



الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة ابن خلدون. تيارت

كلية الحقوق والعلوم السياسية



منازعات عقد البيع على التصاميم

أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه الطور الثالث ل.م.د.

تخصص: قانون عقاري

تحت إشراف:

أ.د/ معمر خالد

من اعداد الطالب:

نوالي رفيق

أعضاء لجنة المناقشة

اللقب والاسم	الدرجة العلمية	الجامعة الأصلية	الصفة
أ.د/ شامي أحمد	أستاذ	جامعة تيارت	رئيسا
أ.د/ معمر خالد	أستاذ	جامعة تيارت	مشرفا مقرر
د/ مبخوتي محمد	أستاذ محاضر -أ-	جامعة تيارت	مشرفا مساعدا
د/ باهة فاطمة	أستاذ محاضر -أ-	جامعة تيارت	عضوا مناقشا
د/ جقبوي حمزة	أستاذ محاضر -أ-	جامعة بومرداس	عضوا مناقشا
د/ عنقر خالد	أستاذ محاضر -أ-	جامعة تيسمسيلت	عضوا مناقشا

السنة الجامعية: 2025/2024

شكر وتقدير

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات، و بفضلله و كرمه
تحقق هذا العمل الأكاديمي المتواضع.

أتوجه بخالص الشكر و عظيم الامتنان إلى أستاذي المشرف
الأستاذ الدكتور معمر خالد على قبوله الإشراف على هذه
الأطروحة و على توجيهاته القيمة و دعمه المستمر، سائلا الله
تعالى أن يوفقه لكل خير.

كل الشكر للأستاذ المشرف المساعد الدكتور مبخوتي محمد على
توجيهاته و ملاحظاته القيمة.

أشكر كذلك أساتذتي الكرام أعضاء لجنة المناقشة الذين
تلطفوا بقبول مناقشة هذا العمل و إثرائه.

إلى كل من قدم لي يد العون سواء بكلمة طيبة أو نصيحة
صادقة، لكم مني جزيل الشكر و العرفان.

إهداء

أهدي ثمرة جهدي إلى من قال فيهما عز و جل " وَ قَضَى رَبُّكَ
أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ وَ بِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا "، إلى من سهر و تعب
من أجل وصولي إلى هذا المقام و لا يمكن للكلمات أن توفي
حقهما و لا للأرقام أن تحصي فضائلهما، إلى والدَيَّ العزيزين
أطال الله في عمرهما و حفظهما و رزقهما الصحة و العافية.

إلى من أدعوا الله أن يجعلهما يدا واحدة، إخوتي الأحباء

يوسف و محمد.

إلى ابن أخي جواد.

إلى كل من شجعني و ساندني خلال مشواري الدراسي.

مقدمة

مقدمة

مشكل السكن يعتبر من أهم المشاكل التي عانت و لا تزال تعاني منها الجزائر منذ الاستقلال، و هذا راجع للنمو الديموغرافي المتزايد لعدد السكان من جهة، و اختلال توزيعهم على مختلف مناطق الوطن من جهة أخرى، بالإضافة إلى النزوح الريفي الكبير نحو المدن جراء الأزمة الاقتصادية و الأمنية التي شهدتها البلاد خلال تسعينيات القرن الماضي.

و الحق في السكن هو أحد الحقوق الأساسية المكرسة دوليا بموجب الإعلانات و العهود، و وطنيا من خلال الدستور، و هذا راجع لاعتباره من الحقوق التي تضمن الكرامة الإنسانية و الاستقرار الاجتماعي، و أحد المكونات الأساسية للتنمية الاجتماعية و الاقتصادية، و أمام المكانة التي يحتلها هذا الحق كان من الضروري على الدولة، عبر حكوماتها المتعاقبة، بذل جهود حثيثة من أجل وضع سياسات عمومية شاملة و مدروسة تكفل هذا الحق و ترجمه إلى واقع ملموس من خلال تعبئة الموارد البشرية و المالية، و تطوير الأطر القانونية و التنظيمية التي تضمن تنفيذ هذه السياسات بفعالية و عدالة.

في البداية اعتمدت الدولة بشكل كامل على المؤسسات العمومية كفاعل رئيسي وحيد في قطاع السكن، حيث كانت تتولى مهام التمويل و الإنجاز و التوزيع و حتى التسيير، كما اعتمدت على نموذج واحد من السكن هو السكن الاجتماعي الذي يستفيد منه كل فئات المجتمع بغض النظر عن مستوى مداخيلهم، هذا التوجه يستند إلى مبدأ المساواة الذي يعد أحد ركائز النظام الاشتراكي الذي تبنته الدولة بعد الاستقلال.

رغم المساعي المبذولة في تلك الفترة من طرف الدولة من خلال مؤسساتها العمومية من أجل النهوض بقطاع البناء بشكل عام و السكن بشكل خاص، إلا أن النتائج المحققة بقيت دون مستوى التطلعات و الأهداف المسطرة، و يرجع ذلك لجملة من الأسباب لعل أبرزها محدودية مواردها المالية و عدم توفرها على الوسائل التقنية و التنظيمية التي تجعل منها مؤهلة للتكفل بشكل حصري بإنجاز المشاريع السكنية و تسييرها.

بناء على ما سبق، عمدت الدولة على مراجعة أهدافها من خلال تخفيض عدد السكنات المبرمجة ما أدى إلى تفاقم أزمة السكن خاصة مع ارتفاع نسبة النمو الديموغرافي، و جعل المعروض من السكن يقل بشكل كبير عن الطلب عليه، و ما زاد الأمر تعقيدا هو التهميش الواضح للقطاع الخاص و استبعاده من المعادلة الاقتصادية، في وقت كانت فيه الدولة بأمس الحاجة إلى مشاركته و دعمه.

نتيجة لهذا العجز، اضطرت الدولة على البحث عن طرق و أساليب جديدة قصد التخفيف من أزمة السكن، و كان ذلك من خلال التخلي عن احتكارها المطلق لقطاع السكن و فتح المجال أمام مبادرة الخواص للمساهمة في عمليات الترقية العقارية و هذا بموجب القانون 86-07 المؤرخ في الرابع من مارس سنة 1986 المتعلق بالترقية العقارية، هذا الأخير كان الهدف منه تحرير السوق العقارية و رفع احتكار الدولة، على أن يبقى لهذه الأخيرة سلطة الضبط و الرقابة لمنع الفوضى و المضاربة، بالإضافة إلى تطوير أداة الإنجاز الوطنية من خلال إشراك القطاع الخاص الذي يملك إمكانيات هامة تسمح له بتطوير قطاع البناء بشكل عام، و تنويع المتدخلين في السوق العقارية و هو ما ينتج عنه بيئة تنافسية تحفز على تطوير القطاع و تحسين جودة الخدمات كما و نوعا، و تحقيق توازن في العرض و الطلب مما يؤدي إلى خفض تكاليف السكنات و جعلها أكثر تناسبا مع القدرة الشرائية للمواطنين.

و لم يضيف هذا القانون الصبغة التجارية على نشاط الترقية العقارية بحيث جعل منه نشاط مدني لا تجاري لا يهدف إلى تحقيق أي ربح، كما جعل من حفظ الحق الصيغة الوحيدة لاقتناء سكن في إطار هذا القانون.

غير أنه سرعان ما اتضحت محدودية و ضعف فعالية أحكام القانون 86-07 في معالجة مختلف الإشكالات المتزايدة في قطاع السكن و من ثم محدودية النتائج المتحصل عليها، و يرجع أساسا ذلك إلى صدوره في ظل نظام سياسي و اقتصادي اشتراكي تميز بهيمنة الدولة على هذا القطاع، كما أن نصوصه القانونية لم تكن ملائمة مع متطلبات الاستثمار الخاص.

و بعد التوجهات الاقتصادية و السياسية الجديدة التي شهدتها الجزائر بعد صدور دستور 1989 و التغييرات الكبيرة التي صاحبتها لعل أبرزها الانفتاح على اقتصاد السوق، أصبح من اللازم إيجاد إطار قانوني جديد ينظم و يضبط نشاط الترقية العقارية، و هو ما استجابت له الإرادة التشريعية من خلال إصدار المرسوم التشريعي 93-03 المؤرخ في الأول من مارس سنة 1993 و المتعلق بالنشاط العقاري.

أعطى المرسوم التشريعي 93-03 مفهوما آخر لنشاط الترقية العقارية يتناسب أكثر مع مختلف الإصلاحات التي مست القطاع، حيث فسح المجال أمام الخواص للمشاركة في عمليات الترقية العقارية على أساس المنافسة الحرة بين القطاعين العام و الخاص، كما أضفى الصفة التجارية على القوائم بنشاط الترقية العقارية و أطلق عليه تسمية "المتعامل في الترقية العقارية"، كما وسع من مجال نشاط الترقية العقارية ليشمل كل من البيع و الإيجار على حد سواء.

و بالتالي تغير في ظل هذا المرسوم التشريعي مفهوم الترقية العقارية من الطابع الاجتماعي إلى الطابع الاقتصادي من خلال تشجيع الاستثمار في قطاع السكن قصد الوصول إلى مصادر تمويل جديدة تخفف العبء عن خزينة الدولة، كما استحدث المرسوم التشريعي 93-03 تقنية البيع على التصاميم كحل مبتكر لتنظيم السوق العقاري.

ورغم المزايا التي جاء بها المرسوم السابق، إلا أن التطبيق العملي له و الذي دام قرابة الثمانية عشر سنة أبان عن قصور في تغطية جميع جوانب الترقية العقارية نظرا للثغرات التشريعية الواضحة التي شابته، حيث لم يضع قواعد و شروط دقيقة تنظم نشاط الترقية العقارية، مما أدى إلى خلق بيئة قانونية غير محكمة، كما أن هذا النقص التشريعي فتح الباب أمام مظاهر الاحتيايل و التلاعب، حيث تعرض العديد من المقتنين لنهب التسبيقات المالية المدفوعة، علاوة على ذلك، استغل بعض المتعاملين في الترقية العقارية هذه الفجوات للتهرب من تنفيذ التزاماتهم التعاقدية، متجاهلين الضمانات التي كان من المفترض أن تحمي حقوق المقتنين، مما أثر سلبا على الثقة في هذا القطاع الحيوي، بالإضافة إلى أنه لم يقدم حلول عملية لمختلف المنازعات و الإشكالات التي طرأت بشأنه، لا سيما تلك المتعلقة بحياسة المقتنين لمقررات حجز تخصص سكنات ترقوية لا قيمة لها من الناحية القانونية، و حالة إفلاس المتعامل في الترقية العقارية أو التأخر في إنجاز المشروع و تسليمه للمقتني.

و على اعتبار أن مجال الترقية العقارية من أكثر المجالات أهمية و حيوية، استوجب الأمر مراجعة الإطار القانوني و التنظيمي الذي يحكمه، و هو ما تم فعلا بصدور القانون 11-04 المؤرخ في 17 فبراير 2011 المحدد للقواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية، حيث أبقى المشرع من خلال هذا القانون على تقنية البيع على التصاميم و نص مرة أخرى على عقد حفظ الحق، كما أطلق على القائم بنشاط الترقية العقارية تسمية "المرقي العقاري"، و اشترط الحصول المسبق على الاعتماد و القيد في السجل التجاري و التسجيل في الجدول الوطني للمرقين العقاريين حتى يكتسب هذه الصفة، و علاوة على ذلك حدد مختلف الالتزامات التي تقع على كل من المرقي العقاري و المكتتب في عقد البيع على التصاميم.

لاقت تقنية البيع على التصاميم انتشارا واسعاً لما توفره من مزايا لكل من المكتتب و المرقي العقاري، فمن جهة، تتيح للأول فرصة الحصول على سكن في المستقبل دون الحاجة إلى دفع الثمن بالكامل دفعة واحدة، مما يخفف عنه الأعباء المالية و يمنحه مرونة في السداد عبر دفعات منتظمة، و من جهة أخرى، تعد هذه التقنية أداة فعالة للمرقي العقاري إذ تمكنه من جمع التمويلات اللازمة لتنفيذ مشروعه العقاري عن طريق التسبيقات التي يحصل عليها من المشتريين، مما يساهم في ضمان استمرارية المشروع و تقليل المخاطر المالية.

إنجاز المشاريع العقارية في إطار عقد البيع على التصاميم يتطلب تدخل عدة أطراف، من متدخلين في عملية البناء كالمركبي العقاري و المفاوض و المهندس المعماري، إلى جهات إدارية وصية على هذه المشاريع، و جهات إدارية أخرى مختصة بمنح التراخيص اللازمة، بالإضافة إلى الجهات المسؤولة عن شهر العقد و الوثائق المرفقة، وصولاً إلى المكتب في عقد البيع على التصاميم، حيث قد يحدث أن تطرأ منازعات بين هذه الأطراف و المرقبي العقاري.

إذ على الرغم من المزايا الكثيرة التي يتضمنها عقد البيع على التصاميم إلا أنه يحمل عدة مخاطر خصوصاً على المكتب و كذلك على المرقبي العقاري، و هذا راجع أساساً لخصوصيته كونه يرد على محل غير موجود وقت التعاقد، حيث يمكن أن يتعرض المكتب إلى خطر توقف المرقبي العقاري عن إنجاز المشروع العقاري بسبب إفلاسه أو تصفيته قضائياً، أو عدم تنفيذ المرقبي العقاري لالتزاماته التعاقدية المتمثلة في نقل الملكية و التسليم و المطابقة، كما أن هذا الخطر لا يقتصر فقط على المكتب و إنما يمكن للمرقبي العقاري أن يلحقه ضرر نتيجة عدم تنفيذ المكتب لالتزاماته التعاقدية و التي أبرزها دفع التسديدات، و قد يصل الإخلال بالالتزام خصوصاً بالنسبة للمرقبي العقاري إلى حد التجريم بمفهوم القانون 04-11 المتعلق بنشاط الترقية العقارية أو من خلال قانون العقوبات.

تكتسي دراسة موضوع "منازعات عقد البيع على التصاميم" أهمية بالغة نظراً للدور المحوري لهذا العقد في تحقيق التوازن بين أطراف العلاقة التعاقدية و ضمان استقرار المعاملات العقارية، فمع تزايد اللجوء إلى هذا النوع من العقود كوسيلة لاقتناء السكنات، برزت إشكالات قانونية معقدة تتعلق بتنفيذ الالتزامات و حماية حقوق المكتتبين و المرقبي العقاري و ضمان وفاء هذا الأخير بالتزاماته، و من هنا، فإن البحث في هذه المنازعات يساعد على كشف أوجه القصور التشريعي و العملي، و اقتراح حلول قانونية تساهم في تعزيز الثقة في السوق العقارية و تحقيق الأمن القانوني في هذا المجال.

تأسيساً على ما تقدم فإن هذه الأطروحة تهدف أساساً إلى دراسة الأحكام القانونية التي تحكم عقد البيع على التصاميم، مع تحليل التزامات المرقبي العقاري و دراسة الآثار القانونية الناجمة عن الإخلال بها من خلال التطرق إلى المسؤولية المهنية و العقدية و حتى الجزائية للمرقبي العقاري، إذ طالما كانت هذه المسؤولية محور النزاعات بين المكتتبين و المرقبين العقاريين، و كذا تسليط الضوء على أهم المنازعات الناشئة سواء فيما يتعلق بتأخر الإنجاز، الإخلال بالمواصفات المتفق عليها، أو المنازعات حول فسخ العقد و التعويضات.

أمام تعدد الأطراف المتدخلة في إنجاز البناية في إطار عقد البيع على التصاميم و أمام تشعب الالتزامات التعاقدية بين طرفي العقد، تنشأ منازعات قضائية في مرحلة تنفيذ المشروع العقاري و تمتد إلى ما بعد

تسليمه، الأمر الذي يدفعنا إلى طرح الإشكالية الرئيسية للبحث: ما هي المنازعات القانونية التي تثيرها عقود البيع على التصاميم سواء خلال مرحلة التنفيذ وقبل تسليم البناية للمكاتب، أو بعد عملية التسليم؟

و يندرج تحت هذه الإشكالية الرئيسية التساؤلات الفرعية التالية:

- كيف يتعامل القضاء مع المنازعات الناشئة بموجب عقود البيع على التصاميم؟ و ما هي أبرز الأحكام القضائية الصادرة في هذا الشأن؟

- هل هناك حاجة لتعديل النصوص المنظمة لنشاط الترقية العقارية قصد توفير حماية أكبر لأطراف العقد و القضاء على مختلف المنازعات؟ و إذا كان الجواب بنعم، فما هي التعديلات المقترحة؟

أما عن أسباب اختيار موضوع "منازعات عقد البيع على التصاميم" فترجع إلى اعتبارات ذاتية مرتبطة بالميل الشخصية التي تنسجم مع طبيعة التخصص، و أخرى موضوعية يمكن إيجازها في الآتي:

- التزايد الملحوظ لعدد المنازعات المعروضة أمام القضاء المرتبطة بعقود البيع على التصاميم و التي في أغلبها تتعلق بعدم التزام المرقين العقاريين بالتزاماتهم العقدية و القانونية اتجاه المقتنين.

- دراسة موضوع منازعات عقد البيع على التصاميم يرجع إلى الإيمان بفكرة أنه كلما أمكننا الوقوف عند مختلف المنازعات و حصرها و دراستها بشكل جدي و موضوعي، كلما أمكننا التحكم في مختلف الثغرات القانونية التي أدت إلى ظهور مثل هذه المنازعات.

- الفوضى التي يعرفها قطاع السكن و الناجمة عن التصرفات اللامسؤولة لبعض المرقين العقاريين، مما يخلق انطبعا بغياب إطار تشريعي واضح يضبط هذا النشاط و يؤطر المهنة بفعالية، و قد دفعنا هذا الواقع إلى البحث في الأحكام التي جاء بها القانون 04-11 و دراسة مدى نجاعته في معالجة الإشكالات المطروحة مع مقارنة هذه الأحكام للنصوص السابقة لصدوره.

بخصوص الدراسات السابقة التي تناولت موضوع "منازعات عقد البيع على التصاميم" فإننا لم نصادف دراسات تناولت الموضوع بنفس العنوان، و لكن هناك منها ما تطرق لبعض جوانبه نذكرها على سبيل المثال لا الحصر:

رسالة ماجستير موسومة بعنوان "منازعات الترقية العقارية في الجزائر" للأستاذة مصطفاوي عايدة - كلية الحقوق بجامعة البليدة، السنة الجامعية 2000/2001-، حيث قسمت هذه الدراسة إلى باين، الباب الأول جاء تحت عنوان " المنازعات التي تنشأ قبل عملية البناء" تناولت فيه المنازعات المتعلقة بالعقود

العرفية و البناءات غير المشروعة و كذا المنازعات المتعلقة بشهادات و رخص التعمير و البناء، أما الباب الثاني فجاء تحت عنوان "المنازعات التي تنشأ أثناء و بعد عملية البناء" حيث تناولت في الفصل الأول المنازعات التي تنشأ أثناء عملية البناء، بينما خصصت الفصل الثاني للمنازعات التي تنشأ بعد عملية البناء. و رغم أهمية هذه الدراسة إلا أنها تطرقت لموضوع منازعات الترقية العقارية في إطار المرسوم التشريعي 03-93 المتعلق بالنشاط العقاري الملغى، بينما دراستنا هذه تطرقت لمختلف المنازعات الناشئة في إطار القانون 04-11 المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية باعتباره القانون ساري المفعول، مع التطرق كذلك للمنازعات الناشئة في إطار المرسوم التشريعي 03-93 خصوصا وأن جل قرارات المحكمة العليا جاءت بعنوان القوانين السابقة للترقية العقارية.

إلى جانب ذلك نجد أطروحة دكتوراه للباحثة نوي عقيلة المعنونة ب: "التنظيم القانوني لمسؤولية المرقى العقاري" – كلية الحقوق جامعة بومرداس، السنة الجامعية 2018/2017-، حيث قسمت هذه الدراسة إلى باين، تناولت في الباب الأول التزامات المرقى العقاري و قسمته إلى فصلين، خصصت الفصل الأول لتحديد الالتزامات المهنية للمرقى العقاري، بينما تناولت في الفصل الثاني الالتزامات التعاقدية للمرقى العقاري، أما الباب الثاني الذي جاء تحت عنوان "تعدد صور مسؤولية المرقى العقاري و الضمانات الخاصة فيها" فتم تقسيمه كذلك إلى فصلين، الأول خصص لدراسة المسؤولية المدنية للمرقى العقاري، بينما تم التطرق في الثاني إلى الصور الأخرى لمسؤولية المرقى العقاري و الضمانات الخاصة فيها.

و ما يمكن ملاحظته على هذه الأطروحة أنها ركزت على دراسة مسؤولية المرقى العقاري في حال إخلاله بالتزامه دون التطرق لمسؤولية المكتتب في حال أخل هو بالتزاماته، و هو منطقي كون عنوان الأطروحة يقتصر فقط على مسؤولية المرقى العقاري، في المقابل، تتميز دراستنا بمعالجة كلا الجانبين، حيث تناولت مسؤولية كل من المرقى العقاري و المكتتب على حد سواء، مما يضيء عليها طابعا أكثر شمولية و توازنا.

ضف إلى الدراستين السابقتين أطروحة دكتوراه جاءت تحت عنوان "مسؤولية المرقى العقاري و المنازعات المتعلقة بها" للباحثة بوشعالة أسماء – كلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة سيدي بلعباس، السنة الجامعية 2022/2021-، قسمت الباحثة الأطروحة إلى باين، الأول معنون ب "مسؤولية المرقى العقاري" تناولت فيه الإطار التنظيمي لمهنة المرقى العقاري في الفصل الأول و قيام مسؤولية المرقى العقاري في الفصل الثاني، بينما خصصت الباب الثاني لدراسة المنازعات المتعلقة بمسؤولية المرقى العقاري من خلال فصلين، الأول تناول منازعات الترقية العقارية الخاضعة للقضاء العادي، و الثاني تناول منازعات الترقية العقارية الخاضعة للقضاء الإداري.

و بالنسبة إلى الصعوبات التي تخللت إعداد و إخراج هذه الأطروحة نجد إحالة القانون 11-04 على عدد جد معتبر من النصوص التطبيقية، منها من لم يصدر إلى يومنا هذا، و منها ما صدر و لكن أدخلت عليه تعديلات و لأكثر من مرة، كما أن الاجتهاد القضائي في مجال الترقية العقارية يكاد يكون معدوم بالرغم من كثرة المنازعات، فباستثناء ثلاثة قرارات من المحكمة العليا لم نعثر على أي قرارات أخرى، و لعل ذلك لا يعود لعدم وجود اجتهادات قضائية و لكن لعدم نشرها، الأمر الذي يجعل التحصل عليها غير ممكن.

لدراسة هذا الموضوع و في سبيل الإجابة على الإشكالية المطروحة اعتمدنا على المنهج التحليلي باعتباره المنهج الأصح لمثل هذه المواضيع التي تتطلب التحليل القانوني لمحتوى النصوص القانونية و الأحكام و القرارات القضائية بالإضافة إلى تحليل الآراء الفقهية و مناقشتها، كما اعتمدنا على المنهج المقارن و ذلك من أجل المقارنة بين مختلف النصوص القانونية و التنظيمية التي تحكم نشاط الترقية العقارية سواء السابقة أو السارية المفعول، و كذا بين القانونين الجزائري و الفرنسي.

أما عن خطة العمل المتبناة، فكانت من خلال تقسيم الأطروحة إلى بابين، باب أول يخص المنازعات الناشئة قبل حيازة البناية، و الذي قسمناه إلى فصلين، فصل أول بعنوان المنازعات الناشئة بمناسبة تكوين عقد البيع على التصاميم، أما الفصل الثاني فجاء تحت عنوان المنازعات الناشئة بمناسبة تنفيذ عقد البيع على التصاميم.

أما الباب الثاني الذي جاء تحت عنوان المنازعات الناشئة بعد حيازة البناية، فقسمناه كذلك إلى فصلين، الأول خصصناه إلى المنازعات المتعلقة بضمان حسن التنفيذ و ضمان الأملاك المشتركة، بينما تطرقنا في الفصل الثاني لمنازعات الضمان العشري.

و أنهيت الدراسة بخاتمة تضمنت جملة من الاستنتاجات و مجموعة من الاقتراحات نراها ضرورية لإصلاح المنظومة القانونية و القضاء على المنازعات الكثيرة المتعلقة بعقد البيع على التصاميم، و كذا تقديم حماية أكبر لطرفي العقد.

الباب الأول: المنازعات الناشئة قبل حيازة البناية.

الفصل الأول: المنازعات الناشئة بمناسبة تكوين عقد البيع على التصاميم.

الفصل الثاني: المنازعات الناشئة بمناسبة تنفيذ عقد البيع على التصاميم.

الباب الثاني: المنازعات الناشئة بعد حيازة البناية.

الفصل الأول: المنازعات المتعلقة بضماني حسن التنفيذ والأمالك المشتركة.

الفصل الثاني: المنازعات المتعلقة بالضمان العشري.

الباب الأول:

المنازعات الناشئة قبل حيازة

البنائة

الباب الأول: المنازعات الناشئة قبل حيازة البناية

يتسم نشاط الترقية العقارية بالمخاطرة الكبيرة خصوصا من جانب المكتتب في عقد البيع على التصاميم على اعتبار أنه يقتني سكنا غير موجود وقت التعاقد مما يجعل حصوله عليه مرتبطا بتنفيذ المرقى العقاري لالتزاماته، و نتيجة لذلك كان من الضروري على المشرع التدخل عبر مراحل مختلفة من أجل تنظيم هذا النشاط و التحكم فيه و تحقيق الحماية اللازمة للمكتتب كونه الطرف الضعيف في العقد.

اتجهت الإرادة التشريعية إلى تعليق مسألة إنجاز مشاريع الترقية العقارية على ضرورة اكتساب صفة المرقى العقاري، فهذا الأخير يلعب دور هام و حيوي بدءا من إنجاز المشاريع العقارية و انتهاء بتسليمها للمكتتبين، و انطلاقا من هذه المكانة حملته المشرع التزامات مهنية و عقدية عديدة سواء من خلال القانون 07-86 أو المرسوم التشريعي 03-93 أو القانون 04-11 تضمن حصول المكتتب على سكنه.

و لم تقتصر النصوص المنظمة لنشاط الترقية العقارية على تنظيم التزامات المرقى العقاري، بل تعدتها لتشمل أيضا التزامات المكتتب، و لعل أهم التزام يقع على هذا الأخير هو دفع الثمن للمرقى العقاري كون ذلك يعتبر مصدر التمويل الوحيد للمشروع العقاري.

تتطلب عملية إنجاز المشروع العقاري تدخل العديد من الأطراف، فبالإضافة إلى المرقى العقاري و المكتتب، هناك أشخاص القانون العام المتمثلة في الجهات الإدارية الوصية على هذه المشاريع، و تلك المسؤولة عن منح الاعتماد و التراخيص اللازمة للمرقى العقاري كرخصة البناء و شهادة المطابقة، و الجهة الموكل لها شهر عقد البيع على التصاميم، فقد تحدث منازعات بين هذه الأطراف بسبب إخلال إحداها بالتزاماتها القانونية، و يتقاسم الاختصاص في هذه المنازعات كل من القضاء الإداري و العادي (العقاري و المدني) على حسب طبيعة النزاع و أطرافه، و قد يصل هذا الإخلال لحد التجريم وفقا للقانون 04-11 و لقانون العقوبات ليؤول الاختصاص في هذه الحالة للقاضي الجزائي.

و بناء على ما سبق سوف نتعرض في هذا الباب لأهم المنازعات الناشئة بمناسبة عقد البيع على التصاميم في مرحلتي التكوين و التنفيذ مع توضيح القضاء المختص بالفصل في كل منازعة.

الفصل الأول: المنازعات الناشئة بمناسبة تكوين عقد البيع على التصاميم.

الفصل الثاني: المنازعات الناشئة بمناسبة تنفيذ عقد البيع على التصاميم.

الفصل الأول:

المنازعات الناشئة بمناسبة

تكوين عقد البيع على التصاميم

الفصل الأول: المنازعات الناشئة بمناسبة تكوين عقد البيع على التصاميم

طبيعة عقد البيع على التصاميم تستدعي مروره بثلاثة محطات أساسية تنتهي بحصول المكتتب على سكن خال من العيوب و موافق للمواصفات المتفق عليها، أولى هذه المحطات تعرف بالمرحلة التحضيرية، حيث تكتسي هذه الأخيرة أهمية بالغة خصوصا بالنسبة للمكتتب إذ خلالها أقر المشرع مجموعة من الضمانات تهدف كلها إلى توفير حماية له من خلال السماح له بتكوين رضاء سليم و عدم وقوعه ضحية لمشروع وهمي و غير قانوني.

إن الضمانات المقررة للمكتتب في مرحلة تكوين عقد البيع على التصاميم تتجسد في مجموعة الالتزامات قبل التعاقدية التي يتحملها المرقى العقاري و التي ينجم عن مخالفة هذا الأخير لها مشاكل قانونية و منازعات قضائية مع المكتتب.

و سنتطرق في هذا الفصل إلى مجموع هذه الالتزامات و كذا المنازعات المحتملة بسبب مخالفتها، إذ أن دراسة موضوع المنازعات لا يجب أن تخلو من دراسة الالتزامات، ذلك أن البحث عن تحقق مسؤولية المرقى العقاري من عدمها ينطلق أساسا من وجود التزام يقع على عاتقه.

***المبحث الأول: المنازعات الناشئة بموجب إخلال المرقى العقاري بالتزاماته قبل التعاقدية.**

***المبحث الثاني: المنازعات المتعلقة بشكل عقد البيع على التصاميم.**

المبحث الأول: المنازعات الناشئة بموجب إخلال المرقي العقاري بالتزاماته قبل التعاقدية

إن القصور الذي كانت تشهده القوانين السابقة المتعلقة بالنشاط العقاري في مجال ضبط مهنة المتعامل في الترقية العقارية¹، أدى إلى كشف العديد من العقبات العملية و الفراغات القانونية التي أفرزت عن بعض المنازعات المتعلقة بعدم تنظيم مهنة المرقي العقاري و تحديد التزاماته المهنية و التعاقدية، مما أدى بالمشرع إلى التدخل من خلال القانون 04-11 المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية و ضبط هذه المهنة، و ما هو إلا إدراك من قبل المشرع بأهمية هذا النشاط و من ثمة ضرورة تأطيره و ضبط ممارسته².

لم يكتف القانون 04-11 و مراسيمه التنظيمية بالنص على الالتزامات التعاقدية للمرقي العقاري، بل تعدى ذلك للالتزامات المهنية السابقة للتعاقد، و التي لها أهمية بالغة خصوصا في مرحلة التفاوض و تحقيق إرادة المتعاقد و تنويره.

من خلال ما سبق، سوف نتطرق في هذا المبحث إلى أهم الالتزامات قبل التعاقدية للمرقي العقاري (المطلب الأول)، و مختلف العقوبات المفروضة عليه في حال الإخلال بها (المطلب الثاني).

المطلب الأول: التزامات المرقي العقاري قبل التعاقدية

ممارسة أي نشاط ترقيوي يولد التزامات يجب على القائم بهذا النشاط إتباعها، أولاها ضرورة الحصول المسبق على اعتماد لممارسة المهنة (الفرع الأول)، الإعلان عن المشروع العقاري و إعلام الراغب في الاكتتاب بمختلف المعلومات و البيانات الخاصة بالمشروع (الفرع الثاني)، استصدار مختلف الرخص و الشهادات المتعلقة بالعقار (الفرع الثالث)، و أخيرا اكتتاب التأمينات اللازمة (الفرع الرابع).

¹ عرفت الفترة السابقة لصدور القانون 04-11 غيابا لأي تأطير أو ضبط لممارسة مهنة المتعامل في الترقية العقارية، إذ يلاحظ عدم وجود أي شروط أو إجراءات لكل من يرغب في مواصلة نشاط الترقية العقارية، مما أدى إلى ممارسة عشوائية للمهنة و احتيال هؤلاء على المكتتبين مع إفلاتهم من المسؤولية و العقاب.

² نوي عقيلة، التنظيم القانوني لمسؤولية المرقي العقاري في التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة بومرداس، 2018، ص

الفرع الأول: اكتساب صفة المرقى العقاري

ما يميز عقود الترقية العقارية عامة و عقد البيع على التصاميم خاصة أنه لا يمكن لأي شخص أن يكون بائعا إلا إذا كان يتمتع بصفة المرقى العقاري، و على غرار المهن الأخرى التي يشترط لممارستها الحصول على اعتماد¹، فإن اكتساب الشخص لصفة المرقى العقاري و ممارسته لهذه المهنة يحتاج لاستصدار اعتماد مسبق مسلم من الوالي، و كذا القيد في السجل التجاري باعتباره تاجرا، و أخيرا التسجيل في الجدول الوطني للمرقين العقاريين².

أولا: الحصول على اعتماد

اكتساب الشخص لصفة المرقى العقاري و حصوله على اعتماد لممارسة المهنة يتطلب توافر مجموعة من الشروط و المؤهلات و كذا الموارد المادية و التقنية التي نص عليها المشرع بموجب القانون 04-11 و المرسوم التنفيذي 84-12 (المعدل) المؤرخ في 20 فبراير 2012 الذي يحدد كفاءات منح الاعتماد لممارسة مهنة المرقى العقاري و كذا كفاءات مسك الجدول الوطني للمرقين العقاريين³.

أ/- شروط الحصول على اعتماد

نصت المادة 6 من المرسوم التنفيذي 84-12 على الشروط الواجب توافرها في طالب الاعتماد سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا، و التي سنتطرق لها فيما يلي:

1/- شرط السن: رغم اعتبار المرقى العقاري تاجرا، إلا أنه لا يخضع في مسألة تحديد الأهلية القانونية لممارسة هذه المهنة للقانون التجاري⁴، و إنما يخضع لأحكام المادة 6 فقرة 1 من المرسوم التنفيذي 84-12 و التي حددته ب 25 سنة على الأقل، و يعتبر هذا السن منطقي بالنظر إلى حجم الالتزامات و المسؤوليات التي تقع على عاتقه، لأن الأمر يتطلب نضجا و مهارات تفوق بكثير مجرد بلوغ 19 سنة.

¹ الاعتماد هو الاقرار الذي يتضمن القبول من السلطة الإدارية المختصة على دخول المهنة.

² تنص المادة 4 من القانون 04-11 على أنه: "يرخص للمرقين العقاريين المعتمدين و المسجلين في السجل التجاري، بالمبادرة بالمشاريع العقارية. لا يمكن أيا كان أن يدعي صفة المرقى العقاري أو يمارس هذا النشاط ما لم يكن حاصلًا على اعتماد و مسجل في الجدول الوطني للمرقين العقاريين حسب الشروط و الكفاءات المحددة في هذا القانون".

³ الجريدة الرسمية عدد 11 المؤرخة في 26 فبراير 2012.

⁴ لم يحدد القانون التجاري الجزائري سن الرشد التجاري، و بالتالي وجب الرجوع للأحكام العامة الواردة في القانون المدني و التي حددته ب 19 سنة كاملة، و هو نفس موقف المشرع الفرنسي الذي حدده ب 18 سنة.

2/- شرط الجنسية: على خلاف المرسوم التشريعي 93-03 (الملغى) المؤرخ في 1 مارس 1993 المتعلق بالنشاط العقاري¹ الذي لم يتطرق لشرط الجنسية الجزائرية مما فتح باب الاستثمار أمام الأجانب، اشترط المرسوم التنفيذي 12-84 أن يكون طالب الاعتماد من أجل ممارسة مهنة المرقى العقاري حاملا للجنسية الجزائرية سواء كانت أصلية أو مكتسبة، وهو ما يتوافق مع ما كان يشترطه القانون 86-07 (الملغى) المؤرخ في 4 مارس 1986 المتعلق بالترقية العقارية²، الذي كان يتيح إنجاز مشاريع الترقية العقارية لكل شخص طبيعي أو معنوي حاملا للجنسية الجزائرية³.

و تجدر الإشارة أن إثبات الشخص الطبيعي الطالب للاعتماد لجنسيته الجزائرية كان يتم قبل تعديل المرسوم التنفيذي 12-84 بالمرسوم التنفيذي 19-243⁴ بنسخة من شهادة الجنسية، غير أنه بعد التعديل تم حذف هذه الوثيقة من الملف و استبدالها بنسخة من بطاقة التعريف الوطنية⁵، أما بالنسبة للأشخاص المعنوية، اشترط المشرع أن تكون خاضعة للقانون الجزائري⁶.

إن اشتراط الجنسية الجزائرية في طالب الاعتماد و لو كان مقبولا في ظل القانون 86-07 نظرا للتوجه الإيديولوجي و الاقتصادي السائد في تلك الفترة و القائم أساسا على المتعامل الوطني و منحه الأولوية، فإن الأمر يختلف اليوم لاسيما أن قطاع الترقية العقارية في حاجة إلى المعارف و الخبرات الأجنبية⁷.

3/- شرط حسن السلوك: اشترط المشرع من خلال نص المادة 6 فقرة 1 من المرسوم التنفيذي 12-84 على طالب الاعتماد لممارسة مهنة المرقى العقاري تقديم ضمانات حسن السلوك و عدم الوقوع تحت طائلة

¹ الجريدة الرسمية عدد 14 المؤرخة في 3 مارس 1993.

² الجريدة الرسمية عدد 10 المؤرخة في 5 مارس 1986.

³ نصت المادة 8 من القانون 86-07 على أنه: " يفتح الاكتتاب، قصد إنجاز عمليات الترقية العقارية، لأي شخص طبيعي أو معنوي، ذي جنسية جزائرية".

⁴ المرسوم التنفيذي 19-243 المؤرخ في 8 سبتمبر 2019 المعدل و المتمم للمرسوم التنفيذي 12-84، الجريدة الرسمية عدد 55 المؤرخة في 15 سبتمبر 2019.

⁵ المادة 8 من المرسوم التنفيذي 12-84.

⁶ نطرح التساؤل التالي: هل تطبق هذه القاعدة على الأشخاص المعنوية في شكل شركات تجارية التي تمارس نشاطا في الجزائر؟ بالعودة إلى نص المادة 10 من القانون المدني الجزائري و بالضبط الفقرة 3 و 4 نجد أن الأشخاص الاعتبارية في شكل شركات، جمعيات، مؤسسات، و غيرها، يسري على نظامها القانوني قانون الدولة التي يوجد فيها مقرها الاجتماعي الرئيسي و الفعلي، غير أنه إذا مارست الأشخاص المعنوية الأجنبية نشاطا في الجزائر، فإنها تخضع للقانون الجزائري.

⁷ بن عامر محمد، النظام القانوني للترقية العقارية في الجزائر دراسة مقارنة في القانون الجزائري و الفرنسي، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة سيدي بلعباس، 2021، ص 121.

عدم الكفاءة أو أحد موانع الممارسة المنصوص عليها في المادة 20 من القانون 04-11 و المتمثلة في الجرائم التالية:¹

- جريمة التزوير و استعمال المزور في المحررات الخاصة البنكية أو التجارية، جريمة السرقة و إخفاء المسروقات و خيانة الأمانة و التفليس و ابتزاز الأموال أو التوقيعات أو القيم، جريمة النصب و إصدار شيك بدون رصيد، جريمة رشوة الموظفين العموميين، و شهادة الزور و الغش الضريبي و اليمين الكاذبة، الجنح المتعلقة بالشركات التجارية، و يتم منع الأعضاء الذين تم شطبهم تأديبيا و بصفة نهائية بسبب الإخلال بنزاهة المهنة المشكلة في النقابات.

يجب التنويه أن إثبات حسن السيرة و السلوك (أي عدم الوقوع في الجرائم المنصوص عليها سابقا) كان يتم قبل تعديل المرسوم التنفيذي 84-12 سنة 2019 بتقديم مستخرج من صحيفة السوابق العدلية رقم 3 لا يزيد تاريخها عن 3 أشهر، غير أنه بعد التعديل، نجد أن المشرع استغنى عن هذه الوثيقة في ملف طلب الاعتماد، و هو ما لا نجد له مبرر بالرغم من أن الطلبات المودعة ستخضع لتحقيق أمني في المرحلة الثانية بعد الإيداع، و بالتالي كان من الأفضل احتفاظ المشرع بهذه الوثيقة في تكوين الملف لأنه من شأنها توفير الجهد و الوقت و المصاريف على الهيئات الأمنية خصوصا و أنها تملك شهر واحد فقط للرد على الملفات².

4/- شرط إثبات الموارد المالية الكافية: يعتبر شرط إثبات طالب الاعتماد لموارده المالية الكافية في غاية الأهمية، ذلك أنه ضمان حقيقية للمكاتب في عقد البيع على التصاميم من الناحية العملية، فهو يضمن و لو نسبيا إتمام المرقى العقاري لمختلف مشاريعه العقارية في الأجل المتفق عليها.

نص المشرع على هذا الشرط بموجب المادة 4/1/6 من المرسوم التنفيذي 84-12، و أحال توضيح الموارد المالية الكافية إلى قرار وزاري مشترك بين وزيرى المالية و السكن، غير أنه بصدور هذا القرار المؤرخ في 6 ديسمبر 2012 و المتعلق بإثبات الموارد المالية الكافية لاكتساب المرقى العقاري³، نجد أن المشرع ربط مسألة إثبات الموارد المالية بتصريح شرعى من طالب الاعتماد لا أكثر⁴، و بالعودة إلى نموذج التصريح الشرعى

¹ ما يلاحظ على المشرع في نص المادة 20 من القانون 04-11 أنه استخدم العبارات التالية: "...الأشخاص الذين تعرضوا لعقوبات بسبب إحدى المخالفات الآتية:..." في حين أن الأصح هو استخدام عبارة إحدى الجرائم بدل عبارة إحدى المخالفات، لأن العديد من الأفعال المنصوص عليها تكيف بأنها جنائيات أو جنح.

² جبدل كريمة، قراءة تحليلية في شروط الالتحاق بمهنة المرقى العقاري على ضوء المرسوم التنفيذي 19-243، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية و السياسية، جامعة المسيلة، المجلد 7، العدد 2، ديسمبر 2022، ص 546.

³ الجريدة الرسمية عدد 2 المؤرخة في 13 يناير 2013.

⁴ المادة 1 من نفس القرار الوزاري المشترك.

الملحق بالقرار الوزاري المشترك نجد أنه عبارة عن تصريح عادي يتم إعداده من طرف وزارة السكن و العمران يتضمن تعهد بتوفير الموارد المالية الكافية¹ و ذلك تحت طائلة العقوبات الإدارية و الجزائية.

يفهم مما سبق أن المشرع قد أفرغ شرط إثبات الموارد المالية من محتواه عندما ربطه بمجرد تصريح شرقي² يتعهد فيه طالب الاعتماد بالالتزام بتوفير الموارد المالية الكافية لإنجاز مشاريعه العقارية و ليس إثبات وجود هذه الموارد، و بالتالي فإن استخدام المشرع لمصطلح "إثبات" كان من المفروض أن يتبعه إجراءات أكثر من مجرد تصريح شرقي، و هذا من أجل تعزيز الضمانات المقدمة للمكاتب.

5/- شرط التمتع بالحقوق المدنية: أكد المشرع على هذا الشرط بموجب نصي المادتين 1/21 من القانون 04-11 و 1/6 من المرسوم التنفيذي 84-12، حيث نصت الأولى على أنه يجب على المرقى العقاري الذي يلتمس اعتمادا التمتع بحقوقه المدنية³، بينما نصت الثانية على أنه لا يمكن لأي كان التقدم بطلب الاعتماد ما لم يستوفي شرط التمتع بالحقوق المدنية.

6/- شرط تبرير الكفاءات المهنية المرتبطة بالنشاط: نص المشرع على هذا الشرط بموجب المادة 12 من القانون 04-11، حيث يجب أن يكون المبادرون بالمشاريع العقارية المعدة للبيع أو الإيجار، محترفون يملكون المهارات في هذا المجال، و أكدت على هذا الشرط المادة 1/6 من المرسوم التنفيذي 84-12 و التي اشترطت لكل من يريد التقدم بطلب الاعتماد لممارسة مهنة المرقى العقاري تبرير الكفاءات المهنية المرتبطة بالنشاط المتوفر لديه⁴.

يقصد بالكفاءة المهنية حيازة شهادة عليا في مجال الهندسة المعمارية أو البناء أو القانون أو الاقتصاد أو المالية أو التجارة أو أي مجال تقني آخر يسمح بالقيام بنشاط المرقى العقاري، و عندما لا يستوفي الطالب الشروط المتعلقة بالكفاءات المهنية المذكورة أعلاه، فإنه يتعين عليه أن يثبت الاستعانة بصفة دائمة و فعلية بمسير تتوفر فيه هذه الشروط⁵.

¹ يقصد بالموارد المالية حسب نص المادة 2 من نفس القرار، الموارد المشككة من: الموارد الخاصة للمرقى العقاري، القروض البنكية التي يكتتبها المرقى العقاري، الدفعات التي يقدمها الطالبون لاقتناء الأملاك العقارية، في إطار عقد البيع على التصاميم.

² أنظر نموذج التصريح الشرقي الملحق بالقرار الوزاري المشترك السابق.

³ نلاحظ من خلال نص هذه المادة استعمال المشرع عبارة "المرقى العقاري"، غير أن الأصح هو استعمال عبارة "طالب الاعتماد"، لأنه لا يمكن اكتساب صفة المرقى العقاري إلا بعد الحصول على الاعتماد.

⁴ قبل تعديل المرسوم التنفيذي 84-12، نجد أن المشرع استعمل مصطلح "إثبات" الكفاءات المهنية المرتبطة بالنشاط، غير أنه بعد التعديل الذي طرأ بموجب المرسوم التنفيذي 96-13 المؤرخ في 26 فبراير 2013 (الجريدة الرسمية عدد 13 المؤرخة في 6 مارس 2013) استبدل مصطلح "إثبات" بمصطلح "تبرير"، دون أن يوضح المقصود منه.

⁵ المادة 6 من المرسوم التنفيذي 84-12.

و بغض النظر عن أحكام المادة 6 من المرسوم التنفيذي 12-84، يمكن للمرقين العقاريين الممارسين نشاطهم، عند تاريخ نشر هذا المرسوم في الجريدة الرسمية، و الذين يثبتون 5 سنوات من النشاط مع الإنجاز الفعلي لمشاريع عقارية، طلب الحصول على اعتماد بصفة مرقى عقاري، أما الممارسون نشاطهم و لا تتوفر فيهم شروط المادة 6 من نفس المرسوم، فيمكنهم طلب الحصول على اعتماد شريطة إثبات الاستعانة بصفة فعلية و دائمة بمسير تتوفر فيه شروط المادة أعلاه¹، و بهذا فتح المشرع المجال لذوي الخبرة المهنية السابقة للالتحاق بالمهنة كما أنه لم يقيدهم بأجل معين مثلما فعل بالنسبة للوكيل أو الوسيط العقاري².

إن ربط المشرع الجزائري مسألة الكفاءة المهنية بالحصول على شهادة في إحدى التخصصات المنصوص عليها سابقا لاقى الكثير من الانتقادات و التساؤلات حول مدى كفاية الشهادة لممارسة مهنة المرقى العقاري على اعتبار أن هذا الأخير تاجر، و التجارة تقوم على الاحتراف و الامتثال و ليس على الشهادة الجامعية، و بالتالي هناك من اعتبر أن هذا الشرط غير منطقي و مخالف للمبادئ العامة المتعارف عليها في القانون التجاري³.

أما بخصوص مسألة استعانة المرقى العقاري بشخص حامل لشهادة جامعية، يرى البعض أنه كان من المفروض على المشرع أن يميز بين المرقين العقاريين الممارسين قبل صدور القانون 11-04 أي في ظل المرسوم التشريعي 93-03 و بين المترشحين الجدد، و حصر هذا الشرط على الفئة الثانية فقط، و تبريراتهم في ذلك أن الفئة الأولى اكتسبوا صفة المرقى العقاري بقوة القانون و بالتالي من المفروض أن تسوى وضعيتهم دون أي اشتراطات جديدة تطبقا للمبادئ العامة و التي على رأسها سريان القانون من حيث الزمان، كما أن تطبيق هذا الشرط على الفئة الثانية يثير الكثير من الإشكالات القانونية التي نذكر منها الصفة التي يبرم بها الشخص طالب الاعتماد العقد مع حائز الشهادة؟ على اعتبار أنه لا يحوز الصفة القانونية للتعاقد كونه لم يحصل على الاعتماد بعد⁴.

أرى أن استعانة طالب الاعتماد بشخص تتوفر فيه الشروط المنصوص عليها سابقا هو شرط أساسي و ليس تعجيزي لأن نشاط الترقية العقارية بحاجة إلى تدعيم من طرف كل من لهم المؤهلات العلمية و الفنية و التقنية.

¹ المادة 28 من نفس المرسوم التنفيذي.

² مسكر سهام، التزامات المرقى العقاري المترتبة على بيع السكنات الترقية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق و العلوم الإدارية، جامعة قسنطينة، 2016، ص 417.

³ جيدل كريمة، مرجع سابق الذكر، ص 547 و 548.

⁴ المرجع نفسه، ص 543.

7/- شرط توفير محلات ذات استعمال تجاري: بالإضافة إلى الشروط السابق ذكرها، نصت المادة 7 من المرسوم التنفيذي 12-84 أنه يجب توفر لدى طالب الاعتماد لممارسة مهنة المرقى العقاري محلات ذات استعمال تجاري ملائمة تسمح بالممارسة اللائقة و المعقولة للمهنة، كما يجب أن تكون مجهزة بوسائل الاتصال، و يجب تقديم إثبات وجود المحلات عند التسجيل في الجدول الوطني للمرقين العقاريين.

و جدير بالذكر أن المشرع كان يشترط قبل تعديل المرسوم التنفيذي 12-84 سنة 2013 ضرورة اكتتاب عقد تأمين ضد العواقب المالية و المسؤولية المدنية و المهنية لنشاط المرقى العقاري دون أن يوضح طريقة اكتتاب التأمين و لا المقصود منه¹، و لكنه تراجع عن ذلك بموجب التعديل الذي أقره المرسوم التنفيذي 13-96 حيث ألغى هذا الشرط، و يعتبر هذا الإلغاء منطقيا كون أنه من غير المعقول أن يكون اكتتاب التأمين شرط للحصول على الاعتماد، و نحن نعلم أنه شرط لممارسة المهنة، أي يكون في مرحلة تنفيذ المشاريع العقارية و ليس قبل ذلك².

ب/- إجراءات منح الاعتماد

في حالة استيفاء طالب الاعتماد لجميع الشروط التي تم ذكرها سابقا، يقوم بإيداع طلب الاعتماد لدى المديرية الولائية المكلفة بالسكن³، مرفوق بملف مكون من مجموعة وثائق⁴ هي:

* بالنسبة للشخص الطبيعي: نسخة من بطاقة التعريف الوطنية، كل وثيقة تثبت المراجع المهنية، نسخة من الشهادة العليا، دفتر الشروط المتعلق بالتزامات المرقى العقاري و مسؤولياته المهنية، المملوء كما يجب و الممضي⁵.

¹ السؤال المطروح: هل قصد المشرع بذلك التأمين لدى صندوق الضمان و الكفالة المتبادلة، أو التأمين من المسؤولية المدنية المهنية الذي يعتبر من التأمينات الإجبارية في مجال البناء، و الذي نظمته المشرع بموجب الأمر 95-07 المتعلق بالتأمينات، أنظر في ذلك: تواتي سهيلة، الحماية القانونية للمشتري في عقد بيع العقار بناء على التصاميم، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة المدية، 2021، ص 25.

² لعريط لمين، قراءة في شروط ممارسة مهنة المرقى العقاري وفقا للتشريع الجزائري، مجلة دراسات و أبحاث، جامعة الجلفة، مجلد 11، عدد 2، جوان 2019، ص 84.

³ أصبح إيداع طلب الاعتماد بعد تعديل المرسوم التنفيذي 12-84 بالمرسوم التنفيذي 19-243 يتم لدى المديرية الولائية المكلفة بالسكن بدلا عن المصالح المختصة للوزير المكلف بالسكن، (أنظر المادة 2 من المرسوم التنفيذي 19-243) و هو أمر إيجابي حيث يؤدي ذلك إلى التخفيف عن السلطات المركزية من جهة، و تكون السلطات المحلية أكثر دراية و إطلاع باحتياجاتها و بقدرات طالب الاعتماد من جهة أخرى، أنظر: بن عامر محمد، مرجع سابق الذكر، ص 132.

⁴ المادة 8 من المرسوم التنفيذي 12-84.

⁵ قام المشرع من خلال المرسوم التنفيذي 19-243 المعدل و المتمم لأحكام المرسوم التنفيذي 12-84 بإلغاء بعض الوثائق المطلوبة في ملف طلب الاعتماد لممارسة مهنة المرقى العقاري الخاصة بالشخص الطبيعي، و المتمثلة في شهادة الميلاد و شهادة الجنسية و اللذان قام بتعويضهما بنسخة من بطاقة التعريف الوطنية، و كذا صحيفة السوابق العدلية، كما ألغى الوثيقة التي تثبت وجود محلات لائقة لممارسة مهنته و ذلك بتقديم نسخة من عقد الملكية أو عقد إيجار، و بهذا قد أزال التعارض الذي كان موجودا بين نصي المادتين 7/2 و 8 من المرسوم التنفيذي 12-

* بالنسبة للشخص المعنوي: نسخة من القانون الأساسي، نسخة من النشرة الرسمية للإعلانات القانونية المتضمنة تأسيس الشركة، نسخة من المداولة التي تم من خلالها تعيين الرئيس، و عند الاقتضاء المدير العام أو المسير إلا إذا كان هؤلاء معينين بموجب القانون الأساسي، دفتر الشروط المتعلقة بالتزامات المرقى العقاري و مسؤولياته المهنية، المملوء كما ينبغي و الممضي، إثبات أن المدير العام أو المسير القانوني يستوفيان شروط التأهيل المحددة أعلاه بالنسبة للأشخاص الطبيعية، و إذا لم يستوفيان شروط التأهيل المنصوص عليها سابقا، يجب الاستفادة من المساعدة الدائمة و الفعلية من شخص طبيعي تتوفر فيه هذه الشروط.

يتم تحويل هذا الملف من طرف الوالي أو ممثله إلى لجنة اعتماد المرقين العقاريين¹ لدراسته و إبداء الرأي فيه، كما تقوم بإخضاعه لتحقيق إداري تقوم به مصالح الأمن المختصة و التي يجب عليها التعريف بإجابتها في أجل أقصاه شهر (1) ابتداء من تاريخ مراسلتها²، و يلاحظ في هذا الصدد أن المشرع اختصر مدة التحقيق الإداري بعدما كانت قبل تعديل المرسوم التنفيذي 84-12 سنة 2019 محددة بشهرين (2).

تجتمع لجنة اعتماد المرقين العقاريين للتداول و إبداء رأيها حول طلب الاعتماد، و يشترط حضور ثلثي (3/2) أعضائها على الأقل، و في حال تعذر اكتمال النصاب المحدد، تقوم بالاجتماع مجددا في الأيام الثمانية الموالية، و في هذه الحالة تصح مداولاتها مهما كان عدد الأعضاء الحاضرين، و تتخذ قراراتها بالأغلبية البسيطة لأصوات الحاضرين، و في حالة تساوي الأصوات، يتم ترجيح صوت الرئيس³.

تكون آراء لجنة اعتماد المرقين العقاريين إما بالموافقة أو الرفض المعلل⁴، كما تدون مداولاتها في محاضر و تسجل في سجل مرقم و مؤشر عليه، و ترسل محاضر المداولات التي يوقعها أعضاء اللجنة إلى الوالي في أجل 8 أيام⁵.

84، حيث كانت تشترط الأولى إثبات وجود المحلات عند التسجيل في الجدول الوطني للمرقين العقاريين، أي بعد الحصول على الاعتماد، بينما اشترطت الثانية تقديم نسخة من عقد الملكية أو الإيجار في ملف طلب الاعتماد.

¹ المزيد من المعلومات حول تعريف هذه اللجنة و مهامها، ارجع لأطروحة الدكتوراه للباحث بن عامر محمد، مرجع سابق الذكر، ص 132 و ما بعدها.

² المادة 10 من المرسوم التنفيذي 84-12.

³ المادة 20 من نفس المرسوم التنفيذي.

⁴ المادة 21 من نفس المرسوم التنفيذي.

⁵ المادة 22 من نفس المرسوم التنفيذي.

يجب على الوالي الرد على طالبي الاعتماد المتوفرة فيهم الشروط المنصوص عليها سابقا في أجل ثلاثة (3) أشهر من تاريخ استلام الطلب¹، و يكون الرد إما بالموافقة أو الرفض المعلن.

في حالة الرفض، يجب أن يتم تبرير و تبليغ قرار الرفض إلى طالب الاعتماد بكل الوسائل، و لهذا الأخير حق تقديم طعن كتابي لدى الوالي في أجل (30) يوما من تاريخ تبليغه الرفض، من أجل تقديم عناصر و معلومات جديدة أو إثبات لدعم طلبه، أو الحصول على دراسة مكتملة، و يتعين على الوالي في هذه الحالة الفصل في ذلك في غضون شهرين ابتداء من تاريخ استلام الطعن².

و يتم رفض طلب الاعتماد في حالة عدم استيفاء طالب الاعتماد للشروط المطلوبة، أو حالة سحب الاعتماد منه بصفة نهائية، أو إذا كان التحقيق الذي قامت به مصالح الأمن المختصة سلبيا³، أما في حالة إبداء لجنة الاعتماد رأيها بقبول الطلب، يتعين على الوالي تسليم الاعتماد لصاحب الطلب وفقا للنموذج المحدد بموجب قرار من الوزير المكلف بالسكن، كما يلتزم طالب الاعتماد القيام بمختلف الشكليات الضرورية قصد القيد في السجل التجاري⁴، و كذا موافاة الوالي بمجموعة من الوثائق حددتها المادة 23 من المرسوم التنفيذي 84-12 قصد السماح له بالقيد في الجدول الوطني للمرققين العقاريين⁵، و يترتب على عدم مراعاة هذه الشكليات تطبيق العقوبات التي نصت عليها المادة 64 من القانون 04-11.

ثانيا: القيد في السجل التجاري

القيد في السجل التجاري هو التزام يخص كل تاجر (سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا) قبل أن يباشر أعماله التجارية و هذا بهدف وضع نشاطه التجاري تحت إشراف و رقابة الدولة⁶، و كذا إضفاء الشفافية و الشرعية، كما يوافق مبدأ الثقة في المعاملات التجارية التي لا يتم إلا عن طريق شهر المركز القانوني للتاجر.

¹ المادة 9 من نفس المرسوم التنفيذي.

² المادة 12 من نفس المرسوم التنفيذي.

³ المادة 11 من نفس المرسوم التنفيذي.

⁴ المادة 17 من نفس المرسوم التنفيذي.

⁵ المادة 23 من نفس المرسوم التنفيذي.

⁶ البقيرات عبد القادر، مبادئ القانون التجاري (الأعمال التجارية، نظرية التاجر، الشركات التجارية)، دون رقم الطبعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2016، ص 55.

و على اعتبار أن المرقى العقاري تاجر، فإنه يخضع لنفس التزامات التجار و التي من بينها الزامية قيد الحائزين على اعتماد في السجل التجاري، هذا ما أكدته المادة 4 فقرة 1 من القانون 04-11 و المادة 24 من المرسوم التنفيذي 84-12.

أ/- إجراءات القيد في السجل التجاري

إذا كان المرقى العقاري شخصا طبيعيا، يكون قيده في السجل التجاري بناء على طلب ممضي و محرر على استمارات يقدمها المركز الوطني للسجل التجاري، مرفقا بالطلب بإثبات وجود محل مؤهل لاستقبال نشاط تجاري و هذا بتقديم سند ملكية أو عقد إيجار أو امتياز للوعاء العقاري الذي يحوي النشاط التجاري أو كل عقد أو مقرر تخصيص مسلم من طرف هيئة عمومية¹.

أما بالنسبة لقيد الشخص المعنوي في السجل التجاري، فيكون على أساس طلب ممضي و محرر على استمارات يسلمها المركز الوطني للسجل التجاري مرفقا بالوثائق التالية: نسخة واحدة من القانون الأساسي المتضمن تأسيس الشركة أو نسخة من النص التأسيسي للشركة إذا تعلق الأمر بمؤسسة عمومية ذات طابع صناعي و تجاري EPIC، نسخة من إعلان نشر القانون الأساسي للشركة في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية، إثبات وجود محل مؤهل لاستقبال نشاط تجاري عن طريق تقديم سند ملكية أو عقد إيجار أو امتياز للوعاء العقاري الذي يحوي النشاط التجاري أو كل عقد أو مقرر تخصيص مسلم من طرف هيئة عمومية².

و يعفى من القيد في السجل التجاري المرقى العقاري العمومي الذي يكون في شكل مؤسسة عمومية تابعة للدولة كدواوين الترقية و التسيير العقاري نظرا لخصوصيتها³.

ب/- آثار القيد في السجل التجاري

متى قُيد المرقى العقاري في السجل التجاري فإنه يكتسب صفة التاجر، و يترتب على اكتساب هذه الصفة وضع صاحبها في مركز قانوني يحمله التزامات قانونية منصوص عليها في القانون التجاري و المتمثلة في:

¹ المادة 7 من المرسوم التنفيذي 15-111 المؤرخ في 3 مايو 2015 المحدد لكيفيات القيد و التعديل و الشطب في السجل التجاري، الجريدة الرسمية عدد 24 المؤرخة في 13 مايو 2015.

² المادة 9 من نفس المرسوم التنفيذي.

³ زروق يوسف، الضمانات القانونية و الاستثمارية لممارسة نشاط المرقى العقاري الخاص في الجزائر، مجلة الحقوق و العلوم السياسية، جامعة خنشلة، العدد 8، الجزء 1، جوان 2017، ص 781.

-التزام المرقى العقاري بمسك الدفاتر التجارية: من بين الالتزامات الملقاة على عاتق التاجر مسك الدفاتر التجارية، و على اعتبار أن المرقى العقاري تاجر فإن هذا الالتزام يقع كذلك على عاتقه، و تعرف الدفاتر التجارية بأنها: " سجلات يقيد فيها التاجر عملياته التجارية، صادراته و وارداته، حقوقه و التزاماته، و هي أيضا وثائق محاسبية لا يمكن للتاجر الاستغناء عنها عند إعداده حصيلة نهاية السنة " ¹.

للدفاتر التجارية علاقة متينة بالحياة التجارية و لا يمكن الاستغناء عنها نظرا لفائدتها سواء على التاجر أو على المتعاملين معه، حيث عن طريقها يمكن معرفة المركز المالي للتاجر من خلال الصفقات المبرمة، كما توضح لدائنيه في حالة إفلاسه مختلف العمليات التي قام بها قبل الإفلاس ².

متى كانت الدفاتر التجارية منظمة، اعتبرت أداة يمكن للتاجر الاستعانة بها لإثبات ما عليه من ديون، و إذا تعرض للإفلاس يمكنه إثبات سلامة التصرفات التي أبرمها و حسن نيته لدرأ خطر التعرض لعقوبة الإفلاس بالتدليس أو بالتقصير و المترتب عليهما عقوبة جزائية.

تنقسم الدفاتر التجارية إلى نوعين، دفاتر الزامية و أخرى اختيارية، الأولى تتمثل في دفتر اليومية le livre journal الذي يسجل فيه التاجر كل عملياته اليومية المتعلقة بدمته المالية سواء حقوق أو التزامات مالية، و دفتر الجرد le livre d'inventaire ³. أما النوع الثاني فهو على سبيل الاختيار و ليس الالزام، أي يمكن للتاجر أن يمسك بعض هذه الدفاتر و يترك بعضها الآخر حسب ما تقتضيه أعماله التجارية، و تتمثل في: دفتر الأستاذ grand livre، دفتر المسودة livre brouillon، دفتر المخزن livre de magasin، دفتر الصندوق أو الخزانة livre de caisse....

يجب أن يحتفظ التاجر بالدفاتر المنصوص عليها في المادة 9 و 10 من القانون التجاري لمدة 10 سنوات كاملة تبدأ من تاريخ آخر قيد فيها ⁴، كما لا يلزم التاجر بتقديم هذه الدفاتر أمام القضاء بعد انقضاء مدة ال 10 سنوات في حالة نشوب نزاع مع تاجر آخر ⁵.

¹ بلودنين أحمد، المختصر في القانون التجاري الجزائري، دون رقم الطبعة، دار بلقيس، الجزائر، 2012، ص 61.

² علواش نعيمة، التزام المرقى العقاري بالتسجيل في السجل التجاري بين قانون الترقية العقارية و أحكام القانون التجاري، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية و السياسية، جامعة المسيلة، المجلد 7، العدد 2، ديسمبر 2022، ص 563.

³ المادة 9 و 10 من الأمر 59-75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون التجاري، الجريدة الرسمية عدد 101 المؤرخة في 19 ديسمبر 1975.

⁴ المادة 12 من القانون التجاري.

⁵ بلودنين أحمد، مرجع سابق الذكر، ص 64.

- خضوع المرقى العقاري باعتباره تاجرا للأحكام الصارمة للقانون التجاري و التي أبرزها نظام الإفلاس و التصفية القضائية في حالة التوقف عن أداء التزاماته، و بالتالي يجب عليه التصريح في حالة توقفه عن دفع ديونه و كذا عدم الإتيان بالأعمال المنافية للمنافسة المشروعة¹.

- التزام المرقى العقاري بدفع مختلف الضرائب المفروضة عليه، لكنه يستفيد من بعض الإعفاءات في إطار إنجاز مشاريع عقارية مدعمة من الدولة كالإعفاء من رسم الإشهار العقاري و الضريبة على الدخل و الضريبة على الربح و ذلك لتحفيزه على إنجاز هذه المشاريع².

يلاحظ مما سبق اقتصار الامتيازات الممنوحة للمرقى العقاري في شكل إعفاءات ضريبية على إنجاز السكنات الترقية العمومية دون السكنات الترقية التجارية الحرة، مما أدى إلى التهاب كبير في أسعارها و بالتالي حرمان الفئات غير المستفيدة من الدعم من الحصول على سكن.

ثالثا: التسجيل في الجدول الوطني للمرقين العقاريين

تطرت لهذا الالتزام المادتين 4 فقرة 2 و 23 من القانون 04-11، حيث تنص الأولى على أنه: " لا يمكن لأي كان أن يدعي صفة المرقى العقاري أو يمارس هذا النشاط ما لم يكن حاصلًا على اعتماد و مسجل في الجدول الوطني للمرقين العقاريين..." بينما نصت الثانية على أنه: " يتطلب منح الاعتماد للمرقى العقاري تسجيله في الجدول الوطني للمرقين العقاريين. و يعد ترخيصًا لممارسة المهنة، مع مراعاة القيام بالإجراءات الشكلية الإدارية و الجبائية المطلوبة للحصول عليه"³.

يتعين على حائزي الاعتماد المقيد في السجل التجاري قصد السماح لهم بالقيود في الجدول الوطني للمرقين العقاريين موافاة الوالي بالوثائق الآتية: نسخة من بطاقة التعريف للمالك أو الملاك و المسير، نسخة من مستخرج السجل التجاري، نسخة من رقم التعريف الضريبي، نسخة من وثيقة بنك محل الوفاء، نسخة

¹ لكل تاجر الحق في منافسة غيره من التجار، غير أن هذا الحق ليس مطلق بل مقيد بجملة من الضوابط و الأحكام القانونية التي تمنعه من الممارسات غير المشروعة كالغش و تضليل المشتري و فرض شروط تعسفية عليه لعدم وجود منافس آخر أو لكثرة الطلب بسبب الحاجة، كما هو عليه الحال بالنسبة للسكنات الترقية الخاصة غير المدعمة من الدولة التي تتميز بالتهاب أسعارها، الأمر الذي يتنافى مع هدف المنافسة في حد ذاته المتمثل في زيادة الفعالية الاقتصادية و تحسين ظروف المعيشة، أنظر: علواش نعيمة، مرجع سابق الذكر، ص 565.

² لمزيد من المعلومات حول الإعفاءات التي يستفيد منها المرقى العقاري، راجع أطروحة الدكتوراه للباحثة مسكر سهام، مرجع سابق الذكر، ص 62.

³ يلاحظ أن صياغة المشرع لنص المادة كان خاطئا، إذ من غير المعقول أن يسبق إجراء التسجيل في الجدول الوطني للمرقين العقاريين الحصول على الاعتماد، بل يكون هذا الإجراء لاحق للحصول على الاعتماد.

من سند شغل المحل المستعمل كمقر، و يترتب على عدم مراعاة هذه الشكليات تطبيق العقوبات التي نصت عليها أحكام المادة 64 من القانون 04-11¹.

يتم تسجيل حائزي الاعتماد لممارسة مهنة المرقي العقاري و المقيدين في السجل التجاري في الجدول الوطني للمرقين العقاريين المفتوح لدى الوزير المكلف بالسكن، و يتوج هذا التسجيل بمنح المرقي العقاري شهادة تسجيل² حدد المشرع مضمونها و شكلها بموجب القرار المؤرخ في 9 يناير 2013 المحدد لنموذجي الاعتماد و شهادة التسجيل للمرقي العقاري.

تعد الشهادة الممنوحة للمرقي العقاري بمثابة ترخيص لممارسة المهنة، و يترتب عليها اكتسابه صفة المرقي العقاري و انتسابه إلى صندوق الضمان و الكفالة المتبادلة³.

يتضح جليا من خلال كل ما سبق تناوله في هذا الفرع، وضع المشرع من خلال القانون 04-11 و المرسوم التنفيذي 84-12 و مختلف التعديلات التي مست هذا الأخير، إطار قانوني متكامل ينظم و يحكم مهنة المرقي العقاري من خلال فرض شروط و ضوابط صارمة للاتحاق بالمهنة، الأمر الذي ينعكس إيجابيا على تحسين و تطوير المهنة و كذا نوعية السكنات المنجزة⁴.

الفرع الثاني: الالتزام بالإعلام

يتحقق ركن التراضي باعتباره عنصرا جوهريا في العقد بتطابق الإيجاب و القبول حول طبيعة العقد و عناصره الجوهرية، و ما يتميز به عقد البيع على التصاميم أنه ينصب على محل غير موجود وقت التعاقد، و بالتالي يستحيل على المكتتب معاينة السكن قبل التعاقد من أجل التأكد من مدى مطابقة مواصفاته لرغباته الشخصية، كما أن طرفي هذا العقد هما المرقي العقاري باعتباره شخص محترف له المهارات الفنية و الخبرة اللازمة و القدرات المالية، و المكتتب الذي يفتقر غالبا لكل هذه الصفات، هذا يؤدي إلى وجود

¹ المادة 23 من المرسوم التنفيذي 84-12. يلاحظ على هذه المادة أنه بعد تعديلها بموجب المادة 2 من المرسوم التنفيذي 19-243 أصبحت الإجراءات تتم على مستوى الوالي بدلا من الوزير المكلف بالسكن، كما استبدل التعديل عبارة "طالب الاعتماد" بعبارة "صاحب الاعتماد" و هو الأصح، على اعتبار أن طالب التسجيل في الجدول الوطني للمرقين العقاريين قد تحصل سابقا على الاعتماد.

² المادة 24 من نفس المرسوم التنفيذي.

³ المادة 25 من نفس المرسوم التنفيذي.

⁴ بن عامر محمد، مرجع سابق الذكر، ص 137.

تفاوت بينها في المعرفة، ذلك أن احترافية و تخصص الأول تمكنه من امتلاك معلومات لا يستطيع الثاني الحصول عليها من تلقاء نفسه، مما يجعله في مركز ضعف مقارنة بالمرقي العقاري¹.

و لسد هذا الفارق المعرفي و تحقيق الحماية للمكاتب، اقتضى الأمر الزام المرقي العقاري بالإعلان عن مشروعه العقاري بغرض جلب الراغبين بالاكتتاب مع التحلي بالصدق و النزاهة في ذلك، و كذا إعلامهم بكافة المعلومات و البيانات الجوهرية التي تتعلق بمحل العقد قصد تبصيرهم.

أولاً: تعريف الالتزام بالإعلام

لم يرد تعريف الالتزام بالإعلام لا في القانون المدني و لا في القوانين المتعلقة بحماية المستهلك، و إنما إكتفى المشرع بالإشارة إليه، إذ نصت المادة 352 من القانون المدني² على وجوب علم المشتري بالمبيع علماً كافياً و يعتبر العلم كافياً في حالة شمول العقد على بيان المبيع و أوصافه الأساسية بحيث يمكن التعرف عليه، كما نصت المادة 41 من القانون 04-11 على أنه يلتزم المرقي العقاري بضمان الإعلام عن مشروعه العقاري في الأماكن المخصصة للإشهار في البلدية المختصة إقليمياً و هذا قبل أي عرض للبيع³، و تطرقت لنفس الالتزام المادة 25 من دفتر الشروط النموذجي الملحق بالمرسوم التنفيذي 12-85 بنصها على أنه يتعين على المرقي العقاري قبل أي عملية بيع أو تسويق لكل أو لجزء من مشروعه، ضمان إشهار صادق و واسع بمختلف وسائل الإعلام و لا سيما عن طريق الإعلان المرئي و الواضح على مستوى مقره، و في موقع المشروع العقاري و في الأماكن المخصصة للإشهار على مستوى إقليم بلدية موقع الإنشاء.

تكفل الفقه بمسألة تعريف الالتزام بالإعلام بحيث عرفه جانب منه على أنه التزام يغطي المرحلة السابقة للتعاقد، و يتعلق بالإدلاء بكافة المعلومات و البيانات الجوهرية اللازمة لإيجاد رضاء حر و سليم لدى المشتري، و بذلك فإن وفاء البائع بهذا الالتزام من شأنه السماح للمشتري بالبدء في إبرام العقد و هو على علم بحقيقة التعاقد و البيانات التفصيلية التي تتعلق بأركانه و شروطه و مدى ملائمتها للغرض الذي يبتغيه من التعاقد⁴، كما عرف بأنه التزام أحد المتعاقدين بتقديم للمتعاقد الآخر في مرحلة تكوين العقد كل البيانات اللازمة لإيجاد رضاء سليم كامل متنور على علم بكافة تفاصيل العقد، و ذلك بسبب اعتبارات

¹ نوالي رفيق، معمر خالد، التزام المرقي العقاري بالإعلام في عقد البيع على التصاميم، مجلة الدراسات القانونية، جامعة المدية، المجلد 8، العدد 2، جوان 2022، ص 237.

² الأمر 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية عدد 78 المؤرخة في 30 سبتمبر 1975.

³ ما يلاحظ على نص المادة 41 استخدام المشرع مصطلح "الإعلام"، غير أنه باستقراء فحوى المادة نجد أن ما قصده هو الإعلان عن المشروع العقاري و ليس الإعلام، إذ هناك اختلاف بين المصطلحين سنبينه لاحقاً، و بالتالي الأصح هو استخدام مصطلح الإعلان بدل الإعلام.

⁴ عبد المنعم موسى إبراهيم، حماية المستهلك (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2007، ص 366.

معينة يمكن أن ترجع لطبيعة العقد أو صفة أحد المتعاقدين أو طبيعة المحل، أو أي اعتبار يجعل إمام أحدهما ببيانات معينة مستحيلاً¹.

يتضح من خلال التعريفين السابقين أن الالتزام بالإعلام يقع على أحد طرفي العقد-المركبي العقاري- الذي يفترض فيه العلم والدراية، وهذا ما يميزه عن الطرف الآخر-المكتتب- ويرجع الكفة لصالحه، الأمر الذي يجبره على تقديم كافة المعلومات والبيانات الجوهرية من أجل تنوير الطرف الضعيف².

ثانياً: تمييز الالتزام بالإعلام عن ما يشابهه

إن تعدد التسميات³ والتعريفات الفقهية للالتزام بالإعلام أدى إلى الخلط بينه وبين بعض المصطلحات المشابهة له في المعنى الأمر الذي دفعنا إلى التمييز بينهم.

أ/- تمييز الالتزام بالإعلام قبل التعاقد عن الالتزام التعاقدى بالإعلام

رغم التشابه في التسمية بين الالتزام بالإعلام قبل التعاقد والالتزام التعاقدى بالإعلام وأن كلاهما يهدف إلى حماية المشتري، إلا أن هناك اختلاف بينهما يكمن في المصدر والأساس القانوني والجزاء، فالالتزام بالإعلام قبل التعاقد والذي يتمثل في غالب الأحيان في الإشهار التجاري الذي يباشره المرقبي العقاري قصد تسويقه لبنائته، يجد مصدره في مبدأ حسن النية في العقود، إذ أنه ينشأ بعيداً عن العقد ومستقل عنه، ويكون في مرحلة سابقة على التعاقد⁴، فهو بذلك ليس بالالتزام التعاقدى أو الالتزام الخاص بالقيام بعمل أو الامتناع عن عمل متفق عليه بين الدائن ومدينه⁵، في حين أن الالتزام التعاقدى بالإعلام يجد مصدره في العقد نفسه، ويعتبر التزام أصيل يتضمنه العقد ويتجسد في قيام أحد طرفي العقد-البائع- بإعلام الطرف الآخر بمعلومات وبيانات متعلقة بتنفيذ محل العقد⁶.

¹ عبد الحميد أحمد محمد أحمد، الحماية المدنية للمستهلك التقليدي والإلكتروني، دون رقم الطبعة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2015، ص 273.

² قلاوaz فاطمة الزهراء، مقارنة الالتزام بالإعلام ببعض المفاهيم القانونية الكلاسيكية، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، جامعة شلف، المجلد 1، العدد 1، ديسمبر 2015، ص 33.

³ أطلق الفقه على الالتزام بالإعلام العديد من التسميات، حيث سماه البعض الالتزام بالتبصير أو الإيضاف بالبيانات والمعلومات، في حين أطلق عليه آخرون الالتزام بالإخبار والإدلاء.

⁴ جريفي محمد، حماية المستهلك في نطاق العقد (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أدرار، 2018، ص 129.

⁵ عبد المنعم موسى إبراهيم، مرجع سابق الذكر، ص 368.

⁶ جريفي محمد، مرجع سابق الذكر، ص 129.

أما من حيث الأساس و الجزاء، يجد الالتزام بالإعلام قبل التعاقد أساسه في جعل رضا المكتب سليما عند التعبير عن إرادته لإبرام العقد، و يترتب عن الإخلال بهذا الالتزام قيام المسؤولية التقصيرية للمرقي العقاري، على عكس الالتزام التعاقدى بالإعلام الذي يجد أساسه في تنفيذ العقد، و في حال الإخلال تقوم المسؤولية العقدية للمرقي العقاري.

ب/- التمييز بين الالتزام بالإعلام و الالتزام بالإعلان

يتضمن التزام المرقي العقاري بالإعلام، الإدلاء بكافة المعلومات و البيانات التي تساهم في تبصير و تنوير المكتب و الذي من شأنه تقليص التفاوت المعرفي بينهما، في حين أن الالتزام بالإعلان ما هو إلا وسيلة للتسويق، و بالتالي فالإعلام أشمل و أهم من الإعلان، و عليه فإن الاختلاف الأساسي بين الالتزامين يكمن في الهدف، إذ أن الالتزام الأول غايته إحاطة الراغب في الاكتتاب بكل ما يتعلق بمحل العقد، أما الالتزام الثاني، فيهدف إلى جلب الراغبين في الاكتتاب عن طريق الدعايات و العروض بواسطة الوسائل المكتوبة أو السمعية أو البصرية، كما أن الالتزام بالإعلان يسبق الالتزام بالإعلام.

ثالثا: مضمون الالتزام بالإعلام

مضمون التزام المرقي العقاري بالإعلام في عقد البيع على التصاميم يكمن في الإعلان عن مشروعه العقاري و كذا الإدلاء بمختلف البيانات و المعلومات المتعلقة بالسكن.

أ/- الإعلان عن المشروع العقاري

نص المشرع على التزام المرقي العقاري بالإعلان عن مشروعه العقاري بموجب أحكام المادتين 41 و 47 من القانون 04-11، و كذا المادة 25 من ملحق المرسوم التنفيذي 12-85 المؤرخ في 20 فبراير 2012 و المتضمن لدفتر الشروط النموذجي المحدد للالتزامات و المسؤوليات المهنية للمرقي العقاري¹، حيث أكدت كلها أنه يتعين على المرقي العقاري ضمان إظهار صادق و واسع بمختلف وسائل الإعلام على مستوى مقره و في موقع المشروع العقاري و الأماكن المخصصة للإشهار على مستوى إقليم البلدية، و هذا قبل القيام بأي عملية بيع

¹ الجريدة الرسمية عدد 11 المؤرخة في 26 فبراير 2012.

أو تسويق لكل أو لجزء من مشروعه العقاري، و يعتبر الهدف الرئيسي من الإشهار¹، تعريف المرقى العقاري بمشروعه و حث الأشخاص على الإقبال عليه، كما لهذه العملية دور كبير في تعزيز الثقة بينه و بين زبائنه. لا يكتفي المرقى العقاري بالإعلان و الإشهار عن مشروعه العقاري، بل يلتزم كذلك التقيد بالمبادئ الأساسية للإشهار، التي تتجسد في كونه صادقاً لا يخل بالثقة التي يولمها له المكتتبين، كما عليه تجنب الكذب و الغموض و المبالغة التي تؤدي إلى التضليل².

ب/- الإدلاء بالبيانات الجوهرية

عمل المشرع من خلال المرسوم التنفيذي 13-431 المؤرخ في 18 ديسمبر 2013 المحدد لنموذجي عقد حفظ الحق و عقد البيع على التصاميم للأمولاك العقارية، و كذا حدود تسديد سعر الملك موضوع عقد البيع على التصاميم، و مبلغ عقوبة التأخير و آجالها و كيفيات دفعها³، على تجنب استغلال المرقى العقاري لجهل المكتتب، و ذلك من خلال الزامه باطلاع هذا الأخير بمجموعة من البيانات التي لها أهمية في تحديد الرغبة في التعاقد من عدمها، و تنقسم هذه البيانات إلى تلك المتعلقة بالوضعية القانونية للعقار محل البناء (أصل ملكية الأرض، رخصة التجزئة، شهادة التهيئة و الشبكات، رخصة البناء)، و التي تتعلق بالبنائة بحد ذاتها (التحديد الدقيق للموقع، العناصر المكونة للأجزاء الخاصة، قوام الملك، الملكية المشتركة)، سعر البيع و كيفيات مراجعته، و أخيراً البيانات المتعلقة بالملكية المشتركة، و سوف يتم التفصيل في كلها لاحقاً.

الفرع الثالث: استصدار الرخص و الشهادات المطلوبة

يعتبر الترخيص الإداري بمثابة وسيلة ضبط إداري هدفه ضبط الحق في البناء و حركة التوسع العمراني، و كذا التوفيق بين حرية الفرد في البناء و عمل السلطات المختصة في تقييد هذه الحرية عن طريق تغليب المصلحة العامة على الخاصة، مع استخدام أمثل للأراضي، و توفير متطلبات الأمن و الصحة العمومية، و كذا إقامة مباني تستوفي المعايير اللازمة، و طالما أن المرقى العقاري ملزم باحترام القواعد العامة المتعلقة

¹ عرف المشرع عملية الإشهار في نص المادة 3/3 من القانون 04-02 المؤرخ في 23 يونيو 2004 و المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية (الجريدة الرسمية عدد 41 المؤرخة في 27 يونيو 2004) بأنه كل إعلان يهدف بصورة مباشرة أو غير مباشرة إلى ترويج بيع السلع أو الخدمات مهما كان المكان أو وسائل الاتصال المستعملة.

² المادة 47 من القانون 04-11.

³ الجريدة الرسمية عدد 66 المؤرخة في 25 ديسمبر 2013.

بالتهيئة و التعمير و البناء¹، فإنه لا يمكنه إبرام عقد البيع على التصاميم ما لم يتحصل على الرخص اللازمة لتحقيق مشروعه العقاري.

نص المشرع على هذه الرخص في المادة 30 من القانون 04-11 التي أكدت على ضرورة تضمين عقد البيع على أصل ملكية الأرض، رخصة التجزئة، و رخصة البناء.

أولاً: أصل ملكية الأرض

بالرجوع إلى أحكام المادة 30 من القانون 04-11 نجد أنها اشترطت على المرقي العقاري ملكية الوعاء العقاري الذي ستقام عليه البناء بموجب عقد رسمي²، و الغاية من ذلك تفادي المنازعات المطروحة قبل صدور القانون 04-11 و التي مفادها حصول المرقي العقاري على أرض بموجب ترخيص إداري يقيم عليها بناءة و يسلمها للمكاتبين دون أن يسوي وضعيتها العقار.

قد تكون الأرض المقام عليها المشروع ملكاً للمرقي العقاري، أو يستفيد منها في إطار برامج الترقية العقارية المدعمة و الذي سوف نفضل فيه بمناسبة التطرق لشكل عقد البيع على التصاميم.

ثانياً: رخصة التجزئة

تعتبر رخصة التجزئة من أهم الوسائل التي تحقق الرقابة القبلية على أشغال التهيئة و التعمير، فهي أداة عمرانية غايتها توفير السكن الحضري الفردي المنظم و المنسجم مع المحيط العمراني و المدمج ضمن مخطط التوجيه و التهيئة العمرانية³.

عرف الفقه رخصة التجزئة بأنها القرار الإداري الذي تصدره سلطة مختصة قانوناً، تمنح بموجب الحق لصاحب ملكية عقارية واحدة أو أكثر تقسيمها إلى قطعتين أو أكثر لغرض تشييد بناءة، كما عرفت بأنها رخصة رسمية بتجزئة قطعة أرضية غير مبنية أو أكثر إلى عدة قطع بغرض البناء عليها⁴.

¹ المادة 5 فقرة 1 من القانون 04-11.

² لم يشر المشرع من خلال المرسوم التشريعي 03-93 المتعلق بالنشاط العقاري إلى مسألة شمول عقد البيع على التصاميم على أصل ملكية الأرضية و رقم السند العقاري.

³ حمدي باشا عمر، منازل التعمير، دون رقم الطبعة، دار هومه، الجزائر، 2018، ص 115.

⁴ عربي باي يزيد، إستراتيجية البناء على ضوء قانون التهيئة و التعمير الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة باتنة، 2015، ص 180، 181.

اشترط المشرع رخصة التجزئة لكل عملية تقسيم ملكية عقارية واحدة أو عدة ملكيات، إلى قطعتين أو عدة قطع إذا كان يجب استعمال إحدى القطع الناتجة عن هذا التقسيم أو عدة قطع أرضية لتشييد بناية¹.

يُقَدَّم طلب الحصول على رخصة التجزئة من صاحب الملكية أو موكله²، و يتم إيداعه لدى رئيس المجلس الشعبي البلدي للبلدية المقام المشروع فيها في خمسة 5 نسخ مقابل وصل إيداع³، بعد ذلك تتم دراسة مدى مطابقة مشروع التجزئة لتوجيهات مخطط شغل الأراضي، أو في حالة انعدامه، لتعليمات المخطط التوجيهي للتهيئة و التعمير و/أو التعليمات المحددة بموجب القواعد العامة للتهيئة و التعمير، كما يتم دراسة الانعكاسات الممكن أن تنجر عن تجزئة الأراضي فيما يتعلق بالنظافة و الملاءمة الصحية و طابع الأماكن المجاورة أو مصالحها و حماية المواقع أو المناظر الطبيعية أو الحضرية، و الانعكاسات في ميدان حركة المرور و التجهيزات العمومية و مصالح المنفعة العامة و المالية البلدية⁴.

ثالثا: رخصة البناء

رخصة البناء عبارة عن قرار إداري صادر عن جهة مختصة بتنظيم عملية البناء تمنح بموجب الحق لكل شخص طبيعي أو معنوي بإقامة بناء جديد أو تغيير بناء قائم⁵، و بالرجوع للمادتين 6 و 11 من القانون 11-04 نجد أن المرقي ملزم باستصدار هذه الرخصة مع تحديدها ضمن الوثائق المرجعية في عقد البيع على التصاميم، و يتم تقديم طلب الحصول عليها إما من مالك الأرض أو صاحب شهادة الحيازة أو صاحب حق الامتياز على الأملاك الوطنية الخاصة أو المتحصل على شهادة التقييم المؤقت، بالإضافة إلى صاحب الامتياز القابل للتحويل إلى تنازل، و يتم تدعيم الطلب بنسخة من عقد الملكية أو شهادة الحيازة، أو توكيل أو نسخة من العقد الإداري الذي ينص على تخصيص قطعة الأرض أو نسخة من القانون الأساسي إذا كان المالك شخصا معنويا أو نسخة من عقد الامتياز، بالإضافة إلى وثائق تتعلق بالملف الإداري و أخرى تخص الهندسة المعمارية و الملف التقني. و تجدر الإشارة إلى أن إجراءات استصدار رخصة البناء تم التعديل فيها بمناسبة تعديل المرسوم التنفيذي 15-19 بالمرسوم التنفيذي 20-342 المؤرخ في 22 نوفمبر 2020⁶.

¹ المادة 7 من المرسوم التنفيذي 15-19 المؤرخ في 25 يناير 2015 المحدد لكيفيات تحضير عقود التعمير و تسليمها، الجريدة الرسمية عدد 7 المؤرخة في 12 فبراير 2015.

² يجب أن يرفق طلبه بمجموعة من الوثائق حددتها المادتين 8 و 9 من نفس المرسوم التنفيذي.

³ المادة 10 من نفس المرسوم التنفيذي.

⁴ المادة 11 من نفس المرسوم التنفيذي.

⁵ حمدي باشا عمر، منازعات التعمير، مرجع سابق الذكر، ص 68.

⁶ الجريدة الرسمية عدد 71 المؤرخة في 2 ديسمبر 2020.

الفرع الرابع: اكتتاب التأمينات والضمانات اللازمة

يتسم عقد البيع على التصاميم بصفة خاصة و عقود الترقية العقارية الأخرى بصفة عامة على العديد من المخاطر، تؤثر بشكل أو بآخر على إمكانية تسلم المكتتب لسكنه في الأجل المتفق عليها، و نظرا لعدم كفاية التأمينات المنصوص عليها في القواعد العامة على إضفاء حماية كافية للمكتتب في عقد البيع على التصاميم، فرض المشرع على المرقى العقاري اكتتاب تأمين لدى صندوق الضمان و الكفالة المتبادلة بهدف ضمان استرداد التسبيقات المدفوعة من طرف المكتتبين أو إتمام أشغال الإنجاز في حال تعذر على المرقى العقاري القيام بذلك لسبب من الأسباب¹، بالإضافة الى اكتتاب مجموعة من التأمينات تضمن أي عيب في الإنجاز أو التأخر فيه.

أولاً: اكتتاب ضمان الترقية العقارية

اكتتاب تأمين لدى صندوق الضمان و الكفالة المتبادلة، أو ما يسمى بضمان الترقية العقارية، تم النص عليه بموجب المادة 11 من المرسوم التشريعي 93-03 (الملغى) المتعلق بالنشاط العقاري، و التي أكدت على ضرورة اكتتاب التأمين و ارفاق شهادة الضمان الممنوحة بعقد البيع على التصاميم، بالإضافة الى المادة 54 من القانون 11-04 الذي يحدد القواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية، هذه الأخيرة نصت على أنه يتعين على كل مرقى عقاري، قبل الشروع في انجاز مشروعه العقاري، اكتتاب ضمان الترقية العقارية قصد ضمان تسديد الدفعات المقدمة من المكتتبين على شكل تسبيقات، إتمام الأشغال، و تغطية أوسع للالتزامات المهنية و التقنية.

و يعرف هذا التأمين بأنه ضمان قانونية خاصة، تضاف للضمانات التي يتمتع بها المكتتب وفقا للقواعد العامة، منحها المشرع للمكتتبين في عقود البيع على التصاميم، تتجسد في تأمين إجباري يقوم به المرقى العقاري (المؤمن له)² مع صندوق الضمان و الكفالة المتبادلة (المؤمن) مضمونه التزام الأخير باسترداد التسبيقات المدفوعة من طرف المكتتبين للمرقى العقاري أو إتمام أشغال الإنجاز، عند تحقق أحد الحالات المتفق عليها في عقد التأمين، مقابل قسط تأمين يدفعه المرقى العقاري عند توقيع العقد.

¹ من بين أسباب توقف المرقى العقاري عن أشغال الإنجاز: عجزه عن تمويل المشروع، حالة الإفلاس، عدم مطابقة مشروعه لرخصة البناء و لعقود التعمير الممنوحة له، سحب الاعتماد منه، وفاة المرقى العقاري قبل إتمام الأشغال و التسليم، أو أي عائق آخر يعطل المشروع.

² يقوم العقد المبرم بين المرقى العقاري و صندوق الضمان و الكفالة المتبادلة على اشتراط لمصلحة الغير (المكتتب)، إذ نصت المادة 116 من القانون المدني الجزائري على أنه يجوز للشخص التعاقد باسمه على التزامات يشترطها لمصلحة الغير.

تم إحداث صندوق الضمان و الكفالة المتبادلة سنة 1997 بموجب المرسوم التنفيذي 97-406 المؤرخ في 03 نوفمبر 1997 المتضمن إحداث صندوق الضمان و الكفالة المتبادلة في الترقية العقارية¹، و المعدل بموجب المرسوم التنفيذي 14-180 المؤرخ في 05 يونيو 2014²، إلا أنه لم يتم تنصيبه عمليا إلى غاية شهر أوت من سنة 2000، و قبل هذا التاريخ تكفلت شركات التأمين و مختلف المؤسسات المصرفية بكفالة المرقيين العقاريين³.

يتمتع صندوق الضمان و الكفالة المتبادلة بالشخصية المعنوية و الاستقلال المالي، كما له طابع تعاوني لا يهدف لتحقيق الأرباح، يوضع تحت وصاية الوزير المكلف بالسكن⁴، يهدف أساسا إلى⁵:

- تعويض مختلف التسديدات المدفوعة من طرف المكتتبين في شكل تسبيقات على الطلب،
- إتمام جميع الأشغال،

- التغطية الواسعة للالتزامات المهنية و التقنية للمرقيين العقاريين،

- الحلول محل المقتنين في حالة سحب الاعتماد من المرقي العقاري و استئناف أشغال إتمام الإنجاز عن طريق تكليف مرقي عقاري آخر على حساب المرقي المخل بالتزاماته و بدلا عنه في حدود الأموال التي تم دفعها،

- تسيير عملية انتساب المرقيين العقاريين المعتمدين و المسجلين في الجدول الوطني للمرقيين العقاريين،

- ضمان متابعة و تسيير الحسابات التي تسجل التسبيقات المدفوعة من أصحاب حفظ الحق،

- القيام بكل العمليات التجارية و العقارية و المالية ذات الصلة بالمشروع العقاري،

- استحداث كل فرع و أخذ كل المساهمات ذات الصلة بمجال النشاط،

- إنجاز الدراسات و نشر المعلومات و المنشورات المتخصصة الهادفة إلى تطوير الترقية العقارية.⁶

¹ الجريدة الرسمية عدد 73 المؤرخة في 05 نوفمبر 1997.

² الجريدة الرسمية عدد 37 المؤرخة في 19 يونيو 2014.

³ مداخلة بعنوان: دور صندوق الضمان و الكفالة المتبادلة في ضمان تمويل نشاط الترقية العقارية، المشارك بها في الملتقى الوطني حول: إشكالات العقار الحضري وأثرها على التنمية في الجزائر، المنعقد يوم 17 و 18 فيفري 2013 بكلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة بسكرة، منشورة في مجلة الحقوق و الحريات، المجلد 1، العدد 1، جامعة بسكرة، 1 سبتمبر 2013.

⁴ المادة 2 من المرسوم التنفيذي 97-406 سابق الذكر.

⁵ المادة 3 من نفس المرسوم التنفيذي.

⁶ ما يلاحظ على تعديل نص المادة 3 من المرسوم التنفيذي 97-406 بموجب المادة 2 من المرسوم التنفيذي 14-180، توسيع المشرع لصلاحيات صندوق الضمان و الكفالة المتبادلة بعدما اقتضت قبل التعديل على مجرد استرداد التسبيقات المدفوعة من المكتتبين.

من خلال ما سبق ذكره، يتضح لنا أنه من بين الأدوار الأساسية لصندوق الضمان و الكفالة المتبادلة هو ضمان إتمام أشغال الإنجاز، و لا يسمح للمكاتب في عقد البيع على التصاميم القيام بذلك، و هذا خلافا للمرسوم التشريعي 93-03 الذي كان يعطي هذا الحق للمكاتب دون حتى الحاجة لحكم قضائي يقضي بذلك، حيث خول هذا المرسوم التشريعي لجماعة المالكين سلطة مواصلة أشغال إنجاز البناءات على نفقة المتعامل المتخلف و بدلا منه¹، و يعود سبب منع المشرع للمكاتب من مواصلة الإنجاز بدلا من المرقى العقاري تفادي المشاكل و المنازعات الحاصلة بين جماعة المالكين خصوصا عند ارتفاع أسعار مواد البناء.

ثانيا: اكتاب التأمينات اللازمة

الأصل في التأمين أن يكون اختياريا، حيث للأفراد الحق في إبرام عقد التأمين من عدمه، غير أن المشرع استثنى تطبيق هذه القاعدة على بعض الحالات و جعله اجباري، و لعل ذلك يرجع للدور المزدوج للتأمين، فمن جهة يعتبر وسيلة رقابية على أشغال إنجاز المباني و مدى مطابقتها للأصول و المواصفات العامة، و من جهة أخرى يتميز بدوره الإصلاحي الهادف لتعويض و جبر الضرور.²

و على اعتبار أن المرقى العقاري معرض لقيام مسؤوليته المدنية و المهنية اتجاه مكتبته، ألزمه المشرع باكتتاب عدة تأمينات على الآثار المالية لهذه المسؤولية³، تتمثل في التأمين على مسؤوليته المدنية و التأمين على مسؤوليته العشرية.

أ/- التأمين على المسؤولية المدنية المهنية

أكد المشرع من خلال المادة 30 من المرسوم التنفيذي 12-85 سابق الذكر على ضرورة اكتاب المرقى العقاري جميع التأمينات المطلوبة دون أن يحدد نوعها، حيث جاءت المادة بصيغة العموم، و بما أن التأمين على المسؤولية في مجال البناء من النظام العام لا يجوز الاتفاق على استبعاده أو الانقاص من أحكامه، و أن المرقى العقاري من بين المتدخلين في عملية البناء، فإنه ملزم بالتأمين على كل المخاطر المتعلقة بالبناء، و المتمثلة في التأمين على المسؤولية المهنية وفقا للمادة 175 من الأمر 95-07 المؤرخ في 25 يناير 1995 و المتعلق بالتأمينات⁴، و التأمين ضد الحرائق، و ضد الكوارث الطبيعية .

¹ المادة 17 من المرسوم التشريعي 93-03.

² بولنوار نجيب، ضمانات المقتني قبل تسليمه العقار في عقد البيع على التصاميم، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، 2021، ص126.

³ المادة 6 من المرسوم التنفيذي 12-85.

⁴ الجريدة الرسمية عدد 13 المؤرخة في 8 مارس 1995.

و نصت على هذا الالتزام المادة الثانية من المرسوم التنفيذي 95-414 المؤرخ في 9 ديسمبر 1995 و المتعلق بالزامية التأمين في البناء من مسؤولية المتدخلين المدنية المهنية¹، مع اشتراط أن يكون المتدخلون في عملية البناء معتمدين أو مرخص لهم أو مؤهلين في البناء و ترميم المباني²، كما يمكن أن يشمل هذا التأمين المتدخلين الفرعيين في حالة عدم امتلاكهم تأمين آخر³.

أما بخصوص مدة التأمين، فتكون من تاريخ افتتاح الورشة إلى غاية تسلم الأشغال نهائيا، إلا أنه لا يسري مفعول هذا التأمين المغطي لمسؤولية المتدخلين في الأشغال الثانوية المدنية المهنية، إلا من تاريخ مباشرة الأشغال فعلا⁴.

ب/- التأمين على المسؤولية العشرية

تجد المسؤولية العشرية أساسها في العديد من النصوص القانونية كالمادة 554 من القانون المدني و المادة 175 من الأمر 95-07 المتعلق بالتأمينات، بالإضافة إلى المادتين 26 و 49 من القانون 04-11، و يكون التأمين من هذه المسؤولية بموجب عقد يبرم بين شركة التأمين و الأشخاص المحددين في نص المادة 554 من القانون المدني و المادة 178 من الأمر 95-07 المتمثلين في المهندس المعماري و المقاول و المراقب التقني، إلا أن امتداد أحكام المقاول إلى نشاط الترقية العقارية كان سببا في إلزام المرقى العقاري كذلك بهذا التأمين، و يتعدى التزام هذا الأخير إلى سهره على قيام الأشخاص السابق ذكرهم على اكتتاب هذا التأمين.

يوفر التأمين على المسؤولية العشرية حماية مزدوجة للملزمين بالضمان و المستفيدين منه على حد سواء، حيث يحمي الملزمين بالضمان عند تحقق الخطر من رجوع الغير عليهم خصوصا في حالة تعذر تحمل تكليف تعويض المتضررين من الخسائر بحيث تتحمل شركات التأمين ذلك عنهم و تقيهم من خطر الإفلاس، كما يحقق حماية للمستفيدين من الضمان عن طريق حصولهم على تعويضات نتيجة الخسائر و الأضرار اللاحقة بهم بسبب تعيب أو تهدم البناء⁵.

¹ الجريدة الرسمية عدد 76 المؤرخة في 10 ديسمبر 1995.

² المادة 3 من نفس المرسوم التنفيذي.

³ المادة 4 من نفس المرسوم التنفيذي.

⁴ المادة 5 من نفس المرسوم التنفيذي.

⁵ بوسته إيمان، الترقية العقارية الخاصة في مجال السكن في التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة بسكرة، 2017، ص 412.

بالإضافة الى التأمين على المسؤولية العشرية، يقوم المرقي العقاري بالتأمين على الإنهاء الكامل للأشغال، وكذا التأمين على حسن سير عناصر تجهيزات البناية، و التأمين على إدارة الأملاك المنجزة، كلها سوف يتم التفصيل فيها في الباب الثاني.

المطلب الثاني: جزاء إخلال المرقي العقاري بالتزاماته قبل التعاقدية

لم يكتفي المشرع من خلال القانون 04-11 و مراسيمه التنظيمية بالنص على مختلف الالتزامات قبل التعاقدية للمرقي العقاري، و إنما أتبعها بمجموعة من الجزاءات التي يتعرض لها هذا الأخير في حالة إخلاله بأي التزام، حيث خصص الفصل السادس من القانون 04-11 المعنون ب: "العقوبات" لمختلف العقوبات الإدارية و الجزائية المفروضة عليه و هذا من أجل تحقيق نظام حمائي أكثر فعالية للمكاتبين.

و لا بد من الإشارة أن المشرع قد أعاد النص على هذه العقوبات في القانون 04-11 مثلما كان عليه الحال في القانون 07-86¹، خلافا للمرسوم التشريعي 03-93 الذي نص على التزامات المرقي العقاري دون ترتيب أي عقوبات سواء إدارية أو جزائية نتيجة مخالفتها، و أحال ذلك إلى قانون العقوبات².

إن إعادة إدراج العقوبات في القانون المحدد للقواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية من شأنه تقديم ضمانات أكبر للراغبين في شراء السكنات عن طريق تقنية البيع على التصاميم، كما أنها، مهما كان نوعها، تتميز بدقتها و ارتباطها فقط بدوي المهنة مما يحقق فعالية أكبر في تحقيق الردع.

و مثلما سبق ذكره، تتنوع العقوبات المفروضة على المرقي العقاري بين الإدارية (الفرع الأول) و الجزائية (الفرع الثاني)، نتناولها تباعا كما يلي:

الفرع الأول: العقوبات الإدارية

ضمانا لسير المشاريع العقارية و تطهير نشاط الترقية العقارية من المحتالين، تم تدعيم الترسنة القانونية المتعلقة بقطاعي البناء و التعمير بنوع جديد من العقوبات لم تكن موجودة في ظل القانون 07-86 و لا المرسوم التشريعي 03-93 تتمثل في العقوبات الإدارية، و التي تتعلق أساسا بالاعتماد الممنوح لممارسة نشاط الترقية العقارية، و تم النص على هذه العقوبات في المادة 64 من القانون 04-11.

¹ خصص المشرع الفصل الثامن تحت عنوان "أحكام جزائية" من القانون 07-86 للنص على العقوبات المفروضة على المرقي المخل بالتزاماته، و اكتفى بالعقوبات الجزائية دون الإدارية.

² المادة 31 من المرسوم التشريعي 03-93.

أولاً: أنواع العقوبات الإدارية

تتنوع العقوبات الإدارية التي تفرض على المرقى العقاري بين السحب المؤقت للاعتماد، السحب النهائي للاعتماد و السحب التلقائي للاعتماد، حيث تتدرج شدتها تماشياً مع جسامة الأخطاء التي تم ارتكابها.

أ/- السحب المؤقت للاعتماد¹

قد يرتكب المرقى العقاري بعض الأخطاء تعرضه لسحب اعتماده مؤقتاً²، حيث تعتبر هذه العقوبة أخف عقوبة تسلط عليه مقارنة بالعقوبات الأخرى، و يتم تعليق الاعتماد لمدة لا تتجاوز 6 أشهر بسبب أحد الحالات الآتية:

- تقصير المرقى العقاري في التنفيذ الجزئي غير المبرر لالتزاماته القانونية و العقدية اتجاه المقتنين، كعدم قيامه بإتمام أشغال البناء في الأجل المتفق عليها، أو عدم تسليمه لنظام الملكية المشتركة للمكتب، و يلاحظ في هاذين المثالين قيام المرقى العقاري بتنفيذ جزء من التزاماته المتمثل في الانطلاق في أعمال البناء أو الانتهاء منها، مع تخلفه عن تنفيذ الجزء المتبقي المتمثل في تسليم البناية و نظام الملكية المشتركة.

- عدم احترام المرقى لقواعد أخلاقيات المهنة، و يتحقق ذلك من خلال عدم الوفاء بالتزاماته، و قبوله أي دفع أو تسبيق لا يكون مكوناً للديون المنتظمة، و اللجوء للإشهار الكاذب و استغلال حسن نية و ثقة المشتري، بالإضافة لعدم سهره على صحة البيانات و المعلومات الواردة في القرارات و الوثائق و العقود التي تم تقديمها قصد تعزيز علاقاته التجارية مع المشتريين المستقبليين³.

- تقصير المرقى العقاري في تنفيذ التزاماته المحددة في القانون 04-11 و النصوص التطبيقية له.⁴

تثير مسألة سحب اعتماد المرقى العقاري مؤقتاً الكثير من المشاكل و التي تؤثر في النهاية على حصول المكتب لسكنه في الأجل المحددة في العقد، إذ لو افترضنا تكرار وقوع المرقى العقاري في تجاوزات توصف بأنها غير جسيمة عقوبتها السحب المؤقت للاعتماد على فترات خلال مدة إنجاز المشروع العقاري، خصوصاً

¹ كان من الأفضل على المشرع استعمال لفظ تعليق بدل سحب، لأن اللفظ الأول يوحي بإمكانية استرجاع الاعتماد عكس الثاني، خصوصاً أنه استعمال كلمة suspension في القانون 04-11 الصادر باللغة الفرنسية و التي تعني التعليق و ليس السحب.

² سبق و عرفنا الاعتماد بأنه الرخصة الإدارية التي يكتسب بموجبها الشخص صفة المرقى العقاري و التي تمكنه من مزاولة نشاط الترقية العقارية، و سحب الاعتماد يعرف بأنه: إجراء عقابي تتخذه نفس السلطة الإدارية المانحة للاعتماد ضد المرقى العقاري المخل بالتزاماته يترتب عليه المنع المؤقت أو النهائي من ممارسة المهنة.

³ المادة 47 من القانون 04-11.

⁴ الملاحظ على المشرع خلال تعداده لحالات السحب المؤقت للاعتماد أو حتى بعض حالات السحب النهائي أنه وقع في التكرار، إذ كان يكفي اختصار الحالات في حالة واحدة: هي تقصير المرقى العقاري في التزاماته القانونية.

و أن بعض المشاريع الضخمة يتطلب إنجازها مدة تفوق الأربعة سنوات، فإن ذلك يؤدي إلى تعطيل المشروع ليس فقط بالنسبة له و للمكثبين، بل لسائر المتدخلين في المشروع الترقوي، مما يجعل المكثبين و حتى المقاولين و المهندسين المعماريين ينفرون من التعاقد مع المرقى العقاري لاحتمال سحب الاعتماد مؤقتا من هذا الأخير في أي مرحلة من مراحل المشروع العقاري، مما ينجر عنه خسائر كبيرة¹.

تجنباً لذلك، و من أجل تقديم ضمانات أكبر للمكثبين على حصولهم لسكناتهم في التاريخ المتفق عليه، يجب أن ينص المشرع من خلال القوانين المنظمة لنشاط الترقية العقارية على عقوبات تأديبية أخف من السحب المؤقت للاعتماد كتوجيه إنذارات تحذيرية للمرقى العقاري أو حرمانه من بعض الامتيازات الممنوحة له²، مع اللجوء الى السحب النهائي للاعتماد عند بلوغه الحد الأقصى من الإنذارات.

ب/- السحب النهائي للاعتماد

يعتبر السحب النهائي للاعتماد أشد عقوبة يتعرض لها المرقى العقاري تؤدي إلى انتفاء هذه الصفة عنه، و تطبق عليه في الحالات الآتية:

- عدم استيفائه للشروط التي مكنته من الحصول على الاعتماد³.
- تجاهله عن قصد و بصفة خطيرة و متكررة للالتزامات الملقاة على عاتقه⁴.
- إنهاء المرقى العقاري لنشاطه دون مبرر أو إخطار مسبق للسلطة التي منحتة الاعتماد و المتمثل في الوالي المختص إقليمياً، و يعود سبب الاشتراط عليه تبليغ السلطة المانحة للاعتماد بتوقف نشاطه، التأكيد من إتمامه لمشاريعه و تنفيذه لكل التزاماته القانونية.
- إذا قصر المرقى العقاري في التزاماته مثلما تم الاتفاق عليها تجاه الدولة و شركائه⁵ و المقتنين.

¹ زروقي ابراهيم، مسؤولية المرقى العقاري في إطار نشاط الترقية العقارية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة وهران 2، 2018، ص 111.

² مسكر سهام، مرجع سابق الذكر، ص 409.

³ أرى أنه كان من الأجدر صياغة هذه الحالة على النحو التالي: " حالة سقوط أحد الشروط التي مكنت المرقى العقاري من الحصول على اعتماد"، لأن استيفاء الشروط يكون في مرحلة تقديم الطلب للحصول على الاعتماد، و زوال أو سقوط أحد الشروط هو الذي يؤدي الى السحب النهائي للاعتماد.

⁴ السؤال المطروح هنا: ماهي معايير تحديد خطورة تجاهل المرقى العقاري لالتزاماته و من ثمة تقرير عقوبة السحب المؤقت أو النهائي للاعتماد؟

⁵ لم يوضح المشرع المقصود من عبارة "شركائه"، فهل يقصد المتدخلين في نشاط الترقية العقارية من مقاولين و مهندسين معماريين و غيرهم؟

ج/- السحب التلقائي للاعتماد

يشترك السحب النهائي للاعتماد و السحب التلقائي بأن لهم نتيجة و أثر قانوني واحد ألا و هو توقف المرقى العقاري بصفة نهائية عن مواولة نشاط الترقية العقارية، و يكون في الحالات اللاحق ذكرها:

- حالة وفاة المرقى العقاري، حيث تعتبر الوفاة واقعة مادية لا إرادية تؤدي الى السحب التلقائي للاعتماد كونه نتيجة حتمية بالنظر إلى كون الاعتماد شخصي غير قابل للتحويل إلى الورثة¹.

- إذا كان المرقى موضوع عجز جسماني أو عقلي يحول دون تنفيذه لالتزاماته، كون أن مباشرة التصرفات القانونية قائم على التمتع بالأهلية القانونية المتمثلة في بلوغ الشخص لسن الرشد مع تمتعه بكامل قواه العقلية، و بالتالي فإن تعرض المرقى العقاري للجنون أو العته أو أي عجز جسماني من شأنه الحلول دون تمكنه من مباشرة مهامه².

و في حقيقة الأمر لا يمكن اعتبار السحب التلقائي للاعتماد بسبب أحد الحالتين السابقتين عقوبة نظرا لانعدام الخطأ من جانب المرقى العقاري خلافا للحالتين الآتي ذكرهما، و بالتالي كان على المشرع عدم إدراجهما ضمن العقوبات الإدارية³.

- الحكم على المرقى العقاري بسبب الغش الضريبي⁴، و يشترط في الحكم القاضي بارتكابه جريمة الغش الضريبي أن يكون نهائيا غير قابل للطعن⁵.

- تعرض المرقى العقاري للتصفية القضائية.

¹ المادة 13 من المرسوم التنفيذي 84-12.

² بن عامر محمد، مرجع سابق الذكر، ص 165.

³ إن السحب التلقائي للاعتماد بسبب أحد الحالتين السابق ذكرهما هو إجراء إداري و ليس عقوبة إدارية، حيث تباشر فيه الإدارة بالنظر إلى وضعية المرقى العقاري لأسباب خارجة عن إرادته تمنعه من مباشرة نشاطه و ليس نتيجة تخلفه عن أداء التزاماته.

⁴ تعرف جريمة الغش الضريبي بأنها: الحركات المادية و العمليات المحاسبية و القانونية و جميع الوسائل و الترتيبات التي يلجأ إليها المكلف بالضريبة للتخلص من دفعها، أنظر: بن الشيخ نور الدين، دراجي شهرزاد، جريمة الغش الضريبي في التشريع الجزائري، مجلة معارف للعلوم القانونية و الاقتصادية، المركز الجامعي بربكة، المجلد 2، العدد 3، 2021، ص 20.

⁵ ما يعاب على المشرع أنه حصر تطبيق عقوبة السحب التلقائي للاعتماد على جريمة الغش الضريبي دون باقي الجرائم المنصوص عنها في المادة 20 من القانون 04-11، و بالتالي كان عليه أن يوسع من عقوبة السحب التلقائي للاعتماد لتشمل كافة الجرائم المنصوص عليها في المادة السابقة.

ثانياً: تطبيق العقوبات الإدارية

ترك المشرع كيفية وإجراءات تطبيق العقوبات الإدارية السابق ذكرها إلى التنظيم¹، غير أنه لحد الساعة لم يصدر أي نص تنظيمي في هذا الشأن، الأمر الذي يحتم علينا الاعتماد على أحكام القانون 04-11 و المرسوم التنفيذي 84-12 في دراسة كيفية معاينة المخالفات المرتكبة من طرف المرقى العقاري و الأعوان و المكلفين بذلك، و دراسة قرار سحب الاعتماد من اللجنة المختصة.

أ/- معاينة المخالفات

إن تطبيق عقوبة سحب الاعتماد من المرقى العقاري لا يتم بمجرد ارتكابه للمخالفة، و إنما يسبق هذه العملية دراسة جديدة من طرف لجنة مختصة بناءً على معاينة يجريها أعوان متخصصون حددتهم المادة 66 من القانون 04-11 و المتمثلين في ضباط و أعوان الشرطة القضائية، المهندسون و كذا المهندسون المعماريون و الأسلاك التقنية التابعة لقطاع السكن و العمران و المحددة قائمتهم عن طريق التنظيم.

و بناءً على ماورد في المادة السابقة، صدر المرسوم التنفيذي 16-323 المؤرخ في 13 ديسمبر 2016 و المحدد لقائمة الأعوان التابعين لإدارة السكن و العمران المؤهلين لمعاينة مخالفات الأحكام المتعلقة بنشاط الترقية العقارية، و كيفية تعيينهم²، إذ عدت المادة 2 منه الأعوان المؤهلين لمعاينة المخالفات من بين المستخدمين الممارسين بالإدارة المركزية للوزارة المكلفة بالسكن و العمران و مصالحتها الخارجية و/أو مستخدمي التأطير التابعين لصندوق الضمان و الكفالة المتبادلة، و لا سيما منهم: المتصرفون الرئيسيون الحائزون على شهادة في ميدان الحقوق أو الاقتصاد أو المالية، المتصرفون المتحصلين على نفس الشهادات السابق ذكرها و الممارسون لمدة تفوق 3 سنوات، رؤساء المهندسين المعماريين و رؤساء المهندسين، المهندسون المعماريون الرئيسيون و المهندسون الرئيسيون، المهندسون المعماريون و مهندسو الدولة (الهندسة المدنية و البناء) الذين ثبت ممارستهم منذ أكثر من 3 سنوات، و التقنيون السامون في مجال العمران و إدارة الأشغال الممارسون لمدة تفوق 3 سنوات.

¹ المادة 3/65 من القانون 04-11.

² الجريدة الرسمية عدد 73 المؤرخة في 15 ديسمبر 2016.

يتم تحديد القائمة الإسمية للأعوان المذكورين سابقا، بعنوان الإدارة المركزية للوزارة المكلفة بالسكن و صندوق الضمان و الكفالة المتبادلة في الترقية العقارية بموجب قرار من الوزير المكلف بالسكن، وبعنوان المصالح الخارجية، بموجب قرار من الوالي المختص، و هذا لمدة 3 سنوات قابلة للتجديد¹.

بعد معاينة العون المؤهل قانونا للمخالفة المرتكبة، يقوم بتحضير محضر يذكر فيه مجموع الوقائع و التصريحات التي تلقاها² مع توقيعه للمحضر، بالإضافة إلى توقيع المرقى العقاري³، و في حالة رفض هذا الأخير التوقيع، يكون المحضر حجة عليه و يتم الاعتداد به حتى ثبوت ما يخالف ما ورد فيه⁴، بعد ذلك يتم إرسال هذا المحضر إلى الجهة القضائية المختصة و هذا في غضون 72 ساعة⁵، مع تبليغ نسخة منه إلى الوالي المختص إقليميا في مدة لا تتجاوز 7 أيام من تاريخ معاينة المخالفة⁶.

في حقيقة الأمر لا يوجد أي ارتباط بين الإجراءات التي تطرقنا لها سابقا و العقوبات الإدارية المفروضة على المرقى العقاري، كون المشرع لم ينص على آليات أخرى لمباشرة معاينة المخالفات كتقديم شكوى من طرف المقتنين و المتدخلين في نشاط الترقية العقارية إلى الهيئات المركزية المتمثلة في الوزير المكلف بالسكن أو صندوق الضمان و الكفالة المتبادلة في الترقية العقارية، أو إلى الهيئات اللامركزية الممثلة في شخص الوالي، كما لم ينص كذلك على الزامية تبليغ محضر معاينة المخالفة إلى الوزير المكلف بالسكن، الأمر الذي يوحي لنا أن هذه الإجراءات تخص العقوبات الجزائية فقط⁷.

ب/- دراسة قرار سحب الاعتماد

بناءً على ما ورد في نص المادة 65 فقرة 2 من القانون 04-11، يتم دراسة و إتخاذ العقوبات الإدارية المنصوص عليها في المادة 64 من نفس القانون من قبل لجنة منشأة لدى الوزير المكلف بالعمران و المتمثلة في لجنة اعتماد المرقين العقاريين، حيث من صلاحيات هذه الأخيرة دراسة طلبات الاعتماد لممارسة مهنة

¹ المادة 3 من نفس المرسوم التنفيذي.

² المادة 67 من القانون 04-11.

³ المادة 1/68 من نفس القانون.

⁴ المادة 2/68 من نفس القانون.

⁵ ما يلاحظ هو أن المشرع ألزم العون الذي قام بمعاينة المخالفة بإرسال محضر المعاينة إلى الجهة القضائية المختصة دون أن يحدد طبيعة المخالفات إذا ما كانت ترتب عقوبات إدارية أو جزائية، في حين كان يجب عليه التمييز بينها كون الأولى (الإدارية) ينعقد اختصاص النظر فيها للصياغة، بينما الثانية (الجزائية) يؤول الفصل فيها للقضاء الجزائي، الأمر الذي يستدعي من المشرع التدارك خاصة و أن الاختصاص من النظام العام. أنظر: بن عامر محمد، مرجع سابق الذكر، ص 168، و بوسته ايمان، مرجع سابق الذكر، ص 98.

⁶ المادة 3/68 من القانون 04-11.

⁷ تواتي سهيلة، العقوبات الإدارية للمرقى العقاري في القانون رقم 04-11، مجلة الدراسات القانونية، جامعة المدينة، المجلد 7، العدد 2، جوان 2021، ص 590.

المركبي العقاري و الطعون و إبداء الرأي فيها، و دراسة طلبات سحب الاعتماد من المرقبين العقاريين و إبداء الرأي فيها، و دراسة أي مسألة متعلقة بمهنة المرقبي العقاري و إبداء الرأي فيها¹ .²

من خلال دراستنا السابقة لكيفيات منح الاعتماد للمركبي العقاري بموجب المرسوم التنفيذي 84-12، نرى أنه هناك تعارض بين أحكام هذا المرسوم و فحوى نص المادة 65 من القانون 04-11، حيث أنه بعد تعديل المرسوم التنفيذي 84-12 بالمرسوم التنفيذي 19-243 تحولت صلاحيات دراسة طلبات الاعتماد و قرارات سحب الاعتماد إلى اللجنة الولائية لاعتماد المرقبين العقاريين المنشأة لدى الوالي بدل اللجنة المنشأة لدى الوزير المكلف بالسكن و العمران، ما يطرح إشكالا حول الأعوان المكلفين بمعاينة المخالفات.

و بالتالي نقترح ضرورة تعديل أو إلغاء نص المادة 65 من القانون 04-11 حتى تتماشى أحكامها مع التعديل الذي مس المرسوم التنفيذي 84-12 سنة 2019.

ثالثا: الطعن في قرار سحب الاعتماد

منحت المادة 1/65 من القانون 04-11 للمركبي العقاري الحق في الطعن ضد قرار سحب الاعتماد منه، و يكون هذا الطعن إما أمام الجهات القضائية الإدارية، أو أمام الهيئات الإدارية المختصة.

أ/- الطعن أمام الجهات القضائية المختصة

قبل تاريخ 8 سبتمبر 2019 (تاريخ صدور المرسوم التنفيذي 19-243 المعدل و المتمم لأحكام المرسوم التنفيذي 84-12) كان للمركبي العقاري الحق في الطعن في قرار سحب الاعتماد عن طريق رفع دعوى الإلغاء أمام مجلس الدولة كدرجة أولى و أخيرة تطبيقا لأحكام المادة 901 من القانون 08-09 المعدل و المتمم المؤرخ في 25 فبراير 2008 المتضمن لقانون الإجراءات المدنية و الإدارية³،⁴ كون القرار كان قبل هذا التاريخ يصدر عن إدارة مركزية ممثلة بالوزير المكلف بالعمران ، غير أنه بعد تعديل المرسوم التنفيذي 84-12 سنة 2019 تم تحويل صلاحيات منح و سحب الاعتماد إلى الوالي المختص، و بالتالي أصبحت دعوى الإلغاء المرفوعة من

¹ المادة 16 من المرسوم التنفيذي 84-12.

² إن استعمال المشرع لعبارة: "و إبداء الرأي فيها" يوحي بأن الرأي الذي تبديه لجنة اعتماد المرقبين العقاريين بخصوص سحب الاعتماد يبقى رأيا استشاريا فقط.

³ الجريدة الرسمية عدد 21 المؤرخة في 23 أبريل 2008.

⁴ هذا قبل تعديل المادة 901 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية بموجب القانون 22-13 المؤرخ في 12 يوليو 2022، الجريدة الرسمية عدد 48 المؤرخة في 17 جويلية 2022.

طرف المرقي العقاري ترفع أمام المحاكم الإدارية المختصة إقليميا و هذا تطبيقا لنص المادة 801 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

ب/- الطعن أمام الجهات الإدارية المختصة

إلى جانب الطعن القضائي، يحق للمرقي العقاري تقديم طعن يودعه لدى الوزير المكلف بالسكن و العمران ليقوم هذا الأخير بعرضه أمام لجنة اعتماد المرقيين العقاريين¹، و نفس الإشكال السابق يعاد في هذه الحالة، إذ مع تحويل صلاحيات منح و سحب الاعتماد الى لجنة ولائية بدل لجنة وزارية مع سحب صلاحية دراسة الطعون المقدمة منها²، يطرح التساؤل حول الهيئة المخول لها دراسة الطعون، هل هي اللجنة الولائية لاعتماد المرقيين العقاريين؟ أم تبقى هذه الصلاحية للجنة الوزارية لاعتماد المرقيين العقاريين و التي لم يحدد المشرع مصيرها؟³

و ما يعاب أيضا على المشرع عدم تطرقه للعديد من المسائل الجوهرية المتعلقة بالطعن الإداري فيما يخص إجراءات ممارسته، آجاله، آجال الفصل فيه، و حالة سكوت الجهة المختصة عن الرد على الطعن، الأمر الذي يؤدي إلى فتح باب التفسيرات و التأويلات المختلفة و التطبيقات المتضاربة لأحكام القانون 04-11 و مختلف نصوصه التنظيمية⁴.

رابعا: آثار تطبيق العقوبات الإدارية

إن تعرض المرقي العقاري لعقوبة سحب اعتماده يعني التعليق المؤقت لممارسته لنشاط الترقية العقارية بالنسبة للسحب المؤقت، و الحرمان النهائي من النشاط بالنسبة للسحب النهائي و التلقائي، حيث يترتب

¹ المادة 1/65 من القانون 04-11.

² من صلاحيات اللجنة الوزارية لاعتماد المرقيين العقاريين دراسة الطعون المقدمة للوزير المكلف بالسكن تطبيقا للمادة 65 من القانون 04-11 و هذا بموجب أحكام المادة 16 من المرسوم التنفيذي 84-12، غير أنه بعد تعديل هذا المرسوم التنفيذي سنة 2019، تم تحويل كل الصلاحيات المنصوص عليها في المادة 16 الى اللجنة الولائية لاعتماد المرقيين العقاريين باستثناء صلاحية دراسة الطعون و التي سكت عنها المشرع.

³ بمعنى آخر هل استغنى المشرع عن اللجنة الوزارية لاعتماد المرقي العقاري أم أنه احتفظ بها مع اقتصار دورها على دراسة الطعون المقدمة؟ أنظر: تواتي سهيلة، العقوبات الإدارية للمرقي العقاري في القانون رقم 04-11، مرجع سابق الذكر، ص 592.

⁴ تسببية أعمار، الآليات القانونية لحماية المشتري في عقد البيع على التصاميم، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أدرار، 2019، ص 284.

على السحب النهائي شطبه من الجدول الوطني للمرقين العقاريين و كذا صندوق الضمان و الكفالة المتبادلة¹، و حرمانه من الامتيازات لتي تحصل عليها في إطار الترقية العقارية المدعمة².

يؤدي سحب الاعتماد من المرقى العقاري إلى حلول صندوق الضمان و الكفالة المتبادلة محل المشتريين و ذلك من أجل استكمال إنجاز البناءات التي لم يتم إنجاز أساساتها عن طريق تكليف مرقى عقاري آخر على حساب المرقى العقاري الأصلي و بدلا عنه و هذا في حدود الأموال المدفوعة، أما بالنسبة للبناءات التي لم تنجز أساساتها فيضمن صندوق الضمان و الكفالة المتبادلة استرداد التسبيقات المدفوعة من طرف المكتتبين إلى المرقى العقاري.

استنادا إلى كل ما سبق ذكره بخصوص العقوبات الإدارية، نستنتج أن المشرع جعلها تنصرف مباشرة إلى الحرمان المؤقت أو النهائي للاعتماد، و لو أنه كان من المستحسن أن ينوع فيها كفرض عقوبات تأديبية و توجيه إنذارات للمرقى العقاري حتى ينفذ التزاماته، و في حالة عدم التزامه يتم اللجوء إلى سحب الاعتماد كخيار أخير.

الفرع الثاني: العقوبات الجزائية

لم يكتفي المشرع بالنص على العقوبات الإدارية المفروضة على المرقى العقاري المخل بالتزاماته، و إنما أبعها بمجموعة من العقوبات الجزائية، حيث أنه وضع نظام عقابي خاص بالمرقى العقاري من خلال النص في الفرع الثالث من القانون 04-11 على مختلف الجرائم التي يمكن ارتكابها من طرفه و إرفاقها بجزاء (أولا)، مع إحالته لقانون العقوبات في بعض الجرائم الأخرى (ثانيا)،

أولا: الجرائم المنصوص عليها في القانون 04-11 و عقوباتها

سبق و أشرنا أن أول مرة أدرج فيها المشرع العقوبات الجزائية المقررة على المرقى العقاري كان بمناسبة صدور القانون 07-86، غير أنه تراجع عن ذلك في المرسوم التشريعي 03-93، ليعيد النص عليها مرة أخرى بمناسبة صدور القانون 04-11، و تبرير ذلك هو الارتفاع الكبير للجرائم التي راح ضحيتها كل من يرغب في اقتناء سكن وفق صيغة عقد البيع على التصاميم، الأمر الذي حتم اتخاذ تدابير ردية تتمثل في العقوبات المالية و العقوبات السالبة للحرية.

¹ المادة 2/58 من القانون 04-11.

