلية الدفع تجعل من الكارثة قوة القاهرة [161] ص 748.

خطأ المضرور: خطأ المضرور قد يكون خطأ في الصيانة بالنسبة للمنشآت المشيدة التي يمكن أن تعفي كليا أو جزئيا من المسؤولية بالنسبة للمقال حسب التشريع الفرنسي، إذ أن عدم الصيانة قد يسبب أضرار للبنية، مما يؤدي إلى تحمل مسؤولية رب العمل كاملة [161] ص 114.

بالإضافة إلى أعمال الصيانة فإن سوء استعمال بناية تقع على مالك البناء، وفي هذا الخصوص قضت محكمة النقض الفرنسية بأن مسؤولية المشيدين تثار في الأساس، حتى وإن لم يكن عملهم سوى

تتبع للتعليمات التي تعطى من رب العمل إلا إذا كان هذا الأخير مختص في الإنشاء أو تدخل في الأشغال أو قام بتدخل خاطيء [9] ص 990.

والمضروور في عقد البيع على التصاميم هو المشتري (مالك البناء)، وهذا الأخير لا يمكنه التدخل في عملية البناء إذ أن المتعامل في الترقية العقارية هو المتعاقد مع المقاولين والمهندسين وبالتالي هو المشرف على متابعة عمليات البناء، أما المشتري فيقتصر دوره على تسلم البناية وحيازتها عند انتهاء الأشغال فقط ، ومع ذلك قد يرتكب بعض الأعمال التي من شأنها أن تلحق أضراراً بالبناية، تعتبر من قبل العيوب الموجبة لضمان حسن الإنجاز.

إلا أن المتعامل في الترقية العقارية (بائع العقار) يمكن أن ينفي عن نفسه المسؤولية إذا استطاع أن يثبت بأن الخلل ناتج عن تدخل خاطيء من المشتري في البناية مهما كانت أشكال هذا التدخل. خطأ الغير: حتى يمكن أن يكون الغير سببا معفي من المسؤولية يجب أن يكون عمل الغير غير مرتبط بالعملية الإنشائية [164] ص 113.

بناء عليه، لا يمكن للمتعامل في الترقية العقارية أن ينفي عن نفسه المسؤولية بادعاء خطأ الغير المتمثل في أحد مشيدي البناء أو المقاول. إذ أن العقد المبرم بين المتعامل في الترقية العقارية والمشتري يلزمه بالضمان، حتى ولو كانت الأضرار الملحقة بالبناية ترجع إلى المقاول والمهندس المعماري. أما إذا كان هذا الخلل راجعا إلى خطأ صادر من الغير ليست له أي علاقة بالمتعامل في الترقية العقارية في هذه الحالة يمكن أن يشكل سببا معفيا من الضمان [125]، ونفس الشيء بالنسبة للمقاول المسؤول اتجاه رب العمل في القانون المدني الفرنسي.

وبصدور القانون رقم 04-11 اكتفت المادة 26 منه النص عليه كضمان يلزم به المرقي العقاري خلال سنة واحدة، بقولها: «...غير أن الحيابة وشهادة المطابقة لا تعفيان من المسؤولية العشرية التي قد يتعرض إليها المرقي العقاري، ولا من ضمان الإنهاء الكامل لأشغال الإنجاز التي يلتزم بها المرقي العقاري طيلة سنة واحدة».

ما يلاحظ على هذا النص هو أنه تضمن المدة الخاصة بالضمان فقط، في حين بقيت أحكام عديدة أخرى دون بيان، فلم يتضمن النص اللحظة التي يبدأ منها سريان مدة الضمان ولا موضوعه التي كنا نأمل أن يوضحها القانون رقم 04-11، إلا أن الحال بقي على ما كان سائدا في ظل المرسوم التشريعي رقم 03-93.

واكتفى القانون رقم 04-11 بتغيير التسمية باللغة العربية، إذ أطلق عليه مصطلح "ضمان الإنهاء الكامل لأشغال الإنجاز"، في حين أطلق عليه تسمية ضمان حسن الإنجاز في ظل المرسوم التشريعي رقم 03-93.

2.2.1.2. ضمان حسن سير عناصر تجهيز البناية

عند تطرقنا لضمان حسن الإنجاز تكلمنا عن التحفظات التي يبديها المشتري عند تسلم البناية، وعن كل عيب ظاهر أو خفي يتم اكتشافه خلال المدة القانونية المحددة بسنة. وهذا لا يعني بأن التزام المتعامل في الترقية بضمان حسن الإنجاز يكون قد أسقط بقية الالتزامات الأخرى ، إذ أن التزامه بضمان العيب الخفي أي الضمان العشري يبقى قائما كما أن التزامه بضمان العيوب الظاهرة المنصوص عليه في المادة 15 من المرسوم التشريعي رقم 03-93 أيضا يبقى قائما لأن كل التزام من هذه الالتزامات له مجاله الخاص مما يجعله مختلفا عن الالتزام الآخر. وبالإضافة إلى هذه الضمانات التي رتبها المشرع الجزائري على عاتق المتعامل في الترقية العقارية في شكل التزامات حماية لمشتري العقار بناء على التصاميم ، هناك ضمان آخر خص به المشرع الجزائري مشتري العقار بناء على التصاميم دون غيره يتمثل في ضمان حسن سير عناصر تجهيز البناية نصت عليه المادة 15 من المرسوم التشريعي رقم 03-93 .

وإن كان المشرع الجزائري لم ينص صراحة على ضمان حسن سير عناصر التجهيز كضمان يقع على عاتق المتعامل في الترقية العقارية ، إذ اكتفى بالنص على آجال تنفيذ أشغال الإصلاح التي تركت لإرادة المتعاقدين من خلال نص المادة 15 من المرسوم التشريعي رقم 03-93 وفي نفس الوقت قد أحالتنا هذه المادة إلى المادة 09 و10 من نفس المرسوم اللتان تطرقتا إلى الضمانات القانونية والاتفاقية التي يلتزم بها المتعامل في الترقية العقارية.

أما بالنسبة للمشرع الفرنسي فقد نص عليه صراحة كالتزام بموجب نص المادة 06-1792 والمادة 04-1792 من التقنين المدني الفرنسي.

من خلال هذه النصوص سنقوم بدراسة مفصلة لهذا الضمان معتمدين على أحكام القانون المدني الفرنسي، نظرا للنقص والغموض المسجل في نصوص القانون الجزائري، وذلك من خلال فرعين على الشكل التالي:

الفرع الأول: نطاق ضمان حسن سير عناصر تجهيز البناية

الفرع الثاني: أحكام ضمان حسن سير عناصر تجهيز البناية

1.2.2.1.2. نطاق ضمان حسن سير عناصر تجهيز البناية

قبل التفصيل في نطاق تطبيق ضمان حسن سير عناصر التجهيز، نشير إلى أن هذا الضمان يختلف عن ضمان حسن الإنجاز والضمان العشري، من حيث أن الضمانين الأخيرين يتعلقان بالبناء ذاته

من ضمان التهدم وأضرار البناء، أما ضمان حسن سير عناصر التجهيز يتعلق بالعناصر الموجودة بالبناء.

إلا أن تقصير المشرع الجزائري في تفصيل أحكام هذا الضمان شأنه في ذلك شأن الضمان السابق أضفى صفة الغموض عليه الأمر الذي أدى بنا إلى تفصيل أحكام هذا الضمان وفقا لأحكام القانون الفرنسي.

وسنقوم من خلال هذا الفرع بتحديد النطاق الشخصي، والنطاق الموضوعي، والنطاق الزمني لضمان حسن سير عناصر التجهيز.

1.1.2.2.1.2. النطاق الشخصي لضمان حسن سير عناصر التجهيز

إن المسؤول عن ضمان حسن سير عناصر التجهيز وفقا لأحكام المرسوم التشريعي 93-03 هو المتعامل في الترقية العقارية أي بائع العقار بناء على التصاميم، فلا المقاول ولا المهندس ولا حتى منتج أو صانع هذه العناصر.

ويبقى للمتعامل في الترقية العقارية الحق في الرجوع على المسؤول الحقيقي طبقا لأحكام المسؤولية العقدية كأن يستعمل في ذلك دعوى ضمان العيب الخفي وفقا للقواعد العامة . وفيما يخص الشخص المستفيد من هذا الضمان فهو مشتري العقار بناء على التصاميم وخلفه العام والخاص المتمثلين في كل من تؤول إليه ملكية العقار.

أما بالنسبة للمشرع الفرنسي فقد اختلف عن المشرع الجزائري من حيث أشخاص الضمان، وإن كانت المادة 1792-03 لم تتضمن أي بيان عن أشخاص الضمان إلا أن الفقه الفرنسي أجمع على أن النطاق الشخصي لتطبيق أحكام ضمان حسن سير عناصر التجهيز هو نفس النطاق الشخصي لتطبيق أحكام الضمان العشري إلا فيما يتعلق بالمراقب الفني الذي استثناه المشرع الفرنسي ولم يخضعه لضمان حسن سير عناصر التجهيز [164] ص 124. وأساس هذا الاستثناء يرجعه الفقه إلى نص المادة 09 من قانون 12 يناير 1978 التي يتضح من خلالها أن المشرع الفرنسي أخضع المراقب التقني للضمان المنصوص عليه في المادة 1792، والمادة 1792-02 دون أن يخضعه لنص المادة 1792-03 وهذا يعني أن ضمان حسن سير عناصر التجهيز الذي نظمت أحكامه المادة 1792-03 لا يسري على المراقب الفني [155] ص 152.

بناء على ذلك نستخلص أن المستفيد من ضمان حسن سير عناصر التجهيز هو رب العمل، أما المسؤول عن هذا الضمان هو كل الأشخاص الملزمين بالضمان العشري من مقاول ومهندس معماري وبائع العقار... الخ، باستثناء المراقب التقني.

2.1.2.2.1.2. النطاق الموضوعي لضمان حسن سير عناصر التجهيز

إن المادة 15 من المرسوم التشريعي رقم 93-03 لم تحدد الأعمال التي تشكل موضوعا لضمان حسن سير عناصر التجهيز واكتفت بالنص عليه كالتزام فقط، أما بالنسبة للمشرع الفرنسي فقد نظم أحكام هذا الضمان من خلال نص المادة 1792-03 من القانون المدني الفرنسي التي حددت الأعمال التي تشكل موضوعا لضمان حسن سير عناصر التجهيز، كما حدد الأسباب والشروط الواجب توافرها لتطبيق هذا الضمان .

بالنسبة للأعمال التي تشكل موضوعا لسريان ضمان حسن سير عناصر التجهيز فقد حددتها المادة 1792/03 من ق. م. ف، التي اعتبرت أن كل ما لا يعتبر عنصرا تجهيزيا غير قابل للانفصال أو الاستبدال بغيره، دون أن يلحق تلف بالبناء طبقا لما هو محدد بنص المادة 1792 والمادة 1792-2 يشكل موضوعا لضمان حسن سير عناصر التجهيز .

بناء عليه نجد أن الأعمال التي تشكل موضوعا لأحكام ضمان حسن سير عناصر التجهيز لا تمتد إلى عناصر التجهيز في المبنى، وبالتحديد عناصر التجهيز التي لا تشكل جسما غير قابل للانفصال [157]ص 215.

ووفقا لهذا المفهوم يمكن أن نحدد النطاق الموضوعي لضمان حسن سير عناصر التجهيز في التشريع الجزائري بناء على نص المادة 181 من الأمر رقم 95-07 المتضمن قانون التأمين الذي نص على أنه: " يغطي الضمان العشري أيضا الأضرار المخلّة بصلاية العناصر الخاصة بتجهيز بناية ما عندما تكون هذه العناصر جزء لا يتجزأ من منجزات التهيئة ووضع الأساس والهيكل والإحاطة والتغطية".

إذ حددت هذه المادة موضوع الضمان العشري في العناصر الغير قابلة للانفصال، وبمفهوم المخالفة يخرج من نطاق الضمان العشري كل عنصر قابل للانفصال عن البناية، وبذلك تخضع لضمان حسن سير عناصر التجهيز، ومع ذلك كان على المشرع أن ينظمها بنص صريح.

وتطبيقا لذلك يعتبر من قبيل عناصر التجهيز القابلة للانفصال ما يلي: " أنابيب المياه والغاز وقنوات الصرف الصحي، الأبواب الداخلية والشبابيك... الخ" [71] ص 64 ، هذه العناصر يقوم المقاول بتركيبها على الحالة التي سلمت عليها، دون إدخال أية تعديلات عليها [9] ص 991.

أما بالنسبة للشروط الواجب توافرها لتحقيق الالتزام بضمان حسن سير عناصر التجهيز، يمكن تحديدها حسب نص المادة 1792/03 في الآتي:

أن يتوافر في العمل صفة العنصر التجهيزي *éléments d'équipement*: بمعنى أن يكون العنصر التجهيزي مصنوعا مسبقا، ولا يتطلب من المقاول سوى عملية تركيبه على الحالة التي كان

عليها وقت التسليم دون أن يدخل عليه أي تغيير كما هو الحال بالنسبة لأجهزة التدفئة المركزية وأجهزة التدفئة والتهوية... الخ [155] ص 159.

أن يكون عنصر التجهيز داخلا في مبنى (bâtiment): إذا كان الضمان العشري يمتد إلى كل مبنى ومنشأة عقارية فإن ضمان حسن سير عناصر التجهيز مقتصر على عناصر التجهيز في المبنى دون غيره، وهذا ما قضى به نص المادة 03-1792 صراحة، التي نستخلص منها أن ضمان حسن سير عناصر التجهيز يقتصر على عناصر التجهيز الداخلة في المبنى دون أن يمتد إلى غيره من المنشآت العقارية الأخرى.

أن تكون عناصر التجهيز قابلة للانفصال: هذا هو الشرط الأساسي الذي يخرج الأعمال من نطاق أحكام الضمان العشري، ویدمجها ضمن أحكام ضمان حسن سير عناصر التجهيز، وهذا ما يتضح من نص المادة 181 من الأمر رقم 07-95 المتضمن قانون التأمين، التي حددت نطاق الضمان العشري في العناصر التجهيزية التي تكون جزءا لا يتجزأ من منجزات التهيئة، ووضع الأساس، والهيكل والإحاطة والتغطية، ومنه نستخلص أن كل عنصر تجهيز قابل للانفصال عن الأعمال المذكورة في المادة 181 من الأمر رقم 07-95 تخضع لضمان حسن سير عناصر التجهيز، وهذه الأعمال حددها المشرع الفرنسي على سبيل الحصر والتي تتمثل في: "المنافع العامة، أو الأساس، أو هيكل البناء، أو السياج" [9] ص 996.

ولتطبيق أحكام ضمان حسن سير عناصر التجهيز القابلة للانفصال عن المبنى فقد اشترط المشرع الفرنسي عدم صلاحية عناصر التجهيز لأداء وظيفتها المقررة لها. والحكمة من تقرير المشرع لهذا الضمان هو إبعاد بعض العيوب التي تؤثر على أداء بعض العناصر الثانوية في العقار لوظائفها، ما دامت لا تشكل خطرا يحول دون تحقق الغرض المخصص له العقار [62] ص 421.

ما نخلص إليه في الأخير هو أن ضمان حسن سير عناصر التجهيز يلحق كل عنصر قابل للانفصال عن البناية دون أن يلحق بهذه البناية أي ضرر، ولا يتطلب من المقاتل في عملية تركيبه أي تعديل. وهذا ما يمنح لرب العمل وفقا لأحكام المشرع الفرنسي حق الاستفادة من هذا الضمان، ولمشتري العقار بناء على التصاميم طبقا للتشريع الجزائري.

3.1.2.2.1.2. النطاق الزمني لضمان حسن سير عناصر التجهيز

إن دراسة النطاق الزمني لممارسة حق ضمان حسن سير عناصر التجهيز تقتضي منا أن نتعرض لمدة الضمان، أي المدة التي يلزم من خلالها المتعامل في الترقية العقارية بضمان حسن سير عناصر التجهيز، والمدة القانونية لرفع ضمان حسن سير عناصر التجهيز، وذلك على النحو التالي:

مدة ضمان حسن سير عناصر التجهيز: لقد أغفل المشرع الجزائري تحديد مدة ضمان حسن سير عناصر التجهيز في بيع العقار بناء على التصاميم، ولهذا يبقى للأطراف المتعاقدة - المرقى العقاري والمشتري- حرية الاتفاق على مدة معينة لضمان حسن سير عناصر التجهيز بما يتناسب والغرض الذي تستعمل لأجله، خصوصا وأن كل عنصر تجهيزي يحتاج لمدة ضمان تختلف عن المدة التي قد يحتاجها عنصر تجهيزي آخر.

وبما أن تنظيم المشرع الجزائري لهذا الضمان ضمن أحكام المرسوم التشريعي رقم 93-03 إنما جاء تدعيما لحق المشتري وحماية له من تهاون المتعامل في الترقية العقارية في اقتناء عناصر التجهيز من النوع الجيد بما يكفل تحقيق الغرض المطلوب منه ، لذا يمكن للمشتري الرجوع للقواعد العامة في ضمان العيوب الخفية المنصوص عليها من المادة 379 إلى المادة 383 من ق م ج، التي تمنح للمشتري حق المطالبة بالضمان في حالة ظهور أي عيب خلال سنة من تاريخ التسليم، وبذلك تكون مدة السنة هي الأدنى لإعمال الضمان مع الحق في تمديد المدة حسب الاتفاق.

أما بالنسبة للمشرع الفرنسي فقد نص عليها صراحة في المادة 1792-03، التي حددت مدة التزام الملتزم بضمان حسن سير عناصر التجهيز لمدة سنتين من تاريخ تسليم الأعمال كحد أدنى [161] ص 709.

ويترتب على ذلك ما يلي:

- لا يمكن للأطراف المتعاقدة أن تتفق على جعل مدة ضمان حسن سير عناصر التجهيز أقل من سنتان.

أما بالنسبة للطبيعة القانونية لمدة ضمان حسن سير عناصر التجهيز فقد ساوى المشرع الفرنسي بين كل مدد الضمان سواء كان ضمان عشري، أو ضمان حسن الإنجاز، أو ضمان حسن سير عناصر التجهيز من حيث الطبيعة القانونية إذ اعتبرها مدة سقوط لا تقادم لا تخضع للوقف ولا للتقادم [9] ص 1007.

مدة دعوى ضمان حسن سير عناصر التجهيز: لقد سلك المشرع الفرنسي مسلكا واحدا في دعاوى الضمان إذ لم يميز بين مدة دعوى الضمان ومدة الضمان ذاته.

وبذلك يمكن للملزمين بضمان حسن سير عناصر التجهيز التخلص من هذا الضمان إذا انقضت المدة المتفق عليها بين الأطراف في العقد إذا كانت أكثر من سنتين، أو مدة السنتين المذكورة في المادة

03-1792 باعتبارها الحد الأدنى الذي قرره المشرع الفرنسي للضمان، كما أن المشرع الفرنسي لم يميز بين مدة الضمان ومدة دعوى الضمان حتى من حيث تاريخ سريانها وهو تاريخ تسلم الأعمال مقبولة من طرف رب العمل [9] ص 1008.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فإنه لم يحدد المدة التي ترفع خلالها دعوى ضمان حسن سير عناصر التجهيز.

2.2.2.1.2. أحكام ضمان حسن سير عناصر التجهيز

إن الحديث عن أحكام ضمان حسن سير عناصر التجهيز يستدعي منا في البداية التطرق إلى مدى تعلق هذه الأحكام بالنظام العام، بالإضافة إلى تحديد الجزاء المترتب عن الإخلال بهذا الضمان، وإلى أي مدى يمكن للمتعامل في الترقية العقارية التخلص من الالتزام بضمان حسن سير عناصر التجهيز.

1.2.2.2.1.2. أحكام ضمان حسن سير عناصر التجهيز والنظام العام

تنص المادة 18 من المرسوم التشريعي رقم 03-93 بأن: "كل بند في العقد يكون الغرض منه إلغاء أو تحديد المسؤولية أو الضمانات المنصوص عليها في المادتين 11 و14 وفي المواد المنصوص عليها في التشريع الجاري به العمل، أو تحديد مداها إما عن طريق إبعاد تضامن المقاولين من الباطن أو تحديده يعد باطلاً وكأنه لم يكن وذلك دون الإخلال بالأحكام المعمول بها في القانون المدني وقانون العقوبات والمتعلقة بتطبيق الأحكام التي يتضمنها هذا الفصل."

من خلال هذا النص يتضح بأن المشرع الجزائري ربط ضمان حسن سير عناصر التجهيز بالنظام العام، إذ قضت كل من المادة 18 من التشريع الجزائري والمادة 05-1792 بخضوع أحكام ضمان حسن سير عناصر التجهيز إلى النظام العام، ويترتب على تعلق أحكام الضمان بالنظام العام أن كل اتفاق بين الأطراف يخالف أحكام هذا الضمان يقع باطلاً، بناء عليه لا يجوز الاتفاق على إنقاص أو الحد من أحكام ضمان حسن سير عناصر التجهيز.

2.1.2.2.1.2. جزاء الإخلال بضمان حسن سير عناصر التجهيز

إذا قام بائع العقار بناء على التصاميم بتسليم بناء لوحظ فيه خلل في عناصره التجهيزية كان للمشتري أن يطالبه بإصلاح الخلل، لذلك اشترط المشرع الفرنسي على رب العمل حتى يتم تطبيق أحكام ضمان حسن سير عناصر التجهيز أن يثبت عدم صلاحية عناصر التجهيز لأداء وظيفتها عند التسليم،

على أن يتم إثبات عدم الصلاحية خلال المدة المتفق عليها في العقد كمدة للضمان إذا كانت أكثر من سنتين، أو على الأقل خلال مدة الضمان ، فإذا استطاع أن يثبت رب العمل ذلك تحقق التزام الملتزمون بالضمان[9] ص 1009.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد نص على التزام المتعامل في الترقية العقارية بإصلاح الخلل أي إصلاح عناصر التجهيز، التي أثبت عدم كفاءتها وسوء تشغيلها في المدة التي يتفق عليها الطرفان والمخصصة للضمان، وهي المدة المحددة في عقد البيع بناء على التصاميم، هذه المدة تخضع لإرادة الطرفين اللذين يتفقان على مدة إصلاح الخلل والعيوب بما يتناسب وعنصر التجهيز الذي ألحق ضررا بالبنائة.

أما إذا لم يتم المتعامل في الترقية العقارية من تنفيذ التزامه عينا بإصلاح العنصر أو استبداله، يجب أن يثبت امتناع المتعامل في الترقية العقارية في محضر يحرر من طرف المحضر القضائي على نفقته، ولمشتري العقار بعد ذلك أن يلجأ لطريق التعويض أو فسخ العقد. كما يمكن لمشتري العقار أن يقوم بنفسه وعلى نفقة المتعامل في الترقية العقارية بعملية الإصلاح بعد إنذار هذا الأخير وعدم استجابته حسب ما هو مقرر في القواعد العامة[108].

3.1.2.2.1.2. أسباب دفع ضمان حسن سير عناصر التجهيز

بما أن التزام المتعامل في الترقية العقارية وفقا للتشريع الجزائري ومسؤولية مشيدي البناء طبقا لأحكام القانون المدني الفرنسي بضمان حسن سير عناصر التجهيز، قائم على قرينة قانونية قاطعة، فلا يمكن لهم دفع هذا الضمان إلا بإثبات السبب الأجنبي في أحد أنواعه الثلاثة. القوة القاهرة: هي التي يستحيل دفعها ولا يمكن توقعها، كحالة الزلازل والحروب والفيضانات[42] ص 195.

خطأ الغير: قد يحدث أن يتدخل الغير في إحداث الضرر مما يمكن المتعامل في الترقية العقارية من دفع الضمان، لكن لا يمكنه أن يعتبر المقاول أو المهندس المعماري من الغير، لأنه بالرغم من أن عملية تركيب عناصر التجهيز يقوم بها المقاول، إلا أن التزام بائع العقار يبقى قائما وملزما بالضمان اتجاه المشتري، وفيما بعد يحق له الرجوع على المقاول والمهندس المعماري وفقا لأحكام المسؤولية العقدية. خطأ المضرور: وهو مشتري العقار الذي يعد من أهم الأسباب التي يعتد بها في دفع البائع لضمان حسن سير عناصر التجهيز، وذلك عن طريق الاستعمال الخاطئ أو السيئ من طرف المشتري كأن يقوم ببعض أعمال الهدم من أجل توسيع المطبخ مثلا فيؤدي إلى إلحاق الضرر ببعض عناصر التجهيز كالنوافذ وبعض الأجهزة الكهربائية.... الخ .

ما نخلص إليه في الأخير هو أن ضمان حسن سير عناصر التجهيز، الذي نصت عليه المادة 15 من المرسوم التشريعي رقم 03-93، ونظمه المشرع الفرنسي بقانون 04 جانفي 1978 بموجب المادة 03-1792 من القانون المدني، الهدف منه هو تغطية نوعية غير خطيرة من الأضرار، وهو توجه تشريعي نحو التوسع في نطاق الأضرار التي تغطيها مسؤولية مشيدي البناء، بعد أن كانت تقتصر على الضمان العشري الذي انحصر نطاقه في تغطية الأضرار الجسيمة فقط، مما جعل الكثير من الأضرار تقلت من الضمان. لذلك كان هذا التوسع الذي سمح بتقرير حماية قانونية كاملة لمشتري العقار بناء على التصاميم أي مالك البناء، لمواجهة أخطار التطور التكنولوجي الذي دخل ميدان البناء.

لهذه الأسباب أقر المشرع الجزائري هذا الضمان بموجب المادة 44 من القانون رقم 04-11 التي نصت على مايلي: «تحدد آجال تنفيذ الأشغال الضرورية لإصلاح عيوب البناء و/ أو حسن سير عناصر تجهيزات البناية بموجب العقد المذكور في المادة 26 أعلاه».

وباستقراءنا لنص المادة 44 السابقة الذكر نلاحظ بأن المشرع الجزائري لم يحدد مدة الضمان، التي أحال إلى تحديدها إلى العقد النموذجي لعقد البيع على التصاميم، كما أنه أغفل تحديد موضوع الضمان الذي نأمل أن ينداركة في النصوص التنظيمية.

كما أن هذه الحماية لم تقتصر على مجرد توسيع نطاق الضمان إلى الأضرار غير الجسيمة، بل تعداها إلى نوعية العيوب فبعد أن قررت القواعد العامة حماية المشتري بضمان العيوب الخفية جاء المرسوم التشريعي رقم 03-93 وقرر حماية خاصة لمشتري العقار بإلزام المتعامل في الترقية العقارية بضمان العيوب الظاهرة الذي سنحاول تفصيل أحكامه من خلال المطلب الثالث.

3.2.1.2. ضمان العيوب الظاهرة

طبقا للقواعد العامة لا يضمن البائع العيوب إلا إذا كانت خفية، إلا أنه واستثناء عن هذه القاعدة فقد ألزم المشرع الجزائري بموجب أحكام المرسوم التشريعي رقم 03-93 بائع العقار بناء على التصاميم (المتعامل في الترقية العقارية) بضمان العيوب الظاهرة وذلك بصريح المادة 15 منه .

ويعتبر التزام المتعامل في الترقية العقارية بضمان العيوب الظاهرة التزام بتحقيق نتيجة، وهي أن يسلمه عقارا خاليا من العيوب حتى ولو لم يتم بعملية التشييد بنفسه، إلا أن التزامه اتجاه المشتري يبقى قائما عن أي سوء في التنفيذ يتنافى والأصول الفنية المتبعة في عملية البناء والتشييد.

وبهذا يكون المشرع الجزائري قد خص عقد البيع بناء على التصاميم بأحكام خاصة تتماشى وطبيعة عمليات البناء والتشييد، مسايرا في ذلك المشرع الفرنسي الذي نظم هذا الضمان بموجب أحكام المواد 01-1642 والمادة 01-1646 والمادة 02-1648 من القانون المدني الفرنسي.

وبالرغم من تنظيم المشرع الجزائري لهذا الضمان إلا أنه بقي قاصرا من حيث تنظيم أحكامه، لذلك حتى يتسنى لنا معالجة أحكامه وسنقوم بدراستها وفقا لأحكام القانون المدني الفرنسي، كما أن تحديد المقصود بالعيوب الظاهر الذي ألزم به المتعامل في الترقية العقارية يستلزم منا التمييز بين العيوب الظاهرة وبعض المفاهيم المشابهة له.

بناء عليه يمكننا دراسة هذه النقاط من خلال فرعين، إذ نخصص الفرع الأول لمفهوم العيوب الظاهرة في حين نخصص الفرع الثاني لأحكام العيوب الظاهرة.

1.3.2.1.2. مفهوم العيوب الظاهرة

تناول المشرع الجزائري العيوب الظاهرة في المادة 15 من المرسوم التشريعي رقم 93-03 التي تقضي بأنه: " يحدد العقد المذكور في المادتين 09 و 10 أعلاه الأجال الضرورية لتنفيذ أشغال إصلاح العيوب الظاهرة و/ أو حسن سير عناصر تجهيز البناية".

من خلال هذا النص نستخلص أن المشرع الجزائري جعل ضمان العيوب الظاهرة من التزامات المتعامل في الترقية العقارية دون أن يحدد أي تعريف لهذه العيوب.

وهو نفس المفهوم الذي احتفظ به القانون رقم 11-04 في المادة 44 منه، التي نصت على مايلي: «تحدد آجال تنفيذ الأشغال الضرورية لإصلاح عيوب البناء و/ أو حسن سير عناصر تجهيزات البناية بموجب العقد المذكور في المادة 26 أعلاه».

يتضح من هذا النص أن المشرع الجزائري غير مصطلح ضمان العيوب الظاهرة بضمن عيوب البناء، وآجال تحديد مدة إصلاح هذه العيوب للنصوص التنظيمية.

لذلك سنحاول التطرق إلى نقطتين أساسيتين وهما تعريف العيب الظاهر وتحديد خصائصه.

1.1.3.2.1.2. تعريف العيب الظاهر

يتبين من نص المادة 15 من المرسوم التشريعي رقم 93-03 بأن المشرع الجزائري لم يعرف العيب الظاهر، ولم يحدد حتى العيوب التي تشكل عيبا ظاهرا، أو على الأقل تحديد الأسس التي يمكننا الاعتماد عليها لتحديد المقصود بها، كما فعل بخصوص العيب الخفي الموجب للضمان العشري، إذ اعتبر أن كل عيب يؤدي إلى تهمد البناء كليا أو جزئيا، أو يهدد سلامة ومتانة البناء، يعد عيبا موجبا للضمان العشري.

ونظرا للنقص الموجود في نص المادة 15 من المرسوم التشريعي رقم 03-93، يمكننا الاستناد على قواعد ضمان العيوب الخفية المنصوص عليها في المادة 03-379 من ق.م.ج التي حددت معيارين لتحديد الصفة الظاهرة للعيوب وهما:

العيوب التي كان المشتري على علم بها وقت البيع.

-العيوب التي كان باستطاعة المشتري أن يطلع عليها لو أنه فحص المبيع بعناية الرجل العادي.

إذا استطاع البائع أن يثبت بأن المشتري كان يعلم بالعيوب، أو كان يستطيع اكتشافه بنفسه حتى يكون العيب ظاهرا، سقط حق المشتري في دفع دعوى ضمان العيب الخفي وفقا للقواعد العامة [24] ص 50.

وبذلك يمكننا أن نعتمد على هذين المعيارين لتحديد العيب الظاهر الذي ألزم به المتعامل في الترقية العقارية، نظرا للطبيعة الخاصة لعمليات البناء والتشييد التي لا يمكن لأي شخص أن يكتشف عيوبها إلا إذا كان شخصا متخصصا وبما أن غالبا ما يكون شخصا غير خبير في عمليات البناء فإنه يصعب عليه اكتشافها ولو كانت ظاهرة [162] ص 98.

وعرف الأستاذ سمير عبد السيد الأودن العيوب الظاهرة بأنها: " تلك العيوب التي كان المشتري يعرفها وقت البيع أو كان يستطيع أن يثبتها بنفسه لو أنه فحص المبيع بعناية الرجل العادي [6] ص 74.

2.1.3.2.1.2. خصائص الالتزام بضمان العيب الظاهر

ومن خلال التعريف السابق يمكننا استخلاص خصائص الالتزام بضمان العيوب الظاهرة والتي تتمثل في الآتي:

إن التزام المتعامل بضمان العيوب الظاهرة هو التزام بتحقيق نتيجة، وهي تسليم بناء خالي من أي عيوب، وفي حالة إخلاله بهذا الالتزام تحقق التزامه بضمان العيب الظاهر، بمعنى لا تبرأ ذمة المتعامل في الترقية العقارية اتجاه المشتري بمجرد بذل العناية اللازمة، بل لابد من تحقيق النتيجة المتمثلة في تسليم بناء خالي من العيوب [162] ص 99.

الالتزام بضمان العيوب الظاهرة يتعلق بالنظام العام، وهذا ما تضمنه نص المادة 18 من المرسوم التشريعي رقم 03-93، التي اعتبرت أن التزام المتعامل في الترقية العقارية بالضمان لا يمكن الإنقاص منه أو إسقاطه ، وكل اتفاق يهدف إلى ذلك يقع باطلا بطلانا مطلقا وذلك حماية لمشتري العقار الذي تقرر الضمان لمصلحته.

2.3.2.1.2. أحكام ضمان العيوب الظاهرة

إن تحديد المقصود بالعيوب الظاهرة لا يكفي، بل لا بد من تحديد أحكامه من خلال التطرق لنطاقه بصوره الثلاث، الموضوعي والشخصي والزمني، وأيضا الجزاء المترتب عن الإخلال بهذا الالتزام.

1.2.3.2.1.2. نطاق ضمان العيوب الظاهرة

يتحدد نطاق ضمان العيوب الظاهرة بعناصره الثلاث، الموضوعي والشخصي والزمني. النطاق الموضوعي لضمان العيوب الظاهرة: يقصد به الأعمال التي تشكل عيبا ظاهرا موجبا للضمان، ولقد سبق أن أشرنا إلى أن المشرع الجزائري لم يحدد الأعمال التي تشكل عيبا ظاهرا وفقا للأحكام الخاصة بعقد البيع بناء على التصاميم، أو عقد المقاوله الذي لم يتضمنه أصلا، إلا أن القواعد العامة لضمان العيب الخفي في عقد البيع قد حددت معيارين يمكن من خلالهما معرفة ما إذا كان العيب ظاهرا أم خفيا[108].

