

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان -

كلية الحقوق



مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون العقود والمسؤولية

عقد البيع بناء على التصاميم

تحت إشراف الأستاذ:
أ.د. بوعزة

من إعداد الطالبة:
بوجنان نسيمة
ديدن

أعضاء اللجنة :

- | | | |
|-----------------------------------|--------------|--------------------------|
| أستاذ محاضر جامعة تلمسان | رئيسا | - د. دايم بلقاسم |
| أستاذ التعليم العالي جامعة تلمسان | مشرفا ومقررا | - أ.د. بوعزة ديدن |
| أستاذ محاضر جامعة تلمسان | مناقشا | - د. بن مرزوق عبد القادر |

السنة الجامعية

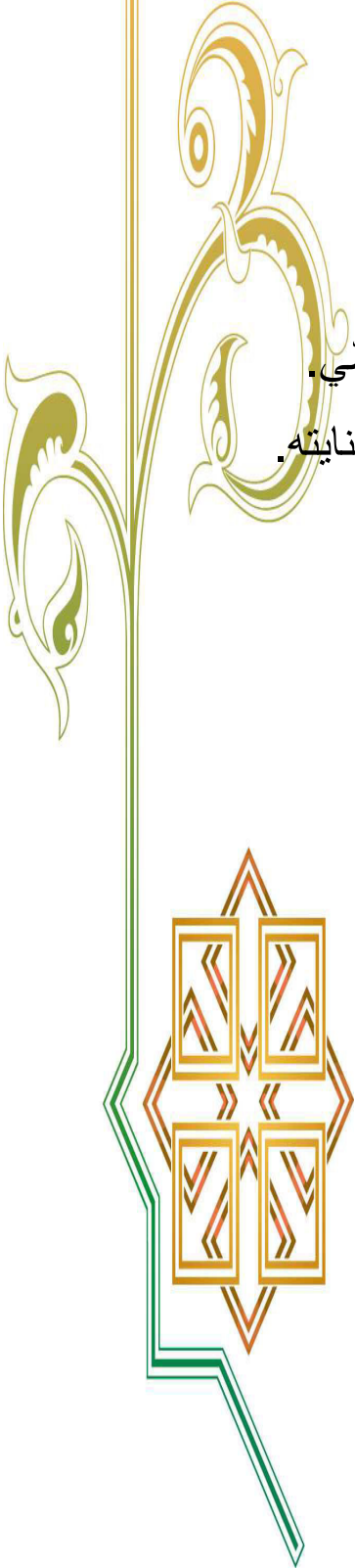
2009 / 2008

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
الْحَمْدُ لِلَّهِ الَّذِي
خَلَقَ السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضَ
وَالَّذِي يُضَوِّبُ الْمَوْتِ
وَالَّذِي يُضَوِّبُ الْمَوْتِ
وَالَّذِي يُضَوِّبُ الْمَوْتِ

إهداء

إلى والديّ حبًا واحتراما و عرفانا بالجميل.
إلى زوجي ورفيق دربي ، من علّمني حبّ التحدي
فكان نعم الزوج ونعم الأستاذ حفظه الله.
إلى أمّ زوجي وخالتي اللّتين كانتا أحقّ أمّين عليّ بعد أمّي.
إلى قرّة عيني ابنتي خديجة رعاها الرحمان وحفظها بعنايته.
إلى عائلتي كلّها حبًا وتقديرا.
أهدي بحثي هذا ، ثمرة جهدي حسبي
أن يكون عربون محبة ووفاء وإخلاص.

بوجنان نسيمة



شكر وتقدير

أسجد لله عزّ وجلّ ، شاكرة أن وهبني القوّة
والمقدرة والبحث ويسّر لي طريق النجاح.
وأتوجه بالشكر والتقدير والعرفان إلى المشرف
الأستاذ الدكتور بوعزة ديدن على قبوله الإشراف على
هذا البحث بالرغم من ثقل المسؤولية الملقاة على عاتقه
وكثرة مشاغله لسداد نصحه وإرشاده.

كما أتقدم بجزيل الشكر والعرفان إلى لجنة
المناقشة التي خصت من وقتها الثمين لدراسة هذا
البحث ومناقشة ، فجزاهم الله وسدّد خطاهم وبارك في
عملهم.



قائمة المختصرات

- ق.م.ج : القانون المدني الجزائري.

- ق.م.ف : القانون المدني الفرنسي.

- د.ط : دون طبعة.

- ص : صفحة.

- Op.cit., : Ouvrage précité.

- p : page.

المقدمة

عانت الجزائر لأمد بعيد من أزمة السكن بسبب الاستعمار الفرنسي من جهة، والعشرية السوداء التي عرفتها هذه الأخيرة في بداية التسعينيات من جهة ثانية، كما ساعد انهيار المباني الناجم عن الكوارث الطبيعية والسرعة في الإنجاز، والتسابق نحو تحقيق أكبر كسب بين المقاولين دون مراعاة للمواصفات المطلوبة والتكفل بالجوانب النوعية والمعمارية والبيئية، مع الأخذ بعين الاعتبار نقص الرقابة من طرف الدولة على الزيادة من حدّة هذه الأزمة⁽¹⁾.

قد مرّت الترقية العقارية في الجزائر بعدّة مراحل تأثرت فيها بالنظام السياسي والاقتصادي، وكذا المعطيات الاجتماعية والديمقراطية السائدة آنذاك، وباعتبار السكن حقا مضمونا لكل مواطن، كان هدف الدولة الجزائرية هو تلبية الطلب المتزايد على السكن والمقدر بحوالي 100 ألف سكن سنويا، ففي محاولة منها لسدّ العجز، اتخذت عدّة إجراءات منها:

- تخصيص مبالغ مالية ضخمة لإنجاز السكن المطلوب بإشراف الجماعات المحلية ومقاولات البناء العمومية.
- احتكار الدولة لميدان السكن عن طريق المؤسسات العمومية لإنجاز السكن.
- إنّ احتكار الدولة لهذا المجال، وإن كان يتلاءم مع التوجهات السياسية والاقتصادية للجزائر آنذاك، إلا أنّ هذه السياسة قد أثبتت فشلها وقصورها عن تلبية الطلب المخيف والمتزايد على السكن، وهذا لعدم وضع البرامج التمويلية حيز التنفيذ في كثير من الأحيان و تمهيش المبادرة الخاصة، ممّا حرم قطاع السكن من فوائد كثيرة.

⁽¹⁾ مسكر سهام، بيع العقار بناء على التصاميم في الترقية العقارية، مذكرة ماجستير، جامعة سعد دحلب، البلدة، أفريل 2006، ص 7.

كذا قد أدى عجز مؤسسات الإنتاج والتوزيع لمواد البناء عن تلبية الطلب المتزايد يوميا في كثير من الأحيان ، إلى ظهور أزمات متقطعة وندرة في مواد البناء ، الأمر الذي عرقل سير مشاريع البناء.

إن ركود الترقية العقارية في الجزائر في هذه المرحلة ، كان سببه الطابع العمومي للمؤسسات المسؤولة عن هذا الميدان ، فدواوين الترقية والتسيير العقاري (OPGI) ، ومؤسسات ترقية السكن العائلي (EPLF) هما المؤسسات الوحيدتان اللتان كانتا تتمتعان بصفة المرقى العقاري آنذاك ، حيث غلب عليهما الطابع الإداري ، وهذا بسبب احتكار البلديات (APC) للمعاملات العقارية، هذه الوضعية التي عانى منها هذا القطاع هي التي أدت بالمشروع إلى السعي لإيجاد حلول مناسبة ، حيث قام بإصدار قانون 07/86 المتعلق بالترقية العقارية⁽²⁾ ، والذي يعتبر بداية لمبادرات الخواص في هذا المجال.

لقد أحسن المشروع ما فعل ، عندما أشرك القطاع الخاص في هذا المجال ، ولكن كان هذا التفتح مشمولاً بإجراءات خاصة ، شكلت في ما بعد عقبات تحول دون تطور الترقية العقارية ، والمتمثلة في عدم اعتراف قانون 07/86 بصفة المرقى العقاري للخواص، والذي ألزم كذلك المكتب الراغب في إنجاز برامج سكنية ، بأن يمول العملية بأمواله الخاصة بقيمة 50% من السعر المتوسط للعملية ، ويختلف مقدار هذا الدعم باختلاف نوع السكن ، وهذا ما يحد من الحرية التعاقدية المعروفة حالياً، كما ألزم المواطن الراغب في بيع عقار مملوك له للبلدية فقط ، وكل معاملة خارجة عن هذا الإطار ، تعرض صاحبها إلى الجزاء ، وهذا وفقا للقانون 26/74 المتعلق بإنشاء الاحتياطات العقارية لصالح البلدية، ونتيجة لهذا الوضع، كان الشخص الوحيد القادر على اتخاذ المبادرة في إنجاز برامج الترقية العقارية هو البلدية⁽³⁾.

(2) قانون 07/86 المؤرخ في 4 مارس 1986 المتعلق بالترقية العقارية، الجريدة الرسمية رقم 86.

(3) ويس فتحي ، المسؤولية المدنية والضمانات الخاصة في بيع العقار قبل الإنجاز ، مذكرة ماجستير، جامعة سعد دحلب، البليدة ، 2000 ، ص 9 إلى 11.

إنّ المشرع الجزائري في وضعه لمضمون قانون 07/86 أعطى الأولوية في الترقية العقارية للبناء من أجل البيع على حساب الإيجار ، وهذا عملا بسياسة فسخ المجال لكل جزائري لكي يصبح مالكا لمسكنه ، الأمر الذي انعكس سلبا على السوق العقارية للسكنات ، بانغلاقها على نفسها ، أمام نقص إقبال المواطن الجزائري على التوفير، وكذا نقص في عرض السكنات للإيجار.

وقد كان موضوع الترقية العقارية في ظل قانون (07/86) هو تشييد بنايات من أجل تلبية أغراض السكن فحسب ، دون تلبية أغراض أخرى كالمحال المعدة للاستعمال الصناعي والحرفي ، حيث وجد المواطن نفسه أمام أحياء معدة للنوم ، عديمة النشاط والحياة. إن بيع ما تمّ تشييده من بنايات من قبل المقاول بمقتضى هذا القانون يعدّ إلزاميا ، إذ في حالة عدم البيع في مدة ستة أشهر الموالية لانقضاء الأعمال ، تحلّ السلطات العمومية (البلدية) محل المقاول في البيع، حيث شكل هذا الأمر هاجسا نفسيا في وجه المستثمرين.

لقد أكد هذا القانون كذلك على أنّ أعمال الترقية العقارية ليست أعمالا تجارية، بل هي أعمال مدنية محضة وعليه لا يمكن للأشخاص المعنوية المنظمة في شكل شركات تجارية أن تطالب من الاستفادة من مضمون قانون (07/86) ، وعليه كان من نتائج تطبيق هذا القانون ، القضاء على محترفي الترقية العقارية لفائدة الهيئات العمومية ومؤسساتها.

ومن الناحية التقنية لتنظيم عملية الترقية العقارية ، كانت تتمّ المبادرة من قبل البلدية ، التي تقوم بتحضير دفتر الشروط ، تحدّد فيه تركيبة المشروع من جميع النواحي الفنية ، وما يبقى على المقاول الذي يهّمه الأمر إلاّ تقديم ترشيحه ، وهذا بدفع مبلغ كفالة، وأمام نقص الخبرة للبلديات في وضع دفتر الشروط المنصوص عليه ، والذي يعدّ الحلقة الأولى في عملية الترقية ، فلا يمكن الانطلاق في هذه العملية من الناحية القانونية بدون هذا الدفتر،

ضف إلى ذلك أنّ وجود الدفتر في حدّ ذاته ، يعدّ عائقا بسيكولوجيا، وفي بعض الأحيان ماديا أمام المفاوض ، خاصة التابع للقطاع الخاص⁽⁴⁾.

وأمام فشل السياسة التشريعية في مجال السكن، كان لزاما على المشرع إعادة النظر في هذه الأخيرة، خاصة أمام الطلب المتزايد على السكن من جهة، ومن جهة أخرى التغيرات التي تشهدها الساحة السياسية والاقتصادية والاجتماعية التي عرفتها الجزائر بعد صدور دستور 1989 ، وهذا ما تحقق فعلا بصدور المرسوم التشريعي 03/93⁽⁵⁾.

فقانون 07/86 لم يعد منسجما مع روح الدستور الجديد ، الذي كرّس الملكية الفردية وفتح المجال لحرية المعاملات العقارية ، كما أصبح هذا القانون مخالفا لبعض القوانين الصادرة بعد دستور 1989 ، ومن بين هذه القوانين قانون 25/90 المؤرخ في 18 نوفمبر 1990 المتعلق بالتوجيه العقاري والذي تضمن أحكاما جديدة تحرّر المعاملات العقارية ، والتي كانت في قانون (07/86) حكرا على المؤسسات العمومية، كذلك جاء قانون 10/90 المؤرخ في 14 أبريل 1990 المتعلق بالنقد والقرض والذي منح البنوك الاستقلالية والحرية في مجال بمنح القروض ، عكس ما كان عليه في ظل قانون 07/86 والذي كان ينص على التحديد التلقائي المسبق لمبلغ القرض المسموح بمنحه للمتعامل العقاري⁽⁶⁾.

ولقد حاول المشرع في مرسوم (03/93) تدارك الأخطاء الواردة في أحكام قانون 07/86 ، حيث جاء عادلا في توزيع أحكامه على كل من البيع والإيجار بناء على التصاميم ، وموضوعه عاما، يشمل الأماكن المعدّة للسكن وذات الاستعمال الحرفي والصناعي على السواء.

ومن بين المواضيع المعالجة من قبل هذا المرسوم "عقد البيع ببناء على التصاميم" والذي لفت انتباهي، نتيجة أحكامه غير الواضحة والناقصة والمعقدة في بعض الأحيان ، فلهذه الأسباب وأخرى اخترت معالجة هذا الموضوع الشائك.

(4) سماعيل شامة ، النظام القانوني الجزائري للتوجيه العقاري، دار هومة، د.ط ، الجزائر ، 2002 ، ص من 127 إلى 129.

(5) المرسوم التشريعي 03/93 المؤرخ في 01 مارس 1993 المتعلق بالنشاط العقاري، الجريدة الرسمية رقم 14.

(6) ويس فتحي ، المرجع السابق ، ص 13.

يمتاز عقد البيع ببناء على التصاميم بنوع من الخصوصية فيما يتعلق بأحكامه التي تميزه عن باقي أنواع البيع ، لاسيما وأنّ هذا العقد هو عقد بيع واقع على عقار لم ينجز بعد⁽⁷⁾، وإنما يكون على التصميم فقط ، كما أسماه البعض (بيع قبل الإنجاز). فما هي إذن الطبيعة القانونية لهذا العقد، خصوصا وأنه يظهر لأول وهلة عند تفحص أحكامه، أنه عقد مركب من عقدين (عقد البيع وعقد المقاولة)؟.

ينقسم عقد البيع ببناء على التصاميم إلى بيع محلات تساهمية وترقوية سواء كانت ذات استعمال سكني أو حرفي أو صناعي، ويختلف النوعين في أنّ البيع التساهمي تشارك فيه الدولة فقط دون الخواص ، بينما البيع الترقوي يفتح المجال للمبادرة الخاصة ، وقد اقتصرنا في دراستنا على الجانب الترقوي ، كونه خطير من جهة ومجهول لدى أغلبية الناس من جهة ثانية.

وباعتبار أنّ هذا العقد هو عقد ناقل للملكية، ومحلّه بناية لم تنجز بعد، فكيف يمكن نقل ملكية شيء لم يوجد بعد؟، أو بعبارة أخرى ما هي وضعية مشتري العقار ببناء على التصميم في هذه الحالة إزاء الملكية؟.

ونتيجة لما سبق، يتضح لنا أنّ هذا العقد هو من العقود الاحتمالية الخطيرة ، فما هي إذن الضمانات القانونية التي كفّلها المشرع لحماية مشتري العقار ببناء على التصاميم من جهة وحثّ البائع على تنفيذ التزاماته من جهة أخرى ؟.

لأجل معالجة هذه الأسئلة وأخرى ، اخترنا الطريقة الوصفية التحليلية لأهمّ الأحكام ما بين القواعد العامة المتمثلة في القانون المدني ، وتطبيقها على الأحكام الخاصة في المرسوم التشريعي 03/93 ، مع الأخذ بعين الاعتبار المرسوم التنفيذي 58/94 المتعلق بنموذج عقد البيع ببناء على التصاميم⁽⁸⁾ وذلك حسب الخطة التالية:

(7) مسكر سهام ، المرجع السابق ، ص 9.

(8) المرسوم التنفيذي 58/94 المتعلق بنموذج عقد البيع ببناء على التصاميم المؤرخ في 1994/03/07، الجريدة الرسمية رقم 13.

نتناول هذا الموضوع في فصلين ، نخصص الفصل الأول إلى تكييف وتكوين عقد البيع بناء على التصاميم ، أما بالنسبة للفصل الثاني ، فنخصصه لآثار عقد البيع بناء على التصاميم.

وأخيرا خاتمة البحث ، والتي سنجعلها حوصلة البحث والمركبة من الانتقادات والنتائج التي وصلنا إليها إثر معالجتنا لهذا الموضوع.

الفصل الأول : تكييف عقد البيع على التصاميم وتكوينه.

إنّ عقد البيع بناء على التصاميم هو من البيوع العقارية التي لم يح لها قانون 07/86⁽⁹⁾، غير أنّ هذا القانون لم يعالج هذا العقد معالجة دقيقة ومفصلة ، حيث أنّه لم ينظم الالتزامات المتبادلة بين المرقى العقاري والمشتري⁽¹⁰⁾ ، كما أنّ هذا القانون لم يعط لهذا العقد تسمية البيع بناء على التصاميم ، إنّما سمّاه عقد الحجز أو عقد الحفظ⁽¹¹⁾ ، وبهذا يمكن القول أنّ قانون 07/86 قد وضع الأسس الأولى لهذا العقد.

بدخول الجزائر في نظام اقتصاد السوق ، اضطرّ المشرع لإلغاء قانون 07/86⁽¹²⁾ لأنّه كان يعكس ملامح الاشتراكية ، واستبدله بالمرسوم التشريعي 03/93 ، وبصدور هذا الأخير اكتملت ملامح عقد البيع بناء على التصاميم ، حيث حاول المشرع التفصيل في هذا العقد في فصلين كاملين من هذا المرسوم (الفصل الأول والفصل الثاني).

ولقد ظهرت هذه التقنية ، لتشجيع الاستثمار في مجال الترقية العقارية من جهة ، إذ أنّ المستثمر يستفيد في هذا المجال بعدّة مزايا تحفيزية بوصفه مرقى عقاري، وقد جاءت هذه التقنية للتخفيف من حدّة أزمة السكن من جهة ثانية ، أمام عجز القطاع العام على توفير السكن الاجتماعي⁽¹³⁾.

⁽⁹⁾ المادة 29 من قانون 07/86.

⁽¹⁰⁾ ويس فتحي ، وعليّ فتّاك ، عقد البيع بناء على التصاميم في الترقية العقارية ، الملتقى الدولي حول الترقية العقارية يومي 7 و8 فيفري 2006 ، جامعة قاصدي مرياح ، ورقلة ، ص 83.

⁽¹¹⁾ زيروني الطيب ، حماية مشتري العقار في البيع على التصاميم ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية ، الجزء 42 ، رقم 02 ، 2000 ، ص 48.

⁽¹²⁾ قد ألغى المشرع الجزائري قانون 07/86 في المادة 30 من المرسوم التشريعي 03/93.

⁽¹³⁾ حمليل نواره ، تقدير تقنية البيع على التصاميم، الملتقى الدولي حول الترقية العقارية يومي 7 و8 فيفري 2006 ، جامعة قاصدي مرياح بور قلة ، ص 99.

لم يحظ هذا العقد بشرح وافر من الفقه لأنّه من العقود الغامضة ، فهو يحتاج منّا إلى تحليل كل عنصر منه تحليلاً دقيقاً، وهذا ما دعانا إلى التطرق في هذا الفصل إلى تكوينه (المبحث الأول) من جهة ، والبحث عن طريقة تكوينه (المبحث الثاني) من جهة ثانية.

المبحث الأول : تكييف عقد البيع على التصاميم.

إن صيغة بيع العقار بناء على التصاميم ، استحدثت في النظام الجزائري بموجب المرسوم التشريعي 03/93 ، مقارنة بالتشريع الفرنسي الذي أقرّ البيع قبل الإنجاز كعقد من العقود المسماة بموجب قانون 03/67 المؤرخ في 1967/01/03 المعدّل بالقانون رقم 547/67 المؤرخ في 1967/07/07 ، وبالقانون رقم 12/78 المؤرخ في 1978/01/04⁽¹⁴⁾.

وقد أدرج المشرع الفرنسي بيع العقار قبل الإنجاز في القانون المدني ، وهذا في المواد 1/1601 إلى 4/1601 ، والمادتين 1/1642 و 1/1646⁽¹⁵⁾ ، وبهذا يكون المشرع الفرنسي هو السبّاق كالعادة في تقنين مثل هذا النوع من العقود ، رغم أنّه هو الآخر تأخر في تقنينه لهذا العقد مقارنة مع العرف الذي كان سائدا في فرنسا منذ الخمسينيات والذي كان موضوعه بيع العقار قبل الإنجاز.

ونظرا لكثرة النصوص الفرنسية في هذا المجال وتفصيل الفقه الفرنسي في موضوع عقد البيع على التصاميم، وأمام نقص النصوص القانونية الجزائرية المعالجة لهذا الموضوع وتراجع الفقه الجزائري ، أو بمعنى آخر استناد الفقه الجزائري على القانون الفرنسي في شرح هذا العقد، فلم يكن أمامنا إلاّ الرجوع إلى القانون الفرنسي بصفة مباشرة وغير مباشرة ، ولإعطاء تكييف صحيح لهذا العقد ارتأيت دراسة مفهوم عقد البيع على التصاميم (المطلب الأوّل)، و تمييزه عن بعض المعاملات القانونية (المطلب الثاني).

المطلب الأوّل : مفهوم عقد البيع على التصاميم.

لم يعرف المشرع الجزائري عقد البيع بناء على التصاميم رغم أنّه عقد مسمّى بموجب المرسوم التشريعي 03/93 المتعلّق بالنشاط العقاري ، إلاّ أنّ عدم قيامه بوضع تعريف ، لا

(14) قاشي علال ، الضمانات القانونية ودعم الالتزامات التعاقدية في عقد البيع على التصاميم وتقييم ذلك ، الملتقى الدولي حول الترقية العقارية يومي 7 و8 فيفري 2006 ، جامعة قاصدي مرباح بور قلة ، ص 119.

(15) حمليل نواره ، المرجع السابق ، ص 99.

يعتبر خطأ في جانبه ، إنما وضع التعريفات كما هو معروف في الساحة القانونية هو من اختصاص الفقه وليس التشريع.

كما أنه لأول وهلة، عند اطلاعنا على هذا العقد، يظهر أنه عقد مركب من عقدين (عقد بيع وعقد مقاوله)، إلا أن الفقه والقضاء قد اختلف في تحديد طبيعته القانونية.

فسأقوم في هذا المطلب بمحاولة تعريف عقد البيع بناء على التصاميم (الفرع الأول) ، وذكر خصائصه (الفرع الثاني) ، وتحديد طبيعته القانونية (الفرع الثالث) .

الفرع الأول : تعريف عقد البيع على التصاميم.

البيع معناه لغة: مطلق المبادلة، ولفظ البيع والشراء يطلق كلّ منهما على ما يطلق عليه الآخر، فهو من الألفاظ المشتركة بين المعاني.

ويراد بالبيع شرعا: مبادلة مال بمال، على سبيل التراضي، أو نقل ملك بعوض على الوجه المأذون فيه⁽¹⁶⁾، وقد عرّف المشرع الجزائري البيع في المادة 351 ق.م⁽¹⁷⁾.

أما فقها: فقد عرّف الأستاذ إسماعيل غانم عقد البيع بأنه: "عقد يقصد به طرفان، أن يلتزم أحدهما وهو البائع، بأن ينقل ملكية شيء أو حقا ماليا آخر في مقابل التزام الطرف الثاني وهو المشتري بثمن نقدي".

كما قد عرّفه أيضا الأستاذ السنهوري بأنه: "عقد ملزم للجانبين ، إذ أنه يلزم البائع بأن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقا ماليا آخر ، ويلتزم المشتري بأن يدفع للبائع مقابلا لذلك ثمنا نقدياً"⁽¹⁸⁾.

عقد البيع هو عقد رضائي بخصوص المنقولات، ملزم للجانبين ، وهو عقد معاوضة محدد القيمة ، ناقل للملكية ، ينتج آثاره بمجرد انعقاد العقد، أما إذا كان محلّه عقارا وهو

⁽¹⁶⁾ الشيخ أحمد محمد عسّاف ، الأحكام الفقهية في المذاهب الإسلامية الأربعة ، المجلد الثاني، د.ط، دار إحياء العلوم، بيروت، 1987، ص 47.

⁽¹⁷⁾ تنصّ المادة 351 ق.م : "عقد يلتزم بمقتضاه البائع بأن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقا ماليا آخر مقابل ثمن نقدي".

⁽¹⁸⁾ محمد حسنين ، عقد البيع في القانون المدني الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الطبعة الخامسة ، الجزائر ، 2006 ، ص 9.

موضوع دراستنا ، فلا بدّ من تحرير العقد لدى الموثق وتسجيله لدى المحافظة العقارية وشهره وتسجيله لدى مصالح الضرائب⁽¹⁹⁾.

أما بخصوص عقد البيع بناء على التصاميم ، والذي هو مصنف ضمن البيوع العقارية باعتبار أنّ موضوعه أو محله عقار، فقد عرّفه المشرع الفرنسي في المادة 1/1601 ق.م بنصه على أنّه : "يلتزم البائع بتشييد البناية في المدّة المحدّدة في العقد ونقل ملكيتها للمشتري، وبالمقابل يقوم المشتري بدفع ثمنها بالتقسيط"⁽²⁰⁾، كما أنّ المشرع الفرنسي قد نصّ على نوعين من البيوع في بيع العقار قبل الإنجاز وهما البيع المؤجل والبيع في حالة الإنجاز المستقبلي، حيث يتميز البيع المؤجل بخصائص من بينها، أنّه بيع غير بات، إنّما معلق على أجل، معناه لا يرتب آثاره القانونية (تسليم ودفع ثمن ونقل ملكية) إلاّ بعد انقضاء الأجل المتفق عليه والذي هو الإنجاز النهائي للبناية (المادة 1/1601 من ق. م)، أمّا البيع في حالة الإنجاز المستقبلي، فيعدّ نقل الملكية فيه عاجل، غير أنّ دفع الثمن فيكون على شكل أقساط حسب تقدم الأشغال(1601/3ق.م).

وللإشارة فإنّ المشرع الجزائري لم ينصّ على تعريف عقد البيع بناء على التصاميم، بل اكتفى بنص المادة 9 من المرسوم التشريعي 03/93 والتي جاء فيها ما يلي: "يمكن للمتعامل في الترقية العقارية أن يبيع لأحد المشتريين بناية أو جزء من بناية قبل إتمام الإنجاز ، شريطة تقديم ضمانات تقنية ومالية كافية ، كما تنصّ على ذلك المواد 10 ، 11 ، 17 ، 18، وفي هذه الحالة تستكمل صيغة المعاملة التجارية بعقد بيع بناء على التصاميم وتكون خاضعة للأحكام المنصوص عليها في هذا الفصل".

أمّا الفقه فكانت له عدة محاولات ، من بينها:

⁽¹⁹⁾ مزيان محمد أمين ، أحكام بيع العقار وموقف القضاء ، موسوعة الفكر القانوني ، مجلة الموسوعة الجزائرية القضائية ، العدد 4 ، الجزائر ،

2004 ، ص 28.

⁽²⁰⁾ Olivier Tourna fond, vente d'immeuble à construire, Dalloz action, 2000-2001, Paris, p 1526.

التعريف الأول : هو ذلك العقد الذي يلتزم بموجبه المرقي العقاري، ببيع بناية قبل تشييدها مع ضرورة نقل ملكيتها وقت إبرام العقد ، أي قبل الإنجاز ، وفي المقابل يلتزم المشتري بدفع الثمن على أقساط⁽²¹⁾.

التعريف الثاني: هو بيع لعقار لم يشيّد بعد، فيلتزم البائع بتشبيده، ونقل ملكيته للمستفيد⁽²²⁾.

وقد أنتقد هذا التعريف على أساس أنّه ركّز على التزامات البائع دون مراعاة التزامات المشتري، والتي تمثل عنصرا جوهريا في مثل هذا النوع من البيوع.

التعريف الثالث : هو عقد يلتزم بموجبه البائع الذي يدعى المرقي العقاري، بإنجاز بناية أو جزء من بناية⁽²³⁾ للمشتري، مقابل ثمن تقديري يدفعه هذا الأخير بنسب محدّدة وفي آجال محدّدة أيضا⁽²⁴⁾، وسمّي هذا البيع بعقد البيع على التصاميم لأنّ المشتري يعاين محلّ العقد في مخطط، حيث يحدّد هذا الأخير كل مواصفات المبيع قبل وجوده على أرض الواقع⁽²⁵⁾.

التعريف الرابع : هو حق عيني يتمّ بموجب عقد توثيقي يسجل ويشهر لدى المحافظة العقارية ، ويصبح قابلا للتصرف فيه عن طريق البيع والرهن بمجرد إشهاره، والفرق بينه وبين بيع العقار العادي هو أنّ الحيازة والاستغلال لا تتمّ إلاّ بعد أجل محدّد وهو الأجل المحدّد للإنجاز⁽²⁶⁾.

(21) حمليل نواره ، المرجع السابق ، ص 100.

(22) قاشي علاّل ، المرجع السابق ، ص 120.

(23) المقصود بجزء من البناية : هو أن عقد البيع بناء على التصاميم لا يشمل في بعض الأحيان جميع البناء ، إنّما يختص بجزء من البناية فقط ، مثل تقسيم الغرف ، عملية طلاء المنزل... الخ (المادة 9 من المرسوم التشريعي 03/93 السالفة الذكر).

(24) قاشي علاّل ، المرجع السابق ، ص 120.

(25) بالإضافة إلى مخطط عقد البيع بناء على التصاميم ، لا بدّ على المرقي العقاري إعداد مخططات شبكات المرافق ، كذلك يتمّ إعداد جداول زمنية معدّة بالتنسيق مع الجهات الحكومية لتقدير الصيانة الدورية الخاصة بهذه الشبكات ، لا بدّ على المالك أو المرقي العقاري تقديم هذه المخططات مع مخطط عقد البيع على التصاميم ،

(مقتبس من الموقع: www.abiadh.com/2007/06/14article256942.html)

(26) بختاوي سعيد ، دراسة حول إشكالية البيع على المخطط ، المجلة القانونية الدورية ، الغرفة الوطنية للموثقين ، العدد 13 ، 2005 ، الجزائر ، ص 45.

التعريف الخامس : عقد بيع عقاري ، محله عقار في طور التشييد ، (يلتزم بمقتضاه المرقي العقاري-البائع-)، بأن يتم تشييده في الأجل المتفق عليه ، وبالمواصفات المطلوبة ، وأن ينقل ملكيته للمشتري الذي يلتزم بأن يدفع للبائع أثناء التشييد دفعات مخصصة من ثمن البيع تحدد قيمتها وطريقة وآجال دفعها بالاتفاق⁽²⁷⁾.

الفرع الثاني : خصائص عقد البيع بناء على التصاميم.

إنّ عقد البيع بناء على التصاميم نجده يتضمن خصائص يشترك بها مع عقد البيع العادي ، ومن بينها:

- إنّ عقد البيع هو من العقود الناقلة للملكية حسب المادة 351 ق.م، وقد ألقى المشرع هذا الالتزام على عاتق البائع في جميع أنواع البيوع، ومن بينها عقد البيع بناء على التصاميم.

- كما أنّ عقد البيع هو من العقود الرضائية ، إلاّ فيما يتعلّق بالعقارات أو بعض الأموال الخاصة ، فيتحوّل العقد من عقد رضائي إلى عقد شكلي.

- كما أنّ عقد البيع هو من العقود المحددة المدّة⁽²⁸⁾.

وزيادة على هذه الخصائص العامة التي يشترك بها جميع أنواع البيوع ، هناك خصائص خاصة يتفرد بها عقد البيع بناء على التصاميم تميزه عن باقي البيوع الأخرى وهي:

- إنّ هذا العقد هو عقد زمني، يلعب فيه الزمن دورا مهما⁽²⁹⁾ في تنفيذ الالتزامات⁽³⁰⁾.

- هو عقد بيع لبناية لم تنجز بعد، أو على الأقلّ لم تكتمل⁽³¹⁾، وهذا ما أجاز المشرع الجزائري في المادة 92 ق.م بقوله: "يجوز أن يكون محلّ الالتزام شيئا مستقبلا ومحققا"، إلاّ

(27) ويس فتحي ، المرجع السابق ، ص 49.

(28) محمد حسن قاسم ، عقد البيع، الدار الجامعية، د.ط، مصر، 1999، ص 22.

(29) يلعب الزمن دورا مهما في تنفيذ الالتزامات ، لأنّ عملية البناء من الممكن أن تطول لمدة سنة أو سنتين على الأقلّ.

(30) قاشي علال ، المرجع السابق ، ص 121.

(31) Olivier Tourna fond, vente d'immeuble à construire, Op.cit, p 1527.

أنه استثنى من هذه القاعدة بيع تركة مستقبلية وبيع الحقوق المتنازع فيها، لانعدام شرط مهم وهو إمكانية الوجود.

- انتقال الملكية في هذا العقد يكون ابتداء من يوم التوقيع على محضر التسليم وليس من يوم تسجيل وشهر العقد لدى المحافظة العقارية، وهذا استثناء من القواعد العامة ، فيكون انتقال الملكية في هذا العقد بأثر رجعي⁽³²⁾، من يوم التوقيع على محضر التسليم إلى يوم التوقيع على العقد و شهره لدى المحافظة العقارية.

- يكون الثمن في عقد البيع بناء على التصاميم على شكل أقساط ، حيث تحدّد هذه الأخيرة في العقد باتفاق الطرفين (المادة 5 من المرسوم التنفيذي 58/94)، كما أن الثمن يحدد بصفة تقديرية في العقد وبالتالي يكون قابلاً للمراجعة.

- تظهر ملامح عقد الإذعان في هذا النوع من العقود ، ولو أنه من الصعب وصف هذا العقد أنه من عقود الإذعان ، وهذا لعدم توافر الخصائص المقررة في عقود الإذعان فيه ، وأهمها عدم وجود احتكار فعلي أو قانوني للسلعة المتعاقد عليها، إلا أنّ شبهة انضمام المشتري إلى العقد دون مناقشة لشروطه عن رضا تام يجعل من هذا العقد يقترب من عقد الإذعان⁽³³⁾.

- توفير حماية خاصة لمشتري العقار بناء على التصاميم ، لقد ضمّن المشرع هذا العقد ضمانات خاصة بموجب المرسوم التشريعي 03/93 لحماية المشتري باعتباره الطرف الضعيف في هذا العقد ، ومن بين هذه الضمانات ؛ ضمان حسن الإنجاز والضمّان العشري وضمّان حسن سير عناصر التجهيز ، كما قد ألزم المشرع البائع باكتتاب عدّة تأمينات من بينها ؛ التأمينات على المسؤولية العشرية والتأمين السنوي ، والتأمين لدى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة، وغيرها من التأمينات المفروضة على البائع.

(32) عناصر الملكية (الاستغلال والتصرف والاستعمال).

(33) زيروتي الطيب ، حماية مشتري العقار في البيع على التصاميم ، المرجع السابق ، ص 121.

- للمستفيد حق امتياز من الدرجة الأولى في حالة إفلاس المرقى العقاري ، إلا أنّ المشرع لم يوضح المقصود بهذا الامتياز ورتبته مع باقي الامتيازات الأخرى، لاسيما امتياز الأجور المستحقة للعمال.

- القيد على التصرف بالرغم من تحرير العقد في شكله الرسمي وتسجيله وشهره واعتبار المشتري مالكا، حسب المادة 1/2 من المرسوم التنفيذي 58/94 ، إلا أنّه لا يمكنه التصرف في هذا العقار حتى التسليم النهائي للبناء والتوقيع على محضر التسليم⁽³⁴⁾.

الفرع الثالث : الطبيعة القانونية لعقد البيع بناء على التصاميم.

إنّ هذا العقد هو من العقود المعقّدة و المركبة، والذي أسال حبر الفقهاء في تحديد طبيعته، فما هي الطبيعة القانونية لهذا العقد حسب رأي الفقه والقضاء.

البند الأول : رأي الفقه في الطبيعة القانونية لعقد البيع بناء على التصاميم.

استند الفقه في تمييز هذا العقد وتحديد طبيعته لعدّة معايير ولاشك أنّ اختيار تكييف دون الآخر له أهميته.

* ذهب البعض إلى الأخذ بالتكييف الموحد للعقد ، حيث أعتبر هذا العقد بيع لشيء مستقبلي⁽³⁵⁾.

ويستند هذا الرأي إلى أنّ ما واجهه المتعاقدان عند إبرام العقد، ليس هو العمل المكلف به الصانع، بل الشيء المصنوع.

يعاب على هذا الرأي أنّه ينظر لأثر واحد من الآثار المترتبة على هذا العقد، وهو الالتزام بنقل الملكية كالالتزام جوهرى، بينما لا يعطي أهمية للالتزام آخر لا يقلّ عنه أهمية وهو التزام المقاول بصنع الشيء.

(34) مسكر سهام ، المرجع السابق ، ص 20.

(35) محمد حسن قاسم ، المرجع السابق ، ص 39.

ويذهب البعض الآخر إلى القول أنّ هذا العقد هو عقد مقاوله ابتداءً وبيع انتهاءً⁽³⁶⁾، ومفاده أنّه عقد مقاوله ما دام الشيء لم يصنع بعد أو في طور الإنجاز، فإذا انتهى هذا الصنع تحوّل العقد إلى عقد بيع للشيء المصنوع.

ولم يسلم هذا الرأي هو الآخر من الانتقاد، حيث يعاب على هذا الرأي، أنّ تكييف العقود يكون وقت انعقادها، وهذا بغض النظر عمّا يترتب عليها بعد ذلك من آثار، فلا يجوز أن يتغيّر وصف العقد وقت تكوينه عن وصفه إذا ما نُقذ.

* كما قيل أنّ هذا العقد عقد بيع⁽³⁷⁾، إذا ما قدّم المقاول عمله والمواد والأرض في حين التزم المشتري بالثمن فقط (كما هو الحال في عقد البيع بناء على التصاميم).

إنّ هذا التحليل لا يخلو من المساوئ والتي قد لا يمكن معالجتها بسهولة، فإذا دفع المشتري كل مستحقات الإنجاز للمقاول، وبالمقابل لم يلتزم المقاول بكل ما تعهّد به اتجاه المشتري، فكيف يمكن متابعته قضائياً على أساس عقد البيع.

* ويقول محمد لبيب شنب، أنّ هذا العقد هو عقد مقاوله، إذا ما التزم الشخص بصنع شيء من مواد يقدمها من عنده دون تقديم الأرض المقام عليها هذا البناء⁽³⁸⁾.

* كما يقول أنور العمروسي، أنّه إذا كان الصانع هو الذي ورّد الخامات التي يصنعها، وكانت هذه الخامات أكبر قيمة من عمله فالعقد بيع، أمّا إذا كانت أقلّ قيمة من عمله فالعقد مقاوله⁽³⁹⁾.

(36) محمد لبيب شنب، شرح أحكام عقد المقاوله، الطبعة الثانية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003، ص 22.

(37) نعيم مغيب، عقود مقاولات البناء والأشغال الخاصة والعامة، الطبعة الثالثة، دار النشر، لبنان، 2001، ص 270. ومحمد مرسي زهرة، المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين (المسؤولية المهنية للمحامين والمهندسين)، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2004، ص 236.

(38) محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص 27.

(39) أنور العمروسي، العقود الواردة على الملكية في القانون المدني، د.ط، دار الفكر الجامعي، 2003، ص 11.

* كما أنه لا يمكننا تجاهل ما اتجهت إليه إرادة الأطراف⁽⁴⁰⁾ ، فقد يظهر من اتفاق المتعاقدين أنّ العنصر الأساسي هي المادة التي يصنع منها الشيء ، فيوصف العقد بأنه عقد مقابلة أو العكس.

* أمّا الفقه الحديث⁽⁴¹⁾ ، في الجزائر فقد نعت هذا العقد بأنه عقد مختلط ، فهو عقد مركب من عقدين (عقد بيع و عقد مقابلة) ، تجتمع فيه التزامات البائع والمقاول. هذا الرأي وإن بدا أنه يسدّ النقص الذي قد يترتب على تطبيق أحكام أحد العقدين فقط ، فهو يؤدي إلى إثارة صعوبات فيما يتعلّق بالمسائل التي تتعارض فيها أحكام عقد المقابلة مع أحكام عقد البيع ، كما هو الأمر في ما يخص إنهاء العقد بالإرادة المنفردة، إذ يتعيّن عندئذ المفاضلة بين العقدين ، وهو ما يؤدي إلى التحكم في أغلب الأحيان من قبل القضاة⁽⁴²⁾.

البند الثاني : رأي القضاء في الطبيعة القانونية لعقد البيع بناء على التصاميم .

لقد تبنت محكمة النقض الفرنسية معيارا اقتصاديا يقوم على المقايسة بين أجرة العمل و ثمن المادة، فإذا فاقت الأولى الثانية كان العقد مقابلة، وإلا اعتبر بيعا. أمّا بعض محاكم الاستئناف الفرنسية تبنت معيارا نفسيا أو فنيا، ومفاده أنه إذا قام المقاول بعمله حسب مخطط رب العمل وإرشاداته، كان العقد مقابلة، أمّا إذا قام بالعمل وفق مخططه الشخصي، وكان مطلق الحرية في عمله اعتبر العقد بيعا⁽⁴³⁾.

لقد علّق أحد الفقهاء⁽⁴⁴⁾ (Cornu)، على حكم لمحكمة النقض الفرنسية الصادر في 26 فبراير 1963، إذ أدانت محكمة استئناف "أكس" البائع على أساس المادتين 1792/2270 من ق.م الخاصتان بمسؤولية المقاول والمهندس المعماري، وهذا لأنّه قد قام

(40) محمد حسن قاسم ، المرجع السابق ، ص 41.

(41) بالموسسات عبد الوهاب ، محاضرات في المسؤولية قبل التعاقد ، (عقد البيع بناء على التصاميم) ، موجهة لطلبة الماجستير ، 2007 ، تلمسان، الجزائر ، ص 3.

(42) محمد لبيب شنب ، المرجع السابق ، ص 21.

(43) جاك يوسف حكيم ، العقود الشائعة والمسماة (عقد البيع) ، د.ط، دار الفكر ، بيروت ، 1970 ، ص 112.

(44) محمد المرسي زهرة ، المرجع السابق ، ص 238 إلى 241.

بناء المنزل المبيع، إلا أنّ المحكمة العليا قد نقضت حكم الاستئناف ، لأنّ نصّ المادتين 1792 و 2270 لا تنطبقان، إلا إذا ما كلّف ربّ العمل مهندس معماري أو مقاول بإقامة البناء ، وهذا ما يجعل صعوبة تطبيق هاتين المادتين على بائع العقار الذي قام بالبناء بنفسه.

ويقول Cornu أنّ هذا الحل (أي حكم محكمة الاستئناف أكس) لا يشمل حالة المقاول الذي قام بالبناء على أرضه ثمّ قام ببيع هذا العقار، كما صرّح بعدم ملائمة أحكام البيع العادي لتطبيقه على بيع العقارات تحت الإنشاء.

وفي قضية أخرى ، عرضت على القضاء الفرنسي (محكمة جرينوبل)، وتنحصر وقائعها في أنّ مقاولاً أقام عدّة شقق وباعها بعد ذلك لعدّة مشترين ، ثمّ ظهرت بعض العيوب في تلك الشقق المبيعة ، فقام المشترين برفع دعوى يطالبون فيها بمسؤولية المقاول باعتباره "بائعا وبانيا" في نفس الوقت ومسألهته طبقاً للمادتين 1792 و 2270 سالفتي الذكر.

