

خصائص عقد بيع العقار بناء على التصاميم

د. عياشي شعبان

كلية الحقوق

جامعة الإخوة منتوري

قسنطينة

ملخص:

تهدف هذه الدراسة إلى محاولة معرفة خصائص عقد بيع العقار على التصاميم هذا العقد يتميز عن البيع التقليدي الوارد على عقار موجود وقت التعاقد، من حيث أن الإلزام الرئيسي فيه، هو قيام البائع المرقى العقاري ببناء العقار المبيع خلال مدة محددة.

لذلك فإن تحديد خصائص هذا العقد الجديد، يقتضي منا البحث عما إذا كان هذا العقد يعتبر من العقود الزمنية على إعتبار أن الإلتزام الأساسي فيه هو القيام ببناء العقار المبيع خلال المدة المحددة في العقد، و هل هو من عقود الإذعان أم لا، نظرا لكون البائع المرقى العقاري يستقل بوضع شروطه.

الكلمات المفتاحية: خصائص ; عقد ; بيع ; العقار ; بناء ; التصاميم

مقدمة:

إن تسمية هذا النوع من البيع، البيع بناء على التصاميم(1)، أو البيع على التصاميم(2)، هي تسمية جديدة لم يعرفها القانون الجزائري إلا حديثا، أي منذ تدخل المشرع بتنظيمه لهذا البيع، إذ نظم أول مرة بموجب القانون رقم 07/86 المتعلق بالترقية العقارية، ثم بموجب المرسوم التشريعي رقم: 03/93 المتعلق بالانشاط العقاري الذي ألغى قانون الترقية العقارية السابق ذكره، ثم نظم أخيرا بمقتضى القانون رقم 11-04 المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية.

Résumé:

Cette étude vise de définir les caractères du contrat de vente d'immeuble sur plans. Le dit contrat se distingue de la vente traditionnelle d'immeuble au moment de la passation du contrat en tant que l'obligation principale y insérée consiste dans la construction par le vendeur promoteur immobilier d'un immeuble pendant une période déterminée.

Aussi, la détermination des caractères du nouveau contrat dont s'agit implique, dans cette recherche, la question de savoir s'il pouvait être regardé comme un contrat temporel, compte tenu, à cet égard, de l'obligation principale précitée et, s'il était ou non d'adhésion des lors que le vendeur promoteur immobilier jouir d'une indépendance dans la fixation de ses conditions.

وتجدر الإشارة إلى أن قانون الترقية العقارية، ومن بعده المرسوم المتعلق بالنشاط العقاري لم يعرفا هذا العقد الجديد، غير أن هذا الأمر لم يستمر طويلا، حيث بادر القانون رقم: 11-04 الذي يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية بتعريفه في المادة 28 التي تقضي على أن " عقد البيع على التصاميم لبنائية أو جزء من بناية مقرر بناؤها أو في طور البناء، هو العقد الذي يتضمن ويكرس تحويل حقوق الأرض وملكية البناء من طرف المرقي لفائدة المكتتب موازاة مع تقدم الأشغال، وفي المقابل يلتزم المكتتب بتسديد السعر كلما تقدم الإنجاز...".

يتضح من التعريف، أن الإلتزام الأساسي والجوهري الذي يضعه هذا العقد على عاتق البائع (المرقي العقاري)، هو الإلتزام بتحويل حقوق الأرض وملكية البناء لفائدة المشتري (المكتتب)، وأن الإلتزام الرئيسي الذي يضعه عقد البيع بناء على التصاميم على عاتق المشتري هو الوفاء بالثمن، أي أن هذا البيع حسب التعريف الوارد في المادة 28 من القانون رقم: 11-04 يتميز بعنصرين أساسيين، هما نقل الملكية و الثمن، وهما نفس العنصران اللذان يتميز بهما البيع بصفة عامة الذي عرفته المادة 351 من القانون المدني "البيع عقد يلتزم بمقتضاه البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقا ماليا آخر في مقابل ثمن نقدي".

أما المشرع الفرنسي الذي كان سابقا في تعريفه لعقد بيع العقار المقرر بناؤه أو أثناء الإنجاز، فقد عرفه في المادة 1601-1 المضافة إلى القانون المدني الفرنسي بموجب القانون رقم: 67-3 الصادر بتاريخ: 3 جانفي 1967 الذي نظم عقد بيع العقارات المقرر بناؤها، بأنه " بيع العقار المقرر بناؤه، هو الذي يلتزم بموجبه البائع ببناء (أو إقامة) عقار خلال مدة يحددها العقد" (3).

ويلاحظ أن هذا التعريف، أيا كان أمره -وعلى عكس القانون الجزائري- فقد تضمن عنصرين أساسيين لهذا العقد الجديد، بحيث لا يوجد عقد بيع بناء على التصاميم بدونهما، أو بدون أحدهما، وهما التزام البائع بالبناء، و المدة التي يقام خلالها البناء (4).

فالبائع في بيع العقار بناء على التصاميم، يتعين عليه أولا، وقبل كل شيء العمل على إيجاد العقار المتعاقد عليه، خلال المدة المحددة في العقد، ثم يقوم بعد تحقيق ذلك بنقل ملكيته إلى المشتري.

و بمقارنة تعريف المشرع الجزائري لعقد البيع بناء على التصاميم الوارد في المادة 28 من القانون رقم: 11-04 المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، بتعريفه لعقد البيع العادي بصفة عامة الوارد في المادة 351 من القانون المدني، نجد أن التعريفين لا يختلفان عن بعضهما إلا من حيث الشيء الذي يرد عليه محل التزام البائع بنقل أو تحويل الملكية في كليهما، ففي بيع العقار بناء على التصاميم، نجد البائع (المرقي العقاري) يلتزم بتحويل حقوق الأرض و ملكية البناء لفائدة المشتري (المكتتب) موازاة مع تقدم الأشغال، في حين نجد البائع في البيع العادي يلتزم بنقل ملكية شيء سواء كان هذا الشيء منقولا أو عقارا.

