

الطبيعة القانونية لعقد حفظ الحق في بيع العقار المقرر بناؤه

ملخص:

تهدف هذه الدراسة إلى معرفة الطبيعة القانونية لعقد حفظ الحق في بيع العقار المقرر بناؤه، هذا العقد الجديد الذي لم تحدد بعد طبيعته القانونية في الجزائر مقارنة بفرنسا، حيث عرف هذا العقد جدلا كبيرا بين الفقه والقضاء، وتعددت الآراء بشأنه بين اعتباره وعدا بالتفضيل، أو وعدا انفراديا بالبيع معلقا على شرطا واقفا، أو اعتباره عقد ذو طبيعة مزدوجة، أو عقد ذو طبيعة خاصة

لذلك فان تحديد الطبيعة القانونية لهذا العقد تقتضي منا البحث في التحليل الفقهي والقضائي الفرنسي، لمعرفة أي طبيعة قانونية ينتمي إليها هذا العقد.

وهذا ما سوف نحاول الإجابة عنه من خلال هذه الدراسة.
الكلمات المفتاحية: عقد حفظ الحق- عقد تمهيدي- وعد بالتفضيل- وعد انفرادي بالبيع- عقد ذو طبيعة خاصة- عقد ذو طبيعة مزدوجة.

كنزة مخناش

كلية الحقوق
جامعة الإخوة منتوري
قسنطينة [الجزائر]

مقدمة:

في ظل أزمة السكن الخائقة التي عرفتها البلاد، حاول المشرع الجزائري إيجاد حل للتقليص من هذه الأزمة، فجاء بصيغة جديدة للاستثمار أطلق عليها تسمية "الترقية العقارية" (1)، ونظم في إطارها نوع جديد من العقود، يقع محله على عقار لم ينجز بعد أو في طور الانجاز، سمي هذا العقد "بعقد حفظ الحق" (2).

Abstract:

This study aims to define the legal nature of the reservation contract in the sale of building to be constructed, this new contract, which has not yet determined the legal nature in Algeria compared to France, where this contract was controversial, There were several opinions on this subject between considering it as a pact of preference, or a unilateral promise of sale under suspensive condition, or be regarded as a double nature contract, or a sui generis contract.

Therefore, the determination of the legal nature of the contract requires us to research in the analysis of doctrinal and French jurisprudential, to know the nature belongs to this contract.

The key- words: réservation contract- préliminary contract - pact of preference- unilatéral promise of sale- sui generis contract- double nature contract.

هذا الأخير الذي استوحاه المشرع الجزائري من نظيره الفرنسي، والمعروف في فرنسا باسم العقد التمهيدي *le contrat préliminaire* أو عقد الحجز *le contrat de réservation* وهو عبارة عن عقد تمهيدي، يمهّد لإبرام عقد البيع النهائي الناقل للملكية العقارية، يلتزم بمقتضاه المرقى العقاري بحجز عقار أو جزء من عقار المقرر بناؤه أو في طور البناء، لصاحب حفظ الحق (المشتري)، مقابل التزام هذا الأخير بدفع تسبيق مالي (وديعة الضمان) على أن يتم تحويل ملكية العقار المحفوظ إلى صاحب حفظ الحق بعد التسديد الكلي لثمن العقار المحفوظ، وإعداد عقد البيع النهائي لدى الموثق. (3)

فبعد حفظ الحق في بيع العقار المقرر بناؤه لا يعد بيعاً بالمعنى الحقيقي، فهو غير ناقل للملكية العقارية، وإنما مجرد حجز للعقار المقرر بناؤه، الأمر الذي جعله يتشابه مع العديد من العقود التمهيديّة الأخرى المشابهة له، والتي تمهد لإبرام عقد البيع النهائي، لذلك فإن تحديد الطبيعة القانونية لهذا العقد ليس بالأمر الهين، خاصة أمام غياب الآراء الفقهية والاجتهادات القضائية بشأنه في الجزائر، والتي يرجع السبب في غيابها إلى حداثة هذا العقد من جهة، وخصوصيته من جهة أخرى، مما دفعنا إلى طرح هذا التساؤل: ما هي الطبيعة القانونية لعقد حفظ الحق في بيع العقار المقرر بناؤه؟

للإجابة على هذا التساؤل، وللوصول إلى حل مقنع في تحديد الطبيعة القانونية لهذا العقد، يتوجب علينا الرجوع إلى القانون الفرنسي، والاعتماد على الآراء والتحليلات الفقهية والقضائية الفرنسية، التي سبق لها وأن ناقشت هذه المسألة، على أمل أن نتوصل من خلال هذه الدراسة إلى النتيجة المراد الوصول إليها، والتي تساعدنا في وضع تكييف قانوني لهذا العقد، عسى أن يأخذ المشرع الجزائري بما سوف نتوصل إليه.

ومراعاة لذلك، سوف نقتصر دراسة الطبيعة القانونية لعقد حفظ الحق في بيع العقار المقرر بناؤه، على رأي كل من الفقه والقضاء الفرنسي، أين تعددت الآراء واختلفت فيما بينها بين اعتبار هذا العقد: وعد بالتميز (أولاً)، أو وعد انفرادي بالبيع معلق على شرط واقف (ثانياً)، أو اعتباره عقد ذو طبيعة مزدوجة (ثالثاً)، أو أنه عقد ذو طبيعة خاصة (رابعاً).

