

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي و البحث العلمي

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية - قسنطينة -

قسم: الشريعة وقانون
ميدان: العلوم الإنسانية والاجتماعية
فرع: علوم إسلامية
نص: شريعة وقانون



كلية الشريعة و الإقتصاد
الرقم التأسلي:/2024

ضمانات حماية حقوق المشتري في بيع البضاعة على التصاميم

- دراسة مقارنة -

أطروحة مقدمة لنيل درجة دكتوراه العلوم الثالثة (د.ف.د) في العلوم الإسلامية
نص: شريعة وقانون

إشراف الأستاذ(ة):

أ.د/ ليلي بعتاش

من إعداد الطالب :

• محمد الأمين محمادو

الاسم واللقب	الدرجة العلمية	الجامعة الأصلية	الصفة
-أ.د/ زهرة بن عبد القادر	أستاذ	جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية-قسنطينة-	رئيساً
-أ.د/ ليلي بعتاش	أستاذ	جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية-قسنطينة-	مشرفاً ومقرراً
-د/ليندة بومحراث	أستاذ محاضر أ	جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية-قسنطينة-	عضوا
-أ.د/ نورالدين بوكرديد	أستاذ	جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية-قسنطينة-	عضوا
-د/ مهدي شعوة	أستاذ محاضر أ	جامعة الإخوة منتوري-قسنطينة 01-	عضوا
-د/سوسن بوصبيعات	أستاذ محاضر أ	جامعة الإخوة منتوري-قسنطينة 01-	عضوا

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

شكر و عرفان

بعد رحلة بحث وجهد تكلفت بإنجاز هذه الأظروحة، أحمد الله عز وجل على النعمة التي من بها علي،

فهو العلي القدير فالهمم لك الحمد كما ينبغي لجلال وجهك وعظيم سلطانك، قال تعالى

﴿ وَقَالَ رَبِّ أَوْزِعْنِي أَنْ أَشْكُرَ نِعْمَتَكَ الَّتِي أَنْعَمْتَ عَلَيَّ وَعَلَىٰ وَالِدَيَّ وَأَنْ أَعْمَلَ صَالِحًا تَرْضَاهُ وَأُدْخِلْنِي

بِرَحْمَتِكَ فِي عِبَادِكَ الصَّالِحِينَ ﴿١٩﴾ النمل: ١٩

﴿ وَمَا يَكُفُّمْ مِنْ نِعْمَةِ اللَّهِ فِيمَنْ اللَّهُ لَمَّا إِذَا مَا سَأَلْتُمْ الضُّرُّ فَإِلَيْهِ تَجْتَرُونَ ﴿٥٣﴾ النحل: ٥٣،

أحمد الله عز وجل على أن وفقني في إتمام هذه الأظروحة، وأتقدم بالشكر الجزيل إلى الأستاذة

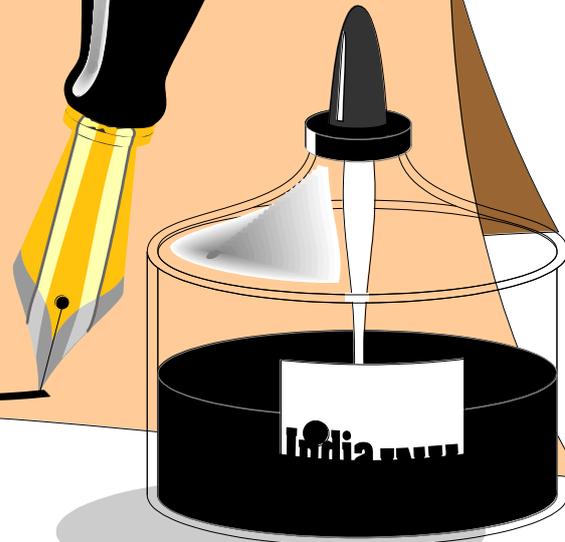
المشرفة حفظها الله ورعاها أ.د: ليلى بعناش التي لم تبخل علي بنصائحها وإرشاداتها القيمة.

وكذا كل من ساعدني في إنجاز هذه الأظروحة من قريب أو بعيد خاصة زوجتي

وعمال مكتبة الدكتور أحمد عروة، كما نقف معترفين بالجميل إلى كل

الأساتذة الذين لم يدخروا جهداً من أجل تعليمنا من الابتدائي

إلى الجامعي.



إهداء

إلى من تعجز الكلمات عن ذكر مآثرهما، إلى الشمس التي أنارت

دبي بوجودهما، إلى اللذان لن أوفيهما حقهما مهما قلت فيهما أبي وأمي اللذين

قال فيهما الله سبحانه وتعالى "وقل رب ارحمهما كما ربياني صغيراً".

إلى زوجتي وابني صهيب وكل الإخوة والأخوات، الحلات والأخوات،

العمات والأعمام عامة وأبناءهم خاصة، ولا أنسى بالذکر جدتي.

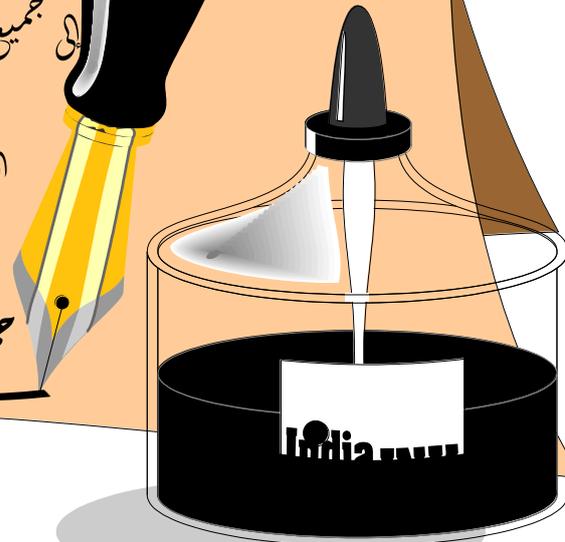
إلى من جمعنا بهم قسم واحد ومدرج واحد إلى كل طلبة قسم الشريعة والقانون

وسائر أصدقائي ورفقاء دبي.

إلى جميع أساتذتنا وشيوخنا الذين فتحوا لنا الطريق وأناروا لنا

السبيل وأفادونا من علمهم حفظهم الله ورحاهم.

محمد أبو محمد الأمين



تذکرہ

مقدمة

الحمد لله الذي هدانا للتفقه في الدين، وشرح صدورنا لاقتناء سلف المؤمنين، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له، أحاط بكل شيء علماً، ووسع كل شيء رحمة منه وحلماً، وأشهد أن سيدنا محمد عبده ورسوله، خاتم الأنبياء، وإمام الأصفياء، وأكرم من مشى تحت أديم السماء ﷺ، أما بعد:

منذ بدء الخليقة احتاج الناس إلى بعضهم البعض، سواء على الصعيد الاجتماعي، أو الاقتصادي، أو العلمي، ولا زالت هذه الحاجة تتنامى وتتسع حتى لزم إيجاد نظم وضوابط لتنظيم هذا التعامل، وذلك لما ينشأ عنه من تعلق حقوق الأفراد أو الجماعات في ذمم بعضهم البعض، فعلى صعيد التعاملات المالية والاقتصادية مثلاً، والتي هي مدار بحثي، فقد دعت الحاجة إلى تطوير وتنظيم عملية التعاقد التي تعد عماد النشاط الاقتصادي، فجاءت النظم والتشريعات المدنية لهذا المقصد، حتى بعث الله نبيه محمد ﷺ بخاتم الشرائع السماوية، فما تركت باباً إلا وعالجت مسأله ومتطلباته، ومن تلك الأبواب باب المعاملات المالية.

فالبشرية لم تعرف شرعة أو نظاماً قبل الإسلام استطاع استيعاب كل هذا الكم من المعاملات، وليس هذا فحسب، بل ترك الباب مفتوحاً لاستحداث عقود جديدة، بعد أن وضعت القواعد والأصول العامة للتعاملات المالية، فكانت هذه القواعد مرعية في العقود العصرية المستجدة، ومن جانب آخر فإن التشريعات الوضعية كانت تهدف دائماً إلى خدمة الإنسان، وتحقيق النفع له، ولهذا كان لابد من البحث عن الوسائل الملائمة لتنظيم أي علاقة تعاقدية بطريقة تتفق مع واقع المجتمع وظروفه ومتطلباته.

ويعتبر عقد البيع من أقدم وأهم العقود المسماة، وأكثرها تطوراً، لأنه يعمل على تطوير البيع والشراء بين الناس، وهو الأكثر شيوعاً بينهم، خاصة في مجال السكن باعتباره من ضروريات الحياة التي لا يمكن الاستغناء عنها، فقد عملت الجزائر منذ الاستقلال على توفير مسكن لكل مواطن، ولكن لم تلبث كثيراً حتى عجزت عن ذلك؛ فالجزائر على غرار الدول العربية تعاني من أزمة السكن، خاصة مع معدلات النمو المتزايدة وتطور الحياة الحضرية، إضافة إلى النزوح الريفي وتحسن دخل المواطن، ما جعل الطلب على العقارات في تزايد مستمر، الأمر الذي جعلها تبحث عن طرق وأساليب جديدة للتخفيف من حدة مشكل السكن، وذلك من خلال فتح مجال الاستثمار الوطني والأجنبي أمام الخواص المستثمرين في مجال السكن لمواجهة هذا العجز.

فتماشياً مع سلسلة الإصلاحات الاقتصادية المعلن عنها في النصف الثاني من الثمانينات أقر المشرع الجزائري بضرورة تنظيم النشاط العقاري لتخفيف العبء، فشرع بدايةً القانون رقم 86-07 المتعلق بالترقية العقارية والذي يعتبر فقرة نوعية، إلا أنه لم يستجب للمتطلبات ولم يحقق الأهداف المرجوة منه، بسبب

انخفاض الموارد المالية الإجمالية للجزائر، ونتيجة لذلك الإخفاق تدخل المشرع الجزائري مرة أخرى بإصداره المرسوم التشريعي رقم 93-03 المتعلق بالنشاط العقاري، فاستحدث من خلاله تقنية البيع على التصاميم، والتي تعد من المعاملات الحديثة في هذا الزمن، فهو من أهم تقنيات الترقية العقارية التي دعت إليها الحاجة، نتيجة لاستفحال أزمة السكن، ما جعل الأفراد يقبلون على المباني حتى قبل اكتمال إنجازها، بل حتى وهي على التصميم فقط، ومع هذا الإقبال المتزايد، وجد المشرع الجزائري نفسه مضطراً للاعتراف بهذه الظاهرة عن طريق تقنينها.

وقد انتشرت تقنية البيع على التصاميم انتشاراً واسعاً نتيجة الفوائد التي تحققها لكل من طرفي العقد - المشتري والبائع - على حد سواء، إلا أن ما يعاب على هذا المرسوم أنه لم يضع قواعد وشروط مفصلة لممارسة صيغة بيع العقار على التصاميم، كما لم يحدد التزامات وحقوق الأطراف مما أدى إلى مشاكل كبيرة أدت إلى توقف أشغال البناء، وأمام هذا الوضع وتداعياته ألغي بموجب القانون رقم 11-04 المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية من أجل ضبط مركز المرقى العقاري، وتكريس الضمانات والحماية اللازمة.

ولما كان مقتني السكن على التصاميم يعد طرفاً ضعيفاً في هذا العقد، كان لا بد من توفير الضمانات والحماية الشرعية والقانونية اللازمة لحقوقه في مواجهة المرقى العقاري، فهذا الأخير قد يتأخر في الإنجاز أو قد يطالب بالزيادة في الثمن أو قد يغش في مواد البناء... الأمر الذي يثير تساؤلات حول مصير المقتني - المكتتب - والسكن المزمع إنشائه، وحول مدى فعالية النصوص التشريعية في حماية مصلحة المشتري في هذا العقد، ومن هنا جاءت ضمانات حماية حقوق المشتري في بيع البناء على التصاميم موضوع أطروحتي.

1- الإشكالية:

وعليه يمكن طرح الإشكالية التالية:

ما هي الضمانات التي أقرها وكفلها كل من الفقه الإسلامي والتشريعات المقارنة عامة والقانون الجزائري خاصة في إطار عملية حماية المشتري في بيع البناء على التصاميم؟ وفيما تتمثل هذه الحماية؟ وإذا كان قد أقر بها المشرع الجزائري فهل وفق في ذلك؟ وهل ما أقره ناجع وفعال للحد من الأزمة السكنية والاعتداء على المشتريين؟ وعليه يمكن أن تتفرع عن هذه الإشكالية عدة تساؤلات:

1- ما هو التكييف الشرعي والقانوني لعقد بيع البناء على التصاميم؟

2- ما هو موقف الفقه الإسلامي من هذا العقد؟

- 3- هل حمى القانون الجزائري المشتري في بيع البناء على التصاميم بالقواعد العامة فقط؟ أم أن هناك ضمانات أخرى خاصة بهذا العقد؟ وإذا كان قد أقر هذه الضمانات فهل وفق في حماية المشتري؟ ومن جانب آخر هل كفل الفقه الإسلامي ضمانات لحماية المشتري فيما يقابل هذا العقد؟
- 4- فيما تتمثل العقوبات والجزاءات التي أقرها الفقه الإسلامي والقانون الجزائري لحمايته؟
- 5- هل القوانين الخاصة بالنشاط العقاري مساية للقضايا المستجدة في موضوع بيع البناء على التصاميم وحماية المشتري، وهل واكب المشرع الجزائري مختلف التشريعات المقارنة في فرض نظام فعال لحماية المشتري في هذا العقد.
- 6- هل هذه الضمانات كافية ومكرسة في الواقع لحماية المشتري في عقد بيع البناء على التصاميم أم أنها قاصرة تحتاج إلى تدخل المشرع الجزائري من أجل زيادة الحماية وسد الثغرات.
- وفي إطار موضوع هذه الأطروحة سأحاول أن أجيب عن كل هذه التساؤلات وأبين كل نقطة من النقاط بتفصيل وافٍ وشامل سائلاً الله تعالى التوفيق والسداد.

2- أهمية الموضوع:

تكمن أهمية هذا الموضوع في ارتباطه بالواقع الحالي، وما أصبح يشغله في مجال التعاملات المستقبلية، حيث نلتمس ذلك من خلال رغبة الناس الملحة في الحصول على سكن مع عدم قدرتهم على دفع تكاليفه الباهظة، وتسهيل طرق الدفع وتسويق هذا العقار.

كما تتجلى هذه الأهمية في كثرة التساؤلات التي يثيرها بيع البناء على التصاميم بالنسبة للمتعاملين-المشتريين- لبيان الحكم الشرعي لهذا العقد في الفقه الإسلامي، إذ هو من قبيل بيع الأشياء المستقبلية.

وتظهر هذه الأهمية جلياً في الضمانات والجزاءات الممنوحة للمشتري في بيع البناء على التصاميم، إذ تعد المحرك الأهم لإبرام هذا العقد، خاصة وأنه من قبيل العقود المستحدثة الذي له خصوصيته، إضافة إلى الجهل بالحماية التي أقرها القانون الجزائري لحماية المشتري من أي احتيال من قبل المرفقي العقاري.

كما تكمن أهميته في تعريف المشتري للبناء على التصاميم بكامل حقوقه، والضمانات التي منحها له المشرع الجزائري وفقاً للنصوص التشريعية والتنظيمية التي أصدرها على غرار التشريعات المقارنة الأخرى.

كما تتجسد الأهمية في دراسة هذا الموضوع بطريقة المقارنة بين الفقه الإسلامي والتشريعات المقارنة عامة والقانون الجزائري خاصة.

3- أسباب اختيار الموضوع:

تتمثل أسباب اختيار الموضوع فيما يلي:

- 1- اهتمامي الشديد بهذا الموضوع.
- 2- ارتباط الموضوع بالواقع الحالي، وذلك من خلال شيوع أزمة السكن واستفحال أمرها، وكثرتها في عصرنا الحاضر.
- 3- كون هذا العقد حديث التطبيق.
- 4- الرغبة في إثراء المكتبة بموضوع مستجد لا زال يثير كثيراً من الإشكالات خاصة في مجال الالتزامات والضمانات التي يمنحها المرقى العقاري في إطار بيع البناء على التصاميم، إذ جل الدراسات اتجهت للبحث في نشاطات الترقية العقارية أو دراسة هذا العقد عامة دون التفصيل في ضمانات حماية المشتري.
- 5- الرغبة في إيجاد حلول تساهم في بعث الثقة بين المرقى العقاري والمشتري، وتوفير الضمانات القانونية الكافية له، خاصة مع غلاء العقار وضعف القدرة الشرائية للمواطن وتزايد الأعباء عليه في الآونة الأخيرة.
- 6- الرغبة في تقصي وبيان مشروعية هذا العقد، والمحاذير التي يجب تجنبها، والحدود التي لا يجوز بحال تعديها، والضمانات الواجب تقديمها، والجزاءات الواجب فرضها على المخالف، من أجل صيانة هذا العقد وإبقائه في الإطار الشرعي لا يزيغ عنه.
- 7- الرغبة في دراسة تضارب الآراء فيما يخص إجازة هذا العقد.
- 8- الرغبة في تقصي ما خصصه المشرع الجزائري من تدابير وقائية في محاولته لحماية المشتري في بيع البناء على التصاميم، ومعرفة ما إذا وفق في سياسته أم لا.
- 9- الرغبة في توضيح التزامات المرقى العقاري، وتعريف المشتري بحقوقه، فمن لا يعرف حقه لا يمكنه أن يطالب به، وذلك حتى يكون له الدور في مراقبة حسن سير التجهيز، وعند الاقتضاء مطالبة المرقى العقاري بالتنفيذ العيني لالتزاماته.
- 10- كثرة المنازعات المعروضة أمام القضاء بشأن عقد بيع البناء على التصاميم بسبب عدم التزام المرقين العقاريين بالتزاماتهم اتجاه المشتريين، أو ارتكابهم للمخالفات والتجاوزات التي تشكل الجرائم المنصوص عليها بموجب القانون 11-04.
- 11- قلة الدراسات المقارنة في موضوع ضمانات حماية حقوق المشتري في بيع البناء على التصاميم.

4- أهداف البحث:

من خلال طرح الإشكالية تتجلى أهداف البحث فيما يأتي:

- 1- بيان عظمة الدين الإسلامي، وسماحته وعدالة تشريعاته وتعليماته من خلال عنايته بتحقيق النفع للأفراد من خلال تشريع كل عقد فيه مصلحة للعباد.
- 2- العمل على تحقيق دراسة مقارنة في هذا الموضوع في كل من الفقه الإسلامي والتشريعات المقارنة عامة والقانون الجزائري خاصة.
- 3- بيان التكييف الفقهي والقانوني لعقد بيع البناء على التصاميم.
- 4- إيجاد آليات قانونية تضمن حسن تطبيق أحكام القانون 11-04 والمراسيم التنظيمية؛ فالإشكال يكمن في صعوبة التطبيق لا في التنظيم نفسه.
- 5- بيان الفائدة العلمية والقانونية التي يتم تحقيقها في بحث هذا الموضوع، والمتمثلة في الضمانات التي كفلها القانون الجزائري لحماية المشتري في بيع البناء على التصاميم، وما يقابله في الفقه الإسلامي.
- 6- معرفة مختلف الضمانات التي أقرها المشرع الجزائري وباقي التشريعات المقارنة كالقانون الفرنسي والمصري والعراقي واللبناني لحماية المشتري في عقد بيع البناء على التصاميم في جميع مراحل العقد ابتداءً من المرحلة السابقة للتعاقد وصولاً إلى تسلم البناية وفق المواصفات المطلوبة.
- 7- تقييم نجاعة الضمانات الممنوحة للمشتري في عقد بيع البناء على التصاميم في توفير الحماية للمشتري، مع الكشف والوصول إلى مختلف النقائص والثغرات لمعالجتها من أجل تكوين نظام حمائي فعال.
- 8- توضيح وبيان المظاهر التي تشكل اعتداء على المشتري، وإبراز الحدود التي يعد تجاوزها إخلالاً بالحماية القانونية للمشتري، مع بيان سبل حمايته.
- 9- إبراز أحكام عقد بيع البناء على التصاميم بشقيها الجزائري والإجرائي.
- 10- إيضاح الأحكام والأدلة الشرعية المستند إليها في تحقيق الحماية للمشتري فيما يقابله في الفقه الإسلامي.

11-المساهمة في إيجاد دراسة أكاديمية متخصصة لموضوع ضمانات حماية حقوق المشتري في بيع البناء على التصاميم من جانب الفقه الإسلامي والقانون الجزائري على غرار التشريعات المقارنة الأخرى.

12-محاولة إبراز السياسة العقابية للمشرع الجزائري لضمان الحماية الفعالة للمشتري الخاصة ببيع البناء على التصاميم مع طرح بعض الحلول والاقتراحات التي تساهم في تنفيذ القوانين الخاصة ببيع البناء على التصاميم من جهة، وتجسيد حماية حقوق المشتري في هذا العقد من جهة أخرى.

13-إبراز مدى موافقة أو مخالفة الفقه الإسلامي للقانون الجزائري في ضمانات حماية حقوق المشتري في عقد بيع البناء على التصاميم، والبحث على مدى إمكانية الاستفادة من الأحكام المقررة في الفقه الإسلامي لتدعيم القانون في هذا الباب.

5-الدراسات السابقة:

من الدراسات التي اهتمت بالموضوع على حد علمي:

1-بن عبد القادر: زهرة، نطاق الضمان العشري للمشيدين-دراسة مقارنة بين التشريعين الجزائري والفرنسي، رسالة دكتوراه في قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة، الجزائر، 2008-2009م، وقد قسمت الباحثة الدراسة إلى فصلين؛ خصصت الأول لدراسة النطاق الموضوعي لأحكام الضمان العشري، أما الفصل الثاني فكان لدراسة النطاق الشخصي لأحكام الضمان العشري، وباعتبار أن الضمان العشري هو أحد أهم الضمانات الممنوحة للمشتري في عقد بيع البناء على التصاميم فقد استفدت من هذه الدراسة في هذا الضمان خاصة في ظل وجود الإشكالات المطروحة على الواقع العملي.

2-عياشي: شعبان، عقد بيع العقار بناء على التصاميم-دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والفرنسي، رسالة مقدمة لنيل دكتوراه دولة في القانون الخاص، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، 2012، وقد قسمها الباحث إلى بابين؛ تناول في الباب الأول الطبيعة القانونية لعقد بيع العقار على التصاميم وإبرامه، أما الباب الثاني فقد خصصه لدراسة آثار عقد بيع العقار على التصاميم، وقد استفدت من هذه الدراسة من خلال الأخذ بالمصادر والمراجع التي اعتمد عليها الباحث، إضافة إلى مقارنته بين القانون الجزائري والفرنسي، وقد ركز الباحث من خلال هذه الدراسة على بيان الخلافات الفقهية الموجودة في كثير من المسائل المتعلقة ببيع العقار على التصاميم.

3- موسى: نسيمة، ضمانات تنفيذ عقد الترقية العقارية-عقد بيع العقار في طور الإنجاز-، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه علوم-فرع القانون الخاص-، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، الجزائر، 2015، وقد قسمت الباحثة هذه الدراسة إلى باين؛ خصصت الأول لضمان إنجاز العقار وتمليكها، أما الثاني فلضمان سلامة العقار المنجز وإدارة الأملاك المشتركة، ورغم ما تناولته هذه الدراسة من ضمانات إلا أنها لم تفصل فيها من جهة، كما أنها لم تتطرق إلى الآليات التي تكفل تطبيق القوانين.

4- مسكر: سهام، إلتزامات المرقى العقاري المترتبة على بيع السكنات الترقية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه-قانون عقاري وزراعي-، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، 2016، وقد قسمت الباحثة هذه الدراسة إلى باين؛ تناولت في الأول الإلتزامات المهنية السابقة للتعاقد، أما الثاني فخصصته للإلتزامات التعاقدية ونطاق مسؤولية المرقى العقاري، وهذه الدراسة اهتمت بالإلتزامات المرقى العقاري عامة، فمنها ما تدخل تحت نطاق الضمانات الممنوحة لحماية المشتري في عقد بيع البناء على التصاميم، ومنها ما تخرج عن نطاق المشتري والضمانات المكفولة له قانوناً لحمايته لتدخل في الإلتزامات المرقى العقاري العامة في إطار ممارسته لنشاط الترقية العقارية.

5- فغورور: رابع، عقد بيع بناء على التصميم-دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري-، بحث مقدم لنيل شهادة الدكتوراه ل.م.د في الشريعة والقانون، كلية الشريعة والاقتصاد، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، 2018م، وقد قسم الباحث هذه الدراسة فصلين؛ تناول في الأول ماهية عقد البيع بناءً على التصميم، أما الثاني فتناول فيه آثار عقد البيع بناءً على التصميم، وتعتبر هذه الدراسة شاملة لعقد بيع بناءً على التصاميم؛ إذ تطرق الباحث للتعريف بهذا العقد أولاً ثم تأصيله بعد ذلك؛ ومن ثم ذكر الإلتزامات التي تقع على كل من طرفي العقد-المرقى العقاري والمشتري-، دون التفصيل أكثر في الضمانات الممنوحة للمشتري، وبيان الإشكالات الموجودة في تطبيقها، وهذا نظراً لطبيعة الموضوع.

6- تسيبة: أعمار، الآليات القانونية لحماية المشتري في عقد البيع على التصاميم، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق-تخصص القانون الخاص-، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أدرار، 2019م، وقد قُسمت الدراسة إلى باين؛ فأما الأول فتناول الآليات القانونية لحماية المشتري قبل تسلم البناء، وأما الثاني فخصص لدراسة الآليات القانونية لحماية المشتري بعد تسليم البناية، وقد تميزت هذه الدراسة بتطرقها للقوانين الحديثة، إلا أنها أغفلت الجانب العملي والتطبيقي لهذه القوانين والآليات المكرسة لتفعيلها، كما أن دراستها كانت في القانون الجزائري فقط.

فجل الدراسات السابقة تتناول الجانب القانوني فقط، مع إغفال الجانب الشرعي في بحث هذا الموضوع عدا دراسة فغور رابح، كما أنها تناولت وركزت على النظام القانوني لعقد بيع البناء على التصاميم، ولم تعطي للضمانات حقها فتناولتها بإيجاز مع أهميتها البالغة إلا بعض الدراسات المتخصصة؛ إذ هي التي تساهم في بعث الثقة وتنشيط حركة الاستثمار بين طرفي العقد-المركبي العقاري والمشتري-، كما أنها اعتمدت على القوانين القديمة والتي ألغيت بموجب قوانين جديدة، إضافة إلى التقسيم الذي اعتمده، وعلى هذا قسمت ضمانات الحماية إلى ضمانات تنفيذ عقد بيع البناء على التصاميم تهتم بموضوع الحق نفسه قبل وأثناء وبعد التنفيذ، و ضمانات الحماية المدنية والإدارية والجزائية والتي تتعلق بجزاء الإخلال في تنفيذ المركبي العقاري لالتزاماته، إذ بهذه المعالم تتضح صورة البحث وتفهم العقول ما يصبوا إليه، فكان هذا البحث مكماً لهذه النقائص.

ويظهر الجديد من خلال هذه الأطروحة أيضاً في الحديث عن حقوق المشتري في عقد بيع البناء على التصاميم في الفقه الإسلامي ومقارنتها بالقانون الجزائري من جهة، ومن جهة أخرى بمختلف التشريعات المقارنة، كالقانون الفرنسي والمصري والعراقي واللبناني وغيرها-للاستئناس بها كالقانون التونسي والمغربي-، فأما المشرع الفرنسي فباعثاره الأصل والمرجع الأول فهو أول من نص على الأحكام الخاصة بحقوق المشتري في هذا العقد، وأما المشرع المصري فقد كان سابقاً لهذه الأحكام مقارنة مع التشريعات العربية الأخرى، وفيما يخص المشرع العراقي واللبناني فقد تم التطرق إليهم بالمقارنة باعتبار أنهم لم ينصا على قواعد خاصة تنظم عقد بيع البناء على التصاميم؛ أي لا يوجد تشريع خاص-قانون أو مرسوم-ينظم هذا العقد، وعليه يرجع للقواعد العامة، بالإضافة إلى اللجوء إلى القوانين والمراسيم التي تنظم هذا العقد وشرحها بالتفصيل.

6- المنهج المتبع:

عملاً على تحقيق أهداف البحث والإحاطة بكامل جوانبه رأيت أن أتبع المناهج التالية:

- 1- المنهج الوصفي: من خلال إبراز مفهوم عقد بيع البناء على التصاميم، وخصائصه، وتميزه عن بقية العقود، إضافة إلى إبراز الصورة المقابلة له في الفقه الإسلامي.
- 2- المنهج الاستقرائي: وذلك من خلال استقراء مختلف الأحكام والنصوص القرآنية والأحاديث النبوية، وآراء العلماء، إضافة إلى استقراء مختلف النصوص القانونية الواردة حول ضمانات حماية حقوق المشتري في بيع البناء على التصاميم أو ما يقابله في الفقه الإسلامي.

3- المنهج التحليلي: من خلال تحليل الآيات القرآنية والأحاديث النبوية من جهة وتحليل مضمون نصوص المواد القانونية العامة منها والمتمثلة في القانون المدني، والخاصة منها والمتمثلة في المرسوم التشريعي رقم: 03-93، والقانون رقم 04-11، والرسوم التنفيذي رقم 13-431 التي نظمت عقد بيع البناء على التصاميم من جهة أخرى وغيرها من القوانين إضافة إلى قوانين التشريعات المقارنة الأخرى.

4- المنهج الاستدلالي: من خلال الاستشهاد على صحة المعلومات المعروضة في هذا البحث بنصوص القرآن والأحاديث النبوية، وكذا نصوص القانون.

5- المنهج المقارن: من خلال دراسة هذا الموضوع وتناول جوانبه الواردة في كل من الفقه الإسلامي والتشريعات المقارنة عامة والقانون الجزائري خاصة.

7- منهجية البحث:

ويتجلى ذلك في الخطوات التالية:

1-الرجوع إلى المصادر اللغوية المعتمدة في معرفة معاني الألفاظ التي ترد في البحث.

2-الرجوع إلى المصادر لجمع المادة العلمية، مع عدم إغفال المؤلفات الحديثة التي عنيت بمفردات هذا البحث أو بعضها.

3-قدمت جانب الفقه الإسلامي على التشريعات المقارنة ومنها القانون الجزائري.

4-دراسة ما جمعت من مادة علمية وفق مناهج البحث العلمي بموضوعية، من غير تحيز لرأي معين أو مذهب معين، وذلك من خلال تحليل الأدلة، والنصوص القانونية، واستنباط الأحكام منها.

5-أخذ كل قول أو رأي للعلماء من كتبهم المعتمدة.

6-توثيق الآيات القرآنية ببيان اسم السورة ورقم الآية، وذلك بالرجوع إلى مصحف المدينة.

7-تخريج الأحاديث النبوية من مصادرها الرئيسية في كتب السنة.

8-أخذ النصوص القانونية من خلال مصادرها الأصلية، وبخصوص ذلك ما يتعلق بالقانون رقم: 04-11 المؤرخ في 14 ربيع الأول 1432هـ الموافق 17 فبراير 2011 الذي يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية

العقارية، والمرسوم التنفيذي رقم 13-431 المؤرخ في 15 صفر 1435 الموافق 18 ديسمبر 2013 يحدد نموذجي عقد حفظ الحق وعقد البيع على التصاميم.

9- تحليل مختلف النصوص القانونية التي تم إقرارها في القوانين التشريعية والمراسيم التنظيمية الخاصة بضمانات حماية المشتري في بيع البناء على التصاميم.

10- المقارنة بين الفقه الإسلامي والتشريعات المقارنة كالتشريع الجزائري والفرنسي والمصري والعراقي واللبناني في كثير من الأحكام.

11- الحرص على الأمانة العلمية بنسبة الأقوال لأصحابها، مع كتابة معلومات النشر كاملة، أما ما لم يوجد فقط أشرت إليه بالرموز التالية: د.د.ن: دون دار نشر، د.م: دون مكان النشر، د.ت: دون تاريخ النشر، د.ط: دون طبعة، إضافة إلى الإشارة إلى الجريدة الرسمية ب: ج.ر، وقانون الإجراءات المدنية والإدارية ب: ق.إ.م.إ، والقانون المدني الجزائري ب: ق.م.ج.

12- أشرت عند تكرار المرجع في الصفحات الموالية أو ذكر بعد ذلك بمرجعين بعبارة "مرجع سابق"، وأما إذا تكررت نفس المرجع بعده مباشرة بعبارة "المرجع نفسه"، وإذا فصل مرجع آخر في نفس الصفحة ذكرت عبارة "المرجع السابق"، كما أشرت إلى اسم المؤلف وعنوان الكتاب عند ذكر أكثر من مؤلف لمؤلف واحد.

13- ترجمت لبعض الأعلام غير المشهورين، حيث استعنت في ذلك بكتب التراجم.

14- ارفاق الأطروحة بعدة ملاحق متمثلة في نموذج عقد بيع البناء على التصاميم، ومختلف الوثائق الواجب ارفاقها بالعقد.

15- اعتمدت على التشريع العراقي واللبناني باعتباره اعتمد على القواعد العامة، كما جاء مخالفا لكثير من القواعد الواردة في القانون الجزائري والفرنسي والمصري.

16- تحديد فهرس تفصيلية لمحتويات البحث والآيات والأحاديث والمراجع.

17- وضع ملخص بثلاث لغات العربية والأجنبية-اللغة الإنجليزية والفرنسية-.

8- صعوبات البحث:

لقد واجهتني في إطار إعداد هذا المشروع مجموعة من الصعوبات منها:

- 1- كثرة الدراسات العامة مع قلة الدراسات الجامعية المقارنة في هذا الموضوع.
- 2- صعوبة الإلمام بالموضوع من جميع جوانبه؛ فموضوع ضمانات حماية حقوق المشتري في بيع البناء على التصاميم موضوع متشعب كثيراً؛ بحيث يصعب على الباحث ضبطه.
- 3- ضيق الوقت: فالموضوع شاق يحتاج إلى وقت كثير لإفراده بدراسة مميزة.
- 4- صعوبة ضبط الخطة، وذلك باعتبار أن المادة العلمية في هذا الموضوع متوفرة بكثرة ومتشعبة كثيراً.
- 5- أن أغلب الدراسات التي تناولت هذا الموضوع استعانت بالقوانين والمراسيم القديمة المتمثلة في القانون رقم 86-07 المتعلق بالترقية العقارية، والمرسوم التشريعي 93-03 المتعلق بالنشاط العقاري، والتي لم تعد سارية المفعول، مع عدم إغفالها في بعض الأحيان لأن القوانين التي ألغيت بموجبها كالقانون رقم 11-04 الذي يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية قد ركز على الالتزامات والضمانات فقط.
- 6- صعوبة تكيف الموضوع من الناحية الشرعية، إذ يعتبر هذا الأخير من النوازل الفقهية المعاصرة، ولا يكاد يجد الباحث فيه إلا على فتاوى ومقالات وأبحاث موجزة الغرض منها تبيان حكم المسألة، بحيث لا تشفي غليله.

9- خطة البحث:

عملاً على تحقيق أهداف البحث، والإجابة على الإشكالية العامة والتساؤلات الفرعية التي يطرحها الموضوع، اعتمدت على الخطة التالية:

مقدمة.

فصل تمهيدي يتضمن دراسة حقيقة عقد بيع البناء على التصاميم؛ حيث تناولت فيه مفهوم عقد بيع البناء على التصاميم وتكييفه الفقهي والقانوني في المبحث الأول، أما المبحث الثاني فخصصته لدراسة تكوين عقد بيع البناء على التصاميم.

فصل أول أوردت فيه ضمانات حماية حقوق المشتري في مرحلة إبرام العقد وتنفيذه من خلال تقسيمه إلى مبحثين: تطرقت في المبحث الأول إلى الضمانات الممنوحة لحماية المشتري في مرحلة إبرام العقد، أما المبحث الثاني فخصصته لمرحلة تنفيذه، وهذا في كل من الفقه الإسلامي والقانون.

أما الفصل الثاني فخصصته لدراسة الضمانات الممنوحة لحماية المشتري بعد تسلم العقار المنجز من خلال تقسيمه كذلك إلى مبحثين: تناولت في الأول ضمانات تتعلق بحسن الإنجاز وسلامة العقار المنجز، أما المبحث الثاني فكان لدراسة مختلف الضمانات المتعلقة بالحماية المدنية والإدارية والجزائية للمشتري.

وختمت الدراسة بخاتمة تتضمن أهم النتائج والتوصيات.

تہذیب و تمدن

فصل تمهيدي: حقيقة عقد بيع البناء على التصاميم

تمهيد وتقسيم:

لما كان الإنسان في حاجة إلى مسكن يأويه، وكان في بعض الحالات لا يجد المبلغ الذي يقتني به هذا المسكن دفعة واحدة، كان لابد من إقرار تشريعات، وأحكام لحماية ومساعدته بتوفير له هذا المسكن، ف جاء التشريع الجزائري بعقد من العقود الذي يضمن احتياجات المواطن البسيط في توفير هذا السكن بموجب المرسوم التشريعي رقم 93-03⁽¹⁾ والمتعلق بالنشاط العقاري وهو عقد بيع البناء على التصاميم، الذي يعتبر من أهم الموضوعات الحديثة في مجال الترقية العقارية التي فرضها الواقع العملي، وإن كانت بوارده ظهرت من القانون 86-07⁽²⁾ الملغى بموجب المرسوم التشريعي رقم 93-03، ولكن سرعان ما ألغاه المشرع الجزائري بموجب القانون 11-04⁽³⁾ نظراً لعدم تلاءمه مع الظروف الاقتصادية والاجتماعية والسياسية التي كانت سائدة في تلك الفترة.

وعليه وفي إطار هذا البحث وقبل التطرق إلى محتواه لابد من توضيح وبيان مفهوم عقد بيع البناء على التصاميم وماذا نقصد به من جهة، ومن جهة أخرى تكييف هذا العقد باعتبار أن هذه الدراسة مقارنة من خلال التأصيل الفقهي له قصد بيان حكم هذا النوع من البيوع، كما لابد من توضيح ما جاء به كل من الفقه الإسلامي والقانون الجزائري في إطار تكوين هذا العقد، وعليه فقد قمت بتقسيم هذا الفصل إلى مبحثين؛ أتناول في المبحث الأول مفهوم عقد بيع البناء على التصاميم، إذ إن الناظر في موضوع ضمانات حماية حقوق المشتري في بيع البناء على التصاميم لا يمكنه فهم ما يصبو إليه الموضوع إلا من خلال معرفة المعالم الأولية له التي تسهل الصعب وتقرب البعيد، وتوصل الملامح الأولية له، ومن هنا كان لابد من وضع هذا المبحث ضمن المعالم الأولية، والذي يدرس في فحواه مطلبين؛ بحيث سأتناول في المطلب الأول تعريف عقد بيع البناء على التصاميم والمقصود منه، وفي المطلب الثاني التكييف الفقهي والقانوني لهذا العقد في كل

(1) المرسوم التشريعي رقم: 93-03 المؤرخ في 07 رمضان 1413 الموافق 01 مارس 1993 المتعلق بالنشاط العقاري.

(2) القانون رقم 86-07 المؤرخ في 23 جمادى الثانية 1406 هـ الموافق 4 مارس 1986 والمتعلق بالترقية العقارية. والذي تنص المادة 1/29 منه على: "يمكن لهيئة العمومية، التي يخولها قانونها الأساسي إنجاز عمليات الترقية العقارية، أن تقترح "البيع" بناءً على مخططات تمت الموافقة عليها، طبقاً لقواعد البناء التي تأمر بها المصالح المكلفة بالتعمير كما يمكن المكتب لإنجاز إحدى عمليات الترقية العقارية، الذي يستوفي قانوناً جميع الحقوق والالتزامات المتعلقة، أن يقترح "البيع" بناءً على تصاميم تمت الموافقة عليها، طبقاً لقواعد البناء التي تأمر المصالح المكلفة بالتعمير، والمستخلصة من دفتر الشروط".

(3) القانون رقم: 11-04 المؤرخ في 14 ربيع الأول 1432 هـ الموافق 17 فبراير سنة 2011، الذي يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية.

من الفقه الإسلامي والقانون باعتبارها دراسة مقارنة، أما المبحث الثاني فقد خصصته لدراسة تكوين هذا العقد من خلال دراسة أركانه والإجراءات المتبعة في بيعه، وذلك على النحو التالي:

□ المبحث الأول: مفهوم عقد بيع البناء على التصاميم وتكييفه الفقهي والقانوني.

- المطلب الأول: تعريف عقد بيع البناء على التصاميم.
- المطلب الثاني: التكييف الفقهي والقانوني لعقد بيع البناء على التصاميم.

□ المبحث الثاني: تكوين عقد بيع البناء على التصاميم.

- المطلب الأول: الأركان الموضوعية لعقد بيع البناء على التصاميم
- المطلب الثاني: الشكلية في عقد بيع البناء على التصاميم

المبحث الأول: مفهوم عقد بيع البناء على التصاميم وتكييفه الفقهي والقانوني

يعتبر عقد بيع البناء على التصاميم من المواضيع الحديثة الهامة باعتبار الخصوصية التي ينفرد بها عن غيره من العقود والتي تجعله في كثير من أحكامه يخرج عن نطاق القواعد العامة لعقد البيع، وعليه فقبل التطرق لدراسة ضمانات المشتري في هذا العقد لابد من تعريف هذا العقد أولاً، ثم الوقوف بعد ذلك على خصائصه، إضافة إلى تمييزه عن غيره من العقود المشابهة له في القانون، وذلك للوصول إلى التصور التام لهذا العقد ليتسنى لنا بعد ذلك تكييفه فقهيًا، فالحكم على الشيء فرع عن تصوره كما ذكر ذلك فقهاء الشريعة الإسلامية، وعلى هذا فقد قسمت هذا المبحث إلى مطلبين؛ خصصت المطلب الأول لتعريف عقد بيع البناء على التصاميم، والمطلب الثاني لدراسة التكييف الفقهي والقانوني لهذا العقد، وذلك على النحو التالي:

المطلب الأول: التعريف بعقد بيع البناء على التصاميم

إن تحديد مفهوم عقد بيع البناء على التصاميم يعد مسألة ضرورية لدراسة الضمانات القانونية للمشتري، ولدراسة هذا العقد سنتطرق أولاً لتعريفه، ثم البحث بعد ذلك في خصائصه من جهة، ومن جهة أخرى تمييزه عن باقي العقود القانونية المشابهة له.

الفرع الأول: تعريف عقد بيع البناء على التصاميم

يعتبر عقد بيع البناء على التصاميم مركباً إضافياً؛ فهذا المصطلح يتركب من ثلاث مفردات، وعلى هذا لابد من تعريف هذا العقد باعتبار مفرداته قبل التطرق إلى تعريفه باعتباره مركباً إضافياً.

البند الأول: باعتباره ألفاظه ومفرداته

يتركب عقد بيع البناء على التصاميم من ثلاث مفردات: العقد، البيع، التصاميم، وعلى هذا سنعرف هذا العقد باعتبار مفرداته انطلاقاً من تعريف هذه المفردات الثلاثة.

أولاً: تعريف العقد

سنقف على تعريف العقد من الجانب اللغوي أولاً، ثم الجانب الاصطلاحي ثانياً في كل من الفقه الإسلامي والقانون.

1- تعريف العقد لغة: نقيض الحل، عقد وتعاقداً وعقدت الحبل وَعَقَدْتُ الحَبْلَ أَعَقَدُهُ عَقْدًا⁽¹⁾، والبيع والعهد فانعقد. والعقد: العهد، ويقال عهدت إلى فلان في كذا وكذا، وتأويله ألزمته ذلك⁽²⁾، ومنه قوله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾⁽³⁾، وله عدة معاني منها الربط والشد والإحكام والملازمة والإبرام والإلزام⁽⁴⁾.

2- تعريف العقد في الاصطلاح: سأتناول تعريف العقد في الاصطلاح الفقهي ثم القانوني.

أ- تعريف العقد في الفقه الإسلامي: يطلق العقد في الفقه الإسلامي على معنيين الأول عام والثاني خاص:

فأما المعنى العام هو ما يلتزمه الإنسان على نفسه⁽⁵⁾ أو هو كل ما عزم المرء على فعله سواء صدر بإرادة منفردة كالوقف والإبراء والطلاق واليمين، أم احتاج إلى إرادتين في إنشائه كالبيع والإيجار والتوكيل والرهن، فهذا المعنى يتناول الالتزام مطلقاً سواء من شخص واحد أو من شخصين، فالعقد بالمعنى العام ينظم جميع الالتزامات الشرعية، وهو بهذا المعنى يرادف كلمة الالتزام⁽⁶⁾.

وأما المعنى الخاص فهو: "ارتباط إيجاب بقبول على وجه مشروع يثبت أثره في محله" أو هو: "تعلق كلام أحد العاقدين بالآخر شرعاً على وجه يظهر أثره في المحل"⁽⁷⁾، وكما ورد في مجلة الأحكام العدلية في المادة 103 هو: "التزام المتعاقدين وتعهدهما أمراً وهو عبارة عن ارتباط الإيجاب بالقبول"⁽⁸⁾.

(1) القزويني: أحمد بن فارس بن زكرياء، معجم مقاييس اللغة، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، دمشق سوريا، 1979، ج4، ص86.

(2) ابن منظور: أبو الفضل جمال الدين، لسان العرب، دار صادر، بيروت لبنان، ط3، 1414هـ، ج3، ص296.

(3) سورة المائدة، الآية 01.

(4) انظر: الجوهري الفارابي: أبو نصر إسماعيل بن حماد، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار، دار العلم للملايين، بيروت لبنان، ط4، 1987، ج2، ص510.

(5) الزبيدي: محمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسيني، تاج العروس من جواهر القاموس، دار الهداية، الإسكندرية مصر، د.ت، ج8، ص394.

(6) الفيومي: محمد بن علي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، المكتبة العلمية، بيروت لبنان، د.ت، ج2، ص408.

(7) القرطبي: أبو عبد الله شمس الدين، الجامع لأحكام القرآن، تحقيق: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، دار الكتب المصرية، القاهرة مصر، ط2، 1964، ج6، ص33.

(8) الزحيلي: وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق سوريا، ط4، د.ت، ج4، ص2918.

(7) الزحيلي: وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع نفسه، ج4، ص2919.

(8) لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية، مجلة الأحكام العدلية، تحقيق: نجيب هواوي، نور محمد، الناشر: كارخانه تجارت كتب، آرام باغ، كراتشي، د.ت، ص29.

ب- تعريف العقد في القانون: عرفه السنهوري بقوله: "توافق إرادتين على إنشاء حق أو نقله أو على إنجائه"⁽¹⁾، أو هو اتجاه إرادتا المتعاقدين إلى إنشاء أثر قانوني لاتفاقهما؛ أي إلى التزام قانوني يلتزم المدين بتنفيذه⁽²⁾، أما المشرع الجزائري فقد عرفه في المادة 54 من القانون المدني والتي تقضي: "العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما"⁽³⁾.

فالعقد في القانون المدني هو توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني معين سواء بإنشاء الالتزام أو نقله أو إنجائه.

ثانياً: تعريف البيع

سنقوم بتعريف البيع من الناحية اللغوية أولاً، ثم في الاصطلاح ثانياً، وذلك في كل من الفقه الإسلامي والقانون على النحو التالي:

1- تعريف البيع لغة: وهو مبادلة شيء بشيء⁽⁴⁾، يقال باعه يبيعه بيعاً ومبيعاً وهو شاذ والقياس مباعاً إذا باعه وإذا اشتراه⁽⁵⁾، وبأبعه مبيعة: عقد معه البيع، والبيع: بفتح الباء وضم الياء: الماهر بالبيع⁽⁶⁾.

2- تعريف البيع في الاصطلاح: يشمل تعريف البيع في الاصطلاح تعريفه فقهيّاً ثم قانونياً.

أ- تعريف البيع في الفقه الإسلامي: عرفه الحنفية بأنه: "مبادلة المال بالمال بالتراضي بطريق الاكتساب"⁽⁷⁾، وعرفه المالكية بأنه: "عقد معاوضة على غير منافع ولا متعة لذّة، ذو مكايسة أحد عوضه غير ذهب ولا

(1) السنهوري: عبد الرزاق، نظرية العقد، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، ط2، 1998، ج1، ص80.

(2) علي سليمان: علي، النظرية العامة للالتزام- مصادر الالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون الجزائر، ط2، 1988، ص11.

(3) الأمر رقم: 58/75 المؤرخ في: 26 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم بموجب القانون 05/07 المؤرخ في: 25 ربيع الثاني 1428 هـ الموافق 13 مايو 2007 المتضمن القانون المدني (ج.ر العدد 31).

(4) ابن منظور: أبو الفضل جمال الدين، مرجع سابق، ج8، ص23.

(5) الزبيدي: محمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسيني، مرجع سابق، ج20، ص365.

(6) إبراهيم مصطفى وآخرون، المعجم الوسيط، دار الدعوة، القاهرة مصر، د.ط، د.ت، ج1، ص79.

(7) انظر: ابن نجيم: سراج الدين عمر بن إبراهيم، النهر الفائق شرح كنز الدقائق، تحقيق: أحمد عزو عناية، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ط1، 2002، ج3، ص334. / البابرتي: محمد بن محمد بن محمود، العناية شرح الهداية، دار الفكر، بيروت لبنان، ط2، 1992، ج4، ص501.

فضة معين غير العين فيه"⁽¹⁾ أو هو: " ما يدل على الرضا من البائع ويسمى الإيجاب، وما يدل على الرضا من المشتري ويسمى القبول"⁽²⁾، وعرفه الشافعية بأنه: " عقد يتضمن مقابلة مال بمال بشرطه الآتي لاستفادة ملك عين أو منفعة مؤبدة"⁽³⁾ أو هو: " تملك بعوض على وجه مخصوص"⁽⁴⁾، أما الحنابلة فعرفوه بأنه: " مبادلة مال ولو في الذمة، أو منفعة مباحة كتمر الدار بمثل أحدهما على التأييد غير ربا وقرض"⁽⁵⁾.

فالبيع عبارة عن مبادلة مال بمال ويطلق على الإيجاب والقبول أيضا لدلالتهما على المبادلة⁽⁶⁾، وعلى هذا فجميع التعاريف متفقة على أن البيع هو مبادلة شيء بشيء على وجه التمليك.

ب- تعريف البيع في القانون: عُرِفَ عقد البيع من قبل فقهاء القانون بعدة تعريفات أهمها:

عرفه السنهوري بقوله: " عقد ملزم للجانبين؛ إذ هو يلزم البائع بأن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقاً مالياً آخر، ويلزم المشتري بأن يدفع للبائع مقابلاً لذلك ثمناً نقدياً"⁽⁷⁾، وعرف أيضاً: " هو الالتزام بنقل ملكية المبيع بالنسبة للبائع والالتزام بأداء الثمن بالنسبة للمشتري."⁽⁸⁾

(1) انظر: الدسوقي: محمد بن أحمد بن عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الفكر، بيروت لبنان، د.ت، ج3، ص2. / الخرشني: محمد بن عبد الله، شرح مختصر خليل، دار الفكر للطباعة، بيروت لبنان، د.ت ج5، ص4.

(2) الخطاب: شمس الدين أبو عبد الله محمد، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، دار الفكر، دمشق سوريا، 1992، ج4، ص228.

(3) انظر: الرملي: شمس الدين محمد بن أبي العباس، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، دار الفكر، بيروت لبنان، ط. الأخيرة، 1984، ج3، ص372. / الغمراوي: محمد الزهري، السراج الوهاج على متن المنهاج، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت لبنان، د.ط، د.ت، ج1، ص172. / البكري: أبو بكر عثمان بن محمد شطا الدمياطي، إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، 1997، ج3، ص5. / البغوي: أبو محمد الحسين بن مسعود بن الفراء، التهذيب في فقه الإمام الشافعي، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود، علي محمد معوض، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ط1، 1997، ج3، ص282.

(4) القليوبي: أحمد سلامة وعميرة: أحمد البرسلي، حاشيتا قليوبي وعميرة، دار الفكر، بيروت لبنان، 1995، ج2، ص191.

(5) انظر: البهوتي: منصور بن يونس بن صلاح الدين، كشاف القناع عن متن الإقناع، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، د.ت، ج3، ص146. / اللبدي: عبد الغني بن ياسين بن أحمد، حاشية اللبدي على نيل المآرب، تحقيق وتعليق: الدكتور محمد سليمان الأشقر، دار البشائر الإسلامية للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت لبنان، 1999، ج1، ص168.

(6) لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية، مجلة الأحكام العدلية، مرجع سابق، ص33.

(7) السنهوري: عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني (البيع والمقايضة)، دار إحياء التراث العربي، القاهرة مصر، د.ت، ج4، ص21.

(8) انظر: حسنين: محمد، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون الجزائر، 2005، ص2. / كركي: مروان، العقود المسماة، د.د.ن، القاهرة مصر، ط2، 1993، ص21. / الشرفاوي: جميل، شرح العقود المدنية (البيع والمقايضة)، دار النهضة العربية، القاهرة مصر، د.ت، ص17. / غاتم: إسماعيل، مذكرات في العقود المسماة (عقد البيع)، دار النهضة العربية، القاهرة مصر، 1958، ص9.

وعرفه المشرع الجزائري في المادة 351 من القانون المدني بقوله: "البيع عقد يلتزم بمقتضاه البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقاً مالياً آخر في مقابل ثمن نقدي." (1)

فالمستقر لتعاريف فقهاء القانون والتشريعات المدنية لمختلف الدول على غرار الجزائر يجد أنها ركزت في تعريف عقد البيع على ذكر التزامات وآثار هذا العقد.

ثالثاً: تعريف التصاميم

ولتعريف التصاميم وبيان المقصود منها، لا بد من تعريفها لغوياً أولاً، ثم التطرق إلى التعريف الاصطلاحي بعد ذلك.

1- تعريف التصاميم في اللغة: من التصميم، (صَمَّمَ) فِي السَّيْرِ وَغَيْرِهِ أَي مَضَى (2)، وصَمَّمَ على، صَمَّمَ في، يَصَمِّمُ، تصميماً، فهو مُصَمِّمٌ، والمفعول مُصَمَّمٌ، صَمَّمَ المهندس البناء: رسمه وخطَّط له. (3)

2- تعريف التصميم في الاصطلاح: هو الرسم والمواصفات التي يجري العمل على مقتضاها (4)، وسمي هذا البيع بعقد البيع بناء على التصاميم (5) أو عقد البيع على التصاميم (6) لأن المشتري يعاين محل العقد في مخطط، حيث يحدد هذا الأخير كل مواصفات المبيع قبل وجوده على أرض الواقع (7)، لذا فالبيع يتم بناء على مجموعة من التصاميم المحددة لهذا اصطلاح على تسمية العقد "بالبيع على التصاميم" بالجمع، فالمصطلح محدد ودقيق، وقد عُلق على تسمية هذا العقد بـ: "البيع على التصاميم" بأنها عبارة عامة فقد تفهم على أنها تشمل المنقول

(1) الأمر رقم: 58/75 المؤرخ في: 26 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم بموجب القانون 05/07 المؤرخ في: 25 ربيع الثاني 1428 هـ الموافق 13 مايو 2007 المتضمن القانون المدني (ج.ر العدد 31).

(2) انظر: الرازي: زين الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر، مختار الصحاح، تحقيق: يوسف الشيخ محمد، المكتبة العصرية، بيروت لبنان، ط5، 1999، ج1، ص179. / إبراهيم مصطفى وآخرون، مرجع سابق، ج1، ص524.

(3) عمر: أحمد مختار عبد الحميد، معجم اللغة العربية المعاصرة، عالم الكتاب، بيروت لبنان، ط1، 2008، ج2، ص1320.

(4) مجمع اللغة العربية، معجم القانون، الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية، القاهرة مصر، 1999، ص72.

(5) جاءت هذه التسمية طبقاً للمرسوم التشريعي 93-03 المتعلق بالنشاط العقاري.

(6) جاءت هذه التسمية طبقاً للقانون رقم: 11-04 المؤرخ في 14 ربيع الأول 1432 هـ الموافق 17 فبراير سنة 2011، الذي يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية.

(7) إضافة إلى مخطط العقار محل عقد البيع على التصاميم، لا بد على البائع من إعداد مخططات شبكات المرافق، كذلك يتم إعداد جداول زمنية معدة بالتنسيق مع الجهات الحكومية لتقدير الصيانة الدورية الخاصة بهذه الشبكات والتي لا بد عليه من تقديمها مع مخطط عقد البيع على التصاميم. بوجنان نسيم، عقد البيع بناء على التصاميم في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2009، ص12.

والعقار على السواء كبيع السفينة مثلاً قبل البدء في بنائها أو آلة ميكانيكية كبيرة، لذلك فالتسمية الأصح هي: "بيع العقار على التصاميم".⁽¹⁾

وتجدر الإشارة إلى أن الشخص المكلف بوضع هذه الرسوم والتصاميم لإقامة العقار هو المهندس المعماري⁽²⁾، وأوجب القانون اللجوء إليه من أجل تصميم ورسم الأبنية والتخطيط لها في المشاريع الخاضعة لرخصة البناء وهذا طبقاً لنص المادة⁽³⁾ 55 من القانون 90-29⁽⁴⁾ المتعلق بالتهيئة والتعمير، وعلى هذا فالمهندس المعماري هو الشخص المختص المخول في هندسة البناء في بيع البناء على التصاميم، والقادر على إعداد الرسومات والتصميمات الهندسية والإشراف على تنفيذها.⁽⁵⁾

البند الثاني: باعتباره لفظاً مركباً - المركب الإضافي -

بعد عرض تعريف هذا العقد باعتبار مفرداته، نأتي على تعريفه باعتباره مركباً إضافياً، بالتطرق إلى تعريفه في الفقه الإسلامي أولاً، ثم نشرع بعد ذلك في تعريفه قانوناً.

أولاً: تعريف عقد بيع البناء على التصاميم في الفقه الإسلامي:

نظراً لأن هذا العقد مستحدث في مختلف التشريعات القانونية، لذا لا يوجد له تعريف مطابق في الفقه الإسلامي، ولكن بالرجوع إلى كتب الفقهاء والباحثين والمفتين المعاصرين نجد أنهم قد عبروا عنه في حديثهم، وإن لم يكن بهذه التسمية بقولهم: "بيع الدور والمنازل والبيوت السكنية على الخريطة، تمليك الشقق والطبقات، شراء شقة على المخططات قبل البناء، بيع البيوت على المصورات وغيرها."⁽⁶⁾

(1) عياشي: شعبان، عقد بيع العقار بناء على التصاميم، أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في القانون، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، 2012م، ص 18.

(2) المهندس المعماري حسب التعبير الفرنسي (Architecte) هي كلمة مشتقة من الكلمة الإغريقية (Arkhiton)، وهي تتكون من مقطعين؛ الأول: (Arkhi) وتعني الهيمنة والرفعة بمعنى السيد، والثاني (tekton) وتعني العمال؛ أي بمعنى رئيس أو سيد العمال. انظر: حسين ياسين: عبد الرزاق، المسؤولية الخاصة بالمهندس المعماري ومقاول البناء، جامعة أسبوط، ط 1، 1987، ص 412.

(3) المادة 55: "يجب أن يتم إعداد مشاريع البناء الخاضعة لرخصة البناء من طرف مهندس معماري، ومهندس في الهندسة المدنية معتمدين معاً...".

(4) القانون رقم 90-29 المؤرخ في 14 جمادى الأولى عام 1411 هـ الموافق 1 ديسمبر 1990م، المعدل والمتمم بالقانون رقم 04-05 المؤرخ في 27 جمادى الثانية 1425 هـ الموافق ل: 14 أوت 2004م المتعلق بالتهيئة والتعمير.

(5) انظر: فغور: رباح، عقد بيع بناء على التصميم - دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري -، بحث مقدم لنيل شهادة الدكتوراه ل.م.د في الشريعة والقانون، كلية الشريعة والاقتصاد، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، 2018، ص 08-09.

(6) انظر: البوطي: محمد توفيق رمضان، البيوع الشائعة وأثر ضوابط المبيع على شرعيتها، دار الفكر، بيروت لبنان، ط 3، 2005، ص 182-183. / الزحيلي: وهبة، عقد الاستصناع، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، منظمة المؤتمر الإسلامي، جدة المملكة العربية السعودية، العدد 07،

وعلى هذا لا يمكن التطرق هنا إلى تعريف عقد بيع البناء على التصاميم في الفقه الإسلامي إلا بعد التطرق إلى التكييف الفقهي لهذا العقد.⁽¹⁾

ثانياً: تعريف عقد بيع البناء على التصاميم في القانون:

لدراسة تعريف عقد بيع البناء على التصاميم في القانون لابد من التطرق أولاً إلى تعريفه في مختلف التشريعات القانونية، ثم تعريفه في الفقه القانوني، وذلك للوصول إلى التصور الحقيقي لهذا العقد حتى يصح تكييفه الفقهي فيما بعد.

1- تعريف عقد بيع البناء على التصاميم في التشريعات القانونية: أول من أقر بتقنية بيع العقار على التصاميم هو المشرع الفرنسي⁽²⁾، وقد اعتبره عقد من العقود المسماة بموجب القانون رقم 67-03⁽³⁾، وعرفه في المادة 1601 ف1 من القانون المدني التي تقضي: " هو العقد الذي يلتزم بموجبه البائع ببناء أو إقامة عقار

7-12 ذو القعدة 1412هـ الموافق 9-14 ماي 1992م، ج7، ص810. الزحيلي: وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج9، ص569. / الزحيلي: وهبة، المعاملات المالية المعاصرة-بحوث فتاوى وحلول-، دار الفكر، دمشق سوريا، ط7، 2007، ص308. الكبي: سعد الدين محمد، المعاملات المالية المعاصرة في ضوء الإسلام، المكتب الإسلامي، بيروت لبنان، ط1، 2002، ص328. العميرة: أحمد بن عبد العزيز، نوازل العقار، دار الميمان، الرياض المملكة العربية السعودية، 2011، ص177. ابن عفانة: حسام الدين، يسألونك عن المعاملات المالية المعاصرة، المكتبة العلمية ودار الطيب للطباعة والنشر، القدس فلسطين، ط1، 2009، ص300.

الفرفور: محمد عبد اللطيف صالح، أثر الاستصناع في تنشيط الحركة الاقتصادية، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 7، جدة المملكة العربية السعودية، من 7-12 ذو القعدة 1412هـ الموافق 9-14 ماي 1992م، ج7، ص945. (1) انظر: ص 37-47 من هذه الأطروحة.

(2) انتبه المشرع الفرنسي إلى خطورة وأهمية هذا العقد كونه الوسيلة الوحيدة التي تتيح للفرد الحصول على مسكن بالتقسيط وفقاً لمدخله الشهري، وبمواصفات يتفق عليها المتعاقدان. علاء حسين: علي، عقد بيع المباني تحت الإنشاء-دراسة قانونية مقارنة-، منشورات زين الحقوقية، بيروت لبنان، ط1، 2011، ص18.

(3) القانون رقم: 67-03 المؤرخ في 03 جانفي 1967 المتعلق ببيع العقارات المقرر بناؤها والالتزام بضمان عيوب البناء المعدل بالقانون رقم: 76-547 المؤرخ في 07 جويلية 1967 وبالقانون 78-12 المؤرخ في 04 جانفي 1978 المتعلق ببيع العقارات المقرر بناؤها أو تحت الإنجاز. وقد عدل هذا القانون مرات عدة أولها من خلال القرار رقم 1166 في 22 ديسمبر 1967، ثم بقانون 4 يناير 1978، والقانون 596 في 13 يوليو 1979، وجرى عليه تعديلات أخرى بالقانون رقم 301 في 22 أبريل 1980، والقانون رقم 601 في 13 يوليو 1984، وقانون 5 يوليو 1985، وأخيراً بالقانون رقم 828 في 29 يوليو 1985، وقد أصبحت بعض مواد وتعديلات قانون 3 جانفي 1967 مواد في القانون المدني وقانون البناء والسكن الفرنسيين. المعموري: يوسف، حماية المشتري في عقد بيع عقار تحت الإنشاء، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، ط1، 2016، ص17.

خلال مدة يحددها العقد⁽¹⁾، والذي يفهم من هذا التعريف أنه تضمن عنصرين أساسيين لهذا العقد لا يوجد عقد بيع بناء على التصاميم بدونهما أو بدون أحدهما، وهما التزام البائع بالبناء، والمدة التي يقام خلالها البناء.⁽²⁾ كما عرفه المشرع المغربي في الفصل 1-618 من القانون رقم: 12-107 المتضمن تغيير وتتميم القانون رقم: 00-44 المتعلق ببيع العقار في طور الإنجاز، والتي تقضي: "يعتبر بيعاً لعقار في طور الإنجاز كل اتفاق يلتزم بمقتضاه البائع بإنجاز عقار داخل أجل محدد، ونقل ملكيته إلى المشتري مقابل ثمن يؤديه هذا الأخير تبعاً لتقدم الأشغال".⁽³⁾

أما التشريع الإماراتي فقد عرف عقد بيع العقار بناء على التصاميم، والذي سماه ببيع العقار على الخارطة⁽⁴⁾، وذلك في المادة الثانية من القانون رقم 9 لسنة 2009 المعدل للقانون رقم 13 لسنة 2008 الخاص بتنظيم التسجيل العقاري المبدئي في إمارة دبي بأنه: "بيع الوحدات العقارية المفروزة على الخارطة أو التي لم يكتمل إنشاؤها".⁽⁵⁾

أما بالنسبة إلى المشرع الجزائري فَعَرَفَ هذا العقد من خلال القانون 86-07⁽⁶⁾ في المادة 29⁽⁷⁾ إلا أنه لم يحدد بدقة خصائص وشروط، والتزامات أطراف العقد، والضمانات الممنوحة للمستفيدين، وعلى هذا قام المشرع الجزائري بإلغائه بموجب المرسوم التشريعي رقم: 93-03 المتعلق بالنشاط العقاري، والذي لم ينص من خلاله على تعريف هذا العقد؛ بل اكتفى بذكر العناصر والأركان الأساسية لتكوينه، وأطراف العقد ومحله،

(1) Olivier Touma fond, vente d'immeuble à construire, Dalloz action, paris, 2001, (1) p1526.

L'article : 1601-01 du droit civil français prévoit que : « la vente d'immeuble à construire est celle par laquelle le vendeur s'oblige à édifier un immeuble dans un délai déterminé par le contrat.»

Jean-Bernard Auby Hugues-marquet, droit de l'urbanisme et de la construction, 7 (2) éditions, Montchrestien, 2004, p886.

(3) انظر: الجريدة الرسمية للمملكة المغربية، العدد 6440 الصادرة في 09 جمادى الأولى 1437 هـ الموافق ل: 18 فيفري 2016م.

(4) رغم أن بعض الفقه العربي يرى أن مصطلح الخريطة هو الأدق من الناحية اللغوية، انظر: الفيومي: أحمد بن محمد بن علي المقري، مرجع سابق، ج1، ص 167.

(5) القانون رقم 09 لسنة 2009 المتعلق بالتسجيل العقاري في إمارة دبي.

(6) القانون رقم: 86-07 المؤرخ في 04 مارس 1986 المتعلق بالترقية العقارية.

(7) المادة 29: "يمكن الهيئة العمومية التي يخولها قانونها الأساسي إنجاز عمليات الترقية العقارية أن تقترح البيع بناء على مخططات تمت الموافقة عليها طبقاً لقواعد البناء التي تأمر بها المصالح المكلفة بالتعمير. كما يمكن المكتب لإنجاز إحدى عمليات الترقية العقارية الذي يستوفي قانوناً جميع الحقوق والالتزامات المتعلقة بها أن يقترح البيع بناء على تصاميم تمت الموافقة عليها..."

والضمانات التقنية والمالية اللازمة لتسليم البناية في الآجال ووفقاً للمعايير المتفق عليها، من خلال نص المادة 09 منه⁽¹⁾، وهذا ما لم يشير إليه القانون الحالي المنظم لنشاط الترقية العقارية الذي اكتفى بتعريف هذا العقد دون الإشارة إلى وجوب الضمان والحماية من طرف المرقى العقاري؛ إذ تقضي المادة 28 من القانون 11-04: "عقد البيع على التصاميم لبنانية أو جزء من بناية"⁽²⁾ مقرر بناؤها أو في طور البناء هو العقد الذي يتضمن ويكرس تحويل حقوق الأرض وملكية البنايات من طرف المرقى العقاري لفائدة المكتب موازاة مع تقدم الأشغال، وفي المقابل يلتزم المكتب بتسديد السعر كلما تقدم الإنجاز.⁽³⁾

والملاحظ على التعريف أنه لم يعرف عقد البيع على التصاميم تعريفاً دقيقاً يحدد طبيعة هذا العقد وخصوصيته التي تميزه عن عقد بيع العقار المنظم بأحكام القانون المدني، فتعريف المادة 28 حدد محل عقد البيع على تصاميم، وركز على بيان التزامات وحقوق طرفي العقد⁽⁴⁾، فقد كان على المشرع بيان ميزة عقد البيع على التصاميم، والتي تجعلنا نبين أوجه الاختلاف بينه وبين عقد البيع الوارد على العقار الذي اكتمل إنجازها، كما أغفل المشرع التزام المرقى العقاري بإقامة البناء المتفق عليه في الآجال المحددة، وإن كان قد نص عليها بعد ذلك في المواد من 42 إلى 49 من القانون 11-04، وهو الأمر الذي حاول الفقهاء القيام به وهذا ما سنتناوله في العنصر الموالي.

2- تعريف عقد بيع البناء على التصاميم في الفقه القانوني: لقد قام فقهاء القانون بعدة محاولات في سبيل تعريف هذا العقد، ومن بين هذه التعريفات: "هو ذلك العقد الذي يلتزم بموجبه المرقى العقاري ببيع بناية قبل تشييدها مع ضرورة نقل ملكيتها وقت إبرام العقد أي قبل الإنجاز، وفي المقابل يلتزم المشتري بدفع الثمن على

(1) المادة 09 من المرسوم التشريعي 93-03: "يمكن للمتعاقل في الترقية العقارية أن يبيع لأحد المشتريين بناية أو جزء من بناية قبل إتمام الإنجاز، شريطة تقديم ضمانات تقنية ومالية كافية، كما تنص على ذلك المواد 10، 11، 17، 18، وفي هذه الحالة تستكمل صيغة المعاملة التجارية بعقد بيع بناء على التصاميم، وتكون خاضعة لأحكام المنصوص عليها في هذا الفصل." المرسوم التشريعي رقم: 93-03 المؤرخ في 07 رمضان 1413 الموافق 01 مارس 1993 المتعلق بالنشاط العقاري.

(2) يمكن للبائع أن يتفق مع المشتري بتشديد جزء من البناء إلى حد معين طبقاً للتصميم المتفق عليه على أن يتم هذا الأخير عملية التشييد، ويتكفل باللمسات النهائية مثل الدهان، الديكور والزخرفة، أو يتفق معه على تشييد الطابق الأول طبقاً للتصميم المبرمج على أن يكمل المشتري عملية إنجاز الطابق الثاني لوحده، فيمكننا اعتبار هذا الإنجاز جزء من بناية. مسكر: سهام، التزامات المرقى العقاري المترتبة على بيع السكنات الترقية، أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في القانون العقاري والزراعي، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، 2016، ص337.

(3) القانون رقم: 11-04 مؤرخ في 14 ربيع الأول عام 1432 الموافق 17 فبراير سنة 2011، المحدد لقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية.

(4) عواطف: زارة، التزامات المرقى العقاري في عقد البيع بناء على التصاميم وفقاً للقانون 11-04، مجلة الحقوق والحريات، عدد تجريبي، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2013، ص87.

أقساط"⁽¹⁾ أو هو: "عقد يلتزم بموجبه البائع الذي يدعى المرقى العقاري بإنجاز بناية أو جزء من بناية للمشتري، مقابل ثمن تقديري يدفعه هذا الأخير بنسب محددة وفي آجال محددة أيضاً"⁽²⁾ أو هو: "حق عيني يتم بموجب عقد توثيقي يسجل ويشهر لدى المحافظة العقارية، ويصبح قابلاً للتصرف فيه عن طريق البيع والرهن بمجرد إشهاره، والفرق بينه وبين بيع العقار العادي هو أن الحياة والاستغلال لا يتم إلا بعد أجل محدد وهو الأجل المحدد للإنجاز"⁽³⁾

ومن التعريفات أيضاً أنه العقد الرسمي المسجل والمشهر الذي يتم فيه تمليك لعقار لم يشيد بعد أو مازال في طور الإنجاز للمشتري أو لجزء من البناء بمجرد شهر العقد سواء كانت محل استعمال سكني أو تجاري أو حرفي، ويلتزم بمقتضاه البائع بصفته مرقى عقاري بالإنجاز، وإتمامه خلال الأجل المحدد في العقد، وبالمواصفات المطلوبة، والمطابقة لقواعد البناء والتعمير مع تقديم ضمانات تقنية ومالية كافية، وأخيراً تسليم البناية للمشتري، وبالمقابل يلتزم هذا الأخير بصفته المستفيد من البناية بدفع تسبيقات ودفعات مجزأة على مراحل التشييد مخصومة من ثمن البيع بحسب الاتفاق الذي يوافق السعر التقديري المنصوص عليه في العقد مع إمكانية مراجعته، ويتسلم البناية⁽⁴⁾، وعرفه البعض أيضاً بأنه: "العقد الذي يتعهد فيه المقاول بأن يبني بناء على أرض يملكها وبمواده وأدواته، ويتعهد بأن ينقل ملكيته بعد إنجازه مع الأرض إلى رب العمل"⁽⁵⁾.

وركز اتجاه فقهي في تعريف هذا العقد على الجانب القانوني والتقني، وعرفه على أنه: "نوع من أنواع التعهدات يتولى فيه المتعهد الذي هو نفسه صاحب العمل، إقامة بناء ما، سواء سكني أو تجاري، أو كليهما، وبيع المحلات من شقق أو مكاتب أو حوانيت التي يضمها ذلك البناء المشاهد على المخططات؛ أي أن

(1) حمليل: نواره، تقدير تقنية البيع على التصاميم، الملتقى الدولي حول الترقية العقارية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 7-8 فيفري 2006، ص100.

(2) قاشي: علال، التزامات المرقى العقاري وجزاء الإخلال بها في عقد البيع على التصاميم، الملتقى الوطني حول الترقية العقارية في الجزائر - الواقع والآفاق -، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، فيفري 2012، ص120.

(3) بختاوي: سعيد، دراسة حول إشكالية البيع على المخطط، المجلة القانونية الدورية، العدد 13، الغرفة الوطنية للموثقين، الجزائر، 2005م، ص45. انظر أيضاً: ويس: فتحي، المسؤولية المدنية والضمانات الخاصة في بيع العقار قبل الإنجاز - دراسة مقارنة في التشريع الجزائري والفرنسي -، رسالة ماجستير في القانون العقاري، كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب، البلدة، 2004، ص49. / الأودن: سمير عبد السميع، تمليك وحدات البناء تحت الإنشاء والضمانات الخاصة لمشتري الوحدات السكنية، مكتبة ومطبعة الاشعاع الفنية، الإسكندرية مصر، 2001، ص49. / بوجنان: نسيم، مرجع سابق، ص12-13. / فغور: رابح، مرجع سابق، ص13-17.

(4) انظر: بوسته: إيمان، النظام القانوني للترقية العقارية - دراسة تحليلية -، دار الهدى، عين مليلة الجزائر، 2011، ص74-75.

مسكر: سهام، بيع العقار بناء على التصاميم، مذكرة لنيل شهادة الماجستير - قانون العقاري والزراعي -، كلية الحقوق، جامعة البلدة، 2007، ص15.

(5) سرور: محمد شكري، مسؤولية مهندسي ومقاولي البناء والمنشآت الثابتة الأخرى، دار الفكر العربي، القاهرة مصر، 1985، ص24.

المتعهد يبدأ ببيع المحلات الناتجة عن المشروع قبل المباشرة بالبناء فعلاً أو بعد إنجاز المخططات، أو الترخيص، ربما المباشرة فعلاً بحفر الأساسات ليعطي الأمر نوعاً من الجدوية".⁽¹⁾

أما الأستاذ «barayon hdeffinger» فقد عرفه بأنه: " ذلك البيع الذي يقع على عقار لم يشيد بعد، يلتزم البائع بمقتضاه بالإيجاز، والالتزام بنقل الملكية للمشتري، هذه الطريقة تسمح للمشيد من الحصول على السيولة المالية تساعد في تجميع رأسمال المشروع، وذلك ببيع العقار قبل وأثناء مراحل الإنجاز."⁽²⁾

من خلال التعريفات نستنتج أن عقد بيع البناء على التصاميم هو عقد بيع لعقار يشترط فيه عدم الوجود، ولكنه قابل للوجود مستقبلاً أو عقار مازال في طور الإنجاز، وأن يقوم به المرقي العقاري دون سواه، فيلتزم البائع بالبناء وفق المواصفات المطلوبة والآجال المحددة في الاتفاق مع تقديم ضمانات تقنية ومالية، وتحمله المسؤولية العشرية بعد التسليم النهائي للمشتري، وهذا الأخير يلتزم بدفع الثمن وفق الآجال والطريقة المحددة في العقد، وتسلم العقار محل الإنجاز.⁽³⁾

وفي الأخير يمكن الاستنتاج من خلال جميع التعاريف التي أوردناها سواء التي ذكرتها التشريعات القانونية أو تلك التي أوردتها فقهاء القانون؛ أن عقد بيع البناء على التصاميم يقع على عقار في طور الإنجاز، يتأجل فيه التسليم إلى غاية الانتهاء من الأشغال، كما أنها ركزت في تعريف هذا العقد على التزامات كل من أطراف هذا العقد (المرقي العقاري والمكاتب⁽⁴⁾-المشتري-)، وعليه يمكن استخلاص العناصر الأساسية المشتركة في كل التعاريف التي تُجمَع على أن هذا العقد هو عقد بيع عقاري، محله غير منجز بل قابل للوجود في المستقبل، تكفل البائع بالإنجاز والتزم المشتري بدفع الثمن على أقساط.

وهذا ينطبق على صيغتين هما: بيع المحلات الترقية المدعمة من طرف الدولة (LPA)⁽⁵⁾ le logement promotionnel aidé، ويتم الحصول عليها بشروط محددة، ومحلات ترقية حرة غير

(1) انظر: جعلوك: محمد علي عارف، أعمال المقاولات، دار الراتب الجامعية، بيروت لبنان، ط1، 1999، ص179. علاء حسين: علي، مرجع سابق، ص22.

(2) Hdeffinger: baraton, vente d'immeuble à construire, 2ème ed, tome 8, Dalloz, paris,

1988, p 12. (نقلاً عن مسكر: سهام، بيع العقار بناء على التصاميم، مرجع سابق، ص7.)

(3) منصور: محمد حسين، المسؤولية المعمارية، منشأة المعارف، الإسكندرية مصر، 1984، ص27.

(4) سمي القانون رقم 11-04 المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية المشتري بالمكاتب وفي أحيان أخرى بالمقتني.

(5) انظر: المرسوم التنفيذي رقم: 18-06 المؤرخ في 02 جمادى الأولى 1439 هـ الموافق 20 يناير 2018، يعدل ويتم المرسوم التنفيذي رقم: 10-235 المؤرخ في 26 شوال 1431 هـ الموافق 05 أكتوبر 2010م الذي يحدد مستويات المساعدة المباشرة الممنوحة من طرف الدولة لاقتناء سكن اجتماعي أو بناء سكن ريفي أو سكن فردي منجز في شكل مجمع في مناطق محددة في الجنوب والهضاب العليا، ومستويات دخل طالبي هذه السكنات، وكذا كفاءات منح هذه المساعدة.

مدعمة (LP) le logement promotionnel، ويشترط فيها القدرة على الدفع فقط، وسواء كانت هذه المحلات ذات استعمال سكني أو مهني⁽¹⁾، وهذا ما تقضي به المادة الثانية من القانون 11-04 سالف الذكر⁽²⁾، وكلا الصيغتان بيع على التصاميم يطبق عليه أحكام القوانين المنظمة له، سواء هذا القانون أو المرسوم التنفيذي 18-06 أو المرسوم التنفيذي 13-431.⁽³⁾

الفرع الثاني: خصائص وتمييز عقد بيع البناء على التصاميم

لا يمكن تكييف عقد بيع البناء على التصاميم في كل من الفقه الإسلامي والقانون، والفرقة بينه وبين ما يشابهه من العقود ما لم يتم التطرق إلى خصائصه التي تميزه عنها، فالحكم على الشيء فرع عن تصوره، وعلى هذا فسأتناول في هذا الفرع خصائص عقد بيع البناء على التصاميم في البند الأول، ليسهل بعد ذلك تميزه عن باقي العقود في البند الثاني.

البند الأول: خصائص عقد بيع البناء على التصاميم

يعد عقد بيع البناء على التصاميم عقد متميز له من الخصوصية ما يجعله يخرج عن القواعد العامة لعقد البيع في كثير من أحكامه، ولكن هذا لا يمنع من كونه يتصف أيضاً بالخصائص العامة للعقود.

أولاً: خصائص عقد بيع البناء على التصاميم المرتبطة بالقواعد العامة:

يترتب على وصف بيع البناء على التصاميم بعقد "بيع" عدة خصائص ترتبط بهذا الأخير جاءت بها القواعد العامة، وتتمثل فيما يلي:

1- عقد بيع البناء على التصاميم عقد مسمى: العقد المسمى هو العقد الذي تولى المشرع تسميته وتعريف وتنظيم أحكامه⁽⁴⁾، حيث أعطى المشرع الجزائري عقد بيع البناء على التصاميم اسماً خاصاً به وبين أحكامه

(1) انظر: بوجنان: نسيمة، مرجع سابق، ص 5. / مسكر: سهام، التزامات المرقي العقاري المترتبة على بيع السكنات الترقية، مرجع سابق، ص 6. / فغور: رايح، مرجع سابق، ص 15-16.

(2) المادة 02: "يمكن أن تكون هذه المشاريع العقارية محلات ذات استعمال سكني أو مهني، وعرضياً يمكن أن تكون محلات ذات استعمال حرفي أو تجاري".

(3) المرسوم التنفيذي رقم: 13-431 المؤرخ في 18 ديسمبر 2013 المحدد لنموذجي عقد حفظ الحق وعقد البيع على التصاميم للأموال العقارية، وكذا حدود سعر الملك موضوع عقد البيع على التصاميم ومبلغ عقوبة التأخير وآجالها وكيفية دفعها.

(4) فيلاي: علي، الالتزامات-النظرية العامة للعقد-، موفم للنشر، الجزائر، 2008، ص 75. انظر أيضاً: السعدي: محمد صبري، شرح القانون المدني الجزائري-النظرية العامة للالتزامات-العقد والإرادة المنفردة-، دار الهدى، الجزائر، ط2، 2004، ج1، ص 51. / قداة: خليل أحمد حسن، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط3، 2003، ج4، ص 7.

سواء ضمن القانون 11-04 أو المراسيم التنفيذية أو التشريعية سالف الذكر، فهو بذلك من العقود المسماة، الغرض من ذلك الحد من التجاوزات والانتهاكات التي راح ضحيتها أشخاص من ذوي الدخل المحدود عصفت بأحلامهم في امتلاك سكن، إضافة إلى توحيد اسم هذا العقد الذي عرف عدة أسماء قبل تنظيمه.⁽¹⁾

2- عقد بيع البناء على التصاميم عقد شكلي: يعتبر عقد بيع البناء على التصاميم عقد شكلي باعتبار أنه منصب على عقار⁽²⁾، لا يكفي مجرد تراضي طرفي العقد فيه لإبرامه، بل يجب كتابته وتسجيله وشهره لدى المصالح الإدارية المعنية في الشكل الذي يحدده القانون⁽³⁾، وهذا ما ألزم به المشرع الجزائري في المادة 34 من القانون 11-04 سالف الذكر⁽⁴⁾، واشترط إفراغ عقد بيع البناء على التصاميم في الشكل المنصوص عليه في المرسوم التنفيذي 13-431 المحدد لنموذجي عقد حفظ الحق وعقد البيع على التصاميم.

3- عقد بيع البناء على التصاميم عقد ملزم لجانبين: وهذا ما صرحت به المادة 351 من القانون المدني الجزائري⁽⁵⁾؛ إذ اعتبرت عقد البيع ملزم لكل من البائع والمشتري، إضافة إلى ما صرحت به المادة 55 من نفس القانون والتي اعتبرت بأن العقد يكون ملزم لجانبين متى تبادل المتعاقدان الالتزام بعضهما بعضاً، وعليه فطالما أن عقد بيع البناء على التصاميم يلتزم فيه المرقى العقاري بأن يقوم بكل ما هو ضروري لنقل الملكية إلى المشتري، ويضمن حسن الإنجاز والمطابقة عند تسليمه البناية، ويلتزم المشتري بدفع الثمن على الكيفية المتفق عليها وتسلم العقار محل الإنجاز فهو عقد ملزم لجانبين أو تبادلي.

وعليه يحق لكل طرف في عقد بيع البناء على التصاميم أن يمتنع عن تنفيذ التزاماته متى تخلف الطرف الآخر عن تادية التزامه المقابل طبقاً لقاعدة الدفع بعدم التنفيذ، كما يمكن لكل طرف إجبار الآخر على التنفيذ متى تماطل أحدهما عن ذلك وإلا فسخ العقد مع المطالبة بالتعويض.⁽⁶⁾

(1) كتو: لامية، عقد البيع على التصاميم في إطار القانون رقم 11-04 المحدد لقواعد نشاط الترقية العقارية، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون، فرع قانون العقود، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013، ص38.

(2) انظر: المادة 324 مكرر 01 من الأمر رقم: 58/75 المؤرخ في: 26 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم بموجب القانون 05/07 المؤرخ في 25 ربيع الأول 1428هـ الموافق 13 مايو 2007 المتضمن القانون المدني.

(3) يتم إبرام العقد أمام الموثق، ثم يسجل بعد ذلك أمام مصلحة الضرائب ويشر في المحافظة العقارية.

(4) المادة 34 من القانون 11-04: "يتم إعداد عقد البيع على التصاميم في الشكل الرسمي ويخضع للشكليات القانونية الخاصة بالتسجيل والإشهار ويخص في نفس الوقت البناء والأرضية التي شيد عليها."

(5) المادة 351: "البيع عقد يلتزم بمقتضاه البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقاً مالياً آخر في مقابل ثمن نقدي."

(6) بلعبور: عبد الكريم، نظرية فسخ العقد في القانون المدني الجزائري، والمقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986، ص11.

4- عقد بيع البناء على التصاميم عقد محدد: أي ليس احتمالي، وذلك لكون المتعاقدين على علم ودراية بمقدار ما يعطيه أحدهما للآخر عند التعاقد⁽¹⁾؛ فيطلع المشتري على العقار محل الإنجاز من خلال التصميم الهندسي المبرمج، ويلتزم البائع بالإنجاز خلال الأجل المتفق عليه طبقاً للتصميم والمواصفات المتفق عليها أيضاً ويقابله قبض الثمن من المشتري⁽²⁾ طبقاً للمادة 37 من القانون 11-04⁽³⁾، إضافة إلى وجوب تحديده نسبة الزيادة في حالة مراجعة الثمن، وعلى أساسها يطلع المشتري على أقصى قيمة يمكن إضافتها للثمن التقديري طبقاً للمادة 38 من نفس القانون.⁽⁴⁾

5- عقد بيع البناء على التصاميم عقد فوري أم زمني: يعد الزمن عنصراً جوهرياً في تنفيذ عقد بيع البناء على التصاميم، وعليه فإنه يقوم على تأجيل الالتزامات التعاقدية التي تتطلب لتنفيذها مرور فترة من الزمن، كما يمكن مراجعة هذا العقد في حالة وقوع أي حادث استثنائي، وهي خاصية يتميز بها كل من العقد الفوري والزمني على حد سواء، أما فيما يخص الفسخ الذي له أثر رجعي فهو يحقق خاصية العقود الفورية⁽⁵⁾، مما يستنتج أن عقد بيع البناء على التصاميم يجمع بين خاصيتي العقد الفورية والزمن⁽⁶⁾، غير أن الفقه المصري حسم المسألة واعتبره من العقود الفورية على أساس عدم وجود تقابل في الالتزامات من حيث التنفيذ.⁽⁷⁾

ولكن ما يمكن قوله في هذا باختصار أن عقد بيع البناء على التصاميم هو عقد فوري لا زمني؛ ذلك أن توفر خاصية الزمن في هذا العقد لا يعني أنه عقد زمني لأن أزمة السكن هي التي دفعت بالمشرع إلى إيجاد حل لهذه الأزمة بإفراد هذا العقد بخصوصية تميزه عن عقد البيع؛ وذلك بوضع صيغ جديدة للبيع يساهم فيها

(1) فاضلي: إدريس، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، قصر الكتاب، الجزائر، 2007، ص 43.

(2) علاء حسين: علي، مرجع سابق، ص 23.

(3) المادة 37: "يجب أن يوضح عقد البيع على التصاميم، تحت طائلة البطلان، تشكيلة سعر البيع وأجال الدفع بالنسبة لتقدم الأشغال. كما يجب عليه في حالة تجرئة تسديد المبلغ المتفق عليه تحديد كيفية ذلك".

(4) المادة 38: يتم ضبط تسديد سعر البيع في عقود البيع على التصاميم، حسب تقدم أشغال الإنجاز في الحدود المنصوص عليها عن طريق التنظيم. - كما يجب ذكر ما إذا كان السعر قابلاً للمراجعة أم لا وفي حالة الإيجاب، يجب ذكر كيفية المراجعة.

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 والاستثنائية التي من شأنها أن تؤدي إلى الإخلال بالتوازن الاقتصادي للمشروع، ولا يمكن أن يتجاوز مبلغ مراجعة السعر عشرين بالمائة (20%) كحد أقصى من السعر المتفق عليه في البداية.

وفي كل الأحوال، يجب تبرير تغيرات السعر".

(5) طيب: عائشة، عقد البيع على التصاميم في ظل القانون 11-04-دراسات قانونية-، دار الخلدونية، الجزائر، 2011، ص 62.

(6) انظر: الأودن: سمير عبد السميع، مرجع سابق، ص 24. / عياشي: شعبان، مرجع سابق، ص 54. / مسكر: سهام، بيع العقار بناء على التصاميم، مرجع سابق، ص 12. / كتو: لامية، مرجع سابق، ص 41-44.

(7) زهرة: محمد المرسي، بيع المباني تحت الإنشاء-دراسة مقارنة بين القانون المدني المصري والفرنسي والكويتي-، السيد عبد الله وهبة، القاهرة مصر، ط 1، 1987، ص 110.

المشتري في عملية الإنجاز عن طريق دفع الثمن على أقساط خلال مرحلة الإنجاز، كما أن العقد الزمني يتطلب تقابل الالتزامات من حيث الوجود والتنفيذ، أما عقد بيع البناء على التصاميم فإن المشتري يبقى ملتزماً بدفع الثمن طيلة مرحلة الإنجاز، في حين لا يلتزم البائع بتسليم البناية إلا بعد انتهاء الإنجاز، مما يعني عدم وجود تقابل في تنفيذ الالتزامات، وبالتالي خروج هذا العقد من كونه عقد زمني.

6- عقد بيع البناء على التصاميم عقد مساومة أم إذعان: الأصل في العقود أن يتناقش طرفي العقد على شروط العقد وهو ما يسمى بالمساومة، أما الإذعان فهو العقد الذي يعد فيه الموجب ذو الاحتكار القانوني أو الفعلي شروط محددة غير قابلة للتعديل أو المناقشة، ويوجهها إلى الجمهور بقصد الانضمام إليه، ويعرض بموجبها سلعة أو خدمة⁽¹⁾، وعلى هذا اختلف الفقه القانوني في اعتبار عقد بيع البناء على التصاميم عقد مساومة أم إذعان؛ فاتجه البعض إلى القول بأنه عقد إذعان على اعتبار أزمة السكن وقلة العرض مقابل الطلب يجعل البائع يضع شروط مسبقاً في صورة عقد نموذجي فيضطر المشتري لقبول هذه الشروط دون أي تعديل من جانبه، خصوصاً ما تعلق بالجانب التقديري للثمن، وعدم إمكانية المشتري التخفيض من نسبة مراجعة الثمن المقدر مسبقاً والمتروك للبائع تقديرها بحسب الظروف مستقبلاً.⁽²⁾

واتجه رأي آخر من الفقه إلى القول بأن هذا العقد من عقود المساومة باعتبار أنه يفترق إلى شروط عقود الإذعان؛ من شرط المتعلق بالاحتكار القانوني أو الفعلي للسلعة المتعاقدة عليها خاصة أمام التنافس بين المرقين العقاريين، كما أن ثمن المساكن يختلف حسب تكلفة الإنجاز وقيمة العقار محل الإنجاز وموقع السكن، وظروف عملية التشييد.⁽³⁾

وما يمكن قوله حسب رأيي أن عقد بيع البناء على التصاميم هو من عقود الإذعان، وإن كان ينعدم فيه الاحتكار القانوني أو الفعلي؛ ذلك أن هذا العقد تحكمه قرينة موافقة المشتري على العقد بالشروط التي وضعها المرقى العقاري دون أن تكون له فرصة لمناقشتها من جهة، ومن جهة أخرى الإقبال الكبير في ظل أزمة السكن التي يعاني منها المواطن البسيط مما تزايد الطلب ونقص العرض.

ثانياً: خصائص عقد بيع البناء على التصاميم المرتبطة بالترقية العقارية:

(1) لعشب، محفوظ بن حامد، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، ط7، 1990، ص31.

(2) الأودن: سمير عبد السميع، مرجع سابق، ص45.

(3) زروقي: الطيب، حماية مشتري العقار في البيع بناءً على التصاميم طبقاً للمرسوم التشريعي رقم 93-03، مجلة العلوم القانونية، العدد الثاني، كلية الحقوق، جامعة بن عكنون، الجزائر، 2001، ص57.

فبالإضافة إلى الشروط العامة التي يشترك فيها جميع أنواع البيوع، أدرج المشرع الجزائري نصوصاً خاصة ببيع البناء على التهاميم ضمن القانون 04-11، والمرسوم التنفيذي 431-13، هذه النصوص تضع شروطاً إضافية تخص هذا العقد دون سواه، وذلك على النحو التالي:

1- أنه عقد بيع عقاري مستقبلي: فعد بيع البناء على التهاميم يرد على عقار غير موجود، ولكنه قابل للوجود مستقبلاً، أو عقار مازال في طور الإنجاز، وقد أجاز المشرع الجزائري التعامل في هذا النوع من العقود بجواز التعامل في الأشياء المستقبلية بقوله في نص المادة 92 من القانون المدني: "يجوز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً ومحققاً"، وهو نفس ما تؤكدته المادة 28 من القانون 04-11 سالف الذكر بقولها: "هو العقد الذي يتضمن ويكرس تحويل حقوق الأرض وملكية البناءات من طرف المرقى العقاري لفائدة المكتب موازاة مع تقدم الأشغال..."⁽¹⁾، ومن بين هذه الأشياء بيع دار لم يبدأ البناء فيها بعد.⁽²⁾

وهو نفس الشيء الذي أقره المشرع المصري الذي اعتبر أن الأشياء المستقبلية التي تكون محل بيع مؤجل تصح بنايات للتشييد.⁽³⁾

2- أن المرقى العقاري هو المكلف الوحيد بمشروع بيع البناء على التهاميم: فالمرقى العقاري⁽⁴⁾ هو المخول الوحيد لبيع البناء على التهاميم وهذا ما تقضي به المادة 29 من القانون 04-11: "لا يمكن إبرام عقد بيع على التهاميم وعقد حفظ الحق لعقار مقرر بناؤه أو في طور البناء، إلا من طرف المرقى العقاري، كما تنص عليه المواد 4 (الفقرة 2) و 18 و 19 و 20 و 21 من هذا القانون"، وذلك أن المرقى العقاري يتكفل بإنجاز بناية حتى يتسنى له نقل ملكيتها وتسليمها للمشتري، وعليه فهو مكلف بالاستعانة بخدمات مقاول مؤهل قانوناً حسب أهمية المشروع العقاري طبقاً لما تنص عليه المادة 16 من نفس القانون، كما يتولى تنسيق جميع العمليات التي تدخل في إطار الدراسات والأبحاث وتعبئة التمويل، واتخاذ كافة التدابير التقنية الضرورية من أجل التكفل بتسيير العقار المنجز والحفاظ عليه طبقاً لنص المادة 17 من نفس القانون.

(1) المادة 28: "عقد البيع على التهاميم 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 تقديم الأشغال، وفي المقابل يلتزم المكتب بتسديد السعر كلما تقدم الإنجاز."

(2) قداة: خليل أحمد حسن، مرجع سابق، ج4، ص78.

(3) حسين بن الشيخ: آت ملويا، المنتقى في عقد البيع - دراسة فقهية قانونية قضائية مقارنة -، دار هومة، الجزائر، 2005، ص44.

(4) بينت المادة 03 من القانون 04-11 من القانون 04-11 من القانون المرقى العقاري بقولها: "يعد مرقياً عقارياً في مفهوم هذا القانون، كل شخص طبيعي أو معنوي يبادر بعمليات بناء مشاريع جديدة، أو ترميم أو إعادة تأهيل أو تجديد أو إعادة هيكلة، أو تدعيم بنايات تتطلب أحد هذه التدخلات، أو تهيئة أو تأهيل الشبكات قصد بيعها أو تأجيرها."

3- أن دفع الثمن في عقد بيع البناء على التصاميم يتم على أقساط: إن عقد بيع البناء على التصاميم عقد يسهل المهمة بالنسبة للمشتري عند دفع الثمن؛ حيث أنه يتم على شكل أقساط حسب تطور الأشغال، باتفاق بين الطرفين، وهو ما قضت به المادة 03 من المرسوم التنفيذي 13-431 بقولها: "أثناء إبرام عقود البيع على التصاميم يتم تسديد سعر الملك العقاري حسب حالة تقدم الأشغال..."، والمادة 38 من القانون 11-04 التي تقضي: "يتم ضبط تسديد سعر البيع في عقود البيع على التصاميم، حسب تقدم أشغال الإنجاز في حدود المنصوص عليها عن طريق التنظيم"، كما أن الثمن يكون قابلاً للمراجعة في حدود 20% من السعر المتفق عليه في البداية مع تبرير تغيرات هذا السعر، وتكون الدفعة الأولى على الحساب، أما الدفعة الأخيرة تُسَلَّم عند تَسَلُّم العقار.

4- أنه عقد مقيد يمنع التصرف فيه مؤقتاً: فبالرغم من تحرير العقد في شكله الرسمي وتسجيله وشهره، واعتبار المشتري مالكاً طبقاً لنص المادة 34 ف1⁽¹⁾ من القانون 11-04 إلا أنه لا يتسلم إلا صورة من العقد الرسمي ليتمكن من طلب فروض بنكية دون التصرف في العقار محل الإنجاز، ولا يتسلم العقد إلا بعد تسديد كافة الأقساط، وشهر محضر التسليم ليتم بموجبه رفع القيد على التصرف طبقاً لنص المادة 34 ف2⁽²⁾ من القانون 11-04 سالف الذكر.⁽³⁾

5- أنه عقد أقر حماية المشتري بموجب ضمانات خاصة:⁽⁴⁾ فلما كان المشتري الحلقة الضعيفة في هذا العقد، خصه المشرع بجملة من الضمانات أقرها القانون 11-04 تتمثل في الضمان العشري، وضمن حسن الإنجاز، وضمن إتمام البناء ومطابقته للمواصفات المطلوبة للتصميم المتفق عليه، بالإضافة إلى اكتتاب عدة تأمينات من طرف البائع تتمثل في تأمينات على المسؤولية العشرية وتوسيع نطاقها لتشمل حتى المقاولين ومكاتب الدراسات وجميع المتدخلين في العملية، والتأمين السنوي⁽⁵⁾، إضافة إلى مبلغ الكفالة المدفوع لدى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة قبل الشروع في عملية الإنجاز طبقاً لما تنص عليه المادة 54 من القانون

(1) المادة 34 ف1: "يتم إعداد عقد البيع على التصاميم في الشكل الرسمي وخضع للشكليات القانونية الخاصة بالتسجيل والإشهار، ويخص في نفس الوقت، البناء والأرضية التي شيد عليها البناء."

(2) المادة 34 ف2: "يتم عقد البيع على التصاميم المذكور في الفقرة السابقة بمحضر يعد حضورياً في نفس مكتب التوثيق، قصد معاينة الحياة الفعلية من طرف المكتب وتسليم البناية المنجزة من طرف المرقى العقاري طبقاً للالتزامات التعاقدية."

(3) قاشي: علال، مرجع سابق، ص7. / مسكر: سهام، بيع العقار بناء على التصاميم، مرجع سابق، ص20. / بوجنان: نسيم، مرجع سابق، ص15. / كتو: لامية، مرجع سابق، ص45. / فغور: رابح، مرجع سابق، ص27.

(4) وهذا هو الغرض من هذه الدراسة؛ فموضوع هذا البحث يدرس هذه الضمانات بالتفصيل، وهو ما سيتم التطرق إليه في الفصل الأول والثاني من هذا البحث.

(5) انظر المواد: 26 ف3-42-45-49-55-62 من القانون 11-04 المحدد لقواعد تنظيم نشاط الترقية العقارية.

سالف الذكر، ولا ننسى تحميل المرقى العقاري مسؤولية إصلاح العيوب والتعويض عن الأضرار طبقاً لنص المادة 44 من نفس القانون.⁽¹⁾

6- أنه عقد منح حق امتياز من الدرجة الأولى في حالة إفلاس المرقى العقاري: فقد منح القانون 11-04-04 حق امتياز للمشتري من الدرجة الأولى في حال إفلاس أو التسوية القضائية للمرقى العقاري، وذلك من خلال المادة 58 منه، التي بينت حلول صندوق الضمان والكفالة المتبادلة مكان المقتنين للمطالبة بديونهم اتجاه المرقى العقاري.

7- أنه عقد ناقل للملكية: ولكن على غرار بقية العقود التي تنتقل فيها الملكية عند التعاقد، فإن عقد بيع البناء على التصاميم تنتقل فيه الملكية تدريجياً عبر مراحل حسب تقدم نسبة الأشغال، وهذا ما صرحت به المادة 28 من القانون 11-04-04 سالف الذكر.

البند الثاني: تمييز عقد بيع البناء على التصاميم عن بعض العقود القانونية المشابهة له

نظراً لبعض الخصائص التي يشترك فيها عقد بيع البناء على التصاميم مع بعض العقود الأخرى التي تقوم على تأجيل الالتزامات المتعاقد عليها، كان لزاماً علينا القيام بتفرقة عن هذه العقود، وذلك بالاعتماد على خصائصه التي تم التطرق إليها في البند الأول، وذلك على النحو التالي.

أولاً: تمييز عقد بيع البناء على التصاميم عن عقد البيع الابتدائي: أو كما يسمى "الوعد بالبيع"، فهو عقد ملزم لجانبين يتفق فيه الطرفان على جميع المسائل الجوهرية لعقد البيع⁽²⁾، يترتب عليه نفس آثار البيع إلا أنها تبقى موقوفة إلى حين تحرير العقد النهائي⁽³⁾، ويتم إبرامه لاعتبارات هامة في مقدمتها توفير الوقت الكافي لطرفي العقد من التأكد من وضعية العقار وتجهيز سندات الملكية والتثبت منها، وتدبير الثمن.⁽⁴⁾

وعليه فإن عقد البيع الابتدائي تقتصر آثاره في ترتب التزام شخصي في ذمة كل من البائع والمشتري بإبرام البيع النهائي يستطيع كل منهما التخلص منه ولا يعتد بتاريخه لسريان العقد- فالعبرة بتاريخ البيع النهائي-، بخلاف عقد بيع البناء على التصاميم فإن آثار هذا البيع هي آثار البيع النهائي يعتد بتاريخه لسريان عقد

(1) صبايحي: ربيعة، الضمانات المستحدثة في بيع العقار على التصميم على ضوء أحكام القانون 11-04-04، الملتقى الوطني حول الترقية العقارية في الجزائر-الواقع والآفاق-، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 27-28 فيفري 2012، ص 79.

(2) ويس: فتحي، مرجع سابق، ص 54.

(3) السنهوري: عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني-العقود الواردة على الملكية-عقد البيع والمقايضة-، مرجع سابق، ص 105.

(4) نوي: عقيلة، النظام القانوني لعقد بيع العقار بناءً على التصاميم في القانون الجزائري، مذكرة لنيل درجة الماجستير- فرع عقود ومسؤولية-، كلية الحقوق- بن عكنون-، جامعة الجزائر، 2004، ص 23.

البيع، كما أن عقد البيع الابتدائي يجوز تعديله بالبيع النهائي كأن يتم تعديل ثمن البيع، أما عقد بيع البناء على التصاميم فإن التغيير في الثمن لا يتم إلا طبقاً لطريقة مراجعة الثمن المتفق عليها، وإن أي تغيير في العقار المبيع يشكل عيباً من عيوب المطابقة يستوجب المسؤولية⁽¹⁾، كما أن البيع الابتدائي قد يرد على عقار في طور الإنجاز أو عقار كامل التشييد بخلاف عقد بيع البناء على التصاميم فإنه لا يرد إلا على عقار في طور الإنجاز.⁽²⁾

ثانياً: تمييز عقد بيع البناء على التصاميم عن البيع بالتقسيط: يتم البيع بالتقسيط عن طريق تقسيط الثمن على عدة آجال، وتسليم المبيع إلى المشتري من وقت انعقاد العقد، غير أن الملكية لا تنتقل إليه حتى يوفي جميع الثمن من تاريخ عقد البيع طبقاً لنص المادة 363 ف2-3 من القانون المدني الجزائري.⁽³⁾

وإن كان بيع التقسيط يتشابه مع بيع البناء على التصاميم في أن الثمن يدفع على أقساط في كليهما، غير أن انتقال الملكية وتسديد الأقساط تختلف فيهما؛ ففي البيع بالتقسيط لا تنتقل ملكية المبيع إلى المشتري إلا بعد سداد جميع الأقساط المكونة لمجموع الثمن، أما في بيع البناء على التصاميم فإن تسديد سعر البيع يكون حسب تقدم أشغال الإنجاز، وتثبت الملكية بالحيازة الفعلية للبناء.

ثالثاً: تمييز عقد بيع البناء على التصاميم عن بيع الأشياء المستقبلية: والمقصود بالأشياء المستقبلية؛ تلك الأشياء التي ستوجد في المستقبل بعد انعقاد العقد سواء أكان وجودها هذا أمراً محققاً أو محتملاً⁽⁴⁾، وقد أجازت المادة 92 من القانون المدني الجزائري⁽⁵⁾ التعامل في الأشياء المستقبلية على شرط أن تكون محققة الوجود قبل إتمام بنائه.

وإذا كان بيع البناء على التصاميم يظهر من الوهلة الأولى أنه من قبيل الأشياء المستقبلية، فإن المبيع في هذا العقد شيء مستقبلي بالنسبة للبناء فقط دون القطعة الأرضية التي يشيد عليها البناء والتي تنتقل ملكيتها للمشتري-المقتني- في الوقت الذي تثبت فيه الحيازة الفعلية، بخلاف بيع الأشياء المستقبلية الذي يرد على شيء غير موجود بتاتا، وأكثر من هذا أنه إذا كان المشتري العادي لشيء مستقبلي مهدد بالاحتمال والصدفة، فإن عقد بيع البناء على التصاميم يتمتع بمركز قانوني قوي نسبياً مما يجعله ينفرد بالصرامة بما يحقق الحماية

(1) انظر: نوي: عقيلة، المرجع نفسه، ص23. / ويس: فتحي، مرجع سابق، ص55.

(2) خلفوني: مجيد، شهر التصرفات العقارية في القانون المدني الجزائري مدعم بالقرارات القضائية، دار هوم، الجزائر، ط2، 2011، ص185.

(3) المادة 363 ف2-3: "إذا كان الثمن مقسماً جاز للمتعاقدين أن يتفقا.... وإذا وفي المشتري جميع الأقساط، يعتبر أنه تملك الشيء المبيع من يوم البيع".

(4) فيلاي: علي، مرجع سابق، ص227.

(5) المادة 92: "يجوز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً ومحققاً".

للمشتري من الاحتمال والمجازفة من حيث وجود العقار أو البناية أو من حيث قيمتها⁽¹⁾، فهو لا يجازف لا في مقدار البيع ولا في وجود المبيع نفسه⁽²⁾، إضافة إلى الالتزامات والضمانات والمسؤولية التي يمنحها للمشتري.

رابعاً: تمييز عقد بيع البناء على التصاميم عن البيع الإيجاري: فالبيع الإيجاري أو كما يسميه فقهاء الشريعة الإجارة المنتهية بالتملك، هو صيغة تسمح بالحصول على سكن بملكية ثابتة بعد انقضاء مدة الإيجار المحددة في إطار عقد مكتوب طبقاً للمادة الثانية من المرسوم التنفيذي 04-340⁽³⁾.

وإذا كان كل من البيع الإيجاري وعقد بيع البناء على التصاميم يتشابهان في كونهما من العقود المستحدثة الملزمة للجانبين التي خصها المشرع باسم معين وأدرجهما ضمن العقود المسماة، إضافة إلى أنهما يردان على محل واحد وهو العقار فيشترط فيهما الشكلية من التسجيل والشهر، ودفع الثمن في شكل أقساط⁽⁴⁾، فإنهم يختلفون في الكثير من الأمور؛ فالالتزام المشتري في عقد بيع البناء على التصاميم يكون بدفع الثمن في شكل أقساط ناتجة عن هذا العقد، أما البيع الإيجاري فتكون الأقساط ناتجة عن عقد الإيجار وليس البيع، إضافة إلى المدة الزمنية؛ فالمدة في عقد بيع البناء على التصاميم هي لإتمام إنجاز البناية ونقل ملكيتها للمشتري، أما البيع الإيجاري فالمدة ليست لإنجاز البناية وإنما هي مدة عقد الإيجار السابقة عن عقد البيع الذي يبرم عند انتهاء المدة واستيفاء المؤجر كامل الأقساط.⁽⁵⁾

خامساً: تمييز عقد بيع البناء على التصاميم عن عقد المقاول: فالمقاول هو شخص طبيعي أو معنوي مسجل في السجل التجاري ينشط في أشغال البناء بصفته حرفياً أو مؤسسة تملك المؤهلات المهنية⁽⁶⁾، يلتزم بالبناء على أرض مملوكة لرب العمل من خلال تقديم العمل ومواد البناء مع التزامه بالضمان اتجاه رب العمل،

(1) ويس: فتحي، مرجع سابق، ص58.

(2) زهرة: محمد المرسي، بيع المباني تحت الإنشاء - دراسة مقارنة بين القانون المدني المصري والفرنسي والكويتي -، مرجع سابق، ص46.

(3) المرسوم التنفيذي رقم: 04-340 المؤرخ في 19 رمضان 1425هـ الموافق 2 نوفمبر 2004م، المعدل والمتمم للمرسوم التنفيذي 01-105 المؤرخ في 29 محرم 1422هـ الموافق 23 أبريل 2001، المحدد لشروط وكيفيات شراء المساكن المنجزة بأموال عمومية أو مصادر بنكية أو أي تمويلات أخرى في إطار البيع بالإيجار.

(4) انظر: حمدي: أحمد سعد أحمد، البيع الإيجاري، الدار القانونية، مصر، 2007، ص11.

(5) انظر: بوجنان: نسيم، مرجع سابق، ص28. / فغور: رابح، مرجع سابق، ص44. / الرام: علي، بيع العقار في طور البناء، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، وحدة المغرب، 2004، ص44. / كتو: لامية، مرجع سابق، ص51. / صبايجي: ربيعة، مرجع سابق، ص8.

(6) المادة 03 ف13 من القانون 04-11 المؤرخ في 14 ربيع الأول عام 1432 الموافق 17 فبراير سنة 2011 المحدد لقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية

أما عقد بيع البناء على التصاميم فإن البائع هو المالك للأرض التي سيقام عليها البناء، أو يكون على الأقل صاحب حق يمنحه سلطة البناء عليها خلال مدة محددة.⁽¹⁾

سادساً: تمييز عقد بيع البناء على التصاميم عن عقد حفظ الحق: عرف المشرع الجزائري عقد حفظ الحق في المادة 27 ف1 من القانون 04-11 التي تقضي: "عقد حفظ الحق هو العقد الذي يلتزم بموجبه المرقى العقاري بتسليم العقار المقرر بناؤه أو في طور البناء لصاحب حفظ الحق فور إنجازه، مقابل تسبيق يدفعه هذا الأخير"، ورغم أن العقدين يتشابهان في كونهما ملزمان للجانبين⁽²⁾ -المرقى العقاري وصاحب حفظ الحق-، ويبرمان من طرف المرقى العقاري ويردان على عقار مقرر بناؤه أو في طور الإنجاز، ويمكن فسخهما⁽³⁾، إلا أنهما يختلفان في بعض النقاط أهمها؛ أن عقد حفظ الحق يبرم بين المرقى العقاري وصاحب حفظ الحق ويشترط فيه الرسمية فهو واجب التحرير أمام الموثق وغير واجب الشهر طبقاً لما جاء في المرسوم التنفيذي 13-431 في الملحق الثاني المتضمن نموذج عقد حفظ الحق بقوله: "يخضع عقد حفظ الحق هذا للتسجيل طبقاً لأحكام قانون الطابع والتسجيل وهو معنى من التزام الاشهار العقاري..."، أما عقد بيع البناء على التصاميم الذي يبرم بين المرقى العقاري والمشتري-المقتني- فقد اشترط فيه المشرع إضافة إلى الرسمية عند التوثيق والتسجيل الشهر لدى المحافظة العقارية طبقاً لنص المادة 34 من القانون 04-11⁽⁴⁾، إضافة إلى أن عقد حفظ الحق يعتبر عقد تمهيدي؛ فهو ليس بيعاً بالمعنى الحقيقي، بل عبارة عن حجز للعقار المراد شراؤه وهو في طور الإنجاز، بخلاف عقد بيع البناء على التصاميم الذي يعد عقد نهائي، فالالتزامات في عقد حفظ الحق لا تنفذ فوراً بل إلى غاية إنهاء البناء، أما عقد بيع البناء على التصاميم فتتخذ فور إبرام العقد.⁽⁵⁾

بالإضافة إلى أن المهام الموكلة لصندوق الضمان والكفالة تختلف في كل من عقد بيع البناء على التصاميم وعقد حفظ الحق؛ فهذا الأخير يعتبر الصندوق فيه هيئة ضمان لبقاء كل من المرقى العقاري وصاحب حفظ الحق على التزامه طبقاً لنص المادة 56 من القانون 04-11، بخلاف عقد بيع البناء على التصاميم الذي

(1) صبايحي: ربيعة، مرجع سابق، ص8.

(2) يلتزم صاحب حفظ الحق بدفع تسبيق مالي في حساب مفتوح باسمه لدى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة لفائدة المرقى، وبالمقابل يلتزم المرقى العقاري بتسليم العقار المقرر بناؤه أو في طور الإنجاز فور إنجازه لصاحب حفظ الحق، وكذلك الحال في عقد بيع البناء على التصاميم؛ فيلتزم البائع-المرقى العقاري-بتسليم المبيع محل الإنجاز في أكمل وجه، ويلتزم المشتري بدفع الثمن وتسليم العقار محل الإنجاز.

(3) انظر للمادة 32 من القانون 04-11 التي نصت على أحكام فسخ عقد حفظ الحق، والمادة 53 من نفس القانون التي نصت على أحكام فسخ عقد بيع البناء على التصاميم.

(4) المادة 34: "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".

(5) انظر: مقدود: فاطمة، حماية المكتتب في البيوع العقارية على التصاميم، مذكرة من أجل الحصول على درجة ماجستير في العلوم القانونية- فرع حماية المستهلك والمنافسة-، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، الجزائر، 2015، ص15-16. / فغور: رابح، مرجع سابق، ص53-54.

يقوم فيه الصندوق بتسديد الدفعات التي قام بها المكتتبين في شكل تسبيقات، وإتمام الأشغال وتغطية أوسع للالتزامات المهنية والتقنية طبقاً لنص المادة 54 من القانون سالف الذكر، إضافة إلى السهر على وضع الضمانات والتأمينات التي يلتزم بها المرقين العقاريين عند الاكتتاب طبقاً لنص المادة 55 ف2 من القانون 04-11.

المطلب الثاني: التكييف الفقهي والقانوني لعقد بيع البناء على التصاميم

بعد عرض تعريف عقد بيع البناء على التصاميم ودراسة خصائصه وتمييزه عن بقية العقود المشابهة له، وتكوين فكرة وصورة شاملة عن هذا العقد، نأتي إلى الحديث عن تكييفه الفقهي والقانوني في هذا المطلب.

الفرع الأول: تكييف عقد بيع البناء على التصاميم في الفقه الإسلامي

إن البحث عن الحكم الشرعي لعقد بيع البناء على التصاميم يقتضي أولاً تأصيله فقهاً، ثم تخرجه بعد ذلك؛ إذ الغرض من هذا التكييف هو إلحاق هذا العقد بما يشابهه من الفقه الإسلامي والبحث عن حكمه الشرعي.

البند الأول: التأصيل الشرعي لعقد بيع البناء على التصاميم

إن التأصيل الشرعي لأي واقعة يكمن في تصورها أولاً ثم تخرجها ثانياً، وتبقى مرحلة التنزيل تأتي في المرتبة الثالثة، لأن أي خلل في أحد هذه الخطوات الثلاث يؤدي إلى خلل في الذي يليه.

ولهذا قمنا في المطلب الأول من المبحث الأول بدراسة هذا العقد وبيان خصائصه وتمييزه عن باقي العقود المشابهة له حتى نتصوره ويسهل علينا البحث عنه في الفقه الإسلامي، فالحكم عن الشيء فرع عن تصوره، فهذا العقد ظهر نتيجة تظافر عدة أسباب تتمثل في عجز الجزائر عن إيجاد حلول للقضاء على أزمة السكن، وفي ظل انخفاض الموارد المالية والنمو الديموغرافي السريع، والنزوح الريفي، أقر المشرع الجزائري تقنية جديدة تتلاءم مع الظروف المعيشية للمجتمع المتمثلة في عقد بيع البناء على التصاميم الذي هو عبارة عن عقد يرم بين البائع والمشتري حول إنجاز وحدة سكنية طبقاً للمواصفات الموجودة على التصاميم والمخططات في أجل محدد، على أن يلتزم البائع بنقل ملكيتها إلى المشتري بعد اكتملها، وبدوره يلتزم المشتري بدفع الأقساط متتالية من المبلغ الإجمالي للبناء كلما تقدمت الأشغال.

البند الثاني: التخرج الفقهي لعقد بيع البناء على التصاميم

فالتخريج الفقهي يكون بنقل حكم المسألة إلى ما يشابهها والتسوية بينهما فيه⁽¹⁾، فهل يعتبر عقد بيع البناء على التصاميم من قبيل بيع المعدوم؟ أم أنه من قبيل عقد الاستصناع أم أنه عقد مستقل.

ويقصد ببيع المعدوم بيع ما كان غير موجود في الواقع، أو كان غائباً عن مجلس العقد وموصوفاً في الذمة⁽²⁾، وقد ذهب جمهور الفقهاء من حنفية⁽³⁾ ومالكية⁽⁴⁾ وشافعية⁽⁵⁾ وحنابلة⁽⁶⁾ إلى بطلان بيع المعدوم، وذهب ابن تيمية وتلميذه ابن القيم إلى جوازه، وبَيَّنَّا ذلك بأن ما حظره الشارع من البيوع المعدومة كان للغرر وليس للعدم⁽⁷⁾، وعليه وبعد تحرير محل النزاع ومناقشة أدلة الطرفين فالراجح هو ما ذهب إليه ابن تيمية وابن القيم من خلال قاعدة أن كل معدوم مجهول المستقبل لا يجوز بيعه، وأن كل معدوم محقق الوجود في المستقبل بحسب العادة يجوز بيعه⁽⁸⁾، غير أن بيع المعدوم يختلف عن عقد بيع البناء على التصاميم فهذا الأخير ليس من قبيل بيع المعدوم.

وقد جاء قرار المجمع الفقهي وأقوال الفقهاء المعاصرين إلى اعتبار عقد بيع البناء على التصاميم من قبيل الاستصناع، فذهبوا إلى اعتبار البيع على الخريطة من تطبيقات الاستصناع؛ فنص المجمع الفقهي على ذلك في قراره المتعلق بالتمويل العقاري لبناء المساكن وشرائها قبل بنائها وفق المخططات الهندسية المفصلة الذي يقضي بـ: "إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنعقد في دورة مؤتمره السادس بجدة في المملكة العربية السعودية من 17-23 شعبان 1410 الموافق 14 - 20 آذار (مارس) 1990م، بعد اطلاعه على

(1) آل تيمية: [بدأ بتصنيفها الجدّ: مجد الدين عبد السلام بن تيمية (ت: 652هـ)، وأضاف إليها الأب: عبد الحليم بن تيمية (ت: 682هـ)، ثم أكملها الابن الحفيد: أحمد بن تيمية (728هـ)]، المسودة في أصول الفقه، تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد، دار الفضيلة، الرياض المملكة العربية السعودية، ط1، 1422هـ، ج2، ص947.

(2) عدي جلال محمود جراب، بيع المعدوم وتطبيقاتها المعاصرة في ضوء الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير تخصص الفقه والتشريع، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس فلسطين، 2012، ص19.

(3) الكاساني: علاء الدين، أبو بكر بن مسعود، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ط2، 1986، ج5، ص138.

(4) القرابي: أبو العباس شهاب الدين، أنوار البروق في أنواء الفروق، عالم الكتاب، د.د.ن، د.ت، ج3، ص256.

(5) الشيرازي: أبو إسحاق إبراهيم بنعلي بن يوسف، المهذب في الفقه الشافعي، دار الكتب العلمية، د.د.ن، د.ت، ج1، ص262.

(6) ابن قدامة: عبد الله، الكافي في فقه الإمام المجلد أحمد بن حنبل، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ط1، 1994، ج2، ص10.

(7) ابن تيمية: تقي الدين، مجموع الفتاوى، تحقيق: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم العاصمي النجدي، مكتبة ابن تيمية، ط2، ج20، ص542-544.

(8) أنظر تفاصيل المسألة، نعيم: عبد الرحمان، البيع على التصاميم في التشريع الجزائري-دراسة مقارنة بالشرعية الإسلامية-، أطروحة

دكتوراه، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة أحمد درارية، أدرار، 2020، ص134-139.

البحوث الواردة إلى المجمع بخصوص موضوع التمويل العقاري لبناء المساكن وشرائها، واستماعه للمناقشات التي دارت حوله قرر ما يلي:

أولاً: إن المسكن من الحاجات الأساسية للإنسان، وينبغي أن يوفر بالطرق المشروعة بمال حلال، وإن الطريقة التي تسلكها البنوك العقارية والإسكانية ونحوها، من الإقراض بفائدة قلت أو كثرت، هي طريقة محرمة شرعاً لما فيها من التعامل بالربا.

ثانياً: هناك طرق مشروعة يستغنى بها عن الطريقة المحرمة، لتوفير المسكن بالتملك (فضلاً عن إمكانية توفيره بالإيجار)، منها:

د- أن تملك المساكن عن طريق عقد الاستصناع - على أساس اعتباره لازماً - وبذلك يتم شراء المسكن قبل بنائه، بحسب الوصف الدقيق المزيل للجهالة المؤدية للنزاع، دون وجوب تعجيل جميع الثمن، بل يجوز تأجيله بأقساط يتفق عليها، مع مراعاة الشروط والأحوال المقررة لعقد الاستصناع لدى الفقهاء الذين ميّزوه عن عقد السلم.⁽¹⁾

وهذا ما ذهب إليه الكثير من فقهاء الشريعة؛ فقال الزحيلي: "وأصبح شراء البيوت السكنية على الخريطة بعد صدور الرخصة الرسمية من الحكومة معتمداً على عقود الاستصناع"⁽²⁾، وقال: "ومن أبرز الأمثلة والتطبيقات لعقد الاستصناع بيع الدور والمنازل والبيوت السكنية على الخريطة ضمن أوصاف محددة، فإن بيع هذه الأشياء في الواقع لا يمكن تسويغه إلا على أساس عقد الاستصناع"⁽³⁾.

وقال عبد اللطيف الفرفور: "ومن التطبيقات الجديدة على عقد الاستصناع بيع الدور السكنية وما شاكلها على الخريطة، ضمن أوصاف محددة، فهذا الأمر لا يصح إلا بتخرجه على عقد استصناع، ويعد العقد صحيحاً إذا ذكرت في شروط العقد كل المواصفات التي تمنع الجهالة المفضية إلى النزاع"⁽⁴⁾.

(1) قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم: "50 (1/6)، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 6، جدة المملكة العربية السعودية، من 17-23 شعبان 1410 الموافق 14 - 20 آذار (مارس) 1990م، ج 1، ص 188.

(2) الزحيلي: وهبة، المعاملات المالية المعاصرة، مرجع سابق، ص 308.

(3) الزحيلي: وهبة، عقد الاستصناع، بحث منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي الصادرة عن الشركة العربية لتقنية المعلومات، 2007، ص 17.

(4) الفرفور: عبد اللطيف صالح، أثر الاستصناع في تنشيط الحركة الصناعية، بحث منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي الصادرة عن الشركة العربية لتقنية المعلومات، 2007، ص 9. وانظر: عتر: محمد ماجد، المفصل في الفقه الحنفي - الأموال والمعاملات المالية وفق مقتضيات العصر ومعطيات سائر المذاهب، مكتبة المستقبل، سوريا، ط 1، 2005، ص 235. / الثبتي: سعود بن مسعد، الاستصناع - أثره في تنشيط الحركة

وذهب العميرة في كتابه نوازل العقار إلى إلحاقه بعقد الاستصناع بقوله: "أما الصورة الأخرى وهي بيع هذه الشقق والطبقات قبل إنشاء المشروع، وصورته أن يقوم مالك العقار ببيع شقق أو طبقات لعموم الناس على أن التسليم يكون بعد إجراء العقد ومضي مدة كافية لبناء المشروع... وأما البيع الآخر وهو بيع شقة أو طبقة موصوفة في الذمة فهو في حكم عقد الاستصناع، ووجه كون هذه الصورة من باب الاستصناع، أن مالك الأرض يبيع موصوفاً في الذمة بشرط العمل، فهو يبيع شقة موصوفة في الذمة بشرط بنائها وإكمالها وتسليمها للمالك الجديد".⁽¹⁾

ولقد اعترض بعض الفقهاء المعاصرين على تكييف البيع على التصاميم على أنه عقد استصناع ومنهم:

- محمد سكهال المجاجي حيث قال: "ويمكننا أن نستفيد من جواز البيع على البرنامج الحكم بالجواز من باب أولى في شأن بيع المصنوعات والأبنية الحديثة وغير ذلك، إذا كان التصميم والمعلومات المتعلقة بالمبيع بدفتر الصنع (الكتالوج)، واكتفى البائع بإطلاع المشتري على الدفتر للتعرف على المبيع، إلا أن بيع الأبنية قبل إنجازها يدخل في موضوع آخر، وهو بيع الشيء المعلوم وقت العقد، والقواعد لا تسمح بجواز مثل ذلك على أنه بيع محض، بل ربما يدخل في باب الإجارة أيضاً، لأن العقد يتناول ضمناً شراء المواد وأجرة القيام بالبناء وله أصل في "المدونة" في كتاب الإجارة باب: الرجل يستأجر البناء على بناء داره، وعلى البناء الآجر والجص".²

- سعد الدين محمد الكبي في كتابه المعاملات المالية المعاصرة في ضوء الإسلام حيث أورد اعتراضاً ودفعه، فقال: "وقد يعترض معترض فيقول: لماذا لم يلحق بيع الشقق على الخريطة بعقد الاستصناع؟ فأقول: إن عقد الاستصناع قسم من أقسام السلم عند الجمهور، ويشترط فيه ما يشترط في السلم، إلا أن الحنفية فرقوا بين السلم والاستصناع، فالسلم عندهم ما كان مؤجلاً بشهر فأكثر، والمؤجل بدون استصناع، بشرط أن يجري فيه تعامل، وإلا كان استصناعاً فاسداً، لذلك فلا يصح إلحاقه بعقد الاستصناع المقرر عند الحنفية".³

الاقتصادية، دار ابن حزم، بيروت لبنان، ط1، 1990، ص77. / النعيمي: ضحى محمد سعيد، مفهوم بيع العقار على الخريطة وتكييفه القانوني - دراسة مقارنة -، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الموصل، العراق، العدد 49، جانفي، 2012، ص223-286.

(1) العميرة: أحمد بن عبد العزيز، مرجع سابق، ص170-171. / وانظر: عفانة: حسام الدين بن موسى، فتاوى يسألونك، مكتبة دنديس، الضفة الغربية فلسطين، ط1، 2007، ج1، ص249. / البدران: كاسب بن عبد الكريم، عقد الاستصناع أو عقد المقاول في الفقه الإسلامي - دراسة مقارنة -، رسالة ماجستير، كلية التربية، جامعة الملك فيصل، المملكة العربية السعودية، 1984، ص310.

(2) المجاجي: محمد سكهال، أحكام عقد البيع في الفقه الإسلامي المالكي، دار ابن حزم، بيروت لبنان، ط1، 2001، ص135.

(3) أنظر: نعيمي: عبد الرحمان، مرجع سابق، ص179.

-محمد توفيق رمضان البوطي: " فإنني أرى أن تصحيح المساكن عن طريق عقد الاستصناع موضع نظر".¹

وقد رأى بعض الفقهاء المعاصرين مجموعة من صور يمكن من خلالها تحقيق تقسيط القيمة بما يساعد طرفي العقد، وتفادياً للمخالفات الشرعية منها:² فبعد تحديد الأرض وتعيينها وتحضيرها للبناء بالدراسة الهندسية واستخراج الرخصة، ورسم التصميم المفصل للبناء، يشتري الراغب في شراء بيت أو مخزن أو مستودع حصة من الأرض المقرر البناء عليها تكافئ حصته من مجموع البناء، ويمكن اعتبار المبلغ المدفوع ثمناً لهذه الحصة القسط الأول من ثمن العقار المرغوب، كما يمكن أن يقسم هذا المبلغ على أقساط لأن الأرض معينة.

-يدفع هذا المشترك الحصة المترتبة من تكاليف الدراسة الهندسية وإجراءات ال ترخيص ونحو ذلك، كما يمكن أن يدفع المشتركون ثمن مواد البناء على مراحل وفقاً للمرحلة المراد إنشاؤها وبحسب الحصة السهمية للمشارك إلى المتعهد كوكيل لهم بشرائها، أو يشتروها منه نقداً أو تقسيطاً أو دينا إن كانت متوفرة عنده، أو يشتروها منه سلماً إلى أجل محدد، أو يوكلونه بشرائها على ذمتهم إن أمكن ذلك.

-يتفق كل مشترك مع المتعهد على أجور توكيله بشراء تلك المواد وتأمينها وحفظها وكيفية تسديد تلك الأجور، إضافة إلى اتفاق كل مشترك مع المتعهد على أجور تنفيذ البناء وكيفية دفعها، وبعد اكتمال بناء الهيكل تحدد قيمة كل شقة أو مخزن أو غيره بالنظر إلى موقعه ومستواه وغير ذلك، بالنظر إلى مجموع قيمة البناء الكلية.

-يملك المشتركون المتماثلون في وصف العقار الذي تم شراؤه تلك العقارات بصفة شائعة ثم يتم التخصيص إما بالقرعة أو بأسبغية الاشتراك، على أحقية اختيار حصة كل منهم مع مراعاة فروق القيمة باعتبار الموقع والخصائص الأخرى مثال: المشتركون في شراء بناء، كل طابق منه يتكون من ثلاث شقق مساحتها 125م²، 100م²، 90م²، يتراضى الذين اشتروا الشقق منها 125م² فيما بينهم على اختصاص كل منهم بشقة بالقرعة، أو غيرها من وجوه التراضي أو وفق أسس إزالة الشبوع شرعاً، وهكذا المشتركون في الشقق ذات 100م².

غير أن ما يعاب على هذه الصور أنها غير ممكنة التحقق على أرض الواقع ولا تُوجد حلاً، خاصة في المشاريع الضخمة التي يتم فيها بناء عشرات الآلاف من الشقق على الخريطة ضمن مجمع سكني يعلن عنه؛ فمن غير الممكن عملياً أنه كلما تقدم راغب في الشراء يتم تسجيل حصة من الأرض باسمه، فلا يخف على واحد أن إشراك الآلاف في نقل ملكية الأرض أمر يكاد يكون مستحيلًا عملياً، ولا يمكن انتظار الشروع في

¹ البوطي: توفيق رمضان، البيوع الشائعة وأثر ضوابط المبيع على شرعيتها، دار الفكر، دمشق سوريا، ط6، 2010م، ص184-192.

² نعيمي: عبد الرحمان، مرجع سابق، ص181.

البناء إلى حين بيع كافة الوحدات العقارية وتسجيلها باسم جميع المشترين للبدء في البناء، بل الذي يحصل أن البائع يشرع في عملية البناء بعد بيع عدد معين من الوحدات التي تكفي أقساطها الأولى لتمويل البناء في مراحلها الأولى، على أن يتم بيع باقي الوحدات طول الفترة المستغرقة لعملية البناء.⁽¹⁾

ولا يمكن اعتبار عقد بيع البناء على التصاميم كعقد مستقل في الفقه الإسلامي نظراً للتشابه الكبير بينه وبين الاستصناع والتي حاول المجمع الفقهي تكييفها وإيجاد حلول لأوجه الاختلاف من خلال بيان لزومه بقوله "على أساس اعتباره لازماً" في هذا النوع من العقود، كما أن الراجح عند الفقهاء أن الاستصناع يقتضي العين والعمل معاً، وهو ما أقره أيضاً مجمع الفقه الإسلامي بقوله: "وهو عقد وارد على العمل والعين في الذمة"⁽²⁾ بخلاف ما رآه الباحث نعيمة عبد الرحمان⁽³⁾، حتى وإن كان نقل الملكية يختلف بين عقد بيع البناء على التصاميم وعقد الاستصناع إلا أننا نجد أن الفقه الإسلامي يكرس حماية أيضاً للمشتري خاصة وأن حكم العقد بالنسبة للمستصنع إذا أتى الصانع بالمصنوع على الصفة المشروطة هو ثبوت الملك؛ وهذا فيه حماية للمستصنع-المشتري-حتى لا يلزم بأخذ الشيء المصنوع وهو غير راض عنه، وهذا الفرق لا يمكن بأي حال من الأحوال أن يخرج عقد بيع البناء على التصاميم على كونه صورة من صور الاستصناع.

وعلى هذا فإن التكييف الفقهي والراجح-والله أعلم-لعقد بيع البناء على التصاميم أنه صورة من صور عقد الاستصناع في الفقه الإسلامي، فلا هو من قبيل بيع المعلوم، ولا يمكن اعتباره عقد بيع مستقل نظراً لتوفر شروط الاستصناع فيه حتى وإن كان الاختلاف في بعضها إلا أنها لا تخرج العقد من الاستصناع-كما سبق بيانه-⁽⁴⁾ مما يستوجب دراسة هذا العقد بتعريفه وبيان حكمه في الفقه الإسلامي، والتعريف بعد ذلك لمعرفة خصائصه على النحو التالي.

أولاً: تعريف عقد الاستصناع: لا حاجة لتعريف العقد باعتبار أننا تناولناه بالدراسة في المطلب السابق، وعلى هذا سنكتفي بتعريف الاستصناع في اللغة والاصطلاح.

(1) نعيمة: عبد الرحمان، مرجع سابق، ص 185-186.

(2) انظر: الملحق رقم 02، ص 361 من هذه الأطروحة.

(3) حيث ذكر أنها مسألة خلافية، وبالتالي هناك اختلاف بين عقد بيع البناء على التصاميم وعقد الاستصناع مما يخرج هذا العقد من

الاستصناع. نعيمة: عبد الرحمان، المرجع نفسه، ص 187.

(4) انظر: الصفحة 54-55 من هذه الأطروحة.

1-تعريف الاستصناع لغة: من "صنع" يصنعه صنعاً، فهو مصنوع، وصنع عمله وهي حرفة الصانع الذي يعمل بيده، فاسم الفاعل صانع واسم المفعول مصنوع والجمع صناع ومكان العمل مصنع⁽¹⁾، فالاستصناع هو ما يُطلب من حرفي صنعه فيما يصنع؛ أي في صناعته وحرفته.

2-تعريف الاستصناع اصطلاحاً: إن الباحث في كتب الفقهاء يدرك أنهم تعاملوا بالاستصناع وفق منهجين؛ الأول أفرده بالبحث وتوسع في بيان مسائله ضمن باب مستقل باعتباره عقداً مستقلاً عن غيره من العقود وهم فقهاء الحنفية⁽²⁾، والثاني أدرجه ضمن أبواب فقهية مختلفة باعتباره نوعاً من عقد السلم أو البيع بالصفة، وهم جمهور العلماء من مالكية⁽³⁾ وشافعية⁽⁴⁾ وحنابلة⁽⁵⁾، وكلا المنهجين سنبينهما على النحو التالي:

أ-تعريف الاستصناع عند الحنفية: لقد سلك علماء الحنفية في تعريف الاستصناع طريقتين؛ فمهم من عرفه رسماً، ومنهم من عرفه بذكر صورته (حدا).⁽⁶⁾

(1) انظر: ابن منظور: أبو الفضل جمال الدين، مرجع سابق، ج8، ص208. / الفيومي: محمد بن علي، مرجع سابق، ج1، ص348.
(2) انظر: الكاساني: علاء الدين، أبو بكر بن مسعود، مرجع سابق، ج5، ص2. / ابن نجيم: زين الدين بن إبراهيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، مرجع سابق، ج6، ص185-186. / السرخسي: محمد بن أحمد، المبسوط، دار المعرفة، بيروت لبنان، 1993، ج15، ص85. / الزيعلي: عثمان بن علي بن محجن فخر الدين، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشُّلبي، المطبعة الكبرى الأميرية، القاهرة مصر، ط1، 1313هـ، ج4، ص124. / السُّعدي: أبو الحسن علي بن الحسين بن محمد، التنف في الفتاوى، تحقيق المحامي الدكتور صلاح الدين الناهي، دار الفرقان، عمان الأردن، ط2، 1984، ج2، ص576. / ابن نجيم: سراج الدين عمر بن إبراهيم، النهر الفائق شرح كنز الدقائق، مرجع سابق، ج3، ص510. / ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز، رد المختار على الدر المختار، دار الفكر، بيروت لبنان، ط2، 1992، ج5، ص223.

(3) انظر: المواق: محمد بن يوسف بن أبي القاسم أبو عبد الله، التاج والإكليل لمختصر خليل، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ط1، 1994، ج7، ص526. / الخرشي: محمد بن عبد الله، مرجع سابق، ج5، ص223. / الصاوي: أبو العباس أحمد بن محمد الخلوئي، بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير، دار المعارف، القاهرة مصر، د.ت، ج3، ص257. / الدسوقي: محمد بن أحمد بن عرفة، مرجع سابق، ج4، ص56.

(4) الشافعي: أبو عبد الله محمد بن إدريس، الأم، دار المعرفة، بيروت لبنان، 1990، ج3، ص134. / الرملي: شمس الدين محمد بن أبي العباس، مرجع سابق، ج4، ص212. / الشافعي: كمال الدين، محمد بن موسى بن عيسى بن علي الدَميري أبو البقاء، النجم الوهاج في شرح المنهاج، دار المنهاج، جدة المملكة العربية السعودية، ط1، 2004، ج4، ص257.

(5) البهوتي: منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس، مرجع سابق، ج3، ص165.

(6) الرسم: هو لفظ وجيز يميز المخبر عنه عما سواه فقط دون أن ينبئ عن طبيعته كقولك: الإنسان هو الضحاك فإنك ميزت الإنسان بمذا اللفظ تمييزاً صحيحاً مما سواه، إلا أنك لم تخبر بطبيعته. أما الحد: هو لفظ وجيز يدل على طبيعة الشيء المخبر عنه كقولك: الجسم هو طويل عريض عميق، فإن الطول والعرض والعمق هي طبائع الجسم. والفرق بين الرسم والحد أن الحد مأخوذ من طبيعة الشيء، والرسم من أعراضه. ابن حزم: أبو محمد علي بن أحمد، الإحكام في أصول الأحكام، تحقيق: أحمد محمد شاكر، دار الأفاق الجديدة، بيروت لبنان، د.ت، ج1، ص35-36.

فأما تعريفه رسماً: جاء في بدائع الصنائع: "أما صورة الاستصناع فهي أن يقول إنسان لصانع - من خفاف أو صفار أو غيرهما -: اعمل لي خفا، أو آنية من أديم أو نحاس، من عندك بثمان كذا، ويبين نوع ما يعمل وقدره وصفته، فيقول الصانع: نعم"⁽¹⁾، وجاء في البحر الرائق: "وشرعا أن يقول لصاحب خف أو مكعب أو صفار اصنع لي خفا طوله كذا وسعته كذا أو دستا أي برمة تسع كذا ووزنها كذا على هيئة كذا بكذا وكذا ويعطي الثمن المسمى أو لا يعطي شيئاً فيقبل الآخر منه"⁽²⁾.

أما تعريفه حداً: جاء في بدائع الصنائع: "قال بعضهم: هو عقد على مبيع في الذمة، وقال بعضهم: هو عقد على مبيع في الذمة شرط فيه العمل"⁽³⁾، وجاء في حاشية ابن عابدين: "طلب العمل منه في شيء خاص على وجه مخصوص"⁽⁴⁾.

وما يلاحظ على هذه التعاريف، أن من عرفه باعتباره رسماً؛ قد عرفه على أساس ما كان متداولاً في وقته وزمانه، فقد ذكر الحنفية صوراً معروفة في وقتهم وبمواد أولية مستعملة لديهم، وهذا لا يمنع أن تدخل اليوم أنواعاً جديدة بما تملية الظروف الاقتصادية⁽⁵⁾، أما من عرفه حداً فلم يبين حقيقة عقد الاستصناع هل هو عقد أم وعد؟، وهل هو بيع أم لا؟

وبالجمع بين هذه التعاريف يمكن الوصول إلى تعريف جامع للاستصناع وهو التعريف المختار: "الاستصناع هو عقد على مبيع موصوف في الذمة يشترط فيه العمل على وجه مخصوص بثمان معلوم"⁽⁶⁾.

فالقول بأنه "عقد" يخرج ما هو وعد عند أكثر فقهاء الحنفية، والقول بأنه "مبيع" قيد ثان احترز به من الاجارة، والقول بأنه "على مبيع" ينبئ على أن هناك شيئاً يباع، والقول بأنه "في الذمة" قيد ثالث احترز به من البيع بإطلاقه؛ إذ المطلوب هنا صنعه في الذمة لا قبضه في المجلس، والقول بأنه "شرط فيه العمل" قيد رابع احترز به من السلم؛ فهذا الأخير هو بيع عاجل أما الاستصناع فلا يشترط فيه أخذ الثمن عاجلاً،

(1) الكاساني: علاء الدين، أبو بكر بن مسعود، مرجع سابق، ج5، ص2.

(2) ابن نجيم: زين الدين بن إبراهيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، مرجع سابق، ج6، ص185.

(3) الكاساني: علاء الدين، أبو بكر بن مسعود، المرجع السابق، ج5، ص2.

(4) ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز، مرجع سابق، ج5، ص223.

(5) انظر: النشوى: ناصر، أحكام عقد الاستصناع في الفقه الإسلامي - دراسة مقارنة -، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية مصر، 2005،

ص96. / البدران: كاسب بن عبد الكريم، مرجع سابق، ص54. / لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية، مجلة الأحكام

العدلية، مرجع سابق، ص75.

(6) البدران: كاسب بن عبد الكريم، المرجع نفسه، ص59.

والقول بأنه "على وجه مخصوص" قيد احتراز به ما لم يستجمع شروط الاستصناع، والقول "بثمن معلوم" قيد احتراز به نفي الغرر بتحديد سعر أولي للصنع.⁽¹⁾

ب- تعريف الاستصناع عند الجمهور: لم يعترف الجمهور من مالكية وشافعية وحنابلة بالاستصناع كعقد مستقل مسمى باسمه كما فعل الحنفية، بل أدجوا مسائله تارة في عقد السلم، وتارة أخرى في البيع بالصفة، فكان لكل مذهب خصوصية في تعريفه، وهذا ما سأحاول توضيحه من خلال ما يلي:

فالمالكية استعملوا لفظة "استصنع واستصناع" في أواخر باب السلم، فجاء في المدونة تحت عنوان السلم في الصناعات: "قلت ما قول مالك في رجل استصنع طستاً⁽²⁾ أو توراً⁽³⁾ أو قمقماً⁽⁴⁾ أو قلنسوة⁽⁵⁾ أو خفين أو لبدا⁽⁶⁾ أو استنحت سرجاً أو قارورة أو قدحاً أو شيئاً مما يعمل الناس في أسواقهم من آيتهم أو أمتعتهم التي يستعملون في أسواقهم عند الصانع"⁽⁷⁾، وجاء في بلغة السالك: "ثم شبه في السلم قوله: (كاستصناع سيف) أو ركاب من حداد (أو سرج) من سروجي أو ثوب من حياك أو باب من نجار على صفة معلومة بثمن معلوم، فيجوز وهو سلم تشتترط فيه شروطه كان البائع دائم العمل أم لا"⁽⁸⁾، ولخص ابن رشد في المقدمات رأي المالكية في السلم بالصناعات بقوله: "وأما السلم في الصناعات فينقسم في مذهب ابن القاسم على أربعة أقسام، (أحدها) أن لا يشترط المسلم المستعمل-عمل من استعمله، ولا يعين ما يعمل منه، (والثاني) أن يشترط عمله ويعين ما يعمل منه، (والثالث) ألا يشترط عمله ويعين ما يعمل منه، (والرابع) أن يشترط عمله ولا يعين ما يعمل منه؛ فأما الوجه الأول وهو أن لا يشترط عمله ولا يعين ما يعمل منه، فهو سلم على حكم السلم لا يجوز إلا بوصف العمل وضرب الأجل وتقديم رأس المال"⁽⁹⁾.

(1) البدران: كاسب بن عبد الكريم، مرجع سابق، ص 60-61.

(2) الطست: إناء كبير مستدير من نحاس أو غيره يغسل فيه. الزبيدي: عبد الرزاق الحسيني، مرجع سابق، ج 5، ص 5.

(3) التور: إناء صغير من صفر أو حجارة يشرب منه وقد يتوضأ منه ويؤكل منه الطعام. انظر: الصديقي الكجراتي: جمال الدين محمد طاهر بن علي، مجمع بحار الأنوار في غرائب التنزيل ولطائف الأخبار، مطبعة مجلس دائرة المعارف العثمانية، ط 3، 1967، ج 1، ص 275. / الحسيني: محمد بن محمد بن عبد الرزاق، مرجع سابق، ج 10، ص 297.

(4) القمقم ما يسخن فيه الماء من نحاس وغيره. الصديقي الكجراتي: جمال الدين محمد طاهر بن علي، المرجع نفسه، ج 4، ص 322.

(5) القلنسوة: من ملابس الرؤوس وهي عبارة عن غطاء يوضع على الرأس. ابن منظور، مرجع سابق، ج 6، ص 181.

(6) اللبد: ما يلبس منه للمطر وهو من الصوف. الرازي: زين الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر، مرجع سابق، ج 1، ص 278.

(7) الإمام مالك: بن أنس بن مالك بن عامر الأصبجي، المدونة الكبرى، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، 1994، ج 3، ص 68-69.

(8) الصاوي: أبو العباس أحمد بن محمد الخلوقي، مرجع سابق، ج 3، ص 287.

(9) ابن رشد: أبو الوليد محمد بن أحمد، المقدمات الممهديات، تحقيق: محمد حجي، دار الغرب الإسلامي، بيروت لبنان، ط 1، 1988، ج 2، ص 32.

ويستدل من هذا أن من يطلب من صانع صنع شيء له فهو جائز ولكن حكمه حكم السلم وبشروط السلم لا يخرج عنا، والاستصناع هو ما كان فيه طلب صنعة على وجه مخصوص ويكون بالذمة، ولم يعين فيه العامل بل أطلق الطلب، فقد يكون الصانع نفسه أو غيره، وكذلك لم تعين المادة بالذات بل وصفت بأوصاف معروفة تخرج العقد عن المنازعة والغرر، وأضاف ابن رشد بأن تكون بشروط السلم.⁽¹⁾

فالاستصناع عند المالكية "هو بيع موصوف مؤجل في الذمة بغير جنسه يشترط فيه الصنعة ويخضع لشروط السلم".

أما الشافعية فنجد أن الإمام الشافعي من خلال كتابه الأم قد قسم السلم بالصناعات إلى قسمين؛ فالأول ما كان من مادة خام واحدة ما عدا المادة المزينة كالخشب والرصاص أو الذهب والفضة يجوز السلف فيها ولو كان معه مادة مزينة، وعلّة ذلك أن المادة الخام الواحدة يمكن ضبطها ومعرفة ما وضع منها فلا يحصل نزاع بين طالب الصنعة والصانع، أما الثاني ما كان مصنوعاً من مادتي خام فأكثر عدا المادة المزينة فلا خير في السلف بهذه الصورة؛ ذلك أنه إذا اختلطا لم يتميز أحدهما عن الآخر فهو سلف بمجهول.⁽²⁾

ومن هنا يفهم بأن الشافعية أجازوا الاستصناع عن طريق السلم بشرط ضبط الصفات، أي إذا كان المستصنع فيه من مادة واحدة أو مادتين لا يؤديان - جهالة قدرهما - إلى المنازعة، بأن أمكن معرفة كل منهما لتمييزها عن بعضهما وإلا فلا يجوز فيهما إذا اختلطا، ولم يمكن تمييز قدر كل واحد عن الآخر.⁽³⁾

وعلى هذا فإذا كان السلم عندهم "هو بيع شيء موصوف في الذمة بتسليم رأس المال في المجلس"⁽⁴⁾، فيكون الاستصناع "هو بيع موصوف في الذمة يشترط فيه الصنعة بضبط صفات المصنوع".

أما الحنابلة فنجد أنهم قد منعه وذكروه في باب بيع ما ليس عند الإنسان على غير وجه السلم، فجاء في الإنصاف: "ذكر القاضي وأصحابه: أنه لا يصح استصناع سلعة لأنه باع ما ليس عنده على غير وجه

(1) البدان: كاسب بن عبد الكريم، مرجع سابق، ص 65.

(2) انظر: الشافعي: أبو عبد الله محمد بن إدريس، مرجع سابق، ج 3، ص 98 وما بعدها.

(3) سعيد: محمد رأفت، عقد الاستصناع وعلاقته بالعقود الجائزة، دار الوفاء، المنصورة مصر، ط 1، 2002، ص 16.

(4) انظر: الشريبي: شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ط 1، 1994، ج 3، ص 4. / النووي: أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف، منهاج الطالبين وعمدة المفتين في الفقه، تحقيق: عوض قاسم أحمد عوض، دار الفكر، دمشق سوريا، 2005، ج 1، ص 110.

السلم"⁽¹⁾، وعلى هذا يمكن تعريف الاستصناع عند الحنابلة بأنه: "بيع على موصوف يشترط فيه الصنع لا على وجه السلم"⁽²⁾.⁽³⁾

وإذا نظرنا إلى المعاصرين نجد بأن أغلبهم قد أخذ برأي الحنفية، وأجازوا عقد بيع البناء على التصاميم على غرار اختلاف التسمية التي سموا بها بناء على تكييفهم له على أنه عقد استصناع، وعلى ذلك فقد عرفوا الاستصناع بعدة تعريفات منها: "هو العقد على شراء ما سيصنعه الصانع، وتكون العين أو مادة الصنع والعمل من الصانع"⁽⁴⁾ أو هو: "طلب عمل صنعة ممن عنده عينها على صفة معينة بثمن معلوم"⁽⁵⁾، ومنهم من عرفهم بصورة المثل فقال: "وصورته أن يقول شخص لنجار مثلاً اصنع لي مكتباً من خشب كذا، مع بيان جميع أوصاف المكتب التي يرغب فيها بثمن كذا في مدة أسبوع مثلاً، فيقول النجار بذلك، فإن كانت العين من المستصنع كان العقد إجارة"⁽⁶⁾.

ومن هنا يفهم أن عقد الاستصناع عند المعاصرين هو: "اتفاق على صناعة شيء في الذمة يشترط فيه العمل والمادة المصنعة من الصانع على صفة معينة تنفي الغرر والجهالة والنزاع على التسليم، مع تحديد أجل تسليم العمل والثمن مسبقاً"⁽⁷⁾.

وعليه فإن صورة عقد الاستصناع هي: "أن يوصي الإنسان على بعض أشياءه الخاصة وفق ما يلائم حاجته وذوقه من الأوصاف، لدى من يصنعها له من محترفي صناعتها، بمادة وعناصر من عند صانعها، وبثمن معين في مدة يتفق عليها، وذلك لصعوبة تجميع تلك العناصر، وبالمقادير التي تحتاج السلعة من قبل راغبها"⁽⁸⁾.

(1) المرادوي: علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، دار إحياء التراث العربي، بيروت لبنان، ط2، ج4، ص300. وانظر: البهوتي: منصور بن يونس بن صلاح الدين، مرجع سابق، ج3، ص165.

(2) لا على وجه السلم: يشترط الحنابلة من خلال هذا القول عدم ضرب الأجل في الاستصناع.

(3) البدران: كاسب بن عبد الكريم، مرجع سابق، ص73.

(4) الزحيلي: وهبة، عقد الستصناع، مرجع سابق، ص799.

(5) شليبي: حمدي عبد المنعم، الإمتاع في أحكام الاستصناع، مجلة البحوث الفقهية والقانونية، كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، العدد التاسع عشر، 2004، ج2، ص823.

(6) الزحيلي: محمد، عقد السلم والاستصناع في الفقه الإسلامي والتمويل الاقتصادي، مجلة كلية الدراسات الإسلامية والعربية، الإمارات العربية المتحدة، العدد الثالث عشر، 1996، ص201.

(7) اسطنبولي: محي الدين، عقد الاستصناع وأهميته في الاستثمار - دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون -، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم الإسلامية - تخصص أصول الفقه -، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر -1-، 2016، ص26.

(8) الزرقا: مصطفى أحمد، عقد الاستصناع ومدى أهميته في الاستثمارات الإسلامية المعاصرة، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 7، جدة المملكة العربية السعودية، من 7-12 ذو القعدة 1412هـ الموافق 9-14 ماي 1992م، ج7، ص740.

ثانياً: حكم عقد الاستصناع

يرى جمهور العلماء جواز عقد الاستصناع غير أنهم اختلفوا في تكييفه، وذلك في كونه عقد مستقل له حقيقته وشروط خاصة به أو هو عقد سلم على قولين:

القول الأول: ذهب جمهور الفقهاء من المالكية⁽¹⁾ والشافعية⁽²⁾ والحنابلة⁽³⁾ وزفر⁽⁴⁾ من الحنفية⁽⁵⁾ إلى أن الاستصناع هو من باب السلم ويشترط له ما يشترط للسلم، وغير ذلك فالاستصناع غير جائز عندهم على الصورة التي ذكرها الأحناف⁽⁶⁾، واستدلوا على ذلك بالأدلة التالية:

أ- من السنة:

(1) انظر: الدسوقي: محمد بن أحمد بن عرفة، مرجع سابق، ج3، ص217. / المواق: محمد بن يوسف بن أبي القاسم أبو عبد الله، مرجع سابق، ج6، ص517.

(2) انظر: الشافعي: أبو عبد الله محمد بن إدريس، الأم، مرجع سابق، ج3، ص133. / السنيني: زكريا بن محمد، أسنى المطالب في شرح روض الطالب، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة مصر، د.ت، ج3، ص32.

(3) المقدسي الصالحي: محمد بن مفلح بن محمد بن مفرج، الفروع، عالم الكتاب، الرياض المملكة العربية السعودية، د.ت، ج4، ص24. / الرحيباني: مصطفى بن سعد السيوطي، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، المكتب الإسلامي، ط2، 1994، ج3، ص210.

(4) زفر بن الهذيل العنبري ويكنى أبا الهذيل وكان قد سمع الحديث ونظر في الرأي فغلب عليه ونسب إليه، أصله من أصبهان، تفقه على يد أبي حنيفة وهو من أكبر تلامذته بالبصرة، التي مات بها (110-158هـ-728-775م) أحد الفقهاء الكبار في المذهب الحنفي. انظر: ابن سعد: أبو عبد الله البصري، الطبقات الكبرى، تحقيق إحسان عباس، دار صادر، بيروت لبنان، 1968، ج6، ص387. / الذهبي: شمس الدين أبو عبد الله، سير أعلام النبلاء، تحقيق: مجموعة من المحققين بإشراف شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت لبنان، ط3، 1985، ج8، ص38.

(5) ابن الهمام: كمال الدين، فتح القدير، دار الفكر، بيروت لبنان، د.ت، ج7، ص114.

(6) فالمالكية شبهوا مسائل الاستصناع بمسائل السلم، واعطوه حكم السلم، أما الشافعية فقد منعه الإمام الشافعي وقيد المنع في كتابه الأم فيما إذا كان الصنع يؤدي إلى الجهالة المفضية إلى المنازعة وإلا فهو جائز إن استطعنا ضبط الصفات من جميع الوجوه، أما أصحاب الشافعي ومن جاء بعده فقد ساروا على ما سار عليه أصحاب المذاهب الأربعة على جواز السلم بالصناعات بشروطها عندهم، وأما الحنابلة فقد منع الاستصناع عندهم لكنهم أجازوا السلم بالصناعات بشروطها المذكورة عندهم، وعليه فأصحاب هذا الاتجاه متفقون في رأيهم في السلم بالصناعات. انظر تفاصيل المسألة البدان: كاسب بن عبد الكريم، مرجع سابق، ص106-117.

1- عن نافع عن ابن عمر أن النبي ﷺ "نهى عن بيع الكالئ بالكالئ"⁽¹⁾، وفسره العلماء بأنه بيع الدين بالدين⁽²⁾، ووجه الاستدلال من خلال هذا الحديث: أنه إذا أجزنا تأخير الثمن في الاستصناع فيكون الثمن والسلعة كلاهما ديناً، فنقع في النهي الوارد في الحديث.

ونوقش هذا الدليل: بأنه على فرض التسليم بصحة هذا الحديث فإننا نقول بأن النهي عن بيع الدين بالدين عام والاستصناع (في حالة تأجيل البدل فيه) صورة خاصة يمكن استثناءها من ذلك النهي العام استناداً إلى أن العمل في الاستصناع جزء مهم من البيع، وذلك يجعله شبيهاً بالإجارة، والإجارة يجوز فيها تأخير الأجرة وتعجيلها⁽³⁾، إضافة إلى أن هذا الحديث ضعيف⁽⁴⁾.

2- عن حكيم بن حزام، قال: سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم. فقلت: يأتيني الرجل فيسألني من البيع ما ليس عندي، أبتاع له من السوق ثم أبيعته؟ قال: "لا تبع ما ليس عندك"⁽⁵⁾.

ووجه الاستدلال من الحديث: أن الاستصناع هو عقد وارد على معدوم ليس عند الإنسان، فهو داخل في النهي الوارد في الحديث.

ونوقش هذا الدليل من وجهين: الأول: أن معناه ينحصر في النهي عن بيع شيء معين غير مملوك لبائعه يكون على خطر الحصول عليه، كأن يقول: اشتري مني سلعة فلان، لأنه غرر فلا يدري هل يبيعها فلان

(1) أخرجه الدارقطني في سننه عن نافع عن ابن عمر، كتاب البيوع، رقم 269. / أخرجه البيهقي في سننه، كتاب البيوع، باب ما جاء في النهي عن بيع الدين بالدين، رقم 10536 (ج5، ص474). / أخرجه الحاكم في مستدركه، كتاب البيوع، رقم 2342. وقال عنه الألباني حديث ضعيف.