وعليه يمكننا القول بأن المشرع الجزائري قد أغفل عند تعريفه لعقد بيع العقار بناء على التصاميم تضمين هذا التعريف العنصر الأساسي والجوهري المميز لهذا العقد الجديد، وهو إلزام البائع بإقامة البناء المتفق عليه خلال المدة المحددة في العقد.

وبناء على ذلك، نحاول من جانبنا تعريف عقد البيع على التصاميم بأنه " هو العقد الذي يلزم بموجبه البائع (المرقي العقاري) ببناء العقار المتعاقد عليه خلال المدة التي يحددها العقد، وأن يأتي هذا البناء مطابقا للمواصفات و التصاميم و النماذج و الرسومات المتفق عليها، كما يلتزم بأن ينقل حقوقه على الأرض، وكذلك ملكية البناء المقام على الأرض و الموجود وقت إبرام البيع، وينقل

ملكية المنشآت التي ستقام مستقبلاً أولاً بأول إلى المشتري بمجرد الانتهاء منها، ويلتزم المشتري (المكاتب) بدفع الثمن حسب التقدم في أعمال البناء".

ويبين من هذا التعريف، أن عقد بيع العقار على التصاميم يتميز بعدة خصائص، منها ما يشترك فيها مع البيع العادي المنصب على عقار، ومنها ما يستقل بها هذا العقد.

فالخصائص التي يتشارك فيها مع البيع العادي الوارد على عقار يمكن تلخيصها في الآتي:
عقد بيع العقار بناء على التصاميم، عقد شكلي، ملزم للجانبين ومحدد القيمة، منجز على حياة المتعاقدين، ناقل للملكية، المقابل النقدي، لا يرد إلا على العقار ولكن هذا العقار غير موجود وقت التعاقد.

أما الصفات الخاصة التي نرى بأن عقد بيع العقار بناء على التصاميم ينفرد بها، تتمثل فيما إذا كان يعتبر من العقود الفورية أم الزمنية بالنظر إلى إلزام البائع فيه بإقامة البناء خلال مدة محددة في العقد، ثم ما إذا كانت شروط الإذعان تتوفر فيه أو لا على اعتبار أن المرفي العقاري ينفرد بوضع شروط البيع.

وهذا ما سنتناوله في المطلبين التاليين:

المطلب الأول:

- عقد بيع العقار بناء على التصاميم و العقود الفورية و الزمنية تصنف العقود حسب مدتها إلى عقود فورية و عقود مستمرة ، لذلك يثور التساؤل عن أي صنف من هذين العقدين ينتمي عقد بيع العقار بناء على التصاميم؟ تتوقف الإجابة على هذا التساؤل على تحديد معيار التفرقة بين العقود الفورية و العقود المستمرة.

الفرع الأول من المطلب الأول:

- معيار التفرقة بين العقود الفورية و العقود المستمرة العقد الفوري هو العقد الذي لا يكون عنصر الزمن فيه أساسياً فينفذ في الوقت الذي يحدده المتعاقدان، سواء صاحب التنفيذ إبرامه، أم تراخي إلى أجل أو آجال متتالية.

أما العقد المستمر، أو الزمني، أو عقد المدة فهو الذي يقاس الأداء الرئيسي فيه بالزمن، فالزمن يكون عنصر جوهرياً فيه.

يتضح مما سبق، أن المعيار الذي يفرق بين العقد الفوري و العقد المستمر هو عنصر الزمن، فالعقد الفوري تتحدد الالتزامات الناشئة عنه دون أن يكون لعنصر الزمن دخل فيها. أما العقد المستمر فتتحدد الالتزامات الناشئة عنه عن طريق الزمن. وتطبيقاً لذلك، فإن عقد البيع مثلاً عقد فوري لأن عنصر الزمن فيه معدوم، فنقل ملكية المبيع و تسليمه إلى المشتري يتم فوراً، و كذلك دفع الثمن إلى البائع، ولا يغير من طبيعة العقود الفورية الاتفاق على تأخير تسليم المبيع، أو تأجيل دفع الثمن، أو دفعه على أقساط، لأن ذلك لا أثر له في تحديد محل الالتزام الناشئ عن عقد البيع، و هو الثمن أو المبيع. فالزمن إذا كان قد تدخل هنا، فيكون عنصراً عرضياً لا جوهرياً لتحديد وقت التنفيذ (5). لا لتحديد الثمن.

و من أمثلة العقود المستمرة عقد الإيجار، لأن الزمن هو الذي يحدد مقدار المحل المعقود عليه، إذ أن الأداء الرئيسي فيه، و هو تمكين المستأجر من الانتفاع بالشيء المؤجر لمدة معينة، و يلتزم المستأجر من جهة أخرى بدفع الأجرة طوال مدة الإيجار مقابل الانتفاع المستمر بالشيء المؤجر.

الفرع الثاني:

هل عقد بيع العقار بناء على التصاميم فوري أم زمني قد رأينا من قبل، أن العنصر المميز لعقد بيع العقار بناء على التصاميم هو إلزام البائع بإقامة العقار المبيع خلال مدة معينة، و من ناحية المشتري فإنه يلتزم بدفع الثمن على أقساط أو دفعات، ومن ثم فإن تنفيذ كل من هذين الإلزامين يستغرق مدة من الزمن. لذلك يثور التساؤل عما إذا كان عنصر الزمن-المعيار الذي يعتمد عليه للتمييز بين العقد الفوري

و العقد المستمر-يدخل في عقد بيع العقار بناء على التصاميم، و من ثم يكون عقدا زمنيًا، أم لا دخل له فيه و بالتالي يكون عقدا فوريا كعقد البيع عموما. إن الإجابة على هذا التساؤل تتوقف في رأينا- على معرفة ما إذا كانت خصائص العقود الزمنية متوفرة في عقد البيع على التصاميم أم لا.

