

حماية المستهلك من الشروط التعسفية

الواردة في عقد بيع عقار على التصاميم في القانون الجزائري

Consumer protection from the arbitrary conditions contained in the real estate sale contract on designs in Algerian law

كريمة بركات¹

كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة البويرة

karimabk399@gmail.com

تاريخ الوصول 2021/02/11 القبول 2021/07/12 النشر على الخط 2022/03/15

Received 11/02/2021 Accepted 12/07/2021 Published online 15/03/2022

ملخص:

اهتم المشرع بالمستهلك باعتباره الطرف الضعيف في عقد بيع عقار على التصاميم، بحيث رافقه بالحماية القانونية طوال فترة إبرام العقد وبعده، مما قد يدرجه المرقى العقاري فيه من شروط تعسفية تهدد حقوقه، وتخل بالتوازن العقدي، وقد حددها المشرع في نصوص قانونية كثيرة: كالقانون رقم 04-02، المرسوم التنفيذي رقم 06-306، والقانون رقم 11-04 الذي يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية. هذا الأخير ألقى التزامات مشددة على عاتق المرقى العقاري كما جاء بضمانات تحمي المستهلك من تعسف هذا الأخير، ووضع آليات لرقابة الشروط التعسفية والتصدي لها. وتتعلق إشكالية الموضوع أساساً بتوضيح إلى أي مدى وفق المشرع الجزائري من خلال النصوص القانونية المنظمة، في ضبط أحكام عقد بيع العقار على التصاميم بطريقة يوفر بها الحماية اللازمة للمستهلك من الشروط التعسفية المدرجة فيه؟

الكلمات المفتاحية : عقد بيع عقار على التصاميم - مرقى عقاري - مستهلك (مكتتب) - شروط تعسفية - رقابة.

Abstract :

The legislator cared about the consumer as the weak party in the contract of selling a property based on the designs, so that he was accompanied by legal protection throughout the period of concluding the contract and after it, which may be included by the real estate promoter in it from arbitrary terms that threaten the rights of the consumer, since they disturb the contractual balance, and the legislator has defined them in legal texts many: Law 04-02, and Ex- Decree 06-306, and Law 11-04 that defines the rules governing the promotion activity. The problem of the matter is mainly related to clarifying the extent to which the Algerian legislator has according to the texts regulating the provisions of the real estate sale contract on designs in a way that provides the necessary protection to consumer from the arbitrary conditions included in it?

Keywords: Real estate sale contract on designs- Consumer (underwriter)- Real estate promoter- Arbitrary conditions- Control.

مقدمة:

تم تنظيم عقد البيع على التصاميم لأول مرة في الجزائر، بموجب المرسوم التشريعي رقم 93-03 المؤرخ في 01 مارس 1993 المتعلق بالنشاط العقاري¹، الذي ألغى القانون رقم 86-07 المؤرخ في 04 مارس 1986 المتعلق بالترقية العقارية²، ثم بموجب القانون رقم 11-04 المؤرخ في 17 أبريل 2011 المحدد للقواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية والملغي للمرسوم رقم 93-03³. حاول المشرع الجزائري من خلال هذا العقد تسهيل تحقيق هدف إقضاء سكن عن طريق عقد⁴ يتمكن بموجبه المستهلك المشتري من الدفع بالتقسيط لثمن العقار المراد شرائه، قبل بنائه بل سيتم بناء هذه السكنات أو جزء منها بالأموال التي يدفعها المشترون بالتقسيط، موازاة مع تقدم الأشغال التي يقوم بها مرقى عقاري فوق أرض يمتلكها، هذا العقد سماه المشرع الجزائري عقد البيع على التصاميم⁴ Le contrat de vente sur plan.

كما يعد عقد البيع على التصاميم وسيلة قانونية، تحقق فائدة للمرقى العقاري وللمستهلك المقتني في نفس الوقت، لكنها من الناحية التطبيقية لا تخلو من مخاطر ومن نزاعات تتعلق في كثير الأحيان بالشكل أو بدفع الثمن أو ترك المرقى العقاري أشغال البناء دون إنهاؤها بالرغم من دفع الثمن من طرف المقتني، كما

أنه عادة ما يحتوي هذا العقد -شأنه شأن العقود الأخرى المتضمنة نقل ملكية العقارات السكنية أو المهنية-

في طياته على شروط تعسفية مكتوبة في العقد أو غير مكتوبة، يفرضها الطرف القوي وهو المرقى العقاري

(المتعامل الاقتصادي)، على الطرف الضعيف وهو المكتب (المستهلك)؛ لذلك جاء القانون رقم 11-04 بعدة تعديلات تهدف إلى حماية المستهلك، وشدد شروط الالتحاق بمهنة المرقى العقاري، كما نظم أخلاقيات هذه المهنة مع إدراج ضمانات وحماية إضافية للمكتب.

وبناء عليها ارتأينا طرح الإشكالية التالية: إلى أي مدى وفق المشرع الجزائري من خلال النصوص القانونية المنظمة، في ضبط

أحكام هذا العقد بطريقة يوفر بها الحماية اللازمة للمستهلك من الشروط التعسفية المدرجة فيه؟

من أجل معالجة هذه الإشكالية تم الاعتماد على المنهج الاستقرائي وذلك بتتبع النصوص القانونية وآراء الفقهاء التي تناولت الموضوع، مع الاستعانة بآليات المنهج الوصفي وكذا التحليلي عند شرح النصوص القانونية المتعلقة بعقد بيع عقار على التصاميم.

¹ - مرسوم تشريعي رقم 93-03 مؤرخ في 01 مارس 1993، يتعلق بالنشاط العقاري، ج ر العدد 14 الصادر في 30 مارس 1993.

² - قانون رقم 86-07 مؤرخ في 4 مارس سنة 1986، يتعلق بالترقية العقارية، ج ر العدد 10، الصادر في 5 مارس 1986.

³ - قانون رقم 11-04 المؤرخ في 17 فبراير سنة 2011، يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، ج ر العدد 14، الصادر في 6 مارس 2011.

⁴ - سبق المشرع الفرنسي نظيره الجزائري في النص على هذا العقد، و سماه بعقد البيع في طور الإنجاز le contrat de vente en état futur d'achèvement وقبل تاريخ 03 جانفي 1967 لم يكن عقد البيع على التصاميم موضوع أي تشريع فرنسي، وكانت عملية بيع بناية لم يتم إنشاؤها بعد تتم عن طريق عقد وكالة، ولم يكن هناك مرقى عقاري بل كان للبائع صفة المقاول، يرم عقد وكالة مع المشتري لإنجاز بنايات تؤول له ملكيتها بعد إتمام البناية، وكانت تسمى هذه التقنية بتقنية Grenoble ومفادها أن مجموعة من الأشخاص يشترون على الشيوع قطعة أرض ويبرمون عقد وكالة مع مقاول لإنجاز بناية جماعية، وكل مشتري يصبح مالكا لجزء منها كشقة مثلا.

Cyrille Zimmer, les garanties de bonne fin d'achèvement dans les ventes en état futur d'achèvement garanties réelles ou garanties virtuelles ?. thèses de doctorat, université panthéon- assas (paris II), 2003, p.17.

ولذلك نقوم بتفصيل الموضوع من خلال ثلاثة مباحث، نخصص الأول لتحديد مفهوم عقد بيع عقار على التصاميم، والثاني لدراسة اختلال التوازن العقدي بين المستهلك المكتتب والمرقي العقاري في ظل هذا العقد، كما نتناول في المبحث الثالث آليات الرقابة على الشروط التعسفية في عقد بيع عقار على التصاميم.

المبحث الأول: مفهوم عقد بيع عقار على التصاميم

أفرد المشرع لعقد بيع عقار على التصاميم نصوصا خاصة لتنظيمه، حيث يخضع في أحكامه للقانون رقم 11-04 السالف الذكر، ويعد أهم تقنية من تقنيات الترقية العقارية لكن تظل معاملته مجهولة، الأمر الذي يتطلب تحديد تعريفه وطبيعته القانونية (المطلب الأول)، وكذا تحديد أطرافه (المطلب الثاني).

المطلب الأول : تعريف عقد بيع عقار على التصاميم وطبيعته القانونية

وردت عدة تعاريف لعقد بيع عقار على التصاميم، وللوصول إلى تعريف شامل له، يجب الرجوع إلى ما ذهب إليه المشرع الجزائري في النصوص الخاصة، مع الوقوف عند التعاريف الفقهية، ثم نحاول بعدها تبيان أهم خصائصه (الفرع الأول)، لنصل في الأخير لتحديد الطبيعة القانونية لهذا العقد (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تعريف عقد بيع عقار على التصاميم وخصائصه

اختلفت الآراء الفقهية بشأن تعريف عقد بيع عقار على التصاميم، حيث سنحاول التطرق إلى بعضها، كما أن المشرع قد أدرج تعريفا لهذا العقد في ظل القانون رقم 11-04 السالف الذكر (أولا)، ثم نأتي لإبراز أهم الخصائص التي يتميز بها العقد (ثانيا).

أولا: تعريف عقد بيع عقار على التصاميم

سنقدم بعض التعاريف الفقهية لعقد بيع عقار على التصاميم، وكذا تعريفه القانوني.

أ-التعريف الفقهي لعقد بيع عقار على التصاميم

وردت عدة تعاريف فقهية لعقد بيع العقار على التصاميم، لكن سنحاول التطرق إلى أشملها وأدقها، حيث عرف بأنه: «عقد محله بيع عقار في طور التشييد، يلتزم بمقتضاه المرقي - البائع - بأن يتم تشييده في الأجل المتفق عليه، وبالمواصفات المطلوبة، وأن ينقل ملكيته للمشتري الذي يلتزم بدوره بأن يدفع للبائع أثناء التشييد دفعات مخصصة من ثمن البيع تحدد قيمتها، وطريقة وآجال دفعها بالاتفاق»¹.

وعرف أيضا بأنه: «هو العقد الذي يلتزم بموجبه البائع (المرقي العقاري) ببناء العقار المتعاقد عليه خلال المدة التي يحددها العقد، وأن يأتي هذا البناء مطابقا للمواصفات والتصاميم والنماذج والرسومات المتفق عليها كما يلتزم بأن ينقل حقوقه على الأرض، وكذلك ملكية البناء المقام على الأرض الموجود وقت إبرام البيع، وينقل ملكية المنشآت التي ستقام مستقبلا أولا بأول إلى المشتري بمجرد الانتهاء منها، ويلتزم المشتري (المكتتب) بدفع الثمن حسب التقدم في أعمال البناء»².

¹ - زاهية حورية سي يوسف، دراسة تقنية البيع على التصاميم في ضوء القانون رقم 11-04 المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية والنصوص التطبيقية له، د.ط، دار هومة، الجزائر، 2017، ص 12.

² - بلال مرناش، بلال طابوش، عقد بيع العقار على التصاميم في ظل القانون رقم 11-04، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص القانون العقاري، قسم قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2014/2015، ص 9.

ب-التعريف القانوني لعقد بيع عقار على التصاميم

تناول المشرع الجزائري تنظيم عقد بيع عقار على التصاميم في كل من القانون رقم 86-07، وكذا المرسوم التشريعي رقم 93-03، لكن لم يتطرق إلى تعريفه، إلا أنه تدارك الأمر في القانون رقم 11-04 السالف الذكر¹، حيث جاء تعريفه في نص المادة 1/28 منه كالآتي: «عقد البيع على التصاميم لبناية أو جزء من بناية مقرر بناؤها أو في طور البناء، هو العقد الذي يتضمن ويكرس تحويل حقوق الأرض وملكية البنايات من طرف المرقى العقاري لفائدة المكتب موازاة مع تقدم الأشغال. وفي المقابل، يلتزم المكتب بتسديد السعر كلما تقدم الإنجاز»².

ثانيا: خصائص عقد بيع عقار على التصاميم

يتميز عقد بيع عقار على التصاميم بجملة من الخصائص نصت عليها القواعد العامة، المتمثلة في أحكام الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني³، وكذا الخصائص المذكورة في القانون رقم 11-04.

أ- خصائص عقد بيع العقار على التصاميم وفقا للقواعد العامة

بالرجوع إلى النظرية العامة للالتزام نجد أن عقد بيع عقار على التصاميم يتميز بالخصائص التالية:

- 1- عقد مسمى: هو عقد يتمتع باسم خاص وأحكام قانونية خاصة، تتضمنها القانون رقم 11-04⁴.
- 2- عقد ملزم لجانبين (تبادلي): طبقا لأحكام المادة 55 من القانون المدني الجزائري⁵، التي تنص على ما يلي: «يكون العقد ملزما للطرفين، متى تبادل المتعاقدان الالتزام بعضهما بعضا»، فإنه بناء على هذه القاعدة يلتزم المرقى العقاري بالالتزامات المنصوص عليها في المواد من 42 إلى 49 من القانون رقم 11-04، وتقابله التزامات تقع على عاتق المكتب المنصوص عليها في المواد 50 إلى 53 من نفس القانون.
- 3- عقد محدد: لكون التزامات وحقوق طرفيه تحدد وقت التعاقد، حيث أن المتعاقدين على علم بالحقوق والالتزامات التي يربتها العقد، فلا مجال لمطالبة المشتري للبائع بأن ينجز البناء ويسلم العقار، كذلك الأمر

¹ -قانون رقم 11-04 مؤرخ في 17 فبراير 2011، يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، المرجع السابق.