أما المشرع الفرنسي فقد حدد بموجب نص المادة 1642-01 النطاق الموضوعي للعيب الظاهر في: " كل عيوب البناء مهما كانت درجة خطورتها، سواء تعلقت بعيوب الصنع أو عيوب المواد المستخدمة في عملية البناء" [162] ص 98.

وبغياب النص الصريح في التشريع الجزائري يمكن أن نأخذ بهذا المفهوم لأن المشرع الجزائري ألزم بموجب المادة 15 من المرسوم التشريعي رقم 93-03 المتعامل في الترقية العقارية بضمان العيوب الظاهرة دون أن يحدد جسامه هذه العيوب.

النطاق الشخصي لضمان العيوب الظاهرة: أخضع المشرع الجزائري المتعامل في الترقية العقارية لهذا الالتزام دون غيره في إطار عقد البيع بناء على التصاميم، أما عقد المقاوله لم يتضمن هذا الالتزام .

وبذلك يعد المتعامل في الترقية العقارية المسؤول الوحيد عن أي عيب ظاهر يظهر بالبناء، ولا يمكن أن ينتقل هذا الالتزام لا للخلف العام ولا للخلف الخاص، وفي حالة تحقق مسؤوليته وتوفي يثبت للمشتري حق الحصول على التعويض المستحق له من شركة المتعامل في الترقية طبقا لقاعدة لا تركة إلا بعد سداد الديون.

أما بالنسبة للمستفيد من هذا الضمان فهو مشتري العقار بناء على التصاميم، ويمكن أن ينتقل هذا الحق لخلفه العام والخاص باعتبار هذا الضمان حقا بالنسبة لهم لا التزاما.

ونفس الأمر بالنسبة للمشرع الفرنسي الذي ألزم بائع العقار قبل الإنجاز بضمان العيوب الظاهرة بموجب نص المادة 01-1642 من القانون المدني الفرنسي، وبهذا يكون المشرع الفرنسي قد استثنى ضمان العيوب الظاهرة عن الضمانات الأخرى المنصوص عليها بموجب المادة 1792 من ق.م.ف التي ألزم بها كل مشيدي البناء في حين خص ضمان العيب الظاهر وألزم به بائع العقار دون غيره .

النطاق الزمني لضمان العيوب الظاهرة: يقصد بالنطاق الزمني الأجل الذي يجب أن يظهر خلاله العيب الظاهر لتحقق التزام المتعامل في الترقية العقارية بالضمان، والأجل الذي يمكن للمشتري خلاله رفع دعوى ضمان العيب الظاهر.

بالنسبة للأجل الذي يجب أن يظهر خلاله العيب الظاهر لتحقق الضمان نلاحظ أن المشرع الجزائري لم ينص عليه، أما بالنسبة للمشرع الفرنسي فقد حدده بموجب نص المادة 01-1642 من القانون المدني الفرنسي بمدة شهر من حيازة البناء [162] ص 96.

وتعتبر مدة شهر مدة معقولة إذ هي ليست قصيرة لا تمكن المشتري من فحص المبيع، و لا بمدة طويلة تتداخل مع العيب الخفي الموجب للضمان العشري.

أما بالنسبة لأجال تدارك العيوب الظاهرة ورفع دعوى الضمان فقد منح المشرع الجزائري حرية تحديدها لإرادة الأطراف -المتعامل في الترقية العقارية والمشتري-.

إذ ألزم المشرع الجزائري المتعامل في الترقية العقارية في حالة ظهور عيب ظاهر أن يقوم بإصلاحه خلال المدة المتفق عليها بينه وبين المشتري ، وفي حالة ما إذا لم يتم بعملية الإصلاح ينشأ حق المشتري في رفع دعوى ضمان العيوب الظاهرة التي لم يحدد المشرع الجزائري مدتها بموجب المرسوم التشريعي رقم 93- 03، في حين حددها المشرع الفرنسي بسنة ابتداء من تاريخ تسلم المبيع أو الحيازة الفعلية له .

ولعل السبب الذي جعل المشرع الجزائري لا يحدد أجل دعوى ضمان العيوب الظاهرة يرجع إلى أنه ألزم المتعامل في الترقية العقارية بالإصلاح. وبذلك أصبح المشتري في غنى عن دعوى ضمان العيب الظاهر التي يلزم بها بائع العقار قبل الإنجاز في القانون المدني الفرنسي لكون هذا الأخير منح للمشتري حق رفع دعوى الضمان.

وبما أن التزام المتعامل في الترقية العقارية بضمان العيوب الظاهرة هو التزام تعاقدية يتضمنه عقد البيع بناء على التصاميم ، فإن الإخلال بهذا الالتزام يمنح للمشتري حق المطالبة بالجزاءات المقررة وفقا للقواعد العامة منها حق فسخ العقد.

2.2.3.2.1.2. جزاء ظهور العيوب الظاهرة

تتعلق العيوب الظاهرة بكل عيب مهما كانت خطورته بشرط أن يتعلق بعيوب البناء، ولقد نظمت أحكامه بشكل مفصل بموجب القانون رقم 07-86 المتعلق بالترقية العقارية إذ حدد مدة الضمان بثلاثة أشهر من تاريخ تسلم المستفيد لملكية العمارة إذا تعلق الأمر بعمارة ، أما إذا تعلق الأمر بمبنى فإن مدة الضمان هي ثلاث سنوات من تاريخ تسلم الأشغال، أو من تاريخ اكتشاف العيب، كحالة طلاء لم يتم بكيفية جيدة، بلاط غير جيد... الخ[92]، وتطبيقا لذلك قضت المحكمة العليا في قرار لها رقم 465804 الصادر بتاريخ 2009/03/18 بأن: "تتقادم دعوى ضمان المبنى موضوع عقد حفظ الحق المبرم في إطار القانون المتعلق بالترقية العقارية بثلاث سنوات من يوم تسلم الأشغال أو من تاريخ اكتشاف العيب في المبنى المذكور"[90].

أما بصدور المرسوم التشريعي رقم 03-93 فقد اكتفى المشرع الجزائري بمقتضى نص المادة 15 من تقرير التزام ضمان العيب بإصلاح كل عيب يظهر في البناء، خلال المدة المتفق عليها والمحددة في عقد البيع بناء على التصاميم ، وهو الجزاء الذي رتبته المشرع عن أي عيب ظاهر يظهر في البناء. وبالقيام بعملية الإصلاح يكون البائع قد نفذ التزامه عينا ، أما إذا انقضت المدة المتفق عليها لعملية الإصلاح ولم يقم البائع بتنفيذ التزامه بضمان العيب الظاهر عن طريق الإصلاح كان للمشتري أن يقوم بعملية الإصلاح على نفقة البائع طبقا للقواعد العامة شريطة أن يكون ممكنا وغير مرهقا للمدين. وتطبيقا لذلك قضت المحكمة العليا في قرار لها تحت رقم 324034 الصادر بتاريخ 2007/02/21 بأنه: "يتحمل المدين وحده تبعات الحوادث الاستثنائية العامة الواقعة خارج الأجل المتفق عليه لتنفيذ الالتزام ولا يمكنه بالتالي المطالبة بتعديل العقد"[89]، كما يمكنه أن يلجأ إلى الفسخ الذي يترتب عنه إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها وقت انعقاد العقد مع المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي لحقتهم[108].

وبذلك يكون المشرع الجزائري قد قرر حماية لمشتري العقار بناء على التصاميم التي تمكنه من الاستفادة من ضمان العيوب الظاهرة عن طريق الإصلاح، وفي حالة امتناع البائع عن القيام بعملية الإصلاح يمكن للمشتري أن يستفيد من الحماية وفقا لما هو مقرر وفقا للقواعد العامة.

وما يمكن قوله بعد دراسة الضمانات الخاصة التي استحدثها المشرع الجزائري بموجب المرسوم التشريعي رقم 03-93 المتعلق بالنشاط العقاري، هو أنها قاصرة على حماية مشتري العقار بناء على التصاميم ، نتيجة لعدم تفصيل المشرع الجزائري لأحكامها، الأمر الذي يؤدي بنا في العديد من الأحيان إلى اللجوء للقواعد العامة. وبذلك لم يصبح لهذه الضمانات أي قيمة قانونية مادامت تثير العديد من المشاكل القانونية عند تطبيقها، وإن كان في الغالب ليس لها أي وجود فعلي لأن التسلم يتم بتقديم

المتعامل في الترقية العقارية للمشتري المفاتيح ومحضر التسليم المحرر عند الموثق، الذي يفترض حضور المشتري عند تحريره إلا أن الواقع أثبت عكس ذلك، لأن العديد من العمارات سلمت حتى قبل عملية التشطيب النهائي لها، دون أن يعترض أي مواطن لعدة أسباب، منها جهله بحقوقه، ومنها ما يرجع إلى حاجته الماسة للسكن، التي تغنيه عن اللجوء إلى أي إجراء قد يعطل حيازته للبناء. وبذلك بقيت هذه الضمانات حبرا على ورق الأمر الذي يستدعي من المشرع الجزائري التدخل الفوري لتنظيمها بما يتناسب والغرض المخصص له وهو حماية المستفيد من البناء في إطار عقد البيع بناء على التصاميم.

2.2. الحماية من خلال أحكام الضمان العشري

لم يكتف المشرع الجزائري بالقواعد العامة في المسؤولية المدنية، عقدية كانت أو تقصيرية في مجال البناء والتشييد، بل أقر ضمان آخر ذو طبيعة خاصة، المتمثل في الضمان العشري الذي يتسم بالتشييد بما يتناسب مع خطورة المباني والمنشآت الثابتة، وما يسببه تدهم هذه المباني من أضرار مادية وبشرية .

ونظم هذا الضمان بموجب أحكام المادة 554 وما يليها من القانون المدني الجزائري، التي ألزمت كل من المفاوض والمهندس المعماري بالضمان العشري لأي تدهم كلي أو جزئي للمباني والمنشآت التي يشيدها، ولو كان التدهم ناشئا عن عيب في الأرض ذاتها.

ونظرا لخطورة الأضرار المترتبة على عيوب البناء فقد شدد المشرع الجزائري من الضمان العشري في عقد البيع بناء على التصاميم، إذ لم يعد مقتصرًا على عقد المقاول فقط، بل توسع إلى عقود البيع قبل الانجاز .

ونظم الضمان العشري في عقد البيع بناء على التصاميم بموجب المادة 02/08 من المرسوم التشريعي رقم 93-03 بإلزامها للمتعامل في الترقية العقارية بهذا الضمان اتجاه مشتري العقار، بإلزام المقاولين والمهندسين والمتدخلين في عملية التشييد باكتتاب عقد تأمين على هذه المسؤولية . والهدف من إقرار المشرع الجزائري لهذا التأمين هو تدعيم الحماية القانونية لمالك البناء، خاصة بعدما تدخلت وسائل تكنولوجية جديدة في عملية البناء، إذ لم يبق البناء حبيس الإسمنت والرمل، بل أصبحت بعض المنشآت تقام بالزجاج وغيرها من الوسائل التي استحدثت في عمليات التشييد .

ويتضح من خلال النصوص القانونية السابقة الذكر التي أقرها المشرع الجزائري لتنظيم الضمان العشري، وهي المادة 554 من القانون المدني والمادة 08 من المرسوم التشريعي 93-03 المقابلة للمادتين 1792- و2270 قانون مدني فرنسي، بأنها نصوص مقررة على سبيل الاستثناء من القواعد

العامّة، من حيث الحماية التي أقرها المشرع الجزائري بتنظيمه لهذا الضمان بأحكام خاصة من حيث الأطراف، وشروط تحققه وكيفية دفع هذا الضمان، لهذا سنتناول دراسة هذا الفصل كالتالي:

المبحث الأول: أشخاص الضمان العشري

المبحث الثاني: شروط الضمان العشري

المبحث الثالث: أحكام الضمان العشري

1.2.2. أشخاص الضمان العشري

ارتبط الضمان العشري في البداية بعقد المقاولة فقط، لذلك انحصر أطراف الضمان في الأشخاص المحددين في نص المادة 554 من ق.م.ج، وهما المهندس المعماري والمقاول كمسؤولين عن الضمان العشري، ورب العمل كطرف مستفيد من الضمان العشري .

لكن بصدر المرسوم التشريعي رقم 03-93 المتعلق بالنشاط العقاري والأمر رقم 07-75 المتعلق بالتأمينات، بدأ يتسع نطاق الضمان العشري من حيث الأشخاص المسؤولين والمستفيدين من الضمان العشري، تماشياً مع تطور وتعقد عمليات البناء وتدخل أشخاص آخرين فيها إلى جانب المهندس والمقاول .

بناءً عليه سنتناول دراسة هذا المبحث من خلال مطلبين، إذ نخصص المطلب الأول لدراسة الأشخاص الملزمون بالضمان العشري، وبينما نخصص المطلب الثاني للأشخاص المستفيدين من هذا الضمان، وذلك على الشكل التالي :

المطلب الأول: الأشخاص الملزمون بالضمان العشري

المطلب الثاني: الأشخاص المستفيدون من الضمان العشري

1.1.2.2. الأشخاص الملزمون بالضمان العشري

بالرجوع إلى نص المادة 554 من ق.م.ج نستخلص بأنه يعتبر ملزماً بالضمان العشري كل من المقاول والمهندس المعماري، إلا أنه بعد صدور المرسوم التشريعي رقم 03-93 المؤرخ في 07-09-1993 المتعلق بالنشاط العقاري والأمر رقم 07-95 المتعلق بالتأمينات، وفتح المجال للترقية العقارية التي ترتب عنها تدخل العديد من الأشخاص في هذا المجال، أصبح كل من المقاول والمهندس المعماري، وبائع العقار بناءً على التصاميم "المتعامل في الترقية العقارية" مسؤولون بالتضامن فيما بينهم اتجاه مشتري العقار، إلى جانب المكلفين بالرقابة .

وعلى هذا الأساس نقسم دراسة هذا المطلب إلى ثلاثة فروع على الشكل التالي :

الفرع الأول: المقاول والمهندس المعماري
الفرع الثاني: المتعامل في الترقية العقارية "بائع العقار"
الفرع الثالث: المكلفون بالرقابة التقنية وأشخاص آخرون

1.1.1.2.2. المقاول والمهندس المعماري

ألزم المشرع الجزائري المقاول والمهندس المعماري بالضمان العشري بموجب المادة 554 من ق.م.ج اتجاه رب العمل، وسنحاول من خلال هذا المطلب التطرق لكل طرف على حدى، حتى نتمكن من معرفة الأعمال التي من شأنها أن تقيم مسؤولية كل من المقاول والمهندس المعماري، وتحديد مدى ارتباط مسؤولية كل واحد منهما بالآخر، بمعنى هل تحقق مسؤولية أحد الطرفين تستلزم تحقق مسؤولية الطرف الثاني؟

1.1.1.1.2.2. المقاول

يقصد بالمقاول بأنه: "الشخص الذي يعهد إليه عادة تشييد المباني، أو إقامة منشآت ثابتة، ويستوي في ذلك أن تكون المواد التي أقام بها هذه المباني والمنشآت قد قدمها هو أو قدمها له رب العمل" [14] ص 157.

وهذه المنشآت والمباني قد تقام من طرف مقاول واحد أو بمساهمة مجموعة من المقاولين، كأن يعهد لمقاول القيام بعملية البناء، ومقاول آخر القيام بأعمال النجارة وإلى ثالث للقيام بأعمال الدهان... الخ، فكل هؤلاء يعتبرون مقاولين في حدود عقد المقابلة الذي يربطهم برب العمل (المتعامل في الترقية العقارية) [18] ص 35.

وعرفته المادة 03 من القانون رقم 04-11، بأنه: «كل شخص طبيعي أو معنوي مسجل في السجل التجاري بعنوان أشغال البناء بصفته حرفيا أو مؤسسة تملك المؤهلات المهنية».

لكن من هو المقاول الذي يلتزم بالضمان العشري؟

يلتزم بالضمان العشري كل مقاول ساهم في أعمال البناء والتشييد، ترتب عن عمله تهدم كلي أو جزئي، أو نتج عنه عيب يهدد متانة وسلامة البناء.

بناء عليه لا يعتبر ملتزما بالضمان العشري مقاول الدهن والنجارة، والحدادة... الخ، لأن العيوب التي تنتج عن أعمالهم لا تهدد صلابة البناء ومتانته، لذلك فهي تخضع لأحكام ضمان عناصر التجهيز والضمان السنوي [64] ص 102.

وإن كانت القاعدة العامة في مهام المقاول هي تنفيذ الأعمال طبقاً للتصميمات التي وضعها المهندس المعماري، ويكونا مسؤولين بالتضامن فيما بينهما عن أي خلل يلحق البناء [108]، إلا أنه في بعض الأحيان قد يضع المقاول بنفسه التصميمات ويتولى عملية التنفيذ فيكون مسؤولاً وحده بصفته مقاولاً ومهندساً عن أي خلل يلحق البناء [62] ص 153، كما هو الأمر بالنسبة لدواوين الترقية العقارية في بعض الأحيان.

أما إذا قام رب العمل (المتعامل في الترقية العقارية) كدواوين الترقية والتسيير العقاري، بوضع التصميم مكان المهندس المعماري فإنه يشترك مع المقاول في الضمان عما يحدث في البناء من عيوب إلا إذا أثبت المقاول بأنه اكتشف عيب البناء وأخطر به رب العمل (المتعامل في الترقية العقارية) وكان أكبر خبرة منه- ولم يتدارك هذا الأخير الخطأ وألزم المقاول بتنفيذه، تحمل رب العمل وحده المسؤولية .

لكن الإشكال يطرح في حالة ما إذا أسند المقاول تنفيذ المشروع إلى مقاول فرعي، هل يكون هذا الأخير ملزماً بالضمان العشري اتجاه مالك البناء؟

قبل الإجابة على هذا التساؤل، يجدر بنا أن نعرف المقاول الفرعي، الذي يقصد به: "كل شخص طبيعي أو معنوي يعهد من خلاله المقاول الأصلي وتحت مسؤوليته، بتنفيذ جزء أو كل عقد المقاولة المبرم مع مالك المشروع" [79] ص 1 - 27.

من خلال هذا التعريف نستخلص بأن المقاول الفرعي هو ما قصده المشرع الجزائري من خلال نص المادة 554 ق.م في فقرتها الأخيرة بعبارة "المقاولين الفرعيين"، وقضت بعدم سريان أحكام الفقرة الأولى من نص المادة 554 ق.م الخاصة بإلزام المقاول والمهندس المعماري بالضمان العشري دون المقاولين من الباطن، بمعنى أن المقاول الأصلي الذي يربطه عقد مقاولة مع رب العمل هو وحده من يلزم بالضمان العشري، أما المقاول من الباطن فلا يكون مسؤولاً اتجاه رب العمل بالضمان العشري .

لكن بالرجوع إلى نص المادة 18 من المرسوم التشريعي 93-03 التي قضت بأن: " كل بند في العقد يكون الغرض منه إلغاء أو تحديد المسؤولية أو الضمانات المنصوص عليها في المادتين 11 و14 وفي المواد المنصوص عليها في التشريع الجاري به العمل، أو تحديد مداها إما عن طريق إبعاد تضامن المقاولين من الباطن أو تحديده يعد باطلاً وكأنه لم يكن...".

نلاحظ وجود تناقض بين النصين، إذ يظهر من خلال هذا النص بأن المقاول من الباطن يكون مسؤولاً بالتضامن مع بقية مشيدي البناء اتجاه مشتري العقار، وكل اتفاق يرمي إلى إبعاد هذا التضامن يعد باطلاً لأن هذه المسألة تتعلق بالنظام العام، ومنه هل يمكن أن نعتبر بأن المشرع قد وسع من دائرة الملزمين بالضمان العشري إلى المقاولين من الباطن في عقد البيع بناء على التصاميم؟.

هذه التساؤلات فرضها علينا نص المادة 18 من المرسوم التشريعي رقم 93-03 باللغة العربية، لكن بالرجوع إلى النص باللغة الفرنسية نستخلص أحكاما أخرى إذ نص على مايلي :

«la solidarite des sous-traitants du promoteur... » يقصد ب: "promoteur" المتعامل في الترقية العقارية، وبناء عليه يصبح قصد المشرع من خلال أحكام المادة 18 باللغة الفرنسية المقاول والمهندس المعماري اللذان يعملان لصالح رب العمل.

وبذلك لم يقصد المشرع الجزائري بالمقاولين من الباطن في نص المادة 18 من المرسوم التشريعي رقم 93-03، المقاولين الفرعيين المنصوص عليهم في المادة 554، وهم من يتعاقدون مع المقاول الأصلي لتنفيذ الأشغال، بل ما قصد به المشرع الجزائري بموجب أحكام المادة 18 هو المقاول والمهندس المعماري، اللذان يربطهما عقد مقاوله مع المتعامل في الترقية العقارية ويلتزمون اتجاهه بالضمان العشري بالتضامن طبقا لأحكام المادة 554 من ق.م.ج، ويلتزمان بالضمان العشري اتجاه مشتري العقار في عقد البيع بناء على التصاميم بالتضامن مع المتعامل في الترقية العقارية طبقا لأحكام نص المادة 18 سالفه الذكر.

ما نخلص إليه في الأخير هو أن المقاول الذي يلتزم بالضمان العشري هو كل مقاول يقوم بعملية تشييد مباني أو منشآت ثابتة، تلحقها عيوب تمس بمتانة البناء، ويتضامن مع المهندس المعماري والمتعامل في الترقية العقارية في حالة ما إذا اشترك معهما في العمل الذي أدى إلى وجود خلل بالبناء، أما العمال الذين يعملون تحت رئاسة المقاول والمقاولين الفرعيين فإنهم غير مسؤولين اتجاه مشتري العقار بالضمان العشري، بل يبقى المقاول الأصلي مسؤولا وحده اتجاه المتعامل في الترقية العقارية ومشتري العقار.

2.1.1.1.2.2. المهندس المعماري

يقصد بالمهندس المعماري بأنه: "الفنان الذي يعهد إليه وضع التصميم والرسوم والنماذج لإقامة المنشآت، وفي تحديد أبعاد هذه المنشآت، والإشراف على تنفيذها تحت مسؤوليته" [56] ص 466.

وعرفه د.ليبب شنب بأنه: "الشخص المكلف من قبل رب العمل، بإعداد الرسوم والتصميمات اللازمة لإقامة المباني أو المنشآت الأخرى، والإشراف على تنفيذها بواسطة مقاول البناء" [17] ص 187.

أما د. عبد الرزاق أحمد السنهوري فقد عرفه بأنه: "هو الذي يعهد إليه في وضع التصميم والرسوم والنماذج لإقامة المنشآت، وإدارة الأعمال والإشراف على التنفيذ، ومراجعة حسابات المقاول والتصديق عليها وصرف المبالغ المستحقة له" [10] ص 187.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري يمكن أن نستخلص من نص المادتين 02 و 03 من القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 15/05/1988 المتضمن كيفية ممارسة تنفيذ الأشغال في ميدان البناء، وكذا المادتين 01 و 02 من القرار الصادر من وزارة السكن المؤرخ في 05/05/1992 المتعلق بالأشخاص المؤهلين لإعداد مشاريع البناء الخاضعة لرخصة البناء بأن المهندس هو: "كل شخص طبيعي أو معنوي تتوفر فيه الشروط والمؤهلات المهنية والكفاءات التقنية والوسائل اللازمة الفنية في مجال البناء لصالح رب العمل وذلك بالتزامه إزاء هذا الأخير على أساس الغرض المطلوب بمقاييس نوعية وفي أجل محدد".

من خلال هذه النصوص يتجلى دور المهندس المعماري وفقا للتشريع الجزائري في وصف ورسم لأعمال البناء وكيفية تنفيذها، ويتولى إدارة الأعمال ومراقبتها ويتحقق من مدى مطابقة الأعمال للتصاميم التي أعدت [72] ص 111 - 119.

وما لوحظ على المشرع الجزائري هو أنه استعمل تسميات "المستشار الفني، المهندس المعماري، صاحب العمل"، مع الإشارة إلى أن المقصود من هذه التسميات هو المهندس المعماري وهذا ما يتضح من خلال نص المادة 03 من القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 15 ماي 1988 المتضمن كيفية ممارسة تنفيذ الأشغال في ميدان البناء وأجر ذلك بنصها: "المستشار الفني شخص طبيعي أو معنوي تتوفر فيه الشروط والمؤهلات المهنية والكفاءات التقنية والوسائل اللازمة الفنية في مجال البناء، لصالح رب العمل وذلك بالتزامه إزاء هذا الأخير على أساس الغرض المطلوب وأجل محدد ومقاييس نوعية يمكن أن يكون المستشار الفني على الخصوص مهندسا معماريا أو مكتب دراسات مختص أو متعدد الاختصاصات معتمدا طبقا للتشريع الجاري".

كما أن المادة 22 من نفس القرار السابق ألزمت المستشار الفني بالضمان العشري بالتضامن مع المقاول، وأكدت المادة 02 من نفس القرار هذا المقصود من خلال تحديدها لمفهوم الاستشارة الفنية التي حددت في مهمة "التصميم والدراسات، والمساعدة، والمتابعة، والمراقبة، وإنجاز المباني مهما تكن طبيعتها ووجهتها".

هذه المهام هي نفس المهام التي حددتها التعاريف السابقة للمهندس المعماري، لذا كان على المشرع أن يستخدم مصطلح واحد وهو "المهندس المعماري" الشامل لمصطلح المستشار الفني وصاحب العمل.

ولا يمكن أن يكتسب أي شخص صفة المهندس المعماري التي تمكنه من مزاوله نشاطه إلا إذا كان مسجلا في الجدول الوطني للمهندسين المعماريين، وهذا السجل يعتبر بمثابة اعتماد للمهندس المعماري [119].

وبذلك يعد مهندسا معماريا كل من يقوم بوضع التصميم المعماري للمشروع أو البناء، ويحدد نوعية أعمال التشطيبات، ويقدم المقاسات التنفيذية لأعمال المباني وهو الذي يختص بالإشراف على أعمال المباني في مرحلة التنفيذ الفعلي [22] ص 17 - 18.

بناء عليه يتمتع بصفة المهندس المعماري كل:

- شخص طبيعي يعتمده الوزير المكلف بالهندسة المعمارية.
- الشركات المدنية المهنية التي يكونها مهندسان معتمدان أو أكثر .
- مكاتب الدراسات العمومية التي توظف مهندسين معماريين .
- مكاتب الدراسات التقنية الخاصة، المعتمدة من قبل الوزير المكلف بالبناء، شريطة أن تكون المشاريع التي تضعها هذه المكاتب حاملة لتأشيرة مهندسين معماريين معتمدين وموظفين بصفة دائمة من قبل مكاتب الدراسات التقنية [144].

وتتلخص أهم مهام المهندس المعماري طبقا للمادة 05 من القرار الوزاري المؤرخ في

1988/05/15 فيما يلي:

تصميم الرسوم التمهيدية

تصميم المشاريع الابتدائية

تصميم المشاريع التنفيذية

مساعدة رب العمل في اختيار المقاولين اللذين سيقومون بتنفيذ الأعمال.

متابعة ومراقبة تنفيذ الأعمال.

تقديم كشف الحسابات حسب الأعمال المنفذة .

كما يمكن أن تضاف له خدمات أخرى تكون ضرورية لحسن تنفيذ المشروع.

لكن هل يشترط لتطبيق أحكام الضمان العشري أن يحمل الشخص مؤهلا دراسيا فنيا في الهندسة

المعمارية؟

بالرجوع إلى نص المادة 15 من المرسوم التشريعي رقم 94-07 المؤرخ في 18 ماي 1994

نستخلص بأن صفة المهندس المعماري المعتمد لا ينتفع بها أي شخص، ولا يمكنه أن يمارس هذه المهنة

إلا إذا كان مسجلا في الجدول الوطني للمهندسين المعماريين، وحتى يمكنه التسجيل في هذا الجدول

يشترط أن يتمتع الشخص طالب التسجيل بالجنسية الجزائرية، وأن يكون حائزا على شهادة مهندس

معماري معترف بها من طرف الدولة وقام بفترة التدريب [119].

وعلى ذلك يكون ملزما بالضمان العشري، كل مهندس معماري حائز على مؤهل دراسي في

الهندسة المعمارية، مادام المشرع الجزائري لم يمنح صفة المهندس إلا لذوي الشهادات العلمية.

ما نخلص إليه في الأخير هو أن كل من قام بوضع التصميم، أو أشرف على تنفيذ المشروع، أو قدم استشارة فنية، يعد ملتزماً بالضمان العشري اتجاه مالك البناء (مشتري العقار) عن كل عيب يهدد متانة وسلامة البناء أو المنشأة بغض النظر عن الصفة القانونية، سواء أطلق عليه اسم المستشار الفني، أو صاحب البناء، أو المهندس المعماري، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرار لها رقم 64748 الصادر بتاريخ 1991/01/23 بأنه: "من المقرر قانوناً أن المهندس المعماري والمقاول يضمنان ما يحدث خلال عشر سنوات من تهدم كلي أو جزئي فيما شيداه من مباني أو أقاماه من منشآت ثابتة أخرى، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفة للقانون.

ولما كان من الثابت في قضية الحال أن قضاة المجلس بإخراجهم لديوان الترقية والتسيير العقاري من الخصام بالرغم من أن الخبرة المنجزة أظهرت أنه ضامن للبناء مع المقاول يكونوا قد أخطأوا في تطبيق القانون" [86] ص 31.

ولا يشترط لتحقيق التزام المهندس المعماري بالضمان العشري أن يقوم بكل الأعمال المنوطة به بصفته القانونية حتى يتحقق التزامه بالضمان، بمعنى أن يكون هو من وضع التصميم وقام بالإشراف على المشروع وقام بتنفيذه، بل يتحقق التزامه بالضمان العشري لمجرد وضع التصميم ويكون مسؤولاً في هذه الحدود، وهذا ما نصت عليه المادة 555 من ق.م بقولها: "إذا اقتصر المهندس المعماري على وضع التصميم دون أن يكلف بالرقابة على التنفيذ لم يكن مسؤولاً إلا عن العيوب التي أتت من التصميم".

وبذلك نستخلص بأن المهندس إذا استطاع أن يدفع التزامه بالضمان العشري لعدم إشرافه على تنفيذ المشروع فإن التزامه بالضمان العشري نتيجة أخطاء التصميم يبقى قائماً وهو الحكم الذي أقره الأستاذ محمد عبد السلام المحامي بقوله: "إن المهندس المصمم يكون مسؤولاً مسؤولية كاملة عن كل ما يتعلق بأعمال التصميم" [5] ص 98.

وبتحقق شروط الضمان العشري يعتبر المهندس المعماري ملتزماً بالضمان العشري بالتزامن مع المقاول والمتعامل في الترقية العقارية بقوة القانون.

2.1.1.2.2. بائع العقار (المتعامل في الترقية العقارية)

يجدر بنا في البداية أن نحدد المقصود بالبائع الذي يقصد به: "الشخص الذي يقوم بمعرفته بإقامة بناء لحسابه الخاص، أي أنه يجتمع فيه صفتا المقاول والمالك، ثم يتصرف في هذا البناء بالبيع" [7] ص

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد عرف المتعامل في الترقية العقارية بأنه: "كل شخص طبيعي أو معنوي يمارس النشاطات المذكورة في المادة 02 03 من المرسوم التشريعي رقم 93-03 المؤرخ في 03-01-1993 والتي تشمل على مجموع الأعمال التي تساهم في إنجاز أو تحديد الأملاك العقارية المخصصة للبيع أو الإيجار أو لتلبية حاجات خاصة" [57] ص 11.

وعرفت المادة الأولى من وثيقة التأمين المتعامل في الترقية العقارية بما يلي: "يفهم من المتعامل بمفهوم وثيقة التأمين الحالية الشخص (الطبيعي أو المعنوي) الممارس لنشاط الترقية العقارية كما هي محددة في المرسوم التشريعي رقم 93-03 المؤرخ في 01 مارس 1993 والذي تحدد هويته في طلب الضمان المقدم كملحق" [151].

بناء على ما سبق نستخلص بأن المتعامل في الترقية العقارية هو كل شخص طبيعي أو معنوي يمارس إحدى الأعمال المنصوص عليها بموجب المادة 02 03 من المرسوم التشريعي رقم 93-03 المتعلق بالنشاط العقاري، ومن بين الأعمال المشار إليها في المادتين السابقتين إنجاز بنايات وبيعها قبل الإنجاز.

أما المادة 03 من القانون رقم 11-04، فقد عرفته بما يلي: «يعد مرقيا عقاريا، في مفهوم هذا القانون، كل شخص طبيعي أو معنوي، يبادر بعلميات بناء مشاريع جديدة، أو ترميم أو إعادة تأهيل، أو تجديد أو إعادة هيكلة، أو تدعيم بنايات تتطلب أحد هذه التدخلات، أو تهيئة وتأهيل الشيكات قصد بيعها أو تأجيرها».

يتبين من هذا النص أن المشرع الجزائري وسع من نشاط المرقى العقاري، الذي لم يعد يقتصر على عملية الإنجاز والتجديد، بل تعداها لأعمال الترميم أو إعادة تأهيل، أو إعادة هيكلة، أو تدعيم بنايات، وعرفت هذه النشاطات في نفس المادة بما يلي:

التجديد العمراني: كل عملية مادية تمثل دون تغيير الطابع الأساسي للحي، تغييرا جذريا في النسيج العمراني الموجود مع إمكانية هدم البنايات القديمة، وعند الاقتضاء إعادة بناء بنايات جديدة في نفس الموقع.

إعادة التأهيل: كل عملية تتمثل في التدخل في بناية أو مجموعة بنايات من أجل إعادتها إلى حالتها الأولى، وتحسين شروط الرفاهية واستعمال تجهيزات الاستغلال.

