



وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة باتنة 1 الحاج لخضر

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق



البنود التعسفية في عقد البيع على التصاميم في التشريع الجزائري

أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه L.M.D في الحقوق

تخصص: قانون عقاري

إشراف الدكتور :

فلاح عمار

إعداد الباحثة:

بعناش كريمة

لجنة المناقشة:

الاسم واللقب	الرتبة العلمية	الجامعة الأصلية	الصفة
أ.د/ قسوري فهيمة	أستاذ التعليم العالي	جامعة باتنة - 1	رئيسا
د/ فلاح عمار	أستاذ محاضر أ	جامعة باتنة - 1	مشرفا ومقررا
د/ ثابتي وليد	أستاذ محاضر أ	جامعة باتنة - 1	عضوا مناقشا
د/ بوستة إيمان	أستاذ محاضر أ	جامعة بسكرة	عضوا مناقشا
د/ بن طيبة صونيا	أستاذ محاضر أ	جامعة تبسة	عضوا مناقشا

السنة الجامعية:

2022/2021

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
الْحَمْدُ لِلَّهِ الَّذِي
خَلَقَ الْمَوْتَادَ مِنْ طِينٍ
وَالْبَشَرُ مِنْ نَجَسٍ
وَالْحَيَاةَ مِنْ مَاءٍ
وَالْخَلْقَ مِنْ عِطْفٍ
وَالْحَيَاةَ مِنْ مَاءٍ
وَالْخَلْقَ مِنْ عِطْفٍ

شكر وتقدير

الحمد لله تعالى على نعمه وأفضاله، والشكر الجزيل له على توفيقه
وتسهيله لي إنجاز هذا العمل المتواضع، والصلاة والسلام على من
جاء بشرى ورحمة للعالمين محمد خاتم النبيين ، والشكر الجزيل
للأستاذة "هوام علاوة رحمه الله، أحمد بولقصيبات، فلاح عمار"
على تفضلهم بقبول الإشراف على هذا البحث والتقدير لتوجيهاتهم
وملاحظاتهم القيمة، الشكر الجزيل أيضا للأساتذة الأفاضل
المناقشين على تفضلهم بقبول مناقشة هذه الأطروحة، وأتوجه في
الأخير بالشكر والتقدير لكل من قدم لي يد العون بطريقة مباشرة أو
غير مباشرة من أجل إتمام هذا البحث.

إهداء

اهدي ثمرة جهدي الى أغلى شخصين والى من كان ضياء
عيوني وانشرح صدري الى والدي الكريمين اللذان كانا
ومزالا السراج المنير لكل حياتي بما فيها العلمية
الى توام روجي ومنابع فؤادي الى اخوتي والى كل من أكن لها
المحبة والتقدير والاحترام اختي
الى عائلتي الصغيرة زوجي وقطعة من قلبي ابنتي والى كافة
الاحباب والاهل والى جميع زملائي
الى جميع اساتذة كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة
باتنة1.

مقدمة

مقدمة

إن التطور المتسارع والهائل الذي يشهده العالم اليوم في جميع الميادين وخاصة الجانب الاقتصادي الذي يمثل قوة الدول العظمى أدى الى خلق صعوبة كبيرة لدى الدول النامية ومنها الجزائر في مواكبة هذا التطور وتحقيق احتياجات شعوبها ، ومن هذه الاحتياجات الأساسية في الجزائر حق السكن الذي أصبح من المشكلات العويصة التي تؤرق مسؤوليها بعد أن كان مضمونا سنة 1983 تكفله الدولة عن طريق تمويلها له من طرف الخزينة العمومية أو صندوق التوفير والإحتياط ، إلا أن هذا لم يدم طويلا فسرعان ما زادت طلبات الحصول على سكنات مقابل عجز الدولة عن تمويل المشاريع السكنية الكبرى لذا حاول المشرع الجزائري منذ سنة 1986 أن يضع ترسانة قانونية بحثة تعمل على إيجاد حلول جذرية لجميع أنواع المشكلات التي يعاني منها قطاع السكن.

ومن منطلق أن السكن أصبح سلعة ضرورية لكل فرد جزائري ، لجأ المشرع الجزائري الى وضع ميكانيزمات مختلفة لتوفير هذه السلعة حسب طلبات المواطنين لها، فتعددت أنواعها حسب الصيغ القانونية الموجودة، ومن أبرز ما هو موجود على الساحة العقارية التي يتعامل به المستهلك هي صيغة "عقد البيع على التصاميم " الذي يعد من أهم التقنيات الحديثة في مجال الترقية العقارية الجزائرية .

ومن مبدأ أن العقد شريعة المتعاقدين فأطرافه تخضع لمبدأ سلطان الإرادة، فالاتفاق على إبرام العقد يتم على أساس الرضا والقبول المتبادل بينهما لتنشأ الحقوق والالتزامات على عاتق كليهما ، لكن الأمر يختلف فيما يتعلق بعقد البيع على التصاميم فجوهر إبرام هذا العقد يتعلق بالطرف المحترف الذي يملك خبرة تفوق خبرة الطرف الأخر، مما دفع الى وجود أحدهما في مركز قوة والأخر في مركز ضعف، الأمر الذي تطلب البحث عن التوازن العقدي في هذه الرابطة العقدية التي سرعان ما تتكفل بشروط تعسفية في حق الطرف الضعيف

فيها؛ وعليه القبول بها أو تركها وهذا نتيجة القوة والسيطرة التي يتمتع الطرف القوي بها والذي يعمل جاهدا على تحقيق الربح التجاري بأفضل الطرق.

فميزة عقد البيع على التصاميم جعلت منه ضمن عقود الغرر ، خاصة أن المتعاقد فيه يبرم العقد على محل غير وارد أثناء العقد مما يجعل المرقى العقاري ينفرد بإدراج شروط ينجم عنها اختلال التوازن العقدي ، الأمر الذي دفع بنا الى البحث عن نصوص قانونية في القانون الجزائري تعمل على الحد من التعسف الذي يورق المستهلك في هذا النوع من العقود ، فعمل المشرع على حمايته من الشروط التعسفية ضمن القواعد العامة في إطار نظرية عيوب الإرادة ونظرية التعسف في استعمال الحق وبعض النصوص الواردة في عقود البيع كضمان العيوب ، وأمام قصور هذه القواعد حاول جاهدا وضع قانون خاص يعمل على تحقيق الحماية القانونية للمستهلك بشكل عام دون أن يتطرق في مجمل نصوصه الى بنود العقد التي يمارس من خلالها المحترف تعسف يلحق الضرر به، ما أدى به الى استحداث قانون يعمل على الحد من الصور التعسفية التي تتخلل العقود خاصة الإستهلاكية ضمن القانون رقم 04-02 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية أين خصص الفصل الخامس منه لتصدي للشروط التعسفية وذلك تحت عنوان "الممارسات التعاقدية التعسفية" وذلك في نص المادتين 29 و 30 منه¹.

ورغم أن القوانين التي تعاقبت على توفير الحماية القانونية للمستهلك من الشروط التعسفية في العقود الإستهلاكية إلا أن كثرة النزاعات التعاقدية حولها تعددها وعدم ضبطها ، جعل المشرع الجزائري من جديد يعمل على التصدي لها من خلال إصدار المرسوم التنفيذي رقم 06-306 الذي يمثل المرجعية الأساسية لها في جها، ورغم أن ثقافة الاستهلاك في المجتمع الجزائري تنحصر فقط في المواد الإستهلاكية؛ إلا أن المشرع الجزائري عمل على

¹ القانون رقم 04-02 مؤرخ في 23 يونيو سنة 2004 ، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية ، ج،ر ، العدد 41 الصادر في 27 يونيو سنة 2004 ، المعدل و المتمم بموجب القانون رقم 10 - 06 مؤرخ في 15 غشت سنة 201 ، ج،ر ، العدد 46 ، الصادر 18 غشت سنة 2010 .

تحقيق التوازن العقدي في عقد البيع على التصاميم باعتباره من العقود الاستهلاكية وكذا التصدي للممارسات التعسفية التي يقوم بها المرقين العقاريين ضد المستهلكين .

أهمية الموضوع

يتضح لنا أن الإقبال المتزايد على إبرام عقود البيع على التصاميم جعل الانتهاكات التي تظاله من قبل المرقين العقاريين تزداد بشكل مستمر وهذا أصبح يشكل خطرا على المقتني، الأمر الذي دفع بنا الى ابراز أهمية هذا الموضوع من خلال التوازن العقدي بين طرفيه خاصة بعد هيمنة المرقى العقاري بصفة مطلقة على بنود العقد ، كما تتجلى أهميته أيضا على الصعيد الإقتصادي للدولة من خلال المشاريع العقارية التي تساهم في دفع عجلة التنمية عن طريق الأرباح الصادرة منها، و لقد عمل المشرع على وضع عدة قوانين من شأنها ضبط السوق العقارية الخاصة بالسكنات والمنشآت العمرانية بغية حماية المستهلك الذي يعد الطرف الضعيف في عقد البيع على التصاميم .

كما أنه يمكن إبراز أهميته أيضا من خلال الآليات القانونية التي أقرها المشرع لردع المرقيين العقاريين المخالفين لنصوصه القانونية والتنظيمية

أهداف الدراسة :

- التطرق الى عقد البيع على التصاميم من ناحية الأحكام العامة له ومحاولة التركيز على القانون رقم 11-04 المتعلق بالترقية العقارية الذي نظمه والعمل على بيان أطرافه.
- التعريف بماهية البنود التعسفية وبيان مدى مساهمتها في الإضرار بالمستهلك العقاري في عقد البيع على التصاميم وتحذير المرقى العقاري من إدراجها لضمان التوازن العقدي بينه و بين المستهلك العقاري .
- العمل على إزالة الطابع التعسفي لبنود عقد البيع على التصاميم للحد من النزاعات القضائية المتعلقة به .

- بيان مظاهر الحماية القانونية التي يحتاجها المستهلك العقاري في عقد البيع على التصاميم سواء قبل إبرام العقد أو أثناء تنفيذه أو بعد تنفيذه من خلال الضمانات والأليات الرقابية التي أقرها التشريع سواء في القواعد العامة أو القواعد الخاصة.

- البحث عن ما حققته القوانين التشريعية في حماية المستهلك العقاري إزاء المرقى في عقد البيع على التصاميم وخاصة فيما يتعلق بالبحث فيما إذا كانت هذه القوانين قد وفرت الحماية الكافية له أم أنه مازال أمام أهل التشريع العمل على ذلك.

الدراسات السابقة:

من بين الدراسات السابقة التي لها علاقة بموضوع البحث:

أطروحة الدكتوراه للباحث عياشي شعبان المعنونة بعقد البيع بناء على التصاميم دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والقانون الفرنسي، كلية الحقوق جامعة قسنطينة سنة 2011/2012 التي عالج فيها الأحكام العامة لعقد بيع على التصاميم وذلك بإجراء مقارنة بين التشريعين الجزائري والفرنسي .

وأطروحة الدكتوراه للباحثة بوسنة إيمان الموسومة بعنوان الترقية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري، كلية الحقوق جامعة بسكرة سنة 2016/2017 التي عالجت فيها المتدخلين في نشاط الترقية العقارية الخاصة في مجال السكن وكذا العقود المبرمة في إطار نشاطها وتوصلت فيها الباحثة الى جملة من الاقتراحات أهمها إعادة صياغة المادة 28 من القانون رقم 04-11 وتحديد زمن انتقال الملكية في عقد البيع على التصاميم بدقة.

وأطروحة الدكتوراه للباحث جريفيلي محمد الموسومة بعنوان حماية المستهلك في نطاق العقد كلية الحقوق جامعة أدرار 2017/2018 التي عالج فيها حماية المستهلك أثناء تكوين العقد وبعد تكوينه وتوصل فيها الى جملة من الاقتراحات أهمها تكريس الاعتماد على نظام القوائم في تقدير الشرط التعسفي، وذلك بالفصل بين القائمة التي تضم الشروط التي تعتبر تعسفية

بقوة القانون، والقائمة التي يفترض فيها الطابع التعسفي ما لم يثبت المتدخل عكس ذلك وتفعيل دور لجنة البنود التعسفية وتمكينها من آليات تسمح بالحماية القبلية في العقود .

إشكالية الموضوع :

وعلى ضوء الدراسات السابقة يمكن البحث حول الإشكالية التالية : إلى أي مدى أبرز المشرع الجزائري الشروط التعسفية في عقد البيع على التصاميم وما سبل التصدي لها؟ وللإجابة عن هذه الإشكالية وجب علينا تخصيص الدراسة في مجال النصوص القانونية التي تحمي المستهلك الى جانب القواعد العامة والقوانين الخاصة بالترقية العقارية .

أسباب إختيار الموضوع

من أسباب إختيار الموضوع، دافع شخصي هو التعمق في دراسة القانون العقاري خاصة مجال الترقية العقارية ، وما زاد دافعي أكثر تحفيز أستاذي همام علاوة رحمه الله بأنني أستطيع البحث فيه ، وما شدني أيضا له أنه موضوع الساعة لكثرة النزاعات القضائية حوله.

أما الأسباب الموضوعية تمثلت في حداثة هذا الموضوع الذي لم يحظى بنصيب وافر من البحث وأن معظم البحوث السابقة تناولت الحماية التي خصصها المشرع الجزائري لمشتري العقار بناء على التصاميم بالاعتماد ما تضمنه قانون الترقية العقارية ، كما أن مختلف الدراسات والبحوث المتعلقة بحماية المستهلك وردت ضمن المنتوجات المنقولة أو الخدمات دون التطرق الى العقارات فمعظمها استبعدت العقار كمنتوج إستهلاكي، وأيضا القواعد العامة التي أهملت بنوده التعاقدية التي تشكل مضمون التعسف، فالمرقي العقاري يمثل الركيزة الأساسية في إدراج هذه البنود التي تحوي تعسفا يلحق الضرر بالمستهلك لا محالة .

صعوبات الموضوع:

لعل الصعوبات التي يثيرها موضوع الدراسة تكمن في صبغته الحديثة و ما ترتب عنه من قلة المراجع التي تخص عقد البيع على التصاميم عموماً، وكذا ما يتعلق بحماية المستهلك من البنود التعسفية فيه بطريقة مباشرة ، حيث أننا لا ننكر وفرة المراجع المتعلق بحماية المستهلك في العقود الاستهلاكية ولكن ما نقصده هو الدراسات المتعلقة ببند عقد البيع على التصاميم وآليات حماية المستهلك إزاء الاختلال التعاقدى الناشئ عن التعسف فيه ما أدى إلى بقائها متصلة بعناصر الموضوع المتناول ، ضف إلى ذلك ندرة الاجتهادات القضائية في الجزائر المتعلقة بحماية المستهلك العقاري على اعتبار أنها المرجع الرئيسي للباحثين الذي يجسد حل النزاعات المطروحة يومياً على القضاء .

المنهج المتبع

تستند الدراسة على المنهج التحليلي الذي يقوم بتحليل مختلف النصوص القانونية التي من شأنها أن تساهم في حماية المستهلك من الشروط التعسفية التي تدرج عبر مراحل إنشاء عقد البيع على التصاميم والوقوف على مدى نجاعتها، كما استخدمنا المنهج الوصفي لكشف الغموض عن المفاهيم المتعلقة بالموضوع .

تقسيم الموضوع

إرتأينا تقسيم الدراسة الى بايين : الباب الأول تحت عنوان أحكام عقد البيع على التصاميم وتم تقسيمه الى فصلين يتناول الفصل الأول الإطار المفاهيمي لعقد البيع على التصاميم بوجه عام أما الفصل الثاني فيتناول اختلال التوازن العقدي في عقد البيع على التصاميم ، أما فيما يتعلق بالباب الثاني تحت عنوان الحماية القانونية للمستهلك إزاء البنود التعسفية في العقد والذي قسم بدوره الى فصلين ،تطرقنا في الفصل الأول منه الى الضمانات المرتبطة بنظرية الالتزام ، فيما تناولنا في الفصل الثاني منه الآليات الرقابية لحماية المستهلك.

وقد اختتمت هذه الدراسة بخاتمة تضمنت عدة نتائج و اقتراحات التي توصلنا إليها من خلال إعداد البحث.

الباب الأول

أحكام عقد البيع على التصاميم

الباب الأول

أحكام عقد البيع على التصاميم

إن الحاجة الملحة للمواطن الجزائري في الحصول على سكن لائق، دفعت المشرع الجزائري في مجال الترقية العقارية الى وضع عدة صيغ لبيع العقارات وذلك بغية تحسين المستوى المعيشي له، ومع التطور التكنولوجي وكذا السرعة في المعاملات بين الأفراد دفع بعجلة التنمية الاقتصادية الى بروز صيغة البيع على التصاميم لعقار غير موجود أو عقار قيد الإنجاز وهذا البيع يتم وفق التصميم المعد مسبقا من قبل المهندس أو البائع الذي يقدمه الى المشتري بغية دعوته الى التعاقد حول مبيع آيل للوجود.

فبعد البيع على التصاميم رغم حداثة إلا أن هيمنة المرقى العقاري بإعتباره المنجز الوحيد له برزت في بنود العقد مع المقتني ما أدى الى خلق إختلال واضح بين حقوق و التزامات كليهما ، فرغم أن المشرع الجزائري يعمل على تحقيق أفضل منتج للمستهلك العقاري من جهة و حمايته من جهة أخرى إلا أن الواقع أسفر عن جملة من الشروط التعسفية التي طالته أدت الى تعنت المرقى العقاري في فرض بنود العقد ورضوخ المستهلك لها .

وبناء على ذلك قسمنا هذا الباب من الأطروحة الى فصلين عنوانا الفصل الأول الإطار المفاهيمي لعقد البيع على التصاميم والفصل الثاني اختلال التوازن العقدي في عقد البيع على التصاميم

الفصل الأول

الإطار المفاهيمي لعقد البيع على

التصاميم

الفصل الأول

الإطار المفاهيمي لعقد البيع على التصاميم

في ظل الأزمة الخانقة التي تعيشها الجزائر حول قطاع السكن ، التي أدت الى ظهور ثغرات قانونية كثيرة مست القوانين المتعلقة بالترقية العقارية ما دفع بالمشرع الجزائري لتكثيف مجهوداته بإدخال تعديلات مست القطاع بشكل عام وذلك بإرساء قواعد تساهم في حل الأزمة من خلال النص على إبرام عقود البيع على التصاميم التي تعد من أهم السبل الناجعة للقضاء تدريجيا على هذه الأزمة .

لذا في هذا الفصل سنركز دراستنا على ماهية عقد البيع على التصاميم والأحكام العامة المتعلقة بإبرامه وهذا من منطلق ما يتميز به من خصوصية على غرار باقي العقود لذا وجب علينا تقسيم هذا الفصل الى مبحثين نتطرق في الأول الى التأصيل القانوني لعقد البيع على التصاميم والمبحث الثاني الى تكوين عقد البيع على التصاميم .

المبحث الأول

التأصيل القانوني لعقد البيع على التصاميم

يمثل موضوع بيع السكنات العقارية سواء تعلق الأمر بالبنائيات الجماعية أو الفردية بناء على التصاميم الهندسية المقدمة من طرف المرقين العقاريين في شكل مشاريع من أهم وأحدث الصيغ للحصول على سكنات ذات نوعية جيدة ، ونظرا لتزايد السكان في جل المجتمعات أصبحت رغبتهم في الحصول على سكنات ملائمة تضمن لهم العيش من ضروريات الحياة مما زاد الطلب على بيع البنائيات بجميع الصيغ ، وبما أن الطبقة المتوسطة هي الطبقة الكاسحة في المجتمع الجزائري فإن أفرادها يلجئون الى إبرام عقد البيع على التصاميم بما يمتاز به من مواصفات تسمح لهم في حدود إمكانياتهم بشراء سكن، لذا سنطرق في هذا الجزء من المبحث الى مفهومه في المطلب الأول ثم بيان التكييف القانوني له في المطلب الثاني.

المطلب الأول

مفهوم عقد البيع على التصاميم

يعد عقد البيع على التصاميم من العقود المسماة فارتباطه بالبناء جعله يتميز بخاصية العقد المبرم وفق المخططات الهندسية، ونظرا لحدائته عمل المشرع الجزائري كغيره من التشريعات على بيان المفهوم القانوني له، لذا تم تحديده من خلال تقسيم هذا المطلب الى فرعين الأول تطرقنا فيه الى تعريفه التشريعي والفقهي اما الفرع الثاني تناولنا فيه الخصائص التي يمتاز بها.

الفرع الأول

تعريف عقد البيع على التصاميم

يمثل عقد البيع على التصاميم نوع من أنواع العقود التي تكتسح مجال الترقية العقارية لذا أردنا أن نتطرق الى تعريفه من الناحية التشريعية ثم الناحية الفقهية.

أولاً: التعريف التشريعي لعقد البيع على التصاميم

إن تنوع التسميات المختلفة لعقد بيع على التصاميم في التشريعات دفع بنا الى تحديد مفاهيمه من خلالها ، فتم تعريفه في التشريع البحريني ضمن المادة الأولى من قانون تنظيم القطاع العقاري رقم 27 لسنة 2017 بأنه: "البيع على التصاميم هو "بيع الوحدات العقارية المفرزة على الخريطة قبل إنشائها أو قبل اكتمال انشائها"¹ ما يلاحظ على هذا التعريف أنه لم يتضمن لأي تفاصيل للعقد ، فلم يبين أي من الإلتزامات التي تقع على عاتق المطور العقاري، خاصة الإلتزام الرئيسي بالبناء فهو جوهر عقد بيع عقار على الخريطة بل نوه المشرع البحريني إلى أن الوحدة العقارية يجب أن يتم فرزها و بالتالي فالمحل الذي يرد عليه عقد بيع عقار على الخريطة ،يجب أن يكون جزء مفرزا من عقار يقع بالنهاية ضمن عقار مشترك.²

أما تعريف عقد البيع على التصاميم في التشريع المغربي فإنه لم يتم إلا بتعديل المشرع لقانون الإلتزامات والعقود سنة 2002 بمقتضى القانون (44.00) الصادر بتاريخ 2002/10/03 والذي أطلق عليه تسمية عقد بيع العقارات في طور الإنجاز، فنصت المادة 618 الفقرة الأولى على أنه " يعتبر بيعا لعقار في طور الانجاز كل اتفاق يلتزم البائع بمقتضاه بإنجاز عقار داخل أجل محدد كما يلتزم فيه المشتري بأداء الثمن تبعا لتقدم

¹ محمد محمد القطب مسعد سعي، أحكام عقد البيع على الخريطة، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، ص27

² مرجع نفسه ، ص 28 .

الأشغال، يحتفظ البائع بموجبه بحقوقه وصلاحياته باعتباره صاحب المشروع الى غاية انتهاء الأشغال"¹.

لقد تناول المشرع الجزائري عقد البيع على التصاميم في ظل القوانين الثلاث التي مر عليها فأشار اليه دون القيام بتعريفه في المادة 29 بفقرتها الاولى والثانية² في القانون رقم 86-07 وأيضا اشار اليه في المادة 09 من المرسوم التشريعي رقم 93-03 ووضع له نموذج بموجب المرسوم التنفيذي رقم 94-58³؛ الا أنه وبصدور القانون 11-04 تولى المشرع وضع تعريف له في نص المادة 28 /1 منه على: "عقد البيع على التصاميم لبناية او جزء من بناية مقرر بناؤها او في طور البناء ، هو العقد الذي يتضمن ويكرس تحويل حقوق الأرض وملكية البنايات من طرف المرقي العقاري لفائدة المكتب مؤازرة مع تقدم الاشغال وفي المقابل يلتزم المكتب بتسديد السعر كلما تقدم الإنجاز"⁴.

الملاحظ على ما جاء في نص المادة السابقة الذكر أن المشرع قام بتحديد أهم الالتزامات الملقاة على عاتق أطراف عقد البيع على التصاميم خاصة ما يتعلق بتحليلنا للعبارة " ويكرس تحويل حقوق الأرض وملكية البنايات من طرف المرقي العقاري لفائدة المكتب مؤازرة مع تقدم الاشغال..... " أن إنتقال حقوق الأرض يتم بمجرد التوقيع على العقد مباشرة من قبل المكتب في حين أن ملكية البنايات تنتقل اليه بتسديد سعرها كلما تقدم

¹ عبد الحق صافي، بيع العقار في طور الإنجاز، شرح وتحليل لنصوص القانون رقم 44.00، مطبعة النجاح الجديدة، دار البيضاء، الطبعة الأولى، 2011، ص61.

² "يمكن للهيئة العمومية، التي يخولها قانونها الاساسي انجاز عمليات الترقية العقارية ان تقترح بناء على مخططات تمت الموافقة عليها، كما يمكن المكتب لإنجاز احدى عمليات الترقية العقارية ، الذي يستوفي قانونا جميع الحقوق و الالتزامات المتعلقة بها ، ان يقترح البيع بناء على تصاميم تمت الموافقة عليها، طبقا لقواعد البناء التي تأمر المصالح المكلفة بالتعمير و المستخلصة من دفتر الشروط".

³ مرسوم تنفيذي رقم 94-54 مؤرخ في 07 مارس 1994 يتعلق بنموذج عقد البيع بناء على التصاميم الذي يطبق في مجال الترقية العقارية ، ج ر 1994، ع 13، مؤرخة في 09 مارس 1994.

⁴ القانون 11-04 المؤرخ في 17 فبراير 2011 يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية ، ج ر، عدد 14 الصادرة في 06 مارس 2011.

الانجاز فيها و بالمفهوم المعاكس فإن الملكية تنتقل بمجرد إفراغ العقد في الطابع الرسمي لإبرامه أن حيازة العقار غير مبني أو قيد البناء وإستغلاله يتم بعد التسليم الفعلي له ، لذا فالمشرع إبتعد عن الالتزام العادي المندرج في عقد البيع في القانون المدني ، وميز عقد البيع على التصاميم عن غيره من أنواع البيوع المعمول بها في العلاقات التعاقدية اليومية التي تنتقل فيها الملكية بمجرد الحصول على المبيع وليس قبل ذلك ، إلا أن تبنيه ونقله للتعريف الموجود في التشريع الفرنسي جعله يقع في إشكالية إنتقال الملكية العقارية التي تتم بالاشهار العقاري في التشريع الجزائري وبالعقد في التشريع الفرنسي وأن وظيفة الاشهار فيه هي إعلام الغير فقط ، كما أن المشرع الفرنسي تناول عقد البيع على التصاميم في شكلين البيع لأجل والبيع المستقبلي حسب ما جاءت به المادة 1/1601 من القانون المدني الفرنسي له بموجب القانون رقم 67 -3 لسنة 1967 كما يلي : " بيع العقار المقرر بناؤه الذي يلتزم بموجبه البائع ببناء أو إقامة عقار خلال مدة محددة يحددها العقد ¹"

ثانيا: التعريف الفقهي لعقد البيع على التصاميم

يمكن القول أن المشرع الجزائري لم يضع تعريفا محددًا ولا دقيقًا يضبط به تعريف عقد البيع على التصاميم مما جعلنا نبحث عن القصور الذي تعاني منه المادة 28 من القانون رقم 04-11 في الآراء الفقهية حول هذا العقد.

ففي إطار الفقه العربي تعددت التعاريف بشأنه فعرف بأنه: " بيع لعقار غير موجود ولكنه قابل للوجود مستقبلا أي انه في طور الانجاز، يلتزم البائع اي المرقي العقاري بالبناء وفقا للمواصفات المطلوبة والآجال المحددة بالاتفاق و ضمانات تقنية ومالية وتحمله المسؤولية

¹ أنظر نص المادة رقم 1-1601 من القانون رقم 67 - 3 لسنة 1967 بشأن بيع المبان تحت الإنشاء

(la vente d'immeuble à construire est celle par laquelle la vendeur s'oblige à éifier un immeuble dans un délai déterminé par le contrat.)

Art-261 (le contrat par lequel vendeur transfère immédiatement à l'acquéreur ses droits sur le sol ainsi que la propriété des constructions.)

العشرية بعد التسليم النهائي للمشتري وهذا الأخير يدفع الثمن وفق الآجال والطريقة المحددة في العقد ويتسلم العقار محل الانجاز.¹

كما عرف أيضا بأنه: "عقد تملك عقار تحت الإنشاء هو ذلك العقد الذي يرد على محل لم يتم إنشاؤه بعد، وبموجب هذا العقد يتعهد المالك (البائع) بإنشاء عقار معين أو وحدة معينة وفقا لنماذج معينة تحددها وثائق العقد، كما يتعهد بنقل ملكية هذا العقار الى المكتسب وتسليمه اياه وهذا مقابل ثمن نقدي يدفعه المشتري له"²، والواضح من خلال هذا التعريف أنه لم يتم إدراج شيء جديد، فجاء بتعريف عقد البيع العادي فلم يحدد مضمون عقد البيع على التصاميم سواء من حيث الاجل المتفق عليها لتسليم العقار أو كيفية دفع الثمن فيه.

بينما جاء تعريفه في سياق آخر بأنه: "العقد الذي يلتزم بمقتضاه شخص طبيعي أو معنوي بتشديد مبان على أرضه أو أرض يملك حق البناء عليها لحساب المشتري ونقل ملكيتها وتسليمه إياها حسب المواصفات المتفق عليها خلال مدة زمنية متفق عليها أو في مدة معقولة ، مقابل أقساط تدفع حسب التقدم في أعمال البناء أو على فترات زمنية محددة"³، فهذا التعريف بين أن بائع العقار يمكن أن يكون شخص معنوي أو طبيعي إذ لم يحصره في صفة واحدة على غرار البيوع الأخرى وهذا ما فتح مجالا واسعا لتسريع وتيرة سياسات السكن المختلفة الصيغ، وتأكيد أن العلاقة التعاقدية بين أطرافها تمتد الى إضفاء صفة العمل التجاري عليها.

¹ زاهية حورية سي يوسف، دراسة تقنية البيع على التصاميم في ضوء قانون رقم 11-04 المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية والنصوص التطبيقية له، دارهومه للنشر والتوزيع، الجزائر، 2017، ص 12.

² سمير عبد السميع الاودن، تملك وحدات البناء تحت الإنشاء والضمانات الخاصة لمشتري الوحدات السكنية، مطبعة الاشعاع الفني، القاهرة 2001، ص 8-9.

³ علاء حسين علي، عقد بيع المباني تحت الإنشاء دراسة قانونية، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية، بدون مكان نشر، 2011، ص 22.

وتم تعريفه أيضا: "عقد بيع محله عقار لم ينجز بعد أو في طور الإنجاز، يلتزم بتشبيده البائع مالك المشروع في الأجل المحدد بالعقد، وبالمواصفات المتفق عليها وأن ينقل ملكيته للمشتري الذي يلتزم بأن يدفع للبائع ثمن نقدي بدفع على شكل أقساط دورية بحسب التقدم في اعمال البناء."¹

في حين عرف بأنه: "هو العقد الذي يرد على عقار غير مبني أو في طور البناء، يلتزم بموجبه المرقى العقاري بنقل ملكيته إلى المشتري بعد إتمام إنجازه خلال الأجل المتفق عليه، مطابقا للتصاميم المتفق عليها، في مقابل التزام المشتري بدفع الثمن على دفعات تحدد قيمتها وأجال دفعها حسب مراحل تقدم الأشغال."²

إلا أن التعريف أعلاه يشوبه غموض حول عبارة "يلتزم بموجبه المرقى العقاري بنقل ملكيته إلى المشتري بعد إتمام إنجازه خلال الأجل المتفق عليه"، فالمرقى العقاري ينقل ملكية البناء في عقد البيع على التصاميم بمجرد التوقيع عليه وإخضاعه للرسمية المحددة قانونا وهذا ما جاء به التشريع الجزائري في نص المادة 28 من قانون رقم 11-04 أما بالنسبة للتسليم الفعلي للوعاء العقاري (بناية أو جزء منها) يتم بعد إنجازه أي ما يسمى بحق الانتفاع بالعقار المنجز.

كما عرف أيضا بأنه: " ذلك العقد الذي يتضمن اقتناء عقار في طور الإنجاز ويحدد فيه المشرع دفع الثمن عن طريق التسبيق بالموازرة مع تقدم وتيرة الأشغال ويتم إعداد عقد

¹ سبيل جعفر حاجي عمر، ضمانات عقد بيع المباني قيد الإنشاء (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر، عمان، 2014، ص 27.

² بوسته إيمان، الترقية العقارية الخاصة في مجال السكن في التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه علوم، القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة بسكرة، 2016/2017، ص 330.

البيع على التصاميم في الشكل الرسمي مع ضرورة التسجيل والشهر بالمحافظة العقارية، ويخص في نفس الوقت البناء والأرضية التي شيد عليها¹.

أما في إطار الفقه الغربي فعرف بأنه "هو بيع لعقار لم يشيد بعد، البائع يلتزم بتشييد البناء وإتمام إنجازه ونقل ملكيته الى المشتري، بالمقابل يلتزم الأخير يدفع الأقساط المحددة حسب مراحل تقدم الإنجاز مما يسهم في الدعم المالي لإتمام عملية البناء"². هذا التعريف أكد على أن تمويل المشاريع العقارية التي تنشأ بموجب العقود التي تبرم بناء على التصاميم الهندسية تتم بالمبالغ المالية المقدمة من طرف المشتريين على شكل أقساط.

كما عرف أيضا بأنه " ذلك البيع الذي يقع على عقار لم يشيد بعد يلتزم البائع بمقتضاه بالإنجاز والالتزام بنقل الملكية للمشتري، هذه الطريقة تسمح للمشيد من الحصول على السيولة المالية التي تساعد في تجميع رأس مال المشروع وذلك ببيع العقار قبل وأثناء مراحل الإنجاز"³.

وخلاصة ما سبق نجد أنه يمكن تقديم التعريف الأتي : هو العقد الذي يرد على عقار غير مبني أو في طور البناء يلتزم فيه المرقي العقاري للمكاتب بتشييد العقار على أرضه أو أرض يملك حق البناء عليها، ونقل حقوقه وملكته حسب التصاميم الهندسية والجداول الوصفية المتفق عليها وتسليمه إياه ضمن المدة المتفق عليها أو في الآجال القصوى المدرجة فيه ، مقابل التزام المكاتب دفع أقساط حسب التقدم في أشغال الإنجاز التي تعتبر

¹ حمدي باشا عمر، ليلي زروقي، المنازعات العقارية في ضوء آخر التعديلات وأحدث الأحكام، دار هومة، الجزائر 2019، ص 296.

² Olivir tourna found, vente di,mmeuble a constuire repertoire de droit civil, tome x31 emeannee ,encyclopedi juridique K Dalloz ,p2.

³ Warrant Agricole et Baraton hdeffinger ,vente di,mmeuble a constuire repertoire de droit civil , 2 eme edition tom Viii mise à jour 1988 ,dallos paris ,p2.

الدعم المالي الأساسي للبناء، ويحرر هذا العقد ضمن النموذج الرسمي لإضفاء الحجية القانونية له باعتباره عقد توثيقي مشهر بحت .

الفرع الثاني

خصائص عقد البيع على التصاميم

بعد التطرق الى تعريف عقد البيع على التصاميم يمكن رصد خصائصه وتقسيمها الى عامة وخاصة سندرجها كما يلي:

أولاً: خصائص عقد البيع على التصاميم العامة

يمتاز عقد البيع على التصاميم بجملة من المميزات أهمها أنه:

أ- **عقد البيع على التصاميم عقد ملزم لجانبيين** : يقسم العقد عموماً من حيث أثره الى عقد ملزم لجانب واحد يكون فيه أحد المتعاقدين مديناً للآخر وهذا الأخير دائماً للأول ، أما النوع الثاني فهو العقد الملزم للجانبيين وهو العقد الذي يكون فيه كل من متعاقد دائناً ومديناً في الوقت نفسه للمتعاقد الآخر وهذا العقد يترتب إلتزامات متقابلة على عاتق طرفيه، فالعقد الملزم للجانبيين أو التبادلي هو عقد ينشئ الإلتزامات على كل من طرفيه فيكون كل من طرفيه دائناً ومديناً في نفس الوقت¹، وهذا ما تطرقت اليه نص المادة 55 من القانون المدني بقولها "يكون العقد ملزم للطرفين متى تبادل المتعاقدان الإلتزام بعضهما بعضاً" وهذا التعريف ينطبق على عقد البيع على التصاميم بحيث يلتزم طرفاه المرقى العقاري والمكاتب بما جاء فيه، فيرتب الإلتزام في ذمة المرقى العقاري يتمثل في نقل ملكية العقار (بناية او جزء منها) وضمنان حسن إنجازه ، ويرتب في ذمة المكاتب دفع السعر وتسلم العقار محل الانجاز وهي نفس الإلتزامات التي يترتبها عقد البيع العادي في ذمة طرفيه، لذا يمكن القول ان هناك

¹ محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري (النظرية العامة للإلتزامات، العقد والارادة المنفردة)، الجزء الأول، الطبعة الثانية، دار الهدى عين مليلة الجزائر، 2004، ص 60.

علاقة سببية بين الالتزامات التي يتحملها كل من المرقى العقاري والمكاتب ، تنشأ هذه الالتزامات في وقت إبرام العقد أي في وقت واحد ، لها مصدر واحد وهو عقد البيع على التصاميم كما ان تنفيذ التزام المرقى العقاري هو متصل بتنفيذ التزام المكاتب¹.

ب- عقد البيع على التصاميم عقد معاوضة

عقد المعاوضة هو العقد الذي يحصل فيه كل من العاقدين على مقابل ما يقدمه مثل عقد البيع فيحصل البائع بموجبه على الثمن في مقابل اعطاء المبيع ، والمشتري يمتلك المبيع في مقابل دفع الثمن² وهذا ما ورد في نص المادة 58 من القانون المدني بقولها "العقد بعوض هذا الذي يلزم كل واحد من الطرفين اعطاء او فعل شيء ما"³ ومؤدى هذا فان عقد البيع على التصاميم هو عقد من عقود المعاوضة ، فكل طرف فيه يأخذ مقابل لما يعطي ويعطي مقابل لما يأخذ ، فالمرقى العقاري يأخذ ثمن مبيع العقار المشيد من قبله بعد تعهده بنقل ملكيته للمكاتب أما هذا الأخير يأخذ العين المباعة بعد تسديد الثمن.

ويترتب على اعتبار عقد البيع على التصاميم من عقود المعاوضة بالنسبة لكلا من طرفيه أنه يعد من العقود الدائرة بين النفع والضرر، لذا يجب أن تتوفر أهلية الصبي المميز لصحته وهذا بالنسبة للمستهلك العقاري، أما المرقى العقاري فيجب أن يتمتع بالأهلية الكاملة للقيام بهذه المشاريع الضخمة التي تنشأ عنها تحمل المسؤولية تجاه المستهلكين من جهة والتمتع بالسمعة التجارية والمهنية في إطار المنافسة الحرة من جهة أخرى.

¹ لعور ريم ربيعة ، عقد البيع على التصاميم في القانون الجزائري والقانون الفرنسي ، اطروحة دكتوراه علوم ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة وهران 2 ، 2018 ، 2019 ، ص 16.

² محمد صبري السعدي ، مرجع سابق، ص 65.

³ المادة 55 من الأمر رقم 75- 58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1398 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 ، يتضمن القانون المدني ، معدل و متمم ، ج ر : رقم 75/78 صادرة بتاريخ الثلاثاء 30 سبتمبر 1975

ج- عقد البيع على التصاميم عقد زمني

تتقسم العقود بحسب ما إذا كان للزمن دخل في تحديد مدى ما يؤدي من التزامات الى: عقود فورية وعقود زمنية، فالعقد الفوري هو "العقد الذي تتحدد فيه التزامات الاطراف بمجرد تبادل الإيجاب والقبول والزمن ليس مقياسا لأي من الأداءات الناشئة عن العقد"¹، إذن العقد الفوري يتحدد محله مستقلا عن الزمن ، وان الزمن إذا تدخل فيه يتدخل بوصفه عنصرا عرضيا لا عنصر جوهريا لتحديد وقت التنفيذ لا لتحديد المحل المعقود عليه ، أما العقد الزمني فهو "العقد الذي يكون الزمن فيه عنصرا جوهريا في تنفيذ الالتزامات، بحيث تتحدد التزامات وحقوق الاطراف بالزمن اي بالمدة فهو المقياس الذي يقوم به محل العقد"².

فثار خلاف بين الفقهاء حول إعتبار عقد البيع على التصاميم من العقود الفورية أو الزمنية ، فهناك من يرى بأن عقد البيع على التصاميم هو عقد زمني وحثهم في ذلك الاعتماد على طبيعة التزام المميز فيه وهو الالتزام بإقامة العقار خلال مدة معينة وهو بطبيعته التزام ممتد في الزمن ، وبالتالي فإنه يمكن تطبيق نظرية الظروف الطارئة عليه باعتبار العقود الزمنية هي المجال الطبيعي لتطبيقها³، وهذا ما نصت عليه المادة 107 الفقرة 03 من القانون المدني الجزائري؛ لذا عنصر الزمن يعتبر جوهريا في عقد البيع على التصاميم حيث يلتزم المرقي العقاري بإتمام إنجاز المشروع خلال الأجل المحدد في العقد وتسليمه في التاريخ المتفق عليه، كما أن الثمن يحدد بشكل تقديري مع إمكانية مراجعته في

¹ وليد محمد سعد خليفة، النظام القانوني لعقد بيع العقار على الخارطة (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2019، ص67.

² المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

³ شعبان عياشي، عقد البيع بناء على التصاميم (دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والفرنسي) رسالة دكتوراه، القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة منتوري قسنطينة، جوان 2012، ص54.

المادة 107 من الأمر رقم 58-75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المعدل والمتمم.

المستقبل وفي المقابل يلتزم المشتري بدفع أقساط الثمن عن كل جزء من البناء تم إنجازه¹، إذن مما سبق يمكن القول أن تطبيق نظرية الظروف الطارئة على عقد البيع على التصاميم تخص مراجعة الثمن فيه وهذا وفقا لما ورد في نص المادة 38 رقم من القانون 11 - 04 .

إلا أن هناك جانب من الفقه اعتبره عقد فوري حتى لو كان الثمن او تسليم المبيع مؤجلا لفترة او فترات محددة لان الاجل هو عنصر اتفاقي اضيف على العقد وهو عنصر عرضي لا دخل له في قياس الثمن او قياس الشيء المبيع فالعبرة ليست بتدخل الزمن في تنفيذ الالتزامات ولكن العبرة بما اذا كان عنصرا لقياس الاداءات²، يؤثر في وجود العقد ما دام أن هناك وسائل فيتم تسليم المبيع فورا بعد الانتهاء من البناء في حين ان التزام المشتري هو التزام يتمثل في دفع الثمن على اقساط.

رغم أن غالبية الفقه إتجهو الى اعتباره من العقود الفورية المتراخية التنفيذ، ونحن لا نؤيد ذلك فلا يمكن أن القول أن عقد البيع على التصاميم عقد فوري وأن تراخي التنفيذ يستلزم فترات زمنية طويلة كاستغراق تسليم العقار قيد الإنجاز مدة 20 سنة.

لذا فإن عقد البيع على التصاميم من العقود الزمنية لأن تنفيذ التزامات طرفيه تحتاج الى الزمن الذي يعتبر العنصر الجوهرى فلا يجوز أن يتم تسليم العقار قيد الانجاز إلا بعد استقاء المدة القانونية لإنشائه والمنصوص عليها في العقد، كما لا يمكن المطالبة بدفع أي قسط من ثمن العقار قيد الإنجاز خارج المدة المحددة قانونا موازرة مع تطور أشغال البناء.

ثانيا: خصائص عقد البيع على التصاميم الخاصة

يتميز عقد البيع على التصاميم بأنه عقد توثيقي مشهر وكذا عقد إستهلاكي نموذجي.

¹علي بن علي، عقد البيع على التصاميم في ظل القانون 11-04، مذكرة ماجستير شعبة الحقوق والعلوم السياسية،

تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة بومرداس، 2016/2015، ص 19 .

²وليد محمد سعد خليفة، مرجع سابق، ص 68.

أ: عقد البيع على التصاميم عقد توثيقي مشهر

تعتبر الكتابة من أهم طرق الإثبات في القانون الجزائري ولقد نص عليها المشرع في المواد 323 من القانون المدني¹ وميز ما بين أن تكون رسمية وأن تكون عرفية ، وهذا راجع لإضفاء الحجية القانونية على التصرفات المبرمة بين أطراف العلاقة التعاقدية ، ومن منطلق أن الكتابة الرسمية هي من صنفت العقود الى رسمية وعرفية متى تم اللجوء إليها كشرط لانعقاد العقود من خلال الجزاء المترتب عن تخلفها، فيصنف حسبها عقد البيع على التصاميم الى عقد رسمي ويمكن أن نعرف العقد الرسمي بحسب ما جاء في نص المادة 324 مكرر 01 الفقرة الثانية من القانون المدني الجزائري : "زيادة على العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي يجب تحت طائلة البطلان ، تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية أو محلات تجارية أو صناعية أو كل عنصر من عناصره ، 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 و يجب دفع الثمن لدى الضابط العمومي الذي حرر العقد"².

وفق ما ورد في نص المادة السالفة الذكر فإن العقود الرسمية إذا لم تحرر وفق الشكل الرسمي وأمام الضابط العمومي فإن جزاءها هو البطلان المطلق المنصوص عليه ضمن المادة 99 من القانون المدني فلا وجود لها وتعتبر كأن لم تكن وترجع الأطراف المتعاقدة فيها الى الحالة التي كان عليها قبل التعاقد ، وبما أن المشرع الجزائري أشار الى ضرورة تحرير العقد الرسمي من قبل الضابط العمومي فقد أدرج مفهومه ضمن نص المادة 03 من القانون رقم 06-02 المؤرخ في فبراير 2006 بتنظيم مهنة الموثق كما يلي : "الموثق ضابط عمومي ، مفوض من قبل السلطة العمومية ، يتولى تحرير العقود التي يشترط فيها القانون

¹ المادة 323 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم السالف الذكر .

² الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، السابق الذكر .

الصيغة الرسمية ، وكذا العقود التي يرغب الأشخاص إعطائها هذه الصيغة¹ لذا يمكن القول أن المادة تحوي شرطين أساسيين ليتم تحرير العقد الرسمي وهما ضرورة تحرير العقد ضمن الشكل الرسمي وأمام الضابط العمومي ، ولقد على ضرورة أيضا على إفراغ عقد البيع على التصاميم في شكله الرسمي بموجب نص المادة 34 من القانون 04-11 المتعلق بتنظيم قواعد نشاط الترقية العقارية بقوله: " يتم إعداد عقد البيع على التصاميم في الشكل الرسمي ويخضع للشكليات القانونية الخاصة بالتسجيل والإشهار، ويخص في نفس الوقت، البناء والارضية التي شيد عليها البناء"² ويمكن أن نستخلص أن عقد البيع على التصاميم يحوي الشرطين فهو عقد رسمي يتم تحريره أمام الموثق وإفراغه في الشكل الذي تطلبه القانون ، وعلاوة على ذلك نص المشرع على أن يتم تسجيله وشهره ليدخل ضمن العقود التوثيقية المشهورة.

وثيقة العقد : " هو وثيقة يتم تحريرها من قبل الموثق طبقا للشروط المنصوص عليها قانونا لإضفاء صفة الرسمية عليها"³، وباعتبار عقد البيع على التصاميم حسب هذا التعريف هو عقد توثيقي أضاف المشرع التسجيل والشهر لإضافة الحجية القانونية له ، فيجب على الموثق بعد تحرير العقد من قبله أن يقوم بتسجيله لدى مصلحة الطابع والتسجيل، كما عليه أن يشهره لدى المحافظة العقارية وهي من أهم مهامه لذا " فإنه يضيفي الصيغة الرسمية على العقود التي يتلقاها والصيغة التنفيذية لهذه العقود كلما اقتضت الحاجة"⁴ وهو ما أشار اليه المشرع فنص على وجوبية تسجيل عقد البيع على التصاميم

¹ المادة 03 من القانون رقم 06-02 المؤرخ في 20 فبراير 2006 المتعلق بتنظيم مهنة التوثيق، ج، ر العدد 14.

² المادة 34 من القانون رقم 11-04 المتعلق بتنظيم قواعد نشاط الترقية العقارية، السابق الذكر.

³ بوغالم أسماء، العقد التوثيقي كسند تنفيذي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، قانون خاص، فرع تنفيذ الأحكام القضائية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2016/2017، ص 22.

⁴ سباغ محمد، التوثيق والعقود الرسمية، مجلة الموثق، العدد 5 ديسمبر 1998، ص 20.

المادة 99 و 102 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، السابق الذكر .

إبتداء من شهر من تاريخ تحريره وفقا لما جاء في المادة 10 من القانون رقم 06 - 02¹ وأعفاه من رسوم التسجيل والشهر وفقا لما ورد في نص المادتين 258 ف 05 و353 من الأمر 76- 105 المتضمن قانون التسجيل²، و يرجوع الى نص المادة 600 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية³ نجد أن العقود التوثيقية أصبحت سندات تنفيذية بمجرد مهرها بالصيغة التنفيذية المنصوص عليها في نص المواد 601 و602 و603 منه، لذا في حال قيام نزاع أمام القضاء فإن عقد البيع على التصاميم يحوز قوة الشيء المقضي به بإعتباره سند تنفيذي ما لم يثبت تزويره طبقا لنص المادة 324 مكرر 05 من القانون المدني.

2: عقد البيع على التصاميم من العقود الاستهلاكية النموذجية.

يعرف عقد الاستهلاك على أنه: هو عقد بين طرفين يسمى الأول المستهلك ويسمى الثاني المهني بموجبه يتلقى الأول من الثاني منتوجا أو خدمة لغرض غير مهني مقابل ثمن معلوم⁴، كما عرف أيضا أنه: "عقد يتمثل في توريد أو تقديم أشياء منقولة مادية أو خدمات إلا أن مقدم السلعة أو الخدمة يكون منتجا أو مهنيا، والمتلقى هو المستهلك أي الفرد العادي الذي يبغى لإشباع حاجة شخصية أو عائلية، منقطعة الصلة بنشاطه التجاري أو المهني"⁵، وأيضا: "وتأسيسا على ما سبق نجد أن عقد الاستهلاك يحوي ثلاث عناصر أساسية تتعلق أولا بصفة الأطراف فلا بد أن يتم بين مهني ومستهلك، وثانيا أن يتم على

¹ المادة 10 من القانون 06-02 المتعلق بتنظيم مهنة الموثق التي تنص على أنه " يتولى الموثق حفظ العقود التي يحررها أو يتسلمها للإيداع ويسهر على تنفيذ الإجراءات المنصوص عليها قانونا لاسيما تسجيل وإعلان ونشر وشهر العقود في الأجل المحددة قانونا".

² قانون رقم 08. 09 مؤرخ في 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية ج، ر، عدد 21

³ الأمر رقم 76-105

⁴ بن داود إبراهيم، قانون حماية المستهلك وفقا لأحكام القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، دار الكتاب الحديث، 2013، ص 69.

⁵ الصغير محمد مهدي، قانون حماية المستهلك دراسة تحليلية مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية مصر، 2015، ص 68.

سلع أو أشياء مادية أو خدمات، أما غاية العقد يجب أن تتم لإشباع حاجة شخصية أو عائلية لا صلة لها بنشاط المهني .

إن عقد البيع على التصاميم يضم أطراف عقد الإستهلاك وهما المرقى العقاري (المتدخل) والمشتري (المستهلك) والمنتج أو السلع هو الحصول على سكن الذي يمثل محل العقد وبالنسبة لوصف العقد يندرج ضمن عقد بيع لإشباع حاجة المستهلك فقط، أما الإذعان فهو عدم التوازن العقدي بين المرقى العقاري والمشتري.

ومن خصائص عقد الاستهلاك وفقا لما ورد في هذا التعريف نجد أنه ينصب على النقاط التالية:

أن أطراف هذا العقد مستهلك ضعيف يفقر للقوة بالنسبة لما يملكه من معلومات حول السلعة أو الخدمة التي تعاقد عليها ذلك أن المحترف لديه كافة المعلومات الدقيقة حول السلعة او الخدمة محل الاستهلاك¹.

وهو نفس الشيء بالنسبة لعقد البيع على التصاميم فإن المرقى العقاري في مركز قوة اقتصادية؛ لأنه يعلم بجميع المسائل الجوهرية المتعلقة بالعقار المراد إنجازه أو في طور الإنجاز على غرار المستهلك الذي لا يملك أي خبرة فنية أو تقنية، وغايته الأساسية الحصول على سكن لائق فهو يطلع فقط على الرسومات الهندسية والتصاميم المقدمة له؛ لأن محل العقد لا يوجد أو آيل للوجود.

عقود الاستهلاك كثيرا ما تنفذ بألية عقود الإذعان حيث يستقل فيها أحد المتعاقدين غالبا بوضع شروط التعاقد مقدما بشكل لا يسمح بقبول المناقشة فيها من الطرف الآخر،

¹ فانت حسين حوى، الوجيز في قانون حماية المستهلك، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الاولى، بيروت لبنان، 2012، ص 22-24.

حيث يقتصر دور هذا الأخير إما بقبولها أو رفضها ما يجعله يقبل بها دون المناقشة أو
المفاوضة.¹

إن عقد البيع على التصاميم من عقود الاستهلاك نجد أن المشتري فيه يقبل ببند العقد
دون المفاوضة لأنه مضطر لذلك وكذا الحاجة الملحة للسكن تجعله أحيانا يوقع على العقد
دون فهم أو إطلاع منه على ما ورد ضمنه، فالمركبي العقاري يستغل ضعف المشتري وعدم
علمه ليضع شروط من شأنها أن تؤدي إلى إخلال التوازن العقدي بينهما بإعتباره الطرف
القوي فيها.

أما العقد النموذجي هو عبارة عن العقد المعد سلفا ليتم التعاقد بموجبه في الظروف
الموحدة ، وذلك توفيراً للوقت والجهد والنفقات في عمليات التعاقد التي تتميز إما بالإذعان
من قبل الطرف الآخر المنظم للعقد أو بعدم قدرته على التفاوض في مجال التعاقد لنقص
خبرته وقلة كفاءته²، انقسمت الآراء الفقهية حول مفهومه فمنهم من أخذ بالتعريف الضيق له
وحصر إصداره عن طريق هيئة أو سلطة عامة فعرفه بأنه "العقد الذي تضعه سلطة عامة
أو أية هيئة نظامية أخرى كعقود الإيجار النموذجية التي تضعها وزارة الأوقاف أو المجالس
أو النقابات"³ ومنهم من أخذ بمفهومه الواسع ليدخل الغير أو أحد المتعاقدين في امكانية
تحريره أي يحصره على فئة معينة فعرف بأنه : "صياغة مسبقة لمجموعة من البنود التعاقدية
من أحد الأشخاص تندمج في عقد ينصب على نفس موضوعها، بحيث تكون جاهزة أمام
أطراف العقد في صورة عادة ما تكون مطبوعة"⁴، وما يستشف حول مفهوم العقد النموذجي
سواء التعريف الضيق أو الواسع له على عقد البيع على التصاميم نجد أن المشرع الجزائري

¹ المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

² حسني محمود عبد الدايم، العقود الاحتكارية، بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008، ص 101.

³ عبد الرزاق أحمد السنهاوي، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الإلتزام، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، 1998، ص 244.

⁴ أيمن سعد سليم، العقود النموذجية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، دط، 2005، ص 12.

جسد بنوده مسبقاً بموجب صياغة قانونية بحثة ملزمة لطرفيه ، وهذا بإدراجه في شكل معيناً طبقاً جاءت به المادة الثانية من المرسوم التنفيذي 431-13 المتعلق بتحديد نموذجي عقد حفظ الحق وعقد البيع على التصاميم للأملك العقارية¹.

وما يستشف مما سبق فإن عقد البيع على التصاميم من العقود النموذجية الإستهلاكية فهو عقد نموذجي بموجب القانون، واستهلاكي بالرابعة التعاقدية التي تقوم فيه على استهلاك العقار الذي ينجز من أجل تلبية حاجة المستهلك وتحقيق الربح للمركي العقاري.

المطلب الثاني

التكييف القانوني لعقد البيع على التصاميم

إن تزايد إبرام عقد شراء عقار وفق مخطط هندسي من المستهلك دفع بنا الى استطلاع التكييف القانوني لهذا النوع من العقود من خلال التطرق ما يميزه عن غيره من العقود في الفرع الأول أما الفرع الثاني تناولنا الطبيعة القانونية له.

الفرع الأول

تمييز عقد البيع على التصاميم عن ما يشبهه من العقود

إن عقد البيع على التصاميم هو عقد يتشارك مع خصائص الكثير من العقود وقد يختلط معها خاصة حول التشابه الكبير بينهما لذا أردنا تمييزه عن أهم العقود المشابه له بإعتمادنا على عقود تتشابه وتختلف معه.

¹ مرسوم تنفيذي رقم 431.13 مؤرخ في 18 ديسمبر سنة 2013، يحدد نموذجي عقد حفظ الحق لعقد البيع على التصاميم للأملك العقارية و كذا حدود تسديد سعر الملك موضوع عقد البيع على التصاميم ومبلغ عقوبة التأخير وأجالها وكيفية دفعها ج، مؤرخة في 25 ديسمبر 2013.

أولاً: عقد البيع على التصاميم وعقد البيع بالتقسيط:

عرف الفقه عقد البيع بالتقسيط بأنه: " بيع يعجل فيه المبيع، ويؤجل الثمن كله أو بعضه على أقساط معلومة، وأجال معلومة"¹، فجاء المقصود بالبيع بالتقسيط فقها هو حيازة المشتري للمبيع دون إمتلاكه على أن يسدد ثمنه عبر أقساط في المدة المحددة بين أطرافه. أما المشرع الجزائري تناول عقد البيع بالتقسيط في نص المادة 363 من القانون المدني في فقرتها الثانية والثالثة: " فإذا كان الثمن مقسطا جاز للمتعاقدين أن يتفقا على يستبق البائع جزء منه على سبيل التعويض في حالة ما إذا وقع فسخ البيع بسبب استيفاء جميع الأقساط ، وإذا وفى المشتري جميع الأقساط يعتبر أنه تملك الشيء المبيع يوم البيع....."².

بالرجوع الى نص المادة السالفة الذكر نرى أن البيع بالتقسيط يتم باتفاق طرفي العقد حول تقسيط ثمن المبيع وتسليمه للمشتري من وقت إنشاء العقد بينما تبقى ملكيته لدى البائع لغاية تسديد الثمن ، فميزة هذا النوع من العقود هي تقسيم ثمن المبيع ودفعه على فترات مجزأة وبصفة دورية وتبقى ملكيته تحت يد البائع لغاية تسديد الجزء الاخير المتبقى من الثمن فنتنقل الى المشتري بعد ذلك ؛وما جعل المشرع يأجل إنتقال الملكية الى حين تسديد الثمن هو إمكانية تصرف المشتري بالبيع الى مشتري ثان حسن النية مما يتعذر معه استرداد البائع للمبيع بعد حكم الفسخ ، إذا عمل المشرع على إدراج شرط الاحتفاظ بالملكية إلى حين أداء الثمن كله.

وبما أن المشرع ألزم المشتري بدفع ثمن شراء العقار بناء على التصاميم على شكل دفعات مجزأة حسب تقدم اشغال الإنجاز، ومنع المرقى العقاري من قبول أو المطالبة بأي تسبيق

¹ حسن السيد حامد الخطاب، بيع بالتقسيط وتطبيقاته المعاصرة، دراسة فقهية مقارنة، بحث منشور بمجلة مركز الخدمة والاستشارات البحثية، كلية الآداب، بجامعة المنوفية، يوليو 2006، ص6.

² المادة 363 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، السابق الذكر.

للثمن قبل حلول أجل الدفعة،"فيظهر هنا وجه الشبه بينه و بين عقد البيع بالتقسيط في دفع الثمن في كليهما يتم على أقساط لكن في المقابل فإن مسألة إنتقال الملكية تعد من أهم ما يفصل بينهما ففي البيع بالتقسيط لا يتم إنتقال ملكية المبيع الى المشتري إلا بعد سداد جميع الأقساط المكونة لمجموعة الثمن المتفق عليه في العقد أما بالنسبة لعقد البيع على التصاميم فإن ملكية المبيع تنتقل الى المشتري منذ تاريخ إبرام العقد وتوقيعه وشهره¹.

إذا يكمن الاختلاف بينهما فيما يلي:

- في البيع بالتقسيط يتجه الطرفان من بداية إبرامه الى التصرف بالبيع محل العقد مع تأجيل الوفاء بالثمن أو دفعه مقسطا، أما في عقد البيع على التصاميم فالهدف الأساسي من دفع الثمن مقسطا هو تمويل المشروع العقاري من طرف المكتتبين وحمايتهم في حال حدوث نزاع عن طريق صندوق الضمان والكفالة المتبادلة.

- إن إنتقال الملكية في عقد البيع على التصاميم تتم بمجرد التوقيع عليه أمام الموثق وشهره أي انتقال ملكية الرقبة أما حق الإنقاع بالمبيع (البنائة أو جزء منها) يتم بعد تسليمه، أما في البيع بالتقسيط فإن الأمر مختلف لا تنتقل ملكية الشيء إلا بعد دفع الثمن كله وهو ما يعرف في هذه الحالة بإنتقال الملكية على شرط واقف وهو إستيفاء البائع لكامل الثمن، وبأداء المشتري للثمن كله يتحقق الشرط وتنتقل الملكية بأثر رجعي.

- عقد البيع على التصاميم عن عقد البيع بالتقسيط من حيث الجزاء المترتب عن تخلف المشتري عن دفع قسطين من الثمن هو الفسخ بقوة القانون مع إمكانية مطالبة البائع بالتعويض وإسترداد المشتري للأقساط المدفوعة من قبل صندوق الضمان والكفالة المتبادلة، أما في البيع بالتقسيط فإن تخلف المشتري عن دفع القسط جاز للبائع فسخ العقد واسترداد المبيع مع الاحتفاظ بالقسط المدفوع.

¹ لامية كتو، عقد البيع على التصاميم، في إطار القانون رقم 11- 04 المحدد لقواعد نشاط الترقية العقارية ، مذكرة ماجيستير ، فرع قانون العقود كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة تيزي وزو ، 2013،ص48.

ثانيا: عقد البيع على التصاميم وعقد حفظ الحق

تطرق المشرع الجزائري الى تعريف عقد حفظ الحق لأول مرة بموجب القانون رقم 86-07¹ المتعلق بالترقية العقارية حيث نصت المادة 30 منه على تحرير عقد ابتدائي تحت طائلة البطلان قبل العقد النهائي وبإلغاء القانون رقم 86-07 فإن المرسوم التشريعي رقم 93 - 03 ألقى العمل به، ليعود من جديد في نص المادة 27 من قانون رقم 11 - 04 بقوله "هو العقد الذي يلتزم بموجبه المرقي العقاري بتسليم العقار المقرر بناؤه او في طور البناء ، لصاحب حفظ الحق ، فور إنهائه مقابل تسبيق يدفعه هذا الأخير.

يودع مبلغ التسبيق المدفوع من طرف صاحب حفظ الحق في حساب مفتوح باسم هذا الاخير لدى هيئة ضمان عمليات الترقية العقارية المنصوص عليها في المادة 56 من هذا القانون ، ويحدد نموذج عقد حفظ الحق عن طريق التنظيم² مؤدى هذه المادة آثار إشكالات كثيرة حول تحديد تعريف لعقد حفظ الحق ، فالمشرع بموجبها ألزم المرقي العقاري على تسليم العقار المقرر بناؤه فور إنجازه، وهذا الإلتزام يتعلق بالبيع النهائي فهو يتنافى مع طبيعته كعقد يعد مسبقا فاللتزامه نحو المشتري لا يتعدى سوى تخصيص الملك العقاري له، فرغم أن المشرع الفرنسي كان واضح في تعريفه له بموجب نص المادة 11 من القانون 03 جانفي 1967 بأنه : "العقد الذي يلتزم بمقتضاه البائع بحجز عقار أو جزء من عقار للمشتري مقابل إيداع هذا الأخير ضمان في حساب خاص"³ إلا أن المشرع الجزائري لم يتوافق في تفسيره مع المشرع الفرنسي⁴ ما جعله يستدرك هذا الأمر وأورده في المرسوم

¹ القانون رقم 86-07 المؤرخ 04 مارس المتعلق بالترقية العقارية، ج ر، عدد 10، المؤرخة في 5 مارس 1986.

² القانون رقم 11 - 04 يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، السابق الذكر .

³ حمدي باشا عمر، ليلي زروقي، مرجع سابق، ص 299.

⁴ Art. 1601-2 « la vente à terme est le contrat par lequel le vendeur s'engage à livrer l'immeuble à son achèvement. l'acheteur s'engage à en prendre livraison et à en payer le prix à la date de livraison. Le transfert de propriété s'opère de plein droit par la constatation

التنفيذي رقم 13-431 المؤرخ في 2013/12/18 الذي يحدد نموذج عقد حفظ الحق و كذا عقد البيع على التصاميم حيث نص على ما يلي: " يلتزم المرقى العقاري بموجب عقد حفظ الحق هذا بتخصيص لصاحب حفظ الحق المعين أعلاه ، الملك العقاري المقرر بناؤه أو في طور البناء الذي تم وصفه أدناه، بغرض إقتناؤه عند إتمامه ، مقابل دفع تسبيق من طرف صاحب حفظ الحق في الحساب رقم مفتوح باسم صاحب حفظ الحق لدى صندوق الضمان و الكفالة المتبادلة " فهذا النص يطابق تماما ما نص عليه التشريع الفرنسي في المادة L.261-15/1¹ فبين أن المرقى العقاري فيه يلتزم بتخصيص الملك لصاحب عقد حفظ الحق و ليس بتسليم العقار له .

وعرف عقد البيع على التصاميم ضمن المادة 28 من القانون 04-11 بقوله: "عقد البيع على التصاميم لبناية او جزء من بناية مقرر بناؤها او في طور البناء، هو العقد الذي يتضمن ويكرس تحويل حقوق الأرض وملكية البنايات من طرف المرقى العقاري لفائدة المكتب موازرة مع تقدم الاشغال وفي المقابل يلتزم المكتب بتسديد السعر كلما تقدم الإنجاز"².

ما يستشف من النصوص القانونية أنه يمكن أن نطرح الجوانب الإتفاقية للعقدين كما نشير الى الجوانب الإختلافية لهما، فينتفق عقد البيع على التصاميم وعقد حفظ الحق في الجوانب التالية : أن كل منهما يرد على عقار غير منجز وكلاهما عقد مكتوب يتم تحريرهما أمام الموثق وأنها من العقود المسماة وكذا يتضمنان نفس البيانات الواردة في نص المادة 30 من القانون رقم 04-11 التي ذكرتها وهي رقم السند العقاري وأصل الملكية وشهادة التهيئة

par acte authentique de l'achèvement de l'immeuble ; il produit ses effets rétroactivement au jour de la vente .

¹Art.L.261-15/1 « La vente prévue à l'article L.261-10 peut être précédée d'un contrat préliminaire par lequel ,en contempertie d'un dépôt de garantie effectué à un spécial ,le vendeur s'engage à réserver à un acheteur un immeuble ou une partie d'immeuble ».

² المادة 28 من القانون رقم 04-11 الذي يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، السابق الذكر .

والشبكات ومراجع رخصة البناء وأما الاختلاف الذي يميز كل واحد منهما عن الآخر يتمثل في النقاط التالية :

- فصل المشرع الجزائري عقد البيع على التصاميم عن عقد حفظ الحق بعد أن كان له في السابق العقد التمهيدي في ظل المرسوم التشريعي رقم 93 - 03 على غرار المشرع الفرنسي الذي لا زال يفرضه كعقد ابتدائي للعقد النهائي.

- إنتقال ملكية المبيع في عقد البيع على التصاميم بمجرد التوقيع على العقد، وهذا يدل على أن المشرع حسب نص المادة 28 من القانون 11-04 ربط إنتقال الملكية بتقديم أشغال إنجاز العقار مع تسديد المشتري لثمن الجزء المنجز من البناية وبصفة دورية في حين ان عقد حفظ الحق تنتقل الملكية فيه بعد التسديد النهائي للثمن على أساس أن دفع ثمن العقار على دفعتين فقط اي أثناء توقيع العقد الإبتدائي وبعد إمضاء العقد النهائي.

- تسجيل عقد البيع على التصاميم وشهره وهو ما أوجبه القانون في هذا النوع من البيوع فلا بد من تسجيل العقد وشهره حتى قبل بداية الإنجاز حيث اشترط الكتابة الرسمية والتسجيل لدى مصلحة التسجيل والشهر لدى المحافظة العقارية وهذا طبقا لما ورد في نص المادة 90 و99 من المرسوم 63/76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري¹، أما ما يتعلق عقد حفظ الحق فلم ينص المشرع الجزائري على وجوبية شهره على الرغم من تحريره أمام الموثق، مما قد يؤدي إلى إثارة إشكالات قانونية كثيرة أمام القضاء، فلا يمكن الاحتجاج به أمام الغير.

- في عقد البيع على التصاميم يقوم المشتري بدفع الثمن عبر دفعات مجزأة وحسب نسبة التقدم في الأشغال ويعمل المرقي العقاري على دفعها الى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة

¹ المادة 90 و 99 من المرسوم التنفيذي 63/76 مؤرخ في 24 ربيع الأول عام 1396 الموافق 25 مارس سنة 1976 المتعلق بتأسيس السجل العقاري، ج ر، رقم 76/30 صادرة بتاريخ : الثلاثاء 13 أبريل 1976 .

وهذا وفقا لما جاء في نص المادة الأولى من المرسوم التنفيذي رقم 14-181¹ إذ عمل المشرع على ضمان حقوق المشتري من خلال هذا الصندوق إلا أنه لم يقدم هذا الضمان لصاحب عقد حفظ الحق في عقد حفظ الحق.

- أجاز المشرع الجزائري أن يكون المشتري في عقد البيع على التصاميم شخص معنوي أو طبيعي لأن تمويل المشروع العقاري يتم من خلاله وليس عن طريق القروض فمنع على المرقي العقاري إبرام عقد البيع على التصاميم في حال اللجوء الى تمويل مشروعه عن طريق القرض حين حصر المشتري في الشخص الطبيعي فقط في عقد حفظ الحق ليفتح المجال أمام المرقي العقاري لتمويل مشاريعه عن طريق القروض.

ثالثا: عقد البيع على التصاميم وعقد بيع الأشياء المستقبلية.

أورد المشرع الجزائري عقد بيع الأشياء المستقبلية في نص المادة 92 من القانون المدني التي جاء فيها "يجوز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا و محققا ، غير أن التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطل و لو كان برضاه إلا في الاحوال المنصوص عليها في القانون"² ومدلول ذلك أنه أتى بقاعدة جوازية إمكانية التعامل على شئ مستقبلية محقق وموجود فعلا، أي ان محل الالتزام في نظره يمكن التعاقد فيه على أساس شئ مستقبلية في حين أنه منع منعا بات التصرف في تركة الشخص الحي حتى لو كان بإرادته الحرة وبرضاه، وفي حال القيام بذلك فإن مآله البطلان المطلق إلا إذا جاء نص يجيز ذلك .

¹ المادة الأولى من المرسوم التنفيذي رقم 14-181 مؤرخ في 5 يونيو سنة 2014 يحدد شروط حلول صندوق الضمان والكفالة المتبادلة في الترقية العقارية محل مقتني الأملاك العقارية المغطاة بضمان الترقية العقارية وكيفيات ذلك، ج ر ، عدد 37، مؤرخة في 2014.06.19.

² المادة 92 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المعدل والمتمم.

ونقد أجازت الكثير من التشريعات جواز التصرف في الأشياء المستقبلية ومن ثم جواز بيع شيء غير موجود وقت العقد، وإنما مقرر وجوده في المستقبل باتفاق الطرفين¹، وبما أن عقد البيع على التصاميم هو بيع عقار مستقبلي بناء على التصاميم الهندسية فهو يتشابه مع بيع شيء مستقبلي حول محل الإلتزام فكلاهما ينصبان على محل موجود مستقبلا أو محقق الوجود، وأيضا يتشابه العقدان حول خيار رؤية المبيع فهو إفتراضي في كلاهما وليس مادي ففي عقد البيع على التصاميم يلجأ المرقى العقاري الى تقديم التصميم الهندسي للعقار محل العقد وإبرازه بشكل يجعل المشتري يبرم العقد على أساسه وكذا بالنسبة لبيع شيء مستقبلي .

وبما أن عقد البيع على التصاميم هو بيع لشيء مستقبلي إلا أن ذلك لا يشمل محل البيع كله بحيث أن الشيء المستقبلي الذي سيبيع هو البناء فقط دون القطعة الارضية التي سيثيد فوقها²، نحن نرى أن الاختلاف الذي يفصل بينهما هو إنتقال ملكية الشيء المتعاقد عليه، ففي البيع على التصاميم تنتقل ملكية الرقبة (الأرض) فورا بمجرد التوقيع على العقد وشهره، أما حق الانتفاع بالبنائة أو جزء منها يتم بعد إنجازها والتسليم الفعلي لها وهذا ما يميزه عن غيره من العقود بما فيهم عقد بيع الأشياء المستقبلية الذي تنتقل الملكية فيه بعد وجود الشيء المبيع وليس قبل ذلك.

وبالرجوع الى ما تضمنه عقد البيع على التصاميم من ضمانات قانونية نجدها تنفي عنه الغرر والمقامرة والمجازفة على عكس بيع الاشياء المستقبلية التي يكون فيها المشتري مهدد بالاحتمال والحظ، ففي عقد البيع على التصاميم لا يجازف المشتري لا في مقدار المبيع ولا في المبيع نفسه، حيث يلتزم البائع بإتمام الإنجاز خلال الأجل المحدد لذلك وضمن حسن

¹ سرايش زكريا، الموجز في شرح قواعد البيع ، " رؤية جديدة و جوانب عملية تخص توثيق العقد و السكن الترقوي " ، د.ط ، دار بلقيس للنشر الجزائر 2017،ص 42.

² لامية كتو، مرجع سابق، ص 49

الإنجاز والمطابقة وغيرها من الضمانات التي تحمي المشتري¹، مما دفع بنا للتساؤل عن المجازفة الموجودة في الواقع العملي التي ترجع الى أسباب مادية مختلفة تعيق البداية الحقيقية للمشروع، كعدم حصول المرقي العقاري على الإعتماد ومرور ستة أشهر ولم ينطلق في الإنجاز وغيرها وكذا اسباب إجرامية كالنصب والاحتيال التي يتعرض لها المشتري من قبل هذا الأخير.

يمكن القول في النهاية رغم المجازفة التي يتعرض لها المشتري في عقد البيع على التصاميم فإن استحداث المشرع ل ضمانات قانونية جديدة وحرصه على تطبيقها، جعل عقد البيع على التصاميم يخرج من قاعدة المجازفة التي تتم في عقد بيع الاشياء المستقبلية وتأكيد أنه عقد البيع على التصاميم يختلف عن البيع لشيء مستقبلي من خلال عنصرين أساسيين هما إنتقال الملكية وكذا إتمام البناء في الأجل المتفق عليه.

الفرع الثاني

الطبيعة القانونية لعقد البيع على التصاميم

إن اختلاف الآراء الفقهية حول الطبيعة التي يتسم بها عقد البيع على التصاميم جعلته ينفصل الى نوعين تناولنا في الفرع الاول طبيعته المركبة والفرع الثاني طبيعته المختلطة.

أولاً: الطبيعة المركبة لعقد البيع على التصاميم

إنقسمت الآراء الفقهية حول طبيعة عقد البيع على التصاميم فمنهم من رأى أنه عقد مقاوله ومنهم من رأى أنه عقد بيع عقار لذا تم تفصيل ذلك وفق ما يلي:

¹ ويس فتحي، المسؤولية المدنية والضمانات القانونية الخاصة في عقد البيع العقار قبل الإنجاز، دراسة تحليلية ومقارنة بين التشريعين الجزائري والفرنسي، مذكرة لنيل شهادة ماجستير، تخصص القانون عقاري وزراعي، كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب، البلدة، 2000 ص 41

أ: الاتجاه الذي يكيف عقد البيع على التصاميم عقد مقاولة

إتجه الفقه الى اعتبار عقد البيع على التصاميم عقد مقاولة فعرفه المشرع الجزائري بأنها: "عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئاً أو أن يؤدي عملاً مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الآخر"¹، وعرف عقد المقاول أيضاً: "عقد يتعهد به شخص بعمل معين لحساب شخص آخر مقابل أجر، دون أن يخضع لإشرافه أو إدارته سواء التزم بتقديم العمل فقط أو بتقديم المواد والعمل معاً"²، ومدلول هذين التعريفين أن عقد المقاول يرد على عنصرين إثنين: الشيء المطلوب صنعه والعمل المطلوب تأديته من المقاول، ويمكن إضافة عنصر آخر وهو الأجر الذي يلتزم بدفعه المقاول³.

واتجاه هذا الفريق من الفقه أن عقد البيع على التصاميم عقد مقاولة على أساس أنه أبرز الالتزام الذي يقع على المرقي العقاري هو الالتزام بالبناء، وهو ذات الالتزام الذي يقع على المقاول في مواجهة رب العمل⁴، غير أن هذا التكيف له جعل جوهر الاختلاف فيه واضح من عدة جوانب أهمها أن عقد المقاول يهدف إلى أداء عمل، بينما عقد البيع على التصاميم يلزم المرقي العقاري بنقل ملكية العقار الى المكتتب⁵، وأيضاً أنه يمكن لرب العمل التحلل من عقد المقاول بينما يلزم المشتري بعقد البيع على التصاميم من لحظة التعاقد، ولا يمكنه الانسحاب من مشروع البناء إلا بفسخ العقد⁶، غير أن الملاحظ على هذه الفوارق لم توضح بشكل قطعي انفصال عقد البيع على التصاميم عن عقد المقاول ولكن ما انتهجه

¹ نص المادة 549 من الأمر رقم 58/75 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

² عبد الرحمان محمد عبد الرحمان الزير، المسؤولية المدنية لمقاولي الإنشاء "دراسة مقارنة"، دار قرطبة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الجزء الأول، بيروت لبنان، 2018، ص34.

