

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية.
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي.
جامعة الإخوة منتوري قسنطينة 1

كلية الحقوق.

قسم القانون الخاص.

رقم التسجيل 06/D3C/2023

رقم الترتيب 01/DPri/2023

عقد حفظ الحق في بيع العقار المقرر بناؤه.

(دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والقانون الفرنسي)

أطروحة دكتوراه الطور الثالث في القانون الخاص، تخصص قانون عقاري - قانون التوثيق -

تحت إشراف:

أ.د عياشي شعبان.

من إعداد الطالبة:

مخناش كنزة.

أعضاء لجنة المناقشة:

رئيسا	جامعة الاخوة منتوري قسنطينة 1	أستاذ التعليم العالي	أ د/ بن شعبان علي
مشرفا وقررا	جامعة الاخوة منتوري قسنطينة 1	أستاذ التعليم العالي	أ د/ عياشي شعبان
مناقشا	جامعة الاخوة منتوري قسنطينة 1	أستاذ التعليم العالي	أ د/ بوكرزاة أحمد
مناقشا	جامعة الحاج لخضر -باتنة-	أستاذ التعليم العالي	أ د/ حامدي بلقاسم
مناقشا	جامعة الحاج لخضر -باتنة-	أستاذ محاضر أ	د/ بوهنتالة عبد القادر

01/06/2023

السنة الجامعية 2023/2022.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿قُلْ لَوْ كَانَ الْبَحْرُ مِدَادًا لِكَلِمَاتِ رَبِّي لَنَفَذَ الْبَحْرُ
قَبْلَ أَنْ تَنْفَدَ كَلِمَاتُ رَبِّي وَلَوْ جِئْنَا بِمِثْلِهِ مَدَدًا﴾

سورة الكهف الآية 109.

شكر وتقدير

أشكر الله العلي العظيم وأحمده على توفيقه وإعانتة لي على إتمام هذه الأطروحة .

أتقدم بأسمى عبارات الشكر وما تحتويه من معاني التقدير و الاحترام إلى أستاذي المشرف " أ. د عياشي شعبان" الذي تفضل بقبول الإشراف على هذه الرسالة، فكان نعم الموجه والمرشد، فأسأل الله عز وجل أن يجازيه خير الجزاء.

كما لا أفوت توجيه خالص تشكراتي لأعضاء لجنة المناقشة الذين بالرغم من انشغالاتهم قبلوا مناقشة هذه الرسالة.

قائمة المختصرات باللغة الفرنسية:

Art : article.

Bull civ : bulletin des arrêts de la cour de cassation chambre civil.

Ch : chambre.

Civ : civil.

D : Dalloz.

Ed : édition.

Gaz pal : gazette du palais.

J.C.P : Juris Classeur Périodique.

J.O.R.F : journal officiel de la république française.

L.G.D.J : Librairie générale de droit et de jurisprudence.

L' I.E.J : L'institut d'études judiciaires.

N : numéro.

P : page.

P U F : Presse universitaire française .

Rev : revue .

Rev. Éco. dr .imm : revue économique de droit immobilier.

T : tome.

Vol : volume.

مقدمة

مقدمة:

يعد مشكل السكن من بين أهم المشاكل التي برزت في الجزائر منذ الاستقلال، وذلك باعتباره ضرورة من ضروريات الحياة التي لا يمكن للفرد الاستغناء عنها، وأكثر الحاجات الاجتماعية الحساسة التي تساعد في تحقيق الأمن والاستقرار للبلاد.

ونظرا لأهمية السكن في حياة الفرد، سعت الدولة الجزائرية جاهدة من أجل توفير مسكن لائق لكل مواطن، حيث اعتبرت الحق في السكن حق اجتماعي مضمون من طرف الدولة، وذلك بموجب دستور 1976، وأخذت على عاتقها مسؤولية إنجاز السكن وتمويله وذلك من خلال تجنيد كل الوسائل المادية والبشرية المتاحة، أين كانت السلطات العمومية هي المتدخل الوحيد في سوق السكنات دون مشاركة أي جهات أخرى (الخواص) وحتى المواطن.

إلا أن الدولة لم تتمكن من تلبية الطلبات المتزايدة على السكن، الأمر الذي أدى إلى ضرورة وضع سياسة كفيلة بهدف الاستجابة للطلب المتزايد على السكن وجعل الحصول عليه أمرا ممكنا دون إحداث اختلال في ميزانية الدولة.

لذلك قام المشرع الجزائري بإصدار القانون رقم 07/86، الصادر بتاريخ 03/04 /1986 المتعلق بالترقية العقارية، والذي يعد أول نص قانوني يعبر صراحة عن بعث الترقية العقارية في الجزائر، هذه الأخيرة التي اعتبرتها الدولة الجزائرية الآلية القانونية التي تلبي الحاجات الخاصة من السكن للمواطنين، والحل الوحيد للتخفيف من أزمة السكن.

وبموجب هذا القانون استحدث المشرع الجزائري آلية جديدة يتم فيها بيع العقارات أو المباني المنجزة في إطار الترقية العقارية قبل إنجازها أو الانتهاء من عملية إنجازها، سميت هذه الآلية ببيع العقار قبل الإنجاز أو في طور الإنجاز، كما استحدث المشرع الجزائري صيغة جديدة من صيغ التعاقد، أطلق

عليها تسمية "عقد حفظ الحق"، هذا الأخير الذي يعد عقد تمهيدي غير ناقل للملكية، يخول للراغب في التعاقد من حجز المسكن الذي يرغب في شرائه وهو في طور الانجاز ليضمن عدم مزاحمة غيره له في اقتنائه، مقابل دفع تسبيق مالي، على أمل أن يتم اقتناؤه بعد الانتهاء من إنجازه، بتحرير عقد بيع نهائي مقابل دفع بقية الثمن.

وأمام توجه الجزائر نحو نمط اقتصاد السوق بموجب دستور 23 فيفري 1989، كان لا بد للترقية العقارية أن تحظى بنظام قانوني واضح يتناسب مع التوجه الجديد الذي تبنته الجزائر، حيث تم إلغاء القانون رقم 07/86، وأصدر المشرع الجزائري المرسوم التشريعي رقم 03/93 الصادر بتاريخ 1993/03/01، المتعلق بالنشاط العقاري، هذا الأخير الذي جاء بمفهوم جديد للترقية العقارية وفتح المجال أمام الخواص على أساس المنافسة الحرة بين القطاع العام والقطاع الخاص في الترقية العقارية، بعد أن كانت محتكرة من قبل القطاع العام.

وبخلاف القانون الملغى الذي سمح بحجز العقار وهو في طور الانجاز بموجب عقد حفظ الحق، فإن هذا المرسوم ألغى هذا العقد، واستحدث صيغة جديدة تسمح ببيع العقار قبل الانجاز سميت "بعقد البيع على التصاميم"، هذا العقد الذي انتشر انتشارا واسعا في الجزائر نتيجة لما يحققه من فوائد لكل من أطرافه، فهو يمكن المشتري من الحصول على مسكن بدون أن يكون ملزما بدفع ثمنه دفعة واحدة، حيث يتم الدفع على أقساط حسب تقدم أشغال البناء، كما تمكن البائع (المتعامل في الترقية العقارية) من تمويل مشروعه عن طريق الاستفادة من الأقساط.

إلا أن إلغاء عقد حفظ الحق من قبل المشرع الجزائري أتاح الفرصة لبعض المتعاملين في الترقية العقارية من النصب والاحتيال على المواطنين الذين وجدوا أنفسهم ملزمون على دفع تسبيقات مالية دون توثيق هذه العملية أو دون حصولهم على سندات رسمية تثبت هذه العملية، وذلك بحجة أنهم لجئوا إلى

استعمال قروض عقارية مخصصة لتمويل مشروع البناء، وبالتالي لا يمكنهم إبرام عقد البيع على التصاميم باعتباره عقد ناقل للملكية، ولا يمكنهم أيضا إبرام عقد حفظ الحق لأن المشرع الجزائري ألغى هذا العقد، وفي الأخير يجد المواطنون أنفسهم ضحية مشاريع إسكان وهمية هدفها الاستحواذ على أموالهم. كل هذه العوامل ساهمت بالدفع في إيجاد إطار قانوني جديد لضبط أحكام نشاط الترقية العقارية وتنظيم مهنة المتعاملين في الترقية العقارية، وهذا ما تم فعلا حيث أصدر المشرع الجزائري القانون رقم 04/11 المؤرخ في 2011/02/17، الذي يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية.

ومن خلال هذا القانون أعاد المشرع الجزائري تنظيم عقد حفظ الحق من جديد بعد أن قام بإلغائه بموجب المرسوم التشريعي رقم 03/93 وبأحكام جديدة، وبهذا أصبح المشرع الجزائري يعتمد على صيغة عقد حفظ الحق وعقد بيع العقار على التصاميم معا، وذلك لمنع كل أشكال التحايل على المواطنين، وبعث جو من الثقة والائتمان بين المتعاقدين، والأهم من ذلك ردع بعض المتعاملين في الترقية العقارية- والذي أصبح المشرع الجزائري يطلق عليهم تسمية المرقيين العقاريين بموجب القانون رقم 04/11- الذين أصبحوا لا يرون في عملية بيع العقارات المقرر بناؤها أو في طور البناء سوى وسيلة للاستثمار وجني الأموال حتى ولو كان ذلك على حساب المواطن.

وعليه يكتسي موضوع عقد حفظ الحق في بيع العقار المقرر بناؤه و الذي اخترناه موضوعا لدراستنا أهمية بالغة، كونه يتعلق بالترقية العقارية التي تعد موضوع الساعة بسبب ما تطرحه من إشكالات قانونية ونزاعات قضائية، وبمشكل السكن الذي أضحى من بين أهم المشاكل التي تعاني منها الدولة والمواطن على حد سواء.

وتكمن الأهمية العلمية لموضوع دراستنا في إثراء الموضوع من الناحية النظرية، حيث حاولنا إعطاء صورة واضحة ودقيقة لمفهوم عقد حفظ الحق وغايته، وذلك لتتوير إرادة المتعاقدين (المرقي

العقاري وصاحب حفظ الحق) وإعلامهم بالحقوق التي سيكتسبونها والالتزامات التي يتعين عليهم تنفيذها بمقتضى هذا العقد، وإحاطة الموضوع من جميع الجوانب خاصة وأن هذا العقد يثير العديد من التساؤلات والإشكالات القانونية التي سوف نحاول الإجابة عنها ووضع الحلول المناسبة لها.

أما الأهمية العملية لهذا لموضوع فتكمن في الخروج بجملة من التوصيات التي تعد في صالح الراغبين في التعاقد (أصحاب حفظ الحق) والمراقبين العقاريين وحتى الموثقين والقضاة والمحافظين العقاريين، والذين هم بحاجة إليها لمواجهة الصعوبات والعراقيل التي قد تواجههم في الواقع العملي.

أما بخصوص الأسباب التي دفعتنا إلى اختيار عقد حفظ الحق في بيع العقار المقرر بناؤه كموضوع لدراستنا، هو حداثة هذا الأخير وعدم الإحاطة بجميع جوانبه من قبل الفقه، حيث كان هدفنا من وراء هذه الدراسة هو تجميع الموضوع خاصة أمام قلة المؤلفات الفقهية في الجزائر حوله الشيء الذي جعلنا نعتمد أساسا على النصوص القانونية المبعثرة المتعلقة بنشاط الترقية العقارية وأملنا أن نقدم بحثا علميا نثري به المكتبة .

ولمعالجة موضوع دراستنا من كل الجوانب قمنا بطرح الإشكالية التالية: ما هو النظام القانوني

لعقد حفظ الحق في بيع العقار المقرر بناؤه؟

وهذه الإشكالية تتفرع منها العديد من التساؤلات الفرعية، نذكر منها ما يلي:

- ماهية عقد حفظ الحق في بيع العقار المقرر بناؤه؟
- ما هي الطبيعة القانونية لعقد حفظ الحق في بيع العقار المقرر بناؤه؟
- ما هي الالتزامات التي رتبها المشرع الجزائري على عاتق كل من المرقى العقاري وصاحب حفظ الحق؟

- ما هي الضمانات القانونية التي أقرها المشرع الجزائري لحماية صاحب حفظ الحق؟ وهل تعد هذه

الضمانات كافية أم لا؟

- ما هي الجزاءات التي وقعها المشرع الجزائري على المرقى العقاري في حالة إخلاله بالتزاماته التعاقدية؟
للإجابة عن هذه الإشكالية ارتأينا أن نعتمد على المنهج المقارن، باعتباره المنهج الأنسب لطبيعة موضوع بحثنا، حيث حرصنا أن تكون دراستنا لهذا الموضوع عبارة عن دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والقانون الفرنسي، وذلك لوجود صلة وثيقة بينهما، بالإضافة إلى وجود اختلافات في بعض التفاصيل المتعلقة بالعقد بين القانونين، وهذا من شأنه أن يثري الموضوع عن طريق المقارنة، كما اعتمدنا أيضا على المنهج التحليلي الذي يقوم على تحليل الآراء الفقهية والنصوص القانونية والأحكام القضائية ومناقشتها، وترجيح الآراء التي نراها سديدة في رأينا عند الاختلاف في مسألة ما، بالإضافة إلى المنهج التاريخي الذي إعتدناه في دراسة التطور التاريخي لعقد حفظ الحق، والمراحل التي مر بها من صدور القانون رقم 07/86 إلى غاية صدور القانون رقم 04/11، وكذا المنهج الوصفي لوصف كل ما يتعلق بموضوع البحث.

ولمعالجة هذا الموضوع والإجابة على الإشكالية المطروحة حوله، إرتأينا إلى تقسيم هذا البحث إلى بابين، خصصنا الباب الأول لدراسة ماهية عقد حفظ الحق في بيع العقار المقرر بناؤه وكيفية إبرامه، وذلك في فصلين، خصصنا الفصل الأول لدراسة ماهية عقد حفظ الحق في بيع العقار المقرر بناؤه، وذلك في مبحثين، نتكلم في المبحث الأول عن مفهوم هذا العقد، أما المبحث الثاني فخصصناه لدراسة التكييف القانوني لهذا العقد، أما الفصل الثاني فخصصناه لدراسة إبرام عقد حفظ الحق في بيع العقار المقرر بناؤه، وذلك في مبحثين، خصصنا المبحث الأول لدراسة الشروط الموضوعية، أما المبحث الثاني فخصصناه لدراسة الشروط الشكلية.

أما الباب الثاني فخصصناه لدراسة آثار عقد حفظ الحق في بيع العقار المقرر بناؤه وذلك في فصلين، خصصنا الفصل الأول لدراسة الالتزامات التعاقدية المترتبة على المرقى العقاري وذلك في

مبحثين، عرضنا في المبحث الأول التزامات المرقى العقاري قبل انجاز العقار المحفوظ، أما المبحث الثاني فعرضنا فيه التزامات المرقى العقاري بعد انجاز العقار المحفوظ، أما الفصل الثاني فخصصناه لدراسة الالتزامات التعاقدية المترتبة على صاحب حفظ الحق وطرق حمايته، وذلك في مبحثين، تطرقنا في المبحث الأول للالتزامات التعاقدية المترتبة على صاحب حفظ الحق أما المبحث الثاني فتطرقنا فيه الضمانات والوسائل القانونية المقررة لحماية صاحب حفظ الحق

وختمنا دراستنا بخاتمة بينا فيها أهم النتائج المتوصل إليها، بالإضافة إلى جملة من الحلول

والاقتراحات

الباب الأول:

ماهية عقد حفظ الحق في بيع العقار المقرر

بناؤه وكيفية إبرامه.

الباب الأول: ماهية عقد حفظ الحق في بيع العقار المقرر بناؤه وكيفية إبرامه.

يعد عقد حفظ الحق في بيع العقار المقرر بناؤه صيغة من صيغ التعاقد الحديثة التي فرضها الواقع العملي في عديد من الدول من بينها الجزائر وفرنسا، حيث ظهر في فرنسا لأول مرة سنة 1967، حيث نظمه المشرع الفرنسي بموجب القانون رقم 03/67، المتعلق ببيع العقارات المقرر بناؤها والالتزام بضمان عيوب البناء، أما في الجزائر فنظم لأول مرة سنة 1986 بموجب القانون رقم 07/86 المتعلق بالترقية العقارية.

وبما أن عقد حفظ الحق في بيع العقار المقرر بناؤه يعد من العقود الجديدة فهذا يتطلب منا ضرورة تحليل كل عنصر من عناصره تحليلا دقيقا، وهذا ما دعانا إلى تقسيم هذا الباب إلى فصلين، خصصنا الفصل الأول لدراسة ماهية عقد حفظ الحق في بيع العقار المقرر بناؤه، أما الفصل الثاني فخصصناه لدراسة إبرام عقد حفظ الحق في بيع العقار المقرر بناؤه.

الفصل الأول: ماهية عقد حفظ الحق في بيع العقار المقرر بناؤه.

إن دراسة ماهية العقد بصفة عامة وعقد حفظ الحق في بيع العقار المقرر بناؤه بصفة خاصة تعد مسألة في غاية الأهمية، حيث لا يمكن لنا التحكم في موضوع الدراسة إلا بعد تحديد مفهومه والمراحل التاريخية الذي مر بها، بالإضافة إلى تحديد طبيعته القانونية.

لذلك قسمنا موضوع دراستنا إلى مبحثين، تطرقنا في المبحث الأول لدراسة مفهوم عقد حفظ الحق في بيع العقار المقرر بناؤه، حيث ركزنا في دراستنا على القانون رقم 04/11 المحدد للقواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية، ومقارنته بالقانون رقم 07/86 المتعلق بالترقية العقارية (الملغى)، مع الإشارة إلى العقد التمهيدي الذي نظمه المشرع الفرنسي لاسيما القانون رقم 03/67 المؤرخ في 03/01/1967،

المتعلق ببيع العقار المقرر بناؤه وضمان عيوب البناء، أما المبحث الثاني فخصصناه لدراسة التكيف القانوني لعقد حفظ الحق في بيع العقار المقرر بناؤه .

المبحث الأول: مفهوم عقد حفظ الحق في بيع العقار المقرر بناؤه.

لإعطاء مفهوم دقيق لعقد حفظ الحق في بيع العقار المقرر بناؤه، لابد من معرفة كل الجوانب المتعلقة بهذا العقد، الأمر الذي يتطلب منا أولاً وضع تعريف شامل له، بالإضافة إلى تحديد خصائصه التي تميزه عن غيره من العقود المشابهة له، ثم البحث عن مراحل تطور هذا العقد.

لذلك قسمنا هذا المبحث إلى مطلبين، خصصنا المطلب الأول لدراسة تعريف عقد حفظ الحق في بيع العقار المقرر بناؤه وتحديد خصائصه، أما المطلب الثاني فخصصناه لدراسة التطور التاريخي لعقد حفظ الحق في بيع العقار المقرر بناؤه.

المطلب الأول: تعريف عقد حفظ الحق في بيع العقار المقرر بناؤه وتحديد خصائصه.

إنّ الوقوف على حقيقة المقصود بعقد حفظ الحق في بيع العقار المقرر بناؤه يقتضي منا أن نتطرق إلى تعريف عقد حفظ الحق في بيع العقار المقرر بناؤه وتبيان خصائصه التي تميزه عن بقية أنواع العقود.

لذلك قسمنا هذا المطلب إلى فرعين، تطرقنا في الفرع الأول تعريف عقد حفظ الحق في بيع العقار المقرر بناؤه، أما الفرع الثاني فخصصناه لدراسة خصائص عقد حفظ الحق في بيع العقار المقرر بناؤه.

الفرع الأول: تعريف عقد حفظ الحق في بيع العقار المقرر بناؤه.

عرف المشرع الجزائري عقد حفظ الحق من خلال نص المادة 27 من القانون رقم 04/11 المحدد القواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية¹ بأنه: « العقد الذي يلتزم بموجبه المرقى العقاري بتسليم العقار المقرر بناؤه أو في طور البناء لصاحب حفظ الحق، فور إنتهائه، مقابل تسبيق يدفعه هذا الأخير. يودع مبلغ التسبيق المدفوع من طرف صاحب حفظ الحق في حساب مفتوح باسم هذا الأخير لدى هيئة ضمان عمليات الترقية العقارية المنصوص عليها في المادة 56 من هذا القانون ».

أما المشرع الفرنسي فعرف عقد حفظ الحق، والذي أطلق عليه تسمية العقد التمهيدي أو عقد الحجز، من خلال نص المادة 11 من القانون رقم 03/67 المؤرخ في 03 جانفي 1967، المتعلق ببيع العقارات المقرر بناؤها والتزام البائع بضمان عيوب البناء بأنه: « العقد الذي يلتزم بمقتضاه البائع بحجز عقار أو جزء من عقار للمشتري المحجوز له، في مقابل أن يدفع هذا الأخير مبلغ مالي كضمان يودع في حساب خاص².

وما يلاحظ على هذين التعريفين، أن المشرع الفرنسي جعل الالتزام الأساسي الذي يقع على عاتق البائع بموجب هذا العقد، هو الالتزام بحجز العقار المقرر بناؤه أو في طور البناء للحاجز (المشتري) وهذا

¹ القانون رقم 04/11، المؤرخ في 02/02/2011، المحدد القواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية، ج ر عدد 14، الصادرة بتاريخ 06/03/2011.

² L'article 11 de la loi du 03 janvier 1967: « la vente peut être précédée d'un contrat préliminaire par lequel en contrepartie d'un dépôt de garantie effectué à un compte spécial le vendeur s'engage à réserver à un acheteur un immeuble ou une partie d'immeuble »

La loi n° 67/03, du 03 janvier 1967, relative aux ventes d'immeubles à construire et à l'obligation de garantie à raison des vices de construction. Publié sur www.ligfrance.com

يختلف تماما عند المشرع الجزائري الذي جعل الالتزام الأساسي للمرقي العقاري بموجب هذا العقد هو تسليم العقار المقرر بناؤه أو في طور البناء لصاحب حفظ الحق فور إنجازه.

ويبدو لنا أن تعريف المشرع الجزائري لعقد حفظ الحق لم يكن صائبا، لأن التزام المرقي العقاري بالتسليم يتناقض وطبيعة هذا العقد، حيث أن الغاية من وراء تنظيم هذا العقد تكمن في ضمان حقوق الراغبين في اقتناء هذه العقارات المقرر بناؤها وحصولهم على الأولوية عن غيرهم من المتزاحمين الذين يرغبون في التعاقد مع المرقي العقاري، وبالتالي فإن الالتزام الأساسي الذي لا بد أن يقع على المرقي العقاري هو الالتزام بحجز العقار المقرر بناؤه أو في طور البناء وعدم بيعه لأي شخص آخر، وليس الالتزام بالتسليم.

كما أن الالتزام بالتسليم طبقا للقواعد العامة يعد فرعا عن الالتزام بنقل الملكية طبقا لنص المادة 167 من القانون المدني الجزائري، التي تنص على أن: "الالتزام بنقل حق عيني يتضمن الالتزام بتسليم الشيء والمحافظة عليه حتى التسليم"، بينما عقد حفظ الحق في بيع العقار المقرر بناؤه يعد عقد غير ناقل للملكية، حيث تنص المادة 31 من قانون 04/11 المحدد للقواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية على أنه: "يتم تحويل ملكية عقار موضوع عقد حفظ الحق عند تاريخ التسديد النهائي لسعر العقار المحفوظ، ويجب إعداد عقد البيع أمام موثق طبقا للتشريع المعمول به"، وهذا معناه أن الأثر العيني المتمثل في نقل الملكية لا يترتب إلا بعد إبرام عقد البيع النهائي، وتسديد الثمن الكلي من طرف صاحب حفظ الحق، وبالتالي لا يمكن أن نتصور نشأة الالتزام بالتسليم بموجب عقد حفظ الحق طالما أن الالتزام بالتسليم يعد فرعا عن الالتزام بنقل الملكية.

كما يرى الأستاذ "عياشي شعبان" أن هذا التعريف لا يستقيم مع طبيعة عقد حفظ الحق الذي يعد من قبيل الاتفاقات التي تسبق إبرام العقد النهائي، فالقول أن المرقي العقاري يلتزم بتسليم العقار المقرر

بناؤه لصاحب حفظ الحق فور الإنهاء من البناء يعني أن هذا العقد يلزم المرقى العقاري بالتسليم، وهو نفس الالتزام الذي يرتبه العقد النهائي في ذمة البائع في بيع العقار بناء على التصاميم أو الذي يرتبه العقد النهائي في ذمة البائع في البيع العادي هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن إلزام عقد حفظ الحق المرقى العقاري بتسليم العقار المبيع بمجرد الإنهاء من بنائه إلى صاحب حفظ الحق يتعارض مع حق كل طرف من طرفيه في التخلص من هذا العقد إذا تراءى له ذلك عملاً بالمادة 32 من القانون رقم 04/11 التي نصت على أنه يمكن فسخ عقد حفظ الحق في أي وقت خلال إنجاز المشروع العقاري بطلب من أحد الطرفين مع قبول الطرف الآخر، أو بطلب من صاحب حفظ الحق أو بطلب من المرقى العقاري¹.

كما يرى أيضا الأستاذ "عياشي شعبان" أن المشرع الجزائري لم يوفق عند تعريفه لعقد حفظ الحق، فبدلاً أن يأخذ بتعريف المشرع الفرنسي للعقد التمهيدي أو عقد الحجز الذي جاءت به المادة 11 من قانون 03 جانفي 1967 المذكورة سابقاً، أخذ بتعريف المشرع الفرنسي للعقد النهائي لبيع العقار المقرر بناؤه في صورة البيع الآجل، والدليل على ذلك هو أن نص المادة 27 من القانون رقم 04/11 التي عرفت عقد حفظ الحق تكاد تتطابق مع المادة 2/1601 القانون المدني الفرنسي التي عرفت البيع الآجل بأنه²: "العقد الذي يلتزم بمقتضاه البائع بتسليم العقار عند الانتهاء من بنائه ويتعهد المشتري

¹ عياشي شعبان، عقد بيع العقار بناء على التصاميم، دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والقانون الفرنسي، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الاخوة منتوري قسنطينة 1، 2012، ص 74.

² L'Article 1601/1 du code civil français : " La vente à terme est le contrat par lequel le vendeur s'engage à livrer l'immeuble à son achèvement, l'acheteur s'engage à en prendre livraison et à en payer le prix à la date de livraison. Le transfert de propriété s'opère de plein droit par la constatation par acte authentique de l'achèvement de l'immeuble ; il produit ses effets rétroactivement au jour de la vente. "

باستلامه ودفع الثمن عند التسليم ويتم انتقال الملكية بقوة القانون بموجب عقد رسمي بعد الانتهاء من أشغال البناء بأثر رجعي من تاريخ إبرام العقد " ¹

ويبدو لنا أن المشرع الجزائري قد تدارك بأن الالتزام الأساسي الذي يقع على عاتق المرقى العقاري هو الحجز بدلا من التسليم، حيث نص في المرسوم التنفيذي رقم 431/13 المؤرخ في 2013/12/18، الذي يحدد نموذجي عقد حفظ الحق وعقد البيع على التصاميم للأمالك العقارية، وكذا حدود تسديد سعر الملك موضوع عقد البيع على التصاميم ومبلغ عقوبة التأخير وأجالها وكيفيات دفعها²، في الملحق الثاني الخاص بنموذج عقد حفظ الحق، وبالأخص في الفقرة الخاصة بموضوع العقد ما يلي: " يلتزم المرقى العقاري بموجب عقد حفظ الحق هذا، بتخصيص لصاحب حفظ الحق المعين أعلاه، الملك العقاري المقرر بناؤه أو في طور البناء، الذي تم وصفه أدناه، بغرض اقتنائه عند إتمامه، مقابل دفع تسبيق من طرف صاحب حفظ الحق، في حساب مفتوح باسم صاحب حفظ الحق لدى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة"³.

حيث لاحظنا أن المشرع الجزائري قام باستبدال كلمة "تسليم"، التي ذكرها في تعريف عقد حفظ الحق، بموجب نص المادة 27 من قانون 04/11 السالف ذكرها، بكلمة "تخصيص" وبهذا أصبح الالتزام الأساسي الذي يقع على عاتق المرقى العقاري بموجب هذا العقد هو تخصيص (حجز) العقار المقرر بناؤه أو في طور البناء لصاحب حفظ الحق، بدلا من تسليم العقار المقرر بناؤه أو في طور البناء لصاحب حفظ الحق.

¹ عياشي شعبان، المرجع السابق، ص 74، 75.

² المرسوم التنفيذي رقم 431/13 المؤرخ في 2013/12/18، الذي يحدد نموذجي عقد حفظ الحق وعقد البيع على التصاميم للأمالك العقارية، وكذا حدود تسديد سعر الملك موضوع عقد البيع على التصاميم ومبلغ عقوبة التأخير وأجالها وكيفيات دفعها، ج ر عدد 66، الصادرة بتاريخ 2013/12/25.

³ راجع في ذلك: الملحق رقم 2، المتعلق بنموذج عقد حفظ الحق، المرفق بالمرسوم التنفيذي رقم 431/13 السابق ذكره.

وفي الأخير يمكننا القول أن المشرع الجزائري قد استقل بتعريف خاص لعقد حفظ الحق بموجب نص المادة 27 من القانون رقم 04/11 المحدد للقواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية يختلف عن تعريف المشرع الفرنسي للعقد التمهيدي الذي عرفه بموجب نص المادة 11 من القانون رقم 03/67 المتعلق ببيع العقارات المقرر بناؤها والتزام البائع بضمان عيوب البناء ، إلا أنه لا يمكننا أن نتجاهل بأن المشرع الجزائري استمد تعريف هذا العقد من المشرع الفرنسي، وبالأخص من نص المادة 2/1601 من القانون المدني الفرنسي التي عرفت البيع الآجل.

ومن خلال كل ما سبق لنا ذكره، حاولنا تعريف عقد حفظ الحق في بيع العقار المقرر بناؤه بأنه: ذلك العقد التمهيدي الذي يلتزم بموجبه المرقي العقاري بحجز أو تخصيص العقار المقرر بناؤه لصاحب حفظ الحق، بغرض اقتنائه بعد إتمامه، مقابل تسبيق يودعه صاحب حفظ الحق في حساب مفتوح باسمه لدى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة ويتم تسليم العقار المقرر بناؤه، بعد الانتهاء من إنجازه وتحرير عقد البيع النهائي الناقل للملكية العقارية، لصاحب حفظ الحق مقابل أن يدفع هذا الأخير الثمن الكلي للعقار المحفوظ.

وبعد تعريفنا لعقد حفظ الحق في بيع العقار المقرر بناؤه، ننتقل لتحديد الخصائص التي يتميز بها هذا العقد، وهذا ما سوف نقوم بدراسته من خلال الفرع الموالي:

الفرع الثاني: خصائص عقد حفظ الحق في بيع العقار المقرر بناؤه.

يمتاز عقد حفظ الحق في بيع العقار المقرر بناؤه كغيره من العقود بجملة من الخصائص التي تميزه عن باقي العقود، ومن بين أهم الخصائص التي يمتاز بها هذا العقد: أنه عقد ملزم لجانبيين (الفقرة الأولى)، وأنه عقد رسمي (الفقرة الثانية) حيث اشترط المشرع الجزائري إفراغه في قالب الرسمي، كما أنه غير ناقل للملكية (الفقرة الثالثة) لأن الالتزام الأساسي الذي يقع على عاتق المرقي العقاري بموجب هذا

العقد هو الالتزام بالحجز وليس نقل الملكية، وأنه صورة من صور البيع الآجل (الفقرة الرابعة)، بالإضافة إلى أنه واقع على عقار غير موجود أثناء التعاقد (الفقرة الخامسة) وإنما مقرر بناؤه مستقبلاً، كما أنه يعد عقد ذو طابع اقتصادي (الفقرة السادسة).

الفقرة الأولى: أنه عقد ملزم لجانبين.

يعرف العقد الملزم لجانبين أو العقد التبادلي "contrat synallagmatique"، بأنه العقد الذي ينشئ التزامات متبادلة في ذمة كل من المتعاقدين¹، حيث عرفه المشرع الجزائري بموجب المادة 55 من القانون المدني الجزائري كما يلي: " يكون العقد ملزماً للطرفين، متى تبادل المتعاقدان الالتزام بعضهما بعضاً"، كما عرفه المشرع الفرنسي بموجب نص المادة 1106 من القانون المدني الفرنسي كالاتي: " يكون العقد ملزماً لجانبين إذا التزم المتعاقدان بالتقابل فيما بينهما، كل منهما نحو الآخر"².

ويعتبر عقد حفظ الحق في بيع العقار المقرر بناؤه من العقود الملزمة لجانبين، لأنه ينشئ التزامات متبادلة في ذمة كل من المرقى العقاري (الحاجز) وصاحب حفظ الحق (المحجوز له)، فطبقاً لنص المادة 11 من القانون رقم 03/67 السابق ذكره، والمادة 27 من القانون رقم 04/11 المحدد للقواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية، فإن التزام المرقى العقاري بحجز العقار المقرر بناؤه لصاحب حفظ الحق وعدم بيعه لشخص آخر، يقابله التزام صاحب حفظ الحق بدفع التسبيق النقدي أو ما يسمى بوديعة الضمان.

¹ العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري التصرف القانوني، "العقد والإرادة المنفردة"، ج 1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ب س، ص 48.

² L'article 1106 du code civil français : « le contrat est synallagmatique lorsque les contractants s'obligent réciproquement les uns envers les autres ».

وقد أكدت أيضا المحكمة العليا في قراها الصادر بتاريخ 2009/04/08¹، رقم 516800، في قضية (س ن) ضد المؤسسة الولائية لترقية السكن العائلي بأم البواقي، على أن عقد حفظ الحق يعد عقد ملزم لجانبين، حيث جاء في هذا القرار: "بأن طبيعة عقد حفظ الحق ملزم لجانبين وليس عقد إذعان".

كما أنه في العقود الملزمة لجانبين² إذا امتنع أحد المتعاقدين عن تنفيذ التزامه، جاز للمتعاقد الآخر أن يطلب فسخ العقد لكي يتحلل من التزاماته المتقابلة³، فينقضي العقد بأثر رجعي⁴، وبما أن عقد حفظ الحق ملزم لجانبين، فإنه طبقا للقواعد العامة، وخاصة المادة 119 من القانون المدني الجزائري التي نصت على أنه: " في العقود الملزمة لجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه، جاز للمتعاقد الآخر بعد إذاره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه...".، فإنه يجوز لأحد أطراف العقد (المركي العقاري أو صاحب حفظ الحق) أن يطالب بفسخ العقد المبرم بينهما، في حالة إخلال الطرف الآخر بالتزاماته.

¹ قرار صادر عن المحكمة العليا، رقم 516800، الصادر بتاريخ 2009/04/08، مجلة المحكمة العليا، عدد 2، لسنة 2009، ص 243 .

² العقود الملزمة لجانبين تقوم على فكرة التبادل أو التقابل، أي أن كل التزام يعد سببا لالتزام الطرف الآخر، وبالتالي إذا أبطل التزام أحدهما أيا كان سبب ذلك، فإن الالتزام الآخر يفقد سببه ويعتبر العقد كله باطلا، كما أن الفسخ و الدفع بعدم التنفيذ أمور لا تجد عملها إلا في العقود الملزمة لجانبين، فيستطيع أحد المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه طالما لم يتم الطرف الآخر بتنفيذه (وهذا ما يسمى بالدفع بعدم التنفيذ) وأيضا إذا لم يؤد أحد الأطراف التزامه الواقع على عاتقه، يستطيع الطرف الآخر اللجوء إلى القضاء وفسخ العقد.

راجع في ذلك: منصور محمد أمجد، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، ط6، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2011، ص 41.

³ أحمد شوقي محمد عبد الرحمان، الدراسات البحثية في نظرية العقد، في الفقه والقضاء المصري والفرنسي، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2006، ص 24.

- السنهوري أحمد عبد الرزاق، نظرية العقد، ج1، ط2، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1998، ص 131.

⁴ تنص المادة 122 من القانون المدني الجزائري بأنه: "إذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، فإذا استحال ذلك جاز للمحكمة أن تحكم بالتعويض".

غير أنه وبالرجوع إلى نص المادة 32 من قانون 04/11، المحدد للقواعد المنظمة لنشاط الترقية

العقارية، التي تنص على أنه: "يمكن فسخ عقد حفظ الحق في أي وقت خلال انجاز المشروع العقاري:

- بطلب من أحد الطرفين مع قبول الطرف الآخر.

- بطلب من صاحب حفظ الحق، وفي هذه الحالة يستفيد المرقى العقاري من اقتطاع بنسبة خمسة عشر بالمائة (15%) من مبلغ التسبيق المدفوع.

- بطلب من المرقى العقاري، في حالة عدم احترام صاحب حفظ الحق لالتزاماته، وذلك بعد إذارين (2)، مدة كل واحد منهما شهر واحد (1) ولم يرد عليهما، يبلغان عن طريق محضر قضائي.

نلاحظ أن المشرع الجزائري أقر للمرقى العقاري أن يطلب فسخ عقد حفظ الحق في حالة عدم احترام صاحب حفظ الحق لالتزاماته التعاقدية، غير أنه لم يقر لصاحب حفظ الحق، الحق في طلب فسخ هذا العقد في حالة عدم احترام المرقى العقاري لالتزاماته التعاقدية فهل هذا يعني أنه لا يجوز لصاحب حفظ الحق طلب فسخ عقد حفظ الحق، رغم إخلال المرقى العقاري لالتزاماته التعاقدية؟

يبدو لنا أن عدم إقرار حق الفسخ لصاحب حفظ الحق، في حالة إخلال المرقى العقاري بالتزاماته المترتبة عليه بموجب عقد حفظ الحق، كان مجرد إغفال فقط من قبل المشرع الجزائري فبمفهوم المخالفة لنص المادة 32 المذكورة أعلاه، وخاصة في عبارة "...بطلب من المرقى العقاري في حالة عدم احترام المرقى العقاري لالتزاماته..."، نستنتج بأنه يجوز لصاحب حفظ الحق أيضا، أن يطلب فسخ العقد في حالة عدم احترام المرقى العقاري لالتزاماته، مادام أن عقد حفظ الحق يعتبر من العقود الملزمة لجانبين.

فالمشرع الجزائري خول صراحة بموجب نص المادة 32 المذكورة أعلاه، لصاحب حفظ الحق طلب فسخ العقد في أي وقت خلال إنجاز المشروع العقاري، سواء كان هذا الفسخ اتفاقي، أي باتفاق كل من المرقى العقاري وصاحب حفظ الحق على فسخ العقد، أو غير اتفاقي أي دون الاتفاق بينهما حيث سمح لصاحب حفظ الحق فسخ العقد حتى ولو لم يخل المرقى العقاري بالتزاماته التعاقدية، بشرط اقتطاع

المرفي العقاري نسبة 15% من مبلغ التسبيق المدفوع، فكيف لا يجوز له طلب فسخ العقد في حالة إخلال المرفي العقاري بالتزاماته؟

الفقرة الثانية: أنه عقد رسمي.

لقد اعتبر المشرع الجزائري من خلال أحكام القانون رقم 07/86 المتعلق بالترقية العقارية الملغى¹، بأن عقد حفظ الحق هو مجرد عقد عرفي²، لا تشترط فيه الكتابة الرسمية، بل تكفي فيه الكتابة العرفية، مع ضرورة إخضاعه لعملية التسجيل لدى مفتشية التسجيل والطابع، وذلك من أجل إعطائه تاريخا ثابتا، ويكون حجة على الغير في تاريخه³.

وقد أكدت المحكمة العليا في قرارها رقم 372339 الصادر بتاريخ 20/06/2007⁴، في قضية (ع - ح) ضد مؤسسة ترقية السكن العائلي لأم بواقي، على أن يحزر عقد حفظ الحق في مجال الترقية العقارية، في شكل عقد عرفي، ويخضع لاجراءات التسجيل، كما أكدت أيضا في قرارها رقم 483177

¹ القانون رقم 07/86، الصادر بتاريخ 04/03/1986، المتعلق بالترقية العقارية، ج ر عدد 10، المؤرخة في 05/03/1986.

² نص المشرع الجزائري بموجب نص المادة 31 من القانون رقم 07/86، المتعلق بالترقية العقارية، على أنه: "خلافا لأحكام المادة 12 من الأمر رقم 91/70، المؤرخ بتاريخ 15/12/1970 والمتضمن تنظيم التوثيق، وأحكام المادة 71 من القانون المدني، يحزر العقد التمهيدي المسمى "عقد حفظ الحق" في شكل "عقد عرفي"، ويخضع لإجراء التسجيل". كما نصت المادة 35 من المرسوم التنفيذي رقم 38/86، المؤرخ في 04/03/1986 الذي يحدد شروط الإكتتاب بإحدى عمليات الترقية العقارية وكيفياته، ويضبط الدفتر النموذجي والمناول النموذجي لعقد حفظ الحق، التي تنص ما يلي: "تسمى وثيقة حفظ "عقد حفظ الحق" وهي لازمة في أي بيع أجل، وتحرر في شكل عرفي، وتخضع لإجراء التسجيل". المرسوم التنفيذي رقم 38/86، المؤرخ في 04/03/1986، الذي يحدد شروط الإكتتاب بإحدى عمليات الترقية العقارية وكيفياته، ويضبط الدفتر النموذجي والمناول النموذجي لعقد حفظ الحق، ج ر، عدد 10، المؤرخة في 05/03/1986، ص 357.

³ حيث نصت المادة 328 من القانون المدني الجزائري على أنه: "لا يكون العقد العرفي حجة على الغير في تاريخه إلا منذ أن يكون له تاريخ ثابت، ويكون تاريخ العقد ثابتا ابتداء: من يوم تسجيله....".

⁴ قرار المحكمة العليا، الصنتر عن الغرفة المدنية، رقم 372339، الصادر بتاريخ 20/06/2007، مجلة المحكمة العليا، عدد 2، لسنة 2007، ص 186.

الصادر بتاريخ 20/02/2009¹، في قضية (ب م ومن معه) ضد (ورثة ب ط ومن معه)، على أن العقد العرفي حجة بين طرفيه من حيث موضوعه وتاريخه، ولا يحتج به على الغير إلا إذا كان ثابت التاريخ.

غير أنه وبالرجوع إلى نص المادة 351 من قانون التسجيل،² المعدلة والمتممة بموجب نص المادة 63 من قانون المالية لسنة 1992³، والتي تنص على أنه: " يمنع مفتشو التسجيل من القيام بإجراء تسجيل العقود العرفية، المتضمنة الأموال العقارية أو الحقوق المنقولة..."، نلاحظ وجود تناقض بين أحكام هذه المادة، والمادتين 31 و35 المذكورتين أعلاه، لأنه قبل صدور قانون المالية لسنة 1992، كان يجوز تسجيل العقود العرفية المتضمنة الأموال أو الحقوق العقارية⁴، وهو ما أخذ به المشرع الجزائري حين اعتبر أن عقد حفظ الحق عقد عرفي يخضع لعملية التسجيل، لكن بعد صدور قانون المالية لسنة 1992 اختلف الأمر وأصبح لا يجوز تسجيل العقود المتضمنة الأموال والحقوق العقارية إلا إذا كانت مفرغة في قالب رسمي، وهذا يعني ضرورة إفراغ عقد حفظ الحق المنظم بموجب القانون رقم 04/11 المحدد للقواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية في القالب الرسمي وليس في القالب العرفي كما كان عليه

¹ قرار المحكمة العليا، صادر عن الغرفة المدنية، رقم 438177، الصادر بتاريخ 20/05/2009، مجلة المحكمة العليا، عدد 01، 2009، ص 154.

² الأمر رقم 105/76 المؤرخ في 09/12/1976، المتضمن قانون التسجيل، ج ر، عدد 81، الصادرة بتاريخ 18/12/1977، ص 1212.

³ القانون رقم 25/91، المؤرخ في 18/12/1991، المتضمن قانون المالية لسنة 1992، ج ر، عدد 65، الصادرة بتاريخ 18/12/1991، ص 2440.

⁴ كانت العقود العرفية قبل صدور قانون المالية لسنة 1992 تخضع لعملية التسجيل، مع العلم أن تسجيل العقد العرفي لا يكسبه الرسمية، بل أقصى ما يفيد التسجيل هو إثبات التاريخ فقط، أما مضمون العقد العرفي فيبقى بعيدا كل البعد عن الرسمية. راجع: حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية، في ضوء آخر التعديلات وأحدث الأحكام، دار هومة، الجزائر، ص 111.

الحال سابقا، مادام محله وارد على عقار مقرر بناؤه مستقبلا، كما أنه يخضع لعملية التسجيل، وهذا ما تقرضه أحكام المادة 351 من قانون التسجيل.

إلا أن المشرع الجزائري لم ينص صراحة بموجب القانون رقم 04/11 المحدد للقواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية، على ضرورة إفراغ عقد حفظ الحق في القالب الرسمي، بل أشار إلى ذلك ضمنا، وهو ما أكدته نص المادة 30 من هذا القانون بقولها: "يجب أن يتضمن عقد حفظ الحق وعقد البيع على التصاميم المذكوران على التوالي في المادتين 27 و 28 أعلاه، أصل ملكية الأرضية ورقم السند العقاري، عند الاقتضاء ومرجعيات رخصة التجزئة، وشهادة التهيئة والشبكات، وكذا تاريخ ورقم رخصة البناء" فكل هذه الوثائق المذكورة في نص هذه المادة، تعد وثائق رسمية من المفروض أن تفرغ في عقد رسمي وليس في عقد عرفي.

وبصدور المرسوم التنفيذي 431/13 المؤرخ في 2013/12/18، المتضمن نموذج عقد البيع على التصاميم و عقد حفظ الحق، تبين لنا أن المشرع الجزائري اعتبر عقد حفظ الحق عقدا رسميا صراحة، حيث صرح في النموذج الخاص بعقد حفظ الحق على وجوب تحرير هذا العقد من قبل موثق وفقا للنموذج المعتمد، وأن يتم التوقيع عليه من قبل الأطراف المتعاقدة (المرقي العقاري وصاحب حفظ الحق)، والموثق الذي قام بتحرير العقد والشهود وأكد على ضرورة إخضاع هذا العقد للتسجيل طبقا لأحكام قانون التسجيل والطابع، كما نص صراحة على إعفائه من الإشهار العقاري.

أما بالنسبة للمشرع الفرنسي فيتبين لنا من خلال نص المادة 27/261¹ من قانون البناء والسكن الفرنسي، بأنه استوجب أن يكون العقد التمهيدي مكتوبا في عدة نسخ، مع ضرورة إعطاء نسخة من هذا

¹ L'article R261/27 du code de la construction et de l'habitation : « le contrat préliminaire est établi par écrit : un exemplaire doit en être remis au réservataire avant tout dépôt de fonds il doit obligatoirement reproduire les dispositions des articles R261/28 à 261/31 .»

العقد إلى المحجوز له قبل إيداعه أي تسبيق مالي، وهذا يعني أن المشرع الفرنسي لا يشترط أن يفرغ العقد التمهيدي في الشكل الرسمي، بل يكفي أن يحرر في وثيقة عرفية.

و بخلاف المشرع الجزائري الذي اشترط أن يتم تسجيل عقد حفظ الحق، فإن المشرع الفرنسي لم يحدد ما إذا كان العقد التمهيدي يخضع للتسجيل أم لا، وهنا يثير التساؤل حول ما إذا كان العقد التمهيدي يخضع للتسجيل أم لا؟

إن الإجابة هذا التساؤل تكون مرتبطة بتكييف هذا العقد، ذلك أن المادة (1840-أ) من قانون الضرائب العام الفرنسي، توجب أن يتم تسجيل الوعد الانفرادي بالبيع خلال 10 أيام من تاريخ الموافقة عليها من الحاجز وإلا كان الجزاء هو البطلان، وهذا معناه إذا اعتبرنا العقد التمهيدي وعدا انفراديا بالبيع يتعين تطبيق المادة المذكورة أعلاه، أما إذا لم يتم تكييف العقد بأنه وعد انفرادي بالبيع فلا تطبق المادة المشار إليها، أي أن حسم هذه المادة يعتمد على التكييف القانوني للعقد التمهيدي وهذا ما سنبينه في المبحث الثاني من هذه الدراسة.

الفقرة الثالثة: أنه غير ناقل للملكية العقارية.

طبقا للقواعد العامة فإنه لا يمكن نقل الملكية العقارية من البائع إلى المشتري إلاّ بإتباع إجراءات شكلية، حيث تنص المادة 793 من القانون المدني الجزائري على أنه: " لا تنتقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار، سواء كان ذلك بين المتعاقدين أم في حق الغير إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون، وبالأخص القوانين التي تدير مصلحة شهر العقار"، والمادة 165 من نفس القانون التي تنص على أنه: " الالتزام بنقل الملكية، أو أي حق عيني آخر من شأنه أن ينقل بحكم القانون الملكية أو الحق العيني، إذا كان محل الالتزام شيئا معيناً بالذات يملكه الملتزم، وذلك مع مراعاة الأحكام المتعلقة

بالإشهار العقاري"، ويقصد بالإجراءات المقررة قانوناً كل من عملية تسجيل العقار لدى مفتشية التسجيل والطابع وشهره لدى المحافظة العقارية.

فبالرغم من أن محل عقد حفظ الحق ينصب على عقار مقرر إنجازه مستقبلاً، كما أنه عقد رسمي يحرر من قبل موثق ويخضع لعملية التسجيل، إلا أنه غير ناقل للملكية، لأنه لا يخضع لعملية الشهر العقاري، وهذا ما أكدته نص المادة 31 من القانون رقم 04/11 المحدد للقواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية بقولها: " يتم تحويل ملكية عقار موضوع عقد حفظ الحق عند تاريخ التسديد النهائي لسعر العقار المحفوظ، ويجب إعداد عقد البيع أمام موثق طبقاً للتشريع المعمول به."

فبعد حفظ الحق في بيع العقار المقرر بناؤه يعد عقد غير ناقل لملكية العقار المحفوظ، وإنما يرتب إلتزامات شخصية فقط بين طرفيه، ويبقى المرقي العقاري مالكا للعقار المحفوظ، ولا تنتقل ملكية هذا الأخير إلا بعد إبرام عقد البيع النهائي وشهره لدى المحافظة العقارية، مقابل التسديد الكلي لسعر العقار المبيع من طرف صاحب حفظ الحق¹.

فتحرير العقد في الشكل الرسمي وتسجيله لا يعد كافياً لنقل الملكية، فالملكية لا تنتقل إلا بعد إتمام عملية الشهر، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها رقم 606845 الصادر بتاريخ 2010/05/13²، في قضية (الوكالة الوطنية لتحسين السكن وتطويره "عدل") ضد (د.ن)، حيث قررت بأن التعهد بالبيع الغير مشهر لا ينقل الملكية العقارية، وأن كل ما يمكن أن يرتبه هو مجرد الإلتزامات

¹ تنص المادة 33 من القانون رقم 04/11 المحدد للقواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية بأنه: " يتعين على المرقي العقاري، بعد ثلاثة أشهر كحد أقصى، على إثر الاستلام المؤقت للبناءية أو جزء منها، بإعداد عقد بيع البناءية أو جزء من البناءية المحفوظة، أمام موثق مقابل التسديد الكلي لسعر البيع من طرف صاحب حفظ الحق."

² قرار المحكمة العليا، الصادر عن الغرفة المدنية، رقم 606845، الصادر بتاريخ 2010/05/13، مجلة المحكمة العليا، عدد 02، 2011، ص 149.

شخصية، عملا بالمادة 16 من الأمر رقم 74/75 المتضمن مسح الأراضي وإعداد السجل العقاري والمادة 793 من القانون المدني الجزائري.

إلا أن المشرع الجزائري ذكر في النموذج الخاص بعقد حفظ الحق، المحدد بالمرسوم التنفيذي رقم 431/13، فيما يخص الفقرة الخاصة بنقل الملكية وإعداد عقد البيع، بأن ملكية العقار موضوع عقد حفظ الحق تنتقل بمجرد التوقيع المشترك لعقد البيع النهائي أمام الموثق، مقابل دفع المبلغ المتبقي للبيع، وهذا يتناقض مع القواعد العامة لنقل الملكية، لأن الملكية العقارية كما ذكرنا سابقا تنتقل بمجرد شهر العقد، وليس بالتوقيع على عقد البيع، فالتوقيع على العقد يعد شرطا لانعقاد العقد ولا ينعقد العقد بدونه، طبقا لقرار المحكمة العليا الصادر عن الغرفة المدنية، رقم 0967151، الصادر بتاريخ 2016/02/11¹، الذي جاء فيه ما يلي: " ينعقد عقد البيع المنصب على عقار، بتوقيع المتعاقدين عليه أمام موثق.

لا ينعقد العقد، إذا امتنع أحد الطرفين عن التوقيع ولا يلزم الممتنع بأي شيء أمام الطرف الآخر."

ويبدو لنا أن المشرع الجزائري تأثر بنظيره الفرنسي في مسألة نقل الملكية، لأن المشرع الفرنسي

لا يوقف نقل ملكية العقار بالشهر، حيث تنتقل ملكية العقار فيما بين المتعاقدين بمجرد إبرام العقد، وهذا

ما أكدته نص المادة 1196 من القانون المدني الفرنسي بقولها: " في العقود الناقلة للملكية العقارية أو أي

حق عيني آخر، تنتقل الملكية بمجرد إبرام العقد.² إلا أنها لا تنتقل بالنسبة للغير إلا من وقت شهر

¹ قرار المحكمة العليا، الصادر عن الغرفة المدنية، رقم 0967151، الصادر بتاريخ 2016/02/11، مجلة المحكمة

العليا، عدد 1، 2016، ص 70.

² L'article 1196 du code civil français : « Dans les contrats ayant pour objet l'aliénation de la propriété ou la cession d'un autre droit, le transfert s'opère lors de la conclusion du contrat. »

العقد، فالقانون الفرنسي لا يشترط لإنتقال الملكية فيما بين المتعاقدين ضرورة شهر العقد، وإنما للاحتجاج به على الغير فقط¹.

وبالرغم من أن المشرع الفرنسي جعل ملكية العقار تنتقل بمجرد إبرام العقد، فهذا لا يعني أنه بمجرد إبرام العقد التمهيدي تنتقل ملكية العقار المقرر بناؤه إلى المحجوز له، فالعقد التمهيدي يعد عقد غير ناقل للملكية العقارية لأن الغرض منه هو مجرد حجز العقار المقرر بناؤه، وتعهد الحاجز ببيع هذا الأخير للمحجوز له بعد إنجازه، ولا تنتقل الملكية للمحجوز له إلا بعد إبرام عقد البيع النهائي حيث نص المشرع الفرنسي في نص المادة 261-30 من قانون البناء والسكن الفرنسي بأنه: " يجب أن يبلغ الحاجز المحجوز له بمشروع عقد البيع خلال شهر على الأقل من تاريخ التوقيع على العقد."²

¹ في القانون المدني الفرنسي القديم كانت تنتقل الملكية العقارية عند تسليم المبيع إلى المشتري، حيث كان التزام البائع بتسليم المبيع إلى المشتري هو الالتزام الرئيسي في عقد البيع، ومتى تم تنفيذه ترتب عليه نقل الملكية، وبعد صدور القانون المدني الحديث لسنة 1804، أصبحت تنتقل الملكية فور انعقاد العقد، حيث نص المشرع الفرنسي في المادة 1138 من نفس القانون، الواردة في باب الالتزامات على أن: " الالتزام بتسليم الشيء يتم بمجرد تراضي الطرفين المتعاقدين، ويجعل الدائن مالكا...".

« l'obligation de livrer la chose est parfait par le seul consentement des parties contractantes, elle rend le créancier propriétaire.... »

ومعنى ذلك أن نقل ملكية المبيع الذي كان يتم بالتسليم في القانون المدني الفرنسي القديم أصبح يتم بمجرد التعاقد، أي فور انعقاد العقد في القانون المدني الفرنسي الحديث، لكن من عيوب فكرة انتقال الملكية فور العقد التي أخذ بها القانون الفرنسي الحديث (المادة 1138) أنها تجعل انتقال الملكية غير ظاهرة للكافة، فلا يستطيع الناس أن يتبينوا حقيقة البائع، فقد يقوم حائز العقار بعرضه للبيع رغم سابقة بيعه وبالتالي لا يعجز عن نقل ملكية المبيع إلى المشتري وقد يتم البيع من المالك الحقيقي وينقل ملكية المبيع إلى المشتري دون أن يسلمه الأخير، لذلك أصدر المشرع الفرنسي قانون 23 مارس 1855 الخاص بالتسجيل، الذي قرر أنه بالرغم من انتقال الملكية فيما بين المتعاقدين فور العقد إلا أنها لا تنتقل بالنسبة إلى الغير إلا من وقت شهر العقد، وهذا معناه أن الملكية تنتقل فور العقد ولكن لا يجوز للمشتري أن يحتج بها على الغير إلا إذا تم شهر العقد، فإذا لم يشهر العقد اعتبر مالكا بالنسبة للبائع وغير مالك بالنسبة للغير.

راجع: محمد المنجي، عقد البيع الابتدائي، الآثار القانونية والعملية لعقد البيع الغير المسجل، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2002، ص 18-21.

² L'article R 261-30 du code de la construction et de l'habitation français : « le réservant doit notifier au réservataire le projet d'acte de vente un mois au moins avant la date de la signature de cet acte. »

الفقرة الرابعة: أنه صورة من صور البيع الآجل.

لم يكتف المشرع الفرنسي بالقواعد العامة في بيع المباني المقرر بناؤها مستقبلاً¹، حيث وضع صورتين يمكن للمتعاقدتين إبرام عقد بيع المباني المقرر بناؤها وفق أحدهما وإلا كان العقد باطلاً، وهما صورة البيع الآجل « la vente à terme » وصورة البيع حسب الحالة المستقبلية « la vente en état futur d'achèvement »، خاصة إذا تعلق الأمر بمشاريع البناء المخصصة للسكن أو للسكن والاستعمال المهني معاً، حيث نصت المادة L261/10 من قانون البناء والسكن الفرنسي على أنه: أي عقد يهدف إلى نقل ملكية بناية أو جزء من بناية معدة للاستخدام السكني أو للاستخدام المهني والسكني معاً، ويتضمن التزام المشتري بتسديد دفعات من الثمن أو إيداع أموال قبل إتمام البناء، تحت طائلة البطلان، شكل أحد العقود المنصوص عليها في المادتين 1601/2 و 1601/3 من القانون المدني...².

¹ عرف المشرع الفرنسي بيع المباني المقرر بناؤها من خلال نص المادة 1601-1 من القانون المدني الفرنسي بقوله: " بيع المباني المقرر بناؤها هو ذلك البيع الذي يلتزم بمقتضاه البائع ببناء أو تشييد مبنى خلال مدة يحددها العقد. ويمكن أن يكون البيع آجلاً أو حسب الحالة المستقبلية"

L'article 1601-1 du code civil français : « La vente d'immeubles à construire est celle par laquelle le vendeur s'oblige à édifier un immeuble dans un délai déterminé par le contrat.

Elle peut être conclue à terme ou en l'état futur d'achèvement. »

² L'article L 261/10 du code de construction et de l'habitation : « Tout contrat ayant pour objet le transfert de propriété d'un immeuble ou d'une partie d'immeuble à usage d'habitation ou à usage professionnel et d'habitation et comportant l'obligation pour l'acheteur d'effectuer des versements =ou des dépôts de fonds avant l'achèvement de la construction doit, à peine de nullité, revêtir la forme de l'un des contrats prévus aux articles 1601-2 et 1601-3 du code civil, reproduits aux articles L. 261-2 et L. 261-3 du présent code. Il doit, en outre, être conforme aux dispositions des articles L. 261-11 à L. 261-14 ci-dessous. »

وهذا ما أكده المشرع الفرنسي من خلال نص المادة 6 من قانون 3 جانفي 1967 حيث جاء مضمونها مطابقاً لمضمون المادة L 261/10 المذكورة أعلاه، والتي نصت على أنه: " كل عقد يهدف إلى نقل ملكية مبنى أو جزء من مبنى، معد =السكن أو للسكن والاستعمال المهني معاً، ويشمل التزام المشتري بتسديد مدفوعات، أو إيداع أموال قبل الانتهاء من إنجاز

أما إذا كان البيع خارج هذا النطاق الخاص، فترك لهما الحرية في الأخذ بإحدهما أو بأي صورة أخرى¹ كالبيع الإيجاري مثلا².

ويعرف البيع الآجل بأنه البيع الذي تؤول فيه نقل الملكية إلى غاية الانتهاء من إنجاز المبنى المقرر بناؤه وإبرام عقد البيع النهائي الناقل للملكية، وقد عرفته نص المادة 1601-2 من القانون المدني الفرنسي بأنه: " البيع الآجل هو العقد الذي يلتزم بمقتضاه البائع بتسليم المبنى عند الانتهاء من بنائه، ويتعهد المشتري باستلامه ودفع الثمن عند التسليم، ويتم انتقال الملكية بقوة القانون بتحرير ورقة رسمية تثبت الانتهاء من البناء، وتنتقل الملكية بأثر رجعي من تاريخ إبرام العقد³."

أما البيع حسب الحالة المستقبلية فهو البيع الذي تنتقل فيه ملكية المبنى المقرر بناؤه أولاً بأول بمجرد الإنتهاء من عملية البناء، وعرفته المادة 1601-3 من القانون المدني الفرنسي بقولها: "العقد الذي يلتزم بموجبه البائع بأن ينقل حقوقه على الأرض وكذلك ملكية المباني المقامة على الأرض والموجودة وقت إبرام البيع، وتنتقل ملكية الأعمال التي ستقام مستقبلاً أولاً بأول إلى المشتري بمجرد الإنتهاء منها،

=المبنى، يعتبر باطلاً إذا لم يأخذ شكل أحد العقدين المنصوص عليهما في المادة 1601-2 والمادة 1601-3 من القانون المدني، مع مراعاة أحكام المواد من 7 إلى 10 المنصوص عنهما أدناه".

L'article 6 du code 3/10/1967 : « Tout contrat ayant pour objet le transfert de propriété d'un immeuble ou d'une partie d'immeuble à usage d'habitation ou à usage professionnel et d'habitation, et comportant l'obligation pour l'acheteur d'effectuer des versements ou des dépôts de fonds avant l'achèvement de la construction, doit, à peine de nullité, revêtir la forme de l'un des contrats prévus aux articles 1601-2 et 1601-3 du code civil. Il doit, en outre, être conforme aux dispositions des articles 7 à 10 ci-après.

¹ علاء حسين علي، المرجع السابق، ص 19.

² عياشي شعبان، المرجع السابق، ص 280.

³L'article 1601-2 du code civil français : « La vente à terme est le contrat par lequel le vendeur s'engage à livrer l'immeuble à son achèvement, l'acheteur s'engage à en prendre livraison et à en payer le prix à la date de livraison. Le transfert de propriété s'opère de plein droit par la constatation par acte authentique de l'achèvement de l'immeuble ; il produit ses effets rétroactivement au jour de la vente. »

ويلتزم المشتري بدفع الثمن حسب التقدم في أعمال البناء، ويحتفظ البائع بسلطات رب العمل حتى تسليم الأعمال".¹

وقد اعتبر المشرع الجزائري عقد حفظ الحق في بيع العقار المقرر بناؤه بأنه صورة من صور البيع الآجل، حيث نص في المادة 30 من قانون الترقية العقارية رقم 07/86 على أنه: " يجب أن يسبق كل تنازل في إطار البيع الآجل تحرير عقد حفظ الحق الذي يحدد منواله النموذجي بالطرق التنظيمية"، كما نص في المادة 35 من المرسوم رقم 38/86 الذي يحدد شروط الاكتتاب بإحدى عمليات الترقية العقارية وكيفياته، ويضبط دفتر الشروط النموذجي والمناول النموذجي لعقد حفظ الحق على ما يلي: " تسمى وثيقة حفظ " عقد حفظ الحق" وهي لازمة في أي بيع آجل".

غير أنه بعد إلغاء قانون الترقية العقارية رقم 07/68، وصدور المرسوم التشريعي رقم 03/93 المتعلق بالنشاط العقاري، تخلى المشرع الجزائري عن صورة البيع الآجل وأصبح يعتمد على صورة البيع حسب الحالة المستقبلية، وتجسدت هذه الصورة في عقد البيع على التصاميم الذي استحدثه المشرع الجزائري بموجب هذا المرسوم التشريعي.

وبصدور القانون رقم 04/11 المحدد للقواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية، تبين لنا أن المشرع الجزائري أصبح يعتمد على الصورتين معا دون أن يفصح عن ذلك صراحة حيث أطلق على صورة البيع حسب الحالة المستقبلية عبارة عقد البيع بناء على التصاميم وهذا بموجب نص المادة 28 من القانون رقم 04/11، والتي ورد فيها ما يلي: « عقد البيع على التصاميم لبناية أو جزء من بناية مقرر بناؤها أو في

¹L'article 1601-3 du code civil français : « La vente en l'état futur d'achèvement est le contrat par lequel le vendeur transfère immédiatement à l'acquéreur ses droits sur le sol ainsi que la propriété des constructions existantes. Les ouvrages à venir deviennent la propriété de l'acquéreur au fur et à mesure de leur exécution ; l'acquéreur est tenu d'en payer le prix à mesure de l'avancement des travaux.

Le vendeur conserve les pouvoirs de maître de l'ouvrage jusqu'à la réception des travaux. »

طور البناء، هو العقد الذي يتضمن ويكرس تحويل حقوق الأرض وملكية البناءات من طرف المرقى العقارى لفائدة المكتتب موازاة مع تقدم الأشغال، وفي المقابل يلتزم المكتتب بتسديد السعر كلما تقدم الإنجاز» ، واكتفى بالنص في نص المادة 31 من القانون رقم 04/11 على وقت انتقال ملكية العقار في البيع موضوع عقد حفظ الحق دون تسميته بالبيع الآجل، حيث ورد في نص المادة 31 ما يلي: « يتم تحويل ملكية عقار موضوع عقد حفظ الحق عند تاريخ التسديد النهائي لسعر العقار المحفوظ، ويجب إعداد عقد البيع أمام موثق طبقاً للتشريع المعمول به.»

أما بالنسبة للمشرع الفرنسي فكما ذكرنا أعلاه هو يعتمد على الصورتين معاً، البيع الآجل والبيع حسب الحالة المستقبلية، وفرض على المتعاقدين الذين يرغبون في إبرام عقد تمهيدي بهدف التحضير للبيع النهائي أن يسلك طريقاً معيناً، حدده المشرع الفرنسي وبين معالمه وللطرفين حرية إبرام أو عدم إبرام العقد التمهيدي¹، وهذا يعني أن العقد التمهيدي في فرنسا يمهد لإبرام العقد النهائي لبيع العقار المقرر بناؤه أو في طور البناء سواء تم البيع في صورة البيع الآجل أو في صورة البيع حسب الحالة المستقبلية².

ومما سبق لنا ذكره يتضح لنا أن وجه الاختلاف بين عقد حفظ الحق الذي نظمه المشرع الجزائري بمقتضى القانون رقم 04/11 المحدد للقواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية والعقد التمهيدي الذي نظمه المشرع الفرنسي بمقتضى القانون رقم 03/67 المتعلق ببيع العقارات المقرر بناؤها والالتزام بضمان عيوب البناء، هو أن العقد التمهيدي في فرنسا يعد عقد اختياري وغير إلزامي يمهد لإبرام عقد البيع النهائي في بيع العقار المقرر بناؤه بصورتيه، سواء تعلق الأمر بصورة البيع الآجل أو بصورة البيع حسب الحالة المستقبلية، أما عقد حفظ الحق في الجزائر فهو يعد عقد إلزامي يمهد لإبرام عقد البيع النهائي في

¹ محمد المرسي زهرة، بيع المباني تحت الإنشاء، دراسة مقارنة بين القانون المصري والكويتي والفرنسي، ط1، مطابع الوزن العالمية، الكويت، ب س، ص 393.

² عياشي شعبان، المرجع السابق، ص 86.

بيع العقار المقرر بناؤه، الذي يتم في صورة البيع الآجل فقط، وهذا معناه أن عقد البيع بناء على التصاميم الذي نظمه المشرع الجزائري بموجب القانون رقم 04/11 والذي يتم في صورة البيع حسب الحالة المستقبلية يعد عقد واحد لا يمر بأي مرحلة تمهيدية، ولا يسبقه أي عقد تمهيدي.

الفقرة الخامسة: أن محله واقع على عقار غير موجود أثناء التعاقد

نصت المادة 27 من القانون رقم 04/11، المحدد للقواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية على أن: " عقد حفظ الحق هو العقد الذي يلتزم بموجبه المرقي العقاري بتسليم العقار المقرر بناؤه أو في طور البناء، لصاحب حفظ الحق....."، من خلال نص هذه المادة يتبين لنا بأن محل عقد حفظ الحق يرد على عقار غير موجود أثناء التعاقد، هذه الخاصية تعد من أهم الخصائص التي يتميز بها هذا العقد، والتي أضفت عليه نوعا من الخصوصية جعلته يتميز عن باقي العقود الأخرى.

فطبقا للقواعد العامة يشترط في محل الالتزام التعاقدية أن يكون موجودا أو قابلا للوجود، غير أن المشرع الجزائري أجاز التعامل في الأشياء المستقبلية بشرط أن تكون محققة الوجود مستقبلا، حيث نصت المادة 92 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: " يجوز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا ومحققا"، فهذا النص تضمن قاعدة هامة هي جواز التعامل في الأشياء المستقبلية بشرط أن تكون محققة الوجود، وبالتالي لا يمكن بأي حال من الأحوال أن يكون محل العقد مستحيل الوجود فإذا تم التعاقد على شيء غير موجود أصلا ومستحيلا كان العقد باطلا، حيث نصت المادة 93 من القانون المدني الجزائري على أنه: " إذا كان محل الالتزام مستحيلا في ذاته كان العقد باطلا بطلانا مطلقا".

وقد سمح المشرع الفرنسي أيضا التعامل في الأشياء المستقبلية، فالمادة 1130¹ من القانون المدني الفرنسي تجيز صراحة إبرام عقود بخصوص الأشياء المستقبلية حيث نصت على أن الأشياء المستقبلية يمكن أن تكون محل الإلتزام، وبالتالي يكفي وجود الشيء في المستقبل.

وعلى هذا الأساس فإنه يجوز حجز العقار المقرر بناؤه لصاحب حفظ الحق لكن بشرط إمكانية وجود هذا العقار فعلا، ولضمان وجود هذا العقار أو بالأحرى إنجازه أوجد كل من المشرع الجزائري والفرنسي ضمانات قانونية تقنية ومالية كافية لحماية صاحب حفظ الحق من خطر عدم إنجاز العقار أو إتمامه أو التصرف فيه لفائدة شخص آخر والتي سوف نقوم بدراسة مفصلة لاحقا.

الفقرة السادسة: أنه عقد ذو طابع اقتصادي.

إن ظهور عقد حفظ الحق في بيع العقار المقرر بناؤه كان إستجابة لحاجات ما كان بالإمكان تلبيتها بغيره من العقود، فهو يعد وسيلة مناسبة لإنجاز المباني بما يتضمنه من تسهيلات في عملية تمويل البناء، كما له الأثر الواضح في سياسة الإسكان العامة لأي بلد من خلال مساهمته في التخفيف من أزمة السكن من جهة، وتدعيم النشاط الاقتصادي للبلاد من خلال تشجيع الاستثمار في مجال الترقية العقارية من جهة أخرى.

فهذا النوع من العقود يحقق مصلحة كل من المرقبين العقاريين والراغبين في التعاقد على حد سواء، فهو يحقق مصلحة المرقبين العقاريين الذين تنقصهم مواردهم المالية الخاصة لتمويل مشاريعهم

¹ L'article 1130 du code civil français : « les choses futures peuvent être l'objet d'une obligation. »

العقارية¹، فيلجؤون إلى فتح باب التعاقد عن طريق الحجز في هذه المشاريع قبل البدء في عملية البناء، أو عند مرحلة معينة من مراحل البناء، وذلك للإستعانة من القروض العقارية التي تمول مشاريع البناء. مما يتعذر عليهم إبرام عقود البيع بناء على التصاميم مع الراغبين في التعاقد، والسبب في ذلك أن عقد البيع بناء على التصاميم يعد عقد ناقل للملكية العقارية، والمرقي العقاري لا يمكنه ذلك لأن الوعاء العقاري أو الأرضية التي يتم إنجاز المشروع العقاري عليها تكون في هذه الحالة مرهونة لصالح البنوك المانحة للقرض، لذلك لا يمكن التصرف في العقار المقرر بناؤه إلا بعد تسديد القرض ورفع الرهن على أرضية البناء².

الأمر الذي يدفع بالمرقيين العقاريين إلى إبرام عقد حفظ الحق باعتباره عقد غير ناقل للملكية العقارية كعقد مؤقت لضمان حقوقهم، على أن يتم تحرير عقد البيع النهائي بعد الانتهاء من عملية البناء وتسديد القروض الذي تحصل عليها، وتسليم العقار المقرر بناؤه وهذا ما أكدته نص المادة 36 من القانون رقم 04/11 المحدد للقواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية بقولها: " لا يمكن إبرام عقد بيع على التصاميم، المنصوص عليه في المادة 28 أعلاه، عندما يلجأ المرقي العقاري لاستعمال قروض تخصص لتمويل البناء".

¹ بالرجوع إلى نص المادة 12 من القانون رقم 04/11 التي نصت على أنه: " يجب أن يبادر بالمشاريع العقارية المعدة للبيع أو الإيجار، محترفون يمتلكون المهارات في هذا المجال والقدرات المالية الكافية"، نلاحظ أن المشرع الجزائري اشترط أن تتوفر لدى كل شخص يرغب في مزاوله مهنة المرقي العقاري أن تتوفر لديه القدرات المالية الكافية لإنجاز مشروعه العقاري، ويقصد بالقدرات أو الموارد المالية كل من الموارد الخاصة للمرقي العقاري، والقروض البنكية التي يكتبها المرقي العقاري، والدفعات التي يقدمها الطالبون لاقتناء الأملاك العقارية، في إطار عقد البيع على التصاميم.

² حيث نص المشرع الجزائري في الملحق الأول الخاص بالنموذج الخاص بعقد البيع على التصاميم المرفق بالمرسوم التنفيذي رقم 431/13، في البند المتعلق بتصريح البائع كما يلي: " تعتبر البناية (أو جزء من البناية)، موضوع عقد البيع على التصاميم، ملكيته الكاملة وليست موضوع إجراء قانوني يحدد حق الملكية وليست مثقلة بأي رهن"

وبناء على نص هذه المادة استخلصنا أن الهدف الأساسي الذي دفع بالمشرع الجزائري إلى إسترجاع هذا النوع من العقود بعد أن قام بإلغائه بموجب المرسوم التشريعي رقم 03/93 المتعلق بالنشاط العقاري، هو تشجيع المرقيين العقاريين للإستثمار في النشاط العقاري عن طريق منحهم قروض عقارية تساعد في إنجاز مشاريعهم العقارية، وبالتالي المساهمة في تطوير النشاط الاقتصادي.

وبالإضافة إلى المصلحة التي يحققها عقد حفظ الحق للمرقي العقاري فهو يحقق أيضا مصلحة الراغب في التعاقد (صاحب حفظ الحق) والمتجسدة مثلا في حاجته إلى مهلة للحصول على قرض عقاري يخصصه لسداد الثمن¹، فهذا الأخير غالبا لا يكون لديه المبلغ الكافي لدفعه كئمن مقابل للبناءة محل الانجاز، مما يستدعي إمهاله الوقت اللازم للحصول على القروض العقارية اللازمة²، وفي نفس الوقت يؤمن نفسه من مزاحمة الآخرين الراغبين مثله في السكن، وأن يحصل على أولوية من غيره من المتزاحمين³.

أما في فرنسا فإنه إلى جانب كل ما يحققه العقد التمهيدي من نتائج إيجابية على مستوى قطاع السكن والاقتصاد الوطني على حد سواء، فهو يعد أيضا وسيلة تمكن البائع من تقييم درجة نجاح مشروعه، ولدراسة مدى تقبل السوق لمشروعه العقاري، وفي نفس الوقت تحديد المشتري وتحرير عقود الحجز، وهذا يدل على الحيوية التجارية لعملية البناء كما تسمح بالمساهمة المالية للبنوك، وبالتالي تحفيز الإستثمار في قطاع السكن.

¹ عبد الحق صافي، بيع العقار في طور الانجاز، شرح وتحليل لنصوص القانون رقم 44.00، ط1، المغرب، 2011، ص 19.

² حامي حياة، النظام القانوني لبيع البناءة في طور الإنجاز في القانون الجزائري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2016، ص 79.

³ محمد المرسي زهرة، المرجع السابق، ص 7، 8.

حيث يرى الأستاذ "Thierry Massis" بأن العقد التمهيدي يمكن المرقى العقاري من التحضير المحكم لمشروعه المستقبلي ودراسة نجاعته في السوق ومدى إقبال المرشحين للملكية عليه.¹

وهذا على غرار عقد حفظ الحق الذي نظمه المشرع الجزائري، حيث يتبن لنا أن عقد حفظ الحق في بيع العقار المقرر بناؤه لا يهدف إلى إعطاء الفرصة للمرقى العقاري لدراسة مدى نجاح مشروعه العقاري في السوق، وإنما جعل منه المشرع الجزائري بمثابة ضمانة لكل من المرقى العقاري وصاحب حفظ الحق على حد سواء²، يلجأ إليها المتعاقدان عندما يتعذر عليهم إبرام عقد البيع بناء على التصاميم، بالإضافة إلى دوره في تحفيز الاستثمار في قطاع السكن و النهوض بالاقتصاد الوطني كما بينا أعلاه.

وبعد دراستنا لتعريف عقد حفظ الحق في بيع العقار المقرر بناؤه وتحديد الخصائص التي تميزه عن غيره من العقود، سوف ننقل لدراسة التطور التاريخي لهذا العقد، وهذا ما سوف نقوم بعرضه في ما يلي:

المطلب الثاني: التطور التاريخي لعقد حفظ الحق في بيع العقار المقرر بناؤه.

تهدف دراسة التطور التاريخي لعقد حفظ الحق في بيع العقار المقرر بناؤه، إلى تتبع هذا الأخير في الماضي، للوقوف على كيفية ظهوره ونشأته وظروف تطوره، فعقد حفظ الحق في صورته الحالية لم ينشأ من العدم، حيث ارتبط وجوده بوجود الترقية العقارية سواء في الجزائر أو في فرنسا.

وحتى تتجسد وتتضح لنا الأسباب والظروف التي أدت إلى نشأة هذا العقد، كان من الضروري بيان لمحة تاريخية للترقية العقارية، لذلك فسمنا هذا المطلب إلى فرعين، خصصنا الفرع الأول لدراسة

¹ Thierry Massis , Le contrat préliminaire dans la vente d'immeuble à construire, Thèse pour le doctorat D'état, Université de droit d'économie et de sciences sociales, Paris2, 1979, p 25,36.

² فالتسبيق الذي يدفعه صاحب حفظ الحق يعد ضمانة له يمكنه من التمتع بأحقية الشراء دون الغير، ومن جهة أخرى ضمان بالنسبة للمرقى العقاري في حالة تعرض صاحب حفظ الحق للإفلاس.

التطور التاريخي لعقد حفظ الحق في بيع العقار المقرر بناؤه في الجزائر، أما الفرع الثاني فخصصناه لدراسة التطور التاريخي لعقد حفظ الحق في بيع العقار المقرر بناؤه في فرنسا.

الفرع الأول: التطور التاريخي لعقد حفظ الحق في بيع العقار المقرر بناؤه في الجزائر.

على غرار المشرع الفرنسي الذي نظم العقد التمهيدي سنة 1967، فإن المشرع الجزائري تأخر في تنظيم هذا النوع من العقود، وهذا راجع إلى تأخر ظهور الترقية العقارية في الجزائر.

فمنذ استقلال الجزائر إلى غاية صدور القانون رقم 07/86 المتعلق بالترقية العقارية لا مجال للحديث عن الترقية العقارية، كون هذه الفترة عرفت عدم استقرار المنظومة العقارية بسبب ما خلفه الاستعمار الفرنسي، وبالتالي لم تكن الدولة قادرة على تنظيم النشاط العقاري مباشرة، حيث مددت العمل بالقوانين الفرنسية واستتنت النصوص المخالفة للسيادة الوطنية.

وفي هذه الفترة قامت الدولة ولوحدها بإنجاز بعض السكنات في إطار القرى الاشتراكية والسكنات الوظيفية، وما يكرس إنعدام الترقية العقارية في هذه الفترة وانغلاق السوق العقارية على نفسها، مجمل النصوص القانونية المقيدة لحرية المعاملات¹، ومنها المرسوم رقم 15/64 الصادر في 1964/01/20، المتعلق بحرية المعاملات العقارية²، ولم ينطلق أي برنامج يخص الوصول للملكية ما عدا ما ظهر سنة 1973 بمقتضى المرسوم رقم 82/73 المؤرخ في 1973/06/05، المتضمن شروط بيع المساكن الجديدة من قبل الهيئات العمومية القائمة بتأسيس البنايات الجماعية والمجموعات السكنية³، حيث نصت

¹ سماعين شامة، النظام القانوني الجزائري للتوجيه العقاري، دراسة وصفية وتحليلية، دار هومة، الجزائر، 2004، ص 21.

² المرسوم رقم 15/64، المؤرخ في 1964/01/20، المتعلق بحرية المعاملات العقارية، ج ر عدد 19، المؤرخة في 1964/07/31.

³ المرسوم رقم 82/73 المؤرخ في 1973/06/05، المتضمن شروط بيع المساكن الجديدة من قبل الهيئات العمومية القائمة بتأسيس البنايات الجماعية والمجموعات السكنية، ج ر عدد 47، المؤرخة في 1973/06/12.

المادة 2 منه بأن الهيئات العمومية هي التي كانت مختصة بإنجاز البنايات الجماعية والمجموعات السكنية الفردية، وتقوم ببيع هذه السكنات أو البنايات على أساس الملكية المشتركة.

وفي سنة 1974 أصدر المشرع الجزائري أهم نص قانوني، وهو الأمر رقم 26/74 الصادر في 1974/02/20، المتضمن تكوين الإحتياطات العقارية لصالح البلديات¹، والذي جعل من البلدية المحتكر الوحيد للمعاملات العقارية داخل محيطها العمراني².

وكل هذه النصوص جعلت من الدولة المسيطر الوحيد للسوق العقارية، إلا أنه وبصدور الأمر رقم 92/76 المؤرخ في 1976/10/23، المتعلق بتنظيم التعاون العقاري³، والذي نظم عملية البناء عن طريق تعاونيات عقارية⁴، بهدف اكتساب كل رب عائلة مسكنه الشخصي ملكية تامة، بدأ يفتح المجال أمام الترقية العقارية، أما النص الثاني الذي أعطى دفعا مهما للترقية العقارية فهو القانون رقم 01/81 المؤرخ في 1981/02/07، المتضمن التنازل عن الأملاك العقارية ذات الإستعمال السكني أو التجاري أو الحرفي التابعة للدولة والجماعات المحلية ومكاتب الترقية والتسيير العقاري والمؤسسات والهيئات والأجهزة العمومية⁵، حيث يعد هذا القانون أول إشارة للترقية العقارية في الجزائر تم بموجبه تنظيم الأملاك

¹ الأمر رقم 26/74، الصادر في 1974/02/20، المتضمن تكوين الإحتياطات العقارية لصالح البلديات، ج ر عدد 19، المؤرخة في 1974/03/05.

² سماعين شامة، المرجع السابق، ص 22.

³ الأمر رقم 92/76، المؤرخ في 1976/10/23، المتعلق بتنظيم التعاون العقاري، ج ر عدد 12، المؤرخة في 1977/02/09.

⁴ التعاونية العقارية هي عبارة عن شركة مدنية، أعضاؤها أشخاص طبيعية، هدفها الأساسي هو الحصول على ملكية السكن العائلي لأعضائها، أنظر المادة 02 من نفس الأمر المذكور أعلاه.

⁵ القانون رقم 01/81، المؤرخ في 1981/02/07، المتضمن التنازل عن الأملاك العقارية ذات الاستعمال السكني أو التجاري أو الحرفي التابعة للدولة والجماعات المحلية ومكاتب الترقية والتسيير العقاري والمؤسسات والهيئات والأجهزة العمومية، ج ر عدد 6، المؤرخة في 1981/02/10.

العقارية القابلة للتنازل، وتحديد الأشخاص المستفيدين من التنازل والذي كان من بين أهم أهدافه تمكين كل مواطن من إمتلاك سكن لائق.

وأمام تولي الدولة مهمة الوصايا عن كل الوظائف باعتبارها المالكة والمخططة والمسيرة أصبح قطاع السكن يتسم بتوجهات ثقيلة خلال هذه الفترة، فتهميش مبادرة الخواص ذلك الوقت حرم قطاع السكن من فوائد كثيرة، وأمام تفاقم أزمة السكن و زيادة الطلب على السكن، وعجز الدولة على سد هذه الطلبات، إستدعى الأمر إلى ضرورة تدخل المشرع بتنظيم الترقية العقارية صراحة من أجل بعث النشاط في ميدان السكن والتخلص من بعض القيود التي أدت إلى فشله¹.

حيث أصدر المشرع الجزائري القانون رقم 07/86 المؤرخ في 1986/03/04 المتعلق بالترقية العقارية، هذا الأخير الذي عبر صراحة عن بعث الترقية العقارية في الجزائر، ورغم أن هذا القانون صدر في ظل النظام الاشتراكي السائد في تلك الفترة، إلا أنه يعتبر تمهيدا لتكريس النظام الرأسمالي، ويعتبر في حد ذاته إنفتاحا جديدا من أجل تعبئة الإستثمار الخاص في مجال الترقية العقارية.

وبموجب هذا القانون خطى المشرع الجزائري خطواته الأولى في بيع العقار المقرر بناؤه واستحدث نوع جديد من العقود لم يكن معروفا من قبل في الساحة العقارية أطلق عليه تسمية "عقد حفظ الحق"، حيث سمح هذا العقد لكل شخص راغب في التعاقد بأن يحجز العقار المراد شراؤه وهو في طور الإنجاز، وهذا من أجل أن يؤمن نفسه من مزاحمة الآخرين الراغبين مثله في الحصول على سكن، وأن يحصل على الأولوية عن غيره من المتزاحمين .

وبهذا يكون أول ظهور لعقد حفظ الحق في الجزائر كان سنة 1986 بموجب القانون رقم 07/86 المتعلق بالترقية العقارية، وأدرج كل النصوص المنظمة له في الفصل السادس منه تحت عنوان: "عقد

¹ بوسته إيمان، النظام القانوني للترقية العقارية، دراسة تحليلية، دار الهدى، الجزائر، 2011، ص 39، 38.

حفظ الحق"، لاسيما نص المادة 30 منه ، أين اعتبره المشرع الجزائري نمط من أنماط البيع الآجل، الذي توجّل فيه نقل الملكية إلى ما بعد انجاز العقار المبيع وتسديد كامل الثمن، وتحريّر عقد البيع النهائي الناقل للملكية العقارية، حيث جاء في نص المادة 30 بأنه :

"يجب أن يسبق كل تنازل في إطار البيع الآجل تحريّر عقد حفظ الحق، الذي يحدّد منواله النموذجي بالطرق التنظيمية".

إلا أن الترقية العقارية لم تكن منظمة بشكل قانوني واضح بموجب قانون الترقية العقارية المذكور أعلاه، كما أن النصوص القانونية التي صدرت في تلك الفترة أعطت للدولة حق القيام بعمليات البناء والتشييد، واحتكرت ميدان السكن عن طريق المؤسسات العمومية، لكن الطابع العمومي التي أرادت الدولة أن تضيفه على هذه العملية أدى إلى ظهور العديد من السلبات¹، حيث تبين محدودية تطبيق هذا القانون وبالتالي محدودية النتائج المحصل عليها في ميدان السكن².

لذلك أصبح من الضروري إيجاد إطار قانوني جديد للترقية العقارية، خاصة بعد التحولات الجذرية التي عرفتها الجزائر بعد دستور³ 1989، وهو ما تم فعلا حيث ألغى المشرع الجزائري القانون رقم 07/86 المتعلق بالترقية العقارية، وأصدر المرسوم التشريعي رقم 03/93 المؤرخ في 03/03/1993،

¹ زروقي ليلي، حمدي باشا عمر، المنازعات العقارية، دار هومة، الجزائر، 2001، ص 279.

² سماعين شامة، المرجع السابق، ص 125.

³ دستور 1989، المؤرخ في 23 فيفري 1986، ج ر عدد 02، الصادرة بتاريخ 01/03/1989، المعدل والمتمم بموجب المرسوم الرئاسي رقم 438/96، المؤرخ في 07/12/1996، ج ر عدد 76، المؤرخة في 08/12/1996، المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 03/02 المؤرخ في 15/11/2008، ج ر العدد 63، المؤرخة بتاريخ 16/11/2008، المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 19/08، المؤرخ في 15/12/2008، المتضمن تعديل الدستور، ج ر العدد 63، المؤرخة في 16/11/2008.

المتعلق بالنشاط العقاري¹، حيث جاء هذا الأخير بصياغة مخالفة لقانون الترقية العقارية الملغى وبأحكام مختلفة.

كما قام المشرع الجزائري بموجب هذا المرسوم التشريعي باستحداث عقد جديد لم يكن معروفا من قبل في الساحة العقارية، أطلق عليه تسمية "عقد بيع العقار على التصاميم"، واستبعد التعامل بعقد حفظ الحق²، رغم الأهميته الكبيرة التي يكتسبها هذا العقد في مجال الترقية العقارية .

وعليه أصبح المشرع الجزائري يعتمد على عقد بيع العقار بناء على التصاميم دون عقد حفظ الحق، باعتباره صورة من صور البيع حسب الحالة المستقبلية، الذي تنتقل فيه ملكية العقار المبيع المقرر بناؤه أو في طور البناء فور انعقاد العقد، عكس ما كان معمول به في ظل القانون رقم 07/86 المتعلق بالترقية العقارية، الذي كان يعتمد على صورة البيع الآجل.

حيث انتشر عقد البيع على التصاميم انتشارا واسعا في الجزائر، وذلك نتيجة لما حققه من فوائد لكل من المشتري والبائع - المتعامل في الترقية العقارية- على حد سواء، فالمشتري يجد فيه الوسيلة المثلى التي تمكنه من الحصول على مسكن لائق في المستقبل دون أن يكون ملزما بدفع ثمنه دفعة واحدة بل يتم الدفع على شكل أقساط، أما البائع فيرى فيها الوسيلة الفعالة التي تمكنه من تمويل مشروعه عن طريق ما يتحصل عليه من قبل المشتري من دفعات وتسبيقات.

¹ المرسوم التشريعي رقم 03/93، الصادر بتاريخ 1993/03/01، المتعلق بالنشاط العقاري، ج ر عدد 14، المؤرخة في 1993/03/03

² إن تمسك المرقبين العقاريين بمشاريعهم العقارية جعلهم يتعاملون بعقد حفظ الحق من حيث الواقع العملي رغم إنهاء التعامل به قانونا، فأصبحوا يرتبطون مع الراغبين في التعاقد، بموجب عقد حفظ الحق، بسبب الصعوبات الإجرائية التي تحول دون إبرام عقد البيع بناء على التصاميم، الذي تبناه المرسوم التشريعي رقم 03/93، منها التأخير في الحصول على الأوعية العقارية في الوقت المناسب مما ينجر عن ذلك بالتبعية والتأخير في كل الإجراءات الإدارية كالحصول على رخص البناء، وبالتالي تعطيل المشروع العقاري ككل في ظل حاجة الناس الماسة للسكن. راجع في ذلك: حامي حياة، المرجع السابق، ص 81.

وبالرغم من كل النتائج الايجابية التي حققها عقد بيع العقار بناءا على التصاميم، في مجال الترقية العقارية، إلا أنه لم يوفر الحماية الكافية للمشتري الذي يعتبر بحسب مركزه الطرف الضعيف في هذه العلاقة.

وقد نتج عن إغفال المشرع الجزائري عن وضع ضمانات قانونية كافية لحماية المشتري بموجب المرسوم التشريعي رقم 03/93، تعرض العديد من المواطنين لاستغلال بعض المرقيين الذين لا يرون في هذه العملية سوى وسيلة لاستثمار الأموال وجني الأرباح بأسرع ما يمكن حتى ولو كان ذلك على حساب المواطنين.

حيث أصبح المشتري عرضة للعديد من المخاطر جراء التجاوزات العديدة الذي مارسها بعض المرقيين العقاريين تجاههم، نذكر منها توقف المرقى العقاري عن إتمام إنجاز العقار المبيع، أو التأخير والتماطل في إنجاز الأشغال، أو تلاعب المرقى العقاري بأسعار العقار المبيع تحت حجة إرتفاع أسعار البناء، أو تسليم شقق غير مطابقة للمواصفات المتفق عليها، أو تصرف المرقى العقاري في الأقساط المدفوعة من طرف المقتني خارج عملية البناء، أو الهروب بها بعد النصب والاحتيايل عليهم ليجدوا أنفسهم في الأخير أمام مشاريع سكنية وهمية هدفها الإستحواذ على نقودهم .

إضافة إلى ذلك فإن قيام المشرع الجزائري باستبعاد عقد حفظ الحق بموجب المرسوم التشريعي رقم 03/93، أتاح الفرصة لبعض المرقيين العقاريين لاستغلال المواطنين والتحايل عليهم، حيث أصبح بعض المرقيين العقاريين الذين لا يستطيعون إبرام عقود البيع بناءا على التصاميم - بسبب رهنهم للعقار المقرر بناؤه لفائدة المؤسسات المالية التي تقرضهم أموالا لتمويل مشروع البناء، مما يتعذر عليهم إبرام عقد ناقل للملكية العقارية- يقومون بالاتفاق مع الراغبين في شراء شقة سكنية مقرر بناؤها مستقبلا، ويلزمونهم على دفع بعض الدفعات أو التسبيقات، دون القيام بتوثيق هذه العملية، أو بمعنى آخر دون

حصولهم على سندات تثبت حجزهم لشققهم السكنية، أو عن طريق إبرام عقود صورية أو باطلة، مما جعلهم عرضة لتحاييل المرقيين العقاريين الذين استولوا على أموالهم، وضيعوا آمالهم في الحصول على سكن يضمن لهم على الأقل الحد الأدنى من العيش الكريم.

فنصوص المرسوم التشريعي رقم 03/93 لم تكن قادرة على توفير الطمأنينة اللازمة للمشتري، الذي كان يتردد قبل الإقدام على التعاقد تجنباً لما قد يترتب عن ذلك من نزاعات ومشاكل.

ونظراً لما تم تسجيله من نقائص في الميدان العملي، مست الحاجة إلى ضرورة مراجعة الدولة للإطار التشريعي للترقية العقارية قصد تدعيمه وتحسينه، لأنه أصبح لا يتماشى مع طموحات تطوير نشاطات الترقية العقارية بصفة خاصة، وتنمية السوق السكنية بصفة عامة وذلك نظراً للممارسات والسلبيات التي برزت على السطح في ممارسة هذا النوع من الأنشطة، والتي ساهمت في عرقلة العديد من المشاريع السكنية، واستلام الأفراد لسكناتهم.

لذلك تدخل المشرع الجزائري وأصدر القانون رقم 04/11 المؤرخ في 17/02/2011 المحدد القواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية، هذا الأخير الذي جاء لضبط المعاملات العقارية، وتنظيم نشاط الترقية العقارية بشكل مفصل عما كان عليه الحال من قبل، وذلك حفاظاً على حقوق المواطنين والذي يعد بمثابة قفزة نوعية في مجال تطوير وتوسيع نشاط المرقيين العقاريين، حيث عمل المشرع الجزائري من خلاله على إبراز جميع الإجراءات الجديدة والتي تم إغفالها سابقاً، في سبيل تحقيق أكبر قدر ممكن من التنمية في المجال العقاري، وعلى هذا الأساس نصت المادة 02 من نفس القانون على أنه: " يهدف هذا القانون في إطار أهداف السياسة الوطنية لتطوير نشاطات الترقية العقارية إلى: تحديد الشروط التي يجب أن تستوفيها المشاريع المتعلقة بنشاط الترقية العقارية، وتحسين أنشطة الترقية العقارية وتدعيمها، وتحديد

قانون أساسي للمرقي العقاري وضبط مضمون العلاقات بين المرقي والمقتني، وتأسيس امتيازات وإعانات خاصة بمشاريع الترقية العقارية".

وقد حاول المشرع الجزائري بموجب هذا القانون التقليل من التجاوزات الغير القانونية وأشكال التعسف والاستغلال التي ارتكبتها المرقيين العقاريين في حق المقتني كما قام بتبني عقد حفظ الحق من جديد، ووضع له ضوابط محددة حتى لا يكون وسيلة للتلاعب بالراغبين في التعاقد وجعله تقنية من تقنيات بيع العقار المقرر بناؤه إلى جانب عقد البيع بناء على التصاميم، ليس الهدف منه إعطاء الفرصة للمرقي العقاري لدراسة مدى نجاعة مشروعه العقاري في السوق، أو تحضير الإجراءات اللازمة المتمثلة في أصل الملكية ورخصة التجزئة...، بل جعله بمثابة ضمان للمشتري وللمرقي العقاري على حد سواء.

وعليه أصبحت عملية بيع العقارات المقرر بناؤها أو في طور البناء تتم إما عن طريق عقد البيع بناء على التصاميم، وهذا عندما يعتمد المرقي العقاري على موارده ودفعات مقتني العقار المقرر بناؤه، أو التعاقد بموجب عقد حفظ الحق، وهذا عندما يلجأ المرقي العقاري لطلب قروض لتمويل مشروعه، ويلتزم بحجز العقار وهو في طور الانجاز وبتحرير عقد البيع النهائي الناقل للملكية العقارية بعد الإنتهاء من أشغال البناء، وهذا ما أكدته نص المادة 36 من القانون رقم 04/11 المذكور أعلاه بقولها: " لا يمكن إبرام عقد بيع على التصاميم، المنصوص عليه في المادة 28 أعلاه، عندما يلجأ المرقي العقاري لاستعمال قروض تخصص لتمويل البناء".

ومما سبق لنا ذكره يتبين لنا أن عقد حفظ الحق في بيع العقار المقرر بناؤه، مر بثلاث مراحل أساسية، المرحلة الأولى كانت سنة 1986، حيث يعتبر القانون رقم 07/86 المتعلق بالترقية العقارية، أول نص قانوني نظم عقد حفظ الحق في الجزائر، أما المرحلة الثانية فكانت سنة 1993 أين قام المشرع الجزائري بإلغائه بموجب المرسوم التشريعي رقم 03/93 المتعلق بالنشاط العقاري، أما المرحلة الثالثة

فكانت سنة 2011، حيث أعاد المشرع الجزائري تنظيم هذا العقد من جديد بموجب القانون رقم 04/11 المحدد للقواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية.

وبعد أن تطرقنا لدراسة التطور التاريخي لعقد حفظ الحق في الجزائر، ننقل لدراسة التطور التاريخي لعقد حفظ الحق في فرنسا، وهذا ما سوف نعرضه في الفرع الموالي:

الفرع الثاني: التطور التاريخي لعقد حفظ الحق في بيع العقار المقرر بناؤه في فرنسا.

لقد ظهرت الترقية العقارية في فرنسا بعد الحرب العالمية الثانية، وذلك لعدة عوامل نذكر منها غلاء الأراضي في تلك الفترة، وتزايد النمو الديمغرافي، وضعف دخل المواطنين الفرنسيين، وارتفاع بدل الإيجار، بالإضافة إلى سياسة الحرب وما نجم عنها من تدهم المباني، وبالتالي خلق أزمة السكن¹.

فبعد الحرب العالمية الأولى بدأ الأفراد الذين يبحثون عن مسكن يأويهم يتجمعون فيما بينهم ويحاولون إيجاد حل لما يعانون منه، وحاولوا بمجهوداتهم الخاصة بناء مباني جماعية بأموال مشتركة حيث شكلت هذه التجمعات الصغيرة فيما بينها شركات تقوم وظيفتها على أساس بناء عقار يصبح بعد اكتمال بنائه مملوكا ملكية مشتركة للشركاء²، وقد أعطت هذه الطريقة الميلاد الأول للبناء الجماعي بهدف

¹ تواتي نصيرة، نظام المتعامل في الترقية العقارية (المتعامل الخاص)، رسالة ماجستير، فرع قانون المؤسسات، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2002/2001، ص 48.

² أثارت الشكوك في فرنسا حول شرعية هذه الشركات، التي لم يكن أعضاؤها يسعون إلى تحقيق الربح، ورغم اعتراف القضاء بشرعية هذه الشركات، إلا أن الشكوك التي أثرت حول شرعيتها من طرف البنوك المانحة للقروض العقارية كانت عائقا أمام هذه الشركات لإيجاد قروض، ومن تم فإن تكريس القضاء لشرعيتها لا يكفي، لذلك تدخل المشرع الفرنسي وأضفى الشرعية على هذه الشركات ونظمها وحدد أهدافها واعتبرها نوعا من أنواع الشركات التجارية، المدنية، التعاونية... التي لا تهدف إلى تحقيق الربح، وتتميز فقط بموضوعها المتمثل في إقامة البناء وتوزيعه على الشركاء، لكن هذه التقنية وإن كانت في البداية لم تشكل أي خطر للملاك كون هدفها الأصلي هو بناء مساكن للشركاء، إلا أنه بعد الحرب العالمية الثانية أصبحت تشكل خطرا على الملاك وأصبحت أداة في يد المرقبين لبناء العقارات وتسويقها، حيث تحولت من أداة تعاونية إلى أداة تجارية.

الوصول للملكية، لكن هذه الطريقة أظهرت عقبتين الأولى تخص قاعدة الإجماع المطبقة على كل الشيوخ والثانية تخص صعوبة الحصول على القروض نتيجة تردد البنوك في قبول الرهن على الشيوخ¹.

وفي سنة 1954 تدخل المشرع الفرنسي وأصدر المرسوم رقم 54/1123 الصادر بتاريخ 10 نوفمبر 1954، الذي يهدف إلى حماية المدخر ضد بعض الأنشطة السلبية في مجال البناء²، ويعد هذا المرسوم أول مرسوم وأكبر نص قانوني نظم عملية البناء في فرنسا، حيث تضمن عدة التزامات على عاتق بائع العقار المقرر بناؤه بغرض الاستعمال السكني، وبالرغم من أن هذا المرسوم لم يشر مطلقاً إلى العقد التمهيدي أو عقد الحجز إلا أن بواجره بدأت بالظهور منذ صدور هذا المرسوم³.