² -وقد عرف المشرع الفرنسي عقد بيع البناء على التصاميم في المرسوم رقم 53-1123 المؤرخ في 10 ديسمبر 1954، وتلته بعد ذلك عدة نصوص قانونية نظمت أحكام هذا العقد، كان آخرها القانون رقم 78-12 المؤرخ في 12 جانفي 1978، المعدل والمتمم للقانون المدني، وقانون البناء والسكن، وذلك من خلال الفقرة الأولى من المادة 1601 من القانون المدني الفرنسي والمادة 216 من قانون البناء والسكن. وقد اصطلح على تسمية عقد بيع عقار على التصاميم في القانون المدني الفرنسي بـ " Vente d'immeuble à construire "، أي بيع عقار في طور الإنشاء، أما طبقا لأحكام قانون البناء والسكن الفرنسي فقد اصطلح على تسميته بـ " Vente en l'état futur d'achèvement "، أي بيع في حالة الإنجاز المستقبلي. طيب عائشة، عقد البيع على التصاميم في ظل القانون رقم 11-04، مجلة دراسات قانونية، مركز البصيرة للبحوث والاستشارات والخدمات التعليمية، العدد 13، 07/09/ 2020، 17:00. [http:// www.platform.almanhal.com](http://www.platform.almanhal.com)

-Frank Bizou, Acheter un logement sur plan, vente en l'état futur d'achèvement et vente à terme, responsabilité des constructeurs et assurances obligatoires, édition du puits fleuri, France, p 12.

³ - أمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975، يتضمن القانون المدني، ج ر العدد 78، الصادر في 30 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم.

⁴ -زاهية حورية سي يوسف، المرجع السابق، ص 21.

⁵ - المادة 55 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

بالنسبة للبائع فهو يعلم ما سيحصل عليه لقاء الوفاء بالتزام بناء العقار وتسليمه¹.

4- عقد زمني: يعد عقد بيع العقار على التصاميم عقد زمني وليس فوري، حيث أن الزمن يعد عنصرا جوهريا في هذا العقد، إذ على المرقى العقاري إنهاء البناء خلال الآجال المحددة في العقد، إضافة لالتزام المكتتب بدفع الثمن، الذي لا يكون دفعة واحدة وإنما على شكل أقساط متتالية حسب تقدم المرقى العقاري في أشغال البناء، بالتالي فإن التزامات المرقى والمكتتب ممتدة عبر الزمن².

5- عقد شكلي: حيث لم يكتفي المشرع الجزائري بالشكلية والرسمية المطلوبة لاستغلال العقار طبقا لنص المادة 324 مكرر 1 ق.م.ج³، بل زيادة على ذلك قد خص عقد بيع عقار على التصاميم بنص خاص، هو نص المادة 34 من القانون رقم 11-04 المذكور أعلاه⁴، والشكلية في العقود عموما هدفها حماية الأطراف المقبلة على إبرامها وتنبئها إلى أهميتها في العقود⁵.

6- عقد ناقل للملكية: من خصائص عقد البيع عموما أنه ناقل للملكية، طبقا لنص المادة 351 ق.م.ج⁶، الأمر نفسه ينطبق على عقد بيع العقار على التصاميم⁷.

7- عقد إذعان: يتصف عقد بيع العقار على التصاميم بملامح وخصائص عقد الإذعان، وهذا يظهر من خلال الشروط التي يستقل المرقى العقاري بوضعها والتي تتسم بالتعسف، حيث لا تقبل المناقشة من المكتتبين الذين ليس لهم سوى الانضمام والرضوخ لمشروع الإسكان بسبب أزمة السكن وحاجتهم له.

عرف الفقه العربي، والجزائري بصفة خاصة عقد الإذعان بأنه: «هو ذلك العقد الذي يعد الموجب ذو الاحتكار القانوني أو الفعلي، شروطا محددة غير قابلة للتعديل أو المناقشة، ويوجهها إلى الجمهور بصورة دائمة بقصد الانضمام إليه، ويعرض بموجها سلع أو خدمة»⁸.

حيث يعد عقد بيع عقار على التصاميم، من الصور الحديثة لعقود الإذعان، وبالتالي، تبرز لنا ضرورة حماية مشتري العقار على التصاميم، من الشروط التي يستقل المرقى العقاري بوضعها، والتي قد تتسم بالتعسف⁹.

8- عقد معاوضة: نقصد بذلك أنه بمقابل؛ أي كل متعاقد يأخذ مقابلا لما يعطيه¹، طبقا لنص المادة 58 ق م ج.

¹ - سمية بولحية، "ضمانات المكتتب في عقد البيع على التصاميم"، مجلة صوت القانون، جامعة خميس مليانة، العدد الثامن، 2017، ص 160.

² - سمية بولحية، المرجع السابق، ص 160.

³ - أنظر المادة 324 مكرر 1 من الأمر رقم 75-58، المتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

⁴ - تنص المادة 1/34 من القانون رقم 11-04 على ما يلي: «يتم إعداد عقد البيع على التصاميم في الشكل الرسمي ويخضع للشكليات القانونية الخاصة بالتسجيل والاشهار، ويخص في نفس الوقت، البناء والأرضية التي شيد عليها البناء».

⁵ - سمية بولحية، المرجع السابق، ص 159.

⁶ - أنظر المادة 351 من الأمر رقم 75-58، المتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

⁷ - بلال مرناش، بلال طابوش، المرجع السابق، ص 15.

⁸ - عز الدين زوية، "خصوصية عقد بيع العقار على التصاميم عن عقد البيع العادي (عقد بيع عقار موجود وقت التعاقد)"، ملتقى وطني حول: إشكالات العقار الحضري وأثرها على التنمية في الجزائر، مخبر الحقوق والحريات في الأنظمة المقارنة، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، يومي 17/18 ماي 2013، ص ص 53 و54.

⁹ - عياشي شعبان، "خصائص عقد بيع العقار بناء على التصاميم"، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، المجلد ب، العدد 48، 2017، ص 166.

ب- خصائص عقد بيع عقار على التصاميم وفقا للقانون رقم 04-11

بالإضافة للخصائص المذكورة سابقا، نجد أن لعقد بيع عقار على التصاميم خصائص أخرى يتميز بها عن غيره من العقود الأخرى، هذه الخصائص نستخلصها من القانون رقم 04-11، و تتمثل فيما يلي:

1- عقد يقع على محل غير موجود أثناء التعاقد، لكنه قابل للوجود مستقبلا: حيث أن محل عقد بيع العقار على التصاميم لا وجود له عند التعاقد إلا في التصاميم والنماذج؛ أي أن العقار غير موجود أساسا، ولكنه يتحقق مستقبلا². وتجزئ المادة 1/98 ق م ج التعامل في الأشياء المستقبلية، حيث تنص على أنه: «يجوز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا ومحققا»³.

2- عقد ينقل ملكية عقار محل الإنجاز: ويكون ذلك وقت التوقيع على العقد⁴، حيث يتم نقل ملكية البناء محل العقد من قبل المربي العقاري إلى المكتب عبر مراحل؛ أي تدريجيا كلما تقدمت الأشغال، هذه الخاصية تؤكد المادة 28 من القانون رقم 04-11 السالف الذكر، وهذا النقل للملكية يميز العقد عن باقي

البيع، حيث يصبح المكتب مالكا للبناء بالتدريج حتى نهاية اكتمالها⁵.

3- عقد يستفيد به المقتني من ضمانات خاصة: إضافة للضمانات المعروفة في ظل القواعد العامة، يستفيد المقتني من الضمانات الخاصة، وهي المنصوص عليها في القانون رقم 04-11 السالف الذكر، وأهمها الضمان العشري⁶، ضمان حسن إنجاز البناء و ضمان حسن سير عناصر التجهيز⁷.

4- عقد تدفع فيه الأقساط حسب تقدم أشغال الإنجاز: حيث أن الثمن في عقد بيع العقار على التصاميم يكون في شكل أقساط تدفع حسب تقدم الأشغال، وهذا ما جاء بنص المادة 03 من المرسوم التنفيذي رقم 13-431 الذي يحدد نموذجي عقد حفظ الحق وعقد البيع على التصاميم للأموال العقارية وكذا حدود تسديد سعر الملك موضوع عقد البيع على التصاميم ومبلغ عقوبة التأخير وآجالها وكيفيات دفعها⁸. كما يكون الثمن ثابتا أو قابلا للمراجعة، طبقا لنص المادة 1/28 من القانون رقم 04-11.

¹ -سمية بولحية، المرجع السابق، 159.

² - بلال مرناش، بلال طابوش، المرجع السابق، ص 15 و 16.

³ - المادة 1/98 من الأمر رقم 58-75، المتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

⁴ - زاهية حورية سي يوسف، المرجع السابق، ص 23.

⁵ - زهرة بن عبد القادر، محمد رضا التميمي، "دور العملية التعاقدية في حماية المقتني في عقد بيع بناء على التصاميم - دراسة تحليلية في القانون 04-11 المحدد للقواعد المطبقة لنشاط الترقية العقارية -"، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة أم البواقي، العدد التاسع، 2018، ص 168.

⁶ - حمداني داني، النظام القانوني لعقد بيع العقار على التصاميم في التشريع الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة ماستر في القانون، تخصص عقود ومسؤولية، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أكلي محمد أولحاج، البويرة، 2013، ص 13.

⁷ - بلال مرناش، بلال طابوش، المرجع السابق، ص 16.

⁸ - مرسوم تنفيذي رقم 13-431 مؤرخ في 18 ديسمبر سنة 2013، يحدد نموذجي عقد حفظ الحق وعقد البيع على التصاميم للأموال العقارية وكذا حدود تسديد سعر الملك موضوع عقد البيع على التصاميم ومبلغ عقوبة التأخير وآجالها وكيفيات دفعها، ج ر، العدد 66، الصادر في 25 ديسمبر سنة 2013، ص 12.

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لعقد بيع عقار على التصاميم

يقوم تحديد الطبيعة القانونية لعقد بيع عقار على التصاميم على شقين، يتعلق الأول بإبراز الطبيعة المختلطة لهذا العقد (أولاً)، أما الثاني فيتعلق بالاختلاف الفقهي الحاصل حول العقد، نظراً لتشابهه مع عقود أخرى (ثانياً).

أولاً: عقد بيع عقار على التصاميم ذو طبيعة مختلطة

يعتبر عقد بيع عقار على التصاميم عقداً تجارياً ومدنياً في نفس الوقت، كيف ذلك؟

أ- عقد بيع عقار على التصاميم عقد تجاري:

يعتبر عقد بيع عقار على التصاميم تجارياً¹، بالرجوع إلى نص المادة 19 من القانون رقم 04-11 السابق الذكر، والتي تنص على أنه: «يسمح لكل شخص طبيعي أو معنوي مؤهل للقيام بأعمال التجارة بممارسة نشاط الترقية العقارية موضوع المادتين 3 و18 أعلاه، طبقاً للتشريع المعمول به وحسب الشروط المحددة في هذا القانون».

يعد أيضاً العقد عملاً تجارياً بالنسبة للمرقي العقاري، إذ يستنتج ذلك من فحوى المادة 3 فقرة 14 من القانون رقم 04-11، التي تنص على أنه: «يعد مرقياً عقارياً، في مفهوم هذا القانون، كل شخص طبيعي أو معنوي، يبادر بعمليات بناء مشاريع جديدة، أو ترميم أو إعادة تأهيل، أو تجديد أو إعادة هيكلة، أو تدعيم بنايات تتطلب أحد هذه التدخلات، أو تهيئة وتأهيل الشبكات قصد بيعها أو تأجيرها»².

اشتراط المشرع الجزائري أيضاً في القانون رقم 04-11، على المرقي العقاري سواء كان شخصاً طبيعياً أو معنوياً أن يقيد نفسه في السجل التجاري³، وهذا طبقاً للمادة 4 فقرة 1 منه⁴. وبالتالي نستنتج من النصوص السابقة، بأن مجال هذا العقد يخضع لأحكام القانون التجاري الجزائري، طبقاً لنص المادة 2 منه⁵.

ب- عقد بيع عقار على التصاميم عقد مدني:

يرجع اعتبار عقد بيع عقار على التصاميم عقداً مدنياً إلى المكتب أساساً، فهو عمل مدني بالنسبة له ويطبق عليه أحكام القانون المدني الجزائري⁶.

ثانياً: طبيعة عقد بيع عقار على التصاميم من حيث نوعيته

يتعلق الأمر هنا بتمييز عقد بيع عقار على التصاميم عن العقود المشابهة له كعقد البيع التقليدي، عقد المقاول، الوعد بالبيع، فكل هذه العقود جعلت فقهاء القانون يختلفون حول الطبيعة القانونية التي يتجه إليها هذا العقد، حيث اعتبروه ذو طبيعة مركبة⁷.

¹ - بلال مرناش، بلال طوباش، المرجع السابق، ص 13.

² - زاهية حورية سي يوسف، المرجع السابق، ص 24 و 25.

³ - بلال مرناش، بلال طابوش، المرجع السابق، ص 13.

⁴ - تنص المادة 4 فقرة 1 من القانون رقم 04-11، يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، على أنه: «يرخص للمرقي العقاري المعتمدين والمسجلين في السجل التجاري، بالمبادرة بالمشاريع العقارية».

⁵ - أنظر المادة 02 من الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975، المتضمن القانون التجاري، ج ر، العدد 101، الصادر في 19 ديسمبر سنة 1975، المعدل والمتمم.

⁶ - زاهية حورية سي يوسف، المرجع السابق، ص 24.

⁷ - سمية بولحية، المرجع السابق، ص 160.