³ عبد الحفيظ مشماش، بيع العقار في طور الإنجاز، دراسة على ضوء القانون المغربي والمقارن، الدار البيضاء المغرب، طبعة الاولى 2012، ص 48.

⁴ شوقي بناسي، عقد الترقية العقارية في ضوء القانون رقم 11-04، دار الخلدونية، 2019، ص98.

⁵ عربي باي يزيد، النظام القانوني للترقية العقارية في الجزائر، مذكرة الماجستير في العلوم القانونية، تخصص قانون عقاري، كلية الحقوق، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2010، ص 78.

⁶ علاء حسين علي، مرجع سابق، ص50.

المشعر الجزائري في نص المادة 29 من القانون رقم 11-04 الذي يحدد نشاط الترقية العقارية على أساس أن الشخص الذي يحق له إبرام عقد البيع على التصاميم هو المرقى العقارى فقط دون المقاول أزال فكرة ان عقد البيع على التصاميم عقد مقاوله¹ فمرد هذه الفكرة لا تثير الصواب من الناحية العملية فإنفصال المرقى العقارى عن المقاول غير وارد تماما لأن هناك من الأشخاص المقاولين الذين يفتحون وكالات عقارية وبياشرونها بأنفسهم، ولكن المشعر الجزائري في مسألة فصل عقد المقاوله عن عقد البيع على التصاميم أجاب بصريح نص المادة 16 من القانون رقم 11-04 ضرورة الإستعانة بخدمات المقاول وكذا الضمان العشري؛ ليؤكد من جديد أن الشخص المرقى العقارى ليس مقاول .

ب: الإتجاه الذي كيف عقد البيع على التصاميم عقد بيع عقار مبني تنص المادة 26 الفقرة الاولى من القانون رقم 11-04 على أن: "عقد عقار مبني هو كل عقد رسمي يحول بموجبه المرقى العقارى، مقابل تسديد السعر من طرف المقتني، الملكية التامة والكاملة للعقار موضوع الصفقة"².

ويستشف من النص أن المشعر الجزائري ذكر أن عقد بيع عقار مبني يخضع الى الرسمية وبموجبها يتم تحويل الملكية التامة الى المقتني الذي يدفع ثمنه ، ويستدل أن هذا النوع من البيع يتم بعد إنهاء بناية العقار ليتم عرض هذه العقارات على الجمهور وليس قبل ذلك، فنقل الملكية بعد ضمان وجود العقار وليس قبل ذلك وتتم وفق القواعد العامة لإنتقال المبيع، كما أن مصطلح " الصفقة " الذي صرح به المشعر الجزائري جعل منا نجزم أن مشروع البناء يبدأ بالفوز بالصفقة أولا من قبل المرقى العقارى الذي يبذل مجهودات كبيرة لإنهائه ثم بعد ذلك يشعر في عملية بيع العقارات المبنية .

¹ بوسته ايمان، مرجع سابق، ص 332.

² القانون رقم 11-04 الذي يحدد نشاط الترقية العقارية ، السالف الذكر.

وبالعودة الى تعريف عقد البيع على التصاميم نجد أنه عقد بيع عقار مبني فغرض المشتري فيه الحصول على بناية او جزء منها بغية العيش فيها، فقيام المرقي العقاري بإنجاز المحل المتعاقد عليه من أهم التزامات الملقاة على عاتقه فينقل ملكية العقار حسب التقدم في الأشغال ، كما يتم إفراغ عقد البيع على التصاميم في الشكل الرسمي المطلوب وفقا لما ورد في الفقرة الثانية من المادة 26 من القانون رقم 11-04 ، فنجد الجوانب الإتفاقية حولهما ما يتعلق بالرسمية لكليهما ، والمرقي العقاري من يعمل على تشييدهما ويردان على نفس محل العقد.

ولكن يكمن الاختلاف حسب الاراء الفقهية بينهما حول:

انتقال الملكية تتم حسب تقدم الاشغال في عقد البيع على التصاميم بينما في عقد البيع عقار تنتقل بمجرد ابرام العقد ولا تكون مجزأة اي تنتقل ملكية المبيع ككل.

في نوعية الضمان المقرر لحماية المشتري في كلا العقدين، ففي عقد البيع على التصاميم زيادة على الضمانات العامة المنصوص عليها في القانون المدني فإن المشرع أضاف ضمانات خاصة أوردها في القانون رقم 11-04 المتعلق بنشاط الترقية العقارية.

ان الإختلافات الموجودة بين عقد البيع على التصاميم وعقدي المقاوله والبيع العقاري جعلت منا نبتعد عن أن فكرة أنه ذو طبيعة مزدوجة وأنه عقد مركب لنبحث مجددا عن طبيعته المختلطة

ثانيا: الطبيعة المختلطة لعقد البيع على التصاميم

إن تحديد طبيعة عقد البيع على التصاميم مدنية أو تجارية تبرز في معرفة القانون الواجب التطبيق وكذا الجهة القضائية ووسائل الإثبات في حال قيام نزاع بين المرقي العقاري والمشتري لذا بداية يجب إبراز طبيعة عمل كلاهما:

بالرجوع الى ما نصت عليه المادة 03 المرسوم التشريعي رقم 93 - 03 المتعلق بالنشاط العقاري¹ إعتبرت المتعامل في الترقية العقارية تاجر، لذا فهو يكتسب صفة التاجر من خلال توفره على الشروط اللازمة لممارسة الأعمال التجارية أي الأهلية القانونية لممارسة العمليات التجارية بصفة إعتيادية، وصرحت المادة 09 بتجارية عقد البيع على التصاميم بالنسبة للمتعامل في الترقية العقارية، أما بالنسبة للمستفيد أو المشتري فإن عقد البيع على التصاميم يعتبر عملا مدنيا لذا يدفع بنا القول ان العمل الذي يمتاز به عقد البيع على التصاميم عمل مختلط فهو مدني بالنسبة للطرف وتجارى بالنسبة للطرف الأخر وهذا ما تم تصنيفه بموجب نص المادة 4 من القانون التجاري².

أما ما جاء في القانون رقم 11- 04 الذي يحدد القواعد العامة التي تنظم نشاط الترقية العقارية نصت المادة 19 منه: "يسمح لكل شخص طبيعي أو معنوي مؤهل للقيام بأعمال التجارة بممارسة نشاط الترقية العقارية موضوع المادتين 03 و 18 أعلاه طبقا للتشريع المعمول به وحسب الشروط المحددة في هذا القانون " كما نصت المادة 04 من نفس القانون على أنه: " يرخص للمرقين العقاريين المعتمدين والمسجلين في السجل التجاري بالمبادرة بالمشاريع العقارية"³ يتضح من نص المادتين أعلاه أن عقد البيع على التصاميم هو عقد مختلط إذ يعد عملا تجاريا ومدنيا في نفس الوقت، عمل تجاري بالنسبة للبائع (المركي العقاري) وتطبق عليه أحكام وقواعد القانون التجاري ، وعمل مدني بالنسبة للمستهلك تطبق عليه أحكام وقواعد القانون المدني⁴. إذا نص المشرع صراحة على ضرورة ممارسة نشاط الترقية العقارية من قبل المركي العقاري الذي يحمل صفة التاجر وباعتبار

¹ المرسوم التشريعي رقم 03.93 مؤرخ في 1 مارس 1993، يتعلق بالنشاط العقاري، ج ر، عدد14 الصادر في 3 مارس 1993.

² المادة 4 من الأمر رقم 75.59 مؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975، يتضمن القانون التجاري، ج ر، العدد78 الصادر في 30 سبتمبر سنة 1975، المعدل والمتمم

³ المادة 19 من القانون رقم 11-04، المحدد لقواعد نشاط الترقية العقارية، السابق الذكر.

⁴ لامية كتو، مرجع سابق، ص55.

العمل الذي يربطه والمشتري في عقد البيع على التصاميم عمل مختلط فيجب أن يفصل في مسألة الإثبات والاختصاص القضائي.

أ **الإثبات** : هو اقامة الدليل أمام القضاء وبما أن طبيعة عقد البيع على التصاميم لها أهمية بالغة في مجال الإثبات فإن قواعد الإثبات المدنية تطبق على الطرف الذي يعتبر العمل له مدنياً، وتطبق قواعد الإثبات التجارية على الطرف الذي يعتبر العمل له تجاري والمعلوم ان وسائل الإثبات مقيدة في المسائل المدنية وحررة في المسائل التجارية، فأجاز المشرع الجزائري فيها استخدام كافة طرق الإثبات بما فيها البينة والقرائن مهما كان النزاع إلا أنه لا يشترط وجود تلازم بين المحكمة المرفوع امامها الدعوى والقانون الواجب التطبيق¹، ومؤدى ذلك أن المبدأ الاساسي في القواعد العامة للإثبات ما جاء في نص المادة 333 من القانون المدني الجزائري التي ابرزت ان التصرفات القانونية التي تزيد قيمتها عن 100.000 دينار جزائري او كانت غير محددة القيمة لا يجوز اثباتها بالشهود مثلاً؛ ولكن يجب اثباتها بالكتابة ما لم يتم النص على بخلاف ذلك وهذا ما يتقيد به المستهلك في عقد البيع على التصاميم ورغم أن هذه القواعد إستثنت ما يتعلق بالأمور التجارية فقد نص المشرع على حرية الإثبات إذ يجوز بالبينة والقرائن مهما كانت قيمة الالتزام التجاري وهذا أيضاً ما ورد في نص المادة 30 من القانون التجاري الجزائري، فالمرقي العقاري باعتباره تاجر في عقد البيع على التصاميم² لديه كافة طرق الإثبات

¹ أحمد محرز، القانون التجاري الجزائري، الطبعة الثامنة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2006، ص 111 و112. أنظر المادة 333: "في غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته على 100.000 دينار جزائري أو كان غير محدد المدة فلا يجوز الإثبات بالشهود في وجوده أو إنقضائه، ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك".

² أنظر المادة 3 الفقرة الرابعة عشر من القانون 11.04 والمادة 17 من المرسوم التنفيذي رقم 12-84 المؤرخ في 20 فبراير 2012 الذي يحدد كفايات مسك الجدول الوطني للمرقين العقاريين، ج ر، 26 فبراير 2012، العدد 11، ص 6 والمادة الرابعة من القانون رقم 04.08 المؤرخ في 14/08/2004 المتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية، ج ر، 18 أوت 2004 العدد 52، المعدل والمتمم بالقانون رقم 06/13 المؤرخ في 23 يوليو 2013، ج ر، العدد 39 الصادرة في 31 يوليو 2013.

فالمركبي العقاري إذا رفع الدعوى أمام المحكمة التجارية فإنها تطبق قواعد القانون المدني على المشتري (المستهلك العقاري) الذي يكون العمل مدنيا بالنسبة إليه وبمفهوم المخالفة، أنها لو تم رفعها أمام المحكمة المدنية فإن قواعد القانون التجاري تطبق على المرقبي العقاري بإعتبار العمل بالنسبة إليه تجاري. فالمنازعات التي تطرح على القضاء والتي يكون المرقبي العقاري طرف فيها وجوبا ترفع أمام القسم العقاري فقط أم حتى أمام بقية الأقسام التجاري والمدني.

ب: الاختصاص القضائي: سلطة جهة قضائية معينة للفصل في دعوى معينة طبقا للقانون أما قواعد الإختصاص فهي مجموع القواعد الإجرائية التي تحدد ولاية كل جهة قضائية¹ ويشمل نوعين النوعي والمحلي.

1- الاختصاص النوعي: يقصد به سلطة الفصل في المنازعات بحسب نوعها أو طبيعتها، فضايط إسناد الاختصاص لمحكمة معينة وفقا للمعيار النوعي يستند على نوع النزاع²، وأيضا " أنه سلطة جهة قضائية معينة للفصل دون سواها في دعاوى معينة، أي يتم تحديد الإختصاص النوعي بالنظر الى موضوع الدعوى وطبيعة النزاع. فالمبدأ العام أن قواعد الاختصاص النوعي متعلقة بالنظام العام، أي لا يجوز الإتفاق على مخالفتها، ويشيرها القاضي من تلقاء نفسه، وفي أي مرحلة من مراحل الدعوى.

لذا فقد نص المشرع صراحة على أن اي نزاع يثار بشأن نشاط الترقية العقارية فالإختصاص النوعي للقسم العقاري بموجب نص المادتين 511 و 512 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية³ لذا فمسألة رفع الدعوى من قبل المرقبي العقاري أو المشتري يجب ترفع أمام القسم العقاري فقط أما ما يخص تطبيق القانون فيتم تطبيق قوانين الترقية العقارية و القوانين

¹ فضيل العيش، شرح قانون الاجراءات المدنية والادارية الجديد (القانون 08. 09)، منشورات أمين، 2009، ص 89.

² نبيل صقر، الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية (الخصومة، التنفيذ، التحكيم)، دار الهدى عين مليلة الجزائر، 2008، ص 56.

³ أنظر المادتين 511 و 512 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية، مرجع سابق، ص 103 .

المتعلقة بال عقار إلا أن للقاضي الاستدلال بقواعد القانون التجاري أو المدني إن تطلب النزاع ذلك أما ما يتعلق برفع الدعوى إذا تم أمام القسم المدني أو التجاري فإنها تحال على القسم العقاري (الإحالة بين الأقسام) وهذا وفقا لما نصت عليه المادة 32 الفقرة السادسة من قانون الاجراءات المدنية والادارية.

2-الاختصاص المحلي: نجد أن المشرع فصل في هذا الامر بموجب نص المادة 40 الفقرة الأولى من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تحدثت عن مسألة الاختصاص القضائي المكاني فالمحكمة المختصة هي المحكمة التي يقع في دائرتها العقار أو المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان تنفيذ الأشغال.

والطبيعة القانونية لعقد البيع على التصاميم هي طبيعة من نوع خاص من الأعمال المختلطة التي نص عليها القانون التجاري فلأطراف العقد حرية اللجوء الى القضاء المدني أو التجاري في حال قيام نزاع بينهما، وكذا استعمال وسائل الاثبات المتاحة لكل طرف وأما اختصاص المحكمة والقانون الواجب التطبيق فيخضعان لما نص عليه التشريع الجزائري.

¹ " فضلا عما ورد في المواد 37 و38 و46 من هذا القانون، ترفع الدعاوى امام الجهات القضائية المبينة أدناه دون سواها: 1-في المواد العقارية أو الأشغال المتعلقة بالعقار، أو دعاوى الإيجارات بما فيها التجارية المتعلقة بالعقارات والدعاوى المتعلقة بالأشغال العمومية، المحكمة أمام التي يقع في دائرة اختصاصها مكان تنفيذ الأشغال.....) قانون رقم 08-09 مؤرخ في 17 فبراير 2011 يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية ، جريدة رسمية ، عدد 14 الصادرة في 06 مارس 2011.

المبحث الثاني

تكوين عقد البيع على التصاميم

يتطلب عقد البيع على التصاميم لإنشائه كغيره من العقود جملة من القواعد التي لا بد أن تتوافر فيه وهذا لضمان إحداث الأثر القانوني سواء بين أطرافه المتعاقدة أو تجاه الغير ولإضفاء الصبغة القانونية على العقد لا بد من توافر أركان وشروط لصحته لذا كان من البديهي التطرق الى هذه الأركان وتقسيم هذا المبحث الى مطلبين نتطرق في الأول الى أركان نشوء عقد البيع على التصاميم وفي الثاني الى شروط صحته.

المطلب الأول

أركان عقد البيع على التصاميم

أقر المشرع الجزائري بشروط إبرام العقود في القانون المدني الجزائري لذا يبرم عقد البيع على التصاميم بين المرقى العقاري والمستهلك متى توفرت فيحوز العقد حجية الشيء المقضي به، أما الإخلال بها أو إنعدام أحدها فالعقد لا يبرم، وبالنظر الى ميزة عقد البيع على التصاميم في مجال الترقية العقارية تم تقسيم أركان موضوعية عامة وخاصة

الفرع الأول

الأركان الموضوعية العامة

نص عليها المشرع الجزائري بعنوان شروط العقد ضمن القسم الثاني من الفصل الأول في القانون المدني ذكرها كما يلي:

أولاً: التراضي

هو أساس لإنعقاد العقود فيجب أن تتطابق إرادة طرفي العقد، وفق مبدأ حرية التعاقد وطبقاً للقواعد العامة ولكي يكون التراضي صحيحاً، يجب أن يتمتع المتعاقد بالأهلية القانونية لإبرام العقد وأن تكون إرادته خالية من عيوبها وعوارض الأهلية.

ويعرف التراضي بأنه: "توافق إرادتي المتعاقدان على إحداث الأثر المقصود من العقد¹ ، وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في نص المادة 59 من القانون المدني الجزائري بقولها: "يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين ، دون الاخلال بالنصوص القانونية"، لذا فإن إنعقاد عقد البيع على التصاميم يتطلب تمام التراضي بشكل صحيح حيث يجب أن يتوافر إيجاب وقبول طرفيه وأن يتطابقا تطابقا تاما في جميع النواحي ، خاصة ما يتعلق بالعناصر الجوهرية للعقد، فإيجاب المرقى العقاري في عقد البيع على التصاميم يندرج ضمن ميزة الإشهار .

ثانيا: المحل في عقد البيع على التصاميم

يعرف المحل بوجه عام هو كل ما يلتزم به المدين، سواء كان التزام بعمل أو بالإمتناع عن عمل أو بإعطاء شيء، ولقد بين التشريع الجزائري أن عقد البيع ينصب على إلتزامات أطرافه المتعاقدة فمن خلالها أبرز ثنائية المحل في العقد، فإلتزام كل واحد منهما بين نوعين من المحل، محل يتعلق بالمبيع ومحل يتعلق بالثمن لذا صنف عقد البيع من عقود المعاوضة، ففيه يلتزم البائع بنقل ملكية العين المبيعة للمشتري ويلتزم هذا الأخير بدفع الثمن.

ويعد عقد البيع على التصاميم نوع من أنواع البيوع في التشريع الجزائري لذا يخضع الى القاعدة العامة وهي إزدواجية المحل، فالمرقى العقاري يلتزم بنقل ملكية العقار قيد الإنجاز في حين يلتزم المستهلك (المكاتب) بتسديد ثمنه.

¹ محمد صبري السعدي ، نظرية العامة للإلتزامات ، مصادر الإلتزام ، التصرف القانوني ، العقد و الإرادة المنفردة ، دار الهدى، 2004 ص108.

أ- المبيع في عقد البيع على التصاميم:

نص المشرع الجزائري على المبيع في عقد البيع بموجب المادة 351 من القانون المدني¹ غير أنه لم يبرزه شروطه وتركها للقواعد العامة التي أحالتها الى شروط محل العقد²، وهي أن يكون المحل (العين المبيعة) موجودا أو قابلا للوجود ومعينا أو قابلا للتعيين ومشروعا، فالشرط المتعلق بالوجود أو قابل للوجود ينقسم إلى شطرين، الأول يتضمن العين المبيعة الموجودة ودراسة حالات العقد فيها فأدرجها المشرع ضمن ثلاث حالات تتعلق الأولى بوجودها قبل إبرام العقد وإستمرارها الى غاية تنفيذ العقد وتسليمها فعقد البيع صحيح، أما الحالة الثانية تتعلق بوجود العين المبيعة قبل العقد وأثناء إنعقاده وهلاكها قبل التنفيذ، فالعقد المبرم بين البائع والمشتري يعد صحيح ولكنه يفسخ بعد هلاك العين المبيعة إلا في حالة الهلاك الجزئي لها، أما الحالة الأخيرة فهي حالة إنعدامها قبل التعاقد تؤدي بالعقد الى البطلان المطلق قبل الإبرام لإستحالة المبيع وهذا مثل بيع سيارة وإحتراقها في حادث مرور قبل إبرام العقد أصلا³ أما الشرط الثاني يتعلق بالعين المبيعة الآيلة للوجود مستقبلا وهذا ما ينطبق أساسا على عقد البيع على التصاميم وعلى أنواع كثيرة من العقود أبرزها عقد بيع المؤلف لمؤلفاته قبل تمامها، فالمبيع غير موجود قبل إبرام العقد ولا أثناء إنشاء العقد، وإنما ينشئ بناء على إرادة طرفيه المتجهة الى وجوده.

أما الشرط المتعلق بتعيين المبيع أو قابلا للتعيين في عقد البيع على التصاميم فلم يخضعه المشرع للقواعد العامة نظرا لخصوصيته وبين فقط أنه ينصب على سلعة عرفها في نص المادة 03 الفقرة 17 من القانون رقم 03/09 المؤرخ في 25 فبراير سنة 2009 حماية

¹ المادة 351 من الأمر رقم 58.75 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، السابق الذكر.

² المادة 92 و93 و94 و95 من الأمر رقم 58.75 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، السابق الذكر.

³ سي يوسف زاهية حورية، الواضح في عقد البيع، دراسة مقارنة ومدعمة بإجتهادات قضائية وفقهية دار هومه، الجزائر

المستهلك وقمع الغش¹ بأنها : " كل شيء مادي قابل للتنازل عنه بمقابل أو مجانا" الملاحظ على نص المادة أن السلعة تشمل المنقولات والعقارات² لذا فالعقار كغيره إعتبره المشرع الجزائري سلعة بعدما حسم الفصل في الجدل القائم حوله في القوانين السابقة ، وبما أن محل عقد البيع على التصاميم هو عقار غير موجود وقت التعاقد أو عقار غير تام البناء فإنه يشكل السلعة المراد بيعها أو اقتناؤها لذا عمل المشرع على أن تتوفر شروط المحل العامة من تحديد الأوصاف تحديدا دقيقا نافيا للجهالة في البناء³ ، وتعيينه عن طريق ذكر البيانات ووجود السندات التي أقرها المشرع الجزائري في المرسوم التنفيذي رقم 13-431⁴ وأيضا ما نصت عليه المادة 38 من القانون رقم 11-04⁵ .

أما الشرط الأخير المتعلق بالسبب المشروع في محل عقد البيع على التصاميم ذكر المشرع الجزائري أن العقار محل التعاقد لا بد أن يكون مشروعاً غير مخالف للنظام العام والأداب العامة وسنفصل ذلك لاحقاً.

¹ ج، ر العدد 15، الصادر في 08 مارس سنة 2009.

² على عكس ما جاء في نص المادة 1/2 من المرسوم التنفيذي رقم 39/90 المتعلق بمراقبة النوعية وقمع الغش والمادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 266/90 المتعلق بضمان المنتجات والخدمات التي أنكرنا صفة منتج على العقارات ليذهب الدكتور محمد بودالي برأيه الى أنصار الفقه الذين اعتبروا العقارات منتوجا قابلا للاستهلاك ، مدعما رأيه على أساس أن الشخص الذي يشرف على بيع السكن هو محترف متخصص لديه مهارات يتفوق بها على المستهلك الضعيف ،أنظر محمد بودالي ، مرجع سابق ،ص، ونحن نؤيد رأيه لأن الشيء المعقود عليه في عقد البيع على التصاميم بناية أو جزء منها و الغرض منه الحصول على سكن لتلبية حاجة المستهلك فقط لإن المشرع الجزائري ألزم صفة الإحتراف للمرفي العقاري قانونا

³ -" يقصد بالبناء ما يتم إقامته فوق الأرض وما يبني تحتها " سهام مسكر، مرجع سابق، ص83.

- أما العلم الكافي بالمبيع لا بد أن يكون نافيا للجهالة الفحشاء المؤدية الى انتزاع.

⁴ المرسوم التنفيذي رقم 13.431 يحدد نموذجي عقد حفظ الحق وعقد البيع على التصاميم للأملك العقارية، السابق الذكر .

⁵ المادة 32 من القانون رقم 11.04 المحدد لقواعد نشاط الترقية العقارية، السابق الذكر .

ب - الثمن في عقد البيع على التصاميم

يعد الثمن أساس إنعقاد عقد البيع على التصاميم لأن تسديده يتم بطريقة خاصة ومن بين أهم شروطه هي : أن يكون الثمن نقوداً؛ فالمبيع الذي يتم بيعه سواء كان عقاراً أو منقولاً لا بد من الإتفاق على ثمنه بالنقود وسواء تم تحصيله مقسطاً أو دفعة واحدة أو غيرها من الطرق المتداولة في التحصيل ، فإنه لا يجوز أن يتم بأوراق مالية أو أسهم وسندات وإلا كان العقد مقايضة¹، فطرفاً عقد البيع على التصاميم يتفقان على ثمن بيع البناية أو جزء منها بالنقود فقط ومجرد مخالفة هذا الشرط يعد باطلاً كأن يتفق المرقي العقاري على منح بناية أو جزء منها مقابل أسهم في شركة للمقتني فهنا العقد المبرم بينهما عقد مقايضة ، ورأى الدكتور محمد حسنين أنه متى حدد الثمن نقداً فلا شيء يمنع بعد تحديده من أن يتفق العاقدان على تحويله إلى عين معيلة أو إلى أسهم أو سندات ويجوز أن تحل الأوراق التجارية محل النقود في الوفاء بالثمن²، ونحن نؤيده فتسديد الثمن من قبل مقتني العقار بناء على التصاميم يتم بموجب النقود لأن المشرع الجزائري ألزم طرفاً العقد بذكره في مضمون العقد وللمرقي العقاري بعد ذلك تحصيله في نظرنا عن طريق الأوراق التجارية فقط إذا غابت النقود لأن أساس تمويل المشروع يعتمد أساساً على دفعات المقتني للعقار كلما تقدم الإنجاز فكيف يتم تسديدها إن كانت أسهم وهذا ما أكدته المادة من 42 من القانون رقم 04-11³.

- أن يكون جدياً لا تافهاً ولا صورياً، فالثمن الحقيقي هو الذي تكون إرادة طرفي العقد قد إتجهت إلى إلزام المشتري بأن يدفعه فعلاً بإعتباره مقابلاً حقيقياً للمبيع⁴ أما الثمن التافه هو

¹ أنظر محمد حسنين، مرجع سابق، 61 والرأي المخالف له للدكتور عبد الرزاق السنهوري، البيع والإيجار، مرجع سابق ص324، الذي أجاز أن يتم تسديد ثمن المبيع بالسندات والسبائك الذهبية والأسهم حتى لو تغيرت طبيعة العقد معتمداً على نظرية العقد شريعة المتعاقدين.

² المرجع نفسه ، الصفحة نفسها .

³ المادة 42 من القانون رقم 04-11 المحدد لقواعد نشاط الترقية العقارية، السابق الذكر.

⁴ سي يوسف زاهية حورية، مرجع سابق، ص107.

الذي لا يتناسب بتاتا مع قيمة المبيع، وأما ما يتعلق بالثمن الصوري فإرادة طرفاه لا تحقق الغاية منه في القبض والرد¹

والشرط الذي يتعلق بجدية الثمن في عقد البيع على التصاميم هو الثمن الحقيقي فلا يجوز للمرقي العقاري والمستهلك أن يتفقا على الثمن التافه الذي لا يتناسب بتاتا مع قيمة العقار قيد الإنشاء ، فحكم الثمن التافه هو ثمن معدوم يبطل عقد البيع على التصاميم بطلان مطلق ، كما لا يجوز لهما أيضا الإتفاق على الثمن الصوري فيه لأجل منع تحويل العقد من بيع على التصاميم الى هبة ضمنية ، غير أن المشرع في القواعد العامة التي تحكم البيع أشار الى الثمن البخس الذي يقل كثيرا عن قيمة المبيع فإذا إتفق عليه كل من المرقي والمستهلك في عقد البيع على التصاميم، جاز للمرقي العقاري أن يرفع دعوى تكملة الثمن إذا توافرت شروط الغبن.

وأما الشرط المتعلق أن يكون مقدرا أو قابل للتقدير أن الأصل العام أن يتم تحديد ثمن العين المباعة وفقا لإرادة المتعاقدين في عقد البيع فهما أصحاب الحق في تقديره سواء كان تقديرا صريحا أو ضمنيا، وعدم الإتفاق بينهما يؤدي لا محال الى البطلان المطلق لعقد البيع غير أنه يوجد إستثناء حول القاعدة العامة وهو أن يتم فرض الثمن في بعض الأحوال كحال البيع بالمزاد العلني وحالة البيع في عقود الإذعان وحالة البيع بالتسعييرة الجبرية²، مناط هذا أن تحديد سعر العقار قيد الإنجاز في عقد البيع على التصاميم من العقود التي يتم تقدير الثمن فيها على أساس أن محل العقد لا يوجد وإنما سينجز فضبط الثمن فيه يخضع لأساس سعر السوق العقارية خلافا للأسس الأخرى³ عدا ما يتعلق بالبيع التساهمي أين يكون الثمن فيه مقننا.

¹ محمد حسنين، مرجع سابق، ص 61

² سي يوسف زاهية حورية، مرجع سابق، ص 109.

³ الأسس الأخرى: السعر المتداول في التجارة أو السعر الذي جرى عليه التعامل بينهما وكذا الثمن الذي إشتري به البائع ضمن بيوع الأمانة والثمن المحدد من قبل الأجنبي

وما يستشف أن محل الثمن في عقد البيع على التصاميم يخضع في نظرنا الى إرادة المرقى العقاري الذي يحدد السعر فيكون مفروضا على المستهلك الذي عليه قبوله أو رفضه لذا يعد نوع من أنواع عقود الإذعان فسعر البناية أو جزء منها مفروض وليس مقدر أو قابلا للتقدير حتى الأسعار المقننة من طرف الدولة بالنسبة للعقارات فهي تفتقر الى عنصر الاتفاق عليها فهي مفروضة على كلا طرفي عقد البيع على التصاميم.

ثالثا : السبب في عقد البيع على التصاميم :

أقر المشرع الجزائري على السبب كركن من اركان انعقاد العقد نص المادة 97 التي ورد فيها بأنه: " إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو للأداب العامة كان العقد باطلا"¹، ومدلول ذلك أنه لم ينص على مشروعية السبب بتعبير صريح وإنما أتى به بتعبير ضمني، فعمد الى أن الأصل في السبب أن يكون مشروعاً والإستثناء عدم مشروعيته والتي رتب لها جزاء وهو البطلان بمجرد كشفه، فالمكتتب الذي يبرم عقد شراء مسكن بناء على التصاميم بغية سرقة الأطفال والمتاجرة بأعضائهم أو ممارسة أعمال السحر والشعوذة فيه، فهذا الباعث من وراء شراء المسكن غير مشروع ومخالف للنظام العام والأداب العامة والبطلان فيه مطلق ضف الى ذلك لابد من متابعته لارتكابه مثل هاته الجرائم ، أيضا ما يتعلق بالمرقى العقاري الذي يسعى دائما الى تحقيق الهدف التجاري من وراء إبرام هذه النوعية من العقود فإذا كان الدافع إليها القيام بعمليات تبييض أمواله التي تحصل عليها من مصادر غير مشروعة كالمتاجرة بالمخدرات مثلا فالباعث الرامي الى إبرامها ليس صحيحا ومخالف للنظام العام ، ما يجعلها تبطل العقد بصفة مطلقة ومباشرة ، وإثبات السبب هنا يتعلق بما نصت عليه المادة 98 من القانون المدني الجزائري التي جاء في نصها بأنها: " على أن كل التزام مفترض أن له سبب مشروع

- سعر السوق أشار إليه المشرع الجزائري في نص المادة 356 الفقرة 2 الأمر رقم 58-75 المتضمن القانون المدني، السابق الذكر.

¹ المادة 97 من الأمر رقم 58-75 المتضمن القانون المدني، السابق الذكر.

ما لم يقد الدليل على غير ذلك¹ ووفقا لما ورد فيها نجد أنه إذا انكشف الباعث أنه غير مشروع لأحد المتعاقدين سواء المشتري أو البائع ومخالف للنظام العام والاداب العامة جاز توقيع البطلان بشرط علم الطرف الآخر فإذا لم يكمن يعلم فالعقد لا يكون باطلا وعليه يؤخذ بالإرادة الظاهرة لا الباطنة²، فمسألة إثبات السبب غير المشروع في عقد البيع على التصاميم أو بطلانه يرجع الى علم المرقي العقاري الذي دفع بالمكاتب للشراء لذا على هذا الاخير أن يثبت بكافة طرق الإثبات الممنوحة في القانون المدني.

الفرع الثاني

الركن الموضوعي الخاص

تخضع جل البيوع العقارية في التشريع الجزائري الى الشكلية فرغم مبدأ الرضائية فيها والسبب المشروع وتوافر شروط محل العقد إلا أن المشرع نص على ضرورة الرسمية فيها وذلك بغية ترتيب الأثر القانوني لها لذا قسمنا هذا الفرع الى الشكلية المطلوبة فيها ثم مراحلها.

أولا الشكلية في عقد البيع على التصاميم : بالإضافة الى ركن الرضا في مجال العقود فإن نوع منها يمتاز بميزة خاصة تتطلب إفراغ الإيجاب والقبول بين طرفيه ضمن شكل معين وهذا بغية إضفاء الأثر القانوني وحياسة قوة الشيء المقضي فيه ، ومن أبرز هذه العقود عقد البيع على التصاميم الذي أقر المشرع الجزائري وجوبية إفراغه ضمن الشكل الرسمي، وهذا وفقا لما جاءت به نص المادة 34 من المرسوم التنفيذي رقم 13-431³ التي أكدت على ضرورة أن يكون بالكتابة الرسمية لا العرفية ،المنصوص عليها في المادة 03 الفقرة من

¹ المادة 98 من الأمر 58-75 المتضمن القانون المدني، السابق الذكر .

² أنظر علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 75.

³ المادة 34 من المرسوم التنفيذي رقم 13-431 الذي يحدد نمودجي عقد حفظ الحق وعقد البيع على التصاميم للأملك العقارية، السابق الذكر.

القانون رقم 04-02 المحدد للقواعد المطبقة للممارسات التجارية¹ التي أجازتها في عقود الإستهلاك، نظرا لخصوصية هذا العقد فرغم أنه يكفل حق المقتني في انتقال الملكية العقارية اليه بمجرد التوقيع على العقد، إلا أن الانتفاع وحق التصرف في العقار يؤجل إلى ما بعد تسليمه .

ثانيا: مراحل الرسمية في عقد البيع على التصاميم

ليكتسب عقد البيع على التصاميم الشكل الرسمي الذي نص عليه القانون لا بد أن يمر بمراحل أساسية وهي تحريره وتسجيله وأخيرا شهره.

أ- المرحلة التحريرية للعقد (مرحلة صياغة عقد البيع على التصاميم): تنقسم هذه المرحلة إلى قسمين:

1- مرحلة قبل تحرير عقد البيع على التصاميم: في هذه المرحلة على الموثق أن يتحقق من شخصية المرقي العقاري والمستهلك العقاري من خلال شهادات الميلاد وبطاقات التعريف الوطنية وأما الوثائق المتعلقة بالعقد فعليه أن يتأكد من الرخص والشهادات، وأيضا من مستخرجات السجل التجاري وشهادة الضمان لدى الصندوق الوطني ووثيقة الاعتماد وغيرها وأن يحترز من الأشخاص خاصة كبار السن الذين قد تظهر عليهم الاضطرابات العقلية أو المرض، وكذا أن يتأكد من جميع الوثائق المتعلقة بإبرام عقد البيع على التصاميم ومدى صحتها من تقليدها طبقا لنص المادة 12 فقرة 01 من قانون التوثيق².

2- مرحلة تحرير عقد البيع على التصاميم: يقوم الموثق بتحرير عقد البيع على التصاميم وفق الصياغة القانونية المطلوبة³، فيتم تصميمه وفق الهيكل العقدي وبنود العقد، يستهل

¹ المادة 03 من القانون رقم 04-02 للمورخ في 23 يونيو سنة 2004 المحدد للقواعد المطبقة للممارسات التجارية المعدل والمتمم، ج ر، العدد 41 الصادر في 27 يونيو سنة 2004.

² المادة 1/ 12 من القانون رقم 06-02 المتضمن تنظيم مهنة التوثيق، السابق الذكر.

³ أنظر نموذج عقد البيع على التصاميم المنصوص عليه في المرسوم رقم 13-431 المؤرخ في 28/12/2013 المحدد لنموذجي عقد حفظ الحق وعقد البيع على التصاميم، منشور في الجريدة الرسمية، العدد 66، سنة 2013.

الصياغة بمحتويات العقد من المقدمة التي تتضمن إسم و لقب الموثق وعنوان العقد ، وتاريخ و مكان العقد ، وأطراف العقد (تحديد شخصية العاقد و قدرته على التعاقد و كذا الشهود)، ثم يقوم بصياغة مضمون العقد الذي يعمل فيه على إدراج الغرض من التعاقد ومحل العقد والتزامات الأطراف، والقانون الواجب التطبيق في الجزء الأول منه أما الجزء الثاني يحرر فيه نفاذ العقد وتنفيذه من خلال مواصفات التنفيذ و ضماناته ،أما الجزء الثالث يتحدث عن الحوادث الطارئة وبنود الجزاءات وتسوية المنازعات ، ليختم الصياغة بنهاية العقد حول التأكيدات وتوقيع الأطراف والشهود أو البصمات والختم الخاص به .

ويقع على الموثق أثناء التحرير تلاوة النصوص فهو عمل مكلف به بقوة القانون طبقا لنص المادة 29 من القانون رقم 06 -02 المتعلق بتنظيم مهنة التوثيق¹.

ب - المرحلة التسجيلية لعقد البيع على التصاميم :

بعد تحرير عقد البيع على التصاميم من قبل الموثق ، يتم تسجيله لدى مصالح مفتشية التسجيل والطابع المختصة إقليميا² وفقا لمقتضيات المادة 34 من القانون رقم 11-04³ وعلى الموثق أن يقوم بعملية التسجيل خلال شهر من تاريخ تحرير العقد⁴ وفي حال عدم قيامه بالتسجيل يتحمل مسؤولية ذلك عن طريق تعرضه للجزاءات المنصوص عليها قانونا، والفائدة من تسجيل العقود الرسمية هو تمكين إدارة الضرائب من مراقبة ومتابعة جميع

¹ المادة 29 من القانون رقم 06-02 المتعلق بتنظيم مهنة التوثيق، السابق الذكر.

² تنص المادة 75 من الأمر 76 - 105 المؤرخ في 9/12/1976 المتضمن قانون التسجيل على ما يلي: "لا يستطيع الموثقون أن يسجلوا عقودهم إلا في مصالح التسجيل التابعة للدائرة التي يوجد بها مكتبهم، ج ر، عدد 81 الصادرة في 18/12/1977"

³ المادة 34 من القانون رقم 11-04 المحدد لقواعد نشاط الترقية العقارية، السابق الذكر.

⁴ تنص المادة 58 من الأمر 76 - 105 المؤرخ في 9/12/1976 المتضمن قانون التسجيل على ما يلي: "يجب أن تسجل عقود الموثقين في أجل شهر ابتداء من تاريخها باستثناء الحالة المنصوص عليها في المادة 64 أدناه....."، وأيضا المادة 61 من نفس القانون نصت على ما يلي: "يجب أن تسجل العقود التي تتضمن نقل الملكية أو حق الانتفاع للأموال المنقولة في أجل شهر ابتداء من تاريخها".

المعاملات الواردة على العقارات وتحصيل الرسوم والضرائب المترتبة عنها¹، وكمبدأ عام فإن المشتري هو من يتحمل مصاريف التسجيل والطابع ومستحقات الموثق وغيرها، ما لم توجد نصوص قانونية تقضي بغير ذلك طبقا لما ورد في نص المادة 393 من القانون المدني الجزائري²، أما ما يتعلق بالرسوم المتعلقة ببيع العقارات الموجهة للاستهلاك (الاستعمال السكني) في إطار نشاط الترقية العقارية، فالمشرع الجزائري عمل على إعفاءها طبقا لما ورد في المادة 5/258 من الأمر رقم 105/76 المتضمن قانون التسجيل³، لذا فرسم تسجيل عقد بيع على التصاميم لا يتم دفعه لا من قبل المرقي العقاري ولا من قبل المستهلك.

ج مرحلة شهر عقد البيع على التصاميم:

تعد مرحلة شهر عقد البيع على التصاميم المرحلة الاخيرة من الرسمية المطلوبة قانونا لركن الشكل، فبعد تسجيل العقد في مصلحة الطابع والتسجيل لدى مفتشية الطابع والتسجيل، لا بد من شهره أمام المحافظة العقارية، فيتم إيداع عقد البيع على التصاميم والوثائق المرفقة معه من قبل الموثق لدى المحافظ العقاري الذي يطلع عليها ويتأكد من صحتها أثناء فترة الإيداع طبقا لما نصت عليه المحافظ العقاري⁴ الذي يطلب السندات والوثائق اللازمة لذلك وهذا وفقا لما ورد في نص المادتين 90 و 99 من المرسوم التنفيذي رقم 63/76 المؤرخ في 25 مارس 1976 المتعلق بالسجل العقاري⁵، والمادة 793 من القانون المدني⁶

¹ زاهية حورية سي يوسف، مرجع سابق، ص 43

² المادة 393 من الأمر 58.75 المتضمن القانون المدني، السابق الذكر.

³ تنص المادة 5/258 من الأمر 76 - 105 المتضمن قانون التسجيل على ما يلي: "..... تعفى أيضا 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 المرقيين.

⁴ المادة الاولى من المرسوم التنفيذي رقم 63.76، المؤرخ في 25 مارس 1976، يتعلق بتأسيس السجل العقاري، ج ر، 13، أبريل 1976، العدد 30 ص 468، المعدل والمتمم بموجب المرسوم التنفيذي رقم 93 - 123، ج ر 23، ماي 1993، العدد 34، ص 14.

⁵ ج، ر، العدد 30، الصادر في 13 أبريل سنة 1976.

⁶ المادة 393 من الأمر رقم 58.75 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، السابق الذكر.

التي تنص على ضرورة القيام بإجراءات الشهر العقاري فالوظيفة الأساسية من الشهر في انتقال ملكية الشيء المبيع الى مرحلتين إنتقال حق الرقبة مباشرة بعد التوقيع على العقد وحق الانتفاع والتصرف بعد تسليم الإنجاز عن طريق محضر التسليم الذي يعد إختياريا .

وفي حال عدم شهر عقد البيع على التصاميم في الآجال القانونية من قبل الموثق أو المحافظ العقاري يظل حجة فقط بالنسبة لطرفيه ولا يجوز الاحتجاج به على الغير، فتعاس الموثق أو رفض المحافظ إجراء الإشهار يجعل الكثير من المرقين العقاريين يستغلون الفرصة ليتم إعادة بيع العقار مرة ثانية فلمن تثبت ملكية هذا العقد للمقتني الأول أم الثاني؟

إن عدم شهر عقد البيع على التصاميم يؤدي الى بطلانه حسب نص المادة 1/34 من القانون رقم 04-11 وهذا أيضا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها رقم 664290 الذي يقضي بوجوب تحرير عقد البيع بناء على التصاميم في الشكل الرسمي¹، لذا فالعقد في حالة إشهاره من قبل المقتني الثاني يصبح مالكا للعقار أو جزء منه بقوة القانون على أساس أن العقد الأول ليس مشهرا رغم تسجيله من المقتني الأول.

الملاحظ في الأخير أن إشهار عقد البيع على التصاميم سلاح ذو حدين لأن نية المشرع كانت تنصب حول انتقال ملكية العقار بمجرد التوقيع على العقد وشهره، حتى ولو لم يوجد العقار محل التعاقد هذا لحماية حق المستهلك العقاري من تجاوزات التي يتعرض لها من قبل المرقين العقاريين، ولكن بشهر عقد البيع على التصاميم فإن البنود الواردة فيه تحوز حجية الشيء المقضي فيه فتصبح ملزمة للأطراف خاصة إذا كانت تحمل تعسفا من المرقى العقاري بإعتباره الطرف القوي في العلاقة التعاقدية.

¹ قرار المحكمة العليا لمؤرخ في 14/04/2011، مجلة المحكمة العليا، عدد 02، سنة 2012، ص 363.

- المشرع الجزائري في نص المادة 34 من القانون رقم 04/11 أكد أن عدم شهر عقد البيع على التصاميم يؤدي الى بطلان العقد و لم يوضح نوعية البطلان هل هو مطلق أم نسبي ؟ .

المطلب الثاني

شروط صحة عقد البيع على التصاميم

نص المشرع الجزائري على شروط لصحة إنعقاد البيع على التصاميم بين المرقي العقاري والمستهلك بإعتباره من العقود الملزم للجانبين لذا نتحدث عن شروط صحة العقد وفقا للقواعد العامة بموجب الفرع الأول ونتناول الشروط الخاصة التي يمتاز بها في القوانين الترقية العقارية ضمن الفرع الثاني منه.

الفرع الأول

شروط صحة العقد العامة

ليتم رضا كل من المرقي العقاري والمستهلك بالشكل المطلوب قانونا، وتكون إرادتهما سليمة وصحيحة ومنتجة لأثارها القانونية لابد أن تخلو من عيوب الإرادة وعوارض الأهلية.

أولا: عيوب الإرادة

الإرادة المعيبة هي إرادة موجودة، ولكنها لم تصدر عن بيئة واختيار لذلك فهي لا تحول دون وجود التصرف، وإنما يكون لمن عيبت إرادته أن يبطل إبطال هذا التصرف¹، وعيوب الإرادة وفقا للتشريع الجزائري هي: الغلط والتدليس والإكراه والإستغلال ونص عليها ضمن المواد 81 إلى غاية 91 من القانون المدني.

1- الغلط:

يعد الغلط من عيوب الإرادة التي ابرزها المشرع الجزائري ضمن نص المادة 81 بقولها: "يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط جوهري وقت إبرام العقد أن يطلب إبطاله" و مدلول هذا النص ان المشرع الجزائري أشار فقط للغلط دون ان يقوم بتعريفه تاركا ذلك للفقهاء الذي عرفه بأنه: "عدم توافق الارادات الحقيقية أي الارادة الباطنة مع الارادة المعبر عنها أي الارادة

¹ عبد المنعم فرج الصده ، مرجع سابق ، ص 214.

الظاهرة"¹، وأيضا هو: " اعتقاد يخالف الحقيقة، يتولد في ذهن الشخص فيحمله على التعاقد وما كان ليتعاقد لو علم بالحقيقة"²، وبالرجوع الى تقسيم أصحاب النظرية التقليدية نجد للغلط ثلاثة أنواع أهمها الغلط الذي يشوب رضا المتعاقدين ، فمتى اتسم عقد البيع على التصاميم بغلط في ارادة أحد طرفيه جاز للطرف الأخر أن يطلب ببطلانه بشرط أن يكون جوهريا وأن يصل الغلط بالمتعاقدين الأخر ليتم ابطال العقد ويتجلى ذلك في حالتين : الأولى في مادة الشيء والثانية في الشخص المتعاقد إذا كانت شخصيته محل إعتبار³، ويكون المتعاقد قد وقع بالغلط في الصفة الجوهرية للشيء محل التعاقد ، اذا كانت هذه الصفة هي التي دفعته للتعاقد⁴، أما الغلط في الشخص المتعاقد فقد يكون في صفة من صفاته الجوهرية إذا كان هو الدافع الى التعاقد كمن يؤجر منزلا لإمرأة على أنها حسنة السلوك فيتضح أنها سيئة السلوك وقد يقع الغلط في ذاتية الشخص كمن يريد التعاقد مع جراح مشهور فإذا به يتعاقد مه جراح أخر يحمل نفس الاسم⁵.

وبما أننا نتحدث عن عقد البيع على التصاميم فالاعتبار الشخصي فيه يلعب دورا هاما خاصة أن المرقى العقاري ينجز مشروعه على أساس القدرة المالية للمستهلك فإذا وقع غلط في شخصية هذا الأخير بأنه موسرا ثم تبين له أنه معسرا جاز له ابطال العقد⁶، وأيضا إذا وقع المستهلك في غلط حول موصف البناية محل العقد ومثال ذلك : إذا ظن أن المشروع

¹ خالد عبد حسين الحديثي، تكميل العقد ، "دراسة مقارنة" منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت لبنان سنة 2012 ، ص 23.

² محمد سعيد جعفرور، نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري و الفقه الإسلامي ، د،ط ،دار هومه ، الجزائر ، 2002، ص 14 ، 15.

³ بلحاج العربي ، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري، ج1، ط6 ،ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر 2008، ص101.

⁴ خليل أحمد حسن قداد ، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري ، ج 1، د،ط ديوان المطبوعات الجامعية ،الجزائر ، 2005، ص، 52.

⁵ أنور العمروسي ، عيوب الرضا في القانون المدني ،الغلط ، التذليس ، الإكراه ، الإستغلال معلقا على نصوصها بالفقه وقضاء النقض ، ط1 منشأة المعارف الاسكندرية ، 2003، ص 146.

⁶ علاء حسين علي ، مرجع سابق ، ص 81 و 82.

العقاري عبارة عن منازل ذات طوابق وإذا هي منازل ذات حدائق ، أو تعاقد المستهلك مع أخ المرقي العقاري التوأم معتقدا أنه صاحب المشروع ولكنه المهندس، لذلك إذا وقع المرقي العقاري أو المستهلك ضحية الغلط فلهما أن يطالب بإبطال العقد وفقا لما جاء في نص المادة 81 من القانون المدني الجزائري ولهما الحق في التمسك بهذا الإبطال طبقا لنص المادة 101 من القانون المدني الجزائري .

2- التديس :

التديس" هو تضليل المتعاقد باستعمال وسائل مختلفة احتيالية تدفعه الى التعاقد ، بحيث لولاها لما رضي بالتعاقد ، أو هو استعمال طرق احتيالية بقصد إيهام المتعاقد بأمر يخاف الواقع وجره بذلك الى التعاقد"¹

وأیضا التديس هو: " ايقاع المتعاقد في غلط يدفعه الى التعاقد"²، وللتديس عنصران أساسيان موضوعي هو الطرق الاحتيالية التي وقعت الى التعاقد، والعنصر النفسي هو أن تكون الطرق الاحتيالية هي التي دفعت الى التعاقد، إذا التديس هو استعمال طرق احتيالية من شأنها خداع المدلس عليه بدفعه الى التعاقد³ ، وبالرجوع الى أحكام نص المادة 86 من القانون المدني الجزائري نجد لإبطال العقد بسبب التديس لابد من توافر شروط أساسية وهي:

- أن يبلغ من الجسامة حدا بحيث لولاها لما أبرم الطرف الموجه إليه التديس العقد.
- يجب أن يكون التديس داخلا في نطاق العقد، وهذا يستلزم أن يكون صادرا من المتعاقد الآخر وإذا كان صادرا من الغير، فيجب أن يكون المتعاقد يعلم به أو كان من المفروض حتما أن يعلم به.

¹ محمد سعيد جعفرور، نظرية عيوب الارادة ، مرجع سابق، ص 40 و41.

² أنور العمروسي ، عيوب الرضا في القانون المدني ، مرجع سابق ، ص 160.

³ علي علي سليمان، النظرية العامة للإلتزام ، ط 8، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 2008، ص 60

ويعتبر السكوت عمدا عن واقعة أو ملابسة تدليسا إذا ثبت المدلس عليه أنه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو الملابسة¹، فأساس التدليس هو الإحتيال والتغريب والتضليل وعلى ذلك لا بد أن يتضمن الأدوات والوسائل التي تؤدي الى هذه النتيجة²، ويعتبر عيب التدليس من أهم عيوب الإرادة التي تتواجد بكثرة في عقد البيع على التصاميم ، ذلك أن هذه العقود عادة ما تسبقها اعلانات في وسائل الاعلام المختلفة التي تتضمن الترويج لمشاريع البناء ، وقد تتضمن هذه الإعلانات معلومات غير حقيقية ، كالمكان الذي ستقام عليه المشاريع أو مستوى الخدمات التي تقدم فيه ، فتدفع الاشخاص الى التعاقد مع أصحاب هذه المشاريع³.

3- الإكراه:

يشوب الإكراه الارادة في حريتها واختيارها، فهو يحدث رهبة أو خوفا في نفس الشخص يدفعه الى القبول للتعاقد ، والأصل في الإكراه أنه يفسد الرضا ولا يعدمه ، وهو ما أشار إليه المشرع الجزائري في نص المادة 88 من القانون المدني الجزائري ، التي ابرزت أن الاكراه هو الخطر الجسيم المحقق بالنفس والمال واستغلال صاحب الحق حقه كوسيلة للإكراه ، ويجسد في استعمال العنصرين المادي والمعنوي⁴ ، كما يختلف باختلاف أحوال الأشخاص وسنهم وضعفهم وتأثرهم حق⁵

لذا فالإكراه الذي يعيب رضا المرقى العقاري والمستهلك في عقد البيع على التصاميم يتم متى توفرت وسائل وعناصر الإكراه المنصوص عليها قانونا، ومثال ذلك المرقى العقاري

¹ المادة 86 / 2 من القانون المدني الجزائري

² محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني، مرجع سابق ، ص 182.

³ علاء حسين علي ، مرجع سابق، ص 82.

⁴ العنصر الموضوعي وهو استعمال وسائل الإكراه تهدد بخطر جسيم محقق، ونفسي هو الرهبة التي بعثها الإكراه في النفس فتحملها على التعاقد.

⁵ المادة 88 من القانون المدني الجزائري التي تقابلها المادة 1112 من القانون الفرنسي.

الذي يبرم عقد البيع على التصاميم مع المستهلك بناء على إكراهه عن طريق شراء المسكن أو القيام بفضح للمستهلك عن طريق نشر صور عبر صفحات الانترنت (حالة رشوته كموظف، أو فضيحة أخلاقية وغيرها) وكذا المستهلك الذي يعمل على اكراه المرقى العقاري ببيعه البناية أو جزء منها وإلا قام بإخبار باقي المستهلكين باستخدامه لمواد بناء أقل جودة . ومما سبق يمكن القول أن من خصائص عقد البيع على التصاميم أنه عقد نموذجي محرر مسبقا من قبل المرقى العقاري، فصفة الاحترافية التي منحها له المشرع تجعله الطرف القوي في العلاقة التعاقدية الاستهلاكية وأيضا ما يتعلق بعدم مناقشة بنود العقد بسبب أنه محتكر السلعة والأساسي للقيام بالمشروع، وأيضا إنفراده بوضع شروط العقد، كلها أساليب تجعل المستهلك مكره إما ببرم العقد أو يتركه، ونظرا للضرورة الملحة والاقتصادية للحصول على السكن فهو مكره على إبرام العقد.

4- الاستغلال:

يعد الاستغلال من العيوب التي تشوب ارادة أحد طرفي العقد وعرفه الفقهاء بأنه : "عدم التعادل بين ما يعطيه المتعاقد وما يأخذه ولا بد أن يستغل فيه العاقد ضعفا في المغبون بحيث تفسد إرادته ويندفع الى التعاقد تحت تأثير هذا الاستغلال¹، وفي تعريف آخر لهم هو " أن يستغل شخصا طيشا بينا أو هوى جامحا في شخصا آخر لكي يبرم تصرفا يؤدي الى غبن فادح"²، وهو ما أتى به المشرع الجزائري في نص المادة 90 من القانون المدني؛ غير أنه أكد على قيام الاستغلال بالعنصر الموضوعي الذي يتمثل في عدم تعادل التزامات طرفي العقد، والعنصر النفسي وهو حالة الضعف التي توجد فيها أحد الطرفين فيستغلها الطرف الآخر ولا بد أن تكون بين العنصرين علاقة سببية فالاختلال إنما هو نتيجة للاستغلال.

¹ عبد المنعم فرج الصده، مرجع سابق، ص 261.

² صبري السعدي، مرجع سابق، ص 203.

وبما أن عقد البيع على التصاميم عقد معاوضة فالعنصر المادي فيه يتحقق بوجود إختلال كبيرا بين التزامات أحد متعاقديه وبين ما حصل عليه من فائدة بمقتضى العقد أو ترتب عليه أن يعطي دون أن يأخذ أي مقابل، فتقدير الاختلال وقت التعاقد ، أما بالنسبة للعنصر النفسي ينحصر في أن أحد المتعاقدين يستغل في المتعاقد الآخر طيش أو هوى جامحا¹

ومتى أثبت أحد طرفي عقد البيع على التصاميم عيب الاستغلال جاز له أن يطلب بموجب دعوى قضائية ابطال العقد أو إنقاص التزاماته ووجب أن ترفع خلال سنة والإ كانت غير مقبولة طبقا لنص المادة 90 من القانون المدني الجزائري ، وغالبا ما نجد أن الطرف المستغل والمغبون في هذا النوع من العقود هو المستهلك لأنه الضحية الأولى لان عدم كفايته ودرايته أحيانا حتى بنوع العقد المبرم وكذا الضرورة للحصول على السكن يجعله يقع في غبن فاحش².

ويقصد بالغبن إختلال التوازن الإقتصادي نتيجة عدم التعادل بين ما أخذه كل متعاقد وما قدمه، فيعتبر الغبن المظهر الخارجي للاستغلال³، وطبقا لنص المواد 358 و359 من القانون المدني الجزائري في حالة تم بيع العقار بناء على التصاميم بغبن يزيد عن الخمس يمكن للبائع طلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس من ثمن المثل وقت إبرام العقد ، وله أجل 3 سنوات لرفع دعوى تكملة الثمن من يوم إنعقاد البيع .

ثانيا: عوارض الأهلية

الأهلية هي صلاحية الشخص لثبوت الحقوق له وعليه وصلاحيته لاستعماله الحقوق التي له، وبما أنا طرفا عقد البيع على التصاميم لا بد أن يتمتع بالأهلية القانونية لإبرام العقد

¹ أنظر في ذلك عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، مصادر الإلتزام بوجه عام مرجع سابق، 397.

² علاء حسين علي، مرجع سابق، ص 83.

³ بلحاج العربي، مرجع سابق، ص126.

الذي يصنف ضمن دائرة العقود الدائرة بين النفع والضرر لكل من المرقى العقاري والمكاتب ولقد ميز الفقه بين نوعين من الأهلية ، أهلية الوجوب وأهلية الأداء والذي يهمننا هي أهلية الأداء فهي صلاحية الشخص لاستعمال الحقوق التي يتمتع بها¹، أو القدرة على التعبير عن الإرادة تعبيراً صحيحاً منتجا لأثاره القانونية في ذمة الشخص الصادر عنه هذا التعبير².

لقد نص المشرع الجزائري في المادة 40 من القانون المدني على أهلية الشخص ببلوغه سن 19 سنة يكون متمتعاً بأهلية الأداء التي يجب أن لا تتعرض لعارض عن عوارضها المنصوص عليها قانوناً .

فطبقاً للقواعد العامة ، فإن طرفاً العقد لا بد أن يتمتع بالأهلية القانونية ضمن ما ورد في المادة 40 من القانون المدني ، إلا أن عقد البيع على التصاميم لما له من خصوصية ألزم المشرع الجزائري المرقى العقاري أن يبلغ سن 25 سنة ليمارس مهنة الترقية العقارية³، وبخصوص المشتري فالتشريع أخضعه للقواعد العامة التي تمكنه من إبرام هذا النوع من العقود بمجرد 19 سنة كاملة ما لم تتعرض أهليته لعارض من العوارض المنصوص عليها قانوناً أو الحجر .

والمقصود بعوارض الأهلية هي الأمور بتعرض لها الشخص فتؤثر على التمييز عنده وبالتالي على أهليته، وقد تقوم لدى الشخص قبل بلوغه سن الرشد فتؤدي إلى الحكم باستمرار الولاية أو الوصاية عليه، وتطراً بعد بلوغه الرشد فتعدم أهليته أو تنقص منها⁴، وتنقسم عوارض الأهلية بين ما يعدمها فيكون مآل العقد البطلان المطلق وبين ما ينقصها

¹ خالد عبد حسين الحديثي ، مرجع سابق ،ص21.

² سي يوسف زاوية حورية، الوجيز في عقد البيع دراسة مقارنة و مدعمة باجتهادات قضائية و فقهية ، دار الأمل ، الجزائر ، 2008،ص53.

³ المادة 06 من المرسوم التنفيذي رقم 12 - 84 المؤرخ في 20 فبراير 2012 المحدد لكيفيات منح الاعتماد لممارسة مهنة المرقى العقاري و كيفيات مسك الجدول الوطني للمرقى العقاريين .

⁴ عبد المنعم فرج الصده، مصادر الالتزام ،مرجع سابق ،ص204.

فيكون العقد قابل للإبطال وهي الجنون والعتة والسفه والغفلة أما السن فهو مرتبط بكلا النوعين:

أ- العوارض المعدمة للأهلية

هذا النوع من العوارض متى طرأ على ارادة أحد الطرفين يعدم التصرف القانوني المبرم من قبلهم ويتمثل في السن والجنون والعتة

1- عامل السن

نصت المادة 42 / 1 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: " لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية متى كان فاقدا للتمييز لصغر السن ،أو عته أو جنون" مؤدى هذه المادة أن المشرع الجزائري نص صراحة على عدم المباشرة الفعلية للحقوق المدنية متى كان الشخص فاقدا لسن التمييز أو مجنون أو معتوه وما فعله أنه حذى حذو الفقه في تدرجه للأهلية عبر السن ،فالعقد المبرم في ظل سن التمييز المحدد ب 13 عشر سنة بين متعاقديه يعد باطل بموجبها ، لذا في حال إبرام عقد البيع على التصاميم الذي يبرمه المرقى العقاري والمشتري باعتبارهما بلغا سن التمييز باطلا¹، ولكن بتحديد المشرع الجزائري سن 25 سنة لممارسة مهنة المرقى العقاري فإنه لم يبين سن التمييز له لذا فطبقا للقواعد العامة هو بلوغه سن 13 عشر سنة.

2 - الجنون والعتة

الجنون اضطراب في العقل يجعل الشخص فاقدا للتمييز أما العته خلل يصيب العقل ويعرف بالجنون الهادئ²، فقد يبلغ الشخص سن الرشد المنصوص عليه قانونا لكنه لا يكون

¹ المادة 82 من قانون الاسرة الجزائري التي نصت : " من لم يبلغ سن التمييز لصغر سنه طبقا لنص المادة 42 من القانون المدني تعتبر جميع تصرفاته باطلة "

² أنظر محمد سعدي الصبري ، مرجع سابق، ص 162 و عبد المنعم فرج الصده ، مرجع سابق ، ص 205 و 206.

أهلا لمباشرة التصرفات القانونية لما تعثره أهليته من عوارض كالجنون أو العته، فالتصرفات التي يقوم بها باطلة بطلان مطلق لأن الإدراك معدوم لدي.

وطبعا ينطبق هذا على أطراف عقد البيع على التصاميم في حال اعترى احدهما أو كلاهما الجنون أو العته، فالعقد المبرم بينهما يؤول لا محالة الى البطلان المطلق المنصوص عليه في المادة 90 من القانون المدني الجزائري¹.

ب - العوارض المنقصة للأهلية

هي العوارض التي إذا اعتلت أهلية أحد المتعاقدين أو كلاهما انتقصت من أهليته وتتمثل في عامل السن، السفه والغفلة.

1 - عامل السن: نص المشرع الجزائري في نص المادة 42 من القانون المدني على سن التمييز فكل شخص بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد اعتبر صبي مميز وبما أن التشريع ضبط سن التمييز ب 13 عشر سنة، فالشخص او الصبي المميز لا يتمتع بالأهلية الكاملة وإنما يطلق عليه اسم القاصر فتصرفاته تشمل النافعة نفعا محضا والضارة ضررا محضا وتلك الدائرة بين النفع والضرر.

فبالنسبة لعقد البيع على التصاميم بلوغ سن الرشد لدى المرقى العقاري هو 25 سنة خروجاً عن القاعدة العامة لذا فسن التمييز بالنسبة له يبدأ من 13 عشر سنة الى غاية 25 سنة والتصرفات أو إمتهان الترقية العقارية في هذا السن لا يجيزها المشرع الجزائري بقوة القانون لذا تصرفاته تبقى في دائرة النفع والضرر، صف الى هذا الزمه ضرورة تمتع الشخص بالمهارات لممارسة هذه النوعية من المشاريع التي تتطلب إدراك وكفاءة عالية واحساس بنوعية وخطورة الإقدام على مثل هذه التعاقدات إن لم يكن الشخص يعي فعلا المسؤولية الملقاة عليه كبيرة .

¹ الامر رقم 58.75 المتضمن القانون المدني ، السابق الذكر.

2- السفه والغفلة

هذا النوع من العوارض يصيب الشخص الذي بلغ سن الرشد، فلا تعدم أهليته وإنما تعتبر ناقصة ومدلول النقص هو إمكانية المطالبة بإبطال العقد فالبطلان هنا نسبي ويعرف السفه "بالشخص الذي يبذر المال على غير العقل والشرع، سواء أكان ذلك في وجوه الخير أو الشر"¹، أما صاحب الغفلة "هو الذي لا يهتدي إلى ما هو في صالحه حين يتصرف فيعجن في معاملاته"².

إذا أصاب أحد المتعاقدين في عقد البيع على التصاميم عارض من عوارض نقص الأهلية كسفه أو العته فإن العقد يؤول لا محالة إلى البطلان النسبي، أو يتوقف على إجازة الولي أو الوصي أو من طرف القاضي متى كانت التصرفات التي قامت بها دائرة بين النفع والضرر.

الفرع الثاني

شروط صحة العقد الخاصة

خص المشرع الجزائري عقد البيع على التصاميم بشروط ألزم وجوبها ليبرم بين متعاقديه بالطريقة السلمية لذا يمكن تقسيمها إلى الرخص والشهادات ومرجعيات عقد البيع على التصاميم

أولاً: مرجعيات عقد البيع على التصاميم

يقصد بها الوثائق التي يجب على الموثق طلبها قبل تحرير عقد البيع على التصاميم ومن بينها :

أ- أصل ملكية الأرض ورقم السند العقاري.

اشتراط المشرع الجزائري على المرقي ضرورة وجود أصل ملكية العقار التي يشيد عليها المشروع، فعدم وجود أصل الملكية العقارية هي بطلان العقد اساسا ، أما السند العقاري

¹ محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 157.

² عبد المنعم فرج الصده، مرجع سابق، ص 210.

عبارة عن وثيقة تطلب من المرقيين العقاريين الذين يحوزون على عقود ملكية للأراضي التي تقام عليها بموجب تحقيق عقاري طبقا للقانون رقم 07 - 02 المؤرخ في 27/02/2007 المتضمن تأسيس إجراء لمعاينة حق الملكية العقارية وتسليم سندات الملكية عن طريق تحقيق عقاري¹

ب: وصف البناية أو جزء من البناية ومشتملاتها

نص المشرع الجزائري في المرسوم التنفيذي رقم 13 - 431 الذي يحدد نموذجي عقد حفظ الحق، وعقد البيع على التصاميم للأمالك العقارية وكذا حدود تسديد سعر الملك موضوع عقد البيع، ومبلغ عقوبة التأخير وأجالها وكيفيات دفعها على ضرورة وصف البناية أو جزء منها قبل انعقاد عقد البيع على التصاميم من قبل المرقي العقاري، وذلك عن طريق التصميم الهندسي المقدم من طرفه للبناية الجماعية والفردية وإرفاق الجدول الوصفي لها، وكذا بيان المواد المستعملة في البناء وجودتها².

ثانيا: الرخص

تتعلق الرخص في عقد البيع على التصاميم برخصة البناء ورخصة التجزئة عند الاقتضاء.

أ- رخصة البناء

نص عليها المشرع الجزائري بموجب المادة 52 من القانون رقم 90 - 29 المتعلق بالتهيئة والتعمير³ لأهميتها في عقد البيع على التصاميم والمشرع الجزائري لم يعرفها وإنما نص على شروط وإجراءات الحصول عليها، ولأنها الوسيلة الفعالة لبسط الرقابة القانونية على أشغال البناء عموما ومنع الإنشاءات الفوضوية أكد عليها في المادة 41 من المرسوم

¹ سي يوسف زاهية حورية، مرجع سابق، ص 31 وأنظر الملحق رقم 2.

² مسكر سهام، بيع العقار بناء على التصاميم في الترقية العقارية، مرجع سابق، ص 72، انظر الملحق 3.

³ المادة 52 من القانون رقم 90 - 29 مؤرخ في 01 ديسمبر 1990 المتعلق بالتهيئة والتعمير ج. ر عدد 52 المعدل و المتمم بالقانون رقم 04 - 05 المؤرخ في 14 غشت ج. ر عدد 51 سنة 2004.

رقم 15-19 المحدد كصفات تحضير عقود التعمير وتسليمها¹ لذا أردنا التطرق الى تعريفها وشروطها وإجراءات الحصول عليها.

1- تعريف رخصة البناء

" قرار إداري تصدره جهات إدارية مختصة و محددة قانونا في شخص رئيس المجلس الشعبي البلدي، الوالي أو الوزير المكلف بالتعمير كل في حدود ونطاق اختصاصه"²، وأيضا هي: " رخصة مسبقة و إجراء جوهري ينبغي المرور به قبل الشروع في عملية البناء أو التغيير أو تحويل البناية ، فكل هذه العمليات يشترط فيها الحصول على رخصة البناء"³ مؤدى هذين التعريفين أن رخصة البناء عبارة عن ترخيص يمنح من قبل الجهات المختصة لمباشرة عملية البناء وبدونه لا يتم الشروع في أي مشروع يتعلق بالأوعية العقارية.

2 - شروط الحصول على رخصة البناء

أكد المشرع الجزائري للحصول على رخصة البناء ضرورة توفر شروط لطالبتها والبنائية المراد تشييدها، وبما أنه ربط منح رخصة البناء بوجود أصلية ملكية العقار فهي إذا تمنح فقط لمالك العقار فالشخص الذي لا يملك سند ملكية الأرض لا يجيز له القانون المطالبة برخصة البناء وهذا وفقا لنص المادة 33 من المرسوم التنفيذي 91 - 176 الذي يحدد كصفات تحضير شهادة ورخصة التجزئة وشهادة التقسيم ورخصة البناء وشهادة المطابقة ورخصة الهدم وتسليم ذلك⁴، إلا ان المشرع أورد استثناءات وحالات على القاعدة العامة أين

¹ المادة 41 من المرسوم رقم 19/15 المحدد كصفات تحضير عقود التعمير و تسليمها.

² حمدي باشا عمر، حماية الملكية العقارية الخاصة ، دار هومة ،الجزائر،2017،ص 109

³ عربي باي يزيد ، مرجع سابق ، ص 137.

⁴ المرسوم التنفيذي رقم 91 - 176 المؤرخ في 28/05/1991 الذي يحدد كصفات تحضير شهادة التعمير ورخصة التجزئة وشهادة التقسيم ورخصة البناء وشهادة المطابقة ورخصة الهدم وتسليم ذلك (المنشور في ج. ر لسنة 1991 ،العدد 26 المؤرخ 01/06/1991،ص962.

أجاز لصاحب حق الإمتياز الحصول على رخصة البناء¹ والمتحصل على شهادة الحيازة² أن يتحصل على رخصة البناء والشخص المتحصل على شهادة الترقيم أن يتحصل على رخصة البناء³

أما ما يتعلق بالعقار المراد بناؤه فأوجب القانون ضرورة توفره أحكام مخطط شغل الأراضي المصادق عليه وتعليمات المخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير في حالة انعدام مخطط شغل الأراضي، والأحكام المتعلقة بالقواعد العامة للتهيئة والتعمير في غياب أدوات التهيئة والتعمير⁴، وأيضاً ما يتعلق بموقع البناية المبرمجة ونوعها ومحل انشاؤها بالنسبة للطرق والشبكات والخدمات الإدارية المطبقة عليها وكذا حجمها ومظهرها العام وتناسقها مع المكان، ومراعاة مدى إحترام قواعد الأمن والنظافة والفن الجمالي⁵.

3 - إجراءات الحصول على رخصة البناء

يتم طلب تقديم منح رخصة البناء الى الجهة المختصة في إصداره ولا بد أن يشمل الطلب الوثائق التي تثبت صفة طالب الرخصة وكذا الوثائق الخاصة والمتعلقة بالعقار المراد بناؤه كنسخة من أصل الملكية وهذا وفقاً لما ورد في نص المادة 34 و 35 من المرسوم التنفيذي 91 - 176 وأيضاً ألزم المشرع ضرورة إدراج وثيقتين تتعلق إحداهما بالدراسات المتعلقة بالهندسة المدنية والأخرى تبين دراسة أجزاء البناء الثانوي للمشاريع غير موجهة للسكن الفردي وهذا وفقاً لنص المادة 04 من المرسوم التنفيذي رقم 06-03 الذي عدل وتمم المرسوم التنفيذي 91 - 176 مع الطلب، فإذا كانت الجهة المختصة بتقديم الرخصة هي من إختصاص رئيس المجلس الشعبي

¹ القانون 08 - 04 المؤرخ في 01/09/2008 المحدد لشروط وكيفيات منح الامتياز على الأراضي التابعة لأملك الدولة الخاصة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية (المنشور في ج. ر لسنة 2008 العدد 49 المنشورة بتاريخ 01.09.2008 .

² القانون رقم 90 - 25 السابق الذكر .

³ الأمر رقم 03 - 22 المؤرخ في 28/12/2003 المتضمن قانون المالية لسنة 2004 منشور في ج. ر لسنة 2003 العدد 83 ، المنشورة بتاريخ 03/09/2004 ، ص 03.

⁴ أنظر المادة 38 من المرسوم التنفيذي 91-176.

⁵ عربي باي يزيد ، مرجع سابق ، ص 166.

البلدي ، فعليه أن يرسل نسخة من الطلب الى مصلحة الدولة المكلفة بالتعمير على مستوى الولاية في أجل لا يتجاوز ثمانية أيام من تاريخ إيداعه.

تختلف مدة تبليغ القرار المتضمن الحصول على رخصة البناء الى صاحبها حسب الجهة المصدرة له ، فإذا كانت من إختصاص رئيس المجلس الشعبي البلدي حددت بثلاثة أشهر أما إذا كانت من اختصاص الوالي أو الوزير المكلف بالتعمير حددت بأربعة أشهر من تاريخ إيداعه. وفي حالة تقديم ملف رخصة البناء ناقص البيانات والمعلومات والوثائق المطلوبة يتوقف الأجل المحدد من تاريخ التبليغ عن النقص ليتم سريانه من جديد من تاريخ إيداع الوثائق الناقصة.¹

وبالتالي في عقد البيع على التصاميم يلتزم المرقي العقاري الذي يريد بدأ المشروع بالإجراءات المنصوص عليها قانونا للحصول على رخصة البناء ، فبعد إثبات سند ملكية العقار المراد تشييد المشروع العقاري عليه، يقوم بتقديم الطلب الى الجهة المختصة في إصداره وحسب كمية وكيفيته على أن يرفق الطلب بجميع الوثائق المنصوص عليها قانونا ثم إنتظار الأجل المحدد قانونا للفصل في الطلب سواء بمنح الرخصة أو رفضها ، وبما أن المشرع الجزائري ألزم المرقي العقاري على ضرورة الحصول على رخصة البناء قبل إبرام عقد البيع على التصاميم بموجب نص المادة 30 من القانون 11- 04²، فإنه يحظر عليه القيام بأعمال البناء أي كانت طبيعتها³، وإذا قام بذلك تعرض الى العقوبة المنصوص عليها في نص المادة 79 من القانون 08-15 المحدد لقواعد مطابقة البناءات وتمام إنجازها⁴.

¹ أنظر المادتين 39 و 40 من المرسوم التنفيذي رقم 91-176.

² المادة 30 من القانون 11-04 المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية ، السابق الذكر .

³ سي يوسف حورية زاهية، مرجع سابق ، ص 33.

⁴ المادة 79 من القانون 08-15 المحدد لقواعد مطابقة البناءات و تمام إنجازها المؤرخ في 03 أوت 2008، ج.العدد 44، ص 21 تنص بأنه " يعاقب بغرامة من خمسين ألف دينار (100000دج) كل من يشيد أو يحاول تشييد بناية دون رخصة بناء...."

ب: رخصة التجزئة

إضافة الى رخصة البناء اشترط المشرع الجزائري عند الاقتضاء على المرقي العقاري رخصة التجزئة قبل عقد البيع على التصاميم، فهي "رخصة رسمية بتجزئة قطعة أرض أو أكثر غير مبنية الى حصص بغرض إقامة بنايات عليها"¹، و بالمفهوم العام "تتشرط لكل عملية تقسيم لقطعتين أو عدة قطع في ملكية واحدة أو عدة ملكيات مهما كان موقعها ، إذا كانت قطعة أو عدة قطع أرضية ناجمة عن هذا التقسيم من شأنها أن تستعمل في تشييد بناية"² ومؤدى هذين التعريفين أن رخصة التجزئة عبارة عن قرار إداري صادر عن سلطة مختصة ، ف جاء تعريفها في نص المادة 02 فقرة 08 من القانون 08-15 المؤرخ في 20 يوليو 2008 المحدد لقواعد مطابقة البناءات و تمام إنجازها كما يلي: "القسم من أجل البيع أو الإيجار أو تقسيم ملكية عقارية الى قطعتين أو عدة قطع مخصصة للبناء من أجل استعمال مطابق لأحكام مخطط التعمير "، وأيضا نصت المادة 57 من القانون 90-29 المتعلق بالتهيئة والتعمير على أنه: "تتشرط رخصة التجزئة لكل عملية تقسيم لاثنتين أو عدة قطع من ملكية عقارية واحدة أو عدة ملكيات مهما كانت موقعها.