² بالرجوع إلى التعلية الوزارية المشتركة 1 المؤرخة في 6 فبراير 2018 السابق ذكرها، نجد أن المشرع، من خلال بند انتقاء المرقين العقاريين قد نص أنه تلغى تلقائيا ترشحات المرقين المخلين بالتزاماتهم التنظيمية في إطار ممارسة المهنة.

خصص المشرع من خلال الفرع الثالث من القانون 04-11 المعنون ب: العقوبات الجزائية، 10 مواد للتطرق لمختلف الجرائم المرتكبة من المرقى العقاري و إقراءها بجزاء، و سنكتفي بدراسة الجرائم التي يرتكبها قبل إبرام عقد البيع على التصاميم كالتالي:

أ/- القيام بالأشغال المذكورة في نص المادة 6 من القانون 04-11 دون ترخيص مسبق

لا يكفي للشخص اكتسابه صفة المرقى العقاري من أجل القيام بالأشغال المحددة في نص المادة 6 من القانون 04-11 المتمثلة في الترميم و إعادة التأهيل و التجديد العمراني و إعادة الهيكلة و التدعيم، و إنما يتطلب الأمر الحصول على ترخيص إداري مسبق، و الغاية من ذلك ضمان مراقبة المشاريع العقارية من طرف الإدارة و دفع المرقين العقاريين لاحترام قواعد و أدوات التهيئة و التعمير.

و يشترط لقيام هذه الجريمة توفر الركن المادي المتمثل في القيام بالأعمال السابق ذكرها من طرف المرقى العقاري مع عدم حيازته على ترخيص إداري مسبق صادر عن سلطة مختصة، بالإضافة إلى الركن المعنوي¹ المتمثل في القصد الجنائي، و يتعرض المرقى العقاري في حالة ارتكابه لهذه الجريمة إلى غرامة مالية من مائتي ألف دينار 200.000 دج إلى مليوني دينار 2000.000 دج^{2, 3}

ب/- المطالبة أو قبول تسبيقات أو إيداع أو اكتتاب أو سند تجاري قبل توقيع العقد

أكدت المادة 42 من القانون 04-11 على أنه لا يمكن للمرقى العقاري أن يطالب أو أن يقبل أي تسبيق أو إيداع أو اكتتاب أو قبول سندات تجارية قبل قيامه بالتوقيع على عقد البيع على التصاميم، و في حال قيامه بذلك فإنه يتعرض لعقوبة الحبس من شهرين إلى سنتين و غرامة مالية من مائتي ألف دينار 200.000 دج إلى مليوني دينار 2000.000 دج⁴.

و يتمثل الركن المادي لهذه الجريمة في السلوك الإيجابي الصادر من المرقى العقاري في صورة إيجاب و عرض للمكتتب سواء كان شفهي أو مكتوب أو باتخاذ موقف يعبر على دلالة صاحبه، يطلب منه دفع تسبيق قبل توقيع العقد⁵، أو أن يتخذ سلوكا سلبيا من خلال قبول عرض الراغب في الاكتتاب في عقد البيع على

¹ يقصد بالركن المعنوي للجريمة اتجاه إرادة الجاني إلى القيام بالفعل المجرم مع العلم أن هذا الفعل يعاقب عليه القانون.

² أنظر المادة 69 من القانون 04-11.

³ الملاحظ من خلال هذه العقوبة أن المشرع أعفى المرقى العقاري من سلب حريته مكتفيا بالغرامة المالية، و في حقيقة الأمر كان يجب على المشرع تقرير كذلك عقوبة سالبة للحرية كون الجريمة تتعلق بالنظام العمراني.

⁴ المادة 71 من القانون 04-11.

⁵ من بين أسباب نشوب المنازعات بين المرقى العقاري و المكتتب قيام هذا الأخير بدفع تسبيق للمرقى العقاري بناءً على طلبه مستغلا حاجته للحصول على سكن.

التصاميم بدفع تسبيق قبل توقيع العقد¹، و تعبيره عن قبوله يكون كذلك إما شفاهيا أو كتابيا أو باتخاذ موقف لا يدع أي شك على قبوله.

و تجدر الإشارة أنه يكفي لقيام هذه الجريمة مطالبة أو قبول المرقى العقاري تسبيق من الراغب في الاكتتاب و لا تشترط عملية قبض التسبيق².

أما بالنسبة للركن المعنوي، فإنه يتحقق متى اتجهت إرادة المرقى العقاري إلى المطالبة أو قبول التسبيق قبل إبرام عقد البيع على التصاميم مع علمه بأن هذا الفعل مجرم و معاقب عليه قانونا.

و تتحقق النية الإجرامية للمرقى العقاري بمجرد المطالبة بالتسبيق أو قبوله دون الحاجة إلى تسلمه فعلا³.

ج/- عدم اكتتاب التأمينات والضمانات اللازمة

إن الالتزام الواقع على عاتق المرقى العقاري باكتتاب الضمانات المحددة في المادة 55 من القانون 04-11 و كذا التأمينات اللازمة لضمان مسؤوليته و مسؤولية باقي المتدخلين في المشروع العقاري من النظام العام، بحيث لا يجوز استبعاده أو الاتفاق على الإنقاص منه، و إن عدم القيام به يعرضه إلى عقوبة الحبس من شهرين إلى سنتين بالإضافة إلى غرامة مالية تتراوح بين المائتي ألف دينار 200.000 دج و مليونين 2000000 دج⁴.

و تجدر الإشارة إلى أن المشرع ساوى في العقوبة بين حالة عدم اكتتاب المرقى العقاري لضمان لدى صندوق الضمان و الكفالة المتبادلة و حالة عدم اكتتاب التأمينات اللازمة، و لم يحلنا بخصوص الحالة الأخيرة إلى المادة 185 من الأمر 07-95 المتعلق بالتأمينات و التي تفرض عقوبة على كل شخص خاضع لإلزامية التأمين بغرامة مالية تتراوح قيمتها بين 5000 دج و 100.000 دج، و التي يلاحظ أنها أخف من العقوبة المنصوص عليها في القانون 04-11⁵.

¹ المبادرة هنا تكون من الراغب في الاكتتاب و ليس المرقى العقاري.

² مشتاوي سمير، الأمان المالي للمستهلك في نشاط الترقية العقارية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، 2016، ص 174.

³ تسببية أعمار، مرجع سابق الذكر، ص 297.

⁴ المادة 74 من القانون 04-11.

⁵ مسكر سهام، مرجع سابق الذكر، ص 438.

د/- الإدلاء بمعلومات خاطئة أو غير كاملة

في سبيل بيعه لأكبر قدر من السكنات و جلب الجمهور للتعاقد معه، قد يلجأ المرقى العقاري للإدلاء بمعلومات غير مطابقة للحقيقة أو مطابقة لها في جزء منها في الوثائق و العقود و الصفقات بمناسبة إبرامه لعقد البيع على التصاميم أو بقية العقود الأخرى في إطار الترقية العقارية، حيث يعاقب على هذا الفعل بالحبس من شهر إلى 5 سنوات و غرامة مالية تتراوح من مائتي ألف دينار 200.000 دج إلى مليوني دينار 2000.000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين¹.

يتحقق الركن المادي لهذه الجريمة بقيام المرقى العقاري بالإدلاء بمعلومات خاطئة و غير مطابقة للحقيقة أو على الأقل مطابقة لها في جزء منها في العقود و الوثائق و الصفقات، سواء كان ذلك بطريقة شفوية أو عن طريق تقديم مستندات أمام الإدارة المختصة بمنح رخص أو شهادات التعمير، أو تلك المختصة بمنح الاعتماد، أو أي إدارة أخرى بمناسبة عملية الترقية العقارية³.

و على اعتبار أن هذه الجريمة من الجرائم العمدية التي تتطلب توفر القصد الجنائي العام، فإن الركن المعنوي للجريمة يتحقق باتجاه إرادة مرتكبها للإدلاء بالمعلومات الخاطئة أو غير الكاملة مع علمه بانعدام صحتها و أن هذا الفعل معاقب عليه قانونا.

و ما يلاحظ على نص المادة 75 من القانون 04-11 أنها لم تحصر تطبيق العقوبة على المرقى العقاري وإنما وسعت من دائرة التجريم لتشمل كذلك المكتتب و كل متدخل آخر في العملية الترقية.

و من الأمثلة العملية لإدلاء المكتتب بمعلومات كاذبة و خاطئة قيامه مع المرقى العقاري بالتصريح غير الحقيقي بثمن البيع بهدف الانقاص من مصاريف التسجيل المدفوعة لمصلحة الضرائب، أو قيام المكتتب

¹ المادة 75 من القانون 04-11.

² شدد المشرع في العقوبة المنصوص عليها في المادة 75 من القانون 04-11 مقارنة بالعقوبة المقررة بموجب المادة 222 من قانون العقوبات و المقدرة بالحبس من 6 أشهر إلى 3 سنوات و غرامة من 20.000 دج إلى 100.000 دج، و يلاحظ كذلك أنه أعطى للقاضي بموجب المادة الأولى الخيار بين الحكم بعقوبة سالبة للحرية و غرامة مالية أو إحدى العقوبتين، في حين لم يمنحه هذا الخيار في المادة الثانية.

³ في حالة ما إذا كانت المعلومات الخاطئة و غير الكاملة المقدمة من طرف المرقى العقاري خارج إطار الترقية العقارية أو بمناسبة، فإن هذا الفعل لا يخضع لأحكام المادة 75 من القانون 04-11 و إنما للمادة 222 و ما بعدها من قانون العقوبات.

بتقديم معلومات خاطئة بخصوص أجره و أجر زوجه بغرض الاستفادة من دعم دولة¹ من خلال السكنات العمومية الإيجارية² أو السكنات الموجهة للبيع بالإيجار³ أو السكنات الترقية العمومية⁴ و المدعمة.

ه/- الإخلال بالتزام الإعلام

من بين الالتزامات قبل التعاقدية التي تقع على عاتق المرقى العقاري هو إعلام المكتتب بكافة المعلومات الحقيقية و البيانات المنصوص عليها في المادة 30 من القانون 04-11 و هذا باعتماده على ضميره المهني الحي، حيث لا يجب أن يستغل عدم تخصص المكتتب في المسائل الفنية و المالية و حاجته الماسة إلى السكن.

و اعتبر المشرع كتمان أي واقعة مؤثرة في مرحلة التعاقد تدليسا تعطي للمدلس عليه الحق في طلب إبطال العقد، حيث أكدت المادة 86 فقرة 2 من القانون المدني أن حالة السكوت عن واقعة أو ملابسة لو علم بها الطرف الآخر لما أبرم العقد تدليسا.

و عليه، يفرض القانون المدني على الأشخاص في المرحلة قبل التعاقدية التزامات الصدق و الأمانة و حسن النية و نزاهة التعامل، و من ثم، يجوز إبطال العقد للتدليس وفقا للمواد 1/86 و 1/107 و 124 من القانون المدني في حال كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الآخر العقد⁵.

تندرج جريمة عدم إبلاغ المرقى العقاري بالبيانات الإلزامية ضمن الجرائم السلبية المعاقب عليها بالغرامة المالية التي تتراوح قيمتها بين مائتي ألف دينار 200.000 دج و مليوني دينار 2000.000 دج⁶.

¹ بوشعالة أسماء، مسؤولية المرقى العقاري و المنازعات المتعلقة بها، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة سيدي بلعباس، 2022، ص 279.

² المرسوم التنفيذي 142-08 المؤرخ في 11 مايو 2008، يحدد قواعد منح السكن العمومي الإيجاري، الجريدة الرسمية عدد 24 المؤرخة في 11 مايو 2008.

³ المرسوم التنفيذي 105-01 المؤرخ في 23 أبريل 2001، يحدد شروط شراء المساكن المنجزة بأموال عمومية في إطار البيع بالإيجار و كفاءات ذلك، الجريدة الرسمية عدد 25 المؤرخة في 29 أبريل 2001.

⁴ المرسوم التنفيذي 203-14 المؤرخ في 15 يوليو 2014، يحدد شروط و كفاءات شراء السكن الترقوي العمومي، الجريدة الرسمية عدد 44 المؤرخة في 27 يوليو 2014.

⁵ بلحاج العربي، الجوانب القانونية للمرحلة قبل التعاقدية (دراسة فقهية و قضائية مقارنة في ضوء القانون المدني الجزائري)، دون رقم طبعة، دار هومه، الجزائر، 2014، ص 164.

⁶ المادة 76 من القانون 04-11.

و ما يمكن ملاحظته على هذه الجريمة أنها تتشابه مع جريمة عدم تبليغ المرقى العقاري للمقتني نظام الملكية المشتركة المنصوص عنها في المادة 72 من القانون 04-11 من حيث الطبيعة و الأركان و العقوبة، و بالتالي كان على المشرع أن يجمع بين الجريمتين في مادة واحدة تفاديا بذلك لكثرة المواد¹.

ثانيا: الجرائم المنصوص عنها في قانون العقوبات و عقوباتها

بالرغم من تطرق المشرع في القانون 04-11 إلى بعض الجرائم و تقرير عقوبة لها، إلا أنه أحالنا في جرائم أخرى إلى تطبيق قانون العقوبات²، حيث نص في المادة 77 فقرة 1 من القانون 04-11 على جريمة ممارسة مهنة المرقى العقاري بدون اعتماد مع الإحالة في تطبيق العقوبة إلى المادة 243 من قانون العقوبات المتعلقة بجريمة انتحال صفة، كذلك بالنسبة للمادة 77 فقرة 2 من القانون 04-11 التي أحالتنا إلى المادة 372 من قانون العقوبات في حال أدت الممارسة غير القانونية كما هو منصوص عليها في المادة 77 فقرة 1 إلى النصب على المكتتب.

أ/- ممارسة مهنة المرقى العقاري بدون اعتماد

كغيرها من المهن المنظمة و المقننة، أخضع المشرع مهنة المرقى العقاري لضرورة الحصول المسبق على اعتماد مسلم من الإدارة المختصة قصد تمكين هذه الأخيرة من فرض رقابتها السابقة للالتحاق بالمهنة عن طريق إخضاع طالب الاعتماد لجملة من الشروط و الإجراءات المتعلقة بالمهنة، و كذا لتقديم حماية أكبر للمكتتبين من خلال اختيار الأشخاص المؤهلين و أصحاب الكفاءة العالية لإنجاز المشاريع العقارية.

و إذا مارس أي شخص مهنة المرقى العقاري دون أن يكون مكتسبا لهذه الصفة، أو أنه كان مكتسبا لها و لكن تم سحب اعتماده لسبب من الأسباب، فإنه يكون مرتكبا لجريمة انتحال الصفة المنصوص عنها في المادة 243 من قانون العقوبات، و المعاقب عليها بالحبس من 3 أشهر إلى 2 سنتين و بغرامة مالية من 20.000 دج إلى 100.000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين.

و فيما يتعلق بالركن المادي لهذه الجريمة، فيتمثل في السلوك الإيجابي الصادر من الشخص بممارسته مهنة المرقى العقاري دون الحصول على اعتماد مسلم من الوالي المختص إقليميا أو مواصلة ممارسة المهنة بعد سحب الاعتماد منه، أما بالنسبة للركن المعنوي فيتمثل في القصد الجنائي العام أي توفر عنصري

¹ بن فريحة رشيد، المسؤولية الجزائية للمرقى العقاري في ظل أحكام القانون 04-11، مجلة القانون العقاري و البيئة، جامعة مستغانم، المجلد 4، العدد 2، جوان 2016، بدون رقم الصفحة.

² الأمر 156-66 المؤرخ في 8 يونيو 1966، يتضمن قانون العقوبات المعدل و المتمم، الجريدة الرسمية عدد 49 المؤرخة في 11 يونيو 1966.

العلم و الإرادة، إذ يكفي علم الجاني بأن العمل الذي قام به يعد من أعمال المرقى العقاري التي تتطلب الحصول على اعتماد مع اتجاه إرادته إلى القيام بهذا العمل على وجه الاعتياد.

ب/- جريمة النصب

عندما تؤدي الممارسة غير القانونية المتمثلة في قيام الشخص بممارسة مهنة المرقى العقاري، إلى النصب، نكون بصدد تطبيق أحكام المادة 372 من قانون العقوبات¹، حيث تنص المادة الأخيرة على أنه: "كل من توصل إلى استلام أو تلقى أموال أو منقولات أو سندات أو تصرفات أو أوراق مالية أو وعود أو مخالصات أو إبراء من التزامات أو إلى الحصول على أي منها أو شرع في ذلك وكان ذلك بالاحتيال لسلب كل ثروة الغير أو بعضها أو الشروع فيه إما باستعمال أسماء أو صفات كاذبة أو سلطة خيالية أو اعتماد مالي أو بإحداث الأمل في الفوز بأي شيء أو في وقوع حادث أو أي واقعة أخرى وهمية أو الخشية من وقوع شيء منها يعاقب بالحبس من سنة على الأقل إلى 5 سنوات على الأكثر و بغرامة من 20.000 دج إلى 100.000 دج".

و يتحقق الركن المادي لجريمة النصب بتوفر ثلاثة شروط أساسية هي: استعمال إحدى وسائل التدليس المتمثلة في الأسماء و الصفات الكاذبة و المناورات الاحتمالية²، الاستيلاء على مال الغير، و كذا العلاقة السببية بين وسيلة التدليس التي تم استعمالها و سلب مال الغير³.

تعتبر جريمة النصب من الجرائم العمدية التي يتحقق ركنها المعنوي بتوفر القصد الجنائي المتمثل في علم الجاني بالاحتيال مع انصراف إرادته إلى تحقيقه و ذلك باللجوء إلى الأفعال و الأقوال الكاذبة و هو يعلم بعدم صحتها و هذا بغرض الاستيلاء على مال المكتتب.

و تجدر الإشارة إلى أن ظهور العيب الخفي في البناية لا يعد نصبا، و بالتالي يرتب مسؤولية مدنية للمرقى العقاري لا جزائية، هذا ما أكده قرار المحكمة العليا بتاريخ 28 أكتوبر 2010 عند فصلها في الملف رقم 452020 الذي جاء في موضوعه: أنه عكس ما يدعيه الطاعن فإن قضاة الموضوع سببوا قضائهم تسببا كافيا بحيث أكدوا أن العناصر المكونة لجريمة النصب غير متوفرة في حق المتهم، و انتهت قضاة المجلس بذلك: "... القول بأن العيب في الشيء المباع بعد إبرام العقد يشكل نصب و احتيال تفكير غير سليم من

¹ المادة 77 فقرة 2 من القانون 04-11.

² المناورات الاحتمالية هي الكذب المصحوب بمظاهر خارجية، الغرض منها إيهام الراغب في الاكتتاب بمشاريع وهمية غير حقيقية.

³ بوسقيعة أحسن، قانون العقوبات في ضوء الممارسة القضائية، الطبعة السابعة عشر، دار برتي للنشر، الجزائر، 2022، ص 212.

الوجهة القانونية البحتة." و بالتالي فإن الوجه المثار غير سديد يتعين رفضه و معه رفض طعن النائب العام، و لهذه الأسباب قضت المحكمة العليا بقبول الطعن بالنقض شكلا و برفضه موضوعا¹.

و يجوز أن يحكم على المرقي العقاري بالحرمان من جميع الحقوق المنصوص عليها في المادة 14 من قانون العقوبات أو من بعضها، و بالمنع من الإقامة و ذلك لمدة لا تقل عن سنة و لا تتجاوز الخمسة 5 سنوات².

ثالثا: العقوبات المفروضة على المرقي العقاري باعتباره شخص معنوي

من خلال دراستنا لمختلف العقوبات الإدارية و الجزائية المنصوص عليها في القانون 04-11، وجدنا أنها تخص فقط الأشخاص الطبيعية دون المعنوية، بالرغم أن أغلبية المنازعات المطروحة أمام القضاء تتعلق بمرقين عقاريين يمارسون نشاط الترقية العقارية في شكل أشخاص معنوية، غير أن انعدام هذه العقوبات بالنسبة للشخص المعنوي في القانون 04-11 لا يمنع القاضي من اللجوء إلى قانون العقوبات و قانون الإجراءات الجزائية³ و تطبيق نصوصهما.

حددت المادة 18 مكرر الموجودة في الباب الأول مكرر تحت عنوان "العقوبات المطبقة على الأشخاص المعنوية" من قانون العقوبات، مختلف الجزاءات التي يتعرض لها المرقي العقاري باعتباره شخصا معنويا في مواد الجنايات و الجنح و المتمثلة في:

- الغرامة المساوية من مرة إلى خمس مرات الحد الأقصى للغرامة المقررة على الشخص الطبيعي في القانون الذي يعاقب على الجريمة⁴.

- واحدة أو أكثر من العقوبات التكميلية التالية:

- حل المرقي العقاري كشخص المعنوي⁵.

¹ قرار رقم 452020 بتاريخ 28 أكتوبر 2010، مجلة المحكمة العليا، غرفة الجنح و المخالفات، العدد 2، 2010، 394.

² المادة 372 فقرة 3 من قانون العقوبات.

³ الأمر 66-155 المؤرخ في 8 يونيو 1966، يتضمن قانون الإجراءات الجزائية المعدل و المتمم، الجريدة الرسمية عدد 48 المؤرخة في 10 يونيو 1966.

⁴ من أهم العقوبات المطبقة على المرقي العقاري باعتباره شخصا معنويا في مواد الجنايات و الجنح و كذا المخالفات هي الغرامة المالية، حيث تجسد في الزام المرقي العقاري المحكوم عليه بدفع مبلغ مالي لفائدة خزينة الدولة. اعتبر المشرع الغرامة كعقوبة أصلية شاملة للجنايات و الجنح و المخالفات، و جعلها عقوبة أصلية وحيدة دون العقوبات الأخرى التي وصفها بالتكميلية.

⁵ يقصد بهذه العقوبة إنهاء وجود الشخص المعنوي و منعه من الاستمرار في ممارسة نشاطه، و حل الشخص المعنوي يقابله الحكم بإعدام الشخص الطبيعي، و نظرا لخطورة هذه العقوبة لأنها تعني موت الشخص المعنوي، لم يلزم المشرع القضاة بالحكم بها و إنما ترك الأمر لسلطتهم التقديرية و أعطاهم سلطة المفاضلة بينها و بين العقوبات التكميلية الأخرى.

- غلق المؤسسة أو فرع من فروعها لمدة لا تتجاوز 5 سنوات¹.

- الإقصاء من الصفقات العمومية لمدة لا تفوق الخمسة 5 سنوات².

- المنع من مواصلة نشاط الترقية العقارية لمدة لا تفوق الخمسة 5 سنوات³.

- مصادرة الشيء المستعمل في ارتكاب الجريمة أو الناتج عنها⁴.

- نشر و تعليق حكم الإدانة⁵.

- الوضع تحت الحراسة القضائية لمدة لا تفوق الخمسة 5 سنوات، و تنصب على ممارسة

النشاط الذي أدى إلى الجريمة، أو الذي ارتكبت بمناسبةه.

أما بالنسبة للمخالفات، يتعرض الشخص المعنوي إلى عقوبة الغرامة المالية المساوية من مرة 1 إلى خمس 5 مرات الحد الأقصى للغرامة المقررة للشخص الطبيعي في القانون المعاقب على الجريمة، و يمكن للقاضي الحكم بمصادرة الشيء المستعمل في ارتكاب الجريمة أو الناتج عنها⁶.

و في حالة عدم نص القانون على عقوبة الغرامة بالنسبة للشخص الطبيعي في مواد الجنايات و الجنح، فإن الحد الأقصى للغرامة المحتسب لتطبيق النسبة القانونية المقررة للعقوبة فيما يخص الشخص

و ما يمكن ملاحظته، أنه و على عكس المشرع الفرنسي، منح المشرع الجزائري السلطة للقاضي بالحكم بهذه العقوبة مهما كانت الجنايات و الجنح و مهما بلغت بساطة الجنحة المرتكبة.

¹ قبل تعديل قانون العقوبات سنة 2004 (بموجب القانون 04-15 المؤرخ في 10 نوفمبر 2004). كانت تعتبر هذه العقوبة بأنها تدبير من التدابير العينية، غير أنه بعد تعديله، اعتبرها عقوبة أصلية، ليتراجع عن ذلك و يعتبرها عقوبة تكميلية بموجب تعديل القانون سنة 2006 (القانون 06-23 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006).

² و يقصد بذلك منع المرقى العقاري و حرمانه من المشاركة بصفة مباشرة أو غير مباشرة في أي صفقة يكون أحد أطرافها الدولة أو مؤسساتها.

³ تجدر الإشارة أن المشرع خصص هذه العقوبة فقط لجرمي تكوين جمعية أشرار و مساعدة المجرمين و كذا تبييض الأموال المنصوص عليهما في المادتين 177 مكرر و 389 مكرر على التوالي من قانون العقوبات.

⁴ عرفت المادة 15 من قانون العقوبات عملية المصادرة بأنها الأيلولة النهائية لمال أو مجموعة أموال للدولة، و تتم العملية جبرا و بموجب حكم قضائي.

⁵ على اعتبار أن نشاط الترقية العقارية تجاري، فإن السمعة التجارية للمرقى العقاري تعتبر من العوامل الأساسية لجذب المكتتبين، و بالتالي نشر و تعليق حكم الإدانة سيؤثر حتما عليهما.

نشر و تعليق الحكم يعني إعلانه و إذاعته حتى يصل إلى أكبر عدد من الناس، سواء كان ذلك عن طريق الوسائل المكتوبة أو السمعية أو البصرية.

لم يشترط المشرع أن يتم نشر الحكم بأكمله، بل يكفي منطوقه أو جزء منه، كما أنه لم يحدد مدة التعليق و تكاليفه، ما يجعل المسألة تخضع للسلطة التقديرية للقاضي.

⁶ المادة 18 مكرر 1 من قانون العقوبات.

المعنوي يكون كالتالي: 2000.000 دج في حالة الجناية المعاقب عليها بالإعدام أو السجن المؤبد، و 1000.000 دج في حالة الجناية المعاقب عليها بالسجن المؤقت، 500.000 دج بالنسبة للجنح¹.

نلاحظ من خلال الحالة الأخيرة أن المشرع استبدل العقوبات الجسدية السالبة للحرية الموقعة على الشخص الطبيعي بعقوبات مالية لاستحالة تطبيقها على الشخص المعنوي، لكنه لم يحدد حدها الأدنى مثلما فعل في المادتين 18 مكرر و 18 مكرر 1 مكتفيا بالحد الأقصى للعقوبة، الأمر الذي يعطي للقاضي الجزائري السلطة في النزول إلى أدنى حد من الغرامة مما يؤدي إلى إضعاف فعالية الردع و جعل العقوبة لا تتناسب مع حجم الجريمة، خصوصا و أننا بصدد بعض الجنايات و الجنح المعاقب عليها بالإعدام و السجن المؤبد أو لفترة طويلة، و بالتالي كان حريا بالمشرع النص على حد أدنى للعقوبة².

عند فرض عقوبة تكميلية واحدة أو أكثر من العقوبات المنصوص عليها سابقا، فإن أي خرق للالتزامات المترتبة على هذا الحكم من طرف الأشخاص الطبيعية يعاقب عليه بالحبس من سنة إلى خمسة سنوات، و بغرامة مالية تتراوح بين 100.000 دج و 500.000 دج³.

رابعا: الإجراءات الخاصة بالمتابعة الجزائية للمرقي العقاري

على اعتبار أن الأفعال المرتكبة من طرف المرقي العقاري و المنصوص عليها في الفرع الثالث من القانون 04-11 و قانون العقوبات لها وصف جزائي، فإن طرق و إجراءات المتابعة لا تخرج عن تلك المحددة في قانون الإجراءات الجزائية، سواء فيما يتعلق بالاختصاص أو كيفية تحريك الدعوى العمومية.

أ/- بالنسبة إلى الاختصاص القضائي

يحدد الاختصاص النوعي للنظر في الجرائم المرتكبة من طرف المرقي العقاري بالنظر إلى خطورة الجريمة (مخالفة، جنحة، جناية)، فيختص قسم المخالفات بالفصل في المخالفات، و قسم الجنح بالفصل في الجنح، أما الجنايات فتؤول سلطة الفصل فيها إلى محكمة الجنايات.

و بالنسبة للاختصاص الإقليمي، فيتحدد بمكان وقوع الجريمة أو مكان إقامة أحد المشتبه بهم بمساهمتهم في اقترافها أو بمحل القبض على أحد هؤلاء الأشخاص حتى و لو حصل القبض لسبب آخر، و

¹ أنظر المادة 18 مكرر 2 من نفس القانون.

² قرني إدريس، الجزاءات الجنائية الموقعة على الشخص المعنوي في التشريع الجزائري، مجلة الحقوق و العلوم الإنسانية، جامعة الجلفة، المجلد 3، العدد 3، أكتوبر 2010، ص 160.

³ أنظر المادة 18 مكرر 3 من قانون العقوبات.

يجوز تمديد الاختصاص المحلي لوكيل الجمهورية و قاضي التحقيق إلى دائرة اختصاص محاكم أخرى، عن طريق التنظيم، في جرائم المخدرات و الجريمة المنظمة عبر الحدود الوطنية و كذا الجرائم التي تمس بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات، و جرائم الإرهاب و تبييض الأموال، و الجرائم المتعلقة بالتشريع الخاص بالصرف¹.

أما بالنسبة للشخص المعنوي، فيتحدد الاختصاص الإقليمي بمكان ارتكاب الجريمة أو مكان تواجد المقر الاجتماعي²، غير أنه في حالة متابعة أشخاص طبيعية باعتبارهم فاعلين أصليين أو شركاء في الوقت ذاته مع الشخص المعنوي، يكون الاختصاص للجهات القضائية المرفوعة أمامها دعوى الأشخاص الطبيعية بمتابعة الشخص المعنوي³.

ب/- بالنسبة إلى تحريك الدعوى العمومية

قبل التطرق إلى إجراءات تحريك الدعوى العمومية، لا بد الإشارة إلى الإجراء الذي يسبق المتابعة الجزائية للمرتقي العقاري و المنصوص عليه في المواد 37 مكرر و ما يليها من قانون الإجراءات الجزائية و المتمثل في الوساطة⁴، حيث يمكن لوكيل الجمهورية، و ذلك قبل أي متابعة جزائية، التقرير بمبادرة منه أو بناء على طلب من الضحية أو المشتكى منه، إجراء وساطة تتم بموجب اتفاق مكتوب بين المجرم و الضحية، و هذا لوضع حد للإخلال الذي سببته الجريمة أو لجبر الضرر المترتب عليها⁵، كما يشترط لإجرائها قبول المشتكى منه و الضحية⁶.

تطبق الوساطة في مواد الجنح على بعض الجرائم المحددة على سبيل الحصر في المادة 37 مكرر 1/2 من قانون الإجراءات الجزائية و المتمثلة في: السب، القذف، التهديد و الوشاية الكاذبة، الاعتداء على الحياة الخاصة، ترك الأسرة، الامتناع العمدي عن تقديم النفقة و عدم تسليم الطفل، الاستيلاء عن طريق الغش على أموال الإرث قبل قسمتها أو على أشياء مشتركة أو أموال الشركة، التخريب و الإتلاف العمدي لأموال الغير، إصدار شيك بدون رصيد، الضرب و الجروح غير العمدية و العمدية بدون سبق الإصرار و التردد

¹ المواد 37 و 40 و 329 من قانون الإجراءات الجزائية.

² المادة 65 مكرر 1/1 من نفس القانون.

³ المادة 65 مكرر 2/1 من نفس القانون.

⁴ هذا الإجراء لم يتم النص عليه إلا بعد تعديل قانون الإجراءات الجزائية بموجب الأمر 02-15 المؤرخ في 23 يوليو 2015 (الجريدة الرسمية عدد 40 المؤرخة في 23 يوليو 2015) و ذلك عن طريق استحداثه فصل ثاني مكرر بعنوان الوساطة.

⁵ المادة 37 مكرر من قانون الإجراءات الجزائية.

⁶ المادة 37 مكرر 1 من نفس القانون.

أو استعمال السلاح، الرعي في ملك الغير، التعدي على الملكية العقارية و المحاصيل الزراعية، استهلاك
مأكولات أو مشروبات أو الاستفادة من خدمات أخرى عن طريق التحايل.

و يمكن تطبيق إجراء الوساطة في مادة المخالفات¹.

يتضمن اتفاق الوساطة على الخصوص: إعادة الحال إلى ما كانت عليه، تعويض مالي أو عيني عن الضرر
المسبب، و كل اتفاق يتوصل إليه الأطراف بشرط أن لا يكون مخالفا للقانون²، و يدون هذا الاتفاق في
محضر يتضمن هوية الأطراف و عنوانهم، بالإضافة إلى عرض و جيز للأفعال مع ذكر تاريخ و مكان وقوعها
و مضمون الاتفاق و آجاله³.

لا يجوز الطعن في هذا الاتفاق بأي طريق من طرق الطعن، كما أنه يعد سندا تنفيذيا طبقا للتشريع
الساري⁴.

أما بالنسبة لباقي الجرائم غير المنصوص عليها في المادة 37 مكرر 2 من قانون الإجراءات الجزائية، تتم
متابعة المرقى العقاري مباشرة عن طريق تحريك الدعوى العمومية ضده.

1/- تحريك الدعوى العمومية من النيابة: يتخذ تحريك الدعوى العمومية من طرف النيابة العامة
ضد المرقى العقاري ثلاثة فرضيات و هذا بحسب الوصف القانوني للجريمة المرتكبة:

- قد تشكل الجريمة المرتكبة من طرف المرقى العقاري جنائية، و في هذه الحالة يكون وكيل الجمهورية ملزما
بتقديم طلب افتتاحي لقاضي التحقيق لإجراء التحقيق، لأن التحقيق وجوبي في الجنايات تطبيقا للمادة 66
فقرة 1 من قانون الإجراءات الجزائية.

- أو قد تشكل الجريمة المرتكبة جنحة، و هنا يكون وكيل الجمهورية مخيرا بين إحالتها على جهات التحقيق
عن طريق طلب افتتاحي، أو أن يحيلها مباشرة على جهات الحكم⁵.

- و إما أن تشكل الجريمة المرتكبة مخالفة، و في هذه الحالة يجوز لوكيل الجمهورية طلب تحقيق ابتدائي،
أو إحالة الملف إلى جهات الحكم.

¹ المادة 37 مكرر 2/2 من نفس القانون.

² المادة 37 مكرر 4 من نفس القانون.

³ المادة 37 مكرر 3 من نفس القانون.

⁴ المادتين 37 مكرر 5 و 37 مكرر 6 من نفس القانون.

⁵ المادة 66 فقرة 2 من نفس القانون.

2/- تحريك الدعوى العمومية من طرف الضحية: و يكون بسلك الضحية أحد الطرق التالية:

- أن يدعي مدنيا عن طريق تقديم شكوى أمام قاضي التحقيق المختص في حال كانت الجريمة المرتكبة من المرقى العقاري توصف بأنها جناية أو جنحة¹، وله بذلك الحق في المطالبة بالتعويض، ويشترط على المكتتب المدعي مدنيا في حالة عدم حصوله على المساعدة القضائية، القيام بإيداع المبلغ اللازم لمصاريف الدعوى الذي يقدره قاضي التحقيق تحت طائلة عدم قبول الشكوى².

- عن طريق التكليف المباشر للمرقى العقاري لحضور الجلسة، حيث أعطى المشرع الحق للمتضرر أن يدعي مدنيا أمام المحكمة وذلك عن طريق تكليف المرقى العقاري بالحضور مباشرة أمامها، غير أنه قيد هذا الحق على بعض الجرائم و التي نص عليها في المادة 337 مكرر من قانون الإجراءات الجزائية، أما بالنسبة لباقي الجرائم، فيشترط الحصول على ترخيص من النيابة العامة.

خامسا: حق المكتتب المتضرر في الحصول على التعويض

للمكتتب الذي تضرر نتيجة الجريمة المرتكبة من طرف المرقى العقاري الحق في طلب التعويض³ سواء أمام المحكمة المدنية باعتبارها صاحبة الاختصاص الأصيل لمثل هذه الطلبات وهو ما سوف نفضله لاحقا، أو بصفة استثنائية أمام القضاء الجزائي تبعا للدعوى العمومية المقامة أمامه، بحيث يتم مباشرة الدعوى المدنية مع الدعوى العمومية في آن واحد أمام القاضي الجزائي المختص بالنظر في الدعوى العمومية⁴، و بالتالي فإن للمكتتب حق الخيار بين مباشرة دعواه أمام القضاء المدني أو الجزائي غير أن حقه هذا ليس مطلقا.

أ/- المطالبة بالتعويض أمام القضاء الجزائي

حدد قانون الإجراءات الجزائية ثلاثة طرق للمكتتب في عقد البيع على التصاميم للادعاء مدنيا أمام القضاء الجزائي، حيث يكون الادعاء إما أمام قاضي التحقيق طبقا لنص المادة 72 من نفس القانون كما سبق شرحه، أو عن طريق التدخل في الدعوى، أو الادعاء مباشرة أمام المحكمة، و بما أنه سبق و تطرقنا

¹ المادة 72 من نفس القانون.

² المادة 75 من نفس القانون.

³ للمكتتب الحق في طلب تعويض عن الأضرار المادية أو المعنوية التي لحقت به جراء الجريمة المرتكبة من المرقى العقاري، و يكون إما نقديا أو تعويض عيني عن طريق إعادة الحال كما كان عليه قبل ارتكاب الجريمة، أو تعويض المصاريف القضائية.

⁴ المادة 3 من قانون الإجراءات الجزائية.

للحالة الأولى و الثالثة في طرق تحريك الدعوى العمومية، سنكتفي بشرح الحالة الثانية المتمثلة في التدخل في الدعوى.

حيث يجوز للمكتب في عقد البيع على التصاميم مباشرة الدعوى المدنية بالتبعية بالادعاء مدنيا و ذلك بالتدخل في الدعوى العمومية المحركة من طرف النيابة العامة أو أي شخص آخر له مصلحة، و يكون هذا الادعاء إما قبل جلسة المحكمة عن طريق تقرير لدى أمانة الضبط، أو أثناءها بواسطة تقرير يثبته أمين الضبط أو بإبدائه في المذكرات¹.

في حالة ادعاء المكتب مدنيا قبل الجلسة، فإنه يتعين عليه تحديد في تقريره الجريمة المرتكبة من المرقى العقاري موضوع المتابعة، و تعيين موطن مختار في دائرة المحكمة المقامة أمامها الدعوى إذا كان المكتب لا يملك موطنًا بتلك الدائرة، أما إذا كان الادعاء المدني أثناء الجلسة فيجب إيداعه قبل إيداع النيابة العامة طلباتها في الموضوع تحت طائلة الرفض².

و بخصوص الإجراءات التي تخضع لها الدعوى المدنية بالتبعية، فإنها ذاتها المتبعة في الفصل في الدعوى الجزائية، و كذلك الأمر بالنسبة لمواعيد الطعن، و هذا تطبيقا لنص المادة 239 من قانون الإجراءات الجزائية.

تطبيقا لقاعدة تبعية الدعوى المدنية للدعوى العمومية، فإنه يترتب على الانتهاء من إجراءات الدعوى و التحقيق فيها، ضرورة الفصل في الدعويين بحكم واحد طبقا لنص المادة 316 من قانون الإجراءات الجزائية، و الفصل في الدعويين بحكم واحد لا يعني بالضرورة الحكم بالتعويض للمكتب، حيث يمكن القضاء بإدانة المرقى العقاري و فرض غرامة عليه في الدعوى العمومية و عدم الحكم بالتعويض في الدعوى المدنية بالتبعية لعدم إثبات العلاقة بين الضرر و الجريمة، كما قد يحصل المرقى على البراءة في الدعوى العمومية في حين يحكم عليه بالتعويض في الدعوى المدنية.

¹ المادة 240 من نفس القانون.

² المادتين 241 و 242 من نفس القانون.

ب/- المطالبة بالتعويض أمام القضاء المدني

للمكتتب في عقد البيع على التصاميم الحق في اختيار الطريق المدني للمطالبة بالتعويض جراء الضرر الذي أصابه من المرقى العقاري وهذا برفع دعوى ضده أمام المحكمة المختصة¹، و بذلك يكون قد لجأ إلى القضاء الأصلي المختص بالنظر في دعوى التعويض.

تخضع دعوى التعويض المرفوعة ضد المرقى العقاري أمام القضاء المدني لقانون الإجراءات المدنية و الإدارية و لا دخل لقانون الإجراءات الجزائية بها، غير أنها ترتبط بالدعوى العمومية و تتأثر بها و بالحكم الصادر بشأنها على أساس أن الضرر موضوع الدعوى المدنية مصدره الجريمة موضوع الدعوى العمومية، و يتبين هذا التأثير في كون أنه إذا أقيمت الدعوى العمومية قبل صدور الحكم في الدعوى المدنية فإنه يتعين إرجاء الفصل في الأخيرة حتى يصدر الحكم بشأن الأولى و هو ما يسمى بقاعدة الجزائي يوقف المدني.

¹ قد يلجأ المكتتب إلى القضاء المدني للمطالبة بالتعويض كخيار أول، أو يختاره بعد سقوط حقه في اللجوء إلى القضاء الجزائي، أو أن يلجأ إليه بعد تركه للقضاء الجزائي.

المبحث الثاني: المنازعات المتعلقة بشكل عقد البيع على التصاميم

الاكتفاء بالرضائية في البيع¹ لا يعد من النظام العام و بالتالي يجوز للبائع و المشتري الاتفاق على مخالفته عن طريق جعل تصرفهما شكليا، غير أن الأمر يختلف بالنسبة للشكلية التي يشترطها القانون فهي تعد من النظام العام و من ثمة لا يجوز تجاوزها أو الاتفاق على الإعفاء منها²، و على اعتبار أن عقد البيع على التصاميم من العقود الشكلية بامتياز و كذا من العقود النموذجية، أوجب المشرع أن يتم إفراغ الاتفاق بين المكتتب و المرقى العقاري في قالب رسمي.

إن عدم احترام المرقى العقاري و المكتتب لركن الرسمية في عقد البيع على التصاميم و الاعتماد بدلا عن ذلك على العقود العرفية و مقررات التخصيص و الاستفادة يثير الكثير من الإشكالات القانونية و المنازعات أمام القضاء، خصوصا مسألة مدى امكانية لجوء المكتتب للقضاء من أجل إلزام المرقى العقاري بتحرير عقد البيع على التصاميم من عدمها (المطلب الأول).

فضلا عن تحرير عقد البيع على التصاميم في الشكل الرسمي وتسجيله لدى مصالح الضرائب، و جب القيام بإيداعه لدى المحافظة العقارية لإجراء شهره، و للمحافظ العقاري في هذا الشأن مختلف الصلاحيات، فله أن يرفض الإيداع، أو يقبله مع رفضه إجراء الشهر، الأمر الذي يعرض مصلحة طرفي العقد للخطر، و عليه منحهما المشرع الحق في الطعن في قراراته من خلال دعوى الإلغاء و كذا المطالبة بالتعويض متى ثبت أن الخطأ المرتكب من المحافظ العقاري سبب ضررا (المطلب الثاني).

¹ الأصل في الإرادة أنها حرة في اختيار كيفية التعبير عما تستهدفه، فيكفي التعبير عنها عن طريق إعلانها، غير أنه قد يشترط القانون شكلا معيناً لإعلانها، و بانعدامه لا ينشأ التصرف القانوني، أنظر: سيبيل جعفر حاجي عمر، ضمانات عقد بيع المباني قيد الإنشاء-دراسة مقارنة-، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر و التوزيع، عمان، الأردن، 2014، ص 51.

² بوروح منال، النظام العام و العقد، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2019، ص 177.

المطلب الأول: ضرورة خضوع عقد البيع على التصاميم للرسمية

وفقا لأحكام المادتين 25 و 34 من القانون 04-11 نجد أن عقد البيع على التصاميم هو عقد رسمي¹ يتم تحريره من طرف شخص مؤهل قانونا² يتمثل في الموثق³ وفقا للنموذج المحدد في المرسوم التنفيذي 13-431 مع خضوعه للشكليات الخاصة بالتسجيل و الإشهار.

لا يكفي تحرير عقد البيع على التصاميم من طرف الموثق لاعتباره وثيقة رسمية، و إنما يجب أن يتصرف مُصدِّره في حدود اختصاصه، و المقصود بذلك هو قيام ولايته وقت تحريره للعقد، فلا يجوز له تحرير العقد بعد توقيفه أو قبل أدائه لليمين القانونية أو بمناسبة إحدى حالات المنع المنصوص عليها قانونا⁴، و فيما يتعلق باختصاصه الإقليمي فيمتد إلى كل التراب الوطني مما يجيز له تلقي العقود مهما كان مكان وجود المال محل العقد أو موطن أطرافه.

إن الغاية من اشتراط الرسمية في عقد البيع على التصاميم هو تحقيق حماية للمكاتب و المرقى العقاري على حد سواء تعجز عن تحقيقها الرضائية و هذا من خلال تحديد حقوقهما و التزاماتهما، كما أن تدخل الموثق في عقد البيع على التصاميم يزيد من قانونية المحرر و حججته إذ له حجية مطلقة على ما تضمنه إلى أن يطعن فيه بالتزوير، كما أن الموثق و في إطار ممارسته لمهامه يتأكد من صحة الوثائق و العقود المودعة مع تقديمه للنصائح.

¹ إن اشتراط الرسمية في عقد البيع على التصاميم ما هو إلا تطبيق لما جاء في القواعد العامة القاضية بالزامية تحرير العقود المتضمنة نقل ملكية العقار في الشكل الرسمي تحت طائلة البطلان المطلق.

² حددت المادة 324 من القانون المدني الأشخاص المؤهلين قانونا على سبيل الحصر و هم: الموظف، الضابط العمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة، غير أنه فيما يتعلق بعقود البيع على التصاميم، يكون تحريره فقط من اختصاص الموثقين.

³ الموثق هو عبارة عن ضابط عمومي خوله القانون صلاحية تلقي العقود المتعلقة بإرادة الأفراد، مع ممارسته لجزء من السلطة العمومية المفوضة له من طرف الدولة، فيقوم بإضفاء طابع الرسمية على العقود التي يحررها، مع منحه للصيغة التنفيذية لهذه العقود عند الحاجة، أنظر: مقني بن عمار، مهنة التوثيق في القانون الجزائري (تنظيم و مهام و مسؤوليات)، دون رقم الطبعة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2013، ص 16.

⁴ يتعلق الأمر بالعقود التي يكون الموثق طرفا فيها أو تتضمن تدابير لصالحه أو لصالح أقاربه إلى غاية الدرجة الرابعة، و بالتالي عليه التأكد من ذلك قبل تحريره للعقد من خلال شهادة الميلاد، بطاقة التعريف أو جواز السفر، أو أي وثيقة لها قوة ثبوتية من حيث شخصية الأطراف و أسمائهم و مسكنهم و أهليتهم و حالتهم و صفة المتعاقد أصيلا عن نفسه أو وكيلًا عن الغير، أنظر: مقراني سارة، بولنوار نجيب، دور الموثق في تكريس الحماية التي أقرها المشرع للمقتني في عقد البيع على التصاميم، مجلة الدراسات القانونية و الاقتصادية، المركز الجامعي بركة، المجلد 5، العدد 1، 2022، ص 491.

إن تدخل الموثق في تحرير عقد البيع على التصاميم يمنع المرقى العقاري باعتباره الطرف القوي من فرض شروط تعسفية على المكتتب كونه ملزم بتقديم النصح والإرشاد، كما يسهل ذلك على القاضي اكتشافها ومراقبة مدى احترام الأطراف لبنود العقد الأخرى في حالة نشوب نزاع.

الفرع الأول: تحرير عقد البيع أمام الموثق وفق الشكل النموذجي

لا يكفي لصحة عقد البيع على التصاميم إبرامه أمام الموثق، بل يشترط تحت طائلة بطلانه تحريره وفقا للنموذج المحدد قانونا في المرسوم التنفيذي 13-431، وبالعودة لهذا النموذج نجد أنه ألزم الموثق بتحديد تاريخ تحرير عقد البيع على التصاميم بالأحرف والأرقام مع ذكر اسمه ولقبه وعنوان مكتبه، بالإضافة إلى كل من صفة المرقى العقاري البائع (سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا) وكذا المقتني، ويتم ذلك عن طريق النص على البيانات الشخصية لكليهما¹، بالإضافة إلى تصريح الأول بأنه باشر في عملية تشييد البناية أو جزء منها التي خصصها للبيع في إطار القانون 04-11، وأنها ملكيته الكاملة وأنها غير مشمولة بأي إجراء قانوني يحد حق الملكية أو أي رهن يثقلها، وأن شهادة الضمان المرفقة بعقد البيع على التصاميم تغطي الملك موضوع البيع، فيما يصرح الثاني بأنه اطلع على ملف انجاز البناية أو جزء منها والتصاميم والمقاطع والكشف الوصفي للبناية والتجهيزات التي تتعلق بها.

و من أجل تمكين المكتتب من تكوين تصور دقيق حول البناية موضوع العقد و ضمان مطابقتها للشروط الوظيفية و التقنية المطلوبة و كذا تجنب المنازعات المستقبلية، يلتزم الموثق بتضمين عقد البيع على التصاميم بمجموعة من البيانات الإلزامية وإرفاق العقد ببعض الوثائق المرجعية و التي سوف نتناولها فيما يلي:

أولا: البيانات الإلزامية

حدد نموذج عقد البيع على التصاميم مجموعة من البيانات الإلزامية الواجب تضمينها بعقد البيع على التصاميم و التي تتعلق أساسا بوصف البناية و سعر البيع و كيفية مراجعته و آجال التسليم و عقوبة التأخير.

¹ بالنسبة للبيانات المتعلقة بالمرقى العقاري: تحديد صفة المرقى العقاري إذا كان شخصا طبيعيا أو معنويا، الممثل القانوني للشخص المعنوي، عنوان المقر، رقم الاعتماد و تاريخ الحصول عليه، رقم و تاريخ التسجيل في الجدول الوطني للمرقين العقاريين، رقم الانتساب لصندوق الضمان و الكفالة المتبادلة، رقم السجل التجاري و التعريف الجبائي. أما بالنسبة للمكتتب: تحديد صفته سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا، اللقب، الاسم، تاريخ الميلاد، رقم بطاقة التعريف الوطنية و الجهة التي سلمتها، العنوان.

أ/- البيانات المتعلقة بتعيين البناية

وتهدف إلى التحديد الدقيق لموقع البناية أو جزء من البناية من خلال ذكر: الولاية، البلدية، الحي، القسم ومجموعة الأملاك و القطعة بالنسبة للمناطق المسووحة، رقم العمارة، الطابق، رقم البناية أو جزء منها، بالإضافة إلى تحديد العناصر المكونة للأجزاء الخاصة من خلال الوصف الدقيق لها و ذكر المساحة الصافية بدون أشغال و المساحة القابلة للسكن أو النافعة مع إظهار الخصائص المساحية و التقنية للملك في ملحق العقد.

كما يجب تحديد قوام الملك من خلال ذكر عدد الغرف، الطابق، الحمام، المراض، الأروقة و الهيو، الأسطح و الشرفات، مع إعطاء وصف للملكية المشتركة من حيث العناصر المكونة لها و الوصف و المساحات، و تحديد الملحقات المبنية و غير المبنية، و التجهيزات و المنشآت ذات الملكية المشتركة، و أخيرا مجموع الأجزاء المشتركة التابعة للبناية.

ب/- البيانات المتعلقة بسعر البيع و كفيات مراجعته

يجب أن يشتمل عقد البيع على التصاميم على سعر بيع البناية أو جزء من البناية، و الذي يكون إما نهائيا غير قابل للمراجعة أو سعر أولي تقديري قابل للمراجعة (الأغلب بالزيادة و ليس بالنقصان) و ذلك بناء على ما تم الاتفاق عليه.

و في حالة الاتفاق أن يكون السعر قابلا للمراجعة، و يجب تبرير صيغة المراجعة و اشتراط تمامها وفقا للحدود و الكفيات المسموح بها قانونا.

ج/- البيانات المتعلقة بأجال التسليم و عقوبات التأخير

يشترط في عقد البيع على التصاميم تضمينه آجال تسليم السكن للمقتني، و الذي يبدأ سريانه من تاريخ التوقيع على العقد، و يتم تقسيم هذه الآجال وفقا لمراحل أشغال الإنجاز المتمثلة في: مرحلة إتمام الأساسات، مرحلة إتمام الأشغال الكبرى، مرحلة إتمام كافة الأشغال مجتمعة، مرحلة الإتمام النهائي، و يتم تحديد آجال قصوى لكل مرحلة تحدد بالأشهر على حسب الاتفاق بين الطرفين.

يؤدي التأخر في تسليم البناية موضوع العقد إلى تحمل المرقى العقاري لعقوبات التأخير و التي يحدد مبلغها و أجلها و كذا كفيات دفعها وفقا للتنظيم المعمول به.

ثانياً: الوثائق الملحقة بعقد البيع على التصاميم¹

بالإضافة إلى البيانات الإيجابية التي يشترط إدراجها في عقد البيع على التصاميم، وجب إرفاق العقد بمجموعة من الوثائق تودع لدى الموثق على شكل نسخ أصلية نتطرق لكل واحدة منها على الشكل التالي:

أ/- أصل ملكية الأرضية

مثلما سبق الإشارة إليه، يجب على المرقى العقاري أن يكون مالكا للأرضية المقامة عليها البناية بموجب عقد رسمي مشهر لدى المحافظة العقارية²، حيث يقوم الموثق بالنص في عقد البيع على التصاميم على تاريخ اكتساب المرقى العقاري لملكية الوعاء العقاري، وكذا تاريخ شهره في المحافظة العقارية و الحجم و الفهرس³.

قد يكون الوعاء العقاري موضوع المشروع مملوكاً أصلاً للمرقى العقاري، أو يلجأ هذا الأخير إلى اقتنائه من الخواص و الوكالات العقارية مقابل مبلغ كبير من المال نظراً لارتفاع أسعار العقارات في السوق العقارية، الأمر الذي يؤدي حتماً إلى ارتفاع كبير لأسعار المحلات السكنية و المهنية و التجارية التي يعرضها للبيع، و تفادياً لذلك، يلجأ المرقى العقاري للاستفادة من إعانة الدولة من خلال قيام هذه الأخيرة إما بالتنازل عن العقار المملوك لها ملكية خاصة لصالح المرقى العقاري في إطار برامج الترقية العقارية المدعمة، أو الاستفادة من الامتياز القابل للتحويل إلى تنازل في إطار برامج الترقية العقارية التجارية.

1/- الحصول على الوعاء العقاري في إطار برامج الترقية العقارية المدعمة

الأصل في تنازل الدولة عن أملاكها الخاصة أن يكون عن طريق بيعها في المزاد العلني، و هذا طبقاً لنص المادة 90 من المرسوم التنفيذي 12-427 المؤرخ في 16 ديسمبر 2012 المحدد لشروط و كفاءات إدارة و تسيير الأملاك العمومية و الخاصة التابعة للدولة⁴، غير أنه يمكن التنازل عنها بطريق التراضي لصالح المرقين

¹ بالإضافة إلى الوثائق الملحقة بعقد البيع على التصاميم، وجب على المرقى العقاري و المكتتب تمكين الموثق من وثائق أخرى تتمثل فيما يلي: بالنسبة للمرقى العقاري: - وثيقة تثبت الهوية إذا كان شخصاً طبيعياً و قانونه الأساسي في حالة ما إذا كان شخصاً معنوياً، الاعتماد، مستخرج من السجل التجاري، شهادة التسجيل في الجدول الوطني للمرقين العقاريين، شهادة الاكتتاب لدى صندوق الضمان و الكفالة المتبادلة، شهادة السلبية لإثبات خلو العقار المقرر بناء السكن عليه من أي منازعة أو رهن.

بالنسبة للمكتتب: - وثيقة تثبت هويته، مقرر الاستفادة من إعانة الدولة صادر عن البنك الوطني للسكن في حال السكنات الترقية المدعمة، مقرر تخصيص الشقة من طرف المرقى العقاري، اتفاقية القرض في حال حصوله على قرض من البنك.

² المادة 40 من القانون 04-11.

³ ما يلاحظ على المرسوم التشريعي 93-03 أنه لم يشترط الإشارة في عقد البيع على التصاميم إلى العقد الخاص بملكية الوعاء العقاري مكتفياً برخصة البناء، و لعل ذلك راجع لكون الحصول على هذه الأخيرة مرهون بملكية الأرضية.

⁴ الجريدة الرسمية عدد 69 المؤرخة في 19 ديسمبر 2012.

العقاريين العموميين أو الخواص في حالة تكليفهم بإنجاز برامج الترقية العقارية المدعمة، و تندرج تحت مفهوم هذه الأخيرة، السكنات العمومية الإيجارية، و السكنات الترقية العمومية و المدعمة، و السكنات الموجهة للبيع بالإيجار، و أخيرا السكنات الريفية.

إن شروط و كفيات حصول المرقى العقاري على أوعية عقارية مخصصة لتنفيذ برامج ترقية مدعمة حددها القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 14 مايو 2011 الذي يحدد شروط و كفيات التنازل عن قطع أرضية تابعة للأمالك الخاصة للدولة و الموجهة لإنشاء برامج السكنات المدعمة من طرف الدولة¹، و المعدل و المتمم مرتين بموجب القرارين الوزاريين المشتركين المؤرخين على التوالي في 25 غشت 2015² و 25 أبريل 2018³.

يتم أولا تعيين الأراضي التي سوف يتم التنازل عنها في إطار البرامج الترقية المدعمة و يتم تبليغها للمرقين العقاريين، مع ضرورة الحرص على اختيار أوعية عقارية خالية من العوائق (نزاع، ارتفاع، رهن،... إلخ).

و يجب على المرقين العقاريين المهتمين بإنجاز السكنات الترقية المدعمة، إرسال طلبات اقتناء الأوعية العقارية المملوكة ملكية خاصة للدولة إلى الوالي المختص إقليميا، مصحوبين بملف معد في ستة 6 نسخ⁴، بعدها تقوم اللجنة التقنية الولائية بدراسة هذه الطلبات⁵.

تقوم اللجنة التقنية الولائية باختيار المرقن العقاريين المستفيدين من التنازل لإنجاز برامج الترقية العقارية المدعمة بناء على معيارين أساسيين حددهما المشرع كالاتي⁶:

- تقديم ضمانات كافية تتعلق بنوعية المشاريع و أجل إنجازها، و يتم إثبات ذلك من خلال عدد السكنات الترقية سواء الحرة أو المدعمة التي تم إنجازها من طرف المرقى العقاري خلال العشر 10 سنوات الأخيرة.

¹ الجريدة الرسمية عدد 51 المؤرخة في 14 سبتمبر 2011.

² الجريدة الرسمية عدد 70 المؤرخة في 29 ديسمبر 2015.

³ الجريدة الرسمية عدد 58 المؤرخة في 3 أكتوبر 2018.

⁴ للاطلاع على مضمون الملف، ارجع لنص المادة 2 من القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 25 أبريل 2018 المعدل للقرار الوزاري المشترك المؤرخ في 14 مايو 2011.

⁵ تتكون اللجنة التقنية الولائية التي توضع تحت سلطة الوالي من كل من: الوالي أو من يمثله رئيسا للجنة، ممثل عن المجلس الشعبي الولائي، مدير السكن، مدير أملاك الدولة، رئيس المجلس الشعبي البلدي، مدير التعمير و الهندسة المعمارية و البناء، ممثل عن البنك الوطني للسكن، أنظر: المادة 8 من نفس القرار الوزاري المشترك.

⁶ تواتي سهيلة، مرجع سابق الذكر ص 62.

- ملاءمة القدرات المالية للمرقي العقاري مع حجم المشروع المراد إنجازه، و يتم تقدير ذلك بالمقارنة مع رقم الأعمال المنجز خلال الثلاثة سنوات الأخيرة في إطار ممارسة نشاط الترقية العقارية¹.

و يتعين على الوالي المختص إقليميا موافاة المرقيين العقاريين في أجل لا يتعدى ال 30 يوما من تاريخ إيداع الطلب، برد يوضح فيه، حسب الحالة، أن طلبهم²:

- تم قبوله حسب الشروط المنصوص عليها.

- تم قبوله على أساس ملاحظات تقنية وجب رفعها في أجل محدد نظرا لطبيعتها و أهميتها.

- تم رفضه مع ذكر و شرح الأسباب.

و بناء على ذلك، يبلغ الوالي المختص قرار التصريح بالتنازل للمرقي العقاري المعني و الهياكل المعنية في أجل لا يتعدى ال 15 يوما، و لقصد تحفيز المرقي العقاري، يمكن أن ينص نفس القرار على إنجاز محلات ذات طابع ترقوي موجهة للتسويق الحر، سواء كانت محلات ذات استعمال سكني و تجاري و مهني و حرفي، لا تتجاوز مساحتها بأي حال من الأحوال، 25% من المساحة الإجمالية لبرامج السكنات المدعمة³، كما يمكن للمرقي العقاري إنجاز محلات تستعمل حصريا كمواقف سيارات في الطوابق تحت الأرضية، بإمكانه إيجارها أو بيعها شريطة أن تظهر هذه المحلات في الجدول الوصفي للتقسيم كحصة وحيدة غير قابلة للتقسيم، لكل طابق تحت أرضي⁴.

و على أساس قرار الوالي المذكور أعلاه، يتعين على المرقي العقاري تسليم، في أجل محدد من طرف اللجنة التقنية الولائية حسب أهمية المشروع و دون أن يتجاوز الخمسة 5 أشهر، إلى المدير الولائي المكلف بالسكن، ملف تنفيذ المشروع مصحوبا بالرأي التقني للمصالح الولائية المكلفة بالعمران، و كذا تأشيرة هيئة المراقبة التقنية للبناء⁵، و بناء على ذلك، يتم إعداد و تسليم عقد التنازل من طرف إدارة أملاك الدولة في أجل 30 يوما، بعد تسديد المرقي العقاري لسعر التنازل و كذا المصاريف المرتبطة بالمعاملة، و يرفق بعقد التنازل دفتر شروط⁶.

¹ أنظر في ذلك: بند انتقاء المرقيين العقاريين من الدليل المهني الملحق بالتعليمية الوزارية رقم 1 المؤرخة في 6 فبراير 2018، التي تتعلق بكيفيات تجسيد برامج السكنات الترقية المدعمة.

² المادة 9 من القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 14 مايو 2011 سابق الذكر.

³ المادة 10 من نفس القرار الوزاري المشترك.

⁴ المادة 12 فقرة 2 من نفس القرار الوزاري المشترك.

⁵ المادة 11 من نفس القرار الوزاري المشترك.

⁶ المادة 12 فقرة 2 من نفس القرار الوزاري المشترك.

و بخصوص التخفيضات المطبقة على الأراضي التابعة للأمالك الخاصة للدولة، بالنسبة لمساحة الأرض المخصصة نسبيا للسكنات الترقية المدعمة، و محلات تستعمل حصرا كمواقف للسيارات تنجز في الطوابق تحت الأرضية، فإن نسب التخفيض فيها تكون كالآتي¹:

- ولايات: الجزائر، وهران، عنابة و قسنطينة (80%).

- البلديات التابعة لولايات الهضاب العليا و الجنوب (95%).

- الولايات الأخرى (90%).

- بالنسبة لبرنامج 65.000 مسكن موجه للبيع بالإيجار المبادر به من طرف الصندوق الوطني للتوفير و الاحتياط (100%).

- بالنسبة لبرامج السكنات الموجهة للبيع بالإيجار (100%).

بالنسبة للسكنات الترقية العمومية، تحدد نسب التخفيض الممنوحة كما يلي:

- ولايات: الجزائر، وهران، قسنطينة و عنابة (60%).

- مقرات دوائر الولايات الشمالية (70%).

- بلديات أخرى في الولايات الشمالية (75%).

- مقرات دوائر ولايات الهضاب العليا (80%).

- بلديات أخرى في ولايات الهضاب العليا (85%).

- مقرات دوائر الولايات الجنوبية (90%).

- بلديات أخرى في الولايات الجنوبية (95%).

و مقابل إفادة المرقي العقاري بتخفيضات على القيمة التجارية للأراضي، فإنه يلتزم بعدم القيام بأي عملية تنازل عن القطعة الأرضية، أو تأجيرها أو هبتها أو أي عمل مخالف لدفتر الشروط، تحت طائلة سقوط حقه فيها، و في حالة عدم احترامه للبنود المنصوص عليها في دفتر الشروط، و بعد توجيه إعدارين له بموجب رسالة موصى بها مع إشعار بالاستلام من طرف المدير الولائي المكلف بالسكن دون جدوى، يقوم المدير

¹ المادة 13 من نفس القرار الوزاري المشترك.

الولائي لأمالك الدولة المختص إقليميا برفع دعوى قضائية، بطلب من مدير الولاية المكلف بالسكن، هدفها إسقاط الحقوق العينية العقارية عن المرقى المخل بالتزاماته و كذا حلول صندوق الضمان و الكفالة المتبادلة محله.

و يستفيد المرقى من تعويض مقابل الفسخ يحسب كما يأتي:

- إذا تمت عملية الفسخ قبل انطلاق الأشغال، يكون التعويض مساويا للثمن المبيع مع اقتطاع نسبة 10% كأضرار و فوائد جزافية.

- في حالة الفسخ بعد البدء في الأشغال، فإن التعويض المذكور أعلاه يضاف إليه مبلغ مساوي للقيمة المضافة للعقار و الناتجة عن الأشغال المنجزة بانتظام دون أن يفوق المبلغ قيمة مواد البناء و سعر اليد العاملة المستخدمة، و تحدد إدارة أملاك الدولة هذه القيمة المضافة.

و في حالة عدم إنجاز السكنات بانتظام، يحرم المرقى العقاري من حقوق التعويض و يترتب عليه إرجاع الأرضية موضوع دفتر الشروط إلى الحالة التي كانت عليها، كما تلحق الامتيازات و الرهون المثقلة للعقار بفعل المرقى العقاري غير الملتزم بالتعويض عن الفسخ¹.

2/- الحصول على الوعاء العقاري في إطار الترقية العقارية الحرة (التجارية)

أخضع المشرع من خلال الأمر 04-08 المؤرخ في 1 سبتمبر 2008 المحدد لشروط و كفاءات منح الامتياز على الأراضي التابعة للأمالك الخاصة للدولة و الموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية²، منح الأراضي الموجهة لإنجاز مشاريع الترقية العقارية التجارية إلى نمط الامتياز غير القابل للتحويل إلى تنازل، و استثني من ذلك الأراضي الموجهة لإنجاز مشاريع الترقية العقارية المدعمة من الدولة و التي تطبق عليها أحكام التنازل، غير أن المشرع تراجع عن ذلك من خلال تعديل الأمر 04-08 بالقانون 10-14 المؤرخ في 30 ديسمبر 2014 و المتضمن لقانون المالية لسنة 2015³، حيث استثنى من مجال تطبيق الأمر 04-08 القطار الأرضية الموجهة للترقية العقارية التجارية و التي أخضعها لصيغة الامتياز القابل للتحويل إلى تنازل عند الإنجاز الفعلي للمشروع⁴.

¹ النقطة 6 من الباب الأول من الملحق 1 المتضمن دفتر الشروط النموذجي من نفس القرار الوزاري المشترك.

² الجريدة الرسمية عدد 49 المؤرخة في 3 سبتمبر 2008.

³ الجريدة الرسمية عدد 78 المؤرخة في 31 ديسمبر 2014.

⁴ المادة 61 من نفس القانون و التي عدلت المادة 2 من الأمر 04-08.

و يعود سبب استثناء المشرع تطبيق نمط الامتياز غير القابل للتحويل إلى تنازل على الأراضي الموجهة لإنجاز مشاريع الترقية العقارية المدعمة و التجارية عليها إلى العديد من الصعوبات و الإشكالات القانونية في ظل الأمر 04-08 قبل تعديله سنة 2014، لا سيما تلك المتعلقة بانتقال ملكية البناية للمقتني دون ملكية الأرض المقامة عليها البناية بما أنها تبقى مملوكة للدولة¹، و كذا صعوبة تحديد الشخص المطالب بدفع الأتاوى السنوية لصالح مديرية أملاك الدولة، هل هو المرقى العقاري أم المكتب؟ و على أي أساس قانوني يلتزم هذا الأخير بدفعها بما أن عقد الامتياز أبرم بين المرقى العقاري و مديرية أملاك الدولة؟ كما أن عقد الامتياز يعتبر إيجار طويل المدة أقصاها 99 سنة، بعدها من المفروض أن تسترجع مديرية أملاك الدولة الملكية كاملة، غير أن ذلك غير ممكن نظرا لانتقال ملكية الانتفاع للمشتري².

و تجدر الإشارة أن المشرع ألغى الأمر 04-08 بموجب القانون 17-23 المؤرخ في 15 نوفمبر 2023 و المحدد لشروط و كفاءات منح العقار الاقتصادي التابع للأملاك الخاصة للدولة الموجه لإنجاز مشاريع استثمارية³، حيث لم يستثنى هذا الأخير تطبيق أحكامه على الأراضي الموجهة للترقية العقارية ذات الطابع التجاري⁴، إلا فيما يخص مدة الامتياز القابل للتحويل إلى تنازل و المحدد ب 33 سنة قابلة للتجديد و الذي لا يشملها⁵.

نظم المشرع شروط منح الامتياز القابل للتحويل إلى تنازل بموجب أحكام المرسوم التنفيذي 15-281 المؤرخ في 26 أكتوبر 2015 و المحدد لشروط و كفاءات منح الامتياز القابل للتحويل إلى تنازل على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة و الموجهة لإنجاز مشاريع الترقية العقارية ذات الطابع التجاري⁶، و عرف الامتياز بأنه العقد لذي تخول بموجبه الدولة لمدة محددة، الانتفاع من أرضية متوفرة تابعة للأملاك الخاصة للدولة لفائدة شخص طبيعي أو معنوي خاضع للقانون الخاص قصد استخدامها لإنجاز مشاريع الترقية العقارية ذات الطابع التجاري⁷.

و لكل شخص طبيعي أو معنوي، مكتسب لصفة المرقى العقاري، الحق في تقديم طلب الاستفادة من منح الامتياز القابل للتحويل إلى تنازل على قطعة أرضية مملوكة ملكية خاصة للدولة، بشرط أن تكون هذه

¹ و المقصود بذلك ملكية الرقبة التي تبقى للدولة.

² مسكر سهام، مرجع سابق الذكر، ص 127.

³ الجريدة الرسمية عدد 73 المؤرخة في 16 نوفمبر 2023.

⁴ المادة 2 من نفس القانون.

⁵ المادة 14 فقرة 3 من نفس القانون.

⁶ الجريدة الرسمية عدد 58 المؤرخة في 4 نوفمبر 2015.

⁷ أنظر: دباجة دفتر الشروط النموذجي المحدد للبند و الشروط المطبقة على منح الامتياز القابل للتحويل إلى تنازل على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة و الموجهة لإنجاز مشاريع الترقية العقارية ذات الطابع التجاري، الملحق بالمرسوم التنفيذي 15-281.

الأخيرة واقعة في قطاعات معمرة أو قابلة للتعمير كما هو محدد في أدوات التهيئة و التعمير، بالإضافة إلى كونها غير مخصصة أو في طور التخصيص لفائدة مصالح عمومية تابعة للدولة لتلبية حاجاتها¹.

يتم إيداع طلب الاستفادة من الامتياز القابل للتحويل إلى تنازل من طرف المرقى العقاري على مستوى أمانة اللجنة التقنية الولائية²، مرفوق بملف يتكون من الوثائق التالية: ³ طلب موجه إلى الوالي المختص إقليمياً، مخطط تمويل يبين مبلغ التقديم الخاص بالمرقي و المبلغ الخاص بالقروض و التقديمات المحتمل تجنيدها، بطاقة تقنية تتضمن على الخصوص المحتويات و الوصف المفصل للمساكن و كذا المحلات المبرمج إنجازها و المساحة الضرورية لإنجاز المشروع و آجال الإنجاز، الاحتياجات الناتجة (الماء، الغاز، الكهرباء... إلخ)، نسخة من شهادة تسجيل المرقى العقاري في الجدول الوطني للمرقين العقاريين، نسخة من الاعتماد، السجل التجاري و القانون الأساسي للمرقى العقاري و كذا حصيلة و جدول الحسابات لنتائج السنوات الـ 3 الأخيرة، تصميم المشروع مرفقا بمواصفات السكن، تصريح يبين مؤهلات المرقى العقاري في مجال دراسة أو إنجاز المشاريع العقارية، شهادة صادرة من طرف صندوق الضمان و الكفالة المتبادلة تبين التعهدات الجارية للمرقى العقاري فيما يتعلق بعقد البيع على التصاميم.

بعد دراسة اللجنة التقنية الولائية للملف و موافقتها، يرخّص بالامتياز بموجب قرار صادر من الوالي المختص إقليمياً⁴، و يكرس الامتياز بعقد إداري يتم إعداده من طرف مصالح أملاك الدولة مرفقا بدفتر شروط مطابق للنموذج الملحق بالمرسوم التنفيذي 15-281⁵.

يمنح الامتياز للمرقى العقاري الحق في الحصول على رخصة البناء، كما يسمح له بإنشاء رهن رسمي لصالح هيئات القرض على الحق العيني العقاري الناتج عن الامتياز و كذا عن البنائيات المقرر إنجازها على الأرضية كضمان للقروض الممنوحة لتمويل المشروع⁶، و في مقابل ذلك، يلتزم المرقى العقاري بدفع إتاوة إيجارية سنوية مقدارها 33/1 من القيمة التجارية للأرض كما هي محددة من طرف مصالح أملاك الدولة، دون أي تخفيض أو إعفاء من دفع مختلف الحقوق و الرسوم الواجبة⁷.

¹ المادة 2 من نفس المرسوم التنفيذي.

² حددت المادة 4 من نفس المرسوم التنفيذي تشكيلة اللجنة التقنية الولائية المكلفة بالبت في طلبات منح الامتياز القابل للتحويل إلى تنازل.

³ المادة 3 من نفس المرسوم التنفيذي.

⁴ المادة 5 من نفس المرسوم التنفيذي.

⁵ المادة 6 من نفس المرسوم التنفيذي.

⁶ المادة 7 من نفس المرسوم التنفيذي، غير أنه إذا تعلق الأمر بعقد البيع على التصاميم، فلا يمكن للمرقى العقاري رهن الحق العيني العقاري و البنائيات المزمع إنجازها، و هذا تطبيقاً لنص المادة 36 من القانون 04-11.

⁷ المادة 8 من نفس المرسوم التنفيذي.

يترتب على شهر عقد الامتياز انتقال حق الانتفاع إلى المرقي العقاري دون ملكية الرقبة التي تبقى للدولة، و يقوم المرقي العقاري بعد ذلك بنقل هذا الحق إلى المكتتبين في إطار عقد البيع على التصاميم، كما ألزمت المذكرة رقم 3760 التي تتعلق بمنح الامتياز القابل للتحويل إلى تنازل عن الأراضي التابعة للأمالك الخاصة للدولة و الموجهة لإنجاز مشاريع الترقية العقارية ذات الطابع التجاري¹، المحافظ العقاري بالتأشير إلى مراجع عقد الامتياز في البطاقات العقارية الخاصة بالمستفيدين، كما ألزمت كذلك الموثق بتدوين بند في عقد البيع على التصاميم يوضح فيه أن الحقوق العينية المكتسبة من طرف المستفيدين بعنوان الامتياز الممنوح للمرقي العقاري، تصبح بصفة آلية حق ملكية عند القيام بتحويل الامتياز إلى تنازل، و بعد استلام محاضر الحيازة².

و يجب على المرقي العقاري المستفيد من الامتياز الانطلاق في إنجاز المشروع العقاري خلال سنتين 2 ابتداء من تاريخ حصوله على عقد الامتياز، غير أنه في حالة القوة القاهرة المبررة قانوناً، يستفيد المرقي من مدة إضافية مساوية للمدة التي تعذر فيها عليه الوفاء بالتزاماته، و يؤدي أي تأخير في الانطلاق في أشغال الإنجاز إلى سقوط الحق في الامتياز، و فسخ الجهة القضائية المختصة لعقد الامتياز بناء على طلب من مدير أملاك الدولة³.

في حالة قيام المرقي العقاري بالإنجاز الفعلي للمشروع العقاري طبقاً لدفتر الشروط، و بعد حصوله على شهادة المطابقة، و جب عليه خلال سنتين بعد الأجل المحدد لإنهاء إنجاز المشروع، طلب تحويل الامتياز إلى تنازل وفق إجراءات مشابهة لمنح الامتياز⁴، بحيث يوجه طلبه إلى اللجنة التقنية الولائية و التي تبت فيه خلال شهر واحد من تاريخ الاستلام، و في حالة موافقة اللجنة، تشرع مصالح أملاك الدولة بإعداد العقد المكرس لعملية التنازل.

عند تقديم المرقي العقاري طلب تحويل الامتياز إلى تنازل خلال سنتين من إنهاء المشروع، فإنه يتم التنازل على أساس القيمة التجارية للأرض التي تحددها إدارة أملاك الدولة مع خصم الأتاوى المدفوعة⁵، غير أنه

¹ المذكرة رقم 3760 الصادرة عن وزارة المالية المؤرخة في 29 مارس 2016 تتعلق بمنح الامتياز القابل للتحويل إلى تنازل عن الأراضي التابعة للأمالك الخاصة للدولة و الموجهة لإنجاز مشاريع الترقية العقارية ذات الطابع التجاري، النشرة الرسمية لوزارة المالية.

² تواتي سهيلة، مرجع سابق الذكر، ص 69.

³ المادة 12 من المرسوم التنفيذي 15-281.

⁴ المادة 9 من نفس المرسوم التنفيذي.

⁵ المادة 10 من نفس المرسوم التنفيذي.

في حالة تجاوز مدة السنتين (2)، يتم تحويل الامتياز إلى تنازل على أساس القيمة التجارية للأرض دون خصم الأتاوى الإيجارية المدفوعة¹.

إذا لم يطلب المرقى العقاري تحويل الامتياز إلى تنازل خلال الآجال القانونية، تحرك ضده دعوى قضائية من طرف مدير أملاك الدولة المختص إقليمياً² 3.

بمجرد إعداد عقد تحويل الامتياز إلى تنازل، تحول تلقائياً إلى حق ملكية، الحقوق العينية المرتبطة بالامتياز الممنوحة للمستفيدين في إطار عقد البيع على التصاميم، و ذلك لتفادي تحميلهم للمرة الثانية تسديد الرسوم و الحقوق المطلوبة بعنوان تحويل الامتياز إلى تنازل مثلما هو معمول به لما يكون المرقى العقاري مالكا للأرضية في البداية، مما يتعين على المحافظين العقاريين التأشير في البطاقة العقارية على الوضعية الجديدة للمستفيد من العقار مما يتيح له التصرف كمالك كامل⁴.

كما لا يمكن للمرقى العقاري تسليم محاضر الحيازة للمكاتب قبل القيام بتحويل الامتياز إلى تنازل بموجب عقد إداري مشهر بالمحافظة العقارية، و عليه، يشترط على الموثقين اشتراط عقد تحويل الامتياز إلى تنازل لإعداد شهادات الحيازة⁵.

ب/- رخصة التجزئة

عند الاقتضاء، وجب على المرقى العقاري تقديم نسخة أصلية من رخصة التجزئة للموثق، حيث يقوم هذا الأخير بتدوين رقم الرخصة و تاريخ استصدارها، و الجهة المختصة التي سلمتها.

ج/- رخصة البناء

يجب أن يرفق عقد البيع على التصاميم برخصة البناء المقدمة من طرف المرقى العقاري، حيث يدون الموثق في العقد رقم الرخصة و تاريخ إصدارها و كذا الجهة المختصة التي قامت بتسليمها.

¹ المادة 11 من نفس المرسوم التنفيذي.

² المادة 4/13 من نفس المرسوم التنفيذي.

³ ألزمت المذكرة 3760 السابق ذكرها مدراء أملاك الدولة بالتنسيق مع مصالح السكن و التعمير، بدعوة المرقين العقاريين لاستكمال إجراءات تحويل الامتياز إلى تنازل و ذلك مباشرة بعد الانتهاء من الأشغال، كما يجب عليهم التنسيق مع مختلف السلطات الولائية قصد رفع دعاوى قضائية للمطالبة بإسقاط الامتياز على المرقين العقاريين المخلين ببند دفتر الشروط.

⁴ البند 6-1 من المذكرة 3760 سابقة الذكر.

⁵ البند 7-1 من نفس المذكرة.

د/- نظام الملكية المشتركة

أكدت المادة 61 من القانون 04-11 على ضرورة قيام كل مرقي عقاري بإعداد نظام الملكية المشتركة و كذا توضيح جميع البيانات القانونية و المالية و التقنية الخاصة به، و يقصد بالملكية المشتركة الحالة التي يكون عليها العقار أو مجموعة العقارات المبنية التي تكون ملكيتها مقسمة إلى مجموعة حصص بين عدة أشخاص، حيث تشتمل كل حصة على جزء خاص و نصيب في الأجزاء المشتركة¹، كما تعرف بأنها الأجزاء المملوكة على الشيوع بين جميع الشركاء في الملك.

من الناحية الشكلية، نظام الملكية المشتركة هو عبارة عن سند يتم إعداده من طرف الموثق بناء على طلب من المرقي العقاري و يكون مطابقاً للنموذج الملحق بالمرسوم التنفيذي 14-99 المؤرخ في 4 مارس 2014 المحدد لنموذج نظام الملكية المشتركة المطبق في مجال الترقية العقارية² و ذلك بعد موافقة الممثل المنتخب أو الذي تم تعيينه من طرف المقتنين، كما يخضع هذا السند لشكليات التسجيل و الشهر العقاري³.

إن الهدف من نظام الملكية المشتركة للبنىات الجماعية هو تحديد القواعد التي تدير و تسير البنىات الجماعية و هذا قصد توضيح كل البيانات القانونية و المالية و التقنية المتعلقة بها، و كذا الأعباء و الالتزامات المفروضة على المقتنين أثناء اكتتاب عقد البيع على التصاميم الخاص بأملأهم العقارية⁴.

ه/- الكشف الوصفي للتقسيم

يسمى الكشف الوصفي للتقسيم أو البيان الوصفي للتقسيم أو الجدول الوصفي للتقسيم، و هو عبارة عن جدول يتم التحديد فيه بوضوح كل الحصص الخاصة لكل مكتب مع تحديد الحقوق في الأجزاء المشتركة، و طبقاً للمذكرة 1597 الصادرة بتاريخ 18 مارس 2002 عن المديرية العامة لأملأك الدولة، يعتبر المهندس المعماري الشخص الوحيد المؤهل بتزويد محرر عقود البيع على التصاميم بمختلف مخططات الطوابق و تبيان المساحات المستخرجة منها⁵، و منه يجب على الموثق التدوين في عقد البيع على التصاميم على المعلومات الواردة في الجدول و التي نذكر منها: رقم العمارة، الطابق، رقم البناية أو جزء من البناية، رقم الحصة

¹ المادة 743 من القانون المدني.

² الجريدة الرسمية عدد 14 المؤرخة في 16 مارس 2014.

³ المادة 6 من نفس المرسوم التنفيذي.

⁴ النموذج الملحق بنفس المرسوم التنفيذي.

⁵ بن عامر محمد، مرجع سابق الذكر، ص 427.

و/- ضمان مقدم من صندوق الضمان والكفالة المتبادلة لنشاط الترقية العقارية

مثلا سبق الإشارة إليه، يشترط على كل مرقي عقاري، قبل الشروع في إنجاز مشروعه العقاري، اكتتاب ضمان الترقية العقارية لدى صندوق الضمان و الكفالة المتبادلة قصد ضمان إتمام أشغال الإنجاز أو استرداد الدفعات المقدمة من طرف المكتتبين في شكل تسبيقات، حيث تمنح له شهادة من طرف الصندوق، يقوم بإرفاقها بالملف المودع لدى الموثق، ليقوم هذا الأخير بتسجيل تاريخها و رقمها مع إرفاقها بعقد البيع على التصاميم.

الفرع الثاني: إمكانية لجوء المكتتب للقضاء لإلزام المرقي العقاري بتحرير عقد البيع على التصاميم

مثلا سبق شرحه، وجب أن تكون العلاقة التعاقدية التي تربط بين المرقي العقاري و المكتتب في عقد البيع على التصاميم مؤطره في شكل رسمي أي بموجب عقد محرر أمام الموثق¹، مسجل و مشهر بالمحافظة العقارية، غير أنه في بعض الحالات يتم مخالفة هذه القاعدة عن طريق إفراغ الاتفاق في عقد عرفي كعقود التخصيص و مقررات الاستفادة² و هذا لعدة أسباب من بينها عدم اكتتاب المرقي العقاري لضمان الترقية العقارية و التأمينات اللازمة مما يعرض الشخص الراغب لاقتناء سكن لمخاطر عديدة، الأمر الذي يدفعنا لطرح التساؤل حول جواز لجوء المقتني للقضاء في حالة امتناع المرقي العقاري عن صبب العقد في شكل رسمي و مطالبته للتوجه للموثق لإبرام العقد وفق الشكل القانوني.

في حقيقة الأمر عرفت المحكمة العليا اتجاهاين، الأول يرى بأنه يجوز للقاضي إلزام المرقي العقاري بتحرير عقد البيع على التصاميم (أولا)، بينما الثاني لا يعطي للقاضي هذه السلطة مما يؤدي إلى رفضه للدعوى لعدم التأسيس (ثانيا).

¹ قرار المحكمة العليا رقم 436937 صادر عن الغرفة المدنية بتاريخ 19 نوفمبر 2008، المبدأ: يحزر عقد البيع على التصاميم في الشكل الرسمي تحت طائلة البطلان... فإن المحكمة العليا: ... حيث أنه ما دامت العملية تمت بين الطرفين في إطار المرسوم التشريعي 93-03 فكان من الواجب على الطرفين تحرير العقد في الشكل الذي يتطلبه القانون و ليس فقط الاستناد إلى شهادة إدارية صادرة عن المدعى عليه لا ترقى إلى درجة العقد الرسمي..... حيث أن المادة 10 من المرسوم التشريعي 93-03 جاءت بصيغة الوجوب و تحت طائلة البطلان و هي من النظام العام و يجوز للقاضي إثارتها من تلقاء نفسه..... فلهذه الأسباب قررت المحكمة العليا: في الموضوع رفض الطعن، مجلة المحكمة العليا، العدد 2، 2008.

² ما يلاحظ من الناحية العملية لجوء المرقيين العقاريين لعقود عرفية تسمى بعقود الحجز أو التخصيص يتم التحديد فيها الالتزامات المتبادلة بين الطرفين أو تحرير أوامر بالدفع تشمل نسبة القسط المدفوع.

أولاً: جواز إلزام القاضي للمرقي العقاري بتحرير عقد البيع على التصاميم

اعتبرت المحكمة العليا في العديد من قراراتها أن صب عقد البيع على التصاميم في الشكل الرسمي هو التزام يقع على عاتق المرقي العقاري لا المكتتب، و من ثمة يجوز للقاضي إلزام الأول بتوثيق العقد بعد التأكد من وجود اتفاق بينه وبين المكتتب عن طريق مقررات الحجز أو التخصيص أو أوامر الدفع¹، حيث جاء في القرار رقم 0789794 المؤرخ في 21 مارس 2013 الصادر عن الغرفة المدنية للمحكمة العليا أن: "بيع الشقة المحجوزة ينظمه المرسوم التشريعي 93-03 الذي تفيد مادتيه 9 و 12 أن الالتزام بصب هذا البيع في شكل رسمي يقع على عاتق المرقية الشركة البائعة..."²، وهو ما أكدته القرار رقم 1150986 بتاريخ 11 أكتوبر 2018 الصادر عن الغرفة المدنية الذي جاء فيه: "المرجع القانوني: المواد 27، 28، 29 من القانون 04-11 المبدأ: يلزم المرقي العقاري بتحرير عقد البيع على التصاميم، عدم سعيه للقيام بذلك يعد إخلالاً بالتزامه، رد المحكمة العليا عن الوجه المرتبط بالمبدأ: ... بعد مراجعة القرار المطعون فيه يتبين أن قضاة الموضوع بعد أن تأكد لهم أن الطاعن (المرقي العقاري) حرم المطعون ضدها من عقد البيع على التصاميم رغم أنه ملزم بذلك تطبيقاً للمواد 27، 28 و 29 من القانون 04-11 بالحرص على إبرامه..... و بما أنه لم يفعل متذرعاً بعدم استجابة المطعون ضدها لإنذارات لم يقدم ما يثبت صحتها لذلك ألزمه بإبرام عقد البيع في الشكل الرسمي مع المدعية، حيث سبب قضاة المجلس قضاءهم بقولهم أن المرقي العقاري هو الشخص المكلف بالسعي لتحرير عقد البيع على التصاميم و عدم قيامه بذلك يعد إخلالاً بالتزاماته و لا يمكنه الدفع بعدم وجود عقد إذ لا يجوز للشخص الاستفادة من خطئه..... حيث أن ما حكم به قضاة الموضوع و عللوا به قضاءهم ليس فيه أي مخالفة للقانون بل يجسد أساسه في أحكام القانون 04-11 و في القواعد العامة للالتزامات منطوق القرار: قبول الطعن شكلاً و رفضه موضوعاً"³.

و عليه يفهم من قرارات المحكمة العليا السابقة أنه في حالة مخالفة عقد البيع على التصاميم لأحكام القانون 04-11 فيما يخص عنصر الشكلية، يمكن اللجوء إلى القضاء حتى يأمر هذا الأخير المرقي العقاري بتثبيت شرعيته عن طريق توثيقه في شكل رسمي، و للمكتتب كذلك الحق في طلب التعويض و هو ما جاء في قرار المحكمة العليا رقم: 14-04902 بتاريخ 11 ديسمبر 2014 الذي نص: " إن كانت حقا الوثائق

¹ أنظر: قرار المحكمة العليا رقم 546764 بتاريخ 16 سبتمبر 2009 الصادر عن الغرفة العقارية، و هو يخالف ما جاء في القرار رقم 4369378 بتاريخ 19 نوفمبر 2008 و الذي اعتبر أن الشهادة الإدارية لا ترقى إلى درجة العقد الرسمي و لا قيمة لها في تحديد الالتزامات، و بالتالي يلاحظ خروج المحكمة العليا عن موقفها القائل بأن العقد الرسمي هو الوسيلة الوحيدة لإثبات العلاقة التعاقدية بين المكتتب و المرقي العقاري، و أعتبر مقررات الحجز و التخصيص و أوامر الدفع و وثائق بإمكانها إثبات العلاقة التعاقدية و هذا من أجل حماية الطرف الضعيف و هو المكتتب.

² زروقي ليلي، حمدي باشا عمر، المنازعات العقارية في ضوء آخر التعديلات و أحدث الأحكام، بدون رقم الطبعة، دار هوم، الجزائر، 2019-2020، ص 309.

³ موقع المحكمة العليا، www.coursupreme.dz، أطلع عليه بتاريخ: 17 أبريل 2024 على الساعة 21:48.

المستظهر بها من طرف الطاعنة غير كافية لإثبات حق عيني فإنه من الضروري الأخذ بالالتزامات الشخصية الناتجة عن التعامل و بالأضرار التي قد يدفع بها أحد الطرفين و الناتجة عن تراجع الطرف الآخر بعد انتظار قد يشكل فرص اكتساب من جهة أخرى، بالإضافة عن الضرر الناتج عن إيداع مبلغ طيلة نفس المدة، حيث أن امتناع القضاة عن مناقشة هذه الجوانب و رفضهم طلب التعويض دون تسبيب يكونوا قد جردوا قرارهم من الأسباب و عرضوه بالتالي إلى النقض¹.

غير أن السؤال الذي يطرح بخصوص المسألة الأخيرة هو: على أي أساس قانوني يجوز للمقتني مطالبة المرقى العقاري بالتعويض في حال رفض هذا الأخير استكمال التزامه أمام الموثق؟

قد يستند قضاة الموضوع في تبرير حكمهم بالتعويض على أساسين نناقش كل واحد منهما لوحده:

- المسؤولية العقدية: لتحقق المسؤولية العقدية و جب توافر شرطان أساسيان هما وجود عقد صحيح بين المرقى العقاري و المكتتب، و أن يكون الضرر الحاصل للمكتتب قد وقع بمناسبة خرق المرقى العقاري لالتزام ناشئ من هذا العقد، و بما أن المشرع قد رتب بموجب القانون 04-11 على العقد الذي يتخلف فيه ركن الرسمية البطلان المطلق و بالتالي عدم تحقق الشرط الأول، فلا مجال للحكم بالتعويض على أساس المسؤولية العقدية.

- المسؤولية التقصيرية: يتحقق الخطأ في المسؤولية التقصيرية بإخلال شخص بالتزام قانوني، فإذا أخل المرقى العقاري بالتزامه بتحرير عقد البيع على التصاميم أمام الموثق يكون إخلاله تعديا يصيب المكتتب بضرر، غير أنه إذا أقمنا مسؤولية المرقى العقاري وحده نكون قد تعسفنا في حقه، بحيث أن المكتتب قد ارتكب خطأ بنفس الدرجة مع المرقى العقاري و بالتالي لماذا يتم إعفاء الأخير من مشاركة المرقى العقاري في الخطأ².

عند امتناع المرقى العقاري عن الحضور أمام الموثق بالرغم من وجود حكم حائز لقوة الشيء المقضي فيه يلزمه على الحضور أمام الموثق لتوقيع العقد، و جب على المقتني عدم اللجوء من جديد إلى القضاء للمطالبة بحلول الحكم محل العقد كون الأمر يكون إلا في حالة الوعد بالبيع، بل يشترط على الموثق القيام مباشرة بإيداع الحكم القضائي المثبت لصحة البيع للشهر بالاستناد إلى فكرة "الحجية تسمو على فكرة البطلان"

¹ بوشعالة أسماء، مرجع سابق الذكر، ص 234.

² مصطفىاوي عابدة، منازعات الترقية العقارية في الجزائر، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة البليدة، 2001، ص 18، 19.

و هو ما أكده قرار المحكمة العليا رقم 299297 بتاريخ 27 أبريل 2005، و القرار رقم 982892 بتاريخ 16 جويلية 2016¹.

ثانيا: عدم جواز إلزام القاضي للمرقي العقاري بتحرير عقد البيع على التصاميم

ذهبت المحكمة العليا في بعض قراراتها إلى اعتبار عقد البيع على التصاميم غير المحرر في الشكل الرسمي باطل بطلانا مطلقا و لا يمكن للقاضي إلزام المرقي العقاري بتحريره أمام الموثق، و هو ما جاء في القرار رقم 664290 بتاريخ 14 جويلية 2011: " المرجع: المادة 12 من المرسوم التشريعي 93-03 المبدأ: يجب تحرير عقد البيع على التصاميم في الشكل الرسمي، يجب تسجيله و شهره، وعليه فإن المحكمة العليا: ... حيث أنه بالفعل فإن المادة 12 من المرسوم التشريعي 93-03 تنص على تحرير عقد البيع بناء على التصاميم على الشكل الرسمي و يخضع للشكليات القانونية في التسجيل و الشهر، حيث أن قضاة الدرجة الأولى و بعدهم قضاة الموضوع أزموا الطاعنة (المرقي العقاري) بإتمام إجراءات البيع بناء على التصاميم العرفي المبرم بينهم..... حيث أن 12 من المرسوم التشريعي 93-03 تلزم بأن يكون العقد في الشكل الرسمي مع خضوعه لإجراءي التسجيل و الشهر، حيث أن قضاة الموضوع رتبوا التزامات بناء على عقد عرفي باطل المنشأ و ذلك بأمرهم الطاعنة بالتوجه إلى الموثق لإفراغ العقد العرفي في قالب رسمي يكونون قد خالفوا المادة السابق ذكرها و كذا المادتين 324 مكرر 1 و 793 من القانون المدني و بذلك عرضوا قرارهم للنقض و البطلان، فلهذه الأسباب قررت المحكمة العليا: في الموضوع: نقض و إبطال القرار الصادر عن مجلس قضاء الجزائر²، و في نفس السياق جاء في قرار المحكمة العليا تحت رقم: 980060 المؤرخ في 12 ماي 2016: " حيث أن المقرر قانونا أنه يمكن للمتعاقل في الترقية العقارية أن يبيع لأحد المقتنين سكنا و تتم المعاملة التجارية بعقد البيع بناء على التصاميم يحرق تحت طائلة البطلان في الشكل الرسمي و حيث أن الثابت لدى قضاة المجلس أن عقد البيع على التصاميم المحتج به من المطعون ضده تم تحريره في شكل عرفي فهو عقد باطل بطلانا مطلقا، و أن الطاعنة (المرقي العقاري) رفضت تحرير عقد البيع النهائي رسميا و تسليم الملكية لعدم وفاء المطعون ضده بالثمن النهائي للسكن، مما يفيد أن ما تم بين الطرفين لم يتعد مرحلة المفاوضات و التي تعتبر عمل مادي لا قانوني فلا يترتب على من يعدل عنها أي مسؤولية عقدية"³.

بعد التطرق لاتجاهي المحكمة العليا، أرى بأن عقد البيع على التصاميم هو تحت طائلة البطلان عقد شكلي، يبرم بين المرقي العقاري و المكتتب بمحض إرادتهما و بالتالي لا يجوز للقاضي الحكم على أحدهما أو

¹ زروقي ليلي، حمدي باشا عمر، مرجع سابق الذكر، ص 311.

² سايس جمال، قضايا البيع العقار، الطبعة الأولى، منشورات كليك، الجزائر، 2019، ص 166، 167، 168.

³ زروقي ليلي، حمدي باشا عمر، مرجع سابق الذكر، ص 310.

كليهما بالحضور و توقيع العقد أمام الموثق نظرا لما في ذلك من مساس بمبدأ سلطان الإرادة، كما أن الالتزامات الصحيحة لا تنشأ إلا بعقد صحيح¹، و بالتالي فإن تخلف ركن الرسمية يؤدي إلى بطلان العقد و إرجاع الحال إلى ما كان عليه قبل التعاقد، و تجدر الإشارة أن بطلان العقد لا يعني حتما بطلان الاتفاق بينهما، حيث يمكن أن يكون الاتفاق صحيحا يرتب التزامات شخصية لأطرافه و ما عليهما سوى إعادة إتباع الإجراءات بطريقة قانونية، أما في حالة عدم الاتفاق، يمكن للمكاتب تقديم طلب احتياطي باسترجاع المبلغ المدفوع للمرقي العقاري على أساس الدفع غير المستحق مع المطالبة بالتعويض، و هو ما أكده قرار المحكمة العليا تحت رقم: 972182 الصادر بتاريخ 17 مارس 2016 و الذي جاء فيه ما يلي: " حيث أنه لا يمكن للمجلس القضائي إلزام المدعي (المرقي العقاري) بتسوية عقد البيع على التصاميم بموجب عقد توثيقي، و لكن كان يتعين عليه الاستجابة للطلب الاحتياطي للمدعي عليه المتعلق بتعويض الثمن المدفوع وفقا لأسعار السوق الحالي."²

المطلب الثاني: تسجيل و شهر عقد البيع على التصاميم

بعد قيام المرقي العقاري بتحرير عقد البيع على التصاميم وفقا للنموذج المنصوص عليه و باللغة العربية³ طبقا لنص المادة 26 من القانون 02-06 المؤرخ في 20 فبراير 2006 المنظم لمهنة الموثق⁴، يجب عليه القيام بتسجيله لدى مفتشية التسجيل و الطابع المختصة إقليميا (الفرع الأول) و كذا شهره في المحافظة العقارية (الفرع الثاني).

¹ إن عنصر الرسمية ليس التزاما ينشأ عن عقد البيع على التصاميم العرفي و إنما هو ركن في العقد نفسه.

² المرجع ذاته، ص 310.

³ قرار مجلس الدولة رقم 59361 الصادر بتاريخ 31 مارس 2011 حيث جاء فيه: "..... حيث أنه بالرجوع إلى العقد التوثيقي محل المنازعة المسجل و المشهر بتاريخ 12/07/1995 الخاص ببيع على التصاميم يتضح أنه تم تحريره بغير اللغة العربية مخالفة لأحكام المادة 17 من القانون 88-27 المعدل بالقانون 91-05 سيما المواد 2،5،6 منه و التي تنص على أن شكل تحرير الوثائق الرسمية و العقود التوثيقية يكون باللغة العربية و هي من النظام العام، و يمنع تسجيلها و إشهارها إن كانت غير محررة باللغة العربيةلهذه الأسباب: يقرر مجلس الدولة في الموضوع إلغاء القرار المستأنف و حال التصدي إبطال إجراء الإشهار الصادر من المحافظ العقاري....."، أنظر: سايس جمال، منازعات الشهر العقاري، الطبعة الأولى، منشورات كليك، الجزائر، 2019، ص 50.

⁴ الجريدة الرسمية عدد 14 المؤرخة في 08 مارس 2006.

الفرع الأول: تسجيل عقد البيع على التصاميم

يلي مرحلة تحرير الموثق لعقد البيع على التصاميم في الشكل الرسمي قيامه بتسجيل العقد في مفتشية التسجيل و الطابع و هذا في أجل شهر من تاريخ تحرير العقد تحت طائلة تطبيق العقوبات التأديبية عليه، هذا ما نصت عليه المادة 58 من الأمر 76-105 المؤرخ في 09 ديسمبر 1976 و المتضمن قانون التسجيل¹.

إن الغرض من إلزام الموثقين بتسجيل² العقود الرسمية هو إعطاء تاريخ ثابت للعقد، و كذا تمكين إدارة الضرائب من تحصيل الرسوم و الضرائب و السماح لها بمتابعة جميع المعاملات و التحولات الواردة على العقارات و إعادة تقويمها³.

يقدر رسم التسجيل ب 5 بالمائة من الثمن الصافي لبيع البناية أو جزء من البناية⁴، و يتم احتسابه بالطريقة التالية: $\{(\text{الثمن التقديري للبيع} + \text{ثمن المراجعة}) - \text{مستحقات الموثق}\} \times 5\%$.

كأصل عام، يتحمل المشتري جميع نفقات التسجيل و الشهر و الطابع ما لم تكن هناك نصوص قانونية تقضي بغير ذلك⁵، لكن المادة 5 من المرسوم التشريعي 94-08 المؤرخ في 26 مايو 1994 المتضمن قانون المالية التكميلي⁶ نصت على تحمل الرسوم المفروضة على العقود المدنية و القضائية المتضمنة نقل الملكية و حق الانتفاع بالعقارات أو المنقولات بالتضامن بين أطراف العقد، غير أنه في حالة استفادة أحد الطرفين (البائع أو المشتري) من إعفاء بموجب حكم من أحكام هذا القانون لا يتحمل إلا نصف حق نقل الملكية الذي يتحمله الطرف الآخر.

الفرع الثاني: شهر عقد البيع على التصاميم

يلي مرحلة تحرير عقد البيع على التصاميم في الشكل الرسمي أمام الموثق و تسجيله لدى مصالح التسجيل و الطابع مرحلة شهره في المحافظة العقارية، حيث يعتبر هذا الإجراء إلزامي جاء تطبيقا للمادة 793 من القانون المدني و المادة 1/34 من القانون 11-04 و المادتين 15 و 16 من الأمر 75-74 المؤرخ في 12 نوفمبر

¹ الجريدة الرسمية عدد 81 المؤرخة في 18 ديسمبر 1977.

² إجراء التسجيل ليس له أي أثر ناقل للملكية العقارية و لا يؤثر على موضوع الحق، و إنما وظيفته جباية بحتة.

³ سي يوسف زاهية حورية، دراسة تقنية البيع على التصاميم في ضوء القانون رقم 11-04 المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية و النصوص التطبيقية له، دون رقم الطبعة، دار هومه، الجزائر، 2017، ص 43.

⁴ خلافا لقانون المالية لسنة 1992 الذي كان ينص على نسب ثنائية تصاعديّة 4%، 6%، 8%، جاء المرسوم التشريعي 94-08 المؤرخ في 26 مايو 1994 المتضمن قانون المالية التكميلي برسم أحادي يقدر ب 5%.

⁵ المادة 393 من القانون المدني.

⁶ الجريدة الرسمية عدد 33 المؤرخة في 28 مايو 1994.

1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري¹ و كذا المادة 90 من المرسوم 63-76 المؤرخ في 25 مارس 1976 المتعلق بتأسيس السجل العقاري².

من خلال الاطلاع على المواد السابق ذكرها، نستنتج أن جميع التصرفات التي ترد على العقار لا يكون لها أي أثر بين المتعاقدين أو في مواجهة الغير إلا بعد تمام إجراءات الشهر العقاري، و من ثمة فإن الشهر هو السبب الوحيد أو الوسيلة الوحيدة لنقل أو إنهاء أو تغيير ملكية العقار أو أي حق عيني آخر³.
فضلا عن نقل الملكية بين الطرفين المتعاقدين، يلعب الشهر دورا هاما في تحقيق استقرار المعاملات العقارية، حيث يعتبر أداة لإعلام الغير بالوضعية الفعلية و القانونية للعقار و كذا منع المضاربة و التهرب الضريبي⁵.

ينبغي على الموثق القيام بإجراء شهر عقد البيع على التصاميم في المحافظة العقارية خلال شهرين من تاريخ إبرام العقد⁶، و فيما يتعلق برسم الشهر العقاري المقدرب 1% فقد تم إلغائه بموجب المادة 22 من القانون 04-21 المؤرخ في 29 ديسمبر 2004 المتضمن قانون المالية لسنة 2005⁷ بالنسبة للعقود التي تتضمن بيع محلات ذات الاستعمال السكني الجديدة المنجزة من طرف المتعهدين بالترقية العموميين أو الخواص في إطار البرامج السكنية التي استفادت من الدعم المالي من الخزينة العمومية لا سيما السكنات الاجتماعية التساهمية و السكنات في إطار البيع بالإيجار و السكنات الريفية.

أعطى المشرع للمحافظ العقاري الصلاحية الكاملة لمراقبة مختلف العقود و الوثائق التي يتم إيداعها لديه من أجل شهرها، فله أن يقرر رفض إيداعها و له أن يرفض إجراء شهرها حتى بعد قبوله إيداعها (أولا)، و تجنبنا لتعسف المحافظ العقاري في استعمال هذه الصلاحيات، فتح المشرع للمتضرر باب المنازعة فيما من خلال حق الطعن في قرارات المحافظ العقاري (ثانيا).

¹ الجريدة الرسمية عدد 92 المؤرخة في 18 نوفمبر 1975.

² الجريدة الرسمية عدد 30 المؤرخة في 13 أبريل 1976.

³ بوشنافة جمال، شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري، دون رقم الطبعة، دار الخلدونية، الجزائر، 2006، ص 225.

⁴ كل عقد كان موضوعه عقار أو حق عيني عقاري وجب شهره في المحافظة العقارية، و بالتالي لا عبرة في أن يكون أطراف العقد أشخاص طبيعية خاصة أو كان أحدهما شخصا عاما كالدولة.

⁵ حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية، بدون رقم الطبعة، دار هومه، الجزائر، 2015، ص 171.

⁶ المادة 99 من المرسوم 63-76.

⁷ الجريدة الرسمية عدد 85 المؤرخة في 30 ديسمبر 2004.

أولاً: رفض المحافظ العقاري إيداع أو إجراء شهر عقد البيع على التصاميم

سوف نتناول أولاً قرار رفض المحافظ العقاري إيداع عقد البيع على التصاميم ثم نتطرق إلى قراره برفض إجراء شهر العقد.

أ/- قرار رفض الإيداع

الإيداع هو ذلك الإجراء القانوني الأولي اللازم في كل عملية شهر، حيث ينبغي على الموثق باعتباره الشخص المؤهل بتحرير عقد البيع على التصاميم بإيداع هذا العقد لدى المحافظة العقارية إما مباشرة أو عن طريق البريد¹ ضمن الآجال المحددة قانوناً، ويتمثل محل الإيداع في صورتين رسميتين أو نسخ للعقود أو القرارات القضائية موضوع الإشهار يتم إفراغهما في مستخرج خاص (publicité réel n6) مسلم مجاناً من طرف الإدارة لمحجري العقود وهذا تحت طائلة رفض الإيداع²، حيث يتم إرجاع نسخة من العقد إلى المودع بعد تأشير المحافظ العقاري عليها، بينما يتم الاحتفاظ بالثانية التي تحمل تأشيرة التصديق على الهوية بالمحافظة العقارية وترتب ضمن الوثائق³.

قبل اتخاذ المحافظ العقاري قراره برفض الإيداع وجب عليه أولاً فحص العقود و الوثائق المودعة بغرض حصر جميع النقائص و الأخطاء الموجودة فيها، و في حالة ورودها، يتم رفض الإيداع بموجب رسالة موصى عليها مع إشعار بالوصول أو بواسطة التسليم الشخصي للموقع على التصديق مقابل الإقرار بالاستلام.

تختلف أسباب رفض المحافظ العقاري إيداع العقود من أجل شهرها، فبعضها يتعلق بغياب أحد البيانات أو الوثائق المطلوبة، و البعض الآخر يتعلق بنقص أو خطأ في تعيين أطراف العقد أو العقار محل التعاقد، و يمكن حصرها فيما يلي: حالة عدم تقديم الدفتر العقاري للمحافظ العقاري أو عدم تقديم مستخرج من مسح الأراضي بالنسبة للمناطق الممسوحة، عدم التصديق على هوية الأطراف أو عند الاقتضاء على الشرط الشخصي وفقاً للشروط المذكورة في المواد من 62 إلى 65 و المادتين 102 و 103 من المرسوم 63-76، عدم تقديم أي وثيقة كان من اللزوم تسليمها للمحافظ العقاري، عدم استجابة تعيين العقار للمادة 66 من نفس المرسوم السابق، عدم احتواء الجداول المنصوص على إيداعها بموجب المواد 93، 95 و 98 من نفس المرسوم على البيانات المطلوبة أو عدم تحريرها على الاستثمارات المقدمة من طرف الإدارة، أو عندما تظهر الصور الرسمية أو النسخ التي تم إيداعها قصد الإجراء بأن العقد المقدم غير

¹ ما يلاحظ في الحياة العملية أن عملية الإيداع تكون غالباً بصفة مباشرة يقوم بها أعوان أو مساعدين يعينهم الموثق.

² بوشنافة جمال، مرجع سابق الذكر، ص 182.

³ المادة 92 من المرسوم 63-76.

صحيح من حيث الشكل أو عدم توفر هذه الصور و النسخ على الشروط الشكلية المنصوص عليها في التنظيم المعمول به، و عند مخالفة المواد من 67 إلى 71 من نفس المرسوم¹، و كذا عدم تقديم التصريح التقييمي للعقار أو عدم دفع المودع لرسوم الشهر مسبقا².

ب/- قرار رفض الإجراء

بعد قيام الموثق بإيداع العقد المراد شهره لدى المحافظة العقارية، و قبول المحافظ العقاري الإيداع لعدم ملاحظته أي نقص يستدعي رفض الإيداع، يباشر المحافظ عملية الفحص المعمق و الدقيق للتصرف و العقد المطلوب شهره، فإذا تبين له أن كل البيانات و الإجراءات المطلوبة متوفرة، يقوم بتنفيذ إجراء الشهر، أما في حالة معاينة أي خلل و قبل اتخاذ قراره برفض الإجراء، عليه أن يوقف تنفيذ إجراء الشهر مؤقتا و إخطار المودع بضرورة تدارك النقص المسجل و تسوية وضعيته³.

تتمثل حالات رد الإجراء في ما يلي: عدم توافق العقود المودعة مع الوثائق المرفقة بها، أو عندما تكون مراجع الإجراء السابق الخاصة بالوثائق و جداول قيد الرهون و الامتيازات غير متطابقة مع الوثائق التي تم إيداعها بغرض شهرها، أو حالة عدم تطابق تعيين الأطراف و العقارات أو الشرط الشخصي مع البيانات المقيمة على البطاقات العقارية، أو تناقض البيانات الموجودة على البطاقات العقارية مع صفة المتصرف أو الحائز الأخير المحددة في الوثائق المودعة، أو عندما يظهر وقت التأشير على الإجراء أن الإيداع كان من الواجب رفضه، أو في حالة كشف التحقيق المنجز عملا بالمادة 104 من المرسوم 63-76 أن الحق غير قابل للتصرف، و أخيرا عندما يكون العقد المقدم للإشهار يشوبه أحد أسباب البطلان المشار إليهما في المادة 105 من المرسوم سالف الذكر⁴.

في حالة تحقق أحد الحالات المذكورة سابقا، فإنه يتعين على المحافظ العقاري توقيف إجراء الشهر و التأشير بذلك على البطاقة العقارية الخاصة بالعقار بعبارة "إجراء قيد الانتظار"⁵، مع تبليغه هذا القرار للشخص الذي وقع على شهادة الهوية في أسفل الصورة الرسمية أو النسخ أو الجداول في أجل 15 يوما من تاريخ الإيداع و هذا عن طريق رسالة موصى عليها مع إشعار بالاستلام أو عن طريق التسليم الشخصي

¹ المادة 100 من نفس المرسوم.

² المادة 353 فقرة 12 من قانون التسجيل.

³ إذا كان قبول أو رفض المحافظ العقاري لعملية الإيداع يتطلب فحص سريع و سطحي للعقد أو الوثيقة المراد شهرها، فإن القيام بإجراء الشهر أو رفضه يستدعي المراقبة الدقيقة و المعمقة. أنظر: جديلي نوال، السجل العيني (دراسة مقارنة بين التشريع الجزائري و التشريع المغربي)، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2017، ص 231.

⁴ المادة 101 من المرسوم 63-76.

⁵ جديلي نوال، مرجع سابق الذكر، ص 236.

مقابل إقرار بالاستلام، و الهدف من ذلك تبليغ الشخص المعني بالعيب المكتشف و منحه الفرصة لتسوية وضعيته في مهلة أقصاها 15 يوما من تاريخ تبليغه بالقرار.

فإذا قام المودع بتسوية وضعيته بإتمامه للوثيقة الناقصة أو إيداعه للوثيقة التعديلية خلال ال 15 يوما، يقوم المحافظ العقاري بتنفيذ الإجراء و يكون ذات أثر رجعي إلى تاريخ الإيداع، أما في حالة عدم قيامه بذلك أو إخباره للمحافظ العقاري برفضه أو عدم قدرته على القيام بذلك، يقوم المحافظ العقاري برفض الإجراء مع تبليغ هذا القرار للمودع خلال 8 أيام ابتداء من تاريخ انقضاء مهلة ال 15 يوما و هذا إما مباشرة أو عن طريق رسالة موصى عليها مع إشعار بالاستلام¹.

ثانيا: الطعن في قرارات المحافظ العقاري

تجنباً لاستعمال المحافظ العقاري لمختلف الصلاحيات الممنوحة له بطريقة تعسفية في مجال إيداع و إجراء الإشهار لمختلف العقود المودعة إليه، منح المشرع الحق للأفراد بالطعن في قراراته أمام الجهات القضائية المختصة عن طريق ما يسمى بدعوى الإلغاء²، و لهم الحق كذلك في الحصول على التعويض في حالة تضررهم من هذه القرارات.

أ/- دعوى الإلغاء³

كما سبق الإشارة إليه، يمكن الطعن في قرارات المحافظ العقاري المتعلقة برفض الإيداع أو الإجراء أمام الجهات القضائية المختصة إقليمياً و المتمثلة في المحكمة الواقع بدائرة اختصاصها المحافظة العقارية الصادر عنها القرار المطعون فيه، أما فيما يخص الاختصاص النوعي فيؤول للقضاء الإداري (المحكمة الإدارية) عملاً بنص المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على اعتبار أن قرارات المحافظ العقاري هي قرارات إدارية.

¹ بوشنافة جمال، مرجع سابق الذكر، ص 210.

² دعوى الإلغاء هي وسيلة رقابة على مشروعية القرار الإداري ليس بالنسبة لتجاوز الإدارة لاختصاصها و سلطتها فحسب و إنما أيضاً بالنسبة لبقية العيوب التي تشوب القرار الإداري. أنظر: طاهري حسين، شرح و جيز للإجراءات المتبعة في المواد الإدارية، دون رقم الطبعة، دار الخلدونية، الجزائر، 2005، ص 38.

³ تعرف دعوى الإلغاء بأنها الدعوى القضائية الإدارية التي يحركها ذوي الصفة و المصلحة أمام الجهات القضائية المختصة للمطالبة بإلغاء قرار إداري غير مشروع، و تنحصر سلطة القاضي المختص فيها في البحث عن شرعية القرار الإداري أو عدم شرعيته و الحكم بإلغائه في حالة التأكد من عدم شرعيته. أنظر: بريك الطاهر، المركز القانوني للمحافظ العقاري، دون رقم الطبعة، دار الهدى للطباعة و النشر و التوزيع، عين مليلة، الجزائر، 2013، ص 169.

و بالنسبة لأجال رفع الدعوى، فحددها المادة 110 من المرسوم 63-76 بشهرين (2) يبدأ احتسابهما من تاريخ تبليغ الشخص المعني بقرار الرفض الصادر عن المحافظ العقاري، ويتم رفع دعوى الإلغاء ضد وزير المالية ممثل في شخص مدير مسح الأراضي و الحفظ العقاري و هذا على مستوى المحكمة الإدارية، و يبقى نفس التمثيل في حال استئناف القرار أمام المحاكم الإدارية للاستئناف، أما في حالة الطعن أمام مجلس الدولة ضد قرارات المحكمة الإدارية للاستئناف فإن صفة التمثيل تنتقل إلى المدير العام للأموال الوطنية أو في حالة غيابه المدير المكلف بالمنازعات¹.

و بحكم أن المنازعة موضوعها إلغاء قرار إداري صادر عن المحافظ العقاري²، و جب على المدعي السعي إلى إثبات أن القرار المطعون فيه يشوبه أحد العيوب كمخالفته لنص قانوني أو أنه مشوب بعيب عدم الاختصاص أو غيرها من العيوب التي يمكن للقاضي من خلالها الاستجابة لطلبه و إلغاء القرار المطعون فيه.

يترتب على فصل القاضي الإداري في موضوع دعوى الإلغاء المرفوعة أحد الفرضين:

-الاعتناع بتأسيس الطعن و بالتالي إلغاء قرار المحافظ العقاري، و يترتب على ذلك أنه إذا كان الطعن بخصوص رفض الإيداع فإنه يتعين على المحافظ العقاري فحص العقد الذي تم إيداعه و التأكد من استيفائه للشروط القانونية لغرض إشهاره، أما إذا كان الطعن بخصوص قرار رفض الإجراء، و جب على المحافظ العقاري إشهار العقد.

- رفض الطعن و تأييد قرار الرفض، و يجب في هذه الحالة على المحافظ العقاري التأشير بمنطوق القرار على جميع الوثائق المودعة.

¹ المادة 1 من القرار المؤرخ في 18 سبتمبر 2022 الذي يؤهل أعوان إدارة أملاك الدولة و مسح الأراضي و الحفظ العقاري لتمثيل الوزير المكلف بالمالية في الدعاوى المرفوعة أمام العدالة، الجريدة الرسمية عدد 77 المؤرخة في 22 نوفمبر 2022، و المذكرة رقم 17174 الصادرة عن وزارة المالية المؤرخة في 11 ديسمبر 2022 تتعلق بأهلية تمثيل وزير المالية من طرف مصالح الأملاك الوطنية أمام العدالة.

² يشترط لقبول دعوى الإلغاء أن تكون موجهة ضد قرار إداري قد صدر فعلا من جهة إدارية، و عليه فإنه لا يجوز توجيهها ضد الأعمال غير الإدارية كالأعمال التشريعية و القضائية، كما لا يجوز توجيهها ضد الأعمال الإدارية التي لا يصدق عليها وصف القرار الإداري. أنظر: السناري محمد عبد العال، دعوى التعويض و دعوى الإلغاء-دراسة مقارنة-، دون رقم الطبعة، مطبعة الإسراء، مصر، دون تاريخ النشر، ص 249.

ب/- دعوى التعويض

بالإضافة إلى الحق في الطعن في القرارات المتخذة من المحافظ العقاري، منح المشرع الحق للأشخاص المتضررين من هذه القرارات المطالبة بالتعويض¹، حيث ترفع دعوى التعويض ضد الدولة في أجل أقصاه سنة واحدة يبدأ سريانها من تاريخ اكتشاف الفعل الضار وهذا تحت طائلة سقوط الحق في رفعها، وتتقدم دعوى التعويض بمرور 15 عاماً من تاريخ ارتكاب الخطأ من طرف المحافظ العقاري².

و فيما يتعلق بالجهة القضائية المختصة بالنظر في هذه الدعوى وكذا التمثيل القضائي فإنها لا تختلف عن دعوى الإلغاء التي سبق شرحها.

تقتضي القاعدة أنه على الشخص رافع دعوى التعويض إثبات خطأ المحافظ العقاري المدعى عليه، ولا يكفي ذلك لتقرير مسؤولية المحافظ والحكم عليه بالتعويض، بل يشترط كذلك إثبات الضرر الذي لحق المدعي، وأن هذا الضرر كان نتيجة للخطأ المرتكب.

تتحمل الدولة مسؤولية الأخطاء الوظيفية العادية المرتكبة من طرف المحافظ العقاري أثناء قيامه بإجراءات الإيداع والإشهار والتي تلحق ضرر و المترتب عليها المسؤولية المدنية، أي أنها تحل محله في دفع التعويض، غير أنه في حالة ثبوت ارتكاب المحافظ العقاري لخطأ جسيم، فإن للدولة الحق بعد تعويض المتضررين في الرجوع عليه و مطالبته بالتعويض و هذا بتحريك دعوى قضائية ضده³.

يلاحظ مما سبق ذكره حلول الدولة محل المحافظ العقاري في دفع التعويض في كل الحالات و لم يتم استثناء إلا حالة واحدة و هي الخطأ الجسيم، حيث يعتبر هذا من قبيل مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه المنصوص عليها في المادتين 136 و 137 من القانون المدني.

ما يلاحظ كذلك على نص المادة 23 من الأمر 74-75 أنها لم تبين الأخطاء المرتكبة من طرف المحافظ العقاري التي تعطي للدولة الحق في الرجوع عليه، بل اكتفت بالنص على جسامه الخطأ دون أن تحدد المقصود منه، و بالتالي يتعين على المشرع تدارك الأمر و شرح المقصود بالخطأ الجسيم أو حصر الأخطاء المرتكبة من المحافظ و التي ينطبق عليها وصف الأخطاء الجسيمة.

¹ إن قبول دعوى التعويض المترتبة على القرار الإداري مرهون بتوفر الشروط و الإجراءات اللازمة لقبولها و المتمثلة في: وجود قرار إداري، احترام الأجل القانونية، الصفة و المصلحة، و الاختصاص.

² المادة 23 من الأمر 74-75.

³ نفس المادة.

الفصل الثاني:

المنازعات الناشئة بمناسبة تنفيذ

عقد البيع على التصاميم

الفصل الثاني: المنازعات الناشئة بمناسبة تنفيذ عقد البيع على التصاميم

يعتبر عقد البيع على التصاميم من عقود المعاوضة، فهو بذلك يرتب مجموعة من الالتزامات التعاقدية المتبادلة بين كل من المرقى العقاري و المكتتب تضمن حسن تنفيذ العقد و حماية حقوق كلا الطرفين، فيلتزم الأول بإنجاز البناية و مطابقتها لرخص و شهادات التعمير و كذا للمواصفات المتفق عليها في العقد مع تسليمها للمكتتب في الآجال المتفق عليها، بينما يلتزم الثاني بتسديد سعر البيع على مراحل كلما تقدمت أشغال الإنجاز و مراجعة سعر البيع إذا تحققت حالات المراجعة المنصوص عليها في القانون.

إن عدم التزام كل من المرقى العقاري أو المكتتب بالالتزامات المفروضة عليهم من شأنه تعريض مصلحة الطرف الآخر للخطر ما يعطي الحق للطرف المضرور اللجوء إلى القضاء المدني و المطالبة بحقه من خلال إجبار الطرف المقصر على تنفيذ التزامه سواء عينا أو عن طريق التعويض، و قد يتعد الأمر حدود التعويض ليصل إلى حد المسؤولية الجزائية و يؤول الاختصاص في هذه الحالة للقاضي الجزائي.

و لا يقتصر النظر في المنازعات الناشئة في هذه المرحلة على القضاء العادي، إذ يمكن أن تثور منازعات بين المرقى العقاري و الجهة الإدارية المخول لها منحه شهادة المطابقة بسبب رفضها للطلب أو سكوتها، و هنا يرجع الاختصاص للقضاء الإداري.

***المبحث الأول: المنازعات المتعلقة بإتمام إنجاز البناية وسعرها.**

***المبحث الثاني: المنازعات الناشئة بسبب إخلال المرقى العقاري بالتزامه بالتسليم المطابق.**

المبحث الأول: المنازعات المتعلقة بإتمام إنجاز البناية وسعرها

يعد عقد البيع على التصاميم من العقود الملزمة لجانبين، إذ يرتب التزامات متبادلة على كل من المرقى العقاري والمكاتب، كما أنه يندرج ضمن العقود متراخية التنفيذ، حيث لا تُنفذ الالتزامات الناشئة عنه فور إبرامه، بل تستلزم مدة زمنية محددة لتنفيذها، فالمرقى العقاري يلتزم بإتمام إنجاز البناية خلال المدة المتفق عليها و المحددة في العقد، و في مقابل ذلك يلتزم المكاتب في عقد البيع على التصاميم بدفع الثمن، هذا الالتزام الأخير يستغرق تنفيذه فترة من الزمن حيث يكون الدفع بالموازاة مع تقدم الأشغال.

تراخي تنفيذ الالتزامات المتبادلة بين المرقى العقاري والمكاتب قد يؤدي إلى نشوء العديد من المنازعات، حيث تبرز إشكالات متعلقة بعدم التزام المرقى العقاري بإتمام المشروع العقاري وفق الآجال المحددة ما يؤدي إلى نزاعات حول التأخر في التسليم (المطلب الأول)، كما قد تنشأ منازعات بسبب إخلال المكاتب بالتزامه بتسديد الدفعات المستحقة وفق الجدول الزمني المحدد في القانون (المطلب الثاني).

بالإضافة إلى ما سبق، و نظرا لخصوصية الثمن في عقد البيع على التصاميم على اعتبار أنه تقديري قابل للمراجعة، يطرح موضوع مراجعة السعر إشكالات قانونية و منازعات قضائية، خاصة عندما يطالب المرقى العقاري بزيادة السعر نتيجة ارتفاع تكاليف الإنجاز، مما يؤدي إلى نزاع حول مدى شرعية هذه الزيادة و مدى التزام المكاتب بها (المطلب الثالث).

المطلب الأول: المنازعات الناشئة بسبب إخلال المرقى العقاري بالتزامه بإتمام إنجاز البناية

بالرغم من عدم الإشارة إليه صراحة لا في القانون 04-11 ولا في المرسوم التنفيذي 13-431¹، يعتبر التزام المرقى العقاري بتشييد البناية من أهم الالتزامات المترتبة عن عقد البيع على التصاميم²، و يقصد به قيام المرقى العقاري بتنفيذ جميع الأعمال و أشغال البناء الرامية إلى تحقيق وجود البناية وجودا فعليا حتى تصبح صالحة لتحقيق الغرض الذي أنجزت من أجله³.

في بعض الحالات يصادف أن تتعرض عملية تشييد البناية لعوائق تجعل من تنفيذ المرقى العقاري لالتزامه مستحيلا سواء كان ذلك بإرادته أو لسبب خارج عنها، الأمر الذي يعرض مصلحة المكتتب في الحصول على سكن في الأجل المتفق عليه للخطر، مما يستدعي تدخل طرف آخر حتى يضمن مواصلة الأشغال أو استرداد الأموال المدفوعة يتمثل في صندوق الضمان و الكفالة المتبادلة الذي يحل محل المكتتبين.

الفرع الأول: نطاق تدخل صندوق الضمان و الكفالة المتبادلة

استنادا إلى المادتين 57 و 58 من القانون 04-11 و المادة 3 من المرسوم التنفيذي 14-181 المؤرخ في 05 يونيو 2014 و المحدد لشروط حلول صندوق الضمان و الكفالة المتبادلة في الترقية العقارية محل مقتني الأملاك العقارية المغطاة بضمان الترقية العقارية و كفاءات ذلك⁴، حدد المشرع حالتين لتدخل الصندوق هما: حالة سحب الاعتماد من المرقى العقاري، أو إفلاسه و تعرضه للتصفية القضائية، بالإضافة الى حالات منصوص عليها في شهادة الضمان المقدمة للمرقى العقاري، أما باقي الحالات فلا يشملها ضمان الصندوق.

¹ على الرغم من عدم الإشارة المباشرة من قبل المشرع لهذا الالتزام إلا أنه يمكن استنتاجه من خلال المواد المنظمة لهذا النشاط، فمثلا ربطت المادة 28 من القانون 04-11 انتقال ملكية البناية أو جزء منها بالموازاة مع تقدم الأشغال، و من ثم لا يمكن تجسيد المرقى العقاري لالتزامه بنقل الملكية إلا من خلال إنجازه للبناية.

² جعل المشرع الفرنسي من التزام المرقى العقاري بإنجاز البناية جوهر التعريف الذي جاء به لعقد البيع على التصاميم في نص المادة 1601 من القانون المدني الفرنسي.