و في هذا الصدد يرى البعض(6) ، أن المشتري لا يدفع الثمن دفعة واحدة في بيع العقار بناء على التصاميم، و إنما يدفعه على أقساط متتالية حسب التقدم في أشغال البناء. وهكذا يستغرق تنفيذ الالتزام المشتري بالوفاء بالثمن فترة من الزمن هي المدة التي تدفع خلالها الأقساط. و من المعلوم أن الالتزام المشتري بدفع الثمن حتى و لو كان مؤجلا فإنه الالتزام فوري لا يدخل الزمن في تحديد مقداره، و إن كان يمكن أن يدخل بصفة عرضية لإرجاء تنفيذه، أما إذا كان للزمن دور في تحديد مقدار الثمن فإن الالتزام بالوفاء بالثمن يكون حينئذ التزاما زمنيا و يضرب لذلك المثال التالي " كثيرا ما يحدث الآن من إضافة نسبة معينة إلى الثمن مقابل الأجل الممنوح للمشتري فخصم 10 بالمئة أو 15 بالمئة من الثمن للدفع الفوري يعني ببساطة أن للزمن دور في تحديد محل الالتزام المشتري من حيث مقداره و مداه فهو مثلا خمسون ألف جنيه عند الدفع بالتقسيط، و أربعون ألفا فقط عند الدفع الفوري. و لا شك أن التقسيط لمدة طويلة ليس كالتقسيط لمدة صغيرة و مقدار الالتزام المشتري سيزيد دون شك في الفرض الأول عنه في الثاني" (7).

و يلخص صاحب هذا الرأي إلى القول بأن خصائص العقود الزمنية متوفرة في هذه الحالة، " فتنفيذ الالتزام المشتري بدفع الثمن يستغرق مدة من الزمن، كما أن للزمن هنا دورا أيا كان في تحديد مقدار الالتزام". غير أن ذلك لا يكفي لإعتبار عقد بيع عقار تحت الإنشاء، أي بناء على التصاميم عقدا زمنيا، لأن هذا الأخير يتحدد حسب هذا الإتجاه بالنظر إلى محل العقد أي المحل المعقود عليه، و محل العقد هو الإلتزامات التي يرتبها على عاتق طرفيه. فعقد بيع عقار على التصاميم يرتب في ذمة البائع إلتزام بنقل الملكية و تسليم العقار المبيع، و يرتب في ذمة المشتري إلتزام بدفع الثمن إحداهما فوري لإلتزام البائع، و الآخر زمني أو دوري للتنفيذ، إلتزام المشتري، فالأول ينفذ فورا، و الثاني ينفذ بصفة دورية، و ما دامت الإلتزامات في العقد الزمني تتقابل سواء من حيث وجودها أو من حيث تنفيذها(8) ، فإنه لا يمكن إعتبار بيع العقار قبل الإنجاز عقدا زمنيا لعدم وجود تقابل بين إلتزام البائع بالتسليم، و إلتزام المشتري بدفع الثمن من حيث تنفيذهما. فقيام المشتري بتنفيذ جزء من إلتزامه و دفع قسط من مجموع الأقساط لا يقابله تنفيذ جزء مقابل من إلتزام البائع، فهذا الأخير لا يسلم العقار المبيع على دفعات متتالية، و إنما يسلمه مرة واحدة بعد أن ينتهي من بنائه كلية.

بينما ذهب رأي آخر (9) إلى أن عقد بيع عقار بناء على التصاميم يعتبر من العقود الزمنية، و لكن ليس بالنظر إلى إلتزام المشتري بدفع الثمن على أقساط و إنما بالنظر إلى إلتزام البائع بالبناء لمدة معينة. فالزمن حسب هذا الإتجاه لا يدخل كعنصر في العقد، و ما تغيير الثمن هنا إلا مقابل تغيير طريقة تدهور قيمة النقود.

فمما لا شك فيه أن سداد ثمن العقار المبيع على سنوات يعرض البائع لخطر تدهور قيمة النقود، غير أنه لا يتعرض لهذا الخطر إذا كان الدفع فوري. فهذه الزيادة التي تضاف إلى الثمن مقابل التقسيط أو الأجل عبارة عن فوائد عن المدة التي أجل فيها الثمن و هي في العادة نسبة ضئيلة من الثمن أي أن الزمن و إن كان له دور في تحديد مقدار إلتزام المشتري بدفع الثمن و مداه إلا أنه دور محدود يجب عدم الإعتماد به و إبقاء البيع في هذا الفرض من العقود الفورية(10).

أما إلتزام البائع ببناء العقار المتعاقد عليه خلال المدة المتفق عليه ، فإنه لا يتصور الوفاء به في الحال، و أعمال البناء و التشييد تستغرق حتما مدة من الزمن، قد تصل في بعض الأحيان إلى العديد من السنوات (11) ، لذلك فإن الزمن يدخل فيه، و هذا يكفي لإعتبار عقد بيع العقار بناء على التصاميم من عقود المدة، و يستند أصحاب هذا الرأي في ذلك إلى فكرة الأداء المميز المعروفة في فقه القانون الدولي الخاص(12) . فكل عقد ينشأ في الحقيقة مجموعة من الإلتزامات على عاتق طرفيه، لكن أي عقد يتضمن إلتزاما أساسيا تتحدد ذاتيته و أحكامه إنطلاقا منه، و هذا الإلتزام هو ما يسميه فقه

القانون الدولي الخاص الأداء المميز، بمعنى الأداء الذي يميز العقد و يعطيه صفاته الأساسية، كالإلتزام بنقل الملكية في عقد البيع ، و الإلتزام بالتمكين من الإنتفاع في عقد الإيجار، و تقديم العمل في عقد عمل ، و ضمان الخطر في عقد التأمين(13).