فكان جواب محكمة "جرينوبل" الصادر بـ 14 يونيو 1965 ، أنّ الشقق التي باعها المقاول لم تكن تحت الإنشاء وقت البيع ، وإتّما بيعت عند الانتهاء من البناء تماماً، وبالتالي فليس هناك عقد مقاوله بين البائع والمشتري وإتّما هناك عقد بيع وهذا ما يحول دون تطبيق المادتين 1792 و 2270 المتعلقتان بالمسؤولية المدنية للمهندس المعماري والمقاول.

وفي سنة 1967 قام المشرع الفرنسي بتنظيم هذا النوع من البيوع بموجب قانون 03-67، حيث حدد المشرع في المادة (1/1646 ق.م) الطبيعة القانونية للبيع قبل الإنجاز بقوله أنّ بائع العقار قبل الإنجاز يضطلع بضمانات المهندس المعماري والمقاول ذاتها وكذلك بمسؤولياتهما ، كما يلتزم بالتزامات البائع وبذلك فهذا العقد صفة مزدوجة⁽⁴⁵⁾ أو مركبة بين عقد البيع والمقاوله ؛ أي أنّه عقد من نوع خاص.

(45) جيروم هوييه ، المطول في القانون المدني ، ترجمة منصور القاضي ، المجلد الأول ، الطبعة الأولى ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، لبنان ، 2003 ، ص 79 إلى 80.

المطلب الثاني : تمييز عقد البيع بناء على التصاميم عن بعض المعاملات القانونية.

يكون دفع القسط الأول من الثمن في عقد البيع بناء على التصاميم من الناحية النظرية عند إبرام العقد، إلا أنّ المرقى العقاري يلجأ في كثير من الأحيان إلى جمع الأقساط الأولى من المشتريين قبل إبرام العقد (مرحلة الاكتتاب)، وهذا حتى يتمكن من البدء في إنجاز المشروع من جهة، وتخوفه من إلزامه بعقد البيع بناء على التصاميم من جهة ثانية، فالسؤال المطروح هو على أيّ أساس يدفع المشتري هذا المبلغ إذا كان العقد لم يبرم بعد؟ للإجابة عن هذا السؤال، كان لا بدّ علينا البحث عن الطبيعة القانونية لمرحلة الاكتتاب، ولهذا اخترت بعض المعاملات القانونية لمقارنتها مع هذه المرحلة، ومن بينها الوعد بالعقد وعقد الحفظ والتعاقد بالعربون.

كما دفعني الفضول إلى البحث عن مدى شرعية هذا العقد في الشريعة الإسلامية، ولهذا قمت بتمييزه عن بيع السلم في الشريعة الإسلامية. ولأجل معالجة هذه النقاط، قمت بتمييز عقد البيع بناء على التصاميم عن الوعد بالعقد وعقد الحفظ (الفرع الأول) و تمييزه عن البيع الإيجاري والبيع بالعربون وبيع السلم (الفرع الثاني).

الفرع الأول : تمييز عقد البيع بناء على التصاميم عن الوعد بالعقد وعقد الحفظ.

إنّ عقد البيع بناء على التصاميم هو عقد كسائر العقود الأخرى يترتب التزامات متقابلة في كل من ذمّة المشتري والبائع، ولكن الإشكال يكون في مرحلة الاكتتاب ؛ أي

(المرحلة السابقة عن انعقاد العقد) ، فكيف يمكن تكييف هذه المرحلة ؟ هل هي وعد بالعقد أو عقد حفظ الحق ؟

سنحاول في هذا الفرع الإجابة عن هذا السؤال بتقريب هذه المرحلة من الوعد بالعقد (البند الأول) وعقد حفظ الحق (البند الثاني).

البند الأول : تمييز عقد البيع بناء على التصاميم عن الوعد بالعقد.

أول عملية تتقارب بعقد البيع بناء على التصاميم هو الوعد بالعقد أو الوعد بالبيع، الذي يلتزم فيه الواعد بما يقتضيه هذا التصرف من واجبات إذا رغب المستفيد في ذلك في أجل محدد، فهو عقد بأتم معنى الكلمة يحدث آثار قانونية ملزمة إلا أنّ هذه الآثار ليست تلك التي تترتب عن العقد النهائي الموعود بإبرامه⁽⁴⁶⁾.

ففي هذه المرحلة يلتزم كل من المتعاقدين بإبرام البيع في المستقبل ، إذا ما طلب منه المتعاقد الآخر ذلك في مدة معينة ، كما إذا اقتسم إخوان تركة تضم عقارا مثقلا بدين مؤجل ، وكان كل منهما يرغب في هذا العقار ، فاقترعا عليه ، ثم رأى من وقع العقار في نصيبه أن يجامل أخاه ، فوعده أن يبيعه إياه بثمن معين إذا تيسر له الحصول على الثمن ، وأراد شراء العقار في مدة سنة ، فقبل الموعود له هذا الوعد⁽⁴⁷⁾.

ومن أمثلة ذلك أيضا أن يحصل مستأجر الأرض التي أقام عليها مصنعا أو مطبعتا من المؤجر المالك لها ، على وعد ببيعها له ، إذا ما أبدى المستأجر رغبته في الشراء خلال مدة سريان الإجازة غالبا ، حتى يستطيع خلالها أن يختبر الأرض وأن يتدبر الثمن⁽⁴⁸⁾.

أما عقد البيع بناء على التصاميم، فهو عقد يربط بين المتعامل في الترقية العقارية والمستفيد بإنجاز البناية، لأجل بيع بناية وفقا للتصاميم المتفق عليها خلال مدة معينة ، كما يلتزم المستفيد بالمقابل بدفع الأقساط خلال هذه المدة.

(46) بالموسات عبد الوهاب ، محاضرات في المسؤولية قبل التعاقد ، (الوعد بالعقد) ، المرجع السابق ، ص 1.

(47) إلياس ناصيف ، موسوعة العقود التجارية والمدنية - عقد البيع - الجزء الثامن، د.ط، دون دار نشر ، 1995 ، ص 45

(48) أنور العمروسي ، المرجع السابق ، ص 22

ومن خلال التعاريف السابقة لكل من الوعد بالعقد وعقد البيع بناء على التصاميم، يتبين لنا أنّ كلاهما عقد بكل معنى الكلمة ، لكن الاختلاف يكمن في أنّ عقد البيع بناء على التصاميم يرتب التزامات عينيّة ، بينما الوعد بالعقد يرتب مجرد التزامات شخصية حتى وإن كان واردا على عقار.

كلا العقدين يحتويان "على مدّة زمنية" ، ففي الوعد بالعقد يحتاج المتعاقدان إلى مدّة لإبرام عقد البيع النهائي ، إذا كان الوعد ملزم للجانبين ، أمّا إذا كان الوعد ملزم لجانب واحد ، فهنا تكون هذه المدّة لظهور رغبة المتعاقد الآخر من أجل إبرام البيع النهائي ، أمّا المدّة في عقد البيع بناء على التصاميم فهي لإنجاز البناية وليس لإبرام البيع النهائي ولا لظهور رغبة أحد المتعاقدين لإبرام البيع النهائي.

من الناحية النظرية ، عقد البيع بناء على التصاميم هو عقد نهائي ، إذ أنّ الأطراف فيه تقوم بإبرام العقد قبل بدء سريان المدّة ، أمّا من الناحية العملية ، فغالبا ما يلجأ المتعامل في الترقية العقارية في المرحلة الأولية (مرحلة الاكتتاب) إلى فرض شروط تعسفية⁽⁴⁹⁾ على المستفيد عن طريق وثيقة تتضمن "التزام" ، فليس للمستفيد إلا أن يرفض أو يقبل هذه الشروط من دون مناقشتها، وبما فيها دفع القسط الأول من الثمن.

تسلم هذه الوثيقة على سبيل المثال من قبل ديوان الترقية والتسيير العقاري، عندما يدفع المستفيد الدفعة الأولية من الثمن والتي يكون قدرها غالبا 25% من الثمن الإجمالي التقديري⁽⁵⁰⁾.

هذه الأخيرة (الوثيقة) لا يمكن اعتبارها حتى وعدا بالبيع، لأنّ حتى الوعد بالبيع على عقار، يشترط فيه المشرع الشكل الرسمي حسب المادة 2/71 ق.م⁽⁵¹⁾.

لجوء المتعامل في الترقية العقارية إلى مثل هذا العمل يعود لأسباب وهي:

(49) انظر الملحق رقم 1.

(50) المقصود بالثمن الإجمالي التقديري : هو ثمن غير ثابت ، معناه ممكن أن يزيد أو ينقص حسب الأحوال والظروف ، وهذا ما يشكل ضرا للمستفيد في حالة ارتفاع الثمن.

(51) تنصّ المادة 2/71 ق.م أنّ "إذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين، فهذا الشكل يطبق أيضا على الاتفاق المتضمن الوعد بالعقد".

1/ خوف المتعامل في الترقية العقارية من التقييد بينود العقد ، مثل مدّة الإنجاز المحدّدة في العقد ، وكذلك عقوبات التأخير⁽⁵²⁾ .

إنّ المتعامل في الترقية العقارية يتجنب إبرام العقد النهائي بناء على التصاميم خوفاً من الأسباب السالفة الذكر ، ولهذا يلجأ لهذه الوثيقة إلى غاية الانتهاء من الإنجاز أو انقضاء نصف مدّة الإنجاز ، وعندئذ يبرم العقد (عقد البيع بناء على التصاميم) ، فلا يمكن عندئذ للمستفيد أن يسأل المتعامل في الترقية العقارية في حالة تأخره في الإنجاز أو فرض عليه عقوبات التأخير ، لأنّ العقد لم ينجز بعد.

لهذا لا يمكن أن نطلق على هذا العقد ، تسمية عقد البيع بناء على التصاميم لأنّه لا يبرم من الناحية العملية حتّى ينقضي الإنجاز أو ينقضي نصفه .

2/ سهولة العدول عن هذه الشهادة (باعتبارها لا تأخذ صفة العقد)، وردّ الحالة إلى ما كانت عليه سابقا ، ونستنتج من هذا ضياع حق المشتري في طلب التعويض في حالة تعسف البائع في طلب العدول ، فهل يختلف الأمر ، لو أنّ هناك عقد موثق ومشهر ، يربط بين المتعامل في الترقية العقارية والمستفيد من بداية الحجز إلى إتمام الإنجاز؟ .

نقول : نعم ، الأمر يختلف في حالة وجود عقد بينهما مكتمل الأركان وخصوصا الركن الشكلي ، ففي هذه الحالة لا يمكن ذكر كلمة عدول ، لأنّ العقد هو عبارة عن تلاقي إرادتين ، فلا يمكن لإرادة أحد الأطراف التصرف بمفردها في هذا العقد بالعدول ، إلّا بموافقة المتعاقد الآخر.

ففي حالة إخلال طرف من أطراف العقد بأحد التزاماته ، يقوم القاضي في هذه الحالة أوّلا بطلب التنفيذ العيني من الطرف المخلّ، مع إمكانية طلب التعويض أيضا في حالة ما إذا سبب هذا الطرف ضررا للطرف الآخر جزاء تأخره في التنفيذ⁽⁵³⁾، كما يحكم القاضي أيضا بالتعويض في حالة استحالة التنفيذ⁽⁵⁴⁾.

(52) المادة 106 من ق.م.

(53) المادة 164 من ق.م.

(54) المادة 176 من ق.م.

3/ في غالب الأحيان يتحصّل المرقي العقاري على أراضي⁽⁵⁵⁾، لم تنقل ملكيتها له بعد، وكما نعلم أنّ عقد البيع بناء على التصاميم عقد ناقل للملكية، فكيف يمكن له عندئذ أن ينقل للمشتري ما لا يملك، ولذلك يتهرب هذا الأخير من إبرام عقد البيع بناء على التصاميم مع المستفيد تفاديا لمشكلة نقل الملكية.

كما يقترب الوعد بالعقد من مرحلة الاكتتاب من حيث "تعويض مقابل الحبس"، كيف ذلك؟.

بعد إبرام الوعد بين الواعد والموعود له، يتفقان على مدّة لإبداء الموعود له رغبته في إبرام العقد النهائي، وللموعود له الحق في رفض التعاقد أو قبوله، ولكن عادة ما يتفق المتعاقدان على أن يضع الموعود له تعويضا مقابل "حبس الشيء" محلّ الوعد، لاسيما إذا تعلّق الأمر بوعود بيع أو إيجار لعقار أو محل تجاري، أو آلة صناعية، أو براءة اختراع، فالمتعاملون الذين هم من رجال الأعمال يوافقون على حبس الشيء بين يدي الواعد إلى غاية انتهاء مدّة الوعد، مقابل دفع تعويض من طرف الموعود له⁽⁵⁶⁾، وهذا غالبا ما نجده في الأعمال التجارية.

وبرجعنا لعقد البيع بناء على التصاميم، نجد أنّ مرحلة الاكتتاب السابقة عن إبرام هذا العقد تحمل في طياتها ما يشبه هذا التعويض، حيث أنّ الوثيقة التي يسلمها ديوان الترقية العقارية) والمتضمنة لشروط تعسفية تفرض على المشتري، تحتوي بدورها على تعويض يلتزم به المشتري في حالة إقدامه على العدول، في مقابل قيام البائع بحبس العقار المبيع لفائدته، مثال: يأخذ ديوان الترقية العقارية 5% من الثمن الإجمالي للبيع، وهذا في حالة عدم متابعة المشتري للبيع أي عدوله.

وفي الأخير نقول أنّ فشل استقبال تقنية البيع بناء على التصاميم في واقع أدّى للمتعاملين في الترقية العقارية إلى اللجوء إلى عمليات مماثلة لها وهي إبرام وعود بالبيع، والفرق الوحيد هو بدل إبرام عقد البيع بناء على التصاميم وهذا تفاديا لعائق "أصل

(55) هذه الأراضي تمنح من طرف الدولة إلى المرقين العقاريين كتحفيّزات لهذا القطاع.

(56) بالموسات عبد الوهاب، محاضرات في المسؤولية قبل التعاقد، (الوعد بالعقد)، المرجع السابق، ص 12.

الملكية"، يرم وعد بالبيع⁽⁵⁷⁾، على أن يتفقا الطرفان على ثمن ومدّة إبرام العقد النهائي والتي لا تكون مرتبطة بهذا الإنجاز إنّما بالمدّة اللازمة للحصول على أصل الملكية من البلدية⁽⁵⁸⁾.

البند الثاني : تمييز عقد البيع بناء على التصاميم عن عقد الحفظ.

قد شرّع عقد الحفظ بموجب قانون 07/86 المتعلق بالترقية العقارية ، إلاّ أنّ المشرع قد ألغى هذا القانون واستبدله بالمرسوم التشريعي 03/93، وبذلك يكون المشرع قد استبدل عقد حفظ الحق بعقد البيع بناء على التصاميم ، فما هي أوجه الاختلاف والشبه بين هاذين العقدين ؟

عقد حفظ الحق هو أصل عقد البيع بناء على التصاميم.

وهذا ما نستخلصه من المادة 29 من قانون 07/86 والتي صيغت كالتالي : "يمكن للهيئة العمومية التي يخولها قانونها الأساسي إنجاز عمليات الترقية العقارية أنّ تقترح البيع على مخططات تمّت الموافقة عليها طبقا لقواعد البناء التي تأمر بها المصالح المكلفة بالتعمير...".

إذن نجد أنّ عقد البيع بناء على التصاميم هو عقد حفظ الحق الساري المفعول بموجب قانون 07/86، مع إدخال المشرع عليه بعض الضمانات القانونية.

* تنصّ المادة 30 من قانون 07/86 على أنّ عقد حفظ الحق ، عقد تمهيدي عكس عقد البيع بناء على التصاميم الذي هو عقد نهائي، إلاّ أنّ هذه المادة تشترط في هذا العقد التمهيدي نفس ما اشترطه المشرع في عقد البيع بناء على التصاميم في المادة 10 من المرسوم التشريعي 03/93، إلاّ أنّ هذه الأخيرة قد أضافت بعض الشروط الأخرى والتي تعتبر في حقيقة الأمر ضمانات قانونية في هذا العقد، بغية توفير حماية أكبر للمشتري ، ومن بين هذه الضمانات القانونية : وجوب تحصل المتعامل في الترقية العقارية على رخص البناء

(57) المادة 71 من ق.م.

(58) حميل نواره، المرجع السابق، ص 109.

(رخصة البناء ، رخصة التجزئة ، شهادة المطابقة... الخ)، كما ألزمه بضمانات خاصة ودخيلة على عقد البيع العادي (الضمان العشري ، ضمان حسن الإنجاز، ضمان حسن سير عناصر التجهيز).

كما أنّ المشرع قد ألغى البند الأخير من المادة 30 السالفة الذكر ، ولم يعد صياغته في المادة 10 المستحدثة بموجب المرسوم الجديد، وتم إلغاؤه من قبل المشرع حسب رأينا لأنّه لاحظ أنّ هذا الأخير هو تعسف في حق المشتري، حيث أنّه يحرم ورثة المستفيد من الطعن بالبطلان في العقد في حالة عدم استيفائه للشروط التي نصّت عليها المادة 30 ، وقد خصّ المشتري وحده بطلب البطلان ، فكان على المشرع آنذاك أن ينصّ أنّ العقد يكون باطلا بقوة القانون عند عدم استيفائه لأحد الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم ، وهذا ما قام به المشرع في نص المادة 1/10 من المرسوم الجديد 03/93.

* كما تنصّ المادة 31 من قانون 07/86 "خلافًا لأحكام المادة 12 من الأمر رقم 91/70 المؤرخ في 15 ديسمبر 1970 ، والمتضمن تنظيم التوثيق وأحكام المادة 793 من القانون المدني يحدّد العقد التمهيدي المسمّى عقد الحفظ في شكل "عقد عرفي" ويخضع لإجراء التسجيل".

يتبيّن لنا من هذه الأخيرة أنّ عقد الحفظ هو عقد عرفي ، رغم أنّه وارد على عقار، فقد استثناءه المشرع من المادة 12 من قانون التوثيق والمادة 793 من القانون المدني المتعلقان بالرسمية فيما يخصّ العقود الواردة على العقارات ، أمّا عقد البيع بناء على التصاميم فهو عقد رسمي ، اشترط فيه المشرع الكتابة الرسمية عند الموثق والشهر لدى المحافظة العقارية (المادة 12 من المرسوم التشريعي 03/93).

* تنصّ المادة 33 من قانون 07/86 : "لا يجوز لأي شخص أن يترشح لامتلاك أكثر من سكن واحد في عملية الترقية العقارية الواحدة".

إنّ هذه المادة قد ألغيت بموجب المرسوم التشريعي 03/93 وهذا لأنّ المشرع قد أصبغ مجال السكن هو الآخر بالصبغة التجارية خصوصاً السكن الترقوي، أمّا السكن

التساهمي والاجتماعي فلا زالا يخضعان لهذه المادة رغم إلغائها وهذا ما نستشفه من مضمون كلا من السكن التساهمي والاجتماعي.

1/ السكن التساهمي : هو سكن يتمّ إنجازه أو شراؤه عن طريق إعانة تمنحها الدولة وتسمى بالإعانة للحصول على الملكية ، و ذلك تطبيقا للمرسوم التنفيذي 308-94⁽⁵⁹⁾.

وللسكن التساهمي شروط يجب أن تتوافر في الشخص الذي يريد الاستفادة من هذا

السكن وهي :

- كل مواطن لم يستفد من سكن الاجتماعي.
- كل مواطن لم يستفد ولا يملك قطعة أرض أو سكن.
- كل مواطن دخله الصافي العائلي لا يتجاوز 5 مرّات الأجر الوطني المضمون أي (60.000دج) شهريا.

وقد سمّي السكن التساهمي بهذا الاسم لأنّ الدولة والمواطن المستفيد يساهمان في بناء

السكن.

وتساهم الدولة بهبة تقدم للمستفيد عن طريق الصندوق الوطني للسكن، تهب لهم

حسب الدخل الشهري العائلي:

- الدخل حتىّ 30.000 الدعم إلى 500.000دج
 - الدخل بين 30.000 إلى 48.000 دج الدعم 450.000دج
 - الدخل بين 48.000 دج إلى 60.00 دج الدعم 400.000 دج
- وباقى الثمن يقدّم من طرف المستفيد عن طريق دفعات أو قرض بنكي.

2/ السكن الترقوي : تهدف الترقية العقارية إلى تطوير الحظيرة العقارية الوطنية ، وتمثل

أساسا في بناء عمارات أو مجمعات عقارية خاصة بالسكن، وتعتبر العمليات الترقوية

عمليات تجارية ، معناه ممكن للشخص أن يتحصل على عدّة مساكن في المشروع الواحد.

⁽⁵⁹⁾ المرسوم التنفيذي 308-94 المؤرخ في 4 أكتوبر 1994 المحدّد لقواعد تدخل الصندوق الوطني للسكن (CNLI) في ميدان الدعم المالي للأسرة.

3/ السكن الاجتماعي : يعتبر سكونا اجتماعيا ، كل سكن ممول كلياً من أموال الخزينة العمومية أو من ميزانية الدولة، إنّ هذا النوع من السكن يوجه إلى الطبقات الاجتماعية التي تعيش في ظروف جدّ عسيرة⁽⁶⁰⁾.

إنّ المرحلة الأولى (مرحلة الاكتتاب) والتي لم يمكن تصنيفها حتىّ وعد بالعقد ، كانت في ما مضى خاضعة لعقد حفظ الحق ، وتأسيسا عليه كان يستطيع المستفيد اللجوء إلى القضاء لاستيفاء حقوقه في حالة رفض المرقي العقاري القيام بالتزاماته ، أمّا اليوم فقد ألغى المشرع الجزائري عقد حفظ الحق وبالتالي أصبح يسود هذه المرحلة فراغ تشريعي ، فلا يمكن للمستفيد الاستعانة بالقضاء اليوم ، في حالة ضياع حقوقه ، جراء رفض المتعامل في الترقية العقارية القيام بالتزاماته ، فعلى أي أساس يعوّض القاضي المستفيد في هذه الحالة ؟ فلا يمكن تعويض المستفيد بالتأسيس على عقد حفظ الحق باعتباره عقد ملغي قانونا ، كما لا يمكن للقاضي التأسيس على عقد البيع بناء على التصاميم باعتبار أنّ العقد لم ينجز بعد.

الفرع الثاني : تمييز عقد البيع بناء على التصاميم عن البيع الإيجاري والبيع بالعربون وبيع السلم.

إنّ عقد البيع بناء على التصاميم يقترب أيضا من عدد من البيوع الأخرى ، مثل البيع الإيجاري وبيع العربون ، وبيع السلم المعروف في الشريعة الإسلامية.

فما هي النقاط المشتركة بين هذه العقود ؟

البند الأول : تمييز عقد البيع بناء على التصاميم عن البيع الإيجاري.

يتمّ البيع الإيجاري في صورة اتفاق ، يلجأ فيه الطرفان إلى عقد الإيجار ، ليخفيا فيه عقد البيع أو يظهر من خلاله العقد على أنّه عقد إيجار عادي ، يلعب فيه البائع دور المؤجر، بالمقابل يظهر المشتري في صورة المستأجر⁽⁶¹⁾، وعند انتهاء المشتري من سداد

(60) انظر الموقع : www.lorpi.com/ar-definitione.php.

(61) انظر المادة 1 من المرسوم التنفيذي 105/01 المتعلق بالبيع الإيجاري المؤرخ في 23 أبريل 2001، الجريدة الرسمية رقم 25.

الأقساط يمتلك المال تلقائياً وبأثر رجعي يعود إلى يوم إبرام العقد⁽⁶²⁾، إلا أنه يمكن أن يفسخ عقد الإيجار عند تخلف المشتري عن دفع الأقساط⁽⁶³⁾، وفي هذه الحالة يكون على المستأجر إعادة محل العقد إلى المؤجر، مع الاحتفاظ بما قبضه، إما لكونه مقابل انتفاع أو تعويضاً عن الفسخ⁽⁶⁴⁾.

ولقد تباينت الآراء بين شراح القانون المدني بشأن تحديد المقصود بالبيع الإيجاري ووضع تعريف واضح له، حيث رأى البعض⁽⁶⁵⁾ أن البيع الإيجاري هو العقد الذي يتعهد فيه المالك بنقل ملكية شيء لشخص آخر بعد فترة من انتفاعه به مقابل عوض.

أما عقد البيع بناء على التصاميم، فهو عقد بيع لعقار لم ينجز بعد، حيث يلتزم المرقي العقاري بإنجازه ونقل ملكيته للمشتري في مدة محددة، وبالمقابل يلتزم المشتري بدفع الثمن، ويكون هذا الأخير مجزأ على شكل أقساط.

إن عقد البيع الإيجاري يقترب من عقد البيع بناء على التصاميم في (الثنى الجزئى على شكل أقساط)، لكن الفرق بينهما يكمن في أن الأقساط في عقد البيع بناء على التصاميم ناتجة عن هذا العقد، أما الأقساط في البيع الإيجاري فهي ناتجة عن عقد الإيجار وليس عقد البيع.

كذلك يتفق هاذين العقدين من حيث المدة، فكلاهما عقدان طويلا المدة، فالمدة في عقد البيع بناء على التصاميم هي لإتمام إنجاز البناء، ونقل ملكيتها إلى المشتري، أما المدة في البيع الإيجاري، فهي ليست لإنجاز البناء المتفق عليها، إنما هي مدة عقد الإيجار السابقة عن عقد البيع و الذي يبرم عند انتهاء هذه المدة واستيفاء المؤجر كامل الأقساط.

البند الثانى : تمييز عقد البيع بناء على التصاميم عن البيع بالعربون.

(62) كاوجة محمد الصغير، قاسم مولود، مقارنة قانونية لتحديد مفهوم البيع بالإيجار في ظل أنواع العقود الأخرى، الملتقى الدولي حول الترقية العقارية يومي 7 و8 فيفري 2006، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، ص 63.

(63) انظر الموقع : www.ajeni.com/into/htm

الموقع الإلكتروني: www.iefef.com/node/191، مقال لعثمان ظهير.

(64) محمد حسين منصور، شرط الاحتفاظ بالملكية، د.ط، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2007، ص 35.

(65) حمدي أحمد سعد أحمد، البيع الإيجاري، د.ط، الدار القانونية، مصر، 2007، ص 11.

إنّ بحثي عن الطبيعة القانونية لمرحلة الاكتتاب السابقة لانعقاد عقد البيع بناء على التصاميم هو الذي جعلني أحاول تقريب البيع بالعربون من هذه المرحلة، فهل يمكن اعتبار هذه المرحلة بيع بالعربون بين المرقبي العقاري والمشتري أم لا؟.

العربون⁽⁶⁶⁾ هو مبلغ من النقود يدفعه أحد المتعاقدين للآخر عند انعقاد العقد⁽⁶⁷⁾، وأكثر ما يقع الاتفاق على العربون (arrhes) في البيع الابتدائي، حيث يحدّد المتعاقدان ميعادا لإبرام البيع النهائي، ويتفقان في البيع الابتدائي على عربون يدفعه المشتري للبائع⁽⁶⁸⁾.

إنّ دفع العربون وقت إبرام العقد يدل على أنّ لكل من المتعاقدان حق العدول عن هذا العقد، ما لم يثبت أنّ دفع العربون إنّما كان للدلالة على انعقاد العقد وتأكيد هذا الانعقاد⁽⁶⁹⁾، فإذا قام أحد أطراف العقد بدفع مثل هذا المبلغ للمتعاقد الآخر، فإنّه يقصد من ذلك تحقيق هدف من هدفين، وفقا لما تقصده الإرادة المشتركة للمتعاقدين، فقد يهدف المتعاقد من دفع العربون أن يكون له الحق في العدول عن العقد الذي أبرم بين المتعاقدين، وهذا مقابل ترك مبلغ النقود المقدم للطرف الآخر كضامن للعدول، كما قد يقصد المتعاقد من دفع هذا المبلغ، تأكيد العقد، ويكون في هذه الحالة قد شرع في تنفيذ العقد، وبالتالي لا يكون لأحد من الطرفين الحق في العدول⁽⁷⁰⁾.

وقد اختلفت تشريعات الدول وتباينت أحكامها، فمنها من سار في اتجاه أنّ هذا المبلغ هو عربون بات لا يمكن الرجوع عنه، ومنهم من سار في اتجاه أنّه عربون الرجوع،

(66) انظر المادة 72 مكرر من ق.م.

(67) محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 123.

(68) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني (الجزء الرابع)، البيع والمقايضة، د.ط، منشأة المعارف، مصر، 2004، ص 75.

(69) جلال علي العدوي، مصادر الالتزام، د.ط، دار الجامعة، الإسكندرية، مصر، 1994، ص 221.

(70) رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام، د.ط، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2007، ص 100-101.

ومن ثمّ فهو يخوّل لكلا المتعاقدين حق الرجوع ، وهذا باستثناء القانون العراقي الذي اعتبر العربون عند الشك عربون بات⁽⁷¹⁾.

وقد اعتبره المشرع الجزائري ، عربون الرجوع ما لم يوجد اتفاق على خلاف ذلك، حيث أنّه يمكن للمتعاقدین اعتباره عربونا باتا (تسييق) (المادة 72 مكرر ق.م).

من المعلوم أنّ بيع عقار قبل تسجيله وشهره لا يعدّ بيعا ، لأنّ التسجيل والشهر في هذا العقد هو ركن انعقاد وليس للإثبات⁽⁷²⁾ ، وباعتبار أنّ القسط الأوّل في عقد البيع بناء على التصاميم يدفع غالبا قبل إبرام هذا العقد ، فلا يمكننا تكييف هذه المرحلة على أنّها بيع بالعربون ، لأنّ العربون يدفع عند انعقاد العقد وليس قبله.

وكذلك برجعونا للملحق رقم 1 المتضمن وثيقة التزام مستخرجة من قبل ديوان الترقية والتسيير العقاري والمثلة للمرحلة السابقة للتعاقد، يتضح لأيّ أحد يطلع عليها ، أنّها متضمنة لشروط تعسفية يفرضها المرقى العقاري على المستفيد عند قيام هذا الأخير بدفع القسط الأوّل من الثمن والذي يقدر بـ 25% من المبلغ الإجمالي، ومن بين هذه الشروط التعسفية:

- في حالة عدول المشتري عن الشراء، ترجع إليه مبالغه المدفوعة مع الخصم منها 5% من الثمن الإجمالي للبنائة⁽⁷³⁾.

إنّ هذا الشرط يقترب من البيع بالعربون أو ما يسمى عربون الرجوع، وهذا في ما يتعلق بالمبلغ المخصوم من المشتري نتيجة عدوله عن الشراء، ولكن لا يمكن أن نقول أنّ هذا الخصم هو عبارة عن عربون الرجوع لأنّ العربون كما سبق وأشرنا يدفع عند إبرام العقد وليس قبله، وبالتالي لا يمكن تكييف هذه المرحلة بعربون بات أو عربون رجوع، وعليه نستنتج ضياع حق المشتري في رفع دعوي للقضاء للمطالبة بحقوقه.

(71) إلياس ناصيف ، المرجع السابق ، ص 157.

(72) محمد يوسف الزغبى ، شرح عقد البيع ، الطبعة الأولى ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الأردن ، 2007 ، ص 138.

(73) انظر الملحق رقم 1.

البند الثالث : تمييز عقد البيع بناء على التصاميم عن بيع السلم في الشريعة الإسلامية .

إنّ بيع السلم، هو بيع شيء غير موجود، ولكنّه ممكن الوجود⁽⁷⁴⁾، كذلك يمكن تعريفه أنه بيع مال مؤجل التسليم بثمن معجل.

ويستخدم هذا النوع من البيوع من قبل المنتجين الزراعيين لحاجتهم إلى النقود في عملية الإنتاج ، مثاله كأن يبيع صاحب المصنع منتجاته قبل اكتمال عملية الإنتاج ، على أن يتمّ التسليم عند الانتهاء من الصنع ، ومن الواضح أنّ المحل في هذا المثال معدوم وقت التعاقد ولكنه قابل للوجود مستقبلاً، ولهذا يقترب عقد البيع بناء على التصاميم من بيع السلم ، لأنّه هو الآخر بيع لعقار لم ينجز بعد⁽⁷⁵⁾.

وقد عرّفت المادة 532 من القانون المدني الأردني بيع السلم على أنّه : " بيع مال مؤجل التسليم بثمن معجل"⁽⁷⁶⁾، كما قد عرّفه فقهاء الشريعة الإسلامية أنّه بيع موصوف في الذمة بثمن معجل ويسمى كذلك بيع المحاويج ، لأنّه بيع غائب تدعو إليه ضرورة كل واحد من المتبايعين ، ويسمى المشتري المسلم أو رب السلم ويسمى البائع المسلم إليه والمبيع المسلم فيه والثمن رأس مال السلم⁽⁷⁷⁾.

ولكي يكون بيع السلم صحيحاً ، لا بدّ من أن تتوافر شروط في المبيع من جهة ، وفي رأس المال من جهة أخرى.

- فيجب أن يكون المبيع معلوم الجنس والصفة والوصف.
- يجب كذلك أنّ يتضمن العقد بيان الجنس المبيع ونوعه وصفته ومقداره وزمان إبقائه.

(74) عبد الرزاق احمد السنهوري ، المرجع السابق ، ص 189.

(75) علي هادي العبيدي ، عقدي البيع والإيجار، الطبعة الأولى ، المركز القومي للنشر ، عمان، 2006، ص 198.

(76) محمود جلال حمزة ، التبسيط في شرح القانون المدني (البيع والإيجار)، الجزء الرابع، الطبعة الأولى ، جمعية عمال المطابع التعاونية ، الأردن، 2005، ص 203.

(77) الشيخ أحمد محمد عسّاف ، المرجع السابق ، ص 87.

- إذا لم يعيّن في العقد مكان التسليم ، لزم تسليم المبيع في مكان العقد⁽⁷⁸⁾ .
- يجب أن يكون المبيع ممّا يتوافر وجوده عادة وقت التسليم .
- كما يشترط في الثمن أو رأس مال السلم:
- أن يكون هو الآخر معلوم قدرا ونوعا سواء نقدا أو عينا ، كما يجب أن يكون الثمن مؤجلا لأكثر من بضعة أيام ، وهذا حسب رأي المشرع الأردني ، أي لمدة لا تزيد عن تسعة أيام وذلك على سبيل الاستثناء من أجل تيسير التعامل⁽⁷⁹⁾ .
- وأهمّ شيء استدعائي إلى تمييز عقد البيع بناء على التصاميم عن بيع السلم هو معرفة إن كان هذا البيع جائزا في الشريعة الإسلامية أم لا ؟
- فبإجراء قياس بين بيع السلم في الشريعة الإسلامية وهذا العقد ، نجد أنّ بيع السلم هو بيع شيء غير موجود ، لكنه ممكن الوجود في المستقبل ، مع ذلك أجازته الشريعة الإسلامية وقياسا عليه ، فإنّ البيع بناء على التصاميم هو أيضا بيع لعقار غير موجود ، أو لم ينشأ بعد ، ولكنّه ممكن الوجود في المستقبل ، لأنّ المشرع قد ضمّن هذا العقد الضمانات القانونية الكافية التي تجعل منه ممكن الوجود، إلّا أنّ هناك قاعدة في الشريعة الإسلامية تقول "أنّ الشاذ لا يقاس عليه" ، وباعتبار أنّ بيع السلم هو بيع شاذ فلا يمكننا القياس عليه ، ولذلك نطلب من المفتين أن يفتوا في هذه المسألة وهذا لارتياح المواطن عند إقدامه على مثل هذه المعاملة.

(78) آدم وهيب النداوي ، شرح القانون المدني ، العقود المسماة ، (البيع والإيجار)، د.ط ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، مصر ، 1999 ، ص 85 ، 86 .

(79) علي هادي العبيدي ، المرجع السابق ، ص 174 إلى 176 .

المبحث الثاني : تكوين عقد البيع بناء على التصاميم.

إنّ المتعامل في الترقية العقارية هو الشخص الوحيد الذي يسمح له القانون بممارسة عقد البيع بناء على التصاميم، فهو المكلف بإنجاز البناء وجميع الأعمال إلى غاية تسليمها إلى المستفيدين، فتجتمع في هذا الأخير أحكام البائع والمقاول في نفس الوقت، كما يمكن أن يكون المرقي العقاري عبارة عن وسيط بين مقاولات البناء التي تقوم بإنجاز البناية و المستفيدين⁽⁸⁰⁾، وهي الحالة الشائعة اليوم.

يقوم المرقي العقاري بإبرام عدة عقود مع المتدخلين في عملية الإنجاز، حيث تكون هذه الأخيرة إما عقود مدنية أو عقود إدارية بحسب نوع المؤسسة، فإذا كان المتعامل في الترقية العقارية شخصا من أشخاص القانون الخاص ، فهو يلجأ إلى إبرام عقود مدنية مثل عقود المقاولة وعقود العمل⁽⁸¹⁾، أمّا إذا كان شخصا من أشخاص القانون العام مثل البلدية ، فهو يلجأ إلى إبرام العقود الإدارية وذلك عن طريق الإعلان عن التعاقد⁽⁸²⁾ إمّا بطريقة (المناقصات أو التراضي)⁽⁸³⁾، وعلى العموم فالطريقة الشائعة لإبرام مثل هذه الصفقات هي المناقصة⁽⁸⁴⁾ ، فيتقدم الراغبون في المشاركة لتقديم عطاءاتهم ، فيقوم المرقي العقاري العام بفحص هذه العطاءات واختيار صاحب أحسن عرض للتعاقد معه .

(80) بالموسات عبد الوهاب ، محاضرات في المسؤولية قبل التعاقد (البيع بناء على التصاميم) ، المرجع السابق ، ص 8.

(81) OPGI ديوان الترقية والتسيير العقاري بعدما كان ديوان وشخص من أشخاص القانون العام ، أصبح اليوم بعد تعديل قانونه الأساسي EPGI أي مؤسسة الترقية والتسيير العقاري وشخص من أشخاص القانون الخاص ورغم هذا التغيير الجذري إلا أنّ هذه المؤسسة ما زالت تتعامل بالصفقات العمومية.

(82) محمود خلف الجبوري ، العقود الإدارية ، د.ط، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الأردن ، 1998 ، ص 55.

(83) محمد الصغير بعلي ، العقود الإدارية ، د.ط، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005، ص 30.

(84) المادة 21 من المرسوم الرئاسي رقم 250-02 والمؤرخ في 2002/07/27 المعدل والمتمم بالمرسوم الرئاسي رقم 301-03 المؤرخ في 2003/09/11 والمتعلق بالصفقات العمومية ، تعرف المناقصة : "المناقصة هي إجراء يستهدف الحصول على عروض من عدة متنافسين مع تخصيص الصفقة للعارض الذي يقدم أفضل عرض".

نستهدف بالدراسة في هذا المبحث تكوين عقد البيع بناء على التصاميم وهذا بالتعرض إلى أركانه من جهة (المطلب الأول) والإجراءات المتبعة لإبرامه (المطلب الثاني) من جهة ثانية.

المطلب الأول : أركان عقد البيع بناء على التصاميم.

يلزم لانعقاد عقد البيع بناء على التصاميم صحيحا، وجود التراضي أي التقاء الإيجاب بالقبول وتطابقهما تطابقا تاما ، ويلزم كذلك صحة هذا التراضي، أي خلو إرادة الأطراف من أي عيب قد يشوبها ، أمّا المحلّ فالواقع أنّه ركن في الالتزام لا في العقد ، وينصرف بهذا التحديد إلى الأداء الذي يجب على المدين القيام به لصالح الدائن، وبما أنّ عقد البيع بناء على التصاميم هو عقد ملزم لجانبين ، فمحل التزام البائع هو الشيء المبوع ، أمّا محل التزام المشتري فهو الثمن⁽⁸⁵⁾ ، ففي غياب الثمن يمكن أن نكون بصدد هبة أو مقايضة إذا كان المقابل يتمثل في مال آخر ، أو حصة في شركة إذا كان المقابل هو الحصول على أسهم في الشركة، كما أنه في غياب نقل ملكية الشيء ممكن أن نكون بصدد إيجار أو عارية إذا لم ينصبّ العقد إلاّ على استعمال هذا الشيء ، وقد تكون وكالة أو ودیعة أو رهن لمنقول أو مقاوله ، إذا لم يسلم الشيء إلاّ لغرض معين : مثل تنفيذ مهمة ، حفظ ، ضمان ، أو إنجاز عمل⁽⁸⁶⁾.

عقد البيع بناء على التصاميم هو إستثناء من قاعدة رضائية العقود ، إذ أنّه عقد شكلي ، وركن الشكل فيه ليس ركن "صحّة" إنّما هو ركن "انعقاد" ، باعتبار أنّ هذا العقد هو بيع وارد على عقار ، وهذا حسب المرسوم التشريعي 03/93 السابق الذكر في مادته 10 ، والمادة 01 من المرسوم التنفيذي 58/94 ، والمادة 793 ق.م.

ومّا تقدّم، يتبيّن لنا أنّ دراستنا لأركان عقد البيع بناء على التصاميم تنصرف إلى دراسة التراضي (أطراف هذا العقد ، وجود التراضي ، صحة التراضي) وهذا في (فرع أول) ،

(85) محمد حسن قاسم ، المرجع السابق ، ص 59.

(86) لحسن بن الشيخ آث ملويا ، المنتقى في عقد البيع ، الطبعة الثانية ، دار هومة ، الجزائر ، 2006 ، ص 29.

أما (الفرع الثاني) فنخصه لدراسة المحل والسبب ، أما الشكل فنضع له (فرعا خاصا به) لإعطائه حقه من الشرح.

الفرع الأول : التراضي في عقد البيع بناء على التصاميم.

يقنضي انعقاد عقد البيع بناء على التصاميم كما في سائر العقود الأخرى، تبادل الطرفين التعبير عن إرادتين متطابقتين ، فلا ينعقد هذا العقد إلا إذا اقترن الإيجاب الصادر من أحد الطرفين بقبول مطابق له صادر من المتعاقد الآخر .

كما أنه يشترط في التراضي صحته، أي أن تكون الإرادة خالية من العيوب بالإضافة إلى صدورهما من شخص ذي أهلية لإبرام هذا العقد.

وبناء على ما تقدّم ، فإنّ دراستنا لركن التراضي في عقد البيع بناء على التصاميم تقتضي البحث في كل من أطراف العقد (البند الأول)، وعن مدى وجود التراضي فيه (البند الثاني) وصحة هذا الأخير (البند الثالث).

البند الأول : أطراف عقد البيع بناء على التصاميم.

أوّلا: البائع.

لقد أعطى المشرع للبائع في هذا العقد تسمية خاصة تميزه عن باقي البائعين ، ألا وهي المتعامل في الترقية العقارية⁽⁸⁷⁾، أو المرقي العقاري.

هذا الشخص قد يكون شخصا طبيعيا أو معنويا، وهو مكلف بإنجاز مباني معدّة للسكن أو لإيواء نشاط حرفي أو صناعي أو تجاري مخصصة للبيع أو الإيجار ، ويكتسب المتعاملون في الترقية العقارية صفة التاجر ، ويخضعون في معاملاتهم إلى الأحكام المقررة في التشريع التجاري كما تشير إليه المادتين 2 و3 من المرسوم التشريعي 03/93 السالف الذكر ، أما الأولى فتتص : "يشتمل النشاط العقاري على مجموع الأعمال التي تساهم في إنجاز أو تحديد الأملاك العقارية المخصصة للبيع أو الإيجار أو بتلبية حاجات خاصة.

(87) جريب أم الحسن، محاضرات في الترقية العقارية (البيع على التصاميم بصفة خاصة موجهة لطلبة القضاة ، السنة الثالثة بن عكنون ، الجزائر ، 2004، ص 4.

يمكن أن تكون الأملاك العقارية المعنية محال ذات الاستعمال السكني أو مخصصة لإيواء نشاط حرفي أو صناعي أو تجاري"

- أما الثانية فتتعلق على أنه: "يدعى كل شخص طبيعي أو معنوي يمارس النشاطات المذكورة في المادة 02 السابقة متعاملا في الترقية العقارية.

ويعدّ المتعاملون في الترقية العقارية تجارا باستثناء الذين يقومون بعمليات في الترقية العقارية لتلبية حاجاتهم الخاصة أو حاجات المشاركين في ذلك".