وهذا ما سوف نحاول التعرض إليه في ما يلي:

أولاً : الاتجاه القائل بأن عقد حفظ الحق وعد بالتميز

لقد ذهب جانب من الفقه الفرنسي إلى اعتبار عقد حفظ الحق أو ما يعرف عندهم بتسمية "العقد التمهيدي" وعد بالتميز (4)، ورتبوا في ذلك أن المحجوز له (صاحب حفظ الحق) يتمتع بنفس الحقوق التي يتمتع بها الموعود بتميزه، بالنسبة لعقار أو جزء من عقار محل العقد التمهيدي، ومن بين الفقهاء الفرنسيين الذين اتبعوا هذا الرأي الأستاذ "Saint Alary" والأستاذ "Thibeirge".

حيث يرى الأستاذ "Saint Alary" بأن العنصر المشترك بين العقد التمهيدي وعقد الوعد بالتميز هو طبيعة التراضي "La nature de consentement"، ففي كلا العقد لا يكون المالك ملزماً بالبيع وإنما يكون ملزماً بتميز الموعود له عن الغير، وله الحرية التامة في بيع الشيء أو عدم بيعه. (5)

أما الأستاذ "Thibeirge" فيرى بأن طبيعة العقد التمهيدي تختلف حسب ما إذا أبرم هذا العقد قبل إنجاز مشروع البناء أو بعد إنجازه، فإذا أبرم قبل إنجاز مشروع البناء فهو يعد كوسيلة لاختبار السوق، ومعرفة مدى تقبل السوق لمشروعه العقاري، أما إذا أبرم بعد إنجاز مشروع البناء، فهنا يعد كعقد تحضيرى أو تمهيدي يمهّد لإبرام عقد البيع النهائي الناقل للملكية، وفي هذه الحالة يكون الحاجز (المرقى العقاري) ملزماً بتقديم المحجوز له (صاحب حفظ الحق)، بالأفضلية على بقية الراغبين في اقتناء هذا العقار. (6)

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

فمن حيث تقدير الثمن نجد أنه في العقد التمهيدي، يتم الاتفاق على الثمن من قبل أطراف العقد، ودون حاجة لتدخل الغير، بينما يحدد الثمن في عقد الوعد بالتمهيد عن طريق عرض يقدم من الغير، أي الثمن الذي يعرضه الغير ويرضى به الواعد (7)، بالإضافة إلى أنه يجب أن يحدد الثمن في العقد التمهيدي أثناء إبرام العقد، أما في عقد الوعد بالتمهيد فليس من الضروري أن يحدد الثمن أثناء إبرامه، لأن الواعد لم تكن لديه نية البيع في ذلك الوقت، ويترك تحديد الثمن إلى الوقت الذي يقرر فيه الواعد البيع (8).

كما أن فكرة الوعد بالتمهيد تتيح للواعد أن يتلقى طلبات الحجز المقدمة من الغير على الشيء الذي وعد الواعد بالتمهيد الموعود له في حالة ما إذا قرر بيعه، والمفاضلة بينهما، وهذا ما يخالف التنظيم الذي وضعه المشرع - الجزائري أو الفرنسي - للعقد التمهيدي، الذي يفترض أن يحجز العقار إلا لشخص واحد فقط (9)، ومن غير المعقول وجود أكثر من شخص، عكس الوعد بالتمهيد الذي يفترض فيه وجود شخص آخر يعرض عليه المبيع قبل عرضه على المستفيد من الوعد (10). بالإضافة إلى أن الوعد بالتمهيد يقوم على أساس التنافس أو المنافسة، إذ يفترض وجود تنافس على مشروع البناء بين أكثر من شخص كما سبق ذكره، ويلتزم صاحب المشروع بالتمهيد أحدهما على الآخر عند إبرام العقد النهائي، وهو ما يناهض جوهر غاية العقد التمهيدي، الذي أراد منه طرفاه أن يكون وسيلة لاختيار السوق والتأكد من جدية المشروع وإمكانية تنفيذه (11).

وإذا كان الوعد بالتمهيد يفترض أن يكون العقار موضوع الوعد، محددا تحديدا واضحا، فالوضع غير ذلك في العقد التمهيدي أو عقد الحجز، حيث لا يكون العقار موضوع الحجز محددا تحديدا دقيقا، فضلا على أن المشروع إذا طرأ عليه تغيير جوهري، يصبح من حق المحجوز له (صاحب حفظ الحق) أن ينسحب من العقد ولا يبرم العقد النهائي، ويسترد الضمانة التي أودعها (12). وأخيرا فإن قرار البائع في الوعد بالتمهيد يكون مطلقا، وتظل له الحرية الكاملة في اتخاذ قرار البيع، حيث يرى كل من الأستاذ "Planiol" والأستاذ "Ripert" بأن البائع يبقى دائما حرا وغير مجبر على بيع الشيء، بينما قرار البائع في العقد التمهيدي لا يكون مطلقا، ولا يكون حرا كاملة في بيع الشيء أو عدم بيعه، وبالتالي ليس لديه السلطة التقديرية في البيع، وقراره بعدم البيع يجب أن يكون له ما يبرره وإلا التزم بتعويض المحجوز له (13).

وهذا ما أكدته محكمة باريس في حكمها الصادر بتاريخ 17/01/1972، حيث استبعدت رأي الفقهاء في اعتبار العقد التمهيدي وعدا بالتمهيد، وأكدت بأنه لا يمكن اعتبار العقد التمهيدي وعدا بالتمهيد، لأن الواعد في الوعد بالتمهيد لا يكون ملزما بالبيع، أما الحاجز في العقد التمهيدي لا تكون له السلطة التقديرية في عدم البيع، وبالتالي يكون الحاجز ملزما بالبيع (14). واستنادا إلى ما سبق لنا ذكره، يتبين لنا أنه لا يمكننا اعتبار عقد حفظ الحق في بيع العقار المقرر بناؤه وعدا بالتمهيد، لأن الأحكام المنظمة لعقد الوعد بالتمهيد تختلف عن الأحكام المنظمة لعقد حفظ الحق، وبالتالي لا يمكننا تطبيقها عليه، وعليه فإن هذا العقد يعد صورة جديدة من اتفاقات ما قبل التعاقد مستقلة بذاتها عن الوعد بالتمهيد.