أ- تمييز عقد بيع عقار على التصاميم عن عقد المقاول:

تعرف المقاوله بأنها عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين وهو المقاول، أن يصنع شيئاً أو يؤدي عملاً مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الآخر، وهو رب العمل¹. أما عقد بيع عقار على التصاميم، هو البيع الذي يجعل البائع يلتزم ببناء عقار في المدة المحددة في العقد لقاء وفاء المشتري بأداء الثمن للبائع².

من خلال التعريفين يتضح مدى التقارب الحاصل في مفهوم العقدين معاً، إلا أنهما يختلفان فيما يلي:

1 - يختلفان من حيث محل الالتزام، في عقد المقاوله يتمثل محل الالتزام في تقديم عمل أو خدمة، في حين أن في عقد بيع عقار على التصاميم يتمثل محل الالتزام في نقل الملكية³.

2- لقد وسع المشرع مجال تطبيق الضمان العشري الذي يخضع له المقاول ليشمل المرقى العقاري في مسألة ضمان العيوب الخفية زيادة على ضمانه العيوب الظاهرة (المعلومة)، عكس المقاول الذي لا يسأل إلا عن العيوب الخفية أما المعلومة منها فتخص رب العمل وقت تسلمه الأعمال⁴.

ب- تمييز عقد بيع عقار على التصاميم عن عقد البيع العادي:

يختلف عقد بيع عقار على التصاميم عن عقد البيع التقليدي أو بيع عقار موجود وقت التعاقد في مجموعة من النقاط، وهي كالآتي:

1- بيع عقار على التصاميم يتعلق بعقارات لم توجد بعد أو موجود جزء منها، في طور البناء، أما بيع العقار الموجود وقت التعاقد فيرد على شيء موجود في بداية التعاقد، لذا فإنه في حالة إبرام العقد بعد الانتهاء من البناء، فالعقد يعد عقداً عادياً⁵.

2- نوعية الضمان المقرر لحماية المشتري أو المكتتب في كلا العقدتين، فالبائع في البيع العادي لا يضمن إلا العيوب الخفية، أما الظاهرة فلا يلزم بضمائها، إضافة لكون أحكام ضمان العيب الخفي في البيع العادي ليست من النظام العام حيث يكون لأطراف التعاقد الحرية في الاتفاق على زيادته أو إنقاصه بل وحتى إسقاطه، كل هذا بخلاف أحكام البيع على التصاميم الخاضع لقواعد الترقية العقارية، فالمرقي العقاري لا يضمن العيوب الخفية، والعيوب الظاهرة، حيث يعد الضمان هنا من النظام العام، ذلك أن الاتفاق على إعفاء البائع من الضمان أو الحد منه يقع باطلاً ولا أثر له، ومدة الضمان تكون عشر (10) سنوات وليس سنة (1) واحدة كما هو الحال في البيع العادي⁶.

2 تنتقل ملكية العقار في البيع على التصاميم، كمال هو الحال في البيع العادي، غير أنه يرم قبل إتمام الإنجاز، عكس البيع العادي الذي يرم بعد إتمام الإنجاز⁷.

¹ - ارجع لنص المادة رقم 549 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

² - عز الدين زوية، المرجع السابق، ص 48.

³ - سمية بولحية، المرجع السابق، ص 162.

⁴ - عز الدين زوية، المرجع السابق، ص 49.

⁵ - سمية بولحية، المرجع السابق، ص 161.

⁶ - عز الدين زوية، المرجع السابق، ص 50 و 51.

⁷ - بلال مرناش، بلال طوباش، المرجع السابق، ص 12.

ج- تمييز عقد بيع عقار على التصاميم عن الوعد بالبيع

إن الوعد بالبيع هو الاتفاق الذي يلتزم فيه طرفان أو أحدهما على التعاقد مستقبلا ونقل ملكية مبيع حالة إظهار الموعود له - وهو المشتري- رغبته بالشراء خلال أجل معين متفق عليه¹. تناول المشرع الجزائري الوعد بالبيع، في ظل الوعد بالتعاقد في المادتين 71 و 72 ق م ج.

يتميز عقد بيع عقار على التصاميم عن الوعد بالبيع في أمور عدة، منها:

1- فالوعد بالبيع لا يعد بيعا، كون المتعاقدان في مرحلة قبل إبداء الرغبة في الانعقاد²، فالمقصود هنا إرجاء التعاقد بالبيع إلى غاية إبداء الرغبة في الانعقاد خلال مدة معينة، عكس البيع على التصاميم فليس ثمة إظهار للرغبة خلال أجل محدد، حيث تذهب إرادة الأطراف مباشرة إلى الانعقاد منذ الوهلة الأولى وكذا ترتيب الآثار في الحال، وإلزام طرفيه بها³.

2- لا تنتقل ملكية المبيع في الوعد بالبيع إلى حين إبراز رغبة الواعد بالبيع، في حين أن الملكية في البيع على التصاميم تنتقل على المشتري باستيفاء الإجراءات المقررة قانونا وذلك بتسجيل العقد، حيث يكون للمشتري أن يتصرف بحقه بالبيع أو الرهن وغيرها من التصرفات⁴.

المطلب الثاني: طرفي عقد بيع عقار على التصاميم

يتمثل طرفي عقد بيع عقار على التصاميم- كما يطلق عليهما أيضا بأطراف الترقية العقارية في القانون رقم 11-04- في المرقى العقاري من جهة، ومقتني العقار أي المكتب من جهة أخرى⁵. نحدد في ظل هذا المطلب تعريف المرقى العقاري، وطبيعته (الفرع الأول)، ثم تعريف المكتب (الفرع الثاني).

الفرع الأول: المرقى العقاري

يعد المرقى العقاري طرفا في عقد بيع عقار على التصاميم، ويرتبط مصطلح "المرقى العقاري" بمفهوم نشاط الترقية العقارية الذي من خلاله يمكن تعريف هذا الطرف (أولا)، تحديد طبيعته القانونية (ثانيا).

أولا: تعريف المرقى العقاري

تطور تعريف المرقى العقاري بتطور النصوص القانونية، من خلال التوسيع منه، أو التضييق بتحديد شروط الالتحاق بهذه المهنة، ونظرا لحداثة هذه المهنة فلم نجد لها تعريف فقهي، فأخذنا بتعريفات فقهية هي عبارة عن تحليل للتعريف التشريعي⁶، وعليه سنقدم تعريفين للمرقى للمرقى العقاري واحد فقهي والثاني قانوني.

أ-التعريف الفقهي للمرقى العقاري يلاحظ غياب تعريف فقهي محدد للمرقى العقاري، وذلك نظرا لحداثة مهنة المرقى العقاري في القانون الجزائري، لكن قد وردت بعض التعاريف الفقهية، جاءت كنتيجة لتحليل نص تشريعي، و منها نذكر التعريف الآتي: «المرقى العقاري هو

¹ - عز الدين زوية، المرجع السابق، ص 51.

² - يمينة حوحو، عقد البيع في القانون الجزائري، الطبعة الأولى، دار بلقيس، الجزائر، 2016، ص 36.

³ - عز الدين زوية، المرجع السابق، ص 51 و 52.

⁴ - عز الدين زوية، المرجع السابق، ص 52.

⁵ - ليلي زروقي، عمر حمدي باشا، المنازعات العقارية في ضوء آخر التعديلات وأحدث الأحكام، د.ط، دار هومة، الجزائر، 2018، ص 256.

⁶ - سهام مسكر، التزامات المرقى العقاري المترتبة على بيع السكنات الترقية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، تخصص قانون عقاري وزراعي، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، قسم القانون الخاص، جامعة الاخوة منتوري، قسنطينة، 2016، ص 14 و 16.

كل شخص طبيعي أو معنوي حاصل على اعتماد ومقيد في السجل التجاري والجدول الوطني للمرقين العقاريين الذين يمتلكون مؤهلات أو قدرات مالية كافية للمبادرة بمشاريع عقارية بناء بناية أو بناءات أو جزء من البناءات الفردية أو الجماعية أو إعادة تأهيل أو تجديد أو إعادة هيكلة أو تدعيم بناءات تتطلب أحد هذه التدخلات أو تهيئة أو تأهيل الشبكات قصد بيعها قبل أو بعد الإنجاز و/ أو إيجارها، ويتولى مسؤولية التنسيق بين المتدخلين في عملية الإنجاز و الأعمال التي تتطلبها تنفيذ أشغال البناء ومتابعة الإجراءات التقنية و الإدارية و المالية والقانونية للمشروع العقاري حتى نهايته، ويتحمل المسؤولية المدنية والمهنية والعشرية المترتبة على عملية إنجاز البناية، فهو عون اقتصادي مؤهل لممارسة كل الأعمال التجارية المرتبطة بنشاط الترقية العقارية»¹.

ب- التعريف القانوني للمرقي العقاري

عرف المشرع الجزائري المرقى العقاري في ظل المرسوم التشريعي رقم 93-03 السالف الذكر (الملغى)، وتحديدًا في نص المادة 1/3 منه، على أنه: «يدعى كل شخص طبيعي أو معنوي يمارس النشاطات المذكورة في المادة 2 السابقة، متعاملًا في الترقية العقارية»². كما عرفه المشرع أيضًا في المادة 15/3 من القانون رقم 11-04 السالف الذكر، بأنه: «يعد مرقيا عقاريا، في مفهوم هذا القانون، كل شخص طبيعي أو معنوي، يبادر بعمليات بناء مشاريع جديدة، أو ترميم أو إعادة تأهيل، أو تجديد أو إعادة هيكلة، أو تدعيم بنايات تتطلب أحد هذه التدخلات، أو تهيئة وتأهيل الشبكات قصد بيعها أو تأجيرها»، وتقابلها المادة 18 من نفس القانون، التي تعرفه، بأنه: «يعد مرقيا عقاريا، في مجموع الحقوق والواجبات، مرقى الأوعية العقارية حصرا للبناء و/أو للتجديد العمراني قصد بيعها»³.

وبالرجوع أيضا لنص المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 12-84 الذي يحدد كفاءات منح الاعتماد لممارسة مهنة المرقى العقاري وكذا كفاءات مسك الجدول الوطني للمرقين العقاريين⁴، فتعرف المرقى العقاري أنه: «يعتبر مرقيا عقاريا كل شخص طبيعي أو معنوي يحوز اعتمادا ويمارس نشاط الترقية العقارية كما هو محدد في القانون رقم 11-04 المؤرخ في 14 ربيع الأول عام 1432 الموافق 17 فبراير سنة 2012 والمذكور أعلاه».

ثانيا: الطبيعة القانونية للمرقي العقاري

قد يكون المرقى العقاري شخصا طبيعيا أو معنويا، والشخص المعنوي قد يكون عاما أو خاصا، ومن هنا نستخلص أن المرقى العقاري صنفين: أحدهما عام في شكل ترقية عقارية عمومية، والآخر خاص في شكل ترقية عقارية خاصة، القائم عليها يخضع للقانون الخاص⁵. أ- المرقى العقاري بصفته شخص معنوي عام أو ذو طبيعة مختلطة قد يكون المرقى العقاري شخصا معنويا عاما يعمل لحساب الدولة، وقد يكون شخصا معنويا ذو طبيعة مختلطة، في الغالب يتخذ هذا الأخير شكل شركات أو مؤسسات عمومية ذات طابع صناعي وتجاري

¹ - سهام مسكر، المرجع السابق، ص 27.

² - زاهية حورية سي يوسف، المرجع السابق، ص 13.

³ - زاهية حورية سي يوسف، المرجع السابق، ص 13 و 14.

⁴ - المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 12-84 المؤرخ في 20 فبراير سنة 2012، يحدد كفاءات منح الاعتماد لممارسة مهنة المرقى العقاري وكذا كفاءات مسك الجدول الوطني لمقرين العقاريين، (الجريدة الرسمية، العدد 11، الصادر في 26 فبراير سنة 2012)، ص 6.

⁵ - سهام مسكر، المرجع السابق، ص 34.

وهي ذات طبيعة مختلطة، ذلك أنها تخضع في إنشائها للقانون العام، وفي علاقاتها مع الغير تخضع للقانون الخاص، من أهم هذه المؤسسات التي هي ذات طبيعة مختلطة، نذكر ما يلي:

- 1- الوكالات الولائية للتسيير والتنظيم العقاريين الحضاريين، 2- ديوان الترقية والتسيير العقاري، 3- الوكالة الوطنية لتحسين السكن وتطويره، 4- الوكالة الوطنية للوساطة والضبط العقاري، 5- شركة تأمين العقار¹.

ب- المرقى العقاري الخاص

تماشيا وفتح المجال أمام المبادرة الخاصة وتبني سياسة تحرير السوق العقارية، وعمدت الدولة على تشجيع المرقى العقاري الخاص للاستثمار في قطاع السكن، سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا².

1- المرقى العقاري شخص طبيعي

سمح المشرع الجزائري لكل شخص طبيعي أن يكتسب صفة مرقى عقاري، طبقا لنص المادة 15/3 من القانون رقم 04-11، غير أنه اشترط عليه الحصول على الاعتماد والتسجيل في السجل التجاري والجدول الوطني للمرقين العقاريين كما أسلفنا الذكر، وذلك بهدف محاربة المنتحلين لهذه الصفة، ولتخذيها مهنة معتادة له بحيث يمنع عليه ممارسة أي نشاط آخر مدفوع الأجر³.