ويضرب صاحب هذا الرأي مثلا - لتقريب الفكرة إلى ذهن - بعقد الإيجار، الذي يعتبر من عقود المدة، فقد يقال أن عقد الإيجار عقد زمني لأن الأجرة ممتدة في الزمن. و لكن الأجرة قد تدفع مرة واحدة، فهل يعني ذلك أن عقد الإيجار يكون في هذه الحالة عقدا فوريا، لأن ثمن (بدل) الإيجار دفع مرة واحدة. فإذا نظرنا إلى التزام المستأجر بالوفاء بالأجرة ، فإن طبيعة عقد الإيجار سوف تختلف - لا محال- من حالة إلى أخرى، تبعا لطريقة الوفاء بالأجرة. فإذا تم الوفاء بها مرة واحدة ، يكون العقد فوري، أما إذا كان الوفاء بها يتم على فترات فإنه يكون عقدا زمنيا(14) ، " مرة يكون عقدا زمنيا ، و مرة أخرى يكون عقدا فوريا". أما إذا نظرنا إلى الإلتزام المؤجر بالتمكين من الانتفاع فسوف نجد أنه ممتد في الزمن دائما و من ثم فإن العقد يكون عقد زمني مهما كانت الطريقة التي يتم بها الوفاء بالأجرة، أي سواء دفعت مرة واحدة، أو دفعت على أقساط شهرية، أو ثلاثية، أو سداسية، أو سنوية وما ذلك إلا لأن الإلتزام بالتمكين من الإنتفاع هو الأداء المميز لعقد الإيجار(15).

وهكذا فإن فكرة الإلتزام المميز التي أعتمد عليها صاحب هذا الرأي تلعب دورا مهما في التمييز بين العقد الفوري و العقد الزمني و بتطبيقها على عقد بيع عقار على التصاميم فإنه عقد زمني و ليس عقدا فوريا، و ما دام عقد زمني فإنه يمكن تطبيق نظرية الظروف الطارئة عليه. من المسلم به أن العقد المستمر هو المجال الطبيعي لتطبيق نظرية الظروف الطارئة، و ذلك لارتباطه بالزمن، و لأنه بقدر ما تكون مدة العقد طويلة، يكون احتمال تعرض المدين لتغيير الظروف الإقتصادية و النقدية أكبر.

أما في العقد الفوري، فلا مجال لتطبيق هذه النظرية، إلا إذا كان العقد مؤجل التنفيذ لمدة طويلة نسبية(16).

ولما كان المجال الطبيعي للنظرية هو العقود الزمنية، فإنه لا يمكن تطبيقها على عقد بيع عقار تحت الإنجاز وفقا للرأي الذي يرى فيه عقدا فوريا، فإذا جدت ظروف طارئة على عقد بيع عقار تحت الإنجاز فلا يجوز لأي من الطرفين البائع أو المشتري أن يتمسك بهذه النظرية، و لذا فإن مسaire هذا التكيف تؤدي إلى نتيجة خاطئة بالنسبة لأحد الطرفين أو الأخر(17).

لذا ، فنحن من جانبنا نأخذ بالرأي الذي أعتبر عقد بيع العقار على التصاميم عقد زمني و ذلك بالإعتماد على طبيعة الإلتزام المميز فيه و هو الإلتزام بإقامة العقار المتعاقد عليه خلال مدة معينة وهو بطبيعته إلتزام ممتد في الزمن ، وهكذا يؤدي العنصر المميز فيه إلى إزالة العوائق أمام تطبيق نظرية الظروف الطارئة على هذا العقد.

المطلب الثاني:

- عقد بيع العقار على التصاميم و عقود الأذعان من المتفق عليه في الفقه التقليدي أن العقد اتفاق بين طرفين متعادلين في الحقوق، و يناقشان شروط إتفاقهما بحرية غير أن الواقع يخالف ذلك تماما في كثير من الحالات فنادرا ما نجد إرادة الطرفين معا حرة فالطرف الأقوى إقتصاديا يمكنه أن يفرض شروطه على المتعاقد الأخر(18) ، وهذا الأخير ليس أمامه سوى إلا الرضوخ لهذه الشروط، أو عدم الرضوخ لها، ولكنه لا يستطيع أن يغير فيها ، سواء بالزيادة، أو النقصان، أو الحذف.

وللتعبير عن هذا الوضع العملي أطلق الفقه على العقود التي أختل التعادل فيها عقود الإذعان(19) فما المقصود بعقود الإذعان، وما هي الشروط التي يجب توافرها لانطباق هذا الوصف على عقد من العقود، ومدى انطباق تلك الشروط على عقد بيع العقار بناء على التصاميم. الفرع الأول من المطلب الثاني

خصائص عقد الإذعان لم تضع التشريعات تعريفا لعقد الإذعان، وإذا كان التعريف من صميم عمل الفقه، فإن الفقه لم يجمع على تعريف واحد لعقد الإذعان.

فسالي الذي يكاد يجمع كل الفقهاء في فرنسا على أنه هو صاحب أول فكرة للإذعان يرى أن "عقد الإذعان هو محض تغليب لإرادة واحدة تنصرف بصورة منفردة، وتملي قانونها ليس على فرد محدد بل على مجموعة غير محددة وتفرضها مسبقا ومن جانب واحد ولا ينقصها سوى إذعان من يقبل قانون العقد" (20).

ويعرف بعض الفقه العربي عقد الإذعان بأنه " هو العقد الذي يسلم فيه القابل بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها، وذلك فيما يتعلق بسلعة أو مرفق ضروري يكون محل احتكار قانوني أو فعلي، أو تكون المنافسة محدودة النطاق بشأنها" (21).

وقد عرفه بعض الفقهاء الجزائريين بأنه " هو ذلك العقد الذي يعد فيه الموجب ذو الإحتكار القانوني أو الفعلي، شروطا محددة غير قابلة للتعديل أو المناقشة، ويوجهها إلى الجمهور بصورة دائمة بقصد الإنظام إليهم، ويعرض بموجبها سلعة أو خدمة" (22).

بل أن هناك من الفقهاء (23) - وخصوصا فقهاء القانون العام - من أنكر الصفة العقدية على هذا العقد تنشئه الإرادة المنفردة للمحتكر، وليس عقدا (institution) قانونيا نظاما (و يرى فيه مركزا و من ثم يتعين تفسيره كما يفسر القانون ويراعى (Loi au sens matériel) ويكون قانونا بالمعنى المادي لهذا الاصطلاح في تطبيقه العدالة، وينظر فيه إلى ما تقتضيه الروابط الاقتصادية، التي وضع لتنظيمها (24).