ثانيا: الاتجاه القائل بأن عقد حفظ الحق وعدا انفرادي بالبيع معلق على شرط واقف.

لقد ذهب جانب آخر من الفقه والقضاء الفرنسي إلى اعتبار العقد التمهيدي وعدا انفرادي بالبيع معلق على شرط واقف، هو تنفيذ مشروع البناء.

حيث رأى كل من الأستاذ "Frank Steinmetz" والأستاذ "Cornu" بأن العقد التمهيدي وعدا انفرادي بالبيع معلق على شرط واقف، هو قيام البائع (المركبي العقاري) بإنجاز مشروع البناء، وهذا معناه أن التزام البائع بالبيع يتوقف على نتيجة البناء، وبالتالي يكون ملزما بالبيع إذا قام بتنفيذ مشروع البناء (16)، وهذا الشرط هو شرط صحيح لأنه يعد شرطا إراديا محضا، فإرادة المركبي العقاري ليست

مطلقة بل مقيدة بالظروف الخارجية، وخاصة الظروف الاقتصادية التي تسمح له بتحقيق مشروع البناء. (17)

فحسب هذا الرأي فإن البائع يلتزم بالبيع، ولا يلتزم المشتري بالشراء رغم إيداع هذا الأخير لوديعة الضمان، ولا سبيل للبائع في إلزامه بإتمام البيع. (18)

وقد استند أصحاب هذا الاتجاه إلى نص المادة 11 من قانون 03 جانفي 1967، المتعلق ببيع العقار المقرر بناؤه وضمأن عيوب البناء، والتي نص فيها المشرع الفرنسي صراحة بأنه: " يبطل كل وعد آخر بالبيع والشراء" (19)، فبمفهوم المخالفة لنص هذه المادة يكون العقد التمهيدي في رأي أصحاب هذا الرأي نوع من أنواع الوعد الانفرادي بالبيع، وبالتالي لا يمكن أن يسبق بيع العقار المقرر بناؤه عقد آخر غير العقد التمهيدي المنظم بأحكام خاصة.

غير أن بعض الفقهاء رفضوا هذا التحليل، وحجتهم في ذلك أن المشرع لم يقصد بموجب نص المادة 11 المذكورة أعلاه وضع تكييف للعقد التمهيدي، وإنما كان هدفه أن يحمي المحجوز له من استغلال المرقي العقاري له، وإقامة التوازن بين مصلحة الطرفين (20)، لذلك حرص على النص صراحة على الجزاء الذي يوقع على مخالفة أحكام المادة 11، وهو بطلان أي صيغة أخرى من صيغ اتفاقات ما قبل التعاقد عدا العقد التمهيدي.

كما أنه إذا تم اعتبار العقد التمهيدي وعدا انفراديا بالبيع، فإن معنى ذلك أن المحجوز له لا يلتزم بأي التزام، ولا يكون ملزما بالشراء، بينما يلقي على عاتق البائع التزاما بالبيع، وهذا غير صحيح، لأن التزامات الأطراف في العقد التمهيدي تكون متبادلة، وبالتالي فهذا القول لا ينسجم مع نص المادة 11 من قانون 3 جانفي 1967، التي أكدت على أن الحاجز يلتزم بحجز عقار أو جزء من عقار، في مقابل التزام المحجوز له بإيداع وديعة الضمان (21).

وقد اختلف القضاء بدوره حول مسألة تحديد الطبيعة القانونية للعقد التمهيدي، ففي قرار صادر عن محكمة الاستئناف برن " cour d'appel Rennes "، الصادر بتاريخ 18/12/1973 (22)، في قضية الأبنسة "Jugu" (23)، اعتبرت العقد التمهيدي الموقع بين طرفيه وعدا انفراديا بالبيع، استنادا إلى نص المادة 11 من قانون 3 جانفي 1967، التي نصت على أنه يبطل كل وعد آخر بالبيع والشراء. (24) كما ذكرت أيضا في نفس القرار، أن العقد التمهيدي يعتبر وعدا انفراديا بالبيع يخضع للتسجيل حسب حكم نص المادة 1840-أ، من قانون الضرائب العام الفرنسي، التي نصت على ضرورة تسجيل الوعد بالبيع الانفرادي خلال مدة 10 أيام من تاريخ قبول الموعد له وإلا كان باطلا. (25) وقد أكدت أيضا محكمة الاستئناف برن نفس قرارها مرة أخرى، بموجب القرار الصادر بتاريخ 18 ماي 1976، حيث رأت بأنه لا يمكن اعتبار العقد التمهيدي وعدا انفراديا بالبيع ما لم يتم تسجيله خلال مدة 10 أيام من يوم إبرامه. (26)

وعليه فإن العقد التمهيدي حسب رأي محكمة الاستئناف "رن"، يعد وعدا انفراديا بالبيع، وحتى يتم تكييف العقد التمهيدي بأنه وعد انفرادي بالبيع، لا بد من تطبيق نص المادة 1840-أ من قانون الضرائب الفرنسي، التي تقضي بضرورة تسجيل هذا العقد خلال 10 أيام من يوم إبرامه وإلا كان باطلا، أما إذا لم يتم تكييف العقد التمهيدي على أنه وعد انفرادي بالبيع فلا يمكن تطبيق نص المادة 1840-أ. غير أن هذا القرار تم نقضه من قبل القرار الصادر عن محكمة الاستئناف لباريس، بتاريخ 17 جانفي 1972 (27) السابق ذكره، والتي أكدت على أنه لا يمكن اعتبار العقد التمهيدي وعدا بالتفضيل ولا وعدا انفراديا بالبيع.