(2) الشوكاني: محمد بن علي، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار، تحقيق: عصام الدين الصباطي، دار الحديث، مصر، ط1، 1993م، ج5، ص185.

(3) بلخير: أحمد، عقد الاستصناع وتطبيقاته المعاصرة - دراسة حالة البنك الإسلامي للتنمية -، مذكرة مقدمة لنيل درجة الماجستير في الاقتصاد الإسلامي، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر - باتنة -، 2008، ص12.

(4) حيث تفرد به موسى بن عبيدة الربذي وقد قال فيه الإمام أحمد: لا تحل الرواية عنه عندي، ولا أعرف هذا الحديث من غيره، فإن قيل: يؤيده ما أخرجه الطبراني عن رافع بن خديج أن النبي صلى الله عليه وسلم: "نهى عن بيع كائى بكائى دين بدين"، قيل: إن في إسناده موسى المذكور لا يصلح شاهداً. الشوكاني: محمد بن علي، نيل الأوطار، مرجع سابق، ج5، ص177.

الألباني: أبو عبد الرحمن محمد ناصر الدين، ضعيف الجامع الصغير وزيادته، المكتب الإسلامي، بيروت لبنان، ج1، ص873.

(5) أخرجه الترميذي في سننه عن حكيم بن حزام، كتاب أبواب البيوع، باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عنده، رقم 1250. / ومالك في الموطأ، كتاب البيوع، باب العينة وما يشبهها، رقم 1315. / والبيهقي في سننه عن حكم بن حزام، كتاب البيوع، باب إباحة التجارة، رقم 10202. وقال عنه الألباني حديث صحيح.

أم لا، وهذا ما يؤدي إلى النزاع والخلاف⁽¹⁾، والثاني: جهة الإسناد حيث قيل: إن ابن حزام نقل قول عبد الحق حيث قال في رواية عبد الله بن عصمة: إنه مجهول.

ولكن رد عليه بأن النسائي احتج به وقد روي من غير وجه عن حكيم بن حزام وصححه الترمذي وابن حبان والألباني.⁽²⁾

ب-الإجماع: حيث أجمعت الأمة على عدم جواز بيع الدين بالدين، والاستصناع هو من قبيل بيع الدين بالدين، فيكون مجمعاً على منعه، وقد نقل هذا الإجماع غير واحد من العلماء، قال النووي: "وقد أجمع أهل العلم على أن بيع الدين بالدين لا يجوز نقل ذلك عن ابن المنذر".⁽³⁾

القول الثاني: ذهب جمهور الأحناف⁽⁴⁾ إلى أن الاستصناع ليس سلم فلا يجب مراعاة شروط السلم فيه، وهو ما ذهب إليه عدد كبير من الفقهاء المعاصرين⁽⁵⁾، ومجمع الفقه الإسلامي⁽⁶⁾، واستدلوا على ذلك من الكتاب والسنة والإجماع والمعقول:

(1) القرّة داغي: علي محي الدين، حديث لا تبع ما ليس عندك-سندة وفقهه-، بحث منشور في كتاب: بحوث في فقه المعاملات المعاصرة، دار البشائر، بيروت لبنان، 2001م، ص106. وانظر: البغوي: الحسين بن مسعود، شرح السنة، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، المكتب الإسلامي، بيروت لبنان، ط2، 1983م، ج8، ص140-141.

(2) العسقلاني: ابن حجر، التلخيص الحبير في تخرّيج أحاديث الرافعي الكبير، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، 1989م، ج5، ص3.

(3) النووي: أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف، المجموع شرح المهذب، دار الفكر، بيروت لبنان، د.ت، ج10، ص107.

(4) انظر: الكاساني: علاء الدين أبو بكر بن مسعود، مرجع سابق، ج5، ص2. / السرخسي: محمد بن أحمد، مرجع سابق، ج15، ص85.

(5) انظر: الزحيلي: وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج4، ص632. / الزرقا: مصطفى أحمد، عقد الاستصناع ومدى أهميته في الاستثمارات الإسلامية المعاصرة، مرجع سابق، ص18-19.

(6) إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنعقد في دورة مؤتمره السابع بجدة في المملكة العربية السعودية من 7-12 ذي القعدة 1412 الموافق 9 - 14 أيار (مايو) 1992م، بعد اطلاعه على البحوث الواردة إلى المجمع بخصوص موضوع عقد الاستصناع، وبعد استماعه للمناقشات التي دارت حوله، ومراعاة لمقاصد الشريعة في مصالح العباد والقواعد الفقهية في العقود والتصرفات، ونظراً لأن عقد الاستصناع له دور كبير في تنشيط الصناعة، وفي فتح مجالات واسعة للتمويل والنهوض بالاقتصاد الإسلامي، قرر ما يلي:

أولاً: إن عقد الاستصناع - وهو عقد وارد على العمل والعين في الذمة - ملزم للطرفين إذا توافرت فيه الأركان والشروط.

ثانياً: يشترط في عقد الاستصناع ما يلي:

أ - بيان جنس المستصنع ونوعه وقدره وأوصافه المطلوبة.

ب - أن يحدد فيه الأجل.

ثالثاً: يجوز في عقد الاستصناع تأجيل الثمن كله، أو تقسيطه إلى أقساط معلومة لآجال محددة.

رابعاً: يجوز أن يتضمن عقد الاستصناع شرطاً جزائياً بمقتضى ما اتفق عليه العاقدان ما لم تكن هناك ظروف قاهرة. " قرار رقم: 65 (7/3)

مجلة مجمع الفقه الإسلامي في دورة مؤتمره السابع بجدة في المملكة العربية السعودية من 7-12 ذي القعدة 1412 الموافق 9 - 14 أيار (مايو) 1992م، منظمة المؤتمر الإسلامي، جدة المملكة العربية السعودية، العدد السابع، ج2، ص223.

أ- من الكتاب:

1- قَالَ تَعَالَى: ﴿قَالُوا يَنْذَا الْقُرْنَيْنِ إِنَّ يَا جُوجَ وَمَأْجُوجَ مُفْسِدُونَ فِي الْأَرْضِ فَهَلْ نَجْعَلُ لَكَ خَرْجًا عَلَىٰ أَنْ تَجْعَلَ بَيْنَنَا وَبَيْنَهُمْ سَدًّا ﴿٩٤﴾ قَالَ مَا مَكَّنِّي فِيهِ رَبِّي خَيْرٌ فَأَعِينُونِي بِقُوَّةٍ أَجْعَلْ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُمْ رَدْمًا ﴿٩٥﴾﴾ (1)

ووجه الاستدلال من هذه الآية: أن القوم قد طلبوا من ذي القرنين أن يبيّن لهم سداً يحميهم من يأجوج ومأجوج مقابل مال يدفعونه له، والظاهر أنهم كانوا يريدون منه أن يتحمل العملية بالكامل (مواد خام وعمل) ولا يشاركونه بأي شيء باعتبار أنهم لا يعرفون طريقة تصنيع السد، وذو القرنين لم ينكر هذه الصيغة واقترح أن يقدموا ما لديهم من إمكانيات وهو يقدم لهم الخبرة الفنية والمهارة التقنية، وما دام أن القرآن الكريم أقر هذه الطريقة، فتكون بذلك مشروعة في ديننا. (2)

ب- من السنة:

1- عن نافع أن عبد الله حدثه: " أن النبي ﷺ اصطنع خاتماً من ذهب، وجعل فصه في بطن كفه إذا لبسه، فاصطنع الناس خواتيم من ذهب، فرقي المنبر، فحمد الله وأثنى عليه، فقال: (إني كنت اصطنعته، وإني لا ألبسه) فنبذه، فنبذ الناس". (3)

ووجه الاستدلال من هذا الحديث: أن النبي ﷺ أمر بصناعة خاتم له فصنع له فكان ذلك من باب الاستصناع، قال ابن حجر: " قوله: اتخذ خاتماً من ذهب، معنى اتخذ: أمر بصياغته فصينغ فلبسه". (4)

2- عن أبي حازم قال: أتى رجال إلى سهل بن سعد يسألونه عن المنبر، فقال: بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى فلانة، امرأة قد سماها سهل: (أن مري غلامك النجار، يعمل لي أعواداً، أجلس عليهن إذا كلمت الناس). فأمرته يعملها من طرفاء الغابة، ثم جاء بها، فأرسلت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم بها، فأمر بها فوضعت، فجلس عليه. (5)

(1) سورة الكهف، الآية 94-95.

(2) محمد سليمان الأشقر وآخرون، بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة، دار النفائس، الأردن، ط1، 1998م، ج1، ص228.

(3) أخرجه البخاري في صحيحه عن عبد الله، كتاب اللباس، باب من جعل فص الخاتم في بطن كفه، رقم 5538 (ج7، ص157).

(4) العسقلاني: ابن حجر، فتح الباري شرح صحيح البخاري، دار المعرفة، بيروت لبنان، 1379هـ، ج10، ص319. وانظر: ابن الأثير:

محمد بن عبد الكريم، النهاية في غريب الحديث والأثر، تحقيق: طاهر أحمد الزاوي-محمود محمد الطناحي، المكتبة العلمية، بيروت لبنان، 1977م، ج3، ص56.

(5) أخرجه البخاري في صحيحه عن أبي حازم، كتاب البيوع، باب النجار، رقم 1988 (ج3، ص61). / وأبي داود في سننه عن أبي حازم بن دينار، كتاب الصلاة، باب في اتخاذ المنبر، رقم 1080.

وهذا الحديث يدل على مشروعية الاستصناع، وإن كان حديث استصناع النبي ﷺ للخاتم أكثر قبولاً، لأن حديث استصناع المنبر طال النقاش حول الصورة التي تم بها الاستصناع، وهل هو استصناع المعنى المراد في اللغة وهو طلب الصنعة، أم كان هدية وتبرعاً من صانعه، أو أن التعاقد تم على أساس التجارة.⁽¹⁾

ونوقشت هذه الأدلة:⁽²⁾ قد يرد على ما ذكره من أن النبي ﷺ استصنع خاتماً من ذهب أولاً ثم اصطناعه الفضة بعد ذلك واتباع الصحابة أنه لما كان من هديه ﷺ النهي عن بيع الدين بالدين يستحيل أن يطلب استصناع شيء ولا يدفع ثمنه في المجلس فيكون استصناعاً بشرط السلم وإذا كان الاستصناع بشرط السلم جاز عند الجميع.

ولكن قد يرد على هذا الاعتراض بأنه لو دفع الثمن لنقل ذلك ولم نجد أثراً في ذلك فيبقى الدليل محتملاً فيقال حينئذ: (النهي عن بيع الدين بالدين وما عليه من الإجماع عام ولعل استصناعه ﷺ واستصناع صحابته وما عليه الإجماع العملي الذي لم ينكر مخصص لذلك).

ج- الإجماع: فقال الأحناف: "إن العمل بالاستصناع فيما يحتاج إليه متعارف ومستمر منذ عصر الرسول ﷺ إلى يومنا هذا دون نكير"⁽³⁾، وتعامل الناس من غير نكير أصل من الأصول لقوله ﷺ: "ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن"⁽⁴⁾، فلا يكاد يخلو أحد من الناس عالماً أو عامياً من أن يكون قد تعاقد بأسلوب الاستصناع على صنع شيء يحتاجه في حياته.⁽⁵⁾

د- المعقول: 1- فالحاجة تدعو إلى هذا العقد؛ لأن الإنسان قد يحتاج إلى شيء من جنس مخصوص ونوع مخصوص على قدر مخصوص وصفة مخصوصة، ولا يجده مصنوعاً، فيحتاج إلى أن يستصنع، فلو لم يجز لوقع الناس في حرج، والشريعة جاءت لرفعه، وإلا فكيف يتيسر على للناس الوصول إلى ما يريدون من مصنوعات ومنتجات إذا أغلقنا في وجوههم باب الاستصناع.⁽⁶⁾

(1) محمد سليمان الأشقر وآخرون، مرجع سابق، ص 229.

(2) الثبتي: سعود بن مسعد بن مساعد، الاستصناع-تعريفه-تكييفه-حكمه-شروطه-أثره في تنشيط الحركة الاقتصادية، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، منظمة المؤتمر الإسلامي، جدة المملكة العربية السعودية، العدد 07، 7-12 ذو القعدة 1412هـ الموافق 9-14 ماي 1992م، ج 7، ص 1048-1050.

(3) السرخسي: محمد بن أحمد، مرجع سابق، ج 12، ص 138.

(4) أخرجه الحاكم في مستدرکه عن زر عن عبد الله، كتاب معرفة الصحابة، رقم 4465.

(5) محمد سليمان الأشقر وآخرون، مرجع سابق، ص 229.

(6) الكاساني: علاء الدين، مرجع سابق، ج 5، ص 4.

ونوقش هذا الدليل: استدلالهم بأن الحاجة تدعو إليه قد يرد على هذا بأن الحاجة العامة معتبرة بمنزلة الضرورة في حق أحاد الناس، ومعلوم أن الضرورة مقيدة بعدة قيود منها أن ما أبيض للضرورة يقدر بقدرها ومنها ما جاز لعذر بطل بزواله، وحيث إن البدائل عن عقد الاستصناع بهذه الصفة لم تنعدم فتسليم رأس المال يقوم مقامه ولا حاجة إليه حينئذ لأنه يبيع دين بدين وحيث قد وجد البديل فلا حاجة.

ورد على هذا الاعتراض بما هو معلوم أن الحاجة إذا وجدت أثبتت الحكم في حق من ليست له حاجة كالسلم واقتناء كلب الصيد والماشية والحاجة إلى الاستصناع قائمة بل قد ترقى عن مستوى الحاجيات إذ أن تسليم رأس المال في مجلس العقد فيه من المخاطر الشيء الكثير الذي قد يجعل المستصنع في جهد ومشقة بحيث يخشى على ماله المدفوع من الإنكار والغش في المصنوع وقد تعددت سبل الاحتيال والتزوير والغش في المصنوع مما يجعل المال في خطر، وقد يسبب لصاحبه حرجًا ومشقة، والاستصناع بدون دفع الثمن يكفيه شر هذه المخاطر. (1)

2- فيه معنى عقدين جائزين وهما السلم والإجارة ذلك أن السلم عقد على مبيع في الذمة، واستئجار الصانع يشترط فيه العمل وما اشتمل على معنى عقدين جائزين كان جائزًا. (2)

ونوقش هذا الدليل: بأن جمع عقدين بعوض واحد، ولا يصح لأن المبيع يضمن بمجرد البيع والإجارة بخلاف ذلك فاختلاف حكمهما سبب بطلانهما.

ولكن يرد على هذا الاعتراض بأن اختلاف العقدين في بعض الأحكام لا يؤثر على صحة العقد فإن من باع قسطاً له في شيء مع ملك له خاص يصح مع اختلاف حكمهما في وجوب الشفعة في الشخص دون الآخر فكذلك هنا حيث صدر العقد من أهله في محله فصح. (3)

- **الترجيح:** بعد عرض الأدلة ومناقشتها يمكن القول بأنه يستثنى موضع الحرج والمشقة ويقال بجواز الاستصناع بدون شرط السلم حيث إن إجراء القياس مطلقاً يؤدي إلى حرج ومشقة في بعض موارد ولو بقينا مع أصل الدليل العام لأدى ذلك إلى رفع ما اقتضاه ذلك الدليل من المصلحة فكان من الواجب رعي ذلك المال إلى أقصاه (4)، فالاستصناع من الأمور الحاجية والملحة لفئات كثيرة من الناس وعناية الشارع بالحاجيات تقارب

(1) الشيبني: سعود بن مسعد، مرجع سابق، ج7، ص1050.

(2) الكاساني: علاء الدين، مرجع سابق، ج5، ص3.

(3) الشيبني: سعود بن مسعد، المرجع السابق، ج7، ص1050.

(4) الشاطبي: أبو إسحاق، الموافقات، تحقيق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن عفان، المملكة العربية السعودية، ط1، 1997م، ج5، ص195.

عنايته بالضروريات وقد ذكر العلماء أن الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة كانت أو خاصة، فواقع التعامل قديماً وحديثاً سواء كان على مستوى الحكومات، أم على مستوى الشركات والمؤسسات، أم على مستوى الأفراد لا يدفع فيه الثمن، وقد يدفع جزء منه حالة العقد، والباقي على أقساط كما في استصناع المباني، وقد يؤخر الثمن حتى تسلم السلعة المطلوب صنعها، وما يؤيد ترجيح هذا الرأي النظر إلى سبل الاحتيايل في الحصول على الأموال، وتعدد طرق الغش الذي نشأ عن هبوط القيم والأخلاق نتيجة للاحتكاك مع مجتمعات لا هم لها إلا الحصول على المال بأي وسيلة من الوسائل، وتحت ستار أي عقد من العقود ولا شك أن عدم دفع الثمن عند العقد فيه حماية للمستصنع كما أنه سبب لإتقان الصانع صنعه، وحرصه الشديد على مطابقتها للمواصفات والمقاييس مطابقة تامة بعيدة عن الغش والاحتيايل، وما يمكن قوله في الأخير أن حاجة التجار وطالبي المصنوعات ومن يحتاجون إلى استصناع المباني والعمارات والمواد الغذائية والملابس والأدوات الحربية. إلخ ما يحتاجه الناس في استعمالاتهم المشروعة يؤيد القول بجواز الاستصناع سواء دفع رأس المال أو دفع جزء منه أو لم يدفع منه شيء وهذا القول مؤيد إضافة بمقاصد الشارع في المعاملات وما اشتملت عليه الشريعة الإسلامية من قواعد كلية لدفع الضرر وجلب المصالح وإنزال الحاجة العامة أو الخاصة منزلة الضرورة.⁽¹⁾

وعليه فإن الاستصناع عقد مستقل عن السلم لعدة أمور أهمها:

- 1- أن الباعث للسلم حاجة البائع إلى نقود ينفقها على نفسه أو أهله، بينما الدافع للاستصناع هو حاجة المستصنع للسلعة المستصنعة، وإن كان الصانع يحقق ربحاً من الاستصناع.⁽²⁾
- 2- أن المبيع في السلم إما مكيل أو موزون أو مزروع أو معدود في الذمة، أما المبيع في الاستصناع فهو عين تصنع كأثاث أو غيره.⁽³⁾
- 3- يشترط في السلم قبض رأس مال السلم كاملاً في مجلس العقد، ولا يشترط قبضه في الاستصناع.⁽⁴⁾

من خلال إعطاء صورة كاملة عن عقد الاستصناع وبيان حكمه في الفقه الإسلامي، يمكن استخراج بعض الفروقات بينهما والمتمثلة في كون عقد الاستصناع يصدر الإيجاب من المشتري بصنع المبيع والقبول من البائع، أما في عقد بيع البناء على التصاميم فالإيجاب يصدر من البائع -المركبي العقاري- والقبول من المشتري -

(1) الشبتي: سعود بن مسعد، مرجع سابق، ج7، ص1051-1052.

(2) الزحيلي: وهبة، عقد الاستصناع، مرجع سابق، ج2، ص316.

(3) القرّة داغي: علي محي الدين، عقد الاستصناع، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 7، جدة المملكة العربية السعودية، من 7-12 ذو القعدة 1412هـ الموافق 9-14 ماي 1992م، ج2، ص350.

(4) العميرة: أحمد بن عبد العزيز، مرجع سابق، ص183.

المقتني أو المكتتب-، إضافة إلى ذلك يمكن لعقد الاستصناع أن يرد على عقار كما يمكنه أن يرد على منقول، أما عقد بيع البناء على التصاميم فإنه لا يرد إلا على العقار سواء لم ينجز أو هو في طور الإنجاز، وعليه يمكن الاستخلاص في الأخير أن عقد بيع البناء على التصاميم هو صورة من صور عقد الاستصناع في الفقه الإسلامي.

وعلى هذا فعقد بيع البناء على التصاميم جائز شرعاً، وذلك بتوافر شروط الاستصناع وضوابطه التي تمنع الجهالة والغرر وترفع النزاع والخلاف في المستقبل، وتحفظ حق البائع والمشتري، فالبائع يستعمل أموال المشتري مما يجعله حريصاً على إتقان الشيء المصنوع خاصة وأنه قد ضمن ربحاً في ذلك، أما المشتري فيمكن أن يحدد المواصفات والمواد التي يريدتها، والتي تتوافق مع حاجته وذوقه بالنسبة للسكن، والتي لا يستطيع الحصول عليها في حالة ما لو تم شراء السكن جاهزاً، كما يمكنه التحقق من الجودة والالتقان، كما أنه يدفع الثمن على أقساط، وهذا كله فيه تسهيل ورفع للحرج والمشقة، وفيه تحقيق لمقاصد الشارع من خلال جلب المصالح ودرء المفاسد، كما أن عقد بيع البناء على التصاميم لا يفوت أصلاً من أصول الدين ولا يخالف نصاً من نصوصه.

كما أن القواعد الفقهية تؤيد هذا النوع من العقود؛ كقاعدة "المشقة تجلب التيسير" باعتبار أن السكن أصبح يكلف الإنسان مشقة عظيمة لو حاول بناءه بنفسه وبماله الخاص مما يحتم عليه قبول هذه الصيغة السكنية الجديدة⁽¹⁾-البيع على التصاميم- التي تسهل عليه الحصول على مسكن يأويه، إضافة إلى قاعدة "إذا ضاق الأمر اتسع"؛ فبدلاً من الذهاب إلى تحليل القروض الربوية فالأولى اتساع الأمر إلى غاية زوال الضرورة والمشقة، من خلال التوسيع على الناس بهذا العقد-البيع على التصاميم الذي يعتبر صورة من صور الاستصناع- خاصة وأن السكن يعتبر ضرورة ملحة للفرد في ظل غياب القدرة على شراءه دفعة واحدة.

ثالثاً: خصائص عقد بيع البناء على التصاميم في الفقه الإسلامي:

إن معرفة خصائص عقد بيع البناء على التصاميم في الفقه الإسلامي تكمن في معرفة خصائص عقد الاستصناع باعتبار أنه التكليف الفقهي له، ولما كان الاستصناع له خصائص تتعلق بطبيعته شأنه في ذلك شأن جميع العقود، وله خصائص تتعلق بخصوصيته عن باقي العقود، كان لابد من التطرق باختصار إلى هذه الخصائص وذلك على النحو التالي:

1- الخصائص المتعلقة بطبيعة عقد الاستصناع: تتمثل خصائص الاستصناع باعتبار طبيعته فيما يلي:

(1) نعيم: عبد الرحمان، مرجع سابق، ص 204-205.

أ- الاستصناع وعد أم عقد⁽¹⁾: ذهب مجموعة من فقهاء الأحناف⁽²⁾ ومنهم: الحاكم الشهيد⁽³⁾ والصفار⁽⁴⁾ ومحمد بن سلمة⁽⁵⁾ إلى القول بأن الاستصناع وعد فقد جاء في المبسوط: "الاستصناع مواعدة..."⁽⁶⁾، بحيث يترتب على ذلك في حالة اعتبار الاستصناع عقداً أن يكون لازماً فيترتب عليه الضمان، أما إذا كان وعداً فلا يترتب عليه سوى الإثم على كل من المتواعدين عند عدم الوفاء به⁽⁷⁾، وذهب جمهور فقهاء الحنفية⁽⁸⁾ والمالكية⁽⁹⁾ والشافعية⁽¹⁰⁾ بالقول بأنه عقد، واستدلوا بأن الاستصناع يثبت فيه خيار الرؤية، والوعد لا يحتاج إلى إثبات الخيار⁽¹¹⁾، كما أنه يجري فيه التقاضي؛ والتقاضي إنما يثبت في الواجب بالعقود لا بالموعود⁽¹²⁾.

(1) انظر: تفاصيل المسألة مع الألة ومناقشتها. البدران: كاسب بن عبد الكريم، مرجع سابق، ص 78-84.

(2) ابن الهمام: كمال الدين، مرجع سابق، ج 5، ص 255. / المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية، الموسوعة الفقهية المصرية، دار التحرير، القاهرة مصر، 1386هـ، ج 7، ص 91. / السرخسي: محمد بن أحمد، مرجع سابق، ج 12، ص 138. / البابري: محمد بن محمد بن محمود، مرجع سابق، ج 7، ص 114-116.

(3) الحاكم الشهيد: هو ومحمد بن عمر بن محمد، الشيخ، ظهير الدين، أبو المظفر، النوجابادي، البخاري، تفقه على شمس الأئمة الكردي، ومحمد بن عمر الأخصيكي، ومن تصانيفه: مختصر "القدوري"، الوزير العالم الكبير ولي القضاء في "بخارى" سمي شهيداً لأنه قتل شهيداً سنة 334هـ. انظر: قُطلوبغا السودوي، أبو الفداء زين الدين، تاج التراجم، تحقيق: محمد خير رمضان يوسف، دار القلم، دمشق سوريا، 1992م، ص 272. / محيي الدين: عبد القادر بن محمد، الجواهر المضية في طبقات الحنفية، مير محمد كتب خانه-كراتشي، د.ت، ج 2، ص 389.

(4) الصفار: أحمد بن عصمة أبو القاسم الصفار الملقب حم بفتح الحاء قال في الألقاب حم لقب أحمد بن عصمة الصفار البلخي الفقيه المحدث تفقه على أبي جعفر المغيدواني وسمع منه الحديث روى عنه أبو علي الحسين بن الحسن ابن صديق بن الفتح الوزعجي شيخ ثقة مات في ليلة الإثنين في شهر شوال لعشر بقين منه سنة ست وعشرين وثلاث مائة وهو ابن سبع وثمانين سنة قال السمعاني في ترجمة الوزعجي أبو علي الحسين بن صديق الوزعجي يروي عن محمد بن عقيل وأحمد بن حم. انظر: محيي الدين: عبد القادر بن محمد، مرجع سابق، ج 1، ص 78.

(5) محمد بن سلمة: محمد بن سلمة الفقيه أبو عبد الله تفقه على أبي سليمان الجوزجاني تفقه عليه أبو بكر محمد بن أحمد الإسكاف مات سنة ثمان وسبعين ومائتين وهو ابن سبع وسنة ذكره الخاصي ونسبه في القنية إلى بلخ وتفقه أيضاً على شداد بن حكيم روى عن زفر قال يعقوب أفقه من قال وهو شيخ أحمد بن أبي عمران أستاذ الطحاوي. انظر: ابن سعد: أبو عبد الله البغدادي، الطبقات الكبرى، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، 1990م، ج 7، ص 336. / محيي الدين: عبد القادر بن محمد، مرجع سابق، ج 2، ص 56. / الذهبي: شمس الدين، مرجع سابق، ج 7، ص 502.

(6) السرخسي: محمد بن أحمد، مرجع سابق، ج 12، ص 139.

(7) البدران: كاسب عبد الكريم، مرجع سابق، ص 79.

(8) انظر: ابن الهمام: كمال الدين، مرجع سابق، ج 5، ص 255. / الكاساني: علاء الدين، مرجع سابق، ج 6، ص 2677.

(9) انظر: الخطاب: شمس الدين أبو عبد الله محمد، مرجع سابق، ج 4، ص 540. / العدوي: أبو الحسن علي، حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني، تحقيق: يوسف الشيخ محمد البقاعي، دار الفكر، بيروت لبنان، 1994م، ج 2، ص 601. / النفراوي: أحمد غانم شهاب الدين، الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، دار الفكر، بيروت لبنان، 1995م، ج 2، ص 315.

(10) الشافعي: أبو عبد الله محمد بن إدريس، الأم، مرجع سابق، ج 3، ص 134.

(11) انظر: السرخسي: محمد بن أحمد، مرجع سابق، ج 12، ص 128.

(12) انظر: الكاساني: علاء الدين، مرجع سابق، ج 6، ص 2677.

والراجع هو ما ذهب إليه الجمهور القائلين بأن الاستصناع عقد نظراً لقوة الأدلة التي استدلو بها.

ب- عقد الاستصناع بين البيع والاجارة والسلم: فنجد الحنفية⁽¹⁾ في الصحيح عندهم ورأي من المالكية⁽²⁾ أن عقد الاستصناع بيع، واختلفوا بعدها في نوع هذا البيع بين من يعتبره بيع عين شرط فيه العمل، أو بيع عين لها علاقة بالذمة باعتبار أن عقد الاستصناع فيه مبادلة شيء مصنوع بالمال.⁽³⁾

وذهب بعض الفقهاء إلى اعتبار الاستصناع إجارة محضة، فالمعقود عليه عندهم هو العمل، لأن الاستصناع طلب الصنع وهو العمل، وهو بذلك كالإجارة لأن العقد الذي قصد به العمل هو الإجارة⁽⁴⁾، وذهب بعض الأحناف إلى أن الاستصناع إجارة ابتداءً وبيع انتهاءً كما ذكر ابن الهمام نقلاً عن القرافي في الذخيرة: "هو إجارة ابتداءً وبيع انتهاءً لكن قبل التسليم لا عند التسليم بدليل أنهم قالوا: إذا مات الصانع يبطل ولا يستوفي المصنوع من تركته".⁽⁵⁾

ويرى جمهور الفقهاء أن الاستصناع هو سلم بالصناعات يشترط فيه ما يشترط للسلم.⁽⁶⁾

والذي يترجح هو أن عقد الاستصناع نوع من البيع إلا أنه فقد مستلزمات البيع المطلق من إثبات خيار الرؤية في العقد واشتراط العمل على الصانع وعدم وجوب تعجيل الثمن، فيجوز دفع الثمن مقدماً أو بعضه أو لا يدفع⁽⁷⁾ كما سبق وذكرنا، وهذا غير موجود في البيع المطلق على رأي الجمهور من الفقهاء، ولأن الاستصناع لا يلزم فيه تعجيل الثمن، كما أن للاستصناع شبيهاً بالإجارة من جهة كون الصنعة-العمل المطلوب- فيه تكون من الصانع وأن العقد يبطل بموت أحد العاقدين، فيكون الاستصناع بذلك عقد مستقل مسمى وهو عقد بيع اسمه "عقد الاستصناع"⁽⁸⁾، له أركانه وشروطه الخاصة به تجعله يختلف عن غيره في

(1) انظر: ابن نجيم: زين الدين بن إبراهيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، مرجع سابق، ج4، ص185. / الكاساني: علاء الدين، مرجع سابق، ج5، ص2.

(2) انظر: الدسوقي: محمد بن أحمد بن عرفة، مرجع سابق، ج3، ص216.

(3) انظر: السرخسي: محمد بن أحمد، مرجع سابق، ج15، ص84. / الكاساني: علاء الدين، المرجع السابق، ج5، ص2.

(4) الباري: محمد بن محمود، مرجع سابق، ج7، ص115-116.

(5) ابن الهمام: كمال الدين، مرجع سابق، ج7، ص116.

(6) انظر: انظر تفاصيل المسألة البدران: كاسب بن عبد الكريم، مرجع سابق، ص106-117.

(7) المادة 391 من مجلة الأحكام العدلية: "لا يلزم في الاستصناع دفع الثمن حالا أي وقت العقد". لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية، مجلة الأحكام العدلية، مرجع سابق، ص76.

(8) البدران: كاسب بن عبد الكريم، المرجع السابق، ص133-134.

الماهية كما ذكر ذلك فقهاء الحنفية⁽¹⁾، وعدد من الفقهاء المعاصرين⁽²⁾، وهو ما تبناه مجمع الفقه الإسلامي في الدورة السابعة لمؤتمره بجدة سنة 1412هـ-1992م.

وفي هذا يقول القرة داغي: "إن الاستصناع الذي هو خاص مستقل؛ هو ما إذا طلب المستصنع من الصانع صنع شيء معين موصوف في الذمة خلال فترة محددة قصيرة أم طويلة، وسواء كان المستصنع عين المصنوع منه بذاته أم لا، وسواء كان المصنوع منه موجوداً أثناء العقد أم لا، فهذا العقد بهذه الصورة ليس بيعاً ولا إجارة، ولا سلماً ولا غيرها، وإنما هو عقد مستقل له شروطه الخاصة به، وخصائصه وآثاره الخاصة به ولا ينبغي صهره في بوتقة عقد آخر"⁽³⁾.

ج- عقد الاستصناع لازم أم جائز: ذهب أبو يوسف من الحنفية إلى أن عقد الاستصناع هو عقد لازم فقال: "لا خيار لواحد منهما بل يجبر الصانع على العمل ويجبر المصنوع على القبول، ذلك أنه يجبر كل واحد منهما، أما الصانع فلأنه ضمن العمل فيجبر عليه وأما المستصنع؛ فلأنه لو لم يجبر على القبول يتضرر به الصانع؛ لأنه عسى ألا يشتريه غيره منه أصلاً، أو لا يشتري بذلك القدر من الثمن فيجبر على القبول دفعاً للضرر عن البائع"⁽⁴⁾، وذهب أكثر الحنفية بالقول بعدم لزومه بل هو جائز فجاء في بدائع الصنائع: "وأما صفة الاستصناع: فهي أنه عقد غير لازم قبل العمل في الجانبين جميعاً، بلا خلاف، حتى كان لكل واحد منهما خيار الامتناع قبل العمل، كالبيع المشروط فيه الخيار للمتبايعين: أن لكل واحد منهما الفسخ؛ لأن القياس يقتضي ألا يجوز؛ لما قلنا، وإنما عرفنا جوازه استحساناً؛ لتعامل الناس، فبقي اللزوم على أصل القياس"⁽⁵⁾.

والراجع هو ما ذهب إليه أبو يوسف خاصة وأنه يتناسب مع الصناعات الحديثة في حياتنا، فعلى فرض أن المستصنع مخير في قبول العين المستصنعة لأدى ذلك إلى وقع ضرر بالصانع خاصة إذا كانت هذه العين

(1) السرخسي: محمد بن أحمد، مرجع سابق، ج15، ص84. / الكاساني: علاء الدين، مرجع سابق، ج5، ص2. / ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز، مرجع سابق، ج5، ص224.

(2) الزرقا: مصطفى أحمد، عقد الاستصناع ومدى أهميته في الاستثمارات الإسلامية المعاصرة، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، البنك الإسلامي، للتنمية، مكتبة الملك فهد الوطنية، جدة المملكة العربية السعودية، 1420هـ، ص22. / القرة داغي: علي محيي الدين، عقد الاستصناع بين الاتباع والاستقلال وبين اللزوم والجواز، مجلة بحوث في فقه المعاملات المالية المعاصرة، دار البشائر الإسلامية، بيروت لبنان، 2001م، ص136. / محمد سليمان الأشقر وآخرون، مرجع سابق، ص223-224.

(3) القرة داغي: علي محيي الدين، عقد الاستصناع، مرجع سابق، ج7، ص828.

(4) برهان الدين: أبو المعالي، المحيط البرهاني في الفقه النعماني فقه الإمام أبي حنيفة، تحقيق: عبد الكريم سامي الجندي، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، 2004م، ج7، ص136-137.

(5) الكاساني: علاء الدين، مرجع سابق، ج5، ص3.

موافقة للمواصفات المتفق عليها، وهذا لا يتماشى مع روح الشريعة الإسلامية ومقاصدها وقواعدها "فلا ضرر ولا ضرار"، وفي هذا يقول أبو يوسف: "أن الصانع قد أفسد متاعه وقطع جلده، وجاء بالعمل على الصفة المشروطة، فلو كان للمستصنع الامتناع من أخذه؛ لكان فيه إضرار بالصانع، بخلاف ما إذا قطع الجلد ولم يعمل، فقال المستصنع: لا أريد؛ لأن لا ندرى أن العمل يقع على الصفة المشروطة أولاً، فلم يكن الامتناع منه إضراراً بصاحبه"⁽¹⁾، وهو ما أقرته مجلة الأحكام العدلية من خلال المادة 392.⁽²⁾

2- الخصائص المتعلقة بخصوصية عقد الاستصناع عن غيره من العقود: فمن الخصائص التي تميز هذا العقد عن غيره أنه يقع على شيء غير موجود وقت التعاقد، ولكنه محقق الوجود فكان جائزاً باعتبار أن بيع الأشياء المستقبلية محققة الوجود يجوز بيعها في الشريعة الإسلامية والاستصناع منها، بخلاف محتملة الوجود أو المعدومة فتمنعها الشريعة نظراً للغرر والجهالة، وهو ما يتفق أيضاً مع بيع البناء على التصاميم فمحل البيع منعدم وقت التعاقد ولكنه محقق الوجود في المستقبل.

ومن الخصائص أيضاً التي يختص بها أن الثمن لا يكون معجلاً، فيجوز دفع الثمن مقدماً أو بعضه أو لا يدفع⁽³⁾، كما يجوز تقسيطه إلى أقساط معلومة تكون في آجال محددة.⁽⁴⁾

وعليه فإن هاتين الخاصيتين يشترك فيهما عقد الاستصناع مع عقد بيع البناء على التصاميم.

الفرع الثاني: تكييف عقد بيع البناء على التصاميم في القانون

لا يمكن التطرق إلى دراسة الضمانات إلا بمعرفة التكييف القانوني لعقد بيع البناء على التصاميم من خلال تحديد طبيعته في كل من الفقه والقضاء، وإعطائه الوصف المناسب، الذي يؤدي إلى تحديد الالتزامات التي تنشأ عنه، ومن ثم تحديد المسؤولية الناجمة عن الإخلال بهذه الضمانات.

البند الأول: رأي الفقه في الطبيعة القانونية لعقد بيع البناء على التصاميم

(1) الكاساني: علاء الدين، مرجع سابق، ج5، ص4. / وانظر: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية- الكويت، الموسوعة الفقهية الكويتية، دار السلاسل، الكويت، ط2، 1404-1427هـ، ج3، ص329.

(2) المادة 392: "وإذا انعقد الاستصناع؛ فليس لأحد العاقدين الرجوع وإذا لم يكن المصنوع على الأوصاف المطلوبة المبينة كان المستصنع مخيراً".

(3) المادة 391 من مجلة الأحكام العدلية: "لا يلزم في الاستصناع دفع الثمن حالاً أي وقت العقد". لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية، مجلة الأحكام العدلية، مرجع سابق، ص76.

(4) قرار رقم: 65 (7/3) مجلة مجمع الفقه الإسلامي في دورة مؤتمره السابع بجدة في المملكة العربية السعودية من 7-12 ذي القعدة 1412 الموافق 9 - 14 أيار (مايو) 1992م، منظمة المؤتمر الإسلامي، جدة المملكة العربية السعودية، العدد السابع، ج2، ص223.

اختلف فقهاء القانون في تكييفه وتحديد طبيعته على النحو التالي:

1- عقد بيع البناء على التصاميم هو بيع لشيء مستقبلي: ويستند هذا الرأي إلى أن ما واجهه المتعاقدان عند إبرام العقد ليس هو العمل المكلف به الصانع بل الشيء المصنوع، ويعاب على هذا الرأي أنه ينظر لأثر واحد من الآثار المترتبة على هذا العقد وهو الالتزام بنقل الملكية، ولا يعطي أهمية للالتزام آخر كالالتزام بصنع الشيء.⁽¹⁾

2- عقد بيع البناء على التصاميم هو عقد معاولة: يذهب أصحاب هذا الرأي إلى أن عقد المعاولة يقترب من عقد بيع البناء على التصاميم؛ فالبايع في هذا العقد أو المقاول في عقد المعاولة يلتزم بصنع شيء أو إقامة بناء خلال مدة محددة مقابل ثمن أو أجر يلتزم به المشتري أو رب العمل، فالالتزام البائع في عقد بيع البناء على التصاميم لا يختلف عن التزام المقاول في عقد المعاولة، فإذا قدم المقاول المادة الخام والعمل معاً فيكون عقد المعاولة شبيهاً بعقد بيع البناء على التصاميم⁽²⁾، غير أن بعض ذهب إلى أن عقد بيع البناء على التصاميم هو عقد معاولة إذا التزم الشخص بصنع شيء من مواد يقدمها من عنده دون تقديم الأرض المقام عليها هذا البناء⁽³⁾، في حين يرى البعض أن الصانع إذا وردّ الخامات التي يصنعها، وكانت هذه الخامات أقل قيمة من عمله فهو عقد معاولة وإذا كان العكس فهو بيع⁽⁴⁾، ويعاب عليه بأنه يصعب عليه معرفة قيمة المواد قبل الانتهاء من أعمال البناء إضافة إلى أنه قد يحتاج إلى مواد أكثر مما كان متوقعاً فتصبح المواد أكثر من العمل، في حين ذهب آخرون بالقول إلى أنه عقد معاولة ابتداءً وبيع انتهاءً⁽⁵⁾؛ أي أنه عقد معاولة ما دام الشيء لم يصنع بعد أو في طور الإنجاز، فإذا صنع تحول العقد إلى عقد بيع للشيء المصنوع، ويعاب على هذا الأخير أن تكييف العقود يكون وقت انعقادها بغض النظر عما يترتب عليها بعد ذلك من آثار.

ولكن لقي هذا الرأي كاملاً رفضاً باعتبار أن عقد المعاولة لا يستوعب كل أحكام عقد بيع البناء على التصاميم فمثلاً تحديد الأجر في عقد المعاولة لا يؤدي إلى بطلان العقد بخلاف عقد بيع البناء على

(1) قاسم: محمد حسن، عقد البيع، الدار الجامعية، مصر، 1999م، ص39.

(2) عياشي: شعبان، مرجع سابق، ص31.

(3) شنب: محمد لبيب، شرح أحكام عقد المعاولة، منشأة المعارف، الإسكندرية مصر، ط2، 2003م، ص27.

(4) العمروسي: أنور، العقود الواردة على الملكية في القانون المدني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية مصر، 2003، ص11.

(5) شنب: محمد لبيب، المرجع السابق، ص22.

التصاميم⁽¹⁾، كما أن هدف عقد المقاولة إنجاز عمل بينما هدف عقد بيع البناء على التصاميم هو نقل الملكية.⁽²⁾

3- عقد بيع البناء على التصاميم عقد بيع: ويرى هذا الرأي أن المفاوض إذا قدم عمله والمواد والأرض في حين التزم المشتري بالثمن فقط نكون أمام عقد بيع⁽³⁾، ويعاب عليه أن المشتري إذا دفع كل مستحقات الإنجاز للمفاوض، وبالمقابل لم يلتزم المفاوض بكل ما تعهد به اتجاه المشتري فكيف يمكن متابعتها قضائياً على أساس عقد البيع.⁽⁴⁾

4- عقد بيع البناء على التصاميم عقد مركب: ذهب أصحاب هذا الرأي إلى اعتبار عقد بيع البناء على التصاميم عقد مركب من عقد البيع والمقاولة معاً؛ فتطبق أحكام المقاولة على التزام صاحب المشروع بالبناء حتى لحظة قبول المشتري لأعمال المفاوض وإقراره لها، ومن ثمّ تطبق أحكام البيع ابتداءً من لحظة القبول.⁽⁵⁾ ويعاب على هذا أن تكييف العقود يكون وقت انعقادها فلا يجوز أن يتغير وصفه أثناء تنفيذه مرتين.⁽⁶⁾

البند الثاني: رأي القضاء في الطبيعة القانونية لعقد بيع البناء على التصاميم

لقد تبنت محكمة النقض الفرنسية معياراً اقتصادياً يقوم على المقايضة بين أجره العمل وثنم المادة، فإذا فاقت الأولى الثانية كان العقد مقاولة، وإذا كان العكس اعتبر بيعاً، أما بعض محاكم الاستئناف الفرنسية فقد تبنت معياراً نفسياً أو فنياً مفاده أنه إذا قام المفاوض بعمله حسب مخطط رب العمل وإرشاداته كان العقد مقاولة، أما إذا قام بالعمل وفق مخططه الشخصي وكان مطلق الحرية في عمله اعتبر العقد بيعاً.⁽⁷⁾

البند الثالث: موقف المشرع الجزائري من عقد بيع البناء على التصاميم

(1) المادة 37 من القانون رقم: 11-04 المؤرخ في 14 ربيع الأول 1432هـ الموافق 17 فبراير سنة 2011، الذي يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية.

(2) زيداني: توفيق، التنظيم القانوني لعقد المقاولة على ضوء أحكام القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في فرع القانون العقاري، كلية الحقوق، جامعة الحاج لخضر-باتنة، 2010، ص8.

(3) مغرب: نعيم، عقود مقاولات البناء والأشغال الخاصة والعامة، منشورات حلبي الحقوقية، بيروت لبنان، ط3، 2001م، ص270.

(4) بوجنان: نسيم، مرجع سابق، ص16.

(5) علاء حسين: علي، مرجع سابق، ص53.

(6) علاء حسين: علي، المرجع نفسه، ص53.

(7) جاك: يوسف حكيم، العقود الشائعة والمسمّاة-عقد البيع-، دار الفكر، بيروت لبنان، 1970م، ص112. / وانظر: زهرة: محمد المرسي، المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين (المسؤولية المهنية للمحامين والمهندسين)، منشورات حلبي الحقوقية، بيروت لبنان، ط2، 2004م، ج2، ص238-241.

إن الناظر إلى القانون رقم 11-04 والمرسوم التنفيذي 13-431 يرى أن المشرع الجزائري قد اعتبر هذا العقد مختلطاً؛ فهو عقد مركب من عقدين: عقد البيع وعقد المقاولة، تجتمع فيه التزامات البائع والمقاول، فإذا نظرنا من جانب الالتزام بنقل ملكية البناية من قبل البائع مقابل الالتزام بدفع الثمن من قبل المشتري نكون أمام عقد بيع، وإذا نظرنا من جانب الالتزام والضمانات المستحدثة نجد أنه يشبه عقد المقاولة إلى حد كبير، وهو نفس المنحى الذي كان قد أقره المشرع الفرنسي بموجب المادة 1646 من القانون المدني من القانون 03-67 إذ حدد الطبيعة القانونية لهذا العقد بكونه عقد ذو صفة مزدوجة أو مركبة بين عقد البيع والمقاولة.⁽¹⁾

ويمكن القول في الأخير أن هذا العقد رغم أنه جمع خصائص من عقد المقاولة وعقد البيع إلا أنه يبقى عقداً من نوع خاص؛ له خصوصيته وميزته وشروطه التي تميزه عن باقي العقود، ويكفي أن المشرع الجزائري قد وضع له اسماً خاصاً وهو "عقد البيع على التصاميم" في المادة 28 من القانون 11-04، مما يدخله ضمن حيز العقود المسماة، كما خصه بتشريع وتنظيم خاص، وحسن ما فعل لما أوجد له نموذج خاص به ضمن المرسوم التنفيذي رقم 13-431، وبالتالي فهو لا يعدو إلا أن يكون نوعاً من أنواع العقود المستحدثة، باعتبار أنه ناقل لملكية عقار قابل للوجود في المستقبل عند تاريخ التوقيع على العقد؛ وهو الأمر الذي يختلف به عن عقد البيع العادي للعقارات وعن عقد المقاولة.

وبخصوص الطبيعة التجارية أم المدنية لعقد بيع البناء على التصاميم، فهو عمل تجاري ومدني في نفس الوقت؛ تجاري بالنسبة للبائع وتطبق عليه أحكام القانون التجاري، ومدني بالنسبة للمشتري وتطبق عليه أحكام القانون المدني، وهذا واضح من نص المادة الرابعة⁽²⁾ والمادة 19⁽³⁾ من القانون 11-04، فإذا حصل نزاع بينهما فللمشتري الحرية في الاختيار بين القضاء المدني والتجاري، وله الإثبات بكافة الطرق باعتبار أن خصمه تاجر، أما البائع فيلتزم بالطرق المدنية في الإثبات⁽⁴⁾، وتكون المحكمة الواقع بدائرة اختصاصها العقار هي المختصة بالنظر في النزاع المطروح طبقاً لنص المادة 40 من ق.إ.م.إ.⁽⁵⁾

(1) هوييه: جيروم، المطول في القانون المدني، ترجمة: منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت لبنان، 2003م، ص 79-80.

(2) المادة 04 ف1 من القانون 11-04: "يرخص للمرفق العقاريين المعتمدين والمسجلين في السجل التجاري، بالمبادرة بالمشاريع العقارية".

(3) المادة 19 من القانون 11-04: "يسمح لكل شخص طبيعي أو معنوي مؤهل للقيام بأعمال التجارة بممارسة نشاط الترقية العقارية...".

(4) قاشي: علال، مرجع سابق، ص 276.

(5) الأمر 66-154 المؤرخ في 18 صفر 1386هـ الموافق 8 يونيو 1966 المتضمن قانون الإجراءات المدنية المعدل والمتمم بالقانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر 1429هـ الموافق 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية. ج.ر عدد 47 الصادرة في 23-04-2008.

المبحث الثاني: تكوين عقد بيع البناء على التصاميم

من المتعارف عليه أنه لكي ينعقد أي عقد يجب أن يتوفر فيه مجموعة من الأركان الموضوعية والشكلية، وعلى هذا لا ينعقد عقد بيع البناء على التصاميم صحيحاً ما لم يستوفي جميع أركانه الموضوعية كما تقتضيه القواعد والأحكام العامة والشروط الشكلية، إضافة إلى اتباع جملة من الإجراءات في هذا العقد، ولما كانت دراستنا مقارنة فإننا سنتطرق في البداية إلى دراسة الأركان الموضوعية لهذا العقد في المطلب الأول، ثم نعرّج بعد ذلك إلى دراسة الشروط الشكلية في المطلب الثاني، وذلك في كل من الفقه الإسلامي باعتبار أن بيع البناء على التصاميم هو صورة من صور عقد الاستصناع وإحدى تطبيقاته والقانون.

المطلب الأول: الأركان الموضوعية لعقد بيع البناء على التصاميم

تتفق الأركان الموضوعية لعقد الاستصناع وعقد بيع البناء على التصاميم إلى حد ما، وعلى هذا سأنتقل إلى هذه الأركان في الفقه الإسلامي أولاً ثم القانون ثانياً.

الفرع الأول: الأركان الموضوعية لعقد بيع البناء على التصاميم في الفقه الإسلامي

بما أن عقد بيع البناء على التصاميم هو من قبيل الاستصناع في الفقه الإسلامي، فإننا سنتطرق إلى أركان هذا الأخير كونه الصورة المقابلة لعقد بيع البناء على التصاميم في القانون وهذا حتى نصل إلى مدى التوافق بينهما، وعليه فقد اختلف الفقهاء في أركان العقد، فذهب الحنفية⁽¹⁾ إلى أن العقد له ركن واحد فقط وهو الصيغة المتمثلة في الإيجاب والقبول، بينما ذهب الجمهور من المالكية⁽²⁾ والشافعية⁽³⁾ والحنابلة⁽⁴⁾ إلى أن أركان العقد تتمثل في العاقد، المعقود عليه والصيغة.

ويعود سبب اختلاف الجمهور والحنفية في أركان العقد إلى اختلافهم في تعريف الركن، فالركن عند الجمهور هو ما يتوقف عليه وجود الشيء وإن لم يكن جزءاً من ماهيته، فالخلاف بينهم خلاف لفظي فقط، حيث اتفق الفقهاء على أنه لا بد في العقد من العاقد والمعقود عليه، إلا أن البعض اصطلح على أنهما من الأركان، والبعض الآخر اصطلح على أنهما من الشروط، ولا مشاحة في الاصطلاح، وهذا الخلاف لا يترتب

(1) انظر: الكاساني: علاء الدين، مرجع سابق، ج4، ص177.

(2) انظر: عليش: محمد بن أحمد بن محمد، منح الجليل شرح مختصر خليل، دار الفكر، بيروت لبنان، 1989، ج6، ص179. / الخطاب: محمد بن عبد الرحمن، مرجع سابق، ج4، ص228.

(3) انظر: الشريبي: محمد بن أحمد الخطيب، مرجع سابق، ج2، ص335.

(4) انظر: الزركشي: شمس الدين محمد بن عبد الله، شرح الزركشي على مختصر الخرق، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، 2002، ج2، ص4.

عليه أي أثر؛ حيث إن الفقهاء جميعاً متفقون على أن العاقدين، والمعقود عليه، والصيغة لا بد من توافرها في العقد أيضاً كان مسماه، والعاقد والمعقود عليه لا يتحقق إلا بالصيغة، والصيغة لا تتحقق إلا بالعاقدين والمعقود عليه⁽¹⁾، وعليه فإن أركان عقد الاستصناع ومقوماته تكمن في العاقدان والمعقود عليه والصيغة.

البند الأول: العاقدان

العاقد هو من يباشر العقد سواء كان واحد أو أكثر⁽²⁾، وقد اشترط الفقهاء في العاقد في جميع العقود أن يكون أهلاً للتصرف، وهذا يدل على أنه لا بد للعاقد من أهلية للتعاقد بالأصالة عن نفسه، أو ولاية شرعية للتعاقد بالنيابة عن غيره.⁽³⁾

ودون الخوض في أقسام الأهلية وخلاف الفقهاء في سن البلوغ⁽⁴⁾، إذ أنه ليس للرشد سن معينة عند جمهور الفقهاء، وإنما متروك للاستعداد الشخص وتربيته وبيئته، وليس في النصوص الشرعية تحديداً له.⁽⁵⁾ والعاقدان في عقد الاستصناع هما: الصانع الذي يقوم بالعمل، والمستصنع وهو الذي طلب عمل شيء معين، ويشترط فيهما أساساً:⁽⁶⁾

(1) انظر: الشربيني: محمد بن أحمد الخطيب، مرجع سابق، ج2، ص3. / القاضي: هشام محمد، التمويل العقاري-دراسة فقهية قانونية اقتصادية مقارنة-، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية مصر، 2012، ص75.

(2) الجمل: سليمان بن عمر بن منصور العجيلي، فتوحات الوهاب بتوضيح شرح منهج الطلاب المعروف بمحاشية الجمل، دار الفكر، بيروت لبنان، د.ت، ج5، ص274.

(3) الزحيلي: وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج4، ص115.

(4) انظر: أهلية المتعاقدين: وهو العقل والبلوغ عند الشافعية والحنابلة، مما يكون به مكلفاً رشيداً، وهو العقد فقط عند الحنفية والمالكية، لأنهم جوزوا تصرف الصبي الذي يعقل، وكذلك جوز الحنابلة تصرف الصبي المميز، بإذن وليه. التارزي: مصطفى كمال، الاستصناع والمقاولات في العصر الحاضر، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، منظمة المؤتمر الإسلامي، جدة المملكة العربية السعودية، العدد 07، 7-12 ذو القعدة 1412 هـ الموافق 9-14 ماي 1992م، ج7، ص997.

(5) القاضي: هشام محمد، مرجع سابق، ص90.

(6) الزحيلي: وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ج4، ص115.

- 1- الأهلية⁽¹⁾ الكاملة للمعاملة والتصرف؛ أي أهلية الأداء وتعني صلاحية الشخص لصدور التصرفات عنه على وجه يعتد به شرعاً، وتتحقق هذه الأهلية بالعقل والتمييز والرشد وعدم الحجر.⁽²⁾
- 2- الولاية وتعني أن يكون للعاقدة سلطة تمكنه من تنفيذ وترتيب آثاره الشرعية عليه، وهذه السلطة ناشئة من كونه مالكاً يتصرف بالأصالة عن نفسه أو نائباً عن المالك الأصلي بالوكالة أو الوصاية.
- 3- الرضا والاختيار: اتفق الفقهاء على أن الرضا هو أساس العقود⁽³⁾، غير أنهم اختلفوا في كونه شرط صحة في جمع العقود أم لا؛ فذهب الحنفية⁽⁴⁾ إلى أن الرضا شرط صحة في العقود المالية فقط بخلاف غير المالية التي تصح مع الإكراه، أما الجمهور⁽⁵⁾ فاعتبروا أن الرضا شرط في صحة جميع العقود سواء كانت مالية أو غير مالية.
- 4- التعدد: فيجب أن يصدر الإيجاب والقبول من شخص غير الشخص الذي صدر منه الآخر؛ لأن الاستصناع لا يمكن أن يكون من شخص واحد بل من شخصين.⁽⁶⁾

البند الثاني: المعقود عليه أو محل العقد

محل العقد أو المعقود عليه هو ما يقع عليه العقد وتظهر فيه أحكامه وآثاره، ويختلف المحل باختلاف العقود، فقد يكون المحل عيناً مالية، كالمبيع في عقد البيع، والموهوب في عقد الهبة، والمرهون في عقد الرهن، وقد يكون عملاً من الأعمال، كعمل الأجير في عقد الإجارة وعمل الوكيل في الوكالة، وقد يكون منفعة شيء

(1) الأهلية تنقسم إلى أهلية وجوب وأهلية أداء؛ أما أهلية الوجوب فهي صلاحية الإنسان لوجوب الحقوق المشروعة له وهي متعلقة بالذمة، أما أهلية الأداء فهي صلاحية الشخص لصدور الفعل منه على وجه يعتد به شرعاً. الفتاواي: سعد الدين مسعود بن عمر، شرح التلويح على التوضيح لمن التنقيح في أصول الفقه، تحقيق: زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ط1، 1996م، ج2، ص337. / ابن أمير حاج: أبو عبد الله شمس الدين، التقرير والتحجير، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ط2، 1983م، ج2، ص164.

(2) انظر: ابن نجيم: زين الدين بن إبراهيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، مرجع سابق، ج5، ص279. / النفراوي: أحمد غانم شهاب الدين، مرجع سابق، ج2، ص73. / القليوبي: أحمد سلامة وعميرة: أحمد البرلسي، حاشيتنا قليوبي وعميرة، مرجع سابق، ج2، ص192.

(3) انظر: الكاساني: علاء الدين، مرجع سابق، ج5، ص177. / النفراوي: أحمد غانم شهاب الدين، مرجع سابق، ج2، ص83. / النووي: أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف، المجموع شرح المهذب، مرجع سابق، ج9، ص169. / المرادوي: علاء الدين، مرجع سابق، ج4، ص266.

(4) انظر: ابن نجيم: زين الدين بن إبراهيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، مرجع سابق، ج8، ص81.

(5) انظر: الحرشي: محمد بن عبد الله، مرجع سابق، ج5، ص4. / الشربيني: محمد بن أحمد الخطيب، مرجع سابق، ج2، ص3. / البهوتي: منصور بن يونس، مرجع سابق، ج9، ص149.

(6) أفندي: علي حيدر خواجه، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، تعريب: فهمي الحسيني، دار الجليل، بيروت لبنان، ط1، 1991م، ج1، ص132.

معين، كمنفعة المأجور في عقد الإجارة، ومنفعة المستعار في عقد الإعارة، وقد يكون غير ذلك كما في عقد النكاح والكفالة ونحوهما.⁽¹⁾

وقد اشترط الفقهاء في المعقود عليه عدة شروط، وبينوها في كل عقد على حده، وذكروا بعض الشروط العامة التي يجب توافرها في العقود بصفة عامة أو في مجموعة من العقود، وبخاصة عقد البيع، وأهم هذه الشروط:⁽²⁾

1- أن يكون المعقود عليه طاهراً أو متنجساً يمكن تطهيره: فلا يصح التعاقد على بيع نجس العين سواء أمكن تطهيره أم لا، ولا يصح بيع الكلب ولو معلماً⁽³⁾، والخمر، ولا يصح بيع المتنجس الذي لا يمكن تطهيره كالصبغ والآجر المعجون بالزبل لأنه في معنى نجس العين، أما ما يمكن تطهيره كالثوب المتنجس والآجر المعجون فإنه يصح بيعه لإمكان طهره.⁽⁴⁾

2- أن يكون المعقود عليه منتفعاً به شرعاً ولو في المال: فلا يصح التعاقد على بيع ما لا نفع فيه، لأنه لا يعد مالاً كالحشرات التي لا نفع فيها والحية والعقرب وجميع هوام الأرض كالوزغة لأنها محرمة الانتفاع بها شرعاً لكونها من الخبائث فلم تكن أموالاً فلم يجز بيعها، ولا يصح بيع مسكن بلا ممر لتعذر الانتفاع به.⁽⁵⁾

3- أن يكون المعقود عليه مقدوراً على تسليمه وتسلمه للعاقد حساً وشرعاً: والعلة في ذلك هو الوثوق بحصول العوض، ليخرج عن بيع الغرر المنهي عنه، وبناءً على ذلك لا يجوز بيع ما يتعذر تسليمه كالطير في الهواء، وكذلك لا ينعقد بيع المعدوم، وماله خطر العدم كنتاج التناج والحمل واللبن في الضرع.⁽⁶⁾

4- أن يكون المعقود عليه مملوكاً للعاقد ملكاً تاماً: فلا يصح التعاقد على الأشياء غير المملوكة للعاقد لحديث حكيم بن حزام قال قلت يا رسول الله! الرجل يسألني البيع وليس عندي أفأبيعه؟ قال: " لا تبع ما ليس عندك".⁽⁷⁾

(1) الزحيلي: وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج4، ص172.

(2) انظر: القاضي: هشام محمد، مرجع سابق، ص90-93.

(3) يجوز بيع الكلب عند الخنفية. انظر: الكاساني: علاء الدين، مرجع سابق، ج5، ص294.

(4) انظر: العدوي: أبو الحسن، علي بن مكرم الصعدي، مرجع سابق، ج2، ص179. / الشربيني: محمد بن أحمد الخطيب، مرجع سابق، ج2، ص11.

(5) انظر: الكاساني: علاء الدين، المرجع السابق، ج5، ص140. / الشربيني: محمد بن أحمد الخطيب، المرجع نفسه، ج2، ص11.

(6) انظر: الشربيني: محمد بن أحمد الخطيب، المرجع نفسه، ج2، ص12. / ابن قدامة، مرجع سابق، ج4، ص294.

(7) أخرجه ابن ماجه في سننه عن حكيم بن حزام، كتاب التجارات، باب النهي عن بيع ما ليس عندك وعن ربح مالم يضمن، رقم 2187. سبق تخريجه.

5- أن يكون معلوماً للمتعاقدين عيناً في المعين وقدر أو صفة فيما في الذمة: وبناء على هذا الشرط فلا يصح بيع شقة غير معينة في عمارة، أو بيعها بسعر غير مقطوع به، أو غير ذلك من الأمور التي فيها جهالة للمعقود عليه.⁽¹⁾

ومما يتصل بهذا الشرط البيع على الأوصاف المكتوبة في البرنامج، أي الدفتر المكتوب فيه أوصاف ما في العدل من الثياب المباعة لتشتري على تلك الصفة، فإنه جائز عند المالكية إن وجد على تلك الصفة الموصوف بها وإلا خير المشتري⁽²⁾، والشافعية لا يجزونه إلا بثبوت الخيار للمشتري إذا رأى المشتري المبيع.⁽³⁾

وهذا النوع من البيع كثيراً ما يوجد في المجال العقاري؛ حيث يبيع العقار أو وحدات المشروع السكني على الخارطة، ويتم فيه تحديد مساحة العقار، وعدد الغرف التي يتكون منها، والدور الكائن به، وسعره، وجميع الأوصاف التي تميزه عن غيره، وتجعله معلوماً للمتعاقدين علماً نافياً للجهالة⁽⁴⁾، وهو ما سماه المشرع الجزائري عقد البيع على التصاميم.

والمعقود عليه هنا هو العين المصنوعة والعمل الواقع عليها من جهة والتمن الذي يقدمه المستصنع من جهة ثانية، ويشترط في المعقود عليه في الاستصناع إضافة إلى الشروط العامة السابق ذكرها شروط أخرى اشترطها الحنفية لجواز الاستصناع، فإذا فاتت أو فات واحد منها فسد العقد، وكان له حكم البيع الفاسد الذي ينقل الملكية بالقبض ملكاً خبيثاً لا يجوز الانتفاع به ولا الاستعمال، ويجب إزالة سبب الفساد احتراماً لنظام الشرع، وهذه الشروط هي مايلي:⁽⁵⁾

1- أن يكون المراد صناعته مما يجري التعامل فيه: كالمصوغات والأحذية والأواني وأمتعة الدواب ووسائل النقل الأخرى، فلا يجوز الاستصناع في الثياب أو في سلعة لم يجر العرف باستصناعها كالديبس (مايخرج من العنب) لعدم تعامل الناس به، ويصح في عصرنا الحاضر الاستصناع في الثياب لجريان التعامل فيه، والتعامل يختلف بحسب الأزمنة والأمكنة⁽⁶⁾، فالهدف من هذا الشرط أن يكون الاستصناع في السلع التي جرى العرف

(1) القاضي: هشام محمد، مرجع سابق، ص 93.

(2) الدسوقي: محمد بن أحمد بن عرفة، مرجع سابق، ج 3، ص 24.

(3) الشافعي: أبو عبد الله محمد بن إدريس، الأم، مرجع سابق، ج 7، ص 220.

(4) القاضي: هشام محمد، المرجع السابق، ص 93.

(5) السرخسي: محمد بن أحمد، مرجع سابق، ج 12، ص 139. / ابن الهمام: كمال الدين، مرجع سابق، ج 5، ص 355. / ابن عابدين،

محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز، مرجع سابق، ج 4، ص 222. / الزحيلي: وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج 5، ص 3646-

3649.

(6) الزحيلي: وهبة، عقد الاستصناع، مرجع سابق، ج 7، ص 802.

والعادة بالتعامل بها كالحرف اليدوية أو المركبة في المصانع، ويكمن أن تدخل بعض صناعات اليوم التي لم تكن موجودة في السابق مثل صناعات التعليب والصناعات التحويلية وإن كان الأصل هي منتجات طبيعية فنجد الاستصناع اتسع إلى مجالات عديدة في الوقت المعاصر⁽¹⁾، خاصة فيما كان يُتَّجَّح إليه، فالحاجة هي التي تحدد ما يدخله الاستصناع⁽²⁾، وبيع الوحدات العقارية على المخططات مما ظهرت حاجة الناس إليه، وعليه فحاجة الناس إلى سكن جعلت هذا الأخير يدخل ضمن نطاق الاستصناع.

2- بيان جنس المصنوع ونوعه وقدره وصفته: وهذا ما ذكرناه في الشروط العامة لأنه مبيع، فلا بد من أن يكون معلوماً، والعلم يحصل بذلك، فإذا كان أحد هذه العناصر مجهولاً، فسد العقد؛ لأن الجهالة المفضية للمنازعة تفسد العقد، وبناءً عليه، إذا استصنع شخص إناء أو سيارة، بين في الإناء نوع المعدن وجنسه ومقاسه وحجمه وأوصافه وعدد الآنية المطلوبة إذا كانت متعددة، فإذا أخفى ذلك كله أو شيئاً منه، فسد العقد للجهالة، وكذلك في صنع السيارة تبين جميع المواصفات المطلوبة، منعاً من الجهالة والنزاع المنتظر عند تعارض المصنوع مع ما قد يترقبه المستصنع⁽³⁾، ومما يتصل بهذا الشرط بيع العقار أو وحدات المشروع السكني على الخارطة، فلا بد أن تبين الوحدة العقارية المباعة بياناً واضحاً بذكر حدودها وأطوالها وما يتعلق بالهيكل الهندسي، بذكر الغرف التي يتكون منها ودورات المياه ونوعية العمل الداخلي من الدهانات والبلاط والكهرباء والسباكة، إضافة إلى تحديد مساحة العقار، والدور الكائن به، وسعره، وجميع الأوصاف التي تميزه عن غيره، وتجعله معلوماً للمتعاقدين علماً نافعاً للجهالة، ويفضي عدم بيانها إلى النزاع.

3- أن يذكر فيه أجل محدد: فإذا ذكر المتعاقدان أجلاً معيناً لتسليم المصنوع، فسد العقد وانقلب سَلماً عند أبي حنيفة، فتشترط فيه حينئذ شروط السلم، مثل قبض جميع الثمن في مجلس العقد، وأنه لا خيار لأحد العقادين إذا سلم الصانع المصنوع على الوجه الذي شرط عليه في العقد، ودليله أن العقاد إذا حدد أجلاً فقد أتى بمعنى السلم، والعبرة في العقود لمعانيها، لا لصور الألفاظ، ولهذا إذا حدد أجل فيما لا يجوز الاستصناع فيه، كأن يستصنع حائكاً للنسج بغزل نفسه أو خيَّاطاً للخياطة بقماش من عنده، انقلب العقد سَلماً⁽⁴⁾.

والمراد بالأجل: شهر فما فوقه، فإن كان أقل من شهر، كان استصناعاً إن جرى فيه تعامل، أو كان القصد من الأجل الاستعجال بلا إمهال، كأن قال: على أن تفرغ منه غداً أو بعد غد، فإن قصد من الأجل الاستمهال والتأجيل، لم يصح استصناعاً، ولا يصح سَلماً إذا كان الأجل دون شهر، والخلاصة: أن المؤجل

(1) الزرقا: مصطفى أحمد، عقد الاستصناع ومدى أهميته في الاستثمارات الإسلامية المعاصرة، مرجع سابق، ص33.

(2) محمد سليمان الأشقر وآخرون، مرجع سابق، ص231.

(3) الزحيلي: وهبة، عقد الاستصناع، مرجع سابق، ج7، ص802.

(4) الزحيلي: وهبة، عقد الاستصناع، المرجع نفسه، ج7، ص803.

بشهر فأكثر سلم، والمؤجل بدونه إن لم يجر فيه تعامل فهو استصناع إلا إذا ذكر الأجل للاستعجال فصحيح، ونصت المادة (389) من المجلة على ما يلي: «كل شيء تعامل استصناعه، يصح فيه الاستصناع على الإطلاق، وأما ما لم يتعامل باستصناعه إذا بين فيه المدة، صار سَلَمًا، وتعتبر فيه حينئذ شروط السَلَم، وإذا لم يبين فيه المدة، كان من قبيل الاستصناع أيضاً»⁽¹⁾، وإذا حددت مدة لتقديم المصنوع، فانقضت دون أن يفرغ الصانع منه ويسلمه، فالظاهر أن يتخير المستصنع بين الانتظار والفسخ، كما هو المقرر في عقد السلم، فلو لم يفسخ حتى قدم الصانع المصنوع فالخيار يعتبر باقياً إلا أن يكون المستصنع قد استحث الصانع بعد الأجل على الإنجاز.⁽²⁾

وقال الصحبان (أبو يوسف ومحمد بن الحسن الشيباني): ليس هذا بشرط، والعقد استصناع على كل حال، حدد فيه أجل أو لم يحدد⁽³⁾؛ لأن العادة جارية بتحديد الأجل في الاستصناع، فيكون شرطاً صحيحاً لذلك، وهذا القول هو المتفق مع ظروف الحياة العملية، وحاجات الناس، فيكون هو الأولى بالأخذ به.⁽⁴⁾ وعليه فيترجح من هذا أنه لا بد من تحديد الأجل خاصة في عصرنا الحاضر فقد دخل الاستصناع في مصنوعات ضخمة باهظة التكاليف كالطائرات والعمارات والبواخر، مما قد يحتاج إلى إنشاءه سنين، ولذا ذهب فقهاء العصر إلى أنه يجوز ذكر الأجل بل يجب حسماً للنزاع.⁽⁵⁾

وهذا ما أقره مجمع الفقه الإسلامي: "ثانياً: يشترط في عقد الاستصناع ما يلي:

أ- بيان جنس المستصنع ونوعه وقدره وأوصافه المطلوبة.

ب- أن يحدد فيه الأجل.

ثالثاً: يجوز في عقد الاستصناع تأجيل الثمن كله، أو تقسيطه إلى أقساط معلومة لآجال محددة".⁽⁶⁾

وبهذا يتفق عقد الاستصناع مع بيع البناء على التناهي في ضرورة تحديد الأجل، فلو لم يحدد الأجل لبطل هذا الأخير، ولا بد أن ينص على هذا الأجل في العقد دفعاً للنزاع والخصومة.

(1) لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية، مجلة الأحكام العدلية، مرجع سابق، ص 76.

(2) الزرقا: مصطفى أحمد، عقد البيع، دار القلم، دمشق سوريا، ط 2، 2012 م، ص 154.

(3) الكاساني: علاء الدين، مرجع سابق، ج 5، ص 3.

(4) الزحيلي: وهبة، عقد الاستصناع، مرجع سابق، ج 7، ص 803.

(5) محمد سليمان الأشقر وآخرون، مرجع سابق، ص 232.

(6) قرار رقم: 65 (7/3) مجلة مجمع الفقه الإسلامي في دورة مؤتمره السابع بجدة في المملكة العربية السعودية من 7-12 ذي القعدة 1412

الموافق 9 - 14 أيار (مايو) 1992م، منظمة المؤتمر الإسلامي، جدة المملكة العربية السعودية، العدد السابع، ج 2، ص 223.

ومن خلال ما سبق يتضح أن عقد الاستصناع يرد على عنصرين هامين هما الثمن والمثمن (المبيع أو السلعة):

1- الثمن: يجب أن يكون الثمن معلوماً محدداً نوعاً وقدرًا ويجوز أن يكون معجلاً كله أو مؤجلاً كله أو مقسطاً كما في البيع العادي، وهنا تظهر أهمية الاستصناع وقابليته لتلبية حاجات المتعاملين الاقتصاديين في هذا العصر، وهذا الثمن يمكن أن يتحدد بإحدى الطريقتين:

- طريقة المساومة: أي التفاوض بين المتعاقدين للوصول إلى سعر متفق عليه.

- طريقة المراجعة: وذلك بأن يقدر الصانع سائر النفقات والتكاليف اللازمة لصناعة الشيء المطلوب مع إضافة مقدار الربح الذي يتفق عليه فيكون المجموع هو الثمن الذي يحدد أثناء التعاقد.⁽¹⁾

2- المَثْمَنُ (المبيع أو السلعة): فالاستصناع يتطلب شيئين هما العين (الشيء المصنوع) والعمل (صناعة الشيء) وهما مطلوبان من الصانع، فالعين هي المواد الخام التي يراد إنجاز العمل بواسطتها من قبل الصانع وفق المواصفات المطلوبة من المستصنع، والعمل هو الجهد الذي يبذله الصانع، أو من يقوم مقامه لإنجاز ما طلب منه، ومن هنا يتبين لنا حقيقة المعقود عليه هي العمل أم العين.⁽²⁾

وقد اختلف فقهاء الحنفية في هذا، فذهب أبو سعيد البردعي⁽³⁾ أن المعقود عليه في عقد الاستصناع هو العمل لأن الاستصناع استفعال من صنع أي طلب الصنع، وهو العمل، فتسمية العقد به دليل على أن المعقود عليه هو العمل، والأديم فيه والصرم بمنزلة الصيغ، أي بمنزلة الآلة للعمل ولهذا يبطل عقد الاستصناع بموت أحد المتعاقدين، كما تبطل الإجارة بذلك⁽⁴⁾، وذهب جمهور علماء المذهب⁽⁵⁾ إلى أن المعقود عليه هو العين وليس العمل، وذكر الصنعة لبيان الوصف وهذا هو الأصح في المذهب الحنفي، وقد قالوا في توجيه هذا الرأي: إن المعقود عليه هو العين (أي المستصنع فيه) لأن الصانع لو جاء بالمستصنع فيه مفروغا عنه، ولا من

(1) الزقا: مصطفى أحمد، عقد الاستصناع ومدى أهميته في الاستثمارات الإسلامية المعاصرة، مرجع سابق، ص 22.

(2) البدران: كاسب بن عبد الكريم، مرجع سابق، ص 156.

(3) أبو سعيد البردعي: أحمد بن الحسين، أبو سعيد البردعي: فقيه من العلماء، كان شيخ الحنفية ببغداد نسبته إلى بردعة (أو بردعة) بأقصى أدربيجان، ناظر الإمام داود الظاهري في بغداد، وظهر عليه، وتوفي قتيلاً في وقعة القرامطة مع الحجاج بمكة. الزركلي: خير الدين بن محمود، الأعلام، دار العلم للملايين، د.م، ط 15، 2002م، ج 1، ص 114-115.

(4) انظر: الزيعلي: فخر الدين، مرجع سابق، ج 4، ص 124. / الشاذلي: حسن علي، الاستصناع وموقف الفقه الإسلامي منه في صورة عقد استصناع أم عقد سلم، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، منظمة المؤتمر الإسلامي، جدة المملكة العربية السعودية، العدد 07، 7-12 ذو القعدة 1412 هـ الموافق 9-14 ماي 1992م، ج 7، ص 891.

(5) انظر: السرخسي: محمد بن أحمد، مرجع سابق، ج 12، ص 139. / ابن الهمام: كمال الدين، مرجع سابق، ج 5، ص 355.

صنعته (بأن كان من صنع غيره) أو من صنعته قبل العقد، فأخذه المستصنع كان جائزاً، وذهب صاحب المحيط البرهاني⁽¹⁾ وبعض الفقهاء المعاصرين إلى أن المعقود عليه هو العين والعمل معاً، فلاستصناع عقد مستقل خاص، محله العمل والعين معاً، وبذلك يمتاز عن البيع الذي محله العين، وعن الإجارة التي محلها العمل، وعن السلم الذي محله هو الذمة⁽²⁾، وهو ما أقره القرار رقم: 65 (7/3) لمجمع الفقه الإسلامي.⁽³⁾

ومن هنا يتبين لنا التطابق الكبير بين عقد الاستصناع وبيع البناء على التصاميم في محل العقد، وذلك من خلال طريقة تحديد الثمن وجواز تقييده، وبيان المثلث (السلعة أو المبيع)، فإذا نظرنا في بحثنا هذا من جهة البائع فيكون محل العقد المبيع الذي يكمن في العقار المراد تشييده وإنشاءه، وإذا نظرنا من وجهة المشتري فيكون المحل في دفع الثمن، إضافة إلى تحديد الأجل والذي يساهم في تجنب النزاعات.

البند الثالث: الصيغة

وهي تعبير من العاقد عن إرادته بما يشعر بوقوع العقد، وهي عبارة عن الإيجاب والقبول.⁽⁴⁾

والإيجاب عند الحنفية هو أول كلام يصدر من أحد المتعاقدين لأجل إنشاء التصرف، وبه يوجب ويثبت التصرف، ولا فرق بين أن يقع الكلام من البائع أو يقع من المشتري، فإذا قال البائع: قد بعثك هذا المتاع والمشتري قال: اشتريته، أو قال: قد اشتريت منك هذا المتاع بكذا، فقال البائع: وأنا قد بعثك إياه، فكما أن كلام البائع في الصورة الأولى إيجاب، وفي الثانية قبول، فكلام المشتري في الصورة الأولى قبول، وفي الثانية إيجاب أيضاً⁽⁵⁾، وعليه فالقبول عند الحنفية هو الذي ينشئ التصرف ويتم به العقد.

أما جمهور الفقهاء فالإيجاب هو ما يدل على الرضا من البائع بالتملك بعوض دلالة ظاهرة، والقبول هو ما يدل على الرضا من المشتري بالتملك.⁽⁶⁾

(1) "أن المستصنع طلب منه العمل والعين جميعاً، فلا بد من اعتبارهما جميعاً". برهان الدين: أبو المعالي، مرجع سابق، ج 7، ص 136.

(2) القرة داغي: علي محي الدين، عقد الاستصناع، مرجع سابق، ج 7، ص 828.

(3) "أولاً: إن عقد الاستصناع - وهو عقد وارد على العمل والعين في الذمة - ملزم للطرفين إذا توافرت فيه الأركان والشروط".

(4) انظر: أفندي: علي حيدر خواجه أمين، مرجع سابق، ج 1، ص 399.

(5) أفندي: علي حيدر خواجه أمين، المرجع نفسه، ج 1، ص 399.

(6) انظر: الخطاب، مرجع سابق، ج 4، ص 228. / الشريبي: محمد بن أحمد الخطيب، مرجع سابق، ج 2، ص 3. / ابن قدامة: أحمد بن

محمد، المغني، مكتبة القاهرة، مصر، د.ط، 1968م، ج 4، ص 4.

- وباعتبار عقد الاستصناع نوع من أنواع البيوع فيشترط في الصيغة فيه نفس شروط البيع، وأهمها: (1)
- 1- ألا يطول الفصل بين الإيجاب والقبول، وألا يتخللهما كلام أجنبي أو سكوت طويل يشعر بالإعراض.
 - 2- أن يكون القبول ممن صدر معه الخطاب.
 - 3- أن يصير البادي على ما أتى به من الإيجاب إلى القبول، وأن تبقى أهليته كذلك؛ فلو أوجب بمؤجل أو شرط الخيار ثم أسقط الأجل أو الخيار أو أغمي عليه مثلاً لم يصح العقد لضعف الإيجاب وحده.
 - 4- أن يتلفظ كل منهما بحيث يسمعه من بقره، وإن لم يسمعه صاحبه.
 - 5- ألا يكون العقد مؤقتاً، فلو قال بعتك بكذا شهراً مثلاً لم يصح.
 - 6- ألا يكون معلقاً بما لا يقتضيه العقد، فلو قال إن جاء زيد بعتك كذا لم يصح بخلاف ما إذا علق بما يقتضيه العقد كقوله بعتك هذا بكذا إن شئت فقال اشتريت أو قال اشتريت منك هذا بكذا إن شئت فقال بعتك صح.
 - 7- أن يكون القبول على وفق الإيجاب في المعنى كالجنس والنوع والصفة والقدر والحلول والأجل.
 - 8- أن يكون العاقدان جادين في عقد البيع غير هازلين.
- وللصيغة نوعان:** صيغة قولية أو ما يقوم مقامها من رسول أو كتاب، والمعاطاة عن طريق الأخذ والاعطاء⁽²⁾، ولا يشترط في عقد الاستصناع عبارات معينة بل يكفي أن تدل على رضا الجانبين، وأن تكون واضحة المعنى ومتوافقة في كل من الإيجاب والقبول بلا تردد أو تسويق⁽³⁾.

الفرع الثاني: الأركان الموضوعية لعقد بيع البناء على التناهي في القانون

لكي ينعقد العقد صحيحاً في القانون يجب أن يتفق المتعاقدان على العناصر الأساسية له، وهي ماهية العقد والمحل والسبب، وبالتالي فإنه لكي ينعقد عقد بيع البناء على التناهي يجب أن يتفق الطرفان على

(1) انظر: أفندي: علي حيدر خواجه أمين، مرجع سابق، ج1، ص114. / الخطاب، مرجع سابق، ج4، ص240. / الشريبي: محمد بن أحمد الخطيب، مرجع سابق، ج2، ص4. / البهوتي: منصور بن يونس بن صلاح الدين، مرجع سابق، ج3، ص146. / القاضي: هشام محمد، مرجع سابق، ص94-95.

(2) انظر: الكاساني: علاء الدين، مرجع سابق، ج6، ص2982. / الشريبي: محمد بن أحمد الخطيب، المرجع نفسه، ج4، ص2.

(3) الزرقا: مصطفى أحمد، المدخل الفقهي العام، دار القلم، دمشق سوريا، 1998م، ج1، ص405.

ماهية العقد؛ أي أن تنصرف إرادتهما إلى إبرام عقد بيع البناء على التصاميم، وأن يتفقا على العقار المعقود عليه وثن البيع، إضافة إلى تحديد الباعث والغرض من هذا العقد، وهذا على النحو التالي.

البند الأول: الرضا في عقد بيع البناء على التصاميم

يشترط لانعقاد عقد بيع البناء على التصاميم كما هو الحال في جميع العقود اقتران إرادتين متطابقتين؛ أي وجود إيجاب معين وقبول مطابق له، مع ضرورة تمتع طرفي العقد بالأهلية وخلو الإرادة من عيوب الرضا⁽¹⁾، وبموجبه يتم الاتفاق على العناصر الجوهرية للعقد، ويستوي أن يصدر الإيجاب من البائع أو المشتري مادام رضاها صحيحاً وخالياً من العيوب، وبالرجوع إلى القانون 11-04 نجد أن المشرع الجزائري قد بين طرفي عقد بيع البناء على التصاميم، وخصهما بتسميات مغايرة؛ فوصف البائع بالمرقي العقاري، كما وصف المشتري بالمقتني أحياناً وبالمكاتب أحياناً أخرى.

وقد بين المشرع الجزائري من هو الشخص المخول له باكتساب صفة المرقي العقاري⁽²⁾ وذلك لضمان حماية الطرف الثاني في هذا العقد وهو المكاتب أو المقتني⁽³⁾، وعليه فلا يمكن لعقد بيع البناء على التصاميم أن ينعقد ما لم يتم التعبير عن الإرادة والرضا بين المرقي العقاري والمكاتب، والتعبير عن الإرادة في العقود بصفة عامة يكون بالتعبير صراحة أو ضمناً طبقاً لنص المادة 60 من القانون المدني الجزائري⁽⁴⁾، غير أن عقد بيع البناء على التصاميم يجب أن يتم فيه التعبير عن الإرادة صراحة؛ إذ يصرح البائع (المرقي العقاري) عن رغبته في بيع العمارة أو البناية التي هي على التصاميم بحسب ما إذا كانت فردية أو جماعية، كما يعلن المشتري

(1) السعدي: محمد صبري، مرجع سابق، ص 156-208. المادتان 42-43 من الأمر رقم: 58/75 المؤرخ في: 26 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم بموجب القانون 10/05 المؤرخ في: 20 جوان 2005 المتضمن القانون المدني.

(2) من الشروط الواجب توفرها في المرقي العقاري هي اكتساب صفة التاجر والحصول على الاعتماد، والتسجيل في الجدول الوطني للمرقيين العقاريين حيث يمنح له الترخيص وينتسب لصندوق الضمان والكفالة المتبادلة ويتعرف على وضعيته القانونية والفعالية. انظر المواد 19-4-23 من القانون رقم 11-04. والمرسوم التنفيذي رقم: 12-84 المؤرخ في 20-02-2012 المحدد لكيفيات منح الاعتماد لممارسة مهنة المرقي العقاري وكذا كيفيات مسك الجدول الوطني للمرقيين العقاريين. (ج.ر العدد 11). والمرسوم التنفيذي رقم 12-85 المؤرخ في 20-02-2012 المتضمن دفتر الشروط النموذجي الذي يحدد الالتزامات والمسؤوليات المهنية للمرقي العقاري. (ج.ر العدد 11) المؤرخة في 26-02-2012.

(3) يشترط في المقتني أن يكون عاقلاً بالغاً متمتعاً بالأهلية حتى يتمكن من التصرف بكل حرية في أمواله، وكون أن بيع العقار على التصاميم من العقود الدائرة بين النفع والضرر فإن كان المقتني ناقص الأهلية فإن تصرفاته تتوقف على إجازة الولي أو الوصي أو إذن من المحكمة، إضافة إلى خلو إرادته من عيوب الرضا. انظر: مسكر: سهام، بيع العقار بناء على التصاميم، مرجع سابق، ص 36. / فيلاي: علي، مرجع سابق، ص 103.

(4) الأمر رقم: 58/75 المؤرخ في: 26 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم بموجب القانون 05/07 المؤرخ في: 25 ربيع الثاني 1428 هـ الموافق 13 مايو 2007 المتضمن القانون المدني (ج.ر العدد 31).

(المكاتب أو المقتني) عن قبوله صراحة هذا البيع، وخضوعه بصفة كلية دون تحفظ للشروط السارية على الملكية المشتركة فيما يتعلق بالبنائات الجماعية، أو تلك الواردة في دفتر شروط تجزئة الأرض من أجل البناء في حالة البنائات الفردية.⁽¹⁾

كما يجب أن ينصب الرضا في عقد بيع البناء على التصاميم على ماهية العقد والمحل والتمن؛ فأما ماهية العقد فله أهمية كبيرة حيث يقصد كل من المرقي العقاري والمشتري (المقتني أو المكاتب) أن العقد الذي سيبرمونه هو عقد بيع بناء على التصاميم، ويجب أن يتضمن هذا العقد على أصل ملكية الأرض ورقم السند العقاري ومرجعيات رخصة التجزئة وشهادة التهيئة والشبكات، وكذا تاريخ ورقم رخصة البناء طبقاً للمادة 30 من القانون 04-11 نظراً للمخاطر التي تهدد المقتني مقارنة بالمرقي العقاري، وعلى هذا الأساس فالمشتري يأخذ بعين الاعتبار ما يجب أن يلتزم به المرقي العقاري اتجاهه حتى يتمكن من إعلان قبوله برضاً تام⁽²⁾، أما فيما يخص الرضا في المحل (المبيع) فيجب إعلام المشتري بالمبيع إعلاماً تاماً باعتبار أن محل عقد بيع البناء على التصاميم هو بناية أو جزء من بناية غير موجودة وقت التعاقد، وقد أوجب المشرع الجزائري على المرقي أن يحدد في العقد وصف البناية أو جزء منها المبعة ومشمولاتها، ويبين كافة الملفات التقنية والمخططات والكشوفات الوصفية والصفقات المؤشر عليه بصفة نظامية والشاملة للمجمع السكني، إضافة إلى بيان التجزئة التي تقع بها ومساحتها وحدودها وتقديم جميع الوثائق التي تبين تملك المرقي للوعاء العقاري الموجه لاستقبال المشروع لتمكين المشتري من التعرف عليها معرفة نافية للجهالة، وقت إبرام عقد بيع البناء على التصاميم.⁽³⁾

وأما الرضا في الثمن فقد ألزم القانون 04-11 ضبط سعر البيع وآجال الدفع بالنسبة لتقدم الأشغال، وحتى في حالة تجزئة الثمن يجب تحديد كفيات ذلك تحت طائلة البطلان طبقاً لنص المادة 37 من القانون سالف الذكر، وألزم المرقي العقاري بعدم قبول أي تسبيق أو اكتتاب أو إيداع أو قبول سندات تجارية مهما كان شكلها قبل التوقيع على العقد أو قبل تاريخ استحقاق الدين، وحرص على بطلان عقد بيع البناء على التصاميم إذا لم يذكر فيه أجل التسليم ووقت وطرق الوفاء بالثمن.⁽⁴⁾

(1) انظر: كتنو: لامية، مرجع سابق، ص 74.

(2) نوي: عقيلة، مرجع سابق، ص 60.

(3) نوي: عقيلة، المرجع نفسه، ص 63-64.

(4) عياشي: شعبان، مرجع سابق، ص 116.

وعليه فلا بد لانعقاد عقد بيع البناء على التصاميم الاتفاق على جميع العناصر والتفاصيل التي تخص المبيع والتمن بين البائع (المركبي العقاري) والمشتري (المقتني أو المكتتب) وقت انعقاد العقد تحت طائلة البطلان؛ فإذا تخلف أي عنصر من العناصر وقع العقد باطلاً.

البند الثاني: المحل في عقد بيع البناء على التصاميم

فالمحل هو العملية القانونية المراد تحقيقها والتي تتضمن التزامات متقابلة لطرفي العقد⁽¹⁾، فطبقاً للقواعد العامة للبيع يكون محل الالتزام هو الثمن والمبيع⁽²⁾، وبخصوص عقد بيع البناء على التصاميم فمحل الالتزام يكمن في العقار المبيع والثمن؛ فيقع على عاتق المرقبي العقاري نقل ملكية العقار المبيع في المستقبل للمشتري، وبالمقابل يلتزم هذا الأخير بدفع الثمن.

1- العقار المبيع: يرد محل عقد بيع البناء على التصاميم على العقار المعد للاستغلال والانتفاع، ومن ثم يمكن أن يكون بناية أو جزء من بناية طبقاً للمادة 28 من القانون 04-11، وقد تكون بناية في شكل عمارة، ويتميز العقار المبيع في عقد بيع البناء على التصاميم في كونه غير موجود وقت التعاقد وقابل للوجود في المستقبل، وقد أجاز المشرع الجزائري هذا النوع من العقود بنص المادة 92 من القانون المدني والتي أجازت أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً ومحددًا، ونص على عدة ضوابط وشروط لصحة هذا العقد وتمثل في:⁽³⁾

أ- قابلية العقار للوجود: باعتبار أن عقد بيع البناء على التصاميم قابل للوجود في المستقبل فهذا يكفي لانعقاده نظراً للضمانات التي أحاطه بها المشرع.

ب- تعيين العقار المبيع: تعد مسألة تعيين العقار المبيع ذات أهمية على أساس أنه غير موجود وقت التعاقد، ولذا يجب تعيين نوعه وإلا كان باطلاً طبقاً للمادة 94 ف1 من القانون المدني، كما يجب تحديد موقع البناء وبيان أوصافه ومساحته وحدوده وجميع مشتملاته حتى يميز عن باقي البنائيات لنفي الجهالة عنه من خلال التصاميم المبرمجة، وقد نص المرسوم التنفيذي 13-431 على ضرورة التحديد الدقيق للموقع والعناصر المكونة للأجزاء الخاصة وقوام الملك⁽⁴⁾، والملكية المشتركة.

(1) المحاسنة: محمد يحيى عبد الرحمن، مفهوم المحل والسبب في العقد، دار النهضة العربية، القاهرة مصر، 1986م، ص23.

(2) قداة: خليل أحمد حسن، مرجع سابق، ج4، ص58.

(3) بوجنان: نسيم، مرجع سابق، ص44. / عياشي: شعبان، مرجع سابق، ص128. / كتو: لامية، مرجع سابق، ص78. / فغور: رابع، مرجع سابق، ص118-119.

(4) بيان عدد الغرف، الطابق، الحمام، المرحاض، الأسطح والشرفات، الأروقة والبهو.

2- الثمن: إذ يجب أن يكون الثمن في عقد بيع البناء على التصاميم نقداً أو ما يقوم مقامه ومحددًا وجدياً؛ فأما ما يخص تحديد الثمن فيجب تعيينه أو بيان الأسس التي تؤدي إلى تعيينه على وجه لا يثير النزاع في مقداره مستقبلاً، فالمشرع الجزائري لم يشترط تحديد الثمن بصفة نهائية، بل ومنح للبائع إمكانية مراجعة الثمن بعد تحديده بشرط الاتفاق عليه وقت التعاقد طبقاً للمادة 38 من القانون 11-04⁽¹⁾، وذلك لكون بيع البناء على التصاميم يستغرق وقتاً قد يطول ومن المحتمل أن تتغير الظروف خلال فترة إنجاز البناء كارتفاع أسعار مواد البناء.⁽²⁾

إضافة إلى ذلك رغم أن الثمن في عقد بيع البناء على التصاميم هو ثمن تقديري فلا بد أن يكون الثمن جدياً وحقيقياً لا صورياً أو تافهاً يقل عن قيمة المبيع⁽³⁾، ويجب أن يكون نفسه الثمن الذي اتفق عليه المرقى العقاري مع المكتب كمقابل للعقار الذي سيتم تشييده.

البند الثالث: السبب في عقد بيع البناء على التصاميم

وهو الغاية المباشرة التي يقصد إليها الملتزم من التزامه الإرادي⁽⁴⁾، والناظر في القانون المدني الجزائري من خلال مادته 97 يدرك أن المشرع يأخذ بالسبب ويجعله أمراً جوهرياً في التعاقد ويشترط أن يكون مشروعاً غير مخالف للنظام العام والآداب العامة وإلا كان العقد باطلاً⁽⁵⁾، وبالرجوع لعقد بيع البناء على التصاميم فإن لكل من المتعاقدين سبب ظاهر للتعاقد، فالتزام المرقى العقاري بتشييد البناء ونقل ملكيته إلى المكتب دافعه ترقب الثمن المقسم على أقساط، والذي يساهم من خلاله في عملية الإنجاز ويسهل عملية تمويل المشروع إلى حد معين وتحقيق ربح، وبالمقابل فإن عزم المكتب أو المقتني على شراء البناء على التصاميم دافعه حاجته لمسكن يليق به أو ربما محل تجاري أو مهني يناسبه، ويسمح له بالدفع بالتقسيط.⁽⁶⁾

وفي الأخير ما يمكن قوله أن هناك تطابق إلى حد بعيد في الأركان الموضوعية بين كل من عقد الاستصناع وبيع البناء على التصاميم فكل منهما يشترط فيه تحقق الرضا واقتزان الإيجاب بالقبول بين طرفي العقد، كما

(1) المادة 38 ف2: "كما يجب ذكر ما إذا كان السعر قابلاً للمراجعة أم لا وفي حالة الإيجاب، يجب ذكر كفاءات المراجعة".

(2) زهرة: محمد المرسي، بيع المباني تحت الإنشاء - دراسة مقارنة بين القانون المدني المصري والفرنسي والكويتي -، مرجع سابق، ص 106.

(3) قداة: خليل أحمد حسن، مرجع سابق، ج 4، ص 97. / سي يوسف: زاهية حورية، الواضح في عقد البيع - دراسة مقارنة ومدعمة باجتهادات قضائية وفقهية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2014، ص 80.

(4) قداة: خليل أحمد حسن، المرجع نفسه، ج 1، ص 73.

(5) السعدي: محمد صبري، مرجع سابق، ج 1، ص 222-233.

(6) كتو: لامية، مرجع سابق، ص 80. / بوجنان: نسيم، مرجع سابق، ص 46. / قاشي: غلال، مرجع سابق، ص 283.

يشترط الاتفاق على محل العقد وأن يكون معيناً تعييناً ينفي الجهالة، إضافة إلى أن يكون الباعث مشروعاً من وراء هذا العقد.

المطلب الثاني: الشكلية في عقد بيع البناء على التصاميم

إضافة إلى الأركان الموضوعية التي يتفق فيها عقد الاستصناع وعقد بيع البناء على التصاميم، يشترط الشكلية أيضاً والمتمثلة في الكتابة في الفقه الإسلامي، ويضاف لها تحرير عقد بيع البناء على التصاميم أمام الموثق وتسجيله وشهره أيضاً في القانون.

الفرع الأول: الشكلية في عقد بيع البناء على التصاميم في الفقه الإسلامي

لم يشر الفقهاء إلى ضرورة الكتابة وتحقق الشكلية في حديثهم عن شروط عقد الاستصناع، ولكن باعتبار الالتزامات والديون التي ينشئها هذا العقد كان لا بد من الأخذ بالكتابة التي أمرت بها الشريعة في قوله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بَيْنَ يَدَيْهِ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ وَلْيَكْتُب بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ﴾⁽¹⁾ وذلك لتوفير الطمأنينة والاستقرار في المعاملات، خاصة في موضوع استصناع المباني وبيع العقار أو وحدات المشروع السكني على الخارطة وهو ما يعرف ببيع العقار على التصاميم، فكان لا بد من توثيق ذلك وكتابته، وتضمن العقد تاريخ التعاقد ومكانه وطرفا العقد، إضافة إلى الصيغة والعين المستصنعة والتمن والأجل ومكان التسليم والإيفاء وتحديد التزامات الصانع والمستصنع والضمانات⁽²⁾، وهو ما يتوافق مع عقد بيع البناء على التصاميم كما سيأتي معنا في الفصلين الأول والثاني.

الفرع الثاني: الشكلية في عقد بيع البناء على التصاميم في القانون

لقد ألزمت التشريعات المقارنة بالشكلية في عقد بيع البناء على التصاميم، فأما المشرع الفرنسي فقد استلزم الشكلية كركن أساسي في بيع العقار المقرر بناؤه إذا أبرم العقد في القطاع المحمي secteur protégé وهو القطاع الخاص بالإسكان المهني، ذلك أن المشرع الفرنسي قد فرق بخصوص بيع العقار المقرر بناؤه بين إبرام هذا العقد في القطاع المحمي والقطاع العام، وجعل الشكلية مقصورة على الفرض الأول

(1) سورة البقرة، الآية 282.

(2) انظر: السالوس: علي أحمد، فقه البيع والاستيثاق والتطبيق المعاصر، مؤسسة الريان، بيروت لبنان، 2004م، ص 777-781. / الملحق رقم 01 المتضمن نموذج عقد من عقود الاستصناع المطبقة في المصارف الإسلامية، ص 356.

دون الثاني طبقاً للمادة 7⁽¹⁾ من قانون 3 جانفي 1967⁽²⁾، فاعتبر المشرع الفرنسي أن عدم مراعاة أحكام هذه المادة يجعل العقد باطلاً.⁽³⁾

أما المشرع الجزائري فقد ألزم بالشكلية في البيوع العقارية، وذلك بصيغتها في قالب رسمي إعمالاً للمادة 324 مكرر 1 من القانون المدني⁽⁴⁾، وباعتبار عقد بيع البناء على التصاميم منصب على عقار فإنه يشترط فيه أن يوضع في قالب رسمي حتى يستوفي ركن الشكلية والذي ألزمت به المادتان 25 و 34 من القانون 11-04 سالف الذكر، وتتمثل هذه الشروط في:

البند الأول: تحرير العقد أمام الموثق⁽⁵⁾

إذ يشترط في عقد بيع البناء على التصاميم إفراده في محرر رسمي أمام الموثق وتضمينه البيانات الإلزامية التي نصت عليها المواد 30 و 37 و 38⁽⁶⁾ من القانون 11-04 المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، والمرسوم التنفيذي 13-431 المحدد لنموذج عقد البيع على التصاميم، والتي تتمثل في البيانات الثبوتية التي يقدمها المرقي العقاري من أصل ملكية الأرضية ورقم السند العقاري عند الاقتضاء، ومرجعيات رخصة التجزئة وشهادة التهيئة والشبكات وتاريخ رخصة البناء لحماية المشتري وتجنباً للبيانات الفوضوية⁽⁷⁾، إضافة إلى بيانات الموثق وطرفي العقد، والسعر التقديري وكيفية مراجعته ودفعه (تحديد الأقساط)، وآجال

(1) المادة 7: "إن عقد بيع العقار المقرر بناؤه، في أي من صورتيه؛ البيع لأجل والبيع حسب الحالة المستقبلية، لا يمكن أن ينعقد إلا بعقد رسمي".

(2) عياشي: شعبان، مرجع سابق، ص 122-123.

(3) ويعتبر هذا النص استثناء هام جاء به المشرع الفرنسي سنة 1967 على مبدأ الرضاية الواردة في المادة 1583 من القانون المدني الفرنسي التي تنص على أن البيع ينعقد بين الطرفين بمجرد الاتفاق على الشيء المبيع والتمن، فهو اعتداء أو إضرار مباشر atteinte على حد تعبير البعض على مبدأ الرضاية. Jacques tartanson, la vente d'immeuble a construire jusqu'à la délivrance loi du 3 janvier 1967, p43.

(4) حمدي باشا: عمر، نقل الملكية العقارية في التشريع الجزائري، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2000م، ص 100.

(5) الموثق هو ضابط عمومي يتولى تحرير العقود التي يحدد القانون صيغتها الرسمية وكذا العقود التي يود الأطراف إعطائها هذه الصيغة. المادة 5 من القانون رقم 88-27 المؤرخ في 12 جويلية 1988 المتعلق بتنظيم مهنة الموثق.

(6) المادة 30: "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".

المادة 37: "يجب أن يوضح عقد البيع على التصاميم، تحت طائلة البطلان، تشكيلة سعر البيع وآجال الدفع بالنسبة لتقدم الأشغال، كما يجب عليه في حالة تجزئة تسديد المبلغ المتفق عليه، تحديد كفاءات ذلك"

المادة 38: "يتم ضبط تسديد سعر البيع في عقود البيع على التصاميم، حسب تقدم أشغال الإنجاز في الحدود المنصوص عليها عن طريق التنظيم، كما يجب ذكر ما إذا كان السعر قابلاً للمراجعة أم لا وفي حالة الإيجاب، يجب ذكر كفاءات المراجعة".

(7) مسكر: سهام، التزامات المرقي العقاري المترتبة على بيع السكنات الترفوية، مرجع سابق، ص 118. / بوسته: إيمان، مرجع سابق، ص 77.

التسليم وعقوبات التأخير⁽¹⁾، وكيفيات الحيازة التي تكون بموجب محضر، وكذلك كيفيات الفسخ، وبيان الالتزامات المتعلقة بتسيير الملكية المشتركة للعقار المبيع، والنصوص التي تسيير العقد، ووصف البناية ومشتملاتها، وتقديم الضمانات، مع إرفاقها بالوثائق المرجعية التي تكون حسب نوع العقار المبيع (بناية جماعية أم فردية)⁽²⁾، وهذه كلها تعتبر ضمانات سنتطرق إليها في الفصل الأول بالتفصيل.

البند الثاني: تسجيل وشهر عقد بيع البناء على التصاميم

ألزم المشرع الجزائري إضافة إلى تحرير عقد بيع البناء على التصاميم أمام الموثق وتضمينه البيانات السابق ذكرها إخضاعه لإجراءات التسجيل والشهر؛ إذ لا بد من تسجيل هذا العقد لدى مصلحة التسجيل والطابع المختصة خلال الآجال المحددة في قانون التسجيل، كما يجب أن يشهر لدى المحافظة العقارية المختصة وفقاً للإجراءات القانونية لكي تنتقل الملكية من قبل الموثق نيابة عن البائع⁽³⁾، ويتميز عقد بيع البناء على التصاميم من إعفائه من رسوم التسجيل والطابع، ورسم الإشهار العقاري طبقاً للمادة 258 من قانون التسجيل في فقرتها 4-5-4⁽⁴⁾-7، والمادة 793 من القانون المدني⁽⁵⁾، والمادتان 15 و16⁽⁶⁾ من قانون تأسيس السجل العقاري، وتسجيل وشهر هذا العقد تنتقل ملكية القطعة الأرضية محل الإنجاز والبناية محل البيع بقوة القانون إلى المشتري؛ فالأرض موجودة عند التعاقد فلا إشكال في نقل ملكيتها، أما البناية محل عقد بيع البناء على التصاميم فهي غير موجودة عند التعاقد، ومع ذلك تنتقل ملكيتها نظراً لكون محل عقد البيع شيء مستقبلي محقق الوجود بالنظر إلى الضمانات القانونية التي يمنحها المرقى العقاري للمشتري بموجب هذا العقد.⁽⁷⁾

(1) انظر: المادة 3-4-5 من المرسوم التنفيذي 13-431 المحدد لنموذجي عقد حاف الحق وعقد البيع على التصاميم للأمولاك العقارية، وكذا حدود سعر الملك موضوع عقد البيع على التصاميم ومبلغ عقوبة التأخير وأجالها وكيفيات دفعها.

(2) انظر: المرسوم التنفيذي 13-431 المحدد لنموذجي عقد حاف الحق وعقد البيع على التصاميم للأمولاك العقارية، وكذا حدود سعر الملك موضوع عقد البيع على التصاميم ومبلغ عقوبة التأخير وأجالها وكيفيات دفعها. / مسكر: سهام، بيع العقار بناءً على التصاميم، مرجع سابق، ص 50. / بوستة: إيمان، مرجع سابق، ص 78. / ويس: فتحي، مرجع سابق، ص 70. / قاشي: علال، مرجع سابق، ص 285.

(3) طبقاً للمادة 10 من القانون رقم 06-02 المؤرخ في 20-02-2006م المتضمن تنظيم مهنة التوثيق (ج.ر. العدد 14). انظر: بن عبيدة: عبد الحميد، إثبات الملكية العقارية والحقوق العينية العقارية في التشريع الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2003م، ص 60.

(4) المادة 258 ف 5: "تعفى أيضاً من رسم نقل الملكية لقاء عوض حسب المعدل 10% المشار إليه أعلاه، العقود المتضمنة بيع شقق موجودة في عمارات جماعية ومبنية ضمن نطاق التوفير من أجل البناء من قبل مكتب الترقية والتسيير العقاري للولاية إلى الموفرين".

(5) المادة 793: "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 الشهر العقاري".

(6) المادة 16: "أن العقود الإدارية والاتفاقات ... لا يكون لها أثر بين الأطراف إلا من تاريخ نشرها في البطاقات العقارية".

(7) بوستة: إيمان، مرجع سابق، ص 85.

وإضافة إلى توفر الأركان الموضوعية والشكلية لا بد من اتباع مجموعة من الإجراءات الإدارية والمالية وذلك لإنشاء عقد بيع البناء على التصاميم؛ إذ يجب على البائع (المركبي العقاري) أن يقوم باستخراج مجموعة من الوثائق الإدارية الضرورية قبل اكتتاب العقد وشهره في المحافظة العقارية، كما يجب على المشتري استخراج الوثائق الضرورية للاستفادة من الدعم المالي إذا أراد ذلك، ولم يكن في مقدوره شراء البناء على التصاميم.

ومن الشروط الواجب توفرها في المركبي العقاري حتى يوقع عقد بيع البناء على التصاميم ملكية الوعاء العقاري ويلتزم بتقديم عقد الملكية في جميع مراحل عملية إبرام العقد⁽¹⁾ طبقاً للمادة 30 من القانون 11-04 سالف الذكر، إضافة إلى اكتساب صفة التاجر طبقاً للمادة 19 من القانون 11-04⁽²⁾ والحصول على الاعتماد، والتسجيل في الجدول الوطني للمركبين العقاريين حيث يمنح له الترخيص وينتسب لصندوق الضمان والكفالة المتبادلة ويتعرف على وضعيته القانونية والفعالية⁽³⁾، وأن يكون متحصلاً على رخصة البناء والتي تصدر عن رئيس البلدية أو الوالي أو الوزير المكلف بالتعمير من أجل القيام بالبناء⁽⁴⁾، ورخصة التجزئة في حال رغبته بتجزئة الوعاء العقاري إلى أجزاء من طرف مصلحة التعمير بالبلدية، وشهادة التعمير التي تهدف إلى توفير الحماية لصاحبها⁽⁵⁾ وهذا بغض النظر إذا كان مركبي عقاري عام كديوان الترقية والتسيير العقاري والمؤسسة الوطنية للترقية العقارية والوكالة الوطنية لتحسين السكن وتطويره، أو خاص كشخص طبيعي واحد في إطار مؤسسة ذات الشخص الواحد أو في شكل أشخاص في إطار شركة ذات مسؤولية محدودة.

أما المشتري الراغب في الاستفادة من السكن في إطار عقد بيع البناء على التصاميم فعليه أن يقدم طلب للجهات المختصة، يبين فيه نوع البناية التي يريد أن يستفيد منها، ويرفق الطلب بشهادة الإقامة ونسخة من بطاقة التعريف الوطنية ونسخة من الشهادة التي تثبت دخله الشهري أو السنوي وهذا إن كان موظفاً، ويمكن إضافة شهادة دخل زوجته إن كانت تعمل، إذ تعتبر هاتين الشهادتين ضماناً للبائع بدفع كامل الأقساط، ويرفق بالطلب عقد الزواج إن كان المستفيدان زوجان وشهادة ميلاد كل منهما، ويقدم الطلب أمام البلدية

(1) لموسخ: محمد، الضمانات القانونية في عقد البيع على التصاميم، مجلة المنتدى القانوني، العدد السادس، كلية الحقوق، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2009م، ص 59.

(2) المادة 19: "يسمح لكل شخص طبيعي أو معنوي مؤهل للقيام بأعمال التجارة بممارسة نشاط الترقية العقارية موضوع المادتين 3 و 18 أعلاه".

(3) انظر المواد 19-4-23 من القانون رقم 11-04. والمرسوم التنفيذي رقم: 12-84 المؤرخ في 20-02-2012 المحدد لكيفيات منح الاعتماد لممارسة مهنة المركبي العقاري وكذا كيفيات مسك الجدول الوطني للمركبين العقاريين. ج.ر.ع 11. والمرسوم التنفيذي رقم 12-85 المؤرخ في 20-02-2012 المتضمن دفتر الشروط النموذجي الذي يحدد الالتزامات والمسؤوليات المهنية للمركبي العقاري. ج.ر.ع 11 المؤرخة في 26-02-2012.

(4) سبتي: محمد، رخصة البناء في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير - فرع إدارة ومالية -، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2003م، ص 8.

(5) سبتي: محمد، المرجع نفسه، ص 22-23.

وهي التي تتكفل بإرساله إلى الوكالة العقارية التابعة لها أو يقدم مباشرة إلى الهيئة المكلفة بالإنتاج مثل ديوان الترقية والتسيير العقاري أو غيرها، وتقوم الهيئة المكلفة بدراسة الملف بعدها باختيار قائمة من المشتريين والذين تتوفر فيهم شروط القدرة على دفع باقي الأقساط، ودفع النسبة المحددة مسبقاً، وتقوم الهيئة بعدها باستدعاء المشتريين وتطلعهم على التصاميم المبرجة وعلى شروط وكيفيات الدفع وآجالها وطريقة ومكان الدفع وآجال الإنجاز والتسليم، ويوقع الطرفان مقرر الاستفادة مبدئياً قبل اكتتاب العقد.⁽¹⁾

وفيما يخص الإجراءات المالية، فأول شيء يمكن الحديث عليه هنا هو المقرض الذي يتولى عملية تمويل المشروع؛ فهذا الأخير لا يعد طرفاً في عقد بيع البناء على التصاميم وإنما في عقد ثان بينه وبين المشتري ألا وهو عقد الرهن وغالباً ما يكون الصندوق الوطني للتوفير والاحتياط cnep، حيث تمنح له المؤسسة المالية قرصاً لتسديد أقساط الثمن مع حصولها على تأمين عيني كافي لضمان القرض والذي يتمثل في عقد رسمي على البناية محل العقد⁽²⁾، أو يتدخل بتمويل المشروع من بدايته إلى نهايته بتركيبة مالية بينه وبين المرقي العقاري، وذلك بدراسة الأقساط الواجب دفعها من طرف الزبون والقروض التي يمكنه الحصول عليها من البنك ومبلغ الدعم التي يستفيد منه الزبون، وبعد دراسة جميع الملفات وتوفير الغلاف المالي للمشروع يصبح البنك ممولاً للمشروع⁽³⁾، وفي حال عجز وإفلاس أو وفاة المرقي العقاري يقوم صندوق الضمان والكفالة المتبادلة بإكمال المشروع وكذلك رد التسيقات للمشتريين عند عدم تسلم السكن من المرقي العقاري وهذا مقابل اكتتاب تأمين لدى الصندوق من قبل المرقي العقاري.⁽⁴⁾

وعليه فالشكلية تعتبر لازمة خاصة وأنها توفر مجموعة من الضمانات التي من شأنها أن تدفع الناس إلى التعاقد بهذه الصيغة، ومما يميزها أن المشرع الجزائري قد أعفى من رسوم التسجيل والطابع والإشهار العقاري في عقد بيع البناء على التصاميم، إضافة إلى انتقال ملكية المبيع إلى المشتري (المكتب أو المقتني) بمجرد الشهر رغم عدم وجوده وقت التعاقد، كل هذا سيتم تفصيله ضمن المبحث الثاني من الفصل الأول.

(1) بوجنان: نسيمية، مرجع سابق، ص 60-61. / مسكر: سهام، بيع العقار بناء على التصاميم، مرجع سابق، ص 66.

(2) قاشي: علال، مرجع سابق، ص 125.

(3) بختاوي: سعيد، مرجع سابق، ص 45.

(4) بوجنان: نسيمية، المرجع السابق، ص 64.

الفصل الأول

الفصل الأول: ضمانات حماية حقوق المشتري في مرحلة إبرام العقد وتنفيذه

تمهيد وتقسيم:

باعتبار عقد بيع البناء على التصاميم ينصب على عقار لم ينجز بعد، أدرك المشرع الجزائري عدم كفاية تقرير ضمانات القواعد العامة من قبل البائع (المركبي العقاري) وذلك بالنظر إلى الخصوصية التي يكتسبها هذا العقد الذي يتطلب وقتاً لتنفيذه لكونه وارد على عقار سيتم إنجازها في المستقبل، فدعمها بمجموعة من القواعد المتميزة التي تركز ضمانات لا تعرف في القواعد العامة من أجل إحاطة المشتري بقدر أوفر من الحماية، وباعتبار أن عقد بيع البناء على التصاميم هو صورة من الاستصناع نجد أيضاً أن الفقه الإسلامي قد خص هذا العقد بعدة ضمانات أيضاً من قبل الصانع، وعلى هذا فقد كرس كل من الفقه الإسلامي والقانون ضمانات لحماية حقوق المشتري في بيع البناء على التصاميم وذلك لتجنب الخلاف والنزاع الذي يمكن أن يقع بين البائع (المركبي العقاري) والمشتري (المكاتب أو المقنتي) من جهة، ومن جهة أخرى لنفي الجهالة والغرر الذي يمكن أن ينشأ عن هذا البيع، وهذه الضمانات منها ما يكون في مرحلة إبرام العقد وتنفيذه ومنها ما يأتي في مرحلة تسلم البناء المنجز وبعد تسلمه؛ وعليه سنتناول في هذا الفصل ضمانات حماية حقوق المشتري في مرحلة إبرام العقد وتسليمه من خلال تقسيمه إلى بحثين؛ نخصص المبحث الأول لدراسة الضمانات في مرحلة إبرام العقد، أما المبحث الثاني فدراسة الضمانات في مرحلة تنفيذ العقد حتى تسليم البناء مع منح محضر بذلك، ونترك الحديث على الضمانات المقررة بعد تسلم العقار المنجز في الفصل الثاني.

□ المبحث الأول: ضمانات حماية حقوق المشتري في مرحلة إبرام العقد.

- المطلب الأول: ضمانات حماية حقوق المشتري في مرحلة إبرام العقد في الفقه الإسلامي.
- المطلب الثاني: ضمانات حماية حقوق المشتري في مرحلة إبرام العقد في القانون.

□ المبحث الثاني: ضمانات حماية حقوق المشتري في مرحلة تنفيذ العقد.

- المطلب الأول: ضمانات حماية حقوق المشتري في مرحلة تنفيذ العقد في الفقه الإسلامي.
- المطلب الثاني: ضمانات حماية حقوق المشتري في مرحلة تنفيذ العقد في القانون.

المبحث الأول: ضمانات حماية حقوق المشتري في مرحلة إبرام العقد

لما كان عقد بيع البناء على التصاميم يمر عبر عدة مراحل ومحطات قبل تسليم البناء نهائياً، تدخل الفقه الإسلامي والقانون في هذه المراحل وخصص لها ضمانات لحماية المشتري من أجل تحصينه لحماية حقوقه باعتباره عقد ينصب على عقار لم ينجز بعد، ومن هذه المراحل مرحلة إبرام العقد؛ فأما الفقه الإسلامي فأمر الصانع بإنجاز العمل وفق المواصفات المتفق عليها، وأما القانون فعمل المشرع الجزائري على وضع ضمانات على المرقي العقاري قبل المرحلة السابقة للتعاقد لحماية المشتري من الوقوع ضحية مشروع وهمي أو غير قانوني، كما وضع ضمانات مرتبطة بكل ركن من أركان العقد، وأخرى أثناء التعاقد، وضمائم متعلقة بالإخلال في تنفيذ الالتزام- نتركها للفصل الثاني- وهذا كي لا يتملص من التزاماته، ويطمئن المشتري من جهة، ومن جهة أخرى ليُقبل عليه الناس، ولهذا خصصت المطلب الأول لدراسة هذه الضمانات في الفقه الإسلامي، لأتطرق بعد ذلك لدراستها في القانون في المطلب الثاني، ليتسنى لنا بعد ذلك المقارنة بينهما.

المطلب الأول: ضمانات حماية حقوق المشتري في مرحلة إبرام العقد في الفقه الإسلامي

إذا كان الصانع شرعاً يضمنون ما هلك عندهم إذا كانوا يأخذون العمل في بيوتهم ودكاكينهم أو يغيبون عليه دون حضور صاحبه فكان لزاماً أن يضمنوا كل ما أتى على أيديهم من حرق وكسر أو قطع في المصنوع، وقد ضمن مالك رحمه الله الصانع لما هلك عندهم عملاً بقول علي: لا يصلح الصانع إلا ذلك⁽¹⁾، فكذا ذلك الأمر بالنسبة لعقد الاستصناع فيلتزم الصانع بعدة ضمانات في مواجهة المستصنع.

وبالتالي فإن ضرورة الاستصناع في حياة الناس، وحاجتهم إليه تجعل وجهة الجمهور-الذين يعتبرون الاستصناع عقد وليس وعد كما سبق وذكرنا في الفصل التمهيدي- محل تقدير واعتبار، لأن ترك وفاء الصانع يتبعه فوات مصلحة المستصنع، وضياع ماله، فهو يطلب شيئاً بمواصفات خاصة ويدفع مائلاً، ويوافق الصانع على ذلك وهذه عناصر العقد التي تتبع بالإلزام، ويترتب عليه الضمان، كما يكون معه الشرط الجزائي الذي يعين كلا الطرفين على الوفاء، وإلا ضاعت الثقة بين الناس وخاصةً عندما يكثر الطلب على الصانع، وأمام

(1) انظر: جعيط: كمال الدين، عقد الاستصناع، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، منظمة المؤتمر الإسلامي، جدة المملكة العربية السعودية، العدد 07، 12-7 ذو القعدة 1412 هـ الموافق 9-14 ماي 1992م، ج7، ص971. / علي حسين: عبد الله، المقارنات التشريعية بين القوانين الوضعية المدنية والتشريع الإسلامي، دار السلام، مصر، ط1، 2001م، ج3، ص90.

إغراء المال تقبل الطلبات، وتعطى الوعود دون صدق فيها، ودون إتقان يفى بالمواصفات، وإذا كان الشرط الجزائي لم يكن معروفًا بهذا الاسم من قبل، فإن معناه كان متبعًا في القرون الفاضلة⁽¹⁾، فقد روى البخاري رحمه الله بسنده عن ابن سيرين أن رجلاً قال لكريه: "أدخل ركابك، فإن لم أرحل معك يوم كذا أو كذا فلك مائة درهم فلم يخرج فقال شريح: من شرط على نفسه طائعًا غير مكره فهو عليه، وقال أيوب: عن ابن سيرين أن رجلاً باع طعامًا وقال: "إن لم آتكَ الأربعاء فليس بيني وبينك بيع، فلم يجيء فقال شريح للمشتري: أنت أخلفت فقضى عليه".⁽²⁾

وباعتبار أن عقد بيع البناء على التصاميم هو صورة من صور الاستصناع، فإننا سنتطرق من خلال هذا المطلب إلى ضمانات التي يقدمها الصانع في عقد الاستصناع، فبالرجوع إلى الفقه الإسلامي نجد أن الصانع يقدم ضمانات في مرحلة إبرام العقد تتعلق بإنجاز العمل المتفق عليه، ونقل ملكيته، إضافة إلى تسليمه له في الوقت المتفق عليه في العقد (وهذا ما سنتطرق إليه في المبحث الثاني) حتى لا يتضرر هذا الأخير، ولهذا رجح الفقهاء⁽³⁾ لزوم⁽⁴⁾ عقد الاستصناع، وفي هذا يقول القرة داغي: "إن القول بعدم لزوم الاستصناع يؤدي إلى أضرار كبيرة للطرفين، بل إنه في الواقع إذا لم يكن عقدًا لازمًا لا يمكن الإفادة منه، لأنه بإمكان أي واحد التخلص من آثار العقد، بل قد يؤدي إلى أضرار كبيرة بالطرفين، فقد يقدم الصانع على صنع الشيء الذي طلب منه وحينما يفرغ منه على ضوء المواصفات التي طلب منه المستصنع، يأتي الأخير ويقول له: لا أريده، وحينئذ ماذا يفعل به فقد لا يقبل آخر بالشيء المستصنع على ضوء مواصفاته الحالية وهذا توريط كبير منه إلى الصانع، فيتضرر به ضررًا كبيرًا، وقد يتضرر به المستصنع حيث ينتظر فترة شهر - أو أكثر على الأقل - ليكمل له الصانع الشيء المطلوب صنعه، فهذه الأضرار لا أعتقد أن الشريعة قبلها"⁽⁵⁾، وإذا كان

(1) سعيد: محمد رأفت، مرجع سابق، ج7، ص1077.

(2) أخرجه البخاري بسنده في صحيحه عن ابن سيرين، كتاب، باب: ما يجوز من الاشتراط والثنيا في الإقرار، والشروط التي يتعارفها الناس بينهم، وإذا قال مائة: إلا واحدة أو ثنتين، رقم 2585. / وانظر: العسقلاني: ابن حجر، فتح الباري شرح صحيح البخاري، مرجع سابق، ج5، ص262.

(3) انظر: القرة داغي: علي محيي الدين، مرجع سابق، ج7، ص839. / برهان الدين: أبو المعالي، مرجع سابق، ج7، ص136. / لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية، مجلة الأحكام العدلية، مرجع سابق، ص76.

(4) ينبغي التفريق بين اللزوم والإلزام؛ فالإلزام هو إيجاب تنفيذ التزامات التعاقد من الجانبين وهي من أثر العقد، أما اللزوم فهو عدم استطاعة فسخ العقد إلا بالتراضي، وهو المسمى بالإقالة. جعيط: كمال الدين، مرجع سابق، ج7، ص959.

(5) القرة داغي: علي محيي الدين، مرجع سابق، ج7، ص840.

المستصنع ينتظر فترة شهر في صناعة شيء بسيط فما بالك بتشييد البناية التي يمكن أن يستغرق سنوات، فيؤدي عدول الصانع عن العقد إلى ضرر كبير بالمستصنع والشريعة الإسلامية تأبى ذلك، وفي هذا يقول ابن القيم: "فإن الشريعة مبناها وأساسها على الحكم ومصالح العباد في المعاش والمعاد، وهي عدل كلها، ورحمة كلها، وحكمة كلها، فكل مسألة خرجت عن العدل إلى الجور، وهي الرحمة إلى ضدها، وعن المصلحة إلى المفسدة وعن الحكمة إلى العبث فليست من الشريعة، وإن أدخلت فيها بالتأويل".⁽¹⁾

وجاء أيضاً في المحيط البرهاني: "لا خيار لواحد منهما بل يجبر الصانع على العمل ويجبر المصنوع على القبول، ذلك أنه يجبر كل واحد منهما، أما الصانع فلأنه ضمن العمل فيجبر عليه وأما المستصنع؛ فلأنه لو لم يجبر على القبول يتضرر به الصانع؛ لأنه عسى لا يشتريه غيره منه أصلاً، أو لا يشتري بذلك القدر من الثمن فيجبر على القبول دفعاً للضرر عن البائع".⁽²⁾

وإذا كان المالكية قد جعلوا الوعد ملزماً على خلاف الجمهور إذا ترتب عليه أضرار بسببه، قال سحنون: "الذي يلزم من الدعوة قوله: أهدم دارك وأنا أسلفك ما تبني به، أو أخرج إلى الحج وأنا أسلفك، أو اشتري سلعة، أو تزوج امرأة وأنا أسلفك، لأنك أدخلته بوعدك في ذلك، وقال: أصبغ: يقضي عليك به تزوج الموعود أم لا"⁽³⁾، هذا في الوعد فما ظنك في عقد يتوفر فيه الأركان والشروط، ويترتب على الإخلال به أضرار كثيرة فردية وجماعية من خلال أنه لو لم يكن الاستصناع ملزماً لما استفاد منه العاقدان على الرغم من أهمية هذا العقد في التنمية والتصنيع⁽⁴⁾، وهو ما قضت به المادة 392 من مجلة الأحكام العدلية بقولها: "وإذا انعقد الاستصناع، فليس لأحد العاقدين الرجوع وإذا لم يكن المصنوع على الأوصاف المطلوبة المبينة كان المستصنع مخيراً"⁽⁵⁾، فلما كان هذا العقد لازماً كان لا بد من إقرار مبدأ الضمان؛ وعليه يلتزم الصانع بالضمان اتجاه المستصنع في مرحلة إبرام العقد، إذ لو لم يقرر هذا الضمان من قبل الصانع لأدى ذلك إلى عدم التزام الصانع،

(1) ابن القيم الجوزية: أبو عبد الله محمد، إعلام الموقعين عن رب العالمين، دار ابن الجوزي للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، 1423هـ، ج1، ص41.

(2) برهان الدين: أبو المعالي، مرجع سابق، ج7، ص136-137. / وانظر: المرغيناني: علي بن أبي بكر بن عبد الجليل، الهداية في شرح بداية المبتدي، تحقيق: طلال يوسف، دار إحياء التراث العربي، بيروت لبنان، د.ت، ج3، ص77. / سعيد: محمد رأفت، مرجع سابق، ج7، ص1080.

(3) القرابي: أبو العباس شهاب الدين، الفروق-أنوار البروق في أنواع الفروق-، عالم الكتاب، القاهرة مصر، د.ت، ج4، ص44.

(4) القرة داغي: علي محيي الدين، عقد الاستصناع، مرجع سابق، ج7، ص840.

(5) لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية، مجلة الأحكام العدلية، مرجع سابق، ص76.

وقد جاء في بدائع الصنائع: " ما شرع له الاستصناع وهو دفع حاجة المستصنع لأنه متى ثبت الخيار للصانع، فكل ما فرغ عنه يبيعه من غير المستصنع، فلا تندفع حاجة المستصنع" وحتما هذا فيه اضرار بالمستصنع، وهذا لا يتماشى مع قواعد الشريعة الإسلامية "فلا ضرر ولا ضرار"⁽¹⁾، وهذه الضمانات تتمثل في إنجاز العمل المتفق عليه وفق الضوابط والشروط.

ومن هنا يتبين أن الصانع يقدم في عقد الاستصناع ضمانات من شأنها أن تجعل المستصنع راضٍ بالعمل الذي سيقوم به الصانع ومطمئن على مصلحته في هذا العقد، وذلك من خلال ضمان التزام الصانع بإنجاز العمل محل الصنعة، والذي يتمثل في تشييد البناية في دراستنا، وذلك من خلال مايلي:

الفرع الأول: تقديم مادة الصنع من عنده

فمن الضمانات التي يقدمها الصانع للمستصنع (المركبي العقاري للمكتب في محل دراستنا) هي ضمانه لمادة الصنع؛ إذ يجب أن تكون هذه الأخيرة مطابقة للمواصفات المتفق عليها، أو أن تكون وافية بالغرض المقصود، ويكون الصانع مسؤولاً عن جودة وسلامة هذه المواد ومطابقتها للمواصفات، وكذلك من واجب الصانع توفير كل الآلات والأدوات اللازمة لإنجاز العمل على نفقته، وهذا مستنده حقيقة الاستصناع التي تتمثل في مسؤولية الصانع عن تقديم مواد الصنع والعمل بها.⁽²⁾

وعلى هذا فإن المستصنع يزداد ثقة بهذا العقد متى ضمن له الصانع بتقديم مادة الصنع، والتزم بمطابقتها للمواصفات المتفق عليها، وذلك باعتبار أن عقد الاستصناع هو عقد مستقل محل العمل والعين معاً كما رأينا في الفصل التمهيدي، وقد جاء في المحيط البرهاني: "والاستصناع أن تكون العين والعمل من الصانع، فأما إذا كان العين من المستصنع لا من الصانع يكون إجارة ولا يكون استصناعاً".⁽³⁾

الفرع الثاني: أن يقوم الصانع بالعمل بنفسه أو في مصنعه وله أن يعهد إلى غيره بالعمل كله أو بعضه

(1) أخرجه مالك في الموطأ عن عمرو بن يحيى المازني عن أبيه رضي الله عنهم، كتاب الأفضية، باب القضاء في المرفق، تحت رقم 1429. / أخرجه البيهقي في سننه عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه، كتاب الصلح، باب لا ضرر ولا ضرار، تحت رقم 11166. / أخرجه أحمد في مسنده عن عبادة بن الصامت، ج1، ص313.

(2) الزحيلي: وهبة، المعاملات المالية المعاصرة-بحوث فتاوى وحلول-، مرجع سابق، ص306.

(3) برهان الدين: أبو المعالي، مرجع سابق، ج7، ص136.

فللصانع في هذا العقد أن يقوم بالعمل بنفسه أو في مصنعه، كما له أن يكلف غيره بهذا العمل أو بجزء منه كمقاول مثلاً وذلك ما لم يمنعه شرط في العقد، أو كانت طبيعة العمل توجب عليه الاعتماد على كفايته ومؤهلاته الشخصية، ويكون الصانع مسؤولاً عن هذا المقاول من الباطن أمام صاحب العمل.⁽¹⁾

كما يجوز للمقاول أن يوكل تنفيذ العمل كله أو بعضه إلى مقاول آخر إذا لم يمنعه شرط في العقد من ذلك ولم تكن طبيعة العمل تقتضي أن يقوم به بنفسه وتبقى مسألة المقاول قائمة قبل صاحب العمل ولا يجوز للمقاول الثاني أن يطالب صاحب العمل بشيء مما يستحقه المقاول الأول إلا إذا أحاله على رب العمل.⁽²⁾

كما أن الصانع لا يلزم أن يكون ما يأتي به من صناعته هو، فلو جاء بشيء صنعه غيره مشتمل على الأوصاف المطلوبة كفى ذلك، خصوصاً إذا كانت طبيعة العمل توجب عليه الاعتماد على كفاءات ومؤهلات أشخاص آخرين، وهذا ما لم يشترط المستصنع خلاف ذلك، إذ قد يكون غرضه هو أن يحصل على الشيء من عمل الصانع نفسه لتمييزه بدقة الصناعة وجودتها.⁽³⁾

فهذا الضمان الذي يقدمه الصانع بالتزامه بأداء العمل بنفسه أو بالاستعانة بجزء آخرين مع المحافظة على دقة الصناعة وجودتها طبقاً لما نص عليه العقد من شأنه أن يبعث الثقة في نفس المستصنع في هذا الشيء المصنوع، مما ينتج عن ذلك رضاه بهذا العمل وحمايته من أي شكل من أشكال الغرر والجهالة.

الفرع الثالث: ضمان إنجاز العمل حسب شروط العقد وبالطريقة المتفق عليها

ومن الضمانات التي يقدمها الصانع للمستصنع إضافة إلى الضمانات السابقة هي ضمان إنجاز العمل بالشروط الواردة في العقد والتي اتفق عليها كل من الصانع والمستصنع، ويتحقق هذا بضمنان الصانع الالتزام بما ورد في دفتر الشروط المرفق بالعقد وفي المدة المتفق عليها، وإذا لم يكن هناك شروط معينة التزم الصانع

(1) بلخير: أحمد، مرجع سابق، ص 24.

(2) انظر: الكاساني: علاء الدين، مرجع سابق، ج 4، ص 208. / وانظر: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية- الكويت، مرجع سابق، ج 3، ص 328.

(3) الأشقر: محمد سليمان، عقد الاستصناع، مرجع سابق، ص 233.

بإنجاز العمل حسب ما تقتضيه الأصول العلمية والأعراف الخاصة بتلك الصناعة⁽¹⁾، جاء في حاشية ابن عابدين: " فيجبر الصانع على عمله ولا يرجع عنه الأمر "المستصنع"⁽²⁾

كما يضمن الصانع إنجاز الشيء المصنوع على المواصفات الواردة في العقد والمتفق عليها خاصة فيما يتعلق بالبنائيات، فإذا اشترط المستصنع من الصانع صفة معينة في الشيء المصنوع التزم الصانع بذلك، فإذا تخلفها لا يبطل العقد وإنما يتزعزع لزومه بالخيار لتخلف الوصف المشروط⁽³⁾، وهذا ما يعرف في الفقه الإسلامي بخيار فوات الوصف⁽⁴⁾.

وعلى هذا فلا بد من أن تكون مادة الصنع معلومة بين الصانع والمستصنع وأن يُضَمَّنَ العقد ذلك، جاء في بدائع الصنائع: " وأما شرائط جوازه (فمنها): بيان جنس المصنوع، ونوعه وقدره وصفته؛ لأنه لا يصير معلوماً بدونه"⁽⁵⁾، وعليه يجب بيان كل ما يؤثر في الثمن والرغبات بياناً يحول دون النزاع حين التسليم⁽⁶⁾، فإذا كان أحد هذه العناصر مجهولاً، فسد العقد؛ لأن الجهالة المفضية للمنازعة تفسد العقد، وبناء عليه، إذا استصنع شخص إناء أو سيارة، بيّن في الإناء نوع المعدن وجنسه ومقاسه وحجمه وأوصافه وعدد الآنية المطلوبة إذا كانت متعددة، فإذا أخفى ذلك كله أو شيئاً منه، فسد العقد للجهالة، وكذلك في صنع السيارة تبين جميع المواصفات المطلوبة، منعاً من الجهالة والنزاع المنتظر عند تعارض المصنوع مع ما قد يترقبه المستصنع⁽⁷⁾، ومما يتصل بهذا الضمان بيع العقار أو وحدات المشروع السكني على الخارطة، فلا بد أن تبين الوحدة العقارية المباعة بياناً واضحاً بذكر حدودها وأطوالها وما يتعلق بالهيكل الهندسي، بذكر الغرف التي يتكون منها ودورات المياه ونوعية العمل الداخلي من الدهانات والبلاط والكهرباء والسباكة، إضافة إلى تحديد مساحة العقار، والدور الكائن به، وسعره، وجميع الأوصاف التي تميزه عن غيره، وتجعله معلوماً للمتعاقدين

(1) بلخير: أحمد، مرجع سابق، ص 24.

(2) ابن عابدين: محمد أمين بن عمر، مرجع سابق، ج 5، ص 224.

(3) أفندي: علي حيدر خواجه أمين، مرجع سابق، ص 258.

(4) أبو غدة: عبد الستار، الخيار وأثره في العقود، مطبعة مقهوي، الكويت، ط 2، 1985، ج 1، ص 719.

(5) الكاساني: علاء الدين، مرجع سابق، ج 5، ص 3.

(6) المصري: عبد السميع، التجارة في الإسلام، مكتبة وهبة للطباعة والنشر، مصر، 1986م، ص 88.

(7) الزحيلي: وهبة، عقد الاستصناع، مرجع سابق، ج 7، ص 802.

علماً نافياً للجهالة، ويفضي عدم بيانها إلى النزاع، وعلى ذلك يضمن الصانع أن يستصنع ذلك وفق ما ورد في هذا العقد.

كما أن الاتفاق في العقد على دفع جزء من الثمن أو عدم دفعه يساهم في حماية المستصنع، فلا شك أن عدم دفع الثمن عند العقد فيه حماية للمستصنع كما أنه سبب لإتقان الصانع صنعته، وحرصه الشديد على مطابقتها للمواصفات والمقاييس مطابقة تامة بعيدة عن الغش والاحتيال، أما لو دفع الثمن أو جزء كبير منه فقد يكون ذلك سبباً من أسباب الضغط على المستصنع في تسلّم المصنوع ولو خالف شروطه، لاسيما إذا لاحظنا ما يترتب على عدم التسلم من رفع الدعوى على الصانع، وأجور المحاماة، وما يسببه ذلك من حرج ومشقة، وكثيراً ما تتبدل الحكومات التي طلب الصنع منها أو في عهدتها فيؤثر ذلك على الصناعة والتجارة فكم صودرت أموال لأفراد كانوا يتعاملون مع آخرين في ظل حكومة معينة فلما تغيرت تلك الحكومة صودرت تلك الممتلكات، بل إن الأمر يصل إلى أبعد من ذلك حيث إن سياسة الحكومات تتغير حسب مصالحها، وكم عاصرنا وسمعنا عن أموال تحتجز بعد شحنها في السفن أو الطائرات لأن تلك الدولة المصدرة تغيرت سياستها أو مصالحها مع الدولة الطالبة.⁽¹⁾

ومن هنا يتبين أن الفقه الإسلامي قد نص على مجموعة من الضوابط والشروط لحماية المشرى- المستصنع- في عقد بيع البناء على التصاميم- الذي يعتبر صورة من صور الاستصناع-، وذلك بإنجاز العمل المتفق عليه وفق الشروط والكيفية المتفق عليها في العقد، وهذا من خلال التزام الصانع بإنجاز العمل المتفق عليه بتقديم مادة الصنع من عنده والقيام بالعمل بنفسه أو بالاستعانة بخبراء حسب ما ورد في العقد وحسب طبيعة الشيء المصنوع خاصة إذا تعلق الأمر بتشييد بناية مما يستدعي الأمر باللجوء إلى خبراء في هذا المجال، إضافة إلى تنفيذ هذا العقد حسب الشروط المتفق عليها يساهم في ضمان إنجاز المبيع على الصورة المتفق عليها بينه وبين المستصنع خاصة وأن هذا الأخير لا يشترط دفعه للمال في البداية فيمكن أن يدفع جزء منه أو لا يدفع حتى يتم إنجاز الشيء المصنوع على الصيغة المتفق عليه، وهذا هو عين الضمان الذي يقدمه المرقي العقاري في عقد بيع البناء على التصاميم، وذلك بالالتزام بتشييد البناية ومطابقتها للتصاميم من جهة، ومن

(1) الشيبتي: سعود بن مسعد بن مساعد، مرجع سابق، ج7، ص1052.

جهة أخرى حماية المشتري من كل أشكال الاستغلال التي يمكن للصانع أن يمارسها عليه خاصة إذا كان في أمس الحاجة للسكن.

المطلب الثاني: ضمانات حماية حقوق المشتري في مرحلة إبرام العقد في القانون

تتميز مرحلة إبرام عقد بيع البناء على التصاميم في القانون بعدة مميزات كما أنها تمر بعدة مراحل؛ وكل مرحلة قد أحاطها المشرع بعدة ضمانات تسعى كلها لحماية المشتري، وأول ضمان منح للمشتري يكمن في كون عقد بيع البناء على التصاميم في مرحلة إبرام العقد لا يبدأ من تاريخ إمضاء العقد بل قبل ذلك باعتبار أن المرقي العقاري يقوم خلالها باستيفاء كافة التراخيص الإدارية، واكتتاب كل التأمينات الضرورية، وإعلام المشتري الراغب في الشراء بكل البيانات اللازمة المتعلقة بمشروعه العقاري، ليقوم مع المشتري بعد ذلك بإبرام العقد لدى الموثق المختص وفق النموذج المحدد من قبل المشرع ووفق الإجراءات والتي سبق وأن تناولناها في الفصل التمهيدي، إضافة إلى تقديم ضمانات تتعلق بنقل الملكية والتسليم وغيرها.

الفرع الأول: ضمانات حماية حقوق المشتري السابقة للتعاقد

تعتبر المرحلة السابقة للتعاقد من أهم المراحل التي يمر بها عقد بيع البناء على التصاميم نظراً لما تتضمنه من ضرورة تحديد الالتزامات الأساسية لطرفي العقد وتنفيذه، وتحديد مسؤولية كل طرف في العقد⁽¹⁾، وذلك لكون المشتري الطرف الضعيف في هذه العلاقة التعاقدية، وعلى هذا تدخلت مختلف التشريعات المقارنة في هذه المرحلة وأحاطتها بجملة من الضمانات تحمي المشتري من خطر عدم حصوله على البناء المراد اقتنائه، من خلال فرض مجموعة من الالتزامات على المرقي العقاري قبل إبرام عقد بيع البناء على التصاميم؛ منها ما يتعلق بالحصول على التراخيص المطلوبة ومنها ما يتعلق باكتتاب التأمينات.

البند الأول: حصول المرقي العقاري على الرخص الإدارية

(1) سبيل جعفر حاجي: عمر، ضمانات عقد بيع المباني قيد الإنشاء - دراسة مقارنة - رسالة دكتوراه في القانون المدني، دار وائل للنشر، ط1، 2014، ص65.

أول ضمان حمى به المشرع الجزائري المشرى (المكاتب أو المقتنى) على غرار التشريعات الأخرى كالفرنسى⁽¹⁾ والمصرى⁽²⁾ واللبنانى⁽³⁾ بخلاف العراقى⁽⁴⁾ فى عقد بىع البناء على التصامىم كان حىن فرض على المرقي العقارى الحصول على مجموعة من الرخص الإدارية، والى يقصد بها الإذن الذى ىمنح للأفراد من قبل الدولة للسماح لهم بممارسة نشاط معين، وتتدخل الدولة بوضع قىود لممارسة هذا النشاط؛ بىح ىعد هذا الترخىص وسىلة من وسائل تدخل الدولة فى ممارسة النشاط الفردى، وذلك لأجل الوقاية من الأضرار اللى ىمكن أن تترتب عن هذا النشاط للصالح العام، وهذا ىتطلب من الإدارة أن تفرض ما تراه مناسباً من القىود اللى من شأنها أن توقى من هذه الأضرار⁽⁵⁾، وقد ترفض الإدارة منح ترخىص لممارسة نشاط إذا كان لا ىكفى للوقاية من مخاطره أو كان غير مستوف للشروط اللى يفرضها القانون خاصة فى مجال الترقية العقارية باعتبارها نشاط منظم لارتباطه بسىاسة الدولة المتعلقة بالسكن والتهىئة العمرانىة، وعلى هذا فرضت الدولة لممارسة هذا النشاط شروطاً وقىوداً تتمثل فى حصول المرقي العقارى على ترخىص مسبق، وأن ىستوفى كل الرخص والشهادات المتعلقة بالتهىئة والتعمىر، وهذا ضمناً لحمايا المشرى من أى عملىة احتىال.

(1) الصرىة: مصلح، النظام القانونى لرخص البناء-دراسة مقارنة فى القانون الفرنسى والقانون الأردى-، بىح منشور فى مجلة الحقوق الكوىبىة، منشورات مجلس النشر العلمى، العدد 4، الكوىت، دىسمبر، 2001، ص301. / انظر ص 95-102 من هذه الأطروحة.

(2) لقد صدر قانون رقم 106 لسنة 1976 الخاص بشأن توجىه وتنظم أعمال البناء فى مصر، وعدل بالقانون رقم 101 لسنة 1996 الذى عمل على حر إقامة أى مبنى أو توسعة أو ترمىمه أو استكماله إلا بعد الحصول على ترخىص من الجهة الإدارية المختصة بمنح تراخىص البناء، وىتم ذلك عن طرىق تقديم طلب موقع من المهندس المختص لدى النقابة، كما ىجب أن تكون هناك دراسة مقدمة مع الطلب تتضمن فحص التربة، ومدى تحملها للأعمال المطلوب الترخىص بها، وىبان ما إذا كان الهىكل الإنشائى للمبنى وأساساته تسمح بهذه الأعمال، وىكون الإقرار مرفقاً مع الطلب من قبل المهندس المدنى أو المعمارى المشرف على التنفيذ، وفى حالة لم ىرد على طلبه بالموافقة أو الرفض من قبل الجهة المختصة خلال ستىن (60) يوماً من تریخ تقديم الطلب، ىعتبر الطلب مقبولاً فى هذه الحالة وىستطىع مقدم الطلب المباشرة بالعمل. إبراهيم عثمان: بلال، العقارات تحت الإنشاء فى القانونىن المصرى والفرنسى، أطروحة دكتوراه، كلىة الحقوق، جامعة الإسكندرىة، مصر، د.ت.ن، ص1.

(3) نص القانون اللبنانى فى المادة 6 من قانون البناء النافذ ىجب أن تعطى رخصة الأشغال أو ترفض خلال شهر على الأكثر من تقديم الطلب، وفى حال الرفض، ىجب أن تىن أسبابه ولمرة واحدة، وتحدد ماهىة وموقع المخالفة، أما إذا انقضت المهلة المذكورة ولم ىت بالطلب بالموافقة أو الرفض، أمكن لطالب الرخصة اعتبار نفسه مرخصاً له حكماً بالأشغال على مسؤولىته، وأن ىعلم الإدارة خطياً بذلك، شرط أن تكون الإنشاءات مطابقة للترخىص وللنصوص النافذة، وأن ىدفع الرسوم القانونىة فى حال وجود زىادات قانونىة على المساحات الواردة فى الترخىص الأساسى خلال شهرىن على الأكثر من تاریخ انقضاء المهلة المحددة أعلاه. المعمورى: ىوسف، مرجع سابق، ص54.

(4) لم أتوصل إلى نص فى قانون البلدىات النافذ بخصوص الحصول على الرخص للقیام بأشغال البناء.

(5) سىبل جعفر حاجى: عمر، مرجع سابق، ص68-69.

أولاً: حصول المرقي العقاري على ترخيص إداري: لا يمكن للمرقي العقاري أن يزاول أي نشاط متعلق بالترقية العقارية ما لم يحصل على ترخيص إداري مسبق، والمتمثل في الاعتماد، ليقوم بعدها بالتسجيل في الجدول الوطني للمرقيين العقاريين طبقاً لما نصت عليه المادة 4ف2 من القانون 11-04 القاضية بـ: "لا يمكن أياً كان أن يدعي صفة المرقي العقاري أو يمارس هذا النشاط ما لم يكن حاصلًا على اعتماد ومسجلاً في الجدول الوطني للمرقيين العقاريين حسب الشروط والكيفيات المحددة في هذا القانون"⁽¹⁾، وهو ما أكدت عليه المادة 23⁽²⁾ من القانون 11-04 والمادة 04⁽³⁾ من المرسوم التنفيذي 12-84 المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي 19-243.

فحسب هذه المواد لا يمكن للمرقي العقاري أن يحصل على هذه الرخص ما لم تتوفر فيه الشروط المطلوبة في هذه المهنة والتي سبق وأشرنا إليها في آخر الفصل التمهيدي.

وفيما يخص إجراءات الحصول على هذا الاعتماد فقد نصت عليها المادة 8 والمواد من 14-23 والمادة 25 من المرسوم التنفيذي 12-84 المحدد لكيفيات منح الاعتماد لممارسة مهنة المرقي العقاري وكذا كيفيات مسك الجدول الوطني للمرقيين العقاريين؛ فبينت الجهة التي يودع لديها طلب الاعتماد والوثائق التي يتضمنها الملف، إضافة إلى اللجنة التي تدرس الطلبات وإجراءات الفصل فيها، كما بين إجراءات التسجيل في السجل الوطني للمرقيين العقاريين، والآثار المترتبة على هذا التسجيل.⁽⁴⁾

(1) القانون رقم: 11-04 مؤرخ في 14 ربيع الأول عام 1432 الموافق 17 فبراير سنة 2011، المحدد لقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية.

(2) المادة 23: "يتطلب منح الاعتماد للمرقي العقاري تسجيله في الجدول الوطني للمرقيين العقاريين ويعد ترخيصاً لممارسة المهنة، مع مراعاة القيام بالإجراءات الشكلية الإدارية والجبائية المطلوبة للحصول عليه".

(3) المادة 4: "تخضع مهنة المرقي العقاري إلى الحصول المسبق على الاعتماد والتسجيل في السجل التجاري وفي الجدول الوطني للمرقيين العقاريين". المرسوم التنفيذي رقم 19-243 مؤرخ في 8 محرم عام 1441 الموافق 8 سبتمبر سنة 2019، يعدل ويتم المرسوم التنفيذي رقم 12-84 المؤرخ في 27 ربيع الأول عام 1433 الموافق 20 فبراير سنة 2012 الذي يحدد كيفيات منح الاعتماد لممارسة مهنة المرقي العقاري وكذا كيفيات مسك الجدول الوطني للمرقيين العقاريين.

(4) أنظر: المرسوم تنفيذي رقم 19-243 مؤرخ في 8 محرم عام 1441 الموافق 8 سبتمبر سنة 2019، يعدل ويتم المرسوم التنفيذي رقم 12-84 المؤرخ في 27 ربيع الأول عام 1433 الموافق 20 فبراير سنة 2012 الذي يحدد كيفيات منح الاعتماد لممارسة مهنة المرقي العقاري وكذا كيفيات مسك الجدول الوطني للمرقيين العقاريين.

ملاحظة: ألغى المرسوم التنفيذي 19-243 المادة 15 من المرسوم التنفيذي 12-84.

وبعد حصول المترشح لممارسة مهنة المرقى العقاري على الاعتماد والتسجيل في السجل الوطني للمرقين العقاريين يصبح مؤهلاً لممارسة هذه المهنة؛ بحيث تمنح له شهادة التسجيل التي تعد ترخيصاً لممارسة هذا النشاط⁽¹⁾، ولا يمكن للمرقى أن يتنازل عن هذا الاعتماد أو يحوله لغيره، وأي تغيير في شكل أو تسمية أو عنوان الشركة أو تغيير المسير يؤدي إلى بطلان الاعتماد بقوة القانون⁽²⁾ طبقاً لنص المادة 22 من القانون 04-11⁽³⁾ سالف الذكر، وعليه يترتب عن الاعتماد والتسجيل انتماء المرقى العقاري إلى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة للترقية العقارية.

وفي حالة ممارسة المرقى العقاري مهامه دون الحصول على الاعتماد يعاقب بالحبس من ثلاثة أشهر إلى سنتين وبغرامة من 20.000 دج إلى 100.000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين طبقاً لنص المادة 77⁽⁴⁾ من القانون 04-11 والتي أحالت العقوبة للمادة 243⁽⁵⁾ من قانون العقوبات⁽⁶⁾.

ولعل هدف المشرع من وراء اشتراط حصول المرقى العقاري على الاعتماد وإلزامه بالتسجيل في الجدول الوطني للمرقين العقاريين هو تنظيم هذه المهنة وبسط الرقابة على نشاط المرقين العقاريين تفادياً للخروقات والتلاعبات التي كانت معروفة قبل صدور القانون 04-11 من جهة، وحماية المشتري من جهة أخرى؛ فحول المشرع الجزائري للمشتري حق الاستفسار عن المرقى العقاري الذي يرغب في التعامل معه لدى المصالح

(1) تسمية: أعمار، الآليات القانونية لحماية المشتري في عقد البيع على التصاميم، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق - تخصص القانون الخاص -، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أدرار، 2019م، ص 20.

(2) سعيداني لوناسي: جقيقة، النظام القانون للمرقى العقاري في التشريع الجزائري، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، العدد 2، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2011م، ص 59-60.

(3) المادة 22: "لا يمكن المرقى العقاري التنازل عن الاعتماد أو تحويله، ويؤدي كل تغيير في الشكل والتسمية وعنوان الشركة خلال نشاطه وكذا تغيير المسير إلى بطلان الاعتماد بحكم القانون، ويفرض ضرورة تجديدها حسب نفس الأشكال والشروط المطلوبة للحصول عليها".

(4) المادة 77: "يعاقب كل شخص يمارس مهنة مرقى عقاري بدون اعتماد طبقاً لأحكام المادة 243 من الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 8 يونيو سنة 1966 والمتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم".

(5) المادة 243: "كل من استعمل لقباً متصلًا 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 20.000 دج إلى 100.000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين".

(6) الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 18 صفر 1386 الموافق 8 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم بالقانون رقم 06-23 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006.

المعنية، والتأكد في ما إذا كان مسجلاً ومعتمداً في الجدول الوطني للمرقين العقاريين، وفي هذا حماية للمشتري من أي تلاعب أو احتيال ممكن أن يصدر من أي شخص ينتحل صفة المرقى العقاري.

ثانياً: حصول المرقى العقاري على الرخص وشهادات التهيئة والتعمير: إضافة إلى حصول المرقى العقاري على الاعتماد والتسجيل في السجل الوطني للمرقين العقاريين، يجب أن يحصل على مجموعة من الرخص والشهادات تسمح له بالبناء بكيفية قانونية، وهذا ما يفهم من نص المادة 30 من القانون 04-11 والتي قضت بـ: " يجب أن يتضمن عقد حفظ الحق و عقد 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"، ولا شك أن هذا فيه حماية للمشتري؛ فتملك المرقى العقاري لعقد ملكية الأرض ورقم السند العقاري ورخص البناء والتجزئة وشهادة التهيئة والشبكات كلها ضمانات من شأنها أن تساهم في تحقيق الحماية للمشتري، فيضمن انتقال الملكية إليه من خلال ذلك، وزاد المشرع من هذه الحماية حين علق البطلان على عقد بيع البناء على التصاميم في حالة لم يتم الإشارة إلى هذه البيانات وتقديم الوثائق الثبوتية في العقد، وتمثل هذه الوثائق فيما يلي:

1- عقد ملكية الأرض: يجب على المرقى العقاري أن يكون مالكا للأرض التي سيتم البناء فوقها بموجب عقد رسمي، وذلك طبقاً لنص المادة 30 سالف الذكر، فلا يمكن له الشروع في انجاز البناية ما لم يكن مالكا للأرض التي ستقام عليها البناية محل عقد بيع البناء على التصاميم.⁽¹⁾

وهذا الشرط أساسه القواعد العامة التي تلزم كل شخص يريد البناء أن يقوم بذلك على أرض ملك له؛ أي يتحصل أولاً على ملكية الأرض ثم يقوم بالبناء عليها، وبالمقابل يمنح له القانون حق البناء على الأرض التي يمتلكها⁽²⁾، وهذا ما دلت عليه المادة 50 من القانون 90-29 المتعلق بالتهيئة والتعمير القاضية بـ: " حق البناء مرتبط بملكية الأرض ويمارس مع الاحترام الصارم للأحكام القانونية والتنظيمية المتعلقة

(1) سي يوسف: زاهية حورية، إنشاء عقد البيع على التصاميم وضماناته، مجلة الحقوق والحريات، عدد تجربي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2013، ص 27. / سي يوسف: زاهية حورية، النظام القانوني لعقد البيع على التصاميم، دار الأمل للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2014، ص 38.

(2) تسيية: أعمار، مرجع سابق، ص 22.

باستعمال الأرض"⁽¹⁾، ومن هنا يتبين أن المرقي العقاري لا يمكن أن يبيع البناءات على التصاميم ما لم يكن مالكا للأرض التي يقام عليها البناء، وهذا يعتبر خطوة هامة في سبيل ضمان حماية المشتري (المكاتب أو المقتني) لكون أن المرقي العقاري قبل صدور القانون 04-11 كان في غالب الأحيان لا يملك الأراضي التي يقام عليها البناء، وقد ينتهي من الإنجاز ويتسلم المشترون عقاراتهم دون أن تسوى الإجراءات الرسمية الخاصة بانتقال الملكية، وهو ما كان يثير مشكلة تملك البناء دون الأرض المقامة عليه⁽²⁾، وغالبا ما يكون المشتري هو من يقع في المشاكل؛ بحيث يجد نفسه في أروقة العدالة مما يعرقله من الانتفاع ببنائته انتفاعاً كاملاً وبكيفية مستقرة وهادئة⁽³⁾، فإقرار هذه الضمانة في القانون 04-11 حمى المشترى من أي تلاعب ممكن أن يحدث له.

2- رقم السند العقاري: هذه الوثيقة تطلب من المرقين العقاريين الذين يجوزون على عقود ملكية للأراضي التي يقام عليها البناء بموجب تحقيق عقاري طبقاً للقانون 07-02⁽⁴⁾، فتفتح عمليات التحقيق العقاري الفردية أو الجماعية بطلب يوجه إلى مدير الحفظ العقاري الولائي مصحوب بمخطط طبوغرافي وبطاقة وصفية معدة من طرف مهندس خبير عقاري⁽⁵⁾، ويتولى عملية التحقيق المحقق العقاري الذي يعين من بين أعوان سلك مفتشي أملاك الدولة والحفظ العقاري، وفي حالة ما إذا أثبت التحقيق العقاري حق الملكية على العقار يقوم مسؤول مصالح الحفظ العقاري الولائي بتحرير مقرر بالترقيم العقاري، ويجول هذا الترقيم إلى المحافظ العقاري المختص محلياً لإشهار الحقوق العقارية المثبتة فيه أثناء التحقيق العقاري في السجل العقاري، ويسلم سند الملكية لصاحب العقار عن طريق مسؤول مصالح الحفظ العقاري الولائي⁽⁶⁾، وهذا ما يسمى بالسند

(1) القانون رقم 90-29 المؤرخ في 14 جمادى الأولى عام 1411هـ الموافق 1 ديسمبر 1990م المتعلق بالتهيئة والتعمير المعدل والمتمم بالقانون رقم: 04-05 المؤرخ في 14 أوت 2004م (ج.ر العدد 41، ص 04).

(2) سي يوسف: زاوية حورية، إنشاء عقد البيع على التصاميم وضماناته، مرجع سابق، ص 27. / كنو: لامية، مرجع سابق، ص 97.

(3) تسمية: أعمار، مرجع سابق، ص 23.

(4) القانون رقم: 07-02 المؤرخ في 27 فبراير 2007م المتضمن تأسيس إجراء معاينة حق الملكية العقارية وتسليم سندات الملكية عن طريق تحقيق عقاري (ج.ر العدد 75).

(5) كنو: لامية، مرجع سابق، ص 97.

(6) عبد الرحمان: ليندة، إثبات الملكية العقارية في المناطق غير المسووحة، مذكرة تخرج لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء، المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، 2009، ص 52-53.

العقاري الذي له رقم خاص، وهو ما يطلب من المرقى العقاري تقديمه ضمن الوثائق الثبوتية التي نصت عليه المادة 30 من القانون 04-11 سألقة الذكر.