إعادة الهيكلة: يمكن أن تكون شاملة أو جزئية، وتخص شبكات التهيئة وكذا البنايات أو مجموعة البنايات [107].

ويمكن أن تؤدي هذه العملية إلى الهدم الجزئي لتجزئات أو تغيير خصائص الحي من خلال تحويل النشاطات بكل أنواعها وإعادة تخصيص البنايات من أجل استعمال آخر.

التدعيم: كل عملية تتمثل في إعادة الاستقرار لبنانية ما من أجل تكييفها مع المتطلبات التنظيمية الجديدة[107].

وبالرغم من أن المتعامل في الترقية العقارية بإنجازه لهذه البنائات يقوم بأعمال المقاول ومع ذلك فقد أضفى عليه المشرع صفة البائع في علاقته مع المشتري، ألزمه المشرع الجزائري بموجب المرسوم التشريعي رقم 03-93 المتعلق بالنشاط العقاري بالضمان العشري بالتضامن مع المقاول والمهندس المعماري، بموجب نص المادة 08 من المرسوم التشريعي 03-93 بأن يطلب من المقاولين والمهندسين شهادة تأمين تحملهم المسؤولية العشرية المنصوص عليها في المادة 554 من ق.م.ج على أن تسلم نسخة من شهادة التأمين إلى المشتري.

لكن يظهر من خلال نص المادة 08 من المرسوم التشريعي رقم 03-93 أن المشرع الجزائري اعتبر المتعامل في الترقية العقارية – بائع العقار - كشخص ملزم بالضمان العشري في حالة ما إذا أوكل عملية إنجاز المشروع إلى المقاول والمهندس المعماري ، أما إذا قام هو بحد ذاته بإنجاز المشروع في حالة ما إذا توفرت فيه صفة المقاول أيضا، هل يمكن أن يسأل طبقا لأحكام الضمان العشري؟

باستقراءنا لنص المادة 08 السالفة الذكر نستخلص بأن المشتري لا يمكنه أن يرجع على المتعامل في الترقية العقارية بالضمان العشري في حالة حدوث أي تهم أو ظهور أي عيب في البناء، بمعنى أن الشرط الأساسي لتحمل المتعامل في الترقية العقارية المسؤولية العشرية هو استعانة هذا الأخير في إنجاز مشروع البناء بمقاولين ومهندسين معماريين.

و بما أن العقد المبرم بين المشتري والمتعامل في الترقية العقارية (بائع العقار) هو عقد بيع وليس بعقد مقاول لا يمكن لمشتري العقار أن يرجع على المتعامل في الترقية العقارية بأحكام الضمان العشري في حالة حدوث أي تهم أو عيب في البناء. لأن عقد المقاول المنظم بموجب أحكام المادة 554 من ق.م.ج لم يعتبر المتعامل في الترقية العقارية من الأشخاص الملزمين بالضمان العشري.

وبما أن المادة 08 من المرسوم التشريعي رقم 03-93 اشترطت ارتباط المتعامل في الترقية العقارية مع المقاول والمهندس المعماري بعقد مقاول، وإلزامهما بشهادة تأمين حتى يتحمل المسؤولية العشرية بالتضامن مع المقاول والمهندس المعماري، لذا نقول بأن المشتري في هذه الحالة لا يمكنه الرجوع على المتعامل في الترقية العقارية سوى بموجب القواعد العامة الخاصة بضمان العيوب الخفية المنصوص عليها في المادة 378 من ق.م.ج.

وبتصفح أحكام المرسوم التشريعي رقم 03-93 نلاحظ أن المشرع الجزائري ألزم المتعامل في الترقية العقارية فقط ،أما بائع العقار بعد التشييد فإنه غير ملزم بهذا الضمان إلا إذا توفرت فيه صفة

المقاول أو المهندس المعماري الذين ألزمهما المشرع بالضمان العشري طبقاً لأحكام عقد المقاول، وتعاقده مع الغير كمقاول أو مهندس معماري، أما إذا تعاقد بصفته كبائع لا تمنح للغير الحق بالرجوع عليه بأحكام الضمان العشري .

أما بالنسبة للمشرع الفرنسي فقد ألزم بائع العقار بالضمان العشري بموجب نص المادة 2/1792 المعدلة بموجب القانون رقم 12-78 المؤرخ في 04 جانفي 1978، التي يتضح منها أن المشرع الفرنسي أقام مسؤولية مشيدي البناء على أساس عقد المقاول، وبذلك يعتبر كل مهندس معماري ومقاول، وتقني وأشخاص آخرين مشيدي البناء، كما أسسها على أساس عقد البيع وبذلك أصبح البائع في حكم مشيدي البناء سواء قام ببيع بناء بعد تمام تشييده أو قبل التشييد، وسواء كان قد شيده بنفسه أو بواسطة آخر.

وبذلك نلاحظ أن المشرع الفرنسي قد سوى في مسؤولية بائع العقار، إذ أخضعه لأحكام الضمان العشري سواء تم هذا البيع قبل إتمام الانجاز أو بعده على خلاف المشرع الجزائري الذي ألزم بائع العقار بالضمان العشري في حالة البيع بناء على التصاميم فقط سواء تعلق الأمر بالسكنات الترقية أو التساهمية، وسواء كان هذا البائع باعتباره متعامل في الترقية العقارية عام أو خاص، إذ نصت المادة 8 من المرسوم التشريعي رقم 03-93 على التزامه بالضمان العشري بالتزامن مع المقاول والمهندس المعماري بصفته رب العمل.

وفي نفس الوقت يعد المتعامل في الترقية العقارية مستفيداً من الضمان العشري اتجاه المهندس المعماري والمقاول بموجب أحكام عقد المقاول وليس أحكام عقد البيع بناء على التصاميم، لأن هذا العقد يبرم بين المتعامل في الترقية العقارية والمشتري (المالك) أما المهندس المعماري والمقاول لا يكونان طرفاً فيه.

كما لا حظنا من خلال نص المادة 08 من المرسوم التشريعي رقم 03-93 السابقة الذكر، بأن المشرع الجزائري لم يكن واضحاً في إلزام المتعامل في الترقية العقارية (بائع العقار) بالضمان العشري كما فعل المشرع الفرنسي الذي اعتبره من بين الأشخاص الملزمين بالضمان العشري، إذ اكتفى نص المادة 8 بإجباره بضرورة إلزام المهندس المعماري والمقاول بضرورة التأمين من مسؤوليتهم العشرية . لذلك يجب إعادة صياغة المادة 08 من المرسوم التشريعي رقم 03-93، ويشترط صراحة فيها بإلزام كل متعامل في الترقية العقارية بالضمان العشري بالتزامن مع بقية مشيدي البناء لما يضمن ذلك من حماية حقيقية لمالك البناء (مشتري العقار).

هذا الاقتراح جسده القانون رقم 04-11 في المادة 3/26 منه التي ألزمت المرقى العقاري صراحة بالمسؤولية العشرية، إذ نصت على أنه: «...غير أن الحيابة وشهادة المطابقة لا تعفيان من

المسؤولية العشرية التي قد يتعرض إليها المرقى العقاري، ولا من ضمان الإنهاء الكامل لأشغال الإنجاز التي يلتزم بها المرقى طيلة سنة واحدة».

وجاء في نص المادة 46 من نفس القانون: «تقع المسؤولية العشرية على عاتق مكاتب الدراسات والمقاولين والمتدخلين الآخرين الذين لهم صلة بصاحب المشروع من خلال عقد، في حالة زوال كل البناء أو جزء منها جراء عيوب البناء، بما في ذلك جراء النوعية الرديئة لأرضية الأساس».

يتبين من خلال هذين النصين، بأن المشرع الجزائري ألزم المرقى العقاري بالمسؤولية العشرية صراحة، كما ألزم كل من المقاول ومكاتب الدراسات والمتدخلين الذين لهم صلة بصاحب المشروع من خلال عقد، وإن كانوا قد ألزموا بموجب المادة 554 من ق. م الخاصة بعقد المقولة، والمادة 178 من الأمر رقم 95-07 المتعلق بالتأمينات، إلا أنه أكد على إلزامهم بالضمان العشري بموجب نص خاص في الترقية العقارية، وحسن ما فعل المشرع لأنه بوجود هذا النص فرض صراحة وجود مصدر ثاني للضمان العشري إلى جانب عقد المقولة وهو عقد البيع على التصاميم. كما أنه يصبح للمقتنين دعوى الضمان العشري مباشرة ضد كل من المقاول ومكاتب الدراسات والمتدخلين الآخرين، بينما كان المشتري في ظل المرسوم التشريعي رقم 93-03 يرجع عليهم بموجب الدعوى غير المباشرة.

وبذلك يصبح كل من المرقى العقاري والمقاول ومكاتب الدراسات، والمتدخلين الآخرين ملزمين بالتضامن بالمسؤولية العشرية اتجاه المقتنين، كما ألزم القانون رقم 11-04 المرقى العقاري بإلزام مكاتب الدراسات والمقاولين وشركائه الآخرين بكل الضمانات والتأمينات القانونية المطلوبة، والتي من بينها التأمين من المسؤولية العشرية [107].

3.1.1.2.2. المكلفون بالرقابة التقنية وأشخاص آخرون

أصبح المكلفون بالرقابة التقنية ملزمين بالضمان العشري بموجب المادة 178 من الأمر 95-07 المؤرخ في 25 يناير 1995 المتعلق بالتأمينات، التي نصت على أنه: "يجب على المهندسين المعماريين والمقاولين وكذا المراقبين التقنيين اكتتاب عقد لتأمين مسؤوليتهم العشرية المنصوص عليها في المادة 554 من القانون المدني، على أن يبدأ سريان هذا العقد من الاستلام النهائي للمشروع...".

أما نص المادة 175 من نفس الأمر فقد ألزمت كل من المهندس المعماري والمقاول والمراقب التقني وأي متدخل أن يكتتب تأمين لتغطية مسؤوليته المدنية.

وبما أن الضمان العشري يدخل في إطار المسؤولية المدنية إلى جانب المسؤولية العقدية والتقصيرية، نعتبر عبارة "أي متدخل" تعتبر من بين الأشخاص الملزمين بالضمان العشري عن كل عيب يترتب بسبب أشغال البناء والتشييد.

لذلك سنقوم من خلال هذا الفرع للتطرق إلى الأشخاص الذين أدمجهم المشرع الجزائري ضمن قائمة مشيدي البناء والملمزمين بالضمان العشري إلى جانب المتعامل في الترقية العقارية والمهندس المعماري والمقاول.

1.3.1.1.2.2. المكلفون بالرقابة التقنية

تعد مهنة المراقب التقني مهنة جديدة لم تعرف حتى في فرنسا إلا في عام 1929، إلا أنها لم تخضع لأي تنظيم تشريعي خاص بها إلى غاية صدور القانون رقم 78-12 المؤرخ في 04 جانفي 1978 الذي أخضع المراقب الفني لأحكام الضمان العشري بموجب نص المادة 1792 من القانون المدني الفرنسي [9] ص 471.

أما في الجزائر فقد نظمت مهنة الرقابة الفنية في مجال البناء لأول مرة بمقتضى الأمر رقم 71-85 المؤرخ في 1971/12/29 والمتضمن إحداث هيئة المراقبة التقنية للبناء، ثم بموجب المرسوم رقم 86-205 المؤرخ في 19 أوت 1986 والمتضمن تغيير هيئة المراقبة التقنية للبناء، إلا أن إخضاعه للضمان العشري لم يتم إلا بموجب المادة 178 من الأمر 95-07 المتعلق بالتأمينات إذ نصت المادة 178 منه على ما يلي: "...وكذا المراقبين التقنيين اكتباب عقد لتأمين مسؤوليتهم العشرية...". ويقصد بالمراقبة: "التحقق من وجود الوثائق القانونية المكتوبة والبيانية المرخصة للأشغال مع الوثائق المسلمة" [135].

وكلف بهذه المراقبة أشخاص مؤهلون قانونا لمراقبة مدى مراعاة الأصول وقواعد البناء من قبل المقاول بصفتهم متخصصين في هذا الميدان لفحص ما تم إنجازه. وأنشأ لهذا الغرض هيئة وطنية بالمراقبة التقنية للبناء التي يتعاقد معها صاحب المشروع لمراقبة البناء التي تدخل ضمن اختصاصات هذه الهيئة [144].

- وحددت مهمة الهيئة المكلفة بالمراقبة التقنية للبناء بموجب المرسوم رقم 86-205 في الآتي:
- مراجعة التصميمات إذ لا يمكن البدء في المشروع دون موافقة هيئة المراقبة التقنية على هذه التصميمات.
 - مراقبة كل أنواع البناء للتأكد من ثبات بنائها وديمومته وأسنه، وصلاحيته كل ما له تأثير في ثباته وهيكله بغية تقليل أخطار العيوب في هذا المجال، والمساهمة في الوقاية من النقائص التقنية التي تطرأ أثناء الإنجاز.
 - مراقبة جودة المواد المعدة للبناء في المصنع والاعتماد التقني لمواد البناء وعناصره.
 - تسليم شهادة المراقبة التي تطلبه شركة التأمين .

ويتم تدخل الهيئة المكلفة بالمراقبة التقنية للبناء بناء على عقد يبرم بين هذه الهيئة ورب العمل. وبما أن هذا العقد هو عقد مقاوله فقد أخضع المراقب الفني لأحكام الضمان العشري بموجب المادة 178 من الأمر رقم 95-07 المتعلق بالتأمينات [68] ص 678.

2.3.1.1.2.2. أشخاص آخرون

إن مصطلح "أي متدخل" الذي أشار إليه المشرع الجزائري بموجب نص المادة 175 من الأمر 95-07 المتعلق بالتأمينات، والعمال القطعيين الذين أشار إليهم المشرع بموجب نص المادة 08 من المرسوم التنفيذي رقم 94-58 المتضمن نموذج عقد البيع بناء على التصاميم، خلق غموضا في تحديد ما المقصود بأي متدخل، غير المهندس المعماري، والمقاول، والمراقبين التقنيين، وبائع العقار؟ بينما المشرع الفرنسي كان أكثر دقة في تحديد الأشخاص الملزمين بالضمان العشري بغض النظر عن عقد المقاوله بمقتضى القانون رقم 78-12 المؤرخ في 04 جانفي، 1978 الذي أخضع كل شخص يشارك في عملية البناء والتشييد لأحكام الضمان العشري، بغض النظر عن مركزه المهني، أو مؤهله، أو صفته، وبذلك وسع من دائرة الأشخاص الملزمين بالضمان العشري لتضم كل من البائع والوكيل، والصانع، والمستورد، والموزع، وممول العقار. وبذلك لم يعد عقد المقاوله العقد الوحيد الذي يتحقق معه الالتزام بالضمان العشري [164] ص 109.

وحصر المشرع الفرنسي الملزمون بالضمان العشري بموجب المادة 1792 من القانون المدني الفرنسي في الآتي:

- المهندسين المعماريين والمقاولين.
- كل بائع عقار سواء تم البيع قبل التشييد أو بعد التشييد وسواء شيده بنفسه أو بواسطة آخر.
- كل شخص باعتباره وكيل عن مالك العقار يقوم بمهمة مماثلة لما يقوم به مؤجر العمل.
- وأضافت المادة 04/1792 من القانون المدني الفرنسي "الصانع لعمل أو لجزء من عمل أو لعنصر تجهيزي له".

وبما أن المقاول والمهندس المعماري وبائع العقار سبق الحديث عنهم، سنحاول التطرق لبقية الأشخاص الذين ألزمهم المشرع الفرنسي بالضمان العشري، وهم كالاتي:

الوكيل: ألزم الوكيل بالضمان العشري بمقتضى نص المادة 02/1792 من القانون المدني الفرنسي، التي يتبين من خلالها أن المقصود بالوكيل: "هو وكيل صاحب البناء، الذي يقوم بدور في عملية تشييد البناء يتشابه مع دور المعماري دون أن يكون مرتبطا مع صاحب البناء بعقد مقاوله".

وبناء على هذا التعريف إذا قام الوكيل بالمهام التي أوكلت إليه في إطار قانون 704-85 المؤرخ في 12-07-1985، فإنه لا يخضع لأحكام قانون 4جانفي 1978 [160] ص 74.

ولتطبيق نص المادة 1792 يشترط توفر الشروط الآتية :

الشرط الأول: أن يقوم الشخص الذي يطلق عليه تسمية وكيل بمهام تتشابه مع مهام المعمارين كأن يضع التصميمات، أو يشرف على تنفيذ الأعمال في موقع العمل، أو أن يقوم بدور المقاول في عملية التنفيذ [18] ص 52.

الشرط الثاني: أن يرتبط هذا الشخص مع رب العمل بعقد وكالة سواء كانت وكالة صريحة أو ضمنية.

الشرط الثالث: أن يقوم بأعمال المعمارين دون أن يرتبط مع رب العمل بعقد المقاول [62] ص 183. الصانع: نصت الفقرة الرابعة من المادة 1792 من القانون المدني الفرنسي على إخضاع الصانع للمسؤولية التضامنية مع المقاول إذا كان المنتج يشكل عملا من أعمال البناء أو جزءا منه أو عنصرا من عناصر التجهيز [159] ص 57.

ومنه يمكن تحديد المقصود بالصانع بأنه: " كل شخص يشارك بمنتجاته الصناعية في عملية البناء

والتشييد المعماري دون غيره من سائر الصانع الآخرين " [13] ص 206.

وتتجلى الحكمة من تقرير هذا النص في ثلاث مسائل أساسية، وهي الرغبة في تأمين دخول واندماج وتكامل الصناعة الحديثة بأرقى ما وصلت إليه من تقدم تكنولوجي في ميدان التشييد، وتشديد المسؤولية المدنية على طائفة الصانع في هذا المجال، وتزايد عددهم نظرا للتطور الحديث الذي طرأ على أساليب البناء ولتفادي التميز في المعاملة القانونية من المسؤولية المدنية بين من شارك في عملية البناء بطريق مباشر، ومن يشارك فيها بطريق غير مباشر [18] ص 56 - 57.

لكن هل كل منتج يندمج في عملية البناء يخضع صانعه لأحكام الضمان العشري؟

بالرجوع إلى نص المادة 1792 من القانون المدني الفرنسي نستخلص بأن المشرع الفرنسي

قسم المنتجات إلى قسمين:

أ- يتعلق بالمنتجات التي تشكل عملا معماريا: استعمل المشرع الفرنسي مصطلح المعمارين لأنه أوسع من البناء، يشمل كل ما يعد من قبيل أعمال التشييد والبناء، سواء كانت منزلا صناعيا أو غيره من الأعمال الأخرى كالمكاتب والمنشآت، التي يتم تشييدها باستخدام الزجاج أو الأخشاب الصناعية وغيرها، كما يشمل الجسور والسدود، ولعل أهم نوع لهذه الأعمال المساكن سابقة التجهيز [13] ص 126.

والمشرع الفرنسي لما أقر مسؤولية الصانع عن كل عمل معماري لم يقصره على الأعمال

الصناعية التي تشكل جزءا كاملا من التكوين الهيكلي للعمل المعماري وغير قابلة للانفصال عنه .

وعرف المشرع الفرنسي عناصر التجهيز غير القابلة للانفصال بموجب نص المادة 1792-02، التي عرفت بها بأنها تلك العناصر التي تشكل وحدة واحدة من البناء أو العمل المعماري، بحيث يصعب فصلها دون أن تحدث أي خلل في البناء، أو تلف بها .

ويعد من قبيل العناصر غير قابلة للانفصال كل: "العناصر اللازمة لتوصيل المياه أو الغاز والكهرباء، أو نظام التدفئة أو البلاط الذي يغطي الأرض... الخ" [13] ص 129.

ب- المنتجات القابلة للانفصال: يعد من قبيل المنتجات القابلة للانفصال والخاضعة للضمان العشري العناصر التي يمكن فصلها عن البناء دون تلفها، ودون أن تحدث أي ضرر بالبناء، كالمنتجات الإلكترونية والكهربائية التي يتم تركيبها في البناء، لكن هذه الأعمال تخضع لضمان حسن سير عناصر التجهيز السابق ذكره وليس للضمان العشري [13] ص 135.

ويرجع السبب في إخضاع المشرع الجزائري والفرنسي المنتجات غير القابلة للانفصال للضمان العشري، واستبعاده للمنتجات القابلة للانفصال من هذا الضمان، إلى أن الأضرار التي تلحق بالمنتجات غير القابلة للانفصال تهدد سلامة البناء ومئاته مما يؤدي إلى حرمان مالك البناء من الاستفادة من الغرض المخصص لهذا البناء، بينما المنتجات القابلة للانفصال إذا لحقها عيب يجعل المنتج وحده غير صالح للاستعمال دون أن يلحق أضرارا بالبناء [13] ص 124.

ويشترط لإخضاع الصانع للضمان العشري بالتضامن مع المقاول توفر عدة شروط، وهي أن يكون المنتج قد تم تركيبه بمعرفة المقاول في عملية التشييد وبدون تعديل، وأن يتم تركيب المنتج بالمطابقة للتعليمات التي يضعها الصانع نفسه، وأن يكون المنتج مصمما ومنتجا كي يفي بأغراض محددة ومعدة سلفا [18] ص 65.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فإنه لم يعتبر الصانع من أشخاص الضمان العشري، وبذلك لا يمكن للمشتري أن يرجع على الصانع بموجب دعوى الضمان العشري لمطالبته بالتعويض عن الأضرار التي لحقت من جراء المنتجات التي أنتجها الصانع، إلا أن هذا لا يعني أن حق المشتري في التعويض يسقط بل يبقى قائما، إذ يمكن للمشتري أن يرجع على الصانع بموجب القواعد العامة المقررة في المادة 140 مكرر من الأمر رقم 58-75 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 05-10 التي أقامت مسؤولية المنتج عن الضرر الناتج عن عيب في منتوجه ولو لم تربطه بالمضور أي علاقة تعاقدية [108].

المستورد والموزع: ألحقت المادة 1792-04 من القانون المدني الفرنسي كل من المستورد والموزع بالصانع التي عرفت المستورد بأنه: " كل شخص يستورد عملا أو جزءا من عمل، أو عنصرا من عناصر التجهيز في العمل مصنوع في الخارج " [160] ص 74.

وبالرغم من أن المستورد يرتبط مع المقاول بعقد بيع، ولا يرتبط مع صاحب المشروع أو مالك البناء بعقد مقاوله مع ذلك تقررت مسؤوليته. ويرجع السبب في تقرير المشرع الفرنسي لمسؤولية المستورد بالتضامن مع الصانع والمقاول لسببين، أولهما من أجل دفع المستورد إلى المراقبة الدقيقة للمنتجات التي يستوردها من الخارج، ومن جهة أخرى لصعوبة تتبع الصانع في بعض الأحيان لإقامته في بلد بعيد عن البلد الذي أقيم فيه البناء [13] ص 136.

أما الموزع يعرف بأنه: "كل شخص قدم الشيء المصنوع ووزعه عنه في السوق على أساس أنه هو الصانع، واضعاً اسمه عليه أو علامة مميزة له عليه" [160] ص 75.

وافترضت هذه المسؤولية لتدعيم الحماية القانونية التي قررها المشرع الفرنسي لمالك البناء لأنه افتراض حالات يصعب فيها معرفة الصانع الحقيقي للمنتج. ونص على قرينة تجعل كل شخص يضع اسمه على منتج أو أي علامة مميزة مسؤولاً بالتضامن مع المقاول حتى ولو لم يكن هو الصانع الحقيقي [159] ص 57.

الممول العقاري: أقر المشرع الفرنسي مسؤوليته بموجب نص المادة 1831 من القانون المدني الفرنسي التي يتضح من خلالها أن المشرع الفرنسي لم يعرف الممول العقاري، وإنما ترك للفقه والقضاء الذي عرفه بأنه: "الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يتعهد بأن يشيد عن طريق الغير عقاراً، أو قسماً من عقار، أو الذي يتولى تنظيم عملية التشييد، وقيادتها على المستوى القانوني والإداري والمالي حتى نهايتها" [62] ص 207.

ما نخلص إليه في الأخير هو أن المشرع الفرنسي قد وسع من دائرة الملتمزين بالضمان العشري، من خلال تعدد العقود التي أصبحت تلزم بعض الأشخاص بالضمان العشري كلما كانت لهم علاقة بأعمال التشييد والبناء.

وبذلك وسع المشرع الفرنسي مفهوم المعماري الذي لم يبق محصوراً في المقاول والمهندس المعماري، بل تعدى هذا المفهوم الضيق ليشمل كل من بائع العقار بعد التشييد أو قبله، والصانع للعناصر أو المنتجات التي تشكل جزءاً في عملية التشييد، وأصبحت مسؤوليته تضامنية مع المقاول عن كل ما يلحق البناء من أضرار ناتجة عن عيوب المنتجات التي قدمها الصانع، وبذلك سوى المشرع الفرنسي بين المقاول والمهندس المعماري والصانع بتقريره للمسؤولية التضامنية.

كما أن المشرع الفرنسي لم يكتف في تقريره للحماية القانونية لمالك البناء بإلزام الصانع، بل ألحق كل من الموزع و المستورد بالصانع وألزمهما بالمسؤولية المعمارية تفادياً منه لأي صعوبة في تحديد الصانع الحقيقي للمنتج .

ولم يقف المشرع الفرنسي عند هذا الحد بل أضاف أشخاص آخرين بالرغم من أنهم لا يرتبطون مع رب العمل (صاحب المشروع ،مالك البناء) بعقد مقاوله لكنهم يشاركون في أعمال التشييد ،كما هو الأمر بالنسبة للوكيل والممول العقاري.

وهذا ما كان على المشرع الجزائري أن يقوم به لأن حصر الأشخاص الملزمين بالضمان العشري في المقاول والمهندس المعماري، وبائع العقار والأشخاص المكلفون بالرقابة لا يكفي ،نظرا للتطور الذي طرأ على عملية البناء والتشييد إذ لم تعد مقتصرة على الإسمنت والحديد والرمل بل تعدت ذلك إلى مختلف الوسائل التكنولوجية التي تدخلت في عملية البناء، إذ أصبحت العديد من المرافق تشيد بالزجاج والبعض الآخر بالخشب، بالإضافة إلى مكونات دقيقة أخرى كأنظمة التدفئة وغيرها .

لذلك كان على المشرع الجزائري أن يساير أحكام القانون المدني الفرنسي في هذا المجال، وهذا من أجل تقرير الحماية القانونية اللازمة لمالك البناء (مشتري العقار بناء على التصاميم)، لأنه المتضرر الأول من كل عيب يلحق بالبناء نتيجة الأخطاء التي يرتكبها الملزمون بالضمان العشري، سواء كانت عيوب في التصميم، أو أثناء التنفيذ، أو عيوب في المنتجات الصناعية المدمجة في عملية البناء والتشييد، خصوصا بعدما فتح باب الاستثمار الذي أدى إلى استيراد منتجات من الخارج تستعمل في عملية البناء،بالإضافة إلى فتح المجال أمام المقاولين العرب والأجانب الذين أصبحوا يشاركون في عملية البناء والتشييد .

لذا كان لزاما على المشرع الجزائري أن يساير هذه التغيرات بتنظيم تشريعي خاص يحدد فيه الأشخاص الملزمين بالضمان العشري حسب تدخلهم في عملية البناء والتشييد لأنه حتى الآن بقي المستوردون والموزعون مسؤولين وفقا للقواعد العامة في ضمان العيوب الخفية للمنتجات، وهذه القواعد غير كافية لتقرير حماية قانونية فعالة لمالك البناء نظرا لعدم تناسبها والأضرار التي تترتب عن وجود عيوب في البناء والتشييد .

وبعدما توصلنا إلى تحديد الأشخاص الملزمين بالضمان العشري وفقا لأحكام التشريعي الجزائري والفرنسي، يستلزم منا الأمر أيضا تحديد المستفيدين من الضمان العشري، وذلك من خلال المطلب الثاني من هذا المبحث، والذي من خلاله سنحاول معرفة ما إذا كان المشرع الجزائري قد ساير المشرع الفرنسي في تحديد الأشخاص المستفيدين من الضمان أم أنه اختلف معه، كما فعل في الأشخاص الملزمين بالضمان العشري.

2.1.2.2. المستفيدون من الضمان العشري

يعتبر مستفيدا من الضمان العشري وفقا لأحكام المادة 554 من القانون المدني الجزائري، كل شخص ارتبط مع المقاول والمهندس المعماري بعقد مقاوله، وبذلك يعتبر رب العمل هو المستفيد الأول من الضمان العشري .

وبتطبيق القواعد العامة لآثار العقد ينتقل هذا الحق إلى خلفه العام وهم الورثة والخلف الخاص كمشتري البناءات. أما بالرجوع على الأحكام الخاصة بعقد البيع بناء على التصاميم فإن المستفيدون من الضمان العشري هما بائع العقار بناء على التصاميم (المتعامل في الترقية العقارية) بصفته رب العمل وصاحب حق في الضمان العشري، في مواجهة كل من المهندس والمقاول وينتقل هذا الحق إلى خلفه العام والخاص .

أما المستفيد الثاني طبقا لأحكام هذا العقد هو مشتري العقار بناء على التصاميم أي مالك العقار، ويستفيد من الضمان بقوة القانون طبقا لما هو مقرر له بمقتضى نص المادة 08 من المرسوم التشريعي رقم 93-03 المؤرخ في 1993/03/01 المتعلق بالنشاط العقاري، ويستفيد من الضمان العشري بصفته خلفا خاصا للبائع طبقا للمادة 178 من الأمر رقم 95-07 المؤرخ في 1995/01/25 المتعلق بالتأمينات بنصها: "يستفيد من هذا الضمان صاحب المشروع أو مالكيه المتتاليين إلى غاية انقضاء أجل الضمان".

وبالرغم من أن البائع والمشتري هما المستفيدان من الضمان العشري بمقتضى عقد المقاوله وعقد البيع بناء على التصاميم، إلا أن دراستنا للمستفيدين من هذا الضمان في هذا المبحث ستقتصر على مشتري العقار فقط دون البائع لأن موضوع الأطروحة يتناول الحماية المقررة لمالك البناء وهو مشتري العقار بناء على التصاميم، الذي يستفيد من هذا الضمان، كما سبق الإشارة إليه بناء على أساسين، بقوة القانون، وباعتباره خلفا خاصا للبائع.

كما أن استفادة مشتري العقار بناء على التصاميم من الضمان العشري تمنح لخلفه العام وخلفه الخاص حق الاستفادة من هذا الضمان .

لذلك نقسم دراسة هذا المطلب إلى فرعين على الشكل التالي:

الفرع الأول: مشتري العقار بناء على التصاميم

الفرع الثاني: الخلف العام والخلف الخاص لمشتري العقار

1.2.1.2.2. مشتري العقار بناء على التصاميم

منح حق الاستفادة من الضمان العشري لمشتري العقار بناء على التصاميم بقوة القانون، بموجب نص المادة 08 من المرسوم التشريعي رقم 93-03 المتعلق بالنشاط العقاري وبذلك أصبح عقد البيع بناء على التصاميم كمصدر من المصادر التي تحدد الأشخاص الملزمين والمستفيدين من الضمان العشري إلى جانب عقد المقولة .

وعرفت المادة الأولى من وثيقة تأمين عقد البيع بناء على التصاميم المشتري بأنه: "كل شخص طبيعي أو معنوي يدفع مبالغ جزئية تكتسي طابع عربون على الطلب في إطار عقد بيع على المخططات لحيازة كل أو جزء من بناية أنجزها المتعامل في إطار مشروع الترقية العقارية موضوع وثيقة التأمين الحالية"[151].

ومما سبق يمكن تعريف مشتري العقار بناء على التصاميم بأنه: "كل شخص انتقلت إليه ملكية عقار لم يشيد بعد أو لا يزال في طور الإنجاز بمجرد شهر العقد بقوة القانون". ويستفيد مشتري العقار بناء على التصاميم من الضمان العشري باعتباره خلفا خاصا للبايع(المتعامل في الترقية العقارية) طبقا للمادة 178 من الأمر 95-07 المتعلق بالتأمينات .

1.1.2.1.2.2. استفادة المشتري من الضمان العشري بقوة القانون

إن المستفيد الأول من الضمان العشري في عقد البيع بناء على التصاميم إلى جانب بائع العقار (المتعامل في الترقية العقارية) مشتري العقار بمقتضى نص المادة 8 من نموذج عقد البيع بناء على التصاميم، بنصها على أنه: " يتكفل المتعامل في الترقية العقارية بمراقبة الضمان ومتابعته عن طريق التأمين العشري لكل المهندسين المعماريين والمقاولين والعمال القطعيين المدعويين للمشاركة في إنجاز البناية ويصرح أنه يقبل التصرف بالتضامن معهم إزاء المشتري والأطراف الأخرى إذا حصل خطأ لا يمكن أن ينسب إليه"[125].

ولا يشترط أن يكون مشتري العقار هو الذي أبرم عقد البيع بناء على التصاميم بنفسه وإنما يكفي أن يكون هذا العقد قد أبرم باسمه ولحسابه الخاص عن طريق وكيل ما دامت آثار هذا العقد تنصرف مباشرة إلى الموكل وهو المشتري، وهذا تطبيقا للقواعد العامة في النيابة الاتفاقية عن طريق الوكالة ، ويشترط في الوكالة أن تكون خاصة طبقا لما هو محدد بنص المادتين 574 و576 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26/09/1975 المتضمن القانون المدني[64] ص 42.

ولعل السبب في اعتبار مشتري العقار هو المستفيد الأصلي من أحكام الضمان العشري لأنه المتضرر الأول من تدهم البناء كلياً أو جزئياً ، أو ظهور عيب في البناء يهدد صلابته ومتانته، أو يجعله غير صالح للغرض المخصص له لأنه يمتلك العقار بمجرد شهر عقد البيع بناء على التصاميم . ويشترط لاستفادة مشتري العقار من أحكام الضمان العشري أن تظل صفته قائمة لحين انقضاء مدة الضمان العشري المحددة بعشر سنوات وفي حالة ما إذا فقد صفته لأي سبب كان ، كأن يبيع عقاره للغير فإن الضمان العشري ينتقل للمالك الجديد، أو وهبه وإلى غير ذلك من التصرفات القانونية التي قد ينقل من خلالها مشتري العقار ملكيته لشخص آخر. واستفادة مشتري العقار باعتباره مالكا من الضمان العشري بقوة القانون تمنح له حق الرجوع على البائع (المتعامل في الترقية العقارية) مباشرة.