2- المرقى العقاري شخص معنوي

يكون المرقى العقاري شخصا معنويا، وهو يأخذ شكل الشركة، وهذه الأخيرة هي عبارة عن تجمع فيما بين الأشخاص والأموال مهامها إنجاز مشروع اقتصادي مشترك سعيًا وراء الربح، فلا تقوم الشركة إلا بين شريكين أو أكثر⁴. وتعتبر هذه الشركة عملا تجاريا بحسب الشكل طبقا لنص المادة 2/3 ق ت ج⁵، واعتبر المشرع الجزائري الشركة عملا تجاريا بحسب الشكل بغض النظر عن الهدف الذي قامت من أجله سواء تجاريا أو مدنيا⁶. وقد جاء تحديد الطابع التجاري لهذه الشركات في نص المادة 544 ق ت ج.

الفرع الثاني: المكتب (المستهلك)

يعد المكتب الطرف الثاني في عقد بيع عقار على التصاميم، وقد ذكر في القانون رقم 04-11، وهناك مصطلحات أخرى تقابله في نفس القانون: المقتني، والمستفيد من الملكية العقارية. ويتمتع المكتب بنوع من الخصوصية، ومن خلاله يمكن تحديد تعريف له (أولا)، وكذا تحديد شروطه (ثانيا).

أولا: تعريف المكتب لم يعرف المشرع الجزائري المكتب لا في القانون المدني ولا في قوانين الترقية العقارية⁷، لكن يستنتج من خلال تلك النصوص أن المكتب هو: «من يلتزم بموجب عقد البيع على التصاميم بأن يدفع للبائع أثناء الانجاز أقساطا من الثمن تحدد قيمتها وآجال دفعها في بنود العقد ويتسلم المبيع بعد الإنجاز»¹.

¹ - سهام مسكر، المرجع السابق، ص 34-46.

² - نفس المرجع السابق، ص 46.

³ - نفس المرجع السابق، ص 47.

⁴ - سهام مسكر، المرجع السابق، ص 47 و 48.

⁵ - أنظر المادة 2/3 من الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون التجاري، المرجع السابق.

⁶ - نسرين شريقي، الأعمال التجارية-التاجر- المحل التجاري، الطبعة الأولى، دار بلقيس، الجزائر، 2013، ص 32.

⁷ - زاهية حورية سي يوسف، المرجع السابق، ص 19.

ثانيا: شروط المكتب في عقد بيع عقار على التصاميم

يختلف الأمر بالنسبة للمكتب عما هو معهود للمرقي العقاري، حيث أنه أدرجت شروط خاصة بهذا الأخير في ظل القانون رقم 04-11 السالف الذكر، أما بالنسبة للمكتب فلم يتضمن القانون المذكور أعلاه شروطا خاصة به، وبالتالي يخضع للشروط العامة التي يخضع لها المشتري في عقد البيع، وتمثل في:

أ- أن يتمتع بأهلية التصرف: التي يكتسبها ببلوغه سن الرشد المدني (19 سنة).

ب- أن لا يعتره عارض من عوارض الأهلية: المتمثلة في: الجنون، أو العته، أو الغفلة، أو السفه.

ت- أن تكون إرادته سليمة: أي لا يشوبها أي عيب من عيوب الإرادة المتمثلة في الغلط، أو التدليس، أو الإكراه، أو الاستغلال².

المبحث الثاني: اختلال التوازن العقدي بين المكتب والمرقي العقاري في عقد بيع عقار على التصاميم

يعود اختلال التوازن العقدي في عقد بيع عقار على التصاميم، لوجود تفاوت حاصل في مراكز طرفي العلاقة التعاقدية، كون أن هناك طرف قوي وهو المرقي العقاري (المتعامل الاقتصادي) وطرف ضعيف وهو المكتب أو المستهلك، ويعود سبب هذا التفاوت لكون أن المرقي العقاري يستخدم نفوذه الاقتصادي، عبر فرضه لشروط مححفة وتعسفية على المستهلك، مما يؤدي إلى إلحاق الضرر به، مستغلا حاجته للسكن.

يجسد هذا الاختلال عدم وجود تكافؤ بين الحقوق المتقابلة بين طرفي العقد والتزاماتهما، وكان هذا نتيجة تلك الشروط التعسفية المدرجة في العقد، والتي تقتضي منا تحديد مفهومها (المطلب الأول)، مع تبيان طابعها التعسفي (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مفهوم الشروط التعسفية في عقد بيع عقار على التصاميم

تعتبر الشروط التعسفية في عقد بيع عقار على التصاميم، من أهم ما يثقل التزام المكتب باعتبارها شروطا مححفة تنال من رضاه، وقد حظيت هذه الشروط باهتمام بالغ من طرف الفقه والتشريع، حيث وجدا صعوبة بالغة في وضع تعريف عام وشامل لها، لأن الأمر متعلق بنوعية العقد الذي يحوي مثل هذه الشروط، وكذا محل هذا العقد الذي يتمثل في العقار³. وبناء على ذلك سنقوم بتحديد تعريف الشروط التعسفية (الفرع الأول)، ثم نستخلص العناصر التي تقوم عليها هذه الشروط (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تعريف الشروط التعسفية في عقد بيع عقار على التصاميم

يتحدد تعريف الشروط التعسفية، من خلال ما أورده الفقه والتشريع (أولا)، ثم نقوم بتمييزها عن أهم المفاهيم المشابهة لها، علما أنه قد يختلط علينا في الذهن تحديد معنى هذه الشروط (ثانيا).

أولا: تعريف الشروط التعسفية في عقد بيع عقار على التصاميم

سنقوم بتقديم تعريف فقهي لهذه الشروط، ثم التعريف القانوني كذلك.

¹ - أعمار نسبية، أعمار نسبية، الآليات القانونية لحماية المشتري في عقد البيع على التصاميم، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، تخصص القانون الخاص، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أدرار، 2019، ص 85.

² - نفس المرجع السابق، ص 86.

³ - مولود بغدادي، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقد الاستهلاك، بحث مقدم لنيل شهادة الماجستير، فرع حماية المستهلك والمنافسة، كلية الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر، 2014/2015، ص 36.

أ-التعريف الفقهي للشروط التعسفية في عقد بيع عقار على التصاميم

أورد الفقه تعريفات عديدة للشروط التعسفية، والتي نكتفي بأخذ البعض منها، فهناك من يرى بأنها: «كل شرط يترتب عليه عدم توازن واضح بين حقوق والتزامات كل من المهني والمستهلك والمرتبة عن عقد الاستهلاك، تمثل في مكافأة هذا المهني بميزة نتيجة استخدامه لقوته الاقتصادية في مواجهة المتعاقد معه وهو المستهلك، بمعنى آخر فهو الشرط الذي يفرضه المهني على المستهلك مستخدما نفوذه

الاقتصادي بطريقة تؤدي إلى حصوله على ميزة فاحشة»¹.

كما يوجد جانب آخر من الفقه يرى بأن الشروط التعسفية هي: «الشروط الذي تفرض على المستهلك من قبل المهني نتيجة تعسف هذا الأخير بغرض الحصول على الميزة المجحفة»².

ب-التعريف القانوني للشروط التعسفية في عقد بيع عقار على التصاميم

عرف المشرع الجزائري الشروط التعسفية بموجب نص المادة 5/3 من القانون رقم 02-04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية³، حيث اعتبرها: «كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركا مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد».

جاء تعريف المشرع الجزائري للشروط التعسفية، ليزيل الكثير من التساؤلات التي طرحت بشأنها، والأمر يتعلق بطبيعة هذه الشروط، وكذا المعايير التي يستلزم توافرها لكي يتم التعرف عليها⁴.

الفرع الثاني: عناصر الشروط التعسفية في عقد بيع عقار على التصاميم

يتم تحديد الشروط التعسفية من خلال توافر جملة من العناصر، والتي نستخلصها من تعريف المشرع للشروط التعسفية بموجب المادة 5/3 من القانون رقم 02-04 السالف الذكر، هذه العناصر تتشكل من أقسام، يتعلق القسم الأول بالعقد ذاته ويكون استهلاكي (أولا)، والقسم الثاني يرتبط بأطراف العقد حيث يجب أن يكون أحد هؤلاء مستهلك والآخر يكون عون اقتصادي (ثانيا).

أولاً: عناصر متصلة بالعقد الاستهلاكي

تمثل هذه العناصر فيما يلي:

¹ - حسينة شرون، نجاة حملاوي، "حماية المستهلك من الشروط التعسفية في ظل أحكام القانون 02-04 بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية"، ملتقى دولي حول: الحماية القانونية للمستهلك في ظل التحولات الاقتصادية الراهنة، مخبر الحقوق والحريات في الأنظمة المقارنة ومخبر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، يومي 10 و 11 أبريل 2017، ص 51.

² - وليد ثابت، ميلود بن عبد العزيز، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقد البيع على التصاميم، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة الجلفة، المجلد العاشر، العدد الثاني، الجزء الأول، 2017، (ص ص 218-227)، ص ص 220 و 221.

³ - المادة 5/3 من القانون رقم 02-04 المؤرخ في 23 يونيو سنة 2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج ر، العدد 41، الصادر في 27 يونيو سنة 2004، ص 4.

⁴⁴ - عبير مزغيش، محمد عدنان بن ضيف، "الضوابط الحمائية المصوبة لاختلال التوازن العقدي في عقود الاستهلاك التعسفية"، ملتقى دولي حول الحماية القانونية للمستهلك في ظل التحولات الاقتصادية الراهنة، مخبر الحقوق والحريات في الأنظمة المقارنة ومخبر أثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، يومي 10 و 11 أبريل 2017، ص 104.

أ- أن يكون مجال الشرط التعسفي عقد إذعان محله بيع سلعة أو تأدية خدمة: حدد المشرع الجزائري مجال الشروط التعسفية في عقد الإذعان دون سواها¹، ونجد أن المشرع قد أعطى تعريفا لعقد الإذعان في المادة 4/3 من القانون رقم 04-02 المذكور أعلاه، بأنه: «كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة، حرر مسبقا من طرف أحد أطراف الاتفاق مع إذعان الطرف الآخر بحيث لا يمكن هذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه»².

كما كرر المشرع هذا التعريف بالمرسوم التنفيذي رقم 06-306، المادة 2/1 منه، بأنه: «يقصد بالعقد في مفهوم هذا المرسوم وطبقا للمادة 3، الحالة 4 من القانون رقم 04-02 المؤرخ 23 يونيو سنة 2004 والمذكور أعلاه كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة، حرر مسبقا من أحد أطراف الاتفاق مع إذعان الطرف الآخر بحيث لا يمكن هذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه»³.

يراد أيضا من خلال التعريف الذي خصه المشرع الجزائري لعقد الإذعان، وجوب أن يكون محل هذا العقد بيع سلعة أو تأدية خدمة⁴، فكلاهما منتج، وقد عرفه المشرع الجزائري المنتج في نص المادة 10/3 من القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش⁵، التي جاء في مضمونها أنه عادة يستعمل مصطلح المنتج عوض أن ندرج مصطلح السعة، هذا لأن معنى المنتج أعم وأشمل من معنى السلعة⁶، لأن المنتج يشمل أيضا تقديم خدمة. يمكن القول بأن كلمة السلعة تقتصر على المنقولات المادية كالتالي تستهلك في أول استعمال لها كالمواد الغذائية، أو تستهلك بعد فترة كالأجهزة الكهربائية وغيرها.

يلاحظ من خلال التعريف السابق للمنتج أن المشرع الجزائري لم يذكر العقار ذو الطابع السكني، غير أنه أخذنا بالرأي الذي يعتبر العقار منتوجا قابل للاستهلاك ويخضع المتعاقد أو المستهلك بشأنه إلى الحماية القانونية التي يكرسها القانون رقم 04-02 السالف الذكر، وتكون الحماية من الشروط التعسفية التي ترد في عقود البيع مثلا⁷. يرجع الأمر في ذلك لأهمية توافر العقار في يومنا هذا، وأيضا بيع العقار تصرف أصبح من يقوم عليه محترفون متخصصون⁸، هذا الذي يجعل المتعاقد العادي أو المستهلك ضعيفا يحتاج إلى الحماية، وإن من الخطأ

¹ - حسينة شرون، نجاة حملاوي، المرجع السابق، ص 54.

² - المادة 4/3 من القانون رقم 04-02، المرجع السابق، ص 4.

³ - المادة 2/1 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المؤرخ في 10 سبتمبر سنة 2006، يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، ج ر، العدد 56، الصادر في 11 سبتمبر 2006، ص 17.

⁴ - حسينة شرون، نجاة حملاوي، المرجع السابق، ص 54.

⁵ - أنظر المادة 10/3 من القانون رقم 09-03 المؤرخ في 25 فبراير سنة 2009، يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج ر، العدد 15، الصادر في 8 مارس 2009، ص 14.

⁶ - محمد بودالي، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري (دراسة مقارنة مع قوانين فرنسا وألمانيا ومصر)، الطبعة الثانية، دار هومة، الجزائر، 2010، ص 81.

⁷ - نفس المرجع السابق، ص 81.

⁸ - سلمى بن سعيد، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، مذكرة مكملية لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية، تخصص عقود ومسؤولية مدنية، قسم الحقوق، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2013/2014، ص 64.

حصر هذه العقود في بيع السلع فقط، علما أن عقود الاستهلاك معروفة بطبيعتها المتغير، والمعلوم أيضا أن الشروط التعسفية أصبحت تجد مجالها في عقود بيع أخرى غير بيع السلع¹.

ب- أن يكون العقد مكتوبا: أقر المشرع في الجزائري في المادة 3/4 من القانون رقم 04-02 السالف الذكر، بأن عقد الإذعان الذي يكون مجالا للشروط التعسفية، يجب أن يحرر مسبقا؛ أي يكون مكتوبا.

