

الطبيعة القانونية لعقد بيع العقار بناء على التصاميم

ملخص

تهدف هذه الدراسة إلى محاولة معرفة الطبيعة القانونية لعقد بيع العقار بناء على التصاميم. هذا العقد يتميز عن البيع التقليدي الوارد على عقار موجود وقت التعاقد، من حيث إن الالتزام الرئيسي فيه، هو قيام البائع بإقامة البناء خلال مدة محددة، وهو نفس الالتزام الذي يلتزم به المقاول، في عقد المقاولة.

أ. عياشي شعبان

كلية الحقوق والعلوم السياسية
جامعة قسنطينة 1
الجزائر

لذلك فإن تحديد الطبيعة القانونية لهذا العقد الجديد، يقتضي منا التمييز بينه وبين عقدي البيع العادي، والمقاولة القريبين منه، لنرى ما إذا كان هذا العقد، هو عقد بيع، أو عقد مقاولة، وإذا كان ليس بهذا أو ذاك فما هي طبيعته القانونية إذن. هذا ما سنحاول الإجابة عنه من خلال هذه الدراسة.

مقدمة

Résumé

Cette étude vise à définir la nature juridique du contrat de vente d'immeubles sur plans. Ce contrat se distingue de la vente traditionnelle concernant un immeuble existant au moment de la passation du contrat, du point de vue de l'obligation principale. En effet, cette obligation est la construction par le vendeur durant une période déterminée ; et c'est la même obligation que celle de l'entrepreneur dans le contrat d'entreprise.

لقد بدأت ظاهرة بيع الشقق السكنية بناء على التصاميم تنتشر في الجزائر، خاصة بعد أن تدخل المشرع بتنظيم هذا النوع الجديد من البيع بأحكام خاصة⁽¹⁾، تتميز بالصفة الأمرة، أي أنها تتعلق في أغلبها بالنظام العام بما يكفل حماية حقوق المشتري الطرف الضعيف في علاقته مع البائع، دون أن يغفل حقوق هذا الأخير، سواء خلال مرحلة إنجاز البناء أم بعد اكتماله.

وعقد بيع عقار بناء على التصاميم، هو العقد الذي يلتزم بموجبه البائع بإقامة بناء خلال مدة محددة في العقد⁽²⁾.

يتضح من هذا التعريف، أن الالتزام الأساس والجوهري الذي يضعه هذا العقد على عاتق البائع، هو الالتزام بالبناء، وإذا كان البائع يلتزم بإقامة بناء خلال مدة محددة في العقد، فإن تحديد الطبيعة القانونية لهذا العقد ليس بالأمر الهين الذي يبدو لأول وهلة. فالقول إن محل العقد هو إقامة بناء

C'est pourquoi la détermination de la nature juridique de ce nouveau contrat nous impose de le comparer aux deux contrats similaires – le contrat de vente ordinaire et le contrat d'entreprise – pour voir si ce contrat est un contrat de vente ou un contrat d'entreprise. S'il n'est ni l'un, ni l'autre, quelle est donc sa nature juridique?

خلال مدة محدّدة، والقول بأن المدين بهذا الالتزام هو بائع، يبدو غريبا، فالبيع هو عقد ناقل للحقوق، فالبايع فيه يلتزم - حسب نص المادة 351 من القانون المدني - بنقل ملكية شيء أو حقا ماليا آخر في مقابل ثمن نقدي. حقا أن هذا العقد ينشئ التزامات أخرى ملحقة Accessoires، تقع على عاتق طرفيه، لكن هل يعدّ الالتزام بإقامة البناء التزاما ملحقا بالنسبة لعقد البيع؟ مادام جوهر عقد البيع هو الالتزام بنقل الملكية، أم أنه التزام أصلي، والالتزام بنقل الملكية التزام ملحق، وإذا كان الأمر كذلك، فإن عقد بيع العقار بناء على التصاميم يكون أقرب إلى عقد المقاوله منه إلى عقد البيع، وإذا كان هذا العقد الجديد ليس بعقد مقاوله، أو عقد بيع، فما هي طبيعته القانونية يا ترى؟.

للإجابة عن هذا التساؤل، أو بالأحرى للوقوف على تحديد الطبيعة القانونية لهذا العقد الجديد، يجدر بنا أن نميز بوضوح بين بيع عقار بناء على التصاميم وغيره من العقود القريبة منه والتي قد تشته به، وسنقتصر هنا على التفرقة بين هذا العقد الجديد، وعقدي المقاوله وبيع عقار موجود وقت التعاقد، باعتبار أن الأول يشترك معه في الالتزام بالبناء، والثاني يشته به في نقل الملكية، وهذا ما سنعرض له في المبحثين التاليين.

المبحث الأول

عقد بيع العقار بناء على التصاميم وعقد المقاوله

قد نجد بعض العلاقات المختلفة تؤدي إلى النتائج نفسها من الناحية الاقتصادية فالالتزام مقاول بناء مثلا بأن يقوم ببناء مبنى لشخص آخر، أو أن يبيعه مبنى سيقوم ببنائه فإن الوضع في الواقع واحد من حيث الهدف الذي يسعى إليه الطرفان وقت إبرام العقد، لكن ذلك لم يمنع المشرع من أن يضع تنظيم خاص تحت اسم عقد المقاوله في الحالة الأولى، وتنظيم آخر تحت اسم البيع في الحالة الثانية.