إذا مما سبق نجد أن التشريع الجزائري الزم المرقي العقاري على ضرورة إدراج رخصة تجزئة العقار الذي سيشيد عليه مشروعه ضمن عقد البيع على التصاميم قبل أن يوقع المشتري العقد ، لذا فرخصة التجزئة يتم الحصول عليها عن طريق تقديم الطلب الى الجهات المختصة ، ويجب أن يتضمن الطلب جميع البيانات المتعلقة بصاحبها المنصوص عليها في المادة 08 من المرسوم التنفيذي 91-176، والوثائق التقنية في المادة 09 من نفس المرسوم على أن تتم دراسة الطلب من قبل الجهات المختصة في أجل ثمانية أيام من إيداعه ويختلف عدد إرسال النسخ من الطلب حسب الجهة المرسله اليه فإذا أرسل الى رئيس

¹ عبد الله لعويجي، قرارات التهيئة والتعمير في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير في الحقوق، قانون عقاري ، تخصص قانون عام جامعة الحاج لخضر ، باتنة 2011-2012، ص 124.

² حمدي باشا عمر، حماية الملكية العقارية الخاصة، مرجع سابق، ص، 111.

المجلس الشعبي البلدي بصفته ممثلا عن البلدية لا بد من إرسال 5 نسخ حسب نص المادة 61 من القانون 90-25 والمادة 10 من المرسوم التنفيذي 91-176 ، وإذا أرسل الى باقي الجهات المختصة في أربع نسخ بموجب المواد 14 و 15 و 16 من نفس المرسوم. بعد دراسة الطلب يتم الفصل فيه إما بقبول منح الرخصة أو تأجيل منحها لغياب أو نقص في الوثائق وإما برفض منحها وفي حال تم الفصل بمنحها من قبل رئيس المجلس الشعبي البلدي يجب أن تعلق بمقره وأن تشهر بالمحافظة العقارية المختصة إقليميا¹.

ثالثا: الشهادات

بالإضافة الى الرخص التي نص المشرع الجزائري على المرقي العقاري ضرورة الحصول عليها فإنه الزمه بشهادات لتتم عملية ابرام عقد البيع على التصاميم بأمان فأوردها كمايلي:

1 - شهادة التعمير

عرفها الفقه بأنها: " وثيقة إدارية تسلمها البلدية ممثلة في شخص رئيس المجلس الشعبي البلدي ، للشخص سواء كان طبيعيا أو معنويا بطلب منه ، تعين حقوق الفرد في البناء والارتفاقات من جميع الأشكال التي تخضع لها الأرض المعينة ، ويكون على الفرد على بيته من أمره اذا اراد التصرف في العقار"²، وباستقراءنا لاحكام نص المادتين 51 من القانون رقم 90/29 والمادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 15/19 نجد أنها شهادة تمنح من الجهات المختصة بناء على طلب المعني بالأمر بغية معرفته لحقوقه في البناء والارتفاقات من جميع الأشكال التي تخضع لها القطعة الأرضية المعينة .

¹ أنظر المواد 20-25 من المرسوم التنفيذي 91-176.

² حمدي باشا عمر، منازعات التعمير ، مرجع سابق ، ص 60.

وأما اجراءات الحصول عليها فيتم تقديم الطلب الى الجهة المختصة باصدارها ولا بد أن يشمل الطلب الوثائق الخاصة بطلب الشهادة وكذا الوثائق المتعلقة بالقطعة الارضية¹ ثم يتم ايداع هذا الطلب لدى المجلس الشعبي البلدي المختص اقليميا في نسختين مقابل وصل ايداع ، ويتم فحص الطلب المودع من رئيس المجلس الشعبي البلدي من قبل مصالح التعمير للبلدية بعد ارساله لها اعتمادا على قواعد العتمير المعمول بها ، ويتم تسليم شهادة التعمير الى المعني بالأمر خلال خمسة عشر يوم الموالية لتاريخ الايداع وأما صلاحيتها فتتعلق بمخطط شغل الاراضي المعمول به أو بصلاحية المخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير².

2 - شهادة التهيئة والشبكات

تم النص على هذه الشهادة في التشريع الجزائري بموجب المادة 07 من القانون 90-29 المتعلق بالتهيئة والتعمير وذلك بقولها: " يجب أن يستفيد كل بناء معد للسكن من مصدر للمياه الصالحة للشرب، كما يجب أن تتوفر على جهاز لصرف المياه يحول دون رمي النفايات على السطح "، كما تم النص عليها أيضا ضمن المادة 2 الفقرة 10 و 11 من القانون رقم 08-15 المؤرخ في 20 يوليو 2008 على أنها : شبكات "طرق السيارات وطرق الراجلين وملحقاتها و شبكات التزويد بالماء الشروب و شبكة إخماد النار وقنوات التطهير وقنوات وتجهيزات الكهرباء والغاز والإتصالات التي تزود البنايات" ، أما التهيئة: " فهي أشغال معالجة سطح الأراضي و تدعيم المنحدرات و غرس الأشجار ووضع أثاث حضري وإنجاز المساحات الخضراء وتشييد السياج" وباستقرائنا لاحكام نص المادتين أعلاه نجد أن كل عقار يشيد أو في طريق التشييد لابد أن يتوفر على مصدر للمياه الصالحة للشرب وأن يتوفر على قنوات صرف المياه القذرة التي تحول دون تدفقها فوق سطح

¹ المادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 19/15.

² حمدي باشا عمر، مرجع سابق، ص 63 . 64.

الأرض¹، ورغم ان المشرع الجزائري لم يبرزها صراحة²، إلا أن جل النزاعات القائمة بين المرقي العقاري والمستهلكين تدور حولها خاصة بعد تسليمه للسكنات المنجزة التي تفتقر الى قنوات الصرف الصحي وكذا شبكات التزويد بالماء الشروب، فيلتزم المرقي العقاري على توفيرها قبل ابرام عقود البيع على التصاميم.

¹ سي يوسف زاهية حورية، مرجع سابق، ص 35.

² المادة 30 من القانون رقم 04-11

الفصل الثاني

اختلال التوازن العقدي في عقد البيع

على التصاميم

الفصل الثاني

التداخل البنوي للشروط التعسفية مع عقد البيع على التصاميم

يعد عقد البيع على التصاميم من أهم عقود الترقية العقارية وخاصة أنه مجال خصب لتفرد المرقى العقاري بوضع شروط التعاقد الملائمة له وذلك بغية تحقيق الربح والإلتزام والسمعة التجارية ، فيسعى الى وضع العلاقة التعاقدية بينه وبين المستهلك في ميزان أنه الطرف القوي فيها وله أن يفرض على الطرف المتعاقد معه ما يشاء من الشروط التي تعود عليه بالمنفعة الإقتصادية والتجارية بإعتباره المحكر الأول للمنتوج أو السلعة التي يزداد عليها الطلب يوما بعد يوم ، وأعطى للمستهلك قاعدة الخيار بين القبول بالشروط التي يضعها أو رفضها دون إمكانية مناقشتها أو التفاوض عليها، لذا يعد الطرف الضعيف فيها.

فالشروط التي يتم الموافقة عليها دون الإرادة الحرة ودون الحق في مناقشتها والتفاوض عليها يعترىها التعسف البحث من قبل محكر السلعة أو المنتج أمام ضعف والحاجة الملحة لطالبيها، لذا في هذا الفصل أردنا تقسيمه الى مبحثين يتعلق الأول منهما عقد البيع على التصاميم مجال للشروط التعسفية وأما المبحث الثاني يتعلق ماهية الشرط التعسفي .

المبحث الأول

الممارسة التعسفية في عقد البيع على التصاميم

إن التفاوت الحاصل بين أطراف عقد البيع على التصاميم جعل توازن فيه منعدم، فالرابطة العقدية الموجودة بينهما تفتقر الى تعادل في إلتزامات وحقوق المرقى العقاري والمستهلك مما دفع الى ظهور قوة طرف على ضعف طرف آخر وكذا إذعان الطرف الضعيف لما يمتاز به المرقى العقاري من تفوق إقتصادي ومهني لذا في المبحث تطرقنا الى الأطراف المتعاقدة المؤدية الى إختلال التوازن العقدي للبيع على التصاميم في المطلب الأول منه، والإذعان لإبرام عقد البيع على التصاميم في المطلب الثاني منه.

المطلب الأول

أطراف عقد البيع على التصاميم

نظرا للمخاطر الكبيرة التي تتطوي عليها العملية الإستهلاكية العقارية، لاسيما استغلال المرقى العقاري أو المنتج وتسلطه القوي اقتصاديا على الطرف الضعيف مما أدى ذلك الى افساح المجال لإملاء شروط ما كان يرضى بها ، خاصة لانعدام خيار رؤية العقار المبيع ومساومة ثمنه، لذلك كان لابد من تحديد مفهوم المرقى العقاري باعتباره المحترف في عقد البيع على التصاميم في الفرع الأول ، ثم تحديد مقتني العقار فيالبيئة العقارية باعتباره المستهلك والطرف الضعيف فيها في الفرع الثاني .

الفرع الأول

مفهوم المرقى العقاري

لتبيان مفهوم المرقى العقاري لابد من دراسة المفاهيم الواردة في القانون الجزائري، ثم نحاول الوقوف على المفاهيم الفقهية الواردة بشأنه وكذا شروطه لنتطرق الى أنواعه ثانيا.

أولاً: التعريف المرقى العقاري

بداية لابد من دراسة التعريف من الناحية القانونية والفقهية للمرقى العقاري لندرج بعدها الشروط التي فرضها التشريع الجزائري لمزاولة هذه المهنة.

أ - التعريف التشريعي المرقى العقاري

تناول المرسوم التنفيذي رقم 93-03 الملغى مفهوم المرقى العقاري من خلال تعريف نشاط الترقية العقارية حيث نصت المادة 03 منه على أنه: "يدعى كل شخص طبيعي أو معنوي يمارس النشاطات المذكورة في المادة 02 متعاملا في الترقية العقارية"¹

أما باستحداث القانون رقم 11-04 فقد تطرق المشرع الى وضع تعريف للمرقى العقاري يزيل به اللبس عن الوقوع في الغلط بينه وبين الأشخاص المشابهة له، فجاءت المادة 03 منه فقرة 14 بقولها أنه: "يعد مرقيا عقاريا في مفهوم هذا القانون كل شخص طبيعي أو معنوي يبادر بعمليات بناء مشاريع جديدة، أو ترميم أو إعادة تأهيل أو هيكلة، أو تدعيم بنايات تتطلب أحد هذه التدخلات، أو تهيئة وتأهيل الشبكات قصد بيعها أو تأجيرها". ثم المادة 18 منه على أنه: "يعد مرقيا عقاريا في مجموع الحقوق والواجبات مرقى الأوعية العقارية المخصصة للبناء وأو التجديد العمراني قصد بيعها " ولم يكتفي المشرع الجزائري بهذا التعريف حيث نص على تعريف آخر للمرقى العقاري في المرسوم التنفيذي 12-84 المؤرخ في 20 فيفري 2012 المحدد لكيفيات منح الإعتماد لممارسة مهنة المرقى العقاري كذا كيفية مسك الجدول الوطني للمرقين العقاريين²، حيث نصت المادة 02 منه على أنه: "

¹ المادة 02 تنص على أنه: "يشمل النشاط العقاري على مجموع الأعمال التي تساهم في إنجاز أو تجديد الأملاك العقارية المخصصة للبيع أو تلبية حاجات خاصة". فنص هذه المادة غير دقيق حيث يفهم منه أن كل الأعمال التي تساهم في إنجاز أو تجديد الأملاك العقارية والمخصصة للبيع أو الإيجار أو تلبية حاجات خاصة والتي تكون موجهة للإستعمال السكني أو لإيواء نشاط حرفي أو صناعي هي بمثابة نشاط عقاري وبالتالي يعتبر قائمها متعاملا في الترقية العقارية وفقا للمادة 03.

² ج ر، رقم 11 مؤرخة في 26/02/2012.

يعتبر مرقيا عقاريا كل شخص طبيعي أو معنوي يحوز إعتادا ويمارس الترقية العقارية¹ إن جل هذه التعريفات المتعلقة بالمرقي العقاري التي سنها المشرع الجزائري في قوانين الترقية العقارية هدفها هو حصر قيام جميع نشاطات الترقية العقارية من قبله دون غيره سواء تعلق الامر بالبناء أو الترميم أو التأهيل أو التجديد العمراني أو إعادة الهيكلة، مع ضرورة إلتزامه بإنجازها ضمن ما هو معمول به قانونا، والذي يهمننا هو إسقاط هذه التعاريف على تعريف المحترف الموجود في التشريع الجزائري بصفة عامة وبصفة خاصة في قانون الاستهلاك.

عرف المشرع الجزائري المتدخل بموجب نص المادة 3 / 7 من القانون رقم 03/09 مؤرخ في 25/02/2009 يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش والتي تنص على ما يلي: " كل شخص طبيعي أو معنوي يتدخل في عرض المنتجات للاستهلاك"¹، وقد استعمل عدة مصطلحات لتعريف البائع في قانون الاستهلاك أولها المحترف فنصت المادة 02 من المرسوم التنفيذي 266/90 المتعلق بضمان المنتجات والخدمات بأنه: "كل منتج أو مانع أو وسيط أو حرفي أو تاجر أو مستورد أو موزع وعلى العموم كل متدخل ضمن إطار مهنته في عملية عرض المنتج أو خدمة للاستهلاك"². وحسب هذين التعريفين فكلمة محترف أو مهني متأتية من حرفة أو مهنة معناها في نطاق قانون حماية المستهلك: كل نشاط منظم لغرض الإنتاج والتوزيع وأداء الخدمات، فهي تتضمن مفاهيم المؤسسة أو المشروع.

وأهم ما يميز المحترف هو وجوده في وضعية تفوق وضعية المستهلك، بما يحوزه من معارف تقنية ومعلومات، فضلا عن القدرات المالية³، وهذا ما ينطبق أساسا على المرقي

¹ القانون رقم 03/09، يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، مؤرخ في 25 / 02 / 2009، جريدة رسمية رقم 15، مؤرخة في 08 فبراير 2009.

² المرسوم التنفيذي رقم 266/96، المتعلق بضمان المنتجات والخدمات، المؤرخ في 15 سبتمبر 1990، جريدة رسمية، عدد 40، مؤرخة في 19 سبتمبر 1990. (ملغى)

³ بودالي محمد، مرجع سابق، ص 33.

العقاري باعتباره محترف حسب نص المادة 12 من القانون رقم 04-11 التي جاء فيها ما يلي: "يجب أن يبادر بالمشاريع العقارية المعدة للبيع أو الإيجار محترفون يملكون مهارات في هذا المجال والقدرات المالية الكافية" ضف الى أن المشرع الجزائري وضع شروط إلزامية لممارسة مهنة المرقى العقاري أهمها أن يحوز الموارد المالية الكافية للبدء في المشروع وأيضا الكفاءة المهنية والعلمية التي تتطلب الحصول على شهادة عليا في المجال¹، لذا فالمرقى العقاري يمتاز بوصف المهني أو المتدخل والعون الاقتصادي في العلاقة التعاقدية الاستهلاكية العقارية وكذا التفوق الاقتصادي على المستهلك إذا لا مجال لاستبعاد عقد البيع على التصاميم من العقود الاستهلاكية مادام أن المرقى تاجر ولديه كفاءات ومهارات وخبرة تقنية وفنية لا يتمتع بها المستهلك.

ب-التعريف الفقهي للمرقى العقاري

عرفه الفقه على أنه: "الشخص الذي يلتزم ببناء العقار خلال مدة معينة، يستوي أن يقوم بالبناء بنفسه أو عن طريق غيره، وهذا الالتزام يستمر بانتهاء عمليات البناء حتى إكمال وجود العقار فعليا"²، وعرفه البعض هو: "المرقى العقاري هو كل شخص طبيعي أو معنوي حاصل على اعتماد ومقيد في السجل والجدول الوطني للمرقين العقاريين الذين يمتلكون مؤهلات أو قدرات مالية كافية للمبادرة بمشاريع عقارية بناء بناية أو بنايات أو جزء من البناءات الفردية أو الجماعية أو إعادة تأهيل أو تجديد أو إعادة هيكلة أو تدعيم بنايات تتطلب أحد هذه التدخلات أو تهيئة أو تأهيل الشبكات قصد بيعها قبل أو لعد الإنجاز أو

¹ المادة 6 من المرسوم التنفيذي رقم 12-84 المحدد لكيفيات منح الإعتماد لممارسة مهنة المرقى العقاري وكذا كيفية مسك الجدول الوطني للمرقين العقاريين. السابق الذكر.

² سمير عبد السميع الأودن، تملك وحدات البناء تحت الإنشاء ، مكتبة الإشعاع الفنية مصر ، الطبعة الأولى 2001 ،ص51.

ايجارها"¹ الملاحظ على هذا التعريف أنه لم يعرف المرقى العقاري وإنما تحدث عن الشروط القانونية له وكذا الوظائف التي يقوم بها ، كما عرفاه الأستاذين Philippe Malinvaud et Philippe Jestaz هو " العون الإقتصادي الذي يقوم بإنجاز مبنى أو عدة مباني حتى يقوم بتمليكيها لشخص أو عدة أشخاص يطلق عليهم تسمية الحائزين على الملكية "². والملاحظ على هذا التعريف أن الفقيهان إعتبروا المرقى العقاري عوناً إقتصادياً له صلاحية إنجاز السكنات وتمليكيها فهو الذي يقوم ببنائها وتسليمها وهذا يدخل ضمن الالتزامات الأساسية للبائع.

من خلال ما تقدم حول ما يشمل تعريف الفقه للمرقى العقاري أردنا أن نشير الى صفة المحترف الموجودة في قوانين الاستهلاك هل يمتاز بها باعتباره الطرف القوي في العلاقة التعاقدية العقارية المبرمة في عقد البيع على التصاميم أم أن التباين الموجود في الأراء الفقهية تجعله بعيد عن ذلك و للفصل في هذه النقطة ارتأينا تقديم التعريفات الفقهية المتداولة حول المحترف و مدى جواز مطابقتها مع ما يتعلق بالمرقى العقاري .

اختلف الفقه حول تعريف المحترف باختلاف المعايير التي إعتدوا عليها فهناك من عرفه بأنه: "الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يتعاقد في مجال نشاط مهني معين سواء كان النشاط صناعياً أو تجارياً أم حرفياً أم حراً أم زراعياً أم غير ذلك "³، وفي تعريف آخر

¹ مسكر سهام التزامات المرقى العقاري المترتبة على بيع السكنات الترقية، اطروحة لنيل شهادة دكتوراه علوم، قانون خاص تخصص عقاري ، كلية الحقوق و العلوم الادارية جامعة الاخوة منتوري قسنطينة ، 2016/2015، ص 27.
- الإحتراف هو ممارسة العمل التجاري بصفة متكررة و منتظمة" ، علي بن غانم ، الوجيز في القانون التجاري و قانون الأعمال ، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية ، الجزائر 2002 ، ص 146 إن إتخاذ العمل التجاري يجب أن يتم بالصورة الإحترافية ليكتسب صفة التاجر ، فلو إتخذ فقط على سبيل الإعتياد لا نكون أمام تاجر بل أمام شخص يزاول عمله بصفة دورية ، فالإحتراف هو مزاوله العمل بانتظام وبتكرار ولا بد أن يستمر فيه .

² Malinvaud(PH) et Jestaz (PH) , le droit de la promotion immobilière » 5éme éd , paris ,dalloz,1991,p :1.

³ Jean Calais-Auloy « Droit de la consommation » , 3éme édition precis Dalloz ,France.1992,p5 .

هو "كل شخص طبيعي أو معنوي يمارس نشاطا تجاريا بهدف الحصول على الربح وليس بهدف الاستعمال الشخصي أو العائلي"¹. نجد أن الآراء الفقهية حددت عنصرين هما النشاط المهني والأشخاص فلا بد من إجتماعهما ليتم تعريف المحترف بالشكل الفقهي المطلوب.

من تحليلنا لكل ما سبق نجد أن المرقى العقاري يتسم بصفة المحترف كون أن الاحتراف الذي يشير اليه الفقه هو ما يوجد فعلا في صفة المرقى العقاري، الذي يعمل من أجل حاجات نشاطه المهني المتمثل في عمليات البناء التي تسفر عن وجود سكنات وبنائات لائقة، تعرض على الجمهور الذي يسعى لتلبية حاجاته الشخصية عن طريق إبرام عقد البيع على التصاميم الذي ينشأ بموجب عمل تجاري يهدف من خلاله المرقى العقاري على الربح، وهو ما يتوافق أصلا مع نشاطه الذي لا يتم بغية إشباع حاجاته الشخصية وهي الحصول على سكن للعيش بل إشباع حاجات الأفراد لظفر بسكنات للإستعمال فقط، فهو يقوم بالمتاجرة في السكنات وحجتنا في ذلك :

أن معيار الإحتراف هو ممارسة الأعمال التجارية على سبيل التكرار بصفة مباشرة ومنتظمة²، وهو ما يتم فعلا من قبل المرقى العقاري فيقوم بممارسة النشاط العقاري بصفة منتظمة ومستمرة وعلى سبيل الاعتياد والتكرار، فبمجرد الانتهاء من المشروع يعمل على العمل على مشروع آخر، كما أن التشريع الجزائري ألزمه فقط دون غيره بالقيام بهذا النوع من العقود وهو ما نصت عليه المادة 29 من القانون رقم 04-11.

ويشترط في الإحتراف أن يتم على وجه الاستقلال وهو ما يقوم به المرقى العقاري فيعمل على إنجاز البنائات لحسابه الخاص، فالأشخاص المتدخلين معه في إنجاز اشغال البناء لا يكتسبون صفة التاجر، وإنما يعملون معه فقط ضمن علاقات تعاقدية متعددة يمكن إدراجهم تحت إسم عمال أو موظفين لديه، أما اذا قام بالعمل التجاري لغير حسابه ودون أن

¹ منى ابو بكر الصديق ، الالتزام باعلام المستهلك عن المنتجات ،دار الجامعة الجديدة ،الاسكندرية ،سنة 2013،ص40.

² معتز نزيه محمد الصادق المهدي ، المتعاقد المحترف ،دار النهضة العربية القاهرة، 2012،ص22.

يتحمل المخاطر فلا يعد شخصا محترف، إذا تعريف المحترف يندرج تماما على المرقي العقاري حسب الآراء الفقهية لكلا التعريفين.

وتجدر الإشارة الى أن مضمون صفة المحترف المنصوص عليها في قوانين الإستهلاك تنطبق اساس على صفة المرقي العقاري وهذا ما سنتناوله لاحقا ضمن شروط اكتساب صفة المرقي العقاري التي نص عليها المشرع الجزائري.

ب - شروط إكتساب صفة المرقي العقاري:

نص المشرع الجزائري في القانون رقم 04-11 المتعلق بنشاط الترقية العقارية وكذا المرسوم التنفيذي رقم 84-12 الذي يحدد كفيات منح الإعتماد لممارسة مهنة المرقي العقار، وكذا كفيات مسك الجدول الوطني للمرقين العقاريين على وجوبية وجود شروط أساسية ثلاثة لمزاولة مهنة المرقي العقاري أولها الصفة التجارية ثم الحصول على الإعتماد وأخيرا التسجيل في الجدول الوطني للمرقين العقاريين.

1-الصفة التجارية

نصت المادة 19 من القانون رقم 04-11 على أنه: "يسمح لكل شخص طبيعي أو معنوي مؤهل للقيام بأعمال التجارة بممارسة نشاط الترقية العقارية....." ومدلول هذا أن المشرع أقر للأشخاص الراغبين بمزاولة مهنة المرقي العقاري ضرورة الجزائري لكل شخص إمتلاكهم صفة التاجر المنصوص عليها ضمن المادة الاولى والمواد 19 و20 و21 من القانون التجاري¹ وكذا الأهلية القانونية التي وردت ضمن المواد 40 و42 من القانون المدني²، وبإطلاعنا على مضمون هذه المواد نجد أن المشرع منح وحصر في نفس الوقت

¹ أمر رقم 75- مؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975 ، يتضمن القانون التجاري ، ج ر، العدد 101 الصادر في 19 ديسمبر سنة 1975 ، المعدل و المتمم .

² تنص المادة 40 من القانون المدني على أنه: " كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية، ولم يحجر عليه ، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية ، وسن الرشد سن تسعة عشر (19) كاملا"

ممارسة مهنة المرقي العقاري من قبل التجار فقط ، وبالعودة الى اكتساب صفة التاجر في التشريع الجزائري تتم أولا عن طريق الأهلية القانونية للأشخاص سواء الإعتباريين أو الطبيعيين ببلوغ سن 19 سنة أما ما يتعلق بالقاصر فأوجب ترشيده لممارسة العمل التجاري حسب نص المادة 5 من القانون التجاري، وثانيا بمجرد القيد في السجل التجاري يصبح بقوة القانون تاجر ويكتسب الشخصية المعنوية إذا كان شخصا إعتباريا طبقا لنص المادة 549 من القانون التجاري وهو ما أكدت عليه المادة 04 من القانون رقم 11-04 فالسجل التجاري" هو السجل الذي يشهر فيه المركز القانوني للتاجر والعناصر المختلفة التي يتألف منها نشاطه التجاري"¹ والغاية منه هو إطلاع الغير على وضعية التاجر وأخيرا مسك الدفاتر التجارية لكن المشرع الجزائري قيد هذا الشرط بموجب نص المادة 06 من المرسوم التنفيذي 12-84 المحدد لكيفيات منح الإعتماد لممارسة مهنة المرقي العقاري وكذا كيفية مسك الجدول الوطني للمرقين العقاريين التي ألزمت سن 25 سنة ، فالشخص الطبيعي الذي يزاول النشاط التجاري ويمتاز بالأهلية المدنية المطلوبة؛ فإن دخوله الى مجال الترقية العقارية يتوقف على سنه فهو في نظر قانون الترقية صبي مميز أو عديم الأهلية وهذا راجع لحجم المخاطر .

2- ضرورة الحصول على الإعتماد

إن المشرع الجزائري عمل على إلزام المرقي العقاري الحصول على الإعتماد وبدونه لا يستطيع مزاوله النشاط العقاري مهما كانت صفته، وهذا وفقا لما ورد في نص المادتين 04 من القانون 11-04 و2 من المرسوم التنفيذي 12-84 المحدد لكيفيات منح الإعتماد لممارسة مهنة المرقي العقاري وكذا كيفية مسك الجدول الوطني للمرقين العقاريين، أما المادة 06 من نفس المرسوم التنفيذي فلقد عدت الشروط الواجب توفرها للحصول على الاعتماد وميزت بين الشخص الطبيعي طالب الاعتماد والشخص المعنوي لذا نذكرها:

¹ مصطفى كامل طه وأنور بندق، أصول القانون التجاري ، دار الفكر الجامعي الاسكندرية 2008، ص144.

1-2 شرط السن :

أوجب المشرع الجزائري على الشخص الذي يريد ممارسة مهنة المرقى العقاري (طالب الإعتماد) بلوغ سن 25 على الأقل فالملاحظ على تحديد هذا السن من قبله هو حماية المشتري بالدرجة الأولى، لأن بهذا السن يفترض في المرقى العقاري أنه يتمتع بالنضج العقلي¹ وحسب رأي الفقه شرط منطقي لأن حجم المشاريع والإلتزامات والمسؤوليات الملقاة على عاتق المرقى العقاري تتطلبها نضجا وعقلا ومهارات² ، ولكن ما يجب التتويه اليه هو مصير التجار الذين يملكون السجلات التجارية والموارد المالية الكافية للدخول الى مجال الترقية العقارية قبل بلوغ سن 25 سنة ، وأيضا ما يتعلق بفقد المرقى العقاري أهليته بعد حصوله مباشرة على الإعتماد سيتم سحبه تلقائيا³، وأيضا بالنسبة لشرط الكفاءة المهنية أجاز للمرقى العقاري الذي لا يملكها الاستعانة بمسير بصفة دائمة ومستمرة حسب ما ورد في القانون السابق⁴ ولقد ألغي شرط الكفاءة ، لنؤكد على طبيعة المعيار الذي يعتمده المشرع الجزائري في إبراز مهارات الشخص ووعيه والنضج العقلي هو بلوغ السن المحدد قانونا فقط.

فنرى أنه أصر من خلال هذا الشرط على حصر الترقية العقارية على فئة معينة من التجار وأصبحت حكرا لهم دون غيرهم، فلا مجال للأشخاص لمزاولة مهنة الترقية العقارية قبل بلوغ هذا السن فليس كل التجار لهم الحق في ذلك.

¹ لامية لاكتو ، مرجع سابق ، ص 64 .

² إيمان بوسنة ، مرجع سابق ، ص 61.

³ المادة 64 من القانون 11-04 .

⁴ المادة 06 الفقرة 07 من المرسوم التنفيذي رقم 12 - 84 مؤرخ في 20 فبراير سنة 2012 ، يحدد كفاءات منح الإعتماد لممارسة مهنة المرقى العقاري و كذا كفاءات مسك الجدول الوطني للمرقين العقاريين ، معدل بالمرسوم التنفيذي رقم 13-96 مؤرخ في 26 فبراير سنة 2013 (ج ر 13 مؤرخة في 06 - 03 - 2013)

2-2 شرط الجنسية الجزائرية: كان موقف التشريع الجزائري حول هذا الشرط غير مستقر فتارة ألزمها و تارة أخرى نص على عدم وجوبيتها، ففي القانون 86- 07 ألزم ضرورة حصول المكتتب على الجنسية الجزائرية سواء كان شخص طبيعي أو معنوي في حين في المرسوم التشريعي 93 - 03 الغى المشرع شرط الجنسية في هذا القانون و ذلك بغية منح الفرصة للأجانب كغيرهم من جزائريين لممارسة هذه المهنة غير أنه عاد في القانون رقم 04-11 المتعلق بنشاط الترقية العقارية وألزم حصول الشخص الطبيعي أو المعنوي على الجنسية الجزائرية فما يتعلق بجنسية الشخص المعنوي فقد اشترط أن يكون خاضعا للقانون الجزائري ، وهذا ما نصت عليه المادة 2/547 من الأمر رقم 59/75 المؤرخ في 26/09/1975 المتضمن القانون التجاري ، كما هو معروف فان جنسية الشركة مستقلة عن جنسية الشركاء لذلك كان بالاحرى ان يشترط المشرع الجزائري الجنسية الجزائرية للشركاء أو ثلث أعضاء الشركة أو الأغلبية لان الشخص الذي يمنع من ممارسة مهنة المرقي العقاري بسبب الجنسية فإنه يستطيع انشاء الشركة ذات الشخص الوحيد في الجزائر لها الجنسية الجزائرية وبذلك يكون شرط الجنسية بالنسبة للشخص الطبيعي بدون جدوى¹ ، ونحن لا نؤيد ذلك فموطن الشركة هو الذي يحدد لها جنسيتها، فيكون للشركة جنسية خاصة بها لا تختلط بجنسية الأشخاص الطبيعيين المكونين لها، وجنسية الشركة لازمة لمعرفة مدى تمتع الشركة بالحقوق التي تقصرها كل دولة على رعاياها² رغم أنها شركة ذات الشخص الوحيد والمسؤولية المحدودة إلا أن الجنسية تمنح للشركة وليس للشخص بذاته.

2-3 شرط حسن السلوك: وفقا لما نص عليه المشرع الجزائري في نص المادة 20 من القانون رقم 11- 04 على طالب الاعتماد أن يقدم ضمانات حسن السلوك وعدم الوقوع تحت طائلة عدم الكفاءة ، أي لا يكون محل متابعة جزائية .

¹ إيمان بوسته ، مرجع سابق ،ص 62.

² مصطفى كامل طه ،اصول القانون التجاري ،الدار الجامعية ،1994،ص315.

أردنا أن نشير الى نقطة اساسية حول هذا الشرط للأشخاص الطبيعيين أو المعنويين خاصة التجار الذين يملكون السجلات التجارية فإن صفة التاجر يكتسبونها من خلال القيد في السجل التجاري لذا فنص المشرع الجزائري في نص المادة 08 من القانون 04-08 المتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية على هذا الشرط وأيضاً بالنسبة للشركات التجارية التي لا تتمتع بالشخصية المعنوية إلا من تاريخ القيد في السجل التجاري لذا على المشرع إعادة صياغة هذا الشرط المتعلق بالحصول على الاعتماد لأنه قبل تقديم طلب الاعتماد من قبل هؤلاء فإنهم يحوزون السجلات التجارية التي تتضمنه .

2-4 شرط الإحترافية ووجود موارد مالية كافية : إن القوانين التي وضعها المشرع فيما يتعلق بهذا الشرط تخدم مصلحة المرقى العقاري فالمادة 12 من القانون 11-04 وأيضاً المادة 06 الفقرة 04 المرسوم التنفيذي رقم 84/12 وأيضاً المادة 1 من القرار الوزاري المشترك المؤرخ في : 06/12/2012 فإثبات إمتلاك الموارد المالية الكافية يتم بمجرد التصريح الشرفي له فتمويل المشاريع العقارية التي تنشأ عن طريق عقود البيع على التصاميم تتم من الموارد المالية الخاصة للمرقين العقاريين وأموال المكتتبين فلا يجوز للمرقين الإستدانة من البنوك. وأيضاً اشترط المشرع ضرورة أن يتمتع بالحقوق المدنية في نص المادة 06 من المرسوم التنفيذي رقم 12-84 وهذا ما تؤكدته المادة 09 من القانون العقوبات المعدل في 2016.

3- التسجيل في الجدول الوطني للمرقين العقاريين

بعد حصول المرقى العقاري على الإعتماد ألزمه المشرع الجزائري على ضرورة التسجيل في الجدول الوطني للمرقين العقاريين وفقاً لماورد في نص المادة 04 الفقرة 02 من القانون 11-04¹ ويحصل بمجرد التسجيل على شهادة تعد بمثابة ترخيص لممارسة المهنة¹.

¹ المادة 04 الفقرة 02 من القانون 11.04 الذي يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية تنص على أنه : "..... لا يمكن أياً كان أن يدعي صفة المرقى العقاري أو يمارس هذا النشاط ما لم يكن حاصلًا على إعتماد و مسجلاً في الجدول الوطني للمرقين العقاريين حسب الشروط و الكيفيات المحددة في هذا القانون."

يزاول الشخص مهنة المرقى العقاري بمجرد استفاؤه للشروط القانونية، فحصوله على الإعتماد والقيود في السجل التجاري وشهادة التسجيل في الجدول الوطني للمرقين العقاريين تمكنه من مباشرة المشاريع العقارية بصفة قانونية، أما ما هو موجود على أرض الواقع مغاير لذلك لأن العمل بالجدول الوطني للمرقين العقاريين لم يتم العمل به الى حد اليوم.

ج - أنواع المرقى العقاري

قسم المشرع الجزائري المرقى العقاري حسب نشاط الترقية العقارية الى نوعين مرقى عقاري عام ومرقى عقاري خاص

1- المرقى العقاري العمومي: هو أحد الأشخاص المعنوية العامة التي تقوم بالترقية العقارية والتي تخضع لأحكام القانون العام وأورد المشرع أصنافها كما يلي :

1-1 الوكالات المحلية العقارية للتسيير والتنظيم الحضريين :

نشأت بموجب المرسوم التنفيذي رقم 90-405 المؤرخ في 1999/12/22 بعد أن فشلت الجماعات المحلية في القضاء على أزمة السكن رغم الصلاحيات الواسعة الممنوحة لها في مجال التهيئة والتعمير ومن أبرز ما نص عليه هذا المرسوم هو مهمة حيازتها للعقارات والحقوق العقارية المخصصة للتعمير لحساب البلدية والقيام بنقل ملكية هذه العقارات وفق ما جاء في نص المادة 73 من قانون التوجيه العقاري على أن كل تصرف تباشره الجماعة المحلية ولا يكون لفائدة شخص من أشخاص القانون العام يعد باطلا وعديم الأثر لأن هذه المهمة أوكلت الى الوكالات العقارية التي تعد في حكم الوكيل القانوني

- أما ما يتعلق بشهادة التسجيل فهي تمنح وفقا للنموذج المحدد بموجب القرار المؤرخ في 2013/01/09 الذي يحدد نموذجي الإعتماد وشهادة التسجيل للمرقى العقاري، جريدة رسمية، عدد14، مؤرخة في 2013/03/14.

¹ المادة 23 من القانون 04-11 الذي يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية تنص على أنه: "يتطلب منح الإعتماد للمرقى العقاري تسجيله في الجدول الوطني للمرقين العقاريين و يعد ترخيصا لممارسة المهنة ، مع مراعاة القيام بالإجراءات الشكلية و الإدارية و الجبائية المطلوبة للحصول عليه. يمسك الوزير المكلف بالسكن والعمران الجدول الوطني".

للجماعات المحلية لإتمام عملية تسيير سنداتها العقارية الحضرية¹ ومرد هذا تقييد سلطة الجماعات المحلية فلم تعد تتمتع بصلاحيات ممارسة نشاطات الترقية العقارية وكذا حصر مهامها فقط للأشخاص العامة دون الخاصة ، ولقد تم تعديل هذا المرسوم بموجب المرسوم التنفيذي رقم 03 - 408 المؤرخ في 2003/11/15 المعدل و المتمم فأصبحت تمارس نشاطها تحت رقابة المجلس الشعبي الوطني و كذا تحت رقابة وزير الداخلية الممثل للدولة وتحت رقابة الوالي .

وبموجب نص المادة الثانية من المرسوم التنفيذي 03 - 408 أصبحت تسمى الوكالة الولائية للتسيير و التنظيم العقاريين الحضاريين، ولقد جاء في قرار صادر عن الدولة تحت رقم 004841 مؤرخ في 2003/04/15 الوكالات المحلية للتسيير والتنظيم العقاري الحضري مفهومها: بأنها مؤسسات ذات طابع إقتصادي وتجاري تتمتع بالشخصية المعنوية المستقلة وبالتالي فدورها لم يعد محصور في الجوانب التقنية والمالية وتحرير العقود وإنما إنجاز السكنات حسب الصيغ المعروضة² وكذا النزاعات القائمة بينها و بين الخواص لا يؤول إختصاصها للقضاء الإداري .

2-1 دواوين الترقية والتسيير العقاري : التي أنشأت بموجب الأمر 63-74 المؤرخ في 10/06/1974 المتضمن إحداث القانون الأساسي لمكاتب الترقية والتسيير العقاري ثم تم إلغاؤها بموجب الأمر 76-93 المؤرخ في 23/10/1976 المتضمن شروط إحداث و تنظيم و سير مكاتب الترقية العقارية للولاية وتنفيذا لهذا الأمر صدر المرسوم 76-143 المؤرخ في 23/10/1976 المتضمن إنشاء وتنظيم وسير مكاتب الترقية العقارية وهي مؤسسات عمومية ذات طابع صناعي وتجاري تمارس نشاطها تحت وصاية الوالي لها شخصية قانونية وذمة مالية مستقلة وتم تعديل بعض أحكامها بموجب المرسوم التنفيذي رقم

¹ أنظر ليلي زروقي وحمدى باشا، المنازعات العقارية ، طبعة 2012 ، دار هومه للنشر، الجزائر، ص258.

² مسكر سهام ، مرجع سابق ص 37 .

147-91 المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي 93 -08 أما عن طبيعتها القانونية فكانت متأرجحة بين الإدارية والإقتصادية إلى أن فصل المشرع الجزائري في هذه المسألة بموجب المادة الأولى من المرسوم التنفيذي 93 -08¹ والتي جاء فيها أنها مؤسسة عمومية وطنية ذات طابع صناعي وتجاري تمارس مهامها تحت وصاية الوزارة المكلفة بالسكن فهي تتمتع بالشخصية المعنوية والإستقلال المالي وتعد تاجرا في علاقاتها مع الغير، وهذا يعني سريان أحكام القانون التجاري في معاملاتها لتثار من جديد مسألة أنها من الأشخاص المعنوية العامة والتخضع الى القانون الخاص؛ إلا أن مرد هذه الفكرة غير صحيح لأنها فعلا تمارس العمل تجاري أو الصناعي غير أن نشاطها لا يخضع للقواعد التجارية بل للتنظيم الإداري والهدف من ممارسة النشاط التجاري هو تحقيق المنفعة العامة بإزالة أزمة السكن، وليس للتحقيق الأرباح ومن أهم مهامها ضمن ما ورد في نص المادة 04 و 06 من المرسوم التنفيذي رقم 91 - 147 المؤرخ في 12/05/1991 المتضمن تغيير الطبيعة القانونية للقوانين الأساسية لدواوين الترقية و التسيير العقاري العمل على صيانة وترميم الأملاك العقارية وكذا يقوم بإنجاز السكنات والمحلات ذات الإستعمال المهني والتجاري والحرفي وكذا جرد العمارات المكونة للحظيرة العقارية التي يسيرها كما يراقب مراعاة النظام القانوني لشاغلي الشقق والمحلات الموجودة بهذه العمارات.

1-3 الوكالة الوطنية لتحسين السكن وتطويره: نشأت بموجب المرسوم التنفيذي رقم 91 - 148 المؤرخ في 12/05/1991 وهي مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري تتمتع بالشخصية المعنوية والإستقلال المالي وتمارس مهامها تحت وصاية الوزير المكلف بالسكن وتعد تاجرة في علاقاتها مع الغير وتخضع للقانون التجاري ويتزأسها مدير عام على مستوى مقر المديرية يساعده أربعة مديرين عاميين ومديرين فرعيين ، من أبرز مهامها ترويج السوق

¹المرسوم التنفيذي 93-08 المؤرخ في 02/01/1993 المتضمن تغيير الطبيعة القانونية للقوانين الأساسية لدواوين الترقية والتسيير العقاري و تحديد كيفية تنظيمها و عملها ، ج ر ، العدد 02 المؤرخ 06/02/1993.

العقارية وتطويرها إنشاء مدن جديدة وعادة أساليب مستحدثة من خلال برامج عملها وتعميرها قصد تطويرها والقضاء على السكن غير الصحي¹.

1-4 الصندوق الوطني للتوفير والإحتياط : نشأ بموجب القانون رقم 64-227 المؤرخ في 10/08/1964 وهو مؤسسة عمومية تتمتع بالشخصية المعنوية والإستقلال المالي ويعد تاجرا في علاقاته مع الغير ويخضع للقانون التجاري ما لم ينص القانون على خلاف ذلك² ومن أهم مهامه تمويل السكن الإجتماعي ، الترقية العقارية وجمع الإدخار من المواطنين وإستغلاله في خدمة التنمية الإجتماعية والإقتصادية، وكانت أول عملية من نشاطه في جمع الإدخار سنة 1975 حين منح السكنات للمدخرين إلا أنه في سنة 1992 أصبح يمارس نشاط الترقية العقارية كمرقي عقاري وممول في نفس الوقت بعدما أنشأ شركة الترقية العقارية للمدخرين وتم إعتاده بصفة أساسية بنك سنة 1997 .

2- المرقى العقاري الخاص: برز في التشريع الجزائري بموجب المرسوم التشريعي

رقم 93-03 المتعلق بالنشاط العقاري وإعتمد على شخصين :

2-1 المرقى العقاري شخص طبيعي:

يتمتع الإنسان بالشخصية القانونية بميلاده حيا وتنتهي بوفاته ، فالشخصية القانونية هي صلاحية إكتساب الحقوق وتحمل الواجبات حيث لا تقتصر على الإنسان بل تثبت لبعض الكائنات المعنوية كالدولة والجمعيات بالمفهوم القانوني³، فالجنين رغم إقرار القانون له بالأهلية إلا أن لا يتمتع بأهلية الأداء الى أن يولد حيا، وطبقا لما سنه المشرع في نص

¹ المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 14891 المؤرخ في 12/05/1991 المتضمن إنشاء الوكالة الوطنية لتحسين السكن وتطويره، ج ر، عدد25 سنة 1990.

² المادة 1 و 2 من القانون رقم 64-227 المؤرخ في 10/08/1964 المتعلق بتأسيس الصندوق الوطني للتوفير والإحتياط، ج ر، عدد26 مؤرخة في 25/08/1964.

³ فاطمة الزهرة جدو، المدخل للعلوم القانونية (نظرية الحق)، دار بلقيس للنشر والتوزيع الجزائر، ص20.

المادة 25 من القانون المدني فإن بدايتها بميلاده حيا ونهايتها بوفاته¹ سواء تعلق الأمر بالموت الطبيعي أو الموت التقريبي الصادر عن القاضي (موت حكمي أو تقديري للغائب والمفقود)

وتتجرعن إكتساب الشخصية القانونية جملة من الخصائص التي يتمتع بها الفرد من إسم وموطن وجنسية وأهلية وذمة مالية؛ لقد نص المشرع ضمن المادة 03 الفقرة 15 من القانون رقم 04-11 على أنه: " يعد مرقيا عقاريا، 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 وتأهيل الشبكات قصد بيعها أو تأجيرها".

الملاحظ على هذا النص أن المشرع الجزائري ربط مهنة الترقية العقارية بكل شخص طبيعي أو معنوي قادر على المبادرة بالقيام بالمشاريع العقارية أو الترميم أو التأهيل أو غيرها من نشاطات الترقية العقارية إلا أنه أكد على ضرورة حصول الشخص الطبيعي على الإعتماد من طرف وزارة السكن والعمران² ويتم تسجيله في الجدول الوطني للمرقين العقاريين وكذا مسك السجل التجاري كما منعه من مزاوله أي نشاط مدفوع الأجر ومنطلق هذه الفكرة أنه قام بفرض هذه الشروط لضمان السير الحسن للمشاريع العقارية من طرف المرقين العقاريين الأكفاء فقط وكضمان قوي لمكتب العقار .

2-2 المرقى العقاري شخص معنوي

الشخص المعنوي هو: " مجموعة من الأشخاص والأموال التي تهدف الى تحقيق غرض معين يمنحها القانون الشخصية القانونية بالقدر اللازم لتحقيقه بممارسة حقوقه

¹ المادة 25 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

² المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 12-84 مؤرخ في 20 فبراير 2012 يحدد كيفية منح الإعتماد لممارسة مهنة المرقى العقاري و كيفية مسك الجدول الوطني للمرقى العقاريين، ج ر، عدد 11 لسنة 2012.

والإلتزام بالواجبات التي تقع على عاتقه¹. وينقسم الى نوعين أشخاص معنوية عامة وخاصة فتندرج الأولى في الدولة والولاية والبلدية والمؤسسات العامة والمؤسسات التي يعترف القانون لها بالإستقلال المالي أما الخاصة تتمثل في الشركات المدنية والتجارية وكذا المؤسسات التي تعترف لها الدولة بالشخصية المعنوية².

فالشخص المعنوي قائم بذاته ومستقل على الأشخاص المكونين له، ولا بد من التتويه الى أن بداية الشخصية المعنوية لجماعة الأشخاص أو الأموال تتم بعد الإعتراف بها من قبل السلطات المختصة في الدولة ويختلف الإعتراف بحسب الشخص المعنوي فالعام بنشر القانون الذي يقضي بإنشائه في الجريدة الرسمية أما الخاص فالتسجيل في السجلات الرسمية، ويتمتع الشخص المعنوي طبقا لما سنه المشرع في نص المادة 50 من القانون المدني بالإسم والجنسية والموطن وحق التقاضي والذمة المالية والأهلية

الفرع الثاني

مفهوم المستهلك العقاري

يعد المقتني³ الطرف الثاني في عقد البيع على التصاميم وقد تناوله المشرع الجزائري في قانون الترقية العقارية بالعديد من المصطلحات، لكن قوة المرقى العقاري في العلاقة التعاقدية الاستهلاكية العقارية تجعل مقتني العقار الطرف الضعيف فيها، مما دفع بنا إسقاط

¹ فاطمة الزهرة جدو ، مرجع سابق ،34.

² المادة 49 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم .

³ تناول المشرع الجزائري مصطلح المقتني في عدة نصوص من قانون 11-04 من بينها المادة 47 و57 و58 و 64 و 72 و 76 .

- المستهلك لغة : مأخوذة من مادة هلك ، الهلك ،يهلك ، و استهلك المال "أنفقه و أنفذه"،نقلا عن ابن منظور لسان العرب ، المحيط ، بيروت دار لسان العرب ، د،ط ،ص 820.

أما المستهلك إصطلاحا : هو من يقوم باستعمال السلع و الخدمات لاشباع حاجياته الشخصية و حاجيات من يعولهم وليس بهدف إعادة بيعها أو تحويلها أو إستخدامها في نطاق نشاطه المهني نقلا عن عبد الفتاح بيومي حجازي ، النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية ، الاسكندرية ، دار الفكر الجامعي ، د ط ،ج ،2002،ص 138.

وصف المستهلك عليه خصوصا أنه يقتني السكن للعيش فيه، لذا قسمنا هذا الفرع الى تعريف المستهلك أولا ثم شروطه ثانيا.

أولا: تعريف المستهلك

لتحديد مفهوم المستهلك في عقد البيع على التصاميم لا بد من دراسة المفاهيم الواردة في القانون الجزائري ثم نحاول الوقوف على المفاهيم الفقهية الواردة بشأنه.

أ: التعريف التشريعي للمستهلك:

تم النص على تعريف المستهلك في التشريع الجزائري بموجب المادة 3 الفقرة الثانية من القانون رقم 02/04 المتعلق بالممارسات التجارية تعريف المستهلك على أنه : "كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني سلعا للبيع أو يستفيد من خدمات عرضت ومجردة من كل طابع مهني"¹ ، كما تم النص عليه أيضا بموجب نص المادة 03 الفقرة الأولى من القانون المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش رقم :03/09 المؤرخ في 25 فبراير 2009 بأنه : " كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني بمقابل أو مجانا سلعة أو خدمة موجهة للإستعمال النهائي من أجل تلبية حاجاته الشخصية أو تلبية حاجة شخص آخر أو حيوان متكفل به"²

ومؤدى هذا أن المشرع الجزائري أكد بموجب نص المادتين السالفتي الذكر على صفة المستهلك تتدرج ضمن الإستعمال الشخصي أو العائلي فقط، كما أتى بضم كل الأشخاص

¹ المادة 2/3 من القانون رقم 02.04 المتعلق بالممارسات التجارية .

² المادة 1/3 من القانون رقم 03.09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش.

- أورد المشرع الفرنسي تعريفا للمستهلك في نص المادة التمهيديّة فقرة 01 من الأمر رقم 301/2016 بأنه: " كل شخص طبيعي يتصرف لأغراض لا تدخل في إطار نشاطه التجاري و، الصناعي، الحرفي الحر أو الزراعي"، إلا أنه عدل هذا المفهوم بموجب المادة 03 من القانون 203/2017 المؤرخ في 21 فبراير 2017 بمصادقته على الأمر 301/2016 المؤرخ في 14 مارس 2016 المتعلق بالقسم التشريعي لقانون الاستهلاك: " كل شخص اعتباري لا يتصرف لأغراض مهنية".

الطبيعية والإعتبارية على حد سواء مع شرط التجريد من طابع المهنية للشخص المعنوي الذي وسع دائرة الحماية القانونية لتشمله.

ب: التعريف الفقهي للمستهلك

إختلف الفقه القانوني حول تحديد مفهوم موحد للمستهلك حيث إنقسم بين إتجاهين منهم من تبنى المفهوم الموسع له ومنهم من تبنى المفهوم الضيق.

1- التعريف المطلق للمستهلك :

يرى أصحاب هذا الإتجاه من الفقهاء أن المقصود بالتوسع في تعريف المستهلك "هو كل شخص يبرم تصرفا قانونيا من أجل إستخدام المال أو الخدمة في أغراضه الشخصية أو المهنية"، وبذلك تخلو عن فكرة الأخذ بالطابع الشخصي لاستعمال المال أو الخدمة ويقصد المستهلك وفق منظورهم: " كل شخص يتعاقد مع أحد المهنيين سواء كان طبيعيا أو معنويا تاجرا أو غير تاجر قصد الحصول على سلع أو خدمات لقاء مقابل مادي اما لاشباع حاجاته الشخصية أو العائلية طالما أن محل العقد المبرم بينهما لا يدخل في محل نشاط المتعاقد مع المهني ولو لم يكن لدى المتعاقد الخبرة أو دراية كافية بأسرار النشاط الذي يقوم به المتعاقد الآخر¹ . ومرد هذا التعريف أنه أخذ بشرط الإستعمال أو الاستخدام بحيث يعتبر كل شخص يستخدم المنتج دون النظر في صفته سواء كان منتجا أو غير منتج² كما يعتمد هذا الاتجاه أيضا على معيار التخصص أو الخبرة الفنية وهو بهذا الشكل يوسع من دائرة الفئة المتعلقة بالأحكام الحامية للمستهلك لتشمل المنتجين الذين لا خبرة لهم في العقود التي يبرمونها مع المنتجين المتخصصين³ مدلول هذا التعريف المقاول الذي يشتري شقة بناء على

¹ سه نكه علي رسول ، حماية المستهلك و أحكامه دراسة مقارنة ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، د ط ، 2016 ص

32

² المرجع نفسه ، ص33.

³ بلعابد سامي، الحماية القانونية للمستهلك دراسة مقارنة، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه، جامعة منتوري قسنطينة

،2011/2012.ص 25

عقد البيع على التصاميم يعد مستهلكا متى تم استخدامها شخصيا أو لأغراضه الشخصية أو العائلية والأخذ بالمفهوم المطلق للمستهلك كان بارزا في الإجتهد القضائي الفرنسي حين أصدرت إحدى محاكم النقض الفرنسية حكما يتعلق باعتبار أحد الشركات التجارية العاملة في مجال العقارات من بين المستهلكين على أساس أن تعاقدتها كان خارج مجال تخصصها¹.

إلا أن الانتقادات التي طالت بهذا الاتجاه خصوصا أن جل التشريعات تسعى الى حماية الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية بسن قوانين خاصة له ما أدى الى ظهور دعاة الاتجاه الضيق لمفهوم المستهلك.

2- التعريف الضيق للمستهلك:

يعرف أنصار الاتجاه الضيق المستهلك بأنه: "هو الشخص الذي يصبح طرفا في عقد التزود بالسلع والخدمات لأجل تلبية احتياجاته الشخصية غير المهنية"². وفي تعريف آخر له: "هو من يقوم بإبرام العقود بهدف الحصول على احتياجاته الشخصية والعائلية من السلع والخدمات"³ فالمستهلك وفقا لهذا الاتجاه هوكل من يقوم بالتصرفات القانونية للحصول على السلعة أو الخدمة التي تشبع حاجاته واحتياجاته الشخصية والعائلية ، لكن الأمر ليس كذلك دائما فأفراد أسرة المستهلك المتعاقد هم أيضا مستهلكون لانهم يقومون بعملية الاستهلاك دون أن تبرم العقود اللازمة لذلك ، كما يرى فريق آخر أن تعريف المستهلك هو: "من يستهلك بشكل غير مهني سلعا استهلاكية مخصصة لاستهلاكه الشخصي" وما

¹ "وكيل عقاري قام بشراء جهاز للإنذار لحماية محلاته من قواعد الحماية بوصفه مستهلكا، مؤهل لنقض الشروط التعسفية الواردة في العقد...." نقلا عن محمد بودالي، حماية المستهلك في القانون المقارن، مرجع سابق، ص26.

- ففي حقبة القانون 1987 كانت معظم الإجتهدات القضائية الفرنسية تأخذ بالمفهوم المطلق للمستهلك حيث لم يعد وصف المستهلك في نظرها يقتصر على الشخص الطبيعي وإنما توسع ليضم حتى الشخص المعنوي الذي يتعاقد على منتج أو خدمة يجهل عيوبها، لذا فهو يتمتع بالحماية اللازمة مدام يحمل وصف المستهلك.

² GHESTIN.J ,Traité de droit civil ,la formation du contrat L G D ,3edition ,1990 ,N°77,p54.

³ محمود عبد الرحيم الديب ، الحماية المدنية للمستهلك ،دراسة مقارنة ، دار الجامعة الجديدة ، 2011 الإسكندرية ص11.

يؤخذ على هذا التعريف أنه حصر تعريف المستهلك على عنصرين هما الاستهلاك الشخصي والسلع دون ذكره للخدمات والاستهلاك العائلي .

وتتجه اغلبية الأراء الفقهية الى تبني المفهوم الضيق للمستهلك على أساس أنه هو الأقرب لذاتية المستهلك فضلا عن تميزه بالدقة القانونية وعدم إثارته للشكوك ، مما ييسر مسألة تطبيقه بما يوفره من أمان قانوني للمستهلك¹، وحجة أنصار هذا الاتجاه في تضيق معنى المستهلك هي أن أصل إصدار التشريعات تهدف الى حماية الطرف الضعيف في العقد، وهو الشخص العادي الذي يقوم بإبرام تصرفات قانونية لإشباع حاجاته الشخصية والعائلية أما المهني عند إبرام تصرفات قانونية حتى ولو كانت خارجة عن مجال مهنته أو نطاق تخصصه لا يعني أنه طرف ضعيف من الناحية الاقتصادية². وبهذا فإن المستهلك في عقد البيع على التصاميم هو كل شخص سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا، يستعمل المنتج العقاري المتعاقد عليه بغية تلبية حاجاته الشخصية أو لعائلته وهذا خارج نشاطه المهني.

وما يؤخذ أيضا بالمفهوم الضيق للمستهلك أنه يسمح للسلطات العامة أن تضبط شؤون الاستهلاك لدى الأفراد وأن التوسع في هذا المفهوم إلى حد كبير لن يمكنها من ذلك³ هو ما نستشفه في عقد البيع على التصاميم حين تدخل المشرع الجزائري في ضبط نموذج له بغية حماية المستهلك بالدرجة الأولى.

مما يؤكد بأن المشرع الجزائري أخذ بالمفهوم الضيق للتعريف المستهلك، وتطبيقا على المكتتب أو مقتني العقار في عقد البيع على التصاميم فهو يحوز صفة المستهلك متى تعاقد

¹ أسامة أحمد بدر ، مرجع سابق ، ص 11.

² حسن عبد الباسط جميعي ، حماية المستهلك ، الحماية الخاصة لرضا المستهلك في عقود الاستهلاك ، دار النهضة

العربية ، القاهرة 1966، ص12

³ حمد الله حمد الله ، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية في عقود الإستهلاك، دار الفكر العربي، القاهرة 1997، ص15 .

مع المرقى العقاري من أجل شراء عقار للسكن بغية استهلاكه، دون العقارات المهنية أو التجارية.

ثانيا: شروط المستهلك في عقد البيع على التصاميم

على غرار ما نص عليه المشرع من شروط للمرقى العقاري بسبب إتهانه لمهنة الترقية العقارية، فإنه لم ينص على أي شروط تتعلق بالمكاتب في عقد البيع على التصاميم وترك هذا الأمر يرجع للقواعد العامة التي تبرز شروطه ومن بينها أن يتمتع بأهلية التصرف كما أن لا تكون إرادته معيبة بعيب من عيوبها أو أن تتعرض لعارض من عوارض الأهلية.

المطلب الثاني

التفاوت بين طرفي العقد

إن تفاوت المركز القانوني للأطراف المتعاقدة في عقد البيع على التصاميم ، دفع بالفقهاء إلى تصنيفه ضمن عقود الإذعان وحثهم في ذلك إختلال التوازن العقدي فيه والتفوق الإقتصادي الذي يتمتع به المرقى العقاري بإحتكاره للسلعة المراد إقتناؤها من طرف المستهلك والذي دفع بنا الى حول أنه عقد بيع إذعان أن المشرع ربط هذا العقد فقط بالمرقى العقاري دون سواه من الأشخاص لذا تطرقنا في هذا المبحث الى مفهوم عقد الإذعان في الفرع الأول منه وتحققه في الفرع الثاني .

الفرع الأول

مفهوم عقد الإذعان

إن احتكار المرقى العقاري للسلع العقارية تجعله الطرف القوي في فرض شروط العقد المبرم بينه وبين المستهلك، ما يؤدي الى اذعان الطرف الضعيف فيها، لذا تطرقنا في هذا الفرع الى التعريف القانوني لعقد الإذعان ثم الطبيعة القانونية له .

أولاً : تعريف عقد الإذعان

يتجلى عقد الإذعان في تعريفه من الناحية التشريعية ثم ما أورده الفقهاء بشأنه.

أ- التعريف التشريعي لعقد الإذعان:

إن جل التشريعات تعرضت لعقد الإذعان من زاوية حصول القبول فيه فقط دون أن تعرفه فنصت المادة 70 من القانون المدني الجزائري على أنه: "يحصل القبول في عقود الإذعان بمجرد التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها" مؤدى هذه المادة أن المشرع الجزائري أشار الى أن الرضا في عقد الإذعان يتم بمجرد وصول القبول للمتعاقد ، ويحصل ذلك بعدم مناقشة الشروط المصرح بها من قبله ، لذا الرضا في عقد البيع على التصاميم بين المرقى العقاري والمستهلك يحدث بمجرد قبول هذا الأخير بشروط العقد ودون مناقشتها¹ .

ب - التعريف الفقهي لعقد الإذعان :

تنوعت التعريفات الفقهية لعقد الإذعان وهذا راجع الى إختلاف آراء الفقهاء حوله ومن بينها ما يلي :

عرفه جاك غستان بأنه:" أن عقد الإذعان هو انضمام لعقد نموذجي يحرره أحد الفريقين بصورة أحادية الجانب وينضم إليه الفريق الآخر بدون إمكانية حقيقية لتعديله"² ومفاد هذا التعريف أن العقد الذي يبرمه أحد أطرافه وفق نموذج معين بصورة منفردة دون إشراك

¹ وهي نفسها المادة 100 من القانون المدني المصري ، و101 من التقنين السوري ، والمادة 172 من القانون المدني اللبناني حيث أطلق عليها تسمية عقود الموافقة ، أما القضاء الفرنسي فقد استعمل مصطلح عقد الإذعان ورغم هذا لا يمكننا الجزم بأن القضاء الفرنسي قد أوجد تعريفاً موحداً له .

² جاك غستان ،المطول في القانون المدني، تكوين العقد ، ط 1، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ،د ب ن ،2000، ص 97.

الطرف الآخر فيه إلا من خلال قبوله أو رفضه فليس له حق التعديل أو التغيير فهو عقد يتصف بالإذعان.

كما عرفه الدكتور لشعب محفوظ بأنه: "العقد الذي يعد فيه الموجب ذو الإحتكار القانوني أو الفعلي شروطا محددة غير قابلة للتعديل أو المناقشة ويوجهها للجمهور بصورة دائمة بقصد الإنضمام إليه ويعرض بموجبها سلعة أو خدمة معينة"¹

أما الدكتور عبد المنعم فرج الصده فقد عرفه بأنه: "العقد الذي يسلم فيه القابل بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها، وذلك فيما يتعلق بسلع أو مرفق ضروري يكون محل احتكار قانوني أو فعلي، أو أن تكون المنافسة محدودة النطاق في شأنها"².

وعرف أيضا بأنه: عقد يملي فيه المتعاقد شروطه على المتعاقد الثاني الذي ليس له إلا وفضها أو قبولها ويتميز هذا النوع من العقود بسيطرة أحد المتعاقدين على الآخر فيفرض شروطه ولا يقبل مناقشتها ، وعادة ما يكون سبب هذه السيطرة هو الإحتكار الفعلي أو القانوني للسلع أو الخدمات من طرف المتعاقد القوي"³.

ثانيا: الطبيعة القانونية لعقد الإذعان

اختلف الفقه القانوني حول طبيعة عقد الإذعان هل هو عقد عادي ككل العقود تسري عليه قواعد العقود المنظمة لها، أم أنه مركز قانوني أو تنظيمي أنشأه الموجب بإرادته المنفردة.

فهناك من يعتبر عقود الإذعان عقد حقيقي يتم بالإرادتين ويخضع للقواعد التي تخضع لها سائر العقود، فمهما قيل بأن أحد المتعاقدين ضعيف عن المتعاقد الآخر فهذا لا

¹ لشعب محفوظ، مرجع سابق، ص 31.

² عبد المنعم فرج الصده، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، دار النهضة العربية، بيروت، 1974، ص 120.

³ علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، د ط، الجزائر، 2008، ص 72 و

أثر له في طبيعة العقد، بينما هناك فريق آخر من الفقهاء يذهبون الى إنكار الصفة التعاقدية على عقد الإذعان ، واعتباره مركزا قانونيا منظما تنشئه إرادة منفردة يصدرها الموجب بمثابة قانون أو لائحة تسيطر على تفسير العملية وتطبيقها¹

فتضارب هذه الإتجاهات الفقهية أدت بنا الى البحث عن الطبيعة القانونية لهذا النوع من العقود لذا سنتطرق من خلال هذا الفرع الى مناصري النظرية غير تعاقدية لعقد الإذعان ثم النظرية التعاقدية له.

أ- الطابع التنظيمي لعقد الإذعان :

ذهب جمهور من فقهاء القانون من بينهم "سالي" وكذلك "ديجيه" و" دوريو" الى إنكار الطبيعة العقدية لعقود الإذعان ، إذ أن العقد توافق أرادتين عن حرية إختيار، أما هنا فالقبول مجرد إذعان و رضوخ فعقد الإذعان أقرب الى أن يكون قانونا²، وهذا الفريق ينكر وجود عقد الإذعان إنطلاقا من أن العقد يفترض التساوي بين الأطراف وحرية المفاوضة بينهما، إذ أن في عقد الإذعان يوجد جهة عدم المساواة بين المتعاقدين ، ولا توجد مساهمة أو مشاركة للطرفين في وضع الشروط وإعدادها التي تنطبق على الإرادة³.

أن الأستاذ "ديجي" يشرح رأيه بالقول بأن : "إرسال خطاب بالبريد للاستفادة من الخدمة لا يوجد هناك عقدا لكن يوجد فقط تصرفا بالإرادة المنفردة ، وهو تصرف بالإرادة المنفردة للمرسل"⁴

ويرى الاستاذ "ديموج" : " أن عقد الإذعان هو مركز قانوني منظم يجب أن تعنى فيه تطبيقه بصالح العمل أولا ثم بما يستحق الحماية من صالح كل من طرفي العقد"¹.

¹ السيد محمد السيد عمران، مرجع سابق، ص 29.

² عبد الرزاق السنهوري ، نظرية العقد ، الجزء الأول، ط 2، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان، 1998، ص 283.

³ لشعب محفوظ ، مرجع سابق ، ص 42

⁴ سمير عبد السيد تناغو ، مرجع سابق ، ص 468.

ومن خلال ما سبق فإن أصحاب هذا الإتجاه يرون أنه لتفسير الإذعان يجب أن يتم وفقاً لتفسير اللائحة قانوناً وهذا بالاستناد الى مقتضيات العدالة وحسن النية .

فحسب الاستاذ سالي "إن القيمة القانونية لعقد الإذعان لا تجد مصدرها في التوافق الإرادي، ولكن في الإرادة المنفردة لمحرر العقد ومنشأه، وانضمام الطرف الآخر لا يأتي كعنصر منشئ وضروري للتصرف فهو لا يتعلق بتكوينه ولا يتعدى كونه مكملاً لشرط موضوع للتنفيذ من المنشأ ذاته"².

أما بالنسبة للأستاذ "جونو" فالأمر يتعلق: "بخلط و تهجين بين العقد و النظام" ففي كل عقد من عقود الإذعان يوجد جزء تعاقدي بمعنى الكلمة وجزء تنظيمي صادر عن الإرادة المنفردة لأحد المتعاقدين الذي يفرض قانونه على المتعاقد الآخر³.

وأهم حجج هذه النظرية هي:

- أن مفهوم العقد يفرض المساواة في الأحوال بين المتعاقدين، و هذا هو الإتجاه العام في القانون المدني

- أن القانون المدني قد وضع عراقيل أمام العقود التي لا تكون أطرافه متساوية، وهذه النتيجة واردة في الأوضاع التي يعتبرونها عقد إذعان⁴.

ولهذا كله نجد الطريقة التي تتم بها إبرام هذه العقود لا تؤثر إطلاقاً في طبيعتها التعاقدية ، ولكنها لا تسمح فقط باكتشاف شيء آخر وهو الظلم الناتج عن شروط الطرف القوي في هذه العقود⁵.

¹ عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني ، نظرية الالتزام بوجه عام ، مرجع سابق ،ص 231.

² لشعب محفوظ ، مرجع سابق ،ص 44.

³ سمير عبد السيد تناغو ، مرجع سابق ، ص 468.

⁴ لشعب محفوظ ، مرجع سابق ، ص 48.

⁵ سمير عبد السيد تناغو ، مرجع سابق، ص 470.

ب - الطابع التعاقدى لعقد الإذعان:

أما أنصار الاتجاه الثاني فلا يرون الحجج التي تقدم بها أصحاب النظرية الأولى مقنعة، لأن أغليبتهم من فقهاء القانون المدني الذين رأوا أن عقد الإذعان عقد حقيقي يتم بتوافق إرادتين، و يخضع للقواعد التي تخضع لها سائر العقود، و لو لم يكن طرفاه متساويان في القوة الإقتصادية¹، و أكثر من ذلك فإن جل العقود يتحقق فيها ما نراه في عقد الإذعان من اضطرار أحد الطرفين أو كليهما للتعاقد، و عدم التساوي بين المتعاقدين لا يمكن توقيه بل أنه أقل ضررا في عقود الإذعان منه في العقود الأخرى، فهو يسري على جميع من يتعاقدون مع المحتكر إذ الكل سواء أمامه لأن الإيجاب معروض على الكافة²، وأما ما يتعلق بالضعف الذي يعتري الطرف المتعاقد على الطرف الأخر فهذه ظاهرة إقتصادية لا ظاهرة قانونية، و علاج هذا الأمر لا يكون بإنكار صفة العقد على العقد الحقيقي، ولا بتمكين القاضي من تفسير هذا العقد كما يشاء بدعوى حماية الطرف الضعيف، فتضطرب المعاملات و تنفقد إستقرارها، بل إن العلاج الناجع هو تقوية الجانب الضعيف، حتى لا يستغله الجانب القوي³.

والراجح الآن في الفقه المدني أن الضغط الذي يكون الطرف المذعن واقعا تحته لا يبلغ حد الإكراه الذي يعدم الرضا، وحتى لا يفسده وبالتالي فإن القبول بطريق الإذعان قبول

¹ بودالي محمد، مكافحة الشروط التعسفية في العقود، دط، دار الفجر للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، مرجع سابق ص 14.

. للإشارة فقط فقهاء القانون المدني من الفقه الغربي: الفقيه ديموج، و الفقيه أسمن و الفقيه بلانيول، اما في فقه العربي د أحمد السنهوري، و د عبد المنعم فرج الصدة و محمد لبيب شنب منقول عن حسنى محمود عبد الدايم مرجع سابق ص 64.

² محمد فواز صباح الألوسي، الشروط التعسفية في عقود الإذعان (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، قانون خاص جامعة البيت، كلية القانون، 2015، ص 34.

³ عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الإلتزام بوجه عام، مصادر الإلتزام دار إحياء التراث العربي، لبنان، 1952، ص 232.

صحيح ينعقد باقتران الإيجاب ويصبح عقد حقيقي¹، وإن أبرز الحجج التي وجهها أصحاب النظرية التعاقدية في ردهم على أصحاب النظرية الأولى:

- أن عقود الإذعان عقود حقيقية تسيطر عليها الإرادة المشتركة سواء أكان ذلك في نشأتها أم في آثارها وأن مصالح الجمهور قد تظفر في عقد الإذعان برعاية أكثر من ما تظفر به في العقود الأخرى².

- هناك خطأ في التقريب بين العمل الإفرادي و عقد الإذعان ذلك لأنه لا يمكن الإعتراف بصفة ملزمة لهذا العمل الإفرادي مادام أنه لم يصادف إذعانا من الطرف الآخر، وهناك فارق بين الاثنين وهو أنه في التزام الإرادة الحرة المنفردة يوجد التزام على عاتق من التزم فقط قبل أن تظهر رغبته في الإستفادة منه، في حين أن عقد الإذعان لا يمكن أن يكون هناك إلتزام لا على عاتق الموجب ولا على عاتق المذعن قبل الإذعان وهذا هو السبب في عقد الإذعان عقد حقيقي³.

ولقد ظهر إتجاه آخر للنظريتين وهو المذهب الوسط بينهما تختلف أراءه حول زاوية الأخذ بطبيعة عقد الإذعان من ناحية أنه تعاقدية أو لائحي ، فمنه من يقترب من الرأي الأول فيرى أن عقد الإذعان ينطوي على خدمة خاصة ذات منفعة عامة، وإن كان يخلع عليه وصف العقد كما ذهب إليه الفقيه ديموج، ومنه ما يمزج بين النظريتين فعقد الإذعان بموجبه خليط بين العقد والتنظيم وهو ما ذهب إليه الفقيه جونو.

¹ لشعب محفوظ، مرجع سابق، ص 36.

² عبد المنعم فرج الصدة ، مرجع سابق ، ص 136 و 139

³ محمد فواز صباح الأوسي ، الشروط التعسفية في عقود الإذعان (دراسة مقارنة)، مرجع سابق ، ص 36.

الفرع الثاني

ميزة الإذعان في عقد البيع على التصاميم

سنتطرق في هذا الفرع بصفة أساسية الى ركن الرضا في عقد البيع على التصاميم لنوضح الإذعان الذي يشوب إرادة طرفيه ، أما ما يتعلق بالمحل والسبب فيه فقد سبق لنا ابرازهما في أركان عقد البيع على التصاميم في الفصل الأول.

أ- الإيجاب في عقد البيع على التصاميم

لم يتم تعريف الإيجاب في عقد الإذعان تشريعا وفقها وأجمع الفقهاء على الرجوع الى القواعد العامة بشأن ذلك ، فالإيجاب : "هو العرض الذي يتقدم به شخص معين إلى آخر، أو آخرين بقصد إبرام عقد ما للحصول على قبول هذا العرض وبالتالي إنشاء العقد" ¹ وأيضا هو تعبير عن إرادة باتة بالتعاقد يتضمن العناصر الجوهرية للعقد ، يوجه إلى شخص معين أو الى عدة أشخاص معينين ، يتم به العقد إذا ما تلاقى معه القبول ² وعرف أيضا بأنه : "التعبير البات على إرادة شخص يعرض على آخر أن يتعاقد معه فهي الإرادة الأولى" ³ و تأسيسا على هذه التعاريف الفقهية للإيجاب هو التعبير عن الإرادة بشكل قطعي و صريح ، إلا أن الفقهاء أخضعوه لقواعد ضابطة مجردة له هي :

- قاعدة التوجيه: يجب أن يكون موجها للجمهور كافة وليس لفئة محددة، لذا في عقد البيع على التصاميم لا يصح أن يكون صادرا للشخص بعينه دون غيره ⁴ ، ويتم الرضا فيه بتطابق الإيجاب و القبول ، ويتم بمجرد إعلان المرقى العقاري عن مشروع إنجازه للبناء للجميع ،

¹ علي فيلالي، الإلتزامات، النظرية العامة للعقد، موفم للنشر ، الجزائر ، 2010، ص 103.

² جلال محمد إبراهيم، مصادر الإلتزام، دار النهضة العربية القاهرة، الطبعة الأولى، مصر 2010، ص41.

³ نشأت إبراهيم الدريني، التراضي في عقود المبادلات المالية ، دار الشروق للنشر والتوزيع والطباعة ، جدة 1982، ص 270.

⁴ إبراهيم الدسوقي أبو الليل، العقد والإرادة المنفردة ، جامعة الكويت ، الطبعة الأولى 1995 ، ص 178.

وهو إيجاب عام لأنه موجه لجميع الجمهور ، حيث أن هذا الإيجاب يسقط بعد نفاذ الكمية المعلنة عنها ¹.

قاعدة التفصيل: يجب أن يكون الإيجاب مفصلاً، بأن يكون متضمناً للبيانات الجوهرية للعقد ونشرها، أو مجرد تمكين من يريد الإطلاع عليها، فيجب أن يتطابق إيجاب المرقى العقاري والمستهلك حول نوع العقد المبرم بينهما وأن يتم توضيح المسائل الجوهرية المتعلقة بالمبيع والثمن وكيفية تسديده التي نصت عليه المادة 37 من قانون رقم 11-04.

- قاعدة الإستمرارية: يجب أن يكون الإيجاب مستمراً مدة طويلة، فلا يصح أن يكون قصير المدة أي أن يكون ملزماً لمدة تكون أطول من المدة العامة التي تكون عليها العقود الأخرى، وطول مدة الإيجاب أتية من طبيعة الإيجاب وظروفه ². فالإيجاب في هذه الخاصية لا بد أن يتم بصفة مستمرة ودائمة، لذا فإيجاب المرقى العقاري الدائم والمستمر يمر بمرحلتين:

مرحلة ما قبل إنجاز المشروع: وهي المرحلة التي يتم الإعلان فيها عن مشروع إنجاز البناء، فالإيجاب يستمر الى غاية إنتهاء من بيع جميع البنايات المراد بناؤها ويتم هذا قبل بدء البناء أصلاً ومثال ذلك : يقوم الموثق بإبرام عقد البيع على التصاميم مع المكتتبين وفق الكمية المعلن عنها للمشروع من قبل المرقى العقاري، فإجابه ينتهي بإبرام آخر عقد لآخر شقة من البنايات أو أجزائها قبل البدء في أشغال البناء أصلاً، فيجوز له أن يرفض بقية المكتتبين لنفاذ البنايات أو جزء منها المعلن عنها ³.

مرحلة إنجاز المشروع : يبقى إجابته قائماً الى غاية استتفاذ كامل البنايات المنصوص عليها في دفتر الشروط للمشروع ، وفي حالة ما إذا تعذر على أحد المستهلكين إتمام عملية الشراء

¹ نوي عقيلة، مرجع سابق، ص58.

² لشعب محفوظ ، مرجع سابق ،ص78.