ويستفاد من هذه المادة الأخيرة أنّ المتعامل في الترقية العقارية يكتسب صفة التاجر، وبالتالي فهو يلتزم بالتزاماته (مسك الدفاتر التجارية والتسجيل في السجل التجاري) ويستفيد من مزاياه مثل (استفادة التجار من التسوية القضائية)، إلا أنّ هذه الصفة تنتفي عندما يقوم المتعامل في الترقية العقارية بهذه الأعمال لتلبية حاجاته الخاصة (مثل التعاونيات العقارية)، فقد تقوم هذه الأخيرة بأعمال البناء لصالح أعضائها، وهذا حسب نصّ المادة 05 من المرسوم التشريعي 03/93 والتي تنصّ على أنه: "تخضع كذلك لأحكام هذا المرسوم التشريعي نشاطات الترقية العقارية التي تقوم بها الشركات المدنية العقارية إذا كانت هذه النشاطات ليس الغرض منها توفير الحاجات الخاصة لأعضاء تلك الشركات".

نستنتج مما سبق أنّ المشرع الجزائري قد قصر هذه العمليات (البيع بناء على التصاميم) على المرقى العقاري دون سواه من الأشخاص الذين يحكم مهنتهم ممكن أن يقوموا بهذه الأعمال مثل (المقاولين والمهندسين المعماريين)،⁽⁸⁸⁾ وهذا بخلاف المشرع الفرنسي الذي لم يقصر هذه العملية على المرقين العقاريين، بل سمح للمقاولين بالتعامل فيها أيضا⁽⁸⁹⁾.

ثانيا: المشتري.

(88) مسكر سهام، المرجع السابق، ص 35 - 36.

(89) Jean Bernard Auby, Hugues Périnet Marquet, Droit de l'urbanisme et de la construction, 6^{ème} édition, Montchrestien, Paris, 2001, p 9.

وهو لشخص المستفيد من العقار المبيع، حيث يعتبر مالكة من تاريخ التوقيع على محضر التسليم⁽⁹⁰⁾ إلى يوم التوقيع على العقد، وذلك بأثر رجعي،(المادة 2 من المرسوم التنفيذي 58/94).

إنّ المرسوم التشريعي 03/93 قد أعطى للمشتري وصفا آخر على خلاف قانون 07/86، حيث كان هذا الأخير يسمي المشتري بالمتشر شح للملكية، والفرق بين المصطلحين يظهر جلياً، في أنّ المشتري في عقد البيع بناء على التصاميم يعتبر مالكا للعقار من يوم التوقيع على محضر التسليم إلى يوم التوقيع على العقد بأثر رجعي، أما المقصود بالمتشر شح للملكية في عقد الحفظ حسب قانون 07/86، فهو الشخص المؤهل لاكتساب الملكية بموجب عقد عرفي يخضع للتسجيل حسب المادة 31 من قانون 07/86، ولكن الملكية لا تنتقل إليه إلاّ بعد مرور مدّة 06 أشهر من انتهاء الأشغال حسب المادة 44 من نفس القانون.

ويبدو من خلال اطلعنا على الواقع العملي، أنّ أغلب المتعاملين في الترقية العقارية لا يقدمون على إبرام عقود البيع بناء على التصاميم إلاّ في منتصف مدّة الإنجاز (البناء نصف جاهز) أو عند انتهاء المدّة (البناء جاهز)، وهذا ما يحول دون إمكانية تملك المشتري للبنية، مما أدى إلى اقتراب مفهوم المشتري المتشر شح للملكية حسب قانون 07/86 من مفهوم المشتري في قانون 03/93

البند الثاني: وجود التراضي.

عقد البيع بناء على التصاميم هو عقد من العقود الشكلية، فلا ينعقد بمجرد تلاقي الإيجاب بالقبول وإنما يشترط أن تفرغ هذه الإرادة في شكل رسمي ويشهر هذا الأخير لدى المحافظة العقارية، كما أنّ الشكل الرسمي لا يعفي من ضرورة وجود إيجاب معيّن وقبول مطابق له واقتران هذا الأخير بالأول، أي وصوله إلى علم الموجب، ويستوي أن يصدر الإيجاب من البائع بالبيع أو من المشتري بالشراء، لأنّ المهمّ هو اقتران هذا الإيجاب بقبول

(90) جريب أم الحسن، المرجع السابق، ص 4.

الطرف الآخر بائعا كان أم مشتريا، ويسري على تبادل الإيجاب والقبول الأحكام العامة التي نصّ عليها المشرع الجزائري في المادة 59 وما بعدها من القانون المدني، والتي تقابلها المواد 90 وما بعدها من التقنين المدني المصري⁽⁹¹⁾.

يجوز التعبير عن كل من الإيجاب والقبول أي عن إرادة البيع والشراء باللفظ والكتابة والإشارة المتداولة عرفا ، كما يكون التعبير صحيحا أيضا باتخاذ موقف لا يدع أيّ شك في دلالة ، بل يجوز أن يكون التعبير ضمنيا ما لم يشترط القانون خلاف ذلك (المادة 60 من ق.م.ق).

إذا صدر الإيجاب وأرسل إلى من وجه إليه جاز للموجب أن يعدل عن إيجابه بشرط أن يبلغ عدوله إلى الطرف الآخر قبل أن يبلغه الإيجاب، أمّا إذا وصل الإيجاب قبل العدول إلى من وجه إليه فإنّه ينتج أثره (المادة 61 ق.م.ق)، كذلك إذا عيّن في الإيجاب ميعاد لقبوله، سواء صدر هذا الإيجاب في مجلس العقد أو غيره، التزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى أن ينقضي هذا الميعاد (المادة 63 ق.م.ق)، فإذا انقضى الميعاد قبل أن يصدر القبول ، فلا يصبح غير ملزم فحسب ، بل يسقط سقوطا تاما ويصبح غير صالح لاقتران القبول به ، إلّا إذا تبين أنّ الموجب لم يقصد ذلك، وأنّه لا مانع عنده من اعتبار إيجابه قائما حتّى بعد انقضاء الميعاد.

كما أنّه في حالة موت من صدر منه الإيجاب أو فقدان أهليته قبل أن يصل الإيجاب إلى علم من وجه إليه ، فإنّ ذلك لا يمنع من صلاحية الإيجاب لاقتران القبول به عند وصوله، كذلك الأمر إذا مات من صدر منه القبول (المادة 62 ق.م.ق).

إذا صدر الإيجاب في مجلس العقد دون أن يعيّن ميعاد للقبول ، فإنّ الموجب يتحلّل من إيجابه إذا لم يصدر القبول فورا ، كذلك إذا صدر الإيجاب من شخص آخر بطريق التليفون أو بأي طريق مماثل ، يتم العقد، ولو لم يصدر القبول فورا ، إذا لم يوجد ما يدلّ

⁽⁹¹⁾ سليمان مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني (عقد البيع وعقد الكفالة) ، المجلد الأول ، الطبعة الخامسة ، المنشورات الحقوقية ، لبنان، 1990 ، ص من 58 إلى 60.

على أنّ الموجب قد عدل عن إيجابه في الفترة ما بين الإيجاب والقبول ، وكان القبول قد صار قبل أن ينفذ مجلس العقد.

أمّا فيما يخص الإيجاب في عقد البيع بناء على التصاميم فيأخذ صورة الإيجاب الموجه للجمهور ، فالمشروع الخاص بهذا العقد يعرض على واجهات الشركات العقارية أو في الجرائد أو في الشوارع أو على شبكة الانترنت... الخ ، فما هو حكم الإيجاب الموجه للجمهور ؟

يقول الدكتور محمد حسن قاسم أنّ الإيجاب الموجه للجمهور يعتبر إيجاباً صريحاً من التاجر (الموجب)، لأنّ التاجر يتخذ بذلك موقفاً لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالة على أنه يقصد بيع البضائع المعروضة بالثمن المكتوب عليها ، وهذا الإيجاب يؤدي إلى انعقاد العقد متى اقترن به قبول أي فرد من الجمهور ، وليس للتاجر أن يرفض التعاقد بحجة أنّ إيجابه لم يكن موجهاً لمن قبله ، فالأصل في عقد البيع أنّ شخصية المشتري لا اعتبار لها في التعاقد ، ويظل الإيجاب قائماً ما دامت البضاعة معروضة ، وللتاجر حق العدول عن هذا الإيجاب إمّا بسحب البضاعة من واجهة المحل أو إبقائها مع تغيير ثمنها⁽⁹²⁾.

فالتاجر يقصد من هذا الإعلان التعاقد في حدود مقدار ما عنده من بضاعة (أو عدد المساكن أو المحلات في عقد البيع بناء على التصاميم) ، فإذا وصل القبول بعد نفاذ البضاعة المعروضة ، كان وصوله بعد سقوط الإيجاب ، فلا يلتزم به التاجر ، أمّا إذا وصل القبول قبل نفاذ البضاعة المعلن عنها التزم التاجر بتنفيذه في حدود ما يكون باقياً لديه من البضاعة⁽⁹³⁾.

ويقول بعض الفقهاء⁽⁹⁴⁾، أنّ الإيجاب الموجه للجمهور لا بدّ فيه من ذكر الثمن التقديري والامتيازات الممنوحة وشروط العقد ، وقد اعتبره الدكتور أحمد حسن قداد (هذا

(92) المادة 15 من قانون رقم 02/04 المؤرخ في 23 يونيو 2004 والمتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية ، الجريدة الرسمية ، العدد 41 ، والتي تنصّ على ما يلي : "تعتبر كل سلعة معروضة على نظر الجمهور معروضة للبيع ، يمنع رفض بيع سلعة أو تأدية خدمة بدون مبرر شرعي ، إذا كانت هذه السلعة معروضة للبيع أو كانت الخدمة متوفرة... الخ".

(93) أحمد حسن قاسم ، المرجع السابق ، ص 67 إلى 69.

(94) مسكر سهام ، المرجع السابق ، ص 7

الإعلان) بمثابة إيجاب كامل موجه إلى الجمهور ، إلا أنه يشترط أن يتضمن بيانا مفصلا عن الأسعار وإلا اعتبر مجرد دعوة للتعاقد.

أما بخصوص الإعلان عن مشروع البيع على التصاميم ، فيقول الأستاذ عبد السميع الأودن « حتى ولو اعتبرنا الإعلان عن فتح باب الحجز في مشروع بناء عمارة مثلا مجرد دعوة للتعاقد ، فإذا استجاب إلى ذلك أحد الأشخاص ودخل في مفاوضات مع المعلن وانتهت هذه الأخيرة بالموافقة على الشروط المعلن عليها فتعتبر الموافقة حينئذ إيجابا صادرا منه ».

البند الثالث: صحة التراضي.

نلاحظ في هذا العقد الذي نحن بصدد دراسته، أنه يضم طرفين - بائع ومشتري- فالبايع كما سبق وأن أشرنا يكتسب صفة التاجر، أما المشتري فيكون إما شخصا مدنيا أو تاجرا، كما يمكن أن يكون البائع و المشتري شخصا طبيعيا أو معنويا. فالبايع باعتباره تاجرا ، لا بدّ من أن تتوفر فيه أهلية الاتجار، فإذا لم تتوفر لديه هذه الأهلية فإنه لا يعتبر تاجرا حتى ولو باشر أعمالا تجارية ، ويجب في هذه الحالة عدم الخلط بين انعدام الأهلية أو نقصها والمنع من امتهان التجارة مثل (الموظفين والأطباء والمحامين... الخ)، وتجدر الإشارة أنّ التقنين التجاري لم يشر إلى أهلية الاتجار مما يجعلنا نعود للقواعد العامة ، إذ يقضي التقنين المدني في المادة 40 منه بأنّ سنّ الرشد تتحدّد بتسع عشرة سنة كاملة ، وعلى ذلك فإنّ لكل شخص بلغ هذا السنّ الحق في مزاولة التجارة طالما كانت أهليته كاملة ، ولم يصب بعارض من عوارض الأهلية كالجنون والعته والسفه والغفلة.

أما بالنسبة للقاصر المرشد، فإنّ القانون يخوّله حق مباشرة أعماله التجارية وذلك في حدود الإذن الممنوح له، إلا أنّ المادة 06 من ق.ت.نصّ : "يجوز للتجار القصر المرخص لهم طبقا للأحكام الواردة في المادة 05 أن يرتبوا التزاما أو رهنا على عقاراتهم ، غير أنّ التصرف في هذه الأموال سواء كان اختياريا أو إجباريا لا يمكن أن يتمّ إلاّ بالتباع أشكال

الإجراءات المتعلقة ببيع أموال القصر أو عديمي الأهلية"⁽⁹⁵⁾، وبالتالي لا يمكن للقاصر المرشد من أن يكون مرقى عقاري أو متعاملا في الترقية العقارية لأنه لا يملك أهلية التصرف في عقاراته.

أمّا إذا كان البائع شخصا معنويا فيكتسب هو الآخر الأهلية التجارية وبالتالي يمكن لهذا الشخص أن يكون مرقى عقاري، كيف ذلك؟

إنّ تجمع عدد من الشركاء من أجل تأسيس شركة تهدف إلى مباشرة نشاط اقتصادي معين، وهذا من خلال شخص قانوني يبدو أمام الغير وحدة مستقلة عن أشخاصهم، وأول ما يقتضيه ذلك تمتع هذا الشخص بصلاحيّة اكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات⁽⁹⁶⁾، حيث يقوم هذا الشخص بتحديد حدود أهليته في العقد التأسيسي المنشأ له (الشركة)⁽⁹⁷⁾.

وفقا لذلك، فإنّ الشركة لا يمكن لها التصرف إلاّ في حدود الغرض المحدد لها في القانون الأساسي، والتي أنشأت من أجله، ولا تستطيع تغييره إلاّ بتغيير العقد التأسيسي⁽⁹⁸⁾، وعليه نستنتج ممّا سبق أنّ الشخص المعنوي، باكتسابه الأهلية القانونية يمكنه مباشرة أعمال الترقية العقارية⁽⁹⁹⁾.

كما يشترط أن تكون إرادة البائع سليمة من عيوب الإرادة (الغلط والتدليس والإكراه والغبن والاستغلال).

(95) نادية فضيل، القانون التجاري الجزائري، الطبعة الثامنة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006، ص 158 إلى 160.

(96) محمود مختار أحمد بريري، الشخصية المعنوية للشركة التجارية، الطبعة الثانية، دار الإشعاع للطباعة، مصر، 2002، ص 101.

(97) تنصّ المادة 3/50 من القانون المدني: "يكون لها خصوصا أهلية في الحدود التي يعينها عقد إنشائها أو التي يقرّها القانون".
"وعليه يشترط لممارسة نشاطات الترقية العقارية على كل شخص طبيعي أو معنوي وطني أو أجنبي مقيم أو غير مقيم التمتع بالأهلية القانونية للقيام بالأعمال القانونية، فبالإضافة للأهلية نجد القانون التونسي قد اشترط على المتعامل في الترقية العقارية طلب ترخيص من وزارة السكن".

مقتبس من نادية منصور، الترقية العقارية الخاصة (دراسة مقارنة)، مذكرة ماجستير، بن عكنون، الجزائر، 2001-2002، ص 58.

(98) فتيحة يوسف، أحكام الشركات التجارية، د.ط، دار الغرب للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص 45.

(99) تنصّ المادة 03 من المرسوم التشريعي 03/93 أنه: "يدعى كل شخص طبيعي أو معنوي يمارس النشاطات المذكورة في المادة 02 السابقة متعاملا في الترقية العقارية".

أما بخصوص المشتري، فيكون شخصاً طبيعياً مدنياً في غالب الأحيان، فيشترط فيه أهلية الأداء وليس أهلية الوجوب، أما الأولى فتعني قدرة الإنسان على مباشرة التصرفات القانونية بنفسه مع سريان آثارها في حقه⁽¹⁰⁰⁾.

كما يجب أن يكون الرضا سليماً من أي عيب قد يشوبه، ومن هذه العيوب من تعدم الإرادة (كالصبي غير المميز والعتة والجنون)⁽¹⁰¹⁾، فيكون هذا العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً، ومنها من تجعل الأهلية لمباشرة العقود أو التصرفات القانونية بصفة عامة ناقصة مثل (الصبي المميز والسفيه)⁽¹⁰²⁾ وذي الغفلة، وبالتالي يكون العقد المقدم عليه من طرف هؤلاء قابلاً للإبطال.

يشترط كذلك علم المشتري بالمبيع، والعلم المعتبر من جانب المشتري هو العلم السابق لانعقاد العقد، بشرط أن يبقى المبيع إلى وقت العقد على الحالة التي كان عليها وقت العلم.

فإذا لم يتحقق علم المشتري بالمبيع على النحو السابق بيانه، فإن البيع يكون قابلاً للإبطال⁽¹⁰³⁾.

نخلص في الأخير أنّ هذا الشرط لا ينطبق على عقد البيع بناء على التصاميم لأنّ المشتري في هذا العقد لا يرى العقار المبيع إلا على التصميم فقط، فما هو الجزاء المترتب عند مخالفة المرقى العقاري للتصاميم؟

تنصّ المادة 14 من المرسوم التشريعي 03/93: "لا تتمّ حيازة ملكية بناية أو جزء من بناية من المشتري إلاّ بعد تسليم شهادة المطابقة المنصوص عليها في القانون رقم 90-29 المؤرخ في 19 ديسمبر 1990...".

(100) سليمان بوزياب، مبادئ القانون المدني، الطبعة الأولى، المجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، 2003، ص 71.

(101) المادة 42 من القانون المدني.

(102) المادة 43 من القانون المدني.

(103) نبيل إبراهيم سعد، العقود المسماة (عقد البيع)، الطبعة الثانية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2003، ص 111 - 112.

لقد حاول المشرع أن يتفادى نقص هذا الشرط (العلم بالمبيع) في عقد البيع بناء على التصاميم (على اعتبار أنّ المحل غير موجود عند التعاقد) ، وذلك بتسليم شهادة المطابقة عند تسليم العقار المبيع، ففي حالة وجود نقص أو عيب في البناء ، يلزم المرقبي العقاري بإصلاح هذا العيب أو هذا النقص طبقا لشهادة المطابقة، أما إمكانية طلب إبطال العقد من قبل المشتري عند عدم مطابقة العقار المنجز للتصاميم ، فلم ينصّ المشرع الجزائري عليها

الفرع الثاني : المحل والسبب في عقد البيع بناء على التصاميم.

في هذا الفرع سوف نوجز الحديث عن كل من المحل والذي يعتبر الخاصية المميزة لهذا العقد عن باقي العقود الأخرى، كما سوف نتطرق لركن السبب، وذلك بإسقاط القواعد العامة على كليهما.

البند الأول : المحل في عقد البيع بناء على التصاميم.

ما يميّز هذا العقد هو عدم وجود المحل وقت إبرام العقد ، إذ أنّ البيع ينصبّ على بناية لم تنجز بعد وهذا ما يجعل محل هذا العقد شيئا مستقبليا⁽¹⁰⁴⁾ ، كما أنّ هذا العقد زمني يلعب فيه الزمن دورا مهما في تنفيذ التزامات كل طرف⁽¹⁰⁵⁾.

إنّ المقصود بكلمة بناية بالمفهوم التقني والاصطلاحي ينصرف إلى مجموع الشقق المشتركة لوحدة واحدة مثل العمارة أو المجمع، وهي موضوع الملكية المشتركة بين المشتريين، والتي نظمها المشرع في المواد من 743 إلى 756 مكرر 1 ق.م⁽¹⁰⁶⁾ ، إلا أنّ كلمة بناية تنصرف أيضا إلى المنزل المنفرد وهو ما عبّر عنه المرسوم التنفيذي 58/94 بالبنائة الفردية⁽¹⁰⁷⁾.

⁽¹⁰⁴⁾ تنصّ المادة 1/92 ق.م : "يجوز أنّ يكون محل الالتزام شيئا مستقبليا ومحققا".

⁽¹⁰⁵⁾ قاشي غلال ، المرجع السابق ، ص 125.

⁽¹⁰⁶⁾ المرسوم التنفيذي رقم 666/83 المؤرخ في 12 نوفمبر 1983 الذي يحدّد القواعد المتعلقة بالملكية المشتركة وتسيير البنائيات الجماعية .
الجريدة الرسمية ، العدد 47 (المؤرخة في 15 نوفمبر 1983).

⁽¹⁰⁷⁾ زيروتي الطيب ، حماية مشتري العقار في البيع على التصاميم ، المرجع السابق ، ص 56.

ويرى الدكتور علي علي سليمان بأنّ البناء هو "مجموعة من المواد سواء من الحجارة أو من الطوب أو من الخشب أو من الحديد أو من الطين ، شيدها الإنسان فوق الأرض أو في باطنها ، واتصلت بالأرض اتصال القرار مهما كان الغرض من إنشائها ، ومدّة استقرارها ودوامها" (108).

ولكن إذا اقتصر عمل المرقى العقاري على تجديد البناء ، فهل يمكن اعتبار إجراء لمسات بسيطة دون المس بمثانة البناء وقواعده الأساسية كزخرفة وإعادة الدهن أو الترميم أو تغيير التوزيع الداخلي للغرف أو إضافة أشياء جديدة كالمصاعد أو السلالم يباعا على التصاميم أو يجب أن تشتمل الأعمال المنجزة على قدر من الأهمية النوعية ؟ (109).

لم يفصل المشرع الجزائري في هذه المسألة، إنما اكتفى بالنص على أن يكون محل العقد جزءا من البناية دون أن يوضّح ما المقصود بجزء من البناية.

أما الفقه فيرى (110)، أنّه إذا كانت أعمال البناء تشتمل على عملية التعلية وكذا عملية التوسع والترميم والتي تستدعي إعادة البناء ، وبالتالي تجديد البناية طبقا للتصاميم فإنّ هذه العمليات تدخل ضمن هذا العقد، أمّا إذا كان البناء لا يستدعي الإنجاز بل إعادة ديكور فقط ، فهنا لا تعتبر هذه الأعمال البسيطة داخلة ضمن عقد البيع بناء على التصاميم.

لقد اشترط المشرع الفرنسي أن يكون العقار غير مشيد بعد ، فهو يخضع لعمليات تجديد البناء لقواعد بيع العقار بعد التشييد وليس لقواعد بيع العقار قبل الإنجاز، إلا أن فريقا من الفقه الفرنسي يذهب إلى تطبيق القانون رقم 03-67 المتعلق ببيع العقار تحت الإنشاء على عملية التجديد، إذا كانت هذه العملية تشمل العقار بأكمله وتستدعي إعادة بنائه ، أو كانت ذات أهمية تشمل أعمال ضخمة ومهمة في التجديد طبقا لمفهوم المادة 10-261 من قانون البناء والسكن.

(108) مسكر سهام، المرجع السابق، ص 45.

(109) زيروقي الطيب ، حماية كشتري العقار في البيع على التصاميم ، المرجع نفسه ، ص 56.

(110) مسكر سهام ، المرجع السابق ، ص 46.

سوّى المشرع الجزائري في (المادة 2 من المرسوم التشريعي 03/93)، الحكم بين العقار المخصص للسكن والعقار الخاص بممارسة نشاط صناعي أو تجاري أو حرفي ، وجعل نشاط الترقية العقارية في هذا الشأن كله محميا ، تسري عليه أحكام المرسوم التشريعي 03/93 والأحكام المقررة في المرسوم التنفيذي 58/94 ، بغرض تشجيع الاستثمار في هذا القطاع وحماية المشتري المستفيد في ذات الوقت ، وهذا على خلاف المشرع الفرنسي الذي خصّ المحلات المباعة المتعلقة بالسكن بحماية أكثر، حيث أطلق عليها القطاع المحمي secteur protégé ونظّمها تنظيما آمرا لحماية المستفيد في مجال السكن وأطلق على المحلات الأخرى والمتعلقة بالنشاط الحرفي والصناعي والتجاري بالقطاع الحرّ secteur libre⁽¹¹¹⁾.

والملاحظ أنه قد لا يتحقق وجود المحل ، إذ قد تحدث ظروف من شأنها أن تمنع انطلاق الأشغال أو توقفها وتحويل دون انتهائها سواء بفعل البائع أو بسبب خارج عن إرادته (كالقوة القاهرة أو عمل الغير) ، وإمكانية الوجود لا تعني بتاتا تحقق المحل ، ولا تعني استحالته والتي تجعل العقد باطلا بطلانا مطلقا لتخلف ركن من أركانه ، بل تعني نوعا من المجازفة في وجود المحل المبيع وهذا ما يميّز هذا العقد، إلا أن المرسوم التشريعي 03/93 قد خصّ هذه المجازفة بضمانات لم يخص بها المشتريين الآخرين في باقي أنواع البيع، إذ ألزم البائع باكتتاب ضمان لدى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة ، ليتمكن المشتري من استرجاع ما دفعه من دفعات الثمن، إذا ما عدل المرقبي العقاري عن البيع أو أفلس ، وقد حوّل للمشتريين كذلك امتيازات من الدرجة الأولى على هذه العقارات التي هي في طور الإنجاز، عند عجز المرقبي العقاري عن مواصلة الإنجاز أو إفلاسه ، كذلك خول لهم حق متابعة الإنجاز.⁽¹¹²⁾

البند الثاني : السبب في عقد البيع بناء على التصاميم.

⁽¹¹¹⁾ زيروتي الطيب ، حماية كشتري العقار في البيع على التصاميم ، المرجع السابق ، ص 56 - 57.

⁽¹¹²⁾ قاشي علال ، المرجع السابق ، ص 125.

يعرف الفقهاء السبب بأنه : "الغاية المباشرة التي يقصد إليها الملتزم من التزامه الإرادي"، وهو بهذا المعنى يتأكد لنا أنه من طبيعة معنوية ، وبالتالي يعتبر عنصرا من عناصر الإرادة ، ولكن بعض القوانين يجعلون من السبب أمرا له وجود مستقل عن الإرادة ، وبالتالي اشترطت لوجوده أن يكون موجودا وصحيحا ومشروعا ، وهي نفس الشروط الواجب توافرها في المحل (113).

كما قد عرّف فقهاء آخرون السبب على أنه الغرض الذي يقصد الملتزم الوصول إليه وراء رضائه بتحمل الالتزام.

والسبب حسب النظرية التقليدية التقليدية هو الغرض القريب المباشر الذي قصده الملتزم من وراء التزامه دون الأغراض البعيدة والتي قد تدفع الملتزم هي الأخرى إلى تحمل الالتزام، أما النظرية الحديثة للسبب فقد وسّعت من اعتبارات النظام العام والآداب العامة حيث جعلت منها قيودا على الإرادة ، تحدّ من انحرافها فتعمل دون مخالفتها لأسس المجتمع وأخلاقه (114). ويتضح أنّ التقنين المدني الجزائري (115) ، يأخذ بالسبب ويجعله أمرا جوهريا في التعاقد كغيره من القوانين اللاتينية، فإذا تخلف السبب في التعاقد أو كان غير مشروع وقع العقد باطلا، ومّا تقدّم يتبيّن لنا أنّ المشرع الجزائري قد أخذ بالنظرية الحديثة والتقليدية في آن واحد (116).

وباعتبار أنّ عقد البيع بناء على التصاميم هو من العقود الملزمة للجانبين ، فلكل من المتعاقدان سبب لالتزامه ، فسبب التزام البائع هو الثمن وسبب التزام المشتري هو نقل ملكية البناية المبيعة إليه، ولذلك يجب أن يتوفر في سببهما الشروط السابق ذكرها.

الفرع الثالث : الشكلية في عقد البيع بناء على التصاميم.

(113) خليل أحمد حسن قداد ، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري ، الجزء الأول ، الطبعة الثانية ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر، 2005 ، ص 73.

(114) محمد صبري السعدي ، شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، الطبعة الثانية، دار الهدى، الجزائر، 2004، ص 222 إلى 233.

(115) تنصّ المادة 97 من ق.م. على أنه : "إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام والآداب كان العقد باطلا".

(116) محمد صبري السعدي ، المرجع السابق ، ص 237.

لكي ينشأ العقد صحيحا يجب أن تتوفر فيه الأسس اللازمة لوجوده أي أركانه وهي : التراضي ، المحل ، والسبب ، ولكن قد يضيف القانون لهذه الأركان الثلاثة ركنا رابعا وهو الشكل، وقد ألزم المشرع الجزائري البيوع العقارية على سبيل المثال بصّبها في قالب رسمي وهذا إعمالا لنص المادة 324 مكرر 1 من ق.م (117).

كما عرفت الشريعة الإسلامية هي الأخرى الكتابة في إثبات بعض التصرفات كالديون والرهن والوصايا على سبيل المثال ، بحيث استند الفقهاء على ما جاء في مصادر الشريعة الإسلامية لاسيما الحكم القرآني الوارد في سورة البقرة⁽¹¹⁸⁾ ، والتي نصّت على الأصل العام في الإثبات، وهو الكتابة في المعاملات المدنية⁽¹¹⁹⁾.

كما يمكن تعريف الرسمية أنّها : "تلك التي تصدر عن أشخاص لهم صفة الضابط العمومي والذي يستمدّ من القانون مهمّة المعاينة والتحقيق بصفة رسمية ، عن وقائع معينة" ، وهكذا تكون رسمية العقود الإدارية والسياسية الصادرة عن السلطة التشريعية والتنفيذية ، عقود الأحكام القضائية والعقود الشبه قضائية، وعليه فإنّ العقد الرسمي هو الذي يتلقاه الضابط العمومي ويحرره بمراعاة المراسيم والشكليات الواجبة⁽¹²⁰⁾.

فما هي المراحل التي يمرّ عليها عقد البيع بناء على التصاميم حتى نقول أنه استوفى ركن الشكلية ؟

البند الأول: تحرير العقد أمام الموثق.

لقد عرّف المادة 05 من القانون رقم 27/88 الصادر بتاريخ 12 جويلية 1988 والمتعلق بتنظيم مهنة التوثيق ، الموثق بقولها : "ضابط عمومي يتولّى تحرير العقود التي يحدّد القانون صيغتها الرسمية وكذا العقود التي يودّ الأطراف إعطاءها هذه الصيغة... الخ".

(117) حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية في التشريع الجزائري، د.ط، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2000، ص 100.

(118) الآية الكريمة 282 من سورة البقرة.

(119) حسين بطيحي ، الكتابة الرسمية كوسيلة إثبات ، المجلة الدورية للموثق ، العدد 1 ، الجزائر، جوان 2001 ، ص 15.

(120) سباح محمد ، التوثيق والعقود الرسمية ، المجلة الدولية للموثق ، العدد 5 ، الجزائر، ديسمبر 1998 ، ص 20.

الراجح من هذه المادة، أنّ الموثق ضابط عمومي، خوّله المشرع الصلاحيات اللازمة لتلقي العقود التي تتعلّق بإرادة الأطراف، وممارسة جزء من السلطة العمومية التي فوّضتها له الدولة، حيث أنّه يضيف الصيغة الرسمية على العقود التي يتلقاها⁽¹²¹⁾.

وعلى هذا الأساس يقوم المرقي بدعوة المستفيدين من السكنات عند الموثق، من أجل تحرير عقد البيع بناء على التصاميم في ورقة رسمية وهذا بحضور الشهود، ويكون تحرير هذا العقد وفقا للنموذج الذي أقرّه المشرع في المرسوم التنفيذي رقم 58/94.

وقد اشترط المشرع في تحرير عقد البيع بناء على التصاميم تحت طائلة البطلان بعض البيانات الإلزامية وهي :

أوّلا : العناصر الثبوتية للحصول على رخصة البناء.

إنّ الحصول على رخصة البناء تعتبر أكبر ضمانة ملكية الوعاء العقاري من قبل المرقي العقاري، ومدى احترام البائع لمتطلبات حفظ الصحة والأمن، والطمأنينة ولقواعد البناء والتعمير، وهذا حرصا من المشرع على تجنب البناءات الفوضوية غير المرخص بها⁽¹²²⁾.

وبالنظر إلى خصوصية عقد البيع بناء على التصاميم، فقد اشترط المشرع إرفاق العقد برخصة البناء، إضافة إلى التصاميم سواء في حالة البناية الفردية أو الجماعية، حتّى يكون البناء مشروعا، ولتمكين المشتري من الاطّلاع عليها وتحديد حقوقه والتكاليف المفروضة عليه.

ثانيا : وصف البناية ومشمّلاتها.

لابدّ على المتعامل في الترقية العقارية من وصف البناية وصفا دقيقا، وذلك من خلال التصاميم المعدّة مسبقا من طرف المهندس المعماري، مع البيان الوصفي للملكية المشتركة في حالة البناية الجماعية، أمّا بالنسبة للبناية الفردية فتضاف إليها وصف مجموعة

(121) سباغ محمد، المرجع نفسه، ص 20.

(122) المواد من 52 إلى 56 من قانون 29/90 المؤرخ في 1 ديسمبر 1990، المعدل والمتمم بالقانون رقم 04/05 المؤرخ في 04 أوت 2004 والمتعلق بالتهيئة والتعمير، الجريدة الرسمية رقم 51.

القطع الأرضية التي بنيت عليها الدار الفردية ، من تحديد لمساحتها وترقيم لكل جزء وفقا للقرار المتضمن لرخصة التجزئة⁽¹²³⁾.

ثالثا : آجال التسليم وعقوبات التأخير.

لا بدّ أن يتضمن العقد أجلا لتسليم البناية المبيعة وكذلك العقوبات المترتبة عند التأخر في التسليم⁽¹²⁴⁾.

رابعا : السعر التقديري وكيفيات مراجعة الثمن.

كما أنه لا بدّ من أن يتضمن العقد السعر التقديري للبناية المبيعة ، وكذلك وكيفيات مراجعة الثمن ، وهذا عندما تطرأ ظروف معينة سواء اقتصادية أو طبيعية مثل زيادة سعر مواد البناء ، فهي تزيد أو تنقص من السعر التقديري للبناية ، كما أنه يجب على كل من المتعامل والمشتري أن يتفقا على نسبة معينة للمراجعة حيث يلتزم كل واحد منهما بعدم مجاوزة هذه النسبة⁽¹²⁵⁾.

خامسا : شروط الدفع وكيفياته.

إنّ عقد البيع بناء على التصاميم هو من العقود التي يلعب فيها الزمن دورا هاما في تنفيذ الالتزامات ، لذلك يجب أن يتفق الطرفان على شروط الدفع مثل طريقة الدفع أو كيفية الدفع (إمّا نقدا أو عن طريق شيك بالمبلغ)، إلا أن المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني تقول أن الثمن كأصل عام يدفع كاملا أمام الموثق ، إلا أنه ابتداء من صدور قانون 02/97 المؤرخ في 1997/12/01 المتضمن قانون المالية لسنة 1998 أصبح خمس الثمن فقط يدفع أمام الموثق ، أمّا في ما يتعلق بعقد البيع بناء على التصاميم ، فإنّ كل من القسط الأوّل والأخير يدفع أمام الموثق.

سادسا : الضمانات القانونية ودعم الالتزامات التعاقدية.

⁽¹²³⁾ مسكر سهام ، المرجع السابق ، ص 50.

⁽¹²⁴⁾ المادة 3 من المرسوم التنفيذي 58/94.

⁽¹²⁵⁾ المادة 6 من المرسوم التنفيذي 58/94.

لا بد على المرقى العقاري من تقديم جميع التأمينات التي قام باكتتابها، أمام الموثق، مثل تقديمه شهادة الضمان لدى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة، وشهادة التأمين على المسؤولية العشرية.

يطلع المشتري على ملف إنجاز التجمع العقاري وعلى التصاميم وعلى العقار محل الإنجاز، ويعلن صراحة قبوله للشراء، ودفع التكاليف المترتبة عن ذلك دون أي تحفظ، بالمقابل يصرح البائع من جهته ببيعه للبناء، مع التزامه بالضمانات القانونية في هذا المجال لاسيما الواردة في العقد.

وعلى الموثق أن يتأكد من أنّ الأملاك العقارية المباعة ليست محلّ أية منازعة أو أنّها ليست مثقلة بقيد امتياز أو رهن، ويلزم البائع بأن يضمن للمشتري أي نزاع لما يكون تحت يده.

وفي الأخير يوقع الطرفان المتعاقدان والشهود والموثق على العقد بعد قراءته وتفسيره لهما، ويتمّ تحريره باللغة العربية طبقاً لنص المادة 2/18 من قانون التوثيق⁽¹²⁶⁾.

البند الثاني: تسجيل العقد.

كل العقود التي يتلقاها الموثق واجبة التسجيل حسب الترتيبات التي ينصّ عليها قانون التسجيل.

كما أنّ التسجيل يحقق وظيفتين وهما مراقبة الإدارة للعقود وقبض الرسوم القانونية المفروضة على العقد⁽¹²⁷⁾.

تسجيل العقد يكون لدى مفتشيه التسجيل والطابع المختصة، وهذا خلال شهر ابتداء من تاريخ تحرير العقد لدى الموثق حسب المادتين 58، 75، من الأمر رقم 105/76 المؤرخ في 1976/12/09 والمتضمن لقانون التسجيل.

(126) مسكر سهام، المرجع السابق، ص 52 - 53.

(127) بردان رشيد، المعاملات العقارية والإشكالات التي تعترض العقد التوثيقي، يوم دراسي حول العقد التوثيقي والإشكالات القانونية في المعاملات العقارية والإيجار التجاري، يوم 22 ماي 2005، الغرفة الجهوية لموثقي الغرب، سيدي بلعباس، الجزائر، 2005، ص 7.

وبالرجوع إلى نص المادة 252 من الأمر السالف الذكر، فإنّ الرسم على العقد يقدر بـ 5% من ثمن البيع الصافي والتي تحسب بالطريقة التالية:

$$[\text{الثلث التقديري} + \text{ثمن المراجعة}] - \text{مستحقات الموثق (مصاريف كتابة العقد)} \times 5\%$$

أما نصّ المادة 5/258 فإنّها تعفي من هذا الرسم عقود بيع العقار المخصص للاستعمال السكني في إطار نشاطات الترقية العقارية ، فعمومية هذا النص يجعلنا نطبق هذا الإعفاء على عقد البيع بناء على التصاميم في إطاره الترقوي والتساهمي ، إلا أنّ المادة 20 من القانون رقم 21/04 المؤرخ في 2004/12/29 المتضمن لقانون المالية لسنة 2005 تنصّ : "تعفى من الرسم حق نقل الملكية المنصوص عليها في المادة 252 من قانون التسجيل عمليات بيع البنايات ذات الاستعمال الرئيسي للسكن التي تنازلت عليها الدولة والهيئات العمومية للسكن حسب إجراء البيع بالإيجار والسكن الاجتماعي التساهمي والسكن الريفي ، وعليه فإنّ نصّ هذه المادة يخصص ما جاء في نصّ المادة 5/258 ، بحيث يقصر من الإعفاء من رسم نقل الملكية على كل من السكنات الاجتماعية التساهمية (LSP) المتنازل عليها من قبل الدولة والهيئات العمومية للسكن، بمعنى السكنات التساهمية التابعة للترقية العقارية العمومية، هي وحدها المستفادة من إلغاء هذا الرسم، دون السكنات التابعة للترقية العقارية الخاصة⁽¹²⁸⁾، والسكنات الترقوية التابعة للقطاع العام.

وكأصل عام فإنّ المشتري يخضع لنفقات التسجيل والطابع والتوثيق وغيرها ما لم تكن هناك نصوص قانونية تقضي بغير ذلك⁽¹²⁹⁾ ، إلا أنّ المادة 05 من المرسوم التشريعي رقم 28/94 المؤرخ في 1994/05/26 المتضمن لقانون المالية التكميلي لسنة 1995 تقضي أنّ تحمل الرسوم يكون بالتضامن ما بين البائع والمشتري إلا أنّ هذه القاعدة ليست من النظام العام وبالتالي يجوز مخالفتها⁽¹³⁰⁾.

(128) مسكر سهام ، المرجع السابق ، ص 55.

(129) المادة 393 من القانون المدني .

(130) تنص المادة 05 من المرسوم التشريعي 28/94 على ما يلي : "يتحمل الرسوم المفروضة على العقود المدنية والقضائية التي تتضمن نقل الملكية وحق الانتفاع بالمنقولات أو العقارات ، كما هي محدّدة بموجب هذا القانون بالتضامن بين أطراف العقد التي يتعيّن عليها إجراء توزيع عادل ومنصف... الخ".

كما أنه في عقد البيع بناء على التصاميم ، البائع معفى من ضريبة فائض القيمة حسب المواد 192 ، 194 من المرسوم التشريعي 28/94 السالف الذكر⁽¹³¹⁾.

البند الثالث: شهر عقد البيع بناء على التصاميم.

يختص الإشهار العقاري بالعمليات القانونية الواردة على العقارات ، ويهدف إلى إعلام الغير عن الوضعيات القانونية للعقارات، وقد أخذ المشرع الجزائري بنظام السجل العقاري بمقتضى الأمر رقم 74/75 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975 ، هذا الأمر الذي وضع حيز التطبيق بمقتضى المرسومين 62/76 و63/76 المؤرخين في 25 مارس 1976⁽¹³²⁾.

ولقد نصّت المادة 793 من القانون المدني " أن الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار لا تنتقل بين المتعاقدين ولا في حق الغير ، إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينصّ عليها القانون وبالأخص تلك التي تدير مصلحة الشهر العقاري"⁽¹³³⁾.

ويفهم من هذا النص أن القيد، هو شرط لنقل الملكية وأكدت على هذا المبدأ المادة 16 من الأمر رقم 74/75 السالف الذكر والمتضمن قانون المسح العام للأراضي وتأسيس السجل العقاري والتي تنصّ على ما يلي : "أنّ العقود الإدارية والاتفاقات التي ترمي إلى إنشاء أو نقل أو تعديل أو إنهاء حق عيني لا يكون لها أثر حتى بين الأطراف إلا من تاريخ نشرها في البطاقات العقارية".

ويفهم من هذين النصين أنه وبغض النظر عن نوع التصرف وعن صفة الشخص أو الجهة التي أصدرته، وسواء كان كاشفا أو منشئا للحق فإنه لا وجود له إلا بقيده بمصلحة الشهر⁽¹³⁴⁾.

(131) مسكر سهام ، المرجع السابق ، ص55.

(132) راجع تفصيل ذلك، محمد بركي ، التوثيق والإشهار العقاري ، مجلة الموثق الدورية (الملتقى الوطني الأول للعشرية الأولى للتوثيق) ، العدد 6 أبريل 1999 ، ص 28.

(133) عبد الحميد بن عبيدة، إثبات الملكية العقارية والحقوق العينية العقارية في التشريع الجزائري، د.ط، دار هومة، الجزائر ، 2003 ، ص 59.

(134) زروقي ليلي ، التصرفات القانونية الواجبة الشهر والآثار القانونية المترتبة عن القيد ، مجلة الموثق الدورية ، العدد 5 ، ديسمبر 1998 ، ص 13.

وبناء على ما تقدّم يتبيّن لنا أنّ عقد البيع بناء على التصاميم لا يمن أن نسميه عقداً إلاّ بعد استيفاءه الإجراءات السالفة الذكر والتي تختتم بالشهر ، وعلى الموثق القيام بإجراءات الشهر خلال الآجال المحدّدة (المادة 90 من المرسوم التنفيذي رقم 63/76 المؤرخ في 25 مارس 1976 والمتعلق بتأسيس السجل العقاري) . أمّا بالنسبة لرسم الشهر المقدر بـ 1% ، فهو ملغى بمقتضى المادة 22 من قانون رقم 12/04 المؤرخ في 2004/12/22 والمتضمن لقانون المالية لسنة 2005 والمعدّلة للمادة 353 من قانون التسجيل⁽¹³⁵⁾ السالف الذكر.

المطلب الثاني : الإجراءات الإدارية والمالية المتبعة من قبل الأطراف المتعاقدة.

بالإضافة إلى الأركان الأربعة (التراضي ، المحل ، السبب ، الشكلية) ، والتي يجب توفرها في عقد البيع بناء على التصاميم ، لا بدّ من مراعاة بعض الإجراءات الإدارية مثل تحصل البائع على شهادة التعمير ورخصة البناء ورخصة التجزئة ، و الوثائق المتطلبة لتحضير ملف المشتري المتعلق بشراء العقار، كما أنّه لا بدّ من توافر إجراءات مالية مثل ضرورة اكتتاب المرقي العقاري تأمينات ، إضافة إلى الإجراءات اللازمة لتمويل المشروع واستفادة البائع من الإعانات الممنوحة من قبل الصندوق الوطني للسكن (CNL) ودعمها المالي للمشتري ، ومن مبلغ القرض الممنوح لهذا الأخير، فماهو إذن مضمون كل من الإجراءات الإدارية (الفرع الأول) والمالية (الفرع الثاني) المتبعة من قبل الأطراف المتعاقدة ؟.