في الواقع أن مشكل التمييز بين عقدي المقاوله وبيع العقار بناء على التصاميم أصبح مطروحا في الوقت الحاضر لأن مقاولي البناء الذين يحترفون هذه المهنة هم أنفسهم الذين يمارسون حاليا نشاطات الترقية العقارية. فما هي طبيعة العقد الذي يبرم بين المرقي العقاري البائع والمشتري الوارد على عقار بناء على التصاميم، هل هو عقد مقاوله، يخضع للتنظيم القانوني الخاص بهذا العقد، أم عقد بيع لعقار بناء على التصاميم تسري عليه أحكام هذا العقد، فما هو إذن معيار التفرقة بين هذين العقدين؟ وقبل أن نعرض لذلك، نعرض أولا لأهمية التفرقة بينهما وذلك في مطلبين متتاليين.

المطلب الأول من المبحث الأول

أهمية تمييز عقد بيع العقار بناء على التصاميم عن عقد المقاول

نستطيع القول إن الضمان التقليدي الذي يلتزم به البائع وفقا للمادة 397 - قبل صدور قانون الترقية العقارية لسنة 1986. وما بعدها من القانون المدني. والضمان العشري الذي يخضع له المقاول والمهندس المعماري وفقا للمادة 554 من القانون المدني هو الذي كان يمثل الأهمية الكبرى للتمييز بين العقدين. فقد كان الجدل قائما حول معرفة أي من الضمانين يطبق إذا كان مقاول البناء هو نفسه بائع العقار بناء على التصاميم. غير أن هذه الأهمية تلاشت منذ أن مد المشرع نطاق تطبيق الضمان العشري الذي يخضع له المهندس المعماري والمقاول ليشمل بائع العقار على تصاميم خاصة فيما يتعلق بالعيوب الخفية⁽³⁾.

بالمقابل، فإن القانون الفرنسي لسنة 1967 جاء بأهمية جديدة تضمنتها المادة: 1601-4 فقد نصت هذه المادة صراحة على جواز تنازل المشتري عن حقوقه الناشئة عن عقد بيع عقار تحت الإنجاز، ويحل المتنازل له محل المشتري (المتنازل) بقوة القانون بالنسبة لالتزامات هذا الأخير في مواجهة البائع. (تنازلا فعليا عن العقد كلية) وبذلك يكون المشرع الفرنسي قد خالف القواعد العامة. فهذا التنازل خاص ببيع عقار تحت الإنجاز ولا يمكن تطبيقه إذا تعلق الأمر بعقد مقاول⁽⁴⁾.

إن الطعن بدعوى الغبن⁽⁵⁾ يشكل أيضا أهمية لا يمكن أن يستهان بها، ذلك أن الغبن لا يتصور إلا بالنسبة لبعض العقود⁽⁶⁾، أو بالنسبة لبعض الأشخاص⁽⁷⁾. ومن بين هذه العقود القليلة بيع العقار، وإذا كان صحيحا أن القانون المدني قد نظم الغبن في البيع الذي يرد على شيء⁽⁸⁾ موجود بالفعل. غير أنه لا يوجد ما يمنع قانونا من تطبيقه كذلك على بيع العقار على تصاميم. لكن دعوى الغبن لا يمكن قبولها بالنسبة لعقد المقاول.

وفيما يتعلق بالثمن فإنه يجب أن يكون معينا أو على الأقل تحديد الأسس التي سيتحدد بناء عليها في المستقبل، وإلا وقع البيع باطلا بطلانا مطلقا⁽⁹⁾. أما عقد المقاول، فإنه لا يشترط لصحته ضرورة تحديد الأجر سلفا⁽¹⁰⁾. فإذا لم يتفق المقاول ورب العمل على الأجر أمكن تحديده على أساس قيمة العمل ونفقات المقاول. بينما لا يرى الفقه الفرنسي في مسألة تحديد الثمن من عدمه أنها تشكل أهمية للتفرقة بين العقدين⁽¹¹⁾، فهو يفرق بين ما إذا كان عقد المقاول واردا على أعمال ذات أهمية كبيرة كبناء عقار مثلا. فالأجر يصبح عنصرا أساسيا لصحة العقد كالبائع تماما. أما إذا كانت الأعمال قليلة الأهمية فإن العقد يعد صحيحا بالرغم من عدم تحديد الأجر.

ومن الأهمية أن نعرف ما إذا كنا بصدد عقد بيع أو عقد مقاول من أجل تحديد التأمينات. التي تضمن الوفاء بالثمن أو الأجر. فإذا كان العقد مقاولا، فإن التأمين الذي يضمن الوفاء بالأجر هو امتياز المقاول والمهندس المعماري المقرر بنص المادة 1000 من القانون المدني. أما إذا كان العقد بيعا، فامتياز البائع هو الذي يضمن الوفاء بالثمن المستحق المادة 999 من القانون نفسه.