³ مرجع نفسه ، صفحة نفسها "ولا يمنع في بعض الصور أن يكون الإيجاب مصحوباً بتحفظات ضمنية مقتضاها أن يكون استعداد الموجب للتعاقد في حدود طاقة المشروع كما هو الحال بالنسبة الى مصلحة السكك الحديدية التي تستطيع أن ترفض المسافرين إن كانت الأماكن قد نفذت "

فإنه يعلن عن وجود بناية أو جزء منها في حالة فراغ، فيتم إبرام العقد بناء على الإيجاب المستمر لكن في حال انتهاء المشروع وإنجاز البناية ، فالإيجاب في هذه الحالة يختلف لأنه إيجاب يتضمن بيعا عقاريا عاديا وليس بيعا عقاريا بناء على التصاميم ومثال ذلك: لو أعلن المرقي العقاري عن بيع شقة بناء على التصاميم ثم أبرم العقد ولم يتم دفع الأقساط من قبل المستهلك، ففسخ العقد قبل الانتهاء من إنجازها، يبقى إيجاب المرقي مستمر ودائم الى غاية الحصول على قبول جديد من مستهلك آخر، يقوم بدفع ثمن الشقة على أقساط حسب تقدم أشغال البناء ، أما إذا انتهى من إنجاز الشقة وقام بإعلانها للبيع فهنا عقد البيع لا يضم عقارا على تصميم وإنما عقارا مبنيا .

يكون الإيجاب في عقد الإذعان مطبوعا وبصيغ ونماذج عقدية، وهي غالبا معقدة ويصعب على الشخص العادي فهمها، وتصب الشروط الواردة فيه في مصلحة الموجب، فمنها ما يخفف من مسؤوليته ومنها ما يشدد في مسؤولية الطرف المدعن.¹

وللإيجاب صورتين رئيسيتين في عقد البيع على التصاميم :

صورته الأولى تتضمن الإعلان القانوني (الإشهار) في عقد البيع على التصاميم ، فالمرقي العقاري يصرح بإيجابه عن طريق الإشهار القانوني لمشروعه بغية جلب أكبر عدد من المستهلكين ،أما الصورة الثانية تتعلق بترجمته لذلك الإعلان في عقد محرر من قبله ضمن صيغة قانونية تجعل المستهلك العقاري يبرم العقد دون مناقشة ما ورد به.

1 – الإشهار القانوني في عقد البيع على التصاميم :

الأصل في عقود الإذعان أن الإيجاب واجب النشر، إذ ينشر بطريقة يكون في وسع الجمهور الاطلاع عليها² ولقد عرف المشرع الفرنسي الإشهار التجاري من خلال نص المادة

¹ محمد ياسين الجبوري ، المبسوط في شرح القانون المدني ، الجزء الأول، د، ط، وائل للنشر والتوزيع ، الأردن ، دون سنة نشر، ص، 232، 233.

² لشعب محفوظ ، مرجع سابق ، ص79.

3 من القانون 79-115 الصادر في 19-12-1979 المتعلق بحماية اللافتات الإعلانية المعلقة على الجدران على أنه: " يعتبر إشهارا تجاريا كل نقش يهدف الى إعلان الجمهور وجذب إنتباهه سواء كان نقشا نموذجيا أو صورة"¹، فالتعريف الذي أتى به المشرع الفرنسي حول الإشهار أن يكون الهدف منه جذب انتباه الجمهور مهما كانت الوسيلة المستعملة فيه، أما بالنسبة للتشريع الجزائري فقد أورد تعريفا مباشرا للإشهار بموجب نص المادة الثانية من مشروع قانون الإشهار لسنة 1999 على أنه: " الأسلوب الاتصالي الذي يعد ويقدم في الأشكال المحددة مهما كانت الدعائم المستعملة قصد تعريف وترقية أي منتج أو خدمة أو شعار أو صورة، أو علامة تجارية أو سمعة أي شخص طبيعي أو معنوي"²، بناء على هذا التعريف اعتمد المشرع الجزائري على شكلية الإشهار دون الإهتمام بالوسائل المستعملة لإبرازه .

ولقد نص المشرع الجزائري فيما يخص الإعلان (الإشهار) عن المشروع العقاري للمرقي بموجب المادة 41 من القانون رقم 11-04 بقولها: "يلتزم المرقي العقاري بضمان الإعلام عن مشروعه العقاري في الأماكن المخصصة للإشهار في البلدية المختصة إقليميا، و ذلك قبل أي عرض للبيع"، وأيضاً ما نصت عليه المادة 25 من المرسوم التنفيذي رقم 12-85 السالف ذكره بقولها: " يتعين على المرقي العقاري قبل أي عملية بيع أو تسويق لكل جزء من مشروعه ضمان إشهار صادق وواسع بمختلف وسائل الإعلام ولا سيما عن طريق الإعلام المرئي والواضح على مستوى مقره، وفي موقع المشروع العقاري وفي الأماكن المخصصة للإشهار على مستوى إقليم بلدية موقع الإنشاء"، يتضح جليا من نصي

¹Di mitre hontcieff : droit commercial ,sirey,3éme,2011,p444.

المادة 03 من القانون رقم 04-02 تنص على أنه: " كل إعلان يهدف بصفة مباشرة أو غير مباشرة إلى ترويج بيع السلع والخدمات مهما كانت المكان أو وسائل الاتصال المستعملة ".

² عزوز سارة، الحماية المدنية للمستهلك من الإشهار التجاري المضلل، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، العدد 10، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة باتنة 1، جانفي 2017، ص 511.

المادتين أن المشرع الجزائري ألزم المرقى العقاري على ضرورة القيام بالإشهار حول مشروعه فحصر الوسائل المستعملة في القانون رقم 04-11 بينما عمل على توسيعها في المرسوم التنفيذي، كما أنه ألزم المرقى العقاري بضرورة أن يتسم الإشهار بصدق المعلومة ونزاهتها فلا يجدر أن يشوبها نوع من التضليل أو الكذب¹.

وباستقراءنا لما ورد نجد أن الإشهار لا بد أن يتوافر على العناصر الأساسية له، سواء المادية المتمثلة في وسائل الإشهار، أو المعنوية المتعلقة بالتأثير على الجمهور بغية تحقيق الربح الذي يمثل الهدف التجاري وعناصر الإعلان المادية يتضمنها عقد البيع على التصاميم بدليل أن المشرع الجزائري ألزم المرقى العقاري على ضرورة نشره بالوسائل المادية البحتة، أما العنصر المعنوي فإنه يعود في أساسه الى هدف المرقى العقاري من إنجاز المشروع، وهو الربح التجاري واستثمار أمواله في المشاريع العقارية فقط لمضاعفتها ، أما ما يتعلق بالتساؤل الثاني فهناك إتجاهين فمن الفقه من لا يعتبر هذه الإعلانات بمثابة إيجاب بل هي دعوة للتعاقد²، فيما أكد بعض الفقهاء أن الإشهارات التي تصادفنا يوميا سواء تلك المنشورة في الصحف أو تلك التي تعرض على التلفزيون وعلى صفحات الأنترنت ، تعد إجابا صحيحا مادامت هذه الأخيرة تضم أهم بنود العقد النهائي من ذكر خصائص المنتج وثمنه³ ونحن بدورنا نؤيد الرأي الأخير أن الإشهار المتعلق بعقد البيع على التصاميم إذا تضمن خصائص البنائية وما تعلق بدفع الثمن إعتبر إجابا وحجتنا في ذلك أثر الذي يضيفه الإعلان وهو حق العدول إذ لا يجوز للمكاتب أن يعدل عن قبوله وأيضا المسؤولية العقدية.

¹ المادة 47 من القانون 04-11 والتي تنص: "يجب على المرقى العقاري أن يساهم بصفة فعالة في الإثراء الدائم لأخلاقيات المهنة والاحترام الصارم لها ويجب عليه على وجه الخصوص:..... عدم اللجوء للإشهار الكاذب أو إستغلال ، أي شكل من الأشكال ،حسن نية أو ثقة المقتني و السهر على إعلام حقيقي و كامل لشركائه".

² زاهية حورية سي يوسف ، مرجع سابق ،ص 27 .

³ إيمان بوشارب، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الإستهلاك ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير تخصص قانون العقود المدنية، جامعة العربي بن مهيدي أم البواقي، 2010/2011، ص 44.

2 - العقد النموذجي:

يعد العقد النموذجي صورة من صور الإيجاب فالإرادة للمتعاقدين تفرغ فيه حسب صياغة العقد، فحسب النموذج المدرج في المرسوم التنفيذي 13-431 المتعلق بتحديد نموذجي عقد حفظ الحق وعقد البيع على التصاميم، فإن المشرع الجزائري جعل من عقد البيع على التصاميم عقدا نموذجيا موجها الى الجمهور، فضبط صياغته وشكله وأوجب المرقى العقاري والمستهلك بضرورة الالتزام به، ورتب جزاء على مخالفته، فمتى تم الإعلان عن رغبة المرقى العقاري في بيع البيانة أو جزء منها بناء على التصاميم الى الجمهور عن طريق الإعلان والدعاية فإن ذلك الإيجاب يفرغ في النموذج المحدد قانونا.

ب - القبول في عقد البيع على التصاميم من قانون رقم 11-04

بعد توجيه الإيجاب من طرف المرقى العقاري الى المستهلك في عقد البيع على التصاميم فإن عقاده يتوقف على إرادته، ويعرف القبول عموما بأنه: "التعبير البات عن إرادة الطرف الذي وجه إليه الإيجاب، فهو الإرادة الثانية في العقد، إذ لا ينعقد العقد إلا باتفاق إرادتين".¹، ولم يشر عبد الرزاق السنهوري الى القبول في عقد الإذعان إلا من خلال مطابقته للشروط التي وضعها الموجب، فالقابل للعقد ليس له مناقشتها أو مفاوضتها بل له الخيار والحرية فقط في اخذ السلعة أو تركها² وهذا ما تبناه المشرع الجزائري في نص المادة 70 من القانون المدني الجزائري على أنه "يحصل القبول في عقد الإذعان بمجرد التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشته فيها" أي القبول في عقد الإذعان يكون تسليما بالشروط التي وردت في العقد، لذا إذا قام المرقى العقاري بتوجيه الإيجاب المتعلق ببيع السكنات أو الشقق سواء فردية أو جماعية بناء على التصاميم بإعتباره المحترق الفعلي

¹ عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الإلتزام في القانون اللبناني و المصري، دار النهضة العربية للطباعة و النشر، بيروت، 1979، ص 122.

² عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني العقود التي تقع على الملكية، البيع و المقايضة، دار إحياء التراث العربي /، ج4، بيروت لبنان، 2004، ص 229.

لها بنص القانون، فالقبول الصادر من المكتب هنا يتوقف فقط على مجرد التوقيع على العقد والتسليم بالشروط الموضوعة فيه، لأنه ليس له الحق في مناقشتها أو تعديلها؛ ولأن المشرع الجزائري ربط إنجاز المشاريع العقارية التي موضوعها بيع عقار بناء على التصاميم بالمرقي العقاري مباشرة فلا يمكن لأي شخص آخر غيره القيام بها؛ ويظهر أن الإذعان في عقد البيع على التصاميم يتشكل من عنصرين أحدهما داخلي يتمثل في الضرورة الملحة للحصول على السكن، والثاني خارجي تجعل المكتب يقبل بالشروط العقد كالنتيجة الحتمية خصوصا أنه يشهر.

المبحث الثاني

ماهية الشرط التعسفي

يتسم الاتفاق بين طرفين عقد البيع بتحديد شروطه التي تضي إلى خلق توازن في الحقوق والواجبات المترتبة في ذمة كليهما؛ إلا أنه يمكن أن تعترى هذه العلاقة التعاقدية بنود يفرضها طرف دون الآخر وعلى الطرف الضعيف القبول بها أو رفضها، مما يؤدي إلى تعسفه ويطلق عليها الشروط التعسفية. وسنتطرق في هذا المبحث إلى ماهية الشرط التعسفي، من خلال مضمونه ضمن المطلب الأول وكذا معايير تقديره في المطلب الثاني منه.

المطلب الأول

مضمون الشرط التعسفي

إن إبراز الشرط التعسفي في العقود الملزمة للجانبين ينطلق من مبدأ التعسف الممارس من قبل أحد طرفيه على الطرف الآخر في العلاقة التعاقدية وفقا للقواعد العامة وبما أن عقد البيع على التصاميم من العقود التي يتلقى فيها المرقي العقاري مقابلا لما يعطيه فهو يخضع لهذا المبدأ، ولا يمكن ان نفهم الشرط التعسفي إلا من خلال تعرضنا

لمسألة التعسف ذاتها في الفرع الأول ثم مفهوم الشرط التعسفي بشكل خاص ضمن الفرع الثاني منه.

الفرع الأول

أساس الشرط التعسفي

يدخل التعسف في عقد البيع على التصاميم ضمن صورتين تتحدد الأولى في إستعمال المرقى العقاري لحقه بصورة مبالغ فيه، أما الصورة الثانية فتتعلق بإستغلاله لضعف المستهلك وعدم درايته بحقوقه .

أولا : التعسف في إستعمال الحق

يعرف التعسف عموما بأنه:" هو إنحراف بالحق عن غايته أو استعمال الحق على وجه غير مشروع أو انحراف على الهدف المشروع¹، أما الدكتور فتحي الدريني عرفه بأنه : "مناقضة قصد الشارع في تصرف ما دون فيه شرعا بحسب الأصل"²، ومدلول هذين التعريفين أن ممارسة التعسف من قبل الأشخاص هو زيادة الحق عن طبيعته، فالشخص يمارس فعلا مشروعاً بمقتضى حق شرعي يؤدي الى الحاق الضرر بالغير.

وكان المشرع الجزائري قد نص على التعسف في إستعمال الحق ضمن المادة 41 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون المدني³ قبل إلغائه بموجب الأمر رقم 05-10 الصادر في 26 يونيو 2005 والمتضمن القانون المدني المعدل والمتمم والتي جاء في نصها : " يعتبر إستعمال حق تعسفيا في الأحوال التالية :

- إذا وقع بقصد الإضرار بالغير.

¹ أنس محمد عبد الغفار، التعسف في استعمال الحق، دراسة تأصيلية وتطبيقية في القانون المدني والفقہ الإسلامي، دارالكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، الامارات 2014، ص 27.

² فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق بين الشريعة والقانون، الطبعة الأولى، جامعة دمشق 1967، ص 315.

³ الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني، السابق الذكر .

- إذا كان يرمي الى الحصول على فائدة قليلة بالنسبة الى الضرر الناشئ للغير .
- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة "

وقد أخذ على هذا النص أن المشرع الجزائري كان يستدل بهذه المادة في النزاعات المطروحة لمعرفة الشرط التعسفي في العقود من خلال تعسف أحد المتعاقدين في استعمال حقه فنص على ثلاثة معايير يتعلق الأول بنية الإضرار بالغير، فالمشرع نص على البحث عن الشرط الذي يتضمن التعسف وفق نية الشخص الذي يستعمل حقه بقصد الإضرار بالغير وليس لتحقيق مصلحة له، فالشرط الذي يلزم المرقى العقاري بإعلام المكتتبين عن المشروع العقاري وعن شروط البيع وكذا بنود العقد خلال فترة سريان عقد البيع على التصاميم حتى لا يسقط حقهم في التعويض ، فالإضرار بهم ينشأ في حرمانهم من حقهم في عدم إعلامهم بذلك أو تظليلهم، كما أن المعيار الثاني يركز على الشرط الذي يرمي الى إلزامية عدم حصول التوازن بين قيمة ما يجنيه صاحب الحق من منفعة جراء مباشرته لحقه وبين ما يلحق الغير من أضرار، فالمرقى العقاري يفرض شروط من شأنها تحقيق منفعة له ومرهقة للمكتتبين كحقه في مراجعة ثمن السكن إلى غاية تسليمه، أما المعيار الأخير يتعلق بتحقيق فائدة غير مشروعة فصاحب الحق هنا لا يكفي بتحقيق مصلحة معينة عند استعماله لحقه بل يجب أن تدرج هذه المصلحة في الإطار المشروع ، ذلك إذا إنحرف صاحب الحق عند استعماله لحقه بإدراج شرط في العقد يتعارض مع النظام العام والآداب العامة ، فالمرقى العقاري الذي ينص في عقد البيع على التصاميم شرط الإعفاء من الضمان، يعد هذا الشرط مخالفا للنظام العام .

والملاحظ على هذا المعيار أن الفقه اعتبره مزيج بين المعيارين السابقين الذكر فنية المرقى العقاري هي التي تثبت صفة عدم المشروعية عن استعماله لحقه وقد تنفيها، فقد يطلب المرقى العقاري من المقاول استخدام مواد أقل جودة في بناء السكنات المزمع إنجازها أو قيد الإنجاز تحت طائلة فسخ عقده .

ومن أمثلته أن المرقى العقاري الذي يريد الحصول على مبلغ تعويض كبير من خلال إطالة أمد النزاع ، فقصدته هذا غير مشروع وكذا الفائدة التي يرمي إليها غير مشروعة وجزاؤه تخفيض مبلغ التعويض أو نطق الحكم بعدم الإستفادة منه .

إن إلغاء المشرع الجزائري للمادة 41 من القانون المدني وإستحداثه لنص المادة 124 مكرر منه¹ التي وردت ضمن باب المسؤولية عن الأعمال الشخصية، إتجه عكس الآراء الفقهية التي نادى بضرورة شمول فكرة التعسف في استعمال الحق لكل فروع القانون، ولا تتعلق فقط بابا المسؤولية، لذا ما يستشف من هذا أن تعسف المرقى العقاري في عقد البيع على التصاميم وفق نظرية التعسف في إستعمال الحق مستبعد خاصة أن المشرع الجزائري أوردها ضمن أحكام المسؤولية فقط.

ثانيا: التعسف في الضعف

من منطلق أن المرقى العقاري يستغل ضعف المستهلك لإبرام عقد البيع على التصاميم على أساس أنه الطرف القوي في العلاقة التعاقدية الاستهلاكية العقارية، فلقد نص المشرع الفرنسي في المادة 122-8 من قانون الإستهلاك الفرنسي على مايلي: " يعد ممنوعا التعسف في ضعف أو جهل شخص، من خلال الزيارات في موطن الإقامة بهدف جعله يجري تعهدات فورية الوفاء أو مؤجلة وتحت أي شكل من الأشكال، إذا كانت الظروف تبين أن هذا الشخص لم يكن بوسعه معرفة عواقب التعهدات التي يلتزم بها أو الكشف عن الحيل والمناورات المستعملة في إقناعه على التعاقد، أو التي تظهر أنه قد تعرض للإكراه"²، فالمشرع الفرنسي وفقا لهذا النص منع العون الاقتصادي من ممارسة التعسف في الضعف

¹ المادة 124 مكرر من الأمر 58-75 المتضمن القانون المدني ، السابق الذكر

² « Est interdit le fait d'abuser de la faiblesse ou de l'ignorance d'une personne pour lui faire souscrire par moyen de visites à domicile, des engagement au compte ou à crédit sans mesure d'apprécier la portée des engagement qu'elle prenait ou de déclarer les ruses ou artifices déployés pour la convaincre à souscrire ou font apparaître qu'elle a été soumise à une contrainte. »

في العقود الاستهلاكية من خلال دفع المستهلك الى إبرامها في حالة الإكراه وكذا في حالة استعمال الحيل لإقناعه بإبرامها، وأيضا إبرامها في موطن الإقامة من خلال زيارته له¹.

فالمركبي العقاري يمارس التعسف في الضعف للمستهلك العقاري من خلال إبرام عقد البيع على التصاميم في الوكالات العقارية أو محل إقامة المستهلك، ومثال ذلك الذهاب الى مقر عمله أو شركته، كما يقوم باستخدام أساليب وحيل تدفع الى إقناع المستهلك للتعاقد حول العقار المروج له عبر وسائل الإعلام دون إدراك أنه قد وقع ضحية هذه الأساليب، ومثال ذلك الإعلان عن أن البناية أو جزء منها سيتم بيع شقة منها للاعب مشهور أو تم بيع جزء منها لإطارات الدولة.

وأنسب الفقه الفرنسي مقصود مشرعه حول ممارسة التعسف في الضعف والجهل من قبل عونته الإقتصادي الى أسباب ذاتية بناء على المرض أو تقدم في العمر للمستهلك² فأساس تعسف المركبي العقاري على المستهلك يرجع الى أسباب ذاتية، تتعلق بمرض المستهلك أو تقدمه في السن؛ إلا أن الواقع العملي له يثبت أن ضعف المستهلك العقاري يتجلى في نوعين العام الذي ينصب على المرض والتقدم في السن ، اما الضعف الخاص يتعلق بعدم الدراية الكافية بنوعية هذه العقود لينصب على الضعف المعرفي .

¹ غرنوج حسام الدين ، ، حماية المستهلك من الممارسات التجارية غير النزيهة في التشريع الجزائري، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية باتنة، 2018/2017، ص 314.

² Gaylor,rubu,l'essentiel du droit de la distribution ,S.édi,Guslion lesctenso éditonsfrance .2014.p.119.

الفرع الثاني

مفهوم الشرط التعسفي

بعد أن تعرضنا للحديث عن أساس الشرط التعسفي كان لازماً علينا الحديث عنه في عقد البيع على التصاميم من خلال تحديد المفهوم القانوني له، لذا لا بد من دراسة المفاهيم الواردة في التشريعات والفقهاء أولاً ثم نحاول الوقوف بشأن عناصره ثانياً.

أولاً: تعريف الشرط التعسفي

لتحديد التعريف القانوني لشرط التعسفي في عقد البيع على التصاميم لا بد من دراسة التعريفات الواردة في التشريعات ثم نحاول الوقوف على تعريفاته الفقهية.

أ - التعريف التشريعي للشرط التعسفي

صدر المشرع الألماني بتاريخ 09 ديسمبر 1976 قانوناً يتعلق بالشروط العامة للعقود والذي دخل حيز النفاذ في أبريل 1977 غير أن هذا القانون لم يتضمن تعريفاً للشرط التعسفي وإنما اكتفى فقط بالإشارة إلى تعريف هذا الشرط ضمن نص المادة الأولى منه التي جاءت بما يلي: "تلك الشروط التي تصاغ في العديد من العقود والتي يفرضها أحد المتعاقدين وهو المستعمل على المتعاقد الآخر أثناء إبرام العقد، وكما يمكن أن تكون هذه منفصلة عن العقد، فإنها تكون مندمجة في نصوصه دون اعتبارها لموادها ولا للشكل الذي ترد فيه"¹. ومفاد هذا التعريف أن صفة التعسف للشرط تتدرج تحت الزاميتها من قبل المحترف على المستهلك دون النظر إلى كونها منفصلة أو مجتمعة، ودون النظر أيضاً إلى الشكل الذي ترد عليه سواء كتابية أو شفائية مطبوعة أو معلن عنها.

ونصت المادة 35 من القانون الفرنسي الصادر في 10 كانون الثاني (يناير) 1978 الخاص بحماية وإعلام المستهلكين بالسلع والخدمات والمسمى بقانون (scrivener) على

¹ بودالي محمد، الشروط التعسفية في العقود، مرجع سابق، ص 18.

الشروط التعسفية بقولها: " تلك الشروط التي تفرض على غير المهني أو المستهلك من قبل المهني، نتيجة التعسف في استعمال الاخير لسلطته الاقتصادية بغرض الحصول على ميزة مجحفة"¹.

ثم قام المشرع الفرنسي بإعادة تعريف الشرط التعسفي بموجب القانون رقم 95 - 96 الصادر في 01 جانفي 1995 المعدل لقانون الاستهلاك، حيث نصت المادة 1-132.L على ما يلي : " في العقود المبرمة ما بين المحترفين و غير المحترفين أو المستهلكين تعتبر تعسفية الشروط التي يحدث موضوعها أو أثارها اضرار بغير المحترفين أو المستهلكين نتيجة عدم توازن ظاهر بين حقوق و التزامات أطراف العقد"² هي نفس ما جاء به التعديل الاخير لقانون الاستهلاك الفرنسي في نص المادة 1-212.L منه .

¹ السيد محمد عمران، مرجع سابق، ص32.

²Article 35 de la loi n° 78-23 du 10 janvier 1978 « Dans les contrats conclus entre le professionnels et non-professionnels ,ou consommateurs peuvent être interdites , limitée sou réglementées, par des décrets en conseil d'Etat pris après avis de la commission instituées par l'article 36 distinguant éventuellement selon la nature des biens et des services concerné les clauses abusives ou caractère déterminé ou déterminable du prisainsi qu'à son versement, à la consistance de la chose ou à sa livraison, à la charge des risques à l'étendue des responsabilité et garanties, aux conditions d'exécution, de résiliation, résolution ou reconduction des conventions, lorsque de telles clauses apparaissant imposée aux non professionnels ou consommateurs par un abus de la puissance économique de l'autre partie et confèrent à cette dernière un avantage excessif.

De telles abusives, stipulées en contradiction avec les dispositions qui précédent son réputées non écrites.

Cette disposition non applicable aux contrats quels que soit leur forme ou leur support ,il en est ainsi notamment des bons de commande factures, bons de garantie, bordereaux ou bon de livraison, billets, tickets contenant des stipulations ou des référence à des conditions générales préétablies.

Les décrets ci-dessus peuvent en vue d'assurer l'information du contractant non-professionnel ou consommateur réglementer la présentation des écrits constatant les

أما المشرع البلجيكي فعرفه ضمن المادة 31 من قانون 14 يوليو 1991 بأنه يشمل: "كل شرط يمكن ان يؤدي بمفرده أو بالتعاون مع شروط أخرى الى خلق حالة من عدم التوازن الظاهر بين حقوق وواجبات الأفراد".¹ لم يجزم المشرع البلجيكي ضرورة أن يحوي العقد تعسف في جميع بنوده وإنما بين إلزامية وجود عدم التوازن بين التزامات الأطراف المتعاقدة حتى لو كان ذلك نتيجة وجود تعسف في بند واحد في العقد.

أما المشرع المصري فقد عرفه في إطار المادة 10 من قانون حماية المستهلك: "كل شرط يرد في عقد أو وثيقة أو متسندا أو غير ذلك، يتعلق بالتعاقد مع مستهلك إذا كان من شأن هذا الشرط إعفاء مورد السلعة أو مقدم الخدمة من أي إلتزامات واردة بهذا القانون:" لم يحصر المشرع المصري في هذا النص وجود الشرط التعسفي في العقد بل فتح المجال لكل الوثائق والمستندات، مع ضرورة أن يتعلق التعسف الحاصل لبند التعاقد بإعفاء المهني من أي إلتزامات.

أما في التشريع الجزائري فتتص المادة 110 من القانون المدني الجزائري على أنه: "إذا تم العقد بطريقة الإذعان، و كان قد تضمن شروطا تعسفية، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها ، وذلك وفقا لما تقضي به العدالة و يقع باطلا كل إتفاق على خلاف" وطبقا لهذا النص فالمشرع الجزائري كغيره من التشريعات لم يحدد تعريفا واضحا للشروط التعسفية ، بل أبرز مجال تطبيقها من خلال عقود الإذعان وهو ما تناولته جل التشريعات العربية وهذا طبقا لما ورد في القواعد العامة .

إلا أنه تدارك تعريفها في قانون الإستهلاك حيث تناولت الفقرة الخامسة من المادة الثالثة من القانون رقم 02/04 المعدل والمتمم المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية

contrats visés au premier alinéa ».

¹ انس محمد عبد الغفار، اليات مواجهة الشروط التعسفية في عقود الإذعان ، دار الكتب القانونية القاهرة ، مصر 2013 ،ص89.

المقصود بالشروط التعسفية وذلك وفق الآتي: " كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركا مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد " .

يتضح من تعريف المادة السابقة أن المشرع الجزائري لم يحدد صفة الأطراف المتعاقدة، كما أنه لم يشر إلى طبيعة الشرط التعسفي ومصدره وإنما ركز على معيار الشرط بعدم التوازن الظاهر بين حقوق وواجبات كل من أطراف العلاقة التعاقدية سواء كان هذا الإخلال ناتج عن شرط واحد بمفرده أو نتيجة اقتران شرط بشرط آخر أو مجموعة شروط¹.

ب - التعريف الفقهي للشرط التعسفي:

إختلفت الآراء الفقهية حول تعريفه بتعدد زوايا رؤيته له، فتتعدد تعاريفه بناء على أطرافه ومصدره وطريقة فرضه، وكذا على تناقضه مع مبدأ حسن النية، فذهب الإتجاه الأول الى تعريفه بناء على مناقضة الشرط لمبدأ حسن النية بقوله " يكون الشرط تعسفيا إذا كان مجحفا أو في غير مصلحة المستهلك بشرط مفرط ومبالغ فيه بما يتنافى وحسن النية الواجب في المعاملات وعلى الأخص إذا كان مخالفا، أو غير متوافق مع الفكرة الأساسية للتنظيم القانوني مع ما ينبغي أن يسود التعامل من شرف ونزاهة أو ما يستوجبه من مراعاة مقتضيات حسن النية"².

أما الإتجاه الثاني فعرفه بناء على طرفي العلاقة التعاقدية بأنه " كل بند في عقد مبرم بين تاجر محترف ومستهلك يؤدي الى اختلال توازنه، ويحقق منفعة مفرطة لمصلحة التاجر

¹ غريوج حسام الدين، مرجع سابق ، ص 162.

² فراس جبار الروازق ، مرجع سابق، ص97.

المحترف على حساب المستهلك¹، وهو: "الشرط الذي يفرضه المهني على المستهلك، نتيجة إساءة استعمال نفوذه الإقتصادي وبغرض الحصول على ميزة مجحفة".²

أما الإتجاه الثالث فعرفه بناء على طريقة فرضه بأنه: " كل شرط يدرج في العقد أو ملحقاته ويترتب عليه الاضرار بمصالح وحقوق المستهلك التي يحميها القانون و يترتب عليه عدم التوازن العقدي لصالح المحترف في مواجهة المستهلك، الذي لا تتوافر لديه الخبرة أو الدراية الفنية أو الاقتصادية الكافية"³.

أما الإتجاه الرابع فعرفه بناء على مصدر فرضه على أنه: " الشرط المحرر مسبقا من جانب الطرف ذو النفوذ الاقتصادي القوي ، والذي يخوله ميزة فاحشة عن الطرف الآخر، كما يعرف أيضا بأنه"⁴، " ذلك ينشأ بسبب التعسف و يسمح بوقوع هذا التعسف".⁵

في حين أن الإتجاه الخامس عرفه بناء على أثر الشرط على العلاقة التعاقدية بأنه: " التصرف الذي يترتب عليه تحويل العقد من وظيفته لما يؤدي إليه من وجود إختلال في توازنه".⁶

وهناك من الفقه من يعرف الشرط التعسفي بالنظر إلى إلحاقه ضررا بالمستهلك فهو بذلك: " الشرط الذي يترتب عليه الإضرار بالمستهلك بسبب عدم التوازن الواضح " الممقوت " بين حقوق والتزامات كل من المهني والمستهلك والمترتبة على عقد الاستهلاك فيكون تعسفا

¹ موفق حماد عبد، الحماية المدنية للمستهلك في التجارة الالكترونية، دراسة مقارنة، بيروت 2011، ص 249.

² محمد حسين عبد العال، مفهوم الطرف الضعيف في الرابطة العقدية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007، ص 112.

³ مصطفى أحمد أبو عمرو، موجز أحكام قانون حماية المستهلك منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، الطبعة الاولى 2011 ص171.

⁴ رباحي أحمد، أثر النفوذ الإقتصادي للمحترف في فرض الشروط التعسفية في القانون الجزائري والقانون المقارن ، مجلة اقتصاديات شمال إفريقيا ، العدد 5 ، ص 347.

⁵ عمر محمد عبد الباقي، مرجع سابق، ص 401.

⁶ أحمد محمد الرفاعي، مرجع سابق، ص 212.

الشرط المفروض بواسطة الطرف الأقوى وينشئ عدم توازن هام على حساب الطرف الضعيف¹.

ومن خلال هذه التعريفات، يتبين أن الشروط التعسفية تعني الاشتراط المفروض من طرف المهني في مختلف مراحل العلاقة التعاقدية من أجل الحصول على وضع مميز، بحيث تكون هذه الشروط غير مناسبة للمستهلك بسبب عدم التوازن بين حقوق والتزامات الطرفين مما قد يترتب عليه الإضرار بالمستهلك الذي لا تتوافر لديه الخبرة أو الدراية الفنية أو الاقتصادية.

ب - عناصر الشرط التعسفي

لقد نصت المادة 3 من القانون رقم 04 - 02 المتضمن القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، أن الشرط التعسفي هو : " كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركا مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد"²

1- أن يكون مجال الشرط التعسفي عقد إذعان محله بيع سلعة أو تأدية خدمة بين المشرع الجزائري مجال الشروط التعسفية في عقد الإذعان دون سواها وقد حدد مفهوم عقد الإذعان في نص المادة 03 الفقرة 04 من القانون 04-02 السالف الذكر بأنه : " كل اتفاق أو إتفاقية تهدف الى بيع سلعة أو تأدية خدمة ، حرر مسبقا من أحد أطراف الإتفاق مع إذعان الطرف الأخير بحيث لا يمكن لهذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه " .

¹ كوثر سعيد عدنان، حماية المستهلك الإلكتروني في ضوء قانون حماية المستهلك المصري و التوجهات الأوروبية و القانون الفرنسي و قانون اليونيسترال النموذجي للتجارة الإلكترونية معلقا عليها، بأحدث أحكام محكمة النقض المصرية الفرنسية المحاكم الاقتصادية ، دار الجديدة الإسكندرية ، طبعة ثانية ، 2016، ص 526.

² القانون رقم 04-02 المتضمن ممارسة الأنشطة التجارية السابق الذكر.

كما نجد أن المشرع أعاد إدراج نفس التعريف في المرسوم التنفيذي رقم 306 - 06 في المادة 1 الفقرة 2 بأنه: "يقصد بالعقد في مفهوم هذا المرسوم وطبقا للمادة 03 الحالة 4 من القانون رقم 02-04 المؤرخ في 23 يونيو سنة 2004 والمذكور أعلاه أن كل إتفاق أو إتفاقية تهدف الى بيع سلعة أو تأدية خدمة ، حرر مسبقا من أحد أطراف الإتفاق مع إذعان الطرف الآخر بحيث لا يمكن لهذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه " .

يراد من خلال هذا التعريف الذي خصه المشرع الجزائري لعقد الإذعان ، وجوب أن يكون الأخير محله بيع سلعة أو تأدية خدمة¹ ، فكلاهما منتج وهذا الأخير قد عرفه المشرع الجزائري في المادة 3 الفقرة 10 رقم 03-09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش² .

يلاحظ من خلال التعريف السابق للمنتج أن المشرع الجزائري لم يذكر بتاتا العقار ذو الطابع السكني ، غير أنه أخذ بالرأي الذي يعتبر العقار منتوجا قابلا للإستهلاك ويخضع المتعاقد أو المستهلك الى الحماية القانونية التي يقرها القانون رقم 02-04 السالف الذكر ، وتكون الحماية من الشروط التعسفية التي ترد في عقود البيع مثلا³ ، ويرجع الأمر في ذلك لأهمية بيع العقار من أشخاص محترفون متخصصون⁴ ، هذا الذي يجعل المتعاقد العادي أو المستهلك ضعيفا يحتاج الى الحماية ، وإن من الخطأ حصر العقود في بيع السلع فقط

¹ المادة 3 الفقرة 4 من القانون 02 - 04 ، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية ، المرجع السابق ، ص 4 فالمشرع أراد ان تتم حماية المستهلك من الشروط التعسفية عن طريق وجود عقد إذعان سواء تعلق الأمر بوجود إتفاق أو إتفاقية

² المادة 1 الفقرة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 306-06 المؤرخ في 10 سبتمبر سنة 2006 ، يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية ، ج ر ، العدد 56 ، الصادر في 11 سبتمبر سنة 2006، ص17.

³ محمد بودالي ، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري ، دراسة مقارنة مع قوانين فرنسا المانيا و مصر ، طبعة ثانية ، دار هومة الجزائر، 2010، ص81.

⁴ سلمى بن سعدي ، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الإستهلاك ، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية، تخصص عقود ومسؤولية مدنية، قسم الحقوق كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر باتنة، 2013/2014، ص64.

، علما أن عقود الاستهلاك معروفة بطبيعتها المتغيرة ،والمعلوم أيضا أن الشروط التعسفية أصبحت تجد مجالها في عقود بيع أخرى غير بيع السلع¹.

2- أن يكون العقد مكتوبا : إن نطاق الشروط التعسفية هي عقود الإذعان والتي تتسم بصنفين : عقود إذعان مكتوبة وعقود إذعان شفاهية وحتى نكون أمام وجود شرط تعسفي لا بد من عقد مكتوب يتضمن هذا الأخير ،ولا يقصد بالكتابة هنا أن تكون رسمية²، وإنما مجرد إيراد الشروط العامة للتعاقد في وثائق مختلفة سواء في شكل فاتورة أو طلب أو سند ضمان أو وصل التسليم أو غيرها³، رغم أن المشرع الجزائري في القوانين الإستهلاكية لم يشترط الشكلية الرسمية للعقد وإنما بين أنواع الكتابة ، فيمكن أن ينجز العقد وفق فاتورة أو سند أو أي وثيقة أخرى وهذا ما وفقا لمضمون المادة 3 الفقرة 4 من القانون 04 - 02 المعدل والمتمم بالقانون 10- 06 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية⁴، غير أنه في عقد البيع على التصاميم اشترط الكتابة الرسمية وحدد نمودجه فهو بذلك يخرج عن القاعدة العامة ويعطي حجية أكثر للمستهلك على المطالبة بحقه في حال إحتواء العقد على شروط تعسفية، فهو لم يترك مجال للمرقي العقاري بإعتباره المخول قانونا لتحريره إمكانية التهرب من المسؤولية.

3 - أن يؤدي الشرط الى إخلال ظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد:

¹ محمد بودالي ، مرجع سابق ،ص 81.

² لقد بين المشرع الجزائري في نص المادة 324 مكرر من القانون المدني الأشخاص المؤهلين قانونا لتحرير المحررات الرسمية وذلك عن طريق الكتابة الرسمية، إلا أن عقد البيع على التصاميم وفقا لنص المادة 03 من القانون 06- 02 المتعلق بقانون تنظيم مهنة التوثيق فقد أولى المشرع مهمة إبرامه الى الموثق .

³ محمد بودالي، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، مرجع سابق، مرجع سابق 118.

⁴ المادة 3 الفقرة 5 من القانون 04-02 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية التي تنص على أنه : "العقد كل إتفاق أو إتفاقية تهدف الى بيع سلعة أو تأدية خدمة حرر مسبقا من أحد الأطراف ويمكن أن ينجز العقد على شكل طلبية فاتورة أو سند ضمان أو جدول أو وصل تسليم أو سند أو أي وثيقة أخرى مهما كان شكلها أو سندها تتضمن الخصوصيات أو المراجع المطابقة كشروط البيع العامة المقررة سلفا".

بالعودة الى نص المادة 03 من القانون 04 - 02 السالفة الذكر والتي أكد فيها المشرع الجزائري على ضرورة أن الشرط التعسفي هو الشرط الذي من شأنه أن يؤدي الى إحداث إختلال ظاهر في التوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد، ومؤدى هذا أن الأخذ بهذا المعيار يتعلق بحالتين حالة خطورة الشرط ووضوحها للعلن وحالة نظر القاضي لجميع الشروط مجتمعة دون فصلها أما ما يتعلق بوقت تقدير الشرط التعسفي فهي الحالة التي لم يبرزها وسكت عنها.

المطلب الثاني

تحديد الطابع التعسفي لبند عقد البيع على التصاميم

ينعقد عقد البيع على التصاميم بتحقق الشروط المتفق عليها بين أطرافه، ويتخذ الشرط الطابع التعسفي متى كان مدرج ليحقق مصلحة لحساب طرف على طرف آخر من المتعاقدين، فممارسة التعسف تنطلق من إحتكار المرقى العقاري للبناءية المراد إنجازها أو قيد الإنجاز ولتحديد معيار التعسف الوارد فيه، تم التطرق اليه من خلال ما أورده المشرع ضمن القوانين الخاصة بالمستهلك، فتم تقسيمه الى معايير تحديد الشرط التعسفي في الفرع الأول أما الفرع الثاني تناولنا أثر هذه المعايير.

الفرع الأول

معايير الشرط التعسفي

إن إصدار الأحكام القضائية على العقود التي تتسم بالتعسف كانت تعتمد على معيار العدالة، وفقا للقواعد العامة ولكن بظهور القواعد الخاصة بالمستهلك برزت معايير يتحدد من خلالها الطابع التعسفي للشرط، ما أدى بتقسيم الفقهاء لها الى ثلاث معايير أساسية تتمثل في ما يلي : معيار التعسف في استعمال القوة الاقتصادية ، معيار الميزة المفرطة ، معيار الإخلال الظاهر بتوازن الالتزامات.

أولاً - معيار التعسف في استعمال القوة الإقتصادية :

"...وصفه بعض الفقه بأنه تعسف في الموقف تمييزاً له عن التعسف في استخدام الحق المعروف في القواعد العامة ، وهو الذي يعني تجاوز الغاية الإجتماعية للحقوق الشخصية ، ويبدو ذلك منطقياً في ضوء ما تشهده معاملات الوقت الحاضر من تفوق المهني اقتصادياً وعلمياً بالمقارنة بالمستهلك ، وهو الأمر الذي تتضح معه مظاهر استغلال الأول لحاجة الثاني للسلعة أو الخدمة ، وبالتالي إمكانية فرض شروط عليه ، وهو الذي لا يملك حيالها إلا قبول التعاقد أو رفضه دون أن تتوافر لديه أي إمكانية حقيقية للمناقشة ما يؤدي إليه ذلك يقينا من انعدام المقدرة على الإختيار¹ ، وليكون الشرط تعسفياً اشترط المشرع الفرنسي أن يكون هذا الشرط مفروض على المستهلكين أو غير المحترفين بسبب تعسف المحترف في استخدام نفوذه الاقتصادي² .

ومن بين مظاهر القوة الإقتصادية للمحترف تفردته بتحرير شروط العقد والذي يتخذ غالباً صورة نماذج أو مطويات تحتوي على شروط العقد والذي يكون خلاصة خبرة فنية وقانونية وربما خبرة عملية ذات سوابق، وبالتالي فإن القوة الإقتصادية هي السيطرة الفنية لا الإقتصادية³.

فالمركبي العقاري على حسب هذا المعيار يمثل القوة الاقتصادية في العلاقة التعاقدية العقارية والطرف الضعيف فيها هو المكتتب الذي يقتني عقار بناء على التصاميم لأن المركبي العقاري يستغل الحاجة الملحة والضرورة للمستهلك العقاري في الحصول على سكن ليفرض شروط عليه دون أن يمنحه الحق في مناقشة هذه الشروط فله حق الإختيار فقط بين

¹ عمر محمد عبد الباقي ، مرجع سابق ، ص 404.

² عامر قاسم احمد القيسي ، الحماية القانونية للمستهلك ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الأردن ، ط1 ، 2002 ، ص140 . المقصود بالمشارك العلمية والعملية والمادية ما اشترطه المشرع الجزائري الاشخاص الطبيعية والمعنوية من شروط لممارسة مهنة المركبي العقاري فألزمه عليهم ضرورة توفرهم على المؤهلات العلمية و الميدانية و كذا الموارد المالية .

³ درماش بن عزوز ، التوازن العقدي ، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان ، 2014 ، ص143.

القبول أو الرفض معتمدا على القوة الاقتصادية التي يتمتع بها في هذا الميدان من خلال مداركه العلمية وإمكانياته المادية والعملية .

أما ما يتعلق بالمشرع الفرنسي الذي أكد على ضرورة اكتساب صفة التعسف للشروط عن طريق فرضها من قبل المحترف الذي يتمتع بالقوة الاقتصادية، فهذا ما عززه المشرع الجزائري من خلال الزاميته لابرام هذه النوعية من العقود من قبل المرقى العقاري فقط الذي يتمتع بالقوة والنفوذ الاقتصادي عن غيره.

ورغم أن الفقه أقر بهذا بالمعيار إلا أنه بعد الانتقادات التي وجهت له، استقر على غموضه وعدم دقته وحجته في ذلك ما يلي :

ذلك أن المحترف يستخدم قوته الإقتصادية من أجل الحصول على الميزة المفرطة ، غير أن القوة الإقتصادية ليست صفة ملازمة للمشروعات الكبرى والقوية إقتصاديا ، فضخامة المشروع لا تعني دائما القوة ، مدام بإمكان تاجر صغير أن يتمتع باحتكار محلي يماثل مشروع وطني¹ ومدلول ذلك أن القوة الإقتصادية لا تتعلق بضخامة المشاريع فقط وإنما يمكن أن تتجسد في المشاريع الصغيرة ، ذلك أن شركات الترقية الكبرى التي تحوز على مشاريع ضخمة فتعمل من خلالها للحصول على الميزة المفرطة ليست بالضرورة قوية اقتصاديا، فيمكن لأي مرقى عقاري يتمتع بالاحتكار المحلي والسمعة التجارية يقوم بنشاطه على مستوى دائرته أو ولايته أن يستخدم نفوذه في الحصول على الشرط الفاحش دون العمل في المشاريع الوطنية الضخمة.

¹ محمد بودالي ، الشروط التعسفية ، مرجع سابق ، ص 93.

ثانيا: معيار الميزة المفرطة:

ومناط هذا المعيار لاعتبار الشرط تعسفيا فيه هو يجب أن يكون مفروضا بواسطة النفوذ الإقتصادي الذي يملكه المهني من جهة، على أن يمنح هذا الشرط ميزة مفرطة من جهة أخرى لصالح المتدخل، لذلك فهذا المعيار يعد النتيجة الأساسية لاستخدام النفوذ الاقتصادي، وما اثار الجدل الفقهي لهذا المعيار هو طبيعة هذه الميزة، فتضاربت الآراء حول الطابع المالي أو تجاوز ذلك، وأيضا حول كيفية تقديرها من زاوية فصل الشرط عن العقد أم ينظر للعقد برمته.

والجدير بالذكر أن الميزة المفرطة غير محدودة الكمية يستلزم عدم توازن ظاهر بين التزامات أطرافها، لذا قد حل معيار الميزة المفرطة محل معيار عدم التوازن الظاهر، وهذه الصيغة قد استبعدت لأنها كانت تثير بطريقة فاحشة مسألة الغبن، أما الميزة المفرطة فهي لا تثير مسألة الغبن وإنما تقترب منها ذلك أن المعيار اشتمل على عنصر موضوعي أي الميزة المفرطة، وعنصر شخصي أي الخشية الناتجة عن تعسف النفوذ الإقتصادي¹. فمن منطلق ما سبق الميزة المفرطة تقترب من الغبن، لكن الإختلاف بينهما يكمن في المحل الذي يقع عليه التعسف الذي ينصب على الشروط التبعية التي تتعلق بتنفيذ العقد في حين يقع على الثمن في الغبن².

¹ زبيري بن قويدر : حماية المستهلك من الممارسات التجارية غير الشرعية في ضوء قانون 02/04 المتعلق بالقواعد المطبقة التجارية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة تلمسان، الجزائر، ص 95.

- فعن طبيعة الميزة المفرطة فهي غير محدودة الكمية وهذا ما بينه المشرع الجزائري الذي لم يمنح رقما معيناً تصل اليه هذه الميزة على غرار الغبن الذي يكون سببا لإبطال بعض العقود إذا بلغ حدا معيناً وهو الخمس، لذا معيار الميزة المفرطة لا يعتمد على رقم معين وهو ما يؤدي بنا الى أنه ليس محدد الكمية إطلاقاً.

² أنظر محمد حسين عبد العال، مفهوم الطرف الضعيف في الرابطة العقدية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007، ص133، امانج رحيم أحمد، حماية المستهلك في نطاق العقد، دراسة تحليلية مقارنة، ط1، شركة المطبوعات للتوزيع و النشر، بيروت، 2010، ص211.

بما أن الميزة المفرطة لا تنصب على الشروط التي تتعلق بالطابع المالي فقط بل تعدت الى غير ذلك من شروط العقد هذا ولد عدم التوازن بين الالتزامات الملقاة على عاتق أطراف العقد.

وعلى إثر ذلك ذهب بعض الفقه الفرنسي إلى أمر تقدير الصفة التعسفية فيما يتعلق بهذا العنصر ، لا يجوز أن يتعلق بمحل العقد أو موضوعه الأساسي أو الثمن إنما ذلك الذي يؤدي الى إختلال توازن كبير بين الحقوق والالتزامات الواقعة على طرف العقد، عندما يتعرض شرط ما للنقد من زاوية شكله أو أسلوبه وهو ما يميزه أساسا عن الغبن¹. ورغم الفرق الذي ينصب على الثمن والتعسف الذي ينصب على شروط تبعية تتعلق بتنفيذ العقد والتي هي ليست ذات طبيعة مالية، لكن المحصلة النهائية هي دائما عدم التوازن بين الحقوق والالتزامات².

أما ما يتعلق بكيفية تقدير الميزة المفرطة التي تمنح للمهني من خلال النظر الى الشرط الذي يشكل تعسفا على المستهلك دون غيره من شروط العقد أو النظر الى جل شروطه .

فيعتقد البعض أنه من البديهي عدم التسرع في جعل الشرط تعسفيا بمجرد أنه يعطي بعض المزايا لاحد أطراف العقد إذ أنه من الممكن أن يكون أحد شروط العقد الأخرى موجهة لإعطاء الطرف الثاني من المزايا ما يعيد التوازن الى العقد في مجمله ، وعلى سبيل المثال قد يترتب على شرط تحديد مسؤولية المحترف تخفيض في ثمن السلعة المعروضة على المستهلك³.

¹ عمر محمد عبد الباقي ، مرجع سابق ، ص 405.

² عامر قاسم أحمد القسي ، مرجع سابق ، ص 217.

³ فراس جبار كريم الروازق ، الحماية القانونية من الشروط التعسفية دراسة مقارنة ، مرجع سابق ، ص 107.

لهذا يسلم البعض بأنه يجب النظر الى جل الشروط الموجودة في العقد الواحد لتقدير التعسف فيها ولا يمكن الأخذ بالشروط منفرد دون غيره من الشروط لتقدير عدم التوازن العقد ومفاد ذلك أنه يمكن أن يدرج شرط تعسفي في العقد لكن دون أن يحقق الاختلال العقدي بين طرفيه.¹

ثالثاً: معيار الاختلال الظاهر بتوازن الالتزامات

نظراً للانتقادات التي وجهت للمعيارين السابقين والجدل الذي ثار بين الفقهاء حول نوع المعيار الذي يجب اعتماده لتحديد الشروط التعسفية، ظهرت توجهات تنادي بضرورة اعتماد معيار آخر لتحديدها.

لذا فإن نشوء فكرة التوازن العقدي بين الأطراف برزت كنتيجة حتمية للنظرية العامة للعقد إزاء مبدأ سلطان الإرادة² الذي نادى بضرورة الحرية التعاقدية ولم يهتم ببند العقد التي قد تلحق الضرر بأحد أطرافه في حال عدم المساواة، فكانت غاية القانون خاصة في نطاق عقود الإستهلاك هو تحقيق المساواة³، ومن منطلق أن مضمون العقد الاستهلاكي قد يعتريه إختلال واضح في بين أطرافه على إعتبار أن المهني هو الطرف القوي في العلاقة التعاقدية الاستهلاكية، وأن الطرف الضعيف فيها هو المستهلك، تبنى المشرع الفرنسي هذا المعيار الذي ينشأ بعدم التوازن في جل بنود العقود المبرمة في بيئته، خاصة بعد الإنتقادات التي وجهت للمعيارين القانوني والإقتصادي اللذين تم العمل بهما في القانون الفرنسي الصادر

¹ أحمد محمد الرفاعي ، مرجع سابق ، ص 222.

² إبراهيم عبد العزيز داود ، عدم التوازن المعرفي في العقود ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية 2014، ص 107.

³ عبد المنعم موسى إبراهيم، حماية المستهلك (دراسة مقارنة) ، الطبعة الأولى ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت 2007. ص 453.

سنة 1978، فتم الاخذ به في قانون الإستهلاك المعدل لسنة 95 / 96¹ وهوما أبقى عليه التشريع الفرنسي بعد تعديل قانون الاستهلاك الجديد لسنة 2016.

وهو ما وضحته المادة L212-1 التي ورد فيها ما يلي: " في العقود المبرمة بين المهنيين وغير المهنيين المستهلكين تعتبر شروطا تعسفية التي تنشأ عن موضوعها أو ينتج عن أثارها على حساب غير المهني أو المستهلك إختلال ظاهر بين حقوق والتزامات أطراف العقد"²، ومدلول هذا أن المشرع الفرنسي تولى تماما عن الأخذ بالمعيار الميزة الفاحشة ومعيار التفوق الإقتصادي، وأن أساس الأخذ بهذا المعيار هو الخلل في التوازن المادي الذي يخضع الى بنود العقد، وليس لصفة المتعاقدين على خلاف المعيار الذاتي الذي يقوم على أساس تعسف الطرف الأقوى إقتصاديا في العقد .

أما ما جاء في مضمون نص المادة 1171 من القانون المدني الفرنسي حول الأخذ بهذا المعيار أن كل شرط يحقق عدم التوازن العقدي بين حقوق والإلتزامات الأطراف في عقود الإذعان حتى لو ولم يكن مكتوبا³

وما يستتف من أعمال هذه المعايير أن الشرط التعسفي في التشريع الجزائري لم يعتمد على معيار التفوق الإقتصادي ولا على معيار الميزة الفاحشة التي يحصل عليها المحترف وإنما أخضعه للمعيار الثالث وهو عدم التوازن العقدي بين طرفي العقد نتيجة

¹ dans les contrats conclus entre professionnels et non professionnels ou consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat », voir loi n°95-96 du 1^{er} février 1995 concernant les clauses abusives et la présentation des contrats et régissant diverses activités d'ordre économique et commercial, JORF n°28 du 2 février 1995, consultable sur : www. Legifrance.gouv.fr.

² لم يأتي المشرع الفرنسي في التعديل الأخير المتعلق بقانون الاستهلاك حول الأخذ بالشروط التعسفية بشيء جديد حسب نص المادة أعلاه و إنما نقل مضمون نص المادة L 132-1 التي كان معمول بها سابقا.

³ Art_1171. « Dans un contrat d'adhésions, toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite..... ».

إخلال بين الإلتزامات التعاقدية ويظهر ذلك من خلال نص المادة 3 فقرة 5 من القانون رقم 04-02 بقوله: "كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركا مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد"¹، فالكشف عن الشرط التعسفي الموجود في عقد البيع على التصاميم يتجلى في الأخذ بمعيار عدم التوازن بين إلتزامات المرقى العقاري كونه الطرف الإقتصادي القوي والتزامات المکتتب كونه الطرف الضعيف الذي يقبل شروط العقد دون مناقشتها.

الفرع الثاني

الأثر القانوني لإعمال المعايير

نتج عن إعمال المعايير المتعلقة بتحديد الطابع التعسفي للشرط صور له منها ما نص عليها القانون ومنها ما برز في العقد.

أولا: قوائم الشروط التعسفية القانونية

بالعودة الى الأحكام العامة التي تحدد الشروط التعسفية في العقود الاستهلاكية المتعلقة بالقانون رقم 04-02 والمرسوم التنفيذي 06-306 والتي تخص حماية المستهلك في التشريع الجزائري نحدد أنواع الشروط التعسفية في عقد البيع على التصاميم وفقا لها باعتبار أن من خصائص عقد البيع على التصاميم أنه عقد استهلاكي بحت، ومع اسقاطها وفقا لما جاء في القانون رقم 11-04 الذي ينظم هذه النوعية من العقود.

1 الشروط التعسفية المحددة بموجب أحكام القانون رقم 04-02²: نص عليها المشرع الجزائري صراحة، بموجب المادة 29 من القانون رقم 04-02 التي تنص على أنه "تعتبر شروطا وبنود تعسفية في العقود بين المستهلك والبائع لا سيما البنود والشروط التي تمنح هذا الأخير:

¹ القانون رقم 04-02 المتعلق بممارسة الأنشطة التجارية ، السابق الذكر .

² القانون رقم 04-02 المتعلق بممارسة الأنشطة التجارية ، السابق الذكر .

- أخذ حقوق و أو امتيازات لاتقابلها حقوق أو إمتيازات مماثلة بها للمستهلك .
- فرض التزامات فورية ونهائية على المستهلك في العقود، في حين أنه يتعاقد هو بشروط يحققها متى أراد. ومرد هذا أن المرقى العقاري في عقد البيع على التصاميم يفرض على المستهلك دفع النسبة الأولية لثمن البناية أو جزء منها بمجرد الإتفاق، على أن يتم التوقيع على العقد في وقت لاحق.
- إمتلاك حق تعديل عناصر العقد الأساسية أو مميزات المنتج المسلم أو الخدمة المقدمة دون موافقة المستهلك. في عقد البيع على التصاميم ينصب هذا الشرط عموماً حول تلاعب المرقى العقاري في الصيغة القانونية للعقد بضم الضمانات القانونية المدرجة في القانونين المدني وقانون الترقية رقم 11- 04¹ ضمن شكل واحد، أما ما يتعلق بحق تعديل مميزات المنتج يتم سواء بالنسبة لرقم طابق الشقة أو عدد غرف الشقة وهذا دون الرجوع الى المستهلك وأخذ موافقته .
- التفرد بحق تفسير الشرط أو عدة شروط من العقد في إتخاذ قرار البت في مطابقة العملية التجارية للشروط التعاقدية، بحسب هذا الشرط يمكن إسقاط هذا حول تفسير عقوبة التأخير المتعلقة بتأخر المستهلك عن تسديد السعر في أجاله القانونية ويتم ذلك عن طريق تطبيقها على الثمن الإجمالي وعلى ثمن الشطر المتأخر في عقد البيع على التصاميم وهذا يعني توقيعها مرتين.
- إلزام المستهلك بتنفيذ التزاماته دون أن يلزم نفسه بها. خصوصاً المتعلقة بالثمن لأنه يعد من أهم إلتزامات المستهلك في عقد البيع ، فيحرص المرقى العقاري في عقد البيع على التصاميم على تنفيذه يلجأ في العديد من المرات الى فسخ العقد في حين لا يسعى هو الى القيام بالتزاماته خاصة ما يتعلق بأجل تسليم المنتج أو التأخر في التسليم ويرجع ذلك

¹ القانون رقم 11-04 الذي يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية ، السابق الذكر.

لأسباب خارجة عن إرادته كالقوة القاهرة أو إستغراق مدة طويلة للحصول على الوثائق الإدارية وغيرها .

- رفض حق المستهلك في فسخ العقد إذا أخل هو بالإلتزام أو عدة التزاماته في ذمته. ومناط هذا الشرط التعسفي هو أن المرقى العقاري في عقد البيع على التصاميم يلجأ الى عدم قبول فسخ العقد من طرف المكتب في حال عدم تنفيذه أحد إلتزاماته، وهذا يحدث عادة في حال تأخر المرقى تسليم البناية أو جزء منها في الأجل القانونية ويعلق أمر التسليم لأمر إدارية وغيرها من أساليب الممطالة .

- التفرد بتغيير أجال تسليم منتج أو تنفيذ خدمة .

الأساس في هذا البند أن المبدأ العام في التعاقد أن يتم تحديد أجال التسليم أو تنفيذ الخدمة بصفة مباشرة بمجرد إنعقاد العقد ، وهو ما عمل المشرع الجزائري عليه في عقد البيع على التصاميم حيث ألزم على ضرورة قيام المرقى العقاري بتسليم الجزء المنجز من أشغال البناء وفق الجدول المنصوص عليه في المرسوم التنفيذي 13-431¹ ، وأما ما يحدث في الواقع العملي غير ذلك فالمرقى العقاري يعمل على إضافة صيغة ".... وتسلم أشغال البناء وفق ما نص عليه القانون ويمكن للمرقى العقاري في الحالات الاستثنائية للمشروع العقاري أن يتم تسليم الجزء المنجز حسب ظروف الورشة أو العمل دون الرجوع الى موافقة المكتب "...."، كما أن المشرع الجزائري نص على هذا البند بصريح العبارة في عقد البيع على التصاميم عندما تحدث عن إمكانية صاحب المشروع تسلم الجزء المنجز من الأشغال قبل الأجال القانونية ، وبهذا فأجل التسليم يتم تغييره آليا.

- تهديد المستهلك بقطع العلاقات التعاقدية لمجرد رفض المستهلك الخضوع لشروط تجارية جديدة غير متكافئة.

¹ المرسوم التنفيذي رقم 13-431، الذي يحدد نموذجي عقد حفظ الحق وعقد البيع على التصاميم للأملك العقارية وكذا حدود تسديد سعر الملك موضوع عقد البيع على التصاميم و مبلغ عقوبة التأخير وأجالها وكيفيات دفعها، السابق الذكر .

الملاحظ على هذا البند ليتحقق فيه التعسف لابد أن يحوي على شروط جديدة غير متكافئة لا تكون ضمن العقد فلا يمكن أن يهدد البائع بقطع العلاقة التعاقدية إذا كانت الشروط التجارية موجودة أصلا فيه من جهة ومن جهة أخرى متكافئة، ويحدث هذا الشرط في العقود الطويلة الأجل وليس في العقود الأنية ، وهو ما ينطبق على عقد البيع على التصاميم فيتم الإتفاق بين المرقى العقاري والمستهلك على ثمن ثابت في هذا النوع من العقود دون إمكانية مراجعته؛ إلا أنه بعد مرور فترة من الزمن يلجأ المرقى العقاري الى مطالبته بزيادة الثمن على الرغم من عدم سرد ذلك في العقد أصلا فيطالبه بالخضوع لهذا الشرط أو قطع العلاقة التعاقدية بينهما .

المشرع الجزائري من خلال هذه المادة أوضح بأنه متى كان الشرط يتضمن إحدى هذه الصيغ فإنه يعتبر تعسفي، فقيام المهني بفرض إحدى هذه الشروط المنصوص عليها في المادة أعلاه فهي تعسفية ولا بد من حماية المستهلك منها، لأنها فرضت بنص قانوني واضح.

2 - الشروط التعسفية المحددة بموجب المرسوم التنفيذي 06 - 306¹: ذكر المشرع الشروط التعسفية في نص المادة 05 من المرسوم التنفيذي 06-306 ضمن 11 شرطا على النحو الآتي :

- تقليص العناصر الأساسية للعقود المذكورة في المادتين 02 و 03 أعلاه
- الاحتفاظ بحق تعديل العقد أو فسخه بصفة منفردة بدون تعويض المستهلك.
- عدم السماح للمستهلك في حالة القوة القاهرة بفسخ العقد إلا بمقابل دفع تعويض

¹ المرسوم التنفيذي 06-306 الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، السابق الذكر .

- تخلي العون الإقتصادي عن مسؤوليته بصفة منفردة بدون تعويض المستهلك في عدم التنفيذ الكلي أو الجزئي أو التنفيذ غير صحيح لواجباته.
- النص في حالة الخلاف مع المستهلك على تخلي هذا الأخير عن اللجوء إلى أية وسيلة طعن ضده.
- فرض قيود لم يكن المستهلك على علم بها قبل التعاقد. وهذا البند يبنى في عقد البيع على التصاميم متى ألزم المرقى العقاري ضرورة مراجعة سعر العقار.
- احتفاظ العون الإقتصادي بالمبالغ التي يدفعها المستهلك وذلك متى إمتنع هذا الأخير عن تنفيذ العقد أو قام بفسخه دون إعطائه الحق في التعويض في حالة ما إذا تخلى العون الإقتصادي هو بنفسه عن تنفيذ العقد أو قام بفسخه.
- تحديد مبلغ التعويض الواجب دفعه من طرف المستهلك الذي لا يقوم بتنفيذ واجباته دون أن يحدد مقابل ذلك تعويضا يدفعه العون الإقتصادي الذي يقوم بتنفيذ واجباته.
- فرض واجبات إضافية غير مبررة على المستهلك.
- الاحتفاظ بحق إجبار المستهلك على تعويض المصاريف والأتعاب المستحقة بغرض التنفيذ الإجباري للعقد دون أن يمنحه نفس الحق.
- إعفاء العون نفسه من الواجبات المترتبة عن ممارسة نشاطاته.
- يحمل المستهلك عبء الواجبات التي تعتبر من مسؤوليته¹.

فالملاحظ على هذه المادة أن المشرع الجزائري حصر أنواع الشروط التعسفية ضمنها ، وهذا من خلال تعددها، إلا أنه بالرجوع الى نص المادة 30 من القانون 04-02 المعدل والمتمم نجد أن المشرع الجزائري أعطى صلاحية للحكومة أن تصدر مراسيم تحدد قوائم جديدة

¹ المادة 05 من المرسوم التنفيذي 06-306 الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، مرجع سابق .

للشروط التعسفية ، وبالتالي فإن ما ذكر في المادة 05 المرسوم التنفيذي 06-306 من شروط تعسفية محددة لم تأتي على سبيل الحصر وإنما على سبيل المثال وبالتالي فإن مسألة تحديد أنواع الشروط التعسفية في القانون الجزائي لم يحصرها المشرع على القوانين والمراسيم فقط وإنما وسع تعددها حتى من قبل القضاة، لذا فعقد البيع على التصاميم قد يحوي على شروط تعسفية أخرى متى أقر بها القضاء .

ثانيا: الشروط التعسفية العقدية :

تتعلق الشروط التعسفية بما يحويه العقد من تعسف أثناء إنعقاده وبعد تنفيذه لذا يمكن تقسيمها في عقد البيع على التصاميم وفق النزاعات القضائية المطروحة الى:

أ- البنود التعسفية أثناء تكوين العقد

يعمل المرقى العقاري على تحقيق الربح التجاري من خلال إبرام عقد البيع على التصاميم فيدرج شروط من شأنها تحقيق منفعة له أثناء إبرامه دون مراعاة التعسف الذي يمارسه على المستهلك ومن بينها:

1 - الشروط التعسفية المتعلقة بالتزام المستهلك بدفع الثمن

يعد دفع ثمن البناية أو جزء منها من أهم الالتزامات الملقاة على عاتق المستهلك في عقد البيع على التصاميم فتحديد المرقى العقاري له بالارادة المنفردة أو جعله تقديريا الى غاية تسليمها تجعله شرطا تعسفيا ، وأيضا في استحقاقه قبل أجل الدفع ، ومطالبة المرقى بدفع الثمن كاملا ، وأن يتم تقيسطه على دفعتين فقط ، والشروط الجزائي المتعلق بالاستحواد على المبلغ الذي دفع من قبل المستهلك العقاري في حال عدم تسديده لكامل الثمن في الأجل المحدد ومراجعتة بصفة دورية دون الاتفاق على المراجعة أصلا وغيرها لذا أردنا ان نفصل في هذه المسألة بأمثلة عن ذلك:

باستقراءنا لمضمون المادة 53 من القانون رقم 11-04¹ بفقرتها نصت على بندين تعسفين فالفقرة الأولى وضحت أنه في حالة عدم دفع المستهلك دفعة من الدفعات في أجلها حسب ما ورد في العقد فإنه يتعرض لعقوبة التأخير على المبلغ المستحق ولم يبين المشرع الجزائري نسبتها ولا كيفية حسابها ، وهو ما طرح على محكمة عين مليلة في الملف رقم 17/1729 حيث تتلخص وقائع القضية أن المدعي رفع دعوى قضائية ضد المؤسسة العقارية مفادها أن هذه الأخيرة طالبت بدفع القسط الأخير من خلال توجيه إنذارين في مدة قصيرة ، بعد فرض زيادة مبالغ فيها تفوق قيمة القسط الأخير ما دفع به الى الاحتجاج الى أن هذه الزيادة لم ترد في العقد وأن عقوبة التأخير لاتساوي ضعف مبلغ القسط الأخير².

أما الفقرة الثانية في حالة عدم تسديد دفعتين متتاليتين من حق المرقى العقاري أو باتفاقهما فسخ العقد ولكن بعد توجيه اعدارين من المرقى العقاري عن طريق المحضر القضائي خلال 30 يوم، ويظهر الشرط التعسفي في هذه الحالة أنه لا يمنح المستهلك نفس الحق الممنوح للمرقى العقاري في حال تأخيره في تسليم البناية³، كما أن المشرع الجزائري لم يفصل في مسألة الأجل القانوني للإعذار تتعلق بالرد أم بالتسديد الامر الذي ادى الى استغلال المرقى العقاري له وهو ما طرح على محكمة خنشلة في الملف رقم 21/97⁴.

2 - شروط تتعلق بتسليم البناية أو جزء منه

ان من التزامات المرقى العقاري في عقد البيع على التصاميم تسليم البناية أو جزء منها خلال الأجل المحدد في العقد ولقد أبرز المشرع الجزائري كيفية تسليم البناية وفق ما

¹ القانون رقم 11-04 الذي يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية ، السابق الذكر .

² الحكم المتعلق بالقضية رقم 1729 فهرس رقم 583، الصادر بتاريخ 2017/02/19 عن القسم العقاري بمحكمة عين مليلة ، مجلس قضاء ام البواقي ، غير منشور .

³ المادة 29 الفقرة 07 من القانون رقم 04 - 02 المتعلق بممارسة الأنشطة التجارية ، السابق الذكر .

⁴ الحكم المتعلق بالقضية 818 فهرس رقم 21 ، الصادر بتاريخ 2021/03/15 عن القسم العقاري بمحكمة خنشلة مجلس قضاء خنشلة ، غير منشور .

ورد في نص المادة 34 من القانون رقم 04-11¹، إلا أن تقاعس المرقى العقاري في تسليم البناية أو جزء منها للمستهلك، وتغيير أجل التسليم يعد شرط تعسفياً بموجب المادة 29 الفقرة 07 من القانون رقم 02-04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية²، فرغم أن المشرع الجزائري نص على عقوبة تأخير تسليم البناية؛ إلا أنها تؤكد على انفراد المرقى العقاري بتغيير أجل التسليم دون الرجوع إلى المستهلك، ويعد ذلك شرطاً تعسفياً بقوة القانون، فجل نزاعات الترقية العقارية الخاصة حول التأخر في أجل تسليم السكنات، ورغم إقرار المشرع الجزائري لها؛ إلا أن الملاحظ حولها نسبتها الضئيلة أنها لا تتجاوز 10% مهما بلغ التأخير مما يضيف إلى القول أنها غير كفيلة بحماية المستهلك العقاري من الشرط التعسفي المتعلق بتغيير أجل التسليم من قبل المرقى العقاري .

ب - الشروط التعسفية بعد تنفيذ العقد

وهي الشروط التي تبرز بعد إنعقاد عقد البيع على التصاميم فتتجلى في إنقاص الضمانات أو حصر المسؤولية أو زيادة الشرط الجزائي التعسفي وهي المتداولة أكثر على في النزاعات القضائية :

1 - شروط تتعلق بالضمانات وانتفاء المسؤولية

يلتزم المحترف في العقود الاستهلاكية باحترام الضمانات المدرجة في العقد، ويعمل على تحمل المسؤولية سواء الصادرة منه أو من أعمال الأشخاص التابعين له؛ إلا أنه في غالب الأحيان يسعى إلى التخفيف منها بفرضه شروط تعسفية على عاتق المستهلك وعلى حساب مصلحته، فالمرقى العقاري الذي يعمل على إنقاص الضمان العيوب الخفية أو إدراج شرط عدم الالتزام بضمان حسن التنفيذ يعد بندا تعسفياً وهو ما طرح على محكمة عين مليلة في الملف رقم 2020/1201 حيث تتلخص وقائع الدعوى في أن المدعي رفع دعوى قضائية ضد مؤسسة

¹ القانون رقم 04.11 الذي يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية ، السابق الذكر .

² ج، العدد 41 الصادر في 27 يونيو سنة 2004.

الترقية العقارية مفادها دفع مبلغ مالي مقابل التجهيزات الناقصة والتي كان من المفروض على المدعى عليها توفيرها داخل السكن حسب عقد البيع على التصاميم المبرم بينهما على أساس ضمان الحسن التنفيذ¹، أما ما يتعلق حصر المسؤولية أو إقصائها فإن المشرع الجزائري أكد على بطلان كل شرط في عقد البيع على التصاميم يؤدي الحصر أو اقصاء مسؤولية المرقى العقاري تجاه المستهلك²

2 - الشرط الجزائي التعسفي

أن المشرع الجزائري منح للمرقى العقاري طبقا لما ورد في نص المادة 183 من القانون المدني الجزائري وسيلة تسمح له باستغلال نفوذه الاقتصادي ومداركة العملية من أجل فرض مبالغ مالية كبيرة كجزاء لعدم تنفيذ المستهلك العقاري بالتزاماته التعاقدية، فالشروط الجزائية توضع من قبله بشكل جزافي بغض النظر عن حجم الضرر الذي أصابه من قبل المستهلك الذي لم ينفذ التزاماته .

ومن مبدأ إلتزام طرفي العقد بالقوة الملزمة له فإن التأخر في تنفيذ الإلتزام أو عدم التنفيذ هو الذي يجعل الشرط الجزائي مستحقا، وليس وقوع الضرر ومناطق هذا أن الشرط الجزائي في عقد البيع على التصاميم يكون مستحقا متى تأخر المستهلك العقاري في تنفيذ إلتزاماته أو عدم تنفيذها، وليس مرتبط بوقوع الضرر الذي لحق بالمرقى العقاري نتيجة عدم التنفيذ، ولكن المشرع الجزائري بين شروط إستحقاق الشرط الجزائي هي: الخطأ والضرر والإعذار³، لذا متى لحق الضرر بالمرقى العقاري استحق الشرط الجزائي .

¹ الحكم المتعلق بالقضية رقم 1201 فهرس رقم 692، بتاريخ الصادر 2020/06/23 عن القسم العقاري بمحكمة عين مليلة ، مجلس قضاء ام البواقي ، غير منشور

² المادة 45 من القانون رقم 04.11 الذي يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية ، السابق الذكر .

³ الإعذار هو إجراء قانوني يلجأ إليه الدائن قبل التنفيذ القهري بهدف جعل المدين متأخرا عن تنفيذ إلتزامه فتتعقد مسؤوليته أي وضع المدين موضع المقصر، ويتم بموجب ورقة رسمية من أوراق المحضرين أو من يقوم مقامه يظهر ذلك

إلا أن الشرط الجزائري يستلزم بالضرورة وقوع الضرر في التشريع الجزائري فالمدين الذي يريد التخلص منه عليه إثبات أن الدائن لم يلحقه أي ضرر، لذا المستهلك العقاري في عقد البيع على التصاميم هو الشخص المدين الذي أوجب القانون عليه إثبات أن المرقى العقاري لم يلحقه أي ضرر بكافة طرق الإثبات المنصوص عليها قانونا .

من خلالها بوضوح إرادة الدائن في اقتضاء دينه نقلا عن محمد سالم عبد الله الطنحاني ، تطبيقات الشرط الجزائري في المعاملات المالية ، مرجع سابق ، 124. وهو ما جاء به المشرع الجزائري في نص المادة 181 من القانون المدني .

خلاصة الباب الأول :

تنقسم الدراسة في هذا الباب الى جزئين الأول يتعلق بالإطار المفاهيمي لعقد البيع على التصاميم، فحداثة هذا النوع من العقود في التشريع الجزائري دفع به الى ضمه كتقنية من تقنيات الترقية العقارية في الجزائر، وتطرق الى مفهومه بموجب نص المادة 28 من القانون رقم 11-04 كغيره من التشريعات والأراء الفقهية، كما أن المشرع الجزائري جعله من العقود التوثيقية بمجرد إبرامه وكذا من العقود الأكثر إستهلاكا بالنسبة للسلعة المتداول عليها الطلب بكثرة، وميزه عن العقود المشابهة له على غرار عقد حفظ الحق وعقد المقاوله وعقد البيع بالتقسيط وأيضا تطرق الى طبيعته القانونية حيث تضاربت بين الطبيعة المركبة والطبيعة المختلطة.

ومن منطلق المبدأ العام لإبرام العقود فصحة عقد البيع على التصاميم تستلزم أركان العقد العامة من رضا ومحل وسبب؛ إلا أن خصوصيته دفعت بالمشرع الجزائري الى إضافة ركن الشكل فيه كما إستوجب توفر شروط لصحته تتعلق بعيوب الإرادة وعوارض الأهلية غير أن ما هو مستجد فيه من ذكر بيانات ووثائق وغيرها فيه تتدخل في إطار الشروط الخاصة لإنعقاده وإلا كان قابلا للإبطال.

أما الجزء الثاني يتعلق ببند عقد البيع على التصاميم والتعسف الذي يتخللها فنتطرقنا فيه بداية الى المرقى العقاري الذي ميز المشرع الجزائري بين نوعين العام والخاص وكذا وظيفته، والمستهلك العقاري ثم الإذعان الذي يحصل بينهما لنستشف من إذعان عقد البيع على التصاميم التعسف الذي يقع فيه الطرف الضعيف فيه الشروط التعسفية التي تطاله، فعرف المشرع الشرط التعسفي في قوانينه كما أدرج عناصره ونطاقه.

ولمعرفة مدلول الشرط التعسفي بطرق سليمة أدرجنا معايير التي أثارت إختلافات فقهية حول الأخذ بها ثم إستبطننا أثر أعمال هذه المعايير في التشريع الجزائري بصفة عامة وبصفة خاصة في بند عقد البيع على التصاميم.

الباب الثاني

حماية المستهلك من الشروط التعسفية

في عقد البيع على التصاميم

الباب الثاني

حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقد البيع على

التصاميم

إن المستهلك العقاري هو الطرف الثاني في العلاقة التعاقدية في عقد البيع على التصاميم وهو غالبا ما يكون الشخص العادي الذي يفتقر إلى الخبرة والمعرفة التي يمتلكها المرقى العقاري الذي ينفرد بصياغة عقد البيع على التصاميم، وما يحتويه على عبارات وفقرات يصعب فهمها والتي غالبا ما يعدل المستهلك العقاري عن قراءتها، وإن قرأها لا يفهمها وإذا فهمها وأدرك احتوائها على أحد الشروط التعسفية لا يتمكن من تعديلها أو إلغائها.