2.1.2.1.2.2. استفادة المشتري من الضمان العشري باعتباره خلفا خاصا للمتعامل في الترقية العقارية

إن المتعامل في الترقية العقارية (بائع العقار) من أجل إنجاز مشاريعه في مجال التشييد يتعاقد مع المقاولين والمهندسين بموجب عقد مقاول. هذا العقد يمنح للمتعامل في الترقية العقارية بصفته رب العمل حق الرجوع عليهما لمطالبتهما بالضمان العشري، طبقاً لنص المادة 554 من ق.م.ج عن أي تدهم كلي أو جزئي للبناء ، وعن كل عيب يهدد متانة وسلامة البناء. وبما أن مشتري العقار يعتبر خلفا خاصا للمتعامل في الترقية العقارية (بائع العقار)، فقد أجمع الفقه المصري والفرنسي على حق مشتري العقار باعتباره خلفا خاصا لرب العمل أن يرفع دعوى الضمان العشري على المقاول والمهندس المعماري [66] ص 119. هذا ما يستلزم منا تحديد الأساس القانوني لانتقال الحق في الضمان العشري من البائع إلى المشتري، وتحديد الآثار القانونية المترتبة على هذا الانتقال. الأساس القانوني لانتقال الحق في الضمان العشري للمشتري: لقد اختلفت الآراء حول الأساس القانوني لانتقال الحق في الضمان العشري للمشتري، إذ ذهب فريق إلى تأسيسه على أساس الدعوى المباشرة ، لكنه استبعد لأن هذه الدعوى لا تفترض إلا بنص خاص كما هو الحال بالنسبة للدعوى المباشرة التي يرفعها المؤجر على المستأجر من الباطن .

وباستبعاد الدعوى المباشرة ذهب فريق آخر إلى تأسيسها على أساس الدعوى غير المباشرة [69] ص 514، التي يقصد بها "الدعوى التي يرفعها الدائن على مدين مدينه باسم مدينه ولحسابه، إذا أهمل هذا الأخير المطالبة بها" [31] ص 54.

لكن انتقد هذا الرأي على أساس أن المشتري يرفع دعوى الضمان العشري باسمه الخاص وليس باسم رب العمل كما هو مشروط في الدعوى غير المباشرة، كما أن الحق في الضمان العشري لا تنصرف آثاره إلى رب العمل (المدين الأصلي) كما هو الحال في الدعوى غير المباشرة بل تنصرف مباشرة إلى المشتري [69] ص 521.

وتضاربت الآراء أيضا في الفقه الفرنسي حول الأساس القانوني لرجوع المشتري على المقاول والمهندس المعماري بالضمان العشري، إلا أن صدور قانون 4 يناير 1978 حسم الخلاف بموجب نص المادة 1792، التي منحت حق انتقال الضمان العشري إلى المكتتب « l'acquereur » وهو كل شخص آلت إليه ملكية العقار سواء كان مشتريا أو موهوبا إليه [18] ص 76.

أما بالنسبة للتشريع الجزائري فإن المشتري يستفيد من الضمان العشري بصريح المادة 178 من الأمر 07-95 المتعلق بالتأمينات في الفقرة الثانية منه بنصها: "... يستفيد من هذا الضمان صاحب المشروع وملاكه المتتاليين إلى غاية انقضاء أجل الضمان".

من خلال هذا النص نستخلص أن المشرع الجزائري قد منح حق الاستفادة من الضمان العشري لأي شخص انتقلت إليه الملكية من صاحب المشروع، دون أن يحدد طريقة انتقال الملكية سواء كانت عن طريق البيع، أو الهبة أو التنازل... الخ. وبناء عليه لا يمكن للمستأجرين ولا الحائزين الاستفادة من الضمان العشري.

إن ارتباط فكرة الضمان العشري بالمالكين، أي الأشخاص الذين انتقلت إليهم ملكية البناء من طرف صاحب المشروع كما هو وارد في نص المادة 178 من الأمر 07-95 المتعلق بالتأمينات، طرح مشكلتين تتعلقان بمالك البناء عن طريق البيع الإيجاري، والمالك في الملكية المشتركة، ما إذا كان ينتقل إليهما حق الاستفادة من الضمان العشري أم لا ؟

وإن كانت كلتا صورتان ليست لهما علاقة بدراستنا، لأننا حصرناها في عقد البيع بناء على التصاميم، إلا أننا ارتأينا التطرق إليهما ونحن بصدد الكلام عن استفادة مشتري العقار بناء على التصاميم من الضمان العشري وفقا لقواعد الاستخلاف، لذلك لن نطيل في هذه المسائل بل سنحاول توضيح نقطة واحدة فقط، والمتمثلة في طرق استفادة المالك في كلتا الحالتين :

الصورة الأولى: البيع بالإيجار: عرف الدكتور محمد حسنين البيع بالإيجار بأنه: "العقد الذي يرد فيه العاقدان الإيجار والبيع معا، فهو إيجار إلى أن يتم الوفاء بالثمن كاملا، وبيع حين يتم الوفاء بالثمن، وفي هذا العقد يتفق الطرفان على أن يسلم للأخر العين المبيعة في مقابل مبلغ دوري متجدد على أن يعتبر هذا المبلغ أجرة عن الانتفاع بالعين المبيعة حتى إذا أتم الطرف الآخر الوفاء بها جميعا في نهاية المدة المحددة انتقلت إليه الملكية، فإذا تخلف عن دفع أي مبلغ منها عند حلول أجل استحقاقها، فيوجب عليه أن

يرد العين المبيعة، ويعتبر ما دفع أجرة مقابل الانتفاع به طوال المدة التي بقي فيها تحت يده والغرض من ذلك هو ضمان عدم التصرف في العين المبيعة قبل الوفاء بكافة الأقساط باعتبار أن الإيجار من عقود الأمانة، ويعرض المخل به لعقوبة خيانة الأمانة إن هو تصرف في العين المبيعة قبل الوفاء بكامل الثمن" [46] ص 15.

وعرفته المادة 07 من المرسوم التنفيذي رقم 97-35 بنصها: "هو العقد الذي يلتزم بموجبه ديوان الترقية والتسيير العقاري باعتباره المالك المؤجر أن يحول ملكا عقاريا ذا استعمال سكني لأي مشتري إثر فترة تحدد باتفاق مشترك حسب شروط هذا المرسوم..." [130].

أما المادة الثانية من المرسوم التنفيذي رقم 01-105 فقد عرفته بأنه: "... صيغة تسمح بالحصول على مسكن بعد إقرار شرائه بملكية تامة بعد انقضاء مدة الإيجار المحددة في إطار عقد مكتوب" [131].

من خلال هذا المرسوم يتبين بأن عقد البيع بالإيجار هو عقد مزدوج، فهو إيجار وبيع في آن واحد، إذ منحت المادة 2/12 من هذا المرسوم حق فسخ العقد في حالة الامتناع عن دفع الأقساط لمدة 06 أشهر مع إمكانية المطالبة بالطرد، أما المادة 18 فقد نصت على استرداد المبالغ المدفوعة كدفعة أولى بعد تحصيل الأقساط المتأخرة مع المصاريف التي قد تنجم عن ترميم الشقة نصت المادة 19 من نفس المرسوم على عدم انتقال الملكية إلا بعد تسديد كل الأقساط وهذا ما يؤدي إلى تطبيق أحكام عقد البيع [32] ص 199.

ما نخلص إليه في الأخير هو أن هذا العقد عقد من نوع خاص لا هو بعقد بيع ولا عقد إيجار، وإن كان يضم أحكام العقدين معا.

وبما أن في البيع بالإيجار يعتبر المستفيد من السكن في البداية مستأجرا، وبعد سداد كل الأقساط يعد مشتريا، لذلك وبناء على نص المادة 178 من الأمر 95-07 المتعلق بالتأمينات فإن المستفيد في المرحلة التي يكون فيها مستأجر لا تنتقل إليه دعوى الضمان العشري، لأن النص كان صريحا إذ حصر حق الاستفادة في "صاحب المشروع ومالكيه المتتاليين"، أما المستأجر فهو مستبعد من الضمان.

أما بعدما يقوم المستفيد من السكن عن طريق البيع بالإيجار من دفع كل الأقساط يصبح مالكا بأثر رجعي من تاريخ انعقاد البيع، وفي هذه الحالة يجوز له رفع دعوى الضمان العشري عن كل تهدم، أو خلل، أو عيب حدث خلال مدة عشر سنوات من تاريخ التسليم، باعتباره خلفا لرب العمل وهو وكالة عدل، أما كحق مباشر لا يمكن لأن رفع دعوى الضمان العشري بصفة مباشرة حددها المشرع الجزائري في حالتين وهما وجود، عقد مقاول أو عقد البيع بناء على التصاميم فقط دون غيرهما من العقود.

الصورة الثانية: الملكية المشتركة: عرفت المادة 743 من القانون المدني الجزائري الملكية المشتركة بأنها: " الحالة القانونية التي يكون عليها العقار المبني أو مجموعة العقارات المبنية والتي تكون ملكيتها مقسمة حصصا بين عدة أشخاص تشمل كل واحدة منها على جزء خاص ونصيب في الأجزاء المشتركة".

وحددت المادة 745 من ق.م.ج. الأجزاء المشتركة في "أدوات التجهيز المشتركة بما فيها أجزاء الأنابيب التابعة لها بما فيها الأنابيب التي تمر على الأجزاء الخاصة، الأفنية، والمدخل... الخ . ويتولى إدارة الملكية المشتركة أحد الشركاء في الملكية، ويمارس جميع صلاحياتها في الحدود والشروط التي يمنحها له القانون[126].

مما سبق هل يمكن أن نعتبر أن من يتولى إدارة الملكية المشتركة وممارسة جميع صلاحياتها له الحق في رفع دعوى الضمان العشري ؟

أجمع الفقه والقضاء الفرنسيان على أن الشخص الممثل في المأمور وطبقا لنص المادة 15 من القانون رقم 557 الصادر في 10 يوليو 1965 الذي نظم الملكية المشتركة للعقارات المبنية، الحق في مباشرة دعوى الضمان العشري إذا ما كان السبب الموجب للضمان قد أصاب الأجزاء المشتركة من العقار، كما يحق لكل مالك مشترك أن ينفرد برفع دعوى الضمان العشري في الجزء المتعلق بحصته[69] ص 554.

ونفس الحكم يمكن تطبيقه في التشريع الجزائري مادام شرط الملكية المنصوص عنه في المادة 178 من الأمر 05-97 المتعلق بالتأمينات قد تحقق لأن النص قد اشترط الملكية دون أن يحدد ملكية فردية أو جماعية.

بناء عليه، في حالة ما إذا أصيب جزء من الملكية الخاصة لأحد الشركاء فإن الحق في دعوى الضمان العشري يثبت له دون غيره، أما إذا لحق الضرر الأجزاء المشتركة فإن الحق في رفع دعوى الضمان العشري يثبت للجمعية ممثلة في المتصرف[108]، ولكن بصفة الخلف الخاص الذين انتقلت إليهم الملكية كما سبق شرح ذلك.

الآثار المترتبة على انتقال الحق في الضمان إلى المشتري: يترتب على انتقال الحق في الضمان للمشتري وفقا لقواعد الاستخلاف، حق المشتري في الرجوع بدعوى الضمان العشري على المسؤول الحقيقي عن أي تهم أو خلل، أو عيب يهدد سلامة البناء أو متانته وهو المقاول أو المهندس المعماري[69] ص 522.

2.2.1.2.2. الخلف العام والخلف الخاص للمشتري

حددنا من خلال المطلب الأول المشتري كمستفيد من دعوى الضمان العشري بموجب عقد البيع بناء التصاميم، وبموجب القواعد العامة في الاستخلاف كخلف للبائع ورجوعه على المشيدين مباشرة . إلا أنه لا يعد الشخص الوحيد إلى جانب البائع (المتعامل في الترقية العقارية) المستفيد من هذا الضمان، بل ينتقل هذا الضمان في حالة وفاته للخلف العام، كما ينتقل هذا الحق إلى خلفه الخاص.

1.2.2.1.2.2. الخلف العام للمشتري

يقصد بالخلف العام: "كل من يخلف الشخص في ذمته المالية من حقوق والتزامات، أو في جزء منها باعتبارها مجموعا من المال كالوارث" [36] ص 596.

بناء عليه يكون لورثة مشتري العقار بناء على التصاميم، بصفتهم خلفا عاما، أن يرفعوا دعوى الضمان العشري عن أي تهم كلي أو جزئي أو ظهور عيب يهدد سلامة البناء أو متانته طبقا لقواعد الاستخلاف المنصوص عنها في المادة 108 من ق.م. ج بقولها: "ينصرف العقد إلى المتعاقدين والخلف العام...".

ولما كانت استفادة مشتري العقار بناء على التصاميم من أحكام الضمان العشري، التي قررها المشرع له بموجب نص المادة 08 من المرسوم التنفيذي رقم 94-58 المؤرخ في 7 مارس 1994 المتعلق بنموذج عقد البيع بناء التصاميم الذي يطبق في مجال الترقية العقارية، هي من أهم الحقوق التي يرتبها هذا العقد لمشتري العقار، فإنه بمقتضى قواعد الاستخلاف العام التي تقضي بانتقال هذا الحق إلى الخلف العام، إذا توفي المشتري انتقلت ملكية العقار محل العقد بما لها من حقوق من ذمة المشتري واستقرت في ذمة خلفه، وإذا حدث تهم كلي أو جزئي أو ظهر بالعقار المشيد عيب يهدد متانته وسلامته فإن الحق في مباشرة دعوى الضمان العشري ينتقل إلى الخلف العام .

2.2.2.1.2.2. الخلف الخاص للمشتري

يقصد بالخلف الخاص: "كل من يتلقى من سلفه بمقابل أو بدون مقابل شيئا معيننا بالذات أو حقا معيننا شخصا أو عينيا أو ذهنيا" [53] ص 159. كأن يبيع مالك البناء المبنى أو يهبه ثم يتهدم كليا أو جزئيا، أو ظهر فيه عيب يهدد سلامته أو متانته، ثبت حق المشتري أو الموهوب له بصفتها خلفا خاصا أن يرفع دعوى الضمان العشري، طبقا لقواعد الاستخلاف في الحقوق والتزامات [10] ص 111.

بناء عليه ينصرف أثر العقد إلى الخلف الخاص في التشريع الجزائري بموجب نص المادة 109 من ق. م. ج. التي تقضي بأنه: "إذا أنشأ العقد التزامات وحقوق شخصية تتصل بشيء انتقل بعد ذلك إلى الخلف الخاص، فإن هذه الالتزامات والحقوق تنتقل إلى هذا الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء".

من خلال هذا النص يمكن القول بأنه تطبيقاً للقواعد العامة، يمكن للخلف الخاص لمشتري العقار بناء على التصاميم أن يرفعوا دعوى الضمان العشري ضد بائع العقار (المركي العقاري) إذا حدث أي تدهم كلي أو جزئي بالعقار أو ظهر عيب يهدد سلامة ومتانة البناء .

كما يمكن للخلف الخاص لمشتري العقار بناء على التصاميم أن يستند في رجوعه بدعوى الضمان العشري بنص المادة 178 من الأمر رقم 95-07 المتعلق بالتأمينات الذي منح للمالكين مباشرة كخلف خاص لصاحب المشروع.

وهذا ما أكدته المادة 3/49 من القانون رقم 11-04 التي منحت للمالكين المتوالين على البناية حق الاستفادة من كل الضمانات المقررة في القانون رقم 11-04 التي من بينها الضمان العشري. ونفس الحكم ذهب إليه المشرع الفرنسي من خلال نص المادة 1792 و2270 من القانون المدني الفرنسي.

ما نخلص إليه في الأخير هو أن المشرع الجزائري قد ساير المشرع الفرنسي فيما يخص الأشخاص المستفيدين من الضمان إذ أن كلا التشريعين منحا حق الاستفادة المشتري من الضمان العشري بموجب نص خاص، وهو ما لم ينظمه المشرع المصري إذ بقي المشتري في إطار هذا التشريع يستفيد من أحكام الضمان العشري طبقاً لأحكام الاستخلاف المنصوص عنها في القواعد العامة.

وبذلك يكون المشرع الجزائري قد قرر حماية قانونية خاصة لمشتري العقار بناء على التصاميم، إذ أن هذا الأخير يحق له الرجوع بموجب دعوى الضمان العشري بأحد الطرفين، إما بموجب النص الخاص الذي منحه حق الاستفادة من أحكام الضمان العشري وبالتالي يرجع في هذه الحالة على المتعامل في الترقية العقارية، أو بموجب قواعد الاستخلاف التي تمنحه حق الرجوع على المقاول والمهندس المعماري مباشرة بصفته خلفاً خاصاً لبائع العقار (المتعامل في الترقية العقارية).

ومن خلال دراستنا لأشخاص الضمان العشري سواء تعلق الأمر بالأشخاص الملزمين بالضمان العشري أو المستفيدين منه، نلاحظ أن المشرع الفرنسي قد حدد الأشخاص الملزمين على سبيل الحصر، أما المشرع الجزائري فقد اكتفى بتحديد الأشخاص الملزمين بالضمان في المقاول والمهندس المعماري، والمتعامل في الترقية العقارية والأشخاص المكلفين بالرقابة، ثم نص في المادة 08 من المرسوم التنفيذي رقم 94-58 المتضمن نموذج عقد البيع بناء على التصاميم الذي يطبق في مجال الترقية العقارية على

أنه: " يتكفل المتعامل في الترقية العقارية بمراقبة الضمان ومتابعته عن طريق التأمين العشري لكل من المهندس المعماري والمقاولين والعمال القطعيين المدعويين للمشاركة في إنجاز البناية ...".

من خلال هذا النص يلاحظ بأن المشرع الجزائري قد ألحق العمال القطعيين بالمهندس والمقاول، لكن الإشكال المطروح هو ما لمقصود بالعمال القطعيين، وهل يقصد بهم الصانع أو المقاول من الباطن... الخ؟

لذا كان على المشرع الجزائري أن يحدد على سبيل الحصر حتى يمكن لمالك البناء (مشتري العقار) معرفة الأشخاص الذي يمكنه الرجوع عليهم بموجب دعوى الضمان العشري، في حالة ما إذا تعرض عقاره لأي تهم كلي أو جزئي، أو أصيب بعيب يهدد متانة وسلامة البناء.

كما بقي إشكال آخر يتعلق بالأشخاص المستفيدين من الضمان العشري، هل يمكن أن يستفيد من الضمان العشري مشيدي البناء فيما بينهم ؟

نجد أن المشرع الجزائري قد أجاب عن هذا الإشكال بموجب نص المادة 554 من ق.م.ج. في فقرتها الأخيرة بنصها على أنه: "...ولا تسري هذه المادة على ما قد يكون للمقاول من حق الرجوع على المقاولين الفرعيين".

والحكمة من عدم تقرير حق الاستفادة من الضمان العشري لمشيدي البناء فيما بينهم هي أن هذه الحماية قررت لرب العمل في عقد المقاولة و لمشتري العقار وفقا لأحكام عقد البيع بناء على التصاميم، لعدم تخصصه في فن المعمار وبما تتميز به أعمال المقاولات من خطورة خاصة يتعرض لها مالك البناء دون غيره، لذلك استبعدت مختلف التشريعات فكرة استفادة مشيدي البناء فيما بينهم من دعوى الضمان العشري .

غير أن تحديد الأشخاص الملزمين بالضمان العشري والمستفيدون منه يستدعي ضرورة تحديد الشروط المحققة للضمان العشري التي من خلالها يمكن معرفة متى يمكن لأي شخص أن يكون ملزما بالضمان العشري أو مستفيدا منه، وهذا ما سنحاول التطرق إليه من خلال المبحث الثاني المتعلق بشروط الضمان العشري .

2.2.2. شروط الضمان العشري

تقضي المادة 554 من القانون المدني في فقرتها الأولى بأن : "يضمن المهندس المعماري والمقاول متضامنين ما يحدث خلال عشر سنوات من تهم كلي أو جزئي فيما شيدها من مبان أو أقلامه من منشآت ثابتة أخرى ...".

ونصت المادة 8 من المرسوم التشريعي رقم 93-03 المؤرخ في 01 مارس 1993 المتعلق بالنشاط العقاري على أنه: " يتعين على المتعامل في الترقية العقارية أن يطلب من المهندسين والمقاولين المكلفين بإنجاز المنشآت شهادة تأمين تحملهم المسؤولية المدنية العشرية المنصوص عليها في أحكام القانون المدني لاسيما المادة 554 منه، وطبقا للقانون المتعلق بالتأمينات لاسيما مواده 94 إلى 99...".

كما تقضي الفقرة الثالثة من المادة 554 من ق.م.ج. على: "...وتبدأ مدة السنوات العشر من وقت تسلم العمل نهائيا".

ونصت المادة 557 من ق.م.ج. على أنه: "تتقادم دعاوى الضمان المذكورة أعلاه بانقضاء ثلاث سنوات من وقت حصول التهم أو الحد منه".

يتضح من خلال هذه النصوص بأن استفادة مالك البناء (مشتري العقار بناء على التصاميم) من أحكام الضمان العشري، يستلزم ضرورة توافر نوعين من الشروط، النوع الأول يتمثل في الشروط الموضوعية وهي شروط تتعلق بالضمان من حيث العقود، والعيوب، والأعمال، والأضرار، والنوع الثاني يتمثل في الشروط الشكلية وهي تتعلق بمدة وقوع التهم أو ظهور العيب، ومدة رفع دعوى الضمان العشري نتيجة الأضرار المترتبة عن التهم، أو ظهور عيب في البناء.

لذا ارتأينا تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين على الشكل التالي :

المطلب الأول: الشروط الموضوعية

المطلب الثاني: الشروط الشكلية

1.2.2.2. الشروط الموضوعية

حتى تتحقق مسؤولية الملزمين بالضمان العشري السابق الإشارة إليهم، لابد من توافر شروط موضوعية ، وهذه الشروط منها ما يتعلق بالضمان من حيث ضرورة وجود عقد مقاولة وعقد بيع بناء على التصاميم، لأنه سبق الإشارة إلى أن المشرع الجزائري لم يقصر دعوى الضمان العشري بعقد المقاول فقط ، بل وسع نطاقه إلى عقد البيع بناء على التصاميم بموجب المرسوم التشريعي رقم 93-03 المؤرخ في 01 مارس 1993 المتضمن النشاط العقاري، ومنها ما يتعلق بالأضرار، ومنها ما يتعلق بالأعمال، ومنها ما يتعلق بالعيوب. لذلك سنحاول دراسة كل شرط من هذه الشروط على حدى، من خلال تقسيم دراسة هذا المطلب إلى ثلاثة فروع على الشكل التالي :

الفرع الأول: وجود عقد مقاولة وعقد بيع بناء على التصاميم

الفرع الثاني: تشييد مباني أو منشآت ثابتة

الفرع الثالث: تهدم أو تعيب البناء أو المنشأة

1.1.2.2.2. وجود عقد مقابولة وعقد بيع بناء على التصاميم

يتحقق حق رجوع مالك البناء (مشتري العقار بناء على التصاميم) على بائع العقار (المتعامل في الترقية العقارية) بموجب عقد البيع بناء على التصاميم، بموجب نص خاص وهو نص المادة 8 من المرسوم التشريعي رقم 03-93 المتعلق بالنشاط العقاري، أما إذا أراد أن يرجع بصفته خلفا خاصا للبائع فإنه يرجع مباشرة على المقاول والمهندس المعماري وفقا لقواعد الاستخلاف، وفي هذه الحالة يشترط وجود عقد مقابولة، لذلك ارتأينا ضرورة التطرق لكلا العقدين اللذين من خلالهما يتحقق حق استفادة مشتري العقار بناء على التصاميم (مالك البناء) من أحكام الضمان العشري.

1.1.1.2.2.2. وجود عقد مقابولة

لكي تتحقق مسؤولية مشيدي البناء فقد اشترط المشرع الجزائري وفقا لأحكام المقابولة ضرورة وجود عقد مقابولة، أي علاقة سابقة بين المهندس والمقاول من جهة وصاحب المشروع من جهة أخرى (المتعامل في الترقية العقارية)، حتى يمكن إلزامهم بأي تهدم أو عيب يطرأ على البناء المشيد. وقد وردت أحكام الضمان العشري في القانون المدني بخصوص عقد المقابولة، في نص المادة 554 من ق.م.ج. المقابلة للمادة 1792 مدني فرنسي.

وعلى هذا الأساس اشترطت مختلف التشريعات وجود عقد مقابولة إذا توفرت فيه كل شروطه القانونية اللازمة لانعقاده وصحته [2] ص 87، ومن أهمها أن يكون محله إنجاز منشآت ثابتة ومباني من أي نوع كانت، سواء كانت عمارات، مدارس مستشفيات... الخ، شريطة أن تكون مستقرة وثابتة لا يمكن نقلها دون هدمها. ولا يشترط أن تكون هذه المنشآت فوق الأرض بل يمكن أن تكون تحت الأرض كالأنفاق والخزانات... الخ [8] ص 148.

ويعتبر عقد المقابولة مصدر التزام مشيدي البناء، وعرفته المحكمة العليا بالجزائر في قرار لها رقم 61489 الصادر بتاريخ 1990/06/13 بأنه: "من المقرر قانونا أن المقابولة عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئا أو أن يؤدي عملا مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الآخر، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقانون" [84] ص 65.

أما محكمة النقض الفرنسية فقد عرفته بأنه: "اتفاق يعهد بمقتضاه أحد الأشخاص إلى المقاول بأن ينفذ بكل استقلال عملا إنشائيا، وأن هذا العقد المتعلق بمحض أعمال مادية لا يعطي للمقاول سلطة النيابة عن رب العمل" [1] ص 99.

وفي هذا الإطار أكدت محكمة النقض المصرية في ذلك :... فإن ضمان المهندس المعماري أساسه عقد يبرم بينه وبين رب العمل ،يستوجب مسؤوليته عن أخطاء التصميم أو عيوب التنفيذ"[19] ص 116.

ويعتبر القضاء الفرنسي أن وجود عقد المقاولة لا يكفي لتطبيق أحكام الضمان العشري بل يجب على المقاول أن يساهم في عمليات تشييد البناء، وذلك في صورة أعمال إنتاجية أو في صورة خدمات تتصل بتنفيذ البناء وإنجازه. ولهذا لا يعتبر من يقوم بتوريد مواد أو معدات دون أن يقوم بتركيبها مقاولا. وكذلك لا يكفي انعقاد عقد مقاولة بين رب العمل ومشيدي البناء لتطبيق أحكام الضمان العشري بل يشترط بقاء العلاقة العقدية حتى يثبت الحق في الضمان العشري، أما إذا فسخ عقد المقاولة سقط حق رب العمل بالضمان[62] ص 212.

وبتوفر كل هذه الشروط الخاصة بعقد المقاولة تتحقق مسؤولية مشيدي البناء بالضمان العشري عن كل تهم أو عيب يلحق بالبناء .

2.1.1.2.2. وجود عقد بيع بناء على التصاميم

نظم عقد البيع بناء على التصاميم في التشريع الجزائري بموجب المرسوم التشريعي رقم 93-03 المؤرخ في 03 مارس 1993 المتعلق بالنشاط العقاري، حيث ارتبط وجوده بتنظيم المشرع الجزائري للترقية العقارية، وبعده صدر المرسوم التنفيذي رقم 94-58 المؤرخ في 07 مارس 1994 المتعلق بتحديد نموذج عقد البيع بناء على التصاميم المطبق في مجال الترقية العقارية.

ومن خلال المرسومين اكتفى المشرع الجزائري بوضع أحكام عقد البيع بناء على التصاميم دون تحديد تعريف لهذا العقد، على عكس نظيره الفرنسي الذي عرفه بمقتضى نص المادة 1/1261 من قانون البناء والسكن، التي يستخلص منها بأن عقد البيع بناء على التصاميم يركز على خاصيتين أساسيتين هما: التزام البائع بالبناء والمدة التي يجب أن يتم خلالها البناء والتشييد .

أما المادة الأولى من وثيقة تأمين عقد البيع بناء على التصاميم فقد عرفته بأنه: "يفهم من عقد بيع على التصاميم المختصرة ب (v .s .p) في معنى وثيقة التأمين الحالية العقد المبرم طبقا للأحكام التالية :

المرسوم التشريعي رقم 93-03 المؤرخ في 1/3/1993 المتضمن النشاط العقاري.
المرسوم التنفيذي رقم 94-58 المؤرخ في 07 مارس 1994 المتضمن نموذج لعقد v.s.p – ب.ع.م مبرم بين من جهة المتعامل في الترقية العقارية صاحب وثيقة التأمين الحالية، ومن جهة أخرى مشتري

كل جزء من أملاك عقارية أنجزها المتعامل في إطار مشروع ترقية عقارية محل وثيقة التأمين الحالية" [151].

وبصدور القانون رقم 04-11 عرف عقد البيع على التصاميم بموجب المادة 28 منه بمايلي: «عقد البيع على التصاميم لبناية أو جزء من بناية مقرر بناؤها أو في طور البناء، هو العقد الذي يتضمن ويكرس تحويل حقوق الأرض وملكية البنايات من طرف المرقي العقاري لفائدة المكتب موازاة مع تقدم الأشغال، وفي المقابل، يلتزم المكتب بشديد السعر كلما تقدم الإنجاز...».

كل هذه التعريفات وغيرها اتفقت على خاصية واحدة وهي أن البيع ينصب على عقار لم ينجز بعد، ومع ذلك يلتزم بائع العقار بالضمان العشري بالتضامن مع المقاول والمهندس المعماري وذلك بالزام المقاول والمهندس بتأمين مسؤوليتهم العشرية، ويشترط أن تبلغ نسخة من شهادة التأمين إلى المشتري يوم حيازته لملكية البناية كأقصى أجل. ويغطي هذا التأمين كل ضرر مادي أو جسماني يترتب عن الأخطاء المؤمن عليها، إضافة إلى تعويض المبالغ المدفوعة لأجل إنجاز البناء في حالة تدممه وكل الأجور والرسوم في حالة وجودها والتي تحدث خلال عشر سنوات ابتداء من تاريخ تحرير محضر التسليم النهائي .

ويخرج من مجال تغطية التأمين العشري ، حالات انزلاق التربة، والإنفجارات أو الحريق إذا لم يكن مؤمن عليها إضافة إلى الكوارث الطبيعية التي أصبح لها تأمين إلزامي مستقل بموجب الأمر رقم 03-12-03 المؤرخ في 03-08-26 المتعلق بإلزامية التأمين على الكوارث الطبيعية.

وفي حالة ما إذا لم يتم التعامل في الترقية العقارية بإلزام المهندس والمقاولين باكتتاب عقود تأمين تحملهم المسؤولية العشرية فإنه يتحمل المسؤولية العشرية كاملة في مواجهة مشتري العقار (المالك)، إلا إذا استطاع أن يدفع هاته المسؤولية بإثبات السبب الأجنبي أو القوة القاهرة [125].

نخلص في الأخير إلى أن المشرع الجزائري رغبة منه في تحقيق الحماية القانونية للمشتري، لم يقتصر في تطبيق أحكام الضمان العشري على عقود المقاول فقط، الذي يلزم كل من المقاول والمهندس المعماري بل تعداها إلى عقد البيع بناء على التصاميم ليضيف إلى قائمة الملزمين بالضمان العشري بائع العقار بموجب نص المادة 8 من المرسوم التشريعي رقم 03-93 المؤرخ في 01-03-1993 المتعلق بالنشاط العقاري، وألزمته المادة 8 من المرسوم التنفيذي رقم 58-94 بالضمان العشري بالتضامن مع المهندسين والمقاولين والعمال القطعيين .

2.1.2.2.2. تشييد مباني أو إقامة منشآت ثابتة

لا يكفي لرفع دعوى الضمان العشري من طرف مشتري العقار (المالك) أو خلفه العام أو الخاص وجود عقد مقاوله أو عقد بيع بناء على التصاميم، وإنما يجب أن يكون محل هذين العقدين بناء أو منشآت ثابتة .

وهذا يستفاد من نص المادة 554 من ق.م.ج والمادة 08 من المرسوم التشريعي رقم 93-03 المؤرخ في 01 مارس 1993 المتضمن النشاط العقاري، والمادة 22 من القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 15 ماي 1988 المتضمن كفاءات ممارسة تنفيذ الأشغال في ميدان البناء وأجر ذلك بنصها: "طبقا للمادة 554 من القانون المدني، يعد المستشار الفني والمقاول مسؤولين بالتضامن من خلال عشر (10) سنوات عن تدهم المباني والمنشآت الثابتة كلها أو جزء منها ولو كان التدهم ناشئا عن عيب في الأرض، وتشمل مسؤولية المستشار الفني ما يوجد في المباني والمنشآت من عيوب يترتب عليها تهديد متانة البناء وسلامته".

من خلال هذا النص يتبين أن الضمان العشري يغطي تدهم المباني والمنشآت الثابتة كلها أو جزء منها. وعلى هذا الأساس اشترط تشييد المباني أو إقامة المنشآت كشرط أساسي لتحقيق التزام مشيدي البناء بالضمان العشري.

1.2.1.2.2.2. تشييد مباني

عرف البناء طبقا لنص المادة 23-02 من القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 15 ماي 1988 المتضمن كفاءات ممارسة تنفيذ الأشغال في ميدان البناء و أجر ذلك بأنه: "... يقصد بالمنشآت كل أشغال الأسس والهيكل الفوقية، والأسوار والسقف".

ما يلاحظ على هذا النص أن المشرع استعمل مصطلح البناء في الفقرة الأولى، ثم "المنشآت" في الفقرة الثانية والتي قصد بها البناء.

أما بالنسبة للقانون الفرنسي فقد كان يستعمل مصطلح "الأعمال الكبيرة" التي تضمنها نص المادة 2270 من ق.م.ج، التي أثارت خلافا كبيرا في الفقه الفرنسي، لذلك استحدث المشرع بموجب التعديل الذي تم بموجب قانون 4 جانفي 1978 مصطلح آخر تضمنته المادة 1792 من القانون المدني الفرنسي وهو « ouvrage » [160] ص 75 أي عمل.