و في أكتوبر سنة 1961 طرح مشروع قانون متكامل أمام البرلمان، متعلق بحماية المشترين في السكن من قبل الحكومة الفرنسية، حيث كان له طموحات كبيرة في إعادة تنظيم مختلف المواضيع المرتبطة بالعقار والأساليب المنظمة للملكية وبالبيع، وتنظيم عمليات البناء ومؤسسات البناء... بالإضافة إلى توفير حماية ناجعة لسائر المتدخلين في الميدان العقاري من المخاطر المحفوفة بمختلف أشكال التعامل التجاري في العقارات، ومن بين المواضيع التي عالجها هذا المشروع، موضوع بيع العقار المقرر بناؤه أو في طور البناء، سواء كان بيع أجل أو بيع حسب الحالة المستقبلية للبناء، كما نظم هذا المشروع العقد التمهيدي (عقد حفظ الحق)، وذلك بموجب نص المادة 12 منه، حيث كان هذا المشروع أول إشارة لظهور العقد التمهيدي أو عقد الحجز في فرنسا، إلا أن هذا المشروع وبعد رحلة طويلة بين غرفتي البرلمان الفرنسي، قررت الحكومة سحبه من المناقشة بالرغم من أهميته بتاريخ 03/12/1963⁴.

¹ Philippe Malinvaud, Philippe Jestaz, Droit de la promotion immobilière, Dalloz, Paris, 1986, p 14-20.

² Le décret n° 54/1123 du 10/11/1954, tendant à protéger l'épargne contre certaines activités répréhensibles dans le domaine de la construction j.o.r.f du 16/11/1954, p 10765.

³ Thierry Massis , op.cit, p 27.

⁴ Thierry Massis, op.cit, p 28.

وفي سنة 1967 أصدر المشرع الفرنسي القانون رقم 03/67، الصادر بتاريخ 03 جانفي 1967، المتعلق ببيع العقارات المقرر بناؤها والالتزام بضمان عيوب البناء، الذي أوجد ضمانات قانونية خاصة لحماية المشتري، لم تكن موجودة في القوانين السابقة الذكر، تتميز بها عن البيع العادي بحيث بسط هذه الحماية القانونية للمشتري على بائع العقار المقرر بناؤه ووسع في النطاق الشخصي للمسؤولية الخاصة¹.

حيث نظم هذا الأخير عملية بيع العقارات المقرر بناؤها، وجعل هذا البيع لا يخرج عن صورتين، الصورة الأولى يبرم فيها البيع في شكل عقد ابتدائي، يلتزم فيه مالك مشروع البناء بنقل ملكية العقار المقرر بناؤه عند تمام البناء، إلا أن الملكية تنتقل بأثر رجعي من وقت التعاقد لا من تاريخ تمام البناء، ولا يلزم المشتري بدفع أي قسط من الثمن قبل تمام البناء، لكن بوسع المتعاقدين الاتفاق على أن يودع المشتري باسمه وديعة نقدية مصرفية كضمان لصاحب المشروع بدفع الثمن عند إتمام البناء، وبالتالي لا يساهم المشتري في تمويل عملية الانجاز، ويسمى هذا البيع بالبيع الآجل « la vente à terme » ، أما الصورة الثانية فتنتقل فيها ملكية العقار المقرر بناؤه حسب التقدم في أعمال البناء، مقابل دفع المشتري لقسط معين من الثمن عن كل عمل يتم إنجازه، ويسمى هذا النوع من البيوع بالبيع حسب الحالة المستقبلية « la vente en état futur d'achèvement » ، حيث منح المشرع الفرنسي كل من البائع والمشتري حق الخيار في التعاقد بإحدى الصورتين².

كما نظم هذا القانون العقد التمهيدي أو عقد الحجز، واعتبره عقد يمهد لإبرام عقد بيع العقار المقرر بناؤه، سواء تم البيع في صورة البيع الآجل أو البيع حسب الحالة المستقبلية.

¹ عبد الرزاق حسين ياسين، المسؤولية الخاصة بالمهندس المعماري ومقاول البناء، ط1، دار الفكر العربي، مصر، 1987، ص 461-463.

² علاء حسين علي، عقد بيع المباني تحت الإنشاء، دراسة مقارنة، ط1، منشورات زين الحقوقية، الأردن، 2011، ص 19، 20.

وبهذا يكون قانون 3 جانفي 1967¹ المذكور أعلاه، أول نص قانوني نظم العقد التمهيدي صراحة في فرنسا بعد أن تم التلميح إليه مسبقا بموجب المرسوم رقم 54/1123 الصادر بتاريخ 10 نوفمبر 1954، الذي يهدف إلى حماية المدخر ضد بعض الممارسات الخاطئة في مجال البناء ومشروع قانون 1961 المتعلق بحماية المشتركين في السكن، حيث نظم بموجب نص المادة 11 من القانون رقم 03/67، بالإضافة إلى المواد من 29 إلى 35 من المرسوم رقم 1166/67 الصادر بتاريخ 03/67، المتضمن تطبيق قانون 03/67 بتاريخ 03/01/1967، والمادة 261 فقرة 15، والفقرة 25 إلى 31 من قانون البناء والسكن الفرنسي.

وبعد دراستنا للتطور التاريخي لعقد حفظ الحق في بيع العقار المقرر بناؤه في كل من الجزائر وفرنسا، ننتقل لدراسة التكييف القانوني لهذا العقد، وهذا ما سوف نقوم بعرضه في المبحث الموالي.

¹ عرف قانون 3 جانفي 1967 أثناء عرضه على البرلمان مناقشة سريعة لمختلف مواده، وفور صدوره شهد صعوبات تطبيقية، الأمر الذي استدعى تعديله، حيث عدل هذا الأخير من قبل المشرع الفرنسي بموجب القانون رقم 547/67 الصادر بتاريخ 07/07/1967، الذي وضع بعض نصوص قانون 03/67، ثم تم تعديله مرة ثانية بموجب المرسوم رقم 1166/67، الصادر بتاريخ 22/12/1967، المتضمن تطبيق قانون 03/67 بتاريخ 03/01/1967، ثم بالقانون رقم 579/71 المؤرخ في 16/07/1971، المتعلق بتنظيم مختلف عمليات البناء، وكذا القانون رقم 649/72، المؤرخ في 01/07/1972، والقانون رقم 12/78 المؤرخ في 04/01/1978، المتضمن مسؤولية المشيدين، والقانون رقم 323/09 المؤرخ في 25/03/2009، الذي يوحد أحكام عيوب المطابقة مع العيوب الظاهرة من خلال ضمان حسن =الانجاز، والمرسوم التنفيذي رقم 1128/10 المؤرخ في 27/09/2010، المعدل لنص المادة 312-15 من قانون المستهلك، والمادة 261-11 من قانون البناء والسكن، والذي وضع أحكام فيما يخص ضمان انتهاء الانجاز، إضافة إلى القواعد العامة المنصوص عليها في القانون المدني الفرنسي، وقانون البناء والسكن.

راجع في ذلك: مسكر سهام، التزامات المرقى العقاري المترتبة على بيع السكنات الترقية، أطروحة دكتوراه، تخصص قانون عقاري وزراعي، كلية الحقوق، جامعة الاخوة منتوري قسنطينة1، 2016، ص 237.

المبحث الثاني: التكيف القانوني لعقد حفظ الحق في بيع العقار المقرر بناؤه.

إن تحديد الطبيعة القانونية لأي عقد من العقود لها أكثر من فائدة، إذ نجد الكثير من الحلول لبعض المشاكل الناشئة عن العقد تتوقف على تحديد طبيعته القانونية.

ونظرا لحدثة عقد حفظ الحق في بيع العقار المقرر بناؤه على الواقع القانوني، أصبح هذا الأخير من أكثر المسائل جدلا، حيث أثار نقاشا وجدلا مستفيضا على صعيد الفقه والقضاء في فرنسا، أما في الجزائر فرغم تنظيم هذا النوع من العقود من الناحية القانونية إلا أنه بقي غير مضبوط من حيث طبيعته القانونية، مما أدى إلى تداخله مع بعض العقود المشابهة له خاصة التمهيدية منها.

لذلك ارتأينا إلى تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، خصصنا المطلب الأول لدراسة الطبيعة القانونية لعقد حفظ الحق في بيع العقار المقرر بناؤه، حيث اقتصرنا دراستنا على رأي الفقه والقضاء الفرنسي، بسبب غياب الاجتهاد الفقهي والقضائي في الجزائر حول هذا الموضوع، أما المطلب الثاني فخصصناه لدراسة تمييز عقد حفظ الحق في بيع العقار المقرر بناؤه عن غير من العقود المشابهة له.

المطلب الأول: الطبيعة القانونية لعقد حفظ الحق في بيع العقار المقرر بناؤه.

لقد ساد الاختلاف في فرنسا حول تحديد الطبيعة القانونية لعقد حفظ الحق في بيع العقار المقرر بناؤه وتعددت الآراء الفقهية حوله، لذلك فإن تحديد الطبيعة القانونية لهذا العقد ليس بالأمر الهين، خاصة أمام غياب الآراء الفقهية والاجتهادات القضائية بشأنه في الجزائر، والتي يرجع السبب في غيابها إلى حداثة هذا العقد من جهة، وخصوصيته من جهة أخرى، مما توجب علينا الرجوع إلى القانون الفرنسي والإعتماد على الآراء والتحليل الفقهية والقضائية الفرنسية، التي سبق لها وأن ناقشت هذه المسألة، على أمل أن نتوصل من خلال هذه الدراسة إلى النتيجة المراد الوصول إليها، والتي تساعدنا في وضع تكيف قانوني لهذا العقد.

ومراعاة لذلك، سوف نقتصر دراستنا للطبيعة القانونية لعقد حفظ الحق في بيع العقار المقرر بناؤه، على رأي كل من الفقه والقضاء الفرنسي، أين تعددت الآراء واختلفت فيما بينها بين اعتبار هذا العقد: وعد بالتفضيل (الفرع الأول)، أو وعد انفرادي بالبيع معلق على شرط واقف (الفرع الثاني)، أو اعتباره عقد ذو طبيعة مزدوجة (الفرع الثالث)، أو أنه عقد ذو طبيعة خاصة (الفرع الرابع).

الفرع الأول: الاتجاه القائل بأن عقد حفظ الحق وعد بالتفضيل.

يعد الوعد بالتفضيل أحد الاتفاقات التمهيديّة السابقة على إبرام عقد البيع النهائي الناقل للملكية، وصورة من صور الوعد بالبيع الملزم لجانب واحد.¹

ويعرف الوعد بالتفضيل بأنه الاتفاق الذي يلتزم بموجبه مالك الشيء، إزاء شخص آخر يسمى الموعد بتفضيله، بتفضيله على الآخرين في حالة ما إذا قرر بيع الشيء الذي يمتلكه إذا قبل -الموعد بتفضيله- بدفع الثمن الذي يقدمه شخص آخر،² كما عرفته المادة 1130 من القانون المدني الفرنسي بقولها: " الوعد بالتفضيل هو العقد الذي يلتزم بموجبه الواعد بأن يفضل الموعد بتفضيله على الآخرين في حالة ما إذا قرر التعاقد"³.

¹ Michel Dagot, le pacte de préférence, Litec, Paris, France, 1988, p 23,61.

راجع أيضا:

- السنهوري أحمد عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود التي تقع على الملكية، البيع والمقايضة، ج 4، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2001، ص 68.

- فودة عبد الحكم، الوعد والتمهيد للتعاقد والعربون، وعقد البيع الابتدائي، دار الكتب القانونية، 1992، ص 86.

- Thierry Massis, op.cit, p 174.

² خليل أحمد حسن قداد، الوجيز في شرح القانون المدني، عقد البيع، ج 4، ط 3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2003، ص 42.

³ l'article 1123 du code civil français : «Le pacte de préférence est le contrat par lequel une partie s'engage à proposer prioritairement à son bénéficiaire de traiter avec lui pour le cas où elle déciderait de contracter. »

ولقد ذهب جانب من الفقه الفرنسي إلى اعتبار عقد حفظ الحق أو ما يعرف عندهم بتسمية "العقد التمهيدي" وعدا بالتفضيل "Pacte de préférence"، ورتبوا في ذلك أن المحجوز له (صاحب حفظ الحق) يتمتع بنفس الحقوق التي يتمتع بها الموعد بتفضيله بالنسبة لعقار أو جزء من عقار محل العقد التمهيدي، ومن بين الفقهاء الفرنسيين الذين اتبعوا هذا الرأي الأستاذ "Saint Alary" والأستاذ "Thibeirge" حيث يرى الأستاذ "Saint Alary" بأن العنصر المشترك بين العقد التمهيدي وعقد الوعد بالتفضيل هو طبيعة التراضي "La nature de consentement"، ففي كلا العقدين لا يكون المالك ملزماً بالبيع وإنما يكون ملزماً بتفضيل الموعد له عن الغير، وله الحرية التامة في بيع الشيء أو عدم بيعه.¹

أما الأستاذ "Thibeirge" فيرى بأن طبيعة العقد التمهيدي تختلف حسب ما إذا أبرم هذا العقد قبل إنجاز مشروع البناء أو بعد انجازه، فإذا أبرم قبل إنجاز مشروع البناء فهو يعد كوسيلة لاختبار السوق، ومعرفة مدى تقبل السوق لمشروعه العقاري، أما إذا أبرم بعد إنجاز مشروع البناء، فهنا يعد كعقد تحضيرى أو تمهيدي يمهد لإبرام عقد البيع النهائي الناقل للملكية، وفي هذه الحالة يكون الحاجز (المركب العقاري) ملزماً بتقديم المحجوز له (صاحب حفظ الحق)، بالأفضلية على بقية الراغبين في اقتناء هذا العقار.²

غير أن هذا التحليل أستبعد من قبل الفقه والقضاء، كون هذا العقد لا يتفق مع فكرة الوعد بالتفضيل وذلك في عدة أوجه:

فمن حيث تقدير الثمن نجد أنه في العقد التمهيدي يتم الاتفاق على الثمن من قبل أطراف العقد، ودون حاجة لتدخل الغير، بينما يحدد الثمن في عقد الوعد بالتفضيل عن طريق عرض يقدم من الغير،

¹ Saint Alary, La vente d'immeuble à construire et l'obligation de garantie à raison des vices de construction, J-C P, 1986, N 2146, p 47.

² CL Thibeirge, La nouvelle réglementation des ventes d'immeubles à construire, rev.eco.dr.imm, N 28, 1967, p 17.

أي الثمن الذي يعرضه الغير ويرضى به الواعد¹، بالإضافة إلى أنه يجب أن يحدد الثمن في العقد التمهيدي أثناء إبرام العقد، أما في عقد الوعد بالتفضيل فليس من الضروري أن يحدد الثمن أثناء إبرامه، لأن الواعد لم تكن لديه نية البيع في ذلك الوقت، ويترك تحديد الثمن إلى الوقت الذي يقرر فيه الواعد البيع².

كما أن فكرة الوعد بالتفضيل تتيح للواعد أن يتلقى طلبات الحجز المقدمة من الغير على الشيء الذي وعد الواعد بتفضيل الموعد له في حالة ما إذا قرر بيعه، والمفاضلة بينهما، وهذا ما يخالف التنظيم الذي وضعه المشرع -الجزائري أو الفرنسي- للعقد التمهيدي، الذي يفترض أن يحجز العقار إلا لشخص واحد فقط³، ومن غير المعقول وجود أكثر من شخص عكس الوعد بالتفضيل الذي يفترض فيه وجود شخص آخر يعرض عليه المبيع قبل عرضه على المستفيد من الوعد⁴.

بالإضافة إلى أن الوعد بالتفضيل يقوم على أساس المنافسة والتسابق على أحسن عرض، إذ يفترض وجود تنافس على مشروع البناء بين أكثر من شخص كما سبق ذكره ويلتزم صاحب المشروع بتفضيل أحدهما على الآخر عند إبرام العقد النهائي، وهو ما ينافي جوهر وغاية العقد التمهيدي، الذي

¹ Therry Massis, op.cit, p 175,176.

- الشراوي جميل ، شرح العقود المدنية، البيع والمقايضة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1991، ص 89.
- عبد الله هدى ، دروس في القانون المدني، العقد، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2008، ص 119 .
² إن تحديد الثمن في هذه الحالة لا يعد من الشروط الجوهرية الواجب الاتفاق عليها لقيام عقد الوعد بالتفضيل، فعدم تحديد الثمن أو عدم قابلية تحديده لا يرتب عنه بطلان الوعد بالتفضيل، والشائع أن يكون الثمن في الوعد بالتفضيل قابلاً للتحديد، لأنه نادراً ما نجد مالك العقار يقيد نفسه بثمن محدد قبل أن يتخذ قراره بعرض العقار للبيع، لإمكانية تقلب الأسعار وارتفاع الثمن في المستقبل، وهذا ليس في مصلحته.

راجع في ذلك: زاهية سي يوسف، عقد البيع، ط2، دار الأمل، الجزائر، 2000، ص 42.

³ إبراهيم عثمان بلال، تمليك العقارات تحت الإنشاء، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، مصر، 2011، ص 49.

⁴ مشماشى عبد الحفيظ ، بيع العقار في طور الإنجاز، دراسة على ضوء القانون المغربي والمقارن ، ط1، المغرب، 2012، ص 63.

أراد منه طرفاه أن يكون وسيلة لاختبار السوق والتأكد من جدية المشروع وإمكانية تنفيذه، والذي بمقتضاه يمنع على المرقي العقاري إعطاء الأولوية للغير في الشراء دون المتعاقد معه¹.

وإذا كان الوعد بالتفضيل يفترض أن يكون العقار موضوع الوعد، محددًا تحديدًا واضحًا فالوضع غير ذلك في العقد التمهيدي أو عقد الحجز، حيث لا يكون العقار موضوع الحجز محددًا تحديدًا دقيقًا، فضلًا على أن المشروع إذا طرأ عليه تغيير جوهري، يصبح من حق المحجوز له (صاحب حفظ الحق) أن ينسحب من العقد ولا يبرم العقد النهائي، ويسترد الضمانة التي أودعها².

وأخيرًا فإن قرار البائع في الوعد بالتفضيل يكون مطلق الحرية، وتظل له الحرية الكاملة في اتخاذ قرار البيع من عدمه³، حيث يرى كل من الأستاذ "Planiol" والأستاذ "Ripert" بأن البائع يبقى دائمًا حراً وغير مجبر على بيع الشيء، بينما قرار البائع في العقد التمهيدي لا يكون مطلقًا، ولا يكون حراً حرية كاملة في بيع الشيء أو عدم بيعه⁴، وبالتالي ليس لديه السلطة التقديرية في البيع، وقراره بعدم البيع يجب أن يكون له ما يبرره وإلا التزم بتعويض المحجوز له⁵.

وهذا ما أكدته محكمة باريس في حكمها الصادر بتاريخ 1972/01/17، حيث استبعدت رأي الفقهاء في اعتبار العقد التمهيدي وعدا بالتفضيل، وأكدت بأنه لا يمكن اعتبار العقد التمهيدي وعدا

¹ راجع في ذلك: علاء حسين علي، عقد بيع المباني تحت الإنشاء، دراسة قانونية، ط1، منشورات زين الحقوقية، العراق، 2011، ص 75. - سيبيل جعفر حاجي عمر، ضمانات عقد بيع المباني قيد الإنشاء، دراسة مقارنة، ط1، دار وائل للنشر، لبنان، 2014، ص 132.

-Therry Massis,op.cit , p 174.

² راجع في ذلك: عياشي شعبان ، المرجع السابق، ص 90.

³ يمكن للواعد في عقد الوعد بالتفضيل أن يبيع لشخص آخر غير الموعود له بالتفضيل إذا أعطى له ثمن أعلى من الثمن الذي قدمه هذا الأخير، وهذا ما لا نجده في عقد حفظ الحق أو العقد التمهيدي، لأن المرقي العقاري لا يمكنه أن يبيع إلى الغير إلا إذا رفض المحجوز له أو صاحب حفظ الحق الشراء لسبب شرعي، وإلا فقد وديعة الضمان.

⁴ Planiol et Repert, Traité pratique de droit ciciel français, contrats civils, 2^{ème} partie, T4 , L G D J, paris, France, 1954, p 184.

⁵ الشرقاوي جميل ، المرجع السابق، ص 89.

بالتفضيل، لأن الواعد في الوعد بالتفضيل لا يكون ملزماً بالبيع، أما الحاجز في العقد التمهيدي لا تكون له السلطة التقديرية في عدم البيع، وبالتالي يكون الحاجز ملزماً بالبيع¹.

واستناداً إلى ما سبق لنا ذكره، يتبين لنا أنه لا يمكننا اعتبار عقد حفظ الحق في بيع العقار المقرر بناؤه وعداً بالتفضيل، لأن الأحكام المنظمة لعقد الوعد بالتفضيل تختلف عن الأحكام المنظمة لعقد حفظ الحق، وبالتالي لا يمكننا تطبيقها عليه، وعليه فإن هذا العقد يعد صورة جديدة من اتفاقات ما قبل التعاقد مستقلة بذاتها عن الوعد بالتفضيل.

الفرع الثاني: الاتجاه القائل بأن عقد حفظ الحق وعد انفرادي بالبيع معلق على شرط واقف.

يعرف الوعد الانفرادي بالبيع بأنه ذلك العقد الذي يلتزم بمقتضاه صاحب الشيء ببيعه بثمن معين لشخص آخر متى رغب هذا الأخير في الشراء خلال أجل محدد أو قابل للتحديد وبهذا يكون صاحب الشيء (الواعد) هو الملزم وحده بالبيع إذا أظهر الطرف الآخر رغبته في الشراء، أما الطرف الآخر (الموعد له) فلا يكون ملزماً بالشراء².

وقد ذهب جانب آخر من الفقه والقضاء الفرنسي إلى اعتبار العقد التمهيدي وعداً انفرادياً بالبيع معلق على شرط واقف "Promesse unilatérale de vente sous condition suspensive"، هو تنفيذ مشروع البناء.

¹Cour d'appel de Paris, 17/01/1972, J-C.P, N 2, 1972, p17237, note Meysson et Tirard.

نقلاً عن: عبد الحفيظ مشماشي، المرجع السابق، ص 63.

تقول محكمة باريس في هذا الصدد:

« pour certains auteurs, le contrat préliminaire serait un pacte de préférence, la jurisprudence semble bien avoir condamnés cette analyse, en remarquant qu'à la différence du promettant du pacte de préférence, le réservant n'a pas liberté discrétionnaire de ne pas vendre »

² السنهوري أحمد عبد الرزاق ، الوسيط في شرح القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 55.

حيث يرى كل من الأستاذ " Frank Steinmetz " والأستاذ " Cornu " بأن العقد التمهيدي وعد انفرادي بالبيع معلق على شرط واقف، هو قيام البائع (المركي العقاري) بإنجاز مشروع البناء، وهذا معناه أن التزام البائع بالبيع يتوقف على نتيجة البناء، وبالتالي يكون ملزماً بالبيع إذا قام بتنفيذ مشروع البناء، وهذا الشرط هو شرط صحيح لأنه يعد شرطاً إرادياً محضاً، فإرادة المكي العقاري ليست مطلقة بل مقيدة بالظروف الخارجية وخاصة الظروف الاقتصادية التي تسمح له بتحقيق مشروع البناء.¹

فحسب هذا الرأي فإن البائع يلتزم بالبيع، ولا يلتزم المشتري بالشراء رغم إيداع هذا الأخير لوديعة الضمان، ولا سبيل للبائع في إلزامه بإتمام البيع.²

وقد استند أصحاب هذا الاتجاه إلى نص المادة 11 من قانون 03 جانفي 1967، المتعلق ببيع العقار المقرر بناؤه وضمن عيوب البناء، والتي نص فيها المشرع الفرنسي صراحة بأنه: " يبطل كل وعد آخر بالبيع والشراء"³، فبمفهوم المخالفة لنص هذه المادة يكون العقد التمهيدي في رأي أصحاب هذا الرأي نوع من أنواع الوعد الانفرادي بالبيع وبالتالي لا يمكن أن يسبق بيع العقار المقرر بناؤه عقد آخر غير العقد التمهيدي المنظم بأحكام خاصة.

إلا أن بعض الفقهاء رفضوا هذا التحليل، وحثهم في ذلك أن المشرع لم يقصد بموجب نص المادة 11 المذكورة أعلاه وضع تكييف للعقد التمهيدي، وإنما كان هدفه أن يحمي المحجوز له من

¹-Frank Steinmetz, les ventes d'immeubles à construire, thèse, Montpellier, France, 1970, p 316.

² François Magnin, la distinction entre contrat de réservation et promesse unilatérale de vente d'immeuble, recueil Dalloz, sommaire commenté, 1993, p 36.

³نص المادة 11 فقرة 4 من القانون رقم 67/03 المؤرخ في 1967/01/03 المتعلق ببيع العقار المقرر بناؤه وضمن عيوب البناء:

«nulle toute autre promesse d'achat ou vente »

استغلال المرقي العقاري له، وإقامة التوازن بين مصلحة الطرفين¹، لذلك حرص على النص صراحة على الجزء الذي يوقع على مخالفة أحكام المادة 11، وهو بطلان أي صيغة أخرى من صيغ اتفاقات ما قبل التعاقد عدا العقد التمهيدي.

كما أنه إذا تم اعتبار العقد التمهيدي وعدا انفراديا بالبيع، فمعنى ذلك أن المحجوز له لا يلتزم بأي التزام، ولا يكون ملزما بالشراء، بينما يلقي على عاتق البائع التزاما بالبيع وهذا غير صحيح، لأن التزام الأطراف في العقد التمهيدي تكون متبادلة، وبالتالي فهذا القول لا ينسجم مع نص المادة 11 من قانون 3 جانفي 1967، التي أكدت على أن الحاجز يلتزم بحجز عقار أو جزء من عقار، في مقابل التزام المحجوز له بإيداع وديعة الضمان.

بالإضافة إلى أن مشروع البناء الذي يعتبره أنصار هذا التكييف شرطا واقفا يعلق عليه العقد يعد عنصرا ثانويا خارجيا عن العقد، إلا أن نجاح مشروع البناء وتحققه يعد عنصرا أساسيا من عناصر العقد التمهيدي ومبرر وجوده²، ومن ناحية أخرى فإن إعمال الشرط وتحققه يؤدي إلى نتائج لا تتفق مع أحكام العقد التمهيدي، فالقول بأن العقد التمهيدي وعدا انفراديا بالبيع معلق على شرط يعني أن العقد قد استجمع كافة عناصره وحقق وجوده قبل تحقق الشرط³.

وقد اختلف القضاء بدوره حول مسألة تحديد الطبيعة القانونية للعقد التمهيدي، ففي قرار صادر عن محكمة الاستئناف الصادر بتاريخ 18/12/1973⁴، في قضية الأنسة "Jugu"¹، اعتبرت العقد

¹ Jean Louis Bergel, les contrats préliminaire de réservation dans les ventes d'immeubles à construire, unité ou dualisme ? ,J.C.P , vol 1,1974, N 14 , p 2669

² محمد المرسي زهرة، بيع المباني تحت الإنشاء، دراسة مقارنة في القانون المصري والكويتي والفرنسي، ط1، 1889، ص 415.

³ حامي حياة ، المرجع السابق، ص 91.

⁴ Arrêt de cour d'appel commercial Rennes, 18 décembre 1973, Gaz. Pal, 1974, N 1, P 258. Note M Peisse , D 1974, P 688, note J.C Groslière.

التمهيدي الموقع بين طرفيه وعدا انفراديا بالبيع، استنادا إلى نص المادة 11 من قانون 3 جانفي 1967 التي نصت على أنه يبطل كل وعد آخر بالبيع والشراء.²

كما ذكرت أيضا في نفس القرار، أن العقد التمهيدي يعتبر وعدا انفراديا بالبيع يخضع للتسجيل حسب حكم نص المادة 1840-أ³، من قانون الضرائب العام الفرنسي، التي نصت على ضرورة تسجيل الوعد بالبيع الانفرادي خلال مدة 10 أيام من تاريخ قبول الموعد له وإلا كان باطلا⁴.

¹ لقد ذهبت محكمة الاستئناف بران إلى اعتبار العقد التمهيدي وعد انفرادي بالبيع، في قضية الأنسة "Jugu"، هذه الأخيرة التي قامت بإبرام عقد الحجز - عقد تمهيدي - مع شركة مدنية تدعى "Nurcy c" لحجز شقة في مجمع عقاري، وقامت بدفع وديعة الضمان (المقدرة ب 5% من ثمن الشقة)، وبتاريخ 1971/12/14، قامت الشركة باستدعاء الأنسة "Jugu" للتوقيع على عقد البيع النهائي أمام موثق، غير أن هذه الأخيرة رفضت التوقيع على العقد وطلبت من الشركة استرداد وديعة الضمان التي دفعتها، وذلك على أساس أن العقد التمهيدي المبرم بينهما لم يتم تسجيله خلال 10 أيام من تاريخ إبرامه، وبالتالي فهو يعد باطلا تطبيقا لنص المادة 1840-أ من قانون الضرائب العام الفرنسي.

وقد نظرت محكمة الاستئناف في هذه القضية، واعتبرت العقد التمهيدي وعد انفرادي بالبيع ملزم من جهة الحاجز، وأن الأنسة "Jugu" لها الحق في استرداد مبلغ الضمان، لذلك فمن المهم تسجيل العقد التمهيدي خلال 10 أيام من يوم إبرامه. Voir :- Alain Castel, vente d'immeuble à construire, Etudes et documents de L'.I.E.J. de Rennes, vol 3, N 2, p 35,36.

² La cour de Rennes confirma cette décision dans les termes suivants :

« ...Considérant que le contrat préliminaire signé par les parties constitue bien une promesse unilatérale de vente comme le mentionne d'ailleurs le législateur en édictant l'article 11 de la loi du 3 janvier 1967 "est nulle autre promesse d'achat ou de vente" ... ».

³L'article 1840-A du code générale des impôts : « Sans préjudice, le cas échéant, de l'application des dispositions de l'article 1741, est nulle et de nul effet toute promesse unilatérale de vente afférente à un immeuble, à un droit immobilier, à un fonds de commerce, à un droit à un bail portant sur tout ou partie d'un immeuble ou aux titres des sociétés visées aux articles 728 et 1655 ter, si elle n'est pas constatée par un acte authentique ou par un acte sous seings privés enregistré dans le délai de dix jours à compter de la date de son acceptation par le bénéficiaire. Il en est de même de toute cession portant sur lesdites promesses qui n ' a pas fait l'objet d'un acte authentique ou d'un acte sous seings privés enregistré dans les dix jours de sa date. »

⁴ La cour de Rennes confirma cette décision dans les termes suivants :

« ...considéré que le contrat préliminaire signé par les parties constituait une promesse unilatérale de vente, et comme tel se trouvait soumis aux dispositions de l'article 1840-A du code générale des

وقد أكدت أيضا محكمة الاستئناف بران نفس قرارها مرة أخرى، بموجب القرار الصادر بتاريخ 18 ماي 1976، حيث رأت بأنه لا يمكن اعتبار العقد التمهيدي وعدا انفراديا بالبيع ما لم يتم تسجيله خلال مدة 10 أيام من يوم إبرامه¹.

وعليه فإن العقد التمهيدي حسب رأي محكمة الاستئناف "ران"، يعد وعدا انفراديا بالبيع، و حتى يتم تكييف العقد التمهيدي بأنه وعد انفرادي بالبيع، لا بد من تطبيق نص المادة 1840-أ من قانون الضرائب الفرنسي، التي تقضي بضرورة تسجيل هذا العقد خلال 10 أيام من يوم إبرامه وإلا كان باطلا، أما إذا لم يتم تكييف العقد التمهيدي على أنه وعد انفرادي بالبيع فلا يمكن تطبيق نص المادة 1840-أ.

ومن خلال كل ما سبق لنا ذكره يتضح لنا بأن الفقه والقضاء الفرنسي يرى بأنه لا يمكن اعتبار العقد التمهيدي وعدا بالتفصيل، أو وعدا انفراديا بالبيع معلق على شرط واقف، الأمر الذي يدفعنا إلى التساؤل حول كيف تم تكييف العقد التمهيدي من قبل الفقه والقضاء الفرنسي، هل تم تكييفه بأنه عقد ذو طبيعة مزدوجة، أم أنه عقد ذو طبيعة خاصة؟ هذا ما سوف نوافيه في الفرعين المواليين.

الفرع الثالث: الاتجاه القائل بأن عقد حفظ الحق عقد ذو طبيعة مزدوجة

أمام الانتقادات الحادة التي وجهت إلى التكييفات السابقة للعقد التمهيدي، حاول بعض الفقهاء إيجاد تكييف مناسب يراعي خصوصية هذا العقد، حيث اعتبروا العقد التمهيدي عقد ذو طبيعة مزدوجة، تختلف من حالة إلى أخرى تبعا للوقت الذي أبرم فيه هذا العقد.

=impôts, qu'ils sont à juste titre déclaré ce contrat nul, comme n'ayant pas été enregistré dans les 10 jours ».

¹ Arrêt de cour d'appel de Rennes, 18/05/1976, J.C.P, 1977.note Maurocq et Stémmer.

Voir en ce sens : Christiane Loyer Larher, vente d'immeuble à construire, Études et documents de L'.I.E.J. de Rennes, vol 7, N 2, 1976, pp 13-16.

حيث يرى كل من الأستاذ "Henry" والأستاذ "Bergel"، أن طبيعة العقد التمهيدي تختلف حسب ما إذا أبرم هذا العقد قبل أو بعد الشروع في تنفيذ مشروع البناء، فإذا أبرم قبل الشروع في تنفيذ مشروع البناء، فإنه يعد أداة لاختبار حالة السوق، ووسيلة لدراسة المشروع فإذا استطاع البائع تنفيذ مشروع البناء فإن العقد هنا يلقي عليه الحد الأدنى من الالتزامات، أي الالتزام بعرضها على المحجوز له بالأفضلية على الآخرين في حال بيعها، وهو هنا مجرد وعد بالتفضيل، أما إذا أبرم العقد التمهيدي بعد تنفيذ مشروع البناء، وخاصة في حالة تقدم الأشغال، فإنه لا يكون وسيلة لاختبار السوق، وإنما وسيلة للخروج من المفاوضات، ويصبح التزام مالك المشروع التزاما بالتعاقد، ويتحول العقد إلى وعد انفرادي بالبيع¹.

وقد أخذت محكمة النقض الفرنسية في وقت معين بهذا الرأي معتبرة أن العقد إما أن يبرم في مرحلة ما قبل البناء، فيعتبر في هذه الحالة عقد ذو طبيعة خاصة، وإما أن يبرم بعد الشروع في عملية البناء، فيكيف على أساس وعد بالبيع معلق على شرط واقف، مضمونه إنجاز المشروع بإقامة البناء وهذا الشرط الواقف ليس شرطا إراديا محضا معلقا على إرادة البائع، بل يتوقف على ظروف موضوعية خارجة عن إرادة البائع، تتعلق أساسا بأسعار مواد البناء، وسعر العقار في السوق العقاري...².

إلا أن هذا الاتجاه لم يسلم هو أيضا من النقد كالاتجاهين السابقين، حيث عرف هو الآخر جملة من الانتقادات، إذ يجب أن يكون لأي اتفاق طبيعة قانونية واحدة لا تتغير حسب الأحوال والظروف، لأنه من الممكن أن يكون العقد التمهيدي كما يرى أصحاب هذا الاتجاه وسيلة استغلال بيد مالك المشروع للتصل من التزاماته.

¹– Hélène Henry, les problèmes posé par le contrat préliminaire de vente d'immeuble à construire, A.J.P.I., N° 40,1978, p 382.

– Jean Louis Bergel, op.cit, N 13-14, p 2669.

² Cour de cassation, 3 ch, 27 octobre 1975, note E. Frank, Gaz Pal, N 1, 1976, p 67. cité par: Michel Dagot, la vente d'immeuble à construire, op.cit, 134.

كما أن هذا الاتجاه يشوبه غموض حول تحديد اللحظة الزمنية التي تتحول فيها طبيعة العقد التمهيدي، من عقد الوعد بالتمهيد إلى عقد الوعد الانفرادي بالبيع، والذي زاد الوضع غموضاً، هو أن أنصار هذا الاتجاه لم يتفقوا حول وضع معيار يضبط لحظة تغيير العقد حيث ذهب الأستاذ " Bergel " إلى أن وصول أشغال البناء إلى مرحلة اللأعودة هي المعيار الفاصل بين طبيعتي العقد التمهيدي¹ بينما ذهب كل من الأستاذين "Philippe Jestaz et philippe Malinvaud" إلى أن هذا المعيار مرتبط بإرادة البائع، أي أن لحظة تغيير هذه الطبيعة تتم بمجرد اتخاذ قرار البيع بإبرام العقد النهائي².

وقد انتقدت أيضاً محكمة الاستئناف بباريس هذا الاتجاه، وذلك بموجب قرارها الصادر بتاريخ 20 فيفري 1975، ورأت بأنه: " لا يعتبر العقد التمهيدي وعدا بالبيع وبالتالي فلا مجال للفرقة حسب حالة تقدم مشروع البناء، إذ أن طبيعة هذا العقد واحدة لا تتجزأ، سواء قبل أو بعد البدء في تنفيذ مشروع البناء

3.

ونستخلص في الأخير بأن مجموع الفقهاء الفرنسيين المذكورين أعلاه والقضاء الفرنسي لم يستقروا على رأي واحد حول مسألة تحديد الطبيعة القانونية للعقد التمهيدي، فمنهم من يرى بأنه وعد بالتمهيد ومنهم من يرى فيه بأنه وعد انفرادي بالبيع معلق على شرط واقف، وهناك اتجاه ثالث يرى بأن العقد التمهيدي يعد عقد ذو طبيعة مزدوجة تختلف حسب ما إذا أبرم هذا العقد قبل أو بعد تنفيذ مشروع البناء غير أن هذا الاتجاه لم يسلم هو الآخر من الانتقادات التي وجهت إلى الاتجاهين الأول والثاني ويبقى السؤال المطروح في هذه الحالة هل استقر الفقه والقضاء الفرنسي في الأخير حول تكييف واحد للعقد التمهيدي؟

¹ Jean Louis Bergel, op.cit, N 15 , p 2669.

² Philippe Malinvaud, Philippe Jestaz, Droit de la promotion immobilière, op.cit, p 301.

³ Arrêt de cour d'appel de Paris, 20 février 1975, J.C.P, N2, 1975, P 18151, note Bergel.

الفرع الرابع: الاتجاه القائل بأن عقد حفظ الحق عقد ذو طبيعة خاصة

يتم تكييف عقد ما بأنه عقد ذو طبيعة خاصة، عندما يكون هناك خلل في التصنيف أي استحالة وضع هذا القانون ضمن تصنيف قانوني قائم، وهذا نظرا إلى العملية المعقدة الناتجة عن العقد، أو طبيعة الالتزامات الناشئة بين أطرافه، والغاية من إعطاء العقود سواء كانت مسماة أو غير مسماة تكييف الطبيعة الخاصة، هو تجنب أن تطبق عليها نظام مشابه في حين أن مضمونها والخصوصية الموجودة فيها لا تتطابق مع هذا النظام¹.

ونظرا للجدل الكبير الذي أثاره موضوع تحديد الطبيعة القانونية للعقد التمهيدي في فرنسا، ذهب اتجاه كبير من الفقه الفرنسي إلى اعتبار العقد التمهيدي عقد ذو طبيعة خاصة لا يجوز ربطه بأي نظام آخر.

ومن بين أهم الفقهاء الذين اعتبروا العقد التمهيدي عقد ذو طبيعة خاصة الأستاذ "Meysson" والأستاذ "Brun" والأستاذ "Cabanac" والأستاذ "Bergel".

وفي هذا المقام كان لكل من الأستاذ "Meysson" والأستاذ "Cabanac" نفس الرأي حيث اعتبرا "العقد التمهيدي عقد ذو طبيعة خاصة، يلتزم بمقتضاه البائع بعدم التصرف في الشيء المقرر بيعه قبل عرضه على المشتري ودعوته للشراء، ومعرفته لشكله النهائي وبالثمن الذي يحدده البائع"².

أما الأستاذ "Brun" فقد رأى في هذا الشأن بأن : "العقد الذي تم تنظيمه بموجب نص المادة 11 من قانون 03 جانفي 1967، هو نوع جديد من العقود، حيث يمكننا القول بأنه عقد ذو طبيعة خاصة"¹،

¹ Pascal Puig, Contrat spéciaux, 2 éd, Dalloz, France, 2007, P29.

²- Cabanac, Traité de la construction et de la copropriété, T 2, N 50, 1970, p 65.

-P. Meysson, les vente d'immeubles à construire, J C P , N 1.2132, 1968, p 259. Cité par : Therry Massis, op.cit, p 248.

في حين كان للأستاذ "Bergel" رأيا خاصا إلى حد ما، حيث اقترح التحليل المزدوج لهذا العقد كما تم ذكره مسبقا، واعتبر العقد التمهيدي المبرم قبل الشروع في تنفيذ مشروع البناء يعد عقد ذو طبيعة خاصة وذكر في هذا الصدد: "أن العقد التمهيدي هو اتفاق بسيط بالحجز يلتزم بموجبه الحاجز بعرض المبيع للمحجوز له، بعد تنفيذ مشروع البناء بنفس الشروط المتفق عليها مسبقا."

ويبدو لنا من خلال هذه التحاليل الفقهية، أن تحليل كل من الأستاذ "Meysson" و "Cabanac" قريب من الوعد بالفضيل، فالقول بأن العقد التمهيدي عقد ذو طبيعة خاصة هذا يعني أن هذا الأخير له أحكام خاصة به، ولا يمكننا اعتباره وعد بالفضيل، وهذا ما بيناه في دراستنا السابقة، حيث ذكرنا بأن الواعد في الوعد بالفضيل تكون له الحرية التامة في بيع الشيء أو عدم بيعه، عكس الحاجز في العقد التمهيدي الذي يكون ملزما ببيع الشيء للمحجوز له، أما بالنسبة لتحليل الأستاذ "Bergel" فنلاحظ أنه اعتمد على النظرية المزدوجة في تحديد الطبيعة القانونية لهذا العقد، ومن المفروض إعطاء تكييف واحد للعقد كما بيناه سابقا، وذلك لعدم إتاحة الفرصة للبائع باعتباره الطرف القوي في العلاقة التعاقدية للتهرب من التزاماته تجاه المشتري، وبهذا يكون رأي الأستاذ "Brun"، هو الرأي الصائب في رأينا، لأنه أصاب عندما اعتبر العقد التمهيدي عقد ذو طبيعة خاصة، وأعطى له ذاتية مستقلة تميزه عن الوعد بالفضيل وعن الوعد الانفرادي بالبيع.

وبعد أن تطرقنا إلى رأي الفقه الفرنسي حول الطبيعة القانونية للعقد التمهيدي، بقي أمامنا معرفة موقف القضاء الفرنسي حول تحديد الطبيعة القانونية للعقد التمهيدي، وهل توصل إلى حل مقنع خاصة بعدما تضاربت الاجتهادات القضائية بخصوص هاته المسألة.

¹ – Brun, les contrats préliminaires aux ventes d'immeubles à construire, Art. Jur.Prop.Imm, 1973, p 12. Cité par : Therry Massis, op.cit, p 248.

– Jean Louis Bergel, op.cit, N 13, p 2669.

لقد ذهب القضاء الفرنسي إلى اعتبار العقد التمهيدي عقد ذو طبيعة خاصة، حيث رأّت محكمة الاستئناف بباريس في قرارها الصادر بتاريخ 17 جانفي 1972، بأن العقد التمهيدي عقد ذو طبيعة خاصة، وذهبت إلى القول بأنه: "يعتبر العقد التمهيدي الذي يمهّد لإعداد البيع عقد ذو طبيعة خاصة، ومع ذلك يبقى عقد ملزم لجانبيين أساساً - عقد تبادلي - يتضمن التزامات متبادلة"¹.

كما أكدت أيضاً المحكمة العليا لباريس نفس الرأي في قرارها الصادر بتاريخ 05 جانفي 1974، حيث عرفت العقد التمهيدي بأنه: "عقد ذو طبيعة خاصة ملزم لجانبيين يتضمن التزامات متبادلة ومحددة، حيث يلتزم بموجبه البائع بحجز عقار أو جزء من عقار للمشتري مقابل التزام المشتري بدفع وديعة الضمان، تودع في حساب خاص"².

إلا أن المحكمة العليا لفرساي "Versaille"، اعتبرت العقد التمهيدي وعدا بالبيع ملزماً لجانبيين وذلك في قرارها الصادر بتاريخ 23 نوفمبر 1973،³ بخصوص قضية السيد "Chavagat"¹.

¹ Cour d'appel de Paris, 17 janviers 1972, j.c.p, N 2, 1972 ,P 17237. note Meysson et Tirard. Cité par : Therry Massis, op.cit, p 181.

La Cour d'appel de Paris confirma cette décision dans les termes suivants :

« Considérant toutefois que si ce contrat préliminaire destiné à préparer la vente est un contrat sui generis, il n'en demeure pas moins essentiellement un contrat synallagmatique comportant des obligations réciproques ».

² Tribunal de Grande Instance Paris, 5 janvie 1974, inédit. Cité par Therry Massis, op.cit, p 181.

Le Tribunal de Grande Instance Paris dans sa décision en date de 5 janviers 1974, définit le contrat préliminaire comme : « Un contrat synallagmatique sui generis qui comporte des obligations réciproques définies, le vendeur éventuel s'engageant, en contrepartie d'un dépôt de garantie, effectué à un compte spécial, à réserver à l'acheteur éventuel un immeuble ou une partie d'immeuble ».

³ Tribunal de Grande Instance de Versailles, 23 novembre 1973. Inédit. Cité par: Therry Massis, op.cit, P 185.

وما يلاحظ على هذه الاجتهادات القضائية، هو وجود اختلاف واضح حول مسألة تحديد الطبيعة القانونية للعقد التمهيدي، حيث ذهب كل من محكمة الاستئناف والمحكمة العليا لباريس إلى اعتبار العقد التمهيدي عقد ذو طبيعة خاصة ملزم لجانبين، أما المحكمة العليا لفرساي اعتبرت العقد التمهيدي وعد بالبيع ملزم لجانبين.

وقد حسمت محكمة النقض الفرنسية هذا الخلاف بموجب قرارها الصادر عن الغرفة المدنية الثالثة، بتاريخ 27 أكتوبر 1975، حيث وضعت تكييف قانوني لأول مرة للعقد التمهيدي، وقررت بأنه: " عقد ذو طبيعة خاصة ملزم لجانبين أساسا *Contrat sui generis essentiellement synallagmatique*، يتضمن التزامات متبادلة، حيث يلتزم البائع في مقابل وديعة الضمان، بأن يحجز للمشتري المحتمل عقار أو جزء من عقار"².

¹لقد ذهب المحكمة العليا لفرساي في قرارها الصادر بتاريخ 23 نوفمبر 1973، إلى اعتبار العقد التمهيدي وعد بالبيع ملزم لجانبين، في قضية السيد "Chavagat"، حيث أبرم هذا الأخير عقد تمهيدي مع شركة عقارية مدنية، يتضمن اكتساب منزل في مجمع سكني بالأفضلية على الغير، وقبل إبرام عقد البيع النهائي لاحظ السيد "Chavagat"، أن المنزل غير مطابق للمواصفات المتفق عليها، مما أدى رفضه إبرام عقد البيع النهائي، إلى أن يتم إصلاح العيوب مع ضرورة إدخال التعديلات اللازمة، حتى يكون المنزل مطابقا للمواصفات المتفق عليها، غير أنه وبعد أن قامت الشركة بإدخال بعض التعديلات اللازمة، رفض المشتري إبداء رغبته في الشراء، على أساس أن المنزل لا يزال غير مطابق للمواصفات المتفق عليها وفي المقابل تمسكت الشركة البائعة بأن المنزل مطابق للمواصفات، وعليه يعد رفض المشتري في إتمام إجراءات البيع النهائي سببا في فقهه لوديعة الضمان، وفسخه للعقد التمهيدي، وعلى هذا الأساس قامت الشركة البائعة ببيع المنزل محل النزاع إلى شخص آخر.

تمسك المشتري في مواجهة الشركة على أساس أن العقد التمهيدي الذي أبرم بينهما يعد وعدا بالبيع ملزما لجانبين "Promesse de vente synallagmatique"، إلا أن الشركة البائعة اعتبرت العقد التمهيدي عقد ذو طبيعة خاصة. وفي الأخير فصلت المحكمة العليا لفرساي في هذا النزاع بموجب قرارها الصادر بتاريخ 23 نوفمبر 1973 واعتبرت العقد التمهيدي وعدا بالبيع ملزما لجانبين، وأن السيد "Chavagat" أخل بالتزامه المتمثل في إبرام عقد البيع النهائي، مما يؤدي إلى حرمانه من استرجاع مبلغ الضمان.

– Thery Massis, op.cit, P 185-187.

² Cour de Cassation, Civ, 3ch, 27 octobre 1975, note E. Frank, Gaz. Pal, N 1, 1976, P 67. cité par: Michel Dagot, la vente d'immeuble à construire, op.cit, 134.

La cour de cassation confirma cette décision dans les termes suivants :

ومهما كان من الإختلاف بين الفقه والقضاء في فرنسا حول تحديد الطبيعة القانونية للعقد التمهيدي، فإنه تم في الأخير ضبط الطبيعة القانونية لهذا العقد، حيث اعتبره القضاء الفرنسي عقد ذو طبيعة خاصة ملزم لجانبين، مما يجدر بنا أن نبحث عن الطبيعة القانونية لهذا العقد في التشريع الجزائري، طالما أننا لم نعثر على أي اجتهاد فقهي أو قضائي تعرض لهته المسألة وعليه هل يمكننا اعتبار عقد حفظ الحق المنصوص عليه بموجب المادة 27 من القانون رقم 04/11 المحدد للقواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية، عقد ذو طبيعة خاصة ملزم لجانبين كما يرى الفقه والقضاء الفرنسيين أو له طبيعة قانونية أخرى تميزه عن غيره من العقود .

يبدو لنا أن المشرع الجزائري اعتبر عقد حفظ الحق الذي نظمه بموجب القانون رقم 04/11 المحدد للقواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية، " وعد بالبيع ملزم لجانبين "، فهو يسمو أن يكون مجرد وعد بالتفضيل أو وعد انفرادي بالبيع، ودليلنا فيما ذهبنا إليه هو ما جاء في نص المادة 27 من القانون المذكور أعلاه، فعقد حفظ الحق حسب نص هذه المادة، يرتب التزامات متبادلة بين طرفيه حيث يلتزم بموجبه المرقي العقاري وهو الواعد بحجز العقار أو جزء من العقار المقرر بناؤه وتسليمه فور الانتهاء من بنائه لصاحب حفظ الحق وهو الموعد له، مقابل التزام هذا الأخير بدفع تسبيق مالي (وديعة الضمان) .

وهذا ما أكدته نص المادة 23 من نفس القانون والتي تنص على أنه: " يمكن فسخ عقد حفظ الحق في أي وقت خلال إنجاز المشروع العقاري: بطلب من أحد الطرفين مع قبول الطرف الآخر أو بطلب من صاحب حفظ الحق، وفي هذه الحالة يستفيد المرقي العقاري من اقتطاع بنسبة خمس عشر(15%) من مبلغ التسبيق المدفوع، أو بطلب من المرقي العقاري، في حالة عدم احترام صاحب

=« qu'il s'agit d'un contrat sui generis essentiellement synallagmatique, lequel comporte des obligations réciproque, le vendeur s'engageant en contrepartie d'un dépôt de garantie à réserver à l'acheteur éventuel un immeuble ou un partie d'immeuble ».

حفظ الحق لالتزاماته..."، حيث يستشف من نص هذه المادة أن هذا العقد يرتب التزامات متبادلة على عاتق كل من المرقى العقاري وصاحب حفظ الحق، وإذا أخل أحدهما بتنفيذ التزاماته فيحق للطرف الآخر فسخ العقد في أي وقت خلال إنجاز مشروع البناء.

كما أن عقد حفظ الحق لا يعد وسيلة يستعملها المرقى العقاري لاختبار مدى نجاح مشروعه العقاري من الناحية التجارية، والحصول على الأوراق الإدارية الضرورية، والتمويل اللازم، كما يرى المشرع الفرنسي، لأن عقد حفظ الحق حسب نص المادة 30 من نفس القانون المذكور أعلاه، يجب أن يتضمن أصل ملكية الأرضية، ورقم السند العقاري ومرجعيات رخصة التجزئة، وشهادات التهيئة والشبكات، وكذا تاريخ ورقم رخصة البناء وهذا يعني أنه لا يمكن إبرام عقد حفظ الحق إلا بعد الحصول على التراخيص اللازمة لمشروع البناء، وبالتالي فإن التزام المرقى العقاري بموجب هذا العقد هو التزام بالبيع.

وما يؤكد لنا رأينا أيضا في اعتبار عقد حفظ الحق وعد بالبيع ملزم لجانبين، أن المشرع الجزائري بموجب نص المادة 30 من القانون رقم 07/86 المتعلق بالترقية العقارية أكد على ضرورة الاتفاق بين الأطراف المتعاقدة على جميع المسائل الجوهرية للعقد، وأن يذكر في العقد تحت طائلة البطلان كل ما تم الاتفاق عليه حول سعر العقار المقرر بناؤه ونوعه ومساحته وآجال التسليم وعقوبات التأخير....، وهو نفس الشأن بالنسبة للوعد بالبيع حيث نص المشرع الجزائري بموجب المادة 71 القانون المدني الجزائري، على أن: "الاتفاق الذي يعد له كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل، لا يكون له أثر إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه، والمدة التي يجب إبرامه فيها".

بالإضافة إلى أن المشرع الجزائري أشار بموجب نص المادة 31 القانون رقم 07/86 المذكور أعلاه، على الوعد بالبيع حيث نصت المادة 31 على أنه: " خلافا لأحكام المادة 12 من الأمر رقم

91/70، المؤرخ في 15 ديسمبر 1970، والمتضمن تنظيم التوثيق، وأحكام المادة 71 من القانون المدني، يحرر العقد التمهيدي المسمى عقد حفظ الحق في شكل عقد عرفي ويخضع لإجراءات التسجيل".

فإشارة المشرع الجزائري للمادة 71 من القانون المدني، والتي تتعلق بالوعد بالتعاقد بصفة عامة، تفيد بما لا يدع مجالاً للشك في أن المشرع الجزائري حسم في مسألة الطبيعة القانونية لعقد حفظ الحق واعتبره وعد بالبيع ملزم لجانبين.

وبعد تحديد الطبيعة القانونية لعقد حفظ الحق في بيع العقار المقرر بناؤه ننقل للتمييز بينه وبين بعض التصرفات المشابهة له، وهذا ما سوف نقوم بدراسته في المطلب الموالي.

المطلب الثاني: تمييز عقد حفظ الحق في بيع العقار المقرر بناؤه عن غيره من العقود

المشابهة له.

بالرغم من أن عقد حفظ الحق في بيع العقار المقرر بناؤه يمتاز بجملة من الخصائص جعلته يتميز عن باقي العقود الأخرى، إلا أنه في بعض الأحيان قد تثار إشكالية التفرقة بينه وبين بعض العقود، نظراً لاشتغالها على عناصر مشتركة تجمع بينهما، مما يصعب التمييز بينهما.

ويعد عقد بيع العقار بناء على التصاميم من أكثر العقود تشابهاً مع عقد حفظ الحق كونه يتشارك مع هذا الأخير في العديد من العناصر، فهما يعتبران صيغة جديدة من صيغ البيع التي ينصب محلها على عقار مقرر بناؤه مستقبلاً، والذي يتم انجازه في إطار الترقية العقارية، لذلك يصعب التمييز بين هذين العقدين، وهو ما دفعنا إلى دراسة التمييز بين عقد حفظ الحق وبين عقد البيع على التصاميم (الفرع الأول).

وبما أن عقد حفظ الحق يعد من العقود الابتدائية التي تمهد لإبرام عقد البيع النهائي كما أن صاحب حفظ الحق يكون ملزم بدفع تسبيق مالي فقط دون دفع الثمن الكلي للعقار المحفوظ، فهذا يجعله

يتشابه مع البيع بالعربون باعتباره هو الآخر مجرد بيع ابتدائي، لا يلتزم بموجبه المشتري بدفع ثمن العقار، وإنما بدفع مبلغ مالي فقط كعربون على إبرام العقد النهائي، لذلك خصصنا (الفرع الثاني) للتمييز بين عقد حفظ الحق في بيع العقار المقرر بناؤه والبيع بالعربون.

وبنا أن المرقى العقاري في عقد حفظ الحق، يحتل مركز أقوى من المركز الذي يحتله صاحب حفظ الحق، خاصة أمام أزمة السكن الخائفة التي تمر بها البلاد، والتي دفعت بالراغبين في التعاقد بالرضوخ لأي شروط يضعها المرقى العقاري، ودون مناقشتها، مقابل حصولهم على مسكن يأويهم مما جعل هذا العقد يتشابه مع عقد الإذعان، كون هذا الأخير يتميز باختلال التوازن العقدي بين طرفيه، حيث يقوم بموجبه أحد الأطراف بفرض شروطه دون مناقشة فعلية من الطرف الآخر، الأمر الذي استوجب علينا أن نقوم بالتمييز بين عقد حفظ الحق في بيع العقار المقرر بناؤه وعقد الإذعان (الفرع الثالث)، ومعرفة مدى اعتبار عقد حفظ الحق في بيع العقار المقرر بناؤه عقد إذعان.

الفرع الأول: التمييز بين عقد حفظ الحق وعقد البيع على التصاميم.

عرف المشرع الجزائري عقد البيع على التصاميم¹، بموجب نص المادة 28 من القانون رقم 04/11 المحدد للقواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية كما يلي: "عقد البيع على التصاميم لبناية أو جزء من بناية مقرر بناؤها أو في طور البناء، هو العقد الذي يتضمن ويكرس تحويل حقوق الأرض وملكية البناءات من طرف المرقى العقاري، لفائدة المكتب موازاة مع تقدم الأشغال، وفي المقابل يلتزم المكتب بتسديد السعر كلما تقدم الانجاز."

¹ لقد أطلق المشرع الجزائري على هذا العقد تسمية "عقد البيع بناء على التصاميم"، وذلك بموجب المرسوم التشريعي رقم 03/93 المتعلق بالنشاط العقاري، إلا أنه أطلق عليه تسمية عقد البيع على التصاميم" بموجب القانون رقم 04/11 المحدد للقواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية.

والملاحظ من خلال نص هذه المادة أن المشرع الجزائري جعل عقد البيع على التصاميم يتميز بعنصرين أساسيين هما: الالتزام بنقل ملكية المبيع، والالتزام بدفع الثمن، غير أنه أغفل عند وضعه هذا التعريف عنصر في غاية الأهمية، وهو التزام المرقى العقاري بإنجاز البناء المتفق عليه، وخلال المدة المحددة في العقد، مما جعله يتشابه كثيرا مع تعريف عقد البيع العادي الذي عرفته المادة 351 من القانون المدني الجزائري بأنه: " البيع عقد يلتزم بمقتضاه البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقا ماليا آخر في مقابل ثمن نقدي".

فقبل كل شيء يتعين على المرقى العقاري أن يقوم أولا بإنجاز البناء في المدة المتفق عليها ثم يقوم بعد تحقيق ذلك بنقل ملكيته إلى المشتري.¹

بينما عرف المشرع الفرنسي عقد البيع على التصاميم، والمعروف في فرنسا بتسمية " La vente d'immeubles à construire" بموجب نص المادة 1601-1 من القانون المدني الفرنسي كما يلي: " عقد بيع العقار المقرر بناؤه هو الذي يلتزم بموجبه البائع ببناء أو إقامة عقار خلال مدة يحددها العقد. ويمكن أن يكون البيع آجلا أو حسب الحالة المستقبلية"²

للوهلة الأولى يتبين لنا أن المشرع الفرنسي ركز في تعريفه لهذا العقد لعنصرين أساسيين هما الالتزام بالبناء، والمدة التي يجب أن يتم خلالها البناء، وأغفل عن الالتزام بنقل الملكية، بالإضافة إلى التزام المشتري بدفع الثمن وهل يدفع هذا الأخير دفعة واحدة أو في شكل أقساط، لكن بالرجوع إلى الفقرة الثانية من هذه المادة التي بينت بأن هذا العقد يبرم في صورتين وهما البيع الآجل والبيع حسب الحالة

¹ راجع في ذلك: عياشي شعبان ، المرجع السابق، ص 20.

² L'article 1601-1 du code civil Français: «La vente d'immeubles à construire est celle par laquelle le vendeur s'oblige à édifier un immeuble dans un délai déterminé par le contrat.»

المستقبلية، يتضح لنا بأن المشرع الفرنسي وضع من خلال هذه المادة القاعدة العامة لهذا البيع، أما الأحكام الخاصة بكل صورة نظمت بنص خاص يليها وهما المادتين 2/1601 و 3/1601.

أما على الصعيد الفقهي، فقد حظي عقد البيع على التصاميم بالعديد من التعريفات حيث عرفه جانب من الفقه² بأنه: عقد بيع محله عقار لم ينجز بعد أو في طور الانجاز، يلتزم بتشبيده البائع مالك المشروع في الأجل المحدد بالعقد، وبالمواصفات المتفق عليها، وأن ينقل ملكيته للمشتري الذي يلتزم بأن يدفع للبائع ثمن نقدي، يدفعه على شكل أقساط دورية بحسب التقدم في أعمال البناء.

وعرفه جانب آخر من الفقه³ بأنه: "العقد الذي يلتزم بموجبه البائع (المرقى العقاري) ببناء العقار المتعاقد عليه خلال المدة التي يحددها العقد، وأن يأتي هذا البناء مطابقا للمواصفات والتصاميم والنماذج والرسومات المتفق عليها، كما يلتزم بأن ينقل حقوقه على الأرض، وكذلك ملكية البناء المقام على الأرض والموجود وقت إبرام البيع، وينقل ملكية المنشآت التي ستقام مستقبلا أولا بأول إلى المشتري بمجرد الانتهاء منها، ويلتزم المشتري (المكاتب) بدفع الثمن حسب التقدم في أعمال البناء".

ومن خلال هذين التعريفين يتضح لنا أن هناك خصائص مشتركة بين كل من عقد البيع على التصاميم وعقد حفظ الحق، غير أنهما يختلفان في عدة خصائص أخرى ومن بين أهم الخصائص المشتركة بين هذين العقدين:

أن كليهما يعد عقدا من العقود الملزمة لجانبين، التي تنشئ التزامات متبادلة في ذمة كل من المتعاقدين، فبالنسبة لعقد حفظ الحق أو العقد التمهيدي فالتزام المرقى العقاري بحجز العقار المقرر بناؤه أو في طور البناء لفائدة صاحب حفظ الحق، يقابله التزام هذا الأخير بدفع التسبيق المالي، كما أن التزام

¹ راجع الصفحة 41 و 42 من هذه الدراسة.

² سيبيل جعفر حاجي عمر، المرجع السابق، ص 27.

³ عياشي شعبان، المرجع السابق، ص 21.

المركبي العقاري بموجب عقد البيع على التصاميم والمتمثل في انجاز العقار المقرر بناؤه أو في طور البناء ونقل ملكيته للمشتري يقابله التزام هذا الأخير بدفع الثمن النقدي لهذا العقار على شكل أقساط دورية حسب التقدم في أشغال البناء.

كما أن كلا العقدين لا يمكن إبرامهما إلا من قبل المركبي العقاري، وهذا ما أكدته نص المادة 29 من القانون رقم 04/11 المحدد للقواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية، وذلك بقولها: " لا يمكن إبرام عقد بيع على التصاميم وعقد حفظ الحق لعقار مقرر بناؤه أو في طور البناء إلا من طرف المركبي العقاري..."، فنص هذه المادة هو نص صريح، يقضي بضرورة أن يكون المركبي العقاري طرفا في كلا هذين العقدين، وبالتالي فإن العقد الذي لا يكون المركبي العقاري طرفا فيه، يعتبر باطلا بطلانا مطلقا، وذلك لأن المركبي العقاري هو الشخص الوحيد الذي رخص له المشرع الجزائري المبادرة بالمشاريع العقارية المنجزة في إطار الترقية العقارية¹.

وبالرجوع إلى نص المادة 30 من القانون رقم 04/11 المحدد للقواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية، يتبين لنا أن المشرع الجزائري اشترط عند عملية إبرام أحد هذين العقدين استخراج بعض الوثائق وإلا اعتبر العقد باطلا بطلانا مطلقا، وتتمثل هذه الوثائق في: أصل ملكية الأرضية، ورقم السند العقاري عند الاقتضاء، ومرجعيات رخصة التجزئة وشهادة التهيئة والشبكات، وكذا تاريخ ورقم رخصة البناء، حيث نصت المادة 30 على أنه: " يجب أن يتضمن عقد حفظ الحق، وعقد البيع على التصاميم المذكوران على التوالي في المادتين 27 و 28 أعلاه، أصل ملكية الأرضية ورقم السند العقاري، عند الاقتضاء ومرجعيات رخصة التجزئة، وشهادة التهيئة والشبكات، وكذا تاريخ ورقم رخصة البناء".

¹ تنص المادة 1/4 من القانون رقم 04/11 المحدد للقواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية على أنه: " يرخص للمركبيين المعتمدين والمسجلين في السجل التجاري، بالمبادرة بالمشاريع العقارية".

ضف إلى ذلك فإنهما يشتركان في خاصية مهمة جعلتهما يتشابهان كثيرا، ويتميزان في نفس الوقت على غيرهما من العقود، وهي أنهما يردان على عقار مقرر بناؤه أو في طور البناء، وهذا معناه أن المحل يكون غير موجود أثناء التعاقد وإنما مقرر بناؤه مستقبلا في كل من هذين العقدين، وهو ما أكدته نص المادتين 27 و28 من القانون رقم 04/11 المذكور أعلاه.

أما عن أهم نقاط الاختلاف التي جعلت كل من هذين العقدين يختلفان كثيرا عن بعضهما:

هو أن عقد حفظ الحق يعد عقد تمهيدي وليس عقد نهائي، فهو يمهد لإبرام عقد البيع النهائي الناقل للملكية، ولا يعتبر بيعا بالمعنى الحقيقي وإنما الغاية منه هو حجز العقار المقرر بناؤه لفائدة صاحب حفظ الحق، مقابل التزام هذا الأخير بدفع مبلغ التسبيق، وهذا لكي يضمن كل من الطرفين المتعاقدين حقهما في إلزام الطرف الآخر على تنفيذ التزاماته التعاقدية المترتبة عليه بموجب هذا العقد وبما أن عقد حفظ الحق يعد عقد تمهيدي فقط فهو بطبيعة الحال غير ناقل للملكية، لذلك فهو يحتاج إلى عقد بيع نهائي بموجبه تنتقل الملكية من البائع إلى المشتري، وهذا ما أكدته نص المادة 31 من القانون رقم 04/11 المذكور أعلاه، حيث نصت على أنه: " يتم تحويل ملكية عقار موضوع عقد حفظ الحق عند تاريخ التسديد النهائي لسعر العقار المحفوظ، ويجب إعداد عقد البيع أمام موثق طبقا للتشريع المعمول به".

أما بالنسبة لعقد البيع على التصاميم فهو يعد عقد نهائي وليس مجرد عقد تمهيدي كما أنه لا يحتاج إلى عقد آخر نهائي لنقل الملكية من المرقي العقاري للمشتري وإنما يعد بيعا بمعنى الكلمة وناقلا

للملكية، حيث تنتقل فيه ملكية الأرض بمجرد إبرام العقد، كما تنتقل إليه ملكية المنشآت التي سوف تقوم عليها أولاً بأول إلى المشتري بمجرد الانتهاء منها، وهذا ما نصت عليه المادة 28 المذكورة أعلاه¹.

كما أن عقد البيع على التصاميم يعد عقد رسمي، حيث اشترط القانون إفراغه في قالب رسمي يحرر من قبل موثق، كما حدد منواله النموذجي بموجب المرسوم التنفيذي رقم 431/13 الذي حدد نموذج كل من عقد حفظ الحق وعقد البيع على التصاميم، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها رقم 436937 الصادر بتاريخ 2008/11/19²، في قضية (بن-ح س) ضد (مدير الصندوق الوطني للتوفير والاحتياط)، حيث قررت: « بأن يحرر عقد البيع على التصاميم وجوباً في الشكل الرسمي "Authentique"، تحت طائلة البطلان مع مراعاة أحكام المادتين 10 و12³ من المرسوم التشريعي رقم 03/93 المتعلق بالنشاط العقاري. »

وهذا ما أكدته أيضاً المشرع الفرنسي بموجب نص المادة 7 من القانون رقم 03/67 حيث نصت هذه المادة على أن هذا العقد لا يمكن أن ينعقد إلا بعقد رسمي، وأن عدم مراعاة أحكام هذه المادة يجعل العقد باطلاً، كما اشترط المشرع الجزائري على ضرورة إخضاعه للشكليات القانونية الخاصة بالتسجيل والشهر العقاري لكي ينتج أثره العيني، وهو انتقال الملكية من المرقي العقاري إلى المشتري، والاحتجاج به على الغير وفقاً لمقتضيات المادة 793 من القانون المدني الجزائري، حيث نصت المادة 34 من القانون

¹ يتضمن عقد البيع على التصاميم نوعين من انتقال الملكية، الأول يكون فوري بمجرد إبرام العقد، وينصب هذا الانتقال على حقوق البائع على الأرض المزمع إقامة البناء عليها، والمنشآت الموجودة على الأرض وقت البيع، أما الثاني فينصب على المنشآت المستقبلية، أي التي يتم إقامتها مستقبلاً، فتنتقل ملكيتها تدريجياً أولاً بأول حسب تقدم أشغال البناء.

² قرار المحكمة العليا رقم 436937، الصادر بتاريخ 2008/11/19، مجلة المحكمة العليا، عدد 02، سنة 2008، ص 193-196.

³ نصت المادة 12 من المرسوم التشريعي رقم 03/93 المتعلق بالنشاط العقاري على أنه: " يحرر عقد البيع بناء على التصاميم على الشكل الأصلي (الرسمي)، ويخضع للشكليات القانونية في التسجيل والإشهار، كما يشمل في آن واحد على البناء وعلى القطعة الأرضية التي شيدت المنشأة فوقها"

رقم 04/11 على أنه: " يتم إعداد عقد البيع على التصاميم في الشكل الرسمي، ويخضع للشكليات القانونية الخاصة بالتسجيل والإشهار ويخص في نفس الوقت، البناء والأرضية التي شيد عليها البناء. "

أما بالنسبة لعقد حفظ الحق فبالرغم من أن عقد حفظ الحق يعد عقد رسمي هو الآخر وبالرغم من أن المشرع الجزائري حدد النموذج الخاص به بموجب المرسوم التنفيذي المذكور أعلاه، كما أنه يخضع لعملية التسجيل لدى مفتشية التسجيل والطابع، إلا أنه لا يخضع لعملية الشهر عكس عقد البيع على التصاميم، والسبب في ذلك يرجع إلى كون هذا العقد غير ناقل للملكية، لذلك يستحيل شهره، وهذا ما أكده المشرع الجزائري بموجب المرسوم التنفيذي المذكور أعلاه أين خصص فقرة متعلقة بالتسجيل في هذا العقد وذكر فيها بأنه: " يخضع عقد حفظ الحق هذا، للتسجيل، طبقاً لأحكام قانون الطابع والتسجيل، وهو معنى من التزام الإشهار العقاري".

أما من حيث الثمن، فنلاحظ تباين واضح بين العقدين، فبالنسبة لعقد بيع العقار بناء على التصاميم يكون المشتري ملزم بدفع ثمن العقار المقرر بناؤه أو في طور البناء، في شكل أقساط حسب حالة تقدم أشغال البناء، حيث ربط المشرع الجزائري دفع الثمن بما تم تنفيذه من أشغال البناء، أو المراحل التي تمر بها عملية البناء والتشييد، وقد نصت المادة 28 من قانون 04/11 بقولها: "...وفي المقابل يلتزم المكتتب بتسديد السعر كلما تقدم الانجاز" ، كما حدد بموجب نص المادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 431/13 المذكور أعلاه نسبة الأقساط المدفوعة حسب تقدم أشغال الانجاز¹، أما بالنسبة لعقد حفظ

¹ نصت المادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 431/13، المؤرخ في 2013/12/18، الذي يحدد نموذجي عقد حفظ الحق وعقد البيع على التصاميم للأموال العقارية، وكذا حدود تسديد سعر ملك موضوع عقد البيع على التصاميم ومبلغ عقوبة التأخير وأجالها وكيفية دفعها، على أنه: " أثناء إبرام عقود البيع على التصاميم، يتم تسديد الملك العقاري حسب حالة تقدم أشغال الانجاز في الحدود الآتية:

- عند التوقيع، عشرون بالمائة (20%) من سعر البيع المتفق عليه.
- عند الانتهاء من الأساسات، خمسة عشر بالمائة (15%)، من سعر البيع المتفق عليه.

الحق فإن صاحب حفظ الحق لا يقوم بدفع الثمن كاملاً، وإنما يقوم بدفع 20% تسبيق مالي، على أن يقوم بدفع باقي الثمن عند إبرام عقد البيع النهائي.

حيث نصت المادة 52 من قانون 04/11 على أنه: " في حالة عقد حفظ الحق لبناية أو جزء من بناية، يتعين على صاحب حفظ الحق دفع تسبيق نقدي للمرقي العقاري وفقاً لأحكام المادة 27 أعلاه لا يتجاوز عشرين في المائة (20%) من السعر التقديري للعقار كما تم الاتفاق عليه بين الطرفين".

كما أن المرقي العقاري بموجب عقد حفظ الحق يستطيع الاستفادة من القروض العقارية التي تمول عملية بناء مشروعه العقاري، بينما لا يستطيع المرقي بموجب عقد البيع على التصاميم الاستفادة من القروض العقارية، والسبب كما وضحنا سابقاً هو استحالة نقل الملكية إلى المشتري، وهذا ما أكدته نص المادة 36 من القانون رقم 04/11، حيث نصت على أنه: " لا يمكن إبرام عقد بيع على التصاميم، المنصوص عليه في المادة 28 أعلاه عندما يلجأ المرقي العقاري لاستعمال قروض تخصص لتمويل البناء."، فالمشرع الجزائري بموجب هذه المادة أعطى للمرقي العقاري الحرية في اختيار صيغة التعاقد، فله أن يختار التعاقد بصيغة عقد حفظ الحق أو يختار التعاقد بصيغة عقد البيع على التصاميم، بشرط مراعاة نص هذه المادة.

ونستنتج من خلال كل ما سبق لنا ذكره، أنه بالرغم من أن عقد حفظ الحق وعقد على التصاميم يتشاركان في بعض النقاط، إلا أنهما يختلفان في عدة نقاط أخرى جعلت كل واحد منهما ينفرد بخصائص

- عند الانتهاء من الأشغال الكبرى، بما في ذلك المسافة والأسوار الخارجية والداخلية، خمسة وثلاثون بالمائة من (35%) من سعر البيع المتفق عليه.

- عند الانتهاء من جميع الأشغال مجتمعة، بما في ذلك الربط بالطرقات والشبكات المختلفة، بالإضافة إلى التهيئات الخارجية، خمسة وعشرون بالمائة (25%)، من سعر البيع المتفق عليه .

يجب أن يتم دفع الرصيد المتبقي عند إحضار محضر الحيازة والمقدر بخمسة بالمائة (5%) من سعر البيع المتفق عليه."

تميزه عن باقي أنواع العقود الأخرى، وبعد التمييز بين عقد حفظ الحق وبين عقد البيع على التصاميم ننتقل للتمييز بين هذا العقد و بين البيع بالعربون، وهذا ما سوف نقوم بدراسته في الفرع الموالي.

الفرع الثاني: التمييز بين عقد حفظ الحق والبيع بالعربون:

كثيرا ما يكون العربون في البيع الابتدائي عندما يبرم المتعاقدان بيعا ابتدائيا ويتفقان على موعد معين لإبرام العقد النهائي، وحتى تكون هناك جدية بينهما يدفع المشتري للبائع مبلغا من المال على سبيل العربون¹، لذلك يسمى هذا البيع بالبيع الابتدائي، وقبل أن نقوم بالتمييز بين كل من عقد حفظ الحق في بيع العقار المقرر بناؤه، وبين البيع بالعربون، فإن هذا يتطلب منا معرفة المقصود بالبيع بالعربون، لكي تسهل علينا عملية التمييز بين هذين العقدين.

حيث عرف الأستاذ ناصيف الياس العربون بأنه مبلغ من المال يدفعه أحد المتعاقدين إلى الآخر بعد الاتفاق على كافة عناصر العقد وقد تتنوع الغاية من دفعه فقد يكون الغرض من دفعه إما حفظ الحق لكل من المتعاقدين في العدول عن العقد (مقابل خسارة قيمة العربون)، أو يكون القصد منه هو التأكيد على أن العقد أصبح نهائيا وما دفع العربون إلا ضمانا لتنفيذه.²

كما عرفه الأستاذ "ياسر محمد علي النيداني" بأنه: " مبلغ من النقود يدفعه أحد أطراف العقد للطرف الآخر عند إنشاء العقد، وذلك بغرض إثبات وجود العقد أو كجزء من الثمن أو للعدول عن التعاقد"³.

¹ النشار جمال خليل ، أحكام العربون بين الشريعة والقانون، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، مصر، 2001، ص

14. - السنهوري أحمد عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 86.

² ناصيف الياس ، موسوعة العقود المدنية والتجارية، البحث الأول أركان العقد، ج 1، ط2، 1997، ص 114.

³ النيداني ياسر محمد علي، العربون بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، مصر، 2008، ص 49.

ونستخلص من هذين التعريفين، أن للعربون أكثر من وظيفة، فهو تارة يكون مدفوع بهدف إثبات العقد، وتارة أخرى يكون مدفوع كجزء من الثمن، وتارة يكون العربون مدفوع بغرض إعطاء الحق في العدول.

لذلك فإن التساؤل الذي يطرح نفسه في هذه الحالة هو: هل كان لكل من المشرع الجزائري والفرنسي نفس الرأي بخصوص تعدد وظائف العربون؟ أم كان له رأي مغاير؟.

بالرجوع إلى القانون المدني الفرنسي، نجد أن المشرع الفرنسي نص بموجب نص المادة 1590 على انه: " إذا اقترن الوعد بالبيع¹ بدفع العربون، كان لكل من المتعاقدين حق العدول عن العقد، فإذا عدل من دفع العربون خسره، وإذا عدل من قبضه وجب عليه رد ضعفه"²

¹ إذا كان حكم العربون قد ورد بخصوص الوعد بالبيع بموجب نص هذه المادة، إلا أن كل من الفقه والقضاء الفرنسيين مجمعان على تطبيق هذا الحكم كقاعدة على كل العقود المقترنة بالعربون الملزمة لجانبين، وليس على الوعد بالبيع فقط، حيث يقول كل من الفقهاء "بودري" و"سينيا" أن القانون لم يتناول العربون إلا بالنسبة لعقد الوعد الملزم لجانبين، لكن ليس هناك ما يمنع من سريان المادة 1590 على كافة العقود الملزمة لجانبين، القابلة بطبيعتها للعربون فيقولان: « le code ne détermine le caractère des arrhes qu'à propos la promesse de vente synallagmatique que, mais il n'y a pas de bonnes raisons pour ne pas appliquer l'art 1590 à tous les contrats synallagmatique sur ceptibles d'une dation d'arrhes ».

كما كان للقضاء الفرنسي نفس الرأي، ففي حكم لمحكمة باريس، قالت أن المادة 1590 التي تتناول دلالة العربون تنطبق على البيع كما تنطبق على الوعد به، بحيث لا تكون هناك جدوى من البحث في العقد هل يتضمن وعدا بالبيع أم يبيعا تاما؟ حيث تقول محكمة باريس في هذا الصدد:

« l'article 1590 du code civil qui attribue aux arrhes le caractère d'un moyen de dédit, s'applique aux ventes comme aux promesses de vente, de sorte qu'il est sans intérêt de recherches si les actes litigieux constituent une simple promesse de vente ou présentent les caractères d'une vente. »

Tribunal de Paris, 02/03/1964, j.c.p, vol 1,1964, p160

نقلا عن : فودة عبد الحكم ، المرجع السابق، ص 171،170.

² L'article 1590 du code civil français: «Si la promesse de vendre a été faite avec des arrhes chacun des contractants est maître de s'en départir, Celui qui les a données, en les perdant, Et celui qui les a reçues, en restituant le double ».

ويرى بعض الفقه بأن يقصد بالعربون ثبوت خيار العدول إذا دفعه البائع لأنه يستحيل في هذه الحالة إفتراض أنه دفع العربون ليخضع من الثمن، وكذلك إذا دفعه المشتري في بيع معلق على شرط واقف مثلا، خصوصا إذا كان مشروطا في العقد تأجيل دفع الثمن، وليس هناك ما يمنع أن يكون الهدف من العربون الدلالة على أن العقد أصبح باتا إذا كانت قيمة العربون قليلة لا تتناسب والضرر الذي يصيب العاقدين من نقض العقد، وأنه يعتبر مبلغا يحسب فيما بعد من الثمن ككل عند دفعه وهكذا فإن كلتا الدالتين قابلة لإثبات العكس فإذا ما اتضح من اتفاق المتعاقدين أو من ظروف التعاقد أن الهدف من العربون هو غير ما يؤخذ من دلالاته المفروضة، وجب الوقوف على قصد أو نية المتعاقدين.¹

لكن إذا قام الشك حول هذه النية أو كانت غير واضحة، فيجب اعتبار مبلغ العربون دليلا على ثبوت خيار العدول، وهذا ما أكدته محكمة النقض الفرنسية، حيث قضت على أنه: " إذا لم يوجد تعبير صريح يفيد الهدف من دفع العربون، ولا تساعد ظروف المتعاقدين على ذلك فإنه يتعين على قاضي الموضوع أن يعمل بدلالة المادة 1590 ويكون الغرض منه العدول".²

ويتبين لنا من خلال كل ما سبق لنا ذكره أن دلالة العربون تختلف حسب ما إذا تضمن العربون نص صريح أم لا، وهو ما قمنا باستخلاصه في الحالات الثلاثة التالية:

¹ راجع في ذلك: جمال خليل النشار، المرجع السابق، ص 46. - خليل أحمد حسن قدامة، المرجع السابق، ص 51.

² تقول المحكمة في هذا الصدد:

« A défaut de manifestation de volonté des parties quant au sens à donner au versement d'arrhes, et lorsque aucune circonstance de la cause ne permet de déterminer s'il a été effectué avec intention, chez les contractants, de se réserver une faculté de dédit ou à titre d'acompte sur le prix, les juges du fond doivent attribuer aux arrhes, conformément à l'art 1590 du code civil, le caractère d'un moyen de dédit ». Cass. Civ.01 ch, 23/01/1963, No 54, 1963, p 46.

نقلا عن: فودة عبد الحكم، المرجع السابق، ص 171، 172.

1- إذا تضمن العقد نص صريح لدلالة العربون: فطبقا لنص المادة 1590 من القانون المدني الفرنسي فإن الغرض من العربون هو ثبوت دلالة العدول.

2- إذا تضمن العقد نص غير صريح لدلالة العربون: يتعين في هذه الحالة البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين، فإذا تبين من نية المتعاقدين أنهما أرادا العدول عن إبرام العقد النهائي للبيع، فإن للمشتري الحق في العدول عن العقد، ولا يجوز له استرداد مبلغ العربون، كما للبائع الحق أيضا في العدول عن العقد، وفي هذه الحالة يستوجب عليه رد مبلغ العربون الذي دفعه المشتري، ومقدار آخر يساوي قيمة هذا العربون، وهذا كجزاء لعدوله عن إبرام العقد النهائي أما إذا تبين من نية المتعاقدين أن القصد من العربون هو اعتبار العقد نهائيا وباتا، فلا يجوز للمتعاقدين العدول عن البيع، ويعتبر العربون في هذه الحالة جزء من الثمن، ويكون لكل طرف أن يلزم الطرف الآخر بإبرام العقد النهائي.

3- إذا تضمن العقد نص غير صريح لدلالة العربون وكانت النية المشتركة للمتعاقدين غير واضحة فيتعين في هذه الحالة تطبيق نص المادة 1590 من القانون المدني الفرنسي واعتبار العربون دليلا على ثبوت خيار العدول.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري، فنص بموجب المادة 72 مكرر من القانون المدني الجزائري المضافة إلى القانون المدني سنة 2005 بموجب القانون رقم 10/05 المؤرخ في 20 جوان 2005¹، على أنه: " يمنح دفع العربون وقت إبرام العقد لكل من المتعاقدين الحق في العدول عنه خلال المدة المتفق عليها، إلا إذا قضى الاتفاق بخلاف ذلك.

فإذا عدل من دفع العربون فقده، وإذا عدل من قبضه رده ومثله ولو لم يترتب على العدول أي ضرر".

¹ القانون رقم 10/05، المؤرخ في 20/06/2005، يعدل ويتم الأمر رقم 58/75، المؤرخ في 26/09/1975، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، ج ر عدد 44، المؤرخة في 26/06/2005.

نلاحظ من خلال نص هذه المادة أن المشرع الجزائري جعل الغرض من دفع العربون متروك لاتفاق المتعاقدين، فإذا دفع العربون وقت إبرام العقد ولم يتفق صراحة أو ضمنا على أن العربون إنما دفع لتأكيد إبرام العقد النهائي، كان الغرض منه دلالة على أن لكلا المتعاقدين الحق في العدول عن العقد، فإذا عدل من دفعه فإنه يخسر العربون الذي دفعه، أما إذا عدل من قبضه فيترتب عليه رد مبلغ العربون بالإضافة إلى مبلغ آخر تساوي قيمته مبلغ العربون الذي دفعه المشتري، مع العلم أن فقد العربون أو دفعه ومثله لا يعد نتيجة الضرر، فقد لا يكون هناك ضرر أصاب الطرف الآخر من جراء العدول على التعاقد، وإنما يكون نتيجة العدول نفسه، فالالتزام موجود حتى ولو لم يترتب على العدول أي ضرر، وهذا واضح من عبارة " ولو لم يترتب على العدول أي ضرر " من نص هذه المادة.

كما خول المشرع الجزائري للمتعاقدين حق العدول عن العقد في المدة المحددة في العقد، وهذا معناه إذا تم تحديد مدة صريحة في العقد بخصوص العدول عن العقد فإن رخصة العدول يجب أن تمارس خلال هذه المدة، أما إذا لم تحدد فإن المدة تكون مفتوحة حتى موعد تنفيذ العقد.

إلا أنه إذا تم الاتفاق بين المتعاقدين على جعل العربون دلالة على تأكيد العقد وليس على دلالة العدول، فلا يمكن للمتعاقدين العدول عن العقد، ويصبح مبلغ العربون تنفيذا جزئيا للعقد ولا يجوز العدول عنه، وهذا ما يفهم من عبارة " إلا إذا قضى الاتفاق بخلاف ذلك " المذكورة في نص المادة أعلاه.

فالمشرع الجزائري جعل دفع العربون مفيدا لدلالة العدول، وهذا معناه إذا لم يتفق المتعاقدان على تحديد دلالة العربون (دلالة عدول أو تأكيد العقد بالعربون) يعتبر العربون دلالة للعدول، أما إذا اتفقا على تحديد دلالة العربون واختارا إما العدول عن العقد أو تأكيد العقد، فتكون دلالة العربون حسب ما تم الاتفاق عنه، وبالتالي لا يجوز العدول عن العقد إذا تم الاتفاق على أن دلالة العربون تفيد تأكيد العقد.

إلا أن المشرع الجزائري جعل دلالة العربون في الحالة التي يسكت فيها المتعاقدين عن تحديد الغرض من دفع العربون، هي حق العدول عن العقد مباشرة دون البحث عن النية المشتركة للمتعاقدین حول هاتھ المسألة، بحيث يتوجب في هذه الحالة البحث عن النية المشتركة للمتعاقدین كما يرى الفقه والقضاء الفرنسي، لمعرفة ما إذا كان القصد من العربون هو تأكيد العقد أو العدول عنه.

حيث يرى الأستاذ " محمد صبري السعدي" في هذه المسألة بأنه: " إزاء حالة عدم وجود نص في هذه المسألة فإننا نرى أنه على القاضي الجزائري أن يستخلص نية المتعاقدین هل اتجهت لتأكيد العقد بالعربون، أم أنه مقابل حق العدول، كما عليه أن يأخذ بالعرف الجاري في هذا الشأن، إذا كانت النية غير واضحة.¹"

ومن خلال كل ما سبق لنا ذكره نستنتج بأنه بالرغم من أن المشرع الجزائري لم ينص عن الحالة التي تستوجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدین، والتي تتحقق عندما لا يتفق كل من الطرفين على تحديد دلالة العربون، إلا أنه يستوجب علينا الاعتماد على رأي الفقه الجزائري، وسلوك نفس الطريق الذي سلكه كل من الفقه والقضاء الفرنسي حول هذه المسألة.

وبعدما قمنا بعرض وجزير عن مفهوم البيع بالعربون، وحددنا دلالة العربون لدى كل من القانون الجزائري ونظيره الفرنسي، يستوجب علينا الآن التمييز بين عقد حفظ الحق في بيع العقار المقرر بناؤه وبين البيع بالعربون، لذلك سوف نقوم بحصر نقاط التشابه والاختلاف بين هذين العقدين.

ومن بين النقاط التي يشترك فيها كل من عقد حفظ الحق في بيع العقار المقرر بناؤه والبيع بالعربون، أن كليهما يمهدان لإبرام عقد البيع النهائي، فكليهما لا يعدان بيعا بالمعنى الحقيقي لأنهما لا

¹ محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، التصرف القانوني، العقد والإرادة المنفردة، ج 1، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2004، ص 142.

ينقلان الملكية، وإنما يكون الغرض منهما هو التحضير أو التمهيد لإبرام عقد البيع النهائي الذي بموجبه تنتقل ملكية الشيء المبيع.

كما أن التسبيق والعربون لا يقترنان إلا بعقد صحيح، أي محتوي على كافة شروط تكوينه كما يجب الاتفاق بين المتعاقدين على جميع المسائل المتعلقة بالمبيع، حيث لا يمكن إبرام عقد حفظ الحق إلا بعد أن دفع التسبيق المالي من طرف صاحب حفظ الحق، والاتفاق على جميع المسائل المتعلقة بموضوع العقار المقرر بناؤه (تعيين العقار، تحديد ثمن العقار...).

ونفس الشيء بالنسبة للعربون، فالعربون لا يقترن إلا بعقد صحيح، كما أنه يدفع أثناء إبرام العقد وليس قبله، وبعد الاتفاق على جميع المسائل المتعلقة بالمبيع، فالعربون له وظيفتان كما ذكرنا سابقا، الوظيفة الأولى يكون فيها العربون تأكيدا على العقد، بحيث يعد فيها مبلغ العربون جزءا من ثمن المبيع، وباعتبار العربون جزء من الثمن يفترض أن يقترن بعقد صحيح ومحتويا لجميع أركانه أما الوظيفة الثانية والمتمثلة في العدول عن العقد فالعربون في هذه الحالة يفترض أيضا اقتترانه بعقد صحيح مكتمل الأركان، فإذا لم يكن هناك أي عقد فعلى ماذا سيعدل المتعاقدين، لأنهم لم يتفقوا على شيء وبالتالي يصبح العربون الموجود في يد أحد الأطراف بدون سبب، ويكون واجب الرد¹.

أما بالنسبة لنقاط الاختلاف فنلاحظ وجود العديد من النقاط التي يختلف فيها عقد حفظ الحق في بيع العقار المقرر بناؤه عن البيع بالعربون.

فالمحل في عقد حفظ الحق يشترط أن يكون عقارا مقررا بناؤه مستقبلا أو في طور البناء بحيث لا يجوز أن يكون محل هذا العقد عقارا موجودا أثناء التعاقد أو منقول، بينما في البيع بالعربون يشترط أن يكون المبيع إما عقارا موجودا أثناء التعاقد أو منقول.

¹ راجع في ذلك: النيداني ياسر محمد علي ، المرجع السابق، ص 110.

كما أن العربون الذي يدفعه المشتري للبائع قد يكون مبلغ من النقود أو أي شيء آخر منقول بينما التسبيق الذي يدفعه صاحب حفظ الحق لفائدة المرقي العقاري، يشترط أن يكون مبلغا من النقود كما يشترط فيه أيضا أن يكون محدد المقدار، حيث يتفق كل من المرقي العقاري وصاحب حفظ الحق على مبلغ التسبيق، الذي اشترط المشرع الجزائري أن لا يتجاوز 20% من السعر التقديري للعقار كما تم الاتفاق عليه بين الطرفين، بينما لا يشترط في العربون أن يكون محدد القيمة.

بالإضافة إلى أن مبلغ العربون قد يدفعه أحد المتعاقدين إلى الآخر، وهذا معناه أن يدفع المشتري مبلغ العربون للبائع، ويقوم البائع باستلام هذا العربون أثناء إبرام العقد، أما التسبيق في عقد حفظ الحق، فلا يدفعه صاحب حفظ الحق للمرقي العقاري مباشرة، وإنما يقوم بإيداعه لدى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة في الترقية العقارية.

كما أن الغرض من دفع العربون في البيع بالعربون هو إما التأكيد على إبرام العقد أو العدول عنه، فإذا كان الغرض منه هو تأكيد العقد يعتبر هذا العربون جزءا من ثمن الشيء المبيع، أما إذا كان الغرض منه هو العدول عن العقد فلا يعتبر هذا العربون جزءا من الثمن وإنما مقابلا للعدول بينما التسبيق في عقد حفظ الحق يكون له غرض واحد وهو التأكيد على إبرام العقد النهائي، فالتسبيق في هذه الحالة يعبر عن جدية صاحب حفظ الحق، ورغبته في التعاقد والحصول على العقار المبيع وبالتالي يعتبر مبلغ التسبيق جزءا من ثمن العقار المبيع.

ضف إلى ذلك فإنه إذا عدل صاحب حفظ الحق عن العقد، ففي هذه الحالة يستفيد المرقي العقاري من اقتطاع 15% من مبلغ التسبيق المدفوع، (أي يرجع إليه المبلغ المدفوع مع خصم 15% من الثمن الإجمالي لمبلغ التسبيق)، أما المرقي العقاري فلا يجوز له العدول عن العقد، إلا في حالة عدم احترام صاحب حفظ الحق لالتزاماته التعاقدية، ففي هذه الحالة يستفيد المرقي العقاري من اقتطاع نسبة

15% من مبلغ التسبيق، أو في حالة اتفاق أطراف العقد على ذلك بالتراضي فلا يستفيد المربي العقاري من أي اقتطاع، وهذا ما أكدته نص المادة 23 من القانون رقم 04/11 المحدد للقواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية، بينما إذا عدل المشتري في البيع بالعربون عن العقد، فإنه يخسر كل مبلغ العربون، أما إذا عدل البائع عن العقد فهذا يترتب عليه رد مبلغ العربون الذي استلمه من قبل المشتري، بالإضافة إلى رده مبلغ آخر تساوي قيمته مبلغ العربون الذي رده، وهذا ما أكدته نص المادة 72 مكرر من القانون المدني الجزائري المذكورة أعلاه.

وفي الأخير نستنتج بأنه بالرغم من أن عقد حفظ الحق في بيع العقار المقرر بناؤه يتشارك مع البيع بالعربون في بعض النقاط، إلا أنه يختلف معه في العديد من النقاط، وبهذا لا يمكننا اعتبار عقد حفظ الحق في بيع العقار المقرر بناؤه بيعا بالعربون، وبعد التمييز بين عقد حفظ الحق والبيع بالعربون ننتقل للتمييز بين عقد حفظ الحق وعقد الإذعان، وهذا ما سوف نقوم بدراسته في الفرع الموالي.

الفرع الثالث: التمييز بين عقد حفظ الحق وعقد الإذعان.

الأصل في التعاقد حرية كل طرف في المنافسة والمساومة، ولكن هناك نوعا من العقود يضع فيه أحد الطرفين شروط العقد وللطرف الثاني إما أن يقبلها جملة، أو يرفضها جملة¹، وللتعبير عن هذا الوضع العملي أطلق الفقه على العقود التي اختل التعادل فيها تسمية "عقود الإذعان".

وتعد مسألة عقود الإذعان مسألة اقتصادية، أثارها التطور الاقتصادي الحديث، وما نشأ عن هذا التطور من اتساع شركات الاحتكار، مما جعل المستهلك إزاءها ضعيفا لا يملك إلا الإذعان لما تمليه من شروط.²

¹ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 130.

² السنهوري أحمد عبد الرزاق، نظرية العقد، المرجع السابق، ص 250.

ويعتبر الفقيه "ساليي" "Saleilles" صاحب أول فكرة للإذعان¹، حيث يرى بأن: "عقد الإذعان هو محض تغليب لإرادة واحدة تتصرف بصورة منفردة، وتملي قانونها ليس على فرد محدد، بل على مجموعة غير محددة، وتفرضها مسبقا ومن جانب واحد، ولا ينقصها سوى إذعان من يقبل قانون العقد."²

وقد عرف الدكتور الصده عبد المنعم فرج عقد الإذعان بأنه: "العقد الذي يسلم فيه القابل بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها، وذلك فيما يتعلق بسلعة أو مرفق ضروري يكون محل إحتكار قانوني أو فعلي، أو تكون المنافسة محدودة النطاق في شأنها"³.

وقد عرفه بعض الفقهاء الجزائريين بأنه: "ذلك العقد الذي يعد فيه الموجب ذو الاحتكار القانوني أو الفعلي، شروط محددة غير قابلة للتعديل أو المناقشة، ويوجهها إلى الجمهور بصورة دائمة بقصد الانضمام إليه، ويعرض بموجبها سلعة أو خدمة"⁴، كما عرف أيضا بأنه: "عقد يملي فيه المتعاقد شروطه على المتعاقد الثاني الذي ليس له إلا رفض العقد أو قبوله."⁵

¹ يسمى الفرنسيين هذا النوع من العقود بعقود الانضمام "les contrats d'adhésion"، لان من يقبل العقد ينظم إليه دون مناقشة، وهذه التسمية اقترحها الفقيه ساليي، أما التسمية العربية فهي من إبداع الأستاذ السنهوري أحمد عبد الرزاق، حيث يقول: "وقد أثرنا أن نسمي هذه العقود في العربية بعقود الإذعان، لما يشعر به هذا التعبير من معنى الاضطرار في القبول"، بينما الانضمام أوسع دلالة من ذلك إذ يشمل عقد الإذعان وغيره من العقود التي ينضم إليها القابل دون مناقشة. راجع في ذلك: السنهوري أحمد عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، دار النشر للجامعات المصرية، مصر، 1952، ف 116، ص 229.

² « le contrat d'adhésion dans lesquels il y a exclusive d'un seul volonté agissant comme unilatérale qui dicte sa loi non plus à un individu, mais à une collectivité indéterminée, et qui s'engage déjà par avance unilatéralement sans adhésion, de ce qui voudrait accepter la loi du contrat et s'emparer de cet engagement déjà créé sur soi-même »

-Saleilles, de la déclaration de volonté, contribution à l'étude de l'acte juridique dans le code civil Allemand, Paris, N 89, 1929, p 229.

³ الصده عبد المنعم فرج، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، دار النهضة العربية، مصر، 1974، ص 120.

⁴ لعشب محفوظ بن حامد، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1990، ص 31.

⁵ فيلال علي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، 2010، ص 72.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فنلاحظ أنه تعرض لعقد الإذعان من خلال القانون المدني الجزائري، لكن دون أن يضع تعريف محدد لهذا العقد، بل أورد كيفية حصول القبول فيها، حيث نصت المادة 70 من القانون المدني الجزائري على أنه: " يحصل القبول في عقد الإذعان بمجرد التسليم لشروط يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها".

في حين عرفه المشرع الفرنسي بموجب نص المادة 1110 فقرة 2 من القانون المدني الفرنسي بأنه العقد الذي تحدد فيه شروطه العامة، معفاة من أي مفاوضات، مقدما من قبل أحد أطراف العقد¹.

وبعدما قمنا بتعريف عقد الإذعان، ولكي تسهل علينا عملية التمييز بين عقد حفظ الحق في بيع العقار المقرر بناؤه وعقد الإذعان، كان لا بد علينا تحديد الخصائص أو الصفات الأساسية التي يتميز بها عقد الإذعان، والتي يترتب على تحققها في عقد حفظ الحق وصفه بأنه عقد إذعان، أما إذا لم تتحقق فيه هذه الخصائص فيكون بعيدا كل البعد عن عقد الإذعان.

ومن بين أهم الخصائص التي يتميز بها عقد الإذعان، والتي يترتب عن تحققها في أي عقد من العقود بأنه عقد إذعان ما يلي:

1- أن يتعلق العقد بسلعة أو خدمة تعتبر من الضروريات² بالنسبة للمستهلكين بصفة عامة أو المنتفعين، بحيث لا يتصور استغناء هؤلاء عن هذه السلعة أو تلك الخدمة في حاجاتهم دون أن يلحقهم أذى أو مشقة¹.

¹ L'article 1110/2 du code civil français : « Le contrat d'adhésion est celui dont les conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées à l'avance par l'une des parties. »

² وبهذا لا يعد التعاقد مع المحلات التي تتعامل بأسعار محددة، ولا تقبل مساومة فيها من قبيل عقود الإذعان مادامت السلع التي يرد التعاقد عليها لا تعد من الأولويات، ولا تنعدم فيها المنافسة أو تقل إلى حد كبير، وعلى نقيض ذلك يعد التعاقد مع شركة المياه تعاقدًا بطريق الإذعان لأن المياه تعد من الأولويات التي تنعدم المنافسة بشأنها مما يحمل الأفراد التسليم بالشروط العامة المقررة التي تضعها شركة المياه ولا تقبل مناقشة فيها.

2- أن يكون الموجب في مركز اقتصادي متفوق لما يتمتع به من احتكار قانوني أو فعلي، أو لكون المنافسة محدودة النطاق بالنسبة إليه، بحيث يجعل تفوقه قادرا من الوجهة العملية على فرض شروط على المتعاقد الآخر²، إلا أن المبادئ القانونية المعاصرة قامت بتغيير مفهوم عقد الإذعان عكس المبادئ التقليدية التي كانت تشترط أن يكون هناك احتكار للسلعة أو الخدمة، فلم يعد هذا العقد محصورا في العقود التي يكون أحد الطرفين فيها محتكرا للسلعة أو لخدمة ضرورية وإنما يتسع ليشمل كل حالة يتم فيها إعداد شروط العقد من قبل أحد الطرفين بشكل مسبق، ويتم إبرام العقد على أساسها على نحو متكرر مع كل من يريد التعاقد مع هذا الطرف، فقد قلصت المبادئ القانونية الحديثة الشروط اللازم توافرها ليعتبر العقد إذعانا إلى شرط واحد فقط، وهو أن الطرف القوي في العقد يقوم مسبقا بإعداد شروط العقد، ويحدد التزامات الأطراف وحقوقهم، ولا يكون أمام الطرف الآخر إلا التوقيع على هذه العقود دون أن يكون له الحق في مناقشتها أو تعديلها³.