من هنا برزت أهمية الوقوف على الحماية القانونية المتوفرة للمستهلك العقاري، كونه الحلقة الأضعف في العلاقة التعاقدية، وهذا لما يتمتع به المرقى العقاري من قوة اقتصادية ومهارات غير متوفرة للطرف الآخر، والذي ينفرد بصياغة بنود العقد وما على الطرف الآخر إلا التوقيع عليها، مؤديا إلى حدوث الإختلال في التوازن العقدي، وبالتالي فهو يفتقر إلى الحماية التي توجب على المرقى توفيرها له .

لذا أردنا أن نضم إلى بحثنا هذا الحماية القانونية التي تطرق لها المشرع الجزائري في هذا النوع من العقود حتى يتسنى للمستهلك العقاري أن يقوم بإبرام عقد البيع على التصاميم دون خوف منه ودون تردد فحاولنا دراسة هذه الحماية عن طريق تقسيم هذا الباب إلى فصلين الفصل الأول يحوي عنوان الضمانات المرتبطة بنظرية الالتزام أما الفصل الثاني يحوي عنوان الآليات الرقابية.

الفصل الأول

الضمانات المرتبطة بنظرية الالتزام

الفصل الأول

الضمانات المرتبطة بنظرية الالتزام

الإرادة الحرة في التعاقد بين طرفي العقد تجعل منهما يتحملان كافة الالتزامات ومعظم الحقوق المنجزة وراء هذا التعاقد ورغم أن جل التشريعات تبحث دائما على الإطار العام لإبرام العقود والآثار المترتبة عنه، فالتشريع الجزائري كغيره يحاول تسليط الضوء دائما على العلاقة التعاقدية بين أطراف العقد وذلك بغية إيجاد الحجة القانونية له وتمتعه بحجية الشيء المقضي فيه.

فعقد البيع على التصاميم رغم حداثة في التشريع الجزائري إلا أن المشرع أخضعه إلى المبادئ العامة التي يقوم عليها إبرام أي عقد ومن أهمها تقرير الحماية القانونية له التي تجعل تحقيق التوازن فيه ممكن وغير مستحيل لذا تم تقسيمنا لهذا الفصل إلى مبحثين كل مبحث يتضمن هاته الحماية التي أقر المشرع أنها تتم عبر مرحلتين، فالمبحث الأول تنطرق دراستنا إلى ضمانة الإعلام أما المبحث الثاني تطرقنا إلى ضمانة الاكتتاب.

المبحث الأول

ضمانات الحماية أثناء الإنشاء

يعد عقد البيع على التصاميم من العقود الاستهلاكية التي يحرص فيها المشرع على تحقيق التوازن بين طرفيها عن طريق الالتزامات المفروضة على كليهما، ومن بين هذه الالتزامات الالتزام بالإعلام وبالاكتتاب فهما يمثلان الحلقة الأقوى في العقد أثناء تكوينه، وهذا بغية تنبيه المستهلك العقاري حول الحقوق الممنوحة له في هذا النوع من العقود وكذا تجنيبه الوقوع في الشروط التعسفية، لذا قسمنا هذا المبحث إلى مطلبين الأول يتعلق بضمانة الإعلام والثاني بضمانة الاكتتاب.

المطلب الأول

ضمانة الإعلام

ترجع أهمية الوقوف على ضمانة الإعلام في عقد البيع على التصاميم إلى معرفة خصوصيته الذاتية ذلك من خلال تكييفه الذي سندرج فيه المقصود بالالتزام بالإعلام فقها وقانونا وكذا الشروط اللازمة له في الفرع الأول منه كما سندرج مضمونه في الفرع الثاني.

الفرع الأول

تكييف الإعلام

لقد أورد المشرع الجزائري الالتزام بالإعلام لأول مرة في التقنين المدني الجزائري، حيث تنص المادة 352 منه على ما يلي: "يجب أن يكون المشتري عالما علما كافيا ويعتبر العلم كافيا إذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بحيث يمكن التعرف عليه وإذا ذكر في عقد البيع أن المشتري عالم بالمبيع علما كافيا يسقط حق هذا الأخير في طلب إبطال البيع بدعوى عدم العلم به إلا إذا أثبت غش البائع"¹.

¹ المادة 352 من الامر 58-75 المتضمن القانون المدني، السابق الذكر.

باستقراءنا لأحكام نص المادة نجد أن المشرع لم يعرف الالتزام بالإعلام إلا أنه بين الطريقة على أنها لا توفر الحماية الكافية للمستهلك المبرم لعقد البيع على التصاميم، لأن اشتراط علمه بالمبيع علما كافيا مستبعد في هذا النوع من العقود الذي يتسم بالطابع النموذجي أين يضع المرقى العقاري نماذج معينة وفقا لما نص عليه القانون تتضمن عدة بنود مكتوبة وعلى المستهلك العقاري (المكاتب) خيار الإمضاء عليها أو التراجع عن ذلك لأن الشيء المعقود عليه لا يوجد أصلا أو موجود قيد الإنشاء.

أما ما يتعلق بتعريف الالتزام بالإعلام فقها فإن شراح القانون وضعوا تعريفات فقهية مختلفة، ميزوا بها المقصود بالالتزام قبل التعاقد بالإعلام والالتزام التعاقدى بالإعلام، حيث عرف الأول أنه: "عملية توصيل الأحداث الأفكار لعلم المستهلك عبر طرق معينة إما مرئية، مسموعة أو مكتوبة"¹ في حين عرف الثاني: "هو الالتزام الذي يثور أثناء تنفيذ عقد البيع، فهو يتمثل في تزويد المشتري بكافة البيانات الضرورية عن المبيع بصفة كاملة وشاملة لكل المخاطر وسبل الاستعمال والتي يجب أن ترفق بالمبيع في صورة نشرات أو كتيبات أو ملصقات على التغليف وأن تكون مكتوبة بطريقة واضحة وأسلوب مبسط"² والذي كان سببا في وجود نوعين من الإعلام هي الطبيعة والأثر القانوني لكليهما، فالالتزام بالإعلام قبل التعاقدى يتم قبل تكوين العقد وغايته تنصب حول رضا المستهلك بالدرجة الأولى الذي من خلاله يقدم على إبرام العقد أو الامتناع عنه ويتجلى أثره في قيام المسؤولية التقصيرية، في حين أن الالتزام التعاقدى بالإعلام يتم أثناء تنفيذ العقد وغايته تنصب حول تحفيز المستهلك في استخدام المنتج والاستفادة منه أو في تنبيهه من الأضرار الناجمة عن الاستمرار في استخدامه ويتجلى أثره في قيام المسؤولية العقدية.

¹ - حورية سي يوسف زاهية، مرجع سابق، ص 327.

² - محمد حسين منصور، أحكام البيع التقليدية والإلكترونية والدولية وحماية المستهلك، دار الفكر الجامعي، مصر 2006 ص 261.

رغم وجود الفرق بينهما إلا أن جل الفقهاء أقروا بصعوبة التمييز بينهما لتداخلهما الواضح لذا فتعريف الالتزام بالإعلام هو: "التزام أحد الطرفين بتقديم كافة البيانات والمعلومات اللازمة لمساعدة الطرف الآخر على إبرام هذا العقد أو تنفيذه بل وتحذيره ولفت نظره إذا استدعى الأمر ذلك"¹، كما عرف أيضا بأنه: "التزام يفرض على أحد طرفي عقد الاستهلاك إعلام الطرف الآخر بما يجهله من بيانات جوهرية مرتبطة بالتعاقد، وذلك في الوقت المناسب مستخدما في ذلك اللغة والوسيلة الملائمة لطبيعة العقد ومحلّه"² ومردّ هذين التعريفين يعود الى تضمنهما الالتزام التعاقدي وقبل التعاقدي للإعلام في وصف واحد لذا ما يلاحظ في عقد البيع على التصاميم حول الالتزام بالإعلام يضم كلا المصطلحين الإعلام قبل التعاقدي والإعلام التعاقدي لأن مسؤولية المرقى العقاري حول الاخلال بالالتزام بالإعلام تضم المسؤولية المدنية بصورتها التقصيرية والعقدية والهدف من الإعلام هو الحماية للطرف الضعيف فيه وكذا تحقيق التوازن العقدي.

ومسألة الالتزام بالإعلام نظمها المشرع الجزائري أيضا في قانون حماية المستهلك 03/09 بموجب نص المادة 17 منه على ضرورة إعلام المستهلك بكل المعلومات المتعلقة بالمنتج، وتطرق إليها بشكل تفصيلي في نص المادة (3) ف 3 من المرسوم 378/13³ الذي يحدد الشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك بأنها: "المعلومات الضرورية لإرضاء المستهلك بصفة واضحة، التي تحمل على الأقل تعريف المنتج والمتدخل المعني بعرض المنتج للاستهلاك للمرة الأولى، وطبيعة المنتج والمكونات والمعلومات المتعلقة بأمن المنتج والسعر ومدة عقود الخدمات" ومفاد هذه المادة أن المرقى العقاري ملزم بتقديم

¹ الصغير محمد مهدي، قانون حماية المستهلك، دراسة تحليلية مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر الاسكندرية، 2015 ص 114.

² مصطفى أحمد أبو عمرو، الالتزام بالإعلام في عقود الاستهلاك، دراسة في القانون الفرنسي والتشريعات العربية، دار الجامعة الجديدة، 2010، ص 37.

³ المرسوم التنفيذي رقم 378/13 المؤرخ في 09/11/2013 الذي يحدد الشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك، ج ر، رقم 58 مؤرخة في 18/11/2013.

كل المعلومات والبيانات الضرورية المتعلقة بالمبيع إلى المستهلك ، وأهمها الجدول الوصفي.

ولقيام الالتزام بالإعلام بين طرفي عقد البيع على التصاميم قبل انعقاده أجمع الفقهاء على ضرورة توفر شرطين أساسيين :

الشرط الأول: علم المرقى العقاري بالمعلومات المرتبطة بعقد البيع على التصاميم¹

الأصل في القيام بالالتزام بالإعلام أن يكون البائع على علم بالوقائع و البيانات الضرورية وأهميتها بالنسبة للمشتري ، إذ لا يعقل أن يلتزم البائع بالإدلاء بمعلومات هو نفسه يجهلها، ومن منطلق مبدأ حسن النية على المرقى العقاري أن يعلم المستهلك بكافة المعلومات وتزويده بكافة الوثائق بالعقار قيد الإنجاز حتى يسمح له بإبرام عقد البيع على التصاميم إلا إعتبر مستغلا لجهله، أما ما يتعلق بجهل كل من المرقى العقاري والمستهلك حول البيانات والمعلومات المتعلقة بالشيء المبيع ، فمردها أن الفقه أكد وجوبية التزام البائع بالإعلام عن البيانات المتعلقة بالعقد تختلف بحسب مجال الإعلام فعيوب الرضا فمثلا إذا كان البائع والمشتري كلاهما جاهلا بها فلا يجوز الطعن في العقد على أساس الإخلال بالالتزام بالإعلام بل يطعن فيه، أما إذا تمسك المستهلك العقاري بطلبه بإخلال المرقى العقاري بالتزامه بالإعلام، وطلب إبطال عقد البيع على التصاميم بسبب الغلط الجوهرى فيقع إثبات المرقى العقاري بمدى تأثير هذه البيانات على رضا المتعاقد² .

إن معرفة المرقى العقاري بالمعلومات المرتبطة بمحل عقد البيع على التصاميم شرط ضروري لقيام الالتزام بالإعلام، فالمشرع الجزائري نص على شروط خاصة في عقد البيع على التصاميم، وبناء عليها فالمرقى العقاري عند إبرامه العقد مع المستهلك العقاري يلزمه

¹ عمرمحمد عبد الباقي ، الحماية العقدية للمستهلك ،مرجع سابق ،ص 330، محمد جريفلي حماية المستهلك في العقد ، مرجع سابق ،ص175.

² محمد جريفلي ، حماية المستهلك في العقد ، مرجع سابق ، 176.

الموثق بتقديم كافة الوثائق والبيانات له حتى يحيط المستهلك بها، إلا أنه يمكن أن يجهل بعض البيانات لاسيما التي لا تدخل ضمن اختصاصه من منطلق الأشخاص المتدخلين معه في القيام بإنجاز المشاريع العقارية.

يرى الفقه أن إعفاء المستهلك العقاري من إثبات علم المرقى العقاري بهذه البيانات يرجع أساسا إلى علمه بصفته محترف، فالمستهلك العقاري ليس من الضروري أن يثبت أن المرقى العقاري على علم بهذه البيانات مدام يحمل صفة الاحترافية في مجاله، بل عليه أن يثبت أنه كان من السهل عليه إدراكها حسب الظروف المحيطة بالعقد .

في المقابل على المشتري القيام بالاستعلام عن الشيء المبيع لذا لا يمكن أن يتذرع بجهله للمعلومات المتعلقة بالعقد، وينشأ الالتزام بالاستعلام حول عنصرين الأول يتعلق بمعرفته عن الخصائص الجوهرية للتعاقد ، والعنصر الثاني بالاستعلام عن الشخص المهني، فالمستهلك العقاري في عقد البيع على التصاميم عليه أن يستعلم عن البيانات الجوهرية للعقد، ومحل التعاقد خصوصا أنه ليس موجودا وقت التعاقد ، لذا أوكل المشرع هذه المهمة الى الموثق الذي يحرره فالزمه بتقديم أصل الملكية وشهادة الضمان وكذا يستعلم عن البيانات بصفة صريحة أو ضمنية .

اما في القوانين الخاصة بالإستهلاك فالمشرع الجزائري فصل في مسألة هذا الشرط حيث نصت المادة 17 من القانون رقم 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش أن المهني ملزم بإعلام المستهلك بجميع البيانات و الوثائق التي يحويها مضمون العقد وهو ما أشار اليه المشرع الفرنسي في مواده 1-111 و 2-111 من قانون الإستهلاك الفرنسي.

الشرط الثاني: جهل مقتني العقار بالمعلومات المتعلقة بالعقد جهلا مشروعا¹

¹ عمر محمد عبد الباقي ، الحماية العقدية للمستهلك ، مرجع سابق ، ص332 محمد جريفي حماية المستهلك في العقد ، مرجع سابق ، ص175.

من الالتزامات المفروضة على عاتق المرقى العقاري إعلام المستهلك بالبيانات والمعلومات الخاصة بعقد البيع على التصاميم، لأنه يفترض جهل هذا الأخير بها جهلا مشروعا فلا يمكنه العلم بها أو إدراكه لها إلا من خلال المرقى العقاري، أما إذا علم بها يسقط حقه في الإستعلام عنها بسبب جهله وتتجرد صفة المشروعية عنه لذا يصبح جهله غير مشروع ولتطبيق هذا الشرط يجب على مقتني البناية أو جزء منها أن يتوفر على مسألتين الأولى تتعلق باستحالة الاستعلام أما المسألة الثانية تتعلق بالثقة المشروعة.

تتجلى مسألة الاستحالة في نوعين الأولى في الاستحالة الموضوعية للاستعلام ، فالمقتني في عقد البيع على التصاميم تظهر استحالته الموضوعية عند عدم علمه بالصفات الجوهرية للعين المباعة على أساس عدم وجودها، أصلا عند إبرام العقد أو حاز المرقى العقاري جزء منها في عقار قيد الإنجاز، كما تظهر أيضا في نظرية الضمان على أساس أن المشرع يلزم المرقى العقاري بضمان العيب الخفي في البناية قيد الإنجاز، وهذا الالتزام بالإعلام يكون ضمنا لفائدة المقتني، وهو ما يتجلى في عقد البيع على التصاميم ؛ لأن محل العقد غير موجود أو أيل للموجود فالعينة المباعة فيه مستقبلية¹.

أما الاستحالة الشخصية فتند على البعد المعنوي والموضوعي للشخص في حد ذاته، فالمقتني في عقد البيع على التصاميم ليس له مدراك علمية ولا عملية حوله، كما أن استحالة الاستعلام ترتبط أيضا بمهنته؛ فإذا ثبت أن لديه مدارك ومهارات علمية وعملية ما يكفي حول إبرام عقد البيع على التصاميم يسقط حقه في الالتزام بالإعلام، كالموثق أو المحامي أو موظف في صندوق السكن أو كانت مهنته مرتبطة بعقد البيع على التصاميم، فسقوطها في هذه الحالة جائز مثل المقاول أو المهندس المعماري أو موظف في صندوق الضمان والكفالة

¹ عمر محمد عبد الباقي ، الحماية العقدية للمستهلك ،مرجع سابق ،ص335، محمد جريفي حماية المستهلك في العقد ، مرجع سابق ،ص195.

المتبادلة الذي يشتري شقة من المرقى العقاري في إطار عقد البيع على التصاميم فالالتزام بالإعلام يسقط لارتباط الاستحالة بمهنته¹.

غير أن القانون الجزائري المتعلق بحماية المستهلك فصل في هذا الأمر بموجب نص المادة 17 من القانون 03/09 ،على أساس أن المهني ملزم بإعلام المستهلك في العقد المبرم بينهما وأن المستهلك يجهل أصلا المعلومات والبيانات المتعلقة بالمنتج كقرينة قاطعة لذا الملاحظ على ما ورد ذكره فإن عقد البيع على التصاميم من العقود الاستهلاكية التي يمثل فيها مقتني البناية أو جزء منها مستهلكا، ويخضع لإلزامية الإعلام عن المنتج بغض النظر عن توفر الاستحالة بنوعيتها من عدمها لأن خصوصية هذا العقد تكمن في محله الذي لا يوجد أصلا وإنما أيل للوجود في المستقبل.

أما المسألة الثانية تتعلق بالثقة المشروعة من طرف المقتني في المرقى العقاري، فتتولد هذه الثقة بسبب طبيعة العقد أو بسبب صفة أطرافه، تتجلى الثقة المشروعة في عقد البيع على التصاميم بسبب طبيعته فيعزز المقتني عن الاستعلام عن البيانات والمعلومات المتعلقة به بسبب الرسمية التي أوجبها القانون له، خاصة أن من يقوم بتحريره ضابط عمومي مؤهل قانونا لإبرام هذه النوعية من العقود ومن مهامه الأساسية تنوير المشتري بجميع المعلومات لأنها تدخل ضمن أخلاقيات مهنته. كما تتولد الثقة بينهما بسبب صلة القرابة أو بإمتلاك المرقى العقاري مركز إقتصادي قوي كمحترف في عقد البيع على التصاميم أو سمعة حسنة على الصعيد العملي.

¹ عمر محمد عبد الباقي ، الحماية العقدية للمستهلك ،مرجع سابق ،ص339،محمد جريفي حماية المستهلك في العقد ، مرجع سابق ،ص 193 .

الفرع الثاني

مضمون ضمان الإعلام

يتعلق مضمون ضمان الالتزام بالإعلام في عقد البيع على التصاميم بما أورده المشرع الجزائري في القانون 04/11 وقوانين الاستهلاك، فأوجب على المرقى العقاري باعتباره الطرف القوي في الرابطة العقدية الاستهلاكية العقارية ضرورة الإعلام المستهلك عن ما يلي:

أولاً: خصوصية المنتج (عقار قيد الإنجاز)

يعد الالتزام بإعلام المستهلك بتوفير المعلومات الضرورية حول المنتجات الاستهلاكية أمراً هاماً لأنه يساهم في تعميق مدارك المستهلك ومعارفه في اقتناء ما يحتاجه من سلع، وتحقيقاً لهذه الحماية يلتزم المحترف بتقديم كل المعلومات والبيانات الكافية والتي تجعل من المستهلك قادراً على تحديد المنتج، لذا أوجب المشرع على المرقى العقاري في عقد البيع على التصاميم أن يلتزم بتحديد جميع البيانات والمعلومات المتعلقة بالعقار المراد تشييده أو قيد التشييد عن طريق ثلاث عناصر أساسية هي:

أ- الإعلان عن المشروع العقاري:

فالإعلان "هو مجموعة الوسائل المستخدمة لتعريف الجمهور بعمل ما، أو حالة قانونية وكذا هو اتصال غير مباشر مدفوع ثمنه من خلال أي وسيلة لإعلام الجمهور بسلعة أو خدمة معينة، بهدف إقناعه وحثه على التعاقد عليها"¹، وبالرجوع إلى نصت المادة 17 من القانون رقم 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش على أنه: "يجب على كل متدخل أن يعلم المستهلك بكل المعلومات المتعلقة بالمنتج الذي يضعه للاستهلاك بواسطة الوسم ووضع العلامات أو بأي وسيلة أخرى مناسبة"².

¹ خالد ممدوح إبراهيم، حماية المستهلك في العقد الإلكتروني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2019، ص 136.

² القانون رقم 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، المؤرخ في 25/02/2009.

الملاحظ على نص هذه المادة أن المشرع ألزم المحترف بالقيام بإعلام المستهلك عن المنتج وعدد طرق إعلامه، وجعلها على سبيل المثال ولم يحصرها، إلا أنه نص على وجوبية ذكر العناصر الأساسية للمنتج، لذا فوفقا لما ذكره المشرع في هذا النص فإن المرقى العقاري في عقد البيع على التصاميم ملزم بإعلام المستهلك العقاري عن العقار قيد الإنجاز بإعتباره يدخل ضمن المنتج بأي طريقة من الطرق الواردة، وهذا ما نصت عليه المادة 25 من المرسوم التنفيذي رقم 85/12 المتضمن دفتر الشروط النموذجي الذي يحدد الالتزامات والمسؤوليات المهنية للمرقى العقاري، والتي جاء في مدلولها لصحة إعلام المستهلك يجب ضمان إشهار صادق يتم بالوسائل المرئية وفي مكان المشروع وكذا الأماكن المتعلقة بالإشهارات الموجودة على مستوى إقليم البلدية التي يوجد فيها المشروع، على غرار ما ذكر في نص المادة 41 من القانون رقم 04/11 حيث يتم ضمان الإعلام عن المشروع العقاري من قبل المرقى العقاري قبل البدء في عرض البيع أصلا في الأماكن المخصصة لذلك والتي حصرت وسائل الإعلام في وسيلة واحدة هي البلدية المختصة بذلك فقط.

يستشف مما ورد في ما يتعلق بوسائل الإعلان عن المشروع العقاري أن المشرع الجزائري في قانون رقم 04/11 حصر إعلام المستهلك في وسيلة واحدة غير أنه عددها في المرسوم 85/12 وقانون رقم 03/09، لذا عليه أن يأخذ بتعداد وسائل الإعلان عن المشاريع العقارية للجمهور بغية تحقيق الإعلام الصريح لمقتني العقارات خاصة أن وسائل الإعلام أصبحت أكثر رواجاً بانتشار وسائل التكنولوجيا الحديثة

- نصت المادة 04 من المرسوم التنفيذي 378/13 على ما يلي: "يتم إعلام المستهلك عن طريق الوسم أو وضع العلامة أو الإعلان أو بأي وسيلة أخرى مناسبة عند وضع المنتج للاستهلاك، ويجب أن يقدم الخصائص الأساسية للمنتج طبقاً لأحكام هذا المرسوم".

- للإشارة فقط فإن الوسم عرفه المشرع في نص المادة 03 من القانون رقم: 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش على أنه: "كل البيانات أو الكتيبات والإشارات أو العلامات أو المميزات أو الصور أو التماثيل أو الرسوم المرتبطة بسلعة تظهر على كل غلاف أو وثيقة أو سمة أو ملحقة أو بطاقة أو ختم أو معلقة مرفقة أو دالة على طبيعة المنتج مهما كان شكلها أو سندها، بغض النظر عن طريقة وضعها".

كما عمد المشرع في نص المادة 47 من القانون رقم 04/11 إلى ضرورة حرص المرقى العقاري على إشهار صادق يعلم به المستهلك عن مشروعه، وهذا حماية لرضاه وعدم التأثير عليه ولتجنب وقوعه في الإشهارات الكاذبة أو المظلمة واستغلال حسن نيته بأي شكل من الأشكال.

ومدلول الإشهار هو وسيلة غير شخصية لتقديم الأفكار والسلع والخدمات بواسطة جهة معلومة مقابل أجر مدفوع¹، هدفها تقديم المنتجات للمستهلكين بأفضل صورة وتحفيزهم على شراء السلع المعروضة للبيع، غير أن الإشهار قد يكون وسيلة ممتازة لوقوع المستهلكين في الغش والخداع إذا كان صاحبه أدلى ببيانات كاذبة، الهدف منها هو الاحتيال على الجمهور وهو ما يعرف بالإشهار المضلل لذا يمكن القول أنه يهدف إلى تضليل المستهلك حول المنتجات أو الخدمات محل الإشهار، فالمرقى العقاري الذي يعمل على جلب المستهلك بإشهارات ضخمة حول المشروع أو حول الآليات المستخدمة لتنفيذ المشروع وهو لا يملكها أصلا يقع في دائرة الإشهار المضلل.

فمحل التضليل الذي يقع فيه مقتني العقار قد يرد على وفرة المنتج أو عدم كفايته وهذا وفق ما جاء في نص المادة 28 من القانون رقم 02/04 على أنه: "إشهار غير شرعي وممنوعا كل إشهار تضليلي لاسيما إذا كان يتضمن عناصر يمكن أن تؤدي إلى التضليل حول التعريف بالمنتج أو الخدمة أو بكميته أو بوفرتة، مفاد هذا أن المرقى العقاري يعلن عن مشروع سكني ضخم يضم عشرة طوابق إلا أن أصل المشروع يحمل ستة طوابق، وتابع المشرع قائلا "وإذا تعلق بعرض معين لسلع أو خدمات في حين أن العون الاقتصادي لا يتوفر على مخزون كافي من تلك السلع، أو لا يمكنه ضمان الخدمات التي يجب تقديمها عادة مقارنة مع ضخامة الإشهار" كإعلان البائع مثلا عن استخدامه مواد

¹ علي بولحية بن بوخميس، القواعد العامة لحماية المستهلك والمسؤولية المترتبة عنها في التشريع الجزائري، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2000، ص 51.

وأساليب متقدمة في بناء وحدات فاخرة في حين لا يكون الأمر كذلك، كما يمكن أن يقع التضليل بالنسبة لمسألة مساحة الشقة المراد بيعها.¹

وأصل معيار التضليل في عقد البيع على التصاميم هو معيار موضوعي يعتمد على فطنة المستهلك فإذا تضمن هذا الإعلان بيانات غير مطابقة للحقيقة، وانطقت على المستهلك بكونه شخصا عاديا، فذلك يعد تضليلا والتضليل في هذا العقد يكون متصلا بال عقار المعروض للبيع.

ب - التصريح عن المعلومات المتعلقة بالقطعة الأرضية المراد البناء عليها:

إضافة إلى الإطلاع على التصاميم وموقع المشروع من قبل المكتتبين وتأسيسا على ما جاءت به المادة 30 من القانون 04/11 يلتزم المرقى العقاري بضرورة تقديم كل البيانات والمعلومات المتعلقة بالقطعة الأرضية المراد تشييد البناء عليها، ومن أهم هذه البيانات أصل الملكية ورقم السند العقاري وغيرها، فإن هدف المشرع هو توفير الأمان التعاقدية والحماية لهم قبل إبرام عقد البيع على التصاميم. وعلى المرقى العقاري قبل البدء في عملية إبرام عقد البيع على التصاميم أن يحصل على جميع أدوات التعمير وخاصة ما يتعلق برخصة البناء التي تثير عدة إشكالات قانونية في حال غيابها، وكذا شهادات التهيئة التي تقوم جل النزاعات القضائية عليها في الوقت الراهن، ويحدث هذا في حال تأخير تسليم السكنات من قبل المرقين العقاريين أو بعد تسليمها للمستهلكين دون وجود شبكات الصرف الصحي وغيرها

¹ سمية بولحية، مظاهر حماية المستهلك في عقد البيع على التصاميم، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، عدد 9، 2018 جامعة عباس لغرور خنشلة، ص 136.

- إن التفرقة بين الإشهار التجاري الكاذب والمضلل تكمن في أن الإشهار التجاري المضلل يؤدي إلى تغليب المستهلك أو من شأنه أن يؤدي إلى ذلك، سواء باستعمال الكذب أو بدونه، عن قصد أو دون قصد حتى وإن كان بإهمال، لكن العكس ليس صحيح، فالإشهار التجاري الكاذب يشترط فيه وجود كذب الذي يؤدي إلى غش المستهلك، فالإشهار التجاري المضلل يوجد في نقطة تقع بين الإشهار الصادق والإشهار الكاذب.

ليدخلوا في نزاعات معهم بسبب عدم تسوية الوضعية المتعلقة بالحصول على شهادات التهيئة بعد تسليم المشروع.

ج - الإعلان عن المعلومات المتعلقة بنظام الملكية المشتركة:

باستطلاعنا على نص المادتين 61 ف 01 و 02 من القانون 04/11 والمادة 29 من المرسوم التنفيذي رقم 85/12 المتضمن دفتر الشروط النموذجي الذي يحدد الالتزامات والمسؤوليات المهنية للمرقي العقاري نجد أن المشرع الجزائري أكد على المرقي العقاري ضرورة إدراج وإعلام جميع البيانات القانونية والتقنية والمالية الخاصة بنظام الملكية المشتركة وكذا الأعباء التي يلتزم بها المكاتبون مع تبليغها لهم قبل تسليم البناية¹ ورتب جزاء للمرقي العقاري في حال الإخلال بالإعلان عن هذه المعلومات ليؤكد أهميتها خاصة على عقود البيع على التصاميم التي تضم صنف العمارات فملكيتها تكون مشتركة بين مقتنياتها.

ثانياً: الأسعار

عدم دراية المستهلك بالمعلومات والبيانات المتعلقة بالسلعة المراد اقتنائها دفعت بالمهنيين إلى إعلامه عن خصائصها وسعرها والمخاطر التي تعترضها وهذا بغية حمايته²، لذا يعد التزام المهني بالإعلام عن الأسعار من أهم التزاماته في العقود الاستهلاكية وذلك حسب القانون 02/04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ولا بد أن يكون السعر المعلن عنه واضح وعلني يدرج باللغة العربية ويكون موافقا للمبلغ الإجمالي الذي يدفعه الزبون مقابل السلع والخدمات³ وبالعودة إلى نصت المادة 04 من القانون 02/04

¹ ربيعة صبايحي، الضمانات المستحدثة في بيع العقار على التصاميم على ضوء أحكام القانون 11/04، الملتقى الوطني
² حسن عبد الباسط جميعي، حماية المستهلك: الحماية الخاصة لرضا المستهلك في عقد الاستهلاك، دار النهضة العربية، القاهرة 1996، ص 14.

³ أنظر المادة 05 و 06 من القانون 02/04 المؤرخ في 23/06/2004، الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج ر، عدد 41، الصادرة بتاريخ: 27/06/2004، ص 4.

الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية التي تنص على أنه: "يتولى البائع وجوباً إعلام الزبائن بأسعار وتعريفات السلع والخدمات وبشروط البيع" فإن مؤديها وجوبية البائعين إعلام اسعار وتعريفات السلع والخدمات للمستهلكين، ووفقاً لها فإن المرقى العقاري بصفته بائع للسلعة ضمن عقد البيع على التصاميم ملزم بإعلام المكتتب عن أسعار البناء والسكنات المراد تشييدها أو قيد التشييد، والتي حددت من قبله، وعلى إعتبار أن القانون الجزائري ترك حرية تحديد أسعار المبيع للمرقى العقاري لكن تدخل بموجب نص المادة 38 من القانون رقم 04/11 والتي أشار إليها بضرورة ضبط وتسديد سعر العقار وفق تقدم إنجاز الأشغال فهو لجأ إلى الوفاء الائتماني الذي يعبر عن الأجل الممنوح له للوفاء بالثمن بعد تسليم الجزء المبني من البناية أو العقار قيد الإنشاء¹.

غير أن السكنات الترقية المدعمة من طرف الدولة فالمشروع الجزائري عمل على تسقيف أسعارها دون ترك الحرية للمرقى العقاري في ضبطها، وأما ما أثار الإشكالات القانونية هي مراجعة الثمن في هذا النوع من العقود، فترك المشرع الجزائري تحديدها لاتفاق الأطراف، دفع الكثير من المرقين العقاريين سواء في التشريع القديم وحتى القانون الجديد رقم 04/11 إلى استغلالها بما يزيد من مكاسبهم.

ثالثاً: شروط العقد

نصت المادة 08 من القانون رقم 02/04: "يلزم البائع قبل اختتام عملية البيع بإخبار المستهلك بأي طريقة كانت وحسب طبيعة المنتج بالمعلومات النزيهة والصادقة المتعلقة بمميزات هذا المنتج أو الخدمة وشروط البيع الممارس وكذا الحدود المتوقعة للمسؤولية التعاقدية للبيع أو الخدمة" فالمشروع وفق ما جاء فيها نص على ضرورة إعلام

للإشارة فقط فقد عرف المشرع الجزائري السلعة ضمن المادة 3 الفقرة 17 من قانون 03/09 المتعلقة بحماية المستهلك وقمع الغش ليأخذ مصطلح السلعة العقار والمنقول معا وهذا عندما تطرق المشرع للتعبير عليها باللغة الفرنسية بكلمة "bien" وهي المال الذي يشمل العقار والمنقول معا.

¹ أنظر محمد بودالي، حماية المستهلك في القانون المقارن، مرجع سابق، ص553.

المستهلك بجميع العناصر الجوهرية للعقد إبرامه مع العون الاقتصادي ويمثل الالتزام بإعلام عن شروط العقد، الصورة المباشرة المتعلقة بمرحلة إبرام العقد بالكشف عن بنوده المكتوبة سواء كتبت في الوثيقة العقدية في حد ذاتها أوفي وثائق أخرى لها صلة بالموضوع¹ فيقع على عاتق المرقى العقاري ضرورة إعلام المستهلك (المقتني) بشروط العقد سواء تعلق الأمر بعقد البيع على التصاميم في حد ذاته أم بالجدول الوصفي المرفق به وتتمثل هذه الشروط في الآجال أو كيفية التسليم وطريقة الدفع أو بيان تجديد العقد أو كيفية إغاثة.

رابعاً: هوية المرقى العقاري

يتعلق الالتزام بالإعلام عن هوية العون الاقتصادي بضرورة تقديم جميع البيانات والمعلومات الخاصة عنه للمستهلك، فالمرقى العقاري يلتزم بضرورة إعلام المستهلك بجميع بياناته الشخصية كرقم هاتفه وبريده الإلكتروني وكذا موقع وكالته العقارية وغيرها وذلك قبل إبرام العقد، وهذا ما نص عليه التشريع الفرنسي بموجب نص المادة 111-1 من قانون الاستهلاك الفرنسي التي أصرت على ضرورة إعلام المستهلك بجميع المعلومات المتعلقة بهوية العون الاقتصادي عموماً ويتم تقديمها قبل إبرام العقد، غير أن المشرع الجزائري على غرار التشريع الفرنسي لم يتطرق إلى هذا الالتزام في قوانين الاستهلاك، وأيضاً أن شكلية عقد البيع على التصاميم تعفي المرقى العقاري من تقديم هذه البيانات لأن الموثق الذي أولى له المشرع تحرير هذا العقد ملزم بمطالبة المرقى العقاري بكافة الوثائق والمستندات التي تكفل إعلام المستهلك عن الهوية الفعلية له ما لا يثير الشك في هويته أصلاً ولا يمكن إخفائها أو التلاعب بالمستهلك إلا في حالة تواطؤ المرقى العقاري مع الموثق في الإدلاء ببيانات كاذبة

¹ بوشارب إيمان، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، مرجع سابق، ص 108.

المطلب الثاني

الاكتتاب

يعد الاكتتاب لدى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة من أهم الضمانات التي يقدمها المرقي العقاري في عقد البيع على التصاميم في المرحلة السابقة للتعاقد، وهي المرحلة التي يقدم عليها المستهلك لإبرام هذه النوعية من العقود بغية الظفر بالسكن، فهذا الضمان ينصب بالدرجة الأولى على محل العقد بنوعيه سواء الثمن أو الشيء المبيع الذي من خلاله يجعل المستهلك في وضعية قانونية آمنة وخاصة.

لذا سنتطرق في هذا المطلب إلى تكييف صندوق الضمان والكفالة المتبادلة من حيث مفهومه وتشكيلته في الفرع الأول منه ثم نتحدث عن مضمون هذا الصندوق في الفرع الثاني منه.

الفرع الأول

تعريف صندوق الضمان والكفالة المتبادلة

من منطلق أن وظيفة المشرع الجزائري تخرج من دائرة منح التعاريف للظواهر والقوانين التي يصدرها إلا في حالات خاصة لذا فقد أقر بإنشاء هذا الصندوق في المرسوم التشريعي رقم 03/93 المتعلق بالنشاط العقاري¹.

أما التعاريف التي تناولتها جل الدراسات القانونية له، فأكدت مجملها على أنه حساب جاري مصرفي تودع فيه أموال مقتني العقارات التي تعتمد على عقود البيع على التصاميم بالدرجة الأولى من قبل أصحاب المشاريع العقارية تحت الإدارة الفعلية لأجهزة الدولة¹.

¹ - المادة 11 من المرسوم التشريعي 03/93: " يتعين على المتعامل في الترقية العقارية في إطار عمليات البناء على التصاميم أن يغطي التزاماته بتأمين إجباري يكتتبه لدى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة في الترقية العقارية المنصوص عليها في التشريع المعمول به " .

أولاً: الطبيعة القانونية للصندوق الضمان والكفالة المتبادلة

بالاطلاع على أحكام المواد 08 و17 و18 من المرسوم التنفيذي 406/97 المعدل والمتمم فإن المشرع الجزائري بين تشكيل هيئة الصندوق وسيرها وكيفية انعقادها، فهي هيئة عمومية تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي وتخضع لوصاية الوزير المكلف بالسكن الذي يقوم أساساً بتعيينها وإنهاء مهامها بموجب قرار صادر عنه، والمشرع الجزائري أكد على عدم ربحية الصندوق .

ثانياً: تشكيلة صندوق الضمان والكفالة المتبادلة

باستقراءنا لنص المادتين 08 و09 من المرسوم التنفيذي 406/97 المعدل والمتمم فالمشرع الجزائري حدد الهيكل الإداري الذي يتكون منه صندوق الضمان والكفالة المتبادلة وفق ما يلي:

- مجلس الإدارة: طبقاً لنص المادة 10 من المرسوم التنفيذي 406/97 المتضمن إحداث صندوق الضمان والكفالة المتبادلة، فإن مجلس الإدارة يتكون من سبعة إلى تسعة أعضاء ينتخبون ضمن المنخرطين في جمعية عامة يترأسها رئيس، ويجتمع مجلس الإدارة بناء على استدعاء الرئيس أو تلي أعضائه في أربع دورات عادية في السنة ويمكن أن لهم الاجتماع في دورة استثنائية كلما دعت مصلحة الصندوق ذلك وأجاز المشرع للمدير العام الحضور لأعمال المجلس حضوراً استشارياً فقط أما ما يتعلق بمهام المجلس فقد حددها المادة 12 من المرسوم التنفيذي رقم 406/97.

¹ - الشخصية المعنوية لصندوق الضمان والكفالة المتبادلة تبدأ من الإقرار بها من قبل السلطة المختصة في الدولة وهي وزير المكلف بالسكن، لذا فهي شخص اعتباري عام وقد حدد المشرع الجزائري في نص المادة 49 من القانون المدني الأشخاص المعنوية.

- المدير العام: إن تعيين المدير العام الذي يقوم بتسيير الصندوق وإنهاء مهامه يتم بقرار من وزير المكلف بالسكن وهذا طبقا لما ورد في نص المادة 18 من المرسوم التنفيذي 406/97.

- لجنة الضمان: تتكون هذه اللجنة بين ثلاثة إلى خمسة أعضاء، يرأسها مدير عام الصندوق أو ممثله المؤهل قانونا، ويتولى مجلس إدارة الصندوق تشكيل لجنة الضمان وقواعد عملها، وقد منح لهذه اللجنة سلطة إتخاذ قرار منح ضمان الصندوق بعد دراسة الوثائق المطلوبة بما يطابق القواعد العامة و الشروط المحددة من طرف مجلس الإدارة، كما لها أن تحدد شروط الضمانات التي يغطيها الصندوق أو الواجب دفعها له وكيفيات تنفيذها وتحققها، الأمر الذي جعل من صندوق الضمان ينفرد بهذه السلطات وحراسته التامة في تحديد شروط الضمان وتنفيذها خلافا لصناديق التأمين الأخرى المحددة عن طريق التنظيم.

- الجمعية العامة: تتكون الجمعية العامة وفقا لنص المادة 23 من المرسوم التنفيذي 406/97 من كل المرقين العقاريين المنتسبين، ينتخبون من بين أعضائها، مكتب الجمعية العامة و مجلس الأخلاقيات، مجلس التأديب، الممثلين في المجلس الأعلى لمهنة المرقى العقاري، يرأس الجمعية العامة رئيس وثلاث من النواب ومقرر ينتخبون لمدة ثلاثة سنوات قابلة للتجديد مرة واحدة و تجتمع مرة واحدة على الأقل في السنة في دورة عادية، كما يمكنها أن تجتمع في دورة غير عادية بناء على إقتراح من رئيس المكتب أو ثلثي أعضائه، أسند إليها مهامها نصت عليها المادة 24 من المرسوم 406/97 .

الفرع الثاني: مضمون الاكتتاب

من خلال هذا الفرع سندرج أهمية الاكتتاب لدى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة والأثر القانوني الصادر بعد الاكتتاب.

أولاً: الاكتتاب لدى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة

نص المادة 55 من القانون 04-11 أنه: " يجب أن ينتسب كل المرقيين العقاريين المعتمدين والمسجلين في الجدول الوطني للمرقيين العقاريين، لصندوق الضمان والكفالة المتبادلة في نشاط الترقية العقارية المنشأ بموجب أحكام المرسوم التشريعي رقم 93 - 01 المؤرخ في 19 يناير سنة 1993 والمتضمن قانون المالية لسنة 1993 الذي يدعى في صلب النص "صندوق الضمان"¹.

طبقاً لما ورد نجد أن المشرع الجزائري أكد على المرقي العقاري المعتمد والمسجل وجوبية الانتساب لدى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة كضمان أساسي لما يدفعه للمستهلك العقاري في عقد البيع على التصاميم، وبهذا أخرج من دائرته المرقيين العقاريين غير معتمدين أو غير مسجلين وفي حال إخلال المرقي بهذا الإجراء نص على تعرضه لعقوبات جزائية.

فمرد هذا أن الاكتتاب لدى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة هو الضمان القانوني المسبق لإبرام أي عقد بيع بناء على التصاميم، فالمرقي غير منتسب لهذا الصندوق لا يحوز الائتمان الكافي لمشاريعه العقارية تجاه المكتتبين الذين في غالب الأحيان لا يقدمون على إبرام العقد.

لذا في هذه الحالة يعتبر الصندوق كفيلاً قانونياً لكل المرقيين العقاريين المنتسبين للصندوق والذين أبرموا تأميناً خاصاً لديه لتشمل الكفالة جميع التسيقات المالية المدفوعة من طرف المكتتبين لفائدة المرقيين العقاريين².

¹ المادة 55 من القانون رقم 04-11 السالف الذكر.

² دغيش أحمد، عقد البيع على التصاميم في إطار الترقية العقارية، مجلة القانون العقاري الصادرة عن مخبر القانون و العقار جامعة البلدة 2 الجزائر، ملتقى دولي حول الترقية العقارية و سياسة السكن: رهانات وتحديات مارس 2017، ص174.

ثانيا : الأثر القانونية المترتبة عن الاككتاب لدى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة

إن الأثر القانوني الذي ينبعث بعد اكتتاب المرقي العقاري لدى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة هو تحقيق الحماية للمستهلك العقاري في حال إخلال المحترف بالرابطة التعاقدية بينهما وهذا وفق ما جاء في نص المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 181/14 المؤرخ في 5 يونيو سنة 2014 الذي يحدد شروط حلول صندوق الضمان والكفالة المتبادلة في الترقية العقارية محل مقتني الأملاك العقارية على أنه: " يقصد بحلول الصندوق، بموجب هذا المرسوم نيابته قانونا عن المرقي 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 المرقي العقاري في حدود ديون هؤلاء المقتنين

- فيما يتعلق بحقوق المقتنين ومتابعتهم للمرقي المخل بالتزاماته قضائيا، بحسب المبالغ المدفوعة¹

حصر المشرع الحالات التي يقوم فيها صندوق الضمان والكفالة التضامنية بدوره النيابي عن المرقي العقاري في حال إخلال هذا الأخير بالتزاماته، وكذا تحقيق الحماية اللازمة للمستهلك عن طريق إعادة التوازن العقدي لعقد البيع على التصاميم ويتم هذا وفق ما يلي:

أ- الأثر القانوني الأول: حلول صندوق الضمان والكفالة المتبادلة في الترقية العقارية محل المقتنين

منح المشرع الجزائري وفقا لنص المادة السالفة الذكر للمكاتب في عقد البيع على التصاميم ضمانا قانونية تتمثل في النيابة التي يقوم صندوق الضمان والكفالة المتبادلة بها

¹ ج،ر ، العدد 37 الصادر في 19 يونيو سنة 2014.

حال وقوع أحد المخاطر أو الحوادث كتوقف المرقى العقاري عن إتمام مشروعه، فيحل محل المقتنين وميز بين حالتين:

1 - الحالة الأولى: حالة الإفلاس والتسوية القضائية

الإفلاس هو طريق للتنفيذ على أموال المدين التاجر الذي توقف عن دفع ديونه المستحقة الآجال، فيلجأ التاجر المفلس أو أحد دائنيه إلى القضاء، من أجل الحصول على حكم بشهر إفلاسه قصد تصفية أمواله، وتوزيع الثمن الناتج عنها بين دائنيه توزيعاً عادلاً، لا فرق بين دائن أو آخر ما دام حقه غير مقرون بحق امتياز أو رهن¹. فالمرقى العقاري الذي يعلن إفلاسه سواء بطلب منه أو من أحد دائنيه بعد توقفه عن دفع ديونه المستحقة الآجال مهما كان نوع الدين سواء تجاري أو مدني² منح المشرع الجزائري لصندوق الضمان والكفالة المتبادلة أحقية الدائن الممتاز أثناء تصفية أموال المرقى العقاري المفلس و حلوله محل المكتتبين وهذا وفقاً لما ورد في نص المادة 58 من قانون رقم 11-04، فسكوت المشرع عن نوعية الإفلاس التي يتعرض لها المرقى العقاري تجعل الصندوق يحل محل المرقى العقاري الذي تعرض للإفلاس البسيط والمعسر وهذا بغية توفير الحماية للمستهلك العقاري.

2 - الحالة الثانية: سحب الاعتماد

من الشروط الأساسية للاعتراف بصفة المرقى العقاري هي حصوله على الاعتماد لمزاولة المهنة ويعد أيضاً من الشروط الأساسية للتسجيل في صندوق الضمان والكفالة المتبادلة، فالمرقى العقاري الذي لم يحصل على الاعتماد لا يمكنه مزاولة نشاطه بصفته مرقى عقاري.

¹ زرارة صالحى الواسعة، نظام الإفلاس وأثاره على المدين المفلس ودائنيه في القانون التجاري الجزائري، نوميديا للنشر والتوزيع، 2012، ص 13.

² المادة 216 من القانون التجاري بقولها " يمكن أن تفتح كذلك التسوية القضائية أو الإفلاس بناء على تكليف الدائن بالحضور كيفما كانت طبيعة دينه، لا سيما ذلك الدين الناتج عن فاتورة قابلة للدفع في الأجل محدد. . . . "

نص المشرع على سحب الاعتماد من المرقى العقاري ليكفله الصندوق ولم يبرز نوع السحب¹ بل أقر أن قرار السحب يصدر من الوزير المكلف بالسكن وذلك بعد أخذ الرأي الاستشاري من طرف اللجنة المختصة وبعد استنفاذ كافة طرق الطعن العادية وغير عادية، فأجال تبليغ قرار السحب حددت بيومين بالنسبة للصندوق من تاريخ إصدار القرار و30 يوم بالنسبة للمكتتبين، وعمل المشرع على ضرورة تبليغ قرار سحب الاعتماد بأنواعه من قبل الصندوق إلى المستهلكين.

ب - الأثر القانوني الثاني: إخلال المرقى العقاري بالتزامات الملقاة على عاتقه ودور الصندوق فيها.

يعمل صندوق الضمان والكفالة المتبادلة في عقد البيع على التصاميم على تحقيق التوازن العقدي للمستهلك العقاري إزاء المرقى العقاري المخل بالتزاماته، وذلك بإعتباره الكفيل الوحيد في العلاقة التعاقدية المبرمة بينهما وذلك من خلال حالتين هامتين:

1 - الحالة الأولى: رد الدفعات التي منحت للمرقى العقاري على شكل تسبيقات.

يلتزم صندوق الضمان والكفالة المتبادلة برد التسبيقات المالية المدفوعة من قبل المكتتبين، وذلك حين يعجز المرقى العقاري عن تكملة المشروع بعد إعلان عجزه أو في حال فسخ المكتتب للعقد بناء على اكتشاف غش المرقى العقاري وكان هذا الأخير عاجز

¹ بين المشرع ثلاث أنواع لسحب الاعتماد وهي السحب المؤقت والسحب التلقائي والسحب النهائي وحصر حالات كل نوع، فيتم السحب المؤقت خلال مدة لا تتجاوز ستة أشهر وهذا في حال تقصير المرقى العقاري غير مبرر في تنفيذ التزاماته، وعدم إحترام المرقى العقاري لقواعد أخلاقيات المهنة، تقصير المرقى العقاري الخاص في التزاماته المحددة في القانون رقم 04/11 و النصوص التطبيقية له. أما السحب التلقائي: تمكن حالاته في وفاة المرقى العقاري الخاص، إذا تعرض المرقى العقاري إلى حكم بسبب الغش الضريبي، إذا كان المرقى العقاري الخاص موضوع عجز جسماني أو عقلي يمنعه من القيام بالتزاماته، إذا كان المرقى العقاري موضوع تصفية قضائية. أما ما يتعلق بالسحب النهائي فحالاته هي: عدم استيفاء المرقى العقاري الشروط التي مكنته من الحصول على الاعتماد، وتجاهل المرقى العقاري للتزامات الملقاة على عاتقه عن قصد وبقصة خطيرة ومتكررة، وإنهاء المرقى العقاري نشاطه دون مبرر ودون إخطار مسبق للسلطة التي سلمته الاعتماد وإذا قصر المرقى العقاري في التزاماته كما تم الإتفاق عليها تجاه الدولة والمقتنين وشركائه. راجع نص المادة 64 من القانون رقم 04/11 المتعلق بنشاط الترقية العقارية

عن رد الاقساط، مقابل تخلي المرقى العقاري عن حقوقه المتعلقة بالملك العقاري موضوع المشروع لصالح الصندوق وهذا طبقا لما جاء في نص المادتين 07 و 08 من المرسوم 14-181.

كما أن المبلغ الذي يضمنه الصندوق هو المبالغ المدفوعة قبل التسليم، أما المبالغ التي تدفع بعد التسليم فلا تكون مضمونة¹ فالمبالغ التي يتم استرجاعها فقط المتعلقة قبل البدء في المشروع أما المبالغ التي دفعها المستهلك العقاري بعد البدء في أشغال إنجاز المشروع لا يجوز له المطالبة بردها لأن الصندوق يكفل إعداد المشروع من خلال تعيين مرقى عقاري، فالمستهلك الذي يبرم عقد البيع على التصاميم بعد بداية الأشغال لا يحق له قانونا في حال توقف المرقى العقاري عن إتمام المشروع مطالبة الصندوق بدفع التسبيقات.

2 - الحالة الثانية: إتمام الإنجاز

كان يقتصر دور الصندوق على ضمان التسديدات فقط بموجب المرسوم التشريعي 93-03 المتضمن النشاط العقاري أما ما يتعلق بإتمام الأشغال فكانت مهمة المشتري الذي يتولى ذلك على حساب نفقة المرقى العقاري المتماطل وبدلا منه إلا أن القانون رقم 11-04 المتعلق بالترقية العقارية جاء لنص المادة 53 منه التي ألزم فيها على ضرورة إسناد عملية إتمام الإنجاز إلى مرقى عقاري من بين المرقى العقاريين المنتسبين إليه

وملخص هذا ضمان إتمام الإنجاز هو التزام الصندوق بالإتمام الجيد لأشغال إنجاز البناءات أو أجزاء من البناءات التي كانت موضوع عقود بيع على التصاميم، على حساب المرقى المخل بالتزاماته وبدلا عنه في حدود التسديدات التي دفعها المقتنون²، ومؤدى هذا

¹ قديري محمد توفيق، التأمين من المسؤولية المدنية للمرقى العقاري في التشريع الجزائري، مجلة القانون العقاري صادرة عن مخبر القانون والعقار كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة البليدة، ملتقى دولي حول: الترقية العقارية وسياسة السكن مارس 2017، ص 310.

² المادة 09 من المرسوم التنفيذي 14-181 الذي يحدد شروط حلول صندوق الضمان والكفالة المتبادلة في الترقية العقارية محل مقتني الأملاك العقارية المغطاة بضمان الترقية العقارية و كفيات ذلك.

أن المشرع ألزم صورة أخرى من الضمان التي تقدمها هيئة الصندوق وهي إتمام إنجاز الأشغال من بنايات أو أجزاء البناية محل عقد البيع على التصاميم وذلك بدلا عن المرقى العقاري المخل بالتزاماته في حدود المبالغ المدفوعة.

المبحث الثاني

ضمانات الحماية أثناء التنفيذ

أقام المشرع حماية قانونية للمستهلك عبر مراحل العقد ككل، من إنشائه إلى غاية تنفيذه. وعلى غرار العقود ذات الطبيعة العامة فإن المشرع أولى اهتماما كبيرا لمرحلة تنفيذ عقد البيع على التصاميم، وذلك لما يمتاز به، فالشكالية التي فرضها رغم عدم وجود المحل أصلا امتدت آثارها إلى إبرازه ل ضمانات أكثر حماية له في مرحلة تنفيذ العقد، فأصبحت الالتزامات المفروضة على الأطراف المتعاقدة في عقود البيع العادية تتسم في عقد البيع على التصاميم بنوع من الخصوصية، ولهذا تطرقنا إلى تقسيم هذه الالتزامات إلى صنفين الأولي والالتزامات العامة في المطلب الأول والالتزامات الخاصة في المطلب الثاني.

المطلب الأول

الالتزامات العامة

إن الالتزام الأساس في إبرام البيوع هي انتقال ملكية الشيء المبيع للمشتري إذا كان منقولاً وبعد شهره إذا كان عقاراً؛ بغية إضفاء الحجية القانونية للتصرفات الواردة عليها، إلا أن الأمر يختلف في عقد البيع على التصاميم لأن المستهلك يبرم هذا النوع من العقود والشيء المعقود عليه البيع غير موجود أو آيل للوجود مستقبلاً لذا أردنا أن نتطرق في هذا المطلب إلى الالتزامات المتقابلة التي تتعلق بنقل الملكية والتمن في الفرع الأول ثم إلى الالتزام بالضمان في الفرع الثاني .

الفرع الأول

الالتزامات المتقابلة

ولبيان هذه الإلتزامات بشكل واضح يجب أن نتطرق الى تفصيل انتقال الملكية أولا ثم الى تفصيل حالة الثمن ثانيا.

أولا: إنتقال الملكية

إذا كانت الملكية تنتقل في البيع عموما بمجرد العقد فإن المشرع الجزائري الزم المرفي العقاري في عقد البيع على التصاميم بنقل ملكية البناية أو جزء منها إلى المستهلك بإجراءات خاصة، وما يميز انتقال الملكية فيه ارتباطها بعنصر الزمن، لذا فملكية القطعة الأرضية وملكية العقار المبيع تنتقلان إلى المستهلك بمجرد شهر العقد، وهذا وفقا لما جاء في المادة 34 من القانون رقم 04-11¹ التي نصت على أنه: " يتم عقد البيع على التصاميم في الشكل الرسمي و يخضع للشكليات القانونية الخاصة بالتسجيل و الإشهار، ويخص في نفس الوقت، البناء والأرضية التي شيد عليها البناء.

ويتم عقد البيع على التصاميم المذكور في الفقرة السابقة بمحضر يعد حضوريا في نفس مكتب التوثيق، قصد معاينة الحيازة الفعلية من طرف المكتب و تسليم البناية المنجزة من طرف المرفي العقاري طبقا للالتزامات التعاقدية"، لقد بينت هذه المادة المراحل التي تنتقل فيها الملكية العقارية للبناء غير المنجز وقيد الإنجاز ضمن عقد البيع المبرم على أساس التصميم؛ حيث نصت في فقرتها الأولى على أن انتقال الملكية بالنسبة لعقد البيع على التصاميم تتم وفق الاجراءات القانونية الخاصة بالتسجيل والشهر، أما فقرتها الثانية فنصت على إتمام انتقال الملكية بمحضر ينجز أمام نفس الموثق وذلك بعد إتمام إنجاز البناء.

¹ القانون رقم 04-11 المتضمن نشاط الترقية العقارية، السابق الذكر.

بناء على ذلك يمكن القول أن المشرع الجزائري جعل عملية انتقال الملكية في عقد البيع على التصاميم تمر بمرحلتين أساسيتين: احدهما مرحلة انتقال ملكية العقار إلى المستهلك قبل إتمام إنجاز البناء:

والتي من خلالها يتم نقل ملكية الرقبة فقط دون حق الانتفاع، فالمرقي العقاري ينقل ملكية القطعة الأرضية محل البناء مع ذكر جميع الوثائق المرجعية الخاصة بها ، وكذا بذكر جميع المعلومات والبيانات المتعلقة بالبنائية التي ستتجزر مستقبلا وهذا من أجل تسهيل عمليتي التوثيق والشهر.

وما يجب التنويه إليه أن المستهلك لا يمكنه الانتفاع بالعقار حالا على الرغم من انتقال ملكية الوعاء العقاري والبنائية محل عقد البيع على التصاميم؛ وذلك لعدم وجودها عينا عند إبرامه، أضف إلى ذلك انتقال ملكية العقار لا تتم دفعة واحدة بل تمر بمراحل نصت عليها المادة 28 من القانون رقم 11-104¹ والمرسوم التنفيذي رقم 13-431 الذي يحدد نموذجي عقد حفظ الحق وعقد البيع على التصاميم للأمالك العقارية وكذا حدود تسديد سعر الملك موضوع عقد البيع على التصاميم ومبلغ عقوبة التأخير وأجالها وكيفيات دفعها حيث يتوقف ذلك على مدى تقدم أشغال الإنجاز

أما المرحلة الثانية تتعلق بانتقال ملكية العقار إلى المستهلك بعد إتمام إنجاز البناء، حيث تبدأ في الوقت الذي يجب فيه على المكنتب أن يكون قد دفع للمرقي العقاري بقية ثمن العقار، غير أن المرقي العقاري لا يمكن أن يسلم البناء إليه إلا بوجود شهادة المطابقة²، لذا فهي مرحلة الحيازة المادية؛ والتي تنتقل فيها ملكية العقار للمستهلك دفعة واحدة إليه ويتم بحضور يعد حضوريا في نفس مكتب التوثيق الذي حرر العقد.

¹ القانون رقم 11-04 الذي يحدد شاط الترقية العقارية ، السابق الذكر .

² بعجي محمد، وجوب التزام المرقي العقاري ضمان حماية المكنتب في عقد البيع على التصاميم، مجلة الاستاذ الباحث للدراسات القانونية و السياسية، مجلد الثاني، كلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة الجزائر، جانفي 2017، ص345.

ثانيا : الثمن

يعد الثمن من أهم الالتزامات المترتبة في ذمة المستهلك في عقود البيع عموما، ولكنه يتمتع بخصوصية في عقد البيع على التصاميم، لأن المستهلك يقتني مبيعا غير موجود أصلا أو موجود وهو في قيد الإنجاز، فمسألة السعر كانت منطلقا إلى ارتكاب تجاوزات كثيرة من قبل المرقى العقاري مست المستهلك باعتباره طرفا في هذا العقد، كما أثارت هذه المسألة عدة إشكالات قانونية عقب الحقبة الزمنية التي سبقت صدور قانون الترقية العقارية رقم 11-04 لذا يمكن القول أن الثمن في عقد البيع على التصاميم يتجلى فيما يلي:.

أ: الحماية القبلية لسعر العقار أثناء تنفيذ عقد البيع على التصاميم

عمل المشرع الجزائري على توفير الحماية اللازمة للمستهلك العقاري في عقد البيع على التصاميم في مسألة دفع الثمن أثناء إبرامه مع المرقى العقاري فلجأ بداية إلى:

1- منع قبول دفع أي تسبيقات إلى المرقى العقاري من سعر العقار المبيع:

حيث نصت المادة 1/42 من القانون رقم 11-04 على أنه: " لا يمكن للمرقى 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"¹ يتضح من نص المادة أن المشرع الجزائري حظر المرقى العقاري من القيام بمطالبة المستهلك بسعر المتفق عليه في عقد البيع على التصاميم في حالتين: حيث تكون الأولى قبل التوقيع على العقد، ويقصد تحديدا نسبة (20%) التي تدفع في المرحلة الأولى للتعاقد وقبل بداية تنفيذ المشروع، أما الثانية تكون بعد التوقيع على العقد وتسديد النسبة المتوئية

- حق الإنتفاع: هو حق فعلي ناتج عن التنازل عن أجزاء حق الملكية، بواسطته يمكن الشخص استعمال الشيء و كذا الإستفادة من الربح الناتج عنه من غير امتلاكه، أما الرقبة فهو حق فعلي ناتج عن التنازل عن أجزاء حق الملكية الذي يمكن صاحبه من حق التملك، من غير أن يستعمله أو يستفيد منه. نقلا عن الأستاذ صنوبر أحمد رضا، دور التسجيل و الشهر العقاري في ضبط الملكية العقارية الخاصة، مجلة المحكمة العليا، العدد 02، 2010، ص116.

¹ المادة 42 من القانون رقم 04/11 السالف الذكر.

الأولى، وأثناء تنفيذ المشروع؛ لأن استعمال المشرع لعبارة تاريخ استحقاق الدين تدفع بنا إلى تحليلها من ناحية أن العقد المبرم بين المرقي العقاري والمكاتب أصبح يحوز حجية الشيء المقضي به تأسيسا على شهر عقد البيع على التصاميم ومن ثمة أصبح طرفاه في منزلة الدائن والمدين، والدفعات التي يتم تسديدها من قبل المدين تعتبر دينا في ذمته، كما يطبق الحكم نفسه على السندات التجارية بمختلف أنواعها ومهما كان شكلها.

وهو ما يشكل القاعدة العامة في قانون الترقية العقارية، إلا أن المشرع أثار استثناء على هذه القاعدة ضمن المرسوم التنفيذي رقم 431/13 حيث جاء فيها : "إن انتهاء مرحلة معينة، قبل إنقضاء الأجل الأقصى المحدد أعلاه، يمنح الحق لدفع الاستحقاق الموافق لها، من طرف صاحب المشروع وتحت مسؤوليته و تقع المصاريف على عاتق البائع، يوقع البائع محضر المعاينة و يسلمه للمقتني للتوقيع عليه مقابل وصل استلام"¹.

2- تسديد السعر في شكل أقساط:

إن البيوع العقارية تمتاز بدفع ثمن العقار المبيع دفعة واحدة، وهذا وفقا للقواعد العامة المكرسة قانونا، إلا إذا اتفق الأطراف على خلاف ذلك، وبالنسبة لعقد البيع على التصاميم فإن مسألة تحديد ودفع السعر خصها المشرع الجزائري بكيفية تختلف عن العقود أخرى، وهذا لاختلاف هذا النوع من العقود الذي يرجع أساسا إلى طبيعة محل العقد الذي يوجد مستقبلا، هذا ما أكدته نص المادة 37 من القانون رقم 11-04، حيث بمقتضاه : "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". فقد ظهر من خلال هذا النص أن المشرع الجزائري رتب جزاء على الإخلال

¹ أنظر في ذلك : الجدول الملحق بالمرسوم التنفيذي رقم 431/13 الذي يحدد مراحل وأجال أشغال البناء في نموذج عقد البيع على التصاميم .

لتوضيح تشكيلة سعر البيع وأجال الدفع البطلان، إلا أنه لم يحدد نوع البطلان تاركا مجال التفسير حول الأخذ بالبطلان المطلق أم النسبي.

كما نصت المادة 1/38 من القانون 04-11 على أنه: "يتم ضبط تسديد سعر البيع في عقود البيع على التصاميم، حسب تقدم أشغال الإنجاز في الحدود المنصوص عليها عن طريق التنظيم". والملاحظ على هذا النص أن المشرع عمد إلى تأكيد ما جاء في المادة السالفة الذكر بإلزام المرقى العقاري بضبط تسديد سعر البيع وفق تقدم أشغال الإنجاز في عقد البيع على التصاميم وهذا أيضا ما نص عليه المشرع في قانون 02-04 المتعلق بالممارسات التجارية¹.

كما أن المادة 03 من المرسوم التنفيذي 13-431 تنص على أنه:

" أثناء إبرام عقود البيع على التصاميم يتم تسديد سعر الملك العقاري حسب تقدم اشغال الإنجاز في الحدود الآتية:

- عند التوقيع عشرون 20% من سعر البيع المتفق عليه.
- عند الانتهاء من الأساسات خمسة عشر 15% من سعر البيع المتفق عليه.
- عند الانتهاء من الأشغال الكبرى بما في ذلك المساحة 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 الهيئات الخارجية 25% من سعر البيع المتفق عليه.

¹ القانون رقم 02/04 السالف الذكر

² المرسوم التنفيذي رقم 431/13 المؤرخ في ، ج، الذي يحدد نموذجي عقد حفظ الحق و عقد البيع على التصاميم للأملك العقارية و كذا حدود تسديد سعر الملك موضوع عقد البيع و مبلغ عقوبة التأخير و أجالها و كفيات دفعها.

- يجب أن يتم دفع الرصيد المتبقي عن إعداد محضر الحيابة والمقرر بخمسة بالمائة (5%) من سعر البيع المتفق عليه".

فما ورد في هذه المادة جاء نقيضا لما كان معمول به سابقا في المرسوم رقم 58/94 المتعلق بنموذج عقد البيع على التصاميم¹ ورغم أن الثمن في عقد البيع على التصاميم ثمن تقديري وليس نهائيا فإن طريقة دفعه تتمثل في منع دفع ثمن العقار كليا أو مسبقا دفعة واحدة خلافا للقواعد العامة.

ومن خلال ما سبق يتضح أن المشرع الجزائري فصل في كيفية تسديد سعر العقار المراد إنشاؤه أو قيد الإنشاء بجعل دفع السعر يتناسب مع الأشغال المنجزة من قبل المرقى العقاري، فلم يخضعه لطريقة النسب المتساوية في كل مرحلة بل عمل على طريقة النسب المتفاوتة وفق العمل المنجز، ويتم ذلك بحصول المستهلك على وصل دفع السعر لكل جزء منشأ بعد توقيعه على محضر معاينته.

كما يلتزم المرقى أن يستخدم الثمن المدفوع من قبل المشتري لغرض البناء وإلا اعتبر مسؤولا، وهذا ما ذهب إليه المشرع الفرنسي إذ على البائع إلا يستخدم ما قبضه لغايات أخرى غير البناء، فإن فعل عد مرتكبا لجريمة اساءة استعمال الأمانة وتعرض للعقوبة الجزائية المترتبة على هذه الجريمة.

ب : الحماية البعدية للسعر في عقد البيع على التصاميم

من الضمانات التي أقرها المشرع الجزائري للمكاتب في عقد البيع على التصاميم استرجاع التسبيقات أو الدفعات التي منحت للمرقى العقاري بغية الحصول على سكن وهذا في حالة إخلاله بالتزامه، فالمشرع الجزائري بين حالة وحيدة لاسترجاع الدفعات من قبل صندوق الضمان والكفالة المتبادلة، وهذا في حالة عدم البدء بإنجاز المشروع، وهذا ما أكدته

¹ المرسوم التنفيذي رقم 58/94، السابق الذكر

المادة 3/06 من المرسوم التنفيذي رقم 181/14¹ حيث جاء فيها: "... وتقتصر إلزامية الصندوق تجاه المقتنين، بالنسبة للبنائيات التي لم يتم إنجاز أساساتها، على ضمان التعويض"؛ والذي يقصد به التزام الصندوق بتعويض المقتنين عن التسديدات التي قاموا بدفعها للمرقي العقاري المخل بالتزاماته، والتي تكتسي طابع تسبيقات على الطلب، وتتمثل في نسبة (20%) المسددة من السعر بعد توقيع عقد البيع على التصاميم وقبل تنفيذ المشروع العقاري وهذا قبل إنجاز الأساسات.

أما في حالة إنجاز المشروع فالصندوق يكون ملزما بالتنفيذ العيني، أما عن إخلال المشتري بالتزامه في دفع سعر العقار المنجز في الميعاد القانوني المتفق عليه وبالنسب الواضحة في العقد، فلم يدرج المشرع أي توضيح لهذه المسألة فألزمه فقط بعقوبة التأخير وحدد الفسخ بقوة القانون في حالة عدم دفع دفعتين متتالين بعد إعداره خلال شهر من قبل المحضر القضائي²، وهذا ما يؤدي ضرورة الإشارة إلى مآل الدفعات التي تم تسليط عقوبات التأخير عليها، وكذا الدفعات التي تم دفعها قبل فسخ العقد بقوة القانون، فيما تعلق استرجاعها كاملة أم الاستحواذ عليها من قبل المرقي العقاري كتعويض عن التأخير.

هذه المسألة لم يوضحها المشرع الجزائري بشكل صريح فالمرقي العقاري بحيازته للمركز القوي في العلاقة التعاقدية يستحوذ على الدفعات عن طريق تسليط عقوبة التأخير التي لا يمكن أن تتجاوز (10%) تحت أي ظرف من سعر البيع المتفق عليه، وهذا ضمن ما ورد في نص المادة 6 من المرسوم التنفيذي رقم 13-413³.

¹ المرسوم التنفيذي رقم 181/14 الذي يحدد شروط حلول صندوق الضمان والكفالة المتبادلة في الترقية العقارية محل مقتني الأملاك العقارية المغطاة بضمان الترقية العقارية وكيفيات ذلك، السابق الذكر .

² المادة 53 من القانون رقم 04.11 الذي يحدد قواعد نشاط الترقية العقارية، السابق الذكر.

³ الذي يحدد نموذجي عقد حفظ الحق وعقد البيع على التصاميم للأملاك العقارية وكذا حدود تسديد سعر الملك موضوع عقد البيع على التصاميم ومبلغ عقوبة التأخير وأجالها وكيفيات دفعها.

يظهر من خلال ذلك أن الثغرة القانونية التي طالت هذا البند أن المشرع الجزائري لم يوضح عدد مرات تسليط عقوبة التأخير، فالنسبة المئوية الممنوحة يتم اقتطاعها على سعر العقار المدفوع في كل مرة يحدث فيها التأخير أم عند تسليم العقار المنجز وتسديد السعر كاملا ومثال ذلك: حالة المستهلك الذي تأخر في تسديد الدفعة الثانية وتم اقتطاع نسبة عشرة في المائة (10%) كعقوبة التأخير من السعر المسدد في الدفعة الأولى أم إلى غاية تسديد جميع الدفعات، وكذا بالنسبة لحالة الفسخ القانوني حيث لا يمكن تحديد ما إذا كان الاقتطاع يتم من الدفعات المسددة أم إرجاعها كاملة

إضافة إلى ذلك أن المشرع الجزائري لم يبرز بدقة نسبة عشرة بالمئة هل تتعلق بالمرقي العقاري أم بالمستهلك، فجعل نص المادة السالفة الذكر نصاعام يحتاج إلى تفسير أدق، فالأصل أنه لا يجوز للمرقي العقاري استثناء الأقساط المدفوعة وعدم ردها للمستهلك معتبرا إياها عقوبة التأخير، كما لا يجوز له فسخ العقد لعدم وجود قانون يبرز ذلك، إلا أنه له حقا في مطالبة المستهلك بالتعويض¹.

وربط المشرع الجزائري مسألة تسديد النسبة المئوية (5%) من قبل المقتني بمحضر الحياة الذي يحرر أمام نفس الموثق² ومرد ذلك أن هذه النسبة تدفع بعد تسليم العقار المنجز من قبل المرقي العقاري وحصوله على شهادة المطابقة وانتهاء الضمان السنوي المتعلق بحسن تنفيذ إنجاز البناء، لكن غالبا ما يحدث هذا، لأن المرقي العقاري يطالب المستهلك بدفع هذه النسبة قبل حصوله على شهادة المطابقة للإنجاز وذلك نتيجة الحياة الفعلية للسكن من قبل المستهلك العقاري مما يجره إلى الوقوع في فخ الاستغلال القانوني

¹ التعويض: ولقد أدرج المشرع الجزائري تقدير التعويض النقدي بموجب نص المادة 182 التي بينت ثلاث طرق هي التقدير الإتفاقي والقانوني والقضائي، فالإتفاقي يتم بناء على اتفاق بين المرقي العقاري والمستهلك في عقد البيع على التصاميم أو في عقد لاحق ويتم تحديده بناء على المسؤولية العقدية فقط، أما التعويض القانوني الذي يتم بموجب القانون وأما التقدير القضائي فيتولى القاضي العقاري تحديد نسبة التعويض اللازم للمستهلك بناء على الضرر ويتم في مجال المسؤولية المدنية وهو ما جاء في نص المادة 131 و175 و182 من القانون المدني .

² المادة 2/34 من القانون رقم 11-04 الذي يحدد نشاط الترقية العقارية ، السابق الذكر .

البحث حول تسديدها عدة مرات ما لم يتم الاجراء الشكلي المطلوب أمام الموثق حول هذه المسألة.

الفرع الثاني: الالتزام بالضمان

عندما نتحدث عن الالتزام بالضمان يكون من الضروري التعرض لأنواعه العامة والخاصة؛ يتلخص هذا الضمان العام في عقد البيع على التصاميم في الضمانات المقررة في القواعد العامة من ضمان التعرض والاستحقاق، وضمان العيوب سواء كانت ظاهرة أم خفية، والضمان العشري.

أولاً: ضمان التعرض والاستحقاق:

ويخضع ضمان التعرض والاستحقاق في عقد البيع على التصاميم للقواعد العامة، حيث نصت المادة 371 من القانون المدني التي جاء فيها: "يضمن البائع عدم التعرض للمشتري في الانتفاع بالمبيع كله أو بعضه سواء كان التعرض من فعله أو فعل الغير يكون له وقت البيع حق على المبيع يعارض به المشتري....."¹، حيث أقر المشرع الجزائري بموجبها أن التعرض يبرز في صورتين وهما التعرض الشخصي من البائع والتعرض الصادر من الغير، فمدلول الصورة الأولى يتعلق بعدم تعرض البائع شخصياً للمستهلك سواء كان هذا التعرض قانونياً أو مادياً؛ فالتعرض القانوني هو إدعاء البائع لحق على المبيع كأن يكون غير مالكا للمبيع ثم يملكه بعد البيع سواء عن طريق التبرع أو التقادم المكسب²، فينشأ استناداً الى الادعاء بحق على الشيء المبيع وهذا الادعاء يحرم المستهلك العقاري من منفعه كلها أو بعضها، وقد ينشأ السبب في التعرض في وقت سابق للمبيع أو لاحق له، فالتعرض السابق للمرتقي العقاري يأتي برفع دعوى استحقاق قبل مباشرة إجراءات الشهر العقاري للمستهلك، كما يمكن أن يتعرض له بعد البيع برفع دعوى استرداد محل العقد بصفته مالكا وذلك بأحد أسباب كسب الملكية، إلا أن هذا التعرض اللاحق للمبيع في عقد البيع

¹ المادة 371 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني، السابق الذكر.

² سي يوسف زاهية حورية، الواضح في عقد البيع، مرجع سابق ص 225، 226

على التصاميم لا يحدث بسبب شهره ، حيث ألزم المشرع الجزائري الموثق على ضرورة الحصول على جميع الوثائق المتعلقة بالعقار قيد الإنجاز من قبل المرقي العقاري، وهذا ما جاء في نص المادة 30 من القانون رقم 04_11 المحدد للقواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية على أنه : " يجب أن يتضمن عقد حفظ الحق وعقد البيع على التصاميم أصل ملكية الأرض ، رقم السند" وهو ما أكدته المادة 34 من نفس القانون على أنه : " يحرم عقد البيع على التصاميم في الشكل الرسمي ويخضع لإجراءات التسجيل والشهر العقاري ويخص في نفس الوقت البناء والأرضية التي شيد عليها البناء"، وأما تعرضه المادي فإنه يتعلق بقيام المرقي العقاري بأعمال تعكر حياة المستهلك للعقار دون وجه حق يدعيه على المبيع، فيشمل نوعي التعرض المباشر وغير مباشر.

كما نص المشرع الجزائري على صورة التعرض الصادر من الغير، وحتى يقع الضمان بالنسبة لها، لابد من توفر شروطها فنجد انه لا ينشأ إلا إذا كان التعرض قانونيا فقط وهو في العادة يقع في صورة دعوى استحقاق يدعي فيه الغير أنه مالك للمبيع الذي أصبح في حيازة للمستهلك وأن يكون له حقا عينيا عليه كحق الارتفاق أو حق الانتفاع أو رهن رسمي. وأيضا من شروطه أن يقع من الغير دون طرفا عقد البيع على التصاميم وكذا أن يكون الحق المدعى به سابق على البيع أو تاليا له ومستمد من المرقي العقاري الذي يلتزم بدفع التعويض أو ضمان الإستحقاق.