وبهذا يكون المشرع الفرنسي قد وسع في معنى البناء ليشمل إلى جانب المباني المنجزة فوق سطح الأرض المباني المنجزة تحته ومهما كانت طبيعتها، سواء كانت مخصصة للسكن أم للأغراض التجارية أو الصناعية أو المهنية أو الثقافية أو الرياضية أو الترفيهية... الخ [19] ص 119.

واستحدث المشرع الفرنسي بموجب المادة 1792 من ق.م.ف في فقرتها الثالثة نوعا آخر من الضمان، يشمل جميع العناصر التجهيزية التابعة للمباني والإنشاءات وهو ضمان حسن سير العناصر التجهيزية [20] ص 130. وهو نفس الضمان الذي نظمه المشرع الجزائري بموجب نص المادة 14 من المرسوم التشريعي رقم 93-03 المتعلق بالنشاط العقاري.

2.2.1.2.2.2. إقامة المنشآت الثابتة

عرفها المشرع الجزائري بمقتضى نص المادة 03/23 من القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 15 ماي 1988 المتضمن كليات ممارسة تنفيذ الأشغال في ميدان البناء وأجر ذلك بأنه: "...- يقصد بالمنشآت والتي من شأنها أن تستجيب لقيود الاستعمال، وأن تكون مطابقة لاحتياجات المستعمل...".

يتضح من خلال هذا النص أن المسؤولية العشرية لا تنحصر في المباني بمعنى الكلمة وإنما تمتد إلى أية منشأة ثابتة أخرى.

أما الفقه فقد عرف المنشأة الثابتة بأنها: " كل عمل أقامته يد الإنسان ثابتا في حيزه من الأرض متصلا بها اتصال قرار عن طريق الربط بين مجموعة من المواد - أيا كان نوعها - ربطا غير قابل للفك بحيث يبسر على الإنسان سبيل انتقاله أو سبيل معاشه " [9] ص 681.

يستخلص من هذا التعريف أن التمييز بين البناء والمنشآت الثابتة هو الوظيفة، إذ المنشآت الثابتة لا تقتصر وظائفها على إنجاز مباني من أجل إيواء الإنسان، وإنما تمتد لتشمل كل ما يسهل على الشخص طرق انتقاله من مكان إلى آخر كالجسور والطرق، والقناطير، والسدود، والأنفاق، والسكك الحديدية والمطارات... الخ [63] ص 369.

ولا يهم نوع المادة المستعملة في إنجاز المنشأة الثابتة فقد تكون حديدا، أو خشبا أو رملا... الخ، كما لا يهم المهمة التي يقوم بها المشيد أثناء عملية التشييد فقد يقوم بالتصميم والإنشاء، أو بالتصميم والتركيب [9] ص 685.

وإن كان الفقه اتفق على إخضاع المنشآت الثابتة التي تقوم فوق سطح الأرض لأحكام الضمان العشري، إلا أنه وقع اختلاف حول سريان هذه الأحكام على المنشآت المقامة على مستوى سطح الأرض أو دون مستواها مثال ذلك السكك الحديدية، المطارات والملاعب الرياضية... الخ [20] ص 166.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري يتضح من خلال نص المادة 03/23 من القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 15 ماي 1988 المتضمن كفايات ممارسة تنفيذ الأشغال في ميدان البناء وأجر ذلك، بأنه لم يميز بين المنشآت التي تقام فوق سطح الأرض أو على مستوى سطح الأرض، أو دون مستواها ، واكتفى بتعريفها على أساس المهمة التي تحققها وهي احتياجات المستعمل، لذلك يمكن أن نعتبر أن أي منشأة ثابتة تحقق غرض المستعمل سواء كانت فوق سطح الأرض أو على مستوى سطح الأرض أو دون مستواها منشأة ثابتة بمفهوم نص المادة 3/23 السابقة الذكر.

وبالرجوع إلى نص المادة 02 من المرسوم التشريعي رقم 93-03 المؤرخ في 01 مارس 1993 المتضمن النشاط العقاري، نستخلص بأن المشرع الجزائري حدد مضمون النشاط العقاري في الأعمال التالية:

الأعمال التي تساهم في إنجاز الأملاك العقارية المخصصة للبيع أو الإيجار أو تلبية حاجات خاصة. تجديد الأملاك العقارية المخصصة للبيع أو الإيجار أو تلبية حاجات خاصة.

إذا كان أمر الإنجاز قد حسم أمره إذ اعتبره المشرع الجزائري من خلال نص المادة 22 من القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 15 ماي 1988 المتضمن كفايات ممارسة تنفيذ الأشغال في ميدان البناء وأجر ذلك، خاضعا لأحكام الضمان العشري سواء كان في صورة إنجاز مباني أو منشأة ثابتة.

أما الصورة الثانية لأعمال الترقية العقارية الخاصة بعملية تجديد الأملاك العقارية لم يتضمنها نص المادة 22 السابقة الذكر، ولا المادة 554 من ق.م.ج..

أما بالنسبة للقانون الفرنسي يتضح من خلال نص المادة 1792 من ق.م.ف. بأنها جاءت بمصطلح عام « ouvrage » أي عمل ولم تتطرق لأعمال الترميم والتعلية والإصلاح ما إذا كانت تخضع للضمان العشري أم لا [16] ص 214.

3.1.2.2.2. تهديم أو تعيب البناء أو المنشأة

يشترط لتحقيق الضمان العشري طبقا لما هو منصوص عليه في المادة 554 من ق.م.ج. أن يلحق بالمباني أو المنشآت الثابتة ضررا، إما عن طريق حدوث تهديم كلي أو جزئي، أو أن يلحق بهذه المباني والمنشآت الثابتة عيب يترتب عليه تهديد سلامته ومتانته.

1.3.1.2.2.2. تهدم المباني والمنشآت

نصت المادة 554 من ق.م.ج على أنه "يضمن المهندس المعماري والمقاول متضامنين ما يحدث خلال عشر سنوات من تهدم كلي أو جزئي فيما شيدها من مباني أو أقاماه من منشآت ثابتة أخرى...".

ونصت المادة 22 من القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 15 ماي 1988 المتضمن كفيات ممارسة تنفيذ الأشغال في ميدان البناء وأجر ذلك، على أن مشيدي البناء يكونون مسؤولين بالتضامن عن أي تهدم كلي أو جزئي يلحق بالمباني أو المنشآت .

لذلك فإن أول شرط يتحقق معه الضمان العشري هو التهدم، وهو نفس الشرط الذي اشترطه المشرع الفرنسي بموجب نص المادة 1792 من ق.م.ف .

ويعرف التهدم لغة بأنه: "هو نقض البناء بمعنى انحلال الرابطة التي تربطه بين أجزائه ".
أما اصطلاحاً يعتبر: " تفكك أجزاء البناء كلها أو بعضها، أو انفصالها عنه أو عن الأرض المقام عليها، كانهيار البناء، أو تهدم حائط منه، أو وقوع سقفه، أو انهيار شرفة أو سقوط سلمه أو بعض أبواب أو نوافذ شرفاته " [28] ص 422.

وعرف التهدم أيضاً بأنه: "انهيار البناء كلياً أو انهيار جزء منه فتنفصل عنه بعض أجزائه التي كانت متصلة به " [20] ص 145.

ومن خلال النصوص السابقة نلاحظ أن كل من المشرع الجزائري والمشرع الفرنسي لم يحدد أسباب التهدم وإنما اكتفيا بوضع شروطه فقط ، المتمثلة في الآتي:

يشترط أن يتم التهدم الكلي أو الجزئي للبنية أو منشأة: إن التهدم الكلي أو الجزئي الذي يعتبر سبباً للضمان هو التهدم غير الإرادي الذي يرجع سببه إلى وجود عيب في البناء، كأن تكون المواد التي استعملت في عملية التشييد غير صالحة، وقد يرجع سبب التهدم إلى عملية البناء غير المتقنة لعدم إتباع قواعد الفن المعماري [49] ص 123، وقد يحدث التهدم الكلي أو الجزئي لعيب في الأرض ومع ذلك تتحقق مسؤولية مشيدي البناء، طبقاً لما هو منصوص عليه في المادة 554 من ق.م.ج .

لذلك لو حصل التهدم نتيجة عيب في الأرض لكونها أرض هشة، أو لوجود مياه من الطبقات القريبة من السطح، يسأل مشيدي البناء على هذا التهدم إذا حدث بسبب عيب في الأرض، كما أن مسؤولية مشيدي البناء تتحقق عن أي تهدم ولو كان لعيب في التصميم [108].

هذا إذا ارتبط التهدم الكلي أو الجزئي بأسباب مادية ، لكن أثير إشكال فيما يتعلق بالأسباب القانونية التي تؤدي إلى الهدم ، هل تحقق المسؤولية العشرية لمشيدي البناء أم لا؟

لم تحدد المادة 554 من ق.م.ج ولا المادة 1792 من ق.م.ف أسباب التهدم، ما إذا كانت مادية أو قانونية، هذا ما دفع بالفقه الفرنسي إلى البحث عن طبيعة هذه الأسباب وتوصل إلى أن التهدم لا يكون دائما راجعا لأسباب مادية، ففي بعض الأحيان قد يرجع التهدم إلى أسباب قانونية كمخالفة القوانين والأنظمة الخاصة بالبناء، كالقيام بعملية البناء دون الحصول على رخصة البناء مما يدفع بالسلطات المعنية بإصدار قرار الهدم [20] ص 183.

وما يمكننا استخلاصه من نص المادة 554 من ق.م.ج هو أن المشرع الجزائري لم يحدد السبب الذي أدى إلى التهدم إذ نصت على أنه: "...من تهدم كلي أو جزئي فيما شيده من مباني أو أقامه من منشآت أخرى ولو كان التهدم ناشئا عن عيب في الأرض...".

بناء عليه، يمكن أن نستخلص من هذا النص قصد المشرع من تقرير حماية قانونية لمالك البناء عن أي تهدم مهما كان سببه، لأن قيام مشيدي البناء بعملية البناء دون تراخيص قانونية تعتبر أخطاء تستدعي تقرير مسؤوليتهم، ونتيجة للأضرار التي تترتب عن هذه الأخطاء، نرى أن القواعد العامة للمسؤولية لا تكفي لتغطيتها، لذلك لا بد من إخضاعها لأحكام الضمان العشري حتى نحقق الحماية القانونية الكافية لمالك البناء (مشتري العقار).

وبصدور القانون رقم 04-11 فقد أكد على إلزام المرقيين العقاريين بضمان أي تهدم كلي أو جزئي جراء عيوب في البناء، بما في ذلك جراء النوعية الرديئة لأرضية الأساس [107]. أن يقع هذا التهدم الكلي أو الجزئي خلال عشر سنوات من تاريخ التسليم؛ وهذا اشترطه المشرع الجزائري بموجب نص المادة 1/554 من ق.م.ج.

2.3.1.2.2.2. تعيب المباني

نصت المادة 554 من ق.م.ج على أنه: "...ويشمل الضمان المنصوص عليه في الفقرة السابقة ما يوجد في المباني والمنشآت من عيوب يترتب عليها تحديد متانة البناء". من خلال هذا النص يتبين أن الحماية القانونية لمالك البناء من أخطاء مشيدي البناء لم تقتصر على حالة التهدم الكلي أو الجزئي بل تمتد لتشمل العيوب التي تهدد سلامة ومتانة البناء، والأضرار التي تمس صلابة عناصر التجهيز التي لا تتجزأ عن العقار، والأضرار التي تمس بالغرض المخصص له البناء.

وحتى يمكننا معرفة ما هو العيب الموجب للضمان العشري، ارتأينا ضرورة التطرق لتعريف العيب الموجب للضمان وتحديد شروطه وأنواعه.

تعريف العيب الموجب للضمان العشري: يقصد بالعيب الموجب للضمان العشري طبقاً لنص المادة 554 من ق.م.ج: "العيوب الخفية المهددة لسلامة البناء".

لكن هل الأحكام الخاصة بالعيوب الخفية المهددة لسلامة البناء هي نفس الأحكام العامة المتعلقة بضمان العيوب الخفية المنصوص عليها في القانون المدني؟

قبل الإجابة على هذا التساؤل نحاول أن نحدد المقصود بالعيوب الخفية المهددة لسلامة البناء حتى نتمكن من إجراء المقارنة في الأخير بينها وبين أحكام العيب الخفي وفقاً للقواعد العامة.

عرف المشرع الجزائري العيب الموجب للضمان العشري بمقتضى نص المادة 3/23 من القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 15 ماي 1988 المتضمن كليات ممارسة تنفيذ الأشغال في ميدان البناء و أجر ذلك بأنه: "... يقصد بالعيوب كل عيب في المواد أو المنتجات، أو عمل غير متقن من شأنه أن يهدد - فوراً أو بعد مدة- استقرار المشروع وعمله في ظروف طبيعية".

أما المشرع الفرنسي لم يضع تعريفاً للعيوب، وترك أمر تعريفه للقضاء الذي عرفه بأنه: "النقيضة التي تشوب الشيء عرضاً ولا تتواجد بالضرورة في كل شيء من هذا النوع".

ما يلاحظ على تعريف القضاء الفرنسي أنه عرف العيب الخفي بصفة عامة وليس عيوب البناء بينما نص المادة 23 من القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 15 ماي 1988 عرفت عيوب البناء.

ويعتبر من عيوب البناء عيب في المواد أو المنتجات التي ساهمت في عملية البناء، وتشمل أيضاً أي عمل غير متقن يترتب عنه تهديد استقرار المشروع وعمله في ظروف طبيعية.

بينما المادة 554 من ق.م.ج عرفت العيب الموجب للضمان العشري من حيث النتيجة التي تترتب عن وجود العيب إذ نصت على أنه: "...عيب يهدد سلامة البناء ومتانته".

من خلال نص المادة 23 السابقة الذكر نستخلص بأن المشرع لم يحصر الضمان العشري في العيوب التي تهدد سلامة ومتانة البناء أو المنشأة - كما نصت عنه المادة 554 من ق.م.ج - بل وسعت نطاق الضمان العشري ليشمل العيوب التي تمس بالغرض الذي شيد البناء لأجله، حتى ولو لم يترتب عليها الإخلال بسلامة البناء ومتانته وهذا ما تضمنته الفقرة الأخيرة من المادة 23 بقولها: "من شأنه أن يهدد - فوراً أو بعد مدة - استقرار المشروع وعمله في ظروف طبيعية".

كما يلاحظ على هذا النص أن المشرع الجزائري لم يشترط وقوع الضرر حالاً حتى يمكن لمالك البناء المطالبة بالضمان العشري، بل منح له الحق في المطالبة بالضمان العشري عن العيوب حتى لو كان الضرر سيقع في المستقبل نتيجة عيب في المواد أو المنتجات أو عن عمل غير متقن.

ويصدر القانون رقم 04-11 فقد أكد على إلزام المرقيين العقاريين بضمان أي تهدم كلي أو جزئي جراء عيوب في البناء بما في ذلك جراء النوعية الرديئة لأرضية الأساس [107] وبذلك يكون المشرع قد استبعد صراحة التهدم الناتج عن الحصول على تراخيص قانونية.

ونفس الحكم قضى به المشرع الفرنسي إذ نصت المادة 1792 من القانون المدني الفرنسي على أن الضرر يعتبر خطيرا ومن ثم يجوز تغطيته بالضمان العشري [160] ص 67، إذا أصاب البناء في أحد عناصره التأسيسية أو التجهيزية، متى ترتب على هذا الضرر أن يصير البناء غير صالح للغرض الذي شيد من أجله " [16] ص 228.

ما يمكن ملاحظته هو أن المشرع الفرنسي كرس حماية قانونية لمالك البناء، إذ لم يقتصر في حمايته لهذا الأخير من الأضرار التي تلحق متانة وسلامة البناء وإنما وسعها لكل ضرر يحول دون تحقيق الغرض المخصص له البناء.

شروط العيب الموجب للضمان العشري: من خلال التعاريف السابقة نستخلص بأن المشرع الجزائري لم يتطرق لتعريف العيب الموجب للضمان العشري من خلال أحكام المرسوم التشريعي رقم 03-93 المتعلق بالنشاط العقاري، ولا المرسوم التنفيذي رقم 58-94 المتضمن نموذج عقد البيع بناء على التصاميم .

لذلك سنفصل أحكام العيب الموجب للضمان العشري من خلال نص المادة 23 من القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 15 ماي 1988 والمادة 554 من ق.م.ج التي تقضي بما يلي: "يضمن المهندس المعماري والمقاول متضامنين ما يحدث خلال عشر سنوات من تهدم كلي أو جزئي فيما شيدها من مباني أو أقاماه من منشآت ثابتة أخرى ولو كان التهدم ناشئا عن عيب في الأرض، ويشمل الضمان المنصوص عليه في الفقرة السابقة، ما يوجد في المباني والمنشآت من عيوب يترتب عليها تهديد متانة البناء وسلامته".

كما حدد مجال الضمان العشري بموجب نص المادة 181 من الأمر رقم 07-95 المتضمن قانون التأمين الذي جاء فيه: "يغطي الضمان المشار إليه في المادة 178 أعلاه الأضرار المخلة بصلاية العناصر الخاصة بتجهيز بناية ما عندما تكون هذه العناصر جزءا لا يتجزأ من منجزات التهيئة ووضع الأساس والهيكل والإحاطة والتغطية ويعتبر جزء لا يتجزأ من الإنجاز كل عنصر خاص بالتجهيز لا يمكن القيام بنزعه أو تفكيكه أو استبداله دون إتلاف أو حذف مادة من مواد هذا الإنجاز".

ما يلاحظ على هذه النصوص أنها نظمت الأحكام الخاصة بعقد المقاول الذي يشمل إقامة المباني والمنشآت الثابتة، أما عقد البيع بناء على التصاميم فإنه لا يرد إلا على المباني دون المنشآت لأن الترقية

العقارية في الجزائر لم تتقدم بعد إلى إنجاز المنشآت، لذلك حصر عقد البيع بناء على التصاميم في تشييد المباني دون المنشآت .

بالإضافة إلى أن الضمان العشري في عقد المقاولة لا يقتصر على عملية الإنجاز فقط بل يمتد لأعمال الترميم والصيانة والتجديد في حين نجد أن الضمان العشري الذي يستفيد منه مشتري العقار بناء على التصاميم يشمل البنايات الجديدة، لأنه لا يعتبر بيعا لعقار بناء على التصاميم إلا العقد الذي يلتزم بموجبه المتعامل في الترقية العقارية بإنجاز عقار في المستقبل .

من خلال النصوص القانونية السابقة نستخلص بأن المشرع الجزائري لم يخضع أي عيب خفي موجب للضمان العشري وإنما اشترط ضرورة أن يكون هذا العيب على درجة معينة من الخطورة بحيث يعرض متانة البناء وسلامته للخطر، أو يؤثر في متانة عناصر التجهيز في المبنى، أو يمس بالغرض المخصص له البناء، كما اشترط وفقا للقواعد العامة أن يكون العيب خفيا.

خطورة العيب: لا يشترط لتحقيق الضمان العشري أن يقع تدهم كلي أو جزئي للمبنى بل يكفي أن يظهر فيه عيب ينطوي على درجة كبيرة من الخطورة، إذا كان من شأنه أن يعرض متانة البناء وسلامته للخطر، أو يؤثر في متانة عناصر التجهيز في المبنى، أو يمس بالغرض المخصص له البناء.

بالنسبة للعيب الذي يهدد متانة وسلامة البناء عبر عنه المشرع الجزائري في الفقرة الثانية من المادة 554 من ق.م.ج بما يلي: "...ويشمل الضمان المنصوص عليه في الفقرة السابقة ما يوجد في المباني والمنشآت من عيوب يترتب عليها تهديد متانة البناء وسلامته".

بناء عليه تتحقق مسؤولية مشيدي البناء عن كل عيب يترتب عليه تهديد متانة البناء وسلامته، سواء كان من شأن هذا التهديد أن يؤدي إلى تدهم البناء بأكمله أو تدهم جزئي ، كأن يؤدي العيب إلى تشقق في جدران البناية، أو تدهم إحدى الشرفات مثلا[1] ص 120 - 121.

أما العيوب التي تعرض العناصر الثانوية للمباني للخطر كأن يكون العيب في أعمال النجارة أو الطلاء، أو في البلاط أو في الأبواب، أو في الزجاج، فإنها لا تخضع لأحكام الضمان العشري. ولا يشترط أن يكون خطر التدهم أو السقوط الناتج عن عيب هدد سلامة البناء وممانته، قد تحقق فعلا أو وشيك الوقوع ، بل يكفي أن يثبت بأن الخلل الذي اكتشف في البناء قد بلغ درجة من الخطورة التي من شأنها أن تمس بمتانة البناء وسلامته[21 ص 123].

وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في الفقرة الثالثة من المادة 23 من القرار الوزاري المشترك بقولها: "...أو عمل غير متقن من شأنه أن يهدد - فوراً أو بعد مدة- استقرار المشروع وعمله في ظروف طبيعية".

هذا يعني أن المشرع الجزائري من خلال هذا النص تبني فكرة الضرر المستقبلي، كما يلاحظ على هذا النص أيضا أنه تبني فكرة المادة 1792 من ق.م. ف التي وسعت مفهوم الضرر إلى أي ضرر يمكن أن يهدد سلامة ومتانة المشروع "استقرار المشروع"، أو يجعله غير صالح للغرض الذي شيد من أجله "وعمله في ظروف طبيعية" [159] ص 37.

وما يلاحظ على نص المادة 1792 من ق.م.ف أن المشرع الفرنسي استعمل عبارة "الأضرار التي من شأنها أن تهدد سلامة البناء ومتانته والأضرار التي تمس بالغرض الذي شيد البناء لأجله" ولم يستعمل عبارة "التهدم الكلي أو الجزئي".

أما المادة 554 من ق.م. ج التي تضمنت الأضرار الموجبة للضمان العشري، لم تشمل الأضرار التي تصيب عناصر التجهيز. ونظرا لخطورة الأضرار التي قد تلحق بهذه العناصر فقد مد نطاق الضمان العشري بموجب المادة 181 من الأمر رقم 07-95 المتضمن قانون التأمينات، بنصها على أنه: "يغطي الضمان المشار إليه في المادة 178 أعلاه أيضا، الأضرار المخلة بصلاية العناصر الخاصة بتجهيز بناية ما عندما تكون هذه العناصر جزءا لا يتجزأ من منجزات التهيئة ووضع الأساس والهيكل والإحاطة والتغطية.

ويعتبر جزءا لا يتجزأ من الإنجاز كل عنصر خاص بالتجهيز لا يمكن القيام بنزعه أو تفكيكه أو استبداله دون إتلاف أو حذف مادة من مواد هذا الإنجاز".

من خلال هذا النص يتبين بأن المشرع الجزائري لم يخضع عناصر التجهيز للضمان العشري بصفة مطلقة بل قيدها بشروط إذا توفرت فيها أخضعت للضمان العشري، وفي حالة عدم توفرها تخرج من تغطية الضمان العشري، وهذا عكس الحالات التي شملها نص المادة 554 من ق.م. ج المتمثلة في التهدم الكلي والجزئي، والعيوب الماسة بمتانة البناء التي أخضعت للضمان العشري التي جاءت عامة دون تفصيل.

ولعل السبب الذي دفع بالمشرع الجزائري إلى وضع شروط لإخضاع عناصر التجهيز للضمان العشري لكونها تنقسم إلى قسمين، عناصر أساسية وعناصر ثانوية. ويرتكز أساس هذا التقسيم على درجة الخطورة.

ووردت الإشارة إلى هذه الحالة في القانون المدني الفرنسي في الفقرة الثانية من النص على المادة 1792 .

من خلال هذا النص يتضح أن هذه الأضرار يقتصر أثرها على المساس بمتانة أحد العناصر التجهيزية فقط دون أن يكون من شأن هذه الأضرار أن تعرض متانة البناء أو سلامته لأي خطر ولا حتى متانة أحد أجزائه الرئيسية.

ومن نص المادة 181 من الأمر رقم 07-95 المتضمن قانون التأمينات ونص المادة 02/1792 من ق. م. ف، يمكن أن نقول بأن تغطية الضمان العشري للعناصر التجهيزية يستلزم ضرورة توفر عدة شروط تتمثل في الآتي:

يجب أن تكون عناصر التجهيز خاصة ببنائية فقط، أي من المنشآت الثابتة التي صنعها الإنسان وترتفع فوق سطح الأرض، مهما كان الغرض المخصصة له، سواء كانت منشآت سكنية أو تجارية أو صناعية [18] ص 126.

يجب أن يشكل العنصر التجهيزي جسما غير قابل للانفصال: ويعد عنصرا تجهيزيا غير قابل للانفصال حسب نص المادة 181 من الأمر رقم 07-95 المتضمن قانون التأمينات تلك الأعمال المتعلقة بمنجزات التهيئة، والأعمال المتعلقة بأسسه وبهيكله والإحاطة والتغطية .

ولقد فسر المشرع الجزائري من خلال الفقرة الثانية من نص المادة 81 من الأمر 07-95 المتعلق بالتأمينات فكرة عدم القابلية للانفصال بأنه كلما كان العنصر التجهيزي من المستحيل نزعه أو استبداله أو تفكيكه دون تهدم أو تلف أو حذف مواد هذا الإنجاز .

إن معيار تحديد عنصر تجهيزي ما إذا كان قابل للانفصال أو غير قابل للانفصال قائم على أساس مدى اتصال العنصر التجهيزي المعيب بالبناء، وليس بأهمية هذا العنصر التجهيزي في تحقيق الغرض الذي شيد من أجله البناء [161] ص 658. ومن بين العناصر التجهيزية التي قضى بها القضاء الفرنسي بأنها غير قابلة للانفصال " البلاط ، الدهان ... الخ " [168] ص 158.

- أن يكون الضرر الذي أصاب العنصر التجهيزي على قدر معين من الخطورة.
إن الضرر المقصود به هنا هو الضرر الذي يلحق بالعنصر التجهيزي دون أن يمتد إلى متانة وسلامة العقار المشيد أو الغرض الذي شيد من أجله البناء [168] ص 158.

وإذا لم تتوفر هذه الشروط خاصة الشرط الأول والثاني عد العنصر التجهيزي عنصرا قابلا للانفصال، لا يخضع لأحكام الضمان العشري بل لأحكام ضمان حسن سير عناصر التجهيز المنصوص عليها في المرسوم التشريعي رقم 03-93 المتعلق بالنشاط العقاري.

لكن ما يجب أن نشير إليه في هذه النقطة هو أن الضمان العشري للعناصر التجهيزية غير القابلة للانفصال ألزم بها كل مشيدي البناء المحددين بموجب نص المادة 178 من الأمر رقم 07-75 المتضمن قانون التأمينات.

كما يمتد نطاق الضمان العشري في القانون الجزائري ليشمل، إلى جانب الأضرار التي من شأنها تهديد سلامة ومتانة البناء، الأضرار التي تمس بالغرض الذي شيد البناء من أجله وهذا ما يظهر من خلال نص المادة 23 من القرار الوزاري المشترك في فقرتها الثالثة بصدد تعريفها للعيب بنصها :

"...يقصد بالعيوب كل عيب في المواد أو المنتوجات أو عمل غير متقن من شأنه أن يهدد -فوراً أو بعد مدة - استقرار المشروع وعمله في ظروف طبيعية".

ونفس الحكم الذي قضى به المشرع الفرنسي في نص المادة 1792 من القانون المدني الفرنسي، إلا أن الفرق بين النصين هو أن المشرع الجزائري استعمل مصطلح العيب، في حين استعمل المشرع الفرنسي مصطلح الضرر وهو أشمل من العيب.

كما لاحظنا أن كلا النصين لم يعرفا عدم صلاحية العمل للغرض الذي شيد من أجله، وهذا ما فتح المجال أمام الفقه للاجتهد من أجل البحث عن الأساس الذي يعتمد عليه في تحديد الغرض الذي شيد البناء من أجله.

وبالرجوع للفقرة الثالثة من نص المادة 23 نلاحظ أن المشرع الجزائري استعمل مصطلح "عمله في ظروف طبيعية" من خلاله استخلصنا أن المشرع قصد الغرض المخصص له البناء يتحدد حسب الغرض المتفق عليه وقت التعاقد، أو حسب طبيعة الشيء والغرض الذي خصص له هذا الشيء إذا لم يحدد العقد المنفعة المقصودة من المبيع.

وبما أن دراستنا خصصت لعقد البيع بناء على التصاميم، وهذا النوع من العقود يتم تحديد الغرض المخصص له في نموذج عقد البيع بناء على التصاميم، ما إذا كان مخصصاً للسكن أو كمحلات تجارية أو صناعية، لذلك يجب على المتعامل في الترقية العقارية أن ينجز البناء حسب الغرض المحدد في عقد البيع بناء على التصاميم، وبذلك لا يطرح إشكال تحديد الغرض المخصص له البناء.

بناء على ذلك إذا كان العيب من شأنه أن يمس بصلاحية العقار المشيد للغرض الذي شيد من أجله عد العيب خطيراً وبالتالي وجب إخضاعه للضمان العشري.

خفاء العيب: لا يكفي أن يكون العيب الموجب للضمان العشري على درجة من الخطورة بل يجب أن يكون خفياً.

ويعرف العيب الخفي وفقاً للقواعد العامة بأنه: "العيب الذي يلحق بالشيء المبيع وينقص من قيمته المادية، أو ينقص من الانتفاع بالشيء المبيع، حسب ما هو محدد في العقد، أو حسب طبيعة الشيء، أو الغرض المعد له هذا الشيء" [108].

وقضت الفقرة الثانية من المادة 379 من ق. م. ج بأن العيب يعتبر خفياً إذا لم يكن باستطاعة المشتري أن يطلع عليه لو أنه فحصه بعناية الرجل العادي.

واعتبر د. أحمد عبد الرزاق السنهوري أن العيب لا يكون خفياً إلا في حالتين :

الحالة الأولى: إذا كان ظاهراً وقت تسلم المبيع ورضي به المشتري، يعتبر هذا الأخير قد تنازل عن حقه في الضمان .

الحالة الثانية: إذا لم يكن العيب ظاهراً ولكن البائع أثبت أن المشتري كان باستطاعته أن يكتشفه لو فحصه المبيع بعناية الرجل العادي [10] ص 724.

أما بالنسبة للقواعد الخاصة بالضمان العشري المنصوص عليها بمقتضى المادة 554 من ق.م.ج، لم تشترط خفاء العيب عن رب العمل عند التسليم، ونفس الاتجاه الذي سار عليه المشرع الفرنسي بموجب نص المادة 1792 إذ تطرقت للعيب الموجب للضمان دون تفرقة بين ما إذا كان خفياً أو ظاهراً .

ويعرف العيب الخفي في مجال البناء والتشييد بأنه: " كل خلل يصيب المبنى أو المنشآت الثابتة الأخرى، يترتب عليه نقص في قيمة هذا الأخير أو نفعه أو جعله غير صالح للاستعمال بحسب الغرض المخصص له الذي تقتضيه أصول الصناعة وقواعد الفن المعماري في هذا الشأن، ويكون غير معلوم عادة لرب العمل عند التسليم" [9] ص 97.

لكن بقي سؤال هو: هل يشترط أن يكون العيب قديماً كما هو منصوص عليه في القواعد العامة؟ لقد اختلفت الآراء الفقهية حول هذه المسألة، إذ ذهب جانب من الفقه إلى القول بأنه لا يشترط في العيب أن يكون قديماً، وهذا يعتبر خروجاً عن القواعد العامة التي تشترط ضرورة أن يكون العيب قديماً. ويرجع سبب تمسك هذا الاتجاه بهذا الرأي إلى خطورة العيوب التي تلحق بالمباني والمنشآت الثابتة، التي تهدد أمن وسلامة الغير في نفسه وجسده ولا تقتصر على مجرد الأضرار المادية. بينما ذهب اتجاه إلى اشتراط أن يكون العيب راجعاً في مصدره إلى فترة إقامة البناء، بمعنى أن يكون قديماً [62] ص 216.

ونحن نؤيد الرأي الأول الذي لم يشترط القدم في العيب الموجب للضمان العشري، وهو ما يتفق مع النصوص القانونية التي اعتبرت مشيد البناء ملزماً بالضمان العشري عن أي خلل يلحق بالبناء من شأنه أن يؤدي إلى التهدم الكلي أو الجزئي ، أو المساس بمتانة البناء أو عناصر التجهيز خلال عشر سنوات من تاريخ التسليم، نظراً لما تسببه العيوب من أضرار تلحق بالأشخاص وممتلكاتهم. أنواع العيوب الموجبة للضمان العشري: تتعدد العيوب الموجبة للضمان العشري بتعدد أسبابها، فمنها ما يرجع طبقاً لما هو منصوص عليه في المادة 554 من ق.م.ج إلى الأرض ذاتها التي أقيم عليها البناء أو المنشأة الثابتة الأخرى، ومنها ما يكون مصدره خطأ في التصميم ذاته، كما أن منها ما يرجع إلى المواد المستعملة في التشييد، أو إلى خطأ في عملية التنفيذ، أو في الإهمال في الرقابة عليها. العيوب التي ترجع إلى الأرض: يقصد بالأرض: " ذلك المسطح المساحي، الذي يعتبر الركيزة المادية التي يقوم عليها البناء، أو المنشأ الثابت الآخر، ويتصل بها اتصال قرار" [9] ص 709.

بناء على هذا التعريف يجب على مشيدي البناء قبل القيام بأي مشروع معماري أن يقوم بدراسة فنية دقيقة للأرض المخصصة للبناء، للتأكد من مدى صلابتها وتحملها للأعمال المراد إنشاؤها، نظرا للنتائج الخطيرة التي تترتب عن وجود أي خلل بالأرض يهدد متانة البناء وسلامته [69] ص 232.