3- أن يكون الإيجاب في عقد الإذعان إيجابا عاما، فلا يكون إيجابا موجها إلى شخص معين بل إيجابا موجها إلى جمهور المستهلكين كافة وفقا لشروط متماثلة على الدوام⁴.

=راجع في ذلك: محمد حسين منصور، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، الدار الجامعية، 2000، ص 73.
¹ لعشب محفوظ بن حامد، المرجع السابق، ص 59. - محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 130.
² لعشب محفوظ بن حامد، المرجع السابق، ص 59.
³ حسن عبد الباسط جمعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1996، ص 269.
⁴ بودالي محمد، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، دراسة مقارنة مع قوانين فرنسا وألمانيا ومصر، ط2، دار هومة، الجزائر، 2010، ص 57.
 - العربي محمد مياد، الوسيط في عقود الإذعان، دراسة مقارنة، الرباط، المغرب، 2012، ص 64.

4- أن الموجب هو الذي يقوم بوضع شروط العقد، ولا يشاركه الطرف الآخر في وضعها ولا يقبل مناقشة فيها، ولا يكون أمام هذا الأخير إلا أن يقبل أو يدع، وهو غالبا ما يضع الشرط بما يخدم مصلحته، وهو ما عبرت عنه المادة 70 من القانون المدني الجزائري المذكورة أعلاه¹.

و بالرجوع إلى عقد حفظ الحق فإن التساؤل المطروح في هذه الحالة هو: هل تتحقق هذه الخصائص في عقد حفظ الحق أم لا؟ و هل يمكننا القول بأن هذا النوع من العقود يعد بمثابة عقد إذعان؟

يبدوا للوهلة الأولى أنه من الصعب وصف عقد حفظ الحق بأنه عقد إذعان، غير أنه وبمجرد إسقاط خصائص عقد الإذعان المذكورة أعلاه على هذا العقد يتبين لنا عكس ذلك.

فعند النظر إلى محل عقد حفظ الحق - والمتمثل في العقار المقرر بناؤه نجد بأنه يعد سلعة ضرورية لا يمكن للفرد الاستغناء عنها خاصة إذا كان مخصصا للسكن، وكون محل عقد حفظ الحق يتعلق بسلعة تعد ضرورة من ضرورات الحياة لا تستقيم حياة الفرد بدونها، كما أن مسألة الحصول على سكن أصبحت في وقتنا الحالي أمرا مستعصيا، فهذا يعني أن هذا العقد يدخل ضمن دائرة عقود الإذعان.

وقد كان للأستاذ نزيه محمد الصادق المهدي نفس الرأي، حيث يرى بأن: عقود حجز الوحدات السكنية على سبيل التملك تعد صورة من الصور الجديدة لعقد الإذعان، وذلك بسبب أزمة الإسكان الحالية، كما أن مجال المعاملات العقارية يعتبر أهم المجالات التي يظهر اختلال التعادل في روابطها التعاقدية، بسبب استغلال أحد الطرفين لهذه الأزمة لمصلحته على حساب الطرف الآخر، ومن أهم هذا

¹العربي محمد مياذ ، المرجع السابق، ص 67. - لعشب محفوظ بن حامد، المرجع السابق، ص 65. - محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 131- بودالي محمد ، المرجع السابق، ص 57.

الاختلال الحالي أن يعلن بعض الأشخاص الطبيعية أو الاعتبارية عن طرح الوحدات التي لم يتم إنشاؤها، معتمدين في معرفة مواصفاتها الأساسية والتفصيلية على البيانات والمعلومات التي يدلي بها بائع الشقق (المركبي العقاري)، بتأثير حاجاتهم إلى التعاقد والحصول على السكن¹.

ضف إلى ذلك فإن كل من المركبي العقاري في عقد حفظ الحق والموجب في عقد الإذعان يتمتعان بنفس المركز الاقتصادي، حيث يكون المركبي العقاري الطرف القوي في التعاقد من الناحية الاقتصادية مقارنة بصاحب حفظ الحق الذي يكون الطرف الضعيف في هذه العملية.

فالمركبي العقاري وباعتباره الطرف القوي في التعاقد يقوم بعرض مشروعه السكني المزمع إنجازه على كافة الناس بشروط مماثلة، ولا يقبل النقاش فيها، وبالتالي يتوجب على الشخص الراغب في التعاقد واقتناء مسكن يكون في أمس الحاجة إليه بأن يختار التعاقد بالشروط التي حددها المركبي العقاري والمعروضة عليه كما هي معروضة على غيره دون مناقشتها، أو يرفض التعاقد من أساسه وفي هذه الحالة تضيع عليه فرصة في الحصول على سكن أمام أزمة السكن الخائفة .

إلا أنه إذا نظرنا من زاوية أخرى نجد أن المركبي العقاري يكون مقيد بقواعد لا بد من مراعاتها أثناء وضعه للشروط المتعلقة بمشروعه العقاري، وهذا من أجل حماية الراغب في التعاقد بصيغة عقد حفظ الحق من أي شروط تعسفية² يفرضها المركبي العقاري عليهم وبالتالي يجب على المركبي العقاري

¹المهدي نزيه محمد الصادق، الالتزام قبل التعاقد بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد وتطبيقاته على بعض أنواع العقود، دراسة فقهية قضائية مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1982، ص 227.

²المشعر الجزائري وقف إلى جانب المدعى (الطرف الضعيف) في هذه العقود وأحاطه بحماية من تعسف الطرف القوي، وبحجية توفير الحماية للطرف الضعيف في عقود الإذعان، اعترف القانون بسلطة استثنائية للقاضي بموجب المادة 110 من القانون المدني الجزائري، تتيح له تجاوز الدور السابق إلى إهدار الشروط الواردة في العقد وتعديلها إذا تبين له أنها تعسفية، بغية إعادة التوازن بين المتعاقدين، حيث نصت المادة السابقة الذكر على أنه: "إذا تم العقد بطريق الإذعان، وكان قد تضمن شروط تعسفية، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط وأن يعفي الطرف المدعى منها وذلك وفقا لما تقتضيه به العدالة، ويقع باطل كل اتفاق على خلاف ذلك".

مراعاة نصوص القانون رقم 04/11 المحدد للقواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية ونصوص المرسوم التنفيذي رقم 431/13 المحدد لنموذج عقد حفظ الحق، كما أن تدخل الموثق في إبرام عقد حفظ الحق يؤثر على مسألة تعسف المرقى العقاري في وضع شروط بمفرده، حيث يتعين عليه تحرير العقد طبقاً للنموذج الخاص به، وهذا يفهم منه عدم وجود الاحتكار القانوني أو الفعلي من طرف المرقى العقاري على صاحب حفظ الحق أثناء إبرام عقد حفظ الحق، فهل هذا يعني بأنه لا يمكننا اعتبار عقد حفظ الحق عقد إذعان؟ وهل كان للاجتهاد القضائي الجزائري موقفاً حول هذا الإشكال؟

لقد كان للاجتهاد القضائي موقفاً حول هذا الموضوع، حيث اعتبرت المحكمة العليا عقد حفظ الحق لا يعد عقد إذعان، وذلك بموجب قرارها رقم 516800 الصادر بتاريخ 2009/04/08¹، في قضية (س ن) ضد المؤسسة الولائية لترقية السكن العائلي بأم البواقي حيث أكدت قرارها بالعبارات التالية: "... لأن طبيعة عقد الحفظ ملزم لجانبين وليس بعقد إذعان".

والخلاصة من كل ما تقدم هو أنه وبالرغم من موقف المحكمة العليا في اعتبار عقد حفظ الحق لا يعد عقد إذعان وبالرغم من عدم وجود احتكار قانوني أو فعلي للمرقى العقاري على صاحب حفظ

=ومن بين الأحكام التي قررها أيضا القانون المدني الجزائري لحماية الطرف المذعن، ما جاء في نص المادة 112 منه فبعد أن نصت في فقرتها الأولى على: " أن الشك يؤول في مصلحة المدين" نصت في فقرتها الثانية على: " غير أنه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن"، فالقاضي طبقا لهذا النص يفسر الشروط أو العبارات الغامضة دائما لمصلحة الطرف المذعن حتى ولو كان دائئا، وذلك خلاف للقاعدة العامة في تفسير أي عقد من العقود، والتي مفادها إذا أثار شك حول تفسير العقد فإن الشك يجب أن يفسر في مصلحة المدين، أما في عقود الإذعان فإن المشرع وسع في نطاق هذه الحماية من حيث الأشخاص المستفيدين منها ومدتها لتشمل الطرف المذعن سواء كان دائئا أو مدينا. راجع في ذلك: بودالي محمد، المرجع السابق، ص 58-63. - السعدي محمد صبري، المرجع السابق، ص 137. - أحمد شوقي محمد عبد الرحمان، الدراسات البحثية في نظرية =العقد، في الفقه والقضاء المصري والفرنسي، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2006، ص 69، 70. - محمد مياد العربي، المرجع السابق، ص 36، 37.

¹ قرار المحكمة العليا رقم 516800، الصادر بتاريخ 2009/04/08، مجلة المحكمة العليا، عدد 2، سنة 2009، ص 243.

الحق أثناء إبرام عقد حفظ الحق، إلا أننا نرى - في رأينا- بأن عقد حفظ الحق في بيع العقار المقرر بناؤه يدخل في نطاق عقود الإذعان، على الأقل في الوقت الحاضر الذي لا تزال فيه أزمة السكن قائمة .

من خلال دراستنا لهذا الفصل استخلصنا أن عقد حفظ الحق في بيع العقار المقرر بناؤه يعد صيغة جديدة من صيغ التعاقد، نظمه المشرع الجزائري بموجب القانون رقم 07/86 المتعلق بالترقية العقارية (الملغى)، ثم بموجب القانون رقم 04/11 المحدد القواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية، أما في فرنسا فنظمه المشرع الفرنسي بموجب القانون رقم 03/67 المتعلق ببيع العقارات المقرر بناؤها والالتزام بضمان عيوب البناء، وهو عبارة عن عقد ملزم لجانبين وغير ناقل للملكية، يلتزم بموجبه المرقى العقاري بحجز العقار المقرر بناؤه لفائدة صاحب حفظ الحق مقابل التزام هذا الأخير بدفع تسبيق مالي يودع في حساب خاص باسمه لدى صندوق الضمان، كما أنه عقد رسمي اشترط المشرع الجزائري على ضرورة إفراغه في النموذج الخاص به المحدد بموجب المرسوم التنفيذي رقم 431/13 المحدد نموذج عقد حفظ الحق وعقد البيع على التصاميم.

كما استخلصنا أيضا بأنه بالرغم من أن كل من الفقه والقضاء الفرنسي اختلفوا حول مسألة تحديد الطبيعة القانونية للعقد التمهيدي، حيث ذهب جانب منهم إلى اعتبار هذا العقد وعد بالتفصيل ومنهم من يرى بأن هذا العقد وعد انفرادي بالبيع معلق على شرط واقف، ومنهم من يرى بأنه عقد ذو طبيعة مزدوجة، بينما ذهب جانب آخر منهم إلى اعتبار هذا العقد عقد ذو طبيعة خاصة، إلى أن حسم القضاء الفرنسي في الطبيعة القانونية لهذا العقد حيث اعتبره عقد ذو طبيعة خاصة ملزم لجانبين.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فاعتبره وعد بالبيع ملزم لجانبين، فبالرغم من أن عقد حفظ الحق قد يتشابه مع بعض العقود ويتشارك معها في بعض النقاط كعقد البيع على التصاميم والبيع بالعربون وعقد الإذعان، إلا أنه يختلف عنها في العديد من النقاط أيضا.

وبعد أن تطرقنا لدراسة ماهية عقد حفظ الحق في بيع العقار المقرر بناؤه سوف ننتقل لدراسة كيفية إبرامه وذلك في الفصل الموالي.

الفصل الثاني: إبرام عقد حفظ الحق في بيع العقار المقرر بناؤه.

من المعروف أنه لكي ينعقد أي عقد، يجب أن تتوافر فيه أركان معينة لا يتم العقد بدونها وهي الرضا والمحل والسبب، بالإضافة إلى ركن الشكلية في العقود التي تتطلب الشكلية.

و عقد حفظ الحق في بيع العقار المقرر بناؤه شأنه شأن باقي العقود، يشترط لانعقاده توافر الشروط الموضوعية لإبرام العقد من رضا ومحل وسبب، بالإضافة إلى الشروط الشكلية كون محله واقع على عقار مقرر بناؤه مستقبلا.

وعليه سوف نعرض من خلال هذا الفصل لدراسة الشروط الواجب توفرها لإبرام عقد حفظ الحق، حيث خصصنا المبحث الأول لدراسة الشروط الموضوعية لإبرام عقد حفظ الحق في بيع العقار المقرر بناؤه، أما المبحث الثاني فخصصناه لدراسة الشروط الشكلية لإبرام عقد حفظ الحق في بيع العقار المقرر بناؤه.

المبحث الأول: الشروط الموضوعية لإبرام عقد حفظ الحق في بيع العقار المقرر بناؤه.

يشترط لإبرام عقد حفظ الحق في بيع العقار المقرر بناؤه، أن يتفق المتعاقدان على العناصر الأساسية المكونة للعقد، حيث يجب أن تنصرف إرادتهما إلى إبرام هذا العقد (ركن التراضي)، وأن يتفقا أيضا على محل العقد، وهو العقار المقرر بناؤه، والتسبيق المالي (ركن المحل).

أما فيما يخص ركن السبب، فتجدر بنا الإشارة بأنه لم يرد بشأنه أي حكم خاص، وبالرجوع إلى القواعد العامة، خاصة نص المادة 97 من القانون المدني الجزائري، التي تنص على أنه: "إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام والآداب العامة، كان العقد باطلا." فالمشرع الجزائري بموجب هذه المادة اشترط أن يكون للالتزام سبب ويقصد به الدافع من هذا التعاقد وبما أن عقد

حفظ الحق في بيع العقار المقرر بناؤه عقد ملزم لجانبين، فيكون سبب التزام المرقي العقاري بحجز العقار المقرر بناؤه أو في طور البناء، هو الحصول على الثمن بعد إبرام عقد البيع النهائي، في حين يكون سبب التزام صاحب حفظ الحق بدفع مبلغ التسبيق، هو الحصول على العقار المحفوظ محل الانجاز بعد إبرام العقد النهائي وتسديده لكامل الثمن المتفق عليه.

ونظرا لعدم وجود ما يقال عنه فيما يخص ركن السبب، اقتصرنا دراسة الشروط الموضوعية لإبرام عقد حفظ الحق في بيع العقار المقرر بناؤه، على ركن التراضي وركن المحل. لذلك قمنا بتقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، خصصنا المطلب الأول لدراسة ركن التراضي، أما المطلب الثاني فخصصناه لدراسة ركن المحل.

المطلب الأول: التراضي في عقد حفظ الحق.

يلزم لانعقاد عقد حفظ الحق في بيع العقار المقرر بناؤه، وجود التراضي بين طرفي هذا العقد أي اقتران الإيجاب بالقبول، وتطابقهما تطابقا تاما، واتفاقهما على جميع العناصر المكونة للعقد أي ما ينصب عليه اتفاق الطرفين، كما يلزم أيضا أن يكون هذا التراضي صحيحا، لأن وجود التراضي لا يكفي لإنشاء العقد صحيحا.

لذلك قمنا بتقسيم هذا المطلب إلى أربعة فروع، نعرض في الفرع الأول دراسة طرفا عقد حفظ الحق في بيع العقار المقرر بناؤه، أما الفرع الثاني فنعرض فيه دراسة وجود التراضي، أما الفرع الثالث فنتناول فيه دراسة موضوع التراضي، أما الفرع الرابع والأخير فنخصصه لدراسة صحة التراضي.

الفرع الأول: طرفا عقد حفظ الحق في بيع العقار المقرر بناؤه.

طرفا عقد حفظ الحق في بيع العقار المقرر بناؤه هما: المرقي العقاري (الفقرة الأولى) وصاحب حفظ الحق (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: المرقي العقاري.

إذا كانت عملية بناء وتشبيد العقار المقرر بناؤه أو في طور البناء، تحتاج إلى تدخل أطراف آخرين يساهمون في تنفيذها، وتمويلها، مثل المهندسين المعماريين، مكاتب الدراسات الهندسية المقاولين، البنوك والمؤسسات المالية...، فإن كل هؤلاء لا يكونوا أطرافا في عقد حفظ الحق في بيع العقار المقرر بناؤه، وإنما يكون المرقي العقاري هو الشخص الوحيد الذي يكون طرفا في هذا العقد إلى جانب صاحب حفظ الحق، وهذا ما أكدته نص المادة 29 من القانون رقم 04/11 المحدد للقواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية بقولها: " لا يمكن إبرام عقد بيع على التصاميم وعقد حفظ الحق، لعقار مقرر بناؤه أو في طور البناء، إلا من طرف المرقي العقاري...".

فمن هو إذا المرقي العقاري، وما هي الشروط اللازمة لممارسة مهنة المرقي العقاري؟

أولا: تعريف المرقي العقاري.

لقد حظي المرقي العقاري¹ بالعديد من التعريفات، سواء من قبل المشرع، أو من قبل الفقه والقضاء، لذلك سوف نقوم بعرض التعريف التشريعي للمرقي العقاري ثم التعريف الفقهي والقضائي للمرقي العقاري، وذلك على النحو الآتي:

¹ أطلق المشرع الجزائري عدة تسميات على المرقي العقاري، حيث أطلق عليه تسمية "المكاتب" بموجب القانون رقم 07/86 المتعلق بالترقية العقارية، ثم أطلق عليه تسمية "المتعامل في الترقية العقارية" بموجب المرسوم التشريعي رقم 03/93 المتعلق بالنشاط العقاري، واستقر في الأخير بموجب القانون رقم 04/11 المحدد للقواعد المنظمة لنشاط الترقية

1-التعريف التشريعي للمرقي العقاري:

بالرغم من أن التعريف بأي موضوع يكون من عمل الفقه وليس المشرع إلا أن المشرع الجزائري عرف المرقي العقاري¹ من خلال نص المادة 15/3 من القانون رقم 04/11 المحدد للقواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية بأنه : "... كل شخص طبيعي أو معنوي، يبادر بعمليات بناء مشاريع جديدة، أو ترميم أو إعادة تأهيل، أو تجديد أو إعادة هيكلة أو تدعيم بنايات تتطلب أحد هذه التدخلات، أو تهيئة وتأهيل الشبكات قصد بيعها أو تأجيرها."

وعرفه أيضا بموجب نص المادة 18 من نفس القانون على أنه: " يعد مرقيا عقاريا في مجموع الحقوق والواجبات، مرقي الأوعية العقارية المخصصة حصرا للبناء و/أو للتجديد العمراني قصد بيعها." كما وضع المشرع الجزائري تعريف آخر للمرقي العقاري من خلال المرسوم التنفيذي رقم 84/12 المؤرخ في 20/02/2012، المحدد لكيفيات منح الاعتماد لممارسة مهنة المرقي العقاري وكذا كيفيات مسك الجدول الوطني للمرقين العقاريين²، حيث نصت المادة 02 منه على أنه: " يعتبر مرقيا عقاريا كل

=العقارية، على تسمية " المرقي العقاري"، وهذه التسمية هي التسمية الصحيحة إذا قمنا بترجمتها إلى المصطلح الذي يعتمد عليه المشرع الفرنسي " Promoteur immobilier "

¹المشرع الجزائري لم يوفق في تعريف المرقي العقاري في كل من القانون رقم 07/86 والمرسوم التشريعي رقم 03/93، حيث حصر في القانون رقم 07/86 الأشخاص المخول لهم القيام بعمليات الترقية العقارية، ولم يتحدث عن المرقي العقاري بمفهومه الصحيح، وجاء بموجب المرسوم التشريعي رقم 03/93، بتعريف غامض للمرقي العقاري بفتحته للنشاط العقاري لكل شخص، حتى من يقوم بالبناء تلبية لحاجياته الخاصة.

وحسب ما ورد في نص هاتين المادتين، فإن المرقي العقاري حسب ما ورد في نص المادتين 2 و3 من المرسوم التشريعي رقم 03/93 أو ما أطلق عليه تسمية المتعامل في الترقية العقارية، هو كل شخص طبيعي أو معنوي يمارس نشاطات تساهم في إنجاز أو تجديد الأملاك العقارية، من أجل بيعها أو إيجارها أو تلبية لحاجات خاصة، وهذا معناه أن كل شخص يقوم بعملية بناء أو تجديد أملاك عقارية يعتبر مرقيا عقاريا.

² المرسوم التنفيذي رقم 84/12 المؤرخ في 20/02/2012، المحدد لكيفيات منح الاعتماد لممارسة مهنة المرقي العقاري، وكذا كيفيات مسك الجدول الوطني للمرقين العقاريين، ج ر عدد 11، المؤرخة في 26/02/2012، المعدل بالمرسوم التنفيذي رقم 96/13، المؤرخ في 26/02/2013، ج ر عدد 13، المؤرخة في 06/03/2013.

شخص طبيعي أو معنوي يحوز إعتقاداً ويمارس نشاط الترقية العقارية كما هو محدد في القانون رقم 04/11...".

و أول ما يلاحظ على تعريف المشرع الجزائري للمرقي العقاري، أنه ضيق في تحديد الشخص الذي يكتسب صفة المرقي العقاري، ووسع في مهام المرقي العقاري، فبعدما كانت مهنة المرقي العقاري تقتصر في ظل المرسوم التشريعي رقم 03/93، على قيامه بانجاز أو تجديد الأملاك العقارية المخصصة للبيع أو للإيجار أو تلبية حاجات خاصة، أصبحت تشمل أيضاً إلى جانب إنجاز المشاريع الجديدة، ترميم أو إعادة تأهيل أو إعادة هيكلة أو تدعيم بنايات تتطلب أحد هذه التدخلات، أي البنايات القديمة، أو تهيئة وتأهيل الشبكات قصد بيعها أو تأجيرها.

إلا أن قيام المشرع الجزائري بتوسيع مهام المرقي العقاري، نتج عنه طرح إشكال يتعلق بالصيغة القانونية التي يتدخل بموجبها المرقي العقاري للقيام بأحد العمليات التي تتطلبها البناية، حيث يرى الأستاذ "عياشي شعبان"¹ أن الأمر في هذه الحالة لا يخرج عن أحد هاتين الفرضيتين:

***الفرضية الأولى:** هي قيام المرقي العقاري بشراء بنايات موجودة من ملاكها الأصليين بموجب

عقد بيع عادي، فيصبح هو المالك لها، ثم يبادر بترميمها أو إعادة تأهيلها أو إعادة هيكلتها أو تدعيمها إذا كانت بحاجة لذلك، ويقوم في نفس الوقت ببيعها أو تأجيرها، ويستوي في ذلك أن يشرع في البيع قبل البدء في تنفيذ أو إنجاز أحد هذه التدخلات، أو أثناء القيام بها أو بعد الانتهاء منها، أو أن المرقي العقاري يملك بنايات تحتاج إلى التدخلات السابقة، فيقوم ببيعها لمن يقوم بشرائها، قبل قيامه بالتدخل الذي هي بحاجة إليه، أو أثناء القيام به، أو حتى بعد الانتهاء منه، حيث يرى الأستاذ "عياشي شعبان"

¹ راجع في ذلك: عياشي شعبان ، المرجع السابق، ص 104-106.

أن هذه الحالة لم تخطر على بال المشرع الجزائري، لكون المرقيين العقاريين وقت صدور القانون رقم 04/11، لا يملكون بنايات موجودة تحتاج إلى التدخلات المنوه إليها بموجب نص المادة 15/3.

الفرضية الثانية: هي أن يطلب ملاك البنايات الموجودة من المرقى العقاري، بأحد أو بعض الأعمال التي حددتها نص المادة 15/3 المذكورة أعلاه، وفي هذه الحالة يكون المرقى العقاري في مركز المفاوض وليس المرقى العقاري البائع، ويكون مالك البناية في مركز رب العمل وليس المشتري أو صاحب حفظ الحق، كما أن العقد المبرم بينهما يخضع للأحكام الخاصة بعقد المقاول (المواد من 549-570 من القانون المدني الجزائري)، ولا يخضع لأحكام القانون المنظم لنشاط الترقية العقارية وهذا يتعارض مع روح القانون الجديد الذي من أهدافه الأساسية، خلق أو استحداث مرقيين عقاريين حرفيين.

وهو نفس الرأي الذي أخذنا به، لأنه من المفروض أن يتفرغ المرقى العقاري بإنجاز المشاريع الجديدة، سواء المخصصة للبيع أو للإيجار، أما بالنسبة للبنايات الموجودة التي بحاجة إلى الأعمال المحددة في نص المادة 15/3 المذكورة أعلاه، فهي تكفي بأن يقوم بها المقاولين، لكونها أعمال ثانوية، كما أن قيام المرقى العقاري بهذه الأعمال لفائدة الملاك الأصليين لهذه البنايات، يتطلب أن يتعاقد معهم بموجب عقد مقاول، وهو ما يتعارض مع نص المادة 1/14 من القانون رقم 04/11 التي تنص على أنه: " يشمل نشاط الترقية العقارية مجموع العمليات التي تساهم في إنجاز المشاريع العقارية المخصصة للبيع أو للإيجار أو تلبية حاجات خاصة"، والمادة 16 من نفس القانون، التي تنص على أنه: " كل شخص طبيعي أو معنوي يبادر بمشروع عقاري معد للبيع أو للإيجار، ملزم بالاستعانة بخدمات مقاول مؤهل قانونا حسب أهمية المشروع العقاري، وتؤسس العلاقة بين الطرفين بعقد مقاوله...".

وبخلاف المشرع الجزائري الذي وضع تعريفا خاصا بالمرقى العقاري، فإنّ المشرع الفرنسي، لم يضع تعريفا خاصا بالمرقى العقاري، لأنّه لم يهدف إطلاقا للتعريف بالشخص بقدر إهتمامه بتنظيم

نشاطه، فالمشروع الفرنسي لم يعرف المرقى العقاري إلا أنه عرف عقد الترقية العقارية بموجب المادة 1/1831 من القانون المدني الفرنسي¹، حيث عرفه بقوله: "عقد الترقية العقارية هي وكالة ذات مصلحة مشتركة، يلتزم بموجبها شخص يدعى "المرقى العقاري" القيام بعمل لصاحب المشروع (رب العمل)، مقابل ثمن متفق عليه من خلال عقد تأجير العمل "contrat de l'ouvrage" حيث يلتزم بإنجاز مبنى واحد أو أكثر، بمفرده أو باستعانة أشخاص آخرين، مقابل أجر متفق عليه على كل أو جزء من العمليات القانونية أو الإدارية أو المالية المساهمة في نفس الموضوع، كما يضمن المرقى العقاري الوفاء بالالتزامات المفروضة على الأشخاص الذين عمل معهم نيابة عن صاحب المشروع".

ويمكننا أن نستخلص تعريف المرقى العقاري من خلال نص هذه المادة بأنه: وكيل يلتزم بإنجاز مبنى أو أكثر لصاحب المشروع، والقيام بالإجراءات المرتبطة بالإنجاز من الناحية القانونية والإدارية والمالية، مقابل ثمن يتفق عليه بموجب عقد إيجار العمل ويمكنه أن يستعين بأشخاص آخرين لإنجاز هذا المبنى مقابل أجر متفق عليه، ويكون ضامنا لتنفيذ الالتزامات المفروضة على الأشخاص الذين عمل معهم نيابة عن صاحب المشروع.

والملاحظ على نص المادة 1/1831 المذكورة أعلاه، أن المشروع الفرنسي جعل المرقى العقاري غير الشخص المالك للأرض محل الإنجاز، فهو يعتبر مقاول منفذ للبناء ولهذا يأخذ الاتفاق شكل عقد إجارة عمل "contrat de louage d'ouvrage"، ويعتبر رب العمل هو بائع العقار أو المبنى المقرر

¹ L'article 1831/1 du code civil français : « Le contrat de promotion immobilière est un mandat d'intérêt commun par lequel une personne dite " promoteur immobilier " s'oblige envers le maître d'un ouvrage à faire procéder, pour un prix convenu, au moyen de contrats de louage d'ouvrage, à la réalisation d'un programme de construction d'un ou de plusieurs édifices ainsi qu' à procéder elle-même ou à faire procéder, moyennant une rémunération convenue, à tout ou partie des opérations juridiques, administratives et financières concourant au même objet.

Ce promoteur est garant de l'exécution des obligations mises à la charge des personnes avec lesquelles il a traité au nom du maître de l'ouvrage. »

بناؤه¹، وهذا معناه أن المرقي العقاري غير البائع، فهو يتولى عملية إنجاز البناء دون البيع، أما الشخص الذي يتولى عملية البيع فهو المالك أو صاحب المشروع.

وهذا بخلاف المشرع الجزائري الذي يشترط على البائع أن يكون مرقيا عقاريا فالمشرع الجزائري أعطى الاستقلالية لمهنة المرقي العقاري، ولم يفرق بين القائم بعملية البيع أو الإيجار والمنجز للبناء، بل يعتبرهم شخص واحد يلتزم بتنفيذ جميع الإجراءات القانونية والإدارية والمالية المرتبطة بالمشروع العقاري، عكس المشرع الفرنسي الذي لم يعط الاستقلالية لمهنة المرقي العقاري والذي يعتبر هذا الأخير هو المنجز للبناء فقط، وهذا معناه أن المركز القانوني للمرقي العقاري في القانون الجزائري يختلف عنه في القانون الفرنسي.

وقد تعرضت المادة 1/1831 من القانون المدني الفرنسي المذكورة أعلاه، للنقد من قبل كل من الأستاذ "Philippe Malinvaud et Philippe Jestaz"، وذلك لعدم إعطاء المرقي العقاري هذه الاستقلالية، حيث يرون بأنه بدون هذه الاستقلالية لا يمكن له أن يلعب الدور الفعال في عملية الإنجاز، فهو ليس فقط مشيد أو مقاول أو وكيل عقاري، بل دوره وسيط اقتصادي أو قانوني بين الأشخاص الذين لهم مؤهلات فنية، ولهذا يقترح أن يجعل المشرع الفرنسي المرقي العقاري مالك وليس فقط وكيل مشيد، ولا يمكن أن ينفي مؤهلاته المهنية بإعطائه صفة مؤجر الأشغال، فيحين أن الترقية العقارية تهدف إلى تحقيق الربح².

وفي الأخير يمكننا القول بأن المشرع الجزائري خطى خطوة إيجابية، بتعريفه للمرقي العقاري وبتنظيمه لمهنته ووضع أحكام خاصة به، مقارنة بالمشرع الفرنسي الذي لم يعرف المرقي العقاري واقتصر

1 بونبات محمد بن أحمد ، بيع العقارات في طور الإنجاز، دراسة في ضوء القانون رقم 44.00 ، سلسلة آفاق_القانون، مراكش، المغرب، عدد 09، 2004، ص 15.

² Philippe Malinvaud et Philippe Jestaz, op.cit, p 1,2.

بتعريف عقد الترقية العقارية بالرغم من أن التعريف يكون عمل الفقه وليس المشرع، كما أن المشرع الجزائري جعل المرقى العقاري هو الشخص الذي يتولى بيع المباني المقرر بناؤها، بينما فرق المشرع الفرنسي بين البائع والمرقى العقاري، حيث جعل المرقى العقاري الشخص الذي يتولى إنجاز المباني المقرر بناؤها فقط، أما مالك العقار محل الانجاز فهو الذي يتولى عملية بيع هذا العقار .

2- التعريف الفقهي والقضائي للمرقى العقاري:

لقد حظي المرقى العقاري بالعديد من التعاريف على مستوى كل من الفقه العربي والأجنبي حيث عرفه بعض الفقهاء العرب، من بينهم الأستاذ "عبد الرزاق حسين ياسين" بأنه: "الشخص الذي يتولى مقابل أجر متفق عليه، تحقيق العملية التي يعهد بها إليه رب العمل بمقتضى عقد التمويل العقاري، وذلك بالقيام بكل ما يتطلبه هذا التحقيق من تمويل وإدارة وإبرام كافة التصرفات القانونية اللازمة باسم رب العمل، حتى يسلم العقار تاما خاليا من العيوب".¹

وقد عرفه الأستاذ "سمير عبد السميع الأودن" بأنه: " الشخص الذي يلتزم ببناء العقار خلال مدة معينة، يستوي أن يقوم بالبناء بنفسه أو عن طريق غيره، وهذا الالتزام يستمر بإنهاء عمليات البناء حتى إكمال وجود العقار فعليا"².

كما عرفه الأستاذ "شعبان عياشي" بأنه: " كل شخص طبيعي أو معنوي يبادر بعمليات بناء مشاريع جديدة، ذات الاستعمال السكني، أو الحرفي، أو التجاري، قصد بيعها، أو تأجيرها، ويلتزم المرقى العقاري -في سبيل القيام بمهنته- أن يقوم بكل ما هو ضروري لانجازها"³.

¹ عبد الرزاق حسين ياسين، المرجع السابق، ص 542.

² الأودن سمير عبد السميع ، تملك وحدات البناء تحت الإنشاء والضمانات الخاصة لمشتري الوحدات السكنية، ط 1، مكتبة ومطبعة الإشعاع الفنية، مصر، 2001، ص 51.

³ عياشي شعبان ، المرجع السابق، ص 106.

أما الأستاذة "بوستة إيمان" فعرفت المرقى العقاري بأنه: " كل شخص طبيعي أو معنوي يلتزم بأخذ زمام المبادرة والعناية الرئيسية، من أجل إنجاز أو تجديد أملاك عقارية مخصصة للسكن أو لغرض حرفي أو صناعي أو تجاري، بغرض بيعها أو تأجيرها، أو استعمالها لتلبية حاجات خاصة"¹.

ونلاحظ من خلال كل هذه التعاريف، أن تعريف الأستاذين "عبد الرزاق حسين ياسين" و"سمير عبد السميع الأودن" للمرقى العقاري، جاء مستنبطاً من التعريف الذي ورد في نص المادة 1/1837 من القانون المدني الفرنسي، وهذا راجع إلى غياب التنظيم التشريعي لمهنة المرقى العقاري في مصر، كما أن هذا التعريف اتبع نفس المسلك الذي اتبعه المشرع الفرنسي عندما جعل المرقى العقاري الشخص الذي يتولى عملية إنجاز العقار المقرر بناؤه دون عملية بيعه، مما جعل مهنة المرقى العقاري لا تختلف عن مهنة المقاول وهذا بخلاف التعريف الذي وردته كل من الأستاذ "عياشي شعبان" و الأستاذة "بوستة إيمان"، والليذان اتبعا نفس المسلك الذي سلكه المشرع الجزائري، حين إعتبر المرقى العقاري هو الشخص الذي يتولى عملية إنجاز العقار وبيعه أو تأجيره في نفس الوقت.

وقد نال المرقى العقاري أيضاً بعدة تعاريف من قبل الفقهاء الفرنسيين، حيث عرفه الأستاذ "Roger Saint Alary" بأنه: " شخص طبيعي أو معنوي الذي يكمن نشاطه في إتخاذ المبادرة بعملية البناء العقاري، وتنظيمها على المخططات القانونية أو التقنية أو المالية، وقيادتها بعناية، ووضع المباني أو جزء من المباني في يد مستعملها"².

¹ بوستة إيمان ، المرجع السابق، ص 53.

² Roger Saint Alary, Droit de la construction, PUF, Paris 1977, p 303.

« Le promoteur est le personne physique ou moral dont l'activité consiste a prendre l'initiative d'une opération de construction, à organiser sur les plans juridique et financier, et à la conduire jusqu'à la mise a disposition des immeubles ou partie d'immeuble a leurs utilisateurs. »

كما عرفه الأستاذين "G. Lovabeur , G. Stefanni" بأنه: " كل شخص طبيعي أو معنوي الذي نشاطه المعتاد المربح يتمثل في فهم تنظيم وقيادة عملية بناء المبنى الموجه لكي يخصص كملكية مشتركة للمكتبتين مجتمعة كانت أم لا في شركة.¹"

أما على مستوى القضاء، فلاحظنا عدم وجود أي تعريف للمرقي العقاري على مستوى القضاء الجزائري، وإن كانت أحد القرارات الصادرة عن المحكمة العليا سنة 1992²، يضيف على ديوان الترقية والتسيير العقاري، صفة المرقي العقاري دون أن يفصح عن ذلك بمعنى الكلمة، وذلك عندما إعتبر قضاة المحكمة العليا أن: " قضاة المجلس بإخراجهم لديوان الترقية والتسيير العقاري من الخصام بالرغم من أن الخبرة المنجزة أظهرت أنه ضامنا للبناء مع المقاول، يكونوا قد أخطؤوا في تطبيق القانون"، إلا أن هذا القرار كان بعيدا كل البعد عن تعريف المرقي العقاري، لأن التعاريف ليست من عمل القاضي أو المشرع كما أشرنا سابقا وإنما من عمل الفقه.

أما على مستوى القضاء الفرنسي، فصدرت العديد من القرارات التي تعنى بالمرقي العقاري ومن بين القرارات التي جاءت لتعريف المرقي العقاري، نذكر القرار الصادر عن مجلس باريس، في 12 جوان 1963، الذي عرف المرقي العقاري بأنه: " كل شخص طبيعي أو معنوي يبادر مباشرة أو عن طريق شركة مخصصة للبناء أو اقتناء مبنى أو جزء من مبنى مخصص للسكن، ويتخذ لأجل ذلك المبادرة والعناية الرئيسية بالعملية"³.

¹ G.Lovabeur, G.Stefanni, Les société de construction devant la loi pénal, LGDJ, Paris, 1972, p 60.

« Toute personne physique ou morale, qui a pour activité habituelle et lucrative de concevoir organiser et guidé la construction d'immeuble, destine à être attribué en copropriété a des souscripteurs, groupe ou non dans une société ».

² قرار المحكمة العليا، رقم 64748، الصادر بتاريخ 1991/01/23، المجلة القضائية، عدد 04، سنة 1992، ص 31.

³ Conseil de Paris, 12 juin 1963, rev.trim.dr.com, 1963, p 863. Note : Saint Alary.

Cité par: Roger Saint Alary, op.cit, p 298

ويتبين من خلال كل هذه التعاريف أن المرقى العقاري يلعب دورا أساسيا في نشاط الترقية العقارية، إذ لا يمكن الحديث عن الترقية العقارية بدونها، فهو يعد الشخص الذي يتولى عملية إنجاز المباني، والوسيط في كل العمليات القانونية للأشخاص المتدخلة في عملية البناء كما يعتبر أيضا الشخص الذي يعمل على توفير جميع الوسائل الضرورية لإنجاح عملية البناء.

ولتحقيق ذلك أسندت إليه ثلاثة وظائف، يتوجب عليه القيام بها لإنجاح هذه العملية وهي الوظيفة التقنية والمالية والإدارية أو القانونية، فبالنسبة للوظيفة التقنية فهو ملزم باختيار أحد المهندسين المعماريين، وواحد أو عدة مقاولين، ومكتب الدراسات، ومناقشتهم في إجراءات هذه العملية، والتعاقد معهم لهذا الغرض، وإشراكهم في عملية البناء، أما فيما يتعلق بالوظيفة المالية، فيقصد بها الحصول على الموارد والوسائل الكافية لتمويل المشروع، أو البحث عن الموارد المالية لرأس المال لتمويل المشروع، لأنه لا يمكن الاعتماد فقط على الموارد الخاصة بهم أو حتى الزبائن، أما عن الوظيفة الإدارية فتتمثل في دور المرقى العقاري في الحصول على الرخص والشهادات الخاصة بعملية البناء¹.

ومما سبق لنا ذكره نستنتج بأن هناك إختلاف حول تعريف المرقى العقاري، حيث إعتبر كل من التشريع والفقهاء والقضاء الفرنسي أن المرقى العقاري هو الشخص الذي يتولى مهمة إنجاز المباني المقرر بناؤها لفائدة صاحب المشروع، أي الشخص المالك الذي يتكفل بعملية بيع هاته المباني المقرر بناؤها، بينما إعتبر المشرع والفقهاء الجزائري المرقى العقاري هو الشخص الذي يتولى عملية إنجاز المباني المقرر بناؤها وفي نفس الوقت يكون هو المالك وهو رب العمل، وهو أيضا المسؤول عن كل العمليات العقارية والمنشئ لعقود البيع أو الحجز مع الراغبين في الحصول على الملكية.

= « Le promoteur immobilier est la personne physique ou morale qui s'engage directement ou par société interposée à construire ou à procurer un immeuble ou une partie d'immeuble, à usage principal d'habitation et qui, à cet effet, prend l'initiative et le soin principal de l'affaire ».

¹ Roger Saint Alary, op.cit, p 459.

وبما أن المرقى العقاري في الجزائر هو الشخص الذي يتكفل بإبرام العقود مع الراغبين في التعاقد، فهو بطبيعة الحال يكون طرفا فيها، وبما أن المرقى العقاري في فرنسا هو الشخص الذي يتولى عملية إنجاز البناء فقط دون بيعه أو تأجيله مثلا، فهذا معناه أن المرقى العقاري لا يعد طرفا في العقود التي تبرم مع الراغبين في التعاقد.

لذلك توصلنا في الأخير بأن المرقى العقاري في الجزائر، يعد طرفا في عقد حفظ الحق إلى جانب صاحب حفظ الحق وهذا ما أكده المشرع الجزائري، حيث نص بموجب المادة 29 من القانون رقم 04/11 السابق ذكرها، على أنه لا يمكن إبرام عقد حفظ الحق إلا من طرف المرقى العقاري، بينما لا يكون المرقى العقاري في فرنسا طرفا في عقد حفظ الحق أو ما يسمى عندهم بتسمية العقد التمهيدي وإنما يكون البائع (الحاجز) طرفا في هذا العقد إلى جانب المحجوز له، وهذا ما أكده المشرع الفرنسي حيث نص بموجب المادة 11 من قانون 3 جانفي 1967 بأن العقد التمهيدي هو العقد الذي يلتزم بمقتضاه البائع بحجز عقار أو جزء من عقار للمشتري المحجوز له، في مقابل أن يدفع هذا الأخير مبلغ مالي كضمان يودع في حساب خاص.

ثانيا: الشروط اللازمة لممارسة مهنة المرقى العقاري

تضمن القانون رقم 04/11 ، المحدد القواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية، عدة نصوص خاصة بمهنة المرقى العقاري وشروط ممارسة هذه المهنة، وتتمثل شروط ممارسة مهنة المرقى العقاري فيما يلي:

1- أن يكون مؤهلا للقيام بالأعمال التجارية:

حيث يشترط في الشخص الذي يرغب في ممارسة هذه المهنة ، سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا، أن يكون مؤهلا لممارسة مهنة المرقى العقاري، وهذا ما نصت عليه المادة 19 من القانون رقم 04/11 المحدد للقواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية، بقولها: " يسمح لكل شخص طبيعي أو معنوي

مؤهل للقيام بأعمال التجارة، بممارسة نشاط الترقية العقارية موضوع المادتين 3 و 18 أعلاه، طبقاً للتشريع المعمول به، وحسب الشروط المحددة في هذا القانون".

2- أن يكون مسجلاً في السجل التجاري:

يلعب السجل التجاري دوراً مهماً في دعم الائتمان التجاري، وهذا لا يتم إلا عن طريق شهر المركز القانوني للتاجر، والعناصر المختلفة التي يتألف منها نشاطه التجاري، والتي من شأنها بعث الثقة والإطمئنان في نفوس المتعاملين معه وتسهيل عمله التجاري، ولهذه الاعتبارات أنشئ السجل التجاري¹.

حيث فرض المشرع الجزائري على كل شخص يرغب في ممارسة مهنة المرقى العقاري والمبادرة بالمشاريع العقارية، أن يكون مقيداً في السجل التجاري، وهذا عملاً بنص المادتين 1/04 من القانون رقم 04/11 التي تنص على أنه: "يرخص المرقين العقاريين المعتمدين والمسجلين في السجل التجاري، بالمبادرة بالمشاريع العقارية"، والمادة 04 من المرسوم التنفيذي رقم 84/12 المحدد لكيفيات منح الاعتماد لممارسة مهنة المرقى العقاري وكذا كيفيات مسك الجدول الوطني للمرقين العقاريين التي تنص على أنه: "تخضع مهنة المرقى العقاري إلى الحصول المسبق على الاعتماد، والتسجيل في السجل التجاري، وفي الجدول الوطني للمرقين العقاريين".

3- أن يكون معتمداً ومسجلاً في الجدول الوطني للمرقين العقاريين:

لقد نص المشرع الجزائري بموجب نص المادة 2/4 من القانون رقم 04/11¹، والمادة 04 من المرسوم التنفيذي رقم 84/12 المذكورة أعلاه، على أنه لا يمكن لأي شخص أن يدعي صفة المرقى

¹ دوة آسيا، صندوق الضمان والكفالة المتبادلة في نشاط الترقية العقارية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب، البليلة، الجزائر، 2012، ص 88.

العقاري أو يمارس هذا النشاط ما لم يكن حاصلًا على الإعتماد ومسجلًا في الجدول الوطني للمرقين العقاريين.

كما أكد أيضا بأن الحصول على الإعتماد والتسجيل في الجدول الوطني للمرقين العقاريين يعد ترخيصًا لمزاولة المهنة، وبدونها لا يستطيع أي شخص ممارسة هذه المهنة وهذا من خلال نص المادة 23 من القانون رقم 04/11 التي نصت على أنه: " يتطلب منح الإعتماد للمرقي العقاري تسجيله في الجدول الوطني للمرقين العقاريين، ويعد ترخيصًا لمزاولة المهنة، مع مراعاة القيام بالإجراءات الشكلية والإدارية و الجبائية المطلوبة للحصول عليه"، و المادة 25 من المرسوم التنفيذي رقم 84/12 التي نصت على أنه: " تعد شهادة التسجيل في الجدول الوطني للمرقين العقاريين ترخيصًا لممارسة المهنة، ويترتب عليها بالفعل إنتساب المرقي العقاري إلى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة للترقية العقارية".

كما حدد المشرع الجزائري بموجب نص المادة 06 من المرسوم التنفيذي رقم 84/12، بعض الشروط التي يستوجب توافرها في كل شخص طبيعي كان أو معنوي، يتقدم بطلب الحصول على الإعتماد، بحيث لا يمكن تسليم هذا الإعتماد إلا إذا توافرت فيه الشروط التالية:

أ- بالنسبة للشخص الطبيعي:

- أن يكون عمره خمسا وعشرين (25) سنة على الأقل.
- أن يكون من جنسية جزائرية.
- أن يقدم ضمانات حسن السلوك وعدم الوقوع تحت طائلة عدم الكفاءة أو أحد موانع الممارسة كما نصت عليها أحكام المادة 20 من قانون 04/11.

¹ تنص المادة 2/04 من القانون رقم 04/11 المحدد للقواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية، على أنه: " لا يمكن أن يدعي صفة المرقي العقاري أو يمارس هذا النشاط ما لم يكن حاصلًا على الاعتماد ومسجلًا في الجدول الوطني للمرقين العقاريين حسب الشروط والكيفيات المحددة في هذا القانون".

- أن يثبت وجود موارد مالية كافية لانجاز مشروعه أو مشاريعه العقارية.
- أن يتمتع بحقوقه المدنية.
- تبرير الكفاءة المهنية المرتبطة بالنشاط المتوفرة لديه، والتي يقصد بها حيازة شهادة عليا في مجال الهندسة المعمارية، أو البناء أو القانون أو الاقتصاد أو المالية أو التجارة، أي مجال تقني آخر يسمح بالقيام بنشاط المرقى العقاري، وفي حالة عدم حيازته لأحد هاته الشهادات يتعين عليه أن يثبت الاستعانة بصفة دائمة وفعلية بمسير تتوفر فيه هذه الشروط.

ب- بالنسبة للشخص المعنوي:

- أن يكون خاضعا للقانون الجزائري.
- أن يثبت وجود موارد مالية كافية لانجاز مشروعه أو مشاريعه العقارية.
- أن يقدم المالك أو المالك ضمانات حسن السلوك وعدم الوقوع تحت طائلة عدم الكفاءة أو أحد موانع الممارسة، كما نصت عليها المادة 20 من قانون 04/11.
- و يجب أن تتوفر في المسير الشروط المتعلقة بحسن السلوك والكفاءات المهنية، كما هي محددة أعلاه بالنسبة للأشخاص الطبيعيين.

وزيادة على هذه الشروط، يجب أن تتوفر لدى طالب الاعتماد لممارسة مهنة المرقى العقاري محلات ذات إستعمال تجاري ملائمة، تسمح بممارسة لائقة ومعقولة للمهنة، وتكون مجهزة بوسائل الاتصال، ويجب أن يقدم إثبات وجود المحلات عند التسجيل في الجدول الوطني للمرقين العقاريين وهذا طبقا لما نصت عليه المادة 7 من نفس المرسوم التنفيذي.

ولا يمكن للمرقى العقاري الذي تحصل على الإعتماد لممارسة مهنة المرقى العقاري أن يتنازل عنه أو يحوله، ويترتب على كل تغيير في شكل أو تسمية وعنوان الشركة خلال نشاطه، وكذا تغيير

المسير، إلى بطلان الاعتماد بحكم القانون، ويفرض ضرورة تجديدها حسب نفس الأشكال والشروط المطلوبة للحصول عليها، وهذا ما أكدته نص المادة 22 من القانون رقم 04/11.

و يترتب على ممارسة مهنة المرقي العقاري بدون الحصول على الاعتماد، بمزاولة المهنة من الجهة المختصة، تعرض الشخص المخالف إلى عقوبة جريمة إنتحال الصفة طبقا للمادة 243 من قانون العقوبات الجزائري، المتمثلة في الحبس من ثلاثة أشهر إلى سنتين وبغرامة من 500 إلى 5000 دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين، وإذا كانت ممارسة هذه المهنة بدون إعتما د ومصحوبة بالنصب تعرض المخالف إلى عقوبة النصب والإحتيال النصوص عليها في المادة 372 من قانون العقوبات، والمتمثلة في الحبس من سنة إلى خمسة سنوات، وبغرامة من 500 إلى 20.000 دينار المادة (77 / 2 من قانون 04/11).

4- أن يكون من المحترفين وأن تكون له قدرات مالية كافية:

لقد إشتراط المشرع الجزائري في كل شخص يرغب في مزاولة مهنة المرقي العقاري أن يكون من المحترفين الذين يمتلكون مهارات في هذا المجال وقدرات مالية كافية لإنجاز مشروعه العقاري حيث نص بموجب المادة 12 من القانون رقم 04/11 على أنه: " يجب أن يبادر بالمشاريع العقارية المعدة للبيع أو الإيجار، محترفون يمتلكون المهارات في هذا المجال والقدرات المالية الكافية"، وذلك لضمان استمرارية المشاريع العقارية المزمع تنفيذها، والقدرة على تنفيذها بشكل نهائي، بحيث لا تتعرض ورشات الأشغال إلى التوقف بسبب سوء التسيير مثلا لقلة الكفاءة أو الخبرة في هذا المجال أو نفاذ الموارد المالية لإتمام أشغال البناء.

وبالإضافة إلى ضرورة تمتع المرقي العقاري بالمهارات الكافية في المجال العقاري، سمح المشرع الجزائري لهذا الأخير بالإستعانة بمهارات أخرى، حيث نصت المادة 16 من القانون رقم 04/11 على

أنه: " كل شخص طبيعي أو معنوي يبادر بمشروع عقاري معد للبيع أو الإيجار، ملزم بالاستعانة بخدمات مفاول مؤهل قانونا حسب أهمية المشروع العقاري، وتؤسس العلاقة بين الطرفين بعقد مفاولة يبرم بعد الحصول على عقود التعمير المطلوبة".

كما يلزم على كل طالب للإعتماد لممارسة مهنة المرقى العقارى، بإكتتاب تصريح شرفى يثبت فيه إمكانيته فى تعبئة الموارد المالية الكافية لانجاز مشروعه العقارى أو مشاريعه العقارية، قبل الإنطلاق فى إنجازها طبقا لنص المادة الأولى من القرار الوزارى المشترك المؤرخ فى 2012/12/06، المتعلق بإثبات الموارد المالية الكافية لاكتساب صفة المرقى العقارى¹.

ويقصد بالموارد المالية طبقا لنص المادة 02 من القرار الوزارى المشترك السابق ذكره، الموارد

المشكلة من:

- الموارد الخاصة للمرقى العقارى.
- القروض البنكية التى يكتتبها المرقى العقارى.
- الدفعات التى يقدمها الطالبون لإقتناء الأملاك العقارية، فى إطار عقد البيع على التصاميم.

5- أن لا يكون من الأشخاص المتابعين جزائيا :

فطبقا لنص المادة 20 من القانون رقم 04/11، فإنه لا يمكن أن يكونوا مرقيين عقاريين منشئين أو مشاركين بالأفعال قانونا أو فعلا، بطريقة مباشرة أو من خلال وسيط للمبادرة بمشاريع عقارية تخضع لهذا القانون، الأشخاص الذين تعرضوا لعقوبات بسبب إحدى المخالفات الآتية:

- التزوير واستعمال المزور فى المحررات الخاصة أو التجارية أو البنكية.

¹ قرار وزارى مشترك مؤرخ فى 06 ديسمبر 2012، يتعلق بإثبات الموارد المالية الكافية لاكتساب صفة المرقى العقارى، ج ر عدد 02، المؤرخة فى 2013/01/13.

- السرقة و إخفاء المسروقات وخيانة الأمانة و التقليل وابتزاز الأموال أو القيم أو التوقيعات.
 - النصب وإصدار شيك بدون رصيد.
 - رشوة موظفين عموميين.
 - شهادة الزور واليمين الكاذبة والغش الضريبي.
 - الجنح المنصوص عليها بموجب الأحكام التشريعية بالشركات التجارية.
- كما يمنع من ممارسة هذا النشاط الأعضاء المشطوبين تأديبيا وبصفة نهائية، بسبب الإخلال بنزاهة المهن المشكلة في نقابات.

وزيادة على هذه الأحكام التي نص عليها المشرع الجزائري بموجب المادة 20 من قانون 04/11، يجب على المرقى العقاري الذي يلتزم إعتادا أن يتمتع بحقوقه المدنية (المادة 21 من القانون رقم 04/11).

6- أن يكون منتسبا لدى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة:

نص المشرع الجزائري من خلال المادة 55 من القانون رقم 04/11 المحدد للقواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية على أنه: " يجب أن ينتسب كل المرقين العقاريين المعتمدين والمسجلين في الجدول الوطني للمرقين العقاريين، لصندوق الضمان والكفالة المتبادلة في نشاط الترقية العقارية المنشأ بموجب أحكام المرسوم التشريعي رقم 03/93 المؤرخ في 19 يناير سنة 1993، والمتضمن قانون المالية لسنة 1993 الذي يدعى في صلب النص - صندوق الضمان - "

حيث يتضح من خلال نص هذه المادة أن كل مرقى عقاري متحصل على اعتماد ومسجل في الجدول الوطني للمرقين العقاريين ملزم بالانتساب إجباريا لدى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة وهذا يعتبر ضمانا كبيرة للمقتنين في إطار نشاط الترقية العقارية بعد أن كان الإنضمام إلى صندوق الضمان

والكفالة المتبادلة اختياريا عن طريق الإنخراط في ظل المرسوم التشريعي رقم 03/93 المتعلق بالنشاط العقاري.

ويترتب على انتساب المرقى العقاري تسليم شهادة الانتساب من طرف الصندوق، التي تحمل وجوبا رقم إعتاده ورقم تسجيله في الجدول الوطني للمرقين العقاريين¹.

وقد رتب المشرع الجزائري عقوبات إدارية على المرقى العقاري الذي يمتنع على الإنتساب إلى الصندوق، تتمثل في السحب المؤقت لكل مرقى عقاري لم ينتسب إلى الصندوق في أجل أقصاه 6 أشهر من تاريخ حصوله على الإعتماد، ويتحول هذا السحب المؤقت إلى السحب النهائي في حالة عدم تسوية المرقى العقاري لوضعيته لدى الصندوق في أجل إضافي مدته 3 أشهر².

كما رتب المشرع الجزائري عقوبات جزائية على كل مرقى عقاري لم ينتسب إلى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة، وذلك بموجب نص المادة 74 من القانون رقم 04/11 بقولها: " يعاقب كل مرقى عقاري غير مكاتب في التأمينات والضمانات المنصوص عليها في أحكام المادة 55 من هذا القانون، بالحبس من شهرين (2) إلى سنتين (2)، وغرامة مالية من مائتي ألف دينار (200.000) إلى مليوني دينار (2.000.000)".

¹ راجع في ذلك: المادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 182/14، المؤرخ في 05 يونيو 2014، الذي يحدد شروط وكيفيات تسديد الاشتراكات والدفعات الإيجابية الأخرى من طرف المرقين العقاريين المنصوص عليها في النظام الداخلي لصندوق الضمان والكفالة المتبادلة في الترقية العقارية، ج ر عدد 37 المؤرخة في 2014/06/19.

² راجع المادة 4 من نفس المرسوم التنفيذي.

الفقرة الثانية: صاحب حفظ الحق

يعتبر صاحب حفظ الحق طرفا متعاقدًا في عقد حفظ الحق إلى جانب المرقي العقاري، وهو الشخص المستفيد من العقار المحفوظ، والذي يلتزم المرقي العقاري بحجز العقار المقرر بناؤه أو في طور البناء لفائدته، وأن يتعهد بعدم بيعه إلى شخص آخر عند الانتهاء من إنجازه.

وقد كان يطلق على صاحب حفظ الحق بموجب القانون رقم 07/86 المتعلق بالترقية العقارية تسمية "المرشح للملكية" أي الشخص المؤهل لإكتساب الملكية، أو تسمية "طالب حفظ الحق"، بينما أعطى المشرع الجزائري بموجب القانون رقم 04/11 المحدد للقواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية تسمية جديدة لهذا الأخير تتماشى والغرض الذي أعد له عقد حفظ الحق، حيث أطلق عليه تسمية "صاحب حفظ الحق"، أما المشرع الفرنسي فأطلق عليه بموجب القانون رقم 3 جانفي 1967 تسمية "المحجوز له" "le réservataire".

وأطلق المشرع الجزائري على صاحب حفظ الحق هذه التسمية، لأن المرقي العقاري يلتزم تجاهه بحفظ حقه في الحصول على العقار المقرر بناؤه أو في طور البناء، دون نقل ملكيته على أن يقوم بعد الانتهاء من إنجاز العقار محل حفظ الحق بتحرير عقد البيع الناقل للملكية، والذي بموجبه تتغير تسميته من صاحب حفظ الحق إلى المشتري .

وبالرغم من أن المشرع الجزائري نظم مهنة المرقي العقاري بموجب القانون رقم 04/11، وحدد الشروط الواجب توافرها في كل شخص يرغب في مزاولة مهنة المرقي العقاري، إلا أنه لم يضع أحكام خاصة تتعلق بصاحب حفظ الحق بموجب هذا القانون، كما أنه لم يحدد الشروط الواجب توافرها فيه الأمر الذي يستوجب علينا الرجوع إلى القواعد العامة وتطبيقها على صاحب حفظ الحق، خاصة فيما يتعلق بالأهلية وعيوب الإرادة، وهذا ما سوف نبينه لاحقاً.

الفرع الثاني: وجود التراضي

إن الركيزة الأساسية في تكوين العقد هي الإرادة أي تراضي المتعاقدين¹، فالتراضي يعد أساس العقد وقوامه، فلا يقوم العقد بدونه²، ويقصد بالتراضي "le consentement" تطابق الإيجاب والقبول كتعبيرين عن إرادتي طرفي العقد، وعلى هذا نصت المادة 59 من القانون المدني الجزائري على أن: "العقد يتم بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية".

ولكي يتحقق ركن التراضي في عقد حفظ الحق في بيع العقار المقرر بناؤه، لا بد أن يصدر إيجاب من أحد الطرفين (المركي العقاري)، وقبول من الطرف الآخر موافق له (صاحب حفظ الحق).

ويقصد بالإيجاب "l'offre ou pollicitation" العرض الصادر من شخص يعبر بوجه جازم عن إرادته في إبرام عقد معين، بحيث إذا ما إقترن به قبول مطابق له إنعقد العقد³، أما القبول فهو التعبير البات عن إرادة الطرف الذي وجه إليه الإيجاب بارتضائه العرض الي تقدم به الموجب⁴.

ويتم التعبير عن الإرادة طبقاً لنص المادة 60 من القانون المدني، باللفظ أو الكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفاً، كما يكون بإتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالاته على مقصود صاحبه، كما يجوز أن يكون التعبير عن الإرادة صريحاً أو ضمنياً إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحاً.

وقد ينعقد العقد في كثير من الأحيان بناء على دعوة موجهة من أحد الطرفين "proposition" أو دعوة موجهة للجمهور، أي كافة الناس "offre au public"، كالإعلان عن البضائع في الصحف وواجهات المحلات التجارية، أو الإعلان عن بيع العقارات في الصحف، وقد تؤدي هذه الدعوة إلى الدخول في

¹ بلحاج العربي ، المرجع السابق، ص 55.

² محمد صبري السعدي ، المرجع السابق، ص 79.

³ بلحاج العربي ، المرجع السابق، ص 67.

⁴ محمد صبري السعدي ، المرجع السابق، ص 114.

المفاوضات، يمكن أن تنتهي إلى مجرد مشروع لا يمكن أن تترتب عليه أي مسؤولية عقدية (الدعوة إلى التعاقد)، ويمكن أن تنتهي إلى إيجاب يطابقه قبول فينعد العقد (إيجاب بات)¹.

أما فيما يخص الإيجاب الصادر من المرقى العقارى بموجب عقد حفظ الحق، فغالبا ما يتم عن طريق إعلانات ينشرها المرقى العقارى في الصحف والمجلات وفي شبكة الانترنت...، للترويج عن مشروعه العقارى، وذلك طبقا لنص المادة 41 من القانون رقم 04/11، التي تنص على أنه: "يلتزم المرقى العقارى بضمان الإعلام عن مشروعه العقارى في الأماكن المخصصة للإشهار في البلدية المختصة إقليميا، وذلك قبل أي عرض للبيع " والسؤال الذي يطرح نفسه في هذه الحالة هو: هل يعد إعلان المرقى العقارى عن مشروعه العقارى إيجابا باتا أو دعوة إلى التعاقد؟

لقد ساد الاختلاف بين الفقهاء حول ما إذا كان هذا الإعلان إيجابا باتا أو دعوة للتعاقد فمنهم من يرى فيه مجرد دعوة إلى التعاقد، ومنهم من يرى عكس ذلك، حيث اعتبروه إيجابا باتا.

ومن بين الفقهاء الذين اعتبروه مجرد دعوة إلى التعاقد "الأستاذ برهام محمد عطاء الله" حيث يرى بأن الذي يحكم الموضوع هو صياغة الإعلان نفسه، حيث أن العديد من الشركات المعلنه تستخدم ألفاظا لا تفيد أن إعلانها يعتبر إيجابا، بل هو في الواقع دعوة إلى التعاقد بحيث إذا تقدم لها شخص للشراء، فإنه يعتبر أنه هو الموجب الذي يقدم الإيجاب، وأن العقد لا ينعقد إلا بقبول الشركة المعلنه لهذا الإيجاب، وواقع الحياة يقرر أن معظم إعلانات الحجز ودفع مقدم لا يترتب عليها تعاقد تام، وإنما يترتب عليها أولوية معينة في الحصول على العقار المقرر بيعه، حين يعرض للبيع، وعليه فإن استلام طلب الحجز

¹ نفس المرجع، ص 67،68.

ولا حتى استلام مقدم الحجز (أي التسبيق) في ذاته دالا على قبول إيجاب الحاجز، إذ نزل في دائرة الإيجاب إذا قلنا بأن الإعلان عن السلعة لم يكن سوى دعوة إلى التعاقد¹.

ويرى الأستاذ "علاء حسين علي" بأن هذا الإعلان لا يعد إيجابا وإنما دعوة إلى التعاقد، إذ لا يتضمن هذا الإعلان مقومات الإيجاب، والإيجاب في بيع الشقق تحت الإنشاء الذي يتعدد فيه المشترين عادة ما يكون بنموذج واحد وبشروط واحدة، يوجه لمن يرغب في التعاقد لا على التعيين لذا فهو لا بد أن يصدر من مالك المشروع نفسه، فإفصاح المشتري عن رغبته في التعاقد لا يفرض إيجابا على مالك المشروع، ولا يتمخض عنه إلزامه بإعلان إيجاب معين تجاهه، فالإيجاب إرادة منفردة لا تلزم إلا صاحبها².

بينما يرى جانب آخر من الفقه بأنه إيجاب بات ونهائي، حيث يرى الأستاذ "محمد المرسي زهرة" بأن فتح باب الحجز للحصول على شقة مع بيان أوصافها وتحديد ثمنها هو إيجاب بات ونهائي صادر عن صاحب الإعلان، ويكون مقدم الحجز في الواقع جزء من الثمن والإعلان إذا كان يحتوي على كافة العناصر الرئيسية بإبرام عقد البيع للشيء المبيع (الشقة محل الإعلان، الثمن، كيفية دفعه، المدة اللازمة لإكمال البيع)، فإن تسليم المقدم في حد ذاته يعتبر قبولا من الحاجز للإيجاب الصادر من الشركة المعلنة ينعقد به العقد، وتترتب عليه كافة الآثار التي يرتبها البيع عموما، ويضل الإيجاب الصادر من الشركة صاحبة الإعلان قائما وملزما إلى أن تنقضي المدة المحددة للقبول، متى حدد له ميعادا أو بنفاذ الشقق المعروضة للبيع³.

¹ برهام محمد عطاء الله، دعوى صحة التعاقد على البيع، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، 1984، ص 175-178.

² علاء حسين علي، المرجع السابق، ص 70، 71.

³ محمد المرسي زهرة، المرجع السابق، ص 64-68.

فالإيجاب في نظر هذا الرأي إيجاب عام موجه للجمهور يسقط بنفاذ ما تم الإعلان عنه وتتحصر فائدة فتح باب الحجز في ترتيب المتعاقدين من حيث الأولوية في الحجز وتحديد تاريخ تسليم كل منهم، وأن القبول الذي يصدر بعد نفاذ الكمية المعروضة للجمهور (الشقق) لن ينعقد به العقد لأن الغرض أن الإيجاب كان قد سقط قبل صدور القبول، أما إذا صدر القبول والإيجاب مازال قائماً، انعقد العقد ووجب ترتيب المتعاقدين لتحديد تاريخ التسليم حسب أولوية الحجز والتعاقد، وحجة هذا الرأي بأن الإعلان عن فتح باب الحجز إيجاب بات، وأن الشروط التي حددها المعلن للحجز لا يقبل مناقشتها أو تعديلها، ولو كان الأمر يقتصر على مجرد الدعوى للتعاقد لقبول المعلن مناقشة شروط التعاقد للوصول إلى اتفاق نهائي¹.

ويرى الأستاذ " سمير عبد السميع الأودن " حتى لو اعتبرنا فتح باب الحجز في مشروع بناء عمارة مثلاً مجرد دعوة للتعاقد (أي من قبيل المفاوضات التي تسبق التعاقد النهائي) فإذا استجاب أحد الأشخاص لمثل هذه الدعوة، ودخل في مفاوضات مع المعلن انتهت بالموافقة على الشروط المعلن عنها، فتعتبر الموافقة حينئذ إيجاباً صادراً منه، فإذا ما قام بدفع مقدم الحجز المحدد، وقبل المعلن هذا المقدم واستلمه بالفعل، فإنه يعتبر دليلاً على قبول الإيجاب الصادر من الحاجز².

ونتيجة لعدم استقرار الفقه على رأي واحد، واختلافهم حول ما إذا كان إعلان المرقى العقاري عن مشروعه العقاري يعد إيجاباً باتاً أو دعوة للتعاقد، يتطلب علينا التفرقة بين الإيجاب والدعوة للتعاقد، لكي تسهل علينا معرفة ما إذا كان إعلان المرقى العقاري عن مشروعه العقاري يعد إيجاباً أو دعوة إلى التعاقد.

¹ سمير عبد السميع الأودن، المرجع السابق، ص 15.

² نفس المرجع.

لقد وضع بعض الفقهاء معياراً للتمييز أو التفرقة بين الإعلان أو العرض الموجه للجمهور الذي يحمل صفة الإيجاب وبين الذي يحمل صفة الدعوة للتعاقد، حيث يرى الأستاذ " خليل أحمد حسن قداد " بأن الإعلان يعد بمثابة إيجاباً كاملاً موجه إلى الجمهور بشرط أن يتضمن هذا الإعلان بياناً مفصلاً عن الأسعار أو الثمن المقدر، وإلا اعتبر مجرد دعوة للتعاقد، ويكفي عرض الطلبات فإذا نفذت فالموجب غير ملزم بإيجابه، ويسقط الإيجاب بإنقضاء المدة المحددة لتقديم الطلبات، ويعتبر القبول صحيحاً إذا اقترن بالإيجاب وهو لا يزال قائماً¹.

أما الأستاذ "العربي بلحاج" فقد وضع معياراً للتمييز بين ما إذا كان الإعلان يحمل صفة الإيجاب أو الدعوة إلى التعاقد، بحيث يرى بأنه لكي تتوافر في الإعلان صفة الإيجاب يجب أن يستوفي خاصيتين هامتين، الأولى أن يكون الإيجاب جازماً أو نهائياً، أي أن ينطوي على إرادة الموجب في إبرام العقد بمجرد إقتران القبول به، ومثال ذلك إذا كان عرض السلع مقروناً ببيان أثمانها اعتبر ذلك إيجاباً موجهاً إلى الجمهور، وأعتبر طلب الشراء الذي يتقدم به أحد أفراد الجمهور قبولاً ينعقد به العقد، أما إذا كان العرض خالياً من الأثمان اعتبر مجرد دعوة إلى التعاقد، وكان طلب الشراء حتى بعد الإستعلام عن الثمن إيجاباً فحسب يحتاج إلى قبول من التاجر حتى ينعقد العقد، أما الخاصية الثانية فهي أن يكون هذا الإعلان كاملاً، أي أن تتوافر فيه العناصر الرئيسية للعقد المراد إبرامه، بحيث ينعقد العقد بمجرد إقتران القبول به، ومثال ذلك إذا وضعت لافتة على منزل على أنه للبيع، يعتبر مجرد دعوة إلى التعاقد لا إيجاب إلى أن تعين مساحة المنزل ويحدد ثمنه...، عندها يرتقي إلى مستوى الإيجاب².

كما يرى الأستاذ " محمد صبري السعدي " بأن معيار التفرقة بين الإيجاب والدعوة للتعاقد هو تبين ما إذا كان العرض يتم عن عزم صاحبه على إبرام العقد مباشرة، أو مجرد التمهيد له، فإذا كان

¹قداد خليل أحمد حسن ، المرجع السابق، ص 28،29.

² بلحاج العربي ، المرجع السابق، ص 69، 71.

الأمر الأول فإنه إيجاب، وإذا كان الأمر الثاني كنا بصدد دعوة إلى التعاقد، فالعرض الذي يتم عن الرغبة في إبرام العقد دون بيان أركانه هو مجرد دعوة إلى التعاقد، أما العرض الذي يتم عن عزم صاحبه على التعاقد مع بيان أركان العقد فهو يعد إيجاباً¹.

ومن خلال كل ما سبق لنا ذكره، يبدو لنا بأن إعلان المرقى العقاري عن مشروعه العقاري يعد - في رأينا- إيجاباً باتاً ونهائياً وليس مجرد دعوة إلى التعاقد، لأن هذا الإعلان يتضمن كل المعلومات المتعلقة بالعقار المقرر بناؤه محل العقد، حيث تتوافر فيه كل العناصر الرئيسية المتعلقة بهذا العقد، من تحديد سعر العقار، ومبلغ التسبيق ومواصفاته، وموقعه، ومدة الانجاز، وكيفية نقل الملكية...، كما أن هذا الإعلان يتم عن عزم المرقى العقاري ورغبته في إبرام العقد، لذلك فإن إعلان المرقى العقاري عن مشروعه العقاري يعد إيجاباً نهائياً وكاملاً، يحتاج إلى قبول من قبل صاحب حفظ الحق لينعقد العقد.

أما بالنسبة للقبول فيقصد به التعبير البات عن إرادة الطرف الذي وجه إليه الإيجاب وهو الموافقة على إنشاء العقد، بناء على الإيجاب، وغالباً ما يتأخر صدوره عن صدور الإيجاب، ويسمى الإرادة الثانية في العقد، والإيجاب هو الإرادة الأولى، إذ لا ينعقد العقد إلا باتفاق إرادتين².

ولكي ينعقد عقد حفظ الحق في بيع العقار المقرر بناؤه، لابد أن يكون قبول صاحب حفظ الحق مطابقاً للإيجاب الصادر من المرقى العقاري مطابقة تامة، وأن يتفقا على جميع المسائل الجوهرية المتعلقة بالعقد.

¹ السعدي محمد صبري ، المرجع السابق، ص 109.

² بلحاج العربي ، المرجع السابق، ص 74. - السعدي محمد صبري ، المرجع السابق، ص 114.

إذن يتحقق التراضي في عقد حفظ الحق في بيع العقار المقرر بناؤه، بارتباط الإيجاب الصادر من المرقي العقاري بالقبول الصادر من صاحب حفظ الحق وتطابقهما مطابقة تامة من كل النواحي واتفاقهما على جميع المسائل المتعلقة بالعقد، وهذا ما سوف نقوم بدراسته في الفرع الموالي.

الفرع الثالث: موضوع التراضي.

طبقا لنص المادة 65 من القانون المدني الجزائري فإنه لكي ينعقد العقد لابد أن يتفق المتعاقدان على جميع المسائل الجوهرية (الأساسية) للعقد، كالإتفاق على المبيع والثمن، حتى ولو لم يتم الإتفاق على المسائل التفصيلية (الثانوية) للعقد، كالإتفاق على آجال التسليم وكيفية التسليم ومكانه...، حيث نصت المادة 65 على أنه: " إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد، واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا أن لا أثر للعقد عند عدم الإتفاق عليها اعتبر العقد مبرما...". وبالرغم من أن عقد حفظ الحق في بيع العقار المقرر بناؤه عقد كغيره من العقود، إلا أنه يتميز بخاصية جعلته مميذا عن غيره من العقود، وهي أن محله واقع على عقار غير موجود أثناء التعاقد، لذلك يثور التساؤل عما إذا كان إتفاق كل من المرقي العقاري وصاحب حفظ الحق على المسائل الجوهرية يكفي لإبرام هذا العقد، أو يتطلب الأمر ضرورة الإتفاق بالإضافة على المسائل الجوهرية، الإتفاق على المسائل الثانوية الأخرى.

وبالرجوع إلى نص المادة 30 من القانون رقم 04/11 المحدد للقواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية، التي نصت على أنه: " يجب أن يتضمن عقد حفظ الحق وعقد البيع على التصاميم المذكوران على التوالي في المادتين 27 و 28 أعلاه، أصل ملكية الأرضية و رقم السند العقاري، عند الاقتضاء، ومرجعيات رخصة التجزئة، وشهادة التهيئة والشبكات، وكذا تاريخ ورقم رخصة البناء "

نلاحظ أن المشرع الجزائري أكد على ضرورة أن يتضمن عقد حفظ الحق على مجموعة من البيانات منها ما يعتبر من المسائل الجوهرية للعقد، ومنها ما يعتبر من المسائل الثانوية، وهذا إذا دل على شيء فإنه يدل -في رأينا- على أن المشرع الجزائري لم يكتف باتفاق المتعاقدان على المسائل الجوهرية لإبرام هذا العقد، بل لا بد من الاتفاق أيضا على المسائل الثانوية، لذلك حرص صراحة على بطلان العقد إذا لم يذكر فيه أحد هاتاه المسائل .

وبالتالي فإنه لا يكفي - في رأينا- لانعقاد عقد حفظ الحق في بيع العقار المقرر بناؤه اتفاق كل من المرقي العقاري وصاحب حفظ الحق على المبيع والثمن، فحتى لو تم وصف العقار وصفا دقيقا (تعيين موقعه، ومساحته، ومواصفاته التقنية والمساحية، وتحديد الأجزاء المشتركة...)، وتحديد السعر التقديري لبيع الملك موضوع عقد حفظ الحق، ومبلغ التسبيق فلا ينعقد العقد بل يجب فضلا عن ذلك أن يتفقا على العناصر الثانوية الأخرى، كالاتفاق على المدة الزمنية التي يتعين المرقي العقاري أن يقوم بإنجاز البناية المقرر بناؤها، والتي من خلالها يتم تعيين تاريخ إبرام العقد النهائي لنقل الملكية، و آجال التسليم، وكيفية نقل الملكية وإعداد عقد البيع، وشروط وكيفيات فسخ هذا العقد...

ومن خلال كل ما سبق لنا ذكره، يمكننا القول بأنه لكي ينعقد عقد حفظ الحق في بيع العقار المقرر بناؤه، لا بد أن يتفق المتعاقدان على المسائل الجوهرية والعناصر التفصيلية للعقد، لأن الإتفاق على المسائل الجوهرية فقط لا يكفي لانعقاد هذا العقد، بل لا بد من الاتفاق على المسائل الأخرى التفصيلية، مثل مدة إنجاز البناء، آجال التسليم، ووقت الوفاء بالثمن...، لأن هذه المسائل التفصيلية بالنظر إلى خصوصية هذا العقد تعد عناصر جوهرية فيه لا ينعقد العقد بدونها.

الفرع الرابع: صحة التراضي:

لقد سبق القول بأنه لكي يتحقق التراضي في عقد حفظ الحق في بيع العقار المقرر بناؤه لا بد من إرتباط الإيجاب الصادر من المرقي العقاري بالقبول الصادر من صاحب حفظ الحق وتطابقهما مطابقة تامة، لكن لكي يكون هذا التراضي صحيحا وناظرا لا بد أن يكون صادرا من ذي أهلية أي كامل الأهلية، وغير مشوب بعيب من عيوب الإرادة.

وطبقا للقواعد العامة، يكون الشخص كامل الأهلية إذا كان بالغا سن الرشد، وهو بلوغ تسعة عشر سنة (19) كاملة، ومتمتعاً بكواه العقلية ولم يشبهه عارض من عوارض الأهلية كالجنون والعتة والسفه والغفلة، حيث نصت المادة 40 من القانون المدني الجزائري على أنه: " كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بكواه العقلية، ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية، وسن الرشد هو تسعة عشر سنة (19) كاملة"، أما في فرنسا فحدد سن الرشد ببلوغ سن ثمانية عشر (18) سنة كاملة¹.

لذلك تعتبر أعمال الصبي الغير مميز (الذي لم يبلغ سن 13 سنة)، والمجنون والمعتوه باطلة بطلانا مطلقا، حيث نصت المادة 42 من القانون المدني على أنه: " لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن، أو عته، أو جنون، يعتبر غير مميز من لم يبلغ ثلاث عشر سنة"، عكس الصبي المميز أو السفهيه أو ذا الغفلة، الذي تعتبر أعمالهم قابلة للإبطال لمصلحتهما، ولا يستطيعان مباشرة أعمالهم التجارية إلا بإذن من المحكمة، لأنهم في حكم ناقص الأهلية، حيث نصت المادة 43 من القانون المدني على أنه: " كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد، وكل من بلغ سن الرشد وكان سفهيا أو ذا غفلة يكون ناقص الأهلية، وفقا لما يقرره القانون".

¹ L'article 414 du code civil français : « La majorité est fixée à dix-huit ans accomplis ; à cet âge, chacun est capable d'exercer les droits dont il a la jouissance.

وبالرجوع إلى القواعد الخاصة المنظمة لعقد حفظ الحق، نلاحظ أن المشرع الجزائري اشترط في المرقي العقاري أن يكون مؤهلاً للقيام بأعمال التجارة، وذلك من خلال نص المادة 19 من القانون رقم 04/11 المحدد للقواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية بقولها: " يسمح لكل شخص طبيعي أو معنوي مؤهل للقيام بأعمال التجارة، بممارسة نشاط الترقية العقارية..."، وهذا معناه أن تتوفر لديه أهلية الإتجار، فإذا لم تتوفر لديه هذه الأهلية فإنه لا يعتبر تاجراً، حتى لو باشر أعمالاً تجارية، وتجدر بنا الإشارة إلى أن القانون التجاري لم يشر إلى أهلية الإتجار، مما يجعلنا الرجوع إلى القواعد العامة وعليه فإن كل شخص بلغ سن الرشد والذي حددته نص المادة 40 من القانون المدني المذكورة أعلاه ببلوغ 19 سنة كاملة، ولم يصبه عارض من عوارض الأهلية، يكون له الحق في مزاوله مهنة التجارة.

إلا أن المشرع الجزائري بموجب المادة 6 من المرسوم التنفيذي رقم 84/12 المحدد لكيفيات منح الاعتماد لممارسة مهنة المرقي العقاري، وكيفيات مسك الجدول الوطني للمرقين العقاريين، اشترط في الشخص الطبيعي الراغب في مزاوله مهنة المرقي العقاري أن يكون بالغاً 25 سنة على الأقل لكي يتسنى له الحصول على الاعتماد لممارسة مهنة المرقي العقاري، ولا مجال في هذه الحالة لتطبيق أحكام الترشيد¹.

أما بخصوص صاحب حفظ الحق وبإعتباره شخص طبيعي، يشترط أن تتوفر فيه أهلية الأداء "capacité d'exercice"، أي قدرته على إبرام التصرفات القانونية، والتي من بينها عقد حفظ الحق وبما

¹ لذلك فإن القاصر المرشد الذي خول له القانون التجاري مباشرة أعمال التجارة في حدود الإذن المسموح به، بموجب نص المادة 6 من القانون التجاري بنصها: " يجوز للتجار القصر المرخص لهم طبقاً للأحكام الواردة في المادة 5، أن يرتبوا التزاماً أو رهناً على عقاراتهم، غير أن التصرف في هذه الأموال سواء كان اختيارياً أو جبرياً لا يمكن أن يتم إلا بإتباع أشكال الإجراءات المتعلقة ببيع أموال القصر أو عديمي الأهلية"، إلا أنه لا يمكن أن يمارس مهنة المرقي العقاري لأنه لا يملك أهلية التصرف في عقاراته.

راجع في ذلك: بوجنان نسيم، عقد البيع بناء على التصاميم، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2008، ص 40، 41.

أن هذا الأخير يعد من العقود الدائرة بين النفع والضرر، فطبقاً للقواعد العامة فإذا كان صاحب حفظ الحق ناقص الأهلية أثناء إبرام العقد، يكون تصرفه باطلاً بطلاناً نسبياً أي يكون قابلاً للإبطال لمصلحته، بواسطة وليه أو الوصي عنه أو بعد بلوغه سن الرشد، أما إذا كان عديم الأهلية فيعتبر تصرفه باطلاً بطلاناً مطلقاً.

كما يتعين لكي يكون رضا كل من المرقي العقاري وصاحب حفظ الحق تاماً لا بد أن تكون إرادتهما غير معيبة بأي عيب من عيوب الإرادة، كالغلط والإكراه والتدليس والاستغلال.

ومما لا شك فيه أن عيوب الإرادة جميعها لها دور في عقد حفظ الحق، ولكن عيب التدليس يعد العيب الذي له الدور البارز في هذا العقد، ولعل السبب في ذلك أن مثل هذا النوع من العقود تسبقه في الغالب إعلانات في وسائل الإعلان المختلفة حول مشاريع البناء، وقد تتضمن هذه الإعلانات معلومات غير صحيحة أو وهمية تدفع الأشخاص إلى التعاقد مع أصحاب هذه المشاريع.

ومما سبق لنا ذكره نستخلص أنه لكي يكون التراضي صحيحاً في عقد حفظ الحق لا بد أن يكون المرقي العقاري بالغاً 25 سنة إذا كان شخصاً طبيعياً، أما بالنسبة لصاحب حفظ الحق فيكفي أن تتوفر فيه أهلية الأداء، كما يتوجب أيضاً أن لا يصيبهما عارض من عوارض الأهلية، وأن لا تشوب إرادتهما عيب من عيوب الإرادة، وبعد دراستنا لركن التراضي، ننتقل لدراسة ركن المحل، وهذا ما سوف نقوم بعرضه في المطلب الموالي.

المطلب الثاني: المحل.

محل العقد هو الشيء الذي يلتزم المدين القيام به لصالح الدائن، بحيث قد يلتزم بإعطاء شيء، أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل، ومحل عقد حفظ الحق في بيع العقار المقرر بناؤه هو مجموع الإلتزامات المتولدة عنه والمترتبة على طرفيه، فالإلتزام الرئيسي بالنسبة للمرقي العقاري هو الإلتزام ببناء العقار المحفوظ المقرر بناؤه وحجزه لصاحب حفظ الحق، أما الإلتزام الرئيسي الذي يقع على صاحب حفظ الحق فهو الإلتزام بدفع التسبيق المالي المتفق عليه.

وعليه فإن محل عقد حفظ الحق في بيع العقار المقرر بناؤه، هو العقار المحفوظ المقرر بناؤه، بالإضافة إلى التسبيق المالي.

لذلك سوف نعرض من خلال هذا المطلب بدراسة العقار المحفوظ المقرر بناؤه في الفرع الأول أما الفرع الثاني فنعرض فيه التسبيق المالي.

الفرع الأول: العقار المحفوظ في عقد حفظ الحق.

يرد محل عقد حفظ الحق في بيع العقار المقرر بناؤه على عقار لم يتم إنجازه بعد، حيث نصت المادة 27 من القانون رقم 04/11 المحدد للقواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية على أن محل عقد حفظ الحق هو عبارة عن عقار مقرر بناؤه أو في طور البناء، " un bien immobilier à construire ou en cours de construction " ، وذلك بقولها: " عقد حفظ الحق هو العقد الذي يلتزم بموجبه المرقي العقاري بتسليم العقار المقرر بناؤه أو في طور البناء لصاحب حفظ الحق...".

غير أننا لا حظنا من خلال نص المادتين 33 و 52 من نفس القانون أن المشرع الجزائري لم يستعمل مصطلح عقار للدلالة على محل عقد حفظ الحق وإنما استعمل مصطلح البناية "immeuble" حيث نصت المادة 33 على أنه: " يتعين على المرقي العقاري على إثر الاستلام المؤقت للبناء أو جزء

منها، بإعداد عقد بيع البنائية أو جزء من البنائية المحفوظة، أمام موثق..."، كما نصت المادة 52 على أنه: " في حالة عقد حفظ الحق لبنائية أو جزء من بنائية يتعين على صاحب حفظ الحق دفع تسبيق نقدي للمرقي العقاري...".

فالمشروع الجزائري لم يستقر على تسمية واحدة لمحل عقد حفظ الحق في بيع العقار المقرر بناؤه، فتارة يستعمل مصطلح "عقار" وتارة أخرى يستعمل مصطلح "بنائية"، لذلك يثور التساؤل حول المصطلح الأنسب للدلالة على محل هذا العقد، هل هو عقار أم بنائية؟

للإجابة عن هذا التساؤل، لا بد من معرفة المقصود بالعقار والبنائية (المبنى)، فما المقصود

بالعقار؟ وما المقصود بالبنائية؟

يقصد بالعقار كل شيء مستقر بحيزه وثابت فيه، ولا يمكن نقله دون تلف، عكس المنقول الذي يمكن نقله من مكان إلى آخر دون تلفه، وقد عرفه الأستاذ عبد الرزاق أحمد السنهوري بأنه: " الشيء الثابت المستقر بحيزه، بحيث لا يمكن نقله من مكان إلى آخر إلا إذا تهدم البناء أو اقتلع، ومن تم لا يمكن نقله دون تلف"¹.

وقد عرف المشروع الجزائري العقار بمقتضى نص المادة 1/683 من القانون المدني الجزائري بأنه: " كل شيء مستقر بحيزه وثابت فيه، ولا يمكن نقله منه دون تلف فهو عقار وكل ما عدا ذلك من شيء فهو منقول"، فالعقار حسب نص هذه المادة يتميز بصفيتين، فهو كل شيء يتميز بصفة الاستقرار والثبات، وبصفة عدم إمكانية نقله دون تلف.

¹ السنهوري أحمد عبد الرزاق ، الوسيط في شرح القانون المدني، حق الملكية، ج8، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ص 19.

أما بخصوص البناءات فعرّفها الأستاذ علي سليمان بأنها: " 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 ومدة استقرارها ودوامها"¹.

كما عرفها الأستاذ عبد الرزاق حسين ياسين بأنها: " كل عمل أقامته يد الإنسان، ثابت في حيزه من الأرض، متصلا بها إتصال قرار، عن طريق الربط ربطا غير قابل للفك دون تعييب، بين مجموعة من المواد أيا كان نوعها، جرت العادة على إستعمالها في مثل هذا العمل طبقا لمقتضيات الزمان والمكان"²، أما الأستاذ الطيب زروتي فيرى بأن: " المقصود من كلمة بناية بالمفهوم التقني والإصطلاحي ينصرف إلى مجموع الشقق أو المحلات المشكلة لوحدة واحدة مثل العمارة أو المجمع وهي موضوع الملكية المشتركة بين المشتريين، إلا أنه ينصرف أيضا إلى المنزل المنفرد."³

وبالرجوع إلى القانون رقم 04/11 المحدد للقواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية نجد أن المشرع الجزائري عرف البناء⁴ من خلال نص المادة الثالثة (3) منه بأنه: " كل عملية تشييد بناية/أو مجموعة بنايات ذات الاستعمال السكني أو التجاري أو الحرفي أو المهني".

¹ علي سليمان، الدراسات في المسؤولية المدنية في القانون المدني الجزائري، ط 2، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، ص 180-182.

² عبد الرزاق حسين ياسين، المرجع السابق، ص 659.

³ زروتي الطيب، حماية مشتري العقار في البيع على التصميم طبقا للمرسوم 03/93، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، عدد 02، 2000، ص 56.

⁴ عرف الأستاذ محمد حسين منصور البناء بأنه: " البناء هو كل المنشآت التي تقام وتتصل بالأرض إتصال قرار وهي قد تتمثل في المباني أي ما يقيمه الإنسان ليتحرك بداخلها وتقدم له نوعا من الحماية أو المأوى، وهذا يشمل كل المباني بغض النظر عن لبغرض المخصص له (سكن، إستغلال زراعي أو صناعي...)، أو المكان الموجودة به (الريف أو المدينة)، أو الشكل الذي تتخذه (منازل، فيلات، عمارات...).

راجع في ذلك: محمد حسين منصور، المسؤولية المعمارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، مصر، 2003، ص 283.

كما عرف المشرع الجزائري البناء من خلال نص المادة 2 من القانون رقم 15/08 المؤرخ في 2008/07/20، المحدد لقواعد مطابقة البناءات وإتمام إنجازها¹، بقولها: " يقصد في مفهوم هذا القانون بالبناء، كل بناية أو منشأة يوجه استعمالها للسكن أو التجهيز أو النشاط التجاري أو الإنتاج الصناعي والتقليدي، أو الإنتاج الفلاحي والخدمات....".

وباستقراءنا لنص هاتين الماديتين نلاحظ أن المشرع الجزائري لم يضع تعريف دقيق لكل من البناء والبنائة على حد سواء، وإنما حدد الغرض الذي أقيم من أجله البناء أو البنائة.

أما المشرع الفرنسي فعرف أعمال المباني (les travaux de bâtiment) من خلال نص المادة أ 241-1/2 من قانون التأمين (الملغى) واصفا إياها بأنها: " تلك الأعمال التي يكون موضوعها إقامة منشآت على الأرض أو تعديلها، يعيش الإنسان بداخلها قادرا على الحركة وتوفر له حماية ولو جزئية ضد المخاطر الناتجة عن المؤثرات الطبيعية الخارجية."²

ومن خلال كل ما سبق لنا ذكره نستخلص بأن العقار هو كل شيء مستقر بحيزه وثابت فيه بحيث لا يمكن نقله منه دون تلف، أما البنائة فيقصد بها مجموعة من المواد اندمجت بالأرض واتصلت بها اتصال قرار، بحيث لا يمكن نقلها دون تلف، تخصص للاستعمال السكني أو التجاري أو الحرفي أو الصناعي ...

¹ القانون رقم 15/08 المؤرخ في 2008/07/20، المحدد لقواعد مطابقة البناءات وإتمام إنجازها، ج ر، عدد 44، المؤرخة في 2008/08/03.

² L'article A 241-2/1 du code assurance : « pour l'application des clauses obligatoires instituées à l'article A 241-1, on entend par a) travaux de bâtiment, au sens des articles L 241-1 et L 242-1 : les travaux dont l'objet est de réaliser ou de modifier les constructions élevées sur le sol à l'intérieur desquelles l'homme est appelé à se mouvoir, et qui offrent une protection au moins partielle contre les agressions des éléments naturels extérieurs »

فالعقار يشمل كل ما يقام على سطح الأرض، ومن بينها المباني والمنشآت الثابتة، وكل ما في باطنها، وهذا معناه أن العقار يشمل أيضا الأرض، أي أرضية البناء¹ التي تقام عليها المباني والمنشآت، لأن الأرض ليست مجرد نوع من أنواع العقار بل هي تعد أصل كل عقار، فهي تملك ميزة الثبات والاستقرار بصفة أبدية، وهي التي تمنح صفة العقار للبنىات .

أما البنىات أو المباني فتكون قبل تشييدها مجموعة من مواد البناء أو مجموعة من المنقولات وحين تندمج في الأرض تشكل بناء ثابت ومستقر فتتحول حينها إلى عقار، فإذا تهدم هذا البناء يصبح ركاما، وحينها يفقد صفة العقار لفقدانه ميزة الاندماج بالأرض².

وعليه فإن المصطلح الأنسب للدلالة على محل عقد حفظ الحق - في رأينا- هو البناية بدلا من العقار، لأن مصطلح العقار أوسع من مصطلح البناية، فإذا قلنا بأن عقد حفظ الحق ينصب محله على عقار فهذا معناه بأن الالتزام الأساسي الذي يقع على المرقي العقاري بموجب هذا العقد هو الالتزام بحجز الأرض التي تقام عليها البناية والبناية المقرر بناؤها على حد سواء لفائدة صاحب حفظ الحق، إلا أن الالتزام الأساسي الذي يقع عليه هو الالتزام بحجز البناية المقرر بناؤها وليس العقار بأكمله.

وبالرجوع إلى نص المادة 33 و35 من القانون رقم 04/11 المذكورتين أعلاه نجد أن المشرع الجزائري اكتفى بالنص على أن محل عقد حفظ الحق يرد على بناية أو جزء من بناية، غير أنه لم يوضح ما المقصود بجزء من البناية، لذلك يثور التساؤل حول المقصود من جزء من البناية، هل يقصد بها

¹ عرف المشرع الجزائري أرضية البناء من خلال نص المادة 11/3 من القانون رقم 04/11 المحدد للقواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية بأنها: " وعاء عقاري تتوفر فيه حقوق البناء، والتجهيزات الضرورية لتهيئته".

² طلبة ليلى، الملكية العقارية الخاصة وفقا لأحكام التشريع الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2010، ص 23.

المشرع الجزائري تلك البناءات الغير مكتملة (نسبية الاكتمال) حيث يلتزم المرقى العقاري بإنجاز جزء من البناء فقط، أو يقصد بها شيء آخر ؟

يقصد بالبناءات الغير مكتملة تلك البناءات التي يلتزم المرقى العقاري بتشييد جزء منها إلى حد معين طبقا للتصميم المتفق عليه، وبمعنى آخر إنجاز الأشغال الكبرى من البناءة دون إستكمال الأشغال النهائية، وذلك نزولا عن رغبة المقتني الذي يفضل أن يتولى بنفسه عملية الإعداد والتهيئة والتجهيز، حسب ميولاته وحاجياته.

إلا أنه في اعتقادنا لا تنطبق هذه الوضعية على محل عقد حفظ الحق خاصة، وبيع العقارات في طور الإنجاز عامة، لأنه ليس بإمكان المرقى العقاري تسويق بنايات غير مكتملة البناء بل يستوجب عليه استكمال جميع الأشغال النهائية للبناء، حيث لا يمكن تحصيل شهادة المطابقة¹ إذا ما بقي عنصر من عناصر الأشغال النهائية على عاتق المقبل على الشراء (صاحب حفظ الحق) لأن المرقى العقاري يعتبر في هذه الحالة مخلا بالتزامه الأساسي المتمثل في إنجاز كامل الأشغال، مما يحول دون الإقبال على مرحلة البيع النهائي وعدم انتقال الملكية إلى صاحب حفظ الحق، وبالتالي فإنه لا يمكننا إعتبار البناءات الغير مكتملة من قبيل إنجاز جزء من البناءة.

لذلك يبدو لنا بأن المشرع الجزائري لا يقصد بجزء من البناءة تلك البناءات الغير المكتملة وإنما يقصد بها شقة واحدة من كل البناءة أو طابق واحد من البناءة التي تخضع لنظام الملكية المشتركة، فالمشرع الجزائري لا يقصد بالبناءة كل أنواع المباني وإنما يقصد بها الوحدات السكنية التي تكون في شكل عمارات أو مجمعات سكنية التي تكون خاضعة للنظام القانوني للملكية المشتركة وبالتالي يخرج من نطاق البناءات الفيلات والمنازل الفردية المستقلة أو المفردة التي لا تكون في شكل ملكية مشتركة، حيث نص

¹ نصت المادة 42 من القانون رقم 07/86 المتعلق بالترقية العقارية على أنه: " يتعين على المكتتب بإنجاز إحدى عمليات الترقية العقارية أن ينهي الأشغال إنهاء مطابق".

المشرع الجزائري بموجب المادة 61 من القانون رقم 04/11 المحدد القواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية على أنه: " يتعين على كل مرقي العقاري إعداد نظام الملكية المشتركة وتوضيح كل البيانات القانونية والتقنية والمالية الخاصة به".

كما أشار في النموذج الخاص بعقد حفظ الحق وبالتحديد في الفقرة الخاصة بالالتزامات المتعلقة بتسيير الملكية المشتركة للمجمع العقاري الذي يتضمن الملك المباع على أن يلتزم المرقي العقاري بتسليم نظام الملكية المشتركة لصاحب حفظ الحق وتحديد مجموع البنائيات القانونية والتقنية والمالية المتعلقة به. ويشترط في محل عقد حفظ الحق سواء كان بناية أو جزء من بناية أن تتوفر فيه الشروط التالية:

أولاً: أن يكون قابلاً للوجود.

إن محل عقد حفظ الحق كما ذكرنا سابقاً هو بناية أو جزء من بناية غير موجودة أثناء التعاقد، وإنما قابلة للوجود مستقبلاً، وقد أجاز المشرع الجزائري التعامل في الأشياء المستقبلية وذلك بموجب نص المادة 92 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أنه: " يجوز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً ومحققاً"، فاحتمال وجود البناية أو جزء من البناية مستقبلاً يكفي لانعقاد عقد حفظ الحق صحيحاً، لكن إذا تبين استحالة البناء استحالته مطلقاً بطل العقد، حيث نصت المادة 93 من القانون المدني الجزائري على أنه: " إذا كان محل الالتزام مستحيلاً في ذاته كان باطلاً بطلاناً مطلقاً".

وبما أن محل عقد حفظ الحق يرد على بنايات أو جزء من بنايات غير موجودة أثناء التعاقد وإنما مقرر بناؤها مستقبلاً، فهذا يعني أنه من المستحيل أن يرد محله على بنايات مكتملة البناء أو الإنجاز، لأن الالتزام الأساسي الذي يرتب على المرقي العقاري بموجب هذا العقد هو الالتزام بالبناء وحجزه لفائدة صاحب حفظ الحق، وبالتالي لا تسري مقتضيات القانون رقم 04/11 المحدد للقواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية، ومن بينها مقتضيات عقد حفظ الحق على البنائيات المنجزة، فهذه البنائيات تخضع لأحكام

النظرية العامة للتعاقد التي تمكن المتعاقدين من إبرام عقد البيع النهائي أو التمهيد له عن طريق إبرام عقد الوعد بالبيع مثلا أو أي عقد من العقود التمهيدية الأخرى التي تحقق مصلحة أحد المتعاقدين أو كليهما.

وهذا ما أكدته المشرع الجزائري من خلال نص المادة 27 من القانون رقم 04/11 حين نص على محل عقد حفظ الحق يكون واقع على عقار مقرر بناؤه، أي لم يتم الشروع في إنجازه بعد وإنما مقرر إنجازه مستقبلا، أو في طور الإنجاز أي لا يزال في مرحلة البناء.

وعليه فإنه يشترط في محل عقد حفظ الحق أن يكون وارد على بناية أو جزء من بناية لم تتجزأ بعد أو في طور الإنجاز، غير أن السؤال المطروح في هذا المقام هل يجوز أن يرد محل عقد حفظ الحق على بنايات قيد التجديد أم لا؟

يقصد بعمليات البناء كل بناء شيد على أرض غير مبنية ، والذي يلزم أن يثبت على الأرض بواسطة أساس مبني أو الإسمنت، والذي لا يمكن تحويله بدون هدمه، أما عمليات إعادة البناء أو التجديد كل العمليات التي تتعلق ببناء جديد في عمارة وقع تهديمها جزئيا أو كليا¹.

وقد عرف المشرع الجزائري عملية التجديد العمراني من خلال نص المادة 06/3 من القانون رقم 04/11 بأنها: " كل عملية مادية تمثل دون تغيير الطابع الأساسي للحي، تغييرا جذريا في النسيج العمراني الموجود مع إمكانية هدم البنايات القديمة، وعند الإقتضاء إعادة بناء بنايات جديدة في نفس الموقع".

وعليه نستخلص بأنه يقصد من عملية تجديد البناية كل الأعمال المادية التي تطرأ على البناية المنجزة، حيث يقتصر دور المرقى العقاري فيها بإدخال تعديلات أو تجديدات عليها، كالترميم، أو إعادة

¹ راجع في ذلك: عبد الحق صافي، المرجع السابق، ص 94، هامش رقم 20.

التأهيل، أو الإصلاح، أو التدعيم، أو إعادة الهيكلة¹...، والتي يترتب عنها عدم تغيير طابعها الأساسي، وبالتالي يستبعد من عملية التجديد كل عملية توسيع أو تغطية في البناية (كإضافة طابق إضافي في البناية)، التي ينتج عنها تغيير جذري في الإطار الأساسي للبناية، كما تشمل أيضا عملية التجديد إعادة بناء بنايات قديمة بعد القيام بهدمها كلياً أو جزئياً بشرط أن يتم البناء في نفس الموقع وبنفس مواصفات ومعايير البناية القديمة، أي عدم تغيير طابعها الأساسي التي كانت عليه.

