جـــــامعـــــــة الجـلفـــــــة
University of Djelfa
مجلـــــة الحقـــوق والعـــلـــوم الإنســـــانيـــة
Journal of law and humanities Sciences
مجلة دوليـة فصلية محـكمة صنف C تصدرها جامعة الجلفة
بالقرار رقم 442 المؤرخ في 22 أفريل 2021 والذي يحدد قائمة المجلات العلمية الوطنية من الصنف ج
الترقيم الدولي: ISSN: 1112-8240/ الإيداع القانوني: 2099 ـ 2007
Email: journalh@yahoo.com

رقم: 97 /م ح ع إ/2022

إشهاد بنشر مقال

يشهد السيد رئيس تحرير مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية*، المجلة العلمية الدولية الفصلية المحكمة صنف (C) الصادرة عن جامعة الجلفة، بأن:

أمينة لحول

مصطفى بوضياف

قد أرسل (ت) عن طريق موقع البوابة الجزائرية للمجلات العلمية الإلكتروني مقالا موسوما بـ:

عقد بيع العقار في طور الإنجاز دراسة مقارنة بين التشريعات (الجزائرية، الفرنسية، المغربية)

وقد تم تحكيمه ونشره على موقع البوابة ضمن المجلد الخامس عشر، العدد 01 لشهر أفريل 2022.

الجلفة في: 2022/04/27

رئيس التحرير

الدكتور: ساعد العقون
رئيس تحرير مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية

*سلمت هذه الشهادة بطلب من المعني لإستخدامها في حدود ما يسمح به القانون.

عقد بيع العقار في طور الإنجاز دراسة مقارنة بين التشريعات(الجزائرية، الفرنسية، المغربية)

Real estate sale contract in progress A comparative study between legislations (Algerian, French, Moroccan)

أمينة لحول*[1]، مصطفى بوضياف[2]

[1] جامعة يحي فارس بالمدية ، مخبر السيادة و العولمة (الجزائر)، lahoualamina17@gmail.com

[2] جامعة يحي فارس بالمدية ، مخبر السيادة والعولمة (الجزائر) mustaphaboudiaf@gmail.com

تاريخ الاستلام: 2021/11/15 تاريخ القبول: 2022/02/23 تاريخ النشر: 2022/04/27

ملخص:

إن تناول المشرع الجزائري لصيغة "عقد حفظ الحق"، بموجب القانون رقم : 07/86 المؤرخ في : 1986/03/04 "ينظم الترقية العقارية"، فهو عقد ابتدائي تمهيدي سابق للعقد النهائي، هذا الأخير الذي ألغي بالمرسوم التشريعي 03/93 المؤرخ في : 1993/03/01 يتضمن "النشاط العقاري"، والذي لم يتضمن صيغة البيع الآجل، بل تطرق إلى صيغة "عقد البيع بناء على التصاميم"، فعمل على تنظيمها لكن هذا الأخير وجهت له انتقادات، وهو ما زاد من مشاكل القطاع العقاري، فأدى إلى ظهور قانون04/11 "يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية"، الذي أعاد تنظيم"عقد حفظ الحق"، بالإضافة إلى "عقد البيع على التصاميم"، مبرزا دور المرقي العقاري في هته العملية التعاقدية، فإلتزامه بإنجاز العقار يعد الهدف الأساسي، فلا يعتبر هذا الأخير منجزا ولو تم الانتهاء منه، إلا بتوافر ضمانات قانونية، بعد تسليم محل البيع منجزا للمشتري، يلتزم بها المرقي العقاري وبقية المتدخلين، شريطة وجود عقد مقاولة، هذا ماخول للمشتري حقا ينفذ اتفاقيا وإن تعسف المرقي العقاري، فيحق للمشتري اللجوء إلى القضاء لاستيفاء حقه.

كلمات مفتاحية: المرقي العقاري، عقد حفظ الحق، عقد البيع على التصاميم، عناصر التجهيز، العيوب الخفية .

Abstract:

The Algerian legislator’s handling of the “right-preservation contract” formula, Pursuant to Law No. 07/86 of 04/03/1986 “Regulating Real Estate Promotion” It is a preliminary contract prior to the final contract The latter, which was repealed by Legislative Decree 03/93 of 01/03/1993, includes "real estate activity". Which did not include the deferred sale formula, but rather touched upon the formula of "sale contract based on designs." He worked to organize it, but the latter was criticized, which increased the problems of the real estate sector This led to the emergence of Law 11/04

*المؤلف المرسل

"Defines the Rules Regulating Real Estate Promotion Activity", which reorganized the "Right Preservation Contract"In addition to the "Design Sale Contract", highlighting the role of the real estate promoter in this contractual process, his commitment to completing the property is the primary goal, and the latter is not considered completed even if it is completed, except with the availability of legal guarantees After delivering the finished sale shop to the buyer, the real estate promoter and the rest of the stakeholders are bound by it, provided that there is a contracting contract. This gives the buyer a right to be executed by agreement

Keywords:
Real estate promotion, right-keeping contract, sale contract on designs, equipment elements, hidden defects.

1- مقدمة

تسعى الدولة جاهدة على تأمين السكن بشتى الطرق وأنجعها وأبسطها، وذلك خدمة للمواطن بتحقيق حياة كريمة، ومن أجل اقتناء سكن لائق، كحق مكرس دستوريا، نجد مختلف المعاهدات والاتفاقيات الدولية قد نادت بهذا الحق، من أجل الاهتمام به وتجسيده على أرض الواقع

ويعد تشجيع الدولة الجزائرية على إنجاز المساكن من الأولويات، فقد بادرت هته الأخيرة بسن ترسانة من القوانين المتوالية، خدمة وإثراءا للنشاط العقاري ومواكبة التطور الحاصل، فبصدور أول قانون ينظم الترقية العقارية تحت رقم:07- 86 المؤرخ في : 1986/03/04 بصيغة "عقد حفظ الحق"، وما هو إلا نتاج فرنسي بصبغة جزائرية، فهو عقد تمهيدي سابق للعقد النهائي، هذا الأخير لم يبد نجاعته في حل أزمة السكن، وبصدور دستور1989 وانفتاح السوق، أدى إلى ظهور مولود جديد ألا وهو المرسوم التشريعي رقم: 03 -93المؤرخ في:1993/03/01 يتضمن "النشاط العقاري"، الذي ألغى القانون السابق ذكره، وبموجب هذا المرسوم استحدثت صيغة "عقد البيع بناء على التصاميم"، فأصبح متنفسا للمشتري إزاء حصوله على بناية أو جزء منها مقرر بناؤها أو في طور البناء، مع دفع تسبيقات من المقتني إلى المرقي العقاري، لكن هذا الأخير لم يرق إلى تغطية مشاكل القطاع العقاري، هذا ما أدى إلى ظهور قانون 04-11 "يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية" الذي أعاد تنظيم"عقد حفظ الحق"، بالإضافة إلى "عقد البيع بناء على التصاميم"، مدعما بمجموعة من المراسيم، خاصة المرسوم التنفيذي رقم : 431-13 المؤرخ في: 2013/12/18 المحدد لنموذجي عقد حفظ الحق وعقد البيع على التصاميم للأملاك العقارية.

ولإثراء بحثنا نحاول تقديم مقارنة بين التشريع الفرنسي، من خلال القانون رقم:03- 67المؤرخ في : 1967/01/03المتعلق ببيع العقار المقرر بناؤه وضمان عيوب البناء في القانون الفرنسي، ومن جهة أخرى ما قدمه التشريع المغربي بهذا الشأن من خلال إصدار قانون 107.12 المعدل والمتمم لقانون 44.00 المتضمن قانون الالتزامات والعقود .

ولتفحص موضوعنا نطرح الإشكالية التالية: **إلى أي مدى وفق المشرع الجزائري والمغربي والفرنسي، في تحقيق التوازن العقدي في عقد البيع في طور البناء** ؟ للإجابة على هذه الإشكالية تكون مبحثين

خصصنا المبحث الأول لمفهوم عقد بيع العقار في طور الإنجاز، **أما المبحث الثاني فكان تحت عنوان : الضمانات المقررة للمشتري بعد تسليم العقار المنجز والإشكالات العملية التي تشوبه .**

المبحث الأول مفهوم عقد بيع العقار في طور الإنجاز

يعد عقد بيع العقار في طور الإنجاز من البيوع المستقبلية، والتي تنص على إنجاز بناء في أجل محدد، وقد صاغت التشريعات هذا النوع من البيوع العقارية بأساليب مختلفة، يجب دراسة قانون رقم : 04 -11"يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية" بالنسبة للمشرع الجزائري مقارنة بالمشرع المغربي والمشرع الفرنسي .

المطلب الأول: تعريف عقد البيع على التصاميم وعقد حفظ الحق

تناول المشرع الجزائري في قانون04-11، في الفصل الثالث والمعنون ببيع الأملاك العقارية والالتزام بالضمان، في الفرع الأول والذي تضمن كيفيات البيع، فنجد المادة 28 منه قد عرفت عقد البيع على التصاميم، أما المادة 27 قد عرفت بدورها عقد حفظ الحق .

الفرع الأول : تعريف عقد البيع بناء على التصاميم

يرى الفقيه عبد السميع الأودن بأنه :"عقد يرد على محل لم يتم إنشاؤه بعد، وبموجب هذا العقد يتعهد المملك بإنشاء عقار معين وفقا لنماذج معينة تحددها وثائق العقد، كما يتعهد بنقل ملكية هذا العقار إلى المكتتب وتسليمه إياه وهذا في مقابل ثمن نقدي يدفعه المشتري له"[1] .

أما المشرع الجزائري فقد عرف عقد البيع على التصاميم من خلال المادة 28 من قانون 11-04 والتي تنص :عقد البيع على التصاميم لبناية أو جزء من بناية مقرر بناؤها أو في طور البناء، هو العقد الذي يتضمن ويكرس تحويل حقوق الأرض وملكية البنايات من طرف المرقي العقاري لفائدة المكتتب موازاة مع تقدم الأشغال، وفي المقابل، يلتزم المكتتب بتسديد السعر كلما تقدم الإنجاز .

كما عرفه المشرع الفرنسي بدوره في المادة 3/1601 من القانون المدني الفرنسي بأنه :"عقد يلتزم بقتضاه البائع بأن ينقل للمشتري حقوقه على الأرض وملكية المباني المقامة عليها بمجرد الانتهاء منها، في حين يلتزم المشتري بدفع الثمن حسب تقدم الأشغال " وقد أشار إليه في المادة 261 من قانون البناء والسكن بأنه :"ذلك البيع الذي بموجبه يلتزم البائع بتشييد عقار خلال أجل معين في العقد" [2] .

---

[1] سمير عبد السميع الأودن، **تمليك وحدات البناء تحت الإنشاء والضمانات الخاصة لمشتري الوحدات السكنية**، الطبعة الأولى مطبعة الإشعاع الفنية، الإسكندرية، مصر، 2001، ص 09.

[2] القانون رقم 03.67 المؤرخ في 01/03 /1967 والمعدل بقانون رقم 547.76 المؤرخ في 1967/07/07وبقانون 12.78 المؤرخ في1978/01/04

أما المشرع المغربي فقد أعطى تعريفا آخر من خلال إصدار قانون 107.12[1] المعدل والمتمم لقانون 44.00 في الفصل 1/ 618 من قانون الالتزامات والعقود بأنه :"يعتبر بيعا لعقار في طور الإنجاز كل اتفاق يلتزم بمقتضاه البائع بإنجاز عقار داخل أجل محدد ونقل ملكيته إلى المشتري مقابل ثمن يؤديه هذا الأخير تبعا لتقدم الأشغال.