وبما أن كل من الفقه والقضاء الفرنسي يرى بأنه لا يمكن اعتبار العقد التمهيدي وعدا بالتفضيل، أو وعدا انفراديا بالبيع معلق على شرط واقف، فكيف تم تكييف العقد التمهيدي، هل تم تكييفه بأنه عقد ذو طبيعة مزدوجة، أم أنه عقد ذو طبيعة خاصة؟ هذا ما سوف نعالجه في المرحلة الموالية.

ثالثا: الاتجاه القائل بأن عقد حفظ الحق عقد ذو طبيعة مزدوجة

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

حيث يرى كل من الأستاذ "Thibierge" والأستاذ "Bergel"، أن طبيعة العقد التمهيدي تختلف حسب ما إذا أبرم هذا العقد قبل تنفيذ مشروع البناء أو بعد تنفيذ مشروع البناء، فإذا أبرم قبل تنفيذ مشروع البناء، فإنه يعد أداة لاختبار حالة السوق، وسيلة لدراسة المشروع، فإذا استطاع البائع تنفيذ مشروع البناء فإن العقد هنا يلقي عليه الحد الأدنى من الالتزامات، أي الالتزام بعرضها على المحجوز له بالأفضلية على الآخرين في حال بيعها، وهو هنا مجرد وعد بالتفضيل، أما إذا أبرم العقد التمهيدي بعد تنفيذ مشروع البناء، وخاصة في حالة تقدم الأشغال، فإنه لا يكون وسيلة لاختبار السوق، وإنما وسيلة للخروج من المفاوضات، ويصبح التزام مالك المشروع التزاما بالتعاقد، ويتحول العقد إلى وعد انفرادي بالبيع. (28)

ويؤخذ على هذا الاتجاه ما يؤخذ على الاتجاهين السابقين، حيث عرف هو الآخر جملة من الانتقادات إذ يجب أن يكون لأي اتفاق طبيعة قانونية واحدة لا تتغير حسب الأحوال والظروف، لأنه من الممكن أن يكون العقد التمهيدي كما يرى أصحاب هذا الاتجاه وسيلة استغلال بيد مالك المشروع "المركي العقاري" للتوصل من التزاماته.

كما أن هذا الاتجاه يشوبه غموض حول تحديد اللحظة الزمنية التي تتحول فيها طبيعة العقد التمهيدي، من عقد الوعد بالتفضيل إلى عقد الوعد الانفرادي بالبيع، والذي زاد الوضع غموضا، هو أن أنصار هذا الاتجاه لم يتفقوا حول وضع معيار يضبط لحظة تغيير العقد، حيث ذهب الأستاذ "Bergel" إلى أن وصول أشغال البناء إلى مرحلة اللاعودة هي المعيار الفاصل بين طبيعتي العقد التمهيدي، بينما ذهب كل من الأستاذين Ph Jestaz et Malinvaud إلى أن هذا المعيار مرتبط بارادة البائع، أي أن لحظة تغيير هذه الطبيعة تتم بمجرد اتخاذ قرار البيع بإبرام العقد النهائي. (29)

وقد انتقدت أيضا محكمة الاستئناف بباريس هذا الاتجاه، وذلك بموجب قرارها الصادر بتاريخ 20 فيفري 1975، ورأت بأنه: " لا يعتبر العقد التمهيدي وعدا بالبيع، وبالتالي فلا مجال للتفرقة حسب حالة تقدم مشروع البناء، إذ أن طبيعة هذا العقد واحدة لا تتجزأ، سواء قبل أو بعد البدء في تنفيذ مشروع البناء". (30)

رابعا: الاتجاه القائل بأن عقد حفظ الحق عقد ذو طبيعة خاصة

يتم تكييف عقد ما بأنه عقد ذو طبيعة خاصة، عندما يكون هناك خلل في التصنيف، أي استحالة وضع هذا القانون ضمن تصنيف قانوني قائم، وهذا نظرا إلى العملية المعقدة الناتجة عن العقد، أو طبيعة الالتزامات الناشئة بين أطرافه، والغاية من إعطاء العقود سواء كانت مسماة أو غير مسماة تكييف الطبيعة الخاصة، هو تجنب أن تطبق عليها نظام مشابه، في حين أن مضمونها والخصوصية الموجودة فيها لا تتطابق مع هذا النظام. (31)

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

ومن بين أهم الفقهاء الذين اعتبروا العقد التمهيدي عقد ذو طبيعة خاصة الأستاذ "Meysson" والأستاذ "Brun" والأستاذ "Cabanac" والأستاذ "Bergel".....، حيث يرى أصحاب هذا الاتجاه أن العقد التمهيدي ليس كالعقود التمهيديّة الأخرى بالمفهوم الكلاسيكي، وإن كان يعتبر من اتفاقات ما قبل التعاقد، فهو يلعب دورا خاصا وبعد كوسيلة لاختبار السوق ومعرفة القيمة التجارية لمشروع البناء. (32) وفي هذا المقام كان لكل من الأستاذ "Meysson" والأستاذ "Cabanac" نفس الرأي، حيث اعتبروا "العقد التمهيدي عقد ذو طبيعة خاصة، يلتزم بمقتضاه البائع بعدم التصرف في الشيء المقرّر بيعه، قبل عرضه على المشتري ودعوته للشراء، ومعرفة لشكله النهائي، وبالثلث الذي يحدده البائع". (33) أما الأستاذ "Brun" فقد رأى في هذا الشأن بأن : "العقد الذي تم تنظيمه بموجب نص المادة 11 من قانون 03 جانفي 1967، هو نوع جديد من العقود، حيث يمكننا القول بأنه عقد ذو طبيعة خاصة". (34)