وقد قام الفقه الفرنسي بوضع بعض الضوابط التي من خلالها يتم معرفة مدى خضوع أشغال التجديد للنظام الخاص ببيع العقارات قيد الإنجاز، نذكر منها مايلي:

- 1- ضابط البناء السابق: وبمقتضاه لا يشكل التجديد إنشاء، مادام البناء كان موجوداً قبل التجديد والإنشاء ينطوي على معنى الإيجاد، ومن المستحيل أن يتعهد البائع ببناء عقار انتهى بناؤه من قبل.
- 2- ضابط رخصة البناء: وبموجبه تعتبر من قبيل أعمال الإنجاز أشغال التجديد التي يقتضي إجراؤها استصدار رخصة بناء من الجهات المختصة.
- 3- ضابط أهمية الأعمال: وهو الضابط الذي استقر عليه القضاء الفرنسي، كما أخذت به إدارة الضرائب والقضاء الإداري، وتبعا لهذا الضابط تندرج أشغال التجديد ضمن أشغال الإنجاز إذا كانت من قبيل إعادة البناء².

¹ طبقاً لنص المادة 3 من القانون رقم 04/11 المحدد للفواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية فإنه يقصد بـ:

- الترميم العقاري: كل عملية تسمح بتأهيل بنايات أو مجموعة بنايات ذات طابع معماري أو تاريخي.
- الإصلاح: استعادة أو إصلاح أجزاء من البناية وتتعلق بالأشغال الثانوية.
- إعادة التأهيل: كل عملية تتمثل في التدخل في بناية أو مجموعة بنايات من أجل إعادتها إلى حالتها الأولى وتحسين شروط الرفاهية واستعمال تجهيزات الاستغلال.
- إعادة الهيكلة: يمكن أن تكون شاملة أو جزئية، وتخص شبكات التهوية وكذا البنايات أو مجموعة البنايات.
- التدعيم: كل عملية تتمثل في إعادة الاستقرار لبناية ما من أجل تكييفها مع المتطلبات التنظيمية الجديدة.

² François Magnin, vente d'immeuble à construire, fasc 20, 9 janvie 2001, juris-class, CD,2003, n 20-28.

كما استندت محكمة الاستئناف بباريس بتاريخ 9 فيفري 1977 على أهمية أعمال التجديد التي يلتزم بها المرقى العقاري للقول بخضوع أو عدم خضوع العقار في حالة تجديده لنظام بيع العقارات في طور الإنجاز، فإذا كانت أعمال التجديد على درجة من الأهمية والجسامة يتوجب تطبيق القواعد الخاصة ببيع العقارات في طور الإنجاز، أما إذا كانت أعمال التجديد أعمال غير جسيمة لا تطبق عليها القواعد الخاصة ببيع العقارات في طور الإنجاز وإنما تكون خاضعة للقواعد العامة¹.

ومن خلال كل ما سبق لنا ذكره يمكننا القول بأنه إذا كانت أشغال التجديد غير مكلفة ولا تمس بجوهر البناية، أي إجراء لمسات بسيطة دون المس بمثانة البناء وقواعده الأساسية كالزخرفة أو الديكور، أو عملية إصلاح البناية....، والتي لا تتطلب استصدار رخصة البناء للقيام بها، فلا يمكن إخضاعها لأحكام عقد حفظ الحق وأحكام بيع العقارات في طور الإنجاز أما إذا كانت أشغال التجديد مكلفة و تمس بجوهر البناية، كأشغال التجديد التي تتطلب هدم البناية كلياً وإعادة تشييدها من جديد والتي يقتضي إجرائها إستصدار رخصة البناء للشروع في أشغال التجديد، فتدخل ضمن نطاق هذا العقد.

لذلك فإنه يجوز أن يكون محل عقد حفظ الحق في بيع العقار المقرر بناؤه بناية قيد التجديد بشرط أن تكون أشغال التجديد تمس بجوهر البناية، وبالتالي يجوز للمرقى العقاري أن يقوم بشراء بناية قديمة ويقوم بهدمها كلياً، ثم يقوم بإعادة تشييدها من جديد، لأن البناية قيد التجديد تعتبر بناية مقرر إنجازها مستقبلاً، كما أن عملية التجديد تستوجب على المرقى العقاري الحصول على رخصة البناء كما هو الحال في حالة إنجاز بناية جديدة على أرض غير مبنية من قبل، حيث نص المشرع الجزائري من خلال نص المادة 30 من القانون رقم 04/11 على أنه: " يجب أن يتضمن عقد حفظ الحقأصل ملكية الأرض ورقم السند العقاري، عند الاقتضاء، ومرجعيات رخصة التجزئة وشهادة التهيئة والشبكات،

=نقلا عن: عبد الحق صافي، المرجع السابق، ص 98.

¹ Cour d'appel de Paris , 09 février 1977, droit civil, D, p 90.91

وكذا تاريخ ورقم رخصة البناء"، وبالتالي يكفي أن يكون محل عقد حفظ الحق في بيع العقار المقرر بناؤه قابل للوجود مستقبلا لكي يكون هذا العقد صحيحا.

كما أن إمكانية الوجود لا تعني بتاتا تحقق المحل، ولا تعني استحالة وجوده والتي تجعل العقد باطلا بطلانا مطلقا لتخلف ركن من أركانه، بل تعني نوعا من المجازفة في وجود المحل وهذا ما يميز هذا العقد، فقد لا يتحقق وجود المحل، كأن تحدث ظروف من شأنها أن تمنع انطلاق الأشغال أو توقفها، وتحول دون انتهائها سواء بفعل البائع أو بسبب خارج عن إرادته كالقوة القاهرة مثلا¹.

لأجل ذلك خص المشرع الجزائري بموجب القانون رقم 04/11 المحدد للقواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية نوعا من الحماية لصاحب حفظ الحق، تتمثل هذه الحماية في ضمان استرجاع التسبيق المالي الذي يدفعه صاحب حفظ الحق لصندوق الضمان والكفالة المتبادلة في حالة عدم تحقق محل العقد لأي سبب من الأسباب.

ثانيا: أن يكون قابلا للتعين.

لكي ينعقد عقد حفظ الحق في بيع العاقر المقرر بناؤه، لا يكفي أن يكون محله قابلا للوجود مستقبلا فحسب، بل يجب فضلا عن ذلك أن يكون قابلا للتعين تعيينا دقيقا ونافيا للجهالة، وإلا كان العقد باطلا، حيث نصت المادة 94 من القانون المدني الجزائري على أنه: " إذا لم يكن محل الإلتزام معينا بذاته، وجب أن يكون معينا بنوعه ومقداره وإلا كان العقد باطلا".

ومسألة تعيين محل عقد حفظ الحق تثير العديد من الصعوبات، وذلك كون محل هذا العقد غير موجود وجودا حقيقيا أثناء إبرام العقد، فصاحب حفظ الحق يتعذر عليه معاينة البناية أو جزء من البناية

¹ قاشي علال، الضمانات القانونية ودعم الالتزامات التعاقدية في عقد البيع على التصاميم وتقييم ذلك، الملتقى الدولي حول الترقية العقارية (الواقع والآفاق)، يوم 07 و08 فيفري 2006، كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، الجزائر، 2006، ص125.

المقرر بناؤها وقت إبرام العقد، لذلك يستلزم أن يتضمن عقد حفظ الحق وصف كامل ومفصل للبناءية أو جزء من البناءية المحفوظة موضوع العقد.

حيث يتوجب على المرقي العقاري أن يحيط بصاحب حفظ الحق بمختلف المعلومات التي توصف البناءية أو جزء من البناءية المحفوظة ومشمولاتها، كتحديد الموقع و المساحة و المواصفات التقنية والمساحية (عدد الغرف، قاعة الجلوس، الحمام، المرحاض الأروقة والبهو، الأسطح والشرفات)، وإرفاق العقد بالوثائق التي نصت عليها المادة 30 من القانون رقم 04/11 المحدد للقواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية، وهي : أصل ملكية الأرضية، رقم السند العقاري، ومرجعيات رخصة التجزئة، وشهادة التهيئة والشبكات ورخصة البناء، وتدون هذه البيانات على متن العقد وفقا لنموذج عقد حفظ الحق المقرر بالمرسوم التنفيذي رقم 431/13.

فالتزام المرقي العقاري بالإفشاء بالمعلومات له دور كبير في تنوير رضا صاحب حفظ الحق، وإحاطته بالمعلومات الصادقة الصحيحة المتعلقة بالوحدة السكنية التي تعاقد عليها¹.

ثالثا: أن يكون مشروعاً.

يشترط أخيرا أن يكون في محل عقد حفظ الحق في بيع العقار المقرر بناؤه أن يكون مشروعاً وغير مخالف للنظام العام والآداب العامة وإلا كان العقد باطلا، حيث نصت المادة 97 من القانون المدني الجزائري على أنه: " إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو للآداب العامة كان العقد باطلا"، كما نصت المادة 93 من القانون المدني الجزائري على أنه: " إذا كان محل الالتزام مستحيلا في ذاته أو مخالف للنظام العام أو الآداب العامة، كان باطلا بطلانا مطلقاً".

¹ عياشي شعبان، المرجع السابق، ص 131.

فمناط مشروعية محل العقد أو عدم مشروعيته هو إتساقه أو مخالفته للنظام العام والآداب العامة، فإذا كان المحل لا يتعارض مع النظام العام والآداب العامة كان مشروعاً وقام العقد¹، أما إذا كان المحل غير مشروع، كأن تكون البناية المحفوظة أو جزء منها موضوع عقد حفظ الحق مشيدة فوق أراضي الأملاك الوطنية أو الوقفية، يكون المحل غير مشروع ويكون العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً.

الفرع الثاني: التسبيق المالي في عقد حفظ الحق .

بما أن عقد حفظ الحق في بيع العقار المقرر بناؤه من العقود الملزمة لجانبين، فإن التزام المرقى العقاري بإنجاز البناية أو جزء من البناية المحفوظة وحجزها لصاحب حفظ الحق، يقابلها التزام هذا الأخير بدفع مبلغ التسبيق المالي (وديعة الضمان)، كضمان على حصوله على البناية أو جزء من البناية المحفوظة التي ستؤول إليه في المستقبل.

وتجدر الإشارة إلى أن صاحب حفظ الحق غير ملزم بدفع كامل الثمن أثناء إبرام العقد وإنما يتوجب عليه دفع تسبيق مالي فقط ، حيث نصت المادة 27 من القانون رقم 04/11 المحدد للقواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية على أنه: " عقد حفظ الحق هو العقد الذي يلتزم بموجبه المرقى العقاري بتسليم العقار المقرر بناؤه أو في طور البناء لصاحب حفظ الحق فور انتهائه، مقابل تسبيق يدفعه هذا الأخير ".

وعليه ينقسم ثمن البناية أو جزء من البناية المحفوظة إلى قسمين، القسم الأول يكون عبارة عن تسبيق مالي يدفعه صاحب حفظ الحق كضمان عن التزامه بالشراء، بموجب عقد حفظ الحق، أما القسم الثاني فيكون بعد الانتهاء من إنجاز البناية أو جزء من البناية المحفوظة وتحرير عقد البيع النهائي الناقل للملكية.

¹ محمد صبري السعدي ، المرجع السابق، ص 218.

وقد حدد المشرع الجزائري قيمة التسبيق المالي الذي يستوجب على صاحب حفظ الحق دفعه وإلا اعتبر العقد باطلا، وذلك من خلال نص المادة 52 من القانون رقم 04/11 التي نصت على أنه: "وفي حالة عقد حفظ الحق لبناية أو جزء من بناية، يتعين على صاحب حفظ الحق دفع تسبيق نقدي للمرقي العقاري وفقا لأحكام المادة 27 أعلاه لا يتجاوز عشرين في المائة (20%) من السعر التقديري للعقار كما تم الإتفاق عليه بين الطرفين".

والملاحظ من خلال نص هذه المادة أن موقف المشرع الجزائري في مسألة تحديد قيمة التسبيق المالي كان صريحا، حيث إشتراط أن لا تتجاوز قيمة التسبيق المالي 20% من قيمة السعر التقديري للعقار المحفوظ، وهذا معناه يجوز أن تكون قيمة التسبيق أقل أو تساوي 20% من قيمة العقار المحفوظ، لكن لا يجوز أن تكون قيمة التسبيق أكثر من 20% من قيمة العقار المحفوظ¹.

كما أكد المشرع الجزائري نفس موقفه بموجب المرسوم التنفيذي رقم 431/13 المحدد لنموذج عقد حفظ الحق، حيث نص في النموذج الخاص بعقد حفظ الحق وبالتحديد في الفقرة الخاصة بالسعر التقديري للبيع على أن: " يلتزم صاحب حفظ الحق بدفع تسبيق يقدر... دج (بالأرقام والأحرف) والذي لا يتعدى 20% حسب الأمر بالدفع المعد من طرف المرقي العقاري...".

أما بالنسبة للمشرع الفرنسي، فطبقا لنص المادة 28/261 من قانون البناء والسكن الفرنسي فإن نسبة التسبيق المالي أو ما يسمى عندهم "بوديعة الضمان"، تقدر ب 5% من الثمن التقديري إذا كانت

¹ فبعدما كانت نسبة التسبيق المالي تقدر ب 20% من قيمة البناية أو جزء من البناية المحفوظة، بموجب القانون رقم 07/86 المتعلق بالترقية العقارية، حيث نصت المادة 34 منه على أنه: " يلزم المترشح للملكية بإيداع ضمان يساوي مبلغه 20% من الكلفة التقديرية للعمارة المببعة أو لجزئها المببوع"، أصبحت تقدر نسبته من خلال القانون رقم 04/11 المحدد للقواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية أقل أو تساوي 20% من قيمة البناية أو لجزء من البناية المحفوظة.

مدة القيام بالأعمال لا تتجاوز سنة، و 2% من السعر التقديري إذا كان الأجل لا يتعدى سنتين أما إذا كان الأجل يتجاوز سنتين فإن هذا الضمان غير مطلوب¹.

ومن خلال كل ما سبق ذكره، نستخلص إلى أنه لا يمكن إبرام عقد حفظ الحق في بيع العقار المقرر بناؤه إلا بعد اتفاق كل من المرقي العقاري وصاحب حفظ الحق على جميع المسائل المتعلقة بالعقد سواء كانت جوهرية أو تفصيلية، وتطابق إرادتهما مطابقة تامة، أي تحقق ركن التراضي بينهما بالإضافة إلى اتفاقهما على محل العقد، وهذا معناه ضرورة الاتفاق على العقار المحفوظ المقرر بناؤه والذي يشترط فيه أن يكون قابلاً للوجود، وأن يكون قابلاً للتعين وأن يكون مشروعاً، بالإضافة إلى الاتفاق حول التسبيق المالي.

وبما أن محل عقد حفظ الحق يقع على عقار حتى ولو كان غير موجوداً أثناء التعاقد، فإن الشروط الموضوعية لا تكفي لإبرام هذا العقد، بل لا بد من توفر الشروط الشكلية، وهذا ما سوف نقوم بدراسته من خلال المبحث الموالي.

¹ L'article 261/28 du code de la construction et de l'habitation : « le montant du dépôt de garantie ne peut excéder 5% du prix prévisionnel de vente, si le délai de réalisation de la vente n'excède pas un, ce pourcentage est limité à 2% si ce délai n'excède pas deux ans, aucun dépôt ne peut être exigé si ce délai excède deux ans ».

المبحث الثاني: الشروط الشكلية لإبرام عقد حفظ الحق في بيع العقار المقرر بناؤه.

الأصل في العقود أنها رضائية، حيث يكفي لإنعقادها مجرد التراضي، وهذا معناه أن تكون الإرادة كافية بذاتها لإنشاء التصرف القانوني، إذ يكفي أن تتطابق إرادتا المتعاقدين لإبرام العقد دون الحاجة إلى أن يأخذ التعبير شكلا معيناً عن الإرادة، وهذا ما نصت عليه المادة 65 من القانون المدني الجزائري بقولها: " يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية".

إلا أن المشرع الجزائري اشترط في العقود التي يكون محلها عقار - بصرف النظر عما إذا كان العقار محل العقد موجود أو غير موجود أثناء التعاقد- أن تتخذ شكلا معيناً، حيث لا يكفي التراضي لانعقادها بل يجب بجانب التراضي إتباع شكل معين يوجبه القانون، كتحرير العقد في قالب رسمي من قبل شخص مؤهل قانوناً بتحرير العقود الرسمية، وتسجيله وشهره لدى المحافظة العقارية وإلا تعرض للبطلان المطلق، وسمي هذا النوع من العقود بالعقد الشكلي "contrat solonnel".

ونظراً لأن محل عقد حفظ الحق في بيع العقار المقرر بناؤه يرد على عقار حتى ولو كان غير موجوداً أثناء التعاقد، فإنه يستلزم طبقاً للقواعد العامة أن يتم إفراغه في القالب الرسمي، بل والأكثر من ذلك أنه لا يكفي لصحته أن يفرغ في القالب الرسمي الذي تصب فيه باقي العقود الأخرى بل يجب فضلاً عن ذلك أن يفرغ في القالب النموذجي الخاص به والذي حدده المشرع الجزائري بموجب المرسوم التنفيذي رقم 431/13 المحدد لنموذج عقد حفظ الحق، هذا إلى جانب إلزامية تسجيله لدى مفتشية التسجيل والطابع دون شهره في المحافظة العقارية -لأن هذا العقد معفى من الشهر كونه غير ناقل للملكية- .

ولم يكتف المشرع الجزائري بذلك حيث نص على ضرورة أن يتضمن هذا العقد على بعض البيانات الإلزامية الخاصة به زيادة على البيانات العادية المألوفة في كل العقود، وإرفاق هذا العقد بالوثائق المرجعية الخاصة به والمذكورة في العقد.

لذلك إرتأينا إلى تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، نعرض في المطلب الأول دراسة الشكلية اللازمة لإبرام عقد حفظ الحق، أما المطلب الثاني فخصصناه لدراسة مضمون عقد حفظ الحق.

المطلب الأول: الشكلية اللازمة لإبرام عقد حفظ الحق.

لقد اشترط المشرع الجزائري لصحة عقد حفظ الحق في بيع العقار المقرر بناؤه أن يستوفي ركن الشكلية، حيث لا يكفي لقيام هذا العقد من الناحية القانونية بمجرد تطابق الإيجاب والقبول بين طرفيه، بل لابد من مراعاة الشكلية اللازمة لإبرام هذا العقد.

وحتى تتحقق الشكلية اللازمة لإبرام هذا العقد ينبغي تحرير هذا العقد في قالب رسمي، من قبل شخص مؤهلا قانونا بتحرير العقود الرسمية، وطبقا للشكل النموذجي الذي حدده المشرع الجزائري بموجب المرسوم التنفيذي رقم 431/13، بالإضافة إلى ضرورة تسجيل هذا العقد لدى مفتشية التسجيل والطابع.

لذلك قسمنا هذا المطلب إلى فرعين خصصنا الفرع الأول لدراسة وجوب تحرير عقد حفظ الحق في الشكل الرسمي، أما الفرع الثاني فخصصناه لدراسة وجوب تسجيل عقد حفظ الحق.

الفرع الأول: وجوب تحرير عقد حفظ الحق في الشكل الرسمي.

يقصد بالعقود الرسمية تلك العقود المحررة من قبل موثق وهو ضابط عمومي مكلف بإبرام العقود بين الأشخاص طبيعية كانت أو معنوية وإضفاء الرسمية عليها، وهذا من أجل تعزيز مبدأ استقرار

المعاملات التعاقدية بصفة عامة، والعقارية بصفة خاصة، وبث الطمأنينة في نفس أطراف العقد كون توثيق إرادتهم في عقد رسمي يجعله قوي من الناحية القانونية مقارنة مع العقد العرفي أو شهادة الشهود¹.

وبالرغم من أن محل عقد حفظ الحق في بيع العقار المقرر بناؤه وارد على عقار، إلا أن المشرع الجزائري لم ينص صراحة على وجوب إفراغ هذا العقد في الشكل الرسمي من خلال القانون رقم 04/11 المحدد للقواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية، وهذا ما لاحظناه من خلال إستقراءنا لنصوص هذا القانون، مع العلم أنه نص على وجوب تحرير العقد النهائي الناقل لملكية العقار المحفوظ في الشكل الرسمي، حيث نصت المادة 31 منه على أنه: " يتم تحويل ملكية عقار موضوع عقد حفظ الحق عند تاريخ التسديد النهائي لسعر العقار المحفوظ، ويتم إعداد عقد البيع أمام موثق طبقا للتشريع المعمول به".

كما نصت المادة 33 من نفس القانون على أنه: " يتعين على المرقي العقاري، بعد ثلاثة (3) أشهر كحد أقصى، على إثر الاستلام المؤقت للبناء أو جزء منها، بإعداد عقد بيع البناء أو جزء من البناء المحفوظة، أمام موثق مقابل التسديد الكلي لسعر البيع من طرف صاحب حفظ الحق".

وبالرجوع إلى نص المادة 30 من نفس القانون والتي اشترطت أن يتضمن عقد حفظ الحق أصل ملكية الأرضية، ورقم السند العقاري، ومرجعيات رخصة التجزئة، وشهادة التهيئة والشبكات وتاريخ ورقم رخصة البناء، نلاحظ أن الوثائق المذكورة في نص هذه المادة، تعد وثائق رسمية من المفروض أن تفرغ في عقد رسمي وليس في عقد عرفي²، وهذا يدل على أن المشرع الجزائري إعتبر عقد حفظ الحق عقد رسمي غير أنه لم ينص على ذلك صراحة.

¹ رحايمية عماد الدين، الوسائل القانونية لإثبات الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه في العلوم، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، الجزائر، 2014، ص41.

² تجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري إعتبر عقد حفظ الحق بموجب القانون رقم 07/86 المتعلق بالترقية العقارية الملغى بأنه عقد عرفي وليس بعقد رسمي، وذلك من خلال نص المادة 31 منه التي نصت على أنه: " خلافا لأحكام المادة 12 من الأمر رقم 91/70 المؤرخ في 15 ديسمبر سنة 1970 والمتضمن تنظيم التوثيق، وأحكام المادة 71 من القانون

إلا أنه وبعد صدور المرسوم التنفيذي رقم 431/13، الذي تضمن نموذج عقد حفظ الحق وضح المشرع الجزائري موقفه حول ما إذا كان عقد حفظ الحق عقدا رسميا أم لا حيث قام من خلال هذا المرسوم بتحديد النموذج الخاص بعقد حفظ الحق، الذي يستوجب على كل من يقوم بتحرير هذا العقد مراعاة النموذج الخاص به، كما أكد على ضرورة أن يتم تحرير هذا العقد من قبل شخص مؤهل قانونا بتحرير العقود الرسمية، والمتمثل في الموثق¹، وأن يتم التوقيع على هذا العقد من قبل الموثق الذي قام بتحرير هذا العقد والشهود والأطراف.

وهذا يدل على أن المشرع الجزائري جعل عقد حفظ الحق عقدا رسميا، يحرر في الشكل الرسمي تحت طائلة البطلان من قبل موثق، طبقا لنص المادة 324 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أنه: "العقد الرسمي عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة، ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقا للأشكال القانونية وفي حدود سلطته و اختصاصه".

ولم يقتصر المشرع الجزائري على جعل عقد حفظ الحق عقد رسمي فقط بل جعله إلى جانب ذلك

عقدا نموذجا² يجسد في صياغة قانونية معدة مسبقا لبنود تعاقدية تطبق مستقبلا حيث نصت المادة 02

=المدني يحرر العقد التمهيدي المسمى "عقد حفظ الحق" في شكل "عقد عرفي"، ويخضع لإجراء التسجيل"، كما نص من خلال نص المادة 35 من المرسوم رقم 38/86 المتضمن تحديد شروط الإكتتاب بإحدى عمليات الترقية العقارية وكيفياته وضبط دفتر الشروط النموذجي والمنازل النموذجي لعقد حفظ الحق، على أنه: "تسمى وثيقة حفظ "عقد حفظ الحق" وهي لازمة في أي بيع آجل. وتحرر في شكل عرفي، وتخضع لإجراء التسجيل".

¹ عرفت المادة 03 من القانون رقم 02/06 الصادر بتاريخ 2006/02/20، المتضمن تنظيم مهنة الموثق، ج ر عدد 14، الصادرة بتاريخ 2006/03/08، الموثق بأنه: "ضابط عمومي، مفوض من قبل السلطة العمومية يتولى تحرير

العقود التي يشترط فيها القانون الصيغة الرسمية، وكذا العقود التي يرغب الأشخاص إعطاءها هذه الصيغة"

² العقد النموذجي هو عبارة عن صيغة جاهزة للاستعمال موضوعة إما من المتعاقدين أو أحدهما، أو من هيئة غير المتعاقدين تهدف هذه الصيغة إلى تنظيم العلاقات التعاقدية المستقبلية بصفة موحدة، فلا تعد العقود النموذجية عقودا بالمعنى الفني الدقيق كما ورد في نصوص القانون المدني بأنها تبادل طرفين التعبير عن إرادتين متطابقتين لإحداث أثر قانوني معين، وإنما صياغة عقود معينة تعد سلفا قبل إبرام العقود تكون جاهزة أمام أطراف العقد، عادة تكون مطبوعة بحيث إذا اتفقا على الأخذ بها قاموا بالتوقيع عليها فقط، والأصل في العقود النموذجية أن أحكامها متكاملة قائمة بذاتها

من المرسوم التنفيذي رقم 431/13 السالف ذكره على أن: " يحدد نموذجا عقد حفظ الحق وعقد البيع على التصاميم في ملحق هذا المرسوم".

ويبدو لنا أن الغاية من جعل عقد حفظ الحق عقدا نموذجيا يتم إعداده من قبل المشرع الجزائري، هو رغبة هذا الأخير في حماية صاحب حفظ الحق من احتمال إنفراد المرقى العقاري في وضع شروط تعسفية مجحفة يملئها على المقتني باعتباره الطرف الضعيف، حيث عمل على ضبط كل ما من شأنه أن يكون مجالا لفرض شروط تعسفية من طرف المرقى العقاري، كتسقيف مبلغ التسبيق المالي الذي إشتراط فيه المشرع الجزائري أن لا يتجاوز 20 % من السعر التقديري المتفق عليه وأن يودع هذا التسبيق في حساب مفتوح بإسم صاحب حفظ الحق لدى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة في الترقية العقارية، إلى جانب تمكين صاحب حفظ الحق من الرجوع عن العقد في أي وقت خلال مرحلة إنجاز المشروع العقاري¹.

وعليه فإن كل تصرف يكون موضوعه حجز بناية أو جزء من بناية مقرر بناؤها أو في طور البناء، لا بد أن يتم إفراغه في الشكل الرسمي تحت طائلة البطلان، وفي صيغة نموذجية حددها المشرع في الملحق الثاني الخاص بالمرسوم التنفيذي رقم 431/13 المحدد لنموذج عقد حفظ الحق، بهدف صد كل الشروط التعسفية المحتملة من قبل المرقى العقاري.

=تتضمن شروط تنظيمية تحدد قدر الإمكان كافة المسائل التي يمكن أن تنجم عن التصرف القانوني الذي تنظمه، أي كافة حقوق المتعاقدين والتزاماتهم، إلا أن هذا لا يعد إفراغا للعقد من طبيعته التعاقدية وإهدارا لإرادة المتعاقدين، بل توجد إلى جانب الشروط التنظيمية شروطا أخرى من وضع المتعاقدين تسمى شروطا تعاقدية وهي الشروط التي لا يمكن توقعها مسبقا كونها تتعلق بالجانب العملي لا يمكن أن يقدرها سوى الأطراف المتعاقدة كالشروط المتعلقة بتنفيذ العقد.

راجع في ذلك: حدوم ليلي، العقود النموذجية طبقا لأحكام القانون الخاص، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة يوسف بن خدة الجزائر 1، 2001/2002، ص 09، 14.

¹ راجع في ذلك نص المادة 32 من القانون رقم 04/11 المحدد للقواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية.

أما بالنسبة للمشرع الفرنسي فاشتراط أن يتم العقد التمهيدي كتابة، وذلك من خلال نص المادة 27/261¹ من قانون البناء والسكن الفرنسي، حيث استوجب أن يكون العقد التمهيدي مكتوبا في عدة نسخ، مع ضرورة إعطاء نسخة من هذا العقد إلى المحجوز له قبل إيداعه أي تسبيق مالي، وهذا يعني أن المشرع الفرنسي لا يشترط أن يفرغ العقد التمهيدي في الشكل الرسمي، بل يكفي أن يحرر في وثيقة عرفية.

وعليه فإن كل من المشرع الجزائري والفرنسي إتفقا أن يكون عقد حفظ الحق مكتوبا، إلا أن المشرع الجزائري إشتراط أن تكون الكتابة في الشكل الرسمي، أما المشرع الفرنسي فلم يشترط أن تكون الكتابة رسمية، حيث يمكن أن تكون الكتابة في الشكل الرسمي أو العرفي، غير أن السؤال الذي يطرح نفسه في هذه الحالة هو : هل إشتراط الكتابة الرسمية في عقد حفظ الحق تعد شرطا لصحة هذا العقد، أم تعد وسيلة للإثبات فقط؟

قد تكون الكتابة الرسمية شرطا لصحة بعض التصرفات القانونية ومثال ذلك التصرفات الناقلة للملكية العقارية²، كما قد تكون أداة فقط للإثبات، كما هو الحال في عقد الكفالة مثلا، فبالنسبة للحالة الأولى فإنه يؤدي إنعدام الكتابة الرسمية إلى بطلان التصرف القانوني، أما إذا تخلفت الكتابة الرسمية في الحالة الثانية فإن هذا لا يؤدي إلى بطلان العقد، وإنما يبقى العقد صحيحا ويمكن إثباته بطرق الإثبات

¹ L'article R261/27 du code de la construction et de l'habitation : « le contrat préliminaire est établi par écrit : un exemplaire doit en être remis au réservataire avant tout dépôt de fonds il doit obligatoirement reproduire les dispositions des articles R261/28 à 261/31 .»

² حيث نصت المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري على أنه: " زيادة عن العقود التي يأمر القانون بإخضاعها في شكل رسمي يجب تحت طائلة البطلان تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية...في شكل رسمي...".

المقررة قانونا، كون الإثبات في المواد المدنية لا يعتبر من النظام العام، وأن الأصل في التصرفات القانونية الرضائية والشكل الذي يقرره المشرع ما هو إلا إستثناء عن القاعدة العامة¹.

أما بخصوص عقد حفظ الحق، فيتبين لنا بأن الكتابة تعد شرطا لصحة عقد حفظ الحق وليس مجرد وسيلة للإثبات، فالمشرع الجزائري كما ذكرنا سابقا نص على ضرورة إفراغ مضمون عقد حفظ الحق في الشكل الرسمي وطبقا للنموذج الخاص به، كما أكد أيضا على ضرورة إخضاع هذا العقد للتسجيل طبقا لأحكام قانون التسجيل والطابع، وهذا معناه أن الكتابة الرسمية لا تعد مجرد وسيلة للإثبات، وإنما تعد شرطا لصحة العقد وركن من أركان العقد، يترتب على تخلفها بطلان العقد بطلانا مطلقا.

أما بخصوص العقد التمهيدي الذي نظمه المشرع الفرنسي، فيرى بعض الفقهاء بأنه بالرغم من أن القانون رقم 03/67 المؤرخ في 03/01/1967 المتعلق ببيع العقار المقرر بناؤه وضمن عيوب البناء، لم ينص صراحة على وجوب كتابة العقد التمهيدي، وإنما نصت المادة 27/261 من قانون البناء والسكن على وجوب كتابة العقد التمهيدي بقولها: " يجب أن يكون العقد التمهيدي مكتوبا"، إلا أن نص المادة 11 من القانون رقم 03/67 السابق ذكره²، حددت العناصر الأساسية التي يجب أن يتضمنها العقد التمهيدي، لذلك فإن استخدام الكتابة أمر ضروري لذكر هذه العناصر، كما يقر المشرع الفرنسي على إبطال العقد التمهيدي الذي لا يتضمن العناصر الأساسية لهذا العقد، وبالتالي فإن الكتابة تعد شرط لصحة العقد³.

¹ رحايمية عماد الدين، المرجع السابق، ص 38، 39.

² L'article 11 de la loi de 03 janvier 1967 : «la vente peut être précédée d'un contrat préliminaire par lequel en contrepartie d'un dépôt de garantie effectué à un compte spécial le vendeur s'engage à réserver à un acheteur un immeuble ou une partie d'immeuble »

³ Thierry Massis. Op.cit. p 114.

ومن خلال كل ما سبق ذكره يتبين لنا بأن المشرع الجزائري يرى بأنه من الضروري تحرير عقد حفظ الحق في الشكل الرسمي، أما بالنسبة للمشرع الفرنسي فلم يشترط الرسمية في العقد التمهيدي بل اكتفى بأن يكون هذا الأخير مكتوباً، كما أن الكتابة تعد شرطاً لصحة عقد حفظ الحق سواء في القانون الجزائري أو الفرنسي، وبعد دراستنا لشرط الكتابة الرسمية في عقد حفظ الحق، سوف ننقل لدراسة شرط تسجيل عقد حفظ الحق، وهذا ما سوف نقوم بعرضه في الفرع الموالي.

الفرع الثاني: وجوب تسجيل عقد حفظ الحق.

يعرف التسجيل بصفة عامة بأنه إجراء إداري يقوم به موظف عمومي¹، يكون مؤهلاً قانوناً بتسجيل جميع التصرفات القانونية مقابل دفع حقوق التسجيل²، أما تسجيل العقارات فيعرف بأنه ذلك الإجراء الذي يقوم به مفتش التسجيل عند تلقيه المحررات أو التصرفات القانونية الواردة على العقار حيث يقبض من جراء هذه العملية حقوق التسجيل، وهو إجراء ملزم وفي حالة مخالفته يخضع المكلف بحقوق التسجيل لغرامة جبائية³.

وقد أكد المشرع الجزائري على ضرورة إخضاع عقد حفظ الحق لعملية التسجيل، وذلك من خلال المرسوم التنفيذي رقم 431/13 المتضمن نموذج عقد حفظ الحق، حيث نص في الملحق الثاني الخاص بنموذج عقد حفظ الحق على ما يلي: " يخضع عقد حفظ الحق هذا للتسجيل طبقاً لأحكام قانون الطابع والتسجيل، وهو معفى من التزام الإشهار العقاري".

¹ الموظف العمومي هو الشخص المعين من طرف الدولة للقيام بإدارة شؤونها في مجال معين، وتطلق تسمية الموظف على العامل الذي يثبت في منصب عمله بعد انتهاء المدة التجريبية.

راجع في ذلك: نص المادة 05 من القانون رقم 59/85 المؤرخ في 23/03/1985، المتضمن القانون الأساسي لعمال المؤسسات والإدارات العمومية، ج ر عدد 13، الصادرة بتاريخ 24/03/1985.

² رمول خالد، دوة آسيا، الإطار القانوني والتنظيمي لتسجيل العقارات في التشريع الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص 20.

³ رمول خالد، دوة آسيا، المرجع السابق، ص 22.

لذلك يتعين على الموثق الذي حرر عقد حفظ الحق أن يقوم بإيداع هذا العقد بمصلحة التسجيل المختصة، في أجل لا يتجاوز شهر من تاريخ تحرير العقد لدى الموثق، طبقاً لنص المادة 58 من الأمر رقم 105/76 المؤرخ في 1976/12/09، المتضمن قانون التسجيل¹، والتي نصت على أنه: " يجب أن تسجل عقود الموثقين في أجل شهر ابتداءً من تاريخها...".

وفي حالة عدم احترام المدة المحددة قانوناً لتسجيل العقود فإنه يتعرض الموثق طبقاً لنص المادة 93 من نفس الأمر لعقوبات جزائية، وعقوبات تأديبية تمارسها عليهم السلطة المختصة التي ينتمون إليها، دون المساس بإحتمال تطبيق عقوبات أخرى منصوص عليها في القوانين والتنظيمات المعمول بها².

ويتم تسجيل عقد حفظ الحق لدى مفتشية التسجيل والطابع المختصة³، حيث يتم التسجيل في مكتب التسجيل التابع له مكتب التوثيق إقليمياً، طبقاً لنص المادة 01/57 من نفس الأمر التي نصت على أنه: " لا يمكن للموثقين أن يسجلوا عقودهم إلا في مكتب التسجيل التابع للدائرة أو عند الاقتضاء، في مكتب الولاية الذي يوجد بها مكتبهم".

¹ الأمر رقم 105/76 المؤرخ في 1976/12/09، المتضمن قانون التسجيل، ج ر، عدد 81، الصادرة بتاريخ 1977/12/18، ص 1212.

² نصت المادة 93 من قانون التسجيل رقم 105/76 السابق ذكره على أنه: " يتعين على الموثقين والمحضرين ومحافظي البيع بالمزايدة الذين لم يسجلوا عقودهم في الأجل المقررة، أن يدفعوا شخصياً غرامة يحدد مبلغها عن كل مخالفة كما يأتي:

- 10%، من الحقوق المتملص منها، إذا كان التأخير في التسجيل يتراوح ما بين يوم واحد وثلاثين يوماً.
- تلجئة مالية مقدرة بـ 3% عن كل شهر أو جزء من شهر التأخير، إذا كلن الإيداع قد تم بعد اليوم الأخير وذلك دون أن يتعدى مجموع الإلزام المالي والغرامة الجبائية المشار إليهما أعلاه كحد أقصى نسبة 25%.

غير أن الموثقين والموظفين وكتاب الضبط و أعوان تنفيذ كتابات الضبط وكتاب الإدارات المركزية والمحلية، الذين لم يسجلوا عقودهم في الأجل المقررة، يتعرضون لعقوبات تأديبية تمارسها عليهم السلطة المختصة التي ينتمون إليها، دون المساس بإحتمال تطبيق عقوبات أخرى منصوص عليها في القوانين والتنظيمات المعمول بها"

³ هذه الأخيرة التي تعرف بأنها مصلحة عمومية ذات طبيعة إدارية جبائية تابعة لوزارة المالية، وظيفتها تسجيل جميع التصرفات التي أخضعها القانون لإجراء التسجيل أو التي أراد أصحابها إعطاءها تاريخاً ثابتاً، والقائم بعملية التسجيل يسمى مفتش التسجيل - رمول خالد، دوة آسيا، المرجع السابق، ص 47.

والغاية من تسجيل العقود التي يحررها الموثق بصفة عامة وعقد حفظ الحق بصفة خاصة هو تحقيق وظيفتين أساسيتين هما مراقبة العقود وقبض الرسوم القانونية المفروضة على العقد¹، حيث تتمثل الوظيفة الأولى في تمكين إدارة الضرائب من مراقبة ومتابعة جميع التحولات في الملكية العقارية الخاصة وإعادة تقييمها²، أما الوظيفة الثانية فتتمثل في تحصيل الرسوم لصاح الخزينة العمومية³ حيث نصت المادة 1/40 من القانون رقم 02/06 المتضمن تنظيم مهنة التوثيق على أنه: "يقوم الموثق بتحصيل كل الحقوق والرسوم لحساب الخزينة العمومية، من طرف الملزمين بتسديدها بمناسبة تحرير العقود، ويدفع مباشرة لقايضات الضرائب المبالغ الواجبة على الأطراف بفعل الضريبة، ويخضع في ذلك لمراقبة المصالح المختصة وفقا للتشريع المعمول به".

وتجدر الإشارة إلى أن كل العقود الرسمية التي يقوم بتحريرها الموثق لابد من إخضاعها لعملية التسجيل، حتى ولو تم إبطالها أو فسخها بعد ذلك، حيث يرى الأستاذ حمدي باشا عمر في هذا المقام بأن: "المشرع الجبائي في مادة حقوق التسجيل لا تهمه رسمية المعاملة من عدم رسميتها، ومن صحتها أو بطلانها"⁴، وهذا معناه أنه يستوجب تسجيل عقد حفظ الحق وتحصيل الرسوم المترتبة عنه كما أنه لا يمكن إسترداد الرسوم المحصلة على هذا العقد حتى لو تم فسخه أو إبطاله بعد إجراء عملية التسجيل،

¹ بردان رشيد، المعاملات العقارية والإشكالات التي تعترض العقد التوثيقي، يوم دراسي حول العقد التوثيقي والإشكالات القانونية في المعاملات العقارية والإيجار التجاري، يوم 2005/05/22، الغرفة الجهوية لموثقي الغرب، سيدي بلعباس، الجزائر، 2005، ص 7.

² مسكر سهام، بيع العقار بناء على التصاميم في الترقية العقارية، دراسة تحليلية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب، البليدة، 2006، ص 54.

³ إن الهدف الأساسي للتسجيل يكمن في تحصيل الدولة للجانب الضريبي لصالح خزنتها العمومية، فالتسجيل يتم مقابل اقتطاع حقوق، وهذه الحقوق تشكل ضريبة غير مباشرة يؤديها الشخص الذي يود استعمال الخدمات الخاضعة للضريبة، فتدفع بمناسبة واقعة أو تصرف قانوني، فتأتي هذه الضريبة بأهداف مالية مقدمتها الهدف التمويلي بإعتباره مصدرا هاما للإيرادات العامة للدولة.

راجع في ذلك: رمول خالد، دوة آسيا، المرجع السابق، ص 28.

⁴ حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص 116.

وهذا ما أكدته المشرع الجزائري من خلال نص المادة 1/190 من قانون التسجيل المذكور أعلاه بقولها: " لا يمكن استرداد الرسوم المحصلة بصفة قانونية على الوثائق أو العقود التي تم إبطالها أو فسخها فيما بعد".

أما بخصوص رسوم التسجيل فتختلف حسب نوع العقد الخاضع للتسجيل، فقد تكون هذه الرسوم ثابتة أو رسوم نسبية أو تصاعدية، وهذا ما وضحته نص المادة 2 من قانون التسجيل التي نصت على أنه: " تكون رسوم التسجيل ثابتة أو نسبية أو تصاعدية تبعا لنوع العقود ونقل الملكية الخاضعة لهذه العقود"، وبهذا الصدد هناك تساؤل يطرح نفسه في هذا المقام هو: هل يخضع عقد حفظ الحق في بيع العقار المقرر بناؤه لرسم نسبي أم رسم ثابت؟

قبل الإجابة عن هذا التساؤل لابد من معرفة متى يخضع العقد للرسم النسبي؟، ومتى يخضع للرسم الثابت؟.

بالرجوع إلى نص المادة 3 من قانون التسجيل والتي تنص على أنه: " يطبق الرسم الثابت على العقود التي لا تثبت نقل الملكية أو حق الانتفاع أو التمتع لمدى الحياة أو لمدة غير محددة لأموال منقولة أو عقارية ولا لحصة في شركة ولا قسمة أموال منقولة أو عقارية، وبصفة عامة يطبق هذا الرسم على جميع العقود الأخرى التي تقدم طواعية لإجراء التسجيل حتى ولو كانت معفاة منه. ويحصل هذا الرسم حسب المعدلات المحددة بموجب المادة 203 والمواد من 208 إلى 212 من هذا القانون"، يتبين لنا أن العقود التي تخضع للرسم الثابت بصفة عامة هي تلك العقود الغير ناقلة للملكية.

أما العقود التي تخضع للرسم النسبي أو التصاعدي فهي تلك العقود الناقلة للملكية، وهذا ما نصت عليه المادة 4 من قانون التسجيل بقولها: " يؤسس الرسم النسبي أو التصاعدي بالنسبة لنقل

الملكية أو حق الانتفاع أو التمتع بالأموال المنقولة أو العقارية سواء بين الأحياء أم عن طريق الوفاة وكذلك بالنسبة للعقود المشار إليها في المادة 221 أدناه..."

وبما أن عقد حفظ الحق يعد عقد غير ناقل للملكية، فهو يخضع طبقاً لنص المادة 3 من قانون التسجيل لرسم ثابت والمقدر بـ 500 دج، وهذا ما وضحته نص المادة 208 من نفس القانون بقولها: " تخضع للرسم الثابت المقدر بـ 500 دج، كل العقود التي لم تحدد تعريفاتها بأي مادة من هذا القانون، والتي لا يمكن أن يترتب عنها تحصيل رسم نسبي".

وقد أثرت في فرنسا مسألة ما إذا كان العقد التمهيدي يخضع للتسجيل أم لا، وفقاً لنص المادة 1840-أ التي تبطل بطلاناً مطلقاً أي وعد إنفرادي بالبيع تم في الشكل العرفي، ما لم يتم تسجيله في مدة 10 أيام من يوم قبولها من طرف المستفيد، إلا أن الإجابة على هذا التساؤل تتوقف على الطبيعة القانونية للعقد التمهيدي التي اختلف بشأنها كل من الفقه والقضاء على حد سواء، ذلك أنه إذا تم تكييف العقد التمهيدي وعد انفرادي بالبيع فإنه طبقاً لنص المادة 1840-أ يستوجب تسجيل هذا العقد في مدة 10 أيام وإلا كان باطلاً بطلاناً مطلقاً، أما إذا لم يتم تكييف العقد التمهيدي وعداً إنفرادياً بالبيع، فإنه لا يمكن تطبيق نص المادة 1840-أ على العقد التمهيدي، إلا أن القضاء الفرنسي حسم كل الاختلافات الفقهية والقضائية حول مسألة تحديد الطبيعة القانونية للعقد التمهيدي، حيث اعتبره في الأخير بأنه عقد ذو طبيعة خاصة ملزم لجانبين.

وبما أن العقد التمهيدي لا يعتبر وعد انفرادي بالبيع، وإنما عقد ذو طبيعة خاصة ملزم لجانبين، فإنه لا يمكن أن نطبق نص المادة 1840-أ من قانون الضرائب العام الفرنسي على العقد التمهيدي، التي تنص على ضرورة تسجيله في مدة 10 أيام وإلا تعرض للبطلان المطلق.

ومن خلال كل ما سبق ذكره نستخلص بأنه لكي يكون عقد حفظ الحق صحيحا وناظرا لابد أن يحرر من قبل الموثق في الشكل الرسمي ووفق النموذج الخاص به، وأن يتم تسجيله وإلا كان باطلا بطلانا مطلقا، وبعد دراسة الشكلية اللازمة لإبرام عقد حفظ الحق ننتقل لدراسة مضمون هذا العقد، وهذا ما سوف نقوم بعرضه في المطلب الموالي.

المطلب الثاني: مضمون عقد حفظ الحق في بيع العقار المقرر بناؤه.

لقد أزم المشرع الجزائري بمقتضى المرسوم التنفيذي رقم 431/31 المتضمن نموذج عقد حفظ الحق، أن يتم تحرير عقد حفظ الحق في الشكل الرسمي من قبل موثق، كما أكد أيضا على ضرورة أن يتضمن هذا العقد مجموعة من البيانات الواردة في المرسوم التنفيذي المذكورة أعلاه، والقانون رقم 04/11 المحدد للقواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية، مع إلزامية أن يرفق هذا العقد ببعض الوثائق والرخص الإدارية اللازمة لإبرام عقد حفظ الحق.

لذلك قمنا بتقسيم هذا المطلب إلى فرعين، نتناول في الفرع الأول البيانات الإلزامية لعقد حفظ الحق وجزء الإخلال بها، أما الفرع الثاني فخصصناه لدراسة الوثائق والرخص الإدارية اللازمة لإبرام عقد حفظ الحق.

الفرع الأول: البيانات الإلزامية لعقد حفظ الحق وجزء الإخلال بها.

بما أن عقد حفظ الحق في بيع العقار المقرر بناؤه عقد كسائر العقود الأخرى، فإنه ينبغي أن يتضمن مختلف البيانات العامة التي تتوفر في معظم العقود، بالإضافة إلى البيانات الخاصة به والتي حددها المشرع الجزائري في كل من المرسوم التنفيذي رقم 431/13 المتضمن نموذج عقد حفظ الحق والقانون رقم 04/11 المحدد للقواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية.

وتلعب البيانات الإلزامية التي إشتراط المشرع الجزائري تضمنها في عقد حفظ الحق دورا كبيرا في تبصير المتعاقدين بفحوى العقد، مما يجعل إغفال الإشارة إليها أو عدم كفايتها، أو الغش فيها مؤثرا على إرادة المتعاقد (صاحب حفظ الحق)، مما يجعل التساؤل عن مصير هذا العقد في حالة خلوه من البيانات الإلزامية كليا أو جزئيا، أو عدم مطابقة هذه البيانات للحقيقة.

لذلك سوف نقوم بدراسة البيانات الإلزامية لعقد حفظ الحق في الفقرة الأولى، وجزء الإخلال بالبيانات الإلزامية في الفقرة الثانية.

الفقرة الأولى: البيانات الإلزامية لعقد حفظ الحق.

لقد نص كل من المشرع الجزائري والفرنسي على مجموعة من البيانات الإلزامية التي يستوجب توفرها في عقد حفظ الحق، لذلك سوف نقوم بدراسة البيانات الإلزامية التي حددها المشرع الجزائري (أولا)، ثم نقوم بدراسة البيانات التي حددها المشرع الفرنسي (ثانيا)، وذلك كالآتي:

أولا: البيانات الإلزامية التي حددها المشرع الجزائري.

وضع المشرع الجزائري مجموعة من البيانات يستلزم توفرها في عقد حفظ الحق، منها ما نص عليها بموجب القانون رقم 04/11 المحدد للقواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية، ومنها ما ورد في النموذج الخاص بعقد حفظ الحق المحدد بموجب المرسوم التنفيذي رقم 431/13، وتتمثل هذه البيانات فيما يلي:

1- البيانات الإلزامية المحددة بموجب القانون رقم 04/11 :

لقد نص المشرع الجزائري من خلال المادة 30 من القانون رقم 04/11 المحدد للقواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية، على ضرورة أن يتضمن عقد حفظ الحق البيانات التالية:

- أصل ملكية الأرضية ورقم السند العقاري عند الاقتضاء.

- مرجعيات رخصة التجزئة.
- شهادة التهيئة والشبكات.
- تاريخ ورقم رخصة البناء.

2- البيانات الإلزامية المحددة بموجب المرسوم التنفيذي رقم 431/13:

طبقا للمرسوم التنفيذي رقم 431/13 المحدد للنموذج الخاص بعقد حفظ الحق، فإنه يجب أن

يتضمن عقد حفظ الحق البيانات التالية:

أ- بيانات متعلقة بهوية الأطراف:

باستقراءنا لمقتضيات النموذج الخاص بعقد حفظ الحق، يتبين لنا أن المشرع الجزائري نص على

وجوب أن يتضمن هذا العقد هوية الأطراف المتعاقدة والمتمثلة فيما يلي:

*بالنسبة للمرقي العقاري:

- الاسم واللقب (إذا كان شخص طبيعي)، أو تسمية الشركة باختصار.
- عنوان مقره.
- رقم الاعتماد وتاريخ صدوره.
- رقم التسجيل بالجدول الوطني للمرقين العقاريين وتاريخ صدوره.
- رقم الإنتساب لدى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة في الترقية العقارية.
- تحديد الطرف الممثل، والصفة المتصرف بها.

*بالنسبة لصاحب حفظ الحق:

- الإسم واللقب.
- رقم شهادة الميلاد.

- رقم بطاقة التعريف الوطنية.
- عنوان مسكنه.
- رقم الحساب الخاص به، الذي يستوجب عليه فتحه لدى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة من أجل إيداع مبلغ التسبيق.

ب- بيانات متعلقة بالعقار المحفوظ:

أوجب المشرع الجزائري أن يتضمن عقد حفظ الحق البيانات التالية:

- * تحديد القطعة الأرضية التي بنيت عليها (أو ستبنى عليها) البناية أو جزء من البناية كما يأتي:
 - عقد الملكية المعد بإسم المرقي العقاري، الحجم، الفهرس، الدفتر العقاري عند الاقتضاء.
 - رقم رخصة التجزئة، مع ذكر تاريخ صدورها، والتصاميم الملحقة بها، والجهة التي أصدرتها.
 - رقم شهادة التهيئة، مع ذكر تاريخ صدورها، والجهة التي أصدرتها.
 - رقم رخصة البناء، مع ذكر تاريخ صدورها، والتصاميم الملحقة بها، والجهة التي أصدرتها.
 - الوصف الدقيق للبناية أو جزء من البناية موضوع حفظ الحق.
 - الكشف الوصفي للتقسيم الذي ينبغي نشره.
- * تحديد الموقع الدقيق للبناية موضوع عقد حفظ الحق، من حيث ذكر: الولاية والبلدية والمكان، والحي، ورقم العمارة، والطابق، ورقم جزء البناية، مع ذكر رقم الجزء المحفوظ من الكشف الوصفي للتقسيم، وتعيين المحافظة العقارية التي ينشر فيها.
- * تحديد العناصر المكونة بصفة خصوصية، وذلك عن طريق وصف البناية أو جزء من البناية موضوع عقد حفظ الحق وصف دقيق، من حيث العناصر الخاصة والمساحات، وذلك بذكر:
 - المساحة الصافية خارج الاشغال.

-المساحة القابلة للسكن أو المفيدة.

-المواصفات التقنية والمساحية للبناءية أو جزء من البناءية.

*تحديد الأملاك المشتركة من حيث العناصر المكونة لها، والوصف والمساحات، والملحقات المبنية والغير مبنية، التجهيزات والمنشآت التي تشملها الملكية المشتركة.

ج- بيانات متعلقة بالسعر التقديري للبيع:

يجب أن يتضمن هذا العقد السعر التقديري لبيع الملك موضوع عقد حفظ الحق (بالأرقام وبالحروف) مع احتساب كل الرسوم، كما يستلزم أيضا تحديد مبلغ التسبيق (بالأرقام وبالأحرف) الذي لا يتعدى 20% من السعر التقديري للبيع، مع ذكر تاريخ رقم الوصل الذي يمنح لصاحب حفظ الحق بعد إيداعه مبلغ التسبيق لدى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة في الترقية العقارية.

د- البيانات المتعلقة بالأجل التقديري للتسليم ونقل الملكية:

ألزم المشرع الجزائري على ضرورة تحديد الأجل الذي يستوجب على المرقي العقاري خلاله بتسليم العقار المحفوظ لصاحب حفظ الحق، وإعداد عقد البيع النهائي الناقل للملكية.

هـ- البيانات المتعلقة بالتزامات المرقي العقاري بتسيير الملكية المشتركة:

يجب أن يتضمن عقد حفظ الحق التزام المرقي العقاري بضمان أو التكليف بتسيير الملك العقاري خلال مدة سنتين ابتداء من تاريخ بيع آخر جزء من البناءية المعنية، بالإضافة إلى الالتزامات المحددة في المواد 60، 61، 62 من القانون رقم 04/11.

والملاحظ من خلال كل هذه البيانات، أن البيانات التي وضعها المشرع الجزائري من خلال المادة 30 من القانون رقم 04/11 تعد غير كافية، مقارنة بالبيانات المذكورة في نص المادة 30 من

القانون رقم 07¹/86، حيث ركز المشرع الجزائري على تبيان الرخص والشهادات الإدارية التي يستلزم تضمناها في عقد حفظ الحق، دون تبيان البيانات الأخرى التي تكون في غاية الأهمية، كالبيانات المتعلقة بالعقار موضوع عقد حفظ الحق (الوصف الدقيق للعقار المحفوظ، وتحديد مساحته، وتعيين موقعه...)، والسعر التقديري، وآجال التسليم....، وبالتالي فإن البيانات المذكورة في المادة 30 من قانون الترقية العقارية الملغى كانت أكثر وضوحا وتفصيلا من البيانات التي حددها المشرع الجزائري بموجب قانون الترقية العقارية الجديد.

ثانيا - البيانات الإلزامية التي حددها المشرع الفرنسي:

لقد حدد المشرع الفرنسي مجموعة من البيانات التي يجب أن يتضمنها العقد التمهيدي وذلك بموجب نص المواد 15/261 فقرة 2 و 25/261 و 26/261 من قانون البناء والسكن الفرنسي وتتمثل هذه البيانات فيما يلي:

- وصف المبنى المحجوز محل العقد، ويجب أن يشمل هذا الوصف، المساحة و عدد الغرف الرئيسية، وغرف الخدمات وتوابع المبنى، وإذا كان العقد وارد على جزء من المبنى يجب تحديد هذا الجزء.
- تحديد نوعية البناء، ونوعية المواد التي ستستخدم في أعمال البناء، مع الإشارة إلى المعدات والتجهيزات اللازمة للبناء.
- تحديد آجال تنفيذ الأشغال.
- تحديد الثمن التقديري للمحل المحجوز، وعند الاقتضاء تحديد طريقة مراجعته.
- تحديد تاريخ إبرام العقد النهائي.

¹ راجع في ذلك: المادة 30 فقرة 2 من القانون رقم 07/86 المتعلق بالترقية العقارية (الملغى)، و المادة 36 فقرة 2 من المرسوم رقم 38/86 المحدد للمنوال النموذجي لعقد حفظ الحق.

- تحديد القروض التي سيتحصل عليها الحاجز أو التي تحول إليه، وذلك على وجه الدقة من خلال تحديد مبلغ هذه القروض وشروطها وأسماء المقرضين.

ويتبين لنا من خلال مقارنة البيانات الإلزامية التي حددها المشرع الفرنسي في العقد التمهيدي والبيانات التي حددها المشرع الجزائري في عقد حفظ الحق بموجب المادة 30 من قانون الترقية العقارية رقم 07/86، أنها تكاد تتطابق مع بعضها، ولا يوجد إختلاف بينهما إلا فيما يتعلق بالتاريخ الذي سيتم فيه تحرير العقد النهائي، حيث أكد المشرع الفرنسي على ضرورة أن يتضمن العقد التمهيدي تاريخ إبرامه كما هو مذكور أعلاه، بينما لم ينص المشرع الجزائري على هذا البيان، علما أن المشرع الجزائري ذكر هذا البيان في النموذج الخاص بعقد حفظ الحق الملحق بالمرسوم التنفيذي رقم 431/13 المذكور أعلاه.

الفقرة الثانية: جزاء الإخلال بالبيانات الإلزامية.

لقد نص كل من المشرع الجزائري والفرنسي على ضرورة أن يتضمن عقد حفظ الحق أو العقد التمهيدي مجموعة من البيانات الإلزامية، هذه البيانات التي تلعب دورا كبيرا في تبصير المتعاقدين وخاصة صاحب حفظ الحق بمحتوى هذا العقد، مما يطرح التساؤل حول الجزاء المترتب في حالة خلو عقد حفظ الحق من البيانات الإلزامية المذكورة أعلاه أو نقصانها أو عدم مطابقتها للحقيقة.

لذلك سوف نقوم من خلال هذه الفقرة بدراسة جزاء الإخلال بالبيانات الإلزامية في الجزائر (أولا)، وجزاء الإخلال بالبيانات الإلزامية في فرنسا (ثانيا).

أولا: جزاء الإخلال بالبيانات الإلزامية في الجزائر.

بالرجوع إلى القانون رقم 04/11 المحدد للقواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية، نلاحظ أن المشرع الجزائري لم ينص من خلال نص المادة 30 على الجزاء المترتب في حالة عدم تضمن عقد حفظ الحق البيانات الإلزامية للعقد، والمتمثل في حق صاحب حفظ الحق في بطلان هذا العقد حيث كان من

المفروض أن يشير المشرع الجزائري إلى الجزء المترتب عن الإخلال بالبيانات الإلزامية لذلك العقد، كما نصت عليه المادة 30 من قانون الترقية العقارية رقم 107/86¹.

غير أنه نص من خلال المادة 76 من نفس القانون، العقوبات الجزائية التي يتعرض إليها المرقى العقاري في حالة عدم إعلام صاحب حفظ الحق بالبيانات المذكورة في المادة 30 من نفس القانون، حيث نصت المادة 76 على أنه: " في إطار عقد البيع على التصاميم أو عقد حفظ الحق يتعرض كل مرقى عقاري لا يعلم المقتني، أو صاحب حفظ الحق بالبيانات والمعلومات المنصوص عليها في المادة 30 من هذا القانون، لغرامة من مائتي ألف دينار (200.000 دج) إلى مليوني دينار (2.000.000 دج)".

بالإضافة إلى العقوبات الجزائية التي نصت عليها المادة 75 من نفس القانون والمسطرة على المرقى العقاري في حالة إدلائه بمعلومات خاطئة أو غير كافية، وذلك بقولها: " يتعرض كل من يدلي بمعلومات خاطئة أو غير كاملة في الوثائق والعقود والصفقات، في إطار أو بمناسبة عملية ترقية عقارية، لعقوبة الحبس من شهر (1) إلى خمس (5) سنوات وغرامة من مائتي ألف (200.000 دج) إلى مليوني دينار (2.000.000 دج) أو بإحدى هاتين العقوبتين".

¹ نص المشرع الجزائري بمقتضى المادة 30 من القانون رقم 07/86 المتعلق بالترقية العقارية الملغى، على أنه في ما إذا لم يتضمن عقد حفظ الحق البيانات الإلزامية، فيحق لصاحب حفظ الحق إبطال العقد، مع العلم أن الحق في الإبطال مخول لصاحب حفظ الحق وحده دون المرقى العقاري، وهذا ما أكدته نص المادة 30 على أنه: " لا يتذرع بحجة البطلان إلا المترشح للملكية".

كما رتب مجموعة من العقوبات الجزائية للمرقى العقاري من خلال نص المادة 49 من نفس القانون والمتمثلة في الحبس من شهرين إلى 3 سنوات وغرامة مالية من 5000 دج إلى 10.000 دج، في حالة عدم تضمين عقد حفظ = الحق أحد البيانات الإلزامية له، كما سلب أيضا بموجب نص المادة 48 من نفس القانون، عقوبات جزائية أخرى على المرقى العقاري في حالة تعمدته بتقديم بيانات غير صحيحة أو ناقصة، أو تضليل صاحب حفظ الحق بمعلومات ناقصة أو غير كافية، وذلك بالحبس من شهر إلى 5 سنوات، وبغرامة مالية من 1000 دج إلى 100.000 دج.

ثانيا: جزاء الإخلال بالبيانات الإلزامية في فرنسا.

لقد نص المشرع الفرنسي بموجب قانون 3 جانفي 1967، على جزاءات صارمة في حالة عدم مراعاة الإجراءات الشكلية للعقد التمهيدي، والمتمثلة في بطلان العقد التمهيدي، وذلك من خلال نص المادتين 11 فقرة 4¹ و 12² من هذا القانون، حيث نصت المادة 4/11 على البطلان الكلي (المطلق) للعقد، كجزاء مقرر في حالة عدم مراعاة الشروط الشكلية للعقد، بينما نصت المادة 12 على أن الجزاء المقرر هو البطلان الجزئي (النسبي).

وقد اختلف كل من الفقه والقضاء الفرنسي حول ما إذا كان البطلان ذو طبيعة مطلقة أو نسبية، حيث ذهب فريق من الفقهاء ومن بينهم الأستاذ "Malinvaud et Jestaz" إلى إعتبار أن البطلان قد يكون مطلق كما قد يكون نسبي، حيث يرون بأنّ للأطراف الحرية الكاملة في إختيار نوع البطلان الذين يرغبون في ممارسته³.

بينما يرى الأستاذ "Henry" بأن كل نوع من أنواع البطلان يختلف من حيث التطبيق، فالبطلان التي نصت عليه الفقرة الرابعة من المادة 11 يهدف إلى منع في القطاع المحمي أي اتفاق آخر من اتفاقات ما قبل التعاقد غير العقد التمهيدي، في حين أن الجزاء المنصوص عليه في المادة 12 يطبق في حالة ما إذا أبرم العقد التمهيدي مخالفا للشكل المنصوص عليه قانونا⁴.

¹ L'article 11 alinéa 4 du code 3 janvier 1967 : « Est nulle toute autre promesse d'achat ou de vente. »

² L'article 12 du code 3 janvier 1967 Modifié par Loi 67-547 1967-07-07 art. 6 JORF 9 juillet 1967 : « Toute clause contraire aux dispositions des articles 7 à 11 ci-dessus et à celles des =articles 1642-1 et 1646-1 du code civil est réputée non écrite. »

³ Ph. Malinvaud, Ph. Jestaz, op.cit, n° 272, p 269.

⁴ Héléne Henry, op.cit, n° 27, p 374.

وفي محاولة التوفيق بين الرأيين المذكورين أعلاه، ذهب الأستاذ "Frank Steinmetz" إلى القول بأن الأصل في هذا البطلان هو بطلان نسبي (جزئي)، والبطلان المطلق (الكلي) ما هو إلا جزء إحتياطي في حالة ما إذا لم يكن ممكنا تطبيق البطلان النسبي¹.

أما بالنسبة للقضاء الفرنسي فقد عرف هو الآخر نقاشا واسعا، حيث عرضت على محكمة الاستئناف بباريس بتاريخ 21 نوفمبر 1975 قضية جاء في حيثياتها أن المدعى أبرم عقد تمهيدي مع المدعى عليه، التزم بمقتضاه هذا الأخير ببناء مجموعة من الشقق، وتم الاتفاق على المساحة وعلى مواصفات آليات التجهيز...، إلا أنه خلال الفترة الممتدة ما بين إبرام العقد التمهيدي والعقد النهائي، أدخل المدعى عليه بإرادته المنفردة مجموعة من التعديلات على محتوى العقد التمهيدي شملت بالأساس مساحة الشقق، حيث تم التقليل من مساحتها، وكذا المواصفات المتعلقة بجهاز التدفئة، وبعد إبرام العقد النهائي طالب المدعى بتعويض الضرر الذي لحقه جراء هذه التعديلات التي لم يكن عالما بها، فدفع المدعى عليه بأن المدعى رضي بهذه التعديلات بمجرد توقيعه على العقد النهائي، وبعد المداولة أصدرت المحكمة الابتدائية بباريس حكما قضى برفض الطلب بعلّة أن المدعى قد وقع إعلامه وتبصيره بالتعديلات الجديدة، من خلال تمكينه من مشروع العقد النهائي الذي رضي به المدعى عليه بدون تحفظ، إلا أنه بعد إستئناف الحكم من طرف المدعي أصدرت محكمة الاستئناف بباريس قرارا قضى بتعويض المشتري عن الضرر المعنوي الذي لحقه، من جراء التعديلات التي طرأت على العقد، والتي لم يتم إعلامه بها من طرف المدعى عليه، وأن مجرد الإشارة إلى هذه التعديلات ضمن ثنايا العقد النهائي، وضمن نظام الملكية

¹ Frank Steinmetz, op.cit, n° 296, p 309.

المشتركة المتضمن 140 صفحة يجعل المتعاقد العادي في وضع يصعب عليه الانتباه إلى هذه التعديلات ما لم ينبه إليها من طرف البائع¹.

غير أن هذا القرار تم نقضه من قبل محكمة النقض بتاريخ 24 نوفمبر 1977، أين إعتبرت أن قانون 3 جانفي 1967، لا يمنع البائع من إتخاذ مختلف التعديلات شريطة أن ينهي ذلك إلى علم المشتري، وبالتالي فإن إقدام البائع على إدخال بعض التعديلات على العقد التمهيدي وتمكين المشتري من مشروع العقد النهائي المتضمن لهذه التعديلات، يكون قد قام بما هو ضروري، ولم يخرق مبدأ الالتزام بالإعلام².

لكن كان لمحكمة النقض الفرنسية موقف مغاير، إذ إعتبرت في قرارها الصادر بتاريخ 3 أكتوبر 1974، بأن البطلان الذي نصت عليه المادة 11 من قانون 3 جانفي يكون جزءا على عدم إحترام الأحكام القانونية والقواعد المنظمة للعقد التمهيدي، وقد أكدت محكمة النقض قرارها بالعبارات التالية: " إنَّ القانون رقم 03/67 الصادر بتاريخ 3 جانفي 1967، والمرسوم رقم 1166/67 الصادر بتاريخ 22 ديسمبر 1967، يهدفان إلى ضمان الحماية الأكيدة لمشتري العقار المقرر بناؤه، ولهذا الغرض فإن البطلان الذي نصت عليه المادة 11 من القانون، يعاقب على عدم إحترام الأحكام القانونية والقواعد المتعلقة بالعقد التمهيدي"³.

¹ Cour d'Appel de Paris, 21 novembre 1975, J-C-P, 1979, 2, p 19037. Note : Ph Malinvaud et Ph Jestaz.

² Cour de Cassation , 24 novembre 1977, bull. civ ,3^{ème} ch , N 411, p 311.

³ L'arrêt de cassation du 3 octobre 1974, bull, civ, 3 ch, J.C.P , N 332. Cité par: T.Massis, op. cit , p 144.

La cour de cassation confirma la décision dans les termes suivants : « ...la loi n 67/3 du 3 janvier 1967, et le décret n 67/1166 du 22 décembre 1967 pris pour son application ont notamment pour objet d'assurer une protection efficace des acquéreurs dans le vente d'immeuble à construire, qu'à

وعليه نلاحظ في الأخير بأن محكمة النقض الفرنسية أخذت بالبطلان الذي نصت عليه المادة 11 من قانون 3 جانفي 1967، هذه الأخيرة التي وضعت أساسا لحماية الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية، أي لحماية المشتري، لذلك يبدو لنا بأن البطلان المقرر في حالة الإخلال بالبيانات الإلزامية هو ذو طبيعة مطلقة مقرر لمصلحة المشتري دون غيره.

وبعد دراستنا للبيانات الإلزامية الواجب تضمينها في عقد حفظ الحق وتحديد جزاء الإخلال بها سننتقل لدراسة الوثائق والرخص الإدارية اللازمة لإبرام عقد حفظ الحق ، وهذا ما سوف نقوم بعرضه في الفرع الموالي.

الفرع الثاني: الوثائق والرخص الإدارية اللازمة لإبرام عقد حفظ الحق.

لقد خص المشرع الجزائري عقد حفظ الحق في بيع العقار المقرر بناؤه بإجراءات قانونية لازمة قبل أو خلال عملية إبرامه، فقبل الشروع في عملية إبرامه أُلزم المرقى العقاري بأن يتمتع بالصفة القانونية، وأن يعمل على توفير كل الوثائق والرخص الإدارية اللازمة.

وتتمثل الصفة القانونية التي تؤهله التمتع بصفة المرقى العقاري، كما سبقت الإشارة إليه، في الحصول على الاعتماد المسبق، والقيد في السجل التجاري، والتسجيل في الجدول الوطني للمرقين العقاريين، والانتساب إلى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة في الترقية العقارية، وممارسة نشاط الترقية العقارية مع وجوب التمتع بالموارد المالية الكافية.

إلا أنه، لا يمكن للمرقى العقاري أن يقوم بإبرام عقد حفظ الحق، حتى ولو كان متمتعاً بالصفة القانونية، إلا بتوفر جملة من الإجراءات القانونية اللازمة، تتمثل هذه الإجراءات في ضرورة حصول المرقى العقاري على الوثائق الإدارية كحصوله على عقد ملكية الأرضية التي ستقام عليها المباني وعلى

=cet effet la nullité prévue à l'article 11 de la loi sanctionne l'inobservation des disposition légales et réglementaires relatives au contrat préliminaire ».

شهادة التعمير وشهادة التهيئة والشبكات، بالإضافة إلى حصوله على الرخص الإدارية كرخصة البناء ورخصة التجزئة، طبقاً لنص المادة 30 من قانون 04/11 المحدد للقواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية.

وعلى هذا الأساس فإنه يستلزم أن يتضمن عقد حفظ الحق في بيع العقار المقرر بناؤه إلى جانب البيانات الإلزامية التي أشرنا، مجموعة الوثائق والرخص الإدارية التي يستوجب إرفاقها بهذا العقد. لذلك سوف نقوم من خلال هذا الفرع بدراسة الوثائق الإدارية المرفقة بعقد حفظ الحق في الفقرة الأولى، ثم نقوم بدراسة الرخص الإدارية المرفقة بعقد حفظ الحق في الفقرة الثانية.

الفقرة الأولى: الوثائق الإدارية المرفقة بعقد حفظ الحق.

لقد نصت المادة 30 من القانون رقم 04/11 المحدد للقواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية على ضرورة أن يتضمن عقد حفظ الحق في بيع العقار المقرر بناؤه مجموعة من الوثائق الإدارية وذلك بقولها: " يجب أن يتضمن عقد حفظ الحق وعقد البيع على التصاميم ...، أصل ملكة الأرضية ورقم السند العقاري، عند الاقتضاء، ومرجعيات رخصة التجزئة وشهادة التهيئة والشبكات، وكذا تاريخ ورقم رخصة البناء".

وعليه تتمثل الوثائق الإدارية المرفقة بعقد حفظ الحق في عقد الملكية (أولاً)، وشهادة التعمير (ثانياً)، وشهادة التهيئة والشبكات (ثالثاً).

أولاً: عقد الملكية.

لقد نصت المادة 30 المذكورة أعلاه على ضرورة أن يتضمن عقد حفظ الحق أصل ملكية الأرضية أو ما يسمى بعقد الملكية، حيث ألزم المشرع الجزائري أن يكون المرقي العقاري مالكا للأرضية أو الوعاء العقاري المخصص للبناء، وأن يتم إرفاق عقد حفظ الحق بنسخة من عقد ملكية الأرضية.

كما ألزم المشرع الجزائري على ضرورة أن يتم إعداد عقد ملكية الأرضيات الواجب بناؤها من قبل المرقي العقاري في الشكل الرسمي وأن يخضع لعملية الشهر العقاري، وهذا ما أكدته من خلال نص المادة 40 فقرة 1 من القانون رقم 04/11، التي نصت على أنه: " يجب أن يكون بيع الأرضيات الواجب بناؤها من طرف مرقي الأوعية العقارية المخصصة للبناء، موضوع عقد يتم إعداده في الشكل الرسمي، طبقاً للأحكام التشريعية السارية وكذا أحكام هذا القانون"

ولم يكتف المشرع الجزائري بإلحاق عقد حفظ الحق بعقد الملكية بل ألزم كذلك على وجوب أن يتم إعداد عقد الملكية بالرجوع إلى عقد التعمير، وأن يذكر في هذا العقد حق المرقي العقاري في البناء على هذه الأرضية، حيث نصت المادة 40 في فقرتها الثانية على أنه: " يجب أن يتم إعداد هذا العقد بالرجوع إلى عقد التعمير مع ذكر حقوق البناء على الأرضية العقارية موضوع الصفقة".

والعبرة من وجوب تضمين عقد الملكية على أن الأرض محل إنجاز مشروع البناء هو عدم تمكين المرقي العقاري من المضاربة بالأوعية القانونية المعدة للبناء، وتغيير الوجهة التي حددتها المصالح الإدارية المشرفة على التهيئة والتعمير للوعاء العقاري، والمتمثلة في إنجاز مشروع مخصص لسكنات مدعمة¹.

¹ حامي حياة، المرجع السابق، ص 135.

وعليه فإن اشتراط المشرع الجزائري حصول المرقي العقاري على عقد ملكية الأرضية يعد أمر ضروري لإبرام عقد حفظ الحق.

ثانيا: شهادة التعمير.

عرفت المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 176/91 المؤرخ في 1991/05/28 الذي يحدد كفايات تحضير شهادة التعمير ورخصة التجزئة وشهادة التقسيم ورخصة البناء وشهادة المطابقة و رخصة الهدم وتسليم ذلك (الملغى) بأنها: "...شهادة التعمير هي الوثيقة التي تسلم بناء على طلب من كل شخص معني تعين حقوقه في البناء والإرتفاقات من جميع الأشكال التي تخضع لها الأرض المعنية"¹.

فشهادة التعمير تجعل من أرض لم تكن معدة للبناء إلى أرض صالحة للبناء بصفة رسمية فضلا عن ذلك تعد بمثابة ضمان للمرقي العقاري يمنحه نوعا من الحماية القانونية، فليس للسلطة الإدارية المانحة لها أن تتراجع وتعيد النظر في حقوق البناء المحددة فيها إن حصل وإن تغيرت مخططات وأدوات التعمير(مخطط شغل الأراضي مثلا) بشكل يتناقض ولا يتفق مع مضمون هذه الشهادة².

ونلاحظ أن المشرع الجزائري لم ينص بموجب المادة 30 من القانون رقم 04/11 على وجوب أن يتضمن عقد حفظ الحق شهادة التعمير، كما أننا نلاحظ من خلال نص المادة 51 من القانون رقم

¹ المرسوم التنفيذي رقم 91 / 176 المؤرخ في 1991/05/28، الذي يحدد كفايات تحضير شهادة التعمير ورخصة التجزئة وشهادة التقسيم ورخصة البناء وشهادة المطابقة ورخصة الهدم وتسليم ذلك، ج ر عدد 26، المؤرخة في 1991/06/01، الملغى بموجب المادة 94 من المرسوم التنفيذي رقم 15/19 المؤرخ في 2015/01/25، المتضمن كفايات تحضير عقود التعمير وتسليمها، ج ر العدد 07، الصادرة بتاريخ 2015/02/12.

² سبتي محمد، رخصة البناء، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر 1، 2002، ص 23.

29/90 المؤرخ في 1990/12/01، المتعلق بالتهيئة والتعمير¹، أن المشرع الجزائري لم يلزم المعنيين بالعمليات العمرانية الحصول على هذه الشهادة بل جعلها إختيارية، وهذا ما يتضح لنا من خلال نص المادة 51 التي نصت على أنه: "يمكن لأي شخص طبيعي أو معنوي معني، قبل الشروع في الدراسات، أن يطلب شهادة التعمير، تعين حقوقه في البناء والإرتفاقات التي تخضع لها الأرض المعنية".

كما أنه وبالرجوع إلى نص المادة 40 فقرة 2 من القانون رقم 04/11 المذكورة أعلاه يتبين لنا بأن المشرع الجزائري ألزم المرقى العقاري استخراج عقود التعمير² المطلوبة التي نصت عليها المادة 30 من نفس القانون، دون إلزامه باستخراج شهادة التعمير، وبالتالي نستنتج بأن المشرع الجزائري جعل مسألة الحصول على شهادة التعمير مسألة إختيارية وليست إجبارية، بحيث يمكن للمرقى العقاري أن يطلب الحصول عليها قبل الشروع في الدراسات الخاصة بمشروع البناء الذي ينوي إقامته ، كما يمكنه الإستغناء عنها.

وتجدر بنا الإشارة إلا أنه غالبا لا يلجأ المرقى العقاري لإستخراج شهادة التعمير، كون الأرض محل الإنجاز يشملها مخطط شغل الأراضي، الذي يحدد بالتفصيل كل التفاصيل المتعلقة بالعقار والذي يعتبر بديلا عن هذه الشهادة، لكنه قد يحتاج لإستخراجها في حالة ما إذا كانت الأرضية محل إنجاز المشروع العقاري، واقعة في منطقة لا يشملها مخطط شغل الأراضي.

¹ القانون رقم 29/90 المؤرخ في 1990/12/01، المتعلق بالتهيئة والتعمير، ج ر العدد 52، المؤرخة في 1990/12/2، المعدل والمتمم بالقانون رقم 05/04 المؤرخ في 2004/08/14، ج ر عدد 71، المؤرخة في 2004/11/10.

² يقصد بعقود التعمير حسب نص المادة الأولى من المرسوم التنفيذي رقم 19/15 شهادة التعمير وشهادة التقسيم ورخصة البناء وشهادة المطابقة، ورخصة الهدم، غير أن المشرع الجزائري يقصد بعقود التعمير المطلوبة لإبرام عقد حفظ الحق بموجب القانون رقم 04/11 المحدد للقواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية، طبقا لنص المادة 30 منه، كل من رخصة البناء ورخصة الهدم، دون شهادة التعمير .

ويتم الحصول على شهادة التعمير طبقا لنص المادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 19/15 بناء على طلب المعني في نسختين بمقر المجلس الشعبي البلدي المختص إقليميا، مقابل وصل الإيداع ويجب أن يتضمن البيانات التالية:

- طلب خطي ممضي من طرف صاحب الطلب.
 - إسم مالك الأرض.
 - تصميم حول الوضعية، يسمح بتحديد القطعة الأرضية.
 - تصميم يوضح حدود القطعة الأرضية المتواجدة في حدود المحيط العمراني.
- وتبلغ شهادة التعمير طبقا لنص المادة 4 من نفس المرسوم التنفيذي، خلال 15 يوما من تاريخ إيداع الطلب¹، و يشترط أن تتضمن البيانات التالية:
- مواصفات التهيئة والتعمير المطبقة على القطعة الأرضية .
 - الإرتفاعات المدخلة على القطعة الأرضية والمواصفات التقنية الخاصة الأخرى.
 - خدمة القطعة الأرضية بشبكات من الهياكل القاعدية العمومية الموجودة أو المبرمجة.
 - الأخطار الطبيعية الني يمكن أن تؤثر على الموقع المعني، وتلك المحددة على الخريطة التي يمكن أن تنقص من قابلية القطعة الأرضية لإنجاز المشروع عليها أو تمنع ذلك، لاسيما:

¹ طبقا لنص المادة 6 من المرسوم التنفيذي رقم 19/15، فإنه يمكن لصاحب شهادة التعمير أن يودع طعنا لدى الولاية، إذا لم يرضيه الرد الذي تم تبليغه به، او سكوت السلطة المختصة في الأجال المطلوبة، ويحدد أجل تسليم الشهادة أو الرفض المسبب ب 15 يوما، كما يمكن لصاحب الطلب أن يودع طعنا ثانيا لدى الوزارة المكلفة بالعمران، في حالة عدم الرد على الطعن الأول خلال المدة المحددة والتي تلي تاريخ إيداع الطعن، وفي هذه الحالة =تأمر مصالح الوزارة، مصالح التعمير الولائية، على أساس المعلومات المرسله من طرفهم، بالرد بالإيجاب على =صاحب الطلب أو بإخطاره بالرفض المسبب في أجل 15 يوما، ابتداء من تاريخ إيداع الطعن، كما يمكن رفع دعوى قضائية لدى الجهات القضائية المختصة.

ظهور صدوع زلزالية نشيطة على السطح، تحركات القطعة الأرضية (انزلاق، انهيار، انسياب الوحل، رص، تميع، تساقط...)، القطع الأرضية المعرضة للفيضانات، الأخطار التكنولوجية الناجمة عن نشاط المؤسسات الصناعية الخطيرة وقنوات نقل المنتجات البترولية والغازية وخطوط نقل الطاقة. وترتبط صلاحية شهادة التعمير بصلاحية مخطط شغل الأراضي المعمول به أو بصلاحية المخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير، في حالة عدم وجود مخطط شغل الأراضي¹.

ثالثا: شهادة التهيئة والشبكات (شهادة قابلية الاستغلال).

لقد إستحدثت المشرع الجزائري إلى جانب عقود التعمير المعروفة، شهادة جديدة لم يتم الإشارة إليها مسبقا بموجب القانون رقم 29/90 المتعلق بالتهيئة والتعمير، سميت هذه الشهادة بشهادة التهيئة والشبكات، حيث نصت المادة 30 من القانون رقم 04/11 المحدد للقواعد المحددة لنشاط الترقية العقارية، على ضرورة أن يتضمن عقد حفظ الحق شهادة التهيئة والشبكات.

وقد جاء المرسوم التنفيذي رقم 19/15 المحدد لكيفيات تحضير عقود التعمير، تسمية جديدة لهذه الشهادة، حيث أطلق عليها تسمية "شهادة قابلية الإستغلال" و "شهادة التهيئة"، وتعرف هذه الشهادة بأنها تلك الشهادة التي تسلم إلى المستفيد من رخصة التجزئة عند إتمام أشغال قابلية الإستغلال والتهيئة، والتي تثبت مطابقة هذه الأشغال المنجزة وإتمامها².

¹ راجع في ذلك نص المادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 19/15 السابق ذكره.
² نصت المادة 23 من المرسوم التنفيذي رقم 19/15 المحدد لكيفيات تحضير عقود التعمير على أنه: " يطلب المستفيد من رخصة التجزئة، عند إتمام أشغال قابلية الإستغلال والتهيئة، من رئيس المجلس الشعبي البلدي لموقع وجود التجزئة تسليم شهادة قابلية الإستغلال التي تثبت مطابقة هذه الأشغال وإتمامها.
كما نصت المادة الأولى من الملحق المرفق بالمرسوم التنفيذي السابق ذكره، والمتضمن قرار شهادة قابلية الاستغلال على أنه: " تسلم شهادة التهيئة التي تثبت مطابقة الأشغال المنجزة حسب المخططات المصادق عليها".

- ويتم حصول المرقى العقاري على شهادة قابلية الاستغلال طبقاً لنص المادتين 24 و 25 من المرسوم التنفيذي السابق ذكره، بطلب يرسل في نسختين إلى رئيس المجلس الشعبي البلدي المختص إقليمياً، وبرفق هذا الطلب بملف يحتوي على الوثائق التالية:
- تصاميم جرد تعد على سلم 100/1 أو 500/1 للأشغال، كما هي منجزة مع تحديد عند الاقتضاء التعديلات التي أجريت بالنظر إلى التصاميم المصادق عليها.
 - محضر استلام الأشغال.

بعدها تقوم مصالح التعمير التابعة للبلدية بدراسة هذا الطلب، وبعد القيام بالمعاينة الميدانية يتم تسليم شهادة قابلية الاستغلال بتحفظات أو بدون تحفظات، أو يطلب من صاحب التجزئة تصحيح العيوب في أجل لا يتعدى 30 يوماً ابتداء من تاريخ المعاينة الميدانية للأماكن، ويبلغ القرار المتضمن شهادة قابلية الإستغلال لصاحب الطلب خلال الشهر الموالي لتاريخ إيداع الطلب¹.

وطبقاً لنص المادة 31 من نفس المرسوم فإنه يمكن لصاحب طلب شهادة قابلية الإستغلال أن يودع طعن لدى الولاية في حالة سكوت السلطة المختصة في الآجال المطلوبة، أو إذا لم يرضه الرد الذي تم تبليغه به، ويحدد تسليم الشهادة أو الرفض بـ 15 يوماً، كما يمكن لصاحب الطلب أن يودع طعناً ثانياً لدى الوزارة المكلفة بالعمران في حالة عدم تلقيه إجابة على الطعن الأول خلال المدة التي تلي إجراء الطعن، وفي هذه الحالة تأمر مصالح الوزارة المصالح المكلفة بالعمران على أساس المعلومات المرسلة من طرفها، بالرد بالإيجاب على صاحب الطلب أو بإخطاره بالرفض المسبب في أجل 15 يوماً ابتداء من تاريخ إيداع الطلب، كما يمكن رفع دعوى لدى الجهات القضائية المختصة.

¹ راجع في ذلك نص المادتين 27 و 28 من المرسوم التنفيذي رقم 19/15 السابق ذكره.

وبعد دراستنا للوثائق الادارية الواجب إرفاقها بعقد حفظ الحق والتمثلة في عقد الملكية وشهادة التعمير وشهادة التهيئة والشبكات، سوف ننتقل لدراسة الرخص الإدارية الواجب إرفاقها بعقد حفظ الحق، وهذا ما سوف نقوم بعرضه الفقرة الموالية.

الفقرة الثانية: الرخص الإدارية المرفقة بعقد حفظ الحق.

لقد ألزم المشرع الجزائري بموجب القانون رقم 04/11 المحدد للقواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية على ضرورة حصول المرقى العقاري على الرخص الإدارية اللازمة قبل ممارسة حقه في البناء وإنجاز المشاريع العقارية، لذلك فهو يحتاج قبل الشروع في عملية البناء حصوله على رخصة البناء (أولا) حيث يمنع البناء بدون رخصة، كما يحتاج لتجزئة عقاره قبل البناء عليه، وعلى هذا الأساس يلتزم بحصوله أولا على رخصة التجزئة (ثانيا)

أولا: رخصة البناء.

عرفت رخصة البناء بأنها قرار إداري ترخص بموجبه سلطة إدارية مختصة قانونا لطالب الرخصة الحق في البناء قبل تنفيذ أي مشروع أو أشغال موضوع طلب الرخصة، مع إحترام قواعد التعمير المطبقة في المنطقة المعنية¹.

كما عرفت أيضا بأنها قرار إداري صادر عن سلطة مختصة قانونا، تمنح بمقتضاه الحق للشخص (طبيعيًا كان أو معنويًا) بإقامة بناء جديد أو تغيير بناء قائم²، قبل البدء في أعمال البناء التي يجب أن تحترم قواعد قانون العمران¹.

¹ حامي حياة، المرجع السابق، ص 141.

² حيث نص المشرع الجزائري بموجب نص المادة 2/52 من قانون 29/90، والمادة 41 من المرسوم التنفيذي رقم 19/15، على أن تشترط رخصة البناء من أجل تشييد البنايات الجديدة، أو البنايات القديمة التي تتطلب تغيير في مشتملات الأرضية، والمقاس والواجهة والاستعمال، والوجه أو الهيكل الحامل للبنية والشبكات المشتركة...

وقد إشتراط المشرع الجزائري بموجب نص المادة 30 من القانون رقم 04/11 المحدد للقواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية، على ضرورة أن يتحصل المرقي العقاري على رخصة البناء، قبل الشروع في إنجاز مشروعه العقاري، ولكي يتحصل المرقي العقاري على هذه الرخصة، يتوجب عليه طبقاً لنص المادة 42 من المرسوم التنفيذي رقم 19/15، أن يقدم طلب رخصة البناء، ويرفق هذا الطلب بنسخة من عقد الملكية أو نسخة من شهادة الحياة، حيث يشترط أن يكون مالكا لقطعة الأرض المقرر بناؤها.

كما يرفق هذا الطلب بثلاث ملفات، ملف إداري يحتوي على مراجع رخصة التجزئة شهادة قابلية الاستغلال بالنسبة للبيانات الواقعة ضمن أرض مجزأة برخصة تجزئة، وملف متعلق بالهندسة المعمارية يحتوي على مخطط الموقع، ومخطط الكتلة، والتصاميم المختلفة، ومذكرة تتضمن الكشف الوصفي والتقديري للأشغال وأجال إنجاز ذلك، والوثائق المكتوبة والبيانات التي تدل على البناء بحصص عند الاقتضاء، بالإضافة إلى ملف تقني يحتوي على مجموعة من البيانات المتعلقة بمشروع البناء.²

ويرسل طلب رخصة البناء والملفات المرفقة به طبقاً لنص المادة 45 من نفس المرسوم في ثلاث نسخ بالنسبة لمشاريع البناء الخاصة بالسكنات الفردية، وفي ثمان نسخ بالنسبة لبقية المشاريع التي تحتاج إلى رأي المصالح العمومية ورئيس المجلس الشعبي البلدي لمحل مكان تواجد قطعة الأرض.

يتم التحقق من مطابقة مشروع البناء لتوجيهات مخطط شغل الأراضي أو لتعليمات المخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير في حالة عدم وجود المخطط الأول وللتعليمات المتعلقة بالقواعد العامة للتهيئة والتعمير، وأن يراعي ما تضمنته نص المادة 46 من نفس المرسوم، وتجتمع المصلحة المختصة المكلفة بتحضير طلب رخصة البناء للقيام بإستشارة المصالح والأشخاص العمومية والجمعيات، ويصدر الرد في

¹ عزري الزين، منازعات القرارات الفردية في مجال العمران، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة منتوري قسنطينة، 2004، ص 16.

² راجع في ذلك نص المادة 43 من المرسوم التنفيذي رقم 19/15 المحدد لكيفيات تحضير عقود التعمير .

شكل قرار إداري تصدره الجهات الإدارية المختصة تتمثل في رئيس البلدية أو الوالي أو الوزير المكلف بالتعمير كل في حدود نطاقه وإختصاصه.

فطبقاً لنص المادة 48 و 49 من نفس المرسوم، فإنه يتم الفصل في الطلب من قبل الشباك الوحيد خلال خمسة عشر يوماً إذا كان قرار قبول منح الرخصة من إختصاص رئيس المجلس الشعبي البلدي أما إن كان غير ذلك فيجب على رئيس البلدية أن يرسل الملف مرفقاً برأي مصالح التعمير التابعة للبلدية في سبع نسخ إلى مصالح الدولة المكلفة بالعمران لتبدي رأياً خلال ثمانية أيام الموالية لتاريخ الإيداع، وبعد إستشارة المصالح المختصة يفصل الشباك الموحد في الطلبات خلال خمسة عشر يوماً، ويبلغ القرار المتضمن رخصة البناء، طبقاً لنص المادة 51 من نفس المرسوم، من طرف رئيس المجلس الشعبي البلدي إلى صاحب الطلب بصفة إلزامية، في جميع الحالات، خلال 20 يوماً الموالية لتاريخ إيداع الطلب.

وتلصق نسخة من القرار المتضمن رخصة البناء مع الوثائق البيانية لملف الطلب التي يمكن الإطلاع عليها من طرف كل شخص معني، بمقر المجلس الشعبي البلدي مدة سنة واحدة وشهر وتعد رخصة البناء ملغاة إذا لم يتم الإنتهاء من أشغال البناء في الأجل المحدد في القرار المتضمن رخصة البناء، وفي هذه الحالة يتوجب تقديم طلب جديد لرخصة البناء إجبارياً لكل مشروع أو إستئناف للأشغال بعد أجل الصلاحية المحدد¹.

¹راجع في ذلك نص المادتين 56 و 57 من المرسوم التنفيذي رقم 15/ 19 السابق ذكره.

وفي حالة رفض منح رخصة البناء، يجب أن يكون الرفض مسببا ومعللا قانونا، ولطالب رخصة البناء تقديم طعن بنفس الإجراءات والأجال المحددة التي سبقت الإشارة إليها عند التطرق لشهادة قابلية الاستغلال، وحق رفع دعوى قضائية أمام المحاكم الإدارية المختصة¹.

ثانيا: رخصة التجزئة.

عرف الفقه رخصة التجزئة بأنها: القرار الإداري الصادر من سلطة مختصة قانونا، تمنح بمقتضاه الحق لصاحب ملكية عقارية واحدة أو أكثر أو موكله أن يقسمها إلى قطعتين أو عدة قطع لإستعمالها في تشييد بناية².

وقد أكد المشرع الجزائري على ضرورة الحصول على رخصة التجزئة وذلك من خلال نص المادتين 57 و 58 من قانون التهيئة والتعمير رقم 29/90، والمادة 7 من المرسوم التنفيذي رقم 19/15 المحدد كليات تحضير عقود التعمير وتسليمها، حيث نص على أن هذه الرخصة لازمة لكل عملية تقسيم ملكية عقارية واحدة أو عدة ملكيات مهما كان موقعها، إلى قطعتين أو عدة قطع، إذ كان يجب استعمال إحدى القطع الأرضية الناتجة عن هذا التقسيم أو عدة قطع أرضية لتشييد بناية.

وقد ألزم المشرع الجزائري بموجب القانون رقم 04/11 المحدد للقواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية، والرسوم التنفيذي رقم 431/13 المتضمن نموذج عقد حفظ الحق، المرقى العقاري على ضرورة حصوله على رخصة التجزئة، غير أننا نلاحظ بأن في بعض الأحيان أنّ المرقى العقاري لا يحتاج لتقسيم القطعة الأرضية محل الإنجاز، وبالتالي فهو لا يحتاج لإستخراج هذه الرخصة، وهذا معناه أن رخصة التجزئة ليست ضرورية كرخصة البناء التي يستلزم استخراجها قبل تشييد البناء.

¹ راجع في ذلك نص المادة 62 من المرسوم التنفيذي رقم 15 / 19 السابق ذكره.

² عزري الزين، المرجع السابق، ص 43.

ومن أجل حصول المرقي العقاري على رخصة التجزئة، يتعين عليه طبقاً لنص المادة 8 من المرسوم المذكور أعلاه، أن يقدم طلباً مدعماً بنسخة عقد الملكية، مرفقاً بملف يشمل مجموعة من الوثائق نصت عليها المادة 9 من نفس المرسوم.

ويودع هذا الطلب والوثائق المرفقة به في 5 نسخ إلى رئيس المجلس الشعبي البلدي للبلدية التي يتم إقامة المشروع فيها، ويدرس الملف من حيث مطابقته لتوجيهات مخطط شغل الأراضي أو في حالة إنعدام ذلك لتعليمات المخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير، ولقواعد العامة للتهيئة والتعمير¹.

بعد دراسة طلب رخصة التجزئة والوثائق المرفقة به من قبل الجهات المختصة، يبلغ القرار المتضمن رخصة التجزئة إلى صاحب الطلب في غضون شهرين من تاريخ إيداع الطلب، عندما يكون تسليم الرخصة من إختصاص رئيس المجلس الشعبي البلدي، و ثلاثة أشهر في جميع الحالات الأخرى، مع العلم أن هذه الرخصة لا تسلّم إلا إذا كانت الأرض المجزأة موافقة لمخطط شغل الأراضي المصادق عليه، أو تجاوزت مرحلة التحقيق العمومي أو مطابقة وثيقة التعمير التي تحل محل ذلك².

وتعتبر رخصة التجزئة ملغاة طبقاً لنص المادة 30 من المرسوم المذكور أعلاه في الحالات

الآتية:

- إذا لم يتم الشروع في أشغال التهيئة في أجل مدته 3 سنوات ابتداء من تاريخ تبليغ القرار.
- إذا لم يتم الإنتهاء من أشغال التهيئة المقررة في الأجل المحدد في القرار على أساس تقرير معد من طرف مكتب الدراسات الذي يحدد آجال إنجاز الأشغال، وبعد تقييم وتقدير السلطة المكلفة بتسليم رخصة التجزئة، إلا أنه في حالة ما إذا تم الترخيص بإنجاز الأشغال في مراحل، فإن الآجال المحددة والمقررة لانجازها، تطبق على أشغال مختلف المراحل.

¹ راجع في ذلك نص المادتين 10 و 11 من المرسوم التنفيذي رقم 19/15 السابق ذكره.

² راجع في ذلك نص المادتين 16 و 17 من المرسوم التنفيذي رقم 19/15 السابق ذكره.

وعندما تصبح رخصة التجزئة ملغاة فإنه لا يمكن الاستمرار في الأشغال إلا فيما يخص المراحل التي تم الإنتهاء من أشغال التهيئة فيها، ل يتم إعداد لرخصة تجزئة ثانية دون دراسة جديدة للملف، بشرط أن تكون الأشغال مطابقة لرخصة التجزئة الأولى المسلمة وطلب التجديد لا يخالف مواصفات التهيئة والتعمير¹.

ويمكن لصاحب طلب رخصة التجزئة الذي لم يرضه الرد الذي تم تبليغه به، أو في حالة سكوت السلطة المختصة في الآجال المطلوبة أن يودع طعنا، كما يمكنه رفع دعوى إلى الجهات القضائية المختصة، بنفس الإجراءات والآجال المحددة التي سبقت الإشارة إليها عند التطرق لشهادة قابلية الاستغلال بموجب المادة 30 من نفس المرسوم المذكور أعلاه.

من خلال دراستنا لهذا الفصل استخلصنا بأنه لكي ينعقد عقد حفظ الحق في بيع العقار المقرر بناؤه لا بد من وجود تراضي بين طرفي العقد، أي تطابق الإيجاب الصادر من المرقي العقاري بالقبول الصادر من صاحب حفظ الحق مطابقة تامة، واتفاقهما على جميع المسائل المتعلقة بالعقد، ولكي يكون التراضي صحيحا وناظدا لابد أن يكون المرقي العقاري بالغا 25 سنة كاملة (إذا كان شخص طبيعى) أما بالنسبة لصاحب حفظ الحق فيكفي أن تتوفر لديه أهلية الأداء طالما أن عقد حفظ الحق يعد من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر، كما يشترط أيضا أن يكون طرفي العقد في كامل قواهما العقلية أي أن لا يصيبهما أي عارض من عوارض الأهلية، وأن تكون إرادتهما غير معيبة بأي عيب من عيوب الإرادة، وبعد تحقق التراضي بين طرفي العقد لا بد أن يتم الاتفاق على محل العقد، وهذا معناه ضرورة

¹ الملاحظ أن هذه الإمكانية لم تكن مسموح بها في ظل القانون السابق، غير أن المشرع اتجه في ظل القانون الجديد إلى تيسير إجراءات طلب عقود التعمير والتخفيف في مدة دراسة هذه الطلبات التي كانت تتطلب في السابق وقت أطول بهدف القضاء على البيروقراطية الإدارية.

الاتفاق على العقار المحفوظ المقرر بناؤه والذي يشترط فيه أن يكون قابلا للوجود، وأن يكون قابلا للتعيين وأن يكون مشروعاً، بالإضافة إلى الاتفاق حول التسبيق المالي.

كما استخلصنا أيضاً بأن تحقق ركن التراضي لا يكفي لإبرام هذا العقد بل لابد من تحرير هذا العقد في الشكل الرسمي ووفق النموذج الخاص به وإخضاعه لعملية التسجيل، حيث نص المشرع الجزائري على ضرورة أن يكون هذا العقد رسمياً ومفرداً في النموذج الخاص به، أما المشرع الفرنسي فاشتراط أن يكون العقد التمهيدي مكتوباً ومسجلاً لكن لم يشترط أن تكون هذه الكتابة رسمية، بالإضافة إلى ضرورة أن يتضمن هذا العقد مجموعة من البيانات الإلزامية، وأن يرفق بالوثائق والرخص الإدارية اللازمة.

خاتمة الباب الأول:

من خلال دراستنا لهذا الباب استخلصنا إلى أنّ عقد حفظ الحق في بيع العقار المقرر بناؤه يعد عقد جديد من عقود الترقية العقارية نظمة المشرع الجزائري بموجب القانون رقم 07/86 المتعلق بالترقية العقارية الملغى، ثم بالقانون رقم 04/11 المحدد القواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية، أما المشرع الفرنسي فنظمه بموجب القانون رقم 03/67 المتعلق ببيع العقارات المقرر بناؤها والالتزام بضمان عيوب البناء.

وهو عبارة عن عقد رسمي ملزم لجانبين وغير ناقل للملكية، يلتزم بموجبه المرقى العقاري بحجز العقار المقرر بناؤه لصاحب حفظ الحق مقابل التزام هذا الأخير بدفع تسبيق مالي يودع في حساب خاص باسمه لدى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة في الترقية العقارية.

وهذا العقد قد يشابه مع بعض العقود كعقد البيع على التصاميم و البيع بالعربون وعقد الإذعان في بعض الخصائص، إلا أنه ينفرد بالعديد من الخصائص الأخرى جعلته يختلف عن غيره العقود، لذلك اختلف الفقه والقضاء في فرنسا حول تكييف هذا العقد، فمنهم من كيفة على أساس أنه عقد وعد بالتفضيل، ومنهم من كيفة بأنه وعد انفرادي بالبيع معلق على شرط واقف، ومنهم من كيفة بأنه عقد ذو طبيعة خاصة، لكنهم استقروا في الأخير إلى اعتباره عقد ذو طبيعة خاصة ملزم لجانبين أما المشرع الجزائري فيبدو لنا بأنه اعتبره وعد بالبيع ملزم لجانبين.