من خلال ما نصت عليه التشريعات الآنفة الذكر يتضح أن هذا النوع من البيوع المستقبلية الواردة على عقار غير موجود وغير منجز وبالتالي إنشاء التزامات على عاتق طرفي العقد ألا وهما المرقي العقاري "البائع" والمكتتب "المشتري" فيلتزم المرقي العقاري بإنجاز عقار مستقبلا خلال أجل محدد ونقل ملكيته التدريجية إلى المكتتب مقابل أقساط كلما تقدم الإنجاز من جهة، ومن جهة أخرى نجد المشرع المغربي والفرنسي قد حددا الأجل لإنجاز المشروع محل العقد، بخلاف المشرع الجزائري فلم يشير إلى مدة الإنجاز كشرط يقع على عاتق المرقي العقاري بتسليم البناية أو جزء منها في الوقت المحدد إلى المكتتب وهذا من أجل عدم تماطل طرفي العقد سواء في الإنجاز أو في دفع الأقساط .

الفرع الثاني : تعريف عقد حفظ الحق

يُعرف الفقه عقد حفظ الحق أنه : "أول خطوة إيجابية لتأكيد العلاقة التعاقدية بين البائع والمشتري، وهو من العقود المؤقتة التي تبرم لغاية محددة ينتهي بانتهائها، إذ يتحول إلى بيع نهائي مكسب للملكية لمشتري المستقبل، وقد ينتهي قبل هذا التاريخ، بتدخل المحكمة في الحالات التي يحق فيها لهذه الأخيرة إنهاء العقد التمهيدي بطلب من أحد الأطراف أو هما معا"[2]

أما المشرع الجزائري فقد تناول عقد حفظ الحق في الفصل السادس، في المادة 29 منه كصيغة بيع آجل[3] la vente a terme والمادتين 31 و30 فقد أشار إلى الشكلية والبيانات اللازمة الواجب ذكرها في العقد من القانون رقم:07 - 86المؤرخ في: 1986/03/04 المتعلق بالترقية العقارية، الذي ألغي بموجب المرسوم التشريعي03 - 93 المؤرخ في : 1993/03/01 والمتعلق بالنشاط العقاري، وقد استنبط عقد حفظ الحق من التشريع الفرنسي "بيع العقار تحت الإنشاء"، وهو عقد ابتدائي تمهيدي للعقد النهائي، وقد نصت المادة 27 من القانون رقم : 04-11، والتي تنص بأنه : "عقد حفظ الحق هو العقد الذي يلتزم بموجبه المرقي العقاري بتسليم العقار المقرر بناؤه أو في طور البناء، لصاحب حفظ الحق، فور إنهائه، مقابل تسبيق يدفعه هذا الأخير" .

كما عرفه المشرع الفرنسي في المادة 15 من القانون رقم: 67-03، بأنه:"عقد ابتدائي يسبق العقد النهائي، والذي بموجبه يلتزم البائع بأن يحجز عقارا أو جزءا من عقار للمشتري المحجوز له، على أن يدفع هذا الأخير مبلغا ماليا

---

[1] ظهير شريف رقم 1.16.05 بتاريخ 23 من ربيع الآخر 1437 (03 فبراير2016) **الجريدة الرسمية** عدد 6440 بتاريخ جمادى الأولى 1437(18 فبراير 932 .ص2016)

[2] عبد القادر العرعاري، **الوجيز في النظرية العامة للعقود المسماة**، الكتاب الأول، عقد البيع، مطبعة دار الأمان، الطبعة الثالثة، الرباط،2011، ص95.

[3] البيع الآجل هو من البيوع المستقبلية الواردة على حجز عقار أو جزء من عقار مقرر بناؤه مستقبلا أو في طور الإنجاز، يسبقه عقد حفظ الحق كحماية للمكتتب بتخصيص عقار له مقابل تسبيقات مالية يضعها المكتتب لدى جهة ضامنة تتمثل في البنك.

كضمان يودع في حساب خاص باسم صاحب حفظ الحق في البنك أو لدى الموثق، ويجب على البائع أن يبلغ الحاجز خلال شهر بمشروع عقد البيع النهائي قبل التوقيع على العقد طبقا لنص المادة 34 من نفس القانون المذكور أعلاه[1] .

فنجد المشرع المغربي من خلال القانون 44.00 والمتعلق ببيع العقار في طور الإنجاز قبل تعديله، والذي ينص على أن إبرام العقد يمر بمرحلتين هما، مرحلة العقد الابتدائي ومرحلة العقد النهائي، أما بعد تعديل هذا الأخير بالقانون رقم :107.12 فقد ورد فيه "عقد التخصيص"، والذي يعني عقد حفظ الحق، لم يعرفه المشرع المغربي، فهو وسيلة حمائية للطرف الضعيف"المشتري"، تماشيا مع الضمانات التي يكفلها قانون حماية المستهلك المغربي 31.00 .

كما أن المشرع المغربي حدد مدة التخصيص في مدة ستة أشهر غير قابلة للتجديد، تؤدي لزاما إلى إبرام العقد الإبتدائي، ويمكن للمشتري ممارسة حق التراجع داخل أجل شهر من تاريخ إبرام عقد التخصيص، وهنا يصبح البائع ملزما برد المبلغ كاملا للمشتري داخل سبعة أيام من ممارسته لهذا الحق[2] ، ويخضع عقد التخصيص إلى قانون الالتزامات والعقود المغربي إلى الفصل 618/3 مكرر، والفصل 618/3 مكرر مرتين، والفصل 618/3 مكرر ثلاث مرات، والفصل 618/6.

اعتبر المشرع الجزائري عقد حفظ الحق عقدا ابتدائيا لعقد البيع على التصاميم، فهو حجز لحق شخصي فقط لصاحب حفظ الحق "القانون 07-86"، فقد أجاز اللجوء إلى هذه الصيغة من التعاقد حسب نص المادة 29 من هذا الأخير، بخلاف القانون 04/11، فيعتبره المشرع عقدا منفصلا "المادة 52 من نفس القانون" عن عقد البيع على التصاميم، فنص المادة 31 و33 من نفس القانون أنه حجز أموال لصاحب حفظ الحق كوسيلة ضمان لهذا الأخير وكآلية تنظيمية بين المرقي العقاري وصاحب حفظ الحق، والغرض من هذا تحويل ملكية العقار المخصص في عقد حفظ، بعد مدة ثلاثة أشهر كحد أقصى على إثر الاستلام المؤقت للبناية أو لجزء منها، وبعد التسديد النهائي للأقساط من طرف "صاحب حفظ الحق "، وإعداد عقد البيع النهائي أمام الموثق لإضفاء صفة الرسمية في العقود الناقلة للملكية، على غرار نظيره، فالمشرع المغربي، يعتبر عقد التخصيص المستحدث بموجب القانون 107.12 عقدا اختياريا .

تعد رؤية المشرع الجزائري غير واضحة، من خلال تسميته لعقد حفظ الحق فمرة يطلق عليه "عقد تمهيدي"[3](contra préliminaire) متأثرا بالمشرع الفرنسي، ومرة أخرى يطلق عليه عقد حفظ الحق contra de réservation).

---

[1] بن همام نجية، **عقد حفظ الحق**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع حماية المستهلك والمنافسة، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1 ص 06. يراجع كذلك آسيا دوة، **عقد حفظ الحق**، مداخلة في الملتقى الوطني حول الترقية العقارية في الجزائر "الواقع والآفاق"، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، يومي 28 و 16ص2012/02/27 .

[2] عبد الرحمان الشرقاوي، **قانون العقود الخاصة**، مطبعة النجاح الجيدة، الدار البيضاء، الطبعة الثالثة 2016 ص 128.

[3] حسب نص المادة 11 من القانون 03/67"العقد التمهيدي هو ذلك العقد الذي يلتزم بمقتضاه البائع بحجز عقار أو جزء منه للمشتري، في المقابل يلتزم هذا الأخير بإيداع ضمان في حساب خاص".

المطلب الثاني : خصائص وتكوين عقد بيع العقار في طور الإنجاز

يعتبر بيع العقار في طور الإنجاز من البيوع المستقبلية، يخضع لإجراءات خاصة في تكوينه، وقد انفرد بخصائص لذاته، هذا ما أدى إلى إقرار التشريعات بقواعد عامة وخاصة إزاءه.

الفرع الأول: خصائص عقد بيع العقار في طور الإنجاز

يمكن القول أن البيع قد صار في القانون الحديث نوعين: أحدهما ينقل بذاته ملكية المبيع إلى المشتري، والثاني يقتصر على أن ينشئ في ذمة البائع التزاما بنقلها[1]، فعقد بيع العقار في طور الإنجاز، هو من البيوع المستقبلية، لأنه يرد على عقار غير منجز أو في طور البناء، وبالتالي ينقل ملكية حق الرقبة وينشئ التزاما في ذمة البائع"المرقي العقاري" بنقل ملكية حق الانتفاع عند الانتهاء من الإنجاز، وفي المقابل يلتزم المشتري"المكتتب"بتسديد الأقساط المتفق عليه في العقد، أما عقد حفظ الحق يعد حجز لحق شخصي فقط، فمن خلال ما تطرقنا إليه سالفا يتضح أن عقد البيع في طور الإنجاز له مجموعة خصائص مشتركة سواء في التشريع الجزائري أو المغربي أو الفرنسي، فهو عقد رضائي، ملزم الجانبين، عقد معاوضة، محدد القيمة، ناقل للملكية أو على الأقل منشئ التزام بنقل الملكية .

- **عقد رضائي** : يتم عقد البيع على التصاميم أو عقد حفظ الحق بمجرد اتفاق الطرفين وهما المرقي العقاري وصاحب حفظ الحق أو المكتتب، وذلك بتبادل الإرادتين القبول والإيجاب سواء كتابة أو شفاهة أو غير ذلك.

- **عقد ملزم الجانبين** : هو العقد الذي ينشئ التزامات متقابلة في ذمة كلا المتعاقدين[2] وهذا ما يتطابق مع نص المادة 55 من القانون المدني الجزائري، وقد ورد نفس التعريف في القانون الفرنسي من المادة 1102[3]، ففي عقد البيع على التصاميم يلتزم المرقي العقاري بتحويل حقوق الأرض وملكية البنايات لفائدة المكتتب" المقتني" موازاة بتقدم الأشغال، وفي المقابل يلتزم المكتتب بدفع الثمن، وهو ما ورد في المادة 28 من القانون04- 11 والمادة 3/1601 من القانون المدني الفرنسي، والفصل 618/1 من القانون107.12 عقد البيع على التصاميم، نفس الشيء بالنسبة لعقد حفظ الحق ينشئ التزام على عاتق المرقي العقاري بتخصيص عقار(في القانون المغربي)، وحفظ عقار(القانون الجزائري)، وحجز عقار(القانون الفرنسي)، لصاحب حفظ الحق فور إنهائه، مقابل تسبيق يدفعه هذا الأخير يودع في حساب خاص وهو صندوق الضمان والكفالة المتبادلة في نشاط الترقية العقارية .