³ يعتبر التزام المرقى العقاري بإنجاز البناية بمثابة المعيار الحاسم في التمييز بين عقد بيع العقار و عقد البيع على التصاميم، بحيث أن الأول لا يعرف إلا الالتزام بنقل الملكية بجانب الالتزامات الكلاسيكية الأخرى، في حين يعرف الثاني التزامين أساسيين – بالإضافة إلى التزامات أخرى- هما الالتزام بنقل الملكية المستمد من عقد البيع و الالتزام بإنجاز السكن المستمد من عقد المقاولة. أنظر: بناسي شوقي، عقد الترقية العقارية (عقد حفظ الحق- عقد البيع على التصاميم) في ضوء القانون 04-11 المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، دون رقم الطبعة، دار الخلدونية، الجزائر، 2019، ص 185.

⁴ الجريدة رسمية عدد 37 المؤرخة في 19 يونيو 2014.

أولاً: الحالات المشمولة بضمان صندوق الضمان والكفالة المتبادلة

تتمثل هذه الحالات في سحب الاعتماد من المرقي العقاري أو تعرضه للإفلاس و التصفية القضائية، أو تحقق إحدى الحالات الواردة في شهادة الضمان.

أ/- حالة سحب الاعتماد من المرقي العقاري

اعتبرت المادة 4 من المرسوم التنفيذي 14-181 المرقي العقاري الذي سحب اعتماده مغلا بالتزاماته، دون أن تحدد المادة نوع السحب المقصود سواء كان مؤقت، نهائي، أو تلقائي، غير أنه بالرجوع إلى أحكام المادة 57 من القانون 11-04 نجد أن المشرع شمل كل أنواع السحب.

و يبلغ قرار سحب الاعتماد إلى صندوق الضمان و الكفالة المتبادلة من طرف السلطة المختصة خلال الثماني و أربعين 48 ساعة الموالية لصدور القرار، و هذا بعد نفاذ كل طرق و آجال الطعون، و يجب على الصندوق إعلام كل مقتني الأملاك العقارية المعنيين خلال الثلاثين 30 يوما الموالية¹.

كما يترتب على حلول صندوق الضمان و الكفالة المتبادلة محل المقتنين، التزامه بإتمام إنجاز البناية موضوع عقد البيع على التصاميم، و يقتصر هذا الالتزام إلا على البنايات المغطاة بضمان إتمام الإنجاز و التي شيدت أساساتها على الأقل، أما البنايات التي لم تشيد أساساتها، فيقتصر دور الصندوق على ضمان التعويض².

ب/- حالة الإفلاس و التصفية القضائية للمرقي العقاري

على اعتبار أن المرقي العقاري تاجر، فإنه يخضع لأحكام الإفلاس و التسوية القضائية كباقي التجار، و بالتالي يتعين عليه في حالة التوقف عن الدفع الإدلال بإقرار قصد افتتاح إجراءات التسوية القضائية³ أو الإفلاس و هذا في أجل 15 يوما⁴.

¹ المادة 5 من المرسوم التنفيذي 14-181.

² المادة 6 من نفس المرسوم التنفيذي.

³ التسوية القضائية عبارة عن إجراء وقائي يهدف إلى الإبقاء على التاجر حسن النية المتوقف عن الدفع على رأس تجارته.

⁴ المادة 215 من القانون التجاري. أنظر كذلك: محرز أحمد، نظام الإفلاس في القانون التجاري الجزائري، الطبعة الثانية، دار الكتب، الجزائر، 1980، ص 19.

و يعرف إفلاس المرقى العقاري بالحالة التي يكون فيها عاجزا عن تسليم البناية أو جزء من البناية المباعة إلى المقتني في إطار عقود الترقية العقارية¹.

و يحل صندوق الضمان و الكفالة المتبادلة محل المقتنين بامتياز الصف الأول في حدود الأموال المدفوعة للمرقى العقاري المفلس أو موضوع التصفية القضائية^{2, 3}.

ج/- الحالات الواردة في شهادة الضمان

حددت المادة 6 من شهادة الضمان المقدمة للمرقى العقاري من طرف صندوق الضمان و الكفالة المتبادلة مجموعة من الحالات التي يضمنها الصندوق تختلف على حسب كون المرقى العقاري شخصا طبيعيا أو معنويا، و هي كالآتي:

1/- حالة المرقى العقاري شخص طبيعي

. وفاة المرقى العقاري دون إتمام مراحل الإنجاز من طرف الورثة.

. فقدان المرقى العقاري و المثبت بحكم أو قرار قضائي، أو وثيقة إدارية صادرة من جهة مختصة.

. اكتشاف احتيال المرقى العقاري أو نصبه من طرف سلطة قضائية.

2/- حالة المرقى العقاري شخص معنوي

. إفلاس شركة المرقى العقاري.

. تصفية شركة المرقى العقاري لسبب من الأسباب.

. جميع حالات التوقف عن الدفع حتى و لو كانت بطرق احتيالية⁴.

¹ فكيري أمال، آلية الحلول و التعويض لصندوق الضمان و الكفالة المتبادلة، مجلة القانون العقاري، جامعة البليدة 2، المجلد 4، العدد 3، ديسمبر 2017، ص 56.

² المادة 58 فقرة 1 من القانون 11-04.

³ يعد حق الامتياز من الحقوق العينية التبعية و الذي تطرق له المشرع في القانون المدني بموجب المواد من 982 إلى 1001، حيث عرفه بأنه أولوية يقرها القانون لدين معين مراعاة منه لصفته و لا يكون للدين امتياز إلا بموجب نص قانوني، و يرد هذا الحق على الأموال العقارية و المنقولة و الأموال المادية و المعنوية، و عندما يقرر القانون الامتياز لدين ما فإنه لا يراعي سوى صفة هذا الدين و لا اعتبار لشخصية الدائن، أنظر: السعدي محمد صبري، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، الطبعة الأولى، دار الهدى، الجزائر، 2008، ص 338..

⁴ وسع المشرع حالات التوقف عن الدفع بعدما اقتصر في ظل المرسوم التشريعي 93-03 على حالة توقف المرقى عن دفع قروضه فقط.

. اكتشاف الاحتيال أو النصب من طرف سلطة قضائية.

يبدأ حساب مدة الضمان من تاريخ أول دفع من طرف المكتتب إلى غاية حيازة السكن و الانتفاع به المثبت عن طريق تحرير محضر التسليم أمام الموثق.

ثانيا: الحالات التي لا يشملها ضمان صندوق الضمان و الكفالة المتبادلة

الحالات التي سبق التطرق إليها و المشمولة بضمان صندوق الضمان و الكفالة المتبادلة تم ذكرها على سبيل الحصر لا المثال، و عليه، فإن جميع الحالات غير المذكورة لا يشملها الضمان، و نذكر منها الحالات التالية:¹

- تأخر المرقى العقاري في تسليم السكن المنجز لصالح المكتتب.

- الغرامات المالية التي يتعرض لها المرقى العقاري مهما كان نوعها.

- ثمن البيع أو الزيادة فيه في حالة المراجعة.

- كل ضرر و فوات كسب تسبب فيه المرقى العقاري للمكتتب.

- الأخطار المهنية التي تنتج عن أعمال البناء، و الحرائق و الانفجارات.

- فسخ عقد البيع على التصاميم.

- التعويضات القضائية و الاتفاقية.

- التعويضات الناتجة عن حدوث كوارث طبيعية كون يشملها تأمين مستقل².

- ضمان حسن الإنجاز، و هذا لكونه مشمول بضمان خاص يسمى الضمان السنوي.

تخرج من مسؤولية الصندوق الحالات المذكورة أعلاه، و يضمها المرقى العقاري و المكتتب بطرق أخرى عن طريق التأمين عليها لدى شركات التأمين.

¹ مسكر سهام، مرجع سابق الذكر، ص 167.

² أنظر المادة 1 و المادة 4 من الأمر 12-03 المؤرخ في 26 غشت 2003 يتعلق بالزامية التأمين على الكوارث الطبيعية و بتعويض الضحايا، الجريدة الرسمية عدد 52 المؤرخة في 27 غشت 2003.

الفرع الثاني: التزامات صندوق الضمان والكفالة المتبادلة تجاه المكتتبين

كما سبق الإشارة إليه، قد تتعرض عملية إنجاز المشروع العقاري من طرف المرقى العقاري لعوائق تحول دون قدرة هذا الأخير على البدئ في الأشغال أو المواصلة فيها، مما يعرض المكتتب لخطر عدم الحصول على سكنه، و عالج المشرع هذا الإشكال من خلال فكرة تدخل صندوق الضمان و الكفالة المتبادلة، و هو ما يظهر من نصي المادتين 54 و 57 من القانون 04-11، المادة 3 من المرسوم التنفيذي 406-97 و المادة 2 و ما بعدها من المرسوم التنفيذي 14-181، حيث أجمعت هذه المواد على دور الصندوق في حال إخلال المرقى العقاري بالتزامه بإتمام إنجاز البناية من خلال استرداد التسبيقات (أولا) أو إتمام الإنجاز (ثانيا) و هذا حسب درجة تطور عملية البناء.

قبل تنفيذ صندوق الضمان و الكفالة المتبادلة لالتزامه بالضمان وفقا لعقد التأمين المبرم بينه و بين المرقى العقاري، عليه أولا التأكد من المعلومات المصرح بها من المرقى العقاري، حيث لا يكتفي الصندوق بهذه التصريحات رغم أن العقد المبرم بينهما يعتبر من العقود التصريحية¹، بل يتعين عليه القيام بالمراقبة الميدانية لمختلف المشاريع العقارية المشمولة بعقد التأمين، و له أن يمارس هذه الصلاحية في أي وقت شاء و دون الحاجة لإعلام المرقى العقاري مسبقا، كما في المقابل لا يحق للمرقى العقاري إبداء أي رفض أو اعتراض على العملية تحت طائلة الزيادة في قسط التأمين يترك تقدير قيمتها للصندوق².

أولا: استرداد التسبيقات المدفوعة للمرقى العقاري

يقابل التزام المرقى العقاري بإتمام إنجاز البناية في الأجل المتفق عليها، قيام المكتتب في عقد البيع على التصاميم بتسديد سعر السكن على دفعات بحسب مراحل تقدم الأشغال³، حيث حدد المشرع خمسة (5) مراحل كلما انتهى المرقى العقاري من واحدة منها استحق مقابلها من المكتتب، و انطلاقا من هذا، يمكن أن نتصور فرضية قيام المكتتب بدفع نسبة 20 % من ثمن السكن عند توقيع العقد و في مقابل ذلك عدم شروع المرقى العقاري في إقامة الأساسات رغم تلقيه المبلغ.

¹ بومعروف العربي، دور المتدخلين في تمويل مشاريع السكن الترقوي المدعم في التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة باتنة 1، 2023، ص 228.

² أنظر البند رقم 14 من شهادة الضمان المقدمة للمرقى العقاري من طرف صندوق الضمان و الكفالة المتبادلة.

³ و هو ما سوف نفصل فيه بمناسبة التطرق لمنازعات إخلال المكتتب بتسديد الدفعات.

في هذه الحالة، بما أن الصندوق ملزم بمتابعة أشغال البناء ميدانياً و ذلك من أجل مقارنتها مع ما قدمه المرقي العقاري من تصريحات¹، فإذا اكتشف أن القسط المدفوع من المكتتب لا يوافق و لا يطابق نسبة تقدم الأشغال مثلما هو مذكور في عقد البيع على التصاميم²، وجب عليه تبليغ المكتتبين بذلك حتى يتسنى لهم ممارسة حقهم في استرداد التسبيقات و كذا الامتناع عن دفع أقساط أخرى إلى غاية التقدم الفعلي في عملية الإنجاز، و في حالة قيام المكتتب بدفع قسط إضافي رغم إعداره من الصندوق، فإن هذا الأخير لا يضمن هذا القسط³.

يعرف ضمان تعويض التسديدات بأنه الالتزام الواقع على صندوق الضمان و الكفالة المتبادلة بتعويض المكتتبين في عقد البيع على التصاميم عن التسديدات التي تكتسي طابع التسبيقات و التي قاموا بدفعها للمرقي العقاري المخل بالتزاماته⁴.

يقتصر دور صندوق الضمان و الكفالة المتبادلة على ضمان التسديدات التي قام بها المكتتبين في عقد البيع على التصاميم بالنسبة للسكنات التي لم تنجز أساساتها، أما تلك التي أنجزت أساساتها فيغطيها ضمان إتمام الإنجاز، و هو ما أكدته المادة 6 فقرة 3 من المرسوم التنفيذي 14-181، و يترتب على قيام الصندوق بتعويض المكتتبين عن التسديدات التي دفعوها تخليهم عن حقوقهم المتعلقة بالملك العقاري موضوع البيع على التصاميم لفائدة الصندوق⁵.

إن حصر دور الصندوق في تعويض التسديدات بالنسبة للبنىات التي لم تنجز أساساتها لا يتماشى و لا يحقق طموح و مصلحة المكتتب في الحصول على سكن، لأن المكتتب لا يهتم استرداد ما دفعه للمرقي العقاري بقدر حاجته الملحة لسكن يأويه، و بالتالي كان من المفروض على المشرع أن يوسع صلاحية الصندوق في مجال إتمام الإنجاز لتشمل أيضا السكنات التي لم تنجز أساساتها مما يحقق مصلحة المكتتب، و لو أن هناك من الباحثين من لهم وجهة نظر مقبولة حول سبب حصر دور الصندوق في إتمام

¹ المرقي العقاري ملزم تجاه صندوق الضمان و الكفالة المتبادلة بتقديم تصريحات و ذلك كل ثلاثة (3) أشهر مع إرفاقه لها بجدول التسبيقات المدفوعة من المكتتبين.

² تتحقق هذه الحالة خصوصا في مشاريع الترقية العقارية الحرة، أما بالنسبة لمشاريع الترقية العقارية المدعمة تكون آلية دفع التسديدات من طرف المكتتبين تحت إشراف البنك الوطني للسكن الذي يقوم بجمع الأموال و تسليمها للمرقي العقاري بعد تقديم هذا الأخير لمحضر معاينة تقدم الأشغال مناسب لكل قسط و بالتالي يستحيل دفع المكتتبين لأقساط تفوق ما تم إنجازها. أنظر: بومعروف العربي، مرجع سابق الذكر، ص 232.

³ رامول خالد، صندوق الضمان و الكفالة المتبادلة في عقد البيع على التصاميم، مجلة المفكر، جامعة بسكرة، المجلد 5، العدد 1، مارس 2010، ص 304.

⁴ المادة 7 من المرسوم التنفيذي 14-181.

⁵ المادة 8 من نفس المرسوم التنفيذي.

الإنجاز على السكنات المنجزة أساساتها، و يرجعون ذلك إلى ضمان الصندوق عدم عجزه في حال زيادة حالات الحلول، إذ أنه لو تحمل مسؤولية إتمام كل المشاريع بالاعتماد على مبالغ الاشتراكات و مبلغ الضمان فإن ذلك يعرضه لا محالة إلى خطر عدم قدرته على تحملها كلها بسبب العجز المالي مما يستدعي الأمر المساعدة المالية من الخزينة العمومية¹.

مثلا سبق شرحه، يتدخل صندوق الضمان و الكفالة المتبادلة عن طريق استرداد التسبيقات من المرقى العقاري المخل بالتزاماته بالنسبة للسكنات التي لم تنجز أساساتها، غير أن السؤال الذي يطرح في هذا الشأن يتعلق بمصير عقد البيع على التصاميم المبرم بين المرقى العقاري و المكتتب؟ هل مصيره البطلان أو الفسخ؟.

أرى أن مصير العقد هو الفسخ على أساس إخلال المرقى العقاري بالتزامه بإتمام إنجاز مشروعه العقاري، حيث أن ضمان الصندوق تسديد الدفعات للمكتتبين يقتضي إعادة الأطراف إلى الحالة التي كانوا عليها قبل التعاقد، و يبقى كذلك السؤال المطروح بخصوص نوع الفسخ، هل هو بقوة القانون أم يشترط تدخل القضاء؟².

ثانيا: إتمام أشغال الإنجاز

عرفت فترة تطبيق المرسوم التشريعي 93-03 اقتصار مهام صندوق الضمان و الكفالة المتبادلة على استرداد التسبيقات المدفوعة دون أن يتعدى ذلك إتمام إنجاز البناية، إذ كان يخول للمكتتب إما مطالبة الصندوق بتعويض التسبيقات المدفوعة، أو مواصلته بنفسه إتمام أشغال الإنجاز على حساب المرقى العقاري في حدود الأقساط المدفوعة³ و هذا دون الحاجة إلى إذن قضائي⁴، غير أن المشرع بموجب القانون 04-11 حول ممارسة هذا الحق من المكتتب إلى صندوق الضمان و الكفالة المتبادلة، و بالتالي أصبح يستحيل على المكتتب إكمال أشغال الإنجاز في حال عدم قيام المرقى العقاري الأصلي بذلك.

يعرف ضمان إتمام الإنجاز بأنه الالتزام المفروض على صندوق الضمان و الكفالة المتبادلة المتعلق بالإتمام الجيد لأشغال إنجاز البناية أو جزء من البناية موضوع عقد البيع على التصاميم و هذا على حساب المرقى

¹ مسكر سهام، مرجع سابق الذكر، ص 160.

² شوقي بناسي، مرجع سابق الذكر، ص 195. يرى الأستاذ شوقي بناسي أننا في هذه الحالة بصدد فسخ بقوة القانون يقع بمجرد ثبوت عدم قيام المرقى العقاري بإنجاز أساسات البناية و حلول صندوق الضمان و الكفالة المتبادلة.

³ المادة 17 من المرسوم التشريعي 93-03.

⁴ و هذا خلافا لعقد المقاوله الذي يتطلب ترخيص من القاضي لمواصلة إتمام الإنجاز، أنظر: قرار المحكمة العليا رقم 152934 المؤرخ في 4 مارس 1998.

العقاري الذي أخل بالتزاماته و بدلا عنه في حدود التسديدات المدفوعة من طرف المكتبتين¹،² و خلافا لضمنان تسديد التسبيقات المدفوعة، يتعلق ضمان إتمام الإنجاز إلا بالبنيات التي تم إنجاز أساساتها على الأقل³.

يخول لصندوق الضمان و الكفالة المتبادلة في إطار تنفيذه لالتزامه بإتمام الإنجاز كل الأعمال التقنية، المالية، الإدارية، و القضائية و كذا تسخير كل الوسائل الضرورية و هذا باسم المقتنين و على حسابهم من أجل: إعداد التقييم التقني للأشغال المنجزة و البيانات الحسابية العامة و حصائل التسديدات المدفوعة من طرف المكتبتين الذين لا يزالون ملتزمين اتجاه الصندوق و/أو المرقى العقاري الذي يستأنف الأشغال قصد دفع التسديدات المتبقية، العمل على استبدال المرقى الذي أخل بالتزامه بالمرقى الملتزم بدفع التسديدات المتبقية، تكليف مرقى عقاري آخر بمواصلة أشغال الإنجاز، المبادرة بكل عمل من أجل استرجاع المبلغ الزائد الذي تسبب فيه المرقى الذي أخل بالتزاماته و كذا عقوبات التأخير التي حصلها المرقى و التكاليف الزائدة الناتجة عن استئناف المشروع⁴.

جدير بالذكر أن المشرع لم يفصل في كيفية إحالة إتمام الإنجاز من المرقى العقاري الأصلي إلى مرقى آخر لا من حيث الإجراءات اللازمة و لا حتى الآجال الواجب احترامها و هو ما يستدعي الاستدراك⁵، كما أنه حمل المكتبتين أعباء و تكاليف القيام بالأعمال السابق ذكرها رغم أن المخل بالالتزام هو المرقى العقاري و ليس المكتتب، و يرجع هذا إلى تحمل الصندوق سوى التسديدات المدفوعة⁶.

¹ المادة 9 من المرسوم التنفيذي 14-181.

² ما يعاب على المشرع أنه منح لصندوق الضمان و الكفالة المتبادلة حق إتمام الإنجاز عن طريق مرقى عقاري آخر و هذا في حدود الأموال المدفوعة، فلا يمكن التصور إطلاقا أن يذهب قصد المشرع إلى قيام المرقى العقاري الجديد باستكمال الأشغال في حدود الأموال المدفوعة ثم يترك المشروع مهملًا، و إنما أرى أن ما قصده المشرع هو مواصلة المرقى الجديد للأشغال في حدود الأموال المدفوعة مع الإبقاء على المجال مفتوحا لإتمام الإنجاز طالما التزم المقتني بالمواصلة في دفع التسديدات في الآجال المحددة.

³ أنظر المادة 6 فقرة 2 من المرسوم التنفيذي 14-181..

⁴ المادة 10 من نفس المرسوم التنفيذي.

⁵ أشار المشرع في المادة 10 من نفس المرسوم التنفيذي إلى صدور قرار من الوزير المكلف بالسكن يحدد فيه خاصة كيفية استبدال المرقى العقاري المخل بالتزاماته بمرقى عقاري جديد، غير أنه بعد مرور أكثر من عشر 10 سنوات على صدور المرسوم التنفيذي 14-181 لم يصدر القرار بعد.

⁶ أرى أنه كان من المفروض تحمل صندوق الضمان و الكفالة المتبادلة هذه النفقات على أن يرجع على المرقى العقاري المخل بالتزاماته و يطالبه بها.

كما أن المشرع لم يبين طبيعة العلاقة التعاقدية بين المرقى العقاري الجديد و صندوق الضمان و الكفالة المتبادلة، فهل هو بحاجة إلى إبرام عقد بيع على التصاميم جديد مع المكتب و فسخ العقد الأول، أم أنه يبرم عقد مقابلة مع الصندوق، مما يحتاج إلى توضيح¹.

قد يحتاج اتمام الإنجاز من طرف الصندوق إلى إدخال تعديلات على عقود البيع على التصاميم الأولية و التي تمس آجال التسليم، و مراجعة السعر الأولي و الذي لا يمكن أن تتجاوز نسبة 20% منه²، و بخصوص النقطة الأخيرة (مراجعة السعر) أرى أن ذلك غير عادل في حق المكتب كون أن التأخر في إتمام الإنجاز كان بسبب المرقى العقاري، و بالتالي من غير المعقول أن يتحمل المكتب أي زيادة في أسعار اليد العاملة و مواد البناء، و يكفي تحمله التأخر في آجال التسليم³.

من خلال ما سبق دراسته نستنتج أن صندوق الضمان و الكفالة المتبادلة يضمن استرداد التسبيقات المدفوعة أو إتمام إنجاز البناية، غير أن ما يمكن ملاحظته أنه لا يضمن حقوق المرقى العقاري عند عجز المكتب عن الوفاء بالتسديدات، إذ أنه قصر الحماية على المكتب باعتباره الطرف الضعيف في العقد دون المرقى العقاري⁴.

الفرع الثالث: رجوع المكتب على الصندوق و المرقى العقاري للمطالبة بالتسديدات و التعويض

يحق للمكتب في عقد البيع على التصاميم في حالة إخلال المرقى العقاري بالتزامه بإنجاز البناية الرجوع على صندوق الضمان و الكفالة المتبادلة باعتباره كفيل شخصي للمطالبة بالتسديدات المدفوعة للمرقى العقاري (أولاً)، كما له الحق بمطالبة المرقى العقاري بدفع تعويض عن الضرر الذي سببه له جراء إخلاله بالتزامه (ثانياً).

¹ مسكر سهام، علاقة المرقى العقاري بصندوق الضمان و الكفالة المتبادلة وفقاً للأحكام المستحدثة في التشريع الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و السياسية، جامعة الجزائر1، المجلد 52، العدد 1، مارس 2015، ص 266. ترى الأستاذة مسكر سهام أن المشرع لم ينص على إمكانية تعديل أطراف عقد البيع على التصاميم و تغيير المرقى العقاري المخل بالتزاماته بالمرقى البديل كون ذلك يتطلب تحرير عقد جديد و تحميل المكتبين مصاريف جديدة تتعلق بإبرامه و تسجيله و شهره، و بما أن الكفالة متبادلة بين المرقين المنخرطين، يستطيع الصندوق تكليف مرقى عقاري آخر لإتمام الإنجاز دون الحاجة لعقد جديد.

² المادة 11 من المرسوم التنفيذي 14-181.

³ شوقي بناسي، مرجع سابق الذكر، ص 199.

⁴ غالي كحلة، تغطية صندوق الضمان و الكفالة المتبادلة لالتزامات المرقين العقاريين، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، جامعة شلف، المجلد 7، العدد 1، جوان 2021، ص 1338.

أولاً: رجوع المكتتب على صندوق الضمان و الكفالة المتبادلة

بالرجوع إلى وثيقة الضمان الممنوحة للمرقي العقاري من طرف صندوق الضمان و الكفالة المتبادلة في إطار عقود البيع على التصاميم و لا سيما البند الرابع (4) من الأحكام العامة، نجد أن طبيعة هذا الضمان هو التزام بكفالة تحكمه المادة 644 و ما يليها من القانون المدني، و منه يعتبر صندوق الضمان و الكفالة المتبادلة كفيل شخصي للمرقي العقاري.

نظم المشرع الجزائري أحكام الكفالة في المادة 644 و ما يليها من القانون المدني، فهي عقد يكفل بمقتضاه شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بالوفاء بهذا الالتزام في حالة عدم وفاء المدين به¹، و ينشأ هذا العقد بين الدائن و الكفيل، أما المدين الأصلي فليس طرفاً في العقد² حيث يجوز حتى كفالاته بغير علمه و رغم معارضته³.

غير أن ما يمكن ملاحظته على كفالة صندوق الضمان و الكفالة المتبادلة للمرقي العقاري أنها تتم خلافاً لأحكام الكفالة المذكورة في الفقرة السابقة، حيث أن المرقي العقاري باعتباره المدين الأصلي يتعاقد بإرادته أي تشتط موافقته على إبرام العقد، و يكون مجبر على الانتساب للصندوق و دفع الاشتراكات، كما أن العقد يكون بينه و بين الصندوق، و ليس بين هذا الأخير (الكفيل) و المكتتب (الدائن).

و بما أن صندوق الضمان و الكفالة المتبادلة يعتبر كفيل شخصي للمرقي العقاري، جاز للمكتتب مطالبته بالتسديدات المدفوعة أو إتمام الإنجاز في حال تخلف المرقي العقاري عن القيام بالتزامه، و كل نزاع ما بين المكتتب و المرقي العقاري و الصندوق يكون محل تسوية ودية أو تحكيم ثم منازعة قضائية عن طريق اللجوء إلى القضاء العادي (المحكمة) طبقاً للمادة 26 من الأمر 07-95 المتضمن قانون التأمين⁴.

ثانياً: رجوع المكتتب على المرقي العقاري

كما سبق التطرق إليه، يلتزم صندوق الضمان و الكفالة المتبادلة بضمان استرداد التسبيقات المدفوعة من قبل المكتتب للمرقي العقاري في حالة تخلف هذا الأخير عن تنفيذ التزامه، فهو يضمن أصل الدين فقط

¹ المادة 644 من القانون المدني.

² السنهوري عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني (التأمينات الشخصية و العينية)، دون رقم الطبعة، الجزء العاشر، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1970، ص 19.

³ المادة 648 من القانون المدني.

⁴ المادة 21 من الأحكام العامة لشهادة الضمان المقدمة من صندوق الضمان و الكفالة المتبادلة للمرقي العقاري.

دون أن يمتد الضمان إلى دفع التعويضات المترتبة عن إخلال المرقى العقاري، و بالتالي وجب على المكتتب مطالبة المرقى العقاري بها أمام القضاء على أساس المسؤولية العقدية.

أ/- شروط قيام المسؤولية العقدية للمرقى العقاري

تفرض على المرقى العقاري باعتباره بائعا في إطار عقد البيع على التصاميم مجموعة من الالتزامات تختلف في بعضها عن تلك المفروضة عليه في إطار عقد بيع عقار مبني و الذي عادة لا يطرح أي إشكال أو منازعات باعتباره موجودا وقت التعاقد، و لعل أهمها ضمانه إنجاز البناية في المدة المتفق عليها في العقد تحت طائلة قيام مسؤوليته العقدية اتجاه المكتتبين.

لم يرد المشرع الجزائري مثله مثل التشريعات المقارنة تعريفا للمسؤولية العقدية و إنما اكتفى بتنظيمها في الفصل الثاني المعنون " التنفيذ بطريقة التعويض " من الباب الثاني تحت عنوان " آثار الالتزام " من القانون المدني و هذا في المواد 176 إلى 187.

المسؤولية العقدية بوجه عام هي المسؤولية عن تعويض الضرر الناجم عن الإخلال بالالتزام مقرر في ذمة المسؤول، و يكون مصدر هذا الالتزام العقد الذي يربطه بالشخص المتضرر¹، أما في مجال الترقية العقارية فتعرف بأنها الإخلال بالالتزام العقدي الصادر من أحد أطراف عقد البيع على التصاميم (المرقى العقاري أو المكتتب) الذي يؤدي إلى الإضرار بالمتعاقدين الآخر.

إن قيام المسؤولية العقدية للمرقى العقاري يستدعي وجود عقد صحيح بينه و بين المكتتب يرتب التزامات قانونية، مع إخلال المرقى بأحد هذه الالتزامات الأمر الذي يحقق ضررا للمكتتب، مع وجود علاقة سببية بين هذا الإخلال و الضرر الناتج.

1/- وجود رابطة عقدية صحيحة بين المرقى العقاري و المكتتب

يشترط لتطبيق أحكام المسؤولية العقدية وجود رابطة عقدية بين الأطراف، و يقصد بذلك وجود عقد صحيح منتج لآثاره بين المتعاقدين و الغير يتوفر على جميع شروط و أركان العقد المنصوص عليها في القانون.

يفهم مما سبق أن قيام المسؤولية العقدية مقرون بوجود عقد صحيح، و بالتالي في حالة العقد الباطل بطلانا مطلقا أو القابل للإبطال لا يكون للشخص المتضرر سوى أحكام المسؤولية التقصيرية عن الفعل

¹ الطباخ شريف، التعويض عن المسؤولية التقصيرية و المسؤولية العقدية في ضوء القضاء و الفقه، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2007، ص 406.

الضار للمطالبة بالتعويض، و هذا لاعتبار العقد كأن لم يكن و عودة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد^{1,2}.

لا تستثنى مسؤولية المرقى العقاري من تطبيق هذه القاعدة، إذ يشترط لقيامها وجود عقد بيع على التصاميم (أو عقود البيع الأخرى المنصوص عليها في القانون 04-11) يستوفي كامل الشروط المنصوص عليها في القواعد العامة و كذا النصوص المنظمة لنشاط الترقية العقارية السابق ذكرها، كضرورة تحريره أمام الموثق في الشكل الرسمي وفقا للنموذج المحدد في المرسوم التنفيذي 13-431 مع تسجيله لدى مصالح الضرائب و شهره في المحافظة العقارية.

2/- إخلال المرقى العقاري بالتزام عقدي

بعد ثبوت صحة الرابطة العقدية، يشترط لقيام المسؤولية العقدية إخلال أحد أطرافها بالالتزامات المفروضة عليه، و هو ما يسمى بركن الخطأ³، حيث أن المشرع الجزائري مثله مثل التشريعات المقارنة الأخرى لم يعطينا تعريف له و ترك المسألة للفقهاء الذي عرفه بأنه " عدم تنفيذ المدين لالتزامه الناشئ من العقد"⁴، كما عرف أيضا بأنه "الانحراف الإيجابي أو السلبي في سلوك المدين مما يعرضه لمساءلته عن خطئه"⁵.

يتضح من خلال التعريفين السابقين لركن الخطأ العقدي أنه ينشأ للمكاتب في عقد البيع على التصاميم الحق في رفع دعوى المسؤولية العقدية ضد المرقى العقاري في حالة إخلال هذا الأخير بأحد التزاماته التعاقدية الواردة في العقد أو التأخر في تنفيذها، و يستوي في ذلك أن يكون عدم التنفيذ جزئيا أو كليا، بسبب تعمد المرقى العقاري أو بسبب إهماله⁶.

¹ بوداود نشيدة، الآليات القانونية لتحسين الترقية العقارية في الجزائر، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2022، ص 221.

² ينطبق هذا الحكم كذلك على المرحلة السابقة للتعاقد و مثال ذلك مرحلة المفاوضات.

³ يعد ركن الخطأ ركنا أساسيا لقيام المسؤولية العقدية حيث يمثل الإخلال بالقوة الملزمة للعقد، و يتحقق عند تخلف أحد أطراف العقد على تنفيذ التزاماته التعاقدية.

⁴ السنهوري عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني -نظرية الالتزام بوجه عام- (مصادر الالتزام)، الجزء الأول، دون رقم الطبعة، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1952، ص 656.

⁵ ضو خالد، معروف فاطمة، أركان المسؤولية العقدية و شروط قيامها -دراسة تأصيلية-، مجلة البيان للدراسات القانونية و السياسية، جامعة برج بوعريج، المجلد 8، العدد 1، جوان 2023، ص 117.

⁶ بن وهاب مصطفى، مسؤولية المرقى العقاري في عقد البيع على التصاميم، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة بومرداس، 2017، ص 85.

أغلب الالتزامات الواردة في عقود الترقية العقارية بصفة عامة و عقد البيع على التصاميم بصفة خاصة حتى لا نقول كلها تتعلق بتحقيق نتيجة لا بذل عناية و هذا سواء بالنسبة للمرقي العقاري أو المكتتب، و عليه فإن عدم تحقق النتيجة يولد الخطأ العقدي.

3/- الضرر

لا يكفي توافر ركن الخطأ الذي يتحقق عند عدم تنفيذ المرقي العقاري لأحد التزاماته التعاقدية لتنشأ مسؤوليته العقدية، و إنما يجب أن يترتب على عدم التنفيذ ضرر للمكتتب، حيث يعد الضرر ركنا أساسيا لقيام المسؤولية و على أساسه تقاس قيمة التعويض المستحق دفعه للمكتتب، كما أن انتفاء هذا الركن يؤدي حتما إلى انتفاء المصلحة و نحن نعلم أنه لا دعوى بدون مصلحة¹.

يعرف ركن الضرر بأنه ما يترتب جراء الإخلال بمصلحة مالية للمضروب²، أو هو الأذى الذي يصيب الفرد جراء المساس بحق من حقوقه أو بمصلحة مشروعة له مادية كانت أو معنوية، كما يعرف أيضا بأنه الأذى الناتج عن عدم تنفيذ العقد بحرمان الدائن من منافع العقد³.

يتضح من خلال التعاريف السابقة للخطأ أن كلها ربطت مفهومه بالخسارة المادية أو المعنوية التي تلحق المكتتب نتيجة عدم تنفيذ المرقي العقاري (المدين) لأحد أو بعض التزاماته التعاقدية الناشئة بمناسبة إبرام عقد البيع على التصاميم.

ينقسم الضرر إلى نوعين، فهو إما مادي أو معنوي، حيث يقصد بالأول الضرر الذي يلحق بالذمة المالية للشخص أو الذي يصيبه في جسمه⁴، أما الثاني و الذي يصطلح عليه كذلك بالضرر الأدبي فهو الضرر الناتج عن التعدي على الحقوق و المصالح غير المالية فهو بذلك لا يمس الذمة المالية للشخص و إنما يصيبه في سمعته و شرفه و مكانته الاجتماعية و المهنية.

¹ حسينة ريمان، المسؤولية العقدية في مجال الترقية العقارية على ضوء القانون 04-11 المحدد للقواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة باتنة، 2015، ص 105.

² سيد أحمد إبراهيم، المسؤولية المدنية – التعويض في المسؤوليتين التقصيرية و العقدية -، دون رقم الطبعة، دار الكتب القانونية، مصر، 2006، ص 46.

³ بن وهاب مصطفى، مرجع سابق الذكر، ص 89، 90.

⁴ أرى أنه لا مجال للحديث عن الضرر الذي يصيب جسم المكتتب في هذه المرحلة كون البناية تكون غير صالحة بعد لاستقبال الجمهور و بالتالي المكتتب لم يشغل السكن بعد، غير أنه يتصور وقوع هذا الضرر بعد تسليم البناية للمكتتب و شغله لها، و بالتالي على المكتتب أن يستند في مطالبته للتعويض على الضرر الذي لحقه في ذمته المالية.

يشترط لاستحقاق المكتتب في عقد البيع على التصاميم للتعويض عن الضرر الذي لحقه توفر هذا الأخير على مجموعة من الشروط، أولاها أن يكون محققا أي وقع فعلا و بالتالي يستبعد الضرر الاحتمالي كونه افتراضي و الأحكام لا تبنى على الافتراض، و الضرر المحقق قد يكون حالا أي حصل فعلا مع تحقق عناصره و تجسد آثاره على الواقع أو مستقبلا، و يقصد بهذا الأخير الضرر الذي قامت أسبابه و لكن تراخت نتائجه للمستقبل¹، أما الشرط الثاني فيتمثل في كون الضرر يمس مصلحة مشروعة للمتضرر، كما يشترط كذلك في الضرر أن يكون مباشرا أي يترتب مباشرة عن عدم تنفيذ الالتزام أو التأخر فيه²، و يسأل المرقى عن الضرر المباشر المتوقع أما الضرر المباشر غير المتوقع فلا يسأل عليه إلا في حالة الغش الجسيم³، و يضاف للشروط السابق ذكرها عدم سبق حصول المتضرر على تعويض عن نفس الضرر⁴.

4/- العلاقة السببية

وقوع الخطأ من جانب المرقى العقاري و إلحاقه ضرر بالمكتتب غير كافي لقيام مسؤوليته العقدية، و إنما يستدعي الأمر وجود علاقة تربط بين ركني الخطأ و الضرر تسمى بالعلاقة السببية (lien de causalité)⁵، حيث أن انعدام هذه العلاقة أو الرابطة يؤدي إلى انتفاء المسؤولية العقدية لانعدام أحد أركانها.

يقصد بالعلاقة أو الرابطة السببية في المسؤولية العقدية الصلة المباشرة بين خطأ المدين المخل بالتزامه العقدي و الضرر الذي لحق الدائن المضرور، حيث تعد من أهم أركان المسؤولية العقدية إذ أنه من غير المنطقي مساءلة شخص و الزامه بتعويض ضرر لم يكن نتيجة فعله.

بالعودة إلى نص المادة 182 من القانون المدني نجد أنها اشترطت أن يكون الضرر نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو التأخر فيه، و اعتبرت الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول.

¹ خشعي راضية، مسؤولية المرقى العقاري في القانون الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة، 2017، ص 112، 113.

² المادة 182 من القانون المدني، يعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يستطع الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول.

³ بوداود نشيدة، مرجع سابق الذكر، ص 240.

⁴ لا يمكن للمكتتب رفع دعوى أخرى ضد المرقى العقاري للمطالبة بالتعويض كون سبق الفصل في هذه الدعوى و هذا على أساس أنه لا يحق للمتضرر الحصول على تعويضين عن نفس الضرر.

⁵ مساءلة المدين عن إخلاله بالتزامه تتطلب بالإضافة إلى إثبات الدائن ركن الخطأ و الضرر، أن يكون الضرر نتيجة طبيعية للخطأ العقدي.

يتضح من خلال المادة الأخيرة أن المشرع أخذ بنظرية السبب المنتج أو الفعال في العلاقة السببية كوجه لتقرير المسؤولية المدنية سواء العقدية أو التقصيرية¹، ويعتبر السبب فعالاً أو منتجا إذا كان مألوفاً عادة لإحداث الضرر وهذا حسب المجرى العادي والطبيعي للأمر².

إن تطبيق ركن العلاقة السببية في مجال الترقية العقارية صعب نوعاً ما نظراً لتعدد الأطراف المتدخلة من مرقى عقاري ومقاول ومهندس معماري... إلخ، الأمر المؤدي إلى تعدد الأخطاء ومنه صعوبة البحث عن السبب المباشر في وقوع الضرر³

ب/- إثبات المسؤولية العقدية

سوف نتطرق أولاً إلى إثبات إخلال المرقى العقاري بالتزامه (الخطأ العقدي) ثم إلى إثبات الضرر والعلاقة السببية.

1/- إثبات إخلال المرقى العقاري بالتزامه العقدي (إثبات الخطأ العقدي)

مثلما سبق شرحه، يتمثل الخطأ العقدي في تخلف المدين عن تنفيذ التزامه أو التأخر فيه، وعلى اعتبار أن التزام المرقى العقاري هو التزام بتحقيق نتيجة وليس ببذل العناية⁴، وجب على المكتتب في عقد البيع على التصاميم إثبات عدم تحقق هذه النتيجة وهذا من خلال إثبات عدم تنفيذ الالتزام أو التأخر فيه.

يثبت المكتتب في عقد البيع على التصاميم الخطأ العقدي من جانب المرقى العقاري من خلال إثباته لوجود الالتزام أولاً ثم بعد ذلك إثبات عدم تنفيذه له⁵.

بالنسبة لإثبات الالتزام، فطبقاً لنص المادة 323 من القانون المدني يقع على عاتق الدائن إثبات الالتزام بينما يثبت المدين التخلص منه⁶، وبناء على ذلك يكفي للمكتتب المضروب إثبات وجود عقد بيع على

¹ زروقي إبراهيم، مرجع سابق الذكر، ص 198.

² اعتمد القضاء كذلك على نظرية السبب الفعال أو المنتج في تقرير المسؤولية العقدية حيث قضت المحكمة العليا بقرار لها صدر بتاريخ 17 نوفمبر 1996 أنه وجب لاعتبار أحد العوامل سبباً للضرر أن يكون فعالاً فيما يترتب عليه ولا يكفي مجرد التدخل في إحداث الضرر. أنظر: بوشعالة أسماء، مرجع سابق الذكر، ص 163.

³ أولد راجح صافية، المسؤولية المدنية للمرقى العقاري، مجلة القانون العقاري، جامعة البليدة 2، المجلد 4، العدد 1، مارس 2017، ص 277.

⁴ إن إثبات عدم تنفيذ الالتزام أو التأخر فيه في الالتزام بتحقيق نتيجة أهون وأيسر من إثبات عدم بذل العناية في الالتزام ببذل العناية.

⁵ بن وهاب مصطفى، مرجع سابق الذكر، ص 92.

⁶ أكدت المحكمة العليا على هذا المبدأ من خلال القرار الصادر عنها (الغرفة المدنية) بتاريخ 19 نوفمبر 1990 الحامل للرقم 63149، أنظر: المجلة القضائية، العدد الأول، 1992، ص 20.

التصاميم يستوفي كامل الشروط القانونية¹، أما بالنسبة لإثبات عدم التنفيذ العيني للالتزام فيقع كذلك على المكتتب، حيث يتعين على هذا الأخير إثبات عدم قيام المرقي بإنجاز البناية موضوع عقد البيع على التصاميم أو أي التزام آخر يتحمله.

2/- إثبات الضرر

المسؤولية العقدية تدور وجودا و عدما مع الضرر بحيث أنه لا مسؤولية عقدية للمدين بلا ضرر و هذا مهما بلغت جسامة الخطأ العقدي، كما أنه لا يفترض تحقق الضرر لمجرد إخلال المدين بالتزامه العقدي إذ يمكن أن لا ينفذ المدين التزامه و مع ذلك لا يصيب الدائن أي ضرر²، و عليه يقع إثبات الضرر على من يدعيه (الدائن).

في مسألة إثبات الضرر وجب التفرقة بين حالتين، الحالة الأولى هي مطالبة المكتتب للمرقي العقاري بالتنفيذ العيني للالتزام فهنا لا يكون المكتتب مطالبا بإثبات الضرر كون مجرد عدم تنفيذ الالتزام يؤدي حتما إلى ثبوت الضرر، عكس الحالة الثانية المتمثلة في مطالبة المكتتب للمرقي العقاري بالتعويض أو ما يسمى بالتنفيذ بمقابل، فهنا يكون المكتتب مجبرا بإثبات الضرر الذي لحقه جراء الإخلال بالالتزام و هذا بكافة وسائل الإثبات المقررة قانونا³.

3/- إثبات العلاقة السببية

إثبات العلاقة السببية في مجال الترقية العقارية عموما يمتاز بالأهمية البالغة و هذا نظرا لتعدد أطرافها و بالتالي تعدد الأخطاء، مما يستدعي ضرورة البحث عن السبب المنتج و الفعال و ربطه بالضرر.

الأصل في إثبات العلاقة أو الرابطة السببية أن يكون على عاتق الدائن المضرور⁴، غير أنه من أجل حماية هذا الأخير، اعتبر المشرع في بعض الأحيان أن هذه العلاقة مفترضة، و بالتالي لا نكون في هذه الحالة بصدد

¹ إن الحكم بالتعويض دون إثبات الالتزام الواقع على المدين يعد خرقا للقانون، أنظر: قرار المحكمة العليا رقم 49174 بتاريخ 17 جوان 1987، الغرفة المدنية، المجلة القضائية، العدد الثالث، 1990 ص 27.

² خوالده أحمد مفلح، شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية -دراسة مقارنة-، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، الأردن، 2011، ص 31.

³ بوداود نشيدة، مرجع سابق الذكر، ص 244.

⁴ الطباخ شريف، مرجع سابق الذكر، ص 632.

إثباتها و إنما بصدد نفيها، حيث ينتقل عبئ الإثبات من الدائن إلى المدين، و بالتالي لا يقع على المكتتب في عقد البيع على التصاميم إثبات العلاقة و إنما يجب على المرقى العقاري نفيها¹.

ج/- دعوى التعويض

قد يتفق المرقى العقاري المخل بالتزاماته مع المكتتب على إصلاح الضرر الناجم عن الإخلال و تعويضه و هذا دون الحاجة للجوء إلى القضاء، غير أنه في معظم الأحيان لا يتوصل الطرفان إلى حل ودي بخصوص التعويض بسبب رفض المرقى فكرة دفع التعويض من أساسها أو عدم الاتفاق على مقداره أو كيفية دفعه، مما يضع المكتتب المتضرر أمام حتمية اللجوء إلى القضاء للمطالبة بحقوقه عن طريق دعوى التعويض².

1/- شروط قبول دعوى التعويض

يشترط لرفع دعوى التعويض أمام القضاء توفر مجموعة من الشروط هي:

1/1- المصلحة: نصت على هذا الشرط المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، و يمكن تعريفها بأنها المنفعة المحققة من الشخص رافع الدعوى أو هي الفائدة المتحصل عليها للمدعي من الحكم الصادر، فهي بذلك تشكل الدافع وراء الدعوى و تحريكها، حيث تعد ركن و أساس ضروري و مهم لرفع الدعوى و هذا في القضاءين العادي و الإداري³.

شرط توفر المصلحة ليس مقرون بقبول الدعوى فحسب، بل هو لازم لأي طلب أو دفع أو طعن في الحكم، و لهذا وجب على المدعي باعتباره الشخص الذي أقام الدعوى توفره على هذا الشرط، أما المدعى عليه فلا يلزم توفر المصلحة لديه لقبول الدعوى المرفوعة ضده.

في حالة توفر المصلحة لدى المدعي وقت رفع الدعوى ثم زوالها في مرحلة النظر و الفصل في الدعوى فإن ذلك يؤدي إلى عدم قبولها كون المصلحة شرط مستمر و يجب أن يضل قائما إلى غاية الفصل في الدعوى.

¹ ريمان حسينة، مرجع سابق الذكر، ص 122.

² تعرف الدعوى القضائية بأنها حق اللجوء إلى القضاء من أجل الحصول على معونته في تقرير الحق أو حمايته، و يعتبر هذا الحق مقيدا بإلزامية توافر مجموعة من الشروط لاعتبار الدعوى قانونية و مقبولة. أنظر: بوضرسة عبد الوهاب، الشروط العامة و الخاصة لقبول الدعوى بين النظري و التطبيقي، الطبعة الثانية، دار هومه للنشر و التوزيع، الجزائر، 2006، ص 64.

³ الهدف الرئيسي وراء اشتراط المصلحة في رافع الدعوى هو ضمان جدية اللجوء إلى القضاء و عدم شغله بقضايا لا تحقق فائدة لأحد المتقاضين و هذا تطبيقا لقاعدة أنه لا دعوى بدون مصلحة.

ما يجدر الإشارة إليه أن المشرع لم يوضح في المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الطبيعة القانونية لشرط المصلحة، هل هو من النظام العام أم لا¹، و بالرجوع إلى المادة 67 من نفس القانون نجد أنها عرفت الدفع بعدم القبول بأنه الدفع الرامي إلى التصريح بعدم قبول طلب الخصم لانعدام الحق في التقاضي، كانعدام الصفة و المصلحة و التقادم و انقضاء الأجل المسقط و حجية الشيء المقضي فيه و ذلك دون النظر في موضوع النزاع، حيث يتضح من التعريف السابق أن المشرع أشار إلى بعض حالات الدفع بعدم القبول و التي نجد من بينها انعدام المصلحة، و اعتبر في المادة 69 من نفس القانون أن الدفع بعد القبول من النظام العام غير أنه ذكر حالتين² دون أن يحدد موقفه من المصلحة.

أرى أن المصلحة هي شرط أساسي لقبول الدعوى و هي من النظام العام، و بهذا يمكن للقاضي إثارة انعدامها في المدعي في أي مرحلة كانت فيها الدعوى، و في حالة عدم توفرها يقضي بعدم قبول الدعوى³.

حددت المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية شروط المصلحة كما يلي:

* أن تكون المصلحة قانونية و مشروعة؛ و يقصد بذلك المصلحة المعترف و المحمية بموجب القانون، حيث أكدت المادة 13 السابق ذكرها أنه لا يجوز لأي شخص رفع دعوى قضائية ما لم تكن له مصلحة يقرها القانون، فمثلا لا يجوز لغير الورثة إقامة دعوى قسمة التركة لعدم توفره على المصلحة القانونية، كما لا يجوز رفع دعوى للمطالبة بدين قمار لعدم قانونية المصلحة⁴ كونها لا تستند على قاعدة قانونية تقر بهذا الحق⁵.

و منه إذا كان الحق موضوع المطالبة القضائية غير معترف به قانونا فأن ذلك يؤدي إلى عدم قبول الدعوى.

* أن تكون المصلحة قائمة و حالة؛ و تكون المصلحة قائمة و حالة يوم رفع الدعوى بأن يكون الحق المدعى به أو المركز القانوني المراد حمايته قد تم الاعتداء عليه فعلا أو ثارت منازعة بشأنه، و يقع على المدعي إثبات أن له مصلحة قائمة و حالة.

¹ و هذا على غرار ما فعل مع شرط الصفة و الإذن اللذان اعتبرهما من النظام العام.

² الحاليتين هما: عدم احترام آجال طرق الطعن أو غياب طرق الطعن.

³ بوعبيد عز الدين، الحماية القضائية للملكية العقارية الخاصة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة تيارت، 2023، ص 20.

⁴ المادة 612 من القانون المدني تحظر القمار و الرهان باستثناء المسابقة و الرهان الرياضي الجزائري.

⁵ بن عمار حنان، دعاوى القضائية الناتجة عن بيع العقار أمام القضاء العادي، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة تيارت، 2023، ص 334.

إن الهدف من وراء اشتراط أن تكون المصلحة قائمة و حالة هو تجنب الدعاوى غير المتناهية القائمة و المبنية على مجرد الضن و الاحتمال، و كذا ضمان جدية اللجوء إلى القضاء¹.

الأصل أنه لا تقبل الدعوى إذا كانت المصلحة محتملة و بالتالي يجوز للمدعى عليه الدفع بعدم قبولها كونها غير قائمة و حالة، غير أن المشرع استثنى تطبيق هذه القاعدة في بعض الحالات بحيث سمح برفع بعض الدعاوى التي تكون قائمة على مصلحة محتملة غير حالة²، فهي في الأصل دعاوى وقائية تهدف إلى حماية الحق كالدعوى الاستعجالية.

أما بالنسبة لشرط أن تكون المصلحة شخصية و مباشرة فنستبعده في دراستنا لشرط المصلحة لقناعتنا أنه تحصيل حاصل لشرط الصفة و هو ما قد يبرر عدم نص المشرع عليه في المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

2/1- الصفة: لا يمكن لأي شخص اللجوء إلى القضاء للمطالبة بالحماية القانونية ما لم يتوفر فيه شرط الصفة، فهذه الأخيرة تمنح له هذا الحق، و الصفة في التقاضي و جب أن تتوفر في كل من المدعي و المدعى عليه.

*** ثبوت الصفة في المدعي:** تثبت الصفة في المدعي إذا كان هو صاحب الحق المطالب به أمام القضاء أو الذي تم الاعتداء عليه أو يخشى الاعتداء عليه، و تثبت الصفة كذلك لنائبه و خلفه، فإذا رفعت الدعوى من غير صاحب الحق أو من ينوب عنه أو خلفه فإن المحكمة تقضي بعدم قبولها، حيث للقاضي أن يثير تلقائياً انعدام الصفة في المدعي حتى و لو لم يثيرها الخصوم كونها من النظام العام³.

يبرر عدم قبول الدعوى من غير ذي صفة في كون أن صاحب الحق المطالب به هو الأقدر على ترجيح مصالحته في رفع الدعوى من عدمه، ومنه ليس للغير الحق في إجباره على رفعها، و إلا عد ذلك فضولاً منه⁴.

غير أنه في بعض الحالات استثنى المشرع الصفة في رافع الدعوى بحيث مكن أشخاص آخرين غير صاحب الحق في الحلول محله في الدعوى نظراً لما لهم من مركز قانوني مرتبط في نفاذه بالمركز القانوني المدعى به،

¹ بن الزويبر عمر، الصفة و المصلحة كشرط لقبول الدعوى المدنية، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية و السياسية، جامعة الأغواط، المجلد 6، العدد 2، سبتمبر 2022، ص 137.

² يقصد بالمصلحة المحتملة، المصلحة غير القائمة وقت رفع الدعوى و لكن يحتمل قيامها مستقبلاً.

³ المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

⁴ بن الزويبر عمر، مرجع سابق الذكر، ص 131.

حيث لا تقبل هذه الصفة الاستثنائية إلا بنص القانون، و أشهر تطبيقاتها الدعوى غير المباشرة، حيث أجازت المادة 189 من القانون المدني لكل دائن، و لو لم يحل أجل دينه، أن يستعمل باسم مدينه جميع حقوق المدين باستثناء ما كان خاصا بشخصه أو غير قابل للحجز، و يجب على الدائن إدخال المدين في الدعوى تحت طائلة عدم قبولها.

شرط الصفة الذي شرحناه أعلاه يتمثل في الصفة الموضوعية لرافع الدعوى، حيث يوجد نوع ثاني من الصفة يسمى الصفة الإجرائية، هذه الأخيرة تمثل صلاحية الشخص في مباشرة إجراءات الدعوى باسم غيره لا نيابة عنه و هذا في الحالات التي لا يمكن لصاحب الصفة الأصلي مباشرة الدعوى بنفسه، و مثال ذلك ثبوت رفع الدعوى للوصي أو الولي باسم الشخص القاصر أو فاقد أو ناقص الأهلية طبقا للمادة 44 من القانون المدني¹.

* ثبوت الصفة في المدعى عليه: لا تصح الدعوى القضائية إلا إذا رفعت من ذي صفة على ذي صفة و إن تعددوا، حيث يكون المدعي هو صاحب الحق المطالب به مثلما سبق شرحه، بينما يكون المدعى عليه هو الطرف السلبي في هذا الحق.

و في مجال الترقية العقارية تثبت الصفة في شخص المرقى العقاري باعتباره المسؤول الأول عن إنجاز البناية، و بالتالي وجب على المدعي (المكاتب في عقد البيع على التصاميم) في حالة تضرره جراء الإخلال بالالتزامات العقدية رفع دعواه ضد المرقى العقاري للمطالبة بالتعويض.

3/1- الإذن: في بعض الحالات يشترط القانون الإذن كشرط لرفع الدعوى بحيث لو لجأ المدعي للقضاء دون الحصول على الإذن عرض دعواه للحكم بعدم القبول، و للقاضي صلاحية إثارة انعدامه من تلقاء نفسه تطبيقا لنص المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

¹ أهم ما يميز الصفة الإجرائية عن الصفة الموضوعية نجد:

-صاحب الصفة الإجرائية لا يكون طرفا في الدعوى، أي لا مدعي أو مدعى عليه، و إنما يبقى صاحب الصفة الموضوعية هو المدعي أو المدعى عليه.

-تثبت الصفة الإجرائية سوى لمن تتوافر لديه أهلية الأداء المقررة في نص المادة 40 من القانون المدني عكس الصفة الموضوعية التي تثبت لكل شخص.

- يترتب على زوال الصفة الموضوعية لأحد أطراف الدعوى أثناء سيرها عدم قبولها كون يشترط أن تظل الصفة قائمة إلى غاية صدور الحكم، عكس زوال الصفة الإجرائية الذي يترتب عليه انقطاع الخصومة.

2/- إجراءات دعوى التعويض

نصت المادة 179 من القانون المدني أنه لا يستحق التعويض إلا بعد إعدار المدين، و منه لا يمكن للمكتب في عقد البيع على التصاميم مطالبة المرقى العقاري بتنفيذ التزامه أو دفع التعويض أمام القضاء إلا بعد إعداره، و يتحقق إعدار المرقى العقاري بإنذاره أو بما يقوم مقام هذا الأخير، و يكون عن طريق البريد كما يجوز أن يترتب على اتفاق يقضي بأن يكون المرقى العقاري المدين معذرا بمجرد حلول الأجل دون الحاجة لإجراء آخر¹، و لا ضرورة لإعدار المدين عند تعذر تنفيذ الالتزام أو أصبح غير مجد بفعل المدين، أو حالة ما إذا كان محل الالتزام تعويضا ترتب عن عمل مضر، أو كان محل الالتزام رد شيء يعلم المدين أنه مسروق أو شيء تسلمه بدون حق مع علمه بذلك، أو إذا صرح المدين عن طريق الكتابة أنه لا ينوي تنفيذ ما تم الاتفاق عليه من التزامات².

يباشر المكتب دعوى التعويض أمام المحكمة العادية، و الأصل أن ترفع دعواه أمام القاضي المدني باعتباره صاحب الاختصاص الأصيل للنظر في هكذا دعوى³، و يطبق بخصوص الإجراءات الخاصة بها قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، غير أنه إذا شكلت الوقائع و الأفعال المرتكبة من المرقى العقاري و التي أحدثت ضررا للمكتب وصف الجريمة، فإن للمتضرر حق الاختيار بين القضاء المدني أو الجزائي للمطالبة بالتعويض، فإذا اختار القضاء الأصلي (المدني) و يجب مراعاة قاعدة أن الجزائي يوقف المدني و الحكم الصادر عن القسم الجزائي له حجية بما فصل فيه أمام القاضي المدني⁴.

و ترفع دعوى التعويض أمام المحكمة المختصة إقليميا و هي المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها العقار، أو المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان تنفيذ الأشغال⁵.

و فيما يخص التعويض عن الضرر الحاصل بفعل جنائية أو جنحة أو مخالفة أو فعل تقصيري، يؤول الاختصاص للجهة القضائية التي وقع في دائرة اختصاصها الفعل الضار⁶.

¹ المادة 180 من القانون المدني.

² المادة 181 من نفس القانون.

³ منصور إسحاق إبراهيم، نظريتا القانون و الحق و تطبيقاتهما في القوانين الجزائرية، دون رقم الطبعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1986، ص 278.

⁴ المادة 339 من نفس القانون، و كذا: شعاشعية لخضر، حجية الأحكام الجزائية أمام القضاء المدني، مجلة دائرة البحوث و الدراسات القانونية و السياسية، المركز الجامعي تيبازة، المجلد 1، العدد 1، جانفي 2017، ص 260.

⁵ المادة 40 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

⁶ المادة 39 من نفس القانون.

الفرع الرابع: رجوع صندوق الضمان والكفالة المتبادلة على المرقي العقاري

يترتب على حلول صندوق الضمان و الكفالة المتبادلة محل المكتبتين في عقد البيع على التصاميم رجوع الصندوق على المرقي العقاري الذي أخل بالتزاماته، و يكون الرجوع إما وديا باتفاق الطرفين (أولا)، أو عن طريق القضاء (ثانيا).

أولا: رجوع الصندوق على المرقي العقاري وديا

نصت المادة 7 من المرسوم التنفيذي 97-406 المتضمن إحداث صندوق الضمان و الكفالة المتبادلة على أنه يمكن لهذا الأخير بعد تعويض المكتبتين القسط المدفوع للمرقي العقاري، الموافقة على جدول دفع للمرقي العقاري المنخرط بشرط أن لا تزيد مدته على الخمس 5 سنوات، كما ربطت نفس المادة موافقة الصندوق على تحقق أحد الحالتين المتمثلتين في كون فشل المرقي العقاري كان خارجا عن إرادته و سببه حدوث فعل غير متوقع لا يمكن تجاوزه، أو حالة وجود ضمانات حقيقية أو قيم تتعلق بالذمة المالية من شأن تحقيقها إحداث ضرر مؤكد لا يمكن تداركه و يخل باستمرار نشاطه.

ما يمكن ملاحظته حول المادة السابقة أنها حصرت هذا الامتياز على المرقين العقاريين المنخرطين في صندوق الضمان و الكفالة المتبادلة دون غيرهم¹.

ثانيا: رجوع الصندوق على المرقي العقاري قضائيا

بعد قيام صندوق الضمان و الكفالة المتبادلة بالوفاء بالتزاماته تجاه المكتبتين باعتباره كفيل قانوني للمرقي العقاري، يمكن له طبقا للمادة 19 من وثيقة الضمان المقدمة للمرقي الرجوع على هذا الأخير بدعوى الحلول و هذا وفقا للمادة 671 من القانون المدني، و يكون الرجوع في حدود قيمة التعويضات المدفوعة للمكتبتين من قبل الصندوق و المساوية لما دفعه هؤلاء للمرقي العقاري، و يضاف إليها المصاريف القضائية الخاصة بالدعوى.

كما يمكن لصندوق الضمان و الكفالة المتبادلة الرجوع على المدين الأصلي بدعوى شخصية التي تسمى أيضا دعوى الكفالة طبقا لنص المادة 672 من القانون المدني، و التي من شروطها:

¹ دوة آسيا، صندوق الضمان و الكفالة المتبادلة في نشاط الترقية العقارية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة البليدة، 2012، ص 134.

- قيام صندوق الضمان و الكفالة المتبادلة بتعويض التسديدات للمكتتبين باعتباره كفيل قانوني، حيث لا يمكن للكفيل الرجوع على المدين الأصلي قبل قيامه بالوفاء للدائن لأن رجوعه منوط بتحقيق الوفاء.¹

- قيام صندوق الضمان بإخطار المرقى العقاري قبل الوفاء، و منه وجب على الكفيل أن لا يقصر في إخطار المدين تقصيرا ينتج عنه ضرر لهذا الأخير.²

و يكتفي الصندوق في هذه الدعوى بالرجوع على المرقى العقاري بأصل الدين و المصروفات.³

المطلب الثاني: المنازعات الناشئة بسبب إخلال المكتتب بالتزامه بدفع التسديدات

يرتب عقد البيع على التصاميم التزامات متبادلة بين أطرافه، فمن جهة يلتزم المرقى العقاري بإنجاز البناية وفقا لما تم الاتفاق عليه و في الأجال المحددة، و يقابل ذلك قيام المكتتب بدفع التسديدات المستحقة بالموازاة مع تقدم الأشغال، و يعتبر الالتزام الأخير أهم التزام يترتب العقد لصالح المرقى العقاري كونه السبيل الوحيد لإنهاء مشروع العقاري.

يتقرر لمصلحة البائع في عقد البيع العادي مجموعة من الضمانات القانونية المنصوص عنها في القواعد العامة و التي تكفل حقه في الحصول على مقابل البيع، حيث أخذ المشرع بمصلحة البائع وحدها عند تحديده لهذه الضمانات، غير أنه في بيوع الترقية العقارية عموما و البيع وفقا لصيغة البيع على التصاميم خصوصا، لم يكتفي المشرع بمصلحة المرقى العقاري بل أخذ بمصلحة مشروع البناء ككل في حال تعدد المكتتبين، ذلك أن ضمان تسديد كل مكتتب ما بذمته من قسط يساهم في استمرار عملية البناء و تمويل المشروع، في حين أن أي تأخر أو امتناع عن الدفع، و لو من مكتتب واحد، سيؤثر على التمويل مما ينعكس على مصالح كافة المكتتبين في الحصول على سكناتهم في الوقت المحدد.⁴

في حالة عدم التزام المكتتب بدفع الأقساط المفروضة عليه، جاز للمرقى العقاري اللجوء لأحد الخيارات التالية، فله أن يوقع على المكتتب عقوبة التأخير أو يفسخ العقد بحكم القانون، كما يمكنه أيضا اللجوء إلى القضاء للمطالبة بتنفيذ العقد أو فسخه قضائيا مع التعويض.

¹ زهران همام محمد محمود، التأمينات العينية و الشخصية (الكفالة-الرهن الرسمي-حق الاختصاص-الرهن الحيازي- حقوق الامتياز)، دون رقم الطبعة، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2002، ص 203.

² تناغو سمير عبد السيد، التأمينات الشخصية و العينية (الكفالة-الرهن الرسمي-حق الاختصاص-الرهن الحيازي- حقوق الامتياز)، دون رقم الطبعة، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1992، ص 109.

³ المادة 672 فقرة 2 من القانون المدني.

⁴ سيبيل جعفر حاجي عمر، مرجع سابق الذكر، ص 178.

الفرع الأول: التزام المكتتب بدفع التسديدات

من الالتزامات الجوهرية المفروضة على المقتني في عقود البيع بصفة عامة دفع ثمن المبيع، و يكتسي هذا الالتزام أهمية بالغة في عقود البيع على التصاميم خاصة كونه أهم مصدر تمويل للمرقي العقاري لإنهاء مشروعه العقاري، و للسعر في عقد البيع على التصاميم خصوصيات من حيث طريقة وأجال تسديده تميزه عن البيع العادي.

الثمن هو المبلغ الذي يلتزم المشتري بالوفاء به للبائع من أجل الحصول على المبيع، و يشترط فيه أن يكون نقديا بحيث أنه إذا اتفق الطرفان على عوض من غير النقود كان العقد بينهما مقايضة أو أي عقد آخر غير البيع، كما يشترط أن يكون الثمن معيناً أو قابل للتعيين و أن يكون محددًا في العقد¹

أولاً: كيفية تسديد المكتتب للسعر

مثلما هو مقرر في القواعد العامة، ترك المشرع مسألة تحديد ثمن البيع لحرية الأطراف و إرادتهم و هو ما ينطبق على الترقية العقارية الحرة، غير أنه فيما يخص السكنات التي تستفيد من إعانة الدولة فتحدد أسعارها مسبقاً ولا دخل لإرادة المكتتب و المرقي في ذلك²، و عليه وجب تضمين عقد البيع المحرر أمام الموثق سعر البيع و الذي يكون تقديري (أولي) و إن كان قابلاً للمراجعة أم لا تحت طائلة البطلان³.

تختلف نسبة مساهمة المكتتب في سعر المبيع باختلاف نوع السكن أي إذا كان في إطار الترقية العقارية الحرة أو الترقية العقارية المدعومة، ففي الحالة الأولى يتحمل المكتتب وحده كامل السعر، في حين يستفيد في الحالة الثانية من دعم الدولة و بالتالي تصبح المساهمة شخصية منه بالإضافة إلى مساهمة الدولة عن طريق البنك الوطني للسكن.

الأصل أن طرفاً عقد البيع أحرار في الاتفاق على كيفية تسديد الثمن و تحديد ما إذا كان مؤجلاً أو معجلاً، فإذا لم يتم الاتفاق كان الثمن معجلاً يستحق وقت التسليم طبقاً لنص المادة 388 من القانون المدني، غير أن الأمر يختلف بالنسبة لعقد البيع على التصاميم و هذا بالنظر إلى خصوصيته، حيث ربطت المادة 28 من القانون 04-11 في فقرتها الأولى تسديد السعر بتقدم الإنجاز، و يكون في شكل دفعات تستحق في الأجل

¹ كامل رمضان جمال، الحقوق و الالتزامات القانونية في عقد البيع -المشكلات العملية في نقل الملكية-، الطبعة الأولى، دار الكتاب الحديث، القاهرة، مصر، 2012، ص 281.

² من البيوع التي لا يرجع فيها تحديد الثمن لإرادة المتعاقدين نجد البيوع الجبرية كالبيع بالمزاد العلني، حيث يحدد سعر البيع الشخص الذي رسي عليه المزاد.

³ المادتين 37 و 38 من القانون 04-11.

القانونية طبقا للمادة 58 من نفس القانون، و بهذا يساهم المكتتبين في تمويل المشروع العقاري بالنظر لعدم إمكانية لجوء المرقى العقاري للقروض البنكية من أجل تمويل مشروعه¹، و هو ما يحقق مصلحة الطرفين بحيث يتفادى المرقى العقاري الاقتراض من البنوك و ما يتطلبه الأمر من فوائد ربوية و تقديم ضمانات للبنك، و يسمح للمكتتب بالحصول على سكن دون أن يضطر لتسديد سعره دفعة واحدة.

مثلا سبق الإشارة إليه، يكون تسديد سعر السكن في عقد البيع على التصاميم في شكل دفعات، غير أن السؤال الذي يطرح في هذا الصدد هو مدى اعتبار تجزئة السعر على دفعات من النظام العام؟ أو بمعنى آخر هل يجوز لطرفي عقد البيع على التصاميم الاتفاق على عدم تجزئة السعر؟، يرى جانب من الباحثين أنه لا يمكن الاتفاق على مخالفة تجزئة السعر على دفعات و مرد ذلك أن ما يميز هذا العقد عن عقد البيع طبقا للقواعد العامة أن تجزئة السعر يأخذ صفة إلزامية، و في مقابل ذلك يرى الجانب الآخر من الشراح أنه يجوز دفع السعر في عقد البيع على التصاميم دون تجزئته و ذلك بالاستناد على نص المادة 37 من القانون 04-11 في فقرتها الثانية².

إن سبب اختلاف وجهات النظر بين الشراح مرده صياغة المشرع للمادة 37 من القانون 04-11 في فقرتها الأولى و الثانية، حيث تنص الأولى على وجوب تضمن عقد البيع لتشكيلة سعر البيع و آجال الدفع بالنسبة لتقدم الأشغال و هذا تحت طائلة بطلان العقد، الأمر الذي يوحي أن تقسيط سعر البيع و ربطه بتقدم الأشغال من النظام العام و بالتالي لا يجوز مخالفته، و دليل ذلك تقرير البطلان عند عدم توضيح ذلك في العقد، في حين نصت الفقرة الثانية على وجوب تحديد كفيات تجزئة تسديد السعر في حال الاتفاق على ذلك، مما يوحي بمفهوم المخالفة على إعفاء المكتتب و المرقى العقاري من تحديد ذلك في حالة الاتفاق على عدم تجزئة السعر³.

أرى أن كلا الرأيين لهما حجج قوية، غير أنه أرجح الرأي الأول لسببين، الأول يرجع لقواعد الترجيح المطبقة في حالة تعارض النصوص و التي تقضي بتسبيق دلالة المنطوق على دلالة المفهوم و بالتالي يقدم منطوق الفقرة الأولى على مفهوم الفقرة الثانية من المادة 37 من القانون 04-11، أما السبب الثاني فيرجع للطبيعة الخاصة للمحل في هذا العقد إذ أنه من غير المنطوق أن يوفي المكتتب بكامل التزاماته بدفع الثمن دفعة واحدة في حين لم يشرع المرقى العقاري بعد في تنفيذ التزامه المقابل بإنجاز السكن و تسليمه، و بالتالي فإن

¹ المادة 36 من نفس القانون.

² بوسته إيمان، مرجع سابق الذكر، ص 364.

³ بناسي شوقي، مرجع سابق الذكر، ص 327.

تجزئة تسديد سعر السكن يتماشى مع غاية و طموح المشرع بحماية و تحقيق مصلحة المكتتب من خلال عدم تسديده قسط من المبلغ إلا بعد إثبات تقدم المرقى العقاري في أشغال الإنجاز¹.

ثانيا: آجال تسديد السعر

ترك المشرع في ظل المرسوم التشريعي 93-03 الحرية لأطراف عقد البيع على التصاميم للاتفاق حول طريقة الدفع و هذا من خلال المادة 10 فقرة 6 منه، و يكون الدفع تبعا لمراحل تقدم أشغال الإنجاز طبقا للمادة 5 من المرسوم التنفيذي 94-58 المؤرخ في 7 مارس 1994 و المتعلق بنموذج عقد البيع بناء على التصاميم المطبق في مجال الترقية العقارية²، غير أنه لم يحدد المراحل و لا النسبة المئوية من سعر البيع الواجب دفعها في كل مرحلة، و بالتالي جاز للطرفين الاتفاق مثلا على 5 مراحل يستحق المرقى العقاري في كل مرحلة 20% من سعر البيع على أن يدفع القسط الأخير عند تسليم السكن للمكتتب، غير أن سكوت المشرع و عدم نصه على عدد المراحل و لا النسب المئوية المستحقة في كل مرحلة و تركها لإرادة المتعاقدين فتح المجال للمتعامل في الترقية العقارية لفرضها على المقتنين باعتبارها الطرف القوي في العقد دون أن تكون لهم أي قدرة على المفاوضة.

و أمام هذا الأمر، استدرك المشرع نقائص المرسوم التشريعي 93-03 و المرسوم التنفيذي 94-58 و بادر من خلال المرسوم التنفيذي 13-431 إلى تحديد هذه المراحل و ما يقابلها من نسبة مئوية من سعر البيع، و ما يمكن ملاحظته على هذه الأقساط أنها متوالية دون أن تكون متساوية أو ثابتة.

و يبدو أن المشرع من خلال تحديده لمراحل الدفع و ما يقابل كل مرحلة من نسبة مئوية قد حاول تحقيق التوازن في التكلفة الحقيقية لكل مرحلة من المراحل و هذا حتى لا يدفع المكتتب سعرا أكبر من قيمة ما تم إنجازه فعلا³.

و نصت المادة 3 من المرسوم التنفيذي 13-431 أنه يتم تسديد سعر السكن في عقد البيع على التصاميم حسب حالة تقدم الأشغال وفقا للحدود الآتية:

- عشرون بالمائة 20% من سعر البيع المتفق عليه: عند التوقيع.

- خمسة عشر بالمائة 15% من سعر البيع: عند الانتهاء من الأساسات.

¹ المرجع نفسه، ص 328.

² الجريدة الرسمية عدد 13 المؤرخة في 9 مارس 1994.

³ بولنوار نجيب، مرجع سابق الذكر، ص 236.

- خمسة و ثلاثون بالمائة 35% من سعر البيع: عند الانتهاء من الأشغال الكبرى بما في ذلك المساكنة و الأسوار الداخلية و الخارجية.

- خمسة و عشرون بالمائة 25 % من سعر البيع: عند الانتهاء من جميع الأشغال مجتمعة بما في ذلك الربط بشبكة الطرقات و الشبكات المختلفة بالإضافة إلى التهيئة الخارجية.

- و أخيرا دفع الرصيد المتبقي و المقدر بخمسة بالمائة 5% من سعر البيع: عند إعداد محضر الحيازة أمام نفس الموثق الذي أعد عقد البيع على التصاميم.

و رتب المشرع عقوبات مدنية و أخرى جزائية عند مخالفة ما جاء في المادة 3 من المرسوم التنفيذي 13-431، فبالنسبة للعقوبات المدنية فنجد أنه رتب البطلان على كل بند من العقد هدفه حصر أو إقصاء الضمانات المنصوص عليها في القانون 11-04¹، أما فيما يتعلق بالعقوبات الجزائية فإنه رتب عقوبة الحبس من شهرين 2 إلى سنتين و غرامة مالية من مائتي ألف دينار 200.000 دج إلى مليوني دينار 2.000.000 دج في حالة مطالبة المرقى العقاري أو قبوله أي تسبيق أو اكتتاب أو إيداع أو قبوله لسندات تجارية مهما كان شكلها قبل توقيع عقد البيع على التصاميم أو قبل استحقاق الدين².

ما يمكن ملاحظته على المشرع الجزائري من خلال نصه على تقسيط سعر السكن و ربطه بمراحل أشغال الإنجاز أنه سار على خطى نظيره الفرنسي، حيث نصت المادة 14-261R من قانون البناء و السكن الفرنسي أنه لا يمكن أن تتجاوز الدفعات في مجموعها:

- خمسة و ثلاثون بالمائة 35 % من الثمن عند الانتهاء من الأساسات.

- سبعون بالمائة 70% عند الإتمام من الأشغال الكبرى.

- خمسة و تسعون بالمائة 95% عند إنجاز العقار.

- أما بالنسبة للقسط المتبقي و المقدر بخمسة بالمائة 5% فيتم دفعه للمرقي عند وضع المحلات تحت تصرف المشتري، مع إمكانية الحجز عليه عند عدم تطابق العقار مع توقعات العقد³.

¹ المادة 45 من القانون 11-04.

² المادة 71 من نفس القانون.

³ بن عامر محمد، مرجع سابق الذكر، ص 489.

كما رتب المشرع الفرنسي أيضا عقوبات مدنية و جزائية في حال مخالفة قاعدة تقسيط السعر تتمثل في اعتبار البند الذي يخالف القاعدة غير مكتوب و عقوبات مالية و أخرى سالبة للحرية¹.

لم يحدد المرسوم التنفيذي 58-94 كيفية إثبات انتهاء المرقى العقاري من كل مرحلة من مراحل الإنجاز على عكس المرسوم التنفيذي 431-13 و الذي قضى في بند التسليم أن انتهاء مرحلة معينة قبل انقضاء الأجل الأقصى المحدد في العقد يمنح الحق لدفع الاستحقاق الموافق للمرحلة من طرف صاحب المشروع و تحت مسؤوليته و تقع المصاريف على البائع و يوقع هذا الأخير على محضر معاينة و يسلمه للمقنتي للتوقيع عليه مقابل وصل استلام.

ما يمكن ملاحظته على البند السابق أنه ورد خطأ في صياغته، حيث أن المعاينة تتم عن طريق المهندس المعماري maitre d'œuvre و ليس من طرف صاحب المشروع و المتمثل في شخص المرقى العقاري، و هو ما أكده المرسوم التنفيذي 431-13 الصادر باللغة الفرنسية الذي كان أصح بالمقارنة مع النص العربي².

يلتزم المرقى العقاري باستخدام السعر المدفوع من طرف المكتتب لغرض إنجاز المشروع العقاري فقط و إلا قامت مسؤوليته، حيث نص التشريع الفرنسي أن على البائع ألا يستخدم الأموال المقبوضة لغاية أخرى غير البناء و إلا عد مرتكبا لجريمة إساءة استعمال الأمانة مما يعرضه لمسائلة جزائية³.

كخلاصة لكل ما سبق التطرق إليه في هذا الفرع، يكون تقسيط سعر البيع في عقد البيع على التصاميم إلزامي و بالتالي لا يجوز لأطرافه الاتفاق على دفعه دفعة واحدة سواء قبل الانطلاق في عملية الإنجاز أو بعد الانتهاء منها، مع ضرورة احترام و عدم تجاوز النسب القصى المحددة قانونا، و هو ما يتفق عليه كلا التشريعين الجزائري و الفرنسي، غير أنه يجوز للأطراف الاتفاق على تقسيط السعر بنسب أقل حيث يتم تجزئة كل قسط مع تحديد وقت الدفع، فمثلا يتم تقسيم كل مرحلة إلى مرحلتين أو أكثر طالما لا يتم تجاوز الحد الأقصى لكل مرحلة.

الفرع الثاني: آثار تخلف المكتتب عن دفع التسديدات

يترتب على عدم دفع المكتتب لأقساط البيع لفائدة المرقى العقاري توقيع هذا الأخير عليه عقوبة التأخير أو فسخ عقد البيع على التصاميم بقوة القانون، أو مطالبته أمام القضاء بتنفيذ العقد أو فسخه.

¹ Bergel Jean-Louis, les contentieux immobiliers, Lextenso éditions, paris, France, 2010, p 232.

² حامى حياة، النظام القانوني لبيع بناية في طور الإنجاز في القانون الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2016، ص 217.

³ علاء حسين علي، عقد بيع المباني قيد الإنشاء -دراسة قانونية-، دون رقم الطبعة، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2011، ص 163.

أولاً: توقيع عقوبة التأخير

منح المشرع للمرقي العقاري ضمان هام لتحصيل ثمن المبيع في عقد البيع على التصاميم من خلال إعطائه الحق في توقيع عقوبة التأخير على المكتتب المخل بالتزامه المتعلق بتسديد السعر في الآجال القانونية، حيث نصت في هذا الشأن المادة 53 فقرة 1 من القانون 04-11 أنه يتعين على المكتتب دفع التسديدات التي تقع على عاتقه في الآجال المحددة، و في حالة المخالفة، يحتفظ المرقي العقاري بحقه في توقيع عقوبة على المبلغ المستحق، و في نفس السياق جاء في الملحق الأول للمرسوم التنفيذي 13-431 المتضمن نموذج عقد البيع على التصاميم في بند "كيفية الدفع" أنه في حالة عدم تسديد المكتتب ما عليه في المدة المحددة، يحتفظ المرقي العقاري البائع بحقه في توقيع عقوبة التأخير على المبلغ المستحق و المحدد وفقا للقانون 04-11.

نشير أن توقيع عقوبات على المكتتب لفائدة المرقي العقاري عند التأخر في تسديد الأقساط دون إقرار عقوبات على المرقي العقاري في حالة التأخر في التسليم يعد بندا تعسفيا يؤدي إلى عدم التوازن الجسيم في العلاقة التعاقدية، لذلك تناول التشريع الجزائري فكرة عقوبات التأخير بنص قانوني كما رتبها على عاتق طرفي العقد في حالة عدم احترام الآجال المتفق عليها¹.

يلاحظ مما سبق ذكره أن المشرع لم يحدد الحد الأقصى لعقوبة التأخير و هو ما يعد ثغرة قانونية قد تفتح المجال أمام المرقي العقاري للتعسف في توقيع عقوبة التأخير²، و بالتالي كان جدير بالمشرع سد هذه الثغرة و النص على الحد الأقصى مثلما فعل المشرع الفرنسي الذي نص في الفقرة الأخيرة من المادة R261-14 من قانون البناء و السكن أنه إذا تضمن العقد عقوبة التأخير لا يمكن بأي حال من الأحوال أن تتجاوز نسبتها 1% شهريا³.

تكيف عقوبة التأخير من الناحية القانونية على أنها شرط جزائي و بذلك فهي تخضع للرقابة القضائية طبقا للمادتين 184 و 185 من القانون المدني⁴، و يعرف الشرط الجزائي بأنه اتفاق يقدر فيه أطراف العقد

¹ بن عامر محمد، مرجع سابق الذكر، ص 490.

² و هذا خلافا لعقد البيع بالإيجار، حيث يتحمل المستأجر المستفيد الشرط الجزائي في حالة تأخره عن دفع أي قسط شهري و يكون ذلك بتطبيق زيادة قدرها 2% من مبلغ القسط الشهري تطبيقا لنص المادة 12 فقرة 1 من المرسوم التنفيذي 01-105 الذي يحدد شروط شراء المساكن المنجزة بأموال عمومية أو مصادر بنكية أو أي تمويلات أخرى في إطار البيع بالإيجار، و تجدر الإشارة أن هذه النسبة كانت 5% زيادة في مبلغ القسط الشهري و هذا قبل تعديل المادة السابقة بالمادة 6 من المرسوم التنفيذي 03-35 المؤرخ في 13 جانفي 2003 المعدل و المتمم للمرسوم التنفيذي 01-105 (الجريدة الرسمية عدد 04 المؤرخة في 22 جانفي 2003)، و كانت تطبق هذه الزيادة (5%) عند تخلف المستأجر عن تسديد ثلاثة أقساط متتالية و ليس قسط واحد كما هو عليه الحال الآن. أنظر: زنوش طاوس، البيع بالإيجار، دون رقم الطبعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2016، ص 203.

³ Article R 261-14 « Si le contrat prévoit une pénalité de retard..... Le taux de celle-ci ne peut excéder 1% par mois ».

⁴ بناسي شوقي، مرجع سابق الذكر، ص 338.

سلفا التعويض المستحق للدائن إذا لم ينفذ المدين ما عليه من التزام أو يتأخر فيه¹، أو هو الاتفاق الذي بمقتضاه يلتزم المدين بالقيام بعمل يكون في الغالب دفع مبلغ من النقود في حالة إخلاله بالالتزام أصلي تقرر في ذمته أو تأخر في الوفاء به و هذا كجزء له عن هذا الإخلال و تعويضا للدائن المتضرر².

و على اعتبار أن عقوبة التأخير (الشرط الجزائي أو التعويض الاتفاقي) هي وسيلة اتفاقية لتقدير قيمة التعويض المستحق للدائن عند إخلال المدين بالتزامه³، فإنه لا يقضى بها إلا في حالة تحقق المسؤولية العقدية للمدين، و عليه وجب لإلزام هذا الأخير بدفع التعويض توافر الشروط اللازمة لنشوء الحق في التعويض و هي نفسها أركان المسؤولية العقدية المتمثلة في الخطأ العقدي و الضرر و العلاقة السببية بينها.

و على الرغم من أن الشرط الجزائي مصدره إرادة الطرفين المتعاقدين، إلا أنه وجب أن لا تكون قيمة التعويض مبالغ فيها، و في حالة العكس، جاز للمكاتب اللجوء إلى القضاء لتخفيض قيمة التعويض، و يجوز للقاضي في هذه الحالة تخفيض قيمته إذا أثبت المدين (المكاتب) أن التقدير كان مفرطاً أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه أي أن المكاتب دفع للمرتقي العقاري جزء من القسط⁴ 5.

ثانياً: فسخ عقد البيع على التصاميم

الجديد الذي جاء به القانون 04-11 مقارنة بالمرسوم التشريعي 03-93 هو النص على فسخ عقد البيع على التصاميم بقوة القانون عند عدم التزام المكاتب بدفع الأقساط المستحقة للمرتقي العقاري، و الأصل في الفسخ أن يكون قضائياً طبقاً لنص المادة 119 من القانون المدني و التي جاء فيها أنه إذا لم يوف أحد أطراف العقد بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر المطالبة بتنفيذ العقد أو فسخه مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الأمر كما يجوز للقاضي منح المدين أجلاً أو أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل

¹ تناغو عبد السيد سمير، أحكام الالتزام و الإثبات، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، مصر، 2009، ص 249.

² هذا الاتفاق أطلقت عليه معظم التشريعات العربية و منها التشريع الفرنسي و كذا التشريعات العربية تسمية "التعويض الاتفاقي"، أما بالنسبة للتشريعات الأخرى فأطلقت عليه تسميات أخرى كالشرط التغريبي أو البند الجزائي أو الضمان الاتفاقي، و جميع هذه التسميات تطلق على نظام قانوني واحد لا تختلف أحكامه أو سماته أو طبيعته رغم اختلاف التسمية، أنظر: سبيل جعفر حاجي عمر، مرجع سابق الذكر، ص 178.

³ معظم العقود إن لم نقل كلها و المتعلقة ببيع البنائيات قيد الإنشاء أو الإنجاز لا تخلوا من النص على العقوبات التأخيرية نظراً لما تحققه من فائدة للمتعاقد فيما يخص تنفيذ العقد و عدم الإخلال بالالتزامات المنصوصة فيه، حيث تعد وسيلة ضغط على المدينين لحملهم و حثهم على تنفيذ ما عليهم من التزامات، كما يعتبر وسيلة ودية لفض المنازعات القائمة بين المرتقي و المكاتب و بالتالي تجنب الإجراءات القضائية الطويلة و المعقدة و كذا المصاريف.

⁴ المادة 184 فقرة 2 من القانون المدني.

⁵ و هو نفس موقف المشرعين العراقي و المصري، حيث مكنا طرفاً عقد بيع بناية قيد الإنشاء من الاتفاق على الشرط الجزائي عند عدم تنفيذ المقتني لالتزامه بدفع الأقساط، على أن يكون للمقتني الحق في الرجوع إلى المحكمة إذا كانت قيمة التعويض مبالغ فيها.

الأهمية بالمقارنة مع باقي الالتزامات¹، غير أن المادة التي تلي المادة السابقة أجازت لأطراف العقد الاتفاق على اعتبار العقد مفسوخا بقوة القانون عند التخلف عن الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه و دون الحاجة إلى حكم قضائي².

تم النص على فسخ عقد البيع على التصاميم بحكم القانون عند عدم التزام المكتتب بتسديد الدفعات في الفقرة الثانية من المادة 53 من القانون 04-11 و كذا بند فسخ العقد الموجود في نموذج عقد البيع على التصاميم الملحق بالمرسوم التنفيذي 431-13، و الحقيقة أن المشرع رتب الفسخ بحكم القانون كونه رأى أن عدم تسديد المكتتب لدفعتين متتاليتين يشكل تهديد مالي حقيقي لمصالح المرقى العقاري و من ثم كان لزاما عليه التدخل و مواجهة هذه الفرضية بصرامة³.

و يشترط لفسخ المرقى العقاري عقد البيع على التصاميم بحكم القانون توفر شرطين أساسيين هما:

- عدم تسديد المكتتب لدفعتين متتاليتين: بخصوص هذا الشرط و جب التنبيه إلى نقطة مهمة، حيث مثلما سبق شرحه، قسم المشرع سعر السكن في عقد البيع على التصاميم إلى خمسة دفعات تسدد للمرقى العقاري و ربطها بمراحل تقدم أشغال الإنجاز، و في نفس الوقت أجاز للمرقى و المكتتب الاتفاق على تقسيط كل دفعة من هذه الدفعات، و بناء على ذلك فإن ما قصده المشرع في المادة 53 من القانون 04-11 بالدفعة هو المبلغ المستحق عند الانتهاء من كل مرحلة و ليس الأقساط الخاصة بكل دفعة، و بالتالي إذا اتفق طرفا العقد على تقسيط كل دفعة و توقف المكتتب عن دفع قسطين متتالين فإن ذلك لا يعطي الحق للمرقى العقاري لتطبيق أحكام المادة السابقة و فسخ عقد البيع و إنما يشترط لإعمال حكم ما جاء فيها عدم دفع دفعتين متتاليتين متعلقتين بمرحلتين متتاليتين من مراحل أشغال الإنجاز⁴.

- توجيه إعدارين للمكتتب: يتعين على المرقى العقاري توجيه إعدارين للمكتتب مدة كل واحد منها خمسة عشر يوما (15) يتم تبليغهما عن طريق المحضر القضائي، و يشترط عدم الرد عليهما⁵.

و تجدر الإشارة إلى أن المشرع نظم الفسخ في إطار المرسوم التنفيذي 58-94 الملغى بطريقة مخالفة و مغايرة لما جاء في القانون 04-11 و المرسوم التنفيذي 431-13، حيث نص عليه في المادة 13 من نموذج عقد البيع بناء على التصاميم المعنونة ب "بنود مبطللة"، و قسم هذه المادة إلى عدة فقرات تحتوي كل فقرة على

¹ المادة 119 من القانون المدني.

² المادة 120 من نفس القانون.

³ بناسي شوقي، مرجع سابق الذكر، ص 338.

⁴ مشتاوي سمير، مرجع سابق الذكر، ص 70.

⁵ هناك من رجال القانون من اعتبر أن مدة ال15 يوما مدة قصيرة و غير كافية.

حكم، فالأولى تلزم الطرف المقصر بدفع تعويض متفق عليه بين الطرفين مسبقا في العقد، أما الثانية فألزمت الطرف المتضرر بتعويض الضرر المحتمل الذي ألحق المتعاقد الآخر، و يحدد القاضي بناء على طلب المتضرر، درجة الضرر و مبلغ التعويض، و فيما يخص الفقرة الثالثة فألزمت المتعامل في الترقية العقارية برد المبالغ المدفوعة له من طرف المشتري خلال مدة متفق عليها بين الطرفين، أما الرابعة فميزت بين حالتين، الحالة الأولى و هي فسخ العقد من طرف المشتري و هنا يرد له إلا أصل المبلغ المدفوع، و الحالة الثانية هي فسخ العقد من طرف المتعامل في الترقية العقارية و هنا يتحمل هذا الأخير بالإضافة إلى رد المبلغ فوائد التأخير، و بالنسبة للفقرة الخامسة فنصت على وجوب تحرير عقد الفسخ مهما كان سبب الفسخ أو صيغته لدى الموثق، أو يكون موضوع إيداع لدى الموثق إذا تعلق الأمر بقرار محكمة، مع خضوعه لشكليات الإشهار العقاري، أما فيما يخص الفقرة السادسة و الأخيرة، فأوجب احتواء الفسخ لوصل الرصيد الباقي بين أطراف العقد.

و بالمقارنة مع التشريع الفرنسي، نجد أن هذا الأخير قد عالج مسألة فسخ عقد بيع المباني قيد الإنجاز بموجب نص المادة L261-13 من قانون البناء و الإسكان الفرنسي و التي أجازت للمرقي العقاري البائع تضمين العقد ببند الفسخ بقوة القانون¹ في حال تخلف المشتري عن دفع ما عليه من أقساط، غير أن هذا البند لا يكون له أثر إلا بعد مرور شهر من توجيه الإنذار أو الأمر بالدفع دون تحقيق نتيجة، و للمشتري خلال هذه الفترة إما التدارك و دفع ما عليه، أو تقديم طلب إلى القاضي لمنحه مهلة للوفاء طبقا للمادة 5-1343 من القانون المدني الفرنسي.

من خلال الفقرة الأخيرة يظهر التقارب الموجود بين المشرعين الجزائري و الفرنسي، إلا أن هذا الأخير كان أكثر مرونة، حيث أنه جعل مسألة إدراج البند المتعلق بفسخ العقد بقوة القانون بيد المرقي العقاري في حين أن المشرع الجزائري فرض ذلك بموجب نص أمر، كما أنه أعطى للمشتري الحق في اللجوء إلى القضاء من أجل طلب أجل للوفاء و هو ما لم ينص عليه المشرع الجزائري، و بالتالي يتضح مما سبق أن المشرع الفرنسي قد وازن بين مصلحة المرقي العقاري و المكتب بينما رجح المشرع الجزائري مصلحة المرقي العقاري².

بالإضافة إلى بند فسخ عقد البيع على التصاميم بحكم القانون، تضمن نموذج عقد البيع على التصاميم الملحق بالمرسوم التنفيذي 431-13 بند تحت عنوان "فسخ العقد بموافقة الطرفين"، حيث منح لطرفي العقد الحرية في تحديد الكيفيات التوافقية للفسخ، و هو ما يطلق عليه بالفسخ الاتفاقي، و هذا بالاستناد

¹ Une clause de résolution de plein droit.

² شوقي بناسي، مرجع سابق الذكر، ص 340.

على مبدأ سلطان الإرادة و بالتالي يمكن للمتعاقدين في إطار مبدأ "العقد شريعة المتعاقدين" الاتفاق على إدراج شرط فاسخ في صلب العقد¹.

ثالثاً: المطالبة أمام القضاء بتنفيذ العقد أو فسخه

مثلما سبق التطرق إليه، يمتلك المرقى العقاري الحق في توقيع عقوبة التأخير أو فسخ عقد البيع على التصاميم بحكم القانون في حال عدم التزام المکتتب بدفع ما عليه من أقساط، و بالإضافة إلى ذلك، يمكنه اللجوء إلى القضاء إما لإجبار المکتتب على تسديد الثمن أو فسخ عقد البيع قضائياً لعدم توفر شروط الفسخ القانوني².

أ/- المطالبة بتنفيذ العقد

ففيما يتعلق بالمطالبة بتسديد الثمن، نصت المادة 119 من القانون المدني على أنه إذا تخلف أحد المتعاقدين عن تنفيذ التزامه، جاز للمتعاقد الآخر بعد إعدار المدين أن يطالب هذا الأخير بتنفيذ العقد، و بالتالي بالاستناد لما جاء في المادة، يجوز للمرقى العقاري أن يرفع دعوى قضائية على المکتتب في عقد البيع على التصاميم يطالبه فيها بتسديد القسط مع إمكانية المطالبة كذلك بالتعويض، غير أن ما يمكن ملاحظته في الحياة العملية هو عدم لجوء المرقى العقاري لهذا الخيار إلا نادراً لسببين أساسيين، أولهما تجنب مزاحمة باقي دائي المکتتب (إن وجدوا) له، أما ثانيهما فيرجع لتفضيل المرقى العقاري فسخ عقد البيع على التصاميم و استرجاع ملكية السكن ليعيد بيعه مرة أخرى و بثمان أكبر، إذ و مع أزمة السكن الحادة التي تشهدها البلاد فإنه لن يجد أي إشكال في العثور على مشتري جديد³ خصوصاً إن كانت أشغال الإنجاز قد شارفت على الانتهاء⁴.

¹ أبو هزيم محمد عبد الله، أحكام الثمن في عقد البيع وفق أحكام التشريع "دراسة مقارنة"، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، الأردن، 2006، ص 186.

² و مثال ذلك عدم تسديد المکتتب لدفعة واحدة، إذ في هذه الحالة لا يمكن للمرقى العقاري الاستناد على المادة 53 من القانون 04-11 و فسخ العقد بقوة القانون لأن نفس المادة تشترط عدم تسديد دفعتين متتاليتين و ليس دفعة واحدة، ما يحتم على المرقى العقاري اللجوء للقضاء و فسخ العقد قضائياً.

³ عياشي شعبان، عقد بيع العقار بناء على التصاميم -دراسة مقارنة بين القانون الجزائري و الفرنسي-، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة، 2012، ص 319.

⁴ و هذا راجع لندرة السكنات الجاهزة، أنظر: بلطاس عبد القادر، إستراتيجية تمويل السكن في الجزائر، دون رقم الطبعة، دار الأسطورة، الجزائر، 2007، ص 5.

ب/- المطالبة بفسخ عقد البيع على التصاميم

أما بالنسبة لفسخ عقد البيع على التصاميم، فإنه طبقاً للقواعد العامة يجوز للدائن في حالة عدم تنفيذ المدين لالتزامه المطالبة أمام القضاء بفسخ العقد و هذا بعد إعداره¹، و يشترط لذلك توفر 3 شروط منها ما يتعلق بالعقد المراد فسخه و منها ما يتعلق بالمتعاقدين، بالإضافة إلى احترام الإجراءات القانونية.

1/- شروط الفسخ

يشترط لمطالبة المرقى العقاري بفسخ عقد البيع على التصاميم ما يلي:

- أن يكون العقد محل الفسخ ملزم لجانبين²؛ يعتبر هذا الشرط الذي نصت عليه المادة 119 من القانون المدني بديهي و منطقي حيث أنه لا فائدة للدائن في العقد الملزم لجانب واحد المطالبة بفسخ العقد، بل على العكس من ذلك تماماً تقتضي مصلحته إبقاء العقد و مطالبة المدين بتنفيذه، أما بالنسبة للعقود الملزمة لجانبين، تقتضي مصلحة الدائن في بعض الأحيان فسخ العقد، إذ أن استمرار العلاقة التعاقدية قائمة يعني أنه مدين في نفس الوقت و بالتالي يلتزم بتنفيذ ما عليه من التزامات عقدية لا يمكنه التخلص منها سوى بفسخ العقد³.

- عدم تنفيذ أحد المتعاقدين لالتزامه: الفسخ هو جزاء امتناع أحد المتعاقدين عن تنفيذ التزامه و بالتالي لا يحق لأي من المتعاقدين المطالبة بفسخ العقد إلا إذا أخل المتعاقد الآخر بتنفيذ التزامه، و يقصد بعدم التنفيذ "الانعدام الكلي أو الجزئي أو التأخر في التنفيذ أو التنفيذ السيئ"⁴.

- وفاء من طلب الفسخ بالتزامه: في الحقيقة لم يرد هذا الشرط في المادة 119 من القانون المدني غير أنه من غير المنطقي أن يطالب أحد المتعاقدين بفسخ العقد عند عدم تنفيذ المتعاقد الآخر لالتزاماته إذا لم يبادر هو بتنفيذ ما يقع عليه من التزامات، و عليه يشترط على المرقى العقاري متى أراد المطالبة بفسخ العقد أن يكون نفذ التزامه أولاً كأن ينتهي من إنجاز مرحلة من المراحل دون أن يقابل ذلك دفع المكتتب للقسط،

¹ المادة 119 من القانون المدني.

² نصت المادة 55 من القانون المدني أنه يكون العقد ملزماً للطرفين متى تبادل المتعاقدان الالتزام بعضهما بعضاً. اقترح الأستاذ علي سليمان إعادة صياغة نص المادة كما يلي: "يكون العقد ملزماً للطرفين متى يتبادل المتعاقدان الالتزام بعضهما البعض".

³ فيلاللي علي، الالتزامات-النظرية العامة للعقد-، دون رقم الطبعة، الموفم للنشر و التوزيع، الجزائر، 2001، ص 350.

⁴ وجب الإشارة إلى أنه في الالتزام بتحقيق نتيجة يكفي عدم تحققها لقيام مسؤولية المدين، و هذا عكس الالتزام ببذل عناية أين يشترط على الدائن الذي طلب الفسخ إثبات خطأ المدين المتمثل في التقصير أو الإهمال.

أما إذا أخل المرقى العقاري بالتزامه فإن سلوكه يكون مثل سلوك المكتتب و بالتالي لا وجود لأي مبرر يجعلنا نفضل حماية مصلحته عن طريق منحه الحق في فسخ العقد على حساب مصلحة المكتتب¹.

2/- إجراءات الفسخ

- **إعذار المكتتب:** وجب على المرقى العقاري قبل مباشرته لدعوى الفسخ أن يقوم بإعذار المكتتب في عقد البيع على التصاميم مطالبا إياه بتنفيذ التزامه، و توجيه الإعذار للمكتتب ليس شرط لقبول الدعوى و لكنه شرط للحكم بالفسخ.

- **رفع دعوى الفسخ و ضرورة صدور الحكم بالفسخ:** في حالة توفر الشروط التي سبق ذكرها، و بعد إعذار المدين، جاز للمرقى العقاري رفع دعوى قضائية أمام المحكمة ضد المكتتب في عقد البيع على التصاميم للمطالبة بفسخ العقد بسبب تخلف هذا الأخير عن دفع قسط من الأقساط، و لا يمكن للمرقى العقاري اعتبار نفسه متحررا من التزاماته بمجرد توفر شروط الفسخ، بل وجب صدور حكم قضائي بذلك، لأنه قد يقوم المكتتب بدفع القسط بعد رفع الدعوى و قبل صدور الحكم أو قد يرفض القاضي الحكم بالفسخ².

يمكن للمرقى العقاري العدول عن طلب فسخ عقد البيع على التصاميم قبل صدور الحكم و في مقابل ذلك يطلب تنفيذ الالتزام، كما للمكتتب الحق في دفع الثمن قبل صدور الحكم بالفسخ³.

قد يكون الحكم بالفسخ منشئا له أو مقررا، ففي الفسخ الاتفاقي و بحكم القانون يكون الحكم مقررا للفسخ لا ناشئا له، أما الفسخ القضائي فالحكم فيه منشئ للفسخ.

3/- سلطة القاضي في دعوى الفسخ

إذا كان للمرقى العقاري الخيار بين طلب تنفيذ عقد البيع على التصاميم أو فسخه في حال عدم دفع المكتتب للقسط المستحق فإن ذلك لا يعني أن القاضي مقيد باختيار المرقى العقاري، فله أن يقضي بفسخ العقد، أو برفض الفسخ، أو حتى منح المكتتب أجلا لتنفيذ التزامه.

¹ فيلالى علي، مرجع سابق الذكر، ص 352.

² بن عمار حنان، مرجع سابق الذكر، ص 316.

³ دريس كمال فتحي، الوجيز في العقود الخاصة -عقد البيع و عقد الكفالة-، الجزء الأول، دون رقم الطبعة، سلسلة إصدارات مخبر التحولات القانونية الدولية و انعكاساتها على التشريع الجزائري، الوادي، الجزائر، 2022، ص 93.

- القضاء بفسخ عقد البيع على التصاميم: بالنظر إلى ملابسات القضية و مصلحة أطراف العقد، وكذا السلطة التقديرية الواسعة التي يتمتع بها، يمكن للقاضي أن يحكم بفسخ عقد البيع على التصاميم بعد تأكده من توفر الشروط السابق ذكرها إذا رأى أن ذلك يحقق مصلحة الطرفين¹، كما له أيضا أن يحكم بالتعويض لصالح المرقى العقاري متى أثبت هذا الأخير الضرر الذي لحقه جراء خطأ المكتتب².

و لا يحكم القاضي بالفسخ إلا إذا كان إخلال المكتتب بدفع الثمن قد بلغ حدا من الجسامة و يجعل المرقى العقاري يجد صعوبة في تمويل المشروع العقاري.

و يتعين لإجابة القاضي طلب الفسخ أن يضل المكتتب متخلفا عن تسديد القسط حتى صدور الحكم، و يستوي في ذلك أن يكون سيئ النية أو حسن النية، إذ محل ذلك يكون عند نظر القاضي في التعويض عن عدم تنفيذ الالتزام.

- القضاء برفض فسخ عقد البيع على التصاميم: قد تتوافر الشروط السابق ذكرها لفسخ عقد البيع على التصاميم و لكن قد لا يحكم به القاضي لما يتمتع من سلطة تقديرية، حيث بناء على ما ورد في نص المادة 119 من القانون المدني فإنه يجوز له رفض طلب الفسخ إن كان ما لم يوف به المكتتب من الثمن قليل الأهمية مقارنة بالأقساط الأخرى³، و عليه فإن للقاضي دور كبير في تقدير جسامة عدم التنفيذ الذي أدى بالمرقى إلى طلب الفسخ.

و بالتالي إذا لم يدفع المكتتب جزء مكون لقسط من الأقساط المحددة في العقد، كأن لا يدفع مثلا 5/1 (خمس) الأخير من القسط المستحق في آخر مرحلة من الإنجاز، فإن ذلك يعد في نظر القاضي قليل الأهمية بالمقارنة مع الأقساط الأخرى المدفوعة و التي تشكل الجزء الأكبر من الثمن، و بالتالي يرفض طلب فسخ العقد.

يمكن للقاضي أن يرفض طلب فسخ العقد مراعاة لظروف المكتتب عند تنفيذ العقد، و من تطبيقات ذلك مراجعة المرقى العقاري لثمن المبيع مما يعني زيادة أقساط الثمن التي يلتزم بها المكتتب في كل مرحلة، و

¹ عبد الله هدى، دروس في القانون المدني -العقد-، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2008، ص 505.

² يشترط لاستحقاق المرقى العقاري التعويض عن عدم تنفيذ الالتزام أو التأخر فيه وجود خطأ من المكتتب، أنظر: طلبة أنور، المسؤولية المدنية -المسؤولية العقدية-، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، دار المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية، مصر، 2005، ص 660.

³ و إصرار المرقى العقاري على الفسخ في هذه الصورة يعتبر تعسفا في استعمال الحق، أنظر: حسنين محمد، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، دون رقم الطبعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006، ص 177.

بالتالي تختل ميزانيتها التي كانت الأقساط فيها مبنية على ثمن أولي مقارنة بدخله، ليجد نفسه ملتزماً بأقساط إضافية بينما دخله بقي على حاله¹.

و تجدر الإشارة إلى أن عدم تنفيذ المكتتب لالتزامه بدفع قسط من الأقساط لا يعني بالضرورة أنه مخل بالتزاماته، ففي عقد البيع على التصاميم ترتبط مواعيد استحقاق أقساط الثمن بتقدم أشغال الإنجاز، فقد يدفع المكتتب أمام القضاء بأنه لم يدفع القسط بسبب عدم إنجاز المرقى العقاري لمرحلة من المراحل، و بعد تحقق القاضي من صحة ادعاءاته و ثبوت صحتها يقضي برفض طلب الفسخ لعدم استحقاق القسط.

و يشترط لتمسك المكتتب بعدم الدفع توفر أربعة شروط هي:²

* أن يكون الالتزامين متقابلين و ناشئين عن عقد ملزم للجانبين يربط الطرفين.

* أن يكون الالتزام المقابل الذي يستند صاحب الدفع (المكتتب) إلى عدم تنفيذه حال الأداء.

* ألا يكون المكتتب ملزماً بالوفاء أولاً.

* أن يكون المتمسك بالدفع بحسن النية.³

- منح المكتتب أجلاً للتنفيذ: منح المشرع بموجب الفقرة الثانية من نص المادة 119 من القانون المدني للقاضي سلطة منح أجل للمدين حسب الظروف من أجل الوفاء بدينه، كما لو كان المدين حسن النية و يرجع تخلفه عن التسديد لظروف استثنائية عابرة تستوجب منحه بعض الوقت لتنفيذ الالتزام⁴، و الغاية من منح هذه السلطة للقاضي هو الحد من صرامة الفسخ، حيث بمنح أجل للمكتتب من أجل دفع القسط يكون القاضي سعي لإنقاذ الرابطة العقدية و المحافظة على العقد و تنفيذه و هذا طبعاً إذا قدر أن ظروف المكتتب تستدعي منحه أجل⁵.

¹ مشتاوي سمير، مرجع سابق الذكر، ص 76.

² عطية أحمد إبراهيم، بطلان و فسخ و صورية عقد البيع في ضوء الفقه و القضاء، الطبعة الأولى، دار الفكر و القانون للنشر و التوزيع، المنصورة، مصر، 2012، ص 292.

³ أنظر كذلك في شروط الدفع بعدم التنفيذ: سليمان علي علي، النظرية العامة للالتزام - مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري-، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2003، ص 110.

⁴ منصور محمد حسين، أحكام البيع -التقليدية و الإليكترونية و الدولية و حماية المستهلك-، دون رقم الطبعة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2006، ص 419.

⁵ مشتاوي سمير، مرجع سابق الذكر، ص 72.

لا يشترط على المكتتب في عقد البيع على التصاميم أن يطلب صراحة أو ضمناً أجلاً للوفاء بالقسط، بل للقاضي أن يمنحه ذلك دون طلب، و لا يعتبر قيامه بذلك أنه قد حكم بما لم يطلبه الخصوم، و لكي يستطيع القاضي منح أجل للوفاء لا بد من توافر مجموعة من الشروط نبيها كالاتي:¹

* ألا يكون في نصوص القانون ما يمنع القاضي من منح أجل للوفاء.

* أن تكون حالة المدين (المكتتب) المادية تستدعي منحه أجل.

* أن يكون المدين حسن النية، و لحسن النية مظهران يتمثل الأول في نزاهة المتعاقد و الثاني في تعاون كل متعاقد مع الآخر خلال تنفيذ العقد، كما أنها مفترضة لكل متعاقد ما لم يتم إثبات العكس.

* أن لا يكون المدين معسراً، حيث أنه من غير المعقول منح أجل للمدين و هو غير قادر على الوفاء بالتزاماته بسبب إعساره.

* أن لا يسبب منح أجل للمدين ضرراً جسيماً للدائن.

و إذا كان يجوز للقاضي منح أكثر من أجل واحد في دعوى التنفيذ فإن الأمر مغاير في دعوى الفسخ، إذ لا يجوز له منح سوى أجل واحد على أن لا تتجاوز مدته السنة الواحدة²، كما وجب التنبيه إلى أن الأجل الممنوح للمدين في دعوى التنفيذ لا يحول دون إعطائه أجل في دعوى الفسخ إذا غير المرقى العقاري دعواه من دعوى التنفيذ إلى الفسخ³.

و لا يجب أن يفهم مما سبق أن القاضي يصدر حكماً، الأول خاص بمنح أجل للمدين و الثاني خاص بفسخ العقد، و إنما يصدر حكماً يعتبر فيه العقد مفسوخاً بعد انتهاء الأجل و عدم تنفيذ المدين لالتزامه، و عليه فإن المرقى العقاري غير مطالب بالرجوع مرة أخرى للقاضي لفسخ العقد⁴.

إن سلطة القاضي في منح المكتتب أجلاً للوفاء بالقسط ليست من النظام العام و بالتالي يجوز لأطراف العقد سلب القاضي إياها، و هذا بخلاف الأجل الممنوح من القاضي في دعوى التنفيذ⁵.

¹ طرطاق نورية، سلطة القاضي في منح نظرة الميسرة، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية و الاقتصادية، المركز الجامعي تمارست، المجلد 3، العدد 1، جانفي 2014، ص 128، 129، 130.

² يكون هذا الأجل قاصراً على المدين الممنوح له وحده دون غيره من المدينين المتضامنين معه.

³ طرطاق نورية، مرجع سابق الذكر، ص 132.

⁴ مشتاوي سمير، مرجع سابق الذكر، ص 73.

⁵ طبيب فائزة، سلطة القاضي في تعديل العقد في مرحلتي التكوين و التنفيذ، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مستغانم، 2019، ص 308.

المطلب الثالث: المنازعات الناشئة بسبب مراجعة سعر البيع

الأصل أنه لا يجوز للبائع أن يطلب من المشتري زيادة الثمن المتفق عليه في عقد البيع استنادا إلى قاعدة العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز تعديله أو نقضه إلا بإرادة الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون، غير أن ما يميز عقد البيع على التصاميم عن عقد البيع العادي أنه عقد متراخي التنفيذ إذ هناك فترة زمنية تفصل بين وقت إبرامه و تاريخ تسليم السكن للمكاتب، الأمر الذي يضعنا أمام احتمالية ارتفاع أسعار مواد البناء أو اليد العاملة خلال هذه المدة مما يجعل المرقى العقاري (و الذي نذكر أنه يطمح إلى تحقيق الربح باعتباره تاجرا) أمام حتمية مراجعة سعر البيع المتفق عليه، و هو ما لا يخدم مصلحة المكاتب مما يؤدي إلى نشوب نزاع قضائي بينهما.

و أمام هذا الاحتمال، كان لزاما على المشرع التدخل و ضبط عملية المراجعة بشكل صارم تفاديا لأي تعسف قد يصدر من المرقى العقاري باعتباره الطرف القوي في العقد، و هو ما تجسد فعلا سواء في المرسوم التشريعي 03-93 أو بموجب القانون 04-11 الذي حددت المادة 38 منه ضوابط مراجعة السعر (الفرع الأول) دون أن تتطرق إلى سلطة المراجعة (الفرع الثاني) مع أفرادها لحكم خاص فيما يخص الظروف الطارئة (الفرع الثالث).

الفرع الأول: ضوابط مراجعة السعر

نص المشرع من خلال المادة 38 من القانون 04-11 على أربعة ضوابط لمراجعة السعر في عقد البيع على التصاميم تتمثل في الاتفاق بين المرقى العقاري و المكاتب على مراجعة السعر (أولا)، تطور المؤشرات الرسمية لأسعار المواد و العتاد و اليد العاملة (ثانيا)، أن لا يتجاوز مبلغ المراجعة كحد أقصى نسبة ال 20% من السعر المتفق عليه، و أخيرا تبرير تغيرات السعر (رابعا).

و يجب التنويه إلى أن مراجعة سعر البيع وفق الضوابط السابقة من النظام العام و بالتالي لا يجوز الاتفاق على مخالفتها¹، و أي اتفاق مخالف لها يعتبر باطلا بطلانا مطلقا².

¹ و هو ما أكده المشرع من خلال المادة 7 من المرسوم التنفيذي 431-13 باستعماله مصطلح "يجب"، حيث نصت المادة على وجوب خضوع المراجعة للإجراءات المنصوص عليها في المادة 38 من القانون 04-11.

² و هو نفس موقف المشرع الفرنسي، حيث كان هذا الأخير واضحا بخصوص هذا الشأن إذ اعتبر من خلال المادة 16-261 L من قانون البناء و الإسكان الفرنسي أن كل بند مخالف للأحكام القانونية الخاصة بمراجعة سعر البيع يعد غير مكتوب.

أولاً: الاتفاق بين المرقى العقاري والمكتب على مراجعة السعر

أول شرط وجب توفره لإمكانية مراجعة سعر البيع هو اتفاق المرقى العقاري و المكتب على إمكانية المراجعة و ذكر ذلك في عقد البيع على التصاميم، حيث أن إغفال ذكر ذلك يؤدي إلى استحالة مطالبة المرقى العقاري للمكتب بمراجعة السعر، و هو ما يستشف من الفقرة الثانية للمادة 38 من القانون 11-04 و التي جاء فيها ما يلي: "...يجب ذكر ما إذا كان السعر قابلاً للمراجعة أم لا وفي حالة الإيجاب يجب ذكر كيفية المراجعة".

ثانياً: تغيير المؤشرات الرسمية لأسعار المواد والعتاد واليد العاملة

إن نظرة المشرع لمراجعة سعر البيع في عقد البيع على التصاميم كانت في الحقيقة نظرة واقعية، و هذا راجع لاحتمال تغير تكلفة الإنجاز نظراً إلى الفارق الزمني بين تاريخ إبرام العقد و تاريخ تسليم السكن، الأمر الذي ينذر بخسارة قد تلحق المرقى العقاري و نحن نعلم أنه تاجر هدفه تحقيق الربح¹، غير أن المشرع لم يفتح الباب لكل تغير في سعر تكلفة الإنجاز و إنما قيد ذلك بقيدين هما زيادة أسعار مواد البناء و العتاد و اليد العاملة، مع الاعتماد على المؤشرات الرسمية كدليل لتحديد ارتفاع الأسعار من عدمه و ليس بالاعتماد على الأسعار المتداولة بالسوق.²

يفهم مما سبق أنه لا يكفي للقيام بعملية مراجعة سعر البيع ارتفاع مواد البناء عند التاجر الذي يتعامل معه عادة المرقى العقاري دون غيره من التجار، و إنما يجب أن يمس هذا التغير جميع الأسواق الوطنية.³

و استمد المشرع الجزائري معيار المؤشرات الرسمية من نظيره الفرنسي، حيث أجاز هذا الأخير مراجعة السعر وفق مؤشر وطني خاص بأشغال العمارات يسمى BT01⁴ و الذي يعكس الاختلافات في كلفة المواد و اليد العاملة، حيث يصدر هذا المؤشر كل شهر في النشرة الرسمية من طرف الوزير المكلف بالاقتصاد و المالية.⁵

¹ بناسي شوقي، مرجع سابق الذكر، ص 332.

² أخضع المشرع في ظل القانون 86-07 العقود المتعلقة بالترقية العقارية إلى إمكانية مراجعة الأسعار، و ربطت المادة 1 من المرسوم 86-40 المؤرخ في 4 مارس 1986 (يتضمن تطبيق المادة 36 من القانون 86-07، الجريدة الرسمية عدد 10 المؤرخة في 4 مارس 1986) مراجعة السعر التقديري للأرقام الاستدلالية (الأجور و المواد في الأشغال العمومية و البناء) المعتمدة من طرف وزارة التجارة.

³ كتو لامية، عقد البيع على التصاميم - في إطار القانون رقم 11-04 المحدد لقواعد نشاط الترقية العقارية-، رسالة ماجستير، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، 2013، 133.

⁴ L'index national du bâtiment tous corp d'état, créé par le ministre chargé de l'économie et des finances.

⁵ أنظر المادة R261-15 من قانون البناء و الإسكان الفرنسي.

و ما يعاب على المشرع عند ربطه مراجعة سعر البيع بالمؤشرات الرسمية هو صعوبة تطبيق هذا المعيار على أرض الواقع، إذ يرجع ذلك لغياب آليات من شأنها وضع مؤشرات اقتصادية دقيقة نظراً لسيطرة الاقتصاد الموازي الذي يجعل من رصد تغيرات أسعار المواد و اليد العاملة عملية صعبة و معقدة، كما أنه لم يحدد كيفية التعرف على هذه المؤشرات و لا المرجع الذي يتضمنها و لا حتى الهيئة التي تتولى تحديدها، مما يستدعي على المشرع تدارك الأمر لأن عدم تحديدها يخدم مصلحة المرقى العقاري على حساب المكتتب، إذ يمكنه بموجب هذه الثغرة القانونية رفع سعر البيع دون سند يثبت الزيادة في أسعار و تكاليف الإنجاز.

ثالثاً: عدم تجاوز مبلغ المراجعة لنسبة 20% من سعر البيع الأولي

ما كان يميز فترة تطبيق المرسوم التشريعي 93-03 هو الحرية المطلقة التي منحها المشرع لكل من المتعامل في الترقية العقارية و المقتني فيما يخص تحديد شروط و كيفية مراجعة سعر البيع، حيث لم يقيدهما بحد أقصى لنسبة المراجعة و ترك لهما حرية الاتفاق بخصوصها¹، غير أن هذه الحرية المبالغ فيها في نظري لم تحقق الحماية الكافية للمكتتب من تعسف المرقى العقاري، بل بالعكس كانت سبب في التضيق عليه.

و أمام هذه الوضعية، تظن المشرع للخطأ الذي وقع فيه بمناسبة تنظيمه لمسألة مراجعة الثمن، حيث نص من خلال القانون 11-04 و المرسوم التنفيذي 13-431 على ضوابط جديدة تكفل الحماية اللازمة للمكتتب²، إذ أعطى الحرية لأطراف العقد للاتفاق على مراجعة سعر البيع على أن لا يتجاوز مبلغ المراجعة كحد أقصى نسبة الـ 20% من السعر الأولي المتفق عليه³.

و بتحديد الحد الأقصى لنسبة المراجعة، يكون المشرع قد سمح من جهة للأطراف المتعاقدة بالاتفاق على نسبة المراجعة بشرط أن لا تتجاوز الـ 20% من السعر الأولي، و أغلق الباب من جهة أخرى أمام جشع المرقين العقاريين و احتمالية تعسفهم في حق المكتتبين، غير أنه و رغم تدارك المشرع لبعض المسائل في القانون 11-04 إلا أنه أغفل على نقطة جد مهمة، حيث لم يحدد عدد المرات التي يمكن فيها مراجعة سعر البيع، هل هي مرة واحدة؟ أم يجوز للمرقى مراجعة السعر في كل زيادة تشهد بها أسعار مواد البناء و العتاد

¹ نصت المادة 6 من نموذج عقد البيع على التصاميم الملحق بالمرسوم التنفيذي 94-58 على أنه لا يجوز تجاوز نسبة المراجعة الحد الأقصى الذي يتفق عليه طرفا العقد.

² بعثاش كريمة، علاوة هوام، خصوصية دفع الثمن في عقد البيع على التصاميم، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، جامعة باتنة1، المجلد 7، العدد 2، 2020، ص814.

³ المادة 38 فقرة 3 من القانون 11-04.

و اليد العاملة؟ و في اعتقادي أنه ما دام لم يحدد المشرع عدد المرات فهذا معناه إمكانية مراجعة سعر البيع الأولى كلما تحققت شروطه¹.

رابعاً: وجوب تبرير المراجعة

بالإضافة إلى ما سبق ذكره من شروط، ألزمت المادة 38 من القانون 04-11 المرقي العقاري بضرورة تبرير تغيرات السعر عند مراجعته، غير أن المشرع لم يبين لا الآليات و الإجراءات القانونية الخاصة بالعملية و لا حتى الجهة التي يتم على مستواها هذا التبرير، فهل المقصود بالتبرير هو تقديم مستندات و وثائق تبين تغير المؤشرات كالجريدة الرسمية التي توضح قيمة المؤشرات عند المراجعة مثلما هو معمول به في فرنسا؟ بما أن المادة 7 من المرسوم التنفيذي نصت على أنه في حالة المراجعة و جب خضوع ذلك "للإجراءات و القواعد و الكيفيات التي تم اعتمادها مسبقاً"، فهذا يعني وجوب تضمين عقد البيع على التصاميم، في حالة الاتفاق على إمكانية مراجعة السعر، القواعد و الإجراءات الخاصة بهذه العملية، فيمكن لأطراف العقد الاتفاق على أن تكون المراجعة مبررة بوثائق أو بالاستناد إلى الأسعار المعتمدة من طرف المؤسسات العمومية²، أو عن طريق خبير أو من خلال اللجوء إلى القضاء³.

الفرع الثاني: سلطة مراجعة السعر

لم يتطرق المشرع لمسألة السلطة المخول لها تقرير مراجعة السعر و التحقق من شروطه لا في القانون 04-11 و لا في المرسوم التنفيذي 13-431، ما يوحي لنا أنه ترك الأمر لرضا الأطراف تطبيقاً لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، و هو ما يمكن استنتاجه من المادة 38 من القانون 04-11 و نموذج العقد الملحق بالمرسوم التنفيذي السابق، و الحقيقة أن ترك المسألة لإرادة الطرفين غير مستساغ التطبيق على أرض الواقع، ذلك أن المشرع و إن كان قد أشار إلى رضا الأطراف في تحديد السعر إلا أنه ربط عملية المراجعة بشروط، و بالتالي متى أثبت المرقي العقاري تحقق الشروط جاز له مراجعة السعر بإرادته المنفردة و يبقى للمكاتب إما الرضوخ

¹ هناك من الباحثين من انتقد سكوت المشرع حول هذه المسألة مشيرين إلى أنه كان يتعين عليه الإشارة صراحة إلى أن مراجعة سعر البيع لا تتم إلا مرة واحدة لا أكثر طيلة فترة الإنجاز، معللين موقفهم أن النص على العكس سوف يفتح الباب واسعاً أمام المرقيين العقاريين لمراجعة السعر في كل مرة يزعمون فيها ارتفاع الأسعار، في حين أرى أن المشرع كان محقاً عندما لم ينص على عدد مرات المراجعة، إذ على أي أساس يتحمل المرقي العقاري الخسائر الناتجة جراء الزيادة في الأسعار خصوصاً و نحن نعلم أن هدفه تحقيق الربح، و بالتالي للمرقي العقاري متى أثبت أنه غير مخل بالتزاماته و أن شروط مراجعة السعر قد تحققت الحق في مراجعة السعر.

² مشتاوي سمير، مرجع سابق الذكر، ص 44.

³ خشعي راضية، خوادجية سميحة حنان، مراجعة الثمن في بيوع الترقية العقارية في القانون الجزائري، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، جامعة باتنة 1، المجلد 11، العدد 1، 2024، ص 221.

نظرا لحاجته الماسة للسكن أو اللجوء إلى القضاء للمنازعة، و لا شك أن النزاع بينهما سيأخذ وقت كبير نتيجة تعلقه بمسألة فنية تتطلب خبرة قضائية.

و أمام هذه الوضعية، نجد أن أغلب المستشارين القانونيين ينصحون المقبلين على الاكتتاب في عقد البيع على التصاميم على ضرورة التفاوض مع المرقى العقاري من أجل عدم تضمين العقد إمكانية المراجعة و الاتفاق على سعر نهائي غير قابل للمراجعة¹.

و لتفادي الإشكالات السابقة، يرى بعض الباحثين ضرورة وضع عملية مراجعة السعر في عقد البيع على التصاميم تحت سلطة القضاء مثلما هو معمول به في رد الالتزامات المرهقة في نظرية الظروف الطارئة و التي تمكن القاضي من التدخل و إعادة التوازن العقدي من خلال تعديل بنود العقد، كما أنه لو كانت المراجعة تتم عن طريق القضاء لأمكن تقديرها بما يتناسب و الأسباب التي أدت بالمرقي للمراجعة، ضف إلى ما سبق أن ذلك يحمي المكتتب من تعسف المرقى العقاري في استعمال حقه و تقرير المراجعة بنسبتها القصوى (20%)، حيث أن المشرع حدد النسبة القصوى فقط و بالتالي تكون نسبة المراجعة في المجال من 1% حتى 20% و ليس بالضرورة أن يصل بها المرقى العقاري إلى الحد الأقصى².

و بالإضافة إلى ترك مسألة المراجعة للقاضي طبقا للقواعد العامة مثلما سبق بيانه، يمكن كذلك للمشرع النص على أن تكون هذه الزيادة محل دراسة من قبل متخصصين في ميدان البناء تحت رقابة المجلس الأعلى للمرقين العقاريين أو صندوق الضمان و الكفالة المتبادلة³.

بعد دراستنا لشروط مراجعة السعر و كذا السلطة المخولة بذلك، و جب التنويه إلى أن المشرع لم يذكر إذا كانت هذه الصيغة يمكن تطبيقها أيضا لتخفيض سعر البيع خصوصا إذا انخفضت المؤشرات الرسمية، و لكن بما أنه ربط مراجعة السعر بتغير المؤشرات التي تتغير إما بالزيادة أو النقصان فإن ذلك يعني أن المراجعة تكون كذلك بالزيادة أو النقصان، و لو أنه في الحياة العملية لا نجد أي حالة مراجعة لتخفيض السعر الأولي المتفق عليه.

¹ Vincent Cuzon : « VEFA : le promoteur peut-il augmenter le prix du bien lors de la signature du contrat ? », article publié sur le site : edito.selogerneuf.com , le : 11 juillet 2019, consulté le : 30 juillet 2024.

-----, « VEFA : le est-il autorisé à augmenter le prix du bien une fois le contrat signé ? », article publié sur le site : www.lefeuvre-immobilier.com , le 18 juin 2020, consulté le 30 juillet 2024.

² مشتاوي سمير، مرجع سابق الذكر، ص 45، 46.

³ مسكر سهام، التزامات المرقى العقاري المترتبة على بيع السكنات الترقية، مرجع سابق الذكر، ص 333.

الفرع الثالث: مراجعة السعر من خلال نظرية الظروف الطارئة

يمر عقد البيع على التصاميم بمرحلتين، مرحلة تكوين العقد و مرحلة تنفيذه، هذه الأخيرة قد تطرأ خلالها ظروف استثنائية لم تكن متوقعة عند إبرام العقد و لم يكن لأطراف العقد يدا في وقوعها و تؤدي إلى الاختلال في التوازن المالي للعقد بحيث يصبح التزام المرقى العقاري مرهقا يهدده بخسارة فادحة، و استثنى المشرع بموجب المادة 38 فقرة 3 من القانون 04-11 من خضوع سعر البيع للمراجعة بنسبة 20% كحد أقصى في حالة الظروف الاستثنائية، و إنما أخضعه لنظرية الظروف الطارئة التي نظمها في القانون المدني بموجب المادة 107 فقرة 3 و التي تجيز للقاضي تبعا للظروف و بعد مراعاة مصلحة أطراف العقد بأن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول.