يقصد بالكتابة هنا، ليست الكتابة الرسمية فقط، بل ما يتعلق بالشروط العامة المخصصة للتعاقد في الوثائق المختلفة الصادرة عن المحترف أو العون الاقتصادي، كما هو الحال في طلبية الشراء، أو الفاتورة، أو سند الخزن، أو أي وثيقة أخرى مهما كان شكلها أو سندها، حيث تتضمن خصوصيات مطابقة لشروط البيع العامة المقررة².

ج- أن يؤدي الشرط أو البند الوارد في العقد إلى الإخلال الظاهر بتوازن العقد (الإخلال بين حقوق وواجبات أطراف العقد): يتضح من تعريف المشرع الجزائري الذي خصه للشروط التعسفية بموجب المادة 3/5 من القانون المذكور أعلاه³، أنه إذا أوردها عقد الإذعان الإذعان من شأنه أن يطرأ عدم توازن ظاهر بين حقوق وواجبات الأطراف⁴.

ثانيا: عناصر متصلة بالمعاهد ذاته

يقتصر الأمر هنا على أن يكون أحد أطراف عقد الإذعان مستهلكا أو عونا اقتصاديا، وهذا العنصر يقره المشرع الجزائري عبر وضعه نظام عام للحماية من الشروط التعسفية يخص المستهلك والعون الاقتصادي على حد سواء، يحميهم من تعسف العون الاقتصادي⁵. نلاحظ بأن المشرع الجزائري يوسع من دائرة الحماية من الشروط التعسفية من حيث الأشخاص، حيث لا يشمل المستهلكين فقط بل حتى الأعوان الاقتصاديين ذاهم⁶، وهذا ما يتضح من المادة 1 من القانون رقم 04-02 السالف الذكر، التي تنص على أنه: «يهدف هذا القانون إلى تحديد قواعد ومبادئ شفافية ونزاهة الممارسات التجارية التي تقوم بين الأعوان الاقتصاديين، وبين هؤلاء والمستهلكين، وكذا حماية المستهلك وإعلامه»⁷.

نستنتج أنه للاستفادة من قواعد الحماية التي يوفرها القانون رقم 04-02 والمذكور أعلاه، يلزم قيام عقد إذعان بين محترف ومحترف أو بين محترف ومستهلك⁸.

المطلب الثاني: تحديد الطابع التعسفي للشروط في عقد بيع عقار على التصاميم

تتم عملية الكشف عن الطابع التعسفي للشروط المدرجة في عقد بيع عقار على التصاميم، بالاستناد إلى جملة معايير فقهية وقانونية، إذا توافرت تجعل العلاقة التعاقدية غير متوازنة، بين طرف قوي وآخر ضعيف مذعن (الفرع الأول)، ومن ثم نحاول تحديد أهم هذه الشروط من خلال تحديد أنواعها (الفرع الثاني).

¹ - محمد بودالي، المرجع السابق، ص 81.

² - نفس المرجع السابق، ص 86.

³ - تنص المادة 3/5 من القانون نفسه على ما يلي: «... من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد»، ص 4.

⁴ - سلمى بن سعيدي، المرجع السابق، ص 65.

⁵ - حسينة شرون، نجة حملاوي، المرجع السابق، ص 55.

⁶ - سلمى بن سعيدي، المرجع السابق، ص 66.

⁷ - المادة 1 من القانون رقم 04-02، المرجع السابق، ص 3.

⁸ - محمد بودالي، المرجع السابق، ص 89.

الفرع الأول: معايير تحديد الشروط التعسفية في عقد بيع عقار على التصاميم

يخضع تحديد الطابع التعسفي للشروط إلى جملة من المعايير: معيار التعسف في استعمال القوة الاقتصادية (أولاً)، ومعيار الميزة الفاحشة (ثانياً)، وأيضاً معيار الإخلال الظاهر بتوازن الالتزامات (ثالثاً).

أولاً: معيار التعسف في استعمال القوة الاقتصادية (النفوذ الاقتصادي)

يتجسد التعسف في استعمال القوة الاقتصادية من خلال تعسف المحترف (المتدخل)، نتيجة شرطته فرضه على المستهلكين أو غير المحترفين¹. يسمى هذا المعيار بالمعيار الشخصي، ذلك أنه يستنتج من القوة الاقتصادية للمحترف، وإلى حجم المشروع الذي يستغله، وكذلك الوسائل التي يستخدمها في ممارسة نشاطه وقدر الاحتكار الذي ينعم به مما يجعل الطرف المستهلك في مرتبة أقل منه². تعرض هذا المعيار للانتقاد من خلال النظر في مدى جدواه في تحديد طبيعة الشرط التعسفي، حيث اعتبره الفقه معيار جد مبهم يشوبه الغموض³، وهذا الذي يمكننا من عدم معرفة التعسف في استخدام النفوذ الاقتصادي، غير أن الفقه عمد لتوضيح ذلك عبر استحداثه لمجموعة مؤشرات، يتم الاستناد إليها منها:

أ- المؤشر الأول: يتعلق هذا المؤشر بوضع المستهلك نفسه، ويستند إليه في مسألة تقدير النفوذ، ذلك أن المتعاملين الاقتصاديين يستغلون وضع المستهلك، وهذا الأخير لا يملك خيارات متعددة، لأنه غالباً لا تكون له القدرة على دراسة الشروط في العقد لضعف مركزه من جهة، وكذا فرض المهني لشروطه من منطلق نفوذه والتفوق في التقنية لقاء عدم قدرة المستهلك على الاستغناء عن السلعة أو الخدمة⁴.

ب- المؤشر الثاني: وهو عكس المؤشر الأول، يرتبط هذا المؤشر بالمحترف نفسه، ووضعه في السوق، وبما له من خبرة في التصرفات المندرجة ضمن مهنته⁵، فهو قد تعود على إبرام العقود، الأمر الذي يجعله يدرك مسبقاً الحقوق والالتزامات المنبثقة عن العقد، وكذا معرفته للاشتراطات المختلفة والمخاطر الناجمة عن هذا الأخير، بالإضافة على خبرته ودرايته بالتصرفات التي تدخل في مجاله المهني، ويمتلك من الوسائل ما يجعله يحدد الالتزامات التي باستطاعته تنفيذها والشروط التي يفرضها على المتعاقد معه⁶.

ثانياً: معيار الميزة الفاحشة (المفرطة)

يعتبر هذا المعيار الشرط الذي يتضمنه عقد الاستهلاك تعسفياً إذا منح المحترف -أو تحصل- نتيجة إدراجه لهذا الشرط، على ميزة فاحشة أو مفرطة، تأتي نتيجة للتعسف في استغلال النفوذ الاقتصادي⁷. لا يختلف معيار الميزة الفاحشة كثيراً كثيراً عن المعيار الأول ويأتي كنتيجة مباشرة له، إذ أن الميزة الفاحشة ليست سوى نتيجة مباشرة لاستخدام القوة الاقتصادية بصفة تعسفية أدت في النهاية إلى ظهور عدم توازن بالعقد⁸.

¹ - حسينة شرون، نجاه حملاوي، المرجع السابق، ص 56.

² - عبد القادر الصادق، "حماية المستهلك من الشروط التعسفية دراسة مقارنة"، مجلة آفاق العلمية، المركز الجامعي لتأمنغست، المجلد 11، العدد 1، 2019، ص 43.

³ - مولود بغداددي، المرجع السابق، ص 48.

⁴ - حسينة شرون، نجاه حملاوي، المرجع السابق، ص 57.

⁵ - حسينة شرون، نجاه حملاوي، المرجع السابق، ص 58.

⁶ - مولود بغداددي، المرجع السابق، ص 48 و 49.

⁷ - حسينة شرون، نجاه حملاوي، المرجع السابق، ص 58؛ محمد بودالي، المرجع السابق، ص 94.

⁸ - عبد القادر الصادق، المرجع السابق، ص 44.

انتقد هذا المعيار لغموضه، كما أنه لم تحدد طبيعة الميزة إذا كانت ذات طابع مالي أو ذات طبيعة أخرى، إضافة إلى ذلك هل يدخل في تقديرها الشرط منعزلاً أو متصلاً بالعقد، كون أن البعض يرى وجوب النظر إلى تقدير عدم التوازن بالنظر إلى مجموع الشروط العقدية التي نتج عنها وجود ميزة فاحشة¹.

ثالثاً: معيار الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق والتزامات طرفي العقد

أقر المشرع الجزائري بموجب المادة 5/3 من القانون رقم 04-02 السالف الذكر، أن معيار تحديد الطابع التعسفي للبنود التعاقدية، يتجلى من خلال الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد². يعد معيار الإخلال الظاهر بالتوازن أحسن معيار يرجى الأخذ به في إطار الشروط التعسفية، حيث يوسع من مجال الحماية تجاه كل المهنيين حتى ولو لم توجد لديهم قوة اقتصادية، وأيضاً تجنباً للانتقادات التي كانت موجهة لمعيار التعسف في حالة استعمالها، والتي لا يمكن الكشف عنها في غالبية الحالات³.

ويطرح معيار الإخلال الظاهر بين حقوق والتزامات المستهلك والمهني مسألة تقنية هامة، تتعلق بكيفية تقديره، ذلك أن المشرع الجزائري وطبقاً للمادة 5/3 من القانون رقم 04-02، اكتفى بالنظر للإخلال الظاهر الذي يحدثه الشرط لوحده، أو بالنظر لجميع بنود العقد مجتمعة، ويتجسد تعسف الشرط في الصورة الأولى في الحالات التي تظهر فيها خطورة الشرط واضحة، ذلك يجعل الإخلال ظاهراً في الحقوق والتزامات العقدية بين طرفي العقد، وخصوصاً التي نص عليها القانون صراحة، إلا أن هذا يعد استثناء، كون القاضي في غير هذه الحالات، ينظر في البنود بأكملها - جميعها - لتوضيح ما إذا كان هنالك إخلالاً ظاهراً، وهو ما يجسد الصورة الثانية في طريقة تقدير الطابع التعسفي، فيما برزت حالة السكوت عن باقي الاعتبارات الأخرى التي من أهمها وقت تقدير الطابع التعسفي للشرط⁴.

اعتبر البعض أن السكوت عن تلك الاعتبارات لا يحدث نقصاً، باعتبار أن هذه الأخيرة من المسلمات التي يأخذ بها القضاء عند التعامل مع غالبية العقود، في المقابل، يرى طرف آخر غير ذلك، ويمثل الرأي الراجح، والمشرع الجزائري أخذ توجهها ناقصاً ومحتشماً في مسألة تقدير الطابع التعسفي، علماً بأن ترك المجال وحد للقضاء، يمهّد لا محال لتناقض الأحكام، إذا ما أخذ بجدّة الظاهرة التي تحتاج في مراحلها الأولى لاهتمام قانوني يكون أكثر جدية⁵.

الفرع الثاني: أنواع الشروط التعسفية في عقد بيع عقار على التصاميم

تعدد أنواع الشروط التعسفية في عقد بيع عقار على التصاميم، حيث أن هناك شروطاً نص عليها القانون إعتبرها تعسفية (أولاً)، وهناك شروطاً أخرى لم ينص عليها القانون، إنما تظهر من خلال محتوى العقد، أو حين يقوم المتعاقد بتنفيذ العقد، حيث يقع ضغط على الطرف المتعاقد معه ويكون مدعناً (ثانياً).

أولاً: الشروط التعسفية القانونية

تحدد أنواع الشروط التعسفية القانونية في عقد بيع العقار على التصاميم، من خلال الرجوع للأحكام القانون رقم 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، والمرسوم التنفيذي رقم 06-306، حيث أن كلا النصين حدد مجموعة من البنود التي تعد

¹ - نفس المرجع السابق، ص 44 و 45.

² - عبير مزغيش، محمد عدنان بن ضيف، المرجع السابق، ص 106.

³ - إيمان بوشارب، المرجع السابق، ص 68.

⁴ - عبير مزغيش، محمد عدنان بن ضيف، المرجع السابق، ص 107.

⁵ - إيمان بوشارب، المرجع السابق، ص 69.

تعسفية تطبق على عقود الاستهلاك بصفة عامة، وعلى عقد بيع العقار على التصاميم بصفة خاصة، الأمر الذي يستدعي إسقاط هذه الشروط على الأحكام والشروط الخاصة بهذا العقد المنصوص عليها بموجب القانون رقم 11-04 والمراسيم المطبقة له.

أ- الشروط التعسفية المحددة بموجب القوانين: نص المشرع الجزائري صراحة على الشروط التعسفية التي تشكل حالات لعدم التوازن العقدي بين المستهلك والبائع، بموجب أحكام القانون رقم 04-102¹، وقد قام بتحديدتها ضمن المادة 29 التي تنص على أنه: «تعتبر شروطا وبنودا تعسفية في العقود بين المستهلك والبائع لا سيما البنود والشروط التي تمنح هذا الأخير:

- 1- أخذ حقوق و/أو امتيازات لا تقابلها حقوق و/أو امتيازات مماثلة بها للمستهلك،
- 2- فرض التزامات فورية ونهائية على المستهلك في العقود، في حين أنه يتعاقد هو بشروط يحققها متى أراد،
- 3- امتلاك حق تعديل عناصر العقد الأساسية أو مميزات المنتج المسلم أو الخدمة المقدمة دون موافقة المستهلك،
- 4- التفرد بحق تفسير شرط أو عدة شروط من العقد أو التفرد في اتخاذ قرار البت في مطابقة العملية التجارية للشروط التعاقدية،

- 5- إلزام المستهلك بتنفيذ التزاماته دون أن يلزم نفسه بها،
 - 6 - رفض حق المستهلك في فسخ العقد إذا أخل هو بالالتزام أو عده التزاماته في ذمته،
 - 7- التفرد بتغيير آجال تسليم منتج أو تنفيذ خدمة،
 - 8- تهديد المستهلك بقطع العلاقات التعاقدية لمجرد رفض المستهلك الخضوع لشروط تجارية جديدة غير متكافئة».
- جاءت الشروط التعسفية التي أوردها المشرع على سبيل المثال وليس الحصر²، وهذا ما يفهم من نص المادة 30 من القانون رقم 04-02، بحيث يمكن النص على شروط أخرى بموجب التنظيم في الحالات الجديدة، وهذا بواسطة لجنة تسمى "لجنة البنود التعسفية"، التي تحاول إيجاد شروط تعسفية في العقود³.