-**عقد مسمى** : هو العقد الذي نظمه المشرع وميزه عن غيره من العقود باسم خاص وأحكام خاصة[4]، أما المشرع الجزائري فقد أعطى اسما لكل عقد"عقد البيع على التصاميم، وعقد حفظ الحق" من خلال قانون04-11، أما المشرع

---

[1] سليمان مرقس، **شرح القانون المدني**، العقود المسماة، عقد البيع، الطبعة الرابعة، القاهرة، 1980، ص 16.

[2] محمد العروصي، **المختصر في بعض العقود المسماة**، مطبعة مرجان مكناس،2015-2016، الطبعة الخامسة، ص77.

[3] Art.1102.C.civ.fr"le contra est synallagmatique ou bilatéral lorsque les contractants s' obligent réciproquement les uns enevers les autres"

[4] علي فيلالي، **الالتزامات، النظرية العامة للعقد**، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، 2010، ص 75 .

المغربي فتناوله اسم "عقد البيع في طور الانجاز"ويتمثل في "عقدي البيع الابتدائي والنهائي"من خلال القانون 44.00 ونفس الاسم"عقد البيع في طور الانجاز" لكنه استحدث"عقد التخصيص"بالإضافة إلى "عقدي البيع الابتدائي والنهائي" من خلال القانون 107.12، أما المشرع الفرنسي، تناول عقد البيع على التصاميم، وعقد الحجز، في القانون 03-67.

- **عقد معاوضة** : لأن كلا من طرفي العقد يأخذ مقابلا لما يلتزم به، فيعتبر البيع من الأعمال الدائرة بين النفع والضرر ويحتاج فيه إلى أهلية التصرف[1]، فقد نصت المادة 58 من القانون المدني الجزائري على ذلك، ونفس التعريف في المادة 1106 من القانون المدني الفرنسي، كما تعرفه المادة 618 من قانون الالتزامات والعقود المغربي .

- **كلاهما عقد محدد القيمة** : هو العقد الذي يستطيع فيه كل من المتعاقدين أن يحدد وقت تمام العقد، القدر الذي أخذ والقدر الذي أعطى[2]، وحسب نص المادة 37 من قانون 11-04 يوضح عقد البيع على التصاميم تحت طائلة البطلان تشكيلة سعر البيع وآجال الدفع، وما ورد في المادة 38 من نفس القانون يتم ضبط تسديد سعر البيع في عقود البيع على التصاميم، كما يمكن مراجعة السعر حسب الظروف الاستثنائية بحيث لا يتجاوز 20 %من السعر المتفق عليه في بداية العقد، أما بالنسبة لعقد حفظ الحق وحسب ما ورد في المادة 52 يتعين على صاحب حفظ الحق دفع تسبيق نقدي للمرقي العقاري بحيث لا يتجاوز20 % من السعر التقديري للعقار المتفق عليه بين الطرفين، على عكس القانون87-07أجاز لطرفي العقد مراجعة السعر التقديري حسب ما ورد في المادة30، إلا أنه لم يحدد النسبة.

-**عقد ناقل للملكية أو على الأقل منشئ التزام بنقل الملكية** : حسب نص المادة 351 من القانون المدني الجزائري فإن البائع يلتزم بنقل الملكية مقابل ثمن نقدي من طرف المشتري، أما القانون الفرنسي حسب ما جاء في المادة 1583 فمبدأ الرضائية كاف لنقل الملكية، وتسري على العقار المقرر بناؤه أو في طور البناء في التشريع الجزائري، قواعد نقل الملكية العقارية في القواعد العامة، والقانون رقم 11-04 وكذا المرسوم التنفيذي رقم 13-431، وحسب المادة 1/34من قانون11-04 فإن عقد البيع على التصاميم ناقل للملكية يخضع للرسمية أمام الموثق ثم يليه التسجيل والشهر"تحويل حقوق الأرض وملكية البنايات مع تقدم الأشغال" وهو ما ورد في المادة 28، أما ما تشير إليه المادة 27 من نفس القانون فعقد حفظ الحق"يلتزم بموجبه المرقي العقاري تسليم العقار المقرر بناؤه أو في طور البناء فور إنهائه" وبالتالي هذا الأخير ينشئ التزام بنقل الملكية مستقبلا، وذلك عند تاريخ التسديد النهائي لسعر العقار المحفوظ "المادة 31 من نفس القانون"، مع العلم أن عقد حفظ الحق يعد قانونا في الشكل الرسمي حسب المادة 25 من نفس القانون إلا أنه يسجل ولا يشهر، وغير ناقل للملكية بمعنى غير منتج لآثاره القانونية بالنسبة للغير، بالرغم أن التصرف وارد على عقار غير خاضع لإجراء الشهر، فالمرقي يبقى مالكا للعقار المحفوظ، للبناية أو لجزء منها.

[1] سليمان مرقس، نفس الرجع، ص 19.

[2] عبد الرزاق السنهوري، **مصادر الالتزام**، دار النشر للجامعات المصرية، مصر، 1952، ص 163.

كذلك نفس القول بالنسبة للمشرع المغربي، فيرى عقد التخصيص عقد اختياري حمائي للمشتري غير ناقل للملكية، أما بقية المراحل العقدية لعقد البيع في طور الإنجاز والتي تتمثل في "عقد البيع الابتدائي وعقد البيع النهائي" فهي ناقلة للملكية حسب ما ورد في الفصل 618/1من القانون 107.12، بالإضافة إلى ما ورد في نص المادة 478 من قانون الالتزامات والعقود المغربي، أما المشرع الفرنسي فيرى عقد بيع على التصاميم ناقل للملكية لأن الملكية تنتقل مع تقدم الأشغال، أما عقد حفظ الحق فهو عقد ابتدائي يسبق العقد النهائي، يلتزم فيه البائع بحجز عقار أو جزء منه للمشتري .

- عقد البيع في طور الإنجاز من عقود الإذعان : العقد الذي لا يتساوى طرفاه في مركز القوة، ويكون بذلك البائع"المرقي العقاري" من يضع قانون العقد وشروطه، فعلى المشتري" المكتتب أو صاحب حفظ الحق"سوى إبرام العقد، أو العدول عن العقد، أو الرفض، فالطرفان في وضعيتين غير متكافئتين، وهته القاعدة التي ينصاع فيها الطرف الضعيف للقوي بدون مناقشة بنود العقد، فإنها لا تخرج على عقود الإذعان .

الفرع الثاني : تكوين عقد البيع في طور الإنجاز

يشترط في لإبرام عقد البيع كما في سائر العقود، توافر أركان معينة لانعقاده، وتوافر شروط لصحته، فأركان البيع هي ثلاثة الواجب توافرها في كل عقد أي الرضا والمحل والسبب، وشروط صحته، أي أهلية المتعاقدين وسلامة الرضا من العيوب التي تشوبه[1]، بالإضافة إلى الركن الرابع وهو الشكلية، فيجب توافرها في بيع الحقوق العينية وبالتالي انتقال الملكية للطرف الآخر .

يعد بيع العقار في طور البناء من البيوع المستقبلية الواردة على عقار، فهو لا ينعقد إلا بتوافر الأركان الأربعة الأساسية لانعقاده، فيجب على طرفيه التمتع بالأهلية، بالإضافة إلى سلامة رضاهما، وتطابق الإيجاب مع القبول، وأن يستند هذا البيع إلى سبب مشروع، فهذين الركنين في عقد البيع "التراضي والسبب" ما هما إلا تطبيقا للقواعد العامة، وإلى جانبها يوجد ركنيين آخرين خاصين بهذا العقد الخاص من نوعه وهما، المحل"الشيء المبيع-العقار- والثمن" وآخر ركن يتمثل في الشكلية"صفة الرسمية" .

أولا- المحل : يعتبر بيع العقار في طور البناء من العقود المستقبلية، الواردة على عقار، غير المنجز أو في طور الإنجاز، فهو من العقود الملزمة الجانبين"المرقي العقاري كطرف والمكتتب أو صاحب حفظ الحق كطرف ثان في العقد"، كذلك هو عقد معاوضة، بمعنى يلتزم المرقي بالبناء بمعنى الالتزام بنقل الملكية، أو ينشئ التزام بنقل الملكية، في المقابل يلتزم المكتتب أو صاحب حفظ الحق بدفع الأقساط المتفق عليها"التسديد النهائي لسعر العقار"، وبالتالي إزدواجية المحل في هذا النوع الخاص من البيوع المستقبلية، فهو يشمل الشيء المبيع والثمن .

[1] سليمان مرقس، المرجع نفسه، ص 45.

1- الشيء المبيع"العقار" : يرد بيع العقار في طور الإنجاز على عقار مقرر بناؤه أو في طور البناء، بمعنى أن عقد البيع على التصاميم أو عقد حفظ الحق محله ممكن الوجود في المستقبل[1]، ويكون المحل معينا أو قابل للتعيين[2] .

ولقد نصت المادة 3/27 والمادة 2/28 من القانون11-04 على أنه يحدد نموذج عقد حفظ الحق وعقد البيع على التصاميم عن طريق التنظيم، وبالرجوع إلى المرسوم التنفيذي رقم 13-431، فيجب تحديد العقار محل العقد ووصفه وصفا دقيقا لا يتنافى مع جهالة، فيجب تحديد الأجزاء المشتركة المرتبطة قانونا بالبناية المبيعة، وتعيينها من الكشف الوصفي للتقسيم، وبدوره ينشر لدى المحافظة العقارية، بالإضافة إلى تحديد نظام الملكية المشتركة وما ينطوي عنها"المادة 50 من القانون11-04"، وحسب ما ورد في المرسوم التنفيذي رقم14-99 فإن نظام الملكية المشتركة يهدف إلى مآل البناية أو مجموع البنايات المعينة، مع تحديد وجهة الاستعمال ووصفها وتقسيمها إلى أقسام[3]"المادة 2/26من القانون 11-04 يجب أن يستجيب العقار، تحت طائلة بطلان العقد، للشروط التقنية والوظيفية المطلوبة في مجال قابلية السكن وتهيئة المحلات ذات الاستعمال السكني أو المهني أو التجاري أو الحرفي-"، أما إذا كانت البناية فردية، يلتزم المرقي العقاري بوصف دقيق لهته الأخيرة، بتعيين القطعة الأرضية التي بنيت عليها الدار الفردية، وكذا مساحتها، ورقم الجزء من تجزئة الأرض لأجل البناء[4] .

تعد أرضية البناء هي الأرضية التي يقام عليها المشروع العقاري المقرر بناؤه مستقبلا، فما ورد في المادة 3 من القانون11-04 "أرضية البناء"، فيجب على المرقي العقاري أن يكون مالكا للأرضية محل العقد المقرر بناؤه لتجنب النزاعات العقارية على طرفي العقد أو من الغير"المادة 40 من نفس القانون"، أو تكون الأرض ملكية لشركة الترقية العقارية، أما بخصوص طرق الاقتناء، إما بشرائها من شخص خاص طبيعي أو اعتباري، أو عن طريق الامتياز"الأمر08-04 يحدد شروط وكيفيات منح الامتياز على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية بالدينار الرمزي من الأملاك الخاصة التابعة للدولة أو الولاية أو البلدية، كما يمكن للمرقي العقاري شراء أرضية البناء بالتقسيط، والشروع في البناء عليها قبل التسديد الكلي لثمنها، ويجب الإشارة لهته التفاصيل والحيثيات في عقد البيع في طور الإنجاز، كما يجب أن يكون عقد البناء في طور الإنجاز خاليا من كل رهن"المادة 36 من نفس القانون"، كما لا يمكن إنجاز إلا المشاريع العقارية التي تتطابق مع مخططات التعمير وتتوفر على العقود الرخص المسبقة"المادة 5 والمادة 11من نفس القانون" .