فرفع دعوى استحقاق المبيع¹ من طرف الغير توجب على المرقي العقاري التدخل في الخصومة الى جانب المستهلك أو أن يحل فيها محله بعد إخطار هذا الأخير له بالدعوى، أما في حال رفضه التدخل في الخصام رغم إعلام المستهلك له جاز لهذا الأخير طلب

¹ المادة 677 من الأمر رقم 58.75 المتضمن القانون المدني السابق الذكر. وأيضا المادة 28 من قانون التوجيه العقاري.

التعويض، غير أنه يمكن للمرقي العقاري التخلص من هذا الضمان متى أثبت وجود خطأ جسيم أو تدليس من قبل المستهلك¹.

ثانيا: ضمان العيوب

يعتبر الالتزام بضمان العيوب من أهم الالتزامات التي أقرها التشريع الجزائري في القانون المدني، وتسري على جميع البيوع سواء كان موضوعها منقولا أو عقارا، حيث نظم العيوب الخفية بموجب المواد (379) إلى (385) منه، فهي ما يثار بشأنها إشكالات قانونية كثيرة بسبب خفائها حيث تنص المادة 379 من القانون المدني الجزائري على أنه: " يكون البائع ملزما بالضمان إذا لم يشتمل المبيع على الصفات التي تعقد 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 بحسب ما يظهر من طبيعته أو استعماله، فيكون ضامنا لهذه العيوب ولو لم يكن عالما بوجودها. . . . " ويستشف من فحوى هذه المادة أن المشرع الجزائري لم يقم بتعريف العيب الخفي وإنما وضح الصورة التي يندرج فيها ضمن المعيار المادي الذي يقوم على أساس النظر إلى قصد المتعاقدين وإلى طبيعة الشيء وكذا إلى الغرض الذي أعد له، وهذا ما يشكل القواعد العامة المستقرة في القانون المدني .

غير أن محكمة ليون الفرنسية منحت تعريفا في الحكم الصادر في 18/02/1952 للعيوب الخفية بأنه: " النقص الذي يصيب الشيء بشكل عارض ولا يوجد حتما في كل الأشياء المماثلة"².

¹ المادة 372 من الأمر رقم 58.75 المتضمن القانون المدني، السابق الذكر.

² خواص جريدة، الضمان القانوني للعيوب الخفية وتختلف الصفة في عقد البيع ، بحث للحصول على درجة الماجستير في العقود والمسؤولية ، جامعة الجزائر معهد الحقوق و العلوم القانونية ، جوان 1986 ، ص36 و37.

كما الأستاذ محمد شكري سرور عرفه بأنه: " شائبة أو نقيصة لا توجد عادة في مثل المبيع و لكنها وجدت بالمصادفة فيما اشتراه المشتري" ¹ وقد ضبط المشرع الجزائري العيب الخفي بمجموعة من الشروط تقوم على صفة الخفاء كمبدأ عام، وهذه الشروط أيضا تنطبق على العقارات المنجزة والتي على قيد الإنجاز ، حيث كان عنصر القدم من أهم تلك الشروط والذي يقصد به أن يكون العيب موجودا في المبيع وقت العقد، أي قبل تسليم البائع المبيع للمشتري أما إذا نشأ العيب بعد التسليم فإن البائع لا يكون ضامنا له، وأما إذا وجد سبب العيب قبل التسليم ولكن ظهر بعد التسليم فإن ضمان البائع يكون ساريا².

كما يقع على المشتري عبء إثبات قدم العيب، فالقاعدة العامة تقتضي خلو المبيع من أي عيوب، وعلى من يدعي خلاف هذه القاعدة أن يثبت ما يدعيه، ويجوز للمشتري إثبات ذلك بكل طرق الإثبات باعتبار أن عيب المبيع ما هو إلا واقعة مادية يمكن إقامة الدليل عليها بكافة الوسائل. وعلى هذا يمكن للبائع التخلص من الالتزام بضمان العيب إثباته أن أنه قد صدر نتيجة سوء استعمال المشتري له.

والأصل أن وجود العيب يتم من وقت العقد إلى غاية تسليم المبيع للمشتري، فلا مجال للحديث عن ظهور عيب بعد التسليم؛ لأن من بين أهم التزامات البائع هو تسليم المبيع خاليا من العيوب، فأى عيب بعد انتقال ملكية المبيع إلى المشتري تخلص إرادة البائع من مسؤولية الضمان.

إلا أن هناك استثناء على تحمل البائع ضمان المبيع بعد انتقال الملكية للمشتري وهو إذا وجد سبب العيب قبل التسليم ولكن ظهوره تأخر إلى ما بعد التسليم، وهذا ما جاء به المشرع ضمن المادة 379 من القانون المدني الجزائري.

¹ محمد شكري سرور، شرح أحكام عقد البيع، دار النهضة العربية، القاهرة 2003/2004، ص 358.

² سمير عبد السميع الأودن، ضمان العيوب الخفية التي تقع على عاتق بائع العقار ومشيدي البناء المقولين والمهندسين، مكتبة الإشعاع للطباعة والنشر، اسكندرية، 2000، ص 6.

ويتبع شرط القدم شرط الخفاء حيث يكون العيب خفياً عندما لا يكون باستطاعة المشتري تبينه إذا قام بفحص المبيع بعناية الرجل العادي، بحيث لا يكفي أن يكون العيب غير معلوم للمشتري إذا كان راجعاً إلى إهماله في فحص المبيع وإلى نقص خبرته، إذا معيار خفاء العيب هو معيار مادي لا شخصي¹.

فالمقصود بالخفاء هو الاستتار عن العامة، فلا يستطيع المشتري بناء على هذا الشرط أن يفحصه باستخدام حواسه، فعجزه عن الكشف عنه يتطلب تدخل أهل الخبرة يتم فحصه فحصاً دقيقاً، والفحص هنا يختلف باختلاف المبيع، ففي شراء عمارة مثلاً يتم اللجوء إلى ذوي الخبرة (كالمهندس المعماري) وأنت محكمة النقض بمعيار لذلك الفحص استندت فيه إلى فكرة الشخص الفطن².

وشرط الخفاء لا ينظر إليه من زاوية القصد البائع وإنما الأمر الذي يترتب عليه عدم الوضوح، فالبنائية أو العقار الذي به عيب وسلم من طرف المرقي العقاري للمشتري، لا ينظر إلى العيب على أساس أن المرقي قام بإخفائه عمداً بل ينظر فقط إلى عدم وضوحه.

أما المسألة المتعلقة بالمستهلك المهني³ الذي اشترى المبيع وتفتن إلى عيب شابه لا أساس لاعتبار العيب بالنسبة له خفياً، كما أن حقه في الضمان يسقط بناء على أن العيب ظاهر بالنسبة له⁴.

وما يدعم خاصيتي القدم والخفاء شرط التأثير الذي نصت عليه المادة 379 من القانون المدني حيث جاء فيها " ينقص من قيمته، أو من الانتفاع به بحسب

¹ عمر محمد عبد الباقي خليفة، مرجع سابق، ص 532

² سمير عبد السميع الأودن، مرجع سابق، ص 8

³ المقصود بالمستهلك المهني الأشخاص الذين لهم علاقة بالبناء كالمقاول الذي يشتري شقة أو عقار بناء على التصاميم فخبرته الميدانية تجعل منه يكتشف العيب الخفي فيها .

⁴ سي زاهية يوسف حورية، الوجيز في عقد البيع، مرجع سابق، ص 235.

الغاية المقصودة منه، حسبما هو مذكور بعقد البيع أو حسبما يظهر من طبيعته أو استعماله"

فيستدل من هذا النص أن العيب يكون مؤثرا إذا كان ينقص من القيمة أو المنفعة المادية للشيء المبيع والمعيار الذي يحتكم إليه للقول بهذا النقص، هو معيار موضوعي، حيث استلزم المشرع أن يكون من شأن العيب أن ينقص من قيمة الشيء أو من نفعه بحسب طبيعته أو بمقتضى العقد أو الغرض الذي أعد له.

خلافا للمشرع الجزائري فإن القانون المدني الفرنسي في نص المادة 1641 بين أن البائع يلتزم بضمان العيوب الخفية التي تجعل الشيء المبيع غير صالح للاستعمال لدرجة أن المشتري ما كان ليشتريه أو ما كان ليدفع فيه إلا ثمنا أقل لو أنه علم به¹.

والعيب الخفي بشروطه مرتب آثار قانونية هذا ما نصت عليه المادة 381 من القانون المدني على أنه: " إذا أخبر المشتري البائع بالعيب الموجود في المبيع في الوقت الملائم، كان له الحق في المطالبة بالضمان"².

ويستدل من نص هذه المادة أن المشرع الجزائري منح للمستهلك العقاري الحق في المطالبة بالضمان متى توفرت الشروط القانونية المتعلقة بالعيوب الخفية في العقارات المنجزة محل عقد البيع على التصاميم، وعليه نص على وجوبية إخطار المستهلك للمرقي العقاري بالعيوب الخفية ضمن الاوقات المناسبة، فإن لم يستجب المرقي جاز له أن يرفع دعوى الضمان خلال أجل سنة من تسليم البناية.

¹Article 1641 du code français: le vendeur est tenu la garantie à raison caché de la chose vendue sui ha rendent impropre à l'usage auquel on la destine au qui diminuent tellement cet usage ,que l'acheteur ne l'aurait pas acquis,ou n'aurait donné qu'un moindre prix, s'il les avait connu.

² المادة 381 من القانون المدني، السابق الذكر.

أما مسألة الاخطار فلم يحدد المشرع شكلا أو وسيلة معينة له ، فيصح أن يكون شفاهة أو كتابة، ويقع على المشتري إثبات قيامه بهذا الاخطار بجميع طرق الاثبات بوصفه واقعة مادية¹، غير أننا نرى أن إخطار المرقى العقاري في هذا الشأن يتم كتابة لضمان حماية المستهلك من تملص المرقى العقاري .

وربط المشرع الجزائري رفع دعوى الضمان بمعيار الجسامة حيث أن المشتري لو علم بجسامة العيب وقت البيع لما أقدم على الشراء² ولو علم بوجود عيب غير جسيم لأقدم على الشراء ولكن بثمن أقل، فإنه في هذه الحالة لا يكون المشتري إلا أن يطالب البائع بتعويض عما أصابه من ضرر بسبب العيب³ فالمستهلك في هذه الحالة لا يحق له رد الشقة أو البناية المباعة له ضمن إطار عقد البيع على التصاميم، وإنما يحق له أن يطالب بالفرق الموجود بين الشقة السليمة والشقة المعيبة، وأيضا يجوز له المطالبة بمصاريف دعوى الضمان، إلا أنه في غالب الاحيان يفضل المستهلك مطالبة المرقى العقاري بإصلاح العيب بدلا من تعويضه⁴.

أما مسألة سقوط دعوى الضمان فقد تناولها المشرع الجزائري ضمن نص المادة 383 من القانون المدني التي أكد فيها أن حق المستهلك العقاري في رفع دعوى الضمان تسقط بالتقادم بعد مضي سنة من يوم تسليم المبيع حتى ولم يكتشف المشتري العيب إلا بعد إنقضاء هذا الأجل، ما لم يلتزم البائع بالضمان لمدة أطول⁵، أما إذا إتفق المرقى العقاري

¹ محمد بودالي، حماية المستهلك في القانون المقارن، مرجع سابق، ص354.

² المرجع نفسه، صفحة نفسها.

³ المرجع نفسه، صفحة نفسها.

⁴ التعويض نص عليه المشرع الجزائري ضمن المادة 181 ومايلي من القانون المدني .

⁵ المادة 383 /1 من القانون المدني.

والمستهلك على استفاضة هذا الأخير من ضمان لمدة أطول وبدون مقابل في اتفاق خاص بينهما، أو في حالة الغش¹ فلا يعمل بالقاعدة العامة .

ثالثا: الضمان العشري

يعد الضمان العشري من بين أهم الالتزامات الملقاة على عاتق المرقى العقاري في عقد البيع على التصاميم والركيزة الأساسية لحماية المستهلك، فرغم أن المشرع تطرق إليه في البيوع بصفة عامة إلا أن النصوص القانونية المنظمة للترقية العقارية أبرزته كأهم الضمانات القانونية لذا سنتطرق إلى نطاقه الشخصي والموضوعي له وطبيعته وكذا شروطه.

أ: النطاق الشخصي لضمان العشري

ينشأ عن عقد الاستهلاك عموما التزام بين طرفيه وهما المحترف بصفته ملتزم في الضمان والمستهلك باعتباره المستفيد من الضمان، وبما أن المرقى العقاري يعد محترفا في عقد البيع على التصاميم والمقتني للعقار مستهلك له فإن الضمان في هذا النوع من العقود ضمان عشري يجزم وجود مدين ودائن فيه

1: المدينون بالضمان العشري:

يظهر جليا من خلال استقراء مواد القانون رقم 04/11 وكذا المرسوم التنفيذي رقم 85/12 المتضمن دفتر الشروط النموذجي الذي يحدد الالتزامات والمسؤوليات المهنية للمرقى العقاري، وأيضا الأمر 07/95 المتعلق بالتأمينات ونموذج عقد البيع على التصاميم الملحق بالمرسوم التنفيذي رقم 413/12 الاشخاص الملزمون بالضمان العشري هم:

المرقى العقاري: الذي ألزمه المشرع الجزائري بالدرجة الأولى عن غيره من الاشخاص بالضمان العشري كونه الضامن الوحيد والمشيدي الأساسي للبناءات والمسؤول في عقد البيع

¹ أقر المشرع الجزائري عدم جواز التمسك بسنة التقادم متى تبين أن خفاء العيب كان بسبب أو بفعل منه ، فالمرقى العقاري إذا كان سيء النية وقام بإخفاء العيب الموجود في البناية المنجزة غشا منه فلا يستفيد في هذه الحالة من مدة التقادم.

على التصاميم تجاه مقتني السكنات، وأيضا المقاول الذي يعهد إليه بتشييد أو إقامة المنشآت الثابتة الأخرى بناء على ما يقدمه إليه من تصميمات، وذلك في مقابل أجر ودون أن يخضع في عمله على الاشراف أو الإدارة¹، وأكد على ضرورة استعانة المرقى العقاري بخدماته بموجب نص المادة 16 من القانون رقم 04-11، وأدرج أيضا المقاولين الفرعيين كمسؤولين متضامنين مع المتدخلين الآخرين والتقليديين في عملية البناء تجاه المقتنين للمشاريع العقارية بموجب ما ورد ضمن المادة 45 من القانون رقم 04-11 وكذا المادة 30 الفقرة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 85/12، وعمل على اقضاء واستبعاد كل شرط يعفي المقاولين الفرعيين من الضمان خلافا لما جاء به المشرع في القانون المدني وهذا لتعزيز حماية المستهلك العقاري من تعسف المرقى العقاري باعتباره الطرف القوي في العلاقة التعاقدية خاصة أن المنتج هنا هو عقار قيد الإنجاز.

ونص على ضرورة إشراك مكاتب الدراسات في الضمان العشري، هذا المصطلح الجديد الذي أتى به قانون رقم 04-11 وأطلقه على المهندس بجميع أنواعه، فلم يعد محصور فقط على المهندس المعماري² الذي يتولى البناء بل جاء ليشمل جميع المهندسين المختصين في مجال الترقية العقارية وهذا لتقرير حماية أفضل للمستهلك العقاري.

¹ عبد الرزاق حسين يسين، المسؤولية الخاصة بالمهندس المعماري، مقاول البناء، دراسة مقارنة في القانون المدني، الطلعة الأولى، دون دار النشر، 1987، ص 420-421 أما المشرع الجزائري فتناول تعريفه ضمن المادة 03 من القانون رقم 04-11.

² أما ما يتعلق بمصطلح المهندس المعماري في حد ذاته في عقد البيع على التصاميم جاء به المشرع الجزائري في المرسوم 13-413 في بند الضمان العشري لذا يمكن تعريفه فقها على أنه: " الشخص الذي يعهد إليه وضع التصميمات والرسوم والنماذج لإقامة المنشآت وقد يعهد إليه بإدارة العمل والاشرف على تنفيذه ومراجعة حسابات المقاول والتصديق عليها وصرف المبالغ المستحقة إليه..." ، أما تعريف المشرع الجزائري له فجاء ضمن المادة 09 من المرسوم التشريعي رقم 07/94 بأنه: " كل مهندس معماري معتمد يتولى تصور إنجاز البناء ومتابعته " وما هو ملاحظ على هذا التعريف أنه بين ضرورة الحصول على الاعتماد للممارسة مهنة الهندسة المعمارية وكذا بين إنجاز أشغال البناء ومتابعته ولم يوضح بصورة كاملة أو جزئية هذه المتابعة، غير أنه أشار إلى الضمان بصورة ضمنية وليست صريحة لذا فهذا التعريف يفتقر في نظرنا إلى الدقة في التحديد مهام والتزامات المهندس المعماري.

كما ضم المشرع الجزائري الأشخاص الشركاء بموجب المادتين 2/49 من القانون 04-11 و 30 من دفتر الشروط النموذجي الذي يحدد التزامات والمسؤوليات المهنية للمرقي العقاري الملحق المرسوم التنفيذي 85/12، وهم شركاء المرقي العقاري الاعتباري يلتزمون معه بالضمان العشري خاصة؛ إذا تعلق الأمر بشركة تجارية تساهمية أو ذات الشخص الوحيد والمسؤولية المحدودة، فالشريك فيها يكتسب صفة التاجر بمجرد الانضمام إليها ويتحمل المسؤولية التضامنية لذا شركاء شركة الاشخاص ملزمون بالضمان فيها دون العودة إلى ممثلها القانوني الذي يتحمل وحده الضمان، كما نص أيضا على المتدخلين الآخرين طبقا لماد ورد في مضمون نص المادة 46 من القانون 04-11 والمادة 30 من المرسوم التنفيذي من دفتر الشروط النموذجي الذي يحدد التزامات والمسؤوليات المهنية للمرقي العقاري فإن المشرع الجزائري ألزم فئة المتدخلين بالضمان العشري في حال حدوث تدهم جزئي أو كلي للبنية نتيجة عيب من عيوب البناء.

كما تجدر الإشارة الى أن المشرع الجزائري أدرج المراقب التقني في الضمان العشري بموجب نص المادة 178 من الأمر رقم 07/95 المتعلق بالتأمينات وذلك لما يلتزمون به من فحص لمواقع المشاريع العقارية والبنيات قيد الإنجاز.

الملاحظ لدينا أن ما ورد في النصوص القانونية حول الاشخاص المدينون بالضمان العشري في عقد البيع على التصاميم أتى بهم بصفة رسمية وبصفة فرعية، فالأساس هو المرقي العقاري أما المراقب التقني والمقاول الفرعي والمتدخلين الآخرين وكذا الشركاء لابد من ارتباطهم مع صاحب المشروع عن طريق عقد ولم يفصل المشرع الجزائري في مسألة نوعية العقد.

ب: الدائنون في الضمان العشري

وفقا لنص المادة 49 الفقرة 03 من القانون 04-11 فان الضمان العشري يؤول إلى مالك البنية ولا يتعلق بالعقار، وهو ما نصت عليه المادة 178 الفقرة 02 من الأمر 07/95 المتعلق بالتأمينات المعدل والمتمم حيث جاء فيها: " ويستفيد من هذا الضمان صاحب المشروع و/ أو

مالكيه المتتالين إلى غاية انقضاء أجل الضمان". ويقصد بالملاك المتتالين كل من انتقلت إليهم ملكية البناية خلال مدة الضمان العشري المقدرة بعشر سنوات بأي طريقة من طرق انتقال الملكية وهو الخلف العام والخلف الخاص لمالك البناية أو صاحب المشروع، على أساس عقد المقاوله المبرم بين المرقى العقاري وكل من المهندس المعماري، والمقاول فيستفيد من الضمان المرقى العقاري باعتباره صاحب المشروع حيث يخضع هذا الضمان لنص المادة 554 من القانون المدني. لذا المستفيدون من الضمان ينقسمون إلى فئتين:

الفئة الأولى صاحب المشروع: أقر المشرع الضمان العشري لصالح رب العمل المتعاقد مع المقاول أو المهندس المعماري لأنه هو من يلحق الضرر من جراء تهدم البناء أو ظهور عيب فيه و صاحب المشروع هو كل شخص طبيعي أو معنوي عاما أو خاصا و الذي يتم تشييد البناء لحسابه سواء تعاقد مع المقاول أو المهندس المعماري، بنفسه أو بواسطة وكيله وسواء كان مالكا للأرض المقام عليها البناء أو حائزا على حقوق البناء فيها أما صاحب المشروع المنتدي فلا يستفيد من الضمان العشري لأنه مفوض للقيام بإنجاز بناء أو تحويله¹.

الفئة الثانية الملاك المتتالون: يقصد بالملاك المتتالين الخلف العام أو الخاص لصاحب المشروع، حيث إذا توفي صاحب المشروع قبل أن تنتهي مدة الضمان، فإنه ينتقل حق الرجوع بهذا الضمان لخلفه العام، أما الخلف الخاص فيقصد به كل من انتقلت إليه ملكية البناء قانونيا سواء عن طريق البيع، الهبة، المقايضة أو الوصية .

2 الطبيعة القانونية للضمان العشري

ان تحديد الطبيعة القانونية للضمان العشري حسب المسؤولية المدنية للمرقى العقاري ادت الى انقسام الآراء الفقهية الفرنسية، فيرى اصحاب الاتجاه الأول أن الضمان العشري يحدد وفق المسؤولية العقدية على أساس أن الشخص الملزم بالضمان إذا سلم البناء مشوب

¹ قاسي نجاه، النظام القانوني للتأمين في مجال البناء في القانون الجزائري: التأمين الإلزامي من المسؤولية المهنية والضمان العشري، مقال منشور في مجلة القانون، المجتمع والسلطة، كلية الحقوق جامعة وهران 2، 2016، ص154.

بالعيوب فهو قد أخل بالتزامه العقدي، أما اتجاه القضاء الفرنسي حول الطبيعة القانونية بأنها مسؤولية تقصيرية على أساس أن العقد ينتهي بمجرد تسليم البناء، ويضل الشخص ملتزماً بالضمان العشري لمدة عشر سنوات من يوم التسليم النهائي، لذا لا يمكن إعتبره التزاماً عقدياً، فالعقد انتهى وبالتالي فإن المسؤولية العشرية التزم قانوني أقره القانون لصالح المستفيد منه بغرض اختبار متانة وصلابة البناء لفترة كافية من الزمن¹.

لكن بالرجوع إلى ما نص عليه التشريع الجزائري نرى أن المشرع ألزم المرقى العقاري المسؤولية العشرية ضمن التزاماته المهنية لذا فالحديث عن الطبيعة القانونية للضمان العشري تخرج من نطاق المسؤولية المدنية بنوعيتها المنصوص عليها في القواعد العامة، فالضمان العشري يتحمله المرقى العقاري بالنظر إلى المهنة التي يمارسها، شأنه في ذلك شأن المتدخلين في المشروع العقاري، فلم يعد الأمر محصور فقط بين المهندس المعماري ومقاول البناء والمراقبين التقنيين بل اتسع الأمر ليشمل جميع المتدخلين الآخرين في المشروع العقاري والذين يسألون بالتضامن مع المرقى العقاري وضمن الرابطة العقدية التي تجمعهما².

3 - شروط تطبيق الضمان العشري

طبقاً للقواعد العامة فإن المشرع الجزائري ألزم ضرورة توفر شروط لقيام الضمان العشري وهي وجود عقد والزوال الكلي أو الجزئي للمباني والمنشآت الثابتة من جراء عيوب البناء والمدة التي يقوم فيها سبب الضمان، ومتى تحققت هذه الشروط فإن المرقى العقاري ملزم بالضمان غير أنها تمتع بميزة خاصة في الأحكام المتعلقة بنشاط الترقية العقارية، فالشرط المتعلق بالعقد يكمن في وجود نوعين من العقود، وذلك حسب المركز القانوني الذي يتمتع به المرقى العقاري فهو يرتبط مع المقاول بعقد مقاوله باعتباره المستفيد من الضمان

¹ إيمان بوسنة، الترقية الخاصة في مجال السكن، مرجع سابق، ص 398.

² بوقرة أم الخير، المسؤولية العشرية للمرقى العقاري (دراسة تحليلية) مقال منشور بمجلة الحقوق والحريات الصادرة عن مخبر الحقوق والحريات بكلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة بسكرة بمناسبة الملتقى الوطني حول "إشكالات العقار الحضري و أثرها على التنمية في الجزائر المنعقد يومي 17 و 1 فيفري 2013، ص368.

حسب ما ورد في نص المادة 16 من القانون رقم 04-11¹ التي ألزم فيها المرقى العقاري بضرورة الاستعانة بخدمات المقاول في إطار النشاط الترقية العقارية، على خلاف القواعد العامة التي نصت على وجوبية الضمان من قبل رب العمل، ويرتبط مع المستهلك بعقد البيع على التصاميم الذي يلزمه بضمان البناية أو جزء منها على أساس أنه الشخص الوحيد المكلف بإبرام هذا النوع من العقود، حسب نص المادة 29 من القانون رقم 04-11²، وكذا نص المادة 30 فقرة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 85-12³، بيد أن المتصفح لنصوص قانون الترقية العقارية أورد استثناء على القاعدة العامة، حين ألزم أشخاص بالضمان العشري رغم عدم وجود عقد بينهم وبين المرقى العقاري وهو ما تضمنه نص المادة 45 من القانون رقم 04-11، كما أن هناك من تربطهم عقود مع صاحب المشروع دون تحديدها وهو ما جاء به المشرع ضمن نص المادة 46 من القانون رقم 04-11⁴، فمسألة تحديد العقدين ترجع الى رفع دعوى الضمان العشري من قبل المستهلك ضد المرقى العقاري بإعتباره بائع البناية؛ فإذا تم رفعها على المرقى العقاري وحده وجب إثبات وجود عقد بيع على التصاميم بينهما، أما إذا تم رفعها ضد المقاول وغيره من الأشخاص بإعتباره خلفا خاصا للمرقى العقاري فإنه يثبت وجود كلا العقدين المقاوله وعقد البيع على التصاميم.

أما ما يتعلق بشرط تهدم الكلي للبناية أو جزء منها فإن المشرع الجزائري أقر في نص المادة 554 من القانون المدني بقوله: "يضمن المهندس المعماري والمقاول متضامنين ما يحدث خلال عشر سنوات من تهدم كلي أو جزئي فيما شيده من مبان أو أقامه من منشآت ثابتة أخرى ولو كان التهدم ناشئا عن عيب في الأرض ويشمل الضمان

¹ القانون رقم 04.11 الذي يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، السابق الذكر

² القانون رقم 04.11 الذي يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، السابق الذكر

³ المرسوم التنفيذي رقم 85.12 الذي يتضمن دفتر الشروط النموذجي الذي يحدد الالتزامات والمسؤوليات المهنية للمرقى العقاري، السابق الذكر.

⁴ القانون رقم 04.11 الذي يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، السابق الذكر

المنصوص عليها في الفقرة السابقة ما يوجد في المباني والمنشآت من عيوب يترتب عليها تهديد متانة البناء وسلامته".

والمادة 46 من قانون رقم 04-11 التي تنص على أنه: في حال زوال كل البناية أو جزء منها جراء عيوب في البناء، بما في ذلك جراء النوعية الرديئة لأرضية الأساس¹.
وأما المادة 30 من المرسوم التنفيذي رقم 85-12 التي تنص: " يتحمل المرقى العقاري خلال مدة عشر 10 سنوات، مسؤوليته المتضامنة مع مكاتب الدراسات والشركاء والمقاولين الفرعيين وأي متدخل آخر، في حالة سقوط البناية كلياً أو جزئياً بسبب عيوب البناء بما في ذلك رداءة الأرض"².

الملاحظ على ما جاء به المشرع الجزائري في نص المادة 554 من القانون المدني³ وما ورد ضمن المادة رقم 46 من القانون رقم 04-11 والمادة 30 من القانون رقم 85-12 أن شرط التهدم الكلي للبناية أو جزء منها وضمان عيوب البناء يختلف فالقواعد العامة لم توضح المقصود بالمنشآت الثابتة ولا العيوب التي تهدد متانة البناء، فالمقاول يضمن ما أنشأه من مباني ومنشآت ويقصد بذلك المباني المنشأة حديثاً، أما المنشآت القائمة التي تتم فيها عمليات توسيع أو تعديل أو ترميم فتخضع لأحكام المسؤولية العقدية وعقد المقولة عموماً، غير أنه في عقد البيع على التصاميم أكد على أن شرط التهدم يتعلق بالبنايات دون المنشآت الثابتة ، وأن سبب سقوط البناية أو جزء منها في عقد البيع على التصاميم هو عيوب البناء، التي لم يوضحها لتفصل بذلك أن الالتزام بالضمان يتعلق بجسامة الضرر وزوال للبناية بعيب البناء.

¹ القانون رقم 04.11 الذي يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، السابق الذكر .

² المرسوم التنفيذي رقم 85-12، يتضمن دفتر الشروط النموذجي الذي يحدد الالتزامات و المسؤوليات المهنية للمرقى العقاري ، السابق الذكر .

³ الأمر رقم 58.75 المتضمن القانون المدني ، السابق الذكر .

أما ما يتعلق بشرط مدة الضمان العشري فالمركبي العقاري ملزم بالضمان لمدة 10 سنوات، تسري من تاريخ التسليم النهائي للبناء وهذه المدة لا يجوز الاتفاق على تخفيضها أو زيادتها أو الاعفاء منها لأنها من النظام العام؛ غير أن رفع دعوى الضمان العشري ضد المركبي العقاري والأشخاص المتدخلين معه في الضمان تتم ضمن الآجال القانونية المحددة بثلاثة سنوات يبدأ سريانها من تاريخ وقوع التهدم أو اكتشاف العيب وهذا وفقا لما ورد في نص المادة 557 من القانون المدني¹، فإذا لم يتم رفعها من قبل المستهلك العقاري في الآجال القانونية المحددة سقط حقه في الضمان، فإذا ظهر العيب في اليوم الاخير من السنة العاشرة ووقع التهدم فإن الشخص المستفيد يستطيع رفع الدعوى خلال ثلاث سنوات من هذا التاريخ².

المطلب الثاني

الالتزامات الخاصة

تتعلق هذه الالتزامات بما أشار إليه التشريع الجزائري من ضمانات مستحدثة في القانون رقم 04-11 وذلك لتحفيز المستهلك على التعاقد مع المركبي العقاري بضمان أوسع لذا شدد عليها كضمانات أساسية أثناء وبعد تنفيذ عقد البيع على التصاميم ولهذا سأتطرق الضمان الخاص أثناء التنفيذ في الفرع الأول، ثم الضمان الخاص بعد التنفيذ في الفرع الثاني.

الفرع الأول

الضمان الخاص أثناء التنفيذ

رتب المشرع الجزائري على منجز البناء في عقد البيع على التصاميم أهم التزامات تنفيذ العقد وهو التسليم المطابق للمشروع لذا سأتطرق فيه بداية بالتسليم ثم الذهاب الى شهادة المطابقة

¹ الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني، السابق الذكر .

² سمير عبد السميع الأودن، ضمان العيوب الخفية التي تقع على عاتق بائع العقار ومشبيدي البناء المقاولين والمهندسين، مكتبة الإشعاع للطباعة والنشر والتوزيع، اسكندرية، 2000، ص 24.

أولاً: الالتزام بالتسليم المطابق للمشروع

يعد تسليم الشيء المبيع من أهم التزامات البائع في عقد البيع ، وبما أن عقد البيع على التصاميم من تقنيات الترقية العقارية فإن تسليم العقار بناء على التصاميم من أهم التزامات المرقى العقاري الذي يسعى الى نقل الملكية العقار المراد إنجازه وفق ما نص عليه القانون ، فرغم أن المشرع الجزائري لم يعرف التسليم في قانون الترقية العقارية والنصوص التنظيمية له، إلا أن القواعد العامة أشارت الى مفهوم التسليم بقولها : "الالتزام بنقل حق عيني عقاري يتضمن الالتزام بتسليم الشيء والمحافظة عليه حتى التسليم"¹، كما أن المادة 367 من القانون المدني الجزائري حددت معنى التسليم بنصها: "يتم التسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته ومن الانتفاع به دون عائق ، ولو لم يتسلمه تسليماً مادياً ، مدام أن البائع قد أخبره بأنه مستعد بتسليمه بذلك ويحصل التسليم على النحو الذي يتفق مع طبيعة الشيء المبيع"². ومؤدى هاتين المادتين أن المشرع الجزائري أكد على أن تسليم الشيء المبيع يتم بوضعه تحت تصرف المشتري ضمن الشكل الذي تم الإتفاق عليه وقت التعاقد، وهذا بغية حيازته والانتفاع به، فلم يشترط أن تكون حيازته مادية بل يكفي علمه به، كما يستلزم الحفاظ على المبيع الى غاية تسليمه وعليه فإن التزام البائع بالتسليم في البيوع العادية هو التزام بتحقيق نتيجة وليس التزاماً ببذل عناية .

أما الميزة التي يتمتع بها عقد البيع على التصاميم جعلت المشرع الجزائري يوجب على المرقى العقاري بضرورة تسليم محل العقد وفق محضر محرر من قبل نفس الموثق الذي إبرام العقد لديه³، على أن يتم التوقيع على المحضر من طرف المستهلك والمرقى العقاري،

¹ المادة 371 من الأمر رقم 58-75 المتضمن القانون المدني ، السالف الذكر.

² الأمر رقم 58-75 المتضمن القانون المدني ، السالف الذكر

³ . المادة 02/34 من القانون 04/11، الذي يحدد نشاط الترقية العقارية ، السابق الذكر .

وأيضاً يجب التنويه الى أن تسليم العقار محل التعاقد في إطار عقد البيع على التصاميم يتم ضمن المكان والزمان المحددين في العقد، حيث أشار المشرع أن كل تأخير في التسليم يؤدي الى توقيع عقوبة التأخير¹، وقد ترك المشرع تحديد العقوبة لاتفاق الطرفين، أما معاينتها فنتم من طرف المحضر القضائي عند إنقضاء أجل التسليم، ونص المشرع الجزائري على حالة الإعفاء منها في حالة القوة القاهرة².

ثانياً: شهادة المطابقة

هي "قرار إداري صادر عن سلطة إدارية مختصة تشهد فيه الإدارة بموجب سلطتها الرقابية بمطابقة الأشغال المنجزة لرخصة البناء الصادرة بشأنها"³، فالأساس القانوني الذي جاء به المشرع الجزائري حول شهادة المطابقة عموماً ما نصت عليه المادة 39 من القانون رقم 04-11 على أنه: "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 29/90 المؤرخ في أول ديسمبر سنة 1990 والقانون رقم 15/08 المؤرخ في يوليو سنة 2008" والتي أكدت أنه لا يمكن تسليم البناية أو جزء منها إلا بعد الحصول على شهادة المطابقة، وأيضاً ما ورد في قانون الاستهلاك بموجب نص المادة 02 من القانون رقم 04-04 المؤرخ في 2004 المتعلق بالتقييس المعدل والمتمم بالإشهاد بالمطابقة بأنه: "نشاط يهدف إلى منح شهادة من طرف شخص ثالث مؤهل، تثبت مطابقة منتج أو خدمة أو شخص أو نظام تسيير للوائح الفنية أو المواصفات أو الوثائق التقييسية أو للمرجع الساري المفعول"، أما المادة 03 من المرسوم التنفيذي رقم 05-465 المؤرخ في

¹. أنظر المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 413/13.

². أنظر المواد 04، 05، و06 من المرسوم التنفيذي رقم 413/13.

³. حمدي باشا عمر، منازعات التعمير، مرجع سابق، ص 131.

06 ديسمبر 2005 المتعلق بتقييم المطابقة فتعرف الاشهاد على المطابقة¹ بأنه: " تأكيد طرف ثالث على أن المتطلبات الخصوصية المتعلقة بمنتج أو مسار أو نظام أو شخص تم احترامها " وأيضا هذا ما نصت عليه المادة 08 من المرسوم التنفيذي رقم 05-465 المتعلق بتقييم المطابقة فإن الإشهاد على المطابقة يشمل ما يلي: "... الإشهاد على المطابقة الخاصة بالمنتج: ويثبت به مطابقة المنتج لصفات دقيقة أو لقواعد محددة سابقا وخاضعة لمراقبة صارمة"، ومدلول هذه النصوص القانونية أن المشرع الجزائري أكد على أن السلعة المراد إقتائها سواء كانت منقولا أو عقارا يجب أن تتضمن شهادة المطابقة للمواصفات المتفق عليها أثناء إبرام العقد بين المهني والمستهلك .

ومرد فكرة تسليم منتج مطابق للمواصفات ترجع إلى إختلاف الآراء الفقهية حول مفهوم المطابقة، فمنهم من أخذ بالمفهوم المادي لها ومنهم من أخذ بالمفهوم الوظيفي، لكن في عقد بيع عقار قيد الإنجاز أو لم ينجز بعد يتم تسليم العقار وفق ما تم الموافقة عليه من عناصر جوهرية قبل انعقاد العقد أصلا وليس بعد استعماله ، لأن المطابقة تشمل محل العقد فظهور خلل أثناء أو بعد تسلمه يدخل ضمن إطار ضمان العيب الخفي وليس مطابقة المبيع.

وفي عقد الاستهلاك عموما يتم منح شهادة المطابقة للمنتج من قبل شخص مؤهل قانونا وذلك بالإطلاع على المنتج والمواصفات الدقيقة له ،وذلك تحت رقابة صارمة، فعقد البيع على التصاميم عقد استهلاكي بحت، والمرقي العقاري فيه ملزم بتقديم بناء منجز وفق المواصفات المتعاقد عليها ويخضع عند تسليمه لمراقبة صارمة من قبل الهيئات المختصة

¹ ج ر، عدد 80 الصادرة بتاريخ 11 ديسمبر 2005. حددت المادة 04 من المرسوم التنفيذي 05-46 الهيئات التي تمنح الإشهاد بالمطابقة وهي المخابر وهيئات التفتيش وهيئات الإشهاد بالمطابقة تعرف شهادة المطابقة على أنها وسيلة للرقابة البعدية تثبت إنجاز الأشغال طقا للتصاميم المصادق عليها وفقا لبنود وأحكام رخصة البناء، وهي أداة قانونية لاستلام المشروع وتأكيد لمحتوى رخصة البناء واحترام قواعد التعمير والترخيص للباقي باستغلال المشروع المنجز. نورة منصور، قواعد التهيئة والتعمير وفق التشريع، عين مليلة الجزائر، 2010، ص 70.

لمنح شهادة المطابقة¹، وإلا فإن الحياة الفعلية للعقار المنجز وفق عقد البيع على التصاميم لن تتم من قبل المستهلك ولقد حدد المشرع الجزائري إجراءات الحصول على شهادة المطابقة وفق المرسوم التنفيذي رقم 15-19 المؤرخ في 25/01/2015 بموجب نصوص المواد 63-69 منه والتي بينت من خلال إستقرائها على ثلاثة مراحل هي² :

المرحلة الأولى هي التصريح بانتهاء الأشغال فبعد إنجاز المشروع العقاري ونهاية أشغال البناء فيه ، يلتزم المرقى العقاري بإعلام البلدية وذلك عن طريق إيداع تصريح في نسختين ضمن مهلة زمنية قدرها 30 يوم ابتداء من تاريخ الانتهاء من الأشغال بمقر المجلس الشعبي البلدي لمكان بناء المشروع مقابل وصل إيداع يسلم للمرقى العقاري، أما المرحلة الثانية فهي مرحلة المراقبة تقوم فيها لجنة مراقبة المطابقة³ باجتماع بناء على استدعاء من رئيسها ضمن أجل خمسة عشر يوم وذلك بعد إيداع التصريح بانتهاء أشغال البناء، فيخطر رئيس اللجنة المرقى العقاري بالأجل القانوني للمراقبة عن طريق إرساله إشعار بالمرور قبل ثمانية أيام على الأقل من تاريخ انعقاد اللجنة، وبعد انعقادها في الأجل المحدد قانونا يتم إعداد محضر الجرد بمجرد عملية المراقبة يذكر فيه جميع الملاحظات ليختم برأي اللجنة حول مدى المطابقة مع إلزامية توقيع أعضائها عليه أما المرحلة الثالثة تتعلق بعملية تسليم شهادة المطابقة التي تتوقف على محضر الجرد، فإذا ثبت فيه مطابقة الأشغال المنجزة لرخصة البناء تم تسليم الشهادة ، وإذا ثبت فيه عدم مطابقة الأشغال المنجزة وفقا لرخصة البناء تم رفض منح الشهادة مع ضرورة إعلام المرقى العقاري بجعل البناء مطابقا للتصاميم

¹ مرد هذه الفكرة أن عقد الاستهلاك يتم منح شهادة المطابقة للمنتوج من طرف شخص مؤهل قانونا وهو ما يتفق مع عقد البيع على التصاميم الذي تمنح له الشهادة من قبل طرف اللجنة المختصة.

² حمدي باشا عمر، عقود التعمير، مرجع سابق، ص 136.

³ تتشكل اللجنة من رئيس المجلس الشعبي البلدي، ممثل القسم الفرعي للتعمير على مستوى الدائرة، ممثل عن مصالح الدولة المكلفة بالفلاحة على مستوى الولاية، ممثل عن مصالح المختصة بالآثار والسياحة عند الإقتضاء ومصالح الحماية المدنية في حالة تشييد بنايات ذات استعمال صناعي أو تجاري.

- وإذا كانت رخصة البناء مسلمة من طرف الوالي، فإن شهادة المطابقة تسلم من طرفه أيضا ويكون أجل التسليم هو ثلاثة أشهر من تقديم الطلب وفي حالة عدم الرد ، يقدم المعني تظلم .

المصادق عليها وتذكيره بالجزاءات في حال الإخلال بذلك وأمهله المشرع مدة زمنية قدرها ثلاثة أشهر للقيام بالمطابقة في جميع الأحوال دون إمكانية تجاوزها¹.

أما ما يتعلق بأجل تسليم شهادة المطابقة فإن المشرع أقر للمستهلك العقاري ضرورة الحصول على محضر الحيازة الفعلية للبناء المبيع الذي أنجزه المرقى العقاري والذي يتم تحريره من قبل الموثق ونص قبل التحرير وجوب تقديم شهادة المطابقة من قبل هذا الأخير ويتعلق الأجل هنا في الفترة الزمنية بين الإنهاء الكامل للبناء والحيازة الفعلية له .

لذا نرى أن مسألة ربط الحيازة الفعلية للبناء مع شهادة المطابقة كضمان للمستهلك مسألة نسبية ، فرغم أن المشرع الجزائري حاول حماية المستهلك بهذا الضمان إلا أن معظم المستهلكين يلجئون الى القضاء لمطالبة المرقى العقاري بتسليم البناء بعد إنهاء إنجاز أشغال البناء فيها بالكامل خصوصا في حالة تأخير تسليم المشروع ، لذا تأرجحت القرارات القضائية الجزائرية بين عدم الإجازة الصريحة للقاضي بتسليم السكنات محل النزاع ما لم يتم الحصول على شهادة المطابقة وبين السماح له بإصدار أحكام تسليم البناءات رغم عدم حصول المرقى على شهادة المطابقة من مبدأ أن هذا الالتزام يقع على المرقى العقاري وحده دون المستهلك.

الفرع الثاني

الضمان الخاص بعد التنفيذ

استحدث المشرع الجزائري ضمانات خاصة في عقد البيع على التصاميم من شأنها توفير الحماية للمستهلك، من أبرزها ضمان حسن التنفيذ و ضمان إدارة الأملاك المشتركة لذا أردنا التفصيل في ذلك من خلال تقسيم هذا الفرع الى:

¹ حمدي باشا عمر، منازعات عقود التعمير ، مرجع سابق ، ص 136.

أولاً: ضمان حسن التنفيذ

ضمان حسن التنفيذ هو: " التزام قانوني يأخذ صورة التعويض العيني عن التحفظات المرفوعة من طرف المقتنين للبناءات المشيدة، وذلك بإصلاحها بما يحقق مطابقتها لأصول العمل المعماري ومقتضيات العقد"¹، ويقع هذا الضمان على عاتق المرفق العقاري دون غيره من المتدخلين ويشمل ضمان تنفيذ الأشغال الضرورية لإصلاح عيوب البناء، وضمن حسن سير عناصر التجهيز وهما صورتان لضمان الإنهاء الكامل للإنجاز.

أ: ضمان تنفيذ الأشغال الضرورية لإصلاح عيوب البناء

يعرف بأنه: " ذلك الالتزام القانوني الذي يقع على عاتق المطور العقاري والذي يلتزم بموجبه بإصلاح كل خلل في العقار، بشرط الإشارة لمحضر التسليم، ويكون هذا الضمان لمدة سنة من تاريخ التسليم "

كما يعرفه بعض الفقه بأنه: "الضمان الذي يهدف إلى الحصول على الإنجاز الكامل للعمل مطابقاً للالتزام بالتشييد المطابق من طرف المقاولين عند إمضاء العقد"²

عرف المشرع الفرنسي هذا الضمان بموجب المادة 1792 -6 من القانون المدني الفرنسي بأنه: الضمان الذي يلزم المقاول بإصلاح كل خلل أصاب البناء خلال المدة المحددة قانون والتي يشير إليها رب العمل في محضر النهائي المتعلق بالتسليم والاستلام³.

¹ ريمان حسينة، التزام المرفق العقاري بضمن حسن التنفيذ في عقد البيع على التصاميم، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية كلية الحقوق والعلوم السياسية باتنة، مجلد 8، عدد 1، جانفي 2021، ص 947.

- لخصوصية عقد البيع على التصاميم فإن المشرع أدرج ضمان العيب الظاهر في مسألة ضمان حسن التنفيذ، و يمكن تعريف العيب الظاهر بأنه تلك العيوب التي يمكن لرب العمل أو من ينيبه عنه في عملية التسليم اكتشافها لو أنه بذل في فحصها ومراجعتها، ما يبذله الشخص العادي من نفس طاقته. سبيل جعفر حاجي، مرجع سابق ص 237.

² Christophe Ponce, Droit de l'assurance construction, 3^{eme} édition, Gualino éditeur, lextensoéditeur, Paris, France, 2013, p49.

³ Art 1792/6: « la garantie de parfait achèvement, à laquelle le'entrepreneur est tenupendant un délai d'un an ,à compter de la réception, s'étend à la réparation de tous les

تضمنت المادة 26 الفقرة الثالثة من القانون 04-11 هذا الضمان بقولها: "غير أن الحيازة وشهادة المطابقة لا تعفيان من المسؤولية العشرية التي قد يتعرض إليها المرقي العقاري، ولا من ضمان الانهاء الكامل لأشغال الإنجاز التي يلتزم بها المرقي العقاري طيلة سنة واحدة".

1- النطاق الموضوعي للضمان:

يتحدد نطاق هذا الضمان بكل عيب في البناء المشيد، تم بيعه بموجب عقد بيع عقار مبني أو عقد بيع بناء إلى التصاميم، بين المرقي العقاري والمستهلك مهما قلت درجة خطورة هذا العيب أو ازدادت، ويخلص بذلك إلى أن ضمان الانهاء الكامل لأشغال الإنجاز هو ضمان موضوعي، ذلك أن المشرع لم يشر في نص تقرير هذا الضمان إلى أي فكرة من الخطأ أو المسؤولية، إضافة إلى أن هذا الضمان يعتبر التزاما يندرج في نطاق الالتزام التعاقدية المحدد أي الالتزام بتحقيق نتيجة¹، ومن ثم فإن المستهلك لا يطالب سوى بتعيين العيب الذي يوجد بالعقار المنجز سواء بمحضر التسليم إذا كان العيب ظاهر أثناء عملية تسليمه، أو بإخطار المرقي العقاري به كتابة² إذا ظهرت خلال السنة الموالية بالنسبة لحيازة العقار موضوع عقد بيع عقار مبني، أو المدة المتفق عليها في عقد البيع على التصاميم،

désordres signalés par le maitre de l'ouvrage ,soit au moyen de réserves mentionnées au=procès – verbale de la réception ,soit par vois de notification écrite par ceux révélés postérieurement à la réception.

والطيب عائشة، آليات حماية مقتني العقار على التصاميم في ظل القانون 04-11، حوليات جامعة الجزائر، العدد 20، جزء1، ديسمبر 2011، ص 24.

¹ نصت المادة 17 من القانون 04-11 " يتولى المرقي العقاري مسؤولية تنسيق جميع العمليات التي تدخل في إطار الدراسات والأبحاث وتعبئة التمويل، وكذا تنفيذ أشغال البناء".

² المادة 119 من الأمر رقم 58-75 المتضمن القانون المدني، السابق الذكر .

ويترتب على ذلك أن المرقى العقاري ملزم قانوناً بإصلاح ذلك العيب ولا يمكن التخلص منه إلا بإثبات السبب الأجنبي من قوة قاهرة أو خطأ الغير، أو خطأ المستهلك نفسه¹.

2 - النطاق الزمني للضمان

طبقاً لما ورد في نص المادة 26 الفقرة 03 من القانون 04-11، فإن مدة ضمان الأنهاء الكامل لأشغال الإنجاز تكون خلال سنة كاملة بالنسبة للعقار موضوع عقد بيع عقار مبني، في حين أن مدة هذا الضمان متروكة لإتفاق الأطراف في عقد البيع على التصاميم، والتي تكون سنة أو أكثر، حسب ملحق المرسوم التنفيذي رقم 13-431 يستوجب ظهور أي عيب في البناء أثناء إعمالها هذا الضمان.

إن المشرع الجزائري سكت عن تحديد حساب هذه المدة في القانون 04-11، إلا أنه يمكن القول أنها كغيرها تحسب ابتداء من تاريخ التسليم ويستشف ذلك من عبارة "... ذلك أن حيازة الملكية لا تكون إلا بإمضاء محضر التسليم وفي هذه الحالة يعتبر المقتني حائز للبناء وتنطلق بذلك حساب مدة السنة الموجبة للضمان."، في حين نجد أنه قد نص على حسابها بصريح العبارة في نص المادة 34 فقرة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 13-431 أن هذا الضمان صالح لمدة (لم تحدد بل تركت لاتفاق الأطراف) سنة، ابتداء من تاريخ الحيازة.

ب - ضمان حسن سير عناصر تجهيزات البناية:

تعد من الضمانات المستحدثة التي يلتزم بها المرقى العقاري تجاه المستهلكين، فقد نص المشرع عليها في المرسوم التنفيذي رقم 13-431 الذي ورد فيه: **يضمن البائع التنفيذ الجيد للأشغال، ويلتزم بتنفيذ الأشغال الضرورية قصد إصلاح عيوب البناء/أو حسن سير عناصر تجهيزات البناية في أجل...يوما، ابتداء من تاريخ إخطاره من طرف المكتب.**

¹ عبد الرزاق حسين، مرجع سابق، ص 1080 وما بعدها

ولتفعيل هذا الضمان إتجاه مقتني العقار بناء على التصاميم أردنا التطرق الى نطاقه وكذا نظامه القانوني:

1- نطاق ضمان حسن سير عناصر التجهيزات:

بإعتباره صورة من صور حسن التنفيذ الجيد للأشغال فإن نطاقه يضم الشخص الملزم به ومحل الضمان، ومدلول الشخص الملزم بالضمان في عقد البيع على التصاميم نصت عليه المادة 26 من القانون رقم 04-11 حين أقرت أن المرقى العقاري ملزم طيلة سنة من ضمان الإنهاء الكامل لأشغال الإنجاز، فأقرار المشرع الجزائري للمرقى العقاري بهذا الضمان دون غيره من المتدخلين معه في إنجاز البناءات أو جزء منها يرجع الى أنه لم يلزمه بإكتتاب التأمين العشري على غرار الضمان العشري، أما الأشخاص المستفيدين من هذا الضمان في عقد البيع على التصاميم فهم المستهلكين بحد ذاتهم أولخلفهم الخاص والعام¹.

أما محل هذا الضمان لا يغطي البناية في حد ذاتها ولاعيوب البناء والأضرار الناتجة عنها، وإنما يقتصر فقط على عناصر تجهيز البناية المنفصلة عنها إنفصالا كلياً، أو قابلة للإنفصال دون تلف والتي لا تشكل جسماً موحداً معها أو مع أحد أجزائها كأجهزة التدفئة وتجهيزات الإنارة ؛ وفي حال إرتباطها بالبناية بحيث يؤدي انفصالها الى تلف فإن ضمانها يتعلق بالضمان العشري حسب ماورد في أحكام المادة 181 من الأمر 95-07 المتعلق بالتأمينات² وليس بضمان حسن سير التجهيز .

2- النظام القانوني للضمان يتجلى في المدة القانونية وجزاء الضمان

بإستقرانا لما ورد في نص المادة 3/26 من القانون رقم 04-11 فإن المشرع الجزائري أشار الى مدة سنة ف ضمان حسن سير عناصر التجهيزات من قبل المرقى العقاري تدرج خلال سنة، بإعتباره صورة من صور الإنهاء الكامل لأشغال الإنجاز، بيد أن ما

¹ المادة 108 و 109 من الأمر رقم 58-75 المعدل والمتمم المتضمن القانون المدني ، السابق الذكر .

² الامر رقم 07-95 المتعلق بالتأمينات .

يستشف من ذلك أن تحديد تاريخ سريان لم يوضحه المشرع الجزائري، فيمكن القول أن تاريخ سريانها يبدأ من تاريخ تسليم العقار المبني من طرف المرقى العقاري للمشتري¹.

على غرار ما أورده المشرع في القانون رقم 04-11 فإن أحكام المرسوم التنفيذي رقم 431-13 أقرت مدة ضمان حسن سير عناصر تجهيزات البناية في عقد البيع على التصاميم سنة على الأقل، ولا يمكن لأطرافه الاتفاق على مخالفتها لأنها من النظام العام²، وبمفهوم المخالفة فإنه يجوز للمرقى العقاري والمستهلك الاتفاق على زيادة المدة عن سنة دون إنقاصها، وأن سريانها من تاريخ الحيازة التي نص على وجوبية تحرير محضر عند نفس الموثق، من أجل معاينة الحيازة الفعلية للبناية من طرف المستهلك ، وتسليم البناية من طرف المرقى العقاري.

أما جزء الضمان يتجلى في تدخل المرقى العقاري من أجل الإصلاح العيني للعنصر التجهيزي في أجل معين يحسب بالأيام يبدأ سريانه من تاريخ إخطار المستهلك له، فترك المشرع الجزائري لحرية الأطراف في تحديد المدة ودون تعيين نوعية الإخطار وكذا مدة رفع الدعوى في حال عدم الإصلاح العيني للعنصر التجهيزي ترجع بالضرورة الى القواعد العامة.

ثانيا: ضمان إدارة الملكية المشتركة

أقر المشرع الجزائري للمستهلك العقاري ضمنا خاصا يتعلق بتحديد الملكية المشتركة وبتسييرها، فنظم أحكامها بداية بالقانون المدني ثم المرسوم التنفيذي رقم 83-666 المؤرخ في 1983/11/12 الذي يحدد القواعد المتعلقة بالملكية المشتركة وتسيير العمارات الجماعية والملغى جزئيا وكذا المرسوم التنفيذي رقم 12-85 المتضمن دفتر الشروط النموذجي الذي يحدد الالتزامات والمسؤوليات المهنية للمرقى العقاري، والقانون رقم 04-11

¹ إيمان بوسنة، مرجع سابق، ص421.

² المادة 45 من القانون رقم 04-11 الذي يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية ، السابق الذكر.

والمرسوم التنفيذي رقم 14-99 المحدد لنموذج الملكية المشتركة المطبقة في مجال الترقية العقارية¹.

وجاء المشرع الجزائري بتعريف للملكية المشتركة في نص المادة 743 من القانون المدني على أنها " الملكية المشتركة هي الحالة القانونية التي يكون عليها العقار المبني أو مجموعة العقارات المبنية والتي تكون ملكيتها مقسمة حصص بين عدة أشخاص تشتمل كل واحدة منها على جزء خاص ونصيب في الأجزاء المشتركة"، من هذا التعريف يتضح أن الملكية المشتركة تتعلق بالبناء كامل الإنجاز، لذا فهي نظام قانوني معد لتسيير العقار المشاع في أجزاء منه بين مجموعة الملاك والخالص في أجزاء أخرى لكل مالك على حده.²

الملاحظ على ما جاء في تعريف الملكية المشتركة من قبل المشرع أنه أشار إلى الوضعية القانونية التي يكون فيها مالكي العقارات أو ساكنيها حيث يتمتعون بنفس الصلاحيات في استغلال الأجزاء المشتركة بينهم، وكذا المساواة في الأجزاء الخاصة.

ولقد عرفت المادة 745 من القانون المدني الجزائري الأجزاء المشتركة كما يلي: " تعتبر أجزاء مشتركة أجزاء العقارات المبنية وغير المبنية التي يملكها على الشيوع كافة الملاك المشتركين بالنسبة لنصيب كل واحد منهم في كل حصة لاستعمال أو منفعة جميع الملاكين أو لأكثر عدد منهم وتعد أجزاء مشتركة"³

¹ ج، العدد 14 المؤرخة بتاريخ 04-03-2014.

² ريمان حسينة، المسؤولية العقدية في مجال الترقية العقارية على ضوء القانون 11-04، مرجع سابق، ص 253.

³ ولقد بين المشرع أنواع الأجزاء المشتركة ضمن المادة 745 كما يلي :

- الأرض والأبنية والبساتين والجنائن، والمداخل.
- الجدران الأساسية في البناء، وأدوات التجهيز المشتركة بما فيها أجزاء الأنابيب التابعة لها والتي تمر على المحلات الخاصة.

- الخزائن وغلانف ورؤوس المداخل المعدة للاستعمال المشترك.

- الرواق الخارجي، والدرابيز والأسطح ولو خصصت كلها أو بعضها للاستعمال الخاص من طرف شريك واحد.

وهو نفس ماورد في المرسوم التنفيذي 14-99 في الباب الثاني منه، غير أنه خلافا لما جاء في القواعد العامة فقد صنف هذه الأجزاء إلى ثلاث أصناف على أساس الشخص المستعمل لهذه الملكية سواء كان الاستعمال على الملاك أو على كل السكان أو كليهما إضافة للزوار، وحددت مشتملات كل صنف من هذه الأصناف.¹

كما عرفت المادة 744 من القانون المدني الأجزاء الخاصة بقولها: "تعتبر أجزاء خاصة، أجزاء العقارات المبنية أو غير المبنية والمملوكة بالتقسيم لكل واحد من الملاك الشركاء بغرض الاستعمال الشخصي والخاص وتعد أجزاء خاصة"²

وبنفس المعنى عرفت في الباب الثاني من المرسوم التنفيذي 14-99 غير أنها وسعت مجال هذه الأجزاء وحددت أهمها ولم تحصرها بخلاف نص المادة المذكور أعلاه حيث نصت: "الأجزاء الخاصة هي الأجزاء التي يملكها مقسمة كل شريك في الملكية والمخصصة له دون غيره، أي المحلات التي تشملها حصته أو حصصه مع جميع التابعة له".

- المحلات المستعملة للمصالح المشتركة.
- القاعات الكبرى وممرات الدخول والدرج والمصاعد.
- ¹ المرسوم التنفيذي 14-99، الباب الثاني، ص 20.
- ² ولقد بين المشرع الجزائري الأجزاء الخاصة من خلال نص المادة 744 كما يلي :
- كل من تبليط الأرض والأرضية والتغطية.
- الأسقف والأحواش باستثناء الجدران الأساسية في البناء.
- الحواجز الداخلية وأبوابها.
- أبواب المساطح والنوافذ والأبواب النافذة ومغلق الشبابيك والمصارح أو الستائر وتوابعها.
- قضبان النوافذ والدرابيز الحديدية للشرفات.
- الطلاء الداخلي للحيطان والحواجز مهما كانت.
- الأنايبب الداخلية، ومنحنيات التوصيل الخاصة بالأجهزة من مجموع الحنفيات واللوازم المتصلة بها.
- إطار وأعلى المداخن ولمخازن، والخزائن المموهة.
- الأدوات الصحية للحمامات والمغسلة والمرحاض.
- أدوات المطبخ.
- الأدوات الخاصة للتدفئة والماء الساخن التي يمكن أن توجد داخل المحل الخاص....

ألزم المشرع المرقى العقاري (المحترف) بإعداد و وضع الوسائل وأجهزة تسيير الأملاك العقارية المقترحة للتنازل عنها، إلى جانب إعداد نظام الملكية المشتركة، وكذا ضمان أو السعي لضمان إدارة هذه الأملاك خلال مدة سنتين ابتداء من بيع آخر جزء من البناية المعنية والعمل خلال المدة المذكورة أعلاه على تنظيم تحويل هذه الإدارة إلى الأجهزة المنبثقة عن المقتنين أو الأشخاص المعينين من قبلهم¹، فيتجلى هذا الضمان في عقد البيع على التصاميم في شقين أساسيين، الشق الأول يبرز في إدارة الأملاك العقارية من قبل المرقى العقاري أما الشق الثاني يتعلق بتحويل الملكية المشتركة من قبل المرقى العقاري إلى هيئات تسيير الملكية المشتركة.

أ: إدارة الأملاك المشتركة من قبل المرقى العقاري

وفقا لنص المادة 62 فقرة 01 من القانون 04-11 التي نصت على ضرورة تولي المرقى العقاري دون غيره بإدارة الأملاك العقارية التي أنجزها، والتي جاء فيها: " يلتزم المرقى العقاري بضمان أو الأمر بضمان إدارة الأملاك لمدة سنتين (02) من تاريخ بيع الجزء الأخير من البناية المعنية"²، الملاحظ أن المشرع الجزائري حصر تسيير إدارة الملكية المشتركة للملك العقاري موضوع عقد البيع على التصاميم في المرقى العقاري دون سواه أو من طرف شخص يتم تعيينه من قبله، بشكل مؤقت لمدة سنتين ابتداء من تاريخ التسليم النهائي لآخر عقار منجز، والهدف من ذلك هو مطالبة مقتني العقار المرقى العقاري بالضمانات المنصوص عليها في بنود العقد وكذا التسيير الجيد لنظام الملكية المشتركة المعد من قبله وفق الجداول الوصفية والتصاميم المتفق عليها لأنه الشخص الوحيد المدرك بتفاصيل العقار المنجز.

¹ القانون رقم 04-11 الذي يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، السابق الذكر والمادة 06 من المرسوم التنفيذي رقم 99.14 المتعلق بنظام الملكية المشتركة ، السابق الذكر .
القانون رقم 04-11 الذي يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية ، السابق الذكر.

إن إدارة وتسيير الأملاك المشتركة تستدعي وجود وسائل كفيلة بإدارة هذه الأجزاء التي تعتبر ملكا على الشيوع لكل الملاك، الذين تنشأ بينهم رابطة بقوة القانون مشتركين في إدارة هذه الأجزاء¹، لذا يجب خصيصا على المرقي العقاري توضيح الأعباء والواجبات التي يلتزم بها المقتنون عند الاكتتاب في عقد البيع على التصاميم²، كما يجب عليه القيام بإعداد ووضع الأدوات وأجهزة التسيير الخاصة بهذه الأملاك من أجل التكفل الحسن بإدارتها إلى غاية تحويل هذه المهمة إلى المسؤولين الجدد المنبثقين من الملاك أنفسهم أو ممن يعينهم هؤلاء، وإن كان يشكل هذا الضمان عبئا إضافيا للمرقي العقاري إلا أنه يحقق له فائدة تتمثل في المحافظة على سمعته واسمه من خلال سعيه للحفاظ على الأملاك المنجزة من طرفه³.

ب: تحويل إدارة الملكية المشتركة من المرقي العقاري إلى هيئات تسيير الملكية المشتركة

نص المشرع الجزائري على ضرورة تحويل إدارة وتسيير الملكية المشتركة من قبل المرقي العقاري إلى الأجهزة المنبثقة عن المقتنين أو الأشخاص المعيّنين من طرفهم بعد إنقضاء الأجل المحدد قانونا⁴ وهو ما أكد عليه أيضا في نص المادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 14-99 بقولها: "يتعين على المرقي العقاري العمل على تحويل هذه الإدارة إلى الأجهزة التي وضعها أو عينها المقتنون"، وتتمثل الأجهزة المنبثقة في الجمعية العامة والمتصرف⁵، فيحرص المرقي العقاري على ضمان الإدارة والتسيير الحسن للملكية المشتركة

¹ نجيب بولنوار، أسماء سعيدان، ضمانات تحقيق الأمان القانوني للمقتني بعد تسليمه البناية في عقد البيع على التصاميم، مجلة الأمن الإنساني المجلد 06، العدد 01، جانفي 2021، ص 1332.

² أنظر المادة 61 من القانون رقم 11-04 والمادة 05 من المرسوم التنفيذي 14/99 المتضمن نظام الملكية المشتركة، السابق الذكر.

³ نجيب بولنوار، أسماء سعيدان، مرجع سابق، ص 1333.

⁴ أنظر المادة 62 الفقرة 02 من القانون رقم 11-04، السابق الذكر.

⁵ الجمعية العامة هي مجموعة من الشركاء في الملك أو الشاغلين له تتمتع بالشخصية المعنوية وأهلية التقاضي وهي ذات طبيعة مدنية ويكفي وجود شريكين في الملك على الأقل لتشكيلها وتنتهي في حالة إمتلاك البناية من شخص واحد، أما ما يتعلق بإنعقادها تجتمع وجوبا مرة واحدة في السنة على الأقل ويمكن استدعاؤها في حالات الضرورة وقد بين المشرع حالات الاستدعاء وكيفية سيرها وشروط قراراتها في المرسوم التنفيذي 14-99.

للمجمع العقاري الى غاية تحويله الى الجمعية العامة، ولقد ربط المشرع الجزائري الأجل القانوني للتحويل بالاجتماع الأول لها بعد استدعائها من قبل الهيئات المشتركة في الملك فنتولى إدارة وتسيير البناية والأجزاء المشتركة قصد وضع الأجهزة المنظمة لها ، وذلك إبتداء من بيع الجزء الأخير المكون للبناية أو مجموع البنايات، أما فترة انتهاء تسيير الملكية المشتركة للبنايات محل عقد البيع على التصاميم من قبل المرقى العقاري يتم بناء على طلب أغلب المستهلكين بعد الاستدعاء المسبق لهم من طرف الجمعية العامة لاستحداث الأجهزة العادية للملكية المشتركة ، ويتم إبلاغه بانتهائها بموجب رسالة موصى عليها من قبل المتصرف ، كما نص المشرع الجزائري على وجوبية تسليم المرقى العقاري للحسابات والوثائق والمستندات التي في حوزته والمتعلقة بتسيير البناية وفقا لمحضر التسليم والتسيير الموقع من طرفه وبوجود المتصرف الذي تم إنتخابه من قبل المستهلكين¹.

- المتصرف هو الممثل القانوني للجمعية العامة يتم تعيينه من قبل الجمعية بأغلبية الأعضاء وقد تعرض المشرع الجزائري لشروط تعيينه وحالات عزله في القانون المدني أنظر المواد 751 إلى 756 من القانون المدني، أما ما يتعلق بالمهام الموكلة اليه في عقد البيع على التصاميم فهي العمل على تنفيذ قرارات الجمعية العامة وإدارة البناية والسهر على حراسة وصيانة ونظافة البناية وكذا توظيف البوابين والمستخدمين المكلفين بالصيانة إلى غير ذلك من المهام أنظر المرسوم 14-99 .

¹المرسوم التنفيذي رقم 14-99 المتضمن نظام الملكية المشتركة ،السابق الذكر.

الفصل الثاني

الأليات الرقابية لعقد البيع على

التصاميم

الفصل الثاني

الآليات الرقابية لعقد البيع على التصاميم

الهدف الأساسي للمشرع الجزائري من سن القوانين هو توفير الحماية للمصلحة الخاصة والعامة ، ولتكريس هذه الحماية خصوصا في المعاملات التعاقدية اليومية بين أفرادها سواء أكانوا أشخاص طبيعيين أو معنويين ، عمل المشرع على وضع آليات من شأنها التصدي لكل التجاوزات التي تطل جل العقود خاصة في مجال الإستهلاك الذي يعد الركيزة الأساسية التي تقوم عليها المعاملات والعلاقات اليومية، فالمستهلك العقاري الذي يرغب في اقتناء منتج عقاري بناء على البيع على التصاميم ، والذي لا يملك من الخبرة والدراية الكافية التي يمتاز بها بائع المنتج يجعله يقع في نزاعات كثيرة تتعلق خصوصا حول البنود يضعها هذا الأخير التي لا مجال للشك أنها تحمل طابع التعسف من منطلق الضعف المعرفي الذي يعاني منه المستهلك العقاري عموما ، لذا أردنا في هذا الفصل التفصيل في الآليات الرقابية التي تلعب دورا فعالا سواء في الكشف عن الشرط التعسفي أو التصدي له من خلال الإستعانة بالرقابة العامة التي تعمل مصالحها لمحاربة التجاوزات التي يقوم بها المرقى، وأيضا النظر في الرقابة الخاصة من خلال هيئاتها التي لها دور إلزامي في حماية المستهلك لكونها تدخل كطرف في العقد سواء بصفة صريحة أو ضمنية . لذا تم تقسيم هذا الفصل الى مبحثين الأول تناولنا فيه الرقابة العامة أما المبحث الثاني تطرقنا الى الرقابة الخاصة.

المبحث الأول

الرقابة العامة

لا تقل هذه الهيئات أهمية عن الضمانات الأخرى في السهر على إحترام حقوق المستهلك ومصالحه المختلفة خاصة إزاء الشروط المجحفة، وتعتبر الرقابة العامة التي تمارسها هذه الهيئات سواء أكانت إدارية او تنتمي الى المجتمع المدني من السبل الناجعة التي يسعى المشرع الجزائري من خلالها لإسقاط الطابع التعسفي لبنود عقد البيع على التصاميم، ومن بين أهم هذه الهيئات هي لجنة البنود التعسفية والمجلس الوطني لحماية المستهلكين اللذان يهدفان بصفة مستمرة الى مراقبة نماذج العقود المعدة أثناء الممارسات التعاقدية، كما أن الدور الذي تمارسه جمعيات حماية المستهلك جعل مساهمتها في إبراز التعسف بصورة كبيرة ومنشترية، لذا تم التفصيل في هذه الرقابة من خلال تقسيمه الى مطلبين الأول تمت عنونته تحت دور الهيئات الإدارية أما المطلب الثاني تم التطرق فيه الى جمعيات حماية المستهلك

المطلب الأول

رقابة الهيئات الإدارية

إن إختلال التوازن بين إلتزامات أطراف العلاقة التعاقدية الإستهلاكية، جعلت من المشرع الجزائري يبحث عن إعادة تحقيق توازنها خاصة ما يتعلق ببنود العقد، لذا أنشأ لجنة البنود التعسفية والمجلس الوطني لحماية المستهلكين اللذان يعدنا من هيئات الرقابة القانونية الإدارية ومن أجل تكريس الدور كل واحد منهما في توفير الحماية للمستهلك تم تقسيم هذا المطلب الى فرعين، يتجلى الأول في رقابة لجنة البنود التعسفية أما الفرع الثاني يظهر في رقابة المجلس الوطني لحماية المستهلكين.

الفرع الأول

رقابة لجنة البنود التعسفية

تعد لجنة البنود التعسفية من أهم الهيئات الإدارية التي يلجأ إليها المستهلك في الكشف عن البنود التعسفية التي تبرم في عقود الإستهلاك بينه وبين الأعوان الإقتصاديين، لذا أردنا في هذا الفرع إبراز دورها في عقد البيع على التصاميم من خلال معرفة التنظيم القانوني لها وتفعيل رقابتها على عقد البيع على التصاميم

أولاً: التنظيم القانوني للجنة البنود التعسفية:

نص المشرع الجزائري على إدراج لجنة البنود التعسفية كأهم هيئة إدارية رقابية في مجال الشروط التعسفية إزاء العلاقات التعاقدية المبرمة في شتى أنواع العقود لذا سأتناول تأسيسها وتشكيلتها وسيرها.

أ - تأسيس لجنة البنود التعسفية:

تعرف لجنة البنود التعسفية على أنها: "تنظيم قانوني أوجده المشرع الفرنسي بالإضافة الى الأنظمة القانونية الأخرى القضائية؛ لدعم الحماية المرجوة لمصالح المستهلكين المعرضة للإعتداء من جانب المهنيين الذين يرتبطون مع الأولين بعقود إستهلاك يغلب عليها طابع عقود الإذعان"¹.

أنشأت هذه اللجنة في فرنسا بموجب المادة 36 من القانون الفرنسي رقم 78-23 المتعلق بحماية واعلام المستهلكين بالسلع والخدمات والتي عاد تنظيمها بموجب المواد R534-1 R534-3 بموجب القانون رقم 10-737 و قانون الإجراءات الفرنسي رقم 2016-822 بموجب المادة 4-L822 الى غاية المادة 11-L822 منه .

¹ أحمد أبو زرق، الشروط التعسفية في عقد المعاوضة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم الإسلامية تخصص شريعة وقانون، جامعة الحاج لخضر باتنة، 2013-2014، ص299.

كما تأسست هذه اللجنة في الجزائر من خلال المرسوم التنفيذي رقم 06-306 الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الإقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية في نص المواد 06 الى 16 منه، ولكنه لم يحدد تعريف لها وإنما تطرق الى تنظيمها وتكوينها وكيفية سيرها.

ب: تشكيلة لجنة الشروط التعسفية

تنص المادة 08 من المرسوم التنفيذي رقم 306/06 المؤرخ في 10 سبتمبر 2006 الذي يحدد عناصر العقود المبرمة بين الأعوان الإقتصاديين والبنود التي تعتبر تعسفية¹ على تكوين لجنة البنود التعسفية فنصت على " تتكون اللجنة من الأعضاء الآتي ذكرهم:

- ممثل (1) عن الوزير المكلف بالتجارة، مختص في مجال الممارسات التجارية، رئيسا.
- ممثل (1) عن وزير العدل، مختص في قانون العقود.
- عضو (1) عن مجلس المنافسة.
- متعاملين إقتصاديين (2) عضوين في الغرفة الجزائرية للتجارة والصناعة ومؤهلين في قانون الأعمال والعقود.
- ممثلين (2) عن جمعيات حماية المستهلكين ذات طابع وطني، مؤهلين في مجال قانون الأعمال والعقود.
- يمكن للجنة الإستعانة بأي شخص آخر بوسعه أن يفيدها في أعمالها.

إلا أن هذه المادة عدلت بموجب نص المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 08-44 المعدل والمتمم بالمرسوم 06-306 على أنه: تتكون اللجنة من خمسة أعضاء دائمين وخمسة أعضاء مستخلفين يتوزعون كما يلي: "

¹ المادة 08 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 الذي يحدد عناصر العقود المبرمة بين الأعوان الإقتصاديين والبنود التي تعتبر تعسفية، السابق الذكر .

- ممثلان على الوزير المكلف بالتجارة مختصان في الممارسات التجارية رئيسا،
- ممثلان عن وزير العدل، حافظ الأختام مختصان في قانون العقود.
- ممثلان عن مجلس المنافسة.
- متعاملان اقتصاديان يمثلان الغرفة الوطنية للتجارة والصناعة مؤهلان في قانون الأعمال والعقود
- ممثلان عن جمعيات حماية المستهلكين مؤهلان في قانون الأعمال والعقود.
- يمكن للجنة الإستعانة بأي شخص آخر بوسعه أن يفيدها في أعمالها.
- فحوى التعديل الذي جاء به المشرع الجزائري لتشكيلة اللجنة هو مضاعفة عدد أعضائها وهذا حرصا منه على السير الحسن لها في حال غياب عضو ينوب عنه العضو الآخر وهذا للقيام بمهامها بالشكل القانوني المطلوب وتوفير الحماية القصوى للمستهلكين من خلال اشراكهم فيها.
- ومؤدى هذا أن التشكيلة التي تحدد لجنة البنود التعسفية أنه يمكن لأي شخص تقديم المساعدة لها فيما يخص أعمالها، لذا يمكن الإستعانة بالقضاة العقاريين في مسألة تحديد هذه البنود من خلال قراراتهم بالنسبة لعقد البيع على التصاميم.
- أما طبيعتها القانونية فنصت المادة 06 من المرسوم التنفيذي 306/06 المعدل بالمرسوم التنفيذي رقم 44-08 على أنه: "تنشأ لدى الوزير المكلف بالتجارة لجنة البنود التعسفية ذات طابع استشاري يدعى في صلب النص "اللجنة" ¹ ومرد هذا أن المشرع الجزائري جعل

¹ المادة 06 من المرسوم التنفيذي 44-08

-تأخذ الاستشارة في الواقع شكلين: شكل الاستشارة الاختيارية و توجد في حالة عدم وجود نص يلزم الإرادة بأن تستشير جهة أخرى قبل اتخاذها القرار، و الشكل الثاني الاستشارة الإجبارية تكون في حالة وجود نص يلزم الإدارة بأن تعرف رأي جهة أخرى قبل إتخاذ القرار، و من ثم الإدارة تكون ملزمة باللجوء الى طلب هذه الاستشارة و التي تعتبر إجراء جوهريا في القرار، و بعد إطلاعها على الرأي تكون لها السلطة التقديرية في أن تأخذ به أو تخالفه نقلا عن محمد الصغير بعلي،

نشوء اللجنة من إختصاص وزير التجارة ولذا فهي جهاز إداري إستشاري لا يتمتع بسلطة إصدار القرار وإنما يساهم في التأثير في القرار الصادر عن الوزير الذي له سلطة تقديرية في الأخذ بالرأي الإستشاري أو تركه .