3- رخصة البناء: وهي عبارة عن قرار إداري تصدره جهة إدارية مختصة تتمثل في رئيس البلدية أو الوالي أو الوزير المكلف بالتعمير، كل في نطاق اختصاصه من أجل القيام بالبناء أو إعادة تشييده أو بخصوص أي عمل من أعمال البناء، غايته أن تتأكد الإدارة من أن المشروع أو أشغال البناء موضوع طلب رخصة البناء لا تخالف الأحكام القانونية والأنظمة الموضوعية للبناء والتعمير.⁽¹⁾

وتلعب رخصة البناء دوراً فعالاً في ضمان الرقابة على حركة البناء والتوسع العمراني في التشريعات المقارنة كالقانون الفرنسي⁽²⁾ والجزائري، لذا فهي شرط أساسي قبل الشروع في البناء خاصة تلك المباعة من طرف المرقى العقاري بناءً على التصاميم⁽³⁾، فهذا الأخير ملزم باستخراج رخصة البناء طبقاً لنص المادتين 6 و11 من القانون 04-11، مع تحديدها ضمن الوثائق المرجعية في عقد بيع البناء على التصاميم أو عقد حفظ الحق عملاً بالمرسوم التنفيذي 13-431 المحدد لنموذجي العقد، وعليه اتباع الإجراءات المحددة طبقاً لنص المادة 33 من المرسوم التنفيذي رقم 15-19 ونص المادة 52 من القانون رقم 90-29⁽⁴⁾ ونص المادة 76

(1) سبتي: محمد، مرجع سابق، ص 8. / وانظر: زروقي ليلي - عمر حمدي باشا، المنازعات العقارية في ضوء آخر التعديلات وأحدث الأحكام، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2012، ص 369. / بزغيش: بوبكر، رخصة البناء آلية وقاية في مجال التعمير، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون - فرع قانون الأعمال -، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2007، ص 12. / عليان: بوزيان، النظام العام العمراني في ظل القانون المنظم للترقية والعقارية 04-11، الملتقى الوطني حول الترقية العقارية - الواقع والآفاق -، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، يومي 27 و28 فيفري 2012، ص 34.

(2) إن رخصة البناء إلزامية في فرنسا في جميع المناطق بغض النظر عن عدد سكانها، لكن القانون الفرنسي استثنى من رخص البناء بعض الأبنية التي نصت عليها المادة (L 422-1)، وتشمل الأعمال المغطاة بالسرية؛ والتي تخص الدفاع الوطني مثل: مؤسسات التدريب، وصناعة الذخائر والمنشآت المقامة داخل القواعد البحرية والمطارات العسكرية، وهذه الأعمال كلها تعتبر مستثناة من رخص البناء، وبخصوص الأبنية التي تخضع للترميم فقد قضت محكمة النقض الفرنسية على الأبنية التي تخضع للترميم بما يلي: "إن بيع مبنى خاضع لترميم داخلي بسيط لم يستوجب الحصول على رخصة بناء على وشك الانتهاء وقت البيع". قرار صادر عن محكمة النقض الفرنسية، الغرفة المدنية (3)، المؤرخ في 6 نوفمبر 1996. الصرايرة: مصلح، مرجع سابق، ص 301.

(3) اقلولي اولد رابح: صافية، رخصة البناء آلية لحماية البيئة في القانون الجزائري، الملتقى الوطني حول الترقية العقارية - الواقع والآفاق -، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، يومي 27 و28 فيفري 2012، ص 43.

(4) المادة 52: "تشتت رخصة البناء من أجل تشييد البناء الجديدة مهما كان استعمالها وتمديد البناء الموجودة...". القانون رقم 90-29 المؤرخ في 18 نوفمبر 1990م المتعلق بالتهيئة والتعمير المعدل والمتمم بموجب القانون رقم: 04-05 المؤرخ في 04 أوت 2004م (ج.ر العدد 51).

من القانون 04-05 المعدل والمتمم للقانون رقم 90-29، حيث يتقدم المرقي العقاري بطلب موقع منه أو من موكله مرفق بنسخة من عقد الملكية أو توكيل في حالة الوكالة مرفق برخصة التجزئة وشهادة قابلية الاستغلال وموضوع إنجاز الأشغال يخص بناية أو مجموع بنايات في حصة أو عدة حصص، وملف متعلق بالهندسة المعمارية يتضمن تصميم الموقع، مخطط كتلة البنايات ومختلف التصاميم والبنايات الواجب توضيحها المحددة في نص المادة 43 من المرسوم التنفيذي 15-19، وملف تقني يتضمن أولاً عدد العمال وطريقة بناء الأسقف ودراسة حول المواد المستعملة ومدى تأثيرها على الصحة والمحيط، إضافة إلى دراسات الهندسة المدنية ودراسات أجزاء البناية الثانوية للمشاريع غير الموجهة للسكن الفردي طبقاً للمادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 06-03 المعدلة والمتممة للمرسوم التنفيذي رقم 91-176⁽¹⁾، لىتم إيداع الطلب لدى الإدارة المختصة للفصل فيه؛ والتي تختلف حسب أهمية الإنجاز المراد تشييده.⁽²⁾

ولما كانت رخصة البناء إجبارية في كل عملية تشييد أو تحويل لبناية طبقاً لنص المادة 33 من المرسوم التنفيذي 91-176⁽³⁾، قرر وزير السكن والعمران الجزائري آنذاك عبد المجيد تبون سحب الاعتماد من المرقي العقاري محمد صحراوي بعد انهيار عمارة في العاشور بالعاصمة؛ حيث كشفت لجنة التحقيق التي تم تشكيلها من 7 مسؤولين مركزيين وولائيين تابعين لقطاع السكن والمدينة والعمران أن هذا المرقي العقاري قام ببناء العمارة بدون رخصة بناء.⁽⁴⁾

وعليه فالمرقي العقاري يجب عليه أن يتحصل على رخصة البناء قبل إبرامه لعقد بيع البناء على التصاميم حماية للمشتري، فإذا قام بإنجاز أي بناية دون الحصول على رخصة بناء تعرض للعقوبة الواردة في المادة 79

(1) المرسوم التنفيذي رقم 91-176 المؤرخ في 14 ذي القعدة 1411هـ الموافق 8 ماي 1991م الذي يحدد كلفيات تحضير شهادة التعمير ورخصة التجزئة وشهادة التقسيم ورخصة البناء وشهادة المطابقة ورخصة الهدم وتسلم ذلك الملغى بموجب المرسوم التنفيذي رقم 15-19 المؤرخ في 4 ربيع الثاني 1436هـ الموافق 25 يناير 2015م المحدد لكلفيات تحضير عقود التعمير وتسليمها (ج.ر. العدد 7).

(2) انظر تفاصيل الحصول على هذه الرخصة وإجراءات رفض منحها والإجراءات الواجب اتخاذها في حال منحها مسكر: سهام، التزامات المرقي العقاري المترتبة على بيع السكنات الترفوية، مرجع سابق، ص 221-230. / الملحق رقم: 08 المتضمن نموذج رخصة البناء، ص 372.

(3) المرسوم التنفيذي 91-176 المؤرخ في 28 ماي 1991م المحدد لكلفيات تحضير شهادة التعمير ورخصة التجزئة وشهادة التقسيم ورخصة البناء وشهادة المطابقة ورخصة الهدم وتسليم ذلك (ج.ر. العدد 26).

(4) سالمي: عبد الرحمن، سحب الاعتماد من المرقي العقاري محمد صحراوي بعد انهيار عمارة بالعاشور في العاصمة، جريدة النهار، العدد 2757، الصادرة في 16 أكتوبر 2016، ص 5.

من القانون 08-13⁽¹⁾، كما أن المادة 30 من القانون 11-04 تشترط لانعقاد العقد تضمينه للمعلومات المتعلقة برخصة البناء، وهذا بطبيعة الحال يوفر حماية للمشتري؛ بحيث يضمن أن البناية التي يشتريها قد تمت وفقاً للقوانين والتنظيمات المتعلقة بالتهيئة والتعمير، ومطابقة للنظام العام العمراني، وهذا يجعله في منأى من المنازعات المتعلقة بعدم مطابقة البناية لقوانين التهيئة والتعمير، والتي يمكن أن يصدر قرار بهدمها ويصبح المشتري في خسارة يتحملها بالرغم من عدم ارتكابه لأي خطأ أو تقصير.⁽²⁾

4-رخصة التجزئة: هي رخصة رسمية لتجزئة أرض أو أكثر غير مبنية إلى حصة أو عدة حصص⁽³⁾، فيقصد بها تجزئة الأرض التي تشكل الوعاء العقاري للمشروع ككل وليس للبناية الفردية وحدها؛ فالبناية التي لا تقسم لا يحتاج فيها المرقي العقاري لاستخراج هذه الرخصة، وتسلم طبقاً للأشكال المنصوص عليها في القانون، وهذا ما نصت عليه المادة 57 من القانون رقم 90-29 سالف الذكر⁽⁴⁾، والمادة 07 من المرسوم التنفيذي رقم 15-19 والمرسوم التنفيذي 13-431 المحدد لنموذجي عقد حفظ الحق وعقد بيع البناء على التصاميم، فهي وثيقة إدارية تشترط لكل عملية تجزئة لقطعتين أو عدة قطع أرضية غير مبنية من ملكية عقارية واحدة أو عدة ملكيات عقارية مهما كان موقعها، والتي من شأنها أن تستعمل في تشييد بنايات جديدة؛ بحيث تنشئ لكل قطعة حقوق بناء جديدة⁽⁵⁾، وتعد هذه الرخصة من الوثائق التي يلتزم المرقي العقاري بالحصول عليها قبل إبرام عقد بيع البناء على التصاميم طبقاً لنص المادة 30 من القانون 11-04 سالف الذكر، وذلك بتقديم طلب منه أو من موكله مرفقاً بالوثائق التي تثبت صفته وتلك المتعلقة بالقطعة الأرضية؛ كعقد الملكية ومخطط التجزئة، والمواصفات الهندسية للقطعة، وكذا الحدود والمساحة والمخطط المستقبلي للقطعة بعد التجزئة والتصاميم الترشيديّة، ويودع الطلب في خمس (05) نسخ لدى المجلس الشعبي البلدي على أن يتم الفصل في هذا الطلب من طرف هذا الأخير أو الوالي أو الوزير المكلف بالتعمير حسب الحالة، وفي حالة

(1) المادة 79: "يعاقب بغرامة من خمسين ألف دينار (50000 دج) إلى مائة ألف دينار (100000 دج) كل من يشيد أو يحاول تشييد بناية دون رخصة بناء". القانون رقم: 08-13 المؤرخ في 20 يوليو 2008م المحدد لقواعد مطابقة البناءات وتماثل إنجازها (ج.ر العدد 44).

(2) تسمية: أعمار، مرجع سابق، ص 28.

(3) حجوج: كلثوم، النظام القانوني لرخصة تجزئة وتقسيم العقار في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير - تخصص القانون العقاري والزراعي، كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب، البلدة، 2010م، ص 42. / انظر إلى الملحق رقم: 09 المتضمن نموذج رخصة التجزئة، ص 373.

(4) المادة 57: "تشترط رخصة التجزئة لكل عملية تقسيم لإثنين أو عدة قطع من ملكية عقارية واحدة أو عدة ملكيات مهما كان موقعها".

(5) بن عالية: كمال، الرقابة القانونية للبناء، مذكرة التخرج لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء، المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، 2011م، ص 16.

الاستجابة للطلب يجب تعليقه بمقر المجلس الشعبي البلدي، إضافة إلى شهره بالمحافظة العقارية المختصة إقليمياً.⁽¹⁾

وتجدر الإشارة إلى أن هذه الرخصة تعتبر آلية من آليات الرقابة التي تمارسها الدولة على البناءات للتأكد من مدى مطابقتها للقوانين، لذلك فإن إلزام المرقي العقاري بضرورة حصوله عليها قبل إبرام عقد بيع البناء على التصاميم يعد من جهة وسيلة لبسط رقابة الدولة على البناءات التي سينجزها، ومن جهة أخرى ضماناً للمشتري؛ بحيث تضمن له أن البناية التي هو بصدد شرائها قد استوفت الشروط القانونية المتعلقة بالتهيئة والتعمير مما يجنبه النزاع مع الإدارة، والتي قد تثار بعد تسليمه البناية.⁽²⁾

5- شهادة التعمير والتهيئة والشبكات: تعتبر شهادة التعمير وثيقة تسلم بناءً على طلب كل شخص معني بتعين حقوقه في البناء والارتفاقات من جميع الأشكال التي تخضع لها الأرض المعنية طبقاً للمادة 2 من المرسوم التنفيذي 91-176 الملغاة بالمادة 94 من المرسوم التنفيذي 15-19 سالف الذكر.

إن الهدف من وراء شهادة التعمير هو تعيين حقوق المعني في البناء والارتفاقات التي تخضع لها الأرض التي يراد البناء عليها، فهي تستهدف تحقيق غرضين: الأول إعلامي والثاني توفير الحماية القانونية لصاحبها.⁽³⁾ وتختلف شهادة التعمير عن بطاقة المعلومات⁽⁴⁾ في مدة الصلاحية؛ فمدة صلاحية بطاقة المعلومات ثلاثة أشهر، أما شهادة التعمير فمرتبط بمدة صلاحية مخطط شغل الأراضي المعمول به أو بصلاحية المخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير في حالة عدم وجود مخطط شغل الأراضي عملاً بنص المادة 5 من المرسوم 15-15-

(1) انظر المواد من 8 إلى 25 من المرسوم التنفيذي رقم 91-176 المؤرخ في 28 ماي 1991م المحدد لكيفيات تحضير شهادة التعمير ورخصة التجزئة وشهادة التقسيم ورخصة البناء وشهادة المطابقة ورخصة الهدم وتسليم ذلك (ج.ر العدد 26). والمواد من 7 إلى 32 من المرسوم التنفيذي 15-19 المؤرخ في 4 ربيع الثاني 1436هـ الموافق 25 يناير 2015م المحدد لكيفيات تحضير عقود التعمير وتسليمها (ج.ر العدد 7). / الملحق رقم: 10 المتضمن نموذج لشهادة التعمير، ص 374.

(2) تسمية: أعمار، مرجع سابق، ص 29. / انظر الإجراءات والأجال التي يمر بها منح هذه الرخصة مسكر: سهام، التزامات المرقي العقاري المترتبة على بيع السكنات الترقية، مرجع سابق، ص 217-221.

(3) سبتي: محمد، مرجع سابق، ص 22-23.

(4) نصت عليها المادة 2ف2 من القانون رقم: 15-19: "زيادة على ذلك، يمكن لكل شخص معني بنفس حقوق البناء الخاصة بالقطعة الأرضية المعنية أن يحصل على بطاقة معلومات لاستعمالها على سبيل الإشارة لكل غرض مناسب، ولا يمكن بحال من الأحوال أن تحمل محل شهادة التعمير". المرسوم التنفيذي 15-19 المؤرخ في 4 ربيع الثاني 1436هـ الموافق 25 يناير 2015م المحدد لكيفيات تحضير عقود التعمير وتسليمها (ج.ر العدد 7).

19، ويطلبه المعني في الغالب ليوضح حقوق البناء والمظهر الخارجي للبناءة وحقوق الارتفاق الواردة عليه قبل استخراج رخصة البناء، وعلى المهندس مراعاة هذه الحقوق عند وضع التصاميم.⁽¹⁾

ولحصول المرقى العقارى على شهادة التعمير يجب عليها إيداع طلب يشتمل على البيانات المتمثلة في موضوع الطلب واسم مالك الأرض، تصميما حول الوضية يسمح بتحديد القطعة الأرضية وتصميماً آخر يبين حدود هذه القطعة في حدود المحيط العمراني على أن يقدم في نسختين بمقر المجلس الشعبي البلدى المختص إقليمياً مقابل وصل إيداع، ويدرس هذا الطلب من طرف مصالح التعمير بالبلدية، ويمكن طلب مساعدة تقنية لمصالح الدولة المكلفة بال عمران، وتسلم له الشهادة من طرف رئيس المجلس الشعبي البلدى⁽²⁾ خلال 15 يوم الموالية لتاريخ إيداع الطلب.⁽³⁾

ولالإشارة فإن القانون 04-11 جعل الحصول على شهادة التعمير اختيارية وليست إجبارية ك رخصة البناء والتجزئة، وذلك لوجود مخطط شغل الأراضي التي توضح فيه كل التفاصيل المتعلقة بالعقار، والتي تعتبر البديل لهذه الشهادة لاسيما وأن المهندس واضع التصاميم يراعي مخطط شغل الأراضي⁽⁴⁾، وطبيعة المنطقة العمرانية وقواعد البناء والتعمير، وتعتبر ضرورية في حالة ما إذا كان العقار لا يشمل هذا المخطط.⁽⁵⁾

(1) مسكر: سهام، التزامات المرقى العقارى المترتبة على بيع السكنات الترفوية، مرجع سابق، ص 214.

(2) انظر: المواد من 2 إلى 6 من المرسوم التنفيذي 15-19 المؤرخ في 4 ربيع الثاني 1436هـ الموافق 25 يناير 2015م المحدد لكيفيات تحضير عقود التعمير وتسليمها (ج.ر العدد 7).

(3) طبقاً لنص المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم: 06-03 المعدل والمتمم لنص المادة 4 من المرسوم التنفيذي رقم 91-176 فإن شهادة التعمير يجب أن تسلم خلال شهرين من إيداع الطلب، ولكن المرسوم التنفيذي 15-19 خفض هذه المدة إلى 15 يوم بهدف تيسير الإجراءات والقضاء على البيروقراطية الإدارية وطول الإجراءات في استخراج هذه الشهادة.

(4) يحدد مخطط شغل الأراضي حقوق استخدام الأراضي والبناء من حيث الشكل الحضري للبناءات ومظهرها الخارجي، وحقوق الارتفاق الواردة عليها، والكمية الدنيا أو القصوى من البناء المسموح به والمساحات العمومية والخضراء وارتفاقات الشوارع ومواقع الأراضي الفلاحية الواجب حمايتها والمناطق الصناعية والغابية في إطار احترام القواعد التي تضمنها المخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير. مجاجي: منصور، رخصة البناء كأداة لحماية البيئة في التشريع الجزائري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سعد دحلب-البلدية، 2012، ص 119. -نظمت مخطط شغل الأراضي المواد من 21 إلى 38 من القانون 90-29 والرسوم التنفيذي رقم: 91-178 المؤرخ في 28 ماي 1991م المحدد لإجراءات إعداد مخطط شغل الأراضي والمصادقة عليه ومحتوى الوثائق المتعلقة به (ج.ر العدد 28) المعدل والمتمم بمقتضى المرسوم التنفيذي رقم 05-318 المؤرخ في 10 سبتمبر 2005 (ج.ر العدد 62).

(5) مسكر: سهام، التزامات المرقى العقارى المترتبة على بيع السكنات الترفوية، مرجع سابق، ص 216.

أما فيما يخص التهيئة والشبكات فيجب أن يستفيد كل عقار مقرر بناؤه أو في طور البناء من مصدر للمياه الصالحة للشرب، كما يجب أن يتوفر على جهاز لصرف المياه القذرة تحول دون تدفقها فوق سطح الأرض طبقاً لما نصت عليه المادة 7 من القانون رقم 90-29 المتعلق بالتهيئة والتعمير المعدل والمتمم⁽¹⁾، وعليه فإنه يتعين على المرقى العقاري أن يوفر للبناء التي سينجزها مصدر للمياه الصالحة للشرب وقنوات الصرف الصحي، ومن ثم يتحصل على هذه الشهادة قبل إبرام عقد بيع البناء على التصاميم⁽²⁾، وهذا ما يشكل ضماناً للمشتري في الانتفاع بالبناء التي سيشتريها، باعتبار أن هذه التهيئة والشبكات من مستلزمات الحياة اليوم التي لا يمكن الاستغناء عنها، ومن العناصر الأساسية التي تدخل ضمن الانتفاع بالبناء.

وقد فرض المشرع الجزائري قيوداً على التهيئة والتعمير نصت عليها المادة 4 من القانون 90-29، وتهدف هذه القيود إلى الالتزام بعدم الإضرار بالبيئة.

وعلى هذا يجب على المرقى العقاري احترام النظام العام العمراني بتطبيق القواعد والقيود والسعي نحو تطوير وسائل توفير سكنات احترمت فيها مخططات وعقود التعمير ومعايير الرفاهية والجمالية المطلوبة، وذلك كله من خلال احترام مخططات وقواعد التهيئة والتعمير واستخراج الوثائق المطلوبة.

البند الثاني: اكتتاب المرقى العقاري للتأمينات

ألزم المشرع الجزائري المرقى العقاري باكتتاب عدة تأمينات في المرحلة السابقة لتعاقد لحماية المشتري؛ بحيث تضمن له هذه التأمينات حصوله على التعويض في حالة وقوع ضرر للبناء التي يقتنيها من المؤمن طبقاً لما نصت عليه المادة 30 ف1 من المرسوم رقم 12-85 التي تقضي بـ: "يتعين على المرقى العقاري الاكتتاب في جميع التأمينات أو الضمانات القانونية المطلوبة"⁽³⁾، فهذه المادة تلزم المرقى العقاري باستنفاد كل الضمانات التي كرسها القانون من تأمينات عينية وشخصية، واكتتاب كل التأمينات القانونية التي تسمح بأن يكون كل الزبائن المستفيدين من المشاريع العقارية في مأمن من الأخطار التي قد تنجم عن عدم تجسيد

(1) المادة 7: "يجب أن يستفيد كل بناء معد للسكن من صدر للمياه الصالحة للشرب، كما يجب أن يتوفر على جهاز لصرف المياه يحول دون رمي النفايات على السطح".

(2) سي يوسف: زاهية حورية، إنشاء عقد بيع البناء على التصاميم وضماناته، مرجع سابق، ص 28. / تسببية: أعمار، مرجع سابق، ص 30.

(3) المرسوم التنفيذي رقم: 12-85 المؤرخ في 27 ربيع الأول 1433 هـ الموافق 20 فبراير 2012 المتضمن دفتر الشروط النموذجي الذي يحدد الالتزامات والمسؤوليات المهنية للمرقى العقاري (ج.ر. العدد 11).

المشاريع العقارية، أو عدم تحمل المسؤولية عند وقوع الأضرار التي قد تشوب البناءات، أو في حالة وقوع الكوارث الطبيعية⁽¹⁾، وأول تأمين يتوجب على المرقى العقاري اكتتابه هو لدى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة لأن بدون شهادة الضمان التي يقدمها هذا الصندوق لا يمكن إبرام عقد بيع البناء على التصاميم، كما يجب عليه اكتتاب تأمين على مسؤوليته العشرية، إضافة إلى اكتتاب جميع التأمينات لجميع المخاطر التي يمكن أن يتعرض لها⁽²⁾، وهذا ما سأطرق إليه بشيء من التفصيل على النحو التالي.

أولاً: اكتتاب المرقى العقاري التأمين لدى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة

نظراً لما لهذا الصندوق من أهمية بالغة ودور فعال في تكريس حماية المشتري في عقد بيع البناء على التصاميم أكد عليه المشرع الجزائري، وألزم المرقى العقاري قبل بداية ممارسة نشاط الترقية العقارية أن يكتتب تأميناً لدى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة طبقاً لما جاء في المادة 54⁽³⁾ و 55⁽⁴⁾ من القانون 04-11، بل واعتبره أكبر ضمان يعتمد عليها المشتري في الحصول على عقار في المستقبل، إذ يسمح بتمويل عقود بيع البناء على التصاميم بقصد ضمان كافة التسديدات المدفوعة من قبل المشتري خلال مرحلة الإنجاز وقبل تسليم العقار محل البيع، لتغطية أي عجز من طرف المتعامل في الترقية العقارية أو إفلاسه⁽⁵⁾، فالهدف من وراء اكتتاب تأمين لدى الصندوق هو استرداد الثمن، واستكمال المشروع إلى غاية جاهزيته لحيازة المشتري

(1) إرزيل: الكاهنة، شركات التأمين في مواجهة نشاط الترقية العقارية، مجلة الحقوق والحريات، عدد تجربي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2013، ص 97.

(2) كتو: لامية، مرجع سابق، ص 148.

(3) المادة 54: "زيادة على التأمينات المطلوبة في التشريع المعمول به وفي إطار ممارسة نشاط مهنة المرقى العقاري طبقاً لالتزاماته، يتعين على المرقى العقاري الذي يشرع في إنجاز المشروع العقاري من أجل بيعه قبل إنجازه اكتتاب ضمان الترقية العقارية قصد ضمان ما يأتي على الخصوص:

- تسديد الدفعات التي قام بها المكتتبون في شكل تسبيقات.
- إتمام الأشغال.
- تغطية أوسع للالتزامات المهنية والتقنية."

(4) المادة 55: "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 93-01 المؤرخ في 19 يناير سنة 1993 والمتضمن قانون المالية لسنة 1993 الذي يدعى في صلب النص "صندوق الضمان".

توكل لصندوق الضمان مهمة السهر على وضع الضمانات والتأمينات التي يلتزم بها المرقون العقاريون عند الاكتتاب."⁽⁵⁾ كتو: لامية، مرجع سابق، ص 149-150.

له، وقبل التطرق إلى مختلف المجالات التي يدخل فيها الصندوق للضمان، والآثار المترتبة عن الاكتتاب في الصندوق، لابد من التعريف به أولاً.

1-التعريف بصندوق الضمان والكفالة المتبادلة: يتضمن التعريف بصندوق الضمان والكفالة المتبادلة تعريفه أولاً ثم التطرق بعد ذلك إلى الهدف من إنشائه ومهامه.

أ-تعريف صندوق الضمان والكفالة المتبادلة (F.G.C.M.P.I): كعادة المشرع الجزائري في تفادي التعريفات تاركاً للفقه مجالاً في تعريفها، فلم يعرف صندوق الضمان والكفالة المتبادلة لا في المرسوم التشريعي 93-01⁽¹⁾ الذي تم بموجبه إنشاء هذا الصندوق من خلال نص المادة 131 ولا في المرسوم التشريعي 93-03⁽²⁾ في المادة 11 منه ولا في المرسوم التنفيذي رقم 97-406⁽³⁾ الذي تناول هذا الصندوق بالتفصيل، ولا في القانون 11-04⁽⁴⁾ الذي نص أيضاً عليه في الفصل الرابع في المواد من 54-59.

وللإشارة فإن هذا الصندوق لم ينصب بصفة فعلية حتى شهر أوت سنة 2000م، وقبل ذلك كانت شركات التأمين والمؤسسات المصرفية هي من تتكفل بتغطية مشاريع الترقية العقارية.⁽⁵⁾

وعُرف صندوق الضمان والكفالة المتبادلة بأنه: "هيئة تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي، موضوعة تحت وصاية وزارة السكن والعمران، أنشئ بموجب المرسوم التنفيذي رقم 97-406، له طابع تعاوني لا يسعى إلى تحقيق الربح"⁽⁶⁾، أو هو: "هيئة في شكل تنظيم خاص يتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي له طابع تعاوني، ولا يهدف لتحقيق الربح موضوع تحت وصاية الوزير المكلف بالسكن، وهو كفيل

(1) المرسوم التشريعي رقم: 93-01 المؤرخ في 19 جانفي 1993 المتضمن قانون المالية لسنة 1993.

(2) المرسوم التشريعي رقم: 93-03 المؤرخ في 07 رمضان 1413 الموافق 01 مارس 1993 المتعلق بالنشاط العقاري.

(3) المرسوم التنفيذي رقم: 97-406 المؤرخ في 03 نوفمبر 1997 المتضمن إحداث صندوق الضمان والكفالة المتبادلة في الترقية العقارية (ج.ر. العدد 73) المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي 14-180 المؤرخ في 7 شعبان 1435 هـ الموافق 5 يونيو 2014م (ج.ر. العدد 37).

(4) القانون رقم: 11-04 مؤرخ في 14 ربيع الأول عام 1432 الموافق 17 فبراير سنة 2011، المحدد لقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية (ج.ر. العدد 14).

(5) زروقي ليلي-عمر حمدي باشا، مرجع سابق، ص 271. / رمول: خالد، صندوق الضمان والكفالة المتبادلة في عقد البيع على التصاميم، مجلة المفكر، العدد 5، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر-بسكرة، د.ت، ص 300.

(6) ربيع: نصيرة، تمويل الترقية العقارية العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير-تخصص إدارة ومالية-، كلية الحقوق، بن عكنون الجزائر، 2006م، ص 70.

قانوني يهدف أساساً إلى ضمان تسديدات المقنتي وضمنان تمام الإنجاز في إطار عقد البيع على التصاميم، وهيئة ضمان في إطار عقد حفظ الحق والأنشطة الإضافية الأخرى للترقية العقارية⁽¹⁾، وعرف أيضاً بأنه: "مؤسسة عمومية يمارس مهامه تحت وصاية الوزير المكلف بالسكن ويتمتع بالشخصية المعنوية والذمة المالية المستقلة، له طابع تعاوني، ولا يسعى إلى تحقيق الربح"⁽²⁾.

من خلال هذه التعاريف يتبين لنا بأن هذا الصندوق ذو طابع تعاوني لا يهدف لتحقيق ربح، وإنما هدفه الأساسي يتمثل في ضمان تسديدات المشتري وإتمام الإنجاز.

وحسب المادة 4 من المرسوم التنفيذي 14-182⁽³⁾ يتوجب على المرقى العقاري الانتساب إلى الصندوق⁽⁴⁾ في أجل أقصاه ستة أشهر من تاريخ حصوله على الاعتماد تحت طائلة سحبه مؤقتاً طبقاً لنص المادة 4 من المرسوم التنفيذي 14-182 سالف الذكر⁽⁵⁾، ويمكن أن يصبح هذا السحب نهائياً في حالة عدم تسوية المرقى العقاري لوضعيته لدى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة في أجل أقصاه ثلاثة أشهر الموالية لانقضاء الأجل الأول طبقاً لنص المادة 8 من المرسوم التنفيذي 14-182⁽⁶⁾، كما يجب عليه تسديد

(1) رمول: خالد، صندوق الضمان والكفالة المتبادلة في عقد البيع على التصاميم، مرجع سابق، ص 300.

(2) قنى: سعدية، دور صندوق الضمان والكفالة المتبادلة في ضمان تمويل نشاط الترقية العقارية، مجلة الحقوق والحريات، عدد تجربي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر-بسكرة، 2013م، ص 116.

(3) المرسوم التنفيذي رقم: 14-182 المؤرخ في 5 جوان 2014 الذي يحدد شروط وكيفية تسديد الاشتراكات والدفوعات الإلزامية الأخرى من طرف المرقين العقاريين المنصوص عليها في النظام الداخلي لصندوق الضمان والكفالة المتبادلة في الترقية العقارية (ج.ر العدد 37).

(4) تتم إجراءات تأمين المرقى العقاري لدى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة بتقديم طلب مكتوب مرفق بملف يتضمن الوثائق القانونية التي تثبت الطبيعة القانونية للمرقى العقاري إن كان شخص طبيعي يقدم شهادة السوابق العدلية، نسخة من السجل التجاري، نسخة من تصاميم الإنجاز المبرجة والمتفق عليها مرفقة بنسخة من رخصة البناء مصادق عليها، نسخة من عقد ملكية الأراضي المشهر وشهادة تثبت دفع كل المستحقات الضريبية وصندوق الضمان الاجتماعي وكل وثيقة يراها الصندوق ضرورية وتعلق بالصفحة، أما إن كان شخص معنوي فلا بد أن يرفق الطلب بالقانون الأساسي للشركة المحددة لنوعها ونسخة من السجل التجاري، وبيان مالي يثبت ميزانيتها خلال 3 سنوات، وميزانيتها منذ تاريخ إنشاءها مع تصاميم الإنجاز المبرجة والمتفق عليها مرفقة بنسخة البناء مصادق عليها ونسخة من عقد الملكية المشهر وباقي الوثائق التي يعتبرها ضرورية للصفحة. رمول: خالد، صندوق الضمان والكفالة المتبادلة في عقد البيع على التصاميم، مرجع سابق، ص 301. / قنى: سعدية، مرجع سابق، ص 121.

(5) المادة 4: "يؤدي عدم انتساب المرقى في أجل أقصاه ستة (6) أشهر، بعد تاريخ حصوله على اعتماده، إلى الوقف المؤقت لاعتماده وذلك بموجب المادة 64 من القانون 11-04...".

(6) المادة 8: "يؤدي عدم دفع المرقى للاشتراكات السنوية المستحقة للصندوق بعد إعدارين يرسلان إليه كل خمسة عشر يوماً، ولم يتم الرد عليهما إلى: -الوقف المؤقت لاعتماده. -تحويل الوقف المؤقت لاعتماده إلى سحب نهائي في حالة عدم تسوية وضعيته في أجل إضافي مدته ثلاثة أشهر".

الاشتراكات والدفعات الإلزامية⁽¹⁾ الأخرى بصفته مشتركاً في الصندوق⁽²⁾ طبقاً لنص المادة 5 من المرسوم التنفيذي 14-182⁽³⁾ والمادة 31 من المرسوم التنفيذي 12-85⁽⁴⁾، والمادة 59 من القانون 11-04⁽⁵⁾، على أن تسدد هذه الاشتراكات السنوية خلال الفصل الأول من السنة المالية المعنية طبقاً لنص المادة 7 من المرسوم التنفيذي 14-182 سالف الذكر، ويتوجب عليه دفع مبلغ الضمان مقسماً إلى قسمين: 20% كقسط أول عند تسليم شهادة الضمان، و80% خلال 3 أشهر من منح شهادة الضمان.⁽⁶⁾

وفي حالة مخالفة المرقى العقاري بعدم الاكتتاب لدى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة يعاقب بالحبس من شهرين إلى سنتين وغرامة من مائتي ألف دينار (200.000 دج) إلى مليوني دينار (2.000.000 دج) طبقاً لنص المادة 74 من القانون 11-04.⁽⁷⁾

ب-الهدف من إنشاء صندوق الضمان والكفالة المتبادلة: يهدف المشرع من وراء إنشاء صندوق الضمان والكفالة المتبادلة إلى الدفع بقطاع الترقية العقارية، وضمان حقوق المشتريين، وذلك من خلال حلول هذا الصندوق محل المشتري في المطالبة بحقوق هذا الأخير طبقاً لما نصت عليه المادة 2 من المرسوم التنفيذي 14-

(1) طبقاً لنص المادة 9 من المرسوم التنفيذي 14-182: "طبقاً لأحكام المادة 54 من القانون 11-04... وزيادة على الاشتراكات المستحقة بعنوان انتسابه إلى الصندوق، يتعين على المرقى العقاري تسديد الدفعات الإلزامية الأخرى بعنوان اكتتاب ضمان الترقية العقارية قصد ضمان: - تسديد الدفعات التي قام بها المقتنون في شكل تسبيقات. - إتمام إنجاز الأشغال. - التغطية الأوسع للالتزامات المهنية والتقنية".

(2) تحدد جداول حقوق الانضمام والاشتراكات السنوية بموجب النظام الداخلي وتأخذ بعين الاعتبار، على الخصوص حجم الأعمال وعند الاقتضاء رأسمال المرقى العقاري، وتتم مراجعتها حسب الأشكال نفسها طبقاً لنص المادة 6 من المرسوم التنفيذي 14-182، كما تحدد هذه الجداول مبالغ الضمانات الممنوحة في النظام الداخلي للصندوق وتتم مراجعتها حسب الأشكال نفسها طبقاً لنص المادة 10 من نفس المرسوم التنفيذي.

(3) المادة 5: "يتعين على المرقى العقاري بعنوان انتسابه للصندوق، وزيادة على توقيعه على النظام الداخلي، تسديد الاشتراكات الآتية: - حق الانضمام ويدفع مرة واحدة عند الانتساب. - اشتراكات سنوية".

(4) المادة 31: "يتعين على المرقى العقاري تسديد الاشتراكات والدفعات الإلزامية الأخرى بصفته مشتركاً في صندوق الضمان والكفالة المتبادلة للترقية العقارية". المرسوم التنفيذي رقم: 12-85 المؤرخ في 27 ربيع الأول 1433 هـ الموافق 20 فبراير 2012 المتضمن دفتر الشروط النموذجي الذي يحدد الالتزامات والمسؤوليات المهنية للمرقى العقاري (ج.ر العدد 11). وانظر تحديد قيمة الاشتراكات التي يدفعها المرقى العقاري. كتو: لامية، مرجع سابق، ص 151.

(5) المادة 59: "يتعين على المرقى العقاري تسديد اشتراكاته والدفعات الإلزامية الأخرى المنصوص عليها في النظام الداخلي لصندوق الضمان".

(6) قني: سعديّة، مرجع سابق، ص 120.

(7) المادة 74: "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 من مائتي ألف دينار (200.000 دج) إلى مليوني دينار (2.000.000 دج)".

181⁽¹⁾، وذلك في حالة سحب الاعتماد من المرقي العقاري، أو في حالة شهر إفلاسه أو التسوية القضائية⁽²⁾، طبقاً للمادة 3 من المرسوم التنفيذي 14-181 والمادة 58 من القانون 11-04، فيضمن تسديدات الدفعات التي قام بها المشترون في شكل تسبيقات، إضافة إلى ضمانه إتمام أشغال البناء طبقاً لنص المادة 54 سالفه الذكر.

ويرمي ضمان الصندوق إلى تحقيق هدف مزدوج؛ استرداد الثمن للمشتري، واستكمال المشروع إلى آخر مرحلة إلا أن أهمية هذا الضمان تختلف حسب صفة المرقي العقاري عما إذا كان شخصاً طبيعياً أو معنوياً؛ فإذا كان شخصاً طبيعياً فإن الصندوق سيضمن وفائه عند عدم إتمام الإنجاز من قبل الورثة، وكذا في حالة فقدانه بموجب حكم أو قرار قضائي، أو في حالة اكتشاف احتياله ونصبه من طرف السلطة القضائية، أما إذا كان المرقي العقاري شخصاً معنوياً فإن الصندوق سيضمن إفلاسه أو تصفيته في حالة إثبات المخالفة في دفع القروض أو اكتشاف احتياله من قبل السلطة القضائية.⁽³⁾

فالمشرع الجزائري جعل للصندوق وظيفة أساسية تتمثل في العمل على ضمان التسديدات التي يدفعها المشترون، والتي تكتسي شكل تسبيق مالي إلى المرقيين العقاريين سواء أكانوا خواص أو عموميين في إطار عقد بيع البناء على التصاميم⁽⁴⁾، وهذه التسبيقات هي المبالغ المالية التي يدفعها المشتري للمرقي العقاري في إطار هذا العقد الذي يبرم طبقاً للتشريع المعمول به ما عدا الدفع الأخير الذي يتم عند حيازة السكن أو بداية الانتفاع⁽⁵⁾ طبقاً للمادة الأولى من وثيقة التأمين⁶ الخاصة بصندوق الضمان والكفالة المتبادلة، حيث يترتب

(1) المادة 2: " يقصد بحلول الصندوق بموجب هذا المرسوم نيابته: - قانونياً عن المرقي العقاري المخل بالتزاماته قصد متابعة إتمام إنجاز البناءات وفقاً للشروط المحددة في المواد أدناه. - عن المقتنين فيما يخص الاستفادة من امتياز الصف الأول في حالة إفلاس أو تصفية المرقي العقاري في حدود ديون هؤلاء المقتنين. - فيما يتعلق بحقوق المقتنين ومتابعتهم للمرقي العقاري المخل بالتزاماته قضائياً بحسب المبالغ المدفوعة. " المرسوم التنفيذي رقم: 14-181 المؤرخ في 7 شعبان 1435هـ الموافق 5 يونيو 2014م المحدد لشروط حلول صندوق الضمان والكفالة المتبادلة في الترقية العقارية محل مقتني الأملاك العقارية المغطاة بضمان الترقية العقارية وكيفيات ذلك (ج.ر العدد 37).

(2) بلجراف: سامية، مرجع سابق، ص 574.

(3) سي يوسف: زاهية حورية، إنشاء عقد بيع البناء على التصاميم و ضماناته، مرجع سابق، ص 29.

(4) شعوة: مهدي، تطور المركز القانوني للمرقي العقاري الخاص في التشريع الجزائري، أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في القانون- تخصص قانون عقاري وزراعي-، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، 2015م، ص 137.

(5) بن تريعة: مها، مسؤولية المرقي العقاري في إطار عقد الترقية العقارية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون- تخصص قانون المنافسة وحماية المستهلك، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، الجزائر العاصمة، 2014م، ص 24.

(6) انظر إلى الملحق رقم 04: المتضمن نموذج وثيقة التأمين، ص 367.

على تنفيذ الصندوق لهذه الضمانات حلوله مكان المشتري طبقاً للمرسوم التنفيذي 14-181⁽¹⁾ فيما يخص ديونه على المتعامل في الترقية العقارية في حدود مصاريفه الحقيقية في حالة سحب الاعتماد من المرقى بسبب الإفلاس أو التسوية القضائية أو لأي سبب آخر قصد متابعة عمليات إتمام إنجاز البناء عن طريق تفويض مهمة إكمال المشروع لمرقى عقاري آخر يحل محل المرقى الأصلي، وذلك في حدود الأموال المدفوعة، وفي هذا الإطار يمنع على كل مقتني من مواصلة البناء بدلاً من المرقى العقاري الذي كان موضوع سحب الاعتماد طبقاً لنص المادة 57 من القانون 11-04⁽²⁾، كما يهدف الصندوق إلى ضمان القروض المصرفية الممنوحة من قبل المؤسسات المصرفية وكل أشكال التسديد الأخرى التي تكتسي طابع التسبيق عند الطلب الوارد من زبائنها المنخرطين.⁽³⁾

وعلى هذا فالمرقى مجبر على تأمين التسيقات التي يتلقاها لدى الصندوق حتى يتمكن الصندوق من حماية المشتري من احتمالات عجز المرقى؛ فيقوم الصندوق في حالة هذا العجز بإرجاع المبالغ المالية المدفوعة إلى المشتريين بعد التأكد من عجز المرقى بالطرق القانونية شرط أن يكون المشتري حائزاً على عقد بيع البناء على التصاميم متضمن تأميناً لدى الصندوق.⁽⁴⁾

فيعتبر هذا الصندوق ضماناً إضافية لحماية المتعاملين في مجال الترقية العقارية خاصة المستفيدين من الصفقات المتعلقة بعقود البيع على التصاميم⁽⁵⁾، كما يعد آلية مهمة لحماية المشتري في عقد بيع البناء على التصاميم لكونه يضمن من جهة حصول المشتري على البناية التي اشتراها؛ ففي حالة ما إذا لم يتمكن المرقى العقاري من إتمام الإنجاز يتكفل هذا الصندوق بذلك، ومن جهة أخرى إذا امتنع المرقى العقاري عن رد المبالغ المالية التي سبق وأن دفعها له المشتري على شكل دفعات فإن الصندوق يحل محل المشتري ويضمن الوفاء بها.

(1) المرسوم التنفيذي رقم: 14-181 المؤرخ في 7 شعبان 1435هـ الموافق 5 يونيو 2014م المحدد لشروط حلول صندوق الضمان والكفالة المتبادلة في الترقية العقارية محل مقتني الأملاك العقارية المغطاة بضمان الترقية العقارية وكيفية ذلك (ج.ر. العدد 37).

(2) طيب: عائشة، عقد البيع على التصاميم في ظل القانون رقم 11-04، مركز البصيرة للبحوث والاستشارات والخدمات التعليمية، العدد 13، دار الخلدونية، الجزائر، 2011م، ص 83-84. / فغور: رايح، مرجع سابق، ص 354.

(3) قني: سعديّة، مرجع سابق، ص 117.

(4) قني: سعديّة، المرجع نفسه، ص 117.

(5) رمول: خالد، صندوق الضمان والكفالة المتبادلة في عقد البيع على التصاميم، مرجع سابق، ص 305.

ج- مهام صندوق الضمان والكفالة المتبادلة: لقد نصت المادتين 3 و 6 من المرسوم التنفيذي 97-406 والمواد من 54 إلى 58 من القانون 11-04 والمادة 9 من المرسوم التنفيذي 14-182 على مهام الصندوق والتي تتمثل فيما يلي:

-ضمان التسبيقات التي يدفعها المشترون إلى المرقين العقاريين في إطار إنجاز المشروع العقاري من أجل بيعه قبل إنجازه وهو ما ينطبق على عقد بيع البناء على التصاميم، فالمرقي العقاري مجبر على تأمين هذه التسبيقات التي يتلقاها من المشتري لدى الصندوق؛ حتى يتمكن هذا الأخير من حماية المشتري من احتمالات عجز المرقي العقاري لأي سبب كان، فيقوم الصندوق بإرجاع المبالغ المالية المدفوعة إلى المشتري بعد التأكد من عجز المرقي العقاري بالطرق القانونية شرط أن يكون المشتري حائزاً على عقد البيع على التصاميم يتضمن تأميناً لدى الصندوق.⁽¹⁾

-ضمان أشغال البناء، وذلك في حالة عجز المرقي العقاري على القيام بذلك، كحالة عسره؛ بحيث يتكفل الصندوق بضمان استمرار وإتمام أشغال البناء.

-ضمان تغطية أوسع للالتزامات المهنية والتقنية للمرقي العقاري؛ فهذا الصندوق يسهر على تحقيق التزامات المرقي العقاري المهنية منها أو التقنية على أكبر نطاق.

وهذه المهام الثلاثة الأولى قد نصت عليها المادة 54 من القانون 11-04⁽²⁾ والمادة 9 من المرسوم التنفيذي 14-182⁽³⁾، والمادة 2 من المرسوم التنفيذي 14-180.⁽⁴⁾

-الحلول محل المقتنين في حالة سحب الاعتماد من المرقي العقاري واستئناف أشغال البناء وإتمامها، وذلك بإلزام مرقي عقاري آخر على حساب المرقي الذي سحب منه الاعتماد، وذلك في حدود الأموال المدفوعة

(1) قنى: سعية، مرجع سابق، ص 117.

(2) القانون رقم: 11-04 مؤرخ في 14 ربيع الأول عام 1432 الموافق 17 فبراير سنة 2011، المحدد لقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية (ج.ر العدد 14).

(3) المرسوم التنفيذي رقم: 14-182 المؤرخ في 5 جوان 2014 الذي يحدد شروط وكيفية تسديد الاشتراكات والدفعات الإجبارية الأخرى من طرف المرقي العقاري المنصوص عليها في النظام الداخلي لصندوق الضمان والكفالة المتبادلة في الترقية العقارية (ج.ر العدد 37).

(4) المرسوم التنفيذي 14-180 المؤرخ في 7 شعبان 1435 هـ الموافق 5 يونيو 2014م المتضمن إحداث صندوق الضمان والكفالة المتبادلة في الترقية العقارية (ج.ر العدد 37).

طبقاً لما نصت عليه المادة 57 من القانون 11-04⁽¹⁾، والمادة 3 من المرسوم التنفيذي 97-406 المعدلة بالمادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 14-180.⁽²⁾

- تسيير انتساب المرقيين العقاريين المعتمدين المسجلين في الجدول الوطني للمرقيين العقاريين، وهذه المهمة لم تكن موجودة من قبل وإنما استحدثت بموجب المادة 2 من المرسوم التنفيذي 14-180.⁽³⁾

- ضمان متابعة وتسيير الحسابات التي تسجل التسبيقات المدفوعة من أصحاب حفظ الحق.

- القيام بكل العمليات التجارية والمالية والعقارية ذات الصلة بمشروعه.⁽⁴⁾

- استحداث كل فرع وأخذ كل المساهمات ذات الصلة بمجال نشاطه.

- إنجاز كل دراسة ونشر كل المعلومات والمنشورات المتخصصة التي تهدف إلى تطوير الترقية العقارية.

وهذه المهام قد استحدثت بنص المادة 2 من المرسوم التنفيذي 14-180 المعدل والمتمم للمرسوم 97-406.⁽⁵⁾

- يمكن للصندوق أن يكلف بمهام وأنشطة إضافية⁽⁶⁾، على أساس دفتر الشروط المصادق عليه بموجب قرار مشترك بين الوزير المكلف بالسكن والوزير المكلف بالمالية، ولكنه جعل هذه المهام تحدد عن طريق التنظيم،

(1) المادة 57 ف1: "يؤدي كل سحب للاعتماد من المرقي العقاري لأحد الأسباب المحددة أدناه، أو لأي سبب آخر، إلى حلول صندوق الضمان قانوناً محل المقتنين ويخوله حق متابعة عمليات إتمام إنجاز البناءات بموجب التزام مرقي عقاري آخر على حساب المرقي الأصلي وبدلاً عنه وذلك في حدود الأموال المدفوعة".

(2) المرسوم التنفيذي رقم 97-406 المؤرخ في 2 رجب 1418 هـ الموافق 3 نوفمبر 1997 م المتضمن إحداث صندوق الضمان والكفالة المتبادلة في الترقية العقارية (ج.ر العدد 73) المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي 14-180 المؤرخ في 7 شعبان 1435 هـ الموافق 5 يونيو 2014 م (ج.ر العدد 37).

(3) المرسوم التنفيذي 14-180 المؤرخ في 7 شعبان 1435 هـ الموافق 5 يونيو 2014 م المتضمن إحداث صندوق الضمان والكفالة المتبادلة في الترقية العقارية (ج.ر العدد 37).

(4) يبقى الأمر غامض ومبهم أمام عدم صدور تنظيم يشرح هذه المهمة، فهل يقصد المشرع من وراء هذه المهمة أن الصندوق له صلاحية المبادرة بمشاريع الترقية العقارية، وبالتالي القيام بكل العمليات المتعلقة بها من اقتناء الأراضي والبناء والبيع وغيرها؟

(5) المرسوم التنفيذي رقم 97-406 المؤرخ في 2 رجب 1418 هـ الموافق 3 نوفمبر 1997 م المتضمن إحداث صندوق الضمان والكفالة المتبادلة في الترقية العقارية (ج.ر العدد 73) المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي 14-180 المؤرخ في 7 شعبان 1435 هـ الموافق 5 يونيو 2014 م (ج.ر العدد 37).

(6) لحد هذا اليوم لم يصدر أي مرسوم يكلف صندوق الضمان والكفالة المتبادلة في نشاط الترقية العقارية بمهام إضافية.

وذلك في مجال مهامه المنصوص عليها في القانون 11-04 طبقاً لنص المادة 56 منه⁽¹⁾، والمادة 2 من المرسوم التنفيذي 14-180.

-السهر على وضع الضمانات والتأمينات التي يلتزم بها المرقون العقاريون عند الاكتتاب؛ إذ أن الصندوق ملزم بوضع كل الميكانيزمات التي تحقق الضمانات، والتأمينات التي اكتتبها المرقين العقاريين، طبقاً للفقرة الثانية من المادة 55 من القانون 11-04.⁽²⁾

وما يلاحظ أن المشرع قد وسع من صلاحيات واختصاصات الصندوق بموجب المرسوم 14-180 سالف الذكر، وبالتالي أصبح يلعب دوراً كبيراً في تطوير نشاط الترقية العقارية، وتوسيع مجالها، ومراقبة كل المشاريع المتعلقة بالترقية العقارية، وفي هذا ضمان لمصالح المشتري؛ إذ يضمن لهم الصندوق الحصول على العقار الذي اشتروه في الآجال المحددة وبالمعايير القانونية والجودة المتفق عليها في العقد، وبالتالي نجاح مشاريع الترقية العقارية.

2-المجالات التي يتدخل فيها صندوق الضمان والكفالة المتبادلة: يتدخل صندوق الضمان والكفالة المتبادلة للضمان في مجالات محددة؛ فمنها ما يتعلق بتحديد الأشخاص الملزمين بالضمان والمستفيدين منه، ومنها ما يتعلق بتحديد الأخطار التي يضمنها، ومنها ما يتعلق بالمدة التي يلتزم خلالها الصندوق بالضمان.

أ-النطاق الشخصي للضمان: فالنطاق الشخصي يتعلق بتحديد الأشخاص الملزمين بالضمان وأيضاً المستفيدين منه، وعليه فاكتتاب التأمين لدى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة يتم من طرف المرقى العقاري لمصلحة المشتري في عقد بيع البناء على التصاميم، وذلك قصد الحصول على شهادة ضمان التسبيقات المدفوعة من قبل المشتريين (المكتسبين أو المقتنين) خلال مرحلة الإنجاز، وتعد وثيقة تأمين عقد بيع البناء على التصاميم الصالحة كشهادة ضمان بين كل من المرقى العقاري وصندوق الضمان والكفالة المتبادلة لضمان الدفعات المالية المقدمة من طرف مشتري العقار للمرقى، ويتقرر هذا الضمان كما سبق الإشارة إليه في حالة

(1) المادة 56: "يمكن صندوق الضمان أن يكلف أيضاً بأنشطة إضافية عن طريق التنظيم، في إطار المهام المنصوص عليها في هذا القانون".

(2) المادة 55 ف2: "توكل لصندوق الضمان مهمة السهر على وضع الضمانات والتأمينات التي يلتزم بها المرقون العقاريون عند الاكتتاب".

عدم قدرة المرقى على إتمام الإنجاز وتسليم العقار للمشتري، وعليه فإن الأشخاص المعنيون بصندوق الضمان والكفالة المتبادلة هما كل من المرقى العقاري والمشتري في إطار عقد بيع البناء على التصاميم.⁽¹⁾

ب-النطاق الموضوعي للضمان: ويتعلق النطاق الموضوعي بتحديد الأخطار التي يضمنها صندوق الضمان والكفالة المتبادلة، وطبقاً للمادة 54 من القانون 11-04 فإن الصندوق يضمن تسديد الدفعات المالية التي دفعها المشترون للمرقى العقاري، كما يضمن أيضاً إنجاز وإتمام أشغال البناء.

ب-1-ضمان تسديد الدفعات المالية: من بين المهام الجوهرية التي يقوم بها صندوق الضمان والكفالة المتبادلة هو ضمان تسديد الدفعات المالية التي دفعها المشتري في عقد بيع البناء على التصاميم للمرقى العقاري؛ بحيث يضمن الصندوق التعويض، وذلك في حالة عجز المرقى العقاري عن تعويض المشتري عن التسديدات التي سبق له وأن دفعها في شكل أقساط⁽²⁾، وهذا طبقاً لنص المادة 7 من المرسوم التنفيذي 14-181⁽³⁾ التي تقضي بـ: "يقصد بضمان التعويض، التزام الصندوق بتعويض المقتنين عن التسديدات التي قاموا بدفعها للمرقى العقاري المخل بالتزاماته، والتي تكتسي طابع تسيقات على الطلب، بعنوان عقد البيع على التصاميم".

ولقد عرفت المادة الأولى من وثيقة التأمين الخاصة بصندوق الضمان والكفالة المتبادلة التسديدات التي وصفتها بالتسيقات بأنها: "المبالغ المالية التي يقوم المشتري بدفعها للمتعاقل في الترقية العقارية في إطار البيع على التصاميم الذي يبرم طبقاً للتشريع المعمول به ما عدا الدفع الأخير والذي يتم عند حيازة السكن أو بداية الانتفاع"، ولقد حددت هذه الوثيقة ما لم تشر إليه أحكام القانون 11-04 شروط وحالات ضمان الصندوق لهذه التسيقات مميزة بين ما إذا كان المرقى العقاري شخص طبيعي أو معنوي.⁽⁴⁾

(1) كتو: لامية، مرجع سابق، ص 151-152.

(2) رمول: خالد، صندوق الضمان والكفالة المتبادلة في عقد البيع على التصاميم، مرجع سابق، ص 301.

(3) المرسوم التنفيذي رقم: 14-181 المؤرخ في 7 شعبان 1435هـ الموافق 5 يونيو 2014م المحدد لشروط حلول صندوق الضمان والكفالة المتبادلة في الترقية العقارية محل مقتني الأملاك العقارية المغطاة بضمان الترقية العقارية وكيفيات ذلك (ج.ر العدد 37).

(4) كتو: لامية، المرجع السابق، ص 153.

ب-1-1- إذا كان المرقي العقاري شخصاً طبيعياً: إذا كان المرقي العقاري شخصاً طبيعياً فإن الصندوق

يضمن دفع التسديدات في الحالات التالية: (1)

- حالة إفلاس المرقي العقاري. (2)

- وفاة المرقي العقاري في حالة عدم تكفل ورثته بإتمام مشروع مورثهم.

- فقدان المرقي العقاري بموجب حكم قضائي أو وثيقة إدارية صادرة عن السلطة الإدارية المختصة. (3)

- إدانة المرقي العقاري بجنحة النصب بموجب حكم قضائي نهائي.

ب-1-2- إذا كان المرقي العقاري شخصاً معنوياً: تتمثل حالات ضمان الصندوق إذا كان المرقي العقاري

شخصاً معنوياً فيما يلي:

- إفلاس شركة الترقية العقارية.

- تصفية الشركة مهما كانت أسباب تصفيتها.

- إدانة الشركة بجنحة النصب بموجب حكم قضائي نهائي.

- إثبات تخلف الشركة عن تسديد قروضها.

ومن خلال هذا يكون للصندوق حق الرقابة على كل مشروع مقرر ضمانه بموجب وثيقة التأمين، وفي

حالة رفض المتعامل في الترقية العقارية، يتعرض هذا الأخير لزيادة في قسط التأمين الذي يتم عن طريق منحة

إضافية يترك تقدير قيمتها للصندوق حالة بحالة، وتتم هذه الرقابة بانتقال مصالح صندوق الضمان والكفالة

(1) قنى: سعديّة، مرجع سابق، ص 119. / كنو: لامية، مرجع سابق، ص 154. / تسبيبة: أعمار، مرجع سابق، ص 40. / علي بن علي، عقد البيع على التصاميم في ظل القانون 11-04، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون- تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة احمد بوقرة-بومرداس، د.ت، ص 149.

(2) انظر المواد 215 وما بعدها من الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975م (ج.ر العدد 101) المتضمن القانون التجاري المعدل والمتمم بالقانون رقم: 05-02 المؤرخ في 02 فبراير 2005م (ج.ر العدد 11).

(3) انظر المواد من 109 إلى 115 من القانون رقم: 84-11 المؤرخ في 09 جوان 1984م (ج.ر العدد 24) المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالقانون 05-02 المؤرخ في 07 فبراير 2005م (ج.ر اعدد 15).

المتبادلة إلى مكان تواجد الأشغال لتتحقق ميدانياً من مدى مطابقة تصريحات المرقى العقاري بشأن نسبة تقدم الأشغال، فإذا وجدت أن تصريح المرقى العقاري مخالف للحقيقة؛ بمعنى أن نسبة التقدم أقل من النسبة المصرح بها، يقوم الصندوق باستدعاء المشتري ويعلمه بالوضع الحقيقية للأشغال حتى لا يقوم بدفع باقي الأقساط، وفي حالة ما إذا قام بالدفع بالرغم من الإعذار، فإن الصندوق لا يضمن الأقساط المدفوعة بعد الإعذار.⁽¹⁾

وطالما أن الصندوق ملتزم بضمان تعويض المشتري وإعذاره في حالة عدم مطابقة تصريح المرقى العقاري مع المعايير من قبل الصندوق بتقدم نسبة أشغال البناء، فهذا فيه حماية للمشتري.

ب-2- ضمان إتمام أشغال البناء: بينت المادة 9 من المرسوم التنفيذي 14-181 المقصود بضمان إتمام الإنجاز بقولها: "يقصد بضمان إتمام الإنجاز، التزام الصندوق بالإتمام الجيد لأشغال إنجاز البناءات أو أجزاء من البناءات التي كانت موضوع عقود بيع على التصاميم، على حساب المرقى المخل بالتزاماته وبدلاً عنه، في حدود التسديدات التي دفعها المقتنون"، ومن هنا يفهم أنه في حالة عدم إتمام المرقى العقاري لأشغال البناء في الآجال المتفق عليها في العقد، يتولى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة إتمام أشغال البناء، وذلك بحلوله محل المشتري طبقاً لنص المادة 6 من المرسوم التنفيذي 14-181 سالف الذكر والتي تقضي ب: "يترتب على حلول الصندوق محل المقتنين، إلزامه بإتمام إنجاز البناءة التي كانت موضوع عقود البيع على التصاميم والتي تم توقيعها من طرف المقتنين والمرقى العقاري المخل بالتزاماته"، ويكون هذا عن طريق تولي مرقى عقاري آخر عملية إنجاز الأشغال المتبقية على حساب المرقى العقاري الذي تخلف عن

(1) مسكر: سهام، بيع العقار بناء على التصاميم في الترقية العقارية، مرجع سابق، ص 94. وانظر للمادة 64 وما يليها من القانون 11-04 المؤرخ في 14 ربيع الأول عام 1432 الموافق 17 فبراير سنة 2011، المحدد لقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية (ج.ر العدد 14).

الإنجاز في حدود المبالغ المالية المدفوعة طبقاً لنص المادة 54⁽¹⁾ والمادة 57 من القانون 11-04⁽²⁾، والمادة 2 من المرسوم التنفيذي 14-180⁽³⁾، مما يساهم في ضمان حصول المشتري على مسكن في النهاية.

وتجدر الإشارة أن حلول الصندوق محل المشتري وإتمام أشغال البناء لا يمس إلا البنائات التي تمت تغطيتها بضمان إتمام الإنجاز والتي تم إنجاز أساساتها على الأقل، بينما يقتصر على ضمان التعويض فقط بالنسبة للبنائات التي لم يتم إنجاز أساساتها طبقاً للفقرة الثانية والثالثة من المادة 6 من المرسوم التنفيذي 14-181⁽⁴⁾.

وإضافة إلى ذلك فإن المشرع من خلال المادة 10⁽⁵⁾ من المرسوم التنفيذي 14-181 قد وسع من صلاحيات الصندوق المتعلقة بضمان إتمام أشغال البناء، وذلك لما منح له صلاحية القيام باسم المشتري وحسابه مباشرة كل الأعمال الإدارية والتقنية والمالية والقضائية، وأن يسخر كل الوسائل اللازمة التي تمكنه من إتمام إنجاز البناء، ولم يتوقف المشرع هنا بل زاد في الإجراءات ليضمن نجاح مشاريع الترقية العقارية، فمنع المشتري من القيام بنفسه باستئناف الأشغال بدلاً من المرقى العقاري الذي سحب منه الاعتماد طبقاً للفقرة الثانية من المادة 57 من القانون 11-04⁽⁶⁾.

(1) المادة 54: "... يتعين على المرقى العقاري الذي يشرع في إنجاز المشروع العقاري من أجل بيعه قبل إنجازه اكتتاب ضمان الترقية العقارية قصد ضمان ما يأتي على الخصوص: 2- إتمام الأشغال".

(2) المادة 57: "يؤدي كل سحب للاعتماد من المرقى العقاري لأحد الأسباب المحددة أدناه، أو لأي سبب آخر، إلى حلول صندوق الضمان قانوناً محل المقتنين ويحوله حق متابعة عمليات إتمام إنجاز البنائات بموجب التزام مرقى عقاري آخر على حساب المرقى الأصلي وبدلاً عنه وذلك في حدود الأموال المدفوعة".

(3) المادة 2: "يهدف الصندوق إلى: 2- إتمام الأشغال. 3- الحلول محل المقتنين في حالة سحب الاعتماد من المرقى العقاري واستئناف أشغال إتمام الإنجاز بالتزام مرقى عقاري آخر على حساب المرقى المخل بالتزاماته وبدلاً عنه وذلك في حدود الأموال المدفوعة".

(4) المرسوم التنفيذي رقم: 14-181 المؤرخ في 7 شعبان 1435 هـ الموافق 5 يونيو 2014م المحدد لشروط حلول صندوق الضمان والكفالة المتبادلة في الترقية العقارية محل مقتني الأملاك العقارية المغطاة بضمان الترقية العقارية وكيفية ذلك (ج.ر. العدد 37).

(5) المادة 10: "يمكن للصندوق قصد إتمام إنجاز الأشغال أن يباشر باسم المقتنين وعلى حسابهم، كل الأعمال الإدارية والتقنية والمالية والقضائية وأن يسخر كل الوسائل الضرورية، على الخصوص، من أجل:

- إعداد التقييم التقني للأشغال المنجزة والبيانات الحسابية العامة وحصائل التسديدات التي دفعها المقتنون الذين لا يزالون ملتزمين اتجاه الصندوق و/أو المرقى العقاري الذي يستأنف الأشغال قصد دفع التسديدات المتبقية.

- تكليف مرقى عقاري آخر بمواصلة الأشغال".

(6) المادة 57 ف2: "وفي هذا الإطار، يمنع على كل مقتن من مواصلة إتمام إنجاز البناء، بدلاً من المرقى العقاري الذي كان موضوع سحب الاعتماد".

كما يتدخل الصندوق للضمان فى حالة سحب الاعتماد من المرقي العقارى كما تقضى بذلك المادة (1)3 من المرسوم التنفيذى 14-181 والمادة 57 من القانون 11-04 سالفة الذكر.

وعليه فإن ضمان الصندوق بإتمام أشغال البناء يعد ضمانا مهمة بالنسبة للمشترى خاصة وأنه يضمن تسلم البناية الذى اشتراها، ولا تقتصر ضمانات الصندوق فقط على إتمام الإنجاز بل تزيد عنه فى كونه يراقب مشاريع الترقية العقارية ومدى مطابقتها النسبة المقدمة من طرف المرقي العقارى مع النسبة الحقيقية فى الميدان من طرف مصالحه المختصة.

غير أن هناك مجموعة من الأخطار تخرج من نطاق ضمان الصندوق فى نشاط الترقية العقارية وتتمثل فيما يلى: (2)

- القسط الأخير الذى يدفعه المشترى.

- ضمان حسن الإنجاز؛ ذلك لكون أن هذا يضمنه تأمين خاص وهو الضمان السنوي المحدث بموجب المرسوم التنفيذى رقم 91-434. (3)

- التأخر فى تسليم الأملاك المكتسبة للمشترى، والمنجزة بناءً على التصاميم المتفق عليها.

- الزيادة فى الثمن فى حالة مراجعته.

- الغرامات المالية بمختلف أنواعها.

- التعويضات الاتفاقية والقضائية.

(1) المادة 3: " يتم حلول الصندوق بالتزامن مع تنفيذ ضمان الترقية العقارية الممنوح فى حالة: 2- سحب الاعتماد من المرقي العقارى "

(2) تسمية: أعمار، مرجع سابق، ص 44-45. / قنى: سعدية، مرجع سابق، ص 119-120. / مسعودي: ابتسام، التأمين لدى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة فى الترقية العقارية، مذكرة لنيل شهادة الماستر فى القانون- تخصص القانون العقارى، كلية الحقوق، جامعة يحي فارس- المدينة، 2012م، ص 48.

(3) المرسوم التنفيذى رقم: 91-434 المؤرخ فى 2 جمادى الأولى 1412هـ الموافق 9 نوفمبر 1991م المتضمن تنظيم الصفقات العمومية (ج.ر العدد 57).

-التعويض عن الكوارث الطبيعية، كونها محل تأمين خاص منصوص عليه بموجب الأمر 03-12.(1)

-التعويض عن الحرائق والانفجارات والأخطار المهنية الناتجة عن أشغال البناء، والمؤمن عليها بموجب الأمر رقم 95-07.(2)

-حالة فسخ عقد البيع على التصاميم.

وما يمكن قوله هنا أن هذه الأخطار التي استثنيت من الضمان لدى الصندوق لا يعني أنها لا تخضع للتأمين أصلاً، بل يمكن تغطيتها بموجب تأمين لدى شركات التأمين المختلفة بموجب عقد التأمين العادي، ويتحمل ذلك كل من المرقي العقاري والمشتري.(3)

ج-النطاق الزمني للضمان: يعد تحديد النطاق الزمني للضمان مهماً جداً؛ إذ يلتزم الصندوق بالضمان وتغطية الأخطار في هذه المدة الزمنية المحددة فقط، وتبعاً لذلك فإن المدة تبدأ من تاريخ قيام المشتري بدفع التسبيقات أو قسط من الثمن للمرقي العقاري، وتمتد إلى غاية تحرير محضر التسليم الذي يثبت حيازة المشتري للبناء محل العقد، وفي حالة تم تمديد مدة الإنجاز يجب إخطار الصندوق بذلك كي يتمكن من مراقبة مراحل تطور أعمال البناء، وفرض الزيادة في قسط التأمين للمرقي العقاري؛ لأن كل تأجيل في مدة الأشغال يؤدي إلى الزيادة في قسط التأمين بشرط أن تتجاوز المدة المؤجلة 10% من مدة الإنجاز المتفق عليها في العقد، وإن تقاعس المرقي العقاري في دفع هذا القسط إلى الصندوق، فإنه يتعرض إلى دفع غرامة مالية للصندوق تقدر ب 100% من مدة الإنجاز المحددة في العقد؛ أي أن الزيادة تضاف إلى القسط الواجب دفعه طبقاً للمادة 10 من وثيقة التأمين(4)، كما يضمن الصندوق فقط المبالغ المدفوعة من قبل المشتري أثناء مرحلة الإنجاز، ولا يضمن المبالغ المدفوعة عند التسليم أو بعده.(5)

(1) الأمر رقم: 03-12 المؤرخ في 26 أوت 2003م المتعلق بالزامية التأمين على الكوارث الطبيعية وبتعويض الضحايا (ج.ر العدد 52).

(2) الأمر رقم: 95-07 المؤرخ في 23 شعبان 1415هـ الموافق 25 يناير 1995م المتعلق بالتأمينات (ج.ر العدد 13) المعدل والمتمم بالقانون رقم: 06-04 المؤرخ في 26 فبراير 2006م (ج.ر العدد 43).

(3) قنى: سعدية، مرجع سابق، ص 120. / رمول: خالد، صندوق الضمان والكفالة المتبادلة في عقد البيع على التصاميم، مرجع سابق، ص 302.

(4) كتو: لامية، مرجع سابق، ص 155. / قنى: سعدية، المرجع نفسه، ص 120. / انظر: الملحق رقم 04 المتعلق بوثيقة التأمين، ص 368.

(5) قنى: سعدية، المرجع نفسه، ص 120.

3- الآثار المترتبة على الاكتتاب في صندوق الضمان والكفالة المتبادلة: يترتب على تدخل صندوق الضمان والكفالة المتبادلة في نشاط الترقية العقارية عدة آثار مهمة، ولا يمكن أن تظهر هذه الآثار وتنتج مفعولها إلا إذا تحقق أحد الأخطار المؤمن عليها والداخلة في مهامه، ويكون هذا في حالة لم يحترم أطراف عقد بيع البناء على التصاميم الالتزامات الملقاة على عاتقهما اتجاه الصندوق، وبطبيعة الحال يتمتع مقابل هذه الالتزامات كل من المرقى العقاري والمشتري بعدة حقوق تتمثل في حلول الصندوق محل المشتري، ورجوع الصندوق على المرقى العقاري بعد حله.

أ- حلول الصندوق محل المشتري: لقد نصت المادة 58⁽¹⁾ من القانون 11-04 والمادة 2 من المرسوم التنفيذي 14-181 على حالات حلول صندوق الضمان والكفالة المتبادلة مكان المشتري، إذ تقضي المادة الثانية ب: " يقصد بحلول الصندوق بموجب هذا المرسوم نيابته:

- قانونيا عن المرقى العقاري المخل بالتزاماته قصد متابعة إتمام إنجاز البناءات وفقا للشروط المحددة في المواد أدناه.

- عن المقتنين فيما يخص الاستفادة من امتياز الصف الأول في حالة إفلاس أو تصفية المرقى العقاري في حدود ديون هؤلاء المقتنين.

- فيما يتعلق بحقوق المقتنين ومتابعتهم للمرقى العقاري المخل بالتزاماته قضائياً بحسب المبالغ المدفوعة." ⁽²⁾

ووفقا لهذه المادة فإن الصندوق يحل محل المشتري في مواجهة المرقى العقاري في حالة ما إذا أخل هذا الأخير بالتزاماته، فيتولى ضمان إتمام أشغال البناء إذا ما تعذر على المرقى العقاري القيام بذلك، كما يتولى ضمان الوفاء بالتسديدات التي دفعها المشتري للمرقى العقاري.

(1) المادة 58: " في حالة الإفلاس والتصفية القضائية لمرق عقاري قام بالبيع على التصاميم، يستفيد صندوق الضمان عن طريق الحلول محل المقتنين، بامتياز الصف الأول في حدود ديون هؤلاء المقتنين والأموال المدفوعة للمرقى العقاري موضوع التصفية القضائية و/أو المفلس. "

(2) المرسوم التنفيذي رقم: 14-181 المؤرخ في 7 شعبان 1435 هـ الموافق 5 يونيو 2014م المحدد لشروط حلول صندوق الضمان والكفالة المتبادلة في الترقية العقارية محل مقتني الأملاك العقارية المغطاة بضمان الترقية العقارية وكيفيات ذلك (ج.ر العدد 37).

أ-1- حلول الصندوق محل المشتري لضمان إتمام الإنجاز: لقد نصت المادة 57 من القانون 11-04 والمادة 2 من المرسوم التنفيذي 14-181 سالف الذكر، والمادة 2 من المرسوم التنفيذي 14-180 على أنه في حالة لم يتم المرقى العقاري الذي سحب منه الاعتماد بسبب اخلاله بالتزاماته القانونية، فإن الصندوق يحل محل المشتري في مواجهة المرقى العقاري ويتولى مهمة السهر على إتمام إنجاز البناء، وليس هذا فقط بل يضمن ويلتزم بالإتمام الجيد للأشغال طبقاً للمادة 9 من المرسوم التنفيذي 14-181.⁽¹⁾

وكما سبق وبيننا فإنه يترتب على حلول الصندوق محل المشتري التزامه بإتمام إنجاز البناية التي كانت محل عقد بيع البناء على التصاميم، ولا يخص هذا الالتزام إلا البنائيات التي تم إنجاز أساساتها على الأقل، دون البنائيات التي لم تبدأ أشغال البناء فيها طبقاً لنص المادة 6 من المرسوم التنفيذي 14-181 سالف الذكر.⁽²⁾

أ-2- حلول الصندوق محل المشتري لضمان التعويض: بالإضافة إلى حلول الصندوق محل المشتري لضمان إتمام الإنجاز، يتدخل الصندوق ويتولى ضمان التعويض متى تخلف المرقى العقاري عن رد المبالغ المالية للمشتري التي سبق وأن تسلمها من قبل هذا الأخير في شكل تسبيقات، وبالتالي يكون للصندوق حق الحلول محل المشتري في مواجهة المرقى العقاري من أجل استيفاء حقوقه⁽³⁾ طبقاً لما نصت عليه المادة 7 من المرسوم التنفيذي رقم 14-181 والتي تقضي: " يقصد بضمان التعويض، التزام الصندوق بتعويض المقتنين عن التسديدات التي قاموا بدفعها للمرقى المخل بالتزاماته، والتي تكتسي طابع تسبيقات على الطلب بعنوان عقد بيع على التصاميم".

كما يقتصر التزام الصندوق بتعويض المشتري بالنسبة للبنائيات التي لم يتم إنجاز أساساتها بعد طبقاً للفقرة الثالثة من المادة 6 من المرسوم التنفيذي 14-181 سالف الذكر.

(1) المادة 9: " يقصد بضمان إتمام الإنجاز، التزام الصندوق بالإتمام الجيد لأشغال إنجاز البنائيات أو أجزاء من البنائيات التي كانت موضوع عقود بيع على التصاميم، على حساب المرقى المخل بالتزاماته وبدلاً عنه، في حدود التسديدات التي دفعها المقتنون. "

(2) المادة 6: " يترتب على حلول الصندوق محل المقتنين، إتمامه بإنجاز البناية التي كانت موضوع عقود البيع على التصاميم والتي تم توقيعها من طرف المقتنين والمرقى العقاري المخل بالتزاماته.

ولا تخص هذه الالتزامية إلا البنائيات التي تمت تغطيتها بضمان إتمام الإنجاز والتي تم إنجاز أساساتها على الأقل.

وتقتصر إلزامية الصندوق تجاه المقتنين، بالنسبة للبنائيات التي لم يتم إنجاز أساساتها على ضمان التعويض".

(3) مسعودي: ابتسام، مرجع سابق، ص 69.

كما يمكن للمرقي العقاري أن يقوم بضمان تعويض التسديدات للمشتري عن طريق البحث عن مرقي عقاري آخر يجل محل المرقي المخل بالتزاماته ليقوم بإتمام إنجاز البناء، وذلك في حدود الأموال المدفوعة والمسددة، وفي نفس الوقت تسديد التعويضات المتبقية للمشتري⁽¹⁾ طبقاً لنص المادة 57 من القانون 11-04 سالفة الذكر والمادة 10 من المرسوم التنفيذي 14-181 التي تقضي بـ: "العمل على استبدال المرقي المخل بالتزاماته بالمرقي الملتزم بدفع التسديدات المتبقية في عقود البيع على التصاميم الخاصة بالمقتنين".

وعلى العموم يعد صندوق الضمان والكفالة المتبادلة الكفيل الشخصي للمشتري طبقاً لنص المادة 671 من القانون المدني الجزائري، فكل نزاع بين المرقي والمشتري والصندوق يكون محل تسوية ودية أو تحكيم ثم منازعة قضائية، وطالما أن الصندوق كفيل فإنه يلتزم بكل الدين من الأصل.⁽²⁾

ب- رجوع الصندوق على المرقي العقاري: يترتب على تعويض صندوق الضمان والكفالة المتبادلة للتسديدات التي دفعها المشتري، تخلي هذا الأخير لفائدة الصندوق عن حقوقه المتعلقة بالملك العقاري موضوع عقد البيع على التصاميم طبقاً لما نصت عليه المادة 8 من المرسوم التنفيذي رقم 14-181 المحدد لشروط حلول الصندوق محل مقتني الأملاك العقارية المغطاة بضمان الترقية العقارية وكيفيات ذلك.

فبعد حلول صندوق الضمان والكفالة المتبادلة في نشاط الترقية العقارية محل المشتري في عقد بيع البناء على التصاميم، وذلك بعد ضمان تسديد التعويضات، وإتمام إنجاز البناء، يترتب على ذلك رجوع الصندوق على المرقي العقاري لاستفاء حقوقه، وهذا الرجوع يتمثل في رجوع ودي، ورجوع قضائي⁽³⁾، وهذا ما يفهم من نص المادة 19 من وثيقة التأمين الخاصة بصندوق الضمان والكفالة المتبادلة التي تقضي: "يلتزم المتعامل في الترقية العقارية بتقديم كل الوثائق الضرورية للحلول ولممارسة الرجوع وتنفيذ الضمانات الأخرى للصندوق، ويمارس الرجوع طبقاً للمادة 671 وما يليها من القانون المدني".

وبهذا فإن الصندوق يكون له مركز الكفيل الشخصي للمرقي العقاري، فمتى قام بالوفاء بالتزامات هذا الأخير اتجاه المشتري، يرجع الصندوق على المرقي العقاري لاستيفاء ما قام بالوفاء به، وذلك وفقاً للقواعد

(1) تسمية: أعمار، مرجع سابق، ص 47.

(2) قني: سعديّة، مرجع سابق، ص 121.

(3) كتو: لامية، مرجع سابق، ص 159. / وانظر: إلى المادة 19 من وثيقة التأمين، الملحق رقم 04، ص 368 من هذه الأطروحة.

العامة التي تنظم الكفالة والمنصوص عليها في المواد من 671 إلى 673⁽¹⁾ في القانون المدني⁽²⁾، وهذا الرجوع يكون على طريقتين.

ب-1-رجوع ودي: يمارس الصندوق حقه في الرجوع على المرقى العقاري في المرحلة الأولى بطريقة ودية؛ بحيث يتصل به ويعذره بأن يقوم بالوفاء بما دفعه للمشتري مع المصاريف الناتجة عن ذلك، فإذا قام المرقى العقاري بالاستجابة ووفى ما عليه من دين يكون التزامه قد انقضى.⁽³⁾

ب-2-رجوع قضائي: وفي حالة ما إذا امتنع المرقى العقاري عن الوفاء للصندوق، فلهذا الأخير الحق في اللجوء إلى القضاء لممارسة دعوى الرجوع إما بدعوى شخصية أو الرجوع بدعوى الحل محل الدائن⁽⁴⁾، وذلك ليطالب بإلزام المرقى العقاري بأن يدفع له التعويضات التي دفعها للمشتري مع المصاريف التي تكبدها في ذلك، إضافة إلى المصاريف القضائية، كما يمكنه أن يطالب بالتعويض عن الضرر الذي لحقه نتيجة تقاعس المرقى العقاري في الوفاء بما عليه من دين، وذلك وفقاً للمادة 124 من القانون المدني الجزائري، وأثناء النظر في الدعوى يقوم القاضي بالتأكد من الوثائق التي تثبت بأن الصندوق فعلاً قام بدفع التعويضات للمشتري والمصاريف التي صرفها في إطار ذلك، ومتى ثبت للقاضي أن الصندوق فعلاً قام بالوفاء للمشتري، ألزم المرقى العقاري بتعويض الصندوق في حدود ما قام بالوفاء به مع المصاريف التي صرفها، كما يحمله المصاريف القضائية، بالإضافة إلى تعويض الصندوق-بناء على طلب هذا الأخير-عن الضرر الذي لحق به نتيجة امتناع المرقى العقاري عن الوفاء بدينه اتجاهه.⁽⁵⁾

(1) المادة 671: "إذا وفي الكفيل الين، كان له أن يحل محل الدائن في جميع ماله من حقوق تجاه المدين، ولكن إذا لم يوف إلا بعض الدين، فلا يرجع بما وفاه إلا بعد أن يستوفي الدائن كل حقه من المدين".

المادة 672: "يكون للكفيل الذي وفي الدين أن يرجع على المدين سواء كانت الكفالة قد عقدت بعلمه أو بغير علمه. ويرجع بأصل الدين والمصروفات غير أنه فيما يخص المصروفات لا يرجع الكفيل إلا بالذي دفعه من وقت إخبار المدين الأصلي بالإجراءات التي اتخذت ضده".
المادة 673: "إذا تعدد المدينون في دين واحد وكانوا متضامنين فللكفيل الذي ضمنهم جميعاً أن يرجع على أي منهم بجميع ما وفاه من الدين".

(2) انظر: المواد من 644 إلى 673 من الأمر رقم: 58/75 المؤرخ في: 26 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم بموجب القانون 05/07 المؤرخ في: 25 ربيع الثاني 1428 هـ الموافق 13 مايو 2007 المتضمن القانون المدني (ج.ر العدد 31).

(3) كتو: لامية، مرجع سابق، ص 159.

(4) رمول: خالد، صندوق الضمان والكفالة المتبادلة في عقد البيع على التناهي، مرجع سابق، ص 304-305.

(5) تسيية: أعمار، مرجع سابق، ص 59-50.

وعليه ما يمكن قوله في الأخير أنه على الموثق عدم إبرام أي عقد من عقود بيع البناء على التصاميم في حالة عدم وجود هذا التأمين طبقاً لنص المادة 54 من القانون 04-11 سالف الذكر، وبالتالي فلا يمكن للموثق تحرير عقد بيع البناء على التصاميم بدون وجوده، وفي المقابل على المشتري أن يعلم أن غياب شهادة الضمان يعني المخاطرة الحقيقية فقد يخسر أمواله ولا يحصل على ملكية السكن⁽¹⁾، وتجدر الإشارة إلى أن الواقع العملي أثبت أن هذا الصندوق غير مفعّل نهائياً، فكان يمكن أن يشكل حماية فعالة لو تم تفعيله باعتباره تأميناً تكافلياً.

ثانياً: اكتتاب المرقي العقاري تأمين من الضمان العشري

يتعين على المرقي العقاري إضافة إلى اكتتاب تأمين لدى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة، اكتتاب تأمين على المسؤولية التي يمكن أن تترتب على مهامه طبقاً لما جاء في المادة 49 من القانون 04-11 التي تقضي بـ: "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"⁽²⁾.

وبالرجوع إلى المادة 554⁽³⁾ من القانون المدني، والمادة 178 من الأمر رقم 95-07 المتعلق بالتأمينات نجد أنهما يلزمان المهندسين والمقاولين والمراقبين فقط دون المرقي العقاري باكتتاب تأمين على المسؤولية العشرية باعتبار أنهم هم الذين يتولون القيام بأشغال البناء، وفي هذا تنص المادة 178 على أنه: "يجب على المهندسين المعماريين والمقاولين، وكذا المراقبين التقنيين اكتتاب عقد لتأمين مسؤوليتهم العشرية المنصوص عليها في المادة 554 من القانون المدني، على أن يبدأ سريان هذا العقد من الاستلام النهائي للمشروع.

(1) قني: سعدية، مرجع سابق، ص 118.

(2) القانون رقم: 04-11 مؤرخ في 14 ربيع الأول عام 1432 الموافق 17 فبراير سنة 2011، المحدد لقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية (ج.ر العدد 14).

(3) المادة 554: "يضمن المهندس المعماري والمقاول متضامنين ما يحدث خلال عشر سنوات من تخدم كلي أو جزئي فيما شيداه من مبان أو أقاماه من منشآت ثابتة أخرى ولو كان التهدم ناشئاً 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 (10) العشر من وقت تسلم العمل نهائياً. ولا تسري هذه المدة على ما قد يكون للمقاول من حق الرجوع على المقاولين الفرعيين".

ويستفيد من هذا الضمان صاحب المشروع و/أو ملاكيه المتتالين إلى غاية انقضاء أجل الضمان".⁽¹⁾

ولما كان الضمان العشري في الأصل من الالتزامات التي يرتبها عقد المقاولة في ذمة المقاول والمهندس المعماري، رتب المشرع الجزائري على المرقى العقاري التزاماً بالضمان العشري باعتباره رب العمل المكلف بالرقابة؛ يتكفل بمراقبة الضمان ومتابعته عن طريق التأمين العشري للمهندسين والمقاولين والمتدخلين الآخرين الذين لهم علاقة بصاحب المشروع من خلال العقد⁽²⁾، وهذا طبقاً لما نصت عليه الفقرة الثالثة من المادة 26 من القانون 04-11 والتي تقضي بـ: "غير أن الحياة وشهادة المطابقة لا تعفيان من المسؤولية العشرية التي قد يتعرض إليها المرقى العقاري...". وهذا حماية للمشتري في عقد بيع البناء على التصاميم.

ويرجع سبب إلزام المرقى العقاري باكتتاب تأمين على المسؤولية العشرية إلى أنه من الالتزامات الأساسية التي يرتبها عقد بيع البناء على التصاميم على عاتق المرقى العقاري هو القيام ببناء البناية محل العقد؛ سواء كان ذلك بنفسه أو عن طريق إبرامه عقد المقاولة مع المقاول لإنجاز البناء تحت إشرافه ومراقبته، ومن ثم كان المنطق أن يتحمل المسؤولية عن الأضرار التي يمكن أن تترتب عن التهدم الكلي أو الجزئي للبناية.⁽³⁾

ويعتبر هذا التأمين ذو أهمية بالغة، ويشكل حماية معتبرة للمشتري في عقد بيع البناء على التصاميم على أساس أنه يغطي مسؤولية المرقى العشرية عن جميع الأضرار جسيمة كانت أو بسيطة ومهما بلغت تكاليف إصلاحها، وبالتالي في حالة حدوث تهدم للبناء فإن المشتري يضمن حصوله على التعويض من قبل المرقى العقاري.⁽⁴⁾

وعلى هذا فمن البديهي أن يبرم المرقى العقاري عقد تأمين على مسؤوليته العشرية⁽⁵⁾ قصد تغطية الأضرار التي تصيب المشتري في عقد بيع البناء على التصاميم في حال حدوث التهدم الكلي أو الجزئي للبناء، استناداً

(1) الأمر رقم: 95-07 المؤرخ في 23 شعبان 1415 هـ الموافق 25 يناير 1995م المتعلق بالتأمينات (ج.ر. العدد 13) المعدل والمتمم بالقانون رقم: 06-04 المؤرخ في 26 فبراير 2006م (ج.ر. العدد 43).

(2) كتو: لامية، مرجع سابق، ص 159.

(3) تسيية: أعرم، مرجع سابق، ص 52.

(4) الحيارى: أحمد إبراهيم، حماية المشتري في بيع بناء تحت الإنشاء - دراسة مقارنة بين القانونين الفرنسي والأردني -، مجلة الحقوق، العدد 4، الكويت، ديسمبر 2009، ص 295.

(5) حمل قرار المحكمة العليا المرقى العقاري المسؤولية المدنية العشرية الذي نص على: "يتحمل المتعامل في الترقية العقارية المسؤولية المدنية العشرية في حالة عدم تبليغ شهادة التأمين إلى المشتري يوم حياة ملكية البناية كأقصى أجل". قرار المحكمة العليا رقم 509321 المؤرخ في 17

إلى قاعدة الخاص يفيد العام، فالقانون 11-04 نص خاص قيد الأحكام العامة التي جاء بها الأمر رقم 95-07 في مجال التأمين، ولا يكفي أن يبرم المرقى العقاري وحده عقد تأمين على المسؤولية العشرية بل يجب عليه أيضاً أن يعمل على اكتتاب جميع المتدخلين من المقاولين والمهندسين المعماريين ومكاتب الدراسات في إنجاز مشروع البناء لعقود تأمين مسؤوليتهم العشرية⁽¹⁾، طبقاً لنص المادة 179⁽²⁾ من الأمر رقم 95-07 سالف الذكر والذي أكدت عليه المادة 46⁽³⁾ من القانون 11-04، وهو ما أكدت عليه أيضاً الفقرة الثانية من المادة 30⁽⁴⁾ من القانون 12-85.⁽⁵⁾

فمن خلال نص المواد أعلاه يتوجب على المرقى العقاري إبرام عقد تأمين على مسؤوليته العشرية، واكتتابه أيضاً كل من المقاولين والمهندسين ومكاتب الدراسات لحماية المشتري الذي له الحق في مطالبة كل هؤلاء بالتعويض عن الأضرار التي تلحقه في حالة التهدم الكلي أو الجزئي للبنية التي اشتراها، لاسيما وأن المسؤولية العشرية تضامنية بين كل هؤلاء حسب ما ورد في نص المادة 554 من القانون المدني سالف الذكر.⁽⁶⁾

والملاحظ من كل هذا أن المشرع الجزائري قد ضمن حماية المشتري حين ألزم المرقى العقاري باكتتاب الضمان العشري، فبهذا التأمين يضمن المشتري سلامة البناء لمدة عشر سنوات بعد تسليمه إياه، وسنتطرق إلى دراسة المسؤولية العشرية من خلال دراسة نطاقها الشخصي والموضوعي في الفصل الثاني، باعتبار أنها من ضمانات حماية حقوق المشتري بعد إتمام البناء وتسلمه من قبله.

ديسمبر 2009 الصادر عن الغرفة المدنية، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، 2010م، ص 138. / انظر إلى الملحق رقم: 04 المتضمن وثيقة التأمين المتعلقة بعقد بيع البناء على التصاميم، ص 367.

(1) كتبو: لامية، مرجع سابق، ص 160.

(2) المادة 179: "يتعين على صاحب المشروع أن: - يشترط عند إبرام العقد على المتدخلين في نفس المشروع اكتتاب عقد لتأمين مسؤوليتهم لدى نفس المؤمن. - يتحقق من تنفيذ هذا الشرط".

(3) المادة 46: "تقع المسؤولية العشرية على عاتق مكاتب الدراسات والمقاولين والمتدخلين الآخرين الذين بهم صلة بصاحب المشروع من خلال عقد، في حالة زوال كل البنية أو جزء منها جراء عيوب في البناء، بما في ذلك جزاء النوعية الرديئة لأرضية الأساس".

(4) المادة 30 ف2: "يتحمل المرقى العقاري خلال مدة عشر (10) سنوات، مسؤوليته التضامنة مع مكاتب الدراسات والمقاولين والشركاء والمقاولين الفرعيين وأي متدخل آخر، في حالة سقوط البنية كلياً أو جزئياً بسبب عيوب في البناء بما في ذلك رداءة الأرض".

(5) المرسوم التنفيذي رقم: 12-85 المؤرخ في 27 ربيع الأول 1433هـ الموافق 20 فبراير 2012 المتضمن دفتر الشروط النموذجي الذي يحدد الالتزامات والمسؤوليات المهنية للمرقى العقاري (ج.ر. العدد 11).

(6) تسمية: أعمر، مرجع سابق، ص 52.

ولم يلزم المشرع الجزائري المرقى العقاري باكتتاب تأمين المسؤولية العشرية فقط، بل أوجب عليه أيضاً اكتتاب تأمين على ضمان الإنهاء الكامل لأشغال البناء التي يلتزم بها في عقد بيع البناء على التصاميم طبقاً للفقرة الثالثة من نص المادة 26 من القانون 04-11 والتي تنص على: "غير أن الحيازة 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"⁽¹⁾، وهذا ما سنتطرق إليه من خلال المبحث الأول في الفصل الثاني.

ثالثاً: اكتتاب المرقى العقاري ضمان على المخاطر

يتوجب على المرقى العقاري إضافة إلى اكتتاب تأمين لدى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة والضمان العشري، اكتتاب جميع التأمينات لضمان جميع الأخطار التي يكون مسؤولاً عنها بصفتها مرقياً عقارياً، وذلك بهدف حماية المشتري نظراً لعدم خبرتهم في مجال التشييد، ولتسهيل التعويض السريع الكامل عن أعمال البناء من أضرار كثر أسبابها وتعددت أخطارها⁽²⁾، وهذا بموجب الفقرة الأولى من المادة 30 من المرسوم التنفيذي 85-12 سالف الذكر والتي تنص على: "يتعين على المرقى العقاري الاكتتاب في جميع التأمينات أو الضمانات القانونية المطلوبة"⁽³⁾، غير أن المشرع الجزائري لم يبين ويحدد الأخطار الواجب تأمينها، وبالتالي يفهم من نص المادة سالف الذكر أن المشرع قد فتح المجال للمرقى العقاري للتأمين ضد أي خطر يهدده ويهدد معه المشتري في عقد بيع البناء على التصاميم، وكل خطر له علاقة بالبناء.⁽⁴⁾

ويقصد بالخطر بمفهومه العام هو كل أمر غير مرغوب فيه يخشى الإنسان وقوعه، ولا يمنع القانون ضمانه يحتمل تحققه مستقبلاً سواء في ذاته أو في وقت غير ملائم، ويكون غير متعلق بإرادة أي من طرفي العقد أو

(1) القانون رقم: 04-11 مؤرخ في 14 ربيع الأول عام 1432 الموافق 17 فبراير سنة 2011، المحدد لقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية (ج.ر العدد 14).

(2) طيب: عائشة، الحماية القانونية لمالك البناء في عقد البيع بناءً على التصاميم، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه- فرع القانون العقاري، كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب-البلدية، 2013م، ص 109

(3) المرسوم التنفيذي رقم: 85-12 المؤرخ في 27 ربيع الأول 1433هـ الموافق 20 فبراير 2012 المتضمن دفتر الشروط النموذجي الذي يحدد الالتزامات والمسؤوليات المهنية للمرقى العقاري (ج.ر العدد 11).

(4) كتو: لامية، مرجع سابق، ص 161.

صاحب مصلحة فيه⁽¹⁾، ومن أبرز صور الخطر والضمانات المتداولة في شركات التأمين الجزائرية في مجال العقار بمختلف استعمالاته؛ ضمان الأخطار التي تكون موضوع المسؤولية المهنية للمرقي العقاري طبقاً للمادة 175 من الأمر 95-07، وكذا خطر الحريق والسرقة وفقاً للمادة 174 من نفس الأمر، إضافة إلى التأمين ضد الكوارث الطبيعية وفقاً لأحكام القانون رقم 03-12⁽²⁾ المتعلق بإلزامية التأمين على الكوارث الطبيعية وبتعويض الضحايا، وحتى يتم إعمال ضمان الخطر في عقد التأمين يستلزم توفر عدة شروط وهي الالتزام بدفع القسط⁽³⁾ من قبل المؤمن له أي المرقي العقاري خلال الآجال المتفق عليها في عقد التأمين، والتي غالباً ما تكون كل سنة، ويتوقف الضمان متى توقف المؤمن له من هذا الدفع طبقاً لنص المادة 10⁽⁴⁾ من الأمر رقم 95-07 المتعلق بالتأمينات المعدل والمتمم⁽⁵⁾، وفي حالة تحقق الخطر في فترة التوقف لا يستفيد المؤمن له من الضمان، كما يلتزم باتخاذ بعض الاحتياطات اللازمة لمنع حدوث الخطر مثل التزود بوسائل الإطفاء، باعتبار أنه متى ثبت تخلف المؤمن له في اتخاذ هذه الاحتياطات يتعرض لعدم التعويض عن الضرر الي لحق به، كما يلتزم بالتصريح بحالة الخطر وظروفه عند اكتتاب عقد التأمين والتي تعد ضرورية لاحتساب مقابل

(1) انظر: الجمال: مصطفى محمد، التأمين الخاص وفقاً لأحكام القانون المدني المصري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية مصر، ط1، 2001م، ص48. / شرعان: محمد، الخطر في عقد التأمين، منشأة المعارف، الإسكندرية مصر، 1984م، ص102. / جديدي: معراج، مدخل لدراسة قانون التأمين الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط3، 2003م، ص46.

(2) الأمر رقم: 03-12 المؤرخ في 26 أوت 2003م المتعلق بإلزامية التأمين على الكوارث الطبيعية وبتعويض الضحايا (ج.ر العدد 52).

(3) قسط التأمين: هو المقابل الذي يدفعه المؤمن له بغرض الحصول على تغطية الطر المؤمن منه. بن خروف: عبد الرزاق، التأمينات الخاصة في التشريع الجزائري-التأمينات البرية-، مطبعة حيرد، الجزائر، 1998م، ج1، ص134.

(4) المادة 10: "التأمين على الأشخاص هو عقد احتياطي يكتب بين المكتب والمؤمن، يلتزم بواسطته المؤمن بدفع مبلغ محدد في شكل رأسمال أو ريع، في حالة وقوع الحدث أو عند حلول الأجل المحدد في العقد للمؤمن له أو المستفيد المعين. يلزم المكتب بدفع الأقساط حسب جدول استحقاق متفق عليه".

(5) الأمر رقم: 95-07 المؤرخ في 23 شعبان 1415هـ الموافق 25 يناير 1995م المتعلق بالتأمينات (ج.ر العدد 13) المعدل والمتمم بالقانون رقم: 06-04 المؤرخ في 21 محرم 1427هـ الموافق 26 فبراير 2006م (ج.ر العدد 15).

التأمين الذي يدفعه المؤمن له، كما يصرح بجميع التغيرات أو تفاقم الخطر الذي ممكن أن يحدث له بعد إبرام العقد طبقاً للمادة 15⁽¹⁾ من الأمر 95-07 المتعلق بالتأمينات سالف الذكر.⁽²⁾

وبهذا يكون المشرع الجزائري فعلاً قد وفر حماية مهمة للمشتري؛ بحيث أمنه من كل الأضرار والمخاطر التي لها علاقة بالبنية محل العقد، والتي يمكن أن تحدث وتلحق به ضرر، فمتى تحققت يكون له الحق في الحصول على التعويض من شركات التأمين التي تمتاز بملاءة الذمة، مما يجعله في منأى عن العسر الذي يمكن أن يطال المرقى العقاري.⁽³⁾

ومما يمكن استنتاجه بعد هذا أن المشرع الجزائري قد وفر ضمانات كبرى لحماية المشتري؛ فحصول المرقى العقاري على الاعتماد والتسجيل في الجدول الوطني للمرقين العقاريين والحصول على الرخص المتعلقة بالبناء والتجزئة والتهيئة والتعمير، إضافة إلى اكتتبه التأمين لدى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة، والتأمين من الضمان العشري وضد جميع الأخطار كله من شأنه أن يساهم في ضمان حقوق المشتري (المقتني أو المكتتب) وحمايته من أي عملية احتيال، فلما يشاهد المشتري كل هذه الرخص والتأمينات يضمن بأن حقوقه مصانة، وبالتالي يقبل على مثل هذه التعاملات العقارية.

وحسناً فعل المشرع عندما اتجه إلى وضع مجموعة من الأحكام الصارمة لحماية إرادة المشتري السابقة للتعاقد والحد من مختلف التجاوزات والثغرات التي كان يستغلها المرقين العقاريين، وذلك بما يتماشى مع خصوصية هذا العقد ولم يتركها للقواعد العامة، حيث أثبتت التجربة عجز القاضي على تطبيق الأحكام وإنصاف المشتري بحجة أن على هذا المشتري الاستعلام، كما أن كثرة طلبات راغي السكن، وبالتالي لا يجد البائع إشكالاً في إيجاد من يتعاقد معه بشروطه والتمن الذي يحدده، حتى أن هناك أفراد تدفع الثمن كاملاً

(1) المادة 15: "يلتزم المؤمن له: 1- بالتصريح عند اكتتاب العقد بجميع البيانات والظروف المعروفة لديه ضمن استمارة أسئلة تسمح للمؤمن بتقدير الأخطار التي يتكفل بها. 2- بدفع القسط أو الاشتراك في الفترات المتفق عليها. 3- بالتصريح الدقيق بتغير الخطر أو تفاقمه إذا كان خارجاً عن إرادة المؤمن له خلال سبعة (7) أيام ابتداءً من تاريخ اطلاعه عليه إلا في الحالة الطارئة أو القوة القاهرة، بالتصريح المسبق للمؤمن بتغير الخطر أو تفاقمه بفعل المؤمن له. 4- باحترام الالتزامات التي اتفق عليها المؤمن وتلك التي يفرضها التشريع الجاري به العمل، لاسيما في ميدان النظافة والأمن لانتفاء الأضرار و/أو تحديد مداها. 5- بتبليغ المؤمن عن كل حادث ينجر عنه الضمان بمجرد اطلاعه عليه وفي أجل لا يتعدى سبعة (7) أيام إلا في الحالة الطارئة أو القوة القاهرة...".

(2) كتو: لامية، مرجع سابق، ص 161-162. / بن خروف: عبد الرزاق، مرجع سابق، ص 140-143.

(3) تسيية: أعمر، مرجع سابق، ص 53.

بالرغم من عدم بدأ الإنجاز أو حتى عدم تسوية المرقى العقاري للملكية الوعاء العقاري وغير مؤمن لمشروعه لدى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة.

الفرع الثاني: ضمانات حماية حقوق المشتري أثناء التعاقد

لم يكتف المشرع الجزائري بحماية المشتري في المرحلة السابقة لإبرام عقد بيع البناء على التصاميم فقط، بل شأنه شأن التشريعات المقارنة زاد على ذلك؛ فأحاطه بمجموعة من الآليات والضمانات في مرحلة إبرام العقد باعتبار أنها مرحلة تحدد فيها كل المسائل الجوهرية للعقد انطلاقاً من أركان العقد؛ إذ أقر المشرع جملة من الضمانات في كل ركن من أركانه، وصولاً إلى إقرار ضمانات أثناء التعاقد تتعلق بالزام المرقى العقاري بالإعلام وعدم قبول تسبيقات وبالاستعانة بمقاول وتسيير مشروع البناء.

البند الأول: ضمانات حماية المشتري المرتبطة بأركان العقد

لقد بيننا في الفصل التمهيدي الأركان الموضوعية والشكلية لعقد بيع البناء على التصاميم، وستتطرق في هذا البند إلى بيان الضمانات التي منحها المشرع الجزائري للمشتري في كل ركن من أركان العقد دون التطرق إلى بيان الأركان مرة أخرى.

أولاً: الضمانات المتعلقة بالرضا في عقد بيع البناء على التصاميم

باعتبار أن الرضا هو الركن الأساسي في عقد بيع البناء على التصاميم الذي يجب أن يقترن فيه بالإيجاب⁽¹⁾ بالقبول⁽²⁾ بين كل من المرقى العقاري والمشتري -المكاتب- ويتطابق معه حول جميع العناصر الجوهرية للعقد، إضافة إلى خلو إرادتهما من العيوب التي يمكن أن تمس الإرادة، ويشترط المشرع الشكلية في التعبير عن هذه الإرادة في عقد بيع البناء على التصاميم؛ وذلك بأن يفرغ في شكل رسمي بتحريره لدى الموثق وفق النموذج

(1) الإيجاب: هو تعبير عن الإرادة يصدر من شخص إلى آخر يبيد فيه نيته في التعاقد والشروط الأساسية للعقد. غستان: جاك، منتدى المعرفة، 28 أوت 2021.

(2) القبول: هو تعبير عن الإرادة يصدر من الشخص الذي وجه إليه الإيجاب يبيد فيه نيته في التعاقد مع الموجب، ويشترط أن يكون مطابقاً للإيجاب في كل المسائل التي تناوها. السنهوري: عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد-نظرية الالتزام بوجه عام-، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، ط3، 2000م، ج1، ص232.

القانونى، وأن يتضمن البىانات الجوهرية المنصوص عليها قانوناً، وهذا فىه حمايا للماشتراى؛ فمتى تم إفراغ إرادة المتعاقدين فى عقا رسمى لا يمكن للمرقى العقارى أن يتراجع عن إرادته التى عبر عنها أو يعدلها.

وعلى هذا فالتراضى ينصب على أطراف العقا، وعلى موضوع وصحة التراضى فى عقا بىع البناء على التصاميم وفقاً لما يلى:

1- أطراف عقا بىع البناء على التصاميم:

وباعتبار أن المرقى العقارى هو من يصدر منه الإيجاب فى الغالب، فهو المخول وحده قانوناً دون غيره بإبرام عقا بىع البناء على التصاميم طبقاً لنص المادة 29 من القانون 04-11 التى جاء فىها: "لا يمكن إبرام عقا بىع على التصاميم وعقا حفظ الحق لعقار مقرر بناؤه أو فى طور البناء، إلا من طرف المرقى العقارى، كما تنص عليه المواد 4 (الفقرة 2) و18 و19 و20 و21 من هذا القانون"⁽¹⁾، فتمكين المرقى وحده من إبرام هذا العقا رغم تدخل عدة أشخاص فى مشروع الترقية العقارية كالمهندسين والمقاولين فىه حمايا كبيرة للماشتراى تتجسد فى حصر معاملته مع المرقى العقارى وحسب، وعدم إقحامه فى باقى المتدخلين فى عملية إنجاز البناء، مما يسهل عليه التعامل ومراقبة مدى تنفيذ المرقى العقارى لالتزاماته، ورجوعه على هذا الأخير دون سواه فى حالة وقوع أى إشكال أو خلل فى تنفيذ العقا، دون الحاجة إلى الرجوع إلى باقى المتدخلين فى هذا المشروع.⁽²⁾

ولحمايا الماشتراى أكثر قد اشترط المشرع مجموعة من الشروط لممارسة مهنة المرقى العقارى، وذلك لما أثبتته الواقع العملى من تلاعب الكثير من المتعاملين العقاريين بأسعار البنىات، وذلك بفرضهم على الماشترين زيادات مبالغة فى الأسعار⁽³⁾ بحجة ارتفاع أسعار بعض مواد البناء، وزيادة أجور اليد العاملة الناتج عن رفع الأجر الوطنى الأدنى المضمون، كما أن هناك من المتعاملين العقاريين من تلاعب بقوائم الماشترين بحذف بعض

(1) القانون رقم: 04-11 مؤرخ فى 14 ربيع الأول عام 1432 الموافق 17 فبراير سنة 2011، المحدد لقواعد التى تنظم نشاط الترقية العقارية (ج.ر العدد 14، ص8).

(2) تسمية: أعمار، مرجع سابق، ص65.

(3) فمراجعة الأسعار لم تكن وفق القواعد القانونية المعمول بها التى جاء بها القانون 04-11 المتعلق بالترقية العقارية، بل كان بصفة عشوائية وبالإرادة المنفردة للمرقين العقارين الذى كان لهم الحكر فى هذا المجال، وأصبحوا يفرضون على الماشترين زيادات فى الأسعار فاقت فى بعض الحالات سعر السكن المتفق عليه فى العقا.

الأسماء، وإضافة أسماء آخرين لم يكونوا مسجلين من قبل، أو تخصيص نفس السكن لعدة أشخاص مما نتج عنه عدة قضايا على مستوى المحاكم، والأخطر من ذلك أن هناك من المتعاملين العقاريين من نصب على المشترين بإيهاهم بوجود مشاريع بناء وهمية، وسلبهم ثروتهم ثم هروبهم إلى وجهة مجهولة ليتم متابعتهم قضائياً، وحتى لو تم متابعتهم قضائياً، والحكم عليهم بعقوبة سالبة للحرية وغرامات جزائية، إلا أن الواقع أثبت عدم فعالية هذه العقوبات في ردع هؤلاء، لأنه من جهة هناك من يعتمد حبسه لسنوات معدودة مقابل أموال عديدة تحصل عليها بطرق غير مشروعة، ومن جهة أخرى فماذا يستفيد المشتري من حبس المرقى العقاري بينما أمواله ضاعت، ولم يتحصل على المسكن، وأكثر من ذلك فحتى لو ألزم القضاء المرقى العقاري بأن يسترد للمشتري المبالغ المالية التي دفعها له فتبقى هذه المبالغ غير كافية لاقتناء مسكن آخر بسبب ارتفاع أسعار السكنات في الفترة الممتدة من دفع المبلغ واسترداده⁽¹⁾، وأمام هذه الصراعات والنزاعات التي شهدتها مجال الترقية العقارية تدخل المشرع الجزائري لحماية المشترين بموجب القانون 11-04 سالف الذكر ونظم مهنة المرقى العقاري، وأحاطها بجملة من الضوابط والشروط التي يجب أن تتوفر في كل من يريد مزاوله هذه المهنة من خلال نص المادة 6 من المرسوم التنفيذي رقم 12-84⁽²⁾، كي يمنح اعتماداً لممارستها سواء أكان شخصاً طبيعياً أو معنوياً، والمتمثلة في :

أ- أن يكون مؤهلاً للقيام بالأعمال التجارية: لقد أصبغ المشرع الجزائري النشاطات المتعلقة بالترقية العقارية بصفة عامة بالصبغة التجارية، وبذلك يكون كل متعامل في الترقية العقارية تاجراً وهو ما جاءت به المادة 19⁽³⁾ من القانون 11-04، والتي نستنتج من خلالها أن المشرع الجزائري قد اعتبر المرقى العقاري باعتباره بائعاً في عقد بيع البناء على التصاميم تاجراً، مما يقتضي إلزامية توفر الشروط القانونية المتطلبة لمزاوله التجارة كالأهلية التجارية⁽⁴⁾، والقيد في السجل التجاري ومسك الدفاتر التجارية، ولعل غاية المشرع من وراء اشتراط

(1) عياشي: شعبان، مرجع سابق، ص 101-102.

(2) المرسوم التنفيذي رقم 19-243 مؤرخ في 8 محرم عام 1441 الموافق 8 سبتمبر سنة 2019، يعدل ويتم المرسوم التنفيذي رقم 12-84 المؤرخ في 27 ربيع الأول عام 1433 الموافق 20 فبراير سنة 2012 الذي يحدد كفاءات منح الاعتماد لممارسة مهنة المرقى العقاري وكذا كفاءات مسك الجداول الوطني للمرقين العقاريين.

(3) المادة 19: "يسمح لكل شخص طبيعي أو معنوي مؤهل للقيام بأعمال التجارة بممارسة نشاط الترقية العقارية موضوع المادتين 3 و18 أعلاه، طبقاً للتشريع المعمول به و حسب الشروط المحددة في هذا القانون".

(4) الأهلية التجارية: يقصد بها أهلية الأداء، وهي صلاحية الشخص في مباشرة استعمال حقوقه. السنهوري: عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد- نظرية الالتزام بوجه عام-، مرجع سابق، ج 1، ص 285.

الأهلية التجارية بسن الخامسة والعشرين هو حماية المشرى بالدرجة الأولى لأنه بهذا السن يفترض في المرقى العقاري أنه يتمتع بالنضج العقلي⁽¹⁾، والفتنة وأهلا للمسؤولية الملقاة على عاتقه، لكونه يتولى إدارة وتسيير المشاريع العقارية الضخمة، والتي تحتاج إلى مبالغ مالية كبيرة، وكم هائل من الوسائل البشرية والمادية، لاسيما وأنه يلتزم بتحقيق وحدات سكنية كبيرة بدايتها يكون مجرد مخطط على ورق، مما يضمن للمشرى على الأقل التسيير العقلاني لأمواله، وإنجاز مسكنه وفقاً للمعايير القانونية ولما هو متفق عليه.⁽²⁾

ب- أن يتمتع بالجنسية الجزائرية: لقد اشترط المشرى الجزائري أن يتمتع المرقى العقاري إذا كان شخصاً طبيعياً بالجنسية الجزائرية كي يمارس هذه المهنة من خلال نص المادة 6⁽³⁾ من المرسوم التنفيذي رقم 12-84⁽⁴⁾، وفي هذا حماية كبيرة للمشرى من التلاعبات والنصب، وعدم تنفيذ برامج الترقية العقارية وتهريب الأموال نحو الخارج؛ ومن ثم مغادرة الجزائر التي كان يمارسها المرقين العقارين الأجانب، مما شكل صعوبات للمشرى في الحصول على سكناتهم، وتعذر متابعتهم قضائياً بسبب هروبهم من البلاد، وبالنسبة للشخص المعنوي فقد اشترط المشرى الجزائري أن يكون خاضعاً للقانون الجزائري، وذلك بتواجد المقر الرئيسي للشركة في الجزائر أو أحد فروعها.⁽⁵⁾

وقد اشترط المشرى الجزائري في المرقى العقاري كي يكتسب هذه الأهلية أن يكون بالغاً على الأقل سن الخامسة والعشرين (25) سنة طبقاً لنص للفقرة السادسة من المادة 6 من المرسوم التنفيذي رقم 12-84 التي جاء فيها: "...أن يكون عمره خمسا وعشرين (25) سنة على الأقل..."، وهذا في الشخص الطبيعي، أما الشخص المعنوي فيتمتع بالأهلية التجارية في الحدود التي يعينها عقد تأسيسها أو التي يقرها القانون وفقاً لما نصت عليه المادة 50 من القانون المدني الجزائري، وأيضا يتمتع بالحقوق التي تنفق مع تحقيق غرضه. عمورة: عمار، الوجيز في شرح القانون التجاري الجزائري، دار المعرفة، الجزائر، 2000م، ص 177.

⁽¹⁾ كتو: لامية، مرجع سابق، ص 62-64. / الواسعة: صالح، دور المرقى العقاري في حل أزمة السكن في الجزائر، الملتقى الوطني حول الترقية العقارية في الجزائر-الواقع والآفاق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مباح-ورقلة، يومي 27-28 فيفري 2012م، ص 229.

⁽²⁾ تسمية: أعمار، مرجع سابق، ص 73-74.

⁽³⁾ المادة 6: "لا يمكن أيا كان التقدم بطلب الاعتماد لممارسة مهنة المرقى العقاري ما لم يستوف الشروط الآتية: 1- بالنسبة للشخص الطبيعي ⁽⁴⁾ المرسوم التنفيذي رقم 12-84 المؤرخ في 27 ربيع الأول عام 1433 الموافق 20 فبراير سنة 2012 الذي يحدد كفاءات منح الاعتماد لممارسة مهنة المرقى العقاري وكذا كفاءات مسك الجدول الوطني للمرقين العقارين.

⁽⁵⁾ وهذا ما كان سائداً قبل صدور هذا المرسوم والقانون 11-04، وذلك لكون المرسوم التشريعي رقم 93-03 لم يكن يشترط تمتع المرقى العقاري بالجنسية الجزائرية. تسمية: أعمار، مرجع سابق، ص 74-75.

ج- أن يقدم ضمانات حسن السلوك والتمتع بالحقوق المدنية: وقد اشترط المشرع أيضا من خلال نص المادة 6 من المرسوم التنفيذي 12-84 والمادة 21⁽¹⁾ من القانون 11-04 لمزاولة المرقى العقاري للمهنة أن يقدم ضمانات تثبت حسن سلوكه وسيرته، كما اشترط أن يتمتع بكافة الحقوق المدنية⁽²⁾، وذلك بأن يقدم صحيفة السوابق العدلية في ملف الاعتماد قصد حماية المشتري، وضمان تعامل هذا الأخير مع مرقى عقاري نزيه ذو سلوك حسن، مما يضمن نجاح المشروع وحصول المشتري على السكن المراد اقتنائه وفقاً للمعايير القانونية، وفي الآجال المتفق عليها، واشترط أيضا على ملاك الشخص المعنوي أن يقدموا ضمانات حسن السلوك، وأن يثبتوا عدم وقوعهم تحت طائلة عدم الكفاءة لممارسة نشاط الترقية العقارية، أو توفر فيهم أحد موانع ممارسة المهنة المنصوص عليها في المادة 20⁽³⁾ من القانون 11-04 المتعلق بنشاط الترقية العقارية، بل وحرصاً على حماية المشتري اشترط على مسير الشخص المعنوي بحسن السلوك المشتربة في الأشخاص الطبيعية.⁽⁴⁾

د- ألا يكون معاقب بسبب إحدى الجرائم التي تشكل مانعاً على ممارسة مهنة الترقية العقارية: اشترط المشرع الجزائري في الشخص الذي يريد ممارسة مهنة المرقى العقاري ألا يكون قد سبق الحكم عليه من أجل

(1) المادة 21: "زيادة على الأحكام المنصوص عليها في المادة 20 أعلاه، يجب على المرقى العقاري الذي يلتزم اعتماداً أن يتمتع بحقوقه المدنية. تحدد كفاءات منح الاعتماد عن طريق التنظيم".

(2) الحقوق المدنية: هي الحقوق السياسية والعائلية والشخصية التي يتمتع بها الشخص والتي تخوله الحق في مباشرة بعض التصرفات التي يخولها له القانون، ولقد حددت المادة 9 مكرر 1 من الأمر رقم: 66-156 المؤرخ في 8 جوان 1966م (ج.ر العدد 48) المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم بالقانون رقم: 16-02 المؤرخ في 19 جوان 2016م (ج.ر العدد 37) الحقوق المدنية التي يمكن أن يجرم منها الشخص المحكوم عليه بجناية أو جنحة.

(3) المادة 20: "لا يمكن أن يكون مرقين عقارين، منشئين أو مشاركين، بالأفعال قانوناً أو فعلياً، بطريقة مباشرة أو من خلال وسيط، للمبادرة بمشاريع عقارية تخضع لهذا القانون، الأشخاص الذين تعرضوا لعقوبات بسبب إحدى المخالفات الآتية:

- التزوير واستعمال المزور في المحررات الخاصة أو التجارية أو البنكية،
- السرقة وإخفاء المسروقات وخيانة الأمانة والتفليس وابتزاز الأموال أو القيم أو التوقيعات،
- النصب وإصدار شيك بدون رصيد،
- رشوة موظفين عموميين،
- شهادة الزور واليمين الكاذبة والغش الضريبي،
- الجح المنصوص عليها بموجب الأحكام التشريعية المتعلقة بالشركات التجارية.

كما يمنع من ممارسة هذا النشاط الأعضاء المشطوبون تأديبياً وبصفة نهائية، بسبب الإخلال بنزاهة المهن المشكلة في نقابات".

(4) تسمية: أعمر، مرجع سابق، ص 75-77.

ارتكابه إحدى الجرائم المنصوص عليها في المادة 20 سالفه الذكر من القانون 11-04، وهذا المنع يخص فقط المرحلة المتزامنة بتكوين ملف الحصول على الاعتماد؛ فيجب عليه إثبات عدم تعرضه لعقوبات جزائية بارتكاب هذه الجرائم بإرفاقه صحيفة السوابق العدلية، وحتى لو ارتكب أثناء مزاولته لنشاطه إحدى هذه الجرائم فإنه يسحب منه الاعتماد طبقاً لنص المادة 64 من القانون 11-04، باعتبار أن الغرض من هذا المنع هو حماية المشتري من التعامل مع المرقين العقاريين المسبوقين قضائياً بجرائم الأموال والتهرب الضريبي والتزوير، وبالتالي هذا الجزاء يكون صالحاً ومرتباً لآثاره أثناء تقديم طلب منح الاعتماد، وأثناء مزاوله النشاط، مما يضمن حماية دائمة ومستمرة للمشتري، وإضافة إلى هذه الضمانات زاد المشرع من الحماية والضمان حين منع المرقين العقاريين المشطوبين من الجدول بعقوبة تأديبية وبصفة نهائية بسبب الإخلال بنزاهة المهنة المشككة في النقابات طبقاً للفقرة الأخيرة من المادة 20 من القانون 11-04.⁽¹⁾

هـ- أن يثبت وجود موارد مالية كافية لإنجاز مشروعه: واشترط أيضا المشرع الجزائري على الشخص الذي يريد ممارسة مهنة الترقية العقارية أن يثبت أن لديه قدرات مالية كافية لتولي هذه المهمة، وذلك بتقديمه في ملف طلب الاعتماد تصريح شرطي يثبت فيه قدراته المالية الكافية لإنجاز مشروعه أو مشاريعه العقارية قبل الانطلاق فيها⁽²⁾ طبقاً لنص المادة 12⁽³⁾ من القانون 11-04 والبند الرابع من الفقرة الأولى من المادة 6⁽⁴⁾ من المرسوم التنفيذي 12-84، والمادة الأولى⁽⁵⁾ من القرار الوزاري المشترك بين وزارتي السكن والعمران والمالية⁽⁶⁾، على أن يتم تمويل مشروعه بموارده الخاصة به والدفعات التي يدفعها المشترون في عقد بيع البناء على التصاميم دون القروض البنكية والتي تخصص لتمويل جميع نشاطات الترقية العقارية التي يمارسها المرقى

(1) تسمية: أعمار، مرجع سابق، ص 77-79. / سعداوي: محمد صغير، المسؤولية الإدارية والجزائية في القانون 11-04 المتعلق بنشاط الترقية العقارية، الملتقى الوطني حول الترقية العقارية في الجزائر-الواقع والآفاق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح-ورقلة، يومي 27 و28 فيفري 2012م، ص 217.

(2) سي يوسف: زاهية حورية، النظام القانوني لعقد البيع على التصاميم، مرجع سابق، ص 20. / انظر: الملحق رقم 05 المتضمن نموذج تصريح شرطي لطالب الاعتماد للمرقى العقاري لإثبات إمكانياته في تعبئة الموارد المالية لإنجاز مشروعه أو مشاريعه العقارية، ص 369.

(3) المادة 12: "يجب أن يبادر بالمشاريع العقارية المعدة للبيع أو الإيجار، محترفون يمتلكون المهارات في هذا المجال والقدرات المالية الكافية".

(4) المادة 6: "أن يثبت وجود موارد مالية كافية لإنجاز مشروعه أو مشاريعه العقارية...".

(5) المادة 1، "يلتزم طالب الاعتماد لممارسة مهنة المرقى العقاري باكتتاب تصريح شرطي يثبت فيه إمكانياته في تعبئة الموارد المالية الكافية لإنجاز مشروعه أو مشاريعه العقارية قبل الانطلاق في إنجازها".

(6) القرار الوزاري المشترك بين وزارتي السكن والعمران والمالية المؤرخ في 6 سبتمبر 2012م المتعلق بإثبات الموارد المالية الكافية لاكتساب صفة المرقى العقاري (ج.ر العدد 2).

العقاري عدا البيع على التصاميم⁽¹⁾ طبقاً لنص المادة 36⁽²⁾ من القانون رقم 04-11، ولعل سبب هذا الاستثناء يكمن في حماية المشتري خاصة وأن البناء لم يشيد بعد، وازدواجية التمويل لكون أن الأقساط التي يدفعها المشترون تعد مصدر التمويل الأساسي فيه⁽³⁾، وكل هذا من أجل ضمان إنجاز البناء من قبل المرقى العقاري الذي يمتاز بذمة مالية مليئة، فممكّن أن تعترى المرقى العقاري صعوبات مالية يعجز فيها على دفع مبالغ القروض والفوائد القانونية المترتبة عنه مما يؤدي إلى إمكانية الحجر على الأموال المرهونة كضمان للوفاء بهذه القروض وبيعها بالمزاد العلني، لاسيما وإن كانت الأموال المرهونة عبارة عن السكنات محل عقود بيع البناء على التصاميم، مما يترتب عن ذلك وقوع المشتري في صعوبات في اقتناء السكن المتفق عليه.⁽⁴⁾

وبإقرار المشرع الجزائري لهذه التقنية وهذا الشرط على المرقى العقاري لممارسة هذه المهنة يكون قد وفر حماية كبيرة للمشتري، وذلك بضمان هذا الأخير التعامل مع المرقين العقاريين الذين يتمتعون بذمة مالية وعندهم الموارد المالية الكافية لإنجاح المشروع وبالتالي حصول المشتري على السكن في الآجال المتفق عليها وفقاً للشروط القانونية، وباعتبار أن تعامل المشتري مع مرقى عقاري معسر ممكّن أن ينجر عنه عدة صعوبات تتمثل في عدم تشييد البناء أو إنجازه في الوقت المتفق عليه، أو إنجازه بكفافية مخالفة للشروط المتفق عليها، وممكّن أن يصل إلى حد عدم حصول هذا المشتري على السكن إطلاقاً.

و- أن يثبت الكفاءات المهنية المرتبطة بنشاط الترقية العقارية: ويقصد بالكفاءة المهنية حيابة شهادة عليا في مجال الهندسة المعمارية أو البناء أو القانون أو الاقتصاد أو المالية أو التجارة أو أي مجال تقني آخر يسمح بالقيام بنشاط المرقى العقاري طبقاً للبند الثالث من الفقرة الأولى من نص المادة 6⁽⁵⁾ من المرسوم التنفيذي 84-12، والمادة 12⁽⁶⁾ من القانون 04-11، وفي حالة عدم توفر هذا الشرط في طالب ممارسة مهنة

(1) سي يوسف: زاهية حورية، النظام القانوني لعقد البيع على التصاميم، مرجع سابق، ص 20-21.

(2) المادة 36: "لا يمكن إبرام عقد البيع على التصاميم، المنصوص عليه في المادة 28 أعلاه، عندما يلجأ المرقى العقاري لاستعمال قروض تخصص لتمويل البناء".

(3) كتو: لامية، مرجع سابق، ص 66.

(4) تسيية: أعمر، مرجع سابق، ص 81.

(5) المادة 6: "... أن يثبت كفاءات مهنية ترتبط بالنشاط..."

(6) المادة 12: "يجب أن يبادر بالمشاريع العقارية المعدة للبيع أو الإيجار، محترفون يمتلكون المهارات في هذا المجال والقدرات المالية الكافية".

المركبي العقاري يمكنه أن يستعين بصفة دائمة وفعلية بمسير تتوفر فيه هذه الشروط.⁽¹⁾

وهذا الشرط لا يخص الشخص الطبيعي فقط، بل اشترطه المشرع الجزائري على الشخص المعنوي أيضا من خلال البند الثالث من الفقرة الثانية من المادة 6.⁽²⁾

وهذا الشرط فيه حماية كبيرة للمشتري باعتبار أن تعامل هذا الأخير مع مركبي عقاري يتمتع بمهارات وتقنيات عالية واحترافية في العمل يجعله يتسلم العقار المتفق عليه وفق المعايير القانونية خالي من العيوب، مما يجعله ينتفع بهذا المسكن انتفاعاً كاملاً وفقاً للغرض الذي أعد من أجله.

ز- توفير محلات ملائمة ذات الاستعمال التجاري: لكي يمارس المركبي العقاري نشاطه سواء كان شخصاً طبيعياً أو معنوياً اشترط المشرع الجزائري عليه أيضاً أن تتوفر على محل تجاري ملائم لممارسة هذه المهنة، وأن يجهزه بكل الوسائل اللازمة والضرورية، على غرار وسائل الاتصال طبقاً لما قضت به المادة 7⁽³⁾ من المرسوم التنفيذي 12-84، والرسوم التنفيذي رقم 12-85 سالف الذكر.

وجاء هذا الشرط جديداً لحماية المشتري؛ فقد أثبتت الحياة العملية عدم حيادية بعض المقيمين العقاريين لمحلات تجارية ولا وسائل للاتصال، مما أدى إلى إيقاع المشتري في صعوبات أهمها عدم إيجاد وسيلة للتواصل مع المركبي العقاري حول عقاراتهم ومدى تقدم الأشغال بها.

وعلى هذا فالراغب في ممارسة مهنة المركبي العقاري يجب أن يثبت حيادته على محل عند تقديمه طلب التسجيل في الجدول الوطني للمقيمين العقاريين، ويمكن إثبات ذلك بموجب محضر إثبات حالة الذي يعده المحضر القضائي.

(1) وهذا طبقاً للبند الرابع من الفقرة الأولى من المادة 6 من المرسوم التنفيذي 12-84 التي تقضي بـ: "عندما لا يستوفي الطالب الشروط المتعلقة بالكفاءات المهنية المذكورة أعلاه، فإنه يتعين عليه أن يثبت الاستعانة بصفة دائمة وفعلية بمسير تتوفر فيه هذه الشروط".

(2) البند الثالث من الفقرة الثانية من المادة 6: "يجب أن تتوفر في المسير الشروط المتعلقة بحسن اسلوك والكفاءات المهنية كما هي محددة أعلاه بالنسبة للأشخاص الطبيعيين".

(3) المادة 7 من المرسوم التنفيذي 12-84: "زيادة على الشروط المنصوص عليها في المادة 6 أعلاه، يجب أن تتوفر لدى طالب الاعتماد لممارسة مهنة المركبي العقاري محلات ذات استعمال تجاري ملائمة تسمح بممارسة لائقة ومعقولة للمهنة وتكون مجهزة بوسائل الاتصال".

المادة 7 من المرسوم التنفيذي 12-85: "يتعين على المركبي العقاري أن تتوفر لديه محلات كافية وملائمة لاستقبال وإعلام زبائنه المستقبليين".

ح-الحصول على الاعتماء والتسجيل في الجءول الوطنى للمرقىن العقارىىن: بالإضافة للشروط سالفه الذكر ىجب أن ىتحصل المرقى العقارى على اعتماء، وأن ىسجل فى السجل الوطنى للمرقىن العقارىىن طبقاً لنص المءاءة 4 الفقرة 2⁽¹⁾ من القانون رقم 04-11 المنظم لنشاط الترقية العقارىة.

فبعء التسجيل ىتحصل المرقى العقارى على شهادة تسجيل والى تعء بمآابة الترخىص القانونى لممارسة مهنة المرقى العقارى، ىصدر هءا الاعتماء وشهادة التسجيل على المستوى المحلى⁽²⁾ (الولاءة) بعءما كان ىصدر من قبل وزارة السكن والعمران⁽³⁾ طبقاً لأحكام المرسوم التنفىذى رقم 19-243.⁽⁴⁾

ومن ءلال هءه الضوابط ىكون المشرع الجزائرى قد أقر حماة تامة للمشترى من أى تلاعب ممكن أن ىصدر من المرقى العقارى أو كل من تسول له نفسه اءعاء ممارسة هءه المهنة.

(1) المءاءة 4ف2: "لا ىمكن أىا كان أن ىءعى صفة المرقى العقارى أو ىمارس هءا النشاط ما لم ىكن حاصلا على اعتماء ومسجلا فى الجءول الوطنى للمرقىن العقارىىن حسب الشروط والكىففاء المءءة فى هءا القانون".

(2) ففىما ىتعلق بالتنظم المتعلق بممارسة مهنة الوكىل العقارى، ىسلم الوالى اعتماء الوكىل العقارى وفق شروط ىجب ان ىوءع طلب اعتماء الوكىل العقارى من قبل صاحب الطلب لءى المءىرفة المكلفة بالسكن للولاءة ىسلم له مقابل ذلك وصل اسءلام، ىجب أن ىرفق طلب الاعتماء بعءة وثائق، فبالنسبة للشخص الطبعى، علىه ان ىثبت بالنسبة لنشاطات الوكالات العقارىة حىازة شهادة علىا فى المىءان القانونى أو التجارى أو المحاسبى أو التقنى. انظر للملحق رقم 06 المتضمن نموءج التسجيل فى الجءول الوطنى للمرقىن العقارىىن، ص363.

وبغرض تنظم عملفة تسلیم الاعتماءات، تنشأ لءى مصالح الوالى لءنة اعتماء الوكلاء العقارىىن للولاءة ىرأسها ممثله وتتكون من عءة مصالح ولائفة على غرار المءراء المكلفىن بالسكن واملاك الءولة للولاءة ىعینهم الوالى لمءة 3 سنوات قابلة للتجءىء.

وتتولى هءه اللءنة دراسة طلبات اعتماء الوكلاء العقارىىن وإباء الراى فىها وءراسة كل ملف سحب اعتماء ىعرضه علىها الوالى وإباء الراى فىه والنظر فى كل مسالة مرتبطة بنشاط الوكىل العقارى ىعرضها علىها الوالى.

أما فىما ىخص منح الاعتماء للمرقى العقارى، فان الوالى ىسلم اعتماء المرقى العقارى وفق شروط بعء موافقة اللءنة الولائفة لاعتماء المرقىن العقارىىن.

(3) القرار الصادر عن وزارة السكن والعمران المؤرخ فى 09-01-2013 الذى ىءء نموءجى الاعتماء وشهادة التسجيل للمرقى العقارى. ج.ر. العءء 14 المؤرخة فى 14-03-2013.

(4) المرسوم التنفىذى رقم 19-243 المؤرخ فى 8 سبءمبر 2019، المعدل والمتمم للمرسوم التنفىذى 12-84 المؤرخ فى 20 فىفرى 2012، ىءء كىففاء منح الاعتماء لممارسة مهنة مرقى عقارى وكذا كىففاء مسك الجءول الوطنى للمرقىن العقارىىن.

وباعتبار أن المشتري⁽¹⁾ -المكاتب- هو الطرف الثاني في عقد بيع البناء على التصاميم، فهو المخول بالقبول، إذ يلتزم هذا الأخير بموجب هذا العقد بأن يدفع للبائع أثناء الإنجاز أقساطاً من الثمن تحدد قيمتها وآجال دفعها في بنود العقد على أن يتسلم المبيع بعد الإنجاز.⁽²⁾

غير أن المشكل المطروح هو حول قصد المشرع الجزائري من مصطلح المكتب الذي بشأنه هناك من يرى أنه بالاستناد إلى كون حق الملكية هو حق التمتع والتصرف في المال العقاري وفقاً لطبيعته وللغرض المخصص له، فإن المشتري في عقد بيع البناء على التصاميم لا يعتبر متمتعاً بهذه الحقوق بالرغم من كون الملكية قد انتقلت إليه بمجرد التوقيع على العقد، نظراً لخصوصية محل العقد القابلة للوجود في المستقبل، وهذا ما يجعل المشتري في مركز خاص بالمقارنة مع نظيره في عقد بيع العقار العادي، لهذا أطلق عليه المشرع مصطلح المكتب الذي يعني الاكتتاب (souscription) للاستعمال والتصرف في محل العقد في المستقبل.⁽³⁾

وعلى خلاف المرفي العقاري لم يتضمن القانون 11-04 المنظم لنشاط الترقية العقارية الشروط الواجب توفرها في المشتري، وعليه يخضع المشتري للشروط العامة في عقد البيع، وذلك بأن يتمتع بأهلية التصرف، والتي يكتسبها ببلوغ سن الرشد المدني (19 سنة)⁽⁴⁾، وألا يعترضه عارض من عوارض الأهلية من جنون وعته وسفه وغفلة، وأن تكون إرادته سالمة من عيوب الرضا من الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال⁽⁵⁾، كما تجدر الإشارة إلى أن المشتري قد يتعاقد أصالة عن نفسه، وقد يوكل شخص آخر نيابة عنه يتصرف في حدود الوكالة الممنوحة له من طرف الموكل وحسابه.⁽⁶⁾

(1) المشتري: "هو كل شخص طبيعي أو معنوي يقوم بدفع مبالغ جزئية على شكل تسبيقات على الطلب في إطار عقد البيع على بناء التصاميم لغرض الحصول على كل أو جزء من بناية منجزة من طرف المتعامل في الترقية العقارية في إطار مشروع الترقية العقارية". دوة: آسيا، صندوق الضمان والكفالة المتبادلة في نشاط الترقية العقارية، مذكرة ماجستير في القانون العقاري، كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب، البلدة، فيفري 2012، ص 101.

(2) سي يوسف: زاهية حورية، النظام القانوني لقد البيع على التصاميم، مرجع سابق، ص 21.

(3) كتو: لامية، مرجع سابق، ص 71-72. / دوة: آسيا، مرجع سابق، ص 102.

(4) السنهوري: عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني-العقود الواردة على الملكية-عقد البيع والمقايضة-، مرجع سابق، ص 108.

(5) انظر: السنهوري: عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد-نظرية الالتزام بوجه عام-، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 389. / علي سليمان: علي، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2005، ص 54 وما يليها.

(6) كتو: لامية، مرجع سابق، ص 72. / السعدي: محمد صبري، مرجع سابق، ص 143.

وحتى يتحقق الرضا بين أطراف العقد يجب أن يقتزن إيجاب المرقى العقاري بقبول المشتري أو المكتتب في عقد بيع البناء على التصاميم، على أن يكون التعبير عن إرادتهما صريحاً.

2- موضوع التراضي في عقد بيع البناء على التصاميم

وينصب موضوع التراضي حول ماهية العقد والمبيع والتمن، وذلك بتحديد كل المسائل المتعلقة بها تحديداً دقيقاً، بالإضافة إلى بعض المسائل الجوهرية الخاصة بهذا العقد كآجال التسليم، وآجال الوفاء بالتمن وغيرها. **أ- الرضا على ماهية العقد:** وذلك بمعنى أن يقصد كل من المرقى العقاري والمستفيد من العقار، أن العقد الذي سيقدمان على إبرامه هو عقد بيع بناء على التصاميم، وما من شك أن لهذا العقد أهمية كبيرة بالنظر لخصوصية أحكام هذا البيع من خلال ما يترتب عليه من آثار خاصة من جانب المكتتب الذي تحدده عدة مخاطر مقارنة بالمرقى العقاري، وعلى هذا الأساس، فالأول هو الذي يؤخذ بعين الاعتبار في بيان ما يجب أن يلتزم به المرقى العقاري اتجاهه حتى يتمكن من إعلان قبوله برضا تام.⁽¹⁾

ب- الرضا على المبيع: فلحماية المشتري يجب على المتعاقدين الاتفاق على جميع المسائل التي تتعلق بالبنية أو بجزء منها باعتبار أن عقد بيع البناء على التصاميم ينصب على بنية أو جزء منها غير موجود وقت التعاقد طبقاً لنص المادة 28 من القانون رقم 04-11 سالف الذكر؛ فمن جهة المرقى العقاري يجب عليه وصف المبيع وصفاً دقيقاً من حيث موقعه، مساحته، حدوده، مشتملاته، مع بيان غرض استعماله⁽²⁾، وعلى هذا فرض المشرع على المرقى العقاري تقديم كافة الملفات التقنية للتربية العقارية والمخططات والكشوفات الوصفية والصفقات المؤشر عليها بصفة نظامية والشاملة للمجمع السكني، وكذا الخاصة لمحل التعاقد، والتي تعين البنية المباعة بالذات لتمكين المشتري من التعرف عليها معرفة نافية للجهالة وقت إبرام عقد البيع على التصاميم لتبقى محفوظة بأصل العقد.⁽³⁾

(1) كتو: لامية، مرجع سابق، ص75. / نوي: عقيلة، مرجع سابق، ص60.

(2) مشماشى: عبد الحفيظ، بيع العقار في طور الإنجاز، دراسة على ضوء القانون المغربي المقارن، مكتبة الرشاد، المغرب ط1، 2012، ص283.

(3) كتو: لامية، المرجع السابق، ص75.

كما يجب على المرقى العقارى تحت طائلة البطلان أن ياتوى عقد بيع البناء على التصاميم على جميع الوثائق التي تشكل قرينة على تملك المرقى العقارى للوعاء العقارى الموجه لاستقبال المشروع، وذلك بحسب ما تتطلبه التنظيمات بشأن البناءات الفردية أو الجماعية.⁽¹⁾

وفي هذا حمايا للماشري من الاستغلال والتلاعب؛ فمتى كان إعلام الماشري بجميع تفاصيل المبيع وحيثياته تكونت لديه قناعة بقبول هذا الإيجاب من عدم قبوله.

ج- الرضا على الثمن: يعد الثمن عنصراً جوهرياً في عقد البيع بصفة عامة وعقد بيع البناء على التصاميم بصفة خاصة، خاصة ما تعلق بكيفيات الدفع، وفي هذا ألزمت المادة 37⁽²⁾ من القانون 04-11 أن يتضمن عقد بيع البناء على التصاميم تحت طائلة البطلان ضبط تشكيلة سعر البيع، وآجال الدفع بالنسبة لتقدم الأشغال، وفي حالة تجزئة الثمن المتفق عليه يجب الإشارة في العقد على كيفيات الدفع، وفي هذا حمايا للماشري من أي إجراء يمكن أن يتخذه المرقى العقارى من تلقاء نفسه كأن يتحكم في الثمن وفقاً لإرادته، أو يقوم بمراجعة الثمن أثناء تنفيذ العقد كما يشاء دون مراعاة الإجراءات القانونية، أو أن يطالب الماشري بدفع دفعة معينة من الثمن قبل الأجل المتفق عليه أثناء التعاقد، ولتجسيد الحماية أكثر ألزم الماشري المرقى العقارى بعدم قبول أي تسبيق أو إيداع أو اكتتاب أو قبول سندات تجارية مهما كان شكلها قبل التوقيع على العقد أو تاريخ استحقاق الدين طبقاً لنص المادة 42 من القانون 04-11.

د- الرضا على المسائل التفصيلية: ولحمايا الماشري أكثر نظراً لخصوصية عقد بيع البناء على التصاميم أوجب الماشري على العاقدان أن يتفقا على بعض المسائل التفصيلية باعتبارها عناصر جوهريية في هذا العقد تحت طائلة البطلان كآجال التسليم ووقت الوفاء بالثمن، وطريقة الوفاء به.⁽³⁾

3- صحة التراضي في عقد بيع البناء على التصاميم: يجب أن يتمتع المتعاقدان في عقد بيع البناء على التصاميم على الأهلية القانونية، وأن تكون إرادتهما سالمة من العيوب.

(1) نوي: عقيلة، مرجع سابق، ص 60 / كتو: لامية، المرجع نفسه، ص 75.

(2) المادة 37: " يجب أن يوضح عقد البيع على التصاميم، تحت طائلة البطلان، تشكيلة سعر البيع وآجال الدفع بالنسبة لتقدم الأشغال. كما يجب عليه، في حالة تجزئة تسديد المبلغ المتفق عليه، تحديد كيفيات ذلك".

(3) انظر: عياشي: شعبان، مرجع سابق، ص 115-116.

فأما الأهلية؛ فيجب أن تتوفر في كل من المرقى العقاري⁽¹⁾ والمشتري أهلية الأداء-التصرف-، وفي حالة وجود عارض معدوم للأهلية كعامل السن-الصبي غير المميز- أو الجنون أو العته يقع العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً، أما العارض المنقصر للأهلية كالفقه والغفلة فيكون العقد قابلاً للإبطال.⁽²⁾

وأما فيما يخص السلامة من عيوب الرضا⁽³⁾، فيجب أن يسلم عقد بيع البناء على التصاميم من عيوب الرضا حتى ينتج آثاره، فيسلم من الغلط في خاصية جوهرية في العقد سواء أكان ذلك من جانب المرقى العقاري أو المشتري، وغالبا ما يكون الضحية هو المشتري ولهذا حماه المشرع من خلال أحقيته في طلب إبطال العقد متى وقع ضحية للغلط طبقاً لنص المادة 81 من القانون المدني الجزائري.⁽⁴⁾

كما يجب أن يسلم العقد من التدليس، فإذا دفع المرقى العقاري المشتري إلى التعاقد بإيهامه بغير الحقيقة باستعماله للحيلة والخداع، فقد وقع في التدليس، ولهذا حمى المشرع المشتري من هذا ومكّنه من طلب إبطال العقد طبقاً لنص المادة 86 من القانون المدني الجزائري.⁽⁵⁾

(1) اشترط المشرع الجزائري في المرقى العقاري بلوغ سن 25 سنة لممارسة هذه المهنة طبقاً لنص المادة 6 من المرسوم التنفيذي 12-84، وهذا فيه حماية للمشتري لكون أن من يبلغ 25 سنة يتمتع بالفطنة والقدرة على اتخاذ القرارات، مما يؤدي ذلك إلى تحقيق النجاح في المشاريع العقارية التي يتولى تسييرها؛ وهذا ما يجعل المشاري يتحصل على بنيته محل العقد وفقاً للمواصفات القانونية، وبالكيفية والأجال المتفق عليها. (2) انظر إلى المادتين 42 و43 من الأمر رقم: 58/75 المؤرخ في: 26 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم بموجب القانون 05/07 المؤرخ في: 25 ربيع الثاني 1428هـ الموافق 13 مايو 2007 المتضمن القانون المدني (ج.ر العدد 31). والمادة 85 من القانون رقم: 84-11 المؤرخ في 09 جوان 1984م (ج.ر العدد 24) المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالقانون 05-02 المؤرخ في 07 فبراير 2005م (ج.ر اعدد 15).

(3) عيوب الرضا: هي عوامل تلحق إرادة أحد المتعاقدين أو كليهما فتفسد الرضا دون أن تزيله، فالإرادة موجودة لكنها غير سليمة؛ إما لأنها أنت نتيجة وهم كاذب أو جاءت نتيجة ضغط، وعيوب الرضا في القانون المدني هي الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال. السعدي: محمد صبري، مرجع سابق، ص 81.

وقد تطرقت المواد من 81 إلى 91 من القانون المدني الجزائري لعيوب الرضا وبينت أحكامها.

(4) المادة 81: "يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط جوهري وقت إبرام العقد، أن يطلب إبطاله".

(5) المادة 86: "يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو النائب عنه، من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد.

ويعتبر تدليساً السكوت عمداً عن واقعة أو ملبسة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملبسة".

أما الإكراه، فإذا ضغط المرقي العقاري على المشرى بما يولد في نفسه رهبة تدفعه إلى التعاقد كأن هده أو ضربه، مما دفع هذا الأخير إلى التعاقد، جاز له طلب إبطال العقد وفقاً للمادة 88 من القانون المدني الجزائري⁽¹⁾، وهذا فيه حماية للمشرى.

وفيما يخص الاستغلال، فإذا استغل المرقي العقاري ضعف إرادة المشرى الناتج عن الطيش بين، بحيث ينتج عنه غبن، وعدم التعادل بين التزامات المتعاقدين، جاز لهذا المشرى طلب إبطال العقد أو إنقاص التزاماته بدعوى قضائية في أجل سنة من إبرام العقد طبقاً لنص المادة 90 من القانون المدني الجزائري.

فمتى توفرت هذه الشروط وقع العقد صحيحاً ورتب جميع آثاره، ومما لا شك فيه أن هذا فيه حماية للمشرى من أي تدليس أو غلط أو إكراه ممكن أن ينتج من وراء المرقي العقاري أو أن تكون له يد فيه.

ثانياً: الضمانات المتعلقة بالمحل في عقد بيع البناء على التصاميم

يقصد بالمحل بصفة عامة العملية القانونية المراد تحقيقها من وراء العقد، أما محل الالتزام فهو الأداء الذي يلتزم به المدين، وقد يكون إعطاء شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عن أداء عمل⁽²⁾.

وباعتبار أن عقد بيع البناء على التصاميم ينصب على محل غير موجود وقت التعاقد وإنما سيوجد في المستقبل⁽³⁾، وهو بناية يلتزم المرقي العقاري بإنجازها في المستقبل، ونقل ملكيتها للمشرى مقابل التزام المشرى بدفع الثمن على دفعات تسدد حسب تقدم أشغال البناء، فإن محل عقد بيع البناء على التصاميم هو العقار المبيع (البناية)، والثمن.

1- العقار المبيع (البناية): فمحل التزام المرقي العقاري في عقد بيع البناء على التصاميم يتمثل في العقار المبيع الذي بالإضافة إلى قابلية وجوده في المستقبل، والواجب تعيينه تعيناً دقيقاً، يجب أن يكون مشروعاً تحت طائلة البطلان المطلق للعقد طبقاً لنص المادة 96 من القانون المدني الجزائري كأن يكون العقار موضوع البيع

(1) المادة 88: "يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بينة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق".

(2) العبيدي: علي هادي، العقود المسماة، البيع والإيجار - وقانون المالكين والمستأجرين وفق آخر التعديلات مع التطبيقات القضائية لمحكمة التمييز، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2010، ص 47.

(3) يرى البعض أن البيع يرد على شيء موجود فعلاً هو حصة المشرى في الأرض التي ستقام عليها العمارة، ويشمل في نفس الوقت شيئاً غير موجود هو الشقة التي ستبنى. خالد محمد: زكي صالح، ملكية الطبقات، رسالة دكتوراه، جامعة الإسكندرية، مصر، 1979، ص 51.

مشيداً فوق أراضي وقفية أو أملاك وطنية⁽¹⁾، إضافة إلى أن هذا المحل مزدوج؛ إذ يلتزم المرقى العقاري بنقل ملكية الأرض التي سيتم إنجاز البناء عليه، مع ملكية هذه البناءة، وما يميز هذا العقد هو أن الأرض تكون ملك للمرقى العقاري ينقلها للمشرى، ولجماعة المشرى في حالة البناءة الجماعية على الشيوع.⁽²⁾

وعلى هذا فإن محل عقد بيع البناء على التصاميم يرد على العقار المعد للاستغلال والانتفاع، ومن ثم فإن المحل ممكن أن يكون بناءة أو جزء من بناءة طبقاً لما نصت عليه المادة 28 من القانون 11-04⁽³⁾، وقد تكون البناءة في شكل عمارة تخضع الأجزاء المشتركة فيها لنظام الملكية المشتركة المحدد بالمواد 734-756 مكرر 1 من ق.م.ج، وقد تكون في شكل شقة أو فيلا، ولا يشترط أن تخصص البناءة للاستعمال السكني فقط، بل يمكن أن تخصص لنشاط حرفي أو مهني أو صناعي أو تجاري، وليس هذا فقط، فقد يكون البناء لم يتم الشروع فيه بعد، أو يكون قد تم الشروع فيه دون الانتهاء منه؛ كأن يكون المرقى العقاري قد شرع في إنجاز الأساسات، بعدها يقوم ببيع البناء على التصاميم من خلال الاتفاق على تكملة بقية البناء من جدران وتصاميم وطلاء في المستقبل⁽⁴⁾، وهذا ما يفهم من نص المادة 28 من القانون 11-04 سالف الذكر القاضية بـ: "... لبناية أو جزء من بناءة مقرر بناؤها أو في طور البناء...".

ويشترط في العقار أن يكون قابلاً للوجود، معيناً تعييناً دقيقاً نافياً للجهالة، ومشروعاً.

أ- قابلية العقار المبيع للوجود: إن المبيع في بيع العقار على التصاميم هو عقار غير موجود وقت التعاقد؛ فلا يوجد منه عند التعاقد إلا الرسم على الورق⁽⁵⁾، ولكنه قابل للوجود، وقابليته للوجود في المستقبل تكفي لانعقاد البيع صحيحاً نظراً للضمانات التي أحاطه بها المشرع، وما دام المرقى العقاري ملتزماً بإقامة البناء

(1) عياشي: شعبان، مرجع سابق، ص 126.

(2) مسكر: سهام، بيع العقار بناء على التصاميم في الترقية العقارية، مرجع سابق، ص 83.

(3) المادة 28: "عقد البيع على التصاميم لبناية أو جزء من بناءة مقرر بناؤها أو في طور البناء، هو العقد الذي يتضمن ويكرس تحويل حقوق الأرض وملكيتها البناءات من طرف المرقى العقاري لفائدة المكتب موازاة مع تقدم الأشغال، وفي المقابل، يلتزم المكتب بتسديد السعر كلما تقدم الإنجاز".

(4) كتو: لامية، مرجع سابق، ص 77-78.

(5) بلجراف: سامية، مرجع سابق، ص 572.

وتشييده على أساس أن المرقى العقاري يستحيل عليه تنفيذ التزامه بنقل الملكية إلى المشتري - المكتتب - بدون أن يفى بالتزامه بالبناء أو التشييد.⁽¹⁾

كما يجب أن يكون محل عقد بيع البناء على التصاميم ممكناً غير مستحيل، وإلا كان العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً عملاً بنص المادة 93 من ق.م.ج، كأن يتم الاتفاق على إنشاء البناية على سطح كوكب المريخ، فهنا الحل مستحيل، وبالتالي يقع العقد باطلاً، أما إذا كان البناء مستحيلاً على المرقى العقاري دون أن تكون الاستحالة في ذاتها مطلقة؛ كأن يكون هذا الأخير ممنوعاً قانوناً من ممارسة نشاط الترقية العقارية فإن العقد صحيح على أن يلتزم المرقى العقاري بتعويض المشتري عن الضرر اللاحق به بسبب عدم الوفاء بالتزامه.⁽²⁾

ب- تعين العقار المبيع: إذا كان تعيين العقار المبيع في حالة البيع العادي ضرورياً لانعقاد العقد وإتمام البيع، فإنه في عقد بيع البناء على التصاميم يعد تعيين المبيع أكثر من ضروري وذا أهمية على أساس أنه غير موجود وقت التعاقد.

وحرصاً على حماية المشتري أولى المشرع الجزائري أهمية كبيرة لتعيين البناية محل العقد تعييناً دقيقاً ونافاً للجهالة، بحيث ألزم المرقى العقاري أن يقدم كل المعلومات المتعلقة بالبناية، وذلك بوصف كل البناية، أو جزء منها ومشمولاتها، ويكون ذلك مدوناً في عقد البيع على التصاميم⁽³⁾ وفقاً للنموذج الوارد في المرسوم التنفيذي 13-431 المحدد لنموذجي عقد حفظ الحق وعقد البيع على التصاميم سالف الذكر⁽⁴⁾، وتفعيلاً لحماية المشتري أكثر اشترط المشرع ذكر أصل ملكية الأرض، ورقم السند العقاري، والبيانات الخاصة برخصة التجزئة، وشهادة التهيئة والبيانات، وتاريخ ورقم رخصة البناء في عقد بيع البناء على التصاميم طبقاً لما قضت به المادة 30 من القانون 04-11، ولعل غاية المشرع من اشتراط هذه الأخيرة هو تفادي المنازعات التي قد تثور

(1) عياشي: شعبان، مرجع سابق، ص 132. / كتو: لامية، المرجع السابق، ص 78. / ذوايدي: وفاء، ضيف الله: نجاح، عقد البيع بناء على التصاميم، في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، 2007، ص 51.

(2) علاء حسين: علي، عقد بيع المباني تحت الإنشاء، دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، ط 1، 2011، ص 85. / تسيبة: أعمار، مرجع سابق، ص 108.

(3) عياشي: شعبان، مرجع سابق، ص 131.

(4) المرسوم التنفيذي رقم: 13-431 المؤرخ في 18 ديسمبر 2013 المحدد لنموذجي عقد حفظ الحق وعقد البيع على التصاميم للأموال العقارية، وكذا حدود سعر الملك موضوع عقد البيع على التصاميم ومبلغ عقوبة التأخير وآجالها وكيفية دفعها.

حول البناء في المستقبل، وتمكين المشتري من العلم الكافي بالبناء محل العقد، كي لا يقع ضحية احتيال، بحيث يمكنه من مطابقة البناء عند تسليمه.

ولم يكثف المشرع بهذا، فقد كرس هذه الحماية للمشتري عملياً حين فرض على المرقى العقاري الذي لا يعلم المشتري بهذه البيانات والرخص والشهادات عقوبات وفقاً لنص المادة 76 من القانون 04-11 سالف الذكر والقاضية بـ: " في إطار عقد البيع على التصاميم أو حفظ الحق، يتعرض كل مرق 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)"⁽¹⁾.

وبهذا يكون المشرع الجزائري قد وضع آلية مهمة تحمي المشتري أثناء التعاقد؛ بحيث تضع تحت يديه مختلف المعلومات والبيانات حول العقار محل البيع، تفادياً للتلاعبات التي يمارسها المرقين العقاريين.

ج- مشروعية العقار: فيجب أن يكون عقد بيع البناء على التصاميم مشروعاً وإلا كان باطلاً؛ وعدم مشروعيته تتحدد من خلال الغرض من تنفيذه؛ بحيث يكون العقد باطلاً إذا كان منصفاً على تشييد مبان تخصص كمنازل للدعارة مثلاً.⁽²⁾

2- الثمن: يعتبر الثمن محل التزام المشتري، فهو العوض الذي يلتزم المشتري بدفعه للبائع مقابل المبيع⁽³⁾، ولقد نصت عليه المادة 351 من القانون المدني الجزائري بقولها: " البيع عقد يلتزم بمقتضاه البائع بأن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقاً مالياً آخر مقابل ثمن نقدي"⁽⁴⁾، كما نصت عليه العديد من مواد القانون

(1) القانون رقم: 04-11 مؤرخ في 14 ربيع الأول عام 1432 الموافق 17 فبراير سنة 2011، المحدد لقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية (ج.ر العدد 14، ص 13).

(2) علاء حسين: علي، مرجع سابق، ص 86.

(3) مغيب: نعيم، مقاولات البناء الخاصة- عقود البناء ومفاعيلها- السلامة العامة في المصاعد والمباني، دراسة في القانون المقارن، منشورات حلبي الحقوقية، لبنان، 2009، ص 221.

(4) الأمر رقم: 58/75 المؤرخ في: 26 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم بموجب القانون 05/07 المؤرخ في: 25 ربيع الثاني 1428 هـ الموافق 13 مايو 2007 المتضمن القانون المدني (ج.ر العدد 31).

11-04⁽¹⁾ واعتبرته عنصراً أساسياً لصحة عقد بيع البناء على التصاميم على اعتبار أنه من عقود المعاوضة وبدونه يقع البيع باطلاً بطلاً مطلقاً.

والثمن في عقد بيع البناء على التصاميم يجب أن يكون محدداً وجدياً؛ فأما فيما يخص التحديد فالثمن في هذا العقد أولي تقديري قابل للمراجعة، وعليه فالمشروع الجزائري لم يشترط في هذا العقد تحديد الثمن بصفة نهائية، وذلك لاعتبارات يفرضها؛ كون البيع على التصاميم يتسم ببعض خصائص التصرفات الزمنية، فتنفيذ البائع لالتزامه بإنجاز العقار يستغرق وقتاً قد يطول، ومن المحتمل أن تتغير الظروف خلال الفترة التي يستغرقها إتمام البناء؛ كارتفاع أسعار مواد البناء⁽²⁾، وبناءً على ذلك فقد منح المشرع الجزائري للبائع إمكانية مراجعة الثمن بعد تحديده طبقاً لنص المادة 38 من القانون 11-04⁽³⁾، ولكن الإشكال المطروح في الواقع هل يحق للمرقي العقاري المطالبة بالزيادة في حالة طول أمد الانتظار إذا كان هو المتسبب في ذلك؟

أما الجدية؛ فباعتبار أن الثمن في عقد بيع البناء على التصاميم أولي تقديري، فلا بد أن يكون هو بالفعل الثمن الذي اتفق عليه المرقي العقاري مع المشتري كمقابل للعقار الذي سوف يتم تشييده، لا أن يكون صورياً غير حقيقي.

(1) انظر المواد من 35 حتى 38 من القانون رقم: 11-04 مؤرخ في 14 ربيع الأول عام 1432 الموافق 17 فبراير سنة 2011، المحدد لقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية (ج.ر العدد 14، ص9). والمادة 357 من الأمر رقم: 58/75 المؤرخ في: 26 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم بموجب القانون 05/07 المؤرخ في: 25 ربيع الثاني 1428هـ الموافق 13 مايو 2007 المتضمن القانون المدني (ج.ر العدد 31، ص58).

(2) زهرة: محمد المرسي، مرجع سابق، ص106.

(3) المادة 38: "يتم ضبط تسديد سعر البيع في عقود البيع على التصاميم، حسب تقدم أشغال الإنجاز في الحدود المنصوص عليها عن طريق التنظيم.

كما يجب ذكر ما إذا كان السعر قابلاً للمراجعة أم لا وفي حالة الإيجاب، يجب ذكر كيفية المراجعة . 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 والاستثنائية التي من شأنها أن تؤدي إلى الإخلال بالتوازن الاقتصادي للمشروع، ولا يمكن أن يتجاوز مبلغ مراجعة السعر عشرين بالمائة (20%) كحد أقصى من السعر المتفق عليه في البداية. وفي كل الأحوال، يجب تبرير تغيرات السعر. وزيادة على ذلك، يجب أن يتضمن، في الملحق أو بالرجوع إلى الوثائق المودعة لدى الموثق، البيانات المفيدة المتعلقة بالقوام والخصائص التقنية للعقار. يسلم نظام الملكية المشتركة إجبارياً لكل مقطن خلال توقيع العقد . يحدد نموذج نظام الملكية المشتركة عن طريق التنظيم".