إن الهدف من إقرار نظرية الظروف الطارئة هو المحافظة على العقد عند اختلال التوازن بين التزامات الدائن و مدينه، فهي صورة معبرة لدور حسن النية خلال مرحلة تنفيذ العقد و هذا من خلال السعي إلى استمرار ترتيب العقد لأثاره القانونية من خلال تسهيل تنفيذه¹.

يرى جانب من الفقه أن تطبيق نظرية الظروف الطارئة يتعارض مع المبادئ التقليدية التي يقوم عليها العقد² و التي أهمها مبدأ القوة الملزمة، و يشمل التعارض مع هذا المبدأ شقين أحدهما أخلاقي و الآخر اقتصادي، فبالنسبة للشق الأخلاقي فيظهر في أن حسن النية عند تنفيذ العقد تفرض على طرفيه تنفيذه وفقا لما أتفق عليه في مرحلة المفاوضات و بالتالي يمنع على القاضي إعمالا بالمبدأ السابق تعديل الالتزامات المفروضة و لو بحجة اختلال التوازن الاقتصادي، لأن تدخله يعني المساس بالأمن التعاقدية فهو مصدر اضطراب بالنسبة للعقد و المتعاقدين³، أما بالنسبة للشق الاقتصادي فيرجع لاعتبار العقد مشروع اقتصادي لطرفيه و من ثم وجب على كل واحد منهما تحمل الخسائر التي يمكن أن تنجر عن عدم نجاحه لسبب داخلي أو خارجي عن العقد⁴.

بينما يرى الجانب الآخر من الفقه أن الالتزام بحسن النية عند تنفيذ العقد يفرض على طرفيه تنفيذه وفقا لتطلعات الطرف الآخر و كذا الغاية المنتظرة من إبرامه، و عليه فإن مبدأ القوة الملزمة للعقد لا يمكنه

¹ عثمانى بلال، أطراف العقد المدني بين الحق في تحقيق المصلحة الشخصية و الالتزام بحسن النية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، 2018، ص 298.

² سعدون يسين، أثر الظروف الاقتصادية على العقد، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، 2018، ص 274.

³ من الصعب قبول هذه الحجة لأنها تؤدي إلى الاعتراف بصحة عقد اختل توازنه لسبب أجنبي لا يمكن التحكم فيه و لا يمكن توقعه عند إبرام العقد.

⁴ عثمانى بلال، مرجع سابق الذكر، ص 285.

أن يقف عائقا أمام إمكانية التعديل بسبب الظروف الاستثنائية طالما أن الغاية من ذلك هو المحافظة على مصلحة المدين تبعاً لما كان منتظراً من طرفه عند توقيع العقد، كما أن تنفيذ الالتزام بحسن نية يقوم على فكرة التضامن بين أطراف العقد وضرورة أخذ مصلحة الطرف الآخر بعين الاعتبار، و بالتالي فهو يستوعب نظرية الظروف الطارئة التي تهدف كما سبق توضيحه إلى حماية مصالح الطرف الذي أصبح تنفيذ التزامه مرهق من خلال مشاركة الدائن لمدينه هذا الإرهاق إما من خلال الزيادة في التزامات الأول أو الإنقاص من التزامات الثاني¹.

إن معالجة مسألة تعديل العقد بموجب نظرية الظروف الطارئة تقتضي منا التعريف بالنظرية أولاً، ثم تبيان الشروط القانونية اللازمة لتحقيق النظرية بالصورة التي تبرر تدخل القاضي لإعادة التوازن الاقتصادي المختل إلى العقد.

أولاً: تعريف الظروف الطارئة

سنتطرق أولاً إلى التعريف اللغوي للظروف الطارئة ثم بعد ذلك إلى تعريف الاصطلاحي.

أ/- التعريف اللغوي للظروف الطارئة

يتكون مصطلح الظروف الطارئة من كلمتين تحمل كل واحدة منهما دلالة مختلفة:

- الظروف: وهي جمع ظرف، ويقصد بها البراعة وذكاء القلب وكذا حسن العبارة والهيئة والحدق بالشيء، و ظرف الشيء وعاؤه و منه ظروف الأمكنة و الأزمنة، فالظرف وعاء كل شيء.
- الطارئة: الطارئة مؤنث الطارئ و أصلها الاشتقاقي كلمة "طراً"، و طراً عليهم تعني أتاها من مكان أو خرج عليهم منه فجاءة².

¹ المرجع نفسه، ص 286، 287.

² الفيروز آبادي مجد الدين محمد بن يعقوب، القاموس المحيط -مرتب ترتيباً ألفبائياً وفق أوائل الحروف-، دون رقم الطبعة، دار الحديث، القاهرة، مصر، 2008، ص 996.

ب/- التعريف الاصطلاحي للظروف الطارئة

يعرف الظرف الطارئ بأنه كل حادث عام لاحق لتكوين العقد و غير متوقع الحصول وقت التعاقد ينجم عنه اختلال كبير في المنافع المتولدة عن عقد يتراخي تنفيذه إلى أجل بحيث يصبح تنفيذ المدين للالتزامه يرهقه إرهاقا شديدا و يهدده بخسارة فادحة تخرج عن الحد المألوف¹، و الإرهاق هو أن يتحمل الإنسان ما لا يطيقه، و تنفيذ الالتزام المرهق يجاوز السعة و يهدد المدين بخسارة فادحة دون بلوغ حد الاستحالة.

و يعرف أيضا بأنه الحادث العام النادر الوقوع كالحرب أو الزلزال أو الوباء أو ارتفاع باهض أو نزول فاحش للأسعار يطرأ على العقد في الفترة الواقعة بين إبرامه و تنفيذه، و يشترط ألا يكون بالمقدور توقعه أو التحرز منه².

ثانيا: شروط إعمال نظرية الظروف الطارئة

قيد المشرع تطبيق نظرية الظروف الطارئة بثلاثة شروط أساسية يمكن استنتاجها من فحوى ما جاء في نص المادة 107 فقرة 3 من القانون المدني و المتمثلة في:

أ/- وجود التزام تعاقدي متراخي التنفيذ

إن عبارة "بعد مراعاة مصلحة الطرفين" الواردة في نص المادة السابقة يوحي لنا أن العقود التي يمكن تطبيق نظرية الظروف الطارئة عليها هي العقود الملزمة لجانبين و التي تقرر التزامات متقابلة بين طرفي العقد، و يعتبر عقد البيع على التصاميم من العقود الملزمة لجانبين بحيث يلتزم المرقى العقاري بإنجاز البناية وفقا لما أتفق عليه و تسليمها للمكاتب، في حين يلتزم هذا الأخير بتسديد الثمن على شكل أقساط.³

يقتصر إعمال نظرية الظروف الطارئة على العقود متراخية التنفيذ، أي التي يستغرق تنفيذها مدة من الزمن بحيث يكون هناك فاصل زمني بين إبرام العقد و تنفيذه يتخلله حدوث ظرف طارئ، و بالتالي

¹ بوكماش محمد، نظرية الظروف الطارئة و علاقتها بالجوائح، مجلة الحقوق و العلوم الإنسانية، جامعة الجلفة، المجلد 5، العدد 1، جانفي 2012، ص 321.

² النعيمي فاضل شاكر، نظرية الظروف الطارئة بين الشريعة و القانون، دون رقم الطبعة، دار الجاحظ، بغداد، العراق، 1969، ص 22.

³ و لو أن جانبا من الفقه اعتبر أنه يستوي لتطبيق نظرية الظروف الطارئة وجود التزامات تقع على طرفي العقد أو على طرف واحد دون الآخر، إذ أن أساس تطبيق هذه النظرية هو تحقيق العدالة العقدية، و العدالة تقتضي على كلتا الحالتين مراجعة ما ورد في العقد نتيجة تغير الظروف الاقتصادية. أنظر: سعدون يسين، مرجع سابق الذكر، ص 283.

العقود الفورية لا تترك مجالاً لإعمال هذه النظرية بالنظر لما يتولد عنها من التزامات تنقضي بالتنفيذ فور انعقادها¹.

و يعتبر عقد البيع على التصاميم من العقود المتراخية التنفيذ إذ يحتاج المرقى العقاري لتنفيذ التزامه بإنجاز البناية إلى زمن يتم تحديده في العقد.

ب/- أن يكون الظرف الطارئ حادثاً استثنائياً عاماً غير متوقع

يحدد هذا الشرط أوصافاً عديدة للظرف الطارئ، لذا سوف يتم شرحها كلا على حدة و وفقاً للترتيب الذي جاءت به الفقرة الثالثة من المادة 107 قانون مدني.

1/- كونه حادثاً استثنائياً

يقصد بالحادث الاستثنائي ذلك الذي يندر حصوله بحيث يبدو شاذاً و خارجاً عن المألوف أي نادر الوقوع و لا يتفق مع السير الطبيعي للأمر، فلا يعول الرجل العادي عليه و لا يدخله في حسبانته، كالزلازل و الحرائق و الحروب و الأوبئة و غارات الجراد و السيول العنيفة و غير ذلك من النوازل و الأحداث، و لا يلزم أن يكون هذا الحدث قد وقع بفعل الطبيعة، بل يعتبر كذلك سبباً لتطبيق نظرية الظروف الطارئة حتى و لو كان ناجماً عن صدور تشريع جديد يؤدي إلى الارتفاع الباهض في الأسعار²، هذا وقد أدى التطور العلمي الحديث إلى اتساع رقعة هذه الظروف لتشمل أنواعاً جديدة لم تكن معروفة من قبل كالغازات السامة و الإشعاعات النووية.

هناك من الظروف ما يعد استثنائياً بمجرد وقوعه كالأعاصير، و منها ما يكون مألوفاً لكثرة حدوثه في الحياة العملية و بالتالي لا يكون استثنائياً إلا في حالة بلوغه حداً يجاوز المألوف، و مثال ذلك اعتبار ارتفاع أسعار اليد العاملة و مواد البناء من الأمور المتوقعة التي تحدث كثيراً، فهي لا تعتبر حادثاً استثنائياً إلا إذا بلغت درجة كبيرة من الارتفاع³، و عليه يعارض جانب من الفقه إلحاق الوصف الاستثنائي بالحادث ذاته، و إنما يرى ضرورة انصرافه إلى الأثر القانوني الذي يحدثه الظرف الطارئ بغض النظر عن منشأه أو طبيعته⁴.

¹ تواتي سهيلة، الحماية القانونية للمشتري في عقد بيع العقار بناء على التصاميم، مرجع سابق الذكر، ص 159.

² فودة عبد الحكم، آثار الظروف الطارئة و القوة القاهرة على الأعمال القانونية، الطبعة الأولى، دار منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1999، ص 48، 49.

³ تواتي سهيلة، الحماية القانونية للمشتري في عقد بيع العقار بناء على التصاميم، مرجع سابق الذكر، ص 160.

⁴ قجالي مراد، مرابطين سفيان، مستقبل تنفيذ الالتزامات العقدية في ظل الظروف الاستثنائية لفيروس كورونا -كوفيد 19-، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و السياسية، جامعة الجزائر 1، المجلد 58، العدد 2، 2021، ص 694.

2- / كونه حادثا عاما

لا يكفي لتطبيق نظرية الظروف الطارئة أن يكون الحادث الاستثنائي الذي وقع خاصا بالمدين أو بقلته من الناس، وإنما يشترط أن يكون شاملا لعدد كبير من الأشخاص، و عمومية الظرف الطارئ قد تنصرف إلى الناحية الشخصية بحيث يتحدد معيار العمومية بعدد الأشخاص الذين تأثروا بهذا الظرف، كما قد تنصرف إلى الإقليمية فيتحدد المعيار بعدد الأقاليم التي تأثرت به، وقد يندمجا معا في تحديد وصف العمومية¹.

تبعا لما سبق ذكره، لا يسوغ للمدين أن يتذرع في سبيل تطبيق نظرية الظروف الطارئة و الوصول إلى تعديل آثار العقد بمرض أصابه أو بحريق التهم منزله وحده و لو لم يساهم في حدوث هذه الظروف.

يتبين مما ذكر أعلاه أن شرط العمومية قد يكون في بعض الأحيان مجحفا في حق المدين، و عليه أصبح من الضروري إسقاطه أو على الأقل إعادة صياغة نص المادة 107 من القانون المدني على نحو يتلاءم مع الهدف من إعمال نظرية الظروف الطارئة و هو حماية المدين عند اختلال التوازن في العقد²، و هو ما قام به المشرع الفرنسي حين تخليه عن هذا الشرط في نظرية القوة القاهرة و استعماله لعبارة: " ظرف يخرج عن مراقبة المدين"³.

3- / كونه حادثا غير متوقع

لا يمكن إعمال نظرية الظروف الطارئة إلا بالنسبة للأحداث التي لم يكن في الوسع توقعها وقت إبرام العقد، و يتخذ هنا معيار موضوعي قوامه الرجل العادي و ليس معيار ذاتي قوامه نفس المتعاقد المتمسك بالنظرية، فلو أن حربا كانت على وشك الاندلاع وقت إبرام العقد بحيث كان الرجل العادي يتوقع حينئذ اندلاعها، و مع ذلك أقدم المدين على إبرام العقد، فإنه يكون في هذه الحالة مقدرا لكل الظروف و الاحتمالات، و ليس له أن يطالب بنظرية الظروف الطارئة عندما يرهقه تنفيذ الالتزام المتفق عليه بموجب العقد⁴.

¹ بوكماش محمد، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري و الفقه الإسلامي، أطروحة دكتوراه، كلية العلوم الإنسانية و الاجتماعية و الإسلامية، جامعة باتنة، 2012، ص 248، 249.

² عثمان بلال، مرجع سابق الذكر، ص 305.

³ L'Article 1218 du code civil Français : « lorsque un évènement échappant au contrôle du débiteur ».

⁴ يرى الأستاذ الأودن سمير عبد السمين أن بمقدور المرقى العقاري أخذ حالات ارتفاع أسعار مواد البناء و اليد العاملة في الحسبان عند تقريره للسعر حسب تكلفة الإنجاز كونه متعود على هذه الزيادات و له من الخبرة لأخذ احتياطاته، لذلك فهي لا تدخل ضمن الحادث غير المتوقع.

و لا يكفي أن يكون الحادث غير متوقع لتطبيق نظرية الظروف الطارئة، بل يشترط كذلك أن يكون مما لا يستطيع دفعه و تفاديه، فلو كان بوسع المدين دفعه و درأه فلا مجال لتطبيق النظرية¹.

أثارت عبارة "في الوسع توقعها" التي جاءت في الفقرة الثالثة من المادة 117 قانون مدني تحفظ جانب كبير من الباحثين القانونيين، على اعتبار أن العديد من الظروف يمكن توقعها و لكن ما لا يمكن توقعه هو حدة هذا الظرف، فمثلا يمكن لأي شخص توقع في بلد يعيش أزمة اقتصادية خانقة حدوث تضخم في العملة، غير أن ما لا يمكن توقعه هو بلوغه نسبة لا يمكن التنبؤ بها².

ج/- أن يصبح تنفيذ الالتزام مرهقا للمدين وليس مستحيلا

إذا كانت القوة القاهرة و الظرف الطارئ يشتركان في كونهما لا يمكن توقعهما، إلا أنهما يختلفان في الأثر، حيث أن القوة القاهرة تجعل من تنفيذ الالتزام مستحيلا مما يعني انقضائه، في حين يؤدي الظرف الطارئ إلى جعل تنفيذه مرهقا للمدين و ليس مستحيلا بحيث يهدده بخسارة فادحة مما يترتب عليه رد الالتزام إلى الحد المعقول، و الإرهاق الذي يعتد به في نظرية الظروف الطارئة هو الإرهاق الشديد الذي يجاوز الخسارة المألوفة.

و تجدر الإشارة إلى أن هذا الشرط هو الوحيد الناتج عن العقد، في حين الشروط الأخرى كلها تخرج عن نطاق العقد و ليس لها علاقة به إلا من حيث الأثر الذي تحدثه فيه و هو صعوبة تنفيذ الالتزام، حيث أن تنفيذه من شأنه إلحاق خسارة بالمدين³.

و الإرهاق الناتج عن الظرف الطارئ هو فكرة موضوعية ينظر فيها إلى ظروف العقد ذاته و ليس إلى ظروف المدين الشخصية، حيث أن تقدير مدى الإرهاق الذي أصاب المدين نتيجة الظرف الطارئ يدخل ضمن السلطة التقديرية لقاضي الموضوع الذي يقدر في ضوء الالتزامات التي رتبها العقد مدى تحققه بغض النظر عن ثروة المتعاقدين، فلو كان المرقى العقاري غنيا فهذا لا يمنع إطلاقا أن تنفيذه للالتزام سوف يسبب له إرهاق⁴.

=أنظر: الأودن سمير عبد السميع، تملك وحدات البناء تحت الإنشاء و الضمانات الخاصة لمشتري الوحدات السكنية، الطبعة الأولى، مطبعة الإشعاع الفنية، مصر، 2001، ص 99.

¹ Dupont Delestraint pierre, Droit civil -Les obligations-, huitième édition, mémentos Dalloz, paris, France, 1981, p 98.

² عثمانى بلال، مرجع سابق الذكر، ص 306.

³ مفلح أحمد أبو زيد عائشة، أبو نصير مالك، نظرية الظروف الطارئة، المجلة القانونية، جامعة القاهرة، المجلد 9، العدد 13، 2021، ص 4296.

⁴ بوكماش محمد، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري و الفقه الإسلامي، مرجع سابق الذكر، ص 252.

لا يخضع تقدير القاضي لعنصر الإرهاق لرقابة المحكمة العليا على اعتبار أنه مسألة موضوع لا قانون، وبالتالي لا يمكن للدائن، في حالة تقدير القاضي أن هذا الظرف الطارئ أدى إلى إرهاب المدين، تأسيس طعنه بالنقض على أساس سوء تقدير القاضي لمسألة الإرهاق¹.

و يبقى للمحكمة العليا سلطة مراقبة بعض العوامل المتصلة بتقدير الإرهاق، حيث جاء في قرارها تحت رقم 1027852 الصادر عن الغرفة العقارية بتاريخ 15 ديسمبر 2016 أنه²: "... حيث أنه و كما يستخلص من ملف القضية أن المطعون عليه رفع الدعوى على الطاعن و قدم عريضة جاء فيها أن هذا الأخير استفاد من الشقة الكائنة ب..... حيث أنه بتاريخ 30 جوان 2003 تسلم رخصة البناء قبل الانطلاق في الأشغال، و نظرا للظرف غير المتوقع حدث زلزال بومرداس أنجر عنه تعديل القانون 90-29 مما استوجب تعديل مخطط بناء المشروع من حيث الدراسة التقنية و الهندسة المدنية لهياكل البنايات و حيث أن و نظرا للأشغال الإضافية التي قام بها المطعون عليه غير المتوقعة في بداية المشروع، قام بمخاطبة الجهة الوصية المشرفة على المشروع قصد تحديد السعر الجديد و قد خلصت مراسلة وزارة السكن و العمران إلى تحديد السعر الجديد و انتهى إلى طلب إلزام الطاعن بدفعه للمطعون عليه انتهت إلى الحكم المؤرخ في 16 جوان 2013 القاضي برفض الدعوى، و في الاستئناف أصدر المجلس القرار محل الطعن بالنقض، و حيث أن الطعن بالنقض يستند إلى ثلاثة أوجه: لكنه و اعتمادا على الوجود المثار تلقائيا و المأخوذ من مخالفة القانون: و حيث أنه إذا كان الزلزال الذي وقع بتاريخ 21 ماي 2003 قد أدى إلى تعديل أحكام القانون 90-29 و إلى تعديل مخطط المشروع مما أدى إلى الزيادة في تكلفة المشروع، و حيث أنه و لكي يسمح لقضاة الموضوع تعديل أحكام العقد من أن يبينوا أن هذا الحادث يجعل من تنفيذ العقد مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة غير مألوفة، أمكن لهم الالتزام بالزيادة في ثمن الشقة، و حيث أنه يجب أن يبينوا أن المطعون عليه جراء الحادث قد لحقت به خسارة فادحة غير مألوفة، ذلك أن الخسارة المألوفة في التعامل لا تكفي، لأن كل صفقة يرمها التجار تحتمل الربح و الخسارة، و حيث أن قضاة المجلس عندما انتهوا إلى تعديل الالتزام دون التقيد بالشروط المذكورة في المادة 107 فقرة 3 من القانون المدني، مما يعرض القرار المطعون فيه للنقض و بغير حاجة إلى التطرق إلى الأوجه المثارة".

¹ عثمانى بلال، مرجع سابق الذكر، ص 308.

² زروقي ليلي، حمدي باشا عمر، مرجع سابق الذكر، ص 317، 318.

ثالثا: سلطة القاضي في تطبيق نظرية الظروف الطارئة

نصت معظم التشريعات المقارنة على ضرورة قيام المدين في حالة وقوع ظروف طارئة أدت إلى اختلال توازن العقد باقتراح إعادة التفاوض مع الدائن لإيجاد حل من شأنه ضمان استمرارية العقد، غير أن المشرع الجزائري لم يأخذ بهذا الطرح مكتفيا بالاعتراف بحق المدين في اللجوء مباشرة إلى القضاء لإعادة توازن العقد¹.

منحت الفقرة الثالثة من المادة 107 قانون مدني للقاضي سلطة التدخل في حالة الظروف الطارئة من أجل تعديل العقد وإعادة التوازن، غير أن هذه السلطة و رغم ما يظهر من اتساعها، مقيدة بتحقق الشروط المنصوص عليها سابقا وبالغرض الذي توخاه المشرع من تقريرها.

أ/- ضوابط تدخل القاضي

يمكن حصر الضوابط التي تحكم القاضي عند ممارسته لسلطته في تعديل العقد عند حدوث ظرف الطارئ فيما يلي:

1/- مراعاة الظروف المحيطة

بالعودة إلى ما ورد في نص المادة 107 فقرة 3 من القانون المدني نجد أن المشرع أجاز للقاضي تبعاً للظروف رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، فاستعمال هذه العبارة، و إن اعتبرت ضابطاً من الضوابط، يوحي لنا أن المشرع أراد أن يوسع السلطة التقديرية للقاضي بما يمكنه من رد الالتزام المرهق و ليس تضيقها، و منه وجب عليه أن لا يهمل أي ظرف يحيط بالقضية، لأنها هي التي يبني القاضي عليها حكمه سواء بتأجيل تنفيذ الالتزام مؤقتاً أو إنقاص الالتزام المرهق أو الزيادة في الالتزام المقابل للالتزام المرهق².

2/- الموازنة بين مصلحة طرفي العقد

أساس نظرية الظروف الطارئة هو تحقيق العدالة عن طريق إعادة التوازن إلى العقد نتيجة الاخلال الذي مس مركز أحد أطرافه و الذي أصبح تنفيذه لالتزامه مرهقا، إلا أن عملية إعادة التوازن التي هي من صلاحيات القاضي تستوجب مراعاة هذا الأخير ضابط الموازنة بين مصلحة أطراف العقد من خلال توزيع أعباء الظرف الطارئ، ذلك أن العقد يفترض أن ينشأ على مصالح متوازنة بحيث يهدف كل طرف من أطرافه

¹ عثمان بلال، مرجع سابق الذكر، ص 313.

² بوكماش محمد، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري و الفقه الإسلامي، مرجع سابق الذكر، ص 254.

إلى تحقيق مصلحة معينة غير أن تغير الظروف أدى إلى اختلال التوازن بين هذه المصالح، فأصبح طرفا العقد بين خاسر و كاسب.

ب/- وسائل تدخل القاضي

إن الأثر القانوني المترتب على توفر شروط نظرية الظروف الطارئة السابق شرحها هو رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، غير أن المشرع لم يحدد من خلال المادة 107 من القانون المدني الطريقة التي يتبعها القاضي لرد الالتزام إلى الحد المعقول و الذي يمكن أن يرجع لاختلاف كل حالة عن الأخرى من حيث الظروف و الطبيعة، و عليه له حرية اختيار الوسيلة التي يراها ملائمة لتحقيق الغاية المرجوة.

فللقاضي أن يوقف تنفيذ العقد لمدة من الزمن حتى يزول الظرف الطارئ إذا كان هذا الأخير ظرفا وقتيا، كما يمكنه إنقاص الالتزام المرهق أو الزيادة في الالتزام المقابل للالتزام المرهق.

1/- وقف تنفيذ الالتزام لمدة من الزمن

يلجأ القاضي إلى وقف تنفيذ الالتزام إذا قدر أن الحادث الطارئ وقتي سوف يزول بعد مرور فترة قصيرة، و ليس في هذا مساس بالعناصر المادية أو الموضوعية للعقد حيث تظل الالتزامات كما هي دون زيادة أو نقصان، و إنما يمس عنصر الزمن المتفق عليه، و بالتالي إذا لجأ المرقى العقاري للقضاء من أجل مراجعة السعر على أساس نظرية الظروف الطارئة نظرا للارتفاع الكبير في أسعار مواد البناء، جاز للقاضي أن يوقف تنفيذ المرقى العقاري لالتزامه بإنجاز البناية لمدة قصيرة إذا قدر أن هذا الارتفاع مؤقت و ستنخفض الأسعار مرة أخرى، و هذا حتى يتسنى للمرقى تنفيذ التزامه في ظروف عادية.

2/- إنقاص الالتزام المرهق

يمكن للقاضي أن يقدر بأن الوسيلة الملائمة لإعادة التوازن إلى العقد و رد الالتزام المرهق هي الإنقاص من الالتزامات العقدية المفروضة على المدين سواء من حيث الكم أو الكيف، و الإنقاص من حيث الكم نعني به التخفيف من كمية ما التزم به المدين حتى يتناسب مع ما سوف يقدمه الدائن كمقابل، أما إنقاص التزام المدين من حيث الكيف فنعني به التزام المدين بنفس الكمية المتفق عليها في العقد و لكن من صنف أقل جودة¹، و من أمثلة ذلك التزام المرقى العقاري بموجب عقد البيع على التصاميم ببناء سكن للمكاتب عن طريق استعمال مواد بناء ذات جودة عالية، و أثناء تنفيذه لالتزامه حدث ظرف طارئ جعل تنفيذ التزامه

¹ فجالى مراد، مرابطين سفيان، مرجع سابق الذكر، ص 697.

هذا مرهقا، ففي هذه الحالة يجوز للقاضي الإنقاص من التزام المرقى العقاري من خلال السماح له بالاستعانة بمواد بناء أقل جودة مقارنة بما تم الاتفاق عليه.

3/- الزيادة في الالتزام المقابل للالتزام المرهق

بالإضافة إلى الإنقاص من الالتزام المرهق، يجوز للقاضي زيادة التزام الدائن أي الزيادة في الالتزام المقابل للالتزام المرهق، و بإسقاط هذا الطرح على المثال السابق نجد أنه عوض أن يلزم القاضي المرقى العقاري باستعمال مواد بناء أقل جودة و نوعية مما هو متفق عليه، بإمكانه الزام المكتتب في عقد البيع على التصاميم بمراجعة سعر البيع المتفق عليه و تحميله زيادة من شأنها رفع الإرهاق عن المرقى العقاري و إعادة التوازن إلى العقد.

غير أن سلطة القاضي في زيادة التزام الدائن لاقت في الحقيقة العديد من الانتقادات من جانب الفقهاء لانعدام أساسها القانوني من جهة كون أن المادة 107 فقرة 3 من القانون المدني لم تنص صراحة على ذلك، كما أن صياغة المشرع لنفس المادة باللغة الفرنسية توحى أنه قصد تلخيص سلطة القاضي في الإنقاص من التزام المدين إلى الحد المعقول دون إمكانية الزيادة في التزام الدائن و هذا باستعماله مصطلح « réduire » الذي يقصد به الإنقاص¹.

يلاحظ مما سبق أن تعديل القاضي للالتزام المرهق سواء بالانقاص أو بالزيادة في الالتزام المقابل يرتبط وجودا و عدما بالظرف الطارئ، بحيث أن القاضي لا يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول إلا بالنسبة للحاضر و لا شأن له بالمستقبل نظرا لأنه غير معروف².

4/- فسخ العقد

من خلال دراستنا لنظرية الظروف الطارئة و ما جاء في نص المادة 107 فقرة 3 من القانون المدني نجد أن للقاضي وفقا لسلطته التقديرية امكانية وقف تنفيذ العقد أو الإنقاص من التزام المدين أو الزيادة في التزام الدائن. غير أن السؤال الذي يطرح في هذا الصدد هو هل له السلطة كذلك في فسخ العقد إذا اقتضت مصلحة الطرفين ذلك؟

إذا أخذنا بمبدأ حرفية النص نجد أن المشرع منح للقاضي بموجب المادة السابقة سلطة رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول عن طريق وقف تنفيذ العقد أو الإنقاص من الالتزام المرهق أو الزيادة في الالتزام المقابل،

¹ مشتاوي سمير، مرجع سابق الذكر، ص 52.

² السنهوري عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني -مصادر الالتزام-، مرجع سابق الذكر، ص 648.

فهو بذلك أعطاه سلطة تعديل العقد و لم يعطه سلطة فسخه، و بالتالي لا يجوز للقاضي فسخ العقد إلا في حالة واحدة لم تنص عليها المادة 107 من القانون المدني و إنما نصت عليها المادة 561 فقرة 3 من نفس القانون و المتمثلة في حالة انهيار التوازن الاقتصادي بين التزامات المقاول و رب العمل بسبب حوادث استثنائية عامة لم تكن في الحسبان وقت ابرام العقد و تداعى بذلك الأساس الذي قام عليه التقدير المالي لعقد المقاول.

في حين يذهب جانب من الفقه إلى غير الرأي المتقدم سابقا من خلال القول بإمكانية الحكم بفسخ العقد في حالتين، إذا رأى القاضي ضرورة في ذلك¹، أو إذا طلبه الدائن لعدم رضاه بالتعديل الذي أجره القاضي².

¹ المرجع نفسه، ص 648، 649.

² بوكماش محمد، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري و الفقه الإسلامي، مرجع سابق الذكر، ص 268.

المبحث الثاني: المنازعات الناشئة بسبب إخلال المرقى العقاري بالتزامه بالتسليم المطابق

من الالتزامات الجوهرية الملقاة على عاتق البائع و المترتبة عن عقد البيع بصفة عامة هو تسليم الشيء المبيع للمشتري من أجل حيازته و الانتفاع به، ذلك أن حق الملكية يتضمن الانتفاع بالشيء و الذي لا يكون إلا عن طريق حيازته، سواء كانت الحيازة مباشرة أو غير مباشرة¹.

و على اعتبار أن عقد البيع على التصاميم هو عقد بيع، فإن المرقى العقاري لا يكتفي فقط بإنجاز البناية و نقل ملكيتها للمكاتب و إنما عليه تسليمه إياها في الأجل المتفق عليها، فالالتزام بالتسليم يتفرع عن الالتزام بنقل الملكية، كما يعتبر من أهم آثاره القانونية، و بالتالي يبقى نقل الملكية للمكاتب بدون فائدة إذا لم يتسلم العقار حتى يتمكن من الانتفاع به.

يقترب الالتزام بالتسليم بالتزام ثاني هو مطابقة السكن لما تم الاتفاق عليه، فتخلف هذا الأخير يعني إخلال المرقى العقاري بالتزامه بالتسليم، حيث ربط المشرع بين الالتزامين و جعل من التسليم المطابق التزاما جوهريا على عاتق البائع، و يأخذ هذا الالتزام أهمية كبيرة خصوصا في عقود البيع على التصاميم كون المكاتب لا يعاين السكن إلا بعد إنجازه².

سنحاول من خلال هذا المبحث التطرق إلى المنازعات الناشئة عند إخلال المرقى العقاري بالتزامه بتسليم السكن و هذا في المطلب الأول، أما المطلب الثاني فنخصه للمنازعات الناشئة بسبب عدم مطابقة المرقى العقاري للسكن موضوع عقد البيع على التصاميم.

المطلب الأول: المنازعات الناشئة بسبب إخلال المرقى العقاري بالتزامه بتسليم السكن

تستدعي دراسة المنازعات الناشئة عند إخلال المرقى العقاري بالتزامه بالتسليم التطرق أولا إلى مفهوم هذا الالتزام من خلال إعطاء تعريف له و تحديد آجاله و كيفية تنفيذه (الفرع الأول)، ثم بعد ذلك تبيان مختلف الآثار المترتبة عند إخلال المرقى العقاري به (الفرع الثاني).

¹ مرقس سليمان، شرح القانون المدني: العقود المسماة (عقد البيع)، الطبعة الرابعة، دار الهنا للطباعة، القاهرة، مصر، 1980، ص 339.

² بن ديدة هجيرة، صور الالتزام بالتسليم المطابق - عقد بيع عقار نموذجيا-، مجلة بحوث، جامعة الجزائر 1، المجلد 16، العدد 1، 2022، ص 12.

الفرع الأول: مفهوم الالتزام بالتسليم

أشار المشرع في المادة 43 من القانون 04-11 و المواد 4، 5، و 6 من المرسوم التنفيذي 13-431 إلى التزام المرقي العقاري بتسليم العقار موضوع عقد البيع على التصاميم تحت طائلة عقوبات التأخير، غير أنه لم يحدد المقصود بالتسليم مكتفيا بوصفه ب: "التسليم الفعلي" أو ما يصطلح عليه باللغة الفرنسية ب "la remise effective"، و بما أن عقد البيع على التصاميم هو صورة من صور البيع، فإن البحث عن مفهوم التسليم يتطلب الرجوع إلى القواعد العامة المنظمة لعقد البيع¹.

نصت المادة 167 من القانون المدني على أن الالتزام بنقل حق عيني يتضمن الالتزام بتسليم الشيء و المحافظة عليه حتى التسليم، و جاء في المادة 367 فقرة 1 من نفس القانون أن التسليم يتم بوضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن هذا الأخير من حيازته و الانتفاع به دون عائق و لو لم يتسلمه تسليما ماديا مادام أن البائع أخبره بأنه مستعد لتسليمه بذلك، كما نصت المادة 558 من نفس القانون على أنه عندما يتم المفاوض العمل و يضعه تحت تصرف رب العمل، و جب على هذا الأخير المبادرة إلى تسلمه في أقرب وقت ممكن بحسب ما هو جار في المعاملات، و في حالة الامتناع دون سبب مشروع عن التسلم رغم دعوته إلى ذلك بإنذار رسمي اعتبر أن العمل قد سلم إليه.

من خلال المواد السابقة يمكن استنتاج ما يلي:

أولا، اعتبر المشرع الالتزام بالتسليم و الالتزام بالمحافظة على الشيء المبيع التزامان متفرعان عن الالتزام بنقل الملكية، و يكمن الاختلاف بينهما في أن الأول هو التزام بتحقيق نتيجة طبقا للمادة 168 من القانون المدني، في حين أن الثاني هو التزام ببذل عناية الرجل العادي طبقا للمادة 172 من نفس القانون، و بالتالي فإن تبعة الهلاك ترتبط بالالتزام بالتسليم لا بالالتزام بالمحافظة، فإذا هلك المبيع فلا يكون البائع مسؤولا بموجب التزامه بالمحافظة على الشيء المبيع طالما بذل عناية الرجل العادي، و إنما يتحمل تبعة الهلاك بموجب التزامه بالتسليم².

ثانيا، يتضمن كل من عقد البيع و المقابلة التزاما جوهريا يتحمله البائع و المقاول على حد سواء يتمثل في الالتزام بالتسليم، و يتم هذا الأخير من خلال وضع الشيء المبيع تحت تصرف المشتري مع إعلامه بذلك، غير أن ما يميز عقد المقابلة عن البيع هو الالتزام الذي يسبق تسليم المقاول للشيء المبيع المتمثل في القيام بإنجاز ما تم الاتفاق عليه في العقد، و هو نفس الالتزام الذي يقع على عاتق المرقي العقاري قبل تسليمه

¹ بناسي شوقي، مرجع سابق الذكر، ص 213.

² مقدود فاطمة، حماية المكتتب في البيوع العقارية على التصاميم، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2015، ص 104.

السكن للمكاتب، و بالتالي فإن مفهوم التسليم في عقد البيع على التصاميم يأخذ نفس معنى التسليم في عقد المساولة¹.

ثالثا، إن التعريف الذي جاء به المشرع للتسليم في المادة 367 من القانون المدني ينقصه عنصر جوهري يتمثل في مطابقة الشيء المبوع لما تم الاتفاق عليه في العقد، و بالتالي يرى بعض الباحثين أنه كان من الأجدر صياغة المادة على النحو الآتي: "يتم التسليم بوضع مبوع مطابق تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته و الانتفاع به دون عائق و لو لم يتسلمه"².

رابعا، يعتبر البائع قد نفذ التزامه بالتسليم بمجرد وضعه للشيء المبوع تحت تصرف المشتري حتى يتمكن من حيازته و الانتفاع به و لو لم يستول عليه استلاء ماديا و هذا طبقا للقواعد العامة المنظمة لعقد البيع و الواردة في القانون المدني، غير أن الأمر يختلف في عقود البيع على التصاميم، حيث أن العبرة لا تكون بوضع المرقى العقاري للبناء أو الجزء من البناء تحت تصرف المكاتب و إخباره بذلك، و إنما يعتبر المرقى قد نفذ التزامه بالتسليم عند تحقق التسليم الفعلي للبناء من طرف المكاتب طبقا لما ورد في المادة 43 من القانون 04-11³.

الفرع الثاني: آجال التسليم

يجوز لأطراف عقد البيع الاتفاق على تحديد تاريخ لاحق على توقيع العقد لتنفيذ المدين التزامه بتسليم المبوع و هذا خروجاً عن قاعدة تسليم الشيء المبوع فور إبرام العقد كونها ليست من النظام العام و بالتالي يجوز مخالفتها⁴.

و خصوصية عقد البيع على التصاميم تستدعي وجود فارق زمني بين توقيع العقد و تسليم البناء للمكاتب كون محل العقد غير موجود وقت التعاقد، و بالتالي يستحيل تنفيذ المرقى العقاري لالتزامه بالتسليم وقت إبرام العقد، و عليه وجب على كل من المرقى العقاري و المكاتب الاتفاق في العقد على تاريخ محدد لتنفيذ الأول لالتزامه بالتسليم (أولا) الذي يكون على أربعة مراحل (ثانيا).

¹ تواتي سهيلة، الحماية القانونية للمشتري في عقد بيع العقار بناء على التصاميم، أطروحة دكتوراه، مرجع سابق الذكر، ص 114.

² فيلالى علي، العقود الخاصة - البيع، دون رقم الطبعة، دار موفم للنشر، الجزائر، 2018، ص 200.

³ حامى حياة، مرجع سابق الذكر، ص 211.

⁴ حوحو يمينة، عقد البيع في القانون الجزائري، الطبعة الأولى، دار بلقيس للنشر، الدار البيضاء، الجزائر، 2015، ص 128.

أولاً: الاتفاق على أجل للتسليم

لم ينص المشرع صراحة في القانون 04-11 على الزامية تضمين عقد البيع على التصاميم على أجل للتسليم خلافا لما كان عليه الحال في ظل المرسوم التشريعي 93-03، إذ اشترطت المادة 10 من هذا الأخير وجوب تحديد آجال التسليم وكذا عقوبات التأخير باعتبارها من البيانات الإلزامية التي يترتب على تخلفها البطلان المطلق للعقد، الأمر الذي يدفعنا إلى طرح السؤال الآتي: ما هو مصير العقد المبرم في ظل القانون 04-11 و الذي لم يتم تضمينه لأجل للتسليم؟ أو بصيغة أخرى هل اعتبر المشرع أجل التسليم في القانون 04-11 من البيانات الجوهرية التي يؤدي تخلفها إلى بطلان العقد بطلانا مطلقا؟

في الحقيقة رغم أن المشرع لم يوضح في القانون 04-11 إذا كان أجل التسليم من البيانات الجوهرية أم لا، إلا أنه يمكن الجزم بالزامية تحديده طالما أن نص المادة 43 من نفس القانون و المادة 4 من المرسوم التنفيذي 13-431 أوجبا تحديد عقوبة التأخير في حالة عدم الالتزام بالأجال المتفق عليها، مما يؤدي إلى الاستنتاج بمفهوم المخالفة أن أجل التسليم يجب أن يكون مضمنا في العقد تحت طائلة البطلان المطلق حتى تحسب بناء عليه مدة التأخير و بالتالي عقوبة التأخير المفروضة على المرقي العقاري¹.

و ترجع الزامية تضمين العقد لأجل التسليم للسببين الآتيين:

- عدم فتح المجال للمرقي العقاري للمماطلة في إنجاز البناية أو الجزء من البناية و التأخير المبالغ فيه، و بالتالي يتم تقييده بأجل محدد في العقد يتم الاتفاق عليه بينه و بين المكتتب في عقد البيع على التصاميم².
- يبدأ حساب العقوبات التأخيرية المقررة ضد المرقي العقاري من تاريخ حلول أجل التسليم المتفق عليه.

و يتم تحديد أجل التسليم في عقد البيع على التصاميم بطريقة واضحة من خلال وضع التاريخ باليوم و الشهر و السنة، أو من خلال تحديده بمدة معينة تكون في الغالب بعدد الأشهر يبدأ احتسابها من يوم توقيع العقد، و مثال ذلك النص في العقد أن يكون التسليم خلال 24 شهرا، و تجدر الإشارة إلى أن الأسلوب الثاني هو المعتمد في نموذج عقد البيع على التصاميم الملحق بالمرسوم التنفيذي 13-431³.

بالعودة إلى نموذج عقد البيع على التصاميم الملحق بالمرسوم التنفيذي 13-431 في البند الذي جاء تحت عنوان "أجل التسليم" نجد أن سريان أجل التسليم يبدأ من تاريخ التوقيع على العقد، و هو ما عرض

¹ بوسته إيمان، مرجع سابق الذكر، ص 359.

² نوالي رفيق، معمر خالد، الضمانات القانونية لتمكين المكتتب من السكن في عقد البيع على التصاميم، مجلة النبراس للدراسات القانونية، جامعة تبسة، المجلد 6، العدد 4، أبريل 2023، ص 120.

³ بولحية سمية، عقد البيع على التصاميم، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة سيدي بلعباس، 2020، ص 171.

المشروع لانتقادات بعض الباحثين في مجال القانون على أساس اختلاف تاريخ توقيع العقود من مكتب إلى آخر، أما تاريخ الانطلاق في أشغال الإنجاز فيبقى ثابتا بالنسبة لهم جميعا، و بالتالي كان من الأجدر حسمهم ربط أجل التسليم بتاريخ الانطلاق في الأشغال و ليس تاريخ توقيع العقد¹.

في حين يرى آخرون أن المشرع كان موفقا عندما ربط بداية سريان أجل التسليم بتاريخ توقيع العقد بحجة أن عقد البيع على التصاميم لا يرد فقط على السكنات المقررة بناؤها، و إنما يتعلق كذلك بالسكنات في طور الإنجاز، و بالتالي يتصور إبرام العقد و الأشغال انطلقت فعلا، مما يجعل ربط سريان أجل التسليم بانطلاق الأشغال غير منطقي².

و بعد عرض موقف الباحثين، أرى أن الرأي الثاني أكثر صوابا و بالتالي حسن ما فعل المشرع عندما اعتمد حساب أجل التسليم من تاريخ توقيع العقد و ليس من تاريخ الانطلاق في أشغال الإنجاز، فالإضافة إلى الحجة المتقدم بها، فإن بدأ سريان أجل التسليم من تاريخ الانطلاق في أشغال الإنجاز سوف يؤدي لا محالة إلى تقاعس و تماطل المرقين العقاريين في الانطلاق في إنجاز مشروعهم العقاري حتى لا يبدأ حساب أجل التسليم و بالتالي يتجنبون العقوبات التأخيرية و قيام مسؤوليتهم العقدية.

ثانيا: تقسيم آجال التسليم

ترك المشرع الحرية لأطراف عقد البيع على التصاميم للاتفاق على أجل التسليم و تضمينه في العقد، غير أنه ربط من خلال نموذج العقد عملية التسليم بمراحل الأشغال التي قسمها إلى أربعة تتمثل في:

- المرحلة الأولى: إتمام الأساسات (الأجال القصوى شهرا).

- المرحلة الثانية: إتمام الأشغال الكبرى بما في ذلك المسافة و الجدران الداخلية و الخارجية (الأجال القصوى شهرا).

- المرحلة الثالثة: إتمام كافة الأشغال بما في ذلك الربط بالطرقات و الشبكات المختلفة و كذا التهيئات الخارجية (الأجال القصوى شهرا).

- المرحلة الرابعة: الإتمام.

¹ بوسته إيمان، مرجع سابق الذكر، ص 359.

² بناسي شوقي، مرجع سابق الذكر، ص 216.

يظهر مما سبق أن عملية التسليم تكون على أربعة مراحل تتعلق بأشغال الإنجاز، حيث تحدد في كل مرحلة آجال قصوى لتنفيذ الالتزام يتم الاتفاق عليها و تحسب بالأشهر.

يرى جانب من الشراح أن المشرع أخطأ في صياغته لبند التسليم الذي جاء تحت عنوان "آجال التسليم"، إذ أن الباحث و بقراءة سطحية منه سوف يتساءل عن أي آجال للتسليم و هو يعلم أن المبيع عبارة عن بناية أو جزء من البناية و التي تعتبر وحدة واحدة لا يعقل أن يكون تسليمها على مراحل، فصحيح أن عملية التسليم ترتبط بانتهاء أشغال الإنجاز و لكنها لا ترتبط بمراحل تقدمها، و إنما دفع المكتتب للأقساط هو الذي يرتبط بتقدم مراحل أشغال الإنجاز¹.

بينما يرى جانب آخر أن العلاقة بين أجل التسليم و مراحل أشغال الإنجاز جعلت المشرع يقسم آجال التسليم و يربطها بتطور الأشغال، ذلك أنه عقب كل مرحلة يقوم المهندس المعماري بإثبات الانتهاء منها و يقوم المرقى العقاري بالتوقيع على محضر المعاينة الذي يسلمه فيما بعد للمكتتب، و عليه فإن هذه العملية تعتبر بمثابة تسليم و لكنه تسليم قانوني و ليس فعلي يتضمن الاستيلاء المادي على السكن في مرحلة من مراحل أشغال الإنجاز، و بالإضافة لما سبق فإن المشرع ربط نقل الملكية بتقدم الأشغال، و بما أن التسليم يعد فرع من الالتزام بنقل الملكية، فإنه كل نقل للملكية لمرحلة من مراحل أشغال الإنجاز يقع تسليم المرحلة المنجزة تسليمًا قانونيًا الذي يعتبر بمثابة تسليم جزئي في انتظار التسليم الفعلي النهائي بعد استخراج شهادة المطابقة و تحرير محضر الحيازة أمام نفس الموثق الذي أعد عقد البيع على التصاميم².

و جدير بالذكر أنه لم يرد أي نص في القانون 04-11 و المرسوم التنفيذي 431-13 حول جزاء تأخر المرقى العقاري في إنجاز مرحلة معينة و تسليمها للمكتتب مكتملًا بالنص على العقوبات التأخيرية المترتبة عن التسليم الفعلي للعقار مما يدفعنا للتساؤل حول الجدوى من تحديد هذه المراحل، فتوقف المرقى العقاري عند المرحلة الأولى أو الثانية من مراحل الإنجاز لا يرتب أي عقوبات تأخيرية و ما على المكتتبين سوى انتظار حلول أجل التسليم من أجل المطالبة بتوقيع هذه العقوبات، و بالتالي كان على المشرع النص على عقوبات في حال تأخر المرقى العقاري على إنجاز أي مرحلة من مراحل الإنجاز مادام اشترط في نموذج العقد تحديد الآجال القصوى لكل مرحلة.

¹ بوسته إيمان، مرجع سابق الذكر، 353، 354.

² بناسي شوقي، مرجع سابق الذكر، ص 218.

الفرع الثالث: كيفية تنفيذ التسليم

يشترط لصحة التسليم وفقا لبند "كيفية الحيازة" من نموذج عقد البيع على التصاميم قيام المرقى العقاري باستصدار شهادة المطابقة للتأكد من مدى احترامه للقواعد العامة للتهيئة و التعمير و البناء (أولا)، بالإضافة إلى إعداد محضر الحيازة أمام نفس الموثق الذي حرر عقد البيع على التصاميم (ثانيا).

أولا: استصدار شهادة المطابقة

ربط المشرع التسليم الفعلي بالحيازة التي تتم من خلال السيطرة المادية من المكتب على سكنه، و أوضح من خلال نص المادة 39 من القانون 04-11 و كذا الفقرة الأولى من بند "كيفية الحيازة" أنه لا يمكن أن تقع الحيازة إلا بعد إتمام المرقى العقاري لأشغال الإنجاز و استصداره لشهادة المطابقة المنصوص عليها في القانون 29-90 المؤرخ في 1 ديسمبر 1990 المتعلق بالتهيئة و التعمير¹، و القانون 15-08 المؤرخ في 20 يوليو 2008 المحدد لقواعد مطابقة البناء و إتمام إنجازها².

و لا بد من الإشارة إلى أن المطابقة التي قصدها المشرع في نص المادة 39 من القانون 04-11 لا تتمثل في المطابقة الاتفاقية أو ما يطلق عليها بالمطابقة العقدية³ و إنما كان يقصد المطابقة الإدارية، أي إثبات مطابقة البناء مع ما جاء في رخصة البناء، و دليل ذلك الإحالة إلى القانون 29-90 و القانون 15-08⁴، و بالتالي فإن اشتراط استصدار هذه الشهادة ما هو إلا تجسيد للمبادئ العامة لنشاط الترقية العقارية و التي من ضمنها خضوع هذا النشاط لقواعد التهيئة و التعمير و البناء⁵.

ثانيا: إعداد محضر الحيازة

خلافًا لعقد حفظ الحق الذي لا يشترط فيه إثبات التسلم الفعلي للسكن من طرف صاحب حفظ الحق، يتطلب عقد البيع على التصاميم إثبات تسليم السكن للمكتب من طرف المرقى العقاري و هذا بموجب محضر حيازة يتم إعداده أمام نفس الموثق الذي حرر عقد البيع على التصاميم، حيث تنص الفقرة الثانية من المادة 34 قانون 04-11 على أنه: "يتم عقد البيع على التصاميم المذكور في الفقرة السابقة بمحضر يعد حضوريا في نفس مكتب التوثيق قصد معاينة الحيازة الفعلية من طرف المكتب و تسليم البناء المنجزة

¹ الجريدة الرسمية عدد 52 المؤرخة في 2 ديسمبر 1990.

² الجريدة الرسمية عدد 44 المؤرخة في 3 غشت 2008.

³ المطابقة الاتفاقية أو المطابقة العقدية هي مطابقة الشيء المبوع لما تم الاتفاق عليه بين المرقى العقاري و المكتب في عقد البيع على التصاميم.

⁴ بناسي شوقي، مرجع سابق الذكر، ص 219.

⁵ المادة 5 من القانون 04-11.

من طرف المرقى العقاري طبقا للالتزامات التعاقدية"، و هو نفس ما كانت تشترطه المادة 13 فقرة 1 من المرسوم التشريعي 93-03 التي نصت على استكمال عقد البيع على التصاميم بمحضر يحرر حضوريا في نفس مكتب التوثيق قصد إثبات حيازة الملكية من المشتري و تسليم البناية المنجزة من طرف المتعامل في الترقية العقارية وفقا للالتزامات التعاقدية، و كذا المادة 4 من نموذج عقد البيع على التصاميم الملحق بالمرسوم التنفيذي 94-58 (الملغى) التي جاء فيها أن معاينة حيازة المشتري و تسليم المتعامل في الترقية العقارية تتم في محضر يحرر حضوريا باتفاق الأطراف.

و بالنسبة لعقود البيع على التصاميم المتعلقة بمشاريع الترقية العقارية التجارية، فإنه لا يمكن للمرقى العقاري إعداد و تسليم محاضر الحيازة للمستفيدين طالما لم يحول حق الامتياز إلى تنازل و المكرس قانونا بعقد إداري مشهر لدى المحافظة العقارية المختصة إقليميا، و هذا وفقا للإجراءات المنصوص عليها في المرسوم التنفيذي 15-281¹، و عليه يشترط على الموثقين قبل استكمالهم لإجراءات البيع المتمثلة في إعداد محاضر الحيازة مطالبة المرقين العقاريين بتقديم العقود الإدارية المعدة من طرف مصالح أملاك الدولة المكرسة لعملية تحويل الامتياز إلى تنازل².

ما يمكن ملاحظته على صياغة المشرع لنص المادة 34 فقرة 2 استعماله لعبارة: "يتم عقد البيع على التصاميم المذكور في الفقرة السابقة بمحضر يعد حضوريا..."، الأمر الذي يوحي لنا بأن عقد البيع على التصاميم عقد ناقص و جب إتمامه بمحضر، و بالتالي فإن استعمال المشرع لمصطلح "يتم" جاء في غير محله نظرا أننا نتمم ما هو ناقص، و عقد البيع على التصاميم عقد كامل مستوفي لجميع أركانه، كما أن هذا المحضر يبرز التطابق بين البناء و ما تم الاتفاق عليه³، و عليه فهو يتعلق بالإثبات لا بالانعقاد.

من خلال الملاحظة السابقة، يمكن القول أن المشرع لم يكن موفقا في صياغته للفقرة الثانية من المادة 34 قانون 11-04 لا من ناحية الشكل و لا من ناحية المضمون، فمن حيث الشكل لا تصلح هذه الفقرة أن تكون تابعة للمادة 34 لأن هذه الأخيرة في فقرتها الأولى تنص على تحرير عقد البيع على التصاميم في الشكل الرسمي و خضوعه لإجراءات التسجيل و الشهر، مما يوحي بأن الفقرة الثانية هي امتداد لنفس الفكرة، في حين أنها تتعلق بمسألة مغايرة، أما فيما يخص جانب المضمون فلا شك أن استعمال المشرع لمصطلح "يتم" لا يعبر

¹ المادة 13 فقرة 2 من المرسوم التنفيذي 15-281.

² المادة 13 فقرة 5 من نفس المرسوم التنفيذي.

³ عياشي شعبان، مرجع سابق الذكر، ص 121.

إطلاقاً على قصده نظراً لأن عقد البيع على التصاميم هو عقد كامل الأركان لا يحتاج لأي وثيقة تتممه، بالإضافة إلى أن المسألة تتعلق بإثبات حيازة المكتتب لسكنه لا بانعقاد العقد.¹

و بناء على ما سبق، يقترح بعض الباحثين ضرورة تعديل الفقرة الثانية من المادة المذكورة أعلاه من خلال استبدال مصطلح "يتمم" بمصطلح "يتلو"²، أو إدراج هذه الفقرة ضمن المادة 39 من القانون 04-11 بحيث تنص على ضرورة استصدار المرقى العقاري لشهادة المطابقة حتى يتمكن من تسليم السكن للمكتتب في الأجل المحدد بموجب محضر حيازة محرر أمام نفس الموثق الذي اكتتب عقد البيع على التصاميم.³

لم يشترط المشرع تحرير محضر الحيازة وفقاً لنموذج معين مثلما فعل عند نصه على نموذج عقد البيع على التصاميم الملحق بالمرسوم التنفيذي 13-431، وإنما ترك الحرية للموثق في تحديد شكله، كما لم يحدد البيانات الواجب ذكرها في المحضر.⁴

كما لم يحدد المشرع إذا كان هذا المحضر يخضع لإجراء الشهر العقاري أمام المحافظة العقارية أم لا، و بالتالي هل يجب على الموثق إيداع هذا المحضر على مستوى المحافظة العقارية لاستكمال الإجراءات؟ و هل يرفض المحافظ العقاري الإيداع أو الشهر طالما أنه لا توجد أي مادة تلزمه بشهر المحضر؟

قد يرفض المحافظ العقاري الإيداع و يصدر مقررًا بذلك يبلغ للموثق يحتوي على تسبيب الرفض، حيث يتجه رأيه من خلال قراءته للمادة 13 فقرة 1 من المرسوم التشريعي 93-03 و المادة 4 من نموذج عقد البيع على التصاميم الملحق بالمرسوم التنفيذي 94-58 و المادة 34 فقرة 2 من القانون 04-11 إلى أن هذا المحضر يلحق بالعقد، و أن المواد السابقة لم تنص صراحة على ضرورة شهره.

و يرى جانب من الباحثين أن المحافظ العقاري ملزم بشهر محضر التسليم و الحيازة لعدة أسباب، حيث أنه عملاً بنفس نصوص المواد السابقة و التي استند عليها المحافظ العقاري عند رفضه للشهر فإن هذا المحضر يحرره موثق و بالتالي يعد سنداً رسمياً ينقل حق الانتفاع في إطار أحكام المواد 324 و ما يليها و 844 من القانون المدني، و أنه السند الرسمي الذي يثبت حيازة الملكية طبقاً للمادة 30 من القانون 90-25 المؤرخ في 18 نوفمبر 1990 و المتضمن التوجيه العقاري⁵ و المادتين 90 و 99 من المرسوم 76-63، و على اعتبار أن

¹ بناسي شوقي، مرجع سابق الذكر، ص 221.

² عياشي شعبان، مرجع سابق الذكر، ص 121.

³ مسكر سهام، التزامات المرقى العقاري المترتبة على بيع السكنات الترقية، أطروحة دكتوراه، مرجع سابق الذكر، ص 345.

⁴ كان الأولى بالمشرع النص على نموذج محضر الحيازة مثلما نص على نموذج عقد البيع على التصاميم و هذا من أجل تيسير مهنة الموثقين و منع أي منازعات محتملة بين المرقى العقاري و المكتتب. أنظر: بناسي شوقي، مرجع سابق الذكر، ص 222.

⁵ الجريدة الرسمية عدد 49 المؤرخة في 18 نوفمبر 1990.

حق الانتفاع هو حق عيني عقاري، يتطلب نقله للمتصرف إليه ضرورة شهر التصرف الناقل له حتى يرتب أثره بين المتعاقدين و في مواجهة الغير طبقا للمواد 165، 792 و 793 من القانون المدني و كذا المادتين 15 و 16 من الأمر 74-75، كما أن المادة 13 من المرسوم التشريعي 93-03 و المادة 34 فقرة 2 من القانون 11-04 لم تنص صراحة على عدم شهر محضر التسليم و الحيازة، و أن هاتين المادتين تابعتين على التوالي للمادة 12 و المادة 34 فقرة 1 لتبعية هذا المحضر لعقد البيع على التصاميم مما يؤكد و يلزم المحافظ العقاري على شهر هذا المحضر، و بتعبير آخر عند شهر عقد البيع على التصاميم تنشئ له بطاقة عقارية تحدد أن العقار سوف يتم إنجازه لاحقا، و أن محضر التسليم و الحيازة هو الذي يثبت عملية الإنجاز و بالتالي وجب شهره من خلال التأشير على نفس البطاقة العقارية و هذا لتحقيق التطابق بين الحالة المادية للعقار محل البيع على التصاميم و الحالة القانونية له المذكورة في البطاقة العقارية المعدة لهذا الغرض¹.

غير أنه خلافا لما ذكرناه سابقا، جاء في المذكرة رقم "06487" المؤرخة في 2 يوليو 2015 و الصادرة عن المديرية العامة للأموال الوطنية المتعلقة بمحاضر التسليم في إطار عقد البيع على التصاميم، أن عملية إشهار العقد تثبت لفائدة المكتب الحقوق العينية العقارية، على أن يكتمل إجراء نقل الملكية نهائيا بموجب محضر تسليم موثق يكرس بعد انتهاء إنجاز البناء استنادا لشهادة المطابقة، و فيما يخص محضر إثبات الحيازة فإنه لا توجد أي مادة تنص على إخضاعه لإجراء الشهر العقاري، و عليه تبقى المبادرة إليه اختيارية، و في حالة عدم إشهاره مسبقا ينبغي إدراج مراجعه في أول عقد.

الفرع الرابع: آثار إخلال المرقى العقاري بالتزامه بالتسليم

إن التزام المرقى العقاري بالتسليم الفعلي للسكن موضوع عقد البيع على التصاميم للمكتب في الأجل المتفق عليها هو التزام بتحقيق نتيجة، حيث يترتب على مخالفته توقيع عقوبات التأخير المنصوص عليها في المادة 43 من القانون 11-04 (أولا).

و يمتلك المكتب في عقد البيع على التصاميم الخيار بين مباشرة دعوى التنفيذ العيني لإجبار المرقى العقاري على تسليم السكن له بموجب حكم قضائي إذا كان تنفيذ الالتزام ممكنا (ثانيا)، أو مباشرة دعوى الفسخ لإرجاع الحال كما كان عليه قبل التعاقد إذا رأى مصلحته في ذلك (ثالثا)، و سواء طلب المكتب التنفيذ العيني للالتزام بالتسليم أو فسخ العقد فإن له كذلك أن يطلب التعويض عن الضرر الذي لحقه.

¹ بوشنافة جمال، إشكالات عملية حول عقد البيع بناء على التصاميم، مجلة الدراسات القانونية و السياسية، جامعة الأغواط، المجلد 5، العدد 1، جانفي 2019، ص 131، 132.

أولاً: توقيع عقوبات التأخير

نظراً للتأخر الكبير الذي تشهده معظم مشاريع الترقية العقارية مما يمنع المكتتب من الحصول على سكنه في الآجال المتفق عليها في العقد¹، جاء المشرع بألية ردعية من شأنها إلزام المرقين العقاريين على احترام آجال التسليم تتمثل في العقوبات التأخيرية، و لو أن هذه الأخيرة لا تضمن حالة عجز المرقين العقاريين عن مواصلة أشغال الإنجاز بما يوافق آجال التسليم.

حيث نصت المادة 43 من القانون 04-11 على أن كل تأخر ملاحظ في التسليم الفعلي للعقار موضوع عقد البيع على التصاميم يؤدي إلى عقوبات التأخير التي يتحملها المرقى العقاري، و يحدد مبلغ هذه العقوبة و آجالها و كيفية دفعها عن طريق التنظيم، غير أنه يستثنى تطبيق هذه العقوبة في حالات القوة القاهرة. و عليه سوف نتطرق إلى تحديد مبلغ هذه العقوبة و كيفية حسابها و كذا الاستثناء الوارد على تطبيقها.

أ/- تحديد مبلغ عقوبة التأخير و كيفية حسابها

اعتبر المرسوم التشريعي 03-93 النص على عقوبات التأخير في عقد البيع على التصاميم شرطا موضوعيا يترتب على تخلفه البطلان المطلق للعقد²، في حين لم يشر القانون 04-11 إلى ذلك، غير أنه بصدد المرسوم التنفيذي 431-13 المتضمن لنموذج عقد البيع على التصاميم جاء في المادة الرابعة منه وجوب تضمن العقد لصيغة حساب مبلغ عقوبة التأخير في حالة لم يتم التسليم في الآجال المحددة، حيث يلاحظ على هذه المادة أنها تقر قاعدة أمره لأن المشرع استعمل مصطلح "يجب"، و من ثم فإن النص على عقوبات التأخير في عقد البيع على التصاميم يعد شرطا يترتب على تخلفه البطلان المطلق.

ترك المشرع من خلال المادة 43 فقرة 2 من القانون 04-11 مسألة تحديد مبلغ عقوبة التأخير للتنظيم، إذ بصدد المرسوم التنفيذي 431-13 أوضحت المادة 6 فقرة 2 منه أن مبلغ عقوبة التأخير لا يمكنه أن يتجاوز تحت أي ظرف نسبة عشرة بالمائة 10% من سعر البيع المتفق عليه.

¹ بلغ عدد المرقين العقاريين الذين تم إقصائهم حسب تصريح وزير السكن و العمران و المدينة حوالي 173 مرقيا أي ما يعادل 12638 سكن متوقف على المستوى الوطني، و يعود سبب الإقصاء إلى عدم استكمالهم للمشاريع الموكلة لهم، مما أدى إلى اسناد 8647 سكن إلى مرقين عقاريين عموميين كدواوين الترقية و التسيير العقاري و الوكالة الوطنية لتحسين و تطويره « aadl » و هو ما يعادل نسبة 70% من إجمالي المشاريع، كما سجلت مصالح الوزارة وجود 393 مرقى عقاري عاجز ما يعادل التأخر في إنجاز حوالي 32176 مسكن. أنظر: حمدوش بوعلام، إقصاء 173 مرقى عقاري لعدم استكمالهم مشاريعهم، مقال منشور في موقع: www.eldjazairedjadida.dz، بتاريخ 8 ديسمبر 2023، أطلع عليه بتاريخ 25 أوت 2024 على الساعة 10:03.

² المادة 10 من المرسوم التشريعي 03-93.

و يرى جانب من الباحثين أن المشرع لم يوفق في تسقيفه لمبلغ عقوبة التأخير بعشرة بالمائة 10% من سعر البيع على اعتبار أنها نسبة ضئيلة بالمقارنة مع نسبة الزيادة في ثمن البيع التي قد تصل ل 20%، الأمر الذي يوحي بأنه راعى مصلحة المرقى العقاري على حساب المكتتب، و بالتالي كان عليه إقامة التوازن بينهما من خلال توحيد الحد الأقصى في الحالتين¹.

يتم حساب مبلغ عقوبة التأخير حسب عدد أيام التأخير التي تمت معاينتها من طرف المحضر القضائي طبقاً للأشكال و الإجراءات المحددة في التشريع المعمول به، و يتم اقتطاع هذا المبلغ من سعر البيع عند دفع الرصيد المتبقي³، و يلاحظ في هذا الصدد عدم التوافق الموجود بين الحد الأقصى لعقوبة التأخير و المقدر ب 10% و الرصيد المتبقي المقدر ب 5% من سعر البيع المتفق عليه.

و بالنسبة للمشرع الفرنسي فإنه لم يورد أي نص قانوني يوقع عقوبة التأخير على المرقى العقاري في حالة التأخر في تسليم البناية، و إنما ترك الأمر لأطراف العقد للاتفاق على تضمين هذه العقوبات في العقد، و بالتالي فإن من مصلحة المكتتب قبل توقيع العقد مفاوضة المرقى العقاري على بنود العقد و اشتراط النص على حد أقصى من العقوبات يتحملها المرقى في حالة أخلاله بالتزامه⁴.

ب/- القوة القاهرة كاستثناء عن تطبيق عقوبات التأخير

يقوم العقد على ثلاثة أسس، الأول قانوني يستند على مبدأ سلطان الإرادة، و الثاني أخلاقي قوامه احترام الموثيق و العهود، أما الثالث فذو طابع اقتصادي واجتماعي يجسده وجوب استقرار المعاملات، هذه الأسس توجب احترام مضمون العقد من طرف المتعاقدين أو من طرف القضاء، غير أن ظروف انعقاد العقد قد تتغير بحيث تستجد ظواهر لم يكن في الحسبان توقعها تؤدي إلى الاختلال في التوازن الاقتصادي

¹ بناسي شوقي، مرجع سابق الذكر، ص 224.

² لم ينص المرسوم التشريعي 93-03 و المرسوم التنفيذي 94-58 على نسبة محدد لمراجعة الثمن، كما لم يحدد نسبة معينة لعقوبة التأخير و إنما تركا المسألة لاتفاق أطراف العقد، الأمر الذي فتح المجال للمرقين العقاريين لرفع نسبة المراجعة و خفض نسبة عقوبة التأخير لحدود ضعيف لتجنب بطلان العقد. أنظر: المرجع نفسه، نفس رقم الصفحة.

³ المادة 5 و المادة 6 من المرسوم التنفيذي 13-431.

⁴ -----، « VEFA: quel recours en cas de retard de livraison », article publié sur le site : www.boursorama.com, le 12 juillet 2023, consulté le : 26 aout 2024.

Abdelkader Diarra , « VEFA: quels sont les recours possibles en cas de retard de livraison ? », article publié sur le site : www.empruntis.com, le 2 mars 2023, consulté le 26 aout 2024.

للعقد و تجعل تنفيذه أمرا مستحيلا، و لإعادة بعض من هذا التوازن تبني الفكر القانوني عبر تشريعاته المقارنة آلية لحماية المدين تتجسد في نظرية القوة القاهرة¹.

جعل المشرع من مسؤولية المرقى العقاري في مرحلة تنفيذ عقد البيع على التصاميم مسؤولية مفترضة، و عليه أي تأخر منه في تسليم السكن للمكاتب يؤدي إلى قيام مسؤوليته العقدية التي لا يمكنه التملص منها إلا من خلال نفي العلاقة السببية و هذا بإثبات أن التأخر الحاصل في التسليم نتج بفعل قوة القاهرة²، إذ نصت المادة 6 من المرسوم التنفيذي 13-431 أنه باستثناء حالات القوة القاهرة، يؤدي عدم احترام المرقى العقاري للأجل التعاقدية إلى تطبيق عقوبة التأخير.

و لم يعرف المشرع الجزائري القوة القاهرة و إنما أشار إليها كسبب أجنبي يعفي المدين من المسؤولية³، على عكس المشرع التونسي الذي عرفها في المادة 283 من مجلة الالتزامات و العقود بأنها كل ما لا يستطيع الإنسان دفعه كالحوادث الطبيعية من فيضان ماء و قلة أمطار و حريق و زوايع و جراد أو الغزو الأجنبي أو فعل الأمير. و عرفها الفقه بأنها الحادث الذي لا يمكن توقعه و لا يد للشخص فيه و لا يستطيع دفعه و يترتب عليه استحالة تنفيذ المدين لالتزامه⁴، أما القضاء فعرّفها بالحادث الذي تسببت فيه قوة تفوق قوة الإنسان بحيث لا يستطيع هذا الأخير توقعه و تجنبه أو التحكم فيه⁵.

بالعودة إلى المادة 6 من المرسوم التنفيذي 13-431 يمكن ملاحظة أن المشرع نص على حالة القوة القاهرة كحالة وحيدة لنفي مسؤولية المرقى العقاري عن تأخره في تسليم البناية، ما يدفعنا إلى التساؤل حول باقي الحالات علما أن القوة القاهرة هي وجه من أوجه السبب الأجنبي بالإضافة إلى الأوجه الأخرى المتمثلة في الحادث المفاجئ، خطأ المضرور⁶ و خطأ الغير بحسب ما جاء في المادة 127 من القانون المدني.

يرى جانب من الباحثين أن التطابق الكبير بين شروط الحادث المفاجئ و القوة القاهرة يبرر نوعا ما عدم ذكر المشرع للحادث المفاجئ كوجه لانتفاء مسؤولية المرقى العقاري عند التأخر في تسليم السكن للمكاتب، غير أن هذا التوجه لا ينطبق على الوجهين الآخرين للسبب الأجنبي المتمثلين في خطأ الغير و المضرور⁷.

¹ حمر العين عبد القادر، قراءات في أثر فيروس كورونا على عقود إيجار المحلات التجارية و المهنية في التشريع الجزائري، مجلة العلوم السياسية و القانون، المركز الديمقراطي العربي ببرلين ألمانيا، المجلد 4، العدد 24، أكتوبر 2020، ص 325.

² زروقي إبراهيم، مرجع سابق الذكر، ص 201.

³ المادة 127 من القانون المدني.

⁴ علي حوجة خيرة، القوة القاهرة في القانون المدني الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق و العلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 2002، ص 9.

⁵ تعريف مأخوذ من قرار المحكمة العليا رقم 65.920 بتاريخ 11 جوان 1990، المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد الثاني، 1991.

⁶ يقصد بخطأ المضرور أن المدعى عليه الذي وقع منه الفعل الضار قد اشترك بفعله مع فعل المضرور في إحداث الضرر.

⁷ زروقي إبراهيم، مرجع سابق الذكر، ص 202.

حيث يمكن أن يكون سبب تأخر المرقى العقاري في تسليم السكن هو خطأ المبرور الممثل في المكتب كأن يتخلف هذا الأخير عن سداد قسط من الأقساط للمرقى العقاري لا سيما وأن هذا الأخير يعتمد على هذه الأقساط كمصدر وحيد لتمويل المشروع العقاري على اعتبار أنه لا يمكنه اللجوء إلى القروض البنكية¹.

و بالإضافة إلى خطأ المبرور هناك خطأ الغير، حيث يمكن للمرقى العقاري الدفع بأن التأخر في التسليم لم يكن نتيجة خطئه هو وإنما كان نتيجة خطأ الغير، و ينبغي الإشارة في هذا الصدد أن الغير الذي يعتد بخطئه و جب ألا يكون من الأشخاص الذين يسأل عنهم المرقى العقاري، و بتعبير آخر و جب ألا يكون المرقى العقاري في مركز المتبوع أو المكلف بالرقابة بالنسبة إلى الغير².

و تأكيدا على ما ورد في الفقرة الأخيرة، برهنت الحياة العملية أن المرقى العقاري غالبا لا يكون هو المتسبب الوحيد في تأخر تسليم السكنات للمكاتبين، و إنما يرجع ذلك في أغلب الأحيان إلى أشغال التهيئة الخارجية و الربط بالطرق و الشبكات المختلفة التي تقوم بها شركة سونلغاز و شركة المياه³، حيث جاء في بيان لوزارة السكن و العمران و المدينة الذي قدم الحويلة التي تم عرضها خلال الاجتماع المخصص لتقييم مشاريع قطاع السكن أن تأخر تسليم 164812 وحدة سكنية من مختلف الصيغ يرجع لعدم توفر التمويل اللازم لمباشرة أشغال التهيئة الخارجية و الطرق و هذا على مستوى كل من وزارة المالية و القرض الشعبي الوطني CPA، كما أضف نفس البيان أن هناك 185000 وحدة سكنية بلغت نسبة الأشغال بها 60% فقط رغم أنه كان من المقرر أن تكون في نسب متقدمة، و يرجع سبب التأخر إلى نقص في التمويل من جانب كل من القرض الشعبي الوطني و وزارة المالية⁴.

ثانيا: مباشرة المكتب لدعوى التنفيذ

جاء في المادة 164 من القانون المدني أنه يجبر المدين بعد إعذاره طبقا للمادتين 180 و 181 من نفس القانون على تنفيذ التزامه تنفيذا عينيا متى كان ذلك ممكنا، و هو نفس ما جاء في المادة 1610 من القانون المدني الفرنسي و المادة 203 من القانون المدني المصري.

¹ المادة 36 من القانون 04-11.

² السعدي محمد صبري، مرجع سابق الذكر، ص 122.

³ تربش رحمة، الضمانات المالية في الترقية العقارية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة سيدي بلعباس، 2022، ص 398.

⁴ رضا بن رشيد، وزارة السكن تهتم وزارة المالية و بنك "cpa" بعرقلة مشاريع الرئيس، مقال منشور في موقع: www.ennaharonline.com، بتاريخ 16 ماي 2017، أطلع عليه بتاريخ: 29 أوت 2024 على الساعة 21:43.

Journalist1، وزارة السكن تحمل وزارة المالية و "cpa" مسؤولية تأخر تسليم السكنات، مقال منشور في موقع: <https://almasdar-dz.com>، بتاريخ 17 ماي 2017، أطلع عليه بتاريخ: 29 أوت 2024 على الساعة 21:48.

يستنتج من المواد سالفه الذكر أنه في حالة عدم قيام المرقى العقاري بتسليم السكن في الأجل المتفق عليها، يستطيع المكتب باعتباره طرفا في عقد يرتب التزامات متقابلة بين الطرفين، أن يجبر المرقى العقاري على الوفاء بالتزامه عينا من خلال اللجوء إلى القضاء (المحكمة) للحصول على حكم قضائي، و يشترط في ذلك أن يكون التسليم ممكنا و غير مستحيل، بحيث لو استحال على المرقى العقاري تنفيذ التزامه عينا تعين العدول عنه إلى التنفيذ بمقابل، و الاستحالة المقصودة في هذه الحالة هي الاستحالة التي ترجع لخطأ المدين، أما إذا نشأت الاستحالة عن سبب لا يد له فيه فلا يمكن الرجوع عليه بالتعويض طبقا للمادة 176 من القانون المدني.

و تجدر الإشارة أنه قد يكون تنفيذ المرقى العقاري لالتزامه ممكنا و غير مستحيلا و لكنه يسبب إرهاق له، ففي هذه الحالة هل يجوز له أن يطلب من القاضي أن يستبدل التنفيذ العيني للالتزام بالتنفيذ عن طريق التعويض؟ بالرجوع إلى نص المادة 164 من القانون المدني نجد أن المشرع أغفل إدراج هذه الحالة بخلاف المشرع المصري الذي نص صراحة على ذلك في الفقرة الثانية من المادة 203 القانون المدني المصري تطبقا لمبدأ عدم التعسف في استعمال الحق، مع اشتراطه أن لا يلحق هذا العدول ضررا جسيما بالدائن، لأنه إذا كان التنفيذ العيني من شأنه إرهاق المرقى العقاري، و العدول عنه من شأنه إلحاق ضرر جسيم بالمكتب، كان الثاني أولى بالرعاية على اعتبار أن إصراره على التنفيذ العيني لا يعتبر تعسفا في استعمال حقه¹.

و إذا كان المرقى العقاري غير مستعد للوفاء بالتزامه طوعا، جاز للقاضي حمله على تنفيذ التزامه من خلال تهديده قانونا في ماله لا جسده و ذلك بالحكم عليه بالغرامة التهديدية، حيث تنص في هذا الشأن المادة 174 من القانون المدني أنه: " إذا كان تنفيذ الالتزام عينا غير ممكن أو غير ملائم إلا إذا قام به المدين نفسه، جاز للدائن أن يحصل على حكم بالزام المدين بهذا التنفيذ و بدفع غرامة إجبارية إن امتنع عن ذلك".

فالغرامة التهديدية أو الإجبارية هي وسيلة قانونية تحت تصرف المكتب (الدائن بصفة عامة) لإكراه المدين (المرقى العقاري) و حمله على تنفيذ التزامه، فهي إكراه مالي يتمثل في مبلغ من المال يحكم به القاضي و يدفعه المدين ما لم ينفذ التزامه، بحيث يسري هذا المبلغ طول مدة التأخير و يحسب باليوم أو الأسبوع أو الشهر بالنظر إلى طبيعة الالتزام، و يحدد القاضي هذا المبلغ بالنظر إلى تعنت المدين لا بالنظر إلى قيمة الالتزام

¹ أماوز لطيفة، التزام البائع بتسليم المبيع في القانون الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، 2011، ص 404.

المطالب به¹، و إذا تبين للقاضي أن مبلغ الغرامة لم يكن كافياً لإكراه المرقى العقاري الممتنع عن تنفيذ التزامه، جاز له الزيادة في هذه الغرامة كلما رأى داعياً لذلك².

و يشترط للحكم بالغرامة التهديدية إمكانية تنفيذ المدين لالتزامه عيناً، و أن هذا التنفيذ غير ممكن أو غير ملائم إلا إذا قام به المدين نفسه، أي بمفهوم المخالفة إذا كان التنفيذ العيني ممكناً بدون تدخل المدين لا يمكن الحكم بالغرامة التهديدية و إنما يكفي الحكم بالتنفيذ العيني³.

لا يحتاج المكتتب في عقد البيع على التصاميم إلى إثبات الضرر الذي أصابه نتيجة إخلال المرقى العقاري بتنفيذ التزامه بالتسليم من أجل مباشرة حقه في طلب التنفيذ العيني، و إنما يكفي بإثبات حلول الأجل المحدد في العقد دون تنفيذ الالتزام من المرقى.

يكون التنفيذ العيني للالتزام التسليم في عقد البيع على التصاميم من خلال صدور حكم من القاضي يلزم المرقى العقاري بالحضور أمام نفس مكتب التوثيق الذي حرر العقد من أجل إثبات التسليم عن طريق إعداد محضر الحيازة من طرف الموثق.

و يمكن للقاضي منح المرقى العقاري أجل لتنفيذ التزامه، إذ تنص المادة 281 فقرة 2 من القانون المدني أنه يجوز للقاضي نظراً لمركز المدين و مراعاة للحالة الاقتصادية منح آجال ملائمة للظروف دون أن تتجاوز مدة سنة و أن يوقف التنفيذ مع إبقاء جميع الأمور على حالها.

يجوز للمرقى العقاري الدفع بعدم التنفيذ، حيث تنص المادة 123 من القانون المدني أنه في العقود الملزمة لجانبين إذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء، جاز لكل من المتعاقدين الامتناع عن تنفيذ التزامه إذا لم يقدّم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به. فالدفع بعدم التنفيذ هو الامتناع المشروع عن تنفيذ الالتزام بصفة مؤقتة.

إذا لم يتسنى للمرقى العقاري تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً كما سبق تفصيله، لا يبقى للمكتتب إلا التنفيذ بطريق التعويض، فالأصل هو التنفيذ العيني للالتزام و لكن إن أصبح هذا الأخير مستحيلًا بخطأ المدين لم يبقى إلا التنفيذ بطريق التعويض.

¹ فيلالي علي، العقود الخاصة - البيع، مرجع سابق الذكر، ص 222.

² المادة 174 فقرة 2 من القانون المدني.

³ أماروز لطيفة، مرجع سابق الذكر، ص 408.

ثالثا: مباشرة المكتتب لدعوى الفسخ

على اعتبار أن عقد البيع على التصاميم من العقود الملزمة لجانبين، يستطيع المكتتب عند إخلال المرقى العقاري بالتزامه بتسليم السكن في الأجل المحدد في العقد أن يطلب فسخ العقد استنادا لما ورد في نص المادة 119 من القانون المدني، فالفسخ هو حق المتعاقد في حل الرابطة العقدية إذا لم يوف المتعاقد معه لالتزامه بالتسليم¹، فهو يتأسس على العدالة و حسن النية، إذ تقضي العدالة بعدم الزام شخص بعقد لم ينفذه الطرف الآخر، كما أن الإبقاء على عقد لم ينفذ أحد أطرافه للالتزامات الناشئة عنه يتنافى مع مبدأ حسن النية².

يتم تقرير فسخ عقد البيع على التصاميم من طرف القاضي، إذ أن حل الرابطة العقدية كقاعدة عامة لا يقع من تلقاء نفسه نظرا لخطورته البالغة على العقد، و إنما يشترط تدخل القاضي و استصدار حكم قضائي بذلك³.

و يشترط على المكتتب أن يطلب هو الفسخ القضائي، فالفسخ قد شرع لمصلحة الدائن الذي أخل مدينه بالتزاماته، فلا يجوز للقاضي الحكم به ما دام أن من شرع لمصلحته لم يطلبه⁴، و لا يلزم أن يكون طلب الفسخ صريحا، بل يكفي أن يكون ضمنيا، و من قبيل الطلب الضمني بالفسخ طلب المكتتب الحكم له باسترداد ما دفعه للمرقى العقاري من ثمن، الذي يفهم منه رغبة المكتتب في إعادة الحال كما كان عليه قبل التعاقد⁵.

¹ فيلالى علي، العقود الخاصة-البيع-، مرجع سابق الذكر، ص 223.

² أمازوز لطيفة، مرجع سابق الذكر، ص 442.

³ قد يبدو من نص المادة 119 من القانون المدني أن المشرع لم يستلزم تدخل القاضي لفسخ العقد، لأنه لم يعبر عن ذلك صراحة مثلما هو الحال عليه بالنسبة للمادة 1184 من القانون المدني الفرنسي، غير أن قراءة مضمون نص المادة و العبارات المستعملة يدل على عكس ذلك، حيث جاء في نص المادة عبارة "يطلب بتنفيذ العقد أو فسخه" التي تفيد الفسخ القضائي كون المطالبة في حد ذاتها تتم أمام القضاء، ضف إلى ذلك أن عبارة "يجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلا حسب الظروف...." تؤكد أن فسخ العقد يكون أمام القضاء، كما أن نص المادة 120 من نفس القانون أجازت لأطراف العقد اعتبار العقد مفسوخا بحكم القانون بمجرد تحقق الشروط المنفق عليها دون الحاجة لحكم قضائي، الأمر الذي يفهم منه أن المشرع اعتبر الفسخ القضائي هو الأصل و أورد استثناء له هو الفسخ الاتفاقي، أنظر: المرجع نفسه، ص 443.

⁴ و هو ما أكده قرار المحكمة العليا رقم: 225843 بتاريخ 20 فيفري 2002 (المرجع: المادة 119 من القانون المدني، المبدأ: إن القضاء بفسخ العقد مع منح التعويض دون أن يطالب الطاعن بذلك هو تطبيق سيئ للمادة 119 من القانون المدني إذ كان يتعين على القضاة التقييد بالدعوى و طلباتها)، قرار غير منشور، موجود على مستوى: مجموعة قرارات الغرفة العقارية للمحكمة العليا، موقع: elmouhami.com ، أطلع عليه بتاريخ 31 أوت 2024 على الساعة 21:47.

⁵ الأهواني حسام الدين كامل، مصادر الالتزام-المصادر الإرادية و المصادر غير الإرادية-، دون رقم الطبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2021، ص 283.

أما بالنسبة لشروط فسخ العقد و إجراءاته فسبق تناولهما بمناسبة التطرق لآثار إخلال المكتتب بالتزامه بدفع الثمن، و بالتالي لا داعي للتطرق إليهما مرة أخرى تفاديا للتكرار.

بعد التطرق لآثار إخلال المرقى العقاري بالتزامه بالتسليم، و جب التنويه إلى أن المشرع منح الخيار للمكتتب بين دعوى التنفيذ و دعوى الفسخ، حيث أراد بذلك أن يوفق بين مسألتين، الأولى هي القوة الملزمة للعقد بحيث يكون للمكتتب الحق في طلب التنفيذ الجبري و لا يفقد العقد آثاره لمجرد رفض المدين التنفيذ، و الثانية بأن يكون للمكتتب الحق في طلب فسخ العقد إذا كانت مصلحته في ذلك دون أن يكون ملزما بإتباع طريق التنفيذ الجبري الذي يتميز بالتعقيد¹.

و للمكتتب إذا رفع دعوى التنفيذ العيني الحق أن يعدل إلى دعوى الفسخ، كما له الحق إذا رفع دعوى الفسخ أن يعدل إلى دعوى التنفيذ العيني أو بمقابل، كما يمكن للمرقى العقاري قبل الحكم بالفسخ تنفيذ التزامه بالتسليم متجنباً بذلك الفسخ، و لا يبقى للقاضي في هذه الحالة سوى الحكم بالتعويض إذا كان له محل².

و سواء طلب المكتتب التنفيذ العيني للالتزام بالتسليم أو فسخ العقد فإن له كذلك أن يطلب التعويض عن الضرر الذي لحقه نتيجة إخلال المرقى العقاري بالتزامه، و الأصل في تقدير التعويض أن يتم عن طريق المتعاقدين طبقاً للمادة 182 فقرة 1 من القانون المدني و هو ما يسمى بالتعويض الاتفاقي (الشرط الجزائي)، و في حالة لم يتم تحديده في العقد يتولى القاضي تقدير قيمته و يسمى بالتعويض القضائي، و يجب أن يكون التعويض الذي يحكم به القاضي نتيجة عدم تنفيذ المرقى العقاري لالتزامه أو التأخر فيه جابراً لكل ضرر أصاب المكتتب بحيث يشمل ما لحقه من خسارة و ما فاته من كسب.

المطلب الثاني: المنازعات الناشئة بسبب إخلال المرقى العقاري بالتزامه بالمطابقة

يلتزم المرقى العقاري بموجب عقد البيع على التصاميم باستخراج شهادة المطابقة حتى يقوم الموثق بتحرير محضر الحيازة، فهي من هذه الزاوية مطابقة قانونية (الفرع الأول)، و لا تغني هذه الأخيرة المرقى العقاري عن وجوب احترام ما تم الاتفاق عليه مع المكتتب في عقد البيع على التصاميم، و هي من هذه الزاوية مطابقة عقدية (الفرع الثاني)³.

¹ أمازوز لطيفة، مرجع سابق الذكر، ص 424، 425.

² عرفه عبد الوهاب، فسخ العقد و الشرط الفاسخ الصريح و موجبات عدم إعماله، دون رقم الطبعة، دار المجد للنشر و التوزيع، دون بلد النشر، دون تاريخ النشر، ص 6، 7.

³ بناسي شوقي، مرجع سابق الذكر، ص 226.

الفرع الأول: المنازعات المتعلقة بالمطابقة القانونية

جاء في المادة 39 من القانون 04-11 أنه لا يمكن حيازة البناية أو جزء من البناية من طرف المكتتب إلا بعد تسليم شهادة المطابقة المنصوص عليها في القانون 29-90 و القانون 15-08. و يفهم من هذه المادة أنه لا يمكن للمرقي العقاري تنفيذ التزامه بالتسليم الفعلي للبناية طالما لم يستخرج شهادة المطابقة، فهو بذلك لا يكتفي بإنجاز البناية في المدة المتفق عليها و إنما لا بد كذلك من مطابقة هذه البناية لقواعد البناء و التعمير و لرخصة البناء، و يعتبر التزام المرقي العقاري بمطابقة البناية التزاما بتحقيق نتيجة¹.

كما نصت المادة 56 من القانون 29-90 أنه يجب على المالك أو صاحب المشروع إشعار المجلس الشعبي البلدي بإنهاء البناء لتسلم له شهادة المطابقة، و جاء في المادة 75 فقرة 1 من نفس القانون أنه يتم عند انتهاء أشغال البناء، إثبات مطابقة هذه الأشغال مع رخصة البناء بشهادة مطابقة تسلم من طرف رئيس المجلس الشعبي البلدي أو الوالي حسب الحالة.

و نصت المادة 65 من المرسوم التنفيذي 15-19 أن شهادة المطابقة تقوم مقام رخصة السكن أو ترخيص باستقبال الجمهور أو المستخدمين إذا كان البناء مخصصا لوظائف اجتماعية و تربية أو للخدمات أو التجارة أو الصناعة.

من خلال المواد السابقة يمكن وضع تعريف لشهادة المطابقة بأنها القرار الإداري الصادر من سلطة إدارية مختصة تشهد فيه هذه الأخيرة بموجب سلطتها الرقابية أن الأشغال المنجزة مطابقة لرخصة البناء²، كما يمكن تعريفها بأنها القرار الإداري الذي تصرح بمقتضاه السلطة الإدارية المختصة بمدى تطابق و توافق أشغال البناء و التهيئة مع ما جاء في رخصة البناء الممنوحة³.

يمكن استخراج بعض خصائص شهادة المطابقة من خلال التعريفين السابقين كما يلي:

- تعتبر شهادة المطابقة قرارا إداريا نظرا للجهة التي تصدرها.

- كل شخص تحصل على رخصة البناء ملزم باستصدار شهادة المطابقة عند انتهائه من أعمال البناء، فهي بذلك تتميز بالطابع الإلزامي.

¹ بوسنة إيمان، النظام القانوني للترقية العقارية -دراسة تحليلية-، دون رقم الطبعة، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2021، ص 93.

² باشا عمر حمدي، منازعات التعمير، مرجع سابق الذكر، ص 131.

³ عربي باي يزيد، مرجع سابق الذكر، ص 231.

- شهادة المطابقة هي من وسائل الضبط الإداري، حيث تعتبر آلية رقابة بعدية على عمليات البناء، و يترتب عن ذلك أنه ليس لصاحب رخصة البناء أن يقوم بتعديل البناء بشكل يتنافى مع الرخصة المسلمة و التصاميم المصادق عليها.

- ليست شهادة المطابقة عملا تقديريا للإدارة، حيث ليس لهذه الأخيرة منح الشهادة أو الرفض بصفة تقديرية، و إنما تكون ملزمة بمنحها عند مطابقة الأشغال المنجزة لما ورد في رخصة البناء و لا يمكنها رفض منحها إلا للأسباب المحددة في القانون مع ضرورة تعليل الرفض، فسلطة الإدارة مقيدة و تخضع لرقابة القاضي الإداري عملا بمبدأ المشروعية¹.

من خلال تعريف شهادة المطابقة و تبيان خصائصها تظهر لنا أهميتها الكبيرة، فتسليمها يعد قرينة على شرعية البناء و يتوقف على استصدارها شغل السكن، فهي بمثابة رخصة للسكن و استقبال الجمهور و لا يمكن ربط السكن بمختلف شبكات الاستغلال بدونها²، كما أن لها أهمية في حماية الجمال العمراني و البيئي و كذا ضمان التوازن بين المصلحة العامة المتمثلة في احترام قانون العمران و المصلحة الخاصة المتمثلة في تلبية حاجة السكان و المؤسسات عن طريق تمكينهم من الاستغلال الأمثل لبناءاتهم من خلال احترام الأشخاص لأحكام القوانين المتعلقة بالبناء بصفة عامة و رخصة البناء بصفة خاصة³.

أولاً: إجراءات الحصول على شهادة المطابقة

من خلال قراءة نص المادة 66 و ما يليها من المرسوم التنفيذي 15-19 يظهر أن إجراءات استصدار شهادة المطابقة لا تخرج عن ثلاث حالات: إيداع تصريح بانتهاء الأشغال خلال 30 يوماً (أ)، عدم إيداع تصريح بانتهاء الأشغال خلال 30 يوماً (ب)، و أخيراً رفض المطابقة أو سكوت الإدارة (ج).⁴

أ/- إيداع تصريح بانتهاء الأشغال خلال 30 يوماً

جاء في الفقرة الأولى من المادة 66 من المرسوم التنفيذي 15-19 أنه يودع صاحب رخصة البناء تصريحاً يعد في نسختين يشهد على الانتهاء من أشغال الإنجاز بالنسبة للبنى ذات الاستعمال السكني، و محضر تسليم الأشغال يعد من قبل الهيئة الوطنية للمراقبة التقنية للبناء CTC بالنسبة لكل من التجهيزات و

¹ باشا عمر حمدي، منازعات التعمير، مرجع سابق الذكر، ص 133.

² المادة 61 من القانون 08-15.

³ بوط سفيان، الآليات القانونية لمراقبة البناء و التعمير في التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة البلدة 2، 2018، ص 168.

⁴ مسكر سهام، التزامات المرقى العقاري المترتبة على بيع السكنات الترقية، أطروحة دكتوراه، مرجع سابق الذكر، ص 311.

البنائيات ذات الاستعمال السكني الجماعي أو البنائيات المستقبلية للجمهور، و هذا خلال أجل 30 يوما ابتداء من تاريخ الانتهاء من الأشغال، و تتم عملية الإيداع على مستوى مقر المجلس الشعبي البلدي لمكان تواجد البناء مقابل منح صاحب رخصة البناء وصل إيداع يسلم في نفس اليوم.

و ترسل نسخة من التصريح السابق إلى رئيس القسم الفرعي للتعمير على مستوى الدائرة¹.

تسند مهمة التحقق من مطابقة الأشغال المنجزة مع رخصة البناء فيما يخص إقامة البناية و مقاسها و واجهاتها و استعمالها إلى لجنة تضم ممثلين مؤهلين قانونا عن رئيس المجلس الشعبي البلدي و المصالح التقنية، لا سيما مصالح الحماية المدنية في حالات محددة، مع ممثل القسم الفرعي للتعمير على مستوى الدائرة²، حيث تجتمع هذه اللجنة بناء على استدعاء من رئيس المجلس الشعبي البلدي و هذا في أجل 15 يوما بعد إيداع تصريح الانتهاء من الأشغال، و يرسل رئيس المجلس الشعبي البلدي إلى صاحب رخصة البناء إشعارا بالمرور بخطرته فيه بتاريخ إجراء المراقبة و هذا قبل ثمانية 8 أيام على الأقل³.

بعد عملية المطابقة يتم إعداد محضر الجرد تذكر فيه جميع الملاحظات، كما يبين رأي اللجنة حول مدى المطابقة التي تمت معاينتها، و يوقع أعضاء اللجنة على هذا المحضر في نفس اليوم، أما في حالة غياب إحدى المصالح المعنية أو كلها، يتم التوقيع على المحضر من طرف كل من ممثل البلدية و ممثل القسم الفرعي للتعمير فقط⁴.

إذا جاء في محضر اللجنة أن المنشآت التي تم الانتهاء من الأشغال فيها مطابقة لرخصة البناء، يقوم رئيس المجلس الشعبي البلدي بتسليم شهادة المطابقة للمعني وفقا للنموذج الملحق بالمرسوم التنفيذي 15-19، أما إذا بين المحضر عكس ذلك، أي عدم مطابقة المنشآت لرخصة البناء و التصاميم المصادق عليها، تقوم السلطة المختصة بإعلام المعني بعدم إمكانية تسليمه لشهادة المطابقة، و أن عليه جعل البناء مطابقا للتصاميم المصادق عليها، كما تذكره كذلك بالعقوبات التي يتعرض لها و المحددة في القانون 90-29، و يحدد للمعني أجلا لا يتجاوز 3 أشهر من أجل القيام بالمطابقة، و بعد انتهاء هذا الأجل يقوم رئيس المجلس الشعبي البلدي إما بمنح شهادة المطابقة للمعني التي قد تكون على مراحل حسب الأجل المذكورة في رخصة

¹ المادة 66 فقرة 2 من المرسوم التنفيذي 15-19.

² كانت هذه اللجنة في إطار المرسوم التنفيذي 91-176 المؤرخ في 28 ماي 1991 و المحدد لكيفيات تحضير شهادة التعمير و رخصة التجزئة و شهادة التقسيم و رخصة البناء و شهادة المطابقة و رخصة الهدم و تسليم ذلك (الجريدة الرسمية عدد 26 المؤرخة في 1 يونيو 1991) تضم ممثلين مؤهلين قانونا عن رئيس المجلس الشعبي البلدي و مصلحة الدولة المكلفة بالتعمير على مستوى الولاية و ممثلين عن المصالح المعنية الأخرى لا سيما الحماية المدنية (أنظر المادة 57 من نفس المرسوم التنفيذي).

³ المادة 67 من نفس المرسوم التنفيذي.

⁴ المادة نفسها.

البناء إذا كانت الأشغال المتبقية لا تعرقل سير الجزء الذي تم الانتهاء منه، أو يرفض ذلك و في هذه الحالة يشترع في الملاحظات القضائية طبقاً لأحكام المادة 78 من القانون 29-90.¹

ب/- عدم إيداع تصريح بانتهاء الأشغال خلال 30 يوماً

في حالة عدم قيام صاحب رخصة البناء بإيداع التصريح بانتهاء الأشغال في الأجل المطلوبة، يتم الاستناد على تاريخ انتهاء الأشغال تبعاً لأجل الإنجاز المتوقعة في رخصة البناء، و تجري عملية المطابقة وجوبياً بمبادرة من رئيس المجلس الشعبي البلدي²، و تختص لجنة المراقبة بهذه العملية وفقاً للإجراءات السابقة، حيث تقوم بتحرير محضر الجرد و تبدي من خلاله ملاحظاتها، فإذا كانت البناية مطابقة لما جاء في رخصة البناء يقوم رئيس المجلس الشعبي البلدي بتسليم شهادة المطابقة للمعني، و في حالة عدم المطابقة تتخذ نفس إجراءات الحالة السابقة حيث يلزم المخالف بالقيام بالمطابقة خلال 3 أشهر، فإن رفض ذلك أو انتهت الأجل دون أن يقوم بذلك، يقوم العون المخول قانوناً بتحرير معارضة المخالفة و يرسله إلى الجهة القضائية المختصة مع إرسال نسخة منه إلى رئيس المجلس الشعبي البلدي و كذا الوالي المختصين إقليمياً في أجل لا يتعدى 72 ساعة، و في هذه الحالة تقرر الجهة القضائية التي تم اللجوء إليها من أجل البت في الدعوى العمومية، إما القيام بمطابقة البناء إذا كان هذا ممكناً، أو هدمه جزئياً أو كلياً في أجل تحدده، فإذا لم يمتثل المخالف بالحكم الصادر، يقوم رئيس المجلس الشعبي البلدي أو الوالي بتنفيذ الأشغال المقررة على نفقة المخالف.³

ج/- عدم رضا المعني أو سكوت الإدارة

يجوز لصاحب طلب شهادة المطابقة في حالة عدم رضاه بالرد الذي تم تبليغه إياه أو في حالة سكوت الإدارة المختصة في الأجل المطلوبة أن يودع طعناً لدى الولاية مقابل منحه وصل إيداع، و في هذه الحالة يكون أجل تسليم شهادة المطابقة أو الرفض المبرر خمسة عشر 15 يوماً، فإذا لم يتلقى إجابة على هذا الطعن يمكنه أن يودع طعناً ثانياً لدى الوزارة المكلفة بالعمران، و هنا تأمر هذه الأخيرة مصالح التعمير بالولاية، على أساس المعلومات المرسله من طرفهم، بالرد سواء بالإيجاب أو بالرفض المبرر و هذا في أجل لا يتعدى

¹ المادة 68 من نفس المرسوم التنفيذي.

² المادة 66 فقرة 3 من نفس المرسوم التنفيذي.

³ المادة 76 مكرر 5 من القانون 29-90، المدرجة بموجب المادة 13 من القانون 05-04 المؤرخ في 14 غشت 2004 يعدل و يتمم القانون 29-90 المتعلق بالهيئة و التعمير، الجريدة الرسمية عدد 51 المؤرخة في 15 غشت 2004.

الخمسة عشر 15 يوما من تاريخ إيداع الطعن¹، كما يمكن لصاحب طلب شهادة المطابقة أن يرفع دعوى قضائية أمام القضاء الإداري.

ثانيا: المنازعات التي تثيرها شهادة المطابقة

تثير شهادة المطابقة العديد من المنازعات سواء بين المرقى العقاري و الجهة المصدرة لها، أو بين المرقى العقاري و المكتتبين، و بناء عليه يتقاسم الاختصاص في هذه المنازعات كل من القضاء الإداري و العادي على حسب طبيعة النزاع و أطرافه².

أ/- المنازعات التي يختص بها القضاء الإداري

أهم حالتين تثور بمناسبة منازعات يختص بها القضاء الإداري هما حالة رفض تسليم شهادة المطابقة للمرقى العقاري و حالة سكوت الإدارة عن الطلب.

1/- سكوت الإدارة عن الرد على طلب شهادة المطابقة

كما سبق تبياناه أعلاه، لصاحب طلب شهادة المطابقة الحق في إيداع طعن لدى الولاية في حالة سكوت الإدارة عن الرد على طلبه، و في هذه الحالة يتم تسليم الشهادة أو الرفض المبرر خلال خمسة عشر 15 يوما، أما إذا لم يتلقى أي إجابة بخصوص الطعن الأول فله أن يودع طعنا ثانيا لدى الوزارة المكلفة بالعمران، حيث تأمر هذه الأخيرة مصالح التعمير بالولاية بالرد سواء بالقبول أو الرفض المبرر خلال خمسة عشر 15 يوما من تاريخ إيداع الطعن، كما يمكن لصاحب الطلب أن يرفع دعوى قضائية ضد الإدارة أمام المحكمة الإدارية³.

و تجدر الإشارة في هذا الصدد أن المرسوم التنفيذي 91-176 الملغى بالمرسوم التنفيذي 15-19 اعتبر سكوت الإدارة عن الرد على الطعن المقدم بمثابة قبول ضمني لمنح الشهادة، حيث نصت المادة 60 من نفس المرسوم التنفيذي أن على السلطة التي يتم على مستواها إيداع الطعن تبليغ قرارها خلال الشهر الموالي و إلا فإن شهادة المطابقة تعد شهادة ممنوحة، و هو ما أكدته قرار لمجلس الدولة تحت رقم 118097 مؤرخ في 15 جوان 2015 عن الغرفة الثالثة (قرار غير منشور) و الذي جاء فيه: " ... يذكر مجلس الدولة بموجب تسليم شهادة المطابقة إثر انتهاء أشغال البناء قد أكدته المادة 54 من المرسوم التنفيذي 91-176 الذي كان

¹ المادة 69 من المرسوم التنفيذي 15-19.

² باشا حمدي عمر، منازعات التعمير، مرجع سابق الذكر، ص 136.

³ المادة 69 من المرسوم التنفيذي 15-19.

ساري المفعول على وقائع القضية عند رفع الدعوى أمام محكمة الدرجة الأولى بتاريخ 6 أبريل 2015 و هو ما أكدته المادة 64 من المرسوم التنفيذي 15-19 الذي حل محل المرسوم التنفيذي الأول، حيث ثبت من ملف القضية أن المدعي المستأنف عليه (ب ج) كان قد تقدم بطلب شهادة المطابقة للبناء الذي أنجزه وفقا لرخصة البناء المؤرخة في 27 أكتوبر 2010، و قد انتقلت لجنة تقنية بتاريخ 30 ديسمبر 2013 و أكدت مطابقة البناء لتلك الرخصة، حيث بعدما تقدم المعني أمام البلدية بطلب شهادة المطابقة لرخصة البناء يوم 30 ديسمبر 2013 و لم ترد البلدية على طلبه، تقدم بتظلم إداري سلمي أمام الوالي بتاريخ 10 مارس 2014 بلغ إلى مصالحه بتاريخ 12 مارس 2014 و لم يرد الوالي على تظلمه خلال أجل شهر من ذلك، و رفع المعني دعواه الحالية بإلزام البلدية بتسليم شهادة المطابقة عملا بالمادة 60 من المرسوم التنفيذي 91-176، حيث أن المادة 60 من المرسوم التنفيذي 91-176 و الذي كان ساري المفعول على وقائع الدعوى الحالية كانت تنص صراحة على أنه يتعين على السلطة التي يرفع إليها الطعن أن تبلغ قرارها خلال الشهر الموالي و إلا فإن شهادة المطابقة تعد بمثابة شهادة ممنوحة، حيث أن القضية لا تحتاج إلى إجراء خبرة مثلما طلبته محافظة الدولة بصفة احتياطية لأن لجنة تقنية مختصة خرجت لعين المكان و عاينت تطابق البناء مع الرخصة و لم يتم الطعن في محضر اللجنة بالطرق القانونية، حيث أصاب قضاة الدرجة الأولى عندما قضوا على بلدية سيدي بلعباس بتسوية وضعية المستأنف عليه و ذلك بمنحه شهادة المطابقة¹.

و نظرا للمشاكل العديدة التي نجمت بسبب اعتبار سكوت الإدارة عن الرد على طعن صاحب الطلب بمثابة موافقة على منح الشهادة، جاء المرسوم التنفيذي 15-19 و ألغى أحكام المرسوم التنفيذي 91-176، حيث أعطى الحق لطالب الشهادة للطعن في حالة الرفض أو السكوت دون أن يعتبر هذه الأخيرة بمثابة موافقة مما يفهم منه أن سكوتها أصبح يفسر على أنه رفض ضمني، و هو ما أكدته الفقرة الثانية من المادة 830 قانون الإجراءات المدنية و الإدارية التي اعتبرت سكوت الإدارة قرارا بالرفض، و يتم الطعن فيه أمام المحكمة الإدارية بموجب دعوى الإلغاء كما سوف يتم شرحه لاحقا.

2/- الطعن في قرار رفض منح شهادة المطابقة

تمتلك السلطة المختصة الحق في رفض منح شهادة المطابقة لصاحب الطلب إذا بينت عملية الجرد أن البناء لم يكن مطابقا للتصاميم المصادق عليها و لرخصة البناء و هذا بموجب قرار يتم تبليغه للمعني، و في مقابل ذلك يمتلك هذا الأخير حق الطعن في هذا القرار أمام كل من الولاية أولا ثم الوزارة المكلفة بالعمران ثانيا، و إذا لم يرضه الرد الذي تم تبليغه إياه يمكنه رفع دعوى قضائية أمام الجهات القضائية المختصة.

¹ حمدي باشا عمر، منازعات التعمير، مرجع سابق الذكر، ص 147.

و على اعتبار أن رخص و شهادات التعمير بصفة عامة هي عبارة عن قرارات إدارية صادرة عن جهات إدارية مختصة¹، فإن أي نزاع يتعلق برفض منحها أو منحها بطريقة مخالفة للقانون يختص به القاضي الإداري طبقا للقواعد العامة، حيث تعتبر المحاكم الإدارية جهات الولاية العامة في المنازعات الإدارية و المختصة بالفصل في أول درجة بحكم قابل للاستئناف في القضايا التي تكون طرفا فيها كل من الدولة أو الولاية أو البلدية أو المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية².

بناء على ما سبق، يمكن للمرقي العقاري في حالة تبليغه بقرار رفض منحه شهادة المطابقة اللجوء إلى المحكمة الإدارية المختصة إقليميا من أجل الطعن في هذا القرار عن طريق ما يسمى ب "دعوى الإلغاء"³، فما هي هذه الدعوى، و ما هي شروط و إجراءات رفعها؟

2-1/- مفهوم دعوى الإلغاء

تعتبر دعوى الإلغاء بمثابة وسيلة من وسائل الرقابة القضائية على مشروعية القرارات الإدارية بصفة عامة بما فيها المتعلقة برخص و شهادات التعمير، و تعرف بأنها الدعوى القضائية التي ترفع أمام الجهة القضائية المختصة بغرض إلغاء قرار إداري غير مشروع طبقا للإجراءات الخاصة المحددة قانونا، و القول أنها دعوى قضائية يميزها عن التظلم الإداري الذي يرفع أمام جهة إدارية أو لجنة لا أمام القضاء⁴.

كما تعرف كذلك بأنها دعوى قضائية إدارية موضوعية يرفعها صاحب الصفة و المصلحة أمام الجهات القضائية الإدارية وفقا لشروط شكلية و موضوعية و إجرائية بغرض المطالبة بإلغاء قرار إداري (في حالتنا يتضمن رفض منح شهادة المطابقة) غير مشروع⁵.

من خلال التعريفين السابقين يمكن استنتاج مجموعة من الخصائص لدعوى الإلغاء نوضحها كما يلي:

¹ القرار الإداري هو عمل قانوني من جانب واحد يصدر بإرادة أحد السلطات الإدارية و يحدث أثرا قانونيا سواء بإنشاء وضع قانوني جديد أو تعديل أو إلغاء وضع قانوني قائم. أنظر: عشي علاء الدين، مدخل القانون الإداري، دون رقم الطبعة، دار الهدى للطباعة و النشر و التوزيع، عين مليلة، الجزائر، 2012، ص 268.

² المنازعة الإدارية هي التي تكون السلطة الإدارية طرفا فيها بوصفها سلطة عامة لا بوصفها شخصا من الأشخاص العاديين، إذ لو تصرفت تصرف الأفراد العاديين تؤول المنازعات التي يمكن أن تنشأ للقضاء العادي.

³ هناك أربع أنواع من الدعاوى التي يختص بها القضاء الإداري: دعوى الإلغاء، دعوى فحص المشروعية، دعوى التفسير، و أخيرا دعوى القضاء الكامل.

⁴ بوضياف عمار، المرجع في المنازعات الإدارية -دراسة مدعمة بالاجتهادات القضائية للمحكمة العليا و مجلس الدولة و محكمة التنازع (القسم الثاني: الجوانب التطبيقية للمنازعة الإدارية)-، الطبعة الثالثة، جسر للنشر و التوزيع، الجزائر، 2018، ص 10.

⁵ حجوج كلثوم، الرقابة على رخص و شهادات التعمير في التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، 2018، ص 204.

- دعوى الإلغاء دعوى قضائية: لا تعتبر دعوى الإلغاء مجرد طعن أو تظلم إداري وإنما هي دعوى قضائية بأتم معنى الكلمة، فهي بذلك تخضع لقانون الإجراءات المدنية و الإدارية و ترفع أمام القضاء الإداري وليس أمام السلطة التنفيذية مصدره القرار.

- دعوى الإلغاء دعوى موضوعية: تتميز هذه الدعوى بطابعها الموضوعي لأن الغرض منها الطعن في مشروعية القرار الإداري دون أن تكون موجهة لمصدره، و عليه فهي لا تتسم بالطابع الذاتي أو الشخصي مثل الدعوى التي يرفعها المستأجر على مؤجره أو المشتري على البائع، و يترتب على ما سبق أن رافع دعوى الإلغاء يجب أن يهتم بالقرار المطعون فيه من خلال إبراز عيوبه دون الاهتمام بالشخص الذي أصدره¹.

- دعوى الإلغاء دعوى مشروعية: هدف دعوى الإلغاء هو ضمان احترام مبدأ المشروعية، و عليه فإن القاضي ملزم بالبحث عن مدى مشروعية القرار الإداري المطعون فيه و المتعلق برفض شهادة المطابقة، فإذا قدر أن هذا القرار مشوب بعييب عدم المشروعية قام بإعدامه، فهو بذلك حارس لمشروعية القرار و حامى حقوق الأفراد من تعسف الإدارة.

2-2/- شروط رفع دعوى الإلغاء

لكي يكون لطالب شهادة المطابقة الحق في رفع دعوى الإلغاء يجب توفر مجموعة من الشروط تتعلق به و بالقرار المطعون فيه و بالميعاد، فهي ضرورية حتى تستطيع المحكمة الإدارية النظر في موضوع الدعوى، إذ تخلف إحداها يؤدي إلى عدم قبول الدعوى دون حتى فحص موضوعها.

2-2-1/- الشروط المتعلقة بالمدعي

جاء في المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية أنه: "لا يجوز لأي شخص التقاضي ما لم تكن له صفة و له مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون"، و منه حصرت المادة الشروط المتعلقة بالمدعي في شرطي الصفة و المصلحة، غير أنه حتى تتحقق الصفة يجب أن تكون لرافع الدعوى أهلية التقاضي.

2-2-1-1/- شرط الصفة

يقصد بالصفة في التقاضي أن يكون المدعي في وضعية ملائمة لمباشرة الدعوى، و بتعبير آخر أن يكون في مركز قانوني سليم يخول له التوجه إلى القضاء و أن يكون هو من يباشر في الدعوى²، فإذاً هي العلاقة

¹ بوضياف عمار، مرجع سابق الذكر، ص 16.

² بوضياف عمار، المرجع في المنازعات الإدارية - دراسة مدعمة بالاجتهادات القضائية للمحكمة العليا و مجلس الدولة و محكمة التنازع (القسم الأول: الإطار النظري للمنازعات الإدارية)-، الطبعة الثالثة، جسر للنشر و التوزيع، الجزائر، 2018، ص 266.

التي تربط أطراف الدعوى بموضوعها، و يرى البعض أن الصفة في رفع دعوى الإلغاء تمتزج بالمصلحة بحيث أن صاحب الصفة هو نفسه صاحب المصلحة في هذه الدعوى¹، و بالتالي تتوفر الصفة كلما كانت هناك مصلحة شخصية لرافع الدعوى لإلغاء القرار الإداري².

يعتبر شرط الصفة في رافع الدعوى من النظام العام و بالتالي للقاضي أن يتصدى برفض الدعوى من تلقاء نفسه لانعدام شرط الصفة دون أن يثير ذلك أحد الأطراف³.

و الصفة في دعوى إلغاء رخص و شهادات التعمير بصفة عامة تثبت للمستفيد من هذه الرخص و الشهادات أو الذي قدم طلبا للحصول عليها و تم الرد عليه بالرفض أو التأجيل أو سكوت الإدارة، و يكون إثبات الصفة بتقديم جميع الوثائق المدفوعة كوصل إيداع الملف بالإضافة إلى قرار الرفض، أما بالنسبة لصفة المدعى عليه فتثبت عادة في دعوى الإلغاء بالجهة الإدارية التي أصدرت القرار بالرفض⁴.

2-2-1-2/- شرط المصلحة

تطبيقا للقاعدة القائلة بأنه "لا دعوى بدون مصلحة" فإنه يشترط على المدعي سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا أن تكون له مصلحة في رفع الدعوى⁵، و يقصد بها الفائدة أو المنفعة التي تعود على المدعي من الحكم، أو بتعبير آخر الحاجة إلى الحماية القضائية، و العلة من اشتراطها أن القضاء لم يوجد لإعطاء استشارات قانونية بل لا بد على المدعي من مصلحة⁶، فهي بذلك الضابط الذي يضمن جدية الدعوى و عدم خروجها عن الغاية المحددة لها⁷.

و يشترط في المصلحة أن تكون قائمة و حالة أي موجودة وقت رفع الدعوى و أن تستند على حق أو مركز قانوني أو تهدف إلى الاعتراف بهذا الحق و المركز أو حمايته، كما أن شرط المصلحة لا يتوفر إلا إذا أثر القرار الإداري المطعون فيه على المركز القانوني للمدعي بصورة فعلية و مباشرة، الأمر الذي يحدده القاضي الإداري⁸.

¹ عوابدي عمار، نظرية القرارات الإدارية بين علم الإدارة العامة و القانون الإداري، دون رقم الطبعة، دار هومه، الجزائر، 2003، ص 186.

² زريق برهان، مبادئ و قواعد إجراءات القضاء الإداري، الطبعة الأولى، المكتبة القانونية، دمشق، سوريا، 2011، ص 186.

³ المادة 13 فقرة 2 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

⁴ بوط سفيان، مرجع سابق الذكر، ص 278، 279.

⁵ بوعلي سعيد، المنازعات الإدارية في ظل القانون الجزائري، دون رقم الطبعة، دار بلقيس، الدار البيضاء، الجزائر، 2015، ص 84.

⁶ بوط سفيان، مرجع سابق الذكر، ص 279.

⁷ بوضرسة عبد الوهاب، الشروط العامة و الخاصة لقبول الدعوى بين النظري و التطبيقي، الطبعة الثانية، دار هومه للنشر و التوزيع، الجزائر، 2006، ص 62.

⁸ بعلي محمد الصغير، الوجيز في المنازعات الإدارية، دون رقم الطبعة، دار العلوم للنشر و التوزيع، عنابة، الجزائر، 2005، ص 148.

كما يشترط فيها كذلك أن تكون شخصية، و نعني بذلك أن الطعن في القرار الإداري السلبي الراض منح شهادة المطابقة لا يكون إلا من طرف طالب هذه الشهادة المتمثل في المرقي العقاري، و بالتالي لا يمكن لغيره كالمقاول و المهندس المعماري الطعن في قرار الرفض كون أن مصلحة هؤلاء ليست شخصية بل هي مستقلة عن مصلحة المرقي العقاري الذي تربطهم به علاقة تعاقدية¹.

2-2-2/- الشروط المتعلقة بالقرار محل الطعن

لا يكفي لقبول دعوى إلغاء القرار الإداري المتضمن رفض منح شهادة المطابقة توفر الشروط السابقة الخاصة بالمدعي، و إنما لا بد إلى جانب ذلك توفر بعض الشروط تتعلق بالقرار الإداري في حد ذاته تتمثل فيما يلي:

- وجود قرار إداري برفض منح شهادة المطابقة: من شروط دعوى الإلغاء وجود قرار إداري يتضمن قبول أو رفض منح شهادة المطابقة يتم تقديمه للقاضي الإداري قصد بسط رقابته عليه، هذا ما أكدته المادة 819 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، و سوف يتم التفصيل في هذه الجزئية بمناسبة تطرقنا لإجراءات دعوى الإلغاء.

- أن يكون القرار صادرا من سلطة إدارية مختصة: ينبغي في قرار الرفض بمنح شهادة المطابقة أن يكون صادرا من جهة إدارية مختصة المتمثلة في رئيس المجلس الشعبي البلدي.

- أن يكون القرار نهائيا محدثا لأثر قانوني: القرار الإداري هو عمل قانوني نهائي يصدر من سلطة إدارية عامة بإرادتها المنفردة لإحداث آثار قانونية معينة²، و نعني بذلك أن يستنفذ هذا القرار كل المراحل التحضيرية لإصداره، و بالتالي لا تعتبر الآراء الاستشارية و لا التحقيقات و الدراسات التقنية التي تسبق صدوره بمثابة قرار إداري، كما أن دعوى إلغاء القرار الإداري لا تقبل إلا إذا ترتبت على هذا الأخير آثار قانونية تمس مركز المدعي و هذا بإنشاء حالة معينة أو تعديلها أو إلغائها³.

2-2-3/- شرط احترام الأجال القانونية لدعوى الإلغاء

إن الهدف من تحديد أجل لرفع دعوى الإلغاء هو تحقيق المصلحة العامة و الخاصة على حد سواء، فمن جهة يهدف إلى عدم ترك القرارات الصادرة عن الإدارة عرضة للطعن فيها لمدة طويلة من الزمن، و من جهة

¹ حجوج كلثوم، مرجع سابق الذكر، ص 215.

² راجع سيرير عبد الله، القرار الإداري، الطبعة الأولى، دار الحامد للنشر و التوزيع، عمان، الأردن، 2012، ص 22.

³ حجوج كلثوم، مرجع سابق الذكر، ص 219.

أخرى ضمان الثبات و الاستقرار للمراكز القانونية المكتسبة بناء على هذه القرارات، حيث نصت المادة 829 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية أن أجل الطعن أمام المحكمة الإدارية يحدد بأربعة 4 أشهر، و يسري من تاريخ التبليغ الشخصي بنسخة من القرار الإداري الفردي أو من تاريخ نشر القرار الإداري الجماعي أو التنظيمي، و لا يحتج بهذا الأجل إلا في حالة الإشارة إليه في تبليغ القرار المطعون فيه¹.

و ينقطع الأجل المذكور أعلاه في حالة الطعن أمام جهة قضائية غير مختصة أو وفاة المدعي أو تغيير أهليته، كما يتوقف هذا الأجل عند طلب المساعدة القضائية أو حالة حدوث قوة القاهرة أو حادث مفاجئ².

2-3/- إجراءات رفع دعوى الإلغاء

يعود اختصاص النظر في دعاوى إلغاء القرارات الإدارية إلى المحكمة الإدارية تطبيقاً للمعيارين العضوي و الموضوعي، فعن المعيار العضوي تنص الفقرة الثانية من المادة 800 قانون الإجراءات المدنية و الإدارية أنه: "تختص المحكمة الإدارية بالفصل في أول درجة بحكم قابل للاستئناف في جميع القضايا التي تكون الدولة أو الولاية أو البلدية أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية أو الهيئات العمومية الوطنية و المنظمات المهنية الوطنية طرفاً فيها"، أما فيما يتعلق بالمعيار الموضوعي فيتحدد بناء على نص المادة 801 من نفس القانون التي جاء فيها ما يلي: "تختص المحاكم الإدارية كذلك بالفصل في: 1- دعاوى إلغاء و تفسير و فحص مشروعية القرارات الصادرة عن.....".

كان قانون الإجراءات المدنية الملغى³ يشترط على من أراد الطعن في القرار الإداري أمام القضاء الإداري عن طريق دعوى الإلغاء ضرورة القيام بالطعن الإداري أولاً، إذ نصت المادة 169 مكرر منه أنه: "لا يجوز رفع الدعوى إلى المجلس القضائي من أحد الأفراد إلا بتطبيق الطعن في القرار الإداري"، و هو ما تراجع عنه المشرع بموجب قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد حيث نصت المادة 830 منه أنه: "يجوز للشخص المعني بالقرار الإداري تقديم تظلم إلى الجهة الإدارية مصدرة القرار في الأجل المنصوص عليه في المادة 829 أعلاه"، يفهم من فحوى المادة أن الطعن الإداري أو ما يسمى بالتظلم الإداري أصبح جوازيًا لا وجوبيًا، و بالتالي يمكن للشخص الذي رُفِضَ تسليمه رخصة أو شهادة التعمير اللجوء مباشرة للقضاء الإداري، و هو ما تم تأكيده في المادة 63 من القانون 90-29 و المواد 6، 31، 40، 62، 69 من المرسوم التنفيذي 15-19 إذ استعمل المشرع في كل مرة مصطلح "يمكن" ما يفيد أن ذلك جوازي.

¹ المادة 831 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

² المادة 832 من نفس القانون.

³ الأمر 66-154 المؤرخ في 8 يونيو 1966 يتضمن قانون الإجراءات المدنية، الجريدة الرسمية عدد 47 المؤرخة في 9 يونيو 1966.

يتم رفع دعوى الإلغاء أمام المحكمة الإدارية بعريضة ورقية أو بالطريق الإلكتروني¹ مع تضمينها بالبيانات المنصوص عليها في المادة 15 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية²، و يجب إرفاق هذه العريضة بالقرار الإداري المطعون فيه تحت طائلة عدم قبول الدعوى ما لم يوجد مانع مبرر³، و عليه يتعين على المرقى العقاري أن يرفق القرار المتضمن رفض منح شهادة المطابقة أو أي شهادة أو رخصة أخرى بالعريضة تحت طائلة عدم القبول، و يعفى من ذلك إذا أثبت أن المانع يعود إلى امتناع الإدارة من تمكينه من القرار المطعون فيه، و في هذه الحالة يأمر القاضي المقرر الإدارة بتقديمه في أول جلسة كما يستخلص النتائج المترتبة على هذا الامتناع⁴.

تودع العريضة المرفقة بالقرار الإداري على مستوى أمانة ضبط المحكمة الإدارية مقابل دفع رسم قضائي⁵، و تقيد بسجل خاص يمسك بأمانة ضبط المحكمة حسب ترتيب ورودها و يسلم أمين الضبط للمدعي وصلا بالإيداع⁶.

و بتقديم المرقى العقاري للعريضة الافتتاحية لدى أمانة ضبط المحكمة يكون بذلك قد عرض النزاع أمام القاضي الإداري الذي يلتزم بالفصل فيه، فإذا قدر القاضي أن القرار الإداري تشوبه حالة من حالات الإلغاء المتمثلة في عيب عدم الاختصاص أو عيب في الشكل و الإجراءات أو مخالفة القرار لقاعدة قانونية أو الانحراف في استعمال السلطة قضى بإلغائه⁷.

ب/- المنازعات التي يختص بها القضاء العادي

تثور الكثير من المنازعات المتعلقة بشهادة المطابقة التي تكون من اختصاص القضاء العادي سواء العقاري أو المدني أو الجزائي، و هو ما سوف نفضله كالاتي:

¹ المادة 815 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

² المادة 816 من نفس القانون.

³ المادة 819 من نفس القانون.

⁴ الفقرة الثانية من نفس المادة.

⁵ المادة 821 من نفس القانون.

⁶ المادة 823 من نفس القانون.

⁷ مزيد من التفصيل حول حالات و أوجه إلغاء القرار الإداري أنظر: حجوج كلثوم، مرجع سابق الذكر، ص 225 و ما بعدها، و بوط سفيان، مرجع سابق الذكر، ص 284 و ما بعدها.

1/- المنازعات المطروحة أمام القضاء العقاري والمدني

سبق و أن بينا أن التزام المرقى العقاري بإنجاز البناية أو جزء من البناية و تسليمها للمكاتب في الأجل المتفق عليها هو التزام جوهري في عقد البيع على التصاميم يتحرر منه إلا بعد استصداره لشهادة المطابقة و تحرير محضر الحيازة، و ما يمكن ملاحظته من خلال الممارسة العملية أن عدم تنفيذ المرقى العقاري لهذا الالتزام عند حلول الأجل يعود في بعض الأحيان إلى انعدام شهادة المطابقة التي ترفض الجهة المختصة تسليمه إياها رغم اكتمال أشغال الإنجاز بحجة عدم المطابقة، الأمر الذي يمنعه من تسليم السكن لصاحبه، و يبقى لهذا الأخير اللجوء إلى المحكمة المختصة لمطالبة المرقى العقاري بتنفيذ التزامه بالتسليم رغم انعدام شهادة المطابقة، مما يدفعنا إلى التساؤل حول مدى جواز الزام القاضي للمرقى العقاري بتنفيذ التزامه حتى و لو لم يستصدر هذه الشهادة.

في الحقيقة عرفت المحكمة العليا بخصوص هذا الأمر موقفين، الأول كان صارما بأنه لا يجوز للقاضي أن يأمر بتسليم السكن للمكاتب طالما لم يتحصل المرقى العقاري على شهادة المطابقة استنادا إلى المادتين 14 من المرسوم التشريعي 03-93 و 39 من القانون 04-11، إذ جاء في القرار رقم 0920989 الصادر عن الغرفة العقارية للمحكمة العليا بتاريخ 12 نوفمبر 2015 أنه: "... بالرجوع إلى القرار المطعون فيه يستفاد أن طرفي العقد يربطهما عقد بيع بناء على التصاميم الذي صدر في شأنه القرار محل الطعن الذي أسس على المادة رقم 361 من القانون المدني التي تلزم البائع بأن يقوم بما هو لازم لنقل الحق المبيع إلى المشتري و أن يمتنع عن كل عمل من شأنه أن يجعل نقل الحق عسيرا أو مستحيلا، و اعتبر القرار محل الطعن أن طلب المستأنفة الرامي إلى تسليم الشيء المبيع بعد تنفيذ التزاماتها التعاقدية جاءت مؤسسة قانونا و يتعين الاستجابة إليها، و من ثمة ألغى الحكم المستأنف و قضى من جديد بأن تسلم الشقة للمستأنف مع التعويض، لكن و حيث أن المادة 14 من المرسوم التشريعي 03-93 (يقابلها المادة 39 من القانون 04-11).... تنص على أنه لا تتم حيازة بناية أو جزء من البناية من المشتري إلا بعد تسليم شهادة المطابقة غير أنه ليس لحيازة الملكية و شهادة المطابقة أثر إعفائي من المسؤولية المدنية، و حيث كان على قضاة المجلس لمعالجة النزاع المطروح الأخذ بعين الاعتبار المادة رقم 14 من المرسوم التشريعي 03-93 و كذا المادة 3 من عقد البيع بناء على التصاميم التي رتبت جزاءات عقابية على البائع...."¹.