ج - سير اللجنة:

- إخطار اللجنة: أبرز المشرع الجزائري طرق إخطار لجنة البنود التعسفية بالأضرار التي تلحق المستهلك جراء العلاقات التعاقدية التعسفية بموجب نص المادة 11 من المرسوم التنفيذي رقم 06/306 التي جاء فيها مايلي: " يمكن اللجنة أن تخطر من تلقاء نفسها أو أن تخطر من طرف الوزير المكلف بالتجارة ومن طرف كل إدارة وكل جمعية مهنية وكل جمعية حماية المستهلكين أو كل مؤسسة أخرى لها مصلحة في ذلك ". وفحوى هذه المادة بينت وسيلتين أساسيتين للإخطار هما:

الوسيلة الأولى: إخطار لجنة البنود التعسفية من تلقاء نفسها هي القوة التي منحها المشرع الجزائري لأعضائها فيجوز لهم متى تأكدوا من وجود ضرر لحق بالمستهلك من جراء الشروط المجحفة التي يضعها العون الإقتصادي.

أما الوسيلة الثانية: الجهات الإدارية وغير إدارية

- الجهات الإدارية: يتعلق الأمر بالوزير المكلف بالتجارة¹ وبالإدارات على إختلاف أنواعها وكذا بالمؤسسات.

القانون الإداري، دار العلوم للنشر و التوزيع 2013، ص 123. الوزير المكلف بالتجارة يستشير لجنة البنود التعسفية عن طريق الاستشارة الإجبارية ولكن القرار الذي يصدره له السلطة التقديرية بأخذ استشارتها أم لا؛ لأنها لا تتمتع بسلطة اصدار القرار إنما التأثير فيه.

¹ تنص المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم: 02 - 453 المؤرخ في 21 ديسمبر 2002 المحدد لصلاحيات وزير التجارة على: " يمارس وزير التجارة بالإتصال مع الدوائر الوزارية والهيئات المعنية، صلاحياته في ميادين التجارة الخارجية وضبط الأسواق وترقية المنافسة وتنظيم المهن المقننة والنشاطات التجارية وجودة السلع والخدمات والرقابة الإقتصادية وقمع الغش".

- الجهات الإدارية: تبحث وزارة التجارة من خلال مصالحها على ضبط الأضرار التي تلحق بالمستهلك لتمارس دورها في حمايته عن طريق إخطار لجنة البنود التعسفية بكل الشروط المجحفة من خلال ممثليها، كما أجازت أن يتم إخطارها من قبل أي إدارة فهي لم تحصر نوع معين من الإدارات لكنها أكدت على ضرورة وجود مصلحة لها تتعلق بالشروط التعسفية.

كما أجاز المشرع لأي مؤسسة لها مصلحة أن تخطر لجنة البنود التعسفية غير أنه لم يحدد طبيعتها فيمكن ترجيح المؤسسة الإقتصادية والمؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري عن غيرهم من المؤسسات الإدارية والمهنية لأنهما يخضعان الى أحكام القانون التجاري¹.

الجهات غير إدارية: منح المشرع الجزائري أيضا للجمعيات حق إخطار لجنة البنود التعسفية وأبرزها هي الجمعيات المهنية²، وجمعيات حماية المستهلكين التي تهدف الى تحقيق حماية المستهلك خاصة إذا تعلق الأمر بالبنود المجحفة التي تفرض عليه بإعتباره الطرف الضعيف في عقود الإستهلاك عموما.

من خلال تحليلنا لما ورد فان المشرع اتى بالهيئات التي تقوم بالإخطار على سبيل المثال وليس على سبيل الحصر، ومنح صلاحية أكبر للجنة في هذا المجال خاصة أيانها يمكن لها ان تخطر نفسها تلقائيا كمبدأ عام وأساسي وهذا لضمان حسن سير إنجاز أعمالها.

¹أنظر محمد الأمين نويري، النظام القانوني للجنة البنود التعسفية في ظل المرسوم التنفيذي 06-306، مجلة الإجتهد القضائي عدد خاص جامعة محمد خيضر بسكرة أبريل 2020، ص 619 و 620.

-المادة 3 من الأمر رقم 03-03 مؤرخ في 19 يوليو 2003، ج ر، عدد 41 المتعلق بالمنافسة المعدلة بالقانون رقم 08-12 عرفت المؤسسة: " كل شخص طبيعي أو معنوي أيا كانت طبيعته يمارس بصفة دائمة نشاطات الإنتاج أو التوزيع أو الخدمات أو الاستيراد".

- سير اللجنة:

تنص المادة 13 من المرسوم التنفيذي على أنه: " تجتمع اللجنة مرة على الأقل كل ثلاثة (3) أشهر في دورة عادية باستدعاء من رئيسها، ويمكن أن تجتمع في دورة إستثنائية، بمبادرة من رئيسها أو بطلب من نصف أعضائها على الأقل.

يكون الإنعقاد صحيحا بحضور نصف أعضائها على الأقل، ومع ذلك يمكن أن تجتمع بعد ثمانية (8) أيام بصفة صحيحة بعد إستدعاء ثان حتى وإن لم يكتمل النصاب، وتداول مهما كان عدد الأعضاء الحاضرين.

تؤخذ قرارات اللجنة بأغلبية أصوات الحاضرين وفي حالة تعادل الأصوات يكون صوت الرئيس مرجحا ¹

مؤدى هذه المادة أن إنعقاد لجنة البنود التعسفية يتم بالشكل التالي:

- المبدأ العام لاجتماعها هي الدورات العادية والتي تحدث مرة كل ثلاثة أشهر، وذلك بطلب من رئيسها فقط الذي يقوم بإستدعاء أعضائها، أما الاستثناء على المبدأ العام فإن المشرع الجزائري أعطى صلاحية إنعقادها في دورة إستثنائية كلما دعت الضرورة وذلك بطلب من رئيسها أو بطلب من نصف أعضائها.

- يتم الإنعقاد بحضور جميع الأعضاء أو بنصفهم، ولا يمكن لها أن تتعقد بناء على طلب عضوين أو ثلاثة أعضاء فقط، فالمشرع الجزائري حدد النصاب القانوني بصريح العبارة.

- يتم إرسال الإستدعاء الذي يتضمن تاريخ ومكان إنعقاد الاجتماع، وجدول الأعمال لكل عضو من أعضاء لجنة البنود التعسفية بصفة فردية من قبل رئيسها، كما يستلزم أيضا إرفاق جميع المستندات والوثائق المتعلقة بالأعمال ضمن الإستدعاء ¹.

¹ المرسوم التنفيذي رقم 06-306 الذي يحدد عناصر العقود المبرمة بين الأعوان الإقتصاديين والبنود التي تعتبر تعسفية، السابق الذكر .

- المشرع الجزائري لم يحدد طريقة إرسال الإستدعاءات الى أعضاء لجنة البنود التعسفية، لذا يمكن القول أنه أعطى الصلاحية الكاملة لرئيسها حول إستخدام أي وسيلة من الوسائل الإخطار ولكنه نوه الى ضرورة تبليغ الأعضاء بالإجتماع قبل خمسة عشر يوم على الأقل في الدورات العادية أما في الدورات الإستثنائية فقد قلص المدة الى ثمانية أيام.

- أجاز المشرع في حال قصور عدد أعضاء اللجنة يوم إجتماعها أن يتم تأجيلها ويحرر محضر بذلك، على أن تجتمع من جديد بعد ثمانية أيام (08) بإستدعاء ثاني حتى ولو لم يكتمل النصاب القانوني للأعضاء ويتم التداول بينهم مهما كان عددهم، كما نوه الى إستبدال العضو في حال إثبات الغياب المستمر عن إجتماعات اللجنة بنفس الإجراءات².

- إصدار القرار

يتم اخذ القرارات من قبل لجنة البنود التعسفية بأغلبية أصوات اعضائها الحاضرين سواء اكتمل عددهم أو بنصفهم وفي حالة تعادل الاصوات يتم ترجيح صوت الرئيس، أما فيما يتعلق بالمداولات التي تقوم بها فإنها تتوج بمحاضر مؤرخة ومرقمة وموقعة من رئيس اللجنة³، كما منع أي عضو من المشاركة في المداولة عن مسألة تكون له مصلحة فيها أو أن يكون بينه وبين أطرافها صلة قرابة الى الدرجة الرابعة أو أن يمثل أحد الأطراف المعنية⁴.

ثانيا: تقييم دور لجنة الشروط التعسفية.

يتم إبراز دور اللجنة من خلال الإختصاصات التي منحها لها المشرع في الجزء الأول منه أما في الجزء الثاني يتم التطرق الى التوصيات الصادرة من قبلها ومدى أثرها القانوني.

¹ المادة 14 من المرسوم التنفيذي 06-306 الذي يحدد عناصر العقود المبرمة بين الأعوان الإقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية ، السابق الذكر.

² المادة 10 من نفس المرسوم التنفيذي، السابق الذكر.

³ المادة 15 من المرسوم التنفيذي 06-306 السابق الذكر.

⁴ المادة 16 من المرسوم التنفيذي 06-306 السابق الذكر.

أ- إختصاصات لجنة الشرط التعسفية

تطرق المشرع الجزائري الى اختصاصات لجنة البنود التعسفية وفقا لنص المادة 07 من المرسوم التنفيذي رقم 06- 306 والتي جاء فيها ما يلي: " تكلف اللجنة، لاسيما بالمهام التالية:

- تبحث في كل العقود المطبقة من طرف الأعوان الإقتصاديين على المستهلكين والبنود ذات الطابع التعسفي كما تصيغ توصيات تبلغ الى الوزير المكلف بالتجارة والمؤسسات الصغيرة

- يمكن أن تقوم بكل دراسة و /أو خبرة متعلقة بكيفية تطبيق العقود تجاه المستهلكين،
- يمكنها مباشرة كل عمل آخر يدخل في مجال اختصاصها ."

فحوى هذه المادة أن المشرع الجزائري ركز على المهام المنوطة للجنة البنود التعسفية التي تعمل على البحث في كل العقود المطبقة من طرف المهنيين والمستهلكين والبنود ذات الطابع التعسفي، كما تصيغ توصيات يتم تبليغها الى الوزير المكلف بالتجارة والمؤسسات المعنية، إضافة الى إمكانية قيامها بكل دراسة أو خبرة متعلقة بكيفية تطبيق العقود تجاه المستهلكين وزيادة على ذلك يمكنها مباشرة كل عمل آخر يدخل في مجال إختصاصها، ونشر أرائها وكل المعلومات المفيدة بكل الوسائل الملائمة. ومن منطلق أن المشرع الجزائري إشتراط على المرقي العقاري ضرورة اكتسابه صفة التاجر فهو ينتمي الى صفة الأعوان الإقتصاديين، فعقد البيع على التصاميم الذي يبرمه مع المستهلكين يخضع لرقابة لجنة البنود التعسفية خاصة في حال إثبات طابع التعسف فيه.

أما ما يتعلق بإعداد تقرير حول نشاطها فهي تعده كل سنة ويتم تبليغه الى الوزير المكلف بالتجارة على أن ينشر كليا أو جزء منه بكل طرق النشر المناسبة¹.

¹ المادة 12 من المرسوم التنفيذي رقم 06- 306 السابق الذكر.

وبالنظر الى الإختصاصات التي جاء بها التشريع الجزائري ضمن المادة السالفة الذكر نرى أنها تشبه مهام لجنة البنود التعسفية التي وردت ضمن نص المادة 132 الفقرة 6/5/4/1 من قانون الإستهلاك الفرنسي رقم 93 / 1993/649 وهي كالتالي: (إبداء الرأي حول مشروعات النصوص التشريعية بالشروط التعسفية، إصدار توصيات تتعلق بالشروط التعسفية، تقديم المشورة بناء على طلب القضاء، نشر تقرير سنوي عن نشاطها)

2- الأثر القانوني لقرارات لجنة الشروط التعسفية

تقوم لجنة البنود التعسفية في حال العثور على الشروط المجحفة في عقد البيع على التصاميم بإصدار توصيات حولها ويتم تبليغها الى الوزير المكلف بالتجارة والمؤسسات المعنية بذلك، أما ما يتعلق بنشر هذه التوصيات فبالرجوع الى نص المادة 12 من المرسوم التنفيذي رقم 06 - 306¹ نجد أن المشرع الجزائري منح القوة القانونية للجنة البنود التعسفية من خلال نشر توصياتها بجميع الطرق المناسبة لذلك، فعمل على إدراج توصيات اللجنة كدليل مرجعي بالنسبة للجهات المكلفة بحماية المستهلك وذلك من خلال التقارير التي تعدها وترسلها الى الوزير المكلف بالتجارة².

رغم أن للجنة الشروط التعسفية العديد من الإيجابيات في دراسة نماذج العقود وصياغتها على المستهلك ألا أن الفقه أنكر على القانون الذي أنشأ لجنة مقاومة الشروط التعسفية تقديم أي حماية للمستهلك في مرحلة إبرام العقد من الناحية العملية.

ورغم نجاعة هذه اللجنة فعليا في التشريع الجزائري إلا أن التوصيات والتقارير التي تصدرها لم يتم تفعيلها على أرض الواقع فلم نلاحظ أي جهة من الجهات القضائية العليا إعتمدت توصياتها في قراراتها وهذا ما يؤكد الطابع الاستشاري لها فلا تحوز هذه التوصيات

¹ تنص المادة 12 من المرسوم التنفيذي رقم 06 - 306 على أنه: " تنشر اللجنة آراءها وتوصياتها بكل الوسائل الملائمة.

² المادة 12 الفقرة 03 من المرسوم التنفيذي رقم 06 - 306 على أنه: " تقوم بإعداد تقرير سنوي عن نشاطها العام يبلغ الى الوزير المكلف بالتجارة، و ينشر كليا أو جزئيا بأي وسيلة ملائمة".

والتقارير الحجية القانونية لعدم الأخذ بها يجعل الأثر القانوني لها غير مرتب في ذمة أطراف العلاقة التعاقدية، على عكس القضاء الفرنسي الذي أصبح يأخذ بآرائها لتحديد الطابع التعسفي لأي شرط متنازع فيه.

فالتوصيات التي تصدرها اللجنة بخصوص عقود البيع على التصاميم هي مجرد تقارير إستشارية لا تتمتع بطابع الإلزامية ما يتعين على المشرع بتفعيل دورها الإستشاري الى الطابع الإلزامي خاصة إذا تعلق الأمر بحماية المستهلك العقاري من تجاوزات المرقى.

الفرع الثاني

رقابة المجلس الوطني لحماية المستهلكين

تعد ثاني رقابة أشار إليها المشرع الجزائري ضمن هيئات حماية المستهلك، ونحن عمدنا إليها على غيرها من الهيئات لأن المستهلك في عقد البيع على التصاميم يطالب بحمايته من التجاوزات التي يقوم بها المرقى العقاري خاصة أنها تدافع عن مصالح جميع المستهلكين بدون استثناء، وسنتطرق في هذا الفرع الى التنظيم القانوني للمجلس الوطني ثم الى دوره الرقابي.

أولاً: التنظيم القانوني للمجلس الوطني لحماية المستهلكين

يعد المجلس الوطني لحماية المستهلكين من الأجهزة الإستشارية التي نص عليها التشريع الجزائري لذا نحاول أن نسلط الضوء في هذه الفقرة على تأسيس المجلس وسيره

1- تأسيس المجلس الوطني لحماية المستهلكين

تنص المادة 24 من القانون 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش على ما يلي: " ينشأ مجلس وطني لحماية المستهلكين، يقوم بإبداء الرأي واقتراح التدابير التي تساهم في تطوير وترقية سياسات حماية المستهلك"¹.

¹ وهي نفس المادة المنصوص عليها في القانون الملغى رقم 89-02 المؤرخ في 07 فبراير 1989 المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك.

وبموجب المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 12-355 المؤرخ في 02 أكتوبر المحدد لتشكيلة المجلس الوطني لحماية المستهلكين واختصاصاته، فإن المجلس الوطني لحماية المستهلكين هو جهاز استشاري في مجال حماية المستهلكين ويكلف بإبداء آرائه وإقتراح تدابير من شأنها تحسين سياسة حماية المستهلك.

فمناط هذه المادة أنها جاءت بالمجلس الوطني لحماية المستهلكين كجهاز استشاري له صلاحية إبداء الآراء التي وسعت من مجالاتها رغم أنها لم تمنحها طابع الإلزامية مما يضعف الدور الذي يقوم به.

2-تشكيلة المجلس الوطني لحماية المستهلكين

أشار المشرع الجزائري الى تشكيلة المجلس الوطني لحماية المستهلكين ضمن نص المادة 03 من المرسوم التنفيذي رقم 12-355 التي جاء فيها مايلي: يتكون المجلس من ممثل واحد (1) عن:

أ- بعنوان الوزارات: الداخلية والجماعات المحلية، الموارد المائية، الفلاحة والتنمية الريفية، الصحة والسكان وإصلاح المستشفيات، الصناعة والمؤسسات الصغيرة والمتوسطة وترقية الإستثمار، الإتصال والصيد البحري والموارد الصيدية، الطاقة والمناجم، التضامن الوطني والأسرة.

ب - بعنوان الهيئات والمؤسسات العمومية:

المركز الجزائري لمراقبة النوعية والرزق، المعهد الوطني للطب البيطري، المركز الوطني لعلم السموم، المعهد الوطني للصحة العمومية، المعهد الوطني لحماية النباتات، المعهد الجزائري للتقييس، المعهد الوطني للملكية الصناعية، الديوان الوطني للقياسة القانونية، الغرفة الجزائرية للتجارة والصناعة، الغرفة الوطنية للفلاحة.

ج -بعنوان الحركة الجمعوية: عن كل جمعية حماية المستهلكين المؤسسة قانونا.

د - بعنوان الشخصيات الخبيرة: خمسة (05) خبراء في مجال حماية المستهلكين وأمن وجودة المنتوجات، يختارهم الوزير المكلف بالتجارة.

وما تمتاز به هذه التشكيلة عن ما أدرجه المشرع الجزائري في القانون السابق الملغى¹ أنها أضافت ممثلين عن قطاعات جديدة تربطها بالمستهلك علاقة قوية ومرد هذا العمل على توفير الحماية القصوى له جراء الأضرار التي قد تلحقه، فالمشرع قام بإلغاء تمثيل الجمعيات المهنية ضمن التشكيلة الجديدة للمجلس، كما وسع من تمثيل جمعيات حماية المستهلكين لتشمل ممثلا عن كل جمعية بغض النظر عن طابعها سواء كان محليا أو ولائيا، والملاحظ على المشرع أنه قام بتقليص عدد الخبراء الى خمسة فقط على عكس ما كان معمول به في القانون السابق الملغى.

كما أجاز المشرع الجزائري للمجلس الوطني لحماية المستهلكين أن يستعين بأي شخص طبيعي أو معنوي يمكنه أن يساهم في أعماله نظرا لمؤهلاته التي يحتاجها في إطار نشاطاته وهذا بطلب من رئيسه أو من أغلبية أعضائه.

حرص المشرع الجزائري على تعيين أعضاء المجلس بقرار من الوزير المكلف بحماية المستهلك وهذا ما ورد في نص المادة 04 من المرسوم التنفيذي رقم 12-355² والتي جاء

¹ المادة 04 من المرسوم التنفيذي 272/92 التي حددت تشكيلة المجلس الوطني لحماية المستهلكين كما يلي: الوزير المكلف بالنوعية، العمل، الصحة، الصناعة، الفلاحة، البيئة، الداخلية، العدل، البريد و المواصلات، النقل، التربية، المالية، مدير المركز الجهوي لمراقبة النوعية و الرزم و المدير العام للمعهد الجزائري لضبط المقاييس و الملكية الصناعية، و المدير العام للغرفة الوطنية للتجارة و من 07 ممثلين لجمعيات المستهلكين مؤسسة قانونيا و ذات صبغة تمثيلية و من 07 خبراء مؤهلين في ميدان نوعية المنتجات و الخدمات يختارهم الوزير المكلف بالنوعية.

-أكد الدكتور بودالي على أنه كلما كانت تشكيلة المجلس الوطني لحماية المستهلكين موسعة لا تساعده في أداء وظيفته كما أن مهامه الإستشارية التي تقتصر على إبداء الرأي تضعف من دوره نقلا عن محمد بودالي، حماية المستهلك في القانون المقارن، مرجع سابق، ص52.

² المادة 4 من المرسوم التنفيذي رقم 12 - 355 ، السابق الذكر .

فيها: "يعين أعضاء المجلس بموجب قرار من الوزير المكلف بحماية المستهلك لمدة (5) سنوات قابلة للتجديد بناء على إقتراح من السلطة أو الجمعية التابعين لها".

يستشف من نص هذه المادة أن تعيين الأعضاء يتم بقرار من الوزير المكلف بحماية المستهلك وأن مدة التعيين 5 سنوات قابلة للتجديد؛ إلا أن المشرع لم يوضح عدد مرات التجديد غير أنه بين أن التعيين يتم وفق إقتراح من السلطة أو الجمعية التابعين لها.

3- سير المجلس الوطني لحماية المستهلكين

ينعقد المجلس بدورتين في السنة بناء طلب رئيسه، وأجاز المشرع الجزائري إنعقاده في الدورات غير عادية كلما استدعت الضرورة لذلك إما بطلب من رئيسه أو بطلب ثلثي (3/2) أعضائه وهذا وفقا لنص المادة 17 من المرسوم التنفيذي رقم 12-355¹، فالمشرع قلص عدد الدورات التي كانت اربعة في المرسوم التنفيذي السابق الملغى²

لا تصح إجتماعات المجلس إلا بحضور ثلثي (3/2) أعضائه، وإذا لم يكتمل النصاب يتم إستدعاء أعضاء المجلس لاجتماع جديد، يجب أن ينعقد في أجل أقصاه خمسة عشر (15) يوما وفي هذه الحالة يصح إجتماع المجلس مهما كان عدد الحاضرين³، كما يصادق على اقتراحات المجلس وأرائه بأغلبية أصوات الأعضاء الحاضرين وفي حالة تساوي عدد الأصوات يكون صوت الرئيس مرجحا كما تدون إجتماعات المجلس في محاضر وتسجل في سجل خاص مرقم ومؤشر عليه من طرف الرئيس⁴.

يقوم المجلس بإعداد تقرير سنوي عند نهاية كل سنة، في أجل أقصاه نهاية شهر يناير من السنة الموالية، ويرسله الى الوزير المكلف بحماية المستهلك⁵، كما تدون الأراء

¹ المادة 17 من المرسوم التنفيذي رقم 12-355، السابق الذكر.

² المرسوم التنفيذي رقم 92-277،

³ المادة 18 من المرسوم التنفيذي رقم 12-355، السابق الذكر.

⁴ المادة 19 من المرسوم التنفيذي رقم 12-355، السابق الذكر.

⁵ المادة 02/08 من المرسوم التنفيذي رقم 12-355، السابق الذكر.

والإقتراحات والتقارير السنوي في السجل الخاص بعد موافقة المجلس، ويمكن أن تنتشر في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية وفي كل منشور آخر، بعد أخذ رأي الوزير المكلف بحماية المستهلك¹ ومرد هذا أن المشرع الجزائري الزم طلب رأي الوزير المكلف بحماية المستهلك في مسألة النشر غير أنه ترك السلطة التقديرية للأخذ به للمجلس.

ثانيا: دور المجلس الوطني لحماية المستهلكين:

رغم أن المشرع الجزائري ألغى المرسوم التنفيذي رقم 277/92 المتعلق بالمجلس الوطني لحماية المستهلكين إلا أنه أبقى على دوره كهيئة حكومية إستشارية تعمل على إبداء آرائها غير الملزمة في المجالات المتعلقة حول البرامج السنوية لمراقبة الجودة وقمع الغش، وكذا في المسائل المتعلقة بالوقاية من الأخطار التي يمكن أن تتسبب فيها المنتجات المعروضة في السوق وتحسينها من أجل حماية صحة المستهلكين ومصالحهم المادية والمعنوية، ويعمل على إقتراح مشاريع القوانين والتنظيمات التي يمكن أن يكون لها تأثير على الإستهلاك وكذا على شروط تطبيقها، ويساهم في رسم التدابير الوقائية لضبط السوق وكذا إتخاذ تدابير وآليات حماية القدرة الشرائية للمستهلكين².

فالدور الذي يقوم به المجلس يتجلى أساسا في إبداء برأيه فيما يخص الأعمال المتعلقة بإعلام المستهلكين وتوعيتهم، كما يعمل على إجراء تجارب المقارنة تتعلق بالمنتجات ونشر نتائجها عن طريق المجالات المخصصة لذلك وكذا وسائل الإعلام من إذاعة وتلفزيون.

أما ما يتعلق بالدور الذي يلعبه المجلس الوطني لحماية المستهلك العقاري هو إعلامه في مجال المنتجات العقارية وجودها من عدمها كالعامل على نشر بيانات ومعلومات تتعلق بوثيرة الإنجاز، وسرعة المؤسسات العقارية في إنجاز المشاريع، كما يمكنه أن يتدخل من خلال خبرائه في فحص البناءات قيد الإنجاز، رغم التعداد الكبير لتشكيلة المجلس إلا أننا لم نلاحظ وجود ممثل عن وزارة السكن والعمران، إلا أن المشرع الجزائري فتح المجال للمجلس الوطني لحماية المستهلكين بالإستعانة بأي شخص حماية المستهلك.

¹ المادة 20 من المرسوم التنفيذي رقم 12-355، السابق الذكر.

² المادة 22 من المرسوم التنفيذي رقم 12-355، السابق الذكر.

ننوه فقط الى غاية الآن لم يتم تتصيب المجلس الوطني لحماية المستهلكين فعليا رغم أن المشرع الجزائري جسده عبر القوانين المنظمة له.

المطلب الثاني

جمعيات حماية المستهلك

تعد جمعيات حماية المستهلك من الآليات الفعالة في الجزائر التي تسعى الى حماية المستهلك بدرجة الأولى فرغم الأهداف التي تسعى لتحقيقها كجهاز تطوعي إلا أنها تساهم بشكل كبير في إبراز الممارسات التعاقدية التعسفية بين الأعوان الإقتصاديين وبين المستهلكين التي تعتري عقود الاستهلاك عموما وذلك بناء على الضعف الذي يعانون منه حين إبرام العقود، لذا أردنا تفصيل هذا بتقسيم المطلب الى فرعين الأول يحمل عنوان الأساس القانوني والفرع الثاني يحمل عنوان دور جمعيات حماية المستهلك.

الفرع الأول

تأسيس جمعيات حماية المستهلك

من منطلق أن حق إنشاء الجمعيات مكفول دستوريا بموجب نص المادة 43 من دستور 196¹ أردنا التطرق تعريف جميات حماية المستهلك من الجانبين الفقهي والتشريعي ثم تأسيسها.

أولاً: تعريف جمعيات حماية المستهلك

تعتبر من أبرز الجمعيات المختصة في حماية المستهلكين خاصة ما يتعلق بالعقود الاستهلاكية ، لذا لابد من التطرق الى التعريف التشريعي لها ثم تعريف الفقهاء لها .

¹ المادة 43 من الدستور 96.

أ- التعريف القانوني لجمعيات حماية المستهلكين

نص المشرع الجزائري بموجب المادة الثانية من القانون 12 - 06 بأنها: " تجمع أشخاص طبيعيين و/ أو معنويين على أساس تعاقدية لمدة محدودة أو غير محدودة، ويشترك هؤلاء الأشخاص في تسخير معارفهم ووسائلهم تطوعا ولغرض غير مريح من أجل ترقية الأنشطة و تشجيعها، لاسيما في المجال المهني و الاجتماعي و العلمي و الديني و التربوي والثقافي والرياضي والبيئي والخيري والإنساني، ويجب أن يندرج موضوع نشاطاتها وأهدافها ضمن الصالح العام، وأن لا يكون مخالفا للثوابت والقيم والآداب العامة، وأحكام القوانين والتنظيمات المعمول بها"¹

أما بالنسبة إلى القانون رقم 09- 03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش نجد أنه تطرق الى تعريفها من خلال الفصل السابع المعنون ب: " جمعيات حماية المستهلك، في المادة 21 منه التي نصت على أنه: " جمعية حماية المستهلكين هي كل جمعية منشأة طبقا للقانون تهدف الى ضمان حماية المستهلك من خلال اعلامه وتحسيسه وتوجيهه وتمثيله"². مؤدى هذه المادة أن المشرع الجزائري أبرز الهدف الرئيسي من وراء انشاء الجمعية وكذا طرق حماية المستهلك إلا انه لم يحدد مفهومها.

وتعرف جمعية حماية المستهلك بأنها إحدى مؤسسات المجتمع المدني ولها أهمية كبرى لكونها تقدم خدمات لجمهور المستهلكين، لتوفير لهم الحماية اللازمة عن طريق توعيتهم واستقبال شكواهم والتحقق فيها ومتابعتها لدى الجهات المختصة³.

¹ القانون رقم 12-06 المؤرخ في 12/01/2015 المتعلق بالجمعيات، ج ر، عدد 02 الصادرة في 15/01/2015.

² القانون رقم 09-03 المؤرخ في 25 فبراير سنة 2009، المتضمن حماية المستهلك وقمع الغش، السابق الذكر.

³ سي يوسف زاهية حورية، دور جمعيات حماية المستهلك في حماية المستهلك، مجلة الحقيقة، الجزائر عدد 34، ص

الواضح لنا أن نشوء الجمعيات طبقا لما ورد في نص المادة السالفة الذكر يتم وفق القانون 06 - 12 الذي يهدف بالدرجة الأولى الى حماية المستهلك وهذا ما تضمنته الفقرة الثالثة من المادة 02 بحيث نصت على أنه: "يجب أن يحدد موضوع الجمعية بدقة ويجب أن تعبر تسميتها عن العلاقة بهذا الموضوع"¹.

وما يستشف من تأسيس جمعية حماية المستهلك أن غايتها بالدرجة الأولى هي حماية المستهلك، فالجمعيات التي تنشأ لحماية المستهلكين للمنتوج العقاري بناء على عقود البيع على التصاميم هدفهم بالدرجة الأولى حمايتهم من المرقين العقاريين المحترفين في هذا المجال خصوصا أنهم يجهلون واقع المنتج أو صفة المرقى العقاري.

ب - التعريف الفقهي لجمعيات حماية المستهلك

عرفها الفقه بأنها: "اتفاقية يجتمع من خلالها أشخاص يسهرون لخدمة هدف مشترك، دون القصد من ذلك تحقيق الربح"². ومفاد هذا التعريف أن الجمعية أساس نشوئها هومجموعة من الأشخاص يعملون على حماية مصلحة الأفراد بنية الخدمة العامة؛ وذلك نتيجة للأضرار المشتركة بينهم أو بينهم وبين الأفراد عموما ليتجرد قصدهم من تحقيق منفعة خاصة أو ربح مادي.

ثانيا: تأسيس جمعيات حماية المستهلك

يتعلق تأسيس جمعية حماية المستهلكين بعنصرين أساسيين يتمثلان في شروط أعضاء التأسيس والإجراءات المتبعة للتأسيس للقيام بالهدف المحدد وهو الدفاع عن حقوق ومصالح المستهلك

¹ القانون رقم 06-12 المؤرخ في 12/01/2015 المتعلق بالجمعيات، السابق الذكر.

² سعدي صالح، دور جمعيات حماية المستهلك في ضمان أمن وسلامة المستهلكين، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، العدد 05، سنة 2020، 439.

- العنصر الأول: شروط أعضاء جمعية حماية المستهلكين الذي ينقسم بدوره الى جانبين رئيسيين

- الجانب الأول: أعضاء جمعية حماية المستهلكين

تكتسب جمعية حماية المستهلك الشخصية المعنوية والأهلية المدنية بمجرد تأسيسها والمشكلة من أشخاص طبيعيين و/أو معنويين¹، فتأسس من قبل عشرة أعضاء على الأقل بالنسبة للجمعيات البلدية وخمسة عشرة عضو بالنسبة للمجموعات الولائية منبثقين عن بلديتين على الأقل، و واحد وعشرون عضو بالنسبة للجمعيات ما بين الولايات منبثقين عن ثلاثة ولايات على الأقل وخمسة وعشرون عضو بالنسبة للجمعيات الوطنية منبثقين عن اثنا عشر ولاية على الأقل.²

- الجانب الثاني: الموارد المالية لهاته الجمعيات

وفيما يخص الموارد المالية التي تعتمد عليها الجمعيات في نشاطاتها فتتمثل في اشتراكات الأعضاء أو عوائد نشاطات الجمعية وأملاكها، وكذا الهبات النقدية والعينية ومداخل جمع التبرعات والإعلانات التي تقدمها الدولة، أما ما يخص الهبات الأجنبية فلا يتم قبولها إلا بعد موافقة السلطات العمومية المختصة³.

العنصر الثاني: إجراءات تأسيس جمعيات حماية المستهلكين

¹ المادتين 04 و 05 من القانون 12-06 المؤرخ في 12 جانفي 2012 اللذين يحددان الشروط التي يجب أن تتوفر في الاشخاص الطبيعية و الاشخاص المعنوية:

" بالعين سن 18 سنة كاملة، جنسية جزائرية، متمتعين بالحقوق المدنية والسياسية، غير محكوم عليهم بجناية أو جنحة تتنافى مع مجال نشاط الجمعية، ولم يرد اعتبارهم بالنسبة للاعضاء المسيرين، وان يكونو مؤسسين طبقا للقانون الجزائري، أن يكونو ناشطين عند تأسيس الجمعية، غير ممنوعين من ممارسة نشاطهم. "

² المادة 06 من القانون 12-06 المؤرخ في 12جانفي 2012.

³ سعدي صالح ، مرجع سابق، ص445.

أخضع المشرع الجزائري الأشخاص الراغبون في تأسيس جمعية حماية المستهلكين الى ضرورة إتباع جملة من الإجراءات القانونية المنصوص عليها في القانون رقم 06-12 والتي يمكن إيجازها فيمايلي:

- ضرورة إجتماع الأعضاء المؤسسين للجمعية وبنبثق عن هذا الاجتماع: الجمعية التأسيسية والقانون الأساسي لها والذي يتم المصادقة عليه بعد تعيين الأعضاء المسيرين لها فيختتم بموجب محضر محرر من قبل المحضر القضائي ضمن الصلاحيات المخولة له.
- إيداع التصريح التأسيسي للجمعية لدى المصالح المختصة والتي تبت في الموضوع من خلال الاطلاع على الملف الإداري المقدم مقابل تسليم وصل استلام لرئيس الجمعية أو من يمثلها قانونا، ويمنح وصل التسجيل في حالة قبول الملف القانوني من طرف البلدية في حالة جمعيات البلدية ومن طرف الولاية في حالة الجمعيات الولائية وتمنح من طرف الوزارة المكلفة بالداخلية في حالة الجمعيات ما بين الولايات أو الجمعيات الوطنية وتعتبر الجمعية بعد تسليم هذا التصريح التأسيسي معتمدة قانونا¹.

الفرع الثاني

دور جمعيات حماية المستهلك

إن الغاية الأساسية للمشرع الجزائري من إنشاء جمعيات حماية المستهلك هو تحقيق الحماية الفعالة للمستهلك من الأخطار التي يتعرض لها، لأجل ذلك أقر لها مجموعة من المهام تمثلت أساسا في الدور الردعي والدور الوقائي

¹ المواد 07 و 08 و 12 من القانون 06-12 المتعلق بالجمعيات بالجمعيات ، السالف الذكر .

-حسم المشرع الفرنسي مسألة نزاع حول قبول أو عدم قبول حق جمعيات حماية المستهلك في الإدعاء المدني أمام القضاء الفرنسي بإصدار قانون روير في 27 ديسمبر 1973 الذي منح لها حق التقاضي حيث نصت المادة 46 منه على ما يلي: " يمكن لجمعيات حماية المخرض لها أن تباشر أمام المحاكم بجميع أنواعها الدعاوى المدنية التي تتعلق بالأعمال التي يترتب عليها ضرر مباشر أو غير مباشر بالمصلحة الجماعية المشتركة للمستهلكين " نقلا عن محمود عبد الرحيم الديب، الحماية المدنية للمستهلك، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة الاسكندرية، 2011، ص 92.

أولاً - التدخل الوقائي لحماية المستهلك

تعمل جمعيات حماية المستهلك على توعية المستهلك قبل تعرضه للضرر أو الخطر، فتنتهج مجموعة من الأساليب والطرق لتوعيته التي تساهم بشكل كبير في حمايته ومن أبرزها ما يلي:

أ- تحسيس وتوعية المستهلك وإعلامه:

فمن حق المستهلك على جمعيات حماية المستهلك أن تقوم بإعلامه بخصائص المنتج، وكذا مواصفاته وتمده بكافة المعلومات الخاصة بضمان السلع والمنتجات المعروضة للبيع وغيرها، فهي تمارس حقها في إعلام المستهلكين عن طريق عدة وسائل من بينها: المشاركة في وسائل الإعلام السمعية والبصرية وأيضا تنظيم الملتقيات¹ والأيام الدراسية كما تعمل على إصدار نشرات ومجلات دورية² وكذا تنظيم حملات تحسيسية وأخير إنشاء مواقع إلكترونية فمن حق المستهلك العقاري أن يتم تحسيسه وإعلامه حول المشاريع العقارية، ويتعلق هنا الأمر بتدخل جمعيات حماية المستهلك في إعلامه حول وتيرة سرعة الإنجاز للمشروع العقاري خاصة أننا في عصر السرعة والتطور، فتلجأ الى تحسيسه عن طريق الأنترنت، كما يمكن لها أن تعلمه حول المواد المتعلقة بالبناء فكثير ما يقع المكتتب ضحية المرفي العقاري حول استعمال مواد بناء مغشوشة في عملية الإنجاز.

ب- مراقبة الأسعار والجودة:

إن المبدأ العام لجمعيات حماية المستهلك هو المحافظة على القدرة الشرائية للمواطنين فهي تعمل جاهدة على مكافحة إرتفاع الأسعار الجنوني للمواد الإستهلاكية وكذا بعض

¹ المادة 24 من القانون رقم 12-06 المتعلق بالجمعيات ، السالف الذكر .

² المادة 19 من القانون رقم 90-31 المتعلق بالجمعيات المؤرخ في 04 ديسمبر 1990(ملغى) ج ر، عدد 53 بتاريخ 05 ديسمبر 1990. "يمكن للجمعية أن تصدر وتوزع في إطار التشريع المعمول به نشرات ومجلات ووثائق إعلامية وكراسات لها علاقة بهدفها، يجب أن تكون النشرة باللغة العربية مع إحترام القوانين المعمول بها "

المنتجات، فالدور الذي تقوم به في حالة عقد البيع على التصاميم هو مراقبة السعر التقديري للشقة أو المنزل الذي تم إبرام العقد عليه، فضبطها لأسعار مواد البناء ومحاربة ارتفاعها بشكل غير معقول، يجعل المكتب في وضعية آمنة من تعسف المرقى العقاري الذي يطالب بمراجعة السعر كلما سمحت له الفرصة بذلك.

وأیضا تعمل على مراقبة الأعوان الإقتصاديين وتلزمهم بالإعلان عن الأسعار لمنح المستهلك حرية إختيار المنتج وفقا لثمنه ونص المشرع الجزائري على عقوبة في حال إرتكاب مخالفة عدم الإعلان عن الأسعار بموجب المادة 31 من القانون رقم: 04-02 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية المؤرخ في 23 يونيو 2004 والتي جاء فيها ما يلي " يعتبر عدم الإعلام عن الأسعار والتعريفات، مخالفة لأحكام المواد 4 و6 و7 من هذا القانون، ويعاقب عليه بغرامة من خمسة آلاف 5000 دج الى مائة الف 100000 دج"¹،

فيمكن لها أن تتدخل في عقد البيع على التصاميم عن طريق الزام المرقين العقاريين بالإعلان عن سعر السكنات لترك حرية المستهلك في اختيار ما يناسبه وفق القدرة المالية لديه، وفي حال إخفاء الثمن الحقيقي لسعرها يتعرض الى عقوبات خصوصا أسعار السكنات التي فرضتها الدولة والزمتم المرقين الإعلان عنها والترويج لها .

كما تهدف الى تحسيسه حول نوعية المنتجات ومدى مطابقتها لمعايير الجودة، فهي تفحص المنتجات المحلية والمستوردة قبل طرحها في الأسواق، فأحيانا يتم تحليل المنتج في المخبر للتأكد من صلاحيته رغم أنه مطابق للمواصفات القانونية². ويستشف من هذا أنه يمكن للجمعيات القيام بمراقبة جودة سلع البناء وتأكد من صلاحية شهادة الضمان ضد المخاطر الممنوحة من قبل الهيئة الوطنية التقنية للبناء وغيرها.

¹ ج،ر عدد 41 المؤرخة بتاريخ 27 يونيو 2004.

² سي يوسف زاهية حورية، دور جمعيات حماية المستهلك في حماية المستهلك، مرجع سابق ، ص291.

ثانيا - التدخل الردعي لجمعيات حماية المستهلك:

إن الدور الردعي لجمعيات حماية المستهلك يكمن في الوسائل القانونية التي تتخذها من أجل حماية مصالح المستهلكين بصفة عامة بعد تعرضهم لأضرار صادرة من طرف المهنيين، فتدخلها الردعي يأتي بعد فشل تحقيق النتائج المرجوة من الدور الوقائي لها.

ويتخذ تدخلها الدفاعي شكلين أساسين لتحقيق الحماية اللازمة للمستهلك إزاء المهني، فالشكل الأول يتمثل في إستعمال أسلوب المقاطعة أو الإشهار المضاد أما الشكل الثاني يتخذ أسلوب تمثيلها للمستهلكين أمام الجهات القضائية لحماية مصالحهم

- الشكل الأول: تلجأ جمعيات حماية المستهلك الى أسلوب المقاطعة أو الإشهار المضاد بعد فشلها في معالجة مصالح المستهلك بوسيلة الوقاية و تهدف من خلال هذا الأسلوب الى الضغط على المهنيين، وتتعلق المقاطعة في حث هذه الجمعيات المستهلكين على الإمتناع من شراء بعض المنتوجات أو إستعمال بعض الخدمات.

يجب التنويه إلى أن المشرع الجزائري لم ينص صراحة على المقاطعة كوسيلة يمكن للجمعيات حماية المستهلك باللجوء إليها، غير أن معظم الآراء الفقهية أيدت هذا الأسلوب ولكن ضمن ضوابط أهمها وجود مبرر مشروع لممارسته وكذا عدم التعسف في إستعماله إزاء الأعوان الإقتصاديين.

وتطالب أيضا جمعيات حماية المستهلك الإمتناع عن الدفع وهو أسلوب مغاير عن المقاطعة تهدف من خلاله الى الضغط على المهني ويتعلق الأمر في هذه الحالة بمجال الخدمات، فيمكن لها أن تطالب المكتتبين في عقود البيع على التصاميم بعدم دفع زيادة ثمن السكن العائد الى إرتفاع أسعار مواد البناء على أساس أن العقد تم إنعقاده سنة 2012 والإتفاق على تسليم البناية 2015، غير أن التأخير في تسليمه الى غاية 2019 لا يؤدي الى المطالبة بهذه الزيادة .

كما يمكن لها إستعمال وسيلة أخرى هي الإشهار المضاد، فعادة ما يلجأ المهنيين الى الإعلانات التجارية من أجل الترويج لمنتجاتهم وعرض خدماتهم وهو ما يفعله المرقى العقاري ضمن عقود البيع على التصاميم فالإعلان عن مشروعه العقاري يمثل أهم خطوة سابقة للتعاقد، غير أنه في حال إثبات أن الإعلان عن المشروع العقاري من طرفه كان محل احتيال ونصب، فقيام جمعيات حماية المستهلك بإشهار مقر وكالته أو عنوانه أو حتى مشروعه الوهمي عبر وسائل الاعلام لتوعية المستهلكين، يساعد في القضاء على سمعته التجارية وكذا يحمي من وقوع ضحايا جدد له .

ثالثا: الدعاوى التي ترفعها جمعيات حماية المستهلك في مجال الشروط التعسفية.

منح المشرع الجزائري لجمعيات حماية للمستهلك الحق في رفع الدعاوى أمام القضاء المختص للحصول على تعويض عن الضرر الذي لحق بمصالح المستهلكين بحسب المادة 23 من القانون رقم 09-03¹ بنصها: "عندما يتعرض مستهلك أو عدة مستهلكين لأضرار فردية تسبب فيها نفس المتدخل وذات أصل مشترك، يمكن لجمعيات حماية المستهلكين أن تتأسس كطرف مدني"، ومؤدى هذا أنه يمكن للمكتب في عقد البيع على التصاميم أو مجموعة من المكنتبين في حال تعرضهم لأضرار فردية تسبب فيها نفس المرقى العقاري وذات أصل مشترك بينهم، يمكن لهم الإستعانة بجمعيات حماية المستهلكين لتتأسس كطرف مدني في الدعوى.

وليتم رفع الدعوى من قبل جمعيات حماية المستهلك أكد القانون على ضرورة توافر شروط من بينها: شروط متعلقة برفع الدعوى في حد ذاتها: حددها القانون بموجب نص المادة 13 الفقرة الأولى من القانون 08-09 والتي جاء فيها " لا يجوز لأي شخص التقاضي ما لم تكن له صفة، وله مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون"²، فالمشرع

¹ القانون رقم 03.09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، السالف الذكر.

² القانون رقم 08-09 المتضمن قانون الاجراءات المدنية والإدارية ، السالف الذكر .

الجزائري إعترف لجمعيات حماية المستهلك بصفة التقاضي بموجب نص المادة 17 من قانون الجمعيات متى تم إعتادها والإعتراف لها بالشخصية المعنوية، أما ما يتعلق بالجهة المختصة بالنظر في دعاوى جمعيات حماية المستهلك، فالمشرع الجزائري منح للقضاء الجزائري وبالإختصاص في النظر في الدعوى وهذا بموجب نص المادة 65 من القانون 04-02 وكذا نص المادة 96 من الأمر 95-06 المتعلق بالمنافسة التي جاء فيها ما يلي: "يمكن لجمعيات حماية المستهلك والجمعيات المهنية التي أنشأت طبقا للقانون، و كذلك كل شخص طبيعي أو معنوي ذي مصلحة القيام برفع دعوى أمام العدالة، ضد كل عون إقتصادي قام بمخالفة أحكام هذا الأمر كما يمكنهم التأسيس كطرف مدني في الدعوى للحصول على تعويض الضرر الذي لحقهم"¹.

شروط تتعلق بالمستهلكين: فوفقا لما جاء في نص المادة 23 من القانون 09-03 السالفة الذكر فإنه تتأسس جمعيات حماية المستهلك مدنيا متى أصاب المستهلكين أضرار فردية وذات أصل مشترك ويكون المتدخل هو السبب المنشئ للضرر.

ومن منطلق ما سبق ذكره فإن تدخل جمعيات حماية المستهلك في مجال الشروط التعسفية من خلال رفع الدعاوى يندرج ضمن صنفين:

1: الصنف الأول رفع دعوى حذف الشروط التعسفية

هي دعوى جماعية ترفع من طرف جمعيات حماية المستهلك للمطالبة بحذف الشروط الموسومة بالطابع التعسفي في العقود، وقد أعطى المشرع الفرنسي صلاحية واسعة لهاته الجمعيات في مباشرة دعوى المطالبة بحذف الشروط ضمن نص المادة 421 الفقرة 06 من التقنين الفرنسي للإستهلاكي لسنة 1993 التي ورد فيها ما يلي: "يمكن لجمعيات المستهلكين

¹ تنص المادة 73 الفقرة 02 من الأمر 03-03 المؤرخ في 19 يوليو 2003 والمتعلق بالمنافسة ج ر عدد 43 المعدل والمتمم بموجب القانون 08-25 المؤرخ في 25 يونيو 2008، ج ر عدد 36 بتاريخ 02 يوليو 2008، على أنه "يبقى العمل جاريا بصفة إنتقالية بأحكام الباب الرابع والخامس والسادس من الأمر 95-06 المؤرخ في 25 يناير 1995"

المنشأة قانونا أن تطلب من القضاء المدني إزالة البنود التعسفية في نماذج الإتفاقات المقترحة من طرف المحترفين للمستهلكين"¹

تنص الفقرة الثانية من المادة 65 من رقم القانون 04-02 المؤرخ في 23 يونيو 2004 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية² على ما يلي: " دون المساس بأحكام المادة 2 من قانون الإجراءات الجزائية، يمكن لجمعيات حماية المستهلكين، والجمعيات المهنية التي أنشئت طبقا للقانون وكذا كل شخص طبيعي أو معنوي ذي مصلحة، القيام برفع دعوى أمام العدالة ضد كل عون إقتصادي قام بمخالفة أحكام هذا القانون"

وعلى هذا الأساس يحق لجمعيات حماية المستهلكين مباشرة الدعاوى التي تتعلق بمصالح المستهلكين، ومنها دعاوى حذف الشرط التعسفي، فالمكتتب في عقد البيع على التصاميم أجاز له القانون رفع دعوى حذف الشرط التعسفي بموجب نص هذه المادة التي أتت بعمومية الدعاوى ولم توضح بشكل أساسي أنواعها، فيحق له كمستهلك عقاري منظم الى جمعيات حماية المستهلكين مباشرة رفع دعوى حذف الشرط التعسفي الموجود في عقد البيع على التصاميم إزاء المرقى العقاري وذلك من خلال جمعيات حماية المستهلكين.

2: الصنف الثاني التدخل في دعوى إلغاء الشروط التعسفية.

تأسس دعوى إلغاء الشرط التعسفي على أساس أنها دعوى بين المستهلك والمهني والنزاع القائم بينهما حول عقد ساري يحوي شروط مجحفة، وغالبا ما تكون المنازعة في هذا الخصوص أثناء فترة تنفيذ العقد، لذا فالنزاع القائم بين المرقى العقاري والمستهلك يتم على أساس دعوى فردية حول الشروط التعسفية التي يتضمنها عقد البيع على التصاميم أثناء فترة تنفيذه، فتتدخل جمعيات حماية المستهلك في الدعوى الفردية التي يباشرها المكتتب متى

¹ سي زاوية يوسف حورية، دور جمعيات حماية المستهلك، مرجع سابق ص 299.

² ج، ر عدد 41 المؤرخة 27 يونيو 2004.

توفرت الشروط المنصوص عليه قانونا وأهمها أن يكون الضرر مشتركا وعاما بين عدة مكنتين.

أما ما يتعلق بالأثر القانوني الذي يترتب عن دعوى إلغاء الشروط التعسفية في عقد البيع على التصاميم هو إبطال الشروط المتنازع فيها فقط دون باقي الشروط الأخرى والتي تبقى منتجة لأثارها في مواجهة المكنت والمركبي العقاري على حد سواء¹

وباسقراطنا لاحكام نص المادة 30 من رقم القانون رقم 04-2002²، نجد أن المشرع الجزائري أشار الى صلاحية جمعيات حماية المستهلكين في المطالبة بإلغاء الشروط التعسفية المتضمنة في نماذج العقود عن طريق لجوئها الى القضاء، فإذا إحتوى عقد البيع على التصاميم الشروط المجحفة بإعتباره عقد نموذجي أجاز المشرع لجمعيات حماية المستهلكين اللجوء الى القضاء للمطالبة بإلغائها.

وفي غياب نص صريح في القوانين الإستهلاكية حول موقف القضاء في حال تدخل جمعية حماية المستهلك الى جانب المكنت في الدعوى الرامية الى إبطال الشروط المجحفة، علينا العودة الى القواعد العامة التي بينت أنه إذا كان عقد البيع على التصاميم باطلا أو قابلا للإبطال في جزء منه، فهذا الجزء هو الذي يبطل أما إذا تبين أن عقد البيع على التصاميم ما كان لينعقد لولا الجزء الذي وقع باطلا أو قابلا للإبطال فبطلانه هنا يتم كليا³.

¹ وهذا ما أكدت عليه المادة 8-132-L من قانون الإستهلاك الفرنسي

L'article 132-1 alinéa 08 stipule que: « le contrat sera maintenu ,sil peut subsister sans les clauses abusives » .

² بهدف حماية مصالح المستهلك وحقوقه يمكن تحديد العناصر الأساسية للعقود عن طريق التنظيم وكذلك منع العمل في مختلف أنواع العقود، ببعض الشروط التي تعتبر تعسفية،

³ المادة 104 من القانون المدني التي تنص على أنه: " إذا كان العقد باطلا في شق منه باطلا أو قابلا للإبطال، فهذا الشق وحده هو الذي يبطل، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلا أو قابلا للإبطال فيبطل العقد كله".

المبحث الثاني الرقابة الخاصة

الى جانب الدور الذي أدته هيئات الرقابة العامة لتحقيق الحماية للمستهلك العقاري في عقود البيع على التصاميم، فإن كثرة النزاعات حول الشروط التعسفية فيها رغم تدخلها؛ دفع بالمشرع الجزائري الى تفعيل الرقابة الخاصة لضبط التوازن في العلاقة التعاقدية الاستهلاكية العقارية، وذلك عن طريق فرضه نوعين من الرقابة الخاصة الداخلية والخارجية ، تتجلى الأولى في رقابة محرر عقد البيع على التصاميم الذي أقر له القانون بصفة إلزامية تحرير العقود الرسمية وذلك نظرا لخطورة الإقدام على هذا النوع من البيوع خارج نطاقه، كما نوه الى طرف آخر يمارس رقابته الداخلية على ما يقوم به مؤسس البناء وهو المجلس الأعلى لمهنة المرقي العقاري ، أما الرقابة الخارجية التي أدرجها المشرع للمستهلك العقاري تكمن في سلطة القاضي حول الشروط التعسفية التي ترد ضمنه ، لذا تم تقسيم هذا المبحث الى مطلبين الأول تضمن الرقابة الداخلية للشرط التعسفي، أما الثاني تضمن الرقابة الخارجية للشرط التعسفي.

المطلب الأول

الرقابة الداخلية للشرط التعسفي

تتقسم الرقابة الداخلية في عقد البيع على التصاميم إزاء بنوده من خلال محرر العقد وكذا الطرف القوي فيه فهما الشخصان اللذان عمل المشرع على تسليط عقوبات في حال الإخلال بالالتزامات المفروضة على كليهما، فنبه الى ضرورة تحقيق الحماية القانونية للمستهلك من خلال إبراز دورهما، لذا أردنا تفصيل هذه الرقابة من خلال تقسيم هذا المطلب الى فرعين الأول تطرقنا فيه الى دور الموثق في بسط رقابته على بنود عقد البيع على التصاميم، والفرع الثاني دور المجلس الأعلى في بسط رقابته على بنود عقد البيع على التصاميم.

الفرع الأول

رقابة محرر العقد

ألزم المشرع ضرورة إبرام عقد البيع على التصاميم ضمن الشكل الرسمي، وأقر للموثق تحريريه دون غيره وإذا تم خارج نطاقه عد العقد باطلا، فالموثق هو من يمارس الرقابة الفعلية على بنوده ويساهم بشكل كبير في القضاء على الشروط التعسفية، لذا نتطرق في هذا الفرع الى التنظيم القانوني له ثم الى تفعيل دوره في بسط رقابته على بنود عقد البيع على التصاميم.

أولاً: التنظيم القانوني للموثق

وبالرجوع الى مهنة التوثيق نجد أنها مهنة قديمة جدا تم تنظيمها من قبل الرومانيين، والمصريين أما تطورها التشريعي خصوصا في الجزائر بدأ في الحقبة الفرنسية ومر بعدة مراحل، آخرها مرحلة ما بعد سنة 1970 أين صدرت عدة قوانين عالجتها، وقد أبرز المشرع الجزائري تعريف للموثق وشروطه وصلاحياته من خلال القانون 06-02 المتعلق بمهنة التوثيق.

أ- التعريف القانوني للموثق:

عرفته المادة 03 من القانون رقم 06-02 المؤرخ في 20/02/2006 المتضمن مهنة التوثيق كما يلي: الموثق ضابط عمومي، مفوض من قبل السلطة العمومية، يتولى تحرير العقود التي يشترط فيها القانون الصبغة الرسمية، وكذا العقود التي يرغب الأشخاص إعطاءها هذه الصبغة¹، الملاحظ على هذه المادة أن المشرع الجزائري منح للموثق صفة الضابط العمومي متى كان مفوض من قبل السلطة العمومية وأدرج مهامه حول تحري

¹ المادة 05 من القانون رقم 88-27 المؤرخ في 12/07/1988 المتضمن التوثيق الملغى التي ورد في نصها بأنه: " شخص مفوض من الدولة يتولى تحرير العقود التي أمر القانون بتوثيقها، أو أراد أصحابها توثيقها

العقود التي تتطلب صفة الرسمية أو التي يريد أطراف العلاقة التعاقدية إضفاء الصبغة القانونية.

لذا فتعريف الضابط العمومي: هو من خول له القانون الصلاحيات اللازمة لتلقي العقود التي تتعلق بإرادة الأشخاص، ويمارس جزء من السلطة العمومية التي فوضتها له الدولة، فيضفي طابع الرسمية على العقود التي يتولى تحريرها¹، كما جاء في تعريف آخر له بأنه: هو شخص يتمتع بمؤهلات قانونية استناد للشهادة الجامعية المتحصل عليها، يكلف بمهمة تسيير مكتب عمومي لحسابه الخاص وتحت مسؤوليته مثاله المترجم والمحضر القضائي والموثق، هذا الأخير له دور في تحرير المحررات الناقلة للملكية العقارية² ومن منطلق تعريف الضابط العمومي نتطرق الى الشروط التنظيمية والقانونية لممارسة مهنة التوثيق في التشريع الجزائري ثم الى القيود القانونية لممارستها.

والشروط القانونية التي تحدث عنها المشرع الجزائري ضمن المادة 06 من القانون رقم 06-02³ هي شروط تتعلق بالشخص في حد ذاته، كما أنه تطرق أيضا الى شروط نص على وجوبيتها ضمن المرسوم التنفيذي رقم 242/08 المؤرخ في 03 أوت 2008، وباستقراءنا لأحكام هذه المادة وما جاء ورد في المرسوم التنفيذي يمكن القول أن هذه الشروط

¹ مقني بن عمار، مهنة التوثيق في القانون الجزائري تنظيم مهام ومسؤوليات، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية 2013، ص 16.

² جميلة زاوي، إجراءات نقل الملكية العقارية في عقد بيع العقار في التشريع الجزائري، دار الهدى، عين مليلة الجزائر، 2014، 48.

³ المادة 06 من القانون رقم 06-02 التي تنص على أنه: يشترط في كل مترشح للمسابقة المنصوص عليها في المادة 05 أعلاه:

- التمتع بالجنسية الجزائرية،
- حيازة شهادة الليسانس في الحقوق أو شهادة معادلة لها،
- بلوغ خمسة وعشرين سنة على الأقل،
- التمتع بالحقوق المدنية والسياسية،
- التمتع بشروط الكفاءة البدنية الضرورية لممارسة المهنة.

لتقديم الملف للمشاركة في المسابقة الوطنية لمهنة التوثيق وقد استحدثت المشرع بموجب التعديل الأخير شهادة الكفاءة المهنية للتوثيق والتي يمكن من خلالها اضعاف الحماية للموثق، وتعرضه لجميع المسؤوليات سواء المهنية أو المدنية أو الجزائية .

أما القيود القانونية التي وضعها القانون حول ممارسة مهنة التوثيق تتجلى في نوعين الأول حالات التنافي التي أوردها ضمن الفصل الرابع من القانون رقم 06-02 في نص المادة 23 منه: تتنافى ممارسة مهنة الموثق مع:

- العضوية في البرلمان،

- رئاسة أحد المجالس الشعبية المحلية المنتخبة،

- كل وظيفة عمومية أو ذات تبعية،

- كل مهنة حرة أو خاصة.

والملاحظ على نص المادة أن المشرع الجزائري لا يجيز بصريح العبارة ممارسة مهنة التوثيق مع مهنة أخرى¹ سواء تعلق الأمر بالمهنة الحرة أو الخاصة، وفي حال قيامه بذلك فإنه يتعرض لعقوبة العزل مع العقوبات الجزائية المنصوص عليها قانوناً² فممارسة نشاط آخر غير مهنة التوثيق يتعين على الموثق تقديم استقالته للمنظمة الوطنية للموثقين ليتم إغفاله من الجدول المتعلق بالموثقين المعتمدين .

أما النوع الثاني تجسد في حالات المنع التي ذكرها المشرع ضمن الفصل الثالث من القانون رقم 06-02³ والتي فصل فيها بموجب نصوص المواد 19، 20، 21، 22 التي ألزم فيها عدم مشاركته في العقود التي يبرمها بأي صفة سواء كان وكيلاً أو متصرفاً أو معيناً

¹ يتعلق الأمر بمزاولة مهنة المحامي أو المهندس أو طبيب و غيرها .

² ينظر الى المادة 25 من القانون رقم 06-02 المتضمن لمهنة التوثيق التي جاء في نصها : دون الإخلال بالعقوبات

الجزائية ، يتعرض الموثق الى عقوبة العزل عند إخلاله بإحدى حالات التنافي المذكورة في نص المادة 23 .

³ أنظر المادة 19 و20 و21 و22 من القانون السالف الذكر .

ومدد المنع الى غاية الدرجة الرابعة من أقربائه واصهاره، ولم يجز لهم الشهادة في العقود التي يحررها هو إلا إذا كانت مقتصرة على الإثبات فقط، كما منعهم من ممارسة العمليات التجارية والمصرفية والتدخل وغيرها.

ثانيا: دور الموثق في عقد البيع على التصاميم

أقر القانون الجزائري للموثق مهمة تحرير العقد الذي يتطلب الرسمية تحت طائلة بطلانه خصوصا عقود بيع العقارات والتي أوجب شهرها، لذا فعقد البيع على التصاميم عقد يندرج تحت هذه الفئة خاصة أن القانون رقم 11-04 ألزم نقل الملكية بعد التوقيع على العقد وذلك ضمانا لحقوق المستهلك، وتتجلى رقابة الموثق في على بنود عقد البيع على التصاميم عبر مراحل إبرامه، فيمارس رقابته من خلال ما يلي:

يعمل الموثق على تنوير وإعلام المستهلك العقاري الذي يرغب في شراء سكن أو شقة بناء على التصاميم الهندسية للمشروع العقاري المعلن عنه من قبل المرقى العقاري، فهو ملزم بتقديم النصح والإرشادات القانونية لكلا طرفي العقد حتى يكونا على بينة بمختلف الآثار التي يترتبها هذا العقد، كما يبين لهم بوضوح حقوقهم والتزاماتهم الشخصية والمالية وهذا بغية إضفاء الحجية الكاملة للعقد لتتصرف الى الغير، فالموثق ملزم بتقديم النصح للأطراف فلا يحق له أن ينصح المستهلك دون المرقى العقاري ، ولا أن يغلب مصلحة أحدهما على الآخر بل عليه الحياد التام فغاياته من ذلك تحقيق التوازن بين مصالح الأفراد بالدرجة الأولى ويتم هذا قبل إبرام العقد.

وتتجلى رقابته أيضا في التأكد من صحة الوثائق المقدمة إليه من أجل إعداد عقد البيع على التصاميم ، فيتحرى عن الرخص والشهادات المقدمة من طرف المرقى العقاري ومثال ذلك: رخص البناء وشهادة التعمير وأصل الملكية والجدول الوصفي للمشروع العقاري كما أنه مطالب بطلب شهادة التأمين ضد المخاطر وشهادة إكتتاب الضمان لدى صندوق

الضمان والكفالة المتبادلة ، وهوية البائع والمشتري والتحقق من أهليتهما وغيرها من الوثائق فبدونها، لا يحرر العقد نظرا لخصوصيته فرفض الموثق لإبرامه مخالف لواجب تقديم خدمة عمومية التي مناطها أنه ملزم بتقديم كل الخدمات القانونية للمواطنين على حد السواء ولقد بين المشرع الجزائري الحالات التي يتمتع فيها ؛ غير أنه عند تقديم مبرره ينفي عنه هذه الخدمة ، وعادة المرقين العقاريين الذين لا يحوزون الشهادات والرخص أو يرغبون في التحايل والنصب على ضحاياهم يلجؤون الى إبرام شهادات التخصيص في وكالاتهم ودون الموثق أصلا .

أما عند تحرير عقد البيع على التصاميم فعليه أن يصبه ضمن النموذج المعلن عنه في المرسوم التنفيذي رقم 13-431¹ ، فالمشرع الجزائري لم يمنح أي صلاحية سواء للمركبي العقاري أو المستهلك أو حتى للموثق إبرام هذا العقد وفق عقود نموذجية توضع من قبلهم بل أكد أن يتم إفراغه ضمن الشكل الرسمي، ما يجعل الموثق يفرض رقابته أكثر على البنود المتعلقة بالعقد، فمتى لاحظ أن شرط من شروط العقد تخالف ما هو مدرج أساسا في القانون عليه أن ينبه كلا الطرفين أن المشرع الجزائري أقر عقوبات في حال إدراجها، فالشرط الذي يضيف الى الفسخ دون تعويض أو الشرط الذي يجعل تسليم المنتج في آجال لاحقة غير محددة أو الشرط الذي يزيد من نسبة عقوبة التأخير أو تسليم الثمن على دفعتين فهي كلها شروط تعسفية تضر بمصلحة المستهلك، وهو ملزم بعدم تحريره ضمن العقد لان مسؤوليته تقع لا محالة .

أما بعد تحرير عقد البيع على التصاميم فإن رقابته على العقد تتجلى في تسجيله وشهره ضمن الأجال القانونية، فتحرير العقد وتسجيله دون شهره لا يمنحه حجية الشيء المقضي

¹ مرسوم تنفيذي رقم 13، 431 مؤرخ في 18 سبتمبر سنة 2013 يحدد نمودجي عقد حفظ الحق وعقد البيع على التصاميم للأملك العقارية وكذا حدود تسديد سعر الملك موضوع عقد البيع على التصاميم و مبلغ عقوبة التأخير وأجالها وكيفيات دفعها ، السابق الذكر .

فيه لأنه يفتح المجال للمرقي العقاري من إعادة بيع البناية أو جزء منها للمستهلك آخر الذي يعمل على شهر عقد بيع على التصاميم فتثبت له الملكية على أساس قاعدة الشهر المسبق، ليتحمل الموثق مسؤوليته الكاملة في عدم شهر عقد البيع على التصاميم ويتعرض للعقوبات الجزائية المنصوص عليها قانونا.

فرغم أن جل البيوع التي تتم على مستوى المكاتب التوثيقية والتي تحمل صفة العقود التوثيقية تنتهي مهمة الموثق بعد تحريرها أو بعد إستكمال إجراءاتها، إلا أنه في عقد البيع على التصاميم رغم أن الموثق أنهى شهر العقد وتم إنتقال ملكية العقار محل التعاقد الى المستهلك إلا أن المشرع الجزائري أبقى على رقابة الموثق على عقد البيع على التصاميم المبرم من قبله الى غاية تسليم محضر المعاينة للمستهلك وهو ما يدل على أن المشرع حرص على أن يتم هذا النوع من العقود في إطار القانون رقم 11-104¹.

مجمل القول أن المشرع الجزائري لم يمنح صفة الرقابة الفعلية للموثق بصريح العبارة إلا أن تحرير العقد منح له الحق أن يتمتع من تحرير العقد كما له أن يبلغ عن المرقي العقاري النيابة أو الضبطية القضائية في حال إكتشاف تزوير أو تلاعب في الوثائق المقدمة، كما يلزم الأطراف بتقديم جميع الوثائق وغيرها، لنشتشف في الأخير أن الموثق يمارس الرقابة القانونية على بنود عقد البيع على التصاميم من خلال ما يتمتع به من صلاحيات منحها له القانون ضمنا كطرف ثالث وأساسي في العقد.

¹ المادة 34 الفقرة 2 التي تنص على أنه: ويتم عقد البيع المذكور في الفقرة السابقة بمحضر يعد حضوريا في نفس مكتب التوثيق ، قصد معاينة الحياة الفعلية من طرف المكتب وتسليم البناية المنجزة من طرف المرقي العقاري طبقا للالتزامات التعاقدية .

الفرع الثاني

رقابة المجلس الأعلى لمهنة المرقى العقاري

يعد المجلس الأعلى لمهنة المرقى العقاري من الأجهزة الداخلية التي نص عليها التشريع الجزائري في بسط رقابته القانونية على المرقين العقاريين ومدى احترامهم للالتزاماتهم المهنية والأخلاقية، لذا نتطرق في هذا الفرع الى التنظيم القانوني له ثم الدور الذي يقوم به

أولاً: التنظيم القانوني للمجلس الأعلى لمهنة المرقى العقاري

نص المشرع الجزائري على المجلس الوطني للمرقين العقاريين بمضمون المادة 24 من القانون رقم 04-11 كأهم هيئة لذا سنتناول تأسيسه ثم سيره.

أ - تأسيس المجلس الاعلى لمهنة المرقى العقاري

تنص المادة 24 من القانون رقم 04-11 المتعلق بنشاط الترقية العقارية على ما يلي: ينشأ مجلس أعلى لمهنة المرقى العقاري يكلف على الخصوص بما يأتي : اقتراح كل التدابير التي من شأنها تدعيم ممارسة نشاط الترقية العقارية ،

ب - تشكيلة المجلس الأعلى لمهنة المرقى العقاري

وبموجب المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 386-13 المؤرخ في 19 نوفمبر سنة 2013 المحدد لتشكيلة المجلس الأعلى لمهنة المرقى العقاري¹ فإنها نصت على ما يلي

يرأس المجلس الأعلى الوزير المكلف

1 - ممثلي الإدارات العمومية وهم:

- ممثل عن وزير الدفاع؛

- ممثل عن وزير الداخلية والجماعات المحلية؛

- ممثل عن وزير العدل حافظ الأختام؛

- ممثل عن وزير المالية،

¹ ج ر 61 مؤرخة في 2013/12/08.

- ممثل عن وزير التجارة؛
- ممثل عن الوزير المكلف بتهيئة الإقليم؛
- ممثل عن وزير الثقافة؛
- ممثل عن الوزير المكلف بالسياحة؛
- أربعة ممثلين عن الوزير المكلف بالسكن بالترقية العقارية والسكن.
- 2 - بعنوان المؤسسات والهيئات المكلفة بالترقية العقارية¹:
- المدير العام لصندوق الضمان والكفالة المتبادلة في الترقية العقارية،
- المدير العام للوكالة الوطنية لتحسين السكن وتطويره عدل،
- المدير العام للمؤسسة الوطنية للترقية العقارية،
- المدير العام للصندوق الوطني للسكن CNL،
- مديران (2) عامان للبنوك أو المؤسسات المالية يعينهما وزير المالية.
- 3 - بعنوان الهيئات المهنية:
- رئيس الغرفة الوطنية للموثقين؛
- رئيس المجلس الوطني لنقابة المهندسين المعماريين؛
- أربعة ممثلين للمرقين العقاريين، ينتخبهم نظراؤهم في الصندوق الوطني للضمان والكفالة المتبادلة في الترقية العقارية،
- مقاولان يعينان من الجمعيات المهنية المعتمدة في مجال البناء.
- يمكن للمجلس الأعلى أن يستعين بكل شخص طبيعي أو معنوي، عمومي أو خاص من شأنه أن يساعده في مداولاته.
- وما تمتاز به هاته التشكيلة أن المشرع الجزائري أدرج ممثلين عن مختلف القطاعات التي تخدم مصالح المرقى العقاري بالدرجة الأولى.

¹ المرسوم التنفيذي رقم 13-386، المحدد لتشكيلة المجلس الأعلى لمهنة المرقى العقاري، السابق الذكر.

كما أجاز المشرع الجزائري للمجلس الأعلى لمهنة المرقى العقاري أن يستعين بأي شخص طبيعي أو معنوي يمكنه أن يساهم في أعماله نظرا لما يكتسبه من مؤهلات تساعده في القيام بنشاطاته.

كما حرص المشرع الجزائري على تعيين أعضاء المجلس بقرار من الوزير المكلف بالسكن وهذا ما ورد في نص المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 13-386 والتي جاء فيها: يعين أعضاء المجلس الأعلى، بموجب قرار من الوزير المكلف بالسكن لمدة ثلاث 3 سنوات قابلة للتجديد.

الملاحظ على هذه المادة أن المشرع الجزائري أكد على أن أعضاء المجلس الأعلى لمهنة المرقى العقاري يتم تعيينهم من قبل الوزير المكلف بالسكن، وأن مدة تعيينهم ثلاثة سنوات قابلة للتجديد غير أنه لم يبرز عدد مرات التجديد، كما نوه الى أن فقدان العضوية فيه بالنسبة لأعضائه يتم ضمن حالتين، الأولى عند إنهاء مهامهم والثانية تتعلق بانتهاء فترة عهدتهم، أما في حالة شغور منصب أحدهم بسبب الوفاة أو الاستقالة أو لأي سبب آخر، يتم تعيين عضو جديد للمدة المتبقية من العهدة ضمن أجل 30 يوم .

ج - سير المجلس الأعلى لمهنة المرقى العقاري

ينعقد المجلس الأعلى لمهنة المرقى العقاري بدورتين عاديتين في السنة بناء على طلب من رئيسه ، كما يمكن أن ينعقد في دورات غير عادية كلما استدعت الضرورة الى ذلك بناء على طلب من الوزير المكلف بالسكن أو بطلب من ثلثي أعضائه، وهذا وفق ما ورد في المادة 9 من المرسوم التنفيذي رقم 13-386 يحدد تشكيلة المجلس الأعلى لمهنة المرقى العقاري وتنظيمه وسيره¹، ويتم إرسال الاستدعاءات مرفقة بالسندات المتعلقة بجدول الاجتماع الى أعضائه خلال 15 خمسة عشر يوما قبل تاريخ انعقاده ، كما يمكن تقليص هذه المدة الى 08 أيام في حال إجتماعه في الدورات غير عادية .

¹ ج ر 61، مؤرخة في 08-12-2013 .

كما لا تصح إجتماعات المجلس الأعلى إلا بحضور نصف أعضائه، وإذا لم يكتمل النصاب يتم استدعاء أعضائه لاجتماع جديد، ويجب أن ينعقد في أجل أقصاه 10 عشر الأيام التي تلي تاريخ الاجتماع الأول، فيتم إنعقاده في هذه الحالة مهما كان عدداً الحاضرين¹، كما يصادق على اقتراحات المجلس وأرائه بأغلبية أصوات الأعضاء الحاضرين، وفي حالة تساوي عدد الأصوات يكون صوت الرئيس مرجحاً كما تدون اجتماعات المجلس الأعلى في المحاضر ويتم توقيعها من قبل الوزير المكلف بالسكن وكتاب الجلسة².

الملاحظ على المواد التي عالجت سير المجلس الأعلى لمهنة المرقى العقاري أن المشرع أرجح عمله كغيره من المجالس العليا في الوطن، منح صفة الرئيس لوزير السكن وانعقاد الدورات العادية بناء على طلبه أو طلب ثلثي أعضائه، غير أنه في نفس المرسوم جاء بنقيض ذلك عندما أقر أنه لا تصح اجتماعاته إلا بحضور نصف أعضائه مما شكل استفسار حول الأخذ بثلثي الأعضاء أو بنصفهم وعلى العموم يمكن الأخذ بالمبدأ العام وهو ثلثي الأعضاء.

ثانياً: دور المجلس الأعلى لمهنة المرقى العقاري

تنص المادة 24 من القانون رقم 04-11 على أنه : ينشأ مجلس أعلى لمهنة المرقى

العقاري يكلف على الخصوص بما يلي :

- اقتراح كل التدابير التي من شأنها تدعيم ممارسة نشاط الترقية العقارية،
 - السهر على احترام قواعد أخلاقيات ممارسة مهنة المرقى العقاري،
 - إبداء الرأي في كل مسألة تتعلق بالمهنة بمبادرة منه و/أو بطلب من السلطات العمومية
- الملاحظ على ما جاء به التشريع الجزائري عند استحداث هذا المجلس هو الإدلاء برأيه في كل الأعمال والمسائل المتعلقة بمهنة الترقية العقارية ، والعمل على تجسيد أخلاقيات المهنة على أرض الواقع وكذا المساهمة في إرساء جميع الإقتراحات المتعلقة

¹ المادة 11 من المرسوم التنفيذي رقم 13-386، المحدد لتشكيلة المجلس الأعلى لمهنة المرقى العقاري، السابق الذكر.

² المادة 2/4 من نفس المرسوم التنفيذي.

بالتدابير الإحترازية للمرقي العقاري ، فالصيغة القانونية التي حملتها هذه المادة تضيء الى أن جل القرارات الصادرة عن هاته الهيئة تحمل صفة الإستشارة فقط ، دون صفة الإلزامية وتتعلق بالمرقي العقاري بالدرجة الأولى فكيف لها أن تساهم في رقابة العقود التي يبرمها هذا الأخير مع المستهلكين ، وإبراز التعسف فيها ودورها في تحقيق التوازن بينهما ، لذا فتحليل فقرات هاته المادة بمفهوم المخالفة يجعل منها آلية رقابية وذلك عن طريق تحميله المسؤولية الكاملة في حال إخلال المرقي العقاري بالتزاماته المهنية¹ .

المطلب الثاني

الرقابة الخارجية للشرط التعسفي

يتطلب إبرام العقود عادة اتفاق الأطراف على جميع الشروط بينهما من مبدأ العقد شريعة المتعاقدين ، ولكن متى ثبت الطابع التعسفي للشرط وأدى الى ختلال التوازن العقدي بين الحقوق والالتزامات فإن المشرع الجزائري نص على وجوبية تدخل القضاء لاعادة تحقيق التوازن وتوفير الحماية للمستهلك من جهة وفرض رقابته من جهة أخرى لذا تم تقسيم هذا المطلب الى فرعين تضمن الأول : حماية القاضي لعقد البيع على التصاميم الشروط التعسفية في حين تضمن الفرع الثاني : جزاء الشرط التعسفي في العقد.