وستنطلق إلى الثمن بالتفصيل باعتباره من الضمانات الممنوحة للمشتري أثناء تنفيذ العقد من خلال المبحث الثاني.

ثالثاً: الضمانات المتعلقة بالسبب في عقد بيع البناء على التصاميم

يقصد بالسبب الدافع أو الباعث الذي يدفع الشخص إلى إبرام العقد؛ فهو الباعث المشترك لدى أطراف العقد والغرض الذي يرمي إليه أحد المتعاقدين، ويهدف إليه المتعاقد الآخر.⁽¹⁾

ولقد نص المشرع الجزائري على السبب من خلال المادة 97⁽²⁾ من القانون المدني، وجعله ركناً لانعقاد العقد، ويشترط في هذا الأخير كي يكون صحيحاً ويرتب آثاره أن يكون مشروعاً غير مخالف للنظام العام والآداب العامة، وإلا كان العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً، فإذا كان باعث أحد المتعاقدين غير مشروع فيشترط علم المتعاقد الآخر بعدم مشروعيته حتى يبطل العقد، أما في حالة عدم علمه بذلك فلا يكون العقد باطلاً حرصاً على استقرار التعامل.

وبالرجوع إلى عقد بيع البناء على التصاميم فلكل من المتعاقدين سبب ظاهر وهو الدافع للتعاقد الذي يعبر عن الحاجة الملحة لإبرام مثل هكذا عقد، فالتزام المرقى العقاري بتشييد البناء ونقل ملكيته إلى المشتري - المكتتب - دافعه ترقب الثمن المقسم على أقساط الذي يساهم في عملية الإنجاز ويسهل عملية تمويل المشروع إلى حد معين، وبالمقابل عزم المشتري - المقتني - على شراء العقار على التصاميم دافعه حاجته لمسكن يليق به أو ربما لحل تجاري أو مهني يناسبه، ويسمح له بالدفع بالتقسيط.⁽³⁾

وعلى هذا فإذا تبين للمشتري أن سبب إبرام المرقى العقاري لعقد بيع البناء على التصاميم غير مشروع، أو مخالف للنظام العام أو الآداب العامة يمكنه أن يرفع دعوى لإبطال العقد وفقاً للمادة 97 من ق.م.ج سألقة الذكر، وله أن يطلب التعويض عن الضرر اللاحق به جراء ذلك؛ كأن يكون السبب الذي دفع المرقى

(1) مسكر: سهام، بيع العقار بناء على التصاميم في الترقية العقارية، مرجع سابق، ص 42. / سي يوسف: زاهية حورية، النظام القانوني لعقد البيع على التصاميم، مرجع سابق، ص 36.

(2) المادة 97: "إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو للآداب العامة كان العقد باطلاً".

(3) كتو: لامية، مرجع سابق، ص 80. / سي يوسف: زاهية حورية، النظام القانوني لعقد البيع على التصاميم، المرجع السابق، ص 36-37.

العقاري لإبرامه العقد هو تبيض أمواله التي تحصل عليها من بيعه للمخدرات، فهنا السبب غير مشروع ومخالف للنظام العام، وعليه يكون العقد باطلاً بطلاً مطلقاً.

وفيما يخص الشكلية فقد تم الحديث عنها في الفصل التمهيدي⁽¹⁾؛ فعقد بيع البناء على التصاميم من العقود الشكلية التي لا تنعقد إلا باستفاء الإجراءات الشكلية المنصوص عليها قانوناً وهذا ما أكدته المادة 34 من القانون رقم 11-04⁽²⁾، وهذا ما أكدته المحكمة العليا الجزائرية في قرارها رقم 436937⁽³⁾، وأكدت عليه أيضا في قرارها رقم 664290 والذي نص في إحدى حيثياته على: " حيث أنه بالفعل فإن المادة 12 من المرسوم التشريعي رقم 93-03 المؤرخ في 01/03/1993 المتعلق بنشاط الترقية العقارية تنص على أنه يجرر عقد البيع بناء على التصاميم على الشكل الأصلي الرسمي ويخضع للشكليات القانونية في التسجيل والإشهار... حيث إن قضاة الدرجة الأولى ومن بعدهم قضاة الموضوع ألزموا الطاعنة بإتمام إجراءات البيع على التصاميم العرفي المبرم بين الطاعنة والمطعون ضده بتاريخ 28/02/2005 لتخصيص 6 شقق مقابل ثمن قدره 61.500.000 دج يسدد على أقساط بحيث يكون دفع آخر قسط 2006/12/10.

حيث أن المادة المذكورة أعلاه تلزم بأن يكون عقد البيع على التصاميم في الشكل الرسمي وأن يكون خاضعاً للتسجيل والشهر.

حيث إن قضاة الموضوع رتبوا التزامات بناءً على عقد عرفي باطل المنشأ وذلك بأمرهم للطاعنة بالتوجه إلى الموثق لإتمام وإفراغ العقد العرفي المبرم بينها وبين المطعون ضده في الشكل الرسمي يكونوا

(1) انظر إلى ص 77-81 من هذه الأطروحة.

(2) المادة 34: " يتم إعداد عقد البيع على التصاميم في الشكل الرسمي ويخضع للشكليات القانونية الخاصة بالتسجيل والإشهار، ويخص في نفس الوقت، البناء الأرضية التي شيد عليها البناء."

(3) " يجرر عقد البيع على التصاميم وجوباً في الشكل الرسمي، تحت طائلة البطلان...". القرار رقم 436937 المؤرخ في 19-11-2008، مجلة المحكمة العليا، العدد 02، 2008، ص 193.

قد خالفوا المادة المذكورة أعلاه وكذا المادتين 324 مكرر 1 و 793 من القانون المدني وبذلك عرضوا قرارهم للنقض والبطالان...".⁽¹⁾

فحسب هذا القرار فإنه يجب إبرام عقد البيع على التصاميم في الشكل الرسمي ووفقاً للإجراءات القانونية، وأنه يجب تسجيله وشهره، وإلا كان باطلاً، لا يترتب أي آثار قانونية⁽²⁾، وهذا ما قضت به المحكمة العليا الجزائرية في قرارها رقم: 1150986 الصادر بتاريخ 2018/10/11.⁽³⁾

وعليه فكل هذه الإجراءات سواء هذه الأخيرة أو التي ذكرت في الفصل التمهيدي من شأنها حماية المشتري من أي تلاعب بحيث تضمن له هذه الإجراءات حصوله على ملكية البناء محل العقد بالرغم من أنها لم تنجز بعد.

البند الثاني: ضمانات حماية المشتري من الشروط التعسفية

(1) القرار رقم 664290 المؤرخ في 14-07-2011، قضية بين (شركة ذ.م.م للبناءات التقليدية ضد ع.أ)، مجلة المحكمة العليا، العدد 02، 2012، ص 363.

(2) تسمية أعمار، مرجع سابق، ص 114.

(3) نص القرار: "بدعوى أن المادة 28 من قانون 04/11 ألزمت الطرفين بتحرير عقد البيع على التصاميم في شكل رسمي، وليس بتحرير شهادة صادرة من المرقي بتخصيص سكن، لا حجية لها، ولما كانت المادة سالفة الذكر قد جاءت بصفة الوجوب وتحت طائلة البطلان، وأمام عدم تقديم المطعون ضدها أي عقد لتأسيس دعواها، لذلك كان على قضاة الموضوع رفض الدعوى، ولما لم يفعلوا فقد خالفوا المادة المذكورة وعرضوا قرارهم للإلغاء، حيث أنه وعن الوجه الثاني المأخوذ من مخالفة للقانون بدعوى مخالفة القرار للمادة 28 من القانون رقم 04/11، حيث أنه بعد مراجعة القرار المطعون فيه يتبين أن قضاة الموضوع بعد أن تأكد لهم أن الطاعن حرم المطعون ضدها من عقد البيع على التصاميم، رغم أنه ملزم طبقاً للمواد 27، 28، 29 من القانون رقم 04/11 بالحرص على إبرامه كلما وفي المكتب في العملية العقارية بالتزامه، وبما أنه لم يفعل وتذرع بعدم استجابة المطعون ضدها لإنذارات لم يقدم ما يثبت صحتها، لذلك ألزموه بإبرام عقد البيع على التصاميم في الشكل الرسمي مع المدعية.

حيث أن قضاة المجلس سببوا قضاءهم بقولهم على الخصوص: (إن المرقي العقاري هو المكلف بالسعي لتحرير عقد البيع على التصاميم، وعدم قيامه بذلك بعد إخلاله بالتزامه..، ولا يمكنه الدفع بعدم وجود عقد..، إذ لا يجوز للشخص الاستفادة من خطئه..، وأن تغيير السكن الممنوح للمستأنف عليها بحجة أن اختيار الطابق مبني على الأسبقية في تجديد الملفات الإدارية، لا يستقيم ومقتضيات المادة 106 ق م). حيث أن ما حكم به قضاة الموضوع وعللوا به قضاءهم ليس فيه أي مخالفة للقانون، بل يجد أساسه في أحكام القانون رقم 04/11 المذكور أعلاه وفي القواعد العامة للالتزامات، لا سيما المادة 106 ق م المذكورة في أسباب القرار، لذلك فالوجه غير مؤسس ويتعين رفضه كذلك". المحكمة العليا، من قرارات المحكمة العليا، 2024/01/29.

يقصد بالشرط التعسفي بأنه الشرط الذي يؤدي إلى اختلال في حقوق والتزامات المتعاقدين على حساب المستهلكين⁽¹⁾، أو هو: "البند الذي يدرج في العقد من قبل أحد أطرافه، وقد أملى إرادته على الفريق الآخر تحقيقاً لمنفعة ذاتية غير مألوفة ومفرطة منتقصةً من حقوق الطرف الآخر الذي اذعن له"⁽²⁾، ومتى توفر هذا الشرط سيؤدي حتماً إلى اختلال التوازن بين المتعاقدين؛ من خلال إذعان المتعاقد الضعيف لإرادة المتعاقد الذي يكون في مركز قوي، والذي يكون في حاجة للعقار الذي يعتبر من أولوياته الرئيسية مما يجعله يقدم على هذا العقد رغم ما فيه من اجحاف في حقه، ومن ثم يصبح العقد عقد إذعان.⁽³⁾

ويعد عقد بيع البناء على التصاميم مجالاً خصباً لفرض الشروط التعسفية، كون المشتري هو الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية، نظراً لحاجته الماسة للسكن، ونقص خبرته في مجال البناء، إضافة إلى ضعفه اقتصادياً ومالياً، فيستغل المرمي العقاري مركزه القوي فيحمل المشتري على التعاقد بشروط تعسفية تثقل كاهله، ويجني من ورائها هذا المرمي العقاري منافع ومبالغ مالية طائلة، فالمشتري ممكن أن يقبل بشروط تمنح للمرمي العقاري حق تسليم بناية غير مطابقة للمواصفات المتفق عليها في العقد، أو تعطيه حق التلاعب بمعدلات الأقساط وزيادتها أثناء إنجاز البناء، وقد يفرض المرمي العقاري على المشتري شرط يحرمه من حق فسخ العقد إلا لظروف استثنائية ينفرد في تقديرها مقابل تنازل المشتري عن نسبة معينة من الأقساط التي قام بتسديدها⁽⁴⁾، وعلى هذا تدخلت مختلف التشريعات المقارنة لحماية المشتري، فأما المشرع المصري فأقر ذلك وسعى لحماية المشتري من الشروط التعسفية من خلال نص المادة 149 من القانون المدني المصري، وأما المشرع العراقي فقابل ذلك بنص المادة 167 ف2، من خلال تدخل القاضي لإبطال الشرط الذي يعتبره من قبيل البنود التعسفية؛ فيغير أو يعدل في بنود العقد من أجل خلق أكبر قدر من التوازن الاقتصادي بين طرفي العقد⁽⁵⁾،

(1) الزوجال: يوسف، المنظومة الحمائية للمستهلك في عقود الخدمات - عقد الخدمات نموذجاً -، دراسة تحليلية وفق آخر المستجدات القانونية، تقديم وداد العيدوني، منشورات دار الأمان، الرباط، 2008م، ص234.

(2) العوجي: مصطفى، القانون المدني - العقد -، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، ط5، 2011، ج1، ص764.

(3) انظر: لعشب: محفوظ بن حامد، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1990م، ص31.
Delphine bazine-beust, droit de la consommation, gaulinolextensio édition, 1^{er} édition, 2014-2015, p169.

(4) علاء حسين: علي، مرجع سابق، ص103-104.

(5) عبد الله: هدى، سلطة القاضي في تعديل العقد، ورقة عمل أقيمت في مؤتمر "دور القاضي في الخصومة - وحدة الهدف وتعدد الأدوار"، كلية الحقوق والعلوم السياسية، بيروت لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2010، ص432.

وهو ما حكمت به محكمة التمييز العراقية فيما بعد⁽¹⁾، بخلاف المشرع اللبناني الذي اعتبر أن تنفيذ العقود يكون وفقاً لمبدأ حسن النية؛ إذ لا يمكن للقاضي أن يعدل في بنود العقد، حتى ولو وجدت بنود تعسفية تضر بمصالح الطرف الضعيف في العقد طبقاً لنص المادة 221 من قانون الموجبات والعقود اللبناني⁽²⁾، وهو ما أقرته محكمة استئناف جبل لبنان.⁽³⁾

أما المشرع الجزائري فتدخل لحماية المشتري حماية عامة أقرها القانون المدني، وحماية خاصة أقرها قانون حماية المستهلك والقوانين المتعلقة به.

فأما الحماية العامة فنص عليها في المادة 110 من القانون المدني الجزائري والتي تقضي بـ: "إذا تم التعاقد بطريقة الإذعان، وكان قد تضمن شروطاً تعسفية، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المدعن منها، وذلك وفقاً لما تقضي به العدالة ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك"⁽⁴⁾، ومن هذه المادة يتبين أن المشرع خرج عن القاعدة العامة من أجل حماية الطرف المدعن في العقود التي مقتضاها أن القاضي لا يتدخل في العقد، وذلك بمنحه سلطة استثنائية تسمح له بتعديل هذه الشروط أو إعفاء الطرف المدعن منها متى كان العقد قد تضمن شروط تعسفية، وذلك لإعادة التوازن للعقد، كما تجسدت الحماية أيضاً في هذه المادة عندما منعت هذه الأخيرة الاتفاق على سلب القاضي سلطة تعديل أو إلغاء بعض الشروط التعسفية.⁽⁵⁾

(1) قرار صادر عن محكمة التمييز العراقية رقم (1518-1621/حقوقية/1968) بتاريخ 17/12/1970، النشرة القضائية الصادرة عن مكتب الفني لمحكمة التمييز، العدد الرابع، 1971، ص56. نقلاً عن المعموري: يوسف، مرجع سابق، ص83.

(2) المادة 221: "إن العقود المنشأة على الوجه القانوني تلزم المتعاقدين. ويجب ان تفهم وتفسر وتنفذ وفقاً لحسن النية والانصاف والعرف".

(3) قرار صادر عن محكمة استئناف جبل لبنان من دون ذكر الرقم بتاريخ 27/01/1978، مجلة حاتم، ج191، ص213.

(4) الأمر رقم: 58/75 المؤرخ في: 26 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم بموجب القانون 05/07 المؤرخ في: 25 ربيع الثاني 1428 هـ الموافق 13 مايو 2007 المتضمن القانون المدني (ج.ر العدد 31، ص19). ويقابلها نص المادة 149 من القانون المدني المصري، والمادة 167 ف2 من القانون الموجبات والعقود اللبناني.

(5) بودالي: محمد، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، دراسة مقارنة مع قوانين فرنسا وألمانيا ومصر، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، ط2، 2010م، ص58-60.

وأما الحماية الخاصة فجاءت نتيجة ظهور عدة أنواع للاحتكارات نتيجة تطور المعاملات التجارية، مما دفع بالمشرع إلى إقرار وإصدار قوانين خاصة تضمن حماية المشتري أهمها قانون 04-02⁽¹⁾ الذي تعرض لما يسمى بالممارسات التعاقدية التعسفية؛ كالبنود التي تمنح للبائع أخذ حقوق أو امتيازات لا تقابلها حقوق وامتيازات مماثلة للمستهلك، أو تفرض التزامات فورية ونهائية على المستهلك في حين أن البائع يتعاقد بشروط يحققها متى أراد وغيرها⁽²⁾، حيث جزمها وفرض غرامات مالية عليها؛ ففي حالة إبرام العقد بالشروط التعسفية المذكورة في المادة 29 من القانون 04-02 سألغة الذكر يعاقب المنتج بغرامة مالية تتراوح ما بين خمسين ألف دينار (50.000 دج) إلى خمسة ملايين دينار (5.000.000 دج) طبقاً لنص المادة 38 من نفس القانون، مع حجز السلع والبضائع محل العقد وفقاً للمادة 39 منه.⁽³⁾

وعلى هذا تبق أحكام القانون 04-02 سالف الذكر ضامنة للمشتري في عقد بيع البناء على التصاميم، فمتى وقع المشتري ضحية للشروط التعسفية فله الحق في رفع دعوى قضائية على المرقبي العقاري يلتبس فيها تعديل الشروط التعسفية، أو إعفائه منها بكيفية تضمن إعادة التوازن للعقد، ومن هنا تكون مسؤوليته الجزائية والمدنية.

(1) القانون رقم 04-02 المؤرخ في 05 جمادى الأولى 1425 هـ الموافق 23 يونيو سنة 2004م، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية. (ج.ر. رقم 41 المؤرخة في 27 جوان 2004).

(2) المادة 29 من القانون رقم 04-02: "تعتبر بنوداً وشروطاً تعسفية في العقود بين المستهلك والبائع لا سيما الشروط والبنود التي تمنح هذا الأخير:

- 1- أخذ حقوق و/أو امتيازات لا تقابلها حقوق و/أو امتيازات مماثلة معترف بها للمستهلك.
- 2- فرض التامات فورية ونهائية على المستهلك في العقود، في حين أنه يتعاقد هو بشروط يحققها متى أراد.
- 3- امتلاك حق تعديل عناصر العقد الأساسية أو مميزات المنتج المسلم أو الخدمة المقدمة دون موافقة المستهلك.
- 4- التفرد بحق تفسير شرط أو عدة شروط من العقد أو التفرد في اتخاذ قرار البت في مطابقة العملية التجارية للشروط التعاقدية.
- 5- إلزام المستهلك بتنفيذ التزامه دون أن يلزم نفسه بها.
- 6- رفض حق المستهلك في فسخ العقد إذا أحل هو بالالتزام أو عدة التزامات في ذمته.
- 7- التفرد بتغيير أجال تسليم منتج أو أجال تنفيذ خدمة.
- 8- تهديد المستهلك بقطع العلاقة التعاقدية لمجرد رفض المستهلك الخضوع لشروط تجارية جديدة غير متكافئة".

(3) المادة 39: "يمكن حجز البضائع موضوع المخالفات المنصوص عليها في أحكام المواد 10 و 11 و 13 و 14 و 20 و 22 و 23 و 24 و 25 و 26 و 27 (2 و 7) و 28 من هذا القانون، كما يمكن حجز العتاد والتجهيزات التي استعملت في ارتكابها مع مراعاة حقوق الغير حسن النية".

المبحث الثاني: خدمات حماية حقوق المشتري في مرحلة تنفيذ العقد

بعد إبرام عقد بيع البناء على التصاميم، تأتي مرحلة تنفيذ الالتزامات التي يترتب عليها هذا العقد باعتباره عقد ملزم لجانبين من أجل تحقيق الغاية من إبرامه، وقد سعى كل من الفقه الإسلامي والقانون الجزائري لحماية المشتري وتقديم الضمانات له في هذه المرحلة؛ فالفقه الإسلامي أعطى ضمانات تتعلق بانتقال الملكية والتسليم في الوقت المتفق عليه في العقد، وضمان الإنجاز وفق المواصفات المتفق عليها، أما المشرع الجزائري وعلى غرار التشريعات المقارنة سعى لحماية المشتري في هذا العقد بتقديم جملة من الضمانات، ولعل محل الاهتمام الأكبر الذي ركز عليه المشرع الجزائري هو التزامات المرقى العقاري باعتباره الطرف المكلف بإنجاز أشغال البناء التي تحتاج خبرة وقدرة مالية كبيرة، وضمان مطابقتها للشروط القانونية المتفق عليها في مرحلة إبرام العقد، ومن هنا سعى المشرع الجزائري إلى تقديم مجموعة من الضمانات لحماية المشتري في هذه المرحلة أبرزها نقل ملكية الأرض التي ستشيد البناء عليها مع ملكية البناء في حد ذاتها إليه، كما ألزم المرقى العقاري أيضا ببناء البناء وفق الكيفية والشروط والآجال المتفق عليها لضمان حصول المشتري على بناية مطابقة وسليمة، كما ألزمه عند الانتهاء من إنجاز البناء بتسليمها للمشتري في الآجال المتفق عليها في العقد، وفي المقابل سعى لحماية المشتري في التزاماته أيضاً باعتباره مطالب بدفع الثمن في أقساط حسب تقدم نسبة الإنجاز كونه المساهم بطريقة غير مباشرة في التدعيم المالي للمشروع العقاري، كل هذا في إطار حماية المشتري في هذا العقد، وعلى هذا يقع التزام المرقى العقاري هنا على نقل الملكية وإنجاز أشغال البناء بكيفية مطابقة للقانون ولما ورد في العقد ومن ثم تسليم البناء للمشتري وفقاً لما نص عليه القانون، وهذا ما سأطرق إليه في هذا المبحث على النحو التالي.

المطلب الأول: ضمانات حماية حقوق المشتري في مرحلة تنفيذ العقد في الفقه الإسلامي

وباعتبار أن عقد بيع البناء على التصاميم هو صورة من صور الاستصناع، فقد قدم الفقه الإسلامي جملة من الضمانات لحماية المستصنع-المشتري في عقد بيع البناء على التصاميم-من أن يقع ضحية لأي غرر بنقل ملكية الشيء المصنوع وتسليمه في الوقت وبالثلث المتفق عليه ووفق المواصفات المطلوبة المتفق عليها، وهذا ما سأطرق إليه في هذا المطلب.

الفرع الأول: ضمان الإنجاز وفق المواصفات المتفق عليها

لقد سعى الفقه الإسلامي لحماية المستصنع في عقد الاستصناع والذي يعتبر عقد بيع البناء على التصاميم صورة من صورته، وذلك بتقديم مجموعة من الضمانات، ومن ذلك ضمان الإنجاز وفق المواصفات المتفق عليها في العقد؛ إذ يجوز أن يلتزم المقاول بتقديم المواد كلها أو بعضها إلى جانب التزامه بالعمل فإذا التزم بتقديم مواد العمل كلها أو بعضها وجب أن تكون هذه المواد مطابقة للموصوفات المتفق عليها فإن لم يقع التعرض لموصوفات المواد وجب أن تكون المواد وافية بالغرض المقصود فإن ظهر في هذه المواد أو في بعضها عيوب ضمنها المقاول وللمشتري رفض المبيع ويضمن المقاول كل عيب يتعذر كشفه عند تسليم العمل وذلك وفقاً للأحكام ضمان العيب في الشيء المبيع، وإن كانت مواد العمل مقدمة من رب العمل وجب على المقاول أن يبذل في المحافظة عليها عناية الشخص العادي وأن يراعي أصول الفن في استعمالها واستخدامها وأن يقدم حساباً عنها لرب العمل ويرد عليه ما بقي منها بعد است فراغ العمل فإذا فسدت أو انعدم صلاح بعضها ولم تبق صالحة للاستعمال بسبب إهمال المقاول أو بتقصير منه أو بقصور كفاية فنية وجب عليه قيمتها أو التعويض عما فسد إن كان له مقتض. (1)

كما أنه يتوجب على المقاول أن ينجز العمل طبقاً للشروط الواردة في عقد المفاوضة وفي المدة المتفق عليها فإن لم تكن هناك شروط أو لم يقع الاتفاق على أجل التزم بإنجاز العمل حسب ما يقتضيه العرف في أمثالها وحسب المدة المعقولة التي تقتضيها طبيعة العمل وعرف الحرفة، كما يجب على المقاول أن يأتي على نفقته بكل ما يحتاج إليه في إنجاز العمل من عمال وأدوات ومهمات ما لم يقع الاتفاق على غير ذلك. (2)

ومتى أتى بالمصنوع على الوصف الذي وصفه لا يكون له خيار الرؤية. (3)

وعليه من هنا يتبين أن الفقه الإسلامي حمى المشتري في عقد بيع البناء على التصاميم من خلال تقديم له ضمانات تتعلق بالمواد المستعملة في عملية البناء والتي يجب أن تكون موافقة للمواصفات المتفق عليها في العقد أو التي تفي بالغرض المقصود، إضافة إلى ضمان العيوب التي يتعذر كشفها عند التسليم.

الفرع الثاني: ضمانات تتعلق بكيفية الإنجاز

(1) جعيط: كمال الدين، مرجع سابق، ج 7، ص 973.

(2) جعيط: كمال الدين، المرجع نفسه، ج 7، ص 974.

(3) برهان الدين: أبو المعالي، مرجع سابق، ج 7، ص 137.

وإضافة إلى ضمان الإنجاز وفق المواصفات المتفق عليها، فقد زاد الفقه الإسلامي من حماية المشتري في عقد بيع البناء على التصاميم، ومن ذلك؛ فإذا تبين أثناء سير العمل أن المقاول-المركبي العقاري في عقد بيع البناء على التصاميم-يقوم بتنفيذ ما عهد إليه على وجه معيب أو مخالفاً لمقتضيات العقد فلرب العمل-المشتري في عقد بيع البناء على التصاميم-أن ينذره لتصحيح طريقة التنفيذ خلال أجل معقول يضربه له فإن انقضى الأجل ولم يرجع المقاول في التنفيذ في الطريقة الصحيحة أو المتفق عليها جاز لرب العمل أن يطلب فسخ العقد أو الإذن له بأن يعهد إلى مقاول آخر بإنجاز العمل على نفقة المقاول الأول متى كانت طبيعة المقاوله تسمح بذلك كما يجوز له فسخ العقد دون إنذار أو تحديد أجل إذا كان إصلاح العيب أو المخالفة مستحيلاً أو ممتنعاً، وللقاضي رفض طلب الفسخ إذا كان العيب في طريقة التنفيذ ليس من شأنه أن يقلل إلى حد كبير من قيمة العمل أو من صلاحيته للاستعمال المقصود لكن يثبت لرب العمل التعويض إذا كان له مقتضى⁽¹⁾.

وإذا تأخر المقاول-المركبي العقاري-في البدء في تنفيذ العمل أو في إنجازها تأخرًا لا يرجى معه مطلقاً أن يتمكن بالقيام بما عهد له كما ينبغي في المدة المتفق عليها جاز لرب العمل فسخ العقد دون انتظار لحلول أجل التسليم، وكذا إذا اتخذ المقاول مسلكاً ينم عن نيته في عدم تنفيذ الالتزام أو أن يأتي فعلاً ما من شأنه أن يجعل تنفيذ هذا الالتزام مستحيلاً وكل هذه الأحكام منشؤها قاعدة لا ضرر ولا ضرار⁽²⁾.

وعليه فمتى تبين للمشتري أن المركبي العقاري يقوم بتشديد البناية بشكل معيب أو مخالف لمقتضياته وجب عليه أن ينذره لتصحيح طريقة التشديد في آجال محددة، فإن لم يستجب المركبي العقاري جاز للمشتري أن يفسخ العقد أو أن يمرره لمركبي عقاري آخر لإنجازه، كما يجوز له فسخ العقد في حالة عدم بدء المركبي العقاري في الإنجاز دون انتظار آجال التسليم، وكل هذا فيه ضمانات لحماية المشتري في عقد بيع البناء على التصاميم.

الفرع الثالث: ضمانات نقل الملكية

(1) جعيط: كمال الدين، مرجع سابق، ج7، ص974.

(2) جعيط: كمال الدين، المرجع نفسه، ج7، ص974.

يعتبر عقد الاستصناع من العقود الناقلة للملكية في الفقه الإسلامي؛ فبموجبه يثبت للمستصنع تملك المبيع في ذمة الصانع إن توفرت فيه كافة المواصفات المطلوبة، وراه المستصنع ورضى به⁽¹⁾، قال الكاساني: "أما حكم الاستصناع فهو ثبوت الملك للمستصنع في العين المباعة في الذمة"⁽²⁾.

وإن كان عقد الاستصناع يتفق مع عقد بيع البناء على التصاميم في كونه يقتضي العمل والعين معاً، فإنهم يختلفون في انتقال الملكية؛ ففي عقد بيع البناء على التصاميم تنتقل الملكية بمجرد تحرير العقد في محرر رسمي أمام الموثق وإرفاقه بكل الوثائق الإلزامية ثم تسجيله وشهره بعد ذلك كما سبق ورأينا في الفصل التمهيدي، أما في عقد الاستصناع فلا تنتقل الملكية للمستصنع إلا إذا جهز الشيء المصنوع وكان مطابقاً للأوصاف المتفق عليها في البداية⁽³⁾، ولذا نجدهم يتفقون على أن حكم العقد بالنسبة للمستصنع إذا أتى الصانع بالمصنوع على الصفة المشروطة هو ثبوت الملك⁽⁴⁾، وذلك بعد تجهيز الشيء المصنوع وتسليمه، لكونها نتيجة حتمية لغيرها من الأحكام، باعتبار أن نقل الملكية في الفقه الإسلامي يحدث بالتسليم والتسلم بحكم أن العقود مبنية على الرضائية.

وعلى هذا فلا يحق للصانع أن يذهب للسوق ويشترى للمستصنع شيئاً مصنوعاً حتى وإن كان موافقاً لما طلب منه، لأن عقد الاستصناع يقتضي العمل والعين معاً⁽⁵⁾، كما يترتب على عقد الاستصناع إذا تكاملت فيه جميع عناصره تملك المستصنع للشيء المصنوع⁽⁶⁾.

وعليه فإن الصانع يضمن للمستصنع تملك المبيع في ذمته، وذلك متى جاء هذا الشيء المصنوع على المواصفات المطلوبة والمتفق عليها في العقد، وهذا هو عين الضمان في الفقه الإسلامي، فإذا لم يكن الشيء المصنوع مطابقاً للمواصفات المطلوبة فإن العقد لم ينفذ بعد، وهذا فيه حماية للمستصنع حيث لا يلزم بأخذ

(1) البدران: كاسب بن عبد الكريم، مرجع سابق، ص 197.

(2) الكاساني: علاء الدين، مرجع سابق، ج 5، ص 3.

(3) السالوس: علي أحمد، عقد الاستصناع، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، منظمة المؤتمر الإسلامي، جدة المملكة العربية السعودية، العدد 07، 7-12 ذو القعدة 1412هـ الموافق 9-14 ماي 1992م، ج 7، ص 782.

(4) الزحيلي: وهبة، عقد الاستصناع، مرجع سابق، ج 7، ص 805.

(5) القرة داغي: علي محيي الدين، عقد الاستصناع، مرجع سابق، ج 7، ص 833.

(6) عبد الله: محمد عبد الله، عقد الاستصناع، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، منظمة المؤتمر الإسلامي، جدة المملكة العربية السعودية، العدد 07، 7-12 ذو القعدة 1412هـ الموافق 9-14 ماي 1992م، ج 7، ص 857.

الشيء المصنوع وهو غير راض به نتيجة مخالفته للشروط المتفق عليها، وهذا ما يختلف فيه عقد الاستصناع عن عقد بيع البناء على التصاميم، فبيع البناء على التصاميم تنتقل ملكية الأرض مباشرة بعد انعقاد العقد مباشرة أي حتى قبل التشييد بخلاف الفقه الإسلامي الذي تنتقل فيه الملكية متى جاءت البناية المشيدة وفق المواصفات المتفق عليها، وهذا فيه حماية للمشتري من أي استغلال للمرقي العقاري خاصة في ظل أزمة السكن وحاجة المشتري الملحة له.

الفرع الرابع: ضمانات تسليم الصانع للشيء المصنوع

إضافة إلى الضمانات السابقة التي يقدمها الصانع فإنه يضمن تسليم الشيء المصنوع للمستصنع موافقاً للمواصفات المطلوبة في الموعد المتفق عليه لإنجاز العمل، وهذا الضمان هو نتاج ضمان نقل الملكية والتخلي عن حيازة هذا الأخير.

فالمستصنع إذا لم يجد بأن الصانع يضمن تسليم الشيء المصنوع سيتضرر ولا يؤدي هذا لسد حاجياته، وهذا غرر، وقد نهى النبي ﷺ عن الغرر.⁽¹⁾

وتختلف طريقة تسليم الشيء المصنوع حسب طبيعته ومكان ممارسة الصانع لعمله وطبيعة العقد وشروطه، فعلى سبيل المثال إذا لم يكن هناك اتفاق على مكان التسليم ففي المكان الذي يحدده عرف الصناعة، وإذا كان العمل وارد على عقار كان التسليم في مكانه، وإذا كان وارد على منقول فيتم التسليم في المكان الذي يوجد فيه الصانع ومركز أعماله⁽²⁾، وفي محل دراستنا وباعتبار أن عقد الاستصناع وارد على تشييد بناية فإن مكان تسليم الشيء المصنوع هو محل البناية أو العقار المشيد، ويكون ذلك بضمان إخلائه.⁽³⁾

ويرتبط ضمان تسليم الشيء المصنوع في الفقه الإسلامي بعدة أحكام خاصة آجال التسليم؛ فالمطلوب من الصانع أن يضمن الإتيان بالشيء المصنوع في زمنه المحدد له، فلو قام الصانع بصنعه قبل الأجل المحدد له وباعه لأخر لا يضر ما دام قادراً على الإتيان بمثله في الزمن المحدد في العقد، وذلك لأن عقد الاستصناع

(1) البدران: كاسب بن عبد الكريم، مرجع سابق، ص 196.

(2) الزرقا: محمد أحمد عبد الرحمن، الاستصناع والمشروع الصناعي - بحث شرعي وقانوني مقارنة -، دار النهضة العربية، القاهرة مصر، 2001م، ص 88. / بلخير: أحمد، مرجع سابق، ص 24.

(3) سكمال المجاجي: محمد، أحكام عقد البيع في الفقه الإسلامي المالكي، دار ابن حزم، بيروت لبنان، ط 1، 2001م، ص 292.

يقتضي أداء الشيء المستصنع في الزمن المحدد له، ولا يقتضي تحدد المصنوع بعينه وذاته، فذمة الصانع مشغولة بصنع الشيء المطلوب منه صنعه بمواصفاته في الوقت الذي اتفق عليه الطرفان، وبعبارة أخرى أن ما في الذمة لا يتعين حتى بالتعيين؛ فلو نوى بصنعه أن هذا الشيء يصنع لفلان لا تمنعه هذه النية من بيعه لآخر ما دام قادراً على صنع مثله وتسليمه للمستصنع في الوقت المحدد له.⁽¹⁾

ولكن هذا الأمر غير ممكن في بيع العقارات والبنائيات باعتبار أن الصانع قد وصف وبين جميع مشتملات الشيء المصنوع من مكانه وحدوده وغيرها وبالتالي لا يجزئه الإتيان بغيره لأنه سيترتب على ذلك تغير المكان والحدود، وهذا ما يتعارض مع الشروط المتفق عليها في العقد، وبالتالي يضمن الصانع هنا تسليم الشيء المصنوع وفق ما اتفق عليه الطرفان في العقد.

أما إذا هلك الشيء المَقَاوُلُ عَلَيْهِ أو تلف بسبب حادث مفاجئ أو بقوة القاهرة⁽²⁾ قبل تسليمه للمشتري فليس للمرقي العقاري أن يطلب بالثمن المتفق عليه، ولا يرد نفقاته ما لم يكن المشتري قد أجل التزامه وتسلم العمل، فإذا حل أجل التسليم وتأخر عن تسلمه حسب الاتفاق فوق وقوع الحادث المفاجئ حق للمرقي العقاري أن يطالب برد نفقاته؛ لأن الإخلال بسبب المشتري، وكذلك إذا كانت المواد مقدمة من المشتري وهلك الشيء أو تلف قبل تسليمه له بسبب حادث مفاجئ أو قوة القاهرة⁽³⁾ فليس له أن يطالب المرقي العقاري

(1) القرة داغي: علي محيي الدين، عقد الاستصناع، مرجع سابق، ج7، ص833.

(2) الفرق بين الطوارئ الحادثة غير المتوقعة وبين القوة القاهرة هو أن الطوارئ الحادثة غير المتوقعة يصبح تنفيذ الالتزام التعاقدية مرهقاً يجاوز حدود السعة دون أن يكون مستحيلًا، وأما القوة القاهرة فهي التي تتحقق فيها الاستحالة ونظرية الطوارئ غير المتوقعة تستجيب لحالة ملحّة تقتضيها العدالة، فهي تستهدف بالنقد باعتبارها مدخلاً لتحكم القاضي، ولم تترك هذه الطوارئ لتقدير القاضي تقديرًا ذاتيًا وشخصيًا بل قيد ذلك بأن اقتضت العدالة ذلك؛ وهي عبارة تشير إلى توجيه موضوعي النزعة وعليه فإذا تثبت القاضي من قيام الطوارئ غير المتوقع عمد إلى إعمال الجزاء برد الالتزام الذي أصبح يجاوز السعة إلى الحد المعقول، وشرط الحادثة الطارئة أن تكون حادثة استثنائية عامة كالفيضان مثلاً والجراد ونحو ذلك مما لا يختص بالشخص كالحريق مثلاً. ثم نظرية الطوارئ غير المتوقعة تختلف عن نظرية القوة القاهرة في أن الطوارئ غير المتوقع لا يجعل التنفيذ مستحيلًا بل يجعله مرهقاً يجاوز السعة دون أن يبلغ به حد الاستحالة ويستتبع ذلك قيام فارق آخر يتصل بالجزاء؛ فالقوة القاهرة تقضي على انقضاء التزام وعلى هذا النحو يتحمل تبعاتها كاملة، أما الطوارئ غير المتوقع فلا يترتب عليه إلا إنقاص الالتزام إلى الحد المعقول وبذلك يتقاسم تبعته الطرفان. ومرجع هذه الأحكام منشؤها الإعذار في المذهب الحنفي والجوائف في المذهب المالكي والحنبلي مع خلاف في الأحكام في المساواة بين طرفي العقد التبادلي وفي العدالة عمومًا. جعيط: كمال الدين، مرجع سابق، ج7، ص974. / أنظر: الكاساني، مرجع سابق، ج4، ص194. / ابن عابدين: محمد أمين بن عمر، مرجع سابق، ج5، ص76.

(3) إذا طرأت بعد انعقاد عقد الاستصناع ظروف القاهرة تحول دون تنفيذها فإنه على القول بلزومه تكون مقبولة، مثل حدوث حرب منعت الصانع من استيراد المادة الخام ولا توجد في البلاد-مثلا-ومثل أن شَبَّ حريق في المصنع أتى على كل ما فيه، فمثل هذه الطوارئ-سواء كانت مكتسبة من الغير أو سماوية-تعطي العذر للصانع، وتجعل المستصنع بالخيار بين الانتظار، أو فسخ العقد، وذلك لأن هذه الشريعة تقوم

بقيمة تلك المواد ما لم يكن المقاول وقت الهلاك أو التلف محلاً بالتزامه بتسليم العمل لصاحبه، ولم يثبت أن الشيء كان ليتلف لو أنه قام بالتسليم من غير إخلال بالتزامه، وتعتبر مواد العمل مقدمة من المشتري إذا كان قد أدى المرقى العقاري قيمتها أو عجل له مبلغاً تحت الحساب يشمل هذه القيمة.⁽¹⁾

وعليه فمتى هلكت البناية بسبب القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ قبل حلول موعد التسليم فليس للمرقى العقاري في عقد بيع البناء على التصاميم أن يطالب المشتري بالثمن المتفق عليه، وهذا فيه ضمانات لحماية المشتري.

الفرع الخامس: ضمانات تتعلق بمدة الإنجاز

كما أن تحديد موعد التسليم يعتبر ضماناً وحماية للمستصنع -المشتري في عقد بيع البناء على التصاميم- أيضاً خاصة وأن في عصرنا الحاضر فقد دخل الاستصناع في مصنوعات ضخمة باهظة التكاليف كالطائرات والعمارات والبواخر، مما قد يحتاج إلى إنشاءه سنين، ولذا ذهب فقهاء العصر إلى أنه يجوز ذكر الأجل بل يجب حسماً للنزاع⁽²⁾، فمعلوم لدى الخاصة والعامة أن المدة التي تشترط للاستصناع تختلف باختلاف الشيء المطلوب صنعته فلا يمكن تقديره بمدة معينة بل يرجع في ذلك إلى ما تعارف عليه أرباب الصناعات من تقدير وقت لصناعة الشيء المطلوب صنعته، فصناعة السيف ليست كصناعة البندقية، وهما ليسا كالمدفع، والدبابة، والجميع ليس كصناعة الطائرات ولا شك أن الوقت يختلف باختلاف المصنوع فسفن الفضاء، والأقمار الصناعية، والقطارات والسفن الكبيرة، والعمارات لكل منها وقت يمكن إنجازها فيه، فتحديد المدة بشهر أو نصفه تحديداً لا يستند إلى دليل عقلي أو نقلي ولا يتلاءم مع الواقع العملي للاستصناع حيث نرى أن بعض الأشياء المطلوب صنعها تسلم بعد عدة سنين.⁽³⁾

تكاليفها التشريعية على القدرة والاستطاعة {لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا} البقرة: 286، وأنه: "لا ضرر ولا ضرار". القرّة داغي: علي محيي الدين، عقد الاستصناع، مرجع سابق، ج 7، ص 841. / البدران: كاسب عبد الكريم، مرجع سابق، ص 211.

(1) جعيط: كمال الدين، مرجع سابق، ج 7، ص 974.

(2) محمد سليمان الأشقر وآخرون، مرجع سابق، ص 232.

(3) الشبتي: سعود بن مسعد بن مساعد، مرجع سابق، ج 7، ص 1057.

فتحديد آجل للتسليم يساهم في حماية المستنصع (المشتري في عقد بيع البناء على التصاميم) ودفع النزاع والخصومة، فما بالك لو تم الاتفاق على تحديد الأقساط ودفعها في أوقات محددة حسب تقدم أشغال الإنجاز فتكون الحماية هنا مقررة من باب أولى.

الفرع السادس: ضمانات تتعلق بالثمن

فإذا كان التزام المرقى العقاري هو تسليم البناية المتفق عليها في الآجال المحددة، فإنه يقع على المشتري دفع الثمن عند تسليم المعقود عليه، إلا إذا كان الاتفاق على غير ذلك أو جرى العرف في ذلك على طريقة مخصوصة، وإذا تم العقد على أساس الوحدة وبمقتضى تصميم معين، وذلك لقاء بدل محدد لكل وحدة ثم تبين أن التنفيذ يقتضي زيادة حسية في النفقات جاز للمشتري بعد إعلامه بمقدار الزيادة أن يتحلل من العقد مع أداء قيمة ما أنجزه المقاول-المرقى العقاري-من العمل وفقاً لشروط العقد أو قبول متابعته مع التزامه بالزيادة، فإذا لم تكن الزيادة جسيمة ولكنها محسوسة وضرورية لتنفيذ التصميم المتفق عليه وجب على المقاول أن يخطر رب العمل-المشتري في عقد بيع البناء على التصاميم-قبل الاستمرار في التنفيذ بمقدار ما يتوقعه من زيادة في النفقات فإذا مضى في التنفيذ دون إخطار فلا حق له في طلب الزيادة، وإذا أبرم العقد على تصميم وقع الاتفاق لقاء أجر معين فليس للمرقى العقاري أن يطالب بأية زيادة بسبب تعديل أو إضافة في هذا التصميم إلا إذا كان التعديل والزيادة من صاحب العمل وبرضاه، فإن ذلك يراعي الاتفاق الجاري مع المرقى العقاري بشأن هذا التعديل أو الإضافة فإن لم يقع الاتفاق على الأجر، ولم يقع تعيينه استحق المرقى العقاري أجر المثل مع قيمة ما قدمه من المواد التي يتطلبها العمل، وكذلك إذا لم يقع الاتفاق مع المهندس الذي قام بتصميم البناء وقام بالإشراف على التنفيذ فإن لم يتفق على أجر المثل طبقاً لما جرى به العرف والعادة محكمة كما هو معلوم فإذا طرأ ما يحول دون إتمام تنفيذ العمل طبقاً للتصميم الذي أعده استحق أجر المثل فيما قام به من العمل دون الباقي.⁽¹⁾

(1) جعيط: كمال الدين، مرجع سابق، ج7، ص977. / وانظر إلى المواد 225-226-439-466-468-469-473-563-580-610-768 من مجلة الأحكام العدلية، لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية، مجلة الأحكام العدلية، مرجع سابق، ص45-145.

ولا شك أن هذه الإجراءات التي نص عليها الفقهاء في الفقه الإسلامي تكرس حماية للمشتري من أي زيادة للثمن تكون غير مبررة أو قصد بها زيادة الأعباء عليه بدون مقابل.

المطلب الثاني: ضمانات حماية حقوق المشتري في مرحلة تنفيذ العقد في القانون

وعلى غرار الفقه الاسلامي فقد ألزم المشرع الجزائري المرقى العقاري بتقديم ضمانات للمشتري، والتي من شأنها تعزيز العلاقة التعاقدية لعقد بيع البناء على التصاميم في هذه المرحلة -مرحلة تنفيذ العقد- بنقل ملكية الأرض التي ستشيد عليها البناية إلى المشتري (الفرع الأول)، كما ألزمه بإنجاز البناية بالكيفية وفي الآجال المتفق عليها (الفرع الثاني)، وفي إطار ضوابط لمراجعة الثمن وتقديره (الفرع الثالث)، ليضمن بعد ذلك تسليم البناية للمشتري (الفرع الرابع) كل ذلك على النحو التالي.

الفرع الأول: ضمانات تتعلق بتملك العقار

تزداد أهمية نقل الملكية في عقد بيع البناء على التصاميم على البيع العادي باعتبار أن العقد يرد على شيء مستقبلي غير موجود أثناء التعاقد، مما يجعل التزام المرقى العقاري بنقل ملكية البناية التزاماً جوهرياً، ولهذا سعى المشرع الجزائري لفرض ضمانات على المرقى العقاري حماية للمشتري، وذلك بالالتزام بالإعلام والنصيحة له (البند الأول) قبل نقل ملكية الأرض التي ستشيد البناية عليها إليه (البند الثاني)، إضافة إلى عدم قبول تسيقات من المشتري (البند الثالث)، وهذا ما سنتطرق إليه في هذا الفرع.

البند الأول: ضمان الالتزام بالإعلام والنصيحة

لقد استحدث هذا الالتزام بموجب القانون 11-04 لضمان حماية فعالة ولازمة لمشتري البناء على التصاميم، من خلال التأكيد على ضرورة إعلام المشتري قصد تقريب مستوى المعرفة بينه وبين المرقى العقاري، إذ أن التزام البائع بالإعلام شرط لحرية المشتري بالاختيار؛ أي تحقيق المساواة بينه وبين المشتري من جانب، ومن جانب آخر فإن عدم العلم أو المعرفة غير الصحيحة (المزيفة) أو غير الكافية تحول دون حرية استقلال القرار لدى المشتري، وعليه فالمرقى العقاري المحترف هو أكثر الأشخاص تمركزاً في إعلام المستهلكين باعتبار أنه يكون في وضع خاص يخوله الإحاطة علماً بالأموال والخدمات التي يقدمها للطرف الآخر (المشتري)، فواجب الإعلام يلقي على عاتق المرقى العقاري في حال الإخلال بالتزامه أمام المشتري المسؤولية التقصيرية،

ومن ثم المطالبة بإبطال العقد إذا كان الإعلام يقع على صفة جوهرية كان الواجب الاطلاع عليها، وقام المرقى بإخفائها عن المشتري عن قصد⁽¹⁾، وهذا في مختلف التشريعات المقارنة.⁽²⁾

وكعادة المشرع الجزائري في تفادي التعريفات تاركاً للفقه مجالاً في تعريفها لم يعرف الالتزام بالإعلام (الإشهار)⁽³⁾ بل اكتفى فقط بالحديث عنه من خلال إلزام المرقى العقاري بتبصير المشتري بكل البيانات والمعلومات المتعلقة بالعقد والآثار المترتبة عليه، وهذا ما يستشف من المادة 07⁽⁴⁾ من المرسوم التنفيذي 12-85 المتضمن دفتر الشروط النموذجي الذي يحدد الالتزامات والمسؤوليات المهنية للمرقى العقاري.

وعليه فيقصد به "كل التزام قانوني يفرض على البائع لصالح المشتري ومضمونه الإفضاء للمشتري بكل ما يجعله على بينة من عيوب المبيع، وإدراكه لخصائصه، وفقاً لضرورات الواقع العملي وما يقتضيه حسن النية"⁽⁵⁾، أو هو: "الالتزام سابق على التعاقد، يتعلق بالالتزام أحد المتعاقدين بأن يقدم للمتعاقد الآخر-عند تكوين العقد-البيانات اللازمة لإيجاد رضاء سليم كامل، ويكون على علم بتفصيلات هذا العقد كافة، وذلك

(1) السيد محمد السيد عمران، الالتزام بالإخبار، المجموعة العلمية للأبحاث القانونية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية مصر، 2000، ص 7. / محمد فرج: ربما، عقد المشورة-دراسة مقارنة لعقد تقديم الاستشارات القانونية والتقنية-، تقديم سامي منصور، المنشورات الحقوقية صادر، بيروت لبنان، 2006، ص 30. / مغيب: نعيم، مرجع سابق، ص 64. / العموري: يوسف، مرجع سابق، ص 62-68.

(2) على سبيل المثال نصت المادة 208 من قانون الموجبات والعقود اللبناني على: "إن الخداع لا ينفى على الإطلاق وجود الرضا لكنه يعيبه، ويؤدي إلى إبطال العقد إذا كان العامل الدافع إليه، والحامل للمخدوع على التعاقد"، وعلى ذلك يعتبر الخداع سبب لإبطال العقد لأنه أحد عيوب الرضا. العموري: يوسف، مرجع سابق، ص 62. / موسى إبراهيم: عبد المنعم، حماية المستهلك-دراسة مقارنة-، تقديم: غسان رباح، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، ط 1، 2007، ص 188. / قرار صادر عن محكمة استئناف بيروت المدنية، رقم (1186) أساس (1313) بتاريخ 16-11-1954، النشرة القضائية، وزارة العدل اللبنانية، السنة الحادية عشرة، 1955، ص 144.

(3) يعود الفضل في نشأة هذا الالتزام إلى القضاء الفرنسي، والذي ألقى على عاتق منتجي وبتاعي السلع والخدمات إعلام المستهلكين بكل المعلومات المتعلقة بالسلع والخدمات، وفي مرحلة لاحقة كرس التشريعات هذا الالتزام بنصوص قانونية صريحة. أبو بكر الصديق: منى، الالتزام بإعلام المستهلك عن المنتجات، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية مصر، 2013م، ص 47.

(4) المادة 7: "يتعين على المرقى العقاري أن تتوفر لديه محلات كافية وملائمة لاستقبال وإعلام زبانه المستقبلين".

(5) السيد محمد السيد عمران، الالتزام بالإخبار، مرجع سابق، ص 27. ويقصد به أيضاً: "الالتزام سابق على التعاقد يتعلق بالالتزام أحد المتعاقدين بأن يقدم للمتعاقد الآخر عند تكوين العقد البيانات اللازمة لإيجاد رضاء سليم كامل متنور على علم بكافة تفصيلات هذا العقد، وذلك بسبب ظروف واعتبارات معينة قد ترجع إلى طبيعة هذا العقد أو صفة أحد طرفيه أو طبيعة محله أو أي اعتبار آخر يجعل من المستحيل على أحدهما أن يلم ببيانات معينة أو يحتم عليه منح ثقة مشروعة للطرف الآخر، الذي يلتزم بناء على جميع هذه الاعتبارات بالالتزام بالإدلاء بالبيانات". تعريف المهدي: محمد الصادق أنظر: أبو عمرو: مصطفى أحمد، موجز أحكام قانون حماية المستهلك، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ط 1، 2011م، ص 47. / زياش: لمياء-بوعشة حدة، النظام القانوني لإعلام المستهلك في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 08 ماي 1945، قالمة، 2016، ص 12.

بسبب ظروف واعتبارات معينة قد ترجع إلى طبيعة أو صفة أحد طرفيه أو طبيعة محله، أو يحتم عليه منح ثقته المشروعة للطرف الآخر الذي يلتزم بناء على جميع الاعتبارات بالالتزام بالإدلاء بالبيانات".⁽¹⁾

ووفقاً لهذا يقع على المرقى العقاري إعلام المشتري بالأسعار والتعريفات وشروط البيع بحكم توافره على المعلومات المتعلقة بالبنائة محل العقد، ولهذا راعى المشرع الجزائري حمايه المشتري من خلال اشتراطه للإعلام خاصة عندما وضع إمكانية تدخل مكاتب الدراسات لضمان إعلام كاف حول المشروع العقاري في الأماكن المخصصة للإشهار في البلدية المختصة إقليمياً قبل أي عرض للبيع، وهذا الإعلام من شأنه أن يزيل خطر التفاوت بين المرقى العقاري والمشتري في مستوى الخبرة والدراسات التقنية المتعلقة بالبنائة، والتي يصعب على المشتري الكشف عنها من تلقاء نفسه⁽²⁾، وإلا تعرض للعقوبات النصوص عليها في المادة 32⁽³⁾ من القانون 02-04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، وهذا كله في إطار حمايه المشتري قبل تمليه الأرض التي ستشيد عليها البنائة.

وأما القضاء الفرنسي فقد أكد في الكثير من أحكامه على أن المدين بالالتزام بالإعلام يكون ملزماً أمام المشتري بجميع المعلومات الجوهرية وغير الجوهرية، الفنية وغير الفنية، البسيطة منها والمعقدة، المتعلقة بالعقد المراد إبرامه، ولا يمكن له أن يدفع المسؤولية عنه في حال أخل بموجب الإعلام، ففي قضيت متعلقة بالإعلام رفضت محكمة الموضوع دعوى المشتريين⁽⁴⁾، واستندت إلى اعتبار أن الوكيل العقاري ما هو إلا شخص عادي، لا يمتلك الخبرة والدراية بالأخشاب، وأنه كان لا يعلم بهذه العيوب الموجودة في العقار، لهذا السبب أعفته المحكمة من المسؤولية اتجاه المشتريين، ثم عرض الأمر على محكمة النقض التي قامت بدورها بإلغاء الحكم معتبرة

(1) موفق حماد: عبد، الحماية المدنية للمستهلك في التجارة الإلكترونية-دراسة مقارنة-، مكتبة السنهوري، توزيع منشورات زين الحقوقية، ط1، 2011، ص94. / المعموري: يوسف، مرجع سابق، ص67. وأنظر: حاج بن علي: محمد، تمييز الالتزام بالإعلام عن الالتزام بالنصيحة لضمان الصفة الخطرة للشيء المبيع، مجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، جامعة حسينية بن بوعلي، الشلف، جوان 2011، ص75.

(2) صبايحي: ربيعة، مرجع سابق، ص75.

(3) المادة 32: "يعتبر عدم الإعلام بشروط البيع، مخالفة لأحكام المادتين 8 و9 من هذا القانون، ويعاقب عليه بغرامة من عشرة آلاف دينار (10.000 دج) إلى مائة ألف دينار (100.000 دج)".

(4) تتلخص وقائع القضية: "إن هناك عدداً من المشتريين قد أبرموا عقد شراء عقار للسكن عن طريق الوكيل العقاري، وبعد إتمام العقد تبين للمشتريين وجود خلل وفساد في الهيكل الخشبي للبناء، وأيضاً أن هناك فشلاً في أرضية العقار؛ بعد ذلك رفع المشتريون دعوى تعويض ضد الوكيل العقاري لإخلاله بالتزامه بالإعلام والمشورة في مواجهتهم، فأثبتت محكمة الموضوع-عن طريق خبيرها المندوب للمعاينة- أن مثل هذه العيوب سهلة الرؤية بالنسبة للمهنيين، وتكون صعبة على الأشخاص العاديين". المعموري: يوسف، مرجع سابق، ص73

أن الوكيل العقاري رغم عدم تخصصه بالأخشاب، لكنه لا يمكن أن يدعي الجهل وعدم الدراية بالعيوب الموجودة في العقار، واعتبرت أن عليه إبلاغ المشتري بهذه العيوب، واعتبرته مقصراً تقصيراً واضحاً أمام المشتري⁽¹⁾، وهذا يعكس مدى حرص المشرع الفرنسي على حماية المشتري من خلال إعلامه بكل شيء متعلق بالبنية محل التشييد.

ويشمل هذا الإعلام مايلي:

أولاً: الإعلان على المشروع العقاري: فيتعين على المرقى العقاري إعلان مشروعه في الأماكن المخصصة للإشهار في البلدية التي يتواجد المشروع المراد إنجازها في دائرة اختصاصها قبل عرضه للبيع طبقاً لنص المادة 41⁽²⁾ من القانون 04-11 سالف الذكر، والمادة 25⁽³⁾ من المرسوم التنفيذي 85-12، كما يتعين عليه الابتعاد عن الإشهار المضلل والكاذب، واستغلال حسن نية المشتري طبقاً لنص المادة 47 ف3⁽⁴⁾ من القانون 04-11 سالف الذكر كل ذلك في إطار حماية المشتري من خلال إبلاغه بالعقد المراد إبرامه والبنية التي سيتم إنجازها، من حيث الموقع والطابق، والمرافق التي توجد فيها، والتمن وكيفية دفعه، والضمانات التي يستفيد منها في إطار إبرامه لهذا العقد.

ثانياً: الإعلام بالوضعية القانونية للقطعة الأرضية التي سيقام عليها البناء: يلتزم المرقى العقاري بإعلام المشتري بكافة المعلومات المتعلقة بالقطعة الأرضية التي ستشيد عليها البنية⁽⁵⁾، لاسيما تلك المتعلقة بأصل

(1) خالد جمال: أحمد، الالتزام بالإعلام قبل التعاقد، دار النهضة العربية، القاهرة مصر، د.ت، ص 285. / المعموري: يوسف، مرجع سابق، ص 73-74.

(2) المادة 41: "يلتزم المرقى العقاري بضمان الإعلام عن مشروعه العقاري في الأماكن المخصصة للإشهار في البلدية المختصة إقليمياً، وذلك قبل أي عرض للبيع".

(3) المادة 25: "يتعين على المرقى العقاري قبل أي عملية بيع أو تسويق لكل أو لجزء من مشروعه ضمان إشهار صادق وواسع بمختلف وسائل الإعلام ولاسيما عن طريق الإعلام المرئي والواضح على مستوى مقره، وفي موقع المشروع العقاري وفي كل الأماكن المخصصة للإشهار على مستوى إقليم بلدية موقع الإنشاء".

(4) المادة 47: "يجب على المرقى العقاري أن يساهم بصفة فعالة في الإثراء الدائم لأخلاقيات المهنة والاحترام الصارم لها. و يجب عليه على وجه الخصوص: ... ف3- عدم اللجوء للإشهار الكاذب أو استغلال، بأي شكل من الأشكال، حسن نية أو ثقة المقتني والسهر على إعلام حقيقي وكامل لشركائه".

(5) يتعرض كل مرقى عقاري لا يعلم المشتري بالبيانات والمعلومات المنصوص عليها في المادة 30 من القانون 04-11 لغرامة من مئتي ألف دينار جزائري (200.000 دج) إلى مليوني دينار جزائري (2000.000 دج).

الملكية وتجزئتها والتي يتأكد من خلالها المشتري بأن الأرض مملوكة للمرقي العقاري وهو ما من شأنه أن يجنبه المشاكل التي كانت معروفة في السابق؛ والتي تتمحور حول بناء المرقيين العقاريين على أراضي لا يملكونها ولم يسووا إجراءات نقل الملكية لهم، إضافة لرخصة التجزئة وكذا الارتفاقات التي تتحملها، كما يطلع على رخصة البناء والتي تبين عدم صدور قرار الهدم للبناء أو أنها مخالفة لتشريعات البناء والتعمير⁽¹⁾، كما يطلع على شبكات المياه الصالحة للشرب ومياه الصرف الصحي التي توجد فيها، وموقعها وحدودها طبقاً لما قضت به المادة 30⁽²⁾ من القانون رقم 04-11، كما يلتزم بضمان صحة المعلومات التي تتضمنها الوثائق والقرارات والعقود التي تتعلق بالعقد المبرم طبقاً للفقرة الرابعة من المادة 47⁽³⁾ من القانون 04-11.

ثالثاً: الإعلام بمواد البناء المستخدمة: ويكون هذا الالتزام في حال الاتفاق على استخدام مواد بناء معينة ولم تكن موجودة في السوق؛ فيكون من واجب المرقي العقاري إعلام المشتري بطبيعة وعلامات مواد البناء التي استعملها أو التي استبدالها قصد تلافي الغش من طرف المرقي العقاري خاصة أثناء ارتفاع أسعارها؛ حيث يلجأ المرقي العقاري إلى استخدام وسائل بناء رخيصة ومغشوشة أو التخفيف من وزنها وحجمها لتحقيق أرباح كبيرة، وفي هذا إخلال بسلامة المشتري وأمنه والمحيط الدائر به.⁽⁴⁾

رابعاً: الإعلام بالمعلومات المتعلقة بنظام الملكية المشتركة: فالمرقي العقاري ملزم بإعلام المشتري بكل البيانات القانونية والتقنية والمالية الخاصة بنظام الملكية المشتركة، والمعلومات الخاصة بأعباء والتزامات المشتري فيما يخص الأملاك المشتركة في المشروع العقاري، وذلك كي تتكون في ملكته صورة فيما يخص حقوقه وواجباته بهذه

(1) صبايحي: ربيعة، مرجع سابق، ص 74. / كنو: لامية، مرجع سابق، ص 124.

(2) المادة 30: "يجب أن يتضمن عقد حفظ الحق عقد 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".
(3) المادة 47 ف 4: "السهر على صحة البيانات والمعلومات الواردة في الوثائق والقرارات والعقود المقدمة لمقتضيات النشاطات قصد تعزيز علاقاته التجارية مع المقتنين المستقبليين".

(4) لعريض: الأمين، حماية المستهلك من الغش في مواد البناء وتداعيات ارتفاع سعرها في السوق، الملتقى الوطني المنافسة وحماية المستهلك، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، يومي 17-18 نوفمبر 2009، ص 80.

الأمالك عند إبرامه عقد بيع البناء على التصاميم⁽¹⁾ طبقاً لنص المادة 61 من القانون 11-04 المتعلق بنشاط الترقية العقارية.⁽²⁾

فقد أولى المشرع الجزائري عناية كبيرة لحماية المشتري في بيع البناء على التصاميم من خلال إعلامه وتبصيره بكل المعلومات التي تتعلق بالأرض والبنائة التي ستشيد على هذه الأرض قبل تملكه إياها وذلك في مرحلة تنفيذ العقد، ولعل قصد المشرع من هذا الإعلام هو حماية المشتري من خطر الوقوع ضحية استغلال أو غلط يكون منبعه المعلومات المتعلقة بالمشروع العقاري والتي تبقى حكرًا عند المرقى العقاري الذي يعد مهنيًا مختصًا في هذا المجال، فمتى كان الإعلام مضللًا باستعمال المرقى العقاري لأساليب الخداع في ترويجه لبيع العقارات تحت التصاميم على المشتري كان لهذا الأخير الحق في إبطال العقد.

البند الثاني: ضمان انتقال ملكية العقار في طور الإنجاز

يقصد بنقل الملكية؛ قيام البائع بكل ما هو لازم لنقل ملكية الشيء صعباً كان أو مستحيلاً طبقاً لما قضت به المادة 361 من القانون المدني الجزائري⁽³⁾، ولهذا يجب على البائع القيام بكل الأعمال الضرورية لنقل ملكية العقار إلى المشتري، كتقديم الشهادات اللازمة للتسجيل، وشطب التكاليف المقررة على العقار المبيع قبل البيع، كما يمتنع عن القيام بكل الأعمال التي قد تعرقل نقل الملكية أو تجعله مستحيلاً، كبيعه قبل شهر العقد وتسجيله إلى مشتري آخر.⁽⁴⁾

وفيما يخص نقل الملكية في عقد بيع البناء على التصاميم؛ فضماناً لحماية المشتري في هذا العقد سعى المشرع الجزائري والفرنسي⁽⁵⁾ والمصري خلافاً للعراقي واللبناني لتقديم جملة من الضمانات تتعلق بنقل الملكية

(1) صبايحي: ربيعة، مرجع سابق، ص75.

(2) المادة 61: " يتعين على كل مرق عقاري إعداد نظام الملكية المشتركة وتوضيح كل البيانات القانونية والتقنية والمالية الخاصة به. ويجب عليه خصوصا توضيح الأعباء والواجبات التي يلتزم بها المقتنون عند الاكتتاب في عقد بيع عقار ما. كما يجب على المرقى العقاري توقع وإنجاز المحلات الضرورية لإدارة الأملاك ومسكن البواب، بعنوان الأجزاء المشتركة".

(3) المادة 361: " يلتزم البائع أن يقوم بما هو لازم لنقل الحق المبيع إلى المشتري وأن يمتنع عن كل عمل من شأنه أن يجعل نقل الحق عسيراً أو مستحيلاً".

(4) السنهوري: عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني-العقود الواردة على الملكية-عقد البيع والمقايضة-، مرجع سابق، ص415-416.

(5) نظم المشرع الفرنسي موضوع نقل ملكية العقار في بيع البناء على التصاميم في المادة 1601 ف2 وف3 من القانون المدني الفرنسي، إذ تقضي المادة 1601 ف3: " البيع بالحالة المستقبلية هو العقد الذي بموجبه ينقل الباع فوراً إلى المشتري حقوقه على الأرض، إضافة إلى ملكية

حتى قبل تشييد البناية؛ وذلك بإعداد عقد البيع على التصاميم في الشكل الرسمي وإخضاعه للشكليات القانونية الخاصة بالتسجيل والإشهار، وهذا ما قضت به المادة 25⁽¹⁾ و34⁽²⁾ من القانون 04-11 سالف الذكر، وعليه فلا تنتقل الملكية في هذا العقد إلا بعد استيفاء إجراءات نقل الملكية.⁽³⁾

فأما المشرع الفرنسي؛ فقد خرج على القواعد العامة في بيع البناء على التصاميم، وهذا يستشف من نص المادة 1601 ف3 سالفة الذكر؛ عندما جعل الملكية تنتقل تدريجياً في هذا النوع من العقود حسب تقدم البناء، حيث يتم نقل الملكية على مراحل، فكلما انتهى البائع من جزء من البناء، انتقلت الملكية إلى المشتري، وكل هذا يصب في حماية المشتري، وهذا ما قضت به محكمة النقض الفرنسية.⁽⁴⁾

وأما المشرع العراقي والبناني فجعل اكتساب ملكية العقار تحت الإنشاء في وقت اكتمال البناء؛ أي إتمام العناصر الجوهرية للعقار محل التعاقد، حتى إذا لم تكن مطابقة للمواصفات المتفق عليها في عقد البيع⁽⁵⁾، وتبقى الملكية للبائع أثناء البناء؛ إذ لا يمكن تصور انتقال الملكية للمشتري بمجرد التعاقد، وهذا مما لا شك فيه أن فيه ضياع لحقوق المشتري باعتبار أن المشرعين العراقي والبناني لم يضعوا أحكاماً خاصة بهذا العقد بل

الأبنية الموجودة، والإنشاءات الآتية تصبح ملكية المشتري تبعاً مع إتمام التنفيذ، ويلتزم المشتري بدفع ثمنها تبعاً لتقدم الأشغال، ويحتفظ البائع بسلطة صاحب العمل حتى تسلم الأشغال". فايز الحاج: شاهين، القانون المدني الفرنسي بالعربية: طبعة دالوز الثامنة بعد المائة بالعربية، ترجمة: ادوارد عيد-بشير بيلاني، جامعة القديس يوسف، بيروت لبنان، 2012، ص1575-1576.

(1) المادة 25: "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 قانوناً في الشكل الرسمي طبقاً للأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها وطبقاً لأحكام هذا القانون".

(2) المادة 34: "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".

(3) لقد سبق التطرق إلى هذه الشكلية في عقد بيع البناء على التصاميم باختصار ضمن الفصل التمهيدي، وعليه سنفصل ما ورد مجملاً. انظر ص 77-81 من هذه الأطروحة.

(4) جاء في قرار محكمة النقض الفرنسية: "إذا تم نقل ملكية الأرض والمباني الموجودة عليها يوم البيع، في حال حصول البيع بالوضع العتيد للإتمام، فلا يسري هذا الانتقال على الإنشاءات غير المنجزة بعد؛ إذ لا يتعلق الأمر بمجرد بيع أرض سيشتد عليها المشتري بناء، إنما ببيع بناء سيشتد على قطعة أرض معينة". قرار صادر عن محكمة النقض الفرنسية، الغرفة المدنية، المؤرخ في 11 تشرين الأول 2000. فايز الحاج: شاهين-دالوز، مرجع سابق، ص1576.

(5) علاء حسين: علي، مرجع سابق، ص115. / دياب: أسعد، القانون المدني العقود المسماة (البيع-الإيجار-الوكالة)، منشورات زين الحقوقية، بيروت لبنان، 2007، ج1، ص139.

جعلاه يخضع للقواعد العامة المنظمة لأي عقد بيع وهذا طبقاً لنص المادة 188⁽¹⁾ من قانون الموجبات والعقود اللبناني.

وعليه يكون المشرع الجزائري قد سار على نهج المشرع الفرنسي؛ فجعل نقل الملكية في هذا العقد تمر على مرحلتين: المرحلة الأولى تبدأ من لحظة شهر العقد، والتي تنتقل بمقتضاها ملكية الرقبة للمشتري، وتشمل الأرض والبناء محل التشييد معاً، فكل جزء منجز أو سيتم إنجازه مستقبلاً فهو يدخل في ملكيته من تاريخ الشهر وليس من تاريخ إتمام الإنجاز⁽²⁾، على أن تتم المرحلة الثانية بعد تمام الإنجاز وتسليم شهادة المطابقة وتسديد كامل الأقساط، وتحرير محضر السليم وتوقيعه وشهره⁽³⁾، وهذا ما سيتم التطرق إليه هنا إضافة إلى مضمون هذا الالتزام، والآثار المترتبة عليه.

أولاً: إجراءات نقل الملكية في عقد بيع البناء على التصاميم: نصت على هذا الإجراء المادة 34 من القانون 04-11 سالف الذكر وذلك بضرورة القيام بالإجراءات التالية.

1- تحرير عقد بيع البناء على التصاميم: لقد ألزم المشرع الجزائري كل من المرقى العقاري والمشتري بإفراغ عقد بيع البناء على التصاميم في شكل رسمي؛ بتحريره أمام الموثق وتضمينه البيانات الإلزامية التي نصت عليها المواد 30 و 37 و 38⁽⁴⁾ من القانون 04-11 المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، وفق النموذج المحدد في المرسوم التنفيذي 13-431 المحدد لنموذج عقد البيع على التصاميم وإلا كان باطلاً، والتي تتمثل في البيانات الثبوتية التي يقدمها المرقى العقاري الخاصة به إن كان شخصاً طبيعياً أو معنوياً، اسمه عنوانه، رقم

(1) فمن خلال نص المادة 188 يتبين أنه يجوز أن يكون موضوع الموجب شيئاً مستقبلياً، ولكن يتأخر انتقال ملكية العقار إلى المشتري بمقدار الوقت التي تستغرقه عمليات البناء في هذا العقد. ناصيف: إلياس، موسوعة العقود المدنية والتجارية-عقد البيع-دراسة مقارنة-، د.د.ن، د.م، 1995، ج8، ص360.

(2) علي بن علي، مرجع سابق، ص81.

(3) بوجنان، نسيم، مرجع سابق، ص77-78.

(4) المادة 30: "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".

المادة 37: "يجب أن يوضح عقد البيع على التصاميم، تحت طائلة البطلان، تشكيلة سعر البيع وأجال الدفع بالنسبة لتقدم الأشغال، كما يجب عليه في حالة تجزئة تسديد المبلغ المتفق عليه، تحديد كيفية ذلك"

المادة 38: "يتم ضبط تسديد سعر البيع في عقود البيع على التصاميم، حسب تقدم أشغال الإنجاز في الحدود المنصوص عليها عن طريق التنظيم، كما يجب ذكر ما إذا كان السعر قابلاً للمراجعة أم لا وفي حالة الإيجاب، يجب ذكر كيفية المراجعة".

الاعتماد... إلخ، إضافة إلى أصل ملكية الأرضية ورقم السند العقاري عند الاقتضاء، ومرجعيات رخصة التجزئة وشهادة التهيئة والشبكات وتاريخ رخصة البناء لحماية المشتري وتجنباً للبنائيات الفوضوية⁽¹⁾، إضافة إلى بيانات الموثق وطرفي العقد، والسعر التقديري وكيفية مراجعته ودفعه (تحديد الأقساط)، وآجال التسليم وعقوبات التأخير⁽²⁾، وكيفيات الحيازة التي تكون بموجب محضر، وكذلك كيفيات الفسخ، وبيان الالتزامات المتعلقة بتسيير الملكية المشتركة للعقار المبيع، والنصوص التي تسيير العقد، ووصف البناية ومشمولاتها، وتقديم الضمانات، مع إرفاقها بالوثائق المرجعية التي تكون حسب نوع العقار المبيع (بناية جماعية أم فردية).⁽³⁾

ولعل مقصد المشرع الجزائري من تضمين هذا العقد كل هذه الشروط بهذا التفصيل هو حماية المشتري؛ إذ أنه بهذه البيانات يُرفع اللبس عن المشتري؛ وذلك بعلمه بكل ما يتعلق بالبناية المراد اقتنائها، مما يضمن له مراقبة مدى تقدم الأشغال، ومدى مطابقتها البناية عند تسلمها لما هو وارد في العقد؛ إذ أن تحرير العقد أمام الموثق هو في حد ذاته ضمان للمشتري، باعتبار أن الموثق مكلف بمهمة تقديم توضيحات ونصائح حول العقد مما يجنب المشتري من الوقوع ضحية لاستغلال المرقى العقاري، وفي نفس الوقت يضمن هذا الموثق مطابقة العقد للقانون، وعليه فالرسمية من شأنها ضمان استقرار المعاملات، وتفادي النزاعات.

غير أن الواقع أثبت تنصل كثير من الموثقين من مسؤولية تقديم التوضيحات والنصائح حول العقد للمشتريين، وهذا نظراً للعلاقة التي تربطهم بالمرقنين العقاريين باكتتاب العقود لديهم وتعاملهم الدائم معهم مما يدر عليهم أرباحاً تجعلهم يخرجون عن نطاق المسؤولية الموكلة على عاتقهم، فكان على المشرع الجزائري أن يخضع الموثق للرقابة من حيث كونه قد التزم بالإعلام للمشتري حول وضعيته، كما يجب عليه دائماً أن يقدم نصائح للمرقى العقاري خاصة ما تعلق بالتنبيهات حول عقوبات التأخير التي يمكن أن تطاله.

(1) مسكر: سهام، التزامات المرقى العقاري المترتبة على بيع السكنات الترقية، مرجع سابق، ص 118. / بوستة: إيمان، مرجع سابق، ص 77.

(2) انظر: المادة 3-4-5 من المرسوم التنفيذي 13-431 المحدد لنموذجي عقد حفر الحق وعقد البيع على التصاميم للأمولاك العقارية، وكذا حدود سعر الملك موضوع عقد البيع على التصاميم ومبلغ عقوبة التأخير وآجالها وكيفيات دفعها.

(3) انظر: المرسوم التنفيذي 13-431 المحدد لنموذجي عقد حفر الحق وعقد البيع على التصاميم للأمولاك العقارية، وكذا حدود سعر الملك موضوع عقد البيع على التصاميم ومبلغ عقوبة التأخير وآجالها وكيفيات دفعها. / مسكر: سهام، بيع العقار بناءً على التصاميم، مرجع سابق، ص 50. / بوستة: إيمان، مرجع سابق، ص 78. / ويس: فتحي، مرجع سابق، ص 70. / قاشي: علال، مرجع سابق، ص 285.

2- تسجيل عقد بيع البناء على التصاميم: فبالإضافة إلى ما تم التطرق إليه في الفصل التمهيدي في الشكلية، وعلى غرار التشريعات المقارنة⁽¹⁾، فلا بد للموثق أن يقوم بعد تحرير العقد من تسجيله في مصلحة التسجيل المختصة قانوناً وفق القواعد المعمول بها في التصرفات الواردة على العقار، ويتميز عقد بيع البناء على التصاميم من إعفائه من رسوم التسجيل والطابع، ورسم الإشهار العقاري طبقاً للمادة 258 من قانون التسجيل في فقرتها 4-5⁽²⁾، ولعل هدف المشرع من هذا الإعفاء هو تشجيع عمليات الترقية العقارية، وتحفيز الراغبين في اقتناء السكن من أجل إبرام عقود الترقية العقارية بصفة عامة، وعقد بيع البناء على التصاميم بصفة خاصة، لأنه غالباً ما تكون رسوم التسجيل عائقاً أمام الراغبين في شراء السكن، مما يجعل المتعاقدين - وتهرباً من هذه الرسوم - يصرحون بثمن صوري أمام الموثق، وبالتالي يمكن اعتبار هذا الإعفاء آلية من آليات الحماية التي قررها المشرع للمشتري.⁽³⁾

3- شهر عقد بيع البناء على التصاميم: ولكي يرتب عقد بيع البناء على التصاميم آثاره القانونية لابد من شهره بالمحافظة العقارية المختصة إقليمياً طبقاً لنص المادة 34 من القانون 04-11 سالف الذكر، ويقوم بالشهر الموثق نيابة عن البائع طبقاً لنص المادة 10⁽⁴⁾ من قانون التوثيق 06-02⁽⁵⁾، ولعل هدف المشرع

(1) لقد اشترطت مختلف التشريعات المقارنة الشكلية في العقود، ومن ذلك القانون المدني العراقي فقد نص عليها في المواد 90-508-1126 خاصة ما تعلق بالتسجيل، ونفس الشيء بالنسبة لقانون الموجبات والعقود اللبناني في المادة 393 منه، والقانون المدني المصري في المادة 934 منه والمادة 9 من قانون تنظيم الشهر العقاري، حيث اعبوا العقد باطلاً في حالة لم يستوفي الشكلية؛ أي أن الحقوق العينية لا تنتقل بين المتعاقدين إلا بعد تسجيلها وفق ما هو معمول به في القانون، غير أن التشريع اللبناني والمصري يختلف عن العراقي في كون أن المشرع اللبناني والمصري اعتبرا التسجيل شرطاً لانتقال الملكية؛ أي أن العقد ينعقد وينتج آثاره، بينما المشرع العراقي يرى أن التسجيل ركن لانعقاد العقد؛ بحيث رتب على تخلفه البطلان. الدحود: سالم حماد شعبان، الطبيعة القانونية للتسجيل وأثر تخلفه في البيع العقاري - دراسة مقارنة -، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، مصر، 1997، ص 266. / كركي: مروان، سامي: منصور، الأموال والحقوق العينية، د.د.ن، د.م، ط 2، 1999، ص 307-308. / دياب: أسعد، مرجع سابق، ص 142-143. / ناصيف: إلياس، مرجع سابق، ص 341-342. / المعموري: يوسف، مرجع سابق، ص 117-123. / السنهوري: عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد - نظرية الالتزام بوجه عام -، مرجع سابق، ج 1، ص 419.

(2) المادة 258 ف 5: "تعفى أيضاً من رسم نقل الملكية لقاء عوض حسب المعدل 10% المشار إليه أعلاه، العقود المتضمنة بيع شقق موجودة في عمارات جماعية ومبنية ضمن نطاق التوفير من أجل البناء من قبل مكتب الترقية والتسيير العقاري للولاية إلى الموفرين".

(3) تسمية: أعمار، مرجع سابق، ص 131.

(4) المادة 10: "يتولى الموثق حفظ العقود التي يجرها أو يتسلمها للإيداع ويسهر على تنفيذ الإجراءات المنصوص عليها قانوناً لا سيما تسجيل وإعلان ونشر وشهر العقود في الآجال المحددة قانوناً".

(5) القانون رقم 06-02 المؤرخ في 20 فبراير 2006 المتضمن تنظيم مهنة التوثيق. (الجريدة الرسمية، العدد 14).

من إقرار شهر هذا العقد رغم أنه لم ينجز بعد هو ترتب آثاره القانونية من انتقال الملكية إلى المشتري، والاحتجاج بها في مواجهة الغير، وهذا هو لب الضمان المقرر في هذا الإجراء لحماية المشتري.

ثانياً: وقت انتقال الملكية في عقد بيع البناء على التصاميم: لقد اختلف فقهاء القانون حول وقت انتقال الملكية في عقد بيع البناء على التصاميم؛ فذهب البعض إلى القول بأن الملكية تنتقل بمجرد إبرام العقد، وقال آخرون أنها لا تنتقل إلا من تاريخ شهر العقد في المحافظة العقارية، غير أن الرأي السديد هو ما ذهب إلى التوسط بين الرأيين والذي مفاده أن الملكية في هذا العقد تنتقل تدريجياً؛ ذلك أن الملكية العقارية في عقد بيع البناء على التصاميم تنتقل بالشهر وفقاً للإجراءات العادية التي تنظم نقل الملكية، غير أن الملكية في الحقيقة لا تنتقل كاملة إلى المشتري بمجرد إبرام العقد وشهره، لأن البناية محل العقد لم تنجز بعد، ولم تسلم إلى المشتري وإلا كان البيع بيعاً عادياً، وإنما ينتقل فقط حق التصرف أو ما يسمى بملكية الرقبة دون حق الانتفاع، وهذا ما يفهم من المادة 28⁽¹⁾ من القانون 04-11 سالف الذكر-موازاة مع تقدم الأشغال-.

ثالثاً: مضمون الالتزام بعقد بيع البناء على التصاميم: ويقصد بمضمون الالتزام هنا الحقوق التي يلتزم المرقى العقاري بنقلها إلى المشتري في عقد بيع البناء على التصاميم، طبقاً لما قضت به المادة 28 من القانون 11-04 سألقة الذكر، والتي يفهم منها أن الالتزام بنقل الملكية يشمل نقل ملكية الأرض التي ستشيد عليها البناية والبنائة في حد ذاتها.

1-نقل ملكية الأرض: فيلزم المرقى العقاري بنقل ملكية الوعاء العقاري التي ستشيد عليه البناية إلى المشتري وذلك وفق الإجراءات القانونية المعمول بها، لذلك يجب عليه تقديم كل ما يثبت ملكيته لهذه الأرض بالطرق القانونية التي تثبت الملكية العقارية طبقاً لما قضت به المادة 40⁽²⁾ من القانون 11-04 المتعلق بنشاط الترقية العقارية.

(1) المادة 28: "عقد البيع على التصاميم لبنائة أو جزء من بناية مقرر بناؤها أو في طور البناء، هو العقد الذي يتضمن ويكرس تحويل حقوق الأرض وملكيتها البنابات من طرف المرقى العقاري لفائدة المكتب موازاة مع تقدم الأشغال. وفي المقابل، يلتزم المكتب بتسديد السعر كلما تقدم الإنجاز".

(2) المادة 40: "يجب أن يكون بيع الأرضيات الواجب بناؤها من طرف مرقى الأوعية العقارية المخصصة للبناء، موضوع عقد يتم إعداده قانوناً في الشكل الرسمي، طبقاً للأحكام التشريعية السارية وكذا أحكام هذا القانون، ويجب أن يتم إعداد هذا العقد بالرجوع إلى عقد التعمير مع ذكر حقوق البناء على الأرضية العقارية موضوع الصفقة".

2-نقل ملكية البناءات: لقد عرفت المادة 03 ف1 من القانون 11-04 البناءات بقولها: "البناء: كل عملية تشييد بناية و / أو مجموعة بنايات ذات الاستعمال السكني أو التجاري أو الحرفي أو المهني"⁽¹⁾، وعليه يلتزم المرقي العقاري بنقل ملكية هذه البناءات إلى المشتري حتى ولو لم ينجزها بعد، وضماناً لذلك وضع المشرع مجموعة من الآليات والضمانات تسعى كلها لحماية المشتري وتمكينه من حقه في ملكية البناءات والأرض التي ستشيد عليها، وأهمها أن يثبت المرقي العقاري أصل ملكية الأرض، وأن يشار في عقد بيع البناء على التصاميم إلى البيانات⁽²⁾ المتعلقة بأصل الملكية، بالإضافة إلى ضرورة حصوله على الرخص، والشهادات العمرانية كرخصة البناء⁽³⁾، رخصة التجزئة، شهادة التهيئة والشبكات وغيرها من الرخص.⁽⁴⁾

رابعاً: الآثار المترتبة عن انتقال الملكية في عقد بيع البناء على التصاميم: يترتب عن نقل الملكية من المرقي العقاري إلى المشتري في عقد بيع البناء على التصاميم ما يلي:

1- ملكية الشيء ذاته: فبمجرد استيفاء إجراءات نقل الملكية في عقد بيع البناء على التصاميم يصبح المشتري مالكا للأرض التي ستشيد عليها البناية، ومالكاً للبناية في حد ذاتها، ولو لم يتم إنجازها⁽⁵⁾، إضافة إلى

(1) القانون رقم 11-04 المؤرخ في 14 ربيع الأول عام 1432 الموافق 17 فبراير سنة 2011، المحدد لقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية (ج.ر، العدد 14، ص5).

(2) بمقارنة البيانات الواجب إدراجها في العقد التمهيدي طبقاً للقانون الفرنسي مع تلك النصوص المنصوص عليها في القانون الجزائري يتضح عدم وجود اختلاف بينهما باستثناء البيان المتعلق بالتاريخ الذي سيتم فيه تحرير العقد النهائي الذي انفرد باشرطه القانون الفرنسي دون الجزائري، ولا شك أن موقف المشرع الفرنسي فيه ضمان أكبر لصاحب حفظ الحق. زوية: عز الدين، خصوصية عقد بيع العقار على التصاميم عن عقد البيع العادي-عقد بيع عقار موجود وقت التعاقد-، مجلة الحقوق والحريات، عدد تجربي، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2013، ص56. وانظر: المادة 261-15 والمادة 261-25 إلى 27 من قانون البناء والإسكان الفرنسي.

(3) رخصة البناء هي قرار إداري صار عن السلطة المختصة قانوناً، تمنح بمقتضاه الحق للشخص طبيعياً أو معنوياً بإقامة بناء جديد أو تغيير بناء قائم قبل البدء في أعمال البناء التي يجب أن تحترم قوانين قانون العمران، وعليه تعتبر رخصة البناء أكبر ضماناً على ملكية البائع للوعاء العقاري الذي سيقام عليه البناء، وهي أيضاً حماية للمشتري من احتمال قيام البائع ببيع عقار غير مرخص ببنايته أصلاً يعرضه إلى هدم العقار، ففرض الرخصة قبل البناء من أجل ألا يفسح المجال لإقامة أبنية دون رخص ووضع الإدارة أمام أمر واقع لإجبارها على منح تراخيص بعد ذلك. أنظر: عزري: الزين، إجراءات إصدار قرارات البناء والهدم في التشريع الجزائري، مجلة الفكر، العدد 3، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة، مارس 2007، ص12. / بوستة: إيمان، مرجع سابق، ص74-75. / بلجراف: سامية، مرجع سابق، ص573-574.

(4) لعبيدي: خيرة، التوازن العقدي أثناء نقل الملكية في عقد البيع بناء على التصاميم في التشريع الجزائري، مجلة القانون والمجتمع، مجر القانون والمجتمع، جامعة أدرار، العدد 7، جوان 2016، ص254-258.

(5) كتو: لامية، مرجع سابق، ص110.

ملحقات العقار⁽¹⁾ طبقاً لنص المادة 676 من القانون المدني الجزائري⁽²⁾، وهذه الملحقات يمكن أن تكون في عقد بيع البناء على التصاميم مرآب أو حديقة، إلى غير ذلك من الملحقات التي تلحق بالبنائة، ويشترط أن يتم ذكرها في عقد بيع البناء على التصاميم.⁽³⁾

2-الحق في التصرف: فالمشتري في عقد بيع البناء على التصاميم الحق في ملكية الرقبة أو بما يسمى بالتصرف في البناية محل العقد بمجرد انتقال الملكية إليه، فله أن يبيعه أو يهبه أو يجسه وغير ذلك من التصرفات القانونية حتى ولو لم تنجز البناية بعد.

3-الحق في طلب قرض عقاري مقابل رهن العقار محل عقد بيع البناء على التصاميم: يلجأ المشتري المستفيد لهذا الطلب في حالة ما إذا لم تكف مدخراته المالية لدفع بقية الدفعات الواجبة عليه في الآجال القانونية المحددة بلجوهه إلى البنوك من أجل الحصول على قرض عقاري يمكنه من تسديد دفعاته ومقابل لذلك يرهن العقار في طور الإنجاز كضمان لهذا الغرض، ويجرر عقد الرهن نفس الموثق الذي حرر عقد بيع البناء على التصاميم، الذي يقيد ويشهر في نفس الوقت مع هذا العقد⁽⁴⁾، وهدف المشرع من ذلك تشجيع عمليات الاستثمار وتسهيل إجراءات تمويل مشاريع إنجاز السكنات والمحلات التجارية، وفي نفس الوقت مكّن المواطن من الحصول على مسكن دون عراقيل وصعوبات.⁽⁵⁾

وتجدر الإشارة إلى أن البنك يقوم بدفع الثمن إلى المرقى العقاري على شكل دفعات حسب تقدم أشغال البناء شريطة تقديم شهادة تثبت نسبة تقدم الأشغال من قبل المرقى العقاري.⁽⁶⁾

(1) يقصد بملحقات العقار: "كل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال الشيء طبقاً لما تقتضيه طبيعة الأشياء والعرف وقصد المتعاقدين كحقوق الارتفاق والعقار بالتخصيص. السنهوري: عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني-العقود الواردة على الملكية-عقد البيع والمقايضة-، مرجع سابق، ص423.

(2) المادة 676: "ملاك الشيء الحق في كل ثماره ومنتجاته وملحقاته ما لم يوجد نص أو اتفاق يخالف ذلك".

(3) كتو: لامية، مرجع سابق، ص110.

(4) بردان: رشيد، البيع على التصاميم، دراسة في قانون 93-03، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة جيلالي ليايس، سيدي بلعباس، 2005م، ص233.

(5) كتو: لامية، المرجع السابق، ص110.

(6) بردان: رشيد، المرجع السابق، ص233.

4- حق التعويض في حال نزع الملكية للمنفعة العامة: لقد أقر هذا الأمر المشرع الجزائري في المادة 677 ف2 من القانون المدني الجزائري باعتبار أن المالك في عقد بيع البناء على التصاميم هو المشتري المستفيد، فإن حق الاستفادة من التعويض المقرر في حال نزع الملكية للمنفعة العامة من طرف الدولة يكون من حق المالك المستفيد وليس المرقى العقاري.

وبهذا يكون المشرع قد حمى المشتري في عقد بيع البناء على التصاميم من أن يقع ضحية من خلال إعداد عقد البيع على التصاميم في الشكل الرسمي وإخضاعه للشكليات القانونية الخاصة بالتسجيل والإشهار، مما تمخض عنه اكتساب المشتري لمجموعة من الحقوق تتعلق بهذه الملكية كحق التصرف وغيره.

البند الثالث: ضمان عدم قبول التسبيقات والسندات

يلتزم المرقى العقاري بعدم المطالبة أو قبول أي تسبيقات أو سندات تجارية مهما كان شكلها قبل توقيع عقد بيع البناء على التصاميم طبقاً لما نصت عليه المادة 42⁽¹⁾ من القانون 11-04، ويكمن هدف المشرع من ذلك هو ضمان عدم استغلال المرقى العقاري للمشتريين في إطار عقد بيع البناء على التصاميم، فالواقع العملي يثبت انتقال أشخاص صفة المرقى العقاري؛ مما جعلهم يسلبون مبالغ مالية ضخمة من مواطنين عيبتهم الوحيد أنهم أرادوا امتلاك سكن يليق بهم ويأويهم⁽²⁾، من خلال تقديم مبالغ مالية دون الحصول على أية وثيقة تثبتها، أو قد يطلب المرقى العقاري تسبيقات أو دفعات قبل تحرير عقد بيع البناء على التصاميم مقابل وصل أو مقررات استفادة لا قيمة قانونية لها.⁽³⁾

(1) المادة 42: "لا يمكن المرقى العقاري أن يطالب ولا أن يقبل أي تسبيق أو إيداع أو اكتتاب أو قبول سندات تجارية مهما كان شكلها، قبل توقيع عقد البيع على التصاميم أو قبل تاريخ استحقاق الدين".

(2) السجن بين شهرين وستين للمرقين المتلاعبين بالزبائن. س. بلعمري، جريدة الشروق، 06/09/2010، العدد 3048، ص 5. / التحقيق في مشاريع المرقين العقاريين الخواص، حيث كشف السيد ميلود دهال المدير العام لصندوق الضمان والكفالة المتبادلة في الترقية العقارية بضرورة التأكد من اكتتاب لدى هذا الصندوق لعدم الوقوع ضحايا لمشاريع وهمية. ع. سعاد، جريدة الوطن، 20/11/2005، ص 4. / منات المواطنين وقوعوا ضحايا المرقين العقاريين في ست ولايات. رياض سامر، جريدة الخبر، 30/10/2007، العدد 5155، ص 7. مسكر: سهام، التزامات المرقى العقاري المترتبة على بيع السكنات الترقية، مرجع سابق، ص 79.

(3) ولا يحق للمشتري المطالبة بالتنفيذ، فله الحق فقط في استرداد هذه المبالغ المدفوعة فقط باعتباره التزام شخصي غير مؤسس قانوناً، وهذا عملاً بالحكم العقاري الصادر عن محكمة ورقلة، رقم القضية 2288/10 المؤرخة في 09/01/2011.

وقصد حماية المشتري أكثر قيد المشرع الجزائري تقديم الأقساط أو الدفعات المشككة للثمن في عقد بيع البناء على التصاميم بشرطين: أولهما يتمثل في وجوب إبرام عقد بيع البناء على التصاميم أو حلول تاريخ استحقاق الدين، وثانيهما يكمن في وجوب اكتتاب ضمان لدى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة كما سبق الإشارة إليه في المبحث الأول، وهذا طبقاً لنص المادة 42 سالف الذكر والمادة 19⁽¹⁾ من المرسوم التنفيذي 85-12 المحدد لدفتر الشروط النموذجي الذي يحدد الالتزامات والمسؤوليات المهنية للمرقي العقاري.

البند الرابع: ضمان الالتزام بالاستعانة بمقاول وتسيير مشروع البناء

لقد استحدث هذا الالتزام بموجب القانون 04-11، فهدف المشرع من وراء استعانة المرقي العقاري بمقاول هو تحديد مهامه وحصرها في مجال تسيير المشاريع العقارية دون تشييدها وبنائها بنفسه طبقاً لنص المادة 16⁽²⁾ من القانون 04-11، إضافة إلى تنظيم وتسيير الأدوات والأجهزة الضرورية لإدارة الأملاك العقارية، وتحمل عبئ نفقات ومصاريف صيانة أي عنصر من عناصر تجهيزات تلك الأملاك والمنشآت العقارية، والسهر على الإعداد والإشراف على نظام الملكية المشتركة، ومراقبتها باستمرار، وصيانة مكوناتها وفقاً لما يقتضيه التشريع في هذا الشأن؛ كوضع قواعد لإصلاح شبكات الإنارة المشتركة، وتجهيز السلام والمصاعد، والمساهمة في توفير المساعدات التقنية اللازمة لتشغيل أجهزة الأملاك المشتركة،⁽³⁾ إضافة على تسيير المشاريع العقارية الفردية من خلال تحديد مختلف الأعباء التي يتوجب على المشتري دفعها⁽⁴⁾، وهذا فيه ضمان

(1) المادة 19: " يتعهد المرقي العقاري في إطار نشاطه بعد الاستلام من المقتنين أي دفع ودفع جزئي و/أو تسبيق، بأي شكل من الأشكال، إذا كان ذلك غير مفروض وغير ناتج عن إعداد تام لعقد البيع أو البيع على التصاميم أو الحجز، كما نصت عليه أحكام القانون رقم 11-04".

(2) المادة 16: "كل شخص طبيعي أو معنوي يبادر بمشروع عقاري معد للبيع أو الإيجار، ملزم بالاستعانة بخدمات مقاول مؤهل قانوناً حسب أهمية المشروع العقاري، وتؤسس العلاقة بين الطرفين بعقد مقاول يبرم بعد الحصول على عقود التعمير المطلوبة".

(3) طبقاً لنص المادة 61 من القانون 04-11 يلتزم المرقي العقاري بتحديد الأجزاء الخاصة التي يتمتع بها المشتري؛ وهي تبليط الأرض وتغطية الأسقف والحدائق باستثناء الجدران الأساسية في البناء، وكذا الحواجز الداخلية وأبوابها والنوافذ، قضبان النوافذ، الحواجز الحديدية والخشبية للشرفات، الطلاء الداخلي للجدران وكذا الأنابيب الداخلية ومنحنيات التوصيل الخاصة بالحنفيات واللوازم المتصلة بها، وإطار المدان، والخزائن الجدارية، والأدوات الصحية للحمامات، كالمغسلة والمرحاض وأجهزة التدفئة وتسخين المياه، التي يمكن أن توجد داخل الحصة الخاصة دروازي: عمارة، آليات إدارة الملكية المشتركة وحمايتها في التشريع الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية - تخصص قانون عقاري - كلية الحقوق، جامعة الحاج لخضر، باتنة، د.ت، ص 29.

(4) كتبو: لامية، مرجع سابق، ص 127.

وحماية للمشتري من تمصل المرقى العقاري في حالة وقوع أي خلل بتجهيزات ووسائل البناية، فتمليك العقار يقتضي ضمان تسيير مشروع البناء وتمليك أجزائه المشتركة.

الفرع الثاني: ضمانات تتعلق بإنجاز العقار

يعتبر الالتزام بإنجاز العقار من أهم الالتزامات التي يترتبها عقد بيع البناء على التصاميم على عاتق المرقى العقاري، لدرجة أن بعض التشريعات المقارنة جعلته محور تعريف هذا العقد⁽¹⁾، وذلك لأنه في حالة عدم الوفاء به من جانب البائع يستحيل الحديث عن باقي الالتزامات الناشئة عن هذا العقد، لأن الوفاء بها لا يثار إلا في حالة وجود العقار محل البيع في حين أن الالتزام بالتشييد يبدأ مصاحباً للعقد منذ توقيعه إلى حين إنهاء الإنجاز.⁽²⁾

فبموجب عقد بيع البناء على التصاميم يلتزم المرقى العقاري -سواء بنفسه أو بواسطة المقاولين تحت إشرافه- بإنجاز البناية محل العقد في الآجال ووفق المواصفات المتفق عليها، وضمن المقاييس والمعايير المبنية بالتصاميم الهندسية، وطبقاً لضوابط البناء العامة والخاصة المنصوص عليها في قواعد التهيئة والتعمير، ولعل هدف المشرع من وراء هذا الالتزام هو حماية المشتري، وإحاطة هذا النوع من البيوع بضمانات لإتمام إنجاز البناء في الوقت المحدد وبالمواصفات المتفق عليها، وعلى هذا قسمت هذا الفرع إلى ضمانات تتعلق بتشييد البناء وبحسن الإنجاز، وضمانات تتعلق بمدة الإنجاز.

البند الأول: ضمانات تتعلق بالإنجاز في حد ذاته -مواصلة البناء وإنهائه ومطابقتها-

⁽¹⁾ مثل المشرع الفرنسي في المادة 1601 نقلا عن:

malinvaud philippe, jestaz philippe: droit de la prmotion immobilière, 6ème dition, dalloz, paris, 1995, p257.

Gross Bernard, Philippe bihr; contrat-vente civiles et commerciales beaux d'habitation, beaux commerciaux, p.u.f, paris, 1993, p117.

⁽²⁾ بلجراف: سامية، مرجع سابق، ص575.

لقد استحدث هذا الضمان بموجب القانون 11-04 المحدد لقواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية، إذ يلتزم المرقى العقاري سواء في التشريع الجزائري أو الفرنسي⁽¹⁾ أو المصري من خلال ذلك بإتمام إنجاز البناء.

فأما التشريع الفرنسي فقد نبه على أهمية الالتزام بالبناء وإنجازه لدرجة أنه جعله محور تعريف عقد بيع العقار المقرر بناؤه⁽²⁾ طبقاً للفقرة الأولى من المادة 1601 من القانون المدني الفرنسي، والتي نصت على: "عقد بيع العقار المقرر بناؤه، هو العقد الذي يلتزم بموجبه البائع ببناء عقار خلال المدة التي يحددها العقد"⁽³⁾، إلى حد أن اعتبر جانب من الفقه الفرنسي بأن الالتزام بإقامة البناء ليس إلا التزاماً بالتسليم، وقد أخذ التشريع العراقي واللبناني بنفس الشيء.⁽⁴⁾

أما المشرع الجزائري فالزم المرقى العقاري بإتمام الإنجاز وإنجاز البناء وفق المواصفات والشروط المتفق عليها في عقد بيع البناء على التصاميم⁽⁵⁾، ولقواعد البناء والتعمير، وللتصميم المعد من قبل المهندس المعماري، ودفتر الشروط ونظام الملكية المشتركة الذي أشارت إليه عقود البيع، إضافة إلى استخدام مواد البناء المذكورة في

(1) يثار النزاع في القانون الفرنسي في اعتبار بعض الأعمال من قبيل عدم المطابقة أو من قبيل العيوب الخفية، ولهذا اعتبرت محكمة النقض الفرنسية عمل سقف مائل لا يوافق الطراز التقليدي للمنطقة يشكل عيب خفي في البناء، في حين يرى البعض أن الخلل هنا يشكل عدم المطابقة الظاهرة، وتوجد حالات أخرى أيضاً تشكل صعوبة كحالة تركيب سخان بطريقة غير كافية وخطيرة والعزل الصوتي، وما يلاحظ أن المشرع الفرنسي قد أدخل هذا الأخير ضمن ضمان الأعمال على الوجه الأكمل طبقاً لنص المادة 7 من قانون 7 جانفي 1978، والمادة 1792 ف7 من القانون المدني الفرنسي.

(2) سعيد النمر: هدى، القيود التي ترد على تصرفات مالك المبنى المقسم إلى شقق وطبقات، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، مصر، 1989، ص 109. / الجارحي مشعل: مصطفى عبد السيد، ملكية الشقق في القانون المصري- دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي-، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1976، ص 203-204.

(3) Article 1601-1 (la vente d'immeuble construire est celle par laquelle le vendeur's oblige à édifier un immeuble dans un délai détermine par le contrat).

(4) فالتشريع العراقي نص على ذلك في المادة 127 ف1 من القانون المدني العراقي، يقابلها نص المادة 341 من قانون الموجبات والعقود اللبناني، وذلك من خلال التزام البائع بإقامة البناء ضمن المدة المتفق عليها حتى يتمكن المشتري من تملك العقار المتعاقد عليه وفق الشروط والمواصفات المنصوص عليها في العقد، ولا يكون ذلك إلا إذا كان محل الالتزام ممكناً. المعموري: يوسف، مرجع سابق، ص 99. / علاء حسين: علي، مرجع سابق، ص 84-85. / إبراهيم عثمان: بلال، مرجع سابق، ص 136.

(5) عرفت المادة 3 ف14 من القانون 11-04 الإتمام الكامل للأشغال بقولها: "الإتمام الكامل للأشغال: رفع التحفظات التي تم إبدائها على إثر الاستلام المؤقت للأشغال وإصلاح عيوب البناء الملاحظة وذلك قبل الاستلام النهائي للمشروع العقاري". ويتضح من هذا النص أن العقار المبني يكون مكتملاً بعد الانتهاء من كل الأشغال الضرورية لإتمام البناء، والذي يتوجب بمحضر يتم إعداده والتوقيع عليه بين المرقى العقاري والمقاول الذي كل بإنجاز مشروع البناء، وهذا ما يسمى بالاستلام المؤقت، ثم رفع التحفظات التي أبدت من طرف المرقى العقاري على إثر استلامه للأشغال، وقيام المقاول بإصلاح عيوب البناء الملاحظة وذلك قبل الاستلام النهائي للمشروع العقاري من طرف المرقى العقاري. عياشي: شعبان، مرجع سابق، ص 165-166.

العقد، واحترام الأصول الفنية في البناء⁽¹⁾، وكذا لرخصة البناء، إلى غاية أن تتجسد بشهادة المطابقة، والتي تعد وثيقة إدارية تعدها الإدارة المختصة تثبت إنجاز أشغال البناء طبقاً للتصاميم المصادق عليها وفقاً لبنود وأحكام رخصة البناء⁽²⁾، وهذا طبقاً لنص المادة 39⁽³⁾ من القانون 04-11، والتي يلزم البائع بعد ذلك بإيداعها لدى مكتب التوثيق بمجرد أن يتسلمها من مصالح التعمير المؤهلة، ولا تعد شهادة المطابقة إلا مطابقة إدارية لمدى احترام القواعد والأصول التقنية والفنية في عملية البناء والتعمير دون النظر في مدى المطابقة بين المبنى المنجز فعلاً وذلك المتفق على مواصفاته بموجب العقد⁽⁴⁾، والهدف من شهادة المطابقة في هذه الحالة هو حماية المشتري الجاهل بأصول البناء والتعمير من كل تحايل أو مخالفة للتصاميم وقواعد البناء من طرف المتعامل في إطار الترقية العقارية، وبالتالي فشهادة المطابقة⁽⁵⁾ هي قرينة على أن البائع قد نفذ التزاماته بالبناء، وتنقض هذه الشهادة بمجرد معاينة المشتري لوجود اختلال بين في صفات المبنى المتعاقد عليه والمبنى المنجز⁽⁶⁾.

وعليه فعدم مطابقة المواصفات تشمل بهذا المعنى أي تغيير في الشكل العام للعقار محل البيع، أو موقعه؛ كالطرق المؤدية إليه، أو الحدائق التي تحيط به، والمساحة الكلية للبناء، وعدد الغرف المتفق عليها إلى غير

(1) عياشي: شعبان، مرجع سابق، ص 173. / السيد محمد السيد عمران، عدم المطابقة في بيع العقارات تحت التشييد، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية مصر، 1994، ص 16.

(2) سي يوسف: زاهية حورية، النظام القانوني لعقد البيع على التصاميم، مرجع سابق، ص 72-73.

(3) المادة 39: " في حالة عقد البيع على التصاميم، لا يمكن حيازة بناية أو جزء من بناية من طرف المقتني إلا بعد تسليم شهادة المطابقة المنصوص عليها في القانون رقم 90-29 المؤرخ في أول ديسمبر سنة 1990 والقانون رقم 08-15 المؤرخ في 20 يوليو سنة 2008، والمذكورين أعلاه".

(4) ومن الأعمال التي تكون غير مطابقة في نظر القضاء الفرنسي تغطية الأرض، إحكام السد وحبل رخو، وعدم احترام احتياطات الحريق، انخفاض مستوى البناء والمسافة الضعيفة إزاء الجيران، وسوء تغطية سقف المرآب وسقف مائل مخالف، والجناح بالبلاستيك وليس بالخشب وغيرها. عياشي: شعبان، المرجع السابق، ص 178-181.

(5) تقوم لجنة المراقبة المختصة بالتحقق ميدانياً من خلال معاينة مدى مطابقة الأشغال لأحكام رخصة البناء، وقواعد البناء والتعمير، وفي حالة ثبوت المطابقة تحوز محضر المطابقة، أما إذا تبين العكس بعدم المطابقة يحرر محضر بذلك وفقاً للنماذج المحددة في المرسوم التنفيذي 06-55 المؤرخ في 30/01/2006 الذي يحدد شروط وكيفيات تعيين الأعوان المؤهلين للبحث عن مخالفات التشريع والتنظيم في مجال التهيئة والتعمير ومعاينتها وكذا إجراءات المراقبة. ج.ر العدد 06، المؤرخة في 05/02/2006.

(6) بن عبد القادر: زهرة، الضمانات الممنوحة للمشتري في عقد البيع على التصميم، مجلة العلوم الإنسانية، العدد 28، ديسمبر 2007، المجلد ب، ص 244. / بلجراف: سامية، مرجع سابق، ص 575-576. / بوجنان: نسيم، مرجع سابق، ص 82.

ذلك من العناصر الجوهرية في العقار⁽¹⁾، وعليه فما مصير السكنات التي لا يتم بناءها وفق المعايير ولا يصدر بحقها شهادة المطابقة؟

فالسطة المختصة تُذكرُ صاحب رخصة البناء بالعقوبات التي يمكن أن يتعرض لها بموجب أحكام القانون 90-29 المتعلق بالتهيئة والتعمير، كما يحدد للمخالف أجل زمني لا يمكن أن يتجاوز ثلاثة (3) أشهر قصد القيام بالتصحيحات اللازمة لمطابقة البناء وبعد انقضاء الأجل إذا وجدت لجنة المعاينة أن صاحب الرخصة قام بالتصحيحات اللازمة لمطابقة البناء يُسَلِّمُ رئيس المجلس الشعبي البلدي شهادة المطابقة، أما إذا حدث العكس ولم يلتزم الباني بالتصويبات، فإنه يرفض تسليم شهادة المطابقة، ويشعر في الملاحقات القضائية⁽²⁾، وهذا ما يفهم من خلال نص المادة 76 مكرر 05 من القانون 04-05⁽³⁾.

وتشكل شهادة المطابقة حماية للمشتري باعتبارها وسيلة بعدية لمراقبة مدى مطابقة البناء للمواصفات المطلوبة الواردة في رخصة البناء، غير أنها لا تكف لوحدها للتحقق من قيام المرقى العقاري بتنفيذ التزاماته؛ وذلك لأن شهادة المطابقة تثبت فقط المطابقة القانونية دون الاتفاقية⁽⁴⁾ التي يقصد بها المواصفات التي تم الاتفاق عليها في العقد⁽⁵⁾.

(1) عياشي: شعبان، مرجع سابق، ص 175. / علاء حسين: علي، مرجع سابق، ص 112.

(2) لعويجي: عبد الله، شهادة المطابقة في ظل المرسوم التنفيذي 15-19، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، المجلد 5، العدد 1، 2021، ص 59-60.

(3) المادة 76 مكرر 05: "في حالة التأكد من عدم مطابقة البناء لرخصة البناء المسلمة، يجرى العون المخول قانوناً محضر معاينة المخالفة ويرسله إلى الجهة القضائية المختصة، كما ترسل أيضاً نسخة منه إلى رئيس المجلس الشعبي البلدي والوالي المختصين في أجل لا يتعدى اثنين وسبعين (72) ساعة.

في هذه الحالة تقرر الجهة القضائية التي تم اللجوء إليها للبت في الدعوى العمومية إما بالقيام بمطابقة البناء أو هدمه جزئياً أو كلياً في أجل تحدده.

وفي حالة عدم امتثال المخالف للحكم الصادر عن العدالة في الأجل المحددة، يقوم رئيس المجلس الشعبي البلدي أو الوالي المختصين تلقائياً بتنفيذ المقررة على نفقة المخالف".

(4) ففي حالة ما إذا قام المرقى العقاري ببناء البناية دون مراعاة المواصفات المتفق عليها، يكون قد أخل بالتزاماته بالرغم من حصوله على شهادة المطابقة. انظر: الملحق رقم: 07 المتضمن نموذج شهادة المطابقة، ص 371.

(5) أنظر: سي يوسف: زاهية حورية، النظام القانوني لعقد البيع على التصاميم، مرجع سابق، ص 74. / بلجراف: سامية، مرجع سابق، ص 576. / تسيبة: أعمر، مرجع سابق، ص 143. / قاشي: علال، مرجع سابق، ص 18. / مسكر: سهام، التزامات المرقى العقاري المترتبة على بيع السكنات الترقية، مرجع سابق، ص 334-342.

ويتحمل المرمي العقاري مسؤولية عدم مطابقة البناء حتى ولو لم يقيم هو شخصياً بأشغال البناء، وإنما عهد ذلك لمقاول، ولا يستطيع أن يدفع المسؤولية بخطأ الغير (المقاول)⁽¹⁾، باعتباره المشرف على عملية البناء ومسؤول عن الأشخاص الذين يستخدمهم في تنفيذ التزاماته العقدية⁽²⁾، ومتى ثبت للمشتري عدم مطابقة البناء للمواصفات تقوم مسؤولية المرمي العقاري، وينشأ معها حق المشتري في المطالبة بالتنفيذ العيني⁽³⁾ أو الجزئي، أو التعويض عن الضرر اللاحق به، أو فسخ العقد مع التعويض وذلك وفقاً للقواعد العامة⁽⁴⁾، وهذا ينطبق على مدة تقادم الدعوى⁽⁵⁾، وهذا كله في إطار حماية المشتري في عقد بيع البناء على التصاميم.

غير أنه واقعياً ليس من مصلحة المشتري فسخ العقد نظراً لصعوبة الحصول على سكن فضلاً على المدة التي قضاها في انتظار بناء هذا المسكن قبل أن يسلم إليه، وعليه فيمكن للمشتري اللجوء إلى القضاء باعتباره آلية لتنفيذ القانون من جهة، وللمحافظة على مصلحته في عقد بيع البناء على التصاميم من جهة أخرى، وهذا لمطالبة المرمي العقاري بالمطابقة لما اتفق عليه، ويستطيع هذا الأخير الرجوع بدوره على المقاول أو

(1) لا يكف لرفع المسؤولية عن المرمي العقاري عدم ارتكابه الخطأ لأن خطفه ثابت، والطريقة الوحيدة لنفي المسؤولية هو إثبات السبب الأجنبي الذي حال دون تنفيذ التزامه باعتباره ملزم بتحقيق نتيجة لا يبذل عناية، ومن حالات السبب الأجنبي الذي قد يحول دون وفاء البائع بالتزاماته بإقامة البناء والذي يعفيه من المسؤولية منه؛ نزع ملكية الأرض المزمع إقامة البناء عليها للمنفعة العامة شريطة أن يكون نزع الملكية سابقاً على التعاقد، أو على الأقل ألا يكون المشتري عالماً به أو ليس في إمكانه أن يعلم به وقت التعاقد. مشماشبي: عبد الحفيظ، مرجع سابق، ص 153. / عياشي: شعبان، مرجع سابق، ص 167. / إبراهيم عثمان: بلال، تملك العقارات تحت الإنشاء، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، مصر، 2001م، ص 137، الفقرة 104.

(2) عياشي: شعبان، المرجع نفسه، ص 183.

(3) يلاحظ أن لجوء المشرع إلى التنفيذ العيني قد يكون فيه تعسف؛ ومثال ذلك أن يطلب المشتري هدم البناء وإعادة بنائه من جديد؛ ففي هذه الحالة قد تكون تكلفة التنفيذ العيني باهضة إذا قورنت بالفائدة المرجوة من ورائها، والقاضي له السلطة التقديرية الواسعة ففي هذا الصدد بحيث يمكنه الامتناع عن الحكم بالتنفيذ العيني، غير أن ذلك لم يمنع محكمة النقض الفرنسية من مصادقتها على حكم قضائي بدم سكن وإعادة بنائه على نفقة البائع بسبب عدم المطابقة وذلك نتيجة خطأ في ارتفاع يزيد على متر (*ereure de niveau de plus d'un metre*). عياشي: شعبان، مرجع سابق، ص 181-182.

(4) زوية: عز الدين، مرجع سابق، ص 62.

(5) فمشتري عقار بيع البناء على التصاميم له خمس عشرة سنة أو ثلاثون سنة ابتداءً من تاريخ اكتشاف عدم المطابقة، باعتبار أن مدة تقادم الدعوى في الجزائر هي خمس عشرة (15) سنة، أما في القانون الفرنسي فثلاثون (30) سنة، وهو عادة تاريخ تسليم العقار المبيع، فإذا كان المشتري قد رفض التسلم فإن هذه المدة تبدأ ي السريان من تاريخ هذا الرفض. أنظر: بلعبور: عبد الكريم، مرجع سابق، ص 176.

malinvaud philippe, jstaz philippe, droit de la prmotion immobilière, op,citv, p 357.

المقاولين القائمين بعملية التشييد والزامهم بالمطابقة، وفي حالة رفضهم، يأخذ من مبلغ كفالة حسن التنفيذ.
(1)

البند الثاني: ضمان تحديد مدة الإنجاز والإنجاز في الأجل المتفق عليه

لا يكف مطابقة البناء للمواصفات المتفق عليه بل يجب إنجازها في المدة والآجال المتفق عليها وهذا ما تضمنته التشريعات المقارنة كالقانون الفرنسي والمصري⁽²⁾ في عقد بيع البناء على التصاميم؛ فأما القانون الفرنسي فنص على ضرورة تحديد مدة معينة في العقد⁽³⁾ يقوم خلالها البائع بتنفيذ التزامه بإقامة البناء في المدة المتفق عليها في العقد حتى يكون هذا الالتزام محدداً وصحيحاً وقد نصت المادة 11-261 من قانون السكن والعمران الفرنسي بأن عدم تحديد الأجل في العقد يؤدي إلى بطلانه.⁽⁴⁾

وقد قسم القانون الفرنسي مراحل الإنجاز إلى ثلاث مراحل؛ فالمرحلة الأولى: وهي المسماة hors d'eau ويعني ذلك أن العقار أصبح في مأمن من تسرب المياه، ويكون ذلك بوضع الجدران الرئيسية للبنية والسطح، ثم تأتي المرحلة الثانية والمسماة hors d'eau et hors d'air ويعني ذلك أن البنية أصبحت في مأمن من تسرب الهواء إضافة إلى الوقاية من مياه الأمطار التي تحققت في المرحلة الأولى، وتنتهي هذه المرحلة بتركيب النوافذ، ثم المرحلة الثالثة: وتسمى parachèvement وتنتهي بوضع آخر طبقة طلاء للمبنى، ولم يكتف المشرع الفرنسي بهذا، بل زاد عن ذلك لاعتبار اكتمال العقار achevé أن يكون البائع قد انتهى من تنفيذ أعمال البناء، ومن تركيب جميع العناصر التجهيزية اللازمة لاستعمال العقار موضوع

(1) المقصود بكفالة حسن التنفيذ هو مبلغ مالي يقدر بـ 5% أو 10% من تكلفة الإنجاز، يدفعها المزم بالتشييد عند بداية أشغال البناء، والتي تتحول عند التسليم المؤقت إلى كفالة الضمان، التي تضمن المسؤولية السنوية للمرقي العقاري وحالة عدم المطابقة، وظهور أي عيب خلال هذه السنة عملاً بنص المادة 07 من المرسوم الرئاسي 03-301 المؤرخ في 11/09/2003 المعدل والمتمم للمرسوم الرئاسي 02-250 المؤرخ في 24/06/2002 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

(2) زهرة: محمد المرسي، مرجع سابق، ص 32-35.

(3) فعند مناقشة المادة 1601 التي أبرزت بوضوح لعنصر المدة، طرح أحد البرلمانين سؤالاً مكتوباً مفاده أن الأجل الذي تطلبته المادة المذكورة هو أجل من أجل قيام البائع بالبناء، ومن المفيد إضافة إليها أجل يقوم فيه البائع بتسليم البناء المنتهي، فكانت إجابة الوزير المختص لا داع لذلك؛ لأن البائع من مصلحته التسرع في التسليم من أجل حصوله على باقي الثمن، وحتى يتخلص سريعاً من مدة الضمان عن العيوب الظاهرة، فليس من الضروري تحديد أجل للتسليم بعد اكتمال الأعمال، فالبايع لا يؤخر عادة التسليم إلا في الحالات التي يكون فيها التأخر راجع لقيامه بإصلاح العيوب الظاهرة التي ظهرت وقت تسلم الأعمال. عياشي: شعبان، مرجع سابق، ص 137.

(4) عياشي: شعبان، مرجع سابق، ص 137.

التعاقد وفقاً للغرض الذي أعد له طبقاً للمادة الأولى من المرسوم رقم 1166-67 الصادر في 22 ديسمبر 1967.⁽¹⁾

وأما القانون الجزائري فألزم المرقى العقاري بتحديد مدة إنجاز البناء المتفق عليه، كما يلزم ببناء العقار محل عقد بيع البناء على التصاميم في المدة المتفق عليها في العقد⁽²⁾، فالعقد لا يمكن أن يكيف على أنه عقد بيع البناء على التصاميم ما لم يتضمن العقد تحديد مدة الإنجاز من قبل المرقى العقاري، والإنجاز في الأجل المحدد، ولهذا ألزم المشرع الجزائري الأطراف بتحديد الأجل لإتمام البناء⁽³⁾، وقد ترك المشرع الجزائري لأطراف العقد الحرية في تحديد الأجل باعتبار أنه لا يمكن تحديد أجل واحد بالنسبة لكل المشاريع العقارية، والتي تحدد حسب ضخامة المشروع وأهميته، وتكمن أهمية تحديد الأجل في حماية المشتري وضمان حقوقه في هذا العقد، وذلك باعتبار أنها مرتبطة بالتزامه بدفع الثمن حسب تقدم نسبة الأشغال، وهذا يستشف من المادة الثالثة (3) من المرسوم التنفيذي 13-431 المحدد لنموذجي عقد حفظ الحق وعقد البيع على التصاميم؛ وذلك بتحديد وتقسيم مراحل البناء إلى أربعة مراحل، وتاركاً أمر تقدير أجل كل مرحلة للمتعاقدين؛ فالمرحلة الأولى هي مرحلة إتمام الأساسات، والثانية هي مرحلة إتمام الأشغال الكبرى بما في ذلك الجدران الداخلية والخارجية، أما المرحلة الثالثة هي مرحلة إتمام كافة الأشغال مجتمعة بما في ذلك الربط بالطرقات والشبكات المختلفة والهياكل الخارجية، أما الرابعة والأخيرة فهي مرحلة إتمام الإنجاز⁽⁴⁾، وذلك حسب الجدول التالي:⁽⁵⁾

المرحلة	نسبة الدفع
---------	------------

(1) عياشي: شعبان، مرجع سابق، ص 164.

(2) يمكن اعتبار بأن العقار قد اكتمل بناؤه عندما يصبح في مأمن من تسرب المياه بوضع الجدران الرئيسية للبناء والسطح، وفي مأمن من تسرب الهواء والوقاية من مياه المطر، وتركيب النوافذ ووضع آخر طبقة طلاء للمبنى، وزاد المشرع الفرنسي طبقاً لنص المادة الأولى من المرسوم التنفيذي 1166-67 الصادر في 22 ديسمبر 1967 لاعتبار العقار قد اكتمل بناؤه أن يكون الباع قد انتهى من تنفيذ أعمال البناء، ومن تركيب التجهيزات اللازمة لاستعمال العقار موضوع التعاقد وفقاً للغرض الذي أعد له.

malinvaud philippe, jestaz philippe, ouvrage préié, p 552.

(3) إن المادة 02 من المرسوم التنفيذي 94-58 كانت واضحة في هذا الشأن إذ نصت على أن نهاية الأجل المحدد للبناء يكون بتسليم شهادة المطابقة، وبالتالي يمكن أن نستخلص من هذه المادة أن المشرع الجزائري قصد بنهاية الأجل المحدد للبناء تاريخ التسليم النهائي للمشروع العقاري لأنه بموجبه تمنح شهادة المطابقة التي تمكن المشتري من حيازة العقار المبني على التصاميم. كتو: لامية، مرجع سابق، ص 113.

(4) أنظر: تسبية: أعمر، مرجع سابق، ص 140-141.

(5) المرسوم التنفيذي رقم 13-431 المؤرخ في 15 صفر 1435 هـ الموافق 18 ديسمبر 2013م، المحدد لنموذجي عقد حفر الحق وعقد البيع على التصاميم للأمولاك العقارية، وكذا حدود سعر الملك موضوع عقد البيع على التصاميم ومبلغ عقوبة التأخير وأجالاتها وكيفية دفعها.

-عشرون بالمائة (20) % من سعر البيع المتفق عليه	-عند التوقيع على عقد بيع البناء على التصاميم.
-خمسة عشر بالمائة (15) % من سعر البيع المتفق عليه	-عند الانتهاء من الأساسات.
-خمسة وثلاثون بالمائة (35) % من سعر البيع المتفق عليه.	-عند الانتهاء من الأشغال الكبرى، بما في ذلك المسافة والأسوار الخارجية والداخلية.
-خمسة وعشرون بالمائة (25) % من سعر البيع المتفق عليه.	-عند الانتهاء من جميع الأشغال مجتمعة، بما في ذلك الربط بالطرقات والشبكات المختلفة بالإضافة إلى التهيئات الخارجية.
-خمسة بالمائة (5) % من سعر البيع المتفق عليه.	-عند إعداد محضر الحياة.

ويجيز بعض القضاء أن يتسلم المشتري للعقار المبيع على الحالة التي يكون عليها بعد انتهاء المدة وإكمال البناء بواسطة مقاول آخر يختاره المشتري بنفسه بعد تسلم الأعمال بواسطة خبير لحماية المشتري من محاولات الإفلات التي قد يقوم بها بعض المرقين العقاريين بتضمين العقود شروط موقفة لأجل عوامل كالأحوال الجوية وغيرها، غير أن محكمة النقض الفرنسية تشترط لذلك القوة القاهرة فقط؛ كعدم التوقع واستحالة الدفع.⁽¹⁾

وتكتسي المدة أهمية بالغة باعتبارها من الضمانات التي تحمي حقوق المشتري في عقد بيع البناء على التصاميم؛ فإذا انقضت المدة ولم يتمكن المرقى العقاري من إتمام إنجاز البناية تقوم مسؤوليته المدنية⁽²⁾، فيحق للمشتري أن يطالبه بتنفيذ العقد أو فسخه طبقاً لنص المادة 119 من القانون المدني الجزائري والمادة 1184 من القانون المدني الفرنسي، ويتعرض للعقوبات المنصوص عليها في المادة 43⁽³⁾ من القانون 11-04 فضلاً عن المطالبة بالتعويض من المشتري، إضافة إلى ما نصت عليه المادة 64⁽⁴⁾ من نفس القانون، وذلك بإمكانية

(1) عياشي: شعبان، مرجع سابق، ص 169-170.

(2) لعبيدي: خيرة، مرجع سابق، ص 262. / بلجراف: سامية، مرجع سابق، ص 576.

(3) المادة 43: "يؤدي كل تأخر يلاحظ في التسليم الفعلي للعقار موضوع عقد البيع على التصاميم، إلى عقوبات التأخير التي يتحملها المرقى. يحدد مبلغ عقوبة التأخير وأجلها وكذا كيفية دفعها عن طريق التنظيم".

(4) المادة 64: "يمكن أن يتعرض المرقى العقاري إلى العقوبات الإدارية الآتية:

- السحب المؤقت للاعتماد لمدة لا تتجاوز ستة (6) أشهر :
- في حالة تقصير المرقى العقاري في التنفيذ الجزئي وغير المبرر لالتزاماته تجاه المقتنين.
- في حالة عدم احترام المرقى العقاري لقواعد أخلاقيات المهنة.
- في حالة تقصير المرقى العقاري في التزاماته كما هي محددة بموجب أحكام هذا القانون والنصوص المتخذة لتطبيقه.
- السحب النهائي للاعتماد :

تعرض المرقى العقاري إلى عقوبات إدارية تتمثل في السحب المؤقت للاعتماد لمدة لا تتجاوز سنة (06) أشهر في حال تقصيره في التنفيذ الجزئي وغير المبرر لالتزاماته، أو السحب النهائي للاعتماد في حال تجاهل المرقى العقاري عن قصد وبصفة خطيرة ومتكررة لالتزاماته⁽¹⁾، وهذا تكريس لمبدأ حماية المشتري في هذا العقد. فضمنان مطابقة الوعاء العقاري لمشروع البناء، وإنجاز البناية في الوقت المحدد هو من أهم الهواجس التي تشغل بال المشتري، ولهذا سعى المشرع الجزائري لتقديم الضمانات اللازمة لحماية المشتري في عقد بيع البناء على التصاميم، والتي من شأنها أن تمكن المشتريين من الإقبال على هذا النوع من العقود.

الفرع الثالث: ضمانات تتعلق بكيفية تقدير الثمن ومراجعته

يعد الثمن المحل الثاني في عقد بيع البناء على التصاميم؛ بحيث يقع العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً متى تخلف عنه باعتباره من عقود المعاوضة، أو لم يستوفي شروطه الأساسية التي تؤثر في ماهيته، ويعد هذا الأخير من أهم الالتزامات التي تقع على عاتق المشتري، وسبب التزام المرقى العقاري بنقل ملكية البناية إلى المشتري، وهذا ما قضت به المادة 351 من القانون المدني الجزائري بقولها: "البيع عقد يلتزم بمقتضاه البائع بأن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقاً مالياً آخر مقابل ثمن نقدي"⁽²⁾، كما نصت على هذا أيضاً المادة 37⁽³⁾ من القانون 04-11.

وعلى هذا فقد اهتم المشرع الجزائري بالثمن على غرار التشريعات الأخرى كالفرنسي والمصري، باعتبار أنه يتم تنفيذه في مدة زمنية طويلة قد تتخللها بعض الطوارئ التي تعرقله، مما يؤثر سلباً على المشروع العقاري، لاسيما أن الثمن يعد من أهم موارد المرقى العقاري التي يعتمد عليها في تمويل مشروعه العقاري؛ إذ ضمان

- في حالة عدم استيفاء المرقى العقاري الشروط التي مكنته من الحصول على الاعتماد.
- في حالة تجاهل المرقى العقاري، وعن قصد وبصفة خطيرة ومتكررة، للالتزامات الملقاة على عاتقه.
- إذا أنهى المرقى العقاري نشاطه دون مبرر ودون إخطار مسبق للسلطات التي سلمته الاعتماد.
- إذا قصر المرقى العقاري في التزاماته كما تم الاتفاق عليها تجاه الدولة والمقتنين وشركائه."

(1) بلجراف: سامية، مرجع سابق، ص 576.

(2) الأمر رقم: 58/75 المؤرخ في: 26 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم بموجب القانون 05/07 المؤرخ في: 25 ربيع الثاني 1428 هـ الموافق 13 مايو 2007 المتضمن القانون المدني (ج.ر العدد 31).

(3) المادة 37: "يجب أن يوضح عقد البيع على التصاميم، تحت طائلة البطلان، تشكيلة سعر البيع وآجال الدفع بالنسبة لتقدم الأشغال، كما يجب عليه، في حالة تجزئة تسديد المبلغ المتفق عليه، تحديد كيفية ذلك".

أداء كل مشتري لأقساط الثمن التي في ذمته يساهم في استمرار التمويل للمشروع، أما إذا وقع خلل في ذلك بسبب عدم الوفاء بالثمن، أو التأخر في الوفاء، أو لأي سبب آخر سيؤثر سلباً على السير الجيد لأعمال البناء⁽¹⁾، ولهذا أحاطته التشريعات بمجموعة من الشروط والضوابط التي يجب أن تتوفر فيه كي يكون صحيحاً مرتباً لآثاره حماية للمشتري؛ فالثمن وإن كان هو التزاماً للمشتري تتخلله بعض الأحكام غير مألوفة في البيع العادي، وهذا في إطار عقد بيع البناء على التصاميم، سواء فيما يخص تعيين مقداره، كيفية دفعه، طرق مراجعته، واستحقاقه، وهذا ما سأتطرق إليه من خلال التطرق إلى شروطه (البند الأول)، ثم طرق دفعه (البند الثاني)، والتعريج بعد ذلك إلى آجال استحقاقه (البند الثالث) لنختم بعد ذلك بكيفية مراجعته (البند الرابع).

البند الأول: شروط الثمن في عقد بيع البناء على التصاميم

يجب أن يكون الثمن في عقد بيع البناء على التصاميم نقداً ومحددأ، أو قابل للتحديد، وجدياً حماية المشتري، وهذا على النحو التالي.

أولاً: نقدية الثمن

ويقصد بذلك أن يكون الثمن في عقد بيع البناء على التصاميم مبلغاً من النقود، وإلا اعتبر العقد مقايضة⁽²⁾؛ كأن يتفق المرقي العقاري مع المشتري على نقل ملكية الشقة مقابل قطعة أرض⁽³⁾، وهذا ما قضى به القانون 11-04 في كثير من المواد⁽⁴⁾، ومن بينها المادة 28 بقولها: "يلتزم المكتتب بتسديد السعر كلما تقدم الإنجاز"، فاستعمال كلمة السعر تدل على أن المقصود بالثمن هو النقود.

ثانياً: تحديد الثمن

(1) علاء حسن: علي، مرجع سابق، ص 164-165.

(2) السنهوري: عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني-العقود الواردة على الملكية-عقد البيع والمقايضة-، مرجع سابق، ف 204، ص 364.

(3) كامل رمضان: جمال، الحقوق والالتزامات القانونية في عقد البيع-المشكلات العملية في نقل الملكية، دار الكتاب الحديث، القاهرة مصر، 2012م، ص 282.

(4) انظر إلى المواد 28-33-35-37-38 وغيرها.

تقضي القواعد العامة لعقد البيع بأن يتفق المتعاقدان على الثمن ويحددانه تحديداً كافياً لا يدع مجالاً للمنازعة في مقداره، وإلا كان العقد باطلاً لانعدام أحد أركانه، ومع ذلك فإن تحديد الثمن وقت إبرام عقد البيع لا يعتبر شرطاً لازماً لانعقاده طالما أنه يضمن الأسس التي سيقدر الثمن بناءً عليها بعد إبرام العقد⁽¹⁾، وهذا وفقاً للمادة 356 من القانون المدني الجزائري، والتي تقضي بـ: "يجوز أن يقتصر ثمن البيع على بيان الأسس التي تحدد بمقتضاها فيما بعد".

وبالرجوع إلى عقد بيع البناء على التصاميم، فقد حرص القانون 04-11 على الاتفاق على ثمن المبيع أثناء التعاقد، وأن يتم ذكر تشكيلة السعر في العقد، وإلا كان العقد باطلاً، وهذا طبقاً للفقرة الأولى من نص المادة 37⁽²⁾، على أن ينفرد المرقى العقاري غالباً في تحديد الثمن باعتباره طرفاً قوياً في العقد.

وحماية للمشتري من الاحتكار الذي يمكن للمرقى العقاري أن يمارسه عليه اشترط المشرع أن يدفع هذا المشتري الثمن وفقاً لتقدم نسبة أشغال البناء، وأن تتم الإشارة في العقد إلى آجال الدفع وطريقته طبقاً لنص المادة 37 من القانون 04-11 سالف الذكر، وإضافة هذه الحماية أكثر فقد عاقب المشرع الجزائري المرقى العقاري الذي يطالب أو يقبل تسبيق أو إيداع أو اكتتاب أو سند تجاري قبل التوقيع على عقد بيع البناء على التصاميم بالحبس من شهرين (2) إلى سنتين (2) و غرامة من مائتي ألف دينار (200.000 دج) إلى مليوني دينار (2.000.000 دج) طبقاً لنص المادة 71 من القانون 04-11، وجاءت هذه العقوبات لحماية المشتري باعتبار أن المشرع حدد الثمن ووقت دفعه واستحقاقه، فربط وقت دفع الثمن بما يتم تنفيذه من أشغال حتى يضمن جدية المرقى العقاري في تنفيذ التزامه بالبناء تمهيداً للتسليم في الموعد المحدد.⁽³⁾

ثالثاً: جدية الثمن

(1) كتو: لامية، مرجع سابق، ص 79.

(2) المادة 37 ف 1: "يجب أن يوضح عقد البيع على التصاميم، تحت طائلة البطلان، تشكيلة سعر البيع وآجال الدفع بالنسبة لتقدم الأشغال".

(3) عياشي: شعبان، مرجع سابق، ص 147-148.

لابد من أن يكون الثمن في عقد البيع عموماً وعقد بيع البناء على التصاميم خصوصاً جدياً وحقيقياً؛ أي هو نفسه الثمن الذي تتجه إرادة المتعاقدين إلى إلزام المشتري بأن يدفعه فعلاً باعتباره مقابلاً حقيقياً لا رمزياً للبناء التي سوف يتم تشييدها.⁽¹⁾

ويعتبر الثمن غير حقيقي إذا كان صورياً أو تافهاً، وهو الذي يصل إلى حد عدم التناسب بينه وبين قيمة البناء محل التشييد، ولكن يعد الثمن جدياً إذا كان الثمن بخساً؛ بحيث يقل عن قيمة البناء دون أن يكون تافهاً، وينعقد العقد به⁽²⁾، غير أنه يمكن للمرقي العقاري أن يرفع دعوى الغبن إذا توافرت شروطه المنصوص عليها في المادة 358⁽³⁾ من القانون المدني الجزائري.⁽⁴⁾

البند الثاني: طرق دفع الثمن في عقد بيع البناء على التصاميم

على خلاف البيع العادي الذي يكون فيه دفع الثمن خاضعاً لإرادة المتعاقدين، ودون كيفية محددة، تدخل المشرع الجزائري وألزم أن يكون دفع الثمن في عقد بيع البناء على التصاميم على شكل دفعات حسب تقدم أشغال البناء، وذلك حماية للمشتري، وهذا طبقاً للفقرة الأولى من المادة 37 سالف الذكر، والمرسوم التنفيذي 13-431 تحت عنوان "كيفية الدفع" بنصه: "يتم تحديد كيفية الدفع بربط تحرير الدفعات الجزأة على أساس مراحل تقدم الأشغال من طرف المكتب...".⁽⁵⁾

وانطلاقاً من هذا فالمشتري غير ملزم بدفع الثمن دفعة واحدة سواء وقت إبرام العقد أو وقت الانتهاء من أشغال البناء، وإنما يلزم بدفع الثمن في شكل أقساط دورية تدفع حسب تقدم أشغال البناء، حتى إذا قام المرقي العقاري بإتمام البناء وتسليمه، التزم المشتري بدفع الباقي من الثمن، ولا شك أن هذا فيه حماية للمشتري من أي استغلال قد يأتي من المرقي العقاري نتيجة أزمة السكن الحالية، فبدون هذا الربط قد يدفع المشتري

(1) كتو: لامية، مرجع سابق، ص 80. / قداة: خليل أحمد حسن، مرجع سابق، ص 97.

(2) مشتاوي: سمير، الأمان المالي للمستهلك في نشاط الترقية العقارية، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون- فرع القانون الخاص، تخصص قانون حماية المستهلك والمنافسة، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، الجزائر، د.ت، ص 13-15.

(3) المادة 358: "إذا بيع عقار بغبن يزيد عن (5/1) الخمس فللبائع الحق في طلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس (5/4) ثمن المثل.

ويجب لتقدير ما إذا كان الغبن يزيد عن الخمس (5/1) أن يقوم العقار بحسب قيمته وقت البيع".

(4) تسيية: أعر، مرجع سابق، ص 156.

(5) المرسوم التنفيذي رقم 13-431 المؤرخ في 15 صفر 1435 هـ الموافق 18 ديسمبر 2013م، المحدد لنموذجي عقد حف الحق وعقد البيع على التصاميم للأملاك العقارية، وكذا حدود سعر الملك موضوع عقد البيع على التصاميم ومبلغ عقوبة التأخير وأجالها وكيفية دفعها.

للمرقي العقاري الثمن كاملاً أو جزءاً منه دون قيام هذا الأخير في الشروع بالبناء، أو دون أن يكون قد وصل إلى مرحلة تتناسب مع الأقساط المستحقة، وانطلاقاً من قاعدة التوازن في المعاملات فيجب أن يتحقق الارتباط بين استحقاق أجزاء الثمن وبين الانتهاء من مراحل البناء.⁽¹⁾

ولعل غاية المشرع الجزائري من جراء هذا الربط هو حماية المشتري، من خلال ضمان جدية المرقي العقاري بتنفيذ التزامه بتشييد البناية وتسليمها للمشتري بالمواصفات والشروط والآجال المتفق عليها في عقد بيع البناء على التصاميم، إضافة إلى حمايته من خطر عدم إتمام المرقي العقاري للبناء بعد قبضه للثمن كله عند إبرام العقد، فقبل صدور قانون 04-11 كان الدفع خاضعاً لإرادة المتعاقدين، مما أدى إلى وقوع كثير من المشتريين ضحايا لتلاعبات المرقيين العقاريين، إما بعدم الإنجاز أصلاً، أو عدم إتمام الإنجاز، وبالتالي عدم التسليم للمشتريين ضمن الآجال المتفق عليها في العقد، مما أدى إلى بقاء هؤلاء لسنوات بدون حصولهم على مساكنهم رغم أدائهم للمستحقات المطلوبة منهم.

ولتكرس هذه الحماية أكثر للمشتري منع المشرع الجزائري المرقي العقاري من قبول أي تسبيق يكون مكوناً للديون المنتظمة كما سبق الإشارة إليه سابقاً عند الحديث عن تحديد الثمن طبقاً لنص المادة 42⁽²⁾ والمادة 47⁽³⁾ من القانون 04-11 وهذا ضمن أخلاقيات مهنة المرقي العقاري، وذلك تحت طائلة العقوبات الواردة في المادة 71 من القانون 04-11 سالف الذكر لضمان ربط آجال الوفاء بمراحل تقدم الأشغال؛ أي مبدأ الموازنة بين التزام المرقي العقاري بتشييد البناية، والتزام المشتري بدفع الثمن.

البند الثالث: آجال استحقاق الثمن في عقد بيع البناء على التصاميم

(1) بلجراف: سامية، مرجع سابق، ص 581.

(2) المادة 42: "لا يمكن المرقي العقاري أن يطالب ولا أن يقبل أي تسبيق أو إيداع أو اكتتاب أو قبول سندات تجارية مهما كان شكلها، قبل توقيع عقد البيع على التصاميم أو قبل تاريخ استحقاق الدين".

(3) المادة 47 ف2: "يجب على المرقي العقاري أن يساهم بصفة فعالة في الإثراء الدائم لأخلاقيات المهنة والاحترام الصارم لها، ويجب عليه على وجه الخصوص:

- الوفاء، في كل الحالات، بالتزاماته.
- عدم قبول أي دفع و/أو تسبيق لا يكون مكوناً للديون المنتظمة".

يعتبر آجل الاستحقاق من أهم الضمانات المقدمة لحماية المشتري في عقد بيع البناء على التصاميم؛ فلقد سعت مختلف التشريعات المقارنة على النص عليها؛ فأما التشريع الفرنسي فقد حدد طريقة أداء الثمن تبعاً للصورة التي يبرم فيها عقد بيع العقار المقرر بناؤه؛ ففي البيع حسب الحالة المستقبلية لا يرتبط دفع الثمن بتسليم العقار المبيع، وإنما يرتبط بنقل الملكية⁽¹⁾، فيتم إذن دفع جزء من الثمن مرة واحدة، والباقي يدفع على دفعات حسب ما يتم إنجازه من أعمال حسب المادة 1603 ف3 من القانون المدني الفرنسي⁽²⁾، وقد نص القانون الفرنسي على ألا تتجاوز النسبة التي يستحقها البائع عن 35% من قيمة الثمن عند الانتهاء من وضع الأساسات، وألا تزيد هذه النسبة عن 70% عند الانتهاء من المرحلة المسماة الحماية من الماء، ولا يجوز أن تزيد هذه النسبة عن 95% عند الانتهاء من البناء، أما الباقي من الثمن وقدره 5% يلتزم المشتري بدفعه عندما يتم وضع المبيع تحت تصرفه، وهذا الحكم يتعلق بالنظام العام، بالرغم من أنه قد اشترط لمصلحة المشتري، ولذا لا يجوز الاتفاق على ما يخالفه، والبطلان هنا يلحق فقط الشرط الذي يلزم المشتري بنسبة أكبر⁽³⁾.

وعلى خطى المشرع الفرنسي قام المشرع الجزائري بحماية المشتري من خلال هذه الآلية، والتي يتم من خلالها تنظيم آجال للدفع تتعلق بمراحل تقدم أشغال البناء طبقاً لما جاء في المادة الثالثة⁽⁴⁾ من المرسوم التنفيذي 431-13 سالف الذكر، كون أن المرقى العقاري عادة لا ينتظر الانتهاء من أشغال البناء كي يطالب بقسط الثمن المقابل لهذه المرحلة، فتصبح الخطورة موجودة عندما تكون الأقساط غير متناسبة مع الأشغال، وهذا سيؤثر سلباً على حقوق المشتري؛ بأن لا يتم إتمام أشغال البناء، أو لا يتسلم البناية في الوقت المتفق عليه⁽⁵⁾. وتكريساً للحماية قام المشرع الجزائري أيضاً بضبط وتحديد نسب الأقساط التي يتم دفعها في كل مرحلة، وذلك بتحديد النسبة القصوى لكل قسط، مع المرحلة المقابلة له تاركاً مجالاً لحرية المتعاقدين في الحدود

(1) Jean-michel lucheux; les garantie de l'acquéreur dans les ventes d'immeubles à

construire, thèse, paris, 1968, p75. مرجع سابق، ص 148.

(2) المادة 1603 ف3: " يلتزم المشتري بالوفاء بالثمن تبعاً لتقدم الأعمال".

(3) الجارحي مشعل: مصطفى عبد السيد، مرجع سابق، ص 246. عياشي: شعبان، مرجع سابق، ص 148.

(4) المادة 3: " أثناء إبرام عقود البيع على التصاميم، يتم تسديد سعر الملك العقاري حسب حالة تقدم أشغال الإنجاز في الحدود الآتية: ...".

(5) مشتاوي: سمير، مرجع سابق، ص 26-27. / تسيية: أعمار، مرجع سابق، ص 159.

القصوى المحددة قانوناً⁽¹⁾، وقد نظم المشرع ذلك بنص المادة الثالثة من المرسوم التنفيذي 13-431 سالف الذكر بقولها: " أثناء إبرام عقود البيع على التصاميم، يتم تسديد سعر الملك العقاري حسب حالة تقدم أشغال الإنجاز 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.

- عند الانتهاء من الأشغال الكبرى، بما في ذلك المسافة والأسوار الخارجية والداخلية، خمسة وثلاثون بالمائة (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 إعداد محضر الحيازة والمقدر بخمسة بالمائة (5%) من سعر البيع المتفق عليه."

وحسب ما فعل المشرع الجزائري بهذه الخطوة باعتبارها ضمان لتكريس الحماية التامة والكاملة للمشتري في عقد بيع البناء على التصاميم، من خلال تحديد دفعات الثمن المستحقة التي تجبها تلاعب المرقبي العقاري، وزيادة على ذلك فقد أزم المشرع تحرير محضر معاينة عند انتهاء أشغال كل مرحلة من مراحل البناء المحددة في نموذج عقد البيع على التصاميم، وذلك لإثبات أن الأشغال فعلاً قد تمت، وبالتالي يستحق المرقبي العقاري الثمن مقابل لها، وهذا في إطار حماية المشتري؛ الذي لا يدفع القسط الموالي إلا بعد التأكد من انتهاء الأشغال بموجب محضر المعاينة يوقعه هو والمرقبي العقاري، وهذا طبقاً لما ورد في المرسوم التنفيذي 13-431 المتضمن نموذجي عقد حفظ الحق وعقد البيع على التصاميم تحت عنوان "أجل التسليم" بقوله: " إن انتهاء مرحلة معينة، قبل انقضاء الأجل الأقصى المحدد أعلاه، يمنح الحق لدفع الاستحقاق الموافق لها، من طرف

(1) مشتاوي: سمير، المرجع نفسه، ص28.

صاحب المشروع وتحت مسؤوليته، وتقع المصاريف على عاتق البائع، يوقع البائع على محضر المعاينة ويسلمه للمقني للتوقيع عليه مقابل وصل استلام".⁽¹⁾

وتعد هذه الطريقة في تقدير الأقساط وربط تاريخ استحقاقها بمراحل تقدم أشغال البناء أفضل من طريقة دفع الأقساط دورية ثابتة، التي يصعب من خلالها مراعاة التقدم في أشغال البناء، مما ينتج عنه عدم انسجام أقساط الثمن مع تقدم الأشغال، بحيث يكون هذا الدفع أسرع من وتيرة تقدم الأشغال أو أبطأ منها.⁽²⁾

وما يمكن استخلاصه في الأخير أن المشرع سواء في الجزائر أو فرنسا، أراد من وراء جعل دفع الثمن حسب تقدم الأعمال في صورة البيع حسب الحالة المستقبلية تحقيق مصلحة كل من البائع والمشتري على السواء⁽³⁾، فالدفع وفقاً لهذه النسب يتفق عادة مع التكلفة الفعلية لكل مرحلة من مراحل البناء، فالمشتري لا يدفع إلا ما تم بناؤه فعلاً، ولضمان التوازن لم يشترط المشرع الدفع على هذه النسب؛ باعتبار أن هذه الأخيرة تمثل الحدود القصوى فقط؛ إذ يمكن الاتفاق على نسب أقل، كما يمكن الدفع في كل مرحلة على مرتين أو أكثر بشرط عدم تجاوز الحد الأقصى الذي حدده المشرع⁽⁴⁾، وإلا تعرض للعقوبات الجزائية الواردة في المادة 71 من القانون 04-11 المحدد لنشاط الترقية العقارية سالف الذكر.

البند الرابع: كيفية مراجعة الثمن في عقد بيع البناء على التصاميم

وتبعاً لذلك يعتبر الثمن في عقد بيع البناء على التصاميم ثمن أولي تقديري قابل للمراجعة، وعليه فإن المشرع الجزائري لم يشترط في هذا العقد تحديد الثمن بصفة نهائية، وذلك لاعتبارات يفرضها؛ كون البيع على التصاميم يتسم ببعض خصائص التصرفات الزمنية، فتنفيذ البائع لالتزامه بإنجاز العقار يستغرق وقتاً قد يطول، ومن المحتمل أن تتغير الظروف خلال الفترة التي يستغرقها إتمام البناء، كارتفاع أسعار مواد البناء، أو أجر اليد

(1) المرسوم التنفيذي رقم 13-431 المؤرخ في 15 صفر 1435 هـ الموافق 18 ديسمبر 2013م، المحدد لنموذجي عقد حف الحق وعقد البيع على التصاميم للأمالك العقارية، وكذا حدود سعر الملك موضوع عقد البيع على التصاميم ومبلغ عقوبة التأخير وأجالها وكيفية دفعها. (الجريدة الرسمية، العدد 66، ص15).

(2) عياشي: شعبان، مرجع سابق، ص314-315.

(3) عياشي: شعبان، المرجع نفسه، ص316.

(4) مشتاوي: سمير، مرجع سابق، ص31. / تسببية: أعمار، مرجع سابق، ص160-161.

العامة⁽¹⁾، وبناء على ذلك فقد منح المشرع الجزائري للمرقي العقاري إمكانية مراجعة الثمن بعد تحديده بخلاف المشرع العراقي⁽²⁾ واللبناني⁽³⁾، وهذا طبقاً لنص المادة 38⁽⁴⁾ من القانون 04-11 المحدد لنشاط الترقية العقارية، والمادة 7⁽⁵⁾ من المرسوم التنفيذي 13-431.

(1) زهرة: محمد المرسي، بيع المباني تحت الإنشاء - دراسة مقارنة بين القانون المدني المصري والفرنسي والكويتي -، مرجع سابق، ص 106. / مشماشي: عبد الحفيظ، مرجع سابق، ص 195.

(2) ففي القانون العراقي من حق القاضي أن يتدخل في تعديل بنود العقد حتى ولو كانت نظرية الظروف الطارئة خارجة عن الإرادة المشتركة بين طرفي العقد، كون تدخل القاضي يكون هنا برفع الإرهاق وإعادة التوازن بين الطرفين إلى الحد المعقول، وتطبيقاً لذلك فإنه في حال اتفق المشتري مع البائع على مواصفات معينة؛ كأن يكون نوع البلاط من المرمر الفاخر أو النوافذ والأبواب من الدرجة الأولى، وأثناء التنفيذ لجأ البائع إلى القضاء بحجة أن أسعار هذه المواد قد ارتفعت، فهنا تجيز له المحكمة استخدام مواد أقل جودة من المتفق عليها في العقد حتى ترفع الخسارة عنه إلى الحد المعقول، وهذا بالأخير يؤدي إلى خسارة المشتري بعدم حصوله على العقار بالمواصفات المحددة. قرار صادر عن الهيئة العامة لمحكمة التمييز رقم 495 بتاريخ 19/5/1979، منشور في مجموعة الأحكام العدلية، وزارة العدل العراقية، العدد 2، 1979، ص 45.

(3) لا يوجد في القانون اللبناني نص يجيز للقاضي تعديل بنود العقد، فالقضاء اللبناني يعتمد على أن التعامل بين الأفراد يجب أن يكون مبنياً على قواعد الاستقامة وحسن النية والعدل والإنصاف لحل النزاعات، ولكن غياب النص القانوني الذي يسمح للقاضي بالتدخل في تعديل بنود العقد عندما يحصل ظرف استثنائي غير متوقع، يجعل تنفيذ العقد مرهقاً وبالتالي حصول اختلال بالتوازن، وهو العقبة التي يواجهها القاضي، ما يؤدي بأحد الأطراف إلى خسارة غير متوقعة، ومن هنا يفهم أنه في حال استعمال المرقي العقاري لمواد بناء غير مطابقة للمواصفات المتفق عليها يقع اختلال بين المشتري والمرقي العقاري دون أن يكون للقضاء وسيلة للتدخل بينهما وبالتالي ففيه إمكانية لتضييع حقوق المشتري. انظر: بديع منصور: سامي، عنصر الثبات وعامل التغيير في العقد المدني، دار الفكر اللبناني، بيروت لبنان، ط1، 1987، ص 487.

(4) المادة 38: "يتم ضبط تسديد سعر البيع في عقود البيع على التصاميم، حسب تقدم أشغال الإنجاز في الحدود المنصوص عليها عن طريق التنظيم.

كما يجب ذكر ما إذا كان السعر قابلاً للمراجعة أم لا وفي حالة الإيجاب، يجب ذكر كفاءات المراجعة.

يجب أن تركز صيغة مراجعة الأسعار على عناصر تغيرات سعر التكلفة و تعتمد على تطور المؤشرات الرسمية لأسعار المواد والعتاد واليد العاملة، باستثناء الظروف الطارئة التي لا يمكن تجنبها والاستثنائية التي من شأنها أن تؤدي إلى الإخلال بالتوازن الاقتصادي للمشروع، ولا يمكن أن يتجاوز مبلغ مراجعة السعر عشرين بالمائة (20%) كحد أقصى من السعر المتفق عليه في البداية. وفي كل الأحوال، يجب تبرير تغيرات السعر.

وزيادة على ذلك، يجب أن يتضمن، في الملحق أو بالرجوع إلى الوثائق المودعة لدى الموثق، البيانات المفيدة المتعلقة بالقوام والخصائص التقنية للعقار.

يسلم نظام الملكية المشتركة إجبارياً لكل مقتمن خلال توقيع العقد.

يحدد نموذج نظام الملكية المشتركة عن طريق التنظيم".

(5) المادة 7: "يجب أن ينص العقد أنه في حالة مراجعة السعر المتفق عليه، يجب أن تخضع هذه المراجعة للإجراءات والقواعد والكفاءات التي تم اعتمادها مسبقاً وذلك طبقاً لأحكام المادة 38 من القانون 04-11".

وعليه فحسب المادة 38 سالفه الذكر يمكن مراجعة الثمن في عقد بيع البناء على التصاميم وفق لشروط معينة حماية للمشتري من تعسف المرقى العقاري، وليس هذا فقط بل أقر المشرع حماية أخرى تتمثل في السلطة التي تقرر هذه المراجعة، وهذا على النحو التالي.

أولاً: شروط مراجعة الثمن في عقد بيع البناء على التصاميم

ضماناً لحماية المشتري في هذا العقد لم يترك المشرع الجزائري الحرية للمتعاقدين في اللجوء إلى مراجعة الثمن، بل أرجعه إلى مجموعة من الشروط التي يجب أن تتوفر فيه حتى تتم هذه المراجعة وترتب آثارها، وهذا من خلال:

1- أن يتضمن العقد بند مراجعة الثمن وكيفيته: فقد اشترطت المادة 38 من القانون 04-11 سالفه الذكر صراحةً أن يتم النص في العقد إن كان السعر قابلاً للمراجعة أم لا، وإلا كان العقد باطلاً، وإن كان العقد قابلاً للمراجعة فوجب ذكر كفاءات المراجعة، ولا شك أن هذا فيه حماية للمشتري من كل أشكال التعسف التي يمكن أن يمارسها عليه المرقى العقاري.

وعليه فإذا ورد في العقد أن السعر غير قابل للمراجعة فلا يمكن مراجعته مهما كانت الظروف، مما يجعل المشتري في أمان من خطر مراجعة الثمن، وليس هذا فقط؛ فقد عزز المشرع من هذه الحماية لما اشترط أن يتضمن العقد كيفية المراجعة، وبالتالي يكون المشتري عالماً بها مسبقاً، مما يجعله في أتم الاستعداد لها وفقاً لما هو متفق عليه في العقد.

2- ألا تتجاوز المراجعة 20% من السعر المتفق عليه: فقد وضع المشرع آلية أخرى لحماية المشتري في عقد بيع البناء على التصاميم من خلال وضع عتبة للمراجعة لا يجوز تجاوزها مهما كانت الظروف والأحوال تتمثل في 20% من السعر المتفق عليه في العقد، وفي حال تجاوز هذه النسبة ما على المشتري إلا الامتناع عن دفع هذه الزيادة، ويكتفي بدفع نسبة 20% فقط، وتعتبر هذه ضمانة جوهرية ومهمة لحماية المشتري من إساءة استعمال المرقى العقاري لحقه في المراجعة، واستغلاله حاجة المشتري للسكن.⁽¹⁾

(1) بلجراف: سامية، مرجع سابق، ص 581. / مشتاوي: سمير، مرجع سابق، ص 42. / تسيية: أعمر، مرجع سابق، ص 163.

وحسّن ما فعله المشرع الجزائري، وذلك عندما تدارك النقص الذي كان موجوداً في المرسوم التشريعي 03-93 لما ترك حرية مراجعة الثمن لإرادة المتعاقدين، والتي يمكن أن تصل الزيادة فيها إلى 200%، وهذا لا شك أن فيه ارهاق للمشتري واستغلال له، وهذا واضح من قرار المحكمة العليا الجزائرية رقم 1181262 الصادر بتاريخ 2018/04/19. (1)

(1) نص القرار: "الوجه الأول: المأخوذ من تناقض التسبب مع المنطوق: بدعوى أن قضاة المجلس أشابوا قرارهم بعبء تناقض التسبب مع المنطوق لما علّلوا قضائه بالقول " أن عقد التخصيص الذي يربط الطاعن بالمطعون ضدها تم في ظل المرسوم التشريعي رقم 03/93 المتضمن النشاط العقاري ولا يخضع للقانون رقم 07/86 المدفوع به من قبل المستأنفة، المطعون ضدها لأنه تم إلغائه بموجب المادة 30 من المرسوم المذكور أعلاه، وبأن عقد التخصيص ليس بعقد بيع على التصاميم لعدم تحريره وفقا للنموذج المحدد في المرسوم رقم 58/94 ولا يتضمن البيانات والضمانات المقررة بالمواد من 09 إلى 12 من المرسوم التشريعي رقم 03/93، ومنه فإن اتفاق الطرفين يخضع للقواعد العامة لأحكام عقد البيع المنصوص عليها بالقانون المدني، فيما يخص دفع ثمن المسكن...، ذلك أنه لا يوجد في عقد التخصيص الشقة لفائدة الطاعن ما يسمح للمطعون ضدها بمراجعة ثمن الشقة برفعه من 750.000 دج إلى مبلغ 1.410.000 دج وطبقا لأحكام المواد 110-111 و 112 من القانون المدني إذا تم العقد بطريقة الإذعان وكان يتضمن شروط تعسفية جاز للقاضي أن يعدّل هذه الشروط التعسفية وعليه البحث عن النية المشتركة للطرفين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ ويؤول الشك في مصلحة المدين...". ومنطوق القرار بتبنيه السعر الذي فرضته المطعون ضدها دون اعتمادها على أية معايير جاء متناقضا مع أسبابه المؤسسة على أحكام عقد البيع المنصوص عليها في القانون المدني فيما يخص دفع ثمن السكن.....