لكن الاتجاه الغالب في الفقه المدني يرى أنه عقد حقيقي له الصفة العقدية كغيره من العقود، يتم بتطابق إرادتين و يخضع للقواعد التي تخضع لها العقود الأخرى. فالقانون لا يستلزم لقيام العقد أن تجري المساومة بين طرفيه في مضمونه قبل إبرامه، ولا تتحقق بينهما المساواة الاجتماعية أو الاقتصادية.

ولقد أعتبرته القوانين العربية (25)، ومنهـا القانون المدني الجزائري عقدا بمعنى الكلمة (المادة 70 من القانون المدني) (26).

و يتميز عقد الإذعان عن غيره بخصائص أساسية نوجزها في الآتي:

1- أن يكون الموجب في مركز إقتصادي متفوق، لما يتمتع به من إحتكار قانوني أو فعلي، أو لكونه المنافسة محدودة النطاق بالنسبة إليه، بحيث يجعله تفوقه قادرا من الوجهة العملية على فرض شروطه على المتعاقدين الآخرين.

2- أن يتعلق العقد بسلعة أو خدمة ضرورية، أو تعد من الأوليات بالنسبة للمستهلك أو المنتفعين، بحيث لا يستطيع الناس الاستغناء عنها في حياتهم، و لهذا لا يعد التعاقد مع المحلات التي تتعامل بأسعار محددة لا تقبل مساومة فيها من قبيل عقود الإذعان مادامت السلع التي يرد التعاقد عليها لا تعد من الأوليات ولا تنعدم فيها المنافسة أو تقل إلى حد كبير. وعلى نقيض ذلك يعد التعاقد مع شركة المياه تعاقدًا بطريق الإذعان لأن المياه تعد من الأوليات التي تنعدم المنافسة بشأنها مما يحمل الأفراد على التسليم بالشروط العامة المقررة التي تضعها شركة المياه ولا تقبل مناقشة فيها (27).

3- أن يقوم مقدم السلعة أو الخدمة بعرضها على جمهور المستهلكين كافة وفقا لشروط متماثلة على السدوم ومقررة سلفا، و التي يكون لها طابعا نموذجيا أو نظاميا (28). ولا يقبل نقاشا فيها و الغالب تكون الشروط مطبوعة و على جانب كبير من الدقة و التعقيد بحيث لا يفهمها الشخص العادي، و هي في مصلحة الموجب (29) ويكون الإيجاب في عقود الإذعان عن طريق عرض السلعة أو الخدمة على كافة جمهور المستهلكين، وهذا العرض يعد باتا و دائما ، و طالما كان الإيجاب دائما في مثل هذه العقود ، فإن عقد الإذعان يتم بشكل نهائي، بمجرد قبول أي شخص للشروط الموضوعة مقدما ، و من ثم فلا يستطيع عارض السلعة أو الخدمة أن يتحلل من العقد ، بأن يرفض التعاقد مع أي شخص يقبل هذه الشروط وإلا ترتب على ذلك تحقق مسؤوليته العقدية.

أما القبول في عقود الإذعان ، فيتم برضوخ الطرف الآخر وهو المستهلك لهذه الشروط الموضوعية مقدما ، دون أن يناقش أي شرط من هذه الشروط وهذا ما قرره القانون (المادة: 70 من القانون المدني الجزائري).

و الواقع من الأمر أن الموجب (مقدم الخدمة) في مثل هذه العقود يعرض إيجابه في شكل بات و نهائي ، ولا يقبل المناقشة أو المساومة ، وبحيث لا يكون أمام الطرف الآخر (المستهلك) إما أن يقبل التعاقد أو يرفض التعاقد(30).

هذه هي الصفات التي تتصف بها عقود الإذعان و التي يترتب على تحققها وصف العقد الذي أبرم طبقا لها بأنه من عقود الإذعان، لذلك يثور التساؤل عما إذا كانت هذه الشروط تتوافر في عقد بيع العقار بناء على التصاميم ومن ثم يمكن وصفه بأنه عقد إذعان ، أم لا تتوافر فيه وهذا ما سنعرض له في الفرع الثاني يلي:

الفرع الثاني:

- مدي اعتبار عقد بيع العقار بناء على التصاميم عقد إذعان

إذا كان من المعروف قديما، أن البناء لكي يقوم بإنتاج سكن ينتظر حتى يطلب منه الزبون ذلك ، فإن الأمر لم يعد كذلك في الوقت الحاضر فإن البناء(مقدم الخدمة أو السلعة)هو الذي يبادر بإعلان مشروع البناء ، ثم يعرض البيع على الزبائن، وهذا يعني أن التعاقد في عقد بيع العقار بناء على التصاميم يتم بناء على إيجاب يصدر من مقدم السلعة (بائع العقار) ثم قبول من طرف المشتري الذي يوافق على الشروط التي وضعها المرقمي العقاري(البائع) دون مناقشة. وفي هذا الصدد تنص المادة 70 من القانون المدني الجزائري على أن " يحصل القبول في عقد الإذعان بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها".

وإذا كان يبدو للوهلة الأولى أنه من الصعب وصف عقد بيع العقار بناء على التصاميم بأنه عقد إذعان بالنظر إلى عدم توافر فيه عنصر الإحتكار القانوني أو الفعلي للسلعة المتعاقد عليها المتمثلة في العقار المبيع.

غير أن قيام المرقمين العقاريين باعتبارهم الطرف القوي في التعاقد من الناحية الإقتصادية يعرض مشروع المساكن المزمع بناؤها على كافة الناس بشروط مماثلة تعد سلفا من قبلهم، ولا يقبلوا نقاشا فيها. ومن يريد أن يتعاقد بهذه الطريقة يختار بين أن يقبل التعاقد بالشروط التي حددها المرقمي العقاري، أو يرفض التعاقد من أساسه ، فالمشتري لا يسمح له بمناقشة شروط العقد وليس أمامه -إذا أراد-سوى الإنضمام إلى مشروع الإسكان الذي أعد بعيدا عنه، ودون تدخل منه(31). و المعروف عليه كما هو معروض على غيره من المترشحين للملكية.وعليه فإن شبهة موافقة المشتري على العقد بالشروط التي انفرد بوضعها المرقمي العقاري دون مناقشتها عن رضا كامل تبقى قائمة خاصة مع أزمة السكن الحالية ، وحاجة الناس إليه.ولعل ما يؤكد ذلك هو شدة إقبال الناس وتسابقهم على شراء المساكن المعلن على إنجازها بصيغة البيع بناء على التصاميم، التي لقيت رواجاً كبيراً في الحياة العملية، كذلك فإن حرص المشرع على حماية مشتري العقار بناء على التصاميم بنصه على وجوب تحرير هذا العقد وفق النموذج الذي قرره قرينة على مراعاة هذا الجانب وما يترتب عليه من آثار قانونية خاصة بتسلك العقود(32).