الفرع الأول : الإجراءات الإدارية المتبعة من قبل الأطراف المتعاقدة.

يجب على البائع أن يقوم باستخراج بعض الوثائق الإدارية الضرورية، وهذا قبل اكتتاب العقد وشهره لدى المحافظة العقارية، وإلا تعرض للمسائلة القضائية.

⁽¹³⁵⁾ مسكر سهام ، المرجع السابق ، ص 57.

كما يمكن للمشتري هو الآخر استخراج بعض الوثائق للاستفادة من الدعم المالي، لكنه ليس ملزماً بذلك وبالتالي لا يتعرض للمسائلة القضائية في حالة عدم تحصيله عليها كما هو الحال بالنسبة للبائع.

وعليه سوف نتعرض أولاً إلى الوثائق الإدارية المستخرجة من قبل البائع وهذا في (البند الأول)، أما (البند الثاني) فسوف نخصه إلى الوثائق الإدارية المستخرجة من قبل المشتري.

البند الأول: الوثائق الإدارية المستخرجة من قبل البائع.

سوف يكون لنا حديث في هذا البند عن شهادة التعمير ورخصة التجزئة ورخصة البناء، فما هي الشروط الواجب توافرها لكي يتحصل البائع على هذه الشهادات. أولاً: شهادة التعمير.

"يمكن لكل شخص طبيعي أو معنوي معني ، قبل الشروع في الدراسات ، أن يطلب شهادة للتعمير تعين حقوقه في البناء والارتفاعات التي تخضع لها الأرض المعنية"⁽¹³⁶⁾.

يعد هذا الإجراء الذي يقرره هذا النص، إجراء مستحدث لشهادة التعمير قرره المشرع بموجب قانون 29/90 المتعلق بالتهيئة والتعمير متأثراً في هذا الخصوص بالمشرع الفرنسي.

إنّ قوانين التعمير والبناء قد تشعبت وتغيّرت بشكل كبير إلى حدّ أنّها قد تتسم في بعض الأحيان بعدم الوضوح ، ولعلّ شهادة التعمير تساعد بدرجة كبيرة في دفع الغموض الظاهر في تلك التشريعات ، وعلى هذا الأساس فإنّ شهادة التعمير تستهدف تحقيق غرضين هما : الأول إعلامي و الثاني توفير الحماية القانونية لصاحبها⁽¹³⁷⁾.

⁽¹³⁶⁾ المادة 51 من قانون 29/90 المتعلق بالتهيئة والتعمير السالف الذكر.

⁽¹³⁷⁾ محمد سبتي ، رخصة البناء في القانون الجزائري ، مذكرة ماجستير ، تخصص إدارة ومالية ، جامعة الجزائر ، 2001-2002 ، ص 22

غالباً لا يلجأ البائع لاستخراج شهادة التعمير ، كون الأرض محل الإنجاز يشملها مخطط شغل الأراضي الذي يحدّد بالتفصيل حقوق استخدام الأرض والبناء والمظهر الخارجي للبناء والارتفاعات (المادة 31 وما بعدها من قانون 29/90)، خصوصاً في المناطق الحضرية ، لكنه قد يحتاج لاستخراجها في المناطق غير الموضحة في مخطط شغل الأراضي⁽¹³⁸⁾.

يجب أن يشتمل طلب شهادة التعمير على البيانات التالية : موضوع الطلب ، هوية مالك الأرض ، الموقع ، المساحة ، كما أنّ هذا الطلب يودع في البلدية مقابل وصل إيداع وتسلم⁽¹³⁹⁾ الشهادة بعد دراسة الطلب خلال شهرين من إيداع الطلب (المادة 4، 1/3 من المرسوم التنفيذي 176/91).

كما أنّ شهادة التعمير تبين ، أنظمة تهيئة التعمير المطبقة على القطعة الأرضية ، والارتفاعات المدخلة عليها ، وخدمتها بشبكات من الهياكل القاعدية العمومية الموجودة أو المتوقعة (المادة 2/4 من المرسوم التنفيذي رقم 176/91 السالف الذكر)⁽¹⁴⁰⁾، إنّ مدّة صلاحية هذه الشهادة هي سنة واحدة ابتداء من تاريخ التبليغ⁽¹⁴¹⁾.

كما تنصّ المادة 06 من المرسوم التنفيذي رقم 176/91 "يمكن لصاحب شهادة التعمير عند عدم اقتناعه بالردّ الذي يبلغ له أو في حالة سكوت السلطة المختصة خلال الآجال المطلوبة أن يتقدّم بطعن سلمي أو يرفع دعوى لدى الجهة القضائية المختصة". وعملاً بنصّ المادة 79 من المرسوم التنفيذي رقم 03/06 المذكور أعلاه فإنّه تمّ إنشاء لجنة مراقبة على مستوى كل وزارة وولاية وبلدية مكلفة بدراسة طلبات عقود التعمير والإشراف

⁽¹³⁸⁾ مسكر سهام ، المرجع السابق ، ص 60.

⁽¹³⁹⁾ المرسوم التنفيذي رقم 176/91، المؤرخ في 28 ماي 1991 المتضمن كليات تحضير شهادة التعمير ورخصة التجزئة وشهادة التقسيم

ورخصة البناء وشهادة المطابقة ورخصة الهدم وتسليم ذلك، الجريدة الرسمية رقم 26

⁽¹⁴⁰⁾ تنص المادة 02 من المرسوم التنفيذي 03/06 المؤرخ في 03/06/2006 المعدلة والمتممة لنص المادة 04 من المرسوم التنفيذي رقم

176/91 السالف الذكر، "...إضافة للبيانات السالفة الذكر... مع إظهار الأخطار الطبيعية التي يمكن أن تمس الموقع المعني وكذا الأخطار التي

تم التعرف عليها أو الموضوعة على الخرائط والتي تؤدي إلى تحديد أو إقصاء قابلية إقامة المشروع على القطعة الأرضية"، مقتبس من أ. مسكر

سهام، المرجع السابق ، ص 60.

⁽¹⁴¹⁾ قاشي علال ، المرجع السابق ، ص 123 - 124.

على الأشغال طبقاً للرخص المسلمة ومتابعة العرائض المقدمة لدى السلطة المختصة في ميدان تسليم رخص التعمير.

والملاحظ أنّ المرسوم التشريعي 03/93 لم يشترط على البائع استخراج شهادة التعمير ، وبالتالي هي اختيارية بالنسبة للبائع ، وهذا لوجود مخطط شغل الأراضي التي توضع فيه كل التفاصيل المتعلقة بالعقار والتي تعتبرها البديل لهذه الشهادة لاسيما وأنّ المهندس واضع التصميم يراعي مخطط شغل الأراضي وطبيعة المنطقة العمرانية وقواعد البناء والتعمير ، لكن من الضروري استخراجها في حالة ما إذا كان العقار لا يشمل هذا المخطط⁽¹⁴²⁾.

ثانياً: رخصة التجزئة.

في الحالة التي يكون فيها المرقي العقاري (البائع) يملك الوعاء العقاري ويريد تجزئته إلى أجزاء لكي يشيّد بناء على جزء ويترك الآخر فضاء ، فإن رخصة التجزئة تعدّ إجبارية بالنسبة لكل قسمة وهذا وفقاً للمادة 57 من قانون التهيئة والتعمير 29/90 وكذا المادة 07 من المرسوم التنفيذي رقم 176/91 .

يقدم طلب الحصول على رخصة التجزئة إلى مصلحة التعمير بالبلدية مرفقاً بعقد الملكية ومخطط التجزئة والمواصفات الهندسية للقطعة وكذا الحدود والمساحة والمخطط المستقبلي للقطعة بعد التجزئة، من ثم يرسل طلب رخصة التجزئة والوثائق المرفقة به في جميع الحالات في خمس نسخ إلى رئيس المجلس الشعبي البلدي⁽¹⁴³⁾ ، وقد يكون إصدار رخصة التجزئة من اختصاص رئيس المجلس الشعبي البلدي والذي يتصرف باعتباره ممثلاً للدولة.

كما يبلغ المقرر المتضمن رخصة التجزئة إلى صاحب الطلب في غضون الأشهر الثلاثة الموالية لتاريخ إيداع الطلب وذلك عندما يكون تسليم رخصة التجزئة من اختصاص

⁽¹⁴²⁾ مسكر سهام ، المرجع السابق ، ص 61.

⁽¹⁴³⁾ المادة 10 من المرسوم التنفيذي رقم 176/91 السالف الذكر.

رئيس المجلس الشعبي البلدي باعتباره ممثلاً للبلدية، وفي غضون أربعة أشهر في جميع الحالات الأخرى⁽¹⁴⁴⁾.

ثالثاً : رخصة البناء.

يعرف الفقه رخصة البناء بوجه عام، بأنها عبارة عن قرار إداري تصدره جهة مختصة بتنظيم المباني تآذن فيه بإجراء معين يتعلّق بالمبنى الذي يصدر بشأنه، كما يمكن تعريفها بأنها تصرف إداري إنفرادي غايته الأصلية أن تتأكد الإدارة من أنّ المشروع أو أشغال البناء موضوع طلب رخصة البناء لا يخالف الأحكام القانونية والأنظمة الموضوعية للبناء والتعمير، وتأسيساً على ذلك تعتبر رخصة البناء من رخص الضبط⁽¹⁴⁵⁾.

أمّا المشرع فقد اكتفى في المادة 52 من قانون رقم 29/90 المتعلق بالتهيئة والتعمير بالقول أنّها ترخيص إداري تسلمه سلطة مختصة بذلك لإنجاز أو تشييد أي بناء جديد مهما كان نوعه بما فيه جدران الإحاطة أو أي تعديل في بناية يتعلّق بالمظهر الخارجي. ولمنح هذه الرخصة الإدارية حدّد المشرع جملة من الشروط منها ما يتعلّق بالطالب، ومنها ما يتعلّق بالجهة التي تمنح هذه الرخصة وشروط تتعلّق بنوع البناء وما يجب أن يحتوي عليه الملف التقني الذي يقدّم للإدارة⁽¹⁴⁶⁾.

1- الشروط الخاصة بالطالب والبنية :

- يجب أن يكون طالب الرخصة مالكا للبناء أو الأرض حسب الأحوال أو مؤكلاً عن المالك⁽¹⁴⁷⁾، ويجب أن يستظهر عندئذ الوثائق التالية لدعم طلبه :
- إمّا نسخة من عقد الملكية أو نسخة من شهادة الحياة على النحو المنصوص عليه في القانون رقم 25/90 المؤرخ في 18/11/1990 المتضمن التوجيه العقاري.
- أو توكيلاً طبقاً لأحكام القانون المدني.

⁽¹⁴⁴⁾ المادة 15 و 17 من المرسوم التنفيذي رقم 176/91 السالف الذكر.

⁽¹⁴⁵⁾ محمد سبتي، رخصة البناء، المرجع السابق، ص 8.

⁽¹⁴⁶⁾ حمدي باشا عمر، رخصة البناء، مجلة الموثق، الجزائر، العدد 8 لسنة 2002، ص 31.

⁽¹⁴⁷⁾ المادة 50 من قانون 29/90 والمادة 34 من المرسوم التنفيذي 176/91 السالف الذكر.

- نسخة من العقد الإداري الذي ينصّ على تخصيص قطعة الأرض أو البناية.
 - حصر المشرع أعمال البناء التي لا يمكن القيام بها إلا بعد الحصول على الرخصة ، في المادة 52 من القانون 29/90 دون إعطاء تفسير للمصطلحات التي استعملها النص ، فقد أورد مصطلحات التشييد ، التمديد ، التغيير ، التدعيم ، والتسييج .
 - التشييد: وهو إنشاء البناء أو إقامته لأول مرة.
 - التمديد: ويكون ذلك بالزيادة في حجم البنايات القائمة عن طريق التوسيع عرضا أو طولاً أو بالتعليق.
 - التغيير: ويقصد به التعديل، أي التغيير في بعض معالم البناء القائم.
 - التدعيم: وهو تقوية المبنى، كهدم جدار متصدع ثم إعادة بنائه لتقوية المبنى كله.
 - التسييج : وهو إقامة جدار يحيط بالفناء الخارجي للمبنى.
- 2- الشروط المتعلقة بكيفية منح رخصة البناء :

حوّل القانون سلطة الفصل في طلب رخصة البناء لكل من رئيس المجلس الشعبي البلدي، والوالي، والوزير المكلف بالتعمير حسب أهمية الإنجاز المراد تشييده.

أ) صدور الرخصة من طرف رئيس المجلس الشعبي البلدي :

يختص رئيس المجلس الشعبي البلدي بتسليم رخصة البناء في المشاريع الخاصة بالبلدية والتي لا تصنّف ضمن خانة المشاريع الكبرى ، حيث أنّه يسلمها باعتباره ممثلاً للبلدية ، وهذا بشرط وجود مخطط شغل الأراضي⁽¹⁴⁸⁾، كما أنّه يصدرها باعتباره ممثلاً للدولة بعد

(148) نعي بمخطط شغل الأراضي ذلك المخطط الذي يحدّد بالتفصيل حقوق استخدام الأراضي والبناء، ولأكثر تفصيل انظر المادة 31 من القانون 29/90 والمتعلق بالتهيئة والتعمير، وانظر تفصيل ذلك، مجاجي منصور ، الترقية العقارية والتخطيط العمراني، الملتقى الدولي حول الترقية العقارية يومي 7 و8 فيفري 2006 ، جامعة قاصدي مرباح بور قلة ، ص 5 ، والذي عرّف مخطط شغل الأراضي على أنه : "أداة يمكن من خلالها تحديد الشكل الحضري لكل منطقة ، من خلال تنظيم حقوق البناء على الأراضي وكذا تبيان كيفية استعمالها ، لاسيما فيما يتعلق بنوع المباني المرخص بها وحجمها ووجهتها ، وحقوق البناء المرتبطة بملكية الأرض والارتفاقات المقررة عليها والنشاطات المسموح بها ، إلى غيرها من التوجيهات الأساسية"، وبومعراف حسين ، مخطط شغل الأراضي أداة عمرانية لتفعيل أداة الترقية العقارية ، الملتقى الدولي حول الترقية العقارية يومي 7 و8 فيفري 2006 ، جامعة قاصدي مرباح بور قلة ، ص 245.

الاطلاع على الرأي الموافق للوالي ، وهذا في حالة انعدام مخطط شغل الأراضي ، والتميز بينهما له أهميته في الدعوى المتعلقة بالتعويض.

(ب) صدور الرخصة من طرف الوالي :

يختص الوالي بإصدار الرخصة في الحالات التالية:

- البنايات والمنشآت الكبرى المنجزة لحساب الدولة وهيكلها العمومية⁽¹⁴⁹⁾.
- البنايات والمنشآت المنجزة لإنتاج وتوزيع الطاقة وتخزينها وكذا المواد الإستراتيجية.
- البنايات الواقعة في المناطق الساحلية حسب مفهوم المادة 45 من قانون 29/90 المتعلق بالتهيئة والتعمير والبنايات الواقعة في المناطق السياحية.
- البنايات الواقعة في الأراضي ذات المردود الفلاحي العالي أو الجيد.

(ج) صدور رخصة البناء من طرف وزير التهيئة والتعمير :

يختص الوزير المكلف بالتعمير والبناء بإصدار رخصة البناء في حالة المشاريع ذات المصلحة الجهوية أو الوطنية ، وفي هذه الحالة يجب أن يبلغ الردّ للطالب خلال مهلة أربعة أشهر.

كما أنه قد أجازت المادة 45 من المرسوم التنفيذي 176/91 السالف الذكر إمكانية إرجاء الفصل في طلب رخصة البناء لمدة لا يمكن أن تتجاوز سنة واحدة⁽¹⁵⁰⁾.

كثيرا ما تعرض على مستوى جداول الجهات القضائية منازعات تتعلق برخصة البناء سواء بين الأفراد ، عندما يتعلّق الأمر بعدم احترام رخصة البناء أو بين الإدارة والأفراد

⁽¹⁴⁹⁾ البنايات الوحيدة المعفاة من الحصول على رخصة البناء هي تلك التابعة لوزارة الدفاع الوطني لأسباب تتعلق بأمن الدولة الجزائرية وسيادتها، مقتبس من حمدي باشا عمر ، رخصة البناء ، المرجع السابق ، ص 31.

⁽¹⁵⁰⁾ أنظر القرار رقم 62040 مؤرخ في 1990/02/10 ، مقتبس من حمدي باشا عمر ، القضاء العقاري ، د.ط، دار هومة ، الجزائر، 2002.

في حالة رفض منح هذه الرخصة ، ويقتسم الاختصاص كل من القضاء العادي⁽¹⁵¹⁾ والقضاء الإداري حسب طبيعة المنازعة⁽¹⁵²⁾.

البند الثاني: الوثائق الإدارية المستخرجة من قبل المشتري.

على المشتري الراغب من الاستفادة من سكن في إطار عقد البيع بناء على التصاميم أن يقدّم طلب للجهات المختصة ، يبيّن فيه نوع البناية التي يريد الاستفادة منها (محل سكني أو تجاري) ، ويرفق هذا الطلب بشهادة الإقامة الحالية ، نسخة من بطاقة التعريف ، نسخة من الشهادة التي تثبت دخله الشهري أو السنوي وهذا إن كان موظفاً، ويمكن إضافة شهادة تثبت دخل زوجته إن كانت تعمل ، حيث أنّ هاتين الشهادتين تعتبران ضماناً للبائع بدفع كامل الأقساط، كذلك يرفق بالطلب عقد الزواج إن كان المستفيدان هما الزوجان ، بالإضافة إلى شهادة ميلاد كل منهما.

هذه الوثائق تفيد كذلك في طلب إعانة من صندوق السكن (CNL) وطلب قرض بنكي واكتتاب عقد البيع بناء على التصاميم.

يقدم هذا الطلب أمام البلدية، والتي تتكفل بإرساله إلى الوكالة العقارية التابعة لها، أو يقدم مباشرة إلى الهيئة المكلفة بالإنتاج مثل الترقية والتسيير العقاري (EPGI) أو مؤسسة الترقية والسكن العائلي (EPLF)... الخ من شركات الترقية العقارية سواء العامة أو الخاصة. تقوم الهيئة المكلفة بدراسة الملف باختيار قائمة من المشتريين والذين تتوفر فيهم شروط منها:

- دفع مسبقاً بالنسبة المحددة من طرفها.
- القدرة المالية لدفع باقي الأقساط⁽¹⁵³⁾.

⁽¹⁵¹⁾ أنظر القرار رقم 151/191 المؤرخ في 1997/06/11 نشرة القضاء لسنة 1999 عدد 56 ، ص 102، النزاع حول وقف أشغال البناء : "إنّ وقف الأشغال من طرف الجهة الاستعجالية لا يمس بأصل الحق ، فهو مجرد تديير مؤقت لحماية الحق من الخطر الناجم عن مواصلة البناء في انتظار الفصل النهائي في موضوع الدعوى"، مقتبس من حمدي باشا عمر ، رخصة البناء ، المرجع السابق ، ص 32.

⁽¹⁵²⁾ حمدي باشا عمر ، رخصة البناء ، المرجع السابق ، ص 31 - 32.

⁽¹⁵³⁾ إنّ شرط عدم الاستفادة من سكن مدعم من طرف الدولة ، تأخذ به الشركات العامة فقط ، وذلك في إطار البيع التساهمي دون الترقوي.

كما تقوم هذه الهيئة بإعداد قائمة احتياطية ، ففي حالة تخلف أحد المترشحين للملكية في القائمة الأصلية تستدعي هذه اللجنة أحد المترشحين من القائمة الاحتياطية. تقوم هذه الهيئة باستدعاء المترشحين للملكية وتطلعهم على التصاميم المبرجة وعلى شروط وكيفيات الدفع ، وآجال دفع كل قسط مستحق كجزء من الثمن ، وطريقته ، ومكان الدفع ، وآجال الإنجاز والتسليم والتسلم. يوقع الطرفان على مقرر الاستفادة مبدئيا وهذا قبل اكتاب العقد⁽¹⁵⁴⁾.

الفرع الثاني : الإجراءات المالية المتبعة من قبل الأطراف المتعاقدة.

نتناول في هذا الفرع الحديث عن الإجراءات المالية المتبعة من قبل الأطراف المتعاقدة ، فما هي المؤسسات المالية المتدخلة في تمويل الترقية العقارية ؟ (البند الأول) من جهة ، وما هي أنواع عقود التأمين التي يقوم المتعامل في الترقية العقارية باكتتابها من جهة ثانية، وهل هي إجبارية أو اختيارية بالنسبة له ؟ (البند الثاني).

البند الأول : تمويل المشروع.

المقرض : وهو الجهة الممولة للمشروع حيث إنه لا يعدّ طرفا في عقد البيع بناء على التصاميم ، بل طرفا في عقد ثاني بينه وبين المشتري وهو عقد الرهن ، وغالبا ما يكون الصندوق الوطني للتوفير والاحتياط، بحيث تمنح هذه المؤسسة المالية قرضا للمشتري لتسديد أقساط الثمن مع حصولها على تأمين عيني كافي لضمان القرض والذي يتمثل في عقد رهن رسمي على البناية محل العقد⁽¹⁵⁵⁾ ، فهل يجوز إبرام عقد رهن رسمي على عقار غير موجود فعلا ؟

⁽¹⁵⁴⁾ مسكر سهام ، المرجع السابق ، ص 66.

⁽¹⁵⁵⁾ قاشي علال ، المرجع السابق ، ص 125.

يرى فريق من الفقه⁽¹⁵⁶⁾، أنّ هذا الرهن غير جائز، كما توحى به المادة 2/886 ق.م: "...ويجب أن يكون العقار المرهون ممّا يصح التعامل فيه وبيعه بالمزاد العلني ، وأن يكون معيناً بالذات تعييناً دقيقاً من حيث طبيعته وموقعه ، وأن يرد هذا التعيين إمّا في عقد الرهن ذاته أو في عقد رسمي لاحق وإلاّ كان الرهن باطلاً".

وبما أنّ العقار في عقد البيع بناء على التصاميم هو ممّا لا يمكن بيعه بالمزاد العلني ، فلا يمكن للمؤسسة المالية أن تقبل عقد القرض.

وقد ذهب البعض الآخر⁽¹⁵⁷⁾ إلى القول، أنّه حالياً أصبح مقبولاً الخروج عن القواعد العامة في هذا البيع ، وهذا بالنظر للضمانات القانونية التي يتميّز بها هذا العقد ، الأمر الذي يسهل للمشتري طلب قرض أثناء عملية الإنجاز ولا يؤجله إلى حين إتمام تشييد البناء.

كما صمم بعض الفقه على ضرورة⁽¹⁵⁸⁾ تدخل وسيط مالي في عقد البيع على التصاميم ، يتمثل في بنك أو مؤسسة مالية تضمن تمويل المشروع من بدايته إلى نهايته وإنجاز المشروع في الآجال المحددة ، وهذا يتطلب تركيبة مالية بين المتعامل في الترقية العقارية وأحد المؤسسات المالية المعتمدة للسكن ، فيتعيّن على المرقى العقاري أن يتوجّه لأحد البنوك المعتمدة للسكن لدراسة تمويل وإجراء تركيبة مالية للمشروع ، بدراسة الأقساط الواجب دفعها من طرف الزبون والقروض التي يمكنه الحصول عليها من البنك، ومبلغ الدعم الذي يستفيد منه الزبون ، وبعد دراسة جميع الملفات وتوفير الغلاف المالي للمشروع تودع الأموال بين أيدي البنك الذي يصبح ممّول المشروع... إلاّ أنّه وللأسف أصبح المرقون العقاريون يعلنون عن بيع سكنات تساهمية على المخطط وقبض الأموال مباشرة من الزبائن

(156) مالكي رابع ، نموذج عقد البيع على التصاميم (تعليق على المرسوم التنفيذي رقم 58/94) ، مجلة الوثائق الدورية ، العدد 4 سبتمبر 1998 ، الجزائر ، ص 20.

(157) مسكر سهام ، المرجع السابق ، ص 74.

(158) بختاوي السعيد ، المرجع السابق ، ص 45.

دون وساطة بنكية ، وصرف الأموال دون أي مراقبة وإنجاز البناء دون أي متابعة ، مما أدى إلى :

- عدم كفاية المال، بحيث أنّ الزبائن دفعوا الأقساط الأولى وعجز الكثير منهم عن دفع الأقساط المتبقية لانعدام توفر القروض ، مما أدى إلى توقف المشاريع وارتفاع كلفة الإنجاز ، وذهبت الكثير من المشاريع إلى طريق مسدود.

- عدم متابعة المشروع من طرف البنك بصفته مرافق للمشروع وأمر بالصرف مما أدى إلى عدم احترام المواصفات التقنية للبناء ، وجعل بعض البناءات مهددة بخطر الانهيار.

- إيداع الأموال مباشرة في حساب المرقيين العقاريين دون وساطة بنكية يعتبر مخالفا لقانون القرض والصرف والتشريعات المعمول بها ، بالإضافة إلى ذلك أدى إلى التلاعب بأموال الزبائن ، ووصلت الأمور إلى حدّ سلب أموال بعض المواطنين عن طريق الاحتيال والنصب، من طرف بعض المرقيين الوهميين بالإضافة إلى مشاكل أخرى.

- كذلك في حدوث حالة قانونية عادية ك وفاة المرقي أو إفلاسه أو فقدان أهليته ، فإنّ المشروع يتعطل لكون أنّ أموال المشروع كانت موجودة تحت تصرف صاحب الترقية العقارية ، مما يتعذر الاستمرار في إنجاز المشروع في حين أنّه في حالة وجود وساطة بنكية آمنة بالصرف ومرافقة للمشروع ، فإنّ المشروع لا يتوقف ب وفاة أو إفلاس أو فقدان أهلية المقاول لأنّ البنك يمكنه مواصلة المشروع بوساطة مقابلة أخرى.

وقال البعض ⁽¹⁵⁹⁾، أنّ شركات الاستثمار العقاري المستحدثة لا توجد معرفة بين القائمين عليها وبين الذين يقدمون على الاكتتاب لديها للحصول على شقق سكنية على التصاميم، كما قد تكون هذه الشركات مجرد جامعة أموال بأسلوب جديد من الترويج والإعلان وتقديم الإغراءات للناس، فقد شبّه هذا الكاتب الأموال التي تحصل عليها هذه الشركات بقروض بدون فائدة ، فهم لا يذهبون إلى المقرضين ، بل يأتي هؤلاء إليهم.

⁽¹⁵⁹⁾ عبد الحميد سليمان من مجلة الثورة 2007/09/03 عبر الموقع التالي :

يتبين لنا من هذا الطرح ، أن صاحباً هذا الرأي قد تجاهلاً دور صندوق الضمان والكفالة المتبادلة ، حيث أنّ هذا الأخير يقوم بإكمال المشروع عند عجز أو إفلاس أو وفاة المرقى العقاري وكذلك رد التسبيقات للمشتريين ، عند عدم تسليم السكن من قبل المرقى العقاري وذلك للأسباب السالفة الذكر ، وهذا مقابل اكتتاب تأمين لدى هذا الصندوق من قبل المرقى العقاري⁽¹⁶⁰⁾.

* المؤسسات المالية المتدخلة في الترقية العقارية :

1/ الصندوق الوطني للتوفير والاحتياط :

يقوم هذا الصندوق بتمويل الترقية العقارية بطريقة مباشرة وغير مباشرة ، على النحو

التالي ؟

أ) تمويل الترقية العقارية غير المباشرة :

نقصد بالترقية العقارية غير المباشرة، تلك التي يقوم بها الأفراد سواء كانوا فرادى أو في شكل شركات تجارية أو تعاونيات عقارية بطلب تمويل من هذا الصندوق على شكل قروض من دون أن يكونوا مدخرين لدى هذا الصندوق ، فيلعب الصندوق في هذه الحالة دور الممول فقط.

ابتداء من سنة 1986 أصبح الصندوق يتدخل في تمويل السكن الترقوي كما يتدخل في تمويل السكن الاجتماعي، وقد أثبت الصندوق الوطني للتوفير والاحتياط مساهمته في تشجيع الترقية العقارية الخاصة من خلال منح قروض "للمرقين العقاريين الخواص" ، لأجل القيام بمشاريع سكنية وبيعها للأفراد وتحصيل أرباح من وراء هذه العملية، ويتم الحصول على هذه القروض عن طريق تقديم المرقى العقاري طلباً للصندوق الوطني مكوناً من ملف مالي وملف تقني وملف إداري.

⁽¹⁶⁰⁾ لويس بابات ، شركة ضمان القرض العقاري عبر الموقع التالي :

نشير إلى أنّ القرض الذي يمنح لهذا المرقي يكون استناداً لمعايير ومقاييس تتعلق بـ: حجم المشروع، نسبة الفائدة التي يطبقها الصندوق، قيمة القرض، مدة القرض. وبعد صدور المرسوم التشريعي رقم 03/93 أوجد المشرع طريقة حديثة تمكن المرقي العقاري من تمويل مشروعه بأموال المستفيدين من السكنات أنفسهم في إطار البيع بناء على التصاميم ، في هذه الحالة يقوم الصندوق بمنح قروض لأجل الحصول على ملكية السكن طبقاً لشروط محدّدة من طرف الصندوق لهؤلاء المستفيدين.

(ب) تمويل الترقية العقارية المباشرة:

بعدما وجد الصندوق نفسه في وضعية حرجة إزاء مدّخريه الذين كانوا أولى من استفادتهم من السكنات الممولة من طرفه ، لجأ هذا الصندوق إلى أخذ زمام المبادرة وأصبح رب العمل والممول الوحيد للمشاريع السكنية التي يستفيد منها مدخريه فقط ، وهذا من خلال إنشائه "شركة الترقية العقارية للمدخرين" (S.P.I.E) ، حيث لاقت هذه الشركة نجاحاً كبيراً كونها تملك القدرة المالية على تغطية كل مشاريعها ، مما يخفض تكاليف إنجاز السكن ، ويقلص التكاليف المالية المترتبة عن منح القروض... الخ من المصاريف الناتجة عن طلب القروض من مؤسسة مالية أخرى.

2/ شركة ضمان القرض العقاري :

إنّ إدخال الصفة التجارية على النشاط العقاري⁽¹⁶¹⁾، جعل السلطات العمومية (الدولة) تلجأ إلى جملة من الإصلاحات العميقة تخص نظام تمويل السكن الترقوي والنشاط العقاري بصورة عامة ، بغرض تشجيع البنوك على المشاركة أكثر في تمويله، عن طريق منحها للقروض العقارية للمرقين العقاريين الخواص ، وهذا بإنشاء وسائل قانونية جديدة تسمح بـ :

- حل مشكلة السيولة لدى البنوك.
- تقليص نسبة المخاطر عن طريق توفير تأمين على القرض العقاري.

(161) المواد 2/3 و4 من المرسوم التشريعي 03/93.

- تسهيل إعادة تمويل البنوك (المانحة للقروض العقارية).

هذه المهام أوكلت لمؤسسات مالية مستحدثة مؤخرا أهمها شركة ضمان القرض العقاري (S.G.C.I) ، حيث تعتبر مؤسسة عمومية اقتصادية ذات أسهم ، رأسمالها يقدر بـ 1.000.000.000 دج.

أنشئت هذه الشركة بتاريخ 1997/10/05 من طرف مساهميين وهم مجموعة البنوك العمومية (البنك الوطني الجزائري ، البنك الخارجي الجزائري ، القرض الشعبي الجزائري ، بنك الفلاحة والتنمية الريفية ، الصندوق الوطني للتوفير والاحتياط) ، وشركات التأمين (الشركة الجزائرية للتأمينات ، الشركة المركزية لإعادة التأمين ، الشركة الجزائرية لتأمينات النقل ، الشركة الجزائرية للتأمين وإعادة التأمين).

هدف هذه المؤسسة إعطاء ضمانات للقروض الممنوحة من طرف المؤسسات المالية في إطار الحصول على ملك عقاري ذي طابع سكني، أو لأجل القيام بالترقية العقارية الخاصة.

3/ شركة إعادة تمويل الرهون :

نظرا لخصائص القروض العقارية المتعلقة خاصة بطول مدة القرض ، مما يقلل سيولة المؤسسات المالية المقرضة ، أصبحت البنوك والمؤسسات المالية المقرضة تتهرب كثيرا من منح مثل هذه القروض ، لذلك عمدت الحكومات إلى البحث عن تقنية حديثة وعملية وعلمية تحل هذا الانسداد ، وتحفز البنوك والمؤسسات المالية على التدخل في تمويل الترقية العقارية والسكن بصفة عامة.

وقد أوكلت مهمة توفير السيولة للمؤسسات المقرضة ، إلى شركة إعادة تمويل الرهون ، أي إعادة تمويل القروض الممنوحة من المؤسسات المقرضة قصد تمويل مشاريع ترقية أخرى، إنّ شركة إعادة تمويل الرهون (S.R.H) هي مؤسسة مالية أنشئت بترخيص من مجلس النقد والقرض في شهر نوفمبر 1997، وهذا في شكل شركة ذات أسهم مساهميين هم (مجموع البنوك ما عدا بنك التنمية المحلية (B.D.L) وشركات التأمين ما عدا الشركة المركزية لإعادة التأمين (C.C.R) ورأسمالها قدره 3.290.000.000 دج.

4/ الصندوق الوطني للسكن :

حتى في الدول المتقدمة ذات التوجه الرأسمالي ، لم تتخلّ الدولة عن تدخلها في مجال السكن ، ودورها في تأمين مسكن لكل مواطن في أدنى طبقاتها الاجتماعية ، رغم ظهور وسائل متطورة وحديثة تستعمل تقنيات علمية لتمويل الترقية العقارية الخاصة والسكن بصفة عامة ، إلا أنّها لم تصل لتضمّ كل الفئات الاجتماعية ، خاصة ذات الدخل الضعيف ، أي تلك التي لم تستطع اللجوء للسوق المالية نتيجة عدم توفر الشروط المطلوبة من المؤسسات المقرضة فيها ، لذلك عمدت الحكومات لدعم هذه الطبقات البسيطة ماليا ، وهذا في شكل مساعدات مالية يختلف ميكانيزم تطبيقها ، لكنّها تنصب في هدف واحد.

حاول النظام الجزائري بدوره الاستفادة من مثل هذه التجارب ، وهذا من خلال تنظيم مساعداته المالية في مجال السكن وإعطائها قالب مساعدة شخصية ، تقوم هيئة مختصة بمنحها لمستحقيها ، لهذا القصد أنشأ الصندوق الوطني للسكن ، وكان ذلك على إثر إعادة هيكلة الصندوق الوطني للتوفير والاحتياط (CNEP) بموجب المرسوم التنفيذي رقم 144/91 المؤرخ في 12 ماي 1991 المتضمن إعادة هيكلة الصندوق الوطني للتوفير والاحتياط وإنشاء الصندوق الوطني للسكن⁽¹⁶²⁾ ، وهو عبارة عن مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري (المادة الأولى من المرسوم التنفيذي رقم 144/91)، وطبقا لنص المواد 03-02-01 من المرسوم التنفيذي 111/94⁽¹⁶³⁾ ، فإنّ الصندوق الوطني للسكن يتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي، وهو موضوع تحت وصاية الوزير المكلف بالسكن، ومقره كائن في الجزائر العاصمة، كما يتخذ هذا الصندوق الصفة التجارية في معاملاته مع الغير (المادة 14 من المرسوم التنفيذي 145/91 المذكور سابقا).

⁽¹⁶²⁾ المرسوم التنفيذي رقم 144/91 المؤرخ في 12 ماي 1991 المتضمن إعادة هيكلة الصندوق الوطني للتوفير والاحتياط وأيلولة أمواله وإنشاء الصندوق الوطني للسكن ، الجريدة الرسمية ، عدد 25 ، لسنة 1991.

⁽¹⁶³⁾ المرسوم التنفيذي رقم 111/94 المؤرخ في 18 ماي 1994 المعدل والمتمم للمرسوم التنفيذي 145/91 المتضمن القانون الأساسي الخاص بالصندوق الوطني للسكن ، الجريدة الرسمية رقم 32 ، لسنة 1994.

يعدّ هذا الصندوق أول مؤسسة مالية متخصصة في الجزائر ، أنشئت من أجل تنظيم وحسن تسيير المساعدات المالية التي تقدمها الدولة الجزائرية لذوي الدخل المتوسط، لأجل إعادتهم ماليا للحصول على ملكية مسكن تساهمي أو بنائه في إطار البناء الذاتي، وبصورة غير مباشرة تشجيع وإعطاء دفع جديد للترقية العقارية الخاصة عن طريق تقوية الطلب على هذه السكنات الموجهة للبيع والمنجزة في إطار الترقية العقارية الخاصة⁽¹⁶⁴⁾.

البند الثاني: اكتاب عقود التأمين.

لقد نصّت المادة 619 من ق.م: "أنّ التأمين عقد يلتزم بمقتضاه المؤمن أن يؤدي إلى مؤمن له أو إلى المستفيد الذي اشترط التأمين لصالحه مبلغا من المال أو إيراد مرتب أو أي عوض مالي آخر في حالة وقوع الحادث أو تحقق الخطر المبين في العقد وذلك مقابل قسط أو أي دفعة مالية أخرى يؤديها المؤمن له للمؤمن".

إنّ المشرع اقتصر في هذا التعريف على الجانب القانوني لعقد التأمين دون الجانب الفني، أمّا الجانب الفني فهو عملية تعاون منظم على نطاق واسع بين العديد من المستأمنين المتعرضين لمخاطر متشابهة ويقتصر دور المؤمن في هذه العملية على مجرد تنظيم وإدارة هذا التعاون ، وذلك بتجميع المخاطر وإجراء المقاصة بينهما طبقا لقوانين الإحصاء ، بطريقة عملية تمكنه من تغطية المخاطر التي تتحقق فعلا دون أن يتحمل المؤمن شيئا من ماله الخاص⁽¹⁶⁵⁾.

لقد ألزم المشرع المرقى العقاري اكتاب عدّة عقود تأمين وهي التأمين على مكان تنفيذ الأشغال والتأمين على المسؤولية المدنية المهنية ، والتأمين على المسؤولية العشرية ، طبقا للأمر 07/95 المتعلق بالتأمينات، كما ألزمه بالتأمين لدى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة طبقا للمرسوم التشريعي 03/93 والمتعلق بالنشاط العقاري .

أولا : إلزامية التأمين على مكان تنفيذ الأشغال.

⁽¹⁶⁴⁾ رحامي فائزة ، تمويل الترقية العقارية الخاصة في مجال السكن ، مذكرة ماجستير ، كلية الحقوق ، بن عكنون ، الجزائر ، 2003-2004 ، ص من 35 إلى 65.

⁽¹⁶⁵⁾ حديد معراج ، مدخل لدراسة قانون التأمين الجزائري ، د.ط، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 2000 ، ص 12.

يلتزم المرقي العقاري بصفته رب العمل بالتأمين عن مكان تنفيذ الأشغال من جميع الأخطار المترتبة في هذا المكان والمسببة لضرر مادي للأموال أو لأضرار جسمانية تصيب المرقي العقاري ، أو العمال القائمين بعملية التشييد ، أو المتدخلين في عملية الإنجاز أو الغير منذ بداية الأشغال إلى إنهاؤها وتحرير المحضر النهائي ، وذلك باكتتاب عقد تأمين لدى إحدى شركات التأمين يسري خلال هذه المدة ليشمل نوعين من الضمان :

1/ ضمان مخاطر الإنجاز الناجم عن عملية تشييد البناء من الكوارث الطبيعية كالزلازل وانزلاقات التربة ، ومن أضرار المياه والحريق وحالة الانفجار والسرققة إضافة إلى تعويض مصاريف تطهير مكان الحادث من البقايا المترتبة عنه ، والمبالغ المستحقة للمهندسين والمقاولين القائمين بعملية الإصلاح بعد وقوع الحادث.

2/ ضمان المسؤولية المدنية التي تضمن الأضرار الجسمانية عند الحادث ، الحسائر والأضرار التي تصيب الغير.

كما أنّ شركة التأمين لا تضمن ما يلي:

- عند حالة التوقف الكلي أو المؤقت أو الانقطاع عن تنفيذ الأشغال أو إعادةتها.
- عند عدم الحيازة الدائمة للبناء، الناجمة عن حالة النزاع إما عن طريق الحجز أو السحب من السلطة المختصة.
- في حالة الحرب، أو عدم الاستقرار السياسي بصفة عامة.
- حالة حدوث خطأ متعمد من المؤمن له⁽¹⁶⁶⁾.
- أمّا القوة القاهرة فهي محل تأمين من شركة التأمين⁽¹⁶⁷⁾.

ثانيا : التأمين على المسؤولية المدنية المهنية.

يجب تأمين الورشة من كل المخاطر التي نصّ عليها قانون التأمينات (المادة 19 من المرسوم التشريعي 03/93⁽¹⁶⁸⁾)، والتي جاء فيها ما يلي : "زيادة على الالتزام المنصوص عليه

⁽¹⁶⁶⁾ المادة 12 من الأمر رقم 07/95 المؤرخ في 25 يناير 1995 والمتعلق بالتأمينات المعدل والمتمم بقانون رقم 04/06 المؤرخ في 20

فبراير 2006، الجريدة الرسمية رقم 15.

⁽¹⁶⁷⁾ مسكر سهام ، المرجع السابق ، ص 69.

في المادة 11 أعلاه ، يتعين على المتعامل في الترقية العقارية من جهة أخرى ، أن يكتب ضمانا من جميع الأخطار التي يكون مسئولا عنها بصفته متعاملا" ، ويقصد بها إلزامية التأمين على المسؤولية المدنية المهنية التي قد يتعرض لها المرقى العقاري ومن معه (مقاولين ومهندسين معماريين) بسبب أشغال البناء وتحديد البناءات وترميمها، حيث تنص المادة 1/175 من الأمر 07/95 المتعلق بالتأمينات والمذكور أعلاه : "على كل مهندس معماري ومقاول ، ومراقب تقني ، وأي متدخل سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا ، أن يكتب تأميناً لتغطية مسؤوليته المدنية المهنية التي قد يتعرض لها بسبب أشغال البناء وتحديد البناءات وترميمها" ، إنّ هذه المادة تلزم كل متدخل سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا أن يكتب هذا التأمين الذي يمكن أن ينجّر على ما يلي:

- الدراسات والتصاميم في الهندسة المعمارية.
- تنفيذ الأشغال على اختلاف أنواعها، فيما يخص صلاحيتها ورسوخها، أي فيما يخص أي شيء من شأنه أن يعرض المنشأ للخطر.
- المراقبة المستمرة لنوعية مواد البناء وتنفيذ الأشغال.
- متابعة ورشات البناء وترميم المباني.

وطبقا للمادة 03 من المرسوم التنفيذي رقم 414/95 المؤرخ في 1995/12/09 المتعلق بإلزامية التأمين في البناء من مسؤولية المتدخلين المدنية المهنية ، والتي توجب على المتدخلين أن يكونوا معتمدين أو مرخص لهم أو مؤهلين في ميدان البناء وترميمه طبقا للتشريع المعمول به قانونا ، ويمتدّ هذا التأمين لكل المتدخلين الفرعيين إذا لم يكن لهم تأمين آخر طبقا للمادة 04 من المرسوم التنفيذي رقم 414/95 المذكور أعلاه.

تمتدّ مدّة هذا التأمين ابتداء من تاريخ فتح الورشة إلى غاية الاستلام النهائي للأشغال (المادة 177 من الأمر 07/95 السالف الذكر)⁽¹⁶⁹⁾.

⁽¹⁶⁸⁾ بردان رشيد ، البيع على التصاميم، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق ، جامعة جيللا لي اليابس، سيدي بلعباس، العدد 2 ، 2005 ، ص 235.

⁽¹⁶⁹⁾ مسكر سهام ، المرجع السابق ، ص 70 - 71.

ثالثا : التأمين عن المسؤولية العشرية.

لقد ألزم المشرع المقاول والمهندس المعماري بضرورة التأمين عن الأضرار المترتبة عن الإنجاز وذلك بصريح المادة 08 من المرسوم التشريعي 03/93 المتعلق بالنشاط العقاري "وقبل أي تسليم بناية إلى المشتري ، يتعين على المتعامل في الترقية العقارية أن يطلب من المهندسين المعماريين والمقاولين المكلفين بإنجاز المنشآت شهادة تأمين تحملهم المسؤولية العشرية المنصوص عليها في أحكام القانون المدني لاسيما المادة 554 منه ، وطبقا للقانون المتعلق بالتأمينات لاسيما مواده من 94 إلى 99" (170).