كما استخلصنا أيضا من خلال دراستنا لهذا الباب بأنه لكي ينعقد عقد حفظ الحق في بيع العقار المقرر بناؤه صحيحا ومنتجا لآثاره القانونية لابد من مراعاة الشروط الموضوعية والشكلية لإبرام عند إبرامه.

فبالنسبة للشروط الموضوعية لا بد من وجود تراضي بين طرفي العقد، أي تطابق الإيجاب الصادر من المرقي العقاري بالقبول الصادر من صاحب حفظ الحق، واتفاقهما على جميع المسائل المتعلقة بالعقد سواء كانت جوهرية أو ثانوية، أي تحقق ركن التراضي بينهما بالإضافة إلى اتفاقهما على محل العقد، وهذا معناه ضرورة الاتفاق على العقار المحفوظ المقرر بناؤه والذي يشترط فيه أن يكون قابلاً للوجود، وأن يكون قابلاً للتعيين وأن يكون مشروعاً، بالإضافة إلى الاتفاق حول التسبيق المالي الذي يلتزم صاحب حفظ الحق بدفعه للمرقي العقاري.

أما بالنسبة للشروط الشكلية فيقصد بها أن يتم إفراغ عقد حفظ الحق في الشكل الرسمي من قبل موثق ووفق النموذج الخاص به الذي حدده المشرع الجزائري بموجب المرسوم التنفيذي رقم 431/13، مع ضرورة إخضاعه لعملية التسجيل، حيث نص المشرع الجزائري على ضرورة أن يكون هذا العقد رسمياً ومفرغاً في النموذج الخاص به، أما المشرع الفرنسي فاشتراط أن يكون العقد التمهيدي مكتوباً ومسجلاً لكن لم يشترط أن تكون هذه الكتابة رسمية، كما يتعين أيضاً ضرورة أن يتضمن هذا العقد مجموعة من البيانات الإلزامية، وأن يرفق بالوثائق الإدارية كعقد الملكية وشهادة التعمير وشهادة التهيئة والشبكات، والرخص الإدارية اللازمة كرخصة البناء ورخصة التجزئة.

وبعد دراستنا لماهية عقد حفظ الحق في بيع العقار المقرر بناؤه وكيفية إبرامه في الباب الأول ننتقل لدراسة آثار عقد حفظ الحق في بيع العقار المقرر بناؤه، وهذا ما سوف نقوم بدراسته في الباب الموالي.

الباب الثاني:

آثار عقد حفظ الحق في بيع العقار

المقرر بناؤه.

الباب الثاني: آثار عقد حفظ الحق في بيع العقار المقرر بناؤه.

يرتب عقد حفظ الحق في بيع العقار المقرر بناؤه كسائر العقود الأخرى آثارا قانونية في مواجهة طرفيه، إلا أن هذه الآثار تختلف عن الآثار القانونية المقررة لدى باقي العقود الأخرى التي ينصب محلها على عقار، وذلك لأن هذا النوع من العقود لا ينصب محله على عقار موجود وقت التعاقد وإنما ينصب محله على عقار مقرر بناؤه مستقبلا، كما أن طبيعة عقد حفظ الحق باعتباره عقد تمهيدي غير ناقل للملكية، جعلت الآثار المترتبة عنه تختلف عن تلك المقررة في العقود الناقلة للملكية.

وتتمثل الآثار المترتبة على عقد حفظ الحق في بيع العقار المقرر بناؤه، في تلك الالتزامات التي تقع على عاتق كل من المرقي العقاري وصاحب حفظ الحق، باعتباره عقد ملزم لجانبين بالإضافة إلى الضمانات والوسائل القانونية التي قررها المشرع الجزائري حماية لصاحب حفظ الحق من الأخطار التي يمكن أن يتعرض لها جراء عدم تنفيذ المرقي العقاري لالتزاماته التعاقدية، كخطر عدم تنفيذ المرقي العقاري لالتزامه بإنجاز العقار المحفوظ المقرر بناؤه أو إتمامه، أو عدم تنفيذ إلتزامه بإبرام عقد بيع العقار المحفوظ بعد الانتهاء من إنجازهِ إلى صاحب حفظ الحق.

لذلك سوف نعرض من خلال هذا الباب الآثار القانونية المترتبة على عقد حفظ الحق في بيع العقار المقرر بناؤه، من خلال دراسة الإلتزامات التعاقدية المترتبة على المرقي العقاري في الفصل الأول، ثم نقوم بدراسة الإلتزامات التعاقدية المترتبة على صاحب حفظ الحق وطرق حمايته في الفصل الثاني.

الفصل الأول: الالتزامات التعاقدية المترتبة على المرقى العقاري.

بما أن عقد حفظ الحق هو عقد ملزم لجانبين فهذا معناه أنه يرتب التزامات متبادلة بين طرفيه، وقد رتب المشرع الجزائري بموجب هذا العقد جملة من التزامات التعاقدية على كل من المرقى العقاري وصاحب حفظ الحق، ومن بين الالتزامات الملقاة على عاتق المرقى العقاري الالتزام بحجز العقار المحفوظ، والالتزام بإنجازه طبقا للمواصفات والمدة المتفق عليها أثناء إبرام العقد، وهذين الالتزامين يتعين على المرقى العقاري تنفيذهما قبل إنجاز العقار المحفوظ المقرر بناؤه، أما الالتزامات التي يتعين على المرقى العقاري تنفيذها بعد إنجاز العقار المحفوظ فتتمثل في الالتزام بتسليم العقار المحفوظ لصاحب حفظ الحق وإعداد نظام الملكية المشتركة، والالتزام بإبرام عقد البيع النهائي ونقل الملكية.

لذلك سوف نقوم من خلال هذا الفصل بدراسة الالتزامات التعاقدية المترتبة على المرقى العقاري قبل إنجاز العقار المحفوظ في المبحث الأول، أما المبحث الثاني فنخصه لدراسة الالتزامات التعاقدية المترتبة على المرقى العقاري بعد إنجاز العقار المحفوظ.

المبحث الأول: التزامات المرقى العقاري قبل إنجاز العقار المحفوظ.

بما أن عقد حفظ الحق في بيع العقار المقرر بناؤه لا يعد عقد ناقل للملكية العقارية وإنما مجرد عقد تمهيدي يمهد لإبرام عقد البيع النهائي، وبما أن محل هذا العقد ينصب على عقار غير موجود أثناء التعاقد، فإن هذا العقد يلقي على عاتق المرقى العقاري قبل إنجاز العقار المحفوظ التزامين أساسيين لا يمكن تصور قيام هذا العقد بدونها.

الإلتزام الأول هو الإلتزام بحجز أو تخصيص العقار المقرر بناؤه لصاحب حفظ الحق، حيث يلتزم المرقى العقاري بعدم التصرف في العقار المحفوظ بعد الإنتهاء من إنجازه لأي شخص كان غير صاحب حفظ الحق .

أما الالتزام الثاني فهو الإلتزام بإنجاز العقار المحفوظ، وذلك لتحقيق الغاية من إبرام هذا العقد وهي إتمام إنجاز العقار المحفوظ في الأجل المحددة في العقد ونقل ملكيته إلى صاحب حفظ الحق ولكن بالرغم من أهمية هذا الإلتزام، إلا أنّ المشرع الجزائري لم ينص عليه صراحة من خلال أحكام القانون رقم 04/11 المحدد للقواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية، والمرسوم التنفيذي رقم 431/13 المحدد نموذج عقد حفظ الحق، وإنما نص على هذا الإلتزام ضمناً، وذلك عندما نص من خلال المادة 17 من القانون المذكور أعلاه على ضرورة أن يتولى المرقى العقاري تنفيذ أشغال إنجاز المشروع العقاري، كما نص على أجل التسليم في الملحق الخاص بعقد حفظ الحق، على اعتبار أن الإلتزام بالإنجاز له علاقة وطيدة بالتسليم، فلا يتم التسليم إلا إذا تم إنجاز العقار المحفوظ.

لهذا سنعرض في المطلب الأول إلتزام المرقى العقاري بحجز العقار المقرر بناؤه لصاحب حفظ الحق، أما المطلب الثاني فسنعرض فيه إلتزام المرقى العقاري بإنجاز العقار المقرر بناؤه.

المطلب الأول: الإلتزام بحجز العقار المقرر بناؤه لصاحب حفظ الحق.

إنّ الإلتزام الأساسي الذي يلقي على عاتق المرقى العقاري أثناء إبرام عقد حفظ الحق في بيع العقار المقرر بناؤه، هو الإلتزام بحجز أو تخصيص العقار المقرر بناؤه لصاحب حفظ الحق بحيث لا يمكن تصور هذا العقد دون هذا الإلتزام.

وتجدر الإشارة في بادئ الأمر، أنه بالرغم من أهمية هذا الإلتزام كونه يعد جوهر هذا العقد إلا أنّ المشرع الجزائري لم ينص عليه من خلال القانون رقم 04/11 المحدد للقواعد المنظمة لنشاط الترقية

العقارية، فبالرجوع إلى نص المادة 27 من هذا القانون¹، نجد أن المشرع الجزائري جعل الإلتزام الأساسي الذي يلقي على عاتق المرقى العقاري هو تسليم العقار المقرر بناؤه أو في طور البناء إلى صاحب حفظ الحق فور إنتهائه.

وهذا بخلاف ما نص عليه المشرع الفرنسي من خلال نص المادة 11 من قانون 3 جانفي 1967، أين جعل الإلتزام الأساسي الذي يرتب على عاتق المرقى العقاري بموجب هذا العقد، هو الإلتزام بحجز العقار المقرر بناؤه أو في طور البناء للمحجوز له، حيث نصت المادة 11 على أنه: "العقد الذي يلتزم بمقتضاه البائع بحجز عقار أو جزء من عقار للمشتري المحجوز له، في مقابل أن يدفع هذا الأخير مبلغ مالي كضمان يودع في حساب خاص " .

وقد حاول المشرع الجزائري تدارك هذا الوضع من خلال المرسوم التنفيذي رقم 431/13 المتضمن نموذج عقد حفظ الحق، أين جعل الإلتزام الأساسي الذي يقع على عاتق المرقى العقاري هو الإلتزام بالحجز -الذي أطلق عليه مصطلح التخصيص- بدلا من الإلتزام بالتسليم، وذلك بقوله: "يلتزم المرقى العقاري بموجب عقد حفظ الحق هذا بتخصيص لصاحب حفظ الحق المعين أعلاه، الملك العقاري المقرر بناؤه أو في طور البناء الذي تم وصفه أدناه، بغرض اقتنائه عند إتمامه، مقابل دفع تسبيق من طرف صاحب حفظ الحق....".

و يقصد بالإلتزام المرقى العقاري بحجز أو تخصيص العقار المقرر بناؤه أو في طور البناء إلى صاحب حفظ الحق، هو أن يلتزم المرقى العقاري بعدم التصرف في العقار موضوع التخصيص أو الحجز لشخص آخر غير صاحب حفظ الحق بعد الإنتهاء من إنجازه بأي شكل من أشكال التصرف سواء بالبيع

¹ نصت المادة 27 من القانون رقم 04/11 المحدد للقواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية على أنه: "عقد حفظ الحق هو العقد الذي يلتزم بموجبه المرقى العقاري بتسليم العقار المقرر بناؤه أو في طور البناء، لصاحب حفظ الحق، فور إنتهائه، مقابل تسبيق يدفعه هذا الأخير"

أو الهبة أو الإيجار...، وأن يلتزم بإبرام عقد البيع النهائي لنقل ملكية العقار المحفوظ لصاحب حفظ الحق، وإلا تعرض للعقوبات المنصوص عليها في التشريع المعمول به، والتي سوف نقوم بدراستها لاحقاً. كما يرى بعض الفقه الفرنسي بأن العقد التمهيدي الواقع على عقار مقرر بناؤه مستقبلاً ينشئ التزاماً على عاتق البائع بالإمتناع عن القيام بعمل، وهذا الإمتناع عن القيام بعمل يتمثل في عدم تقويت العقار محل العقد التمهيدي للغير إضراراً بمن سبق التعاقد معه بشأنه، وذلك تحت طائلة المطالبة بالتعويض عن الضرر اللاحق بالمشتري الأول¹.

وتجدر الإشارة إلى أنّ طبيعة الإلتزام بالحجز في العقد التمهيدي في فرنسا تختلف حسب الفترة التي أبرم فيها هذا العقد، فإذا أبرم قبل البدء في أعمال البناء كان إلتزام المرقى العقاري بالحجز سلبياً، ويقتصر على عدم البيع لغير المحجوز له، ويبرر هذا الحكم كون شروط العقد لم تحدد بعد بشكل نهائي، أما إذا أبرم العقد التمهيدي بعد البدء في أعمال البناء فإنّ إلتزام المرقى العقاري ينقلب إيجاباً ويعتبر بمثابة وعد بالبيع².

إلا أننا لا نوافق هذا الرأي، لأن طبيعة الإلتزام بالحجز في عقد حفظ الحق الذي نظمه المشرع الجزائري، لا تختلف حسب الفترة التي أبرم فيها هذا العقد، فسواء أبرم هذا العقد قبل البدء في أعمال البناء، أو بعد هذه المرحلة، فإن المرقى العقاري يبقى ملزم بحجز أو تخصيص العقار المقرر بناؤه لصالح صاحب حفظ الحق، بغرض بيعه له بعد إتمام عملية البناء وعدم التصرف فيه لصالح الغير.

¹ François Collart Dutilleul, les contrats préparatoire à la vente d'immeuble, Sirey Université, Paris, France, 1988, N 229 , P130.

² – Hélène Henry, op.cit, N 40, p 382.

– Jean Louis Bergel, op.cit, N 13-14, p 2669.

غير أن السؤال الذي يطرح نفسه في هذا الصدد، هو ما مصير عقد حفظ الحق في حالة قيام المرقي العقاري بحجز العقار المقرر بناؤه لأكثر من شخص؟

في البداية يجب إستبعاد العقود الباطلة التي لم يحترم أصحابها الأوضاع القانونية التي وضعها المشرع، كأن تكون أحد هذه العقود غير مستوفية لكافة الشروط القانونية التي حرص المشرع الجزائري على ضرورة توفرها في عقد حفظ الحق وإلاّ أعتبر باطلا، ومثال ذلك عدم تسجيل العقد، أو عدم تحريره في الشكل الرسمي من قبل الموثق...، وذلك لأن العقد الباطل يعد والعدم سواء، لكن الإشكال يثور عندما تكون كافة العقود التي أبرمها المرقي العقاري مع أصحاب حفظ الحق لنفس العقار المقرر بناؤه مستوفية لكافة الشروط القانونية.

وعليه فإنه في حالة قيام المرقي العقاري بإبرام عقود حفظ الحق مع أكثر من شخص أو بمعنى آخر تزام عدة متعاقدين بمقتضى عقود حفظ الحق لنفس العقار، لا بد من الرجوع إلى قواعد الترجيح، فالعبرة بالأسبقية المطلقة في التسجيل، حيث يتم ترجيح العقد الأسبق في عملية التسجيل حيث يكون العقد الأقدم في تاريخ التسجيل أرجح عن غيره.

وبعد دراستنا لالتزام المرقي العقاري بحجز العقار المحفوظ لصاحب حفظ الحق ننتقل لدراسة التزام المرقي العقاري بإنجاز العقار المحفوظ، وهذا ما سوف نقوم بعرضه في المطلب الموالي.

المطلب الثاني: التزام المرقى العقاري بإنجاز العقار المحفوظ.

يعد الإلتزام بإنجاز العقار المحفوظ المقرر بناؤه في عقد حفظ الحق، الإلتزام الأساسي الذي يقع على عاتق المرقى العقاري أثناء إبرام عقد حفظ الحق بعد التزامه بالحجز، والمحور الذي تدور عليه العملية التعاقدية، وهذا راجع إلى أن هذا الإلتزام يشكل في حد ذاته غاية ووسيلة.

فهو يعد غاية لأن صاحب حفظ الحق ما كان له ليقدم على التعاقد مع المرقى العقاري إلاّ لأمله في أن يتحقق إنجاز العقار محل الحفظ خلال الأجل المحدد، ووفقا للأوصاف المذكورة في عقد حفظ الحق، وطبقا للقياسات والأشكال المنصوص عليها في التصاميم الهندسية والمعمارية.

وهو أيضا يعد وسيلة لأنه يشكل وسيلة للإنتقال من مرحلة الانجاز إلى مرحلة التسليم بالإضافة إلى أنه يشكل مؤشرا لاستحقاق باقي الثمن، كما يشكل أيضا إعلانا للأطراف المتعاقدة بالإستعداد للدخول إلى مرحلة جديدة من التعاقد يتم تدشينها بالتوقيع على العقد النهائي.

وإذا كان الإلتزام بإنجاز العقار المحفوظ في عقد حفظ الحق يحظى بهذه الأهمية، فإن المشرع الجزائري لم يواكب هذه الأهمية بتنظيم محكم لهذا الإلتزام، فباستقراءنا للنصوص المنظمة لعقد حفظ الحق، سواء القانون رقم 04/11 المحدد القواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية، أو النموذج الخاص بعقد حفظ الحق المحدد بالمرسوم التنفيذي رقم 431/13، نلاحظ أن المشرع الجزائري لم يشر صراحة على هذا الإلتزام.

ونظرا لأن محل عقد حفظ الحق كما ذكرنا سابقا يرد على عقار غير موجود أثناء التعاقد فكان من المفروض - في رأينا- أن يجعل المشرع الجزائري الإلتزام بإنجاز العقار المحفوظ موضوع عقد حفظ الحق، محور التعريف الذي أورده على هذا العقد بموجب المادة 27 من القانون رقم 04/11 المذكور أعلاه، بدلا من الإلتزام بالتسليم، لأنه لا يمكن للمرقى العقاري أن ينفذ إلتزامه بالتسليم إلاّ بعد إنجاز

العقار المحفوظ، فالإلتزام بالإنجاز يسبق الإلتزام بالتسليم ويعد مصدرا له، وهو الذي يساهم في تحقيق وجود المحل في عقد حفظ الحق، وبدونه يكون تنفيذ الإلتزام بالتسليم مستحيلا.

وحتى يتمكن المرقى العقاري من تنفيذ إلتزامه بإنجاز العقار موضوع عقد حفظ الحق لابد أن يحرص على إتمام الإنجاز خلال الآجال المحددة في العقد، وأن يكون العقار المنجز مطابقا لمواصفات المحددة في بنود هذا العقد.

وفي هذا الصدد سوف نقوم بدراسة إلتزام المرقى العقاري بإنجاز العقار المحفوظ من خلال فرعين، نتناول في الفرع الأول إلتزام المرقى العقاري بإنجاز العقار المحفوظ خلال الأجل المحدد في العقد، أما الفرع الثاني فنخصصه لدراسة التزام المرقى العقاري بإنجاز العقار المحفوظ طبقا للمواصفات المحددة في العقد.

الفرع الأول: التزام المرقى العقاري بإنجاز العقار المحفوظ خلال الأجل المحدد في العقد.

يقصد بإنجاز العقار المحفوظ موضوع عقد حفظ الحق، قيام المرقى العقاري بكافة الأعمال الضرورية التي تؤدي إلى اكتمال وجود هذا العقار وجودا فعليا¹، لكن هذه الأعمال لا تكفي لتحقيق وجود العقار في عقد حفظ الحق، بل لابد أن يراعي المرقى العقاري أثناء قيامه بهذه الأعمال الأجل المحدد لإنجاز العقار المعني في العقد، والمواصفات المتفق عليها.

وعليه يتعين على المرقى العقاري أن ينفذ إلتزامه بإنجاز العقار المحفوظ خلال الأجل الذي يكون من المفروض أن يحدده المتعاقدان أثناء إبرام عقد حفظ الحق، إلا أن المشرع الجزائري لم ينص صراحة

¹ بالرغم من أن الما قول هو الذي يتولى عملية البناء، وليس المرقى العقاري، طبقا لنص المادة 16 من القانون رقم 04/11 التي نصت على أن: " كل شخص طبيعي أو معنوي يبادر بمشروع عقاري معد للبيع أو الإيجار، ملزم بالاستعانة بخدمات ماقول مؤهل قانونا حسب أهمية المشروع العقاري، وتؤسس العلاقة بين الطرفين بعقد ماقولة يبرم بعد الحصول على عقود التعمير المطلوبة"، إلا أن هذا الأخير يكون ملزم تجاه صاحب حفظ الحق بالقيام بجميع الأعمال التي من شأنها أن تؤدي إلى تحقيق وجود العقار المحفوظ، وبالتالي تنفيذ أشغال المشروع العقاري.

من خلال القانون رقم 04/11 المحدد للقواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية، والمرسوم التنفيذي رقم 431/13 المحدد نموذج عقد حفظ الحق، على ضرورة أن يتضمن عقد حفظ الحق المدة اللازمة لإنجاز أشغال البناء.

غير أنه وبالرجوع إلى المرسوم التنفيذي رقم 413/13 المحدد نموذج عقد حفظ الحق، نلاحظ أن المشرع الجزائري نص في الملحق الخاص بعقد حفظ الحق، على الأجل التقديري للتسليم، وذلك بقوله: " تحت طائلة العقوبات المنصوص عليها في التشريع المعمول به، وطبقا لأحكام المادتين 31 و 33 من القانون رقم 04/11 ...، يلتزم المرقي العقاري بنقل ملكية الملك العقاري المتفق عليه لصاحب حفظ الحق في أجل لا يتعدى... وذلك ابتداء من تاريخ التوقيع على هذا العقد"، ويلاحظ من خلال هذا النص أن المشرع الجزائري ربط آجال التسليم بآجال نقل الملكية، حيث جعل المدة التي يلتزم المرقي العقاري خلالها بنقل الملكية إلى صاحب حفظ الحق، هي نفس مدة تسليم العقار المحفوظ، وبما أن المشرع الجزائري حدد آجال التسليم فإننا نستنتج بطبيعة الحال بأنه لا يمكن للمرقي العقاري أن ينفذ إلتزامه بالتسليم إلا بعد إتمام الإنجاز، أو بمعنى آخر أن مدة إنجاز العقار هي التي تتحكم في مدة التسليم، بحيث لا يمكن للأطراف المتعاقدة أن يحددا أجل لتسليم العقار قبل أن يحددا آجال الإنجاز.

وبالتالي يكون المشرع الجزائري قد نص ضمنا على إلتزام المرقي العقاري بالإنجاز، لأنه لا يمكن الحديث عن التسليم إلا بعد الإنتهاء من أشغال البناء وجعل العقار صالحا لما أعد له وفق ما تم الاتفاق عليه في عقد حفظ الحق.

وهذا ما جعل بعض الفقه يعتبر الإلتزام بالتسليم إلتزاما تبعيا بمقارنته باللتزام البائع بإنجاز العقار داخل أجل معين، وأن الواقع العملي يؤكد أن البائع لا يتأخر في تسليم العقار المبيع بعد إنجازه إلا لظروف خارجة عن إرادته، كإكتشاف بعض العيوب الظاهرة بعد الإنتهاء من أشغال البناء¹.

أما بالنسبة لتحديد مدة الإنجاز، فيبدو لنا بأن المشرع الجزائري أراد ترك هذه المسألة إلى إرادة المتعاقدين، وبالرغم من أنه لم يشر إلى هذه المدة في عقد حفظ الحق، إلا أنه يتعين عن الأطراف المتعاقدة أن يحددا مدة إنجاز العقار محل الحفظ أثناء إبرام العقد والتي على أساسها يتم تحديد مدة التسليم.

والحكمة من عدم تحديد المشرع الجزائري لمدة إنجاز العقار محل الحفظ بنص قانوني وتركها لإرادة المتعاقدين - في رأينا- هو أن مدة إتمام المشاريع العقارية تختلف حسب طبيعتها، فكل مشروع عقاري يختلف عن الآخر من حيث مدة الإنجاز، بالإضافة إلى الظروف الإقتصادية والطبيعية والسياسية²، التي قد تطرأ في فترة إنجاز البناء، والتي من شأنها أن تحول دون إتمام الإنجاز خلال المدة التي يراها القانون مناسبة لمشروع معين، لذلك ترك المشرع الجزائري مسألة تحديد مدة الإنجاز لإرادة المتعاقدين أثناء إبرام العقد بما يتناسب وطبيعة المشروع.

وإذا كان المشرع الجزائري لم يتعرض صراحة على تحديد أجل للالتزام بالإنجاز في عقد حفظ الحق، وإنما يستنتج هذا الإلتزام بصورة ضمنية، وبالضرورة من الإلتزام بالتسليم الذي يقع على عاتق المرقى العقاري، حيث يكون الإلتزام بالإنجاز مقيدا وجوبا بأجل محدد هو أجل الإلتزام بالتسليم، ولا يمكن

¹ Philippe Malinveaud, Philippe Jestaz, op.cit, N 311, p 360.

² إن إنجاز العقار في الموعد المحدد في العقد يكون رهين مجموعة من العوامل المتداخلة، تتمثل أساسا في الظروف الطبيعية والمناخية، ووفرة السيولة النقدية، وتوفر مواد البناء، وأيضا الظروف السياسية التي تمر بها البلاد...، ناهيك عن حسن الإشراف و التتبع من طرف المرقى العقاري والأشخاص الذي يستعملهم لإنجاز وتنفيذ مشروعه.

أن يتجاوزه، فالأمر يختلف لدى المشرع الفرنسي الذي يفرض تحديد أجل لإنجاز البناء، حيث نص من خلال المادة (L 261-15/2) من قانون البناء والسكن الفرنسي، على ضرورة أن يتضمن العقد التمهيدي المدة اللازمة لتنفيذ أشغال البناء¹، وبالتالي يبطل هذا العقد في حالة عدم تحديد المدة اللازمة لتنفيذ أشغال البناء.

كما يرى بعض الفقه الفرنسي بأنه حتى يتمكن المرقي العقاري من قيامه بالتسليم عليه أولاً إتمام أشغال المشروع في الآجال المحددة في العقد، أي التزامه بتشييد العقار، ويعتبر هذا الأخير عديم الأثر والفعالية في القانون الفرنسي إذا لم يتضمن آجال الإنهاء من الأشغال المنصوص عليه في العقد، والمعرفة المسبقة لهذا الأجل مهم بالنسبة للتسليم².

وعليه يتعين على المرقي العقاري أن ينفذ خلال المدة المتفق عليها في العقد كافة الأعمال التي تؤدي إلى اكتمال بناء العقار، غير أن السؤال الذي يطرح نفسه في هذا المقام هو: متى يمكن اعتبار العقار المقرر بناؤه مكتمل البناء؟ أو بمعنى آخر ما هي المعايير التي على أساسها يمكننا اعتبار أن العقار مكتمل البناء، وهل يكفي اعتبار أن المرقي العقاري قد انتهى من تنفيذ أعمال البناء بمجرد اعتبار أن العقار مكتمل البناء؟

¹ L'article L 261-15/2 du code de la construction et de l'habitation : « Ce contrat doit comporter les indications essentielles relatives à la consistance de l'immeuble, à la qualité de la construction et aux délais d'exécution des travaux ainsi qu'à la consistance, à la situation et au prix du local réservé. »

² Jean Calais Auloy, Henri Temple, les contrats de consommation, 8 édi, Dalloz, France, 2012, p 498.

لم يحدد المشرع الجزائري المعيار الذي يعول عليه لاعتبار أن المرقى العقاري قد نفذ إلتزامه بإتمام الإنجاز من عدمه، إلا أنه عرّف الإتمام الكامل للبناء¹ من خلال نص المادة 14/3 من القانون رقم 04/11 المحدد للقواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية بأنه: " رفع التحفظات التي تم إبدأؤها على إثر الإستلام المؤقت للأشغال وإصلاح عيوب البناء الملاحظة وذلك قبل الإستلام النهائي للمشروع العقاري ".

ويتضح لنا من خلال هذا النص بأن العقار المقرر بناؤه يكون مكتمل البناء بعد الإنتهاء من كل الأشغال الضرورية لإتمام البناء، والتي تثبت بمحضر يتم إعداده والتوقيع عليه بين المرقى العقاري والمقاول الذي كلف بإنجاز مشروع البناء، وهذا ما يسمى بالتسليم المؤقت² ثم رفع التحفظات التي أبديت من طرف المرقى العقاري على إثر الإستلام المؤقت للأشغال وقيام المقاول بإصلاح عيوب البناء الملاحظة وذلك قبل الإستلام النهائي للمشروع العقاري من طرف المرقى العقاري.

أما المشرع الفرنسي فنص من خلال المادة (ر 1-261) من قانون البناء والسكن الفرنسي على أن العقار يعد مكتمل الإنجاز متى نفذت الأعمال و تم تركيب عناصر التجهيزات الضرورية لاستعمال العقار موضوع التعاقد في الغرض المعد له، ولا يؤثر في اعتبار العقار المكتمل أن يكون هناك بعض العيوب غير الجوهرية مادام هذا العيب لا يحول دون استعمال العقار وفقا للغرض المخصص له، أو عدم مطابقة ما تم تنفيذه من أعمال للشروط المنصوص عليها في العقد³ .

¹ عرف المشرع الجزائري إتمام إنجاز البناية بموجب نص المادة 5/2 من القانون رقم 15/08 المحدد لقواعد مطابقة البناءات وإتمام إنجازها، ج. ر عدد 44، المؤرخة في 2008/08/03، بأنه: " الإنجاز التام لهيكل والواجهات والشبكات والتهيئات التابعة لها " .

² عرفت المادة 3 من القانون رقم 04/11 المحدد للقواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية، في فقرتها الأخيرة التسليم المؤقت بأنه: " محضر يتم إعداده والتوقيع عليه بين المرقى العقاري والمقاول بعد انتهاء الأشغال " .

³ L'article R 261- 1 du code de la construction et de l'habitation « L'immeuble vendu à terme ou en l'état futur d'achèvement est réputé achevé au sens de l'article 1601-2 du code civil, reproduit à

لذلك يعد العقار مكتمل البناء إذا انتهى المرقى العقاري بالفعل من إقامة العناصر الجوهرية اللازمة للاستعمال بحسب الغرض المعد له العقار، والإخلال بهذا الإلتزام يثبت بمجرد عدم تحقق النتيجة، دون حاجة لإثبات الخطأ كون عدم الانجاز بحد ذاته يعتبر خطأ¹، لأن إلتزام المرقى العقاري بالبناء هو إلتزام بتحقيق نتيجة وليس ببذل عناية²، وبالتالي لا يكفي بذل العناية اللازمة من طرف المرقى

=l'article L. 261-2 et de l'article L. 261-11 du code de la construction et de l'habitation, lorsque sont exécutés les ouvrages et sont installés les éléments d'équipement qui sont indispensables à l'utilisation, conformément à sa destination, de l'immeuble faisant l'objet du contrat. Pour l'appréciation de cet achèvement, les défauts de conformité avec les prévisions du contrat ne sont pas pris en considération lorsqu'ils n'ont pas un caractère substantiel, ni les malfaçons qui ne rendent pas les ouvrages ou éléments ci-dessus précisés impropres à leur utilisation ».

وقد تعرض هذا التعريف للعديد من اللانتقادات من قبل الفقه، حيث يرى الأستاذ "عبد الحفيظ مشماشي" بأن المعيار الذي اعتمده المشرع الفرنسي في هذا التعريف يبقى غامضا وغير دقيق، ولا يكتسي صبغة العمومية، إذ أن تحديد ماهية العناصر الجوهرية اللازمة للاستعمال تختلف تبعا لنوع الإستعمال الذي سيخصص له العقار، فالعناصر المعدة للاستعمال السكني تختلف عن العناصر الجوهرية اللازمة في المحلات المعدة للاستعمال التجاري أو الصناعي أو المهني، وبالتالي يبقى على القضاء تحديد هذه العناصر الجوهرية على ضوء كل حالة على حدة، مع الأخذ بعين الاعتبار دائما الإرادة المشتركة للطرفين، وما جرت به العادة أو العرف.

لذلك يرى الأستاذ مشماشي بأن مفهوم الانجاز يتحقق بالانتهاء من أشغال البناء من جهة، وأن تكون هذه الأشغال قد أنجزت مراعية لضوابط البناء العامة والخاصة المنصوص عليها في قوانين التعمير، والتي تتكلف بمراقبتها المعاينة الإدارية، علاوة على موافقة البناء للشروط والمواصفات التعاقدية التي ضمنها الأطراف في العقد الابتدائي -عقد حفظ الحق- أو وقع التصريح بها في دفتر الشروط من جهة ثانية، التي يتعين مراعاتها أثناء المعاينة التقنية.

راجع في ذلك: مشماشي عبد الحفيظ، المرجع السابق، ص 252.

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج 7، مجلد 1، العقود الواردة على العمل، المقاول، الوكالة، الوديعة، الحراسة، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1964، ص 134.

² غير أن المشرع الفرنسي وبالرغم من أنه لا يرى بأن التزم البائع بإقامة البناء في العقد التمهيدي هو تحقيق نتيجة حيث ذهب إلى اعتبار أن الحاجز ليس ملزما بتنفيذ مشروع البناء، ومن بين الأسباب التي قد تؤدي إلى عدم اتخاذ قرار القيام بعملية البناء مثلا عدم توفر الموارد المالية، وفي هذه الحالة يسترجع المحجوز له وديعة الضمان، وهذا لا يوافق ما ذهب إليه المشرع الجزائري، الذي اشترط أن تتوفر لدى المرقى العقاري القدرات المالية الكافية لإبرام عقد حفظ الحق، وهذا ما أكدته نص المادة 12 من القانون رقم 04/11 المذكور أعلاه بقولها: " يجب أن يبادر بالمشاريع العقارية المعدة للبيع أو للإيجار، محترفون يمتلكون المهارات في هذا المجال والقدرات المالية الكافية ".

العقاري لتحقيق العقد، إنما يلتزم بكل ما يجعل العقار جاهزا لتأدية الغرض المقصود منه ومحققا لكافة المواصفات المتفق عليها في العقد.

ومن خلال كل ما سبق لنا ذكره نستنتج في الأخير بأن الأجل المحدد لإنجاز البناء يعد عنصر أساسي في عقد حفظ الحق، ويكون المرقى العقاري قد إحترم الأجل المتفق عليه إذا قام بإتمام البناء في الآجال المحددة لذلك، والتاريخ الذي يعتمد عليه لتقدير إحترام المرقى العقاري للأجل المتفق عليه لإنجاز البناء، هو التاريخ الذي يقوم المتعاقدان بتحديدته أثناء إبرام العقد، والذي يفترض أن لا يتجاوز آجال تسليم العقار محل الحفظ.

فالتزام المرقى العقاري بالإنجاز هو التزام بتحقيق نتيجة يسأل عن عدم تحققها مهما كان سبب عدم التنفيذ، ولا يمكنه التذرع ببذل العناية اللائمة، فلا يستطيع أن يتحلل من مسؤوليته عند الإخلال بالتزامه بالبناء في الأجل المحدد في العقد إلا إذا أثبت بأن هذا الإخلال كان نتيجة سبب أجنبي. وفي حالة عدم إحترام المرقى العقاري للأجل المتفق عليه في العقد، وأمام غياب نص خاص ينظم الجزاء الذي يترتب عن إخلال المرقى العقاري بهذا الإلتزام، يكون لصاحب حفظ الحق طبقا للقواعد العامة أن يطالب المرقى العقاري بتنفيذ العقد أو فسخه، طبقا لنص المادة 119 من القانون المدني الجزائري، وهذا ما سوف نقوم بدراسته في الفصل الثاني من هذا الباب.

وبعد أن قمنا بدراسة التزام المرقى العقاري بإنجاز العقار محل عقد حفظ الحق في المدة المحددة في العقد، ننتقل لدراسة التزام المرقى العقاري بإنجاز العقار المحفوظ طبقا للمواصفات المحددة في العقد، وهذا ما سوف نقوم بعرضه في الفرع الموالي.

الفرع الثاني: التزام المرقى العقاري بإنجاز العقار المحفوظ طبقا للمواصفات المحددة في العقد.

بما أن التزام المرقى العقاري بإنجاز العقار محل حفظ الحق كما ذكرنا سابقا هو التزام بتحقيق نتيجة، فهذا معناه أن التزام المرقى العقاري بإنجاز العقار في المدة المحددة لا يكفي لتحقيق هذه النتيجة، بل يجب فضلا عن ذلك، أن ينجز العقار طبقا للمواصفات والشروط المحددة أثناء إبرام العقد.

وبالرغم من أن التزام المرقى العقاري بإنجاز العقار طبقا للمواصفات التي سبق الإتفاق عليها أثناء إبرام العقد، يعد التزام ضروري في عقد حفظ الحق، إلا أنّ المشرع الجزائري لم ينص على هذا الالتزام من خلال القانون رقم 04/11 المحدد للقواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية، والمرسوم التنفيذي رقم 413/13 المحدد نموذج عقد حفظ الحق¹، كما أنه لم يضع مفهوم خاص بالمطابقة وهو ما أدى إلى الخلط بين عدم المطابقة وبين عيوب البناء الأخرى المشابهة كالعيوب الخفية والعيوب الظاهرة.

و انطلاقا مما سبق، سوف نقوم بدراسة مفهوم المطابقة في الفقرة الأولى، ثم نتولى دراسة التمييز بين عدم المطابقة وبين عيوب البناء وذلك في الفقرة الثانية.

الفقرة الأولى: مفهوم المطابقة.

لم يضع كل من المشرع الجزائري وكذا نظيره الفرنسي مفهوما للمطابقة، وإنما أشارا ضمنا من خلال القواعد العامة للصور الثلاثة للمطابقة والمتمثلة في المطابقة الوصفية، والمطابقة الكمية بالإضافة إلى المطابقة الوظيفية².

¹ مع العلم أن المشرع الجزائري نص من خلال المادة 1/42 من القانون رقم 07/86 المتعلق بالترقية العقارية الملغى على المطابقة، حيث نصت هذه المادة على أنه: " يتعين على المكتب بإنجاز إحدى عمليات الترقية العقارية أن ينهي الأشغال بإنهاء مطابقا " .

² حيث نص كل من المشرع الجزائري والفرنسي على المطابقة الوصفية من خلال نص المادة 364 من القانون المدني الجزائري، والمادة 1614 من القانون المدني الفرنسي، أين ألزم البائع بضرورة تسليم الشيء حسب الحالة التي كان عليها

أما على صعيد كل من الفقه والقضاء الفرنسي، فنلاحظ تردد الاتجاهات حول تحديد مفهوم المطابقة، فتارة تميل إلى الجمود على المعنى وتارة تنحى إلى المرونة في المفهوم، أين ظهر إتجاهان الأول فقهي يتبنى مفهوما ماديا للمطابقة، والآخر قضائي يعتمد مفهوما وظيفيا مرنا لها.

حيث يرى أصحاب الاتجاه الأول الذي أعطى مفهوما ماديا للمطابقة، بأن المطابقة تعني موافقة الشيء محل العقد في جوهره وعناصره الأساسية للشيء الذي تم الإتفاق عليه¹، وهي في عقد بيع العقار قبل الإنجاز بصفة عامة وعقد حفظ الحق بصفة خاصة موافقة البناء في النوع (المطابقة الوصفية) و الحجم (المطابقة الكمية) لما تم الإتفاق عليه أثناء إبرام العقد.

وبهذا المفهوم يكون المرقي العقاري ملزما بإنجاز عقار بنفس الخصائص المحددة عند إبرام العقد، وفي عقد حفظ الحق غالبا ما يتم تحديد صفات العقار المقرر إنجازها من خلال نموذج هذا العقد، التصاميم والمخططات والرسومات المرفقة بالعقد والتي تصف هذا العقار وصفا دقيقا نافيا للجهالة، وهذا ما يسمى بالمطابقة الوصفية.

أما المطابقة الكمية فيقصد بها أن يلتزم المرقي العقاري بإنجاز العقار طبقا للمقدار المتفق عليه في العقد، فإذا تم إبرام عقد حفظ الحق على أساس أن تكون مساحة البناية مقدرة ب 150 م² مثلا يستلزم على المرقي العقاري أن ينجز العقار محل العقد طبقا للمساحة المقدرة دون زيادة أو نقصان.

=المبيع أثناء التعاقد، وهذا معناه ضرورة أن يلتزم البائع بتسليم المبيع طبقا للمواصفات التي تم الإتفاق عليها أثناء إبرام العقد، وفي حالة الإخلال بهذا الالتزام لا يكون البائع موفيا لالتزامه بالتسليم على الوجه الصحيح والكامل. كما نص أيضا على المطابقة الكمية من خلال نص المادة 365 من القانون المدني الجزائري والمادة 1616 من القانون المدني الفرنسي، أين ألزم البائع بضرورة تسليم المبيع حسب المقدار المتفق عليه في العقد دون زيادة أو نقصان. أما المطابقة الوظيفية، فنص عليها المشرع الجزائري من خلال نص المادة 386 من القانون المدني والتي يقصد بها صلاحية المبيع للاستعمال المقصود.

¹ Saint Alary, op. cit, p 12.

وتجدر الإشارة في هذا الصدد بأن تقدير هذه المطابقة يتم وقت التسليم، وذلك من خلال مقارنة العقار المنجز لما هو متفق عليه من الناحية المادية، فإذا ظهر مطابقاً في عناصره وخصائصه المميزة المتفق عليها، يكون المرفقي العقاري قد نفذ التزامه بالتسليم وإذا كان عكس يكون للمشتري -صاحب حفظ الحق- الحق في رفع دعوى المطابقة¹.

إلا أن ما يؤخذ على هذا المفهوم هو عدم كفاية ما يوفره من حماية للمشتري، طالما أن حقه في دعوى المطابقة يسقط بمجرد قبوله للشيء دون تحفظ، فعادة ما يصعب على المشتري معرفة مدى مطابقة الشيء المبوع دون استعماله، فكيف يتسنى له استعماله وحقه في المطابقة يسقط من لحظة القبول غير المصحوب بتحفظ، ومن ناحية أخرى فإن التمسك بالموافقة المادية لا يساعد في بعض الحالات على تمييز المطابقة عن العيب، فلو تم الاتفاق مثلاً على إقامة مبنى على مساحة معينة ثم ظهر عند التسليم نقص في المساحة فإننا نكون أمام عدم مطابقة مادية وعيب بالمفهوم المادي مادام أن نقص المساحة ينقص من قيمة المبنى ومنفعته².

وأمام عجز المفهوم المادي للمطابقة عن تحقيق الحماية اللازمة للمتعاقد، ذهب القضاء الفرنسي³ (أصحاب الاتجاه الثاني) إلى استبدال المفهوم المادي للمطابقة بالمفهوم الوظيفي، ولم تعد المطابقة موافقة الشيء لما هو متفق عليه أو تضمنه العناصر الأساسية التي تم الاتفاق عليها، بل أصبحت المطابقة صلاحية الشيء للاستعمال المقصود وهو ما لا يتحقق إلا باستعمال الشيء بعد تسلمه، وبهذا يكون القضاء الفرنسي قد وسع من مفهوم عدم المطابقة لتأخذ معنى عدم الصلاحية أيًا كان سببها عيباً

¹Jacques Ghestin, *Conformité et garanties dans la vente (produits mobiliers)*, L.G.D.J, Paris, France, 1983, p 225.

² علاء حسين علي، المرجع السابق، ص 129.

³ Civ, 1^{ère} ch, 5 novembre 1985, Tri. Dr. Civ, 1986, p 370.

نقلا عن: علاء حسين علي، المرجع السابق، ص 130.

أم اختلافاً بالمواصفات، حيث أصبح مالك المشروع يسأل بموجب هذا المفهوم الوظيفي عن عدم صلاحية المبنى للغرض المراد منه سواء كان ذلك لعيب في المبنى أو نتيجة لعدم مطابقته المادية لما هو متفق عليه.

ولعل الصورة المثلى لعدم مطابقة العقار لما أعد له من وجه الاستعمال، ما يحدث عمليا من إعلان صريح من طرف البائع بأن العقار مخصص للاستعمال السكني فقط ويتفق مع المشتري على هذا الأساس، في حين يقوم هذا الأخير بتغيير وجه استعمال بعض الشقق وتخصيصها للاستعمال التجاري أو الحرفي أو المهني بالإضافة إلى السكن، ويكون من نتائج هذا التغيير الإضرار بمصالح فئة المشتريين الذين أقدموا على شراء هذه الشقق نظرا لكونها مخصصة في مجموعها للسكن، وذلك هروبا من العمارات ذات الاستعمال المتعدد وما يترتب عن ذلك من مشاكل ترتبط أساسا بتخصيص بعض المحلات لممارسة بعض الأنشطة المضرة بالصحة أو المقلقة للراحة إلى غير ذلك¹.

إلا أن هذا التوسع في مفهوم المطابقة أدى إلى التداخل والخلط بين عدم المطابقة و بين العيب، فإذا كانت عدم المطابقة طبقا للمفهوم الوظيفي هي عدم صلاحية المبنى الظاهرة للغرض المقصود منه، والتي يكتشفها المشتري عند التسليم وإن كان العيب هو عدم الصلاحية الغير الظاهرة فإن مالك مشروع البناء يكون ملزما بضمان عدم الصلاحية الظاهرة لا من خلال ضمان المطابقة وإنما من خلال التزامه بضمان العيب الظاهر، فيزول بذلك مبرر اللجوء إلى ضمان المطابقة بالمفهوم الوظيفي².

وبعد أن تطرقنا لكل من المفهوم المادي والمفهوم الوظيفي للمطابقة يتبادر إلى الذهن سؤال جوهري يتعلق بالمعيار الذي أخذ به المشرع الجزائري، هل أخذ بالمعيار المادي أو بالمعيار الوظيفي؟

¹ عبد الحفيظ مشماش، المرجع السابق ص 271.

² علاء حسين علي، المرجع السابق، ص 132.

بالرجوع إلى نص المادة 2/26 من القانون رقم 04/11 المحدد القواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية، والتي نصت على أنه: " وزيادة على رضا الطرفين بشأن الشيء المبيع وسعر البيع المتفق عليه، 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 "، نجد بأن المشرع الجزائري أخذ بالمعيار الوظيفي، حيث أكد على ضرورة صلاحية العقار للغرض المقصود منه.

إلا أن هذا المعيار لا يعد كافيا في نظرنا، لأن التزام المرقى العقاري بمطابقة العقار المنجز حسب الغرض المقصود منه لا يكفي لكي تتحقق فكرة المطابقة، بل لابد أن يكون العقار المنجز مطابقا للمواصفات والشروط المتفق عليها في العقد، و أن يحقق ما أعد له من غرض أي الأخذ بكل المعيارين المعيار المادي والمعيار الموضوعي.

ويجب التنويه في هذا الصدد بأن هناك فرق بين عدم المطابقة وبين عيوب البناء، فإذا خالف مالك المشروع المواصفات المتفق عليها في العقد واستعمل مواد بناء غير متفق عليها كان المبنى غير مطابق، أما عيوب البناء فهي لا تتعلق بالمواصفات المتفق عليها وإنما بطريقة تنفيذ الأعمال، كأن يستخدم مالك المشروع نفس مواد البناء المتفق عليها، لكنه إستخدمها استخداما معيبا وهذا ما سوف نقوم بتوضيحه في الفقرة الموالية.

وعليه فإنه يتوجب على المرقى العقاري أن يسلم لصاحب حفظ الحق عقار مطابق للمواصفات المتفق عليها في العقد وحسب الغرض المخصص له، فالالتزام المرقى العقاري بإقامة البناء مطابقا للمواصفات هو التزام بتحقيق نتيجة مثله في ذلك مثل التزامه بالبناء أو الانجاز، لأنه يتوجب عليه أن يسلم للمشتري العقار مطابقا تماما للعقد، ولا يقبل منه الإدعاء بأنه بذل العناية اللازمة لتقديم العقار

مطابق للعقد ولم يتمكن من ذلك¹، فإذا اتضح أثناء التسليم إنعدام المطابقة، فإن المرقى العقاري يكون مسؤولاً لعدم تحقيق النتيجة المطلوبة².

الفقرة الثانية: التمييز بين عدم المطابقة وبين عيوب البناء.

لقد أشرنا سابقاً بأن فكرة عدم المطابقة تختلف عن فكرة عيوب البناء، سواء كانت هذه العيوب ظاهرة أم خفية، غير أنهما قد يختلطان ببعضهما البعض، بحيث يصعب التحقق مما إذا كنا بصدد عدم مطابقة البناء للمواصفات أو بصدد عيب فيه، الأمر الذي يستدعي التساؤل حول ما إذا كان مفهوم العيب يستغرق مفهوم المطابقة أم لكل مفهوم نطاقه ومجال تطبيقه.

لذلك يجدر بنا أن نفرق بين عدم المطابقة وبين العيب الظاهر (أولاً)، وعدم المطابقة والعيب الخفي (ثانياً)، وذلك على النحو الآتي:

أولاً: التمييز بين عدم المطابقة والعيب الظاهر.

بالرغم من أن المشرع الجزائري نص على العيب الظاهر الذي يطال العقارات المقرر إنجازها أو في طور الإنجاز، في ظل القانون رقم 04/11 المحدد القواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية، إلا أنه لم يتعرض بكيفية صريحة لتحديد المقصود بالعيب الظاهر الذي يوجب الضمان على المرقى العقاري ويجعله مسؤولاً أمام المشتري، كما أنه لم يعطي معيار التفرقة بين العيب الظاهر وعم المطابقة³.

¹ راجع في ذلك: عياشي شعبان، ص 182.

² ممدوح محمد علي مبروك، ضمان مطابقة المبيع في نطاق حماية المستهلك، دار النهضة العربية، 2008، ص 113 هامش رقم 1.

³ نلاحظ أن المشرع الجزائري لم ينص صراحة على التزام المرقى العقاري بضمان العيوب الظاهرة، حيث أشار المشرع الجزائري على العيب الظاهر كضمان يقع على عاتق المرقى العقاري لأول مرة بموجب القانون رقم 07/86 المتعلق بالترقية العقارية الملغى، حيث نصت المادة 39 منه على أنه: " يتحمل المكتتب بإحدى عمليات الترقية العقارية العيوب الظاهرة التي تشتمل عليها العمارة، ولا يمكن أن تبرأ ذمته منها قبل انقضاء أجل ثلاثة أشهر على تسلم المترشح لملكية هذه

أما على صعيد الفقه، فقد تلقى العيب الظاهر العديد من التعاريف، حيث عرفه الأستاذ عبد القادر العرعاري بقوله: " يكون العيب ظاهرا متى كان باديا للعيان بحيث يمكن كشفه بالفحص المعتاد من غير مشقة ولا كلفة"¹.

كما عرفت العيوب الظاهرة أيضا بأنها: " تلك العيوب التي يمكن لرب العمل أو من ينوبه في عملية التسليم إكتشافها، لو أنه بذل في فحصها ومراجعتها ما يبذله الشخص العادي من نفس طائفته"² أما محكمة النقض الفرنسية فعرفته في أحد قراراتها بأنه العيب الذي يتم الكشف عنه عقب الفحص السطحي للشيء المبيع.³

ومن خلال استقراءنا لكل هذه التعاريف يتضح لنا بأن المقصود بالعيوب الظاهرة تلك العيوب التي يمكن للمتعاقد إكتشافها بسهولة بمجرد فحص العقار، كما يتضح لنا أيضا بأن المعيار المعتمد لاكتشاف

=العمارة..."، ثم أشار إليه بموجب المرسوم التشريعي رقم 03/93 المتعلق بالنشاط العقاري الملغى، وذلك عند الحديث عن آجال تنفيذ أشغال إصلاح العيوب الظاهرة، حيث نصت المادة 15 منه على أنه: " يحدد العقد المذكور في المادتين 9 و 10 أعلاه، الآجال الضرورية لتنفيذ أشغال إصلاح العيوب الظاهرة و/ أو حسن سير عناصر تجهيز البناية ". كما أبقى المشرع الجزائري هذا الضمان بموجب القانون رقم 04/11 المحدد القواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية، حيث نص من خلال المادة 44 منه على أنه: " تحدد آجال تنفيذ الأشغال الضرورية لإصلاح عيوب البناء و/ أو حسن سير عناصر تجهيزات البناية بموجب العقد المذكور في المادة 26 أعلاه"، حيث اكتفى المشرع الجزائري من خلال هذه المادة بعبارة إصلاح عيوب البناء، بما فيها العيوب الظاهرة والعيوب الخفية.

¹ عبد القادر العرعاري، المسؤولية العقدية للمقاول والمهندس المعماري بالمغرب، مطبعة الكرامة، الرباط، 2008، ص 246.

² سبيل جعفر حاجي عمر، المرجع السابق، ص 237.

³ Cas. Civ, 3 ch, 23 janvier 1980, bull.civ,3 , n 22.

نقلا عن: عبد الحفيظ مشماش، المرجع السابق، ص 301.

هذه العيوب هو معيار موضوعي وليس معيار شخصي، قوامه قدرة الشخص متوسط العناية على اكتشاف العيب، فالعبرة بقدرة الشخص العادي لا بقدرة الشخص الفني الخبير¹.

أما فكرة عدم المطابقة²، فتتحقق عندما لا يحقق العقار المسلم ما أعد له من غرض أو عندما يخالف العقار المسلم المعايير القانونية واللائحية وما جرى عليه العرف، أو عندما يخالف العقار المسلم النماذج والرسومات التي صدر بشأنها رضا المشتري³.

وانطلاقاً مما سبق حاولنا التفرقة بين عدم المطابقة وبين العيب الظاهر في ما يلي:

* عدم المطابقة تعني عدم مطابقة العقار المنجز للمواصفات المتفق عليها في العقد، ويقصد بالمواصفات المعايير التي تحدد ذاتية المعقود عليه وأوصافه، فيدخل في نطاق عدم المطابقة مثلاً: عدم الالتزام بالمخططات الموضوعية للمبنى، والمساحات الموصوفة فيها، واستخدام مواد بناء مغايرة عن المواد المتفق عليها في العقد، أو استخدام مواد أقل جودة من المواد المتفق عليها....، أما العيوب فتعني وجود خلل ما

¹ فالعيب الواحد يمكن أن يعتبر ظاهراً لشخص متخصص في مجال البناء، وخفي بالنسبة لشخص عادي أو جاهل بأمور البناء، فلو تم تقدير صفة العيب بمقتضى المعيار الشخصي للمشتري ومعلوماته الخاصة فإن تخصص هذا الأخير هو الذي يوضح ما إذا كان العيب ظاهراً أم خفياً، لأن المشتري العادي الجاهل بالنواحي الفنية يجعل العيب خفياً بالنسبة له في حدود معلوماته ومهاراته العادية، أما إذا تم تقدير صفة العيب أخذاً بالمعيار الموضوعي فإنه لا ينظر هنا لكون المشتري يستطيع اكتشاف العيب أم لا، وما إذا كان متخصص أم لا، وإنما ينظر هنا إلى أوساط الناس في نفس ظروف المشتري ومعلوماته الفنية، فإذا استطاع اكتشاف العيب فيعتبر بذلك ظاهراً، أما إذا لم يستطيع اكتشافه فيكون العيب خفياً. راجع في ذلك: سمير عبد السميع الأودن، المرجع السابق، ص 74، 75.

² هناك نوعان من عدم مطابقة المعقود عليه للمواصفات المتفق عليها في العقد، أولها عدم المطابقة الجوهرية، وهي التي تؤثر في استعمال العقار المعقود عليه للغرض المخصص له، مما يجعل العقار غير تام الإنجاز، وتخول للمتعاقد الحق في الامتناع عن تسلّم البناء، إضافة إلى عدم دفع المبالغ المستحقة عند إنجاز البناء، أما ثانيها فهي عدم المطابقة الغير جوهرية، والتي لا تخول للمتعاقد الامتناع عن دفع المبالغ المستحقة عند إنجاز البناء، ولا يستطيع المتعاقد الامتناع عن تسلّم البناء.

راجع في ذلك: إبراهيم عثمان بلال، المرجع السابق، ص 139. - سمير عبد السميع الأودن، المرجع السابق، ص 64.
³ السيد محمد السيد عمران، المجموعة العلمية للأبحاث القانونية في "عدم المطابقة في بيع العقار تحت التشييد"، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 1999، ص 17.

في الشيء المعقود عليه يؤثر على كيانه أو على استعماله، ولا يرجع على ذاتيته وطبيعته وصفاته كما حددها العقد، وهو خلل يمكن أن ينتج عن عوامل مختلفة أهمها مثلا: طبيعة الأرض المقام عليها، وعيوب المواد المستخدمة في البناء كحديد التسليح والأخشاب وغيرها من المواد التي تدخل في تكوين البناء، وعملية تشييد البناء ذاتها وما تتطلبه من أصول وقواعد فنية¹.

* كما أن العيب الظاهر غالبا ما يكون وضعا إيجابيا، بمعنى وجود أمر ينقص من قيمة المعقود عليه أو يقلل من منفعته، أما عدم المطابقة فتتعرض وضعا سلبيا، وهو عدم مطابقة الشيء المسلم للشيء المتفق عليه، فالأعمال المعيبة هي الأعمال التي من شأنها أن تهدد متانة البناء أو تجعله غير صالح للغرض المخصص له، أما عدم المطابقة فهي مخالفة المواصفات المحدد، أو استخدام مواد غير متفق عليها.....إلى غير ذلك².

* كما تظهر أهمية التفرقة من الناحية العملية بين عدم المطابقة وبين العيوب -سواء كانت ظاهرة أم خفية- من حيث كون النظام القانوني ليس واحدا في كليهما خاصة فيما يتعلق بالنقادم، فعدم المطابقة تخضع للقواعد العامة، بينما تخضع عيوب البناء لنظام خاص بها³.

* أما بالنسبة لأجال تدارك العيوب الظاهرة فلم يحدد المشرع الجزائري بموجب القانون 04/11، المدة التي يتعين على المشتري تدارك العيب الظاهر خلالها، بخلاف المشرع الفرنسي الذي حدد الأجل الذي ينبغي أن يكتشف فيه العيب الظاهر إما أثناء التسليم أو خلال شهر بعد الحيازة حيث لا يمكن للمركبي العقاري التحلل عن مسؤوليته عن العيوب الظاهرة قبل استلام المشتري للعقار المنجز، أو قبل انقضاء

¹ سمير عبد السميع الأودن، المرجع السابق، ص 63، 64.

² سييل جعفر حاجي عمر، المرجع السابق، ص 240.

³ إبراهيم عثمان بلال، المرجع السابق، ص 139 - محمد المرسي زهرة، المرجع السابق، ص 194. - سمير عبد السميع الأودن، المرجع السابق، ص 64.

شهر من حيازته لهذا العقار، وهذا ما أكدته نص المادة 1/1642 من القانون المدني الفرنسي¹، أما بالنسبة للمدة التي ينبغي أن يكتشف فيها عدم المطابقة فهي أثناء عملية التسليم، حيث يتعين على المشتري أن يتفحص العقار المنجز قبل أن تتم عملية الاستلام، فإذا اتضح وقت التسليم إنعدام المطابقة، كما لو كان العقار غير مطابق للمواصفات المتفق عليها، يتعين عليه إخطار البائع، لأنه في حالة سكوته وعدم إبداء أي تحفظات وقام باستلام العقار المنجز، يعني هذا أنه موافق على هذه المواصفات، فالمركبي العقاري يكون مسؤولاً عن عدم تحقق النتيجة المطلوبة²، كما أن مسؤوليته تقوم بمجرد إثبات عدم مطابقة البناء للمواصفات دون حاجة لإثبات خطأ من جانبه ولا يعفيه من هذه المسؤولية سوى إثباته للسبب الأجنبي الذي حال دون تحقيقه لإقامة البناء مطابقاً للمواصفات³.

* كما أن مدة مباشرة دعوى الضمان التي حددها المشرع الفرنسي هي سنة واحدة، حيث نصت المادة 2/1648 من القانون المدني على أنه: " في الحالة المنصوص عليها في المادة 1/1642 من القانون المدني الفرنسي، يجب رفع الدعوى وإلا سقطت خلال سنة من التاريخ الذي يمكن عنده إعفاء البائع من العيوب الظاهرة"⁴، وهذه المدة تبدأ إما من تاريخ تسلم المشتري للعقار المنجز أي تقبله للعقار بعد استلامه أو بعد مضي شهر على حيازته، أما المشرع الجزائري فحدد مدة مباشرة دعوى الضمان بموجب

¹ L'article 1642/1 du code civil français prévoit que : « Le vendeur d'un immeuble à construire ne peut être déchargé, ni avant la réception des travaux, ni avant l'expiration d'un délai d'un mois après la prise de possession par l'acquéreur, des vices de construction ou des défauts de conformité alors apparents.... »

نصت المادة 1/1642 من القانون المدني الفرنسي على أنه: " البائع لعقار في طور البناء لا يمكن أن يتحلل من ضمان العيوب الظاهرة، قبل تسلم الأشغال، أو قبل انتهاء مدة شهر من حيازة العقار من طرف المستفيد."

² ممدوح محمد علي مبروك، المرجع السابق، ص 113.

³ عياشي شعبان، المرجع السابق، ص 183.

⁴ L'article 1648/2 du code civil français prévoit que : « Dans le cas prévu par l'article 1642-1, l'action doit être introduite, à peine de forclusion, dans l'année qui suit la date à laquelle le vendeur peut être déchargé des vices ou des défauts de conformité apparents. »

النموذج الخاص بعقد حفظ الحق، بسنة على الأقل ابتداء من تاريخ الحياة، ويمكن الاتفاق على تمديد هذه المدة لأكثر من ذلك دون تخفيضها أثناء إبرام العقد.

أما بالنسبة لمدة مباشرة دعوى المطابقة فهي نفس مدة تقادم الدعوى طبقاً للقواعد العامة والمحددة بخمسة عشر سنة في الجزائر¹، و ثلاثون سنة في فرنسا²، ابتداء من تاريخ اكتشاف عدم المطابقة، وهو عادة تاريخ تسليم العقار المبيع، فإذا كان المشتري قد رفض التسلم فإن هذه المدة تبدأ في السريان من تاريخ هذا الرفض³.

* كما يرى جمهور الفقهاء⁴ في فرنسا، بأنه يوجد اختلاف كبير بين كل من المطابقة و العيب الظاهر، لكنهم اختلفوا في اعتماد معيار التمييز بين الأمرين.

حيث ذهب جانب من الفقه إلى أنّ المعيار الفاصل بين عدم المطابقة والعيب الخفي يكمن في الوظيفة المنوطة بكل واحد منهما⁵، فالعيب يثار كلما كان البناء المشيد قد لحقته شوائب ونواقص من شأنها أن تمنع من استعمال البناء فيما أعد له، أو تحد من استعماله على الوجه الأمثل، بينما مفهوم عدم المطابقة يثار ولو كان الإخلال غير مؤثر على قيمة الشيء أو منفعته، بل يكفي أن يكون الشيء المسلم

¹ نصت المادة 308 من القانون المدني الجزائري على أنه: " يتقادم الالتزام بانقضاء خمسة عشر سنة فيما عدا الحالات التي ورد فيها نص خاص في القانون.....".

² Philippe Malinvaud , Philippe Jestaz, op.cit, N 317, P 357.

³ عياشي شعبان، المرجع السابق، ص 184.

يرى الأستاذ عياشي شعبان في هذا الصدد بأن مدة مباشرة دعوى المطابقة هي مدة طويلة وغير معقولة، لأن البائع يبقى معرضاً لخطر رجوع المشتري عليه بدعوى الفسخ أو دعوى التنفيذ العيني طول هذه المدة، حيث يرى بأنه يستحسن أن ينص على رفع الدعوى خلال مدة قصيرة ابتداء من تاريخ اكتشاف عدم المطابقة كما هو الحال بالنسبة لدعوى ضمان العيب الظاهر.

⁴ Mazeaud M L et J, leçons de droit civil, principaux contracts, L.G.D.J , tome 3, paris, France, 1968, n 977.

⁵ J. M. Lucheux, les garanties de l'acquéreur dans les ventes d'immeubles à construire , L. G. D. J, Paris, 1968, p 140.

لم يشع حاجة المشتري، ولم يلب رغباته المعبر عنها في شكل شروط ومواصفات حرص على تضمينها بالعقد أو أحد ملحقاته.

إلا أن هذا المعيار تعرض للنقد، حيث يرى الأستاذ "عبد الحفيظ مشماشى"¹ بأن هذا المعيار المعتمد يبقى محدودا ويصعب إعماله بخصوص بعض التنوعات ذات الطابع الخاص، فعلى سبيل المثال لو اشترط المشتري على المرقى العقاري أثناء إبرام العقد أن يتم تركيب الأبواب والنوافذ من خشب الصنوبر، وأقام المرقى العقاري الأبواب والنوافذ من مادة أخرى مثلا خشب البلوط، فإن هذا التغيير في استعمال مادة محل المادة المشترطة لا يؤدي إلى وجود عيب، ولكن تثار مسألة عدم المطابقة، غير أنه إذا أقام المرقى العقاري الأبواب والنوافذ من نفس المادة المشترطة في العقد إلا أنه تم تغليف هذه المادة بورق معين، فهنا يطرح التساؤل حول تكييف هذا الإخلال، هل يمكن اعتبار ما حدث من قبيل عدم المطابقة أم من قبيل العيب الظاهر؟

بينما ذهب جانب آخر من الفقه إلى إرجاع أساس التفرقة بين المطابقة والعيب الخفي إلى الأساس الذي يقوم عليه كل منهما، فأساس العيب النص القانوني بينما أساس عدم المطابقة العقد ذاته²، لكن هذا المعيار لم يسلم بدوره من النقد، بعلّة أن كل تعهد يجب تنفيذه بحسن نية، وأنه لا يلزم بما وقع التصريح به فحسب، بل أيضا بكل ملحقات الالتزام التي يقررها القانون أو العرف أو الإنصاف وفقا لما تقتضيه طبيعته³.

ومن خلال كل ما سبق لنا ذكره يمكننا القول بأن مسألة التمييز بين العيوب الظاهرة وعدم المطابقة ليس بالأمر الهين، فبالرغم من أنهما يختلفان في العديد من النقاط كما ذكرنا أعلاه، إلا أنه لا

¹ المرجع السابق، ص 301، 302.

² محمد مرسي زهرة، المرجع السابق، ص 221، 222.

³ عبد الحفيظ مشماشى، المرجع السابق، ص 302.

يمكن وضع معيار عام يمكن على أساسه التفرقة بينهما بصفة دائمة، ولذلك نرى بضرورة ترك الأمر لسلطة القاضي التقديرية عند المنازعة.

وبعد التمييز بين عدم المطابقة والعيب الظاهر ننتقل للتمييز بين عدم المطابقة والعيب الخفي وهذا ما سوف نقوم نوافيه في ما يلي:

ثانيا: التمييز بين عدم المطابقة والعيب الخفي.

لم يحظ العيب الخفي بتعريف خاص به من قبل المشرع الجزائري وكذا الفرنسي، بينما عرفه بعض الفقهاء بأنه: " آفة تصيب الشيء المبيع فتتقص من قيمته الاقتصادية ومن منفعته¹ "، وهناك من عرفه أيضا بأنه: " كل ما يخلو منه أصل الفطرة السليمة من الآفات المعارضة لها²."

كما عرفته محكمة ليون الفرنسية بأنه: " كل ما يصيب الشيء بطريق عارض، ولا يوجد في كل الأشياء المماثلة³."

وعليه يكون العيب خفيا إذا كان المشتري غير عالم به وغير قادر على أن يعلمه، أو إذا لم يكن من الممكن اكتشافه بالفحص المعتاد الذي تعارف الناس على القيام به، بل كان يتطلب خبرة خاصة وفحصا معينا لا يتوافران لدى المشتري، وكان العلم الذي ينقضي به ضمان العيب هو العلم الحقيقي دون العلم الافتراضي⁴.

وتظهر أهمية التفرقة بين عدم المطابقة وبين العيب الخفي في أن:

¹ خليل أحمد حسن ققادة، المرجع السابق، ص 173.

² عبد الحفيظ مشماش، المرجع السابق، ص 312.

³ Tribunal de Lyon, 18/02/1952, Gaz. Pal, (1951-1952), p 322.

⁴ سمير عبد السميع الأودن، المرجع السابق، ص 80.

- عبد الحفيظ مشماش، المرجع السابق، ص 312، 131.

* العيب الخفي يكون وضع إيجابي بمعنى وجود أمر ينقص من قيمة المبيع أو يقلل من نفعه، كضعف في الأساس يهدد البناء القائم، أو كالرطوبة غير المألوفة في المنزل¹، والأصل أن الفطرة السليمة للمبيع تستلزم عدم وجود هذه الأمور كلها، أما عدم المطابقة فتفترض وضعاً سلبياً وهو عدم مطابقة الشيء المسلم للشيء المتفق عليه².

* كما أن عيوب البناء الخفية لا تؤخذ بعين الاعتبار إلا إذا شملت قدراً من الجسامة³، حيث يكون البائع ملزم بضمان العيوب الخفية التي تجعل العقار المبيع غير صالح للاستعمال المخصص له أو التي تنقص من قيمته أو منفعته لدرجة أن المشتري ما كان يوافق على إبرام البيع النهائي لو كان عالماً بها عند تسلمه العقار المبيع⁴، أما بالنسبة لعدم المطابقة فيأخذ بها مهما كان العيب يسيراً ما دام

¹ ومن بين الأمثلة عن العيوب الخفية على سبيل المثال لا الحصر:

- عدم احترام المقاييس الفنية اللازمة لضبط منحدرات أسقف المباني، وكذا مداخل الأدوار الموجودة تحت الأرض والتي لا يمكن كشفها إلا بعد الاستعمال المتكرر للمبنى، أو تهاطل الثلوج والأمطار، أو عن طريق إجراء خبرة فنية على محل النزاع للتأكد من درجة الانحدار، وما إذا كانت تتسجم مع معايير الانحدار المعمول بها في ميدان البناء والتعمير.

- خرق المقاييس المعتمدة في أصول صناعة البناء في تركيب أجهزة التسخين المندمجة في البناء، على نحو يسبب اختناقاً مستمراً أو منقطعاً للجهاز، يمنع انسياب المياه عبره بكيفية عادية، أو يترتب عن استعماله إنفجار الأنابيب الموصلة للمياه أو تسرب هذه الأخيرة عبر الحائط، مما ينتج عنه ظهور رشح به أو رطوبة تكون عاملاً في تآكل الأساسات.

- عدم مراقبة الخشب المراد استخدامه في أرضية البناء أو في تركيب الأبواب والنوافذ، فعملية تركيب الخشب واستعماله تقتضي مراقبة أولية مشددة قصد التأكد من أن المادة الأولية المستعملة سليمة من مختلف الحشرات والطفيليات التي تسبب بطريقة أو بأخرى للتسوس، المؤثر على سلامة المبنى أو متانته أو على الأقل يضعف من جودته وجماليته.

راجع في ذلك: عبد الحفيظ مشماشي، المرجع السابق، ص 313.

² السيد محمد السيد عمران، المرجع السابق، ص 18، 19.

³ تعتبر مسألة تقدير مدى جسامة العيب من المسائل الموضوعية التي تنتقل محكمة الموضوع بالفصل فيها على ضوء الغاية المقصودة من المبيع، وفقاً لإرادة المتعاقدين أو طبيعة المبيع أو الغرض الذي قصد تحقيقه من وراء المبيع.

راجع في ذلك: خليل أحمد حسن قداة، المرجع السابق، ص 176.

⁴ نص المشرع الفرنسي من خلال نص المادة 1641 من القانون المدني على أن العيب يكون مؤثراً إذا بلغ من حدا من الجسامة بحيث لو علمه المشتري وقت التعاقد لامتنع عن الشراء أو لاشترى بثمن أقل.

L'article 1641 du code civil français prévoit que : « Le vendeur est tenu de la garantie à raison des défauts cachés de la chose vendue qui la rendent impropre à l'usage auquel on la destine, ou qui

العقار بتجهيزاته ومستلزماته غير مطابق لمحتويات العقد، وللمشتري الحق في التعويض وإن لم يصب بضرر.

* كما أنّ المسؤولية عن عدم المطابقة تخضع للقواعد العامة في البيع، وللمشتري إما طلب التنفيذ العيني إن كان ممكناً أو طلب الفسخ، مع التعويض في الحالتين إن كان له محل وفقاً للمادة 119 من القانون المدني الجزائري، ، بينما يخضع العيب الخفي لنظام خاص به¹.

* كما أن فترة اكتشاف عدم المطابقة هو وقت تسليم العقار المبيع، أما بالنسبة للعيوب الخفية فلا يمكن للمشتري كشفها إلا بعد التسليم والحيارة و الاستعمال المتكرر للعقار، وذلك نظراً لطبيعة هذا العيب بحيث يكون هذا العيب محجوباً عن الأنظار ولا يمكن للشخص العادي أن يكتشفه، وإنما يتطلب الأمر لمعرفة حقيقته وكشف سره إلى فحص دقيق من طرف أهل الاختصاص، فإذا كان المشتري عالماً بالعيب حتى ولو كان خفياً، بحيث لا يمكن اكتشافه لو فحص المبيع بعناية الرجل العادي، فإنه ليس للمشتري حق الرجوع على البائع بالضمان، وذلك لأنه علم المشتري بالعيب وسكوته عن ذلك، يفسر بمعنى قبوله بالمبيع وبالتالي نزولاً عن حقه بالضمان².

وبعد دراستنا لالتزام المرقى العقاري بانجاز العقار المقرر بناؤه مطابقاً للمواصفات المحددة في العقد، وقمنا بالتمييز بين عدم المطابقة والعيب الظاهر، وعدم المطابقة والعيب الخفي، ننقل لدراسة

=diminuent tellement cet usage que l'acheteur ne l'aurait pas acquise, ou n'en aurait donné qu'un moindre prix, s'il les avait connus. »

كما نص المشرع الجزائري من خلال نص المادة 379 من القانون المدني على أنه: " يكون البائع ملزماً بالضمان، إذا لم يشمل المبيع على الصفات التي تعهد بوجودها وقت التسليم إلى المشتري، أو إذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته أو من الانتفاع به".

¹ راجع في ذلك: نوي عقيلة، المرجع السابق، ص 93.

² نصت المادة 379 من القانون المدني الجزائري في فقرتها الثانية على: " غير أن البائع لا يكون ضامناً للعيوب التي كان المشتري على علم بها وقت البيع".

الالتزامات التي تقع على المرقى العقاري بعد إنجاز العقار المحفوظ، وهذا ما سوف نقوم بدراسته في المبحث الموالي.

المبحث الثاني: التزامات المرقى العقاري بعد إنجاز العقار المحفوظ.

لقد ذكرنا سابقاً بأن عقد حفظ الحق في بيع العقار المقرر بناؤه يرتب التزامات عديدة على عاتق المرقى العقاري، منها ما يتعين عليه تنفيذها بمجرد إبرام هذا العقد أي قبل إنجاز العقار المحفوظ، والمتمثلة في التزام المرقى العقاري بحجز العقار المحفوظ لصاحب حفظ الحق وعدم التصرف فيه لأي شخص آخر، بالإضافة إلى التزامه بإنجاز العقار المحفوظ في الأجل المحددة في الأجل المحددة في العقد، والمواصفات المتفق عليها .

ومن هنا ما يتعين عليه تنفيذها بعد إنجاز العقار المحفوظ، كالتزام بتسليم العقار المحفوظ لصاحب حفظ الحق فور الانتهاء من إنجازه، والالتزام بإعداد نظام الملكية المشتركة بالإضافة إلى التزامه بإعداد عقد البيع النهائي ونقل ملكية العقار المحفوظ إلى صاحب حفظ الحق.

وسوف نقوم من خلال هذا المبحث بدراسة التزام المرقى العقاري بتسليم العقار المحفوظ وإعداد نظام الملكية المشتركة في المطلب الأول، أما المطلب الثاني فنخصصه لدراسة التزام المرقى العقاري بإعداد عقد البيع النهائي ونقل ملكية العقار المحفوظ إلى صاحب حفظ الحق.

المطلب الأول: الالتزام بتسليم العقار المحفوظ وإعداد نظام الملكية المشتركة.

يقع على عاتق المرقى العقاري بمقتضى عقد حفظ الحق التزام هذا الأخير بتسليم العقار المحفوظ إلى صاحب حفظ الحق فور الانتهاء من إنجازه، وعندما يقوم المرقى العقاري بتسليم العقار المحفوظ إلى صاحب حفظ الحق، يتعين عليه أن يقوم بإعداد نظام الملكية المشتركة للبناء التي يقع فيها العقار المحفوظ، وذلك قصد تحديد كل البيانات القانونية والتقنية والمالية المتعلقة بها.

لذلك سوف نقوم من خلال هذا المطلب بدراسة التزام المرقى العقاري بتسليم العقار المحفوظ إلى صاحب حفظ الحق في الفرع الأول، أما الفرع الثاني فنخصصه لدراسة التزام المرقى العقاري بإعداد نظام الملكية المشتركة.

الفرع الأول: الالتزام بتسليم العقار المحفوظ إلى صاحب حفظ الحق.

يعتبر الالتزام بالتسليم من بين أهم الالتزامات التي تقع على عاتق البائع بصفة عامة والمرقى العقاري بصفة خاصة، إلا أن المشرع الجزائري لم يول للتسليم العناية التي يستحقها بموجب القانون رقم 04/11 المحدد القواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية، ولم تتضمن نصوص هذا القانون أي تنظيم لهذا الالتزام. ونظرا للطابع الخاص الذي يمتاز به التزام المرقى العقاري بالتسليم في عقد حفظ الحق في بيع العقار المقرر بناؤه، ونظرا لأن هذا الالتزام لم يحظى بعناية بالغة، فإننا سنحاول التعرض إليه من زاويتين، الأولى تتعلق بكيفية حصول التسليم للعقار المحفوظ بموجب عقد حفظ الحق، والثانية تتعلق بالشكل المثبت لتمام التسليم.

لذلك سوف نقوم في هذا الفرع بدراسة كيفية حصول التسليم في عقد حفظ الحق في الفقرة الأولى، أما الفقرة الثانية فنخصصها لدراسة الشكل المثبت لتمام التسليم في عقد حفظ الحق.

الفقرة الأولى: كيفية حصول التسليم في عقد حفظ الحق.

يعرف التسليم طبقا للقواعد العامة بأنه وضع المعقود عليه سواء كان عقار أو منقول تحت تصرف المستفيد منه (المشتري) بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به.

وقد نص المشرع الجزائري بموجب نص المادة 27 من القانون رقم 04/11 المحدد للقواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية، على ضرورة أن يلتزم المرقى العقاري بتسليم العقار محل الحفظ فور الانتهاء من إنجازها إلى صاحب حفظ الحق.

لكن وبما أن عقد حفظ الحق في بيع العقار المقرر بناؤه، يعد عقد غير ناقل لملكية العقار محل الحفظ المقرر بناؤه، ولما كان المرقى العقاري لا يستطيع أن يقوم بتنفيذ التزامه بالتسليم، إلا بعد قيامه بتنفيذ التزامه بإنجاز العقار المحفوظ المقرر بناؤه، فإن التسليم في مثل هذا النوع من العقود التي تتضمن التزاما بإيجاد المعقود عليه له معنى خاص، يختلف عن التسليم المعروف في القواعد العامة والذي يعنى وضع المعقود عليه تحت تصرف المتعاقد الآخر بحيث يستطيع حيازته والانتفاع به، لذلك يثور التساؤل حول المقصود من التسليم الذي نص عليه المشرع الجزائري بموجب نص المادة 27 من القانون رقم 04/11، وهل يعد هذا التسليم تسليم مؤقت أو تسليم نهائي؟

وبما أن محل عقد حفظ الحق كما ذكرنا سابقا يقع على عقار غير موجود أثناء التعاقد فإنه لا بد من وضع أجل يتقيد من خلاله المرقى العقاري حتى يتم التسليم في الميعاد المحدد، ولا يفتح له المجال للمماطلة أو التأخير المبالغ فيه.

لذلك فقبل أن نقوم بدراسة كيفية تسليم العقار المحفوظ، لا بد أولاً أن نقوم بدراسة تعريف الالتزام بالتسليم في عقد حفظ الحق (أولاً)، ثم نقوم بدراسة آجال تسليم العقار المحفوظ في عقد حفظ الحق (ثانياً)، وفي الأخير نقوم بدراسة كيفية تسليم العقار المحفوظ (ثالثاً).

أولاً: تعريف الالتزام بالتسليم في عقد حفظ الحق.

لم يتطرق المشرع الجزائري من خلال القانون رقم 04/11 المحدد القواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية لتعريف التزام المرقى العقاري بالتسليم، تاركا الأمر للقواعد العامة الواردة في القانون المدني، وقد عرف هذا الأخير التسليم في نص المادة 367 كالتالي: " يتم التسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق ولو لم يتسلمه تسليمًا مادياً ما دام البائع قد أخبره بأنه مستعد لتسليمه بذلك...".

وعليه يكون التسليم تاما متى وضع المبيع تحت تصرف المشتري، بحيث يتمكن من ممارسة جميع سلطاته عليه ومنها حيازة المبيع والانتفاع به، حتى ولو لم يضع المشتري يده عليه بصفة فعلية أو بمعنى آخر حتى ولو لم يستولي عليه استيلاء مادي، طالما كان في استطاعته أن يقوم بذلك في أي وقت من الأوقات.

أما المشرع الفرنسي فقد عرف التسليم بموجب المادة 1604 من القانون المدني بأنه نقل الشيء المبيع إلى سلطة وحيازة المشتري¹، غير أن هذا التعريف تعرض للعديد من الانتقادات من قبل الفقه²، لكنهم استقروا في الأخير إلى وضع تعريف آخر للالتزام بالتسليم حيث عرفوه بأنه: " وضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يستطيع حيازته والانتفاع به"³.

أما بالنسبة للتسليم الذي نص عليه المشرع الجزائري كالتزام يقع على عاتق المرقي العقاري بموجب عقد حفظ الحق، فنلاحظ بأنه يعد من أكثر المسائل تعقيدا، والسبب في ذلك هو أنّ المشرع الجزائري جعل الالتزام الأساسي الذي يقع على عاتق المرقي العقاري من خلال نص المادة 27 من القانون رقم 04/11 المحدد القواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية هو الالتزام بالتسليم، دون أن يوضح

¹ L'article 1604 du code civil français : « La délivrance est le transfert de la chose vendue en la puissance et la possession de l'acheteur ».

² يرى بعض الفقهاء بأن التسليم لا يقصد به نقل الحيازة، بل وضعها تحت تصرف المشتري لأن الحيازة تنتقل إلى المشتري قبل التسليم أي بمجرد نقل الملكية، وبالتالي فإن التسليم لا ينقل الملكية ولا الحيازة، بل يضع فقط الحيازة المادية " la détention " للشيء المبيع تحت تصرف المشتري.

بينما يرى فريق آخر بأن واضعي هذا التقنين قد وقعوا في خطأ عندما نقلوا تعريف الالتزام بالتسليم في عقد البيع من الفقيه "دوما"، ذلك لأن هذا الفقيه كان يعرف في عهده التسليم الناقل للملكية المتوارث عن العقد الروماني، في حين أن التسليم الوارد في نص المادة 1604 يتعلق بالتسليم كأثر من آثار عقد البيع، وليس له علاقة بالملكية التي تنتقل بالتراضي طبقا للنظام الجديد الذي تبناه المشرع الفرنسي منذ عام 1804، إلى غير ذلك من الانتقادات .

راجع في ذلك: أمازوز لطيفة، التزام البائع بتسليم المبيع في القانون الجزائري، أطروحة لنيل درجة دكتوراه في العلوم، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011، ص 15.14.16.

³ أمازوز لطيفة، المرجع السابق، ص 16.

ما إذا كان هذا التسليم هو نفس التسليم الذي يرتب على البائع في عقد البيع الناقل للملكية، أي التسليم النهائي، أم أنه مجرد تسليم مؤقت فقط بحكم أن هذا النوع من العقود هو عقد غير ناقل للملكية، وإنما يرتب التزامات شخصية فقط، على أن يتم التسليم النهائي بعد إبرام عقد البيع النهائي.

لذلك يثور التساؤل حول ما إذا كان التسليم المنصوص عليه في نص المادة 27 هو تسليم نهائي

أم أنه تسليم مؤقت؟

بالرجوع إلى نص المادة 27 من القانون رقم 04/11 التي نصت على أن: " عقد حفظ الحق

هو العقد الذي يلتزم بموجبه المرقي العقاري بتسليم العقار المقرر بناؤه أو في طور البناء لصاحب حفظ الحق فور إنجازه..."، يتبين لنا بأن التسليم الذي نص عليه المشرع الجزائري لا يمكن أن يكون تسليم نهائي وإنما يعد تسليم مؤقت فقط وهذا ما يفهم من عبارة "فور إنجازه"، فطالما أن عقد حفظ الحق يعد عقد غير ناقل للملكية، وطالما أن المشرع نص على ضرورة أن يتم التسليم فور الانتهاء من إنجاز العقار المحفوظ وليس من فور إبرام عقد البيع النهائي، فهذا معناه أن التسليم في هذه الحالة يعد مجرد تسليم مؤقت فقط، على أن يتم التسليم النهائي بعد إبرام عقد البيع النهائي.

وفي هذا الصدد يجب أن نلفت الانتباه بأن المشرع الجزائري كما أشرنا سابقاً، أخطأ في صياغة

المادة 27 المذكورة أعلاه، فبدلاً من أن يأخذ بتعريف المشرع الفرنسي للعقد التمهيدي بموجب نص المادة 11 من قانون 3 جانفي 1967، الذي يكون الالتزام الأساسي فيه هو الحجز وليس التسليم، أخذ بتعريف المشرع الفرنسي للعقد النهائي لبيع العقار المقرر بناؤه الذي يتم في صورة البيع الآجل، والذي يكون فيه الالتزام بالتسليم هو الالتزام الأساسي في العقد.

إلا أنه بعد صدور المرسوم التنفيذي رقم 431/13 المحدد نموذج عقد حفظ الحق، يتبين لنا بأن

المشرع الجزائري قد تدارك هذا الخطأ، حيث جعل الالتزام الأساسي الذي يقع على عاتق المرقي العقاري

هو الالتزام بالتخصيص (الحجز) بدلا من التسليم، وهذا ما ورد في النموذج الخاص بعقد حفظ الحق، حيث نص المشرع الجزائري في الفقرة الخاصة بموضوع العقد على أنه: " يلتزم المرقي العقاري بموجب عقد حفظ الحق هذا، بتخصيص لصاحب حفظ الحق المعين أعلاه، الملك العقاري المقرر بناؤه أو في طور البناء، الذي تم وصفه أدناه، بغرض اقتنائه عند إتمامه، مقابل دفع تسبيق من طرف صاحب حفظ الحق".

كما أنه وبالرجوع إلى الفقرة الخاصة بالأجل التقديري للتسليم الملحقة بالنموذج الخاصة بعقد حفظ الحق، والتي جاء فيها ما يلي: " تحت طائلة العقوبات المنصوص عليها في التشريع المعمول به، وطبقا لأحكام المادتين 31 و 33 من القانون رقم 04/11 ...، يلتزم المرقي العقاري بنقل ملكية الملك العقاري المتفق عليه لصاحب حفظ الحق في أجل لا يتعدى ... وذلك ابتداء من تاريخ التوقيع على هذا العقد"، يتبين لنا بأن التسليم الذي نص عليه المشرع الجزائري هو تسليم نهائي وليس تسليم مؤقت، حيث نلاحظ أن المشرع الجزائري ربط آجال التسليم بآجال نقل الملكية، وذلك لأن الالتزام بالتسليم يعد التزام فرعي للالتزام الأصلي بنقل الملكية، ولا يمكن اعتبار الالتزام الأصلي كاملا إلا إذا تم تنفيذ الالتزام الفرعي، وهذا ما أكدته نص المادة 167 من القانون المدني الجزائري، التي تنص على أن: " الالتزام بنقل حق عيني يتضمن الالتزام بتسليم الشيء والمحافظة عليه حتى التسليم".

أما التسليم المؤقت والذي نصت عليه المادة 33 من القانون رقم 04/11 بقولها: " يتعين على المرقي العقاري، بعد ثلاثة أشهر كحد أقصى، على إثر الاستلام المؤقت للبناءية أو لجزء منها، بإعداد عقد بيع البناءية أو جزء من البناءية المحفوظة...."، فلا يقصد به التسليم المؤقت الذي يتم بين المرقي العقاري وصاحب حفظ الحق فور الانتهاء من عملية إنجاز العقار المحفوظ كما نصت عليه المادة 27 السابق ذكرها، وإنما يقصد به التسليم الذي يتم بين المرقي العقاري وبين المقاول بعد الانتهاء من أشغال البناء، والذي عرفه المشرع الجزائري من خلال نص المادة 16/3 من القانون رقم 04/11 بأنه: " محضر يتم

إعداده والتوقيع عليه بين المرقي العقاري والمقاول بعد انتهاء الأشغال"، كما عرفه الأستاذ عبد الرزاق حسين ياس بأنه: "إفصاح رب العمل عن إرادته في تقبل العمل بصفة مؤقتة حتى يتم رفع كل أسباب التحفظات التي يضمنها رب العمل محضر التسليم"¹.

ومن خلال كل ما سبق ذكره يمكننا القول بأن التسليم الذي رتبته المشرع الجزائري على عاتق المرقي العقاري يتخذ شكلان، أحدهما مؤقت والآخر نهائي، فالأول نص عليه المشرع بموجب نص المادة 27 من القانون رقم 04/11 المحدد القواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية، والذي يتعين على المرقي العقاري تنفيذه فور الانتهاء من إنجاز العقار المحفوظ، أما الثاني فأشار إليه بموجب المرسوم التنفيذي رقم 431/13 المحدد نموذج عقد حفظ الحق، والذي يتعين على المرقي العقاري تنفيذه بعد إبرام عقد البيع النهائي وفي نفس الأجال المحددة لنقل الملكية.

إلا أنه يبدو لنا بأن التسليم كالتزام يقع على عاتق المرقي العقاري بموجب عقد حفظ الحق هو تسليم نهائي، وأن هذا التسليم يعد نتيجة لإبرام عقد البيع النهائي طالما أن عقد حفظ الحق لا يرتب الالتزام بالتسليم وإنما يرتب الالتزام بالحجز.

ثانياً: آجال تسليم العقار المحفوظ في عقد حفظ الحق.

بالرغم من الأهمية الكبيرة لتحديد آجال تسليم العقار المقرر بناؤه أثناء إبرام عقد حفظ الحق - سواء كان هذا التسليم مؤقت أو نهائي - إلا أن المشرع الجزائري لم ينص بموجب القانون رقم 04/11 المحدد القواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية، على ضرورة أن يتضمن عقد حفظ الحق على آجال التسليم.

¹ راجع في ذلك: عبد الرزاق حسين ياس، المرجع السابق، ص 240.

فبالنسبة للتسليم المؤقت، والذي تضمنته نص المادة 27 من القانون رقم 04/11 نلاحظ بأنّ المشرع الجزائري اكتفى بالنص على ضرورة أن يلتزم المرقي العقاري بتسليم العقار المقرر بناؤه أو في طور البناء فور الانتهاء من إنجازهِ، دون أن يحدد آجال هذا التسليم وكذا مدة الانجاز.

وهذا بخلاف ما تضمنه القانون رقم 07/86 المتعلق بالترقية العقارية الملغى بموجب المرسوم التشريعي رقم 03/93 المتعلق بالنشاط العقاري، الذي نص من خلال المادة 30 منه على ضرورة أن يتضمن العقد التمهيدي آجال التسليم وعقوبات التأخير، وذلك تحت طائلة البطلان.

لذلك كان من الجدير بالمشرع الجزائري أن يحدد آجال تسليم العقار المقرر بناؤه لصاحب حفظ الحق، لاسيما وأنه لم يحدد المدة التي يتعين على المرقي العقاري خلالها إنجاز هذا العقار، مع العلم بأن تحديد مدة الانجاز مرتبط بتحديد مدة التسليم، ولا يمكن للمرقي العقاري أن ينفذ إلتزامه بتسليم العقار المحفوظ لصاحب حفظ الحق إلاّ بعد إتمام عملية الانجاز في الآجال التي كان من المفروض أن يتم تحديدها في العقد، وإلاّ كان هذا الإلتزام عديم الأثر والفعالية.

أما بالنسبة للتسليم النهائي والذي نص عليه المشرع الجزائري بموجب المرسوم التنفيذي رقم 431/13 المحدد نموذج عقد حفظ الحق، فنلاحظ بأن المشرع الجزائري لم يحدد صراحة الأجل التقديري للتسليم، وبدلا من أن ينص على آجال التسليم نص على آجال نقل الملكية، حيث نص في الفقرة الخاصة بالأجل التقديري للتسليم على ما يلي: "... يلتزم المرقي العقاري بنقل ملكية الملك المنفق عليه لصاحب حفظ الحق في أجل لا يتعدى ... وذلك ابتداء من تاريخ التوقيع على هذا العقد" لذلك يثور التساؤل حول ما إذا كان المشرع الجزائري على صواب عندما جعل آجال التسليم هي نفسها آجال نقل الملكية، أم أنه أخطأ في صياغة هذه الفقرة فبدلا من أن ينص على آجال التسليم بقوله "ويلتزم المرقي العقاري بتسليم الملك العقاري ... نص على آجال نقل الملكية.

يبدو لنا - في رأينا- بأن المشرع الجزائري أراد من خلال هذا النص أن يربط آجال التسليم بآجال نقل الملكية، وذلك لكي يبين بأن التسليم المعني في هذا النص هو التسليم النهائي الذي يرتب على عاتق المرقي العقاري بعد إبرام عقد البيع النهائي الناقل للملكية وليس التسليم المؤقت الذي يلتزم بتنفيذه فور الانتهاء من عملية إنجاز العقار المحفوظ، لكنه لم يوفق في صياغة هذا النص، مما أدى إلى غموضه.

لذلك كان من المفروض أن يوضح المشرع الجزائري بأن التسليم المنصوص عليه في النص الخاص بالأجل التقديري للتسليم، بأنه ذلك التسليم النهائي الذي يلتزم على المرقي العقاري تنفيذه بعد إبرام عقد البيع النهائي مع صاحب حفظ الحق، وهي نفس الآجال المحددة لنقل ملكية العقار محل الحفظ.

وفي هذا الصدد، لا بد أن نوضح بأن تحديد آجال التسليم يتم من قبل الأطراف المتعاقدة حيث يتعين على كل من المرقي العقاري وصاحب حفظ الحق أن يحددا أجل التسليم أثناء إبرام عقد حفظ الحق، ويتعين على المرقي العقاري خلال هذا الأجل تنفيذ التزامه بالتسليم، وإلا تعرض للعقوبات المنصوص عليها في التشريع المعمول به، غير أن التساؤل الذي يطرح نفسه في هذا المقام، هو أنه في حالة ما إذا لم يحددا المتعاقدان آجال التسليم في عقد حفظ الحق، متى يتعين على المرقي العقاري تسليم العقار المحفوظ لصاحب حفظ الحق؟

في هذه الحالة يتعين الرجوع إلى القواعد العامة، وبالرجوع إلى القواعد العامة نلاحظ أن المشرع الجزائري لم يتضمن بين النصوص المنظمة لعقد البيع في القانون المدني أي أحكام خاصة في هذا الشأن، تاركا في ذلك الأمر للقواعد العامة المتعلقة بالوفاء بالالتزام بصفة عامة، حيث نصت المادة 1/281 من القانون المدني الجزائري على أنه: " يجب أن يتم الوفاء فور ترتيب الالتزام نهائيا في ذمة

المدين، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك...."، وهذا معناه أنه في حالة ما إذا لم يحدد المتعاقدان ميعاد للتسليم، فإنه يجب أن يتم التسليم بمجرد إنعقاد العقد.¹

أما بالنسبة للمشرع الفرنسي، فلم يحدد هو الآخر قاعدة صريحة تنص على آجال التسليم، لكن وبالرغم من أنه لم يضع قاعدة صريحة في هذا الصدد²، إلا أن نص المادة 1610 من القانون المدني الفرنسي أشارت إلى أن التسليم يجب أن يتم في الزمان المتفق عليه بين المتعاقدين³.

وبالرغم من اختلاف الفقه⁴ والقضاء⁵ حول هذا الشأن إلا أنهم استقروا في الأخير إلى أنه في حالة عدم تحديد آجال التسليم في العقد، لا بد أن يتم التسليم فور انعقاد العقد.

ومما سبق ذكره، يمكننا القول بأن أجل تسليم العقار المحفوظ من قبل المرقي العقاري إلى صاحب حفظ الحق في عقد حفظ الحق، هو ذلك الأجل الذي يتفق عليه الطرفان في العقد، ويبدأ سريان

¹ راجع في ذلك: عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود التي تقع على الملكية، البيع والمقايضة، المرجع السابق، ص 596.

² إلا أن بعض الفقهاء يرون بأن هذا النص ما هو في الواقع إلا تطبيقاً محضاً للقواعد العامة التي تعطي الحرية للمتعاقدين في تحديد زمان التسليم وفق إرادتهما، فكان من الأجدر بالمشرع الفرنسي أن ينص على قواعد مكملة تطبق في حالة عدم وجود اتفاق خاص فيما بين المتعاقدين على ميعاد التسليم.

–Chestin Jacques et Desche Bernard, traité des contrats, la vente, L.G.D.J , Paris, 1990, p 718.

³ L'article 1610 du code civil français : « Si le vendeur manque à faire la délivrance dans le temps convenu entre les parties, l'acquéreur pourra, à son choix, demander la résolution de la vente, ou sa mise en possession, si le retard ne vient que du fait du vendeur. »

⁴ لقد انقسم الفقه والقضاء الفرنسي في هذا الشأن إلى فريقين، فريق منهم يرى بأنه في حالة عدم تحديد ميعاد التسليم فإن هذا الأخير يجب أن يتم في مدة معقولة يحددها قاضي الموضوع، مستهدياً في ذلك بطبيعة الشيء المبيع وظروف المتعاقدين، أما الفريق الآخر والذي يمثل غالبية الفقهاء الفرنسيين، فإنه يرى بأنه يجب أن يتم التسليم فور انعقاد العقد، وسندهم في ذلك أنه بمجرد إنعقاد العقد تنشأ التزامات متبادلة بين البائع والمشتري، فالترام البائع الأساسي هو تسليم المبيع للمشتري.

–Chestin Jacques et Desche Bernard, op.cit, p 80.

– Mazeaud M L et J, op.cit, p 764.

⁵ Cour d'appel de Paris, 6 novembre 1874, D, 77, 2, 11.

مقتبس من : أمازوز لطيفة، المرجع السابق، ص 65.

هذا الأجل ابتداء من تاريخ التوقيع على العقد، إلا أنه في حالة ما إذا أغفل المتعاقدان عن تحديد آجال التسليم، يتعين الرجوع إلى القواعد العامة، حيث يتعين على المرقى العقاري تسليم العقار المحفوظ لصاحب حفظ الحق فور إبرام عقد البيع النهائي الناقل للملكية.

ثالثا: كيفية تسليم العقار المحفوظ في عقد حفظ الحق.

لم يشر المشرع الجزائري بموجب القانون رقم 04/11 المحدد القواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية إلى كيفية تسليم العقار المحفوظ إلى صاحب حفظ الحق، واكتفى بالنص على ضرورة أن يقوم المرقى العقاري بتسليم العقار المحفوظ إلى هذا الأخير.

وبالرجوع إلى القواعد العامة، وبالتحديد نص المادة 367 التي نصت على أنه: " يتم التسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق ولو لم يتسلمه تسليما ماديا ما دام البائع قد أخبره بأنه مستعد لتسليمه بذلك، ويحصل التسليم على النحو الذي يتفق مع طبيعة الشيء المبيع".

يتبين لنا بأن المشرع الجزائري قام بتحديد عنصرين أساسيين لتسليم المبيع، بدونهما لا يمكن للبائع أن ينفذ التزامه بالتسليم، ويتمثل هذين العنصرين فيما يلي:

العنصر الأول: وضع المعقود عليه تحت تصرف المشتري، بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق يحول بينه وبين الانتفاع به، حتى ولو لم يستول عليه استيلاء مادي.

العنصر الثاني: إعلام المشتري بأن المعقود عليه قد وضع تحت تصرفه، وذلك منعا لكل لبس حول حقيقة علمه بوضع الشيء المتعاقد عليه تحت تصرفه¹.

¹ محمد المنجي، المرجع السابق، ص 154-156.

لكنه لم يحدد كيفية تسليم المبيع، حيث اكتفى بالنص على أن التسليم يتم على النحو الذي يتماشى مع طبيعة الشيء المبيع فيما إذا كان عقارا أو منقولاً، وهذا بخلاف المشرع الفرنسي الذي حدد الطرق التي يتم بها تسليم المبيع سواء كان عقارا أو منقولاً، إلا أنّ ما يهمنا هو كيفية تسليم العقار دون المنقول.

حيث نص المشرع الفرنسي بموجب المادة 1605 من القانون المدني الفرنسي على الطرق التي يمكن أن يتم بها تسليم العقار، حيث أشار إلى أن تسليم العقار المبني يتم عن طريق تسليم المفاتيح، أما تسليم العقار الغير مبني فيتم عن طريق تسليم سندات الملكية¹.

وطبقاً لمقتضيات نص هذه المادة، وبما أن العقار محل عقد حفظ الحق بعد الانتهاء من إنجازه يعد عقار مبني، فإن تسليم هذا العقار يتم عن طريق تسليم المرقى العقاري المفاتيح الخاصة بالعقار المعني إلى صاحب حفظ الحق.

¹ L'article 1605 du code civil français : « L'obligation de délivrer les immeubles est remplie de la part du vendeur lorsqu'il a remis les clefs, s'il s'agit d'un bâtiment, ou lorsqu'il a remis les titres de propriété. »

نصت المادة 1605 من القانون المدني الفرنسي على ما يلي: " يتم تسليم العقار من جانب البائع بتسليم المفاتيح إذا كان المبيع عقار مبني، أو تسليم مستندات الملكية بالنسبة للعقارات الغير مبنيّة" وقد تعرض هذا النص للنقد من قبل الفقه، باعتباره غير دقيق وغير كامل لأنه أغفل الإشارة إلى الواجب الأساسي الموضوع على عاتق البائع، وهو إخلاء العقار المبيع حتى يستطيع المشتري حيازته والانتفاع به، بالإضافة إلى أن هذا النص يجعل تسليم المفاتيح مقتصرًا على حالة بيع العقار المبني، في حين أن تسليم المفاتيح يكون ضروريًا في العقار حتى ولو لم يكن مبني إذا كان هذا الأخير محاطًا بصور له مفاتيح يعلق بها، كما يعاب على نص هذه المادة في تقييدها البائع بين تسليم المفاتيح وبين تسليم سندات الملكية، لأن البائع يجب عليه في الحقيقة تسليم المفاتيح والمستندات في كل الحالات التي تتطلب ذلك مادام هذا في استطاعته.