أما بالنسبة للأستاذ "Bergel" فكان رأيه خاص إلى حد ما، حيث اقترح التحليل المزدوج لهذا العقد كما ذكرناه سابقا، واعتبر العقد التمهيدي المبرم قبل تنفيذ مشروع البناء يعد عقد ذو طبيعة خاصة، وذكر في هذا الصدد: "أن العقد التمهيدي هو اتفاق بسيط بالحجز يلتزم بموجبه الحاجز بعرض المبيع للمحجوز له، بعد تنفيذ مشروع البناء بنفس الشروط المتفق عليها مسبقا". (35) ونلاحظ على هذه التحاليل الفقهية، أن تحليل كل من الأستاذ "Meysson" و "Cabanac" هو قريب من الوعد بالتفضيل، فالقول بأن العقد التمهيدي عقد ذو طبيعة خاصة، هذا يعني أن هذا الأخير له أحكام خاصة به، ولا يمكننا اعتباره وعدا بالتفضيل، وهذا ما بيناه في دراستنا السابقة، حيث ذكرنا بأن الواعد في الوعد بالتفضيل تكون له الحرية التامة في بيع الشيء أو عدم بيعه، عكس الحاجز في العقد التمهيدي الذي يكون ملزما ببيع الشيء للمحجوز له، أما بالنسبة لتحليل الأستاذ "Bergel"، فنلاحظ أنه اعتمد على النظرية المزدوجة في تحديد الطبيعة القانونية لهذا العقد، ومن المفروض إعطاء تكييف واحد للعقد، كما بيناه سابقا، وذلك لعدم إتاحة الفرصة للبائع باعتباره الطرف القوي في العلاقة التعاقدية للتهرب من التزاماته تجاه المشتري، وبهذا يكون رأي الأستاذ "Brun"، هو الرأي الصائب في رأينا، لأنه أصاب عندما اعتبر العقد التمهيدي عقد ذو طبيعة خاصة، وأعطى له ذاتية مستقلة تميزه عن الوعد بالتفضيل وعن الوعد الانفرادي بالبيع.

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

لقد ذهب القضاء الفرنسي إلى اعتبار العقد التمهيدي عقد ذو طبيعة خاصة، حيث رأت محكمة الاستئناف بباريس في قرارها الصادر بتاريخ 17 جانفي 1972، بأن العقد التمهيدي عقد ذو طبيعة خاصة، وذهبت إلى القول بأنه: "يعتبر العقد التمهيدي الذي يمهّد لإعداد البيع عقد ذو طبيعة خاصة، ومع ذلك يبقى عقد ملزم لجانبين أساسا- عقد تبادلي- يتضمن التزامات متبادلة". (36)

كما أكدت أيضا المحكمة العليا لباريس نفس الرأي في قرارها الصادر بتاريخ 05 جانفي 1974، حيث عرفت العقد التمهيدي بأنه: "عقد ذو طبيعة خاصة ملزم لجانبين، يتضمن التزامات متبادلة ومحددة، حيث يلتزم بموجبه البائع بحجز عقار أو جزء من عقار للمشتري، مقابل التزام المشتري بدفع وديعة الضمان، تودع في حساب خاص". (37)

غير أن المحكمة العليا لفرساي، اعتبرت العقد التمهيدي وعدا بالبيع ملزما لجانبين، وذلك في قرارها الصادر بتاريخ 23 نوفمبر 1973، بخصوص قضية السيد "Chavagat" (38). وما يلاحظ على هذه الاجتهادات القضائية، هو وجود اختلاف واضح حول مسألة تحديد الطبيعة القانونية للعقد التمهيدي، حيث ذهبت كل من محكمة الاستئناف والمحكمة العليا لباريس إلى اعتبار العقد

التمهيدي عقد ذو طبيعة خاصة ملزم لجانبيين ، أما المحكمة العليا لفرساي اعتبرت العقد التمهيدي وعد بالبيع ملزم لجانبيين.

وقد حسمت محكمة النقض الفرنسية هذا الخلاف بموجب قرارها الصادر عن الغرفة المدنية الثالثة، بتاريخ 27 أكتوبر 1975، حيث وضعت تكييف قانوني لأول مرة للعقد التمهيدي، وقررت بأنه: " عقد ذو طبيعة خاصة ملزم لجانبيين أساسا « Contrat sui generis essentiellement synallagmatique »، يتضمن التزامات متبادلة، حيث يلتزم البائع في مقابل ودیعة الضمان، بأن يحجز للمشتري المحتمل عقار أو جزء من عقار". (39)

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

يبدو لنا أن المشرع الجزائري اعتبر عقد حفظ الحق الذي نظمته بموجب القانون رقم 04/11 المحدد للقواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية، " وعد بالبيع ملزم لجانبيين "، فهو يسمو أن يكون مجرد وعد بالتفضيل أو وعد انفرادي بالبيع، ودليلنا فيما ذهبنا إليه هو ما جاء في نص المادة 27 من القانون المذكور أعلاه(40)، فعقد حفظ الحق حسب نص هذه المادة، يرتب التزامات متبادلة بين طرفيه، حيث يلتزم بموجبه المرقي العقاري وهو الواعد بحجز العقار أو جزء من العقار المقرر بناؤه وتسليمه فور الانتهاء من بنائه لصاحب حفظ الحق وهو الموعد له، مقابل التزام هذا الأخير بدفع تسبيق مالي (ودیعة الضمان) .