ومما لا شك فيه أن محل عقد بيع العقار قبل الإنجاز وهو العقار المبيع خاصة إذا كان مخصصا للسكن فإنه يعتبر سلعة ضرورية، لا يستطيع الناس الاستغناء عنه في حياتهم (33) فهو من ضروريات الحياة ولا تستقيم حياة الأفراد بدونه، فحاجة الناس إلى السكن لا تقل أهمية عن حاجتهم إلى المأكل و الملابس، بل أنه يأتي من حيث الأهمية في رأي البعض (34) قبل الكهرباء و الغاز و التلفون و هي خدمات أساسية للأفراد ، و العقود التي تيرم بشأنها تدخل في دائرة عقود الإذعان.

وإن الأفراد لا يمكنهم التعاقد عليها إذ لم تكن لديهم مساكن يحتاجون إلى تزويدها بمثل هذه السلع أو الخدمات.

و الخلاصة أنه إذا كان ليس من السهل إعتبار عقد بيع العقار بناء على التصاميم من عقود الإذعان، لعدم وجود إحتكار قانوني أو فعلي لبيع المساكن قبل إنجازها من طرف المرقيين العقاريين الذين بلغ عددهم على المستوى الوطني-حسب إحصائيات وزارة السكن سنة 2009-قراية 1277 مرقي عقاري غير أن حاجة الناس إلى السكن باعتباره سلعة أساسية في حياتهم، وأمام أزمة الإسكان الخائفة التي تعيشها البلاد رغم المجهودات الجبارة التي بذلتها الدولة في هذا الميدان. تجعلهم يرضخون للشروط التي يضعها المرقي العقاري البائع دون مناقشة.

لذلك فإن العقود التي تبرم بصيغة البيع على التصاميم تدخل في رأينا-في نطاق عقود الإذعان(35) على الأقل في الوقت الحاضر الذي لا تزال فيه أزمة الإسكان الطاحنة قائمة.

ضف إلى ذلك أن المفهوم الحديث لعقد الإذعان يقوم على فكرة واسعة، هي أن عقد الإذعان يتم إعداده مسبقا حيث يتولى أحد أطرافه تحديد مضمونه ببيان الحقوق و الإلتزامات الناتجة عنه بالطريقة التي تحقق مصلحته، دون أن يكون للطرف الآخر حق مناقشة ذلك المضمون. وكفي ذلك لتوافر علاقة الإذعان و لا محل لإشتراط توافر الإحتكار القانوني أو الفعلي لسلعة ضرورية كمعيار للعلاقة بين طرف قسوي إقتصادي وأخر ضعيف بل يكفي مجرد إستقلال شخص محترف أو منتج بإعداد العقد مقدما ويفرض شروطه على عملائه لأن تلك الشروط تتفق غالبا مع شروط منافسية في السوق ولا يكون أمام المستهلك سوى قبول هذه الشروط التي قد تتسم بالتعسف، وهنا تبدو أهمية الأخذ

بالمفهوم الموسع لعقد الإذعان لمواجهة تلك الشروط(36). وذلك يهدف إلى توفير الحماية القانونية للمستهلك.

و الخلاصة من كل ما تقدم، هي إن عقد بيع العقار بناء على التصاميم، يعتبر من الصور الحديثة لعقود الإذعان، بالاعتماد على الفكرة الموسعة التي يقوم عليها المفهوم الحديث لعقد الإذعان، و ذلك حماية لمشتري العقار على التصاميم، من الشروط التي يستقل المرقي العقاري بوضعها، و التي قد تتسم بالتعسف.

الخاتمة:

تنتهي إلى أن عقد بيع العقار بناء على التصاميم يعتبر من العقود الزمنية بالنظر إلى أن العنصر المميز له، وهو الإلتزام بالبناء خلال المدة المحددة في العقد، وهو من الصور الحديثة لعقود الإذعان، بالاعتماد على الفكرة الموسعة التي يقوم عليها المفهوم الحديث لعقد الإذعان، وذلك حماية لمشتري العقار على التصاميم، من الشروط التي يستقل المرقي العقاري بوضعها، و التي قد تتسم بالتعسف.

- الهوامش والمراجع :

- (1) تسميته طبقا للمرسوم التشريعي رقم 93-03 المتعلق بالنشاط العقاري.
- (2) تسميته وفقا للقانون رقم 11-4 المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية. وقد أخفق المشرع - في رأينا - في تسمية هذا البيع، بالبيع بناء على التصاميم، أو البيع على التصاميم، لأن عبارة البيع بناء على التصاميم، أو البيع بناء على التصاميم، عبارة عامة، فقد تفهم على أنها تشمل المنقول و العقار على سواء كبيع السفينة مثلا قبل البدء في بنائها، لذلك نحن نفضل تسمية هذا البيع ببيع العقار بناء على التصاميم.

(3) –l'article 1601 -1 du code civile. (la vente d'immeuble à construire est celle par laquelle le vendeur s'oblige à édifier un immeuble dans un délai déterminé par le contrat.)

(4) Jean –Bernard Auby Hugues¹ Périnet-Marquet ; droit de l'urbanisme et de la construction, 7 édition ,Montchrestien,2004.n.1485.p886.