تعتبر أرضية البناء التي سيشيد فوقها البناء الخطوة الأساسية لانطلاقة صحيحة، فبالنسبة للمشرع المغربي حاول الخروج عن الأصل"أن يكون محل عقد البيع عقارا محفظا" إلى عقار غير محفظ في البيع قيد الإنجاز، وهذا ما ورد الفقرتين

---

[1] تطبيق القواعد العامة المنصوص عليها في المادة 92 من القانون المدني الجزائري والمادة 1130 من القانون المدني الفرنسي والفصل 61 من قانون الالتزامات والعقود المغربي.

[2] المادة 94 من القانون المدني الجزائري والمادة 1129 من القانون المدني الفرنسي .

[3] المرسوم التنفيذي رقم 99/14، **الجريدة الرسمية**، العدد 14، الصادرة في 2014/03/16، ص20 .

[4] نموذج عقد البيع على التصاميم، الملحق بالمرسوم التنفيذي رقم 431/13 السالف الذكر .

الثالثة والرابعة من الفصل 4/618 من قانون الالتزامات والعقود، فالمشرع المغربي أراد أن يوفر حماية للمشتري في البيع قيد الإنجاز"أرضية البناء" من خلال العقار المشهر والغير مشهر، وهذا ما تناوله المشرع الجزائري من خلال القانون رقم08-09 المؤرخ في 2008/02/25 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

2- الثمن" السعر التقديري للمبيع" :

الثمن هو الوجه الثاني في ركن المحل، والذي يعد عنصرا جوهريا، يجب اتفاق الطرفين عليه، وعلى تفاصيل أقساطه، فمن حيث القواعد العامة، فلقد نص المشرع الجزائري في المادة 351 من القانون المدني" البيع عقد يلتزم بمقتضاه البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقا ماليا آخرا في مقابل ثمن نقدي"، ويشترط في الثمن أن يكون مبلغا من النقود، مجملا أو مقسطا، جديا وليس صوريا، حقيقيا وليس بخسا، وحسب المادة 95 من نفس القانون، إذ يمكن الاتفاق على أن يكون الثمن شيئا غير النقود[1]، وبالتالي التركيز على تفاصيل السعر، أي السعر التقديري المتفق عليه، وطريقة الدفع" الأقساط"، خاصة في هذا النوع من البيوع المستقبلية، ألا وهو عقد البيع في طور الإنجاز، والذي أولت له التشريعات عناية خاصة .

كما ذكرنا سالف الذكر، وحسب نص المادة 37 من قانون 11-04 يوضح عقد البيع على التصاميم تحت طائلة البطلان تشكيلة سعر البيع وآجال الدفع، وما ورد في المادة 38 من نفس القانون يتم ضبط تسديد سعر البيع في عقود البيع على التصاميم، كما يمكن مراجعة السعر حسب الظروف الاستثنائية بحيث لا يتجاوز 20% من السعر المتفق عليه في بداية العقد، أما بالنسبة لعقد حفظ الحق وحسب ما ورد في المادة 52 يتعين على صاحب حفظ الحق دفع تسبيق نقدي للمرقي العقاري بحيث لا يتجاوز20% من السعر التقديري للعقار المتفق عليه بين الطرفين، على عكس القانون 86-07 أجاز لطرفي العقد مراجعة السعر التقديري حسب ما ورد في المادة30، إلا أنه لم يحدد النسبة.

إن تحديد المشرع الجزائري لنسب دفع أقساط الثمن في كل مرحلة، تاركا مجالا لحرية المتعاقدين في الحدود القصوى المحددة قانونا، وقد نصت عليه صراحة المادة 03 من المرسوم التنفيذي رقم13-431 في **الحدود الآتية** :

- عند التوقيع % 20 من سعر البيع المتفق عليه .
- عند الانتهاء من الأساسات، 15% من سعر البيع المتفق عليه.
- عند الانتهاء من الأشغال الكبرى، بما في ذلك المسالك والأسوار الخارجية والداخلية، 35% من سعر البيع المتفق عليه.
- عند الانتهاء من جميع الأشغال مجتمعة، بما في ذلك الربط بالطرقات والشبكات المختلفة بالإضافة إلى التهييئات الخارجية، 25% من سعر البيع المتفق عليه.
- يجب أن يتم دفع الرصيد المتبقي عند إعداد محضر الحيازة والمقدر ب 5% من سعر البيع المتفق عليه.

[1] عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود التي ترد على الملكية، البيع والمقايضة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان،2000، ص 324 .

يتعرض المرقي العقاري إلى عقوبات جزائية، جراء استلامه تسبيق أو إيداع أو اكتتاب أو قبول سندات تجارية مهما كان شكلها، وذلك قبل توقيع عقد حفظ الحق أو عقد البيع على التصاميم، لعقوبة الحبس من شهرين إلى سنتين، وغرامة من مائتي ألف دينار إلى مليوني دينار،وقد نص المشرع الجزائري على ذلك حسب المادة 42 والمادة 71 من قانون04/11. أما بالنسبة للمشرع الفرنسي، وحسب ما ورد في المادة 3/1602 من القانون المدني الفرنسي"... يلتزم المشتري بدفع الثمن حسب تقدم الأشغال"، كما نصت المادة 11/261L من قانون البناء والسكن الفرنسي" على أنه يجب ذكر المبلغ الذي يلتزم المكتتب بدفعه ...مع ذكر كيفية دفع هذا المبلغ"، فقد أعطى هذا الأخير لطرفي العقد حرية في تحديد ثمن العقار.

أما بالنسبة للمشرع المغربي فيعتبر عقد التخصيص المستحدث بموجب القانون 107.12 عقدا اختياريا قبل العقد الابتدائي، يلتزم أثره المشتري أمام البائع بدفع تسبيق يقدر % 5 من المبلغ الإجمالي للبائع، فهو تابع للعقد الأساسي "العقد الابتدائي"، وفي حالة عدول المشتري عن عقد التخصيص، ولجوئه إلى إبرام العقد الابتدائي مباشرة، فيجب على هذا الأخير دفع نسب من الأقساط، قد حددها المشرع المغربي، والتي تتمثل في : % 10 إذا لم يكن هناك عقد تخصيص، و% 10 عند بداية الأشغال، و% 60 مقسمة على ثلاث مراحل، وتؤدى حسب اتفاق الطرفين عند الانتهاء من الأشغال، و% 20 عند الانتهاء من الأشغال وتسليم المفاتيح[1]، وفي العقد النهائي يؤدي المشتري ما تبقى من ثمن البيع، كما هو محدد في العقد الابتدائي، حتى يتم نقل ملكية العقار المنجز إلى المشتري .

ثانيا : الشكلية

يطبق على العقار المقرر بناؤه أو في طور البناء في التشريع الجزائري، قواعد نقل الملكية العقارية، سواء ما نص عليه المشرع في : القانون المدني "الأمر 75-58 "، والمرسوم التشريعي رقم : 93-03 والقانون رقم: 11-04 وكذا المرسوم التنفيذي رقم : 431/13، فقد اعتبره من العقود الشكلية، والتي لا تنتقل ملكيتها إلا بإتباع إجراءات قانونية، من حيث الجهة التي أوكل لها قانونا تحرير هته العقود، لإضفاء صفة الرسمية، وهو ما تناوله المشرع الجزائري من" المادة 324 إلى المادة 324 مكرر7 "من القانون المدني الجزائري، أما التسجيل يكون لدى "مصلحة التسجيل والطابع" والشهر لدى المحافظة العقارية، ومن حيث أنه منتج لآثاره القانونية بالنسبة لأطراف العقد وبالنسبة للغير، وقد تأكد ذلك في المادة 793 من نفس القانون، وتأكيدا لذلك، وحسب ما نصت عليه المادة 11 من قانون11-04 ، وفي هذا الشأن خص المشرع الجزائري مجموعة من النصوص القانونية، تتعلق بنظام الشهر والتي نص عليها في : الأمر رقم: 75-74 المؤرخ في: 1975/11/12 المتعلق بإعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، والمرسوم التنفيذي رقم :76-62 المؤرخ في: 1976/03/25 المتعلق بإعداد مسح الأراضي العام، والمرسوم التنفيذي رقم 76-63 المؤرخ في : 1976/03/25 المتعلق بتأسيس السجل العقاري والمعدل والمتمم بالمرسوم رقم 93-123 المؤرخ في:

[1] الفصل 618/6 من قانون 107.12.

1993/05/19فالمشرع الجزائري أخذ بنظام الشهر العيني معتمدا على كأساس مادي، وعلى السجل العيني كأساس قانوني .

حسب المادة 1/34من قانون 11-04 فإن عقد البيع على التصاميم ناقل للملكية يخضع للرسمية أمام الموثق ثم يليه التسجيل والشهر،بالإضافة إلى ما ورد في المادة 28،"تحويل حقوق الأرض وملكية البنايات مع تقدم الأشغال"، وتأكيدا لذلك فإن المادة 12 من المرسوم التشريعي رقم 93-03 "يحرر عقد البيع بناء على التصاميم على الشكل الأصلي الرسمي ويخضع للشكليات القانونية في التسجيل والإشهار"

أما ما تشير إليه المادة 27 من قانون 11-04 فعقد حفظ الحق، الذي محله عقار مقرر بناؤه أو في طور البناء"لا تنتقل ملكيته قانونا بالرغم أنه خاضع للشكل الرسمي حسب المادة 25 من نفس القانون إلا أنه يسجل ولا يشهر، فهو ينشئ التزامات شخصية وفقط، وغير ناقل للملكية بمعنى غير منتج لآثاره القانونية بالنسبة للغير، رغم أن التصرف وارد على، وبالتالي هذا الأخير ينشئ التزام بنقل الملكية مستقبلا "المادة 31 والمادة 33 من نفس القانون" .

أما بالنسبة للمشرع الفرنسي، وحسب ما ورد في المادة 11/261L من قانون البناء والسكن، يجب أن يفرغ العقد في شكل رسمي، بالإضافة إلى وصف البناية أو جزء من البناية محل العقد، كما يجب على المرقي العقاري تسليم للمكتتب العقد شهرا على الأقل قبل توقيعه أمام الموثق، هذا في حالة وجود عقد تمهيدي سابق، وهذا ما نصت عليه المادة 30/261L من نفس القانون، أما في غياب العقد التمهيدي فيكون للمشتري أجل سبعة أيام من تاريخ تبليغ هذا العقد، لتوقيعه أمام الموثق، ولا يمكن في كل الأحوال توقيعه في مدة سبعة أيام من المادة 1/271 من قانون البناء والسكن.