راجع في ذلك:

لكن وبالرغم من أن المشرع الجزائري لم يتطلب شكلا معيناً يتطلب مراعاته أثناء تسليم العقار المحفوظ إلى صاحب حفظ الحق، إلا أنه يبدو لنا - في رأينا - بأن وضع هذا العقار تحت تصرف صاحب حفظ الحق وإعلامه بذلك و تسليمه مفاتيح العقار المعني لا يعد كافياً، إذ لا يعتبر المرقى العقاري قد نفذ التزامه بالتسليم إلا بعد تحرير محضر من قبل الموثق يثبت حصول التسليم والتسلم يتضمن تفصيلاً لما تم إنجازه من أبنية ومواصفاتها، ومقارنة ذلك بما تم الاتفاق عليه بين الطرفين أثناء إبرام العقد، كما هو الحال بالنسبة لتسليم العقار المبيع في عقد البيع بناء على التصاميم، والذي لا يمكن إعداده إلا بعد الانتهاء من أشغال الانجاز الذي يتم إثباته قانوناً بشهادة المطابقة المسلمة طبقاً للتشريع المعمول به، وهذا ما سوف نقوم بتوضيحه في الفقرة الموالية.

الفقرة الثانية: الشكل المثبت لتمام تسليم العقار المحفوظ.

نص المشرع الجزائري في المادة 364 من القانون المدني على أنه: " يلتزم البائع بتسليم الشيء المبيع للمشتري في الحالة التي كان عليها وقت البيع"، كما نص في المادة 167 من نفس القانون على أن: " الالتزام بنقل حق عيني يتضمن الالتزام بتسليم الشيء والمحافظة عليه حتى التسليم".

يتضح لنا من خلال نص هاتين المادتين أنه يتعين على البائع أن يلتزم بتسليم المبيع بالحالة التي كان عليها وقت البيع، بمعنى أنه لا يجوز له أن يحدث تغييراً في حالة المبيع، بل يجب عليه أن يحافظ عليها حتى يسلم المبيع.

وقد قضت محكمة النقض الفرنسية في حكم لها بأن الالتزام بالتسليم لا يوجب فقط تسليم الشيء المبيع، ولكن يوجب تسليم شيء مطابق لما خصص له¹، كما قضت أيضا بأن الالتزام بالتسليم يفرض على البائع أن يسلم شيئا يطابق من كل نواحيه الغرض الذي يهدف إليه المشتري².

وبالرغم من أنّ المشرع الجزائري لم يتطلب شكلا معيناً يجب مراعاته أثناء إبرام عقد حفظ الحق، إلاّ أنه يتعين على المرقي العقاري أن يسلم العقار محل الحفظ مطابقاً للمواصفات التي تم الاتفاق عليها مسبقاً بين المرقي العقاري وصاحب حفظ الحق أثناء إبرام عقد حفظ الحق.

ويكون العقار المحفوظ مطابقاً للمواصفات المتفق عليها في العقد، إذا قام المرقي العقاري بتنفيذ التزامه بالبناء حسب المواصفات والنماذج والرسومات والشروط المشار إليها في العقد بالإضافة إلى استخدام مواد البناء المذكورة في العقد، واحترام الأصول الفنية في البناء، أما إذا خالف البائع كل هذه النماذج والرسومات، ولم يحترم الأصول الفنية في البناء، أو استخدم مواد بناء غير التي تم الاتفاق عليها كان هذا العقار غير مطابق للمواصفات³.

غير أن السؤال الجوهرى الذي يتبادر إلى الذهن في هذا الصدد هو كيف يتم التحقق من أن العقار المنجز مطابق للمواصفات المتفق عليها؟

لكي يتم التحقق من أن العقار المنجز مطابق للمواصفات المتفق عليها في العقد، لا بد من معاينة العقار المنجز والتحقق من أوصافه الفعلية، ويتم ذلك عن طريق مقارنة ما هو موجود في العقد وملحقاته والوثائق المرجعية المنصوص عليها وما تم إنجازه من بناء⁴، كما ينظر أيضا في تقدير

¹ Cass.civ, 8 novembre 1988, bull.civ, 1, N 314, P 213.cité par : Ghestin Jaques, Déshé Bernard, op .cit P 752.

² Cass.com, 20 mars 1989, bull. civ, 1, P 93. Voir : Ghestin Jaques, Déshé Bernard, op.cit, p 753.

³ عياشي شعبان، المرجع السابق، ص 173.

⁴ نوي عقيلة، المرجع السابق، ص 89.

المطابقة إلى الوثائق الدعائية أو الإشهارية¹، حيث كثيرا ما تكون هذه الوثائق في المشروعات السكنية الكبيرة التي توضع فيها مواصفات معينة تغري بالإقدام على التعاقد عليها، وبالتالي فهي تعد جزء لا يتجزأ من العقد ويمكن الرجوع إليها عند تحديد مضمون التزام المرقى العقاري، على أن تكون واضحة المعالم مفصلة ومحددة تحديدا لا يثير الغموض واللبس².

كما ذهب بعض الفقه الفرنسي إلى القول بأنّ للوثائق الإعلانية قيمة تعاقدية، لأنها تدخل في تكوين العقد لمالها من دور مهم في تبصير المتعاقد الآخر بحقيقة محل التعاقد، وكيفية استعماله وخصائصه، والتي يكون من شأنها التأثير على رضا المتلقي، وتدفعه بالتالي للتعاقد³، وهو ما قرره القضاء الفرنسي⁴، حيث يرى بأن الوعود التي تتضمنها الوثائق الإشهارية تدخل في مجال التعاقد وبالتالي عدم تنفيذها يشكل تخلف المطابقة.

¹ لقد ألزم المشرع الجزائري المرقى العقاري قبل أي عملية بيع أو تسويق لمشروعه العقاري أن يقوم بعملية الإعلان عن مشروعه العقاري في الأماكن المخصصة للإشهار، حيث نصت المادة 41 من القانون رقم 04/11 المحدد القواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية على أنه: " يلتزم المرقى العقاري بضمان الإعلام عن مشروعه العقاري في الأماكن المخصصة للإشهار في البلدية المختصة إقليميا، وذلك قبل أي عرض للبيع"، ويلاحظ من خلال نص هذه المادة أن المشرع الجزائري أخطأ في صياغة هذه المادة، حيث ورد في هذا النص التزام المرقى العقاري بالإعلام، والأصح هو الالتزام بالإعلان، لأن هناك فرق بين هذين الالتزامين.

كما نصت المادة 25 من المرسوم التنفيذي رقم 85/12 المتضمن دفتر الشروط النموذجي الذي يحدد الالتزامات والمسؤوليات المهنية للمرقى العقاري على أنه: " يتعين على المرقى العقاري قبل أي عملية تسويق لكل أو لجزء من مشروعه، ضمان إشهار صادق وواسع بمختلف وسائل الإعلام ولاسيما عن طريق الإعلان المرئي والواضح على مستوى مقره، وفي موقع المشروع العقاري وفي الأماكن المخصصة للإشهار على مستوى إقليم بلدية موقع الإنشاء ."

² سمير عبد السميع الأودن، المرجع السابق، ص 53.

³ Jestin J, Traité de droit civil, la formation du contrat , 3 éd, L.G.D.J, 1996.

مقتبس من: عبد الحفيظ مشماشي، المرجع السابق، ص 275.

⁴ Civ, 3 ch, 2 avril 1979, rev dr imm, 1979, p 477.

مقتبس من: عياشي شعبان، المرجع السابق، ص 176.

ويجب التنويه في هذا الصدد بأنّ المشرع الجزائري لم يشر من خلال كل من القانون رقم 04/11 المحدد القواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية والمرسوم التنفيذي رقم 431/13 المحدد نموذج عقد حفظ الحق، إلى إلزامية فحص العقار ولا على الشخص المكلف بالفحص، خلافا للمشرع الفرنسي الذي نص في المادة 261-2 ر من قانون البناء والسكن الفرنسي¹ على أنه: " يتم الفحص في البيع الآجل لعقار سواء من قبل الأطراف أنفسهم أو من طرف أي شخص مؤهل لذلك، فالفحص الذي يقوم به الأطراف لا بد أن يتم بناء على عقد تم توثيقه أمام نفس الموثق الذي أبرم لديه العقد و هذه الموافقة تعني قبول تسليم العقار ...".

وانطلاقاً من نص هذه المادة وأمام غياب نص قانوني في التشريع الجزائري، يمكننا القول أن عملية الفحص أو المعاينة تعد أمر ضروري للتأكد من مدى مطابقة ما تم إنجازه من بناء والمواصفات المتفق عليها في العقد، وأنّ الشخص المكلف بهذه العملية قد يكون المشتري نفسه - صاحب حفظ الحق - أو شخص آخر مؤهل لذلك.

وفي حالة عدم اتفاق الأطراف المتعاقدة على تعيين شخص مؤهل تتاط به مهمة معاينة العقار للتأكد من واقعة الإنجاز، فيرى المشرع الفرنسي بأنه يتم اللجوء إلى رئيس المحكمة الابتدائية لموقع العقار قصد تعيين أحد الخبراء المدرجين في الجدول المعد بمقتضى قرار مشترك بين وزير العدل ووزير التجهيز والسكن وذلك لمعاينة الانجاز².

¹ L'article R261-2 du code de la construction et de l'habitation : « L'achèvement de l'immeuble vendu à terme est constaté soit par les parties, soit par une personne qualifiée. La constatation par les parties fait l'objet d'un acte du notaire qui a reçu la vente à terme ; cet accord vaut livraison de l'immeuble.. ».

² Michel Dagot, la vente d'immeuble à construire, Litec, Paris, 1980, p 207-209.

كما أنه إذا تبين عدم مطابقة العقار المنجز للمواصفات المتفق عليها يتوجب على صاحب حفظ الحق أن يقوم بإبلاغ المرقي العقاري بذلك، فسكوت صاحب حفظ الحق وتسلمه للعقار المنجز دون الإعتراض عليه ودون إبلاغ المرقي العقاري بعدم المطابقة التي اكتشفها تعتبر بمثابة رضا وقبول بمطابقة الشيء المسلم للمواصفات المتفق عليها¹.

وبعد دراستنا لالتزام المرقي العقاري بتسليم العقار المحفوظ لصاحب حفظ الحق، ننتقل لدراسة التزام المرقي العقاري بإعداد نظام الملكية المشتركة، وهذا ما سوف نوافيه من خلال الفرع الموالي.

الفرع الثاني: الالتزام بإعداد نظام الملكية المشتركة.

لقد نظم المشرع الجزائري أحكام الملكية المشتركة بموجب القانون المدني بالمواد من 743 إلى 772 منه، والمرسوم رقم 666/83، المؤرخ في 12/11/1983، الذي يحدد القواعد المتعلقة بالملكية المشتركة وتسيير العمارات الجماعية، الملغى جزئياً فيما يخص الأحكام المخالفة للمرسوم التنفيذي رقم 99/14 المؤرخ في 04/03/2014، المحدد لنموذج نظام الملكية المشتركة المطبق في مجال الترقية العقارية².

¹ مقدود فاطمة، حماية المكنتب في البيوع العقارية على التصاميم، مذكرة ماجستير في العلوم القانونية، فرع حماية المستهلك والمنافسة، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2015، ص 122.

² المرسوم رقم 666/83، المؤرخ في 12/11/1983، الذي يحدد القواعد المتعلقة بالملكية المشتركة وتسيير العمارات الجماعية، ج. ر عدد 47، المؤرخة في 15/11/1983، الملغى جزئياً بموجب المرسوم التنفيذي رقم 99/14، المؤرخ في 04/03/2014، المحدد لنموذج نظام الملكية المشتركة المطبق في مجال الترقية العقارية، ج. ر عدد 14، المؤرخة في 16/03/2014.

كما نظم المشرع الفرنسي أحكام الملكية المشتركة من خلال القانون المدني، وقانون 28 جوان 1938، الذي تولى تنظيم الملكية المشتركة الذي ألغي بموجب القانون رقم 557/65، الصادر بتاريخ 10 جويلية 1965، المتعلق بتنظيم الملكية المشتركة للعقارات المبنية¹.

وبخلاف المشرع الفرنسي الذي لم يضع تعريف خاص بالملكية المشتركة، قام المشرع الجزائري بتعريف الملكية المشتركة من خلال نص المادة 743 من القانون المدني الجزائري بقوله: الملكية المشتركة هي الحالة القانونية التي يكون عليها العقار المبنى أو مجموعة العقارات المبنية والتي تكون ملكيتها مقسمة حصصا بين عدة أشخاص تشمل كل واحدة منها على جزء خاص ونصيب في الأجزاء المشتركة².

¹ Loi n 65/557 du 10 juillet 1965, fixant le statut de la copropriété des immeubles bâtis.

² كما تعرض الفقه العربي والفرنسي لتعريف الملكية المشتركة، ومن التعاريف التي أوردها الفقهاء العرب نذكر تعريف الأستاذ "عمرو طه بدوي محمد علي" الذي عرف الملكية المشتركة بأنها: "حالة البناء الذي يتعدد ملاكه، بحيث يكون لكل منهم طبقة أو شقة خاصة بهم يملكها ملكية مفرزة".

راجع في ذلك: عمرو طه بدوي محمد علي، الالتزام بالضمان في عقود البناء والتشييد، دراسة تطبيقية على عقود الإنشاءات الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2004، ص 132.

وعرفها الأستاذ "عبد الحق صافي" بأنها: "نظام قانوني بمقتضاه يمتلك شخصان أو أكثر أجزاء في بناء واحد على وجه الملكية المفرزة، ويشتركون في ملكية بعض أجزاء البناء القابلة للاستعمال المشترك فيما بينهم اشتراكا جبريا لا يقبل القسمة أو التصرف القانوني المستقل".

راجع في ذلك: عبد الحق صافي، ملكية الشقق في القانون المغربي، واقع وأفاق، مطبعة دار النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب، 1983، ص 249.

ومن التعاريف التي أوردها الفقه الفرنسي، نذكر تعريف الأستاذ "جيفور" و"جيفردون": "تعتبر مؤسسة الملكية المشتركة للعقارات المبنية واحدة من بين الأشكال القانونية الممكنة التطبيق على حالة واقعية يعرفها القانون المعاصر بشكل شائع، فيتعلق الأمر بتقسيم هذه العقارات إلى عدة أجزاء يكون الانتفاع بها أو ملكيتها مقسمة بين عدة أشخاص فالتقسيم فقط إلى ملكية يستحق نعت الملكية المشتركة".

« la copropriété désigne une propriété (mobilière ou immobilière) commune à plusieurs personnes ; lorsque chacune est titulaire d'une quote-part idéale ou abstraite , on dit qu'il y a indivision ...qui se caractérise par la division de l'immeuble en lots , objets de droits de propriété exclusifs (partie privative) et d'une propriété indivise sur les parties communes exprimée par une quote-part affectée

ويعتبر التزام المرقي العقاري بإعداد نموذج الملكية المشتركة من الالتزامات الجديدة التي إستحدثها المشرع الجزائري مؤخرا بموجب القانون رقم 04/11، المحدد القواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية، والتي فرضها على المرقي العقاري عند إبرام عقد حفظ الحق، وذلك من أجل إعادة تنظيم إدارة العقارات المنجزة في إطار الترقية العقارية، والمحافظة على أجزاء الملكية المشتركة قصد تمكين كافة المقتنين من الانتفاع بها طبقا لما أعدت له.

وفي نفس الوقت إرساء قواعد نظام الملكية المشتركة، الذي أصبح لا يعمل به في البناءات ذات الملكية المشتركة، مما انجر عن ذلك تعرض الأجزاء المشتركة للإهمال والتهدم بسبب اقتصار اهتمام المقتنين بالأجزاء الخاصة بكل مقتني فقط¹.

لذلك حرص المشرع الجزائري على ضرورة إلزام المرقي العقاري بإعداد نظام الملكية المشتركة، من أجل تحديد الحقوق والأعباء الملقاة على كل من المرقي العقاري وصاحب حفظ الحق والمتعلقة بكيفية إستعمال الملكية المشتركة، والأعباء المالية للمحافظة على المجمع العقاري، حيث نصت المادة 1/61 من القانون رقم 04/11 المحدد للقواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية على أنه: " يتعين على كل مرقي عقاري إعداد نظام الملكية المشتركة وتوضيح كل البيانات القانونية والتقنية والمالية الخاصة به".

كما نص المشرع الجزائري من خلال نص المادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 99/14 المحدد نموذج نظام الملكية المشتركة المطبق في مجال الترقية العقارية على أنه: ".... يلتزم المرقون العقاريون

=à chaque lot .S'y ajoute la réunion des propriétaires de ces lots au sien d'une collectivité organisée (le syndicat) dont l'objet est d'assurer la gestion de l'immeuble ».

راجع في ذلك : مصطفى أشيبان، تنظيم الملكية المشتركة في التشريع المغربي، دراسة تحليلية لملكية الشقق والطبقات والمحلات، دار النشر المغربية، الدار البيضاء، المغرب، 2009، ص 21

¹ حامي حياة، المرجع السابق، ص 251.

المعتمدون قانونا على أساس نموذج نظام الملكية المشتركة، موضوع هذا المرسوم، بإعداد نظام الملكية المشتركة لبناياتهم الجماعية قصد تحديد كل البيانات القانونية والتقنية والمالية المتعلقة بها....".

كما يتعين على المرقى العقاري إضافة إلى التزامه بإعداد نظام الملكية المشتركة أن يقوم بتسليم نظام الملكية المشتركة لصاحب حفظ الحق، حيث نص المشرع الجزائري في النموذج الخاص بعقد حفظ الحق، وبالأخص في الفقرة الخاصة بالالتزامات المتعلقة بتسيير الملكية المشتركة للمجمع العقاري الذي يتضمن الملك المباع، أن يلتزم المرقى العقاري بإعداد وتسليم نظام الملكية المشتركة لصاحب حفظ الحق وتحديد مجموع البيانات القانونية والتقنية والمالية المتعلقة به.

وهذا ما أكدته أيضا من خلال نص المادة 29 من المرسوم التنفيذي رقم 85/12 المؤرخ في 20/02/2012، المتضمن دفتر الشروط النموذجي الذي يحدد الالتزامات والمسؤوليات المهنية للمرقى العقاري، وذلك بقوله: " يتعين على المرقى العقاري بأن يعد ويسلم كل مقتن نظام الملكية المشتركة الذي يوضح مجموع البيانات القانونية والتقنية والمالية المتعلقة بالمشروع ".

غير أن السؤال الذي يطرح نفسه في هذا المقام هو متى يقوم المرقى العقاري بإعداد نظام الملكية المشتركة؟

لقد نص المشرع الجزائري من خلال النموذج الخاص بعقد حفظ الحق على ضرورة أن يلتزم المرقى العقاري بإعداد نظام الملكية المشتركة وتسليمه لصاحب حفظ الحق، إلا أنه لم يحدد الفترة التي يتوجب خلالها إعداد نظام الملكية المشتركة.

غير أنه وبالرجوع إلى المادة 2/61 من القانون رقم 04/11 التي نصت على أنه: " ويجب عليه خصوصا توضيح الأعباء والواجبات التي يلتزم بها المقتنون عند الإكتتاب في عقد بيع عقار ما" والمادة 3 من المرسوم رقم 99/14 المحدد نموذج نظام الملكية المشتركة التي نصت على أنه: ".... يلتزم

المرقون العقاريون المعتمدون قانونا على أساس نموذج نظام الملكية المشتركة، موضوع هذا المرسوم، بإعداد نظام الملكية المشتركة لبناياتهم الجماعية.... أثناء إكتتاب عقد البيع الخاص بأملاكهم العقارية"، يتبين لنا بأن الفترة التي يتوجب على المرقى العقاري خلالها إعداد نظام الملكية المشتركة هي بعد إنجاز العقار المحفوظ، وعند تحرير عقد بيع العقار المحفوظ الناقل للملكية العقارية.

ويعد نظام الملكية المشتركة عبارة عن عقد يبرم بناء على طلب المرقى العقاري وبموافقة الممثل المنتخب أو المعين من طرف المقتنين، في الشكل الرسمي من قبل موثق طبقا لمواصفات المحددة في النموذج الخاص بنظام الملكية المشتركة، المحدد بموجب المرسوم التنفيذي رقم 99/14 المذكور أعلاه، مع إخضاعه لعملية التسجيل والشهر العقاري، وهذا ما أكدته نص المادة 6 من المرسوم التنفيذي رقم 99/14 بقولها: " يعد المرقى العقاري نظام الملكية المشتركة، طبقا لمواصفات النموذج المحدد في هذا المرسوم، ويخضع لشكليات التسجيل والشهر العقاري بموجب عقد موثق بطلب من المرقى العقاري وبموافقة الممثل المنتخب او المعين من طرف المقتنين " .

كما أشار المشرع الجزائري في الباب الثاني من الجزء الرابع من الملحق الخاص بنموذج نظام الملكية المشتركة في مجال الترقية العقارية، إلى أنه لا يمكن أن تصبح أحكام نظام الملكية المشتركة ملزمة لكل الشركاء في الملك، إلا بعد شهرها في المحافظة العقارية الواقعة بمكان تواجد الملك أو الأملاك، حيث يتوجب على المرقى العقاري أن يلتزم بشهر نظام الملكية المشتركة والتعديلات التي يمكن أن تطرأ عليه في المحافظة العقارية.

إضافة لكل هذا يعد نظام الملكية المشتركة نظام إلزامي لجميع المالكين مهما كانت وضعيتهم، الذين يتوجب عليهم احترام نظام الملكية المشتركة، وهذا ما أكدته نص المادة 50 من القانون رقم 04/11 التي نصت على أنه: " يتعين على المكتتب في مشروع عقاري كما هو منصوص عليه في هذا الفصل،

إحترام بنود نظام الملكية المشتركة وتسديد كل المساهمات التي تقع على عاتقه بعنوان التسيير والحفاظ على العقار الذي يملكه، وتبقى مسؤوليته كاملة تجاه كل شخص يشغل العقار بمحض إرادته ."

ويتضمن نظام الملكية المشتركة جملة من الأهداف، حيث يهدف هذا النظام إلى توضيح مآل البناية أو مجموعة البنائيات المعنية وتقسيمها إلى أقسام، ويحدد بالتفصيل الأجزاء الخاصة و الأجزاء المشتركة، مع بيان شروط الانتفاع بها، وتعيين وصف دقيق لكل صنف من أصناف هذه الأجزاء وكذا توضيح وتوزيع الأعباء والالتزامات التي تقع على عاتق الشركاء في الملك، كما يهدف هذا النظام إلى تنظيم قواعد تسيير وإدارة الملكية المشتركة، قصد توضيح كافة البيانات القانونية والتقنية والمالية الخاصة به.

ومن أجل إرساء قواعد تسيير وإدارة الملكية المشتركة والمحافظة على سلامتها، فرض المشرع الجزائري على المرقى العقاري التزامين أساسيين وهما الالتزام بضمان إدارة وتسيير الأملاك لمدة سنتين ابتداء من تاريخ بيع آخر جزء من البناية المعنية، وذلك بهدف الحفاظ على ملكية العقار المحفوظ لحين انتقالها إلى المكلفين بها من شركاء في الملكية المشتركة بعد تعيين المتصرف المكلف بذلك والالتزام بتحويل هذه الإدارة إلى الأجهزة المنبثقة على المقتنين أو الأشخاص المعنيين من طرفهم.

لذلك سوف نقوم بدراسة التزام المرقى العقاري بضمان إدارة الأملاك المشتركة في الفقرة الأولى، ثم نعرض لدراسة التزام المرقى العقاري بتحويل إدارة الأملاك المشتركة إلى المقتنين في الفقرة الثانية.

الفقرة الأولى: الالتزام بضمان إدارة الأملاك المشتركة.

يعد التزام المرقى العقاري بضمان إدارة وتسيير الأملاك المشتركة من بين الالتزامات الحديثة التي فرضها المشرع الجزائري مؤخرا على المرقى العقاري أثناء إعداد نظام الملكية المشتركة بموجب القانون رقم 04/11 المحدد القواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية، حيث نصت المادة 1/62 منه على أنه: "

يلتزم المرقي العقاري بضمان أو الأمر بضمان إدارة الأملاك لمدة سنتين (2) ابتداء من تاريخ بيع الجزء الأخير من البناية المعنية".

كما أدرج المشرع الجزائري هذا النوع من الضمان في المرسوم التنفيذي رقم 99/14 المتضمن النموذج الخاص بنظام الملكية المشتركة وذلك حفاظا على حقوق المكتتبين، حيث نصت المادة 05 من هذا المرسوم على أنه: " يتعين على المرقي العقاري، زيادة على ذلك، إعداد ووضع وسائل وأجهزة تسيير الأملاك العقارية المقترحة للتنازل عنها لضمان أو السعي لضمان إدارة الملك خلال مدة سنتين (2) ابتداء من تاريخ بيع آخر جزء من البناية المعنية والعمل على تحويل هذه الإدارة إلى الأجهزة التي وضعها أو عينها المقتنون ".

وعليه فإنه يتعين على المرقي العقاري في حالة عقد حفظ الحق، أن يتولى سواء بنفسه، أو عن طريق شخص آخر يقوم بتعيينه (نائبه) مهمة التسيير والإدارة للملكية المشتركة المتضمنة البناية موضوع عقد حفظ الحق، وذلك بمجرد الانتهاء من إنجاز مشروعه العقاري والشروع في استغلاله.

أو بمعنى آخر بمجرد تسليم البناية المحفوظة لصاحب حفظ الحق وإبرام عقد البيع النهائي الناقل للملكية، وهذا ما أكدته المشرع الجزائري من خلال نص المادة 32 من المرسوم التنفيذي رقم 85/12 المؤرخ في 20/02/2012 المتضمن دفتر الشروط النموذجي الذي يحدد الالتزامات والمسؤوليات المهنية للمرقي العقاري على أنه:

" يتولى المرقي العقاري عند انتهاء مشروعه والشروع في استغلاله، مهمة التسيير العقاري إلى غاية تحويل هذه المهمة إلى هيئات الملكية المشتركة، طبقا للفصل الخامس من القانون رقم 04/11...."

وقد حدد المشرع الجزائري مدة ضمان إدارة وتسيير الملكية المشتركة بسنتين يبدأ سريانها ابتداء من بيع الجزء الأخير للبناية المعنية طبقا لنص المادة 1/62 المذكورة أعلاه، وذلك بهدف إعادة الإعتبار

لمفهوم الملكية المشتركة في المجمعات السكنية والحفاظ عليها، حيث يعمل المرقى العقاري خلال هذه المدة بوضع وسائل وأجهزة تسيير وإدارة الملكية المشتركة وصيانتها والمحافظة عليها والسهر على هدوئها ونظافتها وأمنها¹، كما يلتزم أيضا بتوظيف البوابين والمستخدمين المكلفين بالصيانة وذلك وفقا لما يقضي به القانون، وأن يقوم بإنجاز المحلات الضرورية لإدارة الأملاك و مساكن البواب.²

وتجدر بنا الإشارة في هذا الصدد بأن المرقى العقاري لا يكون ملزما بإدارة الملكية المشتركة بأجزائها الخاصة والمشاركة، بل يتعين عليه إدارة الأجزاء المشتركة دون الأجزاء الخاصة، وذلك لأن الأجزاء المشتركة تكون مملوكة لجميع الشركاء في الملك على الشئوع كل حسب حصته، ومخصصة لجميع الشركاء قصد استعمالها والانتفاع بها، وبالتالي يتحمل المرقى العقاري مسؤولية إدارتها إلى أن تحول أعمال الإدارة تلقائيا إلى الملاك بعد انتهاء مدة السنتين، أما الأجزاء الخاصة فهي تكون مخصصة للمالك دون غيره من الشركاء، وبالتالي يتحمل وحده أعمال الإدارة والتسيير.

وقد صنف المشرع الجزائري الأجزاء المشتركة على سبيل المثال لا الحصر، بموجب المرسوم التنفيذي رقم 99/14 المتضمن نموذج نظام الملكية المشتركة إلى ثلاثة أصناف:

تتمثل الأجزاء المشتركة من الصنف الأول في الأجزاء المخصصة لاستعمال جميع الشركاء في الملك وتشمل ما يلي:

¹ علما بأن المرقى العقاري هو من يتحمل مصاريف ونفقات التسيير والإدارة والصيانة للملك العقاري وذلك لمدة سنتين ابتداء من بيع آخر جزء من البناء المعنية.

² نصت المادة 3/61 من القانون رقم 04/11 المحدد للقواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية على أنه: " كما يجب على المرقى العقاري توقع وانجاز المحلات الضرورية لإدارة الأملاك ومسكن البواب بعنوان الأجزاء المشتركة" كما نصت المادة 4 من المرسوم التنفيذي رقم 99/14 المتضمن نموذج نظام الملكية المشتركة على أنه: " يتعين على المرقى العقاري أن يوضح أنه خصص وأنجز، بعنوان الأجزاء المشتركة، المحلات الضرورية لإدارة الأملاك وكذا مسكن البواب، عند الاقتضاء".

- كل الأرض التي تم تشييد مجموع العقار عليها والأرض التابعة له، لاسيما القطع الأرضية المستعملة كحظيرة أو حديقة.
 - الباحات وطرق المرور.
 - شبكات المواسير وقنوات صرف المياه، وقنوات وأنابيب الماء والغاز والكهرباء المؤدية إلى مجموع المباني المعنية.
 - مسكن أو مساكن البوابين الموجودة في إحدى البنايات أو في الكثير منها.
 - الأقبية التي تشكل مفرغات صحية.
 - جميع المرافق ذات المصلحة العامة والاستعمال المشترك بين جميع البنايات .
- أما الأجزاء المشتركة من الصنف الثاني فهي الأجزاء المخصصة لاستعمال السكان الذين يشغلون بناية واحدة بعينها وتشمل ما يلي:
- الأسس والجدران الضخمة الخاصة بالواجهة أو بواجهة السقف أو الحائط الفاصل أو الجدران الضخمة للأرضيات (السقائف والعوارض والروافد) والجزء الأعلى من العمارة الذي يشكل سقفها، وبكل ما يتكون منه الهيكل الأساسي للمبنى على العموم.
 - زخارف الواجهات وكذلك الشرفات والمقصورات والسطوح ولو كانت مخصصة كلها أو جزء منها لمنفعة أحد الشركاء، باستثناء الدرابزين والأعمدة الداعمة للنوافذ والشرفات والأطر المزججة ومغاليق الشبائيك بأنواعها التي هي جميعها ملك خاص.

- المحلات والمساحات والارتفاقات المشتركة والأبواب والأبهاء وممرات الدخول، والأدراج وأروقة الإفصاح ومحلات أو أماكن الخدمات العامة مثل أماكن العدادات وصناديق القمامة ومساحات الطوابق وأقفاص السلالم، وكذلك الأبواب التي على شكل نوافذ، والأطر المزججة التي توجد في الأجزاء المشتركة.
- جميع مساحات الأفصاح والممرات والمحلات غير المخصصة لاستعمال أحد الشركاء وحده وغير المشمولة في الأجزاء المشتركة العامة.
- المداخل ومجاري التهوية ورؤوس المداخل والصناديق والسرديب ومجاري الدخان وأنابيب تهوية المطابخ.
- القنوات والأنابيب وفتحات مشاعب المواسير وكذلك أنابيب مساقط مياه الأمطار والسرداب وقنوات تفرغ النفايات وكذلك أجهزة تنظيفها.
- قنوات مساقط وصرف المياه المستعملة، ومصاريب المراحيض والمجاري ومآخذ الهواء والقنوات والأعمدة الصاعدة والنازلة الخاصة بهذه الأنابيب والغاز والكهرباء.
- سرديب هذه القنوات المبنية.
- التفريعات الثانوية المؤدية إلى البناية المعنية والتي تصلها إن اقتضى الحال، بمنشآت الهاتف العامة، وبالقنوات الرئيسية الخاصة بالماء والغاز والكهرباء والتطهير و مشاعب المواسير .
- جميع الأجهزة والماكنات وتوابعها المعدة للخدمة المشتركة بالبناية، وكذلك الأشياء المنقولة والمواعين الموجودة، لسد حاجات البناية، في الأجزاء المشتركة مثل تجهيزات الإنارة وصناديق الرسائل وممسحة مدخل العمارة وصناديق القمامة.

-وأخيرا جميع الأشياء أو الأجزاء على العموم غير المعدة للاستعمال الحصري والخاص في جزء من أجزاء الملك المقسوم، أو الأشياء و الأجزاء التي ينص عليها القانون أو العرف على أنها مشتركة، مع العلم أن كل هذه الأشياء والأجزاء التي تم عدها ليست على سبيل الحصر.

أما الأجزاء المشتركة من الصنف الثالث فتتضمن حصرا المصاعد والآلات الخاصة بها وأقفاص المصاعد المتواجدة بالبنائيات.

وعليه فإنه يتعين على المرقى العقاري أن يلتزم إدارة وتسيير الأصناف الثلاثة المذكورة أعلاه لمدة سنتين على الأكثر من تاريخ بيع الجزء الأخير من البناية المعنية، ويترتب عن إغفال المرقى العقاري عن إدارة أحد هذه الأصناف الثلاثة، إنتفاء مسؤوليته في التسيير والإدارة، وبالتالي مساءلته من طرف الجهات القضائية المختصة.

وبعد دراستنا لالتزام المرقى العقاري بضمان إدارة الأملاك المشتركة، ننتقل لدراسة التزام المرقى العقاري بتحويل إدارة الأملاك المشتركة للمقتنين، وهذا ما سوف نقوم بدراسته في الفقرة الموالية.

الفقرة الثانية: الالتزام بتحويل إدارة الأملاك المشتركة إلى المقتنين.

طبقا لنص المادة 2/62 من القانون رقم 04/11 المتضمن القواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية، والتي نصت على أنه: "... ويعمل المرقى العقاري خلال المدة المذكورة أعلاه، على تنظيم تحويل هذه الإدارة إلى الأجهزة المنبثقة عن المقتنين أو الأشخاص المعينين من طرفهم"، فإنه يتعين على المرقى العقاري خلال فترة إدارته للملكية المشتركة المتضمنة الملك المباع، أعمال الإدارة والتسيير إلى الجهات المكلفة بتنظيم الملكية المشتركة بعد تعيينهم من قبل المقتنون.

كما يتعين على المرقي العقاري خلال مدة سنتين من بيع آخر جزء من البناية المعنية بتنفيذ هذا الالتزام، وهذا معناه أنه يمكن للمرقي العقاري أن يقوم بتحويل التزامه بإدارة وتسيير الأملاك المشتركة قبل نهاية مدة السنتين، وهذا ما يفهم من عبارة " خلال المدة المذكورة أعلاه" من نص المادة السالف ذكرها¹.

ويبدو لنا بأنه من مصلحة المرقي العقاري بأن يقوم بتحويل أعمال إدارة وتسيير الملكية المشتركة إلى الجهات المعنية من قبل المقتنين قبل نهاية مدة السنتين، لأنه بعد أن يقوم المرقي العقاري بتحويل أعمال الإدارة والتسيير إلى المقتنين يصبح غير ملزم بدفع نفقات وتكاليف صيانة وتسيير الملكية المشتركة، وإنما يتحملها المقتنون، وبالتالي إمكانية اقتصاد الموارد المالية الناتجة عن عملية التسيير والإدارة والصيانة، والتي يتحملها المرقي العقاري ولوحده طيلة فترة إدارته للملكية المشتركة.

غير أنه وقبل أن يقوم المرقي العقاري بتحويل الملكية المشتركة إلى الجهات المعنية لا بد من إتباع إجراءات معينة:

حيث يتعين في بادئ الأمر أن تعين مجموعة الشركاء في الملك جمعية تسمى بالجمعية العامة، تتعد هذه الجمعية وجوبا مرة واحدة في السنة على الأقل خلال الشهور الثلاثة الموالية لانتهاؤ السنة، كما يمكن استدعاؤها كلما كان ذلك ضروريا.

وتقوم الجمعية العامة بحضور ثلثي أعضائها على الأقل بتعيين متصرف لتولي مهمة التسيير والإدارة لمدة سنتين قابلة للتجديد، وذلك خلال أول إجتماع لها ينعقد بعد شهر على الأكثر من تاريخ تشكيل مجموعة الشركاء في الملك، وفي حالة عدم تعيين الجمعية العامة للمتصرف أو إذا تخلى هذا

¹ لم ينص المشرع الجزائري من خلال نص المادة 32 من المرسوم رقم 85/12 المتضمن دفتر الشروط النموذجي الذي يحدد الالتزامات والمسؤوليات المهنية للمرقي العقاري على مدة الإدارة والتسيير والمقدرة بسنتين ابتداء من بيع آخر جزء من البناية المعنية، ولم يحدد أيضا المدة التي يتقيد خلالها تحويل أعمال الإدارة والتسيير إلى الجهات المكلفة بتنظيم الملكية المشتركة.

الأخير عن منصبه أو منعه مانع أو تهاون في ممارسة حقوقه وأعماله التي أسندتها الجمعية العامة إليه دون أن تعمل هذه الأخيرة على تعويضه بمتصرف آخر، يقوم رئيس المجلس الشعبي البلدي في البلدية التي توجد بها البناية تلقائيا بتعيين متصرف للبناية بناء على إشعار من أغلبية الشركاء في الملك¹. وبعد دراستنا للالتزام المرقى العقاري بتسليم العقار المحفوظ لصاحب حفظ الحق و إعداد نظام الملكية المشتركة ننقل لدراسة التزام المرقى العقاري بإبرام عقد البيع النهائي ونقل الملكية، وهذا ما سوف نقوم بدراسته في المطلب الموالي.

المطلب الثاني: الالتزام بإبرام عقد البيع النهائي ونقل الملكية.

بما أن عقد حفظ الحق في بيع العقار المقرر بناؤه يعد عقد غير ناقل لملكية العقار المحفوظ فإنه يتعين على المرقى العقاري بعد أن ينفذ التزامه بإنجاز العقار المحفوظ المقرر بناؤه طبقا للمواصفات المتفق عليها، أن يلتزم بإبرام عقد البيع النهائي وذلك لنقل ملكية العقار المحفوظ لفائدة صاحب حفظ الحق، وبهذا يتم الانتقال من مرحلة التعاقد الابتدائي إلى مرحلة التعاقد النهائي. لذلك سوف نقوم بدراسة التزام المرقى العقاري بإعداد عقد البيع النهائي في الفرع الأول، ثم نخصص الفرع الثاني لدراسة التزام المرقى العقاري بنقل ملكية العقار المحفوظ إلى صاحب حفظ الحق.

الفرع الأول: الالتزام بإبرام عقد البيع النهائي.

يعد التزام المرقى العقاري بإبرام عقد البيع النهائي من أهم الالتزامات القانونية الملقاة على عاتق المرقى العقاري بموجب عقد حفظ الحق، وقد عرف المشرع الجزائري عقد البيع النهائي والذي أطلق عليه تسمية

¹ كما نص المشرع الجزائري من خلال نص المادة 756 مكرر 3 من القانون المدني الجزائري على أنه يمكن تعيين المتصرف من طرف رئيس المجلس الشعبي البلدي الذي يقع في دائرته العقار المعني، في حالة تقصير المقتنين في اختيار الشخص الذي يتولى مهام إدارة وتسيير الأجزاء المشتركة.

"عقد بيع عقار مبني"، من خلال المادة 26 من القانون رقم 04/11 المحدد القواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية، والتي نصت على أن: "عقد بيع عقار مبني هو كل عقد رسمي يحول بموجبه المرقى العقاري، مقابل تسديد السعر من طرف المقتني، الملكية التامة والكاملة للعقار المبني موضوع الصفقة".

فبعد البيع النهائي حسب نص هذه المادة هو عبارة عن عقد رسمي يبرم بين المرقى العقاري وصاحب حفظ الحق، بهدف نقل ملكية العقار المحفوظ الذي تم انجازه لفائدة صاحب حفظ الحق مقابل التزام هذا الأخير بتسديد كامل الثمن المتفق عليه مسبقا.

وقد ألزم المشرع الجزائري عند إبرام عقد البيع النهائي مراعاة المدة اللازمة لإبرام هذا العقد بالإضافة إلى مراعاة بعض الشروط التي يتعين توافرها في هذا العقد وإلا اعتبر باطلا وغير نافذا في حق صاحب حفظ الحق.

لذلك سوف نقوم بدراسة الأجال المحددة لإبرام عقد البيع النهائي في الفقرة الأولى، ثم نقوم بدراسة الشروط الواجب توافرها في عقد البيع النهائي في الفقرة الثانية، وذلك على النحو الآتي:

الفقرة الأولى: الأجال المحددة لإبرام عقد البيع النهائي.

لقد نص المشرع الجزائري من خلال نص المادة 33 من القانون رقم 04/11 المحدد القواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية على أنه: "يتعين على المرقى العقاري، بعد ثلاثة (3) أشهر كحد أقصى، على إثر الاستلام المؤقت للبناءة أو لجزء منها، بإعداد عقد بيع البناءة أو جزء من البناءة المحفوظة، أمام موثق مقابل التسديد الكلي لسعر البيع من طرف صاحب حفظ الحق".

من خلال نص هذه المادة يتضح لنا بأن المشرع الجزائري ألزم المرقى العقاري على ضرورة إحترام الأجال القانونية لتنفيذ التزامه بإبرام عقد البيع النهائي، وقد حدد الأجال القانونية لإبرام هذا العقد

بثلاثة أشهر كحد أقصى من تاريخ استلام المرقى العقاري للبناءية أو جزء من البناءية المنجزة استلاماً مؤقتاً.

ويقصد بالاستلام المؤقت في هذه الحالة الاستلام الذي يتم بين المرقى العقاري باعتباره رب العمل و مقاول البناء، بعد الإنتهاء من أشغال البناء، وهو طبقاً لنص المادة 16/3 من القانون رقم 04/11 عبارة عن محضر يتم بين المرقى العقاري والمقاول، الغاية منه تمكين المرقى العقاري من تخصص البناءية المنجزة ومعاينتها والتأكد من مدى حسن إنجازها وخلوها من العيوب، وإبداء التحفظات في حالة وجود أي عيب بالبناءية.

كما فرض المشرع الجزائري بموجب نص المادة 73 من نفس القانون في حالة عدم تنفيذ المرقى العقاري بتنفيذ التزامه بإبرام عقد البيع النهائي لصالح صاحب حفظ الحق عقوبة مالية تتراوح من مائتي ألف دينار (200.000 دج) إلى مليوني دينار (2.000.000 دج).

أما بالنسبة للمشرع الفرنسي فنص على ضرورة أن يخطر الحاجز المحجوز له مشروع عقد البيع بشهر على الأقل من إبرام البيع¹، حيث نصت المادة 261R-30 من قانون البناء والسكن الفرنسي على أنه: " يجب أن يخطر الحاجز الطرف المحجوز له بمشروع عقد البيع بشهر على الأقل قبل تاريخ التوقيع على هذا العقد"².

¹ وهو نفس ما أخذ به المشرع الجزائري بموجب نص المادة 38 من قانون الترقية العقارية رقم 07/86 الملغى، حيث نصت هذه المادة 38 على أنه: " يجب على المكتتب أن يبلغ لحافظ الحق مشروع عقد البيع، قبل شهر على الأقل من تاريخ توقيع هذا العقد الذي يخضع لإمكانية البطلان، تبعا للشروط والأشكال التي نص عليها الأمر رقم 91/70 المؤرخ في 15 ديسمبر سنة 1970 المذكور أعلاه، والمتضمن تنظيم التوثيق ".

² L'article R 261-30 du code de la construction et de l'habitation prévoit que : « Le réservant doit notifier au réservataire le projet d'acte de vente un mois au moins avant la date de la signature de cet acte.»

والتوقيع على عقد البيع النهائي يكون وفقا للأجل الذي يتم تحديده في العقد التمهيدي¹، وكل تأخر عن تبليغ مشروع عقد البيع يعتبر سبب جدي لعدول المحجوز له عن عقد البيع النهائي ومن ثم استرجاع مبلغ الضمان².

ومن خلال كل ما سبق ذكره يتضح لنا بأن المشرع الفرنسي ألزم المتعاقدان أثناء إبرام العقد التمهيدي بضرورة تحديد تاريخ إبرام عقد البيع النهائي وذلك من خلال نص المادة R 261-26، كما ألزم الحاجز بضرورة إخطار المحجوز له بمشروع عقد البيع بشهر على الأقل قبل التوقيع على عقد البيع، أما المشرع الجزائري فنلاحظ أنه لم ينص على ضرورة تحديد تاريخ إبرام العقد النهائي، وإنما ربط أجل إبرام عقد البيع النهائي بأجل استلام المرقى العقاري للعقار المنجز، ومنح للمرقى العقاري أجل ثلاثة أشهر كحد أقصى لإبرام عقد البيع من تاريخ الاستلام المؤقت للعقار المحفوظ.

وبعد تحديد الآجال المحددة لإبرام عقد البيع النهائي، ننتقل لدراسة الشروط الواجب توفرها في عقد البيع النهائي، وهذا ما سوف نقوم بدراسته في الفقرة الموالية.

الفقرة الثانية: الشروط الواجب توفرها في عقد البيع النهائي.

ي قوم عقد البيع النهائي أو ما يسمى بعقد بيع عقار مبني شأنه شأن بقية العقود على الأركان الثلاثة التالية: الرضى، المحل، والسبب، ويضاف إليه ركن الشكلية لأن محله وارد على عقار مبني وذلك بإفراغ هذا التصرف في قالب رسمي يحرر من قبل موثق، وتسجيله لدى مفتشية التسجيل والطابع، بالإضافة إلى إخضاعه لعملية الشهر العقاري لدى المحافظة العقارية.

¹ نصت المادة R 261-26 على ضرورة أن يتضمن العقد التمهيدي التاريخ الذي يتم فيه إبرام عقد البيع النهائي. L'article R 261-26 du code de la construction et de l'habitation prévoit que : « Le contrat doit également indiquer : ... - la date à laquelle la vente pourra être conclue . »

² راجع في ذلك نص المادة L 261-15 من قانون البناء والسكن الفرنسي.

وحتى يكون عقد البيع النهائي المبرم بين المرقي العقاري وصاحب حفظ الحق صحيحا ومنتجا لكافة آثاره القانونية، لابد من مراعاة الشروط التالية:

- وجوب إفراغ عقد البيع النهائي في الشكل الرسمي.
- وجوب تسجيل عقد البيع النهائي وشهره لدى المحافظة العقارية.

أولاً: وجوب إفراغ عقد البيع النهائي في الشكل الرسمي.

لقد أشار المشرع الجزائري من خلال نص المادة 26 من القانون رقم 04/11 المحدد القواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية، على أن عقد البيع النهائي يعد من العقود الرسمية التي يستلزم إفراغها في الشكل الرسمي، إلا أن المشرع الجزائري لم يكتف بهذا فقط بل أكد على وجوب إخضاع هذا العقد للشكل الرسمي أمام الموثق في العديد من نصوص القانون رقم 04/11.

حيث نص من خلال المادة 25 على أنه: "يجب أن يكون البيع من طرف المرقي العقاري لعقار مبني أو بناية أو جزء من بناية مقرر بناؤها أو في طور البناء، موضوع عقد يعد قانونا في الشكل الرسمي طبقا للأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها، وطبقا لأحكام هذا القانون".

كما نص في المادة 31 من نفس القانون على ما يلي: " يتم تحويل ملكية عقار موضوع عقد حفظ عند تاريخ التسديد النهائي لسعر العقار المحفوظ، ويجب إعداد عقد البيع أمام موثق طبقا للتشريع المعمول به".

كما نص أيضا من خلال المادة 33 من نفس القانون على أنه: " يتعين على المرقي العقاري بعد ثلاثة أشهر كحد أقصى، على إثر الاستلام المؤقت للبناءية أو لجزء منها، بإعداد عقد بيع البناءية أو جزء من البناءية المحفوظة، أمام موثق مقابل التسديد الكلي لسعر البيع من طرف صاحب حفظ الحق".

فالكتابة الرسمية في هذا النوع من العقود لا تعد شرطا للإثبات فقط، بل تعد شرطا للانعقاد والإخلال بها لا يعطي لهذا العقد أي وجود قانوني، لذلك أكد المشرع الجزائري من خلال النصوص المذكورة أعلاه على ضرورة إفراغ هذا العقد في الشكل الرسمي الذي يحرر من قبل الموثق.

وبالرجوع إلى نص المادة 26 من القانون رقم 04/11 المحدد القواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية، والتي جاء في فقرتها الثانية والثالثة ما يلي: " وزيادة على رضا الطرفين بشأن الشيء المبيع وسعر البيع المتفق عليه، 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.

غير أن الحياة وشهادة المطابقة لا تعفيان من المسؤولية العشرية التي قد يتعرض إليها المرقي العقاري، ولا من ضمان الإنهاء الكامل لأشغال الإنجاز التي يلتزم بها المرقي العقاري طيلة سنة واحدة ".

يتبين لنا بأن عقد بيع العقار النهائي باعتباره بيعا فهو يخضع لنفس الأحكام التي يخضع لها عقد البيع في صورته العادية، وباعتباره صورة خاصة من صور البيع كون محله يقع على عقار تم إنجازه في إطار الترقية العقارية، فهو يخضع إلى أحكام خاصة به يتعين مراعاتها أثناء تحرير هذا العقد من قبل الموثق.

وهذا معناه أنه إلى جانب البيانات العامة التي يتضمنها أي عقد بيع عادي كالبيانات المتعلقة بهوية الأطراف المتعاقدة، والبيانات المتعلقة بوصف العقار المنجز وحدوده ومساحته ومشمولاته وثمان العقار... فإنه لا بد أن يتضمن أيضا عقد البيع النهائي بيانات خاصة به، والتي تتمثل طبقا لنص المادة 26 المذكورة أعلاه في ضرورة إرفاق العقد بشهادة المطابقة، الذي يلتزم المرقي العقاري بإيداعها لدى نفس مكتب التوثيق الذي يتولى تحرير عقد بيع العقار النهائي، حيث يتعين على الموثق تضمين هذا العقد

بالمعلومات الخاصة بهذه الشهادة التي تثبت أنّ العقار المنجز مطابق للمواصفات المتفق عليها في عقد حفظ الحق، وأنه مستجيب لكل الشروط التقنية والوظيفية المطلوبة في مجال السكن.

كما يتعين أيضا أن يتضمن عقد البيع النهائي الضمانات الخاصة بهذا العقد والمتمثلة طبقا لنص

المادة 3/26 المذكورة أعلاه في الضمان العشري¹، وضمان الإنهاء الكامل لأشغال الإنجاز.

فبالنسبة للضمان الأول والمتمثل في الضمان العشري²، فطبقا لنص المادة 3/26 من القانون رقم

04/11، فإنه يتعين أن يذكر في عقد البيع النهائي بأن المرقي العقاري يكون ملزما بضمان كل ما

يحدث خلال مدة عشر سنوات من تهدم كلي أو جزئي للعقار المنجز، ابتداء من تاريخ التسليم النهائي

للعقار المنجز للمشتري.

¹ لقد تقرر هذا النوع من الضمان في القواعد العامة وبالتحديد في المادة 554 من القانون المدني الجزائري، والتي نصت على أنه: " يضمن المهندس المعماري والمقاول متضامنين خلال عشر سنوات من تهدم كلي أو جزئي فيما شيداه من مباني أو أقاماه من منشآت ثابتة أخرى ولو كان التهدم ناشئا عن عيب في الأرض ويشمل الضمان المنصوص عليه في الفقرة السابقة ما يوجد في المباني والمنشآت من عيوب يترتب عليها تهديد متانة البناء وسلامته، وتبدأ مدة السنوات العشر من وقت تسلم العمل نهائيا"، كما نص عليه المشرع الجزائري من خلال نص المادة 46 من القانون رقم 04/11 المحدد القواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية، والتي نصت على أنه: " تقع المسؤولية العشرية على عاتق مكاتب الدراسات والمقاولين والمتدخلين الآخرين الذين لهم صلة بصاحب المشروع من خلال عقد، في حالة زوال كل البناية أو جزء منها جراء عيوب البناء، بما في ذلك جراء النوعية الرديئة لأرضية الأساس".

² نص المادة 2/30 من المرسوم التنفيذي رقم 85/12 المتضمن دفتر الشروط النموذجي الذي يحدد الالتزامات و المسؤوليات المهنية للمرقي العقاري على أنه: " يتحمل المرقي العقاري خلال مدة عشر (10) سنوات مسؤوليته المتضامنة مع مكاتب الدراسات والمقاولين والشركاء والمقاولين الفرعيين وأي متدخل آخر في حالة سقوط البناية كليا أو جزئيا بسبب عيوب في البناء بما في ذلك رداءة الأرض ".

أما بالنسبة للضمان الثاني والمتمثل في ضمان الإنهاء الكامل لأشغال الإنجاز¹، فيتعين على الموثق أن يذكر في عقد البيع النهائي بأن المرقى العقاري ملزم بإصلاح كل العيوب التي قد تظهر على البناء خلال مدة سنة واحدة ابتداء من تاريخ الاستلام النهائي للعقار المنجز.

وإلى جانب هذين الضمانين الذي يتعين على المرقى العقاري الإشارة إليهما أثناء تحرير عقد البيع النهائي، فإنه يتعين عليه أيضا ضرورة الإشارة إلى نوع آخر من الضمانات لم تشر إليه نص المادة 26 المذكورة أعلاه، وهو ضمان إدارة الأملاك العقارية المنجزة، حيث يتعين على المرقى العقاري طبقا لنص المادة 62 من القانون رقم 04/11 أن يلتزم بإدارة الأملاك العقارية المنجزة لمدة سنتين من تاريخ بيع الجزء الأخير من البناية المعنية، وأن يعمل أيضا على تحويل أعمال الإدارة إلى الملاك أو الشاغلين المستفيدين من تلك البنايات، وذلك خلال مدة الضمان المشار إليها أعلاه.

ثانيا: وجوب تسجيل عقد البيع النهائي وشهره لدى المحافظة العقارية.

بعد أن يقوم الموثق بتحرير عقد البيع النهائي في الشكل الرسمي يتوجب عليه أيضا ضرورة تسجيل هذا العقد لدى مفتشية التسجيل والطابع وشهره لدى المحافظة العقارية.

¹ أدرج المشرع الفرنسي هذا النوع من الضمان ضمن المادة 6/1792 في فقرتها الثانية من القانون المدني الفرنسي، المضافة للقانون المدني بموجب القانون رقم 12/78 المؤرخ في 04/01/1978، المتعلق بالمسؤولية والتأمين في مجال البناء، والتي جاء فيها: " يمتد ضمان إتمام الأعمال على الوجه الأكمل والذي بواسطته يكون المقاول مسؤولا خلال مدة سنة من تسليم الأعمال، إلى إصلاح جميع العيوب المشار إليها من قبل رب العمل سواء بطريق التحفظات التي ذكرها في محضر التسليم أو بطريق الإخطار الكتابي بالنسبة للعيوب اللاحقة"

L'article 1792/6-2 du code civil français, ajouté au code civil par la loi n° 78/12, du 4 janvier 1978, relative à la responsabilité et à l'assurance dans le domaine de la construction, prévoit que :« La garantie de parfait achèvement, à laquelle l'entrepreneur est tenu pendant un délai d'un an, à compter de la réception, s'étend à la réparation de tous les désordres signalés par le maître de l'ouvrage, soit au moyen de réserves mentionnées au procès-verbal de réception, soit par voie de notification écrite pour ceux révélés postérieurement à la réception. »

حيث يتعين على الموثق ضرورة تسجيل عقد بيع العقار النهائي لدى مفتشية التسجيل والطابع المختصة طبقاً لنص المادة 1/75 من الأمر رقم 105/76 المتضمن قانون التسجيل والتي نصت على أنه: "لا يستطيع الموثقون أن يسجلوا عقودهم إلا في مصالح التسجيل التابعة للدائرة التي يوجد بها مكتبهم"، وباعتبار هذا النوع من العقود يعد عقد رسمي وناقل للملكية العقارية فإنه يتعين تطبيقاً لنص المادة 58 من القانون السالف الذكر على ضرورة تسجيله خلال مدة شهر من تاريخ تحريره.¹

وبعد إتمام عملية التسجيل يتعين شهر عقد البيع النهائي لدى المحافظة العقارية²، لكي ينتج هذا العقد أثره العيني، المتمثل في نقل الملكية، طبقاً لنص المادة 793 من القانون المدني التي نصت على أنه: "لا تنتقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون وبالأخص القوانين التي تدير مصلحة شهر العقار".

وتبدأ إجراءات الشهر بإيداع المحررات في المحافظة العقارية على مستوى قسم الإيداع المخصص لاستلام كل العقود على اختلاف أنواعها ودراستها وفحصها والتأكد من صحتها ومدى مطابقتها للقوانين، حيث تحدث لدى المديرية الفرعية لأملاك الدولة والشؤون العقارية محافظة عقارية، يسيروها محافظ عقاري³.

¹ نصت المادة 58 من القانون رقم 105/76 المتضمن قانون التسجيل على أنه: "يجب أن تسجل عقود الموثقين في أجل شهر ابتداء من تاريخها باستثناء الحالة المنصوص عليها في المادة 64 أدناه.

وتسجل على الخصوص في الأجل المنصوص عليه في المقطع أعلاه العقود التالية:

1-العقود التي تتناول نقل الملكية أو حق الانتفاع للأموال العقارية.....".

² عرف الأستاذ مجيد خلفوني نظام الشهر العقاري بأنه: "عمل فني يهدف إلى تسجيل مختلف التصرفات الواردة على العقارات بإدارة الشهر العقاري لإعلام الكافة بها وذلك بهدف استقرار المعاملات العقارية ومنع المضاربة وتحقيق الثقة اللازمة".

أنظر : مجيد خلفوني، المرجع السابق، ص 13.

³ أنظر المادة 1 من المرسوم رقم 63/76 المؤرخ في 1976/03/25، المتعلق بتأسيس السجل العقاري، ح ر عدد 30، المؤرخة في 1976/04/13، المعدل والمتمم.

أما بالنسبة للوثائق المطلوبة في عملية الشهر العقاري وكذا المراحل التي يمر بها عقد بيع النهائي، فهي تقريبا نفس الوثائق المطلوبة في كل أنواع العقود المشهورة والتي أشار إليها المرسوم رقم 63/76.

وبعد دراستنا لالتزام المرقي العقاري بإبرام عقد البيع النهائي، سوف ننتقل لدراسة التزام المرقي العقاري بنقل ملكية العقار المحفوظ لصاحب حفظ الحق، وهذا ما سوف نوافيه من خلال الفرع الموالي.

الفرع الثاني: الالتزام بنقل ملكية العقار المحفوظ لصاحب حفظ الحق.

نص المشرع الجزائري على هذا الالتزام من خلال نص المادة 31 من القانون رقم 04/11 المحدد القواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية والتي نصت على أنه: " يتم تحويل ملكية عقار موضوع عقد حفظ عند تاريخ التسديد النهائي لسعر العقار المحفوظ، ويجب إعداد عقد البيع أمام موثق طبقا للتشريع المعمول به ".

حيث يتضح لنا من خلال نص هذه المادة أن ملكية العقار محل الحفظ تنتقل إلى صاحب حفظ الحق بمجرد تسديد الثمن الكامل والنهائي لهذا العقار، والذي يتم تحديده مسبقا أثناء إبرام عقد حفظ الحق. وبالرجوع إلى المرسوم رقم 431/13 المحدد النموذج الخاص بعقد حفظ الحق، نجد أن المشرع الجزائري نص من خلال الفقرة الخاصة بنقل الملكية وإعداد عقد البيع، على أنه: " يتم نقل ملكية الملك موضوع عقد حفظ الحق هذا، بمجرد التوقيع المشترك لعقد البيع النهائي، أمام الموثق مقابل دفع المبلغ المتبقي للبيع...."، وهذا معناه أن ملكية العقار محل الحفظ تنتقل إلى صاحب حفظ الحق بمجرد التوقيع المشترك لكل من صاحب حفظ الحق والمرقي العقاري على عقد البيع النهائي.

وبالرغم من أن المشرع الجزائري جعل ملكية العقار محل الحفظ تنتقل إلى صاحب حفظ الحق بمجرد تسديد ثمن البيع أو التوقيع المشترك لعقد البيع النهائي، إلا أن الملكية العقارية طبقا للقواعد العامة تنتقل بمجرد شهر العقد بقوة القانون وليس بتسديد ثمن البيع أو التوقيع على العقد.

فعملا بالمادتين 793 و 165 من القانون المدني الجزائري، والمادتين 15 و 16 من الأمر رقم 74/75 المؤرخ في 1975/11/12، المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، فعملية تحرير العقد تفرض إلزاما على الموثق بتسجيله وشهره لينشأ الحق العيني والمتمثل في نقل الملكية.

لذلك نرى من جانبنا أن المشرع الجزائري أخطأ في صياغة نص المادة 31 المذكورة أعلاه والنص الخاص بنقل الملكية وإعداد البيع المحدد في النموذج الخاص بعقد حفظ الحق المذكورة أعلاه فبدلاً أن يوضح المشرع الجزائري بأن ملكية العقار المحفوظ تنتقل إلى صاحب حفظ الحق بمجرد الشهر، وأن ملكية العقار المحفوظ تبقى معلقة على شرط واقف وهو تسديد السعر الكامل للبيع، بحيث يعلق تحرير عقد البيع النهائي بدفع الثمن النهائي للبيع، علق المشرع الجزائري نقل الملكية بتسديد الثمن تارة وبالتوقيع على عقد البيع النهائي تارة أخرى، لذلك نقترح من جانبنا ضرورة أن يقوم المشرع الجزائري بتعديل نص المادة 31 من القانون رقم 04/11، والنموذج الخاص بعقد حفظ الحق.

غير أنه وبالرجوع إلى موقف المشرع الفرنسي حول مسألة نقل الملكية فيتضح لنا أن هذا الأخير لا يعلق نقل الملكية العقارية بضرورة الشهر بل بمجرد إبرام العقد، فالملكية في فرنسا تنتقل بمجرد العقد دون اشتراط الشهر، وإنما يقتصر دور الشهر في تمكين المشتري من الاحتجاج باكتساب الملكية في مواجهة الغير، وبهذا يكون المشرع الجزائري قد تأثر بنظيره الفرنسي حول مسألة نقل الملكية.

ومن خلال دراستنا لهذا الفصل استخلصنا إلى أن هناك العديد من الالتزامات الملقاة على عاتق المرقى العقاري منها ما يستدعي عليه تنفيذها قبل إنجاز العقار المحفوظ، ومنها ما يستدعي عليه تنفيذها بعد إنجاز العقار المحفوظ، حيث يلتزم المرقى العقاري قبل إنجاز العقار المحفوظ بالالتزامين أساسيين، الالتزام الأول هو حجز العقار المقرر بناؤه لصاحب حفظ الحق وعدم التصرف فيه لفائدة الغير، والالتزام الثاني هو الالتزام بانجاز العقار المحفوظ طبقا للمواصفات المتفق عليها وفي الآجال المحددة في العقد، وبالرغم من أن هذين الالتزامين يعدان التزامان أساسيان في عقد حفظ الحق إلا أن المشرع الجزائري لم يشر إليهما من خلال القانون رقم 04/11 المحدد القواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية، وإنما أشار إليهما من خلال المرسوم التنفيذي رقم 431/13 المحدد نموذج عقد حفظ الحق، وهذا بخلاف المشرع الجزائري الذي نص على هذين الالتزامين.

أما بالنسبة لالتزامات المرقى العقاري بعد الانتهاء من إنجاز العقار المحفوظ، فيلتزم المرقى العقاري بتسليم العقار المحفوظ فور الانتهاء من إنجازه لصاحب حفظ الحق، وإعداد نظام الملكية المشتركة وتسليمه لصاحب حفظ الحق، وذلك قصد تحديد الحقوق والأعباء الملقاة على كل من المرقى العقاري وصاحب حفظ، كما يتعين على المرقى العقاري أن يتولى مهمة إدارة وتسيير الملكية المشتركة المتضمنة البنائية موضوع عقد حفظ الحق، وذلك بمجرد الانتهاء من إنجاز المشروع العقاري والشروع في استغلاله، وذلك لمدة سنتين يبدأ سريانها ابتداء من بيع الجزء الأخير من البنائية المعنية، وأن يقوم بتحويل هذا الالتزام إلى الجهات المعنية قبل نهاية هذه المدة.

كما يلتزم أيضا المرقى العقاري بعد إنجازه للعقار المحفوظ بإبرام عقد البيع ونقل ملكية العقار المحفوظ إلى صاحب حفظ الحق، حيث منح المشرع الجزائري المرقى العقاري مدة ثلاثة أشهر كحد أقصى من الاستلام المؤقت للبنائية المحفوظة بإبرام عقد البيع، إلا أن المشرع الجزائري لم ينص على ضرورة تحديد تاريخ إبرام عقد البيع، وربط آجال إبرام عقد البيع بآجال استلام المرقى العقاري للبنائية

المنجزة، وهذا بخلاف المشرع الفرنسي الذي ألزم المتعاقدان على ضرورة تحديد تاريخ إبرام عقد البيع وألزم الحاجز بضرورة إخطار المحجوز له بمشروع عقد البيع بشهر واحد على الأقل قبل التوقيع على عقد البيع.

وبعد دراستنا للالتزامات الملقاة على عاتق المرقى العقاري بموجب عقد حفظ الحق سوف ننقل

لدراسة التزامات صاحب حفظ الحق وطرق حمايته، وهذا ما سوف نقوم بدراسته في الفصل الموالي.

الفصل الثاني: الالتزامات التعاقدية المترتبة على صاحب حفظ الحق وطرق حمايته.

يرتب عقد حفظ الحق في بيع العقار المقرر بناؤه كغيره من العقود مجموعة من الإلتزامات على عاتق كل من المرقى العقاري وصاحب حفظ الحق، ولقد بينا سابقا بأن المرقى العقاري يكون ملزم تجاه صاحب حفظ الحق بمجموعة من الإلتزامات، منها ما يلزم عليه تنفيذها قبل إنجاز العقار المحفوظ، ومنها ما يلزم عليه تنفيذها بعد إنجاز العقار المحفوظ، والسؤال الذي يطرح نفسه في هذا المقام: ما هي الإلتزامات التي تقع على عاتق صاحب حفظ الحق بموجب هذا العقد؟

ونظرا لأن صاحب حفظ الحق يعد الطرف الضعيف اقتصاديا والأقل خبرة مقارنة بالمرقى العقاري، ونظرا لأن محل عقد حفظ الحق واقع على عقار غير موجود أثناء التعاقد، مما يجعل صاحب حفظ الحق معرض لخطر عدم استطاعة المرقى العقاري استكمال البناء أو نقل الملكية، كان لا بد على المشرع من إحاطة هذا النوع من العقود بضمانات ووسائل قانونية كافية لحماية صاحب حفظ الحق من هذه الأخطار، لذلك يثور في الذهن تساؤل آخر حول ما هي الضمانات والوسائل القانونية التي قررها المشرع الجزائري لحماية صاحب حفظ الحق باعتباره الطرف الضعيف في هذه العلاقة التعاقدية؟

للإجابة عن هذه التساؤلات إرتأينا إلى تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين، خصصنا المبحث الأول لدراسة الإلتزامات التعاقدية التي تقع على عاتق صاحب حفظ الحق، أما المبحث الثاني فخصصناه لدراسة الضمانات والوسائل القانونية المقررة لحماية صاحب حفظ الحق.

المبحث الأول: الالتزامات التعاقدية المترتبة على صاحب حفظ الحق.

يرتب عقد حفظ الحق كغيره من العقود الملزمة لجانبين مجموعة من الإلتزامات التي تقع على عاتق صاحب حفظ الحق، منها ما يتعين عليه تنفيذها قبل إنجاز العقار المحفوظ، ومنها ما يتعين عليه تنفيذها بعد إنجاز العقار المحفوظ.

لذلك قسمنا هذا المبحث إلى مطلبين، خصصنا المطلب الأول لدراسة التلتزامات صاحب حفظ الحق قبل إنجاز العقار المحفوظ، أما المطلب الثاني فخصصناه لدراسة التلتزامات صاحب حفظ الحق بعد إنجاز العقار المحفوظ.

المطلب الأول : التلتزامات صاحب حفظ الحق قبل إنجاز العقار المحفوظ.

نظرا للطبيعة الخاصة لعقد حفظ الحق في بيع العقار المقرر بناؤه، فإن الإلتزامات التي ترتب على صاحب حفظ الحق تختلف عن تلك الإلتزامات التي ترتب على المشتري في أي بيع عادي، كما أن التلتزامات صاحب حفظ الحق تختلف حسب الفترة التي يتم فيها إنجاز العقار المحفوظ من عدمه. حيث يتعين على صاحب حفظ الحق قبل إنجاز العقار المحفوظ المقرر بناؤه تنفيذ التلتزامين أساسيين هما : الإلتزام بدفع التسبيق المالي أو ما يطلق عليه المشرع الفرنسي بوديعة الضمان بالإضافة إلى الإلتزام بالشراء.

وبناء على ما تقدم، سوف نقوم من خلال هذا المطلب بدراسة التلتزام صاحب حفظ الحق بدفع مبلغ التسبيق وذلك في الفرع الأول، أما الفرع الثاني فنخصصه لدراسة التلتزام صاحب حفظ الحق بالشراء.

الفرع الأول: التزام صاحب حفظ الحق بدفع مبلغ التسبيق.

يعتبر إلتزام صاحب حفظ الحق بدفع مبلغ التسبيق من أهم الإلتزامات التي تقع عليه بموجب عقد حفظ الحق، لأنه يدل على عزمه ورغبته في اقتناء العقار المحفوظ بعد الإنتهاء من إنجازهِ، كما يعتبر هذا التسبيق في نفس الوقت سبب قيام المرقى العقاري بتنفيذ التزاماته.

فمقابل التزام المرقى العقاري بحجز العقار المحفوظ لصاحب حفظ الحق وعدم التصرف فيه للغير، يلتزم هذا الأخير بدفع مبلغ التسبيق، حيث نصت المادة 1/27 من القانون رقم 04/11 المحدد القواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية على أنه: " عقد حفظ الحق هو العقد الذي يلتزم بموجبه المرقى العقاري بتسليم العقار المقرر بناؤه أو في طور البناء، لصاحب حفظ الحق، فور إنتهائه، مقابل تسبيق يدفعه هذا الأخير"¹.

كما نص المشرع الجزائري من خلال النموذج الخاص بعقد حفظ الحق الملحق بالمرسوم التنفيذي رقم 431/13 على أن: " يلتزم المرقى العقاري بموجب عقد حفظ الحق هذا، بتخصيص لصاحب حفظ الحق المعين أعلاه، الملك العقاري المقرر بناؤه أو في طور البناء، الذي تم وصفه أدناه، بغرض اقتنائه عند إتمامه، مقابل دفع تسبيق من طرف صاحب حفظ الحق في".

وقد حدد المشرع الجزائري نسبة هذا التسبيق بموجب القانون رقم 04/11 بعشرين بالمائة (20 %) من السعر التقديري للعقار المحفوظ المتفق عليه أثناء إبرام العقد، حيث نصت المادة 52 من هذا القانون على أنه: " في حالة عقد حفظ الحق لبناية أو جزء من بناية، يتعين على صاحب حفظ الحق دفع تسبيق نقدي للمرقى العقاري وفقا لأحكام المادة 27 أعلاه، لا يتجاوز عشرين في المائة (20%) من السعر التقديري للعقار كما تم الاتفاق عليه بين الطرفين ".

¹ مع العلم أن المشرع الجزائري اخطأ في صياغة هذه المادة فكان من المفروض أن يجعل الإلتزام الأساسي الذي يقع على عاتق المرقى العقاري هو الحجز أو التخصيص وليس الإلتزام بالتسليم.

ويتبين لنا من خلال نص هذه المادة بأن المشرع الجزائري قام بتسقيف مبلغ التسبيق وأكد على ضرورة أن لا يتجاوز هذا التسبيق 20 %، فحتى لو كان صاحب حفظ الحق قادرا على دفع أكثر من هذه القيمة، فلا يجوز له تجاوز المبلغ المحدد¹.

فالمشرع هنا أراد تكريس مبدأ سلطان الإرادة في تحديد مبلغ التسبيق المالي المتفق عليه بين المرقي العقاري وصاحب حفظ الحق بموجب عقد حفظ الحق، وفي نفس الوقت وضع حدا للنسبة المؤوية للتسبيق حفاظا على حقوق صاحب حفظ الحق باعتباره طرفا ضعيفا بالمقارنة مع المرقي العقاري، وفي نفس الوقت تأكيد مبلغ التسبيق المالي أقل من 20% لعدم تحويل الحق الشخصي المرتبط بالعقد إلى حق نقل ملكية العقار الذي لا يتم بالفعل إلا بموجب عقد البيع المحرر بعد الإنتهاء من عملية الإنجاز.

أما بخصوص الجهة المخولة التي يودع إليها مبلغ التسبيق، فتتمثل في هيئة ضمان عمليات الترقية العقارية، أو ما يسمى بصندوق الضمان والكفالة المتبادلة، حيث يقوم صاحب حفظ الحق بإيداع هذه الأموال في حساب خاص باسمه لدى هذا الصندوق، وهذا ما أكدته نص المادة 2/27 من القانون رقم 04/11 بقولها: " يودع مبلغ التسبيق المدفوع من طرف صاحب حفظ الحق في حساب مفتوح باسم هذا الأخير لدى هيئة ضمان عمليات الترقية العقارية المنصوص عليها في المادة 56 من هذا القانون"².

¹ وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري أيضا من خلال القانون رقم 07/86 المتعلق بالترقية العقارية الملغى، حيث نصت المادة 34 منه على أنه: " يلتزم المترشح للملكية بإيداع ضمان يساوي مبلغه 20% من الكلفة التقديرية للعمارة المباعة أو لجزئها المبيع".

² كما أنه وبالرجوع إلى النموذج الخاص بعقد حفظ الحق المحدد بالمرسوم رقم 431/13، نلاحظ بأن المشرع الجزائري أشار من خلال الفقرة الخاصة بالسعر التقديري للبيع، مرة أخرى إلى الجهة المودع إليها مبلغ التسبيق، حيث نص على أنه: " يلتزم صاحب حفظ الحق بدفع تسبيق يقدر ب دج (بالأرقام وبالأحرف)، والذي لا يتعدى 20% حسب الأمر بالدفع المعد من طرف المرقي العقاري في والوصل رقم لصندوق الضمان والكفالة المتبادلة للترقية العقارية " حيث أكد المشرع الجزائري على ضرورة ذكر تاريخ إيداع التسبيق، فإذا قبل المرقي العقاري إيداع التسبيق قبل إبرام عقد حفظ الحق، فيتعرض في هذه الحالة إلى عقوبات جزائية سوف نحددها لاحق.

حيث يفهم من نص هذه المادة أن التسبيق المالي الذي يدفعه صاحب حفظ الحق يبقى في حسابه الخاص، ولا ينتقل لحساب المرقى العقاري، ولا يمكن الإستفادة منه في تمويل مشروعه العقاري، إلا بعد إتمام أشغال البناء وإعداد عقد البيع .

كما أكد المشرع الجزائري أيضا من خلال نص المادة 19 من المرسوم التنفيذي رقم 85/12 المتضمن دفتر الشروط النموذجي الذي يحدد الالتزامات والمسؤوليات المهنية للمرقى العقاري على أن يتعهد المرقى العقاري في إطار نشاطه بعدم الاستلام من المقتنين، أي دفع ودفع جزئي و/ أو تسبيق بأي شكل من الأشكال، إذا كان غير مفروض وغير ناتج عن إعداد تام لعقد البيع أو البيع على التصاميم أو الحجز، كما نصت عليه أحكام القانون رقم 04/11.

وفي حالة مخالفة المرقى العقاري لأحكام نص هذه المادة، فإنه يتعرض لعقوبات جزائية نصت عليها المادة 71 من القانون رقم 04/11 بقولها: " يتعرض كل مرق عقاري يطالب أو يقبل تسبيقا أو إيداعا أو اكتتابا أو سندا تجاريا قبل توقيع عقد البيع على التصاميم، أو عقد حفظ الحق، لعقوبة الحبس من شهرين (2) إلى سنتين (2)، وغرامة من مائتي دينار (200.000 دج) إلى مليوني دينار (2.000.000 دج) " ¹.

أما بالنسبة للمشرع الفرنسي، فنص من خلال المادة (R 28/261) من قانون البناء والسكن الفرنسي على أن نسبة التسبيق المالي أو ما يسمى عندهم "بوديعة الضمان" محددة كالآتي:

¹ كما نصت المادة L 17/261 من قانون البناء والسكن الفرنسي على أنه يعاقب بالسجن لمدة سنتين وغرامة مالية تقدر بتسعة آلاف أورو (9000 أورو) أو بإحدى هاتين العقوبتين، كل من يطالب أو يقبل تسبيق يشكل انتهاكا لأحكام المادتين L 12/261 و L 15/261.

L'article L 261/17 du code de la construction et de l'habitation prévoit que : « Toute personne qui exige ou accepte un versement en violation des dispositions des articles L. 261-12 et L. 261-15 est punie d'un emprisonnement de deux ans et d'une amende de 9 000 euros ou de l'une de ces deux peines seulement. »

- 5% من السعر التقديري للبيع إذا كانت مدة القيام بالأعمال لا تتجاوز سنة.

- 2% من السعر التقديري للبيع إذا لم تتجاوز هذه الفترة سنتين.

- أما إذا تجاوزت هذه الفترة سنتين، فلا يجوز إيداع أي ضمان¹.

ويجب أن تودع وديعة الضمان طبقاً لنص المادة (R 29/261) من قانون البناء والسكن الفرنسي، في حساب خاص باسم المحجوز له في حساب بنكي أو أي مؤسسة مالية مؤهلة لذلك، أو في حساب الموثق، كما أجاز المشرع الفرنسي أن يتم دفع وديعة الضمان في حساب موحد في حالة بناء بناية جماعية².

كما نص المشرع الفرنسي من خلال نص المادة (L 3-15/261) من نفس القانون على أن تكون وديعة الضمان غير قابلة للحجز وغير قابلة للتنازل، وغير قابلة للتصرف فيها حتى يتم إبرام عقد البيع النهائي³.

وبالرغم من أن المشرع الجزائري نص على أنّ أموال التسبيق غير قابلة للتصرف ولا الحجز ولا التنازل من خلال قانون الترقية العقارية رقم 07/86 الملغى¹، إلا أنه لم ينص على ذلك من خلال

¹ L'article R 261/28 du code de la construction et de l'habitation prévoit que : « Le montant du dépôt de garantie ne peut excéder 5 %. 100 du prix prévisionnel de vente si le délai de réalisation de la vente n'excède pas un an ; ce pourcentage est limité à 2 %. 100 si ce délai n'excède pas deux ans. Aucun dépôt ne peut être exigé si ce délai excède deux ans »

² L'article R261/29 du code de la construction et de l'habitation prévoit que:
« Le dépôt de garantie est fait à un compte spécial ouvert au nom du réservataire dans une banque ou un établissement spécialement habilité à cet effet ou chez un notaire. Les dépôts des réservataires des différents locaux composant un même immeuble ou un même ensemble immobilier peuvent être groupés dans un compte unique spécial comportant une rubrique par réservataire»

³ L'article 261/15-3 du code de la construction et de l'habitation prévoit que : « Les fonds déposés en garantie sont indisponibles, incessibles et insaisissables jusqu'à la conclusion du contrat de vente. »

القانون رقم 04/11 الساري المفعول حاليا، وهذا النقص لا بد من إدراكه، لذلك نقترح على المشرع الجزائري ضرورة وضع نص قانوني ينص فيه على أن مبلغ التسبيق الذي يدفعه صاحب حفظ الحق في حساب خاص باسمه لدى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة في الترقية العقارية، يكون غير قابل للتصرف ولا التنازل ولا الحجز.

وطبقا لنص المادة (L 4-15/261)²، فإن وديعة الضمان ترد إلى المحجوز له في غضون ثلاثة أشهر، في حالة امتناع البائع عن إبرام عقد البيع النهائي، أو في حالة ما إذا لم يتحقق الشرط الواقف التي نصت عليه المادة L 312/16 من قانون الاستهلاك الفرنسي³، أو إذا تضمن العقد النهائي شروط مخالفة للشروط المتفق عليها في العقد التمهيدي.

¹ ما نص عليه أيضا المشرع الجزائري بموجب نص المادة 35 من القانون رقم 07/86 المتعلق بالترقية العقارية (الملغى)، إذ نصت المادة 2/35 على أنه: " تكون الأموال المودعة غير قابلة للتنازل، وغير قابلة للحجز، وغير قابلة للتصرف فيها ضمن الحد المنصوص عليه في المادة 34 السابقة ".

² L'article L 261/15-4 du code de la construction et de l'habitation prévoit que : « Ils sont restitués, dans le délai de trois mois, au déposant si le contrat n'est pas conclu du fait du vendeur, si la condition suspensive prévue à l'article L. 312-16 du code de la consommation n'est pas réalisée ou si le contrat proposé fait apparaître une différence anormale par rapport aux prévisions du contrat préliminaire.»

³ L'article L 312/16 du code de la consommation prévoit que : « Lorsque l'acte mentionné à l'article L. 312-15 indique que le prix est payé, directement ou indirectement, même partiellement, à l'aide d'un ou plusieurs prêts régis par les sections 1 à 3 et la section 5 du présent chapitre, cet acte est conclu sous la condition suspensive de l'obtention du ou des prêts qui en assument le financement. La durée de validité de cette condition suspensive ne pourra être inférieure à un mois à compter de la date de la signature de l'acte ou, s'il s'agit d'un acte sous seing privé soumis à peine de nullité à la formalité de l'enregistrement, à compter de la date de l'enregistrement.

Lorsque la condition suspensive prévue au premier alinéa du présent article n'est pas réalisée, toute somme versée d'avance par l'acquéreur à l'autre partie ou pour le compte de cette dernière est immédiatement et intégralement remboursable sans retenue ni indemnité à quelque titre que ce soit. A compter du quinzième jour suivant la demande de remboursement, cette somme est productive d'intérêts au taux légal majoré de moitié

كما نصت المادة (R 31/261) من قانون البناء والسكن الفرنسي، أنه يمكن للمحجوز له

استرداد مبلغ الضمان دون أي خصم أو عقوبة¹، في الحالات التالية:

أ - إذا لم يبرم عقد البيع خلال المدة المحددة في العقد التمهيدي بسبب فعل البائع.

ب - إذا تجاوز سعر البيع أكثر من 5% من السعر التقديري للبيع المحدد في العقد التمهيدي بصرف النظر عن الأسباب التي أدت إلى زيادة الأسعار، حتى ولو كان سبب هذه الزيادة هو تحسين نوعية البناء.

ج - إذا لم يتم الحصول على القروض المحددة في العقد التمهيدي، أو إذا كان مقدارها أقل بنسبة 10% من المقدار المتوقع في العقد.

د - إذا لم يتم إنجاز أحد العناصر التجهيزية المنصوص عليها في العقد التمهيدي.

هـ - إذا قام البائع بإحداث تغيير في البناء ينقص من قيمته بما يزيد عن 10% من السعر التقديري للبيع¹.

=نصت المادة 16/312 من قانون الاستهلاك الفرنسي على ما يلي: " عندما يشير العقد المذكور في المادة L 15/312 (العقد التمهيدي) إلى أن الثمن سيدفع مباشرة أو غير مباشرة، حتى ولو جزئياً، بواسطة قرض أو عدة قروض منظمة في الأقسام من 1 إلى 3 والقسم الخامس من هذا الفصل، يتم إبرام هذا العقد تحت شرط واقف هو الحصول على قرض أو القروض التي تضمن التمويل. إن مدة صحة هذا الشرط الواقف لا يمكن أن تقل عن شهر يحسب من تاريخ توقيع العقد، أو عندما يتعلق بعقد عرفي موضوع تحت طائلة بطلان شكلية التسجيل، تحسب من تاريخ التسجيل.

عندما لا يتحقق الشرط الواقف المذكور في الفقرة الأولى من هذه المادة فإن كل مبلغ مدفوع مسبقاً من طرف المشتري للطرف الآخر أو لحساب هذا الأخير يكون قابلاً للاسترداد فوراً وكاملاً دون خصم أو تعويض لأي سبب كان، ابتداء من اليوم الخامس عشر الذي يلي طلب التسديد، فإن هذا المبلغ يحقق فائدة على السعر القانوني تزيد عن النصف".

¹ أما بالنسبة للمشرع الجزائري فحدد من خلال أحكام القانون رقم 07/86 الحالة التي يمكن أن يرد فيها مبلغ التسبيق إلى صاحب حفظ الحق، وهي الحالة التي يقوم فيها المرقي العقاري برفع سعر البيع، حيث نصت المادة 36 من نفس القانون على ما يلي: " يرد مبلغ الضمان المودع لصاحبه بمجرد الإشعار، ودون أن يقتطع منه، أو تقرض عليه عقوبة، إذا زاد سعر البيع على سعر التقديري المزيد فيه، عملاً بالقواعد التي يحددها عقد حفظ الحق، في مجال مراجعة الأسعار، وفي حدود نسبة قصوى تحدد عن طريق التنظيم".

كما عالج المشرع الفرنسي الحالة التي لا يمكن للمحجوز له استرداد مبلغ الضمان، حيث يفقد هذا الأخير مبلغ الضمان بالكامل إذا تخلى عن الشراء أو بمعنى آخر في حالة رفضه إبرام عقد البيع النهائي².

وبالرجوع إلى أحكام القانون رقم 04/11 المحدد القواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية نلاحظ أن المشرع الجزائري لم يعالج الحالات التي يمكن لصاحب حفظ الحق إسترداد مبلغ الضمان فيها كما فعل المشرع الفرنسي، كما أنه لم يشر إلى الحالة التي نصت عليها المادة 36 السالفة الذكر وإنما اكتفى بالذكر من خلال نص المادة 32 منه بأنه يمكن لأطراف العقد فسخ العقد في أي وقت خلال إنجاز المشروع العقاري، حيث نص في الفقرة الثالثة من نص هذه المادة على أنه فإذا كان طلب الفسخ من

¹ L'article 261/31 du code de la construction et de l'habitation prévoit que : « Le dépôt de garantie est restitué, sans retenue ni pénalité au réservataire :

- a) Si le contrat de vente n'est pas conclu du fait du vendeur dans le délai prévu au contrat préliminaire .
- b) Si le prix de vente excède de plus de 5 % le prix prévisionnel, révisé le cas échéant conformément aux dispositions du contrat préliminaire. Il en est ainsi quelles que soient les autres causes de l'augmentation du prix, même si elles sont dues à une augmentation de la consistance de l'immeuble ou à une amélioration de sa qualité.
- c) Si le ou les prêts prévus au contrat préliminaire ne sont pas obtenus ou transmis ou si leur montant est inférieur de 10 % aux prévisions dudit contrat.
- d) Si l'un des éléments d'équipement prévus au contrat préliminaire ne doit pas être réalisé.
- e) Si l'immeuble ou la partie d'immeuble ayant fait l'objet du contrat présente dans sa consistance ou dans la qualité des ouvrages prévus une réduction de valeur supérieure à 10 %.

Dans les cas prévus au présent article, le réservataire notifie sa demande de remboursement au vendeur et au dépositaire par lettre recommandée avec demande d'avis de réception.

Sous réserve de la justification par le déposant de son droit à restitution, le remboursement intervient dans le délai maximum de trois mois à dater de cette demande. »

² Sizaire Daniel, construction urbanisme, vente d'immeuble à construire, secteur protégé, contrat préliminaire de réservation, Edition Juris Classeur, fascicule 50-83, 2002, p 15.

صاحب حفظ الحق يفقد هذا الأخير جزء من مبلغ التسبيق حيث يستفيد المرقى العقاري من إقتطاع بنسبة 15% من قيمة التسبيق المدفوع.

حيث استخلصنا إلى أن القانون القديم الملغى المتعلق بالترقية العقارية (07/86) كان واضحا عن القانون الجديد (04/11) ، لذلك كان من المفروض أن ينص المشرع الجزائري في القانون الساري المفعول حاليا على الحالات التي يمكن لصاحب حفظ الحق استرداد مبلغ الضمان فيها، لأن هاته المسألة تعد في غاية الأهمية.

ولإدراك هذا النقص لابد من وضع نص قانوني يعالج فيه مسألة إسترداد مبلغ الضمان وتعديل نص المادة 32 من القانون رقم 04/11، حيث نقترح صياغة نص قانوني متعلق باسترداد مبلغ الضمان بالعبارات التالية:

يرد مبلغ الضمان لصاحب حفظ الحق دون أن يقتطع منه، ودون أن تفرض عليه أي عقوبة في

الحالات التالية:

-إذا تجاوز سعر البيع حدود النسبة القصوى من السعر التقديري للبيع المحدد في عقد حفظ الحق، عملا بالقواعد التي يحددها عقد حفظ الحق في مجال مراجعة الأسعار.

-إذا امتنع المرقى العقاري عن إبرام عقد البيع النهائي.

-إذا اتفق صاحب حفظ الحق مع المرقى العقاري على فسخ عقد حفظ الحق، وقبل المرقى

استرداد مبلغ التسبيق لصاحب حفظ الحق.

أما إذا تخلى صاحب حفظ الحق عن التزامه بالشراء وطلب فسخ العقد، فيستفيد المرقى العقاري

من إقتطاع بنسبة 15% من مبلغ التسبيق المدفوع.

وبعد دراستنا لالتزام صاحب حفظ الحق بدفع مبلغ التسبيق، ننتقل لدراسة التزام صاحب حفظ الحق بالشراء، وهذا ما سوف نوافيه من خلال الفقرة الموالية.

الفرع الثاني: التزام صاحب حفظ الحق بالشراء.

إن الهدف الأساسي الذي يحمله عقد حفظ الحق في طياته هو ضمان حق صاحب حفظ الحق في الحصول على العقار المحفوظ بعد الإنتهاء من إنجازهِ، حيث يلتزم المرقى العقاري بحجز العقار المقرر بناؤه أو في طور البناء لفائدة صاحب حفظ الحق على أن يتم إبرام عقد البيع النهائي الناقل للملكية بعد الإنتهاء من عملية البناء، وفي المقابل يلتزم صاحب حفظ الحق بتسديد التسبيق المالي أو ما يسمى بوديعة الضمان، على أن يتم تسديد كامل الثمن المتفق عليه عند تنفيذ التزامه بشراء العقار المحفوظ وتحرير عقد البيع النهائي.

وهذا معناه أن عقد حفظ الحق يرتب التزامات شخصية بين طرفيه، لذلك يثور التساؤل حول مدى إلزامية صاحب حفظ الحق بشراء العقار المحفوظ، أو بمعنى آخر هل يعد التزام صاحب حفظ الحق بالشراء التزام إجباري، أم أنه التزام اختياري يخوله الحق في العدول عن الشراء.

من خلال استطلاعنا لنصوص القانون رقم 04/11 المحدد القواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية، لاحظنا بأن المشرع الجزائري لم ينص على التزام صاحب حفظ الحق بالشراء، إلا أنه وبالرجوع إلى نموذج عقد حفظ الحق الملحق بالمرسوم التنفيذي رقم 431/13 نجد أن المشرع الجزائري قد نص في الفقرة الخاصة بموضوع العقد على ما يلي: " يلتزم المرقى العقاري بموجب عقد حفظ الحق هذا بتخصيص لصاحب حفظ الحق المعين أعلاه الملك العقاري المقرر بناؤه أو في طور البناء، الذي تم وصفه أدناه، بغرض إقتنائه عند إتمامه ".

حيث يفهم من هذه الفقرة أن المشرع الجزائري قد أشار بطريقة غير مباشرة على التزام صاحب حفظ الحق بشراء العقار المحفوظ، حيث جعل التزام المرقى العقاري بتخصيص العقار لصاحب حفظ الحق يقابله التزام هذا الأخير بإقتناء أو بشراء العقار المحفوظ، لذلك كان من المفروض أن يذكر المشرع الجزائري هذا الالتزام صراحة وبطريقة مباشرة، لأن هذا الالتزام كما أسلفنا الذكر أعلاه هو الالتزام الأساسي في هذا العقد.

وبالرجوع إلى نص المادة 32 من القانون رقم 04/11 المحدد القواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية، التي نصت على أنه: " يمكن فسخ عقد حفظ الحق في أي وقت خلال إنجاز المشروع العقاري: ... بطلب من صاحب حفظ الحق، وفي هذه الحالة يستفيد المرقى العقاري من اقتطاع بنسبة خمسة عشر (15%) من مبلغ التسبيق المدفوع ".

نلاحظ أن المشرع الجزائري سواء من خلال القانون الجديد المنظم لنشاط الترقية العقارية -أو القانون السابق¹ - لم يجعل التزام صاحب حفظ الحق بشراء العقار المحفوظ أمر إجباري بل جعله أمر اختياري، حيث يمكن لصاحب حفظ الحق العدول عن الشراء في أي وقت²، فإذا قرر صاحب حفظ الحق

¹ نصت المادة 37 من القانون رقم 07/86 المتعلق بالترقية العقارية الملغى، التي نصت على أنه: " إذا تخلى المترشح للملكية، خلال إنجاز المشروع فإن المكتتب يستفيد اقتطاعا نسبته 25% من مبلغ الضمان المدفوع ".
² لم يذكر المشرع الجزائري في القانون رقم 04/11 المحدد القواعد المنظمة لنشاط الترقية على إمكانية عدول صاحب حفظ الحق عن الشراء صراحة، وإنما ذكر ذلك ضمنا من خلال نص المادة 32 منه، أين سمح لهذا الأخير فسخ عقد حفظ الحق في أي وقت خلال إنجاز المشروع العقاري حتى ولو كان سبب الفسخ غير ناتج عن إخلال المرقى العقاري بأحد التزاماته الواردة في العقد، وفي هذه الحالة يتم اقتطاع نسبة 15% من قيمة التسبيق المدفوع، وهذا ما يتعارض مع مفهوم الفسخ الذي يعد جزءا أقره القانون لأحد طرفي العقد عندما يخل الطرف الآخر بالتزاماته المحددة في العقد، حيث نلاحظ أن المشرع الجزائري سوى بين الفسخ والعدول عن العقد الذي يخول للمتعاقد الرجوع عن العقد بعد انعقاده من دون تبرير الأسباب التي جعلته يتخذ هذا القرار، لذلك كان من المفروض أن ينص المشرع الجزائري صراحة من خلال نص المادة 32 على إمكانية صاحب حفظ الحق العدول عن العقد وليس الفسخ، وأن يسلك نفس ما سلكه في القانون رقم 07/86 المتعلق بالترقية العقارية، أين نص صراحة على إمكانية عدول صاحب حفظ الحق عن الشراء، حيث نصت المادة

شراء العقار المحفوظ فإنه يتم إبرام عقد البيع النهائي مقابل التسديد الكلي لسعر البيع، أما إذا قرر العدول عن الشراء، فيتم إقتطاع نسبة 15 % من مبلغ التسبيق المودع لدى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة لفائدة المرقي العقاري.

أما بخصوص موقف المشرع الفرنسي فنلاحظ من خلال نص المادة 271-1¹ من قانون البناء والسكن الفرنسي أنه يتيح للمحجوز له الحق في العدول عن العقد التمهيدي، حيث منح للمحجوز له مهلة سبعة (7) أيام للعدول عن العقد تحتسب من اليوم الموالي لإستلام وصل الإشعار الذي يثبت تسلم المحجوز له نسخة من العقد المبرم، وفي هذه الحالة يتوجب على المرقي العقاري رد كامل مبلغ الضمان للمحجوز له ودون اقتطاع أي مبلغ منه.

أما إذا انتهت المدة المحددة للعدول كما أسلفنا الذكر ولم يفصح المحجوز له عن رغبته في استعمال هذا الحق، مع التزامه الصمت طوال هذه المدة، يستقر العقد التمهيدي نهائياً ويصبح المحجوز له ملزماً بتنفيذ التزاماته الواردة فيه، وفي حالة ما إذا قرر العدول عن الشراء فإنه يفقد كامل وديعة الضمان، وهذا معناه أن المشرع الفرنسي لم يجعل التزام المحجوز له بالشراء أمر إجباري، حيث يمكن لهذا الأخير العدول عن الشراء مقابل فقده لوديعة الضمان.

وهذا ما أكده الفقه الفرنسي، حيث يرى جانب من الفقه الفرنسي بأن وديعة الضمان تعد كشرط جزائي لإلتزام المحجوز له بالشراء، فإذا أخل المحجوز له بالتزامه بالشراء فقد وديعة الضمان ويتحصل

=36 منه على ما يلي: " إذا تخلى المترشح للملكية، خلال إنجاز المشروع، فإن المكتتب يستفيد اقتطاعا نسبته 25% من مبلغ الضمان المودع."

¹ L'article L271-1 de code de la construction et de l'habitation : « Pour tout acte ayant pour objet la construction ou l'acquisition d'un immeuble à usage d'habitation, la souscription de parts donnant vocation à l'attribution en jouissance ou en propriété d'immeubles d'habitation ou la vente d'immeubles à construire ou de location-accession à la propriété immobilière, l'acquéreur non professionnel peut se rétracter dans un délai de sept jours à compter du lendemain de la première présentation de la lettre lui notifiant l'acte »

الحاجز على هذه الوديعة كتعويض على عدم تنفيذ المحجوز له لالتزامه بالشراء، إلا أن ما ذهب إليه أصحاب هذا الرأي مخالف لأحكام الشرط الجزائي، لأن قيمة الشرط الجزائي تحدد وقت الإنفاق ولا تدفع إلا بعد الإخلال بالالتزام، بينما يلتزم المحجوز له بدفع الضمان مقدما¹.

بينما يرى جانب آخر من الفقه بأن وديعة الضمان تعد بمثابة حق العدول، حيث يحق للمحجوز له العدول عن الشراء مقابل فقد المبالغ المودعة، إلا أن أصحاب هذا الرأي اختلفوا بدورهم حول هذه النقطة، فمنهم من يرى بأن للمحجوز له الحرية في اتخاذ قراره بالشراء أو لا، فهو غير ملزم بالشراء لأنه بإمكانه أن يفضل فقده لوديعة الضمان على شراء العقار المحجوز²، وهم يحتجون بذلك قياسا على ما قرره القضاء في مادة الوعد بالبيع الملزم لجانب واحد بأن الحق في الرجوع في الوعد الملزم لجانب واحد لا يعني إلزام المستفيد منه بالشراء³.

ومنهم من يرى بأن المحجوز له ملزم بالشراء، وأن ما قرره القضاء بخصوص الوعد بالبيع الملزم لجانب واحد يتعدى الأخذ به في العقد التمهيدي، حيث يرى أصحاب هذا الرأي أن وديعة الضمان التي يوعها المحجوز له ليست تعويضا عن أجل الخيار وإنما ضمان للمرقي العقاري بأن المحجوز له سينفذ إلتزامه بالشراء وأن مشروع البناء سيباع⁴.

ومن خلال كل ما سبق ذكره يتبين لنا أن التزام صاحب حفظ الحق بالشراء هو التزام إختياري سواء في القانون الجزائري أو الفرنسي، وذلك بالنظر إلى إمكانية عدوله عن العقد، وفي حالة ما إذا قرر العدول عن العقد يفقد وديعة الضمان ليس كشرط جزائي لعدم التزامه بالشراء، لأن الشرط الجزائي يتحقق

¹ Hélène Henry, op.cit, p 378.

² Jean Louis Bergel, op.cit, P 2669.

³ Cass .com, 24 avril 1972 , j. c. p, 1972, N11.P 17144.

⁴ Philippe Malinvaud . Philippe Jestaz, le contrat préliminaire a la vente d'immeuble à construire (à propos de l'arrêt de la 3^{ème} ch civile de la cour de cassation du 27 octobre 1975), la semaine juridique année 1976, vol 1, n° 13, p 2790.

عند مخالفة المرقى العقاري لالتزاماته التعاقدية، وإنما يفقد هذا المبلغ باعتباره مبلغ للإستفادة من حجز العقار لفائدته وعدم التصرف فيه للغير.

وبعد دراستنا لالتزامات صاحب حفظ الحق قبل إنجاز العقار المحفوظ، والمتمثلة في التزامه بدفع مبلغ التسبيق والتزامه بالشراء، ننقل لدراسة التزامات صاحب حفظ الحق بعد إنجاز العقار المحفوظ، وهذا ما سوف نقوم بعرضه من خلال المطلب الموالي.

المطلب الثاني: التزامات صاحب حفظ الحق بعد إنجاز العقار المحفوظ.

يقع على عاتق صاحب حفظ الحق بعد إنجاز العقار المحفوظ التزامين أساسيين الالتزام الأول يتمثل في تسلم العقار المحفوظ، أما الالتزام الثاني فيتمثل في الالتزام بدفع قيمة العقار المحفوظ المتفق عليه.

لذلك سوف نعرض من خلال هذا المطلب التزام صاحب حفظ الحق بتسلم العقار المحفوظ في الفرع الأول، أما الفرع الثاني فنخصه لدراسة التزام صاحب حفظ الحق بدفع قيمة العقار المحفوظ.

الفرع الأول: التزام صاحب حفظ الحق بتسلم العقار المحفوظ.

أول ملاحظة يمكن أن تتبادر إلى الذهن، هو أنه وبقراءة مقتضيات القانون رقم 04/11 المحدد القواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية، يتبين لنا أن المشرع الجزائري لم يتعرض بكيفية صريحة وواضحة لموضوع تسلم العقار المحفوظ، حيث لم يظهر أي خصوصية لهذا الالتزام، بل تعرض في نص المادة 27 من هذا القانون لالتزام واحد فقط وهو إلتزام صاحب حفظ الحق بدفع التسبيق المالي المقدر ب 20% من قيمة العقار المحفوظ لدى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة، أما التزام صاحب حفظ الحق بشراء العقار المحفوظ فنص عليه المشرع الجزائري ضمناً في النموذج الخاص بعقد حفظ الحق.

وبالرجوع إلى نص المادة 27 من القانون رقم 04/11 التي عرفت عقد حفظ الحق بأنه العقد الذي يلتزم بموجبه المرقي العقاري بتسليم العقار المقرر بناؤه أو في طور البناء لصاحب حفظ الحق مقابل تسبيق يدفعه هذا الأخير، نلاحظ بأن التزام المرقي العقاري بتسليم العقار المحفوظ لصاحب حفظ الحق يقابله لا محالة التزام هذا الأخير بتسلم العقار المحفوظ، حيث لا يتصور القول بقيام المرقي العقاري بتسليم العقار المحفوظ دون أن يقوم صاحب حفظ الحق بتسلمه، وفي هذا المقام يثور التساؤل حول المقصود بتسلم المبيع و كيفية إتمام هذا التسلم.

فما المقصود بتسلم صاحب حفظ الحق للعقار المحفوظ وكيف يتم هذا التسلم؟

لم يتعرض المشرع الجزائري لتعريف التسلم من خلال أحكام القانون رقم 04/11 السالف ذكره، وكذا القانون المدني، وإنما اكتفى بتعريف الاستلام المؤقت الذي يتم بين كل من المرقي العقاري والمقاول بمقتضى نص المادة 3 منه بأنه: " محضر يتم إعداده والتوقيع عليه بين المرقي العقاري والمقاول بعد إنتهاء الأشغال ".