وأخيرا بالنسبة للتحلل من العقد، فإنه من الأهمية كذلك معرفة ما هي طبيعته القانونية، قصد تطبيق بعض النصوص التي تعدّ شخص المتعاقد محل اعتبار والتي تعدّ خروجاً على حكم القواعد العامة. فالمادة 569 من القانون المدني التي تقابلها المادة: 666 من القانون المدني المصري والمادة 1795 من القانون المدني الفرنسي، نصت على أن عقد المقاولة ينقضي بموت الما قول إذا أخذت بعين الاعتبار مؤهلاته الشخصية وقت العقد، كما أن لرب العمل أن يتحلل من العقد ويوقف التنفيذ في أي وقت قبل إتمامه المادة 1/566 جزائري و 1/ 663 مصري و1794 فرنسي⁽¹²⁾.

المطلب الثاني من المبحث الأول

معيار تمييز عقد بيع العقار بناء على التصاميم عن عقد المقاولة

المقاولة عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين وهو الما قول، أن يصنع شيئاً أو أن يؤدي عملاً مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الآخر، وهو رب العمل⁽¹³⁾.

وعقد بيع العقار بناء على التصاميم، هو البيع الذي يلتزم بموجبه البائع ببناء عقار خلال مدة محددة في العقد.

ومن هذا، يتبين أن عقد المقاولة يقترب من عقد بيع العقار بناء على التصاميم فالبائع في هذا العقد أو الما قول في عقد المقاولة يلتزم بصنع شيء إقامة بناء خلال مدة محددة مقابل ثمن أو أجر يلتزم به المشتري أو رب العمل، فالتزام البائع في عقد بيع العقار بناء على التصاميم لا يكاد يختلف عن التزام الما قول في عقد المقاولة.

إذا اقتصر الما قول على تقديم عمله على أن يقدم رب العمل المواد التي يستخدمها في إنجاز عمله، فإن العقد يعدّ مقاولة، أما إذا قدم الما قول المادة والعمل معا⁽¹⁴⁾، فإن عقد المقاولة قد يشتبه ببيع عقار على تصاميم في هذه الحالة، ومن ثم يثور الشك حول طبيعة العقد، هل هو عقد بيع لشيء مستقبل أم عقد مقاولة؟.

هذا بالإضافة إلى أن المتعاقدين غالباً ما يصفون - لأسباب ضريبية - اتفاهم بعقد مقاولة حتى ولو كان في حقيقته بيعاً، وهم يهدفون من وراء ذلك إلى تفادي الخضوع للضريبة الباهظة المفروضة على البيوع العقارية⁽¹⁵⁾.

في الواقع لا يجب الاعتداد بالوصف الذي أضفاه الطرفان على اتفاهم، وإنما يجب تكييف العقد تكييفاً صحيحاً، فما هو إذا فيصل التفرقة بين عقد المقاولة وعقد بيع العقار بناء على التصاميم.

يرى محمد المرسي زهرة⁽¹⁶⁾، أن معيار التفرقة بين عقد المقاولة وعقد بيع العقار بناء على التصاميم يمر بملكية الأرض، ويفرق بين ثلاث حالات.

- الحالة الأولى: إذا قدم مالك الأرض المواد المستخدمة في إنجاز عملية البناء، واقتصر دور الما قول على العمل فقط. فإن العقد يعدّ مقاولة، فالما قول في هذه الحالة تعهد بتقديم عمله فقط، أي بصنع شيء (إقامة بناء) لفائدة مالك الأرض وبمواد

مملوكة لهذا الأخير، ولا يغير من ذلك، كون الأرض أصبحت بعد البناء عقارا مبنيا، فتغيير طبيعتها القانونية لا يغير في ملكيتها.

- **الحالة الثانية:** إذا اقتصر رب العمل على تقديم الأرض، وقدم المقاول بالإضافة إلى عمله المواد التي يستخدمها في إنجازها نكون بصدد عقد مقاوله، ولا يجب أن نعتد بقيمة العمل مقارنة بقيمة المواد المستخدمة⁽¹⁷⁾.

- **الحالة الثالثة:** وهي الحالة التي يقوم فيها المقاول بإقامة البناء على أرض مملوكة له، أو على الأقل صاحب حق يمنحه سلطة البناء عليها وبمواد من عنده. فإن هذا العقد يعدّ بيعا⁽¹⁸⁾ واردا على شيء مستقبل، أسماه المشرع « بيع عقار تحت الإنجاز»، أو البيع بناء على التصاميم « فالالتزام ببناء عقار يظهر في عقد المقاوله كما يظهر في عقد بيع عقار تحت الإنجاز، وإذا كان هذا الالتزام هو جوهر عقد بيع السكنات على التصاميم إلا أن ذلك لا يعني أن هذا العقد يختلط بعقد المقاوله، فرغم التشابه الكبير بينهما في بعض الحالات فإنه يبقى لكل عقد ما يميزه عن الآخر ويحفظ له ذاتيته الخاصة»⁽¹⁹⁾.