ويعد المهندس المعماري المسؤول الأول عن دراسة الأرض ، وقد تعد الدراسة من طرف مكتب دراسات وهذا ما أكدته المادة 17 من القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 15 ماي 1988 المتضمن كفايات ممارسة تنفيذ الأشغال في ميدان البناء وأجر ذلك، إذ ألزمت صاحب المشروع بإعداد برنامج عملية البناء بناء على استشارة المستشارين الفنيين الذين يقومون بتقديم استشاراتهم لصاحب المشروع حول عدة نقاط من بينها " الدراسات الأولية للتربة".

أما المادة 554 من ق. م. ج. والمادة 1792 من ق.م.ف فقد ألزمتا كل من المهندس المعماري والمقاول بالضمان العشري عن أي تهم، ولو كان راجعا إلى عيب في الأرض.

بناء على ذلك تتحقق المسؤولية بالتضامن بالرغم من أن الدراسة الفنية للأرض في الأصل يقوم بها المهندس المعماري بحكم تأهيله فنيا وعلميا في المجال المعماري، ومع ذلك قد تستند في بعض الأحيان مهمة دراسة الأرض للمقاول.

وتسهيلا للدراسة الفنية للأرض فقد قضى المشرع الجزائري بموجب نص المادة 02/11 من القانون رقم 04-05 المؤرخ في 14 أوت 2004 بما يلي: "...وفي هذا الإطار تحدد الأراضي المعرضة للأخطار الناتجة عن الكوارث الطبيعية أو تلك المعرضة للانزلاق عند إعداد أدوات التهيئة والتعمير، وتخضع لإجراءات تحديد أو منع البناء التي يتم تحديدها عن طريق التنظيم" [96].

وبالتحديد المسبق للأراضي المعرضة للأخطار يساعد على تفادي العديد من الخسائر المادية والبشرية التي قد تقع نتيجة وقوع المهندس في أخطاء أثناء الدراسة الفنية، ومن جهة أخرى يساعد على تقدم أشغال البناء بدلا من إضاعة وقت كبير في الدراسة الفنية للأرض، وإن كانت ضرورية لتفادي حدوث أي نوع من المخاطر .

العيوب التي ترجع إلى خطأ في التصميم: عرف التصميم حسب نص المادة 06 من القرار الوزاري المؤرخ في 15 ماي 1988 بأنه: "...عبارة عن مجسم بمقياس 1/100، 1/500 حسب حجم المشروع بين الجانب المعماري المقترح، ويتضمن البيانات المتعلقة بإقامة المبنى ومداخله ومساحاته وظروف الجوار...".

ويقصد به أيضا: " عبارة عن الرسومات التخطيطية التي تبين تفاصيل العمل المراد تشييده من حيث أبعاده ومقاساته، أساساته وهيكله وحجمه " [16] ص 80.

وحسب نص المادة 06 السابقة فإن المسؤول الأول عن وضع التصميم هو المستشار الفني الذي كما سبقت الإشارة إليه قد يكون مهندساً معمارياً أو مكتب دراسات.

وبذلك يكون المهندس المعماري مسؤولاً عن عيوب التصميم بقوة القانون، ولكن قد يحدث أن يقوم المقاول بنفسه بوضع التصميمات اللازمة للبناء دون اللجوء إلى مهندس معماري، وهذا عادة ما يتعلق بالمشاريع الكبيرة التي يفضل فيها المقاول أن يقوم هو بإعداد الدراسات اللازمة و لإنجاز المشروع.

ويعتبر التزام المهندس المعماري اتجاه صاحب المشروع التزاماً بتحقيق نتيجة، مقتضاه أن يلتزم المهندس بتقديم تصميمات خالية من العيوب، ومطابقة للمواصفات المتفق عليها مع صاحب المشروع [62] ص 304.

وفي حالة ما إذا أخل بالتزامه وترتب عن ذلك تدهم البناء، وأصبح من شأن هذا العيب أن يهدد متانة البناء وسلامته أو جعله غير صالح للغرض المخصص له، تحققت مسؤوليته عن العيوب الناشئة عن التصميم وهذا ما نصت عليه المادة 555 من ق.م.ج بنصها: "إذا اقتصر المهندس المعماري على وضع التصميم دون أن يكلف بالرقابة على التنفيذ لم يكن مسؤولاً إلا عن العيوب التي أتت من التصميم".

العيوب التي ترجع إلى المواد المستعملة في البناء والتشييد: بالرجوع إلى نص المادة 03/23 من القرار الوزاري الصادر بتاريخ 15 ماي 1988 نجد بأنها عرفت العيب الموجب للضمان بأنه: "كل عيب في المواد أو المنتجات أو عمل غير متقن".

بناء على هذا النص اعتبرت العيوب التي ترجع إلى المواد المستعملة في عملية البناء والتشييد كصورة من صور العيوب الموجبة للضمان العشري.

ولتحديد المسؤول عن هذه العيوب يستلزم منا الأمر أن نحدد الأشخاص المقدمين لهذه المواد. في حالة ما إذا كان صاحب المشروع هو من قدم المواد، على المهندس المعماري في هذه الحالة أن يتفحص هذه المواد، وفي حالة ما إذا رأى أي عيب فيها أن يرفضها وإلا كان مسؤولاً عن أي تدهم كلي أو جزئي، أو أي عيب يهدد متانة البناء وسلامته يحدث نتيجة استعمال هذه المواد.

كما تتحقق مسؤولية المقاول في حالة ما إذا اكتشف أثناء القيام بعملية التشييد عيوب المواد المستعملة ولم يرفضها، أما إذا أخطر صاحب المشروع بالمخاطر التي قد تترتب عن استعمال هذه المواد تيراً مسؤوليته في هذه الحالة [16] ص 73، أما إذا قام المقاول بتوريد مادة العمل تتحقق مسؤولية المقاول.

العيوب التي ترجع إلى خطأ في عملية التنفيذ والإهمال في الرقابة عليها: إن عملية تنفيذ المشروع تسند إلى المقاول، لذلك يلزم بتنفيذ التصميمات والمقاييس التي أعدها المهندس المعماري واعتمدها رب العمل (صاحب المشروع) لأن التزام المقاول هو التزام بتحقيق نتيجة. وفي حالة إخلاله بالتزامه تتحقق مسؤوليته، ويتخذ هذا الإخلال صورتان، إما صورة خطأ في تنفيذ التصميم، أو خطأ في استخدام المواد [17] ص 89.

أما بالنسبة لعملية الإشراف والرقابة فقد ألزم المشرع الجزائري المهندس المعماري بموجب نص المادة 43 من القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 15 ماي 1988 عن طريق المتابعة المستمرة، وفي سبيل القيام بمهامه على أكمل وجه، وللتأكد من مدى قيامه بعملية الإشراف يضع رب العمل تحت تصرفه دفتر خاص بالورشة، يحدد فيه قائمة الأشخاص الذين أوكل لهم مهمة الرقابة اليومية في ورشة العمل [144].

مما سبق نستخلص أن الأحكام الخاصة بالعيوب الخفي الموجب للضمان العشري شددت من مسؤولية مشيدي البناء مقارنة مع التزام البائع بضمان العيب الخفي وفقا للقواعد العامة، ويتبين ذلك من خلال النقاط التالية:

- من خلال مدة الضمان العشري يبقى البائع وفقا للقواعد العامة مسؤولا عن أي عيب خفي يظهر بالمبيع خلال سنة، في حين يلزم مشيدي البناء بضمان العيب الخفي لمدة أطول وهي عشر سنوات من تاريخ التسليم ، وهذا يرجع لطبيعة البناء والتشييد المعقدة والأضرار التي قد تتجم عنها .

- يلتزم البائع وفقا للقواعد العامة بضمان العيوب الخفية إذا كانت قديمة أي موجودة وقت التسليم، أما العيوب التي تطرأ بعد عملية التسليم لاضمان فيها على البائع [19] ص 153، أما مشيدي البناء فإنهم يلزمون بضمان العيوب القديمة، وأيضا العيوب التي تظهر بعد التسليم، بمعنى لا يشترط أن يكون العيب قديما بل يكفي أن يكون خفيا ومهددا لسلامة البناء.

2.2.2.2. الشروط الشكلية

اشترطت المادة 554 من ق.م.ج أن يتحقق سبب الضمان العشري سواء كان في صورة تهديم كلي أو جزئي، أو ظهور عيب يهدد سلامة ومتانة البناء خلال مدة معينة هي عشر سنوات من تاريخ تسلم رب العمل للأعمال بعد إنجازها.

ومتى تحقق سبب الضمان خلال هذه المدة فإن مالك البناء ينشأ له الحق في رفع دعوى الضمان العشري، وهذه الدعوى تسقط طبقا لما هو منصوص عليه في المادة 557 من ق.م.ج بانقضاء ثلاث سنوات من تاريخ حصول التهديم أو اكتشاف العيب .

نخلص مما سبق إلى أنه يشترط لتطبيق أحكام الضمان العشري أن يحدث التهدم أو يتحقق العيب الموجب للضمان خلال عشر سنوات، وأن ترفع دعوى الضمان خلال ثلاث سنوات.

وبناء عليه تقسم دراسة هذا المطلب إلى فرعين على الشكل التالي :

الفرع الأول: مدة الضمان العشري

الفرع الثاني: دعوى الضمان العشري

1.2.2.2.2. مدة الضمان العشري

حماية لمالك البناء – مشتري العقار- من الأضرار التي قد تلحق العقار المبني نتيجة الأخطاء المرتكبة من مشيدي البناء أثناء عملية التشييد ، خاصة بعد التطور الذي طرأ في مجال البناء، من حيث الوسائل والأدوات والآلات ومعدات البناء من جهة، وفتح المجال أمام مشيدي البناء للابتكار والإبداع في مجال البناء من جهة أخرى .

لذا وازن المشرع الجزائري بين هاتين المصلحتين، فوضع الآليات القانونية الكفيلة بتحقيق مصلحة كلا الطرفين، إذ فتح المجال أمام المشيدين للإبداع، وفي نفس الوقت حمى مالكي البناء من أي خطأ ينشأ عن هذا الإبداع الفني الذي قد يهدد ممتلكاتهم وأرواحهم، بإلزام مشيدي البناء بالضمان العشري، عن أي تهدم كلي أو جزئي أو أي عيب يهدد سلامة ومتانة البناء خلال مدة معينة، وبهذا لا يبق مشيدي البناء ملزمين بالضمان العشري مدى الحياة .

وحفاظا على هذا التوازن فقد حدد المشرع الجزائري مدة الضمان العشري بموجب نص المادة 554 في فقرتها الثانية من ق.م. ج. عشر سنوات، وهي نفس المدة التي حددها المشرع الفرنسي بموجب نص المادة 1792 من ق.م.ف. [21] ص 118.

وأكدت على هذه المدة المادة 22 من القرار الوزاري المشترك الصادر بتاريخ 15 ماي 1988 حيث جاء فيها: "...يعد المستشار الفني والمقاول مسؤولين بالتضامن خلال عشر سنوات عن تهدم المباني والمنشآت الثابتة كلها أو جزء منها ولو كان التهدم ناشئا عن عيب في الأرض...".

1.1.2.2.2.2. مرحلة بدء سريان مدة الضمان العشري

نص المشرع الجزائري في الفقرة الثانية من المادة 554 من ق.م. ج. على مدة الضمان العشري المحددة بعشر سنوات، وعلى المرحلة التي يبدأ فيها حساب مدة العشر سنوات، وهي تاريخ التسليم النهائي للعمل، أما نص المادة 22 من القرار الوزاري المشترك الصادر بتاريخ 15 ماي 1988 فقد

اكتفت بتحديد مدة الضمان العشري المحددة بعشر سنوات دون التطرق إلى مرحلة بدء سريان مدة الضمان العشري .

وما يلاحظ على نص المادة 554 من ق.م.ج أنها لم تعرف التسليم النهائي، خصوصا وأن الأشغال يتم تسليمها بصفة مؤقتة في البداية ثم يتم التسليم النهائي، ولكن بالرجوع إلى نص المادة 46 في فقرتها الثانية من دفتر الشروط الإدارية العامة حددت مدة التسليم النهائي الذي يتم بعد ستة أشهر من تاريخ الاستلام المؤقت بالنسبة لأشغال الصيانة وأشغال الحفر وممرات الرصيف والتجهيز، وسنة بالنسبة للأشغال الأخرى، وهذه الأخيرة هي التي يدخل ضمنها البناء[143].

وحددت المادة 13 من المرسوم التشريعي رقم 93-03 المتعلق بالنشاط العقاري إجراءات التسليم، التي تتم بمحضر يحضر حضوريا في نفس مكتب التوثيق الذي حرر فيه عقد البيع ، لإثبات حيازة الملكية من المشتري وتسليم البناية التي أنجزها المتعامل في الترقية العقارية وفقا للالتزامات التعاقدية .

غير أن المادة 13 من المرسوم التشريعي رقم 93-03 تطرقت للتسليم الذي يتم بين المتعامل في الترقية العقارية ومشتري العقار، أما التسليم النهائي للمشروع الذي يتم بين المتعامل في الترقية العقارية والمقاول قد يتم في فترة سابقة عن هذا التسليم ، ومنه نطرح الإشكال التالي: من أي تاريخ يبدأ سريان مدة الضمان العشري؟ من تاريخ التسليم الذي تم بين مشيدي البناء والمرقي العقاري، أم من تاريخ التسليم الذي تم بين المتعامل في الترقية العقارية و المشتري .؟

باستقراءنا لنص المادة 554 من ق.م.ج نجد أنها حددت مدة سريان الضمان العشري بين المقاول ورب العمل بداية من التسليم النهائي للعمل، وكما سبق و أشرنا فإن التسليم الذي يتم في عقد البيع على التصاميم يتم على مرحلتين، المرحلة الأولى هي التي تتم بين المقاول والمرقي العقاري والمرحلة الثانية تتم بين هذا الأخير والمشتري.

وبتطبيق نص المادة 554 من ق.م.ج التي أحالت إليها المادة 08 من المرسوم التشريعي رقم 93-03 نجد أن بداية سريان مدة الضمان العشري بين المرقي العقاري والمشتري هو نفس تاريخ بدأ سريان مدة الضمان العشري بين المرقي العقاري والمقاول.

أما بالنسبة للقانون الفرنسي فإنه لم يحدد مرحلة بدء سريان مدة الضمان العشري الخاص بالمهندس والمقاول إلا أن الفقه والقضاء استقرا على الأخذ بتاريخ التسليم.

لم يتطرق المشرع الجزائري لتعريف التسليم واكتفى بتنظيمه كأحد الالتزامات، إذ نصت المادة 50 من القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20/05/2005 على أنه: "عندما يتم المقاول للعمل ويضعه تحت تصرف رب العمل وجب على هذا الأخير أن يبادر إلى تسلمه في أقرب وقت ممكن بحسب ما هو

جار في المعاملات فإذا امتنع بدون سبب مشروع عن التسلم رغم دعوته إلى ذلك بإنداز رسمي اعتبر أن العمل قد سلم إليه ويتحمل كل ما يترتب على ذلك من آثار "[108].

بناء على هذا النص يتبين أن مدة الضمان العشري يبدأ سريانها من تاريخ التسليم و في حالة رفض رب العمل التسليم دون أي سبب من وقت إعداره بإنداز رسمي، أما بالنسبة للتسليم في عقد البيع بناء على التصاميم فقد اشترط المشرع أن يكون صريحا بموجب تحرير محضر رسمي بالتسليم النهائي.

2.1.2.2.2.2. الطبيعة القانونية لمدة الضمان العشري

إن الحديث عن الطبيعة القانونية للضمان العشري يستدعي منا تحديد مسألتين هامتين وهما: مدى تعلق مدة الضمان العشري بالنظام العام: طبقا للقواعد العامة المتعلقة بضمان العيوب الخفية يمكن الاتفاق على تعديل أحكام الضمان بالزيادة فيه أو الإنقاص منه أو إسقاطه تماما [31] ص 54.

إلا أن ضمان العيوب الخفية الموجبة للضمان العشري فقد شدد المشرع من أحكامها، إذ نص صراحة على عدم جواز الإعفاء أو الحد من الضمان العشري في المادة 18 من المرسوم التشريعي 93-03، التي نصت على أنه: " كل بند في العقد يكون الغرض منه إلغاء أو تحديد المسؤولية أو الضمانات المنصوص عليها، أو تحديد مداها يعد باطلا وكأن لم يكن ". ونصت المادة 556 من ق. م. ج على أن: " يكون باطلا كل شرط يقصد به إعفاء المهندس المعماري والمقاول من الضمان أو الحد منه " .

بناء على هذين النصين نستخلص أن أي اتفاق يرمي إلى الحد من أحكام الضمان العشري، بما فيها التعديل في مدة الضمان العشري بالزيادة أو النقصان، يقع باطلا بطلانا مطلقا لتعلق مدة الضمان العشري بالضمان العام.

وبذلك يكون المشرع الجزائري قد حقق الحماية المبتغاة من تقرير أحكام الضمان العشري في المحافظة على أرواح وممتلكات مالكي البناء وهو نفس الحكم الذي قضى به المشرع الفرنسي. مدى اعتبار مدة الضمان العشري مدة سقوط أو تقادم: قبل التطرق إلى تحديد الطبيعة القانونية لمدة الضمان العشري، يستلزم منا الأمر في البداية إلى أن نشير في البداية إلى المقصود بمدة التقادم ومدة السقوط.

يقصد بمدة السقوط: "تلك المواعيد التي يحددها القانون لرفع إجراء من الإجراءات بحيث يجب رفعه أثناء الموعد وإلا سقط الحق في اتخاذه مرة أخرى" [31] ص 360.

أما مدة التقادم يقصد بها: "المدة التي تقوم على أساس حماية الأوضاع المستقرة أو الجزاء على إهمال الدائن في مطالبة حقه" [164] ص 119.

من خلال هذين التعريفين واستنادا إلى نص المادة 554 من ق.م.ج الذي حدد مدة الضمان العشري بعشر سنوات، يتبين لنا أن هذه المدة هي مدة سقوط لا تخضع للوقف أو الانقطاع، ولو وجد مانع يتعذر معه على رب العمل أن يطالب بحقه في الضمان كأن يكون غير كامل الأهلية أو محكوما عليه بعقوبة جنائية .

أما بالنسبة للمشرع الفرنسي بما أنه سوى بين مدة الضمان العشري المنصوص عليها في المادة، 1792 والمحددة بعشر سنوات ومدة رفع الدعوى المنصوص عليها في المادة 2270 والمحددة بعشر سنوات أيضا أدى إلى اختلاف الآراء حول طبيعة هذه المدة بين الفقه والقضاء الفرنسيين.

2.2.2.2.2. دعوى الضمان العشري

إذا تحققت أسباب الضمان العشري بأن حدث تدهم كلي أو جزئي في البناء، أو حدث به عيب يهدد متانته وسلامته فإن لمالك البناء أن يرفع دعوى ضد مشيدي البناء بصفتهم متضامنين فيما بينهم بقوة القانون.

والهدف من هذه الدعوى هو طلب إعادة بناء ما تدهم إذا كان بإمكان إعادة الحال إلى ما كان عليه وإلا كان الأمر مستحيلا حكم له بالتعويض لجبر الضرر. لذا سنحاول تحديد الطبيعة القانونية لدعوى الضمان العشري، ومدة تقادمها.

1.2.2.2.2.2. الطبيعة القانونية لمدة دعوى الضمان العشري

لقد سبق أن حددنا الطبيعة القانونية لمدة الضمان العشري التي تبين بأنها مدة سقوط لا تقادم، فهل يسري نفس الحكم على مدة دعوى الضمان العشري؟

من خلال نص المادة 557 من ق.م.ج يتبين بأن مدة دعوى الضمان العشري مدة تقادم لا سقوط وبذلك تخضع للوقف والانقطاع على أساس أن مدة دعوى الضمان العشري هي المدة التي منحها المشرع لمالك البناء ليرفع فيها دعواه ، في حالة ما إذا حدث تدهم كلي أو جزئي للبناء أو ظهر بها عيب يهدد متانة البناء وسلامته أو يجعله غير صالح للغرض الذي أنشأت من أجله .

فإذا لم يرفع دعواه خلال المدة المحددة في المادة 557 من ق.م.ج والمحددة بثلاث سنوات سقط حقه، لذلك اعتبرت مدة تقادم لا سقوط تقبل الوقف والانقطاع. وهو نفس الحكم الذي قضى به المشرع الفرنسي من خلال نص المادة 2270 من ق.م.ف، والمشرع المصري بموجب المادة 654 مدني[16] ص 252.

2.2.2.2.2.2. تقادم دعوى الضمان العشري

إذا كان هناك اتفاق بين المشرع الجزائري والفرنسي حول الطبيعة القانونية لمدة دعوى الضمان العشري، على أنها مدة تقادم لا سقوط، إلا أنهما اختلفا من حيث مدة تقادم دعوى الضمان العشري، إذ تقضي المادة 557 من ق.م.ج بأن دعوى الضمان العشري تسقط بمرور ثلاث سنوات من يوم حصول التهدم أو اكتشاف العيب.

وبذلك إذا ظهر التهدم أو ظهر العيب في السنة العاشرة فإن لمالك البناء أن يرفع دعواه خلال ثلاث سنوات أي تصبح المدة الإجمالية 13 سنة، عشر سنوات مدة ضمان لاختبار متانة البناء، وثلاث سنوات لرفع دعواه للمطالبة بحقه نتيجة حدوث تهدم أو ظهور عيب في البناء .

وهذا بخلاف المشرع الفرنسي الذي اعتبر بموجب المادة 2270 أن دعوى الضمان العشري تتقادم بانقضاء الضمان ذاته، أي بمرور عشر سنوات من يوم تسليم العمل، إذ اعتبر مدة الضمان هي مدة تقادم في نفس الوقت [164] ص 119.

وبذلك يكون المشرع الفرنسي قد فوت على مالك البناء الاستفادة من مدة الضمان العشري التي جعلها في نفس الوقت مدة تقادم لدعوى الضمان العشري.

ومدة ثلاث سنوات كافية لمالك البناء للمطالبة بحقه، وبذلك يكون المشرع الجزائري قد وازن بين مصلحة الطرفين مالك البناء ومشيدي البناء، إذ حمى الأول بمنحه مدة كافية للمطالبة بحقه، وحمى مشيدي البناء بعدم إطالة مدة دعوى الضمان العشري التي لا تبقىهم مهديين بهذه الدعوى لمدة أطول .

3.2.2. أحكام الضمان العشري

إذا تحققت شروط الضمان العشري كان لمالك البناء أن يرفع دعواه للمطالبة بحقه، وفي نفس الوقت منح المشرع الجزائري لمشيدي البناء الحق في دفع هذه الدعوى بأي طريقة لنفي مسؤوليتهم . على هذا الأساس سنتناول دراسة هذا المبحث من خلال المطلبين التاليين، نخصص المطلب الأول لدراسة جزاء تحقق الضمان العشري، في حين نتطرق في المطلب الثاني لأسباب دفع الضمان العشري على الشكل التالي:

المطلب الأول: جزاء تحقق الضمان العشري

المطلب الثاني: أسباب دفع الضمان العشري

1.3.2.2. جزاء تحقق الضمان العشري

يتحقق التزام مشييدي البناء بالضمان العشري عن أي تهدم كلي أو جزئي للبناء، أو ظهور عيب فيه، أو جعله غير صالح للغرض المخصص له. وفي المقابل يتحقق حق مالك البناء في رفع دعوى الضمان العشري خلال ثلاث سنوات من تاريخ حدوث التهدم أو ظهور العيب للمطالبة بالتعويض.

وقبل التطرق للتعويض المستحق لمالك البناء، يجب أن نحدد في البداية الأشخاص الذين يجوز الرجوع عليهم بالضمان، وذلك من خلال الفرعين التاليين:

الفرع الأول: أطراف دعوى الضمان العشري

الفرع الثاني: جزاء تحقق الضمان العشري

1.1.3.2.2. أطراف دعوى الضمان العشري

نقصد بأطراف دعوى الضمان العشري المدعي والمدعى عليه في هذه الدعوى، أي المدين بالالتزام بالتعويض والدائن بحق التعويض.

1.1.1.3.2.2. المدعى في دعوى الضمان العشري

إن المستفيد من دعوى الضمان العشري في بيع العقار بناء على التصاميم هو مالك البناء أي مشتري العقار، وينتقل هذا الحق إلى خلفه العام والخاص وبذلك هم من يمثلوا الطرف المدعي في عقد البيع بناء على التصاميم [19] ص 138.

2.1.1.3.2.2. المدعى عليه في دعوى الضمان العشري

إن للمستفيد من الضمان العشري في بيع العقار بناء على التصاميم طبقا لنص المادة 554 من ق.م.ج والمادة 08 من المرسوم التنفيذي رقم 95-58 المتضمن نموذج عقد البيع بناء على التصاميم، وهو مشتري العقار، حق الخيار بين أن يرفع دعواه على أي من الملتزمين بهذا الضمان نظرا للتضامن المفترض بقوة القانون بين مشييدي البناء والمرقي العقاري، وهذا ما يسمح لمالك البناء في عقد البيع بناء على التصاميم أن يرفع دعواه ضد كل من مشييدي البناء أو أي واحد منهم فقط.

وإن كان من الأحسن على مالك البناء أن يرجع على بائع العقار مباشرة باعتباره المسؤول الأول أمامه نظرا لوجود عقد يربط بينهما.

أما بالنسبة للقانون الفرنسي فقد أقر من خلال نص المادة 1792 من القانون المدني الفرنسي لمشتري العقار قبل الإنجاز بدعوى عقدية مباشرة في مواجهة مقاولي الأبنية، الذين اعتبرتهم المادة 1792 مسؤولين بقوة القانون في مواجهة رب العمل أو مشتري العقار [157] ص 217.

وللتضامن المفروض بين بائع العقار بناء على التصاميم ومشيدي البناء ينطوي على أهمية كبيرة بالنسبة لمالك البناء (مشتري العقار) لما يوفره لهذا الأخير من تأمين للحصول على التعويض، بحيث يسمح له باختيار المشيد المسؤول الأكثر ملاءمة، ويحميه من خطر إعسار أحدهم.

ويعتبر من جهة أخرى تشجيعا لكل مشيد بناء بانجاز بنايات مراعيها فيها الأصول الفنية التي يتفادى من خلالها الأخطار التي تشكل خطرا على أرواح وممتلكات الأفراد [16] ص 302.

وبما أن التضامن يمنح لكل مالك بناء بالرجوع على أي من مشيدي البناء، إما على بائع العقار بناء على التصاميم، أو المقاولين، أو المهندسين، أو العمال القطعيين حسب نص المادة 8 من نموذج عقد البيع بناء على التصاميم، من أجل الحصول على التعويض، فإن المشيد الذي دفع التعويض لمالك البناء الحق في الرجوع على بقية المشيدين كل على حسب جسامه خطأه بكل التعويض الذي دفعه لمالك البناء [10] ص 120.

2.1.3.2.2. جزاء تحقق الضمان العشري

إن التعويض هو الجزاء المباشر على تحقق أسباب الضمان العشري، وهو يتخذ عدة صور، قد يتخذ صورة التنفيذ العيني، وقد يتخذ صورة التعويض النقدي، وقد يتخذ صورة الفسخ.

1.2.1.3.2.2. التنفيذ العيني

يقصد بالتنفيذ العيني طبقا لنص المادة 164 من ق.م.ج ما يلي: "أن يوفي المدين بعين ما التزم به في مواجهة الدائن، وللدائن حق مطالبة المدين به فإن لم يفعل كان للدائن حق إجبار المدين عليه طالما كان في إمكان المدين القيام به، أما إذا استحال على المدين التنفيذ العيني لا يكون أمام الدائن إلا المطالبة بالتعويض" [31] ص 11.

بناء على ذلك، يعد التنفيذ العيني للالتزام هو أول جزاء يترتب على بائع العقار بناء على التصاميم باعتباره مدينا بالالتزام بالضمان، إذا لم يكن مستحيلا وممكنًا، وإذا رفض المدين تنفيذ التزامه بالرغم من أن الالتزام يمكن تنفيذه كان لمالك البناء أن يتقدم بطلب للقضاء يطلب من خلاله الحصول على ترخيص لتنفيذ الالتزام على نفقة البائع (المدين بالالتزام) [108].

وهذا ما قضت به المادة 17 من المرسوم التشريعي رقم 93-03 التي نصت على أن: " كل تخلف أو عجز مادي من المتعامل في الترقية العقارية يثبت المحضر ثبوتاً قانونياً ويظل مستمراً بالرغم من الإنذار يخول لجماعة المالكين سلطة مواصلة إنجاز البناء بجميع الوسائل القانونية على نفقة المتعامل المتخلف وبدلاً منه " .

ويفهم من عبارة " الوسائل القانونية اللجوء إلى القضاء لطلب ترخيص منه من طرف جماعة المالكين لمواصلة الإنجاز بواسطة متعامل عقاري آخر وعلى نفقة المتعامل العقاري الأصلي المتعاقد معه .

وقضت المحكمة العليا في قرار لها رقم 152934 بتاريخ 11/03/1998 بمايلي: " من المقرر قانوناً أنه في الالتزام بعمل إذا لم يقدّم المدين بتنفيذ التزامه جاز للدائن أن يطلب ترخيصاً من القاضي في تنفيذ الالتزام على نفقة المدين إذا كان هذا التنفيذ ممكناً .

ولما كان ثابتاً في قضية الحال أن الطاعنة لجأت إلى مقاول آخر الذي قام بتنفيذ ما التزم به المطعون ضدّهما المتمثل في تشييد مجموعة من المساكن المتعاقد عليها دون أن تلجأ الطاعنة إلى القضاء لتطلب ترخيصاً لتنفيذ الالتزام حسب ما يقتضيه القانون ومن ثم فإنّ النعي على القرار المطعون فيه تجاوز السلطة ومخالفة القانون غير سديد ويستوجب الرفض "[79].

بناء عليه في حالة ما إذا كان التهدم كلياً وجب على بائع العقار إعادة البناء بأكمله، أما إذا وجد عيب في البناء يهدد سلامته فعلى البائع إصلاح هذا العيب وإزالته [108].

2.2.1.3.2.2. التعويض النقدي

طبقاً لما هو منصوص عليه وفقاً للقواعد العامة إذا استحال التنفيذ العيني حكم على المدين بالتعويض النقدي، كأن يستحيل على بائع العقار بناء على التصاميم إعادة البناء أو الإصلاح لما ينطوي على هذه الأعمال من ضرر للعقارات المجاورة، وجب على المتعامل في الترقية العقارية باعتباره مسؤولاً بالتضامن مع المهندس المعماري والمقاول بتعويض مشتري العقار عما لحقه من ضرر نتيجة إخلاله بالتزامه بالضمان. مع الإشارة إلى أن التعويض لا يقتصر على الضرر الحال بل يمتد ليشمل الضرر المستقبلي ما دام وقوعه أمراً مؤكداً [19] ص 160.

3.2.1.3.2.2. الفسخ

يقترن التعويض النقدي بجزء ثالث وهو الفسخ، الذي يعدّ أخطر الجزاءات المترتبة عن إخلال مشيدي البناء بالتزامهم المتمثل في إنجاز بنايات وفقاً للمعايير الفنية المعمول بها [125]، وهذا ما أكدته

المحكمة العليا في قرارها رقم 51553 الصادر بتاريخ 1987/11/11 بقولها: "من المقرر قانوناً أنه إذا ثبت أثناء سير العمل أن المقاول يقوم به على وجه معيب أو مناف للعقد جاز لرب العمل بأن يعدل عن طريقة التنفيذ خلال أجل معقول يعينه له فإذا انقضى الأجل دون أن يرجع المقاول إلى الطريقة الصحيحة جاز لرب العمل أن يطلب إما فسخ العقد وإما أن يعهد إلى مقاول آخر بإنجاز العمل على نفقة المقاول الأول، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بخرق القانون غير سديد" [85].

ويقصد بالفسخ: "الجزء المترتب عن عدم تنفيذ أحد المتعاقدين لتعهدة" [53] ص 220 ، وبذلك يرجع المتعاقدين إلى الحالة التي كان عليها قبل إبرام العقد. وأهم نتيجة تترتب على هذا الفسخ طبقاً لما هو منصوص عنه في المادة 13 من نموذج عقد البيع هو أن يدفع البائع لمالك البناء تعويضاً تحدد نسبته من الثمن القاعدي للبيع.

ويعد هذا التعويض بمثابة شرط جزائي يحدد بناء على اتفاق الطرفين. بالإضافة إلى هذا هناك تعويض آخر يترتب عن فسخ عقد البيع بناء على التصاميم المتمثل في تعويض مالك البناء عن كل ضرر محتمل قد يلحق به، والذي تخضع مسألة تقديره لقاضي الموضوع .
وبإعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانوا عليها وقت انعقاد العقد يرد لمالك البناء كل المبالغ التي دفعها للبائع.

وزيادة في الضمان ألزم المشرع الأطراف بتحرير عقد الفسخ لدى موثق ويذكر فيه أسباب الفسخ مع ضرورة خضوعه للشهر وذلك من أجل إعلام الغير [125].

2.3.2.2. أسباب دفع الضمان

بالرجوع إلى أحكام عقد المقاولة الخاصة بالضمان العشري نلاحظ بأن المشرع الجزائري لم ينص عن أسباب دفع هذا الضمان، على غرار أحكام المسؤولية العقدية والتقصيرية التي نظم المشرع أسباب دفعها صراحة .

وفي غياب النص الخاص نرجع للقواعد العامة التي حددت أسباب دفع المسؤولية بموجب نص المادة 127 من ق.م. ج في ثلاثة أسباب وهي الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة، أو خطأ المضرور، أو خطأ الغير .

على هذا الأساس يعفى مشيدو البناء من الضمان العشري كأبي مدين متعاقد إذا استطاعوا أن يقيموا الدليل على أن تهدم البناء أو ظهور العيب فيه يرجع إلى سبب أجنبي لا يد له فيه كقوة القاهرة أو خطأ من جانب رب العمل (المركبي العقاري) أو خطأ من جانب الغير.