أما بالنسبة للموقف الثاني فجاء مخالفا تماما للأول حيث سمحت المحكمة العليا للقاضي بأن يأمر المرقى العقاري بتسليم السكن رغم عدم استصدار شهادة المطابقة نظرا للبعد الاجتماعي و مراعاة لقواعد العدل

¹ زروقي ليلى، حمدي باشا عمر، المنازعات العقارية، مرجع سابق الذكر، ص 312، 313.

و الإنصاف و استغلال المرقى لهذه الشهادة لابتزاز المكتتب، و بررت المحكمة العليا موقفها هذا بأن شهادة المطابقة هي التزام يتحمله المرقى العقاري لا المكتتب و عليه فإنه من غير العدل أن يتحمل هذا الأخير مسؤولية تأخر المرقى العقاري في استصدار الشهادة، حيث جاء في قرارها (غير المنشور) رقم 1007917 الصادر عن الغرفة العقارية بتاريخ 13 أكتوبر 2016 أنه: "..... حيث و إن أشارت المادة 14 من المرسوم التشريعي 03-93 على عدم جواز حيازة ملكية البناية أو جزء من البناية من المشتري إلا بعد تسليم شهادة المطابقة إلا أن ذلك يقع على عاتق مؤسسة الإنجاز دون المشتري و منه فالوجه غير سديد و يتعين رفضه"¹.

بعد عرض موقفي المحكمة العليا، أرى أن الموقف الأول الذي مفاده عدم جواز تسليم السكن للمكتتب بدون شهادة المطابقة هو الصحيح، حيث أن كل من المادتين 14 من المرسوم التشريعي 03-93 و 39 من القانون 04-11 اشترطتا بصريح العبارة شهادة المطابقة لتنفيذ المرقى العقاري التزامه بالتسليم و بالتالي لا يمكن للقاضي الخروج عن النص القانوني، كما أنه من غير المنطقي و المعقول تسليم المكتتب سكنا غير مطابق لقواعد البناء و التعمير لأن ذلك قد يعرض حياته للخطر خصوصا إذا كان سبب عدم المطابقة هو عيب جوهري في البناء، و بناء على ذلك يجوز للقضاء أمر المرقى العقاري بمطابقة البناية إذا كان ذلك ممكنا، و في حالة الاستحالة يتحول التنفيذ العيني للالتزام إلى التنفيذ بمقابل، و في كلتا الحالتين يجوز للمكتتب المطالبة بالتعويض، فإذا قدر القاضي أن سبب عدم حصول المرقى العقاري على شهادة المطابقة هو عدم احترامه لقواعد البناء و التعمير حكم صالح المكتتب بالتعويض، أما إذا كان السبب راجع لتقاعس الإدارة رفض الحكم بالتعويض.

2/- المنازعات المطروحة أمام القضاء الجزائي

من شروط تشييد المرقى العقاري لأي بناية الأخذ بعين الاعتبار المواصفات المحددة في رخصة البناء المسلمة له، و يثبت ذلك من خلال منحه شهادة المطابقة، كما أن أي مخالفة لما سبق من شأنها تعريضه للمساءلة الجزائية.

تعرف جريمة عدم مطابقة البناية لرخصة البناء بأنها²: " القيام بعمل من أعمال البناء سواء تشييد بناية جديدة أو تمديد بناية قائمة أو أي تغيير يمس الحيطان الضخمة أو الواجهات المفضية على المساحات

¹ حمدي باشا عمر، منازعات التعمير، مرجع سابق الذكر، ص 139. ما يعاب على قرار المحكمة العليا أنه اعتمد في تسببه على أبعاد اجتماعية لا قانونية.

² بخلاف جريمة البناء بدون رخصة، تفترض جريمة عدم المطابقة حصول المعني على رخصة للبناء من السلطات المختصة لكنه لا يحترم ما جاء فيها من مواصفات.

العمومية أو إنجاز جدار صلب للتسييج أو التدعيم، بصفة غير مطابقة لرخصة البناء خصوصا فيما يتعلق بالأصول الفنية في التصميم والإشراف وكذا القواعد الخاصة بمظهر البناءات وعلوها ومدى احترام مقتضيات الصحة والأمن"¹.

يتحقق الركن المادي لهذه الجريمة عند قيام المرقى العقاري بإنجاز البناءة على نحو مخالف لما جاء في رخصة البناء، سواء تعلق الأمر بعدم احترامه للمخططات التي منح على أساسها الرخصة أو مخالفته لقواعد التهيئة المتعلقة بالصرف الصحي وشبكة المياه الصالحة للشرب وغيرها من الحالات²، أما بالنسبة للركن المعنوي فيتحقق باتجاه إرادة المرقى العقاري إلى مخالفة رخصة البناء بصفة مقصودة.

عند التأكد من عدم مطابقة البناءة المنجزة من طرف المرقى العقاري لرخصة البناء المسلمة له، يقوم أحد الأعوان المنصوص عليهم بموجب المادة 2 من المرسوم التنفيذي 06-55 المؤرخ في 30 جانفي 2006³ بتحرير محضر معاينة للمخالفة و يقوم بإرساله للجهة القضائية المختصة المتمثلة في وكيل الجمهورية لتحريك الدعوى العمومية⁴، كما يرسل نسخة منه إلى كل من رئيس المجلس الشعبي البلدي والوالي المختصين في أجل لا يتجاوز اثنين وسبعين 72 ساعة⁵، وفي هذه الحالة يقرر قاضي الجرح إما بمطابقة البناءة أو هدمها جزئيا أو كليا في أجل يحدده هو.

الفرع الثاني: المنازعات المتعلقة بالمطابقة العقدية

لا ينحصر التزام المرقى العقاري في المطابقة القانونية أو الإدارية المتمثلة في مطابقة البناءة لما جاء في رخصة البناء والتصاميم المصادق عليها، بل يتعدى ذلك إلى ضمان تطابق البناءة مع ما تم الاتفاق عليه مع المكتب في عقد البيع على التصاميم من مواصفات، وهو ما يطلق عليه بالمطابقة العقدية.

¹ أوراغ آسيا، مخالفات شهادة المطابقة و المنازعات المترتبة عنها، مجلة التعمير و البناء، جامعة تيارت، المجلد 3، العدد 1، مارس 2019، ص 42.

² عربي باي يزيد، مرجع سابق الذكر، ص 281.

³ يحدد شروط و كفايات تعيين الأعوان المؤهلين للبحث عن مخالفات التشريع و التنظيم في مجال التهيئة و التعمير و معاينتها و كذا إجراءات المراقبة، الجريدة الرسمية عدد 6 المؤرخة في 5 فبراير 2006.

⁴ قرار رقم 060475 صادر عن مجلس الدولة بتاريخ 31 مارس 2011 جاء فيه: " الموضوع: رخصة بناء، عدم المطابقة لرخصة البناء، اختصاص، قاض إداري، دعوى عمومية. المبدأ: القاضي الإداري غير مختص بالبث في عدم مطابقة البناء لرخصة البناء، يرسل الملف بعد معاينة اللجنة المختصة إلى وكيل الجمهورية لتحريك الدعوى العمومية. أنظر: سايس جمال، رخصة البناء، الطبعة الأولى، منشورات كليك، الجزائر، 2019، ص 71.

⁵ أنظر المادة 76 مكرر 5 من القانون 90-29.

فالمرقي العقاري حتى ولو تحصل على شهادة المطابقة المسلمة من الجهة الإدارية المختصة لا يتحرر من التزامه بالمطابقة بالكامل طالما لم تكن البناية مطابقة كذلك للمواصفات المحددة في العقد.

وبناء عليه سوف نتناول في هذا الفرع مفهوم المطابقة العقدية (أولاً) و الجزء المترتب في حالة إخلال المرقي العقاري بها (ثانياً).

أولاً: مفهوم المطابقة العقدية

ترتبط المطابقة العقدية بالتزام المرقي العقاري بالتسليم ارتباطاً وثيقاً ذلك أنه ملزم بتسليم المكتتب سكناً مطابقاً للحالة التي كان عليها في التصميم المقدم له وقت إبرام العقد.

تعرف المطابقة العقدية بأنها: "موافقة الشيء محل التعاقد في جوهره و عناصره الأساسية للشيء الذي تم الاتفاق عليه"، و لا يقتصر مفهوم المطابقة على عنصرها المادي بل يشمل كذلك المفهوم الوظيفي لها، حيث أصبحت مرتبطة بصلاحية المبيع، أي أداء الغرض المقصود منه و هو ما لا يمكن أن يتحقق إلا باستعماله¹.

فالمرقي العقاري لا يكتفي بإقامة البناء موضوع عقد البيع على التصاميم بل يلتزم كذلك اتجاه المكتتب بالمواصفات المتفق عليها، و مثال ذلك احترامه للمخططات الموضوعية للبنانية و المساحة المحددة في العقد و السمك المحدد للأبواب و النوافذ و نوعية الدهان و عدم استخدام مواد ذات نوعية رديئة... إلخ، كما أن مخالفة ما تم الاتفاق عليه يدخل ضمن عدم المطابقة للمواصفات².

تتم المطابقة العقدية من خلال قيام المكتتب بفحص السكن المسلم له و التأكد من احترام المرقي العقاري للتفاصيل المحددة في العقد، فالفحص هو مجموعة الأعمال المادية التي تتم قصد التأكد من مطابقة الشيء المبوع لما تم الاتفاق عليه وقت إبرام العقد، إذ تنص المادة 380 من القانون المدني أنه إذا تسلم المشتري المبيع وجب عليه التحقق من حالته...، و يمكن للمكتتب معاينة السكن محل العقد بنفسه، كما له أن يستعين بخبير في ميدان البناء ليساعده³.

¹ المعموري يوسف سعدون محمد لهمود، حماية المشتري في عقد بيع عقار تحت الإنشاء، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2016، ص 126.

² يقصد بعدم المطابقة عدم التزام المرقي العقاري بالمواصفات المتفق عليها وفقاً للرسومات و النماذج و التصاميم التي تم على أساسها إبرام المكتتب لعقد البيع على التصاميم، فضلاً عن التلاعب في المواد المستعملة للبناء.

³ بولحية سمية، مرجع سابق الذكر، ص 169.

يتحرر المرقى العقاري من التزامه بالمطابقة العقدية عند توقيع المكتتب لمحضر الحيازة دون أي اعتراض أو تحفظ، حيث يفيد ذلك رضاه بمواصفات السكن الذي تم تشييده و إقرار منه بالمطابقة العقدية، إلا أن هذا لا يمنعه من إثارة مسألة عدم حسن إتمام الإنجاز كما سوف يتم توضيحه في الباب الثاني¹.

يتضح لنا مما تقدم أن المطابقة العقدية هي جوهر عقد البيع على التصاميم بسبب أن المكتتب لا يطلع على العقار وقت التعاقد حتى يستطيع تحديد أوصافه، بل يمكنه فقط الزام المرقى العقاري بالمواصفات المحددة في العقد.

ثانياً: جزاء الإخلال بالمطابقة العقدية

إن التزام المرقى العقاري بإقامة بناية مطابقة للمواصفات المتفق عليها في العقد هو التزام بتحقيق نتيجة مثله مثل التزامه بالإنجاز، و عليه إذا اتضح وقت التسليم عكس ذلك تقوم مسؤوليته العقدية لعدم تحقق النتيجة المطلوبة، ما يعطي الحق للمكتتب رفض تسلم السكن و الرجوع على المرقى العقاري بالتعويض أو بإلزامه تنفيذ العقد بما ورد فيه من مواصفات أو الفسخ².

قد يلجأ المكتتب للقضاء لمطالبة المرقى العقاري بتنفيذ التزامه عينا و يجوز للقاضي أن يحكم به إذا كان هذا التنفيذ ممكناً، غير أنه في بعض الأحيان تكون مطالبة المكتتب بالتنفيذ العيني فيها تعسف كما لو كانت الفائدة المرجوة منه أقل من الضرر الذي يصيب المرقى العقاري و مثال ذلك أن يطلب المكتتب هدم البناية و إعادة بنائها من جديد، ففي هذه الحالة تكون تكلفة التنفيذ العيني باهظة مقارنة بالفائدة المرجوة، و للقاضي في هذا الصدد سلطة تقديرية واسعة بحيث يمكنه رفض الحكم بالتنفيذ العيني و الحكم بدلا عن ذلك بالتنفيذ بمقابل أو فسخ العقد³.

كما يمكن للمكتتب المطالبة أمام القضاء بفسخ عقد البيع على التصاميم، و هنا يمكن الحكم بذلك إذا أثبت أن عدم المطابقة يعود لنقص في المواصفات التي يكون لها من الجسمامة بحيث لو كان يعلم بها لما أتم العقد، و للقاضي السلطة التقديرية في الاستجابة لطلب المكتتب⁴، و في هذه الحالة يتم إعادة أطراف عقد البيع على التصاميم إلى الحالة التي كانوا عليها قبل إبرام العقد.

¹ نوي عقيلة، مرجع سابق الذكر، ص 209.

² البريكي مطر حمد ناصر، التطوير العقاري و حسم منازعات عقود وحدات التطوير العقاري تحكيمياً، دون رقم الطبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2017، ص 86.

³ عياشي شعبان، مرجع سابق الذكر، ص 181.

⁴ هذا الطريق لا يخدم إطلاقاً مصلحة المكتتب حيث سيؤدي إلى حل الرابطة العقدية و إعادة الحال كما كان عليه قبل التعاقد، في حين أن المكتتب يريد الحصول على سكن يأويه.

و سواء طلب المكتب التنفيذ العيني أو التنفيذ بمقابل أو الفسخ فهذا لا يمنع من أن يطلب كذلك التعويض عن ما أصابه من ضرر جراء عدم التزام المرقى العقاري بمطابقة السكن للمواصفات المتفق عليها.

الباب الثاني:

المنازعات الناشئة بعد حيازة

البنائة

الباب الثاني: المنازعات الناشئة بعد حيازة البناية

العلاقة التي تحكم أطراف عقد البيع لا تنتهي بنقل ملكية الشيء المبيع و تسليمه للمشتري، و إنما تمتد إلى ما بعد ذلك لتبقى تحكم هذه العلاقة الضمانات التي يلتزم بها كل البائع اتجاه المشتري.

نظم المشرع بموجب القانون المدني جملة من الضمانات القانونية تقع على عاتق البائع حتى يحقق المشتري الهدف من نقل الملكية، هذه الضمانات تتمثل في ضمان العيوب الخفية الذي يُمكن المشتري من الانتفاع بالمبيع وفقا للغاية المقصودة منه، بالإضافة إلى ضمان التعرض و الاستحقاق الذي يضمن للمشتري حيازة الشيء المبيع حيازة هادئة، و يستفيد المكتتب في عقد البيع على التصاميم منها طبقا للقواعد العامة.

هذه الضمانات تخرج عن نطاق دراستنا لتركيزنا على الضمانات المقررة للمشتري في القوانين الخاصة بالمنظمة لنشاط الترقية العقارية.

و نظرا لخصوصية عقد البيع على التصاميم كونه يرد على بناية غير موجودة وقت التعاقد، فإن ضمانات عقد البيع المقررة في القواعد العامة غير قادرة على تحقيق الحماية الكافية و الفعالة للمشتري في إطار هذا العقد، و بالتالي كان لزاما على المشرع النص على تطبيق ضمانات خاصة بعقد المقاوله على عقد البيع على التصاميم.

و بالتالي فإن علاقة المرقى العقاري مع المكتتب في عقد البيع على التصاميم لا تنتهي بإتمام البناية و تسليمها للمكتتب، و إنما تبقى تحكم هذه العلاقة ضمانات و مسؤوليات يتحملها المرقى العقاري و المتدخلين الآخرين في عملية البناء، و تتلخص هذه الضمانات في ضمان حسن التنفيذ، ضمان الأملاك المشتركة و الضمان العشري.

هذه الضمانات قد تكون مصدرا للعديد من المنازعات بين المرقى العقاري و المكتتب و حتى مع باقي المتدخلين، و على هذا الأساس سوف نقسم هذا الباب إلى فصلين، نخصص الفصل الأول لدراسة المنازعات المتعلقة بضمان حسن التنفيذ و ضمان الأملاك المشتركة، بينما نتناول في الفصل الثاني منازعات الضمان العشري أو ما يسمى بالمسؤولية العشرية.

الفصل الأول: المنازعات المتعلقة بضمان حسن التنفيذ و المنازعات الخاصة بالأملاك المشتركة.

الفصل الثاني: المنازعات المتعلقة بالضمان العشري.

الفصل الأول:

المنازعات المتعلقة بضمان حسن

التنفيذ و المنازعات الخاصة

بالأملاك المشتركة

الفصل الأول: المنازعات المتعلقة بضمان حسن التنفيذ والمنازعات الخاصة بالأمالك

المشتركة

تعتبر المنازعات المتعلقة بضمان حسن التنفيذ و ضمان الأملاك المشتركة من القضايا القانونية البارزة في قطاع الترقية العقارية، حيث تنبع هذه المنازعات غالبا من الاختلالات التي تحدث أثناء تنفيذ المشاريع العقارية أو نتيجة الإهمال في إدارة و صيانة الأجزاء المشتركة في البنايات موضوع عقود الترقية العقارية بصفة عامة.

يمثل ضمان حسن التنفيذ التزاما قانونيا يقع على عاتق المرقين العقاريين دون غيرهم من المتدخلين لضمان مطابقة الأعمال المنجزة للمعايير الفنية و القانونية، بينما ترتبط إدارة لأمالك المشتركة بالمحافظة على المرافق و الخدمات المشتركة التي تضمن جودة حياة السكان.

أُطِّرت المسائل المتعلقة بضمان حسن التنفيذ و ضمان الأملاك المشتركة بموجب القانون 04-11 و نصوصه التنظيمية، و مع ذلك تظل المنازعات شائعة نتيجة غموض بعض النصوص القانونية أو عدم احترام الأطراف المعنية للالتزاماتها.

المبحث الأول: المنازعات المتعلقة بضمان حسن التنفيذ.

المبحث الثاني: المنازعات المتعلقة بالملكية المشتركة.

المبحث الأول: المنازعات المتعلقة بضمان حسن التنفيذ

أحاط المشرع صيغة البيع على التصاميم بمجموعة من الضمانات القانونية التي تهدف إلى حصول المكتتبين على سكنات لائقة و مطابقة لمقتضيات العقد و قواعد الفن و كذا حمايتهم من غش المرقين العقاريين و من العيوب التقنية في البناء، و يندرج ضمن هذه الضمانات ضمان حسن التنفيذ الذي خرج المشرع فيه عن القواعد العامة المتعلقة بضمانات ما بعد البيع إلى قواعد خاصة تتميز بصرامة أكبر¹.

كانت بداية النص على هذا الضمان في مجال الترقية العقارية بموجب المرسوم التشريعي 93-03 وبالضبط في المادتين 14 و 15 منه²، غير أن هذا المرسوم التشريعي لم يأتي بأي تفصيل بخصوصه، ليعاد النص عليه مرة أخرى بموجب القانون 11-04 تحت تسمية "ضمان الإنهاء الكامل لأشغال الإنجاز" و كذا المرسوم التنفيذي 13-431 و لكن تحت تسمية أخرى هي "ضمان حسن التنفيذ"³.

و على الرغم من اختلاف التسمية، يتجسد "ضمان حسن التنفيذ" بناء على نموذج عقد البيع على التصاميم المرفق بالمرسوم التنفيذي 13-431 في التزام المرقى العقاري بالإنهاء الكامل لأشغال الإنجاز (هناك من يطلق على هذا الضمان -ضمان إصلاح عيوب البناء-) و ضمان حسن سير عناصر التجهيز.

لم يتطرق القانون 11-04 مثله مثل المرسوم التشريعي 93-03 إلى الأحكام التفصيلية المتعلقة بضمان حسن التنفيذ كموضوع هذا الضمان و نطاقه و كيفية إعماله و لا حتى الدعوى الواجب رفعها و لا الجزاء المترتب على المرقى العقاري في حالة مخالفته، هذا الفراغ القانوني يدفعنا إلى دراسة منازعات هذا الضمان بالاستناد على التشريع الفرنسي كونه المصدر الذي اعتمد عليه المشرع الجزائري لتنظيم مسؤولية المعمارين بصفة عامة⁴.

بناء على ما سبق سوف نقسم هذا المبحث إلى مطلبين بحيث نخصص المطلب الأول لدراسة المنازعات المتعلقة بالإنهاء الكامل لأشغال الإنجاز، بينما ندرس في المطلب الثاني المنازعات المتعلقة بحسن سير عناصر التجهيز.

¹ ريمان حسينة، التزام المرقى العقاري بضمان حسن التنفيذ في عقد البيع على التصاميم، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، جامعة باتنة 1، المجلد 8، العدد 1، جانفي 2021، ص 946.

² من بين النصوص القانونية التي تطرقت لضمان حسن التنفيذ نجد المرسوم 82-145 (ملغى) المؤرخ في 10 أبريل 1982 المنظم للصفقات التي يرمها المتعامل العمومي (الجريدة الرسمية عدد 15 المؤرخة في 13 أبريل 1982)، حيث يتجسد هذا الضمان في كفالة حسن التنفيذ *caution de bonne exécution* التي لا يمكن بأي حال من الأحوال أن تنقص قيمتها عن 5% من قيمة الصفقة.

³ حمل هذا الضمان في ظل المرسوم التشريعي 93-03 تسمية "ضمان حسن إنجاز المنشأة".

⁴ نوي عقيلة، مرجع سابق الذكر، ص 388.

المطلب الأول: المنازعات المتعلقة بضمان الإنهاء الكامل لأشغال الإنجاز

تستدعي دراسة المنازعات المحتملة عند عدم التزام المرقى العقاري بالإبقاء الكامل لأشغال الإنجاز التعريف أولاً بهذا الضمان (الفرع الأول) ثم تحديد نطاقه (الفرع الثاني) و كيفية تعيين العيوب محل الضمان (الفرع الثالث) و أخيراً الآثار المترتبة عند عدم التزام المرقى العقاري بهذا الضمان (الفرع الرابع).

الفرع الأول: تعريف ضمان الإنهاء الكامل لأشغال الإنجاز

لا يعرف ضمان الإنهاء الكامل لأشغال الإنجاز لا في عقد البيع العادي الذي نظمته المشرع بموجب القانون المدني في الفصل الأول المعنون بـ "عقد البيع" من الباب السابع المعنون بـ "العقود المتعلقة بالملكية" في المواد من 351 إلى 412، و لا حتى في عقد المقاوله الذي نظمته بموجب نفس القانون في الفصل الأول الذي جاء بعنوان "عقد المقاوله" من الباب التاسع المعنون بـ "العقود الواردة على العمل" في المواد من 549 إلى 570، خلافاً للمشرع الفرنسي الذي نظمته بموجب القانون 78-12 المؤرخ في الرابع من يناير 1978 المتعلق بالمسؤولية و التأمين في مجال البناء¹، حيث عدلت المادة الثانية من هذا الأخير المادة 1792-6 من القانون المدني الفرنسي من خلال إدراج فقرة ثانية تنص على ما يلي: "ضمان الإتمام الأمثل للإنجاز الذي يتحمله المقاول خلال سنة واحدة ابتداء من تاريخ التسليم يشمل كل خلل أشار إليه رب العمل سواء من خلال التحفظات التي أبدتها في محضر التسليم أو من خلال الإخطار الكتابي في حالة العيوب اللاحقة للتسليم"².

رغم عدم تطرق القانون المدني لضمان الإنهاء الكامل لأشغال الإنجاز، إلا أن الحياة العملية في الجزائر شهدت سابقاً ضماناً مماثلاً له في عقود مقاولات المباني، حيث كان كل من المقاول و رب العمل يتفقان على اقتطاع نسبة 5% من تكلفة إنجاز المشروع و احتفاظ رب العمل بها لمدة سنة كاملة من تاريخ التسليم و هذا تحسباً لظهور أي عيب أو خلل في البناء³، ليتم تقنينه فيما بعد بموجب المرسوم التنفيذي 91-434 المؤرخ في 9 نوفمبر 1991 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية⁴.

¹ Loi n 78-12 du 04 janvier 1974 relative à la responsabilité et à l'assurance dans le domaine de la construction, journal officiel de la République française n 04 du jeudi 5 janvier 1978.

² يكون التسليم في عقد المقاوله على مرحلتين، الأولى تسمى بالتسليم المؤقت الذي عرفه المشرع الفرنسي في المادة 1792-6 من القانون المدني بأنه التصرف الذي يعبر من خلاله رب العمل عن قبوله العمل بتحفظات أو بدونها، تأتي بعده مدة الضمان التي يتم خلالها إصلاح و رفع كل التحفظات التي تم تضمينها في محضر التسليم، أما المرحلة الثانية فهي التسليم النهائي الذي يكون بعد انتهاء مدة الضمان.

³ ويس فتحي، المسؤولية المدنية و الضمانات الخاصة في بيع العقار قبل الإنجاز -دراسة تحليلية و مقارنة في التشريعين الجزائري و الفرنسي-، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة البليدة، 2000، ص 133.

⁴ الجريدة الرسمية عدد 57 المؤرخة في 13 نوفمبر 1991 (ملغى بالمرسوم الرئاسي 02-250 -ملغى كذلك- المؤرخ في 24 يوليو 2002، الجريدة الرسمية عدد 52 المؤرخة في 28 يوليو 2002).

يعرف الفقه ضمان الإنهاء الكامل لأشغال الإنجاز بأنه الالتزام القانوني الذي يتحمله المقاول كأصل عام من خلال قيامه بإصلاح كل خلل في البنية المشيدة شريطة الإشارة إليه في محضر التسليم، و يبقى المقاول ضامنا للخلل لمدة سنة واحدة من تاريخ التسليم¹، كما يعرف كذلك بأنه الالتزام القانوني بالإصلاح العيني لكل خلل في البنية يشار إليه من طرف رب العمل بهدف إعادة البنية إلى الحالة التي كانت عليها أو كان ينبغي أن تكون عليها عند التسليم²، فهو بذلك ضمان يتعلق بإصلاح مختلف التحفظات التي تم معاينتها عند الاستلام أو التي تظهر خلال السنة الأولى³.

و بالنسبة لنشاط الترقية العقارية فقد عرف المشرع الإنهاء الكامل لأشغال الإنجاز في المادة الثالثة من القانون 04-11 بأنه رفع التحفظات التي تم إبدائها عند الاستلام المؤقت للأشغال و إصلاح عيوب البناء الملاحظة و هذا قبل الاستلام النهائي للمشروع العقاري⁴.

من خلال التعاريف السابقة، يمكن القول بأن ضمان الإنهاء الكامل لأشغال الإنجاز هو التزام قانوني يقع في الأصل على المقاول لصالح رب العمل يأخذ صورة التعويض العيني عن التحفظات التي تم إبدائها من طرف المقتني من خلال إصلاح مختلف العيوب الموجودة عند التسليم المؤقت للمشروع أو تلك التي تظهر خلال الفترة الفاصلة بين التسليم المؤقت و النهائي و المحددة بسنة واحدة، كما يعد هذا الضمان من النظام العام و بالتالي لا يجوز للأطراف الاتفاق على استبعاده أو التخفيف منه و هو ما أكدته المادة 45 من القانون 04-11.

و يعتبر ضمان الإنهاء الكامل لأشغال الإنجاز (حسب الفقه الفرنسي) ضمنا موضوعيا مجرد من فكرة الخطأ كما أن له خصوصية تميزه عن باقي الضمانات المقررة في مجال البناء و هذا لأنه ليس بالنظام التعويضي عن الأضرار التي تسبب فيها صاحب المشروع، و إنما يعد التزام قانوني ناتج عن عقد مفاده الإصلاح العيني لكل خلل يشار إليه من رب العمل⁵.

¹ ريمان حسينة، التزام المرقى العقاري بضمنا حسن التنفيذ في عقد البيع على التصاميم، مرجع سابق الذكر، ص 947.

² شتوان حنان، ضمانات عقد بيع عقار على التصاميم في التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مستغانم، 2020، ص 286.

³ Malinvaud Philippe, Jestaz Philippe, Jourdain patrice, Tournafond olivier, droit de la promotion immobilière, huitième édition, Dalloz, Paris, France, 2009, p 99.

⁴ عرف المشرع في نفس المادة الاستلام المؤقت بأنه المحضر الذي يتم إعداده و التوقيع عليه بين المقاول و المرقى العقاري بعد انتهاء الأشغال.

⁵ ريمان حسينة، التزام المرقى العقاري بضمنا حسن التنفيذ في عقد البيع على التصاميم، مرجع سابق الذكر، ص 948.

الفرع الثاني: نطاق ضمان الإنهاء الكامل لأشغال الإنجاز

دراسة نطاق ضمان الإنهاء الكامل لأشغال الإنجاز تستدعي تحديد المدين بهذا الضمان و المستفيد منه و هو ما يشكل النطاق الشخصي له (أولا)، و تحديد العيوب الموجبة له و هو ما يشكل النطاق الموضوعي له (ثانيا)، بالإضافة إلى تحديد المدة التي يسري فيها هذا الضمان و هو ما يشكل النطاق الزمني له (ثالثا).

أولا: النطاق الشخصي لضمان الإنهاء الكامل لأشغال الإنجاز

أشخاص ضمان الإنهاء الكامل لأشغال الإنجاز يتمثلان في المدين بهذا الضمان و هو الشخص المسؤول عن ما أوجبه الضمان من التزامات، و كذا الدائن أو المستفيد من هذا الضمان.

أ/- المدين بضمان الإنهاء الكامل لأشغال الإنجاز

جاء في كل من المادة 14 من المرسوم التشريعي 93-03 و المادة 26 فقرة 3 من القانون 11-04 أن حيازة الملكية العقارية و شهادة المطابقة ليس لهما أثر إعفائي من ضمان الإنهاء الكامل لأشغال الإنجاز الذي يلتزم به المرقى العقاري (المتعامل في الترقية العقارية) لمدة سنة واحدة، و هو ما نص عليه كذلك نموذج عقد البيع على التصاميم الملحق بالمرسوم التنفيذي 13-431، إذ جاء في بند ضمان حسن التنفيذ أن البائع يضمن التنفيذ الجيد للأشغال من خلال القيام بالأشغال الضرورية من أجل إصلاح عيوب البناء.

يتضح من خلال المواد السابقة أن المشرع ألقى الالتزام بضمان الإنهاء الكامل لأشغال الإنجاز على عاتق المرقى العقاري دون غيره من المتدخلين الآخرين في عملية الإنجاز كالمهندسين المعماريين و المقاولين، و هو ما يدفعنا للإشارة إلى جملة من الأمور:

- خالف المشرع الجزائري نظيره الفرنسي في مسألة تحديد الشخص الذي يقع عليه الالتزام بهذا الضمان، إذ بالرجوع إلى القانون المدني الفرنسي و بالضبط المادة 1792-6-2 منه نجد أنها ألزمت المقاول المنفذ للمشروع بهذا الضمان دون المرقى العقاري، و لا يكون هذا الأخير ملزما بهذا الضمان إلا في حالة العيوب المتعلقة بعزل الصوت طبقا للمادة 11-111L من قانون البناء و السكن، و يعود سبب هذا الاختلاف أن المشرع الجزائري استحدث ضمان الإنهاء الكامل لأشغال الإنجاز بمناسبة تنظيمه لعقد البيع على التصاميم و عقد بيع عقار مبني، و لم يتناوله في عقد المقاول و لا عقد البيع العادي، في حين أن نظيره

الفرنسي استحدثه في عقد المقاولة إثر تعديله للقانون المدني بموجب القانون 78-12 المؤرخ في 4 يناير 1978.

بما أن المشرع الجزائري قصر ضمان الإنهاء الكامل لأشغال الإنجاز على المرقى العقاري دون المقاول، يثور التساؤل حول ما إذا كان المرقى العقاري يستفيد هو كذلك من هذا الضمان في مواجهة المقاول، بمعنى آخر هل يقتصر هذا الضمان على عقد البيع على التصاميم و عقد بيع عقار مبني أم يشمل كذلك عقد المقاولة؟ للإجابة على التساؤل المطروح وجب التفرقة أولاً بين الضمان الذي يستفيد منه المرقى العقاري بصفته رب عمل في مواجهة المقاول و بين ضمان الإنهاء الكامل لأشغال الإنجاز الذي يلتزم به المرقى العقاري في مواجهة المكتتب أو المقتني، فالأول يكون فيه المقاول مسؤولاً عن الضمان لفائدة المرقى العقاري باعتباره رب العمل و صاحب المشروع لمدة سنة من تاريخ التسليم المؤقت للبناء، و عليه وجب على المرقى القيام بكل الإجراءات اللازمة للاستفادة من هذا الضمان و ابداء مختلف التحفظات المسجلة أثناء التسليم المؤقت و إخطار المقاول بها من أجل إصلاحها و إلا سيكون المرقى مسؤولاً عليها اتجاه المقتني²، في حين أن الثاني يلتزم به المرقى العقاري لصالح المقتني من خلال إصلاح العيوب الملاحظة عند التسليم أو تلك التي تظهر خلال السنة الموالية.

- لا يقع ضمان الإنهاء الكامل لأشغال الإنجاز سوى على المرقى العقاري دون غيره من المتدخلين، و يرى معظم الباحثين أن حصر المسؤولية على المرقى العقاري في هذا الضمان ما هو إلا وسيلة حماية لصالح المقتني، و تبريرهم في ذلك أنه من مصلحة المقتني التعامل مع شخص واحد يعرفه و هو المرقى العقاري نظراً لأنه تربطه به علاقة تعاقدية و سبق له التعامل معه ما يسهل له الرجوع عليه بالضمان، في حين أنه يجهد باقي المتدخلين مما يصعب عليه متابعتهم، فلو استعان المرقى العقاري بمقاول واحد لأمكن للمكتتب الرجوع على أحدهما بسهولة و لكن في الحياة العملية يستعين المرقى العقاري بأكثر من مقاول و هنا تظهر الصعوبة للمكتتب في الرجوع على أي من المقاولين إذ يمكن لأحدهم التهرب من الضمان بداعي أن العيب الذي تم ملاحظته لا يتعلق بالجزء من المبنى الذي شيده هو و إنما يرجع لمقاول آخر، الأمر الذي يؤدي إلى ضياع حق المقتني في الضمان.

¹ بناسي شوقي، مرجع سابق الذكر، ص 277.

² تواتي سهيلة، الحماية القانونية للمشتري في عقد بيع العقار بناء على التصاميم، مرجع سابق الذكر، ص 207.

بينما ترى شريحة أخرى من الباحثين أن التعليل السابق غير منطقي بحجة أن المشرع لم يلزم المرقى العقاري وحده بالضمان العشري و إنما حملة المسؤولية بالتضامن مع باقي المتدخلين مع أن المقتني لا يعرفهم و لم يسبق له التعامل معهم و من ثم فهو يجهلهم مما يسقط التبرير الأول.

بعد عرض وجهتي النظر، يبدو أن المشرع حمل المرقى العقاري وحده ضمان الإتمام الكامل لأشغال الإنجاز بعدما قدر أن عيوب البناء المشمولة بهذا الضمان ليست من الجسمامة بالمقارنة مع تلك المشمولة بالضمان العشري، و منه يكون في استطاعة المرقى العقاري وحده التكفل بعملية الإصلاح دون الحاجة إلى التضامن مع غيره من المتدخلين¹.

- حصر المدين بضمان الإنهاء الكامل لأشغال الإنجاز في شخص المرقى العقاري يترتب عنه عدم وجود تضامن بينه و بين باقي المتدخلين كالمقاول و المهندس المعماري حتى و لو لم يكن العيب الموجب للضمان ناشئا عن خطأه، غير أنه يبقى للمرقى العقاري بعد القيام بالأشغال الضرورية لإصلاح العيب الرجوع على المسؤول وفقا للقواعد العامة².

ب/- الدائن بضمان الإنهاء الكامل لأشغال الإنجاز

إن ارتباط ضمان الإنهاء الكامل لأشغال الإنجاز بعقدي البيع على التصاميم و بيع عقار مبني المنصوص عليهما في القانون 04-11 جعل حق الاستفادة من هذا الضمان من نصيب المقتني وحده، و هذا خلافا للضمان العشري الذي يستفيد منه رب العمل بالنسبة لعقد المفاوضة و المقتني بالنسبة لعقدي البيع على التصاميم و بيع عقار مبني، و هو ما سوف يتم توضيحه لاحقا³.

و إذا تصرف المقتني صاحب العقار محل عقد بيع عقار مبني أو عقد البيع على التصاميم في ملكيته، يستفيد المالك الجديد من هذا الضمان في حدود المدة المقررة قانونا و المحددة بسنة واحدة و هو ما أكده المشرع في الفقرة الثالثة من المادة 49 قانون 04-11⁴، و يجد ذلك تأصيله في القانون المدني، إذ يعتبر المتصرف له خلفا خاصا للمقتني و من ثمة فإن الضمان ينتقل من المقتني إلى الخلف الخاص طبقا لما ورد في نص المادة 109 من القانون المدني التي جاء فيها أنه إذا أنشأ العقد التزامات و حقوقا شخصية تتصل بشيء انتقل بعد ذلك إلى خلف خاص فإن هذه الحقوق و الالتزامات تنتقل إلى هذا الخلف في الوقت الذي

¹ بناسي شوقي، مرجع سابق الذكر، ص 279.

² مقراني سارة، الحماية القانونية للمقتني في عقد البيع على التصاميم، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2023، ص 251.

³ حامي حياة، مرجع سابق الذكر، ص 262.

⁴ إذ تنص المادة على أنه يستفيد من هذه الضمانات المالكون المتوالون على البناية.

ينتقل فيه الشيء إذا كانت من مستلزماته و كان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشيء إليه، و ما تم ذكره بالنسبة للخلف الخاص ينطبق من باب أولى بالنسبة للخلف العام وفقا للمادة 108 من نفس القانون، حيث ينتقل هذا الضمان إلى ورثة المقتني و من ثمة يمكنهم مطالبة المرقى العقاري بإصلاح مختلف عيوب البناء الموجبة للضمان¹.

ثانيا: النطاق الموضوعي لضمان الإنهاء الكامل لأشغال الإنجاز

جاء في المادة 15 من المرسوم التشريعي 93-03 على أنه: " يحدد العقد المذكور في المادتين 09 و 10 أعلاه الأجل الضرورية لتنفيذ أشغال إصلاح العيوب الظاهرة و/أو حسن سير عناصر تجهيز البناية"، و نصت المادة 44 من القانون 11-04 على أنه: " تحدد آجال تنفيذ الأشغال الضرورية لإصلاح عيوب البناء و/أو حسن سير عناصر تجهيزات البناية بموجب العقد المذكور في المادة 26 أعلاه"، كما جاء في بند "ضمان حسن التنفيذ" المضمن في عقد البيع على التصاميم ما يلي: " يضمن البائع التنفيذ الجيد للأشغال و يلتزم بتنفيذ الأشغال الضرورية قصد إصلاح عيوب البناء.....".

يتضح لنا مما سبق اختلاف المصطلحات المستعملة في المادة 15 من المرسوم التشريعي 93-03 مع تلك المستعملة في المادة 44 من القانون 11-04 أو في نموذج عقد البيع على التصاميم، حيث استعمل المشرع في المادة 15 مصطلح "العيوب الظاهرة" لتحديد موضوع ضمان الإنهاء الكامل لأشغال الإنجاز، بينما استعمل في المادة 44 و في نموذج عقد البيع على التصاميم مصطلح " عيوب البناء"، مما يفيد أن المشرع وسع من موضوع هذا الضمان في القانون 11-04 ليشمل بالإضافة إلى العيوب الظاهرة العيوب الخفية.

و لعل سبب اختلاف المصطلحات المستعملة من طرف المشرع يعود لتأثره في صياغة المادة 15 من المرسوم التشريعي 93-03 بالمادة 1-1-1642 من القانون المدني الفرنسي على إثر تعديل سنة 1967 بموجب القانون 67-03 و التي ألزمت بائع العقار في طور الإنجاز بضمان العيوب الظاهرة، في حين تأثر عند صياغته للمادة 44 من القانون 11-04 بالمادة 2-6-1792 من القانون المدني الفرنسي التي ألزمت المقاول بضمان كل خلل يشير إليه رب العمل².

¹ بناسي شوقي، مرجع سابق الذكر، ص 280.

² المرجع نفسه، ص 282، 283.

و مصطلح "الخلل" « désordre » الذي استعمله المشرع الفرنسي في المادة 2-6-1792 هو مصطلح حديث لم يستعمله من قبل عند تحديده للنطاق الموضوعي للضمان حيث كان يستعمل مصطلح "العيوب" « vice » إلى غاية سنة 1978.¹

و معنى "الخلل" désordre يختلف عن معنى "العيوب" vice، حيث يعتبر هذا الأخير بمثابة وصف لخطأ إنساني (erreur humaine) يسبب ضرراً، في حين أن الخلل هو دليل أو مظهر لهذا الضرر مهما كان سببه أو درجة أهميته فهو بذلك مستقلاً عن سببه، و بمعنى آخر فإن المشرع الفرنسي جعل من تطبيق ضمان الإنهاء الكامل لأشغال الإنجاز متوقفاً عن توفر مظهر الضرر دون الحاجة للبحث عن سببه²، و عليه يكفي للمشتري في عقد البيع على التصاميم لرفع دعوى الضمان على المرقى العقاري أن يظهر الخلل في العقار المبيع دون الحاجة لإثبات أن هذا الخلل راجع للمرقى العقاري³.

كما يذهب الفقه الفرنسي الحديث إلى اعتبار أن "الخلل" يشمل كل من عيوب التصنيع و عيوب التركيب و بعض عيوب الصنعة ذات النتائج الثقيلة و التي تظهر بسرعة، بل يمتد ليشمل كذلك عيوب المطابقة المرتبطة بالتسليم و كل عيوب البناء غير المغطاة بالضمانات الكلاسيكية كالضمان العشري⁴.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري، فبينما سابقاً أن كل من المادة 44 من القانون 04-11 و نموذج عقد البيع على التصاميم نصاً على عيوب البناء كسبب لالتزام المرقى العقاري بهذا الضمان دون تحديد ما إذا كانت هذه العيوب ظاهرة أو خفية ما يفهم منه أن المرقى العقاري يضمن كليهما، و هو في الحقيقة خروج عن القواعد العامة المقررة في القانون المدني الخاصة بعقد البيع العادي و التي تلزم البائع بضمان العيوب الخفية دون الظاهرة على اعتبار أن هذه الأخيرة يعلم بها المشتري وقت التعاقد أو كان باستطاعته اكتشافها لو فحص الشيء المبيع بعناية الرجل العادي، فقبوله للشيء المبيع يعني سقوط حقه في الرجوع على البائع بالضمان⁵.

و حتى يستطيع المقتني الرجوع على المرقى العقاري بضمان العيوب الظاهرة لا بد له من معاينة كافة النقائص الملاحظة وقت تسليم السكن و تدوينها في محضر، أما إذا قبل السكن دون إبداء أي تحفظ فإن

¹ نوي عقيلة، مرجع سابق الذكر، ص 400.

² حامي حياة، مرجع سابق الذكر، ص 265.

³ ويس فتحي، مرجع سابق الذكر، ص 137.

⁴ بناسي شوقي، مرجع سابق الذكر، ص 281، 282.

⁵ تعرف العيوب الظاهرة بأنها تلك العيوب التي كان المشتري على علم بها وقت التعاقد أو كان بالإمكان اكتشافها لو أنه فحص الشيء المبيع بعناية الرجل العادي.

حقه بالرجوع على المرقى العقاري بالضمان يسقط، إذ أن قبول المقتني للشيء المبيع يعني إعفاء البائع من ضمان العيوب الظاهرة¹.

يتخلص المرقى العقاري من ضمان العيوب الظاهرة في حالة عدم إبداء المقتني أي تحفظات وقت معاينة البناية، و يشترط في هذا الصدد قيام المرقى العقاري بتحرير محضر معاينة حضوري ممضي منه و من المقتني يفيد خلو السكن المسلم من أي نقص أو عيب و إلا بقي ملتزما بالضمان، و هو ما أكدته المحكمة العليا (الغرفة المدنية) في قرار لها يحمل الرقم 1007602 الصادر بتاريخ 19 نوفمبر 2015 و الذي جاء فيه: "الموضوع: عقد البيع على التصاميم. المرجع القانوني: المادة 14 من المرسوم التشريعي 93-03. المبدأ: عدم تحرير المرقى العقاري محضر معاينة حضوري يمضى من كلا الطرفين يفيد عدم وجود عيوب أو نقائص في الشقة المسلمة يبقيه ملتزما بالضمان. حيث استخلص قضاة المجلس تأسيسا على المادة 4 و 6 من عقد البيع أن كل من البائعة و المشتري صرحا بعدم وجود أي عيب من العيوب الظاهرة و هذا يفيد قيام المشتري بمعاينة الشقة و عدم ملاحظة أي عيب من العيوب و أضافوا أنه حسب المادة 6 لا يسوغ للمشتري مطالبة البائع بإصلاح أي عيب ظاهر ناجم عن فعل البائع و بذلك يكون المستأنف عليه قد تنازل عن حقه في الرجوع ضد المستأنفة البائعة بخصوص أي عيب ظاهر ثم أوردوا أن النقائص المطالب قيمتها هي عيوب ظاهرة لا يجوز المطالبة بقيمتها طالما أنه تنازل عن حقه في الرجوع بشأنها... لكن خلافا للاستنتاج الذي توصل إليه قضاة المجلس فإن المرقى العقاري لم يدعم المركز الذي يستمده من المادة الرابعة من عقد البيع بمبادرة تحرير محضر معاينة حضوري يمضى من كلا الطرفين يفيد عدم وجود نقائص أو عيوب في الشقة المسلمة و لما لم يلتزم بما جاء في البند الرابع فإنه غير قابل للتمسك بما يخالف ذلك".....².

بالنسبة لعيوب البناء المشمولة بضمان الإنهاء الكامل لأشغال الإنجاز، يطرح التساؤل حول مدى خطورتها و جسامتها، فهل يتعلق هذا الضمان بالعيوب الخفيفة و البسيطة، أم أنه يتعلق بالعيوب الخطيرة و الجسيمة كما هو الحال عليه بالنسبة للعيوب الخفية و العيوب المشمولة بالضمان العشري؟

يشمل ضمان الإنهاء الكامل لأشغال الإنجاز كل خلل يشوب البناية المشيدة دون التقيد بوصف معين أو قدر معين من الخطورة، حيث يخضع العيب إلى هذا الضمان مهما كانت درجة خطورته و جسامته بشرط

¹ تواتي سهيلة، الحماية القانونية للمشتري في عقد بيع العقار بناء على التصاميم، مرجع سابق الذكر، ص 201.
² قرار المحكمة العليا رقم 1007602 بتاريخ 19 نوفمبر 2015، الغرفة المدنية، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، 2015.

أن يتم الإشارة إليه من طرف المقتني في محضر التسليم إذا اكتشفه قبل التسلم أو إخطار المرقى العقاري به كتابة في حالة ظهور العيب خلال السنة الموالية لتسلم السكن¹.

و بما أن ضمان الإنهاء الكامل لأشغال الإنجاز يشمل كل عيوب البناء الظاهرة عند تسلم البناية أو التي تظهر خلال السنة الموالية مهما كانت درجة خطورتها و جسامتها، يطرح تساؤل آخر حول ما إذا كان هذا الضمان يشمل كذلك العيوب التي يضمنها الضمان العشري، أو بصيغة أخرى هل يجوز للمقتني الاختيار بين دعوى الضمان العشري أو دعوى ضمان الإنهاء الكامل لأشغال الإنجاز عند رجوعه على المرقى العقاري بالتعويض؟

في الحقيقة هناك اختلاف بين الباحثين الجزائريين بخصوص هذه النقطة، جانب منهم يرى أن مصطلح "عيوب البناء" الذي استعمله المشرع لتحديد النطاق الموضوعي لهذا الضمان هو مصطلح شامل لكل عيب في البناية دون التقيد بأي وصف، و عليه إذا توفر في العيب شروط أعمال الضمان العشري جاز للمقتني مباشرة دعوى الضمان العشري أو دعوى تنفيذ الأشغال الضرورية لإصلاح عيوب البناء وفقا لما يحقق مصلحته خصوصا و أن الضمان الأول مغطى بتأمين إجباري على عكس الثاني²، في حين يرى الجانب المقابل أن المشرع وسع من النطاق الموضوعي لضممان الإنهاء الكامل لأشغال الإنجاز غير أنه لا يشمل العيوب المشمولة بالضمان العشري، و عليه كل ما يخرج عن نطاق الضمان العشري و المسؤولية العقدية يكون محل ضمان الإنهاء الكامل لأشغال الإنجاز و هو الرأي الراجح في نظري³.

أما في فرنسا فقد قضت محكمة النقض الفرنسية أن العيوب الظاهرة التي تم التحفظ عليها و ذكرها في محضر التسليم يغطيها ضمان حسن الإنجاز فقط دون الضمان العشري، حيث يغطي هذا الأخير العيوب التي كانت خفية وقت التسليم، و استثناء يشمل الضمان العشري العيوب الظاهرة وقت التسليم بالنظر إلى شدة الأضرار التي يمكن أن تحدثها في المستقبل⁴.

¹ تواتي سهيلة، الحماية القانونية للمشتري في عقد بيع العقار بناء على التصاميم، مرجع سابق الذكر، ص 204.

² بناسي شوقي، مرجع سابق الذكر، ص 284. و حامي حياة، مرجع سابق الذكر، ص 268. و هو ما ذهب إليه القضاء الفرنسي إذ أجاز هذا الأخير للمقتني (أو رب العمل بالنسبة لعقد المقاولة) الاختيار بين الضمانين شريطة أن تكون هذه العيوب تمت معاينتها في السنة الموالية للتسلم و ليس العيوب المعاينة عند التسلم، بمعنى آخر يسقط حق المقتني في الاختيار بين الضمانين إذا تعلق الأمر بالعيوب الظاهرة و يكون له سوى اللجوء للضمان السنوي، ريمان حسينة، التزام المرقى العقاري بحسن التنفيذ في عقد البيع على التصاميم، مرجع سابق الذكر، ص 956.

³ بوسته إيمان، الترقية العقارية الخاصة في مجال السكن في التشريع الجزائري، مرجع سابق الذكر، ص 418.

⁴ تريبش رحمة، مرجع سابق الذكر، ص 494.

ثالثا: النطاق الزمني لضمان الإنهاء الكامل لأشغال الإنجاز

المقصود بالنطاق الزمني لهذا الضمان هو المدة الزمنية التي يبقى فيها المرقى العقاري ملتزما اتجاه المقتني بضمان عيوب البناء، حيث جاء في الفقرة الثالثة من المادة 26 من القانون 04-11 أن الحيازة و شهادة المطابقة لا تعفيان المرقى العقاري من ضمان الإنهاء الكامل لأشغال الإنجاز طيلة سنة واحدة، كما جاء في بند "ضمان حسن التنفيذ" المضمن في نموذج عقد البيع على التصاميم أن هذا الضمان صالح لمدة.....سنة.

ما يمكن ملاحظته من خلال المادة 26 فقرة 3 من القانون 04-11 و نموذج عقد البيع على التصاميم أن المشرع فرق فيما يخص المدة الأقصى لهذا الضمان بين عقد بيع عقار مبني و عقد البيع على التصاميم، إذ جعل مدة الضمان بالنسبة للعقد الأول محددة بسنة واحدة، في حين ترك الحرية لطرفي عقد البيع على التصاميم في تحديد مدة الضمان التي يلتزم بها المرقى العقاري على أن لا تقل عن سنة واحدة و هو ما يستشف من الفراغ الذي تركه المشرع قبل كلمة "سنة".

مدة السنة الواحدة التي نص عليها المشرع الجزائري بخصوص ضمان الإنهاء الكامل لأشغال الإنجاز هي نفس المدة التي نص عليها نظيره الفرنسي في المادة 6-1792 من القانون المدني الفرنسي، غير أن هذا الأخير لم يحدد إذا كانت هذه المدة قابلة للزيادة أم لا تاركا هذه المسألة للفقهاء الذي أجاز الزيادة.

يبدأ سريان مدة السنة الواحدة على الأقل من تاريخ حيازة السكن من طرف المكتتب في عقد البيع على التصاميم المثبت بمحضر يعد أمام نفس مكتب التوثيق الذي حرر العقد¹.

على خلاف الضمان العشري الذي حدد المشرع مدته بعشر سنوات كاملة و مدة رفع الدعوى بثلاثة سنوات من اكتشاف العيب أو حصول التهدم، نص المشرع بخصوص ضمان الإنهاء الكامل لأشغال الإنجاز على مدة الضمان فقط المحددة بسنة واحدة على الأقل دون أن يحدد مدة رفع الدعوى، ما يجعل مدة الضمان هي نفسها مدة رفع الدعوى.

إن اعتبار مدة ضمان الإنهاء الكامل لأشغال الإنجاز هي نفسها مدة رفع دعوى الضمان معيب و لا يحقق الحماية الكافية للمكتتب، فلو فرضنا أن هذا الأخير اكتشف عيبا في السكن المسلم له في اليوم الأخير من

¹ جاء في بند "ضمان حسن التنفيذ" المضمن في نموذج عقد البيع على التصاميم ما يلي: "إن هذا الضمان صالح لمدة.....سنة ابتداء من تاريخ الحيازة.....".

الضمان فهذا يعني أن حقه في مطالبة المرقى العقاري أمام القضاء بالتعويض يسقط لسقوط حقه في رفع دعوى الضمان، و بالتالي يصبح هذا الضمان غير مجدي في اليوم الأخير من المدة المتفق عليها.

الفرع الثالث: كيفية تعيين عيوب البناء المشمولة بضمان الإنهاء الكامل لأشغال الإنجاز

إن دراسة كيفية تعيين عيوب البناء تقتضي منا التفرقة بين حالتين، الحالة الأولى تتمثل في العيوب الظاهرة التي يعاينها المقتني وقت تسليم البناية، أما الحالة الثانية فتتمثل في العيوب الخفية أو تلك التي تظهر بعد تسليم السكن للمقتني.

فيما يتعلق بالحالة الأولى نجد المادة 34 فقرة 2 من القانون 04-11 نصت على ضرورة إتمام عقد البيع على التصاميم بمحضر يعد أمام نفس مكتب التوثيق الذي حرر العقد قصد معاينة الحيازة الفعلية للسكن من طرف المكتب، و يتعين على هذا الأخير إبداء تحفظاته على أي عيب من العيوب الظاهرة التي يلاحظها وقت التسليم و التي يجب تضمينها في المحضر، و في هذا الصدد يرى معظم الباحثين أن عدم إبداء المكتب لأي تحفظ بشأن أي عيب و تضمينه في المحضر يعد بمثابة تنازل من طرفه عن حق مطالبة المرقى العقاري بإصلاحه مما يبرئ ذمة هذا الأخير، في حين يرى جانب آخر أن المرقى العقاري يضمن كل العيوب حتى تلك التي لم يتم التحفظ بشأنها، و إلى جانب الاتجاهين السابقين هناك اتجاه ثالث يميز بين العيوب الظاهرة الجسيمة و غير الجسيمة، فالأولى يلتزم المرقى العقاري بإصلاحها حتى و لو لم يتم التحفظ بشأنها نظرا لأنها تشكل تهديدا للبنانية في حد ذاتها، أما الثانية فيلتزم المرقى العقاري بإصلاحها إذا تم التحفظ عليها من طرف المقتني، و في حالة العكس تبرئ ذمة المرقى العقاري¹.

أما بالنسبة للحالة الثانية فهي تتعلق بالعيوب الخفية التي لم يتسن للمقتني اكتشافها و التحفظ عليها وقت تسليم البناية و تحرير محضر الحيازة، و هنا يجب على المقتني إخطار المرقى العقاري بهذه العيوب حتى يقوم بإصلاحها، و تجدر الإشارة في هذا الصدد أن المشرع لم يحدد شكل معين للإخطار، هل هو كتابي أم شفهي؟ في شكل رسمي أم عرفي؟² و في ظل سكوت المشرع يبقى للمقتني استعمال أي وسيلة يريدونها لإخطار المرقى العقاري، و لو أن أفضل وسيلة هي الإخطار الرسمي عن طريق المحضر القضائي أو الإخطار بواسطة رسالة موصى عليها تجنبا لأي نزاع محتمل حول إثبات وقوع الإخطار³.

¹ بناسي شوقي، مرجع سابق الذكر، ص 289. يرى الأستاذ بناسي شوقي أن العيوب الظاهرة الجسيمة يلتزم المرقى العقاري بإصلاحها في جميع الأحوال، و لا يمكن الاعتداد بأي تنازل من طرف المقتني لأن الأمر يتعلق بحياة الأشخاص و سلامتهم الجسدية.

² بولحية سمية، مرجع سابق الذكر، ص 226.

³ بناسي شوقي، مرجع سابق الذكر، ص 290.

الفرع الرابع: الآثار المترتبة عن عدم التزام المرقى العقاري بإصلاح عيوب البناء

في حالة اكتشاف المقتني لأي عيب من عيوب البناء الموجبة للضمان خلال تسلم البناية أو خلال السنة الموالية¹ يقوم بإخطار المرقى العقاري الذي يلتزم بإصلاح هذا العيب خلال مدة محددة.

و للمقتني في سبيل إثباته للعيب الموجود في البناية استخدام كافة طرق الإثبات كونه واقعة مادية قابلة للإثبات بكافة الطرق، و لكن يبقى أفضلها الاستعانة بمحضر قضائي الذي يقوم بالمعاينة و يحرر محضرا بالعيوب المعاينة و الذي يقوم بتبليغه للمرقى العقاري قصد إصلاحها².

و لم يحدد المشرع الجزائري المدة التي يتعين فيها على المرقى العقاري إصلاح العيب و إنما ترك المسألة لاتفاق أطراف العقد، إذ جاء في بند "ضمان حسن التنفيذ" المضمن في نموذج عقد البيع على التصاميم ما يلي: "..... و يلتزم بتنفيذ الأشغال الضرورية قصد إصلاح عيوب البناء في أجل (.....) يوما ابتداء من تاريخ إخطاره من طرف المكتب"، و حسنا ما فعل المشرع بعدم تدخله في تحديد المدة لأن أطراف العقد أدري بهذه المسألة كون الإصلاح العيني للعيب يتطلب مدة من الزمن تختلف باختلاف نوع و درجة جسامه هذا العيب و بالتالي يستحيل توحيد المدة على كافة العيوب³.

كما لم يوضح المشرع الجزائري إذا كان تعيين المدة اللازمة لإصلاح العيب يتم بالإرادة المنفردة لا سيما إرادة المرقى العقاري، أو يتم بموجب اتفاق بين هذا الأخير و المكتب، و هو ما لم يغفل المشرع الفرنسي عن توضيحه، إذ جاء في الفقرة الثالثة من المادة 6-1792 قانون مدني فرنسي أن المدة اللازمة لإصلاح العيب يتم تحديدها بموجب اتفاق مشترك بين كل من رب العمل و المقاول.

و تجدر الإشارة إلى أن تحديد المدة اللازمة لإصلاح العيب يكون في مرحلة سابقة على ظهور هذا العيب أي عند إبرام العقد، غير أنه يمكن تحديد هذه المدة في المرحلة التي تلي ظهور العيب من خلال محضر الحيازة المتضمن كافة العيوب التي تم التحفظ عليها من طرف المقتني إذ يتم الاتفاق بين هذا الأخير و المرقى العقاري على مدة معينة لإصلاح هذه العيوب و تضمينها في المحضر، و في حالة الاختلاف بين المدتين يتم ترجيح المدة المحددة في محضر الحيازة كونها الأكثر ملائمة بالنظر إلى أن كل من المقتني و المرقى العقاري يكونا قد اطلعا على هذه العيوب و قدرا الوقت أو المدة اللازمة التي تستغرقها عملية الإصلاح.

¹ قد تفوق المدة السنة الواحدة و يرجع ذلك لما تم الاتفاق عليه بين المرقى العقاري و المكتب في عقد البيع على التصاميم.

² ريمان حسينة، التزام المرقى العقاري بضمان حسن التنفيذ في عقد البيع على التصاميم، مرجع سابق الذكر، ص 957.

³ ويس فتحي، مرجع سابق الذكر، ص 139.

إذا امتنع المرقى العقاري عن الإصلاح العيني للعيوب المتحفظ عنها وقت التسليم أو التي ظهرت بعد التسليم و أخطره المقتني بها، يمكن لهذا الأخير أن يرفع دعوى قضائية ضد المرقى العقاري مطالبا إياه بتنفيذ التزامه بإصلاح عيوب البناء تنفيذا عينيا وهذا طبعا بعد إعداره، و بعد تأكد القاضي المختص من الشروط الشكلية لقبول الدعوى و كذا شروط دعوى ضمان الإنهاء الكامل لأشغال الإنجاز خصوصا وجود عقد البيع على التصاميم و أن العيب في البناية مشمول بهذا الضمان، يمكن له الحكم بالزام المرقى العقاري إصلاح عيوب البناء خلال مدة معينة يحددها في حكمه، أو يحكم بتعويض المقتني نقدا إذا استحال على المرقى العقاري تنفيذ التزامه عينيا أو كان تنفيذ الالتزام مرهقا.

و يكتفي المقتني في هذه الدعوى بإثبات العيب أو الخلل في البناية الموجب لهذا الضمان، فهو ليس ملزما بإثبات خطأ المرقى العقاري نظرا لأن مسؤولية هذا الأخير هي مسؤولية مفترضة بحيث وجود العيب قرينة على خطأ المرقى العقاري الذي لا يمكنه دفع هذا الضمان سوى بإثبات الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة أو خطأ المقتني أو خطأ الغير¹.

أجاز المشرع الفرنسي من خلال الفقرة الرابعة من المادة رقم 6-1792 قانون مدني لرب العمل بإصلاح كل خلل في البناية على نفقة و مسؤولية المقاول المقصر و هذا بعد أن يصبح الإنذار الموجه للمقاول غير مجدي، و هو نفس ما أخذ به المشرع الجزائري في ظل تطبيق المرسوم التشريعي 93-03 إذ تنص المادة 17 منه على أن كل تخلف أو عجز مادي من المتعامل في الترقية العقارية يثبتته المحضر قانونيا و يظل مستمرا بالرغم من الإنذار، يخول لجماعة المالكين سلطة مواصلة إنجاز البناء بجميع الوسائل القانونية على نفقة المتعامل المتخلف و بدلا منه²، في حين سكت القانون 04-11 عن هذه المسألة.

و سكوت المشرع في القانون 04-11 لا يمنع المقتني من اللجوء إلى القواعد العامة، إذ تنص المادة 170 من القانون المدني على أنه في الالتزام بعمل إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه جاز للدائن أن يطلب ترخيصا من القاضي في تنفيذ الالتزام على نفقة المدين إذا كان هذا التنفيذ ممكنا³. و يقوم القاضي في هذه الحالة بتعيين خبير قصد تقدير تكلفة إصلاح هذه العيوب⁴.

¹ المادة 127 من القانون المدني.

² المادة 17 من المرسوم التشريعي 93-03 تتعلق بمواصلة جماعة المالكين لأشغال البناء على نفقة المتعامل المتخلف و ليس إصلاح عيوب البناء، و لكن بما أن المشرع منحهم حق مواصلة البناء فمن باب أولى أن يمنحهم حق إصلاح عيوب البناء على نفقة المتعامل في الترقية العقارية.

³ قرار المحكمة العليا رقم 152934 بتاريخ 11 مارس 1998 جاء فيه ما يلي: " من المقرر قانونا في الالتزام بعمل إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه جاز للدائن أن يطلب ترخيصا من القاضي لتنفيذ الالتزام على نفقة المدين إذا كان هذا التنفيذ ممكنا"، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، 1998، ص 109.

⁴ تواتي سهيلة، الحماية القانونية للمشتري في عقد بيع العقار بناء على التصاميم، مرجع سابق الذكر، ص 211.

و بالإضافة إلى الدعاوى السابقة، منح المشرع الفرنسي الحق للمقتني في رفع كل من دعوى الفسخ أو دعوى إنقاص الثمن، حيث تنص الفقرة الثانية من المادة 1-1642 قانون مدني على عدم جواز فسخ العقد أو إنقاص الثمن إذا التزم البائع بإصلاح العيب، وهو ما لم ينص عليه المشرع الجزائري.

المطلب الثاني: المنازعات المتعلقة بضمان حسن سير عناصر التجهيز

لم يكتف المشرع في إطار ضمان حسن التنفيذ بالنص على ضمان الإنهاء الكامل لأشغال الإنجاز، وإنما نص كذلك على ضمان من نوع آخر يسمى "ضمان حسن سير عناصر تجهيزات البناية"، هذا الأخير تم النص عليه لأول مرة بموجب نص المادة 15 من المرسوم التشريعي 03-93، ليعيد المشرع النص عليه مرة أخرى بموجب القانون 04-11 و المرسوم التنفيذي 13-431.

تقتضي دراسة الآثار و المنازعات المترتبة عن عدم التزام المرقى العقاري بضمان حسن سير عناصر التجهيز التعريف بهذا الضمان أولا (الفرع الأول)، ثم تحديد نطاقه الشخصي و الموضوعي و الزمني (الفرع الثاني) و أخيرا تحديد الآثار المترتبة عند عدم الالتزام به (الفرع الثالث).

الفرع الأول: تعريف ضمان حسن سير عناصر التجهيز

يعود الأصل التاريخي لضمان حسن سير عناصر التجهيز إلى القانون المدني الفرنسي، إذ كانت المادة 2270 من هذا القانون تنص على إعفاء كل من المهندس و المقاول من ضمان الأعمال الكبيرة بعد مرور مدة عشر سنوات، حيث يلاحظ من نص المادة أن المشرع الفرنسي حصر الضمان العشري على الأعمال الكبيرة « gros-ouvrages » دون الأعمال الصغيرة « menus-ouvrages » ، بعد ذلك أخضع الاجتهاد القضائي الفرنسي الأعمال الصغيرة لأحكام ضمان العيوب الخفية المنصوص عليها في المادة 1641 و ما يليها من القانون المدني الفرنسي، و بالتالي أصبحت تخضع للتقادم الطويل المحدد بثلاثين 30 سنة، و هو ما أدى إلى ترتب نتيجة غير منطقية تكمن في أن مدة ضمان العيوب الصغيرة (البسيطة) أطول من مدة ضمان الأعمال الكبيرة و المحددة بعشر 10 سنوات، و على إثر هذا التناقض تدخل المشرع الفرنسي من خلال تعديله للمادة 2270 من القانون المدني الفرنسي بموجب القانون الصادر بتاريخ 3 جانفي 1967 بحيث خص الأعمال الصغيرة بضمان خاص مدته سنتان، غير أن التفرقة بين الأعمال الصغيرة و الكبيرة أثارت مجموعة من المنازعات القضائية و أدت إلى تعارض الأحكام الصادرة بشأنها نظرا للغموض و الصعوبة في تقرير معيار يفصل بينهما¹، و أمام هذه الوضعية ألغى المشرع الفرنسي التفرقة بين الأعمال الصغيرة و الكبيرة بموجب

¹ مقراني سارة، مرجع سابق الذكر، ص 256.

القانون الصادر بتاريخ 4 جانفي 1978 و استبدالها بتفرقة جديدة قائمة على التمييز بين العناصر التجهيزية « éléments d'équipements » و العناصر التكوينية « éléments constitutifs » ، فهذه الأخيرة تخضع للضمان العشري، في حين الأولى يتم التمييز فيها بين العناصر غير القابلة للانفصال التي تخضع للضمان العشري مثلها مثل العناصر التكوينية، و بين العناصر القابلة للانفصال التي تخضع للضمان الثنائي أو ما يسمى بضمان حسن التشغيل « la garantie de bon fonctionnement »¹.

لم يعرف كل من المشرع الجزائري و الفرنسي ضمان حسن سير عناصر التجهيز، و إنما تركا هذه المسألة للفقهاء الذي عرفه بأنه الضمان الخاص غير المؤلف في القواعد العامة و المقرر لمصلحة كل من رب العمل و المقتني، حيث يلتزم المرقى العقاري بموجبه ضمان السير الحسن لعناصر التجهيز محل عقد المفاوضة أو العقود المتعلقة بالترقية العقارية و هذا لمدة محددة.

الفرع الثاني: نطاق ضمان حسن سير عناصر التجهيز

إن تحديد نطاق تطبيق أحكام ضمان حسن سير عناصر التجهيز يقتضي البحث على الأشخاص الملزمين و المستفيدين من هذا الضمان و هو ما يشكل النطاق الشخصي (أولا)، و كذا موضوع هذا الضمان (ثانيا)، بالإضافة إلى المدة التي يغطيها هذا الضمان و هو ما يشكل نطاقه الزمني (ثالثا).

أولا: النطاق الشخصي

ورد في بند "ضمان حسن التنفيذ" المضمن في نموذج عقد البيع على التصاميم و الملحق بالمرسوم التنفيذي 13-431 أنه: " يضمن البائع التنفيذ الجيد للأشغال و يلتزم بتنفيذ الأشغال الضروريةحسن سير عناصر تجهيزات البناية.....". يتضح من خلال هذا البند ما يلي:

- يعد المرقى العقاري باعتباره بائعا في إطار عقد البيع على التصاميم الملتمزم أو المسؤول الوحيد بهذا الضمان في مواجهة المقتني، فلا يقع هذا الضمان على المهندس المعماري أو المقاول أو المقاول الفرعي أو المراقب التقني أو غيرهم من المتدخلين، و حصر هذا الضمان على المرقى العقاري وحده جاء بعدما قدر المشرع أن بمقدور المرقى التكفل بهذه العناصر التجهيزية دون الحاجة إلى التضامن مع غيره.

- خالف المشرع الجزائري نظيره الفرنسي في مسألة تحديد الشخص الملتمزم بهذا الضمان، إذ اعتبر الأول أن المرقى العقاري هو المسؤول الوحيد بهذا الضمان، في حين ألزم الثاني كل من صانع العمل أو العنصر

¹ بناسي شوقي، مرجع سابق الذكر، ص 294، 295.

التجهيزي بالتضامن مع المقاول بهذا الضمان، و هو ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة 4-1792 قانون مدني فرنسي، و جاء في الفقرة الثانية من نفس المادة أنه يأخذ حكم الصانع كل من المستورد و من قدم العمل على أنه من صنعه بوضع اسمه عليه أو علامة الصنع أو أي علامة مميزة أخرى¹.

أما بالنسبة للفقهاء الفرنسيين فاعتبر أن النطاق الشخصي لضمان حسن سير عناصر التجهيز هو نفسه النطاق الشخصي للضمان العشري باستثناء المراقب التقني الذي يخضع للثاني دون الأول².

-يستفيد من ضمان حسن سير عناصر التجهيز كل مقتني اقتنى بناية في إطار عقد البيع على التصاميم أو أي عقد ترقية عقارية آخر، لكن السؤال الذي يطرح في هذا الصدد هو هل ينتقل هذا الضمان إلى المالك المتوالين؟ إن ضمان حسن سير عناصر التجهيز مثله مثل الضمان العشري ينتقل لكل مالك جديد للبناية و لكن في حدود المدة المقررة في القانون و المقدرة بسنة واحدة على الأقل، حيث يعتبر المالك الجديد خلفا خاصا للمقتني الأول و من ثم فإن هذا الضمان ينتقل إليه طبقا لأحكام المادة 109 من القانون المدني، و على اعتبار أن هذا الضمان ينتقل للخلف الخاص فمن باب أولى أن ينتقل كذلك للخلف العام طبقا للمادة 108 من نفس القانون.

ثانيا: النطاق الموضوعي

يتحدد النطاق الموضوعي لضمان حسن سير عناصر التجهيز من خلال بيان محل الضمان و الأسباب الموجبة له.

بالنسبة لمحل الضمان لم يحدد المشرع الجزائري في القانون 04-11 و في المرسوم التنفيذي 431-13 العناصر التجهيزية التي تخضع لهذا الضمان و لا حتى المعايير التي يمكن الاستناد عليها لتحديد العناصر التجهيزية من غيرها، على خلاف المشرع الفرنسي الذي جاء بمعيار وظيفي بحيث اعتبر وظيفة العنصر بوصلة التعرف إذا ما كان تجهيزيا أو لا.

غير أن المادة 181 من الأمر 07-95 المتعلق بالتأمينات نصت على أنه: "يغطي الضمان المشار إليه في المادة 178 (يقصد الضمان العشري) أعلاه أيضا الأضرار المخلة بصلاصة العناصر الخاصة بتجهيز بناية ما عندما تكون هذه العناصر جزء لا يتجزأ من منجزات التهيئة و وضع الأساس و الهيكل و الإحاطة و التغطية. يعتبر

¹ المرجع نفسه، ص 296.

² حامي حياة، مرجع سابق الذكر، ص 277.

جزء لا يتجزأ من الإنجاز كل عنصر خاص بالتجهيز لا يمكن القيام بنزعه أو تفكيكه أو استبداله دون إتلاف أو حذف مادة من مواد هذا الإنجاز".

يتضح من المادة أعلاه أن المشرع ميز بين العناصر التجهيزية غير القابلة للانفصال و العناصر التجهيزية القابلة لذلك، حيث ألحق الأولى بالضمان العشري، و عرفت وثيقة الشروط العامة للمسؤولية المدنية العشرية عناصر التجهيز غير القابلة للانفصال «*éléments d'équipement indissociables*» بأنها عناصر التجهيز المندمجة مع الأشغال الكبرى أو التي تشكل جسم واحد معها و لا يمكن تفكيكها أو استبدالها دون إتلاف أو نزع من مواد الأشغال. في حين تخضع الثانية -بمفهوم المخالفة- لأحكام ضمان حسن سير عناصر التجهيز، و تتمثل العناصر التجهيزية القابلة للانفصال في كل عنصر غير مندمج مع الأشغال الكبرى و لا يشكل جسم واحد معها و الذي يمكن نزعه و استبداله دون أن يؤدي ذلك لإتلاف الأشغال.

و عرفت وثيقة الشروط العامة للمسؤولية المدنية العشرية عناصر التجهيز القابلة للانفصال التي اطلقت عليها تسمية "تجهيزات البناء" «*équipement du bâtiment*» بأنها التجهيزات المتعلقة بالتيارات الكهربائية، الحرارية، الهاتفية، مائية، ميكانيكية، تلفزيونية، و تجهيزات الأمن الثابتة، و استثنيت نفس الوثيقة هذه العناصر من نطاق تطبيق الضمان العشري.¹

بناء على كل ما تقدم، حتى تكون عناصر التجهيز محلا لضمان حسن سير عناصر التجهيز و يجب توفر الشروط التالية:

الشرط الأول: أن يكون العنصر محل الضمان عنصرا تجهيزيا يخرج عن العناصر التكوينية للبنية و العناصر التجهيزية غير القابلة للانفصال عنها دون تلف، أي أن يكون هذا العنصر معد مسبقا من طرف الصانع و ما على المرقى العقاري إلا القيام بتركيبه دون إدخال أي تغيير عليه.²

الشرط الثاني: أن يكون العنصر التجهيزي محل الضمان ملتحما بالبنية، حيث أن مناط الاستفادة من الضمان هو اندماج هذا العنصر التجهيزي بالبنية حيث لو ثبت أي عيب بالجهاز قبل تركيبه فإن المقتني لا يستفيد من ضمان حسن سير عناصر التجهيز لانعدام شرط الالتحام بالبنية.³

¹ تواتي سهيلة، الحماية القانونية للمشتري في عقد بيع العقار بناء على التصاميم، مرجع سابق الذكر، ص 214.

² مقراني سارة، مرجع سابق الذكر، ص 260.

³ حامي حياة، مرجع سابق الذكر، ص 279.

الشرط الثالث: أن يكون العنصر التجهيزي قابلاً للانفصال عن البناية، حيث يتم استنتاج هذا الشرط من نص المادة 181 من الأمر 95-07 المتعلق بالتأمينات و التي جاءت بمعيار القابلية للانفصال، فإذا كان العنصر التجهيزي قابل للانفصال فإنه يخضع لضمان حسن سير عناصر التجهيز، و في حالة العكس فإنه يخضع للضمان العشري.¹

و من أمثلة العناصر التجهيزية محل هذا الضمان نجد الأبواب و الشبابيك و العدادات و القواطع الكهربائية، التجهيزات الصحية الخاصة ببيت الاستحمام و المراض، تجهيزات المطبخ، تجهيزات الإنارة، المكيفات، أجهزة الأنظمة الأمنية..... إلخ.

أما بالنسبة للأسباب الموجبة للضمان فلم يرد في القانون 11-04 و المرسوم التنفيذي 13-431 ما يفيد بيان الأسباب الموجبة له، و لكن من خلال تسميته يتضح أنه يتعلق بكل عيب يعرقل أداء العنصر التجهيزي لوظيفته بالشكل الجيد أو الكفاءة المطلوبة، لذلك هناك من يطلق عليه بضمان كفاءة الأداء.²

و لا يلزم لتطبيق أحكام هذا الضمان تهديد متانة و سلامة العنصر التجهيزي بسبب سوء التشغيل و عدم الكفاءة، و إنما تكفي عدم كفاءة العنصر حتى و لو بقي هذا الأخير صلباً و متماسكاً صالحاً للغرض الذي صنع من أجله و غير مهدد بالهلاك أو التلف و لم ينجم عنه مساس بمتانة البناية.

ثالثاً: النطاق الزمني

ورد في بند "ضمان حسن التنفيذ" المضمن في نموذج عقد البيع على التصاميم ما يلي: ".....إن هذا الضمان (يقصد إصلاح عيوب البناء و/أو حسن سير عناصر التجهيز) صالح لمدة (.....) سنة"، يفهم من ذلك أن المشرع أخضع مدة ضمان حسن سير عناصر التجهيز لنفس الأحكام التي يخضع لها ضمان الإنهاء الكامل لأشغال الإنجاز سألقة الذكر، و صياغة المشرع لهذا البند يفيد أنه ترك مسألة تحديد مدة الضمان لاتفاق أطراف العقد، إلا أنه وضع حد أدنى لها يتمثل في سنة واحدة، و بالتالي لا يجوز للأطراف الإنقاص من هذه المدة على اعتبار أن هذا الضمان من النظام العام مثله مثل ضمان الإنهاء الكامل لأشغال الإنجاز و الضمان العشري لا يجوز الاتفاق على مخالفة أحكامه، و هو ما أكدته المادة 45 من القانون 11-04 التي

¹ ذهب الأستاذ فيليب مالينفرو Philippe Malinvaud إلى أن معيار القابلية للانفصال لا يركز على طبيعة الشيء بل على المشيد المسؤول، حيث لهذا الأخير التهرب من الضمان العشري عن طريق تثبيته لعناصر التجهيز بطريقة يمكن فصلها كلما كان ذلك ممكناً حتى يخضع لضمان حسن سير عناصر التجهيز و المحددة مدته بسنتين. بولحية سمية، مرجع سابق الذكر، ص 230.

² ويس فتحي، مرجع سابق الذكر، ص 144.

نصت أن كل بند من العقد يهدف إلى إقصاء أو حصر المسؤولية أو الضمانات المنصوص عليها في هذا القانون يعد باطلاً و غير مكتوب.

بخلاف المشرع الجزائري الذي حدد مدة الضمان بسنة واحدة على الأقل، نص المشرع الفرنسي على مدة أطول إذ حددها بسنتين كحد أدنى من تاريخ تسلم الأعمال و هو ما نصت عليه المادة 1792-3 من القانون المدني الفرنسي.

مثله مثل ضمان الإنهاء الكامل لأشغال الإنجاز، لم يحدد المشرع مدة رفع دعوى الضمان كما فعل بالنسبة للضمان العشري، و عليه اتجه الفقه إلى اعتبار أن مدة الضمان المحددة بسنة واحدة على الأقل هي نفسها مدة رفع الدعوى و هو في الحقيقة اتجاه معيب نظراً لأنه سوف يحرم المقتني من رفع دعوى الضمان إذا اكتشف عدم كفاءة و صلاحية العنصر التجهيزي في اليوم الأخير من الضمان.

الفرع الثالث: الأثار المترتبة عن عدم التزام المرقى العقاري بضمان حسن سير عناصر التجهيز

عند تسلم المقتني للبنية في إطار عقد البيع على التصاميم و جب عليه التأكد من صلاحية العناصر التجهيزية لأداء وظيفتها، فإذا لاحظ أي عيب أو خلل يعرقل أداء العنصر التجهيزي لوظيفته بالشكل المطلوب له حق التحفظ عليه و تدوين ذلك في محضر الحيازة و التسليم، و يتم الاتفاق بينه و بين المرقى العقاري على تحديد أجل لإصلاح العنصر التجهيزي إصلاحاً عينياً (إصلاحها إذا كان ذلك ممكناً أو استبدالها) بحسب الأيام¹، أما إذا توقف العنصر التجهيزي عن أداء وظيفته بعد تسليم البنية و قبل انتهاء مدة الضمان، ففي هذه الحالة يقوم المقتني بإخطار المرقى العقاري، و يتم الاتفاق كذلك على مدة محددة تحسب بالأيام ابتداء من تاريخ الإخطار².

فإذا انقضت المدة المتفق عليها بين المقتني و المرقى العقاري و امتنع هذا الأخير عن اصلاح العنصر التجهيزي المعيب جاز للمقتني اثبات هذا الامتناع عن طريق المحضر القضائي بموجب محضر معاينة، و متابعة المرقى العقاري أمام القضاء، و تجدر الإشارة إلى أن ضمان حسن سير عناصر التجهيز مثلته مثل ضمان الإنهاء الكامل لأشغال الإنجاز لم يحدد فيه المشرع الإجراءات الخاصة بالدعوى المتعلقة بالضمان و التي يباشرها المقتني في مواجهة المرقى العقاري، غير أن ذلك لا يعني ضياع حقه إذ له أن يستند على القواعد العامة الواردة في القانون المدني من خلال الزام المرقى العقاري أمام القضاء بالتنفيذ العيني لالتزامه

¹ جاء في بند "ضمان حسن التنفيذ" ما يلي: "يضمن البائع التنفيذ الجيد للأشغال و يلتزم..... حسن سير عناصر تجهيزات البنية في أجل (.....) يوماً.

² بالنسبة لكيفية إخطار المرقى العقاري فسبق شرحها بمناسبة التطرق لمنازعات ضمان الإنهاء الكامل لأشغال الإنجاز.

إذا كان ذلك ممكناً أو التنفيذ بمقابل إذا كان التنفيذ العيني مستحيلاً أو مرهقاً للمرقي العقاري طبقاً للمادتين 164 و 176 من القانون المدني، كما له أن يطلب فسخ عقد البيع لعدم التزام المرقي العقاري بالتزاماته التعاقدية، ويمكنه كذلك طلب ترخيص من القاضي لإصلاح أو استبدال العنصر التجهيزي على نفقة المرقي العقاري طبقاً للمادة 170 من نفس القانون.

و يكفي للمقتني اثبات عدم أداء العنصر التجهيزي لوظيفته بالشكل المطلوب و أنه أخطر المرقي العقاري بذلك خلال مدة الضمان حتى تقوم مسؤولية هذا الأخير على اعتبار أنها مسؤولية مفترضة، و لا يمكن للمرقي العقاري التخلص من التزامه إلا بتنفيذه أو اثباته للسبب الأجنبي، و عليه فهو لا يستطيع نفي الخطأ من جانبه كون مسؤوليته ثابتة تقوم بمجرد اثبات المقتني عدم أداء العنصر التجهيزي لوظيفته.

المبحث الثاني: المنازعات المتعلقة بالملكية المشتركة

الوضع المادي و القانوني للبنية موضوع الملكية المشتركة التي تجمع عددا من الشركاء في الملك في إطار علاقة جوار و شيوع إجباري في الأجزاء المشتركة يفرض عليهم التعايش المستمر، هذا الأخير لا يتحقق إلا من خلال إيجاد نظام يحقق نوع من التوازن بين المصلحة الفردية لكل مالك شريك و المصلحة الجماعية للملكية المشتركة، هذا النظام أطلق عليه المشرع "نظام الملكية المشتركة" و الذي حدد فيه مختلف الالتزامات و الحقوق التي تضمن هذا التوازن.

ألزم المشرع من خلال القانون 04-11 و المرسوم التنفيذي 99-14 المرقي العقاري بإعداد نظام الملكية المشتركة و تسليمه للمقتنين، و يجب أن يوضح فيه جميع الأعباء و الالتزامات التي يتحملونها، كما ألزمه كذلك بضمان تسيير و إدارة الملكية المشتركة لمدة سنتين ابتداء من تاريخ بيع آخر جزء من البنية و ضمان نقل هذه الإدارة إلى الأجهزة المنبثقة عن المقتنين الممتثلة في الجمعية العامة و المتصرف، و أي إخلال من المرقي العقاري في تنفيذ التزاماته السابقة يعرضه للمتابعة القضائية.

يستأثر كل مالك شريك في إطار الملكية المشتركة بملكية جزء خاص ملكية مفرزة يمكنه من ممارسة جميع سلطات المالك من استعمال و استغلال و تصرف، كما يملك كذلك حصة على الشيوع في الأجزاء المشتركة، هذه الأخيرة قد تكون مصدرا للعديد من النزاعات بين الملاك الشركاء فيما بينهم أو مع الغير.

من خلال ما سبق و قبل التطرق لمختلف المنازعات المتعلقة بالملكية المشتركة، و جب أولا تحديد مفهوم الملكية العقارية المشتركة (المطلب الأول) و تحديد مختلف الالتزامات المترتبة عن ضمان هذه الملكية (المطلب الثاني) لنصل في الأخير إلى مختلف الدعاوى المتعلقة بها و تحديد اختصاص الفصل فيها (المطلب الثالث).

المطلب الأول: مفهوم الملكية العقارية المشتركة

نظم المشرع الملكية المشتركة في القسم الخامس الذي جاء تحت عنوان "الملكية المشتركة في العقارات المبنية" من الفصل الأول "حق الملكية بوجه عام" من الباب الأول "حق الملكية" من الكتاب الثالث "الحقوق العينية الأصلية" من القانون المدني و هذا في المواد من 743 إلى 772، كما نظمها بعد ذلك بموجب المرسوم 83-666 المؤرخ في 12 نوفمبر 1983 المحدد للقواعد المتعلقة بالملكية المشتركة و تسيير العمارات الجماعية¹، ليلغي هذا المرسوم بموجب المرسوم التنفيذي 14-99 المؤرخ في 4 مارس 2014 المحدد لنموذج نظام الملكية المشتركة المطبق في مجال الترقية العقارية.²

و اعتنى هذا المطلب بتحديد مفهوم الملكية العقارية المشتركة في التشريع الجزائري من خلال تعريفها و استنتاج خصائصها و تمييزها عما يشابهها من أنظمة، كل في فرع مستقل.

الفرع الأول: تعريف الملكية العقارية المشتركة

جاءت الملكية المشتركة تحت تسميات عديدة كملكية الشقق أو ملكية الطبقات أو الملكية المشتركة للعقارات المبنية، و بالرغم من اختلاف التسمية إلا أن المعنى يبقى واحد.

من بين التعاريف التي جاء بها الفقه للملكية المشتركة نجد التعريف التالي: الملكية المشتركة أو ملكية الطبقات و الشقق هي حالة البناء المكون من عدة شقق و طبقات يشترك في ملكيتها عدة أشخاص، على أن يكون كل شخص منهم مالكا ملكية مفرزة لشقة أو طبقة، و يخرج من نطاق الملكية المشتركة البناء الذي تكون ملكيته على الشيوع بين عدة أشخاص كون الملكية المشتركة تشمل ملكيتين واحدة مفرزة و الأخرى شائعة شيوعا إجباريا³.

¹ الجريدة الرسمية عدد 47 المؤرخة في 15 نوفمبر 1983، و المعدل بموجب المرسوم التنفيذي 94-59 المؤرخ في 7 مارس 1994، الجريدة الرسمية عدد 13 المؤرخة في 9 مارس 1994.

² منذ ما يزيد عن أربعة عشر قرنا، أي قبل صدور القانون الفرنسي المنظم للملكية المشتركة في العقارات المبنية الصادر بتاريخ 28 جوان 1938، تطرق فقهاء الشريعة الإسلامية لما يسمى ب "ملكية العلو و السفلى" و الذي يقرب في مفهومه ل "الملكية المشتركة"، حيث إذا كان هناك منزل لشخصين و أخذ كل شخص طابق فيه، يكون لصاحب الطابق الأعلى حق الانتفاع بسقف الطابق الأسفل دون أن يحمله فوق طاقته، و يتحمل تكاليف صيانة سقف الطابق الأعلى، و على صاحب السفلى توقي الخطر على صاحب العلو من خلال منع سقوط السقف عن طريق ترميمه. بلحاج العربي، الحقوق العينية في القانون المدني الجزائري - في ضوء أحدث الاجتهادات القضائية المشهورة للمحكمة العليا- (دراسة مقارنة)، دون رقم الطبعة، دار هومه، الجزائر، 2016، ص 218، 219.

³ شمام فتيحة، أحكام الملكية العقارية المشتركة في إطار قانون الترقية العقارية الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، جويلية 2022، ص 19.

كما تعرف بأنها النظام القانوني الذي يعتمد على الشركة في ملكية العقارات المنقسمة إلى شقق أو طبقات أو محلات متعددة، حيث يمتلك أكثر من شخص أجزاء في بناء واحد في شكل ملكية خاصة، و يشتركون في ملكية الأجزاء الشائعة للاستعمال المشترك بينهم¹. أو هي النظام القانوني الذي بمقتضاه يمتلك أكثر من شخص أجزاء في بناء واحد على شكل ملكية مفرزة و يشتركون في ملكية أجزاء البناء المستعملة استعمالاً مشتركاً بينهم، و يكون الاشتراك جبرياً بحيث لا تقبل الأجزاء المشتركة القسمة أو التصرف القانوني المستقل².

و بالنسبة للمشرع فقد عرفها في المادة 743 من القانون المدني بأنها الحالة القانونية التي يكون عليها العقار المبنى أو مجموعة العقارات المبنية التي تكون ملكيتها مقسمة حصصاً بين عدة أشخاص تشتمل كل واحدة منها على جزء خاص و نصيب في الأجزاء المشتركة.

فالمقصود بالملكية المشتركة وفقاً للمادة السابقة هي ملكية الشقق و الطبقات أي ملكية الأبراج و العمائر المقسمة إلى طبقات و شقق إذا تعدد الملاك فيها، حيث يختص كل واحد منهم بطبقة أو شقة من التي يتكون منها البناء السكني المشترك، فتكون بذلك ملكيتها مقسمة إلى حصص بين عدد من الملاك، تشمل كل حصة على جزء خاص و نصيب في الأجزاء المشتركة المعدة للاستعمال المشترك « usage collectif » ، هذه الأخيرة يملكها على الشيوع جميع الملاك³.

الفرع الثاني: خصائص الملكية العقارية المشتركة

من خلال التعاريف التي أتينا على ذكرها أعلاه يمكن استنتاج مجموعة من الخصائص للملكية المشتركة نوردتها كما يلي:

- الملكية المشتركة هي نظام قانوني قائم بذاته لا يطبق إلا إذا وجد البناء وجوداً مادياً مهماً كان غرض إنشائه (السكن، التجارة...)، و بالتالي لا يتصور سريان ضمان الأملاك المشتركة إلا على البنائات المنجزة و الكاملة بحيث تكون حصص الملاك مفرزة.

¹ بعناش ليلي، تملك الشقق و الطبقات بين الفقه الإسلامي و القانون الجزائري (دراسة مقارنة)، مجلة المعيار، جامعة العلوم الإسلامية بقسنطينة، المجلد 23، العدد 45، 2019، ص 1029.

² شمام فتيحة، مرجع سابق الذكر، ص 19.

³ بلحاج العربي، الحقوق العينية في القانون المدني الجزائري، مرجع سابق الذكر، ص 218.

- تختص أحكام الملكية المشتركة على الأبنية الجماعية دون الفردية، حيث يشترط أن يكون البناء مملوك لأكثر من شخص واحد يطلق عليهم جماعة الشركاء¹.

- تشمل الذمة المالية لكل مالك شريك في إطار الملكية المشتركة على ملكية خاصة مفرزة على الأجزاء الخاصة و نصيب في الملكية الشائعة على الأجزاء المشتركة، و عليه تخضع الملكية المشتركة لصنفين من الأملاك، الأول يرد على الأملاك الخاصة المملوكة لكل شخص دون غيره من الشركاء، و الثاني يرد على الأملاك المشتركة المملوكة على الشيوع و التي يتقاسم استعمالها جميع الملاك.

- يتوقف حق المالك في إطار الملكية المشتركة على استعمال و استغلال الأجزاء المشتركة بجانب الشركاء الآخرين، و ليس له الحق في التصرف في هذه الأجزاء من خلال بيعها أو رهنها أو إيجارها، كما لا يجوز له الانفراد باستغلالها و حرمان باقي الشركاء، و هو ما أكده قرار المحكمة العليا رقم 50.937 الصادر بتاريخ 9 ماي 1990 و الذي جاء فيه: "من المقرر قانوناً أن الأسطح و المحلات المستعملة للمصالح المشتركة تعد أجزاء مشتركة في العقارات المبنية و غير المبنية التي يملكها على الشيوع كافة الملاكين المشتركين و من ثم فإن القضاء بما يخالف ذلك يعد خطأ في تطبيق القانون"²، و لا تقبل الملكية المشتركة الخضوع لأي اتفاق يقضي بتقاسم الأجزاء المشتركة بين الشركاء³، حيث جاء في قرار المحكمة العليا رقم 76.988 الصادر بتاريخ 10 جويلية 1991 أنه: "..... لما كان من الثابت في قضية الحال أن قضاة الموضوع بمصادقتهم على تقرير الخبير و التصريح بأن الأجزاء المشتركة تبقى على حالتها الطبيعية و لا يجوز تقسيمها باعتبار أن كل تقسيم يضر بحقوق الأطراف يكونوا قد طبقوا القانون تطبيقاً سليماً"⁴.

الفرع الثالث: تمييز نظام الملكية العقارية المشتركة عن ما يشابهه من أنظمة

ينبغي التطرق من خلال هذا الفرع لمسألة التمييز بين الملكية المشتركة و بعض الحالات المشابهة لها، و هذا لرفع اللبس الذي قد يحدث بين الملكية المشتركة و صور أخرى من صور الملكية العقارية أو الحقوق المتفرعة عنها. و عليه سوف نميز بين كل من الملكية المشتركة و الملكية الشائعة (أولاً)، الملكية المشتركة و حق الارتفاق (ثانياً).

¹ زروقي ابراهيم، مرجع سابق الذكر، ص 250.

² المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد الثاني، 1991، ص 32. و حمدي باشا عمر، القضاء العقاري، دون رقم الطبعة، دار هوم، الجزائر، 2002، ص 93.

³ زروقي ابراهيم، مرجع سابق الذكر، ص 251.

⁴ المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد الثالث، 1992، ص 35.

أولاً: التمييز بين الملكية العقارية المشتركة والملكية الشائعة

الأصل في الملكية أن تكون فردية أي ينفرد بها شخص واحد لا يزاومه و لا يشاركه أحد في ملكيته، حيث يكون محلها مفرز بصفة متميزة، محددة و مستقلة، غير أنه في بعض الأحيان قد تكون هذه الملكية مختلطة و تسمى حينئذ بالملكية الشائعة، هذه الأخيرة يكون محلها شيئاً مادياً مملوكاً لعدة أشخاص، دون أن ترتكز حصة كل واحد منهم على جانب منه بالذات، و إنما تتحدد بصورة حسابية أي بالأرقام في الحق ذاته¹، فالملكية العقارية الشائعة هي الحالة التي يتعدد فيها المالكين في الشيء الواحد دون أن تتحدد حصص كل واحد منهم تحديداً مادياً.

نظم المشرع أحكام الملكية الشائعة في المواد من 713 إلى 772 من القانون المدني، حيث تنص المادة 713 منه على أنه إذا ملك اثنان أو أكثر شيئاً و كانت حصة كل منهم فيه غير مقررة فهم شركاء على الشيوع و تعتبر الحصص متساوية إذا لم يقد دليل على غير ذلك.

تتحد الملكية الشائعة مع الملكية المشتركة في أثر الشيوع، حيث تكون الأجزاء المشتركة في الملكية المشتركة شائعة بين جميع الشركاء، و لا يمكن لأحدهم أن يمنع الباقي من استعمال حقوقهم، و في الملكية الشائعة يكون العقار الشائع مشتركاً بين جميع الشركاء دون أن يستأثر أي شريك منهم بنصيب معين².

و رغم التشابه بين الملكية المشتركة و الملكية الشائعة، إلا أنهما يختلفان في جوانب أخرى نوضحها في النقاط التالية:

أ/- من حيث المصدر

تعتبر الملكية العقارية الشائعة وضعا استثنائياً مآله ملكية فردية مفرزة، و تجعل من ارتفاع الملاك على الشيوع بالعقار محل الشيوع أمراً معقداً و صعباً، و قد يكون مصدر الشيوع العقد كاتفاق أكثر من شخص على شراء عقار دون تحديد حصة كل واحد فيهم تحديداً مادياً، أو قد تفرض حالة الشيوع كالإرث مثلاً أين تنتقل ملكية المورث إلى وراثته الذين يغلب عليهم التعدد مشاعة، أو الوصية في حالة أوصى المالك لأكثر من شخص... إلخ³، أما بالنسبة للملكية العقارية المشتركة فتنشأ نتيجة وجود أكثر من مالك في بناء واحد، بحيث يختص كل واحد فيهم بملكية خاصة مفرزة و حصة غير مفرزة من الأجزاء المشتركة.

¹ بلحاج العربي، الحقوق العينية في القانون المدني الجزائري، مرجع سابق الذكر، ص 159.

² تومي مريم، النظام القانوني للملكية المشتركة، الطبعة الأولى، دار الكتاب الحديث، القاهرة، مصر، 2014، ص 35، 36.

³ شمام فتيحة، مرجع سابق الذكر، ص 37.

ب/- من حيث سلطات المالك الشريك على الشيء الشائع

بالعودة لنص المادة 714 من القانون المدني نجد أن كل شريك في الشيوخ يملك حصته ملكية تامة حيث له أن يتصرف فيها و أن يستعملها و يستولي على ثمارها شرط أن لا يلحق أي ضرر بحقوق سائر الشركاء، و بالتالي يمكن لمالك العقار على الشيوخ أن يبيع حصته أو يهبها أو يرهنها رهنا رسميا أو حيازيا، و في حال وقع التصرف على جزء مفرز من العقار الشائع، و بعد القسمة لم يكن هذا الجزء من نصيب المتصرف، ينتقل حق المتصرف إليه إلى الجزء الذي آل إلى المتصرف بطريق القسمة.

أما بالنسبة للملكية المشتركة و التي يكون فيها الشيوخ إجباري و تبعي أي تكون جميع الأجزاء المشتركة تابعة تبعية مطلقة للأجزاء الخاصة¹، لا يمكن للمالك الشريك التصرف في حصته من الأجزاء المشتركة بمعزل عن نصيبه من الأجزاء الخاصة المملوكة له ملكية خاصة، و من أمثلة ذلك قيام المالك ببيع الجزء المشترك بمعزل عن الجزء الخاص أو ترتيبه لحق عيني لمصلحة الغير على نصيبه في الأجزاء المشتركة بشكل مستقل عن الجزء الخاص.

ج/- من حيث القابلية للقسمة

الأصل في الشيوخ أن يكون مؤقتا و مصيره الزوال بحيث ينتهي بقسمة الشركاء للمال الشائع و استبدال كل واحد منهم حقه الشائع بجزء مفرز، و بالتالي يتم وضع حد لمتاعب الإدارة المشتركة²، إلا أنه في بعض الحالات يأخذ الشيوخ وضعا عاديا و مهيا للبقاء لضرورة ذلك و هذا بالنظر إلى التخصيص أو الغرض الذي أعد له المال الشائع، و مثال ذلك الأجزاء المشتركة في العقارات المبنية³، فالشيوخ هنا ضروري للانتفاع بالعقار و مصلحة الملاك الشركاء تتحقق مع بقاء هذا الشيوخ، كما لا يمكن لأحدهم المطالبة بقسمة الأجزاء المشتركة بطريقة رضائية كانت أو قضائية.

ثانيا: التمييز بين الملكية العقارية المشتركة و حق الارتفاق

حق الارتفاق « droit de servitude » هو حق عيني أصلي يترتب عن حق الملكية نظمه المشرع في المواد من 867 إلى 881 من القانون المدني، و أشار لبعض أنواعه عند تطرقه للقيود التي ترد على حق الملكية، يعرف

¹ يكون الشيوخ الإجباري إما أصليا يعبر عن الحالة التي يكون فيها مخصصا لمنفعة جماعية من الأشخاص كمدفن الأسرة، و إما أن يكون تبعا و محله عقار مخصص لاستعمال عقارات مملوكة ملكية مفرزة لأكثر من شخص واحد، و هذا النوع مطبق على الملكية العقارية المشتركة. تومي مريم، مرجع سابق الذكر، ص 37.

² في أغلب الحالات تختلف وجهات النظر بين المالكين على الشيوخ حول كيفية الانتفاع بالعقار الشائع ما يؤدي إلى تعطيل الانتفاع به.

³ تواتي سهيلة، الحماية القانونية للمشتري في عقد بيع العقار بناء على التصاميم، مرجع سابق الذكر، ص 218.

بأنه الحق المجرد المقرر على عقار يسمى "العقار الخادم" لفائدة عقار آخر يسمى "العقار المخدم" و المملوك لشخص آخر، فهو بذلك عبارة عن حق ينشأ بناء على علاقة بين عقارين غير مملوكين لنفس الشخص يكون بمقتضاها تحميل أحدهما عبئا عينيا استثنائيا لتحقيق منفعة و مصلحة عينية للعقار الآخر بغض النظر عن شخص المالك¹، و من أبرز صوره نجد: حق المرور، حق الشرب، حق المجرى.....إلخ.

يظهر الاختلاف بين الملكية العقارية المشتركة في النقاط التالية:

أ/- من حيث النشأة والملكية

الملكية العقارية المشتركة تنشأ بالإرادة الجماعية للملاك الشركاء، في حين تنشأ حقوق الارتفاق بالاشتراك العام أو اشتراطها في عقود المعاوضة أو بالميراث، كما أن الملكية العقارية المشتركة تكون فيها الأجزاء المشتركة مملوكة بين جميع الشركاء على الشيوع، أما بالنسبة لحق الارتفاق فهو حق انتفاع يتعلق بالأعيان لا بالأشخاص، فيتقرر للعقار، و ثبوته للشخص تابع لثبوته للعقار، و عليه فإن ملكية العقار الخادم تعود لشخص مختلف عن مالك العقار المخدم.²

ب/- من حيث الموضع

يجوز في الارتفاق نقل التكليف الوارد على العقار الخادم (المرتفق به) من موضعه إلى موضع آخر إذا كان الموضع القديم المعين للارتفاق أشد ارهاقا بحيث يمنع صاحبه من القيام بالأعمال و إجراء التحسينات الضرورية، و كان الموضع الجديد يسمح بالقيام بها بسهولة، و عليه يمكن لمالك العقار الخادم أن يطلب نقل الارتفاق إلى موضع آخر من العقار الذي يملكه أو إلى عقار آخر لا يملكه إذا رضي مالكة، أما بالنسبة للملكية العقارية المشتركة فلا يمكن تصور نقل الأجزاء المشتركة من موضع لآخر.³

ج/- من حيث التقادم

الأصل في حق الملكية أنه حق دائم، أي أن الملكية تبقى مادام محل الحق باقيا و لا تزول إلا بزواله أي بهلاكه، و يتعدى مفهوم دوام الملكية إلى مسألة عدم زوالها بالاستعمال، حيث أن المالك حر في استعمال ملكه أو عدم استعماله مهما طال مدة عدم الاستعمال، و بالتالي فإنه في مجال الملكية العقارية المشتركة لا يسقط حق المالك الشريك في الأجزاء المشتركة إذا لم يستعملها، أما بالنسبة لحق الارتفاق فمن حيث

¹ بلحاج العربي، الحقوق العينية في القانون المدني الجزائري، مرجع سابق الذكر، ص 474.

² شمام فتيحة، مرجع سابق الذكر، ص 41.

³ تومي مريم، مرجع سابق الذكر، ص 44.

المبدأ هو دائم مثل حق الملكية الذي يرتبط به¹، إلا أن هذا الحق ينتهي بعدم استعماله من طرف صاحب العقار المخدوم لمدة عشر 10 سنوات، أو عدم استعماله لمدة ثلاث و ثلاثين 33 سنة إذا كان هذا الارتفاق مقرر لمصلحة مال موروث لعائلة، كما يسقط كذلك بالتقادم².

المطلب الثاني: الالتزامات المترتبة عن ضمان الأملاك المشتركة

وجب على المرقى العقاري وفقاً للمادة 48 من القانون 04-11 اتخاذ كامل التدابير التقنية والقانونية قصد تسهيل التكفل بتسيير البناية المنجزة و ضمان الحفاظ عليها. فبالنسبة للتدابير الوقائية فتتمثل في إعداد المرقى العقاري نظام الملكية المشتركة (الفرع الأول)، أما التدابير القانونية فنصت عليها كل من المادة 62 من القانون 04-11 و المادة 5 من المرسوم التنفيذي 99-14 و تتمثل في إدارة الأملاك المنجزة لمدة سنتين (الفرع الثاني) و تنظيم تحويل هذه الإدارة إلى الأجهزة التي وضعها أو عينها المقتنون (الفرع الثالث).

الفرع الأول: إعداد المرقى العقاري لنظام الملكية المشتركة

جاء في الفقرة الأولى من المادة 61 قانون 04-11 أنه يتعين على المرقى العقاري إعداد نظام الملكية المشتركة و توضيح كافة البيانات القانونية و المالية و التقنية الخاصة به.

ينقسم نظام الملكية المشتركة إلى قسمين³، الأول يهتم بنظام الملكية العقارية بمفهومه الواسع الذي يشمل الشيوخ، و هو ما يعرف بالجدول الوصفي للتقسيم، حيث يتم من خلاله تحديد هوية العقار المشترك و تقسيمه و تعيين النسب الشائعة في ملكية الأجزاء المشتركة، أما الثاني فيهتم بنظام الملكية المشتركة بمفهومه الضيق بحيث يحدد التزامات و حقوق الملاك الشركاء⁴.

و عليه سنتناول في هذا الفرع تعريف نظام الملكية المشتركة بمفهومه الضيق (الجدول الوصفي للتقسيم) و الواسع (أولاً) ثم تحديد مضمونه (ثانياً).

¹ شمام فتيحة، مرجع سابق الذكر، ص 42.

² المادة 879 من القانون المدني.

³ رغم ما يجري العمل به من إدراج الجدول الوصفي للتقسيم في وثيقة نظام الملكية المشتركة، إلا أنه وجب عدم الخلط بينهما، فالجدول الوصفي للتقسيم يهتم بالتحديد التقني لتقسيم البناية، في حين يهتم نظام الملكية المشتركة بتحديد التزامات و حقوق الملاك الشركاء و تحديد قواعد الإدارة الجماعية للبناية.

⁴ شمام فتيحة، مرجع سابق الذكر، ص 129.

أولاً: تعريف نظام الملكية المشتركة

تنقسم البناية موضوع الملكية المشتركة إلى مجموعة من الحصص تضم كل واحدة منها جزء خاص و نصيب في الأجزاء المشتركة، حيث يتم التعريف بهذه الحصص من خلال الجدول الوصفي للتقسيم، هذا الأخير يعرف بأنه وثيقة تبين هوية العقار من حيث مساحة الأرضية التي شيد فوقها، الوصف التقني للعقار عن طريق تعيين كل جزء و منحه رقما، و كذا وصف و تحديد هوية كل جزء من الأجزاء من حيث طبيعة تخصيصه¹.

و استنادا لبند نموذج نظام الملكية المشتركة الملحق بالمرسوم التنفيذي 14-99 يتضح أنه يتعين على المرقى العقاري إعداد الجدول الوصفي للتقسيم بالاستعانة بمهندس خبير عقاري أو مهندس معماري و إدراجه ضمن القسم الأول من نظام الأملاك المشتركة.

هناك ارتباط وثيق بين دور الجدول الوصفي للتقسيم و نظام الشهر العقاري، حيث يشترط المشرع فيما يخص الوثائق الخاضعة للشهر في ظل نظام الشهر العيني ضرورة تحديد و تعيين العقارات محل الإشهار تعيينا دقيقا بهدف إعطاء التأشيرات المقيدة في السجل العقاري حجية مطلقة، الأمر الذي يسمح بتكوين فهرس عقاري مضبوط و محكم يعكس الحالة القانونية للعقار².

و كما سبق توضيحه، ينقسم نظام الملكية المشتركة إلى قسمين، الأول يصطلح عليه بالجدول الوصفي للتقسيم، أما الثاني فاختلفت تسميته عند الفقه إذ هناك من يصطلح عليه بالميثاق الجماعي، و هناك من سماه بالدستور الذي يتضمن قواعد و جب احترامها من طرف جماعة الملاك الشركاء، و هناك حتى من قارنه بالقانون الأساسي للشركة، و على العموم لم يتناول المشرع أي تعريف لنظام الملكية المشتركة-في مفهومه الضيق- مكتفيا بالإشارة إلى الهدف من إعداده، غير أنه يمكن تعريفه من خلال أهدافه بأنه وثيقة تحتوي على مجموعة من القواعد الأمرة تهدف إلى تحديد واجبات و حقوق الملاك الشركاء قصد ضمان انضباطهم داخل البناية و المحافظة عليها.

¹ بوشعالة أسماء، بردان رشيد، وظيفة التوثيق في نشاط الترقية العقارية في التشريع الجزائري، مجلة القانون العام الجزائري و المقارن، جامعة سيدي بلعباس، المجلد 4، العدد 2، 2018، ص 206، 207.

² شمام فتيحة، مرجع سابق الذكر، ص 132.

ثانيا: مضمون نظام الملكية المشتركة

نص المشرع على نظام الملكية المشتركة في المرسوم 83-666 المحدد للقواعد المتعلقة بالملكية المشتركة و تسيير العمارات الجماعية، ثم جاء المشرع بموجب المرسوم التشريعي 93-03 بأحكام جديدة تخص تنظيم الأملاك المشتركة، و بناء عليه تم تعديل أحكام المرسوم 83-666 بالمرسوم التنفيذي 94-59، و تبعا للواقع السيء الذي شهدته السكنات الجماعية و الذي انعكس سلبا على القيمة الاقتصادية للعقار و على الإطار المعيشي للملاك الشركاء نظرا لأن التشريعات السابقة لم ترتب أي التزامات على المرقى العقاري في هذا الإطار، جاء القانون 11-04 بأحكام جديدة تلزم المرقى العقاري بإدارة و تسيير الأملاك المشتركة قصد المحافظة عليها، و تطبيقا لأحكام هذا القانون صدر المرسوم التنفيذي 14-99 الذي حدد نموذج نظام الملكية المشتركة في الترقية العقارية.

إن اختلاف أحكام النصوص القانونية التي أصدرها المشرع و المتعلقة بنظام الملكية المشتركة و التي آخرها المرسوم التنفيذي 14-99 يدفعنا إلى طرح التساؤل حول النص القانوني واجب التطبيق على مشاريع الترقية العقارية المرخص إنجازها قبل تاريخ صدور المرسوم التنفيذي 14-99¹، في هذا الإطار جاء في المذكرة العامة رقم "5612" الصادرة بتاريخ 28 ماي 2014 أن مشاريع الترقية العقارية التي أشهرت الجداول الوصفية للتقسيم الخاصة بها قبل تاريخ 16 مارس 2014 (تاريخ صدور المرسوم التنفيذي 14-99 في الجريدة الرسمية) تبقى خاضعة للنصوص القانونية التي كانت سارية المفعول قبل تاريخ صدور القانون 11-04، و أوضحت نفس المذكرة أنه تطبيقا لمبدأ عدم رجعية القوانين، يكون التكفل بمشاريع الترقية العقارية المرخص لها قبل تاريخ 16 مارس 2014 كالاتي:

- بالنسبة لمشاريع الترقية العقارية بصيغة السكن الاجتماعي التساهمي (أصبح السكن الترقوي المدعم) التي تم توكيلها لمرقين عقارين عموميين أو خواص و المسجلة في برامج إنجاز السكنات التي تشرف عليها الدولة بموجب قرار اللجنة الخاصة قبل تاريخ 16 مارس 2014 تبقى خاضعة للجهاز القانوني القديم أي المرسوم التنفيذي 83-666.

- أما بالنسبة لمشاريع الترقية العقارية الحرة فتبقى هي الأخرى خاضعة إلى الجهاز القانوني القديم في حالة ما إذا كانت رخصة البناء الخاصة بها تم استصدارها قبل تاريخ 16 مارس 2014.²

¹ تواتي سهيلة، الحماية القانونية للمشتري في عقد بيع العقار بناء على التصاميم، مرجع سابق الذكر، ص 220.

² نقلا عن نفس المرجع، نفس الصفحة.

بالرجوع إلى نموذج نظام الملكية المشتركة الملحق بالمرسوم التنفيذي 14-99 نجد أن جزئه الأول يتكون من بايين، الأول يتعلق بتعيين و وصف تقسيم البناية و مآلهما و هو ما يمثل الجدول الوصفي للتقسيم، و يتعلق الثاني بقواعد تسيير و إدارة البناية.

أ/- تعيين و وصف تقسيم البناية أو مجموع البنايات و مآلهما

جاء في نموذج نظام الملكية المشتركة ضرورة النص على مجموعة من البيانات تتمثل فيما يلي:

-تعيين البناية أو مجموعة البنايات: و يتم ذلك من خلال التحديد الدقيق للبناية، بالنسبة للمناطق الممسوحة تحديد القسم و مجموعة الملكية و الحصة، تحديد قوام البناية، الرقم، الشارع و التسمية، مع تسمية مجموعة البنايات التي ينتمي إليها و كذا تعيين الأرضية التي بنيت عليها البناية.

- مآل البناية أو مجموعة البنايات: و يتم ذلك بتحديد مساحة القطعة الأرضية موضوع البناية، و كذا تحديد استعمال البناية (تجاري، سكني، مهني، أو استعمال مختلط: تجاري سكني، مهني سكني...إلخ).

- الحالة الوصفية للتقسيم الخاصة بالبناية أو مجموعة البنايات: من خلال تحديد الوصف التقني لهيكل للبناية و عدد الطوابق و مشتملات الأرض (وصف الواجهة، اسم البناية -حسب مخطط الكتلة-، الدخول إلى البناية، السقف)، محول سونلغاز، محطة الضغط الزائد، طرق المواصلات، مساحات الوقوف، شبكة المجاري، بالإضافة إلى وصف البناية أو مجموعة البنايات من خلال الجدول الوصفي للتقسيم المعد عن طريق تقسيم البناية أو المجموع العقاري إلى حصص، كل قسم من هذه الحصص يشتمل على أجزاء خاصة بالإضافة إلى حصة مشاعة تابعة للأصناف الثلاثة للأجزاء المشتركة، و تحدد الحصة المشاعة على أساس الحصص النسبية لقسم واحد، كما تتناسب حصة الأجزاء المشتركة التي تخص كل قسم مع المساحة الخاصة (النسبية أو النافعة) لكل قسم بالنسبة للمساحة المذكورة لمجموع الأقسام العينية¹، و يعبر عن الحصة بعشرة 10 أجزاء من الألف بالنسبة للأجزاء المشتركة العامة الخاصة بالصنف الأول، و بالنسبة للأجزاء الخاصة بالصنفين الثاني و الثالث يعبر عن الحصة بالأجزاء من الألف.

و تجدر الإشارة إلى أنه لا يمكن بأي حال من الأحوال تعديل الحالة الوصفية للتقسيم من طرف أحد الملاك الشركاء وحده²، و إنما ينبغي موافقة الجمعية العامة على ذلك، كما أنه و نتيجة للارتباط بين الشهر العقاري و دور الجدول الوصفي للتقسيم كما سبق بيانه، يشترط أن يتم وضعه عن طريق الموثق و كذا

¹ نفس ما جاء في المادة 746 من القانون المدني.

² أي تعديل قد يطرأ على الحصص أو العقار و يجب أن يكون موضوع عقد تعديلي للجدول الوصفي للتقسيم و الذي يشترط أن يحضر في الشكل الرسمي.

شهره لدى المحافظة العقارية، حيث أن الشهر يكسبه حجية في مواجهة كل مقتني لحصة في إطار الملكية المشتركة أو صاحب حق على هذه الحصة.

ب/- تحديد قواعد تسيير وإدارة البناية أو مجموعة البنايات

يكون تحديد قواعد إدارة و تسيير البناية أو مجموعة البنايات من خلال تحديد الأجزاء الخاصة و المشتركة و تكوينها، و كذا النص على واجبات و حقوق المشتركين في الملكية.

1/- تحديد الأجزاء الخاصة والأجزاء المشتركة وتكوينها

نموذج نظام الملكية المشتركة الملحق بالمرسوم التنفيذي 14-99 لم يأتي مغايرا لما جاء به المرسوم 83-666 فيما يخص مسألة تحديد الأجزاء الخاصة و المشتركة، إذ نجد كلا النصين حددها كالآتي:

1-1/- بالنسبة للأجزاء الخاصة

تعرف الأجزاء الخاصة بأنها الأجزاء التي يملكها مقسمة كل شريك في الملك و المخصصة له دون غيره، أي المحلات التي تشتملها حصته مع جميع المرافق التابعة له، و تتضمن الأجزاء الخاصة لا سيما:

- سقف البيت، أي الألواح الخشبية و كل ما يغطيها من جبس و الزخارف التي يمكن أن تزين بها السقوف و قطع النجارة التي تجمل بها، المقولبات النائثة.

- البلاطات و الأرضيات المبلطة و كذا الأرضيات الخشبية و جميع التليديسات.

- الأبواب الخاصة بالمساح و المداخل الخاصة، النوافذ و النوافذ التي على شكل أبواب، المشربيات المتحركة، مغالق الشبابيك بأنواعها، دعامات و حواجز النوافذ، الشرفات و زجاج الشرفات و المقصورات و هياكلها.

- الحواجز الداخلية و أبوابها.

- الطلاء الداخلي الخاص بالجدران السميكة و الفاصلة.

- القنوات و الأنابيب أو الخطوط الداخلية المخصصة للاستعمال في المحل فقط لتوزيع الغاز و الكهرباء و الماء و لصرف النفايات و المياه المستعملة.

- الأجهزة، الصنابير و الأقفال و اللواحق التابعة لها.

- تجهيزات المطابخ و أحواضها.

- التجهيزات الصحية لبيوت النظافة و بيوت الاستحمام و المراحيض.

- التجهيزات الفردية الخاصة بالتسخين و الماء الساخن الموجودة داخل المحل الخاص.

- حافظات الثياب و الخزانات الحائطية.

- كل ما يخص الزخرفة الداخلية و التأطير و رفوف المداخن و الطلاء و المرايا و الصناديق و الخشبيات.

- كل ما هو مندرج داخل المحلات و مخصص للاستعمال السكني لا غير.

- الأجزاء المشتركة الفاصلة بين الشركاء في الملك المتجاورين المتمثلة في الحواجز أو الحيطان الفاصلة في المحلات الخاصة باستثناء الجدران الأساسية في البناء.

1-2/- بالنسبة للأجزاء المشتركة

تعرف الأجزاء المشتركة بأنها الأجزاء المملوكة على الشيوع بين كافة الملاكين المشتركين كل على حسب الحصة العائدة لكل قسم و المخصصة لجميع الشركاء أو لأكبر عدد منهم قصد الانتفاع بها و استعمالها¹، و تنقسم الأملاك المشتركة إلى ثلاثة أصناف نذكرها كما يلي:²

1-2-1/- الأجزاء المشتركة من الصنف الأول

نعني بالأجزاء المشتركة من الصنف الأول جميع الأجزاء المخصصة لاستعمال جميع الشركاء في البناية أو مجموع البنائيات و تشمل ما يلي:

- كل الأرض التي تم تشييد العقار عليها و الأرض التابعة له، لا سيما القطع الأرضية التي تم استعمالها كحديقة أو حظيرة.³

- قنوات صرف المياه و شبكات المواسير و قنوات و أنابيب الغاز و الكهرباء و الماء المؤدية إلى مجموع المباني المعنية.

¹ المادة 745 فقرة 1 من القانون المدني.

² صنف المشرع الأجزاء المشتركة إلى ثلاثة أصناف عكس الأجزاء الخاصة التي نص عليها دون أن يصنفها.

³ و بالتالي لا يمكن لملاك المحلات أو الشقة السفلية الادعاء بملكية الأرضية المقام عليها البناء لأنها ملكية مشتركة بين جميع الملاك الشركاء.

- طرق المرور و الباحات.

- مسكن أو مساكن البوابين الموجودة في إحدى البنايات أو الكثير منها.

- الأقبية التي تشكل مفرغات صحية.

- جميع المرافق ذات المصلحة العامة و الاستعمال المشترك بين جميع البنايات.¹

1-2-2/- الأجزاء المشتركة من الصنف الثاني

فيما يخص الأجزاء المشتركة من الصنف الثاني فتتمثل في الأجزاء المخصصة لاستعمال السكان الشاغلين لبناية واحدة بعينها و تشمل ما يلي:

- الأسس و الجدران الضخمة الخاصة بالواجهة أو بواجهة السقف أو الحائط الفاصل أو الجدران الضخمة للأرضيات كالسقائف و الروافد و العوارض، و الجزء الأعلى من العمارة الذي يشكل سقفها، و بكل ما يتكون به الهيكل الأساسي للمبنى.

- مساحات الإفساح و الممرات و المحلات غير المخصصة لاستعمال أحد الشركاء في الملك و غير المشمولة في الأجزاء المشتركة العامة.

- المساحات و المحلات و الارتفاقات المشتركة و الأبهاء و الأبواب و ممرات الدخول، و أروقة الإفساح و الأدراج و أماكن أو محلات الخدمة العامة مثل صناديق القمامة و أماكن العدادات و أقفاص السلالم و مسطحات الطوابق و كذلك الأبواب التي على شكل سلالم و الأطر المزججة الموجودة في الأجزاء المشتركة.

- زخارف الواجهات و كذلك المقصورات و الشرفات و السطوح و لو كانت مخصصة كلها أو جزء منها لمنفعة أحد الشركاء في الملكية، و يستثنى من ذلك الداريزين و الأعمدة الداعمة للنوافذ و الأطر المزججة و الشرفات و مغاليق الشبابيك بأنواعها و التي تعتبر كلها ملك خاص.

- الأنابيب و القنوات و فتحات مشاعب المواسير، و كذلك أنابيب مساقط مياه الأمطار، السرداب و قنوات تفريغ النفايات و أجهزة تنظيفها.

¹ لم يذكر المرسوم التنفيذي 14-99 المحلات الضرورية لإدارة الأملاك المشتركة على عكس المرسوم 83-666 الذي اعتبر المحلات المستعملة كمكاتب معدة للمصالح التابعة لإدارة المجموع العقاري أجزاء مشتركة من الصنف الأول.

- مجاري التهوية و المداخن و رؤوس المداخن و السرايب و الصناديق و أنابيب تهوية المطابخ و مجاري الدخان.

- القنوات الخاصة بمساقط و صرف المياه المستعملة، و المجاري و مصارف المراحيض و مأخذ الهواء و القنوات و الأعمدة النازلة و الصاعدة الخاصة بهذه الأنابيب و الكهرباء و الغاز، و تستثنى أجزاء القنوات و الأنابيب الموجودة داخل المحلات الخاصة و المخصصة لاستعمال مالكي هذه المحلات فقط.

- سرايب هذه القنوات المبنية.

- التفريعات الثانوية المؤدية إلى البناية و التي تصلها إن اقتضى الحال بمنشآت الهاتف العامة و بالقنوات الرئيسية التي تخص الكهرباء و الغاز و الماء و مشاعب المواسير و التطهير.

- الماكينات و الأجهزة و كل توابعها المعدة للخدمة المشتركة للبناية، و جميع الأشياء المنقولة و كذا المواعين الموجودة لتلبية حاجات البناية في الأجزاء المشتركة كصناديق الرسائل و صناديق القمامة و تجهيزات الإنارة و ممسحة مدخل العمارة.

- جميع الأجزاء أو الأشياء غير المعدة للاستعمال الحصري و الخاص في جزء من أجزاء الملك المقسوم، أو الأجزاء أو الأشياء التي ينص كل من القانون و العرف على أنها أملاك مشتركة.

1-2-3/- أجزاء مشتركة من الصنف الثالث

فيما يتعلق بالأجزاء المشتركة من الصنف الثالث فنص عليها المشرع في نموذج نظام الملكية المشتركة على سبيل الحصر لا المثال، و تشمل المصاعد و الآلات الخاصة بهذه المصاعد، و أقفاص المصاعد المتواجدة بالبنايات.

2/- حقوق وواجبات الملاك الشركاء

يشترط على الملاك الشركاء احترام الارتفاقات المثقلة أو التي يمكن أن تثقل البناية أو المجموع العقاري سواء كانت الارتفاقات ناتجة عن سندات الملكية أو التعمير أو عن الوضعية الطبيعية للمحلات أو بالحالة الوصفية للتقسيم، و يكون كل شريك مسؤولاً اتجاه باقي الشركاء في الملك عن تعكير الانتفاع و الأخطاء و المخالفات و حالات الإهمال التي تسبب يتسبب فيها الشريك أو أتباعه أو من يزوره أو من يشغل محلاته بصفة مباشرة أو غير مباشرة.

2-1/- استعمال الأجزاء الخاصة

لكل شريك في الملك حق استعمال الأجزاء الخاصة و الانتفاع بها بشرط عدم المساس بحقوق باقي الملاك الشركاء في المحلات الأخرى و بتخصيص البناية، كما يلتزم بعدم القيام بأي عمل من شأنه تعريض متانة البناية للخطر.

و أشار المشرع لمجموعة من التحفظات التي تشكل في الحقيقة قيود على استعمال الملكية الخاصة تتمثل فيما يلي:¹

- للمالك الشريك الحق في تعديل الهيئة الداخلية للمحل الذي يملكه في حدود القوانين و التنظيمات المعمول بها و تحت مسؤوليته، غير أنه في حالة ثقب الجدران الضخمة التي تقع بين حجرتين، و جب عليه إنجاز هذه الأشغال تحت مراقبة رجل المهنة، و يجب عليه كذلك أخذ جميع التدابير اللازمة قصد عدم الإضرار بمتانة البناية، و في حالة حدوث حالات انسياخ أو تدهور في البناية جراء هذه الأشغال يكون هو المسؤول.

- بالنسبة للمحلات المستعملة كمتاجر أو دكاكين، لا يجوز ممارسة فيها أي تجارة تنطوي على أخطار الحريق أو الانفجار، أو تضاييق سكان البناية جراء الضجيج و الروائح، كما لا يمكن بأي حال من الأحوال استعمالها للسكن.

- و جب على الملاك الشركاء السهر و الحرص على عدم تعكير هدوء البناية في أي وقت من الأوقات سواء بفعل منهم أو زوارهم أو أفراد أسرهم أو أناس في خدمتهم، و عليه لا يمكنهم إحداث أي ضجيج غير عادي أو القيام بعمل باستعمال الآلة أو الأدوات أو دونهما من شأنه إضرار متانة البناية أو التسبب في ازعاج الجيران بالضجيج أو الرائحة الكريهة، كما لا يجوز للمالك الشريك تركيب أي محرك باستثناء المحركات الصامتة، و يحظر عليه كذلك اقتناء الحيوانات الخطيرة.²

- على العموم يمنع أي صخب أو ضجيج من أي نوع كان، حتى و لو كان داخل الشقق (أي الجزء الخاص)، بسبب اخلالا لراحة باقي الملاك الشركاء، و أي اخلال يعرض صاحبه -عند الاقتضاء- للمتابعة القضائية.

¹ نموذج نظام الملكية المشتركة الملحق بالمرسوم التنفيذي 14-99.

² و جب الإشارة إلى أن الحيوانات الأليفة كالقطط و الكلاب ليست مشمولة بهذا الحظر و لكن يشترط أن لا تشكل مصدرا لإزعاج باقي الملاك الشركاء خصوصا ما يتعلق بالأصوات المزعجة و الروائح الكريهة و الأوساخ التي يمكن أن تتركها هذه الحيوانات في الأجزاء المشتركة. دروازي عمار، آليات إدارة الملكية العقارية المشتركة و حمايتها في التشريع الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة باتنة، بدون سنة، ص 37.