ب- الشروط التعسفية المحددة بموجب المراسيم

تدخل السلطة التنظيمية المتمثلة في الحكومة لمنع بعض الشروط التي تعتبرها تعسفية، وذلك طبقا لما جاء في نص المادة 30 من القانون رقم 04-02، ويكون ذلك بموجب مراسيم تصدرها حماية للمستهلك⁴، وانطلاقا من المادة 30 من نفس القانون صدر المرسوم التنفيذي رقم 06-306 السالف الذكر، حيث تنص المادة 05 منه على أنه: «تعتبر تعسفية، البنود التي يقوم من خلالها العون الاقتصادي بما يأتي:

- 1 - تقليص العناصر الأساسية للعقود المذكورة في المادتين 2 و 3 أعلاه،
- 2- الاحتفاظ بحق تعديل العقد أو فسخه بصفة منفردة، بدون تعويض للمستهلك،
- 3- عدم السماح للمستهلك في حالة القوة القاهرة بفسخ العقد، إلا بمقابل دفع تعويض،

¹ سامي بن حملة، "إعادة التوازن العقدي بين المستهلك والمتدخل في عقود الاستهلاك"، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، جامعة الحاج لخضر، باتنة 1، العدد الخامس، 2015، ص 92.

² سلمى بن سعيدي، المرجع السابق، ص 80.

³ سامي بن حملة، المرجع السابق، ص 93.

⁴ سلمى بن سعيدي، المرجع السابق، ص 82 و 83.

- 4- التخلي عن مسؤوليته بصفة منفردة، بدون تعويض المستهلك في حالة عدم التنفيذ الكلي أو الجزئي أو التنفيذ غير الصحيح لواجباته،
- 5- النص في حالة الخلاف مع المستهلك على تخلي هذا الأخير عن اللجوء إلى أية وسيلة طعن ضده.
- 6- فرض بنود لم يكن المستهلك على علم بها قبل إبرام العقد،
- 7- الاحتفاظ بالمبالغ المدفوعة من طرف المستهلك في حالة ما إذا امتنع هذا الأخير عن تنفيذ العقد أو قام بفسخه دون إعطائه الحق في التعويض في حالة ما إذا تخلى العون الاقتصادي هو بنفسه عن تنفيذ العقد أو قام بفسخه،
- 8- تحديد مبلغ التعويض الواجب دفعه من طرف المستهلك الذي لا يقوم بتنفيذ واجباته، دون أن يحدد مقابل ذلك تعويضا يدفعه العون الاقتصادي الذي لا يقوم بتنفيذ واجباته،
- 9- فرض واجبات إضافية غير مبررة على المستهلك،
- 10- الاحتفاظ بحق إجبار المستهلك على تعويض المصاريف والأتعاب المستحقة بغرض التنفيذ الإجباري للعقد دون أن يمنحه نفس الحق،

11- يعني نفسه من الواجبات المترتبة عن ممارسته نشاطاته،

12- يحمل المستهلك عبء الواجبات التي تعتبر من مسؤوليته»¹.

يتضح من الفقرة الأولى من نص المادة 5 من المرسوم رقم 06-306 أن قائمة الشروط التعسفية وردت على سبيل الحصر لا المثال، ويظهر ذلك من عبارة "تعتبر تعسفية، البنود..."، لكن بالعودة إلى نص المادة 30 من القانون رقم 04-02، التي تعطي للحكومة الحق في إصدار مراسيم تحدد فيها الشروط التعسفية الجديدة، نستنتج أن القائمة جاءت على سبيل المثال لا الحصر.²

ثانيا: الشروط العقدية

وردت الشروط التعسفية التي أشرنا لها مسبقا على سبيل المثال لا الحصر، الأمر الذي يجعل العقد يحوي في طياته على بنود أخرى تكون تعسفية لم يتم إدراجها في النصوص السابقة، يمكن لها أن تخل بالعلاقة التعاقدية بين المستهلك والمتعامل الاقتصادي لصالح هذا الأخير. وعقد بيع عقار على التصاميم يحتوي شروطا تعسفية، سنحاول الوقوف على أهم هذه الشروط كما يلي³:

أ- **انتقال الملكية**: يتماثل المرقى العقاري في تسوية ملكية الأراضي التي تبنى عليها العقارات، حيث يذهب إلى الإنجاز بموجب تراخيص من الإدارة، بعدها يستلم المكتتبين سكناتهم دون تسوية مسبقة لملكية الأرض، هنا يكون مقتنوا العقار (المستهلكون) مالكين لسكناتهم فيما لم تسوى وضعية الأرض (الوعاء العقاري) بعد.

ب- **أخذ حقوق وامتيازات غير مبررة**: تعد من قبيل البنود التعسفية تلك التي تسمح للعون الاقتصادي

بأخذ حقوق غير مبررة للمستهلك، وطبقا لما جاء في نص المادة 42 من القانون 11-04، نجد أنه قد منع المرقى العقاري باعتباره عون اقتصادي من أخذ أي تسبيق مالي قبل تحرير عقد بيع عقار على التصاميم، حيث نلاحظ أن غالبية المرقين العقاريين يتعسفون كثيرا، عبر طلب أموال كثيرة لأجل الحصول على السكن، ويمكن أيضا أن تطلب تسبيقات مالية غير مبررة، كأن يكون الغرض تشجير الفناء الخارجي

¹ - المادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306، المرجع السابق، ص 17.

² - سلمى بن سعيدي، المرجع السابق، ص 84 و 85.

³ - وليد ثابتي و ميلود بن عبد العزيز، المرجع السابق، ص 222.

ودفع أجرة حراس ورشات العمل بعد إنهاء الأشغال... إلخ. وتكون النتيجة أحيانا عدم حصول المستهلك على السكن، بالرغم من أنه دفع مبالغ معتبرة من أجل أن يستفيد من السكن، لكن يصادف بأن ملفه مرفوض.

ج- التفرد في تغيير آجال التسليم: يعتبر هذا الشرط من بين أكثر الشروط التعسفية التي تصدر من المرفقي العقاري، حيث يسعى إلى الضغط على المكتتب من أجل تمديد آجال التسليم في عقد لاحق، لكي يتهرب من مسؤولية التعويض الملقاة على عاتقه نتيجة التأخير في التسليم.

و قد أمر المشرع الجزائري باحترام آجال التسليم ورتب عقوبات على مخالفتها، حيث تنص المادة 43 من القانون رقم 11-04، على: «يؤدي كل تأخر في التسليم الفعلي للعقار موضوع عقد البيع على التصاميم، إلى عقوبات التأخير التي يتحملها المرفقي، ويحدد مبلغ عقوبة التأخير وآجالها وكذا كيفيات دفعها عن طريق التنظيم»، ويكون مبلغ عقوبة التأخير محدد بنسبة مذكورة في العقد، كما ينص على ذلك المرسوم التنفيذي رقم 13-431، الذي يحدد نموذجي عقد حفظ الحق وعقد البيع على التصاميم للأمولاك العقارية وكذا حدود تسديد سعر الملك موضوع عقد البيع، ومبلغ عقوبة التأخير وآجالها وكيفية دفعها¹.

د- الاحتفاظ بحق فسخ العقد بطريقة منفردة: يتعسف المرفقي العقاري كثيرا في كل مرة يلوح بفسخ العقد بالإرادة المنفردة، حتى ولو لم يكن هناك أي إخلال من قبل المكتتب يتعلق بتنفيذ التزاماته. وقد اعتبر المشرع الجزائري هذا البند تعسفيا، في نص المادة 2/5 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 السالف الذكر.

المبحث الثالث: آليات الرقابة على الشروط التعسفية في عقد بيع عقار على التصاميم

يمكن التصدي للشروط التعسفية المدرجة في عقد بيع عقار على التصاميم، من خلال اعتماد جملة من الآليات والضوابط التي تكون كفيلة للحد من هذه الشروط، التي تخل بالتوازن العقدي من جهة، وكذا تمس بحقوق المستهلك من جهة أخرى، نتيجة التعسف الممارس من قبل المتعامل العقاري بصفة عامة والمرفقي العقاري بصفة خاصة، باعتباره متعاملا اقتصاديا². تتمثل هذه الآليات في فرض الرقابة القانونية بموجب نصوص قانونية، والرقابة الإدارية من طرف الإدارة على الشروط التعسفية (المطلب الأول)، إضافة للرقابة الممارسة من قبل القضاء عن طريق الدعاوى المرفوعة من المستهلكين المتضررين، وكذا عن طريق من يمثل هؤلاء وهم جمعيات حماية المستهلك (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الرقابة القانونية والإدارية على الشروط التعسفية في عقد بيع عقار على التصاميم

تهدف الرقابة القانونية (الفرع الأول) والإدارية (الفرع الثاني) إلى الحد من الشروط التعسفية في عقد بيع عقار على التصاميم، ذلك باعتماد كل رقابة وفق ضوابطها والتي تكون كفيلة لإحقاق التوازن العقدي بين المرفقي العقاري والمكتتب.

الفرع الأول: الرقابة القانونية على الشروط التعسفية في عقد بيع عقار على التصاميم

يقصد بالرقابة القانونية الاعتماد على نظام القوائم القانونية التي تهدف أساسا إلى ضبط الشروط التعسفية من خلال تحديدها، بما يسمح بفرض الرقابة عليها، وقد ظهر نظام القوائم في ألمانيا وفرنسا، وسارت الجزائر على هذا النسق، حيث اعتمدت على نظام القائمة في كل من القانون رقم 04-02 (أولا)، وكذا المرسوم التنفيذي رقم 06-306 (ثانيا).

أولا: الرقابة القانونية في ظل القانون رقم 04-02

¹ - مرسوم تنفيذي رقم 13-431 مؤرخ في 85 ديسمبر سنة 2013، يحدد نموذجي عقد حفظ الحق وعقد البيع على التصاميم للأمولاك العقارية وكذا حدود تسديد سعر الملك موضوع عقد البيع على التصاميم ومبلغ عقوبة التأخير وآجالها وكيفية دفعها، ج ر، العدد 66، الصادر في 25 ديسمبر سنة 2013.

² - حسينة شرون، نجا حملاوي، المرجع السابق، ص 59.

أقر المشرع الجزائري الرقابة القانونية في ظل القانون رقم 04-02 يتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، التي تمارس بالاعتماد على قائمة الشروط التعسفية المنصوص عليها في القانون، بحيث نجد المادة 29 من نفس القانون تتضمن لهذه لقائمة من الشروط، التي جاءت على سبيل المثال، وقد سبق لنا ذكرها، وهي على النحو الآتي: «تعتبر بنودا وشروطا تعسفية في العقود بين المستهلك والبائع لا سيما البنود والشروط التي تمنح هذا الأخير:

- 1- أخذ حقوق و/أو امتيازات لا تقابلها حقوق و/أو امتيازات مماثلة معترف بها للمستهلك،
- 2- فرض التزامات فورية ونهائية على المستهلك في العقود، في حين أنه يتعاقد هو بشروط يحققها متى أراد،
- 3- امتلاك حق تعديل عناصر العقد الأساسية أو مميزات المنتج المسلم أو الخدمة المقدمة دون موافقة المستهلك،
- 4- التفرد بحق تفسير شرط أو عدة شروط من العقد أو التفرد في اتخاذ قرار البت في مطابقة العملية التجارية للشروط التعاقدية،

- 5- إلزام المستهلك بتنفيذه التزاماته دون أن يلزم نفسه،
- 6- رفض حق المستهلك في فسخ العقد إذا أخل هو بالالتزام أو عدة التزامات في ذمته،
- 7- التفرد بتغيير آجال تسليم منتج أو آجال تنفيذ خدمة،
- 8- تهديد المستهلك بقطع العلاقة التعاقدية لمجرد رفض المستهلك الخضوع لشروط تجارية غير متكافئة».