وهذا بخلاف المشرع الفرنسي الذي بادر بتعريف التسلم من خلال نص المادة 1792/6-1 من القانون المدني الفرنسي، التي عرفته بأنه: " العمل الذي بمقتضاه يقرر رب العمل قبوله للأعمال المنجزة بتحفظ أو بدون تحفظات"¹.

كما تعرض بعض الفقه لتعريف التسلم، حيث عرفه الأستاذ محمد لبيب شنب بأنه: " إقرار رب العمل لما قام به المقاول من عمل بعد معاينة واعترافه بأنه قد تم صحيحا مطابقا لما هو متفق عليه ولما توجبه الأصول الفنية "².

¹ l'article 1792/6-1 du code civil français: « la réception est l'acte par lequel le maitre de l'ouvrage déclare accepter l'ouvrage avec ou sans réserves..... ».

² محمد لبيب شنب، شرح أحكام عقد المفاوضة، ط 2، منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر، 2004، ص 117.

أما الأستاذ عبد الحفيظ مشماشي فعرف الالتزام بالتسلم بأنه: " العمل الذي بواسطته يعلن المشتري عن تقبل أشغال البناء التي تم إنجازها من طرف البائع، وحيازته لها مع إبداء تحفظاته أو بدونها."¹

وعرفه أيضا بعض الفقه الفرنسي بقوله أن التسلم هو الفعل الذي بواسطته يقرر رب العمل بأن تنفيذ العمل قد تم صحيحا².

ويتضح من خلال كل هذه التعاريف أن المقصود من التسلم لا يقتصر على الحيابة المادية البحتة للبناء المنجزة، وإنما التسلم الذي يفيد قبول صاحب حفظ الحق (المشتري) للبناء المنجزة بإبداء تحفظات بشأنها أو قبوله تسلم البناء دون إبداء لأي تحفظ.

فالعبرة بتقبل العمل لا بوضع اليد، وبالتالي حتى نقول بأن صاحب حفظ الحق تمكن من تسلم العقار المحفوظ لأبد من فحص هذا الأخير للأعمال المنجزة وتأكده من تمام مطابقة البناء المنجزة للمواصفات والأصول الفنية المتفق عليها في عقد الحفظ وإقراره بذلك.

فالتزام صاحب حفظ الحق بالتسلم لا ينشأ بمجرد إنجاز العقار ، لأن إنجاز العقار ما هو إلا مرحلة إعدادية أو تحضيرية لتسليمه وتسلمه، وقبل أن تتم المعايينات الإدارية والتقنية الضرورية من قبل صاحب حفظ الحق وحصوله على شهادة المطابقة يبقى الحديث عن تسلم العقار سابقا لأوانه.

ويجب التنويه أن التزام صاحب حفظ الحق بتسلم العقار المحفوظ يختلف عن الالتزام بالتسلم في البيوع العادية، وذلك لأنه لا يمكن للمركي العقاري تنفيذ التزامه بوضع العقار المحفوظ تحت تصرف صاحب حفظ الحق ليتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق والتأكد من مطابقته للمواصفات المتفق

¹ عبد الحفيظ مشماشي، المرجع السابق، ص 258.

² Roger saint alary , op.cit. P 573.

عليها إلا بعد إبرام عقد البيع النهائي الناقل للملكية وليس كما تم ذكره في نص المادة 27 المذكورة أعلاه بمجرد الإنتهاء من عملية البناء.

فالالتزام بالتسليم والتسلم لا يرتبه عقد حفظ الحق بل عقد البيع النهائي " عقد بيع عقار مبني " لأن هذا العقد لا ينقل الملكية لصاحب حفظ الحق -وهذه أهم خاصية تميز تسلّم المشتري لعقار في طور الانجاز عن تسلّم عقار منجز عند البيع العادي- والالتزام بنقل الملكية يتضمن الالتزام بتسليم الشيء المبيع والمحافظة عليه حتى التسليم وفقا لما نصه المادة 167 من القانون المدني الجزائري.

أما عن كيفية التسلم¹، فرغم سكوت المشرع الجزائري عن كيفية تسلّم العقار المحفوظ من قبل صاحب حفظ الحق، إلا أنه نص في النموذج الخاص بعقد البيع على التصاميم الملحق بالمرسوم التنفيذي رقم 431/13، تحديدا في البند المتعلق بكيفية الحيازة، على وجوب أن تتم الحيازة بموجب

¹ للتسلم صور عديدة، فقد يتم التسلم في صورته الصريحة أو الضمنية، وقد يكون رضائيا أو قضائيا. *التسليم الصريح: يتم هذا التسلم برضاء المتعاقدين وقد يتم كتابة أو شفاهة، وذلك بتحرير محضر يوقع عليه رب العمل أو من ينوب عنه في بعض الأحوال، وهي الصورة المتبعة في عقود الترقية العقارية. راجع في ذلك: عبد الرزاق حسين يس، المرجع السابق، ص 231. *التسليم الضمني: يعرف التسلم الضمني بأنه: " إتخاذ موقف معين لا تدع ظروف الحال معه شكاً في أنه يعبر عن إرادة واعية لمتخذه، في تسلّم العمل محل التعاقد وتقبله"، هذا التسلم لا يمكن تطبيقه على عقود الترقية العقارية لأن المشرع الجزائري اشترط فيها ضرورة تحرير محضر لاثبات حيازة الملكية وتيلم البناء. راجع في ذلك: محمد شكري سرور، مسؤولية مهندسي ومقاولي البناء والمنشآت الثابتة الأخرى، دراسة مقارنة في القانون المدني المصري و القانون المدني الفرنسي، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1985، ص 150. *التسليم الرضائي: هو ذلك التسلم الذي يتم بطريق رضائي بين الأطراف المتعاقدة وذلك في حضورهم، وبالشكل الذي يرونه محققا لصالحهم سواء تم ذلك شفاهة أو كتابة، وهذه الصورة لا تنطبق على عقود الترقية العقارية لأن المشرع الجزائري اشترط صراحة التسلم الرسمي الذي يتم لدى الموثق. راجع في ذلك: عبد الرزاق حسين يس، المرجع السابق، ص 217. *التسليم القضائي: يتم هذا التسلم في حالة ما إذا امتنع رب العمل عن تسليمه أو قد يتأخر أو يمتنع المقاول عن تسليمه له لإجبار الطرف المقصر على تنفيذ التزامه . راجع في ذلك: عمرو طه بدوي محمد علي، المرجع السابق، ص 61-63.

محضر محرر حضوريا بنفس مكتب التوثيق ويلحق بعقد البيع على التصاميم، وهو نفس ما جاءت به المادة 13 من المرسوم التشريعي رقم 03/93 المتعلق بالنشاط العقاري الملغى.

كما أنه وبالرجوع إلى نص المادة 3/26 من القانون رقم 04/11 المحدد القواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية، والتي ورد فيها ما يلي: " غير أن الحياة وشهادة المطابقة لا تعفيان من المسؤولية العشرية التي قد يتعرض إليها المرقى العقاري، ولا من ضمان الإنهاء الكامل لأشغال الإنجاز التي يلتزم بها المرقى العقاري طيلة سنة واحدة."

نستخلص بأن التسلم في العقود المبرمة في إطار الترقية العقارية يتم بطريقة صريحة ورسمية¹ حيث إشتراط المشرع الجزائري لكي يتم التسلم ضرورة إتمام أشغال الإنجاز الذي يتم إثباته قانونا بشهادة المطابقة، لأن الحياة لا تتم من طرف المقتني إلا بعد حصول المرقى العقاري على شهادة المطابقة، وتحضير محضر التسليم والتسلم محرر لدى نفس الموثق الذي حرر العقد (عقد البيع على التصاميم أو عقد بيع عقار مبني)، يثبت فيه حياة المقتني للعقار المبيع ومعاينته للأعمال المنجزة و تأكده من تمام مطابقة البناية المنجزة للمواصفات والأصول الفنية المتفق عليها.

فالمقتني قبل حياة البناية المنجزة يتعين له معاينتها وتفحصها ليتحرى من مدى خلوها من العيوب ومدى مطابقتها للعقد ولا يتأتى ذلك إلا بمساعدة أهل الخبرة و الإختصاص والمتمثل في المهندس المعماري.

فإذا تبين للمقتني أثناء الفحص أن البناية المنجزة لا تتضمن عيوباً أو عدم مطابقة ففي هذه الحالة يتم التسلم دون إبداء لأي تحفظ ماعدا ما سيتم اكتشافه بعد ذلك، أما إذا تبين للمقتني أثناء

¹ أما المشرع الفرنسي فنص من خلال المادة 6/1792 من القانون المدني الفرنسي على ما يلي: "... وفي كل الأحوال يتم التسليم حضورياً"، وهذا معناه أن المشرع الفرنسي اشترط أن يتم التسليم في حضور الأطراف المعنية دون أن يشير إلى الرسمية.

الفحص بأن البناية المنجزة تعثرها عيوباً جسيمة ففي هذه الحالة يرفض التسلم حتى يتم إصلاحها من قبل المرقى العقاري، أما إذا تبين للمقتني أن أثناء الفحص أن البناية المنجزة تعثرها عيوباً ظاهرة إلا أنها ليست جسيمة، وقبل المقتني تسلم البناية المنجزة مع إبداء لبعض التحفظات، يلزم المرقى العقاري بإصلاحها في أجل محدد بمحضر الحيازة، أما إذا لم يبدي المقتني لأي تحفظات بخصوص العيوب الظاهرة يسقط حق المقتني في الرجوع على المرقى العقاري بطلب إصلاحها.¹

كما صنف الفقه الفرنسي عدم مطابقة البناء المنجز للمواصفات المدرجة في العقد إلى ما يلي:

- عدم المطابقة الأساسية أو الجوهرية التي تؤثر مباشرة في صحة العقار، حيث تجعله غير مكتمل العوالم ، وبالتالي يجوز للمشتري رفض استلام العقار على حالته فضلاً عن عدم دفع بقية أقساط الثمن المحدد في العقد.

- عدم المطابقة غير أساسية أو غير جوهرية وهي التي تمس بصحة العقار، ولا يمكن الاحتجاج بها من طرف المشتري، كما أنه لا يستطيع رفض استلام العقار المنجز وعدم تسديد بقية ثمن العقار، وفي هذه الحالة يستوجب على البائع اتخاذ تدابير إصلاح خلل البناء أو العيوب الظاهرة لإعادة مطابقة العقار للمواصفات المدرجة في العقد.²

وفي هذا المقام يمكننا القول بأنه يتعين على صاحب حفظ الحق أن يتسلم العقار المحفوظ وفي حالة ما إذا تماطل في تنفيذه أعتبر مخلاً بالتزامه، إلا إذا ارتكز في رفضه للتسلم لوجود عيوب ظاهرة أو عدم مطابقة البناية للمواصفات العقدية، وفي هذه الحالة لا مسؤولية عليه، أما إذا لم يكن له مبرر في

¹ عبد الرزاق حسين يس، المرجع السابق، ص 278.

²Corinne Saint Alary Houin et Roger Saint Alary ,Droit de la construction, mémentos, Dalloz, n 10, 2013 ,P 122 et 123.

تقاعسه عن تسلم البناية يصبح مخلا بالتزامه، مما يمنح للمرقي العقاري في الترقية العقارية حق الفسخ وحق التعويض.

وبعد دراستنا لالتزام صاحب حفظ الحق بتسلم العقار المحفوظ، ننتقل لدراسة التزام صاحب حفظ الحق بدفع ثمن العقار المحفوظ، وهذا ما سوف نقوم بعرضه في الفرع الموالي.

الفرع الثاني: التزام صاحب حفظ الحق بدفع قيمة العقار المحفوظ.

لقد أسلفنا الذكر بأن التزام المرقي العقاري بحجز العقار المقرر بناؤه لصاحب حفظ الحق يقابله التزام هذا الأخير بدفع تسبيق مالي، أما التزام المرقي العقاري بإبرام عقد البيع النهائي ونقل ملكية العقار المحفوظ لصاحب حفظ الحق لا يتم إلا إذا وفى هذا الأخير بقيمة العقار المحفوظ حيث نصت المادة 33 من القانون رقم 04/11 المحدد القواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية بأنه: " يتم تحويل ملكية عقار موضوع عقد حفظ الحق عند تاريخ التسديد النهائي لسعر العقار المحفوظ ويجب إعداد عقد البيع أمام موثق طبق للتشريع المعمول به".

فإذا امتنع صاحب حفظ الحق عن دفع كامل الثمن المستحق يبطل التزام المرقي العقاري بإبرام عقد البيع النهائي وبالتالي عدم إنتقال الملكية، ويمكن للمرقي العقاري فسخ عقد حفظ الحق مع اقتطاع نسبة 15% من مبلغ التسبيق المدفوع لدى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة¹.

وقد أكد المشرع الجزائري من خلال أحكام القانون رقم 04/11 المحدد القواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية وكذا النموذج الخاص بعقد حفظ الحق الملحق بالمرسوم التنفيذي رقم 431/13 على ضرورة أن يتم تحديد السعر التقديري العقار المحفوظ بين الأطراف المتعاقدة في عقد حفظ الحق، وذلك

¹ راجع المادة 32 من القانون رقم 04/11 المحدد القواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية.

لأن تحديد الثمن في عقد حفظ الحق يجعل صاحب حفظ الحق على بينة ومنذ لحظة التوقيع على العقد بمقدار الثمن، حتى لا يفاجأ من طرف المرقي العقاري بعد إنجاز العقار المحفوظ بثمن يفوق توقعاته.

حيث نصت المادة 52 من القانون رقم 04/11 السالف ذكره بما يلي: " في حالة عقد حفظ الحق

لبنائية أو جزء من بنائية، يتعين على صاحب حفظ الحق دفع تسبيق نقدي للمرقي العقاري وفقا للمادة 27 أعلاه، لا يتجاوز عشرين في المئة 20% من السعر التقديري للعقار كما تم الاتفاق عليه بين الطرفين."

كما نص في النموذج الخاص بعقد حفظ الحق في البند الموسوم بالسعر التقديري للبيع بأنه يجب أن يتضمن عقد حفظ الحق الثمن التقديري للعقار المحفوظ، حيث ورد فيه ما يلي:

" أنّ السعر التقديري لبيع الملك موضوع عقد حفظ الحق يقدر ب: (بالأرقام وبالأحرف).....

دينار جزائري، بإحتساب كل الرسوم.

هذا السعر هو المبلغ الذي يلتزم صاحب حفظ الحق بتسديده للمرقي العقاري، مقابل تسليم البنائة أو جزء من البنائة التي تم إتمامها موضوع عقد حفظ الحق هذا، وفقا للتنظيم والتشريع المعمول بهما."

فالمشعر الجزائري نص على أن صاحب حفظ الحق ملزم بدفع ثمن العقار المحفوظ إلا أنه لم يحدد ما إذا كان الثمن الذي تم تحديده بين كل من صاحب حفظ الحق والمرقي العقاري نهائي أي ثابت أو قابل للمراجعة.

بالرجوع إلى أحكام القانون رقم 04/11 المحدد القواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية، وكذا

نموذج عقد حفظ الحق الملحق بالمرسوم التنفيذي رقم 431/13 ، نلاحظ أن المشعر الجزائري لم يحدد ما إذا كان الثمن الذي يلتزم صاحب حفظ الحق بدفعه للمرقي العقاري يكون ثابت أو قابل للمراجعة حيث

جاء في نص المادة 52 من القانون رقم 04/11 أن صاحب حفظ الحق ملزم بدفع تسبيق مالي للمرقي العقاري لا يتجاوز 20 % من السعر التقديري للعقار كما تم الاتفاق عليه، كما أضاف في نموذج عقد

حفظ الحق عنوان خاص بالثمن تحت تسمية "السعر التقديري للبيع" ، حيث جعل سعر العقار المحفوظ في عقد حفظ الحق تقديريا إلا أنه لم يحدد ما إذا كان هذا السعر قابل للمراجعة أم لا¹.

أما المشرع الفرنسي فنص من خلال نص المادة (R 31/261/b) من قانون البناء والسكن الفرنسي على أن السعر التقديري للبيع في العقد التمهيدي يكون قابل للمراجعة، وذلك بقولها: " يمكن للمحجوز له استرداد مبلغ الضمان دون أي خصم أو عقوبة، في الحالات التالية: ب - إذا تجاوز سعر البيع أكثر من 5% من السعر التقديري للبيع المحدد في العقد التمهيدي، بصرف النظر عن الأسباب التي أدت إلى زيادة الأسعار، حتى ولو كان سبب هذه الزيادة هو تحسين نوعية البناء."

حيث يفهم من نص هذه المادة أن السعر التقديري في العقد التمهيدي يكون قابل للمراجعة وفي حالة ما إذا تجاوز سعر البيع أكثر من 5% من قيمة السعر التقديري للبيع يمكن للمحجوز له استرداد مبلغ الضمان كاملا دون أي خصم أو عقوبة.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري جعل السعر التقديري في عقد البيع على التصاميم سعرا تقديريا قابلا للمراجعة، وذلك من خلال نص المادة 2/38 من القانون رقم 04/11 المذكور أعلاه التي ورد فيها ما يلي: " كما يجب ذكر ما إذا كان السعر قابلا للمراجعة أم لا وفي حالة الإيجاب، يجب ذكر كيفيات المراجعة ."

¹ وهذا بخلاف ما نص عليه من خلال نصوص القانون رقم 07/86 المتعلق بالرقية العقارية الملغى، حيث جاء هذا القانون واضحا بخصوص قابلية مراجعة الثمن في عقد حفظ الحق، إذ نصت المادة 30 منه صراحة على ضرورة أن يذكر في العقد التمهيدي تحت طائلة البطلان السعر التقديري وكيفيات مراجعته. كما نصت المادة 36 منه على ما يلي: " يرد مبلغ الضمان المودع لصاحبه بمجرد الإشعار ودون أن يقتطع منه، أو تقرر عليه عقوبة، إذا زاد سعر البيع على سعر البيع التقديري المزيد فيه عملا بالقواعد التي يحددها عقد حفظ الحق، في مجال مراجعة الأسعار، وفي حدود نسبة قصوى تحدد عن طريق التنظيم"، حيث يفهم من نص هذه المادة أن السعر التقديري للعقار المحفوظ يكون قابل للمراجعة.

كما حدد المشرع الجزائري نسبة مراجعة السعر التقديري للبيع ب 20% كحد أقصى من السعر المتفق عليه، ولا يمكن تجاوز هذه النسبة، مع ضرورة تبرير تغيرات السعر¹.

فالمشرع الجزائري ضبط مسألة مراجعة الثمن في عقد البيع على التصاميم دون الإشارة إلى عقد حفظ الحق، مما يثير التساؤل عما إذا كانت المراجعة تقتصر على عقد البيع على التصاميم فقط دون عقد حفظ الحق؟

يبدوا لنا -في رأينا- بأن السعر التقديري للعقار المحفوظ في عقد حفظ الحق يكون هو أيضا قابلا للمراجعة كما هو الشأن في عقد البيع على التصاميم، فقد تطرأ بعض التغيرات الاقتصادية الغير متوقعة، والتي من شأنها المس بمبدأ التوازن الاقتصادي للعقد على نحو يجعل تنفيذ المرقى العقاري لالتزاماته بموجب عقد حفظ الحق أمرا مرهقا له ماليا².

ومن قبيل هذه التغيرات الاقتصادية إرتفاع أسعار مواد البناء والعتاد واليد العاملة نتيجة إضراب أو مراجعة لأسس فرض ضريبة ما أو ندرة مواد البناء بالسوق نتيجة غلق الحدود أو فرض قيود جمركية على عملية الاستيراد.

¹ نصت المادة 38 فقرة 3 و4 من القانون رقم 04/11 المحدد القواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية على أنه: " يجب أن تركز صيغة مراجعة الأسعار على عناصر تغيرات سعر التكلفة وتعتمد على تطور المؤشرات الرسمية لأسعار المواد والعتاد واليد العاملة، باستثناء الظروف الطارئة التي لا يمكن تجنبها و الإستثنائية التي من شأنها أن تؤدي إلى الإخلال بالتوازن الاقتصادي للمشروع، ولا يمكن أن يتجاوز مبلغ مراجعة السعر عشرين 20% كحد أقصى من السعر المتفق عليه في لباية.

وفي كل الأحوال، يجب تبرير تغيرات السعر."

² في حالة مراجعة السعر المتفق عليه في عقد حفظ الحق يمكن لصاحب حفظ الحق الامتناع عن إبرام عقد البيع النهائي كما هو منوه عليه بموجب المادة 31 و 33 من القانون رقم 04/11 طالما أن هذا السعر يرهق كاهله بل أكثر من ذلك يستطيع استعمال حق الرجوع من العقد طبقا لنص المادة 32 من قانون رقم 04/11 طالما أن المشروع العقاري مازال في مرحلة الانجاز.

وهذا ما ذهب إليه المشرع الفرنسي¹، حيث أجاز للمتعاقدین الاتفاق على إمكانية تعديل الثمن في حالة ما إذا صار تنفيذ البائع لالتزاماته التعاقدية من شأنه أن يلحق به خسارة مادية فادحة، نتيجة تغيير الظروف الاقتصادية التي أبرم فيها العقد التمهيدي، شريطة أن تكون أسس التعديل معلومة لدى الطرفين منذ لحظة التوقيع على العقد التمهيدي².

إلا أن إعادة تعديل الثمن لا تتم دون ضابط معين، بل لا بد من الاتفاق على مؤشر معين يتم مراجعة الثمن على أساسه، حيث قيد المشرع الفرنسي حرية المتعاقدین في إختيار هذا المؤشر بين المؤشر الذي حددته وزارة التعمير والسكان، و مؤشر تكلفة عمليات البناء المنشور من طرف المعهد الوطني للإحصاء والدراسات الاقتصادية³.

وإذا لم يتفق المتعاقدین على المؤشر صراحة، فإنه يفترض أن المتعاقدین قد اعتمدا على المؤشر الأول وهو مؤشر وزارة التعمير والإسكان، ويعد كل اتفاق على أي مؤشر آخر غير المؤشرين السابقين باطلا بطلانا مطلقا⁴.

ومن خلال كل ما سبق نذكره نستخلص بأنه بعد الإنهاء من عملية إنجاز العقار المحفوظ من قبل المرقي العقاري، يتعين على صاحب حفظ الحق تسديد قيمة العقار المحفوظ الذي تم تحديده مسبقا بين

¹ نص المشرع الفرنسي من خلال نص المادة R261/26 من قانون البناء والسكن الفرنسي على ضرورة أن يتضمن العقد التمهيدي السعر المقدر للبيع، وشروط مراجعته إن أمكن، في الحدود والشروط المنصوص عليها في المادتين L 261/15 و 261/11-1 .

L'article R 261/26 du code civil français : « Le contrat doit également indiquer :
- le prix prévisionnel de vente et, le cas échéant, les modalités de sa révision dans les limites et conditions prévues aux articles L. 261-11-1 et R. 261-15 . »

² عبد الحفيظ مشماش، المرجع السابق، ص 195.

³ Michel Dagot, op.cit, p 394. F .steinmetz, op.cit, P 294.

⁴ Michel Dagot, op.cit, p 394

المتعاقدين في عقد حفظ الحق، وإلا امتنع المرقى العقاري عن تنفيذ التزامه بإبرام عقد البيع النهائي وبالتالي نقل الملكية.

ويجب التنويه بأن التزام صاحب حفظ الحق بدفع الثمن يمر عبر مرحلتين، المرحلة الأولى عند إبرام العقد، أين يقوم صاحب حفظ الحق بدفع تسبيق مالي يقدر ب 20 % من السعر التقديري للبيع، أما المرحلة الثانية فهي التسديد النهائي والكلي للثمن المتبقي، ويكون ذلك عند انتهاء المرقى العقاري من انجاز العقار محل العقد.

ومن خلال دراستنا لهذا المبحث استخلصنا أن صاحب حفظ الحق ملزم قبل إنجاز العقار المحفوظ، بدفع مبلغ التسبيق والالتزام بالشراء، حيث يتعين على صاحب حفظ الحق عند إبرام عقد حفظ الحق دفع تسبيق مالي تقدر قيمته 20% من قيمة العقار المحفوظ، يودع هذا التسبيق في حساب خاص باسمه لدى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة في الترقية العقارية، كما يتعين أيضا لصاحب حفظ الحق بالتزامه بالشراء، إلا أن المشرع الجزائري كمنظيره الفرنسي لم يجعل هذا الالتزام بالشراء إجباري بل جعله إختياري، وفي حالة ما إذا قرر صاحب حفظ الحق العدول عن الشراء يفقد 15 % من مبلغ التسبيق المدفوع، أما بعد إنجاز العقار المحفوظ فيلتزم صاحب حفظ الحق بتسليم العقار المحفوظ، بالإضافة إلى التزامه بدفع ثمن العقار المحفوظ الذي سبق وأن تم تحديده في عقد حفظ الحق، وبعد دراستنا للالتزامات التعاقدية المترتبة على صاحب حفظ الحق في المبحث الأول، ننقل لدراسة الضمانات والوسائل القانونية المقررة لحماية صاحب حفظ الحق، وهذا ما سوف نقوم بعرضه في المبحث الموالي.

المبحث الثاني: الضمانات والوسائل القانونية المقررة لحماية صاحب حفظ الحق.

لكي يكون عقد حفظ الحق وسيلة آمنة ورائجة في التعامل وتحقق مصالح المتعاقدين دون أية مخاطر تهدد ضياع حقوقهم لا بد من تقديم ضمان مالي يمكن صاحب حفظ الحق من استرداد ما دفعه من تسبيق عند فشل العملية التعاقدية للتصدي لما قد يطرأ من ظروف تدفع المرقى العقاري لوقف مشروعه، أو عدم تنفيذ هذا الأخير للالتزامات الملقاة على عاتقه.

وقد سعى المشرع الجزائري سعياً حثيثاً إلى حماية صاحب حفظ الحق بداية من تقنين وتنظيم عقد حفظ الحق، حيث أكد على ضرورة إفراغ عقد حفظ الحق في شكلية محددة مع ضرورة تسجيله ومرورا بفرض مجموعة من الالتزامات على عاتق المرقى العقاري قصد حماية صاحب حفظ الحق ووصولاً إلى ضمان حسن تنفيذ العقد، إلا أنه وفي حالة إيفاء صاحب حفظ الحق بالتزامه بدفع التسبيق المالي المتفق عليه في مقابل عجز المرقى العقاري عن الوفاء بالتزاماته، أقر المشرع الجزائري من خلال أحكام القانون رقم 04/11 المحدد القواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية على اتخاذ كل السبل القانونية لتوفير الحماية اللازمة لصاحب حفظ الحق باعتباره الطرف الضعيف، حيث ألزم المرقى العقاري على ضرورة إكتتاب تأمين لدى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة في الترقية العقارية قصد تمكين صاحب حفظ الحق من استرداد التسبيق الذي دفعه عند عدم تنفيذ المرقى العقاري لالتزاماته، كما أحاط المرقى العقاري بمجموعة من الجزاءات العامة والخاصة التي تساعد صاحب حفظ الحق في مواجهة المرقى العقاري المخل بالتزاماته وضمان الحصول على حقوقه.

لذلك سوف نعرض من خلال هذا المبحث لدراسة الضمانات القانونية المقررة لحماية صاحب حفظ الحق وذلك في المطلب الأول، ثم نقوم بتحديد الوسائل القانونية التي قررها المشرع الجزائري لحماية صاحب حفظ الحق وذلك في المطلب الثاني.

المطلب الأول: الضمانات القانونية المقررة لحماية صاحب حفظ الحق.

لم يحظ عقد حفظ الحق في بيع العقار المقرر بناؤه كغيره من العقود الأخرى بمجموعة من الضمانات التي توفر الحماية الكافية لصاحب حفظ الحق، فمن خلال استقراءنا لنصوص القانون رقم 04/11 المحدد القواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية، وكذا المرسوم التنفيذي رقم 431/13 المحدد نموذج عقد حفظ الحق، نلاحظ أن المشرع الجزائري جعل لهذا النوع من العقود ضمانا واحدا فقط وذلك باعتباره عقد غير ناقل لملكية العقار المحفوظ، وإنما يترتب التزامات شخصية فقط بين أطرافه سمي هذا الضمان بضمان التأمين لدى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة.

حيث ألزم المشرع الجزائري المرقى العقاري على ضرورة إكتتاب تأمين لدى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة قصد توفير الحماية اللازمة لكل من المرقى العقاري والمستفيدين من السكنات المقرر بناؤها، وذلك بضمان إسترداد المبالغ المدفوعة من قبل المستفيدين من السكن سواء في عقد البيع على التصاميم أو عقد حفظ الحق، وبالتالي ضمان تنفيذ المشاريع في إطار الترقية العقارية وجعل التعامل في النشاط العقاري أقل خطورة وأكثر أمانا.

ويعرف صندوق الضمان والكفالة المتبادلة في الترقية العقارية بأنه عبارة عن هيئة تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي، لها طابع تعاوني، لا يسعى إلى تحقيق الربح، موضوع تحت وصاية وزارة السكن والعمران¹.

وقد تم استحداث صندوق الضمان والكفالة المتبادلة بموجب المرسوم التنفيذي رقم 406/97 المؤرخ في 13/11/1997، المتضمن إحداث صندوق الضمان والكفالة المتبادلة في الترقية العقارية¹

¹ راجع في ذلك: نص المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 406/97 المتضمن إحداث صندوق الضمان والكفالة المتبادلة في الترقية العقارية.

عملا بأحكام المادة 131 من المرسوم التشريعي رقم 01/93 المؤرخ في 19/01/1993، المتضمن قانون المالية لسنة 1993²، والمادة 11 من المرسوم التشريعي رقم 03/93 المتعلق بالنشاط العقاري³، وذلك من أجل تأمين حماية للمشتريين المستفيدين من السكنات، خاصة بعدما تم إنشاء شركات أجنبية للترقية العقارية، ولتفادي النصب والاحتيال الذي قد يواجه المواطنين عند بيع هذه الشركات لبناية أو جزء من بناية قبل الانجاز دون وجود أي ضمان⁴.

أما في فرنسا، فألزم المشرع الفرنسي أيضا المتعاملين في الترقية العقارية على ضرورة تقديم ضمان مالي للمقتنين يضمن لهم إسترداد ما دفعوه من تسبيقات في حالة عدم إتمام أشغال البناء، كما حدد الجهات المختصة بتقديم هذا النوع من الضمان والذي يعرف بتسمية ضمان الاسترداد " La garantie financière de remboursement" من خلال المادة R261/17 من قانون البناء والسكن الفرنسي، في: البنوك، و المؤسسات المالية المرخص لها إجراء عمليات الإئتمان العقاري، و شركات الضمان التبادلية وهي شركات مؤهلة لهذا الغرض⁵.

¹ المرسوم التنفيذي رقم 406/97، المؤرخ في 13/11/1997، المتضمن إحداث صندوق الضمان والكفالة المتبادلة في الترقية العقارية، ج ر عدد 73، المؤرخة في 15/11/1997، معدل ومتم بالمرسوم التنفيذي رقم 180/14 المؤرخ في 05 يونيو 2014، ج ر عدد 37 المؤرخة في 19/06/2014.

² المرسوم التشريعي رقم 01/93 المؤرخ في 19/01/1993، المتضمن قانون المالية، ج ر عدد 4، الصادرة بتاريخ 20/01/1993، ص 70.

³ إلا أن هذا الصندوق لم يتم تنصيبه فعليا إلا في شهر أوت سنة 2000 أين بدأ في العمل.

راجع في ذلك : بوسته إيمان، المرجع السابق، ص 196، 197.

⁴ طيب عائشة، صندوق الضمان والكفالة المتبادلة للترقية العقارية كضمان خاص في الترقية العقارية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، مجلد رقم 48، عدد 4، 2011، ص 468.

⁵ L'article R261-17 du code de construction et de l'habitation :

« La garantie financière d'achèvement de l'immeuble résulte de l'intervention, dans les conditions prévues ci-après, d'une banque, d'un établissement financier habilité à faire des opérations de crédit immobilier, d'une entreprise d'assurance agréée à cet effet ou d'une société de caution mutuelle

إن دراسة هذا المطلب تفرض علينا تناوله في فرعين، الفرع الأول نخصه لدراسة مدى إلزامية المرقي بضرورة إكتتاب تأمين لدى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة للترقية العقارية، أما الفرع الثاني فنخصه لدراسة الدور المنوط لصندوق الضمان والكفالة المتبادلة للترقية العقارية في إطار عقد حفظ الحق، وهذا على النحو الآتي:

الفرع الأول: مدى إلزامية إكتتاب التأمين لدى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة في الترقية العقارية.

يعد صندوق الضمان والكفالة المتبادلة في الترقية العقارية أحد الضمانات الكفيلة لحماية المقتني في عقود الترقية العقارية بصفة عامة وعقد حفظ الحق بصفة خاصة، لذلك حرص المشرع الجزائري على ضرورة إنتساب المرقي العقاري لهذا الصندوق بموجب أحكام القانون رقم 04/11 المحدد القواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية.

غير أنه وقبل صدور هذا القانون كان هناك إشكال حول مدى إلزامية انتساب المرقي العقاري لصندوق الضمان والكفالة المتبادلة وبين ضرورة إكتتاب التأمين، وذلك بسبب تناقض النصوص القانونية فيما بينها، حيث سبق وأن نص المشرع الجزائري في المادة 11 من المرسوم التشريعي رقم 03/93 المتعلق بالنشاط العقاري على إلزامية إكتتاب تأمين إجباري لدى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة في الترقية العقارية مع إلزامية إرفاق شهادة الضمان بعقد البيع على التصاميم¹، ثم نص من خلال المرسوم

=constituée conformément aux dispositions de la loi modifiée du 13 mars 1917, ayant pour objet l'organisation du crédit au petit et moyen commerce, à la petite et moyenne industrie.

La garantie financière de remboursement est donnée par l'un des organismes indiqués à l'alinéa ci-dessus. »

¹ نصت المادة 11 من المرسوم التشريعي رقم 03/93، المتضمن النشاط العقاري على أنه: " يتعين على المتعامل في الترقية العقارية في عمليات البيع على التصاميم أن يغطي التزامه بتأمين إجباري يكتبه لدى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة المنصوص عليها في التشريع المعمول به.

وترفق شهادة الضمان إجباريا بالعقد المنصوص عليه في المادة 10 السابقة ".

التنفيذي رقم 406/97 المتضمن إحداث صندوق الضمان والكفالة المتبادلة، أن إلزامية اكتتاب تأمين في الصندوق تقع فقط على المرقين العقاريين المنخرطين في الصندوق فقط¹، وهذا معناه أن الانخراط في الصندوق هو أمر اختياري للمرقي العقاري وليس إجباري، وهذا ما نلمسه من خلال نص المادة 1/4 من نفس المرسوم التنفيذي أين استخدم المشرع الجزائري عبارة: " يمكن أن ينظم إلى الصندوق كل شخص طبيعي أو معنوي يمارس نشاطات الترقية العقارية...."، ونفس الشيء بالنسبة لنص المادة 131 من قانون المالية لسنة 1993 حيث استخدم عبارة: " يمكن أن ينخرط في صندوق الضمان كل شخص ...". وهذا ما يتناقض مع نص المادة 11 من المرسوم التشريعي رقم 03/93 المتعلق بالنشاط العقاري، التي تلزم المرقى على ضرورة اكتتاب تأمين إجباري لدى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة إذا كان بصدد عقد البيع على التصاميم بغض النظر عن إنتسابه أو عدم إنتسابه للصندوق، وهو ما دفعنا إلى التساؤل حول ما إذا كان التزام المرقى العقاري بالإنتساب للصندوق هو أمر اختياري مع إلزامية اكتتاب التأمين، أم أن التأمين مرتبط بالإنتساب بحيث لا يمكن للمرقى العقاري إكتتاب التأمين إلا إذا كان منتسبا لدى الصندوق، بمعنى إلزامية الإنتساب والتأمين معا ؟ كما أنه إذا كانت عملية إكتتاب التأمين لدى الصندوق إلزامية في عقد البيع على التصاميم، كما ذكرت نص المادة 11 من المرسوم التشريعي 03/93 السالف الذكر ، فما هو الحال بالنسبة لعقد حفظ الحق؟

لقد فصل المشرع الجزائري في هذه المسألة من خلال أحكام القانون رقم 04/11 المحدد القواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية والمراسيم التنفيذية المنظمة له، حيث نصت المادة 55 من القانون رقم

¹ نصت المادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 406/97 المتضمن إحداث صندوق الضمان والكفالة المتبادلة على أنه: " يهدف الصندوق إلى ضمان التسديدات التي يدفعها المشترون، والتي تكتسي شكل تسبيق على الطلب إلى المتعاملين في الترقية العقارية على أساس عقد البيع بناء على التصاميم.

وبهذه الصفة يتعين على المتعامل في الترقية العقارية -المنخرط- في الصندوق أن يكتتب لدى هذه الأخيرة تأمينا على المشروع المتضمن الملك موضوع البيع".

04/11 المحدد القواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية على ضرورة إنتساب المرقيين العقاريين لدى الصندوق وذلك بقولها: " يجب أن ينتسب كل المرقيين العقاريين المعتمدين والمسجلين في الجدول الوطني للمرقيين العقاريين، لصندوق الضمان والكفالة المتبادلة في نشاط الترقية العقارية المنشأ بموجب أحكام المرسوم التشريعي رقم 03/93 المؤرخ في 19 يناير سنة 1993 والمتضمن قانون المالية لسنة 1993 الذي يدعي في صلب النص *صندوق الضمان* ".

وهذا ما أكدته أيضا نص المادة 04 من المرسوم التنفيذي رقم 406/97 المتضمن إحداث صندوق الضمان والكفالة المتبادلة في الترقية العقارية، بقولها: " يجب على كل مرق عقاري معتمد ومسجل في الجدول الوطني للمرقيين العقاريين أن ينتسب للصندوق...".

فالإنتساب في الصندوق يعد شرطا أساسيا لممارسة مهنة المرقي العقاري، بحيث لا يمكن للمرقي العقاري مزاوله المهنة إلا بعد استلامه شهادة الإنتساب من طرف الصندوق التي تحمل وجوبا رقم إعتماده ورقم تسجيله في الجدول الوطني للمرقيين العقاريين¹، وتسديده جميع الإشتراكات والدفوعات الإجبارية الأخرى بصفته مشتركا في الصندوق²، وبذلك يكون المشرع الجزائري قد أنهى الجدل القائم حول إلزامية أو إختيارية الإنتساب في الصندوق.

أما بالنسبة لاكتتاب التأمين لدى الصندوق، فإنه تطبيقا لنص المادة 54 من القانون رقم 04/11 التي نصت على أنه: " زيادة على التأمينات المطلوبة في التشريع المعمول به وفي إطار ممارسة نشاط

¹ راجع المادة رقم 3 من المرسوم التنفيذي رقم 182/14، الذي يحدد شروط وكيفيات تسديد الاشتراكات والدفوعات الإجبارية الأخرى من طرف المرقيين العقاريين المنصوص عليها في النظام الداخلي لصندوق الضمان والكفالة المتبادلة في الترقية العقارية، ج ر عدد 37 المؤرخة في 2014/06/19.

² راجع في ذلك: المادة 59 من القانون رقم 04/11 المحدد القواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية، المادة 31 من المرسوم التنفيذي رقم 85/12 المتضمن دفتر الشروط النموذجي الذي يحدد الالتزامات والمسؤوليات المهنية للمرقي العقاري، ج ر عدد 11، المؤرخة في 2012/02/26، المادة 05 و 09 من المرسوم التنفيذي رقم 182 /14 السالف ذكره.

مهنة المرقي العقاري طبقا لالتزاماته، يتعين على المرقي العقاري الذي يشرع في إنجاز المشروع العقاري من أجل بيعه قبل إنهائه إكتتاب ضمان الترقية العقارية..."، فإنه يعد أمرا إلزاميا وإجباريا إذا تعلق الأمر بعملية إنجاز مختلف المشاريع العقارية من أجل بيعها قبل إنهائها، ولا يقتصر الأمر هنا على عقود البيع على التضاميم فقط، بل يشمل جميع صيغ التعاقد الأخرى ومن بينها عقد حفظ الحق.

وبذلك يكون المشرع الجزائري قد سلك من خلال القانون رقم 04/11 نفس ما سلكه المشرع الفرنسي في هذا الشأن، حيث نصت المادة R 261/10-1 من قانون البناء والسكن الفرنسي على إلزام البائع باكتتاب ضمان مالي لإتمام الإنجاز أو استرداد ما دفعه المقتني من تسبيق في حالة فسخ العقد لعدم إتمام إنجاز العقار¹.

وبالتالي إذا استحال على المرقي العقاري إتمام الإنجاز يتعين على المؤسسات الضامنة والتي حددها المشرع الفرنسي من خلال المادة R261/17 من قانون البناء والسكن الفرنسي، في البنوك، و المؤسسات المالية التي تمارس عمليات الائتمان العقاري، و شركات الضمان التبادلية، استرداد الدفعات التي دفعها المقتنون في شكل تسبيقات، وهذا ما يعرف بضمان الإسترداد، هذا الأخير الذي عرفه المشرع الفرنسي بموجب المادة R 261/22 من قانون البناء والسكن الفرنسي بأنه: " كفالة تضامنية يلتزم بمقتضاها الغير الضامن، بالتضامن مع البائع باسترداد المبالغ التي دفعها المشتري في حالة الفسخ الإتفاقي أو القضائي لعقد البيع بسبب عدم إتمام بناء العقار"².

¹ L'article 261/10-1 du code de construction et de l'habitation : « Avant la conclusion d'un contrat prévu à l'article [L. 261-10](#), le vendeur souscrit une garantie financière de l'achèvement de l'immeuble ou une garantie financière du remboursement des versements effectués en cas de résolution du contrat à défaut d'achèvement. »

² Article R261-22 du code de construction et de l'habitation : « La garantie financière de remboursement revêt la forme d'une convention de cautionnement aux termes de laquelle la caution s'oblige envers l'acquéreur, solidairement avec le vendeur, à rembourser les versements effectués

ومن خلال كل ما سبق ذكره يمكننا القول بأنّ التزام المرقي العقاري باكتتاب التأمين لدى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة في الترقية العقارية هو أمر إجباري، بحيث يتعين على كل مرقي عقاري منتسب في الصندوق ضرورة اكتتاب التأمين بغض النظر عن صيغة التعاقد، حيث وسع المشرع الجزائري من مجال التأمين الإجباري ليشمل كل من عقود البيع على التصاميم وعقود حفظ الحق.

وبعد دراستنا لمدى إلزامية التأمين لدى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة، ننتقل لدراسة الدور المنوط بصندوق الضمان والكفالة المتبادلة في عقد حفظ الحق، وهذا ما سوف نقوم بعرضه في الفرع الموالي.

الفرع الثاني: الدور المنوط لصندوق الضمان والكفالة المتبادلة في عقد حفظ الحق.

حصر المشرع الجزائري مهمة صندوق الضمان والكفالة المتبادلة من خلال أحكام المرسوم التشريعي رقم 03/93 المتعلق بالنشاط العقاري في ضمان تسديد الدفعات التي قام بدفعها المكتتبون في شكل تسبيقات، حيث كان هذا الضمان هو الضمان الوحيد الذي كان يهدف إليه الصندوق، إلا أنه وبصدور القانون رقم 04/11 المحدد القواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية، قام المشرع الجزائري بتوسيع مهام هذا الصندوق وذلك قصد توفير حماية أكبر لكل مستفيد في إطار الترقية العقارية.

فبالرجوع إلى نص المادة 54 من القانون رقم 04/11 المحدد القواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية التي نصت على أنه: "زيادة على التأمينات المطلوبة في التشريع المعمول به وفي إطار ممارسة نشاط مهنة المرقي العقاري طبقا لالتزاماته، يتعين على المرقي العقاري الذي يشرع في إنجاز المشروع العقاري من أجل بيعه قبل إنهائه، إكتتاب ضمان الترقية العقارية قصد ضمان ما يأتي على الخصوص:

=par l'acquéreur au cas de résolution amiable ou judiciaire de la vente pour cause de défaut d'achèvement. »

- تسديد الدفعات التي قام بها المکتتبون في شكل تسبقات.

- إتمام الأشغال.

- تغطية أوسع للالتزامات المهنية والتقنية."

والمادة 57 من نفس القانون التي نصت على أنه: " يؤدي كل سحب للإعتماد من المرقى العقاري لأحد الأسباب المحددة أدناه، أو لأي سبب آخر، إلى حلول صندوق الضمان قانونا محل المقتنين ويخوله حق متابعة عمليات إتمام إنجاز البنایات بموجب إلتزام مرق عقارى آخر على حساب المرقى الأصلي وبدلا عنه، وذلك في حدود الأموال المدفوعة.

وفي هذا الإطار، يمنع على كل مقتن من مواصلة إتمام إنجاز البناء، بدلا من المرقى العقاري الذي كان موضوع سحب الاعتماد..."

نلاحظ بأنه أصبح لصندوق الضمان والكفالة المتبادلة في الترقية العقارية أدوار عديدة في مجال الترقية العقارية، ومن بين هذه الأدوار هو يضمن:

* تسديد الدفعات التي قام بها المکتتبون في شكل تسبقات:

من المهام الموكلة لصندوق الضمان والكفالة المتبادلة في الترقية العقارية مهمة ضمان تعويض التسديدات المدفوعة من قبل المقتنون أو ما يعرف بضمان التعويض عند إخلال المرقى العقاري بالتزامه بإتمام عملية البناء، هذا الأخير الذي عرفه المشرع الجزائري من خلال نص المادة 7 من المرسوم التنفيذي رقم 181/14 المحدد شروط حلول صندوق الضمان والكفالة المتبادلة في الترقية العقارية محل مقتني الأملاك العقارية المغطاة بضمان الترقية العقارية و كفييات ذلك بأنه: " يقصد بضمان التعويض، إلتزام الصندوق بتعويض المقتنين عن التسديدات التي قاموا بدفعها للمرقى العقاري المخل بالتزاماته والتي تكتسي طابع تسبقات على الطلب، بعنوان عقد بيع على التصاميم"

وقد استمد المشرع الجزائري هذا النوع من الضمان من نظيره الفرنسي الذي يطلق عليه تسمية ضمان الاسترداد "La garantie financière de remboursement" ، هذا الأخير الذي يكون على شكل كفالة تضامنية، يلتزم بمقتضاها الغير الضامن (المؤسسات الضامنة) باسترداد ما تم دفعه من قبل المقتنون - طبقا لأحكام قواعد الكفالة- في حالة الفسخ الاتفاقي أو القضائي للعقد بسبب عدم إتمام الإنجاز¹.

وبالرجوع إلى نص المادة 7 المذكورة أعلاه نلاحظ بأنّ المشرع الجزائري جعل دور الصندوق في ضمان التعويض يقتصر على عقود البيع على التصاميم فقط، لذلك يثور التساؤل حول ما إذا كان دور الصندوق في ضمان التعويض يقتصر على عقود البيع على التصاميم فقط دون عقود حفظ الحق، أو أنه يشمل كل من عقود البيع على التصاميم و عقود حفظ الحق.

إنطلاقاً من نص المادة 7 المذكورة أعلاه التي جعلت التزام صندوق الضمان والكفالة المتبادلة بضمن التعويض يقتصر على عقد البيع على التصاميم، والفقرة 3 من المادة رقم 3 من المرسوم التنفيذي رقم 406/97 المتضمن إحداث صندوق الضمان والكفالة المتبادلة، التي أكدت على ذلك بقولها: " يهدف

¹ يرى الفقه الفرنسي بأن ضمان الاسترداد الذي تلتزم به المؤسسات الضامنة بموجب نص المادة R261/17 من قانون البناء والسكن الفرنسي لا يمكن اعتباره كفالة كما ورد في نص المادة R261/22 التي عرفت أنه كفالة تضامنية، وإنما هو ضمان مستقل Garantie Autonome غير تابع للعقد الأصلي وإنما تعهد مستقل بذاته، وهذا ما أيده القضاء الفرنسي خاصة وأن من خصائص عقد الكفالة أنه عقد تابع لعقد الالتزام الأصلي ينشأ بنشأته وينتهي بانتهائه، فسخ العقد لا يؤدي إلى انقضاء التزام الكفيل بالتبعية بل يبقى التزام الكفيل قائماً رغم زوال العقد عن طريق الفسخ.

ونفس الشيء بالنسبة للقانون الجزائري الذي أشار من خلال المادة 4 من وثيقة التأمين الخاصة بصندوق الضمان والكفالة المتبادلة للترقية العقارية، والتي تنص على أن الضمان الممنوح بموجب عقد الضمان يعد تعهداً يخضع لأحكام الكفالة المنصوص عليه في المواد 664 وما يليها من القانون المدني الجزائري، حيث لا يمكن تكييف التزام صندوق الضمان بمثابة الضمان التي تنظمه أحكام الكفالة، إذ بزوال العقد يقوم إثر ذلك مباشرة التزام الصندوق بالضمان على الرغم من زوال عقد الالتزام الأصلي، وبالتالي فإن ضمان الصندوق هو ضمان مستقل يتميز بعدم تبعيته للعقد الأصلي (عقد البيع على التصاميم أو عقد حفظ الحق).

راجع في ذلك : حامي حياة، المرجع السابق، ص 240 و 241.

الصندوق إلى تعويض: التسديدات التي يدفعها المقتنون في شكل تسبيقات على الطلب بعنوان عقود البيع على التصاميم".، والفقرة 8 من نفس المادة السابقة التي نصت على: " يهدف الصندوق: ضمان متابعة وتسيير الحسابات التي تسجل التسبيقات المدفوعة من أصحاب حفظ الحق".

نستنتج أنّ المشرع الجزائري جعل إلزام صندوق الضمان والكفالة المتبادلة في ضمان التعويض يقتصر على عقد البيع على التصاميم فقط دون عقد حفظ الحق، وهذا معناه أن صندوق الضمان لا يضمن لصاحب حفظ الحق استرداد التسبيق المالي الذي دفعه في حالة إخلال المرقى العقاري بالتزامه بإنجاز العقار المحفوظ، وإنما يقتصر دور الصندوق في ضمان متابعة وتسيير الحسابات التي تسجل التسبيقات المدفوعة من أصحاب حفظ الحق¹.

وقد أيد بعض الفقه موقف المشرع الجزائري، حيث ترى الأستاذة " حامي حياة " بأن ضمان التعويض أو ما يعرف بضمان الاسترداد لا يطبق إلا على صورة البيع على التصاميم، وبررت موقفها بأن صاحب حفظ الحق لا حاجة له لمثل هذا الضمان لأنه لا يلتزم بدفع الثمن إلا بعد الانتهاء من إنجاز العقار المحفوظ وبعد إبرام عقد البيع النهائي، كما أن التسبيق الذي يدفعه صاحب حفظ الحق يودع في حساب خاص باسمه حتى لا يتعرض لمخاطر ضياع حقوقه².

وبالرغم من أن صاحب حفظ الحق لا يلتزم بدفع الثمن إلا بعد إتمام إنجاز العقار المحفوظ وإبرام عقد البيع النهائي، كما أن مبلغ التسبيق المدفوع من قبل صاحب حفظ الحق يودع في حساب

¹طبقا للفقرة الأخيرة من المادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 406/97 المتضمن إحداث صندوق الضمان والكفالة المتبادلة، والمادة 56 من القانون رقم 04/11 المحدد القواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية فإنه زيادة للمهام الموكلة للصندوق، يمكن أن يكلف الصندوق للقيام بمهام إضافية أخرى، من بين هذه المهام ضمان متابعة وتسيير الحسابات التي تسجل التسبيقات المدفوعة من قبل أصحاب حفظ الحق، ويحدد دفتر الشروط المصادق عليه من قبل الوزير المكلف بالسكن و الوزير المكلف بالمالية كليات متابعة الحسابات التي تسجل تسبيقات أصحاب حفظ الحق الذين وقعوا على عقد حفظ الحق وفقا لأحكام المادة 27 من القانون رقم 04/11 المحدد القواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية.

² حامي حياة، المرجع السابق، ص 225.

خاص باسمه، إلا أنّ هذا لا يعني أن صندوق الضمان يلتزم برد التسبيقات المدفوعة في إطار عقد البيع على التصاميم دون عقد حفظ الحق، بل يلتزم أيضا برد التسبيق المدفوع في إطار عقد حفظ الحق.

حيث أُلزم المشرع الجزائري في المادة 2/27 من القانون رقم 04/11 المحدد للقواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية، على ضرورة أن يتم إيداع مبلغ التسبيق المدفوع من طرف صاحب حفظ الحق في حساب خاص باسمه لدى هيئة ضمان عمليات الترقية العقارية المنصوص عليها في المادة 56 من هذا القانون، والمقصود منها صندوق الضمان والكفالة المتبادلة في الترقية العقارية، وذلك رغبة منه في توفير الضمان اللازم لحماية أطراف العقد.

فصندوق الضمان والكفالة المتبادلة في الترقية العقارية يعد هيئة ضمان لكل من المرقي العقاري وصاحب حفظ الحق، فبالنسبة لصاحب حفظ الحق، فبإيداعه مبلغ التسبيق لدى الصندوق يشكل له ائتمان، وبه يرتبط المرقي العقاري بالتزاماته إلى غاية إبرام عقد البيع النهائي، وفي حالة إخلال المرقي العقاري بالتزاماته يقوم الصندوق برد مبلغ التسبيق لصاحب حفظ الحق، وبالمقابل يشكل ائتمان للمرقي العقاري في مواجهة صاحب حفظ الحق للضغط على إرادته في الالتزام بالشراء وإن تراجع بصفة منفردة يفقد نسبة من مبلغ الضمان.

وتجدر بنا الإشارة إلى أنه في حالة إخلال المرقي العقاري بالتزاماته الملقاة على عاتقه بموجب عقد حفظ الحق، كامتناعه عن إبرام عقد البيع النهائي أو عدم إتمام إنجاز العقار المحفوظ، فإن صندوق الضمان لا يمكنه استرداد مبلغ التسبيق لصاحب حفظ الحق إلا بعد تأكده من فسخ عقد حفظ الحق، كما أن الصندوق لا يضمن سوى استرداد مبلغ التسبيق، وبالتالي فهو لا يشمل التعويض عن الضرر اللاحق بصاحب حفظ الحق من جراء عدم تنفيذ عقد حفظ الحق، ولا يغطي المصاريف التي تم إنفاقها بمناسبة إبرام هذا العقد أو تسجيله.

وفي الأخير، فإن صندوق الضمان يعد جهة ضامنة في كل من عقد البيع على التصاميم وعقد حفظ الحق، إلا أن دوره في الضمان يختلف من عقد إلى آخر، ففي عقد حفظ الحق يكون للصندوق دورا وحيدا فقط وهو ضمان استرداد مبلغ التسبيق لأصحاب حفظ الحق فقط بالإضافة إلى ضمان متابعة وتسيير الحسابات التي تسجل التسبيقات المدفوعة من أصحاب حفظ الحق، أما في عقد البيع على التصاميم فله أدوار عديدة إلى جانب ضمان الاسترداد، وهي إتمام الأشغال، وتغطية أوسع للالتزامات المهنية والتقنية.

وبعد تحديد الضمانات القانونية المقررة لحماية صاحب حفظ الحق، ننتقل لدراسة الوسائل القانونية المقررة لحماية صاحب حفظ الحق، وهذا ما سوف نقوم بدراسته من خلال المطلب الموالي.

المطلب الثاني: الوسائل القانونية المقررة لحماية صاحب حفظ الحق.

لقد بينا سابقا بأن الإلتزام الأساسي الذي يقع على عاتق المرقى العقاري بموجب عقد حفظ الحق هو الإلتزام بحجز العقار المقرر بناؤه لصاحب حفظ الحق وعدم التصرف فيه لأي شخص آخر على أن يقوم بعد الانتهاء من إنجاز هذا العقار المقرر بناؤه بإعداد عقد البيع النهائي مع صاحب حفظ الحق لكي تنتقل إليه ملكية العقار المحفوظ.

إلا أنه إذا ثبت إخلال المرقى العقاري بالتزامه بإبرام عقد البيع النهائي، جاز طبقاً للأحكام العامة الواردة في القانون المدني لصاحب حفظ الحق أن يطالب بالتنفيذ العيني إذا كان ذلك ممكناً كما يجوز له أيضاً المطالبة بفسخ العقد، مع حقه في التعويض في الحالتين معا متى توفرت موجباته (الجزاءات العامة)، ولم يكتف المشرع الجزائري بهذا فقط، بل رتب على المرقى العقاري مجموعة من الجزاءات الخاصة، والمتمثلة في العقوبات الإدارية والجزائية التي نص عليها من خلال أحكام القانون رقم 04/11 المحدد القواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية (الجزاءات الخاصة).

وسوف نقوم من خلال هذا المطلب بدراسة الجزاءات العامة المقررة على المرقى العقاري في حالة إخلاله بالتزاماته التعاقدية في الفرع الأول، أما الفرع الثاني فنخصصه لدراسة الجزاءات الخاصة.

الفرع الأول: الجزاءات العامة الموقعة على المرقى العقاري.

نص المشرع الجزائري بموجب نص المادة 119 من القانون المدني الجزائري على أنه: " في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعداره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه، مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال ذلك ."

أما المشرع الفرنسي فنص من خلال المادة 1184 من التقنين المدني على أن للمشتري الحق في الخيار بين التنفيذ العيني إذا كان ذلك ممكنا أو فسخ العقد مع التعويض في الحالتين وذلك حسب مصلحة هذا الأخير.

وإعمالا بنص كل من المادة 119 من القانون المدني الجزائري والمادة 1184 من القانون المدني الفرنسي، فإنه إذا ثبت إخلال المرقى العقاري بتنفيذ التزاماته التعاقدية جاز لصاحب حفظ الحق أن يطالب بالتنفيذ العيني إذا كان ذلك ممكنا، كما يسوغ له أيضا المطالبة بفسخ العقد، مع حقه في التعويض في الحالتين إذا أمكن له ذلك.

لذلك سوف نقوم بدراسة حق صاحب حفظ الحق في المطالبة بالتنفيذ العيني في الفقرة الأولى ثم حق صاحب حفظ الحق في المطالبة بفسخ العقد في الفقرة الثانية، أما الفقرة الثالثة فنخصصها لدراسة حق صاحب حفظ الحق في المطالبة بالتعويض.

الفقرة الأولى: حق صاحب حفظ الحق في المطالبة بالتنفيذ العيني.

طبقا للقواعد العامة يعتبر الامتناع عن تنفيذ العقد خرقا للقانون، وبالتحديد لمبدأ القوة الملزمة للعقد، ومن ثم لا بد من التصدي له لأن هذا المبدأ يتجرد من كل معنى إذا استطاع العاقد التخلص من التزاماته التي أبرمها بمحض إرادته¹.

لذلك خول المشرع الجزائري من خلال نص المادة 119 من القانون المدني الجزائري للدائن جملة من الوسائل القانونية التي تمكنه من مواجهة المدين المخل بالتزاماته وإجباره على تنفيذها، وهي إما تنفيذ العقد - التنفيذ العيني- أو فسخ العقد مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الأمر ذلك.

وهذا ما أشار إليه المشرع الفرنسي أيضا من خلال نص المادة 1184 من القانون المدني الفرنسي، حيث نصت هذه المادة بأنه في العقود الملزمة لجانبين إذا لم يوف أحد الطرفين لالتزاماته يجوز للطرف الذي لم يتم تنفيذ الالتزام تجاهه إختيار إما إجبار الطرف الآخر على تنفيذ التزاماته -التنفيذ العيني- عندما يكون ذلك ممكنا، أو طلب الفسخ مع التعويض².

وقد عرف بعض الفقه التنفيذ العيني بأنه: التنفيذ الذي يحصل فيه المحكوم له على عين المحكوم به إذا قضي الحكم بتسليم شيء معين منقولاً كان أو عقارياً، أو قام المحكوم عليه بالعمل المطلوب منه، كبناء منزل معين، أو امتنع عن القيام بعمل، كما إذا امتنع عن البناء في عقار معين³.

¹ عبد الحق صافي، بيع العقار في طور الانجاز ، المرجع السابق، ص 335.

² L'article 1184 du code civil français : « La condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des deux parties ne satisfera point à son engagement.

Dans ce cas, le contrat n'est point résolu de plein droit. La partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté, a le choix ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible, ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts... »

³ ابراهيم بحماني، تنفيذ الأحكام العقارية، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2001، ص 19.

كما عرف أيضا بأنه: قيام المتعاقد بتنفيذ الالتزام الذي رتبته على نفسه عن طريق أداء محل هذا

الالتزام¹.

ويتحقق التنفيذ العيني في موضوعنا هذا بالزام المرقى العقاري المخل بالتزامه بإتمام البيع النهائي المتفق عليه مسبقا في عقد حفظ الحق وترتيب الآثار القانونية على ذلك، فامتناع المرقى العقاري عن إبرام العقد النهائي مع صاحب حفظ الحق، بالرغم من قيام هذا الأخير بتنفيذ التزامه بدفع التسبيق المالي المقدّر ب 20 % من السعر التقديري للعقار المحفوظ، ما هو في حقيقته سوى صورة من صور التعبير عن رفض المرقى العقاري عن إتمام إجراءات البيع النهائي للعقار المحفوظ الذي سبق الاتفاق بشأنه بمقتضى عقد حفظ الحق².

¹ عبد الحفيظ مشماشى، المرجع السابق، ص 289.

² في فرنسا، القضاء الفرنسي شبه مجمع على أن التزام البائع بمقتضى العقد الابتدائي يتحدد فقط في حجز العقار أو جزء منه لفائدة الراغب في الشراء، خلال أجل محدد، ومتى أخل البائع بهذا الالتزام أجبر على رد مبالغ التأمين لفائدة المحجوز له، مع التعويض عن الضرر اللاحق بهذا الأخير، على أساس أن البائع ملزم بالحجز وليس البيع.

وهذا ما أكدته القضاء الفرنسي في عدة قرارات صادرة عنه، وعلى رأسه محكمة النقض الفرنسية التي جاء في أحد قراراتها ما يلي: " حيث أن محكمة الاستئناف... انتهت إلى أن العقود السابقة ما هي سوى عقود ابتدائية لعقارات في طور الانجاز، التزمت بمقتضاها شركة إقامة الحديقة بحجز بعض الشقق لفائدة المستفيدين... وأن عدم تقييد الشركة بالحجز لا يخول للمستفيدين سوى الحق في استرجاع ما تم دفعه...".

إلا أن هذا القرار تعرض للعديد من الانتقادات من طرف الفقه الفرنسي، من بينهم الأستاذ "Jean Louis Bergel" و الأستاذ Thibierge لأن البائع ليس ملزم بالحجز فقط، وإنما ملزم بالحجز والبيع معا وحجتهم في ذلك ما نصت عليه المادة R 261/30 من قانون البناء والسكن الفرنسي.

حيث نص المشرع الفرنسي في نص هذه المادة على ضرورة أن يخطر البائع (الحاجز) صاحب حفظ الحق (المحجوز له) مشروع عقد البيع بشهر على الأقل من إبرام البيع، بقوله: " يجب أن يخطر الحاجز الطرف المحجوز له بمشروع عقد البيع بشهر على الأقل قبل تاريخ التوقيع على هذا العقد ".

راجع في ذلك:

Jean Louis Bergel, op.cit , p 2669.

-عبد الحفيظ مشماشى، المرجع السابق، ص 289.

وأمام غياب نص قانوني بموجب القانون رقم 04/11 المحدد للقواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية، يلجأ إليه صاحب حفظ الحق لإرغام المرقى العقاري على تنفيذ إلتزامه بإتمام بالبيع، يتعين الرجوع إلى القواعد العامة والمطالبة بالتنفيذ العيني، وبالتالي يمكن لصاحب حفظ الحق أن يلجأ للقضاء للمطالبة بالتنفيذ العيني وذلك للحصول على حكم بإلزام المرقى العقاري على تنفيذ التزامه بالبيع. وحتى يتمكن صاحب حفظ الحق باعتباره طرفاً متضرراً برفع دعوى التنفيذ العيني على المرقى العقاري، لابد من توفر بعض الشروط القانونية، نذكر منها ما يلي¹:

1- قيام علاقة تعاقدية صحيحة بين الطرفين:

فحتى يتمكن صاحب حفظ الحق برفع دعوى التنفيذ العيني على المرقى العقاري لابد أن يكون عقد حفظ الحق المبرم بينهما صحيحاً، ويكون العقد صحيحاً إذا كان تام الأركان والشروط، ومستوفياً لجميع إجراءاته القانونية وبالأخص أن يكون مفرغاً في النموذج الخاص به المرفق بالمرسوم التنفيذي رقم 431/13 من قبل موثق، وأن يتم تسجيله لدى مفتشية التسجيل والطابع.

2- امتناع الطرف الآخر عن الوفاء بالتزاماته:

إن عدم تنفيذ أحد الطرفين لالتزاماته يعد سبباً دافعاً للمطالبة بالتنفيذ العيني، فبمجرد امتناع المرقى العقاري على إبرام عقد البيع النهائي خلال الأجل المحدد في عقد حفظ الحق، بالرغم من تنفيذ صاحب حفظ الحق لالتزامه بدفع التسبيق المالي وإصراره على إتمام البيع، يحق لهذا الأخير مطالبة المرقى العقاري بالتنفيذ العيني.

¹ راجع في هذا الصدد:

- سييل جعفر حاجي عمر، المرجع السابق، ص 306-310. - عبد الحق صافي، المرجع السابق، ص 337-340. - عبد الحفيظ مشماشي، المرجع السابق، ص 290-293. - محمد لشقار، المرجع السابق، ص 142-148.

3- أن يطالب الطرف المتضرر بالتنفيذ العيني:

ينبغي أن يتم التنفيذ العيني بناء على طلب الدائن، فإذا طالب به الدائن وتوافرت شروطه فليس للمدين أن يمتنع عنه أو أن يعرض للتنفيذ بطريق التعويض، وإنما يجبره القضاء عليه.

فالأصل أن يقع تنفيذ الالتزام عينا، لكن قد يرى الطرف المتضرر وهو صاحب حفظ الحق من إخلال المرقي العقاري من إبرام عقد البيع النهائي، على الرغم من كون التنفيذ العيني لازال ممكنا المطالبة بالتعويض، ويلتزم الصمت بخصوص التنفيذ العيني، ويسلم المرقي العقاري بذلك ويناقش مقدار التعويض ومداه، فإن هذا يعد بمثابة اتفاق ضمني على انتقال الطرفين من التنفيذ العيني إلى التنفيذ بمقابل.

لذلك يجب أن يطالب صاحب حفظ الحق بالتنفيذ العيني صراحة لكي لا يسوغ للمرقي العقاري إجباره على الانتقال إلى التنفيذ بالمقابل مادام تنفيذ الالتزام عينا لا زال ممكنا.

4- إعدار الطرف المخل بالتزامه:

يقصد بالإعدار أو ما يسمى بالإندار أو التنبية دعوة المدين أو إعلامه من قبل الدائن إلى تنفيذ التزامه ووضعه في حالة التأخر عن التنفيذ تأخرا تترتب عليه مسؤوليته عن الأضرار التي تصيب الدائن نتيجة لذلك¹، أو أنه قيام الدائن بإشعار المدين بضرورة تنفيذ التزامه متى حل أجل الوفاء أو التنفيذ، وهذا حتى لا يفهم المدين بأن الدائن يتسامح في التأخير في تنفيذ الالتزام².

¹ راجع: سييل جعفر حاجي عمر، المرجع السابق، ص 310.

² دربال عبد الرزاق، الوجيز في أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، الجزائر، 2004، ص 10.

وقد نص المشرع الجزائري من خلال المادة 164 من القانون المدني الجزائري ، بأنه لا يمكن للدائن المطالبة بالتنفيذ العيني إلا بعد إعدار المدين طبقا لنص المادتين 180 و 181¹ من نفس القانون. كما اشترطت المحكمة العليا قيام الدائن بإجراءات الاعذار قبل المطالبة بالتنفيذ العيني عن طريق القضاء، حيث جاء في قرار صادر عنها بتاريخ 1994²/03/23، ضرورة قيام الدائن بإعدار خصمه عند إخلاله بشروط العقد، وجاء في هذا القرار: " ... فإن قضاة المجلس كانوا على صواب عندما اعتبروا العقد الملزم للجانبين، مازال قائما بينهما، لأن إعدار المدين الذي لم يف بالتزاماته ضروري وليس إختياري، لجواز المطالبة بتنفيذ العقد أو فسخه، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن".

كما نص المشرع الفرنسي من خلال نص المادة 1231/5³ من القانون المدني الفرنسي على ضرورة إعدار المدين في حالة عدم التنفيذ الجزئي فقط، أما في حالة عدم التنفيذ الكلي النهائي، فإن الدائن غير ملزم بإعدار المدين.

¹ لقد خرج المشرع الجزائري على القاعدة العامة التي تقضي بضرورة قيام الدائن بإعدار مدينه بالتنفيذ العيني وذلك بوضعه بعض الاستثناءات، حيث نصت المادة 181 من القانون المدني الجزائري على أنه لا ضرورة لإعدار المدين في الحالات التالية:

- إذا تعذر تنفيذ الالتزام أو أصبح غير مجد بفعل المدين.
- إذا كان محل الالتزام تعويضا ترتب عن عمل مضر.
- إذا كان محل الالتزام رد شيء يعلم المدين أنه مسروق، أو شيء تسلمه دون حق وهو عالم بذلك.
- إذا صرح المدين كتابة أنه لا ينوي تنفيذ التزامه.

² قرار المحكمة العليا رقم 115182، المؤرخ في 1994/03/21، مجلة المحكمة العليا، عدد 02، 1994، ص 167.

³ L'article 1231/5 du code civil français : « sauf inexécution définitive, la pénalité n'est encourue que lorsque le débiteur est mis en demeure. »

تجدر الإشارة إلى أن المشرع الفرنسي في المادة 1146 من القانون المدني قبل تعديله سنة 2016، استبعد صراحة شرط الإعدار في حالة الالتزام بأداء أو إعطاء شيء في زمن محدد، ولم ينفذه المدين في وقته المحدد، بشرط أن لا يكون ممكن التنفيذ فيما بعد، إذ جاء في نص هذه المادة ما يلي:

« les dommages et intérêts ne sont dus que lorsque le débiteur est en demeure de remplir son obligation excepté néanmoins lorsque la chose que le débiteur s'était obligé de donner ou de faire

وعليه يتعين على صاحب حفظ الحق قبل إثارة دعوى التنفيذ العيني ضرورة توجيه إنذار صريح للمرقي العقاري وفقا لما هو مقرر قانونا للوفاء بالتزامه بإتمام البيع، فالمشعر الجزائري جعل من الإعدار إجراء إلزاميا يجب على الطرف المتضرر أن يوجهه إلى الطرف المتعاس عن تنفيذ التزامه. ويكون إعدار المدين طبقا لنص المادة 180 من القانون المدني بإنذاره أو بما يقوم مقام الإنذار، ويجوز أن يتم الإعدار عن طريق البريد، كما يجوز أن يكون مترتبا على اتفاق يقضي بأن يكون المدين معذرا بمجرد حلول الأجل دون حاجة إلى إجراء آخر.

حيث يتضح من خلال المادة أعلاه، أن المشعر لم يحدد إجراءات معينة أو شكل معين لقيام الدائن بإعدار المدين بتنفيذ التزاماته، فقد يكون على شكل إنذار كتابي أو عن طريق رسالة بريدية موجهة للمدين تكون مضمونة مع الإشعار بالتوصيل أو في شكل برقية، مع الإشارة إلى أنه قد يتم الاتفاق المسبق بين الطرفين على أن يكون المدين معذرا بمجرد حلول أجل الدين بدون القيام بأي إجراء آخر، إلا أنه في الواقع العملي غالبا ما يتم تبليغ الإنذار بواسطة محضر قضائي، قصد تجنب أي نزاع حول قيام الإنذار من عدمه، لذلك فلا بد أن يتم إنذار المرقي العقاري في عقد حفظ الحق بواسطة محضر قضائي لتفادي مشكلة إنكار هذا الأخير بعد إنذاره مسبقا.

ويترتب على قيام الدائن بإعدار مدينه عدة نتائج قانونية، سواء من الناحية الإجرائية أو من الناحية الموضوعية، فمن الناحية الإجرائية يعتبر الإعدار قيد قانوني على رفع دعوى التنفيذ العيني، إذ أن المشعر عندما اشترطه قبل اللجوء إلى إجبار المدين على تنفيذ التزامه عينا، كان يسعى إلى الوصول إلى تحقيق اتفاق بين الطرفين لحل النزاع وديا قبل اللجوء إلى القضاء، أما من الناحية الموضوعية فإن

=ne pouvait être donnée ou faite que dans un certain temps qu'il a laisse passer. La mise en demeure peut résulter d'une lettre missive, s'il en ressort une interpellation suffisante. »

القاضي يقدر التعويض إبتداء من تاريخ إعدار المدين، وبالتالي فإن المدين يتحمل المسؤولية عن تأخره في تنفيذ الالتزام من تاريخ الاعذار¹.

4- أن يكون التنفيذ العيني ممكنا:

للدائن الحق في مطالبة مدينه بالتنفيذ العيني، وللمحكمة أن تقضي به مادام تنفيذ عين ما التزم به المدين ممكنا، أما إذا استحال تنفيذه سواء رجعت الاستحالة إلى سبب أجنبي أو كانت بخطأ المدين فلا يكون التنفيذ العيني ممكنا، وبالتالي لا جدوى من المطالبة بالتنفيذ العيني، فكلما كان التنفيذ ممكنا كان للدائن الحق في التمسك به.

وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري من خلال المادة 164 من القانون المدني الجزائري التي ورد في مضمونها ما يلي: " يجبر المدين بعد إعداره طبقا لنص المادتين 180 و 181 على تنفيذ التزامه تنفيذًا عينيا، متى كان ذلك ممكنا ".

وعلى ذلك، إذا تبين للقاضي أن التنفيذ العيني غير ممكن، يتعين على القاضي الحكم بعدم قبول الدعوى، وفي هذه الحالة يتعين على الدائن عوض المطالبة بالتنفيذ العيني الغير ممكن أن يطالب بالتنفيذ بمقابل أي الحصول على تعويض عادل أو المطالبة بفسخ العقد.

و إعمالا بنص المادة 174 من القانون المدني الجزائري التي نصت على أنه: " إذا كان تنفيذ الالتزام عينا غير ممكن أو غير ملائم إلا إذا قام به المدين نفسه، جاز للدائن أن يحصل على حكم بإلزام المدين بهذا التنفيذ وبدفع غرامة إجبارية إن امتنع عن ذلك.

¹ لوني يوسف، الحماية الإجرائية للدائن المتعاقد في التنفيذ العيني، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص قانون، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2018/2019، ص 108.

وإذا رأى القاضي أن مقدار الغرامة ليس كافياً لإكراه المدين الممتنع عن التنفيذ جاز له أن يزيد في الغرامة كلما رأى داعياً للزيادة.

فإنه يجوز لصاحب حفظ الحق اللجوء للقضاء للحصول على حكم بإلزام المرقى العقاري بتنفيذ التزامه، كما يجوز أيضاً للقاضي الحكم على هذا الأخير بغرامة تهديدية عن كل يوم تأخير عن تنفيذ التزامه، كما يمكنه أيضاً أن يزيد في الغرامة لإجبار المرقى العقاري الممتنع عن التنفيذ كلما رأى داعياً للزيادة.

فإذا طلب صاحب حفظ الحق التنفيذ العيني وكان ممكناً، فليس للمرقى العقاري الامتناع عن ذلك، ولا أن يعرض على الدائن التنفيذ بمقابل بل يجبر على أداء ما التزم به.

ويجب التنويه في هذا الصدد بأنه قبل أن يقوم صاحب حفظ الحق برفع دعوى التنفيذ لا بد من إتمام أشغال البناء من قبل المرقى العقاري وحصوله على شهادة المطابقة من الجهات المعنية تثبت ما يفيد انتهاء الأشغال بصورة مطابقة للتصاميم المعمارية والوثائق التعاقدية، وإلا كان التنفيذ العيني غير ممكناً.

فلو افترضنا أن أطراف العقد اتفقا على إبرام عقد البيع النهائي في أجل سنتين من تاريخ إبرام عقد حفظ الحق، إلا أنه وبعد انتهاء المدة اللازمة لإبرام البيع النهائي، تعذر على المرقى العقاري إتمام أشغال البناء في المدة المحددة لذلك، لا يستطيع صاحب حفظ الحق أن يطالب بالتنفيذ العيني لاستحالة ذلك - إلا إذا كانت (في رأينا) الأشغال المتبقية لإتمام البناء على وشك الانتهاء، بمعنى أن المرقى العقاري لا يحتاج لمدة زمنية طويلة لإتمام الانجاز - فبالرغم من أن المرقى العقاري قد أدخل بالتزامه بإبرام البيع النهائي في الأجل المحدد إلا أنه لا يمكننا القول بأنه قد امتنع عن إتمام عملية البيع مع صاحب حفظ الحق.

أما في حالة إتمام أشغال البناء بصفة نهائية قبل انتهاء المدة القانونية اللازمة لذلك، وحصول المرقي العقاري على شهادة المطابقة، إلا أنه أحل بالتزامه بإتمام البيع النهائي، فهذا معناه أنه امتنع بإرادته التامة عن إتمام البيع، بالرغم من تنفيذ صاحب حفظ الحق لالتزامه بدفع التسبيق المالي وإبداء رغبته في إتمام إجراءات الشراء، وبالتالي يجوز لهذا الأخير المطالبة بالتنفيذ العيني.

كما تجدر الإشارة أيضا بأنه حتى يتأكد القاضي المختص بإتمام أشغال البناء وإنجاز العقار المحفوظ، لا بد من تعيين خبير عقاري لمعاينة العقار المحفوظ المنجز والتأكد من إنتهاء أشغال البناء وذلك عقب المقارنة بين الواقع المعاین وبين التصاميم الهندسية.

ومن خلال كل ما سبق ذكره يمكننا القول بأنه في حالة إمتناع المرقي العقاري عن تنفيذ التزامه بإتمام إجراءات البيع النهائي مع صاحب حفظ الحق، يجوز لهذا الأخير المطالبة بالتنفيذ العيني، وإذا استحال تنفيذ هذا الالتزام عينيا، يجوز له المطالبة بفسخ العقد، وفي هذه الحالة يعود الطرفان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، وإذا استحال ذلك جاز للمحكمة أن تحكم بالتعويض طبقا لنص المادة 122 من القانون المدني الجزائري.

وبعد دراستنا لحق صاحب حفظ الحق في المطالبة بالتنفيذ العيني، ننتقل لدراسة حق صاحب حفظ الحق في المطالبة بفسخ العقد، وهذا ما سوف نقوم بعرضه من خلال الفقرة الموالية.

الفقرة الثانية: حق صاحب حفظ الحق بالمطالبة بفسخ العقد .

إن انحلال العقد عن طريق الفسخ يعتبر أخطر الجزاءات التي تؤدي إلى وضع حد للالتزامات العقدية وانقضائها بدون وفاء، وهو نظام قائم بحد ذاته إلى جانب جزاء التعويض الناتج عن المسؤولية العقدية، وقد عالج المشرع الجزائري جزاء الفسخ في القانون المدني تحت عنوان "إنحلال العقد"، حيث خصص له

القسم الرابع من الفصل الثاني من الكتاب الثاني، فنص على الفسخ في المواد 119 إلى 122 من هذا القانون.

ويعرف الفسخ بأنه حل الرابطة العقدية بناء على طلب أحد الأطراف إذا أحل الطرف الآخر بالتزاماته، ليتحرر المتعاقد الآخر نهائياً من الالتزامات التي يفرضها عليه العقد¹، كما يعرف بأنه جزء أقره القانون لأحد طرفي العقد عندما يخل الطرف الآخر بالتزاماته المحددة في العقد يؤدي إلى إنهاء العلاقة العقدية بين الطرفين².

كما عرف أيضاً أنه جزء مدني يرتبط بالمرحلة الموالية لتكوين العقد يترتب نتيجة إخلال أحد المتعاقدين بالتزاماته المقررة بمقتضى العقد بمقتضى العقد أو عند التأخر في تنفيذها³.

والأصل في عقد حفظ الحق أنه عقد يلزم عاقيه بكل ما يجيء فيه، فهو يتضمن قوة تحتم على كل من المرقى العقاري وصاحب حفظ الحق الرضوخ له في كل ما يحتويه من بنود، ولا يستطيع أحدهما أن يستقل بنقضه ولا بتعديله ما لم يصرح له القانون أو الاتفاق بذلك⁴، وهو ما يسمى بالقوة الملزمة للعقد⁵.

غير أن المشرع الجزائري خرج عن مبدأ القوة الملزمة للعقد وذلك بالسماح لكل من المرقى العقاري وصاحب حفظ الحق بفسخ العقد سواء بموافقتهم أو بطلب أحدهما دون الآخر، حيث نصت المادة 32 من القانون رقم 04/11 المحدد القواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية، على أنه:

¹ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 348.

² بيه موبرويز، المسؤولية الناجمة عن الفسخ التعسفي للعقد، دراسة مقارنة، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، 2009، ص 35.

³ عبد القادر العراري، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المغربي، مصادر الالتزام، نظرية العقد، ج 1، مطبعة فضالة، المحمدية، المغرب، 1995، ص 252.

⁴ نصت المادة 106 من القانون المدني الجزائري على أنه: "العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه، ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون."

⁵ عبد الحميد الشواربي، فسخ العقد في ضوء القضاء والفقهاء، ط2، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1997، مصر، ص 14.

" يمكن فسخ عقد حفظ الحق في أي وقت خلال إنجاز المشروع العقاري:

- بطلب من أحد الطرفين مع قبول الطرف الآخر.

- بطلب من صاحب حفظ الحق، وفي هذه الحالة يستفيد المربي العقاري من اقتطاع بنسبة خمسة عشر

(15 %) من مبلغ التسبيق المدفوع..."

فالفسخ كما ذكرنا أعلاه يعد جزاء عدم تنفيذ أحد أطراف العقد لالتزاماته، فمتى كان العقد صحيحا وتوافرت فيه جميع الأركان والشروط القانونية اللازمة فإن عدم تنفيذ أحد الطرفين لالتزاماته الناشئة عن هذا العقد يخول للطرف الآخر طلب فسخ العقد، غير أنه وبالرجوع إلى نص المادة 32 (فقرة 1 و 2) المذكورة أعلاه نلاحظ بأن المشرع الجزائري خول لأطراف العقد الحق في فسخ العقد في أي مرحلة خلال إنجاز المشروع العقاري حتى ولو كان المتعاقد الآخر غير مخل بالتزاماته، وهو ما يتناقض مع مفهوم الفسخ، فهل يمكن أن يتحقق الفسخ دون الإخلال بالتزامات العقد؟

إن استعمال المشرع الجزائري لمصطلح الفسخ في نص المادة 32 فقرة 1 و 2 كان في غير محله، لأن الفسخ لا يقع إلا نتيجة إخلال بالتزام عقدي، أما الفسخ الذي يتم بطلب من أحد المتعاقدين دون إخلال المتعاقد الآخر بالتزامات التعاقدية القائمة لا يكون إلا عدولا، لذلك كان من المفروض أن يأخذ المشرع الجزائري بالمصطلح الأنسب والدقيق وهو العدول عن العقد وليس فسخ العقد، إلا أن المشرع الجزائري سوى بين الفسخ والعدول دون ذكر الأسباب التي جعلته يتخذ هذا القرار، فما المقصود بالعدول عن العقد؟

يعرف حق العدول عن العقد بأنه وسيلة قانونية يستطيع بمقتضاها أحد المتعاقدين بالإفراد بنقض العقد والتحلل منه دون توقف ذلك على إرادة الطرف الآخر¹.

ووفقا لنص المادة 16/121 من قانون الاستهلاك الفرنسي فإن الحق في العدول عن العقد هو حق شخصي مقرر للمستهلك يخضع لتقديره المطلق، ويمارسه وفقا لما يراه محققا لمصالحه، دون أن يكون ملزما بإبداء أسباب العدول وهو ما يدل على أن ممارسة هذا الحق يترك لمطلق إرادة المستهلك وتقديره الشخصي.

فالعدول عن العقد لا يعد فسخا، وإنما يعد حق مؤقت يمارس خلال فترة زمنية محددة لا يترتب لإخلال أحد المتعاقدين بالتزاماته، وإنما يترتب لسبب خاص برضائه النهائي للتعاقد.

لذلك لا يتصور أن يكون القصد من نص المادة 32 فقرة 1 و 2 هو إمكانية فسخ عقد حفظ الحق في أي وقت خلال إنجاز المشروع العقاري سواء من طرف أحد الأطراف المتعاقدة بشرط قبول الطرف الآخر، أو من طرف صاحب حفظ الحق بشرط فقدانه لنسبة معينة من مبلغ التسبيق المدفوع وإنما إمكانية العدول عن العقد.

فكان من المفروض أن ينص المشرع الجزائري صراحة من خلال نص المادة 32 على إمكانية صاحب حفظ الحق العدول عن العقد وليس الفسخ، وأن يسلك نفس ما سلكه في القانون رقم 07/86 المتعلق بالترقية العقارية².

¹ عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، ط1، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004، 184.

² حيث نص صراحة على إمكانية عدول صاحب حفظ الحق عن الشراء، من خلال نص المادة 36 منه، التي ورد في مضمونها ما يلي: " إذا تخلى المترشح للملكية خلال إنجاز المشروع، فإن المكتتب يستفيد اقتطاعا نسبته 25% من مبلغ الضمان المودع".

وإذا كان الحق في العدول عن العقد مقررا لأحد المتعاقدين يخضع لمطلق حريته دون التوقف عن إرادة الطرف الآخر، فإن المشرع الجزائري طبقا لنص المادة 32 في فقرتها الأولى جعل منه حقا خالصا لكل طرفي العقد سواء المرقى العقاري أو صاحب حفظ الحق، كما جعله معلقا على قبول الطرف الآخر، وذلك بقوله: "...بطلب من أحد الطرفين مع قبول الطرف الآخر".

وهذا معناه إذا قرر المرقى العقاري العدول عن عقد حفظ الحق فإنه يتعين عليه أن يقدم طلبه إلى صاحب حفظ الحق، فإذا أبدى هذا الأخير قبوله لهذا الطلب فيزول العقد ويعاد الأطراف إلى ما كان عليه قبل إبرام العقد، ويحق لصاحب حفظ الحق إسترداد مبلغ التسبيق المدفوع، و إذا كان طلب العدول صادر من صاحب حفظ الحق ووافق عليه المرقى العقاري فإن العقد المبرم بينهم يزول ويسترد صاحب حفظ الحق ما دفعه من تسبيق.

غير أن الحق في العدول كما ذكرنا أعلاه لا يحتاج إلى قبول الطرف الآخر وإنما يصدر من جانب واحد ودون التوقف على إرادة الطرف الآخر.

أما إذا قدم صاحب حفظ الحق طلب العدول عن العقد للمرقى العقاري وأبدى هذا الأخير رغبته بعدم القبول ففي هذه الحالة يتم اقتطاع نسبة 15% من مبلغ التسبيق المدفوع، طبقا لفقرة الثانية من المادة 32، وهذا فيه تكبير لإرادة صاحب حفظ الحق وعقوبة له في حين من المفروض أن الحق في العدول يمنح له المزيد من الحرية وهذا ما يتنافى وأهداف هذه الآلية.

فبالرغم من أن المشرع الجزائري سمح لصاحب حفظ الحق العدول عن العقد إلا أنه لم يجعل هذا الحق مقتصر عليه فقط بل منحه أيضا للمرقى العقاري، كما أن هذا الحق مقيد بقبول الطرف الآخر كما رتب على صاحب حفظ الحق جزاء مدنيا في حالة طلبه العدول عن العقد ولم يوافق عليه المرقى العقاري، والأهم من ذلك فإن المشرع الجزائري لم يقيد أطراف العقد بالمدة القانونية التي يتعين من خلالها

العدول عن العقد، بل جعل الحق في العدول عن العقد في أي وقت خلال إنجاز المشروع العقاري، وهذا ما جعلنا نستنتج بأن الحق في العدول التي نصت عليه المادة 32 يختلف عن حق العدول التي نصت عليه قواعد الاستهلاك.

ويجب التنويه في هذه الحالة أن المشرع الفرنسي منح حق العدول للمستهلك الغير محترف دون المهني عكس المشرع الجزائري الذي منحه لكل من المرقى العقاري وصاحب حفظ الحق على حد سواء.

فمن خلال نص المادة 271-1¹ من قانون البناء والسكن الفرنسي نلاحظ بأن المشرع الفرنسي يتيح للمحجوز له الحق في العدول عن العقد التمهيدي، حيث منح للمحجوز له مهلة سبعة (7) أيام للعدول عن العقد تحتسب من اليوم الموالي لاستلام وصل الإشعار الذي يثبت تسلم المحجوز له نسخة من العقد المبرم، وفي هذه الحالة يتوجب على المرقى العقاري رد كامل مبلغ الضمان للمحجوز له ودون اقتطاع أي مبلغ منه.

أما إذا انتهت المدة المحددة للعدول كما أسلفنا الذكر ولم يفصح المحجوز له عن رغبته في استعمال هذا الحق، والتزامه الصمت طوال هذه المدة، يستقر العقد التمهيدي نهائيا ويصبح المحجوز له ملزما بتنفيذ التزاماته الواردة فيه، وفي حالة ما إذا قرر العدول عن الشراء فإنه يفقد كامل وديعة الضمان.

كما نص المشرع الفرنسي من خلال نص المادة (R 31/261) من قانون البناء والسكن

الفرنسي، أنه يمكن للمحجوز له استرداد مبلغ الضمان دون أي خصم أو عقوبة، في الحالات التالية:

¹ L'article L271-1 de code de la construction et de l'habitation :

«Pour tout acte ayant pour objet la construction ou l'acquisition d'un immeuble à usage d'habitation, la souscription de parts donnant vocation à l'attribution en jouissance ou en propriété d'immeubles d'habitation ou la vente d'immeubles à construire ou de location-accession à la propriété immobilière, l'acquéreur non professionnel peut se rétracter dans un délai de sept jours à compter du lendemain de la première présentation de la lettre lui notifiant l'acte.... »

أ - إذا لم يبرم عقد البيع خلال المحددة في العقد التمهيدي بسبب فعل البائع..."

وبالرجوع إلى الفقرة الثالثة من المادة رقم 32 من القانون رقم 04/11 المحدد القواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية والتي جاء فيها ما يلي: " بطلب من المرقي العقاري، في حالة عدم إحترام صاحب حفظ الحق لالتزاماته وذلك بعد إعدارين (2) مدة كل واحد منهما شهر واحد (1) ولم يرد عليهما، يبلغان عن طريق محضر قضائي."

نلاحظ بأن المشرع الجزائري نص صراحة على إمكانية فسخ عقد حفظ الحق من طرف المرقي العقاري في حالة إخلال صاحب حفظ الحق بالتزاماته التعاقدية، إلا أنه لم ينص على أن لصاحب حفظ الحق نفس الحق في حالة إخلال المرقي العقاري بأحد التزاماته التعاقدية، وبالتالي في حالة إخلال المرقي العقاري بأحد التزاماته التعاقدية وعلى سبيل المثال إمتناعه على تنفيذ التزامه ببيع العقار المحفوظ لصاحب حفظ الحق، هل يجوز لصاحب حفظ الحق المطالبة بفسخ العقد أولاً؟

بالرغم من أن المشرع الجزائري لم ينص على أن لصاحب حفظ الحق الحق في فسخ عقد حفظ الحق في حالة إخلال المرقي العقاري بأحد التزاماته التعاقدية، إلا أنه وبالرجوع إلى نص المادة 119 من القانون المدني الجزائري، التي تنص على أنه: " في العقود الملزمة لجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعداره المدين أن يطلب تنفيذ العقد أو فسخه، مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال ذلك..."

وبمفهوم المخالفة لنص المادة 32 فقرة 3 السالف ذكرها فإنه يمكن لصاحب حفظ الحق فسخ عقد حفظ الحق في أي وقت خلال إنجاز المشروع العقاري في حالة عدم إحترام المرقي العقاري لالتزاماته وذلك بعد إعدارين (2) مدة كل واحد منهما شهر واحد (1) ولم يرد عليهما، يبلغان عن طريق محضر قضائي.

ومن خلال كل ما سبق لنا ذكره يمكننا القول أن المشرع الجزائري منح لصاحب حفظ الحق الحق فسخ عقد حفظ الحق في حالة إخلال المرقى العقاري بالتزاماته التعاقدية، من خلال نص المادة 32 من القانون رقم 04/11 المذكورة أعلاه، ولا يمكن لصاحب حفظ الحق فسخ العقد خارج نص هذه المادة، وهذا معناه أنه لا يمكن فسخ عقد حفظ الحق طبقاً للقواعد العامة طالما يوجد نص قانوني يقصي بعدم جواز الفسخ خارج نصوص القانون رقم 04/11 المحدد للقواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية.

وبعد دراستنا لحق صاحب حفظ الحق في المطالبة بفسخ العقد، ننقل لدراسة حق صاحب حفظ الحق في المطالبة بالتعويض، وهذا ما سوف نوافيه من خلال الفقرة الموالية.

الفقرة الثالثة: حق صاحب حفظ الحق في المطالبة بالتعويض.

يعرف التعويض بأنه الحق الذي يثبت للدائن نتيجة إخلال مدينه بتنفيذ التزاماته، والذي يكون على شكل نقدي أو على شكل آخر يعادل المنفعة المستحقة للدائن، ويكون مصدر هذا التعويض إما إرادة الأطراف أو سلطة القاضي أو سلطة المشرع والقانون، ويستعمل الدائن حقه في التعويض عن طريق تحريك إجراءات الدعوى القضائية والتي تسمى بدعوى التعويض¹.

وقد أسلفنا الذكر بأنه في حالة إخلال المرقى العقاري بالتزاماته التعاقدية المحددة في عقد حفظ الحق فإنه يحق لصاحب حفظ الحق المطالبة بالتنفيذ العيني إذا كان ذلك ممكناً أو فسخ العقد بالإضافة إلى التنفيذ بمقابل أو ما يسمى بالتعويض.

وإعمالاً بنص المادة 119 من القانون المدني الجزائري، فإنه حتى لو لجأ صاحب حفظ الحق إلى المطالبة بالتنفيذ العيني أو الفسخ فإن له الحق أيضاً في المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي لحق به بسبب إخلال المرقى العقاري بالتزاماته التعاقدية، وذلك على أساس المسؤولية العقدية.

¹ لوني يوسف، المرجع السابق، ص 403.

فالقاعدة العامة تقضي بأنه متى كان العقد صحيحا يتعين على المدين تنفيذ ما التزم به تنفيذا عينيا، فالمرقي العقاري ملزم بتنفيذ التزاماته التعاقدية إذا كان ذلك ممكنا، وفي حالة إخلاله بأحد التزاماته كعدم تنفيذ التزامه بإنجاز العقار المحفوظ أو التأخر في إنجازه أو إمتناعه عن إتمام إجراءات البيع النهائي أو بيع العقار المحفوظ لشخص آخر، وكان التنفيذ العيني غير ممكن، يحق لصاحب حفظ الحق مطالبة المرقي العقاري بتعويض نقدي لجبر الضرر الذي لحقه على أساس المسؤولية العقدية.

أو بمعنى آخر يمكن لصاحب حفظ الحق أن يحصل على حقوقه بطريقة غير مباشرة، فعوض التنفيذ العيني -الذي يكون مستحيلا أو حتى لم يطلبه- يكون من حقه التنفيذ بمقابل، أي الحصول على تعويض عادل في مواجهة المرقي العقاري المخل بالتزاماته، وبالتالي إثارة مسؤوليته العقدية.

وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري من خلال نص المادة 176 من القانون المدني، التي نصت على أنه: " إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا يد له فيه، ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه. " حيث اعتبر التعويض كجزاء لعدم تنفيذ المدين لالتزاماته يحل محل التنفيذ العيني.

وهذا ما أكدته أيضا المحكمة العليا في قرارها الصادر عن الغرفة المدنية رقم 620974 بتاريخ 2011/02/17 بقولها بأنه في حالة استحالة التنفيذ العيني يتم الحكم على المدين بتعويض الضرر الناجم عن عدم التنفيذ العيني¹.

ويجب التنويه بأنه حتى ولو كان التنفيذ العيني ممكنا يمكن للدائن (صاحب حفظ الحق) المطالبة بالتعويض والتزامه الصمت بخصوص موضوع التنفيذ العيني، لكن متى طالب هذا الأخير بالتنفيذ العيني

¹ قرار صادر عن المحكمة العليا، الغرفة المدنية، رقم 620974، الصادر بتاريخ 2011/02/17، مجلة المحكمة العليا، العدد 2، 2011، ص 114.

لا يجوز للطرف الآخر إجبار خصمه على الانتقال إلى التنفيذ بالمقابل مادام تنفيذ الالتزام عينا لازال ممكنا.

فالمسؤولية العقدية تعد جزءا إخلال أحد المتعاقدين بالتزاماته الناشئة عن العقد على نحو سبب ضررا للمتعاقد الآخر، شريطة أن تكون علاقة سببية بين الخطأ والضرر¹، أو عدم تنفيذها مع استحالة التنفيذ العيني فيكون المدين مسؤولا عن الأضرار التي يسببها للدائن نتيجة ذلك.

ومن أجل تحريك دعوى التعويض أمام القاضي المختص لا بد من توفر جملة من الشروط الموضوعية تتمحور حول شروط قيام المسؤولية العقدية من خطأ وضرر وعلاقة سببية:

أولاً: حدوث خطأ عقدي.

يقصد بالخطأ في مجال المسؤولية العقدية إلى عدم قيام المتعاقد بتنفيذ التزامه العقدي أو الإخلال به سواء كان عن عمد أو إهمال أو لسبب آخر²، حيث يعتبر عدم تنفيذ المدين لالتزامه التعاقدية في ذاته خطأ موجبا لمسؤوليته³، وبالتالي في حالة إخلال المرقي العقاري بالتزاماته التعاقدية أو امتناعه على تنفيذها تجاه صاحب حفظ الحق يحق لهذا الأخير مطالبته بالتعويض على أساس المسؤولية العقدية. ويشترط لقيام المسؤولية العقدية وجود عقد صحيح بين أطراف العقد، فلا مجال لتطبيق هذه المسؤولية إذا كان المتعاقدين في مرحلة التفاوض دون إبرام عقد تمهيدي أو وعد بالبيع أو عقد حفظ الحق، لأن إبرام أحد هذه العقود يمكن أن تترتب عليه مسؤولية عقدية على هذه الالتزامات الشخصية التي يتضمنها هذا الاتفاق التمهيدي.

¹ شريف الطباخ، التعويض عن المسؤولية التقصيرية والمسؤولية العقدية في ضوء الفقه والقضاء، ط1، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2006، ص 407.

² علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 122.

³ أنور طلبة، دعوى التعويض، ط1، المكتب الجامعي الحديث، الأزاريطة، الاسكندرية، مصر، 2005، ص 78.

ولا مجال لتطبيق المسؤولية العقدية إذا كان العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال وتقرر بطلانه أو بعد انقضاء الرابطة العقدية بسبب الفسخ أو لأي سبب آخر، حيث يعتبر العقد في حكم العدم فيعود المتعاقدان للحالة التي كان عليها قبل التعاقد، والمسؤولية التي تنشأ عليه تكون تقصيرية¹.

وبالرجوع إلى نص المادة 176 من القانون المدني المذكورة أعلاه، نلاحظ أن المشرع الجزائري ذكر صورتين من الخطأ العقدي، وهما حالة الامتناع عن التنفيذ بخطأ المدين، وحالة التأخر في التنفيذ بخطأ المدين.

وتجدر الإشارة إلى أن مسألة الخطأ العقدي الذي يتجسد في التأخر في تنفيذ الالتزام قد يصعب تحديده عندما نكون أمام التزام ناتج عن عقد من العقود الزمنية التي يلعب فيها الوقت أو الزمان دور أساسي فيها في مرحلة التنفيذ - كعقد حفظ الحق وعقد البيع على التصاميم - إذ أنه يصعب معرفة ما إذا كان المدين قد امتنع عن التنفيذ أو أنه تأخر عن ذلك، وهي مسألة موضوعية تدخل في صلاحيات القاضي الفاصل في النزاع.²

وفي الأخير يمكننا القول بأنه بالرغم من أن عقد حفظ الحق لا يرتب إلا مجرد التزامات شخصية حيث يلتزم المرقي العقاري بحجز العقار المقرر بناؤه لفائدة صاحب حفظ الحق مقابل تسبيق يدفعه هذا الأخير على أن يتم البيع النهائي بعد إتمام الانجاز، إلا أن مسؤولية المرقي العقاري تقوم في حالة استحالة إبرام عقد البيع النهائي بسبب التأخر في إنجاز العقار المحفوظ أو عدم إنجازه إطلاقاً، وهنا يحق لصاحب حفظ الحق مطالبة المرقي العقاري بالتعويض لجبر الضرر على أساس المسؤولية العقدية مادام هناك عقد صحيح بينهما.

¹ علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجزائرية، بن عكنون، الجزائر، 2008، ص 122.

² لوني يوسف، المرجع السابق، ص 414.

ثانياً: حدوث ضرر.

يعتبر الضرر الشرط الثاني الذي يستوجب توفره للحكم بالتعويض للدائن، إذ أن القاضي يتولى عملية تقدير التعويض القضائي على أساس الضرر الذي أصاب الدائن، وليس على أساس الخطأ الصادر من المدين.¹

ويعرف الضرر بأنه الأذى الذي يصيب الدائن في حق من حقوقه المالية أو المعنوية، ويقصد بالضرر المادي ذلك الأذى الذي يلحق خسارة مالية بالمتعاقد يؤدي إلى إنقاص ذمته المالية، أما الضرر المعنوي أو أدبي فهو ما يمس الشخص في نفسه أو شرفه أو سمعته.²

ويقع عبء إثبات الضرر على عاتق الدائن المدعي، لكونه الشخص المتضرر من الخطأ العقدي، بحيث أن الضرر لا يفترض بمجرد إخلال المدين بالتزامه العقدي، بل لابد أن يحدث هذا الإخلال ضرراً بالدائن.