(5) راجع في هذا المعنى : عبد الرزاق أحمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الإلتزام بوجه عام، مصادر الإلتزام ، الجزء الأول العقد- العمل غير المشروع- الإلتزام بال سبب- القانون 1952، دار النشر للجامعات المصرية، رقم: 64 ص 166 – محمد صبري السعدي: القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للإلتزامات ، مصادر الإلتزام، الكتاب الأول، المصادر الإرادية ، العقد و الإرادة المنفردة، دار الكتاب الحديث. 2003 ف 53 ص 71- جلال علي العدوي: أصول الإلتزامات مصادر الإلتزام، سنة 1997، منشأة المعارف بالإسكندرية، رقم: 139 ص 69- رمضان أبو السعود: النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام، سنة 2002، دار المطبوعات الجامعية ص 27- فتحي عبد الرحيم عبد الله : شرح النظرية العامة للإلتزام، الكتاب الأول ، مصادر الإلتزام ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، الطبعة الثالثة، سنة 2001. رقم : 24 ص 40- أحمد شوقي محمد عبد الرحمان: النظرية العامة للإلتزام، العقد و الإرادة المنفردة في الفقه و قضاء النقض المصري و الفرنسي، منشأة المعارف بالإسكندرية، سنة 2004. رقم: 33 ص 30 – علي علي سليمان: النظرية العامة للإلتزام ، مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري ، الطبعة السادسة ، ديوان المطبوعات الجامعية ، سنة 2006.

رقم: 20 ص – محمد محي الدين إبراهيم سليم : نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدني و الفقه الإسلامي" دراسة مقارنة". دار المطبوعات الجامعية، سنة 2007. ص 152.

(6) محمد المرسي زهرة: المرجع السابق، ف 44. ص 85-86.

(7) محمد المرسي زهرة: المرجع السابق، ف 44. ص 85-86.

(8) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، نظرية الإلتزام بوجه عام، ف 66 ص 168.

(9) إبراهيم عثمان بلال ، الرسالة السابقة، ص 109.

(10) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، نظرية الإلتزام، رقم 64 ص 165.

(11) أحمد شرف الدين: عقود عمليات البناء و تسوية منازعاتها، بنك التعمير و الإسكان، سنة 2008، ص 31.

(12) هشام صادق : القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ، طبعة 1995 ص 348- أحمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع و الإختبار بين الشرائع، الطبعة الأولى ص 1104 بند 797 أوردهما إبراهيم عثمان بلال ، الرسالة السابقة ، صفحة 109 هامش 8.

(13) إبراهيم عثمان بلال: الرسالة السابقة ص 110.

(14) لم يقل أحد بأن عقد الإيجار يصبح فوراً إذا دفعت الأجرة دفعة واحدة.

(15) في نفس المعنى: إبراهيم عثمان بلال : الرسالة السابقة ص 110.

(16) ولعل هذا ما جعل صاحب الرأي الذي يرى في عقد البيع على التصاميم عقد فوري إلى القول (بأن عقد بيع عقار تحت الإنشاء، يعتبر كالبيع عموماً من العقود الفورية، رغم ما يتضمنه هذا العقد من بعض مظاهر العقد الزمني، و لعل هذا ما يفسر تطبيق نظرية الظروف الطارئة على عقود بيع عقارات تحت الإنشاء). راجع في هذا المعنى: محمد المرسي زهرة، المرجع السابق ف 44 ص، 87- وراجع أيضاً ، محمد حسين منصور، مصادر الإلتزام، العقد والإرادة المنفردة، الدار الجامعية، سنة 2000 ، ص 67.

إذ يقول : أما العقود الفورية فإنه ينذر تطبيق نظرية الظروف الطارئة عليها ، و يتم ذلك في الحالات التي يكون تنفيذ العقد مؤجلاً أو يقترن بتنفيذ أحد الإلتزامات الناشئة عنه بأجل يؤخر هذا

التنفيذ ، كعقد بيع مسكن تحت الإنشاء.- و راجع عكس ذلك، سعيد السيد علي، نظرية الظروف الطارئة في العقود الإدارية و الشريعة الإسلامية ، دراسة مقارنة، سنة 2006، دار الكتاب الحديث.ص 82 و 83، و الذي يرى بأنه ليس ثمة ما يمنع من تطبيق نظرية الظروف الطارئة متى توافرت شروطها إذا كان العقد غير متسراخ التنفيذ و طرأت حوادث إستثنائية عقب إبرامه مباشرة، و إن كان ذلك نادر الوقوع عملا.

فالفيصل في تطبيق النظرية هو توافر شروطها، بغض النظر عما إذا كان العقد متسراخ التنفيذ أو غير متسراخ، فعدم تطبيق النظرية بالنسبة للعقود الفورية أو العقود غير متسراخية التنفيذ في بعض الفروض لا يرجع إلى طبيعة خاصة بهذه الطائفة من العقود، و إنما فقط بسبب عدم توافر شروط تطبيق النظرية و بصفة خاصة شرط " عدم التوقع" و الذي لا يكون له فرصة من الناحية العملية للتحقق بسبب قصر مدة التنفيذ.

(17) إبراهيم عثمان بلال ن الرسالة السابقة، ص 111.

(18) محمد شريف عبد الرحمان أحمد عبد الرحمان، عقود الإذعان، دار النهضة العربية سنة 2007، ص 147 و 148- حبيب إبراهيم الخليفي، مسؤولية الممتنع المدني و الجنائية في المجتمع الإشتراكي، ديوان المطبوعات الجامعية، 1979 ص 200- رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 34- جاك غوستان، المطول في القانون المدني، ترجمة منصور القاضي، تكوين العقد، المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع، الطبعة الثانية، سنة 2008 ف 94، ص 95- محمد محي الدين إبراهيم سليم، نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدني و الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة ، سنة 2007، دار المطبوعات الجامعية، ص 538.

Alex weille françois terré ; droit civil les obligations, deuxième édition 1975. dalloz n.94 p 94- françois terré philippe simler yves lequette ; droit civil les obligations, 7 édition 1999, précis dalloz 1998.p29.