الوجه الثاني: المأخوذ من مخالفة القانون الداخلي: بدعوى أن القرار المطعون فيه خالف أحكام القانون المدني التي صرّح بأنها تنظم العلاقة التي تربط طرفي الدعوى لما قضى بإلزام الطاعن بأن يدفع للمطعون ضدها ثمن الشقة المخصصة له، وفقا للمبلغ الذي حددته بإرادتها المنفردة

الوجه الثالث: المأخوذ من انعدام الأساس القانوني: ذلك أنه ذكر في أسباب القرار بأن دعوى الضمان قد سقطت بالتقادم طبقا للمادة 383 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، في حين أن هذه المادة تتعلق باعتراض الغير الخارج عن الخصومة ولا شأن لها بأحكام التقادم، فضلا عن ذلك منطوق القرار المطعون فيه لم يؤسس على أي نص قانوني.

ردت المحكمة العليا عن الأوجه الثلاثة الأول، الثاني والثالث مجتمعة لارتباطهما وتكاملهما: حيث يتبين من القرار المطعون فيه أن قضاة المجلس علّلوا إخضاع العلاقة التعاقدية التي تربط طرفي الخصومة، للقواعد العامة الخاصة بعقد البيع، المنصوص عليها في القانون المدني، فيما يخص دفع ثمن السكن، بكون عقد تخصيص السكن محل النزاع المحرّر لفائدة الطاعن بتاريخ 1996/11/05 خلال سريان المرسوم التشريعي رقم 03/98 المتعلق بالنشاط العقاري، ليس بعقد بيع بناء على التصاميم لعدم تحريره وفقا للنموذج المحدد بالمرسوم رقم 58/94 ولعدم تضمنه البيانات المقررة بالمواد من 09 إلى 12 من المرسوم التشريعي رقم 03/93 السالف ذكره، ولأن ثمن البيع المحدد فيه وصف بسعر تقديري، قابل للمراجعة ويحدّد نهائيا عند تسليم المشروع فإن الطاعن الذي قبل بذلك وشغل السكن منذ مدة طويلة يكون ملزما بدفع ثمن السكن تنفيذا لشروط العقد، ولا يؤخذ بدفعه بإخلال المطعون ضدها بالتزامها بإنهاء الأشغال المنتفح عليها، لتبوت شغله السكن دون إبداء أية تحفظات، وتقديم ما يثبت النقص المزعومة، وأنه فضلا عن ذلك، دعوى الضمان قد سقطت بالتقادم وفقا للمادة 383 من القانون المدني، حيث خلافا لما يدعيه الطاعن بهذا التعليل الذي مؤداه أنه بإمضائه عقد تخصيص السكن المتضمن شرط تحديد سعر البيع النهائي، عند إنهاء أشغال المشروع، أي على أساس تكاليف إنجاز، وبقبوله تسليم السكن وشغله دون إبداء أية تحفظات، قضاة المجلس قد أتوا بأسباب تماشى ومنطوق قرارهم ولم يخالفوا أحكام القانون المدني فيما يخص ثمن البيع مادام أنهم تقيّدوا بما تضمنه عقد تخصيص السكن وقبول الطاعن شرط تحديد سعر البيع النهائي بعد إنهاء أشغال إنجاز السكن، وحيث وبخصوص الدفع المتمسك بما لإعابة على القرار انعدام الأساس القانوني، فإن عكس ما يزعمه عدم ذكر النصوص القانونية المطبقة في النزاع ليس سببا للنقض، مادام أن قضاة المجلس أوضحو أسباب إخضاعهم المنازعة المتعلقة بثمان بيع

3- أن تتم المراجعة بناء على المؤشرات الرسمية: فطبقاً للفقرة الثالثة من المادة 38 من القانون 11-04 القاضية ب: " يجب أن تركز صيغة مراجعة الأسعار على عناصر تغيرات سعر التكلفة وتعتمد على تطور المؤشرات الرسمية لأسعار المواد والعتاد واليد العاملة..."، يجب أن تركز المراجعة على المؤشرات الرسمية من تغير سعر التكلفة لأسعار مواد البناء، والعتاد واليد العاملة.

وقد ذهب المشرع الفرنسي في هذا الصدد إلى اشتراط توقف عملية مراجعة الثمن على تغير مؤشر وطني معين خاص بمجال البناء، ينشر شهرياً في الجريدة الرسمية من قبل الوزير المكلف بالبناء والسكن يعرف بمؤشر (Indice National du bâtiment)، وبذلك لا يتم مراجعة الثمن إلا إذا كانت نسبة هذا التغير بالمقارنة بين آخر مؤشر تم شهره يوم توقيع العقد وآخر مؤشر تم شهره في تاريخ كل دفع، وتتم عملية حساب المراجعة في فرنسا كما يلي: في حالة ما إذا كان ثمن المنزل هو € 243800، وكان مؤشر التغير عند التوقيع على العقد يقدر بـ 802.9، وبعد عدة أشهر عرف مؤشر التغير ارتفاعاً فسجل رقم 854.40، وحسب هذه المعطيات يكون المبلغ المراجع كالتالي: $259437.91 = 854.40 \div 802.9 \times 243800$ ، وهذا هو الثمن النهائي لعقد البيع على التصاميم حسب هذا المثال وطبقاً لأحكام القانون الفرنسي.⁽¹⁾

أما في القانون الجزائري فحتى يقوم المرقي العقاري بعملية مراجعة الثمن في عقد بيع البناء على التصاميم يجب أن يكون هناك تغير في أسعار بعض أو كل مواد البناء والعتاد المستعمل للبناء من آلات وأدوات البناء المختلفة، وكذا تغير في أجور اليد العاملة، ويجب أن يكون هذا التغير مستنداً على مؤشرات رسمية لتطور الأسعار، وعليه لا يكف مثلاً ارتفاع مواد البناء عند التاجر الذي يتعامل معه المرقي العقاري حتى تتم عملية

السكن لأحكام البيع الواردة في القانون المدني، واستندوا في ذلك إلى عدم إفراغ التعامل بالبيع في عقد بيع بناء على التصاميم الذي ينظمه المرسوم التشريعي رقم 03/93 المتعلق بالنشاط العقاري، هذا من جهة ومن جهة أخرى الظاهر من القرار أن قضاة المجلس بزررو رفضهم دفع الطاعن بإخلال المطعون ضدها بالتزامها بإنهاء الأشغال وإنفاذه مبالغ لإتمامها بثبوت من عناصر القضية شغله السكن منذ مدة طويلة دون إبداء تحفظات، وبخلص من هذا التعليل أن قولهم بسقوط دعوى الضمان بالتقادم طبقاً للمادة 383 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، عوض المادة 383 من القانون المدني، مجرد خطأ مطبعي لا يؤثر على سلامة الأساس القانوني المعطى للقرار، وعليه الأوجه الثلاثة غير مؤسّسة يتعيّن رفضها". من قرارات المحكمة العليا، المحكمة العليا، 2024/01/29.

(1) Saint-alary roger-saint-alary-houin corinne; droit de la construction, 6ème éditin, dalloz, paris, p104.

المراجعة، وإنما يجب أن يكون هناك تغير عام على مستوى الأسواق الوطنية والرسمية، وليس وفقاً للسوق الموازية في أسعار المواد والعتاد واليد العاملة.⁽¹⁾

4- تبرير مراجعة الثمن: وحتى تتم مراجعة الثمن يجب على المرقبي العقاري أن يبرر طلب المراجعة في كل الأحوال بتبرير تغيرات أسعار مواد البناء والعتاد وأجور اليد العاملة عملاً بمقتضيات الفقرة الرابعة من المادة 38 من القانون 04-11 والتي تقضي بـ: "وفي كل الأحوال، يجب تبرير تغيرات السعر".

وباعتبار أن المادة لم تبين إجراءات وكيفيات هذا التبرير، والجهة التي يتم التبرير على مستواها، فيمكن القول أنه يثبت ذلك بالوثائق والمستندات التي تبين تغير المؤشرات الرسمية؛ كتقديم الجريدة الرسمية التي تبين قيمة المؤشرات عند المراجعة كما هو معمول به في القانون الفرنسي المقارن، وباعتبار أنه لا يوجد أمر مماثل في الجزائر، كان حرياً بالمشروع الجزائري التدخل لتدارك هذا النقص لكونه يعتمد على إحصائيات اقتصادية دقيقة.⁽²⁾

ولكن بالرجوع إلى نص المادة السابعة⁽³⁾ من المرسوم التنفيذي 13-431 نجد أن المشروع الجزائري ترك الحرية للمتعاقد لتجديد الإجراءات والقواعد لكيفية المراجعة، وذلك بتضمين عقد بيع البناء على التصاميم - في حال الاتفاق على المراجعة - على الإجراءات وكيفيات المراجعة⁽⁴⁾، ليتسنى للمشتري عند إبرام العقد اشتراط وثائق ومستندات معينة، والتي تؤكد له فعلاً أن هذه الزيادة التي يشترطها المرقبي العقاري مشروعة.

5- عدم تحقق الظروف الطارئة: استثنت الفقرة الثالثة من المادة 38 سالفه الذكر الظروف الاستثنائية والطارئة من أسباب مراجعة الثمن في عقد بيع البناء على التصاميم، وذلك بوضع معيار لها يكمن في زعزعة التوازن الاقتصادي للمشروع العقاري، فالمرقبي العقاري لا يمكنه توقع حدوث الكوارث الطبيعية أو حدوث حرب بخلاف أنه يمكن أن يتوقع زيادة أسعار البناء والعتاد واليد العاملة؛ فهو معتاد على مثل هذه الزيادات

(1) كتو: لامية، مرجع سابق، ص 133. / تسببية: أعرم، مرجع سابق، ص 164.

(2) كتو: لامية، المرجع نفسه، ص 136. / تسببية: أعرم، المرجع نفسه، ص 165.

(3) المادة 7: "يجب أن ينص العقد في حالة مراجعة السعر المتفق عليه، يجب أن تخضع هذه المراجعة للإجراءات والقواعد والكيفيات التي تم اعتمادها مسبقاً، وذلك طبقاً لأحكام المادة 38 من القانون رقم 11-04 المؤرخ في 14 ربيع الأول عام 1432 هـ الموافق 17 فبراير 2011م والمذكور أعلاه".

(4) مشتاوي: سمير، مرجع سابق، ص 43-44.

أثناء أداء نشاطاته الترقية، وله من الخبرة ما يكفي لأخذ احتياطاته⁽¹⁾، فله أن يشترط مراجعة الثمن عند إبرام العقد في حال حدوث هذه الزيادات.

ثانياً: السلطة التي تقرر مراجعة الثمن

لم يحدد المشرع الجزائري الجهة المخول لها سلطة مراجعة الثمن في عقد بيع البناء على التصاميم، ولكن بالرجوع إلى المادة 38 من القانون 04-11 والمادة 7 من المرسوم التنفيذي 13-431 سأل في الذكر يتبين أن المشرع ترك سلطة مراجعة الثمن لاتفاق طرفي العقد-المركبي العقاري والمشتري-، فجعل قاعدة العقد شريعة المتعاقدين هي الإطار الذي يحكم تلك العملية⁽²⁾، إذ يرجع الأمر لهما في تعيين السلطة التي يرفع لها طلب المراجعة، والتي لها الصلاحية التامة من حيث القبول والرفض، كأن يتم الاتفاق بتعيين مرق عقاري آخر كخبير في ذلك أو أي مختص في البناء أثناء إبرام العقد.

ولكن الواقع العملي أثبت أن المرقبي العقاري هو الذي يحدد المراجعة وحتى أسبابها؛ وهو ما يفتح المجال لتعسفه ومبالغته في زيادة الثمن⁽³⁾، وغالباً ما يعاني المشترون من تماطل المرقين العقاريين في عملية الإنجاز قصد أن تطرأ عليها ظروف اقتصادية تؤدي إلى رفع أسعار مواد البناء أو العتاد أو اليد العاملة، فيستفيد المرقبي العقاري من هذه المراجعة دون أي مراقبة من أي جهة؛ ما دام أن نسبة المراجعة قد حددت بناءً على اتفاق الطرفين، فلو كانت المراجعة تخضع للسلطة التقديرية للقاضي كما هو في حالة اختلال توازن العقد تبعاً لنظرية الظروف الطارئة التي تسمح للقاضي بالتدخل لتعديل بنود العقد، مما يمنح للمشتري المتضرر الحماية الفعالة من هذه التقلبات، باعتبار أن القاضي هو الحامي للحقوق⁽⁴⁾، لأنه يمكنه تقدير نسبة المراجعة بما يتناسب والأسباب التي أدت إلى هذه المراجعة، وتفادي لجوء المرقبي مباشرة إلى تقرير النسبة القصوى لها.⁽⁵⁾

(1) كتو: لامية، مرجع سابق، ص 134-135.

(2) كتو: لامية، المرجع نفسه، ص 137. / بلجرف: سامية، مرجع سابق، ص 580. / مشتاوي: سمير، مرجع سابق، ص 45. / تسيبة: أعمار، مرجع سابق، ص 166.

(3) مسكر: سهام، بيع العقار بناء على التصاميم في الترقية العقارية، مرجع سابق، ص 102.

(4) كتو: لامية، المرجع السابق، ص 136-137.

(5) طيب: عائشة، الحماية القانونية لمالك البناء في عقد البيع بناءً على التصاميم، مرجع سابق، ص 74.

ولكن رغم هذه الضمانات التي أقرها المشرع الجزائري لحماية المشتري، والتي وفق فيها إلى حد بعيد، غير أنها تبقى حماية قاصرة، فكان حرياً بالمشرع أن يتدخل وينص على أن يتم تحديد السعر وفقاً للسعر الرسمي لسوق العقارات وذلك بصفة أدق، كما كان على المشرع الجزائري أيضاً أن يسير على خطى المشرع الفرنسي بتوضيح المؤشرات الرسمية في كيفية مراجعة الثمن، على أن تكون صادرة عن جهات مختصة، إضافة إلى إجراءات وكيفيات تبرير المراجعة، والجهة التي يتم التبرير أمامها، بأن يتم إخضاعها للقضاء شأنها في ذلك شأن نظرية الظروف الطارئة، وعدم ترك الحرية للمتعاقدين لتحديد الإجراءات في عقد بيع البناء على التصاميم، وذلك حماية للمشتري من تعسف المرقى العقاري في تحديد سعر المبيع ومراجعته.

الفرع الرابع: ضمانات تتعلق بالتسليم والتسلم

يلتزم البائع بمقتضى عقد البيع بتسليم العين المباعة للمشتري، وذلك بنص المادة 167 من القانون المدني الجزائري والتي تقضي ب: "الالتزام بنقل حق عيني يتضمن الالتزام بتسليم الشيء والمحافظة عليه حتى التسليم"، وتتجلى أهمية التسليم في أن المشتري وبمجرد تسلمه الشيء المبيع يصبح قادراً على الانتفاع الكامل بهذا الشيء⁽¹⁾، ومن ثم تتحقق الغاية من إبرام العقد⁽²⁾، ويتم التسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشتري؛ بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق، ولو لم يستولي عليه استلاءً مادياً ما دام البائع أعلمه بذلك وهذا طبقاً للفقرة الأولى من نص المادة 367⁽³⁾ من القانون المدني الجزائري؛ فالتسليم لا بد من أن يتوفر على عنصرين: الأول وضع المبيع تحت تصرف المشتري دون مانع، وأما الثاني إعلام المشتري بأن المبيع قد وضع تحت حيازته كتابة أو شفاهة⁽⁴⁾.

(1) يعرف التسليم بالإجراء الذي يتم بموجبه تمكن المشتري من المبيع؛ بحيث يستطيع أن يباشر عليه سلطاته كمالك دون أن يمنعه من ذلك أي عائق. سي يوسف: زاهية حورية، الوجيز في عقد البيع - دراسة مقارنة ومدعمة باجتهادات قضائية وفقهية، دار الأمل للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2014، ص 137.

(2) بن عبد القادر: زهرة، الضمانات الممنوحة للمشتري في عقد البيع على التصميم، مرجع سابق، ص 242-243.

(3) المادة 367: "يتم التسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق ولو لم يتسلمه تسليمياً مادياً ما دام البائع أخبره بأنه مستعد لتسليمه بذلك ويحصل التسليم على النحو الذي يتفق مع طبيعة الشيء المبيع". يقابلها نص المادة 435 ف 1 من القانون المدني المصري.

(4) سي يوسف: زاهية حورية، الوجيز في عقد البيع، مرجع سابق، ص 138-139.

وبخلاف عقود البيع العادية أين يلتزم البائع بتسليم الشيء المبيع على الحالة التي كان عليها وقت التعاقد، فإنه في عقد بيع البناء على التصاميم فإن العقار محل التشييد غير موجود وقت إبرام العقد، وإنما المرقي العقاري ملزم بإيجاده من خلال التزامه بالبناء وإتمام البناء، ويعتبر الالتزام بالتسليم التزام بتحقيق نتيجة لا ببذل عناية.⁽¹⁾

ويعتبر التسليم ذا أهمية خاصة في عقد بيع البناء على التصاميم؛ كون أن المشتري لا يستطيع التحقق من مواصفات المبيع بدقة إلا وقت التسليم، وهو عادة نقطة بداية حساب المواعيد المتعلقة بجميع الدعاوى التي ترمي إلى إقامة مسؤولية البائع عن الضمانات الناشئة عن العقد أو التي يفرضها القانون ثم استحقاق البائع للباقي من الثمن كأهم الآثار المترتبة عن التسليم⁽²⁾، ومن هنا يظهر الفرق بين التسليم في عقد البيع العادي عن التسليم في عقد بيع البناء على التصاميم؛ إذ هو ليس مجرد استيلاء مادي بوضع اليد فعلاً أو حكماً، بل يتضمن عناصر أخرى تتمثل في قبول العمل أي أشغال البناء والموافقة عليها⁽³⁾ بعد فحصها أو التحفظ عليها.⁽⁴⁾

ونظراً لكون التسليم يكتسي أهمية بالغة بالنسبة للمشتري في عقد بيع البناء على التصاميم أولى المشرع الجزائري عناية كبيرة به؛ إذ أحاطه بمجموعة من الضمانات لحماية حقوق المشتري، تتضمن هذه الأخيرة تسليم البناية بكيفية تضمن له الانتفاع الكلي بها، وذلك بوضع إجراءات تتعلق بكيفية التسليم وآجاله، وذلك على النحو التالي.

البند الأول: كيفية التسليم

(1) كتو: لامية، مرجع سابق، ص113.

(2) بن عبد القادر: زهرة، الضمانات الممنوحة للمشتري في عقد بيع بناء على التصميم، مرجع سابق، ص244. / كتو: لامية، المرجع نفسه، ص113-114. / بلجراف: سامية، مرجع سابق، ص582.

(3) لقد أولى المشرع الفرنسي عناية كبيرة بهذا؛ إذ عرفت الفقرة الأولى من المادة 1792-6 المضافة إلى القانون المدني الفرنسي بقانون 4 يناير 1978 بأنه: "التصرف الذي بموجبه يعلن رب العمل قبوله للعمل بتحفظ أو بدونه".

Article 1792-6 (loi N^o 78-12 du 4 janvier 1978) « la réception est l'acte par lequel le l'ouvrage déclare accepter avec ou sans réserve ... »

(4) ويس: فتحي-فناك: علي، عقد البيع بناء على التصاميم في الترقية العقارية، الملتقى الوطني حول الترقية العقارية-واقع وآفاق-، كلية الحقوق، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، يومي 7 و8 فيفري 2006، ص88.

إذا كان التسليم فى عاا البيا العااى يتم بوضع المبيع آا آيازة المشرى، وعاا مباشارة أى آق من الآقوق الآى يتماع بها، فإنه فى عاا بيا البناء على التصاميم؛ فالسليم لا يكف بوضع البناية آا آيازة المشرى آا يمكن القول بأن المرقي العقارى قا وفى بالآزامه بالسليم، بل يجب أن يقبل المشرى البناية، ويقر صراآه بأنه موافق عليها، وأها قا آا وفقاً للمواصفات الآى تم الآفاق عليها فى العاا، وطبقاً للأصول الفنى والآقنى الآاصة بالبناء، ولقواعد الآهئة والآعمير، إضافة إلى إآبات عملية التسليم بمآضر يآرر من طرف نفس الموثق الآى قام بآرير العاا، وذلك بآضور طرفى العاا، عاا آاآد الموثق من الآيازة الفعلية للمشرى للبناية مآل العاا وتسلمه لها⁽¹⁾، وأنه موافق عليها بدون أى آآفظ⁽²⁾، وهذا طبقاً لنص المادة 34 فى 2⁽³⁾ من القانون 11-04 المآاا لنشاط الآرقية العقارية.

وهو نفس ما أقره المشرى المصرى، فاا جعل لآظة تسلم الوآة السكنية آاا من قياا المقاول أو المهندس بإنآار مآلكها رسمياً طبقاً لنص المادة 655⁽⁴⁾ من القانون المآى المصرى، وآآقق التسليم بقبول المشرى الوآة السكنية دون إآاء آآفظات عليها، أما فى آالة تسلمه إياها مع إآاء الآفظات فإن مدة الضمان لا تسرى إلا من آارىخ القياا أو الآآآابة للمسائل موضوع آاه الآفظات.⁽⁵⁾

(1) لقا ترك المشرى الآزارى آااا آيفياا معاينة عملية التسليم لآفاق الأطراف بموجب المرسوم الآنفىاى 13-431 المآاا لنموآى عاا آفظ الآق وعاا بيا البناء على التصاميم وهذا يستشف من النموآ المآا لعاا بيا البناء على التصاميم فى آصريح المآآب، ومن ثم يمكن للمشرى أن يشآر فى العاا آضور أآا الآراء المآآصين أثناء عملية التسليم ليراقب مآى مطابقة البناء لما هو مآفق عليه فى العاا، وذلك قاصا إآاء المشرى للآفظات للنقااا المسآة قبل آرير مآضر التسليم من قبل الموثق.

(2) آسبية: أعر، مرجع سابق، ص 147.

(3) المادة 34 فى 2: " يتم عاا البيا على التصاميم المآاا فى الفقرة السابقة بمآضر يعد آضوريا فى نفس مآآب الآوق، قاصا معاينة الآيازة الفعلية من طرف المآآب وتسليم البناية المنآزة من طرف المرقي العقارى طبقا للآآزامات الآعاقية".

(4) المادة 655: " متى أأم المقاول العمل ووضعه آا آصرف رب العمل، وجب على آذا أن بياا إلى تسلمه فى أقرب وقت ممكن بمآب الآارى فى المعاملاا، فإذا آمآعاا دون سبب مشروعاا عن التسليم رآم آاآة إلى ذلك بإنآار رسمى، أعاا أن العمل قا سلم إليه".

(5) الأواا: سمير عاا السميع، مرجع سابق، ص 93.

ويجدر بنا أن نوه مع أزمة السكن الحالية التي من شأنها أن تجعل المشتري يتسرع في تسلم البناء فور اكتماله⁽¹⁾ دون أن يبدي أي تحفظ بشأنه، يجب ألا يفهم من ذلك أنه قد أقرها أو قبلها ضمناً⁽²⁾، بل ينبغي أن يقر صراحة على قبله لها⁽³⁾، وهذا ما أقرته التشريعات المقارنة كالفرنسي والمصري⁽⁴⁾، كما أن عدم إبداء التحفظات وقبول الشقة صراحة لا يعفي المرقى من الضمان.

فهذه الإجراءات تضي الضمانات الفعلية لحماية المشتري في هذا العقد ضد خطر عدم تنفيذ المرقى العقاري لالتزامه، أو تنفيذه تنفيذاً ناقصاً، فمحضر التسليم المعد من طرف الموثق يشكل وسيلة إثبات بأن المشتري فعلاً قد تسلم البناية محل العقد، وأن البناية قد تمت وفق الشروط والمواصفات المتفق عليها، كما أن عملية التحرير أمام الموثق تتيح للمشتري فرصة إبداء التحفظات حول البناية إذا وجد فيها عدم التطابق؛ بحيث يمتنع عن التسلم، ومن ثم يمتنع الموثق من إعداد محضر التسليم إلى حين الفصل في النزاع بين المرقى العقاري والمشتري ودياً أو قضائياً.

وتجدر الإشارة إلى أن المحضر المثبت لحصول التسليم والتسلم لا يمكن للموثق إعداده إلا بعد تقديم المرقى العقاري لشهادة المطابقة⁽⁵⁾ المنصوص عليها في القانون 90-29 المتعلق بالتهيئة والتعمير، والقانون 08-15 المحدد لقواعد مطابقة البناء وإتمام إنجازها، وهذا طبقاً لنص المادة 39⁽⁶⁾ من القانون 11-04،

(1) تسليم السكن: اقتحام المستفيدين من مشروع 300 مسكن اجتماعي تساهمي ببلدية قوراية ولاية تيبازة الشقق المنجزة لفاذ صبرهم علماً أن 64 شقة منتهية الإنجاز من جملة 300 شقة. جريدة الخبر، المؤرخة في 14/01/2012، ص5.

(2) سرور: محمد شكري، مسؤولية مهندسي ومقاولي البناء والمنشآت التابعة الأخرى - دراسة مقارنة في القانون المدني المصري والقانون المدني الفرنسي، دار الفكر العربي، مصر، 1985م، ص155 ف122. وقد قضى بأن الملاك الذين يعيشون في بلد دمرها الحرب، والذين يضطرون إلى استعمال المبنى كماوى لهم لا يعتبرون قد وافقوا ضمناً على هذه الأعمال.

(3) عياشي: شعبان، مرجع سابق، ص197.

(4) يتفق التشريع المصري والجزائري في كيفية التسليم إلى حد بعيد، ويضيف التشريع المصري أنه في حالة ما إذا وقع خلاف بين كل من البائع والمشتري فيما إذا كان العمل موافقاً أو غير موافق لآي منهما أن يطلب ندب خبير على نفقته لمعاينة العمل وتحرير محضر بنتيجة المعاينة، وهو ما أقره التشريع الجزائري من خلال ترك الحرية للمتعاقدتين بتعيين مرقى عقاري آخر أو أي خبير لإثبات ما إذا تم العمل وفق المواصفات المطلوبة أم لا. الأودن: سمير عبد السميع، مرجع سابق، ص55-59.

(5) تمنح شهادة المطابقة من طرف السلطات المختصة المتمثلة في رئيس المجلس الشعبي البلدي أو الوالي، والتي تثبت مطابقة البناء لرخصة البناء. انظر: الملحق رقم 07 المتضمن نموذج شهادة المطابقة، ص371.

(6) المادة 39: "في حالة عقد البيع على التمام، لا يمكن حيازة بناية أو جزء من بناية من طرف المقتني إلا بعد تسليم شهادة المطابقة المنصوص عليها في القانون رقم 90-29 المؤرخ في أول ديسمبر سنة 1990 والقانون رقم 08-15 المؤرخ في 20 يوليو سنة 2008، والمذكورين أعلاه".

ونموذج عقد البيع على التصاميم الملحق بالمرسوم التنفيذي 13-431، وذلك بنصه تحت عنوان "كيفية الحياة"، والغرض من اشتراط شهادة المطابقة هو حماية المشتري الذي يتسرع إلى تسلّم مسكنه بمجرد إنهاء المرقى العقاري من إنجاز عمليات البناء، حتى ولو لم يكن مطابقاً للمواصفات المتفق عليها في ظل أزمة السكن الحالية.

والملاحظ في الحياة العملية أن المشتري يطالب المرقى العقاري بتسليمه مسكنه الذي تعاقد من أجله، قبل حصول المرقى العقاري على شهادة المطابقة، وتطبيقاً لذلك قضت محكمة شلغوم العيد برفض الدعوى التي طلب فيها المدعي المشتري بإلزام المدعى عليه البائع المرقى العقاري بتسليم الشقة بعد اكتمال بنائها، مؤسسة حكمها على أنه من المقرر قانوناً أنه بعد عملية الإنجاز يستكمل عقد البيع على التصاميم بحضور محرر بمكتب الموثق لإثبات حياة الملكية من طرف المشتري وتسليم البناية ويشهر بالمحافظة العقارية، وذلك بعد تسديد الثمن الكلي للعقار أو بعد إضافة مبلغ المراجعة، كما أنه تشترط شهادة المطابقة بعد إتمام الإنجاز، وهذا من أجل التأكد من صلاحيتها للسكن، وبذلك منع شغل أو استغلال أي شقة إلا بعد الحصول على شهادة المطابقة.⁽¹⁾

البند الثاني: آجال التسليم

لا يكف التسليم وفق المواصفات المتفق عليها لكي يفى المرقى العقاري بالتزاماته أمام المشتري في عقد بيع البناء على التصاميم، بل يجب أن يتم هذا التسليم في الآجال المحددة المتفق عليها في العقد، والتي جعلها المشرع الجزائري لإرادة الطرفين مع ربطها بمراحل إنجاز الأشغال، وهذا ما نص عليه المرسوم التنفيذي 13-431 المحدد لنموذجي عقد حفظ الحق وعقد البيع على التصاميم للأمولاك العقارية، وكذا حدود تسديد سعر الملك موضوع عقد بيع البناء على التصاميم ومبلغ عقوبة التأخير وآجالها وكيفية دفعها، وذلك تحت عنوان أجل التسليم؛ إذ تقضي بـ: "إن أجل تسليم البناية أو جزء من البناية للمقتني يبدأ سريانه، ابتداءً من تاريخ التوقيع على عقد البيع هذا على التصاميم، ويتم تقسيم آجال التسليم إلى مراحل محددة على النحو الآتي:

(1) حكم صادر عن محكمة شلغوم العيد يوم 2010/12/21م، غير منشور. أنظر: عباشي: شعبان، مرجع سابق، ص 199-200.

المراحل	مراحل الأشغال	الآجال القصوى
1	إتمام الأساساتشهرًا
2	إتمام الأشغال الكبرى، بما في ذلك المساك والجدران الخارجية والداخليةشهرًا
3	إتمام كافة الأشغال مجتمعة، بما في ذلك الربط بالطرقات والشبكات المختلفة وكذا التهيئات الخارجيةشهرًا
4	الإتمام	

إن انتهاء مرحلة معينة، قبل انقضاء الأجل الأقصى المحدد أعلاه، يمنح الحق لدفع الاستحقاق الموافق لها، من طرف صاحب المشروع وتحت مسؤوليته وتقع المصاريف على عاتق البائع، يوقع البائع على محضر المعاينة ويسلمه للمقني للتوقيع عليه مقابل وصل استلام".

ومن خلال هذا يفهم أن أجل التسليم يبدأ من تاريخ التوقيع على عقد بيع البناء على التصاميم إلى حين الآجال القصوى المحددة لإتمام إنجاز البناء.

وتجدر الإشارة إلى أنه في حالة عدم ذكر الآجل وتخلفه في عقد بيع البناء على التصاميم، يكون العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً، باعتبار أن الأجل عنصر جوهري في هذا العقد طبقاً لما نص عليه المرسوم التنفيذي 431-13 سالف الذكر، والذي حدد النموذج الذي يكون عليه عقد بيع البناء على التصاميم والذي جعل ذكر الأجل من عناصر هذا العقد وذلك حسب نسبة الإنجاز كما سلف ذكره.⁽¹⁾

(1) انظر إلى الملحق رقم: 03 المتضمن نموذج عقد بيع البناء على التصاميم، ص362.

ورغم أن المشرع لم ينص في القانون 04-11 سالف الذكر⁽¹⁾ على وجوب تحديد آجال التسليم كما فعل في المادة العاشرة (10)⁽²⁾ من المرسوم التشريعي 93-03، إلا أنه نص في المادة 43⁽³⁾ من القانون 04-11 على أن كل تأخر في التسليم الفعلي للعقار موضوع عقد بيع البناء على التصاميم يؤدي إلى فرض عقوبات تأخيرية⁽⁴⁾ على المرقى العقاري، على أن يتضمن عقد بيع البناء على التصاميم صيغة حساب مبلغ عقوبة التأخير طبقاً لنص المادة الرابعة⁽⁵⁾ من المرسوم التنفيذي 13-431.⁽⁶⁾

ويمكن للمشتري أن يثبت تأخر المرقى العقاري في تسليم البناية محل عقد بيع البناء على التصاميم عن طريق معاينة عدم الحيازة الذي يحرره المحضر القضائي وفقاً للإجراءات المعمول بها قانوناً طبقاً لنص المادة الخامسة⁽⁷⁾ من المرسوم التنفيذي 13-431 سالف الذكر.

ومن هنا يتبين حماية المشرع الجزائري للمشتري من خلال تقديم ضمانات تتعلق بكيفية التسليم، إضافة إلى التسليم ضمن الآجال المحددة والمتفق عليها في إطار عقد بيع البناء على التصاميم؛ ففرض المشرع على المرقى العقاري عقوبات في حال التأخر في التسليم، إضافة إلى إمكانية حصول المشتري على التعويض جراء هذا التأخير، كل هذا يكرس حماية للمشتري في إطار هذا العقد.

(1) كان على المشرع أن ينص صراحة في القانون 04-11 على بطلان عقد بيع بناء على التصاميم في حال تخلف ذكر آجال التسليم، وذلك لرفع اللبس والغموض الذي يمكن أن يتخلل هذه المسألة، خاصة إذا اصطدم بمبدأ لا بطلان إلا بنص قانوني. تسمية: أعمار، مرجع سابق، ص 150.

(2) المادة 10: "يجب أن يشتمل عقد بناء على التصاميم الذي يحدده نموذج عن طريق التنظيم، تحت طائلة البطلان على ... آجال التسليم وعقوبات التأخير المرتبطة بها في حالة عدم احترام هذه الآجال ...".

(3) المادة 43: "يؤدي كل تأخر يلاحظ في التسليم الفعلي للعقار موضوع عقد البيع على التصاميم، إلى عقوبات التأخير التي يتحملها المرقى. يحدد مبلغ عقوبة التأخير وآجالها وكذا كيفية دفعها عن طريق التنظيم".

(4) استعمل المشرع الجزائري مصطلح "عقوبات التأخير"، وهذا يدل على أن المقصود بذلك ليس التعويض، وإنما الغرامة المدنية التي تنفذ على المرقى العقاري بنفس الطريقة التي تنفذ بها الغرامات الجزائية، وهذا بغية حماية المشتري من تقاعس المرقى العقاري عن تسليمه البناية في الآجال المتفق عليها في العقد. تسمية: أعمار، مرجع سابق، ص 151.

(5) المادة 4: "يجب أن يتضمن عقد البيع على التصاميم صيغة حساب مبلغ عقوبة التأخير، في حالة ما إذا لم يتم تسليم البناية أو جزء من البناية في الآجال المحددة".

(6) المرسوم التنفيذي رقم 13-431 المؤرخ في 15 صفر 1435 هـ الموافق 18 ديسمبر 2013م، المحدد لنموذجي عقد حاف الحق وعقد البيع على التصاميم للأمالك العقارية، وكذا حدود سعر الملك موضوع عقد البيع على التصاميم ومبلغ عقوبة التأخير وآجالها وكيفية دفعها.

(7) المادة 5: "يجب أن تتم معاينة التأخير في التسليم الفعلي للملك العقاري، موضوع عقد البيع على التصاميم، عند انقضاء أجل التسليم المذكور في المادة 4 أعلاه، من طرف محضر قضائي طبقاً للأشكال والإجراءات المحددة في التشريع المعمول به".

وقد ثبتت الحماية فعلاً عندما أصدرت محكمة ورقلة في الملف رقم 10/2376 المؤرخ في 2011/07/23 حكم يتعلق بواقعة قيام مرقي عقاري بإلزام مؤسسة الترقية العقارية بالتسليم لدفع كامل الأقساط غير أن المحكمة حكمت ببطلان شهادة الاستفادة وإلزام المدعي عليها بإرجاع الدفعات، وتعويض قدره 50.000.00 دج عن ضرر عدم التنفيذ.

وعلى هذا فقد حمى كل من الفقه الإسلامي والقانون الجزائري على غرار التشريعات المقارنة كالفرنسي والمصري المشتري في عملية بيع البناء على التصاميم وقدم له ضمانات التي من شأنها أن تجعله يبرم العقد خاصة وأنه موجود في مركز ضعف أمام المرقي العقاري، وقد زاد الفقه الإسلامي من هذه الحماية في مسألة الملكية عندما اشترط انتهاء المرقي العقاري من تشييد البناية وفق المواصفات المتفق عليها حتى تنتقل الملكية وبالثمن المتفق عليه؛ فعدم دفع الثمن عند العقد فيه حماية للمشتري كما أنه سبب لإتقان المرقي العقاري لعمله، وحرصه الشديد على مطابقتها للمواصفات والمقاييس مطابقة تامة بعيدة عن الغش والاحتيال، أما لو دفع الثمن أو جزء كبير منه فقد يكون ذلك سبباً من أسباب الضغط على المشتري في تسلم البناية محل العقد ولو خالف شروطه، لاسيما إذا لاحظنا ما يترتب على عدم التسلم من رفع الدعوى على المرقي العقاري، وأجور المحاماة، وما يسببه ذلك من حرج ومشقة، عكس القانون الجزائري الذي اشترط انتقال الملكية بمجرد إبرام العقد حتى قبل تشييد البناية، وهذا ما يجعله قد يقبل البناية وفق ما كانت عليه خاصة إذا كانت مخالفة للشروط والمواصفات المتفق عليها، مما جعل المشرع الجزائري يتدارك ذلك ويحيطه بضمانات أخرى تأتي بعد تسلم البناية المشيدة، وهذا ما سنطرق إليه في الفصل الثاني.

خلاصة

لقد سعى كل من الفقه الإسلامي والتشريعات المقارنة من القانون الجزائري والفرنسي والمصري لضمان وحماية حقوق المشتري بدءاً من المرحلة السابقة للتعاقد مروراً بتنفيذها إلى غاية تسلمه للبناية؛ فأما في مرحلة إبرام العقد، نجد أن الفقه الإسلامي أمر الصانع بإنجاز العمل المتفق عليه وفق الشروط والكيفية المتفق عليها في العقد من خلال تقديم مادة الصنع من عنده، وأن يقوم الصانع بالعمل بنفسه أو يعهد إلى غيره بالعمل، وهذا لا شك بأن فيه حماية للمشتري-المستصنع- في عقد بيع البناء على التصاميم؛ إذ يساهم في ضمان إنجاز المبيع على الصورة المتفق عليها بينه وبين المستصنع خاصة وأن هذا الأخير لا يشترط دفعه للمال في

البداية فيمكن أن يدفع جزء منه أو لا يدفع حتى يتم إنجاز الشيء المصنوع على الصيغة المتفق عليه، وهذا هو عين الضمان الذي يقدمه المرقى العقاري في عقد بيع البناء على التصاميم، وذلك بالالتزام بتشييد البناية ومطابقتها للتصاميم.

أما القانون فباعتبار عقد بيع البناء على التصاميم ينصب على عقار لم ينجز بعد، أدرك المشرع الجزائري عدم كفاية تقرير ضمانات القواعد العامة من قبل البائع (المرقى العقاري) وذلك بالنظر إلى الخصوصية التي يكتسبها هذا العقد الذي يتطلب وقتاً لتنفيذه لكونه وارد على عقار سيتم إنجازه في المستقبل، فدعمها بمجموعة من القواعد المتميزة التي تكرر ضمانات لا تعرف في القواعد العامة من أجل إحاطة المشتري بقدر أوفر من الحماية، فسعى القانون الجزائري شأنه في ذلك شأن القانون الفرنسي والمصري إلى وضع ضمانات على المرقى العقاري في المرحلة السابقة للتعاقد لحماية المشتري من الوقوع ضحية مشروع وهمي أو غير قانوني؛ فألزم المرقى العقاري بالحصول على الاعتماد والتسجيل في الجدول الوطني للمرقين العقاريين، كما ألزمه بالحصول على الرخص الإدارية كالترخيص الإداري وشهادات التهيئة والتعمير (عقد ملكية الأرض - رقم السند العقاري - رخصة البناء - رخصة التجزئة - شهادة التعمير والتهيئة والشبكات)، وذلك لضمان حصول المشتري على بناء صالح للاستعمال للانتفاع به على أكمل وجه، إضافة إلى اكتتاب المرقى العقاري للتأمينات لدى كل من صندوق الضمان والكفالة المتبادلة، والضمان العشري الذي يغطي مسؤولية المرقى العشرية عن جميع الأضرار جسيمة كانت أو بسيطة ومهما بلغت تكاليف إصلاحها، كما ألزم المشرع المرقى باكتتاب ضمان على جميع المخاطر التي يكون مسؤولاً عنها بصفته مرقياً عقارياً، وهذه الضمانات من شأنها أن تغطي مسؤولية المرقى اتجاه المشتري، فلا يخاف هذا الأخير على حقوقه مما يجعله يبرم هذا العقد ويقبل عليه بأريحية.

كما وضع ضمانات أخرى أثناء التعاقد، منها ما هي مرتبطة بكل ركن من أركان العقد، فعمل جاهداً لحماية رضا المشتري من أن يشوبه أي عيب من عيوب الرضا، كما ألزم المرقى بتعيين العقار محل العقد وبيان الثمن المقابل له باعتبار أن البناية لم تشيد بعد، واشترط المشرع أن يفرغ هذا العقد في شكل رسمي معين وفقاً للنموذج القانوني المحدد على أن يتم تسجيله وشهره بالمحافظة العقارية مما يضمن نقل ملكية الأرض والبناية للمشتري، كما وضع المشرع حماية خاصة للمشتري من الشروط التعسفية التي يمكن أن يمارسها عليه المرقى العقاري باعتباره الحلقة الأضعف في العلاقة التعاقدية.

أما في مرحلة تنفيذ العقد فقد عمل كل من الفقه الإسلامي والتشريعات المقارنة على فرض جملة من الإجراءات في هذه المرحلة باعتبارها تجسيد لما تم الاتفاق عليه من قبل في العقد، فحتى يتم العقد وفق الاتفاق حرص كل من الفقه الإسلامي والقانون على احاطته بجملة من الضمانات في سبيل حماية المشتري؛ فأما الفقه الإسلامي أعطى ضمانات تتعلق بانتقال الملكية والتسليم في الوقت والتمن المتفق عليه في العقد، وضمن الإنجاز وفق المواصفات المتفق عليها.

وأما المشرع الجزائري فعلى غرار التشريعات المقارنة فقد حرص على ضمان إلزام المرقى العقاري بنقل ملكية الأرض التي ستشيد البناءة عليها مع ملكية البناءة في حد ذاتها إلى المشتري تدريجياً منذ إبرام العقد وشهره بالمحافظة العقارية إلى حين تسليمه البناءة، ولكن قبل ذلك فرض عليه أن يعلم المشتري بكل المعلومات المتعلقة بالعقار محل التشييد من وضعيته القانونية إلى المواد المستخدمة وصولاً إلى المعلومات المتعلقة بالملكية المشتركة، كما ألزم المرقى العقاري أيضاً ببناء البناءة وفق الكيفية والشروط والآجال المتفق عليها لضمان حصول المشتري على بناءة مطابقة وسليمة مع تحرير محضر التسليم من قبل الموثق الذي حرر العقد، ولتكريس هذه الحماية أكثر منعه من قبول التسبيقات خارج إطار الدفعات المتفق عليها، كما ألزمه عند الانتهاء من إنجاز البناءة بتسليمها للمشتري في الآجال المتفق عليها في العقد، وفي المقابل سعى لحماية المشتري في التزاماته أيضاً باعتباره مطالب بدفع الثمن في أقساط حسب تقدم نسبة الإنجاز كونه المساهم بطريقة غير مباشرة في التدعيم المالي للمشروع العقاري؛ وذلك بتحديد النسب القصوى لكل مرحلة، وليس هذا فقط، بل كان شديد الحرص على حمايته عندما وضع شروطاً لمراجعة الثمن كي لا يتعسف المرقى في اللجوء إليها، وإن كانت حماية قاصرة تحتاج إلى تدخله ولكن حسنٌ ما فعله المشرع الجزائري، وهذا كله في إطار حماية المشتري في عقد بيع البناء على التصاميم، ليطمئن المشتري من هذا العقد من جهة، ومن جهة أخرى يُقْبَل عليه الناس خاصة في ظل أزمة السكن الحالية، والظروف المادية للمشتري، والتي تجعله متخوف دائماً من الوقوع ضحية النصب والاحتيال من قبل المرقى العقاري.

ولم يتوقف الفقه الإسلامي والتشريعات المقارنة عند هذا الحد، بل فرضوا ضمانات وآليات أخرى لحماية المشتري في عقد بيع البناء على التصاميم، تبدأ فعاليتها من تاريخ تسليم البناءة، وهذا ما سوف نتحدث عنه في الفصل الثاني.

الفصل الثاني

الثاني

الفصل الثاني: ضمانات حماية حقوق المشتري بعد تسلم العقار المنجز

تمهيد وتقسيم:

لم يكتف الفقه الإسلامي والتشريعات المقارنة سالفه الذكر بحماية المشتري في المرحلة السابقة على التعاقد وتنفيذ العقد، بل زادت من الحماية حتى بعد تسلم البناية، نظراً لطبيعة العقد، والتي تفرض سلامة هذه البناية من العيوب انطلاقاً من حيازة هذه البناية وفقاً للمعايير القانونية، ولما تم الاتفاق عليه في العقد، وقابليتها للاستعمال والاستغلال، بعيداً عن النزاعات المحتملة.

وانطلاقاً من هذا عمد كل من الفقه الإسلامي والتشريعات المقارنة على حماية المشتري منذ تسلم البناية؛ فأما الفقه الإسلامي فباعترار عقد بيع البناء على التصاميم صورة من صور الاستصناع، فقد جعل الصانع يضمن ما ينشأ عن صنعه أو فعله من ضرر أو خسارة، إذ قد يعمد الصانع لإخفاء العيب أو مخالفة الشروط الواردة في العقد فمكن الفقه الإسلامي المستصنع-المشتري-بالرجوع على الصانع بالضمان، إضافة إلى ضمان الدرك-التعرض والاستحقاق في القانون-، أما التشريعات المقارنة فحمت المشتري من خلال تقديم ضمانات تتعلق بسلامة العقار المنجز؛ وذلك بضمان العيوب الظاهرة والخفية التي تتعلق بمتانة البناية وسلامتها، والضمان العشري، إضافة إلى ضمان التعرض والاستحقاق سواء كان من المرقى العقاري (الصانع في الفقه الإسلامي) أو من غيره، وليس هذا فقط بل شمل الضمان أيضاً ضمانات تتعلق بحسن الإنجاز، وذلك من خلال ضمان الإنهاء الكامل لأشغال البناء، وضمان حسن سير عناصر تجهيزات البناية، وضمان تسيير العقار المنجز على نفقته خلال مدة معينة.

ولم يكتف الفقه الإسلامي والتشريعات المقارنة عند هذا الحد بل دأبوا إلى تحقيق ضمانات جزائية تتعلق بالمساءلة عن أي إخلال بالتزامات المرقى العقاري القانونية أو العقدية، إضافة إلى عقوبات مدنية وأخرى إدارية، وهذا ما سأطرق إليه في هذا الفصل من خلال ما يلي.

□ المبحث الأول: ضمانات تتعلق بحسن الإنجاز وسلامة العقار المنجز.

- المطلب الأول: ضمانات تتعلق بحسن الإنجاز وسلامة العقار المنجز في الفقه الإسلامي.
- المطلب الثاني: ضمانات تتعلق بحسن الإنجاز وسلامة العقار المنجز في القانون.

□ المبحث الثاني: ضمانات الحماية المدنية والإدارية والجزائية للمشتري

- المطلب الأول: ضمانات الحماية المدنية والإدارية والجزائية للمشتري في الفقه الإسلامي.
- المطلب الثاني: ضمانات الحماية المدنية والإدارية والجزائية للمشتري في القانون.

المبحث الأول: ضمانات تتعلق بحسن الإنجاز وسلامة العقار المنجز

إن هدف المشتري من وراء إبرام عقد بيع البناء على التصاميم هو الحصول على بناية صالحة للاستعمال وفق الغرض الذي أعدت له، والانتفاع به انتفاعاً كاملاً بعيداً عن كل العيوب التي يمكن أن تتخلل البناية، وأي نزاعات واعتراضات قد تشوب بشأها، وانطلاقاً من هذا حرص كل من الفقه الإسلامي والتشريعات المقارنة على حماية المشتري من خلال حسن إنجاز البناية بالإتهاء الكامل لأشغال البناء، وضمان حسن سير عناصر تجهيزات البناية، إضافة إلى تقديم ضمانات أخرى لحمايته من كل عيب قد يشوب البناية سواء أكان ظاهراً أم خفياً، وهذا نظراً للطبيعة التي يتميز بها هذا العقد؛ إذ يتعذر على المشتري أن يتفحص ويتفقد العيوب والنقائص التي تتخلل هذا المبيع خاصة وأن بعضها لا يمكن كشفها إلا بموجب الخبرة الفنية أو لا يمكن أن تظهر إلا بعد مرور مدة زمنية على الاستعمال، إضافة إلى توفير الحماية الهادئة الخالية من أي نزاعات من خلال عدم التعرض له سواء من المرقى العقاري نفسه أو الغير، وهذا ما حرص عليه كل من الفقه الإسلامي والتشريعات المقارنة، وهو ما سأطرق إليه من خلال هذا المبحث.

المطلب الأول: ضمانات تتعلق بحسن الإنجاز وسلامة العقار المنجز في الفقه الإسلامي

لقد عمل الفقه الإسلامي على حماية المستصنع-المشتري في عقد بيع البناء على التصاميم-في عقد الاستصناع، من خلال التزام الصانع بضمان بعض الخيارات للمستصنع، وضمان عيوب الشيء المصنوع بعد تسليمه، كما ألزم الصانع إضافة إلى ذلك بضمان الدرك، وهذا ما سأطرق إليه على النحو التالي.

الفرع الأول: ضمان بعض الخيارات للمشتري

قصد حماية المشتري في عقد بيع البناء على التصاميم الذي يعتبر صورة من صور الاستصناع، يثبت للمستصنع-المشتري-في عقد الاستصناع الملك متى جاء الشيء المصنوع على المواصفات المتفق عليها، كما تثبت له بعض الخيارات ضماناً له من أي تلاعب أو غش أو تدليس ممكن أن يقع من الصانع-المرقى العقاري في عقد بيع البناء على التصاميم-، وهذا على النحو التالي.

البند الأول: خيار الصفة أو الوصف

خيار الوصف (الصفة)؛ فيكون في حالة ما إذا أحضر الصانع المصنوع موافقاً للأوصاف المنصوص عليها في العقد، فإنه ينتفي حقه في خيار الصفة، ويلزم بأخذه وبدفع الثمن المتفق عليه للصانع، أما إذا لم يكن على الأوصاف المتفق عليها فإنه يكون له حق الفسخ ولا يجبر على تسلمه⁽¹⁾، وهذا فيه حماية للمشتري من أن يقع عرضة للغش.

وفي مذهب الحنفية يسمى خيار فوات الوصف المرغوب فيه؛ وهو أن يكون المشتري مخيراً بين أن يقبل بكل الثمن المسمى أو أن يفسخ البيع حيث فات وصف مرغوب فيه، في بيع شيء غائب عن مجلس العقد؛ مثاله أن يشتري شيئاً يشترط فيه صفة معينة غير ظاهرة، وإنما تعرف بالتجربة، ثم يتبين عدم وجودها، أو يشتري بقره على أنها حلوب، فظهرت غير حلوب، أو يشتري جوهرة على أنها أصلية، فظهرت أنها تقليد صناعي للأصلية، أو يشتري سكناً بالاستصناع فيجده على غير الصفات المتفق عليها، فيكون المشتري مخيراً إن شاء فسخ البيع، وإن شاء أخذ المبيع بجميع الثمن المسمى؛ لأن هذا وصف مرغوب فيه، يستحق في العقد بالشرط، فإذا فات أوجب التخيير؛ لأن المشتري ماضي به دونه، فصار كفوات وصف السلامة.⁽²⁾

وعلى هذا يعتبر الحنفية خيار الوصف الخيار الثاني الذي يثبت للمستصنع بعد خيار الرؤية خلافاً للشافعية والحنابلة واللذان يعتبرانه داخلاً في خيار الرؤية ويأخذ حكمه، وهذا في حالة ما إذا قدم الصانع المصنوع المتعاقد عليه، وقد فات وصف مرغوب فيه اشترطه المستصنع عند العقد، وغياب الوصف يمكن المستصنع من الخيار بين أن يقبل المصنوع بكل الثمن المسمى أو أن يفسخ البيع، وهو المسمى بخيار الوصف، وهو غير خيار الرؤية وإنما جاز له فسخ البيع لأن الوصف أو الأوصاف التي اشترطها المستصنع مرغوب فيها، فإذا فاتت أوجبت التخيير.⁽³⁾

(1) محيسن: فؤاد محمد، التأصيل الشرعي لعقدي الاستصناع والمقاوله، دائرة المكتبة الوطنية، عمان الأردن، ط1، 2002، ص52. / العبد: أسامة محمد حسن، عقد الاستصناع في الفقه الإسلامي - دراسة مقارنة بالقانون المصري والكويتي، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة الكويت، د.ط، د.ت، ص52. / السالوس: علي أحمد، فقه البيع والاستيثاق والتطبيق المعاصر - دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون، دار الثقافة ومكتبة دار القرآن، قطر، ط7، 2008، ص514.

(2) ابن عابدين: محمد أمين بن عمر، مرجع سابق، ج4، ص49. / ابن الهمام: كمال الدين، مرجع سابق، ج5، ص135. / الزحيلي: وهبة، مرجع سابق، ج5، ص3520.

(3) التارزي: مصطفى كمال، مرجع سابق، ج7، ص1019.

وأما سبب أخذه بجميع الثمن في رأي الحنفية فهو: لأن الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن، لكونها تابعة في العقد، ودليل مشروعيتها: الأخذ باستحسان المصلحة على خلاف القياس.⁽¹⁾

وحتى يثبت خيار الوصف لابد من ثلاثة شروط تتمثل فيما يلي:⁽²⁾

- 1- أن يكون الوصف المشروط مباحاً شرعاً: فإذا كان حراماً لم يصح.
- 2- أن يكون الوصف مرغوباً فيه عادة: فإذا لم يكن مرغوباً فيه في العرف، لغا الشرط، وصح البيع، ولا خيار، مثل وصف الذكورة والأنوثة في الحيوانات، فمن اشترى شيئاً على أنه ذكر فإذا هو أنثى، صح البيع ولم يثبت الخيار.
- 3- ألا يكون تحديد الوصف المرغوب فيه مؤدياً إلى جهالة مفضية للمنازعة؛ فإن فعل فسد البيع والشرط، كأن يشترط في البقرة الحلوب أن تحلب كذا رطلاً يومياً، فهذا شرط فاسد؛ لأنه لا يمكن ضبطه.

ويعبر عقد بيع البناء على التصاميم من بين العقود التي يجب فيها خيار الوصف⁽³⁾ تبعاً لطبيعة هذا العقد؛ إذ أن المواصفات المتفق عليها في العقد يكون مرغوباً فيها عادة وإلا لما اشترطها المشتري.

جاء في بدائع الصنائع: "... أن في تختيار كل واحد منهما دفع الضرر عنه، وأنه واجب والصحيح جواب ظاهر الرواية؛ لأن في إثبات الخيار للصانع ما شرع له الاستصناع، وهو دفع حاجة المستصنع؛ لأنه متى ثبت الخيار للصانع؛ فكل ما فرع عنه يتبعه من غير المستصنع؛ فلا تندفع حاجة المستصنع وقول أبي يوسف أن الصانع يتضرر بإثبات الخيار للمستصنع مسلم، ولكن ضرر المستصنع بإبطال الخيار فوق ضرر الصانع بإثبات الخيار للمستصنع؛ لأن المصنوع إذا لم يلائمه وطولب بتمنه؛ لا يمكنه بيع المصنوع من غيره بقيمة مثله، ولا

(1) الزحيلي: وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج5، ص3520.

(2) الزحيلي: وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع نفسه، ج5، ص3520-3521.

(3) يعبر خيار الوصف ذا أهمية باعتبار الأحكام التي ترتبط به، والتي تتمثل في: - يورث خيار الوصف، فلو مات المشتري الذي له خيار الوصف، فظهر المبيع خالياً من ذلك الوصف، كان للوارث حق الفسخ.

- إذا تصرف المشتري الذي له خيار الوصف بالمبيع تصرف المالك، بطل خياره.

- يثبت للمشتري الحق في فسخ البيع أو استبقاء المبيع بجميع الثمن، فإن هلك المبيع أو تعيب في يده، فله الرجوع على البائع بمقدار نقص المبيع بسبب فوات الوصف المرغوب فيه، ويعرف ذلك بتقوم المبيع مع الوصف، وبدون الوصف، ويضمن المشتري الفرق بينهما. الزحيلي: وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع نفسه، ج5، ص3521.

يتعذر ذلك على الصانع؛ لكثرة ممارسته وانتصابه لذلك؛ ولأن المستصنع إذا غرم ثمنه ولم تندفع حاجته؛ لم يحصل ما شرع له الاستصناع - وهو اندفاع حاجته - فلا بد من إثبات الخيار له⁽¹⁾، فمن هنا لا بد للصانع من ضمان تسليم المبيع مع ضمان خيار الوصف وهذا حتى تندفع حاجة المستصنع المشتري من لجوئه لهذا العقد.

أما عند الملكية والشافعية فهناك خيار النقيصة؛ وهو ما كان موجهه نقصاً في المبيع من عيب أو استحقاق، ويسمى الحكمي؛ لأنه جرّ إليه الحكم، ومهما اختلفت التسمية ولكن يبقى الحكم واحداً ينعكس على عقد بيع البناء على التصاميم، والذي يوجب الفسخ أو الإنقاص من قيمة الشيء المصنوع.

وعلى هذا يعتبر خيار الوصف أو خيار فوات الوصف المرغوب أو النقيصة فيه ضماناً من الفقه الإسلامي لحماية المشتري في عقد بيع البناء على التصاميم، ذلك أنه متى ثبت وجود البناية على غير الوصف المرغوب فيه أو المتفق عليه، كان للمشتري الخيار بين أن يفسخ العقد أو أن يقبل المصنوع مع الإنقاص من قيمته، ولعل هذا فيه حماية للمشتري من أن تفرض عليه البناية على الحالة الموجودة بعد الانتهاء من أشغال البناء، فخيار الوصف يعطيه الحق في فسخ العقد وبالتالي عدم إجباره على أخذ البناية بكل الثمن المسمى في العقد.

البند الثاني: خيار العيب

فإذا أحضر الصانع - المرقى العقاري - الشيء المصنوع وليس به عيب، فإن حق المستصنع يسقط في الرد، أما إذا كان في المصنوع عيب، كان للمستصنع الحق في الرد بالعيب ولا يلزم بأخذه⁽²⁾، ويشترط حتى يرد المشتري هذا الشيء المصنوع ما يلي:⁽³⁾

1- أن يكون العيب منقصاً في قيمة المصنوع ومنفعته.

2- أن يكون العيب خفياً عند العقد ولا يعلم به المستصنع.

(1) الكاساني: علاء الدين، مرجع سابق، ج5، ص4.

(2) البدران: كاسب بن عبد الكريم، مرجع سابق، ص205.

(3) رسن: قاسم هبال، شروط العيب في المبيع - دراسة مقارنة بين الفقه الوضعي العربي والفقه الإسلامي، مجلة الحقوق، كلية الحقوق، جامعة بابل، العراق، د.ت، ص842-844. / ابن عابدين: محمد أمين بن عمر، مرجع سابق، ج5، ص16. / بلخير: أحمد، مرجع سابق، ص104.

3- ألا يكون المستصنع اشترط البراءة من العيوب.

ولا شك أن هذا فيه حماية للمشتري في عقد بيع البناء على التصاميم، إذ من شأن المرقى العقاري أن يستغل حاجة المشتري إلى السكن يفرض عليه هذا السكن رغم وجود عيوب مؤثرة تنقص من قيمة البناية المشيدة، ومن هنا أعطى الفقه الإسلامي ضماناً للمشتري؛ إذ مكنه من رفض قبول البناية متى وجد فيها عيباً منقصاً لقيمتها سواء كان ظاهراً أم خفياً، وسيتم تفصيله ذلك أكثر في الفرع الثاني.

البند الثالث: خيار الرؤية

ويكون ذلك في حالة ما إذا حضر الصانع الشيء المصنوع مستوفياً للأوصاف والشروط المتفق عليها، ورآها المستصنع، فهل له الخيار بالقبض أو الرد؟

والراجع عند أهل العلم أنه ليس للمستصنع الخيار طالما أتى الشيء المصنوع على المواصفات المتفق عليها، وهو ما أخذت به مجلة الأحكام العدلية⁽¹⁾، واختاره مجمع الفقه الاسلامي⁽²⁾، والزرقا⁽³⁾، وعلي محي الدين القرعة داغي⁽⁴⁾.

فمتى أتت البناية على المواصفات المتفق عليها أخذ بها المشتري في عقد بيع البناء على التصاميم وهذا هو عين الصواب والحق، على خلاف ما إذا أتت مخالفة للمواصفات فهنا من حق المشتري الفسخ أو طلب الإنقاص من قيمة البناية على اعتبار أنها لم تستوفي الشروط المطلوبة في العقد كما سبق بيانه في خيار الوصف، وبهذا يكون الفقه الإسلامي قد حمى المشتري في هذا العقد من خلال إعطائه هذه الخيارات، والتي من شأنها حفظ حقوقه وصيانتها.

الفرع الثاني: ضمان عيوب الشيء المصنوع

(1) المادة 392: "وإذا انعقد الاستصناع: فليس لأحد العاقدين الرجوع، وإذا لم يكن المصنوع على الأوصاف المطلوبة المبينة كان المستصنع مخيراً".

(2) قرار مجمع الفقه الإسلامي 67/9/7 الدورة السابعة المنعقدة في جدة المملكة العربية السعودية، من 7-12 ذو القعدة 1412 هـ الموافق 14-9 ماي 1992، ج2، ص142-143.

(3) الزرقا: مصطفى أحمد، عقد الاستصناع، مرجع سابق، ص26.

(4) القرعة داغي: علي محي الدين، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ج7، ص813.

فإذا كان الصانع ملزماً بإنجاز الشيء المراد استنتاجه وفق الشروط والمواصفات المتفق عليها في العقد، وطبقاً لأصول الفن الذي يحكم هذا العمل، فمتى جاء هذا العمل المستصنع مخالفاً للمقاييس، وكان من صنع الصانع سواء من تقصيره أو تعديه، تعين حينئذٍ عليه -الصانع- ضمان العيوب التي لحقت بعمله، وهو قول الجمهور من الحنفية⁽¹⁾ والمالكية⁽²⁾ والشافعية⁽³⁾ وأحمد في أحد قوليهِ⁽⁴⁾.

فقد يعمد الصانع إلى إخفاء العيب أو مخالفة الشروط المتفق عليها في العقد غشاً منه، فلا يتمكن المستصنع من معرفة ذلك العيب إلا بعد مرور مدة من تسلمه للشيء المصنوع، فيكون له بذلك الرجوع على الصانع بالضمان، فالمصلحة تقتضي تضمين الصانع⁽⁵⁾، لأن في ترك الضمان ذريعة لإتلاف الأموال، وقد قضى الخلفاء الراشدين بتضمين الصانع، يقول الإمام الشاطبي: "إن الخلفاء الراشدين قضوا بتضمين الصانع، قال علي رضي الله عنه: "لا يصلح الناس إلا ذاك"، ووجه المصلحة فيه أنّ الناس لهم حاجة إلى الصانع، وهم يغيبون عن الأمتعة في غالب الأحوال، والأغلب عليهم التفريط وترك الحفظ، فلو لم يثبت تضمينهم مع مسيس الحاجة إلى استعمالهم لأفضى ذلك إلى أحد الأمرين: إما ترك الاستصناع بالكلية وذلك شاق على الخلق، وإما أن يعملوا فلا يضمنوا ذلك بدعواهم الهلاك والضياع، فتضيع الأموال ويقل الاحتراز، وتتطرق الخيانة، فكانت المصلحة التضمين".⁽⁶⁾

(1) السرخسي: محمد بن أحمد، مرجع سابق، ج15، ص103. / الكاساني: علاء الدين، مرجع سابق، ج6، ص533.

(2) قال ابن جزئي: "تضمين الصانع ما غابوا عليه (أي أخفوه) سواء عملوه بأجرة أو بغير أجرة ولا يضمنون ما لم يغيبوا عليه...". ابن

جزئي الكلبي الغرناطي: أبو القاسم محمد بن أحمد، القوانين الفقهية، د.د.ن، د.م، د.ط، د.ت، ص344.

(3) الشربيني: محمد بن أحمد الخطيب، مرجع سابق، ج2، ص315.

(4) ابن قدامة: عبد الله، مرجع سابق، ج2، ص328.

(5) فغرور: رابع، مرجع سابق، ص225.

(6) الشاطبي: أبو إسحاق، الإعتصام، تحقيق: سليم بن عيد الهلالي، دار ابن عفان، المملكة العربية السعودية، ط1، 1992، ج2، ص616.

والحال أن اليوم يختلف عما كان سائد في الماضي⁽¹⁾، فعند الحنفية عند الإمام الأعظم للمستصنع الرجوع بعد عقد الاستصناع، وعند الإمام أبي يوسف⁽²⁾ أنه إذا وجد المصنوع موافقاً للصفات التي بينت وقت العقد فليس له الرجوع، والحال أنه في هذا الزمن قد اتخذت معامل كثيرة تصنع فيها البواخر والمدافع ونحوها بالمقابلة، وبهذا صار الاستصناع من الأمور الجارية العظيمة.⁽³⁾

وإذا كان العقد القائم بين الصانع والمستصنع عقد المقابلة قائماً على تقبل بناء يصنع المهندس تصميمه على أن ينفذه المقاول تحت إشرافه كانا مشتركين في التعويض لصاحب العمل على الخلل الحاصل بسببهما من تقصير أو تعد وعن كل ما يحدث في خلال عشر سنوات من تهديم كلي أو جزئي فيما شيدها من البناء، وما أقاماه من منشآت وهما مسؤولان وضامنان لكل عيب يهدد متانة البناء وسلامته، فإذا تضمن العقد السلامة لمدة أطول كانا ضامين للمدة المتفق عليها، وإن كان الخلل ناشئاً عن عيب في الأرض ذاتها لعدم احتياطهما لذلك، وتبدأ مدة الضمان من وقت تسلم المحل فإذا اقتصر عمل المهندس على وضع التصميم من غير إشرافه على التنفيذ كان مسؤولاً عن عيوب التصميم لقوله ﷺ: "الخراج بالضمان"⁽⁴⁾، لا عن عيوب التنفيذ لأن الغرم بالغنم.⁽⁵⁾

وإذا عمل المقاول بإشراف مهندس آخر فلا يكون مسؤولاً عن التصميم ولكن يكون مسؤولاً عن عيوب التنفيذ لأن الغرم بالغنم كما سبق بيانه، ولو شرط المهندس أو المقاول الإعفاء من المسؤولية وحط الضمان عنه والحد منه كان الشرط باطلاً ووجب عليه الضمان؛ لأن هذا الشرط ينافي المصلحة مع حق الآخرين، لكن إذا سكت رب العمل عن العيوب التي انكشفت أو عن التهديم الذي حصل سنة كاملة وبعدها قام

(1) فقبل أن تظهر العقود بهذا الشكل وتتضمن تشييدات كبرى ومصالح اقتصادية ضخمة كان المبيع إذا جاء على غير المواصفات المتفق عليها في العقد، كان المستصنع غير ملزم بالاستلام ولا هو ملزم بدفع الثمن، لأن العقد إنما كان تلبية لرغبة المستصنع، ودفعاً لحاجته، لثبوت خيار فوات الوصف قال في شرح مجلة الأحكام: وإذا كان المصنوع غير موافق للأوصاف المطلوبة، فإن كان النقص الموجود فيه من قبيل العيب فللمستصنع خيار العيب، وإن كان من قبيل الوصف، فله خيار الوصف، إن شاء قبله وإن شاء رده، ومتى قبله بعد رؤيته فليس له رده. التارزي: مصطفى كمال، مرجع سابق، ج7، ص1012.

(2) السمرقندي: أبو بكر علاء الدين، تحفة الفقهاء، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ط2، 1994، ج2، ص629.

(3) التارزي: مصطفى كمال، مرجع سابق، ج7، ص1010.

(4) أخرجه أبي داود في سننه عن عائشة رضي الله عنها، كتاب الإجارة، باب فيمن اشترى عبداً فاستعمله ثم وجد به عيباً، تحت رقم 3508.

/ أخرجه ابن ماجه في سننه عن عائشة رضي الله عنها، كتاب الإيجارات، باب الخراج بالضمان، تحت رقم 2243.

(5) جعيط: كمال الدين، مرجع سابق، ج7، ص976.

بدعوى الضمان سقط حقه فيه وذلك أخذاً بقاعدة مبدأ المنع من سماع الدعوى وبمبدأ تخصيص القضاء⁽¹⁾، وقرر بعضهم السقوط بعد ثلاث سنوات تنزيلاً له منزلة من أخرج الشيء من يده والخراج بالضمان⁽²⁾.
وأما عن وقت تقدير الضمان فهو وقت الضرر، لأن الضمان يجب بالضرورة وقت ثبوت الحكم، وهو وقت وجود سببه فتعد قيمة الضرر يوم وقوعه⁽³⁾.

وعلى هذا فلا يجوز أن يشترط الصانع في عقد الاستصناع عدم مسؤوليته عما يظهر من عيوب أو اختلال في المبيع الذي سيصنعه، لأنه متى شرط ذلك وقع العقد باطلاً، باعتباره سوء نية منه لإبعاد مسؤوليته عن الإهمال والخطأ أو الجهل بأصول صنعه التي تعاقد على أساس أنه متقن لها، ولا شك أن هذا فيه ضرراً كبيراً على المستصنع المشتري؛ فمثل هذا الاشتراط يشجع على التدليس والغش، خاصة في عصرنا لما أصبح الاستصناع يشمل المباني الضخمة والمصانع الكاملة، فإذا وجد فيها عيب أو خلل تقني تعطل عملها وعظمت خسارتها⁽⁴⁾، وقد أخذ بهذا الزرقا⁽⁵⁾ وبعض الفقهاء المعاصرين كسليمان الأشقر.

وهذا مما لا شك فيه أنه يكرس مبدأ حماية الفقه الإسلامي للمشتري في عقد بيع البناء على التصاميم من خلال ضمان عيوب الشيء المصنوع، واشتراط هذا الضمان في العقد، فهدف الصانع من اشتراط عدم مسؤوليته من العيوب هو حماية نفسه من الإهمال أو الخطأ أو الجهل بأصول صنعه، خاصة وأن عقد بيع البناء على التصاميم يتميز بكون المبيع معدوم وقت التعاقد، وسيصنعه البائع بنفسه أو تحت إشرافه، فلا يعقل حينئذ أن يتمصل الصانع من الضمان، بل يكون من واجبه ذلك خاصة إذا عرف نفسه أنه سيتقن الصنعة-البنائية في هذا العقد- التي أوكلت إليه.

الفرع الثالث: ضمان الدرك

(1) ابن قدامة: عبد الله، مرجع سابق، ج6، ص36. / السمرقندي: أبو بكر علاء الدين، تحفة الفقهاء، مرجع سابق، ص484. / المواد 58-85-87-88-392-482-483-574-608-609-611-891-1387-1398-1660-1801 من مجلة الأحكام العدلية.

(2) جعيط: كمال الدين، مرجع سابق، ج7، ص974.

(3) الزحيلي: وهبة، نظرية الضمان، دار الفكر، دمشق سوريا، ط8، 2008، ص95-96.

(4) محمد سليمان الأشقر وآخرون، مرجع سابق، ص233-237.

(5) الزرقا: مصطفى أحمد، عقد الاستصناع ومدى أهميته في الاستثمارات الإسلامية المعاصرة، مرجع سابق، ص44-49.

فلا يضمن الصانع عيوب المبيع ولا يضمن خيار الوصف أو النقيصة فقط، بل يجب عليه أيضا إضافة إلى ذلك أن يضمن الدرك، والمقصود بالدرك: "التزام الثمن متى خرج المبيع مستحقاً أو معيباً"⁽¹⁾ أو هو: "ضمان الثمن للمشتري متى خرج المبيع مستحقاً أو ناقصاً، أو رُد بعيب، وضمان الثمن للبائع، إن ظهر به عيب أو نقص أو استحق".⁽²⁾

ومن خلال استقراء التعريفات يتبين أن الحنفية والمالكية قد حصروا الدرك في ضمان الثمن عند استحقاق المبيع، بينما أضاف المالكية في قول آخر لهم والشافعية والحنابلة إلى ذلك ما إذا ظهر المبيع معيباً، وأدخلوه في هذا الضمان، وزاد على ذلك الشافعية والحنابلة في حالة ما إذا خرج المبيع ناقصاً.

وقد ذهب الجمهور من الحنفية⁽³⁾ والمالكية⁽⁴⁾ والشافعية⁽⁵⁾ والحنابلة⁽⁶⁾ إلى جواز ضمان الدرك وصحته⁽⁷⁾، واستدلوا على ذلك بأدلة مشروعية الكفالة بالمال⁽⁸⁾، كما أجمعت الأمة الإسلامية قاطبة منذ عهد النبي ﷺ على مشروعية الكفالة، وضمان الدرك أحد أنواعها، فيكون مشروعاً.⁽⁹⁾

وقد جاء في ضمان الدرك في عقد استصناع العقارات في نموذج من ضمان الدرك المتعامل به في بيت التمويل الكويتي: "أجازت الهيئة صيغة ضمان الدرك في عقد الاستصناع"⁽¹⁰⁾.

(1) الخرشى: محمد أبو عبد الله، حاشية الخرشى على مختصر خليل، المطبعة الأميرية الكبرى، ط2، 1317هـ، ج5، ص155.

(2) النووي: أبو زكريا محي الدين يحيى بن شرف، منهاج الطالبين وعمدة المفتين في الفقه، مرجع سابق، ص129. / الرملي: شمس الدين محمد بن أبي العباس، مرجع سابق، ج4، ص439. / البهوتي: منصور بن يونس بن صلاح الدين، مرجع سابق، ج3، ص369.

(3) الكاساني: علاء الدين، مرجع سابق، ج6، ص4-5.

(4) الخرشى: محمد أبو عبد الله، مرجع سابق، ج6، ص24.

(5) الشربيني: شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب، مرجع سابق، ج3، ص202. / النووي: أبو زكريا محي الدين يحيى بن شرف، منهاج الطالبين وعمدة المفتين في الفقه، مرجع سابق، ص129. / النووي: أبو زكريا محي الدين يحيى بن شرف، المجموع شرح المهذب مع تكملة السبكي والمطيعي، مرجع سابق، ج14، ص37.

(6) ابن قدامة: عبد الله، مرجع سابق، ج5، ص76.

(7) قال النووي: "والمذهب صحة ضمان الدرك بعد قبض الثمن". النووي: أبو زكريا محي الدين يحيى بن شرف، منهاج الطالبين وعمدة المفتين في الفقه، المرجع السابق، ص129.

(8) فغرور: رايح، مرجع سابق، ص230.

(9) ابن عابدين: محمد أمين بن عمر، مرجع سابق، ج5، ص285. / الشربيني: شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب، مرجع سابق، ج2، ص198. / ابن قدامة: عبد الله، مرجع سابق، ج5، ص70.

(10) فغرور: رايح، المرجع السابق، ص232.

ولصحة ضمان الدرك لا بد من توافر مجموعة من الشروط، وباعتبار أن ضمان الدرك هو أحد فروع الكفالة، فشروط هذا الضمان هي نفسها شروط الكفالة، إضافة إلى شروط أخرى خاصة بضمان الدرك، والتي تتمثل فيما يلي: (1)

1- أن يكون الضمان برضا الضامن، لأنه التزام مال، فلا يصح بغير رضا الملتزم. (2)

2- أن يكون الضمان من جائز التصرف في ماله، فلا يصح ضمان من يحجر عليه لصغر أو جنون أو سفه، لأنه إيجاب مال بعقد، فلم يصح من الصبي والمجنون، والسفيه كالبيع. (3)

3- أن يكون المضمون معلوماً في قول الشافعية (4)، فلا يجوز ضمان المجهول لأنه إثبات مال في الذمة بعقد لآدمي، فلم يجز على الجهالة، كالثمن في البيع، وهو غير ما اتجه إليه الجمهور من الحنفية (5) والمالكية (6) و الحنابلة (7) بجواز أن يكون المضمون مجهولاً استدلالاً بقوله تعالى: ﴿وَلَمَن جَاءَ بِهِ جُمْلٌ بَعِيرٌ وَأَنَّى بِهِ زَعِيمٌ﴾ (8)، فقد أجاز الله عز وجل الكفالة بحمل البعير مع أن الحمل يحتمل الزيادة والنقصان. (9)

4- أن يكون الضمان بعد قبض الثمن، لأنه إنما يضمن ما يدخل في يد البائع، ولا يدخل الثمن في ضمانه إلا بقبضه. (10)

(1) فغرور: رابع، مرجع سابق، ص 232-233.

(2) الشيرازي: أبو إسحاق بن إبراهيم بن علي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ج 3، ص 321.

(3) الماوردى: أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الحاوي الكبير، تحقيق: علي محمد معوض-الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، 1999، ج 7، ص 82.

(4) النووي: أبو زكريا محي الدين يحيى بن شرف، منهاج الطالبين وعمدة المفتين في الفقه، مرجع سابق، ص 200.

(5) الكاساني: علاء الدين، مرجع سابق، ج 9، ص 6.

(6) عبد الوهاب: أبو محمد البغدادي، المعونة على مذهب عالم المدينة «الإمام مالك بن أنس»، تحقيق: حميش عبد الحق، المكتبة التجارية، مصطفى أحمد الباز، مكة المكرمة المملكة العربية السعودية، ط 1، 1415هـ، ج 2، ص 1232.

(7) ابن قدامة: عبد الله، مرجع سابق، ج 5، ص 72.

(8) سورة يوسف، الآية: 72.

(9) الكاساني: علاء الدين، مرجع سابق، ج 9، ص 6.

(10) الشيرازي: أبو إسحاق بن إبراهيم، مرجع سابق، ج 3، ص 326.

وعليه فتتوافر هذه الشروط يضمن البائع الدرك في الفقه الإسلامي، فيكون بذلك هذا الأخير قد أعطى للمشتري في عقد بيع البناء على التصاميم ضماناً، والتي من شأنها أن تجعله مرتاح البال حال تسلمه البناء من أي تعرض له؛ سواء أكان ذلك من قبل البائع أو الغير.

وضمان الدرك في الفقه الإسلامي يقابله ضمان التعرض والاستحقاق في القانون والذي نص عليه المشرع الجزائري من خلال نص المادة 371 من القانون المدني.⁽¹⁾

وعليه يمكن القول في الأخير أن الفقه الإسلامي قد أعطى ضمانات للمشتري في عقد بيع البناء على التصاميم، فمتى طبقت هذه الضمانات بحذافيرها كان هذا العقد قد أدى الغرض المنشود الذي أنيط به على أكمل وجه من جهة، ومن جهة أخرى يكون قد ساهم في حماية المشتري من كل ما قد يصيبه في هذا العقد من تعرض البناء للعيوب الظاهرة أو الخفية؛ والتي لا يمكن أن تظهر إلا بعد مضي مدة زمنية معينة، إضافة إلى إعطائه للمشتري بعض الخيارات؛ والتي تعطيه حق رفض البناء في حالة لم تأت وفق المواصفات المتفق عليها، ولا سيما ضمانه لعدم تعرض الصانع أو الغير له، والذي من شأنه أن يزاومه حول هذه البناء، فيكون المشتري بهذه الضمانات الممنوحة له من قبل الفقه الإسلامي مرتاح البال انطلاقاً من إمضاء هذا العقد وصولاً إلى تَمَامِ الصُّنْعِ، وَتَسْلِيمِ العَيْنِ، وَقَبُولِهَا، وَقَبْضِ التَّمَنِ، وتمكينه من حق التصرف والاستعمال والاستغلال.

المطلب الثاني: ضمانات تتعلق بحسن الإنجاز وسلامة العقار المنجز في القانون

لم يكتف المشرع الجزائري على غرار التشريعات المقارنة الأخرى بتقديم ضمانات لحماية المشتري في عقد بيع البناء على التصاميم في المرحلة السابقة لتنفيذ العقد أو تنفيذه إلى غاية التسليم، بل أيضا سعى إلى تقديم حماية فعالة أخرى حتى بعد التسليم لضمان وصول البناء إلى المشتري طبق المواصفات والشروط المتفق عليها في العقد، وحتى لا يصبح مصيدة سهلة بالوقوع ضحية الغش أو التدليس من قبل المرفقي العقاري، وهذا من خلال إقراره لمجموعة من الضمانات؛ منها ما يتعلق بحسن الإنجاز، ومنها ما يتعلق بسلامة العقار المنجز.

الفرع الأول: ضمانات تتعلق بحسن الإنجاز

(1) المادة 371: "يضمن البائع عدم التعرض للمشتري في الانتفاع بالمبيع كله أو بعضه سواء أكان التعرض من فعله أو من فعل الغير، يكون له وقت البيع حق على المبيع يعارض به المشتري...".

فلضمان حقوق المشتري أقر المشرع الجزائري وباقي التشريعات المقارنة ضمانات تتعلق بحسن إنجاز العقار، وذلك من خلال ضمان الإنهاء الكامل لأشغال البناء، وضمان حسن سير عناصر تجهيزات البناية، وضمان تسيير العقار المنجز، وهذا ما سأطرق إليه من خلال هذا الفرع على النحو التالي.

البند الأول: ضمان الإنهاء الكامل لأشغال البناء

فأول شيء يقوم به المشتري عند محضر التسليم هو التأكد من أن البناية التي هي محل التسليم صالحة للاستعمال، فإذا تبين له أن هذه البناية بها خلل أو مخالفة لما تم الاتفاق عليه في العقد، وجب عليه حينئذ أن يخطر المرقى العقاري بذلك، على أن يقوم هذا الأخير بالإصلاحات والترميمات الضرورية، وهذا ما يسمى بضمان الإنهاء الكامل لأشغال البناء.

وإذا نظرنا إلى التشريعات المقارنة نجد أن المشرع الجزائري كعادته في تفادي التعريفات فلم يعرف هذا الضمان، وقد نص عليها من خلال نص المادة 26⁽¹⁾ في فقرتها الثالثة من القانون 04-11 بقولها: "غير أن الحيابة وشهادة المطابقة لا تعفيان من المسؤولية العشرية التي قد يتعرض إليها المرقى العقاري، ولا من ضمان الإنهاء الكامل لأشغال الإنجاز التي يلتزم بها المرقى العقاري طيلة سنة واحدة"⁽²⁾، فيكون المشرع الجزائري قصد من وراء إقراره لهذا الضمان هو إصلاح كل خلل يوجد في العقار المشيد، سواء ظهر

(1) ما يلاحظ أن هذه المادة تكاد تنطبق مع المادة 14 من المرسوم التشريعي 03-93 والاختلاف الوحيد بينهما هو أن المادة 26 تنص على ضمان الإنهاء الكامل لأشغال البناء، أما المادة 14 من المرسوم التشريعي 03-93 فتتص على حسن الإنجاز، وبالرجوع إلى النص الفرنسي للمادة 26 ف3 من القانون 04-11 نجد أنها تنص على ضمان حسن الإنجاز وليس ضمان إنهاء الأشغال، وبهذا نخلص إلى أن المشرع الجزائري أبقى على نفس الضمان الذي جاء به المرسوم التشريعي 03-93، وأن عبارة ضمان إنهاء الأشغال سقط سهواً منه، وهذا مع الإشارة إلى إنهاء الأشغال من قبل المرقى العقاري يعد عنصراً من عناصر حسن الإنجاز؛ على أساس أنه في حالة ما إذا تم تسليم بناء دون إتمام بعض الأشغال فيه كالبلاط مثلاً أو عدم طلاء جزء معين منه يعتبر من قبيل عدم حسن الإنجاز وعدم إتمام أشغال البناء في نفس الوقت. كـتو: لامية، مرجع سابق، ص 180.

(2) القانون 04-11 المؤرخ في 14 ربيع الأول عام 1432 الموافق 17 فبراير سنة 2011، المحدد لقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية (ج.ر العدد 14، ص 8)، يقابله في التشريع الفرنسي:

« la prise de possession et de certificat de conformité n'ont cependant pas l'effet exonérateur de la responsabilité décennale encourue par le promoteur immobilier, ni la garantie de parfait achèvement des travaux de réalisation à laquelle est tenu le promoteur immobilier pendant un délai d'un (1) an».

هذا الخلل عند التسليم، أو خلال السنة التالية له، قصد تفادي جميع الأضرار اللاحقة بالبناء من خلال إصلاح جميع العيوب والنقائص التي تشوب البناء، والتي تحول دون الانتفاع المثلي بالعقار المبيع.⁽¹⁾

ومن جهة أخرى نجد أن المشرع الفرنسي قد تبنى هذا الضمان بموجب اللائحة الفرنسية المسماة (normes afnor)، وتم تقنينه بموجب القانون 78-12 المؤرخ في 04-01-1978 المتعلق بالمسؤولية والتأمينات في مجال البناء، وأدرج ضمن المادة 2 المعدلة والمتممة للمادة 1792 ف6 من القانون المدني الفرنسي، والتي يكمن مضمونها في أن ضمان إتمام الأعمال على الوجه الأكمل، والذي يلتزم به المقاول خلال مدة سنة كاملة من تاريخ التسليم يهدف إلى إصلاح جميع العيوب المثارة من قبل رب العمل، سواء عن طريق التحفظات المشار إليها في محضر التسليم أو الإخطار الكتابي بالنسبة للعيوب التي تكتشف بعد التسليم.⁽²⁾

وعليه فيقصد بالانتهاء الكامل من أشغال البناء التزام المرفقي العقاري بإصلاح كل خلل أو عيب يحدث في البناية المشيدة خلال أجل سنة واحدة من تسليم البناية⁽³⁾، على أن يشار إلى هذا الخلل في محضر التسليم.⁽⁴⁾

ولهذا الضمان أهمية كبرى في حماية المشتري، وهذا من خلال تحديد نطاقه، والآثار المترتبة عليه، ومدى تعلقه بالنظام العام، والدعوى الواجب رفعها فيه، وهذا على النحو التالي:

أولاً: نطاق ضمان الإنهاء الكامل لأشغال البناء

(1) كوتو: لامية، مرجع سابق، ص 180

Coeffard paul: garantie des vices cachés et responsabilité contractuelle de droit commun, Ed université de potiers, LGDJ, france, 2005, p180.

(2) لعبيدي: خيرة، مرجع سابق، ص 268. / تسبية: أعمر، مرجع سابق، ص 211.

(3) هادي: بشير، الأبعاد التنظيمية للضمانات الخاصة بعقد البيع على التصاميم، الملتقى الوطني حول الترقية العقارية في الجزائر-الواقع والآفاق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، يومي 27-28 فيفري 2012.

(4) بوجنان: نسيم، مرجع سابق، ص 123.

ويقصد بهذا تحديد الأشخاص الملزمين به من جهة، ومن جهة أخرى المستفيدين منه، مما يشكل نطاق تطبيقه الشخصي، وتحديد الأعمال والعيوب محل هذا الضمان، والأسباب التي تستوجب تطبيقه، مما يشكل النطاق الموضوعي، ولا يتم هذا إلا بتحديد النطاق الزمني له.

1-النطاق الشخصي لضمان الإنهاء الكامل لأشغال البناء: وهذا من خلال تحديد الأشخاص الملزمون به، والمستفيدون منه.

فأما الأشخاص الملزمون بهذا الضمان فهو المرقى العقاري المدعى عليه بضمان العيوب التي نشأت خلال مدة زمنية معينة، وهذا بالرغم من حيازة المشتري للبنية، واستصدار شهادة المطابقة، وهذا من خلال استقراء نص المادة 26 ف3 من القانون 04-11 سالف الذكر، والتزام المرقى العقاري بضمان الإنهاء الكامل لأشغال البناء لا يمنعه من الرجوع على المتسبب الحقيقي في إحداث الخلل الذي قام بإصلاحه سواء أكان المقاول أو المهندس المعماري، وهذا في إطار عقد المقاولة الذي يربط المقاول أو المهندس بالمرقى العقاري⁽¹⁾، وذلك بحلول هذا الأخير محل المشتري في مواجهة المسؤول عن العيوب.

فالمرقى العقاري هو الملتزم الوحيد بهذا الضمان دون باقي المتدخلين في عملية البناء كالمقاولين، والمهندسين المعماريين، وهذا فيه حماية للمشتري من خلال جعله يتعامل مع شخص واحد فقط ألا وهو المرقى العقاري الذي تربطه به علاقة مباشرة مقارنة مع المقاول والمهندس المعماري، واللذين ليس لهما علاقة بالمشتري إلا في حدود بعض الضمانات كالضمان العشري⁽²⁾.

وأما الأشخاص المستفيدون من هذا الضمان فهو مشتري البناء على التصاميم طبقاً لنص المادة 26 من القانون 04-11 سالف الذكر، وذلك باعتباره مالك للبنية محل العقد، كما يمكن للمرقى العقاري أن يستفيد من هذا الضمان في علاقته مع المقاولين والمهندسين المعماريين، في إطار عقد المقاولة.

(1) سرور: محمد شكري، مرجع سابق، ص172.

(2) طيب: عائشة، مرجع سابق، ص24. / موسى: نسيم، ضمانات تنفيذ عقد الترقية العقارية-عقد بيع العقار في طور الإنجاز-، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه علوم، فرع القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2015، ص119. / تسبية: أعمار، مرجع سابق، ص213-213.

وتجدر الإشارة إلى أن هذا الضمان ينتقل إلى الغير الذي انتقلت إليه ملكية البناية خلال مدة هذا الضمان المقدر سنة واحدة من تاريخ التسليم⁽¹⁾، وهذا نظراً لإمكانية المشتري بالتصرف بهذه البناية، خاصة وأن هذا الضمان يتعلق بالعيوب التي يمكن أن تظهر بالبناية، فليس من العدل حرمان الآخرين الذين انتقلت إليهم الملكية، وهذا حتى يتمكنوا من الانتفاع الكامل والهادئ بالبناية.

2-النطاق الموضوعي لضمان الإنهاء الكامل لأشغال البناء: لما كان مقتني العقار على التصاميم لم يشتر هذا العقار بناء على الفحص والمعاينة، حرص المشرع على حمايته من بعض العيوب التي قد تظهر بعد إتمام الإنجاز، إذ العبرة ليس بإتمام الإنجاز بل بمطابقة البناء للمواصفات المتفق عليها في العقد، لهذا تباينت التشريعات المقارنة في نصها على العيوب التي تدخل في مجال تغطية هذا الضمان.

فأما المشرع الفرنسي فقد نص على هذا النوع من الضمان في المادة 1792 ف6 من القانون المدني الفرنسي سالف الذكر، حيث يشمل ضمان حسن الإنجاز إصلاح الخلل التي تُعين من طرف رب العمل؛ سواء تضمنها محضر التسليم على شكل تحفظات، أو عن طريق إبلاغ المفاوض بإخطار مكتوب خلال سنة من تسليم البناية إذا ظهرت بعد ذلك.⁽²⁾

فالمشرع الفرنسي استعمل كلمة (tout les désordres)⁽³⁾، وبالتالي يشمل هذا الضمان أي خلل يقع في البناية، فلا يشترط لتطبيق أحكام هذا الضمان أن يكون هناك خطأ أو سوء الصنعة، وإنما يكفي مظهره فقط المتمثل في الخلل⁽⁴⁾؛ فلا حاجة لوجود خطأ من الملتزم بهذا الضمان.

(1) كتو: لامية، مرجع سابق، ص181. / بوجنان: نسيم، مرجع سابق، ص125. / دغيش: أحمد، الضمانات في الترقية العقارية بعد الاستلام النهائي للمشروع، الملتقى الوطني حول الترقية العقارية في الجزائر-الواقع والآفاق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مباح، ورقلة، يومي 27 و28 فيفري، 2012، ص153. / تسيبة: أعمار، مرجع سابق، ص214.

(2) مصطفىاوي: عايدة، الضمان العشري والضمانات الخاصة لمشيدي البناء في التشريع الجزائري والتشريع المقارن، دفا تر السياسة والقانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مباح، ورقلة، 6 جانفي 2012، ص262.

(3) معنى هذا المصطلح هو عدم النظام، أو عدم التنظيم، أو عدم التنسيق، وأنه يختلف عن كلمة العيب (vice) لكون هذا الأخير يتضمن الخطأ الإنساني مصدر الضرر، في حين أن الخلل هو مظهر هذا الضرر مستقلاً عن سببه. حسين يس: عبد الرزاق، المسؤولية الخاصة بالمهندس المعماري ومقاول البناء-شروطها-نطاق تطبيقها-الضمانات المستحدثة فيها-دراسة مقارنة في القانون المدني، دار الفكر العربي، ط1، 1978، ص420-421.

(4) تسيبة: أعمار، مرجع سابق، ص216.

وأما المشرع الجزائري لم يحدد صراحة الأعمال والعيوب التي يرد عليها الضمان كما فعل في الضمان العشري⁽¹⁾، أو كما فعل ذلك المشرع الفرنسي، مما يعني ذلك أنه قصد من شمول هذا الضمان لكل العقار دون تمييز بين عناصره التكوينية أو عناصره التجهيزية⁽²⁾، وهذا واضح بنص المادة 26 في فقرتها الثالثة بقولها: "ولا من ضمان الإنهاء الكامل لأشغال الإنجاز"، فدل لفظ "الكامل" على شمول كل عناصر البناء دون استثناء.⁽³⁾

وتبعاً لذلك يمكن قول أنه يدخل في النطاق الموضوعي ل ضمان الإنهاء الكامل لأشغال الإنجاز كل خلل يشوب البناية المشيدة دون أن يكون هناك وصف معين مقيد لهذا الضمان، ولا يشترط فيه الخطورة في هذا الخلل؛ أي مهما كانت طبيعته وخطورته، وبالتالي يدخل فيه كل الأعمال الختامية البسيطة التي لم يتم إنجازها حتى تاريخ التسليم، والتي ذكرت في محضر التسليم في شكل تحفظات، وكذلك العيوب التي توجد في أعمال البناء اللازمة للوفاء بمقتضيات الحد الأدنى في مجال العزل الصوتي في الأبنية المعدة للاستعمال السكني، سواء أكانت العيوب موضوع تحفظات في محضر التسليم، أو موضوع إخطارات مكتوبة موجهة للملتزم بالضمان بعد التسليم إذا ما تم كشفها بعد تاريخ التسليم.⁽⁴⁾

وبهذا يكون المشرع الجزائري على غرار التشريعات المقارنة الأخرى كالفرنسي قد وفر حماية للمشتري من خلال هذا النطاق الموضوعي الواسع للضمان، فمهما كانت العيوب في البناية في عقد بيع البناء على التصاميم فلا تفلت من ضمان المرقى العقاري، والذي يلتزم بإصلاحها إذا أمكنه ذلك، أو تعويض المشتري عن الضرر الذي لحق به جراء ذلك.

(1) أشارت إلى ذلك المادة 46 من القانون 11-04 بقولها: "تقع المسؤولية العشرية على عاتق مكاتب الدراسات والمقاولين والمتدخلين الآخرين الذين بهم صلة بصاحب المشروع من خلال عقد، في حالة زوال كل البناية أو جزء منها جراء عيوب في البناء، بما في ذلك جزاء النوعية الرديئة لأرضية الأساس".

(2) طيب: عائشة، مرجع سابق، ص 174.

(3) لقد كان حري بالمشرع الجزائري أن يحدد العيوب ضمن نص المادة 26 من القانون 11-04 التي يضمنها ضمان الإنهاء الكامل لأشغال الإنجاز، وذلك لرفع اللبس عن هذا الضمان، وتفادي الغموض.

(4) تسيية: أعمار، مرجع سابق، ص 216-217. / حسين يس: عبد الرزاق، مرجع سابق، ص 1053-1057.

3-النطاق الزمني لضمان الإنهاء الكامل لأشغال الإنجاز: يقصد بالنطاق الزمني المدة الزمنية التي يبقى فيها

المركبي العقاري ملزماً بهذا الضمان في مواجهة مشتري العقار على التصاميم.

ولقد حدد المشرع الجزائري مدة الضمان بسنة واحدة يبقى خلالها المركبي العقاري ملزماً بضمان الإنهاء الكامل لأشغال البناء اتجاه المشتري، وهذا طبقاً لنص المادة 26 في فقرتها الثالثة من القانون 11-04 سألفة الذكر بقولها: "... ولا من ضمان الإنهاء الكامل لأشغال الإنجاز التي يلتزم بها المركبي العقاري طيلة سنة واحدة".⁽¹⁾

وهذا ما أقرته المحكمة العليا في قرارها رقم 1007602 الصادر بتاريخ 19-11-2015 إذ جاء بعد ذكر حيثيات القضية: "حيث ومن جهة أخرى يبقى المركبي ضامن لحسن إنجاز المنشأة خلال مدة سنة من التسليم...".⁽²⁾

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري قد تدارك الموقف الذي وقع فيه، ونص على تاريخ سريان مدة الضمان بموجب المرسوم التنفيذي 13-431 المتضمن نموذجي عقد حفظ الحق وعقد البيع على التصاميم، وحسّن ما فعله، وذلك لتفادي الغموض الذي كان حاصلًا؛ إذ بيّن أن المدة تسري من تاريخ حيازة البناية التي تتم بموجب محضر التسليم الذي يحرره الموثق، وذلك بنصه صراحة تحت عنوان "ضمان حسن التنفيذ"⁽³⁾ وذلك بقولها: "إن هذا الضمان صالح لمدة سنة، ابتداء من تاريخ الحيازة كما هو محدد في الإجراء

(1) القانون 11-04 المؤرخ في 14 ربيع الأول عام 1432 الموافق 17 فبراير سنة 2011، المحدد لقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية (ج.ر العدد 14، ص8).

(2) مجلة المحكمة العليا، الغرفة المدنية، ملف رقم 1007602، العدد 02، بتاريخ 19-11-2015، قضية بين (ت.ف) ضد الوكالة الولائية للتسيير والتنظيم العقاريين لولاية الطارف، ص31.

(3) لقد استعمل المرسوم التنفيذي 13-431 مصطلح "ضمان حسن التنفيذ" مخالفاً بذلك مصطلح "ضمان الإنهاء الكامل لأشغال البناء" الذي جاءت به المادة 26 من القانون 11-04، وأيضا المرسوم التشريعي 93-03 والذي سماه "ضمان حسن الإنجاز"، فكان حري بالمشرع الجزائري أن يوحد المصطلح حتى لا يقع هناك التباس، فكان لزاماً عليه استعمال مصطلح "ضمان الإنهاء الكامل لأشغال البناء" بناءً على أن المرسوم التنفيذي 13-431 قد أحال إليه القانون 11-04.

المتعلق بالحيازة المبين أعلاه، وكل الضمانات المعتادة المتعلقة بتغطية الالتزامات المهنية والتقنية الأخرى".⁽¹⁾

وعلى هذا تعد مدة ضمان الإنهاء الكامل لأشغال البناء مدة سقوط لا تقادم، مما يترتب عليها عدم الخضوع لأحكام وقف الميعاد أو انقطاعه⁽²⁾، شأنها في ذلك شأن الضمان العشري كما سيأتي معنا.

ثانياً: الآثار المترتبة على ضمان الإنهاء الكامل لأشغال البناء

طبقاً للقواعد العامة في عقد البيع إذا أخل أحد المتعاقدين بالتزامه كان للمتعاقد الآخر أن يطلب منه التنفيذ العيني إذا كان ممكناً، وإذا استحال التنفيذ العيني جاز له أن يطالبه بالتنفيذ بمقابل، أو عن طريق تعويضه عن الضرر اللاحق به، كما منح المشرع الجزائري جزاءً آخر أشد من الجزاءين الأولين يتمثل في الفسخ؛ أي إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانوا عليها قبل التعاقد، ولكن قبل تنفيذ أعمال الإصلاح أو تقرير اللجوء إلى فسخ العقد من البديهي أن يخطر المشتري المرقى العقاري.⁽³⁾

وعليه فمتى ما أخطر المشتري المرقى العقاري بوجود أي عيب أو خلل، تعين على هذا الأخير أن يقوم بإصلاح ما أخطره به المشتري إصلاحاً عينياً إذا كان ذلك ممكناً، وذلك ضمن المدة الممنوحة له لإتمام الإصلاح، وذلك في إطار التزامه بضمان الإنهاء الكامل لأشغال الإنجاز.

وباعتبار أن المشرع الجزائري لم يحدد المدة التي يجب على المرقى العقاري أن يقوم خلالها بإصلاح العيوب أو الخلل، بل ترك أمر تحديدها للأطراف المتعاقدة، نظراً للمدة التي يمكن أن يستغرقها الإصلاح العيني⁽⁴⁾،

(1) المرسوم التنفيذي رقم 13-431 المؤرخ في 15 صفر 1435 هـ الموافق 18 ديسمبر 2013م، المحدد لنموذجي عقد حف الحق وعقد البيع على التصاميم للأماكن العقارية، وكذا حدود سعر الملك موضوع عقد البيع على التصاميم ومبلغ عقوبة التأخير وآجالها وكيفية دفعها. (الجريدة الرسمية، العدد 66، ص16).

(2) بوجنان: نسيم، مرجع سابق، ص124.

(3) وإن كان المشرع الجزائري لم ينص على هذا الإجراء، إلا أن نظيره الفرنسي قد نص عليه من خلال نص المادة 1792-6 من القانون المدني الفرنسي سالف الذكر بفقرتها الثانية والثالثة، وألزمته على رب العمل الذي هو المشتري العقار بالقيام بتعيين الخلل الموجود بالعقار المشيد، سواء أكان ظاهراً وقت التسليم في محضر التسليم، وأن يخطر المرقى العقاري عن كل عيب لم يكن ظاهراً وقت التسليم، ولكنه ظهر خلال المدة القانونية، وأنه راجع إلى خطأ معماري فيما نفذه المقاول. كتنو: لامية، مرجع سابق، ص182.

(4) حسين يس: عبد الرزاق، مرجع سابق، ص1083.

وذلك باعتبار أن العيوب تختلف، وباختلافها تختلف المدة الواجبة لإصلاحها⁽¹⁾، فألزمهم المشرع الجزائري بتحديددها مسبقاً في عقد بيع البناء على التصاميم تحت عنوان "ضمان حسن التنفيذ" بقوله: "يضمن البائع التنفيذ الجيد للأشغال، ويلتزم بتنفيذ الأشغال الضرورية قصد إصلاح عيوب البناء و/أو عناصر تجهيزات البناء في أجل ... (..) يوماً، من تاريخ إخطاره من طرف المكتب"⁽²⁾.

وهذا مما لا شك فيه أنه يضمن حماية فعالة للمشتري في هذا العقد، فحَسَّنْ ما فعل المشرع من خلال إلزام المتعاقدين بتحديد مدة إصلاح العيوب مسبقاً، والذي من شأنه أن يمنع المرقى العقاري من التلاعب والتماطل بالمشتري في عملية الإصلاح، وبالتالي تمكن المشتري من خلال ذلك بالانتفاع بالبنائة، فعدم تحديد المدة ينجر عنه تماطل المرقى العقاري في الإصلاح مع عجز المشتري في اتخاذ إجراء حيال ذلك، لأن المرقى يمكن أن يتحجج بأنه بدأ في الإصلاح ولم ينته بعد، أو أنه ليس هناك ما يلزمه بإصلاح في مدة معينة، فيدفعه هذا إلى تفويت انتفاع المشتري بالبنائة.

ومن هنا يتبين أن المرقى العقاري يكون ملزماً بعد إخطاره من قبل المشتري بالإصلاح العيني لكل عيب يظهر خلال المدة القانونية للضمان المحدد بسنة، وفي حالة ما امتنع عن الإصلاح، فللمشتري أن يقوم وفقاً للقواعد العامة بأعمال الإصلاح على نفقة المتعامل في الترقية العقارية وبدلاً منه، وهذا بموجب المادة 170⁽³⁾ من القانون المدني الجزائري التي تشترط الحصول على إذن قضائي قبل التنفيذ على نفقة المدين، وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرارها رقم 152934 الصادر بتاريخ 11-03-1998 الذي جاء فيه: "من المقرر قانوناً في الالتزام بعمل، إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه جاز للدائن أن يطلب ترخيصاً من القاضي في تنفيذ الالتزام على نفقة المدين إذا كان هذا التنفيذ ممكناً".

(1) كتو: لامية، مرجع سابق، ص 183.

(2) المرسوم التنفيذي رقم 13-431 المؤرخ في 15 صفر 1435 هـ الموافق 18 ديسمبر 2013م، المحدد لنموذجي عقد حف الحق وعقد البيع على التصاميم للأمالك العقارية، وكذا حدود سعر الملك موضوع عقد البيع على التصاميم ومبلغ عقوبة التأخير وآجالها وكيفية دفعها. (الجريدة الرسمية، العدد 66، ص 16).

(3) المادة 170: "في الالتزام بعمل، إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه جاز للدائن أن يطلب ترخيصاً من القاضي في تنفيذ الالتزام على نفقة المدين إذا كان هذا التنفيذ ممكناً".

ولما كان ثابتاً في قضية الحال أن الطاعنة لجأت إلى مقالٍ آخر الذي قام بتنفيذ ما التزم به المطعون ضدهما المتمثل في تشييد مجموعة من المساكن المتعاقد عليها، دون أن تلجأ الطاعنة إلى القضاء لتطلب ترخيصاً لتنفيذ الالتزام حسب ما يقتضيه القانون. ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون قد تجاوز السلطة ومخالفة القانون غير سديد ويستوجب الرفض⁽¹⁾.

وإضافة إلى ذلك منح المشرع الجزائري آلية أخرى للمشتري في حالة امتناع المرقى العقاري من إصلاح العيوب عيناً أو كان ذلك غير ممكن، وذلك بحصول المشتري على تعويض نقدي عما لحقه من خسارة وما فاتته من كسب طبقاً لنص المادة 182⁽²⁾ من القانون المدني الجزائري، وإذا تعذر ذلك فيمكن أن يطالب بالفسخ وفقاً للقواعد العامة المنصوص عليها في المادة 119 وما يليها من القانون المدني الجزائري⁽³⁾.

ثالثاً: مدى تعلق ضمان الإنهاء الكامل لأشغال الإنجاز بالنظام العام

وضماناً لحماية المشتري أكثر جعل المشرع الجزائري هذا النوع من الضمان متعلقاً بالنظام العام طبقاً لنص المادة 45⁽⁴⁾ من القانون 04-11، التي تبطل كل اتفاق يرمي إلى الإنقاص أو الإعفاء من الضمانات المنصوص عليها سواء في القانون 04-11 سالف الذكر، أو القوانين والتنظيمات سارية المفعول.

رابعاً: دعوى ضمان الإنهاء الكامل لأشغال الإنجاز

في حالة ظهور أي عيب أو خلل يدخل في نطاق هذا الضمان، وتوافرت كل شروطه، وامتنع المرقى العقاري عن إصلاحه، مكن المشرع الجزائري للمشتري في إطار حمايته حق رفع دعوى ضد المرقى العقاري،

(1) مجلة المحكمة العليا، الغرفة المدنية، رقم 152934، العدد 01، بتاريخ 11-03-1998، قضية بين (م.ت.س.ت.ع) ضد (س.ب.س.ش)، ص 109.

(2) المادة 182 ف1: "إذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد، أو في القانون فالقاضي هو الذي يقدره، ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر في الوفاء به. ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدان أن يتوقاه ببذل جهد معقول".

(3) انظر المواد من 119 إلى 123. الأمر رقم: 58/75 المؤرخ في: 26 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم بموجب القانون 05/07 المؤرخ في: 25 ربيع الثاني 1428هـ الموافق 13 مايو 2007 المتضمن القانون المدني (ج.ر. العدد 31).

(4) المادة 45: "دون الإخلال بالأحكام السارية في القانون المدني وقانون العقوبات والمتعلقة بتطبيق الأحكام المتضمنة في هذا الفصل، يعد باطلاً وغير مكتوب كل بند من العقد يهدف إلى إقصاء أو حصر المسؤولية أو الضمانات المنصوص عليها في أحكام هذا القانون، وتلك المنصوص عليها في التشريع والتنظيم المعمول بهما أو تقييد مداها، سواء باستبعاد أو بحصر تضامن المقاولين الثانويين مع المرقى العقاري".

وهذا وفقاً للإجراءات العادية لرفع الدعوى، إلا أنه لم يبين ميعاد رفع دعوى هذا الضمان⁽¹⁾، مما جعل بعض رجال القانون يرون بأن المشرع وحده بين مدة الضمان، وميعاد رفع الدعوى بسنة واحدة.⁽²⁾

ويتأكد القاضي عند النظر في الدعوى من مدى توافر الشروط الشكلية العامة لقول الدعوى، وأيضا من توافر شروط دعوى الضمان؛ بداية من وجود عقد بيع بناء على التصاميم، وظهور العيب أو الخلل الموجب لهذا النوع من الضمان، وذلك في أجل سنة من تسليم البناية، وله في ذلك بالاستعانة بأهل الخبرة لتحديد طبيعة العيب ومداه، ومتى توفر ذلك كان له إلزام المرقى العقاري بالإصلاح طبقاً للأجل المتفق عليه في العقد متى كان ذلك ممكناً أو التعويض نقداً إذا استحال التنفيذ العيني، كما له أن يحكم بفسخ العقد إذا طلب منه ذلك، فللقاضي السلطة التقديرية في الحكم بالفسخ أو التعويض حسب ما تقتضيه ملاسبات القضية.⁽³⁾

خامساً: دفع ضمان الإنهاء الكامل لأشغال الإنجاز

تعد مسؤولية المرقى العقاري في هذا المجال مسؤولية مفترضة؛ بحيث لا يطلب من المشتري إلا إثبات وقوع العيب أو الخلل الموجب لهذا الضمان⁽⁴⁾، دون عناء إثبات وقوع الخطأ من المرقى العقاري، باعتبار أن خطئه مفترض طبقاً لنص المادة 26 من القانون 11-04 سالة الذكر، فبمجرد وجود الخلل أو العيب في البناية، كانت هذه قرينة دالة على خطأ المرقى العقاري، والذي ليس له من سبيل لإثبات عكسه للتخلص من مسؤوليته إلا عن طريق الإثبات المحدد للسبب الأجنبي بأحد صوره.⁽⁵⁾

ولا شك أن هذا من شأنه تعزيز مكانة المشتري وحمائته في عقد بيع البناء على التصاميم، وذلك تبعاً لالتزام المرقى العقاري بإصلاح أي خلل أو عيب في البناية المشيدة مهما كانت درجة جسامته أو طبيعته وخطورته، والذي من شأنه أن يعيق انتفاع المشتري بها، وهذا خلال سنة من إنهاء الإنجاز وتسليم المحضر،

(1) لقد كان حرياً بالمشرع الجزائري أن ينص على ميعاد رفع دعوى ضمان الإنهاء الكامل لأشغال الإنجاز، خاصة وأن فواته يؤدي إلى سقوط الحق بالمطالبة بالحق الموضوعي.

(2) مصطفىاوي: عايدة، مرجع سابق، ص 263. / تسيية: أعر، مرجع سابق، ص 224.

(3) تسيية: أعر، المرجع نفسه، ص 224.

(4) سرور: محمد شكري، مرجع سابق، ص 176.

(5) لقد ترك المشرع الجزائري طرق دفع المرقى العقاري لالتزامه بضمان الإنهاء الكامل لأشغال الإنجاز للقواعد العامة، وذلك بإثباته تدخل السبب الأجنبي في إحداث الخلل أو العيب محل هذا الضمان؛ كالحادث الفجائي أو القوة القاهرة، خطأ المشتري، أو خطأ الغير، وبالتالي فلم ينص على طرق خاصة لدفع هذا الالتزام. تسيية: أعر، المرجع السابق، ص 225.

إضافة إلى اعتبار المشرع هذا الضمان من النظام العام، وإعطائه حق المطالبة بالتنفيذ العيني أو التعويض، فإن لم يرد ذلك مكن له المشرع حق الفسخ، ولعل هذه الحماية تتجلى أكثر في أن المرفي العقاري لا يمكنه دفع هذا الضمان باعتبار أن خطئه مفترض، إلا بإثبات السبب الأجنبي كالحادث الفجائي أو القوة القاهرة، وهذا الضمان يشكل حماية فعالة وضمانة مهمة للمشتري في هذا العقد.

البند الثاني: ضمان حسن سير عناصر تجهيزات البناية

وإضافة إلى ضمان الإنهاء الكامل لأشغال الإنجاز، أقرت التشريعات المقارنة ضمناً آخر يحقق نفس الغاية، ألا وهو ضمان حسن سير عناصر تجهيزات البناية، وبخصوص المشرع الجزائري فلما كانت العيوب التي يشملها الضمان العشري في القانون الجزائري محددة ومعروفة بنص تشريعي؛ كان لزاماً أن يحدث المشرع ضمناً آخر يغطي ما خرج عن ذلك من العيوب، لهذا استحدث هذا الضمان الذي يجد أساسه في التشريع الفرنسي.⁽¹⁾

إذ يختلف هذا الضمان عن باقي الضمانات، فإن كان ضمان الإنهاء الكامل لأشغال الإنجاز والضمان العشري - كما سيأتي بيانه - يتعلقان بالبناء ذاته من حيث ضمان التهدم وأضرار البناء، فإن ضمان حسن سير عناصر تجهيزات البناية يتعلق بالعناصر الموجودة بالبناء.

وأول من نص على هذا الضمان كان المشرع الفرنسي من خلال القانون 78-12 سالف الذكر، وذلك في مجال عقد المقاول، بحيث وضعه من أجل حماية رب العمل، وتمكينه من الانتفاع بالبناية محل العقد انتفاعاً كاملاً، وذلك بضمان الحسّن لسير عناصر تجهيز البناية⁽²⁾، وأطلق على هذا الضمان ضمان جودة التشغيل⁽³⁾ ونص عليه أيضاً من خلال نص المادة 1792-3 من القانون المدني الفرنسي بقولها: "إن عناصر التجهيز

(1) بلجراف: سامية، مرجع سابق، ص 578.

(2) بوجنان: نسيم، مرجع سابق، ص 127.

(3) سي يوسف: زاهية حورية، إنشاء عقد البيع على التصاميم وضماناته، مرجع سابق، ص 35.

الأخرى في البناية تكون محلاً لضمان حسن السير وأداء وظائفها في أجل أدناه سنتين من تاريخ تسليم البناء".⁽¹⁾

وأما التشريع الجزائري فكعادته في تفادي التعريفات، لم يعرف هذا الضمان، كما لم يبين أحكامه، فقد اكتفى بالنص على هذا الضمان من خلال نص المادة 44 من القانون 04-11، والتي تقضي: "تحدد آجال تنفيذ الأشغال الضرورية لإصلاح عيوب البناء و/أو حسن سير عناصر تجهيزات البناية بموجب العقد المذكور في المادة 26 أعلاه"⁽²⁾، بعد أن كان قد نص عليه بموجب المادة 15⁽³⁾ من المرسوم التشريعي 93-03.

ويتبين من هنا أن المشرع الجزائري لما لم ينص على أحكام هذا الضمان من خلال هذه المادة، أضفى ذلك إلى الغموض وتضارب الأحكام القضائية بشأنه في كثير من المسائل المتعلقة به.

وعليه فيقصد بهذا الضمان التزام المرفقي العقاري بضمان السير الحسن لعناصر تجهيزات البناية محل العقد، في أجل معين من تاريخ تسليم البناية.

ولهذا الضمان أهمية كبرى في حماية المشتري شأنه في ذلك شأن الضمان السابق، ولما كان هذا الضمان مهما بالنسبة للمشتري؛ إذ يمكنه من الانتفاع بالبناية خالية من أي عيب يخص عناصر تجهيزها، وهذا الضمان يستوجب دراسة أحكامه من خلال تحديد نطاقه، والآثار المترتبة عليه، ومدى تعلقه بالنظام العام، والدعوى الواجب رفعها فيه، وهذا على النحو التالي:

أولاً: نطاق ضمان حسن سير عناصر تجهيزات البناية

(1) L'article 1792-3 de code civil français: «les autre éléments d'équipement de bâtiment (1) fond l'objet d'une garantie de bon fonctionnement d'une durée minimale de deux ans à compter de réception de l'ouvrage».

(2) القانون 04-11 المؤرخ في 14 ربيع الأول عام 1432 الموافق 17 فبراير سنة 2011، المحدد لقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية (ج.ر العدد 14، ص 10).

(3) المادة 15: "يحدد العقد المذكور في المادتين 9 و10 أعلاه، الآجال الضرورية لتنفيذ أشغال إصلاح العيوب الظاهرة و/أو حسن سير عناصر تجهيز البناية".

يستوجب دراسة نطاق هذا الضمان، التطرق للنطاق الشخصي الذي يحدد الأشخاص المستفيدين والملتزمون بهذا الضمان، والنطاق الموضوعي المحدد للعيوب والأضرار الموجبة لهذا الضمان، والنطاق الزمني المحدد للمدة التي يبقى فيها هذا الضمان قائماً.

1-النطاق الشخصي لضمان حسن سير عناصر تجهيزات البناية: ويتحدد هذا النطاق بتحديد الأشخاص الملزمون والمستفيدين من ضمان حسن سير عناصر تجهيزات البناية.

أما الأشخاص الملزمون فهو المرقى العقاري كونه المسؤول الأصلي والأول في نشاط الترقية العقارية وفقاً لأحكام القانون 04-11، فلا المقاول ولا المهندس ولا حتى منتج أو صانع هذه العناصر، ولا باقي المتدخلين في البناء هو المسؤول⁽¹⁾، ويبقى للمرقى العقاري الحق في الرجوع على المسؤول الحقيقي، وهذا ما أكدته نموذج عقد بيع البناء على التصاميم تحت عنوان "ضمان حسن التنفيذ"؛ فالبائع يضمن التنفيذ الجيد للأشغال، ويلتزم بتنفيذ الأشغال الضرورية قصد إصلاح عيوب البناء و/أو عناصر تجهيزات البناية.⁽²⁾

ومن هنا فلا بد للمرقى العقاري متى ثبت عيب في عناصر تجهيزات البناية أن يقوم بإصلاحها أو استبدالها في حالة ثبوت عدم صلاحيتها⁽³⁾، ولعل الغاية من حصر هذا الضمان على المرقى العقاري هو حماية المشتري من خلال تيسير حصوله على التعويضات للأضرار الناجمة جراء عدم السير الحسن لعناصر تجهيزات البناية، وذلك برجوعه على المرقى العقاري مباشرة الذي تربطه به علاقة تعاقدية، وهذا يغنيه عن مشقة البحث عن المسؤول عن هذا الضرر من بين جميع المتدخلين في عملية البناء، وسلسلة الإنتاج والتوزيع والتركييب التي مرت بها عناصر التجهيز⁽⁴⁾، ولعل خشية المشرع الجزائري من فشل المشتري في البحث عن المسؤول عن الضرر هو ما جعله يقتصر في ضمان الحماية على المرقى العقاري، وهذا حتما يؤدي إلى حصول المشتري على التعويض

(1) كتو: لامية، مرجع سابق، ص 183. / مصطفىاوي: عايدة، مرجع سابق، ص 265.

(2) المرسوم التنفيذي رقم 13-431 المؤرخ في 15 صفر 1435 هـ الموافق 18 ديسمبر 2013م، المحدد لنموذجي عقد حف الحق وعقد البيع على التصاميم للأملاك العقارية، وكذا حدود سعر الملك موضوع عقد البيع على التصاميم ومبلغ عقوبة التأخير وآجالها وكيفية دفعها. (ج.ر، العدد 66، ص 16).

(3) مصطفىاوي: عايدة، المرجع السابق، ص 265.

(4) تسيية: أعمر، مرجع سابق، ص 228-229.

لإصلاح الضرر، ومن ثمة يعتبر حماية فعالة للمشتري في عقد بيع البناء على التصاميم بحصوله على حقوقه بأقل تكلفة وأقل جهد ممكن.

وأما الأشخاص المستفيدون من هذا الضمان فهو مشتري العقار بناءً على التصاميم، باعتبار أنه مالك البناية محل العقد، إضافة إلى خلفه العام والخاص المتمثلين في كل من تؤول إليه ملكية العقار⁽¹⁾، وهذا لغلق الباب أمام كل التأويلات والمنازعات التي يمكن أن تشوب انتقال الملكية إلى الخلف.

2-النطاق الموضوعي لضمان حسن سير عناصر تجهيزات البناية: لم تحدد المادة 44 من القانون 11-04 الأعمال التي تشكل موضوعاً لضمان حسن سير عناصر تجهيزات البناية.

وبالرجوع إلى القانون الفرنسي نجد أن المشرع الفرنسي قد حددها من خلال نص المادة 1792-2 و1792-3 من القانون المدني الفرنسي التي اعتبرت أن كل ما لا يعتبر عنصراً تجهيزياً، غير قابل للانفصال أو الاستبدال بغيره دون أن يلحق تلف بالبناء يشكل موضوعاً لضمان حسن سير عناصر تجهيزات البناية⁽²⁾، وعليه فإذا كانت هذه العناصر غير قابلة للانفصال عنه دون أن يصاب البناء بالتلف أو على الأقل رفع بعض من مواده، فإن هذا لا يشمل هذا الضمان؛ وإنما يخضع للضمان العشري، أما إذا كانت العناصر قابلة للانفصال عما تلتحم به من تلك الأعمال دون أي تلف أو ضرر فإنها تخضع لضمان حسن سير عناصر تجهيزات البناية⁽³⁾.

وحتى يتم إعمال أحكام ضمان حسن سير عناصر التجهيز القابلة للانفصال عن المبنى فقد اشترط المشرع الفرنسي عدم صلاحية عناصر التجهيز لأداء وظيفتها المقررة لها، ولعل الحكمة من تقرير المشرع لهذا الضمان هو إبعاد بعض العيوب التي تؤثر على أداء بعض العناصر الثانوية في العقار لوظائفها، ما دامت لا تشكل خطراً يحول دون تحقق الغرض المخصص له العقار⁽⁴⁾.

(1) كتو: لامية، مرجع سابق، ص 183.

(2) كتو: لامية، المرجع نفسه، ص 184.

(3) حسين يس: عبد الرزاق، مرجع سابق، ص 985.

(4) طيب: عائشة، مرجع سابق، ص 176.

واشترط أيضا المشرع الفرنسي لتحقيق الالتزام بضمان حسن سير عناصر التجهيز من خلال نص المادة 1792-3 ما يلي:⁽¹⁾

أ- أن يتوفر في العمل صفة العنصر التجهيزي (**éléments d'équipement**): وذلك بأن يكون العنصر التجهيزي مصنوعاً مسبقاً، ولا يتطلب من المقاول إلا عملية تركيبه على الحالة التي كان عليها وقت التسليم دون أن يدخل عليها أي تغيير كأجهزة التسخين والتدفئة وغيرها....

ب- أن يكون عنصر التجهيز داخلياً في المبنى (**bâtiment**): فهذا الضمان يشمل فقط عناصر التجهيز الداخلية في المبنى دون غيره.

ج- أن تكون عناصر التجهيز قابلة للانفصال: وهذا هو الشرط الأساسي الذي يخرج الأعمال من نطاق أحكام الضمان العشري، ويدخلها ضمن أحكام ضمان حسن سير عناصر التجهيز، وهذه الأعمال حددها المشرع الفرنسي على سبيل الحصر والتي تتمثل في: المنافع العامة، أو السياج.⁽²⁾

وبالرجوع إلى القانون الجزائري وبالضبط إلى نص المادة 181⁽³⁾ من القانون 95-07 المتعلق بالتأمينات، والتي حددت موضوع الضمان العشري في العناصر غير القابلة للانفصال؛ إذ يغطي الأضرار المخلة بصلاية العناصر الداخلية الخاصة بتجهيز البناية، وذلك بشرط أن تكون هذه العناصر جزءاً لا يتجزأ من منجزات التهيئة ووضع الأساس، والهيكلي، والإحاطة والتغطية، وعليه وإن لم ينص في هذه المادة صراحة على عناصر التجهيز القابلة للانفصال بدون تلف، إلا أنه يمكن أن نستخلص منه بمفهوم المخالفة أنه يخرج من نطاق الضمان العشري كل عنصر قابل للانفصال عن البناية، ويخضع بذلك إلى ضمان حسن سير عناصر تجهيزات البناية، وتطبيقاً لذلك يعتبر من قبيل عناصر التجهيز القابلة للانفصال ما يلي: "أنابيب المياه والغاز وقنوات

(1) حسين يس: عبد الرزاق، مرجع سابق، ص 991.

(2) كتو: لامية، مرجع سابق، ص 184.

(3) المادة 181: "يغطي الضمان المشار إليه في المادة 178 أعلاه-الضمان العشري-أيضاً الأضرار المخلة بصلاية العناصر الخاصة بتجهيز بناية ما عندما تكون هذه العناصر جزءاً لا يتجزأ من منجزات التهيئة ووضع الأساس والهيكلي والإحاطة والتغطية". الأمر رقم 95-07 المؤرخ في 23 شعبان 1415 هـ الموافق 25 يناير 1995 المتعلق بالتأمينات (ج.ر، العدد 13 المؤرخ في 7 شوال 1415 هـ الموافق 8-3-1995م) المعدل والمتمم بالقانون رقم 06-04 المؤرخ ي 20-02-2006م. (ج.ر، العدد 15، المؤرخة في 12-3-2006).

الصرف الصحي، الأبواب الداخلية والشبابيك...⁽¹⁾، هذه العناصر يقوم المقاول بتركيبها على الحالة التي سلمت عليها دون إدخال أية تعديلات عليها.⁽²⁾

وعليه فضمن حسن سير عناصر التجهيزات يرد على عناصر التجهيز القابلة للفك والانفصال عن البناية دون تلف، وبعبارة أخرى عناصر التجهيز التي لا تشكل جسماً واحداً مع البناية أو إحدى أجزائها، إذ يلتزم المرقى العقاري بضمن حسن تشغيل هذه العناصر كالأبواب، والنوافذ، والمصاعد، والشبابيك، والآلات والأدوات والأجهزة الميكانيكية والكهربائية كالعداد الكهربائي وسخان الماء وغيره، التي يركبها المرقى العقاري، وكل ما يتم تركيبه بالبناية محل العقد شريطة إمكانية فصله عن البناية، ونقله دون أن تصاب البناية بأي تلف.⁽³⁾

ومن هنا يمكن القول أن ضمان حسن سير عناصر تجهيزات البناية يرد على عناصر التجهيز التي تتوفر فيها الشروط التالية:⁽⁴⁾

- أن يكون عنصراً تجهيزياً، وليس عنصراً تكوينياً أو تشييدياً.

- أن يكون هذا العنصر في البناية، وليس في جزء آخر من العقار.

- أن يكون قابل للفك والفصل عن البناية دون تلف.

ولعل أن السبب الموجب لهذا الضمان يتركز أساساً في عدم صلاحية عناصر التجهيز لأداء وظيفة البناية بالكفاءة المطلوبة منها، وعلى الوجه المشروط والمتفق عليه، وهذا ما أدى بالبعض إلى تسمية هذا الضمان بكفاءة الأداء؛ إذ يكفي لإعمال هذا الضمان توافر شرط عدم كفاءة عنصر التجهيز لأداء وظيفته، حتى لو

(1) زروقي: الطب، مرجع سابق، ص 64.

(2) كتو: لامية، مرجع سابق، ص 184.

(3) سي يوسف: زاهية حورية، النظام القانوني لعقد البيع على التصاميم، مرجع سابق، ص 71. / بلجراف: سامية، مرجع سابق، ص 578-579.

(4) مصطفىاوي: عابدة، مرجع سابق، ص 265.

بقي هذا العنصر صلباً و متماسكاً، ولا يشترط في ذلك أن تؤدي عدم كفاءة العنصر إلى تدمير البناية أو تهدد سلامة البناء أو متانته.⁽¹⁾

فما يعاب على المشرع الجزائري أنه لم يخط هذا الضمان بمجموعة من الأحكام الخاصة به والتي تبعد الغموض عنه والالتباس، خاصة وأنه استحدث هذا الضمان لأول مرة في مجال الترقية العقارية، وهذا تفادياً للتداخل بين أحكام الضمانات المقررة في هذا المجال، فكان من الأجدر أن ينص بصريح العبارة على النطاق الموضوعي لضمان حسن سير عناصر تجهيزات البناية مثل ما فعله مع الضمان العشري كما سيأتي معنا، للقضاء على التضاربات الفقهية، والمنازعات القضائية التي تثار حول هذه المسألة كتوقف المصاعد وسخان الماء عن العمل، خاصة وأن المشتري يحتاج إلى حماية فعالة من خلال هذا الضمان، ولا يتأتى ذلك إلا بوضع أحكام هذا الضمان ليحقق الغاية المرجوة منه من جهة، وعقد بيع البناء على التصاميم من جهة أخرى.

3- النطاق الزمني لضمان حسن سير عناصر تجهيزات البناية: ومثلما وقع في النطاق الموضوعي، فلم يحدد المشرع الجزائري من خلال نص المادة 44 من القانون 11-04 سالف الذكر، ولا من المرسوم التنفيذي 13-431 المحدد لنموذجي عقد حفظ الحق وعقد بيع البناء على التصاميم المدة المحددة لضمان حسن سير عناصر تجهيزات البناية، غير أنه وبالرجوع للمادة 44 نجد أنها قد أحالت آجال الضمان إلى المادة 26 من القانون 11-04 والتي حددتها بمدة سنة واحدة شأنها في ذلك شأن مدة ضمان الإنهاء الكامل لأشغال الإنجاز.

غير أنه عند استقراء المادة 44⁽²⁾ نجد أنها لم تُحل صراحة إلى المادة 26 فيما يخص الآجال، وإنما مضمونها هو أن أجل ضمان حسن سير عناصر التجهيز يحدد في العقد المذكور في المادة 26، ومنه نستنتج أن المشرع الجزائري قد ترك أمر تحديد مدة ضمان حسن سير عناصر تجهيزات البناية إلى حرية الأطراف المتعاقدة⁽³⁾، وما يعزز ذلك هو المرسوم التنفيذي 13-431، والذي ترك فيه مدة تحديد هذا الضمان لإرادة المتعاقدين

(1) بوجنان: نسيمة، مرجع سابق، ص 129.

(2) المادة 44: "تحدد آجال تنفيذ الأشغال الضرورية لإصلاح عيوب البناء و/أو حسن سير عناصر تجهيزات البناية بموجب العقد المذكور في المادة 26 أعلاه".

(3) سي يوسف: زاوية حورية، النظام القانوني لعقد البيع على التصاميم، مرجع سابق، ص 71. / مصطفىاوي: عابدة، مرجع سابق، ص 266.

من خلال النص عليه تحت عنوان "ضمان حسن التنفيذ" بقوله: "إن هذا الضمان صالح لمدة ... سنة، ابتداء من تاريخ الحيازة كما هو محدد في الإجراء المتعلق بالحيازة المبين أعلاه".⁽¹⁾

ومنه يمكن القول أن مدة هذا الضمان تخضع لإرادة المتعاقدين، وتسري من تاريخ الحيازة الموافق لتاريخ تحرير محضر التسليم المعد من طرف الموثق، غير أن ما يعاب على المشرع الجزائري هو ترك تحديد المدة للمتعاقدين؛ ذلك أن الواقع يشهد بانفراد المرقى العقاري لتحديد كونها الطرف القوي في العقد، ومن ثمة يضع أجلاً قصيراً لا يكف لظهور العيوب في عناصر التجهيز وتُعطل سيرها الحسن، مما يؤدي إلى إفراغ هذا الضمان من محتواه وعدم تحقيقه للغاية المرجوة منه، فكان حرياً بالمشرع أن يحدد المدة مثلما فعل في الضمان الكامل لأشغال الإنجاز، على أن تخضع هذه المدة إلى تحديد من قبل خبير يحدده الطرفان في عقد البناء على التصاميم، وهذا باعتبار أن الخبير يعتبر مختصاً من جهة، ومحيداً من جهة أخرى، وبالتالي تفادي تعسف المرقى العقاري بتحديد المدة، التي يمكن أن تلحق ضرراً بالمشتري في هذا العقد، ومن ثم حماية المشتري حماية تامة وفعالة من كل أشكال التعسف التي تمارس عليه من طرف المرقى العقاري، مما يجعله مرتاح البال بحصول الإصلاحات المطلوبة في عناصر التجهيز.

ثانياً: الآثار المترتبة على حسن سير عناصر تجهيزات البناية والدعوى المرفوعة فيها

فمتى ثبت للمشتري وجود خلل أو عيب في عناصر تجهيز البناية التي استلمها، كان له الحق بإخطار المرقى العقاري بذلك من أجل إصلاح هذه العناصر التي ثبت عدم كفاءتها لأداء وظيفتها المنوطة بها، وسوء

(1) المرسوم التنفيذي رقم 13-431 المؤرخ في 15 صفر 1435 هـ الموافق 18 ديسمبر 2013م، المحدد لنموذجي عقد حف الحق وعقد البيع على التصاميم للأماكن العقارية، وكذا حدود سعر الملك موضوع عقد البيع على التصاميم ومبلغ عقوبة التأخير وآجالها وكيفية دفعها. (ج.ر، العدد 66، ص16).

تشغيلها في المدة المتفق عليها بين طرفي العقد، وذلك إما بإصلاحها إن أمكن ذلك أو استبدالها بغيرها، وهذا خلال المدة المقررة لذلك⁽¹⁾، والتي تتناسب مع عنصر التجهيز الذي ألحق ضرراً بالبنية⁽²⁾.

أما إذا لم يتم المرقى العقاري بتنفيذ التزامه عيناً بالإصلاح أو الاستبدال، وجب على المشتري أن يثبت امتناع المرقى العقاري بموجب محضر يحرر من طرف المحضر القضائي على نفقته، ليلجأ بعد ذلك لرفع الدعوى إما بالتعويض أو الفسخ، أو قيامه بالإصلاح هو، وعلى نفقة المرقى العقاري بعد استصدار ترخيص من القاضي طبقاً لنص المادة 170 من القانون المدني الجزائري⁽³⁾.

ثالثاً: مدى تعلق ضمان حسن سير عناصر تجهيزات البنية بالنظام العام

يعتبر ضمان حسن سير عناصر تجهيزات البنية من النظام العام شأنه في ذلك شأن كل الضمانات المنصوص عليها بموجب القانون 11-04 وهذا طبقاً لنص المادة 45⁽⁴⁾ من القانون نفسه، ويتجلى ذلك ببطان كل الاتفاقات المخالفة لأحكامه⁽⁵⁾، مما يجعله يُكسب حماية وحصانة للمشتري من تعسف المرقى العقاري بوضع بنود تعفيه من الضمان، وهذا ما يؤدي إلى حصول المشتري على بنية صالحة للغرض المعد له.

رابعاً: دفع ضمان حسن سير عناصر تجهيزات البنية

(1) لم يحدد المشرع الجزائري مدة معينة لإصلاح عناصر التجهيز من قبل المرقى العقاري، وإنما ترك أمر تحديدها للأطراف المتعاقدة، والتي يجب النص عليها في عقد بيع البناء على التصاميم طبقاً لنموذج عقد البيع على التصاميم تحت عنوان "ضمان حسن التنفيذ"، والتي تقضي بـ: "... ويلتزم بتنفيذ الأشغال الضرورية قصد اصلاح عيوب البناء و/أو حسن عناصر تجهيزات البنية في أجل ... (..) يوماً، ابتداءً من تاريخ إخطاره من طرف المكتب..."، ولعل سبب عدم تحديد المدة يرجع إلى اختلاف العيوب التي تلحق بعناصر التجهيز، ومن ثمة اختلاف المدة التي تستغرقها لإصلاحها، فالأمر يختلف بين المشاريع الضخمة والمتوسطة والصغيرة، فليس الأمر سيان.

(2) كتو: لامية، مرجع سابق، ص 185.

(3) كتو: لامية، المرجع نفسه، ص 185. / بوجنان: نسيمة، مرجع سابق، ص 131.

(4) المادة 45: "دون الإخلال بالأحكام السارية في القانون المدني وقانون العقوبات والمتعلقة بتطبيق الأحكام المتضمنة في هذا الفصل، يعد باطلا وغير مكتوب كل بند من العقد يهدف إلى إقصاء أو حصر المسؤولية أو الضمانات المنصوص عليها في أحكام هذا القانون، وتلك المنصوص عليها في التشريع والتنظيم المعمول بهما أو تقييد مداها، سواء باستبعاد أو بحصر تضامن المقاولين الثانويين مع المرقى العقاري".

(5) تسيية: أعمار، مرجع سابق، ص 236. / حسين: يس: عبد الرزاق، مرجع سابق، ص 1010.

لا يمكن للمرقي العقاري أن يتخلص من هذا الضمان إلا إذا أثبت السبب الأجنبي؛ سواء تمثل في القوة القاهرة أو خطأ الغير، أو في خطأ المشتري.

ولا يكف لدفع هذا الضمان مجرد نفي المرقي العقاري الخطأ عن نفسه، باعتبار أن مسؤوليته ثابتة تقوم بمجرد إثبات المشتري عدم أداء عناصر التجهيز لوظيفتها في المبنى، كون أن المشرع قد وضع قرينة قاطعة على قيام هذه المسؤولية مع قيام دليل على عدم حسن سير عناصر التجهيز، إذ يجب على المرقي العقاري أن يثبت السبب الأجنبي في أحد أنواعه الثلاث سالفة الذكر.⁽¹⁾

وهذا النوع من الضمان يشكل حماية فعلية للمشتري كونه يرتبط بالعناصر التجهيزية القابلة للانفصال عن البناية، إذ يمكن للمرقي العقاري من اللجوء إلى استعمال عناصر تجهيزية غير صالحة أو رخيصة أو ذات جودة سيئة بالمقارنة مع ما تم الاتفاق عليه، والتي تكون مدة استعمالها قليلة مقارنة مع التجهيزات التي تراعى فيها مقاييس النوعية والجودة، فجاء هذا الضمان ليتمكن المشتري من الانتفاع بالبناية خالية من أي عيب يخص عناصر تجهيزها في هذا العقد، من خلال إلزام المرقي العقاري متى ثبت عيب في هذه العناصر بالقيام بإصلاحها أو استبدالها في حالة ثبوت عدم صلاحيتها بعد إخطاره من قبل المشتري، وتتعرز هذه الحماية من قبل المشرع عندما ربطها بالنظام العام؛ إذ لا يمكن للمرقي الإفلات منها إلا إذا أثبت السبب الأجنبي، وفي حالة ما امتنع عن ذلك جاز للمشتري رفع دعوى التعويض أو الفسخ، أو قيامه بالإصلاح هو، وعلى نفقة المرقي العقاري بعد استصدار ترخيص من القاضي، وحسن ما فعله المشرع بهذا، ولكن ما يعاب عليه هو عدم تحديد مدة الضمان وتركها للأطراف المتعاقدة، فكان حرياً به تحديدها كما فعل في ضمان الإنهاء الكامل لأشغال الإنجاز لرفع كل أشكال التعسف التي يمكن أن يمارسها المرقي من جهة، ومن جهة أخرى لرفع كل النزاعات والخلافات التي تثار حول هذه المسألة أو على الأقل وضع لها عتبة قانونية لا يجوز النزول عنها، كمدة عام على الأقل تسري من تاريخ التسليم النهائي للبناية.

ويبقى للمرقي العقاري الحق في الرجوع على المسؤول الحقيقي إذا أثبت ذلك طبقاً لأحكام المسؤولية العقدية؛ كأن يستعمل في ذلك دعوى ضمان العيب الخفي وفقاً للقواعد العامة.

(1) حسين يس: عبد الرزاق، مرجع سابق، ص 1012-1013. / تسمية: أعمار، مرجع سابق، ص 237.

وعليه ما يمكن قوله في الأخير أن المرقى العقاري يكون ملزماً برفع التحفظات التي تم إبدائها من قبل المستفيد-المشتري-على إثر الاستلام المؤقت للأشغال وإصلاح العيوب الملاحظة قبل الاستلام النهائي للمشروع العقاري، ورفع هذه التحفظات لا يكون إلا بعد التأكد من سلامة عناصر تجهيزات البناية.

البند الثالث: ضمان تسيير العقار المنجز

لقد استحدثت ضمان تسيير العقار المنجز من طرف المرقى العقاري بموجب القانون 11-04، وسائر مختلف التشريعات المقارنة متأثراً في ذلك بالمشروع الفرنسي، والذي يتمركز أساساً في تسيير وإدارة الأملاك المنجزة ابتداء من تاريخ بيع آخر جزء من البناية، وهذا لمدة سنتين⁽¹⁾ طبقاً لنص المادة 62 من القانون 11-04 سالف الذكر والتي تقضي بـ: "يلتزم المرقى العقاري بضمان أو الأمر بضمان إدارة الأملاك لمدة سنتين (2) ابتداء من تاريخ بيع الجزء الأخير من البناية المعنية. ويعمل المرقى العقاري خلال المدة المذكورة أعلاه، على تنظيم تحويل هذه الإدارة إلى الأجهزة المنبثقة عن المقتنين أو الأشخاص المعينين من طرفهم".⁽²⁾

ومفاد هذا الالتزام يكمن في قيام المرقى العقاري بتسيير كل ما له علاقة بالملكية⁽³⁾ والأجزاء المشتركة⁽⁴⁾

(1) وهذا ما أقرته محكمة الاستئناف الفرنسية بتاريخ 07-12-1988.

Cass.3° civ, 7 décembre 1988, bull. civ, III, n° 174.

(2) القانون 11-04 المؤرخ في 14 ربيع الأول عام 1432 الموافق 17 فبراير سنة 2011، المحدد لقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية (ج.ر العدد 14، ص 11).

(3) لقد عرف القانون المدني الجزائري الملكية المشتركة بنص المادة 743 والتي تقضي بـ: "الملكية المشتركة هي الحالة القانونية التي يكون عليها العقار المبني أو مجموعة العقارات المبنية والتي تكون ملكيتها مقسمة حصصاً بين عدة أشخاص تشتمل كل واحدة منها على جزء خاص ونصيب في الأجزاء المشتركة"، وعليه فالملكية المشتركة عبارة عن نظام قانوني يتعلق بالعقار المبني المملوك لشخصين على الأقل يحتوي على أجزاء خاصة وأجزاء مشتركة لا يمكن فصل بعضها على بعض في التصرف؛ فتكون بذلك الأجزاء الخاصة ملك لصاحبها يمكنه استغلالها، استعمالها، والتصرف فيها وفقاً لما يخوله له القانون، أما الأجزاء المشتركة فهي ملك لجميع المالكين على الشيوع. دروازي: عمار، مرجع سابق، ص 6.

(4) عرفت المادة 745 من القانون المدني الأجزاء المشتركة بقولها: "تعتبر أجزاء مشتركة أجزاء العقارات المبنية وغير المبنية التي يملكها على الشيوع كافة الملاكين المشترين بالنسبة لنصيب كل واحد منهم في كل حصة لاستعمال أو منفعة لجميع الملاكين المشترين أو لأكثر عدد منهم. وتعد أجزاء مشتركة ما يلي: - أرض والأفنية، البساتين، والجنان، والمداخل، - الجدران الأساسية في البناء، وأدوات التجهيز المشتركة بما فيها أجزاء الأنابيب التابعة لها والتي تمر على المحلات الخاصة، - الخزان وغلاف ورؤوس المداخل المعدة للاستعمال المشترك، - الرواق الخارجي، والدرايز والأسطح ولو خصصت كلها أو بعضها للاستعمال الخاص من طرف شريك واحد، - المحلات المستعملة للمصالح المشتركة، - القاعات الكبرى وممرات الدخول والدرج والمصاعد".

المرتبطة قانوناً بالبنائة المنجزة وبالتجمع العقاري⁽¹⁾، وهذا باعتبار أن النزاع يثار بالنسبة للملكية المشتركة⁽²⁾ فقط، أما الأجزاء الخاصة فيتحمل كل مشتري بتسييرها في حدود ملكه، كما يتحمل المرقى العقاري مصاريف النفقات الخاصة بصيانة عناصر التجهيزات والمنشآت العقارية حسب البنود المنصوص عليها في عقد بيع البناء على التصاميم، ولعل غاية المشرع الجزائري من وراء تشريع مثل هذا النوع من الضمان هو حماية المشتري من خلال القضاء على كل أشكال النزاعات والمشاكل التي تثور حول تسيير الأجزاء المشتركة في البنائات الجماعية، وعليه فإن المرقى العقاري يتحمل المسؤولية القانونية الكاملة في الالتزام بحسن تنظيم وتسيير الأجهزة الضرورية لإدارة الأملاك العقارية؛ كي تبقى صالحة للاستعمال لكل مقتني البناية طيلة مدة سنتين (2) طبقاً لنص المادة 62 سالف الذكر، وذلك بالسهر على إعداد والإشراف على نظام الملكية المشتركة، ومراقبتها باستمرار، وصيانة مكوناتها كالسلام والمصاعد، وإصلاح شبكات الإنارة المشتركة، وتجهيز مسكن البواب، والمساهمة في توفير المساعدات التقنية اللازمة لتشغيل أجهزة الأملاك المشتركة، على أن يبدأ احتساب مدة الضمان من تاريخ بيع الجزء الأخير من البناية المعنية⁽³⁾، أي من تاريخ التسليم النهائي لآخر عقار منجز، إضافة إلى تسهيل التكفل بتسيير العقار المنجز وضمان الحفاظ عليه طبقاً لنص المادة 48 من القانون 11-04 سالف الذكر والتي تقضي: " يجب على المرقى العقاري أن يتخذ كل التدابير التقنية و القانونية الضرورية من أجل تسهيل التكفل بتسيير العقار المنجز وضمان الحفاظ عليه".⁽⁴⁾

ويكمن الغرض من تسيير المرقى العقاري للعقار المنجز عامة والأجزاء المشتركة خاصة، في إعادة الاعتبار لمفهوم الملكية المشتركة في التجمعات السكنية، أو في كل المشاريع العقارية، والحفاظ على ما تم إنجازها⁽⁵⁾،

وتعد حقوق بالتعبية للأجزاء المشتركة ما يلي:

- حق تعليمة العمارة المعدة للاستعمال المشترك، أو المحتوية على عدة محلات تكون أجزاء خاصة مختلفة، -الحق ي بناء عمارات جديدة بالأفنية، والبساتين، أو الجنان التي تكون أجزاء مشتركة".

(1) انظر: المرسوم التنفيذي 14-99 المؤرخ في 04-03-2014، الذي يحدد نموذج نظام الملكية المشتركة المطبق في مجال الترقية العقارية.
(2) يرجع أصل مصطلح الملكية المشتركة إلى الفقه الإسلامي. انظر: زكي: محمود جمال الدين، الحقوق العينية الأصلية، مطبعة جامعة القاهرة، 1978، ص210.

(3) دغيش: أحمد، مرجع سابق، ص152. / كتو: لامية، مرجع سابق، ص192.

(4) القانون 11-04 المؤرخ في 14 ربيع الأول عام 1432 الموافق 17 فبراير سنة 2011، المحدد لقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية (ج.ر العدد 14، ص10).

(5) موسى: نسيم، مرجع سابق، ص181.

فالواقع أثبت تحصل المرقين العقاريين من مسؤولية إدارة الأملاك المشتركة، وصيانة الخلل والعطب الذي يصيب أحد عناصر هذه الأملاك، وهذا ما حال دون انتفاع المشترين من ملكيتهم المشتركة وفقاً لما يقتضيه العقد والقانون، وبل وأكثر من ذلك عندما تكبدوا مصاريف كبيرة لصيانة الأجزاء المشتركة لتصبح صالحة للاستعمال⁽¹⁾، فهذا الالتزام هو بمثابة نقلة نوعية للتشريع العقاري لتجسيد المسؤولية العقارية للمرقى العقاري ميدانياً خاصة لما أصبحت المجمعات العقارية محل انتقاد من حيث الصيانة والتسيير.⁽²⁾

وعليه فقد كان حرياً بالمشرع الجزائري أن يتدخل لإيجاد آليات قانونية تفرض على المرقى العقاري تسيير وإدارة الملكية المشتركة في هذه المدة خاصة في ظل عزوف المشترين-المقتنين-عن حقهم في المتابعة القضائية. وإضافة إلى ذلك يلتزم المرقى العقاري خلال المدة المذكورة بالقيام بتحويل أو انتقال سلطة إدارة عناصر تجهيزات البناية محل الضمان إلى الإدارة أو الأجهزة المنبثقة عن الملاك أو الشاغلين المستفيدين من تلك البنايات، وهذا خلال مدة الضمان المقدرة بسنتين.⁽³⁾

ورغم أن ملكية الأجزاء الخاصة والمشاركة للبناية تعود للمشتري، إلا أن المشرع الجزائري ألزم المرقى العقاري بتحمل نفقات إدارة وتسيير الأملاك المشتركة طوال المدة التي يتولى فيها إدارتها في عقد بيع البناء على التصاميم⁽⁴⁾، وإن كان هذا يعد استثناء من القاعدة العامة التي تقضي بتحمل كل مالك نفقة إدارة وتسيير ملكه، ولعل هدف المشرع من هذا هو حماية المشترين في المرحلة الانتقائية التي تبدأ من تاريخ تسلّم آخر جزء من البناية المنجزة أو المجمع العقاري إلى حين تحويل إدارة الأملاك إلى المشترين، إذ لو تم تحميل الملاك هذه النفقات بمجرد التسليم؛ لأمكن ذلك من أن تتعرض هذه الأملاك المشتركة للضياع، وتسبب بذلك خسائر، والواقع يشهد بذلك في كثير من الحالات، خاصة إذا كان المشترين غرباء ولا يعرفون بعضهم البعض، مما ينتج عنه صعوبة في جمع النفقات، مما يؤثر سلباً على الأملاك المشتركة، ولذلك حسن ما فعله المشرع بوضع هذه

(1) تسيية: أعر، مرجع سابق، ص 259.

(2) محمدي: فريدة، ضرورة إعادة تنظيم تسيير الملكية المشتركة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، الجزء 37، رقم 2، 1999، ص 155-163.

(3) دغيش: أحمد، مرجع سابق، ص 153. موسى: نسيمية، مرجع سابق، ص 187. / لعدي: خيرة، مرجع سابق، ص 270.

(4) موسى: نسيمية، مرجع سابق، ص 194.

الآلية، والتي يكمن دورها الأساسي في إعطاء المشتري الوقت الكافي للتعرف على بعضهم، وتعيين الجهاز الذي يتولى إدارة هذه الأملاك.⁽¹⁾

والجدير بالملاحظة أن هناك إشكالية فيما يتعلق بالحقوق التبعية للأجزاء المشتركة، وهذا من خلال الفقرة الثانية من نص المادة 745 من القانون المدني الجزائري التي تنص على إمكانية إنجاز عقارات فوق الأماكن المخصصة كأجزاء مشتركة كالبساتين والأفنية، إذ لا بد للمشرع الجزائري من العدول عن هذه الفقرة خاصة إذا قارنا بين المجمعات السكنية عندنا وعند الدول المتقدمة من حيث الاهتمام الوارد للمحافظة عليها وعلى نمط التعمير بصفة عامة.⁽²⁾

وتجدر الإشارة إلى أنه لما كان على المرقى العقاري تحمل نفقات إدارة الأملاك المشتركة، كان لزاماً عليه البحث عن مصدر تمويل هذه النفقات-الأمان المالي للمرقى العقاري-قبل إبرام عقد البيع البناء على التصاميم؛ أي عند بداية الاكتتاب، وهذا وفق الدراسة المالية للمشروع العقاري.

وفي إطار قيام المرقى العقاري بمهامه في تسيير وإدارة الأملاك المشتركة يخضع لنوعين من الرقابة؛ أولها قبلية، وثانيها بعدية.

فأما الرقابة قبلية، فتتم قبل مباشرة المرقى العقاري في تنفيذ التزامه بإدارة وتسيير الأملاك، والتي تتجسد في دفتر الشروط الذي لا بد أن يتضمن مكونات وعناصر هذا الالتزام، والذي يجب أن يكون موقعاً من المرقى العقاري، ويرفق بالملف الخاص بطلب الاعتماد لممارسة مهنة المرقى العقاري.⁽³⁾

وأما الرقابة البعدية، فتتم بعد مباشرة المرقى العقاري بتنفيذ التزامه بإدارة الأملاك، ويقصد بها تلك الرقابة التي يمارسها المشترين على أعمال المرقى العقاري، ويمكن للمشتري تفويض شخص يمارس عنهم الرقابة على هذه الأعمال، ويكون على اتصال دائم بالمرقى أو ممثله، على أن يعد تقارير دورية يرفعها للمشتري حول ما

(1) تسيية: أعر، مرجع سابق، ص 262-263.

(2) موسى: نسيمة، مرجع سابق، ص 189.

(3) موسى: نسيمة، المرجع نفسه، ص 197.

تم العمل به، وما لم يتم، وهذا حتى يتسنى للمشتريين مطالبة المرقى العقاري بالوفاء بالتزاماته بكافة الطرق القانونية.⁽¹⁾

وحسب ما فعله المشرع الجزائري حينما ألزم المرقى العقاري بتسيير العقار المنجز عامة والأجزاء المشتركة خاصة، وهذا طيلة سنتين من تاريخ التسليم النهائي لآخر عقار منجز، فالواقع شهد في كثير من الحالات تملص المرقى وهروبه من تحمل مسؤولية تسيير العقار المنجز مما حال دون انتفاع المشتريين به انتفاعاً كاملاً وتاماً، وهذا فيه حماية للمشتري من خلال ضمان استلامه لبناية صالحة للاستعمال والاستغلال، ومواتية لكل الظروف والشروط المتفق عليها في عقد بيع البناء على التصاميم، مع ضمان بقاء سير هذه الأجزاء المشتركة طيلة هذه السنتين، وتتجلى الحماية أكثر عندما فرض المشرع على المرقى العقاري بضرورة تضمين دفتر الشروط للموارد المتعلقة بصيانة وإدارة الأملاك.

وعليه فالمشرع الجزائري سعى لحماية المشتري في عقد بيع البناء على التصاميم، من خلال إقراره لضمان الإنهاء الكامل لأشغال الإنجاز، وضمان حسن سير عناصر تجهيزات البناية، وضمان تسيير العقار المنجز، ليتمكن المشتري من الانتفاع الكامل والمريح الهادئ بالبناية بعيداً عن النزاعات والخلافات التي من شأنها أن تنار مع المرقى العقاري، والتي أثبتتها الواقع في كثير من القضايا، وحسن ما فعله، وقد نجح في ذلك إلى حد بعيد رغم النقائص التي غفل عنها، والتي يجب عليه أن يتدخل للفصل فيها لتفادي كل النزاعات.

الفرع الثاني: ضمانات تتعلق بسلامة العقار المنجز

ولم يكتف المشرع الجزائري على غرار التشريعات المقارنة الأخرى عند هذا الحد، بل زاد من حماية المشتري عندما أقر ضمانات تتعلق بسلامة العقار المنجز، منها ما يتعلق بالقواعد العامة كضمان العيوب سواء كانت ظاهرة أو خفية، وضمان استحقاق الشيء المبيع، وضمان التعرض الشخصي مادياً وقانونياً، والتعرض الصادر من الغير إن كان قانونياً، ومنها ما يتعلق بالقواعد الخاصة بعقد بيع البناء على التصاميم كالضمان العشري والذي يعزز من هذه الحماية، فضمن سلامة العقار المنجز يركز أساساً على ضمان انتفاع المشتري بالعقار

(1) موسى: نسيمة، مرجع سابق، ص 197.

انتفاعاً كاملاً وتاماً، وهذا من حيث سلامته من العيوب، ومن التعرض له، وهذا ما سأطرق إليه على النحو التالي.

البند الأول: ضمان العيوب والأضرار

وفقاً للقواعد العامة إن البائع يلتزم بضمان العيوب الخفية فقط، ذلك أن أحكام عقد البيع العادي لا تلزم البائع بالضمان إذا أهمل المشتري فحص المبيع بعناية الرجل العادي، أو أنه فحصه ولكن لم يتبين العيب لنقص خبرته عن مستوى خبرة الرجل العادي، هذا ما لم يثبت أن البائع قد أكد له خلو المبيع من أي عيب أو أنه أخفاه غشاً منه.⁽¹⁾

وعكس ذلك فإن المتعامل في الترقية العقارية يلزم في علاقته مع المشتري بتحقيق نتيجة، وهي أن يسلمه عقاراً خالياً من العيوب حتى ولو كان في الغالب في معزل عن عملية التشييد التي يتولاها المقاول أو المهندس المعماري، حيث يكون مسؤولاً في مواجهة المشتري عن جميع العيوب الناجمة عن سوء التنفيذ وفقاً للأصول الفنية المتعارف عليها، وهذا ما يعبر عنه بضمان العيوب الظاهرة⁽²⁾، إضافة إلى ضمانه للعيوب الخفية بمقتضى القواعد العامة.

ولم ينص المشرع الجزائري على أجل معين لظهور العيب رغم ما لهذا التحديد من أهمية في تقدير مسؤولية البائع، والأرجح أن ينكشف هذا العيب خلال مدة معقولة ومتوسطة ابتداءً من حيازة العقار، وحلاً لهذا الإشكال نص المشرع على أن التسليم يتم على مرحلتين:⁽³⁾

1- تسليم مؤقت: حيث يتم إعداد محضر والتوقيع عليه بين المرقي العقاري والمقاول بعد انتهاء الأشغال.

2- تسليم نهائي: ويتم في مرحلة لاحقة، وهو الحل الأمثل لتمكين المشتري من المعاينة السليمة للعقار في مدة محددة.

(1) حسنين: محمد، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط3، 1990، ص154.

(2) بلجراف: سامية، مرجع سابق، ص577.

(3) بلجراف: سامية، المرجع نفسه، ص577-578.

وغالباً ما يسفر الفحص على أحد الأمور التالية:⁽¹⁾

1- أن البناء خال من العيوب، مستوفي للشروط، ومرضي للمشتري الذي ليس له في هذه الحالة إلا أن يتسلم المبيع ويثبت ذلك في محضر التسليم والتسلم.

2- أن البناء تعثره عيوب جسيمة تجعل المشتري يرفض تسلم البناية حتى يتم إصلاحها مع ذكر ذلك في محضر التسليم.

3- أن تظهر عيوب بسيطة فيقبل رغم ذلك المشتري تسلم العمل مع إبداء تحفظات، ويطلب من البائع إصلاحها في مدة يحددها الأطراف باتفاق، ويثبت ذلك في محضر التسليم والتسلم، وقد يستغني المشتري عن إبداء التحفظات متنازلاً عن حقه في إصلاح هذه العيوب.

4- لا يستطيع كشف هذه العيوب رغم سهولة اكتشافها، وهنا يكون مهماً، وعليه أن يتحمل إهماله.

ولا شك أن هذا فيه حماية للمشتري من أن يتعرض للتدليس من قبل المرقى العقاري، بحيث يتمكن من خلال ذلك بمعاينة العقار للتأكد من سلامته من العيوب، وله في ذلك بالاستعانة بخبير، باعتبار أن هذا الإجراء من شأنه أن يمنح له الحق في الانتفاع بالبناية انتفاعاً كاملاً وتاماً وفق الغرض الذي أنشأ من أجله عقد بيع البناء على التصاميم، ولكن شاءت الأقدار أن تتنوع المشاريع العقارية في ظل الطلب المتزايد على شراء العقارات على التصاميم، مما زاد في الإنتاج، وسرعة الإنجاز وتخفيض التكاليف، وهذا ما أدى إلى ظهور بنايات تتميز بالرداءة، وعدم قدرتها على التحمل، نتيجة عدم احترام المقاولين والمرقيين العقاريين ضوابط البناء، ما حال دون انتفاع المشتري، مما أدى به إلى تعزيز حماية المشتري من العيوب والأضرار، وهذا بإلزام المرقى العقاري بضمان هذه العيوب التي تظهر في البناية محل العقد، والقيام بإصلاحها سواء كانت عيوباً ظاهرة أو عيوباً خفية، وهذا بمقتضى المادة 44 من القانون 04-11 والتي تقضي بـ: "تحدد آجال تنفيذ

(1) بلجراف: سامية، مرجع سابق، ص 578.