وبما أن عقد المقاولة ليس العقد الوحيد في التشريع الجزائري الذي ينشأ التزام الضمان العشري بل يوجد مصدر آخر هو عقد البيع بناء على التصاميم الذي أنشأ التزام الضمان العشري ، وبتفحص الأحكام المنظمة لهذا العقد نلاحظ أن المشرع الجزائري قد نص صراحة على أسباب دفع التزامه بالضمان العشري في حالة تحقق أسبابه وهو ما نصت عليه المادة 08 من نموذج عقد البيع بناء على التصاميم، التي ألزمت المتعامل في الترقية العقارية (بائع العقار) بمراقبة الضمان ومتابعته عن طريق التأمين العشري لكل من المهندسين المعماريين والمقاولين، والعمال القطعيين المشاركين في عملية إنجاز البناء مع تصريحه بقبوله التضامن معهم إزاء المشتري ، إلا إذا حصل خطأ لا يمكن أن ينسب إليه .

وبذلك نستخلص من نص هذه المادة أن المشرع الجزائري قد منح لبائع العقار بناء على التصاميم دفع مسؤوليته إذا أثبت السبب الأجنبي من خلال العبارة التالية: "...إلا إذا حصل خطأ لا يمكن أن ينسب إليه " .

والخطأ الذي ينسب إلى بائع العقار بناء على التصاميم قد يكون مصدره القوة القاهرة، وقد يكون مصدره الغير الذي قد يكون مقاول أو مهندس أو كل شخص تدخل في عملية البناء، أو أي شخص أجنبي لا علاقة له بالبناء أصلا .

وبما أنه لا يوجد نص صريح يحدد أسباب دفع الضمان العشري بدقة كما هو منصوص عنه في المادة 127 من ق.م.ج سنتولى دراسة هذه الأسباب وفقا للقواعد العامة.

وبناء على ذلك سوف نقسم هذا المبحث إلى ثلاثة فروع ، نتناول في الفرع الأول القوة القاهرة، وفي الفرع الثاني لخطأ رب العمل ، وأخيرا لخطأ الغير وذلك على النحو التالي :

الفرع الأول: القوة القاهرة

الفرع الثاني: خطأ رب العمل

الفرع الثالث: خطأ الغير

1.2.3.2.2. القوة القاهرة

تعد القوة القاهرة كأحد الأسباب التي تسقط حق المستفيد من الضمان العشري التي يمكن لأي مشيد بناء، سواء كان بائع العقار قبل الإنجاز وهو المسؤول الأول اتجاه مشتري العقار (مالك البناء)، أو المقاول أو المهندس المعماري أو العمال المشاركين في عملية البناء، التمسك بها لنفي مسؤوليتهم عما يحدث في المباني التي شيدها، سواء كان التهدم كلياً أو جزئياً، أو ما يظهر فيها من عيوب تهدد متانتها وسلامتها، فإذا استطاع مشيدو البناء إثبات القوة القاهرة انقطعت علاقة السببية.

بما أن عملية البناء تعد من أدق الأعمال التي قد يصعب علينا في بعض الأحيان تحديد سبب التهدم أو ظهور عيب في البناء ما إذا كان يرجع إلى خطأ مشيدي البناء أو للقوة القاهرة. لهذا السبب سنحاول إزالة الغموض من خلال التطرق لتعريف القوة القاهرة وتحديد شروطها.

1.1.2.3.2.2. تعريف القوة القاهرة

لم يتولى التشريع الجزائري ولا التشريع الفرنسي مهمة تعريف القوة القاهرة، وإنما اكتفينا بالنص عليها كأحد أسباب دفع المسؤولية، تاركين مهمة تعريفها للفقهاء. وما اتفق عليه الفقه هو أن القوة القاهرة هي: "الحادث المعلوم غير ممكن التوقع ومستحيل الدفع" [53] ص 306.

لكن الإشكال الكبير الذي طرحه الفقه: هل القوة القاهرة هي نفسها الحادث الفجائي؟ ذهب جانب من الفقه إلى اعتبارهما شيئين مختلفان، إذ يعتبرون أن القوة القاهرة هي الحادث الذي يستحيل دفعه، أما الحادث الفجائي فهو الحادث الذي لا يمكن توقعه.

بينما ذهب أغلبية الفقه إلى عدم التمييز بينهما إذ يعتبران شيئا واحدا [36] ص 994. حدد المشرع الجزائري ما يعتبر قوة قاهرة طبيعية بموجب نص المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 04-268 المتضمن تشخيص الحوادث الطبيعية، بنصها: "تغطي إلزامية التأمين على آثار الكوارث الطبيعية الحوادث الآتية:

الزلازل

الفيضانات وسوائل الوحل

العواصف والرياح الشديدة

تحركات قطع الأرض" [133].

ويتم الإعلان عن حالة الكارثة الطبيعية، المنصوص عليها في المادة 02 المذكورة أعلاه بناء على قرار مشترك بين الوزير المكلف بالجماعات المحلية والوزير المكلف بالمالية [133].

ما يمكن ملاحظته من خلال النصوص السابقة هو أن المشرع حدد الحالات الطبيعية فقط، وهي إحدى صور القوة القاهرة في حين نجد أن القوة القاهرة لا تنحصر في الأسباب الطبيعية فقط وإنما حتى السياسية والاقتصادية.

وبالرجوع إلى نص المادة 02 من المرسوم رقم 04-268 نلاحظ أن المشرع الجزائري اعتبر تحركات قطع الأرض ككارثة طبيعية، هذا يعني أنها تعد كقوة قاهرة لكن هل يمكن أن نعتبرها كسبب من أسباب دفع الضمان؟

إن المشرع الجزائري بموجب نص المادة 02 من المرسوم رقم 268-04 حدد الحالات الطبيعية التي تشكل كارثة طبيعية تستدعي إجبارية التأمين.

هذا من جهة ومن جهة أخرى برجعنا إلى نص المادة 554 من ق.م.ج ونص المادة 1792 مدني فرنسي قد ألزما المقاول والمهندس بالضمان العشري حتى ولو كان التهدم ناشئا عن عيب في التربة ذاتها لأن التربة المراد البناء عليها من صميم واجبات كل من المهندس أو المقاول [19] ص 162.

كما أنه في حالة وجود عيب في المواد المستخدمة في البناء لا يعد حادثا مفاجئا أو حالة قوة قاهرة من شأنها أن تعفي المهندس المعماري أو المقاول من المسؤولية العشرية حتى ولو كانت هذه المواد المعيبة مقدمة من جانب رب العمل بنفسه. ويجب خلو مواد البناء من أي عيب كأن تكون غير صالحة أو مخالفة للمواصفات أو من صنف رديء وعلى المقاول فحصها و معاينتها [161] ص 703.

وإذا كان المشرع الجزائري قد نص على أن إعلان حالة الكوارث الطبيعية يتم بموجب قرار بين الوزير المكلف بالجماعات المحلية والوزير المكلف بالمالية، فإن التشريع الفرنسي قد منح مهمة تكييف الحالة على أنها كارثة تشكل قوة قاهرة أم لا للقضاة، ومع هذا ونظرا للتطور الكبير للوسائل التقنية أصبح القضاة يتشددون في تقدير عناصر القوة القاهرة [164] ص 112.

2.1.2.3.2.2. شروط القوة القاهرة

من خلال التعريف السابق الذكر للقوة القاهرة نستخلص الشروط الواجب توافرها لاعتمادها كسبب من أسباب دفع الضمان وهما شرطان يمثلان في عدم إمكان التوقع واستحالة الدفع .

عدم إمكان التوقع: شرط عدم التوقع هو شرط موضوعي، إذ لا يقتصر عدم التوقع من طرف المدعى عليه فقط، لذلك استقر القضاء المصري على اعتبار حادث ما قوة قاهرة أن يكون غير متوقع ومستحيل الدفع بالنظر إلى ظروف المكان والزمان التي أقيم فيها البناء [18] ص 226.

استحالة الدفع: بمعنى أن القوة القاهرة تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا نظرا لعدم إمكانية دفعه، ولو اتخذت كل الاحتياجات اللازمة عند إقامة المباني والمنشآت.

وإن كانت الظواهر الطبيعية حاليا أصبح بالإمكان توقعها نظرا للتقدم العلمي الذي يمكن من التنبؤ بالعديد من الظواهر الطبيعية، كهبوب الرياح العاتية أو ارتفاع درجة الحرارة، وسقوط الأمطار الغزيرة.... الخ، إلا أن شرط عدم إمكانية دفع الحادثة ولو اتبعت كافة الاحتياطات التقنية اللازمة لذلك عند إقامة المنشآت، اعتمدها القضاء كحالة قوة قاهرة متغاضيا عن عدم قابليتها للتوقع، وبالتالي تعتبر كسبب من أسباب انتفاء المسؤولية على المهندس المعماري والمقاول [18] ص 229.

وفي حالة ما إذا ساهم خطأ المهندس المعماري والمقاول مع القوة القاهرة في وقوع الضرر تكون مسؤولية مشيدي البناء بنسبة مساهمة كل سبب من الأسباب المتعددة [172].
وبتوفر هذان الشرطان يمكن لبائع العقار (المتعامل في الترقية العقارية) أن ينفي المسؤولية عن نفسه طبقاً لما هو منصوص عليه في المادة 08 من نموذج عقد البيع بناء على التصميم التي منحت له دفع الضمان عن طريق إثبات السبب الأجنبي .

2.2.3.2.2. خطأ رب العمل

رب العمل في عقد البيع بناء على التصميم هو المتعامل في الترقية العقارية، الذي عهد للمقاول والمهندس المعماري مهمة إنجاز بنايات، لذلك فإن نفي المسؤولية العشرية نتيجة خطأ رب العمل تكون بالنسبة للمقاول والمهندس المعماري اتجاه رب العمل، أي بموجب العلاقة التعاقدية التي تربطهما.
وفي نفس الوقت يمكن للمقاول والمهندس المعماري أن ينفيا عنهما هذه المسؤولية اتجاه المشتري على أساس أن هذا الأخير - كما سبقت الإشارة إليه سابقاً - يستطيع أن يرجع على المقاولين والمهندسين بصفته خلفاً لخاصة لبائع العقار (المتعامل في الترقية العقارية).
ما نخلص إليه في الأخير هو أن خطأ رب العمل في عقد البيع بناء على التصميم ينفي المسؤولية العشرية عن المقاولين والمهندسين فقط، أما بالنسبة لبائع العقار فإنه يبقى مسؤولاً اتجاه مالك البناء .

لكن بما أننا سبق وأن قلنا بأن مالك البناء (مشتري العقار) يمكن له أن يرجع بالضمان العشري على المقاولين والمهندسين المعماريين بصفته خلفاً لخاصة، ارتأينا دمج خطأ رب العمل كسبب من أسباب دفع الضمان.

ويتخذ خطأ رب العمل عدة صور، قد يتخذ صورة إعطاء تعليمات أو أوامر خاطئة للمهندس المعماري أو المقاول، أو تقديم مواد معيبة أو غير صالحة لاستخدامها في إقامة البناء، وهذه الصور قدمناها على سبيل المثال لا الحصر، وذلك لصعوبة حصر كل صور الخطأ التي يمكن أن تحدث من جانب رب العمل .

1.2.2.3.2.2. تدخل رب العمل غير الخبير في البناء

تنثور هذه الحالة إذا تعلق الأمر بالمرقين الخواص لأنه، كقاعدة عامة، المرقين العموميين يعتبرون متخصصون في مجال البناء. لذلك إذا قام مرقي عقاري غير خبير في البناء وتعاقد مع مقاول ومهندس معماري، وقاما بأعمالهما دون إشراف وتوجيه من رب العمل فإن أي خطأ يتحملاه، أما إذا

تدخل رب العمل (المتعامل في الترقية العقارية) في عملية البناء والتشييد، وقام كل من المقاول والمهندس بتحذيره من خطورة تدخله وبيننا له مخاطر تنفيذ قراراته ومع ذلك أصر على تنفيذها، فإذا امتنعا عن تنفيذها انتفت مسؤوليتهما لانتفاء الخطأ. أما إذا خضعا لأوامره ونفذها رغم ما قد يترتب عنها من مخاطر تؤثر على متانة البناء وسلامته، في هذه الحالة يسقط حقهما في دفع الضمان وبيقيا مسئولان اتجاه رب العمل ومشتري العقار [19] ص 167 لأنهما الشخصان الأكثر تخصصا في مجال البناء، ولذلك كان عليهما الامتناع عن تنفيذ أي أمر يتناقى وفن البناء حتى ولو كان صادرا من رب العمل. لذا كان المشرع أن يشدد من مسؤولية المقاولين والمهندسين بنص تشريعي كما هو الحال بالنسبة لعيوب الأرض، إذ أقاما مسؤوليتهما حتى ولو كان التهدم ناشئا عن عيب في الأرض.

2.2.2.3.2.2. تدخل رب العمل الخبير في فن البناء

يعتبر رب العمل خبيراً في فن البناء: "إذا كان لديه من الخبرة والتفوق في هذا الفن ما يفوق خبرة وفن المقاول بالنظر إلى سلم تدرج التجارب والخبرات الفنية في هذا المجال المهني" [67] ص 102.

و باستقراءنا لنصوص القانون المدني نستخلص بأن المشرع الجزائري لم يضع أي معيار أو أي شرط يتعلق برب العمل، واكتفى بموجب نص المادة 02 و 03 من المرسوم التشريعي رقم 93-03 بتعريف المتعامل في الترقية العقارية من خلال مهامه دون أن يشترط الخبرة في مجال البناء، إذ منح لكل شخص طبيعي أو معنوي صفة المرقي العقاري إذا ما قام بعملية إنجاز أو تجديد الأملاك العقارية المخصصة للبيع أو الإيجار أو تلبية حاجات خاصة .

3.2.3.2.2. خطأ الغير

يعد غيراً كل شخص أجنبي عن عقد البيع بناء على التصاميم أو عن عقد المقاول، باعتبارهما مصدر التزام مشيدي البناء بالضمان العشري .

ونظراً للتضامن المفترض بين كل من المرقي العقاري والمقاول والمهندس والعمال القطعيين لا يستطيع أي واحد منهم أن يدفع مسؤوليته بالخطأ الصادر من الآخر، إلا بائع العقار بناء على التصاميم (المرقي العقاري) الذي بالرغم من التضامن المفترض بينه وبين المقاول والمهندس المعماري ومع ذلك منح له المشرع الجزائري دفع خاص يتمثل في دفع الضمان عن نفسه إذا استطاع أن يثبت أنه لم يرتكب أي خطأ، وأنه قام بمراقبة المقاولين والمهندسين واتخذ جميع الاحتياطات اللازمة ليتفادى تهم البناء [125].

لذلك حتى يدفع المتعامل في الترقية العقارية عن نفسه يجب أن يثبت أن التهدم أو العيب الموجود في البناء كان راجعا لخطأ الغير ، وهذا الخطأ يتخذ عدة صور إما أن يكون راجعا لخطأ المورد للمواد المعيبة أو خطأ مكاتب الدراسات مثلا، وهذا ما اصطلح على تسميته بخطأ الغير المتصل بعملية التشييد، أما الصورة الثانية تتمثل في خطأ الغير الأجنبي تماما عن عملية التشييد.

1.3.2.3.2.2. خطأ الغير المتصل بعملية التشييد

خطأ الغير المتصل بعملية التشييد التي يمكن لبائع العقار (المتعامل في الترقية العقارية) بالتمسك بها لدفع مسؤوليته العشرية متعددة، منها ما يرجع للمواد المعيبة، وبذلك يكون سبب التهدم أو وجود عيب فيه راجعا إلى المواد التي استخدمت في عملية التشييد، وهذه المواد قد تقدم من طرف المقاول الذي يتعهد بتقديمها بالإضافة إلى عملية التشييد بناء على عقد المقاولة المبرم بينه وبين رب العمل (المتعامل في الترقية العقارية)[108].

وقد يلتزم رب العمل (المتعامل في الترقية العقارية) بتقديم المواد المستخدمة، ويقتصر دور المقاول على تقديم العمل فقط لذلك تختلف أحكام المسؤولية بين الحالتين السابقتين[108].
أ- إذا قدم المقاول المواد المستخدمة في عملية البناء وقام في نفس الوقت بعملية البناء والتشييد، ثم وقع تهدم أو تعيب نتيجة للمواد المستخدمة، في هذه الحالة تتحقق مسؤولية المقاول لأنه ملزم بضمان جودة هذه المواد لرب العمل ولا يمكن للمقاول أن يدفع مسؤوليته عن عيوب البناء إلا إذا أثبت خطأ المورد أو المنتج لتلك المواد المعيبة[108].

وإن كان المنتج أو المورد يعد من الغير في التشريع الجزائري إلا أن القانون الفرنسي اعتبره كأحد أشخاص المسؤولين بالضمان وذلك بمقتضى نص المادة 1792 من ق.م.ف، إذ أصبح لمالك البناء حق رفع دعوى مباشرة ضد المنتج وهو مسئول بالتضامن مع المقاول[18] ص 227.

ب- إذا تعهد رب العمل (المتعامل في الترقية العقارية) بتقديم مادة العمل وثبت فيما بعد أن سبب التهدم كان راجعا إلى استخدام المادة التي قدمها رب العمل فإن مسؤولية المقاول والمهندس المعماري تبقى قائمة إذ يلزمان قبل استخدامها من التحقق من صلاحيتها وجودتها[108].

وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض الفرنسية في حكم لها: " بأن عيب مواد البناء المقدمة من جانب رب العمل والتي لم يكن معروفا عنه إنه على قدر من الكفاءة والدراية في هذا المجال لا يشكل في حد ذاته سبب أجنبي لاستبعاد مسؤولية المشيدين حتى ولو لم يكن العيب ظاهرا وقت التنفيذ"[62] ص

2.3.2.3.2.2. خطأ الغير غير الخبير في فن البناء

كما يمكن للمتعاقل في الترقية العقاري (بائع العقار) أن ينفى عن نفسه المسؤولية في حالة ما إذا استطاع أن يثبت خطأ في جانب الغير الأجنبي تماما على عملية تشييد المبنى، وأدى هذا الخطأ إلى حدوث تهم أو ظهور العيب فيه، كأن يستخدم الغير آلات ضخمة تسبب ارتجاجات شديدة في الأرض على مقربة منه مما يؤدي إلى إصابة المبنى بعيوب تهدد متانته وسلامته [173] ص 55.

ما نخلص إليه في الأخير هو أن المشرع الجزائري حاول من خلال المرسوم التشريعي رقم 93-03 المتعلق بالنشاط العقاري، والمرسوم التنفيذي رقم 94-58 المتضمن نموذج عقد البيع بناء على التصاميم، تقرير حماية خاصة لمالك البناء وهو مشتري العقار بناء على التصاميم من خلال الضمانات التي كفلها له، وهي ضمان حسن الإنجاز وضمن حسن سير عناصر التجهيز، وضمن العيوب الظاهرة.

وبعد الدراسة التفصيلية لأحكام كل هذه الضمانات استخلصنا ما يلي:

- أن هذه الضمانات خصها المشرع الجزائري لمشتري العقار بناء على التصاميم، أي تطبق في حالة ما إذا تعلق الأمر بعقد البيع بناء على التصاميم، أما عقد البيع العادي أو عقد المقولة، أو أي عقد آخر لا يمنح للمالك أو المقاول حق الاستفادة من هذه الضمانات. كما لا حظنا أن المشرع الفرنسي قد ربط هذه الضمانات بعقد المقولة إذ ألزم المقاول بهذه الضمانات، في حين نجد أن المشرع الجزائري ألزم بها المتعاقل في الترقية العقارية أي البائع اتجاه مشتري العقار (المالك).

- ما يلاحظ على هذه الضمانات هو أنه يشوبها الغموض لتقصير المشرع في تفصيل أحكامها إذ ألزم بها المتعاقل في الترقية العقارية دون أن يلتزم بتحديد أحكامها. وهذا التقصير في تفصيل أحكام الضمانات الخاصة بمشتري العقار بناء على التصاميم أدى بنا إلى المقارنة مع أحكام القانون الفرنسي حتى يتسنى لنا توضيح أحكام هذه الضمانات.

ومن بين أهم وسائل الحماية التي قدمها المشرع الجزائري بعد حيازة البناية من خلال المرسوم التشريعي 93-03 المتعلق بالنشاط العقاري إلزام بائع العقار (المتعاقل في الترقية العقارية) بالضمان العشري بالتضامن مع المقاول والمهندس المعماري وكل متدخل في عملية التشييد. وبذلك تعد هذه الخطوة فعالة في مجال الترقية العقارية إذ لم يعد عقد المقولة المصدر الوحيد للضمان العشري بل أصبح عقد ثاني ينشأ الضمان العشري المتمثل في عقد البيع بناء على التصاميم.

وبذلك أضاف المشرع الجزائري أشخاصا آخرين إلى قائمة الملزمين بالضمان العشري وهو بائع العقار مما منح لمشتري العقار بناء على التصاميم حق الرجوع على بائع العقار مباشرة بموجب

دعوى الضمان العشري التي يمنحها له عقد البيع بناء على التصاميم. كما يحق له أن يرجع على المقاول والمهندس المعماري بصفته خلفا خاصا لبائع العقار بناء على التصاميم .

وللزيادة في الضمان لم يقتصر المشرع الجزائري على تقرير مسؤولية بائع العقار بناء على التصاميم فقط بل أزمه بالتضامن مع بقية مشيدي البناء مما يضمن للمشتري الحصول على حقه في حالة ما إذا لحق بعقاره أي تهدم كلي أو جزئي أو عيب يهدد سلامته وماننته.

وبهذا يكون المشرع الجزائري قد ساير اتجاه المشرع الفرنسي الذي ألزم بائع العقار بالضمان العشري بموجب نص المادة 1792 من ق. م. ف لكن كان على المشرع الجزائري أن يسايره في بقية الأشخاص الذين أزمهم المشرع الفرنسي كالوكيل والمورد والصانع... الخ، حتى يساير التطور التكنولوجي والفني الذي طرأ على عملية البناء وبذلك يكون قد قرر حماية أكبر بالنسبة لمشتري العقار (المالك).

ومن أحكام الضمان العشري التي تطرقنا إليها في هذا الباب تبين لنا أن المشرع تشدد فيها مقارنة مع أحكام المسؤولية العقدية وفقا للقواعد العامة .

إذ فرض التضامن بين مشيدي البناء بالرغم من أنهم لا يرتبطون معا بعقد بينما وفقا لأحكام المسؤولية العقدية يشترط ارتباط المدينين بعقد واحد واتفقهم على التضامن حتى ينشأ هذا التضامن . كما ألزم المشرع الجزائري مشيدي البناء بضمان عيوب البناء ولو كانت حديثة، ما دام التهدم الكلي أو الجزئي أو ظهور عيب يهدد سلامة وماننة البناء حدث خلال المدة القانونية المحددة بعشر سنوات، أما ضمان العيوب الخفية وفقا للقواعد العامة مقتصر على العيوب القديمة فقط.

وشدد هذا الضمان أيضا من خلال مدة رفع دعوى الضمان التي ترفع خلال ثلاث سنوات من تاريخ حدوث التهدم أو ظهور العيب، في حين نجد أن ضمان العيوب الخفية وفقا للقواعد العامة منحت للمشتري سنة من يوم تسليم المبيع، في حين يبدأ حساب مدة دعوى الضمان العشري من تاريخ التهدم أو ظهور العيب وهذا ما يوفر حماية لمشتري العقار بناء على التصاميم (مالك البناء).

كما شددت أحكام الضمان العشري من خلال عدم إجازة الاتفاق على تعديلها بالزيادة أو النقصان، في حين نجد أن المشتري في عقد البيع وفقا للقواعد العامة يمكن أن يتفق مع البائع على الزيادة في الضمان أو الإنقاص منه أو إسقاطه.

وبالرغم من هذه الأحكام إلا أنها تعد قاصرة على توفير الحماية الكاملة لمشتري العقار بناء على التصاميم لعجزه على تغطية كل العيوب والأضرار .

و بصور القانون رقم 04-11 المؤرخ في 17 فبراير 2011 نلاحظ أن المشرع الجزائري لم يعط للمركبي العقاري مهمة مراقبة الضمان، كما كان عليه الأمر في ظل المرسوم التشريعي رقم 03-93 بل

ألزمه بالمسؤولية العشرية مثله مثل المقاول ومكاتب الدراسات ، كما أن هذا القانون ألزم المقاول ومكاتب الدراسات والمتخلين الآخرين على غرار ما هو منصوص عنه في القانون المدني، وبذلك لم يحلهم إلى نص المادة 554 من ق. م. ج.

الخاتمة

ما نخلص إليه بعد هذه الدراسة، هو أن عقد البيع بناء على التصاميم هو تقنية من تقنيات الترقية العقارية التي استحدثها المشرع الجزائري حديثا بصدور المرسوم التشريعي رقم 93-03 المؤرخ في 01 مارس 1993 المتعلق بالنشاط العقاري مقارنة بالتشريع الفرنسي الذي أقر هذه التقنية بموجب القانون رقم 67-03 المؤرخ في 03/01/1967 المعدل بموجب القانون رقم 78-12 المؤرخ في 04/01/1978.

وقد خصه المشرع الجزائري بأحكام خاصة بهدف توفير الحماية القانونية للمشتري، وذلك بتقرير عدة ضمانات من مرحلة إبرام العقد إلى ما بعد حيازة البناية. ولعل السبب في تقرير هذه الحماية يرجع لقصور أحكام عقد البيع المقررة وفقا للقواعد العامة عن توفير حماية للمشتري، تتناسب وخطورة الأضرار التي قد يتعرض لها عند شرائه لبناية ستوجد في المستقبل.

وتجلت هذه الحماية في مجموعة من الضمانات، أغلبها خاصة بعقد البيع بناء على التصاميم دون غيره من العقود والبعض منها مقرر بموجب قواعد عامة، وبتحليلنا لهذه الضمانات استخلصنا ما يلي:

- اكتفى المشرع الجزائري بتقرير هذه الضمانات دون أن يفصل أحكامها مما جعلها تتسم بالغموض، كما هو الأمر بالنسبة لضمان حسن سير عناصر التجهيز، الذي لم يحدد المشرع الجزائري مدته كما فعل المشرع الفرنسي، الذي حددها بمدة سنتين.

- قصر المشرع الجزائري مهمة صندوق الضمان والكفالة المتبادلة في الترقية العقارية، الذي يعد أهم ضمانات خاصة ممنوحة للمشتري في إطار عقد البيع بناء على التصاميم، في مجال التعويض دون إتمام التشييد، مما جعل مهمته قاصرة على تحقيق الحماية اللازمة، كون أن المشتري قد يبقى لمدة سنة أو أكثر ينتظر الوقت الذي يحوز فيه البناية. وفي المقابل يدفع التسديدات اللازمة عليه، وفي الأخير ولسبب من الأسباب كحالة الوفاة وغيرها، يحرم من الحصول على المسكن ويلتزم الصندوق برد الدفعات للمشتري فقط. وبمرور مدة الانتظار قد تكون أسعار البنائيات قد ارتفعت مما يلحق ضررا بالمشتري الذي ضيعت عليه فرصة الحصول على مسكن بسبب لا يد له فيه، لذا كان من الأحسن لو منح للصندوق حق الإشراف على إتمام المشروع عوض المتعامل في الترقية العقارية.

- اكتفى المشرع الجزائري باعتبار المتعامل في الترقية العقارية تاجرا دون أن يحدد نشاطاته بدقة مما فتح المجال لاكتساب هذه الصفة من طرف أي شخص، كما أنه خلق تداخل بين مهنة المتعامل في الترقية العقارية والمقاول.

- انتقال الملكية الذي يعد ضمانا في مرحلة انعقاد العقد سادها اللبس، إذ اعتبر المشرع الجزائري أن الملكية تنتقل بمجرد إبرام عقد البيع بناء على التصاميم حسب نص المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 94-58، المتضمن نموذج عقد البيع بنا على التصاميم، وهو ما يتنافى مع أحكام المادة 15 من المرسوم التنفيذي رقم 74-75 المتعلق بإعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري، التي تقضي بأن انتقال الملكية العقارية يتم عن طريق الشهر العقاري.

- ومن مجالات الحماية أيضا الثمن الذي اعتبره المشرع الجزائري قابلا للمراجعة وفقا لإرادة المتعاقدين دون أن يحدد نسبة المراجعة التي تخضع لإرادة المتعامل في الترقية العقارية.

- قضى المشرع الجزائري بضرورة إبرام عقد البيع بناء على التصاميم لدى موثق، كأول خطوة تكون مرفقة بتقديم شهادة الضمان الصادرة عن صندوق الضمان والكفالة المتبادلة، مع دفع أول دفعة، إلا أن تحايل وخوف العديد من المتعاملين العقاريين من الفسخ القضائي جعلهم يلجأون إلى الشروع في عملية إنجاز السكنات مع إلزام المستفيدين من دفع التسبيقات دون إبرام عقد البيع بناء على التصاميم، و تأجيل هذه العملية إلى ما بعد إتمام الإنجاز، الأمر الذي خلق العديد من المشاكل المطروحة على مستوى القضاء، ولعل أهمها عدم إمكانية ضمان صندوق الضمان والكفالة المتبادلة في حالة توقف المتعامل في الترقية عن إتمام المشروع لعدم وجود عقد البيع بناء على التصاميم الذي يؤهله للضمان الأمر الذي قد يؤدي إلى ضمان الدفعات المقدمة من طرف المشتري.

- عدم التقيد بأجل أقصى لتنفيذ المشروع من طرف المتعامل في الترقية العقارية، الأمر الذي دفع بهم بالتأخر في تسليم العقار لمدة تتجاوز الحد المعقول، دون أن يكون عليه أي إلزام، الأمر الذي قد يؤدي إلى ارتفاع أسعار مواد البناء التي يتحملها المشتري عن طريق مراجعة الثمن.

لكل هذه الأسباب وغيرها نرى ضرورة إعادة النظر في العلاقة التي تربط المتعامل في الترقية العقارية بالمشتريين، وذلك من خلال إدخال الصرامة عليها، لذا نرى ما يلي:

- ضرورة تدخل المشرع الجزائري على غرار المشرع الفرنسي بالتوسع في تفسير عبارة مشيدي البناء بحيث يشمل أي شخص يشارك في عملية التشييد، كالصانع والمستورد والموزع وإخضاعه للالتزام بالضمان العشري المنصوص عليه بمقتضى نص المادة 554 من ق.م.ج .

- ضرورة تدخل المشرع الجزائري بوضع أحكام تفصيلية لضمان حسن الإنجاز، وضمان العيوب الظاهرة، وضمان حسن سير عناصر التجهيز، التي من شأنها أن تحدد حقوق المشتري بدقة لاسيما مدد

سريان هذه الضمانات، من أجل حماية المشتري من الأضرار الناتجة عن الأخطاء التي يرتكبها مشيدي البناء.

- بما أن المخاطر التي خص لها المشرع الجزائري حماية قانونية للمشتري عن طريق ضمان حسن الإنجاز، وضمن حسن سير عناصر التجهيز، قد يتعرض لها أي صاحب بناء سواء كان المشتري لبناء قبل الإنجاز أو بعد الإنجاز أو رب العمل، كان على المشرع أن يوسع دائرة العقود التي يجب أن تشمل هذا النوع من الضمانات كعقد المقاولة وعقد البيع بعد الإنجاز، وحتى عقد البيع بالإيجار، ما دام المستفيد من البناء قد يتعرض لهذا النوع من المخاطر، خاصة و أن أحكام الضمان العشري لا تشمل هذا النوع من العيوب الموجبة للضمان. كما أن ضمان العيوب الخفية المقرر وفقا للقواعد العامة قاصر على تحقيق الحماية التي تكرسها الضمانات الخاصة، كما يقتضي الأمر أيضا توسيع دائرة الملزمين بهذه الضمانات، ولا يقتصر الأمر على المتعامل في الترقية العقارية فقط بل لا بد من إلزام المقاول أيضا.

وما نصل إليه في الأخير هو أن المرسوم التشريعي رقم 93-03 المؤرخ في 01 مارس 1993 المتعلق بالنشاط العقاري دفع إلى تطوير نشاط الترقية العقارية بتوسيع نطاقها من حيث الأشخاص والموضوع، إذ لم يعد النشاط العقاري مقتصرًا على القطاع العام فقط بل فتح المجال أمام الخواص لممارسة نشاط الترقية العقارية، إلا أن الإصلاحات الاقتصادية التي طرأت في الآونة الأخيرة استدعت ضرورة وجود قانون جديد يتلاءم وهذه التطورات التي أصبح من غير الإمكان أن يتماشى معها المرسوم التشريعي رقم 93-03 المتعلق بالنشاط العقاري خاصة بوجود النقائص التي أبدينا ملاحظتنا عليها سابقا، الأمر الذي يستدعي من المشرع الجزائري أن يتدخل لإيجاد قانون خاص بالترقية العقارية يضبط من خلاله بالدرجة الأولى مهنة المتعامل في الترقية العقارية، التي أصبحت مفتوحة على كل الأشخاص لمزاوتها الأمر الذي أدى بوجود محتالين احتالوا على العديد من المواطنين الذين ذهبوا ضحية خداعهم باسم متعامل عقاري خاص.

لذا نرى ضرورة ضبط مفهوم المتعامل في الترقية العقارية مع تحديد شروط ممارسة مهنة النشاط العقاري، مع ضبط تفصيلي لكل الضمانات القانونية الخاصة بمشتري العقار بناء على التصاميم، خاصة في ما يتعلق بالنطاق الموضوعي والزمني لكل ضمان حتى لا تتداخل الضمانات فيما بينها. بالإضافة إلى ضرورة توسيع نطاق أهم ضمان خاص وهو صندوق الضمان والكفالة المتبادلة بما يكفل حماية حقوق كل من المتعامل في الترقية العقارية والمشتري على حد سواء، خاصة فيما يتعلق دوره في ضمان الدفعات المقدمة من طرف المشتري يجب أن لا يقتصر دوره في هذا المجال فقط بل لا بد أن يمتد إلى إتمام المشروع في حالة ما إذا سجل عجز من طرف المتعامل في الترقية العقارية، مع ضرورة اتخاذ الآليات القانونية الكفيلة بحماية المشتري من كل احتيال أو تجاوز في عملية البناء والتشييد.