وبالرجوع إلى قانون التأمينات نجده ينصّ هو الآخر على إلزامية هذا التأمين وهذا بموجب المادة 178 من الأمر 07/95 المتعلق بالتأمينات "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 عن مدى إلزامية المرقى العقاري بهذا التأمين فقد خصصت لها شرحا خاصا بها في المبحث الثاني من الفصل الثاني، تحت عنوان أشخاص الضمان العشري.

رابعا : التأمين لدى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة.

لجأ المشرع إلى إحداث تقنية جديدة أكثر عملية تسمح للمرقى العقاري الخاص بإيجاد مصدر لتمويل مشروعه السكني (عقد البيع بناء على التصاميم)، والتي تؤمن حماية للمستفيدين من هذه السكنات، فقد ألزم المشرع المرقى العقاري اكتتاب تأمين إجباري لدى هذا الصندوق والذي يغطي عجزه المادي أو إفلاسه استنادا لنص المادة 131 من المرسوم التشريعي 01/93 المؤرخ في 19 يناير 1993 المتضمن قانون المالية لسنة 1993 .

(170) محرش سميرة ، المسؤولية المدنية للمقاول والمهندس المعماري وفقا للقواعد الخاصة (المسؤولية العشرية) ، مذكرة ماجستير، جامعة سعد دحلب ، البلدة ، كلية الحقوق ، 2000-2001 ، ص 35.

وقد أنشأ هذا الصندوق ، بموجب المرسوم التنفيذي 406/97 المؤرخ في 03 نوفمبر 1997 والمتعلق بإنشاء صندوق الضمان والكفالة المتبادلة (F.G.C.M.P.I)، حيث يتمتع هذا الصندوق بالشخصية المعنوية واستقلال المالي، وهو ذو طابع تعاوني لا يسعى لتحقيق الربح ، مما يجعل منه وسيلة تستعملها السلطة الوصية لأجل إضفاء الشفافية والأمان في التعاملات التجارية في المجال العقاري ، وتقليص النزاعات الناتجة عن التعاملات غير الواضحة بين المرقيين العقاريين الخواص والمستفيدين من السكنات، حيث يتعيّن على كل شخص طبيعي أو معنوي يمارس نشاطا في الترقية العقارية طبقا لأحكام المرسوم التشريعي 03/93 أن :

- ينضم إلى الصندوق، الذي يكسبه صفة المتعاون بمجرد توقيعه على النظام الداخلي.
- يكتب لديه -الصندوق- "تأمينا إجباريا" على المشروع المتضمن الملك موضوع البيع.

هدف هذا الصندوق: يتّوّل هذا التّأمين للمستفيدين من السكنات :

- للصندوق الحق في الحلول محل المستفيد فيما يخصّ ديونه على المتعامل في الترقية العقارية في حدود مصاريفه الحقيقية⁽¹⁷¹⁾، وهذا مع احتفاظ المشتري في هذه الحالة بحق امتياز من الدرجة الأولى⁽¹⁷²⁾ على هذه البناءات ، وكذلك حقه في إتمام البناء بجميع الوسائل القانونية على نفقة المتعامل وبدلا منه⁽¹⁷³⁾.

كما أنّ هناك تناقض واضح بين المرسوم التشريعي 03/93 في مادته 11 والمادة 4 من المرسوم التنفيذي 406/97 ، حيث أنّ المادة 11 تنصّ على أنّ التأمين لدى الصندوق هو إجباري بصريح العبارة ، في حين أنّ نص المادة 4 من تنصّ على إمكانية انضمام أي

(171) وهذا حسب نص المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 406/97 : "يترب عن تنفيذ الصندوق للضمان المذكور في المادة 4 أعلاه حلوله محل حقوق المشتري فيما يخص ديونه على المتعامل في الترقية العقارية في حدود مصاريفه الحقيقية ويحتفظ المشتري في هذه الحالة بالحقوق التي يتّوّلها إياه أحكام المادتين 16 و 17 من المرسوم التشريعي 03/93".

(172) حسب نصّ المادة 16 من المرسوم التشريعي 03/93 فإنّه : "يتّوّل كل إفلاس لمتعامل في الترقية العقارية يكون قد قام بالبيع على التصاميم، حق امتياز من الدرجة الأولى لجماعة المالكين".

(173) المادة 17 من المرسوم التشريعي 03/93 تنصّ: "كل تخلف أو عجز مادي من المتعامل في الترقية العقارية يثبتته المحضر ثبوتا قانونيا، ويظلّ مستمرا بالرغم من الإنذار، يتّوّل لجماعة المالكين سلطة مواصلة إنجاز البناء بجميع الوسائل القانونية على نفقة المتعامل المتخلف وبدلا منه".

شخص طبيعي أو معنوي يمارس نشاطا في الترقية العقارية إلى هذا الصندوق ، وبالتالي هو أمر اختياري، إلا أنّ المادة 3 من المرسوم التنفيذي 406/97 توضح لنا هذا التناقض بنصّها : "بجذه الصفة يتعيّن على المتعامل في الترقية العقارية المنخرط في الصندوق أن يكتب لدى هذا الأخير تأميننا على المشروع المتضمن الملك موضوع البيع".

إذن فإنّ الانضمام إلى الصندوق هو أمر اختياري ، أمّا التأمين على المشروع من قبل المنخرطين هو أمر إجباري ، وبما أنّ هذه المادة جعلت من الانضمام شرطا للتأمين على المشروع، فإنّ الانخراط في الصندوق هو الآخر إجباري، فعلى كل متعامل يريد التعامل في البيع على التصاميم أولا الانضمام إلى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة ، ومن ثمّ التأمين لدى هذا الصندوق⁽¹⁷⁴⁾.

لقد وجّه صندوق الضمان والكفالة المتبادلة إغذارات، للمتعاملين في الترقية العقارية الخاصة والذين يقومون ببيع سكنات ومحلات على المخطط ، لأنّه كشف عن سلسلة من المشاريع التابعة لهذه الوكالات لا تتمتع بتغطية للضمان الإجباري للصندوق، مؤكداً أنّه لا يتحمل أية مسؤولية في وقوع أية مشاكل ، كما حدث مؤخرا مع المرقية العقارية "البرج" ، وتعاونية "حواء" ، والوكالة العقارية "المغرب العربي الكبير" ، حيث تشرف هذه الأخيرة على مشاريع عديدة بولاية عنابه (300 ألف مسكن غير خاضعة للضمان لدى هذا الصندوق ، كذلك تعاونية "الحمامات" بولاية الجزائر.

وقد أوضح الصندوق أنّ تحركه يأتي بعد تسجيل شكاوي واستفسارات من قبل الزبائن والذين قاموا بدفع مبالغ مالية على دفعات كتسبيق للتعاونية العقارية في إطار البيع على المخطط في انتظار إنجاز المشروع ولكنهم قد يفقدون حقوقهم ولا يسترجعون أموالهم في حال توقيف المشاريع⁽¹⁷⁵⁾.

⁽¹⁷⁴⁾ رحمانى فائزة ، المرجع السابق ، ص من 42 إلى 46.

⁽¹⁷⁵⁾ نائلة .ب. مقتبس من الموقع :

الفصل الثاني : آثار عقد البيع بناء على التصاميم.

من خصائص عقد البيع بناء على التصاميم أنه عقد ملزم لجانين، مما يرتب التزامات متبادلة في ذمة البائع والمشتري، حيث يلتزم البائع في هذا العقد زيادة عن التزاماته الناشئة في عقد البيع العادي (نقل الملكية ، التسليم، الضمان) بالتزامات إضافية ، والتي جعلت من هذا العقد (عقد من نوع خاص)، كما أنّ هذه الالتزامات تعتبر في حقيقة الأمر ضمانات قانونية في جانب المشتري.

هذه الضمانات القانونية من شأنها تدعيم هذا النوع من البيوع ، لأنّ عقد البيع على التصاميم يصنف ضمن البيوع الخطيرة، والتي أولاها المشرع برعاية خاصة.

لاشك أنّ البحث في موضوع آثار عقد البيع على التصاميم، يقودنا إلى معالجة التزامات الأطراف من جهة، والمسؤولية المدنية الناشئة عن هذا العقد من جهة ثانية، لكن نظرا لكثرة التزامات الأطراف في هذا العقد وقلة الأحكام المقررة للمسؤولية، ارتأيت الجمع في مبحث أوّل بين التزامات الأطراف وجزاء الإخلال بها، بينما خصصت المبحث الثاني للضمانات الخاصة المفروضة على بائع العقار بناء على التصاميم والتي تعتبر في حقيقة الأمر التزامات ناشئة في ذمة البائع.

نتناول بالدراسة في هذا الفصل كل من التزامات الأطراف والمسؤولية الناشئة عن الإخلال بهذه الالتزامات (المبحث الأول) والضمانات القانونية المدعمة لهذا العقد (المبحث الثاني).

المبحث الأول : التزامات أطراف عقد البيع بناء على التصاميم.

يرتدي عقد البيع بناء على التصاميم نوعاً من الخصوصية تجعله يختلف عن عقد البيع العادي خصوصاً في الالتزامات الناشئة عنه.

ويبدو هذا الاختلاف من ناحيتين ، فمن جهة هذه الالتزامات وإن كانت موجودة في عقد البيع (كنقل الملكية والتسليم) ، إلا أنها تختلف في مفهومها ، ومن جهة ثانية فإن بيع العقار قبل الإنجاز يفرض على البائع مجموعة من الالتزامات غير المألوفة في البيع العادي مثل الالتزام بالإنجاز (المطلب الأول) .

أما عن التزامات المشتري (المطلب الثاني) ، فالأمر لا يختلف كثيراً بين البيع العادي وهذا العقد ، حيث يلتزم المشتري دائماً بدفع الثمن وتسلم المبيع ، إلا أنّ طريقة تنفيذ هذه الالتزامات تختلف عن تنفيذها في عقد البيع بناء على التصاميم⁽¹⁷⁶⁾.

المطلب الأول: التزامات البائع.

إنّ عقد البيع بناء على التصاميم يتضمن نفس الالتزامات الناشئة عن عقد البيع العادي ، لكنّها تختلف في مضمونها عن الالتزامات العادية كما سبق الذكر، كما أنّ البائع في هذا العقد يلتزم بالتزامات من شأنها أن تقرب هذا العقد من عقد المقاول ، مثل الالتزام بضمان حسن الإنجاز وضمان حسن سير عناصر التجهيز.

سأحاول في هذا المطلب تناول التزام البائع بنقل الملكية (الفرع الأول)، والتزامه بالتسليم (الفرع الثاني)، والالتزام بمواصلة الإنجاز والمطابقة (الفرع الثالث)، والالتزام بالضمان (الفرع الرابع)، وجزاء إخلال البائع بالتزاماته (الفرع الخامس).

⁽¹⁷⁶⁾ ويس فتحي ، المرجع السابق ، ص 73.

الفرع الأول: الالتزام بنقل الملكية.

تعرف الملكية لغة : أنّها احتواء الشيء والقدرة على الاستبداد به .
 أمّا اصطلاحاً: فهي قدرة يثبتها الشارع ابتداء⁽¹⁷⁷⁾ على التصرف إلاّ لمانع .
 ويستفاد من هذا التعريف أنّ الملك هو عبارة عن اختصاص الإنسان بالشيء
 والتصرف فيه والانتفاع به منفرداً ومنع الغير عنه على الوجه الذي أذن فيه الشارع، إلاّ إذا
 منع مانع من التصرف والانتفاع به، كما في المحجور عليهم والقصر⁽¹⁷⁸⁾ .
 الالتزام بنقل الملكية يعتبر من أهم الالتزامات الناشئة عن عقد البيع وهي من
 الالتزامات الملقة على عاتق البائع، فيتوجب على هذا الأخير القيام بما يلزم لينقل للمشتري
 هذه الملكية، فالسؤال المطروح هو متى تنتقل هذه الملكية ؟ هل تنتقل فوراً بمجرد التراضي
 أو أنّه من الممكن أن يتأخر نقلها إلى ما بعد ذلك استناداً إلى نص القانون أو الاتفاق ؟ .
 فالملكية تنتقل بمجرد تمام العقد فيما بين المتعاقدين ، فيصبح المشتري مالكا فور
 العقد ويستطيع أن يتصرف في المبيع حتّى قبل تسلمه من البائع ، وعليه أن يتحمل مغارم
 الدولة والأداءات من ذلك التاريخ ، كما أنّ الملكية تنتقل بمجرد تمام العقد بالنسبة للغير
 أيضاً⁽¹⁷⁹⁾ ، وهذا المبدأ مكرس في العقود الرضائية دون الشكلية ، فما هو حكم انتقال
 الملكية في العقود الشكلية ؟ أو بالأخص العقود الواردة على العقار ؟
 إنّ البيع الوارد على عقار لا ينعقد انعقاداً صحيحاً إلاّ إذا استوفى ركن الشكلية
 بالإضافة إلى الأركان الأخرى (المحل ، السبب ، الرضا) ، فهو ليس عقداً رضائياً ، كما هو
 في بيع المنقولات ، بل هو عقد شكلي (المادة 324 ق.م)، وهذه الشكلية تتمثل في
 التوثيق، إذ يجب أنّ يحرّر البيع العقاري في وثيقة رسمية من طرف محرّر العقود (الموثق) ويتمّ

⁽¹⁷⁷⁾ وقد أريد بكلمة ابتداء الواردة في التعريف ، إخراج الوكيل ، لأنّه وإن كان له حق التصرف إلاّ أنّه لا يتصرف ابتداءً وأصالة من ذات نفسه ، وإمّا يتصرف بتوكيل المالك ويتفويض منه .

⁽¹⁷⁸⁾ أحمد فراج حسين ، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، د.ط، دار الجامعة الجديدة ، مصر ، 2005 ، ص 31 .

⁽¹⁷⁹⁾ حليفة الخروبي، نقل الملكية في عقد البيع أثر أم التزم، المجلة القانونية التونسية، مركز النشر الجامعي، تونس، 1997، ص 11-12 .

تسجيله لدى مصلحة التسجيل والطابع، وأخيرا شهره في مجموعة البطاقات العقارية لكي يترتب أثره العيني وهو نقل الملكية⁽¹⁸⁰⁾.

تسري على عقد بيع العقار بناء على التصميم أحكام نقل الملكية العقارية الواردة في القانون المدني⁽¹⁸¹⁾ 792 و 793 ق.م ، والمادتين 15 و 16 من الأمر رقم 74/76 المؤرخ في 1974/11/12 والمتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري⁽¹⁸²⁾ ، وكذلك الأحكام المنصوص عليها في مرسوم 03/93 إلا أنّ المشتري في عقد البيع بناء على التصاميم يعتبر مالكا غير عادي وهذا بالنظر إلى خصوصية هذا العقد ، فهو وقت شهر العقد لا يملك سوى "ملكية الرقبة" ، والتي تشمل الأرض والبناء طور الإنجاز ، دون ملكية حق الانتفاع والتصرف ، وهذا ما يستخلص من المادتين 13 و 14 من المرسوم التشريعي 03/93.

وما يستفاد من نصّ المادة 1/02⁽¹⁸³⁾ من المرسوم التنفيذي رقم 58/94 المحدد لنموذج عقد البيع بناء على التصاميم، أنّه لا يمكن للمشتري الانتفاع وحياسة ملكية البناء أو جزء من البناء إلاّ بعد إتمام الإنجاز وتسليم شهادة المطابقة ، ودفع القسط الأخير المستحق كجزء من الثمن وتحرير محضر التسليم وشهره حتى يتمكن من الانتفاع.

وعليه نستنتج أنّ نقل الملكية مقسم على مرحلتين ، المرحلة الأولى تبدأ من لحظة شهر العقد والتي تنتقل بمقتضاها ملكية الرقبة للمشتري ، وتشمل الأرض والبناء محل التشييد معا ، فكل جزء منجز أو سيتمّ إنجازه مستقبلا فهو يدخل في ملكيته من تاريخ شهر العقد وليس من تاريخ إتمام الإنجاز ، أمّا المرحلة الثانية تبدأ بعد تمام الإنجاز وتسليم شهادة المطابقة وتسديد كامل الأقساط وتحرير محضر التسليم وشهره ، حتى يمكن أن ينتقل للمشتري حق التمتع ، وهكذا تنتقل الملكية في عقد البيع بناء على التصاميم بشكل تام

(180) زاهية سي يوسف ، عقد البيع ، الطبعة الثالثة ، دار الأمل ، الجزائر ، 2000 ، ص 86 – 87.

(181) زيروتي الطيب ، حماية مشتري العقار في البيع على التصاميم طبقا للمرسوم 03/93 ، المرجع السابق ، ص 60.

(182) مالكي رايح ، المرجع السابق ، ص 20.

(183) تنص المادة 2 من المرسوم التنفيذي 94-58 : " يكون المشتري مالكا للبناء المباعة الآن ، بناء على التصاميم ابتداء من تاريخ التوقيع، ويخول التمتع بمجرد انتهائها والتوقيع على محضر التسليم الذي يحرّر أمام الموثق " .

وبشكل مخالف للقواعد العامة المعروفة في نقل الملكية العقارية والتي تكون دفعة واحدة بمجرد شهر العقد بقوة القانون⁽¹⁸⁴⁾.

إلا أننا نلاحظ أنّ المشرع قد استعمل كلمة جماعة المالكين في المادتين (16 و 17 من المرسوم التشريعي 03/93) ، والتي لم تكن في محلها ، والأصوب أن يستعمل كلمة المستفيدين بدلا منها ، لأنّ المشتري في هذه المرحلة لا يكون مالكا حتى وإن شهر عقد البيع بناء على التصاميم إلاّ بعد تسليم شهادة المطابقة ودفع باقي الأقساط وتسلم البناية من طرف المشتري ، وبالتالي اكتمال عناصر الملكية (الاستغلال، الاستعمال والتصرف)، ومن ثمّ انتقال الملكية التامة إلى المستفيد.

كما أننا نلاحظ التناقض الموجود في المادة 16 من المرسوم التشريعي 03/93 حيث أنّها تنصّ : "يجوّل كل إفلاس لمعامل في الترقية العقارية يكون قد قام بالبيع بناء على التصاميم حق امتياز من الدرجة الأولى ، لجماعة المالكين".

ففي هذه المادة استعمل المشرع كلمتين متضادتين حق امتياز وحق ملكية، فالشخص المالك لا يحتاج لكي يعطيه القانون حق امتياز على ملكه بل يحق لصاحب الملكية التصرف في ملكه دون حاجة لأي إجراء.

وما دام أننا توصلنا إلى أنّ الملكية في هذا العقد لا تنتقل إلاّ من يوم تسليم البناية، وذلك بأثر رجعي إلى يوم إبرام العقد ، فالمشرع قد قصد من هذه المادة تحويل المستفيدين من السكنات محل الإنجاز حق امتياز من الدرجة الأولى في حالة إفلاس المتعامل في الترقية العقارية.

لقد حدّد المرسوم التنفيذي 58/94 الحقوق التي تنتقل من البائع إلى المشتري حيث تختلف هذه الحقوق باختلاف نوع البناية المباعة فيما لو كانت بناية جماعية أو فردية.

1- حالة البناية الجماعية : إذا كان العقار المبيع يشكل جزءا من بناية جماعية فإنّ هذا العقار المبيع يشمل :

(184) مسكر سهام ، المرجع السابق ، ص 77 ، 78.

- البناية أو جزء من البناية المباعة والذي يحدّد بدقة في العقد.
 - التجهيزات الخاصة الموجودة بالبناية باعتبارها أجزاء خاصة ويتمّ تحديدها أيضا في العقد.
 - جميع الأجزاء المشتركة المرتبطة قانونا بالبناية المباعة.
- 2- حالة البناية الفردية: بخلاف ما هو عليه الحال في حالة البناية الجماعية، فإنّ الحقوق أو الأشياء التي تنتقل إلى المشتري في حالة بناية فردية قبل تمام الإنجاز هي:
- الدار أو البناية المباعة الفردية وتحدّد هذه الأخيرة بدقة.
 - التجهيزات الخاصة وهي عناصر التجهيز التي تساعد على استعمال المبيع في الغرض الذي أعدّ من أجله مثل المكيفات ، وتحدّد هذه العناصر أيضا في العقد.
 - مجموع القطع الأرضية التي بنيت عليها البناية الفردية، حيث يتمّ تحديدها بتحديد مساحتها ورقمها في جدول تجزئة الأرض⁽¹⁸⁵⁾.
- بثار إشكال قانوني أكبر عندما يتحصل المرقي العقاري على الأرض المخصصة للبناء من جهات عامة بموجب تراخيص إدارية ، ويشرع في عملية البيع والإنجاز ، دون أن يكون مالكا لها (لعدم احترام الإجراءات الرسمية الخاصة بانتقال الملكية) ، فكيف يعقل التكلم عن ملكية المشتري للبناء دون ملكية الأرض؟⁽¹⁸⁶⁾.
- طبقا لقاعدة "فاقد الشيء لا يعطيه" فلا يمكن للبائع أن ينقل هذه الملكية إذا كان هو لا يملك عقودا رسمية لها.
- إنّ المرقي العقاري يستعمل صفته كمرقي للحصول على امتيازات منها ، سهولة الحصول على قطع أرضية والتي تتمّ عادة بموجب تراخيص إدارية ، حيث لا تشكل سندا رسميا للملكية ، ممّا يجعله غير قادر على نقل الملكية للمشتري⁽¹⁸⁷⁾.
- والواقع يؤكد المشاكل المطروحة في هذا الشأن (عمليات البيوع العرفية المتعاقبة على العقار الواحد ، بيع العقار الواحد لأكثر من مستفيد... الخ).

⁽¹⁸⁵⁾ ويس فتحي ، المرجع السابق، ص 88.

⁽¹⁸⁶⁾ مسكر سهام ، المرجع السابق ، ص 79.

⁽¹⁸⁷⁾ حميل نوار ، المرجع السابق ، ص 105.

الخلاصة إنّ موضوع انتقال الملكية العقارية في عقد البيع بناء على التصاميم مشكل أساسي ، معالجته تشكل أحد الضمانات الأساسية للمشتري⁽¹⁸⁸⁾.

الفرع الثاني: الالتزام بمواصلة الإنجاز والمطابقة.

في الواقع أنّ الالتزام بالتشييد أو بالأحرى بمواصلة التشييد نجده خاصة في عقد المقاوله المتعلق بالأبنية ، ونتيجة لاشتراك عقد المقاوله وعقد بيع العقار قبل الإنجاز في هذا الالتزام وتشابهما في مسائل أخرى كثيرة كالالتزام بالتسليم والتسلم ، فقد رتب المشرع بعض الآثار على بيع العقار قبل تمام الإنجاز ، عادة ما نجدها في عقد المقاوله مثل ضمان التهدم ، ضمان حسن الإنجاز و ضمان حسن سير عناصر التجهيز⁽¹⁸⁹⁾.

وانطلاقاً من نص المادة 2/2 من المرسوم التنفيذي 58/94 والتي تنصّ على أنّه : "يلزم البائع بمواصلة البناء وإتمامه في الآجال المقرّر في هذا العقد ، ويتجسد الانتهاء بالحصول على شهادة المطابقة المنصوص عليها في التشريع المعمول به، والتي يلتزم البائع إيداعها لدى مكتب التوثيق ، بمجرد ما يتسلمها من مصالح التعمير المؤهلة" ، يتبيّن لنا من هذه المادة أنّ هذا الالتزام يتطلب شرطين لقيامه.

1/ أن يتمّ التشييد والإنجاز في الموعد المتفق عليه.

2/ أن يكون العقار المنجز مطابقاً لما اتفق عليه من مواصفات (شهادة المطابقة)⁽¹⁹⁰⁾.

البند الأول: انتهاء الإنجاز في الموعد المتفق عليه.

إنّ التزام البائع بمواصلة الإنجاز لا يكون قد تمّ ، إلاّ إذا أنهى البائع التشييد ، ويعتبر العقار تام الإنجاز حسب المادة الأولى من قانون البناء والسكن الفرنسي إذا كانت الأشغال فيه قد نفذت ، ونصّبت عناصر التجهيز الضرورية لاستعمال المبنى في الغرض المعدّ له .

(188) زيروقي الطيب ، حماية مشتري العقار في البيع على التصاميم طبقاً للمرسوم 03/93 ، المرجع السابق ، ص 61.

(189) ويس فتحي ، المرجع السابق ، ص 75.

(190) سويقات أحمد ، الآثار القانون لعقد البيع بناء على التصاميم ، الملتقى الدولي حول الترقية العقارية والآفاق يومي 7 و8 فيفري 2006 ،

جامعة قاصدي مرباح ، ورقلة.

تضيف المادة أنّ المبنى يعدّ كامل الإنجاز حتى لو احتوى على عيوب أو نقائص ليس من شأنها أن تمنع استعماله، كما يختلف مفهوم تمام الإنجاز عن مفهوم حسن الإنجاز، ففي حين يدلّ تمام الإنجاز عن تنفيذ الأعمال وتنصيب عناصر التجهيز، وخلو المبيع من العيوب الجسيمة الجوهرية التي تحول دون استعماله فيما أعدّ له، فإنّ حسن تمام الإنجاز هو التزام يقع على البائع⁽¹⁹¹⁾، مرتبط بظهور عيوب وتصدعات في البناء لها ضمان مستقل يلتزم به البائع.

وعليه فالبايع ملزم بمواصلة الإنجاز وإنهائه في المدة الزمنية المحددة في العقد، وبهذا يكون قد حقق ركنا من أركان العقد وهو المحل، ولا يكفي التزام البائع بمواصلة الإنجاز وإتمامه، دون قيده بأجل محدّد يتفق عليه المتعاقدان، لاسيما وأنّ تحديد مدة الإنجاز مرتبط بتحديد مدة الالتزام بالتسليم، حيث أنّ آجال إتمام الإنجاز تنتهي قبل انتهاء مدة التسليم، وتحدّد المدة حسب اتفاق الأطراف، فقد تكون بالأيام أو بالأشهر أو السنوات حسب ما تقتضيه طبيعة الصفقة طبقا للبرنامج المسطر لها مع الأخذ بعين الاعتبار حالة التوقف وأيام العطل، وفي كل الأحوال على البائع التقيد بهذه الآجال، حتى يتمّ التسليم في الميعاد المحدّد له، وإلاّ تعرّض إلى عقوبات التأخير.

ويتّم إثبات الإنجاز طبقا لنص المادة 2 الفقرة الأخيرة من المرسوم التنفيذي 58/94 باستخراج شهادة المطابقة المسلمة من مصالح التعمير والبناء.

أمّا القانون الفرنسي فقد اعتبرها واقعة مادية يمكن إثباتها بكافة طرق الإثبات كأصل عام بحسب اتفاق الأطراف، في حالة عدم وجود أي اتفاق، يثبت هذا الإنجاز بواسطة محضر المعاينة أو بتحرير محضر انتهاء الأشغال النهائية⁽¹⁹²⁾، أو بواسطة تصريح بإتمام الإنجاز من قبل الطرف الذي طلب منه رخصة البناء، كما يمكن أن يصلح لإثبات الإنجاز محضر التسليم والتسلم⁽¹⁹³⁾.

(191) ويس فتحي، المرجع السابق، ص 76.

(192) مسكر سهام، المرجع السابق، ص 80 - 81.

(193) ويس فتحي، المرجع السابق، ص 77.

أمّا إذا أحل المرقى العقاري بالتزامه بمواصلة الإنجاز وإتمامه ، فإنّه يتمّ إثبات ذلك بواسطة محضر المعاينة المحرر من طرف المحضر القضائي ، والذي بموجبه يخول لجماعة المستفيدين من البناية الجماعية بعد توجيه إنذار للمرقى العقاري لإتمام الإنجاز ، بإتمام عملية البناء على نفقة المرقى العقاري عملاً بالمادة 17 من المرسوم التشريعي 03/93 ، غير أنّ نص المادة لم يشترط الحصول على إذن مسبق من القاضي يسمح لجماعة المستفيدين من مواصلة الإنجاز على نفقة المرقى العقاري ، وهذا بخلاف عقد المقاوله ، حيث أنّ المشرع اشترط استصدار إذن من القاضي لمواصلة الدائن الإنجاز على نفقة المدين ، طبقاً للمواد 170 و 530 من ق.م.

وقد يفضّل المستفيد طلب فسخ العقد مع التعويض، لعدم وفاء المرقى العقاري بالتزاماته، حسب المادة 13 من المرسوم التنفيذي 58/94⁽¹⁹⁴⁾.

البند الثاني: الالتزام بالمطابقة.

لا يكفي التزام البائع بمواصلة الإنجاز وإتمامه خلال الأجل المتفق عليه⁽¹⁹⁵⁾، بل لا بدّ أن يكون هذا الإنجاز مطابقاً لقواعد البناء والتعمير والتصميم المبرمج من طرف المهندس المعماري و لرخصة البناء.

ويختلف مفهوم عدم المطابقة عن الالتزام بضمان حسن الإنجاز ، فالأولى تنشأ عندما لا يتطابق البناء مع تصاميم المهندس المعماري و رخصة البناء ، كذلك عدم مطابقتها لقواعد البناء والتعمير ، فهي لا تعيب البناء بأن تجعله غير صالح لما أعدّ له ، أمّا الثانية فهي تنشأ عند وجود خلل يصيب البناء ويؤثر في كيانه واستعماله ، وقد يصل إلى درجة تهديد سلامة ومتانة البناء.

وتثبت المطابقة بواسطة شهادة المطابقة ، والتي يختص بتسليمها المجلس الشعبي البلدي أو الوالي ، حيث تسلم هذه الشهادة عند الانتهاء من أشغال البناء اعتماداً على

⁽¹⁹⁴⁾ مسكر سهام ، المرجع السابق ، ص 82.

⁽¹⁹⁵⁾ حميل نواره ، المرجع السابق ، ص 104.

التصاميم والمقاييس التي قدّمها المرقي العقاري عند طلبه لرخصة البناء ، وهذا طبقا للمادتين 56 ، 75 من القانون رقم 90-29 المتعلق بالتهيئة والتعمير .

* إجراءات طلب شهادة المطابقة :

تختلف إجراءات طلب شهادة المطابقة باختلاف ثلاث حالات :

الحالة الأولى: حالة إيداع تصريح بانتهاء الأشغال خلال ثلاثين يوما.

يشهد على هذا الانتهاء من نسختين بمقر المجلس الشعبي البلدي مقابل وصل إيداع (المادة 57 من المرسوم الرئاسي 301/03 المتضمن الصفقات العمومية)، لترسل نسخة منه إلى مصلحة الدولة المكلفة بالتعمير على مستوى الولاية، كما تتحقق من مدى مطابقة الأشغال المنجزة مع رخصة البناء لجنة مراقبة، ثمّ تجتمع هذه اللجنة مع مصلحة الدولة المكلفة بالتعمير ، وهذا باستدعاء رئيس المجلس الشعبي البلدي خلال 03 أسابيع لإيداع التصريح بانتهاء الأشغال ليقوم هذا الأخير بإشعار المرقي العقاري بإجراء المراقبة، وذلك قبل 08 أيام على الأقل قبل تحرير محضر الجرد ، والذي يذكر فيه جميع الملاحظات المتعلقة بالمطابقة التي تمّت معاينتها.

يرسل هذا المحضر إلى مصلحة الدولة المكلفة بالتعمير على مستوى الولاية مرفقا باقتراحها إلى السلطة المختصة قصد تسليم شهادة المطابقة، و إذا ما تبين من هذا المحضر عدم مطابقة الأشغال المنجزة مع التصميم المصادق عليه ، فإنّ لجنة المراقبة تعلم السلطة المختصة على مستوى الولاية لتبلغ المعني بعدم إمكانية تسليم شهادة المطابقة ، وأنّ عليه مطابقة البناء للتصميم المصادق عليه مع تذكيره بالعقوبات (المادة 59 من قانون 29/90 المتعلق بالتهيئة والتعمير).

كما تنصّ المادة 13 من القانون رقم 05/04 المؤرخ في 2004/08/04 المعدل والمتمم للقانون رقم 29/90 والمتعلق بالتهيئة والتعمير "في حالة التأكد من عدم مطابقة البناء لرخصة البناء المسلمة يجر العون المخوّل قانونا محضر معاينة المخالفة ويرسله إلى الجهة القضائية ، كما ترسل أيضا نسخة منه إلى رئيس المجلس الشعبي البلدي والوالي المختصين في آجال لا يتعدّى 72 ساعة.

وفي هذه الحالة تقرّر الجهة القضائية التي تمّ اللجوء إليها البتّ في الدعوى العمومية، إمّا القيام بالمطابقة أو هدمه جزئياً أو كلياً في أجل تحدّده.

في حالة عدم امتثال المخالف للحكم الصادر من العدالة في الآجال المحدّدة، يقوم رئيس المجلس الشعبي البلدي أو الوالي المختصين تلقائياً بتنفيذ الأشغال المقررة على نفقة المخالف⁽¹⁹⁶⁾.

ما يعاب على المشرع هو عدم تنظيم عقوبات للطرف المخالف لهذه المادة، لأنّ قيام المجلس الشعبي البلدي أو الوالي بالبناء على نفقة المخالف أحسن وأولى من عقوبة الهدم ، وبالتالي كان على المشرع الأخذ بالعقوبتين على التوالي.

كما أنّ القول بعدم امتثال المخالف للحكم الصادر من العدالة غير معقول وغير متصور، وهذا بوجود ما يسمى بالقوة التنفيذية للحكم.

وعلى مشتري العقار إلزام البائع بالتنفيذ العيني لالتزامه بالمطابقة ، وفي حالة تخلفه تقوم مسؤوليته العقدية ، وللمشتري في هذه الحالة طلب فسخ العقد مع استرجاع المبالغ المدفوعة للبائع ، إضافة إلى حقه في طلب تعويض عادل و منصف عمّا لحقه من ضرر وما فاته من كسب.

الحالة الثانية: حالة عدم إيداع التصريح خلال ثلاثين يوماً ابتداء من تاريخ انتهاء الأشغال.

عندما لا يودع التصريح خلال ثلاثين يوماً ابتداء من تاريخ انتهاء الأشغال ، فإنّ المشرع قد أوكل مهمة البحث عن مخالفات التعمير إلى ما يسمى بشرطة العمران في إطار الرقابة الإدارية ، وهذا بموجب المرسوم التشريعي 03/94 المؤرخ في 18/05/1994 المتعلق بشروط الإنتاج المعماري وممارسة مهنة المهندس المعماري ، إلّا أنّ القانون رقم 06/04 المؤرخ في 14/08/2004 قد ألغى المادة 51 من المرسوم التشريعي 03/94 السالف الذكر والتي تحدّد

(196) مسكر سهام ، المرجع السابق ، ص 83 - 84.

الموظفين المؤهلين للرقابة الإدارية، وعملا بالتعديل الجديد في المادة 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 ، فإنّ المكلفين بالرقابة علاوة على ضباط وأعوان الشرطة القضائية هم مفتشو التعمير الذين يمارسون عملهم بإدارة وزارة السكن والعمران والأعوان الذين يمارسون عملهم بمصالح التعمير التابعة للبلدية ، فهم ملزمون بالتحقق ميدانيا من مدى مطابقة العقار لرخصة البناء ، ففي حالة المطابقة تسلم للمعني شهادة المطابقة ، أمّا في حالة عدم المطابقة فإنها تقوم باتخاذ نفس إجراءات الحالة الأولى.

الحالة الثالثة: حالة غياب أي قرار في المطابقة خلال ثلاثة أشهر الموالية لإيداع التصريح بانتهاء أشغال البناء.

يمكن للمرقي العقاري في هذه الحالة أن يتقدم بطعن رسمي بواسطة رسالة موصى عليها مع وصل الاستلام، إمّا إلى الوزير المكلف بالتعمير أو الوالي إذا كان هو السلطة المختصة بتسليم هذه الشهادة. ويتعيّن على هذه السلطة أن تبلغ قرارها خلال الشهر الموالي، وإلاّ فإنّ شهادة المطابقة تعدّ بمثابة شهادة ممنوحة⁽¹⁹⁷⁾.

أمّا إذا رفضت الإدارة منح شهادة المطابقة نتيجة مخالفة المرقى العقاري رخصة البناء والتصاميم المنجزة من قبل المهندس المعماري ، فإنّه يتم تحرير ذلك في محاضر طبقا للشكل التنظيمي المحدد للنماذج الملحقة بالمرسوم التنفيذي 36/97 المؤرخ في 1997/01/14 والمعدل بالمرسوم التنفيذي 318/95 المؤرخ في 1995/10/14 المحدد لشروط تعيين الأعوان والموظفين المؤهلين لتقصي مخالفات التشريع والتنظيم ومعاينتها في ميدان الهندسة المعمارية والتعمير وبموجب المرسوم التنفيذي رقم 55/06 السالف الذكر.

⁽¹⁹⁷⁾ المادة 60 من المرسوم التنفيذي 176/91 السالف الذكر.

ومن بين هذه المحاضر: محضر معاينة الأشغال غير المطابقة لأحكام رخصة البناء المسلمة، محضر الأمر بتحقيق المطابقة، محضر تسديد وتحقيق المطابقة⁽¹⁹⁸⁾.

الفرع الثالث: الالتزام بالتسليم.

أوجب القانون على البائع تسليم المبيع إلى المشتري مجرداً من كل حق آخر ما لم يكن هناك اتفاق أو نص في القانون يقضي بغير ذلك، فالالتزام البائع بتسليم المبيع من مقتضيات عقد البيع، بل هو من بين أهمّ التزامات البائع التي تترتب بمجرد العقد⁽¹⁹⁹⁾.

إنّ الالتزام بالتسليم هو التزام متفرع عن الالتزام بنقل الملكية، كما أنّ الالتزام بالتسليم هو التزام بتحقيق نتيجة⁽²⁰⁰⁾.

ويمكن تعريف التسليم بأنه الإجراء الذي يقصد به، تمكين المشتري من المبيع، بحيث يستطيع أن يباشر عليه سلطاته دون أن يمنعه من ذلك أي عائق.

إلا أنّ المادة 367 ق.م توضح بأنّ الوفاء بالالتزام بالتسليم يحصل بوضع المبيع تحت تصرف المشتري وعلمه بذلك ولو لم يتسلمه بالفعل، بحيث لا يستلزم ذلك أن تنتقل الحيازة المادية فعلاً إلى المشتري وإنما يكفي أن يوضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته مادياً دون أي عائق، وهذا هو العنصر الأوّل للتسليم، أمّا العنصر الثاني فهو إعلام المشتري بأنّ المبيع قد وضع تحت تصرفه.

أمّا بالنسبة لطريقة التسليم، فقد نصّت المادة 1/327 ق.م في شطرها الأخير أنّه "يحصل التسليم على النحو الذي يتفق مع طبيعة الشيء المبيع".

فالتسليم في المنقولات يكون إمّا بالمناولة، أو بتسليم مفاتيح الشيء، أمّا بالنسبة لتسليم العقار فيكون بالتخلي عن حيازته للمشتري وعدم مباشرة أي حق من الحقوق التي تخولها الملكية للمالك⁽²⁰¹⁾.

⁽¹⁹⁸⁾ مسكر سهام، المرجع السابق، ص 84 - 85.

⁽¹⁹⁹⁾ فتحي عبد الرحيم عبد الله، الوجيز في العقود المدنية المسماة (عقد البيع)، الطبعة الثالثة، منشأة المعارف، مصر، دون سنة، ص 137.

⁽²⁰⁰⁾ منذر الفضل، د. صاحب الفضلاوي، شرح القانون المدني الأردني (العقود المسماة)، د.ط، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن،

1997، ص 87.

⁽²⁰¹⁾ زاهية سي يوسف، المرجع السابق، ص 102 إلى 104.

إن كان تسليم العقار في عقد البيع يكون بالتخلي عن حيازته للمشتري ، فكيف يكون التسليم في عقد البيع بناء على التصاميم ؟

ويشترط لتسليم عقد البيع بناء على التصاميم :

1/ إتمام الإنجاز خلال الأجل المحدد في العقد.

2/ مطابقة الإنجاز لرخصة البناء المثبتة بواسطة شهادة المطابقة (المادة 14 من المرسوم التشريعي رقم 03/93).

3/ وجوب استخراج شهادة تأمين على المسؤولية المدنية العشرية للمقاول والمهندس المعماري والمرقي العقاري كما سنرى (المادة 08 من المرسوم التشريعي رقم 03/93 والمادة 08 من المرسوم التنفيذي رقم 58/94).

4/ إثبات التسليم بحضور محرر لدى نفس الموثق الذي اكتتب العقد (المادة 13 من المرسوم التشريعي رقم 03/93).

وعلى البائع احترام آجال التسليم المحددة في العقد ، وعليه بمجرد إتمام الإنجاز أن يسلم البناية للمشتري ليبيدي هذا الأخير تحفظاته على عدم المطابقة للمواصفات المتفق عليها ، أو على عدم كفاءة عناصر التجهيز القابلة للانفصال ، وكذلك العيوب الظاهرة التي تظهر في البناء خلال أجل سنة ، ويتم عندئذ تحرير محضر بتسلم الأشغال مع التحفظ وهو ما يعرف بالتسليم المؤقت.

وفي حالة مطابقة البناء للمواصفات المتفق عليها وعدم ظهور عيوب ظاهرة متحفظ عليها أو بعد إصلاحها، وبمجرد انتهاء أجل سنة من تحرير محضر بالتسليم المؤقت، فإنه يتم تحرير محضر بالتسليم النهائي، وبهذا الأخير تبرأ ذمة البائع من مسؤوليته عن العيوب الظاهرة اتجاه المشتري ، وتبدأ مسؤوليته عن العيوب الخفية والتي تظهر خلال عشر سنوات من تحرير هذا المحضر وهو ما يعرف بالضمان العشري.

وعليه نستنتج أنّ المشرع قد أخذ بنظام ازدواجية التسليم ، وربط كل مرحلة من التسليم بالضمانات المفروضة على البائع، فبمجرد التسليم المؤقت للأشغال مع التحفظ تقوم مسؤولية البائع بضمان عناصر التجهيز والعيوب الظاهرة ، أمّا بعد التسليم النهائي

للأشغال فنتهي مسؤولية البائع عن العيوب الظاهرة وتبدأ مسؤوليته اتجاه العيوب الخفية والتي تظهر خلال عشر سنوات من تحرير المحضر النهائي.

أما إثبات حيازة المشتري للملكية محل البيع ، فيثبتها محضر التسليم المحرر حضوريا أمام الموثق الذي اكتتب العقد ، وهذا ما جاء في نص المادة 13 من المرسوم التشريعي 03/93 ، وبالتالي لا مجال للتسليم الوهمي الذي يستخلص من خلال الوقائع وظروف التسليم.

وطبقا لنص المادة 4/10 من المرسوم التشريعي 03/93: "يجب أن يشمل عقد البيع بناء على التصاميم تحت طائلة البطلان على آجال التسليم وعقوبات التأخير في حالة عدم احترام الآجال".

إنّ عدم تحديد الآجال لتسليم البناية يؤدي إلى بطلان العقد ، أما في حالة عدم احترام هذه الآجال لأسباب منطقية ، فيتمّ إمهال المرقى العقاري المدّة المتفق عليها في العقد (المادة 03 من المرسوم التنفيذي 58/94)، وإلاّ قام بدفع مبالغ عقابية للمشتري ، حيث تحسب هذه الأخيرة بنسبة معينة من الثمن التقديري للبيع عن كل تأخير، دون أن يتعدّى المبلغ الأقصى للعقوبة.

ويعتبر هذا الشرط بمثابة وسيلة ضغط على البائع تجبره على تنفيذ التزامه بالتسليم، إلاّ إذا أثبت أنّ عدم التنفيذ يرجع إلى سبب أجنبي أو قوّة قاهرة أو خطأ الغير ، وفي هذه الحالة يبقى من حق المشتري فسخ العقد ، طبقا لمقتضيات نص المادة 13 من المرسوم التنفيذي 58/94 نتيجة إخلاله في تنفيذ التزاماته⁽²⁰²⁾.

وتجدر الإشارة أنّ المشرع قد استعمل كلمة في غير محلّها في المادة 13 من المرسوم التشريعي 03/93 ، حيث تقول المادة " بأنّ العقد يستكمل بمحضر يحرّر حضوريا ، في نفس مكتب الموثق ، لإثبات حيازة الملكية من المشتري...الخ".