الأشغال الضرورية لإصلاح عيوب البناء و/أو حسن سير عناصر تجهيزات البناية بموجب العقد المذكور في المادة 26 أعلاه⁽¹⁾، وهذا ما سيتم تفصيله فيما يلي:

أولاً: ضمان العيوب الخفية

يلتزم المرقى العقاري في عقد بيع البناء على التصاميم بضمن العيوب الخفية وفقاً للقواعد العامة، وكعادة المشرع الجزائري في تفادي التعريفات؛ فلم يتم بتعريف هذا النوع من الضمان لا في القانون 11-04 ولا في القانون المدني تاركاً للفقهاء مجالاً في تعريفه، واكتفى بالنص من خلال نص المادة 379⁽²⁾ من القانون المدني، وقد تم تعريفه بـ: "آفة عارضة يخلو عنها الشيء المباع في أصله، ولا تظهر عند البيع بفحص المبيع وإن وجدت، وهي تنقص من قيمة المبيع ومن الانتفاع به"⁽³⁾.

وباستقراء التشريعات نجد أن التشريع العراقي قد انفرد عن غيره من القوانين العربية بتعريف العيب، إذ نصت المادة 558-2 من القانون المدني العراقي على: "العيب هو ما ينقص ثمن المبيع عند التجار وأرباب الخبرة، أو ما يفوت به غرض صحيح إذا كان الغالب من أمثال المبيع عدمه..."، وهذا التعريف مأخوذ من الفقه الإسلامي⁽⁴⁾.

ومنه يتبين أن كل عيب يصيب البناء ويصعب اكتشافه عن طريق الفحص المعتاد، ويحتاج لكشفه اللجوء إلى الخبير بإجراء معاينة تقنية أو خبرة فنية للعقار، أو الانتظار مدة معينة على استعمال الشيء يعد من قبيل العيب الخفي، ومن ذلك عدم احترام المقاييس الفنية اللازمة لضبط منحدرات أسقف المباني، ومداخل الأدوار

(1) القانون 11-04 المؤرخ في 14 ربيع الأول عام 1432 الموافق 17 فبراير سنة 2011، المحدد لقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية (ج.ر العدد 14، ص10).

(2) المادة 379: "يكون البائع ملزماً بالضمان إذا لم يشتمل المبيع على الصفات التي تعهد بوجودها وقت التسليم إلى المشتري، أو إذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته، أو من الانتفاع به بحسب الغاية المقصودة منه حسبما هو مذكور بعقد البيع، أو حسبما يظهر من طبيعته، أو من استعماله، يكون ضامناً لهذه العيوب ولو لم يكن علماً بوجودها..."

(3) سي يوسف: زاهية حورية، الوجيز في عقد البيع، مرجع سابق، ص225. وعرفته محكمة النقض المصرية بقولها: "الآفة الطارئة التي تخلو منها الفطرة السليمة للمبيع" المنجي: محمد، عقد البيع الابتدائي، منشأة توزيع المعارف، الإسكندرية، ط2، 1987، ص235. / الأودن: سمير عبد السميع، مرجع سابق، ص72. / وانظر: tribunal de lyon 18/02/1952, gal. Pal, p322.

(4) دياب: أسعد، ضمان عيوب المبيع الخفية-دراسة مقارنة بين القانون اللبناني والشريعة الإسلامية والقوانين الحديثة العربية والأوروبية، دار إقرأ، بيروت لبنان، ط3، 1983، ص29.

الموجودة تحت الأرض، والتي لا يمكن كشفها إلا بعد الاستعمال المتكرر للمبنى، أو تماطل الثلوج والأمطار، أو إجراء خبرة فنية للتأكد من درجة الانحدار المعمول بها في ميدان البناء والتعمير⁽¹⁾، وهو نفس ما ذهب إليه المشرع المصري⁽²⁾، والقانون اللبناني⁽³⁾، كما أنه من المبادئ التي أقرها القضاء الفرنسي أنه لا يجوز للمنتج كي يتخلص من المسؤولية أن يثبت حسن نيته بإثبات انعدام الخطأ أو إثبات جهله للعيوب بسبب عدم قابلية كشفه ولو من خلال الفحص الدقيق للشيء المبيع⁽⁴⁾، ولضمان التزام المرقى العقاري بالعيوب الخفية يجب أن تتوفر في هذه العيوب شروط معينة لتترتب بعد ذلك آثار هذا الضمان، وهذا ما سيتم تفصيله فيما يلي.

1- شروط التزام المرقى العقاري بضمان العيوب الخفية

حتى يتم إعمال ضمان العيوب الخفية من طرف المرقى العقاري لا بد من أن تتوفر على عدة شروط تتمثل فيما يلي:⁽⁵⁾

(1) مشماشى: عبد الحفيظ، مرجع سابق، ص 312-313.

(2) الأودن: سمير عبد السميع، مرجع سابق، ص 81-84.

(3) المادة 442 من قانون الموجبات والعقود اللبناني: "يضمن البائع عيوب المبيع التي تنقص قيمته نقصاً محسوساً أو تجعله غير صالح للاستعمال فيما أعد له بحسب ماهيته أو بمقتضى عقد البيع، أما العيوب التي لا تنقص من قيمة المبيع أو الانتفاع به إلا نقصاً خفيفاً، والعيوب المتسامح بها عرفاً، فلا تستوجب الضمان، ويضمن البائع أيضاً، وجود الصفات التي ذكرها هو أو اشترط الشاري وجودها". يقابله باللغة الفرنسية:

Art. 442 - Le vendeur garantit les vices de la chose qui en diminuent sensiblement la valeur ou la rendent impropre à l'usage auquel elle est destinée d'après sa nature ou d'après le contrat.

Les défauts qui ne diminuent que légèrement la valeur ou la jouissance de la chose, et ceux tolérés par l'usage, ne donnent pas ouverture à garantie.

Le vendeur garantit également l'existence des qualités par lui déclarées, ou qui ont été stipulées par l'acheteur.

(4) علوان: أمية، دروس في العيوب الخفية في عقد البيع، د.د.ن، د.م، د.ط، د.ت، ص 48. / الأودن: سمير عبد السميع، مرجع سابق، ص 79-93.

(5) انظر: المعموري: يوسف، مرجع سابق، ص 148-153. / الأودن: سمير عبد السميع، المرجع نفسه، ص 79-93. / زهرة: محمد المرسي، مرجع سابق، ص 249. / سرور: محمد شكري، مرجع سابق، ص 64.

أ- أن يكون العيب مؤثراً: فمتى أنقص العيب من قيمة المبيع أو من قيمة الانتفاع به حسب الغاية المقصودة منه في عقد بيع البناء على التصاميم كان عيباً مؤثراً موجباً للضمان⁽¹⁾، فالعيب المؤثر هو الذي يقع في مادة الشيء المبيع⁽²⁾، بحيث يكون على قدر من الجسامه.

وحتى يتم ضبط العيب المؤثر من غيره وضعت التشريعات ضوابط لتحديده، تتمثل في ضابط قيمي وضابط وظيفي؛ فأما الضابط القيمي فتصنف فيه العيوب على أساس قيمة النقص الذي يدخل في الشيء المبيع بسببها، والذي من شأنه أن تفوت على المشتري غرضاً صحيحاً للمبيع، وتجر الإشارة إلى أن التأثير هنا يشمل العين أو الثمن، وأما الضابط الوظيفي فيتعلق بمدى التأثير الذي يحدثه النقص في الانتفاع بالمبيع؛ أي درجة الجسامه التي يحدثها العيب في صلاحية المبيع للاستعمال وفق الغرض الذي أعد له.⁽³⁾

وتجر الإشارة أن ضمان العيوب الخفية العادية تختلف عن العيوب الخفية الموجبة للضمان العشري، لأن الضمان العشري يشمل فقط العيوب الخفية المؤدية إلى تدم البناء كلياً أو جزئياً، أو التي تهدد سلامة البناء، بينما الأول فأوسع من ذلك باعتبار أنه يضمن جميع العيوب التي تنقص من قيمة الشيء المبيع أو من الانتفاع به؛ كحالة وجود شق مائي غير مرئي وخفي في سقف البناية، وبعد تسرب الأمطار تبين ذلك، فهذا العيب لا يؤدي إلى تدم البناء ولا لتهديد سلامته، وإنما ينقص من قيمته ومن منفعته، وعليه يتم إعمال القواعد العامة في ضمان العيوب الخفية لا الضمان العشري.⁽⁴⁾

وعليه فمتى ثبت أن هذا العيب قد أنقص من قيمة البناية، أو من الانتفاع بها وفق الغرض الذي أعدت له في عقد بيع البناء على التصاميم، أو حسب طبيعته، كان عيباً مؤثراً، وهو ما نصت عليه أيضاً المادة 447

(1) السنهوري: عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني-العقود الواردة على الملكية-عقد البيع والمقايضة-، مرجع سابق، ص 717.

(2) مشماشى: عبد الحفيظ، مرجع سابق، ص 315-316. / المعموري: يوسف، مرجع سابق، ص 150.

(3) تسيية: أعر، مرجع سابق، ص 242-243. / مشماشى: عبد الحفيظ، المرجع نفسه، ص 316-317.

(4) كتو: لامية، مرجع سابق، ص 187.

من القانون المدني المصري⁽¹⁾، والمادة 558-2 من القانون المدني العراقي، والمادة 442 من قانون الموجبات والعقود اللبناني سالف الذكر، كما أكدت عليه محكمة استئناف بيروت.⁽²⁾

ب- أن يكون العيب خفياً: العيب الخفي هو العيب الذي يكون موجوداً وقت البيع، ولكن ليس بوسع المشتري تبينه، أو اكتشافه ولو فحص المبيع بعناية الرجل العادي⁽³⁾، وعليه يعد العيب خفياً متى كان محجوباً لا يمكن كشفه بالفحص العادي القائم على استعمال بعض الأدوات البسيطة، أو الحواس الذاتية، ويتطلب كشفه القيام بفحص دقيق من أهل الاختصاص والخبرة⁽⁴⁾، ومنه فبمفهوم المخالفة يتبين أن هذا العيب لا يظهر للشخص العادي متوسط الفطنة، وعليه فلا يكون مقصراً إذا لم يتمكن من كشفه، ويعتبر في هذه الحالة من قبيل العيب الخفي بالنسبة إليه، وهذا بخلاف المشتري المهني المختص في المبيع الذي اشتراه، فلا يحق له المطالبة بهذا الضمان لافتراض علمه به، وهذا ما قضت به مختلف التشريعات المقارنة كالقانون المدني المصري من خلال المادة 447 ف2، والقانون العراقي من خلال المادة 559⁽⁵⁾، وقانون الموجبات والعقود اللبناني في المادة 460.⁽⁶⁾

ولا يشترط لقيام شرط الخفاء أن يكون المرقى العقاري أو من يعمل لحسابه قد قام بحجب العيب وستره عمداً عن الأنظار باستعمال بعض المواد كالإسمنت أو الدهانات وغيرها، ولكن ما يهم هو أن يكون العيب

(1) المادة 447: "يكون البائع ملزماً بالضمان إذا لم يتوافر في المبيع وقت التسليم الصفات التي كفل للمشتري وجودها فيه أو إذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته أو من نفعه بحسب الغاية المقصودة مستفادة مما هو مبين في العقد أو هو ظاهر من طبيعة الشيء أو الغرض الذي أعد له. ويضمن البائع هذا العيب ولو لم يكن عالماً به".

(2) قرار محكمة استئناف بيروت: "إذ اعتبرت أن العيب لا يتحقق إلا إذا أثر على المبيع بشكل محسوس في القيمة أو الاستعمال". قرار صادر عن محكمة استئناف بيروت، الغرفة الحادية عشر، رقم (272)، بتاريخ 1994/3/22، النشرة القضائية، وزارة العدل، ص 1127.

(3) سي يوسف: زاهية حورية، الوجيز في عقد البيع، مرجع سابق، ص 235. / علي مصباح: إبراهيم، العقود المسماة (البيع-الإيجار-الوكالة)، د.د.ن، دم، ط3، 2012، ص 195.

(4) مشماششي: عبد الحفيظ، مرجع سابق، ص 314.

(5) تنص المادة 559 من القانون المدني العراقي: "لا يضمن البائع عيباً قديماً كان المشتري يعرفه، أو كان يستطيع أن يتنبه لو أنه فحص المبيع كما ينبغي من العناية، إلا إذا أثبت أن البائع قد أكد خلو المبيع من هذا العيب أو أخفى العيب غشاً منه".

(6) المعموري: يوسف، مرجع سابق، ص 151-152. / دياب: أسعد، مرجع سابق، ص 87-88.

غير مكشوف ولا ظاهر، وما يجدر التنبيه عليه أن أمر اكتشاف العيب يختلف من مشتري إلى آخر، وهذا نتيجة اختلاف الإمكانيات العلمية والمعرفية، والتجربة والمهارة.⁽¹⁾

وأمام تسهيل العمل لرجال القضاء للفصل فيما إذا كان المشتري قد تعرض للعيب الخفي أم لا، وضع الفقه المعيار الموضوعي والشخصي؛ فأما المعيار الموضوعي فمفاده ربط تحديد طبيعة العيب بمقياس ثابت لا يتغير بتغير النوازل والأحداث، وهذا بتفطن الرجل العاقل لما أصاب البناية أو التجهيزات المرتبطة بها من العيوب منذ الفحص الأولي، فإذا لم يمكن كشفه من قبله إلا باستعانتة بذوي الخبرة اعتبر هذا عيباً خفياً موجباً لضمان المرقى العقاري، وأما المعيار الشخصي فيرتبط باستخلاص المحكمة لشرط الخفاء على ما توفر لديها من عناصر ثابتة بمقتضى مستندات القضية وظروفها، فلا يمكن للمحكمة البحث على عناصر أجنبية عن ملف الدعوى من أجل القول بوجود عيب خفي من عدمه.⁽²⁾

ج- أن يكون العيب قديماً: ويقصد بقديم العيب؛ أن يكون العيب موجوداً في المبيع وقت أن تسلمه المشتري⁽³⁾، وهذا ما يستشف من نص المادة 379 من القانون المدني الجزائري سالف الذكر بقولها: "... وقت التسليم إلى المشتري..."، وهو نفس ما أشار إليه المشرع المصري والعراقي واللبناني⁽⁴⁾، ويكون العيب قديماً في حالتين:⁽⁵⁾

- الحالة الأولى: إذا كان العيب موجوداً في المبيع قبل البيع، على أن تثبت الخبرة ذلك، ويقع عبء الإثبات على المشتري، وله في ذلك استخدام كافة طرق الإثبات.

(1) تسبية: أعر، مرجع سابق، ص 240-241.

(2) مشماشى: عبد الحفيظ، مرجع سابق، ص 314-315.

(3) سي يوسف: زاهية حورية، الوجيز في عقد البيع، مرجع سابق، ص 176. / عبد الحميد سفيان-موسى أحمد، غلال مبروك، ضمان العيوب الخفية للمبيع وفقاً للقانون المدني الجزائري وقانون حماية المستهلك 89-02، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة الخامسة عشر، الجزائر، 2007، ص 27. / العموري: يوسف، مرجع سابق، ص 149.

(4) تنص المادة 445 من قانون الموجبات والعقود اللبناني: "لا يضمن البائع إلا العيوب الموجودة وقت البيع إلا إذا كان المبيع عيناً معينة بذاتها أو وقت التسليم إذا كان المبيع مثلها، وقد بيع بالوزن أو بالقياس أو بحسب الوصف".

(5) سي يوسف: زاهية حورية، الوجيز في عقد البيع، المرجع السابق، ص 232.

-الحالة الثانية: إذا حدث العيب بعد البيع وقبل التسليم؛ بحيث يكون المبيع سليماً قبل البيع، ومعيباً قبل التسليم، فيعد هنا العيب قديماً تحت مسؤولية البائع.

ومن هنا يمكن القول أنه متى ثبت أن العيب قد طرأ على البناية محل عقد بيع البناء على التصاميم قبل تسليمها إلى المشتري، كان على المرقى العقاري ضمان هذه العيوب الخفية، أما إذا ظهرت هذه الأخيرة بعد التسليم فلا تدخل تحت نطاق هذا الضمان لكونها حديثة غير قديمة.

د- أن يكون العيب غير معلوم للمشتري: فلو كان العيب معلوماً من قبل المشتري وقت التسليم سقط الضمان على المرقى العقاري ولو كان العيب خفياً، وهذا باعتبار أن العلم بالعيب من قبل المشتري يدل على الرضا به طبقاً لما قضت به الفقرة الثانية من المادة 379 من القانون المدني سالف الذكر بقولها: "غير أن البائع لا يكون ضامناً للعيوب التي كان المشتري عالماً بها وقت البيع، أو كان في استطاعته أن يطلع عليها لو أنه فحص المبيع بعناية الرجل العادي...".⁽¹⁾

وفي كل الأحوال يبقى على البائع إثبات علم المشتري بالعيب وقت تسليم المبيع، وذلك بكافة طرق الإثبات، أما إذا لم يثبت ذلك افتراض عدم علم المشتري بالعيب⁽²⁾، وبالتالي وجب الضمان على المرقى العقاري في عقد بيع البناء على التصاميم، إلا إذا كان العيب الذي أصاب البناية من العيوب الشائعة فيها لدرجة افتراض علم المشتري بها، فيقع عليه في هذه الحالة عبء الإثبات بعد درايته بالعيب، إذ تنتقل القرينة لصالح المرقى العقاري، ولا يكف علم المشتري بالعيب لحرمانه بالضمان بل يجب أن يكون جاهلاً لدرجة تأثيره في المنفعة⁽³⁾، على أن يقع عبء الإثبات عليه في هذه الحالة في مواجهة المرقى العقاري.

وعليه فمتى ثبت أن هذا العيب الواقع في البناية عيب مؤثر وخفي وقديم، وقد كان المشتري غير عالم به وقت التسليم، وجب تطبيق وإعمال هذا الضمان في مواجهة المرقى العقاري والذي يجب عليه في هذه الحالة

(1) الأمر رقم: 58/75 المؤرخ في: 26 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم بموجب القانون 05/07 المؤرخ في: 25 ربيع الثاني 1428 هـ الموافق 13 مايو 2007 المتضمن القانون المدني (ج.ر العدد 31).

(2) سي يوسف: زاهية حورية، الوجيز في عقد البيع، مرجع سابق، ص 238.

(3) عبد الحميد سفيان، موسى أحمد، علال مبروك، مرجع سابق، ص 29.

القيام بالإصلاحات اللازمة باعتبار أن هذا العيب من شأنه أن ينقص من قيمة المبيع، وأن يحول من الانتفاع به بالشكل الذي أعد له في عقد بيع البناء على التصاميم أو حسب طبيعة استعماله.

2- الآثار المترتبة على العيوب الخفية

فمتى وجد العيب الخفي بالبنية محل عقد بيع البناء على التصاميم في المدة المعقولة، وتوافرت فيه الشروط سالفة الذكر، وجب إخطار المرقى العقاري بذلك، فإن لم يُجَدِ الإخطار كان على المشتري رفع دعوى الضمان طبقاً للفقرة الأولى من المادة 381⁽¹⁾ من القانون المدني، وهذا خلال سنة من وقت تسلّم البناء⁽²⁾، أي من وقت التسلم النهائي للعقار على التصاميم، باعتبار أن به تنتقل حيازة البناء للمشتري طبقاً لنص المادة 383⁽³⁾ من القانون المدني الجزائري، على أنه لا يجوز للبائع التمسك بانقضاء مدة التقادم أمام المشتري، وهذا في حالة ما تبين علم بالعيب، وأنه قد قام بإخفائه غشاً منه طبقاً للفقرة الثانية من نص المادة 383 سالفة الذكر.

وأما المشرع الفرنسي فقد نصت المادة 1646-1⁽⁴⁾ من القانون المدني الفرنسي على التزام البائع بإصلاح العيب أما إذا أعرض عن ذلك كان للمشتري الحق في فسخ العقد أو إنقاص الثمن على حسب قيمة العيب، وأما المشرع العراقي فنص على أنه متى أخطر المشتري البائع بالعيب في المدة المقررة قانوناً، كان له الحق في رفع دعوى إلى المحكمة، والتي تخيره بين رد المبيع (فسخ العقد واسترداد الثمن) أو قبوله بثمنه المسمى في العقد، طبقاً لنص المادة 558-1⁽⁵⁾ من القانون المدني العراقي، ولا شك أن هذا فيه ظلم وإجحاف للمشتري في حال قبوله، وهذا على خلاف ما أقره المشرع الفرنسي كما سبق بيانه والمصري واللبناني؛ فالمشرع المصري

(1) المادة 381: "إذا أخطر المشتري البائع بالعيب الموجود في المبيع في الوقت الملائم كان له الحق في المطالبة بالضمان وفقاً للمادة 376".

(2) كتو: لامية، مرجع سابق، ص 188. / سي يوسف: زاهية حورية، الوجيز في عقد البيع، مرجع سابق، ص 245.

(3) المادة 383: "تسقط بالتقادم دعوى الضمان بعد انقضاء سنة من يوم تسليم المبيع حتى ولو لم يكتشف المشتري العيب إلا بعد انقضاء هذا الأجل ما لم يلتزم البائع بالضمان لمدة أطول.

غير أنه لا يجوز للبائع أن يتمسك بسنة التقادم متى تبين أنه أخفى العيب غشاً منه".

(4) المادة 1646-1: "للمشتري الحق بمطالبة البائع بما يلي: - إصلاح العيب، إذا كان من الممكن إصلاحه.

- فسخ العقد، للإخلال ببندوه أو لتخلف البائع عن إنفاذ موجباته.

- إنقاص الثمن بحسب قيمة العيب الذي حدث للمبيع".

(5) المادة 558-1: "إذا ظهر بالمبيع عيب قديم، كان المشتري مخيراً إن شاء رده وإن شاء قبله بثمنه المسمى".

أعطى للمشتري حق فسخ العقد أو التنفيذ العيني مع التعويض في كلا الحالتين، على أن يكون الخيار بحق الفسخ متوقف على العيب؛ فإذا كان جسيماً كان للمشتري الحق في فسخ العقد مع التعويض، أما إذا كان غير جسيم كأن يكون إصلاح العيب ممكناً دون إرهابك البائع حكم عليه بالتنفيذ العيني، ويبقى التعويض عن الضرر في كلتا الحالتين⁽¹⁾، وأما المشرع اللبناني أعطى الخيارات للمشتري لإعمال حقه في الضمان، أو في طلب فسخ العقد سواء أكان كلياً أو جزئياً في حال أصبح المبيع غير صالح للاستعمال الذي أعد له من أجله بسبب العيب، أو القبول مع تخفيض الثمن، خاصة إذا كان العيب لا يؤثر على الغرض الذي أعد لأجله طبقاً لنص المادة 449 من قانون الموجبات والعقود اللبناني⁽²⁾.

وتحدر الإشارة إلى أنه بالرجوع إلى المادة 376⁽³⁾ التي أحالت إليها المادة 381 نجد أنها قد ميزت بين حالة العيب الجسيم وغير الجسيم؛ فأما في حالة العيب الجسيم؛ وهو العيب الذي لو علمه المشتري وقت المبيع ما أقدم على الشراء، ومتى ثبت هذا في البناية محل عقد البيع على التصاميم، جاز للمشتري رفع دعوى الضمان على المرفي العقاري، ومطالبته برد المبيع، وله أيضاً المطالبة بالتعويض عن كافة العناصر التي نصت عليها المادة 375⁽⁴⁾ من القانون المدني، وله أن يطالب بدعوى الفسخ⁽⁵⁾.

وأما في حالة العيب غير الجسيم، وهو العيب الذي لو علمه المشتري أقدم على الشراء ولكن بثمن أقل، وفي هذه الحالة لا يحق للمشتري رد المبيع، وإنما يطالب بتعويضه عما لحقه عن الضرر الذي لحق به، والخسائر

(1) المعموري: يوسف، مرجع سابق، ص 152-153.

(2) المعموري: يوسف، المرجع نفسه، ص 152-153. / دياب: أسعد، مرجع سابق، ص 183.

(3) المادة 376: "في حالة نزع اليد الجزئي عن البيع وفي حالة وجود تكاليف عنه وكانت خسارة المشتري قد بلغت قدرها لو علمه المشتري لما أمم العقد، كان له أن يطالب البائع بالمبالغ المبينة بالمادة 375 مقابل رد المبيع مع الانتفاع الذي حصل عليه منه. وإذا اختار المشتري استبقاء المبيع، أو كانت الخسارة التي لحقت له لم تبلغ القدر المشار إليه في الفقرة السابقة لم يكن له سوى المطالبة بحق التعويض عن الضرر الذي يحقه بسبب نزع اليد عن المبيع".

(4) المادة 375: "في حالة نزع اليد الكلي عن المبيع فللمشتري أن يطلب من البائع:

-قيمة المبيع وقت نزع اليد، -قيمة الثمار التي ألزم المشتري بردها إلى الملاك الذي نزع يد المشتري عن المبيع، -المصاريف النافعة التي يمكنه أن يطلبها من صاحب المبيع وكذلك المصاريف الكمالية إذا كان البائع سيئ النية، -جميع مصاريف دعوى الضمان ودعوى الاستحقاق باستثناء ما كان المشتري يستطيع أن يتقيه منها لو أعلم البائع بهذه الدعوى الأخيرة طبقاً للمادة 373، -وبوجه عام تعويضه عما لحقه من الخسائر وما فاتته من كسب بسبب نزع اليد عن المبيع.

كل ذلك ما لم يُقّم المشتري دعواه على طلب فسخ البيع أو إبطاله".

(5) مشماششي: عبد الحفيظ، مرجع سابق، ص 324. / سي يوسف: زاهية حورية، الوجيز في عقد البيع، مرجع سابق، ص 247.

وما فاتته من كسب بسبب العيب، وبمصاريف دعوى الضمان، وإذا كان العيب مما يمكن إصلاحه، طالب المشتري المرمي العقاري بإصلاحه بدلاً من التعويض.⁽¹⁾

وما يمكن قوله أن جل التشريعات المقارنة قد سعت لحماية المشتري في عقد بيع البناء على التصاميم من الوقوع ضحية العيب الخفي في مواجهة المرمي العقاري، كالتشريع الفرنسي والمصري والجزائري واللبناني بخلاف العراقي الذي لم يضمن للمشتري حقه الكامل في التعويض في حال القبول بالبنائة المعيبة، وحسن ما فعله المشرع الجزائري بإخضاع العقد للقواعد العامة، فمتى تبين للمشتري وجود عيب خفي يصعب اكتشافه عن طريق الفحص المعتاد، ويحتاج لكشفه اللجوء إلى الخبير بإجراء معاينة تقنية أو خبرة فنية للعقار، أو الانتظار مدة معينة على استعمال الشيء، قام بإخطاره للقيام بالإصلاحات الضرورية، فإن لم يمكن ذلك طالبه بالتعويض، وهذا إذا كان العيب غير جسيم، فإن كان العيب جسيماً طالبه برد المبيع، أو التعويض، أو الفسخ، وهذا في مدة سنة من تاريخ التسلم النهائي للعقار.

ثانياً: ضمان العيوب الظاهرة

يعتبر ضمان العيوب الظاهرة استثناءً جاء به المشرع الجزائري وجل التشريعات المقارنة لحماية المشتري في عقد بيع البناء على التصاميم، ذلك أن حماية المشتري لا تقتصر فقط على العيوب الخفية، بل تشمل أيضاً العيوب الظاهرة التي يمكن أن تطال البناية محل العقد، وذلك لتمكين المشتري من الانتفاع بالبناية انتفاعاً كاملاً، نظراً لعدم وجود البناية وقت التعاقد، وهذه الحماية لها جانبين وقائي وعلاجي؛ فأما الوقائي فمتى علم المرمي العقاري بضمانه للعيوب الظاهرة أتقن الصنعة وتحلى بالحيلة في الإنجاز، وأما الجانب العلاجي فيكون بيد المشتري يستعمله عند ظهور العيوب الظاهرة التي يلتزم المرمي العقاري بضمانها.⁽²⁾

وإذا نظرنا إلى التشريع الفرنسي نجد أنه استقر على تعريف العيب الظاهر بنص المادة 1642-1 بقوله: "عيوب البناء الموجودة في الوقت الذي يسلم فيه البائع البناء للمشتري"، فقد استعمل المشرع الفرنسي مصطلح "vice de construction" فهو مفهوم واسع يشمل كل العيوب مهما كانت درجة خطورتها

(1) سي يوسف: زاهية حورية، الوجيز في عقد البيع، مرجع سابق، ص 247.

(2) مشماشى: عبد الحفيظ، مرجع سابق، ص 299.

شريطة أن تتعلق بالعيوب⁽¹⁾ أو كما عرفته محكمة النقض الفرنسية بقولها: " هو العيب الذي يتم الكشف عنه عقب الفحص السطحي للشيء المبيع".⁽²⁾

وأما المشرع المصري فقد بين معنى العيوب الظاهرة من خلال الفقرة الثانية من نص المادة 447 بقولها: " هي العيوب التي كان المشتري يعرفها وقت البيع، أو كان يستطيع أن يتبينها بنفسه لو أنه فحص المبيع بعناية الرجل العادي"، وعليه فإن المشتري يجب عليه وقت معاينة البناء وفحصه أن يثبت كافة النقائص التي يراها في البناء سواء كانت من قبيل العيوب الظاهرة أو من قبيل عدم مطابقة المواصفات، ولا يستطيع المشتري أن يطالب بضمان العيوب الظاهرة إلا إذا كان قد أثبت وقت الفحص والمعاينة للبناء، وذلك إما بتنفيذ العقد أو بفسخه أو بالتعويض⁽³⁾ طبقاً لما نصت عليه المادة 157 من القانون المدني المصري، أما إذا قبل البناء بعد الفحص دون تحفظ أو إشارة إلى العيوب التي يراها، فإن حقه في الرجوع على البائع يسقط⁽⁴⁾، وفي كل الأحوال يقع عبء الإثبات على المشتري، ومتى أثبت ذلك كان البائع مسؤولاً عنها إلا إذا أقام البائع الدليل بأن السبب الأجنبي هو الذي أدى إلى هذه العيوب⁽⁵⁾، ونفس الشيء بالنسبة للمشرع العراقي⁽⁶⁾ واللبناني⁽⁷⁾.

ويختلف التشريع العراقي واللبناني عن بقيت التشريعات كالفرنسي والمصري والجزائري وغيرها في أن التشريع العراقي واللبناني ينص على أن يضمن البائع أي عيب أو تخلف لو صف تم الاتفاق عليه كجزء من شروط

(1) نقلا عن كتو: لامية، مرجع سابق، ص 189.

Groslière Jean claude: la vente d'immeuble, dalloze, 1996, p98

(2) cass. Civ. III, 23 jan, 1980, bull, civ, III, N° 22.

(3) هناك سلطة تقديرية للقاضي في القانون المصري، وهذا ما يخوله من إلزام البائع بإصلاح العيوب مع إعطائه مهلة لذلك، أو يكتفي بالحكم للمشتري بتعويض نقدي، وقد يتمثل ذلك في إنقاص الثمن الذي يجب عليه دفعه للبائع، على أنه يستطيع فسخ العقد كأخر حل إذا رأى مبرراً لذلك مع التعويض إذا اقتضى الأمر.

(4) الأودن، سمير عبد السميع، مرجع سابق، ص 76-77.

(5) زهرة: محمد المرسي، مرجع سابق، ص 212-213.

(6) تنص المادة 558-2 من القانون المدني العراقي: " العيب هو ما ينقص ثمن المبيع عند التجار وأرباب الخبرة، أو ما يفوت به غرض صحيح إذا كان الغالب من أمثال المبيع عدمه، ويكون قديماً إذا كان موجوداً في المبيع وقت العقد، أو حدث بعده، وهو في يد البائع قبل التسليم".

(7) تنص المادة 460 من قانون الموجبات والعقود اللبناي: " لا يكون البائع مسؤولاً عن العيوب الظاهرة، ولا عن العيوب التي سبق للمشتري أن عرفها، أو كان من السهل عليه أن يعرفها، وإنما يكون مسؤولاً حتى عن العيوب التي كان من السهل على المشتري أن يعرفها، إذا كان قد صرح البائع بخلو المبيع منها".

العقد الخاص بالشيء المستقبلي، وقد أكدت النصوص القانونية عدم مسؤولية البائع عن العيوب التي تحدث بعد الاستلام من قبل المشتري، ولكن قد يلزم البائع بالضمان إذا كان العيب سابقاً له، وهذا على عكس بقيت التشريعات المقارنة كالقانون الفرنسي الذي أكد على أنه في حال اكتشاف العيب خلال شهر ولم يطلب المشتري حق الضمان، فإن الحق في هذه الحالة يسقط، ولا يستطيع المطالبة بالضمان⁽¹⁾، كما يشترط على المشتري إقامة دعوى خاصة بالعيوب الظاهرة خلال سنة واحدة من زمن التسليم، وإلا سقط حق المطالبة بالضمان.⁽²⁾

وأما المشرع الجزائري فكعادته في تفادي التعريفات تاركاً للفقهاء مجالاً في تعريفها فلم يعرف العيب الظاهر، ولم يحدد حتى العيوب الظاهرة، أو على الأقل التي يمكن الاعتماد عليها لتحديد المقصود بها كما فعل بخصوص العيب الخفي، واكتفى بالإشارة إليه بصفة عامة من خلال نص المادة 44 من القانون 11-04 سالف الذكر بقوله: "عيوب البناء"، ويمكن تعريفه بـ: "العيوب التي يمكن للمشتري أن يكتشفها عند معاينة البناء وسواء تمت المعاينة من قبل المشتري نفسه أو بالاستعانة بأهل الخبرة"⁽³⁾، أو ذلك العيب الذي كان المشتري على علم به وقت البيع، أو كان في استطاعته الكشف عنه لو أنه فحص المبيع بعناية الرجل العادي.⁽⁴⁾

وهناك من فرق بين العيب الخفي والظاهر على أساس أن الأول يشترط فيه أن يمس بصلاية البناء أو يجعله غير صالح للغرض الذي خصص له، أما العيب الظاهر يشمل كل عيب ولو كان بسيطاً.⁽⁵⁾

وباستقراء نص المادة 379 ف3 من القانون المدني الجزائري نجد أنها حددت معيارين لبيان الصفة الظاهرة للعيب وهما: العيوب التي كان المشتري على علم بها وقت البيع، وكذا العيوب التي كان باستطاعة

(1) صاحب: عبید الفتلاوي، ضمان العيوب وتختلف المواصفات في عقود البيع، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط1، 1997، ص117.

(2) نصت المادة 1648 على: "في الحالة الواردة في المادة 1642-1 يجب تقديم الدعوى، تحت طائلة السقوط خلال سنة اعتباراً من التاريخ الذي مكن فيه إعفاء البائع من التزام ضمان العيوب الظاهرة". القانون المدني الفرنسي باللغة العربية، دالوز، مرجع سابق، ص1618.

(3) لموسخ: محمد، مرجع سابق، ص63.

(4) هادي: بشير، مرجع سابق، ص309.

(5) الحياوي: أحمد إبراهيم، مرجع سابق، ص290.

المشتري أن يطلع عليها لو أنه فحص المبيع بعناية الرجل العادي⁽¹⁾، فمتى ثبت ذلك ألزم المرقى العقاري بضمان هذه العيوب الظاهرة وهذا بتوافر شروط العيب الظاهر لينتج كامل آثاره في مواجهة المرقى العقاري.

1- شروط التزام المرقى العقاري بضمان العيوب الظاهرة

فحتى يضمن المرقى العقاري العيوب الظاهرة وجب أن تتوفر فيها مجموعة من الشروط مجتمعة تحت طائلة عدم القيام بالضمان متى تخلف شرط من هذه الشروط، وهي على النحو التالي:

أ- أن يكون العيب مؤثراً: فإذا أراد المشتري الاحتجاج بالعيب الظاهر وجب أن يكون هذا العيب مؤثراً شأنه في ذلك شأن العيب الخفي، ويكون العيب الظاهر مؤثراً إذا كان ينقص من البنية محل عقد بيع البناء على التصاميم أو من قيمتها بشكل يؤثر على الغرض من إبرام العقد أو من استعمال البنية وفقاً لما أعدت له، وللقاضي السلطة التقديرية في إثبات ما إذا كان العيب مؤثراً أم لا، وهذا بالاستعانة بالخبرة الفنية والتقنية.

ب- أن يكون العيب ظاهراً: فلكي يتحمل المرقى العقاري ضمان العيب الظاهر وجب أن يكون ظاهراً، وهذا شرط أساسي للضمان هنا، حيث يتعين تحديد المعيار الموضوعي لتقدير الصفة الظاهرة، والذي يقوم على ما يبذله الشخص المعتاد من عناية للكشف عن العيب، وليس على ما يحوزه الشخص من معلومات خاصة وصفات لا تؤهله للكشف عنه، فالعيب يكون ظاهراً إذا كان المشتري يعرفه، أو كان يستطيع أن يتبينه بنفسه لو أنه بذل في فحص المبيع العناية المطلوبة من الرجل العادي.⁽²⁾

ولعل الفائدة من الأخذ بالمعيار الموضوعي هو عدم بحث القاضي على ما إذا كان المشتري يستطيع اكتشاف العيب أو لا، فقد يكون حريصاً أو مهملاً أو متخصصاً، ولكن القاضي يبحث على ما إذا كان الشخص المتوسط يستطيع اكتشاف العيب أو لا، فإذا كان يستطيع فالعيب في هذه الحالة يكون ظاهراً حتى وإن كان المشتري نفسه لم يستطع اكتشافه، وفي الحالة العكسية يكون خفياً.⁽³⁾

(1) أحمد شوقي: محمد عبد الرحمن، مسؤولية البائع عن ضمان العيوب الخفية في بيع السيارات، منشأة المعارف، الإسكندرية مصر، 2003، ص50.

(2) علاء حسين: علي، مرجع سابق، ص136.

(3) زهرة: محمد المرسي، مرجع سابق، ص253.

ج- أن يظهر العيب في أجل معين: لم يبين المشرع الجزائري الأجل الذي يجب أن يظهر فيه العيب الظاهر في البناية في عقد بيع البناء على التصاميم، ولم ينص على أجل معين لظهور العيب رغم ما لهذا التحديد من أهمية في تقدير مسؤولية المرقى العقاري، فالأرجح أن ينكشف العيب خلال مدة معقولة، ومتوسطة ابتداءً من حيازة العقار.⁽¹⁾

فقد كان حرياً بالمشرع الجزائري أن ينص ويحدد المدة والأجل الذي يجب أن يظهر فيه العيب الظاهر مثلما فعلته بعض التشريعات المقارنة؛ كالمشرع الفرنسي والتونسي، وذلك لرفع اللبس والغموض وكل المشاكل والقضايا والمنازعات التي تطرح بهذا الشأن، مما يضمن استقرار المعاملات، فمن غير المعقول أن يبقى المرقى العقاري ضامناً للعيوب الظاهرة دهرًا من الزمن.

وبالرجوع إلى القانون الفرنسي نجد أنه قد حدد أجل الكشف عن العيوب الظاهرة بثلاثة (03) أشهر من تاريخ حصول التسليم، وهذا بمقتضى المادة 16 من القانون المؤرخ في 26 فبراير المتعلق بتحويل التشريع الخاص بالبعث العقاري، وحدده بشهر واحد من خلال نص المادة 1-1642 من القانون المدني الفرنسي من تاريخ تسليم العقار.⁽²⁾

وأما فيما يخص آجال إصلاح هذه العيوب الظاهرة فأرجعها المشرع الجزائري إلى اتفاق كل من المرقى العقاري والمشتري في العقد.

2- الآثار المترتبة على العيوب الظاهرة

لقد اختلفت التشريعات المقارنة في النص على الأحكام التي تخص ضمان العيوب الظاهرة، فأما المشرع الفرنسي قد نص صراحة على ضمان العيوب الظاهرة وبين أحكامها من خلال نص المادة 1-1642 من القانون المدني الفرنسي، والتي تقضي بـ: "البائع في بيع العقار قيد الإنشاء لا يستطيع التخلص لا قبل

(1) كتو: لامية، مرجع سابق، ص 190.

(2) مشماشي: عبد الحفيظ، مرجع سابق، ص 304-305.

استلام الأعمال ولا قبل انقضاء شهر بعد حيازة المشتري من عيوب البناء الظاهرة، ولا يجوز فسخ العقد أو إنقاص الثمن إذا تعهد البائع بإصلاح العيب".⁽¹⁾

ولعل أهم خصوصية ركز عليه المشرع الفرنسي هي عدم جواز تنازل المشتري عن حقه في ضمان العيوب الظاهرة قبل استلام البناية أو انقضاء مدة شهر بعد حيازة البناية، فكل اتفاق على إعفاء المرفي العقاري من هذه المسؤولية يقع باطلاً ولا أثر له، كما تبرز هذه الخصوصية أكثر في عدم إمكانية فسخ العقد أو الإنقاص من الثمن متى تعهد المرفي العقاري على إصلاح العيوب الظاهرة، وهذا سعيًا من المشرع الفرنسي لتحقيق استقرار المعاملات.⁽²⁾

وأما المشرع الجزائري فقد اكتفى من خلال نص المادة 44 من القانون 11-04 سالف الذكر بتقرير التزام المرفي العقاري بضمان العيب الظاهر، وذلك بإصلاح كل عيب يظهر في البناء خلال المدة المتفق عليها في عقد بيع البناء على التصاميم⁽³⁾، وهذا دون توضيح وبيان آجال هذا الإصلاح، بل تركها للأطراف المتعاقدة لتحديدها، وهذا من شأنه أن يؤدي إلى استغلال المرفي العقاري إلى مركزه القوي في العقد بتحديد آجال طويلة للإصلاح، إضافة إلى أنها لم تبين كيفية هذا الإصلاح، والمسؤولية التي تترتب عليه.

وبالرجوع إلى قرار المحكمة العليا رقم: 41007602 الصادر بتاريخ 2015/11/19 نجد أنه قد فرض على المرفي العقاري القيام بإصلاح العيوب الظاهرة، وعدم تحريره لمخضر معاينة حضوري يمضى من كلا

Article 1642-1: « le vendeur d'un immeuble à construire ne peut être déchargé, ⁽¹⁾ 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.

Il n'y aura pas lieu de résolution du contrat ou a diminution du prix si le vendeur s'oblige à réparer.»

⁽²⁾ زهرة: محمد المرسي، مرجع سابق، ص 264-265.

⁽³⁾ كتو: لامية، مرجع سابق، ص 190.

⁴ نص القرار: " الوجه الأول مأخوذ من انعدام الأساس القانوني:

الفرع الثاني : مأخوذ من مخالفة القانون و مخالفة المادة 106 ق م.

بدعوى أن العقد شريعة المتعاقدين...، وطبقا لتدابير المادة 14 من المرسوم التشريعي 93-03 المؤرخ في 01/03/1993 ليس للحيازة وشهادة المطابقة أثر إعفائي من المسؤولية المدنية القائمة و لا ضمان حسن إنجاز المنشأة التي تلزم بها الوكالة المحلية للتسيير و التنظيم العقاريين الحضريين لولاية الطارف خلال سنة واحدة.

الطرفين، يفيد عدم وجود عيوب ظاهرة أو نقائص في الشقة المسلمة، وهذا ما يشكل حماية فعالة للطرف الضعيف في العقد-المشتري-الذي قد تدفعه حاجته الملحة للسكن إلى القبول به على حالة بوجود عيوب أو نقائص.

ومن هنا يتبين أن المشرع الجزائري أخضع الآثار القانونية لهذه العيوب، والمسؤولية الناجمة عنها للقواعد العامة المطبقة في عقد البيع، ولم يفرد لها بنظام خاص بها مثلما فعلته التشريعات المقارنة كالقانون الفرنسي.⁽¹⁾

وأما الطاعن أعذر المطعون ضدها خلال السنة ثم حسب المادة 4 من العقد يلتزم المتعامل بتدارك العيوب الظاهرة أو حسن سير عناصر تجهيز البناء في أجل أقصاه 08 أيام من تاريخ إنذاره بواسطة محضر قضائي رغم ذلك فإن المجلس يكون قد خالف مضمون العقد. **رد المحكمة العليا:** حول الوجه الأول أساسا دون حاجة إلى مناقشة الوجه الثاني: حيث أن المقرر قانونا يجب أن يشتمل عقد البيع على بيان المبيع و أوصافه الأساسية و أنه يستوجب على البائع تسليم المبيع بالصفات التي تعهد وجودها وقت التسليم. حيث أن المقرر قانونا و عملا بالمادة 14 من المرسوم التشريعي 93-03 المؤرخ في 01/03/1993 ليس لحيازة الملكية... أثر إعفائي من المسؤولية المدنية المستحقة و لا من ضمان حسن إنجاز المنشأة التي يلتزم بها المتعامل في الترقية العقارية خلال أجل سنة واحدة. حيث أن المقرر قانونا و عملا بالمادة 18 كل بند في العقد يكون الغرض منه إلغاء أو تحديد المسؤولية أو ضمانات المنصوص عليها في المادتين 11 و 14 ... و تحديد مداها عن طريق إبعاد تضامن المقاولين من الباطن، المرفي أو تحديده يعد باطلا... حيث يتبين من دراسة القرار المطعون فيه أن الطاعن اشترى شقة من نوع تساهمي اجتماعي بموجب عقد بيع على تصاميم محرر في 12/11/2007 رقم 1203 و أنه تسلمها بموجب عقد مؤرخ في 18 و 28/07/2007 مشهر في المحافظة العقارية في 10/08/2011 حجم 235 تربية 84.

حيث الظاهر أن الطاعن أنذر المطعون ضدها لتدارك النقائص الملاحظة في الشقة إلا أنها لم تعير لطلبه أي اهتمام مما اضطره للجوء إلى مطالبة خبرة قضائية كشفت أن النقائص تتمثل في غياب النوافذ و البلاط و الطلاء. حيث استخلص قضاة المجلس تأسيسا على المادة الرابعة و السادسة من عقد البيع أن كل من البائعة و المشتري صرحا بعدم وجود أي عيب من العيوب الظاهرة... و هذا يفيد قيام المشتري بمعاينة الشقة و عدم ملاحظة لأي عيب من العيوب و أضافوا أن حسب المادة السادسة لا يسوغ للمشتري مطالبة البائعة بإصلاح أي عيب ظاهر ناجم عن فعل البائعة... و بذلك يكون المستأنف عليه قد تنازل عن حقه في الرجوع ضد المستأنفة البائعة بخصوص أي عيب ظاهر ثم أردفوا أن النقائص المطالب قيمتها هي عيوب ظاهرة لا يجوز المطالبة بقيمتها طالما أنه تنازل عن حقه في الرجوع بشأها.

لكن خلافا للاستنتاج الذي توصل إليه قضاة المجلس فإن المرفي لم يدعم المركز الذي يستمده من المادة الرابعة من عقد البيع بمبادرة تحرير محضر معاينة حضوري يمضى من كلا الطرفين يفيد عدم وجود عيوب أو نقائص في الشقة المسلمة و لما لم يلتزم بما جاء في البند الرابع فإنه غير قابل للتمسك بما يخالف ذلك هذا من جهة.

حيث من جهة أخرى يبقى المرفي ضامن لحسن إنجاز المنشأة خلال مدة سنة من التسليم، ثم فضلا عن ذلك فإن النقائص المعينة في الشقة ليست بعيوب ظاهرة بسيطة يمكن غض الطرف عنها و تصليحها بتكلفة قليلة و لكنها تمس الصفات الأساسية للشقة المبيعة التي تواعد المرفي توفيرها في المبيع و أن انعدامها يجعل من الشقة غير قابلة للاستعمال و الانتفاع.

لذا نستخلص أن بالقضاء كما فعلوا يكون هؤلاء القضاة قد أفقدوا قراهم أساسه القانوني مما يعرضه للنقض". من قرارات المحكمة العليا، المحكمة العليا، 2024/01/29.

(1) سبيل: جعفر- حاجي: عمر، مرجع سابق، ص 243-244.

وتبعاً لذلك، فمتى اكتشف المشتراى العيوب الظاهرة فى البناية محل العقد، وتوفرت فىها كافة الشروط السابق ذكرها، كان له الحق فى الرجوع على المرقي العقارى لمطالبته بالإصلاح العىنى للعيوب ضمن الآجال المتفق عليها فى عقد بىع البناء على التصامىم.⁽¹⁾

فإذا انقضت المدة المتفق عليها لعملية الإصلاح ولم يقم المرقي العقارى بتنفيذ التزامه بضمان العيب الظاهر، ولم يقم بعملية الإصلاح كان للمشتراى فى هذه الحالة أن يقوم بعملية الإصلاح على نفقة المرقي العقارى طبقاً للقواعد العامة شريطة أن يكون ممكناً وغير مرهق للمدين، وهذا فى إطار عقد بىع البناء على التصامىم⁽²⁾، طبقاً لنص المادة 170⁽³⁾ من القانون المدينى الجزائرى.

أما إذا لم يكن الإصلاح ممكناً جاز فى هذه الحالة للمشتراى رفع دعوى قضائية ضد المرقي العقارى لمطالبته بالتعويض، أو الاحتفاظ بالبناية مع الإنقاص من ثمنها، فإذا رفض ذلك كان له الحق فى فسخ العقد.

وما يمكن قوله هنا أن المشرع الجزائرى كان عليه أن يضع مسؤولية المرقي العقارى فى ضمان العيوب الظاهرة لنظام خاص بعيداً عن القواعد العامة لعقد البىع كما هو الحال عليه فى بعض التشريعات المقارنة كالقانون الفرنسى، الذى أفرده بقواعد خاصة تختلف كلياً عن القواعد العامة كما سبق بيانه، وهذا تماشياً مع الطبيعة والأحكام الخاصة لعقد بىع البناء على التصامىم، فكان حرياً بالمشرع الجزائرى أن يحدو حذو المشرع الفرنسى ويخضع هذا العقد إلى قواعد تتماشى معه خاصة إذا كنا نعرف المركز القوي الذى يتمتع به المرقي العقارى فى مواجهة المشتراى؛ الذى يكون مغلوباً على أمره، ومن شأنه التنازل أو عدم المطالبة بإصلاح هذه العيوب الظاهرة متى اكتشفها نظراً لحاجته الملحة للسكن، والتي تجعله يتغاضى عن هذه المطالبة، مما يكلفه أعباءً زائدة من شأنها أن تثقل كاهله.

وعليه فمتى تبين للمشتراى وجود عيب ظاهر، وتوافرت فىه جميع الشروط السابقة مجتمعة، قام بإعلام المرقي العقارى بذلك بغية القيام بالإصلاحات اللازمة والضرورية، وهذا خلال المدة المتفق عليها فى عقد بىع

(1) تسببية: أعرم، مرجع سابق، ص 251.

(2) كتو: لامية، مرجع سابق، ص 190.

(3) المادة 170: " فى الالتزام بعمل، إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه جاز للدائن أن يطلب ترخيصاً من القاضى فى تنفيذ الالتزام على نفقة المدين إذا كان هذا التنفيذ ممكناً".

البناء على التصاميم، بخلاف المشرع الفرنسي الذي قام بتحديد هذه المدة حتى لا يخرج هذا الضمان عن النطاق الذي حدده له التشريع.

البند الثاني: الضمان العشري⁽¹⁾

لقد أقر المشرع الجزائري ضمانا ذو طبيعة خاصة، وهذا من خلال نص المادة 554 وما يليها من القانون المدني، حيث خرج به عن الأصل، ويتمثل في الضمان العشري، فبعد أن كان هذا الضمان يقتصر فقط على المقاولين والمهندسين المعماريين باعتبارهم المسؤولين المباشرين عن الأضرار التي تلحق بالبنائات التي يتكفلون بإنجازها، ألزم المشرع الجزائري إضافة إلى ذلك المرقى العقاري بهذا الضمان في إطار البنائات التي يتم إنجازها في عقد بيع البناء على التصاميم، وهذا سعياً منه لتكريس الحماية أكثر للمشتري في هذا العقد، طبقاً لنص المادة 26 ف3⁽²⁾ و49⁽³⁾ من القانون 04-11، ولعل سبب هذا الالتزام للمرقى العقاري يكمن في كونه إضافة إلى نقل ملكية البناية للمشتري وتسليمه إياها، يشرف على عمليات البناء سواء بنفسه أو عن طريق مقاولي البناء، فكان من الضروري تحميله المسؤولية العشرية على كل عيب يتخلل البناية.⁽⁴⁾

(1) سمي بالضمان العشري نسبة إلى مدة هذا الضمان التي حددها المشرع الجزائري بعشر سنوات على غرار التشريعات المقارنة كالفرنسي وغيرها.

(2) المادة 26 ف3: "غير أن الحيازة 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".

(3) المادة 49: "يجب على المرقى العقاري أن يلتزم بمسؤوليته المدنية في المجال العقاري لفائدة زبائنه.

ويتعين عليه، بهذه الصفة، مطالبة مكاتب الدراسات والمقاولين وشركائه الآخرين بكل الضمانات والتأمينات القانونية المطلوبة. ويستفيد من هذه الضمانات المالكون المتوالون على البناية".

(4) طيب: عائشة، مرجع سابق، ص22.

ونفس الشيء بالنسبة إلى التشريعات المقارنة كالقانون المصري⁽¹⁾ والمغربي⁽²⁾ والتونسي⁽³⁾ والعراقي⁽⁴⁾ بخلاف القانون اللبناني الذي نص على مدة خمس سنوات فقط⁽⁵⁾، فيعتبر هذا المبدأ من بين الالتزامات الأساسية للمتعاملين كالمهندس المعماري والمقاول، وهذا مما لا شك فيه باعتبار أن هذه التشريعات قد تأثرت بالتشريع الفرنسي الذي يعتبر الأصل في تنظيم نشاط البناء والتعمير تماشياً مع التطور الحاصل في المجال الترقوي، والآليات الجديدة المعتمد عليها من طرف المتعاملين في البناء⁽⁶⁾، وهذا من خلال نص المادة 1646-1⁽⁷⁾ من القانون رقم 67 المؤرخ في 3 جانفي 1967.

(1) تستقر محكمة النقض المدني المصرية على مفاد المادة 651 التي تقضي بأن التزام المقاول أو المهندس المعماري هو التزام بتحقيق نتيجة، وهي بقاء البناء الذي يشيده سليماً ومتيناً لمدة عشر سنوات بعد تسليمه، وأن أي إخلال بهذا الالتزام يقوم بمجرد عدم تحقق هذه النتيجة؛ أي أن الضمان يتحقق بمجرد حدوث التهدم الكلي أو الجزئي في البناء أو ظهور عيب به يترتب عليه تحديد متانته وسلامته، ولا يستطيع المقاول أو المهندس التخلص من الضمان إلا بإثبات السبب الأجنبي. منصور: محمد حسين، المسؤولية المعمارية في حوادث وانحيار المباني أثناء وبعد التشييد والتأمين الإجباري منها، مرجع سابق، ص 70.

(2) تنص المادة 769 من قانون الالتزامات والعقود المغربي: "المهندس المعماري والمقاول المكلفين مباشرة من رب العمل يتحملان المسؤولية إذا حدث خلال العشر سنوات التالية لإتمام البناء أو غيره من الأعمال التي نفذها أو أشرفا على تنفيذها إذا انحار البناء كلياً أو جزئياً أو هددت خطر واضح بالانحيار بسبب نقص المواد أو عيب في طريقة البناء أو عيب في الأرض...".

(3) نص القانون عدد 9 لسنة 1994 المؤرخ في 31-01-1994 المتعلق بالمسؤولية والمراقبة الفنية في ميدان البناء على: "المهندس المعماري والمهندس والمقاول ومكتب المراقبة الفنية وكل شخص مرتبط مع صاحب المنشأة بعقد للإجارة على الصنع أو الخدمات، مسؤولون قانونياً خلال عشر سنوات من تاريخ استلام المنشأة التي كلفوا بتصورها أو إنجازها أو بتسيير أو مراقبة الأشغال المتعلقة بها وذلك في حالة انحيار المنشأة كلها أو بعضها أو تداعيا للسقوط على وجه واضح أو ظهور مس واضح بمتانته على مستوى الأسس أو الهياكل أو السقوف سواء كان ذلك ناتجاً عن غلط في الحساب أو التصميم أو عن عيب في المواد أو في كيفية البناء أو في الأرض...".

(4) تنص المادة 870-1 من القانون المدني العراقي: "يضمن المهندس المعماري والمقاول ما يحدث خلال عشر سنوات من مبان أو ما أقاموه من منشآت ثابتة أخرى، وذلك حتى لو كان التهدم ناشئاً من عيب في الأرض ذاتها، أو كان رب العمل قد أجاز إقامة المنشآت المعيبة، ما لم يكن المتعاقدين قد أرادوا أن تبقى هذه المنشآت مدة أقل من عشر سنوات".

(5) المادة 668 من قانون الموجبات والعقود اللبناني: "إن المهندس، أو مهندس البناء، أو المقاول، الذين يستخدمهم صاحب الأمر مباشرة يكونون مسؤولين في مدة السنوات الخمس التي تلي إتمام البناء أو المنشأ الآخر الذي أداروا أعماله، أو أقاموا بها، إذا تهدم ذلك البناء أو المنشأ كله، أو بعضه، أو تداعى بوجه واضح للسقوط من جراء نقص في اللوازم، أو عيب في البناء، أو في الأرض".

(6) موسى: نسيم، مرجع سابق، ص 154.

(7) المادة 1646-1: "يلتزم بائع العقار المقرر بناؤه لمدة عشر سنوات تبدأ من وقت تسلم الأعمال، بالعيوب الخفية، التي يلتزم بها المهندسون المعماريون والمقاولون، وغيرهم من الأشخاص الآخرين المرتبطين مع رب العمل بعقد إيجار عمل، بمقتضى المادتين 1792 و 2270 من القانون المدني الفرنسي". ويقابله النص الفرنسي:

« Le vendeur d'un immeuble à construire est tenu, pendant dix ans, à compter de la réception des travaux, des vices cachés dont les architectes, entraineurs et autres

وقد تفادى المشرع الجزائري كعادته تعريف الضمان العشري⁽¹⁾، وبالرجوع إلى نص المادة 554⁽²⁾ من القانون المدني والمادة 26 و46 من القانون 04-11 يفهم بأن الضمان العشري هو التزام يقع على عاتق المرقى العقاري ومكاتب الدراسات والمقاولين والمهندسين المعماريين وكل المتدخلين في المشروع، والذي يهدف إلى تغطية الأضرار الناتجة عن التهدم الكلي أو الجزئي للبناء المشيدة من قبلهم، أو عن كل عيب يهدد متانة البناية أو سلامتها، ولو كان هذا التهدم ناشئاً عن عيب في الأرض، والذي يستغرق مدة عشر (10) سنوات من تاريخ التسليم النهائي للبناية، وقد جاءت هذه الأحكام المقررة للضمان العشري كاستثناء من القواعد العامة، نظراً للحماية التي توفرها، والتي نظمها المشرع الجزائري بأحكام خاصة من حيث الأطراف، وشروط تحققه، وكيفية دفع هذا الضمان.

أولاً: أشخاص الضمان العشري

لقد ارتبط المجال الأصلي للضمان العشري بعقد المقاولة؛ وانحصرت أطرافه في المقاول، والمهندس المعماري باعتبارهما الملتمزمون بهذا الضمان، ورب العمل باعتباره المستفيد من هذا الضمان⁽³⁾ وهذا بنص المادة 554 من القانون المدني الجزائري، وبصدر المرسوم التشريعي 93-03 المتعلق بالنشاط العقاري والأمر رقم 95-07 المتعلق بالتأمينات، وكذا القانون 04-11 اتسع نطاق هذا الضمان العشري من حيث الأشخاص المسؤولين والمستفيدين منه، وهذا تماشياً مع التطورات، وتعقد عمليات البناء، وتدخل أشخاص آخرين فيها إلى جانب المهندس المعماري والمقاول⁽⁴⁾، وهذا في إطار عقد بيع البناء على التصاميم، وعلى هذا سأتطرق إلى الأشخاص الملزمين بهذا الضمان أولاً، لأعرج بعد ذلك على المستفيدين منه.

personnes liées au maitre de l'ouvrage par un contrat de louage d'ouvrage sont eux mémés tenus en application des articles 1972 et 2270 du présent code».

(1) لم يعرف المشرع الجزائري الضمان العشري لا في القانون 04-11، ولا في الأمر رقم 95-07 المتعلق بالتأمينات، ولا في المادة 554 من القانون المدني، بل اكتفى بالنص على أحكامه فقط.

(2) وهو نفس ما أقره المشرع المصري من خلال نص المادة 651 من القانون المدني المصري المقابلة للمادة 554 من القانون المدني الجزائري.

(3) منصور: محمد حسين، النظام القانوني للمباني والإنشاءات، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2011، ص 83.

(4) بن عبد القادر: زهرة، نطاق الضمان العشري للمشيدين-دراسة مقارنة بين التشريعين الجزائري والفرنسي، رسالة دكتوراه في قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة، الجزائر، 2008-2009، ص 173. / طيب: عائشة، مرجع سابق، ص 197.

1-الأشخاص الملزمون بالضمان العشري: وعلى غرار التشريعات المقارنة كالقانون المدني الفرنسي⁽¹⁾ الذي أزم إضافة إلى المقاول والمهندس؛ المرقى العقاري بعد تدخل القضاء لتوسيع نطاقه الشخصي⁽²⁾، فإن المشرع الجزائري قد حذى حذى المشرع الفرنسي في ذلك بعد أن كان قد نص على التزام كل من المقاول والمهندس المعماري بنص المادة 554 من القانون المدني الجزائري، وزادت المادة 178 من الأمر 95-07 المتعلق بالتأمينات المراقبين التقنيين، لتضيف بعد ذلك المادة 26 و46⁽³⁾ من القانون 11-04 مكاتب الدراسات، وكل المتدخلين الآخرين الذي لهم صلة بصاحب المشروع، وهذا من خلال عقد اكتتاب تأمين يغطي مسؤوليتهم العشرية عن كل ما يحدث للبناء التي شيدها من تخدم كلي أو جزئي، إضافة إلى العيوب التي تظهر فيها، وتحدد سلامتها، ولو كان مرجع هذه العيوب الأرض التي شيدت عليها، وبهذا يكون المشرع الجزائري قد وسع من النطاق الشخصي للضمان العشري، وهذا لتوفير حماية خاصة وأكثر فعالية للمشتري نظراً للطبيعة الخاصة التي يتضمنها عقد بيع البناء على التصاميم، وعلى هذا فالملزمين بالضمان العشري هم:

أ-المرقى العقاري: يعد المرقى العقاري أول الملزمين بالضمان العشري في عقد بيع البناء على التصاميم، وهذا باعتباره المشرف بنفسه أو عن طريق الغير بإنجاز كل أعمال البناء طبقاً للأصول الفنية ولأعمال التشييد، ووفقاً للمواصفات المتفق عليها في العقد، وعملاً بقواعد التهيئة والتعمير، وتسليمه إلى المشتري خالياً من

(1) لقد حدث توسع في النطاق الشخصي للمخاطبين بأحكام الضمان العشري لمرتين متتاليتين؛ حيث تم الأول بالقانون رقم 3 لسنة 1967م في المواد 1792 و2270، ثم بالقانون 12 لسنة 1978م، حيث حرص المشرع الفرنسي على تمديد نطاق تطبيق أحكام الضمان ليشمل طائفة أخرى من الأشخاص اعتبرهم في حكم المشيدين كمكاتب الدراسات والرسامين والقياسين ومهندسي التصميم والجيولوجيين والطبوغرافيين، إضافة إلى البائع والمقاول والمهندس المعماري والمراقب الفني أدخل المشرع الفرنسي في دائرة الضمان العشري كلا من الوكيل، والصانع والمستورد، والموزع، وممول العقار، ومعماري المنزل الشخصي؛ إذ استعمل المشرع الفرنسي عبارة "مشيد" أو "constructeur" في تعديل 1978، وهذه العبارة تشمل كل متدخل أو مساهم في عملية إنجاز العقار ابتداءً من الدراسة الجيولوجية والطبوغرافية إلى مرحلة إتمام إنجاز المشروع العقاري. وهو نفس ما سار عليه المشرع المصري من خلال نص المادة 651 من القانون المدني المصري. انظر: بن عبد القادر: زهرة، نطاق الضمان العشري للمشيدين-دراسة مقارنة بين التشريعين الجزائري والفرنسي، مرجع سابق، ص175-176.

(2) Gaston Albert: la responsabilité des constructeurs, Ed le moniteur, paris, 2006, p211.

(3) المادة 46: "تقع المسؤولية العشرية على عاتق مكاتب الدراسات والمقاولين والمتدخلين الآخرين الذين بهم صلة بصاحب المشروع من خلال عقد، في حالة زوال كل البناء أو جزء منها جراء عيوب في البناء، بما في ذلك جزء النوعية الرديئة لأرضية الأساس". وهو ما أكدته المادة 30 ف2 من المرسوم التنفيذي 12-85 بنصها: "يتحمل المرقى العقاري خلال مدة عشر (10) سنوات، مسؤوليته المتضمنة مع مكاتب الدراسات والمقاولين والشركاء والمقاولين الفرعيين وأي متدخل آخر، في حالة سقوط البناء كلياً أو جزئياً بسبب عيوب في البناء بما في ذلك رداءة الأرض". المرسوم التنفيذي رقم 12-85 المؤرخ في 12 ربيع الأول 1433هـ الموافق 20 فبراير 2012 المتضمن دفتر الشروط النموذجي الذي يحدد الالتزامات والمسؤوليات المهنية للمرقى العقاري (ج.ر، العدد 11، ص12).

العيوب⁽¹⁾، ولهذا كان هو المسؤول الأول لتحمل الأضرار التي تلحق المشتري جراء التهدم الكلي أو الجزئي للبناء، أو العيب الذي يمس متانتها وسلامتها طبقاً لنص المادة 26 من القانون 04-11 والتي تقضي بـ: "غير أن الحيابة وشهادة المطابقة لا تعفيان من المسؤولية العشرية التي قد يتعرض إليها المرقى العقاري، ولا من ضمان الإنهاء الكامل لأشغال الإنجاز التي يلتزم بها المرقى العقاري طيلة سنة واحدة"⁽²⁾، فالحيابة وشهادة المطابقة لا تعفيان المرقى العقاري من الضمان ومسؤوليته العشرية، وهذا ما أكده المرسوم التنفيذي 431-13 الذي نص تحت عنوان "الضمانات" على: "التأمين العشري: يلتزم البائع، لفائدة المكتب، بمسؤوليته المدنية في المجال العقاري"⁽³⁾.

وزاد المشرع الجزائري من فعالية الحماية للمشتري عندما ألزم المرقى العقاري أن يسهر على اكتتاب المقاولين والمهندسين المعماريين، وكل شخص يشارك في أعمال إنجاز البناء تأميناً عن مسؤوليتهم العشرية، وهذا عملاً بنص المادة 46 من القانون 04-11 سالف الذكر، ووفقاً لنموذج عقد بيع البناء على التصاميم، والذي نص صراحة على ذلك تحت عنوان "التأمين العشري" بنصه: "...ويتولى مهمة مراقبة ومتابعة الضمان عن طريق التأمين العشري، لكل المهندسين المعماريين والمقاولين والعمال القطعيين المدعويين للمشاركة في

(1) منصورى: نادية، الترقية العقاري الخاصة-دراسة مقارنة-، بحث لنيل شهادة ماجستير في القانون-فرع الإدارة والمالية-، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2002، ص 49.

(2) القانون 04-11 المؤرخ في 14 ربيع الأول عام 1432 الموافق 17 فبراير سنة 2011، المحدد لقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية (ج.ر العدد 14، ص 8)، يقابله في التشريع الفرنسي:

« la prise de possession et de certificat de conformité n'ont cependant pas l'effet exonérateur de la responsabilité décennale encourue par le promoteur immobilier, ni la garantie de parfait achèvement des travaux de réalisation à laquelle est tenu le promoteur immobilier pendant un délai d'un (1) an».

(3) المرسوم التنفيذي رقم 431-13 المؤرخ في 15 صفر 1435 هـ الموافق 18 ديسمبر 2013م، المحدد لنموذجي عقد حق وعقد البيع على التصاميم للأمولاك العقارية، وكذا حدود سعر الملك موضوع عقد البيع على التصاميم ومبلغ عقوبة التأخير وآجالها وكيفية دفعها. (الجريدة الرسمية، العدد 66، ص 16).

إنجاز البناية، ويصرح أنه يقبل التصرف بالتضامن معهم تجاه المقتني والغير إلا إذا حصل خطأ لا يمكن أن ينسب إليه"⁽¹⁾، وهذا ما أكدته المحكمة العليا الجزائرية في قرارها رقم 509321.⁽²⁾

وبهذا يكون المشرع الجزائري قد وفر الحماية التامة للمشتري حين حمل المرقى العقاري المسؤولية الكبيرة في عقد بيع البناء على التصاميم، نظراً لدوره الفعال في تنفيذ العقد وتحقيق المقصود منه؛ إذ لا يكتف باكتتاب التأمين عن مسؤوليته العشرية فقط، بل يكون ملزماً أيضاً أن يراقب ويدعو المتدخلين في إنجاز البناية إلى اكتتاب التأمين، وهذا من شأنه حماية المشتري عن طريق حصوله على التعويض حال تخدم البناية أو جزء منها، أو ظهور عيب في سلامتها، وله إضافة إلى ذلك الرجوع على المرقى العقاري أو كل شخص تدخل في عملية الإنجاز باعتبارهم متضامنين في المسؤولية العشرية.

ب-المقاول: عرفته المادة 03 ف13 من القانون 11-04 بقولها: "المقاول: كل شخص طبيعي أو معنوي مسجل في السجل التجاري بعنوان أشغال البناء بصفته حرفياً أو مؤسسة تمتلك المؤهلات المهنية"، وعليه يلتزم بالضمان العشري كل مقاول ساهم في عملية إنجاز البناية، بحيث ترتب عن عمله تخدم كلي أو جزئي، أو نتج عنه عيب يهدد متانة وسلامة البناء، وإن كانت القاعدة العامة في مهام المقاول هي تنفيذ الأعمال طبقاً للتصميمات التي وضعها المهندس المعماري⁽³⁾، ويكونا مسؤولين بالتضامن فيما بينهما عن أي خلل

(1) المرسوم التنفيذي رقم 13-431 المؤرخ في 15 صفر 1435 هـ الموافق 18 ديسمبر 2013م، المحدد لنموذجي عقد حاف الحق وعقد البيع على التصاميم للأملاك العقارية، وكذا حدود سعر الملك موضوع عقد البيع على التصاميم ومبلغ عقوبة التأخير وأجالها وكيفية دفعها. (الجريدة الرسمية، العدد 66، ص16).

(2) جاء في نص القرار: "حيث بمراجعة عناصر الملف لاسيما القرار المطعون فيه يتبين أن الطاعن قد أثار أمام جهة الاستئناف دعواً يرمي إلى سقوط دعوى الضمان تأسيساً على نص المادة 383 من القانون المدني، وهو الدفع الذي استبعده قضاء المجلس باعتبار أن الطاعن كمرقي عقاري يتحمل المسؤولية المدنية.

حيث فعلاً أن النزاع في قضية الحال تحكمه القواعد المنصوص عليها في المرسوم التشريعي رقم 93-03 المتعلق بالنشاط العقاري الذي وفي إطار إقامة علاقة تعاقدية متوازنة بين المرقى العقاري والمشتري قد منح ضمانات كافية لصالح المشتري كإلزام المرقى العقاري قبل تسليم البناية لهذا الأخير أن يطلب من المهندسين المعماريين والمقاولين المكلفين بإنجاز المنشآت شهادة تأمين تحملهم المسؤولية المدنية العشرية المنصوص عليها في المادة 554 من القانون المدني وطبقاً للقانون المتعلق بالتأمينات.

والجدير بالإشارة أن الفقرة الأخيرة من المادة 08 من المرسوم السالف الذكر تنص على تحميل المتعامل في الترقية العقارية المسؤولية المدنية في حالة عدم تبليغ شهادة التأمين إلى المشتريين يوم حيازة ملكية البناية كأقصى أجل...". قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، ملف رقم 509321، بتاريخ 17-12-2009، قضية بين "مدير الصندوق الوطني للتوفير" ضد "ش.خ"، مجلة المحكمة العليا، العدد 1، 2010، ص138.

(3) مدوري: زايدى، مسؤولية المقاول والمهندس المعماري في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون- فرع قانون المسؤولية المهنية-، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، د.ت، ص77.

يلحق البناء، إلا إذا وضع المقاول التصميمات لوحده وتولى عملية التنفيذ فيكون بذلك مسؤولاً وحده، إلا إذا اكتشف المقاول عيب البناء وقام بإخطار المرقى العقاري ولم يتدارك هذا الأخير الخطأ بل ألزم المقاول بتنفيذه، تحمل في هذه الحالة المرقى المسؤولية وحده.⁽¹⁾

ويعتبر المقاول ملزم بالضمان العشري طبقاً لنص المادة 46 سالفه الذكر من القانون 11-04، سواء قدم هو مواد البناء أو كانت مقدمة من المرقى العقاري، ولا يهم إن قام بالعمل وحده أو اشترك مع مقاولين آخرين كلفهم المرقى العقاري بذلك⁽²⁾، فكلهم ملزمون بهذا النوع من الضمان⁽³⁾، على خلاف المشرع الفرنسي الذي لازال إلى يومنا هذا يعتبر المقاول الفرعي غير مسؤول عشرياً عن العيوب المؤدية لهدم أو تهديد متانة البناء⁽⁴⁾، ويبقى على المرقى العقاري أن يتأكد من اكتتاب المقاول للضمان العشري قبل إبرامه لعقد المقاولة معه، وإلا امتنع عن ذلك.

ج-المهندس المعماري: وهو كل شخص طبيعي أو معنوي تتوفر فيه الشروط والمؤهلات المهنية والكفاءات التقنية والوسائل اللازمة الفنية في مجال البناء لصالح رب العمل، والذي يعهد إليه وضع التصاميم والرسومات، والنماذج لإقامة المنشآت⁽⁵⁾، وذلك بالتزامه إزاء هذا الأخير على أساس الغرض المطلوب بمقاييس نوعية وفي أجل محدد.⁽⁶⁾

(1) كتو: لامية، مرجع سابق، ص 170-171. / حسين يس: عبد الرزاق، مرجع سابق، ص 422.

(2) أقر المشرع الجزائري بذلك من خلال نص المادة 564 ف1 بقولها: "يجوز للمقاول أن يوكل تنفيذ العمل ي جملته أو جزء منه إلى مقاول رعي إذا لم يمنعه من ذلك شرط في العقد، أو لم تكن طبيعة العمل تفترض الاعتماد على كفاءته الشخصية"، وقد سماها المشرع الجزائري عقد المقاولة الفرعية ونظمها في المادتين 564 و565 من القانون المدني الجزائري.

(3) منصور: محمد حسين، النظام القانوني للمباني والإنشاءات، مرجع سابق، ص 83.

(4) المادة 1792 من القانون المدني الفرنسي. وانظر إلى المادة الأولى من القانون رقم 75-1334 المؤرخ في 31-12-1975م والمتعلق بالمقاولة الفرعية.

(5) السنهوري: عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على العمل المقاولة والوكالة والوديعة والحراسة، منشورات حلي الحقوقية، بيروت لبنان، 2011، المجلد الأول، ج 7، ص 109.

(6) المادة 1 و2 من القرار الصادر عن وزارة السكن والعمارة المؤرخ في 05-05-1992 المتضمن كفاءات المداولة وتصنيف أقاليم إقامة مشاريع المعفاة من إلزامية اللجوء إلى المهندس المعماري. (ج.ر العدد 59). وقد استقر القضاء الفرنسي على تعريفه بما يلي: "المهندس المعماري باعباره من الأشخاص الملزمين بالضمان العشري، كل من اتخذ ي عملية البناء مهمة وضع التصاميم والمقاييس ومتابعة التنفيذ والإشراف عليه، بغض النظر عن مؤهله العلمي أو احترافه أو مدى كفاءته المهنية، وبالتالي يمكن أن يكون رب العمل نفسه من يتولى وضع التصاميم والمقاييس والإشراف على التنفيذ. كامل: فؤاد، المسؤولية المدنية عن تخدم البناء في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير-فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، الجزائر، 2002، ص 109-110.

إذ يتولى المهندس المعماري وصف ورسم أعمال البناء وكيفية تنفيذها ومراقبتها، ويتحقق من مدى مطابقة الأعمال للتصاميم التي أعدت⁽¹⁾، ومن هنا يكون ملزماً بالضمان العشري عن كل عيب يهدد متانة البناية وسلامتها كل مهندس معماري حائز مؤهل دراسي في الهندسة المعمارية قام بوضع التصميم، أو أشرف على تنفيذ المشروع، أو قدم استشارة فنية، طبقاً لنص المادة 554⁽²⁾ من القانون المدني، والمادة 178⁽³⁾ من الأمر رقم 07-95 المتعلق بالتأمينات، والمادة 46 سالفه الذكر من القانون 04-11، سواء أطلق عليه اسم المستشار الفني أو صاحب البناء أو المهندس المعماري طبقاً لقرار المحكمة العليا رقم 64748⁽⁴⁾، ويتحقق شروط الضمان العشري يكون المهندس المعماري ملتزماً بالضمان العشري بالتضامن مع المقاول والمقري العقاري بقوة القانون.⁽⁵⁾

وإذا اقتضت مهنة المهندس المعماري على وضع الرسومات والتصاميم والنماذج فقط دون أن يكلف بالرقابة على تنفيذ أعمال البناء، كان مسؤولاً عن العيوب الناجمة عن الخطأ في التصاميم فقط، والتي يمكن أن تنتج عن خطأ في أصول الهندسة المعمارية أو قوانين البناء ولوائحها⁽⁶⁾، وفي حالة اشتراك عدة مهندسين معماريين كانوا جميعاً مسؤولين كل في حدود ما قام به من أعمال في هذه المهمة.⁽⁷⁾

(1) بن ملحة: الغوثي، المهندس المعماري مستشار ومسؤول، المجلة القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد 2، جامعة الجزائر، 2000، ج 4، ص 111-119.

(2) المادة 554: "يضمن المهندس المعماري والمقاول متضامنين ما يحدث خلال عشر سنوات من تهدم كلي أو جزئي فيما شيداه من مبان أو أقاماه من منشآت ثابتة أخرى ولو كان التهدم ناشئاً 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 (10) العشر من وقت تسلم العمل نهائياً.

ولا تسري هذه المادة على ما قد يكون للمقاول من حق الرجوع على المقاولين الفرعيين".

(3) المادة 178: "يجب على المهندسين المعماريين والمقاولين وكذا المراقبين التقنيين اكتباب عقد لتأمين مسؤوليتهم العشرية المنصوص عليها في المادة 554 من القانون المدني على أن يبدأ سريان هذا العقد من الاستلام النهائي للمشروع...".

(4) قرار المحكمة العليا، رقم 64748 الصادر بتاريخ 23-01-1991 عن الغرفة المدنية، المجلة القضائية، العدد 4، 1992، ص 31.

(5) كتو: لامية، مرجع سابق، ص 172.

(6) كريم: كريمة، التوجه نحو توسيع المسؤولية العشرية عن عيوب البناء - لتشمل صانع مكونات البناء والمقاول الفرعي-، الملتقى الوطني حول الترقية العقارية في الجزائر-الواقع والآفاق-، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، يومي 27 و 28 فيفري 2012، ص 297.

(7) حسين يس: عبد الرزاق، مرجع سابق، ص 418.

وبهذا لا يمكن للمهندس المعماري التوصل من كل عيب قد ساهم فيه سواء باعتباره أخطأ فى الرسومات والتصاميم أو بإشرافه على عملية تنفيذ أعمال البناء، ويكون عليه فى هذه الحالة الالتزام بمسؤوليته العشرية.

د-الأشخاص الآخرين المتدخلين فى المشروع: فيقع على عاتق كل المتدخلين فى المشروع سواء كانوا متدخلين مراقبين تقنين⁽¹⁾ طبقاً لنص المادة 175⁽²⁾ و178 من قانون التأمينات أو كتاب الدراسات وغيرهم مسؤولية الضمان العشري طالما أنهم مرتبطون بالمرقي العقاري بعقد مهما كانت طبيعته طبقاً لما نصت عليه المادة 46 بقولها: "... والمتدخلين الآخرين الذى يهم صلة بصاحب المشروع من خلال عقد..."، إذ وسع القانون 04-11 من مجال الأشخاص الملزمين بالضمان حتى أصبح يشمل حتى الأشخاص غير الفنيين⁽³⁾، فمصطلح المتدخلين جاء واسعاً غير محدد ليشمل أى متدخل غير المقاولين والمهندسين وكاتب الدراسات⁽⁴⁾. غير أن ما يعاب على المشرع الجزائري أنه لم يحدد هؤلاء المتدخلين بخلاف المشرع الفرنسي الذى قام بتحديدهم وأخضعهم بنص صريح إلى أحكام الضمان العشري وهم: الممول العقاري، الصانع، المستورد، الموزع، الوكيل، وهذا بنص المواد 1792 و1841 من القانون المدني الفرنسي.

فكان حرياً بالمشرع الجزائري أن ينص على الفئات المعنية بالضمان العشري، وهذا لتجنب إخضاع فئات خارجة عن نطاق المقابلة للمسؤولية العشرية، خاصة وأن المادة 46 سالفه الذكر لم تحدد طبيعة العقد المبرم مع المسائل مدنياً، وهذا مما لا شك فيه أنه يدع المجال مفتوحاً للمساءلة؛ كما إمكانية مساءلة العمال المتعاقدين بموجب عقد العقل وغير ذلك.

(1) وقد سبق المشرع الجزائري نظيره الفرنسي فى تنظيم عملية الرقابة التقنية للمباني بموجب الأمر رقم 71-85 المتضمن إحداث هيئة الرقابة التقنية للبناء وتحديد قانونها الأساسي، ثم بالمرسوم التنفيذي 86-205 المتضمن تغيير هيئة الرقابة التقنية، ولم ينظمها المشرع الفرنسي إلا بعد تعديل القانون المدني سنة 1978م. انظر الأمر رقم 71-85 المؤرخ فى 29 ديسمبر 1971 المتضمن إحداث هيئة الرقابة التقنية للبناء وتحديد قانونها الأساسي (ج.ر العدد 4، الصادرة بتاريخ 14-01-1971). والمرسوم التنفيذي رقم 86-205 المؤرخ فى 19 أوت 1986 المتضمن تغيير هيئة الرقابة التقنية (ج.ر العدد 34، الصادرة بتاريخ 20-08-1986).

(2) المادة 175: "على كل مهندس معماري ومقاول ومراقب تقني وأى متدخل، شخصاً طبيعياً أو معنوياً، أن يكتب تأميناً لتغطية مسؤوليته المدنية المهنية التى قد يتعرض لها بسبب أشغال البناء وتحديد البناء أو ترميمها".

(3) بوقرة: أم الخيار، المسؤولية العشرية للمرقي العقاري-دراسة تحليلية-، مجلة الحقوق والحريات، عدد تجريبي، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2013، ص367.

(4) كريم: كريمة، مرجع سابق، ص298.

2- الأشخاص المستفيدون من الضمان العشري

يمتاز عقد بيع البناء على التصاميم بصفة مركبة تجعل المستفيد من الضمان العشري يتغير بتغير العقد؛ فعلى أساس عقد المقاولة يستفيد المرقى العقاري من الضمان العشري في علاقته بالمقاول والمهندس المعماري ومكاتب الدراسات وشركائه في المشروع بصفته رب العمل، وأما على أساس عقد بيع البناء على التصاميم فيستفيد المشتري من الضمان في علاقته مع المرقى العقاري لكونه الشخص الذي تنتقل إليه ملكية البناية، كما يستفيد من هذا الضمان كل من انتقلت إليه ملكية البناية خلال مدة الضمان العشري؛ بحيث يرفع دعواه مباشرة ضد المرقى العقاري لسهولة الرجوع عليه، باعتبار أن شركائه يكونون مجهولين بالنسبة إليه في الغالب، ويرتبط هذا الضمان بالملكية لا بالعقار ذاته، إذ يستفيد من هذه الضمانات المالكون المتوالون للبناية⁽¹⁾، وهذا عين الضمان لحماية المشتري حتى لا يتحجج المرقى العقاري بهوية المشتري الذي لم يتم بيع البناية له، طبقاً لنص المادة 49 من القانون 04-11 والتي تقضي بـ: "ويستفيد من هذه الضمانات المالكون المتوالون على البناية"، وهو ما ينسجم مع مضمون المادة 178 ف2⁽²⁾ من الأمر رقم 07-95 المتعلق بالتأمينات⁽³⁾، وحسب ما فعل المشرع الجزائري من وراء هذا، إذ يُشكّل حماية نوعية وفعالة للمشتري من خلال تقرير هذا الضمان بهذا الشكل، وتبعاً لذلك فالمستفيدون من الضمان العشري هم المرقى العقاري والمشتري، وكل من انتقلت إليه ملكية البناية.

أ- المرقى العقاري: بالرجوع إلى المادة 554 من القانون المدني الجزائري نجد أن المرقى العقاري يستفيد من الضمان العشري طبقاً للقواعد العامة لعقد المقاولة، باعتباره رب العمل في عقد المقاولة الذي يبرمه مع كل من المقاول والمهندسين المعماريين الذين يكلفهم بإنجاز البناية، ليصبح المستفيد الأول من الضمان العشري⁽⁴⁾، فبحوث تدمر كلي أو جزئي في البناية، أو ظهور عيب يهدد سلامته، أو يجعله غير صالح للغرض الذي أعد له، يؤدي هذا إلى إلحاق ضرر مباشر بالمرقى العقاري الذي يتحملة لوحده، ومن ثمة فمن العدالة أن يكون

(1) كتو: لامية، مرجع سابق، ص 173.

(2) المادة 178 ف2: "يستفيد من هذا الضمان صاحب المشروع وملاكه المتتالين إلى غاية انقضاء أجل الضمان".

(3) الأمر رقم 07-95 المؤرخ في 25 جانفي 1995 المتعلق بالتأمين (ج.ر، العدد 13)، المعدل والمتمم بالقانون رقم 06-04 المؤرخ في 20 فيبرابر 2006 (ج.ر، العدد 15، الصادرة بتاريخ 12-03-2006).

(4) تسيية: أعمار، مرجع سابق، ص 185.

مستفيداً من الضمان العشري شريطة أن يكون التهدم أو العيب يرجع إلى المقاول أو المهندس المعماري، أو الأشخاص الآخرين المتدخلين في إنجاز البناء، أما إذا كان هو المتسبب فيها فلا يكون في مركز المستفيد⁽¹⁾، وفي كل الأحوال يكون المسؤول الأول بالضمان العشري في مواجهة المشتري.

ب- المشتري: يعتبر المشتري في عقد بيع البناء على التصاميم المستفيد الأول من الضمان العشري⁽²⁾، وهذا بقوة القانون طبقاً لنص المادة 49 من القانون رقم 04-11، التي أكدت بأن الضمان العشري الذي يلتزم به المرقي العقاري وكل المتدخلين في المشروع يستفيد منه المالكون المتوالون على البناء، ويعد بهذا المشتري الشخص الأول التي تنتقل إليه ملكية البناء بموجب عقد البيع على التصاميم، ومن ثم يمكن اعتباره خلفاً خاصاً للمرقي العقاري، كونه يخلفه في البناء محل العقد، ومن ثم كان من الضروري أن يستفيد من هذا الضمان⁽³⁾، وكان هذا الموقف من المشرع الجزائري نتيجة تأثره بالتشريع والقضاء الفرنسي⁽⁴⁾، وحسب ما فعل المشرع الجزائري لما ألزم المرقي وسائر المتدخلين في المشروع باكتتاب تأمين على المسؤولية العشرية لحماية المشتري من كل أشكال التهدم أو العيوب التي يمكن أن تحدث في البناء.

(1) حسين يس: عبد الرزاق، مرجع سابق، ص 574-575.

(2) موسى: نسيم، مرجع سابق، ص 163.

(3) دغيش: أحمد، مرجع سابق، ص 149.

(4) Dans ce sens voici de justice la responsabilité décennale.

Légifrance, le service public de la diffusion du droit

« La cour de cassation a reconnu la responsabilité du vendeur qui avait réalisé lui-même une petite terrasse en bois attenante à sa maison. L'acquéreur de la maison ayant constaté que la terrasse était pourrie, avait poursuivi le vendeur en justice au titre de la garantie décennale du constructeur, et lui réclamait des indemnités pour la remise en état de la terrasse.

Pour la cour, il importe peu qu'il s'agisse d'une construction de conception artisanale et non conforme, elle constitue néanmoins un ouvrage au sens de la loi et dès lors engage la responsabilité de celui qui l'a réalisé (acquéreurs successifs de l'immeuble)» cour de cassation – chambre civil 3 – audience du 7 novembre 2012.

ج- الخلف العام والخاص: فوفقاً للمادة 49 من القانون 11-04 والمادة 178 من قانون التأمينات، يستفيد من الضمان العشري كل من انتقلت إليه ملكية البناية خلال أجل الضمان العشري المقدر بعشر سنوات، والملكية وفقاً للقواعد العامة إما أن تنتقل إلى الخلف العام أو الخاص.⁽¹⁾

فأما الخلف العام⁽²⁾ فمتى انتقلت ملكية البناية محل العقد على التصامىم إلى ورثة المشتراى مثلاً، يحق لهؤلاء أن يرجعوا على المرقي العقاري، أو المقاول، أو المهندسين المعماريين، أو على كل متدخل فى إنجاز البناية ليطالبوا بالتعويض عن كل ضرر لاحق بهم جراء التهدم الكلى أو الجزئى للبناية بسبب عيب فى البناء أو فى الأرض، أو عن العيب الذى يهدد سلامة ومتانة البناية⁽³⁾، وهذا طبقاً لنص المادة 108⁽⁴⁾ من القانون المبنى الجزائري، وأكد المشراع الجزائري بعد ذلك على حق الخلف فى مباشرة دعوى الضمان العشري بموجب المادة 2/178 من الأمر 95-07 المتعلق بالتأمينات.

وأما الخلف الخاص⁽⁵⁾ فىكون متى انتقلت ملكية البناية محل عقد بيع البناء على التصامىم من مالكةا إلى الخلف الخاص كالموصى له مثلاً، فىحق لهذا الأخير فى حالة تهدم البناية كلياً أو جزئياً جراء عيب فى البناء أو الأرض المشيدة عليها أن يرجع على المرقي العقاري وباقي المتدخلين فى المشروع لمطالبتهم بالتعويض.⁽⁶⁾

ثانياً: شروط تحقق الضمان العشري

(1) تسببية: أعرم، مرجع سابق، ص 186-187.

(2) الخلف العام وهو من يخلف الشخص فى ذمته المالية من حقوق والتزامات، أو جزء منها باعتبارها مجموعة من المال؛ كالوارث والموصى له بجزء من التركة فى مجموعها. السنهورى: عبد الرزاق أحمد، الوسيط فى شرح القانون المبنى الجديد- نظرية الالتزام فى وجع عام- مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 596.

(3) هادنى: بشير، مرجع سابق، ص 308. / تسببية: أعرم، المرجع السابق، ص 187.

(4) المادة 108: " ينصرف العقد إلى المتعاقدين والخلف العام، ما لم يتبين من طبيعة التعامل أو من نص القانون، أنّ هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام كل ذلك مع مراعاة القواعد المتعلقة بالميراث".

(5) الخلف الخاص وهو من يخلف الشخص فى عين معينة بالذات أو فى حق عينى عليها، كالمشتراى يخلف البائع فى المبيع، الموصى له بعين معينة فى التركة يخلف فيها الموصى. السنهورى: عبد الرزاق أحمد، الوسيط فى شرح القانون المبنى الجديد- نظرية الالتزام فى وجع عام- مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 596.

(6) مصطفىاوى: عابدة، مرجع سابق، ص 274.

بالرجوع إلى المواد من 554 إلى 557 من القانون المدني الجزائري، والمادة 26 من القانون 11-04 يتضح بأن استفادة مشتري العقار على التصاميم من أحكام الضمان العشري يستلزم توافر نوعين من الشروط أولاها موضوعية وثانيتها شكلية.

1- الشروط الموضوعية: فالإعمال الضمان العشري يجب أن تتوافر مجموعة من الشروط الموضوعية، تتمثل في وجود عقد مقاوله موضوعه القيام بأعمال التشييد، على أن تكون هذه الأعمال من قبيل المباني والمنشآت الثابتة، وأن تتهدم البناية كلياً أو جزئياً، أو يشوبها عيب ذو أهمية.⁽¹⁾

أ- وجود عقد المقاوله وعقد بيع البناء على التصاميم: فلقيام عملية الضمان العشري بصفة عامة يجب أن يكون هناك عقد مقاوله يربط المقاول والمهندس المعماري برب العمل، إذ لا يمكن بحال من الأحوال مسألة هؤلاء عما يحدث من تهدم للبناية، أو ما يظهر منها من عيوب ما لم تكن هناك علاقة بينهما وبين رب العمل سابقة في إطار عقد المقاوله⁽²⁾؛ أي لا يمكن للمرقي مسائلة كل من المهندس المعماري أو المقاول مالم تكن هناك علاقة تربطهم ألا وهي عقد المقاوله، وفيما يخص عقد بيع البناء على التصاميم؛ فرجوع المشتري على المرقي العقاري في هذا العقد، يجب أن يوجد عقد بيع البناء على التصاميم يبرم بين المشتري والمرقي العقاري، والذي يعد أساس اكتتاب المرقي العقاري لعقد التأمين العشري، إذ أن هذا العقد هو الذي يرتب هذا الالتزام على المرقي العقاري، وهذا طبقاً لنص المادة 26 من القانون 11-04 سالفه الذكر، أما إذا أراد المشتري أن يرجع بصفته خلفاً خاصاً للبائع فإنه يرجع مباشرة على المقاول والمهندس المعماري وفقاً لقواعد الاستخلاف، وفي هذه الحالة يشترط وجود عقد مقاوله.⁽³⁾

ب- أن يتعلق الأمر بعملية التشييد والبناء: لكي تقوم المسؤولية العشرية في عقد بيع البناء على التصاميم يجب أن يكون موضوع العقد يتعلق بأعمال البناء والتشييد، وهذا يستشف من نص المادة 554 من القانون المدني الجزائري سالفه الذكر التي استعملت مصطلح (شيداه من مباني-أقاماه من منشآت)، والتي يفهم منها

(1) سرور، محمد شكري، مرجع سابق، ص212.

(2) الدليمي: حميد لطيف، المسؤولية الجنائية الناتجة عن عقود التشييد-دراسة مقارنة-، دار وائل للنشر والتوزيع، الأردن، ط1، 2015، ص95. / الوانوشي: مريم، أثر السبب الأجنبي في انتفاء المسؤولية العشرية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير-فرع القانون العقاري والزراعي، كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب، البليلة، 2007، ص26.

(3) الوانوشي: مريم، المرجع نفسه، ص26.

أن الضمان العشري يقتصر فقط على أعمال التشييد والبناء، أما أعمال توسعت المباني وتعديلها، أو تدعيمها أو هدمها فلا تدخل ضمن نطاق المسؤولية، بل تخضع للقواعد العامة للمسؤولية المدنية.⁽¹⁾

ج- أن يتعلق الأمر بالمباني والمنشآت الثابتة: إذ يجب أن يكون محل عقد بيع البناء على التصاميم بناء أو تشييد منشآت ثابتة، وهذا يستشف من نص المادة 554 من القانون المدني الجزائري لما استعملت مصطلح (المنشآت الثابتة)، والمادة 46 من القانون 04-11، فمن خلال هاتين المادتين يتبين أن الضمان العشري يغطي تخدم المباني والمنشآت الثابتة كلها أو جزء منها، وعلى هذا الأساس اشترط تشييد المباني أو إقامة المنشآت الثابتة كشرط أساسي لتحقيق التزام مشيدي البناء بالضمان العشري⁽²⁾، فلا يهم طبيعة المباني ولا مكانها ولا المواد المستعملة فيها بل يكفي أن تكون ثابتة فيها عنصر الاستقرار والدوام؛ أي يكفي ألا تقل مدة بقاء البناء عن عشر سنوات.⁽³⁾

وتجدر الإشارة إلى أن استعمال المشرع الجزائري للفظ البناء من خلال نص المادة 46 بقوله: "... في حالة زوال كل البناية أو جزء منها جراء عيوب في البناء..."، يرجع إلى المهمة الأساسية للمرقي العقاري في إنجاز بنايات ذات استعمال سكني أو تجاري أو حرفي أو مهني وليس إنجاز منشآت ثابتة عامة.⁽⁴⁾

د- تدم البناء أو وجود عيب فيه: فوفقاً للمادة 554 من القانون المدني، والمادة 46 من القانون 11-04 يجب أن يتعرض البناء إلى التهدم الكلي أو الجزئي، أو يلحقه عيب يهدد سلامته ومثابته حتى يتحقق الضمان العشري.

د-1- تدم البنائات والمنشآت: يقصد بتهدم البنائات انفصالها وتفككها عن الأرض⁽⁵⁾، وانحلال الرابطة التي تربط بين أجزائه، ولا يهم إن كان السبب عملية التشييد كعدم مراعاة أحكام الربط بين الأجزاء والمكونات

(1) سرور: محمد شكري، مرجع سابق، ص 213-213.

(2) طيب: عائشة، مرجع سابق، ص 232.

(3) منصور: محمد حسين، النظام القانوني للمباني والإنشاءات، مرجع سابق، ص 111-112.

(4) فالمنشآت الثابتة تطلق أيضا على الجسور والسدود وغيرها، وهذه الأخيرة لا تكون موضوع عقد بيع البناء على التصاميم، مما يجعلها خارجة عن نطاق الضمان العشري. حسين يس: عبد الرزاق، مرجع سابق، ص 681-682.

(5) وعلي: جمال، المسؤولية المدنية للمهندس المعماري والمقاول عن عيوب المباني المسلمة لصاحب المشروع-دراسة في القانون الجزائري، الملتقى الوطني حول الترقية العقارية في الجزائر-الواقع والآفاق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، يومي 27 و 28 فيفري 2012، ص 245.

بعضها ببعض، أو عدم مراعاة الترتيب الزمني بين العمليات المختلفة المكونة للبناء؛ كعدم ترك الوقت الكافي لجفاف واكتمال الصلابة بعد عملية البناء لمواصلته بعد ذلك⁽¹⁾، وقد يرجع الهدم إلى عيب في المواد المستعملة في عملية التشييد، كأن تكون تالفة أو معاد استعمالها أو رديئة⁽²⁾، أو إلى عيب في التصميم ذاته كعدم مراعاة أصول الهندسة المعمارية في وضعه⁽³⁾، أو أن عملية البناء لم تكن متقنة لعدم اتباع قواعد الفن المعماري⁽⁴⁾، وفي كل الأحوال يستوي أن يكون سبب التهدم راجعاً لوجود عيب في الأرض التي أقيم عليها البناء شرط أن يكون مما يمكن الكشف عنه وفقاً للقواعد الفنية، أما إذا استحال كشفه كان من قبيل القوة القاهرة، ويستبعد من الضمان العشري⁽⁵⁾.

ولعل التهدم المقصود به هو التهدم غير الإرادي الراجع إلى سوء الصنعة أو سوء المواد المستعملة⁽⁶⁾، سواء أكان التهدم كلياً أو جزئياً للبنية، وهذا خلال عشر سنوات من تاريخ التسليم طبقاً لما تقتضيه أحكام المادة 554 من القانون المدني و46 من القانون 11-04.

د-2- أن تكون العيوب سبباً لتهدم المباني: يقصد بالعيب الموجب للضمان العشري العيوب المهددة لسلامة المباني؛ أي الخلل الذي تمنعه أصول وفن البناء⁽⁷⁾، الذي يكون خفياً لا يكشف بفحص الرجل العادي، أو الذي يكون من قبل الشخص المحترف في الحالات التي يتعمد فيها المرقى العقاري إخفائه غشاً منه⁽⁸⁾.

وبالرجوع إلى القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 15 ماي 1988 المتضمن كفاءات ممارسة تنفيذ الأشغال في ميدان البناء وأجر ذلك، نجده قد عرف العيوب الموجبة للضمان العشري في المادة 23 ف3 منه بقوله:

(1) تسببية: أعر، مرجع سابق، ص191.

(2) حسين يس: عبد الرزاق، مرجع سابق، ص698.

(3) الدليمي: حميد لطيف، مرجع سابق، ص107-108.

(4) منصور: محمد حسين، النظام القانوني للمباني والإنشاءات، مرجع سابق، ص123.

(5) حسين يس: عبد الرزاق، المرجع السابق، ص698-699.

(6) منصور: محمد حسين، النظام القانوني للمباني والإنشاءات، المرجع السابق، ص114.

(7) حسين يس: عبد الرزاق، المرجع السابق، ص704.

(8) صبايحي: ربيعة، مرجع سابق، ص76.

يقصد بالعيوب كل عيب في المواد أو المنتوجات، أو عمل غير متقن من شأنه أن يهدد - فوراً أو بعد مدة - استقرار المشروع وعمله في ظروف طبيعية".⁽¹⁾

فلم تقتصر المادة 23 على حصر الضمان العشري في العيوب التي تهدد سلامة ومتانة البناء أو المنشأة كما فعلت المادة 554 من القانون المدني الجزائري، بل وسعت من نطاق الضمان العشري ليشمل العيوب التي تمس بالعرض الذي شيد البناء لأجله، حتى ولو لم يترتب عليها الإخلال بسلامة البناء ومتانته⁽²⁾، وهذا ما ذهب إليه القضاء الفرنسي قبل ذلك؛ إذ لم يتوقف عند حرفية نص المادة 1792 من القانون المدني الفرنسي التي تشترط هلاك المبنى لتطبيق المسؤولية العشرية بل وسع في ذلك ليشمل حتى الأضرار التي لا تعرض سلامة ومتانة البناية إلى الخطر⁽³⁾، فهذه العيوب متنوعة بتعدد أسبابها ومحلها؛ فمنها ما يرجع إلى الأرض نفسها التي أقيم عليها البناء، ومنها ما يكون سببها خطأ في التصميم ذاته، ومنها ما يكون خطأ في البناء والتشييد، أو في المواد المستعملة في ذلك، ومنها ما يكون مخالفاً للقوانين والتنظيمات وغيرها من العيوب التي لا يمكن حصرها.⁽⁴⁾

وحسب ما فعل المشرع بذلك لحماية المشتري، وهذا عندما لم يخضع أي عيب للضمان العشري، بل اشترط ضرورة أن يكون العيب على درجة معينة من الخطورة بحيث يعرض متانة وسلامة البناء للخطر، أو

(1) قرار وزاري مشترك بين وزارة التهيئة العمرانية والتعمير والبناء، ووزارة المالية ووزارة التجارة المؤرخ في 15-05-1988 المتضمن كيفيات ممارسة تنفيذ الأشغال في ميدان البناء وأجر ذلك. (المنشور في ج.ر، العدد 43، المنشورة بتاريخ 26-10-1988، ص 1479).

(2) كتو: لامية، مرجع سابق، ص 176.

(3) لكن ما يعاب على المشرع الفرنسي أنه لم يبين بوضوح ما هو المقصود بفكرة "عدم صلاحية البناء للعرض المخصص له"، ومع ذلك يمكن استخلاص ما يقارب المعنى من خلال الاطلاع على الأحكام الصادرة في هذا الشأن ومن ذلك سوء العزل الصوتي، لكن تدارك المشرع الفرنسي ذلك فأصبح هذا النوع من العيوب يخضع لضمان إتمام الأعمال على أكمل وجه بمقتضى المادة 7 من القانون 4-1-1978، كما أنه قن ما وصل إليه القضاء الفرنسي من التوسع في الأضرار التي تخضع للضمان العشري، وهذا عندما عدل المادة 1792 من القانون المدني الفرنسي بمقتضى القانون 78-12، وطبقاً لهذا النص فتمت ترتب على الضرر عدم صلاحية البناء للعرض الذي خصص له، كان الضرر خطيراً ويسأل عنه المشيد وفقاً لقواعد الضمان العشري. انظر: عياشي: شعبان، مرجع سابق، ص 210-215. / زوبة: عز الدين، مرجع سابق، ص 66-67.

Andrée Roussel et collaborateurs, responsabilités et assurances des constructeurs, technique et documentation, 1979, p8.

(4) حسين يس: عبد الرزاق، مرجع سابق، ص 708.

يتمس بالغرض المخصص له⁽¹⁾، وبالتالي فلا إعمال الضمان العشري يجب أن يكون العيب خطيراً، وأن يكون خفياً.

- أن يكون العيب خطيراً: وحرصاً من المشرع الجزائري على حماية المشتري في عقد بيع البناء على التصاميم، لم يكتف لتحقق الضمان العشري أن يقع تدهم كلي أو جزئي للمبنى حسب المادة 554 من القانون المدني الجزائري، بل جعل مجرد ظهور عيب ينطوي على درجة من الخطورة إذا كان من شأنه أن يعرض متانة وسلامة البناية للخطر سبباً لتطبيق الضمان العشري، أو يؤثر على متانة عناصر التجهيز في المبنى، أو يتمس بالغرض المخصص له البناء⁽²⁾، ولعل هذه المسألة تخضع للسلطة التقديرية للقاضي في تقدير مدى جسامته العيب باعتباره يهدد سلامة ومتانة البناء من عدمه، ويمكن الاستعانة بأهل الخبرة؛ فمتى تبين للقاضي أن العيب الذي أصاب البناية قد بلغ حداً من الجسامته يجعله يعرض البناية للخطر حتى ولو لم يكن خطر التهدم محققاً، وجب عليه تطبيق قواعد الضمان العشري، ومما لا شك فيه أن تدهم البناء كلياً أو جزئياً من أخطر العيوب والأضرار التي تمس بالبناية، والتي يشملها الضمان العشري في جميع الحالات.⁽³⁾

ولقد نص المشرع الجزائري على الأشياء التي تدخل تحت نطاق الضمان العشري من خلال نص المادة 181 من الأمر 95-07 التعلق بالتأمينات بقولها: "يغطي الضمان المشار إليه في المادة 178 أعلاه أيضاً، الأضرار المخلة بصلاية العناصر الخاصة بتجهيز بناية ما عندما تكون هذه العناصر جزءاً لا يتجزأ من منجزات التهيئة ووضع الأساس والهيكلة والإحاطة والتغطية، ويعتبر جزءاً لا يتجزأ كل عنصر خاص بالتجهيز لا يمكن القيام بنزعه أو تفكيكه أو استبداله دون إتلاف أو حذف مادة من مواد هذا الإنجاز".

(1) كتو: لامية، مرجع سابق، ص 176.

(2) كرتوس: أنيسة، المسؤولية الناشئة عن تدهم البناء في القانون المدني الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل درجة الماجستير في القانون المدني، كلية الحقوق والعلوم السياسية-بن عكنون، جامعة الجزائر، 2001، ص 92. / أبو قرين: أحمد عبد العالي، الأحكام العامة لعقد المقاولة، دار النهضة، القاهرة، ط1، 2003، ص 120-121.

(3) عياشي: شعبان، مرجع سابق، ص 208.

فمن خلال النص يتبين تقييد المشرع الجزائري لعناصر التجهيز التي تدخل تحت الضمان العشري؛ إذ يشترط أن تكون أساسية وثابتة لا يمكن نزعها، أو تفكيكها واستبدالها دون أن تتعرض للتلف⁽¹⁾، ولعل سبب ذلك راجع إلى انقسامها إلى عناصر أساسية، وأخرى ثانوية، ويرتكز هذا التقسيم على درجة الخطورة.⁽²⁾ وبالتالي يمكن القول أن العيوب التي بمسها الضمان العشري في عقد بيع البناء على التصاميم هي التي تؤدي إلى التهدم الكلي أو الجزئي للبنية، أو التي تهدد سلامته ومثابته طبقاً لنص المادة 46 من القانون 04-11، إضافة إلى تلك التي تمس بعناصر التجهيز الثابتة، ومن ثم تستبعد باقي العيوب التي تمس بالبنية من الضمان العشري كتلك المتعلقة بدهن الأبواب والنوافذ وأعمال الزينة إلى غير ذلك⁽³⁾، وحسن ما فعل المشرع بهذا التحديد، وهذا تفادياً للخلافات والنزاعات التي يمكن أن تحدث كما هي الشأن في ضمان العيوب الخفية التي لم ينص عليها كما سبق بيانه.

- أن يكون العيب خفياً: لم يحدد المشرع الجزائري نوعية العيب الذي يجب أن يضمه المرقى العقاري بموجب الضمان العشري، إن كان ظاهراً أم خفياً⁽⁴⁾، ولكن بالرجوع إلى الفقه والقضاء نجد أنه يسلم بضرورة أن يكون العيب محل الضمان العشري خفياً وقت التسليم النهائي للأعمال؛ بحيث لا يستطيع المستفيد من الضمان كشفه، فلو كان العيب ظاهراً لدى المشتري في عقد بيع البناء على التصاميم وقت تسلم البنية، ولم يبيدي تحفظات، فلا يسأل عنه المرقى العقاري، وهذا لكون التسليم مبرئ للعيوب الظاهرة، وهذا ما قضت به مختلف التشريعات المقارنة؛ فأما التشريع الفرنسي فإن محكمة النقض الفرنسية قضت بقولها: "تقبل الأعمال من طرف رب العمل ... يعفى مؤجر العمل من المسؤولية ... فيما يتعلق بالعيوب الظاهرة"⁽⁵⁾.

(1) إن معيار تحديد عنصر تجهيزي ما إذا كان قابل للانفصال أو لا قائم على أساس مدى اتصال العنصر التجهيزي المعيب بالبناء، وليس بأهمية هذا العنصر في تحقيق الغرض الذي شيد من أجله، ومن بين العناصر التجهيزية التي قضى بها القضاء الفرنسي بأنها غير قابلة للانفصال هي البلاط، والدهان كتو: لامية، مرجع سابق، ص 177. نقلا عن:

Saint-alary roger, Saint-alary-houin corinne: droit de la construction, op, cit, p158.

(2) كتو: لامية، مرجع سابق، ص 177.

(3) منصور: محمد حسين، النظام القانوني للمباني والإنشاءات، مرجع سابق، ص 117.

(4) كتو: لامية، المرجع السابق، ص 178. / مصطفىاوي: عايدة، مرجع سابق، ص 269.

(5) عياشي: شعبان، مرجع سابق، ص 219-220. نقلا عن

Cass civ, 3 8 juillet 1975, cité par a, caston, précité, n 202, p110 note 2.

وقضت محكمة النقض المصرية بقولها: "تسلم رب العمل البناء تسليماً نهائياً غير متقيد بتحفظ ما، من شأنه أن يغطي ما بالمبنى من عيوب كانت ظاهرة وقت حصول هذا التسليم نهائياً أو معروفة لرب العمل، أما ما عدا ذلك من العيوب مما كان خفياً لم يستطع صاحب البناء كشفه عند تسلمه البناء، فإن التسليم لا يغطيه ولا يسقط ضمان المقاول والمهندس عنه".⁽¹⁾

ولمعرفة العيوب التي تدخل تحت نطاق الضمان العشري يمكن القول أنه يحكمه المعيار الموضوعي؛ أي قدرة الرجل العادي من ذات الطائفة في اكتشاف العيب، والوقوف عليه طبقاً للعرف الذي جرى عليه العمل في هذا المجال، فمتى كان العيب ظاهراً للمشتري عالماً به في بيع البناء على التصاميم عند التسليم النهائي للبناء، كان هذا العيب غير داخل في الضمان العشري، أما ما عدا ذلك من العيوب التي لا يكون بوسعه كشفها ببذل عناية الرجل العادي أثناء فحصه للمبنى، فإنها تبقى مضمونة بموجب الضمان العشري، ومن أمثلة العيوب الخفية التي اعتبرها القضاء وجود عيب في العزل الصوتي، ووجود صعوبات تحول دون إمكانية دخول المرأب، ومن العيوب التي اعتبرها ظاهرة تثبت هوائي تليفزيوني على مدخنة البناء المجاور خطأ.⁽²⁾

2- الشروط الشكلية: لقيام الضمان العشري في عقد بيع البناء على التصاميم يجب إلى جانب الشروط الموضوعية أن تتوفر الشروط الشكلية المتمثلة في تعدم البناء أو ظهور العيب الموجب للضمان العشري خلال أجل عشر سنوات، على أن ترفع دعوى الضمان خلال مدة ثلاث سنوات.

أ- مدة الضمان العشري: حرصت التشريعات المقارنة عامة والمشرع الجزائري خاصة على حماية مشتري العقار على التصاميم من الأضرار التي يمكن أن تلحق المبنى نتيجة الأخطاء المرتكبة من مشيدي البناء أثناء عملية التشييد، خاصة بعد تطور البناء ووسائله حتى أصبحت بنايات تأتي جاهزة انطلاقاً من جدرانها وغير ذلك، وفتح المجال أمام المشيدين للابتكار، وعليه فقد حدد المشرع الجزائري على غرار التشريعات المقارنة الأخرى كالفرنسي والمصري⁽³⁾، والتونسي والمغربي والعراقي كما سبق بيانه مدة الضمان بعشر سنوات بخلاف اللبناني الذي حددها بمدة خمس سنوات، فأما المشرع الجزائري فبينها طبقاً لنص المادة 554 ف2 من القانون المدني

(1) قرار محكمة النقض المصرية الصادر بتاريخ 10-06-1965، مجموعة أحكام النقض، ص 737. نقلاً عن سرور: محمد شكري، مرجع سابق، ص 235.

(2) عياشي: شعبان، مرجع سابق، ص 220-221. / حسين يس: عبد الرزاق، مرجع سابق، ص 846-848.

(3) وهذا من خلال نص المادة 651 من القانون المدني المصري.

سألقة الذكر بقولها: "وتبدأ مدة السنوات (10) العشر من وقت تسلم العمل نهائياً"، على أن يبدأ احتساب سريان هذه المدة من تاريخ التسليم النهائي للبناء المنجز.⁽¹⁾

ولعل جعل المشرع الجزائري مدة هذا الضمان بعشر سنوات خروجاً عن القاعدة العامة في عقد المقاولة- التي تنقضي بانتهاء العقد بكافة آثاره بتمام عملية التسليم دون إبداء تحفظات- هي مدة تجريبية للتأكد من جاهزية البناء واختبار مدى سلامته، ودرجة صلابته⁽²⁾ من جهة، ومن جهة أخرى هي لحماية المشتري العامة وعقد بيع البناء على التصاميم خاصة، نظراً لخطورة المباني والمنشآت الثابتة، وما يسببه تدهورها أو ظهور العيوب الجسيمة بها من أضرار بالاقتصاد الوطني، والمساس بالأمن والسكينة العامة في المجتمع من تهديد للأفراد في أموالهم وأنفسهم، ولهذا لا مناص من وضع هذه المدة الملائمة التي تشكل ضماناً فعالاً يحقق الهدف المنشود من وراء وضع الضمان العشري.⁽³⁾

غير أنه ما يعاب على المشرع الجزائري أنه لم يحدد الضابط أو المعيار الذي يكون فيه الاستلام النهائي للأشغال، ولهذا فباستمرار أن التسليم النهائي في عقد بيع البناء على التصاميم يتم عن طريق تحرير محضر التسليم لدى الموثق الذي حرر العقد كما سبق بيانه، يمكن القول أن مدة العشر سنوات المقررة للضمان العشري تسري من تاريخ تحرير محضر التسليم.

وتجدر الإشارة إلى أن مدة العشر سنوات ليست مدة للتقادم بل هي مدة للتجربة، ذلك أن المشرع قد وضع كافة الاعتبارات المختلفة المرتبطة بعملية تشييد بنايات والمنشآت الثابتة الأخرى، وتوصل إلى ضرورة وضع مدة معينة يبقى فيها المقاولين والمهندسين المعماريين مرتبطين بما شيدوه ومسؤولين عنه، بغية منه إجبارهم على بذل كل ما بوسعهم من علم، وخبرة فنية وتقنية لإقامة بنايات ومنشآت ثابتة خالية من العيوب، لتحقيق

(1) وهو ما استقر عليه المشرع الفرنسي بتعديل 1978 من خلال الفقرة الأولى من المادة 1792-6. انظر: عياشي: شعبان، مرجع سابق، ص242. / كتو: لامية، مرجع سابق، ص178.

Lescure Patricia, délimitation des différents régimes de garanties et responsabilités des constructeurs à l'égard du maître de l'ouvrage en cas de dommages à l'ouvrage, thèse, paris2, 1991,p107.

(2) إذ أن هذه المدة للتجريب، فلو انقضى هذا الأجل دون تدهم البناية أو ظهور عيب فيها من العيوب الموجبة للضمان، كان المرقي العقاري والمهندس والمقاول وكل المتدخلين في عملية التشييد قد نفذوا التزامهم القانونية والعقدية تنفيذاً تاماً. دغيش: أحمد، مرجع سابق، ص151.

(3) حسين يس: عبد الرزاق، مرجع سابق، ص287-288.

المنفعة العامة والخاصة⁽¹⁾، وهذا لا شك أن فيه حماية تامة للمشتري في عقد بيع البناء على التصاميم، وعليه تعتبر هذه المدة مدة سقوط؛ يسقط بانقضائها حق المشتري في الرجوع على المرقى العقاري، وباقي الملتزمين بالضمان العشري بما قد يحدث من تهمد أو عيب يظهر بالبنية المشيدة.

وقصد حماية المشتري أكثر في عقد بيع البناء على التصاميم منع المشرع الجزائري أي اتفاق مفاده إعفاء المرقى العقاري والمقاولين والمهندسين المعماريين، وباقي المتدخلين في عملية الإنجاز من الضمان العشري؛ سواء أكان هذا الإعفاء كلياً أو جزئياً طبقاً لنص المادة 556⁽²⁾ من القانون المدني الجزائري والمادة 45⁽³⁾ من القانون 04-11، وبالتالي أصبح الضمان العشري من النظام العام، فلا يجوز إسقاطه أو حتى التخفيف منه، بخلاف حالة ما إذا أراد الأطراف زيادة مدة هذا الضمان عن العشر سنوات المقررة في القانون.

ويبقى في كل الأحوال على صاحب المصلحة أن يتمسك بالضمان العشري في مواجهة المرقى العقاري والمقاول والمهندس المعماري وباقي الملتزمين بالضمان، إذ أن القاضي لا يملك سلطة إثارة انقضاء مدة الضمان من تلقاء نفسه⁽⁴⁾، فمتى تمسك به صاحب المصلحة وجب على القاضي الاستجابة لذلك.

ثالثاً: دعوى الضمان العشري

متى تحققت شروط الضمان العشري بأن حدث تهمد كلي أو جزئي في البناء، أو حدث به عيب يهدد متانته وسلامته، فإن لمشتري العقار على التصاميم الحق في رفع دعوى الضمان العشري ضد مشيدي البناء، وهذا بصفتهم متضامين فيما بينهم بقوة القانون⁽⁵⁾ طبقاً لنص المادة 30 ف2⁽⁶⁾ من المرسوم التنفيذي 12-

(1) عياشي: شعبان، مرجع سابق، ص 248. / حسين يس: عبد الرزاق، مرجع سابق، ص 298-300.

(2) المادة 556: "يكون باطلاً كل شرط يقصد به إعفاء المهندس المعماري والمقاول من الضمان أو الحد منه".

(3) المادة 45: "دون الإخلال بالأحكام السارية في القانون المدني وقانون العقوبات والمتعلقة بتطبيق الأحكام المتضمنة في هذا الفصل، يعد باطلاً وغير مكتوب كل بند من العقد يهدف إلى إقصاء أو حصر المسؤولية أو الضمانات المنصوص عليها في أحكام هذا القانون وتلك المنصوص عليها في التشريع والتنظيم المعمول بهما أو تقييد مداها، سواء باستبعاد أو بحصر تضامن المقاولين الثانويين مع المرقى العقاري".

(4) حسين يس: عبد الرزاق، المرجع السابق، ص 337.

(5) موهوبي: فتيحة، الضمان العشري للمهندس المعماري ومقاول البناء، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص - فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق - بن عكنون، جامعة الجزائر، الجزائر، 2007، ص 125.

(6) المادة 30 ف2: "يتحمل المرقى العقاري خلال مدة عشر (10) سنوات، مسؤوليته المتضامنة مع مكاتب الدراسات والمقاولين والشركاء والمقاولين الفرعيين وأي متدخل آخر، في حالة سقوط البنية كلياً أو جزئياً بسبب عيوب في البناء بما في ذلك رداءة الأرض". المرسوم التنفيذي

85 سالف الذكر، وهذا خلال ثلاث سنوات من تاريخ تدمم البناية أو كشف العيب الذي تخللها، ولعل الهدف من وراء رفع هذه الدعوى هو طلب إعادة بناء ما تدمم إذا كان بإمكان إعادة الحال إلى ما كان عليه، وإن كان الأمر مستحيلاً حكماً بالتعويض لجبر الضرر الناتج عن ذلك.⁽¹⁾

وبالنظر إلى التشريعات المقارنة نجد أنها متفاوتة في توفير الحماية للمشتري في عقد بيع البناء على التصاميم، فأما المشرع الفرنسي والمصري⁽²⁾ فشان هذه التشريعات شأن التشريع الجزائري من حيث توفير الحماية فقد وفقت في ذلك، وهذا من خلال رفع المشتري للدعوى في غضون ثلاث سنوات من تاريخ تدمم البناية أو كشف العيب الذي تخللها، وأما المشرع العراقي⁽³⁾ فجعل إقامة الدعوى خلال سنة واحدة من وقت حصول التهدم واكتشاف العيب، أما المشرع اللبناني فقد حدد أجل رفع الدعوى بـ (365) يوماً بعد التسليم.⁽⁴⁾

ومن هنا يتبين أن المشرع الجزائري قد سلك نفس النهج مع المشرع الفرنسي والمصري؛ فوفروا أكبر حماية للمشتري في عقد بيع البناء على التصاميم، وهذا في حال تدمم البناء نظراً لإعطائهم مدة ثلاث سنوات لرفع الدعوى من حصول التهدم، وهذا على عكس ما أقره المشرع العراقي أو اللبناني يجعلها سنة واحدة أو 365 يوماً كما عبر عنه المشرع اللبناني.

وترفع هذه الدعوى من قبل صاحب المصلحة، والذي يكون غالباً هو مشتري العقار على التصاميم أو خلفه الذي انتقلت إليه البناية خلال عشر سنوات المقررة للضمان العشري، أو المرقى العقاري بصفته رب العمل في العلاقة التي تربطه بالمقاول أو المهندس المعماري أو باقي المتدخلين، على أن ترفع هذه الدعوى ضد الأشخاص الملزمين بالضمان العشري كالمرقى العقاري في علاقته مع المشتري، والمقاول والمهندس المعماري

رقم 12-85 المؤرخ في 12 ربيع الأول 1433هـ الموافق 20 فبراير 2012 المتضمن دفتر الشروط النموذجي الذي يحدد الالتزامات والمسؤوليات المهنية للمرقى العقاري (ج.ر. العدد 11، ص12).

(1) كتو: لامية، مرجع سابق، ص178-179.

(2) المادة 653 من القانون المدني المصري: "تسقط دعاوي الضمان المتقدمة بانقضاء ثلاث سنوات من وقت حصول التهدم أو انكشاف العيب".

(3) المادة 870 من القانون المدني العراقي: "تسقط دعوى الضمان المنصوص عليه في هذه المادة بانقضاء سنة واحدة من وقت حصول التهدم وانكشاف العيب".

(4) المادة 463 من قانون الموجبات والعقود اللبناني: "إن الدعوى الناشئة عن وجود عيوب موجهة لرد المبيع أو خلوه من الصفات الموعود بها يجب أن تقام على الوجه التالي وإلا سقط الحق في إقامتها: 1-تقام في أجل الأموال الثابتة خلال 365 يوماً بعد التسليم".

وباقى المتدخلين في عملية البناء، ويمكن للمشتري رفع دعوى ضد أحدهم باعتبار أنهم متضامنين بقوة القانون ليتحمل النتائج لوحده، ثم يمارس حق الرجوع على الآخرين ليستوفي منهم ما زاد عن نصيبه من التعويض، كما يمكنه رفعها ضدهم جميعاً، وباعتبار أن المشتري في عقد بيع البناء على التصاميم لا تكون له معرفة إلا بالمرقي العقاري كونه يتعامل معه مباشرة فيكون رفع الدعوى ضد هذا المرقي العقاري في الغالب⁽¹⁾، ولا شك أن هذا التضامن فيه حماية لحقوق المشتري، لأنه يضمن حصوله على التعويض عن الضرر اللاحق به، وبذلك يتفادى كل محاولات الإفلات التي يمكن أن يمارسها الأشخاص الملزمين بالضمان العشري كالعسر وغير ذلك.

وتتقدم دعوى الضمان العشري في العقود عامة وعقد بيع البناء على التصاميم خاصة بانقضاء ثلاث سنوات من وقت حصول التهدم أو اكتشاف العيب طبقاً لنص المادة 557⁽²⁾ من القانون المدني الجزائري، وعلى هذا تعتبر مدة دعوى الضمان العشري مدة تقادم لا سقوط، فتخضع للتوقف والانقطاع، فتنتقطع مدة التقادم بإقرار المسؤول عن الضمان بحق المستفيد من الضمان، وتنتقطع برفع دعوى قضائية، ولو رفعت أمام محكمة غير مختصة⁽³⁾، وحسن ما فعل المشرع الجزائري بتنظيمه مدة التقادم مستقلة عن مدة ضمان الأعمال، فمتى انكشف العيب أو حصل التهدم في آخر السنة العاشرة من وقت التسلم كان أمام المشتري ثلاث سنوات أخرى لرفع دعوى الضمان، وهذا ما قضت به محكمة النقض المصرية⁽⁴⁾.

وبعد توافر الشروط الموضوعية والشكلية في دعوى الضمان ينظر القاضي في كيفية جبر الضرر اللاحق بالمشتري في عقد بيع البناء على التصاميم، وهذا بالحكم بالتعويض العيني أو النقدي لصالحه عملاً بالقواعد العامة؛ فأما التعويض العيني فيكون بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه من خلال إعادة بناء الجزء المتهدم من البناء أو إصلاح العيوب التي تهدد سلامته ومتانته، أو بإعادة تشييد البناء بأكمله إذا تهدم البناء كلياً⁽⁵⁾،

(1) تسبية: أعمار، مرجع سابق، ص 203-204. / حلواجي: عبد الرؤوف، النظام القانوني للمرقي العقاري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون الأعمال، كلية الحقوق - بن عكنون، جامعة الجزائر 1، الجزائر، 2004، ص 137.

(2) المادة 557: "تتقدم دعوى الضمان المذكورة أعلاه بانقضاء ثلاث (3) سنوات من وقت حصول التهدم أو اكتشاف العيب".

(3) كتو: لامية، مرجع سابق، ص 179. / منصور: محمد حسين، النظام القانوني للمباني والإنشاءات، مرجع سابق، ص 130-131.

(4) قضت محكمة النقض المصرية: "إذا قضى الحكم بعدم قبول الدعوى بمضي أكثر من ثلاث سنوات بين انكشاف العيب ورفع الدعوى لا يكون قد أخطأ في تطبيق القانون أو شابه القصور في التسبب" نقض مدني مصري في 31 يوليو 1973. نقلا عن: عياشي: شعبان، مرجع سابق، ص 254.

(5) حلواجي: عبد الرؤوف، مرجع سابق، ص 137-138. وانظر إلى المواد من 164 إلى 172 من القانون المدني الجزائري.

فإذا استحال ذلك حكم القاضي بالتعويض المقابل أي النقدي⁽¹⁾، على أن يكون لهذا الأخير السلطة التقديرية في تحديد التعويض ما لم يكن محدداً مسبقاً في العقد، وهذا وفقاً لما لحق المشتري من خسارة أو فاته من كسب طبقاً لنص المادة 182 من القانون المدني الجزائري.

رابعاً: دفع الضمان العشري

طالما أن المشتري يكون على عاتقه إثبات وجود العيب الداخل في نطاق الضمان العشري، أو إثبات تدمر البناء خلال مدة هذا الضمان، لأن ذلك يعتبر قرينة على أن هذا التهدم ناتج عن العيب لتقوم المسؤولية العشرية⁽²⁾، فيكون على المرقى العقاري لدفع هذا الضمان العشري إثبات السبب الأجنبي المتمثل في القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ، أو خطأ المضرور أو خطأ الغير طبقاً للقواعد العامة التي تقتضي المسؤولية المدنية طبقاً لنص المادة 127⁽³⁾ من القانون المدني.

البند الثالث: ضمان التعرض والاستحقاق

لما كان المشتري في عقد بيع البناء على التصاميم يهدف من وراء شرائه البناية التمتع بكافة السلطات التي يخولها له القانون من الاستعمال والاستغلال والتصرف تمتعاً كاملاً بغض النظر عن الغرض المخصص له، كان لا بد من إقرار بعض الضمانات والالتزامات على المرقى العقاري، إلى جانب ضمانات انتقال ملكية البناية وتسليمها، وهذا لضمان الانتفاع الهادئ والمريح لمشتري البناية، وعدم منازعته فيها، سواء كان ذلك من المرقى العقاري نفسه أو من غيره، فجاء القانون بضمان التعرض والاستحقاق، والذي ترك أمر تنظيمه للقواعد العامة الموجودة في القانون المدني الجزائري، فلم ينص عليه المشرع الجزائري من خلال القانون 11-04.

ولم يعرف المشرع الجزائري التعرض والاستحقاق كعاداته تاركاً للفقهاء مجالاً في تعريفه، واكتفى بالنص على أحكامه من خلال المواد من 371 إلى 378 من القانون المدني الجزائري، فهو قيام البائع أو الغير بأعمال

(1) انظر إلى المواد من 176 إلى 182 من القانون المدني الجزائري.

(2) مصطفىاوي: عايدة، مرجع سابق، ص 270.

(3) المادة 127: "إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يد له فيه كحادث مفاجئ، أو قوة القاهرة، أو خطأ صدر من المضرور أو خطأ من الغير، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر، ما لم يوجد نص قانوني أو اتفاق يخالف ذلك".

من شأنها أن تحول دون انتفاع المشتري بالمبيع انتفاعاً هادئاً وسليماً، أو الادعاء بملكية المبيع ملكية تامة أو ناقصة⁽¹⁾، وعليه للتعرض والاستحقاق أنواع، وآثار تترتب في حال إخلال المرقى العقاري بهذا الضمان، وهذا ما سأتطرق إليه على النحو التالي.

أولاً: أنواع ضمان التعرض والاستحقاق

وبالرجوع إلى نص المادة 371⁽²⁾ نجد أنها قد أشارت إلى نوعين من أنواع التعرض؛ التعرض الشخصي، والتعرض الصادر عن الغير، وعليه يكون الالتزام الذي يقع على عاتق المرقى العقاري في عقد بيع البناء على التصاميم هو عدم الرجوع على المشتري، مما يساهم في انتفاع هذا الأخير انتفاعاً هادئاً وسليماً من جهة، ومن جهة أخرى يضمن له عدم تعرض الغير له في هذه البناية محل العقد، وهذا كله في سبيل حماية المشتري حماية فعالة كي يحقق هذا العقد الغرض الذي أعد له أو الذي أنشأ من أجله.

فأما الضمان الأول الذي يلتزم به المرقى العقاري هنا هو التعرض الشخصي؛ إذ يلتزم المرقى العقاري بعدم التعرض أو القيام بأي عمل مادي مباشر أو غير مباشر، أو تصرف قانوني من شأنه أن يحول دون انتفاع المشتري بالمبيع كلياً أو جزئياً، سواء كان هذا التعرض قانونياً أو مادياً، وهذا عملاً بقاعدة من وجب عليه الضمان امتنع عليه التعرض⁽³⁾، فالتعرض القانوني يكون بادعاء المرقى العقاري حقاً قانونياً على البناية محل العقد، والذي من شأنه أن يؤدي إلى نزع ملكية المبيع من يد المشتري، سواء كان الحق المدعى به سابقاً على البيع أو لاحقاً له؛ كأن يبيع المرقى العقاري البناية للمشتري، وقبل أن يسجل هذا الأخير العقد؛ أي قبل أن تنتقل الملكية من المرقى العقاري يقوم هذا الأخير برفع دعوى استحقاق البناية ضد المشتري باعتبار أنه لا يزال مالكاً للعقار، هذه الدعوى يدفعها المشتري بضمان البائع التعرض الصادر منه، إذ لا يجب

(1) السنهوري: عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني-العقود الواردة على الملكية-عقد البيع والمقايضة-، مرجع سابق، 635. / المعموري: يوسف، مرجع سابق، 136. / سي يوسف: زاهية حورية، الوجيز في عقد البيع، مرجع سابق، ص 173. / المنجي: محمد، مرجع سابق، ص 187-188.

(2) المادة 371: "يضمن البائع عدم التعرض للمشتري في الانتفاع بالمبيع كله أو بعضه سواء كان التعرض من فعله أو من فعل الغير يكون له وقت البيع حق على المبيع يعارض به المشتري، ويكون البائع مطالباً بالضمان ولو كان حق ذلك الغير قد ثبت بعد البيع وقد آل إليه هذا الحق من البائع نفسه".

(3) كتو: لامية، مرجع سابق، ص 191. / تسيبة: أعمار، مرجع سابق، ص 255. / سبيل: جعر-حاجي: عمر، مرجع سابق، ص 282. / الأهواني: حسام الدين كامل، عقد البيع، ذات السلاسل للطبع والنشر، الكويت، 1989، ص 515-516.

الاسترداد لمن وجب عليه الضمان⁽¹⁾، وأما التعرض المادي فيكون بقيام المرقى العقاري بأعمال مادية يعكر بها حياة المشتري للبناء دون أن يستند إلى حق قانوني يدعيه على البائع؛ كأن يقتطع المرقى العقاري جزء من الحديقة التابعة للبناء التي تعاقد تملكها للبناء عليه، أو لاستخدامه لأغراض أخرى.⁽²⁾

وأما الضمان الثاني هو التعرض الصادر من الغير، إذ يلتزم المرقى العقاري بضمان عدم تعرض الغير القانوني فقط دون المادي الذي يستند فيه هذا الأخير إلى حق قانوني ثابت وقت البيع، أو كان قد آل إليه بعد البيع بفعل المرقى العقاري نفسه⁽³⁾، ويبقى على المشتري أن يستعمل الوسائل العامة التي كفلها القانون لحماية ملكيته من التعرض المادي⁽⁴⁾، وهذا بإخطار المرقى العقاري بالدعوى المرفوعة عليه من الغير حتى يتدخل فيها، ويقوم بدفع ادعاء الغير.

ثانياً: جزاء إخلال المرقى العقاري بضمان التعرض والاستحقاق

إن الجزاء الذي يترتب على ضمان التعرض والاستحقاق يختلف باختلاف نوع التعرض، وهذا في حالة ما إذا كان التعرض شخصياً أو صادراً عن الغير.

فأما التعرض الشخصي فيكون التزام المرقى العقاري فيه التزاماً أبدياً ودائماً؛ إذ يجب عليه عدم التعرض للمشتري في عقد بيع البناء على التصاميم في أي وقت، ولو انقضى على البيع أكثر من خمسة عشر (15) سنة التي تشكل مدة التقادم، فإذا أخل بهذا الالتزام وجب عليه التعويض، وهذا الأخير هو الذي يسقط بالتقادم في حالة ما إذا لم يطالب المشتري المرقى العقاري به في أجل خمسة عشر (15) سنة من وقوع التعرض، ولا يستطيع المشتري أن يطالب المرقى العقاري بعد ذلك بالتعويض⁽⁵⁾، على أن تختلف طريقة تنفيذ الالتزام بهذا التعويض حسب ما إذا كان التعرض مادياً أو قانونياً.⁽⁶⁾

(1) السنهوري: عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني- العقود الواردة على الملكية- عقد البيع والمقايضة-، مرجع سابق، ص 268-269.

(2) تسيبة: أعمار، مرجع سابق، ص 255. / سيبل: جعفر- حاجي: عمر، مرجع سابق، ص 282. / المعموري: يوسف، مرجع سابق، ص 137-139.

(3) سي يوسف: زاهية حورية، الوجيز في عقد البيع، مرجع سابق، ص 192.

(4) المنجي: محمد، مرجع سابق، ص 201-202.

(5) تسيبة: أعمار، مرجع سابق، ص 256-257. / كتو: لامية، مرجع سابق، ص 191.

(6) السنهوري: عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني- العقود الواردة على الملكية- عقد البيع والمقايضة-، مرجع سابق، ص 636-637.

فأما إذا كان تعرض المرقى العقاري للمشتري مادياً؛ أي قائماً على أعمال مادية محضة، يمكن للمشتري هنا أن يطالب المرقى العقاري بالتنفيذ العيني، وذلك بإزالة الأعمال المادية الصادرة عنه، مع تعويض ما أصابه من ضرر، وأما إذا كان التنفيذ العيني غير ممكن جاز له أن يطالبه بالتعويض عما أصابه من ضرر وما فاته من كسب وفقاً للقواعد العامة، كما يمكن للمشتري أن يطالب بفسخ العقد لإخلال المرقى العقاري بالتزامه بضمان التعرض مع التعويض إن كان له محل⁽¹⁾.

وأما إذا كان التعرض قانونياً فإن المشتري يدفعها بضمان البائع التعرض الصادر منه، إذ لا يجب الاسترداد لمن وجب عليه الضمان⁽²⁾، كما سبق بيانه.

وأما إذا كان التعرض صادراً عن الغير كأن رفع الغير على المشتري دعوى الاستحقاق يدعي فيها حقاً ثابتاً وقت البيع أو آل إليه بعد البيع من البائع نفسه⁽³⁾، كملكية البناء محل العقد أو دعوى الرهن، وجب في هذه الحالة على المرقى العقاري أن يدفع هذا التعرض بالتنفيذ العيني، وهذا بعد إخطاره من قبل المشتري ودعوته إلى التدخل في الدعوى إلى جانبه أو الحلول محله فيها، ويلزم بدفع دعوى الغير باستعمال مختلف الوسائل القانونية حتى يصدر حكم قضائي برفض دعوى الغير⁽⁴⁾ طبقاً لما نصت عليه المادة 372 من القانون المدني الجزائري⁽⁵⁾، وفي حالة عدم تدخله، أو تدخل ولكنه فشل في دفع هذا التعرض، وجب على المرقى العقاري في هذه الحالة تعويض المشتري، وهذا حسب ما إذا كان الاستحقاق كلياً أو جزئياً، ما لم يثبت أن الحكم الصادر في الدعوى كان نتيجة تدليس، أو خطأ جسيم صادر من المشتري.

(1) سي يوسف: زاهية حورية، الوجيز في عقد البيع، مرجع سابق، ص 191. / المنجي: محمد، مرجع سابق، ص 199. / تسيبة: أعمار، مرجع سابق، ص 257.

(2) السنهوري: عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني - العقود الواردة على الملكية - عقد البيع والمقايضة -، مرجع سابق، ص 268-269.

(3) حسنين: محمد، مرجع سابق، ص 134.

(4) سي يوسف: زاهية حورية، الوجيز في عقد البيع، مرجع سابق، ص 207.

(5) المادة 372: "إذا رفعت على المشتري دعوى استحقاق المبيع كان على البائع حسب الأحوال ووفقاً لقانون الإجراءات المدنية أن يتدخل في الخصومة إلى جانب المشتري أو أن يحل محله إذا أعلم البائع في الوقت المناسب ولم يتدخل في الخصام وجب عليه الضمان، إلا إذا أثبت أن الحكم الصادر في الدعوى كان نتيجة التدليس، أو خطأ جسيم صادر من المشتري.

فإذا لم يخبر المشتري البائع بدعوى الاستحقاق في الوقت المناسب وصدر عليه حكم حاز قوة الشيء المقضي به فإنه يفقد حق الرجوع بالضمان إذا أثبت البائع أن التدخل في الدعوى كان يؤدي إلى رفض دعوى الاستحقاق".

وفي كل الأحوال يكون التزام المرقى العقاري بدفع التعرض التزاماً بتحقيق نتيجة لا يبذل عناية، إذ لا يقبل منه أن يبذل الجهد الأقصى، لأنه متى لم يحقق النتيجة المرجوة التزم بدفع التعويض للمشتري.⁽¹⁾

وبتشريع المشرع الجزائري لهذا الضمان، يكون قد وفر حماية كبيرة وفعالة للمشتري حتى لا تطال الأيدي للتعرض إلى ملكيته التي اكتسبها نظير عقد بيع البناء على التصاميم، سواء كان هذا التعرض من المرقى العقاري نفسه أو من الغير، وهذا من شأنه أن يجعله يتمتع بهذه البناية تمتعاً هادئاً ومريحاً محققاً المقصد من وراء إبرامه لهذا النوع من العقود من جهة، ومن جهة أخرى تحقيق أريحية بالنسبة للمشتريين الذين لهم نية في إبرام هذا العقد، من أجل الإقبال على هذا النوع.

وهو ما سار عليه أيضاً المشرع المصري⁽²⁾ والعراقي⁽³⁾ واللبناني⁽⁴⁾ من خلال تطبيق القواعد العامة التي تنظم عقد البيع، وبالنسبة للمشرع الفرنسي فقد اعتبر أن التزام البائع بضمان التعرض والاستحقاق في عقد بيع البناء على التصاميم هو الالتزام نفسه المتعلق بعقد البيع.⁽⁵⁾

ويمكن الاستخلاص في الأخير أن هناك تشابه كبير بين الفقه الإسلامي والقانون؛ فكل من الفقه الإسلامي والقانون قد قدما ضمانات لحماية المشتري في عقد بيع البناء على التصاميم، فالفقه الإسلامي أعطى للمستمنع مجموعة من الخيارات كالصفة والعيب وغيرها، إضافة إلى ضمان عيوب الشيء المصنوع، وضمان الدرك، في حين أن القانون قد نص على هذه الضمانات وإن كان الاختلاف في التسمية فقط، ولكن المضمون يصب في نفس الشيء؛ فضمن حسن الإنجاز من خلال ضمان الإنهاء الكامل لأشغال البناء وضمان حسن سير عناصر تجهيزات البناية، وضمان تسيير العقار المنجز لمدة سنتين، وإضافة إلى ذلك زاد

(1) سي يوسف: زاهية حورية، الوجيز في عقد البيع، مرجع سابق، ص 207.

(2) نصت المادة 439 من القانون المدني المصري: "يضمن البائع عدم التعرض للمشتري في الانتفاع بالمبيع أو بعضه سواء كان التعرض من فعله هو أو من فعل أجنبي يكون له وقت البيع حق على المبيع يحتج به على المشتري ويكون البائع ملزماً بالضمان ولو كان الأجنبي قد ثبت حقه بعد البيع إذا كان هذا الحق قد آل إليه من البائع نفسه".

(3) نصت المادة 549 من القانون المدني العراقي: "يضمن البائع عدم التعرض للمشتري في الانتفاع بالمبيع كله أو بعضه، سواء أكان التعرض من فعله هو أو من فعل أجنبي، يدعي أن له حقاً على المبيع وقت البيع، يحتج به على المشتري. ويثبت الضمان ولو لم ينص عليه في العقد". ويقابلها المادة 429 من قانون الموجبات والعقود اللبناني.

(4) وهذا باعتبار أن المشرع العراقي واللبناني لم ينصا على قواعد خاصة تنظم عقد بيع العقار تحت الإنشاء.

(5) الحشيمي: لينا جميل، بيع العقارات تحت الإنشاء، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بيروت، لبنان، 2013، ص 136. / المعموري: يوسف، مرجع سابق، ص 136.

في ضمان سلامة العقار المنجز من خلال ضمان العيوب الظاهرة والخفية والضمان العشري، وضمان التعرض والاستحقاق، وهذا في سبيل انتفاع المشتري من البنية انتفاعاً كاملاً وتاماً، كل هذا في إطار حماية للمشتري من خلال ضمان استلامه لبناية صالحة للاستعمال والاستغلال، ومواتية لكل الظروف والشروط المتفق عليها في عقد بيع البناء على التصاميم، ولم يكتف الفقه الإسلامي ومختلف التشريعات المقارنة عند هذا الحد، بل قد ساروا إلى تسليط مختلف العقوبات المترتبة على التأخير، وعلى عدم الإنجاز سواء الإدارية منها أو الجزائية، وهذا ما سأطرق إليه في المبحث الثاني.

المبحث الثاني: خدمات الحماية المدنية والإدارية والجزائية للمستهلك

لم يكتفِ الفقه الإسلامي ومختلف التشريعات المقارنة بضمان حسن الإنجاز وسلامة العقار المنجز، بل زادت في تقديم الضمانات للمستهلك من خلال توقيع مختلف العقوبات على الصانع-المركبي العقاري- في عقد بيع البناء على التصاميم، وهذا نظراً لمعرفة المستهلك به دون باقي المتدخلين في عملية البناء والتشييد من جهة، ومن جهة أخرى باعتباره المشرف على عملية البناء، وهذا متى صدر من هذا المركبي العقاري أي فعل أو تصرف يخل فيه بالتزاماته المهنية؛ أي يشكل إخلالاً بالتزاماته القانونية أو الاتفاقية تجاه المستهلك.

وتختلف هذه الجزاءات والعقوبات باختلاف التصرف أو الفعل الصادر من قبل المركبي العقاري؛ فمنها ما يوقع على المركبي العقاري ويوصف بالجزاء المدنية التي تنفذ عليه في حالة ثبوت مسؤوليته المدنية؛ سواء العقدية أو التقصيرية، ومنها ما يوصف بالجزاء الإدارية التي تطبق عليه في حالة إخلاله بالتزاماته التي لها علاقة بالرخص والاعتمادات المسلمة له من قبل الإدارة المختصة، ومنها ما يكيف على أنه عقوبات جزائية في حالة ارتكابه فعل يوصف بالجزائي، وهذا ما سأطرق إليه من خلال هذا المبحث.

المطلب الأول: ضمانات الحماية المدنية والإدارية والجزائية للمستهلك في الفقه الإسلامي

لقد سعى الفقه الإسلامي لحماية المستصنع في عقد الاستصناع، وهذا بفرض عقوبات من خلال تقرير الشرط الجزائي⁽¹⁾ على الصانع-المستهلك في عقد بيع البناء على التصاميم- متى أحل بأحد التزاماته المتفق عليها في العقد سواء أكان هذا نتيجة التأخير في التسليم، أو وجود الشيء المصنوع-البنائية-على غير الصورة

(1) للشرط الجزائي المطبق على المستصنع عدة صور، فأما الصورة الأولى فتكون عند عدم الوفاء بالدين أو التأخر فيه دون أن يتوقف ذلك على شريطة أخرى؛ إذ يلتزم المستصنع-المستهلك في عقد بيع البناء على التصاميم- في دفعه إذا تأخر عن دفع التزامه في حينه، وهذا محرم باعتباره من الربا المنهي عنه؛ إذ هو زيادة عن أصل الدين نظير التأخير سواء كانت مشروطة في العقد أو عند حلول الأجل فهذا شرط محرم وباطل بإجماع العلماء، أما الصورة الثانية فتكون بتضمين العقد شرطاً يلزم المستصنع بالتعويض عن الضرر الواقع فعلاً على الصانع بسبب التأخير في سداد الدين عن وقته وقد أطلق على هذا النوع بالتعويض، لأن هذا الأخير لا يكون افتراضياً ولزم بدفعه إلا بحصول الضرر الفعلي وهذا مما وقع فيه خلاف بين العلماء المعاصرين والراجح عدم جوازه. اسطنبولي: محي الدين، مرجع سابق، ص 149-158. / ابن رشد: أبو الوليد، بداية المجهت ونهاية المقتصد، دار الحديث، القاهرة مصر، د.ط، 2004، ج 3، ص 148. / الشوكاني: محمد بن علي، نيل الأوطار، مرجع سابق، ج 6، ص 364.

والوصف المتفق عليه في العقد، وعليه سأحاول من خلال هذا المطلب تعريف الشرط الجزائي، وبيان شروطه ثم حكمه، ومن ثم التطرق إلى آثاره.

الفرع الأول: مفهوم الشرط الجزائي

يقصد بالشرط الجزائي اتفاق المتعاقدين على تقدير التعويض الذي يستحقه من شرط له عن الضرر الذي يلحقه، إذا لم ينفذ الطرف الآخر ما التزم به أو تأخر في تنفيذه.⁽¹⁾

ويعبر عن الشرط الجزائي الواقع على الصانع بالشرط الجزائي في غير الديون؛ إذ يأتي نتيجة مايلي:⁽²⁾

1- التأخير في تسليم العمل المتفق عليه في الموعد المحدد.

2- عدم التنفيذ ولا يقوم بالعمل الذي التزم به.

3- الإخلال بالمواصفات المتفق عليها في العقد.

وتكمن أهداف الشرط الجزائي من خلال هذا العقد في:⁽³⁾

1- ضمان تنفيذ العقود وعدم الإخلال بالالتزامات المترتبة على المتعاقدين، وهذا من الوفاء بالعقود التي أمرت به الشريعة.

2- تجنب المتعاقدين اللجوء إلى القضاء وإجراءاته الطويلة والمعقدة، وما يترتب عن ذلك من تضييع للمال والوقت وهدر للجهد والطاقات.

(1) قرار مجمع الفقه الإسلامي، منظمة المؤتمر الإسلامي، دورة المؤتمر الإسلامي، 12 جدة المملكة العربية السعودية، 25 جمادى الثاني-1 رجب 1421 الموافق 23-28 سبتمبر 2000. <http://www.fiqhacademy.org.sa/qrarat/12-3htm> / وانظر: الرويشد: عبد المحسن، الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1404هـ، ص52. / الحموي: أسامة، الشرط الجزائي وسلطة القاضي في تعديله، مطبعة الزرع، سوريا، ط1، 1418هـ، ص48. / شعبان: زكي الدين، نظرية الشروط المقترنة بالعقد، دار النهضة العربية، القاهرة مصر، ط1، 1968، ص161.

(2) اسطنبولي: محي الدين، المرجع السابق، ص158.

(3) شبير: محمد عثمان، صيانة المديونات ومعالجتها من التعثر في الفقه الإسلامي، منشور في بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة، دار النفائس، عمان، 1998، ج2، ص857.

3- إعفاء الدائن من عبء إثبات الضرر الذي يصيبه عند إخلال المدين بالتزامه.

الفرع الثاني: شروط الشرط الجزائي

لا يقع الشرط الجزائي إلا بشروط معينة، وهذا حتى لا يفقد ماهيته ويصبح عائقاً وسيئاً حاداً على رقاب الصناع، وتمثل هذه الشروط فيما يلي:⁽¹⁾

1- يستحق الشرط الجزائي في حالة وقوع ضرر فعلي حقيقي، فإذا لم يقع الضرر لا يستحق، وهو منافي للعدل بين الطرفين.

2- يحدد الشرط الجزائي عن طريق خبير معتمد لدى القضاء، حتى لا يترك المستصنع يحدد ما يشاء.

3- الأخذ بنظرية الظروف الطارئة والقوة القاهرة حتى لا يظلم الصانع.

4- عند التنازع حول حيثيات الشرط الجزائي من حيث اللزوم من عدمه يلجأ إلى القضاء لحله.

الفرع الثالث: حكم الشرط الجزائي الواقع على الصانع

لقد اختلف الآراء بشأن حكم الشرط الجزائي بين مجيز ومحرم:

فمن بين المجيزين المؤسسات العلمية المعتمدة في العالم الإسلامي منها مجمع الفقه الإسلامي والتي أقرت بجواز تضمين الشرط الجزائي في عقد الاستصناع حماية للمستصنع-المشتري في عقد بيع البناء على التصاميم-، وهذا في مؤتمره السابع بجدة الخاص بعقد الاستصناع، وفيه: "يجوز أن يتضمن عقد الاستصناع شرطاً جزائياً بمقتضى ما اتفق فيه العاقدان ما لم تكن هناك ظروف قاهرة"⁽²⁾، كما أقر بذلك أيضاً بقوله: "يجوز أن يشترط الشرط الجزائي في جميع العقود المالية ما عدا العقود التي يكون الالتزام الأصلي فيها ديناً فإن هذا الربا الصريح،

(1) جواد محمود أحمد بحر، نظرية الشرط الجزائي بين الفقه والقانون، رسالة ماجستير في القضاء الشرعي، قسم القضاء الشرعي، كلية الدراسات العليا، جامعة الخليل، 2009، ص192. / اسطنبولي: محي الدين، مرجع سابق، ص165.

(2) قرار 67 مجمع الفقه الإسلامي (1/7)، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 7، جدة المملكة العربية السعودية، من 7-12 ذو القعدة 1412 هـ الموافق 9-14 ماي 1992م، 14346/2.

وبناء على ذلك فيجوز هذا الشرط مثلاً في عقود المقاولات بالنسبة للمقاول، وعقد التوريد بالنسبة للمورد، وعقد الاستصناع بالنسبة للصانع إذا لم ينفذ ما التزم به أو تأخر في تنفيذه".⁽¹⁾

وهو أيضاً رأي دار الإفتاء المصرية بقولها: "الشرط الجزائي في العقد جائز، ويترتب عليه آثاره من حيث المال المشروط... قد امتنع عن الوفاء، وصدر عليه حكم قضائي بدفع المبلغ المشروط، فإنه يجل لصاحب الشرط أخذ هذا المال"⁽²⁾، ورأي الهيئة الشرعية لبيت التمويل الكويتي⁽³⁾، وقرار هيئة كبار العلماء في السعودية⁽⁴⁾، ورأي الشيخ زكي الدين شعبان⁽⁵⁾، والدكتور علي أحمد السالوس⁽⁶⁾، والدكتور الصديق محمد الأمين الضيرير.⁽⁷⁾

واستدلوا بقوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾⁽⁸⁾، فالشرط الجزائي من ضمن العقود التي يلزم الإنسان بتنفيذها⁽⁹⁾، كما استدلو بأن عدم التنفيذ يؤدي إلى تفويت فرصة من كسب المتوقع أو ألم نفسي أو احتجاج أشخاص لهم مصلحة في التنفيذ المحدد، وكل هذا يوجب التعويض⁽¹⁰⁾، ويؤكد قوله ﷺ " لا

(1) قرار 109 مجمع الفقه الإسلامي (12/3)، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 12، الرياض المملكة العربية السعودية، من 25 جمادى الأولى إلى غرة رجب 1421هـ الموافق 23-28 سبتمبر 2000م، 22858/2.

(2) هريدي: أحمد، الفتاوى المصرية، دار الإفتاء المصرية، رقم الفتوى 983، 13 يونيو 1968، ج6، ص2238. / شبير: محمد عثمان، مرجع سابق، ج2، ص859.

(3) بيت التمويل الكويتي، لفتاوى الشرعية في المسائل الاقتصادية، الفتوى رقم 06، 300، 398.

http://www.kfh.com/KFH_fatawa/fatawa_index.aspx.

(4) قرار هيئة كبار العلماء في السعودية، رقم 25، الدورة الخامسة المتعددة بالطائف، 5-22 من شعبان 1394هـ.

(5) زكي الدين: شعبان، الشرط الجزائي بين الشريعة والقانون، مجلة الحقوق، العدد 2، جامعة الكويت، 1977، ج1، ص119.

(6) السالوس: علي أحمد، الشرط الجزائي وتطبيقاته المعاصرة، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، منظمة المؤتمر الإسلامي، جدة المملكة العربية السعودية، العدد 12، من 25 جمادى الأولى إلى غرة رجب 1421هـ الموافق 23-28 سبتمبر 2000م، ج12، ص559.

(7) الضيرير: الصديق محمد الأمين، الشرط الجزائي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، منظمة المؤتمر الإسلامي، جدة المملكة العربية السعودية، العدد 12، من 25 جمادى الأولى إلى غرة رجب 1421هـ الموافق 23-28 سبتمبر 2000م، ج12، ص506.

(8) سورة المائدة، الآية 1.

(9) اسطنبولي: محي الدين، مرجع سابق، ص159.

(10) مواي: أحمد، الضرر في الفقه الإسلامي، دار ابن عفان، المملكة العربية السعودية، ط1، 1997، ج2، ص1023.

ضرر ولا ضرار"⁽¹⁾، كما أن الشرط الجزائي فيه جملة من الفوائد كالالتزام بالوفاء ومنع التلاعب بالعقود وهذه مصلحة معتبرة.⁽²⁾

وذهب فتحي الدبريني⁽³⁾، والشيخ علي خفيف⁽⁴⁾، وعبد الرزاق السنهوري⁽⁵⁾ إلى القول بعدم جواز تقرير الشرط الجزائي باعتبار أن الضرر الحاصل نتيجة الامتناع عن الوفاء أو التأخير في الوقت المحدد لا يوجب التعويض في الفقه الإسلامي واستدلوا على ذلك ب: دخول الغرر والجهالة⁽⁶⁾ في الشرط الجزائي؛ بحيث لا يمكن بحال من الأحوال مساواة الشرط الجزائي مع الضرر الواقع باعتبار أنه محدد مسبقاً قبل وقوع الضرر، فيمكن أن يكون أقل أو أكثر من الضرر، وهذا هو الغرر المحرم وهو من قبيل أكل أموال الناس بالباطل، فعلاً بقاعدة سد الذرائع يمنع الشرط الجزائي⁽⁷⁾، كما أن الشريعة تكفلت برفع الضرر إما بالتعويض للمتضرر أو فرض عقوبة على من صدر منه الفعل، وهذا دور المحكمة لا دور المشتري للشرط الجزائي الذي يرى مصلحته دون الطرف الثاني.⁽⁸⁾

والراجع في هذه المسألة-والله أعلم-بعد عرض الأدلة⁽⁹⁾ هو صحة الشرط الجزائي لقوة أدلة المجيزين وتحقيقاً لمصلحة أطراف العقد.

(1) أخرجه مالك في الموطأ عن عمرو بن يحيى المازني عن أبيه رضي الله عنهم، كتاب الأفضية، باب القضاء في المرفق، تحت رقم 1429. / أخرجه البيهقي في سننه عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه، كتاب الصلح، باب لا ضرر ولا ضرار، تحت رقم 11166. / أخرجه أحمد في مسنده عن عبادة بن الصامت، ج1، ص313.

(2) محمد بن عبد العزيز بن سعد اليميني، الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة-دراسة فقهية مقارنة، رسالة دكتوراه في تخصص الفقه وأصوله، قسم الثقافة الإسلامية، كلية التربية، جامعة الملك سعود، المملكة العربية السعودية، 1426هـ، ص219.

(3) الدبريني: فتحي، النظريات الفقهية، منشورات جامعة دمشق، سوريا، ط4، 1997، ص197-226.

(4) الخفيف: علي، الضمان في الفقه الإسلامي، دار الفكر، مصر، 2000، ص159.

(5) السنهوري: عبد الرزاق، مصادر الحق، المكتبة السلفية، المملكة العربية السعودية، ط2، 1967، ج6، ص168.

(6) الغرر هو ما كان مستور العاقبة، أما الجهالة فهي ما علم حصوله وجهلت صيغته. السرخسي، مرجع سابق، ج12، ص194.

(7) محمد بن عبد العزيز بن سعد اليميني، مرجع سابق، ص224.

(8) اسطنبولي: محي الدين، مرجع سابق، ص161-162.

(9) راجع مناقشة أدلة الطرفين: اسطنبولي: محي الدين، المرجع نفسه، ص163-164. / الشاطبي: أبو إسحاق، الموافقات، مرجع سابق، ج2، ص46. / القراني: أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس، شرح تنقيح الفصول، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، شركة الطباعة الفنية

المتحدة، د.م، ط1، 1973، ص78. / بن تيمية: تقي الدين، مجموع الفتاوى، تحقيق: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، مجمع الملك فهد

لطباعة المصحف الشريف، المدينة المملكة العربية السعودية، 1995، ج20، ص48. / شلتوت: محمود، الإسلام عقيدة وشريعة، دار القلم،

دمشق سوريا، ط2، د.ت، ص302.