أما بالنسبة للمشرع المغربي، فيرى بوجه عام أن البيع من العقود الرضائية كما ورد في الفصل 488 من قانون الالتزامات والعقود، وكاستثناء عن الأصل، فالبيوع العقارية ألزم المشرع المغربي أن تتم كتابة في محرر ثابت التاريخ، وهو ما نص عليه في الفصل 489 والفصل 418 من نفس القانون، وهذا البيع غير منتج لآثاره القانونية بالنسبة للغير، إلا إذا حرر في الشكل المحدد بمقتضى القانون، أما بخصوص الجهات المخول لها تحرير هذه العقود فتتمثل في،الموثقون العصريون ومؤسسة التوثيق العدلي، فاختصاصهم تحرير المحررات الرسمية "العقود الرسمية"، والتي لا يطعن فيها إلا بالتزوير، والجهات الأخرى التي أوكل لها تحرير هذا النوع من العقود العرفية "المحررات الثابتة التاريخ" هي فئة المحامين المقبولين للترافع أمام محكمة النقض، بشرط أن يؤشر المحامي لدى رئيس كتابة الضبط بالمحكمة الابتدائية، التي يمارس المحامي بدائرتها "618/3" من نفس القانون، والمهنيين المقبولين بنص تنظيمي لتحرير هذا النوع الأخير، والمشكل أن هذا النص التنظيمي لم يصدر بعد، ويجب أن يخضع المحرر الثابت التاريخ "المحررات العرفية الثابتة التاريخ" للإجراءات التي تثبت تاريخها، وحسب ما ورد في الفصل 425 من نفس القانون (- تسجيل المحرر لدى مصلحة الضرائب المكلفة بالتسجيل والإشهاد على صحة الإمضاء أو بتصحيح التوقيعات والإمضاءات، - التسجيل بمكتب التسجيل، وهو إجراء إجباري للمحررين السمي والعرفي، وكذا تقييد العقد بالسجل العقاري، وحسب المادة الأولى من قانون واجبات

التسجيل اكتساب الاتفاقيات العرفية تاريخ ثابت عن طريق تسجيلها في سجل يدعى سجل الإيداع، - تصحيح الإمضاءات أو الإشهاد على صحة الإمضاء)، أما التوقيع يكون في آخر المحرر العرفي، فيتم توقيع جميع صفحات عقد البيع في طور الإنجاز تفاديا للنزاعات، والأطراف المعنية بالتوقيع هم أطراف العقد ومحرر العقد حسب الفصل 618/3 من نفس القانون .

عقد التخصيص عقد اختياري يرد في محرر رسمي أو عرفي ثابت التاريخ، يتضمن جميع البيانات الواردة في العقد الابتدائي، وقد استثنى منه مراجع ضمانة استرجاع الأقساط المؤداة في حالة عدم التنفيذ من طرف البائع للعقد، أو إنهاء الأشغال أو التأمين[1]، والغرض من ذلك، يمكن للمشتري العدول عنه في أي وقت، بشرط احترام المدة القانونية والمتمثلة في ستة أشهر، وإلا كان لزاما عيه بعد انتهاء هذه المدة، الانتقال للمرحلة التي تليها، وهي مرحلة إبرام العقد الابتدائي، وإذا عدل المشتري في مدة شهر، كان لزاما على البائع رد المبلغ كاملا في أجل سبعة أيام .

أما فيما يخص عقد البيع الابتدائي[2]، فقد أوجب المشرع المغربي، أن يرد هذا الأخير إما في محرر رسمي أو عرفي ثابت التاريخ، تحت طائلة البطلان، وهته المرحلة من إبرام العقد تضمن للمشتري استيفاء حقوقه، فهي مثل الوعد بالبيع، أما "عقد البيع النهائي" الفصل 618/16 من القانون 107.12 يرد كذلك في محرر رسمي أو عرفي ثابت التاريخ، تحت طائلة البطلان .

المبحث الثاني : الضمانات المقررة للمشتري بعد تسليم العقار المنجز والإشكالات التي تشوبه

يعد مبدأ حماية الطرف الضعيف في عقد البيع في طور الإنجاز، من أولويات التشريعات، فقد خصصت ضمانات قانونية يجب توافرها، بعد تسليم محل البيع منجزا للمشتري، وتقرر ذلك بتطبيق القواعد العامة أو الخاصة .

المطلب الأول : الضمانات المقررة للمشتري بعد تسليم العقار المنجز

يعتبر ضمان سلامة العقار المنجز، من بين الأساسيات التي حرصت عليها التشريعات، وقد خصت لها ترسانة من القوانين، حماية للمشتري، الطرف الضعيف إزاء الطرف الآخر المحترف العالم للشيء .

الفرع الأول : الضمانات المتعلقة بالبناية المنجزة

إن الهدف الأسمى الذي يسعى إليه المشتري، من عقد البيع في طور الإنجاز هو اقتناء بناء خال من العيوب، أو بالأحرى ضمان حسن الإنجاز، وتحقيق انتفاع هادئ وكامل من البناية المقرر بناؤها أو في طور البناء، إلى جانب الضمان العشري وضمان العيوب الخفية، الملقى على عاتق المرقي العقاري وباقي المتدخلين، متضامنين، في عملية التشييد للعقار محل العقد .

[1] الفصل 618/3 مكرر، نص على البيانات التي يتضمنها عقد التخصيص .

[2] الفصل 618/3 " إلزامية إفراغ العقد الابتدائي في محرر رسمي أو محرر عرفي ثابت التاريخ تحت طائلة البطلان ".

أولا : ضمان حسن الإنجاز والانتفاع المقرر من البناية

إن ضمان حسن الإنجاز شرط واقف على المرقي العقاري، يجب تنفيذه لتحقيق الانتفاع المقرر للبناية، حسب الطبيعة التي أعدت من شأنها البناية، مع مراعاة مدة الضمان ومطابقة أوصاف العقد .

1/- الضمانات المتعلقة بإنجاز العقار

يعتبر الإلتزام بإنجاز العقار الهدف الأساسي في عقد البيع في طور الإنجاز، والذي اتفق عليه طرفا العقد، فتنشأ الضمانات بتخلف هذا الأخير، متمثلة في ضمان الإنهاء الكامل لأشغال الإنجاز، وضمان مطابقة البناء لمواصفات العقد، فهي مسؤولية ملقاة على عاتق المرقي العقاري .

أ /- ضمان الإنهاء الكامل لأشغال الإنجاز

يعد المرقي العقاري الطرف الثاني في العقد، وبالتالي التزامه اتجاه المشتري" المقتني أو صاحب حفظ الحق" بضمان الإنهاء الكامل لأشغال الإنجاز طيلة سنة واحدة، التي نص عليها المشرع الجزائري في المادة 3/26 من قانون11-04، تأكيدا للمسؤولية الشخصية للمرقي العقاري" المرسوم التنفيذي رقم : 12-85 المتضمن دفتر الشروط النموذجي الذي يحدد الالتزامات والمسؤوليات المهنية للمرقي العقاري"، فيلتزم بحسن إنجاز البناء حسب المواصفات والشروط المنصوص عليها في العقد، وما يظهر من خلل خلال المدة المنصوص عليها قانونا يقع عبؤه على هذا الأخير، بسبب الضمان الملقى على عاتقه، بالإضافة إلى ما ورد في المادة 14 من المرسوم التشريعي رقم :93-03والتي تنص على " غير أنه ليس لحيازة الملكية وشهادة المطابقة أثر إعفائي من المسؤولية المدنية ولا من ضمان حسن إنجاز...خلال سنة واحدة "، وكذا المرسوم التنفيذي رقم : 13-431 ينص على التنفيذ الجيد للأشغال، وبالتالي مسؤولية المرقي العقاري قائمة بضمان الإنهاء الكامل لأشغال الإنجاز،سواء تمثل في الإنجاز الكامل لبناية أو جزء من بناية حسب اتفاق أطراف العقد "المادة 27 والمادة 28 من قانون11-04"، قائمة أم مستبعدة، هذا لا يعني حصرها سوى على هذا الأخير، واستبعاد كل من المقاولين الثانويين المادة 45 من قانون11-04، فالمرقي العقاري ملزم بالاستعانة بخدمات مقاول، وتؤسس العلاقة بين الطرفين بعقد مقاول" المادة 16 من نفس القانون"، بتطبيق "مسؤولية التابع والمتبوع" .

أما بالنسبة للمشرع الفرنسي،"la garantie de parfait achèvement"، فيرى ضمان الإنهاء الكامل لأشغال الإنجاز يعدها مسؤولية تقع على المقاول، وليس بائع العقار، من خلال قانون البناء والسكن، وتأكيدا لما سبق فنجد القانون رقم : 78-12 المؤرخ في: 1978/01/04 والمتعلق بالمسؤولية والتأمينات في مجال البناء، وقد أدرج ضمن المادة 02 المعدلة والمتممة للمادة 6/1792[1] من القانون المدني الفرنسي، لضمان عملية تشييد البناء على

[1] L'article 1792/6 de code civile français : <<…la garantie de parfait achévement، à laquelle l'entrepreneur est tenu pendant un délai d'un an، a compter de la réception، s'étend de tous les désordres signalés par le maitre de l'ouvrage، soit au moyen de réserves mentionnés au procès-verbal de réception، soit par voie de notificationécrite pour ceux révélés postérieurement de la réception>>

أتم وجه، والتي يلتزم بها المقاول خصوصا، خلال سنة واحدة من تاريخ التسليم، طبقا لمواصفات وشروط العقد المتفق عليها .

أما بالنسبة للمشرع المغربي، فقد نص في الفصل618/7 من قانون الالتزامات والعقود يتعهد البائع بالتصاميم الهندسية وأجل إنجاز البناء، وبصفة عامة باحترام شروط دفتر التحملات المشار إليه أعلاه في الفصل 618/4 من نفس القانون، أن البائع ملزم بتحقيق نتيجة وليس بذل عناية الرجل الحريص، وإضافة الآجال وبموافقة المشتري، وليس البائع، لأن هذا الأخير ملزم بالوفاء في الآجال، لكن التمديد من أجل عمليات إتمام الإنجاز، المنصوص عليها في دفتر التحملات، وتأكيدا لذلك، الفقرة السابعة من الفصل 618/3 من نفس القانون "أجل التسليم"، للتقيد بوقت تسليم العقار المنجز، وهذا الأخير لا يكتمل إلا بالحصول على رخصة السكنى أو شهادة المطابقة، بخلاف التشريعين الجزائري والفرنسي، فقد أعطيا مهلة سنة كاملة بعد التسليم الفعلي للعقار المنجز لبناية أو جزء من بناية، بالإنهاء الكامل لأشغال الإنجاز، للخلل الطارئ .

ب /- ضمان مطابقة البناء لمواصفات العقد

تطبيقا لمبدأ إنجاز مشاريع عقارية تتطابق مع مخططات التعمير، وتتوفر على العقود والرخص المسبقة والمطلوبة، أوجب المشرع الجزائري مطابقة الأشغال المنجزة لأحكام رخصة البناء المسلمة، فنص في المادة 39 من قانون11-04"في حالة عقد البيع على التصاميم، لا يمكن حيازة بناية أو جزء من بناية من طرف المقتني إلا بعد تسليم شهادة المطابقة المنصوص عليها في القانون رقم :90-25المؤرخ في : 1990/12/01 والقانون رقم 08-15 المؤرخ في : 2008/07/20، والمذكورين أعلاه"، فتسلم شهادة المطابقة في أجل ثلاثة وعشرون يوما، ابتداء من تاريخ المعاينة، إذا بين محضر الجرد مطابقة الأشغال المنجزة لرخصة البناء المسلمة " المرسوم التنفيذي رقم : 19/15 المؤرخ في 2015/01/25" والذي يحدد كيفيلت تحضير عقود التعمير وتسليمها، من طرف، رئيس المجلس الشعبي البلدي أو الوالي أو الوزير المكلف بالعمران، "المادة 64 من نفس المرسوم"، إذن هي قرار إداري ممنوح من البلدية أو الولاية أو الوزارة، حسب الإختصاص، يثبت مدى مطابقة الأشغال المنجزة من طرف المرقي العقاري لأحكام رخصة البناء المسلمة لإنجاز بناية أو جزء من بناية، وزيادة على ذلك يجب مطابقة التصاميم المنصوص عليها في العقد، والتي اتفق عليها الأطراف، فهي من جهة المشتري" المقتني أو صاحب حفظ الحق" تعد حماية له، و من جهة المرقي العقاري هي مسؤولية قائمة، ودفع المسؤولية الملقاة على عاتقه، لا يكون إلا بالسبب الأجنبي، فهي تحقيق نتيجة وليس بذل عناية الرجل الحريص، وما على هذا الأخير سوى مطابقة المواقع والمنشآت مع رخصة البناء، وإما بهدم المنشآت[1]، ومن وجهة نظري، أرى أن القضاء يحكم للمرقي العقاري، إما بالتنفيذ العيني أو التعويض مع الفسخ بسبب الضرر الحاصل، وأستبعد الهدم الكلي للبناء، رأفة بالمرقي العقاري. أما بالنسبة للمشرع المغربي، لا يعتبر العقار محل البيع منجزا، ولو تم الانتهاء من بنائه، إلا بعد الحصول على رخصة السكنى أو شهادة المطابقة، وعند

[1] المادة 76 و 78 من القانون رقم :90- 29 الذي يتعلق بالتهيئة والتعمير .