- لا يجوز للمالك الشريك نشر الثياب على الشرفات و النوافذ باستثناء المقصورات التابعة للمطبخ، كما لا يجوز له نفذ و هز الزرابي أو وضع أي شيء على أطراف الشرفات و المقصورات و النوافذ دون تثبيته، و يجب وضع أوصص النباتات و المزهريات بشكل لا يؤدي إلى اتساخ واجهة البناية أو إزعاج الجيران أو المارة، و لا يجوز رمي أي شيء في الحديقة أو الشارع أو الفناء سواء تعلق الأمر بالماء أو الأوساخ أو الحطام.
- يحق لكل مالك شريك أن يثبت على باب محله أو شقته لوحة استدلالية تتضمن المعلومات الخاصة به كالاسم و المهنة، غير أنه لا يجوز له وضع أي إعلان أو لافتة على واجهة البناية، و يستثنى من تطبيق هذا الحكم مالكي المتاجر و الدكاكين الذين يمكنهم القيام بالإشهار الذي يروونه مفيدا.
- يجب على كل مالك شريك القيام بعملية صيانة أبواب مداخل الشقق و مغالق الشبابتك و النوافذ و الستائر و الدرابزونات و الحواجز و شعريات الشبابتك و قضبان دعم الشبابتك و الشرفات، و السهر على إبقائها على حالة جيدة، غير أنه فيما يخص التعديلات الماسة بالطلاءات الخارجية بما فيها الخاصة بأبواب الشقق، فإنها تكون موضوع عملية شاملة تقررها جمعية الشركاء.
- وجوب صيانة الصنابير و طرادات مياه المراحيض و عدم التأخر في تصليحها و إبقائها في حالة جيدة تجنباً لتسربات في المياه و الاهتزازات في القنوات، و بالنسبة لتكاليف إصلاح الخسائر الناجمة عن هذه التسربات فيتحملها الشاغل المسؤول عن التسرب.
- تنقية جهاز تسخين قنوات الدخان و الجميع الآلات التي تعبر فيها عند الاقتضاء، و يمنع استخدام الأجهزة التي من شأنها إتلاف قنوات الدخان كأجهزة الاحتراق البطني أو الأجهزة المولدة للغازات المضرة أو حتى الوقود، كما لا يجوز استخدام قنوات الدخان لغير الغرض الذي خصصت له.
- تحمل الملاك الشركاء تنفيذ عملية التنظيف و الأشغال و الترميمات الخاصة بالأجزاء المشتركة، و يتعين عليهم عند الحاجة السماح بمرور المقاولين و المعمارين و العمال المكلفين بمراقبة الأشغال أو تسييرها أو الإشراف عليها.
- يبقى كل شريك في المملك مسؤولاً اتجاه الملاك الشركاء الآخرين عن نتائج الأضرار المتسبب فيها هو أو بإهماله، أو التي يتسبب فيها شخص آخر أو حيوان أو شيء يكون المالك الشريك مسؤول عنه قانوناً، كما يتحمل المسؤولية شخصياً عن تنفيذ هذا النظام حتى و لو لم يشغل محلاته بنفسه.
- يلتزم كل الملاك الشركاء بالاككتاب على نفقتهم ضد كل الأخطار المنصوص عليها في الفقرة السابقة.

2-2/- استعمال الأجزاء المشتركة

للمالك الشريك أو كل شاغل للملك أن يستعمل الأجزاء المشتركة و ينتفع بها مثلما يظهر له بكل حرية، و لكن يجب أن لا يعوق هذا الانتفاع حقوق الملاك الشركاء الآخرين أو الشاغلين الآخرين، كما لا يمكن للمالك الشريك أو شاغل الملك عرقلة أو استعمال الأجزاء المشتركة خارج الاستعمال المألوف أو أن يترك فيها أي شيء، و لا يجوز إدخال أي تغيير يمس الأشياء المشتركة كقنوات توزيع الغاز و الكهرباء و الماء و كذا المصاعد و كل التجهيزات المشتركة إلا بموافقة أغلبية الملاك الشركاء.

3/- الأعباء التي تقع على عاتق جماعة الشركاء في الملك و/أو الشاغلين له

بالرجوع إلى أحكام المادة 61 فقرة 2 من القانون 04-11 نجد أن المشرع نص على ضرورة قيام المرقي العقاري بتوضيح جميع الأعباء و الواجبات التي يلتزم بها كل مقتني و هذا عند الاكتتاب في عقد بيع العقار، كما جاء في الجزء الثالث من نموذج نظام الملكية المشتركة¹ توزيع الأعباء بين الملاك الشركاء و/أو الشاغلين للملك و قسمها إلى صنفين.

3-1/- أعباء من الصنف الأول

هي تلك الأعباء المرتبطة بالتسيير العادي للأجزاء المشتركة و للترميمات الصغيرة التي تمسها، و تتمثل فيما يلي:²

- راتب المتصرف، و النفقات اللازمة لتسيير إدارة البناية، و أجر البواب المستخدم أو البوابين المستخدمين الذين يمكن للمتصرف أن يوظفهم و كذا مختلف التكاليف المرتبطة بذلك.
- مبالغ استهلاك الكهرباء و الماء الخاصة بالأجزاء المشتركة و نفقات العدادات العامة، و كذا فائض الماء الذي يتأتى من الفرق بين بيان حساب العداد العام و مجموع بيانات حساب بقية العدادات الخاصة أو المشتركة، و نفقات سير صيانة و ترميم العتاد الخاص بمحطة الضغط الزائد.
- نفقات و مصاريف سير التسخين الجماعي و توابعه.
- شراء الأوعية و المواد اللازمة لصيانة كل من بوابات الدخول و السلالم و أقفاصها و سطوحها.

¹ الملحق بالمرسوم التنفيذي 99-14.

² نفس الأحكام التي نص عليها المرسوم 666-83.

- مبالغ التأمين الذي يغطي حوادث العمل، وكذا الحوادث التي يتسبب فيها مستخدمو إدارة البناية للغير.
- نفقات إصلاح و صيانة إنارة المساطح و المداخل و جميع الأجزاء و المحلات ذات الاستعمال المشترك.
- النفقات التي تستلزمها عمليات الترميم الصغيرة في الأجزاء المشتركة.
- و يتحمل أعباء الصنف الأول جميع الشاغلين الفعليين و غير الفعليين، و هي موزعة في حصص متساوية بينهم، و يتعين عليهم دفعها للمتصرف وفقا للكيفيات التي تحددها الجمعية العامة.

3-2/- أعباء من الصنف الثاني

- ترتبط الأعباء من الصنف الثاني بالترميمات الكبرى للبناية و صيانتها و كذا أمن الملاك الشركاء أو الشاغلين للملك، و تتمثل فيما يلي¹:
- نفقات الترميم الخاصة بالجدران الضخمة (تستثنى الإصلاحات الصغيرة التي تتعلق بالجدران من داخل المحلات أو الشقق)، و السطح و السقف الخارجي و الشرفات و المقصورات و الواجهات و رؤوس المداخل و قنوات الغاز و الكهرباء و الماء (تستثنى الأجزاء من هذه المنشآت المخصصة للاستعمال الخاص و الحصري في كل محل أو شقة)، و أنابيب المواسر و صرف المياه المستعملة و مياه الامطار و ميازيب تفريغ القاذورات (تستثنى الأجزاء المخصصة منها للاستعمال الخاص و الحصري في كل محل أو شقة)، و بوابات الدخول و السلالم و أقباص السلالم و المساطح و جميع المحلات المخصصة لخدمة البناية فقط.
- نفقات تلبيس الواجهات (طلاء الدرابزين و عوارض دعم الشرفات و النوافذ و ألواح النوافذ الخارجية، و الستائر الخاصة بكل شقة).
- الترميمات أو الأشغال التي يستلزمها الامتلاء في القنوات الذي لا يمكن تحديد أسبابه.
- نفقات ترميم و صيانة صناديق نفايات البناية و المواسير.
- نفقات وضع و كذا ترميم المنشآت الخاصة بالإنارة في الأجزاء المشتركة.
- نفقات صيانة و ترتيب محلات مشمولة في الأجزاء المشتركة بما في ذلك النفقات الخاصة بالطلاء.

¹ أضاف نموذج نظام الملكية المشتركة الملحق بالمرسوم التنفيذي 14-99 نوع آخر من الأعباء لم يتم ذكره في المرسوم 83-666 يتمثل في الأعباء الخاصة بالمصاعد.

- نفقات فك أجهزة التسخين و المصاعد و إصلاحها (كلها أو جزء منها أو توابعها).

- مختلف الضرائب و الرسوم المحتملة التي تخضع لها الأجزاء المشتركة.

- مبالغ التأمين ضد الحوادث و الحريق و أضرار المياه و المسؤولية المدنية و غيرها من الأخطار.

- النفقات الخاصة بإصلاح و صيانة جميع المصاعد أو جزء منها و كذا توابعها، و استهلاك قوة المحركات و جميع النفقات التي تترتب عن تسييره.

و يتحمل الأعباء من الصنف الثاني الملاك الشركاء و حدهم دون الشاغلين للملك، و يتم توزيع هذه الأعباء بينهم على أساس الحصة المشتركة لكل واحد منهم و المتعلقة بكل قسم.

نستخلص من كل ما سبق أن نظام الملكية المشتركة يهدف إلى تحديد مختلف القواعد الخاصة بتسيير و إدارة البنائيات الجماعية من خلال توضيح كافة البيانات القانونية و المالية و التقنية الخاصة بها و كذا حقوق الملاك الشركاء و التزاماتهم و الأعباء التي يتحملونها، يتم إعداد هذا النظام من طرف المرقى العقاري بموجب عقد رسمي أمام الموثق وفقا للنموذج المحدد في المرسوم التنفيذي 14-99 و يخضع لإجرائي التسجيل و الشهر¹، و في حالة عدم التزام المرقى العقاري بإعداد هذا النظام أو عدم تبليغه للمقتنين فإنه يتعرض لغرامة مالية من مائتي ألف 200.000 دينار إلى مليوني 2.000.000 دينار²، و كذا لعقوبة سحب الاعتماد منه لمدة ستة 6 أشهر³.

الفرع الثاني: التزام المرقى العقاري بتسيير وإدارة المرحلة الانتقالية

خلافًا للقواعد العامة المتعلقة بعقد البيع أين يتحمل البائع مسؤولية الحفاظ على الشيء المبوع إلى حين تسليمه للمشتري و بمجرد التسليم يتحرر البائع من كل التزاماته إلا فيما يخص ضمان العيوب الخفية و ضمان التعرض و الاستحقاق⁴، فإنه في عقود الترقية العقارية عامة و عقد البيع على التصاميم خاصة تتعدى الالتزامات المترتبة على البائع (المرقى العقاري) بعد التسليم لتشمل كذلك إدارته و تسييره للملك العقاري لمدة مؤقتة، و الهدف من ذلك هو الحفاظ على هذا الملك لحين انتقال الإدارة و التسيير للأشخاص و الأجهزة المكلفة بذلك مثلما سوف يتم توضيحه لاحقًا.

¹ المادة 3 من المرسوم التنفيذي 14-99.

² المادة 72 من القانون 04-11.

³ المادة 64 من نفس القانون.

⁴ المادة 167 من القانون المدني، مسكر سهام، التزامات المرقى العقاري المترتبة عن بيع السكنات الترقية، مرجع سابق الذكر، ص 362.

نصت المادة 24 من المرسوم التشريعي 93-03 على وجوب خضوع إدارة الملكية المشتركة لنظام الملكية المشتركة الذي يفرض على جميع الملاك الشركاء، و من أجل التطبيق الميداني لهذه الإدارة و في حالة عدم تنصيب الأجهزة المكلفة بها، استحدثت المشرع نظام التسيير الاستثنائي للأمالك المشتركة بحيث يكون بعناية أحد المالكين المشتركين على الأقل¹، و تبعا لذلك تم تعديل المرسوم 83-666 و إضافة فصل ثالث للباب الثالث يحمل عنوان "أحكام خاصة" يتضمن أربع مواد تفصل أحكام إدارة الملكية المشتركة من طرف أحد المالكين المشتركين على الأقل².

يقوم التسيير الاستثنائي المنصوص عليه في المادة 25 من المرسوم التشريعي 93-03 على المبادرة الفردية من أحد المالكين على الأقل، و عليه و بمفهوم المخالفة لا يكون من حق الشاغلين للملك المبادرة بالتسيير و الإدارة³.

و بناء على المادة 26 من الرسوم التشريعي 93-03 و المادة 45 مكرر 2 من المرسوم 83-666 فإنه تثبتت كفاءات التسيير الاستثنائي للأمالك المشتركة بموجب أمر بسيط يستند إلى عريضة يوقعها رئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها موقع البناية بناء على طلب من أحد المالكين المشتركين على الأقل، و تصبح منذ ذلك الحين القرارات المتعلقة بتسيير و إدارة الأمالك المشتركة على جميع المالكين المشتركين و كذلك الشاغلين الآخرين⁴.

و تجدر الإشارة إلى أنه لا يشترط موافقة المالكين الشركاء على تولي أحدهم (أو أكثر) إدارة و تسيير الأمالك المشتركة، و إنما يكفي هذا الأخير إعلامهم بذلك من خلال تعليق نسخة مصدقة طبق الأصل من الأمر المنصوص عليه في الفقرة الأولى من المادة 45 مكرر 2 مرسوم 83-666 في بهو مدخل البناية المعنية، كما يجب على المالك الشريك المبادر إعلام المصالح المعنية في البلدية التي يقع في دائرة اختصاصها موقع البناية⁵.

لا يمكن اعتبار المالك الشريك المعين بأمر من المحكمة وفقا للمادتين 25 و 26 من المرسوم التشريعي 93-03 وكيلا عن باقي المالكين الشركاء إلا إذا وافق عليه هؤلاء بقرار لاحق، و إن تمت الموافقة فلا يمكن اعتباره وكيلا عنهم إلا من تاريخ الموافقة⁶، و بالتالي فإن مسؤولية المالك الشريك الذي يبادر بالإدارة و قبل موافقة

¹ المادة 25 من المرسوم التشريعي 93-03.

² بموجب المرسوم التنفيذي 94-59.

³ تواتي سهيلة، الحماية القانونية للمشتري في عقد بيع العقار على التصاميم، مرجع سابق الذكر، ص 228.

⁴ المادة 26 فقرة 2 من المرسوم التشريعي 93-03.

⁵ المادة 45 مكرر 2 فقرة 2 من المرسوم 83-666.

⁶ لا وكالة بأثر رجعي.

بقية المالكين عليه لا تكون مسؤولية عقدية و لا يمكن اعتباره وكيلًا، و إنما مسؤوليته تقصيرية و يفضل أن تطبق عليه أحكام الفضالة المنصوص عليها في القانون المدني خصوصا و أنها تقضي قيام الفضولي بعمل عاجل¹.

إن التسيير الاستثنائي القائم على المبادرة الفردية من أحد الملاك الشركاء و المطبق في ظل المرسوم التشريعي 03-93 لم يثبت نجاعته من الناحية العملية، و يرجع ذلك إلى النزعة الفردية التي تميز المواطن الجزائري، حيث استقر لدى هذا الأخير الاعتقاد أنه يملك فقط الأجزاء الخاصة المفترزة دون المشتركة التي ترجع ملكيتها حسبه للدولة²، و بالتالي لا يبادر إلى إدارة و تسيير الأملاك المشتركة و يكتفي فقط بالمحافظة على جزئه الخاص.

و أمام قصور المرسوم التشريعي 03-93 في المحافظة على الأملاك المشتركة، استحدث المشرع ضمان جديد يضاف إلى مجموعة الضمانات التي يستفيد منها المقتني في الترقية العقارية يسمى "ضمان الأملاك المشتركة"، و هذا بمناسبة إعادة تنظيمه للأحكام الخاصة بنشاط الترقية العقارية و كذا مهنة المرقى العقاري بموجب القانون 04-11 و نصوصه التطبيقية، حيث يهدف هذا الضمان إلى إعادة الاعتبار للملكية المشتركة و حماية النسيج العمراني و تعزيز علاقات الجوار و ترسيخ مفهوم المنفعة المشتركة³.

فحوى هذا الضمان هو قيام المرقى العقاري بعد انتهائه من إنجاز البناية و تسليمها للمكتتبين بضمن إدارة و تسيير الأملاك المشتركة لمدة مؤقتة، حيث جاء في المادة 48 من القانون 04-11 أنه يجب على المرقى العقاري اتخاذ كافة التدابير التقنية و القانونية قصد تسهيل التكفل بتسيير و الحفاظ على العقار المنجز، و نصت المادة 62 من نفس القانون في فقرتها الأولى على التزام المرقى العقاري بضمن أو الأمر بضمن إدارة الأملاك التي تم إنجازها لمدة سنتين ابتداء من تاريخ بيع الجزء الأخير من البناية، كما جاء في المادة 32 من المرسوم التنفيذي 85-12 المتضمن لدفتر الشروط النموذجي المحدد للالتزامات و المسؤوليات المهنية للمرقى العقاري أن المرقى العقاري يتولى عند الانتهاء من مشروع و الشروع في استغلاله مهمة تسييره إلى غاية تحويل هذه المهمة لهيئات الملكية و المشتركة، و لقد نص على نفس الضمان نموذج عقد البيع على التصاميم الملحق بالمرسوم التنفيذي 431-13 إذ جاء في بند "الالتزامات المتعلقة بتسيير الملكية المشتركة للمجموعة العقارية التي تتضمن الملك المباع" ضرورة النص في عقد البيع على التزام البائع (المرقى

¹ زاوي فريدة، ضرورة إعادة تنظيم تسيير الملكية المشتركة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و السياسية، جامعة الجزائر 1، المجلد 36، العدد 2، 1990، ص 160.

² حامي حياة، مرجع سابق الذكر، ص 251، 252.

³ تريبش رحمة، مرجع سابق الذكر، ص 514.

العقاري) بضمان أو التكليف بضمان تسيير المملك لمدة سنتين ابتداء من تاريخ بيع آخر جزء من البناية، و هو ما أكد عليه نموذج نظام الملكية المشتركة عند تحديده لواجبات المرقى العقاري¹.

حدد المشرع مدة المرحلة الانتقالية التي يلتزم فيها المرقى العقاري بتسيير وإدارة الأملاك المشتركة بسنتين ابتداء من تاريخ بيعه للجزء الأخير من البناية²، و هو ما يستدعي إبداء الملاحظات التالية:

أولاً ربط تاريخ بداية سريان الضمان ببيع آخر جزء من البناية غير منطقي و غير معقول خصوصاً في حالة احتفاظ المرقى العقاري لجزء من البناية لنفسه، ما يجعله غير مجبر على إدارة و تسيير البناية إذا أخذنا بالمعنى الحرفي لنص المادة 62 فقرة 1 من القانون 04-11.

ثانياً بداية سريان مدة ضمان الأملاك المشتركة من تاريخ بيع آخر جزء من البناية غير مستساغ التطبيق في عقود البيع على التصاميم نظراً لأنها ترد على بنايات غير موجودة وقت التعاقد، و بالتالي الأحكام المنصوص عليها في المادة 62 فقرة 1 من القانون 04-11 تتعلق ببيع عقار مبني و ليس عقد البيع على التصاميم الذي تبدأ سريان مدة الضمان فيه من تاريخ تحرير محضر الحيازة للجزء الأخير من البناية³.

ثالثاً في حال تعذر على المرقى العقاري بيع جميع أجزاء البناية أو استغرق الأمر مدة طويلة، فهل يبقى ملتزماً بضمان الأملاك المشتركة طيلة هذه المدة، أي المدة المتطلبه لبيع آخر جزء يضاف إليها سنتين؟ أم أنه لا يلتزم بالضمان إلا ابتداء من تاريخ بيع آخر جزء؟. و لذلك يجب على المشرع التدخل من خلال التفصيل في المسألة و الأخذ بعين الاعتبار طبيعة كل عقد.

قد يلتزم المرقى العقاري بتسيير وإدارة الأملاك المشتركة بصفة شخصية أو عن طريق تعيين شخص آخر سواء كان طبيعياً أو معنوياً، و في كلتا الحالتين لا بد من التمييز بين التسيير القانوني و التسيير المادي، فإذا التزم المرقى العقاري بإدارة و تسيير الأملاك المشتركة بصفة شخصية فإنه في هذه الحالة يشرف على التسيير المادي و القانوني، أما إذا أسند هذه المهمة لشخص آخر ففي هذه الحالة يتقاسم معه التسيير، حيث يتحمل هذا الشخص التسيير المادي و يحتفظ المرقى العقاري بالتسيير القانوني على اعتبار أنه هو الملزم بالضمان⁴.

¹ بند "واجبات المرقى العقاري" الذي جاء في الباب الرابع المعنون "واجبات المرقى العقاري في مجال التسيير الانتقالي للملكية المشتركة" من نظام الملكية المشتركة الملحق بالمرسوم التنفيذي 99-14.

² المادة 62 فقرة 1 من القانون 04-11.

³ المادة 32 من دفتر الشروط النموذج المحدد للالتزامات و المسؤوليات المهنية للمرقى العقاري و الملحق بالمرسوم التنفيذي 85-12.

⁴ زروقي إبراهيم، مرجع سابق الذكر، ص 261.

قبل التطرق لمهام المرقى العقاري أو الشخص الذي يعينه في المرحلة الانتقالية لا بد أولاً من تحديد الطبيعة القانونية لضمان المرقى العقاري تسيير وإدارة الأملاك المشتركة، فهل مصدر هذا الضمان هو القانون أو العقد؟ على غرار الضمانات التي تمت دراستها سابقاً والضمان العشري، يعتبر عقد البيع على التصاميم المبرم بين المرقى العقاري والمكتب أساس نشوء هذا الضمان مما يجعله ذو طبيعة عقدية¹.

و على اعتبار أن المرقى العقاري ملزم بتسيير وإدارة الأملاك المشتركة خلال الفترة الانتقالية، يطرح التساؤل حول ما إذا كان التزامه هذا التزاماً بتحقيق نتيجة أم أنه التزام ببذل عناية؟

يؤي لنا نص المادة 5 من المرسوم التنفيذي 14-99 بأن التزام المرقى العقاري بتسيير وإدارة الأملاك المشتركة هو التزام ببذل عناية وليس التزام بتحقيق نتيجة، حيث جاء في المادة ما يلي: " يتعين على المرقى العقاريضمان أو السعي لضمان إدارة الملك خلال مدة سنتين"، فمصطلح "السعي" يعني بأن المشرع لم يلزم المرقى العقاري بتحقيق نتيجة معينة وإنما ألزمه ببذل عناية، و يترتب على ذلك أن مسؤولية المرقى العقاري في تسيير وإدارة الأملاك المشتركة ليست مسؤولية مفترضة وإنما على الملاك الشركاء إثبات تقصير المرقى العقاري².

و على العموم، يقع على المرقى العقاري بمناسبة ضمانه للأملاك المشتركة خلال الفترة الانتقالية المحددة بسنتين التزامين أساسيين هما الحلول محل جميع هيئات تسيير الأملاك المشتركة (أولاً) وكذا إعداد ووضع وسائل وأجهزة تسيير الأملاك العقارية (ثانياً).

أولاً: حلول المرقى العقاري محل جميع هيئات تسيير الملكية المشتركة

بالرجوع للمادة 25 فقرة 2 من المرسوم التشريعي 93-03 نجد أنها خولت المالك الشريك الذي بادر بتسيير وإدارة الأملاك المشتركة جميع الصلاحيات الراجعة لهيئات الملكية المشتركة، ما يعني حلوله محل جمعية الملاك و المتصرف في اتخاذ القرارات اللازمة للمحافظة على البناية و تسييرها دون الحاجة إلى موافقة باقي الملاك الشركاء كما سبق توضيحه³.

و تكون القرارات المتخذة من المالك الشريك المبادر بالإدارة و التسيير ملزمة لكل من الملاك الشركاء و كذا الشاغلين⁴.

¹ تريبش رحمة، مرجع سابق الذكر، ص 515.

² نوي عقيلة، مرجع سابق الذكر، ص 426، 427.

³ و هو نفس ما نصت عليه المادة 45 مكرر 3 من المرسوم 83-666.

⁴ المادة 26 فقرة 2 من المرسوم التشريعي 93-03.

ما يمكن ملاحظته على المالك الشريك أنه لا يمكن اعتباره وكيلًا عن باقي الشركاء في الملك و هذا نظرا لطريقة تعيينه بموجب أمر يستند إلى عريضة يوقعها رئيس المحكمة المختص، كما لا يمكن اعتبار مسؤوليته في هذه الحالة مسؤولية عقدية¹، وبالتالي يتعارض هذا مع منحه كامل صلاحيات جمعية الشركاء و المتصرف في الحالة العادية، لذلك كان من الأنسب أن تقتصر مهمته أو صلاحياته على الإصلاحات ذات الطابع الاستعجالي التي تقتضيها حماية الأملاك المشتركة².

أما بالنسبة للقانون 04-11 فإنه لم يرد فيه ما يفيد حلول المرقى العقاري محل هيئات تسيير الأملاك المشتركة و إنما ورد ذلك في المرسوم التنفيذي 99-14، إذ جاء في بند "واجبات المرقى العقاري" حلول المرقى العقاري البائع أو الشخص -طبيعي أو معنوي- المعين من طرفه محل جميع هيئات تسيير الملكية المشتركة و هذا خلال فترة التسيير الانتقالي³.

و تتمثل هيئات تسيير الملكية المشتركة في الجمعية العامة التي تتشكل من مجموع الملاك الشركاء و كذا الشاغلين للملك، و المتصرف الذي تعيينه الجمعية العامة.

يعتبر المرقى العقاري أو من ينوبه خلال فترة التسيير الانتقالي متصرفا، إذ وفقا لنظام الملكية المشتركة فإنه توكل إليه جميع مهام و صلاحيات المتصرف و التي نذكر منها:

- إدارة البناية و العمل على حراستها و صيانتها و الحفاظ عليها.
- الحرص على الهدوء في البناية و السهر على أمنها و نظافتها، و كذا إدارة أجزائها المشتركة و ضمان صيانتها الضرورية.

- توظيف البوابين و كذا المستخدمين المكلفين بالصيانة و تسريحهم.

- مطالبة شاغلي المحلات -الفعالين و غير الفعالين- بدفع الحصة المترتبة عليهم من النفقات المترتبة عن الصنف الأول من الأعباء.

- تأمين البناية ضد الأخطار.

¹ زواوي فريدة، مرجع سابق الذكر، ص 160.

² تواتي سهيلة، الحماية القانونية للمشتري في عقد بيع العقار بناء على التصاميم، مرجع سابق الذكر، ص 231.

³ الباب الرابع من نموذج نظام الملكية المشتركة الملحق بالمرسوم التنفيذي 99-14.

- تمثيل الملاك الشركاء و الشاغلين للملك أمام القضاء إزاء الغير و جميع الإدارات سواء بصفته مدعيا أو مدعى عليه.

- تحصيل ديون الملاك الشركاء أو الشاغلين للملك.

إن الدافع من وراء الزام المشرع للمرقي العقاري بإدارة و تسيير الأملاك المشتركة في الفترة الانتقالية قد يرجع لما رآه من تسبب و إهمال من طرف الملاك الشركاء في الحفاظ على هذه الأملاك و حسن إدارتها، و مع ذلك فإن ما ذهب إليه المشرع محل نظر من عدة نواح:¹

أولا لا يعد المرقي العقاري من الملاك الشركاء للبنية خصوصا بعد بيعه لآخر جزء منها، و بالتالي على أي أساس يتم تكليفه بإدارة البنية و هو لا يملك أي حصة فيها.

ثانيا ترتبط فكرة الأملاك المشتركة بالانتفاع بالبنية، و طالما أن المرقي العقاري لا ينتفع بها، فكيف له أن يعامل معاملة المنتفع و يلتزم بالإدارة.

ثالثا إن إدارة و تسيير الأملاك العقارية لا يدخل ضمن اختصاصات مهنة المرقي العقاري، إذ بالرجوع لتعريف المشرع لهذه المهنة في نص المادة 3 فقرة 14 من القانون 04-11 نجد أنه لم ينص على الإدارة و التسيير و إنما نص على عمليات البناء، الترميم، إعادة التأهيل، التجديد، إعادة الهيكلة، تدعيم البنيات، تهيئة و تأهيل الشبكات، و بالتالي هناك تداخل بين مهنة المرقي العقاري و مهنة الوكيل العقاري، هذه الأخيرة تعتبر مهنة مقننة منذ صدور المرسوم التنفيذي 97-154 المؤرخ في 10 مايو 1997 و المتعلق بإدارة الأملاك العقارية.²

رابعا كان من الأحسن عدم منح المرقي العقاري السلطة المطلقة في الحلول محل كل من الجمعية العامة و المتصرف خصوصا فيما يتعلق بالقرارات التي تستدعي المصادقة عليها من ثلثي الأعضاء الحاضرين أو الممثلين (كإدخال عناصر جديدة أو تعديل المحلات ذات الاستعمال المشترك) أو بإجماع أعضاء الجمعية العامة.³

خامسا لم يحدد المشرع من خلال القانون 04-11 و المرسوم التنفيذي 14-99 من يتحمل أعباء إدارة و تسيير الأملاك المشتركة خلال الفترة الانتقالية، هل هو المرقي العقاري باعتباره المسؤول أم مجموع الملاك

¹ بناسي شوقي، مرجع سابق الذكر، ص 320.

² الجريدة الرسمية عدد 28 مؤرخة في 11 مايو 1997، ملغى بالمرسوم التنفيذي 09-18 (معدل و متمم) المؤرخ في 20 يناير 2009 المحدد للتنظيم المتعلق بممارسة مهنة الوكيل العقاري، الجريدة الرسمية عدد 6 المؤرخة في 25 يناير 2009.

³ حامي حياة، مرجع سابق الذكر، ص 255.

الشركاء و الشاغلين للملك؟ حيث كان حريا بالمشرع تحديد ذلك و النص عليه بوضوح تفاديا لأي تأويل و منازعات في المستقبل، فلو ألزم الملاك الشركاء أو الشاغلين بتحمل هذه الأعباء و جب عليه تحديد كيفية و وقت دفعها للمرقي العقاري، أما في حالة تحميلها للمرقي العقاري فلا شك أن هذا الأخير سوف يُضْمَنها في سعر البيع مما يزيد تكلفة شراء السكنات على الأشخاص.

ثانيا: إعداد و وضع وسائل و أجهزة تسيير الأملاك العقارية

لا يكتفي المرقي العقاري خلال الفترة الانتقالية بتسيير و إدارة الأملاك المشتركة بل بالموازاة مع ذلك عليه إعداد و وضع أجهزة و وسائل تسيير الأملاك العقارية¹، و يتفرع التزامه هذا إلى التزامين، أولهما يجسد الجانب المادي و يتمثل في وضع وسائل إدارة هذه الأملاك، و ثانيهما يجسد الجانب القانوني و يتمثل في قيام المرقي العقاري بوضع أجهزة تسيير الأملاك العقارية².

يتجسد الالتزام الأول عمليا من خلال قيام المرقي العقاري بإنجاز المادي للمحلات اللازمة و الضرورية لإدارة الأملاك و مسكن البواب، إذ تنص المادة 61 فقرة 3 من القانون 04-11 على وجوب توقع و إنجاز المرقي العقاري للمحلات الضرورية لإدارة الأملاك و مسكن البواب بعنوان الأجزاء المشتركة، و أكد على ذلك المرسوم التنفيذي 99-14 من خلال المادة الرابعة منه التي جاء فيها أنه يتعين على المرقي العقاري توضيح قيامه بتخصيص و إنجاز المحلات الضرورية لإدارة الأملاك و كذا مسكن البواب.

أما فيما يخص الالتزام الثاني المتمثل في وضع أجهزة تسيير الأملاك العقارية فلم يرد النص عليه بصورة صريحة في القانون 04-11، و إنما تمت الإشارة إليه في بند " واجبات المرقي العقاري في مجال التسيير الانتقالي للملكية المشتركة" من المرسوم التنفيذي 99-14، حيث جاء في هذا البند التزام المرقي العقاري بضمان أو الأمر بضمان التسيير الانتقالي للأملاك المشتركة إلى غاية استدعاء الجمعية العامة لاجتماعها الأول قصد وضع الأجهزة المنظمة لهذه الأملاك، و من الناحية العملية حتى يحقق المرقي العقاري التزامه هذا و جب عليه استدعاء أغلبية الملاك الشركاء للجمعية العامة و التي يتم خلالها انتخاب المتصرف.

¹ المادة 5 من المرسوم التنفيذي 19-14.

² بناسي شوقي، مرجع سابق الذكر، ص 321.

الفرع الثالث: التزام المرقي العقاري بتحويل تسيير وإدارة الأملاك العقارية إلى هيئات الملكية المشتركة

لا يقتصر دور المرقي العقاري في إعداد نظام الملكية المشتركة و ضمان تسيير و إدارة هذه الملكية خلال الفترة الانتقالية، و إنما وجب عليه كذلك تحويل هذه الإدارة إلى الأجهزة المنبثقة عن المقتنين أو الأشخاص المعينين من طرفهم، حيث ورد هذا الالتزام في كل من المادة 62 فقرة 2 من القانون 04-11 و كذا دفتر الشروط الملحق بالمرسوم التنفيذي 12-85 المحدد للالتزامات و المسؤوليات المهنية للمرقي العقاري، و المادة 5 من المرسوم التنفيذي 14-99، بالإضافة إلى نموذج نظام الملكية المشتركة الملحق بنفس المرسوم الأخير.

و يتعين على المرقي العقاري السعي للتجسيد العملي للتحويل المشار إليه أعلاه من خلال اتخاذ كافة التدابير الضرورية قصد نقل الإدارة و التسيير إلى هيئات الملكية المشتركة خلال الاجتماع الأول للجمعية العامة التي يتم استدعائها من طرفه، حيث كفل القانون للملاك الشركاء تكوين هيئة منهم لإدارة هذه الأملاك تسمى "الجمعية العامة" (أولاً)، و بما أن هذه الأخيرة تتكون من عدة أشخاص فهي إذن بحاجة لشخص واحد يسهر على تنفيذ قراراتها و يمثل جميع الملاك الشركاء يطلق عليه "المتصرف" (ثانياً).

لم يترك المشرع عملية تحويل الإدارة و التسيير خاضعة لأهواء المرقي العقاري و إنما ضبط المسألة من خلال النص على الإجراءات الواجب اتخاذها من طرف الملاك الشركاء لإنهاء التسيير الانتقالي (ثالثاً).

أولاً: الجمعية العامة

تملك أكثر من شخص لحصص في بناية واحدة يستدعي منهم التعاون الكامل قصد المحافظة عليها و إدارتها و صيانتها على أكمل وجه، ذلك أن طبيعة الملكية المشتركة تستلزم تظافر جهود الملاك الشركاء لتحقيق مصالحهم، لهذا الغرض و من أجل ضمان الموازنة بين واجبات و حقوق الملاك الشركاء و كذا تكتلهم¹، تكفل المشرع من خلال المرسوم التنفيذي 14-99 بإعطاء التفاصيل المتعلقة بتشكيل جماعة الملاك الشركاء لجمعية عامة تكتسب الشخصية المعنوية و الشخصية المدنية فور اعتمادها².

تضم الجماعة أكثر من فردين يتفاعلون فيما بينهم بحيث يؤثر كل واحد فيهم على الآخر لتحقيق أهداف عامة أو خاصة، و هذا هو الحال بالنسبة للجمعية العامة في إطار الملكية المشتركة، حيث تتكون من جميع الشركاء في الملك، هدفها إدارة الأجزاء المشتركة للبنانية فهي بذلك لا تهدف إلى تحقيق الربح، و تتميز بالإرادة

¹ شمام فتيحة، مرجع سابق الذكر، ص 218.

² نموذج نظام الملكية المشتركة الملحق بالمرسوم التنفيذي 14-99.

الجماعية التي تتجسد في صورة قرار، كما أنها تتمتع بالشخصية المعنوية ما يعطيها حق التقاضي، ويمثلها أمام القضاء "المتصرف"، بالإضافة إلى أنها تتمتع بذمة مالية مستقلة عن ذمة الشركاء.

أ/- وجود ونهاية الجمعية العامة

إن مناط وجود الجمعية العامة هو وجود أكثر من مالك شريك واحد لبناية متعددة الطوابق و الشقق، حيث أن قيامها هو أمر إلزامي طبقاً للمرسوم التنفيذي 99-14، وتضم الجمعية العامة كل الملاك الشركاء للبناية و كذا الملاك اللاحقين و كذا الشاغلين للملك دون أي استثناء، و عليه يقع باطلا كل نص في نظام الملكية المشتركة يقضي بحرمان أحدهم من الاشتراك في الجمعية العامة، كما لا يجوز حرمان أحد الملاك من الاشتراك فيما كجزء لإخلاله بالتزاماته.

أما بالنسبة لنهاية الجمعية العامة فإنه بالرجوع إلى نموذج نظام الملكية المشتركة الملحق بالمرسوم التنفيذي 99-14¹ نجد أن المشرع لم يفصل في المسألة مكتفياً بذكر حالة وحيدة لزوال الجمعية هي حالة ما إذا أصبحت البناية موضوع الملكية المشتركة ملكاً لشخص واحد، ويمكن إضافة حالات أخرى على سبيل المثال لا الحصر كهلاك البناية و زوالها بسبب الحرب أو الزلزال أو الحريق، أو حدوث تهمدم جزئي أو كلي لها، و في الحالة الأخيرة يجوز للملاك الشركاء اتخاذ قرار بأغلبية الأصوات لتجديد البناية أو إصلاح الجزء الذي لحقه الضرر².

ب/- الطبيعة القانونية للجمعية العامة

الجمعية العامة في الملكية المشتركة عبارة عن جماعة من الأشخاص لهم صفة المالك الشريك أو الشاغل للبناية محل الملكية المشتركة، تتكون بصفة دائمة و لا تهدف لتحقيق الربح، تتحقق فيها مقومات الجمعية غير أنها تخضع لأحكام مختلفة عن تلك التي تخضع لها الجمعيات بصفة عامة، تكتسب الشخصية المعنوية و تتمتع باستقلالية ذمتها المالية عن ذمة أعضائها، و الاعتراف للجمعية العامة بالشخصية المعنوية لا يعني أنها هي المالك للبناية موضوع الملكية المشتركة و إنما تبقى ملكية هذه الأخيرة للملاك الشركاء بحيث لكل واحد فيهم جزء خاص مملوك ملكية مفرزة و نصيب في الأجزاء المشتركة³.

¹ الباب الأول المعنون ب: " مجموعة الشركاء في الملك (التشكيل-الهدف-الصفة)" من الجزء الثاني المعنون ب: " إدارة و تسيير البناية أو مجموع البنايات" من نموذج نظام الملكية المشتركة الملحق بالمرسوم التنفيذي 99-14.

² المادة 756 مكرر 1 من القانون المدني.

³ شمام فتيحة، مرجع سابق الذكر، ص 224.

و على اعتبار أن تشكيل الجمعية العامة يتم بقوة القانون فإن عضوية المالك الشريك فيها يتم بمجرد تملكه لحصة في البناية موضوع الملكية المشتركة، و لا يمكنه الانسحاب منها، كما لا يمكن للجمعية العامة اتخاذ قرار بفصل أحد أعضائها، و هو ما سوف نفضله لاحقاً.

ج/- العضوية في الجمعية العامة

يعتبر الأشخاص المؤسسين لأية هيئة جماعية كانت هم أعضائها، و هذا ما ينطبق على البنائيات في الملكية المشتركة، حيث يقوم الملاك الشركاء بتأسيس الجمعية العامة و العضوية فيها دون أن يكون لأحدهم التنصل عن ذلك كونه أمر مفروض على الجميع، غير أن التطور الذي شهدته الحياة الاجتماعية و كذا اختلاف صفات الشاغلين للبناية و تعدد أشكال الحيازة عليها جعل من العضوية في الجمعية العامة غير مقتصرة على الملاك الشركاء فقط و إنما تتعداهم لتشمل أشخاصاً آخرين، الأمر الذي حتم على المشرع تنظيم وضعية هؤلاء الأشخاص في الجمعية العامة¹.

تضم الجمعية العامة كل الملاك الشركاء للبناية موضوع الملكية المشتركة دون أي استثناء، حيث يعد كل مالك شريك عضواً في هذه الجمعية بقوة القانون، فالعضوية تمتاز بأنها إجبارية و تعد حقا ملازماً لكل مالك شريك لا يمكن لأحد حرمانه منه، و لا تنقضي عضويته في الجمعية العامة إلا في حالة تصرفه في حصته للغير.

و يترتب عن العضوية الإجبارية في الجمعية العامة لكل مالك شريك عدة نتائج أبرزها استدعاء هذا الأخير لمختلف اجتماعات الجمعية العامة بصفة الزامية، كما لا يمكن بأي حال من الأحوال طرده من الجمعية أو حرمانه من حقه في التصويت بأي حجة كانت، و أي مساس بحقه في المشاركة في اجتماعات الجمعية أو تمثيله أمامها يعرض القرارات الصادرة عن الجمعية العامة للبطالان دون البحث إذا كان ذلك سيؤثر على الأغلبية المفترزة أو لا.

على اعتبار أن المالك الشريك للبناية يعتبر عضواً في الجمعية العامة بقوة القانون، فهل هذا يعني أنه ملزم بحضور كافة اجتماعات الجمعية العامة أم أنه حر في ذلك؟ للإجابة عن التساؤل المطروح لا بد من الرجوع إلى بنود نظام الملكية المشتركة، إذ نجد أن المشرع يقر بأن مداوات الجمعية العامة لا تصح إلا بحضور ثلثي 3/2 أعضائها على الأقل، و في حالة عدم اكتمال النصاب المفروض تجتمع الجمعية العامة في الأيام الثمانية 8 الموالية و تصح مداواتها دون الأخذ بعين الاعتبار عدد الأعضاء الحاضرين، و عليه نتوصل

¹ تومي مريم، مرجع سابق الذكر، ص 113.

إلى نتيجة مفادها أن المشرع لا يرهن مسألة انعقاد الجمعية العامة بحضور كافة أعضائها، و بالتالي فإن المالك الشريك العضو حر في الحضور أو الامتناع عن الحضور، غير أن عدم حضوره من شأنه ترتيب آثار سلبية تتعلق بسير المداولات نتيجة عدم اكتمال النصاب المحدد قانونا أو عدم تحقق الأغلبية في حال اشتراطها القانون للمصادقة على مسألة تتعلق بالأمالك المشتركة، مما يؤدي إلى عرقلة إدارة و تسيير البناية و كذا المحافظة عليها¹.

و لم يشر المشرع الجزائري إلى طبيعة حضور اجتماعات الجمعية العامة، هل يشترط أن يكون الحضور جسديا « présence physique » أو يكفي الحضور عن طريق استعمال وسائل الاتصال الإلكتروني، عكس المشرع الفرنسي الذي مكن المالك الشريك المشاركة في اجتماعات الجمعية العامة حضوريا (الحضور الجسدي) كما مكنه كذلك المشاركة عن طريق التحاضر المرئي عن بعد أو بأي وسيلة اتصال إلكتروني تسمح بتحديد هويته، كما يمكن للمالك الشريك التصويت على مختلف المسائل المعروضة مسبقا في جدول الأعمال عن طريق المراسلة « par correspondance » و هذا قبل انعقاد الجمعية العامة من خلال استخدام استمارة « un formulaire » معدة وفقا لنموذج يحدد بقرار².

يلاحظ مما سبق أن المشرع الفرنسي كان لينا عند تحديده لطرق المشاركة في اجتماعات الجمعية العامة لعدة اعتبارات، حيث افترض تواجد المالك الشريك في حالة سفر وقت انعقاد الاجتماع، أو تعذر عليه الحضور الجسدي للاجتماع نتيجة ظرف معين، الأمر الذي جعله يفتح الباب لاستخدام تقنيات الاتصال الحديثة.

بالإضافة إلى الملاك الشركاء، تتشكل الجمعية العامة كذلك من الأعضاء الشاغلين للملك محل الملكية المشتركة، و لم يحدد المشرع الجزائري المقصود بالشاغل خلافا لنظيره المصري الذي عرفه في نص المادة 77 من قانون البناء بأنه كل شخص يشغل وحدة في عقار محل ملكية مشتركة سواء كان مالكا أو صاحب حق انتفاع أو مستأجر أو مشتريا بعقد غير مسجل أو حائزا بموجب سند قانوني سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا.

و بتفحص نموذج نظام الملكية المشتركة نجد أن ما قصده المشرع بالشاغلين هم الملاك الشركاء للبنانية و كذا أصحاب حقوق الانتفاع و المستأجرين، حيث يحق للمستأجر المشاركة في اجتماعات الجمعية العامة

¹ شمام فتيحة، مرجع سابق الذكر، ص 227.

² المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

و كذا المشاركة في المهام المتعلقة بإدارة و تسيير الأملاك المشتركة، كما له كذلك الحق في إدلاء صوته في حالات معينة هي:¹

- التصويت على القرارات المتعلقة بأعباء الصنف الأول كون المستأجر ملزم بتحملها و عليه فمن البديهي و المنطقي السماح له بالتصويت على كل ما يتعلق بهذه الأعباء.

- التصويت على القرارات الخاصة بأشغال الترميم التي يراها أغلبية أعضاء الجمعية العامة ضرورية.

- حالة غياب المالك الشريك المؤجر أو من يمثله.

و على العموم لا يكون للمستأجر الحق في التصويت إلا على القرارات الخاصة بالأعباء التي يتحملها كونها في أغلبها ناتجة عن الإنتفاع العادي بالأجزاء المشتركة.

د/- اجتماع الجمعية العامة

يكون انعقاد الجمعية العامة بصفة وجوبية مرة واحدة على الأقل في كل سنة و هذا خلال الأشهر الثلاثة الموالية لانتهاء السنة، كما يمكن استدعاؤها كلما كانت هناك ضرورة، و يتولى عادة استدعاء الجمعية العامة متصرف البناية بمبادرة شخصية منه أو كلما طلب الملاك الشركاء و/أو الشاغلون منه ذلك، و يتضمن الاستدعاء الموجه لأعضاء الجمعية العامة وجوبا كل من ساعة و تاريخ و مكان الاجتماع و مختلف الأسئلة المسجلة في جدول الأعمال²، و يتم تبليغ الاستدعاء للأعضاء بموجب رسالة موصى عليها مع طلب الإشعار بالاستلام أو من خلال تسليم الاستدعاء يدويا مقابل التوقيع على سجل الاستدعاءات، و يشترط تبليغ هذه الاستدعاءات قبل مدة لا تقل عن خمسة عشر 15 يوما من تاريخ الاجتماع باستثناء الحالات المستعجلة³.

في حالة عدم تبليغ المتصرف بانتقال أحد الملاك الشركاء أو الشاغلين فإن الاستدعاء الموجه للشاغل القديم يعتبر تبليغا للمالك الشاغل الجديد، كما أنه في حالة الشروع بين عدة أشخاص كتملك أكثر من شخص لشقة واحدة في البناية فإنه يجب عليهم انتداب أحدهم ليمثلهم، و إذا لم يقوموا بإعلام المتصرف

¹ بن حبيلس أمينة، الوضعية القانونية للمستأجر في إطار الملكية المشتركة بين التقييد و الحماية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و السياسية، جامعة الجزائر 1، المجلد 53، العدد 2، جوان 2016، ص 324.

² ما يعني أن الاستدعاء و يجب أن يكون مكتوبا.

³ الباب الثاني من الجزء الثاني من نموذج نظام الملكية المشتركة.

بحالة الشيوخ و تعيين مندوب عنهم، يعد الاستدعاء مبلغ بشكل صحيح إلى منزل المالك القديم أو المنزل الذي يختاره.

يقوم المتصرف بتحديد جدول الأعمال، و تكمن أهمية هذا الأخير في تمكين الملاك الشركاء و الشاغلين الأعضاء في الجمعية العامة من التعرف على القضايا و المسائل التي سوف يتم مناقشتها خلال الاجتماع و التصويت عليها و تقدير أهمية و قيمة القرار الذي سوف يتخذ بشأنها، و عليه و جب إعداده بعناية و تحديد محتواه بشكل دقيق و واضح¹، و يمكن كذلك لكل مالك شريك أو شاغل تبليغ المتصرف بجميع المسائل المراد تسجيلها في جدول الأعمال بشرط أن يكون التبليغ قبل خمسة عشر 15 يوما من تاريخ انعقاد الاجتماع.

إن بداية اجتماع الجمعية العامة و المباشرة الفعلية في مناقشة مختلف المسائل المدرجة في جدول الأعمال يتطلب مجموعة من القواعد الشكلية و الموضوعية يجب على أعضائها مراعاتها دون أي إهمال، أولا يشترط إنشاء ورقة الحضور « la feuille de présence » و التي يتم التوقيع عليها من كل الأعضاء الحاضرين عند دخولهم للاجتماع، حيث يدرج فيها اسم و منزل كل مالك شريك و/أو شاغل و عند الاقتضاء اسم الوكيل الذي يمثلهم و كذا عدد الأصوات التي يتمتع بها كل واحد منهم، ثانيا تعين الجمعية العامة رئيسا للجلسة عند بدء الاجتماع من خلال التصويت برفع الأيدي، و في حالة عدم تقدم أي مترشح من بين الأعضاء، يتولى العضو الأكبر سنا رئاستها بصفة تلقائية، و يجب الإشارة في هذا الصدد أنه لا يجوز بأي حال من الأحوال للمتصرف أو زوجه رئاسة الجمعية العامة².

يتولى المتصرف أعمال كتابة الجلسة، و لا تصح مداوات الجمعية العامة إلا إذا حضر الاجتماع ثلثي 3/2 أعضائها على الأقل، و في حالة عدم اكتمال النصاب المحدد قانونا، تجتمع الجمعية العامة مرة أخرى في الأيام الثمانية 8 الموالية و حينئذ تصح مداواتها دون الأخذ بعين الاعتبار عدد الحاضرين، كما لا تصح مداواتها إلا فيما يخص المسائل المدرجة في جدول الأعمال.

يكون للمالك الشريك عند التصويت في اجتماع الجمعية العامة من الأصوات ما يعادل الحصص التي يملكها، و يمكن له و/أو الشاغل أن يمثلهم و كيل من اختيارهم باستثناء كل من المتصرف و زوجه، كما يتم تعويض الأشخاص العاجزة بممثلهم القانونيين، و لا يمكن للوكيل أن يتلقى أكثر من تفويض من أجل التصويت، و منح المشرع الفرنسي للمالك الشريك الحق في حضور اجتماع الجمعية العامة بمفرده أو رفقة

¹ شمام فتيحة، مرجع سابق الذكر، 240.

² بند سير الجمعية العامة المضمن في نموذج نظام الملكية المشتركة. و المادة 763 مكرر من القانون المدني.

موثق أو محامي أو مستشار قانوني، كما له كذلك أن يوكل أي شخص آخر يراه مناسباً سواء كان مالكا شريكا آخر أو شخص خارجي عن البناية، غير أنه لا يمكنه توكيل المتصرف « le syndic » أو زوجه أو شركائه أو الأصول « les ascendants » أو الفروع « les descendants » الخاصة به (المتصرف)¹.

في حال وجود حصة شائعة و لم يوجد الممثل المشترك المفوض من طرف الملاك على الشيوع المعنيين، يتولى رئيس المحكمة المختص إقليمياً تعيين وكيل لهم بناء على طلب مقدم من المتصرف أو أحد المالكين على الشيوع².

نص المشرع في المادة 764 من القانون المدني و نموذج نظام الملكية المشتركة أن قرارات الجمعية العامة يتم اتخاذها عن طريق الاقتراع « scrutin »، حيث يقوم رئيس الجلسة بعرض مختلف المسائل المدرجة في جدول الأعمال على أعضاء الجمعية العامة الحاضرين أو وكلائهم للتداول بشأنها، بعد ذلك ينتقل إلى التصويت عليها، حيث تقدم كل مسألة بشكل منفصل للتصويت عليها و يمنع التصويت الجماعي أي التصويت دفعة واحدة³، كما يشترط أن يكون التصويت علنياً و بالتالي يحضر الاقتراع السري و هذا من أجل عد الأصوات للتمكن من احتساب الأغلبية المقررة قانوناً، و لم يبين المشرع كيفية التصويت على المسائل المدرجة في جدول الأعمال بخلاف التصويت على رئيس الجلسة و الذي يكون برفع الأيدي، مما يوحي أن نفس الطريقة تعتمد كذلك للتصويت على هذه المسائل، و يجب فرز أصوات الأعضاء الحاضرين خلال اجتماع الجمعية العامة و إعلان النتائج قبل الانصراف.

بخلاف نصوص القانون المدني، حدد المشرع من خلال نموذج نظام الملكية المشتركة مختلف القرارات الصادرة عن الجمعية العامة و التي تحتاج الأغلبية البسيطة (50% +1) من أصوات الأعضاء الحاضرين أو الممثلين للمصادقة عليها، حيث حدد هذه الحالات على سبيل المثال لا الحصر:

- الترخيص لبعض أعضاء الجمعية العامة من أجل القيام على نفقتهم بأشغال تلحق ضرراً بالأجزاء المشتركة للبنانية أو بمظهرها الخارجي.

- مختلف المسائل التي تتعلق بتطبيق نظام الملكية المشتركة أو المصادقة على النظام الداخلي و المواضيع المقررة، و كل المسائل التي تتعلق بالملكية المشتركة.

¹ Paul Massé , Le guide complet du logement, 26^e édition, Scrineo, 2015, p 320.

² نموذج نظام الملكية المشتركة الملحق بالمرسوم التنفيذي 14-99، و المادة 764 مكرر 1 فقرة 3 من القانون المدني.

³ شمام فتيحة، مرجع سابق الذكر، ص 250.

- أي تغيير في توزيع الأعباء الضرورية نتيجة تغيير استعمال جزء أو عدة أجزاء.

- كفيات إنجاز و كذا تنفيذ الأشغال الإجبارية.

أما بالنسبة للقرارات التي تحتاج المصادقة عليها أغلبية ثلثي 3/2 (66%) أصوات أعضاء الجمعية العامة الحاضرين أو الممثلين فهي محددة في نفس النموذج كما يلي:

- تعيين المتصرف أو عزله.

- توزيع مصاريف تسيير الأجزاء المشتركة أو العناصر المستحدثة أو المحولة و صيانتها و استبدالها.

- كل أشغال التحسين كتغيير عنصر أو عدة عناصر من التجهيزات الموجودة، أو إدخال عناصر جديدة، و تعديل محلات ذات استعمال مشترك أو إحداث مثل هذه المحلات شريطة أن تكون مطابقة للغرض الذي هيئت من أجله.

و فيما يخص القرارات التي تتطلب المصادقة عليها إجماع أعضاء الجمعية العامة من الملاك الشركاء فتتمثل فيما يلي:

- الشروط التي تتم بها أعمال التصرف في الأجزاء المشتركة أو في الحقوق التابعة لهذه الأجزاء عندما تنجم عن التزامات قانونية و تنظيمية.

- تشييد بنايات قصد إنشاء محلات جديدة ذات الاستعمال الخاص.

- إعلاء البناية أو قرار التنازل عن حق إعلاء بناية موجودة، و يتطلب ذلك الموافقة الصريحة من طرف الملاك الشركاء الذين يشغلون الطابق الأعلى، و يتم إيداع الناتج المتأتي عن أعمال التصرف في ميزانية الجمعية، أو يوزع بين الملاك الشركاء.

الإجماع المقصود هنا هو إجماع جميع الشركاء في الملك و ليس فقط الحاضرين في جلسة الجمعية العامة و ممثلي الشركاء في الملك المتغيين، و عليه فإن تغيب شريك في الملك أو امتناعه عن التصويت يؤدي إلى عدم المصادقة على القرار.

تكون القرارات التي تمت المصادقة عليها من طرف الجمعية العامة ملزمة لكل الملاك الشركاء و/أو الشاغلين و ذوي حقوقهم، و يكون الاعتراض على هذه القرارات أمام المحكمة المختصة إقليميا في أجل أقصاه شهران 2 ابتداء من تاريخ تبليغهم بالقرار من طرف المتصرف تحت طائلة سقوط الحق¹.

ثانيا: المتصرف

على اعتبار أن الجمعية العامة هي شخص معنوي فهي تحتاج إلى شخص طبيعي يتولى تنفيذ مختلف القرارات الصادرة عنها و يمثلها أمام الملاك الشركاء و الغير و كذلك أمام الجهات الإدارية و القضائية، هذا الشخص الطبيعي يطلق عليه القانون اسم "المتصرف"، حيث أن نجاح التسيير الجماعي للبنية موضوع الملكية المشتركة مرتبط بشكل أساسي بوجوده².

بالرجوع إلى نموذج نظام الملكية المشتركة الملحق بالمرسوم التنفيذي 14-99 يمكن تعريف المتصرف بأنه الشخص الطبيعي القائم بإدارة و تسيير البنية الخاضعة لنظام الملكية المشتركة و كذا السهر على تنفيذ القرارات الصادرة عن الجمعية العامة المرتبطة بها و هذا عن طريق وكالة ممنوحة له.

كما يعرف المتصرف بأنه الشخص المكلف بإدارة مصالح العقار الخاضع للملكية المشتركة و كذا السهر على تنفيذ القرارات المتعلقة به عن طريق وكالة ممنوحة له، و يتم انتقائه من بين الشركاء في الملك أو من الغير³.

أ/- تعيين المتصرف وإنهاء مهامه

مثلما سبق بيانه، يتوجب على الملاك الشركاء للبنية موضوع الملكية المشتركة تشكيل جمعية عامة، هذه الأخيرة يتعين عليها تعيين متصرف ينفذ قراراتها، حيث يعتبر المتصرف بمثابة الهيئة التنفيذية المكلفة بتجسيد و تنفيذ كل قرارات الجمعية⁴.

¹ المادة 764 مكرر 2 من القانون المدني، و نموذج نظام الملكية المشتركة الملحق بالمرسوم التنفيذي 14-99.

² شمام فتيحة، مرجع سابق الذكر، ص 281.

³ تومي مريم، مرجع سابق الذكر، ص 134.

⁴ بوساحة نجاه، جروني فايزة، مسؤولية المتصرف المترتبة عن إدارة الملكية العقارية المشتركة، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية و السياسية، جامعة المسيلة، المجلد 6، العدد 1، جوان 2021، ص 461.

يتم تعيين المتصرف من طرف أعضاء الجمعية العامة عن طريق التصويت و هذا بمصادقة أغلبية ثلثي 3/2 الأعضاء الحاضرين أو الممثلين¹، و يختار من بين شاغلي البناية أو من الغير و هذا لمدة سنتين قابلة للتجديد، و يتم في نفس الاجتماع تحديد أجرته و كذا الميزانية التقديرية للوقت الباقي من السنة المالية².

و في حالة عدم قيام الجمعية العامة بتعيين متصرف، أو تخلى هذا الأخير عن منصبه أو منعه مانع لأداء مهامه، أو تهاون في ممارسة مهامه و حقوقه المسندة له من الجمعية العامة دون أن يتم تعويضه بمتصرف آخر، يقوم رئيس المجلس الشعبي البلدي المختص إقليمياً بتعيين متصرف للبناية موضوع الملكية المشتركة و هذا بناء على إشعار من أغلبية الملاك الشركاء³.

ما يمكن ملاحظته على أحكام المرسوم التنفيذي 99-14 أنه لم ينص على تعيين المتصرف عن طريق القضاء إذا لم تقم الجمعية العامة بذلك كما كان عليه الحال في ظل تطبيق المرسوم 76-146 المؤرخ في 23 أكتوبر 1976 المتضمن للنظام النموذجي للملكية المشتركة للعقارات المبنية و مجموع العقارات المقسمة إلى أجزاء⁵، حيث تنص المادة 78 من هذا الأخير أنه في حالة عدم تعيين المتصرف (الوكيل) من طرف الجمعية بأغلبية أصوات جميع الملاك الشركاء حتى ولو كانوا غائبين أو غير ممثلين يتم تعيينه بموجب أمر من رئيس المحكمة المختصة إقليمياً بناء على عريضة مقدمة من أحد الملاك الشركاء.

و بالنسبة لإنهاء مهام المتصرف فتتم بنفس طريقة تعيينه أي عن طريق التصويت، حيث يشترط للمصادقة على هذا القرار ثلثي 3/2 الأعضاء، و في هذا الصدد يثار التساؤل حول المتصرف الذي تم تعيينه من طرف رئيس المجلس الشعبي البلدي المختص إقليمياً، هل يتم عزله من طرف الجمعية العامة مثلما سبق توضيحه؟ أم يشترط عزله من طرف رئيس المجلس الشعبي البلدي استناداً على أن من له حق التعيين هو وحده من يتمتع بحق العزل؟

يرى جانب من الباحثين أنه لا يمكن للجمعية العامة أن تصوت على عزل المتصرف إذا كان هذا الأخير معيناً من طرف رئيس المجلس الشعبي البلدي كون من له سلطة التعيين له سلطة العزل⁶، و بالتالي على

¹ تم النص على ذلك في المادة 29 من المرسوم 666-83 و كذا المرسوم التنفيذي 99-14.

² نموذج نظام الملكية المشتركة الملحق بالمرسوم التنفيذي 99-14.

³ المادة 756 مكرر 3 من القانون المدني، و نموذج نظام الملكية المشتركة الملحق بالمرسوم التنفيذي 99-14، و المادة 36 من المرسوم 666-83.

⁴ ما يمكن ملاحظته على المادة 36 من المرسوم 666-83 أنها منحت الحق لشاغلي البناية موضوع الملكية المشتركة (إلى جانب الملاك الشركاء) لإشعار رئيس المجلس الشعبي البلدي المختص إقليمياً من أجل تعيين متصرف، على عكس المرسوم التنفيذي 99-14 الذي منح هذا الحق للملاك الشركاء فقط.

⁵ الجريدة الرسمية عدد 12 المؤرخة في 9 فبراير 1977.

⁶ بوساحة نجاة، جروني فايزة، مرجع سابق الذكر، ص 462.

أغلبية الشركاء في الملك إشعار رئيس المجلس الشعبي البلدي لعزل المتصرف المعين من طرفه، في حين يرى جانب آخر من الباحثين أن عدم تطرق المشرع من خلال المرسوم التنفيذي 14-99 لهذه المسألة يفهم منه أنه منح صلاحية عزل المتصرف لأغلبية أعضاء الجمعية العامة في جميع الأحوال دون مراعاة للجهة التي عينته¹.

كما قد تنتهي مهام المتصرف إما بمرور مدة السنتين (2) دون تجديدها أو بوفاته أو بفقدان أهليته أو عجزه الجزئي أو الكلي عن أداء المهام المكلف بها أو الحكم عليه بعقوبة سالبة للحرية.

ب/- مهام المتصرف

حدد المشرع مختلف المهام التي تقع على عاتق المتصرف في الباب الثالث المعنون "المتصرف" من الجزء الثاني من نموذج نظام الملكية المشتركة الملحق بالمرسوم التنفيذي 14-99 والتي نجد من بينها:

- يكلف المتصرف بتطبيق نظام الملكية المشتركة والعمل على احترام بنوده و تطبيق مختلف العقوبات في هذا المجال، كما يعمل على تنفيذ قرارات الجمعية العامة.

- إدارة البناية موضوع الملكية المشتركة والحفاظ عليها وصيانتها وحمايتها.

- الحرص على الهدوء في البناية وإعداد التنظيم الداخلي وتعليقه بعد مصادقة الجمعية عليه.

- السهر على نظافة البناية وأمنها وإدارة أجزائها المشتركة و ضمان صيانتها.

- توظيف البوابين وكذا المستخدمين المكلفين بالصيانة وتسريحهم.

- مسك مجموع أرشيف الجمعية العامة خصوصا الاتفاقيات والأوراق والمراسلات والتصاميم وكذا الوثائق المتعلقة بالتسيير المحاسبي....إلخ.

- تحضير الميزانية التقديرية وإخضاعها لتصويت الجمعية العامة

- العمل على تأمين البناية من الأخطار المحتمل أن تلحق بها أو بالجماعة التي يمثلها.

- تمثيل الجمعية العامة إزاء الغير والإدارات وأمام القضاء سواء مدعيا أو مدعى عليه.

¹ شمام فتيحة، مرجع سابق الذكر، ص 296.

- تقديم تقرير عن تسييره لا سيما كشف الأموال التي تلقاها أو قام بتسويقها و صرفها لجماعة الملاك الشركاء و/أو الشاغلين.

- أن يقدم سنويا حساب عن تسييره و عرض حساباته على الجمعية العامة للمصادقة عليها.

ثالثا: الإجراءات الواجب اتخاذها من طرف الملاك الشركاء لإنهاء التسيير الانتقالي

مثلا سبق بيانه يتعين على المرقى العقاري بصفته متصرف استثنائي السعي إلى تحويل إدارة و تسيير البناية إلى هيئات الملكية المشتركة، حيث اختار المشرع الاجتماع الأول للجمعية العامة كتوقيت لذلك، كما لم يترك هذه العملية خاضعة لأهواء المرقى العقاري و إنما سهر على تنظيمها من خلال تحديد الإجراءات الواجب اتخاذها من طرف الشركاء في الملك لإنهاء فترة التسيير الانتقالي، حيث ينتهي هذا الأخير بناء على طلب من أغلبية الملاك الشركاء الذين يتم استدعاؤهم إلى الجمعية العامة قصد استحداث الأجهزة العادية للملكية المشتركة، و يبلغ المرقى بطلب موقع قانونا من طرف المتصرف المعين من الجمعية العامة بموجب رسالة موصى عليها¹.

و فيما يتعلق بتسليم المهام، ألزم المشرع المرقى العقاري بتسليم الحسابات المالية و المحاسبية و جميع الوثائق و المستندات الخاصة بفترة تسييره و إدارته للبناية موضوع الملكية المشتركة.

المطلب الثالث: الدعاوى القضائية في الملكية المشتركة و اختصاص الفصل فيها

تعد الملكية العقارية المشتركة أحد أبرز أنواع الملكية العقارية حيث تنشأ نتيجة تملك أكثر من شخص واحد لجزء خاص مفرز و نصيب في الأجزاء المشتركة على نفس البناية، و هذا النوع من الملكية يثير العديد من المنازعات القضائية نتيجة الإخلال بنظام الملكية المشتركة أو تعارض المصالح أو اختلاف وجهات النظر بين الملاك الشركاء أو الشاغلين، و بالتالي يحق للجمعية العامة ممثلة في المتصرف أو أحد الملاك الشركاء في ممارسة الدعوى القضائية على حسب الحالة (الفرع الأول).

و إن رفع الدعاوى القضائية يستوجب معرفة المحكمة المختصة للفصل في هذه المنازعات، و كذا القسم المختص (الفرع الثاني).

¹ بند "نقل الإدارة و التسيير الانتقالي" من نظام الملكية المشتركة الملحق بالمرسوم التنفيذي 99-14.

الفرع الأول: الدعاوى القضائية في الملكية المشتركة

يمكن تصنيف الدعاوى القضائية التي يمكن رفعها و المتعلقة بالملكية العقارية المشتركة حسب أطرافها كما يلي:

- الدعاوى المرفوعة ضد المرقى العقاري (خلال مرحلة التسيير الانتقالي).

- الدعاوى المرفوعة من طرف الجمعية العامة.

- الدعاوى المرفوعة من المالك الشريك.

أولاً: الدعاوى المرفوعة ضد المرقى العقاري خلال مرحلة التسيير الانتقالي

سبق النص على أنه من أهم الالتزامات الملقاة على عاتق المرقى العقاري قيامه بضمان إدارة و تسيير الأملاك العقارية المشتركة لمدة سنتين ابتداء من تاريخ بيع آخر جزء من البناية¹، و يحل في هذا الصدد محل جميع أجهزة تسيير الأملاك المشتركة المتمثلة في الجمعية العامة و المتصرف، فهو يتحمل بذلك جميع مهام هذه الأجهزة و المحددة في نظام الملكية المشتركة الذي يبلغه للمكتتبين وقت إبرام عقد البيع على التصاميم، كما سبق و الفصل في الطبيعة القانونية لنظام الملكية المشتركة المحدد لمختلف واجبات المرقى العقاري بأنه ذو طبيعة عقدية.

و على هذا الأساس، في حالة إخلال المرقى العقاري بمختلف المهام الموكلة إليه و المنصوص عليها في نظام الملكية المشتركة تقوم مسؤوليته العقدية، و بالتالي يجوز لأحد الملاك الشركاء مطالبة المرقى العقاري أمام القضاء المختص بتنفيذ التزامه التعاقدى استناداً إلى عقد البيع على التصاميم المبرم بينهما و إلى نظام الملكية المشتركة.

ان التزام المرقى العقاري بتسيير و إدارة و صيانة الأجزاء المشتركة خلال المرحلة الانتقالية يقابله التزام الملاك الشركاء بدفع اشتراكات، حيث تثير هذه المسألة العديد من المنازعات خصوصاً إذا كانت هذه الاشتراكات المدفوعة لا تقابلها الخدمات المتفق عليها كعدم صيانة المصاعد أو عدم توفر الإنارة أو عدم توفر المواد المنظفة أو عدم وجود حارس للبناية، ففي هذه الحالة يجوز لملاك البناية مطالبة المرقى العقاري أمام القضاء بتنفيذ التزامه عينا، كما يجوز كذلك للمرقى العقاري مطالبة الملاك الشركاء و/أو شاغلي البناية أمام القضاء بدفع الاشتراكات اللازمة، و في كلتا الحالتين يتعين على القاضي أن يتأكد إذا كانت

¹ المادة 62 من القانون 04-11 و المادة 5 من المرسوم التنفيذي 99-14.

الأعمال و الخدمات التي يتعين على المرقى العقاري القيام بها مؤداة فعلا أم لا، فإذا تبين له عدم وجودها اعتبر المرقى العقاري مخلا بالتزاماته التعاقدية و بالتالي يرفض طلبه بالزام المقتنين بدفع الاشتراكات، و يمكنه الاستجابة للطلب المقابل من خلال الزام المرقى العقاري بتنفيذ التزاماته و الحكم عليه بالتعويض نتيجة الإخلال، أما إذا تبين للقاضي أن المرقى العقاري نفذ التزاماته التعاقدية فعلا حكم بالزام الملاك الشركاء و/أو الشاغلين للملك بدفع هذه الاشتراكات مع التعويض إذا طلبه المرقى العقاري¹.

يلاحظ في الحياة العملية وجود العديد من الدعاوى المرفوعة من طرف مقتني السكنات الترقية في إطار عقد البيع على التصاميم أو العقود الأخرى ضد المرقين العقاريين بسبب منعهم من استعمال بعض الأجزاء الخاصة للملكية المشتركة بحجة عدم دفعهم للاشتراكات المفروضة عليهم، كحرمانهم من استعمال المصاعد مثلا، و اتجه القضاء في هذا الصدد إلى الزام المرقى العقاري بعدم التعرض لمقتني السكنات الترقية على اعتبار أنهم مالكين لها و أن المرقى العقاري يقتصر دوره في تسيير و إدارة الأجزاء الخاصة دون أن يكون له الحق في منع المالك من استعمال ملكه، فلو أراد المرقى العقاري ممارسة حقه في الحبس فإن ذلك يقتصر على الامتناع عن تقديم خدمات الإدارة و التسيير و الصيانة للأشخاص الممتنعين عن دفع الاشتراكات دون أن يصل ذلك لحد منعهم من استعمال ممتلكاتهم².

و يجوز لأحد للملاك الشركاء أو كلهم طلب ترخيص من القاضي المختص لتنفيذ الالتزامات الواقعة على عاتق المرقى العقاري على نفقة هذا الأخير إذا كان هذا التنفيذ ممكنا³.

ثانيا: الدعاوى المرفوعة من طرف الجمعية العامة

من نتائج الاعتراف بالشخصية المعنوية للجمعية العامة تمتعها بحق التقاضي، حيث يمثلها المتصرف أمام القضاء سواء بصفته مدعى عليه أو مدعيا و هذا باعتباره وكيفا، و عليه لا يحق له ممارسة أي دعوى إلا باسم الجمعية العامة، و كل تصرف صادر منه في المسائل المتعلقة بالتقاضي يكون باطلا إذا تصرف باسمه الخاص⁴.

و تتمثل الدعاوى القضائية التي يمكن للجمعية العامة رفعها فيما يلي:

¹ بوشعالة أسماء، مرجع سابق الذكر، ص 262.

² المرجع نفسه، ص 264، 265.

³ المادة 170 من القانون المدني.

⁴ تومي مريم، مرجع سابق الذكر، ص 208.

أ/- الدعاوى القضائية المتعلقة بالمحافظة على البناية وإدارة أجزائها المشتركة

إن الغرض الأساسي من إنشاء الجمعية العامة هو المحافظة على البناية موضوع الملكية المشتركة، وعليه فهي تتوفر على الصفة و المصلحة لممارسة مختلف الدعاوى الرامية إلى الحفاظ على البناية.

1/- دعوى تحصيل الأعباء

من أهم الالتزامات المفروضة على الملاك الشركاء و الشاغلين للبناية موضوع الملكية المشتركة دفع الاشتراكات و الأعباء و مختلف النفقات المرتبطة بها، إذ أن الإدارة الفعالة لهذه البناية مرتبط بشكل أساسي بالوفاء المنتظم لهذه الأعباء و النفقات من طرف الملاك الشركاء و الشاغلين.¹

و بالرجوع إلى نموذج نظام الملكية المشتركة الملحق بالمرسوم التنفيذي 14-99 يتضح لنا أنه في حالة عدم التزام الملاك الشركاء و الشاغلين للبناية بأعباء الصنف الأول المحددة سابقا، و قبل اللجوء إلى القضاء، يقوم المتصرف بتوجيه إنذارين (2) للشخص المخل مصحوبين بإشعار بالاستلام و هذا خلال الشهر الموالي لتاريخ الاستحقاق، فإذا لم يلتزم الشخص المخل بهذه الأعباء يقوم المتصرف بمباشرة دعوى قضائية عن طريق عريضة افتتاحية لدى المحكمة المختصة إقليميا مرفقة بجميع الأوراق الثبوتية خصوصا محضر قرار الجمعية المحدد لتوزيع الأعباء و كذا نسخ من الإنذارين، حيث يلتزم المتصرف بموجب هذه العريضة الحصول على أمر بالتنفيذ ضد الشخص المخل بالتزاماته قصد تحصيل هذه الأعباء، و يتم تنفيذ هذا الأمر طبقا للإجراءات المعمول بها في تحصيل الضرائب.²

و تجدر الإشارة إلى أنه في ظل المرسوم 83-666 كان المتصرف يلتزم ضد الشخص المخل بدفع أعباء الصنف الأول إصدار أمر بالتنفيذ من رئيس المجلس الشعبي البلدي للبلدية التي توجد بها البناية و ليس من القضاء مثلما هو منصوص عليه في المرسوم التنفيذي 14-99.³

2/- الدعاوى القضائية المرفوعة ضد المستخدمين و الغير المكلف بصيانة البناية

بالرجوع إلى أحكام نظام الملكية المشتركة نجد أنه خول للمتصرف حق التعاقد مع مختلف المستخدمين في البناية كالحارس و عمال النظافة، و يحق للجمعية العامة في هذا الإطار رفع دعوى قضائية بواسطة المتصرف ضد المستخدم المخل بالتزاماته و الذي تهاون في أداء عمله.

¹ شمام فتيحة، مرجع سابق الذكر، ص 420.

² بند "دفع الأعباء" من نموذج نظام الملكية المشتركة الملحق بالمرسوم التنفيذي 14-99.

³ المادة 57 من المرسوم 83-666.

أما بالنسبة للغير فيقصد بهم من ليس له أي حق في الجمعية و تسبب بفعله في وقوع ضرر للأجزاء المشتركة للبنانية، و مثال ذلك شركات الترحيل المتخصصة في نقل الأثاث و الأمتعة التي قد تسبب بأضرار للبنانية موضوع الملكية المشتركة أثناء النقل¹.

3/- الدعاوى القضائية المرفوعة ضد المتصرف

يعد المتصرف الممثل القانوني للجمعية العامة أمام مختلف الأجهزة الإدارية و الجهات القضائية كما يسهر على تنفيذ جميع القرارات الصادرة عنها، و عليه يمكن للجمعية العامة مساءلته بسبب أخطاء الإدارة و التسيير التي يرتكبها، كما يمكنها مباشرة دعوى قضائية ضده لمطالبته بالتعويض عن الضرر الذي ألحقه بالملاك الشركاء للبنانية موضوع الملكية المشتركة.

كان المشرع الفرنسي صريحا بخصوص مساءلة المتصرف أمام القضاء متى تقاعس أو قصر في أداء المهام الموكلة إليه، حيث منح لرئيس مجلس النقابة بناء على تفويض من الجمعية العامة الحق في رفع دعوى ضد المتصرف من أجل المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي لحق نقابة الملاك المشتركين، و إذا لم يكن للملكية المشتركة مجلس نقابي، يمكن للمالك الشريك أو مجموعة الملاك الشركاء الذين يمثلون ربع ¼ أصوات جميع الملاك الشركاء على الأقل من مباشرة الدعوى القضائية، و في حالة الحكم على المتصرف بالتعويض، فإن هذا الأخير يعطى لنقابة الملاك الشركاء².

4/- الدعاوى القضائية الرامية إلى احترام نظام الملكية المشتركة

جاء في نموذج نظام الملكية المشتركة الملحق بالمرسوم التنفيذي 14-99 أنه يتكفل المتصرف بتنفيذ أحكام هذا النظام و يعمل على ضمان احترامه و اتخاذ العقوبات اللازمة في حال الإخلال به، و يمكن للجمعية العامة رفع دعوى قضائية عن طريقه من أجل ضمان التقيد ببنود و مقتضيات هذا النظام، حيث أن الجمعية العامة مؤهلة للتقاضي سواء كانت مدعية أو مدعى عليها حتى ضد الملاك الشركاء.

و على هذا الأساس يمكن للجمعية العامة رفع دعوى قضائية عن طريق المتصرف ضد أي شخص لا يحترم بنود و مقتضيات نظام الملكية المشتركة حتى و لو كان من الملاك المشتركين أو الشاغلين للملك.

¹ تومي مريم، مرجع سابق الذكر، ص 209.

² Article 15 alinéas 3, 4 et 5 de la Loi n 65-557 du 10 juillet 1965 fixant le statut de la copropriété des immeubles bâtis, (modifié par ordonnance n 2019-1101 du 30 octobre 2019), journal officiel de la République française n 159 du dimanche 11 juillet 1965.

ب/- الدعاوى القضائية الخاصة بالمحافظة على الحقوق المتعلقة بال عقار

تعتبر الدعاوى الخاصة بالمحافظة على الحقوق المتعلقة بال عقار موضوع الملكية المشتركة دعاوى مختلطة جماعية وفردية، حيث يمكن إقامتها في آن واحد من الجمعية العامة و كذا من كل شريك في الملك، و يعود ذلك إلى الطبيعة القانونية و المادية المزدوجة للملكية المشتركة التي تجمع بين الملكية الخاصة للأجزاء المفردة و الملكية الشائعة للأجزاء المشتركة¹، و تنقسم هذه الدعاوى إلى دعاوى رامية إلى الحماية المادية للعقار موضوع الملكية المشتركة و أخرى ترمي إلى الحماية القانونية للعقار موضوع الملكية المشتركة.

1/- الدعاوى القضائية الرامية إلى الحماية المادية للعقار

تتمثل الدعاوى القضائية الرامية إلى الحماية المادية للعقار موضوع الملكية المشتركة في:

- الدعوى القضائية الرامية إلى وقف الاعتداء على الأجزاء المشتركة من طرف أحد الشركاء في الملك أو الشاغلين له أو الغير.

- الدعاوى القضائية المتعلقة بضمان حسن التنفيذ و الضمان العشري².

- دعوى ضمان العيوب الخفية التي ترفع ضد البائع.

2/- الدعاوى القضائية الرامية إلى الحماية القانونية للعقار

تتمثل الدعاوى القضائية الرامية إلى الحماية القانونية للعقار في:

2-1/- دعوى الحيازة المتعلقة بالأجزاء المشتركة

الحيازة هي سيطرة فعلية تتجسد من خلال قيام شخص بالأعمال القانونية و المادية على شيء تجوز حيازته بنية تملكه أو ممارسة أي حق عيني عليه سواء كان الشخص مالكا لهذا الشيء أو غير مالك له³.

¹ شمام فتيحة، مرجع سابق الذكر، ص 425.

² يطرح التساؤل حول من له صفة رفع دعوى الضمان، هل هي الجمعية العامة أم أحد الملاك الشركاء؟ أجاب الفقه و القضاء الفرنسي على هذا التساؤل و قررا أنه فقط الملاك الشركاء تثبت لهم صفة رفع الدعوى بحجة أن هذه الدعاوى مرتبطة بحق الملكية، و بناء عليه ليس للجمعية العامة صلاحية رفعها كونها ليست بمالك، و بالتالي فإن كل مالك شريك يرف بمفرده دعوى قضائية ضد الشخص المسؤول ما يؤدي إلى إقامة أكثر من دعوى ضد نفس الشخص الأمر الذي يثقل كاهل القضاء، تومي مريم، مرجع سابق الذكر، ص 210.

³ الحاج هني جوهر، الحيازة: فقها و تطبيقا، دون رقم الطبعة، دار الهدى للطباعة و النشر و التوزيع، عين مليلة، الجزائر، 2015، ص 9.

و أقر المشرع من خلال نموذج نظام الملكية المشتركة أنه بإمكان المتصرف رفع دعوى قضائية بهدف المحافظة على الحقوق المرتبطة بالبنائية، و يدخل ضمن هذه الحقوق رفع دعوى الحيابة المتعلقة بالأجزاء المشتركة¹، و تجدر الإشارة إلى أن حالات رفع هذه الدعوى على الصعيد العملي قليلة²، و من أمثلتها نجد دعوى الحيابة الممارسة ضد الغير الذي تسبب في حدوث اعتداءات أو اضطرابات على الأجزاء المشتركة أو على البنائة ككل مثل الوقوف غير القانوني لقافلة³.

2-2/- دعوى الملكية المتعلقة بالأجزاء المشتركة

الأصل في الملكية المشتركة أن جميع الدعاوى التي يكون أساسها حق الملكية لا تقبل من طرف القضاء المختص إذا رفعت من طرف شخص غير المالك مثلما هو الحال بالنسبة للجمعية العامة التي لا يعترف لها المشرع بملكية البنائة موضوع الملكية المشتركة، إلا أن تقرير المشرع حدودا استثنائية لحق التقاضي المقرر للجمعية و هذا عندما مكن المتصرف باعتباره الممثل القانوني لها أمام القضاء من التصرف بغرض الحفاظ على الحقوق المرتبطة بالبنائة يكون بذلك قد أعطى للجمعية العامة مكنة رفع دعاوى الحق المرتبطة بها، و مثال ذلك دعوى المطالبة بجزء مشترك من البنائة مثل السكن المخصص للحارس أو الطابق السفلي تحت الأرضي⁴.

ثالثا: الدعاوى المرفوعة من طرف المالك الشريك

يعطي المشرع للمالك الشريك الحق في التقاضي بصفة فردية لحماية مختلف حقوقه في البنائة موضوع الملكية المشتركة، و تعتبر دعواه مستقلة و غير تابعة لدعوى الجمعية العامة إن وجدت، و تتمثل الدعاوى التي يمكن للمالك الشريك رفعها في:

أ/- دعاوى متعلقة بملكية الجزء الخاص

هذه الدعاوى يمارسها المالك الشريك بمفرده من أجل حماية حقوقه على أساس أن الأجزاء موضوع الدعوى هي أجزاء مملوكة ملكية تامة لكل مالك شريك كل على حسب حصته⁵، و نجد من بين هذه الدعاوى

¹ شمام فتيحة، مرجع سابق الذكر، ص 429.

² تومي مريم، مرجع سابق الذكر، ص 211.

³ شمام فتيحة، مرجع سابق الذكر، ص 429، 430.

⁴ المرجع نفسه، ص 428.

⁵ صيفاوي سليمة، المنازعات العقارية في الجزائر-تشريرا و قضاء-، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة باتنة 1، 2018، ص 78.

دعوى الاستحقاق التي تثبت لكل شريك في الملك ضد كل شخص يتعرض له تعرضاً قانونياً يستند على حق يدعيه على جزئه الخاص أو بعض مكوناته، و مثال ذلك أن يدعي أحد الملاك الآخرين أو الغير ملكية الجزء الخاص أو أحد مكوناته المملوك للمالك الشريك المتعرض له¹، كما نجد أيضاً الدعاوى المتعلقة بالانتفاع بالأجزاء الخاصة كدعوى ضمان العيوب الخفية التي يرفعها المقتني ضد المرقى العقاري أو الدعوى المتعلقة بالتعويض عن الأضرار الحاصلة في الجزء الخاص ضد الشخص المعتدي، بالإضافة إلى الدعاوى المتعلقة بحماية حيابة الأجزاء الخاصة المتمثلة في دعوى استرداد الحيابة² و دعوى منع التعرض³ و دعوى وقف الأشغال الجديدة⁴.

ب/- دعاوى متعلقة بالأجزاء المشتركة

يحق للمالك الشريك رفع دعوى قضائية فردية أمام الجهات المختصة في حالة الاعتداء على الأجزاء المشتركة المملوكة على الشيوع بين جميع الملاك الشركاء و أحدث له ذلك الاعتداء ضرراً، حيث يطلب من خلال هذه الدعوى رفع الضرر و التعويض عنه، و من أمثلة ذلك نجد الدعوى المتعلقة بخرق بنود نظام الملكية المشتركة⁵ أو الدعوى الرامية إلى رفع التعسف في استعمال موقف السيارات من أحد الشركاء في الملك أو دعوى وقف أشغال البناء التي يقوم بها أحد الملاك الشركاء أو بعضهم بالساحة المشتركة⁶.

ج/- دعوى إلغاء قرارات الجمعية العامة

تتصف قرارات الجمعية العامة بالشرعية القانونية عندما تكون ضمن الأسس الشرعية المحددة بموجب القواعد القانونية المتعلقة بالملكية المشتركة أو نظام الملكية المشتركة و التي نجد من بينها احترام الأغلبية و الإجراءات الشكلية الخاصة بانعقاد اجتماعاتها و أن تنصب هذه القرارات على تحقيق المصلحة الجماعية للشركاء في الملك، غير أنه قد يحدث و أن تصدر الجمعية العامة قرارات مخالفة لكل ما سبق ما يؤثر على

¹ شمام فتيحة، مرجع سابق الذكر، ص 446، 447.

² يمكن للمالك الشريك الذي انتزعت منه حيابة جزئه الخاص كله أو بعضه اللجوء إلى القضاء المختص عن طرق رفع دعوى استرداد الحيابة من أجل رفع التعدي الواقع على جزئه الخاص و استرداد الحيابة من المعتدي، و ترفع هذه الدعوى خلال السنة الموالية لفقد الحيابة، أما إذا فقد الحيابة خفية فإنه يبدأ سريان هذه المدة من تاريخ اكتشاف ذلك، المادة 817 من القانون المدني.

³ للمالك الشريك الحق في ممارسة دعوى منع التعرض في مواجهة الغير إذا قام هذا الأخير بالتعرض له سواء كان هذا التعرض مادياً أو قانونياً، و ترفع هذه الدعوى خلال سنة واحدة من تاريخ وقوع التعرض، المادة 820 من القانون المدني.

⁴ تهدف هذه الدعوى إلى حماية الحيابة من خطر التعرض المحتمل الذي يخشى المالك الشريك وقوعه نتيجة أشغال جديدة يباشرها الغير.

⁵ تومي مريم، مرجع سابق الذكر، ص 212.

⁶ شمام فتيحة، مرجع سابق الذكر، ص 450.

حقوق الملاك الشركاء و كذا الشاغلين للملك¹، و بالتالي كان من المنطقي منح كل مالك شريك الحق في رفع دعوى إلغاء هذه القرارات.

1/- العيوب الموجبة لرفع دعوى إلغاء قرارات الجمعية العامة

العيوب الموجبة لرفع دعوى إلغاء قرارات الجمعية العامة هي العيوب الشكلية و الموضوعية، حيث يقصد بالعيوب الشكلية مخالفة إجراءات إصدار أي قرار من طرف الجمعية العامة بصرف النظر عن تأثير هذا العيب²، و مثال ذلك عدم احترام قواعد الاستدعاء لاجتماعات الجمعية العامة أو أي مخالفة في انعقاد الجمعية العامة³، أما بالنسبة للعيوب الموضوعية فهو يتعلق بمضمون القرار، و يترجم بتعدي و تجاوز الجمعية العامة للسلطات المخولة لها⁴، و مثال ذلك قرار الرفض بمنح المالك الشريك الترخيص للقيام بإصلاحات على نفقته دون أن يضر ذلك بباقي الملاك الشركاء⁵

2/- من له الحق في رفع دعوى إلغاء قرارات الجمعية العامة

بالاطلاع على نموذج نظام الملكية المشتركة الملحق بالمرسوم التنفيذي 14-99 نجد أن المشرع منح حق الاعتراض على قرارات الجمعية العامة لأعضائها، بشرط أن يكون هذا الاعتراض أمام المحكمة المختصة إقليميا و في أجل أقصاه شهران من تاريخ تبليغهم بالقرار من طرف المتصرف، ما يفهم منه أن أعضاء الجمعية العامة اللذين لهم حق الاعتراض هم كل من المالك الشريك و كذا الشاغل للملك.

و لا يجوز منازعة قرارات الجمعية العامة من طرف المعارضين و الغائبين الذين لم يتم تمثيلهم إلا أمام المحكمة المختصة و هذا في أجل شهرين من تاريخ تبليغ هذه القرارات تحت طائلة سقوط الحق⁶.

3/- عبء إثبات عدم مشروعية قرارات الجمعية العامة

تقضي القواعد العامة بأن عبء الإثبات يقع على المدعي، و عليه فإن كل مالك شريك أو شاغل تضرر من قرار الجمعية العامة يدعي بعدم شرعية هذا القرار يجب عليه إثبات ذلك، إلا أنه ما يمكن ملاحظته على القضاء الفرنسي أنه خالف القواعد العامة في الإثبات عندما حمل جمعية الملاك الشركاء عبء إثبات

¹ المرجع نفسه، ص 431.

² مصطفىاوي عابدة، مرجع سابق الذكر، ص 134.

³ تومي مريم، مرجع سابق الذكر، ص 214.

⁴ شمام فتيحة، مرجع سابق الذكر، ص 437.

⁵ تومي مريم، مرجع سابق الذكر، ص 213.

⁶ المادة 764 مكرر 2 فقرة 2 من القانون المدني.

شرعية القرار الصادر عنها، و رغم مخالفة هذا التوجه للقواعد العامة إلا أنه جدير بالتأييد نظرا أن الجمعية العامة و المتصرف يقع عليهما التزام حفظ كافة محاضر و وثائق الاجتماعات و بالتالي تبقى في حيازتهما، و لا يمكن للمالك الشريك المتضرر الحصول عليها مما يصعب عليه إثبات عدم المشروعية¹.

تجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري لم يتطرق من خلال القانون المدني و المرسوم التنفيذي 14-99 إلى شرط قيام المالك الشريك الذي رفع الدعوى بصفة فردية بإخبار المتصرف بهذه الدعوى²، بخلاف المشرع الفرنسي الذي أقر صراحة من خلال المادة 15 فقرة 2 من القانون 65-557 المحدد لنظام الملكية المشتركة للعقارات المبنية بضرورة إخبار المتصرف بالدعوى الفردية التي يرفعها المالك الشريك، و بالنسبة لكيفية الإخبار أو الإعلام وضحت المادة 51 من المرسوم 67-223 المتعلق بتطبيق القانون 65-557 أنه يتعين على المحضر القضائي إرسال إلى المتصرف بواسطة رسالة موصى عليها مع إشعار بالاستلام نسخة لكل تكليف بالحضور الخاص بدعوى المالك الشريك المتعلقة بالملكية أو الانتفاع بحصته و هذا لحضور الدعوى³.

الفرع الثاني: اختصاص الفصل في منازعات الملكية المشتركة

المقصود بالاختصاص هو ولاية و صلاحية الجهة القضائية للنظر في الدعوى المعروضة أمامها و الفصل فيها، إذ بالنظر إلى تعدد الجهات القضائية يتعين على المتقاضى إدراك و تحديد الجهة القضائية التي خولها القانون حق النظر في دعاوى الملكية المشتركة بموجب القواعد العامة المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية أو بنص خاص، و يتفرع الاختصاص القضائي إلى اختصاص إقليمي و آخر نوعي و هو ما سوف نبينه في ما يلي.

أولا: الاختصاص الإقليمي

يقصد بالاختصاص الإقليمي الدائرة الجغرافية للمحكمة التي يؤول إليها اختصاص الفصل في الدعوى القضائية، و القاعدة العامة التي تحكم الاختصاص الإقليمي هي ما جاء في المادة 37 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية التي تنص على أنه يؤول للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه، و في حالة لم يكن له موطن معروف فإن الاختصاص يؤول للجهة القضائية التي يقع فيها آخر موطن له، و في حالة اختيار موطن فإن الاختصاص يعود للجهة القضائية التي يقع فيها الموطن المختار، هذا في حالة

¹ شمام فتيحة، مرجع سابق الذكر، ص 441.

² المرجع نفسه، ص 447.

³ Décret n 67-223 du 17 mars 1967 portant règlement d'administration publique pour l'application de la loi n 65-557 du 10 juillet 1965 fixant le statut de la copropriété des immeubles bâtis, journal officiel de la république Française n 69 du mercredi 22 mars 1967.

وجود مدعى عليه واحد، أما في حالة وجود أكثر من واحد فيؤول الاختصاص إلى الجهة القضائية التي يوجد فيها موطن أحدهم¹.

هذه القاعدة استثنى منها المشرع في المادتين 39 و 40 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية بعض المنازعات التي نجد من بينها المنازعات في المواد العقارية أو الأشغال المتعلقة بالعقار أو دعاوى الإيجارات بما فيها التجارية المتعلقة بالعقارات، حيث يؤول الاختصاص بخصوصها إلى المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها العقار²، هذا الاستثناء يتوافق مع مضمون المادة 518 من نفس القانون التي حددت الاختصاص الإقليمي للقسم العقاري.

ثانيا: الاختصاص النوعي

الاختصاص النوعي هو سلطة الفصل في المنازعات بحسب طبيعتها أو نوعها حيث أن ضابط إسناد الاختصاص إلى محكمة معينة دون سواها وفقا للمعيار النوعي هو نوع النزاع.

تنص المادة 32 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية أن المحكمة هي الجهة القضائية ذات الاختصاص العام و تتشكل من أقسام، كما يمكن أيضا أن تتشكل من أقطاب متخصصة³، و تفصل المحكمة في جميع القضايا لاسيما التجارية و المدنية و الاجتماعية و البحرية و العقارية و كذا قضايا شؤون الأسرة⁴.

و بالنسبة للمنازعات القضائية المتعلقة بالملكية المشتركة في الترقية العقارية فيمكن أن تحصل على عدة أوجه بحيث يتم الفصل فيها على مستوى أقسام المحكمة التي يختص كل واحد فيها بوجه معين، و على العموم تكون المنازعات المعتادة من اختصاص كل من القسم الاستعجالي و العقاري⁵.

أ/- القسم الاستعجالي

قد تثور نزاعات بشأن الملكية العقارية المشتركة يؤول اختصاص الفصل فيها إلى القسم الاستعجالي بالنظر إلى ضرورتها الحالة و أن تأجيل و تأخير الفصل فيها من شأنه إلحاق ضرر بالبنائة موضوع الملكية المشتركة أو الملاك الشركاء أو حتى الشاغلين، فالقضاء الاستعجالي يهدف إلى اتخاذ إجراءات عاجلة

¹ المادة 38 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

² المادة 40 من نفس القانون.

³ المادة 32 فقرة 2 من نفس القانون.

⁴ المادة 32 فقرة 3 من نفس القانون.

⁵ بوعمره إبراهيم، منازعات الملكية المشتركة (دراسة تحليلية على ضوء التشريع الجزائري)، مجلة المفكر، جامعة بسكرة، المجلد 17، العدد 1، 2022، ص 59.

بخصوص مسائل يخشى عليها فوات الوقت و كذا حماية الحق لحين الفصل في الموضوع¹، و يشترط لاختصاص قاضي الأمور المستعجلة توفر وجه الاستعجال في الدعوى، و في حالة عدم توفره فإنه يتعين على القاضي الحكم بعدم الاختصاص من تلقاء نفسه حتى و لو لم يدفع الخصوم بذلك و يجوز إبداء هذا الدفع في أية مرحلة كانت عليها الدعوى لتعلق اختصاص القضاء المستعجل بالنظام العام².

يعتبر عنصر الاستعجال شرط أساسي في القضاء الاستعجالي حيث يعرف بأنه الوضع الذي لا يحتمل التأخير و يتوفر حين يحتمل وقوع ضرر أو قيام وضع يصعب من خلاله تدارك هذا الضرر إذا تم طرح النزاع أمام قاضي الموضوع، و يعتبر وجوده من عدمه مسألة واقع لا قانون حيث يستخلصه القاضي من الوقائع المعروضة عليه³.

ب/- القسم العقاري

جاء في المادة 511 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية أن القسم العقاري ينظر في المنازعات المتعلقة بالأموال العقارية، كما جاء في المادة 512 من نفس القانون أن القسم العقاري ينظر على الخصوص في مجموعة من القضايا التي نجد من بينها تلك التي تتعلق بالملكية المشتركة للعقارات المبنية⁴.

نستنتج من خلال هاتين المادتين أن المنازعات الناشئة بخصوص الملكية المشتركة يختص بالنظر فيها القسم العقاري، سواء تعلق الأمر بحق الملكية أو الحيازة أو الاستعمال أو الاستغلال⁵.

بالإضافة إلى القسم الاستعجالي و القسم العقاري، يمكن لأقسام أخرى أن تنظر في بعض المنازعات المتعلقة بالأموال المشتركة كاختصاص القسم المدني بدعوى المسؤولية التقصيرية نتيجة خطأ ارتكبه المتصرف أو المالك الشريك أو الشاغل و ألحق ضرراً يستوجب التعويض⁶.

في ختام دراستنا للمنازعات المتعلقة بالملكية المشتركة وجب التنويه أنه من الناحية الميدانية لا يوجد تطبيق فعلي لمختلف النصوص القانونية التي تم ذكرها إلا في حالات خاصة، فلا المرقى العقاري يلتزم بإدارة

¹ بوعبيد عز الدين، مرجع سابق الذكر، ص 54.

² معوض عبد التواب، الوسيط في قضاء الأمور المستعجلة و قضاء التنفيذ، الطبعة الثالثة، دار الكتب القانونية، القاهرة، مصر، 1995، ص 40.

³ بوعبيد عز الدين، ص 57.

⁴ المادة 512 فقرة 4 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

⁵ سنقوقة سائح، شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية (نصا-شرحا-تعليقا-تطبيقا)، الجزء الأول، دون رقم الطبعة، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2011، ص 687.

⁶ بوعمره إبراهيم، مرجع سابق الذكر، ص 60.

و تسيير هذه الأملأك لمدة سنتين، و لا يتم تأسيس جمعية عامة و لا يتم انتخاب متصرف، و هذا راجع في نظري إلى عدم إعطاء أهمية كبيرة لهذا النوع من الملكية العقارية لانعدام الوعي و الحس المدني لدى المواطنين.

الفصل الثاني:

المنازعات المتعلقة بالضمان

العشري

الفصل الثاني: المنازعات المتعلقة بالضمان العشري

سعيًا من المشرع إلى تقرير حماية إضافية للمشتري في عقد البيع بصفة عامة و للمكاتب في عقد البيع على التصاميم بصفة خاصة فيما يتعلق بعيوب البناء، وضع نظامًا خاصًا لمسؤولية البائع عن عيوب البناء تسمى المسؤولية العشرية، و لم يكتف بإخضاعها للقواعد العامة لعقد البيع المتعلقة بالعيوب الخفية.

وبما أن القوانين المنظمة لنشاط الترقية العقارية لم تستحدث الضمان العشري، بل كان هذا الأخير معروفًا في القانون المدني باعتباره أحد الالتزامات الناشئة عن عقد المقاولة، فإنه يشترط لقيام هذه المسؤولية وجود عقد مقاولة يربط بين الماشيد المسؤول عن الضمان العشري ورب العمل المستفيد منه، غير أن المشرع خرج في بعض الجوانب عن الأحكام العامة للمسؤولية العشرية، وذلك من خلال النصوص القانونية الخاصة بتنظيم نشاط الترقية العقارية، والتي أوردت استثناءات أو تعديلات على القواعد العامة، بما يعكس خصوصية هذا المجال.

حدد المشرع النطاق الشخصي والموضوعي للمسؤولية العشرية من خلال بيان الأطراف الملزمين بها، حيث جعل بعض الفاعلين في عملية البناء مسؤولين عنها بالتضامن مع المرقى العقاري، كما حدد طبيعة الأضرار التي تستوجب تطبيق هذه المسؤولية، ويلاحظ في هذا السياق أن المشرع وسع من نطاق المسؤولية العشرية مقارنة بما هو منصوص عليه في القواعد العامة، وذلك بغرض توفير حماية أكبر للمستفيدين وتعزيز متطلبات السلامة والجودة في المشاريع العقارية.

لا يمكن تصور تنظيم المشرع لأحكام المسؤولية العشرية في إطار نشاط الترقية العقارية دون تنظيم الآثار المترتبة عن هذه المسؤولية، هذه الآثار تتمثل في حق المستفيد من الضمان العشري من رفع دعوى المسؤولية العشرية خلال الأجل القانونية للمطالبة بجبر الضرر.

من خلال ما سبق سوف نتناول في هذا الفصل أحكام الضمان العشري في المبحث الأول، بينما نخصص المبحث الثاني لدراسة الآثار المترتبة عن المسؤولية العشرية.

المبحث الأول: أحكام الضمان العشري.

المبحث الثاني: آثار المسؤولية العشرية.

المبحث الأول: أحكام الضمان العشري

تماشياً مع طبيعة العيوب الخفية و الأضرار التي يمكن أن تحدث للبنية موضوع عقد البيع على التصاميم، جاء المشرع بضمانة خاصة لفائدة المقتنين في المرحلة التي تلي التسليم النهائي للبنية تعرف ب: "الضمان العشري"، هذا الأخير يمكن تعريفه بأنه الكيفية أو الطريقة التي يضمن من خلالها كل مشيد الإصلاح الكلي للعيوب الجسيمة التي تصيب البنية و التي لم تكن ظاهرة عند التسليم و هذا خلال مدة عشر سنوات كاملة¹.

إن دراسة أحكام الضمان العشري تستدعي منا التطرق أولاً إلى الطبيعة القانونية لهذا الضمان (المطلب الأول) ثم تحديد خصائصه (المطلب الثاني) الأشخاص الملزمين به و كذا المستفيدين منه (المطلب الثالث) و كذا شروطه (المطلب الرابع).

المطلب الأول: الطبيعة القانونية للضمان العشري

تحديد الطبيعة القانونية للضمان العشري أثار العديد من الاختلافات بين الفقهاء حيث منهم من قال بالطبيعة التقصيرية لهذا الضمان و منهم من قال بالطبيعة العقدية له، و على هذا الأساس سوف نقسم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع بحيث نتناول في الفرع الأول الرأي القائل بالطبيعة التقصيرية بينما نخصص الفرع الثاني للرأي القائل بالطبيعة العقدية، ثم نرجح بين الرأيين في الفرع الثالث.

الفرع الأول: المسؤولية الناشئة عن الضمان العشري ذو طبيعة تقصيرية

يرى جانب من الفقهاء التقليديين الفرنسيين -و يؤيدهم في ذلك بعض الشراح المحدثين- أن تسليم الأعمال من شأنه إنهاء عقد المقاولة كون آثار هذا العقد تكون استنفذت في لحظة التسليم، و على هذا الأساس فإن بقاء مسؤولية كل من المقاول و المهندس المعماري بعد تسليم العمل ما هو إلا تطبيق للإرادة العليا للمشرع، الأمر الذي يجعل من مسؤوليتهم مسؤولية قانونية استثنائية².

هذا الاتجاه دعمه في البداية القضاء الفرنسي الذي اعتبر دعوى المسؤولية العشرية ذات طبيعة تقصيرية كونها لا تستند إلى التزام عقدي ناشئ عن عقد المقاولة الذي ينتهي بتسليم البناء إلى رب العمل، و إنما هي تستند إلى الإخلال بالواجب العام المتمثل في عدم إلحاق أي ضرر بالغير، غير أن هذا الاتجاه في الحقيقة

¹ بن عامر محمد، مرجع سابق الذكر، ص 462.

² العربي شحط أمينة، المسؤولية العشرية للمرقي العقاري في ظل القانون رقم 04-11، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2024، ص 57.

لاقي انتقاد جانب من الفقه على أساس أن قيام المسؤولية التقصيرية طبقاً للقواعد العامة يستدعي إثبات خطأ الشخص المسؤول في حين أن الخطأ في المسؤولية العشرية مفترض مثلما سوف نفضل فيه لاحقاً¹.

بناء على الانتقاد السابق، رجع القضاء الفرنسي عن موقفه الأول و اعتبر أن دعوى الضمان العشري ذات طبيعة عقدية، وهو ما لاقى تأييد جل الفقهاء على اعتبار أن العقود بصفة عامة لا تنتهي بالتسليم وذلك لانطوائها على مرحلتين، أولاهما تنفيذ الالتزام و ثانيهما الضمان، هذه الأخيرة تتمثل في التأكد من حسن تنفيذ الالتزام²، فعقد المقاولة يرتب على عاتق كل من المقاول و المهندس المعماري التزاما بتشييد البناية وفقاً للمواصفات المتفق عليها في العقد، هذا الالتزام ليس التزام ببذل عناية و إنما هو التزام بتحقيق نتيجة تتمثل في تسليم بناية خالية من العيوب التي تهدد سلامتها³.

الفرع الثاني: المسؤولية الناشئة عن الضمان العشري ذو طبيعة عقدية

استقر الفقه الفرنسي الحديث على اعتبار المسؤولية الناشئة عن الضمان العشري مسؤولية عقدية تستند على إخلال المقاول و المهندس المعماري بالالتزام عقدي أنشأه عقد المقاولة، و يتمثل هذا الالتزام في تسليم بناية خالية من العيوب التي يمكن أن تهدد سلامتها، حيث يفسر الفقيه « Boubli » الطبيعة العقدية للضمان العشري بأن العقد الذي يكون محله التزام المدين بالقيام بعمل يتضمن مرحلتين، الأولى هي مرحلة تنفيذ الالتزام و الثانية هي مرحلة التحقق من فعالية و جودة هذا التنفيذ، و في نفس السياق يرى الفقيه الفرنسي « Labin » بأن عقد المقاولة لا ينتهي بتسليم البناية لرب العمل طالما هناك احتمال بأن تكون هناك عيوب خفية تشوبها، و على هذا الأساس نص القانون على فترة من الزمن تتيح لرب العمل اختبار البناية حتى يتأكد من خلوها من العيوب⁴.

¹ نوي عقيلة، مرجع سابق الذكر، ص 328. طبقاً للمادة 124 من القانون المدني، تقوم المسؤولية التقصيرية على ثلاثة أركان و يجب على الدائن إثباتها هي: ركن الخطأ، ركن الضرر، العلاقة السببية بين الخطأ و الضرر، في حين أن الخطأ في المسؤولية العشرية مفترض ما يعني إعفاء الدائن من إثبات خطأ المرقى العقاري أو أي شخص آخر متضامن معه، حيث تقوم المسؤولية العشرية حتى و لو كان سبب التهدم مجهولاً.

² المرجع نفسه، ص 329.

³ في الالتزام بتحقيق نتيجة إذا لم تتحقق النتيجة يكون المدين مسؤولاً اتجاه الدائن لعدم تنفيذ التزامه، فالمدين يكون خطأه في هذه الحالة مفترض يقوم بمجرد عدم تحقق النتيجة، عكس الالتزام ببذل عناية أين تكون مسؤولية المدين مرتبطة بإثبات الدائن لتقصير المدين. فيلالي علي، الالتزامات-النظرية العامة للعقد-، الطبعة الثالثة، دار موفم للنشر، الجزائر، 2013، ص 28.

⁴ حامي حياة، مرجع سابق الذكر، ص 131.

الفرع الثالث: الترجيح بين الرأيين

بعد استعراض الرأيين السابقين، نرى أن التزام كل من المقاول والمهندس المعماري بالضمان العشري وفقا للقواعد العامة هو التزام عقدي، وهو ما ينطبق كذلك على التزام المرقى العقاري بهذا الضمان في عقد البيع على التصاميم، حيث أن مفهوم الالتزام في الفقه الحديث يتمثل في تحقيق العملية الاقتصادية التي يريد أطراف العقد تجسيدها، وعلى هذا الأساس فإنه يضم نوعين من الالتزامات، الأول يضم التزامات عقدية من شأنها تحقيق العملية الاقتصادية، فيما يضم النوع الثاني التزامات عقدية من شأنها ضمان التنفيذ الصحيح للالتزامات النوع الأول، وبناء على ما تقدم يظهر لنا أن التزام كل من المقاول والمهندس المعماري في عقد المقاوله وكذا المرقى العقاري في عقد البيع على التصاميم بالضمان العشري هو التزام عقدي من النوع الثاني، إذ يهدف إلى تحقيق العملية الاقتصادية المتمثلة في إنجاز البناية وتسليمها لرب العمل أو المكتب، ولكن وجب التنويه إلى أنه لا يسعى إلى تحقيق ذلك مباشرة وإنما من خلال ضمان التنفيذ الصحيح لهذا الالتزام.¹

إن المسؤولية التي تترتب عن الإخلال بالالتزام بالضمان العشري هي مسؤولية منظمة بقواعد استثنائية متشددة خصوصاً في مجال الترقية العقارية، هذا التشدد في المسؤولية العشرية جاء مخالفاً للقواعد العامة المألوفة المطبقة في المسؤولية العقدية²، وتتمثل مظاهر التشدد فيما يلي:

بالنسبة للمرقى العقاري، حيث يظهر التشدد في أكثر من ناحية، الأولى هي إلزامه من طرف المشرع بالضمان العشري مع أنه ليس هو القائم بعملية البناء كالمقاول أو من أعد تصاميم البناء كالمهندس المعماري، أما الناحية الثانية فتتمثل في بقاءه ملتزماً بهذا الضمان لمدة طويلة مقدرة بعشرة سنوات من تاريخ التسلم النهائي، وفيما يخص الناحية الثالثة فتتمثل في تقرير المشرع البطلان لكل بند في العقد هدفه حصر أو إقصاء المسؤولية³.

أما فيما يخص باقي الأشخاص الملزمين بهذا الضمان فيظهر كذلك التشدد في عدة نواح، فمن الناحية الأولى ألزم المشرع هؤلاء الأشخاص بالتضامن مع المرقى العقاري بقوة القانون، و من ناحية ثانية ألزمهم

¹ بناسي شوقي، مرجع سابق الذكر، ص 272، 273.

² مسكر سهام، التزامات المرقى العقاري المترتبة على بيع السكنات الترفوية، مرجع سابق الذكر، ص 395. في نفس السياق يرى الأستاذ سير محمد شكري أن الضمان العشري يمثل أحد التطبيقات الخاصة للمسؤولية العقدية أخضعه المشرع لنظام خاص يتلاءم و خصوصية المشاكل العملية التي تطرح في مجال مقولات البناء، غير أن هذا النظام الخاص لا يغير من الطبيعة العقدية للضمان العشري، سرور محمد شكري، مسؤولية مهندسي ومقاولي البناء والمنشآت الثابتة الأخرى، دون رقم الطبعة، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1985، ص 283.

³ بناسي شوقي، مرجع سابق الذكر، ص 274.

بالتضامن بغض النظر عن طبيعة العقد الذي يربطهم مع المرقى العقاري (كما هو الحال بالنسبة للمتدخلين) أو حتى دون وجود عقد يربطهم به كما هو الحال بالنسبة للمقاولين الفرعيين، أما من الناحية الثالثة فقيام مسؤوليتهم العشرية يكون على أساس الخطأ المفترض الذي لا يقبل إثبات العكس إلا من خلال إثبات السبب الأجنبي¹.

المطلب الثاني: خصائص الضمان العشري

نظم المشرع المسؤولية في مجال البناء بأحكام خاصة تختلف عن تلك المتعلقة بالمسؤولية العقدية، هذا بالرغم من أن المسؤولية العشرية هي مسؤولية عقدية كما سبق بيانه، و يرجع ذلك لخطورة الأضرار الناشئة عن عيوب البناء و تعلق سلامة المباني بالمصلحة العامة²، و تكمن خصوصية هذه المسؤولية في أنها مفترضة بقوة القانون (الفرع الأول)، تضامنية (الفرع الثاني)، و أخيراً متعلقة بالنظام العام (الفرع الثالث).

الفرع الأول: المسؤولية العشرية مفترضة بقوة القانون

الأصل في الإثبات أن البينة على من إدعى خلاف الظاهر³، غير أن وجود قرينة قانونية مقررة لمصلحة الدائن يعفيه من عبء الإثبات⁴، و بناء على ما جاء في المادة 554 من القانون المدني نجد أن التزام كل من المقاول و المهندس المعماري هو التزام بتحقيق نتيجة لا التزام ببذل عناية⁵، و عليه يتحقق التزامهما ببقاء البناء سليماً و متيناً طيلة عشر سنوات من تاريخ التسلم، و بمجرد عدم تحقق النتيجة، أي التهدم الكلي أو الجزئي للبناء خلال هذه المدة، جاز الرجوع عليهما بالضمان العشري دون الحاجة لإثبات الخطأ بما أن المشرع أعفى المستفيد من هذا الضمان من عبء الإثبات كون مسؤوليتهم مفترضة حتى و لو كان سبب التهدم عيب في الأرض المقامة عليها البناءة⁶.

¹ المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

² تواتي سهيلة، الحماية القانونية للمشتري في عقد بيع العقار بناء على التصاميم، مرجع سابق الذكر، ص 274.

³ زهدور محمد، الموجز في الطرق المدنية للإثبات في التشريع الجزائري -وفق آخر التعديلات-، دون رقم الطبعة، دار هومه، الجزائر، 1991، ص 18.

⁴ تواتي سهيلة، الحماية القانونية للمشتري في عقد بيع العقار بناء على التصاميم، مرجع سابق الذكر، ص 277.

⁵ و بالتالي يكفي للدائن إثبات وجود الالتزام، و حينئذ يعد المقاول و المهندس المعماري قد أخلا بالتزامهما بمجرد عدم تحقق النتيجة، صبري حمد خاطر، فكرة المعيار في تأسيس نظام المسؤولية العقدية -دراسة تحليلية مقارنة في القانون المدني-، دون رقم الطبعة، دار الكتب القانونية و دار شتات للنشر و البرمجيات، القاهرة، مصر، 2010، ص 60.

⁶ بوسنة ايمان، الترقية العقارية الخاصة في مجال السكن في التشريع الجزائري، الطبعة الأولى، ابن النديم للنشر و التوزيع (وهران)، مؤسسة الكتاب القانوني (بومرداس)، الجزائر، 2024، ص 355.

و فيما يتعلق بنشاط الترقية العقارية، جاء في المادة 46 من القانون 04-11 أن المسؤولية العشرية تقع على عاتق مكاتب الدراسات و المقاولين و كذا المتدخلين الآخرين ممن لهم صلة بصاحب المشروع بموجب عقد، في حالة زوال البناية أو جزء منها نتيجة عيوب في البناء بما في ذلك النوعية الرديئة لأرضية الأساس. تجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري لم ينص صراحة لا في القانون المدني و في القوانين المنظمة لنشاط الترقية العقارية على مبدأ افتراض المسؤولية العشرية بقوة القانون، خلافا للمشرع الفرنسي الذي نص على ذلك صراحة في المادة 1792 من القانون المدني التي جاء فيها أن المشيد مسؤول بقوة القانون اتجاه رب العمل أو المشتري على الأضرار التي تمس متانة البناية...¹.

الفرع الثاني: المسؤولية العشرية مسؤولية تضامنية

الأصل في المسؤولية العقدية تعدد الالتزامات بقدر عدد المدينين، فالتضامن بينهم لا يفترض و إنما وجب أن يكون بناء على اتفاق بينهم أو بموجب نص قانوني، و حرصا من المشرع على حماية المقتني في الترقية العقارية الذي يكون غالبا يجهل أصول البناء الأمر الذي يصعب عليه معرفة سبب التهمد أو الشخص المخطئ، تم تقرير نظام التضامن بين المتدخلين في المشروع العقاري و الملتزمين بالضمان العشري.

فالتضامن هو وصف من الأوصاف المعدلة لآثار الالتزام بحيث يحول دون انقسامه في حال تعدد المدينين، إذ يتعدد المدينين الملزمين بنفس الدين و يكون كل واحد منهم ملزم بكل الدين، و هو أقوى أنواع التأمينات الشخصية²، و يحصل الدائن على تأمين لحقه، و التأمين هنا ليس تأمينا عينيا أي ينصب على عين معينة بالذات، و إنما هو تأمين شخصي يتمثل في تعدد المسؤولين عن تنفيذ الالتزام³.

قرر المشرع التضامن بناء على نصوص قانونية صريحة، إذ جاء في المادة 554 من القانون المدني أنه يضمن كل من المهندس المعماري و المقاول متضامنين ما يحدث من تهمد كلي أو جزئي خلال عشر سنوات، كما نصت المادة 45 من القانون 04-11 أنه لا يمكن بأي حال من الأحوال استبعاد أو حصر تضامن المقاولين الثانويين مع المرقي العقاري، و هو ما أكده المرسوم التنفيذي 12-85 من خلال المادة 30 فقرة 2 منه التي جاء فيها أن المرقي العقاري يتحمل مسؤوليته المتضامنة مع المقاولين و مكاتب الدراسات و المقاولين الفرعيين و الشركاء و أي متدخل آخر خلال عشر سنوات و هذا في حال سقوط البناية جزئيا أو كليا بسبب عيوب في البناية بما في ذلك رداءة الأرض.

¹ Article 1792 du code civil Français : « Tous constructeur d'un ouvrage est responsable de plein droit..... ».

² تواتي سهيلة، الحماية القانونية للمشتري في عقد بيع العقار بناء على التصاميم، مرجع سابق الذكر، ص 274.

³ المرجع نفسه، ص 275.

حصول المستفيد من الضمان العشري على التعويض كاملا من أحد المسؤولين عن هذا الضمان يعني أن ذمة باقي المسؤولين الآخرين معه قد برئت و هذا لعدم جواز الحصول على أكثر من تعويض عن نفس الضرر، حيث طبقا للمادة 222 من القانون المدني فإن وفاء أحد المدينين المتضامنين بالدين مبرئ لذمة الباقين، إذ يقابل حق الدائن في مطالبة من يشاء من المدينين بالدين إنقاص الدين بالنسبة لباقي المدينين و بالتالي لا يستطيع مطالبهم به، كما لا يجوز للمدين الوفاء بحصته فقط و لا يجوز للدائن أن يرفض وفاء المدين بكامل الدين و يطلب منه الوفاء بحصته فقط، فللدائن الخيار في تقسيم الدين على كل المدينين غير أنه لا يجوز له فرض هذا التقسيم متى أراد أحدهم الوفاء بكل الدين، و إذا كان الوفاء جزئيا فإن ذلك يترتب عنه براءة ذمة باقي المدينين بقدر ما استوفاه أحدهم، و لا يمكن للدائن في هذه الحالة مطالبة الباقي إلا في حدود ما تبقى من الدين¹.

إسقاطا لما سبق على نشاط الترقية العقارية، في حالة حصول تهمدم كلي أو جزئي للبنية موضوع عقد البيع على التصاميم، يحق للمقتني الرجوع على كل المتدخلين في المشروع العقاري (المركبي العقاري، المقاول، المهندس المعماري...) أو أحدهم بدعوى المسؤولية العشرية للمطالبة بالتعويض عن الضرر، و لا يمكن لأي أحد منهم الدفع بأن التهمدم لم يكن نتيجة خطأه طالما أن مسؤوليتهم مفترضة و هم متضامنين فيما بينهم، فإذا طالب المقتني أحد المتدخلين في المشروع بالتعويض و جب عليه الوفاء بكامل قيمته ما ينتج عنه إبراء ذمة الآخرين، و لا يجوز في هذه الحالة للمقتني المطالبة مرة أخرى بالتعويض، أما إذا اختار المقتني تقسيم مبلغ التعويض عليهم جميعا فإن وفاء أحدهم بحصته يبرئ ذمة الباقين بقدر ما استوفاه، و لا يمكن للمقتني فرض هذا التقسيم إذا أراد المركبي العقاري مثلا الوفاء بكامل مبلغ التعويض.

إن التضامن بين المدينين يترتب آثار أخرى التي نجد من بينها النيابة التبادلية فيما ينفذ دون ما يضر، و المقصود بها أن المدين المتضامن يعتبر نائبا عن باقي المدينين و لكن فقط فيما يعود عليهم بالنفع باستثناء ما يسيء إلى مركزهم، فكل مدين يمثل البقية في الأعمال النافعة دون الضارة حيث إذا قام أحدهم بفعل نافع استفاد منه باقي المدينين كالوفاء بكل الدين مثلا، أما إذا قام المدين المتضامن بفعل ضار أو قام الدائن بهذا الفعل ضد أحد المدينين فإن أثر هذا العمل الضار يقتصر على المدين الذي قام به أو الذي ارتكب ضده دون أن يمس باقي المدينين المتضامنين².

¹ العربي شحط أمينة، مرجع سابق الذكر، ص 76، 77.

² المرجع نفسه، ص 77.

الفرع الثالث: المسؤولية العشرية من النظام العام

جاء في المادة 556 من القانون المدني أن كل شرط في العقد يعفي المهندس المعماري و المقاول من الضمان أو يحد منه يعتبر باطلا¹، و نفس الحكم نصت عليه المادة 45 من القانون 04-11 التي اعتبرت أن كل بند من العقد يقصي أو يحصر المسؤولية أو الضمانات المنصوص عليها في نفس القانون يعد باطلا و غير مكتوب، ما يفهم منه أن المشرع من خلال المادتين السابقتين يؤكد على الطبيعة الأمرة للمسؤولية العشرية².

ما يمكن ملاحظته على المادتين السابقتين أن المشرع خرج عن القواعد العامة فيما يتعلق بالمسؤولية العشرية، إذ أن الضمان كقاعدة عامة لا تتعلق الأحكام المنظمة له بالنظام العام، غير أن الأخطار التي تحيط بالبنائيات و التي تترتب عن التهدم الذي يمسيها أو العيوب التي تظهر فيها جعل المشرع يخرج عن القواعد العامة و يحرص على حماية رب العمل و المقتنين من خلال جعل أحكام المسؤولية العشرية أحكاما أمرية لا يجوز الاتفاق على مخالفتها، ما يعني استبعاد الاتفاق على الإعفاء منها أو حصرها⁴.

أولاً: بطلان كل اتفاق يهدف إلى الإعفاء من المسؤولية العشرية أو حصرها

صحيح أن رب العمل و المقتني هما المستفيدان من الضمان العشري، إلا أن الأضرار الناشئة عن التهدم الكلي أو الجزئي للبنائية قد تتعداهما لتمس أرواح الغير و ممتلكاتهم، و عليه فإن الحماية لا تقتصر عليهما و إنما تمتد إلى المصلحة العامة، لذلك شدد المشرع من أحكام المسؤولية العشرية و جعلها من النظام العام و هذا لحث جميع المتدخلين في عملية البناء المسؤولين عن هذا الضمان على إنجاز مشاريع عقارية خالية من أي عيب من العيوب⁵.

¹ بالرجوع إلى القواعد العامة التي تحكم المسؤولية العقدية نجد أنها تجيز لأطراف العقد الاتفاق على التخفيف أو التشديد من المسؤولية، حيث تنص المادة 178 فقرة 2 من القانون المدني أنه يجوز لأطراف العقد الاتفاق على إعفاء المدين من المسؤولية المترتبة عن عدم تنفيذ التزامه التعاقدى باستثناء ما ينشأ عن غشه أو خطئه الجسيم، و لكن يجوز للمدين اشتراط إعفائه من المسؤولية الناجمة عن الخطأ الجسيم أو الغش إذا وقعا من أشخاص يستخدمهم هو في تنفيذ التزاماته التعاقدية.

² ما جاء في المادة 45 من القانون 04-11 لا يتعلق فقط بالضمان العشري و إنما يتعلق كذلك بالضمانات الأخرى التي نجد من بينها ضمان حسن التنفيذ و اكتتاب تأمين لدى صندوق الضمان و الكفالة المتبادلة.

³ المادة 45 من القانون 04-11 جاءت مطابقة لما ورد في المادة 18 من المرسوم التشريعي 03-93، حيث أشارت هذه الأخيرة أن كل بند يهدف إلغاء أو تحديد المسؤولية أو الضمانات المحددة في المادتين 11 و 14 من نفس المرسوم التشريعي (التأمين لدى صندوق الضمان و الكفالة المتبادلة، المسؤولية المدنية و ضمان حسن الإنجاز) يعد باطلا و كأنه لم يكن.

⁴ نوي عقيلة، مرجع سابق الذكر، 337.

⁵ مقراني سارة، المسؤولية التضامنية في عقد الترقية العقارية على ضوء أحكام القانون 04-11، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2017، ص 74.

يترتب على اعتبار المسؤولية العشرية من النظام العام أنه لا يجوز على أطراف العقد الاتفاق على الإعفاء منها أو حصرها وهذا طبقاً للمادة 556 من القانون المدني و المادة 45 من القانون 04-11، و بالتالي لا يجوز الإنقاص من مدة الضمان أو حصره على التهدم الكلي دون الجزئي أو العكس أو اقتصراره على بعض المتدخلين كالمقاول دون الباقي أو اشتراط إثبات الخطأ أو استبعاد التضامن، حيث تعتبر كل هذه الاتفاقات باطلة بنص القانون لمخالفتها النظام العام¹، و الحكمة في ذلك أن حصر أو إقصاء المسؤولية العشرية بموجب اتفاق أطراف العقد يعني تنازل من تقرر لمصلحته هذا الضمان عن حقه مقدماً و قبل تحقق الأسباب الموجبة له و هو أمر غير مقبول، عكس لو حصل التنازل بعد تحقق السبب الموجب للضمان أي حدوث تهدم للبنية أو ظهور عيب أين يمكن للمستفيد من الضمان التنازل عنه صراحة أو ضمناً².

إن الحماية التي قررها المشرع لفائدة رب العمل و المقتني جاءت بسبب عدم تمتعهما عادة بخبرة فنية في مجال البناء، في مقابل ذلك نجد المتدخلين في عملية البناء كالمركبي العقاري و المقاول و المهندس المعماري يتمتعون بالخبرة الفنية الكافية ما يجعل منهم الجانب الأقوى في العلاقة التعاقدية، و بالتالي فتح المجال أمامهم لاشتراط الإعفاء من المسؤولية أو التخفيف منها من شأنه تضييع الحماية و الضمانات الأخرى المقررة لرب العمل و المقتني و المتمثلة في الحصول على بناية متينة خالية من العيوب³.

و بناء على ما سبق، يحق لرب العمل أو المقتني الرجوع على المرقبي العقاري أو باقي المتدخلين الذين يشملهم الضمان العشري بأحكام هذا الضمان خلال المدة القانونية نتيجة الأضرار التي مست البناية بالرغم من وجود شرط أو اتفاق تضمنه عقد المقاول أو عقد البيع على التصاميم ينص على خلاف ذلك.

ثانياً: جواز الاتفاق على تشديد المسؤولية العشرية

سبق القول بأنه لا يمكن بأي حال من الأحوال تضمين عقد المقاول أو عقد البيع على التصاميم أي بند أو شرط يعفي من المسؤولية العشرية أو يخفف منها، إلا أن التساؤل الذي يطرح في هذا الصدد هو ماذا عن التشديد في هذه المسؤولية؟ هل هو جائز بناء على اتفاق الطرفين؟ أو غير جائز مثله مثل الاعفاء أو التخفيف منها؟

يطلق بعض الفقهاء على الشروط المشددة للمسؤولية العشرية تسمية "الشروط الإيجابية بالنسبة لرب العمل" كما يقسمونها إلى نوعين، الأول يضم التزامات من المفترض عدم تحملها من طرف المسؤول، و الثاني

¹ المرجع نفسه، ص 75.

² نوي عقيلة، مرجع سابق الذكر، ص 338.

³ العربي شحط أمينة، مرجع سابق الذكر، ص 80.

يتمثل في الشروط التي تزيد من مسؤوليته، و بما أن ربط المسؤولية العشرية بالنظام العام يرجع لأهميتها في حماية رب العمل و المقتني فليس هناك ما يمنع التشديد في أحكامها طالما اتفق أطراف العقد على ذلك¹، و عليه فإن كل اتفاق بتضمين العقد بند أو شرط من شأنه الزيادة في الحماية المقررة للرب العمل أو المقتني يعتبر صحيحا²، و من أمثلة ذلك نجد الاتفاق على الزيادة في مدة الضمان لتصل إلى اثني عشر سنة مثلا، أو يشمل الضمان التهدم الناتج عن سبب أجنبي.

المطلب الثالث: أشخاص الضمان العشري

كان الضمان العشري في البداية مرتبطا بعقد المقاولة فقط، ما جعل أطراف الضمان تنحصر في الأشخاص المحددين في المادة 554 من القانون المدني و هما المقاول و المهندس المعماري³ على اعتبار أنهما المشتغلين التقليديين في مجال البناء، غير أن التطورات التي حصلت في هذا المجال أدت إلى تدخل أشخاص آخرين بصفة غير مباشرة أو مباشرة في عملية البناء، ما أدى إلى الزامية و ضرورة توسيع دائرة الأشخاص المسؤولين عن هذا الضمان⁴.