وهذا ما أكدته نص المادة 23 من نفس القانون والتي تنص على أنه: " يمكن فسخ عقد حفظ الحق في أي وقت خلال إنجاز المشروع العقاري: بطلب من أحد الطرفين مع قبول الطرف الآخر، أو بطلب من صاحب حفظ الحق، وفي هذه الحالة يستفيد المرقي العقاري من اقتطاع بنسبة خمس عشر(15%) من مبلغ التسبيق المدفوع، أو بطلب من المرقي، في حالة عدم احترام صاحب حفظ الحق لالتزاماته..... "، حيث يستشف من نص هذه المادة أن هذا العقد يرتب التزامات متبادلة على عاتق كل من المرقي العقاري وصاحب حفظ الحق، وإذا أحل أحدهما بتنفيذ التزاماته فيحق للطرف الآخر فسخ العقد في أي وقت خلال إنجاز مشروع البناء.

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

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

بالإضافة إلى أن المشرع الجزائري أشار بموجب نص المادة 31 القانون رقم 07/68 المذكور أعلاه، على الوعد بالبيع حيث نصت المادة 31 على أنه: " خلافا لأحكام المادة 12 من الأمر رقم 91/70، المؤرخ في 15 ديسمبر 1970، والمتضمن تنظيم التوثيق، وأحكام المادة 71 من القانون المدني، يحرر العقد التمهيدي المسمى 'عقد حفظ الحق' في شكل 'عقد عرفي' ويخضع لإجراءات التسجيل"، فأشار المشرع الجزائري للمادة 71 من القانون المدني، والتي تتعلق بالوعد بالتعاقد بصفة عامة، تفيد بما لا يدع مجالاً للشك في أن المشرع الجزائري حسم في مسألة الطبيعة القانونية لعقد حفظ الحق واعتبره وعد بالبيع ملزم لجانبيين.

خاتمة:

ما نستخلصه في هذه الدراسة أن المشرع الفرنسي ورغم تعدد الآراء الفقهية الاجتهادات القضائية حول مسألة تحديد الطبيعة القانونية للعقد التمهيدي، وتضاربها فيما بينها، استقر في النهاية على اعتبار العقد التمهيدي بأنه "عقد ذو طبيعة خاصة ملزم لجانبيين".

أما بالنسبة للمشرع الجزائري، فيبدو لنا أنه اعتبر هذا العقد والمسمى عندنا بعقد حفظ الحق، المنظم بموجب القانون رقم 04/11 المحدد للقواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية، "وعدا بالبيع ملزماً لجانبيين"، حيث يرتب على عاتق كل من المرقى العقاري وصاحب حفظ الحق التزامات متبادلة، تماثل التزام الواعد والموعود في عقد الوعد بالبيع الملزم لجانبيين، والتي يكون هدفها الأساسي التمهيدي لإبرام عقد البيع النهائي الناقل للملكية العقارية في المستقبل.

وأخيراً يمكننا القول بأن عقد حفظ الحق في بيع العقار المقرر بناؤه، له ذاتيته الخاصة التي تميزه عن غيره من العقود القريبة منه، فهو لا يختلط بالوعد بالتفضيل ولا بالوعد الانفرادي بالبيع، وإنما يعد في رأينا وعداً بالبيع ملزماً لجانبيين.

قائمة التهميش والمراجع:

- (1) - عرف المشرع الجزائري الترقية العقارية بموجب نص المادة 03 من القانون رقم 04/11 المؤرخ في 11/04/2011 المحدد للقواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية (الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد 14، المؤرخة في 06/03/2011) بأنها: "مجموع عمليات تعبئة الموارد العقارية والمالية وكذا إدارة المشاريع العقارية".
- (2) - يعد عقد حفظ الحق من حيث التنظيم القانوني في الجزائر عقد حديث النشأة في الجزائر، حيث نظم لأول مرة بمقتضى القانون رقم 07/86 المؤرخ في 04/03/1986، المتعلق بالترقية العقارية (الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 10 المؤرخة في 05/03/1986)، ثم ألغي هذا العقد بموجب المرسوم التشريعي رقم 03/93 المؤرخ في 01/03/1993، المتعلق بالنشاط العقاري، (الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 14، المؤرخة في 03/03/1993)، ثم أعاد المشرع الجزائري تنظيمه مرة أخرى بعد إلغائه بمقتضى القانون رقم 04/11 المؤرخ في 11/04/2011، المحدد للقواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية.
- (3) - راجع في ذلك نصوص المواد 27 و 31 و 33 من القانون رقم 04/11 المذكور أعلاه.
- (4) - يعرف الوعد بالتفضيل بأنه الاتفاق الذي يلتزم بموجبه مالك الشيء، إزاء شخص آخر يسمى الموعد بتفضيله، بتفضيله على الآخرين في حالة ما إذا قرر بيع الشيء الذي يمتلكه، إذا قبل -الموعد بتفضيله- بدفع الثمن الذي يقدمه شخص آخر.
- Theirry Massis ,Le contrat préliminaire dans la vente d'immeuble à construire, thèse, Paris 2, 1979, p 174.
- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود التي تقع على الملكية، البيع والمقايضة، ج 4، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2001، ص 68-عبد الحكم فودة، الوعد والتمهيد للتعاقد والعربون، وعقد البيع الابتدائي، دار الكتب القانونية، 1992، ص 86.
- (5) - Saint Alary, La vente d'immeuble à construire et l'obligation de garantie à raison des vices de construction, J-C-P, 1986, N 2146, p 47.
- (6) - CL Thibierge, La nouvelle réglementation des ventes d'immeubles à construire, rev.eco.et.dr.imm, n 28, 1967, p 17.
- (7) - Therry Massis, thèse précité, p 175,176.
- جميل الشرفاوي، شرح العقود المدنية، البيع والمقايضة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1991، ص 89.
- (8) - إن تحديد الثمن في هذه الحالة لا يعد من الشروط الجوهرية الواجب الاتفاق عليها لقيام عقد الوعد بالتفضيل، فعدم تحديد الثمن أو عدم قابلية تحديده لا يرتب عنه بطلان الوعد بالتفضيل، والشائع أن يكون الثمن في الوعد بالتفضيل قابلاً للتحديد، لأنه نادراً ما نجد مالك العقار يقيد نفسه بثمن محدد قبل أن يتخذ قراره بعرض العقار للبيع، لإمكانية تقلب الأسعار وارتفاع الثمن في المستقبل، وهذا ليس في مصلحته. أنظر في ذلك: زاهية سي يوسف، عقد البيع، ط 2، دار الأمل، الجزائر، 2000، ص 42.
- (9) - إبراهيم عثمان بلال، تملك العقارات تحت الإنشاء، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، مصر، 2011، ص 49.
- (10) - عبد الحفيظ مشماش، بيع العقار في طور الإنجاز، دراسة على ضوء القانون المغربي والمقارن، ط 1، المغرب، 2012، ص 63.
- (11) - علاء حسين علي، عقد بيع المباني تحت الإنشاء، دراسة قانونية، ط 1، منشورات زين الحقوقية، العراق، 2011، ص 75- سبيل جعفر حاجي عمر، ضمانات عقد بيع المباني قيد الإنشاء، دراسة مقارنة، ط 1، دار وائل للنشر، لبنان، 2014، ص 132.
- Voir en ce sens : Therry Massis, thèse précité, p 176