الفرع الرابع: آثار الشرط الجزائي

فما سبق ذكره يتبين أهمية الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي نتيجة الضمانات التي يقدمها للمستصنع في هذا العقد، ولهذا الشرط عدة صور: منها ما يتعلق حسب موضوعنا بالصانع المخل في تنفيذ التزاماته أو تأخر في تنفيذها، وفي هذا يقول الأستاذ الزرقا: " في أواخر العهد العثماني اتسعت في الدولة التجارة الخارجية مع أوروبا، وتطورت أساليب التجارة الداخلية، والصنائع، وتولدت في العصر الحديث أنواع من الحقوق لم تكن معهودة واتسعت مجالات عقود الاستصناع في التعامل بطريق الإيصاء على المصنوعات مع المعامل والمصانع الأجنبية وقد ضاعف احتياج الناس إلى أن يشترطوا في عقودهم ضمانات مالية على الطرف الذي يتأخر عن تنفيذ التزامه في حينه ومثل هذا الشرط يسمى في اصطلاح الفقه الأجنبي "الشرط الجزائي"⁽¹⁾، وهو يتخرج على مذهب القاضي شريح في ضمان التعويض عن التعطل والانتظار، وقد أيد ذلك ابن القيم رحمه الله بما رواه البخاري في صحيحه عن ابن عون عن ابن سيرين أنه قال: "قال رجل لكريه: أرحل بركابك، فإن لم أرحل معك في يوم كذا فلك مائة درهم، فلم يخرج، فقال شريح، (من شرط على نفسه طائعا غير مكره فهو عليه)"⁽²⁾، فهذا وأمثاله يدل دلالة قاطعة على أن الشرط الجزائي الذي يجري اشتراطه في العقود تعويضاً عن ضرر محقق هو شرط صحيح معتبر يضاف إليه ما لم يكن هنالك عذر شرعي في الإخلال بالالتزام به.⁽³⁾

وعلى هذا يعتبر الشرط الجزائي مقبول من حيث المبدأ، ولكن لا يترتب عليه من الضمان والتعويض إلا بقدر إحداث الضرر، فمثلاً لو خالف أحد العاقدين شروط العقد في المضاربة، أو الاستصناع، ورتب على ذلك إحداث ضرر فإن هذا الضرر لا يلحق العاقد الآخر، وإنما يكون على المتسبب في الضرر، وكذلك لو اشترط أحد العاقدين فرض غرامة مالية على الآخر في عقد الاستصناع إن تأخر الصانع في إكمال المال المستصنع في وقته، أو تأخر المستصنع في دفع المال إليه، وترتب على التأخير ضرر فإن المتضرر الحق في التعويض بقدر ضرره، فعلى ضوء ذلك لا مانع من اقتران الشرط الجزائي بعقد الاستصناع، وحينئذ يلتزم به

(1) الزرقا: مصطفى أحمد، المدخل الفقهي العام، مرجع سابق، ج1، ص386.

(2) أخرجه البخاري في صحيحه عن ابن سيرين، كتاب الشروط، باب ما يجوز من الاشتراط والتنيا في الإقرار، والشروط التي يتعارفها الناس بينهم، وإذا قال مائة: إلا واحدة أو اثنين، تحت رقم 2584.

(3) الفرفور: محمد عبد اللطيف صالح، مرجع سابق، ج7، ص944.

الطرفان، ويكون التعويض عند الإخلال بقدر الضرر وآثاره، ويرجع في ذلك إلى أهل الخبرة، أو إلى القاضي عند النزاع.⁽¹⁾

وعلى هذا أصبح الشرط الجزائي متعارفاً بين الصناع وفي كل المقاولات وحافزاً قوياً يدفع الصانع على احترام المواعيد وخير معين على تنظيم سير الحركة الاقتصادية في كل بلد⁽²⁾، وهو ما يعتبر ضماناً لعقد بيع البناء على التصاميم من ناحية الفقه الإسلامي للقيام بالإنجاز وفق الشروط والمواصفات المتفق عليها، فمتى ثبت تقاعس الصانع في إنجاز البناية محل عقد البيع على التصاميم وتخلف عن الآجال أو ساهم هذا في وقوع ضرر للمستصنع -المشتري- كان الشرط الجزائي لازم التطبيق عليه لتعويض المستصنع عن هذا الضرر، إذ لو لم يقرر الفقه الإسلامي الشرط الجزائي لكان ذلك مدعاة لهروب الصانع أو تملصه من التزاماته أو التأخر فيها لعلمه بعدم ترتب آثار عليه كالعقوبات وغيرها.

المطلب الثاني: ضمانات الحماية المدنية والإدارية والجزائية للمشتري في القانون

فطبقاً للقواعد العامة فإن المرقى العقاري يسأل عند الإخلال بتنفيذ التزاماته مدنياً عند إخلاله بتنفيذ الالتزامات التي يفرضها عليه عقد بيع البناء على التصاميم، ثم إدارياً في حالة إخلاله بالواجبات الملقاة عليه بموجب تنظيم مهنة المرقى العقاري، ثم جزائياً لردعه عن النصب والاحتيال على المشتريين، والحفاظ على أموالهم، وعلى هذا فقد حرص المشرع الجزائري على غرار التشريعات المقارنة الأخرى على تخصيص نصوص خاصة بالعقوبات الإدارية والجزائية التي تقع على المرقى العقاري في حال إخلاله بالتزاماته، معتبراً إياها نظاماً خاصاً بهذا الأخير، غير أنه ترك العقوبات المدنية للقواعد العامة المطبقة على المسؤولية المدنية؛ فلم يفرد لها بنظام خاص، وهذا كله في سبيل حماية المشتري وضمان تعويضه، وعدم إلحاق الضرر به، وتمكينه من الحصول على البناء وفقاً للمواصفات المطلوبة، وعلى هذا سأتطرق من خلال هذا المطلب على العقوبات المدنية أولاً ثم الإدارية ثانياً، ثم الجزائية ثالثاً، وهذا على النحو التالي.

الفرع الأول: العقوبات المدنية

(1) القرة داغي: علي محيي الدين، عقد الاستصناع، مرجع سابق، ج7، ص841.

(2) التارزي: مصطفى كمال، مرجع سابق، ج7، ص944.

لقد نص المشرع الجزائرى على المسؤولة المدنية التى تقع على عاتق المرقى العقارى بموجب نص المادة 49 من القانون 04-11 سالف الذكر بقولها: " يجب على المرقى العقارى أن يلتزم بمسؤوليته المدنية فى المجال العقارى لفائدة زبائنه"، فمن هذه المادة يتبين أن المرقى العقارى يبقى مسؤولاً عن كل إخلال بالتزاماته المفروضة عليه ابتداءً من إبرام عقد بيع البناء على التصامىم إلى غاية الانتهاء من عملية إنجاز البناء محل العقد، أو تأخره عن إتمامها خلال الأجل المتفق عليه، فمتى أتى بهذه البناية فى الأجل المتفق عليه ووفقاً للمواصفات المتفق عليها فى العقد فقد نفذ التزامه على أكمل وجه، ومتى تخلف عن الإتيان بهذا الإنجاز فى الأجل المحدد له وطبقاً للمواصفات المطلوبة تقررت عليه المسؤولة المدنية، والتى يلتزم لتطبيقها توافر شروطها القانونية، خاصة فى ظل إمكانية تعديل أحكام هذه المسؤولة.

البند الأول: الشروط القانونية للعقوبات المدنية

فمتى نشأ عقد بيع البناء على التصامىم صحيحاً رتب كل آثاره لكلا المتعاقدين-المرقى العقارى والمشتري-، وإذا أخل أحد المتعاقدين بتنفيذ العقد سواء امتنع عن تنفيذ التزامه أو تأخر فى التنفيذ تحققت المسؤولة المدنية، فإذا أخل المرقى العقارى بالتزامه كان للمشتري أن يطالبه بالتنفيذ العيني إن كان ممكناً أو المطالبة بفسخ العقد، مع الحق فى المطالبة بالتعويض عن الأضرار التى ألحقها به⁽¹⁾، ولا تقوم هذه المسؤولة إلا بتوافر ثلاث شروط وهى الخطأ والضرر والعلاقة السببية.

أولاً: الخطأ: يتحقق الخطأ فى عقد بيع البناء على التصامىم بعدم تنفيذ المرقى العقارى لالتزامه المتفق عليه أو التأخر فى تنفيذه أو أن يكون تنفيذه معيباً، فىقوم الخطأ بمجرد ذلك⁽²⁾، على أن يتخذ هذا الخطأ ثلاث صور تتمثل فيما يلى:⁽³⁾

1- الخطأ فى مسؤولة المتعامل فى الترقية العقارية عن عمله الشخصى: يتمثل هذا الخطأ فى عدم تنفيذ المرقى العقارى لالتزامه، ويستوي فى ذلك أن يكون التزامه بتحقيق نتيجة أو ببذل عناية، وقد يكون خطأ

(1) تتقادم دعوى التعويض عن الضرر وفقاً للقواعد العامة بانقضاء 15 سنة من وقوع الفعل الضار طبقاً لنص المادة 119 من القانون المدنى الجزائرى.

(2) محمد حسام محمود لطفى، النظرية العامة للالتزام-مصادر الالتزام-، النسر الذهبى للطباعة، القاهرة مصر، 2000، ص 203.

(3) كتو: لامية، مرجع سابق، ص 164.

المركبي العقاري راجع إلى إخلاله بالتزامه في مواصلة الإنجاز والتشييد، أو بنقل الملكية أو بتسليم المبيع أو عدم مطابقته لما تم الاتفاق عليه أو هلاك المبيع أو عدم ضمانه للعيوب والأضرار أو عدم ضمان حسن الإنجاز وسير عناصر تجهيزات البناية أو عدم ضمان التعرض والاستحقاق وغيرها.

2- الخطأ في مسؤولية المتعامل في الترقية العقارية عن فعل الغير: يقصد بالغير الشخص المكلف بتنفيذ التزام المدين التعاقدية بموجب اتفاق معه بهدف المساعدة أو الحلول محل المدين في التنفيذ، أما في عقد بيع البناء على التصاميم فالغير هو المقاول والمهندس المعماري اللذان يربطهما به عقد مقاوله تشييد البناء محل عقد بيع البناء على التصاميم، لذلك إذا ارتكب كل من المقاول أو المهندس المعماري خطأ كظهور العيب في البناء نتيجة إهمال المقاول في عملية التنفيذ، تتحقق المسؤولية المدنية عن الخطأ المتمثل في تشييد بناء لم يراع فيه الأصول الفنية، ولم يتقيد بالشروط القانونية والمواصفات التي تضمنها الاتفاق مع المرقبي العقاري⁽¹⁾، أما مسؤولية المهندس المعماري عن الخطأ يتخذ عدة صور إما في وضع التصاميم أو إهمال في الإشراف على تنفيذها، هذه الأخطاء يمكن للمركبي العقاري التمسك بها على أساس المسؤولية العقدية بالرجوع عليهم، وبهذا تتحقق المسؤولية على المهندس والمقاول عن أعمال التشييد التي يلتزمون بها اتجاه المرقبي العقاري، وبدوره تتحقق المسؤولية المدنية للمركبي العقاري عن خطأ المقاول والمهندس باعتبارهما من الغير الذين استخدمهما في تنفيذ التزام التشييد، وفي هذه الحالة يشترط توافر شرطان لإعمال هذه المسؤولية وهما: وجود عقد صحيح بين المرقبي "المسؤول" والمضروب "المشتري"، وأن يكون الغير "المقاول أو المهندس" قد عهد إليهما من المتعامل تنفيذ هذا العقد، وذلك بتشبيد البناية أو جزء منها.⁽²⁾

3- الخطأ في مسؤولية المتعامل في الترقية العقارية عن فعل الأشياء: وتتحقق مسؤولية المرقبي العقاري في هذه الحالة بوقوع خطأ منسوب إلى شيء موجود في حيازته استخدمه في تنفيذ التزاماته أو أحدها.

ثانياً: الضرر: وفي هذه الحالة يلتزم المشتري في عقد بيع البناء على التصاميم بإثبات وقوع الضرر نتيجة خطأ المرقبي العقاري الذي تسبب فيه، فمتى ادعى المشتري بوجود عيب في البناء أو في تركيب أحد عناصر التجهيز، كان لزاماً عليه أن يثبت أن الضرر حصل نتيجة خطأ ارتكبه المرقبي، فلا يكفي وقوع الخلل، بل يجب أن

(1) سرور: محمد شكري، مرجع سابق، ص112.

(2) محمد حسام محمود لطفي، مرجع سابق، ص208.

يخص ضرر نتيجة هذا الخطأ والإخلال، ويتمثل الضرر في هذه الحالة في العيب الذي يلحق البناء بغض النظر عن مدى جسامته أو خطورته، سواء كان هذا الضرر قد أصاب جسمه بتهدم البناء أو ذمته المالية، ويمكن أن يقع الضرر حتى وإن كانت أعمال الإنشاء خالية من أي عيب، وهذا إذا وقع تأخير في إنجازها عن الأجل المحدد في العقد⁽¹⁾، مما يمنح المشتري الحق في طلب التعويض نظير هذا التأخير طبقاً لما هو محدد في المرسوم التنفيذي 13-431 المحدد لنموذجي عقد حفظ الحق وعقد البيع على التصاميم.

ثالثاً: العلاقة السببية بين الخطأ والضرر: لتحقق المسؤولية المدنية التي تعتبر جزءاً من المسؤولية العقدية للمرقي العقاري لا بد من وجود علاقة سببية بين الضرر الذي لحق بالمشتري والخطأ الذي ارتكبه المرقي العقاري، ولا يمكن لهذا الأخير التخلص من المسؤولية المدنية إلا بنفي العلاقة السببية بإثبات السبب الأجنبي كحادث مفاجئ أو القوة القاهرة⁽²⁾ أو خطأ المضرور⁽³⁾ أو خطأ من الغير⁽⁴⁾ وهذا طبقاً لنص المادة 127⁽⁵⁾ من القانون المدني الجزائري.

البند الثاني: مدى إمكانية تعديل أحكام المسؤولية المدنية للمرقي العقاري

لقد أجاز المشرع الجزائري تعديل أحكام المسؤولية المدنية بالتشديد أو التخفيف أو الإعفاء بموجب القواعد العامة، فيمكن التشديد في المسؤولية بأن يلتزم المدين بأن يعرض لدائنه عن الضرر المباشر غير المتوقع والضرر غير المباشر، كما يمكن الاتفاق على التخفيف من هذه المسؤولية كأن يلتزم المدين بالتعويض لدائنه عن عدم التنفيذ الراجع إلى خطئه غير العمدي اليسير وحده، كما يمكن الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية

(1) كتو: لامية، مرجع سابق، ص 165. / سرور: محمد شكري، مرجع سابق، ص 138.

(2) القوة القاهرة: وهي كل حادث غير ممكن توقعه ولا يمكن دفعه؛ كحادث تهدم البناء نتيجة زلزال أو فيضان، وفي هذه الحالة تنتفي المسؤولية عن المرقي العقاري. قرار الغرفة المدنية رقم 53010 الصادر بتاريخ 25 ماي 1988م، المجلة القضائية لسنة 1988.

(3) خطأ المضرور: وهو الفعل الذي يشترك فيه المشتري مع المدعى عليه-المرقي العقاري- في إحداث الضرر؛ كأن يقوم المضرور-المشتري- بإحداث تعديلات في المسكن بغلق الشرفة أو تحطيم جدران لفتح غرفتين على بعض مما يحدث خللاً في البناء، وفي هذه الحالة تطبق قاعدة الاستغراق؛ أي أن يفوق أحد الخطأين في جسامته بالنسبة للخطأ الآخر.

(4) خطأ الغير: الغير هو شخص أجنبي عن عقد بيع البناء على التصاميم الذي يقوم بأعمال من شأنها أن تشكل عيباً في البناء؛ كأن يقوم بالحفر إلى جانب العمارة شيدها المرقي العقاري لصالح مجموعة من المشتريين مما سبب تشققات بالعمارة.

(5) المادة 127: "إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يد له فيه كحادث مفاجئ، أو قوة القاهرة، أو خطأ صدر من المضرور أو خطأ من الغير، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر، ما لم يوجد نص قانوني أو اتفاق يخالف ذلك".

كأن يتفقا على عدم التزام المدين بالتعويض لدائنه عما يرتكبه تابعوه من خطأ جسيم في تنفيذ العقد⁽¹⁾، وبالرجوع إلى عقد بيع البناء على التصاميم فنظراً لغاية المشرع الجزائري في حماية المشتري في هذا العقد فإن مسؤولية المرقى العقاري تدخل ضمن النظام العام؛ إذ لا يجوز الاتفاق على مخالفتها، وهذا ما أقره المشرع الجزائري من خلال نص المادة 45⁽²⁾ من القانون 04-11 سالف الذكر، التي اعتبرت أن أي اتفاق يحد من المسؤولية أو الضمانات يعد باطلاً بطلاناً مطلقاً.

ولم يكتف المشرع الجزائري عند هذا الحد بل أقر عقوبات أخرى في هذا المجال لضمان حصول المشتري في عقد بيع البناء على التصاميم على البنائة محل العقد وفق المواصفات المطلوبة وفي الآجال المتفق عليها، والتي قضت بها المادة 63 من القانون 04-11 بقولها: "يعاقب على كل مخالفة لأحكام هذا القانون والنصوص المتخذة لتطبيقه بالعقوبات الإدارية والجزائية المنصوص عليها في هذا الفصل"⁽³⁾، وهذا ما سأتطرق إليه من خلال الفرع الثاني والثالث.

الفرع الثاني: العقوبات الإدارية

تعتبر العقوبات الإدارية نوعاً من الرقابة التي تمارسها الإدارة على المرقى العقاري، وهذا لمعرفة مدى احترامه لالتزاماته القانونية المرتبطة بمهنة الترقية العقارية، وتفرض هذه العقوبات متى أخل هذا الأخير بالتزاماته المرتبطة بالرخص والاعتمادات التي تسلم له من طرف السلطات الإدارية المختصة، وتوقعها وزارة السكن والعمران والمدينة باعتبارها السلطة التي لها صلاحية ضبط وتنظيم مهنة المرقى العقاري، مما يجعل هذه الرقابة الإدارية ضماناً فعلية وفعالة لحماية المشتري في عقد بيع البناء على التصاميم من كل التجاوزات التي يمكن أن تصدر من هذا المرقى العقاري في إطار ممارسة مهنته⁽⁴⁾، إذ أن هذه العقوبات الردعية تجعل المرقى العقاري يمتنع عن

(1) محمد حسام محمود لطفي، مرجع سابق، ص 214-215.

(2) المادة 45: "دون الإخلال بالأحكام السارية في القانون المدني وقانون العقوبات والمتعلقة بتطبيق الأحكام المتضمنة في هذا الفصل، يعد باطلاً وغير مكتوب كل بند من العقد يهدف إلى إقصاء أو حصر المسؤولية أو الضمانات المنصوص عليها في أحكام هذا القانون، وتلك المنصوص عليها في التشريع والتنظيم المعمول بهما أو تقييد مداها، سواء باستبعاد أو بحصر تضامن المقاولين الثانويين مع المرقى العقاري".
(3) لقانون 04-11 المؤرخ في 14 ربيع الأول عام 1432 الموافق 17 فبراير سنة 2011، المحدد لقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية (ج.ر العدد 14، ص 11).

(4) انظر: حلواجي: عبد الرؤوف، مرجع سابق، ص 139. / سي يوسف: زاهية حورية، النظام القانوني لعقد البيع على التصاميم، مرجع سابق، ص 76.

الإخلال بالتزاماته خوفاً من توقيعها، مما يضمن للمشتري التعامل مع المرقى العقاري الذي تتوفر فيه الشروط القانونية لممارسة مهامه.

ولعل لجوء المشرع لهذا النوع من العقوبات كان كبديل للسياسة الجنائية التي وجدت التشريعات الحديثة بديلاً عنها، لاسيما وأن الحبس أصبح يرهق كاهل ميزانيات الدول دون جدوى، ومن هناك أوجدت الإدارة بدائل للعقوبات الجزائية من خلال العقوبات الإدارية، وهذا باستخدام وسائل تضمن تحقيق أهدافها.

ولم يعرف المشرع الجزائي العقوبات الإدارية كعاداته في تفادي التعريفات تاركاً للفقهاء مجالاً في تعريفها، واكتفى بتعداد هذه العقوبات التي يخضع لها المرقى العقاري ضمن المادة 64 من القانون 11-04، في حين عرف الفقهاء العقوبة الإدارية بتلك الإجراءات ذات الخاصية العقابية التي توقعها سلطات إدارية مستقلة أو غير مستقلة، وهي بصدد ممارستها لسلطتها العامة تجاه الأفراد بغض النظر عن هويتهم الوظيفية، لردع خرق بعض القوانين واللوائح⁽¹⁾، وعرفها في مجال المهن الحرة المنظمة بقوله الإجراءات الردعية المرتبطة بالاعتماد أو الترخيص الممنوح مسبقاً من طرف السلطة الإدارية المختصة.⁽²⁾

ومن أهم الخصائص التي تتميز بها العقوبات الإدارية:

- 1- **شرعية العقوبة الإدارية:** وهذا بأن تستند المخالفة والجزاء أو العقوبة التي توقعها الإدارة على نص قانوني سابق، وألا يتضمن هذا الجزاء ما يخالف الدستور من حيث السلطة الإدارية المخولة في تنفيذ هذا الجزاء.⁽³⁾
- 2- **توقيع العقوبة الإدارية من قبل الإدارة المختصة:** فالعقوبة الإدارية توقع من قبل الإدارة المختصة أو أحد الأجهزة التابعة لها دون الحاجة للجوء إلى القضاء، كما يتعين دخول توقيع الجزاء في نطاق ما تتمتع به من امتيازات السلطة العامة.⁽⁴⁾

(1) سعداوي: محمد صغير، مرجع سابق، ص 218.

(2) حلواجي: عبد الرؤوف، مرجع سابق، ص 140.

(3) علوانة: فادي نعيم جميل، مبدأ المشروعية في القانون الإداري وضمانات تحقيقه، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون العام، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس فلسطين، 2011، ص 13-14.

(4) تاسة: الهاشمي، ضمانات مشروعية العقوبات الإدارية في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في الحقوق-قانون إداري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2014، ص 9-10.

3-عمومية العقوبة الإدارية: لا تستلزم العقوبة الإدارية قيام رابطة خاصة بين الإدارة والشخص المعني بالعقوبة الإدارية، وإنما تطبيقها يكون بصفة عامة ومجردة، بحيث توقع هذه الأخيرة على كل من يخالف نصاً قانونياً أو قراراً إدارياً مهما كانت صفته.⁽¹⁾

ولدراسة العقوبات الإدارية يتطلب هذا ذكر هذه العقوبات المطبقة على المرقى العقاري من جهة، ومن جهة أخرى تبيان الجهة المختصة في توقيع هذه العقوبات الإدارية، ثم بيان كيفية الطعن فيها، وهذا على النحو التالي:

البند الأول: العقوبات الإدارية المطبقة على المرقى العقاري

ففي إطار حماية المشتري في عقد بيع البناء على التصاميم سطر المشرع الجزائري مجموعة من العقوبات الإدارية التي يخضع لها المرقى العقاري، والتي تتعلق بالاعتماد الذي يمنحه الوزير المكلف بالسكن لممارسة مهنة المرقى العقاري، إذ جعله شرطاً أساسياً لممارسة هذه المهنة⁽²⁾، والذي حدد كيفية منحه المرسوم التنفيذي 84-12 المحدد لكيفيات منح الاعتماد لممارسة مهنة المرقى العقاري وكذا كيفيات مسك الجدول الوطني للمرقين العقاريين.

وبالرجوع إلى التشريعات المقارنة كالقانون التونسي فإنه يعاقب المرقى العقاري المخالف لالتزاماته بسحب الامتيازات الممنوحة له في إطار القانون رقم 1977 كلياً أو جزئياً دون سحب الاعتماد منه، بخلاف المشرع الفرنسي والجزائري.⁽³⁾

وبالرجوع إلى نص المادة 64⁽⁴⁾ من القانون 04-11 نجد أنها قد حددت العقوبات الإدارية التي يخضع لها المرقى العقاري، والتي تتمثل في السحب المؤقت للاعتماد، والسحب النهائي للاعتماد، والسحب التلقائي للاعتماد، وهذا على النحو التالي:

(1) تسمية: أعمار، مرجع سابق، ص 269.

(2) لكرون: سيد أحمد، تنظيم الترقية العقارية الخاصة في إطار قانون 04-11 المؤرخ في 17 فبراير 2011، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون العقاري، كلية الحقوق - بن عكنون، جامعة الجزائر 1، الجزائر، 2014، ص 137.

(3) مسكر: سهام، التزامات المرقى العقاري المترتبة على بيع السكنات الترفوية، مرجع سابق، ص 409.

(4) المادة 64: "يمكن أن يتعرض المرقى العقاري إلى العقوبات الإدارية الآتية: - السحب المؤقت للاعتماد لمدة لا تتجاوز ستة (6) أشهر:

أولاً: السحب المؤقت للاعتماد: يمكن أن تصدر من المرقى العقاري بعض الأخطاء التي تشكل إخلالاً بالتزاماته، على أن تتسم هذه الأخطاء بالبساطة، فينجر عنها السحب المؤقت للاعتماد لمدة لا تتجاوز ستة (6) أشهر، وهذا في ثلاث حالات نصت عليهم الفقرة الأولى من المادة 64 من القانون 11-04 سالف الذكر بقولها: " يمكن أن يتعرض المرقى العقاري إلى العقوبات الإدارية الآتية: -السحب المؤقت للاعتماد لمدة لا تتجاوز ستة (6) أشهر:

* في حالة تقصير المرقى العقاري في التنفيذ الجزئي وغير المبرر لالتزاماته تجاه المقتنين.

* في حالة عدم احترام المرقى العقاري لقواعد أخلاقيات المهنة.

* في حالة تقصير المرقى العقاري في التزاماته كما هي محددة بموجب أحكام هذا القانون والنصوص المتخذة لتطبيقه".

1- حالة تقصير المرقى العقاري في التنفيذ الجزئي وغير المبرر لالتزاماته: فمتى قصر المرقى العقاري في التنفيذ الجزئي لالتزاماته القانونية أو العقدية تعرض للسحب المؤقت للاعتماد، بشرط أن يكون هذا التقصير جزئياً من جهة، وغير مبرر من جهة أخرى؛ كأن يتعمد عدم إتمام أشغال البناء في الآجال المتفق عليها في العقد، وإن كان هنا المرقى العقاري قد نفذ التزامه إلا أنه قصر في جزء آخر ألا وهو عدم احترامه للآجال

* في حالة تقصير المرقى العقاري في التنفيذ الجزئي وغير المبرر لالتزاماته تجاه المقتنين.

* في حالة عدم احترام المرقى العقاري لقواعد أخلاقيات المهنة.

* في حالة تقصير المرقى العقاري في التزاماته كما هي محددة بموجب أحكام هذا القانون والنصوص المتخذة لتطبيقه.

-السحب النهائي للاعتماد:

* في حالة عدم استيفاء المرقى العقاري الشروط التي مكنته من الحصول على الاعتماد.

* في حالة تجاهل المرقى العقاري، وعن قصد وبصفة خطيرة ومتكررة، للالتزامات الملقاة على عاتقه.

* إذا أهى المرقى العقاري نشاطه دون مبرر ودون إخطار مسبق للسلطة التي سلمته الاعتماد.

* إذا قصر المرقى العقاري في التزاماته كما تم الاتفاق عليها تجاه الدولة والمقتنين وشركائه.

-السحب التلقائي للاعتماد:

* 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."

القانونية للإنجاز، ففي هذه الحالة يكون هذا المرقى العقارى أمام خطر السحب المؤقت للاعتماد لمدة لا تتجاوز الستة (6) أشهر⁽¹⁾، وهذا يعكس حرص المشرع الجزائري على حماية المشتري في عقد بيع البناء على التصاميم من خلال حمل المرقى العقارى على الحرص على احترام الآجال والقيام بالتزاماته على أكمل وجه وفق ما تم الاتفاق عليه في العقد دون الإضرار بالمشتري.

2- حالة عدم احترام المرقى العقارى لقواعد أخلاقيات المهنة: فمتى أخل المرقى العقارى بأحد قواعد أخلاقيات ممارسة هذه المهنة تعرض لعقوبة السحب المؤقت للاعتماد لمدة لا تتجاوز الستة (6) أشهر، وذلك كأن يلجأ إلى الإشهار التضليلي أو الكاذب لاستغلال حسن نية المشتري، وحسن ما فعل المشرع الجزائري من خلال إقراره لهذه العقوبة في هذا السبب، نظراً لكون قواعد أخلاقيات المهنة تسمو وتتسم بأهمية كبيرة في تنظيم هذه المهنة وإعطائها صفة المصدقية التامة في بعث الثقة في التعامل بين المرقين العقارين والمشتريين.

3- حالة تقصير المرقى العقارى في تنفيذ التزاماته القانونية: ففي حالة صدور أي تصرف من المرقى العقارى والذي من شأنه أن يشكل تقصيراً في تنفيذ التزاماته القانونية سواء تلك المحددة في القانون 11-04 أو في المراسيم التنفيذية الخاصة به، يتعرض لعقوبة السحب المؤقت للاعتماد، وهذا لمدة لا تتجاوز ستة (6) أشهر طبقاً لنص المادة 64 من القانون 11-04 سالف الذكر، وهذا بشرط ألا يكون هذا التقصير عن قصد، وبصفة خطيرة ومتكررة، وإلا كانت العقوبة هي السحب النهائي للاعتماد.⁽²⁾

وحسب ما فعل المشرع من خلال إقراره للمدة القصوى للسحب المؤقت للاعتماد، مما لا يدع أي تلاعب من السلطة المختصة أو التماطل أو التعسف في هذا السحب، إذ من الممكن أن تلحق السلطة المختصة ضرراً بالمرقى العقارى، وهذا متى كان السحب لمدة طويلة وإلى أجل غير مبين.

(1) رحومني: سعدية، مساهلي: شهرزاد، النظام القانوني للمتعامل العقارى في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص الشامل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، 2015، ص 39.

(2) سي يوسف: زاهية حورية، النظام القانوني لعقد البيع على التصاميم، مرجع سابق، ص 77.

ولعل تحديد هذا الأجل لم يأتي اعتباراً، وإنما أشارت إليه المادة 6 من المرسوم التنفيذي 97-40⁽¹⁾ بقولها: "وقف الممارسات مؤقتاً مع توضيح مدة هذه الأخيرة...".⁽²⁾

غير أنه ما يعاب على المشرع الجزائري، أنه وقع في تكرار في حالات السحب المؤقت للاعتماد، إذ كان قادراً على إدراج كل هذه الحالات التي تتعلق بالتقصير في تقصير تنفيذ المرقى العقاري لالتزاماته.

ولعل إقرار المشرع الجزائري لهذا النوع من العقوبات الإدارية بالسحب المؤقت للاعتماد فيه تهديد صريح للمرقى العقاري من التلاعب أو التقاعس أو التقصير في تنفيذ التزاماته القانونية، مما ينعكس على المشتري الذي تصان كل حقوقه من خلال هذه العقوبات الإدارية، كما أنه يؤثر في المركز المالي للمرقى العقاري بصفته تاجراً، كما يضر بسمعته التجارية مع زبائنه.

ثانياً: السحب النهائي للاعتماد: ولعل عقوبة السحب النهائي للاعتماد من أخطر العقوبات الإدارية التي ممكن أن تسلط على المرقى العقاري، وهذا لأنها تؤدي إلى إسقاط هذا الأخير من الجدول الوطني للمرقين العقاريين؛ مما ينجر عنه عدم ممارسة مهنة الترقية العقارية مرة أخرى، وقد نصت المادة 64 من القانون 11-04 سالفة الذكر على حالات السحب النهائي للاعتماد بقولها: "يمكن أن يتعرض المرقى العقاري إلى العقوبات الإدارية الآتية: -السحب النهائي للاعتماد:

* في حالة عدم استيفاء المرقى العقاري الشروط التي مكنته من الحصول على الاعتماد.

* في حالة تجاهل المرقى العقاري، وعن قصد وبصفة خطيرة ومتكررة، للالتزامات الملقاة على عاتقه.

* إذا أنهى المرقى العقاري نشاطه دون مبرر ودون إخطار مسبق للسلطة التي سلمته الاعتماد.

* إذا قصر المرقى العقاري في التزاماته كما تم الاتفاق عليها تجاه الدولة والمقتنين وشركائه."

ويمكن تفصيل هذه الحالات على النحو التالي:

(1) المرسوم التنفيذي رقم 97-40 المؤرخ في 9 رمضان عام 1417 هـ الموافق 18 يناير سنة 1997 م، يتعلق بمعايير تحديد النشاطات والمهن المقتنة الخاضعة للقيود في السجل التجاري وتأطيرها (ج.ر، العدد 5، ص07) المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 2000-313 المؤرخ في 14 أكتوبر 2000 (ج.ر، العدد 61، ص14).

(2) رحومني: سعديّة، مساهلي: شهرزاد، مرجع سابق، ص36. / تسبيبة: أعمار، مرجع سابق، ص273-274.

1- في حالة عدم استيفاء⁽¹⁾ المرقى العقاري الشروط التي مكنته من الحصول على الاعتماد: فمتى فقد المرقى العقاري أحد الشروط التي مكنته من الحصول على الاعتماد تعرض لعقوبة السحب النهائي للاعتماد، كأن يحكم عليه بحكم نهائي بجرمة التزوير أو السرقة أو النصب وغيرها من الجرائم⁽²⁾، ويكفي للسحب النهائي للاعتماد فقدان أحد الشروط أو كلها.

2- في حالة تجاهل المرقى العقاري وعن قصد وبصفة خطيرة ومتكررة للالتزامات الملقاة على عاتقه: يتعرض المرقى العقاري للسحب النهائي للاعتماد، متى تجاهل أحد الالتزامات الملقاة على عاتقه والمفروضة عليه، كعدم حصوله على ترخيص إداري مسبق يسمح له بالإيجاز، أو غيرها من الرخص والالتزامات⁽³⁾، غير أنه ولفرض هذه العقوبة على المرقى العقاري يشترط أن يكون هذا المرقى قد قصد تجاهل الالتزامات المفروضة عليه أو أحدها، وأن يتصف هذا التجاهل بالخطورة وبالتكرار؛ أي من شأن هذا الفعل أن يلحق ضرراً جسيماً وبصفة متكررة بالمشتري في عقد بيع البناء على التصاميم، وتبقى السلطة التقديرية للهيئة الإدارية المختصة للفصل وتقدير ما إذا كان المرقى العقاري قد تعمد تجاهل التزاماته بصفة خيرة ومتكررة، وهذا من خلال مباشرة التحقيقات اللازمة في ملابسات القضية، ويستوي أن يكون المرقى العقاري قد تجاهل أحد التزاماته المفروضة عليه أو كلها.

3- إذا أنهى المرقى العقاري نشاطه دون مبرر ودون إخطار مسبق للسلطة التي سلمته الاعتماد: كما يتعرض المرقى العقاري للسحب النهائي للاعتماد في حالة ما إذا أنهى وتوقف عن ممارسة نشاطه المتعلق بالترقية العقارية دون مبرر مقبول، ودون إخطار الجهات المختصة بهذا التوقف، والتي يبقى لها السلطة التقديرية في اعتبار ما إذا كان المبرر مقبولاً أو لا، ولاعتبار هذا التوقف وجب على المرقى العقاري أن يسبب إخطاره؛ ببيان دوافع التوقف عن ممارسة نشاطه، بشرط ألا تكون من أجل الغش أو التزوير والتهرب الضريبي وغيرها.⁽⁴⁾

(1) ما يعاب على المشرع الجزائري أنه استعمل مصطلح "عدم استيفاء الشروط"، وكان من الأصح له استعمال مصطلح "فقدان الشروط"، لأنه متى لم تستوفى الشروط ترتب على ذلك عدم حصول المرقى العقاري على الاعتماد عند إيداعه للطلب في البداية، أما فقدان فيأتي في حالة حصول المرقى العقاري على الاعتماد باعتباره قد توافرت فيه الشروط، إلا أنه فقد أحدها، مما ترتب عليه السحب النهائي للاعتماد. تسببية: أعمار، مرجع سابق، ص 275.

(2) سي يوسف: زاهية حورية، النظام القانوني لعقد البيع على التصاميم، مرجع سابق، ص 78.

(3) سي يوسف: زاهية حورية، النظام القانوني لعقد البيع على التصاميم، المرجع نفسه، ص 78.

(4) مشتاوي: سمير، مرجع سابق، ص 168.

4- إذا قصر المرقى العقارى في التزاماته كما تم الاتفاق عليها اتجاه الدولة والمقتنين وشركائه: كما يسحب الاعتماد نهائياً من المرقى العقارى في حالة تقصيره في التزاماته المتفق عليها سواء مع الدولة أو مع المشتريين أو شركائه، وتتسع هذه الالتزامات لتشمل كل المخالفات التي يرتكبها المرقى العقارى لالتزاماته سواء المنصوص عليها في القانون 04-11 أو في المراسيم التنفيذية السالف ذكرها.

ولعل إقرار المشرع الجزائري لهذا النوع من العقوبات بالسحب النهائي للاعتماد فيه حماية مضمونة للمشتري، والتي تجعل المرقى العقارى حريصاً دائماً على تنفيذ التزاماته في وقتها ووفق الشروط والضوابط المتفق عليها، كما يجعله خاضعاً للقوانين والمراسيم التنفيذية، مما ينعكس هذا على المشتري الذي يحصل على البناية محل عقد بيع البناء على التصاميم في الوقت المحدد ووفق الشروط المتفق عليها في العقد.

ثالثاً: السحب التلقائي للاعتماد: يعتبر السحب التلقائي للاعتماد نتيجة حتمية تترتب في حالات معينة تهدف إلى تحقيق نفس الغرض كسابققتها من العقوبات الإدارية ألا وهي حماية المشتري خاصة في عقد بيع البناء على التصاميم محل موضوعنا، وقد نص عليها المشرع الجزائري من خلال نص المادة 64 من القانون 04-11 بقولها: " يمكن أن يتعرض المرقى العقارى إلى العقوبات الإدارية الآتية: -السحب التلقائي للاعتماد:

* في حالة وفاة المرقى العقارى.

* إذا كان المرقى العقارى موضوع عجز جسماني أو عقلي يمنعه من القيام بالتزاماته.

* إذا كان المرقى العقارى موضوع حكم بسبب الغش الضريبي.

* إذا كان المرقى العقارى موضوع تصفية قضائية.

ويأتي السحب التلقائي للاعتماد في حال تعرض المرقى العقارى لأحد هذه الأسباب:

1- في حالة وفاة المرقى العقارى: فمن الطبيعي في حالة وفاة المرقى العقارى ينتهي نشاطه المتعلق بالترقية العقارية ويسحب منه الاعتماد بصفة تلقائية، لأن بوفاة المرقى العقارى ينتهي مركزه القانوني، فهو ليس من

الحقوق المتعلقة بالتركة التي تنتقل إلى الورثة، باعتبار أن الاعتماد لممارسة نشاط الترقية العقارية يمنح للمرقي العقاري بصفة شخصية، وبناءً على معايير ذاتية.⁽¹⁾

ولحماية المشتري في حالة وفاة المرقي العقاري أقر المشرع الجزائري آلية تسمح باستمرار المشروع العقاري، من خلال تدخل صندوق الضمان والكفالة المتبادلة ليحل محل المرقي العقاري في إتمام إنجاز المشروع العقاري محل العقد.

2- إذا كان المرقي العقاري موضوع عجز جسماني أو عقلي يمنعه من القيام بالتزاماته: فمتى أصيب المرقي العقاري بعجز جسدي أو عقلي كان هذا مانعاً له من مزاوله مهامه والقيام بالتزاماته في الترقية العقارية، وهذا سعيًا من المشرع الجزائري في حماية المشتري من الأضرار التي يمكن أن تلحق به نتيجة ركود المشروع العقاري، إذ يتعرض المرقي في هذه الحالة للسحب التلقائي للاعتماد، ولا يأتي هذا السحب إلا بعد تأكد اللجنة المختصة من حالة المرقي العقاري بموجب الشهادات الطبية، وأن من شأن هذا العجز أن يعرقل ممارسة مهنة الترقية العقارية للمرقي العقاري، وفي كل الأحوال يتدخل صندوق الضمان والكفالة المتبادلة ليحل محل المرقي العقاري لمواصلة مهام الإنجاز وإتمام المشروع العقاري.

وما يعاب على المشرع الجزائري أنه أورد حالة وفاة المرقي العقاري أو إصابته بعجز ضمن العقوبات الإدارية التي يتعرض لها بالرغم من أن هذه الحالات غير إرادية، فهي تلقائية قد حدثت دون قصد أو تعمد من المرقي العقاري، ولم تكن بسبب خطأ هذا الأخير، فكان حرياً بالمشرع الجزائري ألا يوردها ضمن العقوبات الإدارية.⁽²⁾

3- إذا كان المرقي العقاري موضوع حكم بسبب الغش الضريبي: فمتى صدر ضد المرقي العقاري حكم نهائي غير قابل للطعن بطرق الطعن المقررة قانوناً؛ يقضي بارتكابه جريمة الغش الضريبي، يسحب منه تلقائياً الاعتماد، فلو كان الحكم الصادر ضده غير نهائي أو قابل للطعن، لترتب عليه إلغاء هذا الحكم، والبراءة للمرقي العقاري مما ينعكس عليه بإعادة مزاوله نشاطه مرة أخرى.

(1) رحوني: سعدية، مساهلي: شهرزاد، مرجع سابق، ص 46. / مشتاوي: سمير، مرجع سابق، ص 168. / سي يوسف: زاهية حورية، النظام القانوني لعقد البيع على التصاميم، مرجع سابق، ص 78، تسمية: أعمار، مرجع سابق، ص 278-279.

(2) لكرون: سيد أحمد، مرجع سابق، ص 138.

وما يعاب على المشرع الجزائري أنه قصر عقوبة السحب التلقائي للاعتماد على جريمة الغش الضريبي، فكان من الأجدر أن ينص على سحب الاعتماد تلقائياً متى حكم على المرقى العقاري بإحدى الجرائم المنصوص عليها في المادة 20 من القانون 04-11، والتي اشترطت لمنح الاعتماد عدم ارتكاب المرقى العقاري لمجموعة من الجرائم⁽¹⁾، وهذا لتفادي الفراغات القانونية، والتأويلات الناتجة عنها، مما ينجر عنه اختلاف تطبيق القانون في نفس القضايا المطروحة.

4- إذا كان المرقى العقاري موضوع تصفية قضائية: كما يتعرض المرقى العقاري أيضاً للسحب التلقائي للاعتماد متى كان محلاً للتصفية القضائية باعتباره مفلساً، ولا يقدر على مواصلة إتمام المشرع العقاري محل العقد، على أن يتم إثبات هذا الإفلاس بحكم قضائي نهائي، ليتدخل بعدها صندوق الضمان والكفالة المتبادلة للحلول محل المشتريين في حدود ديونهم، والأموال المدفوعة للمرقى العقاري موضوع التصفية القضائية، مما يؤدي إلى شطب اسمه من الصندوق بعد السحب التلقائي للاعتماد طبقاً لما قضت به المادة 58 من القانون 04-11⁽²⁾، وبذلك يكون للمشتري حق امتياز في حال إفلاس المتعامل العقاري.

وفي كل الأحوال يتدخل صندوق الضمان والكفالة المتبادلة للحلول محل المشتريين في حالة سحب الاعتماد من المرقى العقاري لأي سبب كان سواء الأسباب التي قد سبق ذكرها أو لأي سبب آخر، ويجوله حق متابعة عمليات إتمام الإنجاز للبناءات بموجب التزام مرقى عقاري آخر على حساب المرقى العقاري الأصلي وبدلاً عنه، وذلك في حدود الأموال المدفوعة طبقاً لما نصت عليه المادة 57 من القانون 04-11⁽³⁾ سالف الذكر، ولا شك أن هذا فيه حماية لحقوق المشتري في عقد بيع البناء على التمام؛ إذ يحول له حق الحصول على البناية وفق المواصفات المتفق عليها في العقد، من خلال تدخل صندوق الضمان بضمان إنجاز المشروع العقاري، إذ يسهر هذا الأخير على وضع الضمانات والتأمينات التي يلتزم بها المرقون العقاريون عند الاكتتاب طبقاً للفقرة الثانية من نص المادة 55 من القانون 04-11 سالف الذكر من جهة، ومن جهة أخرى لدفع

(1) انظر: سعادوي: محمد صغير، مرجع سابق، ص 217. / مشتاوي: سمير، مرجع سابق، ص 168. / تسبية: أعمار، مرجع سابق، ص 280.

(2) المادة 58: "في حالة الإفلاس والتصفية القضائية لمرقى عقاري قام بالبيع على التمام، يستفيد صندوق الضمان عن طريق الحلول محل المقتنين، بامتياز الصف الأول في حدود ديون هؤلاء المقتنين والأموال المدفوعة للمرقى العقاري موضوع التصفية القضائية و/أو المفلس. يترتب على سحب الاعتماد من المرقى العقاري شطبه من صندوق الضمان".

(3) القانون 04-11 المؤرخ في 14 ربيع الأول عام 1432 الموافق 17 فبراير سنة 2011، المحدد لقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية (ج.ر. العدد 14، ص 11).

تعاون المرقي العقاري في تنفيذ التزاماته، وكذا منع استغلاله للمشترى بدفع أقساط وهمية دون وجه حق، وحثه على إنجاز بنايات تتطابق مع المواصفات التقنية في العمران.

البند الثاني: الجهة المختصة في توقيع العقوبات الإدارية

توقع العقوبات الإدارية على المرقي العقاري من قبل اللجنة المختصة التي تنشأ لدى الوزير المكلف بالسكن والعمران، والتي تم استحداثها بموجب المرسوم التنفيذي 12-84⁽¹⁾، وهذا طبقاً للفقرة الثانية من المادة 65 من القانون 04-11، والتي تقضي بـ: "تتخذ العقوبات الإدارية، كما هي محددة بموجب المادة 64 أعلاه، بعد دراسة الملفات من طرف اللجنة المنشأة لدى الوزير المكلف بالسكن والعمران"⁽²⁾.

ويتولى معاينة المخالفات سواء ما تعلق بمخالفات المرقي العقاري أو بأحد أحكام القانون 04-11 كل من ضباط وأعاون الشرطة القضائية، إضافة إلى المتصرفون الإداريون والمهندسون والمهندسون المعماريون والأسلاك التقنية الأخرى التابعة لإدارة السكن والعمران، التي تحدد قائمتهم عن طريق التنظيم⁽³⁾، وهذا طبقاً لما نصت عليه المادة 66 من القانون 04-11، على أن تنتهي معاينة المخالفة بتحرير محضر يسرد فيه العون المؤهل قانوناً الوقائع وكذا التصريحات التي تلقاها، ويوقع هذا المحضر من قبل العون الذي عاين المخالفة وكذا مرتكبها طبقاً لما نصت عليه المادة 67 و68 من القانون 04-11، وفي حالة رفض المخالف التوقيع، يعتد بالمحضر إلى حين إثبات العكس طبقاً للفقرة الثانية من نص المادة 68 من القانون 04-11، ويرسل المحضر في غضون اثنين وسبعين (72) ساعة إلى الجهة القضائية المختصة، وترسل نسخة منه إلى الوالي المختص

(1) المادة 16 من المرسوم التنفيذي 12-84: "تتولى اللجنة المهام الآتية: -دراسة طلبات الاعتماد والطعون لممارسة مهنة المرقي العقاري، وإبداء الرأي فيها، -دراسة أي مسألة تتعلق بالمهنة، يعرضها عليها الوزير المكلف بالسكن، وإبداء الرأي فيها، -دراسة الطعون التي يقدمها لدى الوزير المكلف بالسكن، المرعون العقاريون تطبيقاً لأحكام المادة 65 من القانون 04-11 المؤرخ في 14 ربيع الأول 1432 هـ الموافق 17 فبراير 2011م والمذكور أعلاه، وإبداء الرأي في ذلك، -دراسة كل قرار سحب الاعتماد يعرضه عليها الوزير المكلف بالسكن، وإبداء الرأي فيه". المرسوم التنفيذي 12-84 المؤرخ في 27 ربيع الأول 1433 الموافق 20 فبراير 2012، الذي يحدد كفاءات منح الاعتماد لممارسة مهنة المرقي العقاري وكذا كفاءات مسك الجدول الوطني للمرقيين العقاريين (ج.ر، العدد 11، ص8).

(2) القانون 04-11 المؤرخ في 14 ربيع الأول عام 1432 الموافق 17 فبراير سنة 2011، المحدد لقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية (ج.ر العدد 14، ص12).

(3) وهذا ما سيتم تفصله لاحقاً ضمن العقوبات الجزائية.

إقليمياً في أجل لا يتعدى سبعة (7) أيام ابتداءً من تاريخ معاينة المخالفة طبقاً للفقرة الثالثة من نص المادة 68 من القانون 04-11 سالف الذكر.

البند الثالث: كيفية الطعن في العقوبات الإدارية

لقد حول المشرع الجزائري للمرقي العقاري حق الدفاع عن نفسه، وذلك من خلال الطعن في العقوبات الإدارية أمام الجهات المختصة، وهذا طبقاً لما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة 65 من القانون 04-11 بقولها: "دون المساس بطرق الطعن الأخرى، كما هي محددة بموجب التشريع والتنظيم المعمول بهما، يمكن أن تكون العقوبات المنطوق بها موضوع طعن يودعه المرقي العقاري لدى الوزير المكلف بالسكن والعمران".⁽¹⁾

فمن المادة يتبين أن المشرع الجزائري قد أعطى للمرقي العقاري الحق في أن يطعن في العقوبات الإدارية وفقاً لطرق الطعن الواردة في القواعد العامة، كما له الحق في الطعن أمام الوزير المكلف بالسكن والعمران.

فأما الطعن وفقاً للقواعد العامة فيكون برفع دعوى قضائية بموجب دعوى الإلغاء أمام مجلس الدولة المختص، والذي يفصل فيها كأول وآخر درجة وفقاً لنص المادة 901⁽²⁾ من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، كون القرار المتضمن العقوبة الإدارية يصدر عن لجنة إدارية لدى الوزير المكلف بالسكن والعمران.⁽³⁾

وإضافة إلى الطعن القضائي يمكن للمرقي العقاري أن يرفع تظلاً أمام الوزير المكلف بالسكن والعمران، حيث يقوم هذا الأخير بعرض الطعن أمام لجنة اعتماد المرقيين العقاريين طبقاً لنص المادة 19⁽⁴⁾ من المرسوم التنفيذي 84-12، لتتولى هذه الأخيرة دراسة ملف الطعن، مع إبداء رأيها فيه، على أن يتولى بعد ذلك

(1) القانون 04-11 المؤرخ في 14 ربيع الأول عام 1432 الموافق 17 فبراير سنة 2011، المحدد لقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية (ج.ر. العدد 14، ص12).

(2) المادة 901: "يختص مجلس الدولة كدرجة أولى وأخيرة، بالفصل في دعاوى الإلغاء والتفسير وتقدير المشروعية في القرارات الإدارية الصادرة عن السلطات الإدارية".

(3) مشتاوي: سميم، مرجع سابق، ص164. / تسبية: أعرم، مرجع سابق، ص283.

(4) المادة 19: "يحدد رئيس اللجنة جدول أعمال الاجتماعات.

ترسل الاستدعاءات مرفقة بجدول الأعمال إلى أعضاء اللجنة قبل خمسة عشر (15) يوماً على الأقل من تاريخ الاجتماع. ويمكن تقليص هذا الأجل بالنسبة للدورات غير العادية دون أن يقل عن ثمانية (8) أيام."

وزير السكن والعمران الفصل في هذا الطعن إما بالقبول؛ وبالتالي إلغاء قرار العقوبة الإدارية، أو الرفض حسب نص المادة 21⁽¹⁾ من المرسوم التنفيذي 12-84 سالف الذكر.

وتجدر الإشارة إلى أن قرار الوزير الفاصل في الطعن قابل للطعن فيه أمام مجلس الدولة وفقاً للقواعد العامة، وهذا نظراً لكونه قرار إداري صادر عن الإدارة المركزية، طالما أنه لا يوجد نص خاص قانوني يمنع ذلك.⁽²⁾

غير أنه ما يعاب على المادة 65 من القانون 11-04 أنها لم تبين الترتيب الزمني لهذه الطعون؛ فأيهما يكون الأول الطعن القضائي أم الطعن أمام الوزير المكلف بالسكن والعمران، أو أنه يمكن للمرقي العقاري الطعن أمامهم في نفس المدة الزمنية.

كما يعاب عليه أنه لم يتطرق للحدوث عن المسائل الجوهرية المتعلقة بالطعن الإداري كآجاله، وشروط ممارسة هذا الطعن مع إجراءاته، إضافة إلى آجال الفصل فيه، كما لم يتطرق إلى الإجراءات الواجب اتخاذها في حالة سكوت الإدارة عن الرد على الطعن، وهذا ما يثير إشكالات، مع التضارب في تطبيق أحكام القانون.

ومن هنا يتبين أن القانون 11-04 قد بين العقوبات الإدارية التي يتعرض لها المرقي العقاري بدءاً من سحب اعتماده مؤقتاً لمدة ستة (6) أشهر في حال تقصيره في التنفيذ الجزئي وغير المبرر لالتزاماته تجاه المشترين، أو عدم احترام المرقي العقاري لقواعد أخلاقيات المهنة كما هي محددة في القانون والنصوص المتخذة لتطبيقه، ويتعرض للسحب النهائي للاعتماد إذا لم يستوف شروط الحصول عليه، في حالة تجاهله عن قصد بصفة خطيرة ومتكررة القيام بالتزاماته كما تم الاتفاق عليها، أو في حالة إنهائه لنشاطه دون مبرر ودون إخطار مسبق للسلطة المسلمة للاعتماد، كما يسحب منه هذا الأخير تلقائياً في حالة الوفاة أو العجز الجسماني والعقلي، أو إذا كان موضوع حكم بسبب الغش الضريبي أو التصفية القضائية.⁽³⁾

(1) المادة 21: "تكون آراء اللجنة حسب إحدى الصيغتين الآتيتين:

- رأي بالموافقة. - رأي بالرفض معلقاً".

(2) تسمية: أعمار، مرجع سابق، ص 284.

(3) انظر: المادة 64 من القانون 11-04 سالفة الذكر.

الفرع الثالث: العقوبات الجزائية

وإضافة إلى العقوبات المدنية والإدارية نص المشرع الجزائري على مجموعة من العقوبات والأفعال المجرمة في إطار المسؤولية الجزائية التي تطال المرقى العقاري، وهذا سعياً منه لحماية المشتري في عقد بيع البناء على التصاميم، وهذا في المواد من 69 إلى 78 من القانون 04-11 سالف الذكر، كما أحال الأفعال المجرمة الأخرى التي يرتكبها المرقى العقاري إلى قانون العقوبات.

ويكمن هدف المشرع الجزائري من وراء توقيع المسؤولية الجزائية⁽¹⁾ إلى حماية الأطراف التي يمكن أن تقع ضحية الاحتيال والنصب وغيرها من الجرائم عامة، والمشتري في عقد بيع البناء على التصاميم خاصة، إذ أن الواقع يشهد أن السياسة العقابية لها دور فعال في الحد من عمليات النصب وغيرها من جهة كما أنها من جهة أخرى تمكن المشتري من الحصول على البناية محل التشييد وفق المواصفات المطلوبة وفي الآجال المحددة في العقد، فقد سعى المشرع الجزائري لحماية المشتري في عقد بيع البناء على التصاميم من أن يقع ضحية للمرقى العقاري وهذا في كل مرحلة من مراحل عملية البناء وقبلها -مراحل الحصول على التراخيص وغيرها كما سبق بيانه- من خلال فرض العقوبات الجزائية عليه؛ وهذه الأخيرة تأتي نتيجة الجرائم التي يمكن أن يرتكبها المرقى العقاري في إطار ممارسة نشاطاته المتعلقة بالترقية العقارية من جهة، ومن جهة أخرى تأتي نتيجة التحريات وإجراءات المعاينة التي تقوم بها الهيئات المختصة، وهذا ما سأتطرق إليه من خلال هذا الفرع على النحو التالي:

البند الأول: الجرائم التي يرتكبها المرقى العقاري

وتأتي هذه الجرائم انطلاقاً من مخالفة المرقى العقاري لقواعد وأصول مهنة الترقية العقارية، وسعياً من المشرع الجزائري لحماية المشتري فقد أقر سياسة عقابية تتعلق بكل فعل قد يرتكبه المرقى العقاري يشكل خلافاً

(1) تكون المسؤولية الجزائية بتوقيع العقاب والجزاء على كل شخص يقدم على فعل أو تصرف معاقب عليه قانوناً، كما أن نطاق تطبيق هذه المسؤولية محدد ومحصور بالعناصر والشروط والإجراءات التي يحددها القانون، وهذا لكون الأفعال المجرمة محددة مسبقاً بنص قانوني إذ لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص يقرها كما قضت به المادة الأولى من قانون العقوبات، وهذا على سبيل الحصر لا التمثيل؛ إذ لا يمكن للقاضي أن يضيف عقوبة أو جريمة إلى الجرائم والعقوبات المحددة في القانون.

بالتزاماته، أو خرقاً لقواعد هذه المهنة، ومن هذه الجرائم ما نص عليه في القانون 11-04، ومنه ما نص عليه في قانون العقوبات، وتكمن هذه الجرائم في:

أولاً: إنجاز الأشغال دون الحصول على ترخيص إداري مسبق

وتشكل هذه الجريمة جنحة نص عليها المشرع الجزائري من خلال نص المادة 69 من القانون رقم 11-04، والتي تقضي بـ: "كل شروع في أشغال ترميم عقاري أو إعادة تأهيل أو تجديد عمراي أو إعادة هيكلة أو تدعيم يخالف أحكام المادة 6⁽¹⁾ من هذا القانون يعرض الفاعل لغرامة من مائتي ألف دينار (200.000 دج) إلى مليوني دينار (2.000.000 دج)".⁽²⁾

ويتبين من نص المادة 69 أن هذه الجنحة تتشكل من ركنين كغيرها من الجرائم: الركن المادي والمعنوي.

فأما الركن المادي فيتكون من عنصرين وهما: إنجاز الأشغال وعدم الحصول على ترخيص إداري مسبق؛ فأما إنجاز الأشغال فلا يقصد به كل أشغال البناء التي يقوم بها المرقي العقاري؛ فالمادة 69 قد

(1) المادة 6: "تخضع كل عملية ترميم عقاري أو إعادة تأهيل أو تجديد عمراي أو إعادة هيكلة أو تدعيم إلى ترخيص إداري مسبق.

يمنع الشروع في أي من الأشغال المذكورة أعلاه، دون الحصول على الترخيص الإداري المذكور في الفقرة أعلاه".

(2) القانون 11-04 المؤرخ في 14 ربيع الأول عام 1432 الموافق 17 فبراير سنة 2011، المحدد لقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية (ج.ر العدد 14، ص12).

حددت مجموعة من الأشغال تدخل في نطاق هذه اللجنة، وتتمثل في أشغال ترميم العقار⁽¹⁾ أو إعادة تأهيله⁽²⁾، أو تجديد العمران⁽³⁾، أو إعادة هيكلة⁽⁴⁾ أو تدعيم البناية⁽⁵⁾.

ولا يكف هذا بل يجب أن يتوفر العنصر الثاني لقيام الركن المادي وهو **عدم الحصول على الترخيص الإداري المسبق** والذي قضت به المادة السادسة (6) من القانون 04-11 سالف الذكر، واشترطته قبل القيام بأشغال إنجاز البناية، وعند عدم حصول المرقى العقاري على هذا الترخيص فإنه يكون أمام طائلة التعرض لعقوبات هذه اللجنة، ولعل هدف المشرع من وراء إقرار هذا الترخيص هو السهر على احترام قوانين التهيئة والتعمير، إضافة إلى حماية حقوق المشتري من خلال عدم إدخال المرقى العقاري على أي تعديلات على البناية محل الإنجاز.

(1) **أشغال ترميم العقار**: فقد عرفت المادة الثالثة في بندها 4 من القانون 04-11 بقولها: "الترميم العقاري: كل عملية تسمح بتأهيل البنايات أو مجموعة البنايات ذات طابع معماري أو تاريخي دون المساس بالأحكام المتضمنة في القانون رقم 04-98 المؤرخ في 20 صفر 1419 هـ الموافق 15 يونيو 1998م والمذكور أعلاه". وهذا الترميم يهدف إلى جعلها صالحة للاستعمال أو الاستغلال.

(2) **إعادة التأهيل**: عرفت المادة الثالثة في بندها السادس من القانون 04-11 بقولها: "إعادة التأهيل: كل عملية تتمثل في التدخل في بناية أو مجموعة بنايات من أجل إعادة تأهيلها إلى حالتها الأولى وتحسين شروط الرفاهية واستعمال تجهيزات الاستغلال".

(3) **التجديد العمراني**: عرفت المادة الثالثة في بندها الخامس من القانون 04-11 بقولها: "التجديد العمراني: كل عملية مادية تمثل دون تغيير الطابع الأساسي للحي، تغييراً جذرياً في النسيج العمراني الموجود مع إمكانية هدم البنايات القديمة، وعند الاقتضاء إعادة بناء بنايات جديدة في نفس الموقع".

(4) **إعادة الهيكلة**: عرفت المادة الثالثة في بندها السابع من القانون 04-11 بقولها: "إعادة الهيكلة: يمكن أن تكون شاملة أو جزئية، وتخص شبكات التهيئة وكذا البنايات أو مجموعة البنايات.

ويمكن أن تؤدي هذه العملية إلى الهدم الجزئي لتجزئات أو تغيير خصائص الحي من خلال تحويل النشاطات بكل أنواعها وإعادة تخصيص البنايات من أجل استعمال آخر".

(5) **التدعيم**: عرفت المادة الثالثة في بندها الثامن من القانون 04-11 بقولها: "التدعيم: كل عملية تتمثل في إعادة الاستقرار لبناية ما من أجل تكييفها مع المتطلبات التنظيمية الجديدة".

وأما الركن المعنوي⁽¹⁾ في هذه الجنحة فيتحقق باتجاه إرادة المرقى العقاري إلى ارتكاب أحد الأشغال المكونة للجنحة الواردة في المادة 69 سالفه الذكر، مع علمه بتوافر أركان هذه الجنحة، واستهدافه تحقيق نتيجة إجرامية كما يتطلبها النص القانوني.⁽²⁾

فإذا توافر الركن المادي والمعنوي لجنحة إنجاز الأشغال دون الحصول على ترخيص إداري مسبق يحكم على المرقى العقاري بغرامة مالية من مائتي ألف دينار (200.000 دج) إلى مليوني دينار (2.000.000 دج)، مع الإعفاء من العقوبة السالبة للحرية-الحبس-، معتبراً إياها جنحة بسيطة، وإن كانت في الحقيقة تتعلق بالنظام العام العمراني.⁽³⁾

على غرار القانون الجزائري فإن القانون الفرنسي أيضاً يلزم بالعقوبات في حالة القيام بأشغال الإنجاز دون الحصول على ترخيص مسبق بغرامة تقدر بـ: 4500 أورو للشخص الطبيعي، و22500 أورو للشخص المعنوي.⁽⁴⁾

أما المشرع المغربي فيعاقب بدفع غرامة مالية تقدر بـ: 10.000 إلى 100.000 درهم في حالة عدم وجود رخصة السكن أو المطابقة وغيرها عملاً بنص المادة 76 من القانون 90-12.⁽⁵⁾

فقيام المرقى العقاري بأشغال الترقية العقارية دون الحصول على التراخيص فيه خطر على المشتري؛ إذ يمكن أن يقع ضحية نصب واحتيال من قبل المرقى العقاري، وهذا ما لا يرضاه المشرع الجزائري الذي سعى

(1) الركن المعنوي هو اتجاه الجاني إلى إتيان الفعل المجرم، مع علمه بتوافر أركان الجريمة كما يتطلبها القانون، وأن هذا الفعل معاقب عليه قانوناً. إضافة إلى انصراف إرادة الجاني إلى تحقيق النتيجة الإجرامية بوسقبة: أحسن، الوجيز في القانون الجزائري العام، دار هومة، الجزائر، ط10، 2011م، ص123-124. / ثبوت: حمزة، المسؤولية الجنائية لمشيدي البناء، مذكرة تخرج لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء، المدرسة العليا للقضاء، 2008م، ص39-40.

(2) تسمية: أعمار، مرجع سابق، ص290.

(3) تسمية: أعمار، المرجع نفسه، ص290.

(4) Pascale dechelette-tolot, Alexandre de konn, les infraction pénales dans les opérations de construction, éditions lamy, France, 2014, p162-163.

(5) بونبات: محمد بن أحمد، بيع في طور الإنجاز، دراسة في ضوء القانون رقم 00-44، سلسلة أفاق القانون، مراكش المغرب، العدد 9، ط1، 2004، ص81.

إلى فرض سفااسة عقابفة راءعة لآمافة هءا المشترى من ؤلال فرض العقوبات السابق ذكرها على المرقي العقارى، والى من شأنها أن ؤجعل هءا الأفر ؤرفصافً على الءصول على التراخفص للقفام بأشغال الإنجاز.

ثانفاً: كل عرض لبع أملك عقاربة فى إطار مشروع عقارى أنجز مآالفة لأءكام القانون 04-11

وقء نص المشرع الجزائرى على هءه الءنءة من ؤلال نص المءاة 70 من القانون 04-11 والى ؤقضى بـ:" كل عرض لبع أملك عقاربة، فى إطار مشروع عقارى أنجز مآالفة لأءكام المواء من 27 إلى 29 من هءا القانون، يعرض الفاعل لعقوبة الءبس من شهرفن (2) إلى سنفن (2) وءرامة مالفة من مائى ألف ءنار (200.000ء) إلى ملفوفى ءنار (2.000.000ء)".⁽¹⁾

ومن ؤلال المءاة 70 نسنءء أن لهءه الءنءة ركنفن أفضافً هما: الركن الماى والمعنوفى.

فأما الركن الماى فىءكون من عنصرفن هما:

1- عرض ببع أملك عقاربة فى إطار مشروع عقارى: وفكون المرقي العقارى أمام ارءكاب هءه الءنءة مءى صءر منه سلوك أو أبءى رءبةً ؤقضى عرض لبع أملك عقاربة فى إطار مشروع قضاى فى عقد ببع البناء على التصامفم، ولا فشرء الببع فى ؤء ذاته بل فكفى العرض فقط لقفام هءه الءنءة، ومن هءه العروض قفام البائع بوضع السلع فى مءناول الءمهور عن طرفق الإشهار بالمشروع العقارى بكل وسفلة من وسائل الاءصال، وهءا طبقافً لما نصء علىه الفقرة الأولى من المءاة 15⁽²⁾ من القانون 04-02.⁽³⁾

(1) القانون 04-11 المؤرخ فى 14 رفبع الأول عام 1432 الموافق 17 فبرافر سنة 2011، الءءء لقواعد اللى ؤنظم نشاط ؤرففة العقاربة (ج.ر. العءء 14، ص12-13).

(2) المءاة 15 ف1: " ؤءبر كل سلعة معروضة على نظر الءمهور معروضة للبع".

(3) القانون رقم 02-04 المؤرخ فى 5 جماءى الأولى 1425 هـ الموافق 23 فوفو 2004م، الءءء لقواعد المطبقة على الممارسات ؤءارفة. (ج.ر. العءء 41، ص5).

2- إنجاز المشروع العقاري بطريقة مخالفة للقانون: ولقيام هذه اللجنة يستلزم أن يكون المشروع العقاري قد أنجز بطريقة مخالفة للمواد من 27 إلى 29⁽¹⁾ من القانون 04-11 طبقاً لما قضت به المادة 70 من القانون 04-11 سالف الذكر، وهو ما يتعلق بإجراءات وشروط عقد حفظ الحق وعقد بيع البناء على التصاميم.

وأما الركن المعنوي: فيكون باتجاه إرادة المرقى العقاري إلى عرض بيع أملاك عقارية في إطار مشروع عقاري أنجز بطريقة مخالفة لأحكام القانون 04-11 مع علمه بذلك.

ومتى توافر الركن المادي والمعنوي يعاقب المرقى العقاري بالحبس من شهرين (2) إلى سنتين (2) وغرامة مالية من مائتي ألف دينار (200.000 دج) إلى مليوني دينار (2.000.000 دج).

فالمشروع في إطار حماية المشتري في عقد بيع البناء على التصاميم قد قرن بيع العقوبة المالية والعقوبة البدنية السالبة للحرية على خلاف اللجنة السابقة، وهو ما يعزز هذه الحماية من خلال التزام المرقى العقاري بالقوانين المعمول بها في إنجاز مشاريع الترقية العقارية من جهة، ومن جهة أخرى منعه من بيع الأملاك العقارية المنجزة بطريقة مخالفة للقانون، ولا شك أن هذا فيه حماية للمشتري.

ثالثاً: مطالبة أو قبول تسييق أو إيداع أو اكتتاب أو سناً تجارياً قبل التوقيع على عقد بيع البناء على التصاميم أو عقد حفظ الحق

وقد نص المشرع الجزائري على هذه اللجنة من خلال نص المادة 71 من القانون 04-11 والتي تقضي بـ: "يتعرض كل مرق عقاري يطالب أو يقبل تسييقاً أو إيداعاً أو اكتتاباً أو سناً تجارياً قبل توقيع عقد

(1) المادة 27: "عقد حفظ الحق هو العقد الذي يلتزم بموجبه المرقى العقاري بتسليم العقار المقرر بناؤه أو في طور البناء لصاحب حفظ الحق فور إنجازه، مقابل تسييق يدفعه هذا الأخير.

يودع مبلغ التسييق 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".

المادة 28: "عقد البيع على التصاميم لبنانية أو جزء من بناية مقرر بناؤها أو في طور البناء هو العقد الذي يتضمن ويكرس تحويل حقوق الأرض وملكية البنائيات من طرف المرقى العقاري لفائدة المكتب موازاة مع تقديم الأشغال، وفي المقابل يلتزم المكتب بتسديد السعر كلما تقدم الإنجاز".

المادة 29: "لا يمكن إبرام عقد بيع على التصاميم وعقد حفظ الحق لعقار مقرر بناؤه أو في طور البناء، إلا من طرف المرقى العقاري، كما تنص عليه المواد 4 (الفقرة 2) و18 و19 و20 و21 من هذا القانون".

البيع على التصاميم، أو عقد حفظ الحق، لعقوبة الحبس من شهرين (2) إلى سنتين (2) وغرامة مالية من مائتي ألف دينار (200.000 دج) إلى مليوني دينار (2.000.000 دج)⁽¹⁾.

وحسب المادة 71 فهذه الجنحة ركنين: مادي ومعنوي أيضا.

فأما الركن المادي فيتشكل من عنصرين أساسيين هما:

1-مطالبة أو قبول المرقى العقاري تسبقاً أو إيداعاً أو اكتتاباً أو سنداً تجارياً: فقيام هذا العنصر يستلزم قيام المرقى العقاري بمطالبة المشتري بدفع تسبيق أو إيداع مالي أو اكتتاب أو سندات تجارية قبل إبرام عقد بيع البناء على التصاميم مخالفاً بذلك أحكام نص المادة 42⁽²⁾ من القانون 04-11 سالف الذكر، والتي تمنعه من القيام بذلك.

وتجدر الإشارة إلى أنه يستوي أن تكون المطالبة شفوية أو مكتوبة، أو باتخاذ أي تدبير أو سلوك يكون الهدف منه رغبة المرقى العقاري في الحصول على هذا التسبيق قبل إبرام عقد البيع على التصاميم⁽³⁾، والواقع العملي يشهد باستغلال المرقى العقاري لحاجة المشتري للسكن من أجل مطالبته بتسديد تسبيق مالي سواء أكان ذلك مقابل وصلٍ أو دونه، وهذا ما يؤدي إلى النصب والاحتيال على المشتري، الأمر الذي جعل المشرع الجزائري يتدخل بسن هذه العقوبات وتجريمها حماية للمشتري من التصرفات الاستغلالية التي تطاله من قبل المرقى العقاري.

ولا يكف مطالبة المرقى العقاري بالتسبيق لقيام هذه الجنحة؛ فمتى عرض المشتري أيضا على المرقى العقاري هذا، وقابله المرقى العقاري بالقبول سواء أكان هذا شفهيًا أو مكتوبًا أو بأي وسيلة يفهم من خلالها قبول المرقى لهذا التسبيق المعروض عليه يكون أيضا أمام هذه الجنحة، ومعرضاً لهذه العقوبات، وهذا قبل إبرام عقد بيع البناء على التصاميم كما سبق بيانه.

(1) القانون 04-11 المؤرخ في 14 ربيع الأول عام 1432 الموافق 17 فبراير سنة 2011، المحدد لقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية (ج.ر العدد 14، ص13).

(2) المادة 42: "لا يمكن المرقى العقاري أن يطالب ولا أن يقبل أي تسبيق أو إيداع أو اكتتاب أو قبول سندات تجارية مهما كان شكلها، قبل توقيع عقد البيع على التصاميم أو قبل تاريخ استحقاق الدين".

(3) تسمية: أعرم، مرجع سابق، ص295.

وحسن ما فعله المشرع الجزائري عندما سوى في تطبيق هذه العقوبات على المرقى العقارى سواء قبض التسبيق أو لم يقبضه؛ إذ أن هذه الجنحة تقوم بمجرد المطالبة أو القبول، وهذا فيه حماية للمشترى في عقد بيع البناء على التصاميم.

2- أن تكون المطالبة أو القبول قبل إبرام عقد بيع البناء على التصاميم: فمتى كانت المطالبة أو القبول بالتسبيق قبل إبرام عقد بيع البناء على التصاميم كان المرقى العقارى معرضاً للعقوبات الواردة في المادة 71 من القانون 04-11، ويستوي في ذلك أن يقوم المرقى العقارى بإبرام هذا العقد مخالفاً للقانون في مقابل المطالبة أو قبول تسيقات أيضاً بعد إبرامه، وهذا نظراً لبطلان هذا العقد.

وأما الركن المعنوي فيكون باتجاه إرادة المرقى العقارى إلى المطالبة أو قبول تسبيق أو إيداع أو اكتتاب أو سند تجاري قبل التوقيع على عقد بيع البناء على التصاميم مع علمه بأنها جنحة تستلزم عقوبات، وهذا دون شرط الاستلام بل يكفي المطالبة أو القبول فقط.

ومتى ثبتت هذه الجنحة على المرقى العقارى، وهذا بتوافر الركن المادي والمعنوي يعاقب بالحبس من شهرين (2) إلى سنتين (2) وغرامة مالية من مائتي ألف دينار (200.000 دج) إلى مليوني دينار (2.000.000 دج).

وبالرجوع إلى القانون الفرنسي فإنه يعاقب على كل مخالفة في حال دفع أو قبول تسبيق في البناءات ذات الاستعمال السكني قبل توقيع العقد في القطاع المحمي لطرق الدفع المحددة في المواد 2-261 و 15-262 و 8-262 بالحبس لمدة سنتين وغرامة مالية تقدر بـ: 9000 أورو أو بإحدى هاتين العقوبتين طبقاً لنص المادة 1-236 من قانون البناء والتعمير الفرنسي، وأما المشرع التونسي فإنه يعتبر عدم احترام آجال الدفع جنحة نصب واحتيال يعاقب عليها بالحبس لمدة خمس سنوات طبقاً لنص المادة 15 و 19 من القانون رقم 1977 من قانون العقوبات، وأما فيما يخص المشرع المغربي فإنه رتب على قبول التسيقات قبل توقيع العقد البطلان دون عقوبات جزائية عملاً بالفصل 8-618 من القانون 00-44.⁽¹⁾

(1) مسكر: سهام، التزامات المرقى العقارى المترتبة على بيع السكنات الترفوية، مرجع سابق، ص 436-437.

وحسنً ما فعل المشرع الجزائري بإقراره هذه العقوبات لمثل هذه الجنح؛ إذ أن الواقع العملي يشهد بقيام المرقين العقاريين بمثل هذه الحيل للنصب والاحتيال على المشتريين مستغلين في ذلك حاجتهم إلى السكن، فكان المشرع الجزائري موفقاً في إقرار هذه العقوبات والمعاقبة على هذه الجرائم، وهذا ما يشكل أحد أهم الضمانات الممنوحة للمشتري في هذا العقد، والتي تجعله مقبلاً عليه بأريحية تامة بعيداً عن التلاعبات والحيل، مما يحقق له الحصول على السكن محل العقد وفق المواصفات والآجال المطلوبة المحددة في العقد، ووفقاً للكيفيات المطلوبة قانوناً.

رابعاً: عدم تبليغ نظام الملكية المشتركة للمشتريين

فإذا كان المشرع الجزائري قد ألزم المرقى العقاري بتبليغ نظام الملكية المشتركة للمشتريين بعد إعدادها بكيفية دقيقة؛ وهذا من خلال تضمينها كافة البيانات القانونية والمالية والتقنية الخاصة به خاصة ما تعلق بالحقوق والواجبات، وهذا قبل التسليم النهائي للبناء محل عقد بيع البناء على التصاميم كما سبق بيانه، تحت طائلة العقوبات الجزائية⁽¹⁾، والتي قضت بها المادة 72 من القانون 04-11 بقولها: "يتعرض كل مرق عقاري لا يبلغ للمقتني نظام الملكية المشتركة المنصوص 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)".⁽²⁾

وكغيرها من الجنح السابقة تتكون هذه الجنحة من الركن المادي والمعنوي.

فأما الركن المادي فيكون في حالة امتناع المرقى العقاري عن تبليغ نظام الملكية المشتركة للمشتريين قبل تسليمه للبناء محل عقد بيع البناء على التصاميم المنصوص عليها بنص المادة 61⁽³⁾ من القانون 04-11،

(1) تسمية: أعرم، مرجع سابق، ص 298.

(2) القانون 04-11 المؤرخ في 14 ربيع الأول عام 1432 الموافق 17 فبراير سنة 2011، المحدد لقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية (ج.ر العدد 14، ص 13).

(3) المادة 61: "يتعين على كل مرق عقاري إعداد نظام الملكية المشتركة وتوضيح كل البيانات القانونية والتقنية والمالية الخاصة به. ويجب عليه خصوصاً توضيح الأعباء والواجبات التي يلتزم بها المقتنون عند الاكتتاب في عقد بيع عقار ما. كما يجب على المرقى العقاري توقع وإنجاز المحلات الضرورية لإدارة الأملاك ومسكن البواب، بعنوان الأجزاء المشتركة".

ليكون بذلك قد خالف نص هذه المادة التي تلزم المرقى العقارى بإعدادها ثم تبليغها قبل تسليم البناية، إضافة إلى ما أقره المشرع في المرسوم التنفيذى 13-431 سالف الذكر.

ولما كان العقاب لا يكون إلا في حالة عدم التبليغ بهذا النظام، فإن التبليغ يستلزم أيضا إعداد هذا النظام قبل ذلك؛ وعدم الإعداد يعنى عدم التبليغ، وبالتالي يعاقب أيضا المرقى العقارى في حالة ما إذا لم يتم بإعداد نظام الملكية المشتركة.

وأما الركن المعنوي فيكون باتجاه إرادة المرقى العقارى إلى الامتناع عن تبليغ نظام الملكية المشتركة للمشتريين قبل تسليم البناية محل العقد، وهذا رغم علمه أن هذا التصرف يشكل خرقاً صريحاً للقانون مما يعرضه إلى العقوبات الجزائية الواردة في نص المادة 72 من القانون 04-11، وهذا ما لم يتم إثبات عكس ذلك؛ كأن يكون للمرقى العقارى سبب خارج عن إرادته يمكنه من التبليغ.

ومتى توافر الركنين-المادى والمعنوي-عوقب المرقى العقارى بغرامة من مائتي ألف دينار (200.000 دج) إلى مليوني دينار (2.000.000 دج)، وهذا لحماية المشتري من خلال اطلاعه على نظام الملكية المشتركة، وتعريفه بحقوقه وواجباته، وضوابط وأساليب إدارة الأجزاء المشتركة، والمسؤولية الناتجة عنها من جهة، ومن جهة أخرى لضمان التسيير الحسن للأجزاء المشتركة وصيانتها مع تحقيق السلامة فيها.⁽¹⁾

خامساً: التأخر في تحويل الملكية عن الآجال المحددة قانوناً

وقد نصت على هذه الجنحة المادة 73 من القانون 04-11 بقولها: "يتعرض كل مرقى عقارى، 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)".⁽²⁾

ولهذه الجنحة أيضا ركنين: أولهما مادى والثاني معنوي.

(1) تسيية: أعمار، مرجع سابق، ص 300. / بن عيسى: محمد، المسؤولية الجزائية للمرقى العقارى، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص-فرع القانون المدنى الأساسى، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، 2017، ص 173.
(2) القانون 04-11 المؤرخ في 14 ربيع الأول عام 1432 الموافق 17 فبراير سنة 2011، المحدد لقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية (ج.ر العدد 14، ص 13).

فأما الركن المادي فيكون بارتكاب المرقى العقاري لفعل أو سلوك مخالف لأحكام المادة 33⁽¹⁾ من القانون 04-11، والمتعلق بنقل الملكية أمام الموثق في آجال ثلاث أشهر (3) كحد أقصى للمشتري، ومتى تخلف عن هذا كان معرضاً للعقوبات الجزائية الواردة في نص المادة 73 سالف الذكر، وهذا ما لم يثبت أن سبب التخلف عن تحويل الملكية خارج عن إرادته.

وهذا مما لا شك فيه أنه فيه حماية لحقوق المشتري من التماطل الذي يمكن أن يمارسه المرقى العقاري مما يفوت الفرصة عليه في الحصول على البناية محل عقد بيع البناء على التصاميم في الآجال المتفق عليها في العقد.

وأما الركن المعنوي فيكون باتجاه إرادة المرقى العقاري إلى خرق آجال تحويل الملكية، مع علمه بأن انقضاء مدة الثلاث (3) أشهر معاقب عليها قانوناً.

ومتى توافر الركن المادي والمعنوي عوقب المرقى العقاري بغرامة من مائتي ألف دينار (200.000 دج) إلى مليوني دينار (2.000.000 دج)، وهذا سعيًا من المشرع الجزائري إلى حماية المشتري من خلال حصوله على البناية محل عقد بيع البناء على التصاميم في الآجال المطلوبة والمحددة قانوناً لتحويل الملكية من جهة، ومن جهة أخرى لفرض الصرامة على المرقى العقاري كي لا يتماطل في عملية التحويل هذه، مما ينجر عنها استغلال المرقى العقاري للمشتري ومطالبته بأشياء خارجة عن العقد.

سادساً: عدم اكتتاب التأمينات والضمانات المنصوص عليها قانوناً⁽²⁾

وقد نصت على هذه الجنحة المادة 74 من القانون 04-11 بقولها: "يعاقب كل مرق عقاري غير مكتتب في التأمينات والضمانات المنصوص عليها في أحكام المادة 55 من هذا القانون، بالحبس من

(1) المادة 33: "يتعين على المرقى العقاري، بعد ثلاثة (3) 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".

(2) لقد تم التطرق إليها في البند الثاني-الفرع الأول-المطلب الثاني-المبحث الأول، وهذا ضمن الفصل الأول من هذه الأطروحة، ص 102-

شهرين (2) إلى سنتين (2) وغرامة من مائتي ألف دينار (200.000 دج) إلى مليوني دينار (2.000.000 دج)⁽¹⁾.

ولهذه الجنحة ركنين أيضاً: مادي ومعنوي.

فأما الركن المادي فيكون في حالة عدم اكتتاب المرقى العقاري للضمان لدى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة، والتي أقرها المشرع الجزائري من خلال نص المادة 55⁽²⁾ من القانون 04-11 سالف الذكر، والذي يعتبر حماية فعالة للمشتري نظراً للمهمة التي أوكله إياها المشرع الجزائري، وهذا بالسهر على وضع الضمانات والتأمينات التي يلتزم بها المرقون العقاريون عند الاكتتاب.

وأما الركن المعنوي فيكون باتجاه إرادة المرقى العقاري إلى عدم اكتتاب الضمان لدى صندوق الضمان، مع علمه بأنه يرتكب فعلاً يعاقب عليه القانون.

وهذا لا شك أن فيه حماية لحقوق المشتري في عقد بيع البناء على التصاميم؛ فمتى أدخل المرقى العقاري بالتزاماته حل الصندوق مكانه لإتمام أشغال الإنجاز وفق الإجراءات المحددة قانوناً كما سبق بيانها في الفصل الأول من جهة، ومن جهة أخرى يعاقب المرقى العقاري متى توافر هذين الركنين بالحبس من شهرين (2) إلى سنتين (2) وغرامة من مائتي ألف دينار (200.000 دج) إلى مليوني دينار (2.000.000 دج).

أما التشريع الفرنسي فقد نص على ضرورة اكتتاب المرقى العقاري التأمينات اللازمة كالتأمين العشري وغيرها وإلا عوقب بالحبس لمدة ستة أشهر وبدفع غرامة مالية تقدر بـ: 75.000 أورو طبقاً لما قضت به

(1) القانون 04-11 المؤرخ في 14 ربيع الأول عام 1432 الموافق 17 فبراير سنة 2011، المحدد لقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية (ج.ر العدد 14، ص 13).

(2) المادة 55: "يجب أن يتسبب كل المرقين العقاريين المعتمدين والمسجلين في الجدول الوطني للمرقين العقاريين، لصندوق الضمان والكفالة المتبادلة في نشاط الترقية العقارية المنشأ بموجب أحكام المرسوم التشريعي رقم 93-01 المؤرخ في 19 يناير سنة 1993 والمتضمن قانون المالية لسنة 1993 الذي يدعى في صلب النص "صندوق الضمان".

توكل لصندوق الضمان مهمة السهر على وضع الضمانات والتأمينات التي يلتزم بها المرقون العقاريون عند الاكتتاب."

المادة 243-3 من قانون التأمين، وأما المشرع التونسي فعاقب على عدم الالتزام بالتأمينات الإلزامية بالحبس من ستة عشر يوماً إلى خمس سنوات عملاً بالمادة 21 من القانون رقم 1986. (1)

سابعاً: الإدلاء بمعلومات خاطئة أو غير كاملة

نصت على هذه الجنحة المادة 75 من القانون 11-04 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 دينار (200.000 دج) إلى مليوني دينار (2.000.000 دج) أو بإحدى هاتين العقوبتين". (2)

ولهذه الجنحة ركن مادي وآخر معنوي.

فأما الركن المادي فيتكون من عنصرين:

- 1- الإدلاء بمعلومات خاطئة أو غير كاملة: كأن يقوم المرقى العقاري أو غيره من المتدخلين في الترقية العقارية بالتصريح بمعلومات خاطئة أو غير كاملة في جزئياتها، ويستوي في ذلك أن تكون هذه المعلومات شفوية أو كتابية- كتحديد مستندات ووثائق غير حقيقية-، وسواء أكان هذا الإدلاء أمام الإدارة المختصة بمنح الرخص أو الاعتماد وغيرها من الرخص الإدارية، أو أمام المشتري لتحفيزهم على القيام بعملية الشراء. (3)
- 2- القيام بالإدلاء في إطار أو بمناسبة عملية الترقية العقارية: إذ يجب أن يكون الإدلاء بالمعلومات الخاطئة أو غير الكاملة في إطار أو بمناسبة ممارسة عملية الترقية العقارية، ومن ذلك إدلاء المرقى العقاري بمعلومات

(1) Ajmi Bel hamouda, la promotion immobilière obligation et responsabilité du promoteur et de l'acquéreur, le droit de la promotion immobilière, préface de lazhar bouony, actes du colloque tenu les 28-29-30 janvier 1998, faculté de droit et des sciences politiques de Tunis, volume 1, 1989, P228.

(2) القانون 11-04 المؤرخ في 14 ربيع الأول عام 1432 الموافق 17 فبراير سنة 2011، المحدد لقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية (ج.ر العدد 14، ص 13).

(3) بن عيسى: محمد، مرجع سابق، ص 133. / تسيية: أعمر، مرجع سابق، ص 301-302.

خاطئة لدى مصالح البلدية للحصول على رخصة البناء أو رخص التجزئة وغيرها في إطار عقد بيع البناء على التصاميم، تحت غطاء نشاطات الترقية العقارية.

وحسنٌ ما فعله المشرع الجزائري من خلال مسائلة جميع المتدخلين في الترقية العقارية؛ وهذا نظراً لخطورة هذا الفعل الذي يمكن أن يصدر من المرقى العقاري نفسه أو من بقية المتدخلين كالمقاولين والمهندسين وغيرها مما يضمن حماية فعالة للمشتري من كل أخطار التدليس والاحتيال التي يمكن أن تمارس ضده، وهذا ما يفهم من نص المادة 75 من القانون 04-11 سالف الذكر بقولها: "يتعرض كل من يدي بمعلومات خاطئة أو غير كاملة".

وأما الركن المعنوي فيكون باتجاه إرادة المرقى العقاري أو باقي المتدخلين إلى التصريح بالمعلومات الخاطئة أو غير الكاملة، مع علمه بأنها تشكل فعلاً إجرامياً يعاقب عليه القانون.

ومتى توافر الركن المادي والمعنوي عوقب المتسبب في الإلقاء بالمعلومات الخاطئة أو غير الكاملة بمناسبة ممارسة نشاط الترقية العقارية سواء أكان مرق عقاري أو متدخل في عملية الترقية العقارية كالمقاولين والمهندسين وغيرهم بالحبس 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، وهذا حمايةً للمشتري في عقد بيع البناء على التصاميم من أن يقع ضحية الإغراء والتدليس، إذ أن الواقع العملي أثبت وجود هذه الممارسات، والتي تشكل خطراً على المشتري، فحسن ما فعله المشرع الجزائري من خلال فرض هذه السياسة العقابية.

ثامناً: عدم إعلام المشتري بالبيانات المنصوص عليها قانوناً

يلتزم المرقى العقاري بالقيام بإعلام المشتري بكافة البيانات من أصل ملكية الأرضية ورقم السند العقاري عند الاقتضاء، ومرجعيات رخصة التجزئة، وشهادة التهيئة والشبكات، وكذا تاريخ ورقم رخصة البناء وهذا طبقاً لما قضت به المادة 30⁽¹⁾ من القانون 04-11، ومتى تخلف عن ذلك تعرض للعقوبات الجزائية المنصوص عليها في المادة 76 من القانون 04-11 سالف الذكر والتي تقضي بـ: "في إطار عقد البيع على

(1) المادة 30: "يجب أن يتضمن عقد حفظ الحق وعقد البيع على التصاميم المذكوران على التوالي في المادتين 27 و28 أعلاه، أصل ملكية الأرضية ورقم السند العقاري، عند الاقتضاء، ومرجعيات رخصة التجزئة، وشهادة التهيئة والشبكات، وكذا تاريخ ورقم رخصة البناء".

التصاميم أو عقد حفظ الحق، يتعرض كل مرق 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)⁽¹⁾.

وشأنها شأن الجرح السابقة فلقيامها يستلزم توافر ركنين أولهما مادي والثاني معنوي.

فأما الركن المادي فيكون في حالة ارتكاب المرقى العقاري لسلوك أو فعل قاصداً به عدم إعلام المشتري في عقد بيع البناء على التصاميم بالبيانات والمعلومات التي قضت بها المادة 30 من القانون 11-04 السالف ذكرها كأصل ملكية الأرض ورخصة التجزئة والبناء وغيرها.

وأما الركن المعنوي فيكون باتجاه إرادة المرقى العقاري إلى عدم إعلام المشتري بالبيانات والمعلومات المتعلقة بأصل الملكية ورقم السند العقاري، ورخصة التجزئة، إضافة إلى شهادة التهيئة والتعمير، وتاريخ ورقم رخصة البناء، مع علمه بأن سلوكه هذا معاقب عليه قانوناً.

ومتى ثبت أن المرقى العقاري قد ارتكب هذه الجرحة فإنه يعاقب بغرامة من مائتي ألف دينار (200.000 دج) إلى مليوني دينار (2.000.000 دج)، وهذا فيه حماية لحقوق المشتري من خلال إعلامه وإطلاعه على كل المعلومات والبيانات التي تخص البناية محل عقد بيع البناء على التصاميم من جهة، ومن جهة أخرى لا يمكن للمرقى العقاري إخفاؤها لعلمه بالعقوبات المفروضة عليه جراء ذلك.

تاسعاً: ممارسة مهنة الترقية العقارية بدون اعتماد والنصب

كثيراً ما نسمع اليوم بجرائم النصب والاحتيال في وسائل الإعلام المرئية والمكتوبة وحتى في مواقع التواصل الاجتماعي خاصة في مجال الترقية العقارية، فحاجة الناس الملحة إلى السكن تجعلهم يقعون ضحايا للنصب من خلال المشاريع العقارية الوهمية، ومن هذا الباب حرص المشرع الجزائري على حماية المشتري في هذا الباب من خلال إقراره للمادة 77 من القانون 11-04 والتي تقضي بـ: "يعاقب كل شخص يمارس مهنة مرق

(1) القانون 11-04 المؤرخ في 14 ربيع الأول عام 1432 الموافق 17 فبراير سنة 2011، المحدد لقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية (ج.ر العدد 14، ص 13).

عقاري بدون اعتماد طبقاً لأحكام المادة 243 من الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 8 يونيو سنة 1966 والمتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم.

عندما تؤدي الممارسة غير القانونية، كما هو منصوص عليها أعلاه، إلى النصب، تطبق أحكام المادة 372 من الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 8 يونيو سنة 1966 والمتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم".⁽¹⁾

فعملية النصب لا يمكن الوصول إليها إلا بالتخلي على مجموعة من الالتزامات والإجراءات المفروضة على الشخص لكي يصبح مرق عقاري ويمارس نشاطات الترقية العقارية، ومن ذلك الحصول على الاعتماد، فعند ممارسة مهنة الترقية العقارية دون الحصول على الاعتماد، فإن المشتري يكون الضحية الأولى نتيجة هذه الممارسات غير القانونية وبالتالي تضيع حقوقه، فهذا عنصر جوهري لعملية النصب⁽²⁾، ولهذا أقر المشرع عقوبات لحماية مهنة الترقية العقارية من الأشخاص المشبوهين والنصابين عامة ولحماية المشتري في عقد بيع البناء على التصاميم خاصة.

وبالرجوع إلى نص المادة 77 نجد أنها قد أحالت إلى المادة 243 من قانون العقوبات، وهذا فيما يخص العقوبات الجزائية التي يعاقب بها كل من يمارس مهنة الترقية العقارية بدون اعتماد، والتي تقضي بـ: "كل من استعمل لقباً متصلاً بمهنة منظمة قانوناً أو شهادة رسمية أو صفة حددت السلطة العمومية شروط منحها أو أدعى لنفسه شيئاً من ذلك بغير أن يستوفي الشروط المفروضة لحملها يعاقب بالحبس من ثلاثة أشهر إلى سنتين وبغرامة من 20.000 دج إلى 100.000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين".⁽³⁾

ومن هنا يعاقب كل من يمارس مهنة الترقية العقارية دون الحصول على الاعتماد بالحبس من ثلاثة أشهر إلى سنتين وبغرامة من 20.000 دج إلى 100.000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين.

(1) القانون 04-11 المؤرخ في 14 ربيع الأول عام 1432 الموافق 17 فبراير سنة 2011، الحدد لقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية (ج.ر العدد 14، ص13).

(2) غير أن هذا لا يمنع من وجود وسائل أخرى لعملية النصب والتي نصت عليها المادة 372 من قانون العقوبات.

(3) الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 18 صفر 1386 الموافق 8 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم بالقانون رقم 06-23 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006.

كما أن المشرع الجزائري لم يتوقف عند هذا الحد؛ إذ أن النصب والاحتيايل ممكن أن يتخذ أي صورة، فعاقب على كل ممارسة غير قانونية تؤدي إلى النصب، وهذا في إطار حماية المشتري عامة، ومشتري العقار على التصاميم خاصة، إذ أحالت المادة 77 من القانون 11-04 إلى المادة 372 فيما يخص العقوبات التي تطال المرقى العقاري في حالة ارتكابه إحدى هذه الممارسات غير القانونية والتي تقضي بـ: "كل من توصل إلى استلام أو تلقي أموال أو منقولات أو سندات أو أوراق مالية أو وعود أو مخالصات أو إبراء من التزامات أو إلى الحصول على أي منها أو شرع في ذلك وكان ذلك بالاحتيايل لسلب كل ثروة الغير أو بعضها أو الشروع فيه، إما باستعمال أسماء أو صفات كاذبة أو سلطة خيالية أو اعتماد مالي أو إحداث أمل في الفوز بأي شيء أو في وقوع حادث أو أية واقعة أخرى وهمية أو الخشية من وقوع شيء منها بالحبس من سنة على الأقل إلى خمس سنوات على الأكثر وبغرامة مالية من عشرين ألف 20.000 دج إلى مائة ألف 100.000 دج".⁽¹⁾

ومن هنا يتبين أن لجنة النصب ركنين مادي ومعنوي أيضا كسابقه من الجرح.

فأما الركن المادي فبالرجوع إلى نص المادة 372 من قانون العقوبات يتبين أنه يتكون من ثلاث عناصر:

1- استعمال وسيلة من وسائل الاحتيايل والتدليس: فلا تقوم هذه اللجنة إلا باستعمال المرقى العقاري في عقد بيع البناء على التصاميم على وسيلة من وسائل الاحتيايل والتدليس المذكورة حصراً في المادة 372 سالفة الذكر، والمتمثلة في: استعمال أسماء أو صفات كاذبة⁽²⁾؛ كأن ينتحل شخص صفة مرق عقاري منح له الاعتماد لممارسة هذه المهنة، إذ جعلها عنصراً جوهرياً في عملية النصب كما سبق بيانه، إضافة إلى استعمال المناورات والصيغ الاحتيايلية⁽³⁾، كأن يلجأ الشخص المنتحل لصفة المرقى العقاري إلى إبراز أوراق أو

(1) الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 18 صفر 1386 الموافق 8 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم بالقانون رقم 06-23 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006.

(2) يقصد باستعمال أسماء أو صفات كاذبة اتخاذ الجاني اسم أو صفة غير صحيحة، ولو لم يصحب ذلك استعمال مناورات احتيالية. بوسقيعة: أحسن، الوجيز في القانون الجزائري الخاص (الجرائم ضد الأشخاص، والجرائم ضد الأموال، وبعض الجرائم الخاصة)، دار هومة، الجزائر، ط9، 2008، ج1، ص317.

(3) يقصد بالمناورات والصيغ الاحتيايلية الكذب المصحوب بالمظاهر الخارجية، ولا تتحقق هذه المناورة بمجرد الأقوال والادعاءات الكاذبة، إلا إذا كانت مصحوبة بأعمال مادية أو مظاهر خارجية يستعين بها الجاني لإقناع الضحية بصدق تلك الأقوال والادعاءات الكاذبة، وهذه

مستندات منسوبة للغير؛ كالمخططات الهندسية التي توضح تصميم البناية محل المشروع الوهمي، بحيث يحمل هذا الأخير مواصفات لها اعتبار لدى المشتري مما تحمله على إبرام العقد، أو تجعله يستعين بمستندات مالية أو منقولات تثبت أنه يتمتع براحة مالية تسمح له بإنجاز المشروع، على أن تحقق هذه المناورات غرضاً من الأغراض المنصوص عليها في المادة 372 سالفه الذكر، والمتمثلة في:⁽¹⁾

أ- إيهام الناس بوجود مشاريع كاذبة: وذلك بعدم وجود تفكير جدي يقضي بتنفيذ هذا المشروع وتحسينه على أرض الواقع أصلاً⁽²⁾، كإنشاء المرقى العقاري شركة وهمية للترقية العقارية، والإشهار لها لجلب الجمهور⁽³⁾ واستغلال حاجته إلى السكن لحمله على إبرام العقود المتعلقة بالترقية العقارية عامة وعقد بيع البناء على التصاميم خاصة.

ب- إيهام الناس بوجود سلطة خيالية أو اعتماد مالي: وذلك بإيهام الناس بوجود السلطة القضائية؛ كأن يستلم مالاً مدعياً القدرة على الإفراج عن متهم ما، أو إيهامهم بامتلاكه لمبالغ مالية ضخمة قادرة على تجسيد عدة مشاريع عقارية-ذمة مالية مليئة⁽⁴⁾، مما ينعكس ذلك على الضحية بالتأثير عليه وإغوائه ليبرم هذا الأخير عقداً أو يسلم المرقى العقاري أموالاً نقدية.

ج- إحداث أمل في الفوز بأي شيء أو في وقوع حادث أو أية واقعة أخرى وهمية أو الخشية من وقوع شيء منها: وذلك بإيهام الضحية أن بإمكانه الحصول على الربح مستقبلاً، وممكن أن يشمل الفائدة المعنوية⁽⁵⁾؛ كالحصول على رتبة شرفية أو وسام استحقاق أو شهادة علمية وغيرها، أو خلق تخوف في ذهن الضحية بوقوع حادث مؤلم بإيهامه بفقدان وظيفته، وأن الجاني يسعى إلى منع ذلك مقابل مبالغ مالية.⁽⁶⁾

الأعمال المادية تتخذ صورتين: الأولى تكون باستعانة الجاني بأشياء رتبها بطريقة تصلح بتدعيم ما يدعيه، وأما الثانية فتكون باستعانتها بشخص آخر لتأكيد ما يدعيه. بوسقيعة: أحسن، الوجيز في القانون الجنائي الخاص، مرجع سابق، ص 319.

(1) تسيية: أعمار، مرجع سابق، ص 306. / بن عيسى: محمد، مرجع سابق، ص 65.

(2) بوسقيعة: أحسن، الوجيز في القانون الجنائي الخاص، مرجع سابق، ص 324.

(3) بن عيسى: محمد، مرجع سابق، ص 67.

(4) بوسقيعة: أحسن، الوجيز في القانون الجنائي الخاص، المرجع السابق، ص 324-325.

(5) تسيية: أعمار، مرجع سابق، ص 307. / محمد هشام: صالح عبد الفتاح، جريمة الاحتيال-دراسة مقارنة، أطروحة مقدمة لاستكمال متطلبات درجة الماجستير في القانون العام، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابل فلسطين، 2008، ص 45.

(6) بوسقيعة: أحسن، الوجيز في القانون الجنائي الخاص، المرجع السابق، ص 325.

2-سلب مال الغير: يأتي سلب مال الغير كنتيجة للنصب والاحتيايل المفروض على المجني عليه من قبل الجاني⁽¹⁾، ولقد بينت المادة 372 سالفة الذكر الأموال التي تسلب بقولها: "تلقى أموال أو منقولات أو سندات أو أوراق مالية أو وعود أو مخالفات أو إبراء من التزامات أو إلى الحصول على أي منها".

وتجدر الإشارة أن المشرع الجزائري قد سوى بين النصب كفعل قد وقع وبين الشروع في الفعل، وحسن ما فعل بإقراره لذلك، فالجاني يعاقب على هذه الجنحة بالعقوبات الواردة في المادة 372 من قانون العقوبات سالفة الذكر سواء كان قد سلب أموالاً من الضحية عامة أو مشتري البناء على التصاميم خاصة أو شرع في ذلك.

3-وجود علاقة سببية بين الاحتيايل والسلب: إذ يجب أن تكون هناك صلة بين عملية النصب والاحتيايل وعملية سلب مال الغير؛ وذلك بأن تؤدي عملية النصب إلى سلب مال الغير-أي أن يكون الفعل الثاني نتيجة للفعل الأول، أو يكون الأول سبباً للثاني.⁽²⁾

وأما الركن المعنوي فيكون باتجاه إرادة الجاني-المركبي العقاري في عقد بيع البناء على التصاميم-إلى الاستلاء على مال الضحية-المشتري-، وهذا باستعمال إحدى الطرق الاحتيايلية السابقة، مع علمه بأن هذا الفعل يعد جريمة يعاقب عليها القانون-أي توفر القصد الجنائي-.

ومتى توفر الركنان يعاقب الجاني عامة والمركبي العقاري في عقد بيع البناء على التصاميم خاصة في حال ارتكابه أي فعل أو سلوك المنصوص عليها في المادة 77، والتي أحالت إلى العقوبات الواردة في المادة 372 من قانون العقوبات، والتي قضت بعقوبة الحبس على الأقل من سنة إلى خمس سنوات على الأكثر، وغرامة مالية من عشرين ألف 20.000دج إلى مائة ألف 100.000دج.

(1) بن عيسى: محمد، مرجع سابق، ص 67.

(2) محمد هشام صالح عبد الفتاح، مرجع سابق، ص 57. / بوسقيعة: أحسن، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، مرجع سابق، ص 326.

وإذا كان النصب قد وقع على الجمهور؛ وهي التي تقع في غالب الأحيان باعتبار أن المرقى العقاري يعلن عن مشروعه للجمهور، وهذا بغية الحصول على الأموال من عدة أشخاص نتيجة النصب، فتضاعف العقوبة لتصل إلى الحبس لمدة عشر (10) سنوات، غرامة مالية تقدر بأربعمائة ألف (400.000) دينار جزائري.⁽¹⁾ ومتى أعاد المرقى العقاري ارتكاب أحد هذه الجرائم-العود-تضاعف له هذه العقوبات على حسب الجريمة المرتكبة طبقاً لما قضت به المادة 78⁽²⁾ من القانون 04-11.

البند الثاني: التحريات ومعاينة الجرائم التي يرتكبها المرقى العقاري من قبل الهيئات المختصة

لقد نصت المادة 66⁽³⁾ من القانون 04-11 على الأشخاص الذين أوكلت لهم مهمة البحث والتحري، ومعاينة الجرائم التي يرتكبها المرقى العقاري كما سبق وبيناه في حديثنا عن العقوبات الإدارية وهم:

أولاً: ضباط وأعاون الشرطة القضائية

لقد حددت المادة 15 من قانون الإجراءات الجزائية⁽⁴⁾ الأشخاص الذين يتمتعون بصفة الضبطية القضائية وهم:

- رؤساء المجالس الشعبية البلدية.

- ضباط الدرك الوطني.

- محافظو الشرطة.

- ضباط الشرطة.

(1) تسمية: أعمر، مرجع سابق، ص 309.

(2) المادة 78: "في حالة العود تضاعف العقوبة عند ارتكاب المخالفات المنصوص عليها في هذا الفرع".

(3) المادة 66: "زيادة على ضباط وأعاون الشرطة القضائية، يؤهل المتصرفون الإداريون والمهندسون والمهندسون المعماريون والأسلاك التقنية الأخرى التابعة لإدارة السكن والعمران، التي تحدد قائمتهم عن طريق التنظيم، بمعاينة مخالفات أحكام هذا القانون".

(4) الأمر رقم 66-155 المؤرخ في 18 صفر 1386 هـ الموافق 08 يونيو 1966 م المعدل والمتمم بالقانون رقم: 19-10 المؤرخ في 4 ربيع الثاني عام 1441 هـ الموافق 11 ديسمبر 2019 م المتضمن قانون الإجراءات الجزائية.

- ذوو الرتب في الدرك الوطني، ورجال الدرك الذين أمضوا في سلك الدرك ثلاث سنوات على الأقل والذين تم تعيينهم بموجب قرار مشترك صادر عن وزير العدل ووزير الدفاع الوطني، بعد موافقة لجنة خاصة.
- مفتشو الأمن الوطني الذين قضوا في خدمتهم بهذه الصفة ثلاث سنوات على الأقل وعينوا بموجب قرار مشترك صادر عن وزير العدل ووزير الداخلية والجماعات المحلية، بعد موافقة لجنة خاصة.
- ضباط وضباط الصف التابعين للمصالح العسكرية للأمن الذين تم تعيينهم خصيصاً بموجب قرار مشترك صادر عن وزير الدفاع الوطني ووزير العدل.

ثانياً: الأعوان المنصوص عليهم في القانون 11-04

إضافة إلى ضباط وأعوان الشرطة القضائية، يتولى مهما التحري والمعاينة أيضاً المتصرفون الإداريون والمهندسون والمهندسون المعماريون والأسلاك التقنية الأخرى التابعة لإدارة السكن والعمران، التي تحدد قائمتهم عن طريق التنظيم طبقاً لنص المادة 66 من القانون 11-04 سالف الذكر.

وحسب ما فعل المشرع الجزائري لما وسع من صلاحية المعاينة لتشمل أيضاً المتصرفون والمهندسون وغيرهم، وهذا نظراً لكفاءتهم ومؤهلاتهم الفنية والعلمية الخاصة بميدان البناء، والتي لا يلاحظها في الغالب الشخص العادي ومن ثم تحديد المسؤوليات في ارتكاب هذه المخالفات والجرائم، وهذا في إطار حرصه على حماية حقوق المشتري في عقد بيع البناء على التصاميم من خلال مراقبة مدى مطابقتها كل النشاطات التي يمارسها المرقي العقاري للقوانين والتنظيمات المعمول بها في مجال الترقية العقارية.

وتطبق نفس الإجراءات التي تحدثنا عنها في العقوبات الإدارية من حيث المعاينة وتحديد نوعها مع تكييفها قانوناً من خلال توضيح ما إذا كانت مخالفات إهمال تستوجب العقوبة الإدارية أو عمدية تحمل الوصف الجزائي، وبالتالي تستوجب العقوبة الجزائية.⁽¹⁾

ومنه يتبين من خلال هذا المبحث أن كل من الفقه الإسلامي والتشريعات المقارنة قد سعت إلى حماية المشتري في عقد بيع البناء على التصاميم، وهذا من خلال فرض العقوبات المدنية والإدارية والجزائية على

(1) بن زكري: راضية، مخالفات الترقية العقارية وفقاً للقانون 11-04، مجلة الحقوق والحريات، عدد تجريبي، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2013، ص243. / تسبية: أعمار، مرجع سابق، ص312.

المركبي العقاري-الصانع في الفقه الإسلامي- متى خالف التزاماته التي تعتبر من النظام العام التي لا يجوز الاتفاق على مخالفتها، ويبقى تفعيل هذه الإجراءات والجزاءات على أرض الواقع يحتاج إلى الرقابة الصارمة والمستمرة، ولما لا اللجوء إلى القضاء باعتباره آلية لتنفيذ القانون عامة من جهة، وتحقيق الضمانات خاصة من جهة أخرى.

وما يمكن قوله في الأخير أن الفقه الإسلامي ومختلف التشريعات المقارنة بما في ذلك المشرع الجزائري قد حرصوا على حماية المشتري في عقد بيع البناء على التصاميم من خلال إقرار مختلف العقوبات، حتى وإن كان القانون قد زاد في هذه الحماية-مثل الجزاءات الإدارية وهي تدخل في عقوبة التعزير-نتيجة التطور الحاصل في المعاملات المالية المعاصرة إلا أنها تصب في مقصد واحد، إذ أن السياسة العقابية أثبتت نجاعتها في كثير من الوقائع والأحداث، مما يوفر أريحية للمشتري في الإقبال على هذه النوعية من العقود.

وعلى هذا فالفقه الإسلامي يتشابه كثيراً مع القانون الجزائري في فرض الضمانات لحماية المشتري في عقد بيع البناء على التصاميم وإن كان الاختلاف في بعض العناصر كالشكلية التي يلزم بها القانون بإفراغ هذا العقد وفق النموذج المحدد بخلاف الفقه الإسلامي، إضافة إلى انتقال الملكية والتي تتم في القانون على مرحلتين أما في الفقه الإسلامي فلا تنتقل هذه الأخيرة إلا بمجرد التسليم وفق ما كان متفقاً عليه، والبائع الذي يحمل صفة المُرقي العقاري في القانون بخلاف الفقه الإسلامي.

خلاصة

فبعد أن وضع كل من الفقه الإسلامي والتشريعات المقارنة المختلفة ضمانات لحماية المشتري في عقد بيع البناء على التصاميم، وهذا في مرحلة إبرام العقد وتنفيذه، سعى أيضاً لتوسيع نظام هذه الحماية للمشتري لتشمل حتى بعد تسلم العقار المنجز، من خلال فرض ضمانات تسعى إلى تمكين المشتري من الاستفادة والانتفاع بالبنية محل العقد انتفاعاً كاملاً وفقاً للغرض الذي أعدت له، فأما الفقه الإسلامي فألزم الصانع-المركبي العقاري في عقد بيع البناء على التصاميم-بضمان بعض الخيارات للمستصنع كخيار الصفة والعيب والرؤية، كما ألزمه بضمان عيوب الشيء المصنوع بعد تسليمه، وضمان الدرك سواء أكان من الصانع نفسه أو من الغير، ونفس الشيء تناولته التشريعات المقارنة فقد أقرت جملة من الضمانات في سبيل حماية حقوق

المشتري في عقد بيع البناء على التصاميم، وهذه الضمانات منها ما يتعلق بحسن الإنجاز ومنها ما يتعلق بسلامة العقار المنجز.

فأما ما يتعلق بحسن الإنجاز فقد جعلت التشريعات المقارنة كالقانون الجزائري والفرنسي والمصري وغيرها ضمانات تجعل المشتري يستلم البناية محل العقد صالحة للاستعمال عند محضر التسليم من خلال ضمان الإنهاء الكامل لأشغال البناء الذي يضمن إتمام البناية بأكملها بكيفية تكون خالية من الخلل والعيوب، وضمان حسن سير عناصر تجهيزات البناية، فهذا الأخير لا يتعلق بالبناية بل يشمل العناصر الموجودة في البناء لكي يتمكن المشتري من الانتفاع بها بعيداً عن العيوب، ولم تكن التشريعات المقارنة عند هذا الحد بل أقرت ضماناً آخر يتعلق بتسيير العقار المنجز؛ وهذا بتسيير وإدارة المرفق العقاري للأماكن المنجزة - المشتركة - ابتداءً من تاريخ بيع آخر جزء من البناية لمدة سنتين، وهذا نظراً للنزاع الذي يثار بالنسبة لتسيير الملكية المشتركة في البنايات الجماعية للقضاء على كل أشكال النزاعات والمشاكل، فهذه تعتبر نظرة استشرافية من هذه التشريعات لضمان انتفاع المشتري من البناية ومن تجهيزاتها انتفاعاً تاماً خاصة في السنتين الأوليين حيث يتولى المرفق العقاري عملية الصيانة حماية المشتري.

وأما ما يتعلق بسلامة العقار المنجز فعلى غرار التشريع الجزائري فقد زادت التشريعات المقارنة من الحماية للمشتري في عقد بيع البناء على التصاميم من خلال إقرار ضمان العيوب والأضرار الخفية والظاهرة؛ فأما العيوب الخفية فهي ما يصعب اكتشافه عن طريق الفحص المعتاد، ويحتاج لكشفه اللجوء إلى الخبير بإجراء معاينة تقنية أو خبرة فنية للعقار، أو الانتظار مدة معينة على استعمال الشيء بشرط أن يكون العيب قديماً مؤثراً خفياً غير معلوم للمشتري على أن يطالبه بالإصلاحات الضرورية، فإن لم يمكن ذلك طالبه بالتعويض، وهذا إذا كان العيب غير جسيم، فإن كان العيب جسيماً طالبه برد المبيع، أو التعويض، أو الفسخ، وهذا في مدة سنة من تاريخ التسلم النهائي للعقار، وأما العيوب الظاهرة فهي العيوب التي كان المشتري يعرفها وقت البيع، أو كان يستطيع أن يتبينها بنفسه لو أنه فحص المبيع بعناية الرجل العادي بشرط أن يكون مؤثراً ظاهراً وأن يظهر العيب في أجل معين ابتداءً من حياة العقار، فبالرغم من أنها ظاهرة وبادية للعيان إلا أن المشرع الجزائري وغيره من التشريعات المقارنة ألزم المرفق العقاري بإصلاح كل عيب يظهر في البناء مشكلاً استثناءً من القواعد العامة، وهذا خلال المدة المتفق عليها في عقد بيع البناء على التصاميم بخلاف المشرع الفرنسي

الذي حددها بثلاث أشهر من تاريخ حصول التسليم، وإذا كان الاختلاف بين التشريع الجزائري والفرنسي حول المدة التي يجب أن تظهر فيها العيوب الظاهرة، فإن التشريع العراقي والبناني قد نفيًا مسؤولية البائع عن العيوب التي تحدث بعد الاستلام من قبل المشتري إلا إذا كان العيب سابقاً له.

ولفرض حماية أكبر للمشتري أقر المشرع الجزائري أيضا إضافة إلى التشريعات المقارنة ما يسمى بالضمان العشري، والذي يشمل ضمان العيوب التي تهدد سلامة ومتانة البناء أو المنشأة-تهدم كلي أو جزئي-من جهة والعيوب التي تمس بالعرض الذي شيد البناء لأجله، حتى ولو لم يترتب عليها الإخلال بسلامة البناء ومتانته، وهذا على كل من المرقى العقاري والمهندسين والمقاولين وجميع المتدخلين في عملية البناء بل وحتى الخلف العام والخاص، لمدة عشر سنوات من تاريخ تسلم العمل نهائياً، والتي تعتبر مدة تجربة لا تقادم، على أن ترفع دعوى الضمان خلال مدة ثلاث سنوات من تاريخ حصول التهدم-وهي مدة التقادم-على عكس ما أقره المشرع العراقي والبناني يجعلها سنة، وهو ما يبين تحقيق المشرع الجزائري والفرنسي والمصري لحماية فعالة للمشتري على خلاف التشريع العراقي البناني، ولتفعله أكثر جعله المشرع الجزائري من النظام العام؛ بحيث لا يجوز الاتفاق على إعفاء الأشخاص الملزمين بهذا الضمان أو الإنقاص من أحكامه.

وزادت التشريعات المقارنة في الحماية من خلال إقرار ضمان التعرض والاستحقاق، وهذا لضمان الانتفاع الهادئ والمرح لمشتري البناية، وعدم منازعته فيها، سواء كان ذلك من المرقى العقاري نفسه-التعرض الشخصي-أو من غيره-التعرض الصادر من الغير-؛ فمتى أخل المرقى العقاري وتعرض للمشتري شخصياً التزم بالتنفيذ العيني بإزالة الأعمال المادية الصادرة منه أو التعويض أو بفسخ العقد إذا كان التعرض مادياً أما إذا كان قانونياً فإن المشتري يدفعها بدعوى ضمان البائع التعرض الصادر من الغير، وهو نفسه بالنسبة تعرض الغير له؛ كأن يرفع عليه الغير دعوى الاستحقاق كملكية البناية، فوجب على المرقى العقاري في هذه الحالة أن يدفعها بالتنفيذ العيني بعد إخطاره من قبل المشتري ليتدخل إلى جانبه أو الحلول محله بمختلف الوسائل القانونية، فإذا فشل عوض للمشتري حسب ما إذا كان الاستحقاق كلياً أو جزئياً، وهذا ما لم تنقضي مدة خمسة عشر سنة من وقوع التعرض.

ولإضفاء الحماية أكثر فرض الفقه الإسلامي والتشريعات المقارنة نوع آخر من الحماية وهو ما يتعلق بالعقوبات المدنية والإدارية والجزائية؛ فأما الفقه الإسلامي فسار إلى فرض الشرط الجزائي على الصانع-المرقى

العقاري-لحماية المستنصع-المشتري في عقد بيع البناء على التصاميم-، وهذا في حالة الإخلال بالتزاماته المتفق عليها في العقد كتعويض عن الضرر الذي لحقه، ما يدفع الصانع إلى احترام المواعيد وهو خير معين على تنظيم سير الحركة الاقتصادية في كل بلد، وأما التشريع الجزائري فقد حذى حذو التشريعات المقارنة بسنه لجملة من العقوبات المدنية كالتعويض تقريراً للمسؤولية المدنية وفقاً للقواعد العامة، أو العقوبات الإدارية التي تعد بديلاً للسياسة الجنائية التي وجدت التشريعات الحديثة بديلاً عنها والتي تكمن في السحب المؤقت للاعتماد أو النهائي أو التلقائي على حسب الخطأ المرتكب من المرفقي العقاري، إضافة إلى إقرار العقوبات الجزائية التي قد تصل إلى سلب حريته مع الغرامات المالية، وهذا حسب درجة خطورة إخلاله بالالتزام، مما يشكل ضمانات أكبر للمشتري ورادعاً قوياً للمرفقي العقاري للاحتياط والعدول عن ارتكاب الأفعال التي تعد جرائم وتحرمه من ممارسة مهنة الترقية العقارية؛ كإنجاز الأشغال دون الحصول على الرخص أو قبول التسيبقات أو عدم التبليغ بنظام الملكية المشتركة أو عدم اكتتاب التأمينات أو الإدلاء بمعلومات خاطئة أو عدم الإعلام بالبيانات المنصوص عليها قانوناً وغيرها من الجرائم، وفي كل الأحوال يتولى مهمة معاينة المخالفات كل من ضباط وأعوان الشرطة القضائية، إضافة إلى المتصرفون الإداريون والمهندسون والمهندسون المعماريون والأسلاك التقنية الأخرى التابعة لإدارة السكن والعمران، التي تحدد قائمتهم عن طريق التنظيم.

ورغم كل هذه الضمانات التي نص عليها المشرع الجزائري إلا أنه غفل عن كثير من الأحكام الجزئية سواء ما تعلق بالعيوب التي تدخل ضمن مجال الضمان العشري أو أشخاصه، أو تحديد أحكام ضمان حسن سير عناصر التجهيز من حيث نطاقه الشخصي والموضوعي والزماني، أو ما تعلق بتحديد العيوب الظاهرة أو مدة هذا الضمان مثلما فعل التشريع الفرنسي، ومنه نستنتج أن هذه الضمانات غير كافية، فهي لا تحمي المشتري في عقد بيع البناء على التصاميم، خاصة في ظل إحباط المحاولات القضائية، وعزوف المشتريين عن حقهم في المتابعة القضائية.

الاجتهاد

الخاتمة

إن بحث موضوع ضمانات حماية حقوق المشتري في بيع البناء على التصاميم متشعب، وعليه فبعد أن عرضت هذا البحث، وتناولت جوانبه بالتفصيل، خلصت إلى مجموعة من النتائج التي تبين سعي الفقه الإسلامي والمشرع الجزائري على غرار التشريعات المقارنة في سبيل حماية المشتري في هذا العقد في جميع مراحلها ابتداءً من المرحلة السابقة للتعاقد وصولاً لمراحل تسليم البناية وبعدها، من خلال إقرار جملة من الضمانات، وعلى ضوء هذه الدراسة عمدت إلى وضع بعض التوصيات على النحو التالي:

أولاً: النتائج: تتمثل نتائج هذا البحث فيما يلي:

1- يعتبر عقد بيع البناء على التصاميم عقد بيع عقاري، محله غير منجز بل قابل للوجود في المستقبل، تكفل البائع بالإنجاز والتزم المشتري بدفع الثمن على أقساط، وكل وفق المواصفات المطلوبة والآجال المحددة في العقد.

2- لعقد بيع البناء على التصاميم عدة خصائص منها ما هو مرتبط بالقواعد العامة؛ إذ هو عقد مسمى محدد وفوري من العقود الشكلية الملزمة لجانبين، ومنه ما هو مرتبط بالترقية العقارية؛ إذ يعتبر بيع عقاري مستقبلي ناقل للملكية، يوفر حمايةً للمشتري بموجب ضمانات خاصة، يتولى فيه المرقي العقاري لوحده مهمة بيع البناء على التصاميم على أقساط، على أن يمنع التصرف فيه مؤقتاً حتى تسديدها كاملة، كما يمنح للمشتري حق امتياز من الدرجة الأولى في حالة إفلاس المرقي العقاري.

3- يتميز عقد بيع البناء على التصاميم عن عقد البيع الابتدائي بكونه بيع نهائي، كما يتميز عن بيع التقسيط بكون أن الملكية في بيع التقسيط تنتقل بمجرد سداد جميع الأقساط المكونة لمجموع الثمن، أما في بيع البناء على التصاميم فإن تسديد سعر البيع يكون حسب تقدم أشغال الإنجاز، وتثبت الملكية بالحيازة الفعلية للبناية، كما يتميز عن بيع الأشياء المستقبلية في كون المبيع في هذا العقد شيء مستقبلي بالنسبة للبناء فقط دون القطعة الأرضية التي يشيد عليها البناء والتي تنتقل ملكيتها للمشتري-المقتني- في الوقت الذي تثبت فيه الحيازة الفعلية، بخلاف بيع الأشياء المستقبلية الذي يرد على شيء غير موجود بتاتاً، كما يتميز عن البيع الإيجاري-الإجارة المنتهية بالتملك في الفقه الإسلامي- بكون التزام المشتري في عقد بيع البناء على التصاميم يكون بدفع الثمن في شكل أقساط ناتجة عن هذا العقد، أما البيع الإيجاري فتكون الأقساط ناتجة عن عقد الإيجار وليس البيع، إضافة إلى المدة الزمنية التي هي مدة إنجاز لا مدة إيجار، كما يتميز عن عقد المقاول في كون البائع هو المالك للأرض التي سيقام عليها البناء بخلاف عقد المقاول، كما يتميز عن عقد حفظ الحق في كون

عقد حفظ الحق عقد تمهيدي يرم بين المرقي العقاري وصاحب حفظ الحق ويشترط فيه الرسمية فهو واجب التحرير أمام الموثق وغير واجب الشهر، أما عقد بيع البناء على التصاميم فهو عقد نهائي يجب فيه الشهر.

4- إن التكييف الفقهي لعقد بيع البناء على التصاميم أنه صورة من صور عقد الاستصناع في الفقه الإسلامي؛ وذلك بأن يوصي الإنسان على بعض أشيائه الخاصة وفق ما يلائم حاجته وذوقه من الأوصاف، لدى من يصنعها له من محترفي صناعتها، بمادة وعناصر من عند صانعها، وبشمن معين في مدة يتفق عليها، وذلك لصعوبة تجميع تلك العناصر، وبالمقادير التي تحتاج السلعة من قبل راغبها.

5- يرى جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية بجواز عقد الاستصناع، وهذا لأن حاجة التجار وطالبي المصنوعات ومن يحتاجون إلى استصناع المباني والعمارات والمواد الغذائية والملابس والأدوات الحربية.. إلخ وما يحتاجه الناس في استعمالهم المشروعة يؤيد القول بجواز الاستصناع، وهذا القول مؤيد بمقاصد الشارع في المعاملات وما اشتملت عليه الشريعة الإسلامية من قواعد كلية لدفع الضرر وجلب المصالح وإنزال الحاجة العامة أو الخاصة منزلة الضرورة.

6- إذا كان فقهاء الشريعة قد اتفقوا على جواز الاستصناع غير أنهم اختلفوا في تكييفه بين من يعتبره عقد مستقل وبين من يعتبره عقد سلم، والراجح أنه عقد مستقل عن السلم لعدة اعتبارات منها: أن الباعث للسلم حاجة البائع إلى نقود ينفقها على نفسه أو أهله، بينما الدافع للاستصناع هو حاجة المستصنع للسلعة المستصنعة، إضافة إلى أنه يشترط في السلم قبض رأس مال السلم كاملاً في مجلس العقد، ولا يشترط قبضه في الاستصناع.

7- إن عدم دفع الثمن عند عقد الاستصناع فيه حماية للمستصنع كما أنه سبب لإتقان الصانع صنعته، وحرصه الشديد على مطابقتها للمواصفات والمقاييس مطابقة تامة بعيدة عن الغش والاحتيال.

8- هناك بعض الفروقات بين عقد الاستصناع وعقد بيع البناء على التصاميم والمتمثلة في كون عقد الاستصناع يصدر الإيجاب من المشتري بصنع المبيع والقبول من البائع، أما في عقد بيع البناء على التصاميم فالإيجاب يصدر من البائع- المرقي العقاري- والقبول من المشتري-المقتني أو المكتتب-، إضافة إلى ذلك يمكن لعقد الاستصناع أن يرد على عقار كما يمكنه أن يرد على منقول، أما عقد بيع البناء على التصاميم فإنه لا يرد إلا على العقار سواء لم ينجز أو هو في طور الإنجاز.

9- يعتبر عقد بيع البناء على التصاميم جائز شرعاً، وذلك بتوافر شروط الاستصناع وضوابطه التي تمنع الجهالة والغرر وترفع النزاع والخلاف في المستقبل، وتحفظ حق البائع والمشتري، فالبائع يستعمل أموال المشتري مما

يجعله حريصاً على إتقان الشيء المصنوع خاصة وأنه قد ضمن ربحاً في ذلك، أما المشتري فيمكن أن يحدد المواصفات والمواد التي يريدتها، والتي تتوافق مع حاجته وذوقه بالنسبة للسكن، والتي لا يستطيع الحصول عليها في حالة ما لو تم شراء السكن جاهزاً، كما يمكنه التحقق من الجودة والإتقان، كما أنه يدفع الثمن على أقساط، وهذا كله فيه تسهيل ورفع للحرج والمشقة، وفيه تحقيق لمقاصد الشارع.

10- لعقد بيع البناء على التصاميم خصائص في الفقه الإسلامي، منها ما هو متعلق بعقد الاستصناع؛ إذ هو عقد بيع لازم، ومنها ما هو متعلق بخصوصية هذا العقد عن غيره من العقود، إذ يقع على شيء غير موجود وقت التعاقد، ولكنه محقق الوجود فكان جائزاً باعتبار أن بيع الأشياء المستقبلية محققة الوجود يجوز بيعها في الشريعة الإسلامية والاستصناع منها، بخلاف محتملة الوجود أو المعدومة فتمنعها الشريعة نظراً للغرر والجهالة، وهو ما يتفق أيضاً مع بيع البناء على التصاميم فمحل البيع منعدم وقت التعاقد ولكنه محقق الوجود في المستقبل.

11- اختلف الفقه في تكييف الطبيعة القانونية لعقد بيع البناء على التصاميم بين من اعتبره بيع لشيء مستقبلي، ومن اعتبره عقد مقاوله، وبين من اعتبره عقد بيع، ومن اعتبره عقد مركب بين عقد المقاوله والبيع، واعتبره المشرع الجزائري عقد مركب من عقد البيع والمقاوله، وهو نفس ما سار عليه قبل ذلك المشرع الفرنسي من خلال نص المادة 1646 من القانون المدني، ولكن ما يمكن قوله أن هذا العقد رغم أنه جمع خصائص من عقد المقاوله وعقد البيع إلا أنه يبقى عقداً من نوع خاص؛ له خصوصيته وميزته وشروطه التي تميزه عن باقي العقود، ويكفي أن المشرع الجزائري قد وضع له اسماً خاصاً وهو "عقد البيع على التصاميم" في المادة 28 من القانون 04-11، مما يدخله ضمن حيز العقود المسماة، كما خصه بتشريع وتنظيم خاص، فهو من العقود المستحدثة، تطبق عليه أحكام القانون التجاري بالنسبة للبائع، والقانون المدني بالنسبة للمشتري، فإذا حصل نزاع بينهما فللمشتري الحرية في الاختيار بين القضاء المدني والتجاري، وله الإثبات بكافة الطرق باعتبار أن خصمه تاجر، أما البائع فيلتزم بالطرق المدنية في الإثبات.

12- يشترط لقيام عقد بيع البناء على التصاميم توافر الأركان الموضوعية والشكلية في كل من الفقه الإسلامي والقانون: فأما الأركان الموضوعية فهناك تطابق إلى حد بعيد بين كل من عقد الاستصناع وبيع البناء على التصاميم فكل منهما يشترط فيه تحقق الرضا واقتراح الإيجاب بالقبول بين طرفي العقد- ماهية العقد؛ أي أن تنصرف إرادتهما إلى إبرام عقد بيع البناء على التصاميم-، كما يشترط الاتفاق على محل العقد- العقار المعقود عليه وثن البيع-، بأن يكون معيناً تعييناً ينفي الجهالة، إضافة إلى أن يكون الباعث مشروعاً من وراء هذا

العقد، وأما الأركان الشكلية فتتمثل في الكتابة في الفقه الإسلامي، ويضاف لها تحرير عقد البيع البناء على التصاميم أمام الموثق وتسجيله وشهره أيضا في القانون.

13- لقد أقر كل من الفقه الإسلامي والتشريعات المقارنة جملة من الضمانات في سبيل حماية حقوق المشتري في عقد بيع البناء على التصاميم ومن هذه الضمانات ما يكون في مرحلة إبرام العقد وتنفيذه ومنها ما يأتي في مرحلة تسلم البناء المنجز وبعد تسلمه.

14- تتمثل الضمانات التي مُنحت للمشتري في مرحلة إبرام العقد في الفقه الإسلامي في إلزام الصانع بإنجاز العمل وفق المواصفات المتفق عليها بتقديم مادة الصنع من عنده سواء عمل بنفسه أو استعان بخبراء حسب ما ورد في العقد وحسب طبيعة الشيء المصنوع خاصة إذا تعلق الأمر بتشييد بناية، إذ يساهم في ضمان إنجاز المبيع على الصورة المتفق عليها بينه وبين المستصنع خاصة وأن هذا الأخير لا يشترط دفعه للمال في البداية؛ فيمكن أن يدفع جزء منه أو لا يدفع حتى يتم إنجاز الشيء المصنوع على الصيغة المتفق عليها، وهذا هو عين الضمان الذي يقدمه المرقى العقاري في عقد بيع البناء على التصاميم، وذلك بالالتزام بتشييد البناية ومطابقتها للتصاميم.

15- عمل المشرع الجزائري على غرار التشريعات المقارنة الأخرى إلى وضع ضمانات على المرقى العقاري في المرحلة السابقة للتعاقد لحماية المشتري من الوقوع ضحية مشروع وهمي أو غير قانوني، ومن هذه الضمانات وضع مجموعة من الشروط الواجب توفرها في الشخص لممارسة مهنة الترقية العقارية التي ترمي إلى اختيار المرقى العقاري ذوي القدرات والمؤهلات القادر على تحمل المسؤوليات لتجسيد المشاريع العقارية بكيفية تتفق مع ما ورد في النصوص القانونية وطبيعة العقد، إضافة إلى ضرورة حصول المرقى العقاري على الرخص الإدارية المطلوبة (ترخيص إداري "الاعتماد" لممارسة نشاط الترقية العقارية مع التسجيل في السجل الوطني للمرقين العقاريين-شهادات التهيئة والتعمير والشبكات-عقد ملكية الأرض ورقم السند العقاري ورخصة البناء، ورخصة التجزئة)، وذلك لضمان حصول المشتري على بناء صالح للاستعمال للانتفاع به على أكمل وجه، والقضاء على الفوضى والاستغلال، إضافة إلى اكتتبه للتأمينات القانونية المطلوبة وتتمثل في: اكتتاب تأمين لدى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة الذي يضمن تسديدات المشتري وإتمام إنجاز أشغال البناء، واكتتاب تأمين من الضمان العشري الذي يغطي الأضرار سواء أكانت جسيمة أو بسيطة ومهما بلغت تكاليفها، إضافة إلى اكتتبه تأمين على جميع المخاطر التي يكون مسؤولاً عنها بصفته مرقياً عقارياً، فهذه الضمانات من شأنها أن تغطي مسؤولية المرقى اتجاه المشتري إما بالتعويض العيني أو المالي في حالة وقوع أي ضرر، فلا يخاف هذا الأخير على حقوقه مما يجعله يبرم هذا العقد ويقبل عليه بأريحية.

16- لحماية المشتري أكثر من التلاعبات والنصب اشترط المشرع مجموعة من الشروط لمنح الاعتماد لممارسة مهنة المرقى العقاري والتي تتمثل في: أن يكون مؤهلاً للقيام بالأعمال التجارية، وأن يتمتع بالجنسية الجزائرية، وأن يقدم ضمانات حسن السلوك والتمتع بالحقوق المدنية، وألا يكون معاقب بسبب إحدى الجرائم التي تشكل مانعاً من ممارسة مهنة الترقية العقارية، ويبقى الضمان الأكبر في هذا المجال حينما فرض عليه المشرع أن يثبت وجود الموارد المالية الكافية لإنجاز مشروعه، مع إثبات الكفاءات المهنية المرتبطة بنشاط الترقية العقارية، وتوفير محلات ملائمة ذات الاستعمال التجاري.

17- أقر المشرع الجزائري على غرار التشريعات الأخرى ضمانات أثناء التعاقد منها ما هو مرتبط بكل ركن من أركان العقد وتشمل الرضا بين كل من المرقى العقاري والمشتري على ماهية العقد وعلى جميع المسائل المتعلقة بالمبيع والتمن انطلاقاً من المسائل الجوهرية التي يتميز بها المبيع وصولاً إلى كفيات دفع الثمن وآجاله وشروط المراجعة، وآجال التسليم، خاصة في ظل عدم وجود المبيع عند إبرام العقد، كما تشمل الاتفاق على المحل الذي ينصب على العقار والتمن؛ فأما العقار فيشترط فيه أن يكون قابلاً للوجود، معيناً تعييناً دقيقاً نافياً للجهالة من حيث العنوان والموقع والمساحة وعدد الغرف...، ومشروعاً، وأما الثمن فيشترط أن يكون محدداً وجدياً حتى وإن لم يكن نهائياً-أولي تقديري قابل للمراجعة-لطبيعة العقد، إضافة إلى السبب الذي يجب أن يكون ظاهراً مشروعاً غير مخالف للنظام والآداب العامة، ومنها ما هو مرتبط بحمايته من الشروط التعسفية التي يمكن أن يمارسها عليه المرقى العقاري باعتباره الحلقة الأضعف في العلاقة التعاقدية، خاصة ما تعلق بالإذعان والاحتكار.

18- يكمن دور صندوق الضمان والكفالة المتبادلة في الحلول محل المشتري في المطالبة بحقوق هذا الأخير من خلال استرداد الثمن، واستكمال المشروع إلى آخر مرحلة أو تعويضه.

19- من الضمانات البارزة التي منحها القانون للمشتري تمكين المرقى العقاري وحده من إبرام هذا العقد رغم تدخل عدة أشخاص في مشروع الترقية العقارية كالمهندسين والمقاولين، وهذا فيه حماية كبيرة للمشتري تتجسد في حصر معاملته مع المرقى العقاري وحسب، وعدم إقحامه في باقي المتدخلين في عملية إنجاز البناء، مما يسهل عليه التعامل ومراقبة مدى تنفيذ المرقى العقاري لالتزاماته، ورجوعه على هذا الأخير دون سواه في حالة وقوع أي إشكال أو خلل في تنفيذ العقد، دون الحاجة إلى الرجوع إلى باقي المتدخلين في هذا المشروع.

20- زاد الفقه الإسلامي من حماية المشتري بتقرير جملة من الضمانات في مرحلة تنفيذ العقد، من خلال إعطاء المستصنع-المشتري-ضمانات تتعلق بكيفية الإنجاز ودفع الثمن والتسليم وفق المواصفات والوقت المتفق عليه في العقد دفعاً للخصومة وتجسيماً للحماية، إضافة إلى انتقال الملكية للمستصنع متى جاء هذا الشيء

المصنوع على المواصفات المطلوبة وإلا لم ينفذ العقد، وهو ما يختلف فيه عقد الاستصناع عن عقد بيع البناء على التصاميم.

21- سعى المشرع الجزائري والتشريعات المقارنة لحماية المشتري من خلال التركيز على التزامات المرقى العقاري باعتباره الطرف المكلف بإنجاز أشغال البناء التي تحتاج خبرة وقدرة مالية كبيرة، وضمان مطابقتها للشروط القانونية المتفق عليها في مرحلة إبرام العقد، بتقديم مجموعة من الالتزامات التي ينبغي عليه التحلي بها تشكل ضمانات أبرزها الالتزام بالإعلام والنصيحة بتقديم المعلومات الخاصة بجميع أجزاء المشروع العقاري، والاستعانة بمقاول لإنجاز البناية وتسيير المشروع، على أن ينقل ملكية الأرض التي ستشيد البناية عليها مع ملكية البناية في حد ذاتها إليه انطلاقاً من تحرير العقد وتسجيله وصولاً إلى شهره، وهو في طور الإنجاز، كما ألزم المرقى العقاري أيضاً ببناء البناية وفق الكيفية والشروط والآجال المتفق عليها لضمان حصول المشتري على بناية مطابقة وسليمة، كما ألزمه بعدم قبول التسبيقات والسندات خارج إطار الدفعات المتفق عليها، وتسليم البناية للمشتري في الآجال المتفق عليها في العقد، وفي المقابل سعى لحماية المشتري في التزاماته أيضاً باعتباره مطالب بدفع الثمن في أقساط حسب تقدم نسبة الإنجاز كونه المساهم بطريقة غير مباشرة في التدعيم المالي للمشروع العقاري.

22- سار المشرع الجزائري على نهج المشرع الفرنسي؛ فجعل نقل الملكية في عقد بيع البناء على التصاميم تمر على مرحلتين: المرحلة الأولى تبدأ من لحظة شهر العقد، والتي تنتقل بمقتضاها ملكية الرقبة للمشتري، وتشمل الأرض والبناء محل التشييد معاً دون حق الانتفاع، فكل جزء منجز أو سيتم إنجازه مستقبلاً فهو يدخل في ملكيته من تاريخ الشهر وليس من تاريخ إتمام الإنجاز، على أن تتم المرحلة الثانية بعد تمام الإنجاز وتسليم شهادة المطابقة وتسديد كامل الأقساط، وتحرير محضر التسليم وتوقيعه وشهره.

23- لم يكتف المشرع الجزائري وغيره من التشريعات المقارنة عند ضمانات نقل الملكية بل ألزموا المرقى العقاري بضمانات تتعلق بإنجاز العقار من خلال تحديد مدة الإنجاز والإنجاز في الأجل المتفق عليه، وضمان مواصلة البناء وإنهائه ومطابقته للمواصفات والشروط المتفق عليها في عقد بيع البناء على التصاميم ولقواعد البناء والتعمير، وللتصميم المعد من قبل المهندس المعماري، ودفتر الشروط ونظام الملكية المشتركة الذي أشارت إليه عقود البيع، إضافة إلى استخدام مواد البناء المذكورة في العقد، واحترام الأصول الفنية في البناء وكذا لرخصة البناء، إلى غاية أن تتجسد بشهادة المطابقة، والتي تعد وثيقة إدارية تعدها الإدارة المختصة تثبت إنجاز أشغال البناء طبقاً للتصاميم المصادق عليها وفقاً لبنود وأحكام رخصة البناء، وهذا كله في إطار حماية المشتري في هذا العقد.

24- تشكل شهادة المطابقة حماية للمشتري باعتبارها وسيلة بعدية لمراقبة مدى مطابقة البناء للمواصفات المطلوبة الواردة في رخصة البناء، غير أنها لا تكف لوحدها للتحقق من قيام المرقى العقاري بتنفيذ التزاماته؛ وذلك لأن شهادة المطابقة تثبت فقط المطابقة القانونية دون الاتفاقية.

25- يتحمل المرقى العقاري مسؤولية عدم مطابقة البناء حتى ولو لم يقم هو شخصياً بأشغال البناء، وإنما عهد ذلك للمقاول، ولا يستطيع أن يدفع المسؤولية بخطأ الغير (المقاول)، باعتباره المشرف على عملية البناء ومسؤول عن الأشخاص الذين يستخدمهم في تنفيذ التزاماته العقدية، ومتى ثبت للمشتري عدم مطابقة البناء للمواصفات تقوم مسؤولية المرقى العقاري، وينشأ معها حق المشتري في المطالبة بالتنفيذ العيني أو الجزئي، أو التعويض عن الضرر اللاحق به، أو فسخ العقد مع التعويض وذلك وفقاً للقواعد العامة.

26- تكمن أهمية تحديد الأجل في حماية المشتري وضمن حقوقه في هذا العقد، وذلك باعتبار أنها مرتبطة بالتزامه بدفع الثمن حسب تقدم نسبة الأشغال؛ وذلك بتحديد وتقسيم مراحل البناء إلى أربعة مراحل، وترك أمر تقدير أجل كل مرحلة للمتعاقدين؛ فالمرحلة الأولى هي مرحلة إتمام الأساسات، والثانية هي مرحلة إتمام الأشغال الكبرى بما في ذلك الجدران الداخلية والخارجية، أما المرحلة الثالثة هي مرحلة إتمام كافة الأشغال مجتمعة بما في ذلك الربط بالطرقات والشبكات المختلفة والهيئات الخارجية، أما الرابعة والأخيرة فهي مرحلة إتمام الإنجاز، فالدفع وفقاً لهذه النسب يتفق عادة مع التكلفة الفعلية لكل مرحلة من مراحل البناء، فالمشتري لا يدفع إلا ما تم بناؤه فعلاً، ولضمان التوازن لم يشترط المشرع الدفع على هذه النسب؛ باعتبار أن هذه الأخيرة تمثل الحدود القصوى فقط؛ إذ يمكن الاتفاق على نسب أقل، كما يمكن الدفع في كل مرحلة على مرتين أو أكثر بشرط عدم تجاوز الحد الأقصى الذي حدده المشرع، وهذا ما يشكل حماية فعالة للمشتري ويجعله يقبل على هذا النوع من العقود.

27- يمكن مراجعة الثمن في عقد بيع البناء على التصاميم وفق لشروط معينة حماية للمشتري من تعسف المرقى العقاري بتضمين العقد بند مراجعة الثمن وكيف تتم هذه المراجعة على ألا تتجاوز نسبة 20% من السعر المتفق عليه، وهذا بناءً على مؤشرات رسمية-تغير سعر بعض المواد والعتاد-مع تبرير هذه المراجعة، وتركها لاتفاق طرفي العقد.

28- لا يكف التسليم بوضع البناية تحت حيازة المشتري حتى يمكن القول بأن المرقى العقاري قد وفى بالتزامه بالتسليم في عقد بيع البناء على التصاميم، بل يجب أن يقبل المشتري البناية، ويقر صراحة بأنه موافق عليها، وأنها قد تمت وفقاً للمواصفات التي تم الاتفاق عليها في العقد، وطبقاً للأصول الفنية والتقنية الخاصة بالبناء، ولقواعد التهيئة والتعمير، إضافة إلى إثبات عملية التسليم بحضور يحرر من طرف نفس الموثق الذي قام بتحرير

العقد بعد تقديم شهادة المطابقة، وذلك بحضور طرفي العقد، بعد تأكد الموثق من الحياة الفعلية للمشتري للبنية محل العقد وتسلمه لها، وأنه موافق عليها بدون أي تحفظ، فهذه الإجراءات تضي حماية للمشتري ضد خطر عدم تنفيذ المرفي العقاري لالتزامه، أو تنفيذه تنفيذاً ناقصاً.

29- في حالة عدم ذكر أجل التسليم وتخلفه في عقد بيع البناء على التصاميم، يكون العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً، باعتبار أن الأجل عنصر جوهري في هذا العقد، مع فرض عقوبات على المرفي العقاري التي تصل إلى التعويض في حال التأخر في التسليم لحماية المشتري في هذا العقد.

30- عمد كل من الفقه الإسلامي والتشريعات المقارنة على حماية المشتري منذ تسلم البنية من خلال فرض ضمانات تسعى إلى تمكين المشتري من الاستفادة والانتفاع بالبنية محل العقد انتفاعاً كاملاً وفقاً للغرض الذي أعدت له؛ فأما الفقه الإسلامي فباعتبار عقد بيع البناء على التصاميم صورة من صور الاستصناع، ألزم الصانع- المرفي العقاري- بضمان بعض الخيارات للمستصنع كخيار الصفة والعيب والرؤية، كما ألزمه بضمان ما ينشأ عن صنعه أو فعله من ضرر أو خسارة، إذ قد يعمد الصانع لإخفاء العيب أو مخالفة الشروط الواردة في العقد فمكن المستصنع-المشتري-بالرجوع على الصانع بالضمان، إضافة إلى ضمان الدرك-التعرض والاستحقاق في القانون-.

31- حمى المشرع الجزائري والتشريعات المقارنة المشتري حتى بعد تسلم العقار المنجز، من خلال تقديم ضمانات منها ما يتعلق بحسن الإنجاز ومتها ما يتعلق بسلامة العقار المنجز؛ فأما ما يتعلق بحسن الإنجاز فقد جعل المشتري يستلم البنية محل العقد صالحة للاستعمال عند محضر التسليم من خلال ضمان الإنهاء الكامل لأشغال البناء بكيفية تكون خالية من الخلال والعيوب، وضمان حسن سير عناصر تجهيزات البنية، ولم يكتف المشرع الجزائري والتشريعات المقارنة عند هذا الحد بل أقروا ضماناً آخر يتعلق بتسيير العقار المنجز؛ وهذا بتسيير وإدارة المرفي العقاري للأمالك المنجزة-المشتركة-ابتداءً من تاريخ بيع آخر جزء من البنية لمدة سنتين بأمواله الخاصة، نظراً للنزاع الذي يثار بالنسبة لتسيير الملكية المشتركة في البنايات الجماعية للقضاء على كل أشكال النزاعات والمشاكل، وما زاد تكريس الحماية للمشتري هو جعل هذه الضمانات من النظام العام التي لا يجوز الاتفاق على مخالفتها.

32- أقر المشرع الجزائري ضمانات تتعلق بسلامة العقار المنجز على غرار التشريعات المقارنة من خلال إقرار ضمان العيوب والأضرار الخفية والظاهرة؛ فأما العيوب الخفية فهي ما يصعب اكتشافه عن طريق الفحص المعتاد، بحيث يحتاج إلى الخبرة أو مدة زمنية، بشرط أن يكون العيب قديماً مؤثراً خفياً غير معلوم للمشتري على أن يطالبه بالإصلاحات الضرورية، فإن لم يمكن ذلك طالبه بالتعويض، وهذا إذا كان العيب غير جسيم،

فإن كان العيب جسيماً طالبه برد المبيع، أو التعويض، أو الفسخ، وهذا في مدة سنة من تاريخ التسلم النهائي للعقار، وأما العيوب الظاهرة فهي العيوب التي كان المشتري يعرفها وقت البيع، أو كان يستطيع أن يتبينها بنفسه لو أنه فحص المبيع بعناية الرجل العادي بشرط أن يكون مؤثراً ظاهراً وأن يظهر العيب في أجل معين ابتداءً من حيازة العقار، فبالرغم من أنها ظاهرة وبادية للعيان إلا أن المشرع الجزائري وغيره من التشريعات المقارنة ألزم المرقى العقاري بإصلاح كل عيب يظهر في البناء مشكلاً استثناءً من القواعد العامة، وهذا خلال المدة المتفق عليها في عقد بيع البناء على التصاميم بخلاف المشرع الفرنسي الذي حددها بثلاث أشهر من تاريخ حصول التسليم، وإذا كان الاختلاف بين التشريع الجزائري والفرنسي حول المدة التي يجب أن تظهر فيها العيوب الظاهرة، فإن التشريع العراقي واللبناني قد نفايا مسؤولية البائع عن العيوب التي تحدث بعد الاستلام من قبل المشتري إلا إذا كان العيب سابقاً له.

33- يكمن الفرق بين العيب الخفي والظاهر في أن الأول يشترط فيه أن يمس بصلافة البناء أو يجعله غير صالح للغرض الذي خصص له، أما العيب الظاهر يشمل كل عيب ولو كان بسيطاً.

34- أكبر ضمان مُنح للمشتري لحمايته هو الضمان العشري، والذي يشمل ضمان العيوب التي تهدد سلامة ومتانة البناء أو المنشأة -تهدم كلي أو جزئي- من جهة والعيوب التي تمس بالغرض الذي شيد البناء لأجله، حتى ولو لم يترتب عليها الإخلال بسلامة البناء ومتانته، لمدة عشر سنوات من تاريخ تسلم العمل نهائياً، على أن ترفع دعوى الضمان خلال مدة ثلاث سنوات من تاريخ حصول التهدم -وهي مدة التقادم- على عكس ما أقره المشرع العراقي واللبناني يجعلها سنة، بحيث لا يجوز الاتفاق على إعفاء الأشخاص الملزمين بهذا الضمان أو الإنقاص من أحكامه.

35- ألزمت التشريعات المقارنة عامة والتشريع الجزائري خاصة المرقى العقاري بضمان التعرض والاستحقاق، وهذا لضمان الانتفاع الهادئ والمريح لمشتري البناية، وعدم منازعته فيها، سواء كان ذلك من المرقى العقاري نفسه -التعرض الشخصي- أو من غيره -التعرض الصادر من الغير-، وسواء أكان هذا التعرض مادياً أو قانونياً، فمتى صدر التعرض للمشتري التزم المرقى العقاري بالتنفيذ العيني أو التعويض أو بفسخ العقد، وهذا ما لم تنقضي مدة خمسة عشر سنة من وقوع التعرض.

36- فرض الفقه الإسلامي والتشريعات المقارنة نوع آخر من الحماية وهو ما يتعلق بالعقوبات المدنية والإدارية والجزائية؛ فأما الفقه الإسلامي فسار إلى فرض الشرط الجزائري على الصانع لحماية المستصنع، وهذا في حالة الإخلال بالتزاماته المتفق عليها في العقد كتعويض عن الضرر الذي لحقه، ما يدفع الصانع إلى احترام المواعيد، وأما التشريع الجزائري فقد حذى حذو التشريعات المقارنة بسنه لجملة من العقوبات المدنية كالتعويض تقريراً

للمسؤولية المدنية وفقاً للقواعد العامة، أو العقوبات الإدارية والتي تكمن في السحب المؤقت للاعتماد أو النهائي أو التلقائي على حسب الخطأ المرتكب من المرقى العقاري، إضافة إلى إقرار العقوبات الجزائية التي قد تصل إلى سلب حريته مع الغرامات المالية، وهذا حسب درجة خطورة إخلاله بالالتزام، مما يشكل ضماناً أكبر للمشتري ورادعاً قوياً للمرقى العقاري للاحتياط والعدول عن ارتكاب الأفعال التي تعد جرائم وتحرمه من ممارسة مهنة الترقية العقارية؛ كإنجاز الأشغال دون الحصول على الرخص أو قبول التسبيقات أو عدم التبليغ بنظام الملكية المشتركة أو عدم اكتتاب التأمينات أو الإدلاء بمعلومات خاطئة أو عدم الإعلام بالبيانات المنصوص عليها قانوناً وغيرها من الجرائم.

37- يتولى مهمة معاينة المخالفات كل من ضباط وأعاون الشرطة القضائية، إضافة إلى المتصرفون الإداريون والمهندسون والمهندسون المعماريون والأسلاك التقنية الأخرى التابعة لإدارة السكن والعمران.

ثانياً: التوصيات: رغم الضمانات التي وضعها كل من الفقه الإسلامي والمشرع الجزائري، والتي تتضمن الكثير من الجوانب الإيجابية لحماية المشتري إلا أنها تبقى قاصرة وغير كافية في بعض الأحيان نتيجة التحولات الزمنية وظهور الحيل الجديدة التي يفرضها الواقع، وعليه ومن أجل الوصول إلى تجسيد نظام فعال وشامل لحماية المشتري في عقد بيع البناء على التصاميم نقترح جملة من التوصيات التي من شأنها جبر النقائص وسد الخلل والثغرات، وهذا على النحو التالي:

1- إنشاء بنوك إسلامية تُموّل المشاريع السكنية لمنح قروض مالية للمكاتب دون فوائد ربوية مما يساهم في حل أزمة السكن في إطار مشروع.

2- دعوة المشرع الجزائري إلى ضبط وتوحيد المصطلحات القانونية المستعملة في القانون رقم 11-04 والمراسيم التنفيذية لتفادي التضارب مثلما هو بالنسبة لمصطلح "المقني" و"المكتب" الذي قصد بهما المشتري.

3- دعوة المشرع الجزائري إلى استصدار المرسوم التنفيذي المحدد للأنشطة الإضافية التي يمكن أن يتكفل بها صندوق الضمان والكفالة المتبادلة التي نصت عليه المادة 56 من القانون 11-04، ومن ذلك تعويض المشتري في حال سلب أمواله من المرقى العقاري قبل بدء أشغال البناء، لتكريس الحماية، وجعل المشتري يقبل على العقد أكثر.

4- ضرورة وضع قائمة المرقين العقاريين المنتسبين لصندوق الضمان والكفالة المتبادلة ومشاريعهم العقارية في المواقع الإلكترونية مع تحينها دورياً ليتسنى لكل من له مصلحة الاطلاع عليها، لضمان الشفافية والابتعاد عن غش المرقين العقاريين الوهميين حتى لا يتم التعاقد معهم.

5- ضرورة تدخل المشرع الجزائري لوضع معيار معين لتحديد ثمن البيع وفقاً للسعر الرسمي لسوق العقارات وذلك بصفة أدق بعيداً عن الأسعار الخيالية التي ينفرد بها المرقى العقاري مما يثقل كاهل المشتري الذي يكون مجبراً على قبولها لحاجته الملحة للسكن.

6- توضيح المؤشرات الرسمية في كيفية مراجعة الثمن كما فعل المشرع الفرنسي، على أن تكون صادرة عن جهات مختصة، إضافة إلى إجراءات وكيفيات تبرير المراجعة، والجهة التي يتم التبرير أمامها، بأن يتم إخضاعها للقضاء شأنها في ذلك شأن نظرية الظروف الطارئة، وعدم ترك الحرية للمتعاقدين لتحديد الإجراءات في عقد بيع البناء على التصاميم، وذلك حماية للمشتري من تعسف المرقى العقاري في تحديد سعر المبيع ومراجعته، فالواقع العملي أثبت أن المرقى العقاري هو الذي يحدد المراجعة وحتى أسبابها؛ وهو ما يفتح المجال لتعسفه ومبالغته في زيادة الثمن.

7- دعوة المشرع الجزائري للنص صراحة على آجال التسليم في بيع البناء على التصاميم، وذلك تحت طائلة البطلان، لتفادي تماطل المرقى العقاري في أشغال البناء والتسليم من جهة، ومن جهة أخرى تفعيل نص المادة 43 من القانون 04-11 التي نصت على فرض عقوبات في حال التأخير في التسليم.

8- ضرورة تدارك المشرع الجزائري لكل النقائص التي وقع فيها، وتخصيصها بنصوص قانونية لرفع اللبس والغموض عنها على غرار ذكر وتحديد الأشخاص الملزمون بالضمان العشري المتدخلين في عملية البناء، والعيوب التي تهدد سلامة ومتانة البناية التي تدخل ضمن مجال الضمان العشري وتوسيع مجاله، إضافة إلى تحديد أحكام ضمان حسن سير عناصر التجهيز من حيث نطاقه الشخصي والموضوعي والزمني، وتحديد العيوب الظاهرة، ومدة هذا الضمان مثلما فعل التشريع الفرنسي، باعتبار أن عدم النص عليها يؤدي إلى خلق نزاعات من شأنها التأثير على فعالية هذه الضمانات كتحديد مدة قصيرة لا تكف لظهور العيوب التي يمكن أن تصيب عناصر التجهيز، والتي تنعكس سلباً على حقوق المشتري، ونفوت له فرصة الانتفاع والاستغلال.

9- ضرورة وضع المشرع الجزائري لمسؤولية المرقى العقاري في ضمان العيوب الظاهرة لنظام خاص بعيداً عن القواعد العامة لعقد البيع كما هو الحال عليه في بعض التشريعات المقارنة كالقانون الفرنسي، الذي أفرده بقواعد خاصة تتماشى معه تختلف كلياً عن القواعد العامة، وهذا تماشياً مع الطبيعة والأحكام الخاصة لعقد بيع البناء على التصاميم، خاصة إذا كنا نعرف المركز القوي الذي يتمتع به المرقى العقاري في مواجهة المشتري؛ الذي يكون مغلوباً على أمره، ومن شأنه التنازل أو عدم المطالبة بإصلاح هذه العيوب الظاهرة متى اكتشفها

نظراً لحاجته الملحة للسكن، والتي تجعله يتغاضى عن هذه المطالبة، مما يكلفه أعباءً زائدة من شأنها أن تثقل كاهله.

10- دعوة المشرع الجزائري لإيجاد آليات قانونية لتفعيل دور صندوق الضمان والكفالة المتبادلة من جهة، وفرض تسيير وإدارة الملكية المشتركة خاصة في ظل عزوف المشتري عن المتابعة القضائية.

11- دعوة المشرع الجزائري إلى إلغاء المادة 18 من القانون 04-11 للقضاء على الغموض باعتبار أنها تتشابه مع الفقرة الثالثة من المادة الثالثة التي عرفت المرقى العقاري.

12- تقرير عقوبات إدارية أخرى تتناسب مع جسامة الخطأ المرتكب من قبل المرقى العقاري، على أن يتم إقرارها من قبل مجلس تأديبي محايد مثل الزيادة في مبلغ الاشتراكات ومبلغ الضمان، إضافة إلى عقوبات إدارية أخرى تتمثل في الحرمان من بعض الامتيازات الممنوحة.