(202) مسكر سهام ، المرجع السابق ، ص 87 - 88.

إن استعمال كلمة "يستكمل" من قبل المشرع في هذه المادة خاطئ، ذلك أننا نتمم أو نكمل ما هو ناقص ، في حين أنّ عقد البيع ناجز كليتا ، فيتعلق الأمر إذن بمحضر تنصيب يرر التطابق بين الشيء الموعود به والشيء المسلم ، فالمحضر إذن يجزّر تلو عقد البيع وليس إتماما له⁽²⁰³⁾.

الفرع الرابع: الالتزام بالضمان.

إن بيع العقار قبل تمام الإنجاز ، على غرار البيع العادي يلزم البائع بأن يقدم للمشتري مجموعة من الضمانات ، منها ما هو عادي ومعروف في جميع البيوع ، ومنها ما هو خاص ينفرد به عقد البيع على التصاميم⁽²⁰⁴⁾.

سأعالج في هذا الفرع ضمان التعرض والاستحقاق باعتباره من الالتزامات العامة والمعروفة في كل البيوع ، وضمان العيوب الخفية حسب القواعد العامة أمّا الضمانات الخاصة فسوف أعالجها في المبحث الثاني تحت عنوان الضمانات الخاصة المكرسة في عقد البيع بناء على التصاميم وهذا لأكثر تفصيل.

الالتزام بضمان التعرض والاستحقاق ، كالتزام بالتسليم يجاوز نطاق عقد البيع إلى كل عقد ناقل للملكية ، بل إلى كل عقد ينقل الحيازة والانتفاع ، فهو موجود في عقود المقايضة والشركة والصلح والقسمة والإيجار وغيرها ، ذلك أنّه من يكون ملتزما بنقل الملكية أو بنقل الشيء أو نقل حيازته والانتفاع به ، يجب عليه بداهة أن ينقل إلى الشخص الآخر ملكية أو حيازة هادئة لا يعكر صفوها تعرض منه أو من أي شخص آخر ، ولذلك في عقد البيع يستحسن التمييز بين التعرض الصادر من البائع والتعرض الصادر من الغير (البند الأول).

ضمان العيوب الخفية ، كضمان التعرض والاستحقاق ، يجاوز نطاق عقد البيع إلى كل عقد ناقل للملكية والانتفاع ، وبخاصة إن كان من عقود المعاوضات ، ذلك أنّه من

(203) مرابط أحمد ، الإشكالية القانون التي تثيرها الترقية العقارية ، مجلة الموثق الدورية ، العدد 6 ، أبريل 2002 ، الجزائر ، ص 17.

(204) ويس فتحي ، المرجع السابق ، ص 90.

ينقل الملكية لشخص يجب عليه أن ينقل حيازة مقيدة ، تمكن من انتقلت إليه من الانتفاع بالشيء ، ومن ثمّ وجب على هذا الشخص عندئذ أن يضمن العيوب الخفية التي تحول دون هذا الانتفاع⁽²⁰⁵⁾ (البند الثاني).

البند الأول : الالتزام بضمان التعرض والاستحقاق .

إنّ هذا الالتزام ينقسم بدوره إلى التزامين؛ ضمان التعرض الصادر من البائع نفسه و ضمان التعرض الصادر من الغير .

أولاً : ضمان التعرض الصادر من البائع .

لقد أقرّ المشرع قاعدة في القانون المدني عاجل فيها هذا التعرض، وهي المادة 371 "يضمن البائع عدم التعرض للمشتري في الانتفاع بالمبيع كله أو بعضه سواء كان التعرض من فعله أو من فعل الغير يكون له وقت البيع حق على المبيع يعارض به المشتري ، ويكون البائع مطالباً بالضمان ولو كان حق ذلك الغير قد ثبت بعد البيع وقد آل إليه هذا الحق من البائع نفسه".

لقيام ضمان التعرض يجب أن يصدر من البائع عمل من شأنه أن يحول كلياً أو جزئياً دون انتفاع المشتري بملكية المبيع .

فيجب إذن توافر شرطين ؛ وجوب وقوع التعرض فعلاً ، بحيث يحول دون انتفاع المشتري بملكية المبيع ، ويستوي عندئذ أن يكون التعرض مادياً أو قانونياً .

فالتعرض المادي هو ذلك التعرض الذي يقوم على أعمال مادية محضة يقوم بها البائع ، مثلاً أن يبيع شخص متجراً لآخر ، ثمّ يعتمد إلى إنشاء متجر مجاور من نفس النوع ، فينافس المشتري في عملائه .

أمّا التعرض القانوني، فيقوم على تصرفات قانونية يقوم بها البائع، مثل أن يبيع العقار مرّة ثانية، فيبادر المشتري الثاني إلى تسجيل البيع قبل المشتري الأوّل، فتنقل عندئذ الملكية إليه⁽²⁰⁶⁾ .

(205) عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ص 542 و 622 .

يشترط المشرع عند تحرير عقد البيع على التصاميم إرفاق عقد ملكية الأرض محل الإنجاز ، والموثق المكلف باكتتاب العقد يتأكد من عقد الملكية ومن البيانات الواردة فيها ومن تاريخ شهرها وتسجيلها ، لأنّ عدم ملكيته للأرض محل الإنجاز تثير إشكالية نقلها إلى المشتري ، إضافة إلى مشكلة نقل ملكية البناء على أرض ملك للغير ، ولهذا نستبعد التعرض القانوني في هذا العقد⁽²⁰⁷⁾.

ثانيا : التعرض الصادر من الغير .

حتى يقوم التعرض الصادر من الغير يجب توافر شرطين هما :

- أن يقع التعرض فعلا من الغير، والغير هنا هو الأجنبي وليس طرفا في عقد البيع بين المشتري الأوّل والبائع.

كما أنّ هذا التعرض يكون قانونيا وليس ماديا مثلما بيّنا مسبقا في التعرض الصادر من البائع، ويتمثل في رفع دعوى من المشتري الثاني أو من يدعي حقا على الشيء المتنازع فيه على المشتري الأوّل.

- يجب أن يكون الحق الذي يدعيه الغير سابقا على البيع أو يكون تاليا له ولكنه مستمد من البائع.

متى قام ضمان البائع للتعرض الصادر من الغير بتوافر الشروط التي تقدم ذكرها، فإنّ البائع قد تحقق التزامه بالضمان، ويجب عليه عندئذ أن ينفذ هذا الالتزام تنفيذا عينيا، ويكون ذلك بطريق التدخل، وهناك ثلاث حالات:

* إذا رفعت على المشتري دعوى باستحقاق المبيع ، وأخطر بها البائع ، كان على البائع التدخل في الدعوى إلى جانب المشتري ، فإذا تمّ الإخطار ولم يتدخل البائع في الدعوى وجب عليه الضمان ، إلاّ إذا أثبت البائع أنّ الحكم الصادر في الدعوى كان نتيجة لتدليس من المشتري أو لخطأ جسيم منه.

(206) عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ص من 545 إلى 548.

(207) مسكر سهام ، المرجع السابق ، ص 90.

أما إذا لم يخطر المشتري البائع بالدعوى في الوقت الملائم وصدر عليه حكم حاز قوّة الأمر المقضي به ، فقد حقّه في الرجوع بالضمان ، إذا أثبت البائع أنّ تدخله في الدعوى كان يؤدي إلى رفض الاستحقاق⁽²⁰⁸⁾ ، طبقا للمادة 372 ق.م.

* وقد يقوم البائع بتنفيذ التزامه بطريق التعويض ، وهذا في إحدى الحالات التالية :

- إذا أخطر المشتري البائع بدعوى الاستحقاق، فتدخل البائع في الدعوى ولم يفلح في دفع الدعوى.

- إذا أخطر المشتري البائع بدعوى الاستحقاق، ولم يتدخل في الدعوى، فخسر المشتري الدعوى، ولم يستطع البائع إثبات تدليس المشتري أو خطأه الجسيم.

- إذا لم يخطر المشتري البائع بدعوى الاستحقاق ، وخسر المشتري الدعوى ولم يستطع البائع أن يثبت أنّ تدخله في الدعوى ، كان يؤدي إلى رفض دعوى الاستحقاق.

* فإذا وجب للمشتري على البائع ضمان الاستحقاق ، في حالة من الأحوال المتقدمة فيكون استحقاق المبيع إمّا كلياً أو جزئياً

ففي الحالة الأولى ، للمشتري أن يطلب من البائع قيمة المبيع وقت نزع اليد ، قيمة الثمار التي ألزم المشتري بردها إلى الملاك الذين نزعوا يده عن البيع ، المصاريف النافعة التي يمكنه أن يطلبها من صاحب المبيع ، وكذلك المصاريف الكمالية إذا كان البائع سيء النية، جميع مصاريف دعوى الضمان ودعوى الاستحقاق باستثناء ما كان المشتري يستطيع أن يتقيه منها ، لو أعلم البائع بهذه الدعوى الأخيرة طبقا للمادة 373 ق.م وبوجه عام تعويضه عمّا لحقه من خسارة وما فاته من كسب بسبب نزع اليد عن المبيع⁽²⁰⁹⁾.

أما في حالة نزع اليد الجزئي عن المبيع ، وكانت خسارة المشتري قد بلغت قدرا لو علمه المشتري وقت التعاقد لما قام بالتعاقد ، فكان له عندئذ أن يطالب البائع بالمبالغ المبيّنة (في حالة استحقاق المبيع كلياً) ، مقابل ردّ المبيع مع الانتفاع الذي حصل عليه إلى البائع.

(208) عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ص 561 إلى 576.

(209) المادة 375 من القانون المدني .

أمّا إذا اختار المشتري استبقاء المبيع ، أو كانت الخسارة التي لحقته لم تبلغ القدر المشار إليه في الفقرة السابقة ، لم يكن له سوى المطالبة بحق التعويض عن الضرر الذي لحقه بسبب نزع اليد الجزئي عن المبيع⁽²¹⁰⁾.

البند الثاني: ضمان العيوب الخفية حسب القواعد العامة.

يكون البائع ملزماً بالضمان إذا لم يتوافر في المبيع وقت التسليم الصفات التي كفل للمشتري وجودها فيه ، أو إذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته أو من نفعه بحسب الغاية المقصودة منه.

يضمن البائع هذا العيب ولو لم يكن عالماً به ، مع ذلك فهو لا يضمن العيوب التي كان المشتري يعرفها وقت البيع ، أو كان يستطيع أن يتبينها بنفسه ، إلا إذا أثبت المشتري أنّ البائع أكّد له خلو المبيع من العيوب ، أو إذا أثبت أنّ البائع قد تعمد إخفاء العيب غشاً منه.

وحتى يوجب الضمان يجب أن تتوافر في العيب أربعة شروط هي:

1/ أن يكون العيب مؤثراً : ومعنى هذا أن ينقص العيب إمّا من قيمته أو من نفع المبيع بحسب الغاية المقصودة منه.

2/ يجب أن يكون العيب قديماً : والمقصود بهذا الشرط أن يكون العيب موجوداً في المبيع وقت تسلمه من البائع.

3/ يجب أن يكون العيب خفياً : فإذا كان العيب ظاهراً وقت تسلمه من المشتري ولم يعترض عليه ، فلا يضمنه البائع.

ويكون العيب خفياً في الحالتين الآتيتين :

أ) إذا لم يكن العيب وقت تسلم المبيع ظاهراً ولا يمكن للمشتري تبيّنه أو أنه فحصه بعناية الرجل العادي.

(210) المادة 376 من القانون المدني.

ب) إذا كان المشتري بعد أن أثبت البائع أن العيب كان يستطاع تبيّنه بالفحص، أثبت هو من جهته أحد الأمرين إمّا أن يكون البائع قد أكّد له خلو المبيع من العيوب ، وإمّا أن البائع قد تعمّد إخفاء هذا العيب غشا منه .

4/ يجب أن يكون العيب غير معلوم للمشتري : فإذا علم المشتري بالعيب فسكوته عليه يعتبر رضاء به ، ويعتبر تنازلاً منه عن حقه في الرجوع بالضمان على البائع .

ويترتب على قيام ضمان العيوب الخفية "دعوى الضمان" ، فمن شروطها :

- أولاً : يجب أن يتوافر في العيب الموجود في المبيع الشروط السابقة .

- ثانياً : يجب على المشتري المبادرة بإخطار البائع بها .

وله بعد ذلك أن يرجع على البائع بدعوى الضمان⁽²¹¹⁾ (ضمان العيوب الخفية) .

فلمشتري في عقد البيع بناء على التصاميم الحق في رفع هذه الدعوى ، زيادة على دعوى أخرى قد خوّله القانون رفعها وهي الضمان العشري ، فلمشتري في هذه الحالة الخيار ، إمّا رفع دعوى ضمان العيوب الخفية حسب القواعد العامة ، وإمّا رفع دعوى الضمان العشري والتي لا تسقط إلاّ بمرور 10 سنوات من يوم التسليم .

الفرع الخامس : الجزاءات المترتبة على إخلال البائع بالتزاماته .

تنقسم الجزاءات المترتبة على إخلال البائع بالتزاماته إلى جزاءات عادية ترجع إلى القواعد العامة في تنفيذ العقود (البند الأول) ، وجزاءات خاصة بعقد البيع على التصاميم (البند الثاني) .

البند الأول : الجزاءات العادية التي ترجع إلى القواعد العامة في تنفيذ العقود .

بما أن عقد البيع بناء على التصاميم يرتب التزامات تقابلية ، فهو عقد ملزم للجانبين ، وبالتالي يخضع في تنفيذه والجزاء المترتب عن الإخلال بهذا التنفيذ إلى أحكام العقود الملزمة للجانبين .

(211) عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ص 623 إلى 633 .

إنّ إخلال بائع العقار قبل تمام الإنجاز بالتزامه ، كعدم إتمام التشييد أو عدم التسليم في الأجل المحدّد أو عدم المطابقة أو تعسير نقل الملكية يمكن أن يدفع بالمشتري بطلب التنفيذ العيني للعقد أو فسخ العقد ، وذلك بعد إعدار البائع ، وسواء طلب المشتري التنفيذ العيني أو الفسخ ، يجوز أن يطلب التعويض أيضا إذا كان له محل ، وهذا طبقا للمادة 119 ق.م (212).

كما يجوز للمشتري أيضا في حالة إخلال البائع بأحد التزاماته أن يمتنع هو الآخر عن تنفيذ التزاماته، حتى ينفذ البائع التزامه المقابل، وذلك تطبيقا للمادة 123 ق.م (213). كما أنّ هناك مجموعة من الجزاءات العادية ، يكفي لمعرفة الرجوع إلى القواعد العامة في تنفيذ مثل هذه العقود.

البند الثاني : الجزاءات الخاصة .

لقد نصّ المشرع ، على مجموعة من الجزاءات الخاصة عند إخلال البائع بالتزاماته، كما فرض على المتعاقدين وجوب تضمين عقدهم بعض النصوص المبينة لجزاءات تعاقدية مثل نص المادة 10 من المرسوم التشريعي 03/93 ، إلى جانب ذلك هناك بعض الجزاءات جاء النص عليها في المرسوم التنفيذي 58/94 المتضمن نموذج عقد البيع بناء على التصاميم.

أما القانون 03/67 الفرنسي ، فقد أخضع جميع الجزاءات الناشئة عن إخلال بائع العقار على التصاميم بالتزاماته إلى القواعد العامة خصوصا المادة 1144 ق.م. ف وما يليها ، والمادة 1184 ق.م.ف، حيث تتكلم هذه الأخيرة عن خيار طلب الفسخ أو التنفيذ العيني ، كما أنّ القانون 03/87 لا يرتب جزاءات خاصة إلاّ في حالة وجود عيوب ظاهرة أو خفية في العقار المبّيع.

أوّلا : بعض الجزاءات الخاصة التي تضمنها المرسوم التشريعي 03/93.

(212) تنص المادة 119 ق.م: "في العقود الملزمة للجانبين ، إذا لم يوفّ أحد المتعاقدين بالتزامه ، جاز للمتعاقد الآخر بعد إعداره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه ، مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال ذلك".

(213) تنصّ المادة 123 ق.م: "في العقود الملزمة للجانبين إذا كان الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء جاز لكلّ من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما ألزم به".

تتمثل هذه الجزاءات في ما يلي:

- وجوب إصلاح العيوب الظاهرة في الآجال المتفق عليها في العقد، وذلك جزاء لإخلال البائع بتسليم عقار غير مطابق للاتفاقات التعاقدية (المادة 15 من المرسوم التشريعي 03/93).

- وجوب تنفيذ أشغال حسن سير عناصر التجهيز، وذلك جزاء لإخلال البائع بالتزامه بتشديد عقار تام الإنجاز (المادة 15 من المرسوم التشريعي 03/93).

- منح حق امتياز من الدرجة الأولى للمشتريين جزاء لإفلاس البائع.

- تحميل البائع نفقة مواصلة الإنجاز بواسطة المشتريين، جزاء لتخلفه أو عجزه عن تنفيذ التزامه، وخاصة الالتزام بالتشديد (المادة 17 من المرسوم التشريعي 03/93).

ثانيا : بعض الجزاءات الخاصة التي تضمنها المرسوم التنفيذي 58/94.

- تحميل البائع دفع تعويضا تحدد قيمته بالاتفاق، في حالة فسخ العقد بسبب إخلاله بأحد التزاماته كشرط جزائي.

- ردّ المبالغ المدفوعة من المشتري في حالة الفسخ مهما كان سببه خلال مدة تحدّد بالاتفاق⁽²¹⁴⁾.

المطلب الثاني: التزامات المشتري.

لما كان عقد البيع من العقود الملزمة لجانبين ، فإنّ المشتري يلتزم تجاه البائع بعدّة التزامات ، تعدّ المقابل لما يقع على البائع من التزامات ، وهي الالتزام بالوفاء بالثمن ، والالتزام بتسليم المبيع ، وقد بيّن التقنين المدني الجزائري التزامات المشتري في المواد من 387 إلى 396 ق.م⁽²¹⁵⁾.

أمّا عن التزامات المشتري في عقد البيع بناء على التصاميم فهي لا تختلف كثيرا عن التزامات المشتري في البيع العادي ، فالمشتري يبقى ملزما بالتزامين هامين هما : الالتزام

(214) ويس فتحي ، المرجع السابق ، ص من 90 إلى 92.

(215) زاهية سي يوسف ، المرجع السابق ، ص 194.

بدفع الثمن (الفرع الأوّل) ، والالتزام بتسلم المبيع (الفرع الثاني) ، غير أنّ هناك نوعاً من الخصوصية تميّز هذين الالتزامين في عقد البيع بناء على التصاميم⁽²¹⁶⁾ ، بينما التزام المشتري بدفع التكاليف المفروضة في العقد (الفرع الثالث) ، التزام جديد دخيل عن عقد البيع العادي.

ونتيجة لإلزام المشرع البائع بهذه الالتزامات ، فرض عليه بالمقابل جزاءات في حالة إخلاله بها (الفرع الرابع).

الفرع الأوّل : الالتزام بدفع الثمن.

الثمن هو مبلغ من النقود يتفق عليه المتبايعان ، ويشترط في الثمن أن يكون مقدراً أو قابلاً للتقدير ، وأن يكون جديداً لا صورياً ولا تافهاً ، وإذا توافرت في الثمن هذه الشروط وجب على المشتري الوفاء به في الزمان والمكان المحددين في العقد⁽²¹⁷⁾ .

خلافاً لما هو عليه في البيع العادي ، وخلافاً للمشرع الفرنسي (البيع المؤجل) فإنّ الثمن في عقد البيع على التصاميم ، يتمّ تحديده أو تقديره من قبل الأطراف في العقد ، على أنّه مجرد "سعر تقديري" ، وليس نهائي ، وربما يرجع سبب الاختلاف بين القانونين الجزائري والفرنسي ، في أنّ القانون الفرنسي يفرض على الأطراف تحديد الثمن بدقة فيما يسمى "بالبيع المؤجل" ، حيث أنّ المتعاقدان في فرنسا يلجآن إلى إبرام عقود ابتدائية (vente préliminaire) ، ممّا يسمح للبائع بالتعرف على وضعية السوق ، وتكاليف الإنجاز ويحدّد على ضوءها الثمن بدقة عند إبرام عقد البيع النهائي⁽²¹⁸⁾ .

(216) ويس فتحي ، المرجع السابق ، ص 93.

(217) رمضان أبو السعود ، شرح العقود المسماة في عقدي البيع والمقايضة ، الطبعة الثانية ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، مصر ، 2003 ، ص

370.

(218) ويس فتحي ، المرجع السابق ، ص 94.

كما أنّ المشرع في عقد البيع بناء على التصاميم لا يشترط أن يدفع الثمن مرّة واحدة ، إنّما يكون الدفع على أقساط مجزأة حسب الاتفاق تبعا لمراحل تقدم الأشغال ، طبقا لنص المادة 5 من المرسوم التنفيذي 58/94 ، وهذا الإشكال هو الذي جعلني أبحث عن طريقة تحديد ومراجعة الثمن في هذا العقد (البند الأوّل)، وطريقة دفعه (البند الثاني).

البند الأوّل: طريقة تحديد ومراجعة الثمن.

يحدّد ثمن البيع عادة حسب تكلفة الإنجاز ، غير أنّ البائع يقدر هذه التكلفة بشكل تقديري عند إبرام العقد ويحدّد على أساسها الثمن بشكل تقريبي ، وهو قابل للمراجعة طبقا لنص المادة 5/10 و6 من المرسوم التشريعي 03/93 والتي تشترط تحت طائلة البطلان أن يتضمن العقد السعر التقديري وكيفيات المراجعة إن اقتضى الأمر وشروط الدفع وكيفية ته ، ويفهم من هذا الشرط أنّ الثمن ليس نهائيا ، بل هو ثمن مبدئي .

والملاحظ أنّ المشرع لم يحدّد الحالات الخاصة بالمراجعة ، كما أنّه لم يرجعها للسلطة التقديرية للقاضي ، فهل ترك مسألة تقديرها للأطراف ، أم للبائع بصفته الأعلّم بهذه الحالات والظروف التي قد تعترض مرحلة تشييد البناء وتؤدي إلى زيادة الثمن ؟

لقد جرت العادة أنّ البائع هو من يحدّد حالات المراجعة، كونها غير مقيدة أو محصورة بحالات معينة، الأمر الذي يفتح المجال لتعسف البائع ومبالغته في زيادة الثمن، مستغلا حاجة المشتري إلى السكن، والبيّن أنّ المشرع قد قصد من حالات المراجعة تطبيق نظرية الظروف الطارئة وفقا للقواعد العامة (المادة 107⁽²¹⁹⁾ ق.م)، ولتطبيق هذه النظرية لابدّ من توافر شروط ثلاثة وهي:

الشرط الأوّل : أن يكون العقد المطلوب تعديله متراخي في التنفيذ ، أي يتطلب مرور فترة زمنية بين لحظة انعقاد العقد وتنفيذه ، وعليه فإنّ هذا الشرط ينطبق على عقد البيع على التصاميم كونه من العقود الزمنية ، حيث يمكن حدوث ظروف استثنائية عامة غير متوقعة خلال هذه المدّة.

(219) تنص المادة 107 ق.م: "...غير أنّه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أنّ تنفيذ الالتزام التعاقدية وإن لم يصبح مستحيلا ، صار مرهقا للمدين... جاز للقاضي... أن يرد الالتزام المرهق إلى حدّ المعقول".

الشرط الثاني : أن يكون الحادث استثنائي عام غير متوقع ، مثل الكوارث الطبيعية أو إعلان حالة الحرب أو صدور قانون أدى إلى ارتفاع أو انخفاض الأسعار ، ويشترط في الحادث أن يكون عاما لا يخصّ المدين وحده ، بل ينطبق على كافة الناس، كما يشترط عدم توقع هذا الحادث عند إبرام العقد.

هل يمكن اعتبار ارتفاع أسعار مواد البناء وزيادة أجور العمال حادثا استثنائيا عاما

غير متوقع، وبالتالي يمكن للبائع أن يتحجج به لمراجعة الثمن ؟

إنّ بوسع البائع أخذ هذه الحالات في الحسبان عند تقديره للثمن في عقد البيع بناء على التصاميم ، لأنّها من الحالات المتوقعة وهذا بحكم تجرّبه العملية.

أمّا في حالة وقوع كوارث طبيعية أو قيام حروب أو صدور قانون من شأنه رفع أسعار مواد البناء، فإنّ هذه الأمور ليس بوسع المرقي العقاري توقعها وقد تؤدي إلى إرهاقه في تنفيذ التزاماته التعاقدية، وهذا من شأنه أن يدفع بهذا الأخير إلى مراجعة الثمن.

الشرط الثالث : أن يؤدي هذا الحادث الاستثنائي إلى جعل تنفيذ الالتزام مرهقا لأحد المتعاقدين ، بحيث يهدّده بخسارة فادحة ، لكن من دون أن تصل إلى درجة استحالة التنفيذ، لأنّه في هذه الحالة يحكم القاضي بانقضاء الالتزام لا بتعديله، وعليه نستخلص أنّه وفقا للقواعد العامة يمكن تطبيق نظرية الظروف الطارئة على عقد البيع بناء على التصاميم، لكن الظاهر أنّ المستفيد الوحيد من تطبيق هذه النظرية هو البائع وليس المشتري.

يرى جانب من الفقه⁽²²⁰⁾، أنّ في حالة غياب ضبط لكيفية المراجعة ، لاسيما إذا طالت مدّة الإنجاز ، ممّا قد يرهق المشتري في تنفيذ التزامه ،أنّه من الضروري تدخل القاضي الذي له سلطة الموازنة بين التزامات كلا طرفي العقد طبقا للقواعد العامة ، لاسيما أمام تعسف البائع في هذه المراجعة .

(220) مسكر سهام، المرجع السابق، ص من 108 إلى 110.

وتجدر الإشارة أنّ مراجعة الثمن في عقد البيع بناء على التصاميم يكون عادة بالزيادة فيه فقط دون النقصان⁽²²¹⁾.

وبخلاف المشرع الفرنسي الذي لم يفتح الباب لهذه الإشكالية ، كون الثمن يحدّد بصفة نهائية عند إبرام العقد النهائي بعد إتمام الإنجاز في حالة البيع المؤجل ، أمّا البيع في حالة الإنجاز المستقبلي فإنّ العقد يتضمن تحديد الثمن التقديري وكيفيات مراجعته وضبط حالات المراجعة بنسب محدّدة من طرف وزير البناء والسكن دون أن يترك المجال للبائع لابتزاز أموال المشتري دون وجه حق ، مع احترام النسب القسوى في تحديد الثمن والمقررة في المادة 4/231 من قانون البناء والسكن الفرنسي⁽²²²⁾.

البند الثاني: طريقة دفع الثمن.

لقد ترك المشرع للأطراف حرية الاتفاق على طريقة الدفع ، غير أنّه وضع لها مجموعة من الضوابط ، منها أنّه يمنع دفع الثمن الكلي مسبقاً ودفعة واحدة ، كما أنّه لا بدّ من تضمين العقد بياناً يحدّد طريقة الدفع (مبلغ من النقود أو شيكات) ومن جهة ثالثة فقد اشترط المشرع في المرسوم التنفيذي 58/94 أن يكون دفع أجزاء الثمن بالتدرّج أو تبعا لتقدم الأشغال ، وذلك كأن يتفق الأطراف على تقسيم الأشغال إلى مراحل معينة مع استحقاق كل جزء من الثمن بانتهاء كل مرحلة من هذه المراحل⁽²²³⁾.

ولكن ابتداء من صدور قانون رقم 02/97 المؤرخ في 01/12/1997 المتضمن قانون المالية لسنة 1998 ، أصبحت خمس المبالغ الناتجة عن عقود البيع الناقلة للملكية العقارية أو لحقوق عينية عقارية تدفع بين يدي الموثق طبقاً للمادة 23 الفقرة الأولى من هذا القانون ، أمّا عن عقد البيع بناء على التصاميم فيدفع المبلغ الأوّل والقسط الأخير فقط بين يدي الموثق⁽²²⁴⁾.

(221) زيروتي الطيب ، حماية مشتري العقار في البيع على التصاميم ، المرجع السابق ، ص 62.

(222) مسكر سهام ، المرجع السابق ، ص 111.

(223) ويس فتحي ، المرجع السابق ، ص 94.

(224) مسكر سهام ، المرجع نفسه ، ص 111.

أما في فرنسا فإنّ دفع الثمن يختلف من حيث طريقته بين البيع المؤجل (vente à terme) والبيع في حالة الإنجاز المستقبلي (vente en l'état futur d'achèvement) ، ففي النوع الأوّل لا يستحق الثمن إلاّ بانتهاء الإنجاز ، أمّا النوع الثاني فإنّ دفع الثمن يكون مجزّأً بحسب تقدم الأشغال ، وقد حدّدت المادة 17/261 من قانون البناء والسكن طريقة الدفع ، حيث يدفع المشتري ما لا يزيد عن 30% من الثمن عند وضع الأساس (Les fondations) و70% من الثمن عند تسقيف المبنى (La mise hors d'eau) ، و95% عند نهاية الإنجاز كلياً ، في حين تبقى 5% يدفعها المشتري عند حيازته للعقار وعدم إبدائه تحفظات حول المطابقة ، وتعتبر نسبة 5% بمثابة خصم ضمان المطابقة (retenue de garantie de conformité)⁽²²⁵⁾ ، أمّا في حالة وجود ضمان من جميع الأخطار، تتغير النسب المذكورة أعلاه حسب الترتيب التالي : 20% عوض 35% ، و45% عوض 70% ، و85% عوض 95%.

إضافة إلى التزام المشتري بدفع الثمن في القانون الجزائري ، يلتزم بدفع المصاريف والحقوق والأجور الناتجة عن هذا العقد ، وكذلك توابعه القانونية والعادية ، طبقاً للمادة 617 من المرسوم التنفيذي 58/94.

وعند تسليم البناية محل الإنجاز للمشتري فيكون ملزماً بدفع كل العلاوات والمساهمات الناتجة عن الاشتراكات ، وكذا جميع الضرائب والرسوم عملاً بنص المادة 5/7 من نفس المرسوم، كما يلتزم بالتأمين على العقار محل الإنجاز من الكوارث الطبيعية بصفته مالكا ، وتبقى له حرية التأمين على البناء من المخاطر التي يخشى وقوعها لدى شركة التأمين⁽²²⁶⁾.

الفرع الثاني : الالتزام بتسليم المبيع (العقار).

(225) ويس فتحي ، المرجع السابق ، ص 94 – 95.

(226) مسكر سهام ، المرجع السابق ، ص 112.

إنّ مثل هذا الالتزام يقابل التزام البائع بالتسليم ، حيث ينفذ البائع التزامه بالتسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشتري ، بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق ، ولو لم يستول عليه استيلاء ماديا ، أمّا الالتزام بالتسليم وهو أن يضع المشتري يده فعلا على المبيع ويجوزه حيازة حقيقية⁽²²⁷⁾.

لم يعرف المشرع الجزائري التسلم وترك هذا الأمر للفقهاء ، أمّا المشرع الفرنسي فقد عرفه في المادة 3/1792 من القانون المدني بأنه " ذلك العمل الذي عن طريقه يقرّر رب العمل أو المشتري في بيع العقار قبل الإنجاز بقبوله الأعمال المنجزة سواء مع تحفظات أو بدونها" ، وبذلك فإنّ التسلم تصرف مادي يتمثل في الاستيلاء، ووضع اليد على البناية، ويتبعه التقبل الذي هو تصرف قانوني يتمثل في قبول صاحب المشروع للبناية ، كما هي دون تحفظات أو بتحفظات⁽²²⁸⁾، وهذا ما هو معمول به في عقد المقاولة.

كلمة "التقبل" أي تقبل المشتري للعقار المنجز في عقد المقاولة نجد لها صياغة أخرى في عقد البيع بناء على التصاميم وهي وجوب مطابقة العقار المنجز للتصاميم ولرخصة البناء (شهادة المطابقة)، ويتم إثبات التسلم في عقد البيع بناء على التصاميم بموجب محضر التسليم المحرر أمام الموثق طبقا لنص المادة 13 من المرسوم التشريعي 03/93، أما بالنسبة لزمان التسلم ، فلم ينصّ المشرع عليه لا في المرسوم التشريعي 03/93 ولا في المرسوم التنفيذي 58/94 ، حيث أنّه ترك هذه المسألة لاتفاق الأطراف ، وعند عدم الاتفاق فقد نصّ المشرع على قاعدة مكملّة في هذا الشأن وهي المادة 394 من القانون المدني بقولها : "إذا لم يعيّن الاتفاق أو العرف مكان أو زمان تسلم المبيع ، وجب على المشتري أن يتسلمه دون تأخير باستثناء الوقت الذي تتطلبه عملية التسلم" ، وعليه فقد تتطابق آجال التسليم مع آجال التسلم ، كما يجوز أن تتأخر إذا اتفق الأطراف على ذلك.

(227) زاهية سي يوسف ، المرجع السابق ، ص 205.

(228) حمادي جازيه مجيدة ، عقد مقاولة البناء في القانون الجزائري ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة أبو بكر بلقايد ، تلمسان ، الجزائر ، 2002-2003 ، ص 119.

إذا امتنع المشتري عن تسلم العقار من دون عذر مشروع ، بالرغم من إنذاره رسمياً اعتبر متسلماً للعقار محل الإنجاز ، وبالتالي يتحمل آثار التسلم ، ما لم يثبت أنّ عدم التسلم يرجع إلى عدم مطابقة العقار للمواصفات المتفق عليها ، أمّا عن مكان التسلم ، فهو نفس مكان التسليم ، دون حاجة للنصّ عليه في العقد ، وهو مكان تواجد العقار محل الإنجاز.

يترتب على تسلم العقار المبيع ما يلي :

- 1/ استحقاق القسط الأخير من الثمن ، فالمشتري لا يعتبر مالكا ولا يتسلم العقار إلاّ إذا وقيّ بكامل الأقساط المستحقة ، وفي حالة امتناعه عن الوفاء يستطيع البائع فسخ العقد ، وتزول ملكية المشتري بأثر رجعي.
 - 2/ انتقال تبعة هلاك العقار إلى المشتري أو لجماعة المالكين ، فيما عدا عيوب البناء الظاهرة والخفية ، فإنّ البائع هو الذي يتحمل تبع الهلاك ، أمّا نشوب حريق ، فالمشتري هو من يتحمل تبعة الهلاك باعتباره حارسا على البناء ومالكا له (المادة 1/140 من ق.م).
 - 3/ يعتبر محضر التسليم المؤقت تاريخ بدأ سريان مدّة ضمان حسن الإنجاز التي تضمن العيوب الظاهرة لمدة سنة ، وبمجرد انتهاء هذا الأجل يحرّر محضر التسليم النهائي ، لتبدأ مدّة احتساب الضمان العشري والذي يضمن العيوب الخفية.
 - 4/ انتقال حق التصرف والانتفاع بالعين المبيعة ، بحيث يصبح للمشتري حق التمتع والتصرف بالعقار ، فقبل دفع جميع الأقساط وتحرير محضر التسليم لم يكن للمشتري سوى ملكية الرقبة دون حق الانتفاع ، وبمجرد دفع القسط الأخير من الثمن وتحرير محضر التسليم وشهره يرفع القيد عن المشتري ويصبح مالكا ملكية باتة للبناءية.
- إنّ تحرير محضر التسليم غير إلزامي ، فهو يثبت واقعة مادية تتمثل في حيازة المشتري للعقار محل الإنجاز ، وعليه من المفروض ربط انتقال ملكية حق الانتفاع والتصرف بدفع القسط الأخير أمام الموثق ، وليس بتحرير المحضر ، فبمجرد الوفاء بكامل الثمن يتحقق

الشرط الواقف لانتقال الملكية ، ويسلم له الموثق شهادة المخالصة الواجب شهرها لرفع القيد على التصرف ، وهذا ما يحدث غالبا في الواقع (229).

الفرع الثالث : الالتزام بدفع التكاليف المفروضة في العقد.

تنص المادة 7 من المرسوم التنفيذي 58/94 على التزام المشتري ببعض التكاليف، حيث أنّ هذه الأخيرة تختلف بحسب نوع البناية (الفردية والجماعية) على النحو التالي:

- التكاليف المفروضة في حالة البناية الجماعية.

- التكاليف المفروضة في حالة البناية الفردية.

البند الأول: التكاليف المفروضة في حالة البناية الجماعية.

يصنف المشرع في المادة 07 المذكورة أعلاه بعض الشروط والتكاليف يلتزم المشتري بتنفيذها وهي كالتالي:

أولا : الانضمام إلى جميع القواعد والشروط الواردة في نظام الملكية المشتركة بدون تحفظ وبمجرد القبول.

لقد عرّفت المادة 743 ق.م الملكية المشتركة بقولها: "الملكية المشتركة هي الحالة القانونية التي يكون عليها العقار المبني أو مجموعة العقارات المبنية والتي تكون ملكيتها مقسمة حصصا بين عدّة أشخاص، تشتمل كل واحدة منها على جزء خاص ونصيب في الأجزاء المشتركة".

وتتم إدارة الأجزاء المشتركة حسب إدارة المال الشائع، وبالتالي على جميع الشركاء إدارته وحفظه ودفع الضرائب المفروضة عليه وهذا عملا بنص المادة 719 ق.م.

كما يمكن لأحد الشركاء إدارتها ، وهذا بتقديم عريضة إلى رئيس المحكمة التي يوجد في دائرتها العقار ، وهذا طبقا لنص المادة 45 مكرر 2 من المرسوم التنفيذي 59/94 المؤرخ في 1994/03/07 المحدد للقواعد المتعلقة بالملكية المشتركة وتسيير البنائيات الجماعية، كما تتيح المادة 749 من ق.م لكل شريك الحق في التمتع بالأجزاء الخاصة التابعة لحصته ، وكذا

(229) مسكر سهام ، المرجع السابق ، ص 113 - 114.

الأجزاء الخاصة والمشاركة ، بشرط أن لا يمس بحقوق الشركاء الآخرين في الملكية ، أو يلحق ضررا بما أعد له العقار، كما يجب عليه القيام بالتكاليف المفروضة عليه ، سواء فيما يتعلق بالتسيير العادي للبناء (المادة 750 ق.م) وتجديد المبنى أو إصلاح الجزء الذي لحقه ضرر في حالة حدوث تهمد كلي أو جزئي (المادة 756 مكرر 1 ق.م)، وله ممارسة كل الصلاحيات لضمان المحافظة على البناء فيما يخص الأجزاء المشتركة (المادة 25 من المرسوم التشريعي 03/93).

ثانيا : تحمل الارتفاقات.

تعرف المادة 867 ق.م حق الارتفاق بأنه : "الارتفاق حق يجعل حدا لمنفعة عقار لفائدة عقار آخر لشخص آخر ، ويجوز أن يترتب الارتفاق على مال إن كان لا يتعارض مع الاستعمال الذي خصص له هذا المال".

إذن على المشتري في حالة وجود حقوق ارتفاق ، أن يخضع للقواعد العامة فيما يخص هذا الحق ، لاسيما احترام القيود الذي يفرضها هذا الحق (المادة 870 ق.م)، وكذا القيام بالأعمال الضرورية لاستعمال هذا الحق والمحافظة عليه، وإقامة المنشآت اللازمة لهذا الاستعمال عل نفقته (المادة من 872 إلى 876 ق.م).

وفي حالة عدم استعمال حق الارتفاق لمدة 10 سنوات فإنه ينتهي ، وهذا عملا بنص المادة 879 ق.م ، إلا أنّ نص المادة 3/7 من المرسوم التنفيذي 58/94 تعطي للمشتري حق التنازل عن حق الارتفاق تحت مسؤوليته دون الرجوع على البائع.

ثالثا: دفع كل العلاوات والمساهمات.

طبقا لنص المادة 5/7 من المرسوم التنفيذي 58/94، والتي تلزم المشتري ابتداء من تاريخ شروعه في التمتع، وهو تاريخ تحرير محضر التسليم بتحمل كل العلاوات والمساهمات الناتجة عن الاشتراكات، وجميع الضرائب.

البند الثاني: التكاليف والشروط المفروضة في حالة البناء الفردية.

في حالة البناية الفردية لا مجال للتكلم عن نظام الملكية المشتركة، إذ يتحمل المشتري في هذه الحالة نفس الالتزامات والشروط المفروضة في حالة البناية الجماعية، تضاف إليها الانضمام إلى جميع القواعد والشروط الواردة في دفتر الشروط تجزئة الأرض لأجل البناء دون تحفظ وبمجرد القبول، وهذا في حالة حصول البائع على رخصة التجزئة⁽²³⁰⁾.

الفرع الرابع: الجزاء المترتب على إخلال المشتري بالتزاماته.

المشتري ملزم بدفع الثمن المجدول طبقا لما اتفق عليه، فإذا امتنع عن دفع أحد الأقساط أثناء مرحلة تشييد البناء، أو رفض دفع القسط الأخير عند التسليم، يجوز للبائع مطالبته بالتنفيذ العيني، مع التعويض إن اقتضى الأمر ذلك.

كما للبائع حق طلب فسخ العقد وطلب التعويض المحدد سلفا في العقد، فإذا حكم القاضي بالفسخ فلا بد أن يحكم بدفع التعويض الذي تحدّد قيمته في العقد حتى في حالة عدم حدوث أي ضرر للبائع من هذا التأخير في دفع الثمن، وهذا على خلاف التعويض العادي الذي يقدره القاضي بالتناسب مع جسامته الضرر، كما يمكن للقاضي أن يحكم بالفسخ دون الحكم بالتعويض وهذا لعدم وقوع أي ضرر.

وفي حالة فسخ عقد البيع على التصاميم، فالبائع ملزم بردّ المبالغ المدفوعة إلى المشتري، كما ينصّ المرسوم التنفيذي 58/94 على وجوب تحديد عقد الفسخ مهما كانت أسبابه لدى الموثق، وهذا إذا تمّ الفسخ بالاتفاق، أمّا إذا تمّ الفسخ بحكم قضائي، فلا بد أن يودع هذا الحكم لدى الموثق ويخضع لشكليات الإشهار العقاري⁽²³¹⁾.

ويلزم المشتري أيضا بتسليم العقار المبيع في الزمان والمكان المحددين في العقد، أمّا إذا تماطل هذا الأخير قصد إرهاب البائع بحراسة البناء⁽²³²⁾ أو لنية أخرى تتعارض مع مبدأ

(230) مسكر سهام، المرجع السابق، ص 112 إلى 116.

(231) ويس فتحي، المرجع السابق، ص 101.

(232) مسكر سهام، المرجع السابق، ص 114.

حسن النية في تنفيذ العقد ، فإنه يعتبر قد تسلم العقار محل البيع قانونا ، ولو لم يتم تسليمه فعلا، وبالتالي يخضع لكل ما يترتب عن التسلم من آثار.

أما إذا امتنع المشتري من تسلم العقار المبيع، لسبب مشروع وهو وجود عيوب ظاهرة في البناء⁽²³³⁾ أو عدم مطابقته لرخصة البناء والتصاميم الأولية، فلا يتسلم المشتري العقار المبيع إلى حين إصلاح هذه العيوب.

⁽²³³⁾ ويس فتحي ، المرجع السابق ، ص 102.

المبحث الثاني : الضمانات الخاصة في عقد البيع بناء على التصاميم.

يمتاز عقد البيع بناء على التصاميم بنوع من المجازفة، المتمثلة في أنّ المشتري يقدم على شراء عقار على تصاميم فقط ، مما يجعل هذا العقد قائم من دون وجود المحل، حيث يعتبر هذا الأخير من بين الأركان الأساسية لقيام العقد الصحيح في القواعد العامة، وبنقص هذا الركن يكون العقد باطلا بطلانا مطلقا⁽²³⁴⁾، إلا أنّ المشرع قد تدارك هذا العيب بتدعيم هذا العقد بضمانات خاصة زيادة على الضمانات العامة المعروفة في القواعد العامة ، ولقد نصّ المشرع على هذه الضمانات في المرسوم التشريعي 03/93، إلا أنّه قد اكتفى بالنص عليها من غير التفصيل فيها، رغم أنّها تعتبر ضمانات جديدة بالنسبة للقانون الجزائري.