دراسة أشخاص الضمان العشري يستدعي منا التطرق إلى الأشخاص الملتزمين بهذا الضمان (الفرع الأول) و كذا الأشخاص المستفيدين من هذا الضمان (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الملزمون بالضمان العشري

تم تكريس المسؤولية العشرية للمشيدين في فرنسا سنة 1804 بموجب التقنين المدني، و ما يمكن ملاحظته على هذا القانون أنه حصر مجال هذه المسؤولية على المقاول و المهندس المعماري مع تعليق إثارته على توفر شرطين أساسيين هما وجود صفة نهائية غير قابلة للمراجعة و حصول تهدم كلي أو جزئي لأشغال كبرى⁵، و عرف بعد ذلك مجال المسؤولية العشرية تطور ملحوظ بمناسبة صدور قانون 03 جانفي

¹ تنص المادة 384 من القانون المدني أنه يجوز لأطراف العقد بموجب اتفاق خاص الزيادة في الضمان أو الإنقاص منه أو إسقاطه، غير أن كل شرط ينص على ما سبق يعتبر باطل متى تعمد البائع إخفاء عيب في الشيء المبيع غشا منه.

² نوي عقيلة، مرجع سابق الذكر، ص 338.

³ طيب عائشة، الحماية القانونية لمالك البناء في عقد البيع بناء على التصاميم، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة البليدة، 2012، ص 188.

⁴ بن عبد القادر زهرة، نطاق الضمان العشري للمشيدين (دراسة مقارنة بين التشريعين الجزائري و الفرنسي)، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة باتنة، 2009، ص 120.

⁵ بن عامر محمد، مرجع سابق الذكر، ص 462، 463.

1967 الذي عمل على سد نقائص القانون السابق من خلال توسيع مجال تطبيق مسؤولية المشيدين، و هو ما تجسد فعلا من خلال تعديل المادة 2270 من القانون المدني الفرنسي و التي جاء فيها أن المهندسون المعماريون و المقاولون و الأشخاص الآخرين الذين يربطهم بصاحب الأشغال عقد مقاوله تستبعد مسؤوليتهم المتعلقة بضمان المباني التي شيدها أو أشرفوا عليها بعد مرور عشر 10 سنوات.

بعد ذلك تدخل المشرع الفرنسي من جديد من خلال قانون 1978 نظرا لزيادة المنازعات و بطئ الإجراءات الخاصة بتحديد المسؤوليات و كذا زيادة المخاطر التي تترصد عملية تعويض المتضررين خصوصا في حالة ضعف تأمين المشيدين الذين هم غالبا معرضون للإفلاس²، حيث جاء في المادة 1-1646 من القانون المدني الفرنسي أن بائع العقار على التصاميم ملزم بالالتزامات التي تقع عاتق المقاولين و المهندسين المعماريين و الأشخاص الآخرين الذين تربطهم صلة بصاحب المشروع العقاري بموجب عقد تأجير الخدمات و هذا بدءا من تاريخ استلام الأشغال.

و فيما يتعلق بالمشرع الجزائري، نجد أنه أخذ في البداية نفس منحى نظيره الفرنسي بحيث قصر المسؤولية العشرية على عقد المقاوله دون عقد البيع، ما يعني وقوع المسؤولية على المقاول و المهندس المعماري لا غير³، غير أنه بصدور القوانين المنظمة لنشاط الترقية العقارية و كذا الأمر 07-95 المتعلق بالتأمينات نجد أن المشرع وسع من دائرة المسؤولين عن هذا الضمان.

بناء على ما تقدم، سوف نتطرق في هذا الفرع إلى الأشخاص الملزمون بالضمان العشري طبقا للقواعد العامة (أولا) ثم الأشخاص الملزمون بهذا الضمان طبقا للنصوص الخاصة (ثانيا).

أولا: الملزمون بالضمان العشري طبقا للقواعد العامة

طبقا لنص المادة 554 من القانون المدني فإن الأشخاص الملزمة بالضمان العشري هي كل من المقاول و المهندس المعماري دون غيرهم من المتدخلين في عملية البناء، و عليه سوف نتناول كل واحد فيهم على حدى.

¹ Loi n 67-3 du 3 janvier 1967 relative aux ventes d'immeubles à construire ou en cours de construction et à l'obligation de garantie à raison des vices de construction, journal officiel de la République française n 3 du mercredi 4 janvier 1967.

² بن عامر محمد، مرجع سابق الذكر، ص 463.

³ المادة 554 من القانون المدني.

رغم تطرق المشرع لعقد المقاولة في الفصل الأول "عقد المقاولة" من الباب التاسع "العقود الواردة على العمل" من القانون المدني إلا أنه لم يعطي تعريفا لمهنة المقاول مكتفيا بتحديد الالتزامات الملقاة على عاتقه.

أطلق المرسوم التشريعي 94-07 المؤرخ في 18 مايو 1994 و المتعلق بشروط الإنتاج المعماري و ممارسة مهنة المهندس المعماري¹ على المقاول تسمية "صاحب المشروع المنتدب *le maitre de l'ouvrage* "délégué"، و عرفته المادة الثامنة منه بأنه كل شخص طبيعي أو معنوي مفوض من طرف صاحب المشروع قانونا لغرض إنجاز بناء ما أو تحويله.

عرف القانون 11-04 المقاول بأنه كل شخص طبيعي أو معنوي مسجل في السجل التجاري بعنوان نشاط أشغال البناء و هذا بصفته حر في أو مؤسسة تملك المؤهلات المهنية.²

يعرف المقاول بأنه الشخص الذي يعهد إليه تشييد مباني و منشآت ثابتة أخرى و يستوي أن تكون المواد المستعملة في عملية البناء قد أحضرها هو أو زوده بها رب العمل، حيث في كلتا الحالتين يلتزم بالضمان العشري³، و يطلق كذلك على المقاول تسمية "المنفذ" الذي يعرف بأنه كل شخص طبيعي كان أو معنوي يتولى تنفيذ أشغال البناء وفقا لرسومات و تصاميم معدة مسبقا من طرف مهندس معماري معتمد، و طبقا لشروط و مواصفات متفق عليهما في العقد أو في دفتر الشروط⁴، كما يعرف كذلك بأنه شخص تنفيذي توكل له مهام تنفيذ أعمال الإنجاز طبقا لتصميم معد من طرف المهندس المعماري و تحت إشرافه، غير أن هذا لا يمنع من استقلاله في تنفيذ ما أنيط به، و يقوم المقاول بالتنفيذ العملي للتصاميم و الرسومات الهندسية بما تمليه طبيعة عمله من إشراف و إدارة و حراسة المواد المستخدمة في عملية البناء و كذا كشف مختلف الأخطار الممكن تصور وجودها في الرسومات و التصاميم و مراقبة ورشات الإنجاز بغية تفادي أي حادث محتمل وقوعه⁵.

¹ الجريدة الرسمية عدد 32 المؤرخة في 25 مايو 1994. معدل بالقانون 04-06 المؤرخ في 14 غشت 2004 المتضمن إلغاء بعض أحكام المرسوم التشريعي 94-07، الجريدة الرسمية عدد 51 المؤرخة في 15 غشت 2004.

² المادة 3 فقرة 13 من القانون 11-04.

³ خديجي أحمد، نطاق المسؤولية العشرية -دراسة مقارنة-، رسالة ماجستير، كلية الحقوق و العلوم الاقتصادية، جامعة ورقلة، 2006، ص 12.

⁴ بن عبد القادر زهرة، مرجع سابق الذكر، ص 147، 148.

⁵ العربي شحط أمينة، مرجع سابق الذكر، ص 182.

من جملة التعريفات القانونية و الفقهية المذكورة أعلاه، يمكن تعريف المقاول بأنه كل شخص طبيعي أو معنوي مسجل في السجل التجاري يربطه برب العمل عقد مقاوله يلتزم بمقتضاه إنجاز بناء مراعي في ذلك النماذج و التصاميم و الرسومات الموضوعة من طرف المهندس المعماري.

يلتزم المقاول بالضمان العشري بموجب المادة 554 فقرة 1 من القانون المدني على اعتبار أنه الشخص الذي يعهد إليه تشييد المباني و المنشآت الأخرى، إذ جاء في نفس المادة: " يضمن المهندس المعماري و المقاول متضامين ما يحدث خلال عشر (10) سنوات من تهدم كلي أو جزئي....".

و أكدت على ما سبق المادة 46 من القانون 04-11 التي جاء فيها أنه: "تقع المسؤولية العشرية على عاتق مكاتب الدراسات و المقاولين و المتدخلين الآخرين الذين لهم صلة بصاحب المشروع من خلال عقد....."، على أساس أن المشرع اشترط على المرقى العقاري بموجب نص المادة 16 فقرة 1 من نفس القانون الاستعانة بخدمات مقاول قصد إنجاز المشروع.

و في نفس السياق جاء في المادة 30 فقرة 2 من المرسوم التنفيذي 85-12 أن المرقى العقاري يتحمل المسؤولية العشرية بالتضامن مع "المقاولين"، كما جاء في بند "الضمانات" تحت عنوان "التأمين العشري" من نموذج عقد البيع على التصاميم الملحق بالمرسوم التنفيذي 431-13 أن البائع (المرقى العقاري) "..... يتولى مهمة مراقبة و متابعة الضمان عن طريق التأمين العشري لكل "المقاولين".

تجدر الإشارة إلى أن أحكام المسؤولية العشرية لا تسري إذا ثبت أن العقد المراد الرجوع على أساسه ليس عقد مقاوله و إنما عقد آخر كعقد البيع مثلا، حيث أن البيع لا يرتب مثل هذا الضمان، فإذا أنجز المقاول بنفسه البناية ثم بعد إتمام الإنجاز قام ببيعها لشخص آخر ففي هذه الحالة لا نكون بصدد عقد مقاوله لاستحالة نشوئه بين الشخص و نفسه، و على هذا الأساس لا يمكن الرجوع على المقاول إلا بمقتضى أحكام العيوب الخفية¹.

¹ حامي حياة، مرجع سابق الذكر، ص 288.

ب/- المهندس المعماري

جاء في المادة 2 من المرسوم التشريعي 94-07 أن الهندسة المعمارية هي التعبير عن المعارف و المهارات المجتمعة في البناء، كما هي انبعاثات لثقافة ما و ترجمة لها، و جاء في المادة 9 من نفس المرسوم التشريعي أن المهندس المعماري و الذي يطلق عليه تسمية "صاحب العمل" هو كل شخص معتمد يتولى عملية تصور إنجاز البناء و متابعتها.

عرف القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 15 مايو 1988 في المادة الثالثة منه المهندس المعماري بأنه المستشار الفني سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا تتوفر فيه الشروط و المؤهلات المهنية و الكفاءة التقنية و الوسائل الفنية اللازمة في مجال البناء.¹

المهندس المعماري يعرف بأنه الشخص الذي يعهد إليه وضع مختلف التصاميم و النماذج و الرسوم لإقامة المنشآت، و قد يعهد إليه كذلك إدارة المشروع و الإشراف على تنفيذه و كذا مراجعة و مصادقة حسابات المقاول و صرف المبالغ المستحقة.²

كما يعرف المهندس المعماري بأنه الشخص الحاصل على مؤهل في هندسة المعمار يمكنه من وضع التصاميم و النماذج و الرسومات و الخرائط و تقدير القياسات و الأبعاد المختلفة للأبنية و المنشآت المراد إنجازها و كذا الإشراف على تنفيذها.³

ما يميز المهندس المعماري عن غيره من المتدخلين في عملية البناء أن دوره يكون ذو طابع ذهني، فهو يجمع بين صفة التقني و الفنان، و يمارس مهنة حرة غير تجارية يغلب عليها الطابع الفكري سواء تعلق الأمر بالتصميم أو الإدارة أو الإشراف على المشروع⁴، كما يحمل المهندس المعماري مؤهلا علميا في تخصص الهندسة المعمارية و يكون عضوا في نقابة المهندسين.⁵

¹ قرار وزاري مشترك مؤرخ في 15 مايو 1988 يتضمن كفاءات ممارسة تنفيذ الأشغال في ميدان البناء و أجر ذلك، الجريدة الرسمية عدد 43 المؤرخة في 26 أكتوبر 1988.

² رغميت حنان، التزامات المهندس المعماري للوقاية من أخطار الكوارث الطبيعية في مجال البناء، المجلة الجزائرية للأمن الإنساني، جامعة باتنة 1، المجلد 5، العدد 1، جانفي 2020، ص 706.

³ تسيبة أعمار، مرجع سابق الذكر، ص 182.

⁴ نصت المادة 11 فقرة 2 من المرسوم التشريعي 94-07 أن المهندس المعماري يحتفظ بالملكية المعنوية للعمل المعماري.

⁵ حامي حياة، مرجع سابق الذكر، ص 292.

قد يتخذ المهندس المعماري شكل شخص طبيعي أو شركة مدنية تتكون من مهندسين معماريين فأكثر أو مكتب دراسات خاص يستخدم مهندسين معماريين أو مكتب دراسات عمومي مختص في الهندسة المعمارية¹.

إلى جانب المقاول، يقع الضمان العشري أيضا على عاتق المهندس المعماري، إذ تنص المادة 554 فقرة 1 من القانون المدني أنه: "يضمن المهندس المعماري و المقاول متضامنين ما يحدث....."، و في إطار القانون 04-11 أشار المشرع إلى المهندس المعماري بمصطلح "مكاتب الدراسات" و هذا في المادة 46 التي نصت على أنه: "تقع المسؤولية العشرية على عاتق مكاتب الدراسات .

و تماشيا مع ما تم ذكره، جاء في المادة 30 فقرة 2 من المرسوم التنفيذي 12-85 أنه "يتحمل المرقى العقاري خلال مدة عشر سنوات مسؤوليته المتضامنة مع مكتب الدراسات...."، و هو ما أكده بند "الضمانات" تحت عنوان "التأمين العشري" الذي جاء فيه: "البائع.... يتولى مهمة مراقبة و متابعة الضمان عن طريق التأمين العشري لكل المهندسين المعماريين".

إن توسع مهام و أدوار المهندس المعماري لتشمل وضع التصاميم و أعمال البناء و التأسيسات الكهربائية و تصاميم توزيع المياه و صرفها و تصاميم التهوية جعل المشرع يستخدم مصطلح "مكاتب الدراسات"، حيث أن هذا الأخير يجعل من الضمان العشري مسؤولية كل مهندس شارك في عملية إنجاز البناء بغض النظر عن تخصصه².

إن قيام المسؤولية العشرية للمهندس المعماري مرتبط بطبيعة المهام التي قام بها و في حدودها، فإذا اكتفى بوضع التصاميم و النماذج دون أن يتعدى ذلك إلى الإشراف و التنفيذ ففي هذه الحالة لا يكون مسؤولا إلا عن العيوب التي أتت من التصميم³،⁴ كما أن خضوع المهندس المعماري للمسؤولية العشرية لا يتطلب قيامه بكل المهام التي يسمح له في إطار مهنته ممارستها و المتمثلة في وضع التصاميم و الإشراف و التنفيذ، و إنما يكفي القيام بأحد المهام⁵.

¹ المرجع نفسه، ص 293.

² العربي شحط أمينة، مرجع سابق الذكر، ص 181.

³ المادة 555 من القانون المدني، و: بوسته إيمان، الترقية العقارية الخاصة في مجال السكن في التشريع الجزائري، مرجع سابق الذكر (كتاب)، ص 358.

⁴ Brahim Youcef, la responsabilité des constructeurs dans le cadre du contrat d'entreprise (la garantie décennale selon l'article 554 du code civil), revue algérienne des sciences juridiques et politiques, université d'Alger 1, volume 37, numéro 2, 2000, p 18.

⁵ حامي حياة، مرجع سابق الذكر، ص 294.

العقد المبرم بين المرقي العقاري و المهندس المعماري يرتب على هذا الأخير التزام بتحقيق نتيجة و هذا من خلال إعداد تصاميم مطابقة للمواصفات و الشروط المتفق عليها بينهما في العقد، كما يجب أن يكون التصميم موافقا لأعراف و أصول الفن و المهنة، و يجب على المهندس المعماري أن يلتزم بضمان خلو هذه التصاميم من أي عيب يهدد متانة و سلامة البناء و يعرضه لخطر الانهيار¹.

كخلاصة لما سبق، نجد أنه رغم استقلال المقاول و المهندس المعماري عن بعضهما البعض كون كل واحد فيهما مرتبط برب العمل بعقد مستقل، إلا أن اجتماعهما على عمل واحد من شأنه إنشاء روابط وثيقة الصلة بينهما لا يمكن للقانون تجاهلها ما يجعلهما مرتبطين على الصعيد العملي، هذا ما أدى بالمشرع إلى جعل مسؤوليتهما مسؤولية تضامنية بحيث يضمنان بالتضامن ما يحدث من تهدم جزئي أو كلي للبنية المشيدة خلال عشر 10 سنوات².

ثانيا: الملزمون بالضمان العشري طبقا للنصوص الخاصة

إن الأحكام التي جاء بها القانون المدني ترتب المسؤولية العشرية على المهندس المعماري و المقاول فقط وهذا لكونها حصرت نطاق الضمان العشري عليهما دون غيرهما من المتدخلين في عملية البناء، غير أن هذا النطاق شهد توسعا كبيرا بموجب نصوص خاصة و التي نجد من بينها النصوص المنظمة لنشاط الترقية العقارية.

أ- المرقي العقاري

رغم تعاقب القوانين المنظمة لنشاط الترقية العقارية إلا أن موقف المشرع لم يتغير إلا نسبيا حول مسألة إلزام المرقي العقاري بالضمان العشري، بداية بالقانون 07-86 المتعلق بالترقية العقارية أين نجد نص المادة 41 منه تلزم المكتب في عمليات الترقية العقارية (المرقي العقاري) صراحة بتحمل عيوب البناء الخفية طيلة عشر 10 سنوات، ثم بعد ذلك في ظل المرسوم التشريعي 03-93 المتعلق بالنشاط العقاري الذي اتسمت نصوصه بالغموض بخصوص التزام المتعامل في الترقية العقارية (المرقي العقاري) بالضمان العشري³ سواء تعلق الأمر بالمادة الثامنة منه أو بنموذج عقد البيع بناء على التصاميم الملحق بالمرسوم التنفيذي 58-94، و في هذا الصدد ذهبت المحكمة العليا في قرار لها يحمل الرقم 509321 و المؤرخ في 17 ديسمبر 2009 إلى اعتبار المرقي العقاري مسؤولا عن الضمان العشري بالتضامن مع المهندس المعماري و المقاول إذا لم يبلغ

¹ العربي شحط أمينة، مرجع سابق الذكر، ص 180.

² مقراني سارة، المسؤولية التضامنية في عقد الترقية العقارية على ضوء أحكام القانون 04-11، مرجع سابق الذكر، ص 35.

³ بن عبد القادر زهرة، الضمان العشري للمشيدين في التشريع الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة باتنة، 2003، ص 37.

شهادة التأمين على المسؤولية العشرية لكل من المقاول و المهندس المعماري إلى المقتني يوم حيازة البناية كحد أقصى، و بذلك لا تقع عليه أي مسؤولية إذا قدمها للمقتني¹.

أما بالنسبة للقانون 04-11 نجد أنه جاء في المادة 26 فقرة 3 منه: " الحيازة و شهادة المطابقة لا تعفيان من المسؤولية العشرية التي قد يتعرض لها المركبي العقاري...."، حيث أن استخدام المشرع في هذه المادة لكلمة "قد يتعرض" أثار العديد من التساؤلات حول إمكانية إعفاء المركبي العقاري من هذه المسؤولية خصوصا و أن المادة 46 من نفس القانون لم تنطرق إلى المركبي العقاري عندما حددت الأشخاص الملزمين بالضمان العشري مكتفية بذكر المقاولين و مكاتب الدراسات و المتدخلين الآخرين.

و نصت المادة 30 فقرة 2 من دفتر الشروط النموذجي المحدد للالتزامات و المسؤوليات المهنية للمركبي العقاري و الملحق بالمرسوم التنفيذي 85-12 أن المركبي العقاري يتحمل خلال عشر سنوات مسؤوليته المتضامنة مع المقاولين و مكاتب الدراسات و المقاولين الفرعيين و الشركاء و أي متدخل آخر، في حالة سقوط البناية جزئيا أو كليا بسبب عيب في البناء بما في ذلك رداءة الأرضية.

يكون المشرع من خلال المادة السابقة قد أزال الغموض الموجود في المادة 46 من القانون 04-11 حيث أن المادة 30 فقرة 2 من المرسوم التنفيذي 85-12 دلت بصفة قاطعة على التزام المركبي العقاري بأحكام الضمان العشري، و هو ما أكدته قرار المحكمة العليا رقم 64748 الصادر بتاريخ 23 جانفي 1991 و الذي جاء فيه: " من المقرر قانونا أن المقاول و المهندس المعماري يضمنان بالتضامن ما يحدث خلال عشر 10 سنوات من تهم جزئي أو كلي فيما شيداه من مباني أو أقاماه من منشآت ثابتة أخرى و من ثمة فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفة للقانون. و لما كان من الثابت في قضية الحال أن قضاة المجلس بإخراجهم لديوان الترقية و التسيير العقاري من الخصام بالرغم من أن الخبرة المنجزة أظهرت أنه ضامن للبناء مع المقاول يكونوا قد أخطأوا في تطبيق القانون. و متى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه"²، حيث يعتبر ديوان الترقية و التسيير العقاري في هذه القضية مرقيا عقاريا عموميا، و اعتبره قرار المحكمة العليا مسؤولا عن الضمان العشري بالتضامن مع كل من المهندس المعماري و المقاول³.

و هو ما أكدته المشرع مرة أخرى في بند الضمانات تحت عنوان "التأمين العشري" من نموذج عقد البيع على التصاميم الملحق بالمرسوم التنفيذي 13-431 الذي جاء فيه التزام البائع (المركبي العقاري) لفائدة

¹ قرار المحكمة العليا رقم 509321 بتاريخ 17 ديسمبر 2009، الغرفة المدنية، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، 2010، ص 138.

² قرار المحكمة العليا رقم 64748 بتاريخ 23 جانفي 1991، الغرفة المدنية، المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد الرابع، 1992، ص 31.

³ بوسته إيمان، الترقية العقارية الخاصة في مجال السكن في التشريع الجزائري، مرجع سابق الذكر (أطروحة دكتوراه)، ص 401.

المكتب بمسؤوليته المدنية كما يتولى مهمة متابعة و مراقبة الضمان عن طريق التأمين العشري لكل المقاولين و المهندسين المعماريين و العمال القطعيين المدعويين للمشاركة في إنجاز المشروع، كما يصح أنه يقبل التصرف بالتضامن معهم تجاه المكتب و الغير إلا في حالة الخطأ الذي لا يمكن أن ينسب إليه.

إن صياغة المشرع لهذا البند في نموذج عقد البيع على التصاميم غير دقيقة، حيث أنه استعمل عبارة "يصح أنه يقبل التصرف بالتضامن معهم" ما يوحي أن للمرقي العقاري الحق في رفض التضامن، في حين أن التضامن في المسؤولية العشرية مفترض بقوة القانون و لا يخضع لإرادة المرقي العقاري¹.

يخضع المرقي العقاري للمسؤولية العشرية بالرغم من أنه لا يقوم بإنجاز البناية بنفسه و إنما يستعين بخدمات مقاول، فهو بذلك يخضع لنفس المسؤولية التي يخضع لها المقاول رغم أنه يتمتع في مواجهة هذا الأخير بمركز رب العمل، إذ أن المرقي العقاري له مركز أو صفة مزدوجة، فمن جهة يعتبر رب عمل في علاقته مع المهندس المعماري و المقاول القائمة على عقد المقاولة، و من جهة أخرى يتمتع المرقي العقاري بمركز البائع في إطار علاقته بالمكتب في عقد البيع على التصاميم²، و على هذا الأساس فهو كرب عمل يستفيد من الضمان العشري في مواجهة كل من المقاول و المهندس المعماري و هو ما قصده المادة 46 من القانون 04-11، في حين مركزه كبائع يلزمه بالضمان العشري لفائدة المكتب و هذا بالتضامن مع كل من المهندس المعماري و المقاول³.

ب/- المراقبون التقنيون

المراقب التقني أو كما يسمى كذلك "مكاتب الرقابة" هو كل شخص طبيعي أو معنوي له درجة عالية من الكفاءة الفنية، يتولى بموجب عقد إجارة مبرم مع رب العمل القيام بفحص المسائل الفنية في عملية البناء و التي يرى رب العمل تكليفه بفحصها⁴، كما يعرف كذلك بأنه الشخص المؤهل قانونا لمراقبة المسائل الفنية في عملية إنجاز البناية و هذا للتأكد من مدى احترامها لمختلف قواعد البناء و أصوله⁵.

¹ بوسته إيمان، الترقية العقارية الخاصة في مجال السكن في التشريع الجزائري، مرجع سابق الذكر (كتاب)، ص 361.

² العربي شحط أمينة، مرجع سابق الذكر، ص 192.

³ قلواز فاطمة الزهراء، خصوصية الضمان العشري في الترقية العقارية، المجلة الجزائرية للحقوق و العلوم السياسية، جامعة تيسمسيلت، المجلد 7، العدد 2، 2022، ص 551.

⁴ العربي شحط أمينة، مرجع سابق الذكر، ص 188.

⁵ بناسي شوقي، مرجع سابق الذكر، ص 250.

نظم المشرع لأول مرة الرقابة التقنية للبناء بموجب الأمر 71-85 مكرر المؤرخ في 29 ديسمبر 1971 المتضمن إحداث هيئة المراقبة التقنية للبناء و تحديد قانونها الأساسي¹، حيث اعتبرها مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي و تجاري تتمتع بالشخصية المدنية و الاستقلال المالي²، كما توضع تحت وصاية الوزير المكلف بالبناء و يكون مقرها بمدينة الجزائر العاصمة³.

عدل المشرع الأمر 71-85 مكرر بموجب المرسوم 86-205 المؤرخ في 19 غشت 1986 المتضمن تغيير هيئة المراقبة التقنية للبناء⁴، هذا الأخير عدل تسمية الهيئة لتصبح "الهيئة الوطنية لرقابة البناء التقنية في وسط البلاد" كما اعتبرها مؤسسة اشتراكية ذات طابع اقتصادي تتعامل مع الغير على أساس أنها تاجرة⁵. هذه الهيئة أنشئت نتيجة التوسع العمراني و ما نتج عنه من مخاطر التي تكون أثناء عملية البناء أو حتى بعد الاستلام، حيث أنشأ المشرع خمس وحدات تقنية (الوسط، الجنوب، الشرق، الغرب، بالإضافة إلى وحدة الشلف نظرا لطابعها الجيولوجي الذي يجعل منها منطقة زلزالية) على درجة عالية من الكفاءة و الاختصاص قصد معاينة المشاريع العمرانية و توسيع مجال الحماية لرب العمل و المستفيد من المشروع العقاري⁶.

طبقا للفقرتين الأولى و الثانية من المادة 3 من المرسوم 86-205 نجد أن تدخل المراقب التقني يتم في مرحلتين، الأولى يقوم فيها بدراسة نقدية للتراتب التقنية الخاصة بالمشاريع لاسيما رقابة تصميم العمال الكبرى و العناصر المرتبطة بها قصد التأكد من مطابقتها و احترامها لقواعد البناء و مقاييسه، أما الثانية فتكون في مرحلة الإنجاز أين يعمل رقابة تنفيذ الأشغال و السهر على احترام المخططات و كفاءات التنفيذ. تعمل هيئة المراقبة التقنية على مراقبة بناء العمارات قصد التأكد من ثبات و ديمومته و كذا أسسه و صلاحية كل ما يؤثر على ثباته من حيث الهيكل و الجدران المحيطة و السقف و هذا للمساهمة في الوقاية من النقائص التقنية التي يمكن أن تطرأ أثناء أشغال الإنجاز، كما تعمل على رقابة جودة مواد البناء المستعملة⁷.

1 الجريدة الرسمية عدد 4 المؤرخة في 14 يناير 1972.

2 المادة 1 فقرة 1 من نفس الأمر.

3 المادة 1 فقرة 2 من نفس الأمر.

4 الجريدة الرسمية عدد 34 المؤرخة في 20 غشت 1986.

5 المادة 2 من نفس المرسوم.

6 ريمان حسينة، مرجع سابق الذكر، ص 186، 187.

7 حامي حياة، مرجع سابق الذكر، ص 295.

إن السؤال الذي يمكن أن يطرح بخصوص ما سبق بيانه يتعلق بمدى الزامية إبرام اتفاقية الرقابة التقنية قبل الشروع في إنجاز أي مشروع عقاري؟¹

أجابت على السؤال السابق المادة 18 من القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 15 مايو 1988 المتضمن لكيفيات ممارسة تنفيذ الأشغال في ميدان البناء و أجر ذلك²، التي نصت على وجوب إبرام صاحب المشروع لاتفاقية مع الهيئة المكلفة بالمراقبة التقنية للبناء عندما يتعلق الأمر بالبنائيات التي تدخل ضمن اختصاص هذه الهيئة، كما يجب أن تبرم هذه الاتفاقية فور التوقيع على الاستشارة الفنية، و يجب على المستشار أن يساعد رب العمل في علاقته مع الهيئة عند إعداد الاتفاقية و الحصول على التأشيرات التقنية.

المقصود ب "صاحب المشروع" المنصوص عليه في المادة السابقة هو الإدارات التابعة للدولة و الجماعات المحلية و كذا الهيئات العمومية ذات الطابع الإداري³، أما بالنسبة للخووص فالأمر يبقى غامضاً مما قد يوحي إلى أنه اختياري بالنسبة لهم⁴.

فصل الأمر 07-95 المتعلق بالتأمينات في مسألة إلزام الخووص كذلك بإبرام اتفاقية الرقابة التقنية مع المراقبين التقنيين، حيث اعتبرت المادة 180 منه وجود شهادة الرقابة التقنية أمراً لازماً و ضرورياً لإبرام عقد التأمين من المسؤولية العشرية.

و بخصوص نشاطات الترقية العقارية فإن المشرع لم ينص صراحة في القانون 04-11 على الزامية إبرام المرقى العقاري لعقد مع المراقب التقني مثلما فعل مع المقاول، إلا أن إبرام اتفاقية الرقابة التقنية يعتبر أمر الزامي بالنسبة للمرقى العقاري العام و الخاص و هذا ما يستشف من نص المادة 17 من دفتر الشروط النموذجي المحدد للالتزامات و المسؤوليات المهنية للمرقى العقاري و الملحق بالمرسوم التنفيذي 85-12 التي جاء فيها أنه يتعين على كل مرقى عقاري السهر على تنفيذ الأشغال مع احترام الأنظمة التقنية المعمول بها و القواعد الفنية، و أكدت على ذلك المادة 18 من نفس دفتر الشروط التي نصت على وجوب قيام المرقى العقاري بتلبية كافة الإجراءات المتعلقة بمراقبة البناء.

¹ تواتي سهيلة، الحماية القانونية للمشتري في عقد بيع العقار بناء على التصاميم، مرجع سابق الذكر، ص 246.

² مرجع سابق الذكر.

³ المادة 1 من القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 15 مايو 1988 و المتضمن لكيفيات ممارسة تنفيذ الأشغال في ميدان البناء و أجر ذلك.

⁴ تواتي سهيلة، الحماية القانونية للمشتري في عقد بيع العقار بناء على التصاميم، مرجع سابق الذكر، ص 247.

ضف إلى ما سبق أن تقديم نسخة من الاتفاقية أصبح الزاميا على المرقى العقاري من أجل اكتتاب الضمان الإجباري لدى صندوق الضمان و الكفالة المتبادلة¹.

بخصوص الضمان العشري، لم ينص المشرع صراحة لا في القانون 04-11 و لا في النصوص التنظيمية له على اعتبار المراقبين التقنيين من جملة الأشخاص المسؤولين مسؤولية عشرية بالتضامن مع المهندس المعماري و المقاول و المرقى العقاري، و مع ذلك هناك من الباحثين من يرى بأن المراقب التقني يندرج ضمن مصطلح "مكاتب الدراسات"²، في حين يرى آخرون أنه يندرج ضمن "المتدخلين الآخرين الذين لهم صلة بصاحب المشروع"³.

و على أي حال جاءت الإشارة إلى المراقبين التقنيين بصفة صريحة في الأمر 07-95 المتعلق بالتأمينات، حيث نصت المادة 178 فقرة 1 منه أنه يجب على المقاولين و المهندسين المعماريين و كذا "المراقبين التقنيين" اكتتاب عقد لتأمين مسؤوليتهم العشرية المنصوص عليها في نص المادة 554 من القانون المدني، و يبدأ سريان هذا العقد من تاريخ الاستلام النهائي للمشروع.

إن الزام المشرع الجزائي للمراقبين التقنيين بالضمان العشري جاء تأثرا بنظيره الفرنسي، حيث ألزمهم هذا الأخير كذلك بالضمان العشري بموجب المادة 9 من القانون 12-78 المؤرخ في 4 جانفي 1978 المتعلق بالمسؤولية و التأمين في مجال البناء⁴.

لا يمكن للمراقبين التقنيين التنصل من المسؤولية العشرية إلا بإثبات أن الضرر الذي لحق البناية كان بسبب خارج عن نطاق المهمة التي تم تكليفهم بها بموجب العقد المبرم بينهم و بين صاحب المشروع، أو إثبات أن هذا الضرر ناتج عن سبب أجنبي يتمثل في قوة قاهرة أو خطأ المضرور أو خطأ الغير و هو ما سوف نفصل فيه لاحقا.

ج-/- المتدخلون الآخرون

في إطار توسيع نطاق الأشخاص الملزمين بالضمان العشري، استعمل المشرع من خلال القانون 04-11 و المرسوم التنفيذي 85-12 مصطلحا فضفاضا هو "المتدخلون الآخرون"، حيث حملت المادة 46 من

¹ المرجع نفسه، ص 248.

² بناسي شوقي، مرجع سابق الذكر، ص 249.

³ باخويا دريس، مسؤولية الضمان العشري في عقد الترقية العقارية ما بعد استلام المشروع العقاري، مجلة القانون العقاري، جامعة البليدة 2، المجلد 4، العدد 1، 2017، ص 66.

⁴ Article 9 : « le contrôleur technique est soumisà la présomption de responsabilité édictée par les articles 1792-1 et 1792-2 du code civil.... ».

القانون 04-11 هذه الفئة المسؤولية العشرية بنصها: "تقع المسؤولية العشرية على عاتق...المتدخلين الآخرين الذين لهم صلة بصاحب المشروع من خلال عقد"، و في نفس الصدد نصت المادة 30 فقرة 2 من دفتر الشروط النموذجي الملحق بالمرسوم التنفيذي 85-12 على تحمل المرقى العقاري خلال عشر سنوات مسؤوليته المتضامنة مع أي متدخل آخر¹.

يظهر لنا من خلال المادتين السابقتين أن المشرع الجزائري تأثر بنظيره الفرنسي بخصوص إدراج المتدخلين الآخرين ضمن فئة المسؤولين بالضمان العشري، حيث جاء في المادة 1-1792 من القانون المدني الفرنسي اعتبار كل من المقاول، المهندس، الفني، و أي شخص آخر يربطه برب العمل عقد إجارة أعمال (عقد مقاوله) معماريا و بالتالي يتحمل المسؤولية العشرية².

لم يحدد المشرع في المادتين المذكورتين أعلاه الأشخاص الذين يندرجون ضمن فئة "المتدخلون الآخرون" ما يجعلها فئة واسعة تشمل كل شخص متدخل في المشروع يربطه عقد بالمرقى العقاري، دون تحديد طبيعة هذا العقد، و سواء كان العمل المقدم صغيرا أم كبيرا، ثانويا أم جوهريا³.

كان الأولى بالمشرع تحديد الأشخاص المنتمين لفئة "المتدخلون الآخرون" على سبيل الحصر و هذا بالنظر إلى خطورة المسؤولية التي يتحملونها على اعتبار أن الضمان العشري يعد ضمانا مشددا، و بالتالي لا يمكن إسقاط هذا الضمان على أي متدخل في عملية إنجاز المشروع العقاري حتى ولو كانت الأشغال المساهم بها ثانوية أي قليلة الأهمية، حيث يمكن أن تكون الأشغال التي يساهم بها كل متدخل ليست على درجة واحدة من الأهمية فلا يستوي مثلا عمل المتدخل الذي قام بطلاء الجدران مع عمل الشخص الذي وضع الأساسات، فلو تقيدنا بالمعنى الحرفي لنص المادتين السابقتين لساوينا بين العمليين و أخضعنا كلى المتدخلين لأحكام الضمان العشري و هو أمر غير منطقي⁴.

رغم عدم تحديد المشرع في المادة 46 من القانون 04-11 و المادة 30 فقرة 2 من المرسوم التنفيذي 85-12 لفئة المتدخلين الآخرين، إلا أنه يمكن الاستنتاج من خلال تمحيص القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 15 مايو 1988 أن المشرع يخضع المنتج لأحكام المسؤولية العشرية عندما يتعلق الأمر بعيوب المنتجات التي تم دمجها في البناية⁵، فالعمل غير المتقن يرتبط بالمهندس المعماري أو المقاول، أما عيوب المنتجات المدمجة في

¹ لم يرد ذكر فئة المتدخلين الآخرين في بند "الضمانات" من نموذج عقد البيع على التصاميم الملحق بالمرسوم التنفيذي 13-431.

² Article 1792-1 du code civil français.

³ بناسي شوقي، مرجع سابق الذكر، ص 247.

⁴ حامي حياة، مرجع سابق الذكر، ص 301.

⁵ المادة 23 فقرة 4 من القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 15 مايو 1988، مرجع سابق الذكر.

البنية فلا ترتبط بهما وإنما ترتبط بالمنتج، و على أي حال لا يمكن تحميل المنتج المسؤولية العشرية بمجرد التفسير و الاستنتاج و هذا نظرا لغياب نص صريح يلزمه بالضمان العشري¹.

و بخصوص المشرع الفرنسي نجد أنه أقر المسؤولية العشرية التضامنية للمنتج و هذا بموجب المادة 4-1792 من القانون المدني المعدلة بموجب الأمر 1169-2019 المؤرخ في 13 نوفمبر 2019² مع اشتراط أن يكون المقاول قد التزم و بدون أي تغيير لتعليمات المنتج حتى تقوم مسؤولية هذا الأخير.

و في نفس الإطار، ذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى اعتبار مورد مواد البناء مسؤول مسؤولية عشرية إذا ساهم في عملية التشييد، حيث أن بائع الخرسانة الذي حضر عملية صبها و قدم تعليمات للعمال المكلفين بالبناء حول كفاءات صبها يعتبر مسؤولا بالتضامن كون تدخله لم يكن فقط باعتباره موردا وإنما باعتباره مت دخلا في عملية البناء³.

د- العمال القطعيين

لم يتم الإشارة إلى العمال القطعيين في القانون 04-11 باعتبارهم من الأشخاص الملزمين بالضمان العشري، و نفس الأمر بالنسبة للمرسوم التنفيذي 85-12، و إنما جاءت الإشارة إليهم في بند "الضمانات" تحت عنوان "التأمين العشري" الذي نص على تولى البائع (المركبي العقاري) مسؤولية متابعة و مراقبة الضمان عن طريق التأمين العشري لكل العمال القطعيين المدعويين للمشاركة في إنجاز البنية، و تجدر الإشارة إلى أن نفس العبارة استعملها المشرع في المادة 8 فقرة 2 من المرسوم التنفيذي 58-94 المحدد لنموذج عقد البيع بناء على التصاميم.

رغم ذكر المشرع لفئة العمال القطعيين إلا أنه لم يحدد المقصود بهذه الفئة ما يجعل هذا التوسع في دائرة الأشخاص الملزمين بالضمان العشري دون جدوى في انتظار الاجتهادات القضائية للمحكمة العليا⁴.

و بناء على ما سبق نرى أنه على المشرع تحديد المقصود بالعمال القطعيين و الأشخاص الذين يدخلون في هذه الفئة كون من غير المعقول الزام العمال بالضمان العشري إذا طبقنا المعنى الحرفي لمصطلح "العمال"⁵.

¹ حامي حياة، مرجع سابق الذكر، ص 301، 302.

² Ordonnance n 1169-2019 du 13 novembre 2019 relative aux marques de produits ou de services, journal officiel de la république française n 264 du jeudi 14 novembre 2019.

³ تريبش رحمة، مرجع سابق الذكر، ص 425.

⁴ بناسي شوقي، مرجع سابق الذكر، ص 248.

⁵ بوستة إيمان، الترقية العقارية الخاصة في مجال السكن في التشريع الجزائري، مرجع سابق الذكر (أطروحة دكتوراه)، ص 404.

ه/- الشركاء الآخرون للمرقي العقاري

تم ذكر هذه الفئة من الأشخاص في المادة 49 فقرة 2 من القانون 04-11 وهذا بمناسبة النص إلزام المرقي العقاري بمطالبة المقاولين و مكاتب الدراسات بالضمانات و التأمينات القانونية اللازمة، حيث نصت على أنه يتعين على المرقي العقاري باعتباره بائعا مطالبة مكاتب الدراسات و المقاولين و شركائه الآخرين بهذه التأمينات و الضمانات، كما نصت على نفس الشيء المادة 20 فقرة 2 من المرسوم التنفيذي 85-12 أين حملت الشركاء الآخرين المسؤولية العشرية بالتضامن مع المرقي العقاري، حيث جاء فيها أنه: "يتحمل المرقي العقاري خلال مدة عشر سنوات مسؤوليته المتضامنة معالشركاء....."، في حين لم يرد أي ذكر لهذه الفئة في المرسوم التنفيذي 431-13.

حمل المشرع فئة الشركاء الآخرين المسؤولية العشرية إلا أنه لم يحدد الأشخاص الذين يندرجون فيها، هل هم شركاء للمرقي العقاري في المشروع العقاري الأمر الذي يجعلهم أيضا مرقين عقاريين، أم هم الشركاء في الحالة التي يكون فيها المرقي العقاري شخصا معنويا و ليس طبيعيا و بالتالي يتحملون المسؤولية العشرية مع باقي المسؤولين، أم قصد المشرع شركاء المرقي العقاري في الضمان العشري المتمثلين في المهندس المعماري و المقاول و المراقب التقني... إلخ¹.

على العموم يبدو من خلال المواد السابقة أن فئة "الشركاء الآخرين" يختلفون عن فئة "المتدخلين الآخرين" في كون أن المشرع اشترط بالنسبة للفئة الأخيرة ضرورة وجود عقد يربطهم بالمرقي العقاري، في حين لم يشر إلى ذلك بالنسبة للفئة الأولى، و على أي حال يقع على عاتق المحكمة العليا من خلال اجتهاداتها القضائية عبء تحديد الأشخاص المصنفين في هذه الفئة، و في انتظار ذلك يبقى توسيع نطاق المسؤولية العشرية ليشمل فئة "الشركاء الآخرين" دون فعالية.²

و/- المقاولين الفرعيين

يمكن تعريف المقاول الفرعي أو ما يسمى "المقاول من الباطن" بأنه كل شخص يعهد له المقاول الأصلي (أي المقاول الذي تعاقد مع المرقي العقاري) تنفيذ كل أو جزء من الصفقة التي أبرمها مع رب العمل و هذا بمقتضى عقد مقاوله من الباطن³، حيث يجوز للمقاول الأصلي طبقا للمادة 564 من القانون المدني توكيل

¹ بوسنة إيمان، الترقية العقارية الخاصة في مجال السكن في التشريع الجزائري، مرجع سابق الذكر (كتاب)، ص 363.

² بناسي شوقي، مرجع سابق الذكر، ص 249.

³ حامي حياة، مرجع سابق الذكر، ص 296.

مقاول فرعي قصد تنفيذ العمل في جملة أو في جزء منه إذا لم يوجد أي مانع في العقد أو لم تكن طبيعة هذا العمل تعتمد على كفاءته الشخصية.

فالمقاول الفرعية أو من الباطن¹ تفترض وجود عقدين متتابعين لهما نفس الطبيعة القانونية (عقد مقاول) و ثلاثة أطراف، حيث أن العقد الأول هو العقد الأصلي المبرم بين رب العمل (المركي العقاري) و المقاول الأصلي الذي يطلق عليه كذلك تسمية "المتعاقد المشترك" كونه يشترك في العقدين مع، أما العقد الثاني فهو العقد الذي يبرم بين المقاول الأصلي و المقاول الفرعي، هذا الأخير يعتبر أجنبيا عن عقد الأصلي².

و خلافا للمقاول الأصلي الذي يخضع للمسؤولية العشرية مثلما سبق بيانه، لم يخضع المشرع المقاول الفرعي لهذه المسؤولية و هو ما يمكن استنتاجه من المادة 554 فقرة 3 من القانون المدني نصت على عدم جواز رجوع المقاول الأصلي على المقاولين الفرعيين بأحكام الضمان العشري، و بالتالي لا يجوز على حسب نفس المادة للمركي العقاري الرجوع على المقاول الفرعي بالضمان ذلك أنه لا توجد أي علاقة مباشرة بينهما أي لا يربطهما أي عقد، فالعقد إنما يربط المركي العقاري بالمقاول الأصلي³، غير أن هذه المادة لا تمنع من رجوع المقاول الأصلي على المقاول الفرعي بأحكام المسؤولية العقدية طالما هناك عقد يربط بينهما.

على عكس أحكام القانون المدني و بالضبط نص المادة 554 منه، اعتبر المشرع المقاولين الفرعيين متضامنين مع المركي العقاري في الضمان العشري عندما يتعلق الأمر بمشاريع الترقية العقارية، حيث جاء في المادة 45 من القانون 04-11 أن كل بند في العقد يهدف إلى حصر أو إقصاء الضمانات أو المسؤولية المقررة لمصلحة المكتتب أو تقييد مداها سواء باستبعاد أو بحصر تضامن المقاولين الثانويين مع المركي العقاري، و هو ما أكدت عليه صراحة المادة 30 فقرة 2 من المرسوم التنفيذي 85-12 التي نصت على تحمل المركي العقاري مسؤوليته المتضامنة مع المقاولين الفرعيين و هذا لمدة عشر سنوات.

تجدر الإشارة إلى أن المادة 45 من القانون 04-11 سألقة الذكر جاءت مطابقة من ناحية المعنى للمادة 18 من المرسوم التشريعي 03-93، حيث نصت هذه الأخيرة كذلك أن كل بند في العقد يلغي أو يحد من المسؤولية أو الضمانات أو تحديد مداها إما من خلال إبعاد تضامن المقاولين من الباطن أو تحديده يعد باطلا، و يرى في هذا الصدد الأستاذ "ويس فتحي" أن ما قصده المشرع في المادة 18 من المرسوم التشريعي 03-93 هم

¹ إن تسمية "المقاول من الباطن" هي الأكثر شيوعا في الفقه و القوانين المدنية كونها التسمية المتعارف عليها و المألوفة بين الأشخاص في الحياة العملية، إلا أن المشرع الجزائري خرج عن ذلك و أطلق عليه تسمية "المقاول الفرعي".

² المير سميرة، المسؤولية العقدية للمقاول الفرعي-الباطن-، مجلة البدر، جامعة بشار، الحجم 9، العدد 3، مارس 2017، ص 94.

³ السنهوري عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني-العقود الواردة على العمل (المقاول و الوكالة و الوديعة و الحراسة)-، الجزء السابع، المجلد الأول، دون رقم الطبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1964، ص 223.

المقاولين الأصليين، و كل ما في الأمر أنه غلب صفة المقاول في المرقى العقاري، الأمر الذي نتج عنه اعتبار المقاولين الأصليين مقاولين فرعيين (من الباطن) بالنسبة للمرقى العقاري¹، غير أن هذا التحليل وإن أمكن تطبيقه على المرسوم التشريعي السابق لا يمكن أبداً أن ينطبق على القانون 04-11 كون المشرع نظم مهنة المرقى العقاري بموجب القانون الأخير و نصوصه التنظيمية و جعلها مهنة تخضع للاعتماد المسبق و التسجيل في الجدول الوطني للمرقين العقاريين، كما ميز بين هذه المهنة و مهنة المقاول، و ألزم المرقى العقاري بإبرام عقد مقاوله مع مقاول قصد إنجاز المشاريع العقارية كونه لا يستطيع مباشرة أشغال الإنجاز بنفسه مثلما كان عليه الحال في ظل المرسوم التشريعي 03-93².

و يرى الأستاذ بناسي شوقي أنه لا يوجد في الحقيقة تناقض بين نص المادة 554 فقرة 3 و المادتين 45 من القانون 04-11 و 30 فقرة 2 من المرسوم التنفيذي 85-12، طالما أن لكل مادة مجالها، فالأولى مجالها عام في حين أن المادتين المتبقيتين تتعلقان بنشاط الترقية العقارية، و من المعمول أن الخاص يقيد العام، و يبدو أن غاية المشرع من تحميل المقاولين الفرعيين للمسؤولية العشرية كانت بالنظر إلى الدور الكبير الذي أصبح يلعبه هؤلاء في إنجاز المشاريع العقارية الخاصة بنشاط الترقية العقارية تحت إشراف المقاول الأصلي، و إذا كان المشرع قد أعفاهم من الضمان العشري في القانون المدني فإن ذلك يرجع إلى التصور الذي كان يعتنقه آنذاك و القائم على التطبيق الصارم لمبدأ الأثر النسبي للعقد، غير أن تراجع مبدأ سلطان الإرادة في الوقت المعاصر جعل من المشرع لا يجد أي مانع قانوني من أجل توسيع دائرة الأشخاص المعنيين بالقوة الملزمة للعقد خارج دائرة الأشخاص الذين أبرموا العقد³.

و بناء على ما سبق، نفضل إعادة النظر في المادة 554 فقرة 3 من القانون المدني من خلال عدم استثناء المقاولين الفرعيين من المسؤولية العشرية و التضامن مع المقاولين الأصليين⁴.

الفرع الثاني: المستفيدون من الضمان العشري

استقرت المادة 554 من القانون المدني على أن مناط الاستفادة من الضمان العشري هو الارتباط بعقد مقاوله، و عليه فإن كل شخص ارتبط بالمقاول و المهندس المعماري يعد رب عمل و يستفيد من الضمان

¹ ويس فتحي، مرجع سابق الذكر، ص 124.

² تواتي سهيلة، الحماية القانونية للمشتري في عقد بيع العقار بناء على التصاميم، مرجع سابق الذكر، ص 244.

³ بناسي شوقي، مرجع سابق الذكر، ص 244، 245.

⁴ بوستة إيمان، الترقية العقارية الخاصة في مجال السكن في التشريع الجزائري، مرجع سابق الذكر (أطروحة الدكتوراه)، ص 403.

⁵ بناسي شوقي، مرجع سابق الذكر، ص 245، 246.

العشري¹ (أولا)، غير أن توسيع دائرة الأشخاص المستفيدين من هذا الضمان جعل من رب العمل ليس المستفيد الوحيد و إنما يستفيد إلى جانبه المكتتب في عقد البيع على التصاميم (ثانيا).

أولا: رب العمل

يعرف الفقه الفرنسي رب العمل بأنه كل شخص مالك لعقار أو له حق البناء على عقار يبرم عقد أو عدة عقود مع مقاول قصد تشييد بناية لحسابه²، أو يعرف كذلك بأنه الشخص الطبيعي أو المعنوي، العام أو الخاص، الذي يشيد البناء أو المنشأة الثابتة لحسابه³.

و عرفه المشرع الجزائري بموجب المادة 7 من المرسوم التشريعي 07-94⁴ و الذي أطلق عليه تسمية "صاحب المشروع" بأنه كل شخص طبيعي أو معنوي يتحمل بنفسه مسؤولية تكليف من ينجز أو يحول بناء يقع على قطعة أرضية مملوكة له أو يكون حائزا لحقوق البناء عليها.

هذه التعاريف السابقة لرب العمل تنطبق على المرقى العقاري، حيث أن هذا الأخير لا يستطيع المباشرة في أعمال البناء بنفسه و إنما يجب أن يستعين بخدمات مقاول مؤهل قانونا، فيكون المرقى العقاري في هذه الحالة في مركز "رب العمل" في مواجهة المهندس المعماري و المقاول و غيرهما على اعتبار أن العقد الذي يربطهم هو عقد مقاول، و عليه فإنه يستفيد من الضمان العشري طبقا للفقرة الثالثة من المادة 554 قانون مدني.

أما بخصوص النصوص القانونية المنظمة لنشاط الترقية العقارية، فإننا لا نجد صراحة ما يدل على استفادة المرقى العقاري من الضمان العشري أو حتى باقي الضمانات الأخرى، بل على العكس من ذلك تماما نجد أنه يعتبر من بين الأشخاص الملزمين بهذا الضمان اتجاه المكتتب في عقد البيع على التصاميم، و هو أمر منطقي بالنظر لمركز المرقى العقاري باعتباره بائعا في إطار القانون 04-11 و ليس باعتباره رب عمل في عقد المقاول طبقا للقواعد العامة، و بالتالي من البديهي عدم النص على استفادته من هذا الضمان في النصوص المنظمة لنشاط الترقية العقارية⁵.

¹ حامي حياة، مرجع سابق الذكر، ص 302.

² Malinvaud Philippe, Jestaz Philippe, droit de la promotion immobilière, Dalloz, paris, France, 1976, p 65.

³ حامي حياة، مرجع سابق الذكر، ص 302.

⁴ مرجع سابق الذكر.

⁵ بناسي شوقي، مرجع سابق الذكر، ص 252.

ثانيا: المقتني

جعل المشرع من خلال النصوص المنظمة لنشاط الترقية العقارية حق الاستفادة من الضمان العشري لكل شخص آلت إليه ملكية البناء، و عليه يكون المقتني في إطار عقد البيع على التصاميم أول المستفيدين من هذا الضمان.

كان مقتني البناء في ظل المرسوم التشريعي 93-03 يستفيد من أحكام الضمان العشري باعتباره خلفا خاصا لرب العمل المتمثل في المتعامل في الترقية العقارية (المركي العقاري) نظرا للعلاقة التي تربط هذا الأخير بالمقاول¹، أما في ظل القانون 11-04 أصبح المركي العقاري ملتزما بالضمان العشري التزاما أصليا مما جعل من المقتني مستفيدا من هذا الضمان بصفة أصلية و ليس باعتباره خلفا خاصا للمركي العقاري².

يستفيد من الضمان العشري كل الملاك المتعاقبين على البناء بشرط أن تؤول إليهم الملكية خلال مدة الضمان أي عشر سنوات من تاريخ تسليم البناء لأول مالك³، و يمكن استخلاص من ذلك ما يلي: ⁴

- إن استعمال المشرع لمصطلح "الملاك" بدل مصطلح "المقتنين" للتعبير عن الأشخاص المستفيدة من الضمان العشري معناه أن الاستفادة من هذا الضمان لا تقتصر على من آلت إليه ملكية البناء بطريق الشراء، و إنما تشمل كل من أصبح مالكا للبناء بأي طريقة من طرق كسب الملكية.

- إن ربط الاستفادة من الضمان العشري باكتساب ملكية البناء مفاده أن دعوى المسؤولية العشرية هي من الحقوق التابعة للملكية.

- استعمال المشرع لمصطلح "المتعاقبون" يعني أن الاستفادة من الضمان العشري غير مقتصرة على الدرجة الأولى من الخلف الخاص، و هذا ما يؤكد على بقاء الحماية المقررة للمالك طيلة مدة الضمان.

¹ ويس فتحي، مرجع سابق الذكر، ص 118.

² يعد المقتني حسب القواعد العامة في القانون المدني خلف خاص للمركي العقاري باعتبار أن هذا الأخير قد باع البناء أو جزء من البناء للمقتني بموجب عقد البيع على التصاميم.

³ المادة 49 فقرة 3 من القانون 11-04.

⁴ نوي عقيلة، مرجع سابق الذكر، ص 303، 304.

المطلب الرابع: شروط الضمان العشري

من أجل قيام المسؤولية العشرية للمرقي العقاري و الأشخاص المتضامنين معه لا بد من توافر جملة من الشروط بحيث لو تخلف أحدها خرجت مسؤولية الملزمين بالضمان من نطاق المسؤولية العشرية و دخلت في نطاق القواعد العامة للمسؤولية العقدية¹، هذه الشروط تتمثل في وجود عقد مقاوله و عقد بيع على التصاميم (الفرع الأول) و تحقق حالة من الحالات الموجبة للضمان (الفرع الثاني) و أخيراً أن تقع هذه الحالة خلال مدة الضمان (الفرع الثالث).

الفرع الأول: وجود العقد الموجب لتطبيق أحكام الضمان العشري

العلاقة التعاقدية في مجال الترقية العقارية تتضمن عقدين، الأول يتمثل في عقد المقاوله المبرم بين المرقي العقاري و المقاول و المهندس المعماري، و الثاني يتمثل في عقد البيع على التصاميم المبرم بين المرقي العقاري و المكتب².

و لا نجد في التقنين المدني و خصوصاً المادة 554 منه ما يدل على اشتراط المشرع وجود عقد مقاوله يربط بين رب العمل و المقاول و المهندس المعماري حتى يستطيع الأول الرجوع عليهما بأحكام الضمان العشري، إلا أن كل من الفقه و القضاء يشترطانه³، و لا يكفي وجود عقد المقاوله و إنما يشترط كذلك أن يكون محل العقد إقامة مبنى أو منشأة ثابتة.

يتمتع المرقي العقاري بازدواجية مركزه القانوني، فهو من جهة رب عمل في عقد المقاوله، و في نفس الوقت هو بائع في إطار عقد البيع على التصاميم، هذه الازدواجية تجعله يستفيد من الضمان العشري في إطار عقد المقاوله و هذا في مواجهة كل من المهندس المعماري و المقاول، و ملتزماً بهذا الضمان لصالح المكتب في إطار عقد البيع على التصاميم⁴، و بالتالي لا يمكن الحديث عن الضمان العشري و المسؤولية العشرية إلا بوجود عقد مقاوله و عقد البيع على التصاميم طالما أن المرقي العقاري ملزم بقوة القانون بالاستعانة بخدمات مقاول⁵.

¹ تواتي سهيلة، الحماية القانونية للمشتري في عقد بيع العقار بناء على التصاميم، مرجع سابق الذكر، ص 263.

² بالإضافة إلى عقد حفظ الحق و عقد بيع عقار مبني.

³ عياشي شعبان، النطاق الموضوعي للضمان العشري لمهندسي و مقاولي البناء، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة بسكرة، المجلد أ، العدد 50، ديسمبر 2018، ص 90.

⁴ بناسي شوقي، مرجع سابق الذكر، ص 254.

⁵ المادة 16 فقرة 1 من القانون 04-11.

و تجدر الإشارة إلى أنه إذا رفع المكتتب دعوى الضمان العشري ضد المرقى العقاري وحده دون باقي الأشخاص المتضامنين باعتباره الشخص الذي باعه البناية، فإنه يتعين عليه إثبات وجود عقد البيع على التصاميم المبرم بينهما دون الحاجة إلى إثبات وجود عقد المقاولة المبرم بين المرقى العقاري و المهندس المعماري و المقاول و غيرهما، أما إذا رفع دعوى الضمان ضد المقاول و المهندس المعماري باعتباره خلفا خاصا للمرقى العقاري ففي هذه الحالة يجب عليه إثبات العقدتين معا¹.

الفرع الثاني: تحقق حالة من الحالات الموجبة للضمان العشري

بالرجوع لأحكام المادة 554 فقرة 1 من القانون المدني نجد أن السبب الموجب للضمان العشري هو وقوع تهم جزئي أو كلي في المباني المشيدة أو المنشآت المقامة أو وجود عيب من العيوب التي تهدد البناية و سلامتها، و مع ذلك لم يحدد المشرع المقصود بالمباني و المنشآت و لا حتى ماهية العيب الذي يهدد متانة و سلامة البناية.

و بصدر الأمر 07-95 المتعلق بالتأمينات أصبح الضمان العشري بموجب المادة 181 يشمل أيضا العناصر الخاصة عندما تكون هذه الأخيرة جزءا لا يتجزأ من منجزات التهيئة و وضع الأساس و الإحاطة و الهيكل و التجهيز.

أما فيما يخص نشاط الترقية العقارية، حددت المادة 46 من القانون 04-11 نطاق الضمان العشري من حيث الأضرار الموجبة له و المتمثلة في الزوال الكلي أو الجزئي للبناية بسبب عيب في البناء بما في ذلك النوعية الرديئة لأرضية الأساس.

يلاحظ أن نص المادة 554 من القانون المدني جاء مختلفا عن نص المادة 46 من القانون 04-11 فيما يتعلق بالحالات الموجبة للضمان، و هو أمر منطقي نظرا لأن النص الأول يتعلق بعقود مقاولة الأبنية و المنشآت الثابتة الأخرى كالسدود و الجسور و السكك الحديدية، في حين يتعلق النص الثاني بالبناية أو الجزء من البناية في إطار عقد البيع على التصاميم أو باقي عقود الترقية العقارية و لا يتعلق بالمنشآت الثابتة.

و قبل بيان مختلف الحالات الموجبة للضمان العشري، لا بد أولا من بيان المحل الذي يرد عليه الضمان العشري المتمثل في المباني و العناصر التجهيزية دون التطرق إلى المنشآت الثابتة نظرا لأن دراستنا تتعلق بعقود البيع على التصاميم التي لا تشمل المنشآت الثابتة.

¹ كتولامية، مرجع سابق الذكر، ص 174، و بناسي شوقي، مرجع سابق الذكر، ص 255.

أولاً: المقصود بالمبنى وعناصره التجهيزية

نتطرق أولاً إلى المقصود بالبناء ثم بعد ذلك إلى المقصود بالعناصر التجهيزية.

أ/- المقصود بالمبنى

عرف المشرع البناء في القانون 08-15 المحدد لقواعد مطابقة البناءات وإتمام إنجازها بأنه كل بناية يوجه استعمالها للسكن أو النشاط التجاري أو التجهيز أو الإنتاج التقليدي و الصناعي أو الإنتاج الفلاحي أو الخدمات¹.

أما الفقه فعرفه بأنه كل شيء متماسك من صنع الإنسان و اتصل بالأرض اتصال قرار، و يلحق بالبناء كل ما اتصل به كالأبواب و النوافذ²، أو هو مجموعة من المواد سواء من الطوب أو الحجارة أو من الطين أو من الحديد أو من الخشب، شيدها الإنسان فوق الأرض أو في باطنها و اتصلت بها اتصال قرار و هذا مهما كان الغرض من انشائها و مدة استقرارها و كذا دوامها³.

كما يعرف البناء بأنه كل ما هو مستقر في حيز ثابت فيه لا يمكن نقله دون تلف هو عقار و محل لعقود البيع تحت الإنشاء، مهما كانت أوجه استغلاله سواء للسكن أو للاستغلال الصناعي أو التجاري أو الرياضي أو الزراعي⁴.

و يستوي أن يكون البناء قد شيد فوق الأرض أو في باطنها، ففي كلتا الحالتين تقوم مسؤولية المرقى العقاري و المهندس المعماري و المقاول و جميع المتدخلين الآخرين الذين حددهم القانون متى لحق البناء ضرر من تهدم أو عيب⁵.

ب/- المقصود بالعناصر التجهيزية

العناصر التجهيزية تشمل في معناها العام كل ما يلزم البناء من إنشاءات أولية قصد تلبية احتياجات الإنسان الأولية كالطرق و القنوات، أما في معناها الخاص فهي تشمل التجهيزات المرتبطة بالبناء نفسه

¹ المادة 2 فقرة 1 من القانون 08-15.

² بومعروف العربي، دراسة نقدية لقانون الترقية العقارية، الطبعة الأولى، ابن نديم للنشر و التوزيع، وهران، مؤسسة الكتاب القانوني، بومرداس، الجزائر، 2024، ص 153.

³ نوي عقيلة، مرجع سابق الذكر، ص 307.

⁴ المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

⁵ بومعروف العربي، دراسة نقدية لقانون الترقية العقارية، مرجع سابق الذكر، ص 153.

كأنايب الغاز و مواسير الشرب و الصرف و التجهيزات الصحية و الكهربائية و التركيبات الميكانيكية مثل أجهزة التسخين المركزية و المضاعد¹.

و العناصر التجهيزية نوعين، فهي إما قابلة للانفصال عن البناية و إما غير قابلة للانفصال عنها²، فالنوع الأول يغطيه ضمان خاص يسمى ضمان حسن سير عناصر التجهيز و الذي سبق التفصيل فيه، أما النوع الثاني فهو الذي يكون موضوعا للضمان العشري.

و التفرقة بين العناصر التجهيزية المشمولة بالضمان العشري و غير المشمولة بالضمان العشري تستند إلى معيار القابلية للانفصال من عدمه، و هو ما تبناه المشرع في المادة 181 من الأمر 95-07 المتعلق بالتأمينات، حيث جاء فيها أن الضمان العشري يغطي الأضرار الماسة بالعناصر الخاصة بتجهيز البناية عندما تكون هذه الأخيرة جزءا لا يتجزأ من منجزات التهيئة و وضع الأساس و الهيكل و التغطية و الإحاطة، كما يعتبر كل جزء لا يتجزأ من الإنجاز عنصر خاص بالتجهيز لا يمكن تفكيكه أو نزعها أو استبداله دون تلف أو حذف مادة من مواد الإنجاز.

ثانيا: التهدم الكلي أو الجزئي للبناية

من الأضرار الموجبة للضمان العشري نجد تهدم البناء، إذ يشكل الضرر الأكبر و الأخطر كونه فيه مساس بأرواح الناس و كذا ممتلكاتهم، و يقصد بتهدم البناء انحلال الرابطة بين أجزاء البناء أو حدوث انفصال في الأجزاء المكونة له، سواء كان هذا الانفصال كليا يترتب عنه تهدم البناء بأكمله، أو جزئيا يترتب عليه تهدم بعض البناء³، أو هو تفكك البناء أو انفصاله عن الأرض، سواء كان هذا التفكك أصاب البناء بأكمله أو جزءا منه، أي أن التهدم يكون كليا أو جزئيا كسقوط جزء من الشرفة أو السقف⁴.

جاء في المادة 554 فقرة 1 من القانون المدني أن المهندس المعماري و المقاول يضمنان بالتضامن ما يحدث من تهدم كلي أو جزئي للمباني أو المنشآت خلال عشر سنوات، و نفس الشيء نصت عليه المادة 46 من القانون 11-04 التي جاء فيها تحمل مكاتب الدراسات و المقاولين و المتدخلين الآخرين للمسؤولية العشرية في حالة الزوال الكلي أو الجزئي للبناية جراء عيوب في البناء.

¹ نوي عقيلة، مرجع سابق الذكر، ص 307.

² العناصر التجهيزية هي في الأصل منقولات تم تخصيصها لخدمة العقار المتمثل في البناية.

³ تواتي سهيلة، الحماية القانونية للمشتري في عقد بيع العقار بناء على التصاميم، مرجع سابق الذكر، ص 266.

⁴ محمد حسين منصور، المسؤولية المعمارية، دون رقم الطبعة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2003، ص 123.

ما يمكن ملاحظته على المادتين السابقتين هو الفارق الجوهرى بين القانون المدنى الذى استعمل عبارة "تهدم كلي أو جزئى" و القانون 04-11 الذى استعمل عبارة "زوال كل البناية أو جزء منها"، حيث أن القانون الأول لا يشترط أن يكون تهدم البناية يرجع لعيب فى عملية التشييد، فى حين أن القانون الثانى ربط بين الزوال و العيب فى البناء، ما يترتب عنه أن المستفيد من الضمان العشري معفى من الإثبات فى القانون الأول، حيث أن التهدم وحده كافى لقيام مسؤولية الملتزم بالضمان¹، فى حين أن المستفيد من الضمان فى إطار القانون الثانى ملزم بإثبات أن تهدم البناية راجع لعيب فى التشييد^{2,3}.

بالإضافة إلى الملاحظة السابقة، أشارت المادة 181 فقرة 1 من الأمر 07-95 المتعلق بالتأمينات إلى امتداد الضمان العشري ليغطي كذلك عناصر التجهيز غير القابلة للانفصال عن البناية، فى حين أن القانون 04-11 لم يشر إلى ذلك مكتفياً بالإشارة إلى ضمان حسن سير عناصر التجهيز الذى كما سبق دراسته يتعلق بعناصر التجهيز القابلة للانفصال دون تلف.

تشارك المادة 554 من القانون المدنى و المادة 46 من القانون 04-11 فى كونهما تطرقتا إلى حالة الزوال الكلى أو الجزئى للبناية بسبب عيب فى الأرض المقامة عليها البناية، و عيوب الأرض قد ترجع إلى التكوين الجيولوجى للتربة كأن تكون هذه الأخيرة رخوة لا تتحمل ثقل البناية المراد إنشائها فوقها⁴.

ثالثاً: ظهور عيب يهدد متانة البناية وسلامتها

لا يقتصر تطبيق أحكام المسؤولية العشرية على حالة التهدم الكلى أو الجزئى للبناية، و إنما يمتد ليشمل أيضاً العيوب التى تظهر فى البناية و التى تهدد متانتها و سلامتها⁵، و يقصد بالعيب هنا كما عرفته محكمة النقض المصرية بأنه الآفة الطارئة التى تخلو منها الفطرة السليمة، كما يعرف بأنه الخلل الذى يصيب المبنى و الذى تقتضى قواعد الفن و أصول الصنعة خلوه منه⁶.

¹ بناسى شوقى، مرجع سابق الذكر، ص 262، 263.

² كتبت الأستاذة بوسنة إيمان أن المشرع بنصه فى القانون 04-11 و كذا المرسوم التنفيذى 85-12 على اشتراط أن يكون الزوال الكلى أو الجزئى للبناية راجعاً لعيب فى البناء كأنه يلزم المستفيد من الضمان العشري بإثبات العيب فى البناء حتى يستفيد من الضمان العشري و بالتالى خرج عن القواعد العامة التى تنص على أن المسؤولية العشرية مفترضة و لا يحتاج المستفيد من الضمان إلى إثبات الخطأ. بوسنة إيمان، الترقية العقارية الخاصة فى مجال السكن فى التشريع الجزائرى، مرجع سابق الذكر (دكتوراه)، ص 409.

³ إن التزام المرقى العقارى و المهندس المعماري و المقاول هو التزام بتحقيق نتيجة تتمثل فى بقاء البناية التى تم تشييدها قائمة طوال مدة الضمان، و متى حصل التهدم دل ذلك على عدم تحقق النتيجة، و بالتالى تقوم مسؤوليتهم دون الحاجة لإثبات الخطأ.

⁴ نوى عقيلة، مرجع سابق الذكر، ص 702.

⁵ المادة 554 فقرة 1 من القانون 04-11 و المادة 181 من الأمر 07-95.

⁶ تواتى سهيلة، الحماية القانونية للمشتري فى عقد بيع العقار بناء على التصاميم، مرجع سابق الذكر، ص 267.

لم يحدد المشرع المقصود بالعييب حسب المادة 554 فقرة 1 من القانون المدني، غير أنه بالرجوع إلى أحكام القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 15 مايو 1988 و المتضمن لكيفيات ممارسة الأشغال في ميدان البناء و أجر ذلك بأنه كل عيب في المنتوجات أو المواد أو عمل غير متقن من شأنه أن يهدد فوراً أو بعد مدة من الزمن استقرار المشروع و عمله في ظروف طبيعية.

يظهر من خلال التعريف السابق أن المشرع سعى إلى إبراز جملة من الأمور تتعلق بالعييب أهمها ما يلي:¹

أولاً، حدد المشرع نطاق العيب في ثلاث مجالات هي: العيب في المنتوجات، العيب في المواد، العيب في العمل.

ثانياً، أشار المشرع من خلال التعريف إلى أهم شرط في العيب و هو الخطورة، و يتحقق هذا الشرط إذا كان العيب يهدد استقرار المشروع و عمله في ظروف طبيعية.

ثالثاً، لم يقتصر المشرع على الضرر الحال، و إنما تبني فكرة الضرر المستقبل و هذا باستعماله لعبارة "من شأنه أن يهدد فوراً أو بعد مدة".

رابعاً، أخذ المشرع بسبب جديد للضمان العشري يتمثل في الإخلال بالغرض الذي خصص له البناء و هذا من خلال استعماله لعبارة "....من شأنه أن يهدد.... استقرار المشروع و عمله في ظروف طبيعية".

لا يمكن اعتبار أي عيب أصاب البناية عيباً موجبا للضمان العشري، و إنما وجب تحديد طبيعة هذا العيب و شروطه حتى يعتد به كسبب موجب للمسؤولية العشرية، و على هذا الأساس استقر الفقه و القضاء الفرنسي و المصري على أنه حتى يكون العيب موجبا للمسؤولية العشرية وجب أن يكون خطيراً خفياً.²

أ/- أن يكون العيب خطيراً

لم يأخذ المشرع بجميع العيوب مهما كانت أوصافها كسبب موجب للمسؤولية العشرية، و إنما أخذ فقط بالعيوب الخطيرة التي تهدد متانة البناية و سلامتها و صلابتها عناصرها، حيث تنص في هذا الإطار المادة 554 فقرة 1 من القانون المدني أن الضمان العشري ما يوجد في البناية من عيوب يترتب عليها تهديد متانتها و

¹ بناسي شوقي، مرجع سابق الذكر، ص 259.

² حامي حياة، مرجع سابق الذكر ص 323.

سلامتها، و هو ما نصت عليه كذلك المادة 181 من الأمر 95-07 المتعلق بالتأمينات التي جاء فيها أن الضمان العشري يغطي الأضرار الماسة بصلاية العناصر الخاصة بتجهيز البناية.

و من أمثلة العيب الخطير الموجب للمسؤولية العشرية نجد العيوب التي تصيب الأساسات و الجدران و الأسقف¹، أما العيوب البسيطة و التافهة كالخلل الذي يمس النوافذ و الأبواب فلا يغطيها الضمان العشري.

و تجدر الإشارة إلى أن اعتبار العيب خطيرا لا يعني بالضرورة أن البناية تهدمت كليا أو جزئيا، إذ يكفي فقط أن يكون العيب يمس متانتها و سلامتها حتى و لو لم تسقط².

أما بخصوص المشرع الفرنسي فإن مضمون العيب الخطير عرف عدة مراحل مختلفة³، قبل أن يتجسد في الشكل الحالي المقرر في المادة 1792 قانون مدني فرنسي بموجب قانون 4 جانفي 1978 و التي نصت على مسؤولية مشيد البناية عن الأضرار حتى و لو كانت ناتجة عن عيب في الأرض و التي تعرض للخطر متانة البناء أو التي تصيبه في عناصره التكوينية أو التجهيزية و تجعله غير صالح للغرض الذي أعد من أجله، كما أضافت الفقرة الثانية من نفس المادة أن المسؤولية العشرية تشمل كذلك الأضرار التي تآثر على متانة عناصر تجهيز المبنى و لكن فقط عندما تشكل هذه الأخيرة جسما غير قابل للانفصال عن المنشآت المتعلقة بالنفع العام و الأساسات و الهيكل و الأسوار و التغطية.

يستشف من أحكام المادتين السابقتين من القانون المدني الفرنسي أن العيب الخطير و المؤثر الموجب للمسؤولية العشرية ثلاث صور: ⁴

- العيوب التي تعرض متانة و سلامة البناية المشيدة للخطر.

- العيوب التي تجعل من البناية غير صالحة للغرض الذي أنشئت من أجله و هذا من خلال التأثير على أحد العناصر التكوينية أو التجهيزية.

¹ Lothe Pierre, Pambo Philippe, les clés de l'immobilier, Editions SEFI, paris, France, 2004, p 160.

² Faure-Abbad Marianne, Droit de la construction, quatrième édition, Gualino Lextenso éditions, paris, France, 2012, p 249.

³ كانت المادة 1792 من التقنين المدني الفرنسي تقتصر أحكام الضمان العشري على التهدم الجزئي أو الكلي للبناية دون العيوب التي تهدد متانة و سلامة البناية، سواء في قانون سنة 1804 أو تعديل 13 جانفي 1967، و رغم ذلك لم يتقيد القضاء بحرفية نص المادة السابقة و وسع من نطاق هذا الضمان ليشمل كذلك العيوب التي تهدد متانة البناية و سلامتها، و هو ما قننه المشرع لاحقا في تعديل 1978. بن عامر محمد، مرجع سابق الذكر، ص 478.

⁴ المرجع نفسه، ص 480.

- العيوب التي تؤثر على متانة و سلامة أحد العناصر التجهيزية الذي يشكل جسما غير قابل للانفصال عن المنشآت المتعلقة بالنفع العام و الأساسات و الهيكل و الأسوار أو التغطية.

و تجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري و إن كان تناول الحالة الأولى في المادة 554 من القانون المدني، و الحالة الثالثة في المادة 181 من القانون 95-07 المتعلق بالتأمينات و أخضع كلا الحالتين للضمان العشري، إلا أنه لم يتناول الحالة الثانية، و بالتالي لا بد عليه إدراجها مستقبلا ضمن العيوب المشمولة بالضمان العشري، كون أن أغلب المشاريع المنجزة تتخللها عيوب لا تهدد متانتها و سلامتها و إنما تجعلها غير مؤهلة للقيام بالغرض الذي أنشئت من أجله¹.

ب/- أن يكون العيب خفيا

استقر الفقه و القضاء الفرنسي و المصري على أن العيب الموجب للضمان العشري و جب أن يكون خفيا و غير معلوم بالنسبة لرب العمل عند التسلم النهائي للبنية²، و العيب الخفي هو الذي لا يكون في الاستطاعة اكتشافه إلا بعد التسلم النهائي³.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري، فلم ترد الإشارة إلى شرط خفاء العيب لا في القانون المدني و لا في القانون 11-04 المنظم لنشاط الترقية العقارية و لا حتى في المرسوم التنفيذي 12-85، و هذا بخلاف ما كان عليه الحال في ظل القانون 86-07 أين كانت المادة 41 منه تنص على تحمل المكتب في إحدى عمليات الترقية العقارية (المركي العقاري) للعيوب الخفية التي يتحملها أيضا المقاولون و المهندسون المعماريون و الأشخاص الآخرون الذين يربطهم برب العمل عقد إيجار عمل، و هذا طيلة عشر سنوات من تاريخ تسليم شهادة المطابقة.

لم يشر كذلك المشرع الفرنسي في المادتين 1792 و 1646-1 من القانون المدني إلى ضرورة أن يكون العيب خفيا عن رب العمل عند التسلم النهائي حتى يكون مشمولا بالضمان العشري، و تعليل ذلك عند عامة الفقهاء أن قبول رب العمل للبنية مع ما يشوبها من عيب ظاهر خطير يهدد متانتها و سلامتها دليل على التنازل عن الضمان، و يستثنى من هذه الحالة حالة الغش كون من المتعارف عليه أن الغش يفسد كل شيء.

و يرى في هذا الصدد الأستاذ بناسي شوقي أن اشتراط خفاء العيب حتى يكون موجبا للمسؤولية العشرية تزيد لا سند له من القانون، إذ أن المشرع لم ينص عليه صراحة لا في القانون المدني و لا في القوانين المنظمة

¹ المرجع نفسه، ص 481.

² تماما مثل مسؤولية البائع في القواعد العامة على العيوب الخفية مع فارق المدة المحددة بعشر سنوات.

³ حامي حياة، مرجع سابق الذكر، ص 323.

لنشاط الترقية العقارية، كما أن المسؤولية العشرية من النظام العام، و بالتالي يكون باطلا كل قبول لعمل رغم العيوب الخطيرة التي تشوبه، فلا يمكن تعريض حياة الأشخاص للخطر لمجرد استنتاجات فقهية تركز أساسا على القواعد العامة التي جاءت في جوهرها مخالفة لخصوصيات المسؤولية العشرية التي تتميز بأنها مسؤولية مشددة، و من ثم هل يتصور أن يشير المشرع صراحة إلى شرط خفاء العيب عندما يتعلق الأمر بعيب في المبيع على حسب المادة 379 من القانون المدني، و يغفل عن ذلك إذا تعلق الأمر بعيب في البناء في نص المادة 554 من نفس القانون؟¹.

الفرع الثالث: تحقق الأضرار خلال مدة الضمان

بالرجوع إلى القواعد العامة المنظمة لأحكام الضمان العشري نجد أن المادة 554 فقرة 2 من القانون المدني تشترط لقيام المسؤولية العشرية حصول التهدم الكلي أو الجزئي للبنية أو ظهور عيب يهدد متانتها و سلامتها و هذا خلال مدة معينة هي عشر سنوات من تاريخ التسلم النهائي للعمل، في حين لم ينص المشرع في القانون 04-11 على مدة العشر سنوات و لو أنه استعمل في المادتين 26 فقرة 2 و 46 عبارة "المسؤولية العشرية"، و هو ما تداركه من خلال المرسوم التنفيذي 85-12 الذي جاء فيه صراحة تحمل المرقى العقاري المسؤولية العشرية بالتضامن مع المتدخلين الآخرين لمدة عشر 10 سنوات².

و يلاحظ من خلال المادة 554 فقرة 2 من القانون المدني أن المشرع جعل بدء سريان مدة الضمان العشري المقدرة بعشر سنوات من تاريخ التسلم النهائي للعمل الذي يكون بعد الإتمام الكامل لأشغال الإنجاز و رفع كل التحفظات التي تم إبدائها من طرف رب العمل إثر الاستلام المؤقت للأشغال.

المشرع الفرنسي بدوره اشترط بموجب المادة 1792-4-1 من القانون المدني تحقق الأضرار الموجبة للضمان العشري خلال عشر سنوات، و يبدأ حساب هذه المدة من تاريخ الاستلام حتى و لو تم إبداء تحفظات في محضر الاستلام³.

أما بخصوص النصوص المنظمة لنشاط الترقية العقارية فلم ترد الإشارة إلى تاريخ بدء سريان مدة الضمان العشري ما جعل الفقه ينقسم إلى فريقين، الفريق الأول يرى بأنه يجب التقييد بما ورد في المادة 554 فقرة 2 من القانون المدني أي أن يكون بدء سريان مدة الضمان من تاريخ التسلم النهائي للعمل، و حجتهم

¹ بناسي شوقي، مرجع سابق الذكر، ص 262.

² المادة 30 فقرة 2 من المرسوم التنفيذي 85-12.

³ بن عامر محمد، مرجع سابق الذكر، ص 482.

في ذلك أنه في حالة عدم وجود نص خاص وجب الرجوع إلى القواعد العامة¹، كما أن المقتني في عقد البيع على التصاميم هو خلف خاص للمرقي العقاري باعتباره بائعا، و الضمان العشري نشأ في أحضان عقد المقاولة و انتقل إلى المقتني عبر عقد البيع، و من ثم فإن العبرة في بدء سريان مدة الضمان العشري تكون بتاريخ التسلم النهائي للعمل بين المرقي العقاري و المقاول، و لو أراد المشرع الخروج عن القواعد العامة لنص على ذلك صراحة في النصوص المنظمة لنشاط الترقية العقارية².

في حين يرى الفريق الثاني أن تطبيق نص المادة 554 فقرة 2 على عقد البيع على التصاميم فيه إجحاف للمقتني، خصوصا إذا كانت المدة بين تاريخ التسلم النهائي للعمل من طرف المرقي العقاري و تاريخ تسليم هذا الأخير السكن للمقتني طويلة، و عليه يجب -حسبهم- الخروج عن القواعد العامة نظرا لخصوصية عقد البيع على التصاميم و القول بأن مدة الضمان العشري يبدأ حسابها من تاريخ تسليم البناية للمقتني، أي من تاريخ تحرير محضر الحيازة و التسليم، و هو الرأي الراجح في نظري.

إن مرد هذا الاختلاف يرجع أساسا للمركز القانوني المزدوج للمرقي العقاري، فهو يعتبر رب عمل في عقد المقاولة الذي يربطه بالمهندس المعماري و المقاول، و في نفس الوقت يعتبر بائعا في عقد البيع على التصاميم الذي يربطه بالمكاتب، فكل من ينظر إلى مركز المرقي العقاري باعتباره "رب عمل" تجده يتمسك باتجاه الفريق الأول المتمثل في أن بدء سريان مدة الضمان يكون من تاريخ التسلم بينه و بين المقاول، أما من ينظر إلى مركز المرقي العقاري باعتباره بائعا تجده يتمسك باتجاه الفريق الثاني المتمثل في أن بدء سريان الضمان يكون من تاريخ تسليم السكن للمكاتب³.

و بالنسبة للطبيعة القانونية لمدة الضمان العشري يطرح التساؤل حول ما إذا كانت هذه المدة مدة سقوط فتطبق عليها أحكام السقوط؟ أم هي مدة تقادم فتسري عليها أحكام التقادم؟

بالرجوع إلى المادة 554 من القانون المدني نجد أن مدة العشر سنوات هي مدة أقرها المشرع قصد تمكين رب العمل (المرقي العقاري في عقد المقاولة و المكتب في عقد البيع على التصاميم) من اختبار متانة و سلامة البناية، و بالتالي فهي ليست مدة تقادم و إنما مدة سقوط، فهي بذلك لا تقبل الوقف و الانقطاع.

¹ بوسنة إيمان، الترقية العقارية الخاصة في مجال السكن في التشريع الجزائري، مرجع سابق الذكر (دكتوراه)، ص 411.

² بناسي شوقي، مرجع سابق الذكر، ص 265.

³ المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

و المشرع يفرق بين مدة الضمان المحددة بعشر 10 سنوات من تاريخ التسلم النهائي للعمل و مدة رفع دعوى الضمان المحددة بثلاث 3 سنوات من تاريخ حصول التهدم أو اكتشاف العيب¹، فهذه الأخيرة هي مدة تقادم لا سقوط و بالتالي تقبل الوقف و الانقطاع.

أما بالنسبة للمشرع الفرنسي، فوجب التنويه إلى أن الطبيعة القانونية لمدة الضمان العشري كانت محل جدل بين رجال القانون في فرنسا، و سبب ذلك أن هذه المدة وردت في القانون المدني في موضعين، الأول في الباب المخصص لعقد المقاولة باعتبارها مدة ضمان²، و الثاني في الباب المخصص للتقادم باعتبارها مدة لرفع الدعوى³، و يرى الرأي الغالب من الفقهاء أن مدة الضمان العشري هي مدة مركبة تجمع بين خصائص مدد السقوط و خصائص مدد التقادم في آن واحد، حيث تعتبر مدة لاختبار متانة البناء و سلامته و من ثمة لا تخضع للوقف و الانقطاع أي هي مدة سقوط، و تعتبر في نفس الوقت مدة لرفع دعوى الضمان و من ثمة تخضع للوقف و الانقطاع⁴.

من خلال ما سبق، نرى أن المشرع الجزائري وفق إلى أبعد الحدود بالمقارنة مع نظيره الفرنسي في مسألة الطبيعة القانونية لمدة الضمان العشري، حيث مكن رب العمل و المكتتب من الاستفادة من مدة الضمان كاملة⁵، على عكس المشرع الفرنسي الذي لم يحمي المستفيد من الضمان العشري خصوصا في حالة تهدم البناء أو ظهور عيب يهدد متانته و سلامته في اليوم الأخير من مدة الضمان، أين يتعذر على المستفيد رفع دعوى الضمان بسبب تجاوز مدة العشر سنوات.

جعل المشرع مدة الضمان العشري متعلقة بالنظام العام، و بالتالي لا يجوز الاتفاق على الانقاص منها على أساس عدم جواز الإعفاء أو الحد من الضمان⁶، غير أن الزيادة في هذه المدة جائز طالما تخدم مصلحة الطرف الضعيف في العقد.

¹ المادة 557 من القانون المدني.

² Article 1792 du code civil français.

³ Article 2270 du code civil français.

⁴ بن عامر محمد، مرجع سابق الذكر، ص 483.

⁵ في حالة حدوث تهدم للبناء أو ظهور عيب يهدد متانته و سلامتها في اليوم الأخير من الضمان، يبقى للمستفيد من الضمان مدة ثلاث سنوات لرفع دعوى الضمان، على عكس المشرع الفرنسي الذي حرم المستفيد من رفع دعوى الضمان إذا ظهر العيب في اليوم الأخير من مدة الضمان.

⁶ المادة 556 من القانون المدني.

المادة 45 من القانون 04-11.

المبحث الثاني: آثار المسؤولية العشرية

عندما تثبت المسؤولية العشرية على عاتق المدين، ينشأ بالمقابل حق الدائن في المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي لحقت به جراء التهدم أو العيوب في البناء، إذ يحق له رفع دعوى قضائية للمطالبة بجبر الضرر، ما لم يتمكن المدين بالضمان من إثبات أن سبب التهدم أو العيب يعود إلى سبب أجنبي لا يدل له فيه كالقوة القاهرة أو خطأ الغير¹.

فبعد توفر شروط المسؤولية العشرية التي تمت دراستها في المبحث الأول، يكفي للمستفيد من الضمان العشري إثبات وقوع التهدم أو العيب خلال مدة العشر سنوات من تاريخ تسلمه للبنية موضوع عقد البيع على التصاميم دون أن يكون ملزماً بإثبات خطأ المدينين بهذا الضمان كون أن مسؤوليتهم مثلما سبق التطرق إليه هي مسؤولية مفترضة.

بناء على ما سبق، فإن دراسة آثار المسؤولية العشرية للأشخاص المدينين بهذا الضمان تقتضي التطرق للدعوى التي يرفعها الدائن بهذا الضمان (المطلب الأول) وجزاء المترتب عن رفعها (المطلب الثاني)، وأخيراً تحديد طرق دفع هذه المسؤولية (المطلب الثالث).

المطلب الأول: دعوى المسؤولية العشرية

يترتب على نشوء حق الطرف المضرور، بصفته دائناً بأحكام المسؤولية العشرية، اللجوء إلى القضاء من أجل المطالبة بحقوقه تجاه المدين، و على اعتبار أن رفع الدعاوى بصفة عامة يخضع لقواعد إجرائية محددة، فإن دعوى الضمان العشري، كغيرها من الدعاوى، تتطلب أن ترفع من ذي صفة على ذي صفة وفقاً لما تنص عليه القواعد العامة للإجراءات القضائية و ما جاء في المادة 46 من القانون 04-11 و المادة 30 من المرسوم التنفيذي 85-12.

و عليه، فإن دعوى الضمان العشري ترفع من المدعي المستفيد من أحكام الضمان العشري المتمثل إما في شخص المكتتب في عقد البيع على التصاميم باعتباره مقتنياً أو المرقى العقاري باعتباره رب عمل ضد المدعى عليه الملزم بأحكام هذا الضمان و المتمثل في المرقى العقاري باعتباره بائعاً و كذا باقي المتدخلين الآخرين في عملية الإنجاز (الفرع الأول)، مع وجوب أن ترفع هذه الدعوى خلال الأجل القانونية (الفرع الثاني).

¹ نوي عقيلة، مرجع سابق الذكر، ص 339.

الفرع الأول: صاحب الحق في رفع دعوى المسؤولية العشرية

إذا كانت المسؤولية العشرية تفرض عبئا كبيرا على بعض الأطراف، فإنها في المقابل توفر حماية لغيرهم¹، حيث جاء في المادة 554 من القانون المدني أن مناط الاستفادة من أحكام الضمان العشري هو الارتباط بالمدين به بعقد مقاوله، و على هذا الأساس فإن كل شخص ارتبط مع المقاول و المهندس المعماري بعقد مقاوله يعد رب عمل و يستفيد من هذا الضمان²، و لا تقتصر هذه الاستفادة حصرا على الشخص الأخير بل تمتد لتشمل كذلك كل من خلفه العام و الخاص³.

و مع توسيع نطاق المستفيدين من أحكام الضمان العشري، لم يعد رب العمل الطرف الوحيد الذي يتمتع بهذه الحماية القانونية بحكم ارتباطه بعقد مقاوله مع المقاول و المهندس المعماري، بل أصبح كل مقتني في إطار عقود الترقية العقارية بما في ذلك المكتتب في عقود البيع على التصاميم و المالكون المتوالون على البناية من بين المستفيدين أيضا بالرغم من غياب علاقة تعاقدية مباشرة بينهم و بين المدين بهذا الضمان، حيث أن هذا التوسع في الأشخاص المستفيدة و الملزمة بهذا الضمان يعكس توجهها نحو تعزيز حماية المقتنين و ضمان جودة المنشآت مما يكرس مبدأ المسؤولية الموسعة للأطراف الفاعلة في عمليات البناء.

و على اعتبار أن مجال دراستنا هذه ينحصر على عقد البيع على التصاميم فإننا سوف نستثني المرقى العقاري كمستفيد من الضمان كونه ملتزما بهذا الضمان بموجب القانون 04-11 و النصوص التنظيمية له و هو ما يهمننا في هذه الدراسة.

أولا: المكتتب في عقد البيع على التصاميم

أول المستفيدين من أحكام الضمان العشري في عقود البيع الخاصة بنشاط الترقية العقارية بما في ذلك عقد البيع على التصاميم نجد المقتني سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا، و يستفيد هذا الأخير من الضمان العشري باعتباره مالكا للبناية المنجزة بقوة القانون عملا بكل من المادتين 178 من الأمر 07-95 المتضمن قانون التأمينات و 49 فقرة 3 من القانون 04-11، إذ تنص هذه الأخيرة على ما يلي: " و يستفيد من هذه الضمانات (التي من بينها الضمان العشري) المالكون المتوالون على البناية".

¹ مقراني سارة، المسؤولية التضامنية في عقد الترقية العقارية على ضوء أحكام القانون رقم 04-11، رسالة ماجستير، مرجع سابق الذكر، ص 134.

² العربي شحط أمينة، مرجع سابق الذكر، ص 266.

³ المادة 178 فقرة 2 من الأمر 07-95 المتعلق بالتأمينات.

و لا يشترط أن يكون المكتتب هو الذي أبرم عقد البيع على التصاميم بنفسه حتى يستفيد من هذا الضمان، بل يكفي أن يكون هذا العقد قد أبرم باسمه و لحسابه الخاص عن طريق وكيل مادام أن آثار العقد تنصرف مباشرة إليه تطبيقاً لأحكام النيابة الاتفاقية الواردة في القواعد العامة و بالتحديد المادة 574 و ما يلها من القانون المدني¹.

ترفع دعوى المسؤولية العشرية من طرف المقتني في عقود الترقية العقارية بصفة عامة و المكتتب في عقد البيع على التصاميم بصفة خاصة ضد المرقى العقاري مباشرة إذا تأكد من ملاءته المالية، أو ضد كل متدخل آخر في عملية البناء سواء تعلق الأمر بالمهندس المعماري، المقاول، المقاول الفرعي، أو المراقب التقني كونهم متضامنين في التعويض بحيث يكفي أن ترفع الدعوى ضد واحد منهم فقط حتى يستوفي المدعي حقه، و أساس حق المكتتب في رفع الدعوى عليهم دون المرقى العقاري بالرغم من عدم وجود عقد يربطهم هو صفة "الخلف الخاص" التي يكتسبها المقتني عن طريق الشراء من مالك المشروع (المرقى العقاري)².

يطرح التساؤل في ملكية الشقق و الطبقات موضوع عقود البيع على التصاميم حول من له الصفة القانونية لرفع دعوى الضمان العشري عند حصول تهم أو ظهور عيب في الأجزاء المشتركة للبنية، هل هو المالك الشريك وحده؟ أم يشترط أن ترفع الدعوى القضائية من طرف الجمعية العامة ممثلة في شخص المتصرف؟

سبق و أن فصلنا أن الملكية المشتركة تتكون من الأجزاء المشتركة المملوكة من طرف الملاك الشركاء على الشيوع و الأجزاء الخاصة المملوكة ملكية خاصة لكل مالك شريك، حيث ترى الأستاذة تريبش رحمة أن دعوى الضمان العشري تثبت لجماعة الشركاء ممثلة في المتصرف حين يكون التهم أو العيب قد لحق الأجزاء المشتركة من البنية بما يخل بحسن الانتفاع بها، أما بالنسبة للشريك في الملكية المشتركة فلا يجوز له رفع دعوى الضمان العشري على خلل أصاب الجزء المشترك لانعدام صفته، و لو أن له الحق في رفع دعوى الضمان عن جزء خاص يتمثل في الحصص المفترزة له³.

¹ مقراني سارة، المسؤولية التضامنية في عقد الترقية العقارية على ضوء أحكام القانون رقم 04-11، رسالة ماجستير، مرجع سابق الذكر، ص 138.

² حسينة ريمان، المسؤولية العقدية في مجال الترقية العقارية، رسالة ماجستير، مرجع سابق الذكر، ص 234.

³ تريبش رحمة، مرجع سابق الذكر، ص 432.

⁴ في نفس الصدد، ترى الأستاذة ريمان حسينة أن تقسيم عناصر الملكية المشتركة إلى أجزاء مشتركة و أجزاء خاصة هو المعيار في تحديد المستفيد من الضمان، حيث يستفيد كل مالك من الضمان الخاص منفرداً في حدود الضرر المترتب في الجزء الخاص المملوك له، أما بالنسبة للجزء المشترك فيستفيد من الضمان الملاك مجتمعون ممثلين في جمعية الشركاء، هذه الأخيرة تمتلك حق التقاضي في دعوى المسؤولية العشرية عن الأضرار التي تصيب الأجزاء المشتركة، أنظر: حسينة ريمان، المسؤولية العقدية في مجال الترقية العقارية، رسالة ماجستير، مرجع سابق الذكر، ص 201.

ثانيا: المالكون المتوالون على البناية

الملاك المتوالون على البناية هم كل الأشخاص الذين انتقلت إليهم ملكية البناية موضوع عقد البيع على التصاميم بأي صورة من صور انتقال الملكية (بيع، هبة، ميراث، وصية... إلخ) خلال مدة الضمان العشري المقدرة بعشر سنوات، حيث يصطلح عليهم بالخلف العام و الخلف الخاص حسب الحالة، و عليه فإن المكتتب في عقد البيع على التصاميم ليس المستفيد الوحيد من هذا الضمان، و إنما ينتقل هذا الأخير لكل مالك جديد مهما تعدد الملاك.

أ/- الخلف العام

الخلف العام هو: " من يخلف السلف في ذمته المالية أو في جزء منها، فيحل الخلف محل السلف بالنسبة للواجبات و الحقوق المكونة للذمة المالية"، و معنى ذلك أن الواجبات التي يتحملها الخلف و الحقوق التي يكتسبها ليست له و لا عليه في الأصل، و إنما تلقاها لكونه حل محل السلف، و يلزم الخلف بالعقد لأن السلف كان ملزما به ¹.

كما يعرف الخلف العام بأنه: " من يخلف الشخص في ذمته المالية من حقوق و التزامات أو في جزء منها باعتبارها مجموعا من المال كالوارث و الموصي بجزء منسوب إلى التركة كالربع و الثلث و النصف" ².

و جاء في المادة 108 من القانون المدني أنه: " ينصرف العقد إلى المتعاقدين و الخلف العام، ما لم يتبين من طبيعة التعامل، أو من نص القانون، أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام كل ذلك مع مراعاة القواعد المتعلقة بالميراث". بتطبيق هذه المادة على عقد البيع على التصاميم نجد أن الحقوق التي يرتبها هذا العقد للمكتتب تنتقل إلى خلفه العام بعد وفاته، و عليه إذا توفي المكتتب فإن الحق في مباشرة دعوى الضمان العشري ينتقل إلى خلفه العام باعتبار أن هذه الدعوى تعتبر من مستلزمات البناء الذي انتقلت ملكيته إليهم بعد الوفاة ³، غير أن خصوصية أحكام المسؤولية العشرية تحد من تطبيق الجزء الثاني من نص المادة 108 من القانون المدني كونها من النظام العام لا يجوز الاتفاق على تعديلها أو الإعفاء منها ⁴.

¹ تبوب فاطمة الزهراء، الخلف العام و الوارث مفهومان مختلفان لا يتعايشان -المادة 108 قانون مدني جزائري كمثال-، مجلة حوليات جامعة الجزائر، جامعة الجزائر 1، العدد 1، المجلد 27، نوفمبر 2015، ص 65.

² مصعور فطيمة الزهرة، المسؤولية العشرية لأشخاص النشاط العقاري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة باتنة 1، 2023، ص 171.

³ مقراني سارة، المسؤولية التضامنية في عقد الترقية العقارية على ضوء أحكام القانون رقم 04-11، رسالة ماجستير، مرجع سابق الذكر، ص 140.

⁴ حسينة ريمان، المسؤولية العقدية في مجال الترقية العقارية، رسالة ماجستير، مرجع سابق الذكر، ص 197.

ب/- الخلف الخاص

يقصد بالخلف الخاص: " كل من يتلقى عن سلفه ملكية شيء معين أو حق عيني آخر على شيء، مثل المشتري الذي يخلف البائع في المبيع و المنتفع الذي يخلف المالك في حق الانتفاع"¹، أو هو: " كل من يكتسب ممن يستخلفه حقا على شيء معين، أي كل من يتلقى من السلف بمقابل أو بدون مقابل حقا عينيا كان قائما في ذمته"².

جاء في المادة 109 من القانون المدني ما يلي: " إذا أنشأ العقد التزامات، و حقوقا، شخصية تتصل بشيء انتقل بعد ذلك إلى خلف خاص، فإن هذه الالتزامات و الحقوق تنتقل إلى هذا الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء، إذا كانت من مستلزماته و كان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشيء إليه". نصت المادة الأخيرة على انتقال الحقوق ما دامت من مستلزمات الشيء المبيع، و بما أن الضمان العشري حق فإنه بالتالي من مستلزمات الشيء المبيع و ينتقل إلى المشتري مع الملكية³.

و على الرغم من أن القانون المدني لم ينص صراحة على انتقال الضمان العشري للخلف الخاص إلا أن المادتان 178 من الأمر 07-95 المتعلق بالتأمينات و 49 فقرة 3 من القانون 04-11 نصتا على امتداد النطاق الشخصي للمستفيدين من هذا الضمان ليشمل المالكين المتوالين على البناية.

و أجمع كل من الفقه الفرنسي و المصري على حق الخلف الخاص في رفع دعوى الضمان العشري ضد المدين به باعتبار أن هذا الضمان من توابع العقار، و هو ما أكدته محكمة النقض الفرنسية في أحد أحكامها الذي جاء فيه أن الضمان العشري الذي أوجبه القانون على المعمارين إنما يشكل حماية قانونية مرتبطة بملكية العقار و ليس بشخص رب العمل و أن هذه الحماية تسير مع الملكية حيثما سارت⁴.

استنادا إلى ما جاء في نص المادة 109 من القانون المدني، نجد أن انصراف آثار العقد إلى الخلف الخاص يتوقف على تحقق مجموعة من الشروط هي:⁵

- أن يكون تاريخ العقد الذي أبرمه السلف سابقا على تاريخ العقد الذي انتقل به الحق إلى الخلف الخاص.

¹ زبلان سمير، اعتبار الخلف العام و الخلف الخاص و الدائن العادي من الغير، مجلة صوت القانون، جامعة خميس مليانة، العدد 1، المجلد 9، نوفمبر 2022، ص 1476.

² مصعور فطيمة الزهرة، مرجع سابق الذكر، ص 169.

³ حسينة ريمان، المسؤولية العقدية في مجال الترقية العقارية، رسالة ماجستير، مرجع سابق الذكر، 198.

⁴ مصطفاوي عايدة، الضمان العشري و الضمانات الخاصة لمشيدي البناء في التشريع الجزائري و التشريع المقارن، مجلة دفاتر السياسة و القانون، جامعة ورقلة، العدد 6، المجلد 4، جانفي 2012، ص 274.

⁵ مصعور فطيمة الزهرة، مرجع سابق الذكر، ص 171.

- أن يعلم الخلف الخاص بكل الحقوق و الالتزامات المترتبة على هذا العقد وقت إبرامه العقد مع السلف.
- أن تكون الالتزامات و الحقوق الناشئة عن العقد من مستلزمات الشيء الذي انتقل إلى الخلف الخاص، و تكون الحقوق من مستلزمات الشيء المبيع عندما لا يمكن فصلها عنه، و يرجع تقدير ذلك إلى السلطة التقديرية للقاضي.

يثير انتقال الضمان العشري إلى الخلف الخاص تساؤل مهم يتعلق بالأشخاص الذين ترفع عليهم دعوى الضمان، فإلى جانب البائع الأصلي المتمثل في المرقى العقاري، يصبح كل مقتني متتابع بمثابة بائع للمقتني الذي يليه، و على هذا الأساس على من يرفع الملاك المتتالين دعوى الضمان العشري؟ هل يرفعونها على المرقى العقاري باعتباره البائع الأصلي؟ أم يمكن رفعها على أي من البائعين؟¹

أجاب المشرع الفرنسي على هذا التساؤل من خلال نص المادة 9-261 من قانون البناء و السكن و التي جاء فيها أنه لا يمكن للملاك المتتالين للبناءية رفع دعوى الضمان إلا في مواجهة البائع الأصلي المتمثل في المرقى العقاري²، و بناء عليه فإنه في حالة تصرف مقتني البناءية موضوع عقد البيع على التصاميم فيما بالبيع إلى مقتني آخر، فإن هذا الأخير لا يمكنه الرجوع على المقتني الذي سبقه بمقتضى أحكام الضمان العشري و إنما بمقتضى أحكام العيب الخفي المنظمة في المادة 379 و ما يليها من القانون المدني³، غير أنه يبقى له الحق في الرجوع على المرقى العقاري باعتباره البائع الأصلي و كذا المتدخلين الآخرين في عملية التشييد بأحكام الضمان العشري طبقاً للمادتين 109 و 554 من القانون المدني و المادة 178 من الأمر 07-95 المتعلق بالتأمينات و المادة 49 فقرة 3 من القانون 04-11.

الفرع الثاني: تقادم دعوى المسؤولية العشرية

لم يحدد المشرع في القانون 04-11 و النصوص التنظيمية له مدة زمنية محددة لمباشرة المستفيد من الضمان العشري لدعوى المسؤولية العشرية ضد المرقى العقاري أو الأطراف المتضامنة معه، و بذلك يفهم ضمناً أنه يجب الرجوع إلى القواعد العامة المنصوص عليها في القانون المدني و لا سيما تطبيق أحكام المادة

¹ بن عمار محجوب، المسؤولية العشرية للمتدخلين في نشاط الترقية العقارية بخصوص العناصر التجهيزية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2014، ص 69.

² Article L261-9 du code de la construction et de l'habitation : lorsque l'un quelconque des locaux composant un immeuble a été vendu à terme ou en l'état futur d'achèvement, la vente, après achèvement, d'un local compris dans cet immeuble est assujettie aux dispositions de l'article 1646-1 du code civil, reproduit à l'article L261-6 du présent code. Toutefois, l'action éventuellement née en application dudit article ne peut être exercée par les acquéreurs successifs qu'à l'encontre du vendeur originaire.

³ حامي حياة، مرجع سابق الذكر، ص 306.

557 منه التي نصت على أنه: " تتقادم دعاوى الضمان المذكور أعلاه بانقضاء ثلاث (3) سنوات من وقت حصول التهدم أو اكتشاف العيب".

بناء على المادة السابقة، يشترط على المستفيد من الضمان العشري رفع دعواه ضد المرقى العقاري أو ضد أي شخص من الأشخاص المتضامنين معه خلال مدة ثلاث (3) سنوات من تاريخ التهدم الكلي أو الجزئي للبناية موضوع عقد البيع على التصاميم أو من تاريخ ظهور عيب فيها من شأنه تهديد متانتها و سلامتها، و يكون المشرع بذلك قد شدد من مسؤولية المشيدين على خلاف ما هو عليه الحال بالنسبة لدعوى العيوب الخفية في عقد البيع العادي التي تتقادم بمرور سنة (1) واحدة من تاريخ تسلم الشيء المبيع¹.

مدة تقادم المسؤولية العشرية و المحددة بثلاث (3) سنوات و خلافا لمدة المسؤولية العشرية في حد ذاتها المقدرة بعشر (10) سنوات تعتبر مدة تقادم و ليست مدة سقوط²، فهي تقبل الوقف و الانقطاع بالطرق المعروفة كإقرار المسؤول بحق المشتري بالدعوى أو بالمطالبة القضائية عن طريق دعوى موضوعية بالنسبة للانقطاع، أما بالنسبة للوقف فإن التقادم لا يسري كلما وجد مانع مبرر يمنع الدائن من المطالبة القضائية³.

و مدة تقادم المسؤولية العشرية التي نص عليها القانون الجزائري جاءت مغايرة للمدة المنصوص عليها في القانون الفرنسي و المحددة بعشر (10) سنوات من تاريخ تسلم الأعمال، و يكون بذلك المشرع الفرنسي قد وحد بين مدة الضمان و مدة تقادم دعواه⁴، و عليه إذا حدث التهدم أو ظهر العيب في اليوم الأخير من مدة الضمان فإنه يمكن للمستفيد رفع دعوى الضمان وفقا للقانون الجزائري، بينما لا يمكنه ذلك وفقا للقانون الفرنسي، و بالتالي فإن المشرع الجزائري كان أكثر تشددا بخصوص مسؤولية المعمارين مقارنة بنظيره الفرنسي.

هذا و لا يمكن النزول مسبقا عن مدة تقادم المسؤولية العشرية غير أنه يمكن للمدين بها أن يتنازل عن التمسك بها بعد اكتمالها، و يجوز الاتفاق على إبطالها⁵، و لا يجوز للمرقى العقاري أو الأشخاص المتضامنين معه التمسك بمدة الثلاث (3) سنوات متى تبين أن التهدم أو العيب الذي أصاب البناية كان بسبب غش

¹ مقراني سارة، المسؤولية التضامنية في عقد الترقية العقارية على ضوء أحكام القانون رقم 04-11، رسالة ماجستير، مرجع سابق الذكر، ص 145.

² نوي عقيلة، مرجع سابق الذكر، ص 340.

³ أنظر: المواد 316، 317 و 318 من القانون المدني.

⁴ منصور محمد حسين، المسؤولية المعمارية، مرجع سابق الذكر، ص 139.

⁵ المرجع نفسه، ص 140.

صادر منهم، حيث يصبح المرقي العقاري و الأشخاص المتضامنين معه في هذه الحالة ملزمين بالتقادم الطويل المحدد بخمسة عشر (15) سنة وفقاً للمادة 133 من القانون المدني¹.

المطلب الثاني: الجزاء المترتب عن دعوى المسؤولية العشرية

لا خلاف في أن الضمان العشري يخضع للقواعد العامة التي تحكم تنفيذ الالتزامات التعاقدية، حيث يقع على عاتق المرقي العقاري، بصفته البائع، التزام قانوني بتسليم عقار سليم يتمتع بمتانة مستدامة لا تقل عن عشر سنوات ابتداءً من تاريخ التسلم النهائي. ويُعد أي إخلال بهذا الالتزام موجباً للتعويض، متى ثبت وجود عيب في البناء يهدد متانته أو سلامته، أو في حال تعرضه للانهدام الجزئي أو الكلي، مما يترتب مسؤولية قانونية على البائع تجاه المقتني².

و تقضي القواعد العامة في القانون المدني أنه في حال إخلال المدين بتنفيذ ما التزم به اتجاه الدائن كان لهذا الأخير الأحقية في إلزام المدين -بعد إعداره- بتنفيذ ما التزم به جبراً متى كان ذلك ممكناً³، وإذا استحال على المدين تنفيذ التزامه حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ الالتزام⁴.

و بذلك يحق للمكاتب في عقد البيع على التصاميم في حالة تحقق شروط الضمان العشري أن يتمسك بالمطالبة بالتنفيذ العيني للالتزام (الفرع الأول)، و في حالة الاستحالة يتمسك بالتنفيذ بمقابل (الفرع الثاني).

الفرع الأول: التنفيذ العيني

إذا أخل المرقي العقاري بالتزامه بتشديد بنائية خالية من العيوب التي قد تؤثر على متانتها أو سلامتها، فإنه يتحمل المسؤولية القانونية الكاملة، مما يوجب عليه تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً. ويتجسد هذا التنفيذ إما من خلال إعادة تشييد الأجزاء المتضررة في حالة التهدم الكلي أو الجزئي، أو عبر إصلاح العيوب الظاهرة التي تهدد استقرار المبنى وسلامته، كما يشمل هذا الالتزام إزالة أي خلل قد يؤثر سلباً على أحد العناصر التجهيزية الأساسية للبنائية⁵.

¹ نوي عقيلة، مرجع سابق الذكر، ص 340.

² حامي حياة، مرجع سابق الذكر، ص 339.

³ المادة 164 من القانون المدني.

⁴ المادة 176 من نفس القانون.

⁵ نوي عقيلة، مرجع سابق الذكر، ص 342.

فالتنفيذ العيني هو إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل ارتكاب المسؤول الخطأ الذي أدى إلى وقوع الضرر، و التعويض العيني في دعوى الضمان العشري هو إعادة البناية أو المنشئة الثابتة إلى ما كانت عليه قبل حدوث تعيب يهدد متانتها و سلامتها أو وقوع تهدم كلي أو جزئي لها¹.

و الأصل في التعويض أن يكون تنفيذا عينيا متى كان ذلك ممكنا و قبل به الدائن، و القاضي ملزم في هذه الحالة بالحكم به، كما أنه أفضل من التعويض بمقابل و أصلح للمضرور، ذلك أنه يؤدي إلى محو الضرر و إزالته².

بما أن التنفيذ العيني يُعتبر الأصل في الوفاء بالالتزامات، فلا يحق للدائن المطالبة بالتعويض النقدي طالما أن المدين مستعد لتنفيذ التزامه عينياً و كان ذلك غير مرهقا له، و في حال تقدم الدائن بطلب التعويض النقدي، و كان التنفيذ العيني ممكنا و غير مرهق للمدين، فللقاضي رفض هذا الطلب و إلزام المدين بالتنفيذ العيني. و لا يُعد حكمه هذا حكماً بما لم يطلبه الخصوم أو بما يزيد على مطالبهم³.

يقتصر التعويض في التنفيذ العيني على القدر الذي يكفي لإعادة البناية إلى الحالة المتفق عليها في العقد، أي إصلاح العيب الذي يهدد متانة و سلامة البناية أو إعادة بناء ما تهدم، و بالتالي فإن المدين بالضمان غير ملزم عند إصلاح البناية بإضافة تحسينات على البناية لم تكن موجودة من قبل، إذ جاء في الفقرة الأولى من المادة 183 من الأمر 07-95 المتعلق بالتأمينات أنه يجب على المؤمن أن يعرض صاحب المشروع المؤمن عليه في حدود تكلفة إنجاز أشغال الإصلاح التي خلفتها الأضرار.

و قد يحكم القاضي في بعض الحالات بالتنفيذ العيني بالإضافة إلى تعويض نقدي متى كان التنفيذ العيني يسبب تشوهات في البناية بشكل ينقص قيمتها أو ينقص من منفعتها، ففي هذه الحالة يجوز الحكم على المدين بتعويض نقدي يعادل نسبة النقص في قيمة البناية⁴.

على اعتبار أن التنفيذ العيني هو الأصل في تطبيق أحكام المسؤولية العقدية، يطرح التساؤل حول ما إذا كان للمقتني الحق في طلب ترخيص من القاضي للقيام بإصلاح العيب أو إعادة بناء الجزء الذي تهدم على نفقة المرقى العقاري أو الأشخاص المتضامنين معه؟

¹ تريبش رحمة، مرجع سابق الذكر، ص 455.

² بن عمار محجوب، مرجع سابق الذكر، ص 77.

³ مقراني سارة، المسؤولية التضامنية في عقد الترقية العقارية على ضوء أحكام القانون رقم 04-11، رسالة ماجستير، مرجع سابق الذكر، ص 147.

⁴ باخويا دريس، مرجع سابق الذكر، ص 72.

لم يرد في القانون 04-11 و لا في نصوصه التنظيمية ما يوحي بإمكانية قيام المقتني بإعادة بناء ما تهدم أو إصلاح العيوب التي تهدد متانة البناية و سلامتها بدلا عن المرقى العقاري و على نفقته، وإنما نجد المادة 57 من نفس القانون تنص في فقرتها الثانية أنه يمنع على كل مقتن من مواصلة إنجاز البناء بدلا من المرقى العقاري الذي كان موضوع سحب الاعتماد، حيث يفهم من نص المادة أنه يمنع على المقتني القيام بالتنفيذ العيني للالتزام الذي أحل به المرقى العقاري بسبب سحب الاعتماد منه، غير أنه لا يمكن القياس على هذه المادة للقول بعدم إمكانية المقتني تنفيذ الالتزام بدلا عن المرقى العقاري ذلك أن نص المادة 57 فقرة 2 من القانون 04-11 يخص حالة محددة هي حالة سحب الاعتماد من المرقى العقاري، و يعود سبب المنع في هذه الحالة إلى حلول صندوق الضمان و الكفالة المتبادلة محل المقتني فيكون له الحق في متابعة عمليات الإنجاز من خلال تكليف مرقى عقاري آخر¹.

و بناء على ما سبق من حق المقتني طبقا للقواعد العامة أن يطلب ترخيصا من القاضي المختص للقيام بنفسه أو عن طريق مرقى عقاري آخر بتشديد ما تهدم أو إصلاح العيوب التي تهدد سلامة و متانة البناية على نفقة المرقى العقاري المخل بالتزامه².

يطرح تساؤل آخر في حالة حصول تهدم كلي أو جزئي للبناية أو ظهور عيب فيها و كان المرقى العقاري المسؤول عن الإنجاز قد سحب منه الاعتماد بعد تسليم البناية أو أنه توفي، ففي هذه الحالة على من يقع التنفيذ العيني للالتزام؟ و هل يمكن لصندوق الضمان و الكفالة المتبادلة الحلول محل المرقى العقاري المسحوب منه الاعتماد أو المتوفي و القيام بالتنفيذ العيني؟³

لا نجد في القانون 04-11 و لا في نصوصه التنظيمية أي نص صريح ينظم إمكانية تدخل صندوق الضمان و الكفالة المتبادلة بعد تسليم المشروع العقاري، غير أنه نرى من الضروري تدخل الصندوق و الحلول محل المرقى العقاري الذي سحب منه الاعتماد أو المتوفي و القيام بالإصلاحات الضرورية من خلال تكليف مرقى عقاري آخر، و له أن يرجع على شركة التأمين بالنفقات إذا كانت هناك شهادة تأمين، أما في حالة عدم وجود تأمين على المسؤولية العشرية فيمكن للصندوق الرجوع على المقاول و المهندس المعماري و باقي المتدخلين في عملية الإنجاز كون لهم مسؤولية تضامنية مع المرقى العقاري.

¹ نوي عقيلة، مرجع سابق الذكر، ص 343.

² المادة 170 من القانون المدني.

³ تريبش رحمة، مرجع سابق الذكر، ص 456.

الفرع الثاني: التنفيذ بمقابل

وفقا لما هو معمول به في القواعد العامة إذا استحال التعويض العيني على المدين فإنه يلتزم بالتعويض النقدي¹، و تطبيقا لذلك فإذا استحال على المرقى العقاري وكذا الأشخاص الآخرين المتضامنين معه تنفيذ التزامهم عينا، حكم القاضي على هؤلاء بتعويض نقدي كمقابل عن عدم التنفيذ العيني²، فالتنفيذ العيني للالتزام هو الأصل و العدول عنه إلى التنفيذ بمقابل هو رخصة من قاضي الموضوع يعمل بها كلما ثبت له استحالة و تأخر تنفيذ المدين لالتزامه عينا³.

و عليه إذا كان التنفيذ العيني لما حدث من تهدم للبناية أو ما أصابها من عيوب تهدد متانتها و سلامتها أو سلامة أحد عناصرها التجهيزية مستحيلا أو كان ممكنا ولكنه يسبب إرهاق للمرقى العقاري كما لو احتاجت عملية التشييد أو إصلاح العيوب نفقات باهظة لا تتناسب مع الضرر الذي لحق بالبناية، فإن للقاضي في هذه الحالة أن يحكم بالتنفيذ بمقابل أي التعويض النقدي⁴.

قد يكون التعويض النقدي هو الخيار الأمثل للمضروور، خصوصا في الحالات التي قد تؤدي فيها أعمال الإصلاح إلى الإضرار بالمبنى نفسه أو عندما تتطلب هذه الأعمال نفقات باهظة تتجاوز حجم الضرر الفعلي، فقد تستدعي عملية الإصلاح، على سبيل المثال، هدم جزء كبير من البناء، مما يترتب عليه تكاليف غير متناسبة مع طبيعة الضرر الحاصل، ومع ذلك، يمكن الجمع بين التعويض العيني والتعويض النقدي في بعض الحالات، لا سيما عندما لا تكفي عملية الإصلاح وحدها لمعالجة جميع العيوب وإعادة الوضع إلى ما كان عليه تماما⁵.

يشمل التعويض النقدي ما لحق الدائن من خسارة و ما فاته من كسب⁶، و مثال ذلك المبالغ التي يدفعها المقتني للمتضررين من تهدم البناء كالجيران أو المارة بوصفه حارسا للبناء، و أيضا المصاريف التي أنفقتها تفاديا لتفاد الأضرار الناتجة عن التهدم أو تعيب البناء⁷، و لا بد في كل الحالات أن يكون الضرر نتيجة

¹ تنص المادة 176 من القانون المدني على أنه: "إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا يد له فيه، و يكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه".

² مقراني سارة، المسؤولية التضامنية في عقد الترقية العقارية على ضوء أحكام القانون رقم 04-11، رسالة ماجستير، مرجع سابق الذكر، ص 148.

³ حامي حياة، مرجع سابق الذكر، ص 340.

⁴ نوي عقيلة، مرجع سابق الذكر، ص 344.

⁵ مقراني سارة، المسؤولية التضامنية في عقد الترقية العقارية على ضوء أحكام القانون رقم 04-11، رسالة ماجستير، مرجع سابق الذكر، ص 148.

⁶ المادة 182 من القانون المدني.

⁷ نوي عقيلة، مرجع سابق الذكر، ص 344.

طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو التأخر في الوفاء به، و يعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول¹.

جاء في المادة 177 من القانون المدني أنه يجوز للقاضي أن ينقص مقدار التعويض أو لا يحكم بالتعويض إذا كان الدائن بخطئه قد اشترك في إحداث الضرر أو زاد فيه، و بالتالي يجب على المقتني أن يخطر المرقى العقاري بالتهدم أو العيوب التي لحقت بالبنية و إلا اعتبر تفاقم العيوب نتيجة لإهمال المقتني، و في هذه الحالة يتمسك المرقى العقاري بهذا الإهمال لينقص قيمة التعويض، كما أن التعويض الذي يطالب به المقتني لا يحكم القاضي به إلا إذا حصل تهمد فعلي للبنية أو ظهور عيب فيها يهدد متانتها و سلامتها، بمعنى آخر لا بد أن يكون الضرر أكيد، أما الضرر الاحتمالي فلا يلزم المرقى بتعويضه².

سمح المشرع لطرفي عقد البيع على التصاميم الاتفاق على قيمة التعويض و النص عليها في العقد أو بمقتضى اتفاق لاحق، غير أنه يمكن للقاضي التدخل و تخفيض قيمة التعويض في حالتين، الأولى إذا أثبت المرقى العقاري أن التقدير كان مفرطاً، و الثانية إذا أثبت أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه³.

و لا يمكن للمقتني المطالبة بأكثر من قيمة التعويض المحددة في عقد البيع على التصاميم حتى لو جاوز الضرر هذه القيمة إلا إذا أثبت غش المرقى العقاري أو ارتكابه خطأ جسيماً⁴.

و بما أن التأمين على المسؤولية العشرية إلزامي بالنسبة للمرقى العقاري و كذا بالنسبة للمتدخلين الآخرين في عملية الإنجاز، فإنه إذا تحققت الأضرار الموجبة للضمان و المتمثلة في التهمد الكلي أو الجزئي للبنية موضوع عقد البيع على التصاميم أو ظهر فيها عيب يهدد متانتها أو سلامتها تلتزم شركة التأمين بدفع التعويض للمضرور دون البحث عن المتسبب عن هذه الأضرار و هذا بهدف عدم تعطيل المضرور في الحصول على التعويض المستحق له، ثم يتم الرجوع بعد ذلك على المتسبب⁵.

المطلب الثالث: دفع دعوى المسؤولية العشرية

إذا تمكن المرقى العقاري من إثبات أن التهمد الكلي أو الجزئي للبنية أو العيوب التي لحقت بها كانت نتيجة لسبب أجنبي، فإنه يُعفى من المسؤولية العشرية، وذلك باعتبار أن مسؤوليته في هذا السياق تُعد مسؤولية

¹ المادة 182 من القانون المدني.

² نوي عقيلة، مرجع سابق الذكر، ص 344.

³ المادة 184 فقرة 2 من القانون المدني.

⁴ المادة 185 من نفس القانون.

⁵ مسكر سهام، التزامات المرقى العقاري الناشئة عن بيع السكنات الترفوية، أطروحة دكتوراه، مرجع سابق الذكر، ص 403.

مفترضة، فالالتزامه بتسليم بناية متينة وخالية من العيوب هو التزام بتحقيق نتيجة وليس مجرد التزام ببذل عناية، وبناءً على ذلك، واستناداً إلى القواعد العامة، يمكن للمرقي العقاري دفع دعوى المسؤولية العشرية المرفوعة ضده إذا أثبت أن التهدم أو العيوب كانت ناتجة عن إحدى الحالات التالية: القوة القاهرة التي تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً، خطأ المضرور نفسه كإجراء تعديلات أو استعمال غير ملائم، أو خطأ الغير الذي يكون السبب المباشر في وقوع الضرر¹.

الفرع الأول: القوة القاهرة

إن القوة القاهرة و الحادث المفاجئ إسمان لمسمى واحد يرتبان نفس الأثر من حيث الإعفاء من المسؤولية، شروطهما الأساسية هما استحالة التوقع و استحالة الدفع، و من أمثلة القوة القاهرة نجد الحروب و العواصف و الزلازل و صدور تشريعات واجبة التنفيذ³.

إذا تحققت شروط تطبيق القوة القاهرة كواقعة مادية فإنها تعتبر سببا من الأسباب القانونية الكافية لوحدها أن تجعل المدين يتحلل من مسؤوليته المدنية، و هي تعني وقوع حادث مفاجئ و استثنائي من غير الممكن توقعه و دفعه، و تعود للقاضي سلطة تقدير ما إذا كان الحادث يمثل قوة القاهرة تعفي المعماري من المسؤولية العشرية وفقا لظروف المكان و الزمان الذي وقعت فيه، و وفقا لمدى إمكان توقعه من خلال الدراسات و التقدم المعماري، فيمكن أن لا تعتبر بعض الظواهر الطبيعية كهبوط الأمطار و العواصف قوة القاهرة لإمكان التنبؤ بحدوثها⁴.

يعد نطاق القوة القاهرة كسبب للإعفاء من المسؤولية العشرية أكثر تقييداً مقارنة بالقواعد العامة، فعلى سبيل المثال، لا يمكن اعتبار الزلازل قوة القاهرة إذا لم يلتزم المرقي العقاري بتطبيق المعايير الحديثة لمقاومة الزلازل أثناء تشييد المباني، إذ يفترض أن هذه المعايير تقلل من مخاطر الانهيار، ومع ذلك، يمكن الاعتداد بالقوة القاهرة في حال أثبت المرقي العقاري أن الزلزال كان من الشدة بحيث تعذر تفادي آثاره حتى مع مراعاة أفضل المعايير الهندسية المعتمدة في البناء المقاوم للزلازل.

كما أن عيوب الأرض لا تعتبر من قبيل القوة القاهرة و بالتالي لا يمكن التمسك بها للتخلص من المسؤولية العشرية، حيث تنص المادة 46 من القانون 04-11 على أنه: " تقع المسؤولية العشرية على عاتق مكاتب

¹ نوي عقيلة، مرجع سابق الذكر، ص 346.

² تنص المادة 127 من القانون المدني على أنه: " إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يد له فيه كحادث مفاجئ، أو قوة القاهرة، أو خطأ صدر من المضرور أو خطأ من الغير، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر، ما لم يوجد نص قانوني أو اتفاق يخالف ذلك".

³ حامي حياة، مرجع سابق الذكر، ص 344.

⁴ نوي عقيلة، مرجع سابق الذكر، ص 346.

الدراسات و المقاولين و المتدخلين الآخرين الذين لهم صلة بصاحب المشروع من خلال عقد، في حالة زوال كل البناية أو جزء منها جراء عيوب في البناء، بما في ذلك جراء النوعية الرديئة لأرضية الأساس".

لا تعد العيوب الكامنة في مواد البناء من حالات القوة القاهرة التي تتيح للمدين في المسؤولية العشرية التملص من التزاماته¹، إذ يلزم المرقى العقاري بمراقبة جودة تنفيذ المشروع، والتأكد من مطابقة المواد المستخدمة لمعايير البناء المعتمدة، مما يفرض عليه فحص مدى صلاحيتها قبل استخدامها، وتظل هذه المسؤولية قائمة سواء كان المرقى العقاري هو ذاته المقاول أو مجرد رب عمل، إذ يتحمل في كلتا الحالتين دور المشرف الأول على المشروع، والمسؤول عن تنسيق مختلف العمليات المرتبطة بالدراسات والتصميمات والتنفيذ، مما يجعله الضامن الأساسي لسلامة البناء وجودته².

الفرع الثاني: خطأ المضرور

يعفى المتدخلون في نشاط الترقية العقارية من المسؤولية العشرية، سواء كلياً أو جزئياً، إذا تمكنوا من إثبات أن التهم المهدم الكلي أو الجزئي أو العيب الذي مس البناية ناتج عن خطأ المستفيد من الضمان أي المضرور، أو أنه ساهم في وقوع الضرر، و من التطبيقات العملية لهذا المبدأ يمكن الإشارة إلى أخطاء الصيانة، الإهمال في الحراسة، أو التعديلات والتحسينات التي يتم إدخالها على البناية دون مراعاة المعايير التقنية اللازمة⁴.