والخلاصة من كل ذلك، أن ما يميز عقد بيع العقار بناء على التصاميم عن عقد المقاوله، هو عنصر نقل الملكية⁽²⁰⁾، فالأول يتضمن التزاما بنقل الملكية، والثاني لا يتضمن هذا الالتزام.

المبحث الثاني:

عقد بيع العقار بناء على التصاميم و عقد بيع عقار موجود

قد يبدو لأول وهلة أنه من العبث inutile التحدث عن التفرقة بين البيع العادي وبيع عقار بناء على التصاميم، لأن الفرق بينهما واضح لا يحتاج إلى تحديد، فالعقار - في الواقع - إما أن يكون موجودا بالفعل وقت إبرام العقد، فنكون بصدد بيع تقليدي. وإما أن يكون غير موجود، فيكون العقد بيعا لعقار على تصاميم.

لكن الواقع قد يفرز حالات يصعب فيها التحقق مما إذا كنا بصدد بيع عادي، أم بصدد بيع عقار بناء على التصاميم، خاصة أن كلا النوعين من البيع لا يخضعان إلى نظام قانوني موحد، وفيما يلي نعرض لأهمية التفرقة بينهما، ثم نعرض بعد ذلك لمعيار التفرقة وذلك في مطلبين متتاليين.

المطلب الأول من المبحث الثاني

أهمية تمييز عقد بيع العقار بناء على التصاميم عن عقد البيع العادي

مما لا شك فيه أن نظام ضمان العيوب هو الذي يمثل الأهمية الكبرى للتمييز بين بيع عقار موجود، وبيع عقار على تصاميم، فالبايع في البيع التقليدي لا يضمن إلا العيوب الخفية⁽²¹⁾ وهي العيوب التي لا يستطيع المشتري أن يكتشفها لو فحص المبيع بعناية الرجل العادي. أما العيوب الظاهرة، وهي تلك العيوب التي كان المشتري

يعرفها وقت البيع، أو كان يستطيع أن يكشفها لو أنه فحص العقار المبيع بعناية الرجل العادي فلا يلتزم بضماتها⁽²²⁾. وضمان البائع لهذه العيوب لا يتعلق بالنظام العام، ومن ثم يجوز الاتفاق على زيادته، أو إنقاصه، أو إسقاطه⁽²³⁾. أما في بيع العقار بناء على التصاميم، فإن البائع يخضع لنظام الضمان الذي يخضع له المهندس المعماري والمقاول، ولا يضمن العيوب الخفية فقط، بل يضمن كذلك العيوب الظاهرة⁽²⁴⁾. وأن هذا الضمان يعدّ من النظام العام، لا يجوز الاتفاق على إعفاء البائع من الضمان أو الحد منه وكل اتفاق على ذلك يقع باطلاً ولا أثر له⁽²⁵⁾. ومدة الضمان هي عشر (10) سنوات⁽²⁶⁾ وليس سنة كما هو الحال في البيع العادي⁽²⁷⁾.

ومن ناحية أخرى، فإذا كانت شكلية العقد لا تمثل أية أهمية للترقية بين البيع العادي وبيع عقار بناء على التصاميم في القانون الجزائري، لكونها تعدّ ركناً أساسياً في بيع العقار⁽²⁸⁾. سواء أنصب البيع على عقار موجود وقت العقد، أو على عقار غير موجود. فإنها مع ذلك لها أهميتها في القانون الفرنسي الذي نص صراحة على أن عقد بيع عقار تحت الإنجاز يجب أن يحرر في شكل رسمي إذا أبرم في نطاق الحماية الخاصة (المادة 7 من قانون 03 جانفي 1967). وهذا الحكم استثناء مهمّ على قاعدة رضائية العقود في القانون الفرنسي الواردة في المادة 1583 من القانون المدني التي تنص على أن البيع ينعقد بين الطرفين بمجرد الاتفاق على الشيء المبيع والثمن.

المطلب الثاني من المبحث الثاني

معيّار تمييز عقد بيع العقار بناء على التصاميم عن عقد البيع العادي للعقار

إن معيار التفرقة بينهما يرتبط أساساً بالوقت الذي يبرم فيه العقد⁽²⁹⁾. فالقانون رقم : 04-11 المحدد للقواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية، ومن قبله المرسوم التشريعي رقم 03/93 المتعلق بالنشاط العقاري لا يطبقان فقط على العقود التي تبرم قبل البدء في تنفيذ عمليات البناء بل أيضاً على العقود التي تبرم أثناء الإنجاز، بمعنى أن العقد يعدّ بيعاً لعقار بناء على التصاميم، ما دام أن العقار المبيع لم يكن قد اكتمل وجوده، وقت البيع. وبالنتيجة لذلك، فإذا أبرم العقد بعد الانتهاء من البناء واكتمل وجود العقار المبيع فإن العقد يعدّ بيعاً عادياً⁽³⁰⁾، لا يخضع لنظام بيع العقارات على التصاميم، مهما كان الوصف الذي يعطيه المتعاقدان له⁽³¹⁾.