تنقسم الضمانات الخاصة إلى قسمين : الأولى ضمانات خاصة اتفافية ، يقدم الأطراف عليها بموجب عقد البيع بناء على التصاميم المحرر لدى الموثق، وتكون أغلبية هذه الضمانات الاتفافية على شكل رهون وشروط جزائية تضمن الوفاء بالالتزامات التعاقدية، ويشترط في هذه الأخيرة أن لا تتعارض مع قصد المشرع في حماية المشتري⁽²³⁵⁾، والملاحظ أنّ هذا النوع من الضمانات ليس بحاجة للتفصيل فيه ، باعتبار أنّه يخضع للقواعد العامة لتنفيذ العقود.

أمّا القسم الثاني من هذه الضمانات فهو موضوع دراستنا، ويتمثل في الضمانات الخاصة القانونية، وهي عبارة عن ضمانات مستحدثة وضعها المشرع وأملاها على إرادة الأطراف⁽²³⁶⁾، حيث تتمثل هذه الضمانات القانونية في الضمان العشري (المطلب الأول)، وهو معروف في عقد مقاوله البناء ، وضمان حسن الإنجاز وضمان حسن سير عناصر التجهيز (المطلب الثاني).

(234) المادة 83 من ق.م.

(235) ويس فتحي ، المرجع السابق ، ص 104.

(236) المادة 10 من المرسوم التشريعي 03/93.

المطلب الأول: الضمان العشري أو ضمان العيوب الخفية.

إذا كانت القاعدة العامة في المسؤولية المدنية تقضي بانقضاء التعهدات بالوفاء بها، فلا مسؤولية على المتعهد بعد قيامه بما تعهد به وتسليمه للدائن ، وعليه تنقضي مسؤولية المهندس المعماري والمقاول متى سلّم المالك أو رب العمل المباني التي تعهدا بإقامتها وتشبيدها، غير أنّه نظرا لعيب البناء الخفي الذي لا يظهر إلاّ بعد مدّة من استعمال المبنى والذي يشكل خطورة على سلامة البناء ومثانته ، فقد رأى المشرع أن يجعل المهندس المعماري والمقاول مسئولين بالتضامن عن كل خلل في البناء يظهر في مدّة عشرة سنوات الموالية لعملية التسليم ، وقد قرّرت هذا الحكم المادة 554 ق.م ، وذلك استثناء من القواعد العامة المتعلقة بالمسؤولية التعاقدية (237).

فما هي أحكام هذه المسؤولية الخاصة وما مدى تعلقها بالمرقي العقاري ؟

الفرع الأول: ماهية الضمان العشري.

قبل التطرق إلى أحكام المسؤولية العشرية ، لابدّ من التعريف بالضمان العشري (البند الأول) ، وشروط قيامه (البند الثاني)، وتبيان أشخاصه (البند الثالث) ، كما يجدر بنا أن نوضح أنواع العيوب المؤدية لقيام هذه المسؤولية مع تبيان الشروط التي يجب توافرها في هذه العيوب ، وهذا لتمييزها عن العيوب التي يضمنها كل من ضمان حسن الإنجاز وضمن حسن سير عناصر التجهيز (البند الرابع).

البند الأول: مفهوم الضمان العشري.

يستفاد من نص المادة 554 ق.م أنّ المشرع قد ألزم المهندس المعماري والمقاول بالمسؤولية العشرية دون غيرها ، حيث يشمل هذا الضمان الأرض والبناء محل الإنجاز ، وهذا على خلاف ضمان حسن الإنجاز الذي يشمل البناء محل الإنجاز فقط ، أو ما يسمى بالعيوب الظاهرة ، ويختلف كذلك عن ضمان حسن سير عناصر التجهيز والذي يشمل عناصر التجهيز فقط ، كما تختلف هذه العيوب عن عيوب المطابقة ، وإن كانت

(237) محراش سميرة ، المرجع السابق ، ص 3.

هذه الأخيرة قد تهدد سلامة ومتانة البناء، لعدم احترام التصاميم المبرمجة وقواعد البناء والتعمير، لكن لا تدخل ضمن المسؤولية العشرية⁽²³⁸⁾.

أولاً : الطبيعة القانونية للضمان العشري.

ثار الجدل بين الفقهاء عن الطبيعة القانونية لهذا الضمان ، فمنهم من يرى أنّها مسؤولية تقصيرية ، ومنهم من يقول أنّها مسؤولية عقدية.

أمّا عن مدى اعتبارها مسؤولية عقدية ، فقد تردّد الفقهاء في بادئ الأمر عن هذا الرأي ، كون أنّ هذا الضمان لا يسري إلاّ من يوم تسلم العقار المنجز من طرف البائع أو المقاول ، وبما أنّ التسلم يعتبر نهاية العقد ، فلا يمكن الحديث عن المسؤولية العقدية.

ولكن أغلب الفقه الحديث يتجه إلى تأييد الطبيعة العقدية لضمان العشري، ذلك أنّ الملتزم بهذا الضمان لا يكون قد نقذ التزامه ما لم يسلمّ بناء خالياً من العيوب⁽²³⁹⁾.

وقد أيد الأستاذ محمد حسين منصور⁽²⁴⁰⁾ هذا الرأي بقوله : "أنّ الضمان العشري هو مسؤولية عقدية قرّرها القانون، كما قد استقرت محكمة النقض المصرية على أنّ هذه المسؤولية هي عقدية وليست تقصيرية"⁽²⁴¹⁾.

ثانياً : خصائص الضمان العشري.

1/ افتراض المسؤولية العشرية بقوة القانون ، وهذا مانستشفه من المادة 554 ق.م والتي تعتبر قرينة مسؤولية المقاول والمهندس المعماري قائمة بقوة القانون لمجرد وقوع التهدم أو تهديد سلامته ومتانته.

2/ الضمان العشري هو التزام بتحقيق نتيجة ، إذ أنّ ذمة الملتزم بهذا الضمان لا تبرأ إلاّ بإثبات السبب الأجنبي أو القوة القاهرة أو خطأ رب العمل أو خطأ الغير.

(238) مسكر سهام ، المرجع السابق ، ص 101.

(239) ويس فتحي ، المرجع السابق ، ص 114 – 115.

(240) محمد حسنين منصور ، المسؤولية المعمارية ، د.ط ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، مصر ، 1999 ، ص 141.

(241) ويس فتحي ، المرجع نفسه ، ص 114 – 115.

3/ تعلق المسؤولية العشرية بالنظام العام ، وهذا ما تأكده المادة 556 ق.م: "يكون باطلا كل شرط يقصد به إعفاء المهندس المعماري أو المقاول من الضمان أو الحد منه"، كذلك تنص المادة 18 من المرسوم التشريعي 03/93 على المنع من الإعفاء من أحد الضمانات المقررة قانونا للمشتري أو التخفيف منها.

ويلاحظ أنّ الحكمة من تعلق المسؤولية العشرية بالنظام العام هي أولاً تحقيق وحماية السلامة العامة ، وثانياً تحقيق حماية رب العمل⁽²⁴²⁾ ، أو المشتري في عقد البيع بناء على التصاميم.

البند الثاني : شروط قيام المسؤولية العشرية .

1/ ضرورة وجود عقد مقاوله يربط كل من المهندس والمقاول من جهة ورب العمل من جهة أخرى⁽²⁴³⁾ ، غير أنّه قد يكون البائع هو في نفس الوقت الملزم بالتشييد أو المقاول، كما في حالة عقد البيع بناء على التصاميم.

2/ تسلم العمل من طرف رب العمل أو من ينوبه ، باعتبار تسلم العمل التزام قانوني يقع على عاتق رب العمل ، فإنّه يعتبر كذلك الوقت الذي يبدأ فيه حساب مدّة الضمان العشري ، وبالتالي قيام المسؤولية العشرية لكل من المهندس المعماري والمقاول عن كل تخدم كلي أو جزئي فيما شيّدوه من مباني أو أقاموه من منشآت ثابتة أخرى⁽²⁴⁴⁾.

3/ حصول التهدم أو ظهور العيب خلال عشر سنوات من تاريخ التسليم.

البند الثالث: أشخاص الضمان العشري .

ينقسم أشخاص الضمان إلى الملتزمين بهذا الضمان وهم الملزمون باكتتاب تأمين حول المسؤولية العشرية ، والأشخاص المستفيدين من هذا الضمان أو المدعين.

(242) جمال بوشنافة ، المسؤولية العشرية للمقاول والمهندس المعماري ، الملتقى الدولي حول الترقية العقارية (الواقع والآفاق) ، ورقة ، 2006 ، ص 165.

(243) مسكر سهام، المرجع السابق ، ص 101.

(244) جمال بوشنافة ، المرجع السابق ، ص 103.

أولاً: الأشخاص الملزمون بالضمان العشري.

يشترط الفقه والقضاء في إمكانية الرجوع بأحكام الضمان العشري على الشخص أن يكون:

1/ مرتبطاً بعقد مقاوله مع ربّ العمل ، وعليه فإذا كان العقد الذي يربط الطرفين عقداً آخر غير عقد المقاوله (إلا إذا كان عقد البيع بناء على التصاميم) ، فلا يجوز الرجوع بمقتضى أحكام المسؤولية العشرية.

2/ لا بدّ أن يربط عقد المقاوله مباشرة بين رب العمل والمقاول ، وبالتالي لا يمكن إلزام المقاول الفرعي بهذا الضمان.

ومن هذه الشروط يتضح لنا أنّ أوّل الملزمين بالضمان العشري هو المقاول ، أمّا الشخص الثاني فهو المهندس المعماري ، حيث أقرّت مسؤوليتهما المادة 554 ق.م.

ويمتاز عمل المقاول عن عمل المهندس المعماري في أنّ هذا الأخير يقوم بعمل ذهني يتمثل في وضع التصاميم وعمل المقاييس وإدارة الأعمال ، في حين أنّ المقاول يقوم بعمل مادي والمتمثل في عملية الإنجاز.

كما قد ألزمت المادة 178 من الأمر رقم 07/95 المتعلق بالتأمينات، مكاتب المراقبة الفنية والتقنية والاستشاريين⁽²⁴⁵⁾ كذلك بأحكام الضمان العشري، متى كان تدخلهم في البناء بناء على طلب صاحب العمل، أي يربطهم عقد مقاوله مع رب العمل.

وقد ألزم المشرع الجزائري في المادة 41 من القانون 07/86 المتعلق بالترقية العقارية (الملغى) المكتب بقواعد الضمان العشري، وهذا الأخير هو الشخص الذي يقوم بإنجاز عمليات الترقية العقارية والمتمثلة في بناء عمارات أو مجموعات تستعمل في السكن أساساً ، ويعتبر المكتب بائعاً وليس مقاولاً⁽²⁴⁶⁾، أمّا بصدور المرسوم التشريعي 03/93 والذي

(245) لقد نظمت الرقابة الفنية في مجال البناء بمقتضى الأمر رقم 85/71 مكرر المؤرخ في 1971/12/29 والمتضمن إحداث هيئة المراقبة التقنية للبناء وتحديد قانونها الأساسي.

(246) عياشي شعبان ، أشخاص الضمان العشري في القانون الجزائري ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية ، الجزء 42، رقم 02 ، جامعة الجزائر ، ص من 86 إلى 92.

ألغى قانون 07/86 ، فقد استبدل المشرع "المكتب" بالمتعامل في الترقية العقارية، حيث أنّ هذا الأخير يعتبر شخصا طبيعيا أو معنويا يقوم بممارسة النشاط العقاري⁽²⁴⁷⁾ من دون وساطة البلدية كما كان في قانون 07/86.

فهل يعدّ المتعامل في الترقية العقارية ملزما هو الآخر باكتتاب الضمان العشري كما كان الشأن بالنسبة للمكتب سابقا، أم يعدّ ربّ عمل، وبالتالي ليس ملزما باكتتاب هذا الضمان؟.

للإجابة عن هذا السؤال لابد من توضيح الغموض الناشئ بين المادتين 08 من المرسوم التشريعي 03/93 والمادة 08 من المرسوم التنفيذي 58/94 ، فالأولى لم تؤكد صراحة على مدى التزام المتعامل بهذا الضمان ، بل نصت على التزام ثاني وهو ضرورة طلب هذا المتعامل من المهندسين المعماريين والمقاولين شهادة تأمين تحملهم المسؤولية العشرية ، وفي حالة إخلاله بهذا الالتزام يتحمل المتعامل في الترقية العقارية المسؤولية المدنية.

وعندئذ يثور التساؤل عن قصد المشرع ، من تحميل المرفق العقاري المسؤولية المدنية، فهل قصد تحميله المسؤولية العشرية أو المسؤولية المدنية (التعويض) ؟

أما المادة 08 من المرسوم التنفيذي 58/94 فننصّ : "يتكفل المتعامل في الترقية العقارية بمراقبة الضمان ومتابعته عن طريق التأمين العشري لكل المهندسين المعماريين والمقاولين والعمال القطعيين المدعويين للمشاركة في إنجاز البناء ويصرح أنّه يقبل التصرف بالتضامن معهم إزاء المشتري والأطراف الأخرى إلا إذا حصل خطأ لا يمكن أن ينسب إليه".

من استقرائنا لهذه المادة نقف عند معنيين :

المعنى الأول : أنّها تؤكد ما جاء في المادة 08 من المرسوم التشريعي 03/93 وتطرح نفس التساؤلات السابقة، أي أنّ الملتزمون بالضمان هم المقاولين و المهندسين المعماريين.

(247) يشمل النشاط العقاري على مجموع الأعمال التي تساهم في إنجاز أو تجديد الأملاك العقارية المخصصة للبيع أو الإيجار أو تلبية حاجات خاصة.

المعنى الثاني : إنّ عبارة "يصرح أنّه يقبل التصرف بالتضامن معهم إزاء المشتري والأطراف الأخرى إلاّ إذا حصل خطأ لا يمكن أن ينسب إليه"، تدعوا إلى القول أنّ المشرع خصّ المرقبي العقاري هو الآخر بالضمان العشري وهذا بالتضامن مع المقاولين والمهندسين، إلاّ إذا حدث خطأ لا يمكن أن ينسب إليه، وعليه فإنّ قرينة تحميل البائع الضمان العشري قاطعة، لا تقبل النفي إلاّ بإثبات السبب الأجنبي .

ثانيا: الأشخاص المستفيدون من الضمان.

1/ رب العمل وخلفه العام : رب العمل وخلفه العام هم المستفيدون التقليديون من أحكام المسؤولية العشرية الخاصة بالمهندس المعماري والمقاول وباقي المتدخلين السابقين الذكر ، وهذا منذ قيام هذه المسؤولية في نصوص القانون المدني الجزائري أو مصري أو فرنسي⁽²⁴⁸⁾ ، ولكن رب العمل لا يستفيد من الضمان العشري إذا كان مقاولا أصليا تعاقد من الباطن مع مقاولين متخصصين ، وبالتالي لا يجوز لهذا المقاول إلزام المقاولين من الباطن باكتتاب تأمين على مسؤوليتهم العشرية عن العيوب التي تظهر في البناء⁽²⁴⁹⁾ .

أمّا الخلف العام لرب العمل فيستفيدون من الضمان العشري طبقا للمادة 108 ق.م "ينصرف العقد إلى المتعاقدين والخلف العام ما لم يتبيّن من طبيعة التعامل أو نص القانون أنّ هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام، كل ذلك مع مراعاة القواعد المتعلقة بالميراث"⁽²⁵⁰⁾ .

2/ الخلف الخاص : لقد نصّ المشرع الفرنسي صراحة على أنّ المشيّد يكون مسئولا في مواجهة رب العمل أو من آلت إليه ملكية البناء، كما قد سلّم الفقه بانتقال الحق في الضمان العشري للخلف الخاص ، وهذا ما قرّره أيضا محكمة النقض الفرنسية بقولها "على

(248) محراش سميرة ، المرجع السابق ، ص 128 .

(249) عياشي شعبان ، المرجع السابق ، ص 96 .

(250) محراش سميرة ، المرجع السابق ، ص 130 .

أنّ الحق في الضمان العشري هو حماية قانونية مرتبطة بالملكية⁽²⁵¹⁾ وبالتالي فإنّ الحق ينتقل إلى كل من آلت إليه الملكية في غضون 10 سنوات.

أما المشروع الجزائري فهو الآخر قد نصّ في المادة 2/178 من الأمر رقم 07/95 على استفادة الخلف الخاص من هذا الضمان بقوله: "ويستفيد من هذا الضمان صاحب المشروع و/أو ملاكيه المتتالين إلى غاية انقضاء أجل الضمان"⁽²⁵²⁾.

وبهذا يستفيد الخلف الخاص من الضمان العشري إلى غاية انقضاء أجل الضمان أي 10 سنوات من يوم تسليم البناية للمالك الأول.

- المشتري:

باعتبار المشتري من الخلف الخاص، فإنّه يستفيد من الضمان العشري إذا لم تنتهي مدّة العشر سنوات، أمّا إذا انتهت فيمكنه رفع دعوى ضمان العيوب الخفية حسب القواعد العامة.

كما أنّ المشروع قد أدرج نصّين خاصين (المادة 8 من المرسوم التشريعي 03/93 والمادة 08 والرسوم التنفيذي 58/94)، يقرّان حق استفادة المشتري من الضمان العشري في حالة عقد البيع بناء على التصاميم.

البند الرابع: العيوب والأضرار الموجهة للضمان.

لا يسأل المهندس المعماري والمقاول وفقا للمادة 651 ق.م، إلاّ عن الأضرار الناشئة عن التهدم الكلي أو الجزئي فيما شيده من مبان أو أقاموه من منشآت أخرى⁽²⁵³⁾، أو عمّا يوجد في هذه المباني والمنشآت من عيوب يترتب عليها تهديد متانة البناء وسلامته⁽²⁵⁴⁾، وهذا ما تؤكده المادة 554 ق.م، بقولها: "أنّ المهندس المعماري والمقاول

(251) عياشي شعبان، المرجع السابق، ص 97.

(252) محراش سميرة، المرجع السابق، ص 131.

(253) فتحي قرّة، أحكام عقد المقاولة، د.ط، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1992، ص 152.

(254) محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص 162.

مسئولان بالتضامن عمّا يحدث خلال العشر سنوات من تهدم كل أو جزئي ممّا شيّداه من مباني أو أقاماه من منشآت ثابتة أخرى" ، ممّا يؤدي بالضرورة أنّ الضرر الموجب للمسؤولية العشرية هو التهدم الكلي أو الجزئي للبناء.

ويقصد بالتهدم الكلي للبناء أن يسقط كل البناء أو المنشأة ، بحيث يصبح غير صالح على الإطلاق لتحقيق الغرض الذي وجد من أجله، أمّا التهدم الجزئي فيقصد به أن يكون قاصراً على جزء معين دون غيره من أجزاء العمل المعماري ، كسقوط الشرفة أو تهدم جدار ، أو انزلاق جزء من الأرض التي يقام عليها المبنى والمؤدية إلى سقوط الجزء الذي يعلو هذه الأرضية.

أولاً : أنواع العيوب الموجبة للمسؤولية.

- إمّا أن يرجع العيب إلى الأرض المقام عليها البناء.
- إمّا أن يرجع العيب إلى الخطأ في تصميم البناء.
- إمّا أن يرجع العيب إلى المواد الأولية المستعملة في البناء.
- إمّا أن يرجع العيب إلى الخطأ في تنفيذ المشروع.

ثانياً : شروط العيب الموجب للمسؤولية.

1/ خفاء العيب الموجب للمسؤولية العشرية : يقصد بالعيب الخفي الموجب للمسؤولية العشرية، أنّه ذلك الخلل الذي يصيب المباني والذي تقتضي أصول الصنعة وقواعد الفن حلوها منه.

وبالرغم من أنّ المادة 554 ق.م، لم تشترط خفاء العيب عن رب العمل عند تسلمه للعمل نهائياً من طرف المقاول ، إلاّ أنّ القضاء والفقهاء المصري مجمعان على ضرورة أن يكون الموجب للمسؤولية العشرية خفياً عن رب العمل عند التسلم، حيث اختلفت آراء الفقهاء والقضاء في تحديد المعيار الدقيق لخفاء هذا العيب ، فقد اعتمدت بعض المحاكم

الفرنسية معيارا موضوعيا أو مجردا ، معتبرة أنّ العيب يكون خفيا حينما يكون بإمكان رب العمل (الرجل العادي الحريص أي الجاهل بأصول الفن) أن يكشفه ، وهذا ما يعني أنّ الضمان العشري يسقط عن العيب الذي كان يمكن لرب العمل أن يكشفه عند معاينته للمبنى.

أما بالنسبة للقانون الجزائري، فإنه نتيجة لانعدام الاجتهادات القضائية في مسألة تحديد معيار تقدير العيب الخفي، إلا أننا نلاحظ من خلال المواد (554 ق.م) والمادة 08 من المرسوم التشريعي 03/93 ونظيرتها المادة 08 من المرسوم التنفيذي 58/94 أنّ المشرع الجزائري قد شدّد من هذه المسؤولية بالنسبة لكل المتدخلين في عملية البناء ، ممّا أدّى إلى القول أنّ المشرع الجزائري يتجه إلى الأخذ بالمعيار الموضوعي، وبما أنّه كذلك قد أخضع العيوب الظاهرة إلى ضمان حسن الانجاز، وبمفهوم المخالفة قد أخضع العيوب الخفية للضمان العشري.

2/ خطورة العيب الموجب للمسؤولية : لا تنطبق أحكام المسؤولية العشرية ما لم يكن العيب العالق بالبناء المرتب للضرر ، على درجة من الخطورة⁽²⁵⁵⁾.

ولا يعتبر العيب خطرا بهذا المفهوم في القانون الجزائري ما لم يرتب ضررا من شأنه تهديد سلامة البناء ومتانته⁽²⁵⁶⁾ ، أو المساس بسلامة ومتانة العناصر التجهيزية غير القابلة للانفصال عن البناء⁽²⁵⁷⁾.

الفرع الثاني: أحكام الضمان العشري.

نتعرض في هذا الفرع إلى أحكام الضمان العشري ، ونخص بالحديث مدّة هذا الضمان وجزاء الإخلال به ، كما أنّنا سوف نعالج دعوى هذا الضمان وطرق دفع المسؤولية العشرية.

(255) محراث سميرة ، المرجع السابق ، ص 76 ، 78 ، 85 ، 90.

(256) انظر المادة 554 من القانون المدني .

(257) تنص المادة 2/181 من الأمر 07/95 المتعلق بالتأمينات في معنى عناصر التجهيز غير القابلة للانفصال أنّه "يعتبر جزء لا يتجزأ من الإنجاز ، كل عنصر خاص بالتجهيز ، لا يمكن القيام بنزعه أو بتفكيكه ، أو استبداله دون إتلاف أو حذف مادة من مواد البناء."

البند الأول: مدة الضمان العشري.

قد أجمع الفقه والقضاء في فرنسا ومصر على أنّ مدة السنوات العشر المنصوص عليها، هي مدة اختبار لمتانة البناء وسلامته، وحسن إنجاز الأعمال، وهي بهذا الوصف تعتبر مدة سقوط وليست مدة تقادم⁽²⁵⁸⁾.
وبهذا فهي لا تخضع للوقف أو الانقطاع، ولا يسقط حق المستفيد من الضمان تبعا لذلك إلا بمرور هذه المدة.

غير أنّه يختلف تاريخ بداية حساب مدة الضمان ، بحسب ما إذا كان التسلم النهائي رضائي من طرف رب العمل أو امتناعه عن التسلم بالرغم من دعوته لذلك ، كذا حالة تسلم العمل على دفعات ، إلا أنّنا نستبعد الحالة الثالثة من عقد البيع بناء على التصاميم ، لأنّ التسليم يكون في هذا الأخير عند الانتهاء من الإنجاز.

أولاً: حالة تسلم رب العمل البناء من تاريخ التسلم النهائي.

إذا تسلم رب العمل أو المشتري (في عقد البيع بناء على التصاميم) البناء من طرف المقاول أو المرقى العقاري ، فيعدّ هذا التسلم مؤقتاً ، حيث يضلّ المقاول أو البائع حسب الحالة ، ضامناً للعيوب التي تطرأ على العقار المشيد ، وملزم بإصلاح أي خلل يحدث على مدار السنة وهو ما يعرف بضمان حسن الإنجاز.

عند انتهاء هذه السنة يحرّر رب العمل أو من يمثله قانوناً مع المقاول أو البائع محضر التسليم النهائي للمشروع ، ويبدأ حينها حساب مدة الضمان العشري من هذا التاريخ وهذا ما نصّت عليه المادة 554 ق.م.

ثانياً : حالة امتناع رب العمل أو من في حكمه عن تسلم البناء أو تأخره عن ذلك بالرغم من دعوته إليه.

لقد اعتبر المشرع، أنّ عدم توجه رب العمل إلى مكان العمل لتسليم الأعمال المنجزة بالرغم من الإنذار الموجه إليه من طرف المقاول أو البائع حسب الحالة ، بدون أي سبب

(258) محمد حسين منصور ، مأخوذ عن الأستاذ ويس فتحي ، المرجع السابق ، ص 123.

مشروع وجدّي ، يكشف عن تعسف رب العمل أو المشتري حسب الأحوال، مما أدى بالمشرع إلى اعتبار التاريخ الذي حدّده المفاوض أو البائع في الإنذار الذي وجهه هذا الأخير لرب العمل أو المشتري بخصوص تسلم العمل، تاريخاً لتسلم وبداية لحساب الضمان العشري ، وهذا في حالة عدم استجابة المشتري أو رب العمل لهذا الإنذار⁽²⁵⁹⁾.

أما عن إمكانية الحدّ أو التخفيف من الضمان بتقليص مدّته، فلا شكّ في عدم جواز ذلك باعتبار أنّ هذا الأخير من النظام العام، غير أنّه يجوز الاتفاق على تشديد الضمان وذلك بزيادة مدّته.

البند الثاني: دعوى الضمان.

دعوى الضمان هي تلك الدعوى التي يرفعها صاحب الحق في الضمان ضدّ الملتزمين بهذا الضمان.

إنّ مدّة دعوى الضمان العشري تختلف عن مدّة الضمان العشري في القانون الجزائري (المادة 557 ق.م)، حيث أنّ هذه الدعوى تسقط بالتقادم ، أي بانقضاء ثلاث سنوات من يوم حصول التهدم أو اكتشاف العيب، وهذا على خلاف المشرع الفرنسي الذي وحد بين مدّة الضمان ومدّة دعوى الضمان.

لقد أحسن المشرع الجزائري، في تفريق مدّة الضمان عن مدّة دعوى الضمان ، لأنّه إذا حدث العيب واكتشف من قبل صاحب الحق في اليوم الأخير من السنة العاشرة للضمان فإنّ له الحق في رفع دعوى الضمان العشري خلال الثلاث سنوات اللاحقة لاكتشاف العيب.

إنّ مدّة دعوى الضمان وخلافاً لمدّة الضمان، هي مدّة تقادم وليس مدّة سقوط، إذ تقبل الوقف بالطرق المعروفة⁽²⁶⁰⁾.

البند الثالث: جزاء هذا الضمان وطرق دفعه.

⁽²⁵⁹⁾ ويس فتحي ، المرجع السابق ، ص من 96 إلى 98.

⁽²⁶⁰⁾ ويس فتحي ، المرجع السابق ، ص 125.

أولاً: جزاء هذا الضمان.

تقضي محكمة النقض المصرية بأن "تنفيذ الالتزام، إمّا يكون عينياً، فيقوم المدين بأداء عين ما التزم به، أو تنفيذه عن طريق التعويض، وهذا الأخير قد يكون نقدياً أو عينياً وذلك بإزالة المخالفة التي وقعت".

فهل نطبق القواعد العامة على جزاء الضمان العشري، أي هل يحكم القاضي بالتنفيذ العيني أو التعويض؟ أم هناك قواعد خاصة تحكم هذا الجزاء؟ لا شكّ في خضوع الضمان العشري لتلك القواعد العامة، فالمقاول والمهندس المعماري يقع عليهما التزام بعمل مضمونه تقديم بناء سليم تستمر متانته، مدّة لا تقل عن عشر سنوات.

ومن صور التنفيذ العيني، كأن يقوم الملتزم بالضمان، بإعادة بناء الجزء المتهدّم أو إصلاح العيوب التي تهدّد سلامة البناء، بل قد يقتضي الأمر إعادة تشييد البناء بأكمله أو بعض الأجزاء الأساسية⁽²⁶¹⁾.

ثانياً: طرق دفع الضمان العشري.

هناك نوعين من طرق الدفع، طرق الدفع العادية والتي يلتجأ إليها كل من المهندس المعماري والمقاول لدفع المسؤولية العشرية عن كاهلها، وطرق الدفع الخاصة وهي التي يمتاز بها بائع العقار بناء على التصاميم عن بقية الملتزمين بهذا الضمان.

1/ طرق الدفع العادية: يعتبر الالتزام بالضمان العشري التزاماً بتحقيق نتيجة، فلا تنتفي المسؤولية عن الملتزمين بهذا الضمان إلاّ بإثبات السبب الأجنبي.

فلا بدّ على الملتزمين بالضمان العشري أن يثبتوا عدم وجود الخطأ في جانبهم، وذلك باتخاذهم الاحتياطات اللازمة حتى لا يتهدم أو يتعيب البناء، والسبيل الوحيد لنفي المسؤولية هو نفي العلاقة السببية بين الخطأ المفترض والضرر، وحتى إذا كان سبب التهدم

(261) محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 145.

مجهولا ، فإنه لا يعفي الملتزمين بالضمان من المسؤولية ، فتوزع هذه الأخيرة في هذه الحالة بالتضامن بين جميع المسؤولين.

وحسب القواعد العامة، فإنّ السبب الأجنبي يتمثل في الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة وخطأ المضرور وخطأ الغير (المادة 127 ق.م.م.)، ولكن القضاء المصري قد ضيق من مفهوم السبب الأجنبي، وهذا بغية تقوية الضمان العشري إذ يأخذ بالقوة القاهرة إلاّ أنّه لا يأخذ بخطأ المضرور وخطأ الغير إلاّ بشروط معينة.

كما قد حاول الفقه وضع حدود للمسؤولية لكل واحد من الملتزمين بالضمان ، فقد حددوا الأخطاء التي يرتكبها المقاول ويسأل عنها المهندس معه بالتضامن ، وأخطاء أخرى يسأل عنها المقاول دون المهندس ، كما يسأل المهندس هو الآخر عن بعض الأخطاء دون المقاول.

وزيادة على المقاول والمهندس ، يستطيع بائع العقار قبل تمام الإنجاز أن يتمسك هو الآخر بنفس الدفع العادية لدفع المسؤولية العشرية عنه.

2/ طرق الدفع الخاصة ببائع العقار بناء على التصاميم : تبين لنا هذه الطرق من نص المادة 08 من المرسوم التنفيذي 58/94 والتي تنصّ : "يتكفل المتعامل في الترقية العقارية بمراقبة الضمان ومتابعته عن طريق التأمين العشري لكل المهندسين المعماريين والمقاولين والعمال القطعيين المدعويين للمشاركة في إنجاز البناية ويصرح أنّه يقبل التصرف بالتضامن معهم إزاء المشتري والأطراف الأخرى إلاّ إذا حصل خطأ لا يمكن أن ينسب إليه " .

لقد بيّنت هذه المادة من جهة التزامات البائع فيما يتعلق بالضمان العشري ، وقد قضت صراحة بمسؤوليته التضامنية مع باقي المسؤولين ، لكنها في الوقت نفسه لم تجعل من هذه المسؤولية أمرا محتوما يطارد البائع في كل الأحوال ، حيث أنّ الشرط الأخير من المادة يدلّ على أنّ البائع يستطيع دفع دعوى الضمان عن نفسه إذا أثبت أنّه لم يرتكب أية خطأ

، وأنه قام بمراقبة المقاولين والمهندسين ، واتخذ جميع الاحتياطات اللازمة حتى لا يتهدم البناء أو يتعيب (262).

وفي كل الأحوال يرجع أمر تقدير مسؤوليته من عدمها إلى قاضي الموضوع.

المطلب الثاني: ضمان حسن الإنجاز و ضمان حسن سير عناصر التجهيز.

قد أدخل المشرع الجزائري على عقد البيع على التصاميم ضمانين جديدين إضافتا للضمان العشري، واللذان من شأنهما أن يكملا الحماية الخاصة التي أولاها المشرع إلى المشتري.

إن هذين الضمانين هما من الضمانات الحديثة ليس على مستوى التشريع الجزائري فحسب بل حتى على الصعيد الفرنسي، حيث استحدث المشرع الفرنسي هاذين الضمانين بموجب القانون 12/78.

ولقد نصّ المشرع الجزائري على ضمان حسن الإنجاز و ضمان حسن سير عناصر التجهيز في المادتين 14 و 15 من المرسوم التشريعي 03/93 متجاهلا لأحكام كلا الضمانين، هذا ما يجعلنا نقف أمام فراغ قانوني يقودنا إلى ملئه بالرجوع إلى أصل هذا الضمان وهو القانون الفرنسي⁽²⁶³⁾، فما هو مضمون كل من ضمان حسن الإنجاز(الفرع الأول) و ضمان حسن سير عناصر التجهيز (الفرع الثاني)؟.

الفرع الأول: ضمان حسن الإنجاز.

ضمان حسن الإنجاز هو من بين الضمانات المستحدثة بموجب المرسوم التشريعي 03/93 المتعلق بالنشاط العقاري في الجزائر، حيث اكتفى المشرع بالنص عليه في المادة 14 من المرسوم التشريعي 03/93 من دون تبيان لأحكامه ، و هذا ما يجعلنا نتساءل عن ماهية هذا الضمان وما هي أحكامه ؟ .

(262) ويس فتحي ، المرجع السابق ، ص 127 إلى 129.

(263) ويس فتحي ، المرجع السابق ، ص 131.

ولتوضيح أكثر لمضمون هذا الضمان، ارتأيت دراسة كل من طبيعته القانونية (البند الأول)، ومدته (البند الثاني)، والملتزم بأدائه (البند الثالث)، كما نتعرض أيضا للجزاء المترتب عنه (البند الرابع)، ومدى تعلقه بالنظام العام (البند الخامس).

البند الأول: الطبيعة القانونية لهذا الضمان.

إنّ ضمان حسن الإنجاز هو في الأصل التزام قانوني يلقي على عاتق المقاول المعني في القانون الفرنسي، حيث يلزمه القانون تطبيقا لهذا الالتزام بإصلاح كل خلل يحدث في العقار المشيّد، بشرط أن يشار إلى ذلك الخلل في محضر التسليم، أو أن يبلغ به رب العمل المقاول المعني.

لقد كان هذا الضمان ساري المفعول في فرنسا قبل أن يتبناه المشرع الفرنسي وهذا بموجب اللائحة الفرنسية (normes AFNOR)، حيث لم تكن له صفة الالتزام القانوني بل كان يتوقف على إرادة الأطراف في الخضوع له، أمّا بعد تقنينه من قبل المشرع الفرنسي بموجب القانون 12/78 أصبح هذا الأخير التزاما قانونيا، يلتزم به الأطراف بموجب القانون وليس الاتفاق.

أمّا في الجزائر، فكان هناك ضمنا ماثلا لضمان حسن الإنجاز من الناحية العملية كان مستعملا في عقود مقاولات المباني، حيث كان يتمّ الاتفاق بين رب العمل والمقاول على اقتطاع نسبة 5% من ثمن المشروع على سبيل الضمان، بحيث تبقى المبالغ المخصصة في يد رب العمل مدّة سنة كاملة من تاريخ التسلم، تحسبا لظهور أي خلل في البناء، وقد تمّ تقنين هذا العرف المهني فيما بعد بموجب المرسوم التنفيذي 434/91 المؤرخ في 9 نوفمبر 1991.

البند الثاني: مدّة ضمان حسن الإنجاز.

طبقا لنص المادة 14⁽²⁶⁴⁾ من المرسوم التشريعي 03/93، فإنّ مدّة ضمان حسن الإنجاز هي سنة كاملة، إلاّ أنّ المشرع الجزائري لم يبيّن لحظة بداية هذه المدّة. وفي هذا الصدد اتجه بعض الفقه⁽²⁶⁵⁾ إلى تقريب النصوص من بعضها البعض، لتبيان أنّ مدّة السنة المقرّرة في المادة السابقة تبدأ من لحظة التسليم، والتسليم المقصود هنا هو ذلك التسليم الواقع ما بين البائع والمشتري وليس بين المقاول ورب العمل، لأنّ القول بغير ذلك يحوّل هذا الضمان من غايته المتمثلة في حماية المشتري.

وتوضيحا لهذه المسألة نضيف المثال التالي، فلو أنّ البائع تسلّم العقار من المقاول في 1998/01/01 وقام ببيعه وتسليمه للمشتري في 1999/01/02، ففي حال لو افترضنا أنّ المدّة المقرّرة للضمان تبدأ من تاريخ التسليم الواقع بين البائع والمقاول، فإنّها تكون قد انقضت في 1998/12/31، أي حتّى قبل تسليمه للمشتري، وعليه فلو اكتشف المشتري عيبا في البناء أثناء التسلم أو بعده فإنّه لا يكون له الحق في المطالبة بإصلاحه... لأنّ مدّة السنة قد انقضت.

إنّ مدّة ضمان حسن الإنجاز، هي مدّة سقوط وليست مدّة تقادم، حيث أنّها مدّة لا تقبل الوقف أو الانقطاع، فهي بهذا الوصف تشبه مدّة الضمان العشري. لقد أهمل المشرع الجزائري والفرنسي، تبيان مدّة دعوى الضمان واكتفيا بمدّة الضمان فقط، وهذا ما جعل الفقه في فرنسا يعتقد أنّ هذه المدّة هي مدّة الضمان ودعوى الضمان في آن واحد، حيث يصبح الضمان غير مجدي في الحالة التي يكتشف فيها الخلل في اليوم الأخير من هذه المدّة، فلا يستطيع المشتري رفع دعوى الضمان، وبالتالي ضياع حقه في الضمان⁽²⁶⁶⁾.

(264) تنص المادة 14 من المرسوم التشريعي 03/93 : "...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".

(265) ويس فتحي، المرجع السابق، ص 133.

(266) ويس فتحي، المرجع السابق، ص 134 - 138.

وكحل لهذه الإشكالية نصّ المشرع في المادة 04 من المرسوم التنفيذي 58/94 على "إمكانية الاتفاق بين الأطراف"⁽²⁶⁷⁾، ولكنه لم يحدد ما يجب أن يتفق عليه هؤلاء الأطراف، ومن ثمّ قد فسح المجال للأطراف على الاتفاق على كل ما لم يرد بشأنه نص قانوني، وبالتالي يمكن للأطراف في هذه الحالة الاتفاق على آجال إصلاح العيوب و آجال إخطار المشتري البائع بالعيوب المكتشفة، بحيث يترتب على إهمال هذه المدّة سقوط حق المشتري في إصلاح العيوب.

البند الثالث: المدين بضمان حسن الإنجاز.

هل بائع العقار بناء على التصاميم يتضامن مع باقي المتدخلين في البناء من أجل الوفاء بهذا الضمان أم لا؟

حسب القانون الفرنسي، ولاسيما المادة 1792-6 فقرة 2 من ق.م.ف، فإنه لا يلزم بهذا الضمان سوى المقاول، وفي حالة تعدّد المقاولين فلا يلتزم به إلاّ المقاول المعني أي المقاول الذي ظهر الخلل في الجزء الذي شيّده، إلاّ أنّ هناك استثناء واحد في التشريع الفرنسي، بحيث يلزم بائع العقار قبل الإنجاز بهذا الضمان إذا كان سببه خلل في نظام العزل الصوتي (Isolation phonique) ولكن ليس بنفس المدّة (أي سنة) بل بمدّة 06 أشهر تبتدئ من الحيازة، ولا في مواجهة نفس الأطراف، فيستفيد من هذا الضمان في هذه الحالة أوّل شاغل للعقار، ولا ينتقل هذا الضمان مع الملكية كما هو الحال في الضمان العشري.

أمّا النسبة للقانون الجزائري، فإنّ المدين بهذا الضمان هو بائع العقار بناء على التصاميم فقط، دون غيره من المتدخلين الآخرين في عملية البناء، وهذا ما أشارت إليه المادة 14 من المرسوم التشريعي 03/93 السالفة الذكر.

البند الرابع: جزاء ضمان حسن الإنجاز.

(267) قاشي علال، المرجع السابق، ص 126.

إنّ الجزء الذي قرّره المشرع لهذا الضمان هو إصلاح العيوب خلال المدّة المتفق عليها في العقد النموذجي ولم يلزم المرقّي العقاري في هذه الحالة بالتعويض⁽²⁶⁸⁾.

ولكن الإشكال المطروح هنا هو ما هو العمل في حالة امتناع البائع عن إصلاح العيوب رغم إخطار المشتري له؟

برجوعنا للمادة 14 السالفة الذكر لم نجد لها نصّاً على إمكانية رفع دعوى ضدّ البائع في هذه الحالة، ممّا يدعو المشتري إلى الرجوع للقواعد العامة⁽²⁶⁹⁾، ليستطيع مطالبة البائع قضائياً بقضاء التزامه.

كما قد لجأ بعض الفقه⁽²⁷⁰⁾ لتفسير المادة 17⁽²⁷¹⁾ من المرسوم التشريعي تفسيراً واسعاً بحيث تشمل هذا الالتزام أيضاً، فيمكن للمشتري عندئذ إصلاح العيوب على نفقة البائع وبترخيص من القضاء بعد أن يعذر البائع الممتنع عن أداء التزامه.

البند الخامس: مدى تعلّق هذا الضمان بالنظام العام.

تعدّ مسألة ضمان حسن الإنجاز من النظام العام، بحيث لا يجوز الاتفاق على الحدّ منها أو إنقاصها أو إسقاطها، وهذا طبقاً للمادة 18 من المرسوم التشريعي 03/93 والتي تنص على أنّ: "كل بند في العقد يكون الغرض منه تحديد المسؤولية أو الضمانات المنصوص عليها... يعدّ باطلاً...".

وهذا خلافاً للمشرع الفرنسي الذي لم يبيّن مدى تعلّق أحكام هذا الضمان بالنظام العام، ممّا يتيح إمكانية اتفاق الأطراف على إنقاص هذا الضمان أو الحدّ منه.

(268) ويس فتحي، المرجع السابق، ص 133 - 134.

(269) قاشي غلال، المرجع السابق، ص 126.

(270) ويس فتحي، المرجع السابق، ص 140.

(271) وهذا علماً أنّ المادة 17 من المرسوم التشريعي 03/93 تنصّ: "كل تخلف أو عجز مادي من المتعامل في الترقية العقارية، يبيته المحضر ثبوتاً قانونياً، ويظل مستمراً بالرغم من الإنذار، يحوّل لجماعة المالكين سلطة مواصلة إنجاز البناءات بجميع الوسائل القانونية على نفقة المتعامل المتخلف وبدلاً منه"

إنّ إضفاء صفة القواعد الآمرة على أحكام هذا الضمان لا يخلو من فائدة، لأنّ تقرير ذلك فيه حماية واسعة وإضافية للمشتري.

الفرع الثاني: ضمان حسن سير عناصر التجهيز.

يعتبر هذا الضمان من الضمانات الجديدة التي أدخلها المشرع الجزائري في مجال البناء بموجب المرسوم التشريعي 03/93، حيث يمتاز هذا الضمان بالغموض، وذلك لأنّ المشرع الجزائري اكتفى بالإشارة إليه من دون تبيان دقيق لأحكامه، وحيث أنّ المشرع الفرنسي كان السبّاق كالعادة لوضع مثل هذه الضمانات، فكان لزاما علينا الرجوع إلى القانون الفرنسي حتّى نوضح معالم هذا الضمان.

سوف نتولى في هذا الفرع دراسة كل من الطبيعة القانونية لهذا الضمان (البند الأول)، ونطاقه (البند الثاني)، و مدّته وجزء الإخلال به (البند الثالث).

البند الأول: الطبيعة القانونية لهذا الضمان.

كما سبق القول فإنّ المشرع الفرنسي كان السبّاق كالعادة لابتكار مثل هذه الضمانات (وهذا بموجب القانون رقم 12/78)، كونه قد استبدل معيار التفرقة بين الأعمال الصغيرة والكبيرة، بمعيار الوظيفة التي يؤديها كل عنصر من عناصر العمل المشيّد، فإذا كان العنصر يدخل ضمن العناصر التكوينية التي تؤدي الوظيفة التشييدية، فإنّها تخضع للضمان العشري، أمّا إذا كان هذا العنصر يندرج ضمن عناصر التجهيز، فإنّها تخضع لضمان حسن سير عناصر التجهيز⁽²⁷²⁾.