(12) - أنظر في ذلك: عياشي شعبان، عقد بيع العقار بناء على التصاميم، دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والفرنسي، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة منتوري قسنطينة، 2011-2012، ص 90.

(13)-Therry Massis, thèse précitée, p 177,179.

أنظر في ذلك أيضا: - محمد المرسي زهرة، بيع المباني تحت الإنشاء، دراسة مقارنة في القانون المصري والكويتي والفرنسي، ط1، 1889، ص 412. - عبد الحفيظ مشماش، المرجع السابق، ص 63. - جميل الشرفاوي، المرجع السابق، ص 89.

(14)- Cour d'appel de Paris, 17/01/1972, J.C.P, 1972.2.17237, note Meysson et Tirard.

تقول محكمة باريس في هذا الصدد:

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

(15) -الوعد الفردي بالبيع هو ذلك العقد الذي يلتزم بمقتضاه صاحب الشيء ببيعه بثمن معين لشخص آخر، متى رغب هذا الأخير في الشراء، خلال أجل محدد أو قابل للتحديد، وبهذا يكون صاحب الشيء (الواعد) هو الملزم وحده بالبيع إذا أظهر الطرف الآخر رغبته في الشراء، أما الطرف الآخر (الموعد له) فلا يكون ملزم بالشراء. أنظر في ذلك: عبد الرزاق أحمد السهوري، المرجع السابق، ص 55.

(16)- Frank Steinmetz, les ventes d'immeubles à construire, thèse, Montpellier, 1970, p 316. Therry Massis, thèse précitée, p 198,199.

(17)- Frank Steinmetz, thèse précitée, p 316.

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

(19)-نص المادة 11 فقرة 4 من القانون رقم 67/03 المؤرخ في 1967/01/03 المتعلق ببيع العقار المقرر بناؤه وضمأن عيوب البناء :

«nulle toute autre promesse d'achat ou vente »

(20)- Jean Louis Bergel, les contrats préliminaire de réservation dans les ventes d'immeubles à construire, unité ou dualisme ?, J.C.P, 1974.1 , N 14, P 2669.

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

(22)- Arrêt de cour d'appel commercial Rennes, 18 décembre 1973, Gaz. Pal, 1974.1, P 258. Note M Peisse – D 1974, P 688, note J.C Groslière.

(23) -لقد ذهبت محكمة الاستئناف برن إلى اعتبار العقد التمهيدي وعد انفرادي بالبيع، في قضية الأنسة "Jugu"، التي قامت بإبرام عقد الحجز - عقد تمهيدي- مع شركة مدنية تدعى "Nurcy"، لحجز شقة في مجمع عقاري، وقامت بدفع وديعة الضمان، وبتاريخ 1971/12/14، قامت الشركة باستدعاء الأنسة "Jugu" للتوقيع على عقد البيع النهائي أمام موثق، غير أن هذه الأخيرة رفضت التوقيع على العقد،

وطلبت من الشركة استرداد ودیعة الضمان التي دفعتها، وذلك على أساس أن العقد التمهيدي المبرم بينهما لم يتم تسجيله خلال 10 أيام من تاريخ إبرامه، وبالتالي فهو يعد باطلا تطبيقا لنص المادة 1840-أ من قانون الضرائب العام الفرنسي.

وقد نظرت محكمة الاستئناف في هذه القضية، واعتبرت العقد التمهيدي وعد انفرادي بالبيع ملزم من جهة الحاجز، وأن الأتسة "Jugu" لها الحق في استرداد مبلغ الضمان، لذلك فمن المهم تسجيل تسجيل العقد التمهيدي خلال 10 أيام من يوم إبرامه.

Voir en ce sens:- Therry Massis, thèse précité, p 200. – Alain Castel, vente d'immeuble à construire, Etudes et documents de L'.I.E.J. de Rennes, volume 3, N 2, pp 35-36.