غير أن هذا المعيار وإن كان يصلح للتمييز بينهما في بعض الحالات، فإنه يعجز عن ذلك في بعض الحالات الأخرى، ذلك أنه إذا كان صحيحاً أن العقد يعدّ في كثير من الحالات بيعاً عادياً أو بيعاً لعقار بناء على التصاميم حسب الوقت الذي أبرم فيه العقد، بعد اكتمال وجود العقار المبيع أو قبل ذلك، إلا أن هناك حالات يعدّ العقد فيها بيعاً عادياً رغم انعقاده قبل الانتهاء من أعمال البناء، وقبل وجود العقار⁽³²⁾.

فقد يبيع شخص عقاراً لم يكتمل بناؤه بعد إلى مشتري لا ينوي تسلمه بعد إتمام إنجازه فهو يشتريه ثم يقوم بنفسه بإتمام عملية البناء التي بدأها البائع ولم يتمها لأسباب خاصة به كصعوبات مالية أو تغيير الإقامة.

وإذا باع مرق عقاري البناء وهو في طور الإنجاز، أو إذا باع شخص عادي مسكنه الذي لم يكتمل بناؤه إلى شخص يشتريه بحالته كما هي وقت العقد ليستكمل بناءه بنفسه، فإن هذا البيع لا يعدّ بيعاً لعقار بناء على تصاميم رغم أنه أبرم قبل اكتمال وجود العقار⁽³³⁾.

والخلاصة أن العقار المبيع هنا عبارة عن هيكل عقاري، يفعل به المشتري ما يريد، فله أن يهدمه، أو يتركه على حالته كما هو، أو يستكمل الأعمال⁽³⁴⁾.

إذا فإن معيار وقت إبرام العقد ليس كافياً لتكييف العقد، هل هو بيع عادي، أم بيع لعقار على تصاميم.

لذلك يرى البعض⁽³⁵⁾، في نية الطرفين الأساس الذي يعتمد عليه في تكييف العقد، فإذا اتجهت نية الطرفين إلى التزام البائع باستكمال العقار والانتهاج من الأعمال طبقاً للشروط المتفق عليها في العقد، نكون بصدد عقد بيع عقار بناء على تصاميم⁽³⁶⁾.

أما إذا أبرم العقد قبل البدء في أعمال البناء، فإن البيع في هذه الحالة. إما أن يتعلق بالأرض فقط، وإما أن يتعلق بعقار تحت الإنجاز يشيد على هذه الأرض، هذا العقار الأخير الذي يشمل الأرض والبناء، هو العقار المستقبل الذي يمثل المحل لعقد واحد بيع على تصاميم << Vente sur plans >>.

وفي رأينا فإن التزام البائع بإقامة البناء خلال مدة محددة في العقد هو فيصّل التفرقة بين البيع العادي وبيع عقار على تصاميم.

ويترتب على ذلك، أن العقد يعدّ بيعاً لعقار على تصاميم إذا تعهد البائع بإقامة البناء خلال مدة معينة يستوي في ذلك أن يكون العقد قد أبرم قبل البدء في إنجاز الأعمال، أو أثناء الإنجاز، طالما أن العقار لم يكتمل بناؤه بعد.

أما إذا أبرم العقد بعد إتمام البناء، فإنه في هذه الحالة يعدّ بيعاً عادياً. ولعلّ ما يعزّز ويؤيد رأينا أن التزام البائع ببناء عقار خلال مدة معينة محددة هو جوهر عقد بيع العقار بناء على التصاميم، فهو التزام أساس لا يكون العقد بيعاً على تصاميم بدونه.

وعليه فإن كل بيع أبرم قبل اكتمال بناء العقار المبيع لا يمكن اعتباره بيعاً لعقار على تصاميم إذا لم يتضمن التزام البائع بالبناء، وهذا ما قرّره محكمة النقض الفرنسية، فقد نقضت القرار الذي وافق على تكييف البيع بأنه بيع عقار تحت الإنجاز دون بحث ما إذا كان هذا الالتزام موجوداً أم لا⁽³⁷⁾. وقد قضت في السياق نفسه بأن البيع الذي يتعهد بمقتضاه البائع بإتمام البلاط - التجبيس - فقط. فإن هذا العمل يعدّ ثانوياً، ومن ثم يعدّ بيعاً عادياً لمحلات غير مكتملة⁽³⁸⁾.

والشيء نفسه بالنسبة للعقد الذي يتنازل بموجبه مشتري عقار تحت الإنجاز على حقوقه إلى شخص آخر قبل اكتمال البناء، فهو مجرد تنازل عن العقد تجيزه المادة 4-1601 من القانون المدني الفرنسي، وليس بيع عقار تحت الإنجاز فالبايع تنازل عن

مكانه Cède sa place ولكن لم يتعهد بالإلزام بالبناء⁽³⁹⁾.

خاتمة

ننتهي إلى أن عنصر ملكية الأرض يتميز به عقد بيع العقار بناء على التصاميم عن عقد المقاوله، وعنصر التزام البائع بإقامة البناء خلال مدة محددة في العقد يميز عقد بيع العقار بناء على التصاميم على البيع العادي.