(19) ولقد شاع في فرنسا تسمية هذه العقود بعقود الإنضمام لأن من يقبل العقد ينظم إليه دون مناقشة، إلا أن الأستاذ الدكتور المرحوم عبد الرزاق أحمد السنهوري، قد أثار أن يصفها بعقود الإذعان لما يشعر به هذا التعبير من معنى الإضطراب في القبول، بينما الإنضمام أوسع دلالة من ذلك إذ يشمل عقد الإذعان و غيره من العقود التي ينظم إليها القابل دون مناقشة. راجع عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الإلتزام بوجه عام، مصادر الإلتزام. العقد- العمل غير مشروع-ا لإثراء بلا سبب- القانون، دار النشر للجامعات المصرية، سنة 1952 ف 116 ص 229 هامش 1- و راجع أيضا محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني، النظرية العامة للإلتزام ، الجزء الأول، مصادر الإلتزام، المصادر الإرادية، العقد و الإرادة المنفردة، مطبعة رياض دمشق، 1981، 1980 ف 87 ص 79- محمد محي الدين إبراهيم سليم، المرجع السابق ص 539.

(20) Saleilles de la déclaration de volante , contribution à l'étude de l'acte juridique dans le code civil allemande. paris. 1929N 89p229.

(21) عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية ط 1974، أورد له عشب محفوظ بن حامد، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري و المقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، سنة 1930 ص 24 هامش 26.

(22) لعشب محفوظ بن حامد، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري و المقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، سنة 1990 ص 31.

(23) راجع في هذا محمد شريف عبد الرحمان أحمد عبد الرحمان ، المرجع السابق ص 49- علي علي سليمان، النظرية العامة للإلتزام ، مصادر إلتزام في القانون المدني الجزائري، الطبعة السادسة، سنة 2006، ديوان المطبوعات الجامعية. ف 25، ص 26، و ف 33 ص 39.

(24) محمد صبري السعدي، القانون المدني الجزائري ، النظرية العامة للإلتزامات ، مصادر الإلتزام، الكتاب الأول، المصادر الإرادية، العقد و الإرادة المنفردة. دار الكتاب الحديث، 2003 ص 135 هامش

- 113- عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق الوسيط، نظرية الالتزام بوجه عام ، ص 293 بند 116.
- (25) علي علي سليمان، المرجع السابق، رقم 25 ص 26.
- (26) ويتطابق النص مع نص المادة 100 مدني مصري، 101 مدني سوري، المادة 100 مدني ليبي، المادة 75 سودانسي
- (27) جلال علي العدوي، أصول الإلتزامات، مصادر الإلتزام ، سنة 1997، منشأة المعارف بالإسكندرية، رقم 110 ص 55-محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 73.
- (28) مصطفى محمد الجمال، جلال علي العدوي، أصول المعاملات، دار الفكر العربي، دون تاريخ ، ص 138 و 139.
- (29) محمد وحيد سوار، المرجع السابق ، ف 88 ص 81 .
- (30) محمد شريف عبد الرحمان أحمد عبد الرحمان، المرجع السابق ص 19-علي علي سليمان ، المرجع السابق رقم : 25 ص 2
- (31) voir en sens : Jacques tartanson :lavent d'immeuble a construire jusqu 'a la délivrance loi du 3 janvier 1967. p128.
- (32) راجع في هذا المعنى: الطيب زروتي، حماية مشتري العقار في البيع على التصاميم طبقا للمرسوم 03/93، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و السياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، الجزء 42 عدد خاص سنة 2001، ص 57.
- (33) وقد قضت محكمة النقض المصرية بأنه" من خصائص عقود الإذعان، أنها تتعلق بسلع أو مرافق تعتبر من الضروريات و يكون فيها إحتكار الموجب إحتكارا قانونيا أو فعليا و تكون سيطرته عليها من شأنها أن تجعل المنافسة فيها محدودة النطاق، وأن يكون صدور الإيجاب منه إلى الناس كافة و بشروط واحدة، ولمدة غير محدودة ، و السلع الضرورية هي التي لا غنى عنها للناس و التي لا تستقيم مصالحهم بدونها بحيث يكونون في وضع يضطروهم إلى التعاقد بشأنها ولا يمكنهم رفض الشروط التي يضعها ولو كانت جائرة شديدة".نقص مدني في: 13 فيفري سنة 1978، في الطعن رقم: 726 لسنة 44 قضائية-غير منشور. اشار إليه محمد صبري السعدي، المرجع السابق، النظرية العامة للإلتزامات.ص 134 فقرة 109 هامش: 112.
- (34) محمد المرسي زهرة: بيع المباني تحت الإنشاء، دراسة مقارنة في القانون المصري و الكويتي و الفرنسي، الطبعة الأولى 1989 ، ف 501 ص 101.
- (35) ويرى البعض أن عقود حجز الوحدات السكنية على سبيل التمليك تعد من الصور الجديدة لعقد الإذعان، ذلك أنه بسبب أزمة الإسكان الحالية، فإن مجال المعاملات العقارية يعتبر من أهم المجالات التي يظهر إختلال التعادل في روابطها التعاقدية، بسبب استغلال أحد الطرفين لهذه الأزمة لمصلحته على حساب الطرف الآخر، ومن أهم صور هذا الإختلال الحالي أن يعلن بعض الأشخاص الطبيعيين أو الاعتباريين عن طرح الوحدات و الشقق السكنية للبيع لمن يرغب. فيأتي الأفراد و يتعاقدون مع هؤلاء بعقود بيع و حجز هذه الوحدات التي لم يتم إنشاؤها معتمدين في معرفة مواصفاتها الأساسية و التفصيلية على البيانات و المعلومات التي يدلي بها بائع الشقق، بتأثير حاجتهم إلى التعاقد و الحصول على السكن. راجع في نفس هذا المعنى: نزيه محمد الصادق المهدي، الإلتزام قبل التعاقد بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد و تطبيقاته على بعض أنواع العقود" دراسة مقارنة" ، دار النهضة العربية. 1982 ص 4 و 226 و 227.
- (36) راجع في هذا المعنى: محمد حسين منصور مصادر إلتزام ، العقد و الإرادة المنفردة ، الدار الجامعية، سنة 2000، ص 74.