الاقتضاء بتقديم البائع للمشتري شهادة تثبت أن العقار مطابق لدفتر التحملات إذا طالب المشتري بذلك، حسب ما ورد في الفصل618/15، فالمشرع قد ألزم البائع باحترام دفتر التحملات، وما يتعلق بالبناء ويتضمن مكونات المشروع وما أعد له ونوع الخدمات والتجهيزات التي يتوجب إنجازها وأجل الإنجاز والتسليم، حسب ما ورد في الفقرة الأولى من الفصل 618/4 من قانون الالتزامات والعقود، كما يجب أن يوقع البائع والمشتري على دفتر التحملات وتسلم نسخة للمشتري مشهود بمطابقتها لأصلها وبصحة إمضائهما عليه "الفقرة الثانية من نفس الفصل، وقد عدلت هته الأخيرة بالقانون 107.12، وبعد اطلاع المهندس المعماري عليه وتسلم نسخة للمشتري مشهود بمطابقتها للأصل تفاديا لتنصل المرقي العقاري من مسؤوليته .

وتأكيدا لذلك، وحسب قانون التعمير، فقد نصت المادة 55 من القانون 12.90 "انتهاء الأشغال...إلا إذا حصل على رخصة السكن إذا تعلق الأمر بعقار مخصص للسكن أو على شهادة المطابقة إن ويسلم رئيس مجلس الجماعة...رخصة السكن و شهادة المطابقة، بطلب من المالك... بعد إجراء معاينة للتحقق...إذا تولى مهندس معماري إدارة الأشغال، يمكن الاكتفاء بشهادته عن المعاينة، وفي حالة عدم تسليم رخصة السكن أو شهادة المطابقة خلال شهر من تاريخ التصريح بانتهاء عملية البناء، يجوز لمالك المبنى أن يطلب من السلطة المحلية المختصة ممارسة حقها في الحلول محل رئيس مجلس الجماعة، للقيام بذلك عملا بأحكام الفصل 49 من الظهير الشريف المعتبر بمثابة قانون رقم : 1.76.583بتاريخ : 1976/09/30 المتعلق بالتنظيم الجماعي ".

أما بالنسبة للمشرع الفرنسي، فيرى بموجب المرسوم التنفيذي رقم : 1527/2005 المؤرخ في :2005/12/08، تغيرت إجراءات الحصول شهادة المطابقة، من طرف المستفيد من رخصة البناء المسلمة سواء كان، المرقي العقاري أو المهندس المعماري، بل يكفي ان يشهد انتهاء الأشغال، وهي مطابقة تماما لما هو موجود في رخصة البناء، والتي تعد بمثابة تصريح شرفي، يرسل مع طلب للحصول على شهادة المطابقة للبلدية[1]، هته الأخيرة إذا رأت استلزام معاينة البنايات المنجزة، فلها أجل ثلاثة أشهر للقيام بهذا الإجراء[2]، لكن لا يمكن للإدارة طلب الهدم، إذل لم يكن هناك تطابق بين رخصة البناء مع البنايات المنجزة، وكاستثناء إذا كانت رخصة البناء باطلة أمام القضاء الإداري[3]، فقرار الهدم جائز قانونا، لكن هذا القرار إذا لم يطبق خلال سنتين فإن مآله التقادم المسقط لحق الإدارة، بخلاف المشرع الجزائري الذي يرى، مطابقة المواقع والمنشآت مع رخصة البناء، وإما بهدم المنشآت .

2/- الضمانات المتعلقة بالانتفاع بالبناية

ألزم المشرع الجزائري المرقي العقاري، تحقيق للمشتري" المقتني أو صاحب حفظ الحق" ضمان الانتفاع بالبناية، حسب الطبيعة التي أعدت من أجلها، وتأكيد الانتفاع الهادئ، من خلال ضمان إدارة الأملاك المشتركة، بالإضافة إلى ضمان حسن سير عناصر التجهيز .

[1] Art . R .462/1 . C . Urbanisme .fr .
[2] Art . R .462/6 . C . Urbanisme .fr .
[3] Art . R .480/13 . C . Urbanisme .fr .

أ /- ضمان إدارة الأملاك المشتركة

تناول المشرع الجزائري لنظام الملكية المشتركة وفق القواعد العامة، من المادة 743 إلى غاية المادة 772 من القانون المدني، وقد عرفت هته الأخيرة في المادة 743، وما نستشفه من خلال ما عرفها المشرع، بأنها نظام قانوني، لعقار أو مجموعة عقارات مبنية، ملكيتها مجزأة أقسام، على مجموعة من الأشخاص، كل قسم خاص يخول لصاحبه حق التمتع والتصرف فيه، بشرط أن لا يستعمل استعمالا تحرمه القوانين والأنظمة، وقسم عام يكمن في الاستعمال الجماعي مملوك على الشيوع.

أما فيما يخص الأجزاء الخاصة، والأجزاء المشتركة للعقارات المبنية والغير مبنية فقد نصت عليهما المادتين على التوالي 744 و745 من نفس القانون، فبالنسبة لعقد البيع في طور الإنجاز، يقع تسيير هته الأجزاء الخاصة والمشتركة، على عاتق المرقي العقاري، فهو مسؤول بضمان إدارة الأملاك المشتركة لمدة سنتين، ابتداءا من تاريخ بيع الجزء الأخير من البناية المعنية، كما، يعمل المرقي العقاري خلال المدة المذكورة أعلاه، على تنظيم تحويل هذه الإدارة إلى الأجهزة المنبثقة عن المقتنين أو الأشخاص المعينين من طرفهم" حسب ما ورد في المادة 62 من القانون11-04فتتجلى المسؤولية الملقاة، على عاتق المرقي العقاري خاصة في المدة المحددة قانونا لتسيير وصيانة الأجزاء الخاصة، والأجزاء المشتركة للعقارات المبنية، فتكون النفقة على حساب هذا الأخير، ومن ذمته المالية، كما يمكن تحويل إدارة وتسيير وصيانة الأملاك المشتركة، إلى المقتنين أو الأشخاص المعينين من طرفهم، خلال المدة المذكورة "سنتين" لتخفيف الأعباء على المرقي العقاري .

إضافة لذلك، فإن تحديد نظام الملكية المشتركة وما ينطوي عنها ورد في "المادة 50 من نفس القانون"، وقد ألزم المرقي العقاري، بتسليم نظام الملكية المشتركة إجباريا لكل مقتن خلال توقيع العقد"المادة 5/38 من نفس القانون"، وحسب ما ورد في المرسوم التنفيذي رقم 14-99 تنقسم الأجزاء المشتركة حسب الحالة إلى ثلاثة أصناف، الأجزاء المشتركة من الصنف الأول هي "الأجزاء المخصصة لاستعمال جميع الشركاء في الملك"، ثم الأجزاء المشتركة من الصنف الثاني هي "الأجزاء المخصصة لاستعمال السكان الذين يشغلون بناية واحدة بعينها"، وآخر الأجزاء المشتركة من الصنف الثالث هي التي "تتضمن حصرا المصاعد والآلات الخاصة بها، وأقفاص المصاعد المتواجدة بالبنايات"

أما بالنسبة للمشرع الفرنسي، فقد ألزم المرقي العقاري بإعداد نظام الملكية المشتركة وتسليمها للمقتني أو صاحب حفظ الحق عند توقيع العقد، أما بخصوص الأجزاء المشتركة، فترك الحرية للأفراد، فنص في المادة 03 من القانون 65-557 دون تصنيفها، وكيفية حساب الأعباء لكل مشتر"المقتني أو صاحب حفظ الحق"، أما فيما يخص جزاء عدم تنفيذ هذا الالتزام، يمكن رفع دعوى حسب ما ورد في المادة 10 فقرة 04 من نفس القانون.

أما مسؤولية ضمان إدارة الأملاك المشتركة، فتقع على النقابة، والتي تتكون من مجموعة أفراد مالكين للعقار المبني، حسب ما ورد في المادة 14 من نفس القانون، لها ذمة مالية، وشخصية معنوية، تمثل المالكين للعقار المبني في حالة

نزاع أمام القضاء، طبقا للمادة 15 فقرة 01 من نفس القانون، أما مصاريف الصيانة، فتقع على المالكين المنتفعين، من هته الأجزاء المشتركة.

أما بالنسبة للمشرع المغربي، فقد تناول نظام الملكية المشتركة وفق القواعد العامة، فقد نص في الباب الأول، تحت عنوان: الشياع أو شبه الشركة، من قانون الالتزامات والعقود، من الفصل 960 إلى الفصل 981،وقد عرف الملكية المشتركة في الفصل 960 "...حالة قانونية تسمى الشياع أو شبه الشركة، وهي إما اختيارية أو اضطرارية."، وما يلاحظ من هذا التعريف القانوني، أن الملكية المشتركة هي نظام قانوني لمجموعة من الأشخاص مشتركين فيما بينهم على الشيوع، تخول لكل مالك على الشياع أن يستعمل الشيء المشاع بنسبة حصته فيه، على شرط ألا يستعمله استعمالا يتنافى مع طبيعته أو مع الغرض الذي أعد له، وألا يتعارض مع مصلحة بقية المالكين، وحرمانهم لما تقتضيه حقوقهم، بينما حالة الشيوع تكون إما اختيارية أو اضطرارية، فعقد البيع في طور الإنجاز، والذي يتصف بنظام الملكية المشتركة الاضطرارية، ومن أجل المحافظة على هته الأخيرة، أوجب المشرع على كل مالك على الشياع المحافظة على الشيء المشاع "الفصل 967 من نفس القانون"، كما لكل مالك على الشياع أن يجبر باقي المالكين على المساهمة، في تحمل المصروفات اللازمة لحفظ الشيء المشاع و صيانته "الفصل 968 من نفس القانون"، وعلى المالكين على الشياع تحمل التكاليف المفروضة على الشيء المشاع ونفقات إدارته واستغلاله، كل واحد بحسب حصته "الفصل 969 من نفس القانون"، وتأكيدا لذلك، فمحافظة وإدارة وتسيير وصيانة ونفقات الأملاك المشتركة، تسند إلى المقتنين أو الأشخاص المعينين من طرفهم .