ولذلك فإن عقد بيع العقار بناء على التصاميم ليس هو بعقد مقاوله، كما أنه ليس بيعا عاديا، وإنما هو بيع لعقار مستقبل له ذاتيته الخاصة التي تميزه عن غيره من العقود القريبة منه. أنشأه المشرع من أجل حماية وتأمين المشتري الذي يلتزم بدفع جزء من الثمن لتمويل عملية البناء، قبل إتمام بناء العقار المتفق عليه، ضد خطر عدم استرداد ما دفعه إذا توقف البائع عن استكمال بناء العقار المبيع، بسبب إفلاسه، أو تصرفه في العقار المبيع أو في جزء منه عن طريق رهنه إلى المؤسسة المالية التي تقرضه أموالا لتمويل مشروعه.

ويلاحظ أن هذا الخطر الذي يتعرض له المشتري في عقد بيع العقار بناء على التصاميم لا وجود له أصلا في عقد البيع العادي المنصب على عقار موجود وقت التعاقد، وهذا هو السبب الذي يجعل القواعد العامة للبيع عاجزة على توفير الضمانات الكافية للمشتري في بيع العقار بناء على التصاميم وذلك نظرا لخصوصيات هذا العقد.

الهوامش والمراجع.

1) يعدّ بيع العقار بناء على التصاميم من حيث تنظيمه القانوني، بيعا حديثا جدا في الجزائر، إذ نظم أول مرة بموجب القانون رقم 86 / 07 المؤرخ في 04 مارس 1986 المتعلق بالترقية العقارية (الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 10 السنة الثالثة والعشرون، سنة 1986). ثم بموجب المرسوم التشريعي رقم 93 / 03 المتعلق بالنشاط العقاري المؤرخ في 01 مارس 1993 (الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 14، سنة 1993) الذي ألغى قانون الترقية العقارية السابق ذكره، ثم نظم أخيرا بموجب القانون رقم : 11-04 المحدد للقواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية المؤرخ في 17 فبراير 2011 (الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 14 سنة 2011). ولعلّ السبب في انتشار هذه الظاهرة، هو أزمة الإسكان الخائفة التي تعيشها البلاد، ورغبة المواطن الجزائري في تملك مسكنه بدلا من إيجاره.

وقد ساعد أيضا، على انتشار هذه الظاهرة، أي ظاهرة بيع العقار بناء على التصاميم، بما تحقّقه من فوائد لكل من المشتري والبائع والدولة.

فالمشتري يجد فيها الوسيلة المثلى التي تمكنه من الحصول على وحدة سكنية في المستقبل دون أن يكون ملزما بدفع ثمنها كاملا دفعة واحدة، كما هو الحال لو لجأ إلى شراء مسكن جاهز، فهو يوفي بالثمن تدريجيا تبعا لتقدم أعمال البناء، وبما يتفق وقدرته المالية.

أما بالنسبة للبائع فإنه نظرا لارتفاع تكلفة البناء في العصر الحديث، يجعل الاتجار في عقار جديد يستلزم أموالا كبيرة لا يقدر عليها البائع حتى ولو كان مدعما من طرف البنوك،

فالبائع (المرقى العقاري) في الجزائر لم يصل بعد إلى مرحلة التمويل الذاتي الكلي لعمليات البناء، مثل البائع في بعض الدول المتقدمة، لذلك فهو يرى فيها الوسيلة الفعالة التي تمكنه من تمويل مشروعه عن طريق ما يحصل عليه من دفعات وتسبيقات.

أما الدولة فإنها ترى في هذه الوسيلة حلا لأزمة السكن عن طريق مشاركة من هم أكثر حاجة إلى السكن أنفسهم في تمويله، بما يعود في النهاية بالنفع على الجميع .

(2) هذا التعريف أورده المشرع الفرنسي في المادة 1601 - 1 المضافة إلى القانون المدني الفرنسي بموجب القانون رقم : 67 - 3 الصادر بتاريخ 3 جانفي 1967 الذي نظم عقد بيع العقارات تحت الإنشاء .

L'article 1601 -1 du code civil , (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) .

ويلاحظ أن هذا التعريف قد تضمن العناصر الأساسية لهذا العقد، وهي البيع، والالتزام بالبناء و المدة التي يقام خلالها البناء، راجع في هذا المعنى:

Jean – Bernard Auby Hughes Périnet – Marquet ; droit de l'urbanisme et de la construction, 7^e édition , Montchrestien , 2004 . n 1485. p 886 .

أما المشرع الجزائري فقد عرّف البيع على التصاميم في المادة 28 من القانون رقم 04-11 السابق ذكره بقوله : >> عقد البيع على التصاميم لبنائية أو جزء من بنائية مقرر بناؤها أو في طور البناء، هو العقد الذي يتضمن ويكرس تحويل حقوق الأرض و ملكية البناءات من طرف المرقى العقاري لفائدة المكتتب موازاة مع تقدم الأشغال . وفي المقابل، يلتزم المكتتب بتسديد السعر كلما تقدم الإنجاز ...<< .