الفرع الاول

حماية القاضي لعقد البيع على التصاميم

لتفعيل الحماية القانونية للمستهلك في عقد البيع على التصاميم ألزم المشرع ضرورة تدخل القاضي لفرض رقابته على بنود هذا العقد خاصة إذا إتسمت بالطابع التعسفي وذلك من خلال ما يلي :

¹ أنظر المادة 3 و4 و5 و8 و11 من الملحق المتعلق بدفتر الشروط الذي يحدد الالتزامات والمسؤوليات المهنية للمرقي.

أولاً: سلطة القاضي في تفسير الشروط التعسفية

يقصد بتفسير العقد هو: "تبيين وإيضاح ما غمض فيه وتحديد مؤدى التعبير عن الإرادة، ومرمى ما استخدم في ذلك التعبير من ألفاظ¹، وأيضاً" تحديد معنى النصوص الواردة في العقد وبيان مدلولها، وذلك بهدف تحديد ما انصرفت إليه الإدارة المشتركة للطرفين المتعاقدين وتحديد مضمون العقد والوقوف على الالتزامات التي يولدها²

ويقصد بهذا المعنى أن تدخل المشرع في تفسير شروط عقد البيع على التصاميم يتم بالبحث عن ما انصرفت إليه الإرادة المشتركة بين المرقى العقاري والمستهلك حول ما ترتب عنه من التزامات لكلا الطرفين وذلك وفق عبارات العقد التي تضمنت ثلاث حالات للتفسير الحالة الأولى: حالة وضوح العبارة

يقصد بوضوح عبارات العقد التطابق الكلي بين التعبير عن الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة وهي التي تكشف بجلاء عن الإرادة الحقيقية للطرفين³ ومن منطلق فكرة أن الشروط الواضحة تجعل من العقد يطبق، ولا يتم تفسيره لوضوح صياغته التي تحدد معنى التعبير الكامل له، فالمشرع الجزائري جاء بنص المادة 111 فقرة 01 بقوله: "إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الإنحراف عنها عن طريق تأويلها للتعرف على إرادة المتعاقدين"⁴، فالغاية من النص السالف الذكر أن القاضي ملزم في عقد البيع على التصاميم بالتطبيق الحرفي لشروط العقد متى كانت صياغة عباراته واضحة ويقوم بتفسيرها ضمن حالتين :

¹ عبد الحميد الشيواري، المشكلات العملية في تنفيذ العقد، دار الفكر العربي (دار المطبوعات الجامعية)، الإسكندرية 1988، ص 46.

² أمانج رحيم أحمد، حماية المستهلك في نطاق العقد، دراسة تحليلية مقارنة ط1، شركة المطبوعات للتوزيع والنشر بيروت، 2010 ص 218.

³ عبد الحميد الشيواري، مرجع سابق، ص 47.

⁴ الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني، السابق الذكر.

تتجلى الحالة الأولى في وضوح الإرادة والعبارة معا حيث يستلزم على القاضي في عقد البيع على التصاميم أن يترجم الإرادة الفعلية المشتركة بين المرقي العقاري والمستهلك دون الانحراف عن المعنى الحقيقي لها ، لذا لا يجوز تأويل العبارات لمنحها صياغة على غير معناها بحجة تفسير العقد، وهذا المعنى أكده القضاء الفرنسي إذ جاء في قرار لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 1972 من أنه: "لا يجوز للقضاة عندما تكون عبارات الإتفاق واضحة وصريحة أن يقومو بتحريف الإلتزامات الناتجة عنه، وتعديل الشروط التي يتضمنها"¹.

- أما الحالة الثانية تتجلى في وضوح العبارة واختلاف الإرادة معاها ، فعبارات عقد البيع على التصاميم واضحة إلا أن إرادة طرفي العقد اتجهت الى قصد يخالف ما تنص عليه عباراته، لذا القاضي لا يأخذ بالمعنى الواضح للفظ بل يعدل عنه الى المعنى الذي قصد إليه المتعاقدين²

الحالة الثانية: حالة غموض العبارة

إذا شاب عقد البيع على التصاميم شروط غامضة أدت الى اختلاف تأويلها، جاز للقاضي أن يقوم بتوضيح هذا الغموض بما تتيحه قواعد التفسير، بالبحث عن النية المشتركة ولإرادة الحقيقة للمرقي العقاري والمستهلك ، فله أن يعفي الطرف الضعيف منها لغموضها وفقا للقواعد العامة التي تقضي بمنعه من تحريف معنى الشروط المحددة في العقد ، فالصياغات المبهمة لبند عقد البيع على التصاميم يفترض فيها عدم علم المتعاقد بها ، فلا يمكن الجزم بأن التوقيع على العقد كان برضاه ، لذا على القاضي أن يعمل على تفسيرها وفق النية المشتركة وذلك بغية إبعاد الشروط التي لا تمثل إلا إرادة واضعها³.

¹ فراس جبار كريم الروازق، مرجع سابق، ص 213.

² عيشة خلدون، الحماية التشريعية للطرف المذعن من الشروط المجحفة دراسة مقارنة، مجلة الدراسات القانونية والسياسية،

المجلد 17 العدد 1، جانفي 2021. ص42

³ نصت المادة 111 من القانون المدني على أنه : " هو غموض اللفظ أو إبهامه"

الحالة الثالثة: الإستثناء وتفسير الشك في عقود الإذعان لمصلحة الطرف المدعى.

يتضمن نص المادة 112 من القانون المدني¹ عدم البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين، بل يجب على القاضي بتأويل الشك للطرف الضعيف وهو بصفة عامة المدين، أما ما يتعلق بعقود الإذعان هو المدعى أي المتعاقد الذي فرضت عليه شروط العقد، ومآل هذا أن القاضي ملزم بتأويل الشك للمستهلك بإعتباره الطرف الضعيف في عقد البيع على التصاميم الذي فرض عليه المرقى العقاري شروط العقد.

فعند عجز القاضي عن الكشف عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين وأثير الشك حول عبارة عقد البيع على التصاميم فإنه يلزم بتأويله في مصلحة المكتتب (المستهلك) دون المرقى العقاري ويسبب هذا على أساس قواعد حماية المستهلك كونه الطرف الضعيف مقارنة مع المرقى العقاري، وأيضا لأن الأصل في الذمة البراءة وعلى المرقى العقاري أن يقيم الدليل على وجود حقه فإذا بقي شك لم يوقف المرقى العقاري الى إزالته فمن حق المكتتب أن يفيد منه. ومادام عقد البيع على التصاميم من العقود الملزمة للجانبين يفسر الشك لمصلحة المستهلك من جانب الشروط التعسفية.

ورد في الفقرة الثانية من المادة 112 من القانون المدني الجزائري على أنه: " لا يجوز

أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المدعى "

يتضح من هذه الفقرة أن المشرع الجزائري أورد الإستثناء على القاعدة العامة يتعلق بنوع العقد فإذا كان ينتمي الى عقود الإذعان وكانت في عباراته غموض فلا يصح تفسيره بناء على مصلحة المدين بل يجب تفسيره لمصلحة الطرف المدعى دائما كان أو مدينا، فإذا تضمن عقد البيع على التصاميم شرطا غامضا ولم يستطع القاضي تبرير هذا الغموض

¹ نصت المادة 112 من القانون المدني على أنه: "يؤول الشك في مصلحة المدين".

بوسائل التفسير، يظل الشك قائما حول ما أراده المتعاقدان من عبارة هذا الشرط، فيلتزم القاضي تفسير هذا الشك في مصلحة الطرف المذعن سواء أكان دائنا أو مدينا وينطبق هذا الوصف على كلا طرفي العقد (المرقى العقاري و المكتتب).

وينطبق هذا الإستثناء على كافة شروط العقد لأن هدف المشرع هو حماية الطرف المذعن غير أنه في عقد البيع على التصاميم تدرج الشروط ضمن العقد بشكل مطبوع، فينفرد المرقى العقاري بسردها دون أن يحق للمكتتب صياغة أي شرط في العقد، لذا يمكن القول أن عقد البيع على التصاميم كونه من عقود الإذعان إلا أن تفسيره يخضع من مجال الشروط التعسفية لصالح المكتتب دون المرقى العقاري.

ثانيا: تعديل الشرط التعسفي

تنص المادة 110 من القانون المدني الجزائري على أنه: " إذا تم العقد بطريقة الإذعان، وكان قد تضمن شروط تعسفية، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها وذلك وفقا لما تقتضي به العدالة و يقع باطلا كل إتفاق على خلاف ذلك"¹.

الأصل في القواعد العامة أن العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه أو تعديله إلا بإتفاق الطرفين، إلا أن المشرع الجزائري أورد الاستثناء حولها في حال تم إبرام العقد عن طريق الإذعان وتضمن شروط تعسفية منح للقاضي صلاحية تعديل العقد من خلال تعديل شروطه أو إسقاطها وذلك تحت مبدأ العدالة، وتأسيسا على ذلك فإذا تضم عقد البيع على التصاميم شرطا تعسفيا جاز للقاضي تعديل الشرط التعسفي وهذا بغية رفع كل ضرر قد يعتري المكتتب في حالة تنفيذ العقد وإعادة خلق التوازن العقدي فيه بما تقتضي به قواعد العدالة.

¹ الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 28 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، السابق الذكر .

ورغم أن المشرع الجزائري أقر تعديل الشرط التعسفي للقاضي فقط دون غيره، لكنه نبه أن تدخله يرجع أساسا إلى الطلب الذي يقدمه المكتتب، فلم يجز له أن يثيره من تلقاء نفسه عملا بنص "مبدأ حياد القاضي المدني"¹، غير أننا نرى أن المشرع الجزائري قيد سلطة القاضي في تعديل الشرط التعسفي حين أوجب إثارته بناء على طلب من المستهلك أو المتضرر عموما، فعلى المشرع إزالة هذا الطلب من منطلق ما يعانيه المستهلك من ضعف معرفي ونسبي خصوصا في عقود البيع على التصاميم.

وكما يمكن القول أن سلطة القاضي تمتد إلى تعديل كافة شروط عقد البيع على التصاميم دون استثناء سواء علم بها المستهلك وقت التعاقد وتنبه لها أم لم ينتبه لها.

ثالثا: إسقاط الشرط التعسفي

أما ما يتعلق بإسقاط الشرط التعسفي فمتى أدرك قاضي الموضوع أن تحقيق الحماية للمستهلك لا تتم سوى بحذفه لإعادة التوازن العقدي في عقد البيع على التصاميم أقر بذلك في أحكامه، ويعتبر إسقاط الشرط من أهم الجزاءات التي يطالب بها المكتتب الذي لحقه الضرر من تعسف المرقى العقاري.

إن إسقاط الشرط التعسفي من العقد يستند عموما إلى مبدأ مقتضيات العدالة التي لم يحددها المشرع الجزائري ولم يبين أنواعها وإنما تركها للسلطة التقديرية للقاضي فتكمن سلطته في تعديل الشرط أو حذفه، من خلال إبراز الشروط التعسفية التي تضر بالمستهلك وتحقق فائدة للمرقى العقاري، فمهمة القاضي تتلخص حول مبادئ العدالة، فعلى القاضي القيام بالموازنة بين ما يحصل عليه المرقى من فوائد خلال إدراج الشرط الجائر وما يصيب

¹ - ومبدأ حياد القاضي هو عدم ميوله لأي طرف من أطراف الدعوى، فالقاضي ملزم بتحقيق المساواة بين الخصوم لإبراز نزاهته لأنه ملزم بالفصل في الخصومة بناء على ملف الدعوى وليس كطرف شاهد فيها وعليه فإنه يخطر على القاضي الجمع بين صفتي الخصم والحكم في الوقت ذاته لأن المصلحة تقضي مبدأ حياده.

المستهلك من ضرر، كما أن المشرع إعتبر سلطة القاضي من النظام العام¹ فلا يجوز للمرقي العقاري والمستهلك في عقد البيع على التصاميم والإتفاق على إستبعادها ونوه الى أن مصير الإتفاق بينهما هو البطلان ولم يوضح نوع البطلان ومن البديهي أن ما قصده المشرع هو البطلان المطلق لأن غايته هي تحقيق التوازن العقدي بين المستهلك والمرقي العقاري وذلك عن طريق سلطة القاضي في تعديل وإلغاء الشرط التعسفي.

الفرع الثاني

جزاء الشرط التعسفي في العقد

لفض النزاعات المتعلقة بالشروط المجحفة المدرجة في عقد البيع على التصاميم رتب المشرع الجزائري عقوبات على المرقيين العقاريين خصوصا أنهم يمثلون الحلقة الأخرى فيها نتيجة لما يمتازون به من إحترافية في مواجهة المستهلك الذي يمثل الطرف الضعيف، وتندرج هذه العقوبات في بعدين المدني والجزائي.

أولا: البعد الجزائي المقرر للشروط التعسفية

رتب المشرع الجزائري الجزاء العقابي للشروط التعسفية المدرجة في العقود الاستهلاكية وذلك بتقرير عقوبات ذات طابع أصلي وأخرى ذات طابع تكميلي.

أ- العقوبات العامة المقررة لتصدي الشروط التعسفية

تصنف الجرائم المتعلقة بالممارسات التعاقدية التعسفية الى جنح اعتمادا على الغرامات المالية المقررة لها وفقا للقانون رقم 02-04 التي تتراوح بين خمسين ألف دينار جزائري وخمسة ملايين دينار جزائري²، التي تخضع للسلطة التقديرية للقاضي في تحديدها فمتى

¹ الفقرة الأخيرة من المادة 110 من القانون المدني الجزائري التي تنص "يقع باطلا كل إتفاق على خلاف ذلك"

² تنص المادة 38 من القانون 02.04 المعدل والمتمم على أنه: تعتبر ممارسات تجارية غير نزيهة و ممارسات تعاقدية تعسفية مخالفة لأحكام المواد 26 و27 و28 و29 من هذا القانون ، ويعاقب عليها القانون بغرامة من خمسين ألف دينار الى 50.000.000 دج كما نصت المادة 17 من المرسوم التنفيذي 306.06 المعدل والمتمم السالف الذكر

تم عقد البيع على التصاميم بين المرقى العقاري والمستهلك وتضمن شروط تعسفية فإن الحكم بالغرامة يعد جزاء له وذلك طبقا لنص المادة 38 من القانون رقم 04-02 التي أكدت أن الجزاء المتعلق بالممارسة التعاقدية التعسفية يتعلق فقط بالغرامة دون العقوبة السالبة للحرية، وتشدد هذه العقوبة في حال عود ارتكاب المرقى العقاري مخالفة أخرى لها علاقة بنشاطه خلال سنتين من انقضاء العقوبة السابقة¹.

كما أجاز القانون معاقبة المرقى العقاري المعتاد بالحبس من 03 أشهر الى 5 سنوات إذا كان شخصا طبيعيا أما إذا كان شخصا معنويا فإن الغرامة المطبقة في هذه الحالة تساوي من مرة الى خمسة مرات الحد الأقصى للغرامة المقررة، أي تساوي خمس ملايين 5.000.000 دج أو خمس مرات منها وتحددتها يخضع للسلطة التقديرية للقاضي.

وعليه يمكن القول أن الجزاء المالي المقرر من طرف التشريع الجزائري للمرقى العقاري بإعتباره العون الإقتصادي يمكن أن يساهم في رده نسبيا، وبمفهوم المخالفة فالغرامة المالية كجزء أصلي لاتساهم في توفير الحماية القصوى للمستهلك في عقد البيع على التصاميم، ولعل مرد عدم نجاعة هذه العقوبة المالية يرجع لقيمتها التي لا ترقى لتحقيق الردع اللازم .

أما مضمون الالتزام بالإعلام في عقد البيع على التصاميم دفع بنا إلى النظر حول الجزاء الذي رتبته المشرع الجزائري في حال الإخلال به لنجد أنه يتضمن ما يلي:

جزاء يتعلق بمميزات المنتج:

رتب المشرع جزاء عقابي ينصب حول الإشهار التضليلي للمرقى العقاري الذي يدلي ببيانات خاطئة تؤدي إلى تضليل المستهلك عقوبته بموجب نص المادة 75 من القانون رقم

على أنه : " تتم المراقبة والمعاينة وكذا العقوبات المترتبة على مخالفة أحكام المادة 05 من هذا المرسوم طبقا لأحكام

القانون رقم 04-02 المؤرخ في 5 جمادى الأولى عام 1425 الموافق 23 يونيو سنة 2004 والمذكور أعلاه

¹ المادة 11 من القانون رقم 06.10 التي تنص :يعد حالة عود في مفهوم هذا القانون، قيام العون الاقتصادي بمخالفة أخرى لها علاقة بنشاطه خلال سنتين التي تلي انقضاء العقوبة السابقة المتعلقة بنفس النشاط

04/11 والتي جاء فيها: "من يدلي بمعلومات خاطئة أو غير كاملة في الوثائق والعقود والصفقات، في إطار أو بمناسبة عملية الترقية العقارية بعقوبة الحبس من شهر (1) إلى خمس سنوات (5) وغرامة من مائتي ألف دينار (200.000 دج) إلى مليوني دينار (2.000.000 دج) أو إحدى هاتين العقوبتين"¹، وكذا أقر عقوبة له في حال عدم إعلام المستهلك بنظام الملكية المشتركة بموجب نص المادة 72 من نفس القانون والتي ورد فيها: "يتعرض كل مرقي عقاري لا يبلغ للمقتني نظام الملكية المشتركة المنصوص عليه في أحكام المادة 61 من هذا القانون قبل تسليم البناية في الآجال المنصوص عليها في عقد البيع على التصاميم لغرامة من مائتي ألف دينار (200.000 دج) إلى مليوني دينار (2.000.000 دج)" فالذي يؤكد أن التزامه بإعلام المستهلك ضروري هو وقت الإعلام الذي صرح المشرع بأن يتم قبل تسليم البناية.

وهو ما تعرض له المشرع في نص المادة 39 من القانون رقم 02/04 بالنسبة للإشهار التضليلي حيث فرض عقوبة الغرامة تتراوح بين (50000 دج إلى 5000000 دج) وترجع أهمية هذه العقوبة أنها أتت بصفة العمومية للإشهار المضلل كما نصت المادة 429 من قانون العقوبات الجزائري على عقوبة تتعلق بالغش والتدليس حيث يعاقب بالحبس من شهرين إلى ثلاث سنوات وبغرامة من 2000 دج إلى 20000 دج أو بإحداهما، كل من يخدع أو يحاول أن يخدع المتعاقد سواء بطبيعة أو الصفات الجوهرية أو في تركيب أو في نفس المقومات سواء في نوعها أو مصدرها أو كمية الأشياء المسلمة.....".

جزاء يتعلق بعدم الإعلان عن الأسعار وشروط البيع:

بموجب نص المادة 31 من القانون رقم 02/04² أقر المشرع الجزائري جزاء عقابيا للعبور الاقتصادي في حال عدم إعلام الأسعار للمستهلك، فنص على غرامة مالية قدرها من

¹ القانون رقم 04-11 الذي يحدد قواعد ممارسة نشاط الترقية العقارية، السابق الذكر .

² القانون رقم 02.04 الذي يحدد ممارسة الأنشطة التجارية ، السابق الذكر .

خمسة آلاف دينار جزائري (5.000 دج) إلى مائة ألف دينار جزائري (100.000 دج) ومفاد هذا أن المرقى العقاري عليه أن يعلم سعر العقار المقرر تشييده للمستهلك ، فلا يجوز له عدم التصريح به إلى غاية إبرام العقد لأن ذلك يعرضه للمساءلة القانونية وتطبيق نص المادة السالفة الذكر عليه، كما نصت المادة 32 من نفس القانون على غرامة مالية من عشرة آلاف دينار جزائري إلى مائة ألف دينار جزائري؛ في حالة عدم الإعلام عن شروط البيع من قبله وهذه الجزاءات الجنائية تفرض على المرقى العقاري بصفته تاجر، بيد أنه في القانون رقم 04/11 وضح أن المشرع أقر الجزاء المدني لعقد البيع على التصاميم في مسألة سعر البيع؛ حيث أقر بالبطلان في نص المادة 37 منه التي جاء فيها ما يلي: "يجب أن يوضح عقد البيع على التصاميم، تحت طائلة البطلان، تشكيلة سعر البيع وأجال الدفع بالنسبة لتقدم الأشغال"¹.

كما أورد المشرع الجزائري عقوبات تكميلية إدارية تتعلق بالحجز على البضائع و كذا الغلق الإداري في حدود شهرين بناء على قرار من الوالي، فيخضع المرقى العقاري إليها متى خالف بند الإعلام عن الأسعار وشروط البيع وللوالي كامل الصلاحية في غلق وكالته العقارية وكذا الحجز على البنايات قيد الإنشاء في حال إثبات المستهلك تعرضه للمعلومات غير صادقة ونزيهة خاصة ما يتعلق بعدم وفرة المنتج حسب ما ورد في نص المادة 28 من القانون 02/04.

ب - العقوبات التكميلية

كرس المشرع الجزائري بموجب نص المادة 47 من القانون رقم 02/04 المعدل والمتمم² إجراء الغلق الإداري للمحلات التجارية كعقوبات تكميلية في حال عود العون

¹ القانون رقم 04-11 الذي يحدد نشاط الترقية العقارية ، السابق الذكر .

² تنص المادة 47 على أنه: تتخذ إجراءات الغلق الإدارية في المادة 46 أعلاه وفق الشروط نفسها في حالة العود لكل مخالفة لأحكام هذا القانون .

الاقتصادي للممارسات التعاقدية التعسفية ، فكلما ثبت للأعوان المؤهلين لمتابعة المخالفات المنصوص عليها قانوناً¹ ظرف العود في جانبه وجب عليهم اقتراح غلق المحل أو المؤسسة التجارية أمام الجهات المختصة إقليمياً والمتمثلة في الوالي باعتباره الشخص المؤهل قانوناً بإصدار القرارات المتعلقة بغلق المؤسسات والمحلات التجارية. وعليه يتم غلق الوكالات العقارية للمرقين العقاريين بموجب قرار صادر من الوالي المختص إقليمياً وهذا بعد اقتراح الغلق من المكلف بالتجارة أو الأعوان المؤهلين قانوناً متى ثبت لهم حالة عود المرقى العقاري الى ابرام عقود البيع على على التصاميم تضم شروط تعسفية مع المستهلكين .

إلى جانب إجراء الغلق الإداري للوكالات العقارية فإن المشرع الجزائري أقر عقوبة المنع من ممارسة النشاط بصفة مؤقتة ونشر الحكم والشطب من السجل التجاري، فمنع المرقى العقاري من مزاوله نشاطه وفقاً لما ورد في نص المادة 16 مكرر من قانون العقوبات والتي أتت بصفة عامة حيث أجازت للقاضي الحكم به في حال اثبات أن الجرم المرتكب من قبل المرقى العقاري له صلة مباشرة بممارسة نشاطه وهو نفس الجزاء الذي أقره في القانون رقم 02/04 المعدل والمتمم وذلك من خلال نص المادة 47 والتي جاء فيها : "في حالة العود تضاعف العقوبة ويمكن للقاضي أن يمنع العون الإقتصادي المحكوم عليه من ممارسة أي نشاط مذكور في المادة 02 أعلاه بصفة مؤقتة وهذا لمدة لا تزيد عن 10 سنوات". أما ما يتعلق بعقوبة نشر الحكم فإن المشرع الجزائري أدرجها ضمن نص المادة 48 من القانون رقم 04- 02² التي منح فيها صلاحية نشر الحكم من طرف القاضي أو الوالي

- المادة 46 من القانون رقم 02/04: يمكن للوالي المختص إقليمياً بناء على اقتراح المدير الولائي المكلف بالتجارة، أن يتخذ بموجب قرار إجراءات غلق إدارية للمحلات التجارية لمدة أقصاها ستون يوماً في حالة مخالفة القواعد المنصوص عليها في احكام المواد 4 و5 و6 و7 و8 و9 و10 و11 و12 و13 و14 و20 و22 و23 و25 و26 و27 و28 و53 من هذا القانون.

¹ المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 323.16 المؤرخ في 13 ديسمبر 2016، يحدد قائمة الأعوان التابعين لإدارة السكن والعمران المؤهلين لمعاينة مخالفات الأحكام المتعلقة بنشاط الترقية العقارية وكذا كفاءات تعيينهم .

² نصت على ما يلي : يمكن للوالي المختص إقليمياً ، وكذا القاضي أن يأمر على نفقة مرتكب المخالفة أو المحكوم عليه نهائي، ينشر قرارها كاملة أو خلاصة منها في الصحافة الوطنية أو لصقها بأحرف بارزة في الأماكن التي يحددها.

المختص إقليميا عن طريق وسائل الإعلام أو في الأماكن المخصصة لذلك، وأكد على أن نفقات النشر تتم على عاتق المحكوم عليه ، غير أنه في القواعد العامة اشترط أن لا تتجاوز مدة النشر شهر واحد ومصاريفه المبلغ المحدد في الحكم بالإدانة¹.

غير أن الملاحظ على نص المادة 47 من القانون رقم 04-02 المعدل والمتمم أن المشرع الجزائري أورد عقوبة سالبة للحرية في الفقرة الثالثة منها والتي تتراوح بين 03 أشهر وسنة مما يوحي حسب ما نراه أن هناك تناقض بين إقرار المشرع الجزائري للعقوبة المالية كعقوبة أصلية وبين الحبس كعقوبة تكميلية .

ثانيا : البعد المدني للشرط التعسفي

ما يعاب على المشرع الجزائري أنه لم يرتب جزاءات مدنية تتعلق بحماية المستهلك من الشروط التعاقدية التعسفية، لذا ينبغي الرجوع الى القواعد العامة في مجال المسؤولية المدنية العقدية للمطالبة بتنفيذ العقد بناء على مبدأ حسن النية ، كما يمكن المطالبة ببطلان الشرط مع إبقاء العقد صحيح إذا لم يبلغ الشرط حدا من الجسامة ، أما إذا تعلق الشرط بعنصر جوهري في العقد فإن مآله البطلان ، وفي جميع الأحوال يمكن المطالبة بالتعويض عن الأضرار والخسائر التي لحقت بالمستهلك.

¹ أنظر المادة 18 من الأمر 156.66 المؤرخ في 8 يونيو سنة 1966، المتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم بالقانون رقم 23.06 المؤرخ في 20/12/2006، ج ر، عدد 84، صادرة في 20.12.2006.

خلاصة الباب الثاني

أردنا تسليط الضوء في هذا الباب على الضمانات والآليات الرقابية الممنوحة للمستهلك العقاري الذي يبرم عقد البيع على التصاميم الذي يحوز شروط تعسفية تؤدي إلى إختلال التوازن العقدي بين طرفيه؛ ولإعادته كرس المشرع الجزائري جملة من الضمانات العامة والخاصة لعقد البيع على التصاميم فتتوعدت العامة لتبرز حماية المستهلك في ظل القواعد القانونية عن طريق ضمانة الإعلام وضمانة الإكتتاب، ففي مرحلة الإبرام عمد إلى بيان أهم الشروط الضوابط التي على المستهلك أن يعلم بها ضمن ما يعرف بالإلتزام بالإعلام وفي حال الإخلال بهذا الإلتزام رتب جزاء من الناحية المدنية، فعمل المشرع الجزائري بعد صدور قانون رقم 11-04 إلى ضرورة حمايته من الإعلانات الكاذبة والمضللة، وفي حضر كل العروض والبيانات الكاذبة بأي شكل أو صورة من الصور، أما ما يتعلق بالإكتتاب فألزم المشرع الجزائري المرقى العقاري ضرورة الإنتساب إلى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة الذي يمنحه شهادة الضمان التي تعتبر بمثابة القرينة القاطعة في تحقيق حماية المستهلك، وأيضا أشار المشرع إلى مظاهر حماية المستهلك العقاري في مرحلة إبرام العقد من خلال إقرار نقل الملكية والثمن كوسيلة ناجعة للقضاء على سيطرة المرقى العقاري خصوص أن المشرع نوهه إلى ضرورة حصوله على شهادة الحماية من المخاطر وكذا خلو الملكية من دين أو رهن أو قيام المستهلك بدفع تسبيق مالي قبل حلول الأجل القانوني المتفق عليه وأكد المشرع على ضمانات أخرى في مرحلة تنفيذ العقد تتعلق بمطابقة العقار المسلم للمستهلك ورتب جزاءات عليه في حال الإخلال بها أو عدم وجودها أما ما يتعلق بالضمانات الخاصة أكد المشرع على المرقى العقاري ضرورة حسن تنفيذ الأشغال والضمان العشري.

أما دور الآليات الرقابية في حماية المستهلك في عقد البيع على التصاميم تنقسم الى رقابة عامة ورقابة خاصة، تتجلى الرقابة العامة في لجنة البنود التعسفية ومجلس الوطني لحماية المستهلكين وكذا الجمعيات.

أما الرقابة الخاصة إزاء الشرط التعسفي الموجود في عقد البيع على التصاميم فتتقسم الى رقابة داخلية تضمنت الموثق والمجلس الأعلى لمهنة المرقي العقاريين ورقابة خارجية تجسدت في الصلاحيات الممنوحة له تفسير وتعديل الشرط وإسقاطه كما رتب جزاءات مدنية وجزائية للمرقي العقاري الذي أدرجها.

الختامة

الخاتمة

إن بحثنا الموسوم بعنوان البنود التعسفية في عقد البيع على التصاميم يعد من بين أهم الأهم البحوث القانونية التي طرحت إشكالات قانونية ونزاعات قضائية كثيرة فرغم الدراسات القانونية التي طالت العقد خصوص دراسة الأحكام لهذا النوع من العقد إلا أن طابع التعسف وتحايل المرقى العقاري دفع بنا الى اثبات الشروط التعسفية ومدى كفاية الضمانات والآليات المقررة لحماية المستهلك العقاري في نطاق هذا العقد .

والمستهلك العقاري في التشريع الجزائري رغم إمتلاكه للضمانات التقليدية المنصوص عليها في القواعد العامة التي تساعد على حمايته في مواجهة المرقى المحترف عند إبرام العلاقة التعاقدية بينهما، إلا أن تعنت وهيمنة المرقى العقاري على المشاريع الكبرى الحديثة والرغبة الملحة له بإنجاز السكن أدى الى قصورها في التصدي للشروط التعسفية المدرجة في عقد البيع على التصاميم، وهو ما دفع المشرع الجزائري الى استحداث ضمانات إضافية تعمل على توفير حماية أكبر لمقتني العقار في ظل ما جاءت القوانين خصوص قانون المستهلك وقانون رقم 11 - 04 وعلى ضوء ما تقدم إستخلصنا ما يلي :

- عقد البيع على التصاميم مزيج بين عقد الإستهلاكي والنموذجي، لذا فهو عقد إستهلاكي ذو طبيعة إذعانية وتتجلى نموذجية عقد البيع على التصاميم في تدخل المشرع الجزائري بوضع نموذج له بموجب المرسوم التنفيذي رقم 13-431 .

- شكلية عقد البيع على التصاميم جعلت منه سلاح ذو حدين، فيمكن إثبات أن عقد البيع على التصاميم يحوي الشروط التعسفية بالمعيارين اللذين نص عليهما القانون الجزائري، إلا أن الشهرعموما لا يحصن العقد التوثيقي لان مجال الطعن فيه ممكن.

- تذبذب المشرع الجزائري في ضبط مفهوم المشتري في عقد البيع على التصاميم عبر القوانين التي أصدرها بين المصطلحات الأتية مقتني العقار ومكتتب ومهني في القانون رقم 04-11، فلم يوحد هذا راجع الى غياب ثقافة الاستهلاك العقاري لدى المجتمع الجزائري .

- لم يحدد المشرع جزاء مدنيا عند مخالفة الإلتزام باعلام المستهلك واكتفى بالجزاء الجنائي فالمرقي العقاري الذي لا يعلم مقتني العقاري يتعرض لعقوبات جزائية فقط فسقوط حق المستهلك في المطالبة بالعقوبات المدنية لعدم وجودها.
- نظم المشرع عقود الإذعان في القانون المدني وحدد كيفية معالجة الشروط التعسفية فيها كما إستحدث تعريفا جديدا لها ضمن قوانين الإستهلاك (قانون 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية) .
- إن تبني المشرع الجزائري للتعريف الضيق للمستهلك حصر الحماية القانونية لفئة المكتتبين في عقد البيع على التصاميم، هذا ما جعل مجال الحماية من الشروط المجحفة محدود، لذا لا يمكن تفعيل الحماية للأشخاص المهنيين في نظره
- وضع المشرع الجزائري لتحديد الطابع التعسفي لبنود عقد البيع على التصاميم معيارين ، الأول في الأخذ بالقوائم التشريعية وهي شروط تعسفية بقوة القانون ، أما المعيار الثاني هو إختلال التوازن العقدي بين حقوق و إلتزامات طرفي العقد ،فيلجأ القاضي إلى هذا المعيار متى كان أمام شرط لم يرد ضمن القانون .
- إن أساس الممارسة التعسفية للشروط سواء في القانون المدني أو قانون الإستهلاك هو عقد الإذعان، وفحوى هذا العقد أنه ينشأ نتيجة تفوق أحد أطرافه إلى الطرف الأخر وهو ما يحدث فعلا في عقد البيع على التصاميم فالطرف الضعيف فيه هو المستهلك الذي يخضع لبنود المرقى العقاري .
- وضع المشرع قائمة ذكر فيها الشروط التعسفية على سبيل المثال لا على الحصر مما يفتح الباب إلى إدخال أي شرط يفرضه المرقى العقاري على مقتني السكن ضمن القائمة مادام يؤدي إلى إختلال التوازن العقدي بينهما، كما منح للقاضي أيضا السلطة الواسعة لتقدير التعسف الذي يطال بنود عقد البيع على التصاميم خارج مجال هذه القائمة.
- من بين الشروط التعسفية التي طالت عقد البيع على التصاميم أن يتحمل المقتنين مصاريف الأعمال المالية والتقنية والقضائية في سبيل إتمام الإنجاز رغم أن المرقى العقاري هو المخل بالتزامه .

- من بين الشروط التعسفية أيضا إختلاف النسبة المفروضة في عقوبة التأخير بين المرقي العقاري والمكاتب، فالتأخير بالنسبة للمرقي العقاري في حياة العملية يستغرق سنوات إلا أن المشرع فرض له نسبة ضئيلة على عكس المكاتب الذي إذا تأخر في الدفع له عقوبة التأخير وكذا فسخ العقد.

- من بين الشروط التعسفية عدم ضبط سعر العقار المبيع وأيضا نسبة المراجعة التي تأتي بالزيادة دون النقصان للمرقي العقاري، فلم يمنح المشرع نفس الحق للمكاتب في حال إنخفاض أسعار العقارات أن يراجع ثمنه مع المرقي العقاري.

- لم يعد المشرع الجزائري يستند على نص المادة 124 من القانون المدني لإثبات التعسف في الشرط كما كان معمول به في السابق أين يرجع إليها القضاء لتفسير بنود العقد فبعد تعديلها أصبح يخالف جل التشريعات التي أبقت عليها وحصر أساسها في المسؤولية المدنية فقط .

- من بين الشروط التعسفية عدم ضمان التجهيزات الناقصة في العقار المنجز من قبل المرقي العقاري وتسليمه دون أحقية عودة المستهلك عليه بالضمان أو التعويض.

- إن تصدي المشرع الجزائري لمواجهة البنود التعسفية في عقد البيع على التصاميم جاء محصور فقط في العقاب الجزائي دون المدني.

- تجسيد لجنة البنود التعسفية على أرض الواقع بعدما كانت شكلية فقط إلا أن تفعيل قراراتها الاستشارية لم تصل إلى حد الأخذ بها في الفصل في النزاعات القضائية بسبب إفتقارها لطابع الإلزامية فهي غير ملزمة لأطراف عقد البيع على التصاميم ولا للقاضي.

- من بين الضمانات التي كفلها المشرع الجزائري للمستهلك في عقد البيع على التصاميم بموجب القانون رقم 04-11 منع المرقي العقاري من أن يكون هو المقاول على عكس ما كان معمول به في المرسوم التشريعي 93-03 السابق.

- الأصل أن المشرع الجزائري أدرج الجزاء القانوني للمرقي العقاري الذي يطالب المستهلك بدفع تسبيقات قبل حلول المدة المتفق عليها، فالمستهلك غير مؤمن من قبل صندوق الضمان والكفالة المتبادلة إذا قام بتسديد الدفعات خارج الأجال القانونية المحددة.

- المشرع الجزائري ألزم المرقى العقاري أن يقوم بالتعاقد مع الهيئة الوطنية التقنية للبناء بغية ضمان مخاطر البناء ومهمتها مراقبة أشغال البناء.

- يلزم الموثق المرقى العقاري بجلب مستندات ملكية العقار صافية دون أن تكون مثقلة برهن أو دين وكذا إتفاقية ضد المخاطر وشهادة الضمان قبل إبرام عقد البيع على التصاميم، كما أن المشرع الجزائري اشترط الشكلية كركن لإنعقاد عقد البيع على التصاميم فعلى الموثق أن يقوم بتلاوة بنوده وشروطه ليعطي مهلة من التفكير للمستهلك وله الحرية فيما بعد على الإقدام على التعاقد أم لا.

- رغم أن المشرع الجزائري عمل على توسيع نطاق الضمان العشري من خلال المتدخلين مع المرقى العقاري لحماية المستهلك، إلا أن الواقع العملي لهذا الضمان أدى الى خلق نزاعات كثيرة جعلت منهم يتصلون من مسؤوليتهم في الضمان، لذا وجب إعادة النظر في المتدخلين وحصرهم في أشخاص معينين.

ومن ثم وتكريسا للنتائج التي توصلنا إليها ومن أجل إعادة التوازن العقدي لعقد البيع على التصاميم سجلنا الاقتراحات التالية:

- ضرورة إستعانة المستهلك بمستشار قانوني للإطلاع على بنود عقد البيع على تصاميم قبل الإقدام على توقيع العقد وإستشارته في الشروط الشفاهية التي صرح بها المرقى العقاري له في مجلس العقد.

- أن يقوم المشرع الجزائري بتوحيد تسمية الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية العقارية التي تطل عقد البيع على التصاميم إلى مستهلك في ظل إستهلاك السكن بغية العيش فيه كما عليه إدراج العقار من ضمن السلع الاستهلاكية التي تتعلق بالمستهلك في حد ذاته .

- أن يتم توحيد العمل بين لجنة البنود التعسفية وصندوق الضمان والكفالة المتبادلة من أجل توفير الحماية القصوى للمستهلك عند إبرام هذا النوع من العقود خاصة ما يتعلق بالبحث عن الشروط التعسفية في نماذج عقود البيع على التصاميم.

- منح مساحة أكبر للعمل الجمعي في مجال إبراز الشروط التعسفية في عقد البيع على التصاميم، وذلك عن طريق تنظيم حملات تحسيسية لفائدة المستهلكين الذين يرغبون في

إبرام هذا النوع من العقود وتوعيتهم بكل المعلومات الخاصة والضمانات التي منحها المشرع لهم في عقد البيع على التصاميم.

- زيادة سقف الغرامات لردع المرقيين العقاريين من التعسف المستمر الممارس على المستهلكين خصوصاً ما يتعلق في التأخير في تسليم البناء محل عقد البيع على التصاميم.

- ضرورة إعادة النظر في الشروط المتعلقة بممارسة مهنة الترقية العقارية خاصة ما يتعلق بشرط حسن السلوك.

- العمل على إدراج العقود المبرمة من قبل المرقيين العقاريين والمستهلكين التي تحمل وصف شهادة التخصيص، وثيقة العقد وغيرها من المصطلحات ضمن إطار عقد البيع على التصاميم لردع المرقيين العقاريين من إبرام هذا النوع من العقود، وكذا تسليط عقوبات جزائية مشددة عليه.

- العمل على تنظيم قانون خاص يتعلق بالبنود الخاصة بعقد البيع على التصاميم واستحداث هيئات إدارية تتعلق مهامها بالبحث عن الطابع التعسفي لبنود عقود الترقية العقارية، ووضع جزاء عقابي رادع لجميع من أخل بقرار هاته الهيئات .

- منح طابع الإلزامية للقرارات الصادرة عن المجلس الأعلى لمهنة المرقين العقاريين بما يضمن السير الحسن لها، خاصة بعد ما أصبح المرقى العقاري يزوال نشاط عبر كامل التراب الوطني.

- ضرورة إعادة النظر بالنسبة للضمانات القانونية الممنوحة للمستهلك في قانون رقم 04-11 خاصة ما يتعلق بفصل أجالها عن ما هو مدرج في القواعد العامة المتعلقة بحماية المستهلك.

- ضرورة تحديد نسبة التأخير المتعلقة بتسديد الدفعات من قبل للمستهلك المتأخر عن الدفع وكذا كفيات حسابها.

- ضرورة إعادة النظر في كيفية منح الاعتماد للمرقين العقاريين وتشديد شروط الصول عليه خاصة من جانب التكوين وشهادات الأهلية ودورات التكوين.

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع:

أولاً: قائمة المصادر

1/ النصوص التشريعية:

- الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 8 يونيو سنة 1966، المتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم بالقانون رقم 23.06 المؤرخ في 20/12/2006، ج ر، عدد 84، صادرة في 2006.12.20

- الأمر رقم 58-75 مؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975، يتضمن القانون المدني، ج ر العدد 78 الصادر في 30 سبتمبر سنة 1975، المعدل والمتمم.

2- الأمر رقم 59-75 مؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975، يتضمن القانون التجاري، ج ر العدد 101، الصادر في 19 ديسمبر سنة 1975، المعدل والمتمم.

3- الأمر رقم 74-75 مؤرخ في 12 نوفمبر سنة 1975، يتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، ج ر، العدد 92 في 18 نوفمبر سنة 1975.

4- قانون رقم 86-07 مؤرخ في 4 مارس سنة 1986، يتعلق بالترقية العقارية، ج ر، العدد 10، الصادر في 5 مارس سنة 1986 ملغى.

5 - قانون رقم 90-29 مؤرخ في 1 ديسمبر سنة 1990، يتعلق بالتهيئة و التعمير، ج ر العدد 52 الصادر في 2 ديسمبر سنة 1990، المعدل و المتمم بموجب القانون رقم 05-04 المؤرخ في 14 غشت سنة 2004، ج ر، العدد 51، الصادر في 15 غشت سنة 2004 .

6 -مرسوم تشريعي رقم 93-03 مؤرخ في 1 مارس سنة 1993، يتعلق بالنشاط العقاري. ج ر، العدد 14، الصادر في 3 مارس سنة 1993 ملغى إلا أن المادة 27 منه مازالت مفعلة .

7- الأمر 03-03 المؤرخ في 19 يوليو 2003 والمتعلق بالمنافسة ج ر عدد 43 المعدل والمتمم بموجب القانون 08-25 المؤرخ في 25 يونيو 2008، ج ر عدد 36 بتاريخ 02 يوليو 2008.

8 قانون رقم 04-02 مؤرخ في 23 يونيو سنة 2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج ر، العدد 41 الصادر في 27 يونيو سنة 2004، المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 10-06 مؤرخ في 15 غشت سنة 2010، ج ر، العدد 46، الصادر في 18 غشت سنة 2010.

9- قانون رقم 07-02 مؤرخ في 27 فبراير سنة 2007، يتضمن تأسيس إجراء لمعاينة حق الملكية العقارية وتسليم سندات الملكية عن طريق تحقيق عقاري، ج ر، العدد 15 الصادر في 28 فبراير سنة 2007.

10- قانون رقم 08-15 مؤرخ في 20 يوليو سنة 2008، يحدد قواعد مطابقة البناءات وإتمام إنجازها، ج ر، العدد 44، الصادر في 3 غشت سنة 2008.

11 - قانون رقم 08-09 مؤرخ في 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر، عدد، 21،

12 - قانون رقم 09-03 مؤرخ في 25 فبراير سنة 2009، يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج ر، العدد 15، الصادر في 08 مارس سنة 2009، المعدل و المتمم بموجب القانون رقم 18-09 المؤرخ في 10 يونيو سنة 2018، ج ر، العدد 35 الصادر في 13 يونيو سنة 2018.

13- قانون رقم 11-04 مؤرخ في 17 فبراير سنة 2011، يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، ج ر، العدد 14، الصادر في 06 مارس سنة 2011.

2/ النصوص التنظيمية

1. مرسوم تنفيذي رقم 76-63 مؤرخ في 25 مارس سنة 1976، يتعلق بتأسيس السجل العقاري، ج ر، العدد 30، الصادر في 13 أبريل سنة 1976.
2. مرسوم تنفيذي رقم 90-266 مؤرخ في 15 سبتمبر 1990 المتعلق بضمان المنتوجات والخدمات، ج ر، عدد 40 مؤرخ في 19 سبتمبر 1990 ملغى .
3. مرسوم تنفيذي رقم 97-406 مؤرخ في 3 نوفمبر سنة 1997، يتضمن إحداث صندوق الضمان والكفالة المتبادلة في الترقية العقارية، ج ر، العدد 73، الصادر في 5 نوفمبر سنة 1997، المعدل والمتمم بموجب المرسوم التنفيذي رقم 180 - 14 المؤرخ في 5 يونيو سنة 2014، ج ر، العدد 37، الصادر في 19 يونيو سنة 2014.
4. مرسوم تنفيذي رقم 06-306 مؤرخ في 10 سبتمبر سنة 2006، يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الإقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية ج ر، العدد 56 الصادر في 11 سبتمبر سنة 2006 المعدل والمتمم بموجب المرسوم التنفيذي رقم 08-44 المؤرخ في 3 فبراير سنة 2008، ج ر، العدد 7، الصادر في 2008
5. مرسوم تنفيذي رقم 12-84 مؤرخ في 20 فبراير سنة 2012، يحدد كفاءات منح الإعتماد لممارسة مهنة المرقي العقاري وكذا كفاءات مسك الجدول الوطني للمرقيين العقاريين، ج ر، العدد 11، الصادر في 26 فبراير سنة 2012، المعدل والمتمم بموجب المرسوم التنفيذي رقم 13-96 المؤرخ في 26 فبراير سنة 2013، ج ر، العدد 13، الصادر في 6 مارس سنة 2013، المعدل والمتمم بموجب المرسوم التنفيذي رقم 19-243 المؤرخ في 8 سبتمبر سنة 2019 ج ر العدد 55 الصادر في 15 سبتمبر سنة 2019.

6. مرسوم تنفيذي رقم 12-85 مؤرخ في 20 فبراير سنة 2012، يتضمن دفتر الشروط التعسفية النموذجي الذي يحدد الإلتزامات والمسؤوليات المهنية للمرقي العقاري، ج ر، العدد 11 الصادر في 26 فبراير سنة 2012.
7. مرسوم تنفيذي رقم 13-431 مؤرخ في 18 ديسمبر سنة 2013. يحدد نموذجي عقد حفظ الحق وعقد البيع على التصاميم للأمولاك العقارية وكذا حدود تسديد سعر الملك موضوع عقد البيع على التصاميم ومبلغ عقوبة التأخير وأجالها وكيفيات دفعها، ج ر، العدد 66 الصادر في 25 ديسمبر سنة 2013.
8. مرسوم تنفيذي رقم 13-378 مؤرخ في 9 نوفمبر سنة 2013، يحدد الشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك، ج ر، العدد 58، الصادر في 18 نوفمبر سنة 2013.
9. مرسوم تنفيذي رقم 14-181 مؤرخ في 5 يونيو سنة 2014، يحدد شروط حلول صندوق الضمان والكفالة المتبادلة في الترقية العقارية محل مقتني الأملاك العقارية المغطاة بضمان الترقية العقارية وكيفيات ذلك، ج ر، العدد 37 الصادر في 19 يونيو سنة 2014.
10. مرسوم تنفيذي رقم 14-182 مؤرخ في 5 يونيو سنة 2014، يحدد شروط و كيفيات تسديد الاشتراكات والدفوعات الإجبارية الأخرى من طرف المرقيين العقاريين المنصوص عليها في النظام الداخلي لصندوق الضمان والكفالة المتبادلة في الترقية العقارية، ج ر، العدد 37 الصادر في 19 يونيو سنة 2014.
11. مرسوم تنفيذي رقم 14-99 مؤرخ في 04-03-2014 يحدد نموذج نظام الملكية المشتركة، ج ر، العدد 14 سنة 2014.

12. مرسوم تنفيذي رقم 15-19 مؤرخ في 25 يناير سنة 2015 يحدد كفيات تحضير عقود التعمير وتسليمها، ج ر، العدد 07، الصادر في 12 فبراير سنة 2015.

13. المرسوم التنفيذي رقم 16-323 المؤرخ في 13 ديسمبر 2016، يحدد قائمة الأعوان التابعين لإدارة السكن والعمران المؤهلين لمعاينة مخالفات الأحكام المتعلقة بنشاط الترقية العقارية وكذا كفيات تعيينهم.

ثانياً: قائمة المراجع

1/ باللغة العربية

أ- الكتب العامة

1. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، العقد والإرادة المنفردة، جامعة الكويت، الطبعة الأولى 1995.
2. إبراهيم عبد العزيز داود، عدم التوازن المعرفي في العقود، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية 2014.
3. ابن منظور (أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم الإفريقي المصري): لسان العرب المجلد 9، دار صادر، بيروت لبنان.
4. أبو السعود، أحكام الالتزام، ط، د، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1998.
5. أحمد محرز، القانون التجاري الجزائري، الطبعة الثامنة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2006.
6. أمانج رحيم أحمد، حماية المستهلك في نطاق العقد، دراسة تحليلية مقارنة ط1، شركة المطبوعات للتوزيع والنشر، بيروت، 2010 .
7. أنور العمروسي، عيوب الرضا في القانون المدني، الغلط، التدليس، الإكراه، الإستغلال معلقاً على نصوصها بالفقه و قضاء النقض، ط1 منشأة المعارف الإسكندرية، 2003.
8. أنور سلطان " النظرية العامة للإلتزام، أحكام الإلتزام، الجزء الثاني، دار المطبوعات الجامعية، القاهرة 1997 .
9. أنور طلبة، " المدلول في شرح القانون المدني، مسؤولية حارس الحيوان، مسؤولية حارس البناء، الدفع الغير المستحق للإلتزام الطبيعي، التنفيذ العيني الغرامة التهديدية،

- الشرط الجزائي ..." الجزء الرابع، المكتب الرابع، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2004 .
10. أيمن سعد سليم، العقود النموذجية، دار النهضة العربية، القاهرة مصر، دط، 2005.
11. بلحاج العربي، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري، ج1، ط 6، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2008.
12. بن داود إبراهيم، قانون حماية المستهلك وفقا لأحكام القانون رقم 09 - 03 المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش، دار الكتاب الحديث، 2013.
13. جاك غستان، المطول في القانون المدني، تكوين العقد، ط 1، المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع، د ب ن، 2000.
14. جلال محمد إبراهيم، مصادر الإلتزام، دار النهضة العربية القاهرة، الطبعة الأولى، مصر 2010
15. جميلة زايدي، إجراءات نقل الملكية العقارية في عقد بيع العقار في التشريع الجزائري، دار الهدى، عين مليلة الجزائر، 2014.
16. حسن عبد الباسط جميعي، حماية المستهلك، الحماية الخاصة لرضا المستهلك في عقود الإستهلاك، دار النهضة العربية، القاهرة 1996.
17. حسن علي الذنون، محمد سعيد الرحو، الوجيز في النظرية العامة للإلتزامات (أحكام الإلتزام دراية مقارنة)، دار وائل للنشر والطباعة الطبعة الأولى، الجزء 2، عمان الأردن، 2004.
18. حسني محمود عبد الدايم، العقود الاحتكارية بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008.
19. حمدي باشا عمر، حماية الملكية العقارية الخاصة، دار هومة، الجزائر، 2017.

20. خالد عبد الحسين الحديثي، تكميل العقد دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، 2012.
21. خالد ممدوح إبراهيم، حماية المستهلك في العقد الإلكتروني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2019.
22. خالد ممدوح إبراهيم، حماية المستهلك في العقد الإلكتروني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2019.
23. خليل أحمد حسن قعادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ج 1، د، ط ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.
24. رمضان أبو السعود، أحكام الالتزام، د، ط، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2004.
25. زاهية سي يوسف حورية، الواضح في عقد البيع، دراسة مقارنة ومدعمة بإجتهاادات قضائية وفقهية، دار هومه للنشر والتوزيع، الجزائر، 2012.
26. زرارة صالحى الواسعة، نظام الإفلاس وأثاره على المدين المفلس ودائنيه في القانون التجاري الجزائري، نوميديا للنشر والتوزيع، 2012.
27. سرايش زكريا، الموجز في شرح قواعد البيع، "رؤية جديدة و جوانب عملية تخص توثيق العقد والسكن الترقوي"، د.ط، دار بلقيس للنشر الجزائر 2017.
28. سمير عبد السميع الأودن، ضمان العيوب الخفية التي تقع على عاتق بائع العقار ومشبيدي البناء المقاولين والمهندسين، مكتبة الاشعاع للطباعة والنشر والتوزيع، الإسكندرية، 2000.
29. الصغير محمد مهدى، قانون حماية المستهلك دراسة تحليلية مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية مصر، 2015.

30. الصغير محمد مهدي، قانون حماية المستهلك، دراسة تحليلية مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر الاسكندرية، 2015.
31. عامر قاسم احمد القيسي، الحماية القانونية للمستهلك، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، ط1، 2002.
32. عبد الحميد الشيواري، المشكلات العملية في تنفيذ العقد، دار الفكر العربي (دار المطبوعات الجامعية)، الإسكندرية، 1988.
33. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الإلتزام، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، 1998
34. ———، الوسيط في شرح القانون المدني العقود التي تقع على الملكية، البيع و المقايضة، دار إحياء التراث العربي /، ج4، بيروت لبنان، 2004.
35. ———، الوسيط في شرح القانون المدني المجلد الأول، الجزء 07 العقود الواردة على العمل المقاوله والوكالة والعارية والحراسة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، سنة 2011.
36. ———، نظرية العقد، الجزء الأول، ط 2، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 1998
37. عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية، الاسكندرية، دار الفكر الجامعي، د ط، ج 2002.
38. عبد القادر الفار، " أحكام الإلتزام، آثار الحق في القانون المدني، د ط، مكتبة دار التوزيع عمان، د، سنة نشر.
39. عبد الله ذيب محمود، حماية المستهلك في التعاقد دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان، الأردن، طبعة أولى، 2012.
40. عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الإلتزام في القانون اللبناني والمصري، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، 1979.

41. ، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، دار النهضة العربية بيروت، 1974.
42. عبد المنعم موسى إبراهيم، حماية المستهلك (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت 2007.
43. علي بولحية بن بوخميس، القواعد العامة لحماية المستهلك والمسؤولية المترتبة عنها في التشريع الجزائري، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2000.
44. علي بولحية بن بوخميس، القواعد العامة لحماية المستهلك والمسؤولية المترتبة عنها في التشريع الجزائري، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2000.
45. علي فيلالي، الإلتزامات، النظرية العامة للعقد، موفم للنشر، الجزائر، 2010.
46. _____ ، الإلتزامات، النظرية العامة للعقد، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، دط، الجزائر، 2008.
47. فاتن حسين حوى، الوجيز في قانون حماية المستهلك، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت لبنان، 2012.
48. فاطمة الزهرة جدو، المدخل للعلوم القانونية (نظرية الحق)، دار بلقيس للنشر والتوزيع الجزائر.
49. فضيل العيش، شرح قانون الاجراءات المدنية والادارية الجديد (القانون 08-09)، منشورات أمين، 2009.
50. كوثر سعيد عدنان خالد، حماية المستهلك الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، مصر، دط، 2012.
51. _____ ، حماية المستهلك الإلكتروني في ضوء قانون حماية المستهلك المصري والتوجهات الأوروبية والقانون الفرنسي وقانون اليونيسترال النموذجي للتجارة الإلكترونية معلقا عليها، بأحدث أحكام محكمة النقض المصرية والفرنسية والمحاكم الإقتصادية، دار الجديدة الإسكندرية، طبعة ثانية، 2016.

52. لشعب محفوظ بن حامد، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، 1990.
53. مجد الدين الفيروز آبادي، القاموس المحيط، دار الحديث، القاهرة، مصر 2008.
54. محمد حسن قاسم، "مبادئ القانون، مدخل الى القانون والإلتزامات "د، ط الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، 1998
55. محمد حسن منصور، المسؤولية المعمارية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2006.
56. ———، النظرية العامة للإلتزام، أحكام الإلتزام " د.ط دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2006.
57. محمد حسين عبد العال، مفهوم الطرف الضعيف في الرابطة العقدية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007
58. محمد حسين منصور، أحكام البيع التقليدية والإلكترونية والدولية وحماية المستهلك، دار الفكر الجامعي، مصر 2006.
59. محمد سعيد جعفرور، نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري والفقہ الإسلامي د، ط، دار هومه، الجزائر، 2002.
60. محمد شكري سرور، شرح أحكام عقد البيع، دار النهضة العربية، القاهرة 2003/2004.
61. محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري (النظرية العامة للإلتزامات، العقد والإرادة المنفردة)، الجزء الأول، الطبعة الثانية، دار الهدى عين مليلة الجزائر، 2004.
62. محمد ياسين الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، د، ط، وائل للنشر والتوزيع، الأردن، دون سنة نشر

63. محمود عبد الرحيم الديب، الحماية المدنية للمستهلك، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، 2011 الإسكندرية.
64. مصطفى أحمد أبو عمرو، موجز أحكام قانون حماية المستهلك منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، الطبعة الاولى، 2011.
65. ——— ، الإلتزام بالإعلام في عقود الإستهلاك، دراسة في القانون الفرنسي والتشريعات العربية، دار الجامعة الجديدة، 2010.
66. مصطفى كامل طه وأنور بندق، أصول القانون التجاري، دار الفكر الجامعي الاسكندرية 2008.
67. مصطفى كامل طه، أصول القانون التجاري، الدار الجامعية، 1994.
68. معتز نزيه محمد الصادق المهدي، المتعاقد المحترف، دار النهضة العربية القاهرة، 2012.
69. معوض عبد التواب، الوسيط في شرح تشريعات البناء، دار الفكر العربي، القاهرة 1988.
70. مقني بن عمار، مهنة التوثيق في القانون الجزائري تنظيم مهام ومسؤوليات، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية 2013.
71. منذر الفضل النظرية العامة للإلتزامات، أحكام الإلتزام، ج2، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، دون سنة نشر.
72. منى ابو بكر الصديق، الإلتزام باعلام المستهلك عن المنتجات، دار الجامعة الجديدة الاسكندرية، سنة 2013.
73. موفق حماد عبد، الحماية المدنية للمستهلك في التجارة الالكترونية، دراسة مقارنة، بيروت 2011.

74. نبيل صقر، الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية (الخصومة، التنفيذ، التحكيم)، دار الهدى عين مليلة الجزائر، 2008 .
75. نشأت ابراهيم الدريني، التراضي في عقود المبادلات المالية، دار الشروق للنشر والتوزيع والطباعة، جدة 1982.

ب-الكتب المتخصصة

1. إبراهيم عبد العزيز داود، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية دراسة تحليلية مقارنة في ضوء نظريتي عقود الإذعان و عقود الإستهلاك، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، دون طبعة، 2014
2. انس محمد عبد الغفار، اليات مواجهة الشروط التعسفية في عقود الإذعان، دار الكتب القانونية القاهرة، مصر، 2013.
3. حمد الله حمد الله، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية في عقود الإستهلاك، دار الفكر العربي، القاهرة 1997.
4. حمدي باشا عمر و ليلي زروقي، المنازعات العقارية في ضوء آخر التعديلات وأحدث الأحكام دار هومه للنشر والتوزيع ، الجزائر، 2019.
5. زاهية حورية سي يوسف، دراسة تقنية البيع على التصاميم في ضوء قانون رقم 04.11 المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية والنصوص التطبيقية له، دار هومه للنشر والتوزيع، الجزائر 2012.
6. سمير عبد السميع الاودن، تمليك وحدات البناء تحت الانشاء و الضمانات الخاصة لمشتري الوحدات السكنية، مطبعة الاشعاع الفني، القاهرة 2001.
7. سبيل جعفر حاجي عمر، ضمانات عقد بيع المباني قيد الإنشاء (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر، عمان، 2014.

8. السيد محمد السيد عمران، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، الدار الجامعية، الإسكندرية سنة 2003.
9. شوقي بناسي، عقد الترقية العقارية (عقد حفظ الحق، عقد البيع على التصاميم) في ضوء القانون رقم 11-04 المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، منشورات دار الخلدونية، 2019.
10. عبد الحفيظ مشماشي، بيع العقار في طور الإنجاز، دراسة على ضوء القانون المغربي والمقارن، الدار البيضاء المغرب، طبعة الاولى 2012.
11. عبد الحق صافي، بيع العقار في طور الإنجاز، شرح و تحليل لنصوص القانون رقم 44.00، مطبعة النجاح الجديدة، دار البيضاء، الطبعة الأولى، 2011
12. عبد الرزاق حسين يسين، المسؤولية الخاصة بالمهندس المعماري، مقال البناء، دراسة مقارنة في القانون المدني، الطلعة الأولى، دون دار النشر، 1987.
13. علاء حسين علي، عقد بيع المباني تحت الإنشاء دراسة قانونية الطبعة الأولى منشورات زين الحقوقية، بدون مكان نشر، 2011.
14. محمد محمد القطب مسعد سعيد، أحكام عقد البيع على الخريطة، كلية الحقوق، جامعة المنصورة.
15. وليد محمد سعد خليفة، النظام القانوني لعقد بيع العقار على الخارطة (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2019.

ثالثا: الأطروحات ورسائل الماجستير

1/ أطروحات الدكتوراه

1. أحمد أبو زرق، الشروط التعسفية في عقد المعاوضة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم الإسلامية تخصص شريعة وقانون، جامعة الحاج لخضر باتنة، 2013-2014.
2. بوستة ايمان، الترقية العقارية الخاصة في مجال السكن في التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه علوم، القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة بسكرة، 2016/2017.
3. خديجي أحمد، قواعد الممارسات التجارية في القانون الجزائري، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية باتنة، 2014/2015.
4. درماش بن عزوز، التوازن العقدي، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2014.
5. سهام مسكر، التزامات المرقى العقاري المترتبة على بيع السكنات الترقية، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه علوم، قانون خاص تخصص عقاري، كلية الحقوق والعلوم الادارية جامعة الاخوة منتوري قسنطينة، 2015/2016.
6. شعبان عياشي، عقد البيع بناء على التصاميم - دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والفرنسي، رسالة دكتوراه دولة، القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة، 2011/2012.
7. غريوج حسام الدين، حماية المستهلك من الممارسات التجارية غير النزيهة في التشريع الجزائري، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية باتنة 2017/2018.

8. لعور ريم رفيعة، عقد البيع على التصاميم في القانون الجزائري القانون الفرنسي، اطروحة دكتوراه علوم، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران 2، 2018-2019.

9. محمد جريفيلي، حماية المستهلك في نطاق العقد، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه تخصص قانون خاص معمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة درارية أدرار الجزائر، السنة الجامعية 2017/2018.

10. موسى نسيم، ضمانات تنفيذ عقد الترقية العقارية أطروحة دكتوراه ، فرع القانون الخاص كلية الحقوق ، جامعة الجزائر 2015.

2/رسائل الماجستير :

1. حدوم ليلي، العقود النموذجية طبقا لأحكام القانون الخاص، مذكرة الماجستير فرع عقود و مسؤولية، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 2000-2001

2. خواص جريدة، الضمان القانوني للعيب الخفي وتخلف الصفة في عقد البيع ، بحث للحصول على درجة الماجستير في العقود والمسؤولية ، جامعة الجزائر معهد الحقوق والعلوم القانونية ، جوان 1986.

3. زبيري بن قويدر : حماية المستهلك من الممارسات التجارية غير الشرعية في ضوء قانون 02/04 المتعلق بالقواعد المطبقة التجارية، مذكرة الماجستير في القانون الخاص، جامعة تلمسان، الجزائر.

4. سلمى بن سعدي، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الإستهلاك، مذكرة الماجستير في العلوم القانونية، تخصص عقود ومسؤولية مدنية، قسم الحقوق كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر باتنة، 2013/2014.

5. عبد الله لعويجي، قرارات التهيئة والتعمير في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير في الحقوق، قانون عقاري، تخصص قانون عام جامعة الحاج لخضر، باتنة 2011-2012.
6. عربي باي يزيد، النظام القانوني للترقية العقارية في الجزائر، مذكرة الماجستير في العلوم القانونية، تخصص قانون عقاري، كلية الحقوق، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2010.
7. لامية كتو، عقد البيع على التصاميم (في إطار القانون رقم 11- 04 المحدد لقواعد نشاط الترقية العقارية، مذكرة ماجستير، فرع قانون العقود كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، 2013
8. محمد فواز صباح الألويسي، الشروط التعسفية في عقود الإذعان (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، قانون خاص، جامعة البيت، كلية القانون، 2015.
9. ويس فتحي، المسؤولية المدنية والضمانات القانونية الخاصة في عقد البيع العقار قبل الإنجاز، دراسة تحليلية ومقارنة بين التشريعين الجزائري والفرنسي، مذكرة ماجستير، تخصص القانون عقاري وزراعي، كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب، البلدة، 2000.

رابعاً: المقالات والملتقيات الوطنية

1. بعجي محمد، وجوب إلتزام المرقي العقاري ضمان حماية المكتتب في عقد البيع على التصاميم، مجلة الاستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، مجلد الثاني كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة الجزائر، جانفي 2017
2. بوقرة أم الخير، المسؤولية العشرية للمرقي العقاري (دراسة تحليلية) مقال منشور بمجلة الحقوق والحريات الصادرة عن مخبر الحقوق والحريات بكلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة بسكرة بمناسبة الملتقى الوطني حول "إشكالات العقار الحضري وأثرها على التنمية في الجزائر المنعقد يومي 17 و 18 فيفري 2013.

3. دغيش أحمد، عقد البيع على التصاميم في إطار الترقية العقارية، مجلة القانون العقاري الصادرة عن مخبر القانون والعقار جامعة البليدة 2 الجزائر، ملتقى دولي حول الترقية العقارية وسياسة السكن رهانات وتحديات مارس 2017.
4. ربيعة صبايحي، الضمانات المستحدثة في بيع العقار على التصاميم على ضوء أحكام القانون 11/04، الملتقى الوطني.
5. ريمان حسينة، إلزام المرقي العقاري بضمان حسن التنفيذ في عقد البيع على التصاميم، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية كلية الحقوق والعلوم السياسية باتنة، مجلد 8، عدد 1، جانفي 2021،
6. سعدي صالح، دور جمعيات حماية المستهلك في ضمان أمن وسلامة المستهلكين، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، العدد 05، سنة 2020 .
7. سمية بولحية، مظاهر حماية المستهلك في عقد البيع على التصاميم، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، عدد 9، 2018 جامعة عباس لغرور خنشلة.
8. سي يوسف زاهية حورية، دور جمعيات حماية المستهلك في حماية المستهلك، مجلة الحقيقة، الجزائر عدد 34.
9. الطيب عائشة، آليات حماية مقتني العقار على التصاميم في ظل القانون 11-04 حوليات جامعة الجزائر، العدد 20، جزء 1، ديسمبر 2011
10. عبد الرزاق أيوب، مظاهر حماية المستهلك في بيع العقار في طور الإنجاز، مجلة القضاء المدني، الجزء الأول، المغرب 2014.
11. عيشة خلدون، الحماية التشريعية للطرف المذعن من الشروط المجحفة دراسة مقارنة، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، المجلد 17 العدد 1، جانفي 2021.

12. قاسي نجاة، النظام القانوني للتأمين في مجال البناء في القانون الجزائري، التأمين الإلزامي من المسؤولية المهنية والضمان العشري، مقال منشور في مجلة القانون، المجتمع والسلطة، كلية الحقوق جامعة وهران 2، 2016،
13. قديري محمد توفيق، التأمين من المسؤولية المدنية للمركبي العقاري في التشريع الجزائري، مجلة القانون العقاري صادرة عن مخبر القانون والعقار كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة البليدة، ملتقى دولي حول : الترقية العقارية وسياسة السكن مارس 2017
14. محمد الأمين نوبري، النظام القانوني للجنة البنود التعسفية في ظل المرسوم التنفيذي 06-306، مجلة الإجتهد القضائي عدد خاص جامعة محمد خيضر بسكرة أبريل 2020.
15. مصعور فاطمة الزهرة، التزامات المرقبي العقاري في عقد البيع على التصاميم بين الأزمة والإصلاح، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، العدد الثالث، 2017
16. نجيب بولنوار، أسماء سعيدان، ضمانات تحقيق الأمان القانوني للمقتني بعد تسليمه البناية في عقد البيع على التصاميم، مجلة الأمن الانساني المجلد 06، العدد 01، جانفي 2021.

خامسا: البحوث القانونية على المواقع الإلكترونية

1. خالد محمد السباتين، تقرير حول الحماية القانونية للمستهلك، الهيئة الفلسطينية المستقلة لحقوق المواطن، رام الله، حزيران، 2002، بحث منشور على شبكة الأنترنت بالموقع الإلكتروني الآتي :

<http://www.ichr.ps/pdfs/legal46.pdf>.

تاريخ الدخول: 2018/05/05م، على الساعة: 30: 22 ليلا.

2. رياحي أحمد، أثر التفوق الإقتصادي للمحترف في فرض الشروط التعسفية في القانون الجزائري والقانون المقارن، بحث منشور في مجلة اقتصاديات شمال إفريقيا، العدد الخامس متاح على الموقع الإلكتروني الآتي:

[http:// www.univchlef.dz/renaf/Articles_Renaf_N_05/article_16.pdf](http://www.univchlef.dz/renaf/Articles_Renaf_N_05/article_16.pdf).

تاريخ الدخول: 2021/06/06م على الساعة: 30: 20 ليلا.

سادسا-المواقع الإلكترونية:

- موقع صندوق الضمان والكفالة المتبادلة في الترقية العقارية، www.fgcpmi.com.dz

- القوانين الفرنسية الخاصة بحماية المستهلكين: www.Legi.france.Qouv.fr

Les ouvrages :

1. Christophe Ponce, Droit de l'assurance construction, 3^{eme} édition, Gualino éditeur, lextensoéditeur, Paris,France ,2013
2. Gaylor,rubu,l'essentiel du droit de la distribution ,S.édi,Guslion lescenzo éditonsfrance 2014.
1. GHESTIN.J,Traité de droit civil ,la formation du contrat L G D 3edition ,1990 ,N°77
2. Jean Calais-Auloy « Droit de la consommation » , 3éme édition precis Dalloz ,France.1992
3. Malinvaud(PH) et Jestaz (PH) , le droit de la promotion immobilière » 5éme éd , paris ,dalloz,1991.
4. Olivir tourna found, vente di,mmeuble a constuire repertoire de droit civil, tome x31 emeanee ,encyclopedi juridique K Dalloz .
5. Warrant Agricole et Baraton hdeffinger ,vente di,mmeuble a constuire repertoire de droit civil , 2 eme edition tom Viii mise à jour 1988 ,dalloz paris .

ملخص

يعد عقد البيع على التصاميم من أبرز عقود الترقية العقارية في الجزائر ، لإمتيازه بميزة خاصة عن باقي العقود الموجودة في القانون وتتمثل هذه الميزة في أنه يرد على محل غير وارد أثناء التعاقد ويحرر من طرف المرقى العقاري الذي يعد شروطه مسبقا دون إمكانية مناقشتها ، الأمر الذي يؤدي إلى أن عقد البيع على التصاميم يصبح مصدر لتعسف المرقى العقاري من حيث إدراج الشروط التعسفية فيه إزاء المكتتب .

ولتصدي تعسف المرقى العقاري في عقد البيع على التصاميم أقر القانون الجزائري جملة من الآليات والضمانات القانونية لمحاربة التعامل بالشروط التعسفية إزاء المكتتب بإعتباره مستهلك لسلعة عقارية وكذا طرف ضعيف في العلاقة التعاقدية ، ف جاء بها في القواعد العامة كسبل لحمايته من إختلال التوازن العقدي ، وأدرجها بصفة خاصة في قانون الترقية العقارية رقم 04-11 و كذا في القوانين الإستهلاكية منها القانون رقم 04-02 وأيضا قانون رقم 09-03 التي عملت على منح الجزاء للمرقى العقاري.

رغم أن المشرع الجزائري بين الحماية التي تمنح للمكتتب إزاء الشروط التعسفية في عقد البيع على التصاميم ، إلا أن قواعده لا تزال تفتقر الى الحلول الجذرية مقارنة مع قوانين التشريعات التي عالجتها .

Abstract:

One of the most prominent real estate promotion contracts in Algeria is the sale contract on designs, which has a special advantage over the rest of the contracts in force. This advantage is that it responds to a place that is not in the course of the contract and is liberated by the landmass, which prepares its terms in advance without the possibility of discussing them.

In order to address the arbitrary nature of real estate in the contract for sale of designs, Algerian law has established a number of legal mechanisms and safeguards to combat arbitrary treatment of acquired property as a consumer of a real estate good and a weak party to the contractual relationship. They are included in the general rules in order to protect it from a contract imbalance. They have also been incorporated, in particular, in the real estate promotion Act No 11_04, as well as into consumer laws, include Act No 04_02, as well as No 09_03, which provided for professional sanctions and consumer protection.

Although the Jazair legislator is among the protections given to the author against unfair conditions in the sales contract over designs, his rules still lack root solutions compared to the laws of the legislation that addressed them.

فهرس المحتويات

الصفحة	المحتوى
	شكر وعرافان
	إهداء
أ-ز	مقدمة
9	الباب الأول: أحكام عقد البيع على التصاميم
11	الفصل الأول الإطار المفاهيمي لعقد البيع على التصاميم
12	المبحث الأول: التأصيل القانوني لعقد البيع على التصاميم
12	المطلب الأول: مفهوم عقد البيع على التصاميم
13	الفرع الأول: تعريف عقد البيع على التصاميم
19	الفرع الثاني: خصائص عقد البيع على التصاميم
28	المطلب الثاني: التكييف القانوني لعقد البيع على التصاميم
28	الفرع الأول: تمييز عقد البيع على التصاميم عما يشبهه من العقود
36	الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لعقد البيع على التصاميم
44	المبحث الثاني: تكوين عقد البيع على التصاميم
44	المطلب الأول: أركان عقد البيع على التصاميم
44	الفرع الأول: الأركان الموضوعية العامة
51	الفرع الثاني: الركن الموضوعي الخاص
56	المطلب الثاني: شروط صحة عقد البيع على التصاميم
56	الفرع الأول: شروط صحة العقد العامة
65	الفرع الثاني: شروط صحة العقد الخاصة
75	الفصل الثاني: إختلال التوازن العقدي في عقد البيع على التصاميم
76	المبحث الأول: الممارسة التعسفية في عقد البيع على التصاميم

76	المطلب الأول: أطراف عقد البيع على التصاميم
76	الفرع الأول: مفهوم المرقى العقاري
92	الفرع الثاني: مفهوم المستهلك العقاري
97	المطلب الثاني: التفاوت بين طرفي العقد
97	الفرع الأول: مفهوم عقد الإذعان
104	الفرع الثاني: ميزة الإذعان في عقد البيع على التصاميم
110	المبحث الثاني: ماهية الشرط التعسفي
110	المطلب الأول: مضمون الشرط التعسفي
111	الفرع الأول: أساس الشرط التعسفي
115	الفرع الثاني: مفهوم الشرط التعسفي
123	المطلب الثاني: تحديد الطابع التعسفي لبند عقد البيع على التصاميم
123	الفرع الأول: معايير الشرط التعسفي
130	الفرع الثاني: الأثر القانوني لإعمال المعايير
140	خلاصة الباب الأول
142	الباب الثاني: حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقد البيع على التصاميم
144	الفصل الأول: الضمانات المرتبطة بنظرية الالتزام
145	المبحث الأول: ضمانات الحماية أثناء الإنشاء
145	المطلب الأول: الإعلام
145	الفرع الأول: تكيف الإعلام
152	الفرع الثاني: مضمون الإعلام

159	المطلب الثاني: الإككتاب
159	الفرع الأول: تعريف صندوق الضمان والكفالة المتبادلة
161	الفرع الثاني: مضمون الاككتاب
167	المبحث الثاني: ضمانات الحماية أثناء التنفيذ
167	المطلب الأول: الالتزامات العامة
168	الفرع الأول: الالتزامات المتقابلة
176	الفرع الثاني: الالتزام بالضمان
190	المطلب الثاني: الالتزامات الخاصة
190	الفرع الأول: الضمان الخاص أثناء التنفيذ
195	الفرع الثاني: الضمان الخاص بعد التنفيذ
207	الفصل الثاني: الآليات الرقابية لعقد البيع على التصاميم
208	المبحث الأول: الرقابة العامة
208	المطلب الأول: رقابة الهيئات الإدارية
209	الفرع الأول: رقابة لجنة البنود التعسفية
218	الفرع الثاني: رقابة المجلس الوطني لحماية المستهلكين
223	المطلب الثاني: جمعيات حماية المستهلك
223	الفرع الأول: تأسيس جمعيات حماية المستهلك
227	الفرع الثاني: دور جمعيات حماية المستهلك
235	المبحث الثاني: الرقابة الخاصة
235	المطلب الأول: الرقابة الداخلية للشرط التعسفي
236	الفرع الأول: رقابة محرر العقد
242	الفرع الثاني: رقابة المجلس الأعلى لمهنة المرقي العقاري

246	المطلب الثاني: الرقابة الخارجية للشرط التعسفي
246	الفرع الأول: حماية القاضي لعقد البيع على التصاميم
252	الفرع الثاني: جزاء الشرط التعسفي في العقد
258	خلاصة الباب الثاني
261	الخاتمة
267	قائمة المصادر والمراجع