ب /- ضمان حسن سير عناصر التجهيز

يسعى المشرع الجزائري إلى وضع ضمان آخر للمشتري، من أجل تحقيق انتفاع هادئ وكامل بالبناية المنجزة لهذا الأخير، فأطلق عليه "ضمان حسن سير عناصر التجهيز"، والذي نصت عليه المادة 15 من المرسوم التشريعي رقم 93-03 والتي تنص على "...أو حسن سير عناصر تجهيز البناية"، بالإضافة إلى ما ورد في المادة 44 من القانون11-04 "... أو حسن سير عناصر تجهيزات البناية بموجب العقد المذكور في المادة 26 أعلاه" وكذا المرسوم التنفيذي رقم 13-431، هذا الضمان الملقى على عاتق المرقي العقاري، لمدة سنة ابتداء من تاريخ حيازة البناية المنجزة، والذي يقتصر على العناصر القابلة للفصل عن البناية لكن دون تلف وتأثير، ويمكن لهذا الأخير حق الرجوع، ومطالبته بتصليح العيوب المتعلقة حسن سير عناصر التجهيز، وإذا رفض المقاول، يمكن اللجوء إلى القضاء بإصلاح وتعويض عن الضرر الحاصل، كما يمكن للمرقي العقاري الرجوع على بائع عناصر التجهيز"عقد مقاولة"، بسبب العيب الخفي، وتأكيدا لذلك فقد عدد المشرع المتضامنين سواء، المقاولين الثانويين مع المرقي العقاري من خلال عقد "المادة 45 من القانون 11-04 "، بالإضافة أن المشرع لم يفرق في الضمان حول طبيعة المشاريع العقارية "سكني، مهني، حرفي، تجاري" .

أما بالنسبة للمشرع الفرنسي، فقد ألزم المقاول بهذا الضمان لمدة سنتين"3/1792"، فمسؤوليته قائمة ولا يمكن دفعها إلا بالسبب الأجنبي، وهذا الضمان فقط في البنايات السكنية تعديل 2005 حسب ماورد في المادة "

7/1792"، وأضافت محكمة النقض عدم استبعاد ضمان حسن سير عناصر التجهيز في المحلات ذات الاستعمال المهني والمرتبطة بالنشاط، وفي حالة بناية معدة للسكن والنشاط المهني، فضمان عناصر التجهيز يخص سوى الجزء المعد للسكن دون الآخر.

ثانيا : الضمان العشري وضمان العيوب الخفية

تطبيقا لمبدأ حماية المشتري، فقد أقر المشرع الجزائري ضمانا عشريا، ابتدءا من تاريخ استلامه للعقار المنجز، سواء بتطبيق القواعد العامة "المادة 554 من القانون المدني"، وكذا القواعد الخاصة والمتمثلة في، القانون 11-04 "المادة 26 و46"، ونموذج عقد البيع على التصاميم لسنة 2013، بخلاف عقد حفظ الحق الذي لا يحظى بهذا الضمان، والقانون 95-07 المتعلق بالتأمينات "المادة 178 "، بالإضافة إلى المسؤولية الملقاة على عاتق المرقي العقاري والمقاول والمهندس المعماري، إزاء العيوب الخفية التي قد تظهر في العشر سنوات، بعد التسليم الفعلي للعقار المنجز، لكن بتوافر شروط .

1/- الضمان العشري

طبقا لنص المادة 554 من القانون المدني الجزائري، يضمن المهندس المعماري والمقاول متضامنين، خلال عشر سنوات، من تهدم كلي أو جزئي فيما شيداه من مبان، حتى لو كان التهدم ناشئا عن عيب في الأرض، بالإضافة إلى العيوب التي تهدد متانة البناء وسلامته.

أما بخصوص عقد البيع في طور الإنجاز،فقد وسع من نطاق الأشخاص الملزمزن بالضمان العشري، بموجب القانون الملغى رقم 86-07 ليضم أشخاصا آخرين، والذين يربطهم بصاحب الأشغال عقد إيجار العمل "المادة 41"، ليضيف المشرع المرقي العقاري حسب المادة 03/26 من القانون11-04 "... المسؤولية العشرية التي قد يتعرض إليها المرقي العقاري"، وبالتالي تكون المسؤولية العشرية من النظام العام، فلا يجوز الإعفاء منها أو تقييدها "المادة 383 من القانون المدني الجزائري"، فهته الأخيرة مجزأة بين المرقي العقاري والمهندس المعماري والمقاول والأشخاص الذين يربطهم عقد إيجار العمل برب العمل، جراء تهدم البناء أو العيوب الخفية التي قد تظهر، وتأكيدا لذلك فقد عدد المشرع المتضامنين في المسؤولية العشرية سواء، مكتب الدراسات والمقاولين والمتدخلين الآخرين، وتكون لهم صلة بصاحب المشروع من خلال عقد "المادة 45 و46 من نفس القانون" .

أما بخصوص المستفيد من الضمان العشري هو صاحب المشروع، وله حق الرجوع، على المقاول والمهندس المعماري، وهذا ما نصت عليه المادة 02/178 من الأمر رقم95-07 [1] المتعلق بالتأمينات "...ويستفيد من هذا الضمان صاحب المشروع"، وحسب المادة 49 من القانون 11-04 "... ويستفيد من هذه الضمانات المالكون المتوالون على البناية"، فبالنسبة للمالك باقي المتدخلين في التشييد أجانب عن العقد، فيحق لهذا الأخير رفع دعوى الضمان في مواجهة صاحب المشروع "المرقي العقاري"، خلال ثلاث سنوات من وقت حصول التهدم أو اكتشاف

[1] الأمر رقم 95-07: المتعلق بالتأمينات، المؤرخ في : 1995/01/25، الجريدة الرسمية، عدد13، المؤرخة في : 1995/03/08.

العيب "المادة 557 من القانون المدني الجزائري"، ولهذا الأخير حق الرجوع على كل المتسببين في الضرر الحاصل، بشرط توافر عقد مقاولة.

أما بالنسبة للمشرع الفرنسي، فقد ألزم المرقي العقاري بالضمان العشري، من تاريخ تسليم البناية في عقد البيع على التصاميم، حسب "المادة 1/1641 من القانون المدني الفرنسي"، ونفسه الضمان المنصوص عليه في عقد المقاولة، فيلتزم به المقاول والمهندس المعماري "المادة 1792 والمادة 2276 من نفس القانون"، ومن حق المكتتب مطالبة المرقي العقاري بالضمان العشري، في حالة ظهور العيب الخفي خلال المدة القانونية، ولهذا الأخير حق الرجوع على باقي المتدخلين، بشرط تكون لهم صلة عقد مقاولة بالمرقي العقاري لإنجاز هذا المشروع، وحسب ما ورد في "المادة 2/1792 من نفس القانون"، المسؤولية العشرية التي قد يتعرض إليها المرقي العقاري، يجب أن تتمثل الأضرار في متانة عناصر تجهيز البناية، وتكون مرتبطة بها، ولا يمكن فصلها، فيصلح بذلك المرقي العقاري العيب الخفي، موضوع الضمان، وإن عدل، فيمكن فسخ العقد أو الإنقاص من ثمن البيع، حسب ما ورد في "الفقرة الأخيرة من المادة2/1792 من نفس القانون" .

بالإضافة إلى ضمان الأشغال الصغيرة لمدة سنتين، من تاريخ تسليم البناية، يضمنها المرقي العقاري متضامنا مع المهندس المعماري والمقاول "المادة 2270 من نفس القانون" .

أما بالنسبة للمشرع المغربي، وحسب ما ورد في الفصل 769 من قانون الالتزامات والعقود، وما نستشفه من هذا الأخير، أن المسؤولية العشرية الملقاة على عاتق، المهندس المعماري أو المهندس والمقاول والمكلفان مباشرة مع رب العمل، متضامنين خلال عشر سنوات، من تهدم كلي أو جزئي فيما شيداه من مبان، بسبب نقص المواد أو عيب في طريقة البناء أو عيب في الأرض، ونطاقها الزمني من يوم تسلم المصنوع، أما بخصوص رفع دعوى الضمان، فيجب رفعها خلال الثلاثين يوما التالية، ليوم ظهور الواقعة الموجبة للضمان، وإلا تقادمت .

إن المستفيد من الضمان العشري، هو رب العمل، والذي يحق له رفع دعوى الضمان، وليس لمشتري عقد البيع في طور الإنجاز الحق في هته الأخيرة، فيحتفظ البائع بحقوقه وصلاحياته باعتباره صاحب المشروع إلى غاية انتهاء الأشغال "الفصل 618/1 الفقرة الثانية".

2/- ضمان العيوب الخفية

تقوم مسؤلية البائع إزاء مخالفته لصفات المبيع أثناء إبرام العقد، ووقت التسليم إلى المشتري، فتوافر العيب ينقص من قيمة الشيء، أو الانتفاع به حسب الغاية التي أعد من شأنها، أو حسبما يظهر من طبيعته أو استعماله، فيلتزم البائع بضمانها ولو لم يكن عالما بوجودها أثناء التعاقد حسب "المادة 379 من القانون المدني الجزائري"، كما عرفته محكمة النقض المصرية بأنه "الآفة الطارئة التي تخلو منها الفطرة السليمة للمبيع" .

يخضع العيب الخفي في عقد البيع في طور الإنجاز، إلى القواعد العامة المطبقة "375 و376 و381 من نفس القانون" على عقد البيع العادي، فيجب توافر شروط حتى يكون المرقي العقاري ضامنا لها، فإلزامية الخفاء والقدم

والتأثير وعدم علم المشتري به وقت إبرام العقد، أما بخصوص تنوع العيوب الخفية فقد أشار المشرع الجزائري حسب "المادة 554 من نفس القانون" فتتمثل في عدة أنماط وهي على سبيل المثال : - عيب في نوعية الأرضية المشيد عليها البناء، - عيب في إنجاز البناءات المشيدة ونوعية مواد البناء المستعملة المادة 46 من القانون11-04 "...في حالة زوال كل البناية أو جزء منها جراء عيوب في البناء،بما في ذلك جراء النوعية الرديئة لأرضية الأساس"، - عيب في التصاميم الهندسية "555 من القانون المدني الجزائري"، - عيب في مخالفة مخططات التعمير"المادة 11 من القانون11-04 والمرسوم التنفيذي رقم 91-175 المؤرخ في : 1991/05/28 المحدد لقواعد العامة للتهيئة والتعمير والبناء"، بالإضافة إلى ما ورد في المادة 181 من الأمر رقم 95-07 المؤرخ في : 1995/01/25 المتعلق بالتأمينات "يغطي الضمان ...الأضرار المخلة بصلابة العناصر الخاصة بتجهيز بناية ما، عندما تكون هذه العناصر جزءا لا يتجزأ من منجزات التهيئة" .

المطلب الثاني : الإشكالات العملية التي تشوب عقد البيع في طور الإنجاز

تعتبر الاعتراضات أو الطلبات المثارة في عقد البيع في طور الإنجاز، على القضاء، والتي يبديها أحد أطراف العقد، بسبب عدول الطرف الآخر على تنفيذ التزامه العقدي، وبدون موافقة الطرف الثاني، فالعقد شريعة المتعاقدين، "المادة 106 من القانون المدني"، وتأكيدا لذلك فقد ألزم المشرع الجزائري المرقي العقاري بتسليم العقار المقرر بناؤه أو في طور البناء للمشتري، وفق مقتضيات ومواصفات المنصوص عليها في العقد، وتفاديا للمنازعات التي قد تطرأ بسبب تدليس وغش وتماطل الطرف القوي في العقد "المرقي العقاري"، وسندرج بعض الإشكالات التي تشوب عقد البيع في طور الإنجاز، سواء في التشريع الجزائري أو التشريع الفرنسي أو التشريع المغربي .