3 - ويلاحظ أن المادة 15 من المرسوم التشريعي رقم : 93 / 03 المتعلق بالنشاط العقاري الملغى التي تقابل المادة 1642 -1 من القانون الفرنسي الخاصة بالعيوب الظاهرة لا تتعلق إلا بعقد بيع مبني بناء على التصاميم. فالمهندس المعماري والمقاول في عقد المقابلة لا يسألان عن العيوب الظاهرة أو المعلومة لرب العمل وقت تسلم الأعمال دون أن يبدي هذا الأخير تحفظات بشأنها، راجع في هذا المعنى. محمد كمال مرسي : شرح القانون المدني. العقود المسماة، الجزء الرابع، عام 1953 . ف 579 ص 499 - عبد الرزاق أحمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، العقود الواردة على العمل، الجزء السابع، المجلد الأول، دار إحياء التراث العربي، 1964 ، ف 65 ص 115 -

Planiol et Ripert par Rouast ; traité pratique de droit civil français , tome 6 , 2^e édition , librairie générale de droit et de jurisprudence , 1954 , n 951 . p 194 – albert caston : la responsabilité des constructeurs , 2^e édition , édition de moniteur , 1979 . n 202 . p . 110 ; Andrée Roussel et collaborateurs: responsabilités et assurances des constructeurs 1979 , technique et documentation . p. a 11

و قد جاء القانون رقم 04-11 المحدد للقواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية خاليا من نص يلزم المرقى العقاري بالعيوب الظاهرة.

(4) En ce sens : Frank . Steinmetz ; les ventes d'immeubles à construire, Montpellier ,

1970 n38 P . 43

(5) موضوع دعوى الغبن يختلف في القانون الفرنسي عنه في القانونين الجزائري والمصري، فهي في القانون الفرنسي تهدف إلى فسخ العقد (م 1674 مدني)، بينما تهدف في القانونين الجزائري (م 398 مدني) والمصري (م 425 مدني) إلى تكملة الثمن.

(6) كالبيع و قسمة العقار.

(7) إن الحق في الطعن في القانون المصري (م 25) مقصور على البائع القاصر فقط .

(8) المقصود بالشيء العقار دون المنقول لأن الطعن بالغبن مقصور على العقار دون المنقول (م 398 إذا بيع عقار.....).

(9) H.L et j MAZEAUD François CHABAS : Leçons de droit civil ; principaux contrats vente et échange , tome 3 , 2 volume , 7 édition 1987 , par Michel De Juglart , éditions Montchestien N862 . P .136 ET N 875 .P 150.

بجاوي المدني، التفرقة بين عقد العمل وعقد المقاولة، دراسة تحليلية ونقدية، دار هومة، 2008، ص 94 .

(10) - عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء 7 المجلد الأول ، العقود الواردة على العمل، المقاولة و الوكالة و الوديعة والحراسة ، 1964 ، دار إحياء التراث العربي بيروت لبنان، الفقرة 6 الصفحة 23 هامش 3 . - محمد المرسي زهرة : بيع المباني تحت الإنشاء الطبعة الأولى ، 1989 ، ف 22 ص 45 .

Cass . 1° civ . 13 mars 1973 , Bull . civ . I . n 96 ; J . Ghestin , l'indétermination du prix de vente et la condition potestative , D . 1973 , chron . 293 ;

Bernard Boubli , Contrat d' entreprise , encycl . D . Rép . dr . civ . tome VII avril 2003 n 23 . p . 7.

(11) F . Steinmetz .op.cit, N 39. p. 44 .

(12) ويلاحظ أن رب العمل في القانون الفرنسي يكون له الحق في الفسخ إذا كانت مقاولة جزافية. *le marché à forfait.*

(13) المادة 549 من القانون المدني.

(14) المادة 550 / 2 من القانون المدني.

(15) - Jacques Tartanson ; la vente d'immeubles à construire jusqu'à la délivrance loi du 3 janvier 1967. p 107 et 108.

(16) محمد المرسي زهرة ، المرجع السابق، رقم : 23 ص - 46.

(17) - السنهوري، المرجع السابق، الجزء 7، الفقرة 6 الصفحة 26 هامش 3 - خميس خضر - العقود المدنية الكبيرة (البيع والتأمين والإيجار) الطبعة الأولى سنة 1969 . الناشر دار النهضة العربية صفحة 32. - إبراهيم عثمان بلال : تملك العقارات تحت الإنشاء، رسالة دكتوراة، جامعة عين شمس، فقرة : 69 ص 85. محمد صبري السعدي: الواضح في

شرح القانون المدني، عقد البيع والمقايضة، دراسة مقارنة في القوانين العربية. 2008. دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع. فقرة 27 ص 43 .

Daniel Mainguy , contrats spéciaux ,5^e édition.2006 .DALLOZ . n 33 . p 38 . ;
Frederic Leclerc ; Droit des contrats spéciaux , 2007. L. G . D. J. N^o 63 .P.35 .