و يستند هذا الإعفاء الجزئي أو الكلي إلى نص المادة 177 من القانون المدني، التي تجيز للقاضي تقليل مقدار التعويض أو حتى عدم الحكم به، إذا ثبت أن الدائن قد ساهم بخطئه في وقوع الضرر أو في تفاقمه⁵، وبناءً على ذلك، فإنه من غير المقبول قانوناً أن يحصل المتضرر على تعويض كامل رغم ثبوت مساهمته في وقوع الضرر.

¹ منصور محمد حسين، المسؤولية المعمارية، مرجع سابق الذكر، ص 165.

² نوي عقيلة، مرجع سابق الذكر، ص 347.

³ حكم القضاء الفرنسي في أكثر من مناسبة بمسؤولية المقاول و المهندس المعماري عن العيوب الناجمة بسبب نوعية الخشب المستعمل و قابليته للتلف أو الإصابة بنوع معين من البكتيريا، إذ كان ينبغي التأكد من صلاحيته أو معالجته بطريقة خاصة لوقايته من تلك المخاطر، و على العكس من ذلك قضى بعدم مسؤوليتهم في حالة استعمال صنف جيد و مطابق للمواصفات من الخشب، إذ يعتبر من قبيل القوة القاهرة تعرض هذا الخشب لجرثومة معينة لم يكن بالإمكان كشفها أو مقاومتها وقت البناء حتى مع استخدام وسائل الفحص الفني الحديثة. أنظر: منصور محمد حسين، المسؤولية المعمارية، مرجع سابق الذكر، ص 165.

⁴ مقراني سارة، المسؤولية التضامنية في عقد الترقية العقارية على ضوء أحكام القانون رقم 04-11، رسالة ماجستير، مرجع سابق الذكر، ص 152.

⁵ تنص المادة 177 من القانون المدني على ما يلي: "يجوز للقاضي أن ينقص مقدار التعويض، أو لا يحكم بالتعويض إذا كان الدائن بخطئه قد اشترك في إحداث الضرر أو زاد فيه".

ومن أجل نفي المسؤولية، يتعين على المشيدين تقديم الإثبات على وجود خطأ من جانب المضرور (المستفيد من الضمان)، غير أن هذا الخطأ لا يؤدي إلى الإعفاء الكلي من المسؤولية إلا إذا كان السبب الوحيد في وقوع الضرر، أما إذا تضافرت أخطاء كل من المضرور والمتدخلين في النشاط العقاري، فإن المسؤولية تخفف فقط تبعاً لدرجة مساهمة كل طرف في وقوع الضرر، دون أن يتم الإعفاء منها بشكل كامل¹.

و خطأ المضرور المعفي من المسؤولية العشرية إنما يقصد به الخطأ الذي يصدر من المستفيد من الضمان بعد تسلم البناية نهائياً كأن يجري تعديلات معيبة و مخالفة للتصاميم المعدة من طرف المهندس المعماري، و مثال ذلك أن يقوم بنقل دورة المياه إلى مكان بعيد عن أماكن الصرف الصحي فتتسرب المياه إلى الجدران مما يؤدي إلى تصدع البناية.

الفرع الثالث: خطأ الغير

الغير هو كل شخص أجنبي عن العقد الذي يعتبر مصدراً للمسؤولية العشرية، و بتعبير آخر هو كل شخص أجنبي عن عقد المقاولة و عقد البيع على التصاميم (بالإضافة إلى عقود الترقية العقارية الأخرى) باعتبارهما مصدر التزام المشيدين بالمسؤولية العشرية².

حيث قد يحدث أن تتعرض البناية المشيدة إلى أضرار تستوجب قيام المسؤولية العشرية للمرقي العقاري و الأشخاص المتضامنين معه و يكون سببها خطأ صادر من الغير الذي لم يشارك في عملية البناء، و مثال ذلك سقوط عمارة في بلدية العاشور الجزائر العاصمة أين كشف المرقي العقاري المسؤول عن تشييدها أن سبب سقوطها يعود إلى عملية حفر قام بها مرقي عقاري آخر بجوار العمارة المنهارة³.

و الغير الذي يعتد بخطئه في المسؤولية العشرية هو الأجنبي تماماً عن عملية تشييد البناية، كالشخص الذي يقوم بعملية حفر عميق بالقرب من أساسات البناية ما يؤدي إلى انهيارها و لم يكن للمتدخلين و المساهمين في عملية الإنجاز أي تقصير في أداء مهامهم، ففي هذه الحالة يسقط حق المستفيد من الضمان

¹ بن عمار محجوب، مرجع سابق الذكر، ص 90.

² مقراني سارة، المسؤولية التضامنية في عقد الترقية العقارية على ضوء أحكام القانون رقم 04-11، رسالة ماجستير، مرجع سابق الذكر، ص 154.

³ نوي عقيلة، مرجع سابق الذكر، ص 350.

في الرجوع على المرقى العقاري و الأشخاص المتضامنين معه بأحكام الضمان العشري للحصول على التعويض¹.

إذا كان خطأ الغير هو السبب الوحيد في انهيار البناية، فإن ذلك يؤدي إلى إعفاء المرقى العقاري وكافة المتدخلين الآخرين المتضامنين معه من أي مسؤولية قانونية، أما إذا لم يكن خطأ الغير العامل الوحيد، بل كان هناك إهمال أو خطأ من طرف المرقى العقاري نفسه أو من الأشخاص المتضامنين معه، فإن المسؤولية توزع بينهما، مما يؤدي إلى تخفيف مسؤولية الغير بدلا من تحملها بالكامل، و تخضع هذه المسألة للسلطة التقديرية للقاضي بناء على الإثباتات المقدمة من الأطراف².

و لا يمكن اعتبار خطأ الغير سببا معفيا من المسؤولية العشرية إلا إذا توافرت فيه عناصر القوة القاهرة من عدم إمكانية توقع الحادث و دفعه، و بالتالي متى لم تتوفر هذه الشروط بقي المرقى العقاري و الأشخاص المتضامنة معه مسؤولين اتجاه المقتني و يبقى لهم حق الرجوع على الغير المتسبب في الضرر³.

¹ حامى حياة، مرجع سابق الذكر، ص 345.

² العربي شحط أمينة، مرجع سابق الذكر، ص 283.

³ المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

الخاتمة

الخاتمة

سعى المشرع من خلال القانون 04-11 المحدد للقواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية، وكذا مختلف القوانين السابقة له والنصوص التنظيمية اللاحقة، إلى وضع إطار قانوني محكم يرمي إلى تنظيم نشاط الترقية العقارية، بهدف تعزيز مكانة العقار الحضري، وضمان إنتاج عقاري يتماشى مع الاحتياجات الاجتماعية والاقتصادية، بما يحقق التوازن بين العرض والطلب ويساهم في التنمية العمرانية المستدامة. إعادة تأهيل العقار الحضري اقتضى في المقام الأول إعادة الاعتبار إلى الفاعلين الرئيسيين في سوق الترقية العقارية، وعلى رأسهم المرقى العقاري، إذ يُعد هذا الأخير المحرك الأساسي لهذا القطاع، حيث يحتكر زمام المبادرة ويتولى الإشراف على تطوير المشاريع العقارية، سواء كانت موجهة للبيع أو الإيجار، مما يجعله حجر الزاوية في ديناميكية السوق العقارية الحضرية.

كما سعى المشرع إلى إعادة الاعتبار لآليات التدخل في سوق الترقية العقارية، وذلك من خلال وضع تقنيات ووسائل قانونية تنظم العلاقة بين المرقى العقاري والمقتني، بغض النظر عن الصيغة التعاقدية المعتمدة في اقتناء السكن الترقوي، تهدف هذه الآليات إلى تحقيق التوازن بين حقوق والتزامات كل طرف، وضمان شفافية المعاملات في هذا القطاع الحيوي، حيث استحدث صيغة جديدة من عقود البيع يطلق عليها "عقد البيع على التصاميم"، هذه الأخيرة تخدم مصالح طرفي العلاقة في آن واحد، وبالخصوص المكتتب في مواجهة المرقى العقاري.

إلا أن هذه الصيغة تحوي على الكثير من المخاطر خصوصاً على المكتتب و بدرجة أقل على المرقى العقاري، حيث أن إخلال أي منهما بالتزاماته التعاقدية من شأنه تعريض الطرف الآخر للضرر مما ينشعب عنه العديد من المنازعات القضائية سواء أمام القضاء العادي أو الإداري.

و بعد استعراض مختلف الجوانب القانونية لعقد البيع على التصاميم في مجال الترقية العقارية، وتناول الإشكالات و المنازعات الناشئة عنه، يتضح أن هذا النوع من العقود يتميز بطبيعته المركبة التي تجمع بين الطابع التعاقدية والتوجيهي، مما يجعله عرضة للعديد من الخلافات بين أطرافه، سواء تعلق الأمر بالمرقى العقاري أو المكتتب.

وقد أظهرت الدراسة أن هذه المنازعات تنوع بين ما هو متعلق بتنفيذ الالتزامات التعاقدية، مثل التأخر في الإنجاز أو عدم مطابقة البناية للمواصفات المتفق عليها، وبين ما هو مرتبط بالإطار القانوني المنظم لهذا العقد.

في ضوء هذه المعطيات، تصبح الحاجة ملحة إلى البحث عن حلول قانونية فعالة وآليات عملية لتسوية هذه المنازعات، سواء من خلال تطوير التشريعات أو تعزيز دور القضاء، وفي هذا السياق، تسعى الخاتمة إلى تقديم أهم النتائج المتوصل إليها تتبعها بعض الاقتراحات.

- يمر عقد البيع على التصاميم بثلاث مراحل أساسية، تنتهي بضمن حصول المكتتب على سكن مطابق للمواصفات المتفق عليها وخالٍ من العيوب، المرحلة الأولى المعروفة بالمرحلة التحضيرية تحظى بأهمية بالغة بالنسبة للمكتتب، حيث أقر المشرع خلالها مجموعة من الضمانات القانونية التي تهدف إلى حمايته، و تتمثل هذه الحماية في تمكينه من تكوين إرادة سليمة عند التعاقد، و تجنبه الوقوع ضحية لمشاريع وهمية أو غير قانونية، مما يعزز ثقته في العملية التعاقدية ويضمن حقوقه المستقبلية.

تتمثل الضمانات المقررة للمكتتب خلال مرحلة تكوين عقد البيع على التصاميم في مجموعة من الالتزامات السابقة للتعاقد التي يقع على عاتق المرقى العقاري الالتزام بها، حيث لم يكتف القانون 04-11 و نصوصه التنظيمية بالنص على الالتزامات التعاقدية للمرقى العقاري، بل تعدى ذلك للالتزامات المهنية السابقة للتعاقد و التي لها أهمية بالغة خصوصا في مرحلة التفاوض و تحقيق إرادة المتعاقد و تنويره، و تتمثل هذه الالتزامات في ضرورة الحصول المسبق على اعتماد لممارسة المهنة، الإعلان عن المشروع العقاري و إعلام الراغب في الاكتتاب بمختلف البيانات و المعلومات الخاصة بالمشروع، استصدار مختلف الرخص و الشهادات المتعلقة بالعقار، و أخيرا اكتتاب التأمينات اللازمة.

و لم يكتفي المشرع بالنص على الالتزامات قبل التعاقدية للمرقى العقاري، و إنما أتبعها بمجموعة من الجزاءات التي يتعرض لها هذا الأخير في حال إخلاله بأي التزام، و تتنوع هذه العقوبات بين الإدارية و الجزائية.

- إن تدخل الموثق عن طريق إضافته للرسمية على عقد البيع على التصاميم من شأنه ضمان تطابق مضمون هذا العقد مع إرادة طرفيه، كما يحول دون تعسف المرقى العقاري من خلال إضافته لأي بند يحقق مصلحته على حساب المكتتب، مما يؤدي إلى الإنقاص من احتمال وقوع منازعات بين الطرفين.

- لم تستقر المحكمة العليا على اتجاه واحد حول مسألة قدرة المكتتب بالزام المرقى العقاري عن طريق القضاء بالقدم أمام الموثق و تحرير عقد البيع على التصاميم، إذ نجد العديد من قراراتها أعطت الحق للمكتتب بعنوان حمايته باعتباره الطرف الضعيف في العقد و بالاستناد إلى المبدأ القائل بأن المرقى العقاري هو المكلف بالسعي بتحرير عقد البيع على التصاميم، بينما اعتبرت قرارات أخرى أن عقد البيع على التصاميم يبرم بين المرقى العقاري و المكتتب في الشكل الرسمي بمحض إرادتهما و بالتالي لا يجوز للقاضي

الحكم على أحدهما بالحضور أمام الموثق و إبرام العقد لما في ذلك من مساس بمبدأ سلطان الإرادة و حرية التعاقد.

- فضلا عن تحرير عقد البيع على التصاميم في الشكل الرسمي وتسجيله لدى مصالح الضرائب، و جب على الموثق القيام بإيداعه لدى المحافظة العقارية لإجراء شهره، و للمحافظ العقاري في هذا الشأن مختلف الصلاحيات، فله أن يرفض الإيداع، أو يقبله مع رفضه إجراء الشهر، الأمر الذي يعرض مصلحة طرفي العقد للخطر، و عليه منحهما المشرع الحق في الطعن في قراراته من خلال دعوى الإلغاء و كذا المطالبة بالتعويض متى ثبت أن الخطأ المرتكب من المحافظ العقاري سبب ضررا.

- من أهم أسباب قيام المنازعات بين المكتتب في عقد البيع على التصاميم و المرقى العقاري عدم التزام هذا الأخير بإنجاز البناية و تسليمها للمكتتب، مما حتم على المشرع إيجاد وسيلة من شأنها الحفاظ على مصلحة المكتتب، و في هذا الإطار أنشأ صندوق الضمان و الكفالة المتبادلة و كلف بضمن إتمام الإنجاز في حالة إنجاز الأساسات من طرف المرقى العقاري، أو استرداد التسبيقات المدفوعة في حالة عدم إنجاز الأساسات، غير أنه فيما يخص الحالة الأخيرة تحديدا، يقتصر دور الصندوق على تعويض التسديدات (أصل الدين) للمكتتب دون مبلغ التعويض، الأمر الذي يجبر المكتتب للجوء إلى القضاء العادي و مطالبة المرقى العقاري بالتعويض على أساس المسؤولية العقدية.

- يرتب عقد البيع على التصاميم التزامات متبادلة بين أطرافه، فمن جهة يلتزم المرقى العقاري بإنجاز البناية وفقا لما تم الاتفاق عليه و في الأجال المحددة، و يقابل ذلك قيام المكتتب بدفع التسديدات المستحقة بالموازاة مع تقدم الأشغال، و يعتبر الالتزام الأخير أهم التزام يترتب العقد لصالح المرقى العقاري كونه السبيل الوحيد لإنهاء مشروعه العقاري.

- يمكن للمرقى العقاري في حالة عدم التزام المكتتب بدفع الأقساط المستحقة للجوء لأحد الخيارات التالية، فله أن يوقع عقوبة التأخير على القسط المستحق بشرط أن لا يبالغ في قيمتها، أما في حالة المبالغة جاز للمكتتب اللجوء إلى القضاء لتخفيض قيمتها و هذا بإثبات التقدير المفرط، كما يمكن للمرقى العقاري فسخ عقد البيع على التصاميم بحكم القانون عند عدم تسديد المكتتب لدفعتين متتاليتين و هذا بعد توجيه إعدارين مدة كل واحد منهما 15 يوما، و بالإضافة إلى الخيارين السابقين و المنصوص عليهما في القانون 11-04، يمكن للمرقى العقاري اللجوء إلى القضاء لمطالبة المكتتب بتسديد القسط المستحق عن طريق رفع دعوى التنفيذ، كما له أن يطالب بفسخ العقد، و بخصوص الحالة الأخيرة فإن القاضي غير مقيد بطلب المرقى العقاري بالفسخ و هذا بالنظر إلى السلطة التقديرية الواسعة التي يتمتع بها، فله أن يقضي بالفسخ

متى توفرت شروطه و متى رأى أن ذلك يحقق مصلحة الطرفين، و له أن يرفض طلب الفسخ إن كان ما لم يوف به المكتتب من الثمن قليل الأهمية مقارنة بما دفعه، كما يمكنه منح المكتتب أجلا لتنفيذ التزامه تطبيقا لنظرة الميسرة و هذا طبعا إذا قدر أن ظروف المكتتب تستدعي ذلك.

- إن الأجل الممنوح من طرف القاضي لصالح المكتتب من أجل تنفيذ التزامه في دعوى التنفيذ لا يحول دون إعطائه أجل آخر في دعوى الفسخ إذا غير المرقى العقاري دعواه من دعوى التنفيذ إلى الفسخ.

- الأصل أنه لا يجوز للبائع أن يطلب من المشتري زيادة الثمن المتفق عليه في عقد البيع استنادا إلى قاعدة العقد شريعة المتعاقدين لا يجوز تعديله أو نقضه إلا بإرادة الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون، غير أن ما يميز عقد البيع على التصاميم عن عقد البيع العادي أنه عقد متراخي التنفيذ إذ هناك فترة زمنية تفصل بين وقت إبرامه و تاريخ تسليم السكن للمكتتب، الأمر الذي يضعنا أمام احتمالية ارتفاع أسعار مواد البناء أو اليد العاملة خلال هذه المدة مما يجعل المرقى العقاري أمام حتمية مراجعة سعر البيع المتفق عليه.

- لم يترك المشرع مسألة مراجعة السعر بدون ضوابط و إنما اشترط بموجب المادة 38 فقرة 3 من القانون 04-11 أن تركز صيغتها على عناصر تغيرات سعر التكلفة بالاعتماد على تطور المؤشرات الرسمية لأسعار المواد و العتاد و اليد العاملة، كما نص على حدود المراجعة التي لا يمكن بأي حال من الأحوال أن تتجاوز نسبتها 20% من السعر الأولي المتفق عليه مع وجوب تبرير تغيرات السعر، غير أنه ما يعاب على المشرع عندما ربط مراجعة سعر البيع بالمؤشرات الرسمية هو صعوبة تطبيق هذا المعيار على أرض الواقع، إذ يرجع ذلك لغياب آليات من شأنها وضع مؤشرات اقتصادية دقيقة نظرا لسيطرة الاقتصاد الموازي الذي يجعل من رصد تغيرات أسعار المواد و اليد العاملة عملية صعبة و معقدة، كما أنه لم يحدد كيفية التعرف على هذه المؤشرات و لا المرجع الذي يتضمنها و لا حتى الهيئة التي تتولى تحديدها، مما يستدعي على المشرع تدارك الأمر لأن عدم تحديدها يخدم مصلحة المرقى العقاري على حساب المكتتب، إذ يمكنه بموجب هذه الثغرة القانونية رفع سعر البيع دون سند يثبت الزيادة في أسعار و تكاليف الإنجاز.

- لم يحدد المشرع في النصوص المنظمة لنشاط الترقية العقارية السلطة المخول لها تقرير مراجعة السعر في عقد البيع على التصاميم مما يوحي أنه ترك المسألة لرضا أطراف العقد تطبيقا لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، غير أن هذا الأمر في الحقيقة غير مستساغ التطبيق على أرض الواقع، ذلك أن المشرع و إن كان قد أشار إلى رضا أطراف العقد في تحديد السعر إلا أنه ربط عملية المراجعة بشروط، و بالتالي متى أثبت المرقى العقاري تحقق الشروط جاز له مراجعة السعر بإرادته المنفردة و يبقى للمكتتب إما الرضوخ نظرا

لحاجته الماسة للسكن أو اللجوء إلى القضاء للمنازعة، و لا شك أن النزاع بينهما سيأخذ وقت كبير نتيجة تعلقه بمسألة فنية تتطلب خبرة قضائية.

- استثنت المادة 38 فقرة 3 من القانون 04-11 خضوع السعر للمراجعة بنسبة 20% كحد أقصى في حالة الظروف الاستثنائية، و إنما أخضعتة لنظرية الظروف الطارئة المنصوص عنها في المادة 107 فقرة 3 من القانون المدني، هذه الأخيرة تجيز للقاضي تبعا للظروف و بعد مراعاة مصلحة أطراف العقد بأن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول عن طريق وقف تنفيذه لمدة من الزمن إذا قدر أن الظرف الطارئ وقتي سوف يزول بعد فترة قصيرة، أو من خلال الإنقاص من الالتزام المرهق، أو الزيادة في الالتزام المقابل للالتزام المرهق، و يشترط على القاضي لتطبيقه نظرية الظروف الطارئة توافر مجموعة من الشروط منها ما ينتج عن عقد البيع على التصاميم، و منها ما يخرج عن نطاق العقد، و المتمثلة في وجود التزام تعاقدى متراخي التنفيذ، و أن يكون الظرف الطارئ حادثا استثنائيا عاما غير متوقع جعل من تنفيذ المدين لالتزامه مرهقا و ليس مستحيلا.

- يعتبر تطبيق نظرية الظروف الطارئة من النظام العام، و بالتالي لا يجوز للمرقي العقاري و المكتتب الاتفاق على استبعاد تطبيقها، كما أن القاضي غير مقيد بنسبة المراجعة المحددة في نص المادة 38 فقرة 3 من القانون 04-11 و المقدرة ب 20%، و إنما له السلطة التقديرية في تحديد النسبة المناسبة التي من شأنها إعادة التوازن الاقتصادي للعقد من خلال رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول.

- ككل عقد بيع، يرتب عقد البيع على التصاميم التزاما جوهريا على عاتق المرقي العقاري هو الالتزام بتسليم السكن للمكتتب في الأجل المتفق عليه بينهما، فهو بذلك لا يكتفي بإنجاز السكن و نقل ملكيته للمكتتب و إنما عليه كذلك تسليمه إياه، فالالتزام بالتسليم يتفرع عن الالتزام بنقل الملكية، كما يعتبر من أهم آثاره القانونية، و بالتالي يبقى نقل الملكية للمكتتب بدون فائدة إذا لم يتسلم السكن حتى يتمكن من الانتفاع به.

يعتبر البائع قد نفذ التزامه بالتسليم بمجرد وضعه للشئ المبيع تحت تصرف المشتري حتى يتمكن من حيازته و الانتفاع به و لو لم يستول عليه استلاء ماديا و هذا طبقا للقواعد العامة المنظمة لعقد البيع و الواردة في القانون المدني، غير أن الأمر يختلف في عقود البيع على التصاميم، حيث أن العبرة لا تكون بوضع المرقي العقاري للبنية أو الجزء من البنية تحت تصرف المكتتب و إخباره بذلك، و إنما يعتبر المرقي قد نفذ التزامه بالتسليم عند تحقق التسلم الفعلي للبنية من طرف المكتتب و الذي يتم إثباته بمحضر حيازة يحرر من طرف نفس الموثق الذي أعد عقد البيع على التصاميم و هذا طبقا للمادة 34 من القانون 04-11. و ما يمكن ملاحظته على صياغة المشرع لنص المادة الأخيرة استعماله لعبارة: "يتمم عقد البيع على

التصاميم...." ما يوحي بأن العقد ناقص يحتاج إلى إتمامه في حين أن العقد كامل مستوفي لجميع أركانه، كما أن محضر الحيازة يثبت تطابق السكن مع ما تم الاتفاق عليه، فهو بذلك يتعلق بالإثبات لا بالانعقاد.

و لم يشترط المشرع تحرير محضر الحيازة وفقا لنموذج معين مثلما فعل عند نصه على نموذج عقد البيع على التصاميم الملحق بالمرسوم التنفيذي 13-431، وإنما ترك الحرية للموثق في تحديد شكله، كما لم يحدد البيانات الواجب ذكرها في المحضر، و إن كان هذا الأخير يخضع لإجراء الشهر العقاري أمام المحافظة العقارية أم لا، و لإزالة هذا الغموض جاء في المذكرة رقم "06487" المؤرخة في 2 يوليو 2015 و الصادرة عن المديرية العامة للأموال الوطنية المتعلقة بمحاضر التسليم في إطار عقد البيع على التصاميم، أنه لا توجد أي مادة تنص على إخضاعه لإجراء الشهر العقاري، و عليه تبقى المبادرة إليه اختيارية، و في حالة عدم إشهاره مسبقا ينبغي إدراج مراجعه في أول عقد.

-إن التزام المرقى العقاري بالتسليم الفعلي للسكن هو التزام بتحقيق نتيجة و عليه يترتب عن عدم تنفيذه أو التأخر فيه تطبيق عقوبات التأخير المنصوص عليها في المادة 43 من القانون 04-11، على أن لا يتجاوز مبلغ العقوبة نسبة 10% من سعر البيع.

- جعل المشرع من خلال المادة 6 من المرسوم التنفيذي 13-431 القوة القاهرة كحالة وحيدة لنفي مسؤولية المرقى العقاري عن تأخره في تسليم البناء، ما دفعنا للتساؤل حول باقي الحالات علما أن القوة القاهرة هي وجه من أوجه السبب الأجنبي بالإضافة إلى الأوجه الأخرى المتمثلة في الحادث المفاجئ، خطأ المضرور و خطأ الغير، حيث يمكن أن يكون سبب تأخر المرقى العقاري في تسليم السكن هو خطأ المضرور المتمثل في المكتتب كأن يتخلف هذا الأخير عن سداد قسط من الأقساط للمرقى العقاري لا سيما و أن هذا الأخير يعتمد على هذه الأقساط كمصدر وحيد لتمويل المشروع العقاري على اعتبار أنه لا يمكنه اللجوء إلى القروض البنكية، و بالإضافة إلى ما سبق هناك خطأ الغير، حيث يمكن للمرقى العقاري الدفع بأن التأخر في التسليم لم يكن نتيجة خطئه هو و إنما كان نتيجة خطأ الغير، و ينبغي الإشارة في هذا الصدد أن الغير الذي يعتد بخطئه و جب ألا يكون من الأشخاص الذين يسأل عنهم المرقى العقاري، و بتعبير آخر و جب ألا يكون المرقى العقاري في مركز المتبوع أو المكلف بالرقابة بالنسبة إلى الغير.

و بالإضافة إلى توقيع عقوبات التأخير، يستطيع المكتتب أن يجبر المرقى العقاري على الوفاء بالتزامه عينا من خلال اللجوء إلى القضاء للحصول على حكم قضائي، و يشترط في ذلك أن يكون التسليم ممكنا و غير مستحيل، بحيث لو استحال على المرقى العقاري تنفيذ التزامه عينا تعين العدول عنه إلى التنفيذ بمقابل، كما يمكنه مباشرة دعوى الفسخ إذا رأى مصلحته في ذلك، و ينبغي التأكيد في هذا الصدد أنه سواء طلب

المكتب التنفيذ العيني للالتزام بالتسليم أو فسخ العقد فإن له كذلك أن يطلب التعويض عن الضرر الذي لحقه.

-لا يكتفي المرقى العقاري بتسليم السكن للمكتب في الأجل المتفق عليها بل يلتزم أيضا بالمطابقة من خلال استخراج شهادة المطابقة التي تثبت تطابق البناء مع رخصة البناء المسلمة والتصاميم المصادق عليها، ففي من هذه الزاوية مطابقة قانونية، ولا تغني هذه الأخيرة المرقى العقاري عن وجوب احترام ما تم الاتفاق عليه مع المكتب في عقد البيع على التصاميم من مواصفات، و هي من هذه الزاوية مطابقة عقدية.

تثير شهادة المطابقة العديد من المنازعات سواء بين المرقى العقاري و الجهة المصدرة لها، أو بين المرقى العقاري و المكتب، و بناء عليه يتقاسم الاختصاص في هذه المنازعات كل من القضاء الإداري و العادي على حسب طبيعة النزاع و أطرافه، فيؤول الاختصاص إلى القاضي الإداري في المنازعات المتعلقة بإلغاء القرار الإداري المتضمن رفض منح المرقى العقاري شهادة المطابقة، كما يؤول الاختصاص إلى القاضي المدني أو العقاري في حالة مطالبة المكتب للمرقى العقاري بالتنفيذ العيني للالتزام بالتسليم رغم انعدام شهادة المطابقة، و هنا عرفت المحكمة العليا اتجاهين، الأول كان صارما بأنه لا يجوز للقاضي أن يأمر بتسليم السكن للمكتب طالما لم يتحصل المرقى العقاري على شهادة المطابقة استنادا إلى المادتين 14 من المرسوم التشريعي 03-93 و 39 من القانون 04-11، أما الثاني فأقر بجواز الحكم بالتسليم رغم انعدام شهادة المطابقة كون استصدار هذه الأخيرة هو التزام يتحمله المرقى العقاري لا المكتب و عليه فإنه من غير العدل أن يتحمل هذا الأخير مسؤولية تأخر المرقى العقاري في استصدار الشهادة، أما بالنسبة للقاضي الجزائي (قاضي الجنج) فيؤول الاختصاص إليه بمناسبة تحريك الدعوى العمومية من طرف النيابة العامة عند ارتكاب المرقى العقاري لجنحة عدم مطابقة البناء لرخصة البناء و التصاميم المصادق عليها وفقا للإجراءات المنصوص عليها في المادة 76 مكرر 5 من القانون 29-90 المتعلق بالتهيئة و التعمير.

-وسع المشرع من دائرة الحماية المقررة لمصلحة المكتب في عقد البيع على التصاميم لتشمل الفترة اللاحقة عن تسلمه السكن، حيث يستفيد من ضمان الإنهاء الكامل لأشغال الإنجاز و ضمان حسن سير عناصر التجهيز و اللذان أطلق عليهما المشرع تسمية "ضمان حسن التنفيذ".

لم يحدد المشرع النطاق الموضوعي لضمان حسن التنفيذ تحديدا دقيقا مما ينتج عنه تعذر ضبط العيوب المشمولة بهذا الضمان.

لم ينظم المشرع الإجراءات الخاصة بالدعوى المتعلقة بضمان حسن التنفيذ و التي يباشرها المقتني في مواجهة المرقى العقاري في حالة وجود عيب في البناء أو عدم أداء العناصر التجهيزية لوظيفتها المطلوبة، غير

أن ذلك لا يعني ضياع المقتني إذ له أن يستند على القواعد العامة الواردة في القانون المدني من خلال الزام المرقي العقاري أمام القضاء بالتنفيذ العيني لالتزامه إذا كان ذلك ممكناً أو التنفيذ بمقابل إذا كان التنفيذ العيني مستحيلاً أو مرهقاً للمرقي العقاري طبقاً للمادتين 164 و 176 من القانون المدني، كما له أن يطلب فسخ عقد البيع لعدم التزام المرقي العقاري بالتزاماته التعاقدية، ويمكنه كذلك طلب ترخيص من القاضي لإصلاح أو استبدال العنصر التجهيزي على نفقة المرقي العقاري طبقاً للمادة 170 من القانون المدني.

على الرغم من كونه ضمان موضوعي و من النظام العام، إلا أن عدم وضع نظام قانوني محكم خاص بإعمال ضمان حسن التنفيذ يجعله دون الفعالية المرجوة منه خصوصاً عند عدم التزام المرقي العقاري بإصلاح عيوب البناء أو عناصر التجهيز.

- من الالتزامات الملقاة على عاتق المرقي العقاري قيامه بضمان إدارة و تسيير الأملاك العقارية المشتركة لمدة سنتين ابتداء من تاريخ بيع آخر جزء من البناية، و يحل في هذا الصدد محل جميع أجهزة تسيير الأملاك المشتركة المتمثلة في الجمعية العامة و المتصرف، فهو يتحمل بذلك جميع مهام هذه الأجهزة و المحددة في نظام الملكية المشتركة الذي يبلغه للمكاتبين وقت إبرام عقد البيع على التصاميم، و في حالة إخلال المرقي العقاري بمختلف المهام الموكلة إليه و المنصوص عليها في نظام الملكية المشتركة تقوم مسؤوليته العقدية، و بالتالي يجوز لأحد الملاك الشركاء مطالبة المرقي العقاري أمام القضاء المختص بتنفيذ التزامه التعاقدية استناداً إلى عقد البيع على التصاميم المبرم بينهما و إلى نظام الملكية المشتركة.

تتمتع الجمعية العامة بحق التقاضي و يمثلها أمام القضاء المتصرف بصفته مدعي أو مدعى عليه، و الدعاوى القضائية التي يحق لها مباشرتها تتمثل في تلك المتعلقة بالمحافظة على البناية و إدارة أجزائها المشتركة كدعوى تحصيل الأعباء، الدعاوى القضائية المرفوعة ضد المستخدمين و الغير المكلف بصيانة البناية، الدعاوى القضائية المرفوعة ضد المتصرف و الدعاوى الرامية إلى احترام نظام الملكية المشتركة، بالإضافة إلى الدعاوى الخاصة بالمحافظة على الحقوق المتعلقة بالعقار المتمثلة في الدعاوى الرامية إلى الحماية المادية و القانونية للعقار.

كما للمالك الشريك الحق في التقاضي بصفة فردية لحماية مختلف حقوقه في البناية موضوع الملكية المشتركة، و تعتبر دعواه مستقلة و غير تابعة لدعوى الجمعية العامة إن وجدت، و تتعلق الدعاوى المرفوعة من المالك الشريك بملكية الجزء الخاص أو الأجزاء المشتركة أو لإلغاء قرارات الجمعية العامة.

-خروجا عن الضمانات التقليدية المعروفة في البيوع العادية، ضمن المشرع عقد البيع على التصاميم و عقود الترقية العقارية عامة ما يسمى بالضمان العشري، هذا الأخير يجد أصله في عقد المقاوله و لا سيما المادة 554 من القانون المدني.

اعتبر المشرع المسؤولية العشرية مسؤولية تضامنية بين جميع الأطراف المتدخلة في المشروع العقاري، مما يتيح للمستفيد من هذا الضمان الحق في الرجوع على أي من المسؤولين المتضامنين مع المرقى العقاري في حالة التهدم الكلي أو الجزئي للبنية أو عند ظهور عيب خطير يهدد متانتها وسلامتها، وتشمل هذه المسؤولية كلاً من المرقى العقاري، المقاول، المهندس المعماري، والمقاول الفرعي، المراقب التقني، العمال القطعيون، و المتدخلون و الشركاء الآخرون للمرقى العقاري.

كما أن المسؤولية العشرية هي مسؤولية مفترضة بقوة القانون تقوم بمجرد حدوث الضرر، ما ينتج عنه عدم الزام المستفيد من الضمان بإثبات خطأ المرقى العقاري أو أي شخص من الأشخاص المتضامنين معه، بل يكفي وقوع الضرر و توفر شروط الضمان العشري لقيام مسؤوليتهم التي لا يمكنهم التملص منها إلا بإثبات السبب الأجنبي.

قيام المسؤولية العشرية للمرقى العقاري و الأشخاص المتضامنين معه يخول للمستفيدين من الضمان العشري اللجوء إلى القضاء للمطالبة بالتنفيذ العيني للالتزام من خلال إعادة تشييد ما تهدم أو إصلاح العيوب، و إذا كان التنفيذ العيني مستحيلاً أو من شأنه إرهاب المرقى العقاري يحكم القاضي بالتنفيذ بمقابل.

في الختام، مكّنتنا هذه الدراسة من تسليط الضوء على جملة من النقاط الهامة التي نرى أنها جديرة بالأخذ بعين الاعتبار من طرف المشرع نذكرها على النحو الآتي:

- تمكين المكتتب في عقد البيع على التصاميم من التأكد من انتساب المرقى العقاري لصندوق الضمان و الكفالة المتبادلة من خلال الإعلان عن قائمة المنتسبين و هذا حتى يضمن المكتتب استيفاء حقوقه.

- النص على معايير تسمح بالتمييز بين السحب المؤقت و النهائي للاعتماد ضد المرقى العقاري المخل بالتزاماته كعقوبة إدارية تفرض عليه.

- إصدار النصوص التنظيمية التي تبين الإجراءات المتبعة في سحب الاعتماد من المرقى العقاري حتى يتسنى للمكتتب في عقد البيع على التصاميم المباشرة بها.

- التنوع في العقوبات الإدارية المفروضة على المرقي العقاري و عدم جعلها تنصرف مباشرة إلى سحب الاعتماد، و هذا من خلال النص على عقوبات تأديبية و توجيه إنذارات للمرقي العقاري حتى ينفذ التزاماته، و في حالة عدم التزامه يتم اللجوء إلى سحب الاعتماد كخيار أخير.

- تعديل نص المادة 65 من القانون 04-11 حتى تتماشى أحكامها مع التعديل الذي مس المرسوم التنفيذي 84-12 المحدد لكيفيات منح الاعتماد لممارسة مهنة المرقي العقاري و كذا كيفيات مسك الجدول الوطني للمرقيين العقاريين سنة 2019.

- النص في القانون 04-11 على العقوبات الإدارية و خصوصا الجزائية التي يتعرض لها المرقي العقاري باعتباره شخصا معنويا، لأن أغلب المنازعات المطروحة أمام القضاء تتعلق بأشخاص معنوية، و التشديد فيها مقارنة بتلك المنصوص عليها في قانون العقوبات.

- تحديد الحد الأدنى للغرامات المالية المنصوص عليها في المادة 18 مكرر 2 من قانون العقوبات تفاديا للنزول بها من طرف القاضي الجزائي إلى حد يفقدها قيمتها و فاعليتها.

- إن حصر دور الصندوق في تعويض التسديدات بالنسبة للبنائيات التي لم تنجز أساساتها لا يتماشى و لا يحقق طموح و مصلحة المكتب في الحصول على سكن، لأن المكتب لا يهيمه استرداد ما دفعه للمرقي العقاري بقدر حاجته الملحة لسكن يأويه، و بالتالي كان من المفروض على المشرع أن يوسع صلاحية الصندوق في مجال إتمام الإنجاز لتشمل حتى السكنات التي لم تنجز أساساتها مما يحقق مصلحة المكتب.

- تحديد الطبيعة القانونية للصندوق و توضيح الجهة القضائية المختصة للفصل في منازعاته، و إصدار المشرع لنص تنظيمي يوضح فيه إجراءات رجوع صندوق الضمان و الكفالة المتبادلة على المرقي العقاري المخل بالتزاماته، و كذا مدى تطبيق القواعد العامة المتعلقة بالكفالة على العلاقة بينهما.

- عدم تحميل المكتب مصاريف الأعمال الإدارية و المالية و التقنية و القضائية في سبيل إتمام إنجاز السكن من طرف صندوق الضمان و الكفالة المتبادلة وفقا لما جاء في المادة 10 من المرسوم التنفيذي 14-181، و هذا لأن من أخل بالالتزام العقدي هو المرقي العقاري لا المكتب، و بالتالي على أي أساس يتحمل هذا الأخير هذه النفقات، و عليه كان من المفروض أن يتحملها الصندوق مع احتفاظه بحق الرجوع على المرقي العقاري فيما بعد.

- النص على الحد الأقصى لعقوبة التأخير التي يوقعها المرقي العقاري على المكتتب في حالة تخلف هذا الأخير عن دفع قسط من الأقساط مثلما فعل المشرع الفرنسي و الذي نص بموجب الفقرة الأخيرة من المادة R261-14 من قانون البناء و السكن أنه لا يمكن بأي حال من الأحوال أن تتجاوز نسبتها الـ 1% شهريا.

- وضع عملية مراجعة السعر في عقد البيع على التصاميم المنصوص عليها في المادة 38 فقرة 3 من القانون 04-11 تحت سلطة القضاء مثلما هو معمول به في رد الالتزامات المرهقة في نظرية الظروف الطارئة و التي تمكن القاضي من التدخل و إعادة التوازن العقدي من خلال تعديل بنود العقد، لأن ذلك سيمكن من تقدير قيمة المراجعة بما يتناسب و الأسباب التي أدت بالمرقي للمراجعة، ضف إلى ما سبق أن ذلك يحمي المكتتب من تعسف المرقي العقاري في استعمال حقه و تقرير المراجعة بنسبتها القصوى (20%)، حيث أن المشرع حدد النسبة القصوى فقط و بالتالي تكون نسبة المراجعة في المجال من 1% حتى 20% و ليس بالضرورة أن يصل بها المرقي العقاري إلى الحد الأقصى.

- النص على أن تكون الزيادة المقررة للمرقي العقاري بمناسبة مراجعته لسعر البيع محل دراسة من قبل متخصصين في ميدان البناء تحت رقابة المجلس الأعلى للمرقيين العقاريين أو صندوق الضمان و الكفالة المتبادلة.

- النص على نموذج لمحضر الحيازة الذي يثبت التسليم الفعلي للسكن مثلما فعل المشرع مع نموذج عقد البيع على التصاميم في المرسوم التنفيذي 431-13، و هذا من أجل تسهيل مهمة الموثقين و التصدي لأي منازعات محتملة بين المكتتب و المرقي العقاري.

- النص في القانون 04-11 على الزامية شهر محضر الحيازة و التسليم خلافا لما ورد في المذكرة 06487 المؤرخة في 2 جويلية 2017 و التي أعطت الخيار للمحافظ العقاري بين شهر المحضر أو رفض شهره.

- لم يرد أي نص في القانون 04-11 و المرسوم التنفيذي 431-13 حول جزاء تأخر المرقي العقاري في إنجاز مرحلة معينة و تسليمها للمكتتب مكتميا بالنص على العقوبات التأخيرية المترتبة عن التسليم الفعلي للعقار مما يدفعنا للتساؤل حول الجدوى من تحديد هذه المراحل، فتوقف المرقي العقاري عند المرحلة الأولى أو الثانية من مراحل الإنجاز لا يرتب أي عقوبات تأخيرية و ما على المكتتبين سوى انتظار حلول أجل التسليم من أجل المطالبة بتوقيع هذه العقوبات، و بالتالي على المشرع النص على عقوبات في حال تأخر المرقي العقاري على إنجاز أي مرحلة من مراحل الإنجاز مادام اشترط في نموذج العقد تحديد الأجل القصوى لكل مرحلة.

- ضرورة إخضاع جميع الأطراف المتدخلة في عملية البناء لنظام العقوبات التأخيرية و عدم الاكتفاء بتطبيقه على المرقى العقاري، حيث لا يكون دائما هذا الأخير هو المتسبب الوحيد في تأخر تسليم، وإنما يرجع ذلك في أغلب الأحيان إلى أشغال التهيئة الخارجية و الربط بالطرقات و الشبكات المختلفة.

- وضع نظام قانوني محكم و فعال خاص بضمان حسن التنفيذ يحقق الفعالية المرجوة منه و هذا بالنص على الإجراءات الخاصة بدعوى الضمان التي يباشرها المقتني في مواجهة المرقى العقاري عند عدم التزامه بالضمان، كما نقترح أن تكون إعادة تنظيم هذا الضمان متناسبا مع طبيعة عقد البيع على التصاميم بحيث يشمل زيادة على عيوب البناء و العناصر التجهيزية عيوب عدم المطابقة.

تم بحمد الله

قائمة المصادر

المراجع

قائمة المصادر والمراجع

أولاً: باللغة العربية

أ/- النصوص القانونية

-القوانين:

1- القانون 07-86 المؤرخ في 4 مارس 1986 يتعلق بالترقية العقارية، الجريدة الرسمية عدد 10 المؤرخة في 5 مارس 1986.

2- القانون 25-90 المؤرخ في 18 نوفمبر 1990 يتضمن التوجيه العقاري، الجريدة الرسمية عدد 49 المؤرخة في 18 نوفمبر 1990.

3- القانون 29-90 المؤرخ في 1 ديسمبر 1990 يتعلق بالتهيئة و التعمير، الجريدة الرسمية عدد 52 المؤرخة في 2 ديسمبر 1990.

4- القانون 02-04 المؤرخ في 23 يونيو 2004 يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، الجريدة الرسمية عدد 41 المؤرخة في 27 يونيو 2004.

5- القانون 05-04 المؤرخ في 14 غشت 2004 يعدل و يتمم القانون 29-90 المتعلق بالتهيئة و التعمير، الجريدة الرسمية عدد 51 المؤرخة في 15 غشت 2004.

6- القانون 06-04 المؤرخ في 14 غشت 2004 المتضمن إلغاء بعض أحكام المرسوم التشريعي 07-94، الجريدة الرسمية عدد 51 المؤرخة في 15 غشت 2004.

7- القانون 21-04 المؤرخ في 29 ديسمبر 2004 يتضمن قانون المالية لسنة 2005، الجريدة الرسمية عدد 85 المؤرخة في 30 ديسمبر 2004.

8- القانون 02-06 المؤرخ في 20 فبراير 2006 يتضمن تنظيم مهنة الموثق، الجريدة الرسمية عدد 14 المؤرخة في 08 مارس 2006.

9- القانون 09-08 المعدل و المتمم المؤرخ في 25 فبراير 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، الجريدة الرسمية عدد 21 المؤرخة في 23 أبريل 2008.

10- القانون 08-15 المؤرخ في 20 يوليو 2008 يحدد قواعد مطابقة البناءات و إتمام إنجازها، الجريدة الرسمية عدد 44 المؤرخة في 3 غشت 2008.

11- القانون 14-10 المؤرخ في 30 ديسمبر 2014 يتضمن قانون المالية لسنة 2015، الجريدة الرسمية عدد 78 المؤرخة في 31 ديسمبر 2014.

12- القانون 22-13 المؤرخ في 12 يوليو 2022 يعدل و يتمم قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، الجريدة الرسمية عدد 48 المؤرخة في 17 جويلية 2022.

13- القانون 23-17 المؤرخ في 15 نوفمبر 2023 يحدد شروط و كفاءات منح العقار الاقتصادي التابع للأموال الخاصة للدولة الموجه لإنجاز مشاريع استثمارية، الجريدة الرسمية عدد 73 المؤرخة في 16 نوفمبر 2023.

-الأوامر:

1- الأمر 66-154 المؤرخ في 8 يونيو 1966 يتضمن قانون الإجراءات المدنية، الجريدة الرسمية عدد 47 المؤرخة في 9 يونيو 1966.

2- الأمر 66-155 المؤرخ في 8 يونيو 1966، يتضمن قانون الإجراءات الجزائية المعدل و المتمم، الجريدة الرسمية عدد 48 المؤرخة في 10 يونيو 1966.

3- الأمر 66-156 المؤرخ في 8 يونيو 1966، يتضمن قانون العقوبات المعدل و المتمم، الجريدة الرسمية عدد 49 المؤرخة في 11 يونيو 1966.

4- الأمر 71-85 مكرر المؤرخ في 29 ديسمبر 1971 يتضمن إحداث هيئة المراقبة التقنية للبناء و تحديد قانونها الأساسي، الجريدة الرسمية عدد 4 المؤرخة في 14 يناير 1972.

5- الأمر 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية عدد 78 المؤرخة في 30 سبتمبر 1975.

6- الأمر 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون التجاري، الجريدة الرسمية عدد 101 المؤرخة في 19 ديسمبر 1975.

7- الأمر 75-74 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975 يتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري، الجريدة الرسمية عدد 92 المؤرخة في 18 نوفمبر 1975.

8- الأمر 105-76 المؤرخ في 09 ديسمبر 1976 يتضمن قانون التسجيل، الجريدة الرسمية عدد 81 المؤرخة في 18 ديسمبر 1977.

9- الأمر 07-95 المؤرخ في 25 يناير 1995 المتعلق بالتأمينات، الجريدة الرسمية عدد 13 المؤرخة في 8 مارس 1995.

10- الأمر 12-03 المؤرخ في 26 غشت 2003 يتعلق بإلزامية التأمين على الكوارث الطبيعية و بتعويض الضحايا، الجريدة الرسمية عدد 52 المؤرخة في 27 غشت 2003.

11- الأمر 04-08 المؤرخ في 1 سبتمبر 2008 يحدد شروط و كفاءات منح الامتياز على الأراضي التابعة للأمالك الخاصة للدولة و الموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية، الجريدة الرسمية عدد 49 المؤرخة في 3 سبتمبر 2008.

12- الأمر 02-15 المؤرخ في 23 يوليو 2015، يعدل و يتمم قانون الإجراءات الجزائية، الجريدة الرسمية عدد 40 المؤرخة في 23 يوليو 2015.

-المراسيم التشريعية:

1- المرسوم التشريعي 03-93 المؤرخ في 1 مارس 1993 يتعلق بالنشاط العقاري، الجريدة الرسمية عدد 14 المؤرخة في 3 مارس 1993.

2- المرسوم التشريعي 07-94 المؤرخ في 18 مايو 1994 يتعلق بشروط الإنتاج المعماري و ممارسة مهنة المهندس المعماري، الجريدة الرسمية عدد 32 المؤرخة في 25 مايو 1994.

3- المرسوم التشريعي 08-94 المؤرخ في 26 مايو 1994 يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 1994، الجريدة الرسمية عدد 33 المؤرخة في 28 مايو 1994.

-المراسيم الرئاسية:

1- المرسوم الرئاسي 250-02 المؤرخ في 24 يوليو 2002 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية عدد 52 المؤرخة في 28 يوليو 2002.

-المراسيم والمراسيم التنفيذية:

- 1- المرسوم 146-76 المؤرخ في 23 أكتوبر 1976 يتضمن النظام النموذجي للملكية المشتركة للعقارات المبنية ومجموع العقارات المقسمة إلى أجزاء، الجريدة الرسمية عدد 12 المؤرخة في 9 فبراير 1977.
- 2- المرسوم 63-76 المؤرخ في 25 مارس 1976 يتعلق بتأسيس السجل العقاري، الجريدة الرسمية عدد 30 المؤرخة في 13 أبريل 1976.
- 3- المرسوم 145-82 المؤرخ في 10 أبريل 1982 ينظم الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي، الجريدة الرسمية عدد 15 المؤرخة في 13 أبريل 1982.
- 4- المرسوم 666-83 المؤرخ في 12 نوفمبر 1983 يحدد القواعد المتعلقة بالملكية المشتركة و تسيير العمارات الجماعية، الجريدة الرسمية عدد 47 المؤرخة في 15 نوفمبر 1983.
- 5- المرسوم 40-86 المؤرخ في 4 مارس 1986 يتضمن تطبيق المادة 36 من القانون 07-86، الجريدة الرسمية عدد 10 المؤرخة في 4 مارس 1986.
- 6- المرسوم 205-86 المؤرخ في 19 غشت 1986 يتضمن تغيير هيئة المراقبة التقنية للبناء، الجريدة الرسمية عدد 34 المؤرخة في 20 غشت 1986.
- 7- المرسوم التنفيذي 176-91 المؤرخ في 28 ماي 1991 يحدد كفاءات تحضير شهادة التعمير و رخصة التجزئة و شهادة التقسيم و رخصة البناء و شهادة المطابقة و رخصة الهدم، و تسليم ذلك، الجريدة الرسمية عدد 26 المؤرخة في 1 يونيو 1991.
- 8- المرسوم التنفيذي 434-91 المؤرخ في 9 نوفمبر 1991 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية عدد 57 المؤرخة في 13 نوفمبر 1991.
- 9- المرسوم التنفيذي 58-94 المؤرخ في 7 مارس 1994 يتعلق بنموذج عقد البيع بناء على التصاميم، الذي يطبق في مجال الترقية العقارية، الجريدة الرسمية عدد 13 المؤرخة في 9 مارس 1994.
- 10- المرسوم التنفيذي 59-94 المؤرخ في 7 مارس 1994 يعدل و يتمم المرسوم 666-83، الجريدة الرسمية عدد 13 المؤرخة في 9 مارس 1994.
- 11- المرسوم التنفيذي 414-95 المؤرخ في 9 ديسمبر 1995 يحدد الزامية التامين في البناء من مسؤولية المتدخلين المدنية و المهنية، الجريدة الرسمية عدد 76 المؤرخة في 10 ديسمبر 1995.

- 12- المرسوم التنفيذي 97-154 المؤرخ في 10 مايو 1997 يتعلق بإدارة الأملاك العقارية، الجريدة الرسمية عدد 28 مؤرخة في 11 مايو 1997.
- 13- المرسوم التنفيذي 97-406 المؤرخ في 3 نوفمبر 1997 يتضمن إحداث صندوق الضمان و الكفالة المتبادلة في الترقية العقارية، الجريدة الرسمية عدد 73 المؤرخة في 5 نوفمبر 1997.
- 14- المرسوم التنفيذي 01-105 المؤرخ في 23 أبريل 2001، يحدد شروط شراء المساكن المنجزة بأموال عمومية أو مصادر بنكية أو أي تمويلات أخرى في إطار البيع بالإيجار، الجريدة الرسمية عدد 25 المؤرخة في 29 أبريل 2001.
- 15- المرسوم التنفيذي 03-35 المؤرخ في 13 جانفي 2003 يعدل و يتمم المرسوم التنفيذي 01-105 المحدد لشروط شراء المساكن المنجزة بأموال عمومية أو مصادر بنكية أو أي تمويلات أخرى في إطار البيع بالإيجار، الجريدة الرسمية عدد 04 المؤرخة في 22 جانفي 2003.
- 16- المرسوم التنفيذي 06-55 المؤرخ في 30 جانفي 2006 يحدد شروط و كفاءات تعيين الأعوان المؤهلين للبحث عن مخالفات التشريع و التنظيم في مجال التهيئة و التعمير و معاينتها و كذا إجراءات المراقبة، الجريدة الرسمية عدد 6 المؤرخة في 5 فبراير 2006.
- 17- المرسوم التنفيذي 08-142 المؤرخ في 11 مايو 2008، يحدد قواعد منح السكن العمومي الإيجاري، الجريدة الرسمية عدد 24 المؤرخة في 11 مايو 2008.
- 18- المرسوم التنفيذي 09-18 المؤرخ في 20 يناير 2009 يحدد التنظيم المتعلق بممارسة مهنة الوكيل العقاري، الجريدة الرسمية عدد 6 المؤرخة في 25 يناير 2009.
- 19- المرسوم التنفيذي 12-84 المؤرخ في 20 فبراير 2012 يحدد كفاءات منح الاعتماد لممارسة مهنة المرقى العقاري و كذا كفاءات مسك الجدول الوطني للمرقين العقاريين، الجريدة الرسمية عدد 11 المؤرخة في 26 فبراير 2012.
- 20- المرسوم التنفيذي 12-85 المؤرخ في 20 فبراير 2012 يتضمن دفتر الشروط النموذجي المحدد للالتزامات و المسؤوليات المهنية للمرقى العقاري، الجريدة الرسمية عدد 11 المؤرخة في 26 فبراير 2012.
- 21- المرسوم التنفيذي 12-427 المؤرخ في 16 ديسمبر 2012 يحدد لشروط و كفاءات إدارة و تسيير الأملاك العمومية و الخاصة التابعة للدولة، الجريدة الرسمية عدد 69 المؤرخة في 19 ديسمبر 2012.

- 22- المرسوم التنفيذي 13-96 المؤرخ في 26 فبراير 2013، يعدل المرسوم التنفيذي 12-84، الجريدة الرسمية عدد 13 المؤرخة في 6 مارس 2013.
- 23- المرسوم التنفيذي 13-431 المؤرخ في 18 ديسمبر 2013 يحدد نموذجي عقد حفظ الحق و عقد البيع على التصاميم للأموال العقارية، و كذا حدود تسديد سعر الملك موضوع عقد البيع على التصاميم، و مبلغ عقوبة التأخير و آجالها و كفاءات دفعها، الجريدة الرسمية عدد 66 المؤرخة في 25 ديسمبر 2013.
- 24- المرسوم التنفيذي 14-99 المؤرخ في 4 مارس 2014، يحدد نموذج نظام الملكية المشتركة المطبق في مجال الترقية العقارية، الجريدة الرسمية عدد 14 المؤرخة في 16 مارس 2014.
- 25- المرسوم التنفيذي 14-180 المؤرخ في 5 يونيو 2014 يعدل و يتمم المرسوم التنفيذي 97-406 المؤرخ في 3 نوفمبر 1997 المتضمن إحداث صندوق الضمان و الكفالة المتبادلة في الترقية العقارية، الجريدة الرسمية عدد 37 المؤرخة في 19 يونيو 2014.
- 26- المرسوم التنفيذي 14-181 المؤرخ في 5 يونيو 2014 يحدد شروط حلول صندوق الضمان و الكفالة المتبادلة في الترقية العقارية محل مقتني الأملاك العقارية المغطاة بضمان الترقية العقارية و كفاءات ذلك، الجريدة الرسمية عدد 37 المؤرخة في 19 يونيو 2014.
- 27- المرسوم التنفيذي 14-203 المؤرخ في 15 يوليو 2014، يحدد شروط و كفاءات شراء السكن الترقوي العمومي، الجريدة الرسمية عدد 44 المؤرخة في 27 يوليو 2014.
- 28- المرسوم التنفيذي 15-19 المؤرخ في 25 يناير 2015 يحدد كفاءات تحضير عقود التعمير و تسليمها، الجريدة الرسمية عدد 7 المؤرخة في 12 فبراير 2015.
- 29- المرسوم التنفيذي 15-111 المؤرخ في 3 مايو 2015 يحدد كفاءات القيد و التعديل و الشطب في السجل التجاري، الجريدة الرسمية عدد 24 المؤرخة في 13 مايو 2015.
- 30- المرسوم التنفيذي 15-281 المؤرخ في 26 أكتوبر 2015 يحدد شروط و كفاءات منح الامتياز القابل للتحويل إلى تنازل على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة و الموجهة لإنجاز مشاريع الترقية العقارية ذات الطابع التجاري، الجريدة الرسمية عدد 58 المؤرخة في 4 نوفمبر 2015.

31- المرسوم التنفيذي 16-323 المؤرخ في 13 ديسمبر 2016، يحدد قائمة الأعوان التابعين لإدارة السكن و العمران المؤهلين لمعاينة مخالفات الأحكام المتعلقة بنشاط الترقية العقارية، و كذا كفايات تعيينهم، الجريدة الرسمية عدد 73 المؤرخة في 15 ديسمبر 2016.

32- المرسوم التنفيذي 19-243 المؤرخ في 8 سبتمبر 2019 يعدل و يتمم المرسوم التنفيذي 12-84 المؤرخ في 20 فبراير 2012 المحدد لكفايات منح الاعتماد لممارسة مهنة المرقى العقاري و كذا كفيات مسك الجدول الوطني للمرقين العقاريين، الجريدة الرسمية عدد 55 المؤرخة في 15 سبتمبر 2019.

33- المرسوم التنفيذي 20-342 المؤرخ في 22 نوفمبر 2020 يعدل و يتمم المرسوم التنفيذي ر 15-19 المؤرخ في 25 يناير 2015 الذي يحدد كفيات تحضير عقود التعمير وتسليمها، الجريدة الرسمية عدد 71 المؤرخة في 2 ديسمبر 2020.

-القرارات و القرارات الوزارية المشتركة:

1- قرار وزاري مشترك مؤرخ في 15 مايو 1988 يتضمن كفيات ممارسة تنفيذ الأشغال في ميدان البناء و أجز ذلك، الجريدة الرسمية عدد 43 المؤرخة في 26 أكتوبر 1988.

2- قرار وزاري مشترك مؤرخ في 14 مايو 2011 يحدد شروط و كفيات التنازل عن قطع أرضية تابعة للأمالك الخاصة للدولة و الموجهة لاستقبال برامج السكنات المدعمة من طرف الدولة، الجريدة الرسمية عدد 51 المؤرخة في 14 سبتمبر 2011.

3- قرار وزاري مشترك مؤرخ في 6 ديسمبر 2012 يتعلق بإثبات الموارد المالية الكافية لاكتساب صفة المرقى العقاري، الجريدة الرسمية عدد 2 المؤرخة في 13 يناير 2013.

4- قرار وزاري مشترك مؤرخ في 25 غشت 2015 يعدل و يتمم القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 14 مايو 2011 المحدد لشروط و كفيات التنازل عن قطع أرضية تابعة للأمالك الخاصة للدولة و الموجهة لإنشاء برامج السكنات المدعمة من طرف الدولة، الجريدة الرسمية عدد 70 المؤرخة في 29 ديسمبر 2015.

5- قرار وزاري مشترك مؤرخ في 25 أبريل 2018 يعدل و يتمم القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 14 مايو 2011 المحدد لشروط و كفيات التنازل عن قطع أرضية تابعة للأمالك الخاصة للدولة و الموجهة لإنشاء برامج السكنات المدعمة من طرف الدولة، الجريدة الرسمية عدد 58 المؤرخة في 3 أكتوبر 2018.

6- قرار مؤرخ في 18 سبتمبر 2022 يؤهل أعوان إدارة أملاك الدولة و مسح الأراضي و الحفظ العقاري لتمثيل الوزير المكلف بالمالية في الدعاوى المرفوعة أمام العدالة، الجريدة الرسمية عدد 77 المؤرخة في 22 نوفمبر 2022.

ب/- المذكرات

1-المذكرة رقم 06487 الصادرة عن المديرية العامة للأملاك الوطنية، مؤرخة في 2 يوليو 2015، تتعلق بمحاضر التسليم في إطار عقد البيع على التصاميم.

2- المذكرة رقم 3760 الصادرة عن وزارة المالية، مؤرخة في 29 مارس 2016، تتعلق بمنح الامتياز القابل للتحويل إلى تنازل عن الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة و الموجهة لإنجاز مشاريع الترقية العقارية ذات الطابع التجاري، النشرة الرسمية لوزارة المالية.

3- المذكرة رقم 17174 الصادرة عن وزارة المالية، مؤرخة في 11 ديسمبر 2022، تتعلق بأهلية تمثيل وزير المالية من طرف مصالح الأملاك الوطنية أمام العدالة.

ج/- الكتب

1- أبو هزيم محمد عبد الله، أحكام الثمن في عقد البيع وفق أحكام التشريع "دراسة مقارنة"، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، الأردن، 2006.

2- الأهواني حسام الدين كامل، مصادر الالتزام-المصادر الإرادية و المصادر غير الإرادية-، دون رقم الطبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2021.

3- الأودن سمير عبد السميع، تملك وحدات البناء تحت الإنشاء و الضمانات الخاصة لمشتري الوحدات السكنية، الطبعة الأولى، مطبعة الإشعاع الفنية، مصر، 2001.

4- البريكي مطر حمد ناصر، التطوير العقاري و حسم منازعات عقود وحدات التطوير العقاري تحكيمياً، دون رقم الطبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2017.

5- البقيرات عبد القادر، مبادئ القانون التجاري (الأعمال التجارية، نظرية التاجر، الشركات التجارية)، دون رقم الطبعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2016.

- 6- الحاج هني جوهر، الحيازة: فقها و تطبيقا، دون رقم الطبعة، دار الهدى للطباعة و النشر و التوزيع، عين مليلة، الجزائر، 2015.
- 7- السعدي محمد صبري، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، الطبعة الأولى، دار الهدى، الجزائر، 2008.
- 8- السناري محمد عبد العال، دعوى التعويض و دعوى الإلغاء-دراسة مقارنة-، دون رقم الطبعة، مطبعة الإسراء، مصر، دون تاريخ النشر.
- 9- السنهوري عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني (التأمينات الشخصية و العينية)، الجزء العاشر، دون رقم الطبعة، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1970.
- 10- السنهوري عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني -العقود الواردة على العمل(المقاولة و الوكالة و الوديعة و الحراسة)-، الجزء السابع، المجلد الأول، دون رقم الطبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1964.
- 11- السنهوري عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني -نظرية الالتزام بوجه عام- (مصادر الالتزام)، الجزء الأول، دون رقم الطبعة، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1952.
- 12- الطباخ شريف، التعويض عن المسؤولية التقصيرية و المسؤولية العقدية في ضوء القضاء و الفقه، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2007.
- 13- الفيروز آبادي مجد الدين محمد بن يعقوب، القاموس المحيط -مرتب ترتيبا ألفبائيا وفق أوائل الحروف-، دون رقم الطبعة، دار الحديث، القاهرة، مصر، 2008.
- 14- المعموري يوسف سعدون محمد لهمود، حماية المشتري في عقد بيع عقار تحت الإنشاء، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2016.
- 15- النعيمي فاضل شاكر، نظرية الظروف الطارئة بين الشريعة و القانون، دون رقم الطبعة، دار الجاحظ، بغداد، العراق، 1969.
- 16- بريك الطاهر، المركز القانوني للمحافظ العقاري، دون رقم الطبعة، دار الهدى للطباعة و النشر و التوزيع، عين مليلة، الجزائر، 2013.

- 17- بعلي محمد الصغير، الوجيز في المنازعات الإدارية، دون رقم الطبعة، دار العلوم للنشر و التوزيع، عنابة، الجزائر، 2005.
- 18- بلحاج العربي، الجوانب القانونية للمرحلة قبل التعاقدية (دراسة فقهية و قضائية مقارنة في ضوء القانون المدني الجزائري)، دون رقم الطبعة، دار هومه، الجزائر، 2014.
- 19- بلحاج العربي، الحقوق العينية في القانون المدني الجزائري -في ضوء أحدث الاجتهادات القضائية المشهورة للمحكمة العليا- (دراسة مقارنة)، دون رقم الطبعة، دار هومه، الجزائر، 2016.
- 20- بلطاس عبد القادر، إستراتيجية تمويل السكن في الجزائر، دون رقم الطبعة، دار الأسطورة، الجزائر، 2007.
- 21- بلودنين أحمد، المختصر في القانون التجاري الجزائري، دون رقم الطبعة، دار بلقيس، الجزائر، 2012.
- 22- بناسي شوقي، عقد الترقية العقارية (عقد حفظ الحق - عقد البيع على التصاميم) في ضوء القانون 11-04 المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، دون رقم الطبعة، دار الخلدونية، الجزائر، 2019.
- 23- بوسته ايمان، الترقية العقارية الخاصة في مجال السكن في التشريع الجزائري، الطبعة الأولى، ابن النديم للنشر و التوزيع (وهران)، مؤسسة الكتاب القانوني (بومرداس)، الجزائر، 2024.
- 24- بوسته إيمان، النظام القانوني للترقية العقارية -دراسة تحليلية-، دون رقم الطبعة، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2021.
- 25- بوسقيعة أحسن، قانون العقوبات في ضوء الممارسة القضائية، الطبعة السابعة عشر، دار برتي للنشر، الجزائر، 2022.
- 26- بوشنافة جمال، شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري، دون رقم الطبعة، دار الخلدونية، الجزائر، 2006.
- 27- بوضرسة عبد الوهاب، الشروط العامة و الخاصة لقبول الدعوى بين النظري و التطبيق، الطبعة الثانية، دار هومه للنشر و التوزيع، الجزائر، 2006.
- 28- بوضياف عمار، المرجع في المنازعات الإدارية - دراسة مدعمة بالاجتهادات القضائية للمحكمة العليا و مجلس الدولة و محكمة التنازع (القسم الأول: الإطار النظري للمنازعات الإدارية)-، الطبعة الثالثة، جسر للنشر و التوزيع، الجزائر، 2018.

- 29- بوضياف عمار، المرجع في المنازعات الإدارية-دراسة مدعمة بالاجتهادات القضائية للمحكمة العليا و مجلس الدولة و محكمة التنازع (القسم الثاني: الجوانب التطبيقية للمنازعة الإدارية)-، الطبعة الثالثة، جسور للنشر و التوزيع، الجزائر، 2018.
- 30- بوعلي سعيد، المنازعات الإدارية في ظل القانون الجزائري، دون رقم الطبعة، دار بلقيس، الدار البيضاء، الجزائر، 2015.
- 31- بومعروف العربي، دراسة نقدية لقانون الترقية العقارية، الطبعة الأولى، ابن نديم للنشر و التوزيع (وهران)، مؤسسة الكتاب القانوني (بومرداس)، الجزائر، 2024.
- 32- تناغو سمير عبد السيد، التأمينات الشخصية و العينية (الكفالة-الرهن الرسمي-حق الاختصاص-الرهن الحيازي- حقوق الامتياز)، دون رقم الطبعة، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1992.
- 33- تناغو عبد السيد سمير، أحكام الالتزام و الإثبات، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، مصر، 2009.
- 34- تومي مريم، النظام القانوني للملكية المشتركة، الطبعة الأولى، دار الكتاب الحديث، القاهرة، مصر، 2014.
- 35- حمدي باشا عمر، القضاء العقاري – في ضوء أحدث القرارات الصادرة عن مجلس الدولة و المحكمة العليا-، دون رقم الطبعة، دار هومه، الجزائر، 2002.
- 36- حمدي باشا عمر، منازعات التعمير، دون رقم الطبعة، دار هومه، الجزائر، 2018.
- 37- حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية، دون رقم الطبعة، دار هومه، الجزائر، 2015.
- 38- حوحو يمينة، عقد البيع في القانون الجزائري، الطبعة الأولى، دار بلقيس للنشر، الدار البيضاء، الجزائر، 2015.
- 39- خوالده أحمد مفلح، شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية-دراسة مقارنة-، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، الأردن، 2011.
- 40- دريس كمال فتحي، الوجيز في العقود الخاصة -عقد البيع و عقد الكفالة-، الجزء الأول، دون رقم الطبعة، سلسلة إصدارات مخبر التحولات القانونية الدولية و انعكاساتها على التشريع الجزائري، الوادي، الجزائر، 2022.

- 41- رايح سيرير عبد الله، القرار الإداري، الطبعة الأولى، دار الحامد للنشر و التوزيع، عمان، الأردن، 2012.
- 42- زروقي ليلى، حمدي باشا عمر، المنازعات العقارية في ضوء آخر التعديلات و أحدث الأحكام، دون رقم الطبعة، دار هومه، الجزائر، 2019-2020.
- 43- زريق برهان، مبادئ و قواعد إجراءات القضاء الإداري، الطبعة الأولى، المكتبة القانونية، دمشق، سوريا، 2011.
- 44- زنوش طاوس، البيع بالإيجار، دون رقم الطبعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2016.
- 45- زهدور محمد، الموجز في الطرق المدنية للإثبات في التشريع الجزائري-وفق آخر التعديلات-، دون رقم الطبعة، دار هومه، الجزائر، 1991.
- 46- زهران همام محمد محمود، التأمينات العينية و الشخصية (الكفالة-الرهن الرسمي-حق الاختصاص-الرهن الحيازي- حقوق الامتياز)، دون رقم الطبعة، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2002.
- 47- سايس جمال، رخصة البناء، الطبعة الأولى، منشورات كليك، الجزائر، 2019.
- 48- سايس جمال، قضايا البيع في العقار، الطبعة الأولى، منشورات كليك، الجزائر، 2019.
- 49- سايس جمال، منازعات الشهر العقاري، الطبعة الأولى، منشورات كليك، الجزائر، 2019.
- 50- سحنين محمد، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، دون رقم الطبعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006.
- 51- سرور محمد شكري، مسؤولية مهندسي و مقاولي البناء و المنشآت الثابتة الأخرى، دون رقم الطبعة، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1985.
- 52- سليمان علي علي، النظرية العامة للالتزام –مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري-، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2003.
- 53- سنقوقة سائح، شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية (نصا-شرحا-تعليقا-تطبيقا)، الجزء الأول، دون رقم الطبعة، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2011.

- 54- سي يوسف زاهية حورية، دراسة تقنية البيع على التصاميم في ضوء القانون رقم 04-11 المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية و النصوص التطبيقية له، دون رقم الطبعة، دار هومه، الجزائر، 2017.
- 55- سبيل جعفر حاجي عمر، ضمانات عقد بيع المباني قيد الإنشاء -دراسة مقارنة-، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر و التوزيع، عمان، الأردن، 2014.
- 56- سيد أحمد إبراهيم، المسؤولية المدنية – التعويض في المسؤوليتين التقصيرية و العقدية -، دون رقم الطبعة، دار الكتب القانونية، مصر، 2006.
- 57- صبري حمد خاطر، فكرة المعيار في تأسيس نظام المسؤولية العقدية -دراسة تحليلية مقارنة في القانون المدني-، دون رقم الطبعة، دار الكتب القانونية و دار شتات للنشر و البرمجيات، القاهرة، مصر، 2010.
- 58- طاهري حسين، شرح و جيز للإجراءات المتبعة في المواد الإدارية، دون رقم الطبعة، دار الخلدونية، الجزائر، 2005.
- 59- طلبة أنور، المسؤولية المدنية -المسؤولية العقدية-، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، دار المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية، مصر، 2005.
- 60- عبد الحميد أحمد محمد أحمد، الحماية المدنية للمستهلك التقليدي و الإلكتروني، دون رقم الطبعة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2015.
- 61- عبد الله هدى، دروس في القانون المدني -العقد-، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2008.
- 62- عبد المنعم موسى إبراهيم، حماية المستهلك (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2007.
- 63- عرفه عبد الوهاب، فسخ العقد و الشرط الفاسخ الصريح و موجبات عدم إعماله، دون رقم الطبعة، دار المجد للنشر و التوزيع، دون بلد النشر، دون تاريخ النشر.
- 64- عشي علاء الدين، مدخل القانون الإداري، دون رقم الطبعة، دار الهدى للطباعة و النشر و التوزيع، عين مليلة، الجزائر، 2012.

- 65- عطية أحمد إبراهيم، بطلان و فسخ و صورية عقد البيع في ضوء الفقه و القضاء، الطبعة الأولى، دار الفكر و القانون للنشر و التوزيع، المنصورة، مصر، 2012.
- 66- علاء حسين علي، عقد بيع المباني قيد الإنشاء -دراسة قانونية-، دون رقم الطبعة، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2011.
- 67- عوابدي عمار، نظرية القرارات الإدارية بين علم الإدارة العامة و القانون الإداري، دون رقم الطبعة، دار هومه، الجزائر، 2003.
- 68- فودة عبد الحكم، آثار الظروف الطارئة و القوة القاهرة على الأعمال القانونية، الطبعة الأولى، دار منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1999.
- 69- فيلاي علي، الالتزامات -النظرية العامة للعقد-، الطبعة الثالثة، دار موفم للنشر، الجزائر، 2013.
- 70- فيلاي علي، الالتزامات -النظرية العامة للعقد-، دون رقم الطبعة، الموفم للنشر و التوزيع، الجزائر، 2001.
- 71- فيلاي علي، العقود الخاصة -البيع-، دون رقم الطبعة، دار موفم للنشر، الجزائر، 2018.
- 72- كامل رمضان جمال، الحقوق و الالتزامات القانونية في عقد البيع -المشكلات العملية في نقل الملكية-، الطبعة الأولى، دار الكتاب الحديث، القاهرة، مصر، 2012.
- 73- محرز أحمد، نظام الإفلاس في القانون التجاري الجزائري، الطبعة الثانية، دار الكتب، الجزائر، 1980.
- 74- محمد حسين منصور، المسؤولية المعمارية، دون رقم الطبعة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2003.
- 75- مرقس سليمان، شرح القانون المدني: العقود المسماة (عقد البيع)، الطبعة الرابعة، دار الهنا للطباعة، القاهرة، مصر، 1980.
- 76- معوض عبد التواب، الوسيط في قضاء الأمور المستعجلة و قضاء التنفيذ، الطبعة الثالثة، دار الكتب القانونية، القاهرة، مصر، 1995.
- 77- مقني بن عمار، مهنة التوثيق في القانون الجزائري (تنظيم و مهام و مسؤوليات)، دون رقم الطبعة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2013.

78- منصور إسحاق إبراهيم، نظريتا القانون و الحق و تطبيقاتهما في القوانين الجزائرية، دون رقم الطبعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1986.

79- منصور محمد حسين، أحكام البيع -التقليدية و الإلكترونية و الدولية و حماية المستهلك-، دون رقم الطبعة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2006.

د/- أطروحات الدكتوراه

1- العربي شحط أمينة، المسؤولية العشرية للمرقي العقاري في ظل القانون رقم 04-11، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2024.

2- أمازوز لطيفة، التزام البائع بتسليم المبيع في القانون الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، 2011.

3- بن عامر محمد، النظام القانوني للترقية العقارية في الجزائر -دراسة مقارنة في القانون الجزائري و الفرنسي-، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة سيدي بلعباس، 2021.

4- بن عبد القادر زهرة، نطاق الضمان العشري للمشيدين (دراسة مقارنة بين التشريعين الجزائري و الفرنسي)، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة باتنة، 2009.

5- بن عمار حنان، الدعاوى القضائية الناتجة عن بيع العقار أمام القضاء العادي، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة تيارت، 2023.

6- بوداود نشيدة، الآليات القانونية لتحسين الترقية العقارية في الجزائر، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2022.

7- بوروح منال، النظام العام و العقد، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2019.

8- بوسته إيمان، الترقية العقارية الخاصة في مجال السكن في التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة بسكرة، 2017.

9- بوشعالة أسماء، مسؤولية المرقي العقاري و المنازعات المتعلقة بها، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة سيدي بلعباس، 2022.

- 10- بوط سفيان، الآليات القانونية لمراقبة البناء و التعمير في التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة البليدة 2، 2018.
- 11- بوعبيد عز الدين، الحماية القضائية للملكية العقارية الخاصة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة تيارت، 2023.
- 12- بوكماش محمد، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري و الفقه الإسلامي، أطروحة دكتوراه، كلية العلوم الإنسانية و الاجتماعية و الإسلامية، جامعة باتنة، 2012.
- 13- بولحية سمية، عقد البيع على التصاميم، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة سيدي بلعباس، 2020.
- 14- بولنوار نجيب، ضمانات المقتني قبل تسليمه العقار في عقد البيع على التصاميم، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2021.
- 15- بومعروف العربي، دور المتدخلين في تمويل مشاريع السكن الترقوي المدعم في التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة باتنة 1، 2023.
- 16- تريبش رحمة، الضمانات المالية في الترقية العقارية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة سيدي بلعباس، 2022.
- 17- تسبية أعمر، الآليات القانونية لحماية المشتري في عقد البيع على التصاميم، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أدرار، 2019.
- 18- تواتي سهيلة، الحماية القانونية للمشتري في عقد بيع العقار بناء على التصاميم، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة المدية، 2021.
- 19- جديلي نوال، السجل العيني (دراسة مقارنة بين التشريع الجزائري و التشريع المغربي)، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2017.
- 20- جريفي محمد، حماية المستهلك في نطاق العقد (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أدرار، 2018.
- 21- حامي حياة، النظام القانوني لبيع بناية في طور الإنجاز في القانون الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2016.

- 22- حجوج كلثوم، الرقابة على رخص و شهادات التعمير في التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، 2018.
- 23- زروقي ابراهيم، مسؤولية المرقى العقاري في إطار نشاط الترقية العقارية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة وهران 2، 2018.
- 24- سعدون يسين، أثر الظروف الاقتصادية على العقد، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، 2018.
- 25- شتوان حنان، ضمانات عقد بيع عقار على التصاميم في التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مستغانم، 2020.
- 26- شمام فتيحة، أحكام الملكية العقارية المشتركة في إطار قانون الترقية العقارية الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، جويلية 2022.
- 27- صيفاوي سليمة، المنازعات العقارية في الجزائر -تشريعا و قضاء-، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة باتنة 1، 2018.
- 28- طبيب فائزة، سلطة القاضي في تعديل العقد في مرحلتي التكوين و التنفيذ، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مستغانم، 2019.
- 29- طيب عائشة، الحماية القانونية لمالك البناء في عقد البيع بناء على التصاميم، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة البليدة، 2012.
- 30- عثمانى بلال، أطراف العقد المدني بين الحق في تحقيق المصلحة الشخصية و الالتزام بحسن النية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، 2018.
- 31- عربي باي يزيد، إستراتيجية البناء على ضوء قانون التهيئة و التعمير الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة باتنة، 2015.
- 32- عياشي شعبان، عقد بيع العقار بناء على التصاميم -دراسة مقارنة بين القانون الجزائري و الفرنسي-، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة، 2012.
- 33- مسكر سهام، التزامات المرقى العقاري المترتبة على بيع السكنات الترقية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق و العلوم الإدارية، جامعة قسنطينة، 2016.

34- مصعور فطيمة الزهرة، المسؤولية العشرية لأشخاص النشاط العقاري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة باتنة 1، 2023.

35- مقراني سارة، الحماية القانونية للمقتني في عقد البيع على التصاميم، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2023.

36- نوي عقيلة، التنظيم القانوني لمسؤولية المرقى العقاري في التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة بومرداس، 2018.

ه/- رسائل الماجستير

1- بن عبد القادر زهرة، الضمان العشري للمشيدين في التشريع الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة باتنة، 2003.

2- بن عمار محجوب، المسؤولية العشرية للمتدخلين في نشاط الترقية العقارية بخصوص العناصر التجهيزية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2014.

3- بن وهاب مصطفى، مسؤولية المرقى العقاري في عقد البيع على التصاميم، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة بومرداس، 2017.

4- حسينة ريمان، المسؤولية العقدية في مجال الترقية العقارية على ضوء القانون 04-11 المحدد للقواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة باتنة، 2015.

5- خديجي أحمد، نطاق المسؤولية العشرية -دراسة مقارنة-، رسالة ماجستير، كلية الحقوق و العلوم الاقتصادية، جامعة ورقلة، 2006.

6- خشعي راضية، مسؤولية المرقى العقاري في القانون الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة، 2017.

7- دروازي عمار، آليات إدارة الملكية العقارية المشتركة و حمايتها في التشريع الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة باتنة، بدون سنة.

8- دوة آسيا، صندوق الضمان و الكفالة المتبادلة في نشاط الترقية العقارية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة البليدة، 2012.

- 9- علي خوجة خيرة، القوة القاهرة في القانون المدني الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق و العلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 2002.
- 10- كتو لامية، عقد البيع على التصاميم -في إطار القانون رقم 04-11 المحدد لقواعد نشاط الترقية العقارية-، رسالة ماجستير، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، 2013.
- 11- مشتاوي سمير، الأمان المالي للمستهلك في نشاط الترقية العقارية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 1، 2016.
- 12- مصطفىاوي عايدة، منازعات الترقية العقارية في الجزائر، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة البليدة، 2001.
- 13- مقدود فاطمة، حماية المكتتب في البيوع العقارية على التصاميم، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 1، 2015.
- 14- مقراني سارة، المسؤولية التضامنية في عقد الترقية العقارية على ضوء أحكام القانون 04-11، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 1، 2017.
- 15- ويس فتحي، المسؤولية المدنية و الضمانات الخاصة في بيع العقار قبل الإنجاز -دراسة تحليلية و مقارنة في التشريعين الجزائري و الفرنسي-، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة البليدة، 2000.

و/- المقالات

- 1-المير سميرة، المسؤولية العقدية للمقاول الفرعي -الباطن-، مجلة البدر، جامعة بشار، الحجم 9، العدد 3، مارس 2017.
- 2- أوراغ آسيا، مخالفات شهادة المطابقة و المنازعات المترتبة عنها، مجلة التعمير و البناء، جامعة تيارت، المجلد 3، العدد 1، مارس 2019.
- 3- أولد رابح صافية، المسؤولية المدنية للمرقي العقاري، مجلة القانون العقاري، جامعة البليدة 2، المجلد 4، العدد 1، مارس 2017.
- 4- باخويا دريس، مسؤولية الضمان العشري في عقد الترقية العقارية ما بعد استلام المشروع العقاري، مجلة القانون العقاري، جامعة البليدة 2، المجلد 4، العدد 1، 2017.

- 5- بعناش كريمة، علاوة هوام، خصوصية دفع الثمن في عقد البيع على التصاميم، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، جامعة باتنة1، المجلد 7، العدد 2، 2020.
- 6- بعناش ليلى، تملك الشقق و الطبقات بين الفقه الإسلامي و القانون الجزائري (دراسة مقارنة)، مجلة المعيار، جامعة العلوم الإسلامية بقسنطينة، المجلد 23، العدد 45، 2019.
- 7- بن الزوير عمر، الصفة و المصلحة كشرط لقبول الدعوى المدنية، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية و السياسية، جامعة الأغواط، المجلد 6، العدد 2، سبتمبر 2022.
- 8- بن الشيخ نور الدين، دراجي شهرزاد، جريمة الغش الضريبي في التشريع الجزائري، مجلة معارف للعلوم القانونية و الاقتصادية، المركز الجامعي بريكة، المجلد 2، العدد 3، 2021.
- 9- بن حبيلس أمينة، الوضعية القانونية للمستأجر في إطار الملكية المشتركة بين التقييد و الحماية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و السياسية، جامعة الجزائر 1، المجلد 53، العدد 2، جوان 2016.
- 10- بن ديدة هجيرة، صور الالتزام بالتسليم المطابق – عقد بيع عقار نموذجيا-، مجلة بحوث، جامعة الجزائر 1، المجلد 16، العدد 1، 2022.
- 11- بن فريحة رشيد، المسؤولية الجزائرية للمرقي العقاري في ظل أحكام القانون 04-11، مجلة القانون العقاري و البيئية، جامعة مستغانم، المجلد 4، العدد 2، جوان 2016.
- 12- بوساحة نجاة، جروني فايزة، مسؤولية المتصرف المترتبة عن إدارة الملكية العقارية المشتركة، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية و السياسية، جامعة المسيلة، المجلد 6، العدد 1، جوان 2021.
- 13- بوشعالة أسماء، بردان رشيد، وظيفة التوثيق في نشاط الترقية العقارية في التشريع الجزائري، مجلة القانون العام الجزائري و المقارن، جامعة سيدي بلعباس، المجلد 4، العدد 2، 2018.
- 14- بوشنافة جمال، إشكالات عملية حول عقد البيع بناء على التصاميم، مجلة الدراسات القانونية و السياسية، جامعة الأغواط، المجلد 5، العدد 1، جانفي 2019.
- 15- بوعمره إبراهيم، منازعات الملكية المشتركة (دراسة تحليلية على ضوء التشريع الجزائري)، مجلة المفكر، جامعة بسكرة، المجلد 17، العدد 1، 2022.
- 16- بوكماش محمد، نظرية الظروف الطارئة و علاقتها بالجوائح، مجلة الحقوق و العلوم الإنسانية، جامعة الجلفة، المجلد 5، العدد 1، جانفي 2012.

- 17- تبوب فاطمة الزهراء، الخلف العام و الوارث مفهومان مختلفان لا يتعايشان -المادة 108 قانون مدني جزائري كمثال-، مجلة حوليات جامعة الجزائر، جامعة الجزائر 1، العدد 1، المجلد 27، نوفمبر 2015.
- 18- تواتي سهيلة، العقوبات الإدارية للمرقي العقاري في القانون رقم 04-11، مجلة الدراسات القانونية، جامعة المدية، المجلد 7، العدد 2، جوان 2021.
- 19- جبدل كريمة، قراءة تحليلية في شروط الالتحاق بمهنة المرقي العقاري على ضوء المرسوم التنفيذي 19-243، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية و السياسية، جامعة المسيلة، المجلد 7، العدد 2، ديسمبر 2022.
- 20- حمر العين عبد القادر، قراءات في أثر فيروس كورونا على عقود إيجار المحلات التجارية و المهنية في التشريع الجزائري، مجلة العلوم السياسية و القانون، المركز الديمقراطي العربي ببرلين ألمانيا، المجلد 4، العدد 24، أكتوبر 2020.
- 21- خشعي راضية، خواجه سميحة حنان، مراجعة الثمن في بيع الترقية العقارية في القانون الجزائري، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، جامعة باتنة 1، المجلد 11، العدد 1، 2024.
- 22- رامول خالد، صندوق الضمان و الكفالة المتبادلة في عقد البيع على التصاميم، مجلة المفكر، جامعة بسكرة، المجلد 5، العدد 1، مارس 2010.
- 23- رغميت حنان، التزامات المهندس المعماري للوقاية من أخطار الكوارث الطبيعية في مجال البناء، المجلة الجزائرية للأمن الإنساني، جامعة باتنة 1، المجلد 5، العدد 1، جانفي 2020.
- 24- ريمان حسينة، التزام المرقي العقاري بضمان حسن التنفيذ في عقد البيع على التصاميم، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، جامعة باتنة 1، المجلد 8، العدد 1، جانفي 2021.
- 25- زبلان سمير، اعتبار الخلف العام و الخلف الخاص و الدائن العادي من الغير، مجلة صوت القانون، جامعة خميس مليانة، العدد 1، المجلد 9، نوفمبر 2022.
- 26- زروق يوسف، الضمانات القانونية و الاستثمارية لممارسة نشاط المرقي العقاري الخاص في الجزائر، مجلة الحقوق و العلوم السياسية، جامعة خنشلة، العدد 8، الجزء 1، جوان 2017.
- 27- زاوي فريدة، ضرورة إعادة تنظيم تسيير الملكية المشتركة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و السياسية، جامعة الجزائر 1، المجلد 36، العدد 2، 1990.

- 28- شعاشعية لخضر، حجية الأحكام الجزائية أمام القضاء المدني، مجلة دائرة البحوث و الدراسات القانونية و السياسية، المركز الجامعي تيبازة، المجلد 1، العدد 1، جانفي 2017.
- 29- ضو خالد، معروف فاطمة، أركان المسؤولية العقدية و شروط قيامها -دراسة تأصيلية-، مجلة البيان للدراسات القانونية و السياسية، جامعة برج بوعرييج، المجلد 8، العدد 1، جوان 2023.
- 30- طرطاق نورية، سلطة القاضي في منح نظرة الميسرة، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية و الاقتصادية، المركز الجامعي تمارست، المجلد 3، العدد 1، جانفي 2014.
- 31- علواش نعيمة، التزام المرقى العقاري بالتسجيل في السجل التجاري بين قانون الترقية العقارية و أحكام القانون التجاري، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية و السياسية، جامعة المسيلة، المجلد 7، العدد 2، ديسمبر 2022.
- 32- عياشي شعبان، النطاق الموضوعي للضمان العشري لمهندسي و مقاولي البناء، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة بسكرة، المجلد أ، العدد 50، ديسمبر 2018.
- 33- غالي كحلة، تغطية صندوق الضمان و الكفالة المتبادلة للالتزامات المرقين العقاريين، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، جامعة شلف، المجلد 7، العدد 1، جوان 2021.
- 34- فكيري أمال، آلية الحلول و التعويض لصندوق الضمان و الكفالة المتبادلة، مجلة القانون العقاري، جامعة البليدة 2، المجلد 4، العدد 3، ديسمبر 2017.
- 35- قجالي مراد، مرابطين سفيان، مستقبل تنفيذ الالتزامات العقدية في ظل الظروف الاستثنائية لفيروس كورونا-كوفيد 19-، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و السياسية، جامعة الجزائر 1، المجلد 58، العدد 2، 2021.
- 36- قرني إدريس، الجزاءات الجنائية الموقعة على الشخص المعنوي في التشريع الجزائري، مجلة الحقوق و العلوم الإنسانية، جامعة الجلفة، المجلد 3، العدد 3، أكتوبر 2010.
- 37- قلواز فاطمة الزهراء، خصوصية الضمان العشري في الترقية العقارية، المجلة الجزائرية للحقوق و العلوم السياسية، جامعة تيسمسيلت، المجلد 7، العدد 2، 2022.
- 38- قلواز فاطمة الزهراء، مقارنة الالتزام بالإعلام ببعض المفاهيم القانونية الكلاسيكية، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، جامعة شلف، المجلد 1، العدد 1، ديسمبر 2015.

39- لعريط لمين، قراءة في شروط ممارسة مهنة المرقي العقاري وفقا للتشريع الجزائري، مجلة دراسات و أبحاث، جامعة الجلفة، مجلد 11، عدد 2، جوان 2019.

40- مسكر سهام، علاقة المرقي العقاري بصندوق الضمان و الكفالة المتبادلة وفقا للأحكام المستحدثة في التشريع الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و السياسية، جامعة الجزائر1، المجلد 52، العدد 1، مارس 2015.

41- مصطفىاوي عايدة، الضمان العشري و الضمانات الخاصة لمشيدي البناء في التشريع الجزائري و التشريع المقارن، مجلة دفاتر السياسة و القانون، جامعة ورقلة، العدد 6، المجلد 4، جانفي 2012.

42- مفلح أحمد أبو زيد عائشة، أبو نصير مالك، نظرية الظروف الطارئة، المجلة القانونية، جامعة القاهرة، المجلد 9، العدد 13، 2021.

43- مقراني سارة، بولنوار نجيب، دور الموثق في تكريس الحماية التي أقرها المشرع للمقتني في عقد البيع على التصاميم، مجلة الدراسات القانونية و الاقتصادية، المركز الجامعي بربكة، المجلد 5، العدد 1، 2022.

44- نوالي رفيق، معمر خالد، التزام المرقي العقاري بالإعلام في عقد البيع على التصاميم، مجلة الدراسات القانونية، جامعة المدية، المجلد 8، العدد 2، جوان 2022.

45- نوالي رفيق، معمر خالد، الضمانات القانونية لتمكين المكتتب من السكن في عقد البيع على التصاميم، مجلة النبراس للدراسات القانونية، جامعة تبسة، المجلد 6، العدد 4، أفريل 2023.

ز/- قرارات المحكمة العليا

1- قرار رقم 49174 بتاريخ 17 جوان 1987، الغرفة المدنية، المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد الثالث، 1990.

2- قرار رقم 50.937 بتاريخ 9 ماي 1990، الغرفة المدنية، المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد الثاني، 1991.

3- قرار رقم 65.920 بتاريخ 11 جوان 1990، الغرفة المدنية، المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد الثاني، 1991.

4- قرار رقم 63149 بتاريخ 19 نوفمبر 1990، الغرفة المدنية، المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد الأول، 1992.

5- قرار المحكمة العليا رقم 64748 بتاريخ 23 جانفي 1991، الغرفة المدنية، المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد الرابع، 1992.

6- قرار رقم 76.988 بتاريخ 10 جويلية 1991، الغرفة المدنية، المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد الثالث، 1992.

7- قرار رقم 152934 بتاريخ 11 مارس 1998، الغرفة المدنية، المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد الأول، 1998.

8- قرار رقم 436937 بتاريخ 19 نوفمبر 2008، الغرفة المدنية، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، 2008.

9- قرار رقم 509321 بتاريخ 17 ديسمبر 2009، الغرفة المدنية، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، 2010.

10- قرار رقم 452020 بتاريخ 28 أكتوبر 2010، غرفة الجنح و المخالفات، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، 2010.

11- قرار رقم 1007602 بتاريخ 19 نوفمبر 2015، الغرفة المدنية، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، 2015.

ح/- المواقع الإلكترونية

1- حمدوش بوعلام، إقصاء 173 مرقي عقاري لعدم استكمالهم مشاريعهم، مقال منشور في موقع: www.eldjazairdjadida.dz ، بتاريخ 8 ديسمبر 2023، أطلع عليه بتاريخ 25 أوت 2024 على الساعة 10:03.

2- رضا بن رشيد، وزارة السكن تتهم وزارة المالية و بنك "cpa" بعرقلة مشاريع الرئيس، مقال منشور في موقع: www.ennaharonline.com ، بتاريخ 16 ماي 2017، أطلع عليه بتاريخ: 29 أوت 2024 على الساعة 21:43.

3- مجموعة قرارات الغرفة العقارية للمحكمة العليا، موقع: elmouhami.com، أطلع عليه بتاريخ 31 أوت 2024 على الساعة 21:47.

4- موقع المحكمة العليا، www.coursupreme.dz ، أطلع عليه بتاريخ: 17 أبريل 2024 على الساعة 21:48.

Journalist1-5، وزارة السكن تحمل وزارة المالية و "cpa" مسؤولية تأخر تسليم السكنات، مقال منشور في موقع: <https://almasdar-dz.com> ، بتاريخ 17 ماي 2017، أطلع عليه بتاريخ: 29 أوت 2024 على الساعة 21:48.

ثانيا: باللغة الأجنبية

A/- Ouvrages

- 1-Bergel Jean-Louis, les contentieux immobiliers, Lextenso éditions, paris, France, 2010.
- 2- Dupont Delestraint pierre, Droit civil -Les obligations-, huitième édition, mémentos Dalloz, paris, France, 1981.
- 3-Faure-Abbad Marianne, Droit de la construction, quatrième édition, Gualino Lextenso éditions, paris, France, 2012.
- 4-Lothe Pierre, Pambo Philippe, les clés de l'immobilier, Editions SEFI, paris, France, 2004.
- 5-Malinvaud Philippe, Jestaz Philippe, droit de la promotion immobilière, Dalloz, paris, France, 1976.
- 6-Malinvaud Philippe, Jestaz Philippe, Jourdain patrice, Tournafond olivier, droit de la promotion immobilière, huitième édition, Dalloz, Paris, France, 2009.
- 7-Paul Massé , Le guide complet du logement, 26e édition, Scrineo, 2015.

B/- Articles

- 1- Brahim Youcef, la responsabilité des constructeurs dans le cadre du contrat d'entreprise (la garantie décennale selon l'article 554 du code civil), revue algérienne des sciences juridiques et politiques, université d'Alger 1, volume 37, numéro 2, 2000.

C/- Lois

1- Loi n 65-557 du 10 juillet 1965 fixant le statut de la copropriété des immeubles bâtis, journal officiel de la République française n 159 du dimanche 11 juillet 1965.

2- Loi n 67-3 du 3 janvier 1967 relative aux ventes d'immeubles à construire ou en cours de construction et à l'obligation de garantie à raison des vices de construction, journal officiel de la République française n 3 du mercredi 4 janvier 1967.

3- Loi n 78-12 du 04 janvier 1974 relative à la responsabilité et à l'assurance dans le domaine de la construction, journal officiel de la République française n 04 du jeudi 5 janvier 1978.

D/- Décrets

1- Décret n 67-223 du 17 mars 1967 portant règlement d'administration publique pour l'application de la loi n 65-557 du 10 juillet 1965 fixant le statut de la copropriété des immeubles bâtis, journal officiel de la république Française n 69 du mercredi 22 mars 1967.

E/- Ordonnances

1- Ordonnance n 1169-2019 du 13 novembre 2019 relative aux marques de produits ou de services, journal officiel de la république française n 264 du jeudi 14 novembre 2019.

F/- Sites et blogs électroniques

1- Abdelkader Diarra , « VEFA : quels sont les recours possibles en cas de retard de livraison ? », article publié sur le site : www.empruntis.com , le 2 mars 2023, consulté le 26 aout 2024.

2- Vincent Cuzon : « VEFA : le promoteur peut-il augmenter le prix du bien lors de la signature du contrat ? », article publié sur le site : edito.selogerneuf.com , le : 11 juillet 2019, consulté le : 30 juillet 2024.

3-----, « VEFA : le est-il autorisé à augmenter le prix du bien une fois le contrat signé ? », article publié sur le site : www.lefeuvre-immobilier.com , le 18 juin 2020, consulté le 30 juillet 2024.

4-----, « VEFA : quel recours en cas de retard de livraison », article publié sur le site : www.boursorama.com ,le 12 juillet 2023, consulté le : 26 aout 2024.

الفهرس

الصفحة	العنوان
1	مقدمة
10	الباب الأول: المنازعات الناشئة قبل حيازة البناية
12	الفصل الأول: المنازعات الناشئة بمناسبة تكوين عقد البيع على التصاميم
13	المبحث الأول: المنازعات الناشئة بموجب إدخال المرقى العقاري بالتزاماته قبل التعاقدية
13	المطلب الأول: التزامات المرقى العقاري قبل التعاقدية
14	الفرع الأول: اكتساب صفة المرقى العقاري
14	أولا: الحصول على اعتماد
14	أ/- شروط الحصول على اعتماد
19	ب/- إجراءات منح الاعتماد
21	ثانيا: القيد في السجل التجاري
22	أ/- إجراءات القيد في السجل التجاري
22	ب/- آثار القيد في السجل التجاري
24	ثالثا: التسجيل في الجدول الوطني للمرقين العقاريين
25	الفرع الثاني: الالتزام بالإعلام
26	أولا: تعريف الالتزام بالإعلام
27	ثانيا: تمييز الالتزام بالإعلام عن ما يشابهه
27	أ/- تمييز الالتزام بالإعلام قبل التعاقدية عن الالتزام التعاقدية بالإعلام
28	ب/- التمييز بين الالتزام بالإعلام و الالتزام بالإعلان
28	ثالثا: مضمون الالتزام بالإعلام
28	أ/- الإعلان عن المشروع العقاري
29	ب/- الإدلاء بالبيانات الجوهرية
29	الفرع الثالث: استصدار الرخص و الشهادات المطلوبة
30	أولا: أصل ملكية الأرض
30	ثانيا: رخصة التجزئة

31	ثالثا: رخصة البناء
32	الفرع الرابع: اكتتاب التأمينات و الضمانات اللازمة
32	أولا: اكتتاب ضمان الترقية العقارية
34	ثانيا: اكتتاب التأمينات اللازمة
34	أ- التأمين على المسؤولية المدنية المهنية
35	ب- التأمين على المسؤولية العشرية
36	المطلب الثاني: جزاء إخلال المرقى العقاري بالتزاماته قبل التعاقدية
36	الفرع الأول: العقوبات الإدارية
37	أولا: أنواع العقوبات الإدارية
37	أ- السحب المؤقت للاعتماد
38	ب- السحب النهائي للاعتماد
39	ج- السحب التلقائي للاعتماد
40	ثانيا: تطبيق العقوبات الإدارية
40	أ- معاينة المخالفات
41	ب- دراسة قرار سحب الاعتماد
42	ثالثا: الطعن في قرار سحب الاعتماد
42	أ- الطعن أمام الجهات القضائية المختصة
43	ب- الطعن أمام الجهات الإدارية المختصة
43	رابعا: آثار تطبيق العقوبات الإدارية
44	الفرع الثاني: العقوبات الجزائية
44	أولا: الجرائم المنصوص عليها في القانون 04-11 و عقوباتها
45	أ- القيام بالأشغال المذكورة في نص المادة 6 من القانون 04-11 دون ترخيص مسبق
45	ب- المطالبة أو قبول تسبيقات أو إيداع أو اكتتاب أو سند تجاري قبل توقيع العقد
46	ج- عدم اكتتاب التأمينات و الضمانات اللازمة
47	د- الإدلاء بمعلومات خاطئة أو غير كاملة
48	هـ- الإخلال بالتزام الإعلام

49	ثانيا: الجرائم المنصوص عنها في قانون العقوبات و عقوباتها
49	أ/- ممارسة مهنة المرقي العقاري بدون اعتماد
50	ب/- جريمة النصب
51	ثالثا: العقوبات المفروضة على المرقي العقاري باعتباره شخص معنوي
53	رابعا: الإجراءات الخاصة بالمتابعة الجزائية للمرقي العقاري
53	أ/- بالنسبة إلى الاختصاص القضائي
54	ب/- بالنسبة إلى تحريك الدعوى العمومية
56	خامسا: حق المكتتب المتضرر في الحصول على التعويض
56	أ/- المطالبة بالتعويض أمام القضاء الجزائي
58	ب/- المطالبة بالتعويض أمام القضاء المدني
59	المبحث الثاني: المنازعات المتعلقة بشكل عقد البيع على التصاميم
60	المطلب الأول: ضرورة خضوع عقد البيع على التصاميم للرسمية
61	الفرع الأول: تحرير عقد البيع أمام الموثق وفق الشكل النموذجي
61	أولا: البيانات الإلزامية
62	أ/- البيانات المتعلقة بتعيين البناية
62	ب/- البيانات المتعلقة بسعر البيع و كفيات مراجعته
62	ج/- البيانات المتعلقة بأجال التسليم و عقوبات التأخير
63	ثانيا: الوثائق الملحقة بعقد البيع على التصاميم
63	أ/- أصل ملكية الأرضية
63	1/- الحصول على الوعاء العقاري في إطار برامج الترقية العقارية المدعمة
67	2/- الحصول على الوعاء العقاري في إطار الترقية العقارية الحرة (التجارية)
71	ب/- رخصة التجزئة
71	ج/- رخصة البناء
72	د/- نظام الملكية المشتركة
72	ه/- الكشف الوصفي للتقسيم
73	و/- ضمان مقدم من صندوق الضمان و الكفالة المتبادلة لنشاط الترقية العقارية

73	الفرع الثاني: إمكانية لجوء المكتتب للقضاء لإلزام المرقى العقاري بتحرير عقد البيع على التصاميم
74	أولاً: جواز إلزام القاضي للمرقى العقاري بتحرير عقد البيع على التصاميم
76	ثانياً: عدم جواز إلزام القاضي للمرقى العقاري بتحرير عقد البيع على التصاميم
77	المطلب الثاني: تسجيل و شهر عقد البيع على التصاميم
78	الفرع الأول: تسجيل عقد البيع على التصاميم
78	الفرع الثاني: شهر عقد البيع على التصاميم
80	أولاً: رفض المحافظ العقاري إيداع أو إجراء شهر عقد البيع على التصاميم
80	أ/- قرار رفض الإيداع
81	ب/- قرار رفض الإجراء
82	ثانياً: الطعن في قرارات المحافظ العقاري
82	أ/- دعوى الإلغاء
84	ب/- دعوى التعويض
86	الفصل الثاني: المنازعات الناشئة بمناسبة تنفيذ عقد البيع على التصاميم
87	المبحث الأول: المنازعات المتعلقة بإتمام إنجاز البناية و سعرها.
88	المطلب الأول: المنازعات الناشئة بسبب إخلال المرقى العقاري بالتزامه بإتمام إنجاز البناية
88	الفرع الأول: نطاق تدخل صندوق الضمان و الكفالة المتبادلة
89	أولاً: الحالات المشمولة بضمان صندوق الضمان و الكفالة المتبادلة
89	أ/- حالة سحب الاعتماد من المرقى العقاري
89	ب/- حالة الإفلاس و التصفية القضائية للمرقى العقاري
90	ج/- الحالات الواردة في شهادة الضمان
90	1/- حالة المرقى العقاري شخص طبيعي
90	2/- حالة المرقى العقاري شخص معنوي
91	ثانياً: الحالات التي لا يشملها ضمان صندوق الضمان و الكفالة المتبادلة
92	الفرع الثاني: التزامات صندوق الضمان و الكفالة المتبادلة تجاه المكتتبين
92	أولاً: استرداد التسبيقات المدفوعة للمرقى العقاري
94	ثانياً: إتمام أشغال الإنجاز

96	الفرع الثالث: رجوع المكتتب على الصندوق و المرقى العقاري للمطالبة بالتسديدات و التعويض
97	أولاً: رجوع المكتتب على صندوق الضمان و الكفالة المتبادلة
97	ثانياً: رجوع المكتتب على المرقى العقاري
98	أ- شروط قيام المسؤولية العقدية للمرقى العقاري
98	1- وجود رابطة عقدية صحيحة بين المرقى العقاري و المكتتب
99	2- إخلال المرقى العقاري بالتزام عقدي
100	3- الضرر
101	4- العلاقة السببية
102	ب- إثبات المسؤولية العقدية
102	1- إثبات إخلال المرقى العقاري بالتزامه العقدي (إثبات الخطأ العقدي)
103	2- إثبات الضرر
103	3- إثبات العلاقة السببية
104	ج- دعوى التعويض
104	1- شروط قبول دعوى التعويض
104	1-1- المصلحة
106	1-2- الصفة
107	1-3- الإذن
108	2- إجراءات دعوى التعويض
109	الفرع الرابع: رجوع صندوق الضمان و الكفالة المتبادلة على المرقى العقاري
109	أولاً: رجوع الصندوق على المرقى العقاري وديا
109	ثانياً: رجوع الصندوق على المرقى العقاري قضائياً
110	المطلب الثاني: المنازعات الناشئة بسبب إخلال المكتتب بالتزامه بدفع التسديدات
111	الفرع الأول: التزام المكتتب بدفع التسديدات
111	أولاً: كيفية تسديد المكتتب للسعر
113	ثانياً: آجال تسديد السعر
115	الفرع الثاني: آثار تخلف المكتتب عن دفع التسديدات

116	أولاً: توقيع عقوبة التأخير
117	ثانياً: فسخ عقد البيع على التصاميم
120	ثالثاً: المطالبة أمام القضاء بتنفيذ العقد أو فسخه
120	أ/- المطالبة بتنفيذ العقد
121	ب/- المطالبة بفسخ عقد البيع على التصاميم
121	1/- شروط الفسخ
122	2/- إجراءات الفسخ
122	1-2/- إعداز المكتب
122	2-2/- رفع دعوى الفسخ و ضرورة صدور الحكم بالفسخ
122	3/- سلطة القاضي في دعوى الفسخ
123	1-3/- القضاء بفسخ عقد البيع على التصاميم
123	2-3/- القضاء برفض فسخ عقد البيع على التصاميم
124	3-3/- منح المكتب أجلاً للتنفيذ
126	المطلب الثالث: المنازعات الناشئة بسبب مراجعة سعر البيع
126	الفرع الأول: ضوابط مراجعة السعر
127	أولاً: الاتفاق بين المرقى العقاري و المكتب على مراجعة السعر
127	ثانياً: تغير المؤشرات الرسمية لأسعار المواد و العتاد و اليد العاملة
128	ثالثاً: عدم تجاوز مبلغ المراجعة لنسبة 20% من سعر البيع الأولي
129	رابعاً: وجوب تبرير المراجعة
129	الفرع الثاني: سلطة مراجعة السعر
131	الفرع الثالث: مراجعة السعر من خلال نظرية الظروف الطارئة
132	أولاً: تعريف الظروف الطارئة
132	أ/- التعريف اللغوي للظروف الطارئة
133	ب/- التعريف الاصطلاحي للظروف الطارئة
133	ثانياً: شروط إعمال نظرية الظروف الطارئة
133	أ/- وجود التزام تعاقدي متراخي التنفيذ
134	ب/- أن يكون ظرف الطارئ حادثاً استثنائياً عاماً غير متوقع
134	1/- كونه حادثاً استثنائياً

135	2- كونه حادثا عاما
135	3- كونه حادثا غير متوقع
136	ج- أن يصبح تنفيذ الالتزام مرهقا للمدين و ليس مستحيلا
138	ثالثا: سلطة القاضي في تطبيق نظرية الظروف الطارئة
138	أ- ضوابط تدخل القاضي
138	1- مراعاة الظروف المحيطة
138	2- الموازنة بين مصلحة طرفي العقد
139	ب- وسائل تدخل القاضي
139	1- وقف تنفيذ الالتزام لمدة من الزمن
139	2- إنقاص الالتزام المرهق
140	3- الزيادة في الالتزام المقابل للالتزام المرهق
140	4- فسخ العقد
142	المبحث الثاني: المنازعات الناشئة بسبب إخلال المرقى العقاري بالتزامه بالتسليم المطابق
142	المطلب الأول: المنازعات الناشئة بسبب إخلال المرقى العقاري بالتزامه بتسليم السكن
143	الفرع الأول: مفهوم الالتزام بالتسليم
144	الفرع الثاني: آجال التسليم
145	أولا: الاتفاق على أجل للتسليم
146	ثانيا: تقسيم آجال التسليم
148	الفرع الثالث: كيفية تنفيذ التسليم
148	أولا: استصدار شهادة المطابقة
148	ثانيا: إعداد محضر الحيابة
151	الفرع الرابع: آثار إخلال المرقى العقاري بالتزامه بالتسليم
152	أولا: توقيع عقوبات التأخير
152	أ- تحديد مبلغ عقوبة التأخير و كيفية حسابها
153	ب- القوة القاهرة كاستثناء عن تطبيق عقوبات التأخير
155	ثانيا: مباشرة المكتب لدعوى التنفيذ

158	ثالثا: مباشرة المكتب لدعوى الفسخ
159	المطلب الثاني: المنازعات الناشئة بسبب إخلال المرقى العقاري بالتزامه بالمطابقة
160	الفرع الأول: المنازعات المتعلقة بالمطابقة القانونية
161	أولا: إجراءات الحصول على شهادة المطابقة
161	أ/- إيداع تصريح بانتهاء الأشغال خلال 30 يوما
163	ب/- عدم إيداع تصريح بانتهاء الأشغال خلال 30 يوما
163	ج/- عدم رضاء المعني أو سكوت الإدارة
164	ثانيا: المنازعات التي تثيرها شهادة المطابقة
164	أ/- المنازعات التي يختص بها القضاء الإداري
164	1/- سكوت الإدارة عن الرد على طلب شهادة المطابقة
165	2/- الطعن في قرار رفض منح شهادة المطابقة
166	2-1/- مفهوم دعوى الإلغاء
167	2-2/- شروط رفع دعوى الإلغاء
167	2-2-1/- الشروط المتعلقة بالمدعي
167	2-2-1-1/- شرط الصفة
168	2-2-1-2/- شرط المصلحة
169	2-2-2/- الشروط المتعلقة بالقرار محل الطعن
169	2-2-3/- شرط احترام الأجل القانونية لدعوى الإلغاء
170	2-3/- إجراءات رفع دعوى الإلغاء
171	ب/- المنازعات التي يختص بها القضاء العادي
172	1/- المنازعات المطروحة أمام القضاء العقاري و المدني
173	2/- المنازعات المطروحة أمام القضاء الجزائي
174	الفرع الثاني: المنازعات المتعلقة بالمطابقة العقدية
175	أولا: مفهوم المطابقة العقدية
176	ثانيا: جزاء الإخلال بالمطابقة العقدية
179	الباب الثاني: المنازعات الناشئة بعد حيازة البناية
181	الفصل الأول: المنازعات المتعلقة بضمان حسن التنفيذ والمنازعات الخاصة بالأموال المشتركة

182	المبحث الأول: المنازعات المتعلقة بضمان حسن التنفيذ
183	المطلب الأول: المنازعات المتعلقة بضمان الإنهاء الكامل لأشغال الإنجاز
183	الفرع الأول: تعريف ضمان الإنهاء الكامل لأشغال الإنجاز
185	الفرع الثاني: نطاق ضمان الإنهاء الكامل لأشغال الإنجاز
185	أولا: النطاق الشخصي لضمان الإنهاء الكامل لأشغال الإنجاز
185	أ-/ المدين بضمان الإنهاء الكامل لأشغال الإنجاز
187	ب-/ الدائن بضمان الإنهاء الكامل لأشغال الإنجاز
188	ثانيا: النطاق الموضوعي لضمان الإنهاء الكامل لأشغال الإنجاز
192	ثالثا: النطاق الزمني لضمان الإنهاء الكامل لأشغال الإنجاز
193	الفرع الثالث: كيفية تعيين عيوب البناء المشمولة بضمان الإنهاء الكامل لأشغال الإنجاز
194	الفرع الرابع: الآثار المترتبة عن عدم التزام المرقى العقاري بإصلاح عيوب البناء
196	المطلب الثاني: المنازعات المتعلقة بضمان حسن سير عناصر التجهيز
196	الفرع الأول: تعريف ضمان حسن سير عناصر التجهيز
197	الفرع الثاني: نطاق ضمان حسن سير عناصر التجهيز
197	أولا: النطاق الشخصي
198	ثانيا: النطاق الموضوعي
200	ثالثا: النطاق الزمني
201	الفرع الثالث: الآثار المترتبة عن عدم التزام المرقى العقاري بضمان حسن سير عناصر التجهيز
203	المبحث الثاني: المنازعات المتعلقة بالملكية المشتركة
204	المطلب الأول: مفهوم الملكية العقارية المشتركة
204	الفرع الأول: تعريف الملكية العقارية المشتركة
205	الفرع الثاني: خصائص الملكية العقارية المشتركة
206	الفرع الثالث: تمييز نظام الملكية العقارية المشتركة عن ما يشابهه من أنظمة
207	أولا: التمييز بين الملكية العقارية المشتركة و الملكية الشائعة
207	أ-/ من حيث المصدر
208	ب-/ من حيث سلطات المالك الشريك على الشيء الشائع

208	ج/- من حيث القابلية للقسمة
208	ثانيا: التمييز بين الملكية العقارية المشتركة و حق الارتفاق
209	أ/- من حيث النشأة و الملكية
209	ب/- من حيث الموضع
209	ج/- من حيث التقادم
210	المطلب الثاني: الالتزامات المترتبة عن ضمان الأملاك المشتركة
210	الفرع الأول: إعداد المرقى العقاري لنظام الملكية المشتركة
211	أولا: تعريف نظام الملكية المشتركة
212	ثانيا: مضمون نظام الملكية المشتركة
213	أ/- تعيين و وصف تقسيم البناية أو مجموع البنايات و مآلها
214	ب/- تحديد قواعد تسيير و إدارة البناية أو مجموعة البنايات
214	1/- تحديد الأجزاء الخاصة و الأجزاء المشتركة و تكوينها
214	1-1/- بالنسبة للأجزاء الخاصة
215	2-1/- بالنسبة للأجزاء المشتركة
215	1-2-1/- الأجزاء المشتركة من الصنف الأول
216	2-2-1/- الأجزاء المشتركة من الصنف الثاني
217	3-2-1/- أجزاء مشتركة من الصنف الثالث
217	2/- حقوق و واجبات الملاك الشركاء
218	1-2/- استعمال الأجزاء الخاصة
220	2-2/- استعمال الأجزاء المشتركة
220	3/- الأعباء التي تقع على عاتق جماعة الشركاء في الملك و/أو الشاغلين له
220	1-3/- أعباء من الصنف الأول
221	2-3/- أعباء من الصنف الثاني
222	الفرع الثاني: التزام المرقى العقاري بتسيير و إدارة المرحلة الانتقالية
226	أولا: حلول المرقى العقاري محل جميع هيئات تسيير الملكية المشتركة
229	ثانيا: إعداد و وضع وسائل و أجهزة تسيير الأملاك العقارية
230	الفرع الثالث: التزام المرقى العقاري بتحويل تسيير و إدارة الأملاك العقارية إلى هيئات الملكية المشتركة

230	أولاً: الجمعية العامة
231	أ/- وجود و نهاية الجمعية العامة
231	ب/- الطبيعة القانونية للجمعية العامة
232	ج/- العضوية في الجمعية العامة
234	د/- اجتماع الجمعية العامة
238	ثانياً: المتصرف
238	أ/- تعيين المتصرف و إنهاء مهامه
240	ب/- مهام المتصرف
241	ثالثاً: الإجراءات الواجب اتخاذها من طرف الملاك الشركاء لإنهاء التسيير الانتقالي
241	المطلب الثالث: الدعاوى القضائية في الملكية المشتركة و اختصاص الفصل فيها
242	الفرع الأول: الدعاوى القضائية في الملكية المشتركة
242	أولاً: الدعاوى المرفوعة ضد المرقى العقاري خلال مرحلة التسيير الانتقالي
243	ثانياً: الدعاوى المرفوعة من طرف الجمعية العامة
244	أ/- الدعاوى القضائية المتعلقة بالمحافظة على البناية و إدارة أجزائها المشتركة
244	1/- دعوى تحصيل الأعباء
244	2/- الدعاوى القضائية المرفوعة ضد المستخدمين و الغير المكلف بصيانة البناية
245	3/- الدعاوى القضائية المرفوعة ضد المتصرف
245	4/- الدعاوى القضائية الرامية إلى احترام نظام الملكية المشتركة
246	ب/- الدعاوى القضائية الخاصة بالمحافظة على الحقوق المتعلقة بالعقار
246	1/- الدعاوى القضائية الرامية إلى الحماية المادية للعقار
246	2/- الدعاوى القضائية الرامية إلى الحماية القانونية للعقار
246	2-1/- دعوى الحيازة المتعلقة بالأجزاء المشتركة
247	2-2/- دعوى الملكية المتعلقة بالأجزاء المشتركة
247	ثالثاً: الدعاوى المرفوعة من طرف المالك الشريك
247	أ/- دعاوى متعلقة بملكية الجزء الخاص
248	ب/- دعاوى متعلقة بالأجزاء المشتركة

248	ج/- دعوى إلغاء قرارات الجمعية العامة
249	1/- العيوب الموجبة لرفع دعوى إلغاء قرارات الجمعية العامة
249	2/- من له الحق في رفع دعوى إلغاء قرارات الجمعية العامة
249	3/- عبء إثبات عدم مشروعية قرارات الجمعية العامة
250	الفرع الثاني: اختصاص الفصل في منازعات الملكية المشتركة
250	أولاً: الاختصاص الإقليمي
251	ثانياً: الاختصاص النوعي
251	أ/- القسم الاستعجالي
252	ب/- القسم العقاري
255	الفصل الثاني: المنازعات المتعلقة بالضمان العشري
256	المبحث الأول: أحكام الضمان العشري
256	المطلب الأول: الطبيعة القانونية للضمان العشري
256	الفرع الأول: المسؤولية الناشئة عن الضمان العشري ذو طبيعة تقصيرية
257	الفرع الثاني: المسؤولية الناشئة عن الضمان العشري ذو طبيعة عقدية
258	الفرع الثالث: الترجيح بين الرأيين
259	المطلب الثاني: خصائص الضمان العشري
259	الفرع الأول: المسؤولية العشرية مفترضة بقوة القانون
260	الفرع الثاني: المسؤولية العشرية مسؤولية تضامنية
262	الفرع الثالث: المسؤولية العشرية من النظام العام
262	أولاً: بطلان كل اتفاق يهدف إلى الإعفاء من المسؤولية العشرية أو حصرها
263	ثانياً: جواز الاتفاق على تشديد المسؤولية العشرية
264	المطلب الثالث: أشخاص الضمان العشري
264	الفرع الأول: الملزمون بالضمان العشري
265	أولاً: الملزمون بالضمان العشري طبقاً للقواعد العامة
266	أ/- المقاول
268	ب/- المهندس المعماري
270	ثانياً: الملزمون بالضمان العشري طبقاً للنصوص الخاصة
270	أ/- المرقى العقاري

272	ب/- المراقبون التقنيون
275	ج/- المتدخلون الآخرون
277	د/- العمال القطعيين
278	ه/- الشركاء الآخرون للمرقي العقاري
278	و/- المقاولين الفرعيين
280	الفرع الثاني: المستفيدون من الضمان العشري
281	أولا: رب العمل
282	ثانيا: المقتني
283	المطلب الرابع: شروط الضمان العشري
283	الفرع الأول: وجود العقد الموجب لتطبيق أحكام الضمان العشري
284	الفرع الثاني: تحقق حالة من الحالات الموجبة للضمان العشري
285	أولا: المقصود بالمبنى و عناصره التجهيزية
285	أ/- المقصود بالمبنى
285	ب/- المقصود بالعناصر التجهيزية
286	ثانيا: التهدم الكلي أو الجزئي للبنية
287	ثالثا: ظهور عيب يهدد متانة البنية و سلامتها
288	أ/- أن يكون العيب خطيرا
290	ب/- أن يكون العيب خفيا
291	الفرع الثالث: تحقق الأضرار خلال مدة الضمان
294	المبحث الثاني: آثار المسؤولية العشرية
294	المطلب الأول: دعوى المسؤولية العشرية
295	الفرع الأول: صاحب الحق في رفع دعوى المسؤولية العشرية
295	أولا: المكتتب في عقد البيع على التصاميم
297	ثانيا: المالكون المتوالون على البنية
297	أ/- الخلف العام
298	ب/- الخلف الخاص
299	الفرع الثاني: تقادم دعوى المسؤولية العشرية
301	المطلب الثاني الجزاء المترتب عن دعوى المسؤولية العشرية

301	الفرع الأول: التنفيذ العيني
304	الفرع الثاني: التنفيذ بمقابل
305	المطلب الثالث: دفع دعوى المسؤولية العشرية
306	الفرع الأول: القوة القاهرة
307	الفرع الثاني: خطأ المضرور
308	الفرع الثالث: خطأ الغير
311	الخاتمة
324	قائمة المصادر والمراجع
	الفهرس

ملخص:

يعد عقد البيع على التصاميم من العقود الحديثة التي فرضتها متطلبات التطور العمراني والاقتصادي، حيث يهدف إلى تمكين المقتنين من الحصول على بنايات قيد الإنجاز وفق شروط محددة تضمن حقوقهم، غير أن هذا العقد، ورغم مزاياه، يثير العديد من الإشكالات القانونية التي تتجلى في المنازعات الناشئة سواء قبل حيازة البناية أو بعدها، وهو ما يجعل دراسته ذات أهمية بالغة من الناحية النظرية والعملية. تتناول هذه الأطروحة دراسة هذه المنازعات وفق مرحلتين رئيسيتين، تتعلق الأولى بالمنازعات الناشئة قبل حيازة البناية، والتي تشمل الإخلال بالالتزامات قبل التعاقدية من طرف المرقى العقاري، وما يترتب عنها من آثار قانونية، إضافة إلى الإشكالات المرتبطة بشكل عقد البيع على التصاميم ومدى توافقه مع المتطلبات القانونية الشكلية. كما تشمل هذه المرحلة النزاعات التي قد تنشأ حول إتمام إنجاز البناية وسعرها، خاصة في حالة التأخير أو مراجعة السعر بصفة غير مبررة، فضلاً عن المنازعات المتعلقة بالتسليم المطابق ومدى احترام المرقى العقاري للمواصفات المتفق عليها.

أما المرحلة الثانية، فتتناول المنازعات التي تطرأ بعد حيازة البناية، والتي تتجسد أساساً في المنازعات المرتبطة بضمان حسن التنفيذ، حيث يلتزم المرقى العقاري بجودة الأشغال وإصلاح العيوب الظاهرة والخفية التي قد تظهر بعد التسليم، إلى جانب الإشكالات المتعلقة بضمان الأملاك المشتركة في المباني السكنية الجماعية. كما تتطرق الدراسة إلى المنازعات المتعلقة بالضمان العشري، الذي يلزم المرقى العقاري بتحمل المسؤولية عن العيوب الخطيرة التي قد تؤثر على متانة وسلامة البناية لمدة عشر سنوات من تاريخ استلامها. في ظل هذه الإشكالات، تسلط الأطروحة الضوء على أوجه القصور في الإطار القانوني الحالي لعقد البيع على التصاميم، وتقتراح مجموعة من الحلول والإصلاحات التي من شأنها تعزيز حماية حقوق المقتنين وضمان تنفيذ التزامات المرقى العقاري بفعالية، بما يساهم في تحقيق توازن عادل في العلاقة التعاقدية بين الأطراف.

الكلمات المفتاحية: عقد البيع على التصاميم، مرقى عقاري، مكتب، منازعات، مسؤولية عقدية، التزام عقدي.

Résumé :

Le contrat de vente sur plans est un contrat moderne imposé par les exigences du développement urbain et économique. Il vise à permettre aux acquéreurs d'obtenir des bâtiments en cours de réalisation selon des conditions précises garantissant leurs droits. Cependant, malgré ses avantages, ce contrat soulève de nombreuses problématiques juridiques qui se manifestent à travers les litiges survenant aussi bien avant qu'après la prise de possession du bâtiment. Cela rend son étude d'une grande importance tant sur le plan théorique que pratique.

Cette thèse examine ces litiges en deux phases principales. La première concerne les différends survenant avant la prise de possession du bâtiment, incluant le non-respect des obligations précontractuelles par le promoteur immobilier et les conséquences juridiques qui en découlent. Elle aborde également les problématiques liées à la forme du contrat de vente sur plans et sa conformité aux exigences légales formelles. Cette phase englobe aussi les conflits pouvant survenir concernant l'achèvement de la construction et son prix, notamment en cas de retard ou de modification injustifiée du prix, ainsi que les litiges relatifs à la conformité de la livraison et au respect par le promoteur immobilier des spécifications convenues.

La deuxième phase porte sur les litiges survenant après la prise de possession du bâtiment, qui se manifestent principalement à travers les conflits liés à la garantie de bonne exécution. Le promoteur immobilier est tenu d'assurer la qualité des travaux et de réparer les défauts apparents et cachés pouvant apparaître après la livraison, en plus des problématiques relatives à la garantie des parties communes dans les immeubles collectifs.

L'étude aborde également les litiges liés à la garantie décennale, qui impose au promoteur immobilier la responsabilité des vices graves pouvant affecter la solidité et la sécurité du bâtiment pendant une durée de dix ans à compter de sa réception.

Face à ces problématiques, la thèse met en lumière les lacunes du cadre juridique actuel du contrat de vente sur plans et propose un ensemble de solutions et de réformes visant à renforcer la protection des droits des acquéreurs et à garantir l'exécution efficace des engagements du promoteur immobilier, contribuant ainsi à instaurer un équilibre équitable dans la relation contractuelle entre les parties.

Mots-clés : Contrat de vente sur plans, promoteur immobilier, souscripteur, litiges, responsabilité contractuelle, obligation contractuelle.

Abstract :

The off-plan sales contract is a modern type of contract imposed by the requirements of urban and economic development. Its purpose is to enable buyers to acquire buildings under construction under specific conditions that guarantee their rights. However, despite its advantages, this contract raises numerous legal issues, which are reflected in disputes that arise both before and after the acquisition of the building. This makes its study highly significant from both a theoretical and practical perspective.

This thesis examines these disputes in two main phases. The first phase concerns disputes arising before the acquisition of the building, including breaches of pre-contractual obligations by the real estate developer and their legal consequences. It also addresses issues related to the form of the off-plan sales contract and its compliance with formal legal requirements. This phase further includes disputes that may arise regarding the completion of the building and its price, especially in cases of delays or unjustified price modifications, as well as disputes related to delivery conformity and the extent to which the real estate developer adheres to the agreed specifications.

The second phase focuses on disputes that arise after the acquisition of the building, primarily those related to the guarantee of proper execution. The real estate developer is obligated to ensure the quality of construction work and to repair any apparent or hidden

defects that may emerge after delivery. This phase also includes issues concerning the guarantee of shared property in collective residential buildings.

Furthermore, the study addresses disputes related to the ten-year warranty, which holds the real estate developer liable for serious defects that may affect the durability and safety of the building for ten years from the date of its handover.

In light of these challenges, the thesis highlights the shortcomings of the current legal framework governing off-plan sales contracts and proposes a set of solutions and reforms aimed at strengthening buyer protection and ensuring the effective fulfillment of the developer's obligations. This, in turn, contributes to establishing a fair balance in the contractual relationship between the parties.

Keywords: Off-plan sales contract, real estate developer, subscriber, disputes, contractual liability, contractual obligation.