أمّا عن التشريع الجزائري، فإنّ هذا الضمان قد أوجده المشرع بموجب المرسوم التشريعي 03/93، وهو من الضمانات الخاصة في عقد البيع بناء على التصاميم، وبتقرير المشرع لهذا الضمان، يكون قد وقرّ الحماية الكاملة لمشتري العقار بناء على التصاميم.

أمّا عن الطبيعة القانونية لهذا الضمان فإنّ غالبية الفقه في فرنسا ترى فيه أنّه ضمان موضوعي، بحيث أنّ التسليم بهذا الرأي يقودنا إلى أنّ دعوى الضمان ترفع إلى البائع دون

(272) مسكر سهام، المرجع السابق، ص 98.

حاجة للبحث عن المسئول الحقيقي عن عدم كفاءة عناصر التجهيز، ولكن هذا لا يعني حرمان البائع من الرجوع على المسئول الحقيقي بدعوى المسؤولية العقدية.

البند الثاني: نطاق هذا الضمان.

لتحديد نطاق هذا الضمان، لابدّ من تحديد المسئول والمستفيد منه، كذلك لابدّ من حصر الأعمال التي يرد عليها هذا الضمان والأسباب الموجبة له.

أولاً : المستفيد والمسئول عن هذا الضمان.

إنّ المستفيد من هذا الضمان هو بطبيعة الحال المشتري ، طالما توفّرت فيه الشروط وأسباب إعمال أحكام هذا الضمان.

أمّا عن المسئول بهذا الضمان فهو بائع العقار بناء على التصاميم ، فللمشتري أن يرجع على البائع بإصلاح أو استبدال عناصر التجهيز التي أثبت عدم كفاءتها ، فكل من المقاول وصانع هذه العناصر والمهندس لا يلزمه المشرع بهذا الضمان .

فيمكن للبائع بالرجوع على المسئول الحقيقي إمّا بدعوى المسؤولية التقصيرية أو العقدية أو بالدعوى المناسبة حسب القانون.

ثانياً: الأضرار التي يرد عليها هذا الضمان والأسباب الموجبة له.

1/ الأضرار التي يرد عليها هذا الضمان : لا يغطي هذا الضمان العقار بأكمله ولا العيوب والأضرار برمتها ، إنّما يقتصر على عناصر التجهيز في البناية ، ويشترط في هذه العناصر أن تكون قابلة للفق أو الفصل عن البناية بدون تلف ، أو هي تلك العناصر التي لا تشكل جسماً واحداً مع البناية أو إحدى أجزائها ، وهذا حسب رأي الفقه الفرنسي.

أمّا في القانون الجزائري يستفاد هذا الشرط بمفهوم المخالفة لنص المادة 181 من الأمر 07/95 المتعلق بالتأمينات التي تنصّ على أنّه : "يغطي الضمان العشري أيضاً الأضرار المخلة بصلاية العناصر الخاصة بتجهيز بناية ما عندما تكون هذه العناصر جزءاً لا يتجزأ من منحزات التهيئة ووضع الأساس والهياكل والإحاطة والتغطية..."، ومعنى هذا أنّه متى

كانت عناصر التجهيز تشكل جسما واحدا مع أحد أجزاء البناية فتكون خاضعة للضمان العشري، بينما إذا كانت منفصلة مثل الأبواب والشبابيك والعدادات وتجهيزات الإنارة والمكيفات... فإنها تكون خاضعة لضمان حسن سير عناصر التجهيز.

وعلى هذا الأساس يمكن حصر الشروط الموجبة لهذا الضمان في :

- أن يكون عنصرا تجهيزيا وليس عنصرا تكوينيا.

- أن يوجد هذا العنصر في البناء.

- أن يكون قابلا للعزل عن البناء دون تلف.

2/ أسباب هذا الضمان: فسبب هذا الضمان يتمثل في عدم صلاحية عنصر التجهيز لأداء وظيفته بالكفاءة المطلوبة ، وهذا ما أدى بالبعض إلى تسمية هذا الضمان بكفاءة الأداء.

فعدم الكفاءة وحده يكفي لقيام هذا الضمان حتى ولو بقي هذا العنصر صلبا ومتماسكا ، أما إذا كانت عدم كفاءة العنصر من شأنها أن تؤدي إلى تهديد سلامة المبنى ومتانتة فيمكن عندئذ الانتقال إلى الضمان العشري.

البند الثالث: مدة هذا الضمان وجزاؤه . أولا : مدة هذا الضمان.

لقد نصّ المشرع الفرنسي في المادة 1792-3 بأنّ : "عناصر التجهيز الأخرى للمبنى تكون موضوعا لضمان حسن التشغيل لمدة سنتين كحدّ أدنى اعتبارا من تاريخ التسلم" ، في حين نصّت المادة 2270 من القانون المدني الفرنسي عن انقضاء هذا الضمان بانقضاء مدة السنتين أو المدة المتفق عليها.

إنّ تحديد مدة هذا الضمان في القانون الفرنسي بهذه الطريقة يعني أمرين :

- ترك المجال للأطراف للاتفاق على مدة أقصى.

- عدم جواز إنقاص مدة الضمان عن السنتين.

أما بالنسبة لمدة هذا الضمان في القانون الجزائري ، فنقف كالعادة أمام فراغ تشريعي ، حيث اكتفى المشرع بالنص على هذا الضمان من دون توضيح لمدته، فهل قصد المشرع توحيد مدة ضمان حسن الإنجاز مع مدة ضمان حسن سير عناصر التجهيز، كونهما جاءا في مادة واحدة ؟ أم أنّ سكوته يفسر على أنه ترك المسألة لاتفاق الأطراف ؟
فبالنسبة للفرض الأول: فبرجعنا للمادة 15 من المرسوم التشريعي 03/93 والتي تتضمن جزاء كل من ضمان حسن الإنجاز و ضمان حسن سير عناصر التجهيز، فهل يمكن اعتبارها إرادة ضمنية للمشرع بتوحيد المدة بين الضمانين؟.)
لقد رجح البعض⁽²⁷³⁾ هذا الافتراض، أي أنّ مدة هذا الضمان هي سنة واحدة ابتداء من يوم التسليم، بينما آجال إصلاح الأضرار فتكون باتفاق الأطراف وهذا قياسا على ضمان حسن الإنجاز.

أما بالنسبة للفرض الثاني: فإنه يترك مسألة تحديد مدة الضمان لاتفاق الأطراف حسب طبيعة عناصر التجهيز المركبة في البناء وما تتطلبه من مدة معقولة ترضي الطرفين لإصلاح العيوب⁽²⁷⁴⁾.

نحن بدورنا نؤيد الافتراض الأول ، لأنه اعتمد على المنطق العملي في تحليله للمواد، فإذا أخضع المشرع عناصر التجهيز التي لا تتجزأ عن البناء أو بمفهوم آخر تعتبر جسما واحدا مع البناء ، للضمان العشري حسب المادة 181 من قانون التأمينات 07/95 وهذا لأنّ العيوب التي تشوبها يمكن ألا تظهر إلا بمرور مدة طويلة ، فإنّ عناصر التجهيز المنفصلة عن البناء ، غالبا ما تظهر فيها العيوب أثناء سنة من تركيبها ، وهذه المدة تعتبر مدة ضمان لمثل هذا النوع من العناصر ، مثلا عندما يشتري شخص مكيف أو ثلاجة فنجد أنّ البائع غالبا ما يلتزم بالضمان لمدة سنة أو سنتين.

فيظهر لنا من هذا الطرح أنّ المشرع قد قاس مدة ضمان عناصر التجهيز القابلة للانفصال على مدة الضمان العادية والتي غالبا ما تكون سنة.

(273) ويس فتحي ، المرجع السابق ، ص 145.

(274) مسكر سهام، المرجع السابق، ص 99.

ثانيا : جزاء ضمان حسن سير عناصر التجهيز.

كما هو الحال في ضمان حسن الإنجاز ، فإنّ المشرع قد أهمل الحديث عن دعوى تحمي حق صاحب هذا الضمان ، بينما ترك أمر إصلاح هذه العيوب لاتفاق الأطراف ، وهذا طبقا للمادة 15 من المرسوم التشريعي 03/93 ، ولكن الإشكال القائم هو ما هو العمل في حالة رفض البائع إصلاح العيوب ؟

يمكن عندئذ للمشتري إما إلزام البائع بواسطة القضاء للتنفيذ العيني للالتزام أو فسخ البيع طبقا للقواعد العامة، كما يمكنه إصلاح هذه العيوب على نفقة البائع بعد توجيه إنذار له وإثبات عجز البائع في محضر وهذا وفقا لروح وفحوى المادة 17 من المرسوم التشريعي 03/93⁽²⁷⁵⁾.

(275) ويس فتحي ، المرجع السابق ، ص 145.

الخاتمة

قد استحدثت المشرع الجزائري عقد البيع بناء على التصاميم بموجب المرسوم التشريعي 03/93 المتعلق بالنشاط العقاري ، وهذا بإلغائه لقانون 07/86 المتعلق بالترقية العقارية والذي أصبح لا يعكس التوجّه الجديد للجزائر ، ألا وهو اقتصاد السوق.

إلا أنّ هذا المرسوم الجديد قد طرح هو الآخر عدّة مشاكل، خصوصا النصوص الغامضة والناقصة والاختصار المملّ أحيانا والانصراف المخلّ أحيانا أخرى ، كذلك عدم تطابق النص الفرنسي مع النص العربي وأحيانا التناقض بين النصوص المختلفة، بل وحتى في النص الواحد، مما أدى إلى صعوبة عمل القضاء وذلك باتجاه القضاة إلى البحث في معاني النصوص ومدلولاتها بدل الانشغال بالوقائع محل النزاع والحكم فيها ، وغني عن البيان ما يتركه النص الغامض أو الناقص من آثار سلبية على وحدة الأحكام القضائية واستقرار الأوضاع والمراكز القانونية ، وهو الهدف الذي ينشده القانون منذ عهده الأولى.

إثر معالجتنا لهذا الموضوع، تبين لنا أنّ هذا العقد هو عقد بيع لعقار لم ينجز بعد ، بحيث يلتزم المرقى العقاري بإنجاز البناية (السكنية ، الحرفية أو الصناعية) خلال المدّة المحدّدة في العقد ، كما ألزمه المشرع بالقيام بعدّة إجراءات أخرى من أجل اكتتاب العقد، والتي تعتبر في حقيقة الأمر ضمانات قانونية في جانب المشتري ومن بينها:

- الحصول على شهادات التعمير (شهادة التعمير، رخصة البناء، رخصة التجزئة).
- اكتتاب عقود تأمين مختلفة ومن أهمّها: التأمين لدى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة، والتأمين العشري.

بعد اكتتاب العقد لدى الموثق وشهره لدى المحافظة العقارية، يشرع المتعامل في الترقية العقارية بتنفيذ العقد وذلك بأداء الالتزامات الآتية(الالتزام بنقل الملكية، الالتزام بالإيجار ، الالتزام بالتسليم) ، كما يلتزم المشتري بالمقابل بدفع الثمن ، والتسليم ، ودفع التكاليف المفروضة في العقد، وقد أحاط المشرع تنفيذ هذه الالتزامات سواء التزامات البائع أو المشتري بجزاءات خاصة.

كما يتميز هذا العقد بخاصيتين أساسيتين تميزانه عن باقي أنواع العقود الأخرى ، حيث تتمثل الأولى في أنه عقد مركب من عقدين (عقد بيع وعقد مقاوله)، إلا أن تطبيق أحكام العقدين معا يطرح بعض المشاكل، والتي سبق وأن أشرت إليها عند تعرضي للطبيعة القانونية لهذا العقد، وتتمثل الثانية في أنه يقوم على تأجيل بعض الالتزامات التعاقدية بحيث يكون الزمن شرطا جوهريا في تنفيذها ، ولهذا اعتبرنا هذا العقد من العقود المستمرة وبالتالي يمكن للقاضي تطبيق نظرية الظروف الاستثنائية عليه ، غير أن غالبية المرقين العقاريين يتحججون بارتفاع أسعار مواد البناء وزيادة العمال وأجورهم كظروف استثنائية لرفع الثمن ، بالرغم من إمكانية توقع مثل هذه الظروف وأخذ الاحتياطات اللازمة .

والمثير للانتباه أن المشرع بعيدا عن هذه النظرية قد فسح المجال لتعسف البائع عندما ترك له الحرية في تحديد نسب المراجعة وحالاتها ، دون ضبطها بنسب محددة أو حالات معينة لا يمكن تجاوزها ، كما أنه لم يترك الأمر لتقدير القاضي حسب الظروف، ولم يحدد الثمن بشكل نهائي عند التعاقد.

يعتبر مشكل نقل الملكية في عقد البيع بناء على التصاميم من بين أبرز المشاكل التي واجهتني في معالجة هذا الموضوع ، كون أن النصوص المتعلقة بها (14، 16، 17) من المرسوم التشريعي 03/93 غامضة ومتناقضة ، إلا أن الراجح أن الملكية في هذا العقد تنتقل من يوم التوقيع على محضر التسليم.

وكاستثناء من القواعد العامة ، لا يعتبر شهر العقد لدى المحافضة العقارية ناقل للملكية كما هو الحال بالنسبة لباقي العقود الأخرى والتي يكون محلها عقار ، حيث أن الملكية تنتقل في هذا العقد بأثر رجعي من يوم التوقيع على محضر التسليم إلى يوم الشهر. وكون أن هذا العقد يرتدي نوع من الخطورة فقد خصّه المشرع بضمانات خاصة مستحدث في النظام القانوني الجزائري، لكن المشرع وككل مرة قد قام بذكر هذه الضمانات من دون التعرض لأحكامها ، وهذا ما جعلنا نقف أمام فراغ قانوني لا يمكن تداركه إلا بالرجوع إلى مصدر هذا العقد ألا وهو القانون الفرنسي.

وفي الأخير نرى أنّ المشرع الجزائري قد خطا خطوة كبيرة في ميدان التشريع العقاري بتنظيمه لعقد البيع بناء على التصاميم والذي ساهم كثيرا في القضاء على أزمة السكن، إلا أنّ غموض النصوص وعدم كفايتها يجعل هذه النعمة نقمة تعود بالضرر على هذا القطاع من جهة وعلى المواطن من جهة أخرى.

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة السكن والعمران

ديوان الترقية والتسيير

العقاري تلمسان

مكتب السكنات الاجتماعية التساهمية

إلتزام

أنا الممضي أسفله السيد (ة):
المولود(ة) بتاريخ:
الحامل (ة) بطاقة التعريف الوطنية رقم: الصادرة عن دائرة:
بتاريخ:

ألتزم بدفع المبلغ المالي الذي يقدر بنسبة 25% المخصص بالاستفادة من سكن اجتماعي تساهمي مسعر مؤقت.

بعد تصريح الاستفادة فإنني ألتزم بما يلي:

- 1- قبول تسديد ثمن السكن الاجتماعي التساهمي كسعر مؤقت.
- 2- التكفل بتسديد جميع الحقوق والرسوم المتعلقة بالتسجيل العقاري وأتعاب الموثق وتوابعهم بدون تحفظ.
- 3- التعهد في حالة عدم تسديد ثمن في الميعاد المحدد أرخص لديوان الترقية العقارية بأن يتصرف في السكن الاجتماعي التساهمي.
- 4- في حالة انسحابي وبعد تسديد ثمن السكن كليا أو جزئيا تبقى كفالة نسبتها 05% مكتسبة لديوان الترقية والتسيير العقاري تلمسان.
- 5- التعهد باحترام البنود المنصوص عليه في دفتر الشروط الخاص بالسكن.
- 6- عدم التنازل للغير ماعدا لديوان الترقية بعد تحويل الملف إلى مصالح التوثيق.
- 7- عدم تبديل مسكني مع مستفيد آخر وذلك بعد المصادقة على القائمة الخاصة بتوزيع السكنات. في حالة عدم احترام الالتزامات المذكورة أعلاه تعتبر الاستفادة ملغاة.

إمضاء المصريح

المصادقة على الإمضاء

المصاريف المترتبة على عقد البيع بناء على التصاميم

- 1- حقوق التسجيل : مجانا
- 2- حقوق الشهر العقاري : مجانا
- 3- الرسوم التوثيقية : إلى 50.000 دج. 3%
- من 50.000 دج إلى 100.000 دج. 2%
- ما فوق 100.000 دج. 1%
- 4- الرسم على القيمة المضافة (يحسب على الرسوم التوثيقية) : 17%
- 5- حقوق الطابع : 400 دج
- 6- مصاريف مختلفة : 1.000 دج

مجموع الحقوق تمثل 1.5% من الثمن الإجمالي⁽²⁷⁶⁾.

⁽²⁷⁶⁾ يوم دراسي حول البناء على التصاميم ونظام الملكية المشتركة ، يوم 4 جويلية 2006 ، الغرفة الجمهورية لموثقي الغرب بمقر فندق شيراتون ، وهران.

قائمة المراجعأولاً: المؤلفات.1- الكتب :أ) الكتب باللغة العربية :

- 1- الشيخ أحمد محمد عسّاف ، الأحكام الفقهية في المذاهب الإسلامية الأربعة، المجلد الثاني، د.ط ، دار إحياء العلوم، بيروت، 1987.
- 2- أنور العمروسي ، العقود الواردة على الملكية في القانون المدني، د.ط ، دار الفكر الجامعي ، مصر، 2003.
- 3- إلياس ناصيف ، موسوعة العقود التجارية والمدنية - عقد البيع - الجزء الثامن ، بدون (دار نشر، وبلد، وطبعة) ؟ ، 1995.
- 4- أبو بكر جابر الجزائري ، منهاج المسلم ، المكتب الثقافي ، الأزهر ، القاهرة، الطبعة الثامنة ، بدون سنة ؟.
- 5- السيد سابق ، فقه السنة (المجلد الرابع) ، الطبعة الثانية ، دار الفتح ، القاهرة ، 1999.
- 6- آدم وهيب النداوي ، شرح القانون المدني ، العقود المسماة ، (البيع والإيجار) ، د.ط، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، مصر ، 1999.
- 7- أحمد فراج حسنين ، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية ، د.ط، دار الجامعة الجديدة ، مصر ، 2005.
- 8- جيروم هوييه ، المطوّل في القانون المدني ، ترجمة منصور القاضي ، المجلد الأوّل ، الطبعة الأولى ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، لبنان ، 2003.
- 9- جاك يوسف حكيم ، العقود الشائعة والمسماة (عقد البيع) ، د.ط ، دار الفكر، بيروت، 1970.
- 10- جلال علي العدوي ، مصادر الالتزام ، د.ط ، الدار الجامعية، الإسكندرية، مصر، 1994.

- 11- جديدي معراج ، مدخل لدراسة قانون التأمين الجزائري ، د.ط ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 2000.
- 12- حمدي أحمد سعد أحمد ، البيع الإيجاري ، الدار القانونية ، د.ط، مصر ، 2007.
- 13- حمدي باشا عمر ، نقل الملكية العقارية في التشريع الجزائري، د.ط ، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2000.
- 14- حمدي باشا عمر ، القضاء العقاري ، د.ط، دار هومة ، الجزائر ، 2002.
- 15- خليل أحمد حسن قدارة ، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري ، الجزء الأول ، الطبعة الثانية ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 2005.
- 16- رمضان أبو السعود ، مصادر الالتزام ، د.ط، دار الجماعة الجديدة ، مصر ، 2007.
- 17- رمضان أبو السعود ، شرح العقود المسماة في عقدي البيع والمقايضة ، الطبعة الثانية، دار الجامعة الجديدة للنشر ، مصر ، 2003.
- 18- زاهية سي يوسف ، عقد البيع ، الطبعة الثالثة ، دار الأمل ، الجزائر ، 2000.
- 19- سليمان مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني (عقد البيع وعقد الكفالة) ، المجلد الأول ، الطبعة الخامسة ، المنشورات الحقوقية ، لبنان ، 1990.
- 20- سليمان بوذياب، مبادئ القانون المدني ، الطبعة الأولى، المجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، 2003.
- 21- سماعيل شامة ، النظام القانوني الجزائري للتوجيه العقاري، د.ط ، دار هومة ، الجزائر ، 2002.
- 22- عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني (الجزء الرابع) ، البيع والمقايضة ، منشأة المعارف ، مصر ، 2004.
- 23- علي هادي العبيدي ، عقدي البيع والإيجار ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الطبعة الأولى ، عمان ، 2006.
- 24- عبد الحميد بن عبيدة، إثبات الملكية العقارية والحقوق العينية العقارية في التشريع الجزائري، د.ط ، دار هومة، الجزائر، 2003.

- 25- فتحي عبد الرحيم عبد الله ، الوجيز في العقود المدنية المسماة (عقد البيع) ، (الكتاب الأول) ، الطبعة الثالثة ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، مصر ، دون سنة.
- 26- فتحي قرة ، أحكام عقد المقاوله ، د.ط، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، مصر ، 1992.
- 27- لحسن بن الشيخ آث ملويا ، المنتقى في عقد البيع ، الطبعة الثانية ، دار هومة ، الجزائر ، 2006.
- 28- فتيحة يوسف ، أحكام الشركات التجارية ، د.ط، دار الغرب للنشر والتوزيع ، الجزائر ، 2007 ،
- 29- محمد حسنين ، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 2006.
- 30- محمد حسن قاسم ، عقد البيع ، د.ط، الدار الجامعية ، مصر ، 1999.
- 31- محمد لبيب شنب ، شرح أحكام عقد المقاوله ، الطبعة الثانية ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 2003.
- 32- محمد مرسي زهرة ، المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين (المسؤولية المهنية للمحامين والمهندسين) ، الجزء الثاني ، الطبعة الثانية ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، 2004.
- 33- محمد حسين منصور ، شرط الاحتفاظ بالملكية، د.ط ، دار الجامعة الجديدة ، مصر ، 2007.
- 34- محمد يوسف الزغبى ، شرح عقد البيع، الطبعة الأولى ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الأردن ، 2007.
- 35- محمود جلال حمزة ، التبسيط في شرح القانون المدني (البيع والإيجار) ، الجزء الرابع الطبعة الأولى، جمعية عمال المطابع التعاونية، الأردن، 2005.
- 36- محمود خلف الجبوري ، العقود الإدارية ، د.ط، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الأردن، 1998.

- 37- محمد الصغير بعلي ، العقود الإدارية ، د.ط، دار العلوم للنشر والتوزيع ، الجزائر ، 2005.
- 38- محمود مختار أحمد بري ، الشخصية المعنوية للشركة التجارية ، الطبعة الثانية ، دار الإشعاع للطباعة، مصر، 2002.
- 39- محمد صبري السعدي ، شرح القانون المدني الجزائري ، الجزء الأول ، الطبعة الثانية، دار الهدى ، الجزائر ، 2004.
- 40- منذر الفضل ، د. صاحب الفضلاوي ، شرح القانون المدني الأردني (العقود المسماة) ، د.ط، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الأردن ، 1997.
- 41- محمد حسنين منصور ، المسؤولية المعمارية ، د.ط، دار الجامعة الجديدة للنشر ، مصر ، 1999.
- 42- نعيم مغبغب ، عقود مقاولات البناء والأشغال الخاصة والعامة ، الطبعة الثالثة ، دار النشر ، لبنان ، 2001.
- 43- نادية فضيل ، القانون التجاري الجزائري ، الطبعة الثامنة ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 2006.
- 44- نبيل إبراهيم سعد ، العقود المسماة (عقد البيع) ، الطبعة الثانية ، دار الجامعة الجديدة ، مصر ، 2003.

ب) الكتب باللغة الفرنسية:

- 1- Jean Bernard Auby, Hugues Prinnet Marquet, Droit de l'urbanisme et de la construction, 6^{ème} édition, Montchrestien, Paris, 2001.
- 2- Olivier Tourna fond, vente d'immeuble à construire, Dalloz action, 2000-2001, Paris.

2- المذكرات:

- 1- حبيب فاطمة ، الجباية العقارية ، مذكرة ماجستير ، كلية الحقوق ، بن عكنون ، الجزائر ، 2001-2002.
- 2- حمادي جازيه ، عقد مقاولة البناء في القانون الجزائري ، مذكرة ماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان ، الجزائر ، 2002-2003.
- 3- رحمانى فائزة ، تمويل الترقية العقارية الخاصة في مجال السكن ، مذكرة ماجستير ، كلية الحقوق ، بن عكنون ، الجزائر ، 2003-2004.
- 4- مانع عبد الحفيظ ، طرق إبرام الصفقات العمومية وكيفية الرقابة عليها في ظل القانون الجزائري ، مذكرة ماجستير ، كلية الحقوق ، تلمسان ، الجزائر ، 2007-2008.
- 5- مسكر سهام ، بيع العقار بناء على التصاميم في الترقية العقارية ، مذكرة ماجستير ، جامعة سعد دحلب ، البليدة ، الجزائر، 2006.
- 6- محمد سبتي ، رخصة البناء في القانون الجزائري ، مذكرة ماجستير ، تخصص إدارة ومالية ، جامعة الجزائر ، 2001-2002.
- 7- محراش سميرة ، المسؤولية المدنية للمقاول والمهندس المعماري وفقا للقواعد الخاصة (المسؤولية العشرية) ، مذكرة ماجستير، جامعة سعد دحلب ، البليدة ، كلية الحقوق ، 2000-2001.
- 8- نادية منصورى ، الترقية العقارية الخاصة (دراسة مقارنة) ، مذكرة ماجستير ، الجزائر، 2001-2002.
- 9- ويس فتحي ، المسؤولية المدنية والضمانات في بيع العقار قبل الإنجاز (دراسة تحليلية ومقارنة في التشريعين الجزائري والفرنسي) ، مذكرة ماجستير في القانون تخصص قانون عقاري وزراعي ، جامعة البليدة ، الجزائر ، 1999.

3- الدوريات :

- 1- بختاوي سعيد ، دراسة حول إشكالية البيع على المخطط ، المجلة القانونية الدورية، الغرفة الوطنية للموثقين ، العدد 13 ، 2005 ، الجزائر.
- 2- بردان رشيد ، البيع بناء على التصاميم ، مجلة العلوم القانونية والإدارية ، كلية الحقوق، جامعة جيلالي اليابس، سيدي بلعباس، العدد 2، السنة 2005.
- 3- بردان رشيد ، المعاملات العقارية والإشكالات التي تعترض العقد التوثيقي ، يوم دراسي حول العقد التوثيقي والإشكالات القانونية في المعاملات العقارية والإيجار التجاري، يوم 22 ماي 2005، الغرفة الوطنية لموثقي الغرب، سيدي بلعباس، الجزائر.
- 4- بوشنافة جمال ، المسؤولية العشرية للمقاول والمهندس المعماري، الملتقى الدولي حول الترقية العقارية (الواقع والآفاق) ، يومي 7 و 8 فيفري 2006 ، كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية ، جامعة قاصدي مرباح ، ورقلة ، 2006.
- 5- بومعراف حسين ، مخطط شغل الأراضي أداة عمرانية لتفعيل أداة الترقية العقارية، الملتقى الدولي حول الترقية العقارية (الواقع والآفاق) ، يومي 7 و 8 فيفري 2006 ، كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية ، جامعة قاصدي مرباح ، ورقلة ، 2006.
- 6- حمليل نواره ، تقديم تقنية البيع بناء على التصاميم، الملتقى الدولي حول الترقية العقارية (الواقع والآفاق) ، يومي 7 و 8 فيفري 2006 ، كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية، جامعة قاصدي مرباح ، ورقلة ، 2006.
- 7- حسين بطيمي ، الكتابة الرسمية كوسيلة إثبات ، المجلة الدورية للموثق ، العدد 1 ، جوان 2001.
- 9- حمدي باشا عمر، رخصة البناء، مجلة الموثق، العدد 8، سنة 2002.
- 10- خليفة الخروبي، نقل الملكية في عقد البيع أثر أم التزام، المجلة القانونية التونسية، مركز النشر الجامعي، تونس ، 1997.
- 11- زروقي ليلي، التصرفات القانونية الواجبة الشهر والآثار القانونية المترتبة عن القيد، مجلة الموثق، العدد 5 ديسمبر، 1998، الجزائر.

- 12- زيروتي الطيب ، حماية مشتري العقار بناء على التصاميم ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية ، الجزء 42 ، رقم 2 لسنة 2000.
- 13- زيروتي الطيب ، تأملات في واقع الضمانات القانونية لبيع العقار على التصميم طبقا للمرسوم التشريعي 03/93، الملتقى الدولي حول الترقية العقارية (الواقع والآفاق) ، يومي 7 و8 فيفري 2006 ، كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية ، جامعة قاصدي مرباح ، ورقلة ، 2006.
- 14- سباغ محمد ، التوثيق والعقود الرسمية ، المجلة الدورية للموثق ، العدد 5 ، ديسمبر 1998.
- 15- سويقات أحمد ، الآثار القانونية لعقد البيع بناء على التصاميم، الملتقى الدولي حول الترقية العقارية (الواقع والآفاق) ، يومي 7 و8 فيفري 2006 ، كلية الحقوق ، جامعة قاصدي مرباح ، ورقلة ، 2006.
- 16- عياشي شعبان ، أشخاص الضمان العشري في القانون الجزائري ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية ، الجزء 42، رقم 02 ، جامعة الجزائر، سنة 2000.
- 17- قاشي علال ، الضمانات القانونية ودعم الالتزامات التعاقدية في عقد البيع على التصاميم وتقييم ذلك، الملتقى الدولي حول الترقية العقارية (الواقع والآفاق) ، يومي 7 و8 فيفري 2006 ، كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية ، جامعة قاصدي مرباح ، ورقلة ، 2006.
- 18- كاوجة محمد الصغير ، قاسم مولود ، مقارنة قانونية لتحديد مفهوم البيع بالإيجار في ظل أنواع العقود الأخرى، الملتقى الدولي حول الترقية العقارية (الواقع والآفاق) ، يومي 7 و8 فيفري 2006 ، كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية ، جامعة قاصدي مرباح ، ورقلة، 2006.
- 19- محمد بوركي ، التوثيق والإشهار العقاري ، المجلة الدورية للموثق ، العدد 5 ، ديسمبر 1998 ، الجزائر.
- 20- محمد بوركي ، التوثيق والإشهار العقاري ، مجلة الموثق الدورية (الملتقى الوطني الأول للعشرية الأولى للتوثيق ، العدد 6 أبريل 1999.

- 21- مالكي رابح ، نموذج عقد البيع على التصاميم (تعليق على المرسوم التنفيذي رقم 58/94) ، مجلة الموثق الدورية ، العدد 4 سبتمبر 1998 ، الجزائر .
- 22- مرابط أحمد ، الإشكالية القانونية التي تثيرها الترقية العقارية ، مجلة الموثق الدورية، العدد 6 ، أفريل 2002 ، الجزائر .
- 23- بدون مؤلف، المصارف المترتبة على عقد البيع على التصاميم ، يوم دراسي حول البناء على التصاميم ونظام الملكية المشتركة ، يوم 4 جويلية 2006 ، الغرفة الجهوية لموثقي الغرب ، بمقر فندق شيراطون ، وهران .
- 24- مزبان محمد أمين ، أحكام بيع العقار وموقف القضاء ، موسوعة الفكر القانوني، مجلة الموسوعة الجزائرية القضائية ، العدد 4 ، الجزائر ، 2004 .
- 25- مجاجي منصور ، الترقية العقارية والتخطيط العمراني، الملتقى الدولي حول الترقية العقارية (الواقع والآفاق) ، يومي 7 و8 فيفري 2006 ، كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية، جامعة قاصدي مرباح ، ورقلة ، 2006 .
- 26- وعلي جمال ، الشكلية في عقد البيع على التصاميم بين التشريع والممارسة القضائية، الملتقى الدولي حول الترقية العقارية (الواقع والآفاق) ، يومي 7 و8 فيفري 2006 ، كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية، جامعة قاصدي مرباح ، ورقلة ، 2006 .
- 27- ويس فتحي وفتاك علي ، عقد البيع على التصاميم في الترقية العقارية، الملتقى الدولي حول الترقية العقارية (الواقع والآفاق) ، يومي 7 و8 فيفري 2006 ، كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية، جامعة قاصدي مرباح ، ورقلة ، 2006 .

4- المحاضرات المنشورة :

- 1- بالموسات عبد الوهاب ، الوعد بالعقد ، محاضرات في المسؤولية قبل التعاقد ، محاضرات موجهة لطلبة الماجستير ، تلمسان ، 2006 .

- 2- بالموسات عبد الوهاب ، عقد البيع بناء على التصاميم ، محاضرات في المسؤولية قبل التعاقد ، محاضرات موجهة لطلبة الماجستير ، تلمسان ، 2006.
- 3- جريب أم الحسن، محاضرات في الترقية العقارية (البيع على التصاميم بصفة خاصة)، موجهة لطلبة القضاة ، السنة الثالثة ، بن عكنون ، الجزائر ، 2004.

ثانيا : مواقع الأنترنت.

- 1- www.abiyadh.com/2007/6/14article256942.html
 2- www.lami.com/ar-definitions.php
 3- www.aferni.com/intro.htm

4- عثمان طهير عبر الموقع :

www.ufef.com/node/191

5- لويس بابات ، شركة ضمان القرض العقاري عبر الموقع التالي :

www.c-nataires.dz/seminaire/arab/payette.htm

6- عبد الحميد سليمان من مجلة الثورة 2007/09/03 عبر الموقع التالي :

www.ajaml.com/node/22515

7- نائلة .ب. عبر الموقع :

<http://www.echourouhanline.com/modulesphp?name=news8file=article8sid=3486>.

ثالثا : المراجع النصية.

- 1- القانون رقم 07/86 المؤرخ في 4 مارس 1986 المتعلق بالترقية العقارية، ملغى، الجريدة الرسمية العدد 86.
- 2- القانون رقم 29/90 المؤرخ في 01 ديسمبر 1995 المتعلق بالتهيئة والتعمير، الجريدة الرسمية العدد 52 المعدل والمتمم بقانون رقم 04-05 المؤرخ في 01 ديسمبر 1990، الجريدة الرسمية رقم 51.
- 3- القانون رقم 02-04 المؤرخ في 23 يونيو 2004 والمتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية ، الجريدة الرسمية العدد 41.
- 4- التقنين المدني الجزائري.

- 5- التقنين التجاري الجزائري.
- 6- المرسوم التشريعي رقم 93-03 المؤرخ في 01 مارس 1993 المتعلق بالنشاط العقاري، الجريدة الرسمية رقم 41 (المؤرخة في 3 مارس 1993).
- 7- الأمر رقم 95-07 المؤرخ في 25 يناير 1995 المتعلق بالتأمينات المعدل والمتمم بقانون رقم 06-04 المؤرخ في 20 فبراير 2006، الجريدة الرسمية رقم 15.
- 8- المرسوم التنفيذي رقم 94-58 المؤرخ في 7 مارس 1994 المتعلق بنموذج عقد البيع بناء على التصاميم، الجريدة الرسمية رقم 13.
- 9- المرسوم التنفيذي رقم 91-176 المؤرخ في 28 ماي 1991 والذي يحدد كفايات تحضير شهادة التعمير ورخصة التجزئة وشهادة التقسيم ورخصة البناء وشهادة المطابقة ورخصة الهدم وتسليم ذلك، الجريدة الرسمية رقم 26.
- 10- المرسوم التنفيذي رقم 01-105 المؤرخ في 23 أبريل 2001 المحدد لشروط شراء المساكن المنجزة بأموال عمومية في إطار البيع بالإيجار وكفايات ذلك ، الجريدة الرسمية العدد 25.

الفهرس

1	المقدمة.....
7	الفصل الأول : تكييف عقد البيع على التصاميم وتكوينه.
9	المبحث الأول : تكييف عقد البيع على التصاميم.
9	المطلب الأول : مفهوم عقد البيع على التصاميم.
10	الفرع الأول : تعريف عقد البيع على التصاميم.
13	الفرع الثاني : خصائص عقد البيع بناء على التصاميم.
15	الفرع الثالث : الطبيعة القانونية لعقد البيع بناء على التصاميم.
15	البند الأول : رأي الفقه في الطبيعة القانونية لعقد البيع بناء على التصاميم.
17	البند الثاني : رأي القضاء في الطبيعة القانونية لعقد البيع بناء على التصاميم. ..
19	المطلب الثاني : تمييز عقد البيع بناء على التصاميم عن بعض المعاملات القانونية.
19	الفرع الأول : تمييز عقد البيع بناء على التصاميم عن الوعد بالعقد وعقد الحفظ. .
20	البند الأول : تمييز عقد البيع بناء على التصاميم عن الوعد بالعقد.
24	البند الثاني : تمييز عقد البيع بناء على التصاميم عن عقد الحفظ.
27	الفرع الثاني : تمييز عقد البيع بناء على التصاميم عن البيع الإيجاري والبيع بالعربون وبيع السلم.
27	البند الأول : تمييز عقد البيع بناء على التصاميم عن البيع الإيجاري.
28	البند الثاني : تمييز عقد البيع بناء على التصاميم عن البيع بالعربون.
31	البند الثالث : تمييز عقد البيع بناء على التصاميم عن بيع السلم في الشريعة الإسلامية.
33	المبحث الثاني : تكوين عقد البيع بناء على التصاميم.
34	المطلب الأول : أركان عقد البيع بناء على التصاميم.
35	الفرع الأول : التراضي في عقد البيع بناء على التصاميم.
35	البند الأول : أطراف عقد البيع بناء على التصاميم.

- 37 البند الثاني: وجود التراضي.
- 40 البند الثالث: صحة التراضي.
- 43 الفرع الثاني: المحل والسبب في عقد البيع بناء على التصاميم.
- 43 البند الأول: المحل في عقد البيع بناء على التصاميم.
- 45 البند الثاني: السبب في عقد البيع بناء على التصاميم.
- 46 الفرع الثالث: الشكلية في عقد البيع بناء على التصاميم.
- 47 البند الأول: تحرير العقد أمام الموثق.
- 50 البند الثاني: تسجيل العقد.
- 52 البند الثالث: شهر عقد البيع بناء على التصاميم.
- 53 المطلب الثاني: الإجراءات الإدارية والمالية المتبعة من قبل الأطراف المتعاقدة.
- 53 الفرع الأول: الإجراءات الإدارية المتبعة من قبل الأطراف المتعاقدة.
- 54 البند الأول: الوثائق الإدارية المستخرجة من قبل البائع.
- 60 البند الثاني: الوثائق الإدارية المستخرجة من قبل المشتري.
- 61 الفرع الثاني: الإجراءات المالية المتبعة من قبل الأطراف المتعاقدة.
- 61 البند الأول: تمويل المشروع.
- 68 البند الثاني: اكتتاب عقود التأمين.
- 74 الفصل الثاني: آثار عقد البيع بناء على التصاميم.
- 75 المبحث الأول: التزامات أطراف عقد البيع بناء على التصاميم.
- 75 المطلب الأول: التزامات البائع.
- 76 الفرع الأول: الالتزام بنقل الملكية.
- 80 الفرع الثاني: الالتزام بمواصلة الإنجاز والمطابقة.
- 80 البند الأول: انتهاء الإنجاز في الموعد المتفق عليه.
- 82 البند الثاني: الالتزام بالمطابقة.
- 86 الفرع الثالث: الالتزام بالتسليم.
- 89 الفرع الرابع: الالتزام بالضمان.

- 90 البند الأول: الالتزام بضمان التعرض والاستحقاق.
- 93 البند الثاني: ضمان العيوب الخفية حسب القواعد العامة.
- 94 الفرع الخامس : الجزاءات المترتبة على إخلال البائع بالتزاماته.
- 94 البند الأول : الجزاءات العادية التي ترجع إلى القواعد العامة في تنفيذ العقود. ...
- 95 البند الثاني : الجزاءات الخاصة.
- 96 المطلب الثاني: التزامات المشتري.
- 97 الفرع الأول : الالتزام بدفع الثمن.
- 98 البند الأول: طريقة تحديد ومراجعة الثمن.
- 100 البند الثاني: طريقة دفع الثمن.
- 101 الفرع الثاني : الالتزام بتسليم المبيع (العقار).
- 104 الفرع الثالث : الالتزام بدفع التكاليف المفروضة في العقد.
- 104 البند الأول: التكاليف المفروضة في حالة البناية الجماعية.
- 105 البند الثاني: التكاليف والشروط المفروضة في حالة البناية الفردية.
- 106 الفرع الرابع: الجزاء المترتب على إخلال المشتري بالتزاماته.
- 108 المبحث الثاني : الضمانات الخاصة في عقد البيع بقاء على التصاميم.
- 109 المطلب الأول: الضمان العشري أو ضمان العيوب الخفية.
- 109 الفرع الأول: ماهية الضمان العشري.
- 109 البند الأول: مفهوم الضمان العشري.
- 111 البند الثاني : شروط قيام المسؤولية العشرية.
- 111 البند الثالث: أشخاص الضمان العشري.
- 115 البند الرابع: العيوب والأضرار الموجبة للضمان.
- 117 الفرع الثاني: أحكام الضمان العشري.
- 118 البند الأول: مدّة الضمان العشري.
- 119 البند الثاني: دعوى الضمان.
- 119 البند الثالث: جزاء هذا الضمان وطرق دفعه.

122	المطلب الثاني: ضمان حسن الإنجاز وضمن حسن سير عناصر التجهيز.
122	الفرع الأول: ضمان حسن الإنجاز.
123	البند الأول: الطبيعة القانونية لهذا الضمان.
123	البند الثاني: مدة ضمان حسن الإنجاز.
125	البند الثالث: المدين بضمن حسن الإنجاز.
125	البند الرابع: جزاء ضمان حسن الإنجاز.
126	البند الخامس: مدى تعلق هذا الضمان بالنظام العام.
127	الفرع الثاني: ضمان حسن سير عناصر التجهيز.
127	البند الأول: الطبيعة القانونية لهذا الضمان.
128	البند الثاني: نطاق هذا الضمان.
129	البند الثالث: مدة هذا الضمان وجزاؤه.
132	الخاتمة.
135	الملاحق.
137	قائمة المراجع.
147	الفهرس.



المخلص :

عقد البيع على التصاميم هو عقد بيع بناية لم تتجز بعد ، أو هي في طور الإنجاز ، حيث يلتزم طرفاه بالالتزامات العادية المعروفة في عقد البيع والتزامات إضافية دخيلة عن هذا الأخير، هذا لأنّ المشرع قد مزج في هذا العقد بين عقدين (عقد المقاولة وعقد البيع).

إنّ محاولة المزج هذه قد باءت بالفشل ، كونها عرضت عدّة مشاكل لا يمكن تجنبها، مثل مشكل نقل الملكية ومشكل الثمن التقديري المحدّد في العقد، إلّا أنّ المشرع حاول تدارك هذا الفشل بنصّه على ضمانات لفائدة المستفيد معروفة في القانون الجزائري (الضمان العشري)، وأخرى مستحدثة من قوانين أخرى.

الكلمات المفتاحية :

عقد البيع - التصاميم - المرقى العقاري - العقار - المستفيد.

Résumé :

Un contrat de vente d'un immeuble sur plan est un contrat relatif à une construction non réalisée ou en cour de réalisation. Ses parties s'obligent à toutes les conditions ordinaires en vigueur ainsi qu'aux obligations supplémentaires, ceci parce que le législateur fusionne entre deux contrats (contrat de vente et contrat d'entreprise).

Cette tentative de fusion a échoué car elle a fait l'objet de divers problèmes inévitables, comme celui du transfert de la propriété et celui du prix estimatif fixé dans le contrat. Le législateur a tenté de prévenir cet échec en prévoyant des garanties connues dans la législation algérienne, et d'autres, mises à jour dans d'autres codes.

Les mots clés :

contrat de vente - les plans - le promoteur - immobilier - bénéficiaire.

Summary :

A sale's bill of a building on plan is a bill related to a not accomplished building or in process of realization. It's parties get involved on all ordinary existent conditions, as well as the additional obligations, because the legislator consists of two bills, (one of sale and one of firm).

This try of fusion failed because it made the object of various unavoidable problems, as that of the transfer of ownership and that of the approximated price fixed in the bill. The legislator tried to tell this failure by envisaging guarantees known in the Algerian legislation, and others, updated in other codes.

Key words:

sale's bill - the plans - promoter - immobile - beneficiary.