وفي عقود الترقية العقارية ومن بينها عقد حفظ الحق، نجد أن صاحب حفظ الحق ينتظر طيلة الفترة المحددة لتنفيذ الأشغال على أمل تسلم السكن وفق المواصفات المتفق عليها، وعليه كل إخلال في تنفيذ المرقى العقاري لالتزاماته سواء بامتناعه على إبرام عقد البيع النهائي أو التأخر في إتمام عملية البناء، يضر بحقه في اكتساب هذا السكن، وقد يفوت عليه فرصة شراء مسكن لائق من مرقى عقاري آخر، كما أن السوق المعمارية معرضة لتقلبات الأسعار، وهذا يؤدي لا محالة إلى غلاء ثمن العقار مع مرور الزمن، مما يجعل الضرر نتيجة حتمية لعدم تنفيذ المرقى العقاري لالتزاماته، وعلى صاحب حفظ الحق إثبات الضرر الذي لحقه بالنظر للخسارة التي تكبدها وبتقدير ما فاتته من ربح أو ما لحقه من خسارة.

¹ لوني يوسف، المرجع السابق، ص 416.

² أنور طلبة، المرجع السابق، ص 94.

ثالثاً: وجود علاقة سببية بين الخطأ العقدي والضرر.

يقصد بالعلاقة السببية في مجال المسؤولية العقدية أن يكون الضرر الذي أصاب الدائن نتيجة طبيعية لعد قيام المدين بتنفيذ التزامه أو تأخره في ذلك¹، فلا يكفي لتحقق المسؤولية أن يرتكب المدين خطأ وأن يرتب ذلك الخطأ ضرراً للدائن، بل يجب أن يكون هذا الضرر مترتباً على ذلك الخطأ وحينئذ تتوافر السببية ما بين هذين الركنين فتقوم المسؤولية².

فإذا كان عدم تنفيذ المدين يرجع لسبب لا يد فيه، يمكن أن ينفي مسؤوليته بإثبات السبب الأجنبي الذي يتمثل لنفي القوة القاهرة أو حادث مفاجئ أو خطأ الدائن نفسه أو خطأ الغير، ويكون المدين هو الملزم بإثبات عدم قيام العلاقة السببية عن طريق الدفع أمام القاضي الفاصل في النزاع بالسبب الأجنبي، حسب نص المادة 176 من القانون المدني، فالدائن لا يلتزم بإثبات علاقة السببية ولكن يجب على المدين نفيها³.

وتجدر الإشارة إلى أن أمر القول بتحقق هذه الشروط من عدمه يعود لتقدير المحكمة، وعند توافر هذه الشروط عندها، فإنها تقضي بالتعويض على الطرف المدين بالمقدار الذي يناسب الضرر الحاصل.

وتظهر أهمية إثبات علاقة السببية في مجال الترقية العقارية، نظراً لتعدد الأطراف الذي يؤدي إلى تعدد الأخطاء، ومنه ضرورة البحث السبب المباشر في وقوع الضرر⁴، فالمركبي العقاري بصفته صاحب المشروع كل إخلال صادر منه يفترض مسؤوليته ما لم ينفىها، وغالباً يتحرر من مسؤوليته بإثبات خطأ المقاول أو المهندس المصمم أو المكلف بالرقابة على المشروع...، كما قد يكون خطأ المركبي

¹ لوني يوسف، المرجع السابق، ص 417.

² أنور طلبية، المرجع السابق، ص 95.

³ لوني يوسف، المرجع السابق، ص 418.

⁴ ريمان حسنة، المرجع السابق، ص 122.

العقاري هو السبب لكنه ليس السبب المنتج للضرر أو لم يكن السبب المباشر، مادام يوجد أكثر من متدخل لتنفيذ المشروع، ولهذا يلتزم المرقي العقاري وكل متدخل في المشروع بتأمين المسؤولية المدنية المهنية لتتكفل شركة التأمين بتحمل دفع التعويضات اللازمة في حالة ثبوت الخطأ المهني للمؤمن له، سواء كان عقدي أم تقصيري¹.

وختاما سواء كان الجزاء المترتب على إخلال البائع بالتزاماته هو الفسخ أو التنفيذ العيني فإنه يجوز للقاضي أن يحكم في الحالتين بالتعويض عما لحق العاقد من ضرر سواء عن الخسارة التي لحقته أو الكسب الذي فاتته وهذا تطبيقا لنص المادة 119 من القانون المدني.

وبعد دراسة الجزاءات العامة المترتبة على المرقي العقاري في حالة إخلاله بالتزاماته التعاقدية سنحاول من خلال الفرع الموالي الوقوف على الجزاءات الخاصة المترتبة على المرقي العقاري والمتمثلة في كل من العقوبات الإدارية وكذا الجزائية التي حددها المشرع الجزائري من خلال القانون رقم 04/11 المحدد القواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية.

¹ مسكر سهام، التزامات المرقي العقاري المترتبة على بيع السكنات الترقية، المرجع السابق، ص 387. نصت المادة 49 من القانون رقم 04/11 المحدد القواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية بأنه: " يجب على المرقي العقاري أن يلتزم بمسؤوليته المدنية في المجال العقاري لفائدة زبائنه. ويتعين عليه، بهذه الصفة، مطالبة مكاتب الدراسات والمقاولين وشركائه الآخرين بكل الضمانات والتأمينات القانونية المطلوبة.

ويستفيد من هذه الضمانات المالكون المتوالون على البناية."

الفرع الثاني: الجزاءات الخاصة الموقعة على المرقى العقاري.

حرص المشرع الجزائري بموجب القانون رقم 04/11 المحدد القواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية، على فرض مجموعة من العقوبات على كل مرقى عقاري مخل بالتزاماته التعاقدية والمهنية كما تشدد في معاقبته بهدف ردع كل التجاوزات غير الأخلاقية والقانونية التي تؤثر على استقرار المعاملات في إطار نشاطات الترقية العقارية وبالثقة في مهنة ونزاهة المرقى العقاري.

وقد قسم المشرع الجزائري العقوبات المفروضة على المرقى العقاري في حالة إخلاله بالتزاماته التعاقدية وكذا المهنية إلى عقوبات إدارية، وعقوبات جزائية، حيث نص من خلال المادة 63 من القانون رقم 04/11 على أنه: " يعاقب على كل مخالفة لأحكام هذا القانون والنصوص المتخذة لتطبيقه بالعقوبات الإدارية والجزائية المنصوص عليها في هذا الفصل ."

لذلك سوف نقوم بتقسيم هذا الفرع بناء عن التقسيم الذي أورده نص المادة 63 السالفة الذكر إلى قسمين نتناول في القسم الأول العقوبات الإدارية كجزء عن إخلال المرقى العقاري بالتزاماته، أما القسم الثاني فنخصصه لدراسة العقوبات الجزائية.

الفقرة الأولى: العقوبات الإدارية كجزء عن إخلال المرقى العقاري بالتزاماته.

لقد استحدث المشرع الجزائري بموجب نص المادة 64 من القانون رقم 04/11 المحدد القواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية، مجموعة من العقوبات الإدارية¹ كجزء عن إخلال المرقى العقاري بالتزاماته التعاقدية وكذا المهنية، وتتمثل هذه العقوبة في سحب الاعتماد من المرقى العقاري.

¹ تعرف العقوبة الإدارية بأنها تلك الجزاءات ذات الخاصية العقابية التي توقعها سلطة إدارية مستقلة أو غير مستقلة وهي بصدد ممارستها بشكل عام لسلطتها العامة تجاه الأفراد بغض النظر عن هويتهم الوظيفية، وذلك كطريق أصلي لردع خرق بعض القوانين واللوائح.

وتتنوع عقوبة سحب الاعتماد طبقا لنص المادة 64 من القانون رقم 04/11 بين السحب المؤقت للاعتماد والسحب النهائي للاعتماد والسحب التلقائي للاعتماد.

إلا أننا سوف نقتصر الدراسة على كل من عقوبة السحب المؤقت للاعتماد والسحب النهائي للاعتماد، ونستبعد دراسة عقوبة السحب التلقائي للاعتماد، رغم أن المشرع الجزائري أورد هذه العقوبة ضمن العقوبات الإدارية التي تقع على عاتق المرقى العقاري.

حيث نص المشرع الجزائري من خلال نص المادة 64 من القانون رقم 04/11، على أن السحب

التلقائي للاعتماد يتم في الحالات التالية:

- في حالة وفاة المرقى العقاري.

- إذا كان المرقى العقاري موضوع عجز جسماني أو عقلي يمنعه من القيام بالتزاماته.

- إذا كان المرقى العقاري موضوع حكم بسبب الغش الضريبي.

- إذا كان المرقى العقاري موضوع تصفية قضائية.

فبالنسبة للحالة الأولى والثانية لا يمكننا اعتبار السحب التلقائي كعقوبة موقعة على المرقى

العقاري وذلك لانعدام الخطأ في جانب المرقى العقاري لأن الأمر غير مرتبط بإرادته، أما بالنسبة للحالتين

الأخيرتين، فرغم وجود الخطأ في جانب المرقى العقاري كونه تعمد الغش الضريبي، أو ارتكب جنحة

= ويعتبر الجزاء الإداري أحد بدائل السياسة الجنائية المعاصرة وجدت فيه التشريعات بديلا عن عقوبات الحبس القصير المدة الذي أصبح مكلفا لميزانية الدولة من دون جدوى، وتلجأ السلطة للعقوبة الإدارية كوسيلة لضمان سير المرافق العامة بالشكل الأمثل.

راجع في ذلك: سداوي محمد الصغير، المسؤولية الإدارية والجزائية في القانون رقم 04/11، كتاب المؤتمر الوطني حول الترقية العقارية المنظم يومي 27 و 28 فيفري 2012، جامعة ورقلة، ص 218.

الإفلاس، إلا أننا نستبعد هذه العقوبة من موضوع دراستنا لأنها لا ترتبط بالجزاءات الموقعة على المرقي العقاري نتيجة إخلاله بالتزاماته التعاقدية تجاه صاحب حفظ الحق.

لذلك سوف نقوم بدراسة السحب المؤقت للاعتماد (أولاً)، ثم نقوم بدراسة السحب النهائي للاعتماد

(ثانياً).

أولاً: السحب المؤقت للاعتماد.

يعرف الاعتماد بأنه رخصة إدارية تمنح لاكتساب صفة المرقي العقاري وممارسة نشاطات الترقية العقارية، حيث ألزم المشرع الحصول المسبق عليه قبل مزاوله المهنة بهدف محاربة الأشخاص الذين يعملون خارج صندوق الضمان والكفالة المتبادلة، ولمتابعة المرقي العقاري تحت رقابة الوزير المكلف بالسكن والعمران.

وقد نص المشرع الجزائري على هذه العقوبة بموجب المادة 64 من القانون رقم 04/11 المحدد القواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية، والتي جاء فيها ما يلي: " يمكن أن يتعرض المرقي العقاري إلى العقوبات الإدارية التالية:

السحب المؤقت للاعتماد لمدة لا تتجاوز ستة (6) أشهر:

- في حالة تقصير المرقي العقاري في التنفيذ الجزئي وغير المبرر لالتزاماته تجاه المقتنين.
- في حالة عدم احترام المرقي العقاري لقواعد أخلاقيات المهنة.
- في حالة تقصير المرقي العقاري في التزاماته كما هي محددة بموجب أحكام هذا القانون والنصوص المتخذة لتطبيقه. "

ويتضح لنا من خلال نص هذه المادة أن المشرع الجزائري رتب في حق المرقى العقاري عقوبة السحب المؤقت للاعتماد وذلك لمدة لا تتجاوز 6 أشهر، في حالة تقصير المرقى العقاري في تنفيذ التزاماته تجاه صاحب حفظ الحق¹، سواء كانت هذه الالتزامات تعاقدية أو مهنية، والتي حصرها المشرع الجزائري في تلك الالتزامات المحددة بموجب أحكام القانون رقم 04/11، أو المرسوم التنفيذي رقم 431/13 المحدد نموذج عقد حفظ الحق، وكذا المرسوم التنفيذي رقم 84/12 المتضمن دفتر الشروط النموذجي الذي يحدد الالتزامات والمسؤوليات المهنية للمرقى العقاري.

وقبل أن تنتهي فترة السحب المؤقت للاعتماد التي تدوم 6 أشهر، لا يجوز للمرقى العقاري ممارسة مهامه، ولا يمكنه الاستفادة من الامتيازات الممنوحة في إطار الترقية العقارية، وفي حالة ممارسة المرقى العقاري لمهنة مرقى عقاري دون اعتماد فإنه يتعرض لعقوبات جزائية نص عليها المشرع الجزائري بموجب نص المادة 77 من القانون رقم 04/11، حيث نصت المادة 77 على أنه: " يعاقب كل شخص يمارس مهنة مرقى عقاري بدون اعتماد طبقاً لأحكام المادة 243 من الأمر رقم 156/66 المؤرخ في يونيو سنة 1966 والمتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم ."

وبالرجوع إلى نص المادة 243 من قانون العقوبات الجزائري التي نصت على أنه: " كل من استعمل لقباً متصلاً بمهنة منظمة قانوناً أو شهادة رسمية أو صفة حددت السلطة العمومية شروط منحها أو ادعى لنفسه شيئاً من ذلك بغير أن يستوفي الشروط المفروضة لحملها، يعاقب بالحبس من ثلاثة أشهر إلى سنتين وبغرامة من 500 إلى 5000 دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين ."

يتضح لنا أن العقوبة الجزائية المفروضة على المرقى العقاري في حالة ممارسته لمهامه دون الاعتماد هي الحبس من 3 أشهر إلى سنتين وبغرامة من 500 إلى 5000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين.

¹ وليس لعدم تنفيذ التزاماته، لأن الجزء المفروض في هذه الحالة السحب النهائي للاعتماد وليس المؤقت.

وبالرغم من أن عقوبة السحب المؤقت للاعتماد لمدة لا تتجاوز 6 أشهر تعد عقوبة مخففة مقارنة بعقوبة السحب النهائي أو التلقائي للاعتماد، إلا أنها تعد عقوبة مشددة لو نظرنا إليها من زاوية أخرى، فمهنة المرقى العقاري ليست كباقي المهن التي لا تكتسي صفة التاجر وهذه العقوبة قد تضر بسمعته التجارية، أو بمركزه المالي بصفته تاجر، كما قد تؤدي هذه العقوبة بالمرقى العقاري شطب نفسه من السجل التجاري لعدم قدرته على تحمل التزاماته بدفع مستحقات الضرائب والضمان الاجتماعي وحقوق العمال وحقوق المتعاملين معه، لاسيما إذا لم يمارس نشاط تجاري آخر يمكنه من أن يسد هذه التزامات بخلاف السحب النهائي للاعتماد يترتب عنه توقيفه بصفة نهائية عن ممارسة هذه المهنة وشطبه من السجل التجاري والجدول الوطني للمرقين العقارين وتسديد ما عليه من التزامات.

لذلك كان من المفروض أن يقوم المشرع الجزائري بتوقيع عقوبات تأديبية أخف كتوجيه إنذار لتحذير المرقى العقاري حتى لا يعيد المخالفة، أو حرمانه من ممارسة بعض النشاطات دون الأخرى أو زيادة في قسط الاشتراك ومبلغ الضمان المدفوع لصندوق الضمان والكفالة المتبادلة لمدة محددة، أو حرمان من بعض الامتيازات الممنوحة له، قبل توقيع عقوبة السحب المؤقت للاعتماد¹.

ثانيا: السحب النهائي للاعتماد.

السحب النهائي للاعتماد وهي أخطر عقوبة تنتقي معها صفته كمرقى عقاري، وتكون في

الحالات التالية:

1- حالة عدم استقاء المرقى العقاري الشروط التي مكنته من الحصول على الاعتماد، لأن حسن

اختيار المرقى العقاري تؤدي لحسن تنفيذ لنشاطات الترقية العقارية وتحمي المقتنين من التعامل مع

¹ راجع في ذلك: مسكر سهام، المرجع السابق، ص 410.

أشخاص قد تنتحل هذه الصفة، لهذا اشترط المشرع ممارسة المهنة من قبل مرقي عقاري معتمد ومقيد في الجدول الوطني للمرقين العقارين وفي السجل التجاري.

و لا يمكن لأي كان تقديم طلب الاعتماد، بل اعتنى المشرع بوضع شروط محددة حتى يحسن اختيار المرقين العقارين القائمين بنشاطات الترقية العقارية بهدف حماية المجالات الحساسة، تحقق في ذلك لجنة منح الاعتماد، وعليه سحب الاعتماد لا يكون لعدم توفر الشروط إنما إذا استعمل الطالب طرقا احتيالية للحصول عليه بتغيير في تصريحاته وحقيقته وضعيته لتضليل لجنة منح الاعتماد، فإنه يتعرض للسحب النهائي للاعتماد حتى بعد منحه إياه متى ثبتت سوء نيته وغشه في الحصول عليه، أو تلك الشروط لم تعد تتوفر فيه بعد منحه الاعتماد، ولنعرف كيفية تطبيق هذه العقوبة علينا أولا تحديد هذه الشروط.

ونكون أمام هذه الحالة إذا ما أخل المرقي العقاري بالشروط اللازم توافرها حتى يمنح الاعتماد كحسن السيرة والسلوك والقدرة الفنية والمالية، أو إخلاله بالشروط المتضمنة في دفتر الشروط النموذجي الذي وقع عليه من اجل ممارسة المهنة.

إلا أن هذه الحالة يفترض أن لا ترد، كون السحب النهائي يكون على مرقي عقار يحاز على هذه الشروط ومنح له الاعتماد ثم يسحب منه، لكن لا يمكن تصور سحب شيء من شخص لم يحزه أصلا، وكان من المفروض أن تكون العبارة كالاتي: في حالة فقدان المرقي العقاري لشرط من الشروط الأساسية لاكتساب صفة المرقي العقاري.

2- في حالة تجاهل المرقي العقاري عن قصد وبصفة خطيرة ومتكررة للالتزامات الملقاة على

عائقه:

وتشمل التزامات المرقى العقاري الواجب احترامها للحصول على الموافقة لانجاز المشروع والضمانات التي جاء بها المشرع لحماية مقتني العقار والتي تتلخص أهمها في:

- الحصول على ترخيص إداري مسبق.

- إحترام مخططات التهيئة والتعمير.

- الاستعانة بخدمات مقاول مؤهل قانونا.

- ضبط علاقة المرقى العقاري بالمستهلك بعقد رسمي نموذجي.

- التزام المرقى العقاري بالإشهار عن مشروع العقار .

3- في حالة إنهاء المرقى العقاري لنشاطه بدون مبرر ودون إخطار مسبق للسلطة التي سلمت له الاعتماد:

فيلتزم المرقى العقاري إذا ما أراد إنهاء نشاطه المهني بإخطار السلطة التي منحت له الاعتماد ممثلة في وزير السكن والعمران واللجنة المعتمدة لنشاط الترقية العقارية في الوزارة، ولا بد أن يسبب الإخطار بأسباب قانونية وموضوعية لدواعي إنهاء النشاط بشرط أن لا تكون دافعا للتهرب الضريبي أو الغش أو التزوير أو النصب على المتعاقدين معه.

4- إذا قصر المرقى العقاري في التزامه كما تم الاتفاق عليها تجاه الدولة والمقتنين وشركائه:

وهذا النوع من المخالفات واسع النطاق، يشمل كل الالتزامات الواقعة على عاتق المرقى والمحددة في القانون رقم 04/11 والمراسيم التنفيذية ودفتر الشروط النموذجي المتضمن شروط ممارسة المهنة، وكذا النصوص التشريعية والتنظيمية المتعلقة بالتهيئة والتعمير.

وقد حاول المشرع الجزائري من خلال فرض هذه العقوبات تدارك النقص التشريعي والتجاوزات التي ظهرت عند تطبيق القوانين السابقة، وثبوت عدم كفاية الضمير المهني في ضبط أخلاقيات هذه المهنة، ومن هنا وجب فرض رقابة على الأعمال للتحقق من المخالفات المرتكبة وإرغام كل المرقبين العقاريين على احترام قواعد المهنة.

حيث نص المشرع الجزائري من خلال نص المادة 66 من القانون رقم 04/11 على أنه: " زيادة على ضباط وأعاون الشرطة القضائية، يؤهل المتصرفون الإداريون والمهندسون و المهندسون المعماريون والأسلاك التقنية الأخرى التابعة لإدارة السكن والعمران، التي تحدد قائمتهم عن طريق التنظيم، بمعاينة مخالفات أحكام هذا القانون ."

وبعد دراستنا للعقوبات الإدارية المقررة على المرقبي العقاري، سوف نقوم بدراسة العقوبات الجزائية المقررة على المرقبي العقاري، وهذا على النحو الآتي:

الفقرة الثانية: العقوبات الجزائية كجزاء عن إخلال المرقبي العقاري بالتزاماته.

لم يكتف المشرع الجزائري بتقرير العقوبات الإدارية لردع المرقبي العقاري المخل بالتزاماته المهنية والتعاقدية، بل حرص على ترتيب مجموعة من العقوبات الجزائية تهدف إلى ضمان استقرار المعاملات وحماية الأطراف الضعيفة.

حيث رتب المشرع الجزائري بموجب القانون رقم 04/11 المحدد القواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية، مجموعة من العقوبات الجزائية تختلف حسب نوع المخالفة التي ارتكبها المرقبي العقاري، حددها في المواد من 69 إلى 77 من القانون السالف الذكر، نذكر منها ما يلي:

أولاً- العقوبات المقررة في حالة عرض أملاك عقارية للبيع مخالفة لأحكام المادة 27:

فرض المشرع الجزائري من خلال نص المادة 70 من القانون رقم 04/11، على كل مرقي عقاري يقوم بعرض أملاك عقارية للبيع مخالفاً للأحكام الخاصة بعقد حفظ الحق، الواردة في نص المادة 30 من نفس القانون، لعقوبة الحبس من شهرين إلى سنتين، وغرامة مالية من 200.000 دج إلى 2.000.000 دج.

حيث نصت المادة 70 من القانون رقم 04/11 على أنه: " كل عرض لبيع أملاك عقارية، في إطار مشروع عقاري أنجز مخالفاً لأحكام المواد من 27 إلى 29 من هذا القانون، يعرض الفاعل لعقوبة الحبس من شهرين (2) إلى سنتين (2)، وغرامة من مائتي الف دينار (200.000 دج) إلى مليوني دينار (2.000.000 دج) ."

ثانياً- العقوبات المقررة في حالة قبول أي تسبيق قبل التوقيع على عقد حفظ الحق:

وقع المشرع الجزائري على المرقي العقاري في حالة طلبه أو قبوله أي تسبيق مالي بأي شكل من الأشكال قبل التوقيع على عقد حفظ الحق، عقوبة الحبس من شهرين إلى سنتين وغرامة مالية من 200.000 دج إلى 2.000.000 دج وذلك حفاظاً على مدخرات صاحب حفظ الحق .

حيث نصت المادة 71 من القانون رقم 04/11 على أنه: " يتعرض كل مرقي عقاري يطالب أو يقبل تسبيقا أو إيداعاً أو اكتتاباً أو سندا تجارياً قبل توقيع عقد البيع على التصاميم، أو عقد حفظ الحق، لعقوبة الحبس من شهرين (2) إلى سنتين (2)، وغرامة من مائتي الف دينار (200.000 دج) إلى مليوني دينار (2.000.000 دج) ."

كما نص المشرع على هذه العقوبة من خلال القانون رقم 07/86 المتعلق بالترقية العقارية الملغى، حيث نصت المادة 47 منه على أنه: " يعاقب بالحبس من شهرين (2) إلى سنتين (2)، وبغرامة

مالية من ألفي دينار (2000 دج)، إلى عشرة آلاف دينار (10.000 دج)، كل مكتتب بإحدى عمليات الترقية العقارية، الذي يطلب أو يقبل في عقد من عقود عقد حفظ الحق، دفع مبلغ مالي، أو إيداعه، قبل توقيع عقد البيع النهائي، أو قبل التاريخ الذي يستحق فيه الدين ".¹

أما بالنسبة للمشرع الفرنسي فحدد مدة هذه العقوبة بالحبس لمدة سنتين وغرامة مالية تقدر ب 9000 أورو، أو بإحدى هاتين العقوبتين، حيث نصت المادة L 17/261 من قانون البناء والسكن الفرنسي على أنه يعاقب بالسجن لمدة سنتين وغرامة مالية تقدر بتسعة آلاف أورو (9000 أورو) أو بإحدى هاتين العقوبتين، كل من يطالب أو يقبل تسبيق يشكل انتهاكا لأحكام المادتين L 12/261 و L 15/261.¹

ثالثا - العقوبات المقررة في حالة عدم تبليغ نظام الملكية المشتركة لصاحب حفظ الحق:

إعمالا بنص المادة 72 من القانون رقم 04/11 التي نصت على أنه: " يتعرض كل مرق عقاري لا يبلغ للمقتني نظام الملكية المشتركة النصوص عليه في أحكام المادة 61 من هذا القانون قبل تسليم البناء في الآجال المنصوص عليها في عقد البيع على التصاميم لغرامة من مائتي ألف دينار (200.000 دج) إلى مليوني دينار (2.000.000 دج)، وبالرغم من أن المشرع الجزائري أشار من خلال نص هذه المادة إلى هذه العقوبة في عقد البيع على التصاميم دون عقد حفظ الحق إلا أننا نعتبر هذا مجرد سهو فقط لا غير، لأن هذا الالتزام يقع على عاتق المرقى العقاري بموجب كلا العقدين.

¹ L'article L 261/17 du code de la construction et de l'habitation prévoit que : « Toute personne qui exige ou accepte un versement en violation des dispositions des articles L. 261-12 et L. 261-15 est punie d'un emprisonnement de deux ans et d'une amende de 9 000 euros ou de l'une de ces deux peines seulement. »

لذلك فإنه في حالة إخلال المرقى العقاري بالتزامه بتبليغ صاحب حفظ الحق بنظام الملكية المشتركة، يتعين عليه دفع غرامة مالية تقدر ب 200.000 دج إلى 2.000.000 دج.

رابعاً- العقوبات المقررة في حالة عدم احترام آجال نقل الملكية:

قد ألزم المشرع الجزائري المرقى العقاري من خلال نص المادة 33 من القانون رقم 04/11 بعد ثلاثة أشهر كحد أقصى إثر استلامه المؤقت للبناءة أو جزء منها، بإعداد عقد بيع البناءة أو جزء من البناءة المحفوظة أمام موثق، من أجل تحويل الملكية إلى صاحب حفظ الحق.

كما فرض عقوبة مالية تقدر من مائتي ألف دينار إلى مليوني دينار في حالة إخلال المرقى العقاري بهذا الالتزام، إذ نصت المادة 73 من القانون رقم 04/11 على أنه: " يتعرض كل مرق عقاري، يخالف الأحكام المنصوص عليها في المادة 33 المتعلقة بآجال تحويل الملكية، لغرامة من مائتي ألف دينار (200.000 دج) إلى مليوني دينار (2.000.000 دج) . "

خامساً- العقوبات المقررة في حالة عدم اكتتاب تأمين لدى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة:

فرض المشرع الجزائري بموجب نص المادة 74 من القانون رقم 04/11 على كل مرق عقاري غير مكنتب في التأمينات والضمانات المنصوص عليها في أحكام المادة 55 من هذا القانون، والمتمثلة في اكتتاب تأمين لدى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة، عقوبة الحبس من شهرين (2) إلى سنتين (2)، وغرامة مالية من مائتي ألف دينار (200.000 دج) إلى مليوني دينار (2.000.000 دج) .

سادساً- العقوبات المقررة في حالة الإدلاء بمعلومات خاطئة أو ناقصة:

فرض المشرع الجزائري من خلال نص المادة 75 من القانون رقم 04/11 على المرقى العقاري في حالة إدلائه بمعلومات خاطئة أو غير كاملة في الوثائق والعقود بمناسبة إبرام عقد حفظ الحق، عقوبة

الحبس من شهر (1) إلى خمس (5) سنوات، وغرامة من مائتي ألف دينار (200.000 دج) إلى مليوني دينار (2.000.000 دج)، أو بإحدى هاتين العقوبتين.

سابعا- العقوبة المقررة في حالة عدم إعلام صاحب حفظ الحق بالبيانات والمعلومات الخاصة بعقد

حفظ الحق:

ألزم المشرع الجزائري المرقى العقاري على ضرورة إعلام صاحب حفظ الحق بالمعلومات والبيانات المنصوص عليها في نص المادة 30 من القانون رقم 04/11، والمتمثلة في أصل ملكية الأرضية ورقم السند العقاري، ومرجعيات رخصة التجزئة، وشهادة التهيئة والشبكات، وكذا تاريخ ورقم رخصة البناء.

وفي حالة امتناع المرقى العقاري عن إعلام صاحب حفظ الحق بهذه المعلومات، فيتعرض طبقا لنص المادة 76 من القانون رقم 04/11 لغرامة مالية تتراوح من مائتي ألف دينار (200.000 دج) إلى مليوني دينار (2.000.000 دج).

كما ضاعف المشرع الجزائري كل العقوبات المذكورة أعلاه في حالة تعود المرقى العقاري على ارتكاب مثل هذه المخالفات، حيث نصت المادة 78 من القانون رقم 04/11 على أنه: " في حالة العود تضاعف العقوبة عند ارتكاب المخالفات المنصوص عليها في هذا الفرع ."

ومن خلال دراستنا لهذا الفصل استخلصنا إلى أن صاحب حفظ الحق ملزم بتنفيذ مجموعة من الالتزامات، منها ما يتعين عليه تنفيذها قبل إنجاز العقار المحفوظ، كالالتزام بدفع مبلغ التسبيق والذي تقدر نسبته 20% من قيمة العقار المحفوظ، أما بالنسبة للمشرع الفرنسي فنسبة التسبيق تختلف حسب مدة الإنجاز، 5% من السعر التقديري للبيع إذا كانت مدة إنجاز أعمال البناء لا تتجاوز سنة، و 2% إذا تجاوزت سنتين، أما إذا تجاوزت فترة السنتين فلا يتم إيداع أي ضمان، بالإضافة إلى التزامه بشراء العقار

المحفوظ بعد الانتهاء من إنجازه، إلا أن المشرع الجزائري لم يجعل هذا الالتزام أمر إجباري بل جعله اختياري ونفس الشيء بالنسبة للمشرع الفرنسي.

ومنها ما يتعين عليه تنفيذها بعد إنجاز العقار المحفوظ، كالالتزام بتسليم العقار المحفوظ، إلا أن هذا الالتزام لا يتم بمجرد الانتهاء من إنجاز العقار المحفوظ كما ذكر المشرع الجزائري في نص المادة 27 من القانون رقم 04/11، بل يتم بعد إبرام عقد البيع وحصول المرقى العقاري على شهادة المطابقة، وتحرير محضر التسليم والتسلم يحزر من قبل نفس الموثق الذي حرر العقد، كما يلتزم صاحب حفظ الحق أيضا بدفع قيمة العقار المحفوظ المحدد مسبقا في عقد حفظ الحق، إلا أن المشرع الجزائري لم يحدد ما إذا كان هذا الثمن ثابتا أم قابلا للمراجعة، بالرغم من أنه نص على أن السعر التقديري للبيع يكون قابلا للمراجعة من خلال قانون الترقية العقارية الملغى، وهذا ما نص عليه أيضا المشرع الفرنسي من خلال نص المادة R31/261/b.

واستخلصنا أيضا بأن المشرع الجزائري جعل الضمان الوحيد المقرر لحماية صاحب حفظ الحق هو ضمان استرداد مبلغ التسبيق، حيث ألزم المشرع الجزائري المرقى العقاري بضرورة إكتتاب تأمين لدى صندوق الضمان وذلك بهدف استرداد مبلغ التسبيق في حالة إخلال المرقى العقاري بالتزامه، كما منح صاحب حفظ الحق مجموعة من الوسائل القانونية لحمايته في حالة إخلال المرقى العقاري بالتزاماته، والمتمثلة في المطالبة بالتنفيذ العيني إذا كان ذلك ممكنا، والمطالبة بفسخ العقد حيث خول المشرع الجزائري من خلال المادة 32 من القانون رقم 04/11 صاحب حفظ الحق فسخ العقد في أي مرحلة أثناء إنجاز المشروع العقاري، بالإضافة إلى حق صاحب حفظ الحق في المطالبة بالتعويض على أساس المسؤولية العقدية لجبر الضرر الذي لحقه جراء إخلال المرقى العقاري بالتزاماته، كما فرض مجموعة من العقوبات الإدارية والجزائية على المرقى العقاري، تتمثل العقوبات الإدارية في السحب المؤقت للاعتماد، والسحب النهائي للاعتماد، أما العقوبات الجزائية فتتمثل في الحبس و الغرامة المالية.

خاتمة الباب الثاني:

من خلال دراستنا لهذا الباب إستخلصنا إلى أن المرقى العقارى ملزم بتنفيذ العديد من الالتزامات، منها ما يستدعي عليه تنفيذها قبل إنجاز العقار المحفوظ، ومنها ما يستدعي عليه تنفيذها بعد إنجاز العقار المحفوظ، حيث يلتزم المرقى العقارى قبل إنجاز العقار المحفوظ بالتزامين أساسيين الالتزام الأول هو حجز العقار المقرر بناؤه لصاحب حفظ الحق وعدم التصرف فيه لفائدة الغير والالتزام الثاني هو الالتزام بإنجاز العقار المحفوظ طبقا للمواصفات المتفق عليها وفي الآجال المحددة في العقد، وبالرغم من أن هذين الالتزامين يعدان التزامان أساسيان في عقد حفظ الحق إلا أن المشرع الجزائري لم يشر إليهما من خلال القانون رقم 04/11 المحدد القواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية وإنما أشار إليهما من خلال المرسوم التنفيذي رقم 431/13 المحدد نموذج عقد حفظ الحق، وهذا بخلاف المشرع الفرنسي الذي نص على هذين الالتزامين.

أما بعد الانتهاء من إنجاز العقار المحفوظ فيلتزم المرقى العقارى بتسليم العقار المحفوظ فور الانتهاء من إنجازها لصاحب حفظ الحق، وإعداد نظام الملكية المشتركة وتسليمه لصاحب حفظ الحق وذلك قصد تحديد الحقوق والأعباء الملقاة على كل من المرقى العقارى وصاحب حفظ، كما يتعين على المرقى العقارى أن يتولى مهمة إدارة وتسيير الملكية المشتركة المتضمنة البناية موضوع عقد حفظ الحق، وذلك بمجرد الانتهاء من إنجاز المشروع العقارى والشروع في استغلاله، وذلك لمدة سنتين يبدأ سريانها ابتداء من بيع الجزء الأخير من البناية المعنية، وأن يقوم بتحويل هذا الالتزام إلى الجهات المعنية قبل نهاية هذه المدة.

كما يلتزم أيضا بإبرام عقد البيع ونقل ملكية العقار المحفوظ إلى صاحب حفظ الحق، حيث منح المشرع الجزائري المرقى العقارى مدة ثلاثة أشهر كحد أقصى من الاستلام المؤقت للبناية المحفوظة بإبرام

عقد البيع، إلا أن المشرع الجزائري لم ينص على ضرورة تحديد تاريخ إبرام عقد البيع وربط آجال إبرام عقد البيع بآجال استلام المرقى العقاري للبناية المنجزة، وهذا بخلاف المشرع الفرنسي الذي ألزم المتعاقدان على ضرورة تحديد تاريخ إبرام عقد البيع وألزم الحاجز بضرورة إخطار المحجوز له بمشروع عقد البيع بشهر واحد على الأقل قبل التوقيع على عقد البيع.

أما بخصوص صاحب حفظ الحق فهو ملزم أيضا بتنفيذ مجموعة من الالتزامات، منها ما يتعين عليه تنفيذها قبل إنجاز العقار المحفوظ، ومنها ما يتعين عليه تنفيذها بعد إنجازها، حيث يتعين على صاحب حفظ الحق قبل إنجاز العقار المحفوظ بدفع تسبيق مالي يقدر بـ 20% من السعر التقديري للعقار المحفوظ، يودع في حساب خاص باسمه لدى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة حيث لا يمكن للمرقى العقاري الاستفادة من مبلغ التسبيق إلا بعد إتمام العقار المحفوظ وإعداد عقد البيع، أما بالنسبة للمشرع الفرنسي فإن نسبة التسبيق تختلف حسب مدة الانجاز حيث تقدر بـ 5% من السعر التقديري للبيع إذا كانت مدة القيام بالأعمال لا تتجاوز سنة، و 2% إذا تجاوزت المدة سنتين، أما إذا تجاوزت فترة السنتين فلا يتم إيداع أي ضمان.

كما نص المشرع الفرنسي على أن أموال التسبيق غير قابلة للحجز ولا التنازل ولا التصرف فيها حتى إبرام عقد البيع، أما المشرع الجزائري فلم ينص على ذلك من خلال أحكام القانون رقم 04/11 المحدد القواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية، بالرغم من نصه من خلال أحكام القانون رقم 07/86 الملغى بأن أموال التسبيق غير قابلة للحجز ولا التنازل ولا التصرف فيها.

وعالج أيضا المشرع الفرنسي الحالات التي يمكن استرداد مبلغ الضمان فيها كاملا والحالات التي يفقد فيها مبلغ الضمان، أما المشرع الجزائري فنص من خلال قانون الترقية العقارية الملغى بأن على الحالة التي يرد فيها مبلغ التسبيق، وهي الحالة التي يقوم فيها المرقى العقاري برفع سعر البيع، ولم يشر

إلى ذلك من خلال القانون رقم 04/11 واكتفى بالذكر من خلال نص المادة 32 منه بأنه إذا كان طلب الفسخ من صاحب حفظ الحق يفقد هذا الأخير 15% من مبلغ التسبيق.

وبالإضافة إلى التزام صاحب حفظ الحق بدفع مبلغ التسبيق، يكون هذا الأخير ملزم أيضا بشراء العقار المحفوظ بعد الانتهاء من إنجازها، إلا أن المشرع الجزائري لم يجعل هذا الالتزام أمر إجباري بل جعله اختياري، حيث يمكن لصاحب حفظ الحق العدول عن الشراء في أي وقت، فإذا قرر هذا الأخير الشراء يتم إبرام عقد البيع، أما إذا قرر العدول عن الشراء فيفقد 15% من مبلغ التسبيق ونفس الشيء بالنسبة للمشرع الفرنسي الذي منح للمحجوز له مهلة 7 أيام للعدول عن العقد وفي حالة ما إذا قرر المحجوز له العدول عن الشراء يسترد مبلغ التسبيق كاملا، أما إذا انتهت هذه المدة وقرر المحجوز له العدول عن الشراء فإنه يفقد مبلغ التسبيق كاملا.

أما بعد إنتهاء المرقى العقاري من إنجاز العقار المحفوظ، فيكون صاحب حفظ الحق ملزم بتسلم العقار المحفوظ، فالالتزام المرقى العقاري بتسليم العقار المحفوظ لصاحب حفظ الحق يقابله التزام هذا الأخير بالتسلم، إلا أن هذا الالتزام لا يتم بمجرد الانتهاء من إنجاز العقار المحفوظ كما ذكر المشرع الجزائري في نص المادة 27 من القانون رقم 04/11، وإنما يتم بعد إبرام عقد البيع وحصول المرقى العقاري على شهادة المطابقة، وتحرير محضر التسليم والتسلم يحزر من قبل نفس الموثق الذي حرر العقد.

كما يلتزم صاحب حفظ الحق أيضا بدفع ثمن العقار المحفوظ المحدد مسبقا في عقد حفظ الحق، إلا أن المشرع الجزائري لم يحدد ما إذا كان هذا الثمن ثابتا أم قابلا للمراجعة، بالرغم من أنه نص بأن السعر التقديري للبيع يكون قابلا للمراجعة من خلال قانون الترقية العقارية الملغى، وهذا ما نص عليه أيضا المشرع الفرنسي من خلال نص المادة R31/261/b.

كما استخلصنا أيضا من خلال هذا الباب بأن المشرع الجزائري جعل الضمان الوحيد المقرر لحماية صاحب حفظ الحق هو ضمان استرداد مبلغ التسبيق، حيث ألزم المشرع الجزائري المرقى العقاري بضرورة إكتتاب تأمين لدى صندوق الضمان وذلك بهدف استرداد مبلغ التسبيق في حالة إخلال المرقى العقاري بالتزامه.

وأحاط المشرع الجزائري صاحب حفظ الحق بمجموعة من الوسائل القانونية لحمايته في حالة إخلال المرقى العقاري بالتزاماته والمتمثلة في المطالبة بالتنفيذ العيني إذا كان ذلك ممكنا للحصول على حكم يقضي بإلزام المرقى العقاري بتنفيذ التزاماته، والمطالبة بفسخ العقد حيث خول المشرع الجزائري من خلال المادة 32 من القانون رقم 04/11 صاحب حفظ الحق فسخ العقد في أي مرحلة أثناء إنجاز المشروع العقاري ولا يمكن له طلب الفسخ خارج نص هذه المادة - لا يمكن الرجوع إلى قواعد القانون المدني - بالإضافة إلى حق صاحب حفظ الحق في المطالبة بالتعويض على أساس المسؤولية العقدية لجبر الضرر الذي لحقه جراء إخلال المرقى العقاري بالتزاماته، كما فرض مجموعة من العقوبات الإدارية والجزائية على المرقى العقاري، تتمثل العقوبات الإدارية في السحب المؤقت للاعتماد، والسحب النهائي للاعتماد، أما العقوبات الجزائية فتتمثل في الحبس و الغرامة المالية.

خاتمة

خاتمة:

توصلنا من خلال دراستنا لموضوع عقد حفظ الحق في بيع العقار المقرر بناؤه أن المشرع الجزائري ومحاولة منه إيجاد الحلول الكفيلة لتخفيف أزمة السكن استطاع أن يخطو خطوة إيجابية من خلال إصداره للقانون رقم 04/11 المحدد القواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية، هذا الأخير الذي جاء لسد الفراغ التشريعي الذي كان سائدا قبل سن هذا القانون، والذي لم تكن القواعد العامة قادرة على سده، حيث نظم عملية بيع العقارات في طور الانجاز، وحاول توفير الحماية اللازمة للمشتري من التصرفات اللأمسؤولة لبعض المرقين العقاريين الذين كانوا يستغلون أزمة السكن من أجل فرض شروطهم الغير عادلة على الراغبين في التعاقد الذين يرضخون لها دون مناقشة خوفا من انعدام البديل المنافس وتقويت الفرصة في الحصول على سكن لائق .

والأهم من ذلك أنه أعاد تنظيم عقد حفظ الحق من جديد بعد إلغائه بمقتضى المرسوم التشريعي رقم 03/93 المتعلق بالنشاط العقاري، نظرا للدور الكبير الذي يلعبه في قطاع السكن بصفة عامة وفي مجال الترقية العقارية بصفة خاصة.

وفي ختام دراستنا لموضوع عقد حفظ الحق في بيع العقار المقرر بناؤه ومقارنته بالعقد التمهيدي في فرنسا، توصلنا إلى العديد من النتائج التي أثارت انتباهنا، والتي جملناها في ما يلي:

1- البداية كانت بخصوص تعريف المشرع الجزائري لعقد حفظ الحق، فتبين لنا أنه لم يوفق في تعريف عقد حفظ الحق مقارنة بالمشرع الفرنسي فالتعريف الذي وضعه المشرع الجزائري بموجب القانون رقم 04/11 لم يكن دقيقا صائبا، حيث استقل بتعريف خاص يختلف تماما عن تعريف المشرع الفرنسي وبدلا من أن يأخذ بتعريف المشرع الفرنسي للعقد التمهيدي الذي جعل الالتزام الأساسي الذي يرتب على عاتق البائع فيه هو الحجز، أخذ بتعريفه للبيع الأجل الذي يكون فيه الالتزام بالتسليم هو الالتزام الأساسي الذي

يقع على عاتق البائع، وهذا لا يستقيم مع طبيعة هذا العقد الذي يكون فيه الالتزام الأساسي هو الحجز وليس التسليم.

وقد حاول المشرع الجزائري تدارك هذا الخطأ وذلك من خلال المرسوم التنفيذي رقم 431/13 المحدد لنموذج عقد حفظ الحق، أين جعل الالتزام الأساسي الذي يرتب على المرقي العقاري هو تخصيص " حجز " العقار المحفوظ المقرر بناؤه لصاحب حفظ الحق بغرض إقتنائه بعد إتمامه بدلا من التزامه بالتسليم.

2- كما كشفت لنا هذه الدراسة أن العقد التمهيدي الذي نظمه المشرع الفرنسي يعد عقد إختياري وغير إلزامي، يمهد لإبرام عقد البيع النهائي في بيع العقار المقرر بناؤه بصورتيه سواء تعلق الأمر بصورة البيع الآجل أو البيع حسب الحالة المستقبلية، أما عقد حفظ الحق في الجزائر فهو يعد عقد إلزامي يمهد لإبرام عقد البيع النهائي في بيع العقار المقرر بناؤه الذي يتم في صورة البيع الآجل فقط دون البيع حسب الحالة المستقبلية، وفي حالة ما إذا اختارا المتعاقدين صورة البيع حسب الحالة المستقبلية فيتعين عليهم إبرام عقد واحد ووحيد لا يمر بأي مرحلة تمهيدية ولا يسبقه أي عقد تمهيدي، ويطلق على هذا العقد تسمية عقد البيع على التصاميم.

3- و توصلنا أيضا إلى أن العقد التمهيدي في فرنسا يعد وسيلة تمكن البائع من تقييم درجة نجاح مشروعه العقاري ولدراسة مدى تقبل السوق لمشروعه العقاري ومدى إقبال الراغبين في التعاقد عليه وفي نفس الوقت الحصول على الوثائق الإدارية الكافية، أما عقد حفظ الحق في الجزائر فهو لا يهدف إلى إعطاء الفرصة للمرقي العقاري لدراسة مدى نجاح مشروعه العقاري في السوق، ولا لحصوله على الوثائق الإدارية اللازمة - لأنه لا يمكن إبرام عقد حفظ الحق إلا بعد حصول المرقي العقاري على جميع الوثائق

والتراخيص الإدارية اللازمة- وإنما يعد بمثابة ضمانة لكل من المرقي العقاري وصاحب حفظ الحق على حد سواء.

4- كما استخلصنا أيضا من هذه الدراسة أن المشرع الفرنسي ورغم تعدد الآراء الفقهية والاجتهادات القضائية حول مسألة تحديد الطبيعة القانونية للعقد التمهيدي وتضاربها فيما بينها، استقر في الأخير إلى اعتبار هذا العقد عقد ذو طبيعة خاصة ملزم لجانبين، أما بالنسبة للمشرع الجزائري فيبدو لنا أنه اعتبر عقد حفظ الحق وعد بالبيع ملزم لجانبين يرتب التزامات متبادلة بين أطرافه تماثل التزام الواعد والموعود له في عقد البيع الملزم لجانبين، والذي يكون هدفه الأساسي التمهيدي لإبرام عقد البيع النهائي الناقل للملكية.

5- وفيما يتعلق بأطراف العقد، فقد كشفت لنا هذه الدراسة أن المشرع الجزائري جعل المرقي العقاري هو الشخص الذي يتولى عملية إنجاز المباني المقرر بناؤه وهو نفسه الذي يتولى عملية بيع المباني المقرر بناؤها، حيث يشترط أن يكون طرفا في عقد حفظ الحق إلى جانب صاحب حفظ الحق، وهذا بخلاف المشرع الفرنسي الذي جعل المرقي العقاري هو الشخص الذي يتولى عملية إنجاز العقار المقرر بناؤه فقط، أما الشخص الذي يتولى عملية البيع فهو مالك العقار الذي يطلق عليه تسمية البائع والذي يستلزم أن يكون طرفا في العقد التمهيدي.

6- أما بخصوص محل هذا العقد فتبين لنا بأن المشرع الجزائري لم يستقر على تسمية واحدة، فتارة يستعمل مصطلح عقار وتارة يستعمل مصطلح بناية، وهذا بخلاف المشرع الفرنسي الذي استقر على تسمية واحدة لمحل العقد التمهيدي وهي العقار .

7- كما كشفت لنا هذه الدراسة بأن عقد حفظ الحق في بيع العقار المقرر بناؤه يعد عقد رسمي استوجب المشرع الجزائري تحريره في قالب الرسمي النموذجي وإلا وقع باطلا، وأكد على ضرورة إخضاعه لعملية التسجيل دون الشهر باعتباره عقد غير ناقل للملكية، أما بالنسبة للمشرع الفرنسي فبالرغم من أنه اشترط

الكتابة في العقد التمهيدي إلا أنه لم يشترط أن تكون هذه الكتابة رسمية، حيث يمكن أن تكون الكتابة في الشكل الرسمي أو العرفي، أما بخصوص التسجيل فسكت المشرع الفرنسي عن ذلك.

8- أما بخصوص البيانات الإلزامية التي يجب أن يتضمنها عقد حفظ الحق فتبين لنا أن البيانات التي حددها المشرع الجزائري بموجب القانون رقم 04/11 تعد غير كافية مقارنة بالبيانات التي سبق وأن حددها بموجب القانون رقم 07/86 الملغى، حيث ركز على تبيان الرخص والشهادات الإدارية التي يستلزم تضمونها في عقد حفظ الحق دون تبيان البيانات الأخرى التي تكون في غاية الأهمية، كالبيانات المتعلقة بالعقار موضوع العقد (الوصف الدقيق، تحديد المساحة، الموقع ...)، أما بالنسبة للمشرع الفرنسي فتبين لنا أن البيانات الإلزامية التي حددها بموجب القانون رقم 03/67 تكاد تتطابق بالبيانات التي حددها المشرع الجزائري بموجب قانون 1986، ولا يوجد إختلاف بينهما إلا في ما يتعلق بالتاريخ المحدد لتحرير عقد البيع النهائي.

9- وبالنسبة للالتزامات الملقاة على عاتق المرقى العقاري، فكشفت لنا هذه الدراسة بأنه بالرغم من أن التزام المرقى العقاري بحجز العقار المقرر بناؤه لصاحب حفظ الحق يعد جوهر عقد حفظ الحق إلا أن المشرع الجزائري جعل الالتزام الأساسي للمرقى العقاري بموجب هذا العقد هو التسليم وليس الحجز، وهذا بخلاف المشرع الفرنسي الذي نص صراحة بمناسبة تعريفه للعقد التمهيدي بأن الالتزام الأساسي الذي يقع على عاتق البائع هو الحجز.

10- وبينت لنا هذه الدراسة أيضا أن كل من المشرع الجزائري و الفرنسي لم يتكلما صراحة على التزام المرقى العقاري (البائع) بإنجاز العقار المقرر بناؤه، بالرغم من أهمية هذا الالتزام، حيث لا يمكن تنفيذ الالتزام بنقل الملكية أو التسليم إلا بعد إنجاز العقار محل العقد، كما أن المشرع الجزائري لم ينص صراحة على المدة اللازمة لإنجاز العقار المقرر بناؤه، وترك هته المسألة لإرادة المتعاقدين وهذا بخلاف المشرع

الفرنسي الذي نص على ضرورة أن يتضمن العقد التمهيدي المدة اللازمة لتنفيذ أشغال البناء وإلا كان العقد باطلا.

11- وما أثار انتباهنا من خلال هذه الدراسة أيضا، أن المشرع الجزائري فرض على المرقى العقاري بمقتضى هذا العقد أحد الالتزامات الجديدة والمستحدثة بموجب قانون الترقية العقارية الجديد، وهو الالتزام بإعداد نظام الملكية المشتركة وتسليمه لصاحب حفظ الحق بعد إنجاز العقار المحفوظ وتحريم عقد البيع النهائي، كما يلتزم المرقى العقاري زيادة على ذلك بضمان إدارة الملكية المشتركة خلال مدة سنتين ابتداء من تاريخ بيع آخر جزء من البناية المعنية، وأن يحول هذه الإدارة بعد انتهاء هذه المدة إلى هيئات الملكية المشتركة التي يعينها المقتنون.

12- كما فرض عليه أيضا الالتزام بإتمام إجراءات البيع النهائي مع صاحب حفظ الحق إلا أنه لم ينص من خلال أحكام القانون رقم 04/11 على ضرورة تحديد تاريخ إبرام عقد البيع النهائي، وإنما ربط أجل إبرام البيع النهائي بأجل الاستلام المؤقت للعقار المنجز من قبل المرقى العقاري للعقار وذلك بعد ثلاثة أشهر كحد أقصى على إثر الاستلام المؤقت للبناية المنجزة الذي يتم بين المرقى العقاري باعتباره رب العمل ومقاوم البناء بعد الانتهاء من أشغال البناء، كما فرض عقوبات مالية على المرقى العقاري في حالة إخلاله بهذا الالتزام، أما بالنسبة للمشرع الفرنسي فالزم المتعاقدان أثناء إبرام العقد التمهيدي ضرورة تحديد تاريخ إبرام عقد البيع النهائي، كما ألزم الحاجز (البائع) بضرورة إخطار المحجوز له بمشروع عقد البيع بشهر على الأقل قبل التوقيع على عقد البيع.

13- كما بينت لنا هذه الدراسة أن المشرع الجزائري ربط نقل ملكية العقار المحفوظ إلى صاحب حفظ الحق بتسديد ثمن البيع المتفق عليه في العقد أو التوقيع المشترك لعقد البيع من قبل المتعاقدين، إلا أن الملكية طبقا للقواعد الملكية لا تنتقل إلا بعد إجراء عملية الشهر (الأثر العيني) وليس بدفع الثمن أو

التوقيع على العقد، أما المشرع الفرنسي فهو لا يربط نقل الملكية بالشهر، بل مجرد إبرام العقد كافي لنقل الملكية، وإنما يقتصر دور الشهر في تمكين المشتري من الاحتجاج باكتساب الملكية في مواجهة الغير.

14- كما كشفت لنا هذه الدراسة أن صاحب حفظ الحق ملزم دفع تسبيق مالي تقدر قيمته ب 20% من السعر التقديري للعقار المحفوظ، ويجب أن لا تتجاوز قيمة التسبيق هذه النسبة حتى ولو كان صاحب حفظ الحق قادرا على دفع أكثر من هذه النسبة، وهذا حفاظا على حقوقه باعتباره طرفا ضعيفا في العقد مقارنة بالمركبي العقاري، ويتم إيداع هذا التسبيق في حساب خاص باسم صاحب حفظ الحق لدى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة في الترقية العقارية، ولا يمكن للمركبي العقاري الاستفادة من هذا التسبيق إلا بعد إتمام الانجاز وإبرام عقد البيع النهائي، أما المشرع الفرنسي فحدد نسبة التسبيق ب 5% من السعر التقديري للبيع إذا كانت مدة الإنجاز لا تتجاوز سنة، و 2% إذا لم تتجاوز هذه الفترة سنتين، أما إذا تجاوزت هذه الفترة سنتين فلا يجوز إيداع أي ضمان، ويودع هذا الضمان في حساب خاص باسم المحجوز له في البنك أو أي مؤسسة مالية مؤهلة لذلك، أو في حساب الموثق.

15- أما من حيث التزام صاحب حفظ الحق بالثراء، فتبين لنا أن المشرع الجزائري لم يجعل هذا الالتزام أمر إجباري بل جعله إختياري وذلك بالنظر إلى إمكانية عدوله عن العقد، حيث يمكن لصاحب حفظ الحق العدول عن العقد في أي وقت مع اقتطاع نسبة 15% من مبلغ التسبيق المدفوع، ونفس الشيء بالنسبة للمشرع الفرنسي الذي منح للمحجوز له الحق في العدول عن العقد مع استرداد كامل وديعة الضمان، خلال مهلة 7 أيام تحتسب من اليوم الموالي لاستلام وصل الإشعار الذي يثبت تسلم المحجوز له نسخة من العقد التمهيدي، أما إذا انتهت هذه المدة وأراد العدول عن العقد فيفقد كامل وديعة الضمان.

16- كما أن المشرع الجزائري لم يضع نص قانوني يتعلق بالحالات التي يمكن أن يسترد فيها صاحب حفظ الحق كاملا دون أي اقتطاع، بالرغم من أن أنه أشار إلى ذلك من خلال نص المادة 36 من القانون رقم 07/86 المتعلق بالترقية العقارية الملغى.

17- أما بخصوص ثمن العقار المحفوظ، فلم يبين المشرع الجزائري ما إذا كان هذا الثمن ثابتا أو قابلا للمراجعة، ولم يحدد كيفية مراجعته تاركا الأمر للمرقين العقاريين للتلاعب بالأسعار، علما أن موقف المشرع الجزائري كان واضحا من خلال أحكام قانون الترقية العقارية الملغى رقم 07/86 بخصوص هته المسألة، حيث نص صراحة على أن السعر التقديري للبيع يكون قابلا للمراجعة ولا بد من تحديد كيفية مراجعته تحت طائلة البطلان، وهذا بخلاف المشرع الفرنسي الذي نص صراحة بأن السعر التقديري للبيع في العقد التمهيدي يكون قابلا للمراجعة.

18- ومن الملاحظات التي أثارت انتباهنا أيضا، أن هذا العقد لم يحظى بالضمانات القانونية التي توفر له الحماية اللازمة، حيث جعل لهذا النوع من العقود ضمانا واحدا لا غير، وهو إلزام المرقى العقاري بضرورة إكتتاب تأمين لدى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة، وجعل دور هذا الصندوق في هذا العقد يقتصر في ضمان استرداد مبلغ التسبيق المدفوع من قبل صاحب حفظ الحق في حالة إخلال المرقى العقاري بأحد التزاماته، ولا يضمن إتمام الأشغال كما هو الحال في عقد البيع على التصاميم، بالرغم من أن صاحب حفظ الحق يسعى دائما للحصول على البناية المحفوظة بدلا من استرداد ما تم دفعه من تسبيق، كما توصلنا أيضا بأن صندوق الضمان لا يمكنه رد مبلغ التسبيق لصاحب حفظ الحق إلا بعد تأكده من فسخ العقد، أما بالنسبة للمشرع الفرنسي فأشار من خلال قانون البناء والسكن الفرنسي على إلزام البائع باكتتاب ضمان مالي لإتمام الانجاز أو استرداد ما دفعه المقتني من تسبيق في حالة فسخ العقد لعد إتمام الإنجاز، فإذا استحال على المرقى العقاري إتمام الانجاز يتعين على المؤسسات الضامنة

(البنوك، المؤسسات المالية التي تمارس الائتمان العقاري شركات الضمان التبادلية) استرداد ما دفعه المقتني من تسبيق.

19- وكشفت لنا هذه الدراسة أيضا أن المشرع الجزائري رتب على المرقى العقاري من خلال أحكام قانون الترقية العقارية الجديد رقم 04/11 مجموعة من الجزاءات الخاصة في حالة ثبوت مخالفته لالتزاماته التعاقدية يتعرض لعقوبات إدارية تتمثل في السحب المؤقت أو النهائي أو التلقائي بحسب جسامة هذه المخالفة، ولم يكتف بهذه العقوبات بالرغم من شدتها بل قرر عقوبات جزائية في حالة إخلاله لبعض الالتزامات تتراوح بين الغرامة والحبس، إلا أنه لم يتكلم عن الجزاءات العامة المتمثلة طبقا للقواعد العامة في التنفيذ العيني والفسخ والتعويض.

20- كما أن المشرع الجزائري سوى بين الفسخ والعدول من خلال نص المادة 32 من القانون رقم 04/11، فالفسخ يعد جزاء على عدم تنفيذ أحد أطراف العقد لالتزاماته، إلا أن المشرع الجزائري خول حق الفسخ لأطراف عقد حفظ الحق في أي مرحلة خلال إنجاز المشروع العقاري حتى ولو كان الطرف الآخر غير مغل بالتزاماته، وهو ما يتناقض مع مفهوم الفسخ، لأن الفسخ الذي يتم بطلب أحد المتعاقدين دون إخلال الطرف الآخر بالتزاماته لا يكون إلا عدولا، وبما أن المشرع الجزائري نص على كيفية فسخ عقد حفظ الحق فإنه لا يمكن لصاحب حفظ الحق فسخ العقد خارج نص هذه المادة والرجوع إلى القواعد العامة، كما أنه باعتبارنا أن الفسخ الذي نص عليه المشرع الجزائري في الفقرة الأولى والثانية من المادة 32 يعد عدولا وليس فسخا، فهذا معناه أن المشرع الجزائري ربط العدول عن العقد بقبول الطرف الآخر بالرغم من أن العدول عن العقد يصدر من جانب واحد دون التوقف على إرادة الطرف الآخر، بالإضافة إلى عدم تحديد المدة القانونية التي يتعين خلالها العدول عن العقد وجعل حق العدول قائم في أي مرحلة خلال إنجاز المشروع العقاري.

وبعد أن تطرقنا إلى أهم النتائج التي توصلنا إليها من خلال هذه الدراسة، حاولنا الخروج

بالتوصيات التالية:

1- يجب إعادة النظر في تعريف عقد حفظ الحق الذي وضعه المشرع الجزائري من خلال نص المادة 27 من القانون رقم 04/11، مع إحكام صياغته، وجعل الالتزام الأساسي الذي يرتب على المرقى العقاري فيه الحجز وليس التسليم لأن التسليم لا يرتبه عقد حفظ الحق وإنما يعد نتيجة لإبرام عقد البيع النهائي، لذلك نقترح التعريف التالي: " عقد حفظ الحق هو ذلك العقد الذي يلتزم بموجبه المرقى العقاري بحجز أو تخصيص البناء المقرر بناؤها أو في طور البناء لصاحب حفظ الحق بغرض إقتائه بعد إتمامه، مقابل إلتزام هذا الأخير بدفع تسبيق مالي في حساب خاص باسمه لدى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة".

2- ضبط المصطلح الأنسب لمحل عقد حفظ الحق، وبالتالي استعمال مصطلح بناية للدلالة على محل هذا العقد بدلا من مصطلح عقار، كما نقترح أيضا تسمية صاحب حفظ الحق بـ "صاحب الحق المحفوظ".

3- وبخصوص البيانات الإلزامية التي يجب أن يتضمنها عقد حفظ الحق بموجب نص المادة 30 من القانون رقم 04/11، والتي سبقت الإشارة بأنها تعد غير كافية مقارنة بالبيانات الإلزامية التي نص عليها المشرع الجزائري من خلال المادة 30 من القانون رقم 07/86 الملغى، فنقترح أن يشمل العقد بالإضافة إلى البيانات السابقة التي نص عليها في قانون الترقية العقارية الملغى البيانات التي عدتها نص المادة 30 من القانون رقم 04/11، وذلك حتى لا يفتح باب التحايل على القانون.

4- تعديل نص المادة 33 من القانون رقم 04/11، التي ربط فيها المشرع الجزائري أجل إبرام عقد بيع البناء المحفوظة بأجل الاستلام المؤقت للبناء المحفوظة الذي يتم بين المرقي العقاري ومقاول البناء، وذلك بتحديد أجل إبرام عقد البيع أثناء تحرير عقد حفظ الحق.

5- تعديل نص المادة 31 من القانون رقم 04/11 التي ربط فيها المشرع الجزائري نقل ملكية البناء المحفوظة بتسديد ثمن البيع المنقق عليه في العقد، لأن ملكية البناء المحفوظة لا تنتقل لصاحب حفظ الحق إلا بعد شهر عقد البيع وليس بدفع الثمن، لذلك نقترح استعمال الصياغة التالية في المادة 31: "يتم تحويل ملكية البناء المحفوظة عند تاريخ شهر عقد البيع المبرم بين كل من المرقي العقاري (بصفته بائع) وصاحب حفظ الحق (بصفته مشتري)، ويجب إعداد عقد البيع مقابل دفع السعر المتبقي للبناء المحفوظة طبقاً للتشريع المعمول به."

6- ضرورة وضع نص قانوني يتضمن الحالات التي يمكن من خلالها رد مبلغ الضمان كاملاً إلى صاحب حفظ الحق دون أي إقطاع أو فرض أية عقوبة عليه.

7- تحديد كيفية مراجعة الثمن التقديري للبناء المحفوظة في عقد حفظ الحق وتقرير الأسباب التي أدت إلى ذلك مع ضرورة تسقيف نسبة المراجعة بما يتناسب مع مقدار الزيادة في تكلفة البناء.

8- كما نقترح أيضاً تفعيل دور صندوق الضمان والكفالة المتبادلة في الترقية العقارية بجعله ضامناً لمواصلة الإنجاز في عقد حفظ الحق أيضاً بدلاً من جعل دوره يقتصر على استرداد التسبيقات المدفوعة فقط، بالإضافة إلى استحداث ضمانات قانونية جديدة لحماية صاحب حفظ الحق .

9- وضع نص قانوني صريح يخول لصاحب حفظ الحق في حالة ثبوت مخالفة المرقي العقاري لالتزاماته التعاقدية الحق في المطالبة بالتنفيذ العيني أو الفسخ أو التعويض، وكيفية استعمال هذه الحقوق، بدلاً من الرجوع إلى القواعد العامة ومحاولة إسقاط محتواها على هذا العقد.

10- ضرورة تعديل نص المادة 32 من القانون رقم 04/11 التي سوت بين الفسخ والعدول، وذلك بإلغاء الفقرة الأولى والثانية منها، و تعديل الفقرة الأخيرة التي منحت حق الفسخ للمرقي العقاري دون صاحب حفظ الحق، حيث اقترحنا استبدال صياغة هذه الفقرة بالصياغة المقترحة من جانبنا وذلك على النحو الآتي: " يمكن فسخ عقد حفظ الحق في أي وقت خلال إنجاز المشروع العقاري، بطلب من أحد أطراف العقد (المرقي العقاري أو صاحب حفظ الحق)، في حالة عدم إحترام الطرف الآخر لالتزاماته وذلك بعد إعدارين، مدة كل واحد منهما شهر واحد (1) ولم يرد عليهما، يبلغان عن طريق محضر قضائي."

11- أما بخصوص العدول عن العقد، فيتعين على المشرع الجزائري سن نص قانوني جديد يمنح لصاحب حفظ الحق حقه في العدول عن العقد لكن بشروط جديدة مغايرة للشروط التي نصت عليها المادة 32 من القانون رقم 04/11، حيث يتعين تحديد المدة التي من خلالها يمكن لصاحب حفظ الحق العدول عن العقد مع استرداد كامل التسبيق المدفوع، وفي حالة تجاوز هذه المدة يستفيد المرقي العقاري من اقتطاع بنسبة 15% من مبلغ التسبيق المدفوع، بالإضافة إلى جعل حق العدول لا يتوقف على قبول الطرف الآخر.

12- من خلال دراستنا لهذا الموضوع توصلنا إلى أن عقد حفظ الحق في بيع العقار المقرر بناؤه يعد من المواضيع الجديدة التي لم تحظى بعد بالاهتمام الكافي خاصة من جانب الفقه الجزائري على الرغم من أهمية هذا الموضوع بالنظر للإشكالات القانونية الدقيقة التي يثيرها، والتي يصعب حلها بالاعتماد فقط على أحكام قانون الترقية العقارية الجديد، لذلك لابد على المشرع الجزائري الإسراع في تعديل القانون رقم 04/11، وكذا النموذج الخاص بعقد حفظ الحق الملحق بالمرسوم التنفيذي رقم 431/13، أو سن قانون جديد للترقية العقارية يكون أكثر دقة ووضوحا، يعمل على توحيد النصوص القانونية المنظمة لهذا العقد وسد جميع الفراغات القانونية التي واجهتنا خلال عملية الدراسة .

وفي ختام كلامنا يبقى هذا العمل المتواضع مجرد إشارة بسيطة لبعض المشاكل القانونية والعملية التي يطرحها هذا الموضوع، ودعوة جريئة في نفس الوقت للفت الانتباه لخطورة بقاء مثل هذه المواضيع التي ترتبط ارتباطا وثيقا لما هو إقتصادي وإجتماعي وقانوني خارج الاهتمام القانوني والقضائي والفقهية على حد سواء.

تم بعون الله وتوفيقه

قائمة المصادر والمراجع.

قائمة المصادر والمراجع:

أولاً: قائمة المصادر والمراجع باللغة العربية.

1- قائمة المصادر:

1-1 قائمة النصوص القانونية والاجتهادات القضائية:

1-1-1 قائمة النصوص القانونية.

أ - الدستور:

1- دستور 1989، المؤرخ في 23 فيفري 1986، ج ر عدد 02، الصادرة بتاريخ 1989/03/01، المعدل والمتمم بموجب المرسوم الرئاسي رقم 438/96، المؤرخ في 1996/12/07، ج ر عدد 76، المؤرخة في 1996/12/08، المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 03/02 المؤرخ في 2008/11/15، ج ر العدد 63، المؤرخة بتاريخ 2008/11/16، المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 19/08، المؤرخ في 2008/12/15، المتضمن تعديل الدستور، ج ر العدد 63، المؤرخة في 2008/11/16.

ب- النصوص التشريعية:

ب/1 القوانين:

2- القانون رقم 01/81، المؤرخ في 1981/02/07، المتضمن التنازل عن الأملاك العقارية ذات الاستعمال السكني أو التجاري أو الحرفي التابعة للدولة والجماعات المحلية ومكاتب الترقية والتسيير العقاري والمؤسسات والهيئات والأجهزة العمومية، ج ر عدد 6، المؤرخة في 1981/02/10.

3- القانون رقم 59/85 المؤرخ في 1985/03/23، المتضمن القانون الأساسي لعمال المؤسسات والإدارات العمومية، ج ر عدد 13، الصادرة بتاريخ 1985/03/24.

4- القانون رقم 07/86، الصادر بتاريخ 1986/03/04، المتعلق بالترقية العقارية، ج ر عدد 10 المؤرخة في 1986/03/05.

5- القانون رقم 29/90 المؤرخ في 1990/12/01، المتعلق بالتهيئة والتعمير، ج ر العدد 52، المؤرخة في 1990/12/2، المعدل والمتمم بالقانون رقم 05/04 المؤرخ في 2004/08/14، ج ر عدد 71، المؤرخة في 2004/11/10.

- 6- القانون رقم 25/91، المؤرخ في 18/12/1991، المتضمن قانون المالية لسنة 1992، ج ر للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، عدد 65، الصادرة بتاريخ 18/12/1991.
- 7- القانون رقم 10/05، المؤرخ في 20/06/2005، يعدل ويتم الأمر رقم 58/75، المؤرخ في 26/09/1975، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، ج ر عدد 44، المؤرخة في 26/06/2005.
- 8- القانون رقم 02/06 الصادر بتاريخ 20/02/2006، المتضمن تنظيم مهنة الموثق، ج ر عدد 14، الصادرة بتاريخ 08/03/2006.
- 9- القانون رقم 15/08، المؤرخ في 20/07/2008، المحدد لقواعد مطابقة البناءات وإتمام انجازها، ج ر، عدد 44، المؤرخة في 03/08/2008.
- 10- القانون رقم 04/11، الصادر بتاريخ 17/02/2011، الذي يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، ج ر عدد 14، المؤرخة في 06/03/2011.
- ب/2- الأوامر:
- 11- الأمر رقم 26/74، الصادر في 20/02/1974، المتضمن تكوين الاحتياطات العقارية لصالح البلديات، ج ر عدد 19، المؤرخة في 05/03/1974.
- 12- الأمر رقم 58/75، المؤرخ في 26/09/1975، ج ر عدد 78، المؤرخة بتاريخ 30/09/1975، المعدل والمتمم.
- 13- الأمر رقم 92/76، المؤرخ في 23/10/1976، المتعلق بتنظيم التعاون العقاري، ج ر عدد 12، المؤرخة في 09/02/1977.
- 14- الأمر رقم 105/76، المؤرخ في 09/12/1976، المتضمن قانون التسجيل، ج ر للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، عدد 81، الصادرة بتاريخ 18/12/1977.

ج- النصوص التنظيمية:

- 15- المرسوم رقم 15/64، المؤرخ في 20/01/1964، المتعلق بحرية المعاملات العقارية، ج ر عدد 19، المؤرخة في 31/07/1964.

- 16- المرسوم رقم 82/73 المؤرخ في 1973/06/05، المتضمن شروط بيع المساكن الجديدة من قبل الهيئات العمومية القائمة بتأسيس البنايات الجماعية والمجموعات السكنية، ج ر عدد 47، المؤرخة في 1973/06/12.
- 17- المرسوم رقم 63/76 المؤرخ في 1976/03/25، المتعلق بتأسيس السجل العقاري، ج ر عدد 30، المؤرخة في 1976/04/13، المعدل والمتمم.
- 18- المرسوم رقم 666/83، المؤرخ في 1983/11/12، الذي يحدد القواعد المتعلقة بالملكية المشتركة وتسيير العمارات الجماعية، ج. ر عدد 47، المؤرخة في 1983/11/15، الملغى جزئياً بموجب المرسوم التنفيذي رقم 99/14، المؤرخ في 2014/03/04، المحدد لنموذج نظام الملكية المشتركة المطبق في مجال الترقية العقارية، ج. ر عدد 14، المؤرخة في 2014/03/16.
- 19- المرسوم التشريعي رقم 01/93 المؤرخ في 1993/01/19، المتضمن قانون المالية، ج ر عدد 4، الصادرة بتاريخ 1993/01/20، ص 70.
- 20- المرسوم التشريعي رقم 03/93، الصادر بتاريخ 1993/03/01، المتعلق بالنشاط العقاري، ج ر عدد 14، المؤرخة في 1993/03/03.
- 21- المرسوم التنفيذي رقم 38/86، المؤرخ في 1986/03/04، الذي يحدد شروط الاكتتاب بإحدى عمليات الترقية العقارية وكيفياته، ويضبط الدفتر النموذجي والمنوال النموذجي لعقد حفظ الحق، ج ر للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، عدد 10، المؤرخة في 1986/03/05.
- 22- المرسوم التنفيذي رقم 176 /91 المؤرخ في 1991/05/28، الذي يحدد كيفية تحضير شهادة التعمير ورخصة التجزئة وشهادة التقسيم ورخصة البناء وشهادة المطابقة و رخصة الهدم وتسليم ذلك، ج ر عدد 26 المؤرخة في 1991/06/01، الملغى بموجب المادة 94 من المرسوم التنفيذي رقم 19/15 المؤرخ في 2015/01/25، المتضمن كيفية تحضير عقود التعمير وتسليمها، ج ر العدد 07، الصادرة بتاريخ 2015/02/12.
- 23- المرسوم التنفيذي رقم 406/97، المؤرخ في 1997/11/13، المتضمن إحداث صندوق الضمان والكفالة المتبادلة في الترقية العقارية، ج ر عدد 73، المؤرخة في 1997/11/15.
- 24- المرسوم التنفيذي رقم 84/12 المؤرخ في 2012/02/20، المحدد لكيفية منح الاعتماد لممارسة مهنة المرقي العقاري، وكذا كيفية مسك الجدول الوطني للمرقين العقاريين، ج ر عدد 11، المؤرخة في

2012/02/26، المعدل بالمرسوم التنفيذي رقم 96/13، المؤرخ في 2013/02/26، ج ر عدد 13، المؤرخة في 2013/03/06.

25- المرسوم التنفيذي رقم 85/12 المتضمن دفتر الشروط النموذجي الذي يحدد الالتزامات والمسؤوليات المهنية للمرقي العقاري، ج ر عدد 11، المؤرخة في 2012/02/26.

26- المرسوم التنفيذي رقم 431/13، المؤرخ في 2013/12/18، الذي يحدد نموذجي عقد حفظ الحق وعقد البيع على التصاميم للأملاك العقارية، وكذا حدود تسديد سعر الملك موضوع عقد البيع على التصاميم ومبلغ عقوبة التأخير وأجالها وكيفيات دفعها، ج ر عدد 66 المؤرخة في 2013/12/25.

27- المرسوم التنفيذي رقم 182/14 المؤرخ في 05 يونيو 2014، الذي يحدد شروط وكيفيات تسديد الاشتراكات والدفعات الإجبارية الأخرى من طرف المرقيين العقاريين المنصوص عليها في النظام الداخلي لصندوق الضمان والكفالة المتبادلة في الترقية العقارية، ج ر عدد 37 المؤرخة في 2014/06/19.

د-القرارات:

28- قرار وزاري مشترك مؤرخ في 06 ديسمبر 2012، يتعلق بإثبات الموارد المالية الكافية لاكتساب صفة المرقي العقاري، ج ر عدد 02، المؤرخة في 2013/01/13.

2/1/1- قائمة الاجتهادات القضائية:

29- قرار المحكمة العليا، رقم 64748، الصادر بتاريخ 1991/01/23، المجلة القضائية، عدد 04، سنة 1992.

30- قرار المحكمة العليا رقم 115182، المؤرخ في 1994/03/21، مجلة المحكمة العليا، عدد 02، 1994، ص 167.

31- قرار صادر عن المحكمة العليا رقم 372339، الصادر بتاريخ 2007/06/20، مجلة المحكمة العليا، العدد 2، 2007، ص 182.

32- قرار المحكمة العليا رقم 436937، الصادر بتاريخ 2008/11/19، مجلة المحكمة العليا، عدد 02، سنة 2008.

33- قرار المحكمة العليا، رقم 516800، الصادر بتاريخ 2009/04/08، مجلة المحكمة العليا، عدد 2، لسنة 2009.

- 34- قرار صادر عن الغرفة المدنية، رقم 438177، الصادر بتاريخ 20/05/2009، مجلة المحكمة العليا، عدد 01، 2009، ص 154.
- 35- قرار صادر عن الغرفة المدنية رقم 606845، الصادر بتاريخ 13/05/2010، مجلة المحكمة العليا، عدد 02، 2011، ص 149.
- 36- قرار صادر عن المحكمة العليا، الغرفة المدنية، رقم 620974، الصادر بتاريخ 17/02/2011، مجلة المحكمة العليا، العدد 2، 2011، ص 114.
- 37- قرار صادر عن المحكمة العليا، الغرفة المدنية، رقم 0967151، الصادر بتاريخ 11/02/2016، مجلة المحكمة العليا، عدد 1، 2016، ص 70.

2- قائمة المراجع:

1/2-الكتب:

1/1/2-الكتب العامة:

- 38- أحمد شوقي محمد عبد الرحمان، الدراسات البحثية في نظرية العقد، في الفقه والقضاء المصري والفرنسي، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2006.
- 39- السعدي محمد صبري، شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، التصرف القانوني، العقد والإرادة المنفردة، ج 1، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2004 .
- 40- السنهوري أحمد عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود الواردة على العمل، المقابلة، الوكالة، الوديعة، الحراسة، ج 7، مجلد 1، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1964.
- 41- السنهوري أحمد عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، دار النشر للجامعات المصرية، مصر، 1952.
- 42- السنهوري أحمد عبد الرزاق، نظرية العقد، ج 1، ط2، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1998.
- 43- السنهوري أحمد عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود التي تقع على الملكية، البيع والمقايضة، ج 4، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 2011.
- 44- الشرفاوي جميل، شرح العقود المدنية، البيع والمقايضة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1991.

- 45- الشواربي عبد الحميد، المشكلات العلمية في تنفيذ العقد، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 1988.
- 46- الشواربي عبد الحميد، فسخ العقد في ضوء القضاء والفقهاء، ط2، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1997.
- 47- الصدة عبد المنعم فرج، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، دار النهضة العربية، مصر، 1974.
- 48- الطباخ شريف، التعويض عن المسؤولية التقصيرية والمسؤولية العقدية في ضوء الفقه والقضاء، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006.
- 49- العربي محمد مياد، الوسيط في عقود الإذعان، دراسة مقارنة، الرباط، المغرب، 2012.
- 50- العرعاري عبد القادر، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المغربي، مصادر الالتزام، نظرية العقد، ج 1، مطبعة فضالة، المحمدية، المغرب، 1995.
- 51- العرعاري عبد القادر، المسؤولية العقدية للمقاول والمهندس المعماري بالمغرب، مطبعة الكرامة، الرباط، المغرب، 2008.
- 52- المهدي نزيه محمد الصادق، الالتزام قبل التعاقد بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد وتطبيقها على بعض أنواع العقود، دراسة فقهية قضائية مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1982.
- 53- النشار جمال خليل، أحكام العربون بين الشريعة والقانون، دار الجامعة الجديدة للنشر، دار النهضة العربية، الإسكندرية، مصر، 2001.
- 54- النيداني محمد علي ياسر، العربون بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2008.
- 55- بحماني إبراهيم، تنفيذ الأحكام العقارية، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2001.
- 56- برهام محمد عطاء الله، دعوى صحة التعاقد على البيع، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1984.
- 57- بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني، التصرف القانوني، العقد والإرادة المنفردة، ج 1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ب س.
- 58- بيه موبرويز، المسؤولية الناجمة عن الفسخ التعسفي للعقد، دراسة مقارنة، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، 2009.
- 59- بودالي محمد، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، دراسة مقارنة مع قوانين فرنسا وألمانيا ومصر، ط1، دار هومة، الجزائر، 2010.

- 60- حمدي باشا عمر، ليلي زروقي، المنازعات العقارية، دار هومة، الجزائر، 2001.
- 61- حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية في ضوء آخر التعديلات وأحدث الأحكام، دار هومة، الجزائر، دس.
- 62- جمعي حسن عبد الباسط، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1996.
- 63- دربال عبد الرزاق، الوجيز في أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، الجزائر، 2004.
- 64- سي يوسف زاهية، عقد البيع، ط 2، دار الأمل، الجزائر، 2000.
- 65- طالبة أنور، دعوى التعويض، ط 1، المكتب الجامعي الحديث، الأزاريطة، الإسكندرية، مصر، 2009- طالبة ليلي، الملكية العقارية الخاصة وفقا لأحكام التشريع الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2010.
- 66- عبد القادر حسين ياسين، المسؤولية الخاصة بالمهندس المعماري ومقاول البناء ط 1، دار الفكر العربي، مصر، 1987.
- 67- عبد الله هدى، دروس في القانون المدني، العقد، ج 2، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2008.
- 68- علي علي سليمان، الدراسات في المسؤولية المدنية في القانون المدني الجزائري، ط 2، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، دس.
- 69- علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجزائرية، بن عكنون، الجزائر، 2008.
- 70- عمرو طه بدوي محمد علي، الالتزام بالضمان في عقود البناء والتشييد، دراسة تطبيقية على عقود الإنشاءات الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2004.
- 71- عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، ط 1، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004.
- 72- فودة عبد الحكم، الوعد والتمهيد للتعاقد وعقد البيع الابتدائي، دار الكتب القانونية، 1992.
- 73- فيلاي علي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، 2010.

- 74- قعادة خليل أحمد حسن ، الوجيز في شرح القانون المدني، عقد البيع، ج 4، ط 3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2003.
- 75- مبروك ممدوح محمد علي، ضمان مطابقة المبيع في نطاق حماية المستهلك، دار النهضة العربية، مصر، 2008.
- 76- محمد حسين منصور، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، الدار الجامعية، 2000.
- 77- محمد لبيب شنب، شرح أحكام عقد المقاولة، ط 2، منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر، 2004.
- 78- منصور محمد أمجد، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، ط 6، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2011.
- 79- ناصيف الياس، موسوعة العقود المدنية والتجارية، أركان العقد، ج 1، ط 2، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1997.
- 80- لحسين بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في عقد البيع، دراسة فقهية قانونية وقضائية مقارنة، نصوص للمطالعة، أعمال تطبيقية، دار هومة، الجزائر، 2005.
- 81- لعشب محفوظ بن حامد، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1990.
- 2/1/2- الكتب المتخصصة:**
- 82- أشيبان مصطفى، تنظيم الملكية المشتركة في التشريع المغربي، دراسة تحليلية لملكية الشقق والطبقات والمحلات، ط 1، 2009.
- 83- الأودن سمير عبد السميع، تملك وحدات البناء تحت الإنشاء والضمانات الخاصة لمشتري الوحدات السكنية، ط 1، مكتبة ومطبعة الإشعاع الفنية، مصر، 2001.
- 84- بوسته إيمان، النظام القانوني للترقية العقارية، دراسة تحليلية، دار هومة، الجزائر، 2011.
- 85- رامول خالد، دوة آسيا، الإطار القانوني والتنظيمي لتسجيل العقارات في التشريع الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2007.
- 86- شامة سماعيلين، النظام القانوني الجزائري للتوجيه العقاري، دراسة وصفية وتحليلية، دار هومة، الجزائر، 2004.
- 87- عبد الحق صافي، بيع العقار في طور الانجاز، شرح وتحليل لنصوص القانون رقم 44.00، ط 1، المغرب، 2011.

- 88- عبد الحق صافي، ملكية الشقق في القانون المغربي، واقع وآفاق، مطبعة دار النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب، 1983.
- 89- علاء حسين علي، عقد بيع المباني تحت الإنشاء، دراسة مقارنة، ط1، منشورات زين الحقوقية، الأردن، 2011.
- 90- عمران السيد محمد السيد، المجموعة العلمية للأبحاث القانونية في بيع العقار تحت التشييد، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 1999.
- 91- سويل جعفر حاجي عمر، ضمانات عقد بيع المباني قيد الإنشاء، دراسة مقارنة، ط 1، دار وائل للنشر، لبنان، 2014.
- 92- محمد المرسي زهرة، بيع المباني تحت الإنشاء، دراسة مقارنة في القانون المصري والكويتي والفرنسي، ط 1، مطابع الوزان العالمية، الكويت، 1989.
- 93- محمد المنجي، عد البيع الابتدائي، الآثار القانونية والعملية لعقد البيع الغير المسجل، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، 2002.
- 94- محمد حسين منصور، المسؤولية المعمارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2003.
- 95- مشماشي عبد الحفيظ ، بيع العقار في طور الانجاز، دراسة على ضوء القانون المغربي والمقارن، ط 1 ، المغرب، 2012.

2/2- الأطروحات والرسائل الجامعية:

1/2/2- أطروحات الدكتوراه:

- 96- إبراهيم عثمان بلال، تملك العقارات تحت الإنشاء، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، مصر، 2011.
- 97- أماروز لطيفة، التزام البائع بتسليم المبيع في القانون الجزائري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011 .
- 98- حامي حياة، النظام القانوني لبيع البناية في طور الإنجاز في القانون الجزائري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2016.

- 99- رحايمية عماد الدين ، الوسائل القانونية لإثبات الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2007.
- 100- عزري الزين ، منازعات القرارات الفردية في مجال العمران، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة1، 2004.
- 101- عياشي شعبان، عقد بيع العقار بناء على التصاميم، دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والقانون الفرنسي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة 1، 2012 .
- 102- مسكر سهام، التزامات المرقى العقاري المترتبة على بيع السكنات الترقية، رسالة دكتوراه، تخصص قانون عقاري وزراعي، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة 1، 2016.
- 103- موسى نسيم، ضمانات تنفيذ عقد الترقية العقارية، عقد بيع العقار في طور الإنجاز، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2015.
- 2/2/2- رسائل الماجستير:**
- 104- بوجنان نسيم، عقد البيع بناء على التصاميم، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2008.
- 105- تواتي نصيرة، نظام المتعامل في الترقية العقارية (المتعامل الخاص)، مذكرة ماجستير، فرع قانون المؤسسات، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2001/2002.
- 106- حدوم ليلي، العقود النموذجية طبقا لأحكام القانون الخاص، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر 1، 2001/2002.
- 107- دوة آسيا، صندوق الضمان والكفالة المتبادلة في نشاط الترقية العقارية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب، البلدية، الجزائر، 2012.
- 108- سبتي محمد، رخصة البناء، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة يوسف بن خدة الجزائر 1، 2012.
- 109- مسكر سهام، بيع العقار بناء على التصاميم في الترقية العقارية، دراسة تحليلية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب، البلدية، الجزائر، 2006.
- 110- مقدود فاطمة، حماية المكتب في البيوع العقارية على التصاميم، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2005.

- 111- نوي عقيلة، النظام القانوني لبيع العقار بناء على التصميم في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر، 2002/2003.
- 3/2- المقالات والمداخلات العلمية:
- المقالات العلمية:
- 112- بونبات محمد بن أحمد ، بيع العقارات في طور الانجاز، دراسة في ضوء القانون رقم 44.00، سلسلة آفاق القانون، مراكش، المغرب، عدد، 9، 2004.
- 113- زروتي الطيب، حماية مشتري العقار في البيع على التصاميم طبقا للمرسوم التشريعي (03/93)، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، عدد02 ، 2000.
- 114- طيب عائشة، صندوق الضمان والكفالة المتبادلة للترقية العقارية كضمان خاص في الترقية العقارية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر1، كلية الحقوق، عدد 04، ديسمبر 2011.
- 2/3/2- مداخلات الملتقيات العلمية والأيام الدراسية:
- 115- بردان رشيد، المعاملات العقارية والإشكالات التي تعترض العقد التوثيقي، يوم دراسي حول العقد التوثيقي والإشكالات القانونية في المعاملات العقارية والإيجار التجاري، الغرفة الجهوية لموثقي الغرب، سيدس بلعباس، الجزائر، يوم 22 ماي 2005.
- 116- سداوي محمد الصغير ، المسؤولية الإدارية والجزائية في القانون، المؤتمر الوطني حول الترقية العقارية، كلية الحقوق، جامعة ورقلة، المنظم يوم 27 و 28 فيفري، 2012.
- 117- قاشي علال، الضمانات القانونية ودعم الالتزامات التعاقدية في عقد البيع على التصاميم وتقييم ذلك، الملتقى الدولي حول الترقية العقارية (الواقع والآفاق)، كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، الجزائر، يومي 7 و 8 فيفري، 2006.
- 118- فني سعدية، دور صندوق الضمان والكفالة المتبادلة في ضمان تمويل نشاط الترقية العقارية، ملتقى حول إشكالات العقار الحضري وأثرها على التنمية في الجزائر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، يوم 18 و 19 فيفري 2013.

ثانيا: قائمة المصادر والمراجع باللغة الفرنسية.

1/1- Textes législatifs et réglementaires:

1/1/1- Textes législatifs

119- Loi n° 65-557 du 10 juillet 1965 fixant le statut de la copropriété des immeubles bâtis. Publié sur : www.ligfrance.com

120-Loi n° 67-3 , du 3 janvier 1967, relative aux ventes d'immeubles à construire et à l'obligation de garantie à raison des vices de construction. Publié sur : www.ligfrance.com

121- Code civil français. Publié sur : www.ligfrance.com

122- Code de la construction et de l'habitation. Publié sur : www.ligfrance.com

123- Code général des impôts. Publié sur : www.ligfrance.com

124- Code de la consommation. Publié sur : www.ligfrance.com

125- Code assurance français. Publié sur : www.ligfrance.com

1/1/2- Textes réglementaires:

126- Le décret n° 54/1123 du 10/11/1954, tendant à protéger l'épargne contre certaines activités répréhensibles dans le domaine de la construction, J.O.R.F du 16/11/1954, p 10765.

2-listes des références :

2/1- Les livres :

2/1/1- livres généraux :

127- Chestin Jacques et Desche Bernard, traité des contrats, la vente, L.G.D.J , Paris, 1990.

128- François Collart Dutilleul, les contrats préparatoire à la vente d'immeuble , Sirey Université, Paris, France, 1988.

129- Jacques Ghestin, *Conformité et garanties dans la vente (produits mobiliers)*, L.G.D.J, Paris, France, 1983.

130- Jean Calais Auloy, Henri Temple, les contrats de consommation, 8 éd, Dalloz, France, 2012.

131- Michel Dagot, le pacte de préférence, Litec, Paris, France, 1988.

132- Pascal Puig, Contrat spéciaux, 2 éd , Dalloz, 2007.

2/1/2- livre spéciaux :

133- J. M. Lucheux, les garanties de l'acquéreur dans les ventes d'immeubles à construire , L. G. D. J, Paris, 1968.

134- Michel Dagot, la vente d'immeuble à construire, Litec, Paris, 1980.

135- Philippe Malinvaud ,Philippe Jestaz : Droit de la promotion immobilière, Dalloz, Paris, 1986.

2/2- Thèses :

136- Frank Steinmetz, les ventes d'immeubles à construire, thèse, Montpellier, 1970.

137- Thierry Massis : Le contrat préliminaire dans la vente d'immeuble à construire, Thèse pour le doctorat D'état, Université de droit d'économie et de sciences sociales, Paris2, 1979.

2/3- Articles :

138- Alain Castel, vente d'immeuble à construire, Études et documents de L'.I.E.J. de Rennes, vol 3, N 2.

139- Cabanac, Traité de la construction et de la copropriété, T 2, N 50, 1970.

140-Christiane Loyer Larher, vente d'immeuble à construire, Etudes et documents de L'.I.E.J. de Rennes , vol 7, N 2, 1976

141- CL Thibierge, La nouvelle réglementation des ventes d'immeubles à construire, rev.eco.et.dr.imm, N 28, 1967.

- 142- François Magnin, la distinction entre contrat de réservation et promesse unilatérale de vente d'immeuble, recueil Dalloz, sommaire commenté, 1993.
- 143- G. Levabeur, G .Stefanni , Les société de construction devant la loi pénal, LGDJ, Paris, 1972.
- 144- Hélène. Henry, les problèmes posés par le contrat préliminaire des ventes d'immeuble à construire, art.jur.prop.imm, 1978.
- 145- Mazeaud M L et J, leçons de droit civil, principaux contracts, L.G.D.J , tome 3, paris, France, 1968, n 977.
- 146- Jean Louis Bergel, les contrats préliminaire de réservation dans les ventes d'immeubles à construire, unité ou dualisme ? , j.c.p, vol 1 , 1974.
- 147- Philippe Malinvaud . Philippe Jestaz, le contrat préliminaire a la vente d'immeuble à construire (à propos de l'arrêt de la 3^{em} chambre civile de la cour de cassation du 27 octobre 1975), la semaine juridique, vol 1, N 13, 1976.
- 148- Planiol et Repert, Traité pratique de droit ciciel français, contrats civils, 2^{ème} partie, T4 , L G D J, paris, France, 1954
- 149- Roger Saint Alary, Droit de la construction, PUF, Paris 1977.
- 150- Saint Alary, La vente d'immeuble à construire et l'obligation de garantie à raison des vices de construction, J-C-P, 1986.
- 151- Saleilles, de la déclaration de volonté, contribution à l'étude de l'acte juridique dans le code civil Allemand, Paris, N 89, 1929.

فهرس المحتويات

01	مقدمة.
07	الباب الأول: ماهية عقد حفظ الحق في بيع العقار المقرر بناؤه وكيفية إبرامه .
07	الفصل الأول: ماهية عقد حفظ الحق في بيع العقار المقرر بناؤه.
08	المبحث الأول: مفهوم عقد حفظ الحق في بيع العقار المقرر بناؤه.
08	المطلب الأول: تعريف عقد حفظ الحق في بيع العقار المقرر بناؤه وتحديد خصائصه
09	الفرع الأول: : تعريف عقد حفظ الحق في بيع العقار المقرر بناؤه.
13	الفرع الثاني: خصائص عقد حفظ الحق في بيع العقار المقرر بناؤه.
32	المطلب الثاني: التطور التاريخي لعقد حفظ الحق في بيع العقار المقرر بناؤه.
33	الفرع الأول: التطور التاريخي لعقد حفظ الحق في بيع العقار المقرر بناؤه في الجزائر .
41	الفرع الثاني: التطور التاريخي لعقد حفظ الحق في بيع العقار المقرر بناؤه في فرنسا.
45	المبحث الثاني: التكييف القانوني لعقد حفظ الحق في بيع العقار المقرر بناؤه.
45	المطلب الأول: الطبيعة القانونية لعقد حفظ الحق في بيع العقار المقرر بناؤه.
46	الفرع الأول: الاتجاه القائل بأن عقد حفظ الحق وعد بالترتيب.
50	الفرع الثاني: الاتجاه القائل بأن عقد حفظ الحق وعد انفرادي بالبيع معلق على شرط واقف.
54	الفرع الثالث: الاتجاه القائل بأن عقد حفظ الحق وعد ذو طبيعة مزدوجة.
57	الفرع الرابع: الاتجاه القائل بأن عقد حفظ الحق ذو طبيعة خاصة.
63	المطلب الثاني: تمييز عقد حفظ الحق في بيع العقار المقرر بناؤه عن غيره من العقود المشابهة له.
64	الفرع الأول: التمييز بين عقد حفظ الحق و عقد البيع على التصاميم.
72	الفرع الثاني: التمييز بين عقد حفظ الحق والبيع بالعربون.

80	الفرع الثالث: التمييز بين عقد حفظ الحق وعقد الإذعان.
88	الفصل الثاني: إبرام عقد حفظ الحق في بيع العقار المقرر بناؤه.
88	المبحث الأول: الشروط الموضوعية لإبرام عقد حفظ الحق في بيع العقار المقرر بناؤه.
89	المطلب الأول: التراضي في عقد حفظ الحق.
90	الفرع الأول: طرفا عقد حفظ الحق في بيع العقار المقرر بناؤه.
109	الفرع الثاني: وجود التراضي.
115	الفرع الثالث: موضوع التراضي.
117	الفرع الرابع: صحة التراضي.
120	المطلب الثاني: المحل.
120	الفرع الأول: العقار المحفوظ في عقد حفظ الحق.
132	الفرع الثاني: التسبيق المالي في عقد حفظ الحق .
135	المبحث الثاني: الشروط الشكلية لإبرام عقد حفظ الحق في بيع العقار المقرر بناؤه.
136	المطلب الأول: الشكلية اللازمة لإبرام عقد حفظ الحق.
136	الفرع الأول: وجوب تحرير عقد حفظ الحق في الشكل الرسمي.
142	الفرع الثاني: وجوب تسجيل عقد حفظ الحق.
147	المطلب الثاني: مضمون عقد حفظ الحق في بيع العقار المقرر بناؤه.
147	الفرع الأول: البيانات الإلزامية لعقد حفظ الحق وجزاء الإخلال بها.
158	الفرع الثاني: الوثائق والرخص الإدارية اللازمة لإبرام عقد حفظ الحق.
173	خاتمة الباب الأول

175	الباب الثاني: آثار عقد حفظ الحق في بيع العقار المقرر بناؤه.
176	الفصل الأول: الالتزامات التعاقدية المترتبة على المرقى العقاري.
176	المبحث الأول: التزامات المرقى العقاري قبل إنجاز العقار المحفوظ.
177	المطلب الأول: الالتزام بحجز العقار المقرر بناؤه لصاحب حفظ الحق.
181	المطلب الثاني: التزام المرقى العقاري بانجاز العقار المحفوظ.
182	الفرع الأول: التزام المرقى العقاري بإنجاز العقار المحفوظ خلال الأجل المحدد في العقد.
189	الفرع الثاني: التزام المرقى العقاري بانجاز العقار المحفوظ طبقاً للمواصفات المحددة في العقد
204	المبحث الثاني: التزامات المرقى العقاري بعد إنجاز العقار المحفوظ.
204	المطلب الأول: الالتزام بتسليم العقار المحفوظ وإعداد نظام الملكية المشتركة.
205	الفرع الأول: الالتزام بتسليم العقار المحفوظ إلى صاحب حفظ الحق.
220	الفرع الثاني: الالتزام بإعداد نظام الملكية المشتركة.
232	المطلب الثاني: الالتزام بإبرام عقد البيع النهائي ونقل الملكية.
232	الفرع الأول: الالتزام بإبرام عقد البيع النهائي.
241	الفرع الثاني: الالتزام بنقل ملكية العقار المحفوظ لصاحب حفظ الحق.
245	الفصل الثاني: الالتزامات التعاقدية المترتبة على صاحب حفظ الحق وطرق حمايته.
246	المبحث الأول: الالتزامات التعاقدية المترتبة على صاحب حفظ الحق.
246	المطلب الأول: التزامات صاحب حفظ الحق قبل إنجاز العقار المحفوظ.
247	الفرع الأول: التزام صاحب حفظ الحق بدفع مبلغ التسبيق.
255	الفرع الثاني: التزام صاحب حفظ الحق بالشراء.

259	المطلب الثاني: التزامات صاحب حفظ الحق بعد إنجاز العقار المحفوظ.
259	الفرع الأول: التزام صاحب حفظ الحق بتسليم العقار المحفوظ.
265	الفرع الثاني: التزام صاحب حفظ الحق بدفع قيمة العقار المحفوظ.
271	المبحث الثاني: الضمانات والوسائل القانونية المقررة لحماية صاحب حفظ الحق.
272	المطلب الأول: الضمانات القانونية المقررة لحماية صاحب حفظ الحق.
274	الفرع الأول: مدى الزامية التأمين لدى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة.
278	الفرع الثاني: الدور المنوط بصندوق الضمان والكفالة المتبادلة في عقد حفظ الحق.
283	المطلب الثاني: الوسائل القانونية المقررة لحماية صاحب حفظ الحق.
284	الفرع الأول: الجزاءات العامة الموقعة على المرقي العقاري.
307	الفرع الثاني: الجزاءات الخاصة الموقعة على المرقي العقاري.
320	خاتمة الباب الثاني.
336	خاتمة
366	قائمة المراجع.

ملخص

ملخص:

تهدف هذه الدراسة إلى معالجة أحد أهم المواضيع المتعلقة بالترقية العقارية وهو موضوع "عقد حفظ الحق" هذا الأخير الذي يعد صيغة من صيغ التعاقد الحديثة في بيع العقارات المقرر بناؤها، والذي يثير العديد من التساؤلات خاصة في ما يخص طبيعته القانونية، والتزامات أطرافه، والضمانات والوسائل القانونية المقررة لحماية صاحب حفظ الحق . وقد حاولنا من خلال هذه الدراسة الإجابة عن مختلف التساؤلات التي يطرحها هذا العقد، لذلك قسمنا موضوع بحثنا إلى بابين، خصصنا الباب الأول لدراسة ماهية عقد حفظ الحق في بيع العقار المقرر بناؤه وكيفية إبرامه، أما الباب الثاني فخصصناه لدراسة آثاره.

الكلمات المفتاحية: عقد حفظ الحق - الترقية العقارية - بيع العقار المقرر بناؤه - صاحب حفظ الحق - المرقي العقاري.

Résumé :

le sujet de notre étude vise à aborder l'un des sujets importants relatifs à la promotion immobilière, qui fait l'objet du " contrat de réservation", qui est l'une des formules contractuelles modernes de vente d'immeuble à construire ce qui soulève de nombreuses questions notamment en ce qui concerne sa nature juridique, et les obligations de ses parties, et les garanties et les moyens juridiques mis en place pour protéger le réservataire.

Nous avons essayé, à travers cette étude, de répondre aux différentes questions posées par ce contrat, nous avons donc divisé le sujet de notre recherche en deux chapitres, la première a été consacrée à l'étude de la substance du contrat de réservation dans la vente d'immeuble à construire et la conclusion de ce contrat, le deuxième chapitre a été consacré à l'étude de ses effets.

Les mot-clé : le contrat de réservation-la promotion immobilier-vente d'immeuble à construire-le réservataire-le promoteur immobilier.

abstract :

the subject of our study aims to address one important subject related to real estate development, which is the subject of the "reservation contract" which is one of the modern contractual formulas for the sale of building to be built which raises many questions, particularly as regards its legal nature and the obligations of its parties, and the guarantees and legal means put in place to protect the reserve.

Through this study, we have tried answering the different questions asked by this contract, so we divided our research subject into two chapters, the first was devoted to the study of the substance of the reservation contract in the sale of building to be built and the conclusion of this contract, the second chapter was devoted to the study of its effects.

The key-words: the reservation contract- real estate development- sale of building to be built-the reserve- the property developer.