ثانيا: الرقابة القانونية في ظل المرسوم التنفيذي رقم 06-306

أقر المشرع الجزائري الرقابة القانونية في ظل المرسوم التنفيذي رقم 06-306 الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، المعدل والمتمم، وتمارس هذه الرقابة بالاعتماد على قائمة الشروط التعسفية المنصوص عليها في القانون، بحيث نجد المادة 5 من نفس المرسوم تحدد قائمة من الشروط، جاءت على سبيل المثال، وهي على النحو الآتي: «تعتبر تعسفية، البنود التي يقوم من خلالها العون الاقتصادي بما يأتي:

- 1- تقليص العناصر الأساسية للعقود المذكورة في المادتين 2 و 3 أعلاه،
- 2- الاحتفاظ بحق تعديل العقد أو فسخه بصفة منفردة، بدون تعويض للمستهلك،
- 3- عدم السماح للمستهلك في حالة القوة القاهرة بفسخ العقد، إلا بمقابل تعويض.
- 4- التخلي عن مسؤوليته بصفة منفردة، بدون تعويض المستهلك في حالة عدم التنفيذ الكلي أو الجزئي أو التنفيذ غير الصحيح لواجباته،

- 5- النص في حالة الخلاف مع المستهلك على تخلي هذا الأخير عن اللجوء إلى أية وسيلة طعن ضده،
- 6- فرض بنود لم يكن المستهلك على علم بها قبل إبرام العقد،
- 7- الاحتفاظ بالمبالغ المدفوعة من طرف المستهلك في حالة ما إذا امتنع هذا الأخير عن تنفيذ العقد أو قام بفسخه دون إعطائه الحق في التعويض في حالة ما إذا تخلى العون الاقتصادي هو بنفسه عن تنفيذ العقد قام بفسخه،
- 8- تحديد مبلغ التعويض الواجب دفعه من طرف المستهلك الذي لا يقوم بتنفيذ واجباتهن دون أن يحدد مقابل ذلك تعويضا يدفعه العون الاقتصادي الذي لا يقوم بواجباته،

- 9- فرض واجبات إضافية غير مبررة على المستهلك،

10- الاحتفاظ بحق إجبار المستهلك على تعويض المصاريف والأتعاب المستحقة بغرض التنفيذ الإجباري للعقد دون أن يمنحه نفس الحق،

11- يعفي نفسه من الواجبات المترتبة عن ممارسة نشاطاته،

12- يحمل المستهلك عبء الواجبات التي تعتبر من مسؤوليته¹.

الفرع الثاني: الرقابة الإدارية على الشروط التعسفية في عقد بيع عقار على التصاميم

تمارس الرقابة الإدارية من طرف لجنة البنود التعسفية (أولا)، كما تمارس الحكومة رقابتها عن طريق تحديدها لشروط تتسم بالتعسف بموجب مراسيم (ثانيا).

أولا: رقابة لجنة البنود التعسفية

استحدث المشرع لجنة ذات طابع إداري تهتم بالشروط التعسفية، وذلك بموجب المرسوم رقم 06-306 السالف الذكر، في الفصل الثالث، في المادة 6 منه، وهي لجنة ذات طابع استشاري تدعى في صلب النص "اللجنة" تنشأ لدى الوزير المكلف بالتجارة²، وقد نظم المرسوم هذه اللجنة بتحديد تشكيلتها ومهامها في المواد من 6 إلى 12 من نفس المرسوم.

أ-تشكيل لجنة البنود التعسفية: حدد المشرع تشكيلة اللجنة في المرسوم التنفيذي رقم 06-306 السالف الذكر، في المادة 8 منه، والمعدلة بموجب المرسوم التنفيذي رقم 08-44، التي تنص على أنه: «تتكون اللجنة من خمسة (5) أعضاء دائمين وخمسة أعضاء مستخلفين يتوزعون كما يأتي:

1-ممثلان (2) عن الوزير المكلف بالتجارة، مختصان في مجال الممارسات التجارية،

2 - ممثلان (2) عن وزير العدل، حافظ الأختام، مختصان في قانون العقود،

3- ممثلان (2) عن مجلس المنافسة،

4- متعاملان اقتصاديان (2) يمثلان الغرفة الجزائرية للتجارة والصناعة، مؤهلان في مجال قانون الأعمال والعقود،

5- ممثلان (2) عن جمعيات حماية المستهلكين، مؤهلان في مجال قانون الأعمال والعقود.

يمكن اللجنة الاستعانة بأي شخص آخر بوسعه أن يفيد بها في أعمالها³.

ب-مهام لجنة البنود التعسفية: تقوم لجنة البنود التعسفية بدور مهم في حماية المستهلك، ويستخلص دورها من خلال المهام الممنوحة لها والمنصوص عليها في المرسوم التنفيذي رقم 06-306 والمذكور أعلاه، يمكن تقسيمها إلى نوعين:

1-مهام وقائية: وتتمثل في الدور الوقائي للجنة البنود التعسفية في ممارسة ما يلي:

-إصدار التوصيات: وهو أهم دور تقوم به لجنة البنود التعسفية، تتضمنه المادة 7 الفقرة 1 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 السالف الذكر، وتنص على: «تكلف اللجنة، لاسيما بالمهام الآتية:

¹ - المادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306، المرجع السابق، ص ص 17 و 18.

² -غنيمة لحو خيار، نظرية العقد، د.ط، بيت الأفكار، الجزائر، 2018، ص 99.

³ - المادة 8 من المرسوم 60-306، مرجع سابق، المعدل والمتمم، بموجب المرسوم التنفيذي رقم 08-44 المؤرخ في 3 فبراير سنة 2008، ج ر، العدد 07، الصادر في 10 فبراير سنة 2008، ص ص 17 و 18.

-تبحث في كل العقود المطبقة من طرف الأعوان الاقتصاديين على المستهلكين والبنود ذات الطابع التعسفي كما تصيغ توصيات تبلغ إلى الوزير المكلف بالتجارة والمؤسسات المعنية،...».

- إعداد التقارير السنوية: تقوم لجنة البنود التعسفية بإصدار تقارير تدرج فيها كل نشاطاتها التي قامت بها خلال السنة، كما تتضمن هذه التقارير كل التوصيات الصادرة عنها، إضافة للآراء الاستشارية المقدمة في الاجتماعات، وكذا الاقتراحات وتبلغ إلى وزير التجارة من خلال نشرها، وذلك بكل وسيلة ملائمة¹، طبقا لنص المادة 12 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 والمذكور أعلاه².

2- مهام استشارية: تلعب لجنة البنود التعسفية دورا استشاريا، من حيث تقدم الاقتراحات وإعطاء الآراء لعدة جهات أهمها (السلطة التنظيمية، جمعيات حماية المستهلك، والجهات القضائية)³.

ثانيا: رقابة الحكومة على الشروط التعسفية بموجب مراسيم

تكفل الحكومة رقابة الشروط التعسفية، بالقيام بإصدار جملة من المراسيم تحدد الشروط التي تعتبرها تعسفية، ويكون باستشارة لجنة البنود التعسفية، على إثرها تصبح هذه المراسيم ملزمة للأعوان الاقتصاديين وللجهات القضائية على حد سواء، ومن بين هذه المراسيم نجد المرسوم رقم 06-306 السالف الذكر⁴، والذي جاء تطبيقا لنص المادة 30 من القانون رقم 04-02 السالف الذكر، التي تنص على أنه: «بهدف حماية مصالح المستهلك و حقوقهن يمكن تحديد العناصر الأساسية للعقود عن طريق التنظيم، وكذا منع العمل في مختلف أنواع العقود، ببعض الشروط التي تعتبر تعسفية».

المطلب الثاني: الرقابة القضائية على الشروط التعسفية في عقد بيع عقار على التصاميم

يمارس القاضي الرقابة على الشروط التعسفية في عقد البيع على التصاميم بهدف حماية المستهلك من التعسف، ويكون برفع المستهلك المتضرر لدعوى قضائية فردية ضد المتعامل الاقتصادي الذي يفرض بنودا تعسفية في العقد، وقد يكون من خلال الدعاوى المرفوعة من جمعيات المستهلك (الفرع الأول)، إضافة لسلطة القاضي في فرض جزاءات مدنية وأخرى جزائية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الدعاوى المرفوعة بخصوص الشروط التعسفية الواردة في عقد بيع العقار على التصاميم

يعد اللجوء إلى القضاء وسيلة تضمن تكريس حقوق المستهلك وحمايتها، وذلك برفع دعاوى فردية من طرف المستهلك (أولا)، وأخرى دعاوى ترفعها جمعيات حماية المستهلك (ثانيا).

أولا: الدعاوى الفردية المرفوعة من طرف المستهلك

كفل المشرع للمستهلك، حق اللجوء إلى القضاء للمطالبة بتعديل الشروط التعسفية أو إلغائها، كما يحق له رفع دعوى جزائية ضد المتعامل الاقتصادي الذي أدرج بنودا تعسفية في عقد بيع العقار على التصاميم⁵.

¹ - نصيرة زوطاط، "دور لجنة البنود التعسفية في حماية المستهلك"، مجلة القانون الدولي والتنمية، مخبر القانون الدولي للتنمية المستدامة، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، المجلد 07، العدد 1، 2019، ص 39.

² - أنظر المادة 12 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306، المرجع السابق، ص 18.

³ - نصيرة زوطاط، المرجع السابق، ص 39 و 40.

⁴ - حسينة شرون، نجاة حملاوي، المرجع السابق، ص 62.

⁵ - حسينة شرون، نجاة حملاوي، المرجع السابق، ص 64.

ثانيا: الدعاوى المرفوعة من طرف جمعيات حماية المستهلك

يتجلى ذلك في تأسيس جمعية حماية المستهلكين كطرف مدني، في دعوى يتم رفعها طلبا لإلغاء الشروط التعسفية، فإنه وفقا لنص المادة 65 من القانون 02-04 السالف الذكر، والتي جاء في مضمونها: «دون المساس بأحكام المادة 2 من قانون الإجراءات الجزائية، يمكن جمعيات حماية المستهلك، والجمعيات المهنية التي أنشأت طبقا للقانون، وكذلك كل شخص طبيعي او معنوي ذي مصلحة، القيام برفع دعوى أمام العدالة ضد كل عون اقتصادي قام بمخالفة أحكام هذا القانون، كما يمكنهم التأسيس كطرف مدني في الدعاوى للحصول على تعويض الضرر الذي لحقهم».

وبالتالي فإن كل دعوى مرفوعة من قبل جمعيات حماية المستهلك لإلغاء الشروط التعسفية نجد أساسها القانوني في هذا النص، في حالة إدراج شروط تعسفية في العقود المبرمة بين المحترفين والمستهلكين، الذي يكون مخالفا لأحكام القانون 02-04، ومنه تثبت الصفة لجمعية حماية المستهلكين، برفع الدعوى لإلغاء الشروط التعسفية¹.

نجد إضافة إلى ما تنص عليه المادة 65 من القانون رقم 02-04 والمذكور أعلاه، أن القانون رقم 03-09 السالف الذكر، قد منح الحق أيضا لجمعيات حماية المستهلك في رفع الدعاوى وأن تتأسس كطرف مدني²، وهذا الوارد في نص المادة 23 منه.

الفرع الثاني: الجزاءات المترتبة عن الشروط التعسفية في عقد بيع العقار على التصاميم

يملك القاضي سلطة فرض الجزاءات التي تفسح المجال للحد من الشروط التعسفية، عبر التصدي لها من خلال فرض جزاءات مناسبة، قد تكون جزاءات مدنية (أولا)، وقد تكون جزاءات جزائية (ثانيا).

أولا: الجزاءات المدنية المترتبة عن فرض الشروط التعسفية

نجد أن المشرع لم يدرج أي جزاءات مدنية تترتب عن فرض الشروط التعسفية، وبالأخص في القانون رقم 02-04 السالف الذكر، يعده الفقهاء سهوا من المشرع الذي كان من المفروض، أن ينص عليها والمتمثلة في بطلان الشرط التعسفي، إضافة لبقاء العقد صحيحا في حالة استمرارية العقد دون تلك الشروط³.

يتضح من خلال الرجوع للقواعد العامة، أن المشرع قد أعطى القاضي سلطة تعديل واستبعاد الشرط التعسفي، طبقا لنص المادة 110 من القانون المدني⁴، لكن الأخيرة تنص على أنه لا يمكن للقاضي التصدي للشروط التعسفية الواردة في عقد الإذعان، إلا بتقديم الطرف المذعن أو المستهلك لطلب تغيير محتوى الشرط التعسفي أو إعفائه من تنفيذه، وهذا حماية له، وبناء على ذلك يتصدى القاضي لهذه الشروط.

يتمتع القاضي بموجب المادة 110 ق م ج، بسلطة تقديرية واسعة، وهي جوازية، تتمثل في تعديل الشرط التعسفي أو الإبقاء عليه، إضافة لإمكانية إعفاء الطرف المذعن من الخضوع له، لكن تبقى سلطة القاضي فيما يخص تعديل الشروط التعسفية أو الإعفاء منها في

¹ - مولود بغدادي، المرجع السابق، ص 132.

² - عبير مزغيش، محمد عدنان بن ضيف، المرجع السابق، ص 114.

³ - حسينة شرون، نجاة حملاوي، المرجع السابق، ص 65.

⁴ - سامي بن حملة، المرجع السابق، ص 98.

عقود الاستهلاك، مرتبطة بالقائمة المنصوص عليها في المادة 29 من القانون رقم 04-02 والمذكور أعلاه، وتقابلها القائمة المدرجة في نص المادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 السالف الذكر¹.

ثانيا: الجزاءات الجزائية المترتبة عن فرض الشروط التعسفية

أقر المشرع جزاءات ذو طابع جزائي، تتمثل في جزاءات مالية ضد المتعاملين الاقتصاديين لقيامهم بوضع بنود تعسفية في عقود الاستهلاك، ويعد ذلك من قبيل الممارسات التعاقدية التعسفية². تعد الممارسات التعاقدية التعسفية، المنصوص عليها في المادة 29 من القانون رقم 04-02 السالف الذكر بمختلف صورها، جنحا تعاقب عليها المادة 38 من نفس القانون، وتكون العقوبة بفرض غرامات من خمسين ألف دينار (50.000 دج) إلى خمسة ملايين دينار (5.000.000 دج)³.