(24)- La cour de Rennes confirma cette décision dans les termes suivants :

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

(25)- « ...considéré que le contrat préliminaire signé par les parties constituait une promesse unilatérale de vente, et comme tel se trouvait soumis aux dispositions de l'article 1840-A du code générale des impôts, qu'ils sont à juste titre déclaré ce contrat nul, comme n'ayant pas été enregistré dans les 10 jours »

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

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

(27)- Cour d'appel de Paris, 17 janvier 1972, précité.

(28)- Therry Massis, thèse précité, p 269 à 300.

(29) - عبد الحفيظ مشماشى، المرجع السابق، ص 64.

(30)- Arrêt de cour d'appel de Paris, 20 février 1975, J.C.P, 1975.2.18151, note Bergel.

(31)- Pascal Puig, Contrat spéciaux, Ed, D, 2 ed , 2007, P29.

(32)- Therry Massis, thèse précité, p 247.

(33) - Voir en ce sens : P. Meyssone, Les ventes d'immeuble à construire, J.C.P, 1968, Ed .N.1968.1.2132 ,p 259. - Cabanac, Traité de la construction et de la copropriétaire, T 2, 1970, N 50, P65. Cette analyse est reprise par : Therry Massis, thèse précité, P248.249.

(34)- Ibid, p248.

(35)- Ibid.

(36)- Cour d'appel de Paris, 17 janvier 1972, précité.

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

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

(37)- Tribunal de Grande Instance de Paris, 05 janvier 1974, inédit.

Le Tribunal de Grande Instance dans sa décision en date de 5 janvier 1974, définit le contrat préliminaire comme : « Un contrat synallagmatique sui generis qui comporte des obligations réciproques définies, le vendeur éventuel s'engageant, en contrepartie d'un dépôt de garantie, effectué à un compte spécial, à réserver à l'acheteur éventuel un immeuble ou une partie d'immeuble ». (voir en ce sens : Therry Massis, Thèse précitée, P181.

(38)- Tribunal de Grande Instance de Versailles, 23 novembre 1973, inédit.

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

تمسك المشتري في مواجهة الشركة على أساس أن العقد التمهيدي الذي أبرم بينهما يعد وعداً بالبيع ملزماً لجانبين "Promesse de vente synallagmatique"، إلا أن الشركة البائعة اعتبرت العقد التمهيدي عقد ذو طبيعة خاصة.

وفي الأخير فصلت المحكمة العليا لفرساي في هذا النزاع بموجب قرارها الصادر بتاريخ 23 نوفمبر 1973، واعتبرت العقد التمهيدي وعداً بالبيع ملزماً لجانبين، وأن السيد "Chavagat" أخل بالتزامه المتمثل في إبرام عقد البيع النهائي، مما يؤدي إلى حرمانه من استرجاع مبلغ الضمان.

Voir en ce sens : Therry Massis, thèse précitée, P 185.186.187.

(39)- cour de Cassation, Civ, 3ch, 27 octobre 1975, et note E. Frank, Gaz. Pal, 1976.1.67.

La cour de cassation confirma cette décision dans les termes suivants :
« ...qu'il s'agit d'un contrat sui generis essentiellement synallagmatique, lequel comporte des obligations réciproque, le vendeur s'engageant en contrepartie d'un dépôt de garantie à réserver à l'acheteur éventuel un immeuble ou un partie d'immeuble ».

Voir en ce sens : Therry Massis, thèse précitée, p 181.

(40) - عرف المشرع هذا التعريف الجزائي عقد حفظ الحق بموجب نص المادة 27 من القانون رقم 04/11 المحدد للقواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية بأنه : "العقد الذي يلتزم بموجبه المرقي العقاري بتسليم العقار المقرر بناؤه أو في طور البناء لصاحب حفظ الحق، فور إنجازه، مقابل تسبيق يدفعه هذا الأخير.....".

يلاحظ من خلال نص هذه المادة، أن المشرع الجزائري أخطأ عند تعريفه لعقد حفظ الحق ، فالقول بأن المرقي العقاري يلتزم بتسليم العقار المقرر بناؤه لصاحب حفظ الحق فور الإنهاء من البناء ، يعني أن

هذا العقد يلزم المرقي العقاري بالتسليم، وهو نفس الالتزام الذي يترتبه العقد النهائي في ذمة البائع في بيع العقار بناء على التصاميم، أو الذي يترتبه العقد النهائي في ذمة البائع في البيع العادي. كما أنه وبدلاً من أن يأخذ المشرع الجزائري بتعريف المشرع الفرنسي للعقد التمهيدي الذي عرفته نص المادة 11 من القانون رقم 03/67، المؤرخ في 03 جانفي 1967، المتعلق ببيع العقارات المقرر بناؤها والالتزام بضمان عيوب البناء، التي عرفت العقد التمهيدي بأنه: "العقد الذي يلتزم بمقتضاه البائع بحجز عقار أو جزء من عقار للمشتري، في مقابل دفع هذا الأخير لوديعة الضمان، تودع في حساب خاص"، أخذ بتعريف المشرع الفرنسي للعقد النهائي لبيع العقار المقرر بناؤه في صورة البيع الأجل، والدليل على ذلك هو أن المادة 27 من القانون رقم 04/11 التي عرفت عقد حفظ الحق تكاد تتطابق مع المادة 2/1601 من القانون المدني الفرنسي التي عرفت البيع الأجل بأنه: "العقد الذي يلتزم بمقتضاه البائع بتسليم العقار عند الإنتهاء من بنائه ويتعهد المشتري باستلامه ودفع الثمن عند التسليم، ويتم إنتقال الملكية بأثر رجعي من تاريخ إبرام العقد". أنظر في ذلك: عياشي شعبان، المرجع السابق، ص 74.