13- دعوة المشرع الجزائري إلى تقرير عقوبة سحب الاعتماد نهائياً في حال ارتكاب المرقى العقاري إحدى الجرائم التي تشكل مانعاً من موانع ممارسة مهنة المرقى العقاري.

14- إقرار إنهاء نشاط أو حل شركة ذات الشخص الوحيد للمرقى العقاري في حال وفاته أو عجزه الجسماني أو العقلي بدلاً من فرض عقوبات السحب التلقائي لانعدام الخطأ.

15- ضرورة تدخل المشرع الجزائري للنص صراحة على وقت انتقال الملكية في عقد بيع البناء على التصاميم بعيداً عن النزاعات التي أثارها اختلاف النصوص القانونية.

16- ضرورة تدخل المشرع الجزائري لتنظيم الضمانات المقررة تنظيماً دقيقاً محكماً مفصلاً من حيث ذكر التعريف والمجال والآثار بعيداً عن التأويلات؛ كالضمان العشري وضمان سير عناصر التجهيز والملكية المشتركة وغيرها.

17- دعوة المشرع الجزائري لتنظيم علاقة المرقى العقاري بجميع المتدخلين في عملية تشييد البناية محل عقد بيع البناء على التصاميم.

18- توعية الرأي العام بالقواعد الأخلاقية، والقانونية، والشرعية التي تحكم سير عملية بيع البناء على التصاميم، وضرورة مراقبة المرقين العقاريين، ومدى خضوع نشاطاتهم إلى قواعد الترقية العقارية للوقوف على المخالفات المرتكبة، ووجوب اتخاذ كافة التدابير للحفاظ على المشتري وحقوقه في عملية البيع بعيداً عن

استغلال الحاجة الملحة للسكن من قبل المشتري، والتي تجعله يقبل على العقد رغم ما فيه من مخالفات وتجاوزات.

هذه أهم النتائج والمقترحات التي ظهرت من خلال هذا البحث المتواضع، وفي الختام أحمد الله عز وجل على توفيقه وسداده، وتيسيره لإنجاز هذا البحث، وأسأله العفو عن الخطأ والزلل، وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.

تم بحمد الله تحريرُهُ في: 04 صفر 1444هـ

الموافق لـ: 01 سبتمبر 2022م.

الملاحق

- ✓ الملحق رقم 01: نموذج لعقد الاستصناع المطبقة في المصارف الإسلامية
- ✓ الملحق رقم 02: قرار مجمع الفقه الاسلامي المتعلق بعقد الاستصناع
- ✓ الملحق رقم 03: نموذج لعقد بيع البناء على التصاميم
- ✓ الملحق رقم 04: وثيقة التأمين المتعلقة بعقد بيع البناء على التصاميم
- ✓ الملحق رقم 05: تصريح شرفي لطلب الاعتماد للمرقي العقاري لإثبات إمكانياته في تعبئة الموارد المالية الكافية لإنجاز مشروعه أو مشاريعه العقارية
- ✓ الملحق رقم 06: المقرر المتضمن منح الاعتماد للمرقي العقاري ونموذج شهادة التسجيل في الجدول الوطني للمرقيين العقاريين
- ✓ الملحق رقم 07: نموذج شهادة المطابقة
- ✓ الملحق رقم 08: نموذج رخصة البناء
- ✓ الملحق رقم 09: نموذج رخصة التجزئة
- ✓ الملحق رقم 10: نموذج شهادة التعمير

الملحق رقم 01: نموذج لعقد الاستصناع المطبقة في المصارف الإسلامية

بسم الله الرحمن الرحيم

عقد استصناع

في يوم الموافق.../.../... قد تحرر هذا العقد بين كل من:

1- مصرف..... ومركزه الرئيسي ويمثله في التوقيع على هذا العقد السيد / طرفاً أول.

2- السيد / وعنوانه طرفاً ثانياً

أقر الطرفان بصفتهم وأهليتهما الكاملة للتعاقد واتفقا على ما يلي:

تمهيد:

تقدم الطرف الثاني إلى الطرف الأول بطلب يعلن فيه عن رغبته في أن يقوم الأخير بتنفيذ مشروع بناء لحسابه على قطعة الأرض التي يملكها على مساحة ... متر مربع لموجب سند الملكية رقم ... كما قدم الطرف الثاني إلى الطرف الأول رخصة البناء والتصاميم والمخططات والرسومات والمواصفات الهندسية وجداول الكميات والشروط العامة والخاصة للمشروع والتي تم إعدادها من قبل المكتب الهندسي

وقد وافق الطرف الأول على طلب الطرف الثاني وتحرر بين الطرفين هذا العقد وفقاً للبنود التالية:

البند الأول:

يعتبر التمهيد السابق والطلب المقدم من الطرف الثاني المؤرخ وكذلك رخصة البناء والتصاميم والمخططات والرسومات والمواصفات الهندسية وجداول الكميات المرافقة للطلب المذكور والمعتمدة من الطرف الثاني جزءاً لا يتجزأ من هذا العقد وتماماً له.

البند الثاني:

اتفق الطرفان على أن يقوم الطرف الأول بكافة الأعمال اللازمة لإنشاء المشروع وتسليمه صالحاً للاستعمال وأن يلتزم بتنفيذ جميع الأعمال وفقاً للتصاميم والمخططات والرسومات والمواصفات الهندسية وجداول الكميات المقدمة من الطرف الثاني ووفقاً للشروط العامة وكذلك الشروط الخاصة المبينة في هذا العقد.

البند الثالث:

قيمة هذا العقد مبلغ ... ويلتزم الطرف الثاني بدفعة للطرف الأول على ... قسطاً شهرياً قيمة كل قسط

... يستحق القسط الأول بعد سنة من تاريخ هذا العقد.

ويخضع سريان هذا العقد لإجراء الرهن لصالح المصرف على العقار رقم ... والذي يمثل أرض المشروع وما عليها من مشتملات وبناء حيث أن الطرف الثاني لم يقدم ضماناً آخر غير المشروع نفسه.

البند الرابع:

يلتزم الطرف الأول بتنفيذ جميع الأعمال اللازمة لتشييد المشروع خلال مدة أقصاها ... شهراً تبدأ من تاريخ تسليم الموقع ويتعهد بتسليم المشروع صالحاً للاستعمال في نهاية المدة المحددة.

البند الخامس:

قام الطرف الثاني بتعيين المكتب الاستشاري ... ليكون وكياً عنه في الإشراف على تنفيذ مراحل المشروع المختلفة وتسليم المشروع بعد إتمام التنفيذ بالكامل ووافق الطرف الأول على ذلك المكتب. ويقوم هذا الوكيل بالإشراف على جميع أعمال المشروع ومراحل التنفيذ المختلفة واعتماد جميع المواد المستخدمة في المشروع والتأكد من أن الأعمال المنجزة نفذت طبقاً للمواصفات المطلوبة والشروط المتفق عليها. وأن يقوم كذلك بإعداد شهادات الإنجاز وأن توقيعه عليها كوكيل عن الطرف الثاني بمثابة شهادة من الطرف الثاني بتسليم الأعمال المنجزة وقبوله لها وإقرار منه بأنها نفذت وفقاً للمواصفات المطلوبة والشروط المتفق عليها.

البند السادس:

يعتبر المشروع متسلماً من قبل الطرف الثاني بمجرد إصدار شهادة إتمام البناء الابتدائية من قبل المكتب الاستشاري المعتمد حيث تعتبر شهادة إتمام البناء الابتدائية الصادرة عن المكتب الاستشاري بمثابة تسليم ابتدائي من وكيل الطرف الثاني.

البند السابع:

يجق للطرف الأول التعاقد مع إحدى شركات المقاولات لتنفيذ المشروع حسب الشروط والمواصفات المتفق عليها مع الطرف الثاني. كما يجق للطرف الأول في حالة مخالفة شركة المقاولات للشروط المتفق عليها وعدم الوصول إلى اتفاق لحل الخلاف مما يؤثر على سير العمل، استبدالها والتعاقد مع شركة أو شركات أخرى لإكمال تنفيذ المشروع.

البند الثامن:

يقبل الطرف الثاني قبولاً غير قابل للنقض أو الإلغاء ضمان تنفيذ جميع الأعمال بالمشروع من الطرف الأول أو من الجهة التي يتعاقد معها الطرف الأول لتنفيذ المشروع وتقبل تقديم هذا الضمان وحيث إن شركة ... قد ضمنت المشروع للطرف الأول أو لأي طرف آخر يقبل هذا الضمان فإن الطرف الأول يجعل هذا الضمان لصالح الطرف الثاني وبناء على هذا فإن الطرف الثاني يتنازل عن حقه في الرجوع على الطرف الأول في أية مطالبة أو ادعاء قد ينشأ مستقبلاً بعد تسليم المشروع نتيجة سوء تنفيذ شركة المقاولات أو لأي سبب آخر، ويلتزم الطرف الثاني بناء على ذلك بالرجوع على شركة المقاولات في أية مطالبة أو ادعاء.

البند التاسع:

في حالة تأخر الطرف الأول أو من يتعاقد معه عن إتمام المشروع في الموعد المحدد فإنه يتحمل جميع الأضرار التي تنتج عن هذا التأخير ما لم يكن هناك أسباب قهرية لم يتسبب فيها الطرف الأول وتكون خارجة عن إرادته.

البند العاشر:

على الطرف الأول أو من يتعاقد لتنفيذ المشروع اعتماد جميع المواد اللازمة للمشروع قبل استعمالها من الطرف الثاني أو وكيله.

البند الحادي عشر:

يلتزم الطرف الأول أو من يتعاقد معه بتأمين وتوفير جميع ما يلزم المشروع من مواد ومعدات بشكل يكفل إنهاء المشروع في موعده المحدد.

البند الثاني عشر:

على الطرف الأول أو من يتعاقد معه تقديم جدول زمني تفصيلي لسير الأعمال ومراحل تقدمها خلال فترة التنفيذ المحددة والحصول على موافقة الطرف الثاني أو وكيله على ذلك قبل مباشرة العمل في الموقع.

البند الثالث عشر:

في حالة وجود أية أعمال إضافية أو تعديلات يقترح الطرف الثاني أو المكتب الاستشاري أو كلاهما معاً ضرورة إدخالها مما قد يؤثر على شروط وقيمة هذا العقد، فإن على الطرف الثاني مراجعة الطرف الأول والاتفاق على تعديل العقد أو أخذ موافقته على التعديل المقترح قبل تنفيذ أية أعمال خلاف الأعمال المعتمدة سواء كان بالزيادة أو النقصان، كما أن عليه تزويد الطرف الأول بموافقة المكتب الاستشاري على التعديلات المطلوبة وتعديل المخططات والتصاميم والمواصفات تبعاً لذلك.

البند الرابع عشر:

في حالة توقيع هذا العقد من قبل أكثر من شخص واحد بصفة طرف ثان، يكون جميع الموقعين مسؤولين وضامنين متضامنين، منفردين أو مجتمعين، تجاه الطرف الأول عن تسديد المبالغ المطلوبة له بموجب هذا العقد.

البند الخامس عشر:

ما لم ينص على خلاف ذلك في العقد نفسه فإن الأحكام والشروط الواردة في الشروط العامة للتعاقد والصادرة من وزارة الأشغال العامة بدولة قطر تسود على أحكام أي مستند آخر يمثل جزءاً من العقد.

البند السادس عشر:

(أ) يتم الفصل في النزاع على أساس الشريعة الإسلامية.

(ب) أي خلاف ناشئ عن تطبيق أحكام هذا العقد و/ أو متعلق به، يعرض على لجنة تحكيم تشكل من ثلاثة أعضاء على الوجه التالي:

1- حكم يختاره الفريق الأول. 2- حكم يختاره الفريق الثاني. 3- حكم يختاره المحكمان الأولان.

ويكون حكمهم، سواء صدر بالإجماع أم بالأغلبية، ملزماً للطرفين، وغير قابل للطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن الجائزة قانوناً وبشرط إقرار هيئة الرقابة الشرعية للمصرف بعدم تعارض الحكم الصادر مع أحكام الشريعة الإسلامية.

وفي حالة عدم توافر الأغلبية، يحال الخلاف موضوع التحكيم إلى المحاكم ... وتكون محاكم دولة ... هي المختصة دون سواها، بالفصل في أية طلبات و/ أو قضايا تنشأ بمقتضى التحكيم و/ أو ناشئة و/ أو متعلقة به و/ أو بهذا العقد.

البند السابع عشر:

تسري أحكام القانون ...، والقوانين والأنظمة المرعية على هذا العقد فيما عدا ما نص عليه من اتفاق بين الطرفين وما لا يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية.

البند الثامن عشر:

حرر هذا العقد من نسختين أصليتين موقعتين من قبل الطرفين بإرادة حرة خالية من العيوب الشرعية والقانونية بتاريخ .../.../... 14 هـ الموافق .../.../... 20م ويسقط الطرف الثاني حقه في الادعاء بكذب الإقرار و/ أو أي دفع شكلي و/ أو موضوعي، ضد ما جاء في هذا العقد.

الطرف الأول

الطرف الثاني

المصرف

الملحق رقم 02: قرار مجمع الفقه الاسلامي المتعلق بعقد الاستصناع

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيدنا محمد خاتم النبيين وعلى آله وصحبه .

قرار رقم: ٧/٣/٢٧

بشأن

عقد الاستصناع

إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره السابع بجدة في المملكة العربية السعودية من ٧ إلى ١٢ ذو القعدة ١٤١٢ هـ الموافق ٩ - ١٤ مايو ١٩٩٢ . بعد اطلاعه على البحوث الواردة إلى المجمع بخصوص موضوع «عقد الاستصناع» .

وبعد استماعه للمناقشات التي دارت حوله، ومراعاة لمقاصد الشريعة في مصالح العباد والقواعد الفقهية في العقود والتصرفات، ونظراً لأن عقد الاستصناع له دور كبير في تنشيط الصناعة، وفي فتح مجالات واسعة للتمويل والنهوض بالاقتصاد الإسلامي .

* قرر:

١- إن عقد الاستصناع - وهو عقد وارد على العمل والعين في الذمة - ملزم للطرفين إذا توافرت فيه الأركان والشروط .

٢- يشترط في عقد الاستصناع ما يلي :

أ- بيان جنس المستصنع ونوعه وقدره وأوصافه المطلوبة .

ب- أن يحدد فيه الأجل .

٣- يجوز في عقد الاستصناع تأجيل الثمن كله، أو تقسيطه إلى أقساط معلومة لآجال محددة .

٤- يجوز أن يتضمن عقد الاستصناع شرطاً جزائياً بمقتضى ما اتفق عليه العاقدان ما لم تكن هناك ظروف قاهرة، والله أعلم .

الملحق رقم 03: نموذج لعقد بيع البناء على التصاميم

<p>الملحق الأول نموذج عقد البيع على التصاميم</p>
<p>السنة..... واليوم.....</p> <p>أمام الأستاذ..... موثق يد.....</p> <p>حضر،</p> <p>(1) المبرقي المسطري (شخص طبيعي) (أو شخص معنوي).....</p> <p>شخص معنوي (ممثل من طرف..... يتصرف بصفة.....)</p> <p>باختصار.....</p> <p>الواقع مقره بد (المنوان) :</p> <p>حاصل على ائتمانه رقم : بتاريخ :</p> <p>المسجل في الجدول الوطني للمرفقين العقاريين تحت رقم بتاريخ :</p> <p>المتنسب لصندوق الضمان تحت رقم :</p> <p>السيجل التجاري رقم :</p> <p>التعريف الجبائي رقم :</p> <p>والذي يدعى في صلب النسخ البائع ، من جهة،</p> <p>و :</p> <p>(2) المقتني (شخص طبيعي) أو (شخص معنوي) التعريف الدقيق للمقتني، طبقا لأحكام الرسوم رقم 76-63 المؤرخ في 25 مارس سنة 1976 والمتعلق بتأسيس السجل العقاري ، العدل والتتم</p> <p>اللقب الاسم : تاريخ الميلاد :</p> <p>بطاقة التعريف رقم :</p> <p>السلامة من طرف :</p> <p>باختصار : والواقع مقره بد :</p> <p>الساكن بد :</p> <p>و الذي يدعى في صلب النسخ المكتتب ، من جهة أخرى،</p> <p>طلبت هذه الأطراف من الوثائق للوقع أدناه، أن يستلم في شكل عقد رسمي الاتفاق الذي تم بينها وقامت ، قبل تحرير عقد البيع موضوع هذه العقود ، بعرض ما يأتي :</p>
<p>تصريح البائع</p>
<p>يصرح البائع بأنه بائع مباشر في بناء البناية أو جزء من البناية التي يخصصها للبيع في إطار القانون رقم 11-04 المؤرخ في 14 ربيع الأول عام 1432 الموافق 17 فبراير سنة 2011 الذي يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية.</p>

الوثائق المرجعية

تستند الأطراف، في حدود واتساع التزاماتها، زيادة على النصوص السالفة الذكر، إلى الوثائق الآتي ذكرها، والتي سبق إيداعها في شكل نسخ أصلية لدى الوثائق الموقع أسفل بتاريخ

- عقد ملكية الوعاء العقاري، المعد باسم المرقي العقاري، بتاريخ الذي تم نشره لدى الحافظة العقارية ل..... بتاريخ حجم الفهرس.....

- (عند الاقتضاء) رخصة التجهيز رقم..... المؤرخة في والتهاميم الملحق بها، مسلمة من طرف.....

- رخصة البناء رقم..... المؤرخة في والتهاميم الملحق بها، مسلمة من طرف.....

- الوصف الدقيق للبناء أو الجزء من البناء التي تم بيعها.

- نظام الملكية المشتركة والكشف الوصفي للتقسيم والخططات المرفقة، معدة طبقا للتنظيم المعمول به.

- ضمان من صندوق الضمان والكفالة المتبادلة لنشاط الشرقية العقارية المعد بتاريخ تحت رقم..... ويرفق بعقد البيع على التهاميم هذا .

التعيين

القيام :

تصديه المرقع :

كل ذلك، يطابق الملف التقني لمشروع الشرقية والتفصيل، الذي تم إيداعه لدى الوثائق المضي أسفل والذي سيتم بمقتضاه متابعة إنجاز الأشغال وإتمامها.

التصديد الدقيق للموقع :

إعطاء التصديد الدقيق للبناء أو الجزء من البناء، بالنسبة للمناطق التي يجري بها المسح، تصديد القسم، مجموعة الاملاك والقطعة

- ولاية :

- بلدية :

- المكان الدعوى، الحي :

- عمارة رقم :

- الطابق :

- رقم البناء أو جزء من البناء :

و يصرح كذلك، بأن :

- تُعتبر البناء (أو جزء من البناء)، موضوع عقد البيع على التهاميم، ملكيته الكاملة وليست موضوع إجراء قانوني يحدد حق الملكية وليست مثقلة بأي رهن.

- وأن شهادة الضمان المنصوص عليها في التشريع والتنظيم المعمول بهما، والتي ترفق بعقد البيع على التهاميم هذا، تغطي الملك، موضوع البيع على التهاميم هذا.

تصريح المكتتب

يصرح المكتتب أنه :

- قد اطلع على ملف إنجاز البناء أو جزء من البناء السالف الذكر، والذي تكون البناء، موضوع هذه العقود جزءا منه، وكذا التهاميم والمقاطع والكشف الوصفي للبناء والتجهيزات المتعلقة بها.

- يقبل البيع وينظم حينئذ، دون أي تحفظ، إلى مجمل القواعد والشروط التي تنظم البيع والملكية المشتركة المتعلقة به والحددة بموجب القانون رقم 04-11 المؤرخ في 14 ربيع الأول عام 1432 الموافق 17 فبراير سنة 2011 الذي يحدد القواعد التي تنظم نشاط الشرقية العقارية.

و يعد عرض ذلك، بإشتر الوثائق الموقع أسفله، في تحرير العقد المتضمن الاتفاق الذي أقرته الأطراف.

يصرح اليباع، باعتماده الجهة الأولى، أنه يبيع البناء مع التزامه بكل الضمانات العادية والقانونية في هذا المجال، وكذلك الخاصة والواردة في هذا العقد وكذا الوثائق المرجعية السالفة الذكر، للمكتتب الحاضر، باعتماده الجهة الثانية، والذي يقبل البناء أو جزء من البناء.

النصوص التي تصير العقد

- يخضع عقد البيع على التهاميم هذا لأحكام القانون المدني وكذا أحكام القانون رقم 11-04 المؤرخ في 14 ربيع الأول عام 1432 الموافق 17 فبراير سنة 2011 الذي يحدد القواعد التي تنظم نشاط الشرقية العقارية والقانون رقم 08-15 المؤرخ في 14 رجب عام 1429 الموافق 20 يوليو سنة 2008 الذي يحدد قواعد مطابقة البناء وإتمام إنجازها والقانون رقم 90-29 المؤرخ في 14 جمادى الأولى عام 1411 الموافق أول ديسمبر سنة 1990 والمتعلق بالتهيئة والتعمير، المعدل والمتمم.

كيفية الدفع

يتم تحديد كيفية الدفع يربط تحرير الدفعات الجزاءة على أساس مراحل تقدم الأشغال من طرف المكتب، وذلك طبقا لأحكام القانون رقم 04-11 المؤرخ في 14 ربيع الأول عام 1432 الموافق 17 فيراير سنة 2011 الذي يحدد القواعد التي تنظم نشاط الشارقة العقارية والنصوص التطبيقية له.

في حالة عدم التسديد خلال المدة المحددة، يحتفظ البائع بحق توقيع عقوبة التأخير على المبلغ المستحق والعدد طبقا للقانون رقم 04-11 المؤرخ في 14 ربيع الأول عام 1432 الموافق 17 فيراير سنة 2011 ونصومه التطبيقية.

أجل التسليم

إن أجل تسليم البناية أو جزء من البناية للمقني يبدأ سريانه ابتداء من تاريخ التوقيع على عقد البيع هذا على التهاميم.

يتم تقسيم أجل التسليم إلى مراحل، محددة على النحو الآتي :

المرحلة	مراحل الأشغال	الأجل القصوى
1	إتمام الأسس	...شهر
2	إتمام الأشغال الكبرى، بما في ذلك المسالك والمدران الخارجية والداخلية	...شهر
3	إتمام كافة الأشغال مجتمعة، بما في ذلك الربط بالطرق والشبكات المختلفة وكذا التجهيزات الخارجية	...شهر
4	الإتمام	

إن انتهاء مرحلة معينة، قبل انقضاء الأجل الأتمنى المصد أعلاه، يمنح الحق لدفع الاستحقاق الموافق لها، من طرف صاحب المشروع وتحت مسؤوليته وتقع المساريف على عاتق البائع. يوقع البائع على محضر المعاينة ويسلمه للمقني للتوقيع عليه مقابل وصل استلام.

مبلغ وأجل عقوبة التأخير في التسليم

يتم تحديد مبلغ وأجل عقوبة التأخير في التسليم وكذا كيفية دفعها طبقا للتنظيم المعمول به.

كيفية المعاينة

تجدر الإشارة إلى أن حيازة البناية أو جزء من البناية من طرف المكتب يجب أن تتم عند إتمام أشغال الإنجاز الذي تم إثباته قانونا بشهادة المطابقة المسلمة، طبقا للتشريع والتنظيم المعمول بهما.

وهكذا يشكل الملاك المبيع حصصا رقم.....من الكشف الوصفي للتقسيم الذي تم نشره لدى المحافظة العقارية لسنة..... بتاريخ :

القسم - مجموعة الأملاك - القطعة

تحديد البناية التي يجري بها المسح

العناصر المكونة للأجزاء الفاصلة :

(وصف دقيق للبناية أو لجزء من البناية من حيث الأجزاء الخاصة والمساحة).

- مساحة صافية بدون أشغال.....

- مساحة قابلة للسكن أو نافعة.....

- يجب أن تظهر الخصائص التقنية والمساحية للملك في ملحق هذا العقد.....

قوام الملك :

عدد الغرف :

الطابق :

الصمام :

المرحاض :

الأسطح والشرفات :

الأرونة واليهو :

الملكية المشتركة

إعطاء وصف الملكية المشتركة من حيث العناصر المكونة والوصف والمساحات.

- الممتلكات المبنية وغير المبنية.....

- التجهيزات والمنشآت ذات الملكية المشتركة

مجموع الأجزاء المشتركة التابعة قانونا للبناية التي تمثل الحصص النسبية للملكية المشتركة.

مكونات سعر البيع وسددة تسديد الدفع وفقا لتقدم الأشغال

تحت الموافقة وقبول البيع بسعر..... دينار جزائري، ياحتساب كل الرسوم (..... دينار جزائري/ياحتساب كل الرسوم).

سعر البيع وكيفية مراجعته

يجب الإعلان أن سعر البيع ثابت أو قابل للمراجعة.

(في حالة ما إذا تقرر مراجعة سعر البيع، يجب أن تبرز صيغة مراجعته وتتم في الحدود والكيفيات التي يسمح بها القانون)

الضمان عن طريق التأمين العشري، لكل المهندسين المعماريين والمقاولين والعمال القطعيين المصوبين للمشاركة في إنجاز البناء، ويصرح أنه يقبل التصرف بالتمضامن معهم تجاه المقتني والغير إلا إذا حصل خطأ لا يمكن أن ينسب إليه.

ضمان حسن التنفيذ :

يضمن البائع التنفيذ الجيد للأشغال، ويلتزم بتنفيذ الأشغال الضرورية قصد إصلاح عيوب البناء و/أو حسن سير عناصر تجهيزات البناء في أجل..... (-) يوما ابتداء من تاريخ إخطاره من طرف المكتب.

إن هذا الضمان صالح لمدةسنة، ابتداء من تاريخ الصيانة كما هو محدد في الإجراء المتعلق بالصيانة المين أعلاه، وكل الضمانات المعتادة المتعلقة بتغطية الالتزامات المهنية والتقنية الأخرى.

الإشهار العقاري

تنشر نسخة من هذا العقد بعناية الموثق الموقع أدناه في المحافظة العقارية ل.....

الوطن

تختار الأطراف مواطنها في عناوينها المتشابهة، المذكورة أعلاه، قصد تنفيذ هذا العقد وتوايحه.

التاكيدات

قبل اختتام العقد، قام الموثق الموقع أسفله بقراءة على الأطراف بنود عقد البيع على التهاميه هذا وأحكام المواد الآتية :

- 113 (معدلة بالمادتين 5 من قانون المالية التكميلي لسنة 1991 و108 من قانون المالية لسنة 1996)، 114 و133 (معدلتين بالمادة 66 من قانون المالية لسنة 1981)، 134 و257 (معدلتين بالمادتين 36 من قانون المالية لسنة 1993 و50 من قانون المالية لسنة 1994) من قانون التسجيل.

- 35 من القانون رقم 06-01 المؤرخ في 21 فبراير سنة 2006 والمتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته.

- 70 إلى 78 من القانون رقم 11-04 المؤرخ في 14 ربيع الأول عام 1432 الموافق 17 فبراير سنة 2011 الذي يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية.

تتم الصيانة بموجب محضر يحرر حضوريا بنفس مكتب التوثيق ويلحق بعقد البيع على التهاميه.

في حالة تسجيل تأخر في تسليم الملك العقاري في الأجل المذكورة في العقد، يمكن المقتني معاينة عدم الصيانة عن طريق محضر قضائي، طبقا للتنظيم المعمول به.

فسخ عقد البيع على التهاميه

تصدر الإشارة إلى أن فسخ عقد البيع على التهاميه يتم في إطار أحكام القانون رقم 11-04 المؤرخ في 14 ربيع الأول عام 1432 الموافق 17 فبراير سنة 2011 والمذكور أعلاه، لاسيما المادة 53 منه.

فسخ العقد برافقة الطرفين

في هذه الحالة يحدد الطرفان الكيفيات الخوانقية لهذا الفسخ :

الالتزامات المتعلقة بتسيير الملكية المشتركة للمجموعة العقارية التي تتضمن الملك المباع

يجب أن ينص عقد البيع على التهاميه على التزام البائع بضمان أو التكليف بضمان تسيير الملك خلال مدة سنتين (2) ابتداء من تاريخ بيع آخر جزء من البناء المعنية .

إن الالتزامات المتعلقة بتسيير الملكية المشتركة للمجموعة العقارية المتضمنة الملك المباع هي تلك الصادرة في المواد 60 و61 و62 من القانون رقم 11-04 المؤرخ في 14 ربيع الأول عام 1432 الموافق 17 فبراير سنة 2011 الذي يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية .

ويلتزم البائع بتسليم نظام الملكية المشتركة للمقتني ويحدد مجموع البيانات القانونية والتقنية والمالية المتعلقة به.

ويجب أن يوضح القبول الصريح للمقتني لمجموع الالتزامات الناتجة عنه إلى غاية تحويل إدارة هذه الملكية المشتركة إلى الهيئات المنبثقة من المقتنين والمينة من طرفهم.

الضمانات

التأمين العشري :

يلتزم البائع، لفائدة المكتب، بمسؤوليته المدنية في المجال العقاري ويتولى مهمة مراقبة ومتابعة

- قانون المالية المتضمن إعفاء المهنيين من فائض قيمة البنائيات، المنصوص عليه في المواد 192 إلى 197 من قانون المالية رقم 83-19 المؤرخ في 18 ديسمبر سنة 1983 والمتعلق بالضريبة الخاصة على فائض قيمة البنائيات، المعدلة بالمواد 192 إلى 194 من قانون المالية التكميلي لسنة 1990.

أكدت الأطراف تحت طائلة العقوبات الواردة في النصوص المذكورة أعلاه، أن هذا العقد يعبر على السعر المتفق عليه بكامله.

كما يؤكد الموثق الممضي أسفله، زيادة على ذلك، أن هذا العقد، حسب علمه، لم يعدل ولم يعارض بأي سند مضاد يحتوي على زيادة في السعر.

إثباتا لذلك

حرر بمكتب الموثق الممضي أسفله
في اليوم والشهر والسنة المذكورة أعلاه.
وقد وقع عليه الأطراف والشهود والموثق بعد
قراءته وتفسيره.

الملاحق رقم 04: وثيقة التأمين المتعلقة بعقد بيع البناء على التصاميم

Fonds de Garantie et de Caution Mutuelle de la Promotion Immobilière

POLICE D'ASSURANCE "CONTRAT DE VENTE SUR PLANS"
VALANT ATTESTATION DE GARANTIE

CONDITIONS GENERALES

ART. 1: DEFINITIONS

❑ **Contrat de vente sur plans:** par "contrat de vente sur plans", par abréviation VSP, il est entendu, au sens de la présente police d'assurance, le contrat établi conformément aux dispositions :

- du décret législatif n° 93-03 du 01 mars 1993 relatif à l'activité immobilière
- du décret exécutif n° 94-58 du 07 mars 1994 portant modèle de contrat de VSP, passé entre, d'une part, le promoteur titulaire de la présente police d'assurance et, d'autre part, les acquéreurs de tout ou partie des biens immeubles réalisés par le promoteur dans le cadre du projet de promotion immobilière objet de la présente police d'assurance.

Toute vente sur plans et/ou toute avance versée par un acquéreur au promoteur en violation des dispositions des décrets sus mentionnés ne sauraient être couverte par la présente police d'assurance.

❑ **Acquéreur:** par "acquéreur", il est entendu, au sens de la présente police d'assurance, toute personne physique ou morale qui effectue des paiements partiels, revêtant le caractère d'avances à la commande, dans le cadre d'un contrat de vente sur plans pour l'acquisition de tout ou partie d'un immeuble réalisé par le promoteur dans le cadre du projet de promotion immobilière, objet de la présente police d'assurance.

❑ **Promoteur:** par "promoteur", il est entendu, au sens de la présente police d'assurance, la personne (physique ou morale) exerçant l'activité de promotion immobilière telle que définie par le décret législatif n° 93-03 du 01 mars 1993 et dont l'identification est portée dans la demande de garantie portée en annexe.

❑ **Avances:** par "avances", il est entendu, au sens de la présente police d'assurance, les sommes d'argent versées par l'acquéreur au promoteur dans le cadre d'un contrat de vente sur plans établi conformément à la législation et la réglementation en vigueur, à l'exclusion du dernier versement qui est effectué lors de la prise de possession ou de l'entrée en jouissance du logement ou autre.

Les avances sont versées au promoteur conformément aux clauses du contrat de vente sur plans et donnent lieu à des reçus établis en bonne et due forme par le promoteur. En cas d'insolvabilité du promoteur, le Fonds s'engage à rembourser à l'acquéreur le montant de ces avances reconnues, à l'exclusion de toutes autres.

❑ **Insolvabilité du promoteur:** par "insolvabilité du promoteur", il est entendu, au sens de la présente police d'assurance la situation dans laquelle le promoteur titulaire de la présente police d'assurance est incapable de livrer à l'acquéreur le bien qui lui a été vendu dans le cadre d'un contrat de vente sur plans d'une part et de l'incapacité constatée du dit promoteur à rembourser à l'acquéreur les paiements effectués par lui et revêtant le caractère d'avances à la commande, d'autre part, et ce, pour l'une des raisons suivantes: décès, disparition dûment constatée, faillite ou dissolution de la société

de promotion immobilière, quelle que soit sa forme et pour quelque raison que ce soit.

ART. 2: OBJET DU CONTRAT

Sont garantis par le présent contrat, les paiements effectués par les acquéreurs et revêtant le caractère d'avances à la commande, reçus par le promoteur au titre d'un contrat de vente sur plans, pour le projet défini à l'article 5 ci-après.

ART. 3: TEXTES DE REFERENCE

Le présent contrat est régi par:

- l'ordonnance n° 75-58 du 26 septembre 1975 portant code civil,
- le décret législatif n° 93-03 du 1er mars 93 relatif à l'activité immobilière,
- l'ordonnance n° 95-07 du 25 janvier 1995 relative aux assurances,
- le décret exécutif n° 94-58 du 7 mars 1994 portant modèle de contrat de vente sur plans
- le décret exécutif n° 97-406 du 03 novembre 1997, portant création du fonds de garantie et de caution mutuelle,
- le présent contrat et ses annexes,
- ainsi que par tous textes à caractère législatif ou réglementaire existant ou à venir se rapportant à l'objet de la présente police d'assurance.

Le présent contrat est établi suite à:

- la demande de garantie déposée par l'intéressé.
- la décision du Comité de Garantie.

ART. 4: NATURE DE LA GARANTIE

La garantie accordée par le présent contrat est un engagement de cautionnement régi par les articles 644 et suivants du code civil.

ART. 5: LE PROJET GARANTI

Le projet garanti par le Fonds est celui porté dans la demande de garantie jointe en annexe et qui fait partie intégrante du présent contrat.

Le tout, conforme au dossier technique de promotion et d'exécution déposé avec la demande de Garantie et sur la base duquel seront effectués la poursuite et l'achèvement des travaux.

ART. 6: EVENEMENTS GARANTIS

Le Fonds s'engage à rembourser à l'acquéreur, les avances versées par lui, après la réalisation d'un des événements suivants:

- 1 - Si le promoteur est une personne physique :
 - Le décès du promoteur, sans reprise du projet par ses héritiers;
 - La disparition constatée du promoteur, à la condition que cette disparition ait été constatée par une autorité judiciaire ou une autorité administrative compétente en la matière;
 - L'escroquerie dûment constatée par une autorité judiciaire.

2 - Si le promoteur est une personne morale :

- La faillite de l'entreprise;
- La liquidation de l'entreprise pour quelque raison que ce soit (judiciaire ou par anticipation) ;

- La banqueroute même si elle revêt un caractère frauduleux;
- L'escroquerie dûment constatée par une autorité judiciaire.

ART. 7: EXCLUSIONS

Sont exclus de la garantie du présent contrat tous les événements non expressément mentionnés à l'article 6 ci-dessus, et notamment :

- La garantie de bonne fin des travaux;
- Les retards dans la livraison du bien acquis par l'acquéreur;
- Le prix de vente et les éventuelles révisions de prix;
- les amendes de toutes nature;
- toute indemnité conventionnelle ou judiciaire;
- les dommages et intérêts dus par le promoteur à l'acquéreur pour quelque raison que ce soit;
- Les catastrophes naturelles;
- L'incendie, l'effondrement, et autres catastrophes similaires et toutes autres garanties prévues par la police d'assurances "tous risques chantier" telle que prévue par l'ordonnance n° 95-07;
- La résiliation du contrat de vente sur plans.

Le Fonds dégage sa responsabilité pour l'ensemble de ces risques, pour lesquels le promoteur et l'acquéreur prendront leurs dispositions par ailleurs.

ART. 8: LIMITES DE LA GARANTIE

La part garantie par le Fonds est uniquement l'avance - telle que définie à l'article 1^{er} ci-dessus - versée par les acquéreurs, à la condition que cette avance ait été effectivement versée au promoteur au jour de la constatation de la réalisation d'un des événements cités à l'article 6 ci-dessus.

Le montant global de l'avance garantie par catégorie de logement ou autre ouvrage, ainsi que les modalités de son versement au promoteur sont fixés en annexe 01 et ou 03 au présent contrat.

ART. 9: MODIFICATION DES ELEMENTS GARANTIS

Toute modification:

- de la part garantie (montant des avances et/ou date de leur versement)
 - de la structure du plan de financement, et notamment de la part du financement du projet sur les ressources propres du promoteur;
 - de la forme juridique de l'entreprise,
 - des sûretés réelles données en garantie au Fonds
- doit être portée à la connaissance du Fonds, même dans le cas d'un avancement important des travaux, et un avenant à la présente police d'assurance devra être établi. Une prime d'assurance additionnelle, calculée dans la même forme que celle qui a servi au calcul du taux net de la police initiale, devra être acquittée par le promoteur.

Le non respect de cette obligation entraîne d'office, le paiement par le promoteur, en sus de la prime additionnelle normalement due, d'une pénalité égale à 100 % de ladite prime.

MINISTRE DE L'HABITAT ET DE L'URBANISME
Fonds de Garantie et de Caution Mutuelle de la Promotion Immobilière

POLICE D'ASSURANCE "CONTRAT DE VENTE SUR PLANS"
VALANT ATTESTATION DE GARANTIE

CONDITIONS GENERALES

Art. 10 : DUREE DE LA GARANTIE

La durée sur laquelle porte la garantie est celle prévue dans la demande de garantie et au contrat de vente sur plans conclu entre le promoteur et l'acquéreur, soit celle comprise entre le premier versement d'une avance par l'un des acquéreurs détenteur d'un contrat de VSP, et la signature du procès-verbal de prise de possession par le promoteur et l'acquéreur, telle que prévue à l'article 13 du décret n° 93/03 du 7^m mars 1993.

Tout changement dans la durée de réalisation doit être porté à la connaissance du Fonds et un avenant à la présente police d'assurance devra être établi. Pour tout dépassement de délais excédant 10% de la durée de réalisation prévisionnelle contractuelle, une prime d'assurance supplémentaire devra être acquittée. Le montant de la prime additionnelle est calculé au prorata-temporis, majorée de 10 %.

Le non respect de cette obligation entraîne, d'office, le paiement, par le promoteur, en sus de la prime additionnelle normalement due, d'une pénalité égale à 100 % de ladite prime.

Art. 11 : SURETES REELLES

Le promoteur qui offre au Fonds des sûretés réelles s'engage à maintenir les biens objet de la promesse en bon état et à les assurer contre l'incendie, l'explosion, l'inondation et les dégâts des eaux.

Art. 12 : DOCUMENTS FOURNIS PAR LE PROMOTEUR

Les documents remis par le promoteur et ayant servi à l'établissement de la présente police d'assurance et faisant partie intégrante du présent contrat sont :

- l'imprimé de demande de garantie dûment instruit et signé par le promoteur.
- Une copie légalisée des statuts de la société (ou un extrait du casier judiciaire pour les personnes physiques).
- Une copie légalisée de l'inscription du promoteur au registre de commerce autorisant expressément celui-ci à exercer l'activité de promotion immobilière ;
- Une copie du (ou des) modèle(s) du (des) contrat(s) de vente sur plans, visé(s) par un notaire, comportant l'ensemble des éléments énumérés à l'article 10 du décret 93-03 du 7^m mars 1993 ;
- Les bilans des trois (03) dernières années d'activité. Pour les sociétés créées depuis moins de trois ans, les bilans depuis la création
- Les plans des constructions projetées (plan de situation, plan de masse, plan des fondations, plans des étages, coupes et façades) ;
- Une copie légalisée du permis de construire ;
- Une copie légalisée du titre de propriété du terrain ;
- Une attestation de mise à jour des obligations fiscales et parafiscales.

Le Fonds peut demander au promoteur tout autre document qu'il peut juger utile à l'appréciation du projet et à son suivi.

Art. 13 : INFORMATION DU FONDS DE GARANTIE

Toute omission ou déclaration, dont la mauvaise foi n'est pas prouvée, ayant causé une mauvaise appréciation du risque par le Fonds entraîne, dès sa constatation, le redressement du montant de la prime, sans préavis. La prime additionnelle doit être acquittée immédiatement.

Le promoteur est tenu, une fois tous les trois (03) mois, d'informer le Fonds de l'état d'avancement des travaux.

Ces informations doivent être communiquées au Fonds conformément à l'état en annexe 2, signé par le promoteur et dûment légalisé.

Toute fausse déclaration déchoit le Promoteur de ses droits et recours éventuels et peut entraîner à son encontre une action judiciaire devant les tribunaux, pour faux et usage de faux.

Toutefois, la garantie du présent contrat reste acquise à l'acquéreur.

Art. 14 : CONTROLE

L'assuré doit se soumettre à tout contrôle sur pièce ou sur place prévu ou non prévu dans le présent contrat.

Tout refus est sanctionné par une prime supplémentaire dont le montant est laissé à l'appréciation du Fonds, au cas par cas.

Art. 15 : MENACE DE SINISTRE

Le promoteur doit informer le Fonds de tout événement susceptible d'entraîner sa garantie dès qu'il en a connaissance.

Art. 16 : PLURALITE DE CAUTIONS

Lorsque d'autres cautions interviennent en garantie, le Fonds exerce son recours contre les autres cautions pour la totalité de leurs engagements.

Art. 17 : INDEMNITES DUES AUX ACQUEUREURS

Dans le cas de réalisation d'un événement entraînant la garantie du Fonds, il est versé à chacun des acquéreurs le montant payé par lui au promoteur.

Les acquéreurs devront amener la preuve des versements effectués par eux au promoteur et rentrant dans le cadre du dit projet de promotion immobilière.

Lu et approuvé
Signature du promoteur

Art. 18 : MONTANT DE LA POLICE D'ASSURANCES

Le montant de la prime d'assurance de la présente garantie est donnée en annexe.

La prime est payable en une seule fois, à la signature du présent contrat.

Art. 19 : RECOURS ET SUBROGATION

Conformément à l'article 6 du décret exécutif n° 97-406 le Fonds est subrogé dans les droits des acquéreurs quant à leur créance sur le promoteur, dans la limite des indemnités versées par le Fonds.

Le promoteur est tenu de fournir au Fonds tous les documents nécessaires à la subrogation, à l'exercice du recours et à la mise en jeu des autres garanties.

Le recours est exercé conformément à l'article 671 et suivants de code civil.

Une quittance subrogatoire doit être remise au Fonds par l'acquéreur ou le promoteur, au moment du règlement, conformément à l'article 38 de l'ordonnance n° 95-07 du 25 janvier 1995.

Les paiements récupérés avant indemnisation seront versés en totalité aux acquéreurs dans la limite des montants effectués par eux.

Art. 20 : IMPOTS ET TAXES

Tous les impôts et taxes sur le présent contrat sont à la charge du promoteur.

Art. 21 : COMPETENCE ET CONTESTATIONS

Les litiges entre acquéreurs, promoteur et le Fonds, qui viendraient à naître de l'application du présent contrat, seront tranchés par voie amiable ou, à défaut, par arbitrage, ou soumis à l'appréciation des tribunaux compétents, conformément à l'article 26 de l'ordonnance n° 95-07 du 25 janvier 1995.

Fait à Alger le :
Visa du Fonds de Garantie

الملحق رقم 05: تصريح شرطي لطلب الاعتماد للمرقي العقاري لإثبات إمكانياته في تعبئة الموارد

المالية الكافية لإنجاز مشروعه أو مشاريعه العقارية

21	الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية / العدد 02	أرگ ربيع الأول عام 1434 هـ 13 يناير سنة 2013 م
ANNEXE		
تموذج التصريح الشرطي لطلب الاعتماد للمرقي العقاري لإثبات إمكانياته في تعبئة الموارد المالية الكافية لإنجاز مشروعه أو مشاريعه العقارية		
Modèle-type de déclaration sur l'honneur du postulant à l'agrément de promoteur immobilier d'avoir à mobiliser les ressources financières suffisantes pour la réalisation de son (ou ses) projet (s) immobilier (s)		
REPUBLICQUE ALGERIENNE DEMOCRATIQUE ET POPULAIRE	الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية	
MINISTRE DE L'HABITAT ET DE L'URBANISME	وزارة السكن والعمران	
تصريح شرطي لطلب الاعتماد للمرقي العقاري لإثبات إمكانياته في تعبئة الموارد المالية الكافية لإنجاز مشروعه أو مشاريعه العقارية		
DECLARATION SUR L'HONNEUR DU POSTULANT A L'AGREMENT DE PROMOTEUR IMMOBILIER D'AVOIR A MOBILISER LES RESSOURCES FINANCIERES SUFFISANTES POUR LA REALISATION DE SON (OU SES) PROJET (S) IMMOBILIER (S)		
Je soussigné (e)	أنا المعنى (ة) أسفله	
Nom, prénoms et raison sociale :	الاسم واللقب والمقر الاجتماعي :	
Adresse :	العنوان :	
N° du registre de commerce (le cas échéant) :	رقم السجل التجاري (عند الاقتضاء) :	
Déclare sur l'honneur respecter la législation et la réglementation relatives à la promotion immobilière, m'engage dans l'exercice de ma profession à rendre disponibles les ressources financières nécessaires à la réalisation de mon (ou mes) projet (s) immobilier (s), et ce, sous peine des sanctions pénales et administratives prévues par les législations en la matière.	أصريح بشرفي أن أحترم التشريع والتنظيم المتعلقين بنشاط الشريعة العقارية وأن ألتزم، في أداء مهنتي بتوفير الموارد المالية الكافية لإنجاز مشروعي أو مشاريعي العقارية وذلك تحت طائلة العقوبات الجزائرية والإدارية المنصوص عليها في التشريعات الخاصة بهذا الشأن.	
Fait à..... le.....	حرر ب..... في	
Lu et approuvé	قرئ وصودق عليه	
Le promoteur immobilier (Nom, prénoms, qualité et signature légalisée)	المرقي العقاري (اللقب والاسم والصفة والإمضاء المصدق عليه)	

الملحق رقم 07: نموذج شهادة المطابقة

22 ربيع الثاني عام 1436 هـ 12 فبراير سنة 2015 م	الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية / العدد 07	34
الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية		
ولاية : دائرة : بلدية : مصلحة :		
قرار يتضمن شهادة المطابقة		
(المرسوم التنفيذي رقم 15-19 المؤرخ في 4 ربيع الثاني عام 1436 الموافق 25 يناير سنة 2015 الذي يحدد كيفيات تفسير عقود التعمير وتسليمها)		
رقم..... المجلس الشعبي البلدي لبلدية.....		
إن رئيس المجلس الشعبي البلدي : نظرا للطلب الذي تم إيداعه بتاريخ..... من طرف (السيدة / الأتمة / السيد)..... الساكنة(ة) بـ..... بخصوص أشغال :..... بمقتضى..... وبمقتضى..... وبمقتضى..... وبمقتضى رخصة البناء المسماة تحت رقم بتاريخ..... وبمقتضى محضر جرد رقم الذي تم إعداده بتاريخ بالنسبة للبتاليات المسترجعة من الجمهور والبتاليات ذات الاستعمال السكني الجماعي والتجهيزات : وبمقتضى محضر استلام الأشغال الذي تم إعداده من طرف مصالح المركز التقني للبناء تحت رقم بتاريخ		
يلتزم ما يأتي :		
المادة الأولى : تسليم شهادة المطابقة وتثبيت مطابقة الأشغال المتميزة حسن القطعات العائق عليها للبتالية :		
المادة 2 : تتكون البتالية التي تمت مراقبتها من مستويات، والتي يكون تقسيمها كما يأتي : /1 /2 /3 /4 /5 /6 /7 /8 /9		
رئيس المجلس الشعبي البلدي		

الملحق رقم 08: نموذج رخصة البناء

29	الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية / العدد 07	22 ربيع الثاني عام 1436 هـ 12 فبراير سنة 2015 م
الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية		
ولاية : في	
دايرة :		
بلدية :		
مصلحة :		
قرار يتضمن رخصة البناء		
(المرسوم التنفيذي رقم 15-19 المؤرخ في 4 ربيع الثاني عام 1436 الموافق 25 يناير سنة 2015 الذي يحدد كيفية تمشير عقود التعمير وتسليمها)		
رقم.....		
الجلس الشعبي البلدي لبلدية.....		
ولاية.....		
إن رئيس المجلس الشعبي البلدي /أو الوالي / لـ /:..... أو وزير السكن والعمران والمدينة :		
تظنرا للطلب الذي تم إيداعه بتاريخ.....		
من طرف (السيدة، الأتسة، السيد).....		
المساكن (ب) ب.....		
بخصوص أشغال.....		
يعتقضى.....		
ويعتقضى.....		
ويعتقضى.....		
ويعتقضى القرار رقم..... المؤرخ في..... والمتضمن إنشاء الشبكات الوحيد الكلف بتعمير عقود التعمير،		
ويعتقضى رأي الشبكات الوحيد..... بتاريخ.....		
يقدر ما يأتي :		
المادة الأولى : تسلم رخصة البناء لإنجاز.....		
المادة 2 : يخضع تسليم رخصة البناء للتحفظات الآتية :		
المادة 3 : مدة صلاحية رخصة البناء ابتداء من تاريخ تبليغها هي.....		
المادة 4 : تعد رخصة البناء ملغاة إذا لم يتم الانتهاء من أشغال البناء في الأجل المحددة أعلاه.		
المادة 5 : تلتصق نسخة من القرار المتضمن رخصة البناء مع الوثائق البيانية لللف الطلب التي يمكن الاطلاع عليها من طرف كل شخص معني، بمقر المجلس الشعبي البلدي مدة سنة واحدة (1) وشهر واحد (1).		
المادة 6 : يعد تقديم طلب جديد قصد الحصول على رخصة البناء لكل مباشرة أشغال أو استئنافها إجباريا بعد انقضاء مدة الصلاحية المحددة أعلاه. ينتج عن هذا الطلب تسليم رخصة البناء التي يتم إعدادها دون دراسة جديدة شرط ألا تتطور أحكام التهيئة والتعمير ومواصفاتها باتجاه مخالف لهذا التجديد. وأن تكون الأشغال المنجزة مطابقة لرخصة البناء المسلمة الأولى.		
المادة 7 : يجب أن تبلغ تواريخ بداية الأشغال ونهايتها إلى مصالح التعمير الخاصة بالبلدية بجميع الطرق.		
المادة 8 : يقوم المتقدمون بالطلب والمالكون والمقاولون والمهندسون المعماريون والمطرفون على الإنجاز بإنجاز الأشغال على مسؤوليتهم ويتحمل كل الأخطار.		
المادة 9 : يسلم هذا القرار دون المساس بحقوق الغير.		
المادة 10 : يجب أن تبلغ نسخة من هذا القرار إلى مصالح الولاية.		
رئيس المجلس الشعبي البلدي/ الوالي/ وزير السكن والعمران والمدينة		

الملحق رقم 09: نموذج رخصة التجزئة

22 ربيع الثاني عام 1436 هـ
12 فبراير سنة 2015 م

31

الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية / العدد 07

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

ولاية :
 دائرة :
 بلدية :
 محلقة :

قرار يتضمن رخصة التجزئة

(المرسوم التنفيذي رقم 15-19 المؤرخ في 4 ربيع الثاني عام 1436 الموافق 25 يناير سنة 2015 الذي يحدد كليات تفسير عقود التعمير وتسليمها)

رقم.....
 المجلس الشعبي البلدي لبلدية.....
 ولاية.....

إن رئيس المجلس الشعبي البلدي /أو الوالي لـ..... / أو وزير السكن والعمران والمدينة :
 تقرا للطلب الذي تم إيداعه بتاريخ.....

من طرف (السيدة /الآنسة/ السيد).....
 الساكنة ب (ب) :
 بضموم الأشغال.....
 بمقتضى.....
 وبمقتضى.....
 وبمقتضى.....
 وبمقتضى القرار رقم..... المؤرخ في..... والتضمن إنشاء الشبكات الوحيد المكلف بتفسير عقود التعمير.
 وبمقتضى رأي الشبكات الوحيد..... بتاريخ.....

يقرر ما يأتي :

المادة الأولى : تسلم رخصة التجزئة طبقا للمخططات الصاق عليها المرفقة بهذا القرار، ويخضع ذلك للمخططات الآتية :

المادة 2 : تتمثل الصمم الناتجة عن رخصة التجزئة ومساهماتها في :

المادة 3 : إن مدة صلاحية رخصة التجزئة، ابتداء من تاريخ تبليغها هي.....

المادة 4 : تعد رخصة التجزئة ملغاة في الحالات الآتية :

- إذا لم يتم الطرح في الأشغال التهيئة لمدة ثلاث (3) سنوات، ابتداء من تاريخ تبليغ القرار.
 - إذا لم يتم الانتهاء من الأشغال التهيئة المقررة في الأجل المحدد في القرار على أساس تقرير معد من طرف مكتب الدراسات الذي يحدد أجل إنجاز الأشغال، وبعد تقييم وتقدير السلطة المكلفة بتسليم رخصة التجزئة. إلا أنه، في حالة ما إذا تم الترخيص بإجاز الأشغال في مراحل، فإن الأجل المحدد والمقررة لإنجازها في الفقرة أعلاه، تطبق على أشغال مختلف المراحل.

المادة 5 : في حالة ما إذا أصبحت رخصة البناء ملغاة، لا يمكن متابعة العملية إلا فيما يخص المراحل التي تم الانتهاء من الأشغال التهيئة فيها.

المادة 6 : عند إتمام الأشغال التهيئة، يطلب المستفيد من رخصة التجزئة من رئيس المجلس الشعبي البلدي لكان التبرئة تسليم شهادة تهيئة تثبت مطابقة الأشغال وإتمامها.

المادة 7 : يجب أن تبلغ تواريخ بداية الأشغال ونهايتها إلى مصالح التعمير الخاصة بالبلدية.

المادة 8 : يقوم المتقدمون بالطلب بإجاز الأشغال على مسؤوليتهم ويتحمل كل الأخطار.

المادة 9 : يسلم هذا القرار دون المساس بحقوق الغير.

المادة 10 : تنظر السلطة التي وافقت على تجزئة قطعة الأرض، على نفقة صاحب الطلب، القرار المتضمن رخصة التجزئة يمكن الحفظ العقاري خلال الشهر الذي يلي تاريخ تبليغه.

رئيس المجلس الشعبي البلدي/
 الوالي/
 وزير السكن والعمران والمدينة

الملحق رقم 10: نموذج شهادة التعمير

22 ربيع الثاني عام 1436 هـ
12 فبراير سنة 2015 م

35

الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية / العدد 07

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

ولاية :
دائرة :
بلدية :
محلحة :

قرار يتضمن شهادة التعمير

(المرسوم التنفيذي رقم 15-19 المؤرخ في 4 ربيع الثاني عام 1436 الموافق 25 يناير سنة 2015 الذي يحدد كيفيات تحضير عقود التعمير وتسليمها)

رقم
الجلس الشعبي البلدي لبلدية

إن رئيس المجلس الشعبي البلدي :
نظرا للطلب الذي تم إيداعه بتاريخ
من طرف (السيدة / الأتسة / السيد)

السكان(ة) بـ
بخصوص المواصفات العمرانية والعمارية للقطعة الأرضية الواقعة بـ :
بمقتضى /

وبمقتضى
وبمقتضى

يقدر ما يأتي :

المادة الأولى : تسلم شهادة التعمير طبقا لتوجيهات مخطط شغل الأراضي و/أو المخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير و/أو القواعد العامة للتعمير.

المادة 2 : يجب احترام المواصفات العمرانية الآتية :

معامل شغل الأراضي (COS) :

معامل مساحة البناء على الأرض (CBS) :

الارتفاع الأقصى :

المواصفات الأخرى :

المادة 3 : ترتبط مدة الصلاحية بمدة صلاحية أداة التعمير المعمول بها (مخطط شغل الأراضي أو المخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير وذلك في حالة غياب مخطط شغل الأراضي المعدق عليه).

رئيس المجلس الشعبي البلدي

الذخائر
الغنية

فهرس المصادر والمراجع

أولاً: المصادر والمراجع الشرعية:

❖ الكتب:

✓ التفسير وملومه:

- القرطبي: أبو عبد الله شمس الدين:

1- الجامع لأحكام القرآن، تحقيق: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، دار الكتب المصرية، القاهرة مصر، ط2، 1964م.

✓ الحديث وملومه:

- الألباني: أبو عبد الرحمن محمد ناصر الدين:

2- ضعيف الجامع الصغير وزيادته، المكتب الإسلامي، بيروت لبنان، د.ت.

- البغوي: الحسين بن مسعود:

3- شرح السنة، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، المكتب الإسلامي، بيروت لبنان، ط2، 1983م.

- الشوكاني: محمد بن علي:

4- نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار، تحقيق: عصام الدين الصبابطي، دار الحديث، مصر، ط1، 1993م.

- العسقلاني: ابن حجر:

5- فتح الباري شرح صحيح البخاري، دار المعرفة، بيروت لبنان، 1379هـ.

6- التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، 1989م.

- موسوعة الحديث الشريف:

7-الكتب الستة، (صحيح البخاري، صحيح مسلم، سنن الترمذي، سنن أبي داود، سنن البيهقي، سنن النسائي الصغرى، سنن ابن ماجه، الموطأ، مسند الإمام أحمد)، دار السلام، الرياض المملكة العربية السعودية، ط2، 2001م.

✓ المعالجو:

• إبراهيم مصطفى وأحمد حسن الزيات وآخرون:

8-إبراهيم مصطفى وآخرون، المعجم الوسيط، دار الدعوة، القاهرة مصر، د.ط، د.ت.

• ابن الأثير: محمد بن عبد الكريم:

9-النهاية في غريب الحديث والأثر، تحقيق: طاهر أحمد الزاوي-محمود محمد الطناحي، المكتبة العلمية، بيروت لبنان، 1977م.

• الجوهرى الفارابي: أبو نصر إسماعيل بن حماد:

10-الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، حقيق: أحمد عبد الغفور عطار، دار العلم للملايين، بيروت لبنان، ط4، 1987م.

• الرازي: زين الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر:

11-مختار الصحاح، تحقيق: يوسف الشيخ محمد، المكتبة العصرية، بيروت لبنان، ط5، 1999م.

• الزبيدي: محمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسيني:

12-تاج العروس من جواهر القاموس، دار الهداية، الإسكندرية مصر، د.ت.

• عمر: أحمد مختار عبد الحميد:

13-معجم اللغة العربية المعاصرة، عالم الكتاب، بيروت لبنان، ط1، 2008م.

• الفيومي: محمد بن علي:

14-المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، المكتبة العلمية، بيروت لبنان، د.ت.

• القزويني: أحمد بن فارس بن زكرياء

15-معجم مقاييس اللغة، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، دمشق سوريا، 1979م.

• الكجراتي: جمال الدين محمد طاهر بن علي الصديقي الهندي الفتي:

16-مجمع بحار الأنوار في غرائب التنزيل ولطائف الأخبار، مطبعة مجلس دائرة المعارف العثمانية، ط3، 1967م.

• ابن منظور: أبو الفضل جمال الدين:

17-لسان العرب، دار صادر، بيروت لبنان، ط3، 1414هـ.

• مجمع اللغة العربية:

18-معجم القانون، الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية، القاهرة مصر، 1999م.

✓ الفقه وأصوله ومقاصد الشريعة:

• أبو غدة: عبد الستار:

19-الخيار وأثره في العقود، مطبعة مقهوي، الكويت، ط2، 1985م.

• آل تيمية:

20- [بدأ بتصنيفها الجدّ: مجد الدين عبد السلام بن تيمية (ت: 652هـ)، وأضاف إليها الأب: عبد الحليم بن تيمية (ت: 682هـ)، ثم أكملها الابن الحفيد: أحمد بن تيمية (728هـ)]، المسودة في أصول الفقه، تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد، دار الفضيلة، الرياض المملكة العربية السعودية، ط1، 1422هـ.

• ابن أمير حاج: أبو عبد الله شمس الدين:

21-التقرير والتحبير، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ط2، 1983م.

• برهان الدين: أبو المعالي:

22- المحيط البرهاني في الفقه النعماني فقه الإمام أبي حنيفة، تحقيق: عبد الكريم سامي الجندي، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، 2004م.

• البابرتي: محمد بن محمد بن محمود:

23- العناية شرح الهداية، دار الفكر، بيروت لبنان، ط2، 1992م.

• البكري: أبو بكر عثمان بن محمد شطا الدمياطي:

24- إغاثة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، 1997م.

• البغوي: أبو محمد الحسين بن مسعود بن الفراء:

25- التهذيب في فقه الإمام الشافعي، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود، علي محمد معوض، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ط1، 1997م.

• البهوتي: منصور بن يونس بن صلاح الدين:

26- كشف القناع عن متن الإقناع، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، د.ت.

• البوطي: محمد توفيق رمضان:

27- البيوع الشائعة وأثر ضوابط المبيع على شرعيتها، دار الفكر، بيروت لبنان، ط3، 2005م.

• بن تيمية: تقي الدين:

28- مجموع الفتاوى، تحقيق: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة المملكة العربية السعودية، 1995م.

• التفتاواني: سعد الدين مسعود بن عمر:

29- شرح التلويح على التوضيح لمن التنقيح في أصول الفقه، تحقيق: زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ط1، 1996م.

• الثبيتي: سعود بن مسعد:

30- الاستصناع-أثره في تنشيط الحركة الاقتصادية، دار ابن حزم، بيروت لبنان، ط1، 1990م.

• الجمل: سليمان بن عمر بن منصور العجيلي:

31- فتوحات الوهاب بتوضيح شرح منهج الطلاب المعروف بحاشية الجمل، دار الفكر، بيروت لبنان، د.ت.

• ابن جزيء الكلبى الغرناطى: أبو القاسم محمد بن أحمد:

32- القوانين الفقهية، د.د.ن، د.م، د.ط، د.ت.

• الخطاب: شمس الدين أبو عبد الله محمد:

33- مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، دار الفكر، دمشق سوريا، 1992م.

• ابن حزم: أبو محمد علي بن أحمد:

34- الإحكام في أصول الأحكام، تحقيق: أحمد محمد شاكر، دار الأفاق الجديدة، بيروت لبنان، د.ت.

• الحموي: أسامة:

35- الشرط الجزائي وسلطة القاضي في تعديله، مطبعة الزرعى، سوريا، ط1، 1418هـ.

• الخرشي: محمد بن عبد الله:

36- شرح مختصر خليل، دار الفكر للطباعة، بيروت لبنان، د.ت.

37- شرح مختصر خليل، المطبعة الأميرية الكبرى، ط2، 1317هـ.

• الخفيف: علي:

38-الضمان في الفقه الإسلامي، دار الفكر، مصر، 2000م.

• الدريني: فتحي:

39-النظريات الفقهية، منشورات جامعة دمشق، سوريا، ط4، 1997م.

• الدسوقي: محمد بن أحمد بن عرفة:

40-حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الفكر، بيروت لبنان، د.ت.

• ابن رشد: أبو الوليد محمد بن أحمد:

41-المقدمات الممهديات، تحقيق: محمد حجي، دار الغرب الإسلامي، بيروت لبنان، ط1، 1988م.

• الرملي: شمس الدين محمد بن أبي العباس:

42-نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، دار الفكر، بيروت لبنان، ط.الأخيرة، 1984م.

• الرحيباني: مصطفى بن سعد السيوطي:

43-مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، المكتب الإسلامي، ط2، 1994م.

• ابن رشد: أبو الوليد:

44-بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الحديث، القاهرة مصر، د.ط، 2004م.

• الزركشي: شمس الدين محمد بن عبد الله:

45-شرح الزركشي على مختصر الخرقى، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، 2002م.

• الزحيلي: وهبة:

46-الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق سوريا، ط4، د.ت.

47-المعاملات المالية المعاصرة-بحوث فتاوى وحلول-، دار الفكر، دمشق سوريا، ط7، 2007م.

• الزرعلي: عثمان بن علي بن محجن فخر الدين:

48- تبين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشثلي، المطبعة الكبرى الأميرية، القاهرة مصر، ط1، 1313هـ.

• الزرقا: مصطفى أحمد:

49- عقد الاستصناع ومدى أهميته في الاستثمارات الإسلامية المعاصرة، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، البنك الإسلامي، للتنمية، مكتبة الملك فهد الوطنية، جدة المملكة العربية السعودية، 1420هـ.

50- عقد البيع، دار القلم، دمشق سوريا، ط2، 2012م.

51- المدخل الفقهي العام، دار القلم، دمشق سوريا، 1998م.

• السرخسي: محمد بن أحمد:

52- المبسوط، دار المعرفة، بيروت لبنان، 1993م.

• السغددي: أبو الحسن علي بن الحسين بن محمد:

53- النتف في الفتاوى، تحقيق المحامي الدكتور صلاح الدين الناهي، دار الفرقان، عمان الأردن، ط2، 1984م.

• سكحال المجاجي: محمد:

54- أحكام عقد البيع في الفقه الإسلامي المالكي، دار ابن حزم، بيروت لبنان، ط1، 2001م.

• سعيد: محمد رأفت:

55- عقد الاستصناع وعلاقته بالعقود الجائزة، دار الوفاء، المنصورة مصر، ط1، 2002م.

• السمرقندي: أبو بكر علاء الدين:

56- تحفة الفقهاء، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ط2، 1994م.

• السنيكي: زكريا بن محمد:

57-أسنى المطالب في شرح روض الطالب، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة مصر، د.ت.

• السالوس: علي أحمد:

58-فقه البيع والاستيناق والتطبيق المعاصر، مؤسسة الريان، بيروت لبنان، 2004م.

• شعبان: زكي الدين:

59-نظرية الشروط المقترنة بالعقد، دار النهضة العربية، القاهرة مصر، ط1، 1968م.

• الشافعي: أبو عبد الله محمد بن إدريس:

60-الأم، دار المعرفة، بيروت لبنان، 1990م.

• الشاطبي: أبو إسحاق:

61-الموافقات، تحقيق: أبو عبدة مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن عفان، المملكة العربية السعودية، ط1، 1997م.

62-الإعتصام، تحقيق: سليم بن عيد الهلالي، دار ابن عفان، المملكة العربية السعودية، ط1، 1992م.

• الشرييني: شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب:

63-مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ط1، 1994م.

• شبير: محمد عثمان:

64-صيانة المديونات ومعالجتها من التعثر في الفقه الإسلامي، منشور في بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة، دار النفائس، عمان، 1998م.

• الشافعي: كمال الدين، محمد بن موسى بن عيسى بن علي الدّميري أبو البقاء:

65-النجم الوهاج في شرح المنهاج، دار المنهاج، جدة المملكة العربية السعودية، ط1، 2004م.

• الشيرازي: أبو إسحاق بن إبراهيم بن علي:

66-المهذب في فقه الإمام الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، د.ت.

• شلتوت: محمود:

67-الإسلام عقيدة وشريعة، دار القلم، دمشق سوريا، ط2، د.ت.

• الصاوي: أبو العباس أحمد بن محمد الحلوتي:

68-بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير، دار المعارف، القاهرة مصر، د.ت.

• ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز:

69-رد المحتار على الدر المختار، دار الفكر، بيروت لبنان، ط2، 1992م.

• عتر: محمد ماجد:

70-المفصل في الفقه الحنفي-الأموال والمعاملات المالية وفق مقتضيات العصر ومعطيات سائر المذاهب، مكتبة المستقبل، سوريا، ط1، 2005م.

• العدوي: أبو الحسن علي:

71-حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني، تحقيق: يوسف الشيخ محمد البقاعي، دار الفكر، بيروت لبنان، 1994م.

• عليش: محمد بن أحمد بن محمد:

72-منح الجليل شرح مختصر خليل، دار الفكر، بيروت لبنان، 1989م.

• عبد الوهاب: أبو محمد البغدادي:

73-المعونة على مذهب عالم المدينة «الإمام مالك بن أنس»، تحقيق: حميش عبد الحق، المكتبة التجارية، مصطفى أحمد الباز، مكة المكرمة المملكة العربية السعودية، ط1، 1415هـ.

• العميرة: أحمد بن عبد العزيز:

74-نوازل العقار، دار الميمان، الرياض المملكة العربية السعودية، 2011م.

• ابن عفانة: حسام الدين بن موسى:

75-يسألونك عن المعاملات المالية المعاصرة، المكتبة العلمية ودار الطيب للطباعة والنشر، القدس فلسطين، ط1، 2009م.

76-فتاوى يسألونك، مكتبة دنديس، الضفة الغربية فلسطين، ط1، 2007م.

• الغمراوي: محمد الزهري:

77-السراج الوهاج على متن المنهاج، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت لبنان، د.ط، د.ت.

• القرافي: أبو العباس شهاب الدين بن إدريس:

78-شرح تنقيح الفصول، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، شركة الطباعة الفنية المتحدة، د.م، ط1، 1973م.

79-الفروق-أنوار البروق في أنواع الفروق-، عالم الكتاب، القاهرة مصر، د.ت.

• القليوبي: أحمد سلامة وعميرة: أحمد البرسلي:

80-حاشيتا قليوبي وعميرة، دار الفكر، بيروت لبنان، 1995م.

• ابن قدامة: أحمد بن محمد:

81-المغني، مكتبة القاهرة، مصر، د.ط، 1968م. -الكافي في فقه الإمام المبجل أحمد بن حنبل، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ط1، 1994.

• ابن القيم الجوزية: أبو عبد الله محمد:

82-إعلام الموقعين عن رب العالمين، دار ابن الجوزي للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، 1423هـ.

• القرة داغي: علي محي الدين:

83-عقد الاستصناع بين الاتباع والاستقلال وبين اللزوم والجواز، مجلة بحوث في فقه المعاملات المالية المعاصرة، دار البشائر الإسلامية، بيروت لبنان، 2001م.

84-حديث لا تبع ما ليس عندك-سنده وفقهه-، بحث منشور في كتاب: بحوث في فقه المعاملات المعاصرة، دار البشائر، بيروت لبنان، 2001م.

• الكاساني: علاء الدين، أبو بكر بن مسعود:

85-بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ط2، 1986م.

• الكبي: سعد الدين محمد:

86-المعاملات المالية المعاصرة في ضوء الإسلام، المكتب الإسلامي، بيروت لبنان، ط1، 2002م.

• اللبدي: عبد الغني بن ياسين بن أحمد:

87-حاشية اللبدي على نيل المآرب، تحقيق وتعليق: الدكتور محمد سليمان الأشقر، دار البشائر الإسلامية للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت لبنان، 1999م.

• لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية:

88-مجلة الأحكام العدلية، تحقيق: نجيب هواويني، نور محمد، الناشر: كارخانه تجارت كتب، آرام باغ، كراتشي، د.ت.

• المرغيناني: علي بن أبي بكر بن عبد الجليل:

89-الهداية في شرح بداية المبتدي، تحقيق: طلال يوسف، دار إحياء التراث العربي، بيروت لبنان، د.ت.

• مالك: بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي:

90- المدونة الكبرى، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، 1994م.

• المواق: محمد بن يوسف بن أبي القاسم أبو عبد الله:

91- التاج والإكليل لمختصر خليل، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ط1، 1994م.

• موافي: أحمد:

92- الضرر في الفقه الإسلامي، دار ابن عفان، المملكة العربية السعودية، ط1، 1997م.

• الماوردي: أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي:

93- الحاوي الكبير، تحقيق: علي محمد معوض-الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، 1999م.

• المرادوي: علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان:

94- الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، دار إحياء التراث العربي، بيروت لبنان، ط2، د.ت.

• المقدسي الصالحي: محمد بن مفلح بن محمد بن مفرج:

95- الفروع، عالم الكتاب، الرياض المملكة العربية السعودية، د.ت.

• المصري: عبد السميع:

96- التجارة في الإسلام، مكتبة وهبة للطباعة والنشر، مصر، 1986م.

• محمد سليمان الأشقر وآخرون:

97- بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة، دار النفائس، الأردن، ط1، 1998م.

• المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية:

98- الموسوعة الفقهية المصرية، دار التحرير، القاهرة مصر، 1386هـ.

• محيسن: فؤاد محمد:

99- التأصيل الشرعي لعقدي الاستصناع والمقاولة، دائرة المكتبة الوطنية، عمان الأردن، ط1، 2002م.

• المجاجي: محمد سكال:

100- أحكام عقد البيع في الفقه الإسلامي المالكي، دار ابن حزم، بيروت لبنان، ط1، 2001.

• النووي: أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف:

101- منهاج الطالبين وعمدة المفتين في الفقه، تحقيق: عوض قاسم أحمد عوض، دار الفكر، دمشق سوريا، 2005م.

102- المجموع شرح المهذب، دار الفكر، بيروت لبنان، د.ت.

• النفراوي: أحمد غانم شهاب الدين:

103- الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، دار الفكر، بيروت لبنان، 1995م.

• ابن نجيم: سراج الدين عمر بن إبراهيم:

104- النهر الفائق شرح كنز الدقائق، تحقيق: أحمد عزو عناية، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ط1، 2002م.

• النشوي: ناصر:

105- أحكام عقد الاستصناع في الفقه الإسلامي - دراسة مقارنة-، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية مصر، 2005م.

• ابن الهمام: كمال الدين:

106- فتح القدير، دار الفكر، بيروت لبنان، د.ط، د.ت.

• هريدي: أحمد:

107-الفتاوى المصرية، دار الإفتاء المصرية، رقم الفتوى 983، 13 يونيو 1968م.

• وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية-الكويت:

108-الموسوعة الفقهية الكويتية، دار السلاسل، الكويت، ط2، 1404-1427هـ.

✓ السياسة الشرعية:

• أفندي: علي حيدر خواجه:

109-درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، تعريب: فهمي الحسيني، دار الجيل، بيروت لبنان، ط1، 1991م.

✓ التراجم:

• الذهبي: شمس الدين أبو عبد الله:

110-سير أعلام النبلاء، تحقيق: مجموعة من المحققين بإشراف شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت لبنان، ط3، 1985م.

• الزركلي: خير الدين بن محمود:

111-الأعلام، دار العلم للملايين، د.م، ط15، 2002م.

• ابن سعد: أبو عبد الله البصري البغدادي:

112-الطبقات الكبرى، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، 1990م.

113-الطبقات الكبرى، تحقيق إحسان عباس، دار صادر، بيروت لبنان، 1968م.

• قُطُوبغا السودوني، أبو الفداء زين الدين:

114-تاج التراجم، تحقيق: محمد خير رمضان يوسف، دار القلم، دمشق سوريا، 1992م.

• محيي الدين: عبد القادر بن محمد:

115-الجواهر المضية في طبقات الحنفية، مير محمد كتب خانه-كراتشي، د.ت.

❖ الرسائل:

● اسطنبولي: محي الدين:

116- عقد الاستصناع وأهميته في الاستثمار-دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون-، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم الإسلامية-تخصص أصول الفقه-، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر-1-، 2016م.

● البدران: كاسب بن عبد الكريم:

117- عقد الاستصناع أو عقد المقاوله في الفقه الإسلامي-دراسة مقارنة-، رسالة ماجستير، كلية التربية، جامعة الملك فيصل، المملكة العربية السعودية، 1984م.

● بلخير: أحمد:

118- عقد الاستصناع وتطبيقاته المعاصرة-دراسة حالة البنك الإسلامي للتنمية-، مذكرة مقدمة لنيل درجة الماجستير في الاقتصاد الإسلامي، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر-باتنة-، 2008م.

● الرويشد: عبد المحسن:

119- الشرط الجزائري في الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، مصر، 1404هـ.

● محمد بن عبد العزيز بن سعد اليميني:

120- الشرط الجزائري وأثره في العقود المعاصرة-دراسة فقهية مقارنة، رسالة دكتوراه في تخصص الفقه وأصوله، قسم الثقافة الإسلامية، كلية التربية، جامعة الملك سعود، المملكة العربية السعودية، 1426هـ.

❖ المقالات:

● التارزي: مصطفى كمال:

121- الاستصناع والمقاولات في العصر الحاضر، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، منظمة المؤتمر الإسلامي، جدة المملكة العربية السعودية، العدد 07، 7-12 ذو القعدة 1412هـ الموافق 9-14 ماي 1992م.

• الثبيتي: سعود بن مسعد بن مساعد:

122- الاستصناع-تعريفه-تكييفه-حكمه-شروطه-أثره في تنشيط الحركة الاقتصادية، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، منظمة المؤتمر الإسلامي، جدة المملكة العربية السعودية، العدد 07، 7-12 ذو القعدة 1412هـ الموافق 9-14 ماي 1992م.

• جعيط: كمال الدين:

123- عقد الاستصناع، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، منظمة المؤتمر الإسلامي، جدة المملكة العربية السعودية، العدد 07، 7-12 ذو القعدة 1412هـ الموافق 9-14 ماي 1992م.

• الزحيلي: وهبة:

124- عقد الاستصناع، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، منظمة المؤتمر الإسلامي، جدة المملكة العربية السعودية، العدد 07، 7-12 ذو القعدة 1412هـ الموافق 9-14 ماي 1992م.

• الزحيلي: محمد:

125- عقد السلم والاستصناع في الفقه الإسلامي والتمويل الاقتصادي، مجلة كلية الدراسات الإسلامية والعربية، الإمارات العربية المتحدة، العدد الثالث عشر، 1996م.

• الزرقا: مصطفى أحمد:

126- عقد الاستصناع ومدى أهميته في الاستثمارات الإسلامية المعاصرة، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 7، جدة المملكة العربية السعودية، من 7-12 ذو القعدة 1412هـ الموافق 9-14 ماي 1992م.

• السالوس: علي أحمد:

127- عقد الاستصناع، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، منظمة المؤتمر الإسلامي، جدة المملكة العربية السعودية، العدد 07، 7-12 ذو القعدة 1412هـ الموافق 9-14 ماي 1992م.

128- الشرط الجزائري وتطبيقاته المعاصرة، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، منظمة المؤتمر الإسلامي، جدة المملكة العربية السعودية، العدد 12، من 25 جمادى الأول إلى غرة رجب 1421هـ الموافق 23-28 سبتمبر 2000م.

• شلبي: حمدي عبد المنعم:

129- الإمتاع في أحكام الاستصناع، مجلة البحوث الفقهية والقانونية، كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، العدد التاسع عشر، 2004م.

• الشاذلي: حسن علي:

130- الاستصناع وموقف الفقه الإسلامي منه في صورة عقد استصناع أم عقد سلم، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، منظمة المؤتمر الإسلامي، جدة المملكة العربية السعودية، العدد 07، 7-12 ذو القعدة 1412هـ الموافق 9-14 ماي 1992م.

• الضيرير: الصديق محمد الأمين:

131- الشرط الجزائري، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، منظمة المؤتمر الإسلامي، جدة المملكة العربية السعودية، العدد 12، من 25 جمادى الأول إلى غرة رجب 1421هـ الموافق 23-28 سبتمبر 2000م.

• عبد الله: محمد عبد الله:

132- عقد الاستصناع، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، منظمة المؤتمر الإسلامي، جدة المملكة العربية السعودية، العدد 07، 7-12 ذو القعدة 1412هـ الموافق 9-14 ماي 1992م.

• الفرفور: محمد عبد اللطيف صالح:

133- أثر الاستصناع في تنشيط الحركة الاقتصادية، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 7، جدة المملكة العربية السعودية، من 7-12 ذو القعدة 1412هـ الموافق 9-14 ماي 1992م.

• القرة داغي: علي محي الدين:

134- عقد الاستصناع، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 7، جدة المملكة العربية السعودية، من 7-12 ذو القعدة 1412هـ الموافق 9-14 ماي 1992م.

135- مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السادس، منظمة المؤتمر الإسلامي، جدة المملكة العربية السعودية، من 17-23 شعبان 1410 الموافق 14 - 20 آذار (مارس) 1990م.

136- مجلة مجمع الفقه الإسلامي في دورة مؤتمره السابع، العدد السابع، منظمة المؤتمر الإسلامي، جدة المملكة العربية السعودية، من 7-12 ذي القعدة 1412 الموافق 9 - 14 أيار (مايو) 1992م.

137- مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ، دورة المؤتمر 12، منظمة المؤتمر الإسلامي، جدة المملكة العربية السعودية، من 25 جمادى الثاني-1 رجب 1421هـ الموافق 23-28 سبتمبر 2000م.

❖ المواقع الإلكترونية:

138- قرار مجمع الفقه الإسلامي، منظمة المؤتمر الإسلامي، دورة المؤتمر 12 الرياض المملكة العربية السعودية، 25 جمادى الثاني-1 رجب 1421 الموافق 23-28 سبتمبر 2000. <http://www.fiqhacademy.org.sa/qyarat/12-3htm>

139- بيت التمويل الكويتي، الفتاوى الشرعية في المسائل الاقتصادية، الفتوى رقم 06، 300، 398.

http://www.kfh.com/KFH_fatawa/fatawa_index.aspx.

ثانياً: المصادر والمراجع القانونية:

❖ الكتب:

• الأهواني: حسام الدين كامل:

140- عقد البيع، ذات السلاسل للطبع والنشر، الكويت، 1989م.

• الأودن: سمير عبد السميع:

141- تمليك وحدات البناء تحت الإنشاء والضمانات الخاصة لمشترى الوحدات السكنية، مكتبة ومطبعة الاشعاع الفنية، الإسكندرية مصر، 2001م.

• أحمد شوقي: محمد عبد الرحمن:

142- مسؤولية البائع عن ضمان العيوب الخفية في بيع السيارات، منشأة المعارف، الإسكندرية مصر، 2003م.

• أبو قرين: أحمد عبد العالي:

143- الأحكام العامة لعقد المقاوله، دار النهضة، القاهرة مصر، ط1، 2003م.

• أبو عمرو: مصطفى أحمد:

144- موجز أحكام قانون حماية المستهلك، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ط1، 2011م.

• أبو بكر الصديق: منى:

145- الالتزام بإعلام المستهلك عن المنتجات، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية مصر، 2013م.

• بديع منصور: سامي:

146- عنصر الثبات وعامل التغيير في العقد المدني، دار الفكر اللبناني، بيروت لبنان، ط1، 1987م.

• بن خروف: عبد الرزاق:

147- التأمينات الخاصة في التشريع الجزائري-التأمينات البرية-، مطبعة حيرد، الجزائر، 1998م.

• بن عبدة: عبد الحميد:

148- إثبات الملكية العقارية والحقوق العينية العقارية في التشريع الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2003م.

• بوسقية: أحسن:

149-بوسقية: أحسن، الوجيز في القانون الجزائري الخاص (الجرائم ضد الأشخاص، والجرائم ضد الأموال، وبعض الجرائم الخاصة)، دار هومة، الجزائر، ط9، 2008م.

150-الوجيز في القانون الجزائري العام، دار هومة، الجزائر، ط10، 2011م.

• بوسته: إيمان:

151-النظام القانوني للترقية العقارية-دراسة تحليلية-، دار الهدى، عين مليلة الجزائر، 2011م.

• جعلوك: محمد علي عارف:

152-أعمال المقاولات، دار الراتب الجامعية، بيروت لبنان، ط1، 1999م.

• جاك: يوسف حكيم:

153-العقود الشائعة والمسماة-عقد البيع-، دار الفكر، بيروت لبنان، 1970م.

• الجمال: مصطفى محمد:

154-التأمين الخاص وفقاً لأحكام القانون المدني المصري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية مصر، ط1، 2001م.

• جديدي: معراج:

155-مدخل لدراسة قانون التأمين الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط3، 2003م.

• حسنين: محمد:

156-عقد البيع في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط3، 1990م.

157-عقد البيع في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون الجزائر، 2005م.

• حسين ياسين: عبد الرزاق:

158-المسؤولية الخاصة بالمهندس المعماري ومقاول البناء، جامعة أسيوط، ط1، 1987م.

• حمدي: أحمد سعد أحمد:

159-البيع الإيجاري، الدار القانونية، مصر، 2007م.

• حمدي باشا: عمر:

160-نقل الملكية العقارية في التشريع الجزائري، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2000م.

• خلفوني: مجيد:

161-شهر التصرفات العقارية في القانون المدني الجزائري مدعم بالقرارات القضائية، دار هومه، الجزائر، ط2، 2011م.

• خالد جمال: أحمد:

162-الالتزام بالإعلام قبل التعاقد، دار النهضة العربية، القاهرة مصر، د.ت.

• دياب: أسعد:

163-القانون المدني العقود المسماة (البيع-الإيجار-الوكالة)، منشورات زين الحقوقية، بيروت لبنان، 2007م.

• زهرة: محمد المرسي:

164-المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين (المسؤولية المهنية للمحامين والمهندسين)، منشورات حلبي الحقوقية، بيروت لبنان، ط2، 2004م.

• الزوجال: يوسف:

165- المنظومة الحمايية للمستهلك في عقود الخدمات - عقد الخدمات نموذجاً-، دراسة تحليلية وفق آخر المستجدات القانونية، تقديم وداد العيدوني، منشورات دار الأمان، الرباط، 2008م.

• زروقي ليلي- عمر حمدي باشا:

166- المنازعات العقارية في ضوء آخر التعديلات وأحدث الأحكام، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2012م.

• السنهوري: عبد الرزاق أحمد:

167- مصادر الحق، المكتبة السلفية، المملكة العربية السعودية، ط2، 1967م.

168- نظرية العقد، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، ط2، 1998م.

169- الوسيط في شرح القانون المدني (البيع والمقايضة)، دار إحياء التراث العربي، القاهرة مصر، د.ت.

170- الوسيط في شرح القانون المدني الجديد- نظرية الالتزام بوجه عام-، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، ط3، 2000م.

171- الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على العمل المقاولة والوكالة والوديعة والحراسة، منشورات حلبي الحقوقية، بيروت لبنان، 2011م.

• سرور: محمد شكري:

172- مسؤولية مهندسي ومقاولي البناء والمنشآت الثابتة الأخرى، دار الفكر العربي، القاهرة مصر، 1985م.

• السيد محمد السيد عمران:

173- عدم المطابقة في بيع العقارات تحت التشييد، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية مصر، 1994م.

174- الالتزام بالإخبار، المجموعة العلمية للأبحاث القانونية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية مصر، 2000م.

• السعدى: محمد صبرى:

175- شرح القانون المدينى الجزائرى- النظرى العامة للالتزامات- العقد والإرادة المنفردة-، دار الهدى، الجزائر، ط2، 2004م.

• سى يوسف: زاهىة حورىة:

176- الوجىز فى عقد البىع- دراسة مقارنة ومدعمة باجتهادات قضائىة وفقهىة، دار الأمل للطباعة والنشر والتوزىع، الجزائر، 2014م.

177- الواضح فى عقد البىع- دراسة مقارنة ومدعمة باجتهادات قضائىة وفقهىة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزىع، الجزائر، 2014م.

178- النظام القانونى لعقد البىع على التصامىم، دار الأمل للطباعة والنشر والتوزىع، الجزائر، 2014م.

• شرعان: محمد:

179- الخطر فى عقد التأمىن، منشأة المعارف، الإسكندرىة مصر، 1984م.

• شنب: محمد لىب:

180- شرح أحكام عقد المفاوضة، منشأة المعارف، الإسكندرىة مصر، ط2، 2003م.

• الشرقاوى: جمىل:

181- شرح العقود المدينىة (البىع والمقايضة)، دار النهضة العربىة، القاهرة مصر، د.ت.

• صاحب: عبىد الفتلاوى:

182- ضمان العىوب وتخلف المواصفات فى عقود البىع، دار الثقافة للنشر والتوزىع، عمان، ط1، 1997م.

• طىب: عائشة:

183-طيب: عائشة، عقد البيع على التصاميم في ظل القانون رقم 11-04، مركز البصيرة للبحوث والاستشارات والخدمات التعليمية، العدد 13، دار الخلدونية، الجزائر، 2011م.

• عمورة: عمار:

184-الوجيز في شرح القانون التجاري الجزائري، دار المعرفة، الجزائر، 2000م.

• العمروسي: أنور:

185-العقود الواردة على الملكية في القانون المدني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية مصر، 2003م.

• علي سليمان: علي:

186-النظرية العامة للالتزام-مصادر الالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون الجزائر، ط2، 1988م.

187-النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2005م.

• العبيدي: علي هادي:

188-العقود المسماة، البيع والإيجار-وقانون المالكين والمستأجرين وفق آخر التعديلات مع التطبيقات القضائية لمحكمة التمييز، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2010م.

• عبد الله: هدى:

189-سلطة القاضي في تعديل العقد، ورقة عمل أقيمت في مؤتمر "دور القاضي في الخصومة-وحدة الهدف وتعدد الأدوار"، كلية الحقوق والعلوم السياسية، بيروت لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2010م.

• علاء حسين: علي:

190-عقد بيع المباني تحت الإنشاء-دراسة قانونية مقارنة-، منشورات زين الحقوقية، بيروت لبنان، ط1، 2011م.

• العوجي: مصطفى:

191-القانون المدني-العقد-، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، ط5، 2011م.

• علي مصباح: إبراهيم:

192-العقود المسماة (البيع-الإيجار-الوكالة)، د.دن، د.م، ط3، 2012م.

• علوان: أمية:

193-دروس في العيوب الخفية في عقد البيع، د.دن، د.م، د.ط، د.ت.

• غانم: إسماعيل:

194-مذكرات في العقود المسماة (عقد البيع)، دار النهضة العربية، القاهرة مصر، 1958م.

• فاضلي: إدريس:

195-الوجيز في النظرية العامة للالتزام، قصر الكتاب، الجزائر، 2007م.

• فيلاي: علي:

196-الالتزامات-النظرية العامة للعقد-، موفم للنشر، الجزائر، 2008م.

• فايز الحاج: شاهين:

197-القانون المدني الفرنسي بالعربية: طبعة دالوز الثامنة بعد المائة بالعربية، ترجمة: ادوارد عيد-بشير بيلاني،

جامعة القديس يوسف، بيروت لبنان، 2012م.

• قداة: خليل أحمد حسن:

198-الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط3، 2003م.

• قاسم: محمد حسن:

199- عقد البيع، الدار الجامعية، مصر، 1999م.

• كركبي: مروان:

200- العقود المسماة، د.د.ن، القاهرة مصر، ط2، 1993م.

• كركبي: مروان، سامي: منصور:

201- الأموال والحقوق العينية، د.د.ن، د.م، ط2، 1999م.

• كامل رمضان: جمال:

202- الحقوق والالتزامات القانونية في عقد البيع-المشكلات العملية في نقل الملكية، دار الكتاب الحديث، القاهرة مصر، 2012م.

• لعشب، محفوظ بن حامد:

203- عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، ط7، 1990م.

• المحاسنة: محمد يحي عبد الرحمن:

204- مفهوم المحل والسبب في العقد، دار النهضة العربية، القاهرة مصر، 1986م.

• محمد حسام محمود لطفي:

205- النظرية العامة للالتزام-مصادر الالتزام-، النسر الذهبي للطباعة، القاهرة مصر، 2000م.

• مغبغب: نعيم:

206- عقود مقاولات البناء والأشغال الخاصة والعامة، منشورات حلبي الحقوقية، بيروت لبنان، ط3، 2001م.

• منصور: محمد حسين:

207- المسؤولية المعمارية في حوادث وانحيار المباني أثناء وبعد التشييد والتأمين الإلجباري منها، منشأة المعارف، الإسكندرية مصر، 1984م.

208- النظام القانوني للمباني والإنشاءات، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية مصر، 2011م.

• محمد هشام: صالح عبد الفتاح:

209- جريمة الاحتيال- دراسة مقارنة، أطروحة مقدمة لاستكمال متطلبات درجة الماجستير في القانون العام، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابل فلسطين، 2008م.

• مشماشى: عبد الحفيظ:

210- بيع العقار في طور الإنجاز، دراسة على ضوء القانون المغربي المقارن، مكتبة الرشاد، المغرب ط1، 2012م.

• المعموري: يوسف:

211- حماية المشتري في عقد بيع عقار تحت الإنشاء، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، ط1، 2016م.

• هوييه: جيروم:

212- المطول في القانون المدني، ترجمة: منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت لبنان، 2003م.

❖ الرسائل:

• إبراهيم عثمان: بلال:

213- تملك العقارات تحت الإنشاء، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، مصر، 2001م.

• بوجنان: نسيمة:

214- عقد البيع بناء على التصاميم في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2009م.

• بزغيش: بوبكر:

215- رخصة البناء آلية وقاية في مجال التعمير، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون- فرع قانون الأعمال-، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2007م.

• بن عالية: كمال:

216- الرقابة القانونية للبناء، مذكرة التخرج لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء، المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، 2011م.

• بن تريعة: مها:

217- مسؤولية المرقى العقاري في إطار عقد الترقية العقارية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون- تخصص قانون المنافسة وحماية المستهلك، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، الجزائر العاصمة، 2014م.

• بن عيسى: محمد:

218- المسؤولية الجزائية للمرقى العقاري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص- فرع القانون المدني الأساسي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، 2017م.

• تاسة: الهاشمي:

219- ضمانات مشروعية العقوبات الإدارية في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في الحقوق- قانون إداري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2014م.

• تسبية: أعمار:

220- الآليات القانونية لحماية المشتري في عقد البيع على التصاميم، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق- تخصص القانون الخاص-، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أدرار، 2019م.

• ثبوت: حمزة:

221-المسؤولية الجنائية لمشيدي البناء، مذكرة تخرج لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء، المدرسة العليا للقضاء، 2008م.

• حلواجي: عبد الرؤوف:

222-النظام القانوني للمرقي العقاري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون الأعمال، كلية الحقوق-بن عكنون، جامعة الجزائر1، الجزائر، 2004م.

• حجوج: كلثوم:

223-النظام القانوني لرخصة تجزئة وتقسيم العقار في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير-تخصص القانون العقاري والزراعي، كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب، البليدة، 2010م.

• الحشيمي: لينا جميل:

224-بيع العقارات تحت الإنشاء، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بيروت، لبنان، 2013م.

• خالد محمد: زكي صالح:

225-ملكية الطبقات، رسالة دكتوراه، جامعة الإسكندرية، مصر، 1979م.

• دوة: آسيا:

226-صندوق الضمان والكفالة المتبادلة في نشاط الترقية العقارية، مذكرة ماجستير في القانون العقاري، كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب، البليدة، فيفري 2012.

• دروازي: عمار:

227- آليات إدارة الملكية المشتركة وحمايتها في التشريع الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية- تخصص قانون عقاري-، كلية الحقوق، جامعة الحاج لخضر، باتنة، د.ت.

• ذوادي: وفاء:

228- ضيف الله: نجاح، عقد البيع بناء على التصاميم، في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، 2007م.

• الرام: علي:

229- بيع العقار في طور البناء، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، وجدة المغرب، 2004م.

• ربيع: نصيرة:

230- تمويل الترقية العقارية العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير- تخصص إدارة ومالية-، كلية الحقوق، بن عكنون الجزائر، 2006م.

• رحموني: سعدية، مساهلي: شهرزاد:

231- النظام القانوني للمتعامل العقاري في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص الشامل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، 2015م.

• زكي: محمود جمال الدين:

232- الحقوق العينية الأصلية، مطبعة جامعة القاهرة، مصر، 1978م.

• زيداني: توفيق:

233- التنظيم القانوني لعقد المقاوله على ضوء أحكام القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في فرع القانون العقاري، كلية الحقوق، جامعة الحاج لخضر- باتنة، 2010م.

• زياش: لمياء- بوعشة حدة:

234-النظام القانوني لإعلام المستهلك في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 08 ماي 1945، قالمة، 2016م.

● سعيد النمر: هدى:

235-القيود التي ترد على تصرفات مالك المبنى المقسم إلى شقق وطبقات، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، مصر، 1989م.

● سبتي: محمد:

236-رخصة البناء في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير-فرع إدارة ومالية-، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2003م.

● شعوة: مهدي:

237-تطور المركز القانوني للمرقي العقاري الخاص في التشريع الجزائري، أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في القانون-تخصص قانون عقاري وزراعي-، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، 2015م.

● طيب: عائشة:

238-الحماية القانونية لمالك البناء في عقد البيع بناءً على التصاميم، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه-فرع القانون العقاري-، كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب-البليدة، 2013م.

● عبد الرحمان: ليندة:

239-إثبات الملكية العقارية في المناطق غير الممسوحة، مذكرة تخرج لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء، المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، 2009م.

● عبد الحميد: سفيان-موسى أمحمد: علال مبروك:

240-ضمان العيوب الخفية للمبيع وفقاً للقانون المدني الجزائري وقانون حماية المستهلك 89-02، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة الخامسة عشر، الجزائر، 2007م.

• علوانة: فادي-نعيم جميل:

241-مبدأ المشروعية في القانون الإداري وضمادات تحقيقه، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون العام، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس فلسطين، 2011م.

• عياشي: شعبان:

242-عقد بيع العقار بناء على التصاميم، أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في القانون، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، 2012م.

• علي بن علي:

243-عقد البيع على التصاميم في ظل القانون 11-04، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون-تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة محمد بوقرة-بومرداس، د.ت.

• كرتوس: أنيسة:

244-المسؤولية الناشئة عن تدم البناء في القانون المدني الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل درجة الماجستير في القانون المدني، كلية الحقوق والعلوم السياسية-بن عكنون، جامعة الجزائر، 2001م.

• كامل: فؤاد:

245-المسؤولية المدنية عن تدم البناء في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير-فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، الجزائر، 2002م.

• كتو: لامية:

246-عقد البيع على التصاميم في إطار القانون رقم 11-04 المحدد لقواعد نشاط الترقية العقارية، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون، فرع قانون العقود، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013م.

• لعريض: الأمين:

247- حماية المستهلك من الغش في مواد البناء وتدايعات ارتفاع سعرها في السوق، الملتقى الوطني المنافسة وحماية المستهلك، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، يومي 17-18 نوفمبر 2009م.

• لكرون: سيد أحمد:

248- تنظيم الترقية العقارية الخاصة في إطار قانون 04-11 المؤرخ في 17 فبراير 2011، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون العقاري، كلية الحقوق-بن عكنون، جامعة الجزائر 1، الجزائر، 2014م.

• مسكر: سهام:

249- بيع العقار بناء على التصاميم، مذكرة لنيل شهادة الماجستير-قانون العقاري والزراعي-، كلية الحقوق، جامعة البليدة، 2007م.

250- التزامات المرقي العقاري المترتبة على بيع السكنات الترفوية، أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في القانون العقاري والزراعي، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، 2016م.

• موهوبي: فتيحة:

251- الضمان العشري للمهندس المعماري ومقاول البناء، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص- فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق-بن عكنون، جامعة الجزائر، الجزائر، 2007م.

• مجاجي: منصور:

252- رخصة البناء كأداة لحماية البيئة في التشريع الجزائري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سعد دحلب-البليدة، 2012م.

• مسعودي: ابتسام:

253- التأمين لدى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة في الترقية العقارية، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون-تخصص القانون العقاري، كلية الحقوق، جامعة يحي فارس-المدية، 2012م.

• مقدود: فاطمة:

254- حمايا المكتب في البيوع العقارية على التصاميم، مذكرة من أجل الحصول على درجة ماجستير في العلوم القانونية- فرع حمايا المستهلك والمنافسة-، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، الجزائر، 2015م.

• موسى: نسيمه:

255- ضمانات تنفيذ عقد الترقية العقارية- عقد بيع العقار في طور الإنجاز-، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه علوم، فرع القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2015م.

• مشتاوي: سمير:

256- الأمان المالي للمستهلك في نشاط الترقية العقارية، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون- فرع القانون الخاص، تخصص قانون حمايا المستهلك والمنافسة، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، الجزائر، د.ت.

• مدوري: زايد:

257- مسؤولة المقاول والمهندس المعماري في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون- فرع قانون المسؤولة المهنية-، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، د.ت.

• نوي: عقيلة:

258- النظام القانوني لعقد بيع العقار بناءً على التصاميم في القانون الجزائري، مذكرة لنيل درجة الماجستير- فرع عقود ومسؤولة-، كلية الحقوق- بن عكنون-، جامعة الجزائر، 2004م.

• الوانشي: مريم:

259- أثر السبب الأجنبي في انتفاء المسؤولة العشرية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير- فرع القانون العقاري والزراعي، كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب، البليدة، 2007م.

❖ المقالات:

• إرزيل: الكاهنة:

260-شركات التامين في مواجهة نشاط الترقية العقارية، مجلة الحقوق والحريات، عدد تجربي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2013م.

• اقلولي اولد رابح: صافية:

261-رخصة البناء آلية لحماية البيئة في القانون الجزائري، الملتقى الوطني حول الترقية العقارية-الواقع والآفاق-، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، يومي 27 و28 فيفري 2012م.

• بن عبد القادر: زهرة:

262-الضمانات الممنوحة للمشتري في عقد البيع على التصميم، مجلة العلوم الإنسانية، العدد 28، ديسمبر 2007م.

• بن ملححة: الغوثي:

263-المهندس المعماري مستشار ومسؤول، المجلة القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد 2، جامعة الجزائر، 2000م.

• بونبات: محمد بن أحمد:

264-بيع في طور الإنجاز، دراسة في ضوء القانون رقم 00-44، سلسلة أفاق القانون، العدد 9، مراكش المغرب، ط1، 2004م.

• بختاوي: سعيد:

265-دراسة حول إشكالية البيع على المخطط، المجلة القانونية الدورية، العدد 13، الغرفة الوطنية للموثقين، الجزائر، 2005م.

• بردان: رشيد:

266-البيع على التصاميم، دراسة في قانون 93-03، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة جيلالي لباس، سيدي بلعباس، 2005م.

• بوقرة: أم الخيار:

267-المسؤولية العشرية للمرقي العقاري-دراسة تحليلية-، مجلة الحقوق والحريات، عدد تجربي، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2013م.

• بن زكري: راضية:

268-مخالفات الترقية العقارية وفقاً للقانون 11-04، مجلة الحقوق والحريات، عدد تجربي، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2013م.

• حمليل: نواره:

269-تقدير تقنية البيع على التصاميم، الملتقى الدولي حول الترقية العقارية، جامعة قاصدي مباح، ورقلة، 7-8 فيفري 2006م.

• حاج بن علي: محمد:

270-تميز الالتزام بالإعلام عن الالتزام بالنصيحة لضمان الصفة الخطرة للشيء المبيع، مجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، جوان 2011م.

• دغيش: أحمد:

271-الضمانات في الترقية العقارية بعد الاستلام النهائي للمشروع، الملتقى الوطني حول الترقية العقارية في الجزائر-الواقع والآفاق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مباح، ورقلة، يومي 27 و28 فيفري، 2012م.

• رمول: خالد:

272-صندوق الضمان والكفالة المتبادلة في عقد البيع على التصاميم، مجلة المفكر، العدد 5، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر-بسكرة، د.ت.

• زروقي: الطيب:

273- حماية مشتري العقار في البيع بناءً على التصاميم طبقاً للمرسوم التشريعي رقم 93-03، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الثاني، كلية الحقوق، جامعة بن عكنون، الجزائر، 2001م.

• زوبة: عز الدين:

274- خصوصية عقد بيع العقار على التصاميم عن عقد البيع العادي-عقد بيع عقار موجود وقت التعاقد-، مجلة الحقوق والحريات، عدد تجربي، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2013م.

• سي يوسف: زاهية حورية:

275- إنشاء عقد البيع على التصاميم وضمائاته، مجلة الحقوق والحريات، عدد تجربي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2013م.

• سعيداني لونا سي: جقيقة:

276- النظام القانون للمرقي العقاري في التشريع الجزائري، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، العدد 2، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2011م.

• ساملي: عبد الرحمن:

277- سحب الاعتماد من المرقي العقاري محمد صحراوي بعد انهيار عمارة بالعاشر في العاصمة، جريدة النهار، العدد 2757، الصادرة في 16 أكتوبر 2016م.

• سداوي: محمد صغير:

278- المسؤولية الإدارية والجزائية في القانون 11-04 المتعلق بنشاط الترقية العقارية، الملتقى الوطني حول الترقية العقارية في الجزائر-الواقع والآفاق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مباح-ورقلة، يومي 27 و28 فيفري 2012م.

• صبايحي: ربيعة:

279- الضمانات المستحدثة في بيع العقار على التصاميم على ضوء أحكام القانون 11-04، الملتقى الوطني حول الترقية العقارية في الجزائر-الواقع والآفاق-، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 27-28 فيفري 2012م.

• عزري: الزين:

280- إجراءات إصدار قرارات البناء والهدم في التشريع الجزائري، مجلة الفكر، العدد 3، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة، مارس 2007م.

• عواطف: ززارة:

281- التزامات المرقى العقاري في عقد البيع بناء على التصاميم وفقاً للقانون 11-04، مجلة الحقوق والحريات، عدد تجربي، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2013م.

• عليان: بوزيان:

282- النظام العام العمراني في ظل القانون المنظم للترقية والعقارية 11-04، الملتقى الوطني حول الترقية العقارية-الواقع والآفاق-، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، يومي 27 و28 فيفري 2012م.

• قاشي: علال:

283- التزامات المرقى العقاري وجزء الإخلال بها في عقد البيع على التصاميم، الملتقى الوطني حول الترقية العقارية في الجزائر-الواقع والآفاق-، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 27-28 فيفري 2012م.

• قني: سعديّة:

284- دور صندوق الضمان والكفالة المتبادلة في ضمان تمويل نشاط الترقية العقارية، مجلة الحقوق والحريات، عدد تجربي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر-بسكرة، 2013م.

• كريم: كريمة:

285-التوجه نحو توسيع المسؤولية العشرية عن عيوب البناء -لتشمل صانع مكونات البناء والمقاول الفرعي- ، الملتقى الوطني حول الترقية العقارية في الجزائر-الواقع والآفاق-، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، يومي 27 و28 فيفري 2012م.

• لموسخ: محمد:

286-الضمانات القانونية في عقد البيع على التصاميم، مجلة المنتدى القانوني، العدد السادس، كلية الحقوق، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2009م.

• لعبيدي: خيرة:

287-التوازن العقدي أثناء نقل الملكية في عقد البيع بناء على التصاميم في التشريع الجزائري، مجلة القانون والمجتمع، مخبر القانون والمجتمع، العدد 7، جامعة أدرار، جوان 2016م.

• محمدي: فريدة:

288-ضرورة إعادة تنظيم تسيير الملكية المشتركة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، الجزء 37، رقم 2، 1999م.

• مصطفىاوي: عايدة:

289-الضمان العشري والضمانات الخاصة لمشيدي البناء في التشريع الجزائري والتشريع المقارن، دفاتر السياسة والقانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 6 جانفي 2012م.

• هادفي: بشير:

290-الأبعاد التنظيمية للضمانات الخاصة بعقد البيع على التصاميم، الملتقى الوطني حول الترقية العقارية في الجزائر-الواقع والآفاق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، يومي 27-28 فيفري 2012م.

• الواسعة: صالحى:

291- دور المرقي العقارى فى حل أزمة السكن فى الجزائر، الملتقى الوطنى حول الترقية العقارية فى الجزائر- الواقع والآفاق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدى مباح-ورقلة، يومى 27-28 فىفرى 2012م.

• ويس: فتحي-فتاك: على:

292- عقد البيع بناء على التصاميم فى الترقية العقارية، الملتقى الوطنى حول الترقية العقارية-واقع وآفاق-، كلية الحقوق، جامعة قاصدى مباح، ورقلة، يومى 7 و8 فىفرى 2012م.

• وعلى: جمال:

293- المسؤولة المدنية للمهندس المعمارى والمقاول عن عيوب المباني المسلمة لصاحب المشروع-دراسة فى القانون الجزائرى، الملتقى الوطنى حول الترقية العقارية فى الجزائر-الواقع والآفاق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدى مباح، ورقلة، يومى 27 و28 فىفرى 2012م.

❖ المواقع الإلكترونية:

294- غستان: جاك، منتدى المعرفة، 28 أوت 2021.

❖ القوانين والمراسيم والأوامر والقرارات:

• قانون المقاوله الفرعية:

295- القانون رقم 75-1334 المؤرخ فى 31-12-1975م والمتعلق بالمقاوله الفرعية.

• قانون الأسرة:

296- القانون رقم 84/11 المؤرخ فى 9 رمضان 1404 الموافق 9 جوان 1984 المعدل والمتمم بالأمر رقم 02/05 المؤرخ فى 18 محرم 1426 الموافق 27 فبراير 2005 المتضمن قانون الأسرة.

• القانون المحدد لنشاط الترقية العقارية:

297-القانون رقم: 04-11 المؤرخ في 14 ربيع الأول 1432هـ الموافق 17 فبراير سنة 2011، الذي يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية.

• قانون المتعلق بالترقية العقارية:

298-القانون رقم 07-86 المؤرخ في 23 جمادى الثانية 1406هـ الموافق 4 مارس 1986 والمتعلق بالترقية العقارية.

• قانون التهيئة والتعمير:

299-القانون رقم 29-90 المؤرخ في 14 جمادى الأولى عام 1411هـ الموافق 1 ديسمبر 1990م، المعدل والمتمم بالقانون رقم 04-05 المؤرخ في 27 جمادى الثانية 1425هـ الموافق ل: 14 أوت 2004م المتعلق بالتهيئة والتعمير.

• القانون المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية:

300-القانون رقم 02-04 المؤرخ في 05 جمادى الأولى 1425هـ الموافق 23 يونيو سنة 2004م، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية.

• قانون تأسيس إجراء معاينة حق ملكية عقارية وتسليم سنداتها عن طريق التحقيق العقاري:

301-القانون رقم: 02-07 المؤرخ في 27 فبراير 2007م المتضمن تأسيس إجراء لمعاينة حق الملكية العقارية وتسليم سندات الملكية عن طريق تحقيق عقاري.

• قانون تنظيم مهنة الموثق:

302-القانون رقم 27-88 المؤرخ في 12 جويلية 1988م المتعلق بتنظيم مهنة الموثق المعدل والمتمم بالقانون رقم 02-06 المؤرخ في 20-02-2006م.

• قانون بيع العقارات المقرر بناؤها أو تحت الإنجاز الفرنسي

303-القانون رقم: 67-03 المؤرخ في 03 جانفي 1967 المتعلق ببيع العقارات المقرر بناؤها والالتزام بضمان عيوب البناء المعدل بالقانون رقم: 76-547 المؤرخ في 07 جويلية 1967 وبالقانون 12-78 المؤرخ في 04 جانفي 1978 المتعلق ببيع العقارات المقرر بناؤها أو تحت الإنجاز.

• قانون التسجيل العقاري في إمارة دبي:

304-القانون رقم 09 لسنة 2009 المتعلق بالتسجيل العقاري في إمارة دبي.

• المرسوم التشريعي المتعلق بقانون المالية لسنة 1993م:

305-المرسوم التشريعي رقم: 93-01 المؤرخ في 19 جانفي 1993 المتضمن قانون المالية لسنة 1993م.

• المرسوم التشريعي المتعلق بالنشاط العقاري:

306-المرسوم التشريعي رقم: 93-03 المؤرخ في 07 رمضان 1413 الموافق 01 مارس 1993 المتعلق بالنشاط العقاري.

• المرسوم التنفيذي المتضمن تغيير هيئة الرقابة التقنية:

307-المرسوم التنفيذي رقم 86-205 المؤرخ في 19 أوت 1986م المتضمن تغيير هيئة الرقابة التقنية.

• المرسوم التنفيذي المتعلق بمعايير تحديد النشاطات والمهن المقننة الخاضعة للسجل التجاري:

308-المرسوم التنفيذي رقم: 97-40 المؤرخ في 9 رمضان عام 1417 هـ الموافق 18 يناير سنة 1997م، المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 2000-313 المؤرخ في 14 أكتوبر 2000م يتعلق بمعايير تحديد النشاطات والمهن المقننة الخاضعة للقيد في السجل التجاري وتأطيرها.

• المرسوم التنفيذي المنظم للصفقات العمومية:

309-المرسوم التنفيذي رقم: 91-434 المؤرخ في 2 جمادى الأولى 1412 هـ الموافق 9 نوفمبر 1991م المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

• المرسوم التنفيذي المحدد لإجراءات إعداد مخطط شغل الأراضي والمصادقة عليه:

310-المرسوم التنفيذي رقم: 91-178 المؤرخ في 28 ماي 1991م المحدد لإجراءات إعداد مخطط شغل الأراضي والمصادقة عليه ومحتوى الوثائق المتعلقة به (ج.ر العدد 28) المعدل والمتمم بمقتضى المرسوم التنفيذي رقم 05-318 المؤرخ في 10 سبتمبر 2005م.

• المرسوم التنفيذي لمحدد لشروط وكيفيات شراء المساكن المنجزة:

311-المرسوم التنفيذي رقم: 04-340 المؤرخ في 19 رمضان 1425هـ الموافق 2 نوفمبر 2004م، المعدل والمتمم للمرسوم التنفيذي 01-105 المؤرخ في 29 محرم 1422هـ الموافق 23 أبريل 2001، المحدد لشروط وكيفيات شراء المساكن المنجزة بأموال عمومية أو مصادر بنكية أو أي تمويلات أخرى في إطار البيع بالإيجار.

• المرسوم التنفيذي المتضمن دفتر الشروط النموذجي للمرقي العقاري:

312-المرسوم التنفيذي رقم: 12-85 المؤرخ في 27 ربيع الأول 1433هـ الموافق 20 فبراير 2012م المتضمن دفتر الشروط النموذجي الذي يحدد الالتزامات والمسؤوليات المهنية للمرقي العقاري.

• المرسوم التنفيذي المحدد لنموذجي عقد حفظ الحق وعقد البيع على التصاميم:

313-المرسوم التنفيذي رقم: 13-431 المؤرخ في 18 ديسمبر 2013 المحدد لنموذجي عقد حفظ الحق وعقد البيع على التصاميم للأمالك العقارية، وكذا حدود سعر الملك موضوع عقد البيع على التصاميم ومبلغ عقوبة التأخير وآجالها وكيفيات دفعها.

• المرسوم التنفيذي المتضمن إحداث صندوق الضمان والكفالة المتبادلة:

314-المرسوم التنفيذي رقم: 97-406 المؤرخ في 03 نوفمبر 1997 المتضمن إحداث صندوق الضمان والكفالة المتبادلة في الترقية العقارية المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي 14-180 المؤرخ في 7 شعبان 1435هـ الموافق 5 يونيو 2014م.

• المرسوم التنفيذي المحدد لشروط حلول صندوق الضمان والكفالة المتبادلة:

315- المرسوم التنفيذي رقم: 14-181 المؤرخ في 7 شعبان 1435هـ الموافق 5 يونيو 2014م المحدد لشروط حلول صندوق الضمان والكفالة المتبادلة في الترقية العقارية محل مقتني الأملاك العقارية المغطاة بضمان الترقية العقارية وكيفيات ذلك.

• المرسوم التنفيذي المحدد لشروط وكيفيات تسديد الاشتراكات والدفعات الإلجبارية للمركبين:

316- المرسوم التنفيذي رقم: 14-182 المؤرخ في 5 جوان 2014 الذي يحدد شروط وكيفيات تسديد الاشتراكات والدفعات الإلجبارية الأخرى من طرف المرقين العقاريين المنصوص عليها في النظام الداخلي لصندوق الضمان والكفالة المتبادلة في الترقية العقارية.

• المرسوم التنفيذي المحدد لنموذج نظام الملكية المشتركة المطبق في مجال الترقية العقارية:

317- المرسوم التنفيذي رقم: 14-99 المؤرخ في 04-03-2014، الذي يحدد نموذج نظام الملكية المشتركة المطبق في مجال الترقية العقارية.

• المرسوم التنفيذي المحدد لكيفيات تحضير عقود التعمير وتسليمها:

318- المرسوم التنفيذي رقم 91-176 المؤرخ في 14 ذي القعدة 1411هـ الموافق 8 ماي 1991م الذي يحدد كيفيات تحضير شهادة التعمير ورخصة التجزئة وشهادة التقسيم ورخصة البناء وشهادة المطابقة ورخصة الهدم وتسلم ذلك الملغى بموجب المرسوم التنفيذي رقم 15-19 المؤرخ في 4 ربيع الثاني 1436هـ الموافق 25 يناير 2015م المحدد لكيفيات تحضير عقود التعمير وتسليمها.

• المرسوم التنفيذي المحدد لمستويات المساعدة الممنوحة من قبل الدولة:

319- المرسوم التنفيذي رقم: 18-06 المؤرخ في 02 جمادى الأولى 1439هـ الموافق 20 يناير 2018، يعدل ويتمم المرسوم التنفيذي رقم: 10-235 المؤرخ في 26 شوال 1431هـ الموافق 05 أكتوبر 2010م الذي يحدد مستويات المساعدة الممنوحة من طرف الدولة لاقتناء سكن اجتماعي أو بناء سكن ريفي أو سكن فردي منجز في شكل مجمع في مناطق محددة في الجنوب والهضاب العليا، ومستويات دخل طالي هذه السكنات، وكذا كيفيات منح هذه المساعدة.

• المرسوم التنفيذي المحدد لكيفيات منح الاعتماد لممارسة مهنة المرقي العقاري:

320- المرسوم التنفيذي رقم: 19-243 المؤرخ في 8 محرم عام 1441 الموافق 8 سبتمبر سنة 2019، يعدل ويتم المرسوم التنفيذي رقم 12-84 المؤرخ في 27 ربيع الأول عام 1433 الموافق 20 فبراير سنة 2012 الذي يحدد كيفيات منح الاعتماد لممارسة مهنة المرقي العقاري وكذا كيفيات مسك الجدول الوطني للمرقين العقاريين.

• قانون العقوبات:

321- الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 18 صفر 1386 الموافق 8 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم بالقانون رقم 06-23 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006.

• القانون المدني:

322- الأمر رقم: 58/75 المؤرخ في: 26 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم بموجب القانون 05/07 المؤرخ في: 25 ربيع الثاني 1428 هـ الموافق 13 مايو 2007 المتضمن القانون المدني.

• القانون التجاري:

323- الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 م المعدل والمتمم بالقانون رقم: 05-02 المؤرخ في 02 فبراير 2005 م المتضمن القانون التجاري.

• قانون الإجراءات المدنية والإدارية:

324- الأمر 66-154 المؤرخ في 18 صفر 1386 هـ الموافق 8 يونيو 1966 المتضمن قانون الإجراءات المدنية المعدل والمتمم بالقانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر 1429 هـ الموافق 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

• قانون الإجراءات الجزائية:

325- الأمر رقم 66-155 المؤرخ في 18 صفر 1386هـ الموافق 08 يونيو 1966م المعدل والمتمم بالقانون رقم: 19-10 المؤرخ في 4 ربيع الثاني عام 1441هـ الموافق 11 ديسمبر 2019م المتضمن قانون الإجراءات الجزائية.

• القانون المتضمن إحداث هيئة المراقبة التقنية للبناء وتحديد قانونها الأساسي:

326- الأمر رقم 71-85 المؤرخ في 29 ديسمبر 1971 المتضمن إحداث هيئة المراقبة التقنية للبناء وتحديد قانونها الأساسي.

• قانون التأمينات:

327- الأمر رقم: 95-07 المؤرخ في 23 شعبان 1415هـ الموافق 25 يناير 1995م المعدل والمتمم بالقانون رقم: 06-04 المؤرخ في 21 محرم 1427هـ الموافق 26 فبراير 2006م المتعلق بالتأمينات.

• قانون التأمين على الكوارث الطبيعية:

328- الأمر رقم: 03-12 المؤرخ في 26 أوت 2003م المتعلق بإلزامية التأمين على الكوارث الطبيعية وبتعويض الضحايا.

• قرار إثبات الموارد المالية الكافية لاكتساب صفة المرقى العقاري:

329- القرار الوزاري المشترك بين وزارتي السكن والعمران والمالية المؤرخ في 6 سبتمبر 2012م المتعلق بإثبات الموارد المالية الكافية لاكتساب صفة المرقى العقاري.

• القرار المحدد نموذجي الاعتماد وشهادة التسجيل للمرقى العقاري:

330- القرار الصادر عن وزارة السكن والعمران المؤرخ في 09-01-2013 الذي يحدد نموذجي الاعتماد وشهادة التسجيل للمرقى العقاري.

331- قرار وزاري مشترك بين وزارة التهيئة العمرانية والتعمير والبناء، ووزارة المالية ووزارة التجارة المؤرخ في 15-05-1988 المتضمن كفيات ممارسة تنفيذ الأشغال في ميدان البناء وأجر ذلك.

- 332-القرار رقم: 53010 الصادر بتاريخ 25 ماي 1988م، المجلة القضائية، الغرفة المدنية، سنة 1988م.
- 333-القرار رقم: 64748 الصادر بتاريخ 23-01-1991، المجلة القضائية، الغرفة المدنية، العدد 4، 1992م.
- 334-القرار رقم: 152934 المؤرخ بتاريخ 11-03-1998، مجلة المحكمة العليا الجزائرية، الغرفة المدنية، قضية بين (م.ت.س.ت.ع) ضد (س.ب - س.ش)، العدد 01.
- 335-القرار رقم 436937 المؤرخ في 19-11-2008، مجلة المحكمة العليا الجزائرية، العدد 02، 2008م.
- 336-القرار رقم: 509321 المؤرخ بتاريخ 17-12-2009، قضية بين "مدير الصندوق الوطني للتوفير" ضد "ش.خ"، مجلة المحكمة العليا، الغرفة المدنية، العدد 1، 2010م.
- 337-القرار رقم 664290 المؤرخ في 14-07-2011، قضية بين (شركة ذ.م.م للبناءات التقليدية ضد ع.أ)، مجلة المحكمة العليا الجزائرية، العدد 02، 2012م.
- 338-القرار رقم 1007602 المؤرخ بتاريخ 19-11-2015، مجلة المحكمة العليا الجزائرية، الغرفة المدنية، قضية بين (ت.ف) ضد الوكالة الولائية للتسيير والتنظيم العقاريين لولاية الطارف، العدد 02.
- 339-قرار صادر عن محكمة النقض الفرنسية، الغرفة المدنية، المؤرخ في 11 تشرين الأول 2000م.
- 340-قرار صادر عن محكمة استئناف بيروت المدنية، رقم (1186) أساس (1313) بتاريخ 16-11-1954، النشرة القضائية، وزارة العدل اللبنانية، السنة الحادية عشرة، 1955م.
- 341-قرار صادر عن محكمة استئناف بيروت، الغرفة الحادية عشر، رقم (272)، بتاريخ 22/3/1994، النشرة القضائية، وزارة العدل.
- 342-قرار صادر عن محكمة التمييز العراقية رقم (1518-1621/حقوقية/1968) بتاريخ 17/12/1970، النشرة القضائية الصادرة عن مكتب الفني لمحكمة التمييز، العدد الرابع، 1971م.

343-قرار صادر عن محكمة استئناف جبل لبنان من دون ذكر الرقم بتاريخ 1978/01/27، مجلة حاتم.

344-قرار صادر عن الهيئة العامة لمحكمة التمييز رقم 495 بتاريخ 1979/5/19، منشور في مجموعة الأحكام العدلية، وزارة العدل العراقية، العدد 2، 1979م.

345-Cass civ, 3 8 juillet 1975, cité par a, caston, précité, n⁰ 202.

ثالثاً: المصادر والمراجع المقارنة:

❖ الكتب

• بلعيور: عبد الكريم:

346-نظرية فسخ العقد في القانون المدني الجزائري، والمقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، د.م، 1986م.

• بودالي: محمد:

347-الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، دراسة مقارنة مع قوانين فرنسا وألمانيا ومصر، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، ط2، 2010م.

• دياب: أسعد:

348-ضمان عيوب المبيع الخفية-دراسة مقارنة بين القانون اللبناني والشريعة الإسلامية والقوانين الحديثة العربية والأوربية، دار إقرأ، بيروت لبنان، ط3، 1983م.

• حسين يس: عبد الرزاق:

349-المسؤولية الخاصة بالمهندس المعماري ومقاول البناء-شروطها-نطاق تطبيقها-الضمانات المستحدثة فيها-دراسة مقارنة في القانون المدني، دار الفكر العربي، ط1، 1978م.

• الدليمي: حميد لطيف:

350-المسؤولية الجنائية الناتجة عن عقود التشييد-دراسة مقارنة-، دار وائل للنشر والتوزيع، الأردن، ط1، 2015م.

• زهرة: محمد المرسي:

351-بيع المباني تحت الإنشاء-دراسة مقارنة بين القانون المدني المصري والفرنسي والكويتي-، السيد عبد الله وهبة، القاهرة مصر، ط1، 1987م.

• الزرقا: محمد أحمد عبد الرحمن:

352-الاستصناع والمشروع الصناعي-بحث شرعي وقانوني مقارن-، دار النهضة العربية، القاهرة مصر، 2001م.

• سرور: محمد شكري:

353-مسؤولية مهندسي ومقاولي البناء والمنشآت التابعة الأخرى-دراسة مقارنة في القانون المدني المصري والقانون المدني الفرنسي، دار الفكر العربي، مصر، 1985م.

• السالوس: علي أحمد:

354-فقه البيع والاستيثاق والتطبيق المعاصر-دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون، دار الثقافة ومكتبة دار القرآن، قطر، ط7، 2008م.

• سبيل جعفر حاجي: عمر:

355-ضمانات عقد بيع المباني قيد الإنشاء-دراسة مقارنة-رسالة دكتوراه في القانون المدني، دار وائل للنشر، ط1، 2014م.

• علي حسين: عبد الله:

356-المقارنات التشريعية بين القوانين الوضعية المدنية والتشريع الإسلامي، دار السلام، مصر، ط1، 2001م.

• علاء حسين: علي:

357-عقد بيع المباني تحت الإنشاء، دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، ط1، 2011م.

• العبد: أسامة محمد حسن:

358-عقد الاستصناع في الفقه الإسلامي-دراسة مقارنة بالقانون المصري والكويتي، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة الكويت، د.ط، د.ت.

• القاضي: هشام محمد:

359-التمويل العقاري-دراسة فقهية قانونية اقتصادية مقارنة-، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية مصر، 2012م.

• لعشب: محفوظ بن حامد:

360-عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1990م.

• لحسين بن الشيخ: آث ملويا:

361-المنتقى في عقد البيع-دراسة فقهية قانونية قضائية مقارنة-، دار هومة، الجزائر، 2005م.

• محمد فرج: ربما:

362-عقد المشورة-دراسة مقارنة لعقد تقديم الاستشارات القانونية والتقنية-، تقديم سامي منصور، المنشورات الحقوقية صادر، بيروت لبنان، 2006م.

• موسى إبراهيم: عبد المنعم:

363-حماية المستهلك-دراسة مقارنة-، تقديم: غسان رباح، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، ط1، 2007م.

• مغبغب: نعيم:

364-مقاولات البناء الخاصة-عقود البناء ومفاعيلها-السلامة العامة في المصاعد والمباني، دراسة في القانون المقارن، منشورات حلي الحقوقية، لبنان، 2009م.

• موفق حماد: عبد:

365-الحماية المدنية للمستهلك في التجارة الإلكترونية-دراسة مقارنة-، مكتبة السنهوري، توزيع منشورات زين الحقوقية، ط1، 2011م.

• ناصيف: إلباس:

366-موسوعة العقود المدنية والتجارية-عقد البيع-دراسة مقارنة-، د.د.ن، د.م، 1995م.

❖ الرسائل:

• إبراهيم عثمان: بلال:

367-العقارات تحت الإنشاء في القانونين المصري والفرنسي، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، مصر، د.ت.ن.

• بن عبد القادر: زهرة:

368-نطاق الضمان العشري للمشيدين-دراسة مقارنة بين التشريعين الجزائري والفرنسي، رسالة دكتوراه في قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة، الجزائر، 2008-2009م.

• الجارحي مشعل: مصطفى عبد السيد:

369-ملكية الشقق في القانون المصري-دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي-، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1976م.

• جواد محمود أحمد بحر:

370- نظرية الشرط الجزائي بين الفقه والقانون، رسالة ماجستير في القضاء الشرعي، قسم القضاء الشرعي، كلية الدراسات العليا، جامعة الخليل، 2009م.

• الدحدوح: سالم حماد شعبان:

371- الطبيعة القانونية للتسجيل وأثر تخلفه في البيع العقاري-دراسة مقارنة-، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، مصر، 1997م.

• فغورور: رابح:

372- عقد بيع بناء على التصميم-دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري-، بحث مقدم لنيل شهادة الدكتوراه ل.م.د في الشريعة والقانون، كلية الشريعة والاقتصاد، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، 2018م.

• منصورى: نادية:

373- الترقية العقاري الخاصة-دراسة مقارنة-، بحث لنيل شهادة ماجستير في القانون-فرع الإدارة والمالية-، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2002م.

• نعيمى: عبد الرحمان:

374- البيع على التصاميم في التشريع الجزائري-دراسة مقارنة بالشريعة الإسلامية-، أطروحة دكتوراه، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة أحمد درارية، أدرار، 2020.

• ويس: فتحي:

375- المسؤولية المدنية والضمانات الخاصة في بيع العقار قبل الإنجاز-دراسة مقارنة في التشريع الجزائري والفرنسي-، رسالة ماجستير في القانون العقاري، كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب، البلدة، 2004م.

❖ المقالات:

• الحيارى: أحمد إبراهيم:

376-حماية المشتري في بيع بناء تحت الإنشاء-دراسة مقارنة بين القانونين الفرنسي والأردني-، مجلة الحقوق، العدد 4، الكويت، ديسمبر 2009م.

• رسن: قاسم هبال:

377-شروط العيب في المبيع-دراسة مقارنة بين الفقه الوضعي العربي والفقه الإسلامي، مجلة الحقوق، كلية الحقوق، جامعة بابل، العراق، د.ت.

• زكي الدين: شعبان:

378-الشرط الجزائي بين الشريعة والقانون، مجلة الحقوق، العدد 2، جامعة الكويت، 1977م.

• الصرايرة: مصلح:

379-النظام القانوني لرخص البناء-دراسة مقارنة في القانون الفرنسي والقانون الأردني-، بحث منشور في مجلة الحقوق الكويتية، منشورات مجلس النشر العلمي، العدد 4، الكويت، ديسمبر، 2001م.

• النعيمي: ضحي محمد سعيد:

380-مفهوم بيع العقار على الخريطة وتكييفه القانوني-دراسة مقارنة-، مجلة الشريعة والقانون، العدد 49، جامعة الموصل، العراق، جانفي، 2012م.

رابعاً: المصادر والمراجع الأجنبية:

381-Andrée Roussel et collaborateurs, responsabilités et assurances des constructeurs, technique et documentation, 1979.

382-Ajmi Bel hamouda, la promotion immobilière obligation et responsabilité du promoteur et de l'acquéreur, le droit de la promotion immobilière, préface de lazhar bouony, actes du colloque tenu les 28-29-30 janvier 1998, faculyé de droit et des sciences politiques de Tunis, volume 1, 1989.

383-Coeffard Paul: garantie des vices caches et responsabilité contractuelle de droit commun, Ed université de potiers, LGDJ, France, 2005.

384-Delphine bazine-beust, droit de la consommation, gaulinolextenso édition, 1^{er} édition, 2014-2015.

385-Gross Bernard, Philippe bihr, contrat-vente civiles et commerciales beaux d'habitation, beaux commerciaux, p.u.f, Paris, 1993.

386-Gaston Albert: la responsabilité des constructers, Ed le moniteur, Paris, 2006.

387-Hdeffinger: baraton, vente d'immeuble à construire, 2éme ed, tome 8, Dalloz, paris, 1988.

388-Jacques tartanson, la vente d'immeuble a construire jusqu'à la délivrance loi du 3 janvier 1967.

389-Jean-Bernard Auby Hugues-marquet, droit de l'urbanisme et de la construction, 7 éditions, Montchrestien, 2004.

390-Jean-michel lucheux, les garantie de l'acquéreur dans les ventes d'immeubles à construire, thèse, paris, 1968.

391-Lescure Patricia, délimitation des différents régimes de garanties et responsabilités des constructers à l'égard du maitre de l'ouvrage en cas de dommages à l'ouvrage, thèse, paris2, 1991.

392-Malinvaud Philippe, Jestaz Philippe: droit de la promotion immobilière, 6éme edition, dalloz, Paris, 1995.

393-Olivier Touma fond, vente d'immeuble à construire, Dalloz action, paris, 2001.

394-Pascaline déchelette-tolot, Alexandre de konn, les infraction pénales dans les opérations de construction, editions lamy, France, 2014.

395-Saint-alary roger-saint-alary-houin corinne, droit de la construction, 6éme éditin, dalloz, paris.

فهرس الأياه

الصفحة	السورة	رقمها	الآية
77	البقرة	282	﴿ يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُوبُوهُ وَلْيَكْتُب بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ ﴾
158	البقرة	286	﴿ قَالَ تَعَالَىٰ ۖ لَآ يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا ﴾
296-17	المائدة	01	﴿ يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾
219	يوسف	72	﴿ وَلَمَن جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ ﴿٧٢﴾ ﴾
51	الكهف	-94 95	﴿ قَالُوا يٰذَا الْقَرْنَيْنِ إِن يَأْجُوجَ وَمَأْجُوجَ مُفْسِدُونَ فِي الْأَرْضِ فَهَلْ نَجْعَلُ لَكَ خَرْجًا عَلَىٰ أَن تَجْعَلَ بَيْنَنَا وَبَيْنَهُمْ سَدًّا ﴿٩٤﴾ قَالَ مَا مَكَّنِّي فِيهِ رَبِّي خَيْرٌ فَأَعِينُونِي بِقُوَّةٍ أَجْعَلْ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُمْ رَدْمًا ﴿٩٥﴾ ﴾

فهرس الأحاديث

الصفحة	الراوي رضي الله عنه(ها)	طرف الحديث
49	نافع عن ابن عمر	"نهي عن بيع الكالئ بالكالئ".
66-49	حكيم بن حزام	"لا تبع ما ليس عندك".
51	نافع	" أن النبي ﷺ اصطنع خاتماً من ذهب، وجعل فسه في بطن كفه إذا لبسه، فاصطنع الناس خواتيم من ذهب، فرقي المنبر، فحمد الله وأثنى عليه، فقال: (إني كنت اصطنعته، وإني لا ألبسه) فنبذه، فنبذ الناس".
51	أبي حازم	أتى رجال إلى سهل بن سعد يسألونه عن المنبر، فقال: بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى فلانة، امرأة قد سماها سهل: (أن مري غلامك النجار، يعمل لي أعواداً، أجلس عليهن إذا كلمت الناس). فأمرته يعملها من طرفاء الغابة، ثم جاء بها، فأرسلت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم بها، فأمر بها فوضعت، فجلس عليه.
298-85	ابن سيرين	أن رجلاً قال لكريه: "أدخل ركابك، فإن لم أرحل معك يوم كذا أو كذا فلك مائة درهم فلم يخرج فقال شريح: من شرط على نفسه طائعا غير مكره فهو عليه، وقال أيوب: عن ابن سيرين أن رجلاً باع طعاماً وقال: "إن لم آتك الأربعاء فليس بيني وبينك بيع، فلم يجيء فقال شريح للمشتري: أنت أخلفت فقضى عليه".
297-87	عمرو بن يحيى المازني-أبي سعيد الخدري-عبادة بن الصامت	"فلا ضرر ولا ضرار".
216	عائشة	"الخراج بالضمان".

فهرس الموضوعات

01	مقدمة.....
14	فصل تمهيدي: حقيقة عقد بيع البناء على التصاميم.....
16	المبحث الأول: مفهوم عقد بيع البناء على التصاميم وتكييفه الفقهي والقانوني.....
16	المطلب الأول: التعريف بعقد بيع البناء على التصاميم.....
16	الفرع الأول: تعريف عقد بيع البناء على التصاميم.....
16	البند الأول: باعتباره ألفاظه ومفرداته.....
21	البند الثاني: باعتباره لفظا مركبا-المركب الإضافي.....
27	الفرع الثاني: خصائص وتميز عقد بيع البناء على التصاميم.....
27	البند الأول: خصائص عقد بيع البناء على التصاميم.....
33	البند الثاني: تمييز عقد بيع البناء على التصاميم عن بعض العقود القانونية المشابهة له.....
37	المطلب الثاني: التكييف الفقهي والقانوني لعقد بيع البناء على التصاميم.....
37	الفرع الأول: تكييف عقد بيع البناء على التصاميم في الفقه الإسلامي.....
37	البند الأول: التأصيل الشرعي لعقد بيع البناء على التصاميم.....
37	البند الثاني: التخرج الفقهي لعقد بيع البناء على التصاميم.....
59	الفرع الثاني: تكييف عقد بيع البناء على التصاميم في القانون.....
59	البند الأول: رأي الفقه في الطبيعة القانونية لعقد بيع البناء على التصاميم.....
61	البند الثاني: رأي القضاء في الطبيعة القانونية لعقد بيع البناء على التصاميم.....
61	البند الثالث: موقف المشرع الجزائري من عقد بيع البناء على التصاميم.....
63	المبحث الثاني: تكوين عقد بيع البناء على التصاميم.....
63	المطلب الأول: الأركان الموضوعية لعقد بيع البناء على التصاميم.....
63	الفرع الأول: الأركان الموضوعية لعقد بيع البناء على التصاميم في الفقه الإسلامي.....
64	البند الأول: العاقدان.....
65	البند الثاني: المعقود عليه أو محل العقد.....
71	البند الثالث: الصيغة.....
72	الفرع الثاني: الأركان الموضوعية لعقد بيع البناء على التصاميم في القانون.....
73	البند الأول: الرضا في عقد بيع البناء على التصاميم.....

75	البند الثاني: المحل في عقد بيع البناء على التصاميم.....
76	البند الثالث: السبب في عقد بيع البناء على التصاميم.....
77	المطلب الثاني: الشكلية في عقد بيع البناء على التصاميم.....
77	الفرع الأول: الشكلية في عقد بيع البناء على التصاميم في الفقه الإسلامي.....
77	الفرع الثاني: الشكلية في عقد بيع البناء على التصاميم في القانون.....
78	البند الأول: تحرير العقد أمام الموثق.....
79	البند الثاني: تسجيل وشهر عقد بيع البناء على التصاميم.....
83	الفصل الأول: ضمانات حماية حقوق المشتري في مرحلة إبرام العقد وتنفيذه.....
84	المبحث الأول: ضمانات حماية حقوق المشتري في مرحلة إبرام العقد.....
84	المطلب الأول: ضمانات حماية حقوق المشتري في مرحلة إبرام العقد في الفقه الإسلامي.....
87	الفرع الأول: تقديم مادة الصنع من عنده.....
87	الفرع الثاني: أن يقوم الصانع بالعمل بنفسه أو في مصنعه وله أن يعهد إلى غيره بالعمل كله أو بعضه.....
88	الفرع الثالث: ضمان إنجاز العمل حسب شروط العقد وبالطريقة المتفق عليها.....
91	المطلب الثاني: ضمانات حماية حقوق المشتري في مرحلة إبرام العقد في القانون.....
91	الفرع الأول: ضمانات حماية حقوق المشتري السابقة للتعاقد.....
91	البند الأول: حصول المرقى العقاري على الرخص الإدارية.....
102	البند الثاني: البند الثاني: اكتتاب المرقى العقاري للتأمينات.....
103	أولاً: اكتتاب المرقى العقاري التأمين لدى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة.....
122	ثانياً: اكتتاب المرقى العقاري تأمين من الضمان العشري.....
125	ثالثاً: اكتتاب المرقى العقاري ضمان على المخاطر.....
128	الفرع الثاني: ضمانات حماية حقوق المشتري أثناء التعاقد.....
128	البند الأول: ضمانات حماية المشتري المرتبطة بأركان العقد.....
128	أولاً: الضمانات المتعلقة بالرضا في عقد بيع البناء على التصاميم.....
141	ثانياً: الضمانات المتعلقة بالمحل في عقد بيع البناء على التصاميم.....
146	ثالثاً: الضمانات المتعلقة بالسبب في عقد بيع البناء على التصاميم.....
148	البند الثاني: ضمانات حماية المشتري من الشروط التعسفية.....

152	المبحث الثاني: ضمانات حماية حقوق المشتري في مرحلة تنفيذ العقد.....
152	المطلب الأول: ضمانات حماية حقوق المشتري في مرحلة تنفيذ العقد في الفقه الإسلامي.....
152	الفرع الأول: ضمان الإنجاز وفق المواصفات المتفق عليها.....
153	الفرع الثاني: ضمانات تتعلق بكيفية الإنجاز.....
154	الفرع الثالث: ضمانات نقل الملكية.....
156	الفرع الرابع: ضمانات تسليم الصانع للشيء المصنوع.....
158	الفرع الخامس: ضمانات تتعلق بمدة الإنجاز.....
159	الفرع السادس: ضمانات تتعلق بالثمن.....
160	المطلب الثاني: ضمانات حماية حقوق المشتري في مرحلة تنفيذ العقد في القانون.....
160	الفرع الأول: ضمانات تتعلق بتمليك العقار.....
160	البند الأول: ضمان الالتزام بالإعلام والنصيحة.....
165	البند الثاني: ضمان انتقال ملكية العقار في طور الإنجاز.....
167	أولاً: إجراءات نقل الملكية في عقد بيع البناء على التصاميم.....
170	ثانياً: وقت انتقال الملكية في عقد بيع البناء على التصاميم.....
170	ثالثاً: مضمون الالتزام بعقد بيع البناء على التصاميم.....
171	رابعاً: الآثار المترتبة عن انتقال الملكية في عقد بيع البناء على التصاميم.....
173	البند الثالث: ضمان عدم قبول التسيقات والسندات.....
174	البند الرابع: ضمان الالتزام بالاستعانة بمقاول وتسيير مشروع البناء.....
175	الفرع الثاني: ضمانات تتعلق بإنجاز العقار.....
175	البند الأول: ضمانات تتعلق بالإنجاز في حد ذاته - مواصلة البناء وإنهائه ومطابقته -.....
180	البند الثاني: ضمان تحديد مدة الإنجاز والإنجاز في الأجل المتفق عليه.....
183	الفرع الثالث: ضمانات تتعلق بكيفية تقدير الثمن ومراجعته.....
184	البند الأول: شروط الثمن في عقد بيع البناء على التصاميم.....
186	البند الثاني: طرق دفع الثمن في عقد بيع البناء على التصاميم.....
187	البند الثالث: آجال استحقاق الثمن في عقد بيع البناء على التصاميم.....
190	البند الرابع: كيفية مراجعة الثمن في عقد بيع البناء على التصاميم.....
197	الفرع الرابع: ضمانات تتعلق بالتسليم والتسلم.....

198	البند الأول: كيفية التسليم.....
201	البند الثاني: آجال التسليم.....
204	خلاصة الفصل الأول.....
208	الفصل الثاني: ضمانات حماية حقوق المشتري بعد تسلم العقار المنجز.....
210	المبحث الأول: ضمانات تتعلق بحسن الإنجاز وسلامة العقار المنجز.....
210	المطلب الأول: ضمانات تتعلق بحسن الإنجاز وسلامة العقار المنجز في الفقه الإسلامي.....
210	الفرع الأول: ضمان بعض الخيارات للمشتري.....
210	البند الأول: خيار الصفة أو الوصف.....
213	البند الثاني: خيار العيب.....
214	البند الثالث: خيار الرؤية.....
214	الفرع الثاني: ضمان عيوب الشيء المصنوع.....
217	الفرع الثالث: ضمان الدرك.....
220	المطلب الثاني: ضمانات تتعلق بحسن الإنجاز وسلامة العقار المنجز في القانون.....
220	الفرع الأول: ضمانات تتعلق بحسن الإنجاز.....
221	البند الأول: ضمان الإنهاء الكامل لأشغال البناء.....
222	أولاً: نطاق ضمان الإنهاء الكامل لأشغال البناء.....
227	ثانياً: الآثار المترتبة على ضمان الإنهاء الكامل لأشغال البناء.....
229	ثالثاً: مدى تعلق ضمان الإنهاء الكامل لأشغال الإنجاز بالنظام العام.....
229	رابعاً: دعوى ضمان الإنهاء الكامل لأشغال الإنجاز.....
230	خامساً: دفع ضمان الإنهاء الكامل لأشغال الإنجاز.....
231	البند الثاني: ضمان حسن سير عناصر تجهيزات البناية.....
232	أولاً: نطاق ضمان حسن سير عناصر تجهيزات البناية.....
238	ثانياً: الآثار المترتبة على ضمان حسن سير عناصر تجهيزات البناية والدعوى المرفوعة فيها.....
239	ثالثاً: مدى تعلق ضمان حسن سير عناصر تجهيزات البناية بالنظام العام.....
239	رابعاً: دفع ضمان حسن سير عناصر تجهيزات البناية.....
241	البند الثالث: ضمان تسيير العقار المنجز.....
245	الفرع الثاني: ضمانات تتعلق بسلامة العقار المنجز.....

246	البند الأول: ضمان العيوب والأضرار.....
248	أولاً: ضمان العيوب الخفية.....
256	ثانياً: ضمان العيوب الظاهرة.....
264	البند الثاني: الضمان العشري.....
266	أولاً: أشخاص الضمان العشري.....
275	ثانياً: شروط تحقق الضمان العشري.....
284	ثالثاً: دعوى الضمان العشري.....
287	رابعاً: دفع الضمان العشري.....
287	البند الثالث: ضمان التعرض والاستحقاق.....
288	أولاً: أنواع ضمان التعرض والاستحقاق.....
289	ثانياً: جزاء إخلال المرقى العقاري بضمن التعرض والاستحقاق.....
293	المبحث الثاني: ضمانات الحماية المدنية والإدارية والجزائية للمشتري.....
293	المطلب الأول: ضمانات الحماية المدنية والإدارية والجزائية للمشتري في الفقه الإسلامي.....
294	الفرع الأول: مفهوم الشرط الجزائي.....
295	الفرع الثاني: شروط الشرط الجزائي.....
295	الفرع الثالث: حكم الشرط الجزائي الواقع على الصانع.....
298	الفرع الرابع: آثار الشرط الجزائي.....
299	المطلب الثاني: ضمانات الحماية المدنية والإدارية والجزائية للمشتري في القانون.....
299	الفرع الأول: العقوبات المدنية.....
300	البند الأول: الشروط القانونية للعقوبات المدنية.....
302	البند الثاني: مدى إمكانية تعديل أحكام المسؤولية المدنية للمرقى العقاري.....
303	الفرع الثاني: العقوبات الإدارية.....
305	البند الأول: العقوبات الإدارية المطبقة على المرقى العقاري.....
306	أولاً: السحب المؤقت للاعتماد.....
308	ثانياً: السحب النهائي للاعتماد.....
310	ثالثاً: السحب التلقائي للاعتماد.....
313	البند الثاني: الجهة المختصة في توقيع العقوبات الإدارية.....

314	البند الثالث: كيفية الطعن في العقوبات الإدارية.....
316	الفرع الثالث: العقوبات الجزائية.....
316	البند الأول: الجرائم التي يرتكبها المرقى العقاري.....
317	أولاً: إنجاز الأشغال دون الحصول على ترخيص إداري مسبق.....
320	ثانياً: كل عرض لبيع أملاك عقارية في إطار مشروع عقاري أنجز مخالفة لأحكام القانون 04-11.....
321	ثالثاً: مطالبة أو قبول تسبيق أو إيداع أو اكتتاب أو سنداً تجارياً قبل التوقيع على عقد بيع البناء على التصاميم أو عقد حفظ الحق.....
324	رابعاً: عدم تبليغ نظام الملكية المشتركة للمشتريين.....
325	خامساً: التأخر في تحويل الملكية عن الآجال المحددة قانوناً.....
326	سادساً: عدم اكتتاب التأمينات والضمانات المنصوص عليها قانوناً.....
328	سابعاً: الإدلاء بمعلومات خاطئة أو غير كاملة.....
329	ثامناً: عدم إعلام المشتري بالبيانات المنصوص عليها قانوناً.....
330	تاسعاً: ممارسة مهنة الترقية العقارية بدون اعتماد والنصب.....
335	البند الثاني: التحريات ومعاينة الجرائم التي يرتكبها المرقى العقاري من قبل الهيئات المختصة...
337	خلاصة الفصل الثاني.....
342	الخاتمة.....
356	الملاحق.....
375	الفهارس.....
376	فهرس المصادر والمراجع.....
430	فهرس الآيات.....
431	فهرس الأحاديث.....
432	فهرس الموضوعات.....
438	الملخص.....

الملخص:

يعتبر عقد بيع البناء على التصاميم من العقود المستحدثة في مجال الترقية العقارية، إذ هو عقد بيع عقاري محله غير منجز بل قابل للوجود في المستقبل، تكفل البائع بالإنجاز وفق المواصفات المطلوبة المطابقة لقواعد التهيئة والتعمير وفي الأجل المحدد، والتزم المشتري بدفع الثمن على أقساط حسب تقدم نسبة الأشغال، ولقد سعى كل من الفقه الإسلامي والقانون الجزائري على غرار التشريعات المقارنة الأخرى إلى تقديم ضمانات لحماية المشتري في جميع مراحل العقد بداية من المرحلة السابقة للتعاقد إلى غاية تسليم البناية له نظراً للخطورة التي تحيط به باعتباره الطرف الضعيف فيه من جهة، ولطبيعة العقد من جهة أخرى، وتأتي هذه الضمانات لتكسّر الحماية بعيداً عن القواعد العامة من خلال إلزام المرقى العقاري بالحصول على الرخص واكتتاب التأمينات اللازمة وإفراغ العقد في شكل رسمي معين وفقاً للنموذج القانوني مع تسجيله وشهره لضمان انتقال الملكية بعيداً عن الشروط التعسفية خاصة ما تعلق بمراجعة الثمن، إضافة إلى إقرار ضمانات أخرى تأتي بعد التسليم تتعلق بالإهاء الكامل لأشغال البناء، وضمان حسن سير عناصر تجهيزات البناية، وسلامة العقار المنجز من العيوب الظاهرة والخفية التي تمس متانة البناء وسلامته مع الضمان العشري والتعرض والاستحقاق، وليس هذا فقط بل دأبوا إلى فرض عقوبات مدنية وإدارية وأخرى جزائية تتعلق بالمساءلة عن أي إخلال بالتزامات المرقى العقاري القانونية أو العقدية، كل هذا في إطار ضمان حصول المشتري على بناء صالح وتمكينه من الانتفاع به انتفاعاً كاملاً وهادئاً وفق الغرض الذي أعد له.

الكلمات المفتاحية: عقد بيع البناء على التصاميم - عقد الاستصناع - الضمانات - المرقى العقاري - المشتري.

Abstract:

The contract of sale of construction on designs is considered one of the contracts developed in the field of real estate promotion, as it is a real estate sale contract whose place is not completed, but it's possible existence in the future, the seller ensured the completion according to the required specifications and conformity to the rules of preparation and reconstruction and within a specified deadline and the buyer committed to pay the price in installments according to the progress of the percentage of work, and both Islamic jurisprudence and Algerian law, similar to other comparative legislation, have sought to provide guarantees to protect the buyer in all stages of the contract, starting from the previous stage of the contract until handing over the building to him owing to the risk that surrounds him as the weak party in it on the one hand, and the nature of the contract from On the other hand, these guarantees come to devote protection away from general rules by obligating the real estate promoter to obtain licenses, take the necessary insurances, and empty the contract in a specific official form according to the legal form with its registration and publicity to ensure the transfer of ownership away from arbitrary conditions, especially with regard to reviewing the price, in addition to Approval of other guarantees that come after delivery related to the

complete achievement of construction works, ensuring the proper functioning of the building's equipment elements, and the safety of the completed property from The apparent and hidden defects that affect the durability and safety of the building with the ten-year guarantee, exposure and maturity, and not only this, but they have been imposing civil administrative and other penalties related to accountability for any breach of the legal or contractual obligations of the real estate promoter, all within the framework of ensuring that the buyer obtains a valid building and enabling him to utilizing it fully and quietly according to the purpose for which it was prepared.

Keywords: Contract of sale of construction on designs - Istisna contract - guarantees - real estate promotion - buyer.

Résumé:

Le contrat de vente de construction sur plans est considéré comme l'un des contrats développés dans le domaine de la promotion immobilière, car il s'agit d'un contrat de vente immobilière dont la place n'est pas achevée, mais est susceptible d'exister dans le futur, le vendeur a pris en charge la réalisation selon les critères exigés et conformes aux règles d'initialisation et de constrictio. L'acheteur ou l'acquéreur s'engage à payer des acomptes (selon) en fonction de l'avancement du pourcentage des travaux, et tant la jurisprudence islamique que le droit algérien, à l'instar d'autres législations comparées, ont cherché à offrir des garanties pour protéger l'acquéreur à toutes les étapes du contrat, depuis l'étape précédente du contrat jusqu'à la remise de l'immeuble en raison du la danger qui l'entoure en tant que partie faible en elle d'une part, et la nature du contrat d'autre part, ces garanties viennent consacrer une protection loin des règles générales en obligeant le promoteur immobilier à obtenir des licences, à prendre les assurances, et vider le contrat sous une forme officielle spécifique selon la forme juridique avec son enregistrement et sa publicité pour assurer le transfert de propriété loin de conditions arbitraires, notamment en ce qui concerne la révision du prix, en plus de l'approbation d'autres garanties qui viennent après livraison liée à l'achèvement complet des travaux de construction, assurant le bon fonctionnement des éléments d'équipement de l'immeuble, et la sécurité de la propriété achevée de Les vices apparents et cachés qui affectent la durabilité et la sécurité du bâtiment avec la garantie décennale, l'exposition et la maturité, et pas seulement cela, mais ils ont imposé des sanctions civiles, administratives et autres sanctions pénales liées à la responsabilité pour toute violation des la obligations légales ou contractuelles du promoteur immobilier, le tout dans le cadre de s'assurer que l'acquéreur obtient un immeuble valable et lui permettre d'en faire pleinement et sereinement l'usage conforme à l'usage pour lequel il a été préparé.

Mots clés : Contrat de vente de construction sur plans - contrat Istisna - garanties - promotion immobilière - acquéreur.

يعتبر عقد بيع البناء على التصاميم من العقود المستحدثة في مجال الترقية العقارية، إذ هو عقد بيع عقاري محله غير منجز بل قابل للوجود في المستقبل، تكفل البائع بالإنتاج وفق المواصفات المطلوبة لمطابقة لقواعد التهيئة والتعمير وفي الأجل المحدد، والتزم المشتري بدفع الثمن على أقساط حسب تقدم نسبة الأشغال، ولقد سعى كل من الفقه الإسلامي والقانون الجزائري على غرار التشريعات المقارنة الأخرى إلى تقديم ضمانات لحماية المشتري في جميع مراحل العقد بداية من المرحلة السابقة للتعاقد إلى غاية تسليم البناء له نظراً للخطورة التي تحيط به باعتباره الطرف الضعيف فيه من جهة، ولطبيعة العقد من جهة أخرى، وتأتي هذه الضمانات لتكسّر الحماية بعيداً عن القواعد العامة من خلال إلزام المرقعي العقاري بالحصول على الرخص واكتتاب التأمينات اللازمة وإفراغ العقد في شكل رسمي معين وفقاً للنموذج القانوني مع تسجيله وشهره لضمان انتقال الملكية بعيداً عن الشروط التعسفية خاصة ما تعلق بمراجعة الثمن، إضافة إلى إقرار ضمانات أخرى تأتي بعد التسليم تتعلق بالإهاء الكامل لأشغال البناء، وضمان حسن سير عناصر تجهيزات البناء، وسلامة العقار المنجز من العيوب الظاهرة والخفية التي تمس متانة البناء وسلامته مع الضمان العشري والتعرض والاستحقاق، وليس هذا فقط بل دأبوا إلى فرض عقوبات مدنية وإدارية وأخرى جزائية تتعلق بالمساءلة عن أي إخلال بالتزامات المرقعي العقاري القانونية أو العقدية، كل هذا في إطار ضمان حصول المشتري على بناء صالح وتمكينه من الانتفاع به انتفاعاً كاملاً وهادئاً وفق الغرض الذي أعد له.

الكلمات المفتاحية: عقد بيع البناء على التصاميم-عقد الاستصناع-الضمانات-المرقعي العقاري-المشتري.

Abstract:

The contract of sale of construction on designs is considered one of the contracts developed in the field of real estate promotion, as it is a real estate sale contract whose place is not completed, but it's possible existence in the future, the seller ensured the completion according to the required specifications and conformity to the rules of preparation and reconstruction and within a specified deadline and the buyer committed to pay the price in installments according to the progress of the percentage of work, and both Islamic jurisprudence and Algerian law, similar to other comparative legislation, have sought to provide guarantees to protect the buyer in all stages of the contract, starting from the previous stage of the contract until handing over the building to him owing to the risk that surrounds him as the weak party in it on the one hand, and the nature of the contract from On the other hand, these guarantees come to devote protection away from general rules by obligating the real estate promoter to obtain licenses, take the necessary insurances, and empty the contract in a specific official form according to the legal form with its registration and publicity to ensure the transfer of ownership away from arbitrary conditions, especially with regard to reviewing the price, in addition to Approval of other guarantees that come after delivery related to the complete achievement of construction works, ensuring the proper functioning of the building's equipment elements, and the safety of the completed property from The apparent and hidden defects that affect the durability and safety of the building with the ten-year guarantee, exposure and maturity, and not only this, but they have been imposing civil administrative and other penalties related to accountability for any breach of the legal or contractual obligations of the real estate promoter, all within the framework of ensuring that the buyer obtains a valid building and enabling him to utilizing it fully and quietly according to the purpose for which it was prepared.

Keywords: Contract of sale of construction on designs - Istisna contract - guarantees - real estate promotion - buyer.

Résumé:

Le contrat de vente de construction sur plans est considéré comme l'un des contrats développés dans le domaine de la promotion immobilière, car il s'agit d'un contrat de vente immobilière dont la place n'est pas achevée, mais est susceptible d'exister dans le futur, le vendeur a pris en charge la réalisation selon les critères exigés et conformes aux règles d'initialisation et de construction. L'acheteur ou l'acquéreur s'engage à payer des acomptes (selon) en fonction de l'avancement du pourcentage des travaux, et tant la jurisprudence islamique que le droit algérien, à l'instar d'autres législations comparées, ont cherché à offrir des garanties pour protéger l'acquéreur à toutes les étapes du contrat, depuis l'étape précédente du contrat jusqu'à la remise de l'immeuble en raison du la danger qui l'entoure en tant que partie faible en elle d'une part, et la nature du contrat d'autre part, ces garanties viennent consacrer une protection loin des règles générales en obligeant le promoteur immobilier à obtenir des licences, à prendre les assurances, et vider le contrat sous une forme officielle spécifique selon la forme juridique avec son enregistrement et sa publicité pour assurer le transfert de propriété loin de conditions arbitraires, notamment en ce qui concerne la révision du prix, en plus de l'approbation d'autres garanties qui viennent après livraison liée à l'achèvement complet des travaux de construction, assurant le bon fonctionnement des éléments d'équipement de l'immeuble, et la sécurité de la propriété achevée de Les vices apparents et cachés qui affectent la durabilité et la sécurité du bâtiment avec la garantie décennale, l'exposition et la maturité, et pas seulement cela, mais ils ont imposé des sanctions civiles, administratives et autres sanctions pénales liées à la responsabilité pour toute violation des la obligations légales ou contractuelles du promoteur immobilier, le tout dans le cadre de s'assurer que l'acquéreur obtient un immeuble valable et lui permettre d'en faire pleinement et sereinement l'usage conforme à l'usage pour lequel il a été préparé.

Mots clés : Contrat de vente de construction sur plans - contrat Istisna - garanties - promotion immobilière - acquéreur.