الفرع الأول : إشكال في توافر ركن الرسمية لانتقال الحقوق العينية

تطبيقا للمادة 324 مكرر1 من القانون المدني الجزائري، لا ينشأ أي حق عيني، طالما أن ملكية العقارات لا يكون لها أثر إلا إذا روعيت بها إجراءات الشكلية .

تتلخص وقائع القضية أمام القضاء الجزائري، وقد ردت المحكمة العليا، في طلب المطعون ضده "المشتري"، إلزام الطاعنة "مؤسسة الترقية العقارية" بتحرير عقد بيع بناء على التصاميم، بخصوص الشقة التي استفاد منها، بموجب عقد الحجز المؤرخ في : 2007/08/12 وقد امتنعت رغم إعذارها، فأجابت بأن لم يسدد الأقساط في آجالها، بالإضافة عقد الحجز لا ينشئ أي حق عيني والتمست رفض دعواه، فأجابت المحكمة العليا، أن ما يعاب على القرار محل الطعن أنه خطأ في تطبيق القانون، فقضاة الموضوع أسسوا قضاءهم على عقد حفظ الحق، فهو غير رسمي ولا يرقى إلى عقد البيع، أو حتى الوعد بالبيع، ولا يرتب أي حق عيني للمطعون ضده، طبقا للمادتين 2/71 و324 مكرر1 من نفس القانون، فنقل ملكية عقار لا يكون له أثر إلا إذا استوفى الشكل الرسمي"رقم القرار0890693، الصادر بتاريخ 2015/01/15 " .

الفرع الثاني : إشكال في دعوى الضمان العشري والعيوب الخفية أمام الجهات القضائية

كما ذكرنا سالفا، أن المشرع الفرنسي قد ألزم المرقي العقاري بالضمان العشري، من تاريخ تسليم البناية في عقد البيع على التصاميم، وفي حالة ظهور العيب الخفي خلال المدة القانونية، يصلح هذا الأخير العيب الخفي، موضوع الضمان، ولهذا الأخير حق الرجوع على باقي المتدخلين، بشرط تكون لهم صلة عقد مقاولة بالمرقي العقاري لإنجاز هذا المشروع، وكاستثناء إذا لم يحترم المرقي العقاري التزاماته العقدية، و لم يطبق التصاميم الهندسية، و لم يراع رخصة البناء، يبقى ضامنا حتى بعد العشر سنوات من تسليم البناية، ونفس الشيء يقال على المهندس المعماري والمقاول[1]

تتلخص وقائع القضية أمام القضاء الفرنسي، أن مشتري ظهرت له عيوب البناء بعد عشر سنوات من التسليم، فرفع دعوى الضمان، وتصليح العيوب الظاهرة، من طرف المقاول المشيد للبناء، والمهندس المعماري المصمم، فأجابت محكمة النقض الفرنسي، أن المقاول قد خالف القواعد الأساسية للبناء، والمهندس مدلس لتغطيته عيوب البناء، وبالتالي فهما مسؤولان حتى بعد فوات المدة القانونية، فيلتزمان متضامنين لإصلاح عيوب البناء[2].

الفرع الثالث : إشكال في ضمان مطابقة البناء لمواصفات العقد

كما ذكرنا سالفا، فبالنسبة للمشرع المغربي، لا يعتبر العقار محل البيع منجزا، ولو تم الانتهاء من بنائه، إلا بعد الحصول على رخصة السكنى أو شهادة المطابقة، وعند الاقتضاء بتقديم البائع للمشتري شهادة تثبت أن العقار مطابق لدفتر التحملات إذا طالب المشتري بذلك، حسب ما ورد في الفصل 618/15 .

وفي هذا الشأن صدر عن المجلس الأعلى قرار، تمثلت حيثياته اختلاف مساحة ومواصفات المبيع في عقد الوعد بالبيع والتصميم، فتبين للمحكمة الاختلاف، بين القطعة الأرضية موضوع الرسم العقاري، وبين تصميم القطعة الأرضية موضوع عقد الوعد بالبيع، فإنها لما قضت بفسخ العقد ورد الثمن يكون حكمها معللا " قرار صادر عن المجلس الأعلى في الملف المدني، عدد : 2003/4056، بتاريخ : 2004/12/29 "، فتعد مخالفة مواصفات العقد المتفق عليها نقض للعقد، وبالتالي مسؤولية المرقي العقاري قائمة، فيلتزم هذا الأخير إما بالتنفيذ العيني أو فسخ مع التعويض لجبر الضرر الحاصل .

الخاتمة :

ما نستشفه من موضوع عقد البيع في طور الإنجاز" عقد حفظ الحق أو عقد البيع على التصاميم"، أنه من البيوع المستقبلية الواردة على عقار، مقرر بناؤه أو في طور البناء، مقابل أقساط إزاء هذا الأخير، الذي تميز بإجراءات خاصة إنفرد بها عن بيع العقار عامة، تتمثل في :

1/- البناء لم يشيد بعد، أو هو في طور الإنجاز.

[1] Juris – classeur construction، op.cit n 388 .
[2] Juris – classeur construction، op.cit n 392 .

2/- تحويل حقوق الأرض "الأرض التي سيشيد فوقها البناء"، وملكية البنايات "المباني المنجزة فوق الأرضية" موازاة مع تقدم الأشغال، وكأنه يقصد نقل الملكية يتم على مراحل، وهذا ما يتنافى مع الإجراءات اللازمة لنقل الملكية العقارية[1]، أم قصد وجود عقدين منفصلين"عقد ملكية الأرض وعقد البنايات المشيدة"وبالتالي يخضعان إلى إجراءين قانونيين منفصلين، وهذا ما يتنافى مع القانون، لكن ما يقصده المشرع الجزائري هو وجود عقد تمهيدي ابتدائي يتم فيه تحويل حقوق الأرض، أما العقد النهائي فيتم مع إتمام البناية وتسليمها للمكتتب في المقابل أن هذا الأخير سدد جميع الأقساط، وبالتالي يظهر وكأنه وجود عقدين.

3/-المدة المحددة في إنجاز البناية المقرر بناؤها، نجد المشرع الجزائري لم يضعها كشرط عكس المشرعين المغربي والفرنسي فقد أدرجت في العقد، وذلك لعدم ترك الآجال مفتوحة للمرقي العقاري وبالتالي تماطله في الإنجاز في الوقت المحدد.

لقد أولت التشريعات حماية خاصة لهذا النوع من البيوع العقارية، لعدم وجود توازن عقدي، وحماية للطرف الضعيف"المشتري"، فقد سنت ترسانة من القوانين المتوالية الطرح والمدعمة بالمراسيم، لتجسيدها، وإبراز المسؤولية الملقاة على عاتق المرقي العقاري، بحكم الطرف القوي عالم للشيء المبيع، فلا يعتبر هذا الأخير منجزا ولو تم الانتهاء منه، إلا بتوافر ضمانات قانونية يلتزم بها المرقي العقاري وباقي المتدخلين بعد تسليم محل البيع منجزا للمشتري، شريطة وجود عقد مقاولة، هذا ما خول للمشتري إما بتنفيذ إلتزامه من طرف المرقي العقاري اتفاقيا وإن تعسف في استعمال حقه، أجازت التشريعات للمشتري حق اللجوء إلى القضاء لاستيفاء حقه، إما بالتنفيذ العيني، أو الفسخ مع التعويض لجبر الضرر الناشئ، وإن تطلب الأمر فيصل إلى الهدم، إذا كان مخالفا لرخصة البناء المنصوص عليها في العقد

قائمة المراجع

الكتب

- سمير عبد السميع الأودن، **تمليك وحدات البناء تحت الإنشاء والضمانات الخاصة لمشتري الوحدات السكنية**، الطبعة الأولى مطبعة الإشعاع الفنية، الإسكندرية، مصر، 2001.
- سليمان مرقس، **شرح القانون المدني**، العقود المسماة، عقد البيع، الطبعة الرابعة، القاهرة، 1980
- عبد الرحمان الشرقاوي، **قانون العقود الخاصة**، مطبعة النجاح الجيدة، الدار البيضاء، الطبعة الثالثة 2016
- عبد الرزاق السنهوري، **مصادر الالتزام**، دار النشر للجامعات المصرية، مصر، 1952
- عبد الرزاق السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني، العقود التي ترد على الملكية، البيع والمقايضة**، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2000.

[1] عائشة طيب،**عقد البيع على التصاميم في ظل القانون 04/11**، دراسات قانونية،دورية فصلية تصدر عن مركز البصيرة للبحوث والاستشارات والخدمات التعليمية، العدد13، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر،2011،ص61.

- عبد القادر العرعاري، **الوجيز في النظرية العامة للعقود المسماة**، الكتاب الأول، عقد البيع، مطبعة دار الأمان، الطبعة الثالثة، الرباط، 2011

- علي فيلالي، الالتزامات، **النظرية العامة للعقد**، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، 2010.

- محمد العروصي، **المختصر في بعض العقود المسماة**، مطبعة مرجان مكناس،2015-2016، الطبعة الخامسة.

البحوث الجامعية :

- بن همام نجية، عقد حفظ الحق، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع حماية المستهلك والمنافسة، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1

المقال المنشور

- آسيا دوة، عقد حفظ الحق، مداخلة في الملتقى الوطني حول الترقية العقارية في الجزائر "الواقع والآفاق"، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، يومي 28 و 16ص2012/02/27 .

- عائشة طيب،عقد البيع على التصاميم في ظل القانون 04/11، دراسات قانونية،دورية فصلية تصدر عن مركز البصيرة للبحوث والاستشارات والخدمات التعليمية، العدد13، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر،. 2011

- ضحى محمد سعيد عبد الله النعيمي، مفهوم بيع العقار على الخريطة وتكييفها القانوني(دراسة مقارنة)، مجلة الشريعة والقانون، كلية الحقوق، جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد التاسع والأربعون، يناير2012.

النصوص القانونية

الأوامر

الأمر رقم 95-07 المتعلق بالتأمينات، المؤرخ في: 1995/01/25، **الجريدة الرسمية**، عدد13، المؤرخة في 1995/03/08

القوانين

- القانون رقم 03.67 المؤرخ في 01/03 /1967 والمعدل بقانون رقم 547.76 المؤرخ في 1967/07/07وبقانون 12.78 المؤرخ في1978/01/04

- القانون رقم 90-29 الذي يتعلق بالتهيئة والتعمير .

- ظهير شريف رقم 1.16.05 بتاريخ 23 من ربيع الآخر 1437 (03 فبراير2016) الجريدة الرسمية عدد 6440 بتاريخ جمادى الأولى 1437 (18 فبراير 932 ص2016)

المراسيم

المرسوم التنفيذي رقم 14-99 المؤرخ في 04 مارس سنة2014 ، الذي يحدد نموذج نظام الملكية المشتركة المطبق في مجال الترقية العقارية ، **الجريدة الرسمية** بتاريخ 16 مارس سنة2014 ، العدد14 ، ص16.