(18) Jérôme Huet , les principaux contrats spéciaux , 2^e édition , 2001 . L .
. G . D . J . N 111 25 . P . 79 ; Daniel Mainguy , ouvrage précité . n 34 . p . 38 ;
Frédéric Leclerc , ouvrage précité . n 63 . p . 35 .

(19) محمد المرسي زهرة : المرجع السابق رقم : 26 ص 51 .

(20) Jean – Bernard Auby Hugues Périet – Marquet; ouvrage précité. n 1486 . p. 886.

(21) محمد زعموش، نظرية العيوب الخفية في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، رسالة دكتوراه، جامعة منتوري – قسنطينة ، سنة 2005 ص 61.

(22) الفقرة الثانية من المادة 379 من القانون المدني .

(23) المادة 384 من القانون المدني.

(24) Bernard Gross , Philippe Bihl , Contrats ventes civiles et commerciales , baux d' habitation , baux commerciaux 2^e édition . 2002. p. u f , n 370 . p . 244 .

(25) المادة 556 من القانون المدني، التي تقابلها المادة 1792 - 5 من القانون المدني الفرنسي المضافة إليه بمقتضى قانون 4 يناير 1978 .

(26) المادة 554 من القانون المدني. مع ملاحظة أن مدة العشر سنوات، هي مدة لاختبار متانة وصلابة البناء، وليست مدة تقادم كما هو الحال في دعوى الضمان طبقا للقواعد العامة.

(27) المادة 383 من القانون المدني .

(28) أو التصرف في العقار بصفة عامة، وهذا ما نصت عليه المادة 324 مكرر 1 المضافة إلى القانون المدني بموجب القانون رقم 88 - 14 المؤرخ في: 16 رمضان عام 1408 الموافق لـ 03 ماي سنة 1988 الذي يعدل ويتمم الأمر رقم 75 - 58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون المدني - والتي حلت محل المادة 12 من قانون التوثيق الصادر بالأمر رقم: 70 - 91 المؤرخ في: 1970/12/15 والذي بدأ العمل به ابتداء من 1971/01/01 - وذلك بقولها (زيادة على العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي يجب تحت طائلة البطلان تحرير العقود التي تتضمن نقل عقار أو حقوق عقارية أو محلات تجارية أو صناعية أو كل عنصر من عناصرها، أو التنازل عن أسهم من شركة أو حصص فيها، أو عقود إيجار زراعية أو تجارية أو عقود تسيير محلات تجارية أو مؤسسات صناعية في شكل رسمي، ويجب دفع الثمن لدى الضابط العمومي الذي حرر العقد ...). وقد نصت كذلك المادة 12 من المرسوم التشريعي رقم 93 - 03 المتعلق بالنشاط العقاري على أن (يحرر عقد البيع بناء على التصاميم على الشكل الرسمي ...). والتي صارت بعد إلغاء المرسوم المذكور المادة 34 في القانون رقم 11-04 الذي يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية >> يتم إعداد عقد البيع على التصاميم في الشكل الرسمي ويخضع للشكليات القانونية الخاصة بالتسجيل والإشهار >> .

(29) F: Steinmetz . Thèse précitée N° 33 P . 37 .

(30) محمد المرسي زهرة، المرجع السابق ف 31 ص 55 .

(31) En ce sens : Frédérique Cohet – Cordey Betty Laborrier Jacques Lafond , Ventes d' immeubles , 2° Édition . 2007 . LI TEC . N 2 . P . 3 ; CA Paris , 2 Nov 1982 : D . 1985 , INF . RAP . P . 26 , obs . f . magnin, - cass . crim . , 19 juin 2002 ,pourvoi n 01 – 85317 : inédit . cité par les auteurs précités dans le même lieu .

(32) - الإشارة السابقة.

(33) Civ . 3 22 Fev 1984 . D . 1984 . IR . P . 284; J . c . p . 1984 . 1 . p . 136 .

34) F .STEINMETZ . Thèse . précite . N° 33 p . 38

(35) V. Me . Thibierge . VIIème journées d'études du c . n . e . i . l . p . 6 . cité par

F. steinmetz . ouvrage pricité . n 34 . p 36 . note . 1 .

(36) وهذا ما يتفق مع تعريف بيع العقار على تصاميم بأنه العقد الذي يلتزم بموجبه البائع بالبناء خلال مدة محددة في العقد، لذلك يمكننا القول إنه كلما التزم البائع بالبناء، كنا بصدد بيع عقار على تصاميم. أما إذا انعدم عنصر البناء خلال مدة معينة كنا بصدد بيع عادي.

(37) Civ . 3 . 20 mai 1980 . Rev. Dr. immob . 1980 , 1 . p . 439 ; D . 1981 .

I. R 409 obs , Magnin .

(38) Civ . 3 . 22 fév 1984 . Rev . dr . immob . 1984 - 424 . obs ,
Grosliere Etjestaz ; D , 1985 . I R p . 28 . Obs , Magnin .

(39)En ce sens : Malinvaud Philippe et Jestaz Philippe ; Droit de la promotion immobilière, troisième édition.1986 Dalloz.n306.p 345