خاتمة

يعتبر عقد البيع على التصاميم من أحسن الوسائل لتمكين الأفراد من اقتناء مسكن، و هو الأكثر تعاقدًا حاليًا نظرا للإيجابيات التي يوفرها هذا النوع من العقود، حيث يقدم تسهيلات للمكاتب في دفع الثمن بأقساط محددة موازنة مع تقدم الأشغال، ما يخفف العبء على المواطن، كما انه سيتمكن بناية جديدة، مطابقة للتقنيات الجديدة والمألوفة في مجال البناء. والمشرع الجزائري على غرار المشرع الفرنسي، اهتم بهذا العقد و حاول الإلمام بكافة النقاط لتفادي النزاعات التي يمكن أن تطرح، طبقا للقانون رقم 11-04 خاصة في توفير الحماية اللازمة للمكاتب الذي يعتبر الطرف الضعيف في هذه العلاقة التعاقدية.

واهتم المشرع الجزائري بالمستهلك، باعتباره الطرف الضعيف في عقد بيع عقار على التصاميم، بحيث رافقه بالحماية القانونية طوال فترة إبرام هذا العقد وبعده، مما قد يدرجه المرقى العقاري الذي يعد الطرف القوي في العقد، من شروط وبنود تكتسي الطابع التعسفي، هذه الأخيرة تشكل خطرا يهدد المستهلك في حقوقه، نظرا لأنها تخل بالتوازن العقدي، وقد أورد المشرع هذه الشروط في نصوص قانونية كثيرة، من أهمها نجد القانون رقم 04-02 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، وكذا المرسوم التنفيذي رقم 06-306 الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، هذا بالإضافة إلى شروط أخرى منصوص عليها في القوانين الخاصة بتنظيم عقد بيع عقار على التصاميم، والتي من أهمها القانون رقم 11-04 الذي يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية.

وقد وضع هذا القانون التزامات وضمانات قانونية على عاتق المرقى العقاري، حتى يحمي المستهلك الضعيف من التعسف الذي يمارسه هذا الأخير عليه، من خلال بنود العقد التعسفية، إضافة إلى ذلك قام المشرع بوضع آليات لرقابة هذه الشروط التعسفية قانونيا وإداريا، والتصدي لها.

وبناء على دراستنا للموضوع، توصلنا إلى استخلاص النتائج التالية:

1- إن عقد بيع العقار على التصاميم وإن كان بيعا، فهو ذو طبيعة خاصة يتميز عن عقد البيع العادي الوارد على العقار الموجود وقت التعاقد، من حيث خضوعه لأحكام خاصة به، بالرغم من أن إبرامه يخضع للقواعد العامة المنصوص عليها في القانون المدني، كما أنه يرد على عقار مستقبلي، ويعد كذلك من عقود الإذعان التي تتضمن شروطا تعسفية.

¹ - حسينة شرون، نجات حملاوي، المرجع السابق، ص 66 و 67. غنيمة لولو خيار، المرجع السابق، ص 97 و 98.

² - سامي بن حملة، المرجع السابق، ص 98.

³ - أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، الجزء الثاني، الطبعة السابع عشر، دار هومة، الجزائر، ص 345 و 352.

- 2- تختلف تسمية المستهلك من قانون لآخر، فنجد مثلا في القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش يسمى المستهلك، لكن القانون رقم 11-04 أحيانا يطلق عليه تسمية المكتتب، وأحيانا يسميه المقتني، كذلك الأمر بالنسبة للمرسوم التنفيذي رقم 13-431، بحيث يستعمل تسميتين وهما المكتتب والمقتني، إضافة لتسمية المستفيد من الترقية العقارية.
 - 3- جاءت الشروط التعسفية الواردة في المادة 29 من القانون رقم 04-02، وكذا في المادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306، على سبيل المثال لا الحصر، إذ من الممكن أن يشتمل عقد بيع عقار على التصاميم على شروط أخرى تكون تعسفية تخل بتوازن العقد.
 - 4- لا يدرج المرقى العقاري شروط تعسفية مكتوبة في عقد بيع العقار على التصاميم، بحيث تكون شفاهة مع المستهلكين نظرًا لالتزام الموثق بتحرير العقد في شكل رسمي مع تقيده بنموذج محدد للعقد، بحيث يجعل المستهلك يرضخ لتلك الشروط والخضوع لها، رغم علمه بأنها تعسفية وغير قانونية، وهذا راجع لأزمة السكن الموجودة في الجزائر، وتحت ضغط رغبته في الحصول على السكن.
 - 5- إن المشرع في ظل القانون رقم 11-04، يعترف ضمنا بأن مقتني العقار أي المستهلك هو الطرف الضعيف في عقد بيع العقار على التصاميم، الأمر الذي دفعه لتوسيع الحماية له، عبر فرضه لالتزامات على المرقى العقاري باعتباره طرفا قويا في العقد.
 - 6- إن القواعد القانونية التي تنص على التزامات المرقى العقاري، غير كافية لتشكيل حماية حقيقية للمستهلك مقتني العقار، وهذا لأسباب عديدة، كالغموض الذي يكتنف تلك القواعد والنصوص القانونية المنظمة لالتزامات المرقى العقاري.
- ونقترح التوصيات التالية:

- 1- ضرورة توحيد التسميات المرتبطة بالمستهلك في عقد بيع العقار على التصاميم، تحت مسمى واحد يكون واضحا.
- 2- سن القوانين التي تضمن الحماية اللازمة للمستهلك في عقد بيع العقار على التصاميم، عبر تنظيم التزامات المرقى العقاري بشكل واضح.
- 3- على المشرع أن يضمن التشديد في الجزاءات، إذا ما أحل المرقى العقاري بالتزاماته.
- 4- ضرورة جمع النصوص القانونية المتعلقة بحماية المستهلك من الشروط التعسفية، ووضعها في قانون حماية المستهلك وقمع الغش، ودون إغفال وضع الجزاء المدني المترتب عن الشروط التعسفية.
- 5- العمل على توعية المستهلك بالقانون الذي يضمن له الحماية من الوقوع ضحية للشروط التعسفية، ذلك بواسطة النشريات والبحوث والدراسات والبرامج الإذاعية والتلفزيونية، والتي تساهم في إثراء الوعي القانوني لدى مختلف فئات المجتمع.

قائمة المراجع:

- بوسقيعة، أ. (2017). *الوجيز في القانون الجزائري الخاص* (17 ط، م 2). الجزائر: دار هومة.
- سي يوسف، ز. ح. (2017). *دراسة تقنية البيع على التصاميم في ضوء القانون رقم 11-04 المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقار*. الجزائر: دار هومة.
- شريقي، ن. (2013). *الأعمال التجارية-التاجر- المحل التجاري* (1 ط). الجزائر: دار بلقيس.
- زروقي، ل.، & حمدي باشا، ع. (2018). *المنازعات العقارية في ضوء آخر التعديلات وأحدث الأحكام*. الجزائر: دار هومة.
- تسبية، أ. (2019). *الآليات القانونية لحماية المشتري في عقد البيع على التصاميم* (أطروحة دكتوراة). قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أدرار، أدرار.
- بودالي، م. (2010). *الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري (دراسة مقارنة مع قوانين فرنسا وألمانيا ومصر)* (2 ط). الجزائر: دار هومة.
- حوحو، ي. (2016). *عقد البيع في القانون الجزائري* (1 ط). الجزائر: دار بلقيس.

- مرناش، ب.، & طابوش، ب. (2015). عقد بيع العقار على التصاميم في ظل القانون رقم 11-04 (أطروحة ماستر). كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية.
- التميمي، م. ر. (2018). دور العملية التعاقدية في حماية المقتني في عقد البيع بناء على التصاميم. مجلة العلوم الانسانية لجامعة أم البواقي، 5(1)، 164-184. استرجع في من <https://www.asjp.cerist.dz/en/article/58803>
- حمداني، د. (2013). النظام القانوني لعقد بيع العقار على التصاميم في التشريع الجزائري (أطروحة ماستر). كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة آكلي محمد أولحاج، البويرة.
- بغدادى، م. (2015). حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقد الاستهلاك (أطروحة ماجستير). كلية الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر، الجزائر.
- مسكر، س. (2016). التزامات المرقى العقاري المترتبة على بيع السكنات الترفوية (أطروحة دكتوراة). كلية الحقوق والعلوم الإدارية، قسم القانون الخاص، جامعة الاخوة منتوري، قسنطينة.
- سامي، ب. ح. (2015). اعادة التوازن العقدي بين المستهلك والمتدخل في عقود الاستهلاك. مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، 2(1)، 89-101. استرجع في من <https://www.asjp.cerist.dz/en/article/5775>
- بن سعيدي، س. (2014). حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك (أطروحة ماجستير). كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة.
- بولحية، س. (2017). ضمانات المكتب في عقد البيع على التصاميم. مجلة صوت القانون، 4(3)، 155-182. استرجع في من <https://www.asjp.cerist.dz/en/article/36498>
- وليد، ث.، & ميلود، ب. ع. ا. (2017). حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقد البيع على التصاميم. مجلة الحقوق والعلوم الانسانية، 10(2)، 218-227. استرجع في من <https://www.asjp.cerist.dz/en/article/31418>
- عياشي، ش. (2017). خصائص عقد بيع العقار بناء على التصاميم. *Revue Des Sciences Humaines*، 28(4)، 159-169. استرجع في من <https://www.asjp.cerist.dz/en/article/89314>
- عبد القادر، ا. (2019). حماية المستهلك من الشروط التعسفية. آفاق علمية، 11(1)، 38-59. استرجع في من <https://www.asjp.cerist.dz/en/article/84458>
- (2019). zoutat, nacera. دور لجنة البنود التعسفية في حماية المستهلك. *Revue Droit International Et développement*، 7(1)، 28-43. استرجع في من <https://www.asjp.cerist.dz/en/article/92409>
- زوية، ع. ا. (2013). خصوصية عقد بيع العقار على التصاميم عن عقد البيع العادي (عقد بيع عقار موجود وقت التعاقد). قُدّم في إشكالات العقار الحضري وأثرها على التنمية في الجزائر، جامعة محمد خيضر، بسكرة.
- طيب، ع. (2020). عقد البيع على التصاميم في ظل القانون رقم 11-04. مجلة دراسات قانونية، مركز البصيرة للبحوث والاستشارات والخدمات التعليمية، (13). <https://doi.org/http://www.platform.almanhal.com>
- مزغيش، ع.، & بن ضيف، م. ع. (2017). الضوابط الحمائية المصوبة لاحتلال التوازن العقدي في عقود الاستهلاك التعسفية. قُدّم في الحماية القانونية للمستهلك في ظل التحولات الاقتصادية الراهنة، جامعة محمد خيضر، بسكرة.
- ، . (1975). أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975، يتضمن القانون المدني، ج ر العدد 78، الصادر في 30 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم. . .

- شرون، ح.، & حملاوي، ن. (2017). حماية المستهلك من الشروط التعسفية في ظل أحكام القانون 04-02 بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية. قُدم في الحماية القانونية للمستهلك في ظل التحولات الاقتصادية الراهنة، جامعة محمد خيضر، بسكرة.
- Bizou , F. (2000). *Acheter un logement sur plan, vente en l'état futur d'achèvement et vente à terme, responsabilité d. france*: édition du puits fleuri.
- .. (1993). مرسوم تشريعي رقم 93-03 مؤرخ في 01 مارس 1993، يتعلق بالنشاط العقاري، ج ر العدد 14 الصادر في 30 مارس 1993. . . .
- .. (2009). قانون رقم 09-03 مؤرخ في 25 فبراير سنة 2009، يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج ر، العدد 15، الصادر في 8 مارس 2009. . . .
- .. (2013). مرسوم تنفيذي رقم 13-431 مؤرخ في 18 ديسمبر سنة 2013، يحدد نموذجي عقد حفظ الحق وعقد البيع على التصاميم للأموال العقارية وكذا حدود تسديد سعر الملك موضوع عقد البيع على التصاميم ومبلغ عقوبة التأخير وأجالها وكيفية دفعها، ج ر، العدد 66، الصادر في 25 ديسمبر سنة 2013. . . .
- .. (2006). مرسوم تنفيذي رقم 06-306 مؤرخ في 10 سبتمبر سنة 2006، يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، ج ر، العدد 56، الصادر في 11 سبتمبر 2006. . . .
- .. (2012). مرسوم تنفيذي رقم 12-84 المؤرخ في 20 فبراير سنة 2012، يحدد كيفية منح الاعتماد لممارسة مهنة المرقعي العقاري وكذا كيفية مسك الجدول الوطني لمقرنين العقارين، ج.ر، العدد 11، الصادر في 26 فبراير سنة 2012. . . .
- zimmer, C. (2003). *les garanties de bonne fin d'achèvement dans les ventes en état futur d'achèvement garanties réelles ou garanties virtuelles* (أطروحة دكتوراة). université panthéon- assas (paris II), paris .
- .. (2008). مرسوم تنفيذي رقم 08-44 مؤرخ في 3 فبراير سنة 2008، ج ر، العدد 07، الصادر في 10 فبراير سنة 2008. . . .
- .. (1986). قانون رقم 86-07 مؤرخ في 4 مارس سنة 1986، يتعلق بالترقية العقارية، ج ر العدد 10، الصادر في 5 مارس 1986. . . .
- .. (2011). قانون رقم 11-04 مؤرخ في 17 فبراير سنة 2011، يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، ج ر العدد 14، الصادر في 6 مارس 2011. . . .
- .. (2004). قانون رقم 04-02 مؤرخ في 23 يونيو سنة 2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج ر، العدد 41، الصادر في 27 يونيو سنة 2004. . . .
- .. (1975). أمر رقم 75-59 مؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975، يتضمن القانون التجاري، ج ر، العدد 101، الصادر في 19 ديسمبر سنة 1975، المعدل والمتمم. . . .