ومن أجل كل هذا نرى ضرورة إيجاد توازن بين مصلحة المشتري ومصلحة المتعامل في الترقية العقارية، على حد سواء، حتى يدفع بنشاط الترقية العقارية إلى الأمام دون أية عراقيل، بما يتناسب والتطورات الاقتصادية والاجتماعية والسياسية السائدة في البلاد.

كل هذه الاقتراحات قد تم الأخذ بمعظمها في القانون رقم 04-11 المؤرخ في 17 فبراير 2011 المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية الذي ألغى المرسوم التشريعي رقم 03-93. وأهم ما جاء في هذا القانون هو توسيعه لأهم ضمانات ممنوحة للمشتري وهي إلزام المرقي بالانخراط واكتتاب تأمين لدى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة، كما وسع من مهامه إذ لم يعد دوره يقتصر على التعويض فقط بل خول له مهمة الإشراف على إتمام المشروع، بالإضافة إلى ذلك فقد عرف هذا القانون المرقي العقاري الأمر الذي أدى إلى حصر الأشخاص المؤهلين بممارسة نشاط الترقية العقارية.

وأكد أيضا على الضمانات التي منحت لمشتري العقار على التصاميم في ظل المرسوم التشريعي رقم 03-93، والتي نتمنى أن تتولى النصوص التنظيمية التي ستصدر لاحقا تنظيمها تنظيما دقيقا، خاصة فيما يخص مدة ضمان عيوب البناء ومدة ضمان حسن سير عناصر التجهيز وأحكامها. ونظرا لأن الضمانات التي كانت مقررة في المرسوم التشريعي رقم 03-93، أصبحت عاجزة على تحقيق الحماية اللازمة لوحدها، فقد أضاف المشرع الجزائري في القانون رقم 04-11 صور أخرى للحماية وهي الحماية الإدارية والجنائية، وذلك بتقرير عقوبات على المرقي العقاري في حالة إخلاله بالتزاماته، خاصة منها أجل الإنجاز الذي استلزم تحديده في العقد والالتزام به.

من خلال كل هذا يتبين بأن القانون رقم 04-11 تضمن وسائل حماية متنوعة منها المدنية والجنائية والإدارية، وفي انتظار صدور النصوص التنظيمية التي ستصدر في المستقبل لتوضيح ما أغفله القانون رقم 04-11، نأمل أن يكون هذا القانون بالفعل قفزة نوعية في مجال الترقية العقارية، خاصة فيما يخص الضمانات المقررة لكل مقتني لعقار على التصاميم، وإلا ما الغاية من إلغاء المرسوم التشريعي رقم 03-93 وإصدار القانون رقم 04-11، إذا لم يأت بجديد بخصوص الضمانات المقررة لحماية مقتني العقار على التصاميم.

قائمة المراجع

1. أحمد عبد العال أو قرين، الأحكام العامة لعقد المقاولة، الطبعة الأولى، دار النهضة، القاهرة، 2003/2002.
2. إبراهيم سيد أحمد، مسؤولية المهندس والمقاول عن عيوب البناء، فقها وقضاء، الطبعة الأولى، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، مصر، 2003.
3. السيد محمد السيد عمران، عدم المطابقة في بيع العقارات تحت التشييد، بدون رقم الطبعة، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية، 1994.
4. حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية، طبعة 2001، دار هومة للطباعة النشر والتوزيع، الجزائر.
5. حسين محمد جمعة، إنهيار العمارات للأسباب الهندسية والمسؤولية القانونية، مكتب الدراسات والاستشارات الهندية، 1997.
6. سمير عبد السيد الأودن، تملك وحدات البناء تحت الإنشاء والضمانات الخاصة لمشري الوحدات السكنية، بدون رقم الطبعة، مكتبة ومطبعة الإشعار الفني، مصر، 2001.
7. سمير كامل، التأمين الإجباري من المسؤولية المدنية للمهندسين والمقاولين عن حوادث البناء، دراسة مقارنة بين القانون المصري والقانون الفرنسي، الطبعة الأولى، 1991.
8. طارق عبد الرؤوف صالح رزق، التعليق على نصوص عقد المقاولة في القانون المدني الكويتي، معلق عليه بآراء الفقه وأحكام القضاء، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006.
9. عبد الرزاق حسين يسن، المسؤولية الخاصة بالمهندس المعماري ومقاول البناء، الطبعة الأولى، بدون دار النشر، مصر، 1987.
10. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود الواردة على العمل والمقاولة والوكالة والوديعة والحراسة، الجزء السابع، الطبعة الثالثة الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1998.
11. علاء حسين علي، عقد بيع المباني تحت الإنشاء، دراسة قانونية مقارنة، منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2011.
12. عزري الزين، قرارات العمران الفردية وطرق الطعن فيها، دراسة في التشريع الجزائري مدعمة بأحدث قرارات مجلس الدولة، الطبعة الأولى، دار النشر والتوزيع، القاهرة، 2005.

13. فاروق الأباصيري، الحماية المدنية لمالك البناء في مواجهة صانع المنتجات المعيبة، بدون طبعة، دار النهضة، 2006.
14. قدرى عبد الفتاح الشهاوي، عقد المقاولة في التشريع المصري والمقارن، بدون طبعة، منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر، 2002.
15. محمد المرسي أبو زهرة، عقد البيع تحت الإنشاء، دراسة مقارنة بين القانون المدني المصري والفرنسي والكويتي، الطبعة الأولى، الناشر السيد عبد الله - هبة، مصر، 1987.
16. محمد شكري سرور، مسؤولية مهندسي ومقاولي البناء والمنشآت الثابتة الأخرى، بدون رقم الطبعة، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1985.
17. محمد لبيب شنب، شرح أحكام عقد المقاولة، الطبعة الثانية، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2004.
18. محمد ناجي ياقوت، مسؤولية المعماريين بعد إتمام الأعمال وتسليمها مقبولة من رب العمل، بدون طبعة، منشأة المعارف بالإسكندرية.
19. محمد حسنين منصور، المسؤولية المعمارية، بدون طبعة، دار الجامعة للنشر، الإسكندرية، 2003.
20. محمد جابر الدوري، مسؤولية المقاول والمهندس في مقاولات البناء والمنشآت الثابتة الأخرى بعد إنجاز العمل وتسليمه، بدون رقم الطبعة، مطبعة واوفيست عشتار، باب الشرقي، بغداد، 1985.
21. نعيم مفيفي، عقود البناء والأشغال الخاصة والعامة، طبعة 1997، دون دار النشر.
22. هدى حامد قشقوش، المسؤولية الجنائية للمهندس والمقاول عن عدم مراعاة الأحوال الفنية في البناء، طبعة، دار النهضة بيروت، 1994.
23. أنور طلبية، المسؤولية المدنية، الجزء الأول، المسؤولية العقدية، الطبعة الأولى 2005، المكتب الجامعية الحديث، الإسكندرية.
24. أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، مسؤولية البائع عن ضمان العيوب الخفية في بيوع السيارات، منشأة المعارف بالإسكندرية، 2003.
25. إسماعيل شامة، النظام القانوني للتوجيه العقاري، دراسة وصفية تحليلية، طبعة 2003، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2003.
26. إبراهيم أبو النجا، التأمين في القانون المدني الجزائري، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، 1992.

27. السيد محمد السيد عمران، المجموعة العملية الأبحاث القانونية، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية، 1999.
28. بلحاج العربي، النظرية العام للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الثاني الواقعة القانونية، العمل غير المشروع، الإثراء بلا سبب، والقانون، طبعة 1999، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر.
29. جديدي معراج، مدخل لدراسة قانون التأمين الجزائري، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2003.
30. خليل أحمد حسن قدارة، الوجيز في شرح القانون المدني، عقد البيع، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2003.
31. خليل أحمد حسن قدارة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الثاني، أحكام الالتزام، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1992.
32. ديب عبد السلام، عقد الإيجار المدني، الطبعة الأولى، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائري 2001.
33. سمير عبد السد تناغو، التأمينات الشخصية والعينية، الكفالة، الرهن الرسمي، حق الاختصاص، الرهن الحيازي، حقوق الامتياز، دون طبعة، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1991.
34. علي فيلاي، الالتزامات - النظرية العامة للعقد، طبعة منقحة ومعدلة، موفم للنشر- الجزائر 2008.
35. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، عقد البيع والمقايضة، الجزء الرابع، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، 1998.
36. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، المجلد الأول، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، 1998.
37. عمورة عمار، الوجيز في شرح القانون التجاري الجزائري- الأعمال التجارية، التاجر، الشركات التجارية، بدون طبعة، دار المعرفة، الجزائر، 1990.
38. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، حق الملكية، الجزء الثامن، الطبعة الثالثة الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، 1998.
39. عبد الرزاق بن خروف، التأمينات الخاصة في التشريع الجزائري، الجزء الأول، التأمينات البرية، بدون طبعة، مطبعة حيدر، الجزائر، 1998.
40. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، التأمينات العينية والشخصية، الجزء العاشر، دار إحياء التراث العربي، بيروت لبنان 1998.

41. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود التي تقع على الملكية، البيع والمقايضة، المجلد الرابع، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، 1998.
42. علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2003.
43. لعشب محفوظ، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1990.
44. لحسين بن الشيخ أت ملويا، المنتقى في عقد البيع، دراسة فقهية قانونية وقضائية مقارنة، نصوص للمطالعة، أعمال تطبيقية، الطبعة الثالثة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر.
45. مجيد خلفوني، شهر التصرفات العقارية في القانون الجزائري، مدعم بقرارات قضائية، الطبعة الأولى، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، 2008.
46. محمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، طبعة 2001، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائري، 2001.
47. محمد الصغير بعلي، المدخل للعلوم القانونية، نظرية القانون والحق، بدون طبعة، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2006.
48. مصطفى محمد الحمال، التأمين الخاص وفقا لأحكام القانون المدني المصري، الطبعة الأولى، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2001.
49. محمد حسنين منصور، أحكام التأمين، بدون طبعة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1999.
50. محمد شرعان، الخطر في عقد التأمين، بدون طبعة، منشأة المعارف بالإسكندرية 1984.
51. محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني، الحقوق العينية التبعية، الرهن الحيازي، حقوق الامتياز، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2006.
52. محمد حسنين، الوجيز في التأمينات العينية والشخصية في القانون الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986.
53. محمد حسام محمود لطفي، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، بدون طبعة، النسر الذهبي للطباعة، القاهرة، 2000/1999.
54. نبيل إبراهيم سعد، التأمينات العينية والشخصية، الرهن الرسمي، حق الاختصاص، الرهن الحيازي، حقوق الامتياز، الكفالة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007.
55. همام محمود زهران، التأمينات العينية والشخصية، دار المطبوعات الجامعة، 1997.

56. أشرف عبد العظيم عبد القادر عبد الواحد، الطبيعة القانونية للعلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، جامعة عين الشمس، مصر، 2007.
57. تواتي نصيرة، نظام المتعامل في الترقية العقارية، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع قانون المؤسسات، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، 2002./2001.
58. حجوج كلثوم، النظام القانوني لرخصة تجزئة و تقسيم العقار في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل درجة الماجستير، فرع القانون العقاري، كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب البلدية، 2010.
59. ربيع نصيرة، تمويل الترقية العقارية العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص إدارة ومالية، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، 2006/2005.
60. عبد القدوس عبد الرزاق محمد الصديق، التأمين من المسؤولية وتطبيقاته الإجبارية المعاصرة، دراسة مقارنة بين قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة وبين القانون المصري، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، 1999.
61. عربي باي يزيد، النظام القانوني للترقية العقارية في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية، تخصص قانون عقاري، كلية الحقوق، جامعة باتنة، 2010/2009.
62. عمر طه بدوي محمد علي، الالتزام بالضمان في عقود البناء والتشييد، دراسة تطبيقية على عقود الإنشاءات الدولية، دراسة لنيل أطروحة الدكتوراه، جامعة القاهرة، 2004.
63. عبد الملك عبد الكريم محمد مطهر، التزامات المقاول والمهندس ومسؤوليتها في عقد المقاول في القانون اليمني، دراسة مقارنة، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في القانون المدني، جامعة القاهرة 2001.
64. مسكر سهام، بيع العقار بناء على التصاميم في الترقية العقارية، دراسة تحليلية، مذكرة ماجستير، فرع القانون العقاري، كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب البلدية، 2006.
65. نوي عقيلة، النظام القانوني لعقد بيع العقار بناء على التصاميم في القانون الجزائري، مذكرة لنيل درجة الماجستير، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر 2004/2003.
66. ويس فتحي، المسؤولية المدنية والضمانات الخاصة في بيع العقار قبل الإنجاز، دراسة مقارنة في التشريعين الجزائري والفرنسي، مذكرة لنيل درجة الماجستير، فرع القانون العقاري، كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب البلدية، 1999.
67. يوسف أحمد حسين النعمة، دفع المسؤولية المدنية بخطأ المضرور، دراسة مقارنة، رسالة للحصول على درجة الدكتوراه في الحقوق، جامعة القاهرة، 2006.
68. إبراهيم يوسف، المسؤولية العشرية للمهندس المعماري والمقاول، المجلة الجزائرية القانونية والاقتصادية والسياسية، عدد 03 لسنة 1995، الجزائر.

69. أحمد السعيد الزقرد، دعوى المشتري بالضمان الخاص للمباني والإنشاءات في مواجهة المقاول أو المهندس، دراسة تحليلية، انتقادية مقارنة لمدى الضمان العشري أو نطاقه في القانونين الكويتي والمصري، مجلة الحقوق، العدد الثاني، الكويت، يونيو 1998.
70. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، علاقة المقاول من الباطن برب العمل، مجلة المحامي، العدد 24، الكويت يناير، فبراير، مارس، 2000.
71. الطيب زروتي، حماية مشتري العقار في البيع على التصاميم طبقا للمرسوم 03/13، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد 02، لسنة 2001، جامعة الجزائر.
72. أ/ الغوثي بن ملحّة، المهندس المعماري مستشار ومسؤول، المجلة القانونية والاقتصادية والسياسية، الجزء 04 العدد 02، جامعة الجزائر. 2000.
73. بولحية علي وسعدي عبد الحليم، الوكالات العقارية في نظر القانون، رقم 90-25، مجلة المحاماة عدد 02 لسنة 2007، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين ميلّة، الجزائر.
74. بوروسي زيدان، علاقة التوثيق بالنشاط العمراني، مجلة الموثق، العدد 10 لسنة 2000.
75. مجلة المشاريع الكبرى في الجزائر، قطاع السكن والعمران، المركز الوطني لوثائق الصحافة والإعلام، العدد 01 لسنة 2009.
76. آليات البحث ومعاينة مخالفة التدابير التي جاء بها قانون 08-15، مجلة السكن، العدد 01 جوان 2000.
77. المجلة القضائية، العدد 01 لسنة 1995.
78. المجلة القضائية، العدد 01 لسنة 1998.
79. المجلة القضائية، العدد رقم 01 لسنة 1988.
80. المجلة القضائية، العدد الأول لسنة 1989.
81. المجلة القضائية، العدد 02 لسنة 2003.
82. مجلة مجلس الدولة، لسنة 2004، العدد 05، ص 217.
83. المجلة القضائية، العدد 02 لسنة 2008.
84. المجلة القضائية لسنة 1991 العدد 04.
85. المجلة القضائية لسنة 1992 العدد 03.
86. المجلة القضائية لسنة 1992 العدد 04.
87. مجلة مجلس الدولة لسنة 2002، العدد 02.
88. مجلة مجلس الدولة لسنة 2003، العدد 04.

89. مجلة المحكمة العليا لسنة 2007 العدد 01
90. مجلة المحكمة العليا لسنة 2009 العدد 01
91. القانون رقم 11/84 المؤرخ في 09/06/1984 المتضمن لقانون الأسرة.
92. القانون رقم 07-86 المؤرخ في 04/03/1986 المتضمن قانون الترقية العقارية، جريدة رسمية عدد.
93. القانون رقم 27/88 المؤرخ في 12 جوان 1988 المتضمن تنظيم التوثيق، جريدة رسمية عدد 28 لسنة 1988.
94. القانون رقم 11/90 المؤرخ في 21 أبريل 1990، المتعلق بعلاقة العمل، جريدة رسمية عدد 17 لسنة 1990.
95. القانون رقم 29/90 المؤرخ في 01 ديسمبر 1991، المتعلق بالتهيئة والتعمير، جريدة رسمية عدد لسنة 1990.
96. القانون رقم 05/04 المؤرخ في 04/08/2004 ويعدل ويتم القانون رقم 29/90 المؤرخ في 01 ديسمبر سنة 1990 والمتعلق بالتهيئة والتعمير، الجريدة الرسمية عدد 51 لسنة.
97. القانون رقم 11/99 المؤرخ في 06 يناير 1999، المحدد للقواعد المتعلقة بالفندقة، جريدة رسمية عدد 02 لسنة 1999.
98. القانون رقم 21/04 المؤرخ في 29 ديسمبر 2004 المتضمن قانون المالية لسنة 2005، جريدة رسمية عدد 85 لسنة 2004.
99. القانون رقم 21/04 المؤرخ في 29 ديسمبر 2004 المتضمن قانون المالية لسنة 2005، جريدة رسمية عدد 85 لسنة 2004.
100. القانون رقم 05/04 المؤرخ في 14 أوت 2004 المعدل والمتمم للقانون رقم 29/90 المؤرخ في 01/12/1990، المتعلق بالتهيئة والتعمير، جريدة رسمية عدد 51 لسنة 2004.
101. القانون رقم 10/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005 المعدل والمتمم للأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، جريدة رسمية عدد لسنة 2005.
102. القانون رقم 02/06 المؤرخ في 20/02/2006 المتضمن مهنة الموثق، جريدة رسمية عدد 14 لسنة 2006.
103. القانون رقم 02/06 المؤرخ في 20/02/2006 المتضمن مهنة الموثق، جريدة رسمية عدد 14 لسنة 2006.

104. القانون رقم 12/07 المؤرخ في 30 ديسمبر 2007، المتضمن قانون المالية لسنة 2008،
الجريدة الرسمية عدد 82 المؤرخة في 31 ديسمبر 2007.
105. القانون رقم 12/07 المؤرخ في 30 ديسمبر 2007، المتضمن قانون المالية لسنة 2008،
الجريدة الرسمية عدد 82 المؤرخة في 31 ديسمبر 2007.
106. القانون رقم 15/08 المؤرخ في 20 يوليو 2008 المحدد لقواعد مطابقة البناءات وإتمام
إنجازها، جريدة رسمية عدد لسنة 2008.
107. القانون رقم 11-04، المؤرخ في 17 فبراير 2011، المحدد للقواعد المنظمة لنشاط الترقية
العقارية، جريدة رسمية عدد 14 لسنة 2011.
108. الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني.
109. الأمر رقم 27/96 المؤرخ في 09 ديسمبر 1996 المتضمن القانون التجاري، جريدة رسمية
عدد 101 لسنة 1975.
110. الأمر رقم 59/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون التجاري المعدل والمتمم،
جريدة رسمية عدد 101 لسنة 1975.
111. الأمر رقم 74/75 المؤرخ في 12/11/1975 المتعلق بتأسيس السجل العقاري وإعداد مسح
الأراضي العام، جريدة رسمية عدد لسنة 1975.
- 112- الأمر رقم 105/76 المؤرخ في 09/12/1976 المتضمن قانون التسجيل، جريدة رسمية عدد
لسنة 1976.
- 113- الأمر رقم 07/95 المؤرخ في 25/01/1995 المتعلق بالتأمينات، جريدة رسمية عدد 13 لسنة
1995.
- 114- الأمر رقم 12/03 المؤرخ في 26/08/2003، المتعلق بإلزامية التأمين على الكوارث
الطبيعية، جريدة رسمية عدد 52 لسنة 2003.
- 115- الأمر رقم 04/09 المؤرخ في 22 يوليو سنة 2009، المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة
2009، جريدة رسمية عدد 44.
- 116- المرسوم الرئاسي رقم 250/02 المؤرخ في 24 يوليو 2002، المتضمن تنظيم الصفقات
العمومية، معدل ومتمم بالمرسوم الرئاسي رقم 301/03 المؤرخ في 11 سبتمبر 2003.
- 117- المرسوم التشريعي رقم 01/93 المؤرخ في 19 يناير 1993، المتضمن قانون المالية لسنة
1993، الجريدة الرسمية عدد 04 لسنة 1993.

- 118- المرسوم التشريعي رقم 03/13 المؤرخ في 01 مارس 1993، المتعلق بالنشاط العقاري، جريدة رسمية عدد 14، المؤرخة في 03 مارس 1993.
- 119- المرسوم التشريعي رقم 07-94 المؤرخ في 18 ماي 1994، المتعلق بشروط الإنتاج المعماري وممارسة مهنة المهندس المعماري، جريدة رسمية عدد 32.
- 120- المرسوم التشريعي رقم 28/94 المؤرخ في 26/05/1994 المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 1994، جريدة رسمية عدد لسنة 1994.
- 121- المرسوم التنفيذي رقم 63/76 المؤرخ في 25 مارس 1976 المتعلق بتأسيس السجل العقاري، الجريدة الرسمية عدد
- 122- المرسوم التنفيذي رقم 405/90 المؤرخ في 22 ديسمبر 1990، المحدد لقواعد إحداث وكالات ولائية للتسيير والتنظيم العقاري، جريدة رسمية عدد 56 لسنة 1990.
- 123- المرسوم التنفيذي رقم 147/91 المؤرخ في 14/05/1991، المتضمن تغيير الطبيعة القانونية للقوانين الأساسية لدواوين الترقية العقارية وتحديد كفاءات تنظيمها، جريدة رسمية عدد 25.
- 124- المرسوم التنفيذي رقم 176/91 المؤرخ في 28 مايو سنة 1991، الذي يحدد كفاءات تحضير شهادة التعمير ورخصة التجزئة وشهادة التقسيم ورخصة البناء وشهادة المطابقة ورخصة الهدم وتسليم ذلك، جريدة رسمية عدد 26 لسنة 1991.
- 125- المرسوم التنفيذي رقم 58/94 المؤرخ في 07 مارس 1994، المتعلق بنموذج عقد البيع بناء على التصاميم الذي يطبق في مجال الترقية العقارية، جريدة رسمية عدد لسنة 1994.
- 126- المرسوم التنفيذي رقم 59/94 المؤرخ في 07 مارس 1994 المعدل والمتمم للمرسوم رقم 666/83 المؤرخ في 12 نوفمبر 1983 الذي يحدد القواعد المتعلقة بالملكية المشتركة وتسيير البناءات الجماعية، جريدة رسمية عدد 13 لسنة 1994.
- 127- المرسوم التنفيذي رقم 49/96 المؤرخ في 17 يناير 1996، المحدد لقائمة المباني العمومية المعفاة من إلزامية تأمين المسؤولية المهنية والمسؤولية العشرية، جريدة رسمية عدد 05 المؤرخة في 21/01/1996.
- 128- المرسوم التنفيذي رقم 406/97 المؤرخ في 03 نوفمبر 1997، المتضمن إحداث صندوق الضمان والكفالة المتبادلة في الترقية العقارية، جريدة رسمية عدد 73 لسنة 1997.
- 129- المرسوم التنفيذي رقم 35/97 المؤرخ في 14 جانفي 1997، المتعلق بالبيع والبيع بالإيجار وإيجار المساكن والمحلات ذات الاستعمال التجاري والمهني التابعة لدواوين الترقية والتسيير العقاري، جريدة رسمية عدد 07 لسنة 1997.

- 130- المرسوم التنفيذي رقم 35/97 المؤرخ في 14 جانفي 1997 المتعلق بالبيع بالإيجار وإيجار المساكن والمحلات ذات الاستعمال التجاري والمهني والتابعة لدواوين الترقية والتسيير العقاري، جريدة رسمية عدد 07 لسنة 1997.
- 131- المرسوم التنفيذي رقم 105/01 المؤرخ في 23 أبريل 2001 المحدد لشروط شراء المساكن المنجزة بأموال عمومية في إطار البيع بالإيجار وكيفيات ذلك، جريدة رسمية عدد 25 لسنة 2001.
- 132- المرسوم التنفيذي رقم 105/01 المؤرخ في 23 أبريل 2001 المحدد لشروط شراء المساكن المنجزة بأموال عمومية في إطار البيع بالإيجار وكيفيات ذلك، الجريدة الرسمية العدد 25، المؤرخة في 29 أبريل 2001.
- 133- المرسوم التنفيذي رقم 268/04، المؤرخ في 19 أوت 2004 المتضمن تشخيص الحوادث الطبيعية، المغطاة بإلزامه التأمين على آثار الكوارث الطبيعية، ويحدد كيفيات إعلان حالة الكارثة الطبيعية، جريدة رسمية عدد 55 لسنة 2004.
- 134- المرسوم التنفيذي رقم 55/06 المؤرخ في 30 يناير 2006، يحدد شروط وكيفيات تعيين الأعدان المؤهلين للبحث عن مخالفات التشريع والتنظيم في مجال التهيئة والتعمير ومعايبتها وكذا إجراءات المراقبة، جريدة رسمية عدد 06 لسنة 2006.
- 135- المرسوم التنفيذي رقم 55/06 المؤرخ في 30 يناير 2006، المحدد لشروط وكيفيات تعيين الأعدان المؤهلين، جريدة رسمية عدد 06.
- 136- المرسوم التنفيذي رقم 196/08 المؤرخ في 6 يوليو 2008، المحدد لشروط إعادة التنازل عن المساكن الاجتماعية الممولة من طرف الدولة والسكنات المستفيدة من إعانات الدولة لاكتساب الملكية، جريدة رسمية عدد 38 لسنة 2008.
- 137- المرسوم التنفيذي رقم 307/09 المؤرخ في 22 سبتمبر 2009 المعدل والمتمم للمرسوم التنفيذي رقم 176/91 المؤرخ في 28 ماي 1991، الذي يحدد كيفيات تحضير شهادة التعمير ورخصة التجزئة وشهادة التقسيم ورخصة البناء وشهادة المطابقة ورخصة الهدم وتسليم ذلك، جريدة رسمية عدد 55 لسنة 2009.
- 138- المرسوم التنفيذي رقم 167-10 المؤرخ في 3 يونيو 2010 المحدد لمعدل تخفيض نسبة الفائدة على القروض الممنوحة للمرقين العقاريين المساهمين في إنجاز برامج عمومية للسكن وكيفيات منحه، جريدة رسمية عدد 41 لسنة 2010.

- 139- المرسوم التنفيذي رقم 10-166 المؤرخ في 30 يونيو 2010 المحدد لكيفيات وشروط منح القروض من طرف الخزينة العمومية للموظفين من أجل اقتناء أو بناء أو توسيع السكن، المؤرخ في 4 يوليو لسنة 2010، جريدة رسمية عدد 41 لسنة 2010.
- 140- المرسوم التنفيذي رقم 10-235 المؤرخ في 5 أكتوبر 2010، الذي يحدد مستويات المساعدات المباشرة الممنوحة من طرف الدولة لاقتناء سكن جماعي أو بناء سكن ريفي ومستويات دخل طالبي هذه السكنات وكذا كيفيات منح هذه المساعدات لطالبيها، جريدة رسمية عدد 58 لسنة 2010.
- 141- المرسوم التنفيذي رقم 10/120 المؤرخ في 21 أبريل 2010، المحدد لكيفيات تسيير حساب التخصيص الخاص رقم 302/132 الذي عنوانه "صندوق تخفيض نسب الفوائد على القروض الممنوحة للعائلات لاقتناء وبناء وتوسيع السكن وكذا المرقبين العقاريين في إطار البرامج المدعمة من طرف الدولة"، جريدة رسمية عدد 27 المؤرخة في 25 أبريل 2010.
- 142- المرسوم التنفيذي رقم 10/87 المؤرخ في 10 مارس 2010، المحدد لمستويات وكيفيات منح تخفيض نسبة الفائدة على القروض التي تمنحها البنوك والمؤسسات المالية لاقتناء سكن جماعي وبناء سكن ريفي من قبل المستفيدين، جريدة رسمية عدد 17 لسنة 2010.
- 143- القرار الوزاري المؤرخ في 21 نوفمبر 1964 المتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال لوزارة إعادة البناء والأشغال العمومية والنقل.
- 144- القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 15 ماي 1988، المتضمن كيفيات ممارسة تنفيذ الأشغال، جريدة رسمية عدد 53.
- 145- القرار الوزاري المؤرخ في 25 نوفمبر 2000 المحدد لكيفيات تطبيق المرسوم التنفيذي رقم 94/308 المؤرخ في 4 أكتوبر 1994، الذي يحدد قواعد تدخل الصندوق الوطني للسكن في مجال الدعم المالي للأسرة، جريدة رسمية عدد 16 المؤرخة في 11 مارس 2001.
- 146- القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 9 أبريل سنة 2002، المعدل والمتمم للقرار الوزاري المشترك المؤرخ في 15 نوفمبر سنة 2000 الذي يحدد كيفيات تطبيق المرسوم التنفيذي رقم 94-308 المؤرخ في 4 أكتوبر سنة 1994 الذي يحدد قواعد تدخل الصندوق الوطني للسكن في مجال الدعم المالي للأسر، جريدة رسمية عدد 32 لسنة 2002.
- 147- القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 02 أوت 2006، المعدل والمتمم للقرار الوزاري المشترك المؤرخ في 15 نوفمبر 2000، المعدل والمتمم الذي يحدد كيفيات تطبيق المرسوم التنفيذي رقم 94/308 المؤرخ في 4 أكتوبر 1994 الذي يحدد قواعد تدخل الصندوق الوطني للسكن في مجال الدعم المالي للأسرة، جريدة رسمية عدد 63 لسنة 2006.

- 148- المذكرة رقم 700 الصادرة بتاريخ 1999/02/08 الصادرة عن المديرية العامة للأموال الوطنية.
- 149- المذكرة رقم 9090 الصادرة عن المديرية العامة للأموال الوطنية الصادرة بتاريخ 7 أكتوبر 2008، المتضمنة تطبيق المادة 57 من قانون المالية لسنة 2008 المتعلقة بعدم إمكانية إعادة التنازل عن المساكن الاجتماعية والسكنات التي استفادت من إعانات عمومية لاكتساب الملكية.
- 150- الشروط العامة للمسؤولية العشرية لعقد التأمين.
- 151- وثيقة التأمين "عقد البيع بناء على التصاميم.
- 152- دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال التابعة لوزارة البناء والأشغال العمومية والنقل، أبريل 2001 الصادرة عن مديرية التعمير والبناء لولاية برج بوعريريج مصلحة التعمير.
- 153- حمليل نورة، تقدير تقنية البيع على التصاميم، ملتقى دولي حول الترقية العقارية، الواقع والأفاق، 07 و 08 فيفري 2006، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة.
- 154 - Baraton Deffinger: Vente d'immeuble à construire répertoire de droit civil, 2^{eme} édition, tome VIII, Dalloz, Paris 1988.
- 155 - Bernard Bonbli: La responsabilité et M'assurance des architectes entrepreneurs et autres constructeurs, Cerinne saint Alary – I – Hani, Paris 1991.
- 156 - Chérif Amar: Guide de l'urbanisme de la construction de la promotion immobilière, édition g. a. l. 2004.
- 157 - Christophe Layoye: Droit des marchés publics, Berti édition, Alger 2007.
- 158 - frank Bezou: Acheter un logement sur plan, vente en l'état futur d'achèvement et vente à terme, responsabilité des constructeurs et assurances obligatoires édition du puits fleuri France.
- 159 -Hugues Périment – Marquet, La responsabilité des constructeurs.
- 160 - Jacques Clément, Responsabilités et assurances dans le domaine de la construction, economica.

- 161 - Jean – Bernard Anby, Hugnes Périnet – Marquet: Droit de la construction, 6 édition, 2001, éditions Montchrestien, E. J. A. Paris.
- 162 - Jean – Claude Groslière, Le vente d'immeubles, DALLOZ, 1996.
- 163 - Marthe Gallois, Nathalie Girand, Valérie Samsel, Laurent Lamielle, Le grande guide de l'immobilitier, éditions d'organisation, Paris 2006.
- 164 - Michel Darnet: Laurent, Sylvie Gendre, L'architecte pratique professionnelle et responsabilités lescis NEXIS litec 2007.
- 165 - Michel Huet: Le droit de l'architecture, 2^{ème} édition, economica, Paris 1990.
- 166 - Pascal Garan, Construction et gestion de l'immeuble, édification-vente – location- maintenance, première édition 2000, encyclopédie Delmas.
- 167 - Philippe Malinvaud, Philippe Jestaz: La promotion immobilière, 4^{ème} éditions, Dalloz 1988.
- 168 - Roger Saint Alary: Droit de la construction, 4^{ème} éditions Dalloz1994.
- 169 - Hazi Kamel, le fonds de garantie et de caution mutuelle de la promotion immobilière, stage en stratégie et concurrence, France, juillet 2006.
- 170 - Nadjib Matoui, Le contrat de vente d'immeuble à construire, master en management de l'immeuble de la construction et aménagement, myga, Marseille, 1995.
- 171 - Saheb Abderrahmane, Législation immobilière, rapport de stage, mars 1994.
- 172 - Georges Liet veaux, jurisclesseur, responsabilité civile et assurances, N - 4 2001 – 2004, responsabilité contractuelle de droit commun des entrepreneurs, fasc 355 -20.

173 - Ibrahim Yousef, garantie decennale condition de mise en œuvre, Revu abitat et construction, mai, juin 1999

174 - Ibrahim Yousef, La réception des travaux et ses effets sur la garantie décennale, Revue Habitat et construction, mars, avril 1999.

175 - Code civile, édition 2002, DALLOZ.

176 - Code de la construction et de l'habitation, 12édition, 2005 DALLOZ.

177 - Dalila Zenaki: L'impact de la réception de l'ouvrage sur la garantie décennale en matière d'immobilier du 13 et 14/02/2002.

178- [http: www. Mhu. Gov. Dz/ ar/ asp](http://www.Mhu.Gov.Dz/ar/asp), 14/03/2010.

179- <http://www.ompidz.com/ar-difinitio>.11/01/2010.

180- File.//l. تعريف صندوق الضمان والكفالة.km.01/02/2009.